

התנועה לחופש המידע (ע"ר 580425700)

באמצעות ב"כ עו"ד אור סדן, עו"ד דלית קן-דרור פלדמן, עו"ד הרן רייכמן 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

המעוררת

- 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.

בקשת ההצטרפות מוגשת בעקבות קביעתו החוזרת של בית המשפט קמא (בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים), במסגרת עת"מ 19-05-2663 **הר שמש מושב שיתופי בע"מ נ' הממונה על חוק חופש המידע ברשות המסים** שלפיה קוד תוכנה אינו מהווה מידע, בהתאם להגדרתו בסעיף 2 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: "החוק" או "חוק חופש המידע").

בית המשפט קמא קבע כי "קוד תוכנה" אינו מהווה מידע בשתי הזדמנויות, במסגרת ההליך האמור. בפסק דינו מיום 5.9.2019 קבע הוא כי "אף אם נראה שאין מחלוקת כי בעת כתיבת התוכנה הוטמעו בה הנחיות פנימיות של רשות המיסים, אין בכך כדי להפוך את התוכנה ל'מידע' כמשמעו בחוק חופש המידע" (להלן: "פסק הדין הראשון"). נוכח הליך הערעור שהוגש במסגרת ע"מ 19/6782 **הר שמש מושב שיתופי בע"מ נ' הממונה על חוק חופש המידע ברשות המסים** (אר"ש 24.12.2020) החלטה זו בוטלה, הלכה למעשה, על ידי בית המשפט הנכבד, וזאת נוכח חזרת המדינה מעמדה קודמת, ולאחר שהבהירה כי טרם גובשה במדינה עמדה הנוגעת לשאלת סיווג קוד התוכנה כמידע. בעקבות זאת, חזר ההליך אל בית המשפט לעניינים מנהליים.

לאחר שהורה בית משפט נכבד זה על החזרת ההליך לבית המשפט קמא, תוך קביעה כי הנושא יידון כשנקודת המוצא היא שקוד תוכנה בא בגדר "מידע" (לצורך ההליך) כפי שזה מוגדר בחוק חופש המידע, קבע הוא ביום 29.11.2021 (בפסק הדין מושא הערעור), כי "המידע המבוקש כלל אינו בגדר 'מידע' כמשמעותו בחוק [חופש המידע], [...] (אין מניעה מלבסס את ההכרעה גם על קביעה זו, שעה שבית המשפט העליון לא מצא לנכון להכריע בסוגיה זו בפסק-דינו)" (להלן: "פסק הדין השני").

במסגרת בקשה זו תפרוס המבקשת את עמדתה בנוגע לקביעתו של בית משפט קמא. שכן לעמדתה, וכפי שיובהר להלן, קביעתו של בית המשפט קמא שגויה ויש לראות בקוד תוכנה כ"מידע" כהגדרתו בחוק. לקביעה כי "קוד תוכנה" וכיוצא בזה, אינו מהווה מידע, עשויה להיות השפעה נרחבת על הזכות למידע וכן על זכויות אדם. בשים לב לכך כי מסעיף 46 לתשובת המשיב לערעור עולה כי המדינה טרם גיבשה עמדה בנוגע לשאלה האמורה, ועל כן, ישנה חשיבות רבה עוד יותר להליך וכך גם לצירופה של המבקשת להליך. כל זאת שעה שלעמדת המבקשת ישנה חשיבות רבה לקביעה פוזיטיבית של בית המשפט הנכבד שלפיה "קוד תוכנה" מהווה מידע ולחילופין, כי יש לבטל את קביעתו של בית המשפט קמא עד להעמדת עמדה סדורה של המדינה בנושא.

בקליפת אגוז

סעיף 1 לחוק חופש המידע קובע כי לכל אזרח או תושב נתונה הזכות למידע, הרי שסעיף 2 לחוק מצייר את גבולות המסגרת של המונח "מידע", אשר מוגדר באופן רחב בסעיף 2 כ"כל מידע המצוי ברשות ציבורית, והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב".

בכך, ביקש המחוקק לקבוע הגדרה רחבה, שמכילה כל סוג של מידע ובכל תצורה שהיא, כשכנקודת מוצא כל דבר הניתן למסירה, יהווה מידע. המחוקק ביקש להבחין בין "מידע" – דבר מה קיים, לבין "ידע" – אשר לא ניתן למסירה, אלא אם הוא עובר הליך שהופך אותו ל"מידע", להבחנה זו חשיבות גם בענייננו.

עמדת המבקשת, כפי שתוצג להלן, היא שהקביעה כי "תוכנה" או "קוד תוכנה" הם לא בגדר "מידע", מהווה פרשנות משפטית שאינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק ולבטח שלא עם תכליתו ועם ההצדקות לקיומה של הזכות למידע. כל זאת בשים לב לכך שממילא קביעת דבר מה כ"מידע" איננה בגדר סוף פסוק, ולכל רשות האפשרות לסרב למסור מידע מטעמים מהותיים, המעוגנים בחוק. קביעה אפריורית שכזו עשויה לפגוע בצורה קשה בזכות למידע בפרט בזכויות אדם בכלל, בטווח הזמן המיידי ולבטח לעתיד, בתקופה שבה הליך קבלת ההחלטות הופך לממוחשב. החלטות רבות הנוגעות לזכויות מהותיות, מתקבלות כיום באופן אוטומטי על ידי תוכנות מחשב, לעיתים אף ללא מעורבות אדם. כמות החלטות אלה רק תגדלנה עם השנים, לצעד השימוש ההולך וגובר בבינה המלאכותית.

בהגשת העמדה מתבקש בית המשפט הנכבד לאפשר למבקשת לסייע להכריע בסוגייה העקרונית, שהוכרעה פוזיטיבית בבית המשפט קמא, כאשר אין בכוונת המבקשת להביע עמדה הנוגעת לסעד המתבקש בהליך הערעור.

על כן, וללא קשר להכרעה בהליך, מתבקש בית המשפט הנכבד לאפשר למבקשת להביע את עמדתה שלפיה יש להפוך את אמירתו הפוזיטיבית של בית המשפט קמא ולקבוע כי "קוד תוכנה" וכיוצא בזה מהווה מידע, ולמצער, לבטל את קביעתו של בית המשפט קמא ולנהוג בבקשות למידע מסוג זה כ"מידע" עד להצגת עמדה סדורה של המדינה בנושא.

וזה יהיה סדר הדברים שיובאו בעמדה זו

1. ראשית, תפרט המבקשת על המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לצירוף ידיד בית המשפט ותרחיב המבקשת על הטעמים המצדיקים את צירופה כידדת בית משפט בהליך זה;
2. שנית, תפרט המבקשת על מושכלות היסוד של חוק חופש המידע והקשרם להליך זה;
3. שלישית, תסביר המבקשת את האופן שבו היא מזהה את המונח "תוכנה" בהקשר לחוק חופש המידע;
4. רביעית, 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;
5. חמישית, תפרט המבקשת מדוע בעידן שבו אנו מצויים ישנה חשיבות גדולה במיוחד להכרה בתוכנה כמידע.

6. שיטת, תפרט המבקשת מדוע נכון שהמדינה תעשה שימוש בקוד פתוח ולמצער תהא בעלת הזכויות על התוכנות שעמן היא עובדת.
לעמדה מצורפים קישורים לכלל המקורות שאינם נגישים באמצעי החיפוש המוכרים. ככל שתידרש לכך, תגיש המבקשת את העמדה על נספחיה.¹

א. המסגרת הנורמטיבית לצירוף "ידיד בית המשפט" וההצדקות לצירוף המבקשת להליך:

7. מוסד "ידיד בית המשפט" מוכר בשיטות משפט רבות בעולם וכך גם בישראל. הרעיון המסדר מבקש לאפשר לבעל ידע מקצועי, שאינו צד לסכסוך משפטי, להציג את עמדתו בסוגיה העומדת בפני בית המשפט, וזאת על מנת לסייע לו להכריע בהליך, כשהתשתית הרחבה ביותר מונחת בפניו. לימים גם נקבע כי אין הכרח שהגורם המקצועי המבקש להרחיב על עמדתו יהיה צד "ניטרלי":

"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. במאמרם של דורון ותורת-גי'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 השיפוטית".² ממחקרם של דורון ואחרים, בתי המשפט מכירים כעניין שבשגרה, ובמספר הולך וגובר של הליכים במוסד זה.³

9. המבקשת עוסקת מזה שנים רבות בתחום חופש המידע, ועל כן יש ביכולתה להוסיף לדיון האמור. על כן, היא מבקשת להצטרף להליך ולהביע את עמדתה בנוגע לשאלה העקרונית העולה בערעור.

10. 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 ופעילות ציבורית שונה. בתוך כך, היא פועלת כדי להגביר את הפיקוח הציבורי על פעילותן של רשויות ציבוריות, ולהקל על אזרחים המבקשים מהרשויות מידע.

11. לעמדת התנועה המידע המצוי אצל הרשויות הציבוריות הוא קניינו של הציבור, ולכן נקודת המוצא היא שיש לאפשר לציבור לעיין בו. התנועה מגישה בכל שנה בקשות חופש מידע רבות ומנהלת בעקבותיהן עתירות נגד רשויות המסרבות למסור מידע. התנועה הובילה שורה של הליכים משפטיים עקרוניים שעיצבו את גבולותיה של הזכות למידע בישראל. עוד יצוין כי התנועה הובילה שורה של הליכים משפטיים וציבוריים רבים לאורך השנים, והפכה לאחד מגופי הידע המובילים בתחום חופש המידע. פעילותה של התנועה זכתה לא אחת להכרה ציבורית משמעותית – וזאת הן בשנת 2016, אז זכתה היא בפרס גורני למשפט ציבורי, על ידי העמותה למשפט ציבורי בישראל. ניתן לקרוא עוד על המבקשת בקישור זה:

<https://www.meida.org.il/our-story>

12. במהלך שנות פעילותה רכשה התנועה מומחיות רבה בתחום חופש המידע ובסוגיות הנושקות לתחום זה. במסגרת עבודתה הגישה התנועה מספר בקשות להצטרף כ"ידידת בית המשפט". הראשונה שבהן הייתה בע"מ 2398/08 סגל נ' משרד המשפטים. הליכים נוספים מהעת האחרונה שבהם הגישה התנועה בקשות

¹ בכתיבת העמדה לקחו חלק סטודנטיות מהקליניקה לחופש המידע, הפקולטה למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל, וסטודנטים מהקליניקה למשפט טכנולוגיה וסייבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
² ישראל דורון ומנאל תורת-גי'וברן "לידתו והתפתחותו של ידיד בית משפט ישראלי" עלי משפט ה 65 (התשס"ו).
³ ישראל (איסי) דורון ואח"י "עשור לידיד בית המשפט": ניתוח אמפירי של החלטות בתי המשפט" עיוני משפט לד 667 (2011).

הצטרפות הם דנ"ם 6602/17 נתניהו נ' הממונה על חופש המידע במשרד ראש הממשלה; ע"א 815/18 פייסבוק נ' אבי לך; דנ"ם 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 נוח נ' מדינת ישראל – פרקליטות מחוז מרכז (פלילי).

13. נוסף על כן, נוכח העובדה שהסוגייה המשפטית נוגעת לעולמות המחשב והטכנולוגיה, בכתיבת העמדה לקחה חלק גם הקליניקה למשפט טכנולוגיה וסייבר מאוניברסיטת חיפה, אותה מנחה למעלה מעשור ד"ר (למשפטים) דלית קן-דרור פלדמן, שהיא גם בעלת תואר ראשון במדעי המחשב.

14. לעמדת המבקשת, צירופה עשוי לתרום ממשית לביטחון הסוגיות העקרוניות שמתעוררות בהליך, ויש ביכולתה לסייע לבית המשפט במלאכתו. כך גם ניכר כי צירוף המבקשת לא יכביד, יסרב או יעכב את בירור ההליך, וזאת שעה שהמשיב לערעור טרם גיבש את עמדתו בסוגיה המרכזית העומדת בעמדת הידיד.

ב. על הזכות למידע במשפט הישראלי

15. הזכות למידע עוגנה בשנת 1998 בחוק, ומאז עברה עיגון משמעותי בפסיקות שונות של בית משפט נכבד זה. עוד קודם לחקיקת החוק, הוכרה חשיבות המידע באופן עקרוני, בין היתר בפרשת **שירן**, שם נקבע כי: "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).

16. שנים קודם לכן הוכרה זכות העיון הכללית. על הדברים ניתן ללמוד גם מספרה של כבוד השופטת דפנה ברק-ארז "משפט מנהלי", שם עולה כי הזכות למידע התפתחה רבות לאורך השנים – מן העשורים הראשונים למדינה ועד לחקיקת החוק.⁴ תחילה, הוכרה הזכות בהיבטים הנוגעים לזכות הטיעון, בהמשך, הזכות הכללית לעיין במידע הנוגע למאן דהו, ומשם כזכות עיון כללית הנוגעת לעניין ציבורי (וראו לעניין זה, למשל, בג"ץ 337/66 עזבון פיטל נ' ועדת השומה שלידי עיריית חולון ועיריית חולון (1967); בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, פ"ד כה(1) 325 (1971) וכן בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353 (1990), שם נקבע כי לציבור נתונה הזכות לעיין בהסכמים קואליציוניים).

17. הזכות למידע עוגנה לבסוף בחוק חופש המידע, בשנת 1998. החוק עיגן את הזכות וקבע כללים פרוצדורליים לקבלת מידע. בשורה של פסקי דין עמד בית משפט נכבד זה על בסיס החוק ומהותו:

"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 ראויה, כמו-גם מאפשרת לו לתכנן התנהלותו אל מול הרשות ולקבל החלטות מושכלות בתחומים שונים".

עע"ם 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות, פס' 15 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל (אר"ש 19.5.2009).

18. עיגון הזכות בחקיקה הכיר גם, במידת מה, בהכרה חוקתית בזכות למידע, בין היתר נוכח העובדה שמידע מהווה תנאי הכרחי למימוש חופש הביטוי. במאמרם של יורם רבין ורועי פלד עמדו הם על ארבע הצדקות

⁴ דפנה ברק-ארז משפט מנהלי פרק 16 (2010).

להכרה בזכות כחוקתית: ההצדקה הפוליטית-דמוקרטית; ההצדקה הקניינית; ההצדקה המכשירית; וההצדקה מטעמי ביקורת על הרשות.⁵ ובקצירת האומר באשר לכל אחת מן ההצדקות:

19. **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"ם 6013/04 **מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ**, פ"ד ס(4) 60, פס' 11 לפסק הדין (2006).

20. **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"ם 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**)).

21. לפי **ההצדקה המכשירית**, 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, ולהביל לשינוי המצב הקיים נוכח חשיפת המידע.

22. ההצדקה האחרונה, והחשובה 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:

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

פרשת **הארץ 2002**, פס' 7 לפסק הדין.

ג. הגדרת המונח קוד תוכנה וכיוצא בזה

23. מבחינת המונח "קוד תוכנה" או "תוכנה" ניתן יהיה ללמוד כי מדובר במה שנכון להכיר בו כ"מידע" כהגדרתו בסעיף 2 לחוק חופש המידע.

24. במילון אבן שושן מוגדרת המילה "תוכנה" בלשון המעידה על כך שמדובר, הלכה למעשה, בתוכן. דבר מה שניתן למסירה:

"[מן תכן] [במחשבים] מכלול תכניות למחשבים של נהלים, כללים, תמלילים ותעוד במערכת עבוד נתונים אלקטרוני (software)".⁶

25. במסגרת החוק הישראלי, המונח "תוכנה" זוכה לפרשנויות שונות. המונח, יש לציין, מוכר בעיקר במסגרת השדה המשפטי של הקניין הרוחני. בחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007 מוגדרת "תוכנת מחשב" באופן רחב כ"תוכנת מחשב בכל תצורה שבה היא מבוטאת". בסעיף 2 לפקודת זכות יוצרים, 1924 אומצה הגדרה מעט שונה לתוכנה – "בין שהיא תכנית מקור ובין שהיא קוד יעד".

26. להשלמת התמונה – בספר **לכסיקון המחשב**, אשר מבקש להנגיש מונחי מחשב, הוגדרה "תוכנת (קוד) מקור" בדרך הבאה:

"תוכנית הכתובה בשפת התכנות המקורית: תוכנת המקור היא קבוצת הוראות שנכתבו בידי תוכניתן ולפני הביצוע במחשב עליה להיות מתורגמת לשפת מכונה על

⁵ יורם רבין ורועי פלד "הזכות החוקתית לקבל מידע" ספר **זליה דזרנר** 463 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, התשס"ט).

⁶ "תוכנה" אברהם אבן-שושן **מלון בן-שושן המרכז: מחדש ומעודן לשנות האלפים** 1019 (2004).

ידי תוכניות כגון: מאספים (Assemblers), מהדרים (Compilers) או מפרשים (Interpreters).⁷

27. במילים אחרות, מכלל ההגדרות השונות, ניתן ללמוד כי "תוכנה" היא רצף של הוראות ופקודות השייכות לשפה מסוימת, אשר מתארת ושולטת בהתנהגות המכונה – המחשב. הוראות ופקודות אלה כתובות, וניתנות להעברה. כפי שמצוין בהגדרה מספר לכסיקון המחשב, מדובר ב"תוכנית כתובה", אשר ככזו, ודאי ניתנת להעברה.
28. על מנת ללמוד עוד על המונח, נכון יהיה לדון גם כן בתהליך יצירת התוכנה, ומכך ללמוד מדוע יש לראות ב"תוכנה" כ"מידע". במסגרת פרשת הרפז נקבע כי עיצוב התוכנה מורכב למעשה משלושה שלבים מרכזיים: שלב הגדרת הדרישות, שלב העיצוב (התכנון) של התוכנה ושלב התכנות. בכל אחד מן השלבים הללו ישנו תיעוד, אשר יהיה מובן לאנשים העוסקים בתחום (ע"א 139/89 הרפז נ' אחיטוב, פ"ד מד(4) 16, 19 (1990)).
29. נראה כי אין חולק ששלב ה"דרישות" של התוכנה הוא בבחינת "מידע". זאת שכן מדובר בשלב שבו מצביעים ומעצבים את הדרישות שהתוכנה תתבקש לבצע. השלב השני הוא השלב שבו מתרגמים את הדרישות מהשלב הראשון למפרטים סכמתיים, לתרשימי זרימה למיניהם. משם, קובעים את מבנה התוכנה או את האלגוריתם הכללי של התוכנה, ולפיו נכתב קוד התוכנה. ובמילים אחרות, תרשים הזרימה של התוכנה.
30. ניכר כי בית משפט קמא הסכים, ולו בעקיפין, כי השלב השני נכלל במסגרת המונח "מידע". בפסקה 6 לפסק דינו השני (מושא הערעור) נקבע כי "מכאן שכבר בשלב הראשוני טען המשיב 2 [הממונה על יישום חוק חופש המידע ברשות המיסים – א.ס. וד.ק.ד.] שאין בידיו את האלגוריתם באופן הנפרד מהתוכנה בה הוטמע. ממילא לא ניתן למסור לעותרת 'מידע' שאינו נמצא בידי המשיב, ושלמצער לא ניתן להפיקו ללא מאמץ רב".
31. מדברים אלה ניתן להבין כי אף המשיב 2, בדבריו לבית משפט קמא, היה מוכן לקבל את הטענה כי אלגוריתם הוא בבחינת מידע הנכלל בחוק חופש המידע. כלומר – ששלב התכנון והעיצוב, שהוא שלב תכנון האלגוריתם, יכול להיכלל בחוק חופש המידע בהיותו "מידע".
32. עם זאת, בית המשפט קמא לא נדרש לשאלה זו, שכן המשיבה טענה כי אין לה כל תיעוד זמין ללא מאמץ מאותו שלב שני. כאן תציין המבקשת, בזוהרות המתבקשת, לציין כי טענה זו תמוהה לכשעצמה, שהרי שלב הדרישות אמור היה להיות מקובע במכרז שפורסם על ידי הרשות, ואילו השלב השני היה אמור להיות מצוי בתשובה שהוגשה למכרז, לפחות בחלקו.
33. השלב השלישי שנדון בפרשת הרפז הוא שלב התכנות – הכולל את "קוד המקור", שכתוב בלשון המובנת למתכנתים ולבעלי ידע בעולם זה. גם במקרה זה הרי שמדובר ב"שפה" כתובה. מכאן שממילא, מובן שמדובר ב"מידע" לכל דבר ועניין. אף אם השפה שבה הקוד כתוב אינה ברורה לכל, הרי שמדובר ב"מידע" – להבדיל מ"ידע". גם קובץ ההרצה אשר נטמע לבסוף במחשב, הוא בגדר מידע. העובדה כי קובץ ההרצה לא ברור כמעט לאף אדם, אינה מעלה או מורידה מכך שמדובר ב"מידע" כהגדרתו בחוק חופש המידע.
34. בחינת שלב זה יכולה להעיד על יישום האלגוריתם בפועל, ולבחון שמא ישנן תקלות ("באגים") במעבר בין השלבים השני לשלישי. שלב זה חשוב לא פחות נוכח העובדה שישנה סכנה רבה יותר שבתכנות האלגוריתם תיפול טעות, אף שמדובר על פניו בשלב טכני (הטמעה) ולא בשלב מהותי (תכנון).
35. טעות בתוכנה עלולה להיות קריטית ואף להוביל, לעיתים, לפגיעה בזכויות יסוד. כך, למשל, אם נקבעו מדרגות מס, הרי שלשם החישוב יש ללמוד את המחשב לחשב את מדרגות המס השונות. אם בעת התכנות נכתבה ספרה מיותרת או מספר שגוי אחר, ללא בחינת התוכנה לא ניתן יהיה לעלות על טעות זו. מקרה אחר שניתן לתאר הוא תוכנה אשר בוחנת זכאות לקבלת סיוע מהמדינה. ייתכן מקרה שבו התוכנה אמורה לעבור לסוג שאלות מסוים אם עונים על שאלה באופן ספציפי. אך אם בשלב התכנות מועבר, בשוגג, משתמש לשלב תשאול שונה ושגוי, הדבר עלול לפגוע בזכויות מהותיות.

⁷ "תוכנת (קוד) מקור" אלן פרידמן 1271 מושגים לקורא העברי 251 (1984).

36. אף שייתכן שעל טעויות "גסות" ושכיחות הרשות תעלה בעצמה, הבעיה מתעוררת בעיקר באותם מקרי קיצון, שאינם כה שכיחים, וייתכן כי טעויות מעין אלה לא תתגלנה בשלב בדיקת התוכנה, לפני הטמעתה בשטח.

37. כך, יש להדגיש כי עם המעבר לשימוש רחב יותר בבינה מלאכותית, יהיה קשה עוד יותר להסביר את החלטת האלגוריתם, וזאת נוכח אופיו המשתנה של אלגוריתם. זאת שכן בעוד אלגוריתם "רגיל" לא משתנה, הרי שהבינה המלאכותית לומדת ממשתנים שונים, ומעצבת לפיהם את האלגוריתם. לכן, נראה כי אין חולק שההסבר המשיב על השאלה כיצד הבינה המלאכותית מגיעה להחלטות, בתקווה שניתן יהיה לתת הסבר כלשהו, ייחשב ל"מידע" על פי חוק חופש המידע. מובן שלפרסום מידע מעין זה ישנה חשיבות גבוהה במיוחד, בייחוד במקרים שבהם נפגעת זכות של אדם, כפי שגם עולה מפרסומם של פרל ואלטשולר שורץ.⁸

ד. "תוכנה", "קוד תוכנה" וכיוצא בזה הם בגדר מידע כהגדרתו בחוק חופש המידע

38. כמתואר לעיל, בית המשפט קמא שב וקבע כי "תוכנה" היא איננה בגדר "מידע", כהגדרתו בסעיף 2 לחוק. בפסק הדין הראשון, נימק בית המשפט קמא את החלטתו בעזרת הפירוש שניתן למונחים "מידע" ו"תוכנה" המופיעים בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995, שהוא חוק פלילי במהותו. בפסק הדין השני, לא נימק בית המשפט קמא את קביעתו כי אין לראות במידע המבוקש "מידע".

39. בפרק זה תעמוד על המבקשת על דרך הפרשנות הנכונה, לשיטתה, למונח "מידע". דרך זו תלמד על הטעמים שיש להכיר בגינם במונחים דלעיל (תוכנה, קוד תוכנה וכיוצא בזה, כמידע).

על המונח "מידע" בחוק ובפסיקה

40. על המטרה והתכלית של החוק ניתן ללמוד גם כן, בראש ובראשונה, מסעיף 1 לחוק, שלפיו:
"לכל אזרח ישראלי או תושב, הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית, בהתאם להוראות חוק זה".

41. לעמדת המבקשת, אין כל הצדקה או צורך לפנות לחוק המחשבים על מנת ללמוד על משמעות המילה "תוכנה" בהקשר חוק חופש המידע. הפרשנות המשפטית הראויה למונח "מידע", בהקשר לחוק חופש המידע, היא זו המופיעה בחוק עצמו, ויש לקרוא אותה בהתאם לתכלית החוק, כפי שניתן ללמוד מהסעיף הראשון לו. משכך, ככל שאין מדובר ב"ידע", הרי מדובר ב"מידע".

42. בהקשר זה, בפסיקותיו של בית המשפט הנכבד לא התקיים דיון ממצה על אודות הגדרת המינוח "מידע", ואזכורים מרכזיים לסעיף עוסקים בעיקר בקביעה כי כל מה ש"קיים" הוא בגדר "מידע" (בשונה מ"ידע").

43. כך, למשל, הוזכרו בהקשר זה דברי ההסבר לחוק שלפיהם "המידע שעליו חל החוק המוצע הוא כל מידע המצוי בידי הרשות הציבורית, בכל צורת אחסנה שהיא, כגון מידע ממוחשב" (ע"ם 4349/14 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד ראש הממשלה, פס' 12 לפסק הדין (אר"ש 3.11.2015)).

44. במסגרת פרשה אחרת נקבע כי ההגדרה למידע המצויה בחוק היא "הגדרה רחבה", ונוכח כך, החוק כולל גם כן סייגים שונים שמבקשים להגן על אינטרסים אחרים (ע"ם 7024/03 גבע נ' גרמן (אר"ש 6.9.2006)).

45. בפרשה נוספת הבהיר בית משפט נכבד זה כי לאזרח הזכות לקבל מידע, שמוגדר כ"מסמכים שבידי הרשות, ואלו אינם כוללים הסברים, שיחות, וכיוצא באלה דברים בלתי מתועדים. במסגרת זאת, זכאי האזרח לקבל מהרשות, בכפוף לסייגים הקבועים בחוק, רק את מה שיש לה – להבדיל ממה שאין לה". בכך, ביקש בית המשפט הנכבד להבהיר כי כל מידע שקיים – ניתן למסירה, אלא אם הוא עונה על אחד הסייגים בחוק, בהתאם לכלליו הוא (ע"ם 1537/20 פומנובסקי נ' הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים (אר"ש 3.11.2021)).

⁸ גדי פרל ותהילה שורץ אלטשולר "מודל ליצירת שקיפות אלגוריתמית" הצעה לסדר 47 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2022).

46. בהתאם לאמור, הרי שהחוק מעגן את הזכות למידע, אשר מוגדר בצורה רחבה. נוכח זאת, הוא כולל גם סייגים לחוק המעגנים את התפיסה שכל זכות היא מוגבלת. מכאן שממילא, כל עוד אין החרגה למונח "מידע", לצד זאת שקביעה כי דבר מה הוא "מידע" אין זה סוף פסוק ואין הצדקה למנוע אפריורית קבלה של מידע כזה או אחר, ככל שלא מדובר בידע.
47. יתרה מכך, מעת שתכלית החוק מעגנת את הזכות לקבל מידע, שהוכרה כנגזרת של חופש הביטוי, הרי שצמצום הזכות יכול שיעשה רק בצורה מפורשת, ולא באופן משתמע. כפי שהסייגים לחוק הם מפורשים, ולא משתמעים.
48. לעניין זה נכון להזכיר את פרשת **הארץ 2002**, שם נקבע כי ישנן שלוש מסננות שעל הרשות לעבור, בבואה להכריע אם למסור מידע אם לאו (פרשת **הארץ 2002**, בעמ' 478):
49. **המסננת הראשונה** כוללת "תנאי סף" לכניסה לחוק. סעיף 1 לחוק חופש המידע קובע כי כל אזרח או תושב רשאי לבקש מידע מרשות ציבורית. זאת, במעין "הכרזה חגיגית", כפי שכונתה על ידי השופט מישאל חשין ז"ל בפרשה זו, המצהירה על אותה הזכות – הכרזה שיש בה כדי להעיד על תכלית החוק.
50. כך גם בפרשה נוספת עוגנה התפיסה שלפיה הסעיף הראשון לחוק מעגן זכות שלפיה:
- "הנחת היסוד היא שמידע ציבורי הוא מידע שלציבור יש זכות לקבלו (כאמור בסעיף 1 לחוק), ואילו אי-הגילוי הוא החרגי".
- עע"מ 2975/15 **הוצאת עיתון 'הארץ' נ' משרד החוץ**, פס' 24 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז (2016) (להלן: פרשת **הארץ 2015**).
51. **המסננת השנייה**, להבדיל, מאפשרת לרשות לבחון שמא מסירת מידע (נקודת המוצא), תפגע באינטרס המוגן, באופן מפורש, בסייגים לחוק המצויים בסעיפים 8 ו-9 לחוק (החרגי). אם אכן ישנו חשש לפגיעה שכזו, הרי שעל הרשות לבחון את סבירות החלטתה, ולבצע איזון (סעיף 10) וכן את מידתיות ההחלטה (סעיף 11).
52. 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).
53. קריאת החוק בדרך זו, תלמד כי המונח מידע הוא תנאי סף שרק במקרים מובהקים נכון לעצור בו, וכי אילו מדובר בדבר שניתן למסור, הרי שתוכל הרשות לפגוע בזכות המוגנת רק לאחר ששקלה את דעתה ומצאה שיש מקום לסטות מנקודת המוצא, וזאת בהתבסס על סעיפי החרגה המפורשים בחוק. הוצאת תחומים מגדר ההגדרה עצמה תוביל למניעת מידע באופן קטגורי, בניגוד לרוח החוק ובאופן שאינו מותאם לשינויי הזמנים. זאת, בניגוד לפעולת החרגיים שהיא מטבעה מאוזנת ומידתית המתייחסות לסוגיית מסוימת לגוף העניין.
54. כך גם באשר לסייגים לחוק נקבע כי יש לקוראם בצמצום. כבוד השופטת ברק-ארז קבעה כי:
- "החרגיים 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".
- פס' 24 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז בפרשת **הארץ 2015**.
55. אף שלעמדת המבקשת המינוח מידע ברור, הרי שאף אם עולה צורך לבאר אותו, הרי שיש לפרשו באופן שמיטיב עם הזכות, בצורה רחבה ובאופן העולה בקנה אחד עם תכלית החוק וסיגיו המונעים, במתן שיקול דעת לרשויות, מסירת מידע שעשוי לפגוע במאן דהו או בערך מוגן אחר כמו סוד מסחרי.
56. כפי שהובהר לעיל, המונח "מידע" מוגדר בחוק חופש המידע כ"כל מידע המצוי ברשות ציבורית, והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב".

57. פרופ' אהרן ברק, דן בספרו במטרתם של סעיפי ההגדרה, באומרו כי אלה אינם "קובעים כיצד יש לפרש אלא מהו הפירוש. הם נועדו, בעיקרו של דבר, ליתר חלק מההליך הפרשני, ולקצר את לשון החקיקה".⁹ מכאן שממילא, כל זמן שסעיף ההגדרה לובש לשון ברורה, מתייתר חלק מההליך הפרשני.
58. 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.
59. גם פסיקותיו השונות של בית המשפט הנכבד בנוגע להגדרת "מידע", כפי שהוצגו לעיל (פרשת האגודה לזכויות האזרח; פרשת גרמן; ופרשת פומנובסקי), מלמדות שהפסיקה הכירה בהגדרה הרחבה שקבע המחוקק, אשר הבחין בכך בין "מידע" לבין "ידע".
60. במקרה זה, בחינת ההיסטוריה החקיקתית תוכל ללמד על תכלית החוק¹⁰ שלפיה נכון יהיה לכלול תחת המונח מידע כל מידע באשר הוא, ואילו מפרש החוק צריך לפעול להגשמתו באופן שיגן, כמה שניתן, על מתן האפשרות לממש זכויות.¹¹
61. יתרה מכך, מעת שהחוק כולל הגדרה ברורה דיה למונח "מידע", שעולה בקנה אחד עם תכלית החוק, הרי שממילא אין כל הצדקה לפנייה לחוק אחר כדי ללמוד על משמעותו, וודאי לא לחוק פלילי שמטרתו ותכליתו שונה לגמרי.

על ההיסטוריה החקיקתית של חוק חופש המידע המלמדת על תכלית המונח "מידע"

62. חוק חופש המידע מפנה לשני דברי הסבר, מהשנים 1996 ו-1997. דברי ההסבר להצעת החוק 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.
63. במסגרת דברי ההסבר משנת 1997, הוגדר המונח באופן מעט אחר, המבחין בין "ידע" לבין "מידע":
- "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.
64. 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".¹²
65. 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".

מונח זהה בחוקים שונים – ראוי שיפורש בהתאם לחוק שבו הוא מופיע

66. בית המשפט הנכבד קבע לא אחת כי יש לפרש מונחים המופיעים בדברי חקיקה שונים באופן שישרת את תכלית החקיקה הספציפית. בתוך כך, כי ייתכנו מקרים שבהם מונחים יפורשו בצורה שונה, בחוקים

⁹ אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה. (1993) 137-138.

¹⁰ שם, בעמ' 354.

¹¹ שם, בעמ' 553.

¹² דין וחשבון הוועדה הציבורית לעניין חופש המידע (2015). זמין בקישור: <https://tinyurl.com/yanj9mx5>.

שוניים. כך נקבע בין היתר בבע"פ 224/85 בית מרקחת אלבא בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 798, 802 (1985), בפס' 7 לפסק דינו של השופט ברק בע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421 (1980), בע"א 480/79 חברת א' טרגר להשקעות ולבניין נ' גובה המכס, פ"ד לה(2) (1981), וכן בפס' 5 בבג"ץ 1583/94 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(3) 469 (1995).

67. מהאמור לעיל ניכר כי פנייה לחוק פלילי, כדוגמת חוק המחשבים, אינה מהלך טבעי לפרשנותו של חוק, 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.

68. אף אם ימצא שיש מקום לפנות לחוקים אחרים, על מנת לשפוך אור על המונח "מידע", הרי שכאמור ראוי שהפנייה תהא לחוק אזרחי, בהתאם לסוגייה. כך, כפי שצוין לעיל, מזוהה מונח התוכנה עם עולם הקניין הרוחני, שם תוכנת מחשב הוכרה כ"יצירה ספרותית" בחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007.

69. בחוק זה, כאמור, הוגדר המונח "תוכנה" באופן נרחב 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. באשר לפרשנות תוכנה בחוק זכויות יוצרים – קבע רשם הפטנטים, בהחלטה בהתנגשות לבקשת פטנט מס' 126864 ומס' 125755. המבקשת – Biosense Inc, המתנגדת – אלביט מערכות בע"מ (16.4.09), בפסקאות 68–69 כי:

"ממש כפי שמשמע משמה העברי, תוכנה היא בעיקרה מתחום התוכן, המשמעות הראשונית של דברים אלה היא שתוכנה אינה מתאימה לחוקי הפטנטים, הן מטבעה שהוא עוסק בתכנים, והן מצד האינטרס הציבורי שאינו מעוניין בהעתקתה לאורך זמן אך מעוניין בהשארת הרעיונות הגלומים בה פתוחים לכל מתחרי השוק".

ה. מדוע ראוי כי אלגוריתמים בשירות המדינה ייכללו במסגרת חוק חופש המידע, ובמיוחד בעידן הבניה המלאכותית

על חשיבותה של השקיפות האלגוריתמית

71. היכולת של מחשבים להקל על חינו ולייעל פעולות יומיות הובילה לשימוש נרחב בתוכנות שונות במהלך שגרת החיים. נוכח ריבוי השימוש באמצעים טכנולוגיים בשנים האחרונות, שימוש שרק ילך ויגבר, עולה חשיבותה של השקיפות האלגוריתמית ביתר שאת. החלטות מהותיות רבות מתקבלות באופן אוטומטי, כשלעיתים אלה מתקבלות בפקוח אנושי גורף או מדגמי, ולעיתים ללא פיקוח כלל. חלק מההחלטות הללו עלולות להוביל לפגיעה שלא כדין בזכויות אדם, לרבות בזכות לקניין, בזכות לכבוד האדם וכן חלילה עלולה להוביל לפגיעה בגוף או בנפש.

72. את התלות שלנו במחשבים, ניתן להמחיש באמצעות מקרה "פשוט" של קריסת מערכות, שאירע בארצות-הברית בשנת 2014. בשעת עומס, אזרחים רבים חיגו למוקד החירום האמריקני (911) ושיחתם לא נותבה לנציג. בדיקת המקרה על ידי משרד התקשורת האמריקני העלתה שהאלגוריתם של תוכנת המחשב כלל במאפייניו סף של כמות פונים, שמרגע שזה נחצה, המוקד "קרס" ולא ניתב את השיחות ליעדן.¹³

73. במסגרת הפרסום של פרל ושוורץ אלטשולר הוצגו מספר דוגמאות לאופן שבו שימוש בבניה מלאכותית עשוי לפגוע בזכויות, כפי שקרה במקומות שונים בעולם. למשל, בנוגע לקביעות מפלות של דירוגי אשראי, חלוקת כספי רווחה, ועוד.¹⁴

¹³ 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>.

¹⁴ פרל ושוורץ אלטשולר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 9.

74. מזה שנים שגורמי ממשל נעזרים בתוכנות מחשב לצורך קבלת החלטות, דוגמת המקרה מושא בקשת המידע שבמוקד הערעור. תוכנות אלו הן לעתים תוכנות "מדף" מסחריות, או כאלה שמיוצרות לבקשת המדינה על ידי חברות מסחריות. במקרים רבים, מגיעות התוכנות עם קובץ "הרצה" בלבד, ולא עם קוד המקור שלהן. עם זאת, אם המדינה היא הלקוח, ונוכח היותה מחויבת בחובה של קיום מכרז (לאור ס' 2 לחוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992), ישנו תיעוד, לכל הפחות, לדרישות הנדרשות מהתוכנה.
75. כך נלמד גם כן בשבועות האחרונים, ממידע שנמסר למבקשת בעקבות בקשת מידע, כי עיריית תל-אביב עושה שימוש באלגוריתמים כדי לבצע רישום לגני ילדים ולבתי ספר, הבוחן בין היתר קיומם של אחים ומרחק. במקרה זה, הובהר כי עין אנושית מאשרת את החלטת המחשב – אך לבטח שהדבר מעיד על תהליך ראשוני אוטומטי.¹⁵
76. מקרה אחר שארע לאחרונה, הוביל לכך שנשללה זכות מהותית מאנשים נוכח כשל, תקלה או הגדרה לא נכונה בטופס ממוחשב של מכרז, אותו קיימה רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י). מקרה זה נדון בערכאות המשפטיות ואף הובהר בהחלטה כי המערכת הממוחשבת הייתה בשליטה מלאה ובלעדית של רמ"י, ולא הייתה לאזרח כל יכולת לבקר ולגלות את הטעות בזמן אמת. זאת, נוכח העובדה שלא ניתנה לו אפשרות ולו להדפיס את טופס ההגשה, והגם שבקשות רבות נפסלו באותו מכרז נוכח אותה הבעיה, לא השכילה רשות המדינה לבדוק שמא היה כשל בהליך המחשובי (ראו עת"ם 72334-10-21 (מחוזי נצרת) פורת נ' מ"י (אר"ש 3.1.2022)). הגם שפסק דין זה בוטל בהסכמה על ידי הצדדים (מלבד הקביעה האופרטיבית) בערעור שהוגש לבית המשפט העליון, צוין בפסק הדין כי:
- "עוד ראינו לציין כי בא-כוח המדינה עדכן ביחס לשיפורים שהוכנסו בינתיים במערכת המכרזים המקוונת (לרבות אפשרות צפייה במסמכים המצורפים קודם להגשתם). יש לברך על כך".
- עע"ם 1290/22 רשות מקרקעי ישראל נ' פוקטש (אר"ש 19.5.2022).
77. מפרשה זו עולה כי ערנות העותרים שם בנוגע לתקלת המחשב, היא שהובילה את הרשויות לתיקון הפגם שאירע. ניכר כי אלמלא העותרים שם היו מודעים ליכולת של המחשב "לטעות", הייתה נשללת מהם זכות מהותית, ללא ידיעתם.
78. שעה שרוב האנשים אינם מודעים לעובדה שהחלטות מחשב משפיעות על מיצוי הזכויות שלהם, ואף אם מודעים, הם אינם מעלים על דעתם שתיתכן תקלה שכזו, ללא שקיפות אלגוריתמית ושקיפות כי החלטות מתקבלות בדרך זו, נפגעת באופן משמעותי היכולת לפקח אחר הליך קבלת ההחלטות.
79. במסגרת הדיונים השונים בהליך מושא בקשה זו, העלתה המשיבה כי אין בידה אלגוריתם או תרשים זרימה הנוגע למידע המבוקש, וכי ברשותם ישנה רק התוכנה. טענה שכזו מעלה חשש משמעותי ולפיו גם ביקורת פנימית של הגוף עצמו או של גוף מפקח, לא תוכל לאתר טעות מחשב.
80. מצב זה ממילא אינו סביר, ואף סותר את ההלכה שנקבע בעת"ם (ירושלים) 900/07 קרן דולב לצדק רפואי נ' נציבת הקבילות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי (נבו 2.11.2008), שכן מדובר במידע שנדרש לרשות על מנת לבצע את תפקידה נאמנה.
81. בהיעדר שקיפות אלגוריתמית כלשהי, נעדרת לגמרי האפשרות לבחון אם ההחלטה בפועל עולה בקנה אחד עם האפיון שנקבע עם הקמת המערכת – עם יצירת "תוכנת המחשב". במצב זה, הן עובד הציבור, הן שומרי סף והן הציבור "מנוטרלים" מיכולת להשפיע או לבקר ולפקח על התוכנה.
82. בכך גם נפגעת, כמובן, אחת מתכליותיו של חוק חופש המידע, היכולת לפקח אחר פעולות הממשל, והרי ממילא החלטות מחשב פוגעות ביכולת הפיקוח, מה שעשוי להוביל לפגיעה משמעותית בזכויות.
83. משכך, ראוי כי למדינה תהיה גישה מלאה למסמכי האפיון, למסמכי עיצוב ותכנון המערכת וכן לקוד התוכנה עצמו, שעה שהיא עושה שימוש בתוכנות לצורך קבלת החלטות. רק כך תתאפשר בחינה ממשית

¹⁵ תשובת עיריית תל-אביב לפניית המבקשת מצויה בקישור להלן: <https://tinyurl.com/4cuca63r>

- של הליך קבלת ההחלטות. מציאות שבה המדינה נעדרת גישה לקוד המקור של תוכנה, מאיינת את האפשרות של הרשות לבחון את עצמה, כשמחשב הוא מקבל ההחלטות.
84. על כן, במקרים שכאלה, אך טבעי לחייב רשות לעבד את המידע המצוי בידה, ובדרך של "הנדסה לאחור" ללמוד על האופן שבו פועל הקוד. יובהר כי ממילא עיבוד מידע אינו מנוגד לעקרונות חופש המידע, וכפי שעולה מפרשת ג'ולאני, במקרים מסוימים יהא זה בלתי-סביר שלא לעבד מידע לצורך יצירת אפשרות לבחון את החלטות הרשות (עע"ס 1786/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל – המשרד לביטחון פנים, פ"ד סו(3) 362 (2013)).
85. כך גם מפרשת קרן דולב לצדק רפואי, שנזכרה לעיל, עולה כאמור שעל הרשות חלה חובה לאסוף מידע, מקום שבו הוא הכרחי לצורך התנהלות תקינה של הרשות.
86. 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.

ו. ראוי שתוכנות המחשב שבהן עושה המדינה שימוש תיכתבנה בקוד פתוח, או למצער, שאלה

תהיינה בבעלות המדינה

87. 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. כך, נכתב בין היתר שזמינותה של התוכנה בקוד פתוח מאפשרת לאזרחים להכיר את אופן הפעלת התוכנה לעומק מה שמעניק ערובה לפעילות הוגנת של המדינה, באופן יעיל ונטול פניות של טובת הציבור.¹⁶
88. 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.
89. 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.
90. 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 של מאגרי מידע.¹⁷ 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 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".¹⁸
91. במסגרת התוכנית, הובהרו גם היתרונות שבגישה זו, ובין אלה, חיזוק אמון הציבור במערכת, עירוב הציבור בנעשה במדינה, ועוד.¹⁹ בנוסף, רשות התקשוב, הפועלת במסגרת משרד ראש הממשלה, הוציאה שתי הנחיות בשנת 2018 (7.3.01 ו-7.3.02) המעודדות 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

¹⁶ 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>.

¹⁷ 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.

¹⁸ ממשל פתוח – תכנית הפעולה לשנים 2018–2019, 37 (רשות התקשוב הממשלתית, משרד ראש הממשלה), זמין ב: <https://tinyurl.com/yb7od2zd>.

¹⁹ שם.

בעלויות הפיתוח, שיפור באיכות הקוד, העשרת הקוד הנמצא בשימוש, חיסכון ברכישת רישיונות ומשוב מקהילת המפתחים לשם טיוב הקוד ואיתור פגיעויות".²⁰

92. 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.²¹

93. 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").²² בין היתר הוציא הפורום מסמך שמכיר בחשיבות האחריות בנוגע 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 בנוגע 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".²³

94. נוסף על כן, בשנת 2019 חתם השר דאז דוד אמסלם על ה-Digital Charter של המדינות החברות בגוף זה, המבקש לקדם גם כן שימוש בקוד פתוח.²⁴ נכון יהיה לשאוף למצב שבו כלל התוכנות תהיינה גלויות לציבור בכללותו. 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.

95. במקרים שבהם 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 וחיצונית (למשל על ידי ועדת ציבורית מפקחת, שתוחלף אחת לתקופה, ותהיה מחויבת לסודיות),²⁵ ביישומים המשפיעים על זכויות יסוד. נראה כי הדברים יפים אף לתוכנה מסורתית, שאינה בינה מלאכותית.²⁶

"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".

²⁰ 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 שבבעלות המדינה" (1.4.2018), זמין ב: <https://tinyurl.com/ydyjx7lr>.

²¹ 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>.

²² ראו: www.leadingdigitalgovs.org.

²³ ראו, <https://tinyurl.com/yehmnmqu> - D9 approach for responsible use of AI by Governments, זמין באתר ממשלת קנדה <https://tinyurl.com/y8afbbdk>.

²⁴ ראו: DIGITAL NATIONS CHARTER, זמין באתר ממשלת קנדה <https://tinyurl.com/y8afbbdk>.
²⁵ 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).

²⁶ ETHICAL GUIDELINES FOR TRUSTWORTHY AI, THE HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2019-20), זמין ב- <https://tinyurl.com/y3aujxf4>.

96. 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.²⁷

97. לחילופין – גם אם בית המשפט הנכבד יקבע כי אין לחייב את העברת המידע מטעמים שונים, לרבות מטעמים של ביטחון המדינה, ניתן לחשוב על פתרון של חשיפת הקוד בפני מומחים חיצוניים שיוכלו לבחון את הקוד בתנאים של סודיות, ובכך לאזן בין בצורך לבחון את המידע לבין הצורך להגן על בטחון המדינה. רעיון דומה, הצעה להקמתה של ועדה ציבורית מפקחת במקרים אחדים, אוזכר אף במאמר "שקיפות פעולות המדינה בסביבה הדיגיטלית: אכיפה "אלטרנטיבית" של עבירות ביטוי באמצעות ענקיות הרשת".²⁸

המגמה העולמית: שקיפותן של תוכנות

98. שקיפות תוכנות לא באה לידי ביטוי רק בהצהרות ובתוכניות עתידיות, אלא ניתן למצוא דוגמאות למקרים שבהם פורסם קוד המקור של תוכנות בבקשות מידע.

99. כך, למשל, קוד המקור למערכת ה-CRM של משרד הבריאות העוסקת במיצוי זכויות נמסרה זה מכבר למבקש מידע.²⁹ 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.³⁰

100. 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".³¹

101. בארצות-הברית, יש מי שרואים את העיגון לשקיפות אלגוריתמית ולחשיפת האלגוריתם בדין הקיים כיום תחת המונח "digital records" בחוק, הכולל תוכנה ומאגר נתונים.³²

102. מדינות נוספות בעולם הכירו אף הן בחשיבותה של שקיפות אלגוריתמית. 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 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".³³

²⁷ 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>.

²⁸ דלית קן-דרור פלדמן וניבה אלקין קורן, "שקיפות פעולות המדינה בסביבה הדיגיטלית: אכיפה "אלטרנטיבית" של עבירות ביטוי באמצעות ענקיות הרשת" המשפט כה 25 (תש"ף).

²⁹ המידע זמין ב- <https://tinyurl.com/y963ce39>.

³⁰ 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 <https://tinyurl.com/yal6nhte> 26.7.2020.

³¹ 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>.

³² Robert Brauneis, Ellen P. Goodman, *Algorithmic Transparency for the Smart City*, 20 YALE J. L. & TECH. 103, 134–135 (2018).

³³ ראו אתר הדאטה הניו-זילנדי, Government algorithm transparency and accountability, זמין ב- <https://www.data.govt.nz/toolkit/data-ethics/government-algorithm-transparency-and-accountability/>.

103. 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.³⁴
104. המגמה העולמית לשקיפות אלגוריתמית מכירה לרוב גם בזכות לקבל הסבר (right to explanation) מדוע הגיעה המכונה או התוכנה לתוצאה מסוימת ולא אחרת. ניצנים לדרישה להסברתיות, 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”.³⁵

וכן בסעיף 13(2)(f) 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”.³⁶

105. פרשה נוספת, בה נחשף חלקית קוד המקור הייתה בצרפת. עקב בקשות במסגרת הזכות לחופש המידע, פורסמו חלקים מקוד המקור של התוכנה האחראית על חישוב המס השנתי. חשיפת הקוד, חשפה כשלים מסוימים באלגוריתם.³⁷ באוקטובר 2016, המחוקק הצרפתי בחר להכיר בחשיבותה של שקיפות דיגיטלית כשחוקק את חוק הרפובליקה הדיגיטלית.³⁸ ההכרה בזכות לקבל הסבר החלטה פרטנית שניתנה על ידי תוכנה, שעוגנה בחוק הצרפתי משנת 2016, שלפיו (French Digital Republic Act (Act no 2016-1321 of 7 October 2016)) חלה החובה להסביר החלטה פרטנית הכוללת את תהליכים אלגוריתמיים שהובילו לכך.³⁹

³⁴ 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 צזנה, 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).
³⁵ Recital 71 to the Regulation (EU) 2016/679, of the European Parliament and the Council of 27 April 2016, <https://tinyurl.com/y5lmz35f>.
³⁶ art. 13.

³⁷ Denis Merigoux, Raphael Moat, Jonathan Protzenko *A Modem Compiler for the French Tax Code*, p. 2-1 (25.01.2021). <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-administratif-de-paris-5eme-sec-2eme-ch-jugement-du-10-mars-2016/>.

³⁸ LAW n° 2016-1321 of October 7, 2016 for a digital Republic.
³⁹ ס' 6 לחוק הרפובליקה הדיגיטלית; Cyrille Chausson *France Opens the Source Code of Tax and Benefits Calculators to Increase Transparency* EU official website (20/11/2016). <https://joinup.ec.europa.eu/collection/egovernment/document/france-opens-source-code-tax-and-benefits-calculators-increase-transparency>.

ואכן, מחשבון מס הכנסה, וקוד המקור שלו הועלה לאתר "גיט-האב" (Git-Hub) כקוד מקור פתוח.⁴⁰
106. הקריאה לשקיפות אלגוריתמית מופיעה כאמור, גם בדוחות מדיניים השונים העוסקים בבינה מלאכותית,⁴¹ וכן בהצעה של התקנות של הנציבות האירופאית - European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (2021).⁴²

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

המבקשת הציגה סקירה מקיפה שבה פירטה מדוע נכון, לעמדתה, 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. כך גם חוק חופש המידע כולל סייגים בחוק שממילא מאפשרים בחינה של מידע עובר למסירתו, וזאת על מנת להימנע מפגיעה באינטרסים שונים או בזכויות שונות.

גם אם ימצא 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 חיקוק מפורש, כפי שנעשה בנוגע לסייגים לחוק וכך גם להחרגתם של גופים או סוגי מידע מסוימים והוצאתם אל מחוץ לתחולת הוראות החוק.

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 כדידת בית המשפט, ולקבוע כי קוד תוכנה או תוכנה וכיוצא בזה הוא מידע כהגדרתו בחוק חופש המידע, וכי יש לבטל את קביעתו של בית המשפט קמא באשר לאמור, וזאת במנותק מהשאלות והסוגיות שמעלה המערער והמשיבה בערעור.

דלית קן-דרור, עו"ד
דלית קן-דרור פלג

אור סדן, עו"ד
30/11

⁴⁰ Cyrille Chausson *France Opens the Source Code of Tax and Benefits Calculators to Increase Transparency* EU official website (20/11/2016). <https://joinup.ec.europa.eu/collection/egovernment/document/france-opens-source-code-tax-and-benefits-calculators-increase-transparency>

⁴¹ Ethical Guidelines for Trustworthy AI, The High Level Expert Group on Artificial Intelligence, 2019, <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation.1.html>; דוח ועדת המשנה של המיום הלאומי למערכות נבונות בנושא אתיקה ורגולציה של בינה מלאכותית, (נובמבר 2019), https://www.gov.il/he/departments/news/artificial_intelligence.

⁴² <https://www.law.co.il/media/computer-law/proposalforaregulationonauropeanapproachforartificialintelligencepdf.pdf>