

**התנועה לחופש המידע (ע"ר 580425700)**

באמצעות ב"כ עו"ד אור סדן ועו"ד רחלי אדרי  
רח' סעדיה גאון 26, בית העמותות, תל-אביב

טל': 03-9560146 ; פקס: 03-9560359 ; מייל: info@meida.org.il

**המבקשת**

**בעניין**

**הר שמש מושב שיתופי בע"מ אגש"ח**

באמצעות ב"כ עו"ד משה הר שמש  
רח' מונטיפיורי 41, תל-אביב

טל': 03-5663551 ; פקס: 03-5663495

**המערערת**

- נגד -

**הממונה על חוק חופש המידע ברשות המסים**

באמצעות פרקליטות המדינה  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

טל': 073-3925590 ; פקס: 02-6467011

**המשיב**

**בקשה להצטרף לדיון כידיד בית משפט (Amicus Curiae)**

בית המשפט הנכבד מתבקש לאפשר למבקשת, התנועה לחופש המידע (ע"ר), להצטרף להליך שבכותרת כידידת בית המשפט, וזאת כדי לפרוש את עמדתה הנוגעת לקביעה עקרונית שנקבעה בפסק הדין שניתן במסגרת עת"ם 19-05-2663 הר שמש מושב שיתופי בע"מ נ' הממונה על חוק חופש המידע ברשות המסים. במסגרת פסק דינו של בית משפט קמא, נקבע כי "יתכנה" אינה נחשבת למידע כמשמעו בסעיף 2 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: "החוק" או "חוק חופש המידע"), וזאת לאחר שהמערערת בהליך זה ביקשה קודם/אלגוריתם מהמשיב לערעור.

המבקשת מתנצלת על כך כי עמדה זו מוגשת בסמוך לדיון, ומבקשת לאפשר את צרופה כידידת בית המשפט, זאת נוכח חשיבות השאלה המשפטית. יוער כי עמדה זו מוגשת בסמוך לדיון, בין היתר, נוכח המועד שבו הוגשה עמדת המדינה בערעור וכן נוכח נסיבות נוספות הנוגעות לפעילות המבקשת בימים אלו.

לעמדה מצורפים קישורים לכלל המקורות שאינם נגישים באמצעי החיפוש המוכרים. ככל שתידרש לכך, תגיש המבקשת את העמדה על נספחיה.

בכתיבת העמדה לקחו חלק סטודנטיות מהקליניקה לחופש המידע מבית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל, וסטודנטים מהמערך הקליני בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטת חיפה.

**בקליפת אגוז:**

סעיף 1 לחוק חופש המידע קובע שלאזרח ולתושב ישראלים נתונה הזכות לקבל מידע מרשויות ציבוריות. סעיף 2 לחוק מגדיר את המונח "מידע" באלו המילים: "כל מידע המצוי ברשות ציבורית, והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב". בכך, עיגן המחוקק את זכות הציבור לקבל כל מידע, המצוי בידי הרשויות הציבוריות, וזאת להבדיל מ"מידע" אשר טרם עובד או קודד לכדי מידע.

התפיסה מעגנת גם כן את הגישה שלפיה המידע הוא קניינו של הציבור, וכן כי העברת מידע מהממשל לציבור הכרחית למימוש הדמוקרטיה, כפי שאף נקבע שנים רבות עובר לחקיקת חוק חופש המידע:

"שיטת הממשל הדמוקרטית ניזונה מכך – ואף תלויה בכך – שמן הציבור ואליו תהיה זרימה חופשית של מידע, אשר נסב על הנושאים המרכזיים, המשפיעים על חיי הכלל ועל חיי הפרט".

בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 378, 365 (1981).

כפי שתרחיב המבקשת בעמדתה זו, קביעה ש"תוכנה" היא לא "מידע", היא שגיאה משפטית שעשויות להיות לה השלכות מרחיקות לכת נוכח ההשפעה הרבה שיש לתוכנות מחשב על חיי היומיום של החברה. בעידן שבו מחשבים מקבלים החלטות על בסיס תוכנות שקודדו עלי ידי אדם, מתעוררים קשיים הנוגעים ליכולת ולאפשרות לבחון כל החלטה והחלטה, לא רק מצידו של הציבור, אלא גם מצידם של שומרי סף שונים. מכאן, שהצורך בפיקוח ציבורי הופך לחשוב עוד יותר, דווקא במקרים המתוארים.

#### וזה יהיה סדר הדברים שיובאו בעמדה זו

1. ראשית, תפרט המבקשת על המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לצירוף ידיד בית המשפט;
2. שנית, תרחיב המבקשת על הטעמים המצדיקים את צירופה כידידת בית משפט בהליך זה;
3. שלישית, תפרט המבקשת על מושכלות היסוד של חוק חופש המידע והקשרם להליך זה;
4. רביעית, תסביר המבקשת את האופן שבו היא מזהה את המונח "תוכנה" בהקשר לחוק חופש המידע;
5. חמישית, תטען המבקשת כי דרך הפרשנות הראויה, העולה בקנה אחד עם תכליתו של חוק חופש המידע, היא להכיר בתוכנה (כהגדרת בית משפט קמא) וכך, כפועל יוצא, בקוד מקור, על כל המשתמע מכך, כמידע לפי חוק חופש המידע;
6. שישי, תפרט המבקשת מדוע בעידן שבו אנו מצויים ישנה חשיבות גדולה במיוחד להכרה בתוכנה כמידע.

#### א. המסגרת הנורמטיבית לצירוף "ידיד בית המשפט":

7. מוסד "ידיד בית המשפט" הוכר בישראל זה מכבר. המוסד מוכר בשיטות משפט רבות בעולם, וכניסתו למשפט הישראלי הכירה באפשרותו של מי שאינו צד לסכסוך משפטי, אך הוא בעל ידע מקצועי הנוגע לתחום הנדון, להציג את עמדתו, שעשויה לסייע לבית המשפט. וכפי שנקבע בפרשת קוזלי:  
"בהמשך התפתח המוסד 'ידיד בית-המשפט' כצד להליך, שאינו דווקא ניטרלי ואובייקטיבי, אלא שהוא מייצג – מתוקף תפקידו או עיסוקו – אינטרס או מומחיות שמן הראוי שישמעו בפני בית-המשפט בסכסוך ספציפי. כך, באותם המקרים שבהם קיים גורם שלישי – שאינו מעורב בסכסוך עצמו – ניתן יהיה לצרפו כידיד בית-המשפט, אם יהא בנוכחותו בהליך כדי לתרום לגיבושה של ההלכה בעניין מסוים, זאת על יסוד הצגת מלוא העמדות הרלוונטיות בעניין הנדון ותוך מתן ייצוג ופתחון פה ודעת לגופים מייצגים ומקצועיים".  
מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל פ"ד נג (1) 529, פס' 42 לפסק הדין (1999).
8. כמתואר, תנאי לקבלת עמדה מעין זו היא כי המבקש להצטרף יהיה מי שמתוקף תפקידו ומומחיותו ראוי שישמע על ידי בית המשפט בסוגיה הנדונה – בין אם עמדתו של המבקש ניטרלית ובין אם לאו.
9. במאמרם של דורון ותורת-ג'וברן צוין כי מוסד ידיד בית משפט הוא "אמצעי פרוצדוראלי דרכו רשאי צד, שאינו אחד המתדיינים הפורמליים בהליך השיפוטי, להציג עובדות המצויות בידו או להציג את עמדתו בפני בית המשפט כדי לעזור לו במלאכתו השיפוטי".<sup>1</sup> ממחקרם של דורון ואחרים, בתי המשפט מכירים כעניין של שגרה, ובמספר הולך וגובר של הליכים במוסד זה.<sup>2</sup>
10. המבקשת, כאמור, מבקשת להצטרף להליך ולהביע את עמדתה בנוגע לשאלה העקרונית העולה בערעור. המבקשת עוסקת מזה שנים רבות בתחום חופש המידע, ועל כן יכולה היא להוסיף לדיון האמור.

<sup>1</sup> ישראל דורון ומנאל תורת-ג'וברן "לידתו והתפתחותו של ידיד בית משפט ישראלי" עלי משפט ה 65 (התשס"ו).  
<sup>2</sup> ישראל (איסי) דורון ואחי "עשור לידיד בית המשפט: ניתוח אמפירי של החלטות בתי המשפט" עיוני משפט לד 667 (2011).

## **ב. הטעמים לצירוף המבקשת לדיון במעמד ידיד בית המשפט:**

11. התנועה לחופש המידע היא עמותה א-פוליטית ללא מטרות רווח, הפועלת משנת 2004, ששמה לה למטרה לקדם את הזכות למידע, לחזק את השקיפות בישראל באמצעים שונים לרבות הליכים משפטיים וכן פעילות ציבורית שונה. בתוך כך, היא פועלת כדי להגביר את הפיקוח הציבורי על פעילותן של רשויות ציבוריות, ולהקל על אזרחים המבקשים מהרשויות מידע.
12. תפיסתה היא כי המידע שייך לציבור ולכן יש להעמידו לשימושו החופשי, בגבולות הדין. התנועה מגישה בכל שנה בקשות חופש מידע רבות ומנהלת בעקבותיהן עתירות נגד רשויות המסרבות למסור מידע. התנועה הובילה שורה של הליכים משפטיים עקרוניים שבהם ניתנו פסקי דין מכוננים בתחום חופש המידע בישראל. על אף תקציבה הדל, צברה התנועה הישגים משפטיים וציבוריים רבים. ראוי לציין כי בשנת 2016 הוענק לתנועה פרס גורני למשפט ציבורי, על ידי העמותה למשפט ציבורי בישראל.
13. במהלך שנות פעילותה רכשה התנועה מומחיות רבה בתחום חופש המידע ובסוגיות הנושקות לתחום זה. אגב כך הגישה התנועה מספר בקשות להצטרף כ"ידידת בית המשפט", ובכולן התאפשר לה להציג את עמדותיה ובכך לסייע לבית המשפט. הראשונה שבהן הייתה בע"מ 2398/08 **אליצור סגל נ' משרד המשפטים**. הליכים נוספים מהעת האחרונה שבהם הגישה התנועה בקשות הצטרפות הם דנ"מ 6602/17 **נתניהו נ' הממונה על חופש המידע במשרד ראש הממשלה**; ע"א 815/18 **פייסבוק נ' אבי לן**; דנ"מ 4345/19 **"יש דין" ואח' נ' המינהל האזרחי איו"ש**; בג"ץ 7846/19 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר**; בג"ץ 4922/19 **נוה נ' מדינת ישראל – פרקליטות מחוז מרכז (פלילי)**.
14. צירוף התנועה עשוי לתרום תרומה ממשית לבירור הסוגיות העקרוניות שמתעוררות בהליך, והדבר יאפשר לחדד נקודות חשובות שלא חודדו בטיעוני הצדדים. בכך תסייע התנועה לבית המשפט בבואו לשקול אם לקבוע הלכות עקרוניות בתיק זה, ואם כן – מה יהיה תוכן.
15. עוד יוער כי צירוף המבקשת לא יכביד, יסרבל או יעכב את בירור ההליך, במיוחד נוכח העובדה שממילא המשיב בערעור לא גיבש את עמדתו בסוגיה העומדת במרכז העמדה שתוצג להלן. משכך, הרי שעמדת המבקשת רק עשויה לסייע בידה ובידי בית המשפט הנכבד.
16. עניינה של התנועה בתיק זה נגזר מן החשיבות הרבה שהיא מייחסת לזכותו של כל אדם לקבל מידע מהרשויות, ובמיוחד להבטיח כי הזכות למידע לא נפגעת, ובמיוחד מטעמים של טענות סף שמונעות קבלה של סוג מידע באופן קטגורי, מבלי שתידרש בחינה של כל מקרה לגופו.

## **ג. על חשיבותו של חוק חופש המידע**

17. הזכות למידע הוכרה עובר לחקיקת החוק, בכמה פסקי דין שעמדו על חשיבות המידע לדמוקרטיה. בפרשת **שירן**, המוזכרת לעיל, צוין כבר ב-1981 שהדמוקרטיה "ניזונה" מזרימה חופשית של מידע.
18. כך גם, הוכרה הזכות בהיבטים כאלה ואחרים בבג"ץ 337/66 **עזבון קלמן פיטל נ' ועדת השומה שלידי עיריית חולון ועיריית חולון** (1967); וכן בג"ץ 1601/90 **שליט נ' פרס**, פ"ד מד(3) 353 (1990).
19. החוק עיגן את הזכות, וקבע כללים פרוצדורליים לקבלת מידע, תוך עמידה על הזכות הטמונה בו: "הזכות למידע המונחת בבסיס החוק היא מיסודותיה של התרבות הדמוקרטית והיעדים אותם באה היא להבטיח מהווים תנאי חיוני לקיומו של המשטר הדמוקרטי. **בראש ובראשונה הזכות למידע נתפשת כתנאי הכרחי למימושה ולהגשמתה של הזכות החוקתית לחופש ביטוי**. היא תנאי להגשמת זכות הציבור לדעת וליכולתו של הציבור לגבש עמדות ולבטאן. בנוסף, נגישות למידע המוחזק אצל רשויות השלטון מאפשרת לציבור להפעיל פיקוח ובקרה על רשויות השלטון, לגלות מעורבות בעשייה השלטונית ולקחת חלק בכינונה

ובעיצובה של תרבות שלטונית ראוויה, כמו-גם מאפשרת לו לתכנן התנהלותו אל מול הרשות ולקבל החלטות מושכלות בתחומים שונים".

עע"מ 9341/05 **התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות**, פס' 15 (פורסם באר"ש, 19.5.2009).

20. בעת ההכרה בזכות ככזו המהווה תנאי הכרחי למימוש חופש הביטוי, ניתן למצוא הצדקות חוקתיות נוספות לזכות. כך גם עולות ממאמרם של פרופ' יורם רבין ודר רוזי פלד: ההצדקה הפוליטית-דמוקרטית; ההצדקה הקניינית; ההצדקה המכשירית; וההצדקה מטעמי ביקורת על הרשות.<sup>3</sup> נפרט בקצרה:

21. **ההצדקה הפוליטית-דמוקרטית** מתרכזת בכך שכדי לממש את זכותו של אדם, ולהשתתף במשחק הדמוקרטי, תנאי-בלעדיו-אין הוא האפשרות "להצטייד" במידע מהימן, המגיע מהרשויות:  
"חופש המידע הוא חיוני לקיום שוק רעיונות יעיל, ועל כן חיוני הוא לגילוי האמת. חופש המידע הוא חיוני להגשמתו העצמית של האדם, לעיצוב אישיותו ולמימוש זכות הבחירה שלו. חופש המידע הוא כלי הכרחי להגשמת המשטר הדמוקרטי".  
עע"מ **מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ**, פ"ד ס(4) 60, פס' 11 לפסק הדין (2006).

22. **ההצדקה הקניינית** נוגעת לתפיסה שלפיה הבעלות על המידע הציבורי היא של הציבור, וכי זה שמור אצל השלטון בנאמנות, ועל כן יש לתיתו לכל דורש (עע"מ 8282/02 **הוצאת עיתון "הארץ" נ' מדינת ישראל, משרד מבקר המדינה**, פ"ד נח(1) 465, פס' 6 לפסק הדין (2003) (להלן: פרשת **הארץ 2002**)).

23. לפי **ההצדקה ההמכשירית**, הזכות למידע מהווה כלי למימוש זכויות אחרות. באמצעות מידע, ניתן לבחון את המציאות בסוגיות שונות, וכן לקדם את זכויותיו של כל אדם הוא תוך בירור מידע מהימן מהרשויות, ולהוביל לשינוי המצב הקיים נוכח חשיפת המידע.

24. ההצדקה האחרונה והחשובה מכולן לעניינו היא האפשרות לפקח על השלטון, באמצעות גישה למידע יכולה האזרח או התושב לבקר את פעולות הממשלה ולפקח עליהן. המדובר בהצדקה המצויה בלב ליבו של החוק, כפי שנקבע בפרשת **הארץ 2002**:

"קבלת מידע על-אודות דרכיו ואורחותיו של השלטון חיונית היא ליכולתו של הציבור לפקח על פעילותו של רשויות השלטון; וידעתן של רשויות השלטון כי חשופות הן לביקורת תביא מצדה ליתר סדר ומשטר ותרתיע אותן מעשיית מעשים החורגים מן המותר והראוי".

#### ד. הגדרת המונח תוכנה והיות חלקיו השונים בגדר מידע על פי חוק חופש המידע

25. פסיקתו של בית המשפט קמא מלמדת שהמערערת בהליך זה ביקשה לקבל את "הנוסחה/אלגוריתם/קוד מחשב/תכנות [...] מכוחם הוטלו עליה עיצומים כספיים על ידי תוכנת המחשב שמפעילה רשות המיסים". השימוש במונח "תוכנה", נעשה על ידי בית המשפט בשם הנוחות. בהמשך פסק דינו קבע בית המשפט קמא, כי "תוכנה" מוחרגת מתחולתו של חוק חופש המידע.

26. המבקשת תבהיר כי לשיטתה פסיקה זו שגויה ועל מנת לתאר את המצב בצורה נוחה, תבקש היא להראות כי המונח הגנרי "תוכנה" כולל בחובו, כמה מרכיבים, הניתנים למסירה.

27. תוכנה היא שם גנרי הבנוי מכמה מרכיבים. ולפיתוחה, מספר שלבים, כפי שנקבע בפרשת **הרפז**:  
"א. שלב הגדרת הדרישות – זהו השלב בו קובעים את הדרישות מהמערכת, את התפקידים שתמלא, את מגבלותיה, וכן, כיצד תפעל מנקודת מבטו של המשתמש.

<sup>3</sup> יורם רבין ורוזי פלד "הזכות החוקתית לקבל מידע" ספר **דליה דורנר** 463 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, התשס"ט).

- שלב עיצוב (תכנון) התוכנה – שלב בו מתורגמות דרישות התוכנה למפרטים סכמאטיים המתארים את המטלות שהוגדרו בשלב הגדרת הדרישות ואת מבנה התוכנה. בשלב זה קובע המתכנת, כיצד תבצע המערכת את המטלות שהוגדרו.
- שלב התכנות – שלב זה מבוצע על ידי מתכנתים, שתפקידם לתרגם את עיצוב התוכנה ממצב של שרטוטים ומבני (סכמאטיים) לשפת מחשב".
- ע"א 139/89 הרפז נ' אחיטוב, פ"ד מד(4) 16, 19 (1990).
28. כך, ניתן לטעון מצב שבו יתבקש מתכנת לבנות מערכת המזהה אם התבצע קיבול לחוזה אם לאו.
29. בשלב "הגדרת הדרישות" (הוא השלב הראשון) יוגדר כי על התוכנה תוטל המשימה להכריע אם ישנה מסוימות וגמירות דעת, הנדרשות להוכחת קיבול, על בסיס מידע שיספק לה המשתמש ובהתבסס על החוק ועל הפסיקה בתחום. על התוכנה, כמובן, להיות ידידותית ומובנת למשתמש.
30. בשלב "עיצוב ותכנון התוכנה" (הוא השלב השני), יתורגמו הדרישות לתרשימי זרימה, ויכללו את האלגוריתמים שבהם נעשה שימוש לכתיבת הקוד, שיסייעו להבין כיצד עלינו לבנות את התוכנה. במקרה זה – נכון יהיה להוסיף שאלות, כמו, למשל, אם מדובר בחוזה לרכישת דירה או בחוזה אחר. לאחר סיווג החוזה, נוסף שאלות הנוגעות לפרטים על הנכס, במקרה שמדובר בחוזה מקרקעין, ועוד. על בסיס התרשים או האלגוריתם, המבוסס על הדין, יגיע שלב יישום האלגוריתם, התכנות בפועל.
31. שלב "התכנות" (הוא השלב השלישי) כולל את כתיבת התוכנה, שנועדה ליישם את שלב העיצוב והתכנון של התוכנה בשפה שתוכל "לרוץ" לבסוף על גבי מחשב. בשלב זה ישנם 2 שלבים מרכזיים – שלב כתיבת התוכנה ב"קוד מקור" ושלב תרגום התוכנה לקובץ ההרצה, שיוכן למחשב.
32. בשלב הראשון – נכתבת התוכנה בשפה שהמתכנת מכיר ומבין, הקרויה לרוב גם "שפה עילית" או "קוד מקור". שפה זו מובנת למי שמכיר את תחום התכנות, והיא כתובה באופן שמסביר מה קורה בכל שלב. לשפת הקוד נהוג להוסיף הערות, השקולות לדברי הסבר, על מנת שניתן יהיה להבין מדוע הקוד נכתב בדרך מסוימת ומה ניסו ליישם בשורות הקוד הרלוונטיות.
33. התוצר הסופי עובר תהליך נוסף של תרגום לשפת המחשב, לקובץ "הרצה", תהליך אוטומטי על פי רוב.
34. האלגוריתם שנוצר, תרשים הזרימה או כל תרשים אחר שנוצר בשלב העיצוב והתכנון של התוכנה – יהפוך לקוד ולאחר מכן לקובץ בשפת מחשב.
35. כך יישאל המשתמש בתוכנה, למשל, אם הוא בוחן חוזה במקרקעין או שמא כל חוזה אחר. אם התשובה תהא במקרקעין, קוד התוכנה יעביר אותו לשאלה אם מדובר ברכישת נכס או שמא בחלופה אחרת. אם ישיב המשתמש שלא – יועבר על ידי התוכנה לחלק קוד אחר שבו יישאל אם המדובר הוא בחוזה שכירות. לאחר שהתוכנה כתובה בשפה המובנת למתכנת, היא תועבר להליך תרגום (אוטומטי) לשפת המחשב, לקובץ ה"הרצה" או ה"יעד".
36. לכן, כאשר אנו דנים במונח "תוכנה" הרי שזו מתייחסת לכל שלבי הבנייה – החל משלב הגדרת הדרישות למערכת, הכתוב בשפה המובנת לכל, ונראה כי אין חולק כי מדובר ב"מידע", עבור לשלב התכנון והעיצוב של התוכנה – שלב בניית תרשים הזרימה, האלגוריתם, הכתוב גם הוא בשפת בני אדם, ונראה כי אין חולק שהוא בגדר "מידע", וכלה בשלב התכנות – שבו ניתן יהיה למצוא את "קוד המקור", שכתוב בלשון המובנת למתכנתים או לבעלי ידע בעולם זה. גם זה, ככלל, מהווה "מידע" לכל דבר ועניין, שכן אף אם השפה בו אינה ברורה לכל, הרי שמדובר ב"מידע" – להבדיל מ"ידע". ניתן לומר גם כי קובץ ההרצה, המובן (כמעט) רק למחשב, הוא בגדר מידע, אף שלזה ישנה משמעות פחותה, שכן מעטים יכולים להבין את השפה של המחשב, אם בכלל.

#### ה. תוכנה היא מידע כהגדרתו בחוק חופש המידע

37. כמתואר לעיל, בית המשפט קמא קבע כי "תוכנה" היא איננה "מידע", כפי שזה מוגדר בסעיף 2 לחוק. כפי שצוין, המערערת פנתה למשיבה בבקשה לקבל פרטי מידע, לרבות "הנוסחה/אלגוריתם/קוד

- מחשב/תכנות", ואילו השימוש במונח "תוכנה" נעשה לצורכי נוחות על ידי בית המשפט קמא. הכרעת בית משפט קמא התבססה על הגדרת המונחים "מידע" ו"תוכנה" בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995.
38. לעמדת המבקשת, הפרשנות המשפטית הראויה למונח "מידע" המצוי בחוק חופש המידע היא שכל חומר מחשב הוא מידע, וזאת, כעולה מתכלית החוק ומכך שממילא, אין כל החרגה של המונח מהחוק.
39. על המטרה והתכלית של החוק ניתן ללמוד מסעיף 1 לחוק שלפיו:  
 "לכל אזרח ישראלי או תושב, הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית, בהתאם להוראות חוק זה".
40. מעת שהתכלית מעגנת את הזכות לקבל מידע, שהוכרה כנגזרת של חופש הביטוי, הרי שצמצום הזכות יכול שתיעשה רק בצורה מפורשת, ולא באופן משתמע. כך גם הרי שהסייגים לחוק והחריגים לו מפורשים הם.
41. בפרשת **הארץ** נדונו שלוש מסננות שיש לעבור תוך בחינה של השאלה אם יש למסור מידע אם לאו:  
 "השאלה אם במערכת עובדות נתונה זכאי הוא היחיד – או אין הוא זכאי – לקבל מידע מרשות ציבורית, תיבחן דרכן של שלוש מסננות אלו". (פרשת **הארץ** 2002, בעמ' 478).
42. בראשית הדברים, נבחנת לשונו של סעיף 1 לחוק חופש המידע, המאפשרת לכל אזרח או תושב לבקש מידע מרשות ציבורית. זאת, במעין "הכרזה חגיגית", כפי שכונתה על ידי השופט מישאל חשין ז"ל, המצהירה על אותה הזכות – הכרזה שיש בה כדי להעיד על תכלית החוק.
43. בפרשה אחרת עוגנה גם כן התפיסה שלפיה הסעיף הראשון לחוק מעגן זכות שלפיה:  
 "עם חקיקתו של חוק חופש המידע נפל דבר במשפטנו – הנחת היסוד היא שמידע ציבורי הוא מידע שלציבור יש זכות לקבלו (כאמור בסעיף 1 לחוק), ואילו אי-הגילוי הוא החריג".  
 עע"מ 2975/15 הוצאת עיתון 'הארץ' נ' משרד החוץ, פס' 24 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז (2016) (להלן: פרשת **הארץ** 2015).
44. בעוד המסננת הראשונה מעגנת תנאי סף לכניסה לגדרי החוק – הרי שהמסננת השנייה מאפשרת לרשות לבחון שמא מסירת מידע (נקודת המוצא), עשויה לפגוע באינטרס המוגן, באופן מפורש, בסייגים לחוק המצויים בסעיפים 8 ו-9 לחוק (החריג). אם אכן ישנו חשש לפגיעה שכזו, הרי שעל הרשות לבחון את סבירות החלטתה, ולבצע איזון (סעיף 10) וכן את מידתיות ההחלטה (סעיף 11).
45. או אז – המסננת השלישית – היא שמאפשרת לבית המשפט, לבחון את המענה ולהיכנס בנעלי הרשות, לפי סעיף 17 לחוק (וראו באשר למסננות פס' 10 לפסק דינו של השופט חשין בפרשת **הארץ** 2002, וכן עע"מ 3300/11 משרד הביטחון נ' גישה, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית).
46. קיומן של המסננות השנייה והשלישית מעידות גם הן על כך שישנה חשיבות רבה להבטחה כי מה שיותר מידע יועבר מהרשות לאזרח, וכי רק במקרים חריגים המידע לא יועבר.
47. קריאה של החוק בדרך זו, תלמד כי ככלל, פגיעה בזכות המוגנת בחוק תתאפשר רק לאחר שהרשות שקלה את דעתה, ובהתבסס על חוק מפורש, סעיפי ההחרגה המצויים בו. שאלת הפרשנות של סעיפי ההחרגה שונה היא מפרשנות של סעיף ההגדרה – שעשוי להוביל לקביעה קטגורית שתוביל לפגיעה ממשית ביישום החוק.
48. את העובדה שיש לקרוא את החריגים לחוק בצמצום, קבעה גם כן כבוד השופטת ברק-ארז בפס' 24 לפסק דינה בפרשת **הארץ** 2015, שם נקבע, בזו הלשון:  
 "החריגים עשויים להיות לעתים נכבדים ואף רחבים, אולם עדיין הם בגדר חריגים, והנטל להוכיח את תחולתם הוא על הטוען להם [...] בכך הרחיב החוק את זכות העיון במסמכי הרשות, שהייתה נתונה לפרט אף טרם חקיקתו, והכיר בזכותו של הפרט לקבל מידע גם כאשר אין לו עניין אישי בו [...] זאת, מתוך תפיסה שהרשות מחזיקה במידע בנאמנות עבור הציבור, ושחשיפתו של המידע מקדמת את חופש הביטוי ומאפשרת לציבור לפקח על פעילותה.
49. מהאמור ניתן ללמוד על תכלית החוק, ועל האופן שבו יש לקרוא את המונח "מידע". כך, אף אם ייטען כי החוק אינו ברור דיו, יש לפרשו באופן שמיטיב עם הזכות, ולא להיפך, מה שעולה בקנה אחד עם תכלית החוק וכן עם העובדה כי ממילא, ניתן לעשות שימוש בחריגים, אם אלה מתקיימים.

50. כפי שכבר צוין, מהטעם שהזכות למידע נגזרת, בין היתר, מהזכות לחופש הביטוי, אילו ביקש המחוקק לצמצם את הזכות – היה עליו לעשות כן בחקיקה מפורשת, כפי שהוגבלה הזכות למידע בדרכים שונות בחוק חופש המידע, דוגמת סעיף 14 לו, ומכאן שפרשנות מצמצמת צריכה להידחות מכל וכל.

### ה.1. פנייה לחוק פלילי לפירוש של מונח בחוק אזרחי – אינה נדרשת

51. ככלל, מעת שהחוק כולל הגדרה ברורה דיה למונח "מידע", שעולה בקנה אחד עם מטרתו, אין צורך של ממש לפנות לחוק אחר כדי ללמוד על משמעותו, ובוודאי לא לחוק פלילי שמטרתו ותכליתו שונה לגמרי.

52. בית המשפט קמא בחן את החוק לאורו של חוק המחשבים, המהווה חוק פלילי, המבקש להגן על הציבור בפני עבירות מחשב, וההבחנה הנערכת בו בין המונח "מידע" למונח "תוכנה" אינה צריכה להשפיע כלל ועיקר על הגדרת המונח "מידע" בחוק חופש המידע. זאת, לא רק מהטעם שההגדרה של "מידע" בחוק חופש המידע ברורה היא, אלא גם כיוון שמטרות החוק האזרחי, שונות בתכלית מהדין הפלילי.

53. מעבר לאמור, הרי שקריאה "שונה" של הסעיף המצוי בחוק המחשבים, תציע כי "תוכנה" מצויה דווקא במונח "מידע", והיא מבקשת להחריגו מההגדרה הכללית של "מידע". רוצה לומר, אילו לא תוכנה הייתה נתפסת כמידע, לא היה צורך להחריגה מהגדרת המילה "מידע", כפי שזו מופיעה בחוק המחשבים.

### ה.2. מידע לפי חוק חופש המידע והליך הפרשנות הראוי

54. המונח "מידע" מוגדר בחוק חופש המידע כ"כל מידע המצוי ברשות ציבורית, והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב".

55. פרופ' אהרן ברק, דן בספרו על מטרותם של סעיפי ההגדרה, באומרו כי אלה אינם "קובעים כיצד יש לפרש אלא מהו הפירוש". הם נועדו, בעיקרו של דבר, לייתר חלק מההליך הפרשני, ולקצר את לשון החקיקה.<sup>4</sup> מכאן שממילא, כל זמן שסעיף ההגדרה לובש לשון ברורה, מתייתר חלק מההליך הפרשני.

56. אך גם אם נניח שסעיף ההגדרה אינו ברור דיו, הרי שעובר לפנייה לחוק בעל אופי שונה בתכלית, נכון יהיה לבחון את מטרת החוק ואת תכליתו, הנלמדת כאמור מהסעיף הראשון לו ומהפסיקה שהובאה.

57. בספרו, ברק מרחיב גם על המורכבות הנוגעת לאופן בחינת ההיסטוריה החקיקתית של חוק מסוים, המאפשרת ללמוד על תכליתו. ברק מציין שבעוד ניתן ללמוד מההיסטוריה, לא ניתן להתקבע לה (ברק, פרק רביעי). עיון בחוק ובגלגולו, יראו כי נכון יהיה לכלול תחת המונח מידע – כל מידע באשר הוא. זאת, במיוחד בימים שבהם תוכנות המחשב משפיעות באופן ישיר על חיי כולנו ברמה היומיומית.

58. ככלל, אף שאין הכרח לבחון את תכלית החוק שעה שלשונו ברורה, הרי שבמקרה זה, קריאת ההיסטוריה החקיקתית תוכל ללמד על תכלית החוק<sup>5</sup> ואילו מפרש החוק צריך לפעול להגשמתו באופן שיגן, כמה שניתן, על מתן האפשרות לממש זכויות.<sup>6</sup>

### ה.3. על ההיסטוריה החקיקתית של חוק חופש המידע

59. חוק חופש המידע מפנה לשני דברי הסבר, מהשנים 1996 ו-1997. כך דברי ההסבר משנת 1996 מציגים את ההגדרה למונח "מידע" כהגדרה "טכנית" בעיקרה:

"המידע שעליו חל החוק המוצע הינו כל מידע המצוי בידי הרשות הציבורית, בכל צורת אחסנה שהיא, כגון מידע ממוחשב. זוהי הגדרה טכנית בעיקרה, המשקפת את העיקרון שאין מידע שהחוק לא חל עליו".

דברי ההסבר להצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז–1996, ה"ח 2523.

60. במסגרת דברי ההסבר משנת 1997, הוגדר המונח באופן מעט אחר, המבחין בין "ידע" לבין "מידע":

<sup>4</sup> אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 137–138 (1993).

<sup>5</sup> שם, בעמ' 354.

<sup>6</sup> שם, בעמ' 553.

"המידע שעליו חל החוק המוצע הוא כל מידע המצוי בידי הרשות הציבורית, בכל צורת אחסנה שהיא, כגון מידע ממוחשב. הגדרה זו מתייחסת למידע קיים בלבד כלומר למידע הנמצא בידי הרשות הציבורית בעת קבלת הבקשה למידע".

דברי ההסבר להצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז–1997, ה"ח 2630.

61. גם המלצות הוועדה הציבורית בראשות השופטת אוסטרובסקי, שמונתה על ידי שר המשפטים דאז, פרופ' דוד ליבאי, שדנה בהרחבה בעיגון הזכות למידע (להלן: ועדת אוסטרובסקי), מחזקות את התפיסה שלפיה תכלית החקיקה היא מתן גישה למידע ציבורי רחב ככל שאפשר:

"יש לזכור, כי מידע הוא כוח, וכוח בלתי מוגבל ובלתי מבוקר עלול להשחית. שקיפות מעשי השלטון היא חלק בלתי נפרד מאחריותו (accountability) כלפי הציבור. זרימת מידע מרשויות השלטון לאזרחים היא רכיב חיוני לבקרה ופיקוח על מעשי השלטון, ולשיפור תפקודן של הרשויות".<sup>7</sup>

62. מהאמור ניתן ללמוד גם כן על תכלית החוק העולה מההיסטוריה החקיקתית שלו, שאף היא עולה בקנה אחד עם הגישה שלפיה יש לפרש פרשנות רחבה למונח "מידע".

#### ה.4. מונח זה בחוקים שונים – ראוי שיפורש בהתאם לחוק שבו הוא מופיע

63. את אופן פרשנותן של מילים המופיעות בדברי חקיקה, במקרים שבהם אין הגדרה מדויקת, בחן בית משפט זה לא אחת, באופן שביסס את התפיסה שלפיה הפרשנות תיעשה בהתאם לתכלית החוק הספציפי, וכי ייתכנו מקרים שבהם מונחים ייבחנו בצורה שונה בחוקים שונים.

64. כך, למשל, נקבע בפרשת **בית מרקחת אלבא בע"מ**:

"כלל יסודי הוא, שמושגים והוראות שבחוק יש לפרש לאור תכליתו ומטרתו של דבר החקיקה. כיוון שכך, קורה לא פעם שמושג זהה פירושו שונה בחוק אחד מפירושו בחוק אחר, הכול בהתאם למתבקש מתכליתו ומהכוונה הגלומה בו".

ע"פ 224/85 **בית מרקחת אלבא בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לט(4) 798, 802 (1985).

65. בפס' 7 לפסק דינו של השופט ברק בפרשת **מזרחי נקבע כי**:

"מילותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק"

ע"פ 787/79 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(4) 421 (1980).

66. כך נקבע גם בהליכים אזרחיים, ולמשל, בפרשת **טרגר להשקעות נקבע בפס' 5** השופט כהן כי:

"כידוע, אחד מכללי הפרשנות הוא, שביטוי מסוים יכול להתפרש בצורות שונות בחיקוקים שונים, וזה בהתאם למטרת כל חיקוק וחיקוק, הקשר הדברים שבו מופיע הביטוי ומבחינים שונים אחרים".

ע"א 480/79 **חברת א' טרגר להשקעות ולבניין נ' גובה המכס**, פ"ד לה(2) (1981).

67. כך גם קבעה השופטת שטרסברג כהן בפס' 5 בבג"ץ **סרוסי כי**:

אף שישנו יתרון למתן פרשנות זהה למונחים שונים, הרי ש"אין להתעלם מכך שחוקים שונים מכוונים להגשמת תכליות שונות [...] [וכי] בכל מקרה יש להתחקות אחר תכלית החוק ומטרתו ואחר הביטוי שנתן המחוקק לתכלית שאותה רצה להשיג באמצעות החוק".

בג"ץ 1583/94 **סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מט(3) 469 (1995).

68. מהאמור לעיל ניכר כי פנייה לחוק פלילי, כדוגמת חוק המחשבים, היא לא דבר טבעי, שעה שניתן ללמוד על תכליתו של חוק חופש המידע ביתר קלות מסעיפיו השונים של חוק חופש המידע, המבקשים לעגן את הזכות למידע, ומדברי ההסבר אשר נותנים לכך מענה ומבצעים הבחנה.

<sup>7</sup> דין וחשבון הוועדה הציבורית לעניין חופש המידע (2015). זמין בקישור: <https://tinyurl.com/yanj9mx5>



## ה.5. למעלה מן הצורך – פנייה לחוקים אזרחיים אחרים מראה כי ראוי לכלול תוכנה כמידע

69. גם אם יימצא שיש מקום לפנות לחוקים אחרים, על מנת לשפוך אור על המונח "מידע", נראה כי הפנייה צריכה להיות לחוק אזרחי. כך, ניתן לראות כי תוכנת מחשב הוכרה כ"יצירה ספרותית" בחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007. בחוק זה הוגדר המונח "תוכנה" כ"תוכנת מחשב בכל צורה שבה היא מבוטאת". לפי חוק זה, יצירה ספרותית היא יצירה כתובה השקולה ליצירות כמו ספרים או שירים. מכאן שמבלי להיכנס לסוגיית ההגנה הנוגעת ליצירה ספרותית, הרי שניתן ללמוד שאם ניתן להגן על תוכנה כיצירה ספרותית כתובה, הרי שאין כל הצדקה שלא להכיר ב"תוכנה" כ"מידע".

70. יתרה מכך, בת"א 1311/85 **אחיטוב נ' הרפז**, פ"ד תשמ"ט (3) 177 (1989) קבע בית המשפט הנכבד כי ההכרה להגנה של זכות יוצרים בתוכנה חלה על כל השלבים בתהליך הפיתוח של תוכנת מחשב – שלב הגדרת הדרישות, שלב עיצוב ותכנון התוכנה ושלב התכנות. קביעה זו אושרה גם על ידי בית המשפט העליון בע"א 139/89 **הרפז נ' אחיטוב**, פ"ד מד (4) 16 (1990). על כן, נראה כי בעת פיתוח התוכנה ישנם 3 שלבים אותם אין טעם שלא להכיר כ"מידע".

71. בהתאם לאמור, לעמדת המבקשת פנייה לחוק אחר בזמן שההגדרה קיימת בחוק הרלוונטי, היא פנייה שאינה הכרחית, וזאת נוכח התכלית העומדת בבסיסו של חוק חופש המידע ושהובאה, בין היתר, לעיל.

72. המבקשת תציג להלן מדוע לא רק שיש לקרוא, ממילא, את הסעיף ככזה הכולל את המונח "תוכנה", וכך גם את המונחים "קוד/אלגוריתם" כמידע, אלא שפרשנות זו מתחייבת נוכח המציאות דהיום שבה תוכנות משפיעות על חיי היומיום של הציבור. מכאן שהרי תכליתו הזוהה של החוק כפי שזה נחקק בשנת 1998, לתכלית דהיום – עיגון הזכות למידע – ממילא תכיר בחשיבות של מסירת מידע אלגוריתמי שיהיה בו כדי לממש את תכליות החוק ה"נסתרות" – מתן האפשרות לציבור לפקח על הממשל, למשל.

### ו. מדוע ראוי כי אלגוריתמים בשירות המדינה ייכללו במסגרת חוק חופש המידע, ובמיוחד בעידן נוכח עידן הבינה המלאכותית

73. חשיבותה של השקיפות האלגוריתמית באה לידי ביטוי ביתר שאת בשנים אלו המתבטאות בהתקדמות טכנולוגית משמעותית. תוכנות מחשב מקבלות החלטות המשפיעות על חיינו ברמה היומיומית, הן על ידי חברות פרטיות (דוגמת פייסבוק) והן על ידי המדינה, באופן שמקשה אחר יכולת הפיקוח על קבלתן.

74. כדי לפשט את ההשפעה האפשרית, ניתן לתת כדוגמה מקרה "תמים" במובן מסוים, שארע בארצות-הברית בשנת 2014. בשעת עומס, אזרחים רבים חייגו למוקד החירום האמריקני (911) ושחתם לא נותבה לנציג. נוכח בדיקת המקרה, הבינו במשרד התקשורת האמריקני שהאלגוריתם של תוכנת המחשב כלל במאפייניו סף של פונים, שמרגע שזה נחצה, המוקד "קרס" ולא ניתב את השיחות ליעדן.<sup>8</sup>

75. מזה שנים, גורמי ממשל רבים נעזרים בתוכנות מחשב שונות, דוגמת המקרה שבעקבותיו הגישה המערערת את בקשת המידע מושא הערעור. תוכנות אלו הן לעתים תוכנות "מדף" מסחריות, או כאלה שנבנות עבור המדינה על ידי חברות מסחריות. במקרים רבים, מגיעות התוכנות עם קובץ "הרצה" בלבד, ולא עם קוד המקור שלהן.

76. בהיעדר גורם אנושי המעורב בקבלת ההחלטה, מלבד בשלב תכנון התוכנה, ובהיעדר קוד גלוי, אין גורם שמפקח באופן ממשי על אופן קבלת ההחלטה – לא עובד הציבור, לא שומרי סף ולא הציבור – כך שבפועל כלל שומרי הסף "מנטרלים" מיכולת השפעה או ביקורת ופיקוח ממשיים.

77. בעוד אחת מתכליותיו המרכזיות של חוק חופש המידע, העולה בין היתר מפרשת **הארץ 2016**, היא לפקח אחר פעולות הממשל, המציאות המתוארת מערערת את אפשרות הפיקוח, מה שעשוי להוביל לפגיעה

<sup>8</sup> המקרה תואר בכתבה שלהלן, שבה ניתן למצוא גם קישור לדוח שהכין משרד התקשורת האמריקני אשר חקר את התקלה, וראו, Collin Lecher, *A preventable coding error knocked out 911 service for millions*, THE VERVE, Oct 20, 2014, <https://tinyurl.com/mw97zt5>

בזכויות. בהיעדר שקיפות, הרי שיהא זה כמעט בלתי-אפשרי לבחון את תפקוד התוכנה ולגלות תקלה, ככל שזו קיימת, בין אם מדובר בתקלה בעצם יישום החוק ובין אם בעצם הטמעתו בקוד התוכנה.

78. לעמדת המבקשת, ראוי יהיה, לאור האמור ולאור המגמה העולמית, שהמדינה תדאג לכך שתהיה לה גישה מלאה לתוכנות שהיא עצמה מפעילה, ואף תשאף שאלה תכתבנה ב"קוד פתוח", המאפשר בחינה פשוטה יחסית של התוכנות על ידי אנשי תוכנה אחרים, מטעם המדינה, ובכלל.

79. המבקשת תטען עוד כי מציאות שבה אין בידי המדינה את קוד המקור של התוכנה, בעיקר כזו שהוזמנה על ידה, היא מצב שמבטל את האפשרות של הרשות לבקר את עצמה. משכך, יהא זה ראוי להורות לרשות שאינה יכולה לפקח אחר קבלת החלטותיה לעבד את המידע המצוי בידה, ובדרך של "הנדסה לאחור" ללמוד על האופן שבו פועל הקוד. לעניין עיבוד מידע, בפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז בע"מ 1786/12 **ג'ולאני נ' מדינת ישראל – המשרד לביטחון פנים**, פ"ד סו(3) 362 (2013), נקבע, בין היתר, כי חוק חופש המידע אינו אוסר על עיבוד מידע, אלא כי הוא מאפשר לרשות לעבד, ומכאן שבמקרים מעין אלו, יהא זה בלתי-סביר שלא לעבד את המידע לצורך יצירת אפשרות לבחון את החלטות הרשות.

80. בעניין אחר קבע בית משפט המחוזי בירושלים כי על הרשות חלה חובה לאסוף את המידע מקום בו יצירת המידע הכרחית לצורך מתן האפשרות של רשות לפעול בצורה תקינה ולמלא תפקידה, כך בעת"ס (י-ם) 900/07 **קרן דולב לצדק רפואי נ' נציבת הקבילות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי** (פורסם בנבו, 2008) ועל כן בפרשת קרן דולב דוחה בית המשפט את עמדת הרשות כי לא ניתן למסור מידע בטענה שזה אינו קיים, כל זמן שהוא מתחייב לצורך פיקוח.

81. נוכח האמור, ישנה חשיבות רבה לכך שמבית משפט נכבד זה תצא קביעה שלפיה לא רק שישנה חשיבות ראשונה במעלה לכך שלרשויות עצמן תהיה הגישה לתוכנות לצורך בדיקה עצמית, אלא גם כי התוכנה היא מידע שניתן לקבל, בהתאם לחוק חופש המידע. בין היתר, נוכח האמור לעיל.

### **1.1. ראוי כי תוכנות המחשב שבהן עושה המדינה שימוש תיכתבנה בקוד פתוח, או למצער, שאלה תהיינה בבעלות המדינה**

82. תוכנת קוד פתוח היא תוכנה אשר קוד המקור שלה, גלוי לכל. על חשיבות השימוש בקוד פתוח במסגרת רעיון הממשל הפתוח ודמוקרטיה דיגיטלית, נכתב כבר רבות, ובין היתר כי זמינותה של התוכנה בקוד פתוח מאפשרת לאזרחים להכיר את אופן הפעלת התוכנה לעומק, באופן שבמאפשר מתן ערובה לפעילות הוגנת של המדינה, באופן יעיל ונטול פניות של טובת הציבור.<sup>9</sup>

83. שימוש בקוד פתוח, ולכל הפחות חשיפת קוד המקור של תוכנה ממשלתית, יאפשרו לבחון את אופן הפעולה של התוכנה, ובכך יימנע מצב שבו גורם אנושי לא בוחן את אופן קבלת ההחלטות. הבחינה תאפשר גילוי של תקלות המצויות באלגוריתם המבוסס על חקיקה, ותאפשר לבחון אם האופן שבו נבנתה התוכנה, או זו מיושמת בפועל, עולה בקנה אחד עם דרישותיו של החוק.

84. ככלל, טענה כללית כי "התוכנה מבוססת על הוראות הדין" אינה יכולה לספק, זאת שכן בהיעדר אמצעי פיקוח יעיל, לא ניתן לוודא את איכות פעולתו של הקוד ולהבטיח כי הוא נעדר הטיות שונות מובנות.

85. המלצות לאימוץ ממשל פתוח וכן קוד פתוח במסגרת פעילותן של רשויות השלטון, לא נותרו רק כמנת חלקם של האקדמיה והמגזר השלישי. דוגמה לכך היא החלטת הממשלה 1933, המבקשת לקדם שקיפות מאגרי מידע.<sup>10</sup> באשר לקוד פתוח, במסגרת תוכנית הפעולה של ממשל פתוח 2018–2019, שנכתבה על ידי רשות התקשוב הממשלתית שבמשרד ראש הממשלה, צוין כי הרשות "תקדם ותפעל ליישום מדיניות הנגשת

<sup>9</sup> Thomas Margoni & Mark Perry, *Free-Libre Open Source Software as a Public Policy Choice*, 3 Int'l J. on Advances in Internet Tech., Vol. 3, Nos. 212 (2010), available at: <https://ssrn.com/abstract=1800902>

<sup>10</sup> החלטה 1933 של הממשלה ה-34 "שיפור העברת המידע הממשלתי והנגשת מאגרי מידע ממשלתיים לציבור" 30.8.2016, זמין ב-[https://www.gov.il/he/Departments/policies/2016\\_dec1933](https://www.gov.il/he/Departments/policies/2016_dec1933)

קוד פתוח בו עושים שימוש משרדי הממשלה [...] בנוסף, המדיניות תקדם שחרור של קוד שפותח במשרדי הממשלה [...] גם כאשר לא נעשה שימוש בקוד פתוח המחייב זאת".<sup>11</sup>

86. במסגרת התוכנית, הובהרו גם היתרונות שבגישה זו, ובין אלה, חיזוק אמון הציבור במערכת, עירוב הציבור בנעשה במדינה, ועוד.<sup>12</sup>

בנוסף, רשות התקשוב הפועלת במסגרת משרד ראש הממשלה הוציאה שתי הנחיות בשנת 2018 (7.3.01 ו-7.3.02) המעודדות הן הנגשה של תוכנות שימוש בקוד פתוח והן את הנגשתן של תוכנות לציבור (בין אם בקוד פתוח ובין אם לאו). בהנחיות אלו מוצגים יתרונות לכך דוגמת "חיסכון בעלויות הפיתוח, שיפור באיכות הקוד, העשרת הקוד הנמצא בשימוש, חיסכון ברכישת רישיונות ומשוב מקהילת המפתחים לשם טיוב הקוד ואיתור פגיעויות".<sup>13</sup>

הוראות התכ"מ של משרד האוצר גם הן מחייבות, ככלל, כי רשות המזמינה תוכנה, תסדיר את הרכש באופן כזה שיבטיח בעלות על התוכנה (כשלא מדובר ב"קוד פתוח"). בהוראה זו, מובהר כי סוגיית הבעלות רלוונטית במיוחד במקרים שבהם התוכנה מוזמנת על ידי רשות ציבורית. באופן זה, כמובן, עשוי להתאפשר הפיקוח העצמוני של הרשות עצמה.<sup>14</sup>

87. מדינת ישראל חברה גם בארגון בין-לאומי נוסף, בשם Digital Nations. ישראל הייתה אחת מחמש המדינות הראשונות שחברו לפורום, המונה כיום עשר מדינות. בהתאם לאתר, הפורום מייצר בית למדינות דיגיטליות מובילות "Digital Nations is an international forum of leading digital governments".<sup>15</sup> כך, בין היתר הוציא הפורום מסמך שמכיר בחשיבות האחריות בנגוע לשימוש ב-AI על ידי המדינות, שכותרתו: "D9 approach for responsible use of AI by Governments". מסמך זה, שישראל היא כאמור צד לו, מבהיר כי המדינות צריכות להיות "שקופות" באשר לשימוש בתוכנות AI, תוך מתן הבהרה בנגוע לחשיבות השימוש בתוכנה. כמו כן, "Be as open as we can by sharing source code, training data, and other relevant information, all while protecting personal information, system integration, and national security and defence".<sup>16</sup>

88. נוסף על כן, בשנת 2019 חתם השר דוד אמסלם על ה-Digital Charter של המדינות החברות בגוף זה, המבקש לקדם גם כן שימוש בקוד פתוח.<sup>17</sup> נכון יהיה לשאוף למצב שבו כלל התוכנות תהיינה גלויות לציבור בכללותן. זוהי גם גישתה של המדינה וכך נהוג במדינות רבות בעידן הדיגיטלי, כפי שניתן לראות בהחלטות שאימצה, ובנהלים פנימיים שקבעה המדינה, פסיקת בית משפט קמא עומדת בסתירה חזיתית לגישה זו. 89. במקרים בהם מדובר בתוכנות ישנות, שהועברו למדינה בקוד הרצה (יעד) בלבד, או במקרים שבהם ישנם טעמים שיצדיקו אי-חשיפה, מפאת טעמים שונים לרבות, ביטחון המדינה, הרי שיש להבטיח כי תתאפשר דרך חלופית לפיקוח אחר פעולת התוכנה. כך, למשל, בדוח מומחים אירופי הנוגע לבינה מלאכותית, הציעו לאפשר ביצוע של ביקורת פנימית וחיזונית (למשל על ידי ועדת ציבורית מפקחת, שתוחלף אחת לתקופה, ותהיה מחויבת לסודיות),<sup>18</sup> ביישומים המשפיעים על זכויות יסוד. נראה כי הדברים יפים אף לתוכנה מסורתית, שאינה בינה מלאכותית.<sup>19</sup>

<sup>11</sup> ממשל פתוח – תכנית הפעולה לשנים 2018–2019, 37 (רשות התקשוב הממשלתית, משרד ראש הממשלה), זמין ב: <https://tinyurl.com/yb7od2zd>.

<sup>12</sup> שם.

<sup>13</sup> הנחיות ראש התקשוב הממשלתי 7.3.02 "מדיניות שימוש בפתרונות קוד פתוח" (1.4.2018), זמין ב: <https://tinyurl.com/y7hqxkzw>; הנחיות ראש התקשוב הממשלתי 7.3.02 "מדיניות פרסום קוד שבעלות המדינה" (1.4.2018), זמין ב: <https://tinyurl.com/ydyjx7lr>.

<sup>14</sup> הוראת תכ"מ 15.5.0.2 "הסדרת קניין רוחני בתחום המחשוב בממשלה" (22.3.2010). ההנחיה קובעת כי "ברירת המחדל בפרויקט שהמדינה מזמינה תהיה, כי הבעלות על תוצרי הפרויקט, לרבות זכויות הקניין הרוחני, היא של המדינה. זאת בהתאם לסעיף 36 לחוק זכות יוצרים". הוראות התכ"מ זמינות ב-<https://mof.gov.il/Takam>.

<sup>15</sup> וראו: [www.leadingdigitalgovs.org](http://www.leadingdigitalgovs.org).

<sup>16</sup> וראו <https://tinyurl.com/ychnnmqu>, D9 approach for responsible use of AI by Governments, זמין ב-<https://tinyurl.com/y8afbbdk>.

<sup>17</sup> וראו: DIGITAL NATIONS CHARTER, זמין באתר ממשלת קנדה <https://tinyurl.com/y8afbbdk>.  
<sup>18</sup> על רעיון של ועדה ציבורית מפקחת על פי חוק חופש המידע ראו גם בפרק ד למאמר דלית קדרור פלדמן וניבה אלקין קורן "שקיפות פעולות המדינה בסביבה הדיגיטלית: אכיפה" אלטרנטיבית של עבירות ביטוי באמצעות ענקיות הרשת" המשפט כה (2020).

<sup>19</sup> ETHICAL GUIDELINES FOR TRUSTWORTHY AI, THE HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2019) 19–20, זמין ב-<https://tinyurl.com/y3aujxf4>.

“Auditability entails the enablement of the assessment of algorithms, data and design processes. This does not necessarily imply that information about business models and intellectual property related to the AI system must always be openly available. Evaluation by internal and external auditors, and the availability of such evaluation reports, can contribute to the trustworthiness of the technology. In applications affecting fundamental rights, including safety-critical applications, AI systems should be able to be independently audited”.

90. בעת מעבר לשקיפות אלגוריתמית יש להבטיח כי ההכרה באופן הפעולה של תוכנות המקבלות החלטות, במיוחד במקרים שנוגעים לבינה מלאכותית, יש להבטיח לא רק את שקיפות הקוד – אלא גם שקיפות ברמה ההסברתית שמאפשרת לאזרח הפשוט להבין את השפעותיו של המחשב.<sup>20</sup>

## 2.1. המגמה העולמית: שקיפות של תוכנות

91. שקיפות תוכנות לא באה לידי ביטוי רק בהצהרות ובתוכניות עתידיות, אלא ניתן למצוא גם דוגמאות למקרים שבהם פורסם קוד המקור של תוכנות בבקשות מידע. להלן נסקור מספר דוגמאות ואין בכך משום דיון ממצה.

92. כך, למשל, קוד המקור למערכת ה-CRM של משרד הבריאות נמסרה זה מכבר למבקש מידע.<sup>21</sup> כמו כן, תוכנות המגן 1.0 והמגן 2.0 שפותחו במטרה לאפשר מעקב וולונטרי בתקופת הקורונה, שוחררו לציבור הרחב בתוכנות קוד פתוח, מה שהציג הכרה בחשיבות השקיפות לאמון הציבור.<sup>22</sup>

93. בארצות-הברית, ניתן לאתר מקרים שבהם פורסמו קבצי תוכנה במענה לבקשות מידע. כך, הממשל הפדראלי מסר, לבקשת אזרח אמריקני, את קובץ המקור לתוכנה שיועדה למערכות הפעלה מסוג אייפון ואנדרואיד בשם “Heat Safety Tool”.<sup>23</sup>

94. הגם שישנה מחלוקת בין המדינות השונות בארצות-הברית בנוגע לתחולת החוק על תוכנות (כשישנן מדינות שהחריגו באופן אקטיבי את התוכנה מתחולת החוק), המכשול הגדול בחשיפת האלגוריתמים והתוכנות הוא טענת הסוד המסחרי או הקניין הרוחני בתוכנות. עם זאת, ראוי שהמדינה תעשה שימוש בתוכנות קוד פתוח או לכל הפחות, ראוי שהמדינה תהיה הבעלים בתוכנה.

95. בארצות-הברית, עש מי שרואים את העיגון לשקיפות אלגוריתמית ולחשיפת האלגוריתם בדין הקיים כיום תחת המונח “digital records” בחוק, הכולל תוכנה ומאגר נתונים.<sup>24</sup>

96. מדינות נוספות בעולם הכירו אף הן בחשיבותה של שקיפות אלגוריתמית.

97. כך, למשל, בניו-זילנד, בעקבות המלצות דו"ח ה-Algorithm assessment משנת 2018, החלה מגמה של שקיפות ודיווח לציבור בשימוש באלגוריתמים על ידי רשויות הממשלה למיניהן. כך, ניתן לזהות במקור זה את ההכרה של הממשל הניו-זילנדי בחשיבותה של התוכנה/אלגוריתם ככלי מהצד האחד, וכן את החשש שהפעלה שגויה שלו תפגע בציבור, מהצד האחר:

“However, the benefit of a tool, like an algorithm, depends on its careful and considerate use. When used with care and consideration, algorithms can help minimise the negative effects of our ever-present human bias – bringing positive

<sup>20</sup> כך עולה, בין היתר, מדו"ח ועדת המשנה של המיזם הלאומי בנושא בינה מלאכותית, אתיקה ורגולציה, בראשות פרופ' קרין נהון ובהשתתפות נציגים ממשלתיים, נציגי חברות פרטיות ואנשי אקדמיה (פורסם בנובמבר 2019), הדו"ח זמין ב- <https://tinyurl.com/yc66htms>.

<sup>21</sup> המידע זמין ב- <https://tinyurl.com/y963ce39>.

<sup>22</sup> קוד המקור לתוכנות המגן זמין ב- <https://tinyurl.com/yashwbuo>; בד בבד, בעקבות פרסום הקוד התגלו על ידי משתמשים בעיות בתוכנה, שלפי פרסומים תוקנו על ידי משרד הבריאות. ראו רן בר זיק “הקוד של אפליקציית המגן פתוח, אבל בתוכו הסתתרו הפתעות” הארץ 26.7.2020 <https://tinyurl.com/yal6nhte>.

<sup>23</sup> קוד התוכנות זמין באתר Muckrock האמריקני. המדובר באתר של ארגון אמריקני ללא כוונות רווח המאגד עיתונאים ופועל, בין היתר, להנגשת מידע ציבורי, <https://tinyurl.com/ydblobau>.

<sup>24</sup> Robert Brauneis, Ellen P. Goodman, *Algorithmic Transparency for the Smart City*, 20 YALE J. L. & TECH. 103, 134–135 (2018).

change to Aotearoa New Zealand. Equally, when used without care or consideration, algorithms could help perpetuate human bias, or even amplify it. In light of this power, transparency and accountability are critical to ensuring that the public can trust and support the government to use these tools in appropriate ways".<sup>25</sup>

98. במקביל, ישנן יוזמות של ארגונים מקצועיים, שכתבו כללים ואף החלו ביוזמות בתחום האתיקה של הבינה המלאכותית ושל מערכות אוטונומיות, המבקשות להדגיש את חשיבות השקיפות האלגוריתמים, כדי לאפשר בחינה אפקטיבית שתמנע פגיעה בזכויות אדם.<sup>26</sup>

99. המגמה העולמית לשקיפות אלגוריתמית מכירה לרוב גם בזכות לקבל הסבר (right to explanation) מדוע הגיעה המכונה או התוכנה לתוצאה מסוימת ולא אחרת. ניצנים לדרישה להסברות, ניתן לראות ב-GDPR, גם אם ההחלטה ניתנה על ידי מכונה. הדיון בנושא נעשה בעיקר סביב נושא שילובה של הבינה המלאכותית בשגרת חיינו, אולם הוא תקף אף בענייננו. יש הרואים את העיגון של הזכות לקבל הסבר בדברי ההסבר המקדימים:

Recital 71, sentence 4, GDPR

"In any case, such processing should be subject to suitable safeguards, which should include specific information to the data subject and the right to obtain human intervention, to express his or her point of view, to obtain an explanation of the decision reached after such assessment and to challenge the decision".<sup>27</sup>

וכן בסעיף 13(f)(2) ל-GDPR:

Art. 13 (2) (f) GDPR

"The controller shall [...] provide the data subject with the following further information necessary to ensure fair and transparent processing [...]

(f) the existence of automated decision-making, including profiling, referred to in Article 22(1) and (4) and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject".<sup>28</sup>

100. ההכרה בזכות לקבל הסבר החלטה פרטנית שניתנה על ידי תוכנה, ניתן למצוא גם תימוכין בחוק הצרפתי משנת 2016, שלפיו (2016 French Digital Republic Act (Act no 2016-1321 of 7 Octobre), חלה החובה להסביר החלטה פרטנית הכוללת את תהליכים אלגוריתמיים שהובילו לכך.

## 2.1. המעבר לעידן הבינה המלאכותית רק מדגיש את הצורך לכלול אלגוריתמים בחוק חופש המידע

101. חשיבותה של חשיפת קוד מקור התוכנה בכלל, ובעידן הבינה המלאכותית בפרט, מתעצמת נוכח העובדה שהגורם שמכניס את השיקולים המשפטיים והערכים החברתיים לאותן מערכות טכנולוגיות הם אנשי הנדסה וטכנולוגיה, ולא דווקא בעלי התפקידים המקצועיים הפועלים בתחום הרלוונטי (משפטן,

<sup>25</sup> ראו אתר הדאטה הניו-זילנדי, Government algorithm transparency and accountability, זמין ב- <https://tinyurl.com/vd2aryfk>

<sup>26</sup> The Association for Computing Machinery US Public Policy Council (USACM), Statement on Algorithmic Transparency and Accountability (12 Jan. 2017) <https://tinyurl.com/hf55bzw>; ראו גם: סקירה של דו"חות שונים ברחבי העולם של מדינות ושל חברות פרטיות הקוראות לערכים דומים: דפנה גץ, אושרת כץ-שחם, רינת קליין, רועי צונה, שלמה רוזנברג, אבידע שהם, אלה ברזני, ערן לק וסימה ציפרפל "בינה מלאכותית, מדעי הנתונים ורובוטיקה חכמה- דו"ח בנושא אתיקה, משפט ופרטיות" מוסד שמואל נאמן (2018).

<sup>27</sup> Recital 71 to the Regulation (EU) 2016/679, of the European Parliament and the Council of 27 April 2016, Recital 71 <https://tinyurl.com/y5lmz35f>, זמין ב-

<sup>28</sup> art. 13, שם.

רופא או פקיד במס הכנסה). לרוב, אנשי המקצועי אינם אווזים בידע מספק על מנת לאשר כי קוד התוכנה או הבינה המלאכותית אינם כוללים טעויות וכשלים, אם אין ביכולתם לקרוא את הקוד או אינם יכולים להסביר את החלטת הבינה המלאכותית.

102. מצב זה רק מחזק את החשיבות שבהכרה בדרישות המבטאות אחריותיות של הרשויות כלפי המדינה, שבאה לידי ביטוי בדרישה לשקיפות (Transparency) של הדרך בה בנויים האלגוריתמים או תוכנות הבינה המלאכותית; הסברתיות (Explainability) – להסבר כיצד הגיעו לתוצאה מסוימת; ואחריותיות (Accountability and Liability) – אחריות משפטית ואתית על התוצאה המסוימת, לאורך כל חי הבינה המלאכותית – לפני ואף אחרי – פיתוחה, הטמעתה והשימוש בה.

103. הדרישה לשקיפות האלגוריתם של התוכנה, הופכת לקריטית, כל זמן שהשימוש בהן נהיה תכוף יותר. יש לציין שאין מדובר בחשש ערטילאי, אלא בחשש ממשי. השימוש באלגוריתמים ובעיקר בינה מלאכותית מעלה גם אתגרים שונים, ובעיקר את הקושי להסביר כיצד האלגוריתם פועל ומדוע הגיע לתוצאה המסוימת.

104. הדבר בעייתי במיוחד, כאשר ההחלטה של הבינה המלאכותית משמשת בסיס להחלטות המשפיעות על זכויות אדם. החלטות שאינן שקופות ולא מוסברות כראוי מגבילות את יכולתם של האזרחים לערער על החלטות הנוגעות אליהן ואף מונעות מהרשות הציבורית עצמה לבחון שמא אכן נפל פגם בהחלטה שהיא קיבלה, או שמחשב ביקש עבודה. ללא שקיפות והסברתיות, אין דרך יעילה להבטיח שאלגוריתמים אינם שרירותיים, ואין דרך לפקח על כך שהם לא מנציחים את ההטיות הקיימות כלפי נשים, מיעוטים גזעיים ומיעוטים אחרים.<sup>29</sup>

105. מקרים אלה אינם תאורטיים עוד, ראו למשל מקרה שילוב הבינה המלאכותית בהערכת המסוכנות של העצורים בארצות-הברית, תוכנה שהעצימה את ההטיות הקיימות כיום במערכת המשפט.<sup>30</sup> באותו מקרה הבינה המלאכותית נתנה משמעות רבה לצבע עורו של העצור. הדבר נבע מתוך ככל הנראה הטיות מובנות של השופטים במערכת המשפט. במילים אחרות, הבינה המלאכותית במקרה זה העצימה הטיות מובנות. כך גם, ראו את המקרה שבו עוד בשנת 2015, זיהתה מערכת גוגל אנשים בעלי צבע עור כהה כגורילות.<sup>31</sup>

106. כאמור, הבינה המלאכותית צפויה להחליף אף פעולות שכיום מצויות בשיקול דעת מקצועי אנושי. על כן, טכנולוגיה משולבת בינה מלאכותית זו אמורה לגלם בתוכה שיקולים מקצועיים וערכיים, דבר שאינו קיים באלגוריתמים המסורתיים (ראו עמ' 11 בדו"ח הוועדה). משכך, כשם שאותם שיקולים/מדיניות עליהם היה מתבסס האדם היו נתונים לפרסום במסגרת חופש המידע, כך גם אותם שיקולים בעיצוב האלגוריתם או הבינה מלאכותית, המחליפים עתה ולו חלקית את שיקול הדעת האנושי, צריכים להתפרסם.

107. לא זו אף זו, מכיוון שיש נטייה אנושית להסתמך על החלטת המכונה, יש להבין כי התוצאה אליה הגיעה המכונה אינה בהכרח התוצאה הנכונה, ולהפעיל מנגנוני פיקוח דומים או זהים על החלטות המכונה.

"יש נטייה מוטעית להתייחס לתוצר של מערכות בינה מלאכותית, המנתחות מידע בקנה מידה גדול ובמהירות, כאמת מדעית. כתוצאה מכך, הסכנה היא שלא יופעלו לגבי מערכות אלו מנגנוני בקרה המופעלים על החלטות אנושיות זהות, כאשר יש חשד לעיוות".<sup>32</sup>

<sup>29</sup> (ראו, למשל, Howard, A., Borenstein, J. *The Ugly Truth About Ourselves and Our Robot Creations: The Problem of Bias and Social Inequity*. SCI ENG ETHICS 24, 1521–1536 (2018).

<sup>30</sup> Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Mattu and Lauren Kirchner, Machine Bias, ProPublika, May 23, 2016, <https://tinyurl.com/j847koh>

<sup>31</sup> James Vincent, *Google 'fixed' its racist algorithm by removing gorillas from its image-labeling tech*, THEVERVE, Jan. 12, 2018, <https://tinyurl.com/y23j9bq3>

<sup>32</sup> דו"ח ועדת המשנה, לעיל הי"ש 22, בעמ' 10.

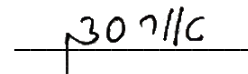
### סוף דבר: תוכנה צריכה להיכלל תחת הגדרת "מידע" בחוק חופש המידע

המבקשת הציגה סקירה מקיפה שבה פירטה מדוע נכון שהמונח תוכנה ייכלל תחת המונח מידע לפי חוק חופש המידע. לעמדת המבקשת, שגה בית המשפט קמא בפנייתו לחוק המחשבים, ופסיקתו עומדת בסתירה לגישה שאימצה ממשלת ישראל לקידום הנגשת הקוד הממשלתי, והכול כמפורט לעיל. גם אם יימצא שיש לפנות לחוק אחר, ממילא כל פנייה שכזו יכולה ללמד דווקא כי הכלל הוא שמידע הוא מידע, ואילו רצה המחוקק להחריג מידע מסוים מחוק שתכליתו היא מסירת מידע לציבור – היה מקום לעשות כן באמצעות חוק מפורש, כפי שנעשה בנוגע לסייגים לחוק וכך גם להחרגת החוק מגופים מסוימים. חוק חופש המידע מבקש לאפשר לאזרח לבקר את השלטון, להשתתף במשחק הדמוקרטי ולממש את זכותו לחופש הביטוי, לבקרה ולפיקוח. כל אלה, יהיו בלתי-אפשריים שעה שהגדרת המונח "מידע" תצטמצם למידע אלגוריתמי. במיוחד בשעה שקביעתו של חומר כ"מידע" אינה סוף הסיפור, נוכח קיומם של הסייגים הקבועים בחוק המבקשים להבטיח בדיוק את האיזון בין האינטרסים המוגנים בחוק חופש המידע, לבין הזכות החוקתית למידע.

**בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את בקשת התנועה לחופש המידע להצטרף להליך זה כידידת בית המשפט, וזאת נוכח חשיבות השאלה המונחת על הפרק.**

**נוכח סמיכות הגשת העמדה למועד הדיון, העמדה נשלחה למערערת וכן למשיבה במקביל להגשתה לבית המשפט הנכבד. יוער כי המערערת נתנה את הסכמתה לצירוף המבקשת.**

  
רחלי אדרי, עו"ד

  
אור סדן, עו"ד