

אסדרת רשתות חברתיות דרך פרדיגמה של משפט ציבורי: תיאוריה ויישום

מאת

אלעד גיל*

בעשור האחרון התפתחה זירת המידע המקוונת כאתגר חברתי תקדימי ובעל השלכות מרחיקות לכת. מספר מצומצם של פלטפורמות ענק מקוונות יצרו מרחבים וירטואליים שחצו גבולות טריטוריאליים ומשכו מיליארי משתמשים להעביר חלק ניכר מההוויה שלהם לממד הדיגיטלי. "שם" הם מנהלים את יחסיהם החברתיים, צורכים חדשות, רוכשים מוצרים ושירותים, מבליים את שעות הפנאי ומעצבים חלק ניכר מתפישתם ביחס לעולם הסובב אותם. כתוצאה מכך, הפכו אותן פלטפורמות להרבה יותר מעוד ספק שירות. הן צברו עושר וכוח פוליטי לעצב סדר יום, לקבוע את גבולות המרחב הציבורי ותנאי הכניסה אליו, ולהשפיע בצורה ניכרת על היקף ואופן ההנאה של משתמשיהן מזכויות אדם. לצד זאת התגלה, בניגוד להערכות המוקדמות, שגם המדינה לא ויתרה על נוכחותה ושליטתה במרחב המקוון. באותה תקופה בה גדלה השליטה של הפלטפורמות על חיינו, שכללו ממשלות כלי מעקב וצנזורה משלהן כדי לבסס כוח. לעיתים למטרות לגיטימיות, ולעיתים למטרות אחרות.

בתוך סבך מאבקי הכוחות הללו תפס האינטרנט פנייה חדה הרחק מהחזון האוטופי ששווה לו דור החלוצים אי שם בשנות ה-1990. ניסיונות למניפולציה והשפעה זרה, מידע כוזב, דרדור השיח הציבורי, ירידה בבריאות הנפשית של האוכלוסייה וקייטוב חברתי שמוביל לחוסר תפקוד פוליטי ונסיגה דמוקרטית - הם רק חלק מהתופעות החברתיות המזיקות של מהפכת טכנולוגיית המידע. כיצד המשפט יכול לסייע לחברה להתמודד עם התופעות הללו? עד לאחרונה, השיח המשפטי נע בין שלוש חלופות: אמונה כמעט עיוורת בכוחות השוק, התערבויות רגולטוריות בעלות אוריינטציה צרכנית-תחרותית, או הפקדת סמכויות התערבות משמעותיות בתוכן השיח הציבורי בידי רשויות המדינה. בשורה התחתונה, שלוש הגישות הללו לא סיפקו את התוצאות הרצויות, כשכל אחת מעצימה סוגים אחרים של סיכונים. לאחרונה, מתחיל להתגבש שינוי פרדיגמטי ברחבי העולם הדמוקרטי. יותר ויותר חוקרים, ובעקבותיהם רגולטורים, מבינים כי את תופעת הפלטפורמות נוכל להבין, להמשיג ובסופו של דבר להסדיר, רק באמצעות השאלה של כלים ודוקטרינות מהמשפט הציבורי. אף על פי שגישה זו טומנת בחובה יתרונות רבים, הפרדיגמה הציבורית נמצאת עדיין בשלבי התפתחות מוקדמים וטרם הומשגה כתיאוריה מגובשת. מטרת חיבור זה היא לתאר את קווי היסוד של הפרדיגמה הציבורית, התשתית הרעיונית שביסודה, ההצדקות שלה וכלי העבודה שהיא מציעה לאסדרה של פלטפורמות תוכן מקוונות. המוטיבציה

* דוקטור למשפטים, עמית בכיר וראש המחקר בתכלית - המכון למדיניות ישראלית. תודתי למאיה כהן על עזרה נמרצת ואיכותית במחקר. כמו כן, אני מודה לעורך כתב העת, אחי זיוון, ליתר חברי המערכת, ולשופט האנונימי על הערותיהם המצוינות והמתכונות.

לכתובת החיבור אינה אקדמית גרידא – אני מבקש באמצעותו להניח יסודות לגיבוש אסדרה של פעילות הפלטפורמות בישראל. כיום, למרות שמדינת ישראל היא מהמובילות בעולם בהיקפי השימוש בפלטפורמות מקוונות, רמת האסדרה בה מצויה בפיגור רב מאחורי המגמה העולמית. בחסות הסתירה הזו, אזרחי ישראל חשופים באופן מוגבר לפגיעה במרחב המקוון, הן ממעשיהן ומחדליהן של הפלטפורמות, והן של המדינה. אבקש להראות כי חקיקה המבוססת על הפרדיגמה הציבורית היא הדרך הטובה ביותר לספק הגנה משפטית אפקטיבית ולייצר בישראל מרחב מקוון בטוח, חופשי ומתאים לקיומה של חברה דמוקרטית בריאה.

מבוא. א. כיצד הפכה טכנולוגיית הנתונים לאתגר דמוקרטי? 1. תעשיית המעקב המקוון מאיימת על החירות והאוטונומיה האנושית. 2. הפרטה של כוח שלטוני לפלטפורמות מאיימת על הקשר בין סמכות ואחריות. **ב. שלוש פרדיגמות להתמודדות עם האתגר - ומדוע הן לא מספקות.** 1. פרדיגמה נאו-ליברלית: כוחות השוק הם הפתרון. 2. פרדיגמה רגולטורית-צרכנית: הגבלת עוצמת הפלטפורמות היא הפתרון. 3. פרדיגמה מסוג "פיקוד והשליטה": המדינה היא הפתרון. **ג. הפרדיגמה הציבורית: חוקתיות בעידן הדיגיטלי.** 1. המשגה. 2. יישום. ד. סיכום.

מבוא

בימים שלאחר מתקפת הטרור של ה-7 באוקטובר הופצו שורה של סיפורים ברשתות החברתיות וביישומי הודעות פופולריים בישראל. "בגידה מבפנים" של גורמים ישראלים אשר סייעו לחמאס בהיערכות לתקיפה¹ גורם בכיר במערכת הביטחונית המתריע מפני פגיעה חמורה בתשתיות המדינה וממליץ לאזרחים להצטייד בכסף מזומן, דלק ומצרכים בסיסיים.² שלט "שכנים טובים גם בימים קשים" שנתלה על ידי שכנים יהודים וערבים בהרדוף, אך הוצת על ידי תושבי שפרעם.³ חילוץ מהתופת במסיבה ברעים של בנה של נשיאת בית המשפט העליון אסתר חיות על ידי האלוף במיל' יאיר גולן.⁴ תיעוד של ראש הממשלה לשעבר אהוד ברק בדרכו לעזוב את הארץ.⁵ ואלה רק דוגמאות אחדות.

המשותף לכל הסיפורים הללו הוא שלא היה בהם שמץ של אמת, ולמרות זאת הם הופצו ושותפו בקרב המוני ישראלים דרך פלטפורמות תוכן מקוונות פופולריות כמו טיקטוק (TikTok), ווטסאפ (WhatsApp), פייסבוק (Facebook), אינסטגרם (Instagram) טלגרם

¹ רפאלה גויכמן, "בגידה מבפנים: פעילי ימין וגופים איראניים מפיצים תיאוריות קונספירציה ופייק" *The Marker* (8.10.2023).

² פייק ריפורטר (@FakeReporter), X, (17: 45, 9.10.2023) <https://twitter.com/FakeReporter/status/1711392485866414163>

³ פייק ריפורטר (@FakeReporter), X, (11: 04, 8.11.2023) <https://twitter.com/FakeReporter/status/1722178057539047531>

⁴ פייק ריפורטר (@FakeReporter), X, (11: 56, 4.11.2023) <https://twitter.com/FakeReporter/status/1720741896014680366>

⁵ פייק ריפורטר (@FakeReporter), X, (15: 47, 9.10.2023) <https://twitter.com/FakeReporter/status/1711362639996072447>

(Telegram) ו-X (לשעבר Twitter). לסיפורים האלה ולרבים אחרים שהפכו לויראליים, הייתה השפעה על האופן בו תפסו אנשים רבים את המציאות, ולפחות בחלק מהמקרים, על האופן בו הונעו לפעולה. הם הצטרפו לאינספור תכנים אחרים שביקשו ללכות שנאה וקיטוב, להסית, לעודד לטרור, ולזרוע פחד ואימה.

מאז פרצה לחיינו לפני כשלושה עשורים, טלטלה מהפכת טכנולוגית המידע תחומים רבים בהווה האנושית. טכנולוגיות מבוססות מידע יצרו שווקים חדשים ושינו את הכלכלה הגלובלית מן היסוד (מטאפורה פופולרית מכתירה את המידע הדיגיטלי כ"נפט החדש"⁶), ארגנו מחדש קהילות ויחסים חברתיים, חילקו עושר וגישה למידע בצורות שונות ממה שהכרנו בעבר, ויצרו אינספור אפשרויות חדשות – לקידום האנושות אך גם לפגיעה בה.⁷ פלטפורמות תוכן מקוונות, ובפרט רשתות חברתיות, הפכו לחלון הראווה המרכזי דרכו ובתיווכו מיליארדי בני אדם מבינים את העולם ומביעים את קולם.⁸ בד בבד, הן הובילו לשורה של החצנות, ביניהן פגיעה נרחבת

⁶ Jack M. Balkin, Jonathan Vanian, *Why Data Is the New Oil*, FORTUNE (Jul. 12, 2016) *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, 51 U.C. DAVIS L. REV. 1149 (2018) ("Big Data is crucial to the use and development of algorithms and artificial intelligence ('AI'). Algorithms and AI are the machines; Big Data is the fuel that makes the machines run. Just as oil made machines and factories run in the Industrial Age, Big Data makes the relevant machines run in the (Algorithmic Society)".

⁷ על המעבר הגלובלי לכלכלה מבוססת מידע ראו MANUEL CASTELLS, THE RISE OF THE NETWORK SOCIETY (2010).

⁸ זירת המידע המקוונת מבוססת על מגוון רחב של שירותים, כולל, בין היתר, שירותי תשתית, אירוח, אחסון ומנועי חיפוש. לא לכולם השפעה שווה או יכולת זהה להתמודד עם הנוזקים החברתיים המתגבשים במרחב המקוון. לצורך חיבור זה, המונח "פלטפורמת תוכן מקוונת" מתייחס לקבוצת השירותים אשר מצויה בשכבת האירוח וההפצה של תוכן, אשר לה מיוחסת, לפי רוב החקיקה בעולם, עיקר ההשפעה המזיקה והיכולת לפעול לצמצומה. הגדרת העבודה שאציע היא זו: פלטפורמת תוכן מקוונת כוללת שירותים מקוונים לאירוח והפצה של תוכן, המאפשרים תקשורת אינטראקטיבית בין יחיד ורבים ומבוססים בעיקרם על תכנים הנוצרים או משותפים על ידי המשתמשים בשירות. אלה כוללים רשתות חברתיות (דוגמת: פייסבוק, X, ואינסטגרם), פלטפורמות לשיתוף תכני מדיה (יו-טיוב, טיקטוק) ושירותי הודעות המאפשרים תקשורת דרך קבוצות וערוצים (ווטסאפ, טלגרם). זיקה חלשה יותר להגדרה הזו מקיימים שווקים דיגיטליים המארחים סוחרים פרטיים המציעים את מרכולתם (Amazon) וחנויות יישומים (Android ו-IOS). ניתן להעלות טענות לכאן ולכאן באשר להכללת שתי הקטגוריות האחרונות בהגדרת העבודה. לצרכי רשימה זו, המתמקדת במחשבה על ההסדרה הנורמטיבית הראויה בישראל, אבקש להחריג אותן משיקולים פונקציונליים: ההשפעה של שווקים דיגיטליים ושוק חנויות היישומים על השוק הישראלי היא מועטה, ומנגד יש אתגרים ייחודיים בניסיון לאסדר אותם שהופכים שוק קטן כמו ישראל לגורם פחות יעיל לכך. למען שלמות התמונה אציין עוד כי תופעת הפלטפורמות היא מרכיב מתוך כלכלת עידן המידע הכוללת גם יישומי טכנולוגיה אחרים כמו מנועי חיפוש, מכשירים "חכמים", בינה מלאכותית יצרנית (Generative artificial intelligence) ועוד. חלק מהתופעות שידונו בחיבור זה נוצרו והתפתחו בסביבה הטכנולוגית המלאה ואינן מוגבלות לפלטפורמות תוכן מקוונות.

בפרטיות,⁹ באוטונומיה של הפרט ובחירות,¹⁰ קיטוב חברתי גובר,¹¹ הפצה נרחבת של שקרים והשחתת השיח הציבורי, השפעות ממכרות ופגיעות נפשיות כלפי אוכלוסיות פגיעות ועוד.¹² בספרות המחקרית מתגבשים יותר ויותר ממצאים המלמדים כי הפלטפורמות מהוות איום ממשי על הדמוקרטיה וגורם המאיץ מגמות פופוליסטיות.¹³ אין להתפלא, אפוא, כי ההגנה על מוסדות וערכים דמוקרטיים מפני ההשפעה המזיקה של פלטפורמות תוכן מקוונות היא נושא בוער היושב על שולחנם של מקבלי החלטות ברחבי העולם הדמוקרטי.¹⁴

9 על האתגר שמייצרת טכנולוגיית נתונים לפרטיות כזכות משפטית וכנורמה חברתית ראו מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 43–54 (2010). ראו עוד A. Michael Froomkin, *The Death of Privacy*, 52 STAN. L. REV. 1461 (2000); SHOSHANA ZUBOFF, *THE AGE OF SURVEILLANCE CAPITALISM: THE FIGHT FOR A HUMAN FUTURE AT THE NEW FRONTIER OF POWER* (2019). האיום המרכזי על החירות וזכויות פוליטיות הנגזרות ממנה נובע בעיקר משימוש בטכנולוגיות מעקב מתקדמות על ידי מדינות וגורמים לא מדינתיים. ראו The President's Review Group, *Report and Recommendations of The President's Review Group on Intelligence and Communications Technologies*, LIBERTY AND SECURITY IN A CHANGING WORLD 47 (2013) ("Liberty includes a range of values, such as freedom of speech, freedom of religion, and freedom of association, that go well beyond privacy. If people are fearful that their conversations are being monitored, expressions of doubt about or opposition to current policies and leaders may be chilled, and the democratic process itself may be compromised") ראו עוד: Tamar Megiddo, *Online Activism, Digital Domination, and the Rule of Trolls: Mapping and Theorizing Technological Oppression by Governments*, 58 COLUM. J. TRANSNATIONAL. L. 394, 434–439 (2020).

11 ראו להלן ה"ש 43–50 והטקסט הנלווה אליהן.
12 סקר מקיף של מכון Pew משנת 2018 גילה כי 45% מבני הנוער האמריקאי העידו כי הם שוהים ברשתות החברתיות כמעט ללא הפסקה. משתתפי הסקר דיווחו על תופעות שליליות רחבות שהם חווים כתוצאה מהשימוש ברשתות, כולל בריונות, הפצת שמועות, מחסור בקשרים בין אישיים, לחצים הנובעים מהשוואה בין חייהם לבין החיים שמציגים חבריהם ברשתות ולהצגים חברתיים ונפשיים. [Teens, Social Media and Technology](#), Pew Research Center, (2018).

סקר של Statista מצא כי בטווח הגילים 23–28, מעל 50% מהמשתתפים העידו כי הם מכורים לרשתות חברתיות Statistita, [Share of online users in the United States who report being addicted to social media as of April 2019, by age group](#) (2019). ראו עוד U.S. 117 Congress Senate Judiciary Committee, Subcommittee on Technology, Privacy, and the Law, [Teen Mental Health Is Plummeting, and Social Media is a Major Contributing Cause – Testimony by Prof. Jonathan Haidt](#) (may 4, 2022).

13 ראו Philipp Lorenz-Spreen et al., *A Systematic Review of Worldwide Causal and Correlational Evidence on Digital Media and Democracy*, 74 NATURE HUM. BEHAV. 74 (2023) (סקירה של הספרות במדעי החברה הכוללת ראיות על ההשפעות המזיקות של מדיה חברתית על מוסדות וערכים דמוקרטיים).

14 בשנת 2020 האיחוד האירופי אימץ את ה-European Democracy Action Plan כבסיס ליזמות הרגולטורית של האיחוד בהתמודדות עם פלטפורמות תוכן מקוונות. ראו Communication from the Commission to

מהו הענף, או שדה החשיבה המשפטי, המתאים להתמודד עם תופעה בסדר גודל כזה? עקרונית, יש דרכים שונות לחשוב על השאלה מהו השדה המשפטי המתאים להסדרת בעיה פלונית, ונדמה לי שהנכונה ביותר היא פונקציונאלית: השדות הרלוונטיים הם אלה שבחינת הנושא דרך העדשה שלהם תספק תשובות מועילות לאתגרים המרכזיים אשר אותה בעיה מעלה. קונקרטי, לאורך ההיסטוריה הקצרה של העידן הטכנולוגי, התשובה המקובלת הייתה: ענפי המשפט הפרטי, ובפרט דינים העוסקים באסדרה של פעילות כלכלית. ההתגבשות של מה שכונה בעבר "דיני אינטרנט" (או "דיני סייבר") כללה מרכיבים מתוך דיני קניין רוחני, טלקומוניקציה, חוזים ופרטיות, ועסקה בעיקר ביחסים בין פרטים.¹⁵ ומה עם המדינה? הגישה הדומיננטית ביחס למקומה של המדינה הייתה תפיסה של יוזמה חופשית (laissez-faire) הדוגלת במינימום מעורבות מדינתית.¹⁶ מאז החלה המהפכה הטכנולוגית בשנות ה-90, המדיניות הציבורית במערב בנושאי טכנולוגיה שיקפה גישה ליברלית של שוק חופשי ונטתה למינימום רגולציה והתערבות בשוקים.¹⁷

מציאות זו נמצאת בשנים האחרונות במגמה הדרגתית של שינוי. כיום, מתבססת בעולם ההבנה כי האתגר הטכנולוגי מערער בצורה דרמטית, אולי אפילו מנפץ, את ההבחנות וההפרדות המסורתיות בין הפרטי והציבורי. הניסיון העולמי מראה כי הגישה השוללת רגולציה מדינתית מזה וההתמקדות במציאת פתרונות רגולטוריים מתוך עולמות המשפט הפרטי מזה לא הצליחו לספק מענה לכלל האתגרים החברתיים הבאים לידי ביטוי בפלטפורמות, במיוחד אלה הנוגעים לשורש היכולת לקיים חברה דמוקרטית בריאה בעידן המידע. עוד הוא מלמד כי התשובה אינה בהענקת סמכויות שליטה וצנזורה מרחיקות לכת לגופי האכיפה המדינתיים. כאזרחים-משתמשים, עלינו להישען על תיאוריה שתספק לנו הגנה ראויה הן מסיכונים הפלטפורמות והן מהסיכונים העולים מהמדינה לזכויותינו. הלקח המתבקש הוא שלצד הכלים הקיימים מהמשפט הפרטי, נדרש שילוב של נקודת מבט אחרת, רחבה יותר. נקודת המבט הזו מבוססת על היסודות התיאורטיים של המשפט הציבורי, והייחוד שלה כפי שיוצג בתיאור זה, הוא הצורך לנהל בצורה

the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the European Democracy Action Plan, COM (2020) 790 final (Dec. 3, 2020).

¹⁵ לשם הבהרה, במונח "משפט פרטי" כוונתי להוראות חקיקה המסדירות את מערכות היחסים בין הפרטים בחברה לבין עצמם, והוא מובדל מהמשפט הציבורי העוסק במערכות היחסים שבין הפרט לרשויות השלטון או בין רשויות השלטון לבין עצמן. גם המשפט הפרטי וגם המשפט הציבורי עוסקים בערכים ציבוריים, ואין כוונתי לרמוז כי סט הערכים שהמשפט הפרטי משתמש בהם צר ולא כוללים ערכים ציבוריים.

¹⁶ לדוגמה, בארצות הברית נחקקו בשנות ה-90 שורה של חוקים שהשרישו גישת laissez-faire ביחס לתעשיית טכנולוגיית המידע, אשר נועדה לאפשר חדשנות ויוזמה חופשית ללא חשש מהטלת אחריות מצד המדינה. ראו Telecommunications Act of 1996 § 509, 47 U.S.C. § 230; Digital Millennium Copyright Act of 1998 § 512, 17 U.S.C. § 202. להרחבה בנקודה זו ראו להלן בפרק ג.1.

¹⁷ ביחס לאירופה, ראו למשל Giovanni De Gregorio, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, 19 Int'l Journal Const. L., 41, 43–49 (2021). ביחס לארצות-הברית, ראו Jack Goldsmith, *The Failure of Internet Freedom*, KNIGHT FIRST AM. INST. 2–4 (2018).

שקולה ורציונאלית את הסיכונים הנובעים משני גורמי הכוח המרכזיים במרחב המקוון: פלטפורמות הענק מצד אחד, והמדינה מצד שני. כפי שיוצג בהמשך חיבור זה, תובנה זו עומדת ביסוד חקיקה להסדרת פלטפורמות תוכן מקוונות שהתקבלה בשנת 2023 באיחוד האירופי.¹⁸ אימוצה בישראל הוא הכרח כדי לצמצם את הפער הבלתי נסבל בין היקפי השימוש בפלטפורמות בישראל (הממקמים אותנו בצמרת העולמית), לבין רמת האסדרה שלהן בדין הישראלי (השואפת לאפס).¹⁹

התזה שאציע, בתמצית, היא זו: כמה מן הבעיות היסודיות והעקשניות ביותר בתופעת הפלטפורמות ניתנות להמשגה, הבנה ופתרון רק באמצעות נקודת מבט של משפט ציבורי. פרדיגמות העבר אינן מסוגל להציע פתרונות הוליסטיים לבעיות הללו מכיוון שהבעיות הן במהותן ציבוריות: הן עוסקות ביחסים בין מוסדות המפעילים כוח שלטוני לבין הפרט הנתון למרותם; הן מחייבות חלוקה של כוח ויצירת איזונים ובלמים בין מוסדות שונים; הן מצריכות הגבלת כוח שלטוני או מעין-שלטוני לשם שמירה על חירות הפרט וזכויותיו, והן נובעות מהשאלות היסודיות ביותר ביחס לאופן שבו קהילה מארגנת את היחסים החברתיים בתוכה ומאזנת בין ערכים שלא ניתן למקסם במקביל. אמנם, כמה מההגדרות של השיח במימד הדיגיטלי נדרשות לעבור התאמה: כשאנחנו מדברים על "השלטון" במרחב המקוון, אין הכוונה רק למוסדות המדינה אלא גם לתאגידי טכנולוגיה על-לאומיים שמחזיקים בכוח עצום על מיליארדי משתמשיהם; "הגבלת החירות" מופיעה בצורות שונות מכלי הכפייה המוכרים של המדינה, וגם השאלה מהי "קהילה" אינה פשוטה להגדרה ביחס לטכנולוגיה שאינה מתוחמת על ידי גיאוגרפיה והיסטוריה. אולם דבר מכל אלה לא משנה את המהות. אם הבעיות הן ציבוריות, אז לשדה המשפטי המורגל בחשיבה ציבורית, הכולל כלים לבחון סוגיות ציבוריות-ממשליות מזוויות שונות, יש הרבה מה לתרום. לפיכך, אסדרה אפקטיבית של פלטפורמות תוכן מקוונות היא כזו שתדע ללמוד, להפנים וליישם את התובנות שמציע המשפט הציבורי.

בשוורת הבאות אפרוט את התזה הזו למרכיביה ואדגים כיצד היא יכולה לסייע לקידום הסדר חקיקתי ראוי של פעילות פלטפורמות תוכן מקוונות בדין הישראלי. סדר הדברים יהיה כדלקמן: פרק ב' יתמקד, ממבט על ובתמצית, בניסוח הבעיה ותיאור ההצעות של הטכנולוגיה על סדרי המשטר הדמוקרטי וזכויות האדם. אסביר מה הופך טכנולוגיה שביסודה נועדה לנצל התפתחויות בתחומי התקשורת ועיבוד הנתונים הממוחשב לטובת שיפור איכות החיים וחיבור אנשים, לאתגר לדמוקרטיה ומוסדותיה ולאיום על זכויות האדם. פרק ג' יתאר את הפרדיגמות המשפטיות שהוצעו להתמודדות עם האתגר מאז נוצרו הפלטפורמות ועד לאחרונה, ויצביע על נקודות

¹⁸ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (להלן: "חוק השירותים הדיגיטליים האירופי").

¹⁹ לפי נתוני מכון המחקר Pew, בשנת 2022 ישראל דורגה במקום החמישי מבחינת שיעור האוכלוסייה שמשתמשת ברשתות חברתיות (78%), כאשר בשנת 2019 דורגה ראשונה. הנתונים מלמדים כי בישראל יש את שיעור המשתמשים הגבוה ביותר אשר דיווחו כי הם משתמשים ברשתות החברתיות כדי לדון בסוגיות פוליטיות. Richard Wike et al., [Internet, smartphone and social media use](#), Pew Research Center (Dec. 6, 2022).

העיוורון המונעות מהן לספק מענה הולם לכלל הסיכונים שמקים עידן המידע על היכולת לקיים חברה דמוקרטית ברת-קיימא. מובן כי לא ניתן יהיה לעשות צדק כלפי כלל הרעיונות שהוצגו בספרות ובהצעות חקיקה ורגולציה ברחבי העולם, אך לשם הדיון אאגד אותם לשלוש גישות-על ואסביר את יתרונותיהן ומגבלותיהן. לבסוף, בפרק ד' אנסח את הפרדיגמה הציבורית דרך שורשיה שהופיעו בספרות ובמשפט המשווה, אסביר כיצד היא מובחנת מגישות קודמות בכתיבה האקדמית שהציעו לראות בפלטפורמות גופים מעין-ציבוריים, ואנסה, דרך מספר דוגמאות מייצגות, לתאר את התרומה של נקודת המבט הזו לקידום המחקר והמדיניות המשפטית בתחום בישראל.

א. כיצד הפכה טכנולוגיית הנתונים לאתגר דמוקרטי?

כדי להתחיל להבין מהו האתגר שתופעת עלייתן של פלטפורמות התוכן המקוונות מעמידה בפנינו, צריך להיזכר בקצרה במושכלות ראשוניים. הרעיונות הגדולים שמגדירים את אופי המשטר של חברות דמוקרטיות ליברליות מודרניות צמחו בעידן הנאורות. תיאוריות ופילוסופיות פוליטיות צמחו באותה תקופה, כמו הרציונליזם, האמנה החברתית, הממשלה המוגבלת והפרדת הרשויות, נטועות כיום כה עמוק בבסיס המשטרי של מדינות דמוקרטיות עד כי רובנו נתקשה לדמיין חיים תחת שיטת משפט שלא מקבלת אותן. בהכללה גסה, הרעיון המארגן הכללי של המשטר הדמוקרטי המודרני הוא כי אנשים בקהילה פוליטית מקבלים הגבלות על חירותם וזכויותיהם הטבעיות בידי מוסדות שהוסמכו על ידי הציבור להפעיל כוח שלטוני לטובת רווחת הכלל, נשענים על לגיטימציה ציבורית ומוגבלים בכוח שלהם לפגוע בחירות ובאוטונומיה של הפרט.²⁰ מכיוון שהמוסדות (הממשלתיים והלא ממשלתיים) המחזיקים בכוח והשפעה על חיי הקהילה הפוליטית משמשים בצורה זו או אחרת כסוכנים של הציבור-הריבון, הלגיטימציה והיכולת שלהם להפעיל כוח נשענת במידה רבה על אמון הציבור.²¹

²⁰ הגדרה זו אינה תלויה בעיקרה בתיאוריה פוליטית מסוימת, ומאפיינת את רוב השיח על הדמוקרטיה הליברלית המבוסס על הקלאסיקות של עידן הנאורות. ראו באופן כללי THOMAS HOBBS, LEVIATHAN: WITH SELECTED VARIANTS FROM THE LATIN EDITION OF 1668 (Edwin Curley ed., 1994); JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT AND A LETTER CONCERNING TOLERATION (DOVER THRIFT EDITIONS: POLITICAL SCIENCE, 2002). לכתבה מודרנית, השואבת ממקורות אלה ומגבשת אותן לתפיסה שלמה של הרעיונות המארגנים של מדינה דמוקרטית, ראו באופן כללי ROBERT A. DAHL, ON DEMOCRACY (1998); THOMAS CHRISTIANO, THE CONSTITUTION OF EQUALITY: DEMOCRATIC AUTHORITY AND ITS LIMITS (2008).

²¹ אמון הציבור הוא כמובן מצרך חיוני עבור רשויות השלטון (ראו למשל, ביחס לבית המשפט: STEPHEN BREYER, THE AUTHORITY OF THE COURT AND THE PERIL OF POLITICS 1–8 (2021)). אולם יש להבהיר כי השימוש במונח "מוסדות" בהקשרו כאן מתייחס לסט רחב יותר של גופים ומכשירים חברתיים ופוליטיים, דוגמת החוקה, מפלגות פוליטיות, התקשורת וגופי הרגולציה האחראיים עליה, מוסדות ההשכלה הגבוהה, מוסדות ממשלתיים האחראים על ניהול המידע הלאומי (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה) ועוד. להמשגת תפקידו של אמון הציבורי בדמוקרטיה, ראו באופן כללי Mark Warren, *Trust and Democracy*, in THE OXFORD HANDBOOK OF SOCIAL AND POLITICAL TRUST (Eric M. Uslaner, ed., 2018).

בשנים האחרונות, מוצאים עצמם רעיונות אלו תחת לחץ כבד. בניגוד לעבר, הלחץ הזה לא מגיע מכיוונן של צורות משטר טוטליטריות או מנהיגים בעלי נטיות דיקטטוריות שסוחפים את ההמון, אלא ממשוהו תמים הרבה יותר – טכנולוגיה מבוססת נתונים. טכנולוגיה שנוצרה ופועלת כדי להפוך את החיים האנושיים לנוחים יותר, יעילים יותר, מאפשרים יותר ומופלאים יותר. כיצד הפכה הטכנולוגיה לאיום בסדר גודל שכזה? התשובה כמובן מורכבת, אבל כוללת בעיקרה השפעה מצטברת של שני גורמים.

1. תעשיית המעקב המקוון מאיימת על החירות והאוטונומיה האנושית

הגורם הראשון הוא היוולדה של תעשייה המבוססת על הפיכת מידע אישי לנכס סחיר. המוניטיזציה (monetization) של המידע הפכה כל אחד מאיתנו למאגר נתונים מהלך שנמצא תחת מעקב רצוף. רשתות חברתיות, מנועי חיפוש, יישומני שירותים ומסחר מקוון, אתרי היכרויות, מכשירים חכמים ועוד, מייצרים ערך מאיסוף פירוורי המידע האישי שאנו מפזרים סביבנו מבלי משים בעת שימוש בטכנולוגיה, וכך מתפקדים למעשה כסוכני מעקב שהתפקיד שלהם הוא לגרום לנו לספר למישהו בצד השני פרטים על עצמנו, לעיתים כאלה שאנחנו לא מודעים להם בכלל.²² הטלפון הנייד מייצר תיעוד של המקומות בהם אנחנו מבקרים, מנוע החיפוש מגלה למהנדסי גוגל מה מסקרן אותנו, אתרי קניות ומזון מספרים מה אנחנו רוצים לקנות ולאכול ורשתות חברתיות ממפות את הקשרים החברתיים וביטויים רבים באישיותנו. הפנים, הקול ואפילו הרגשות שלנו נסרקים ומאמנים מערכות בינה מלאכותית שלומדות להכיר ולחזות את התגובות שלנו.

כל זה נוצר כחלק מכלכלה חדשה ומשגשגת שמבוססת על ההבנה כי נתוני עתק (big data) של מידע אישי מייצרים ערך רב למי שמחזיק בהם.²³ בעזרתו, ניתן למכור מסרים פרסומיים במקום, בזמן ובמדיום שבו היעילות שלהם היא מקסימלית, להכיר ולחזות את הלקוח והעדפותיו, ובקצה, גם לדעת לתמרן התנהגות ולהשפיע על הבחירות והרגשות שלו.²⁴ כשמישהו מכיר אותנו בצורה כל כך אינטימית ויודע מה מפעיל אותנו, הוא יכול להשפיע על הבחירות שלנו בדרכים שלא נזהה בכלל.²⁵ גופים מסחריים רוצים למצוא את הקונה המתאים ברגע המתאים כדי לדחוף אותו לקנות את מוצריהם ולצרוך את שירותיהם. גורמים אחרים יבקשו להשפיע על משתמשים לטובת מטרות מזן אחר. למשל, עם מספיק מידע אישי בקנה מידה גדול ניתן להנדס התנהגות של

²² המכנה המשותף בין חברות טכנולוגיה המשתייכות לקבוצה זו הוא מודל רווח המבוסס על שימוש במוצר או בשירות שלהן כדי לאגור ולעבד מידע אישי רב על המשתמשים. ראו באופן כללי NICK SRNICEK, PLATFORM CAPITALISM (2016).

²³ ראו באופן כללי BILL SCHMARZO, THE ECONOMICS OF DATA, ANALYTICS, AND DIGITAL TRANSFORMATION (2020).

²⁴ ראו לדוגמה Vindu Goel, [Facebook Tinkers with Users' Emotions in News Feed Experiment](#), *Stirring Outcry*, N.Y. TIMES (June 29, 2014).

²⁵ ראו למשל (1) Sun-Ha Hong, *Prediction as Extraction of Discretion, Big Data & Society*, 10(1).

בוחרים ולהסיט דמוקרטיה ממסלולן.²⁶ את הכוח הזה מנסים לנצל מתמודדים בתחרות פוליטית,²⁷ אך גם ממשלות זרות המשתמשות בפלטפורמות לפגיעה במוסדות דמוקרטיים וחברתיים במדינות יריבות. ב-2016 הפעילה רוסיה קמפיין מאורגן ברשתות החברתיות ככלי להתערבות בבחירות לנשיאות בארצות-הברית, ומאז יצרה תקדים לגורמים שונים המבקשים לערער מוסדות דמוקרטיים במדינות יריבות.²⁸ פרקטיקה זו אומצה גם בסכסוכים החוזרים ונשנים בהם הייתה ישראל מעורבת, וביתר שאת במלחמה שפרצה באוקטובר 2023.²⁹ הנגזרת הישירה ביותר של הקפיטליזם של המעקב המקוון הוא הצטברות של מידע אישי רגיש ואינטימי על מיליארדי משתמשים בידיים של קבוצה קטנה של תאגידי ענק. שובלי המידע הבלתי נגמרים שכל אדם בעל גישה לאינטרנט מותיר אחריו בכל יום ויום נאגרים ומעובדים על ידי הפלטפורמות באופן שמאפשר להן להבין, לחזות ולהשפיע על התנהגות המשתמשים. עובדה זו מקנה להן כוח השפעה רב על הפרט, ולא פחות מכך, יכולת להשפיע על קהילות.³⁰ פירוש הדבר הוא כי הפלטפורמות נושאות באחריות רבה ביחס לביטחון האישי והלאומי של המוני המשתמשים ברחבי העולם. ככל שהשימוש והשמירה על המידע הרב שהן אוצרות לא יהיו זהירים, גורמים עוינים עלולים לנצל את יכולת ההשפעה הזו לרעה כדי לפגוע בפרט ואף להסיט דמוקרטיה ממסלולן.

לסיכום, התפתחות תעשיית המעקבים טלטלה כמה מן המוסכמות הכי בסיסיות של הדמוקרטיה. כזכור, ההבטחה הגדולה של עידן הנאורות ורעיונות כמו האמנה החברתית הייתה להגן על החירות והאוטונומיה של הפרט מפני השלטון, מפני בעלי הכוח. קיים קו גבול מסוים שלאף גורם הממשטר את חיי הפרט אין סמכות חוקית לחדור מבעדו. אך בעידן של טכנולוגיה שמסוגלת לתמוך את הפרט ולעצב את העדפותיו מבלי שכלל ירגיש – עבור חברה שמוכרת המבורגרים במקרה הטוב, או מדינה עוינת שמפעילה אותנו ככלי נשק, במקרה הפחות טוב, ההבטחה הזו מצויה תחת לחץ מתמיד לקרוס. יכולת המעקב הטוטאלי מקימה איום ממשי על עצם היכולת של הפרט להתנהל בעולם כייצור אוטונומי.

2. הפרטה של כוח שלטוני לפלטפורמות מאיימת על הקשר בין סמכות ואחריות

הגורם השני, המהווה במידה רבה תוצר לוואי של הגורם הראשון, הוא הפרטה חסרת תקדים בצורה ובהיקף של פונקציות שלטוניות, באופן המייצר פער בין הסמכות והאחריות במרחב

²⁶ דוגמה טובה היא פרשת קיימברידג' אנליטיקה, ראו להלן בה"ש 40–42 והטקסט הנלווה אליהן.
²⁷ שם.

²⁸ ראו Special Counsel Robert S. Mueller, III, [Report on The Investigation into Russian Interference in the 2016 Presidential Election](#), Submitted Pursuant to 28 C.F.R. § 600.8(c), Vol. I-II 4–11 (U.S. Department of Justice, 2019).

²⁹ ראו למשל פייק ריפורטר (@FakeReporter), X (23.11.2023), (22:31 <https://twitter.com/FakeReporter/status/172778704517733568>).

³⁰ ראו JULIE COHEN, BETWEEN TRUTH AND POWER, THE LEGAL CONSTRUCTIONS OF INFORMATIONAL CAPITALISM, 68–70 (2019).

המקוון. כפי שיוצג להלן, בשל מאפייניהן כגורם פרטי זר הפועל למטרות רווח, הפלטפורמות לא נושאות באחריות כלפי הציבור בישראל. במקביל, הן צברו כוח רב להשפיע על חייהם של ציבור המשתמשים, באופן המזכיר לעיתים, ובמישורים מסויימים, סמכות מעין-ריבונית. צירוף הדברים מוביל לכך שבניגוד לאחת ההנחות הבסיסיות של המשטר הדמוקרטי, גורם המופקד בפועל על הפעלת אמצעים שיש בהם להביא להגבלת זכויות וחירויות אינו שחקן שנבחר על ידי הכלל, נדרש מבחינה חוקית לפעול לטובתו, ויש לו אחריות כלפיו, אלא גוף מסחרי זר המחויב לבעלי המניות שלו.³¹ עובדה זו נוטלת מהאזרחים את הכוח הדמוקרטי שלהם כקולקטיב להרחיק מעמדת כוח את מי שלא משתמש בכוחו כדי להיטיב עם הקהילה. הרבה מאוד סמכות – בהעדר אחריות.

תחילה, תובהר סוגיית האחריות: הפלטפורמות המקוונות עליהן ובאמצעותן מתרחשת פעילות המעקב ואיסוף המידע, מופעלת על ידי תאגידים פרטיים למטרות רווח ומתקיימות במרחב על-טריטוריאלי.³² התאגידים הללו לא פועלים כגוף הנאמן לציבור אלא בראש ובראשונה לבעלי מניותיו.³³ יתרה מכך, עבור רוב האוכלוסייה בעולם, התאגידים הללו הם זרים. עושרם הרב ועוצמתם הפוליטית, היותם מאוגדים במדינה זרה, ועצם הפעילות חוצת-הגבולות, מטילים יחד מגבלות משמעותיות על גורם שלטוני מקומי המבקש להסדיר את התנהגותם, במיוחד במדינות המהוות שוק קטן. אמנם טענה שרווחה בעבר לפיה לא ניתן לעשות שימוש במשפט המדינתי כדי

³¹ על הקשר בין סמכות ואחריות כבסיס למשטר דמוקרטי תקין ראו למשל יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת המנהלי** כרך א 68 (2023). ראוי להדגיש כי דותן עוסק בסמכות במובנה הפורמלי, ככוח שהחוק מעניק לרשות שלטונית, בעוד שביחס לפלטפורמות התהליך מורכב יותר וכולל התגבשות של כוח כלכלי והשפעה על זכויות יסוד לכדי כוח פוליטי מעין-שלטוני.

³² במהלך השנים הפך האינטרנט מרשת מבוזרת למדיום ריכוזי המופעל בעיקר באמצעות פלטפורמות ענק, וחומרה שמעודדת שימוש בהן, כגון טלפונים חכמים ומחשבי לוח, אשר לרוב יש לה זיקה לאותן פלטפורמות (דוגמה לכך היא מערכת ההפעלה אנדרואיד, אשר מי שמחזיק בה מקבל כבירות מחדל את היישומנים של חברת גוגל). עובדה זו הקנתה למספר קטן של חברות מעמד של שומרות שער לכלכלת האינטרנט. לסקירה היסטורית של תהליך ה"פלטפורמיזציה" של האינטרנט ראו Elettra Bietti, *A Genealogy of Digital Platform Regulation*, 7 GEO. L. TECH. REV. 1, 25 (2023) ("As a result of the rise and growing importance of platforms, the average user's experience of the Internet is no longer that of serendipitous exchange in a decentralized ecosystem, and instead has become an experience of consumption within a controlled proprietary environment").

³³ המחשה מהעת האחרונה להעדר האחריות של הפלטפורמות לציבור היא הודעתה של חברת מטא (Meta) על שינוי חד במדיניות בקרת התוכן שלה, שבמהותה הסרת מגבלות על פרסום תכנים מזיקים ושקריים ביחס לנושאים שעל סדר היום הציבורי ומעבר ממנגנון של בודקי עובדות מקצועיים לשיטת הערות קהילה. שינוי זה, המיושם נכון לכתבת שורות אלה רק בארצות הברית, לא נולד כתוצאה מאחריות דמוקרטית כלפי ציבור המשתמשים או בחינת העדפותיהם או השפעת המנגנונים על זכויותיהם, אלא משיקולים תאגידיים שלא נחשפו במלואם לציבור. ראו Meta Newsroom, *More Speech and Fewer Mistakes* (Jan. 7, 2025).

להסדיר משפטית פעילות באינטרנט הופרכה עם השנים,³⁴ אך "מאזן כוח" שהתפתח בין מדינות לבין הפלטפורמות הגדולות הופך את האחרונות לגורם שונה מגוף פרטי רגיל הנתון לרגולציה מדינתית, ומייצר מערכת יחסים מעין אופקית בה מדינות נאלצות להשקיע משאבים שלטוניים רבים כדי לדרוש אחריות מהפלטפורמות ביחס להשפעתן על השוק המקומי.³⁵ מכאן, להבהרת טענת הסמכות: צמיחתה של כלכלת המידע התגלתה כמנוע וכרזו לשינוי טרנספורמטיבי בכל מה שקשור לתפיסתנו את מושג "המרחב הציבורי". כמדיום מרכזי להפצה וצריכה של מידע בחברה המודרנית, לפלטפורמות השפעה רבה על השיח הציבורי והפוליטי. הפלטפורמות קובעות בעזרת האלגוריתמים שלהן אילו קולות להגביר ולהדהד (ואילו להחליש), מי יוכל להישמע ולקחת חלק בשיח הציבורי (ומי יודר ממנו), ומה כל משתמש יראה על המסך שלו. פלטפורמות מקוונות אינן משמשות רק כאמצעי לייעול צריכת מידע, שירותים ומוצרים. הן הפכו ל"מקומות" וירטואליים בהם אנחנו מקיימים חלק ניכר מהחיים החברתיים שלנו ונותנים ביטוי לזכויות ולחירויות הבסיסיות שלנו. ללא גישה למקומות הללו, לא ניתן כמעט לתפקד כאזרח בחברה המודרנית. מכאן, הכוח לנהל את הפלטפורמות, שמוחזק ברובו בידי קבוצה קטנה של ענקיות טכנולוגיה פרטיות, הוא הכוח להסדיר התנהגות ולמשול בפונקציות מרכזיות בחייהם של מיליארדי משתמשים. זהו אינו כוח שוק, אלא כוח פוליטי לכל דבר, הכולל, בין היתר כוחות שבעבר הוחזקו רק על ידי המדינה או מי שהוסמך על ידה.

ניתן לפרוט את הכוח הפוליטי של הפלטפורמות למספר מרכיבים. ראשית, **כוח של שומר שער**, הנתון לגורם הקובע מי ראוי לקחת חלק במרחב הציבורי ולהשתתף בחיי החברה והכלכלה, ומי לא.³⁶ שנית, **הכוח לעצב מדיניות ציבורית ולערוך איזונים בין ערכים מתחרים**. מגפת הקורונה היוותה המחשה עוצמתית לתפקיד המרכזי והמגוון שנטלו הפלטפורמות כתורמות לעיצוב המדיניות הציבורית ברמה הגלובאלית. במהלך המגפה החל שיח ציבורי סוער על חומרת מחלת ה-COVID-19 ועל האפקטיביות של החיסונים שהוצעו לאוכלוסייה מחד גיסא, והסיכונים

³⁴ כיום, מדינות מכל רחבי העולם, כולל מדינות דמוקרטיות, אוכפות שורה של איסורים חוקיים שמעצבים את המרחב האינטרנטי המקומי. על תופעה זו והשלכותיה, ראו לדוגמה JACK L. GOLDSMITH & TIM WU, WHO CONTROLS THE INTERNET? ILLUSIONS OF A BORDERLESS WORLD (2006); Anupam Chander & Uy'en P. L'e, *Data Nationalism*, 64 EMORY L. J. 677 (2015)

³⁵ המימד העל-לאומי של המרחב המקוון לצד הכוח הפוליטי הרב שצברו הפלטפורמות מערימים קשיים על הפעלת הכוח הכופה של המדינה והופך את האינטרנט למעין מרחב כלאיים של מרחב לאומי ועל-לאומי גם יחד. ראו Michael Birnhack, *The Glocal Net: Standing on Joel Reidenberg's Shoulders*, 90 FORDHAM L. REV. 1435 (2022) (מכנה את המרחב האינטרנטי שהתגבש בשנות ה-2020 "the glocal-net"). על מאזן הכוח בין הפלטפורמות לבין המדינות שנוצר בשל כך והשפעתו כגורם מרסן על מדינות, ראו Elad D. Gil, *Private Constitutionalism: The Rise of Online Private Governance as a Constraint on Public Governance* (unpublished draft, Nov. 1, 2023) (עותק שמור אצל המחבר). מדינות מפעילות דרכי אכיפה מגוונים, הנעים מצוים מנהליים, שימוש בדין האזרחי והפילי נגד נציגויות מקומיות, ועד הרחקה של פלטפורמות מהשוק. פלטפורמות, מצידן, משמשות אף הן בצעדי תגובה בעלי אופי הולך ומסלים כנגד פעולות מדינתיות נגדן. ראו שם, בעמ' 8.

³⁶ ראו למשל Lina M. Khan, *Sources of Tech Platform Power*, 2 GEO. L. TECH. REV. 325 (2018)

הכרוכים בהם, מאידך גיסא. פלטפורמות כמו פייסבוק ויו-טיוב נדרשו לעצב מדיניות ברורה ביחס לתוכנו של השיח הזה, וביצעו את התפקיד בין היתר על ידי הסרת תכנים, הוספת אזהרות ליד תוכן שהם תפסו כבעייתי, הפניה למקורות שהם תפסו כראויים לאמון הציבור ועוד.³⁷ הבחירה איזה תוכן לאפשר את זרימתו בשיח הציבורי ואיזה תוכן אינו ראוי, היא בחירה בעלת השפעה עצומה על המדיניות הציבורית. דוגמה אחרת נובעת מהשימוש בטכנולוגיה לעצירת התפרצות המחלה. במהלך גל ההתפרצות הראשון, אפל וגוגל, המחזיקות בקרוב ל-100% משוק מערכות ההפעלה לטלפונים ניידים, יצרו פרוטוקולים עליהם הופעלו יישומי מעקב מגעים של רשויות בריאות ברחבי העולם, ונדרשו – אגב התכנון ההנדסי של הפרוטוקולים – לגבש מדיניות באשר לשאלות על איוון בין ערכים שונים כמו פרטיות, בטחון מידע, ובריאות הציבור. האיזונים שהן ערכו הפכו להיות עובדה קיימת שממשלות ברחבי העולם נאלצו לקבל כתכתיב או להסתכן בהפעלה לא אופטימלית של המערכות שלהן במכשירים של שתי ענקיות הטכנולוגיה.³⁸

ביטוי שלישי ומרכזי לכוח הפוליטי של הפלטפורמות הוא הכוח לקבוע נורמות התנהגות ולעצב את היקף ואופן ההנאה מזכויות יסוד. פעילות המשתמשים במרחבים הווירטואליים של הפלטפורמות כפופה לשתי מערכות נורמטיביות מקבילות: האחת היא החוק של המדינה בה הם פועלים; השנייה, הלא פחות משמעותית, היא מערכת כללי הקהילה שיצרה הפלטפורמה במסגרת תנאי השימוש שלה. היקף זכותם של ישראלים לחופש הביטוי נקבע כיום על ידי כללי הקהילה של פייסבוק ותנאי השימוש של טיקטוק לא פחות מאשר על ידי חוק איסור לשון הרע או חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהרבה מובנים, הכללים הללו פועלים כמו חוק והפרתם עלולה לגרום סנקציה (ראו להלן). בשנים האחרונות, הפלטפורמות עושות מאמצים ניכרים להעמיד את תנאי השימוש שלהן בסטנדרט מקובל של נורמות חוקיות, לרבות פרסומם ברבים והנגשתם. לא בכדי כללי השימוש מכונים כיום על ידי חוקרים וגופים רשמיים "platform law".³⁹

לכסוף, כוח להטיל כפייה על הפרט. לפלטפורמות התוכן הגדולות יש מגוון כלים להטיל סנקציות על משתמשים שלא עומדים בכללים שלהן. נכון, פייסבוק לא יכולה להטיל על משתמשיה מס וטיקטוק לא תוציא נגדם צו מאסר. אבל בעולם הדיגיטלי, יש כלים אחרים של כפייה ודרכים נוספות להטיל סנקציות, ואלה מופעלים על ידי הפלטפורמות במסגרת האכיפה של כללי הקהילה שלהן: סגירת חשבונות, צנזורה על פרסומים, מחיקת קישוריות מאינדקס של מנועי חיפוש, הגבלת חשיפה, הטלת מגבלות על היכולת להרוויח כסף מצפייה בתוכן שהעלה המשתמש ("demonetization") ועוד.⁴⁰ בעזרת אלגוריתמים, גופים פרטיים מסוגלים למשול

³⁷ ראו למשל Evelyn Douek, *Governing Online Speech: From 'Posts-As-Trumps' to Proportionality and Probability*, 121 COLUM. L. REV. 759 (2021) (מתארת את השינוי במדיניות האכיפה של הפלטפורמות בתקופת מגפת הקורונה, בפרט המעבר למדיניות של איוון בין ערכים).

³⁸ Ieva Ilves, [Why are Google and Apple dictating how European democracies fight coronavirus?](#), Guardian (Jun. 16, 2020).

³⁹ ראו למשל David Kaye, [Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression](#), U.N. Doc. A/HRC/38/35, 1 (Apr. 6, 2018).

⁴⁰ Eric Goldman, *Content Moderation Remedies*, 28 MICH. TECH. L. REV. 1 (2021).

על משתמשים ולהטיל סנקציות ללא התיווך וההרשאה של בתי המשפט וגופי האכיפה. בשל מרכזיות הפלטפורמות והאופן שבו מופץ המידע בהן, הפעלת אכיפה על ידן אינה עניין שולי בעל השלכות מסחריות על רמת השירות או תרבות השיח בפלטפורמה, אלא נושא בעל השפעות ממשיות על העולם האמיתי.

כל הכוח הזה, נשוב ונזכור, מצוי כעת בידיים פרטיות של גורמים שבניגוד למודל הקונבנציונאלי של המשטר הדמוקרטי (בו לממשלה הנבחרת יש מונופול על הפעלת הכוח), אינם מחויבים לטובת הכלל במסגרת אמנה חברתית כוללת ולא כפופים למנגנונים הדמוקרטיים המסורתיים. כמובן, מכך לא מתחייב כי גופים אלה יפעלו בניגוד לאינטרס הציבורי או יביאו לפגיעה של ממש בדמוקרטיה, שכן אפשר לחשוב על מנגנונים אחרים שיחזקו את האחריות והנאמנות הציבורית שלהם.⁴¹ אולם, לאחר למעלה מעשור של ניסיון עולמי מול פלטפורמות הענק, קיימות די ראיות המלמדות כי הדומיננטיות שלהן מזיקה לדמוקרטיה ולזכויות המשתמשים.

למטרות הדיון כאן, אסתפק בשתי דוגמאות. ראשונה היא פרשת קיימברידג' אנליטיקה (2018), בה הוצב זרקור על ההשפעה המזיקה של איסוף מידע רב ואדישות ביחס לניהולו על התקינות של תהליכי הצבעה דמוקרטיים ברחבי העולם. קיימברידג' אנליטיקה, חברת ניתוח מידע שפעלה בעיקר בתחום היעוץ הפוליטי, השתמשה בנתונים אישיים שנאספו מפייסבוק כדי לבנות פרופילים פסיכולוגיים של עשרות מיליוני משתמשים. מידע זה נוצל לצורך פילוח ממוקד של מסרים פוליטיים בפרסומות, במטרה להשפיע על דעת הקהל במערכות בחירות שונות, ובהן הבחירות לנשיאות ארצות הברית ב-2016. פייסבוק הואשמה במתן גישה למידע של משתמשים באמצעות יישומנים חיצוניים שהותקנו על הפלטפורמה, מבלי להגן כראוי על פרטיותם. קיימברידג' אנליטיקה אספה את הנתונים דרך אפליקציה שפעלה בתוך פייסבוק והציעה שאלונים אישיותיים תמימים לכאורה. בפועל, היא קיבלה גישה לא רק לנתונים של משתמשי האפליקציה אלא גם לנתונים של חבריהם, ללא ידיעתם, עמם הצליחה לטרגט משתמשים בהתבסס על הפגיעויות האישיות שלהם.⁴² מחדליה של פייסבוק כללו הענקת גישה רחבה מדי למידע למפתחים חיצוניים, הטעיית הצרכנים כתוצאה מחוסר שקיפות על הנעשה במידע האישי שלהם, וכשלים באכיפה הפנימית, הנלמדים מכך שפייסבוק ידעה על האפשרות של מפתחים חיצוניים לגשת למידע רגיש ללא הפרעה.

המחדלים המחישו את ניגוד העניינים של פייסבוק, שהיה לה אינטרס כלכלי לעודד פעילות של מפתחים ויישומים חיצוניים על גבי הפלטפורמה כדי להגביר את השימוש בה, דבר שהוביל להפקרה של המידע האישי של המשתמשים. הפרשה הראתה כיצד ניצול לרעה של מידע אישי בקנה מידה גדול עלול להוביל להשחתה של מוסדות דמוקרטיים ופגיעה באמון הציבור בהליכים

⁴¹ השווה Kristen Eichensehr, *Digital Switzerlands*, 167 U. PENN. L. REV. 665 (2019) (דיון במנגנוני אחריותיות מקבילים שפועלים ביחסים בין הפלטפורמות הגדולות לציבור המשתמשים).

⁴² Carole Cadwalladr & Emma Graham-Harrison, [Revealed: 50 Million Facebook Profiles Harvested for Cambridge Analytica in Major Data Breach](#), Guardian (Mar. 17, 2018).

דמוקרטיים. מיקוד מסרים פוליטיים שונים לקהלים שונים מסייע לייצר תמונת מציאות שונה ולהגביר ניכור וקיטוב בין חלקים שונים באוכלוסייה. הוא עלול לפורר את החברה למרכיבים גרעיניים על רקע סוציולוגי ופוליטי ולכוון אותם זה נגד זה. פרסום המחדל הוביל לסדרה של תביעות והליכי אכיפה מנהליים נגד החברה ברחבי העולם,⁴³ אך אלה לא נתנו מענה לניגוד העניינים הבסיסי של החברה בניהול המידע האישי של המשתמשים המצוי בידיה.⁴⁴

דוגמה נוספת להשפעתן המזיקה של הפלטפורמות על הדמוקרטיה היא ההצטרבות של ראיות הקושרות בין עליית הרשתות החברתיות לבין עלייה בפופוליזם, קיטוב פוליטי וירידה במדדי הדמוקרטיה ברחבי העולם. הטענה בהקשר הזה היא שהפלטפורמות מעצבות את האלגוריתם שאחראי על דירוג והפצה של תוכן באופן שמבליט תכנים קיצוניים ומוביל ליצירת מחלוקות והעמקת קיטוב, זעם וניכור בין האזרחים.⁴⁵ גם כאן, ביסוד ההאשמה עומדת טענה על ניגוד עניינים מובנה: פלטפורמות מרוויחות יותר כסף כאשר יותר משתמשים נמצאים זמן רב יותר בפלטפורמות; הדרך להגביר את השימוש של כמה שיותר משתמשים היא לייצר תוכן מעורר עניין ומעורבות, וזה – כך הטענה – קורה בעיקר ביחס לתכנים סנסציוניים, קיצוניים, ושקריים.⁴⁶ תופעת לוואי נוספת של הצורך למקסם מעורבות משתמשים היא היווצרותן של "תיבות תהודה" (eco chambers), תופעה במסגרתה אנשים נחשפים בעיקר לקהלים שחושבים כמוהם, מעניקים תיקוף לעמדותיהם, והופכים דעות הפוכות לבלתי לגיטימיות. שילוב התופעות מוביל לכך שהמשתמשים מאמצים בהדרגה תפיסה לפיה דעות המנוגדות לעמדותיהם המוקדמות אינן לגיטימיות, ובוד בוד נחשפים לתוכן שמעודד הקצנה של אותן עמדות מוקדמות. התוצאה הכוללת היא השטחה של הדיון הציבורי על נושאים מורכבים ונטיה מוגברת לקיטוב רגשי בין קבוצות.⁴⁷

⁴³ ההליכים כללו קנס בגובה של חמישה מיליארד דולר שהושת על ידי ועדת הסחר הפדראלית. ראו Federal Trade Commission Press Release, [FTC Imposes \\$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook](#) (Jul. 24, 2019).

⁴⁴ ראו Julia Carrie Wong, [The Cambridge Analytica scandal changed the world – but it didn't change Facebook](#), GUARDIAN (Mar. 18, 2019).

⁴⁵ ראו לדוגמה, Chris Baraniuk, [How Twitter Bots Help Fuel Political Feuds](#), SCI. AM. (Mar. 27, 2018) (מתאר כיצד העיצוב הטכנולוגי של פלטפורמת טוויטר מעודד הפצת מידע שקרי וקיטוב חברתי ופוליטי).

⁴⁶ ראו למשל, Hearing before Senate Comm. on the Judiciary, Subcomm. on Privacy, Technology, and the Law, [Algorithms and Amplification: How Social Media Platforms' Design Choices Shape Our Discourse and Our Minds, Testimony by Tristan Harris](#) (Apr. 27, 2021).

⁴⁷ ראו למשל, Yosh Halberstam & Brian Knight, *Homophily, group size, and the diffusion of political information in social networks: Evidence from Twitter*, 143 J. PUB. ECO. 73 (2016) יש לציין כי קיימת מחלוקת סביב הטענה כי רשתות חברתיות מייצרות תיבות תהודה ומגבילות חשיפה לדעות וקהלים שאינם מתיישבים עם העמדות והזהות של בעל החשבון. ראו Alex Burns, [Filter Bubbles and Echo Chambers: Debunking the Myths](#), MEDIUM (Jul. 31, 2019).

את המתקפה נגד הפלטפורמות על תפקידן בערעור הדמוקרטיה מוביל בעת האחרונה פרופ' ג'ונתן היידט, פסיכולוג התנהגותי מאוניברסיטת ניו-יורק.⁴⁸ היידט הציג קשר בין שורת שינויים בעיצוב הטכנולוגי של פייסבוק וטוויטר (כיום X) שנערכו בתחילת העשור וסייעו להגביר את הרווחיות שלהן, לבין השפעות מזיקות שהפלטפורמות גרמו ועודן גורמות לשיח הציבורי ולתרבות הדמוקרטית: הקצנת השיח, הבלטה של דעות קיצוניות, צנזורה עקיפה וביוש של קולות ממתנים, והגברת שנאה למחנות יריבים.⁴⁹ מסקנתו היא כי הצטברות התופעות הללו הופכת מדינות דמוקרטיות (ובעיקר את ארצות הברית, בה הוא מתמקד) למקוטבות יותר וחולות יותר. חוקרים אחרים הציבו על תופעות אנטי-דמוקרטיות נוספות בעלות השפעה חוצת גבולות, כגון ההשפעה של שימוש ברשתות חברתיות על עלייה בהצבעה למפלגות פופוליסטיות,⁵⁰ וההשפעה של שימוש בפלטפורמות מבוססות המלצות אלגוריתמיות על הקצנה פוליטית.⁵¹

מסקנות אלה אינן קונצנזוס בקהילה המחקרית. יש חוקרים שעדיין מטילים ספק בעוצמתן של חלק מהראיות שמציגים היידט ודומיו.⁵² אך על דבר אחד אין כמעט מחלוקת: בהתנהגותן בעשור האחרון, פייסבוק, X ויתר הפלטפורמות הגדולות גילו במקרה הטוב אדישות לאפשרות שהעיצוב הטכנולוגי של המוצרים שלהן מדרדר את רמת הדמוקרטיה בעולם. כפי שאמרה עובדת פייסבוק לשעבר פרנסס האוגן, בעדותה בפני הקונגרס האמריקאי: "I saw that Facebook repeatedly encountered conflicts between its own profits and our safety. Facebook consistently resolved those conflicts in favor of its own profits. The result has been a system that amplifies division, extremism, and

⁴⁸ עמדתו נוסחה בשני מאמרים שהתפרסמו במגזין Atlantic ב-2022. ראו Jonathan Haidt, *Why the Past 10 Years of American Life Have Been Uniquely Stupid*, ATLANTIC (Apr. 11, 2022); Jonathan Haidt, *Yes, Social Media is Undermining Democracy*, ATLANTIC (Jul. 28, 2022). גישתו נשענת על מחקרים מוקדמים יותר בהם בחן את ההשפעות המזיקות של רשתות חברתיות על תרבות השיח ומצבם הנפשי של צעירים. ראו GREG LUKIANOFF & JONATHAN HAIDT, THE CODDLING OF THE AMERICAN MIND (2018).

⁴⁹ טענה זו פותחה לראשונה על ידי היידט במאמר אחר. ראו Jonathan Haidt & Tobias Rose-Stockwell, *The Dark Psychology of Social Networks*, ATLANTIC (Dec, 2019).

⁵⁰ Lorenzo Mosca & Quaranta Mario, *Are Digital Platforms Potential Drivers of the Populist Vote? A Comparative Analysis of France, Germany and Italy*, 24 INFO., COMMC'N & SOC.'Y 1441 (2021).

⁵¹ Jaeho Cho et. al., *Do Search Algorithms Endanger Democracy? An Experimental Investigation of Algorithm Effects on Political Polarization*, 64 J. OF BROADCASTING & ELECT. MEDIA 150 (2020).

⁵² ראו Nirit Weiss-Blatt, *Don't Be So Certain That Social Media Is Undermining Democracy*, DAILY BEAST (Aug. 11, 2022) (סוקרת מחקרים המטילים ספק במסקנותיו של היידט). לריכוז של מידע מחקרי עדכני המעמת בין שתי הגישות ראו Jonathan Haidt & Chris Bail, *Social media and political dysfunction: A collaborative review*. Unpublished manuscript, New York University (updated to 1.1.2024).

"polarization – and undermining societies around the world"⁵³ מציאות זו אינה משקפת רק את המצב אצל פייסבוק: הדלפה של דו"ח שהוכן על ידי חברת ייעוץ עבור X על התמודדות החברה עם הפצה של מידע כוזב על גבי הפלטפורמה מצא שורה של כשלים ופערי יכולת, וקבע כי "These gaps illustrate the extent to which product and growth are prioritized over online user and platform safety"⁵⁴

לסיכום, זה האיום הגדול הנובע מהיווצרותה של כלכלת המידע והפלטפורמות שצמחו עליה, מנקודת המבט של ערכי היסוד של חברה דמוקרטית: כיום מופעל על הפרט כוח כופה חסר תקדים בדמות מעקב שמאיים לקחת ממנו את האוטונומיה האישית שלו. מי שמפעיל את הכוח הזה, ואגב כך קובע במידה רבה את יכולתו של הפרט להתקיים במרחב הציבורי, להנות מזכויות אדם פוליטיות ולהיות חבר פעיל ומתפקד בקהילתו, מונע על ידי שורת הרווח שלו ואינו כפוף למנגנונים דמוקרטיים שנוצרו כדי למנוע ניצול לרעה של כוח פוליטי.

ב. שלוש פריגמות להתמודדות עם האתגר – ומדוע הן לא מספקות

כיצד חברות דמוקרטיות יוכלו למגר את האיום ולהציל את עצמן? שאלה זו מצויה כיום לפתחן של ממשלות בכל רחבי העולם, וכפי שניתן לצפות מבעיות בסדר גודל כזה – אף ממשלה לא מחזיקה בידיה תשובה מושלמת. פרק זה יתאר שלוש פריגמות רגולטוריות שהתגבשו בעולם במהלך השנים, הנבחנות זו מזו במטרותיהן ובאמצעים למימושן.⁵⁵ בקווים גסים, ניתן לאפיין את ההבדלים ביניהן כך: הפרדיגמה הראשונה בה אדון, הנאו-ליברליזם, התפתחה בארצות הברית עם הופעת האינטרנט ושמה לה למטרה עליונה לקדם חדשנות ויזמות באינטרנט, חופש ביטוי, וסחר חופשי. הפרדיגמה הרגולטורית-צרכנית התפתחה באירופה החל משנת 2000 והתמקדה בחיזוק זכויות הפרט מול בעלי הכוח הפרטיים והסרת כשלי התחרות בשוק המקוון המתהווה. הפרדיגמה השלישית היא התפתחות של השנים האחרונות ויש לה צורות שונות בעולם, לרבות בעולם הלא דמוקרטי. היא מצדדת בהתערבות ממשלתית משמעותית בתכנים המופצים באינטרנט לצרכי שמירה על סדר ציבורי וחברתי שאינו מוכתב על ידי הפלטפורמות. כפי שאטען – המשותף לכולן הוא נקודות עיוורון שלא מאפשרות להן להציע פתרון הוליסטי לבעיות העולות מתופעת הפלטפורמות המשפיעות לשלילה על קיומה של חברה דמוקרטית בריאה. פתרון כזה יבוא, כפי

⁵³ Statement of Frances Haugen, United States Senate Committee on Commerce, Science and Transportation Sub-Committee on Consumer Protection, Product Safety, and Data Security (Oct. 4, 2021).

⁵⁴ הדו"ח, שהוכן על ידי חברת Alethea, הודלף במהלך אוגוסט 2022 ופורסם על ידי הושינגטון פוסט. ראו Joseph Menn, *Former security chief claims Twitter buried 'egregious deficiencies'*, WASH. POST (Aug. 23, 2022). לניתוח ממצאי הדו"ח ראו Justin Hendrix, *Whistleblower Documents Show Problems in Twitter's Handling of 'Election Integrity'*, JUST SECURITY (Aug. 25, 2022).

⁵⁵ לניתוח השוואתי של פריגמות רגולטוריות ביחס לערכים המוזכרים ראו ANU BRADFORD, DIGITAL EMPIRES: THE GLOBAL BATTLE TO REGULATE TECHNOLOGY 7–10 (2023).

שאתען בפרק ד', דרך אימוץ של פרדיגמה מסוג אחר, כזו הבוחנת את הבעיות דרך עדשת המשפט הציבורי.

1. פרדיגמה נאו-ליברלית: כוחות השוק הם הפתרון

הפרדיגמה הוותיקה והמשפיעה ביותר על המציאות שהתהוותה באינטרנט בשני העשורים האחרונים נשענת על אמונה חזקה שכוחות השוק יידעו לכוון את התעשייה להתמודדות אופטימלית עם הסיכונים השונים. נער הפוסטר של הפרדיגמה הזו הוא סעיף 230 לחוק ההגינות בתקשורת האמריקאי שנחקק ב-1996.⁵⁶ החוק העניק לספקים של "שירותי מחשוב אינטרקטיבי" (בגלגולם המודרני, בעיקר הפלטפורמות) חסינות מפני אחריות משפטית על תוכן שמיוצר על ידי משתמשים ומפורסם אצלם, לא משנה עד כמה הוא מגונה או מזיק, למעט חריגים בודדים.⁵⁷ עוד קבע החוק כי פלטפורמות לא יישאו באחריות על החלטה להסיר תוכן שפורסם על ידי משתמשים כל עוד פעלו בתום לב להגבלת תפוצה של תוכן שנחשב בעיניהן כמזיק, אפילו אם הוא חוקי.⁵⁸ בכך אימץ המחוקק האמריקאי גישה אנטי-רגולטורית להסדרת תוכן מקוון,⁵⁹ תוך שהוא סומך על כוחות השוק שיידעו לעודד סינון של תכנים מזיקים ללא התערבות כופה של המדינה ומבלי להפריע לצמיחה של הכלכלה הדיגיטלית.⁶⁰

הפרדיגמה הנאו-ליברלית מהווה אכסניה לשתי דאגות מרכזיות ביחס למעורבות יתר של המדינה, כפי שהתפתחו בהדרגה עם צמיחת האינטרנט והתגבשות השליטה של הפלטפורמות בו. האחת מתמקדת בפגיעה בחדשנות וביזמות החופשית על ידי רגולציה שתגביל פרקטיקות של מעקב ועיבוד מידע, והיא מתכתבת עם תפיסות ליברטריאניות הדוגלות בשוק חופשי וצמצום התערבות מדינתית בשווקים. חדשנות זוכה למעמד כמעט מיתי בתרבות של תעשיית ההיי-טק, וכל מדיניות שעלולה לדכא אותה נתפסת בחוגים אלה כבלתי רצויה.⁶¹ לפי הנראטיב הזה, יש

⁵⁶ 47 U.S.C. § 230 (ארצות הברית).

⁵⁷ החוק אינו חל על תוכן המפר את דיני הקניין הרוחני, עבירות פליליות פדרליות, ועבירות סחר מיני. ראו 47 U.S.C. § 230(e).

⁵⁸ שם, בסעיף משנה (2)–(1)(c) 230.

⁵⁹ ראו Cong. Rec. 22044-45 (1995) (דבריו של נציג בית הנבחרים ויוזם החוק כריס קוקס).

⁶⁰ ראו למשל "Congress sought to encourage websites to make efforts to screen content without fear of liability. Such a hands-off approach is fully consistent with Congress's avowed desire to permit the continued development of the internet with minimal regulatory interference" (אסמכתאות הרשמטו).

⁶¹ ראו COHEN, לעיל ה"ש 30, בעמ' 90. עבודה מעניינת אחרת שנעשתה בנושא הזה (אם כי יש לציין כי אין בה טענה נורמטיבית נגד רגולציה אלא תיאור של מחירים אפשריים שלה) הראתה שהגבלה רגולטורית של ענקיות הטכנולוגיה האמריקאיות (בעיקר על ידי חוקי הגבלים עסקיים) עלולה לפגוע ביתרון היחסי שצברו ביחס לחדשנות ביישומי טכנולוגיית מידע, וכך להשפיע בעקיפין על המעמד הגיאופוליטי של ארצות הברית מול סין ומתחרות אחרות. הנראטיב העומד ביסוד עבודות מסוג זה הוא כי חדשנות טכנולוגית אינה רק מנוע כלכלי, אלא גם רכיב בביטחון

לסמוך על השוק שיוביל את הפלטפורמות לאמץ פרקטיקות לפרסום, סינון וקידום תכנים שמחלקות בצורה יעילה את הסיכונים בין משתמשים לפירמות. רגולציה עצמית, שמבוססת על היכרות אינטימית עם השוק והטכנולוגיה, תפעל טוב יותר מחקיקה מדינתית מסורבלת שלא תדע להגיב לשינויים טכנולוגיים ותעכב חדשנות.⁶²

הדאגה השנייה היא מהענקת כוח לשלטון להשפיע על מרחב השיח הציבורי (המתנהל כיום בעיקרו בפלטפורמות) באופן שעלול להזיק לתרבות הדמוקרטית ולתחרות פוליטית הוגנת. קיים חשש מחקיקה שתבחר מנצחים ומפסידים בשוק הרעיונות ותמיין לפי שיקולים פוליטיים ביטוי ראוי שיהיה מותר להביע על הפלטפורמות וביטוי לא ראוי, שיסונן החוצה.⁶³ כמו כן, הענקת דריסת רגל למדינה בפלטפורמות ותשתיות אינטרנט המצויות בבעלות פרטית מערערת את ההבחנה החשובה בין המרחב הפרטי לציבורי ומעצימה את כוחה של המדינה על חשבון הפרט. החשש כאן הוא ממדרון חלקלק שיעניק למדינה אפשרות חוקית לנצל את הטכנולוגיה להעצמת כוחה – לנהל מעקב המוני, לשלוט בשיח הציבורי, לקבל גישה לתקשורת פרטית ומוצפנת ועוד.⁶⁴ קשה לחלוק על הטענה כי ביחס למטרותיו המוצהרות, סעיף 230 והפרדיגמה העומדת ביסודו נחלו הצלחה אדירה.⁶⁵ מלבד זה שהחוק סייע לבנייתה של תעשיית טכנולוגיה מקומית שהפכה

הלאומי. ראו Sharon Belenzon & Ashish Arora, [Report–American Science And Technology Leadership Under Threat: Restrictive Antitrust Legislation And Growing Global Competition, Innovation Frontier Project](#) (May 25, 2022).

ראו למשל Bob Liodice, President and CEO, Association of National Advertisers, Inc. on Behalf of the Digital Advertising Alliance, Testimony Before the Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation, Hearing on the Need for Privacy Protections: Is Industry Self-Regulation Adequate? (Jun. 28, 2012).

ראו למשל NetChoice, LLC v. Att’y Gen., Fla., 34 F.4th 1196 (11th Cir. 2022) (קביעה כי חוק ממדינת פלורידה המטיל מגבלות על חלק מפעילות פיקוח תוכן בפלטפורמות מקוונות מהווה הפרה של התיקון הראשון לחוקה האמריקאית המבטיח את חופש הביטוי).

החשש מדריסת רגל ממשלתית במרחב הפרטי הוכח במהלך השנים כמבוסס על רקע גילויים על ניסיונות של ממשלות דמוקרטיות ולא דמוקרטיות לרתום את השליטה בתשתיות האינטרנט לשם מימוש אינטרסים ממשלתיים. יחד עם זאת, הפרדיגמה הנאו-ליברלית שאומצה בארצות הברית לא רק שלא מנעה זאת, אלא ניתן אף לומר כי היא יצרה מסך עשן סביב שיתופי פעולה שקטים בין ממשלת ארצות-הברית לחברות טכנולוגיה מקומיות. ראו Michael D. Birnhack & Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 VA. J. L. & TECH. (2003).

ראו את עדותו בקונגרס של אחד מיוזמי החוק, חבר בית הנבחרים לשעבר Chris Cox, בשימוע שנערך בשנת 2020 ביחס להצעת חוק שביקשה להטמיע רפורמות בסעיף 230. The Impact of the Law That Helped Create the Internet and an Examination of Proposed Reforms for Today’s Online World: Hearing on the PACT Act and Section 230 Before the Subcomm. on Commc’ns, Tech., Innovation & the Internet, 116th Cong. 6 (2020) (statement of Rep. Chris Cox) at (“The proliferation of websites, each free to adopt their own rules of the road, has simultaneously provided unparalleled opportunities for any individual to reach millions of people around the

לגדולה ולעשירה בעולם, משטר האחריות שיצר בנה את האינטרנט כמדיום תקשורתי שונה מהטלוויזיה והרדיו, כזה שמונע על ידי תכני משתמשים ולא תוכן שכתבו עורכי חדשות ושומרי הסף של תעשיית הבידור הממוסדת.⁶⁶ חמישה מתוך ששת אתרי האינטרנט הפופולריים בעולם כיום – יו-טיוב, פייסבוק, טוויטר, ויקיפדיה ואינסטגרם – מבוססים על תכני משתמשים (גוגל הוא החריג, המהווה מנוע חיפוש המציג בעיקר תוצאות חיפוש הכוללות קישורים לאתרים אחרים).⁶⁷ למציאות הזו יש השפעה שקשה להפריז בחשיבותה על היכולת של יחידים לממש את זכויותיהם ולקחת חלק בחיים האזרחיים והכלכליים. הפרדיגמה מאפשרת לכאורה לכל אחד חופש מלא להביע את קולו ומעניקה לצרכנים מגוון רחב של ערוצי תוכן ברמות חופש ביטוי משתנות. בנוסף, קיימת מידה של צדק בטענה של תומכי סעיף 230 כי הרציונל הבסיסי שלו, לפיו כוחות השוק יניעו את תאגידי הרשת לפתח כלי סינון וניטור מתקדמים בדרך של רגולציה עצמית, הוכיח את עצמו.⁶⁸

אך לצד ההצלחות, התברר במהלך השנים כי לפרדיגמה הנאו-ליברלית נקודות עיוורון משמעותיות. שני חלקי סעיף 230 מעניקים לפלטפורמות חסינות כמעט מלאה ושיקול דעת רחב בין שני ערכים חברתיים שבמציאות מצויים לעיתים קרובות בסתירה זה לזה: חופש הביטוי (המתבטא בהעדר אחריות על תכני משתמשים) ומרחב ציבורי-וירטואלי "בריא" ובטוח לשימוש (המתבטא בהעדר אחריות על הסרה של תוכן פוגעני). המשטר המשפטי הזה נשען על סדרה של הנחות, בראשן התחזית שסביבה משפטית נטולת רגולציה תוביל את הפלטפורמות – שהן שחקן פאסיבי שרק שואף להגן על העסק שלו מחשיפה לאחריות משפטית – לאמץ מדיניות ראויה, כזו שתייצר איזון נכון בין הערכים המעורבים. בפועל, הפלטפורמות צמחו כשחקן עוצמתי המנווט את מדיניות התוכן ואת היכולות האלגוריתמיות למימושה בצורה שקולה וקרה לשם מקסום שורת הרווח.⁶⁹ היעדר רגולציה היה המצע עליו צמחו שלל התופעות החברתיות המאיימות על האוטונומיה של הפרט וזכויותיו, ועל עקרונות הדמוקרטיה.

world—and the 3 means by which offensive online conduct including bullying and obscenity, as well as outright criminal activity, can be restricted without fear of legal (liability)".

ראו Olivier Sylvain, *Platform Realism, Informational Inequality, and Section 230 Reform*, YALE L. J. FORUM 16-17* (2021).⁶⁶

ראו Dorothy Neufeld, *The 50 Most Visited Websites in the World*, Visual Capitaist (Jan. 27, 2021). לטעון דומה ראו JEFF KOSSEFF, THE TWENTY-SIX WORDS THAT CREATED THE INTERNET 4 (2019).⁶⁷

ראו למשל Kosseff, לעיל ה"ש 66 בעמ' 120-122.⁶⁸

"פיד" החדשות (news feed) של פייסבוק מהווה דוגמה טובה. בשנותיה הראשונות, הייתה לפייסבוק השפעה מועטה על אופן עיצוב הפיד האישי של כל משתמש או משתמשת, אשר כלל בעיקר רשומות ותכני מדיה שהעלו חברי הפייסבוק של המשתמשים בהתאם לסדר שבעיקרו היה כרונולוגי (תעדוף מבוסס אלגוריתם הוצג לראשונה על ידי פייסבוק בשנת 2009. לאורך השנים, הוסיפה החברה מרכיבים נוספים שסייעו במיון ותעדוף תכנים לפי קריטריונים מוגדרים מראש. רק חלק מהקריטריונים הללו פורסמו. ראו Wallaroo, *Facebook News Feed*

2. פרדיגמה רגולטורית-צרכנית: הגבלת עוצמת הפלטפורמות היא הפתרון

סקפטיות ביחס לגישה האמריקאית באופן כללי לצד הצטברות ראיות על המחירים הכבדים של הפרדיגמה הליברלית, הובילו רגולטורים – בעיקר באירופה, אך כיום גם בארצות-הברית – לחפש פרדיגמה אחרת.⁷⁰ עם השנים התגבשה הפרדיגמה הרגולטורית-צרכנית שדוגלת ברגולציה של תאגידי הענק העומדים מאחורי הפלטפורמות במטרה לרסן את כוחם ולהגן על זכויות המשתמשים.⁷¹

התשתית הרעיונית עליה צמחה הפרדיגמה הרגולטורית הינה המשך לגישה ביקורתית כלפי מהפכת טכנולוגיית המידע שהחלה עוד בשנות ה-90 עם חוקרים שהזהירו כי האינטרנט ישירת בעלי כוח (ציבוריים ופרטיים) על ידי יצירת מעין פנאופטיקון שיאפשר איסוף המוני של מידע אישי לשם פגיעה בחירות והעמקת אי שוויון חברתי.⁷² במהלך השנים, עם התבססות כלכלת הפלטפורמות, חוקרים החלו לתקוף את התעשייה הזו באמצעות דימויה לסוג חדש של קולוניאליזם המבוסס על ניצול מידע אישי של משתמשים שבוים.⁷³ חוד החנית של המתקפה היה ללא ספק ספרה של פרופ' שושנה זובוף, "The Age of Surveillance Capitalism" – 'כתב אישום' של מעל חמש מאות עמודים המתאר בעוצמה כיצד טכנולוגיית המידע משעבדת את

(Algorithm History). כיום, לעומת זאת, לצד תכנים שיווקיים המותאמים למשתמשים, כולל הפיד שיעור ניכר של תכנים שהאלגוריתם של פייסבוק מתאים למשתמשים לפי ההיכרות עם העדפות הקריאה האישיות שלהם. זה אומר, באופן יחסי, פחות חשיפה לתוכן אורגני שמסודר בצורה אקראית והרבה יותר הגברה מכוונת של תכני חדשות, ספרות, בידור ותחומים נוספים שמעצבים את עולמם של המשתמשים. פייסבוק כמוכן היא האחראית הבלעדית על תכנון האלגוריתם שמעצב את הפיד ומתעדף תכנים מסוימים על אחרים, ולכן הבחירות הטכנולוגיות-עיצוביות שלה מהוות התערבות אקטיבית בעלת משקל רב על עיצוב מרחב השיח הציבורי כולו. ראו Will Oremus et. al, *How Facebook shapes your feed*, WASH. POST (Oct. 26, 2021).

לסקירה של התפתחות הרגולציה על פלטפורמות תוכן מקוונות באירופה ראו למשל, BRADFORD, לעיל ה"ש 54.⁷⁰ האיחוד האירופאי אותת על אימוץ מדיניות רגולטורית שונה מארצות הברית בשלב מוקדם יחסית עם חקיקת דירקטיבת ה-e-commerce בשנת 2000. ראו Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market יותר לפלטפורמות מאשר סעיף 230 האמריקאי ביחס לאחריותן לאירוח והפצה של תוכן בלתי חוקי. הדירקטיבה הותירה שיקול דעת מסוים בידי הרגולטורים המדינתיים, אך עם הזמן התגבשו בפסיקה של בית הדין האירופאי לצדק כללים שהבדילו בצורה ברורה בין המודל האמריקאי למודל המתגבש באירופה. ראו למשל C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited*, European Court of Justice (Third chamber), 3 Oct. 2019.

ראו למשל James Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, 66 U. CINCINNATI L. REV. 177 (1997); Batya Friedman & Helen Nissenbaum, *Bias in Computer Systems*, in ACM TRANSACTIONS ON INFORMATION SYSTEMS 330 (Min Zhang ed., 1996).

ראו Nick Couldry & Ulises A. Mejias, *The Costs of Connection: How Data is Colonizing Human Life and Appropriating It for Capitalism* (2019).

הרצון החופשי של המשתמשים לטובת בעלי המניות של ענקיות כמו גוגל ופייסבוק.⁷⁴ במרכז הטיעון של זובוף הטענה כי פלטפורמות האינטרנט פיתחו סוג חדש של כוח אותו היא מכנה "instrumentarian power", המוגדר ככוח לעצב התנהגות אנושית בקנה מידה עצום תוך דריסת היכולת של האנשים לשלוט בסיפור חייהם.⁷⁵ התחרות העצומה בין פלטפורמות לשכלל את מודלי האיסוף כדי להיות השחקן שמציע את מודל הפרסום והחיזוי הטוב ביותר מייצרת מרוץ לתחתית והופכת, לשיטתה, את קפיטליזם המעקבים לסכנה מוחשית ומיידית לאוטונומיה האנושית.

הזרם הביקורתי העשיר וחיזק את השיח על הסכנות של הפרדיגמה הנאו-ליברלית, אך לא תורגם למדיניות ציבורית ישימה. כמובילת הסדר העולמי, ארצות הברית הובילה מדיניות אנטי-רגולטורית הן ביחס לחופש הביטוי באינטרנט והן ביחס לשווקים דיגיטליים שהחלו להתפתח באותה תקופה.⁷⁶ רוח היזמות והאופטימיות האמריקאית לא הותירה מקום רב לספקנות של הזרם הביקורתי. ואולם ברבות הזמן, ובעיקר מחוץ לארצות הברית, הולידו רעיונות הגישה הביקורתית זרם מתון יותר שהפנה את חיצו הביקורת אל הבעיה שברקע – העברת כוח כלכלי ופוליטי בקנה מידה עצום לקבוצה קטנה של שחקנים פרטיים.⁷⁷ עבור החוקרים שזיהו את הבעיה כך, הלך היה שהמצב החוקי, כלומר – הגישה האנטי-רגולטורית של האינטרנט בכלל וחוקים ודוקטרינות שאפשרו את צמיחת הפלטפורמות בפרט – הוא זה שעודד את התעצמותן של חברות כמו גוגל, אמזון ופייסבוק ואפשר להן לצבור כוח לא פרופורציונאלי אותו הן מנצלות לרעה. כלומר, בעוד הפרדיגמה הנאו-ליברלית סבורה שהמדינה לא מבינה את הטכנולוגיה ועליה להימנע מלנסות ולהתערב בה באמצעות רגולציה, הפרדיגמה הרגולטורית המתהווה משיבה שענקיות הטכנולוגיה לא מבינות את השפעת המוצרים והשירותים שלהן על דמוקרטיה וזכויות אדם, ולכן חובה על המדינה להתערב.⁷⁸ תחת זאת, הדרך קדימה מצריכה סדרה של רפורמות חקיקתיות בתחומי דיני התחרות, הגנת הצרכן, פרטיות והגנת מידע, שיכוונו כלפי ענקיות הטכנולוגיה שאחראיות על הפעלת הטכנולוגיה בצורה בעייתית. תחת הפרדיגמה הזו חוסות יחד תיאוריות בעלות גישה מרוככת יחסית כלפי הפלטפורמות, המבקשת להניע אותן באמצעות המשפט לרמת נאמנות

⁷⁴ ראו ZUBOFF, לעיל ה"ש 9.

⁷⁵ שם, בעמ' 8.

⁷⁶ גישה זו אפיינה ממשלים דמוקרטיים ורפובליקנים כאחד. ראו Goldsmith, לעיל ה"ש 17, בעמ' 2-4.

⁷⁷ Amy Kapczynski, *The Law of Informational Capitalism, Review of Shoshana Zuboff, The Age of Surveillance Capitalism and Julie Cohen, Between Truth and Power, The Legal Constructions of Informational Capitalism*, 129 YALE L. J. 1460, 1465 (2020); Evgeny Morozov, [Capitalism's New Clothes](#), BAFFLER (Feb. 4, 2019).

⁷⁸ ראו BRADFORD, לעיל ה"ש 54, בעמ' 107.

ציבורית גבוהה יותר,⁷⁹ ולצדן ותיאוריות ביקורתיות ונשכניות יותר, המבקשות לשנות את הארכיטקטורה המשפטית שנתנה להן חופש לגדול ולצבור כוח ללא הפרעה.⁸⁰ הפרדיגמה הרגולטורית-צרכנית שמה דגש על זכויות המשתמשים מול פלטפורמות הענק אולם נוקטת זהירות ביחס לעיסוק המדינה במישרין ברגולציית תוכן, למעט ביחס לקטגוריות מצומצמות של תוכן בלתי חוקי כגון הסתה לטרור. פתרונות חקיקתיים ששייכים לפרדיגמה הזו כוללים, בין היתר, חוקים והצעות חוק שמבקשים לייצר שוק טכנולוגיה תחרותי יותר,⁸¹ לייצר מערך מיסוי צודק יותר כלפי רווחים שמופקים במדינת המשתמשים,⁸² להגביר את ההגנה על פרטיות המשתמשים וזכותם להגנת מידע,⁸³ לחזק את ההגנה על זכויות קניין רוחני במרחב המקוון,⁸⁴ להסדיר את התפתחות תעשיית הבינה המלאכותית,⁸⁵ ולהבטיח חובת זהירות נאותה מצד פלטפורמות תוכן מקוונות.⁸⁶ גישה זו זוכה כיום לפופולריות גדולה ברחבי העולם, אך גם בצדה יש נקודת עיוורון ביחס לבעיות הנדונות בחיבור זה: ההשפעה שלה על הסכנות המבניות של האינטרנט כזירה הנשלטת על ידי פלטפורמות ענק למשטר הדמוקרטי לא הוכחה עד כה כמשמעותית. נקודת המבט הצרה שמתמקדת ביחסי פלטפורמה-משתמשים מסייעת בקידום זכויות ובהגבלת הכוח הכלכלי (ובשוליים – הפוליטי) של הפלטפורמות: בזה חוזקה ובכך השפעתה הרבה, בעיקר דרך אימוצה באיחוד האירופאי. אך היא פחות מתמקדת בפתולוגיות שיש להן השפעה מזיקה על מרקם החיים הדמוקרטי במשולש שבין המדינה, הפלטפורמות והפרט.⁸⁷ בנוסף, התפקיד המרכזי שניתן למדינה בפרדיגמה הזו לא משקלל כראוי את השפעותיה המזיקות

⁷⁹ Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries in the Digital Age*, BALKINIZATION (Mar. 5, 2014, 4: 50 PM) ראו למשל

⁸⁰ Danielle K. Citron, *How to Fix Section 230*, 103 BOS. U. L. REV. 713 (2023); Lina Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 YALE L.J. 710 (2017) ראו למשל

⁸¹ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) על הצורך להתאים את דיני התחרות לעידן הפלטפורמות ראו Khan, לעיל ה"ש 79.

⁸² Law 2019-759 of July 24, 2019 on Creating a Digital Services Tax and Modifying the Trajectory of Corporate Tax Cuts [Fr.] ראו למשל,

⁸³ Council Regulation 2016/679, 2016 O.J. (L 119) (GDPR) ראו למשל,

⁸⁴ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, 2019 O.J. (L 130) 92

⁸⁵ Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts COM/2021/206 final ראו למשל,

⁸⁶ Online Safety Act 2023 C. 50 (בריטניה) ראו למשל,

⁸⁷ הדיון כאן אינו כולל התייחסות למרכיב מרכזי בחקיקה האירופאית כיום, הוא חוק השירותים הדיגיטליים, לעיל ה"ש 18. כפי שיוסבר בפרק ד' להלן, אני סבור כי אימוץ המסגרת של חוק השירותים הדיגיטליים מייצג התפתחות משמעותית בגישה האירופאית המתיישב טוב יותר עם מה שאתאר בהמשך כפרדיגמה הציבורית.

על המרחב המקוון ואת המגבלות המוסדיות שלה כרגולטור מרכזי. חסרון זה בא לידי ביטוי מרכזי יותר בפרדיגמה הבאה.

3. פרדיגמה מסוג "פיקוד ושליטה": המדינה היא הפתרון

חוסר האמון הגובר ברצון וביכולת של הפלטפורמות להתמודד עם התופעות המזיקות שצמחו בחצר האחורית שלהן הוביל להתפתחותו של מודל שרואה במדינה יותר מרגולטור של השוק, אלא גורם שנדרש להפעיל עליו שליטה ישירה וצמודה יותר. הרציונל העומד ביסוד המודל הוא הטענה שלא סביר לאפשר לגורם פרטי המונע משיקולי רווח שליטה על מרחבי ביטוי שהפכו להיות הלב הפועם של השיח הציבורי. לרשויות המדינה, להן אחריות כלפי הציבור וכוח כופה לאכיפת החוק, צריכה להיות הסמכות לסייע בקידומו של מרחב מקוון בטוח עבור כלל המשתמשים. בגרסתה המוקצנת, הפרדיגמה הזו מוכרת בעולם כפרדיגמה הסינית, בחסותה ביססה בשנים האחרונות מפלגת השלטון בסין את שליטתה בפעילות של פלטפורמות מקוונות בשוק המקומי.⁸⁸ אך יש לפרדיגמה הזו גם גרסאות מתונות יותר שזוכות לאימוץ בעולם הדמוקרטי, ולצורך הדיון כאן אתמקד בהן.

מודל 'הפיקוד והשליטה' מוצא את ביטויו בעולם הדמוקרטי בשני סוגים של חקיקה. הסוג הראשון מבוסס על הוראות חובת הסרה (must remove), שמטרתן היא להבטיח הסרה מהירה וגורפת של תכנים שהמחוקק, הממשלה או בית המשפט הורו על הסרתם. דוגמאות בולטות הן ה-NetzDG הגרמני, המטיל חובה על רשתות חברתיות גדולות (מעל 2 מיליון משתמשים בגרמניה) להסיר תוכן בלתי חוקי שהתקבלה תלונה לגביו בתוך פרק זמן מוגדר – 24 שעות עד שבוע;⁸⁹ רגולציה בהודו המחייבת פלטפורמות להסיר תוכן בלתי חוקי לפי הוראה של בית המשפט או רשות ממשלתית בתוך 36 שעות,⁹⁰ וחוק 2012-2018 הצרפתי המקנה לבית המשפט סמכות להורות על הסרת חומר חדשותי כוזב בתקופת בחירות.⁹¹

הסוג השני של חקיקה המבוססת על מודל ההתערבות הישירה כולל חוקים המטילים איסור על הסרת תכנים מוגנים מהפלטפורמות (must carry). למשל, חוק HB-20 ממדינת טקסס אוסר על פלטפורמות להסיר תוכן או להוריד את הדירוג האלגוריתמי שלו בהתבסס על עמדתו הערכית או הפוליטית של המפרסם, הוראה שמשמעותה היא כי חלקים גדולים ממדיניות הסרת התוכן של תכנים קיצוניים, מסיתים ופוגעניים יהפכו לבלתי חוקיים.⁹² באופן דומה, SB-7072 שנחקק

⁸⁸ ראו BRADFORD, לעיל ה"ש 54, בעמ' 103-69.

⁸⁹ לסקירה מקיפה של החוק ראו Heidi Tworek & Paddy Leerssen, *An Analysis of Germany's NetzDG Law*, Transatlantic Working group (Apr. 15, 2019).

⁹⁰ Rule 3(1-2) of Information Technology (Intermediary Guidelines and Digital Media Ethics Code) Rules, 2021.

⁹¹ LOI n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information (Fr.).

⁹² HB 20, 87th Leg., 2d Sess. (Tex. 2021). עתירה נגד חוקתיותו של החוק עומדת בפני בית המשפט העליון של ארה"ב נכון למועד כתיבת שורות אלה. ראו NetChoice, LLC v. Paxton, 142 S. Ct. 1715 (2022).

בפלורידה, אוסר על פלטפורמות להסיר או להגביל גישה לתכנים ממקורות עיתונאיים או תוכן שפורסם על ידי מועמדים פוליטיים.⁹³

בשני המקרים, למרות שהם מובילים לתוצאות שונות בתכלית, הרציונל החקיקתי דומה: המחוקק מבקש להפקיע מהפלטפורמות את השליטה על בקרת התוכן ולאכוף דרך רשויות המדינה מדיניות תוכן שתעצב את השיח הציבורי המתפתח בפלטפורמות. היתרון המרכזי של מודל זה ביחס למודל רגולצית השוק הוא שמדיניות התוכן מעוצבת במנגנונים דמוקרטיים ולא פרטיים-מסחריים. במקום קבוצה קטנה וריכוזית של תאגידי טכנולוגיה זרים, האיזונים הרגישים בין חופש הביטוי לבין האינטרס בשמירה על הבטיחות ושיח אזרחי תקין במרחב המקוון נקבעים על ידי רשויות המדינה הנושאות באחריות כלפי הציבור.

למרות הניחוח הדמוקרטי של יוזמות חקיקתיות כאלה, הרעיון "למסור את המפתחות" ביחס למרחב השיח הציבורי המקוון לרשויות המדינה טומן בחובו סיכונים משמעותיים במישור היחסים שבין הפרט לשלטון. הקושי עם המודל הזה נובע מנקודת עיוורון מרכזית שהוא כולל ביחס לשני מרכיבים קריטיים בזירת המידע המקוונת: (1) רשויות המדינה אינן גורם ניטרלי ביחס לתכני השיח הפוליטי, והן עלולות לנצל לרעה סמכות להפעיל צנזורה; (2) ספק רב האם המדינה היא גורם אכיפתי יעיל על רקע מאפייני השיח הציבורי במרחב המקוון והיקפיו.

אסביר: המשטר החוקתי של מדינות דמוקרטיות מבוסס על ההנחה שהגורם המסוכן ביותר לחופש הביטוי של האזרחים הוא המדינה.⁹⁴ בהתאם לכך, ניתן לומר, בקווים כלליים, כי האסדרה של חופש הביטוי במדינות דמוקרטיות פועלת במודל דו-שלבי:⁹⁵ בשלב ראשון, כל אדם במדינה נהנה מהגנה חוקתית על חופש הביטוי שלו מפני השלטון, באופן שמבקש להבטיח לו זכות מקסימלית להתבטא ולהשתתף כצרכן בשוק הרעיונות והדעות. בשלב שני, הדין מפקיד בידי המדינה סט מוגבל מאוד של כלים להפעלת רגולציה על ביטוי – כלומר, להגביל את חופש הביטוי. לדוגמה, דיני לשון הרע אוסרים ביטוי פוגעני המיועד לפגוע בשמו הטוב של האדם;⁹⁶ המשפט הפלילי אוסר על ביטוי המסית לאלימות וגזענות;⁹⁷ הצנזורה הצבאי מוסמך להגביל תפוצה של ידיעות בתקשורת לשם הגנה על ביטחון הציבור;⁹⁸ ורגולטורים הוסמכו להעניק זיכיונות

⁹³ SB 7072, 2021 Leg. (Fla. 2021). גם ביחס לחוק זה הוגשו עתירות נגד חוקתיות החוק העומדות כרגע לפתחו של

בית המשפט העליון. ראו Moody v. NetChoice, LLC, 603 U.S. 707 (2024).

⁹⁴ לדיון ראו Jack M Balkin, *Free Speech Versus the First Amendment*, 70 UCLA L. REV. 1208 (2023).

⁹⁵ ראו Sandra Fredman, *Freedom of Speech in COMPARATIVE HUMAN RIGHTS LAW* 305 (Sandra Fredman, ed., 2018) (מתארת מודלים חוקתיים להגנה על חופש הביטוי).

⁹⁶ ביחס לדין בישראל ראו חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 ופיתוחיו בהלכה הפסוקה, למשל: ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989); ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פ"ד ס(1) 496 (2005); דנ"א 2121/12 פלוני נ' אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2014).

⁹⁷ ביחס לדין בישראל ראו סעיפים 144ב-ד לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ופיתוחיו בהלכה הפסוקה, למשל: בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (1987); ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996); ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289 (1998).

⁹⁸ ראו למשל, בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזורה הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989).

ולפקח על פעילות גופי התקשורת, כדי להבטיח שמירה על אינטרסים ציבוריים שונים.⁹⁹ בכל אחד מהאמצעים הללו, ורבים נוספים, ניתנת למדינה סמכות מוגבלת לקדם זכויות ואינטרסים ציבוריים הבאים לכדי התנגשות עם חופש הביטוי בנסיבות שונות. הכוח שניתן למדינה הוא מדוד, מתוחם ומכוון בעיקרו למטרות צרות כגון אסדרת פעילותם של קבוצה קטנה וסגורה של גופים תקשורתיים ממוסדים או הגנה על אינטרסים חיוניים כמו ביטחון וסדר ציבורי או זכויות מתחרות.

המנגנון החוקתי הזה לא ניתן לתרגום כפשוטו לזירת המידע המקוונת, בה התערבות המרכזית בחופש הביטוי לא נעשית על ידי המדינה אלא על ידי תאגידים פרטיים, שבניגוד למדינה, אינם רק גורם המגביל את חופש הביטוי, אלא גורם שנהנה בעצמו מהזכות לחופש הביטוי.¹⁰⁰ במדינות אחרות התגלה כי הניסיון של המדינה ליטול מהפלטפורמות את השליטה ברגולציה של ביטוי מקוון, מעורר קשיים משפטיים והתדיינויות ארוכות בבתי המשפט בשל ההשפעה על הזכות לחופש הביטוי של הפלטפורמות.¹⁰¹ בנוסף, חלק ניכר, ולמעשה, חלק הארי של הביטויים המזיקים בפלטפורמות אינם בגדר ביטוי בלתי חוקי. למשל, הפצה והדהוד של פייק-ניוז, תכנים המעודדים פעילויות מסוכנות, וביטוי פוגעני כלפי ציבור, אינם בניגוד לחוק, למרות שהם גורמים מרכזיים ביצירת נזקים במרחב המקוון. תחת הדין הנוהג, הענקת סמכות למדינה לפעול נגד תכנים אלה תצריך הרחבה מהותית ומשמעותית של היקף הביטויים שהמדינה רשאית להגביל תוך הקלה של התנאים ההליכיים לשם כך. תוצאה זו עלולה לפגוע בצורה קשה בחופש הביטוי ולהעניק למדינה כוח צנזורה שעלול להיות מנוצל לצורך פוליטי או אופורטוניסטי.

במישור המעשי, הישענות על רשויות המדינה ביחס לזירת המידע המקוונת שונה בתכלית ממודל האכיפה החל ביחס לתקשורת הממוסדת. בשיח המתקיים במרחב המקוון, כל בעל חשבון משול לעורך המהדורה המרכזית; לכולנו יש מיקרופון חזק ביד, וכל חשבון הוא גורם פוטנציאלי שיש לו כוח להשפיע לטובה ולרעה על השיח הציבורי. כתוצאה מכך, השיח מתנהל בהיקפים ועוצמות חסרי תקדים בהשוואה לעולם הטרום-דיגיטלי. בהתחשב במאפייני זירות הביטוי הללו, מדובר במשימות קשות, אולי בלתי אפשריות, הן בשל גודלן וכמות משאבי האכיפה הדרושה

⁹⁹ ראו למשל, חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.

¹⁰⁰ ניתן לטעון, ובצדק, כי גם גופי תקשורת פרטיים אחרים מחזיקים ביכולת לאסדר את זרם המידע המגיע לציבור ואף ממשים אותה כחלק משגרת פעילותם. ההבדל טמון בכך שגופי התקשורת הממוסדים אינם מבוססים על תוכן של המשתמשים אלא על תכנים שהם יוצרים או לכל הפחות אחראים ליצירתם. בניגוד לכך, פלטפורמות מבוססות על תכני משתמשים ואכיפת הגבלות על משתמשים בצורה שרירותית או מפלה עלולה לפגוע בזכות הגישה שלהם למרחב הציבורי המקוון.

¹⁰¹ הטענה המרכזית של פלטפורמות נגד חוקים המחייבים נשיאה של תוכן מסוים בארצות הברית היא כי מדובר בהפרת זכותן לחופש הביטוי. הרציונל בטיעון הוא כי הבחירה של ספק השירות לפרסם או לא, בפלטפורמה פרטית מקוונת, היא סוג של ביטוי המוגן תחת התיקון הראשון לחוקה. השווה 303 Creative LLC v. Elenis, 143 S. Ct. 2298 (2023) (פסיקה הקובעת כי כפייה על מפתח אתרי אינטרנט לספק שירותים מהווה הפרה של זכויותיו תחת התיקון הראשון).

להן, והן בשל מורכבות המשימות והצורך בהכרעות ערכיות שאין להן תשובה נכונה ברורה.¹⁰² הנה כמה מספרים להמחשה: יו-טיוב נדרשת להתמודד עם 500 שעות של וידאו המועלות לפלטפורמה בכל דקה,¹⁰³ מה שמוביל להסרה של כ-9 מיליון סרטונים ברבעון המהווים פחות מ-1% מהתוכן המועלה.¹⁰⁴ X צריכה לוודא בכל יום כי 500 מיליון ציוצים חדשים עומדים בכללי הקהילה שלה.¹⁰⁵ בפייסבוק, בכל דקה מועלים מעל ל-500,000 תגובות, 300,000 סטטוסים ו-100,000 תמונות,¹⁰⁶ והפלטפורמה, לפי הצהרת מטא, מקבלת כ-100 מיליון החלטות אכיפה ביום.¹⁰⁷ אכיפת כללי הקהילה על כמעט כל ביט (byte) של תוכן היא תלוית הקשר, שבתורו תלוי במקום, שפה, תרבות ומאפיינים נוספים.¹⁰⁸ כמו כן, נוכח מאפייני האינטרנט ואלמנט ההחמרה של נזקים כתוצאה מ"ויראליות" של פרסומים מזיקים, על האכיפה להיעשות במהירות שאינה מוכרת לנו מהליכים משפטיים בעולם הפיזי. לא היה רגולטור מדינתי בהיסטוריה שנאלץ להתמודד עם אכיפת חוק בסדרי גודל כאלה ומול מורכבויות שכאלה. גם אם לוקחים בחשבון שהתוכן שמקורו בישראל הוא שבריר מהמספרים האמורים, אלה לא היקפים שמערכות אכיפת החוק מסוגלות לטפל בו בצורה יעילה.

הצעת חוק למניעת ביצוע עברות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן) (התשפ"ב-2021) מהווה דוגמה לחולשות של ניסיון לייבא את הפרדיגמה לישראל. הצעת החוק מבקשת למסד מנגנון לפיו שופט בבית משפט מחוזי יהיה מוסמך להוציא צו הסרת תוכן ביחס לפרסומים העולים כדי עבירה פלילית ויש בהם לפגוע בביטחון הפיזי או הנפשי של אדם או בביטחון המדינה. ראשית, החקיקה נשענת על נוסחאות איוון המקובלות מהמשפט הציבורי, העוסק בחשש מפני הגבלת חופש הביטוי בידי השלטון, ולא מבוססת על התמודדות עם אתגרי הביטוי במרחב המקוון. שנית, החקיקה חלה רק על ביטויים המהווים עבירה פלילית, ובכך מותירה את רוב הביטוי המזיק במרחב המקוון מחוץ להיקף התחולה של האסדרה. ולבסוף, המנגנון שהחוק מקים

¹⁰² ראו למשל Tarleton Gillespie, *Platforms are not Intermediaries*, 2 GEO. L. TECH. REV. 198 (2018).

¹⁰³ ראו [YouTube by numbers](#), YOUTUBE (last visited Dec. 10, 2024).

¹⁰⁴ נתונים אלה נמסרו על ידי דרק סלייטר, מנהל גלובלי של מחלקת מדיניות מידע, ממשל ומדיניות ציבורית בגוגל, בשימוע שנערך בפני הוועדה להתאמת המשפט לאתגרי החדשנות והאצת הטכנולוגיה (ועדת דוידר) (16.2.2022). ראו [נציגי גוגל ומטא מופיעים בפני חברי הוועדה להתאמת המשפט לאתגרי החדשנות והאצת הטכנולוגיה](#), משרד המשפטים (ביקור אחרון: 10 בינואר, 2025).

¹⁰⁵ ראו Sarah Perez, [Actually, X sees 500M posts per day — not 100M-200M as Musk recently said](#), TECH CRUNCH (oct. 4, 2023).

¹⁰⁶ ראו Maddy Osman, [Wild and Interesting Facebook Statistics and Facts](#), Kinsta (Jul. 19, 2024), (last visited Dec. 10, 2024).

¹⁰⁷ ראו Oversight Board, [Policy advisory opinion on Meta's cross-check](#), PAO-2021-02, at 3 program.

¹⁰⁸ על הקושי של הבנת ההקשר בהפעלת פעולות אכיפת תוכן ראו למשל Mike Masnick, [Content Moderation at Scale Is Impossible: Recent Examples of Misunderstanding Context](#), TECHDIRT (Feb. 26, 2021).

כולל בקשה מצד תובע, אישור של היועץ המשפטי לממשלה (או גורם מוסמך מטעמו) ובחינה של בית המשפט המחוזי לאחר קיום הליך שיפוטי בהשתתפות כל הצדדים המעורבים. זהו מנגנון איטי, מסורבל, ודל במשאבים ביחס לכמויות התוכן, ואין כל סיכוי שיוכל לספק לציבור הישראלי מנגנון אכיפה יעיל, מהיר, אפקטיבי וצודק. לקשיים האמורים מצטרפת העובדה שלמדינה אין כל יכולת להשפיע דרך חקיקה מהסוג הזה על מנגנונים אחרים הפועלים בפלטפורמות כמו מערכות הדירוג וההעדפה האלגוריתמיות, אשר יש להן השפעה משמעותית הרבה יותר על הצטברות הנוקים במרחב המקוון.

ג. הפרדיגמה הציבורית: חוקתיות בעידן הדיגיטלי

עולה אפוא כי אף אחת מהפרדיגמות שנדונו בפרק ג' לא מציעה פתרון מקיף ומשכנע לאתגרי הפלטפורמות באופן שיאפשר לצמצם את ההחצנות החברתיות ולספק הגנה ראויה על ערכי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו. לכל אחת מהן יתרונות בהגשמת מטרות חברתיות מסוימות תוך נכונות לשאת במחירים ביחס לאחרות, אך הן לא מסוגלות להציע כלים אפקטיביים להתמודדות עם האופן שבו תופעת הפלטפורמות חותרת תחת יסודות הדמוקרטיה הליברלית כמתואר בפרק א'. **הגישה הנאו-ליברלית** נותרת ללא מענה לחשש הנובע מהסכנות של הענקת סמכות נטולת אחריות לגופים פרטיים-מסחריים, אשר ביחס למשתמש הישראלי הם גם גופים זרים. **הגישה הרגולטורית-צרכנית** מתמקדת בסיכונים חברתיים ששורשם בכוח השוק שצברו הפלטפורמות אך לא מספקת מבט הוליסטי על הצורך להתמודד עם הכוח הפוליטי שצברו ומשמעותו ביחס לעיצוב מרקם החיים הדמוקרטי. **ופרדיגמת הפיקוד והשליטה** לוקה בעיוורון ביחס לסיכונים הנובעים מהענקת סמכויות מרחיקות לכת למדינה לעצב את מרחב השיח הציבורי תוך הכפפת הכוח של הפלטפורמות לצרכיהן.

על רקע זה, בשנים האחרונות התחיל לצמוח שיח מחקרי הממשיג את אתגרי הפלטפורמות ואת הפתרונות המשפטיים הנדרשים להסדרת פעילותן (ברמה הרעיונית, לאו דווקא הטכנית) דרך נקודת המבט של המשפט הציבורי. השיח הזה אינו מגיע ממקום אחד ולא התגבש עד כה בכתיבה המחקרית לתיאוריה מהודקת, אך יסודותיו הרעיוניים מתחילים להשפיע על יוזמות חקיקה ורגולציה שמתפתחות בעולם הדמוקרטי. מטרת פרק זה היא לפרוש את יסודות הפרדיגמה הציבורית, לארוז אותה לתיאוריה מגובשת ומוכחנת מהפרדיגמות הקיימות, ולהדגים כיצד היא באה לידי ביטוי במדיניות רגולטורית ובחקיקה ברחבי העולם. בסיכומם של דברים, אטען כי ראוי שפרדיגמה זו תהיה הבסיס לקידום הנדרש של אסדרת שוק פלטפורמות התוכן המקוונות בישראל.

1. המשגה

היסודות התיאורטיים עליהם החלה לצמוח הפרדיגמה הציבורית הונחו כבר בשנותיו הראשונות של האינטרנט המסחרי. בכתיבה הביקורתית בסוף שנות ה-90 החלו חוקרים להמשיג את ה-'ארכיטקטורה' הטכנולוגית כבעלת כוח מעין רגולטורי אשר לו השפעה שלילית אפשרית על זכויות אדם. ג'ואל ריידנברג טבע את המונח Lex-informatica, לפיו נורמות ואילוצים

שמופעלים דרך הטכנולוגיה מכוונים התנהגות של משתמשים בצורה דומה לחוק, אך באופן אוטונומי ובלתי תלוי בו.¹⁰⁹ זמן קצר לאחר מכן, לורנס לסיג טען כי המגבלות הטכנולוגיות המוטמעות במערכות דיגיטליות הן בעצם צורה של רגולציה, שמשפיעה על התנהגות המשתמשים בדומה לאופן שבו חוקים משפיעים על התנהגות בחברה.¹¹⁰ בסביבה הדיגיטלית, "קוד" הופך להיות הכוח הדומיננטי המגביל או מאפשר התנהגות, ולכן מי שכותב את הקוד הוא בעל כוח להשפיע אילו ערכים יוטמעו בו.¹¹¹

המשך פיתוח הרעיונות הללו לפרדיגמה רחבה יותר המשיך בכתיבתו של פרופ' ג'ק בלקין, מומחה אמריקאי למשפט חוקתי וחופש הביטוי. בלקין טבע את הביטוי "free speech is a triangle" לתאור מערכת היחסים בין גופים מסחריים הפועלים בשרשרת האספקה של האינטרנט (לא רק פלטפורמות תוכן), השלטון, והפרט במרחב המקוון.¹¹² הוא היה הראשון להציג בעיה שהופיעה במרחב המקוון – במקרה זה, קביעת גבולות חופש הביטוי של המשתמשים שמשתפים תוכן ברשת – דרך מטאפורה של משולש שקודקודיו הם הפרט ושני 'רגולטורים' שפועלים מולו במקביל: המדינה וחברות האינטרנט. אמנם המודל לא מניח שוויון כוחות בין המדינה ותאגידי האינטרנט, אך מדגים כיצד במישור שבין התאגידים לפרט מתפתח דינמיקה של בירוקרטיה שלטונית כלפי הנשלטים-משתמשים.¹¹³

בשנים האחרונות ההמשגה הזו קונה אחיזה בספרות המחקרית ובהדרגה גם בחקיקה. בארצות-הברית מתרבים מחקרים שממשיגים את הפלטפורמות כגורמים המפעילים כוח מעין-שלטוני וגוזרים מכך מסקנות נורמטיביות.¹¹⁴ מחקרים אלה מציעים רעיונות העוסקים בהגבלה וביזור כוח שנשאבו מענפי המשפט החוקתי והמנהלי ומתיאוריות של הפרטה.¹¹⁵ באירופה החלה להתפתח תנועת החוקתנות הדיגיטלית (Digital Constitutionalism) הבוחנת, בין היתר, את תופעת הפלטפורמות דרך עדשה של משפט חוקתי כבסיס ללגיטימיות התפקיד שהפלטפורמות

109 Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 Tex. L. Rev. 553 (1998)

110 LAWRENCE LESSIG, CODE: VERSION 2.0 (2006) (גרסה מוקדמת של הספר פורסמה בשנת 1999).

111 שם, בעמ' 31–37.

112 Jack M. Balkin, *Free speech is a Triangle*, 118 COLUM. L. REV. 2011 (2018)

113 Jack Balkin, *Free Speech Versus the First Amendment*, 70 UCLA L. REV. 1206, 1215–20 (2023).

114 ראו למשל Eichensehr, לעיל ה"ש 41; Cohen; לעיל ה"ש 30; Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1598, 1630–57 (2018); Alan Z. Rozenshtein, *Surveillance Intermediaries*, 70 STAN. L. REV. 99, 187 (2018); Evelyn Douek, *Content Moderation as Systems Thinking*, 136 HARV. L. REV. 526, 539–48 (2022).

115 לדוגמה, דואק עורכת אנלוגיה בין מערכות ניטור ופיקוח תוכן בפלטפורמות לבין רשויות מנהליות, וממנה מגיעה למסקנה על הצורך בהפרדת רשויות פנימית בתוך פונקציות שונות שממלאת הפלטפורמה. ראו Douek, לעיל ה"ש 114, בעמ' 587.

ממלאות בחברה בעידן הדיגיטלי.¹¹⁶ במשפט הבינלאומי מתקיים דיון ער על זכויות אדם "דיגיטליות" תוך התמקדות בהיקף תחולתן על הפלטפורמות, על אף היותן שחקניות פרטיות.¹¹⁷ נקודת המבט המשפטית הציבורית שבאה לידי ביטוי בשיח המחקרי הזה מאפשרת גיבוש של רעיונות חדשים ביחס לאתגר הטכנולוגי ומסייעת לנתח תופעות קיימות ואת השלכותיהן. לדוגמה, המעבר לפרדיגמה ציבורית ביחס לדיון על הלגיטימיות של "שלטון הפלטפורמות" מייצג הבנה כי לא ניתן לבסס לגיטימציה להשפעה העצומה של הפלטפורמות על המרחב הציבורי וזכויות המשתמשים רק דרך ההסכמה החוזית (הפגומה) שהמשתמשים מוסרים בתחילת השימוש בשירות המוצע. ואכן, החשיבה על היחסים בין פלטפורמות לבין משתמשים באכיפת תנאי השימוש דרך העדשה של הליך נאות (due process) היותה בסיס לחלקים מהחקיקה האירופאית החדשה שמעמידים סדרה של דרישות הליכיות ביחס לפעילות האכיפה העצמית של פלטפורמות מגודל מסויים.¹¹⁸

לאור ההתפתחויות הללו, נכון להרחיב את המטאפורה של בלקין מעבר לתחומי חופש הביטוי. יהיה מדויק יותר לומר כי בעידן הדיגיטלי – *governance is a triangle*. כלומר, החיים במרחב המקוון מוסדרים ונשלטים על ידי מערכת שלטון היברידית. הכוח שמופעל על האזרח-משתמש הוא כוח כפול, בידי הממשלה מצד אחד והפלטפורמות מצד שני.¹¹⁹ הנחת היסוד של מה שאגדיר כאן כפרדיגמה הציבורית הוא כי העצמה בלתי מבוקרת של כל צד במשוואה באמצעות יצירת משטר משפטי לא מאוזן עלולה לייצר סיכונים משמעותיים לזכויות הפרט, לערכים חברתיים חשובים, ולאופן בו פועל המשטר הדמוקרטי. המסגרת המשפטית הראויה להסדרת זירת המידע המקוונת היא זו שבוחנת את הכוח הפוליטי המשמעותי של המדינה במרחב המקוון מצד אחד והפלטפורמות מצד שני, ומסוגלת להציע תיאוריה רציונלית להקצאת הסמכויות אשר תייצר מערך זכויות וחובות באופן שמנהל את הסיכונים מצד שני בעלי הכוח. מכאן,

116 GIOVANNI DE GREGORIO, DIGITAL CONSTITUTIONALISM IN EUROPE: REFRAMING RIGHTS AND POWERS IN THE ALGORITHMIC SOCIETY (2019); Anu Bradford, *Europe's Digital Constitution*, 64 VA. J. INT'L L. 1 (2023) ראו

117 Gabor Rona & Lauren Aarons, *State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace*, 8 J. NAT'L SEC. L. & POLY. 503 (2016) דאפנה דרור-שפוליאנסקי & יוואל שאני, *It's the End of the (Offline) World as We Know it: From Human Rights to Digital Human Rights – A Proposed Typology*, 32 Euro. J. Int'l L. 1249 (2021) לגישות שונות בנושא זה השוו

118 ראו חוק השירותים הדיגיטליים, לעיל ה"ש 17, בסעיפים 17–18. להרחבה ראו להלן בפרק ד' (2)(ג).
119 טיעון נגד אפשרי למסקנה זו הוא כי בסופו של דבר, כל מי שבוחר לעשות שימוש בשירותי פלטפורמות תוכן מקוונות עושה זאת מתוך בחירה חופשית להתקשר בחוזה המבוסס על תנאי השימוש המוצעים, וגם אם החוזה מגביל את חופש הביטוי או את חירות המשתמשים בצורה זו או אחרת, אין הדבר דומה ל"שלטון" במובנו הפוליטי. התשובה הקצרה לטיעון זה היא כי רעיון הבחירה כאן הוא אשליה. משתמש שבוחר לא לקחת חלק במרחבי הפלטפורמות הגדולות מאבד, הלכה למעשה, חלק ניכר מיכולתו לקחת חלק פעיל בחיי החברה והקהילה. בתנאים אלה, משתמשים אנוסים לקבל על עצמם כללים ומנגנוני אכיפה שבפועל מייצרים כפייה על התנהגותם בדומה למערכות אכיפת חוק. להרחבת הטיעון ראו Cohen, לעיל ה"ש 30 בעמ' 235, Gil, לעיל ה"ש 35, בעמ' 4–5.

מתבקשת המסקנה כי נדרשת פרספקטיבה שמורגלת בבחינת יחסי הכוח בין הפרט לשלטון, ובמיוחד בין שחקנים שלטוניים שונים. במילים אחרות, נדרשות יותר תובנות מהמשפט הציבורי ושילובן עם תובנות מענפי משפט ומחקר אחרים. העקרון הבסיסי ביותר של המשפט הציבורי דורש כי מי ששולט בחייהם של אנשים ומפעיל כלפיהם אמצעים שונים של כפייה, חייב לפעול תחת מסגרת כלשהי של כללים אשר מבטיחים יחס הגון כלפי הנשלטים, ביזור של הכוח, והתנהלות כללית שמכוונת לקדם את רווחתם.¹²⁰ עקרון זה חל ביחס לשלטון הפועל במדינה; לכל הפחות, יש לו מה ללמד אותנו ביחס לשלטון הפלטפורמות.

לתיאוריות שצמחו בשדה המשפט הציבורי יש ערך משמעותי במסגרת הפרדיגמה החדשה. למשל, תיאוריות של הפרדת רשויות מאפשרות לחשוב על מבנים ארגוניים-תאגידיים חדשים בתוך ענקיות הטכנולוגיה¹²¹ או להבנה של היחסים בין מפעילי הפלטפורמות לבין ממשלות.¹²² שימוש ברעיונות המבוססים על עקרון שלטון החוק מאפשרים להגביר את הלגיטימציה של מנגנוני יצירת ואכיפת תנאי השימוש בפלטפורמות.¹²³ והחלת המסגרת התיאורטית של דמוקרטיה מתגוננת מעניקה כלים חדשים ליישוב המתח בין חופש הביטוי של גורמים פרטיים לבין ההגנה על מוסדות דמוקרטיים מפני הסיכונים הייחודיים של תופעת הפלטפורמות.¹²⁴

מזווית אחרת, אימוץ פרדיגמה ציבורית הכרחי כדי לבחון את ההשפעות החוקתיות של פעילות אסדרה של פלטפורמות מקוונות מצד ממשלות. כמתואר לעיל, חוקים שנחקקו לאחרונה במדינות שונות בארצות-הברית כוללים איסור על פלטפורמות למנוע את הצגתם של תכנים מסויימים, ובפרט, להסיר או להוריד דירוג של תוכן המועלה על ידי מועמדים פוליטיים וגורמים עיתונאיים.¹²⁵ התערבות מדינתית כזו, המטילה בפועל חובת פרסום ביחס לתכנים מסויימים או

¹²⁰ NICOLAS SUZOR, LAWLESS: THE SECRET RULES THAT GOVERN OUR DIGITAL LIVES (מפרט כיצד עקרונות בסיסיים של שלטון החוק יכולים לשמש אמת מידה לבחינת הלגיטימיות של פעילות ענקיות האינטרנט). 106–114 (2019)

¹²¹ ראו Niva Elkin-Koren & Maayan Perel, *Separation of Functions for AI: Restraining Speech Regulation by Online Platform*, 24 LEWIS & CLARK L. REV. 857 (2020)

¹²² Elad D. Gil, *Cyber Checks and Balances*, 54 CORNELL INT'L L.J. 381 (2021). להרחבת טיעון זה ראו

¹²³ Nicolas Suzor, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, 4 SOCIAL MEDIA + SOCIETY 1 (2018); David Kaye, *Not Just Governors: Platform Rules and Public Law*, CTR. FOR INT'L GOVERNANCE INNOVATION (Jun. 13, 2022)

¹²⁴ ראו Aziz Z. Huq, *Militant Democracy Comes to the Metaverse?*, 72 EMORY L. J. 1105, 1112 (2023); Neil W. Netanel, *Applying Militant Democracy to Defend Against Social Media Harms*, 48 CARDOZO L. REV. (forthcoming, 2023). [Available at SSRN](#)

¹²⁵ Florida Senate Bill No. 7072, Florida One Hundred Twenty-Third Regular Session, 2021 Texas House Bill No 20—Relating to Censorship of or Certain Other Interference With Digital Expression, Including Expression on Social Media Platforms or Through Electronic Mail Messages (9/9/2021), 2 Cybercrime & Security § 13:32

דוברים מסוימים על גורם פרטי, מעלה שאלות תקדימיות ומרחיקות לכת על חופש הביטוי של תאגידים.¹²⁶ הפרדיגמה הציבורית מספקת מסגרת שמקלה על איתור הסיכונים הנגזרים מכך ועל גיבוש מענה משפטי ראוי לסיכון כלל הסיכונים המעורבים.

התובנות הללו צריכות לקבל ביטוי באסדרה של פעילות פלטפורמות תוכן מקוונות בדין הישראלי. עד היום, כאמור, למרות היקפי השימוש המאסיביים ברשתות על ידי הציבור בישראל, ולמרות שבתנאים הביטחוניים והחברתיים החלים בישראל עלולות להיות משמעות מרחיקות לכת לתת-רגולציה של פעילותן, לא השכילה הכנסת להעביר חקיקה בנושא.¹²⁷ בחלק הבא אבקש להדגים כיצד תובנות שעולות מהפרדיגמה הציבורית יוכלו לסייע בקידום הסדרים חקיקתיים ראויים.

קודם לכן, יש מקום להבהרה מתודולוגית. יישום הפרדיגמה הציבורית אין פירושו אימוץ של גישה הרואה בפלטפורמות גופים מעין-ציבוריים (או בלשון המקובלת בדין הישראלי: "גופים דו-מהותיים") לצורך הטלת אחריות משפטית עליהן.¹²⁸ תיאוריית הגופים הדו-מהותיים (או, "הדואליות הנורמטיבית") שהתפתחה בפסיקה הישראלית גורסת כי גופים פרטיים הממלאים תפקיד בעל אופי ציבורי, פועלים מכוח הדין, מחזיקים בעוצמה רבה בשל מעמדם בשוק או שיש להם מונופול על אספקת שירותים ציבוריים – נדרשים לשקלל אינטרסים ציבוריים בתהליכי קבלת ההחלטות שלהם.¹²⁹ האמצעי להבטיח זאת, בדומה לבקרה המתקיימת על גופים שלטוניים, היא דרך הכפפתם לעקרונות המשפט הציבורי: בין היתר, עליהם לנהוג בשקיפות ובהגיונות, לפעול

¹²⁶ NetChoice, LLC v. Atty Gen., Fla., 34 F.4th 1196, 1203 (11th Cir. 2022)

We hold that it is substantially likely that social-media companies – even the biggest ones – are "private actors" whose rights the First Amendment protects, *Manhattan Cmty.*, 139 S. Ct. at 1926, that their so-called "content-moderation" decisions constitute protected exercises of editorial judgment, and that the provisions of the new Florida law that restrict large platforms' ability to engage in content moderation unconstitutionally burden that prerogative.

¹²⁷ בשנים האחרונות הוצעו מספר הצעות חוק בנושא, רובן ביקשו לעסוק בהיבט מסוים של תופעת הפלטפורמות. ראו למשל, ה"ח למניעת ביצוע עבירות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן) התשפ"ב פ/24/2317 והצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון - מענה אנושי בשירותים מקוונים), התשפ"ב-2021 פ/24/2867. להערכה ביקורתית של ההצעות ראו אלעד גיל "מתווה חשיבה יישומי לאסדרת פלטפורמות תוכן דיגיטליות בישראל" תכלית – המכון למדיניות ישראלית ומרכז פדרמן לחקר הסייבר באוניברסיטה העברית 5-6 (2022). בשנת 2022 בעקבות עבודתה של ועדת דויד במשרד המשפטים, נוסח תזכיר חוק אך זה לא פורסם לציבור מעולם עקב התפזרות הכנסת זמן קצר אחר כך. ראו נבו טרבלסי, משרד המשפטים מציג: החוק שיאפשר לתבוע בקלות את הרשתות החברתיות בישראל, גלובס (29.9.2022).

¹²⁸ ליסודות הדוקטרינה של החלת חובות מהמשפט הציבורי על גופים דו-מהותיים ראו אסף הראל גופים דו-מהותיים (2008); אמנון רובינשטיין וערן דויד "המדינה היא לא עסק פרטי תמורות בהחלת נורמות המשפט הציבורי: ממתן לגיטימציה לגופים שלטוניים להפר נורמות ציבוריות ועד אכיפת נורמות ציבוריות בגופים פרטיים" בתוך ספר דניאל עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 855 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

¹²⁹ ראו למשל, בג"ץ 3933/11 מכבי שירותי בריאות נ' שר הבריאות, פסקה 26 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו) (25.3.2014).

במידתיות ובסבירות, ולכבד זכויות אדם.¹³⁰ לאחרונה, הועלו בישראל קולות הקוראים לסווג פלטפורמות תוכן מקוונות כגופים דו-מהותיים. בכתיבה האקדמית, הועלתה הטענה כי "בצמיחתן של הרשתות החברתיות כזירות להקצאה ולעיצוב של זכויות אדם משתקף דמיון של פלטפורמות אלה למדינה. דמיון זה, הנוגע בליבו של אחד מתפקידיה החשובים והעתיקים של המדינה, מצביע על מאפייני ציבורי מובהק של פלטפורמות אלה ומצדיק את החלתן של נורמות מן המשפט הציבורי עליהן".¹³¹ הרעיון לנהוג בפלטפורמות כגופים ציבוריים אף התעורר בזרם מחקרי (שולי יחסית) במשפט האמריקאי, אם כי הוא מתורגם בפועל למדיניות משפטית שונה מאשר זו המוצעת בישראל.¹³² רעיונות אלה חדרו גם לשיח על עתיד החקיקה בישראל. צוות מומחים אשר ייעץ לשר התקשורת בנושא אסדרת פלטפורמות ("ועדת בן-חורין") קבע: "ההשפעה המשמעותית שיש לפלטפורמות החברתיות על החברה בישראל והשיח הציבורי המתנהל בה, וכן התלות הרבה של המשתמשים בפלטפורמות, מצדיקים לדעת הוועדה להחיל על התנהלות מפעילי הפלטפורמות עקרונות מעולם המשפט הציבורי."¹³³ כתוצאה מכך, לשיטת הוועדה, "יש להחיל על מפעילי הפלטפורמות בהתנהלותם מול משתמשים וצדדים שלישיים, עקרונות מהמשפט המנהלי כמו סבירות, מידתיות ואובייקטיביות".¹³⁴

הגישה הדוגלת בהחלה ישירה של המשפט הציבורי על פלטפורמות תוכן מקוונות על יסוד דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית מהווה לראייתי צעד בכיוון הנכון, אך היא עוצרת את המהלך הרעיוני מוקדם מדי, ובכך מסתכנת בהענקת כוח יתר למדינה ומוסדותיה בדומה לפרדיגמת הפיקוד והשליטה. **במישור התיאורטי**, דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית כפי שהתפתחה בדין הישראלי עוסקת בסיכונים הנובעים מאספקת שירותים ציבוריים המשפיעים על זכויות אדם על

¹³⁰ ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992).

¹³¹ נועה מור "רשתות חברתיות מקוונות כזירות לעיצוב זכויות והקצאתן: לקראת החלתן של חובות מן המשפט הציבורי" **דין ודברים** יד 127 (2020). ראו עוד, אורית פישמן אפורי ואור סדן "ענקיות הרשת כגופים דו-מהותיים: פיתוח ממשל דיגיטלי בישראל" בתוך **טכנולוגיות מתפרצות: אתגרים בדין הישראלי** 135 (ליאור זמר, דב גרינבאום ואביב גאון עורכים, 2022).

¹³² השור Jonathan Peters, *The "Sovereigns of Cyberspace" and State Action: The First Amendment's Application (or Lack Thereof) to Third-Party Platforms*, 32 BERKELEY TECH. L.J. 989 (2017) (דן בטענה כי פעילות פיקוח תוכן בפלטפורמות מקוונות צריכה להיות כפופה להוראות התיקון הראשון לחוקה האמריקאית, שמשמעותה הגבלה משמעותית על יכולתן של הפלטפורמות לערוך בקרת תוכן המבוססת על נקודת מבט); Peter Swire, [Should the Leading Online Tech Companies Be Regulated as Public Utilities?](#), LAWFARE (Aug. 2, 2017) (בוחרן האם יש להתייחס לרשתות חברתיות כספקיות של מוצרים ציבוריים); Philip N. Howard, *Let's Nationalize Facebook*, SLATE (Aug. 16, 2012) (טוען כי הדרך היחידה להגן על משתמשים היא הלאמה של רשתות חברתיות גדולות).

¹³³ משרד התקשורת דו"ח **המלצות הוועדה - הצוות המייעץ לשר התקשורת לבחינת האסדרה על פלטפורמות תוכן דיגיטליות** 9-10 (2022) <https://www.gov.il/he/pages/14122022>.

¹³⁴ שם, בעמ' 27.

ידי גופים פרטיים.¹³⁵ היא ערנית למבנה התמריצים המעוות של גוף פרטי העוסק בניהול משאב ציבורי או בהקצאה ומימוש של זכויות אדם, ומבקשת לצמצם את השפעותיו על התנהגות הגוף הפרטי על ידי החלת חובות המשפט המנהלי והענקת כוח לרשויות שלטון לפקח דרכו על פעילותו.¹³⁶ מנגד, הדוקטרינה לא מתמקדת בסיכונים הנובעים מהפעלת כוח על ידי המדינה בתחום הפעילות של הגוף הדו-מהותי.¹³⁷ מערך השיקולים העיקרי שמצדיק את הפרטת השירותים הניתנים לציבור על ידי גופים דו-מהותיים עוסק בעיקרו בשיפור השירות והיעילות, הפחתת הנטל הכלכלי על המינהל הציבורי ועל הציבור, וצמצום הבירוקרטיה העודפת הנלווית לשירותים ממשלתיים.¹³⁸ בלא יתרונות אלה, נשמט חלק גדול מההצדקות להפרטת הפעילות. הנחת יסוד זו אינה בעלת תוקף ביחס לזירת המידע המקוונת: הסיבה שאין החוק מקנה לרשויות השלטון סמכות להפעיל צנזורה, לקדם קולות ודוברים מסוימים, לדחוק אחרים, ולשלוט באלגוריתמים המעצבים את השיח הציבורי אינה רק שיקולי יעילות, שיפור השירות והפחתת בירוקרטיה, אלא שיקולים הנובעים ממוסכמות היסוד של הדמוקרטיה. לא היינו מקנים לשלטון סמכויות כאלה מחוץ למרחב המקוון, ואין סיבה לאמץ דוקטרינה שתאפשר זאת בתוכו. בניסוח אחר, פלטפורמות תוכן מקוונות שונות מגופים דו-מהותיים אחרים בכך שאינן רק יעד לרגולציה על ידי הממשלה בשל אספקה של מוצר מעין-ציבורי, אלא גם כלי שרת בידיה: אם המיקוד של המשטר המשפטי יעסוק רק בריסון כוחן של הפלטפורמות כגופים דו-מהותיים, הוא ישחק לידיהן של ממשלות תאוות כוח שיבקשו לממש שליטה במידע וצנזורה דרך הכפפת הפלטפורמות.

במישור המעשי, יש לפקפק ביכולת המוסדית של רשויות השלטון (הרשות המבצעת כמובן, אך הדברים נכונים גם ביחס לרשות השופטת), לפתח באמצעות דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית כלים יעילים ואפקטיביים להתמודדות עם ההחצנות של זירת המידע המקוונת. סיבה ראשונה לכך היא המהירות וההיקף של השיח המקוון, העולים בהרבה על הקיבולת המוסדית של בתי המשפט ומוסדות האכיפה המדינתיים. סיבה שנייה היא אי-הוודאות שתיווצר במשטר משפטי שכזה, אשר תעמיד את ישראל כחריג ביחס לרוב משטרי האחריות שהתפתחו בעולם הדמוקרטי ביחס

¹³⁵ ראו למשל, יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א – המינהל הציבורי 524–526 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010); אסף הראל **גופים ונושאי משרה דו-מהותיים** 19 (מהדורה שנייה, 2019).

¹³⁶ שם בעמ' 28 ("הטלת חובות מתחום המשפט הציבורי על גוף פרטי כזה נועדה למנוע פגיעה חזיתית בזכויות ובאינטרסים מוגנים של הציבור או ניצול לרעה של משאבים אלה"). על התיאוריה העומדת ביסוד גישה זו ראו באופן כללי Jody Freeman, *Extending Public Accountability Through Privatization: From Public Law to Publicization*, in PUBLIC ACCOUNTABILITY: DESIGNS, DILEMMAS AND EXPERIENCES 83 (MICHAEL L. DOWDLE, ED., 2006).

¹³⁷ לביקורת על כך ראו אלון הראל ואסף שרון "הפרטה רדיקלית" **משפטים** מז 287 (2008) (טוענים כי קיים סוג של הפרטה שאינו מיועד לשרת תכליות תועלתניות-כלכליות אלא לעקוף מגבלות חוקתיות).

¹³⁸ ראו למשל, Michael J. Trebilcock & Edward M. Lacobucci, *Privatization and Accountability*, 116 HARV. L. REV. 1422, 1435–1436 (2003).

לפלטפורמות.¹³⁹ לדוגמה, יש לפקפק האם פסיקה הקובעת כי על מפעילי הפלטפורמות לנהוג ביחס לפעילות של משתמשים בישראל "בסבירות" תוכל לגרום לשינוי התנהגות חיובי מצד הפלטפורמות הזרות. חשש דומה חל גם ביחס להחלה בדיעבד (ex-post) של החובה לכבד את חופש הביטוי של משתמש פלוני או את הזכות להליך נאות של משתמשת אלמונית. בכל המקרים הללו, בתי המשפט יגבשו הכרעות נורמטיביות על המדיניות המשפטית הרצויה ביחס למרחב המקוון על יסוד מקרי קצה שיגיעו להתדיינות משפטית. הם יוכלו לפעול לתיקון עוול במקרה הפרטי מתוך ראייה צרה של הסכסוך המגיע אליהם, אך יהיו מוגבלים מאוד ביכולתם להביא את הפלטפורמות לאמץ התנהגות אופטימלית בניהול הסיכונים והקצאת המשאבים שלהן. לבסוף, קיים הבדל משמעותי באופיים ועוצמתם הפוליטית של גופים דו-מהותיים טיפוסיים בהשוואה לפלטפורמות. גופים דו-מהותיים טיפוסיים כפופים למדינה ונאלצים לקבל את תכתיביה, לרבות הטלת חובות עליהם מהמשפט הציבורי. בניגוד לכך, תאגידי הענק העומדים מאחורי הפלטפורמות מחזיקים במעין "מאזן כוח" מול המדינה, אותו יש לנהל בתבונה ובזהירות. מקורו של מאזן כוח בשורה של מאפיינים הקשורים בין היתר, לריכוזיות של שוק הפלטפורמות, לכך שהשחקניות הגדולות בו מגלגלות מחזורי ענק שהשוק הישראלי מהווה פרומיל ממנו, לשליטתן במשאב של מדינות ולגורמי שלטון יש אינטרסים בו, ולמגוון הרחב של בעלי עניין מכל העולם המעצבים את העדפותיהם.¹⁴⁰ ביזור מערכת היחסים איתם לערכאות השיפוט השונות אשר אינן מתמחות בכך, עלול להוביל למדיניות משפטית לא אופטימלית.

הפרידיגמה הציבורית יוצאת מהנחות יסוד שונות ומגיעה לתוצאות שונות. בנקודת המוצא, היא מזהה את הפלטפורמות והמדינה כשני בעלי כוח שיש להקצות להם סמכויות, כולל הסמכות להגבלת זכויות אדם, לשם קידום זירת מידע מקוונת חופשית ובטוחה, ובד בבד לבוד ביניהם את הכוח ולהגבילו בדרך של רסנים משפטיים אפקטיביים. ביחסה לפלטפורמות, היא מבקשת להשתמש בתיאוריות, רעיונות וכלים מתוך המשפט הציבורי, אך לא להחילו בתחולה ישירה בשל ההבדלים המרכזיים באופיין של הפלטפורמות מגופים שלטוניים או דו-מהותיים טיפוסיים.

¹³⁹ שיקול חשוב בהיבט זה הוא יסודותיה העמומים של דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית בדין הישראלי. ראו למשל דותן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 129 (טוען כי "הרכיבים השונים של דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים רחוקים מלהיות מוגדרים וברורים").

¹⁴⁰ ראו למשל, Gil לעיל ה"ש 122, בעמ' 388–396. אחד הביטויים המשמעותיים למאזן הכוח הוא איום מצד הפלטפורמות, כחברות רב-לאומיות, לצמצם פעילות או אף לצאת מהשוק המקומי, תוצאה שיש לה עלויות כלכליות, חברתיות ופוליטיות למדינה המושפעת, ואשר הוכח במספר מקרים כאיום אפקטיבי. כך למשל, בתגובה להצעת חוק באוסטרליה שהטילה חובה על רשתות חברתיות לשלם תמלוגים לרשתות תקשורת מקומיות על שיתוף תוכן חדשותי בפלטפורמה, פייסבוק מנעה שיתוף פרסומים שכללו תוכן חדשותי מהמדינה, ואף השעתה חשבונות ממשלתיים לתקופה מוגבלת עד שהצדדים הגיעו להסכמות. ראו [Changes to Sharing and Viewing News on Facebook in Australia](#) (Feb. 17, 2021), במקרה אחר, קיצוני יותר, רשת X הודיעה על הפסקת שירותיה בברזיל בשל מדיניות משפטית שקידמה לשיטתה צנזורה בפלטפורמה. ראו Ione Wells & Andre Rhoden-Paul, [X suspends business in Brazil over censorship row](#), BBC (Aug. 17, 2024).

הבדלים אלה מתורגמים לבסוף למכשירים משפטיים שונים. בעוד דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים מתפתחת בפסיקה באמצעות התאמה ממקרה למקרה של היקף התחולה של המשפט הציבורי, הפרדיגמה הציבורית תעדיף להישען על חקיקת מסגרת רגולטורית מפורטת ורחבה שתכלול התאמות של עקרונות וכללים מהמשפט המנהלי לגופים המפוקחים ויחסייהם המשפטיים עם המשתמשים, ועל רשויות רגולטוריות שיהיו אמונות על האכיפה. תכלית החקיקה תהיה להשפיע באופן מבני ושיטתי על התנהגות הפלטפורמות, ובעיקרה היא לא תתבסס על צווים שיפטיים נקודתיים להסרה או הותרה של תוכן מסויים. בחלק הבא אדון במספר דוגמאות מייצגות להסדרים מסוג זה אשר עושים שימוש בעקרונות המשפט הציבורי ומתרגמים אותם לאסדרת פלטפורמות תוכן מקוונות.

2. יישום

אימוץ הפרדיגמה הציבורית יאפשר למחוקק ולפלטפורמות עצמן להסדיר את פעילותן בהתאם לתפקיד האמיתי שהן ממלאות בחברה המודרנית – כמערכות 'בירוקרטיות' קריטיות לדמוקרטיה המייצרות רגולציה כלפי משתמשיהן, ומתוך הבנה של יחסי הגומלין שלהן מול רשויות המדינה. צעד זה חיוני מכיוון שהערכים המרכזיים שהמשפט הציבורי נועד להגן עליהם – דמוקרטיה, חופש ביטוי, פרטיות, ממשל עצמי, הליך גאות ורבים נוספים – מושפעים בצורה משמעותית מהנוכחות ההולכת וגוברת של הציבור הישראלי במרחב המקוון. התוויה של אסדרה כוללת היא מעבר למטרותיו של חיבור זה. לצורך הדיון הנוכחי, אציג שלוש דוגמאות לכלים משפטיים ומושגים מעולמות המשפט הציבורי שיוכלו לסייע לגיבוש כללים רגולטוריים שיספקו מענה ראוי לאתגרי תופעת הפלטפורמות. לשם המחשה, הדוגמאות יוצגו דרך אתגרים קונקרטיים שבאו לידי ביטוי בתגובה של הפלטפורמות לאירועי ה-7 באוקטובר.

(א) 'הפרדת רשויות' פנימית

אחת הבעיות המבניות במנגנוני הרגולציה העצמית המופעלים על ידי פלטפורמות תוכן גדולות היא ניגוד העניינים הקיים בין שיקולי רווח המאפיינים תאגיד מסחרי לבין שיקולים ציבוריים המחייבים אכיפה ניטרלית ושוויונית של תנאי השימוש.¹⁴¹ מודל הרווח של רשתות חברתיות מבוסס על מקסום זמן ה"שהייה" של המשתמשים בפלטפורמה – מה שמתורגם להגדלת החשיפה לתוכן פרסומי מחד גיסא, ואיסוף נתוני מידע על המשתמש מאידך גיסא.¹⁴² כאמור לעיל, תכנים סנסציוניים מייצרים גירוי רגשי משמעותי יותר וכתוצאה מכך יותר תשומת לב וזמן שימוש, ולכן

¹⁴¹ Jack M. Balkin, *To Reform Social Media, Reform Informational Capitalism*, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH, AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY 233, 244–45 (Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone, eds., 2022).

¹⁴² ראו באופן כללי TIM WU, THE ATTENTION MERCHANTS (2016).

יש לפלטפורמות אינטרס כלכלי מובנה לאפשר ואפילו לעודד אותם.¹⁴³ מנגד, האינטרס הציבורי בהקשר הזה הוא כמובן הפוך: תכנים סנסציוניים דוגמת דיסאינפורמציה או דברי שטנה הם מסוג הביטויים שמשחיתים את השיח הציבורי, מעודדים אלימות ותורמים לקיטוב חברתי.¹⁴⁴ בהעדר אסדרה (תחת פרדיגמה נאו-ליברלית), יש די ראיות המלמדות שניגודי האינטרסים הללו מסתיימים לרוב לטובת שורת הרווח. כך, לדוגמה, כאשר מטא (Meta) יצרה את מנגנון ה-cross check (או "Xcheck"), שמיסד הפליה לטובה של חשבונות פייסבוק בפרופיל גבוה (ידוענים, מנהיגים פוליטיים ועוד) במערכת אכיפת כללי הקהילה.¹⁴⁵ המנגנון איפשר ליותר תוכן של חשבונות פופולריים להתפשט במרחבי הפלטפורמה גם במקרים שבהם היה חשד להפרת הכללים. בדוגמה אחרת, על פי עדותה של פרנסס האוגן, כאשר בחברת מטא הצטברו ראיות לנזקים הנפשיים שגורם השימוש באינסטגרם לבנות נוער, החברה בחרה להעלים עין מהתופעה כדי להימנע מלפגוע בפופולריות שלה בקרב קהל היעד הזה.¹⁴⁶ בעוד בפלטפורמות של מטא הדוגמאות הידועות לנו מצביעות בעיקר על כשלים נקודתיים, בפלטפורמות אחרות ההטיה לטובת מקסום שימוש בכל מחיר מובנית לתוך המדיניות הרשמית. פלטפורמת המסרים טלגרם (Telegram) הפכה ב-7 באוקטובר למדיום ההפצה העיקרי של זוועות החמאס מתוך בחירה מודעת של בעליה, פאבל דורוב, להשאיר באוויר ערוצים המזוהים עם חמאס שהפיצו תוכן גרפי קשה של אירועי התקיפה וקידמו תיאוריות קונספירציה.¹⁴⁷ ברשת X (לשעבר, טוויטר) נערכו תחת הבעלים החדש אילון מאסק שורה ארוכה של שינויים בעיצוב המוצר ובמדיניות בקרת התוכן שהסיטו את האיוון בצורה משמעותית לטובת הדהוד והפצה רחבה של דיסאינפורמציה ותכנים סנסציוניים אחרים.¹⁴⁸ פניות מטעם האיחוד האירופי והליגה נגד השמצה העלו טענות נגד

¹⁴³ Steve Rathje et al., *Out-Group Animosity Drives Engagement on Social Media*, 118(26) PNAS (2021). עובדה זו אינה במחלוקת ומקובלת גם על ראשי תאגידי הפלטפורמות. ראו Mark Zuckerberg, *A Blueprint for Content Governance and Enforcement*, FACEBOOK (15/11/2018) ("One of the biggest issues social networks face is that, when left unchecked, people will engage disproportionately with more sensationalist and provocative content").

¹⁴⁴ Andrew M. Guess and Benjamin A. Lyons, *Misinformation, Disinformation, and Online Propaganda*, in SOCIAL MEDIA AND DEMOCRACY: THE STATE OF THE FIELD, PROSPECTS FOR REFORM 10, 13–18 (Nathaniel Persiy & Joshua A. Tucker, eds.2020) (דניס בתמריצים המשפיעים על היצע וביקוש לדיסאינפורמציה).

¹⁴⁵ Jeff Horwitz, *Facebook Says Its Rules Apply to All. Company Documents Reveal a Secret Elite That's Exempt*, WALL ST. J. (Sep. 13, 2021).

¹⁴⁶ Georgia Wells et al., *Facebook Knows Instagram Is Toxic for Teen Girls, Company Documents Show*, WALL ST. J. (Sep. 14, 2021).

¹⁴⁷ Darren Loucaides, *How Telegram Became a Terrifying Weapon in the Israel-Hamas War*, WIRED (Oct. 31, 2023).

¹⁴⁸ Sheera Frenkel & Kate Conger, *Hate Speech's Rise on Twitter Is Unprecedented. Researchers Find*, N.Y. TIMES (Dec. 2, 2022). כשנה לאחר שמאסק קנה את טוויטר, דו"ח של נציבות

הפלטפורמה כי במהלך המלחמה בעזה היא הפכה למדגרה לתוכן אנטישמי ופייק-ניוז.¹⁴⁹ טענות דומות הועלו נגד טיקטוק בקשר למלחמה בעזה ובהקשרים אחרים.¹⁵⁰ הפתרונות שהוצעו לבעיה הזו דרך הפרדיגמות הישנות נעו בין הנחה אופטימית שהשוק יתקן בעצמו את העיוותים הללו לבין הסדרים צרים שהפקידו בידי הרשויות המקומיות סמכות להוציא צווים להסרת תוכן. בשני המקרים, המציאות הוכיחה שלא מדובר בפתרונות אפקטיביים. אימוץ גישה המבוססת על הפרדיגמה הציבורית תציע סל כלים שונה ומגוון יותר שמחפש לספק מענים מבניים לבעיה. דוגמה טובה היא דרישה להפרדה פונקציונלית בין שחקנים שונים בתוך הפלטפורמות – גישה השואבת את רעיונותיה מהמשפט המנהלי. הרעיון הוא לחקות את ההפרדה הפונקציונלית הקיימת ברשויות מנהליות שמפעילות פונקציות חקיקתיות, ביצועיות ושיפוטיות, כדי להבטיח שהגורמים האחראים על בקרת תוכן יהיו אמונים על מקסום האינטרס הציבורי ולא על שורת הרווח. כפי שכותבת פרופ' אוולין דואק, חוקרת פלטפורמות מאוניברסיטת סטנפורד: "Like administrative agencies, platforms play multiple roles all at the same time – businesses, rule-writers and rule-enforcers – but while administrative law requires separations of functions to mitigate concerns about bias, no such measures exist within platforms"¹⁵¹. העמדת דרישה רגולטורית מגובה בקנסות להפרדה מבנית קשיחה בין המנגנונים הארגוניים שאחראים על בקרת התוכן לבין אלה שאחראים על הגדלת ההכנסות, תסייע לכל הפחות למתן את הבעיה המבנית בפעילות בקרת התכנים בפלטפורמות.¹⁵² בה בעת, הפרדה כזו תגביר את העצמאות המוסדית של גופי בקרת התוכן מפני לחצים פוליטיים שמכוונים כלפי ההנהלה הבכירה או אפילו מגיעים מתוכה, אפשרות שמהדהדת חשדות שהעלו חוקרים על הטיה מכוונת לטובת הנשיא טראמפ בפלטפורמת X במהלך קמפיין הבחירות לנשיאות.¹⁵³ על פרטי היישום של הרעיון ושאלות בדבר התאמתו

האיחוד האירופי מצא כי הפלטפורמה מכילה את הכמות הגבוהה ביותר של מידע כוזב מתוך הרשתות החברתיות הגדולות. ראו Tom Carter, *Elon Musk's X is being Used as a Key 'Weapon of Mass Manipulation' for Russian Disinformation, the EU says, and warns it is 'Watching' the Social Network*, BUSINESS INSIDER (Sep. 27, 2023).

ראו Cat Zakrzewski, [Elon Musk's X faces E.U. probe over handling of Israel-Gaza war](#), Ctr. For Technology & Society, *As War Rages, X Must Curb*; WASH. POST (Oct. 12, 2023); [the Spread of Misinformation and Hate](#), ADL Blog (Oct. 11, 2023).

ראו Center for Countering Digital Hate, *TikTok's Toxic Hate* (Sep. 28, 2023) (מחקר המציג כיצד הפלטפורמה מעודדת בקרב בני נוער ערוצי הפצה של חומרים סטרואידים); Brian Fung & Clare Duffy, *The Israel-Hamas war reveals how social media sells you the illusion of reality*, CNN (Oct. 16, 2023).

151 Douek, לעיל ה"ש 114, בעמ' 587.

152 שם.

153 Timothy Graham & Mark Andrejevic, *A Computational Analysis of Potential Algorithmic Bias on Platform X During the 2024 US Election* (forthcoming, 2025), quoted in Prithvi Iyer,

לפלטפורמות שונות ניתן לחלוק, וזהו אינו פתרון מלא לבעיה אלא יותר כלי להכלתה והגבלתה. אך הנקודה החשובה לענייננו היא שתובנה מתוך עקרונות בסיסיים של המשפט הציבורי מספקת פתרון רענן לבעיה עיקשת של עידן טכנולוגיית המידע. ניתן להעריך בזהירות כי תחת מבנה תמריצים שפחות מורכב משיקולי פרסום ומקסום רווחים, הפלטפורמות המרכזיות הפועלות בישראל היו מגיבות טוב יותר למניעת התפשטות ויראלית של תכנים מזיקים במהלך ה-7 באוקטובר וימי המלחמה בעקבותיו.

(ב) שלטון החוק בפלטפורמה: הטמעת ערכים דמוקרטיים במנגנוני הבקרה והאכיפה

הפרדיגמות הוותיקות, הרואות בפלטפורמות יוזמות עסקיות מבוססות חוזים, התקשו להתמודד עם הפיכתן ל"כיכר העיר" המרכזית לניהול השיח הציבורי. בלטה במיוחד העובדה שהאכיפה הוולונטרית של תנאי השימוש על ידי הפלטפורמות כלפי מיליארדי משתמשיהן התאפיינה בשרירותיות, אכיפת חסר ואכיפה בררנית לפי אמות מידה בלתי שקופות. זאת ככלל, מבלי שקמה למעשיהן ומחדליהן אחריות משפטית.¹⁵⁴ באותם מקרים מוגבלים בהם חוקים הסדירו את פעילות האכיפה הוולונטרית, הדבר נעשה למטרות רגולטוריות צרות, ולפעמים פוליטיות.¹⁵⁵ כל עוד הפלטפורמות הובנו דרך הפרדיגמות הוותיקות באמצעות אנלוגיות מהמשפט הפרטי, התוצאה הזו הייתה בלתי נמנעת.

הכניסה של הפרדיגמה הציבורית לזירה מתחילה לייצר שינוי. מרגע שפלטפורמות תוכן כבר לא נתפסות רק כצינור פאסיבי להעברת מידע, כספקיות שירות חיוני, כחנויות ספרים, כתחנות

[New Research Points to Possible Algorithmic Bias on X](#), TECH POLICY PRESS (Nov. 15, 2024).

¹⁵⁴ ראו U.S.C. § 230 (ארצות-הברית). הפטור מאחריות שהעניק סעיף 230 פורש בעקביות בהרחבה על ידי בתי המשפט בארצות-הברית. ראו למשל Carafano v. Metro-splash.com, Inc., 339 F.3d 1119 (9th Cir. 2003) (הענקת חסינות לאתר היכרויות בו פורסם פרופיל שקרי של התובעת על ידי משתמש אחר); Ben Ezra, Weinstein, & Co. v. America Online Inc., 206 F.3d 980, 985–86 (10th Cir.2000) (הענקת חסינות לאתר מקוון שעסק בפרסום מידע על שוק ההון, למרות שמנהלי האתר היו מעורבים בסינון תכנים ומחיקת מידע שגוי); Gentry v. eBay, Inc., 99 Cal.App.4th 816, 121 Cal.Rptr.2d 703 (2002) (הענקת חסינות לאתר מקוון שעסק במסחר אלקטרוני על פרסום מידע ביחס למוכרים); Gonzalez v. Google LLC, 2 F.4th 871, (9th Cir. 2021) 897-99 (הענקת חסינות לרשתות חברתיות על פרסום והמלצה אלגוריתמית של תוכן מסית לטרור). ראו לעיל ה"ש 76. בשנים האחרונות נערך מאמץ מצד מחוקקים שמרנים במדינות ארצות-הברית לאסור על הפלטפורמות להפעיל בקרת תוכן כלפי תכנים מסוגים מסוימים כגון אמרות של נבחר ציבור או דיווחים עיתונאיים. חוקתיותם של הסדרים כאלה, המכונים must-carry laws, מצויה נכון לכתובת שורות אלה בהליכים בפני בית המשפט העליון של ארצות-הברית. ראו באופן כללי ראו למשל Daphne Keller, *Carriage and Removal Requirements for Internet Platforms: What Taamneh Tells Us*, 4 J. FREE SPEECH 87 (2023).

שידור בכבלים, כמרכזי קניות או כתאגידים מסחריים גרידא¹⁵⁶ – אלא כגופים בעלי כוח רגולטורי משמעותי להסדרת מרחבי שיח ציבוריים, נקודת המבט המשפטית מתחילה להשתנות. כפי שראינו, בהדרגה, מושגים מעולם המשפט הציבורי – שלטון החוק, הליך נאות, אי-אפליה ועוד – מתחילים לחדור לכתיבה המחקרית אודות היחסים בין הפלטפורמות לבין המשתמשים.¹⁵⁷ גם הפלטפורמות עצמן מתחילות לקבל את ההמשגה הזו ולבנות בהתאם מערכות ומנגנוני רגולציה עצמית שיעמידו אמת מידה מינימלית של הוגנות, שוויון והכרה בזכויות המשתמשים.¹⁵⁸ אט אט התודעה הזו עושה את דרכה גם אל מחוקקים ברחבי העולם, ויש לקרוא למחוקק הישראלי להדביק את הפער. פלטפורמות התוכן הגדולות מפעילות כיום מערכות בירוקרטיות עצומות שמקבלות החלטות אכיפה במספרים ששום מערכת משפט מדינתית בהיסטוריה לא התמודדה איתם.¹⁵⁹ הן כוללות איזונים מורכבים מאין כמותם בין ערכים כגון זכויות הביטוי של המשתמשים, בטיחות וביטחון לאומי (ולעיתים בין-לאומי), שקיפות, חדשנות, דמוקרטיה ואמת. אין אפשרות מעשית להכניס את המערכות הללו דרך משטר אחריות נזיקית תחת פיקוח אפקטיבי של מערכת המשפט המדינתית, ולכן הדרך היחידה להבטיח שהאיזונים הללו ייעשו באופן ראוי ושוויוני היא להטמיע בפלטפורמות תרבות המבוססת על ערכי שלטון החוק. ההכרה הזו עומדת ביסוד חוק השירותים הדיגיטליים האירופאי ובחוקים נוספים בעולם.¹⁶⁰ החוק כולל שורה של הוראות המיועדות לחייב פלטפורמות לקיים תנאי סף בסיסיים המבוססים על תרבות של שלטון חוק: פלטפורמות מחויבות להציג בצורה ברורה ונגישה את תנאי השימוש ואת המנגנונים המופעלים לאכיפתם, מה שניתן להבין כמחויבות לפומביות הנורמות וכלליותן (סעיף 14); למסד מנגנוני תלונה וערעור על תוכן בלתי חוקי (סעיף 16); לנמק החלטות אכיפה (סעיף 17); למסד מנגנוני בירור ואכיפה לאור עקרונות אי-אפליה ואי-שירותיות (סעיף 20), ולאפשר הליכי ערעור בפני גורם אובייקטיבי (סעיף 21).

¹⁵⁶ כל האנלוגיות הללו היוו בסיס לפרדיגמות הוותיקות ולחקיקה שנשענה עליהן. ראו Nathaniel Persily, *Platform Power, Online Speech, and the Search for New Constitutional Categories*, in *SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH, AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY* 193, 193 (Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone, eds., 2022).

¹⁵⁷ ראו לעיל, ה"ש 79, 85.124-120.

¹⁵⁸ ראו באופן כללי Klonick, לעיל ה"ש 79. המנגנון הבולט ביותר במגמה זו הוא ההקמה של המועצה המפקחת ביוזמה של חברת מטא, המשמשת כערכאת ערעור עליונה על החלטות בקרת תוכן בפלטפורמות של החברה. ראו מועצת הפיקוח, [כתב זכויות של מועצת הפיקוח](#) (ביקור אחרון: 24 בדצמבר, 2024).

¹⁵⁹ ראו גיל, לעיל ה"ש 127, בפסקה 16.1. יצוין כי גודלן של המחלקות בחברות הטכנולוגיה העוסקות באכיפה ושמירה על הבטיחות בפלטפורמות משתנה על פני זמן ופלטפורמה, ולא תמיד שקוף לציבור. לעיון בנתונים ובהתפתחות של התחום בחברות הטכנולוגיה ראו דו"ח שפורסם בשנת 2024 על ידי משרד המדע, החדשנות והטכנולוגיה בבריטניה. Department of Science, Innovation and Technology, [Technology and Trust and Safety: the State of Play and Integration of Technology](#) (Oct. 10, 2024).

¹⁶⁰ חלק מהעקרונות להלן אומצו גם בחוק הבטיחות במרחב המקוון הבריטי 2023 C. 50 Online Safety Act. לדוגמה, החובה להציג תנאי שימוש בצורה נגישה וברורה (למשל, בסעיף 10.8) והחובה למסד מנגנוני בירור תלונה (סעיף 21).

(ג) שינוי המשטר המשפטי במצבי חירום

ענף מרכזי במשפט הציבורי הוא זה העוסק במשטר המשפטי החל במצבי חירום. על אף הבדלים בין מודלים שונים שנדונו בספרות המחקרית, התפיסה הכללית גורסת כי שעת משבר מצדיקה חריגה מהמציאות הנורמטיבית השגרתית לטובת הסדרים משפטיים שמשקפים את הצורך החברתי להתמודד בראש ובראשונה עם מצב החירום.¹⁶¹ ההתמודדות כוללת שינויים במאזן הכוחות המוסדי, בעיקר ריכוז סמכויות בידי הרשות המבצעת, ושינויים מהותיים באיזונים בין ערכים חברתיים שונים, לרוב מתן משקל יתר לאינטרס הציבורי בהצלת חיי אדם ושרידות המדינה, על חשבון זכויות הפרט.¹⁶²

מהו הדין ביחס לכללי הקהילה ותנאי השימוש בפלטפורמות בשעת חירום? כפי שנוכחנו לראות ב-7 באוקטובר, המרחב המקוון מהווה זירה מרכזית שבה מצב החירום מייצר מציאות חדשה ומסוכנת.¹⁶³ כפי שיש להגיב למצב החירום במרחב הפיזי, כך נדרש להתמודד עם סיכונים חברתיים ייחודיים למצב החירום שעלולים להתממש במרחב המקוון – גיוס טרוריסטים, הסתה לאלימות ואנטישמיות, הפצת דיסאינפורמציה, רדיקליזציה המונית, ועוד. ההבדל הוא שבעוד שהמרחב הפיזי מוסדר ונשלט על ידי דין המדינה, המרחב המקוון הוא (בעיקר) ממלכתן של הפלטפורמות. יש להן מוסדות ומנגנונים שמייצרים ואוכפים נורמות התנהגות, וגם הן עסוקות באיזון בין ערכים חברתיים מתחרים. הן גם לרוב מושפעות פחות ממצב החירום בשל היותן חברות זרות, ולכן בהעדר חקיקה קיים חשש שהן ייטו פחות להפנים את הצורך בשינוי נקודת האיזון. מכך, מתבקש אולי שגם כלפיהן יאומץ משטר נורמטיבי מיוחד לשעת חירום. אם בשגרה דין המדינה מקנה לפלטפורמות שיקול דעת רחב באכיפת כללי הקהילה ומניעת פעילויות בלתי חוקיות, ייתכן שבמצב חירום הדין צריך להיות שונה ומותאם לאיזונים הנדרשים במצב החירום, כך שתיתן לרשויות המדינה יותר סמכויות לכבול את שיקול הדעת של הפלטפורמות. אף אחת מהשאלות החשובות הללו לא מקבלת תשובה, ולמעשה כלל לא נשאלת, דרך הפרדיגמות הוותיקות. הפרדיגמה הציבורית היא זו שמאפשרת לחשוב על יצירת הסדרים

¹⁶¹ ראו באופן כללי, CLINTON ROSSITER, CONSTITUTIONAL DICTATORSHIP: CRISIS GOVERNMENT IN THE MODERN DEMOCRACIES (2002 ed.); Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crisis Always be Constitutional?* 112 YALE L. J. 1011, 1130–1134 (2003); KARIN LOEVY, EMERGENCIES IN PUBLIC LAW: THE LEGAL POLITICS OF CONTAINMENT (2016)

¹⁶² ראו למשל, סעיף 15 לאמנה האירופאית לזכויות אדם. ראו עוד WILLIAM H. REHNQUIST, ALL THE LAWS (1998) 222–23 (“In any civilized society the most) BUT ONE: CIVIL LIBERTIES IN WARTIME important task is achieving a proper balance between freedom and order. In wartime, reason and history both suggest that this balance shifts to some degree in favor of order-in favor of (the government’s ability to deal with conditions that threaten the national well-being”).

¹⁶³ מצב חירום נוסף שהמחיש את הסיכונים המוגברים של דיסאינפורמציה ושיח ציבורי נטול בקרה הוא התפרצות הקורונה. ראו, Evelyn Douek, *The Internet’s Titans Make a Power Grab*, ATLANTIC (Apr. 18, 2020); Jack Goldsmith & Andrew Keane Woods, *Internet Speech Will Never Go Back to Normal*, ATLANTIC (Apr. 25, 2020)

ייחודיים למצבי חירום. עם כניסתו לתוקף של חוק השירותים הדיגיטליים האירופאי ב-2022, עוגנו הוראות חירום ברוח זו לראשונה בחקיקה מחייבת.

הוראת סעיף 36 לחוק האירופאי מייסדת "מנגנון תגובה למצבי משבר" (crisis response mechanism) אשר חל על פלטפורמות גדולות במיוחד (מעל 45 מיליון משתמשים יומיים במדינות האיחוד).¹⁶⁴ לפי המנגנון, משהוכרז מצב חירום בשל איום ביטחוני או בריאותי, הרגולטור מוסמך לחייב פלטפורמות לזהות את השפעת השירות שלהן על האצת המשבר, לנקוט בצעדים למניעת ההשפעה או צמצומה (בין היתר, לדוגמה, על ידי התאמת תנאי השירות ותהליכי בקרת התוכן, שינוי באלגוריתם לתעדוף תכנים והגברת שיתוף פעולה עם מדווחים אמינים), ולדווח על כך.¹⁶⁵ המנגנון לא מאפשר לרגולטור להשפיע על החלטות אכיפה קונקרטיות או לחייב צעדים ביחס לתוכן מסוים, אבל מייצר תהליך שמאפשר המשך פיקוח מצדו על הצעדים שנקטו.¹⁶⁶ מצב חירום לפי המנגנון יכול להיות מוכרז לעד שלושה חודשים בכפוף להארכה של עד שלושה חודשים נוספים בכל פעם.¹⁶⁷ בנוסף, הוראת סעיף 48 ממסדת פרוטוקול חירום התנדבותי (voluntary crisis protocol), תהליך שבו פלטפורמות רשאיות לשתף פעולה עם הרגולטור בניסוח הוראות להיערכות למצבי חירום.¹⁶⁸ אמנם הכניסה לתהליך הפיתוח של פרוטוקול חירום הוא על בסיס התנדבותי, אולם אי-ציות לפרוטוקול מרגע שנוצר עלול לייצר אחריות משפטית וקנסות בהתאם לקבוע בחוק. שני המנגנונים מייצרים יחד משטר משפטי מיוחד החל על הפלטפורמות במצבי חירום, ומחייב תשומת לב מוגברת לאינטרסים הציבוריים המושפעים מהמשבר.

בהתחשב בתנאים הביטחוניים והמדיניים השוררים בישראל, הכללה של הוראות חירום בחקיקה עתידית להסדרת פעילות הפלטפורמות נראית כבעלת חשיבות רבה. כמובן, יהיה צורך להקדיש מחשבה להגדרת מצב חירום כדי להימנע מהמציאות המוכרת לנו הישראלים היטב של מצב חירום ההופך לשגרה, כמו גם לאיזונים הרצויים בין הענקת קול למשתמשים לבין קידום האינטרס הציבורי בהתמודדות עם מצב החירום. הנקודה החשובה לטיעון כאן היא שאימוץ רעיונות מתוך הפרדיגמה הציבורית של מצב החירום יאפשר למדינת ישראל ולחברה הישראלית להתמודד טוב יותר עם ההשלכות של משברים עתידיים על זירת המידע המקוונת.

שלוש הדוגמאות שנדונו לעיל ממחישות את תפיסת ההפעלה של הפרדיגמה הציבורית. חלף הפרדיגמה הנאו-ליברלית המשחררת את הפלטפורמות מאחריות ביחס לכוח הרב שצברו על עיצוב זירת המידע המקוונת; במקום הפרדיגמה המתמקדת בתיקון כשלי שוק ובמעריך היחסים הצר שבין הפלטפורמות למשתמשים; וכתשובה לפרדיגמה המכפיפה את הפלטפורמות לרגולציה מדינתית, תוך התערבות ושליטה ישירים על זרימת המסרים בזירת המידע המקוונת – הפרדיגמה הציבורית מייצרת תמריצים רגולטוריים להפנמה של ערכי שלטון החוק ודמוקרטיה.

¹⁶⁴ Digital Service Act, לעיל ה"ש 17, בסעיף 36.

¹⁶⁵ שם, סעיף 36(1). כן ראו שם, ב- Recital 91.

¹⁶⁶ שם, סעיף 36(5).

¹⁶⁷ שם, סעיף 36(3)(c) ו-36(8)b.

¹⁶⁸ שם, סעיף 48.

התמריצים האלה לא פועלים בחלל ריק. משאבי הפלטפורמות המושקעים בהגנה על סביבת רשת בטוחה והוגנת מוגבלים, ומטבע הדברים יוקדשו בעיקר לשווקים גדולים ורווחיים ולשווקים שיעמידו דרישה רגולטורית מגובה בענישה הולמת. מדינות שיותרו מאחור ולא ייצרו תמריץ דומה, ישאירו את אזרחיהן חשופים לסיכונים הרבים של עידן טכנולוגיית המידע. כפי שנוכחנו כולנו לראות ב-7 באוקטובר, הסיכונים הללו הם רבים ומשמעותיים.

ד. סיכום

בחיבור זה ביקשתי למקד את הדיון סביב ההשלכות החברתיות של השפעתן הגוברת של פלטפורמות תוכן מקוונות על החברה דרך עדשת המשפט הציבורי. העידן הדיגיטלי מציב שאלות רבות – על עתיד זכותנו לפרטיות והיכולת לכתוב את סיפור חיינו ללא השפעות מניפולטיביות מצד מדינות ושחקנים פרטיים; על השפעתם הרגולטורית של עיצובים טכנולוגיים וכלי אכיפה המופעלים בחלקם על ידי אלגוריתמים; על ההסכמה שלנו להעביר סמכויות שלטוניות רבות ויסודיות במרחב המקוון לידיים פרטיות של גורמים שאין להם אחריות כלפינו; על האפשרות לייצר רסנים ובלמים על גורם בעל כוח אחד מבלי להעצים יתר על המידה גורמים אחרים; ועל היכולת שלנו כחברה להתנהל דרך מוסדות שלא היו קיימים בתקופה שבה התפתחו הרעיונות העומדים ביסוד המשטר הדמוקרטי המודרני. על מנת לקדם את השיח על סוגיות אלה עלינו לאמץ פרדיגמה ציבורית. גם אז, התשובות לא יהיו מושלמות, האיזונים בין ערכים ואינטרסים מתחרים יהיו עדינים ומורכבים, ונראה שאין גורם אחד הראוי לאמון הציבורי לערוך אותם לבדו. דווקא מסיבה זו, נדרשת שיחה רחבה ומרובת משתתפים. על המחוקק הישראלי להיות חלק מהשיחה הזו כדי להבטיח שהחיבור בישראל יהיה מוגן ככל האפשר מהסיכונים הרבים הקיימים ברחבי המרחב המקוון.