

העותרת:

התנועה לחופש המידע (ע"ר) (מס' 580425700)

ע"י עוה"ד אור סדן, מ.ר. 75759, ו/או דן רוזנטל, מ.ר. 87822 ו/או
עוה"ד יערה וינקלר שליט, מ.ר. 69711 ו/או עוה"ד רחלי אדרי,
מ.ר. 64835 מהתנועה לחופש המידע

וכן ע"י עוה"ד רעות כהן, מ.ר. 66184 ו/או עוה"ד דלית קן-דרור
פלדמן, מ.ר. 34970

רחוב סעדיה גאון 26, תל-אביב-יפו

טל': 052-3687579; פקס: 03-9560359

כתובת דוא"ל: info@meida.org.il

- נגד -

המשיב:

המוסד לביטוח לאומי

משד' וייצמן 13, ירושלים

ע"י ב"כ עו"ד מתן בן-שאול (מ.ר. 27093) ו/או חנה קמון (מ.ר.
92629) ואח'

ממשרד עו"ד יהודה רוה ושות'

מרח' אוסישקין 26, ירושלים 91077

טל': 02-5635232; פקס: 02-5617101

כתובת דוא"ל: channak@yraveh.co.il

עיקרי טיעון

בהתאם לתקנה 14 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, מתכבדת העותרת להגיש את עיקרי הטענות לקראת הדיון הקבוע ליום 20.6.2024.

בית המשפט הנכבד מתבקש, במסגרת עתירה זו, להורות למשיב למסור לידי העותרת את קוד המקור של מחשבון "מחיה בכבוד", את מסמכי האפיון המלאים וכן כל מסמך אחר שהתבקש במסגרת בקשת המידע מושא עתירה זו (נספח א' לכתב העתירה). כל זאת, בשים לב לכך שאין כל הצדקה בדין שלא לעשות כן, וכן בשים לב לאינטרס הציבורי המשמעותי העומד בבסיס העתירה.

כבר עתה מבקשת העותרת מבית המשפט הנכבד לבחון את העובדה כי המשיב העלה בכתב התשובה, בחוסר תום לב, טענות חדשות שלא עלו בתגובה המקדמית או במענה לבקשת המידע, וכן כי הטענות הנוגעות לאי-תחולת החוק עלו לראשונה בתגובה המקדמית ולא במענה לבקשת המידע. כאשר חלקן אף סותרות תשובות קודמות שמסר המשיב בטרם קיום ההליך המשפטי.

כמו כן, העותרת מבקשת להסב את תשומת ליבו של בית המשפט הנכבד כי ביום 30.5.2024 הוגשה למשיב בקשה לפרטים נוספים בהתאם לדין, אשר טרם נענתה. נוכח זאת, העותרת תבקש לעשות שימוש בתשובות כשאלה תגענה, ככל שהיא תמצא לנכון, במסגרת הדיון.

א. ההליך עד כה וטענות העותרת בתמצית

1. ראשיתו של ההליך בבקשת מידע שהוגשה בהתאם להוראות חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: "החוק"), ועניינה מחשבון "חישוב הוצאות מחיה בכבוד" שהיה מצוי באתר המשיב עד לעת האחרונה. הבקשה מצויה בנספח א' לכתב העתירה.
2. המשיב, על אף התכתבויות רבות בינו לבין העותרת, עמד על סירובו למסור את המידע המבוקש. תחילה, ללא הנמקה שתואמת את חוק חופש המידע תוך העלאת טענות כלליות לפיהן ישנה בעיה במחשבון, ובהמשך, בסירוב מיום 17.07.2023, בהתאם לסעיף 9(ב) (5) ובטיעון הכללי האמור לעיל. כלל ההתכתבויות מצויות בנספחים ב' ואילך לכתב העתירה.
3. נוכח האמור, הגישה העותרת את העתירה ביום 21.12.2023, בהתאם למועדים הקבועים בחוק ביחס לסירוב מיום 19.07.2023.
4. במסגרת התגובה המקדמית העלה המשיב כמה טענות חדשות – לרבות טענות סף. כך, טען הוא שהעתירה הוגשה בשיהוי – אף שכפי שניתן לראות לעיל וכפי שיורחב להלן, מדובר בטענה שאינה מדויקת, בלשון המעטה שכן העתירה הוגשה במסגרת המועדים הקבועים בחוק מהחלטתו האחרונה של המשיב. יתרה מכך, הלכת בית המשפט העליון וכן פסיקות מחוזיות תומכות בעמדה זו, כפי שיוצג להלן.
5. כמו כן, המשיב העלה, והוא מסתמך כעת, על טענת סף חדשה – שלא הייתה מנת חלקו של הסירוב העומד בבסיס העתירה – ולפיה תוכנת מחשב וקוד מקור אינם מהווים מידע לפי סעיף 2 לחוק חופש המידע. כאמור, מדובר בשינוי חזיתי משמעותי שניתן לתהות הכיצד עלה רק עתה – וממילא הוא אפשר לעותרת רק במסגרת מסמך זה להתייחס לאמור.
6. בנוסף לאמור, המשיב העלה טענות כלליות נוספות, ללא הנמקה כמעט, בין היתר באשר לתחולתם של הסייגים הקבועים בסעיפים 9(ב)(1), 9(ב)(4) ו-9(ב)(5) לחוק, ואף בכתב התשובה עתה לראשונה הטענה כי חלים סייגים המצויים בסעיף 9(א) לחוק חופש המידע.
7. בצר לעותרת, קשה שלא לזהות בשינוי העמדות התכוף, כי מדובר בהתנהלות בחוסר תום לב.
8. במסגרת הדיון המקדמי הובהרו נקודות אלו באשר לטענת השיהוי וכן בנוגע לשינוי החזיתי. באשר להתנהלות המשיב, ניתן אף לטעון הכיצד במסגרת הדיון המקדמי מיום 10.3.2024, טען בא כוח המשיב כי "כלל אין מסמכי אפיון" (כמתואר בעמוד השני לפרוטוקול הדיון המקדמי בשורה 12), אולם בכתב התשובה צורפו אותם מסמכי אפיון ש"אינם בנמצא".
9. העותרת תעיר כבר עתה כי על אף ההצהרה כי מסמכי האפיון צורפו, הרי שאלה חסרים, ולא מספקים מידע מספק באשר לאופן שבו פועל המחשבון. כך וגם כך, תבהיר העותרת להלן מדוע לא די במסמכי האפיון ומדוע ממילא, יש למסור את קוד המחשבון המהווה מידע, ומדוע לא מתקיימות במקרה זה הצדקות אחרות בחוק, שלא למסור את המידע כאמור.
10. כמו כן, נראה כי לאחר שהעבירו בכתב התשובה את מסמכי האפיון החלקיים, מסכים המשיב עתה כי אלה לכל הפחות, מהווים מידע בהתאם לסעיף 2 לחוק חופש המידע ניתן למסירה.
11. במסגרת הטענות שלהלן תסביר העותרת מדוע לשיטתה אין מדובר בשיהוי במקרה המתואר; מדוע הן "קוד מקור" הן "אלגוריתם" והן "מסמכי אפיון" מהווים מידע לפי חוק חופש המידע, וכן מדוע הסייגים השונים שהוזכרו אינם רלוונטיים לענייננו ושממילא האינטרס הציבורי במידע מחייב את מסירתו.

ב. טענת המשיב לסילוק על הסף מפאת שיהוי

12. הן בתגובה המקדמית (חלק ג', החל מפס' 20) והן בכתב התשובה (חלק ג', החל מפס' 21) טוען המשיב שיש לסלק את העתירה על הסף כיוון שהוגשה בשיהוי.
13. החלטתו הראשונה של המשיב נמסרה ביום ה-16.4.2023, ומאז החלו הצדדים להתכתב ביניהם. העותרת שלחה למשיב שני מכתבים כאשר לכל אחד מאלה התייחס האחרון בזמנו, ושינה מעט את החלטתו הנוגעת לבקשת המידע (נספחים ב' עד ו' לכתב התביעה).
14. במסגרת מכתבים אלה עמדה העותרת על שני כשלים בהחלטה שנמסרה לה בנוגע לבקשת המידע מושא העתירה: ראשית, על כך שמענה המשיב לבקשת המידע אינו עולה בקנה אחד עם דרישותיו של חוק חופש המידע **שכן המשיב לא התבסס על הסייגים לחוק**; ושנית, על כך שמענה המשיב איננו מנומק, כפי שדורשים החוק והפסיקה. המשיב התייחס למכתבים אלו, הן ביום ה-23.5.2023 והן ביום ה-19.7.2023 (נספחים ב' עד ו' לכתב העתירה).
15. במכתב מיום ה-19.7.2023 המשיב ציין בהחלטתו כי **"אתה רשאי לערער על החלטה זו לפני בית משפט לעניינים מינהליים, בתוך 45 יום מקבלת הודעה"**. מכאן, הרי שהיום האחרון להגשה היה יום ה-21.12.2023 (ודוק, על גבי המענה נכתב ה-17.7.2023, אולם זה נמסר לעותרת ביום ה-19.7.2023).
16. העותרת תעיר כי בצר לה, אף שהדבר עלה בדיון המקדמי – המשיב שב והכחיד עובדה זו מכתב התשובה שלו.
17. מעבר לאמור, הרי שאף אם הייתה בעיה כלשהי עם הזמנים, הרי שבפרשת **גבע** קבע בית המשפט העליון כי במקום שבו ניתן לזהות ש"נעשה ניסיון כן של המערער [העותר] למצות סעדי או מול הרשות ולסיים העניין ללא פניה לערכאות"¹, לא יהא זה ראוי למחוק עתירה בטענת שיהוי. כמו כן, הובהר שם כי ממילא העיכוב אינו מעורר כל קושי על הפעלת שבט ביקורתו של בית המשפט במקרה מעין זה.²
18. בפרשת **סומך** קבע בית המשפט לעניינים מנהליים בתל-אביב כי שיהוי הנובע מאי עמידה בזמני החוק, הקרוי "שיהוי סטטוטורי", הוא בעל משמעות פורמלית בלבד וחוסר השלכה מהותית בהיעדר שינוי מצבן של המשיבות, בטח בסוגיות הנוגעות לחוק חופש המידע. עוד נקבע שדחיית עתירה מטעם זה עלולה להיות בלתי-יעילה שכן העותר יכול להגיש בקשת מידע חדשה שתחל שוב את הספירה.³
19. כמתואר בפרשת **סומך**, הרי בתחום חופש המידע, מימד הזמן זוכה לנופך אחר שכן אין בשיהוי כדי לפגוע בפעילות הרשות, וממילא כקבוע בפרשת **גבע**, העותרת עשתה מאמץ להימנע מעתירה על ידי חלופת מכתבים מנומקים. כל זאת, בשים לב לכך שמדובר בתקופת מלחמת חרבות ברזל – שעל אף זאת – הוגשה העתירה במועדים הקבועים בחוק.
20. לבסוף תעמוד שוב העותרת על כך שהמשיב ציין בהחלטתו האחרונה מחודש יולי כי העותרת רשאית לעתור בחלוף 45 יום, וכך עשתה, בהתאם לדין.
21. נוכח כך, יש לדחות את טענות השיהוי של המשיב.

¹ ע"מ 7024/03 גבע נ' גרמן, פס" 10 לפסק הדין (אר"ש 6.9.2006).

² שם.

³ ע"מ 2926-09-11 סומך נ' מדינת ישראל משרד הביטחון, בעמ' 5–6 לפסק הדין (אר"ש 28.3.2015).

ג. לשיטת המשיב – קוד מקור ומסמכי אפיון אינם מהווים מידע לפי חוק חופש המידע

22. כמתואר לעיל, במסגרת התגובה המקדמית (החל מפס' 28) וכתב התשובה (החל מפס' 29) העלה המשיב, לראשונה, את הטענה כי קוד מקור ומסמכי אפיון אינם מהווים מידע לפי חוק חופש המידע, ועל כן תפרוש העותרת את טענותיה בסוגיה זו להלן.

23. בראשית הדברים תבהיר העותרת כי העובדה שהטענה עלתה לראשונה לאחר העתירה פוגעת ביכולתה להתייחס באופן מלא לטענות המשיב בנוגע לאי-תחולת חוק חופש המידע על קוד תוכנה, ועל כן היא תפרוס את משנתה בתמצות, להלן. כמו כן, יש לתהות כיצד טענה זו לא עלתה לא במפורש ולא מכללא בסירוב עצמו, במסגרת ההתכתבויות אל מול המשיב טרם העתירה, וכן עלתה רק לאחר מכן. לכן, העותרת תבהיר להלן בקצרה את עמדתה, ובהמשך עיקרי הטיעון תרחיב על דרך הפרשנות הראויה של החוק.

24. כטענה מקדימה תבהיר העותרת כי קשה שלא לתהות כיצד המשיב לא רואה ב"מסמכי אפיון" מידע, וכך גם באלגוריתם, ובכל זאת צורף מידע כתוב במסגרת כתב התשובה בדמות מסמכי האפיון כנספח. כך גם כיצד יכול היה, בסעיף 39 לכתב התשובה, לציין כי קוד תוכנה ומסמכי אפיון הם "מידע טכני", שהרי אם אלה אינם מידע הרי שהם לא יכולים להיות "מידע טכני": "קוד תוכנה יחד עם המסמכים הנלווים לו, לרבות מסמכי האפיון, הינם בגדר המאפיינים הטכניים מחשוביים [ההדגשה במקור] של מערכת 'נט המשפט' [...] לאור האמור, מדובר במידע טכני".

25. אף אם ניתן לומר שמדובר בטענות משפטיות סותרות, הרי הטענה מניחה בבסיסה אפשרות כי מדובר ב"מידע" הניתן למסירה, וכפי שיתואר להלן, הבסיס המשפטי הוא כי כל דבר מה הניתן למסירה – הוא בגדר מידע – ואילו הסייגים לחוק הם אלה שיש בהם כדי להגן מפני מסירת מידע שיש בו סכנה.

26. יתרה מכך, המשיב מסתמך בכתבי טענותיו על שני הליכים שונים שהתקיימו בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (פרשות הר-שמש וערנות לזכויות אדם) – אולם בתגובה המקדמית לא ציין המשיב כי בשני ההליכים קבע בית המשפט העליון כי אין הלכה בסוגיה, וזאת בין היתר נוכח העובדה שעמדת המדינה טרם נקבעה.⁴

27. נוכח כך, לעמדת העותרת הרי שכל זמן שאין הלכה שקובעת אחרת – הרי שיש לראות בכל מה שנחזה כמידע ככזה, בהתאם להוראות חוק חופש המידע, וזאת עד שישונה החוק או שתקבע הלכה מחייבת אחרת. כל זאת, כפי שiorחב בהמשך עיקרי הטיעון.

28. כן תבקש העותרת להבהיר כי היא הגישה, כפי שצוין בדיון המקדמי, שתי עמדות ידיד בית משפט במרוצת השנים, במסגרת פרשת הר-שמש שהוזכרה לעיל. במסגרת עמדת הידיד השנייה, הרחיבה היא על אופן הפרשנות הראוי של חוק חופש המידע, וכי האמור בעמדת הידיד מבסס את עמדתה בנושא זה.

29. נוכח עמדתו החדשה של המשיב כי אין מדובר במידע, העותרת מוצאת לנכון לצרף את עמדת הידיד לעיקרי הטיעון, ככל שבית משפט הנכבד ימצא מקום לדון בסוגיה זו. עמדת הידיד של העותרת מצורפת ומסומנת כנספח א' לעיקרי הטיעון.

⁴ ע"מ 65/22 הר שמש מושב שיתופי בע"מ נ' הממונה על חוק חופש המידע ברשות המיסים (אר"ש 8.2.2023); ע"מ 3763/22 ערנות לזכויות אדם נ' מנהל בתי המשפט (אר"ש 8.2.2023).

ד. מחשבון מחיה בכבוד והאינטרס הציבורי במידע

30. בקצירת האומר תזכיר העותרת את מושכלות היסוד שהניחה במסגרת כתב העתירה, וכן במכתבי ההבהרה ששלחה אל המשיב עובר להגשת העתירה (ואשר מצויים בנספחים לכתב העתירה).
31. בפרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי אשר פורסם בשנת 2005 נדון, לראשונה, הצורך להגדיר מה הם "חיים בכבוד". כמו כן, נדונה החובה המוטלת על המדינה להבטיח חיים בכבוד לכל אדם, וכי בשם כך עליה להגדיר מהי מחיה בכבוד.⁵
32. בשנת 2014 מונתה ועדת חריס על ידי כונס הנכסים הרשמי. מטרת המינוי הייתה, בין היתר, לקבוע קווים מנחים לתוכניות פירעון לחייבים. במסגרת המלצות הוועדה נוצר מודל שמטרתו קביעת סכום שבו יוכל לעמוד חייב בבואו להגיע להסדר, ואשר יותיר אותו כמי שיכול לחיות בכבוד.⁶
33. על בסיס הדוח האמור נוצרה מערכת ממוחשבת אשר פורסמה באתר המשיב, כמערכת שיש בה כדי לסייע לחייבים לבחון את מצבם. כפי שנכתב בעמוד הרלוונטי באתר המשיב, והמוצג בעמוד 5 לכתב העתירה, הרי ש"מחשבון זה נועד לחשב אומדן להוצאה של משק בית, הדרוש למימון המינימום לקיום בכבוד".
34. עם זאת, לאחר שנים מספר החליט המשיב להוריד את המחשבון מהאתר, ובכך מנע את האפשרות לעשות בו שימוש, בין אם על ידי חייבים ובין אם לכל צורך אחר (למשל, אקדמי).
35. העותרת לא טענה בשום שלב כי על המשיב להשיב את המחשבון לאתר והיא אף לא ביקשה זאת, אלא הבהירה כי רצונה הוא לקבל את קוד המקור של המחשבון וכן מסמכים נוספים. כמו כן, הציעה העותרת לפרסם את כלל המידע המבוקש לציבור תחת "תניית פטור" כי ייתכן שיש במחשבון טעויות ובעיות וכי המשיב אינו אחראי לתוצאות המחשבון ולא יראו בתוצאות אלה משום מידע רשמי המחייב את המדינה או המשיב.
36. מטרת הבקשה היא לאפשר לציבור בכלל ולאנשי אקדמיה, אנשי חברה אזרחית, ועוד, ללמוד על אודות המחשבון אשר מהווה חלק בלתי-נפרד מהתפתחות הזכויות החברתיות והכלכליות בישראל.
37. כך, הובהר בכתב העתירה כי יש בפרסום הקוד כדי לאפשר ללמד על תחום הזכויות החברתיות כלכליות והזכות החוקתית לקיום בכבוד; לאפשר לחקור תחום זה באקדמיה; לאפשר להעלות טענות לצורכי שינוי מדיניות וכן כדי להפעיל ביקורת על פעולות השלטון, ועוד.
38. עוד הובהר כי סוגיית השקיפות האלגוריתמית גם היא קריטית בתקופה זו, שכן השימוש באלגוריתמים הולך וגובר בשירות המדינה, ולכך השלכות רבות על זכויותיהם של פרטים. זאת במיוחד כשיש שינויים יומיים בהשלכות של השימוש באלגוריתמים – וכפי שניתן היה לזהות במכרז שנערך באמצעות מערכת ממוחשבת שפגעה בזכויות מגישים נוכח כשל במערכת.⁷
39. סוגיה זו מתעצמת, כפי שהורחב בעתירה, נוכח הצהרות שונות של המדינה בנוגע לקידום שקיפות אלגוריתמית – ואין חולק כי עולות שאלות מהותיות במסגרת הליך זה הנוגעות לראוי והמצוי בהיבט זה.

⁵ בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 483–484 (2005).

⁶ דוח הוועדה לבחינת תכנית הפירעון בהליך פשיטת רגל מתוך אתר "מידע לעם".

⁷ <https://www.odata.org.il/dataset/5a65d1e9-1d51-447e-aca0-c5e247b0453c>.

⁷ עת"ם 72334-10-21 (מחוזי נצרת) פורת נ' מ"י (אר"ש 3.1.2022); עע"ם 1290/22 רשות מקרקעי ישראל נ' פוקטש (אר"ש 19.5.2022).

ה. פרשנות ראויה לפי חוק חופש המידע – "מידע" כולל קוד תוכנה, מסמכי אפיון וכל מסמך קשור אחר

40. כאמור לעיל, בהתאם לפסיקותיו של בית המשפט העליון בפרשות **הר-שמש** הרי שאין כיום הלכה ברורה, ועל מנת לפרש נכונה את הסעיף, לעמדת העותרת יש ללכת בדרך שלהלן.
41. בראשית הדברים יובהר כי לעמדת העותרת – כל זמן שניתן למסור מידע – הרי שיש למסרו – אלא אם ישנה הצדקה בסייגים המצויים בדין שלא לעשות כן. במילים אחרות, כל עוד אין **החרגה ברורה** של מידע מן החוק, כפי שקיים בסעיף 14 לו, הרי שדרך המלך היא לנהוג כאילו החוק חל.
42. עמדת העותרת היא שנקודת המוצא לדיון היא סעיף 1 לחוק חופש המידע אשר קובע כי לכל אזרח או תושב נתונה הזכות למידע. סעיף 2 לחוק מצייר את גבולות המסגרת של המונח "מידע", אשר מוגדר באופן רחב בסעיף כ"כל **מידע** המצוי ברשות ציבורית, והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב".
43. כפי שהורחב בעמדת הידד שהגישה העותרת, והמצורף לנספח זה, נדמה שבכך בחר המחוקק בהגדרה רחבה הכוללת כל "סוג" של מידע – וזאת להבדיל מ"ידע", היינו דבר המצוי בראשו של אדם והוא לא "כתוב, מוקלט, מוסרט [...] או ממוחשב". הדבר מתכתב גם כן עם הצעת חוק חופש המידע משנת 1997, שם הוגדר מידע כ"כל מידע המצוי בידי הרשות הציבורית, בכל צורת אחסנה שהיא, כגון מידע ממוחשב. הגדרה זו **מתייחסת למידע בלבד** כלומר למידע הנמצא בידי הרשות הציבורית בעת קבלת הבקשה למידע".⁸
44. על מנת לפרש את המונח, נכון גם לזהות את האופן שבו התייחסה הפסיקה לזכות למידע עובר לחקיקתו של חוק חופש המידע. כך, בפרשת **שירן** נקבע כי "שיטת הממשל הדמוקרטית ניוונה" מזרימת מידע, פסיקה שמבחינה את חשיבות המידע לדמוקרטיה.
45. שורת פסקי דין עמדה על חשיבותו של המידע לדמוקרטיה גם לאחר חקיקתו של חוק חופש המידע, וכך, בין היתר, בפרשת **התנועה לחופש המידע** נקבע כי "הזכות למידע המונחת בבסיס החוק היא **מיסודותיה של התרבות הדמוקרטית** [...] וכי [היא] נתפשת כתנאי הכרחי למימושה ולהגשמתה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי [...] וליכולתו של הציבור לגבש עמדות ולבטאן". כך גם מוזכר כי זהו תנאי על מנת לאפשר לציבור "להפעיל פיקוח ובקשה על רשויות השלטון".¹⁰
46. באשר להגדרה המונח "מידע" בהתאם לסעיף 2 לחוק, הרי שהפסיקה כמעט ולא דנה בסוגייה זו – וזאת שכן נדמה, כך נראה, כי מדובר בעניין טכני, בינארי.
47. כך גם עולה מדברי ההסבר להצעת החוק משנת 1996 שם מוגדר כי ההגדרה של "מידע" היא כמעט עניין "טכני" – שכן: "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".¹¹
48. כך גם בפסיקה הזכירו את האמור, וזאת במסגרת פרשת **האגודה לזכויות האזרח**, שם צוטטו דברי ההסבר לחוק: "המידע שעליו חל החוק המוצע הוא כל מידע המצוי בידי הרשות הציבורית, בכל צורת

⁸ דברי ההסבר להצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז–1997, ה"ח 2630.

⁹ בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 378 (1981).

¹⁰ ע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות, פס" 15 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל (אר"ש 19.5.2009).

¹¹ דברי ההסבר להצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז–1996, ה"ח 2523.

אחסנה שהיא, כגון מידע ממוחשב.¹² בפרשת **גבע** המוזכרת לעיל, נכתב כי ההגדרה למידע בחוק חופש המידע היא "הגדרה רחבה".¹³

49. בפרשת **פומנובסקי** הבהיר בית המשפט העליון פעם נוספת כי לרשות ציבורית החובה למסור "רק את מה שיש לה – להבדיל ממה שאין לה", וכי החוק מאפשר מסירת מידע שאינו כולל "הסברים, שיחות, וכיוצא באלה דברים בלתי מתועדים [...] [ו] כל מידע שקיים – ניתן למסירה".¹⁴

50. עניין זה מתכתב עם העובדה שאף שהמשיב טוען שמסמכי אפיון אינם מהווים מידע, הרי שהוא בכל זאת מסר אותם – והרי אם הוא יכול היה למסור את המידע – הרי שנדמה שמדובר במידע בהתאם לפרשנות הראויה לסעיף.

51. כאמור – גם מבחינה לשונית ניתן להבין כי "קוד תוכנה" הוא מידע, כהגדרתו בחוק חופש המידע. ההגדרה המילונית של "תוכנה" נוגעת, בין היתר, ל"תעוד במערכת עבוד נתונים אלקטרוני" – היינו – דבר מה שניתן למסור.¹⁵

52. גם בספר לכסיקון המחשב המיועד למתן הסבר פשוט למונחים המגיעים מעולם המחשבים, מוגדרת "תוכנת (קוד) מקור" כ"תוכנית הכתובה בשפת התכנות המקורית: תוכנת המקור היא **קבוצת הוראות** שנכתבו בידי תוכניתן ולפני הביצוע במחשב עליה להיות מתורגמת לשפת מכונה על ידי תוכניות כגון: מאספים (Assemblers), מהדרים (Compilers) או מפרשים (Interpreters)".¹⁶

53. ניתן לזהות כי ההגדרה של תוכנה היא, הלכה למעשה, דברים **כתובים** אשר ניתנים למסירה.

54. נוכח העובדה שקוד המקור הוא, הלכה למעשה, כתיבה בשפת תכנות עילית המובנת למתכנתים, על בסיס האמור במסמכי האפיון, הרי שמובן כי **טעות בכתיבת השפה העילית עלולה להוביל לפגיעה במה שרצה להשיג מי שביקש לעשות בה שימוש**, וכאשר המדינה עושה שימוש בתוכנה – הרי שמתעורר חשש שהמדינה תפגענה בזכויות ואף תפלה.

55. ניתן בהקשר זה, כבר עתה, להתייחס לכך שהמשיב בחר במסגרת כתב התשובה שלו למסור את מסמכי האפיון (החסרים, לשיטת העותרת, כפי שיורחב לעיל), דבר המעיד על כך כי על אף טענת המשיב עצמו, מדובר במידע, ולא ברור כיצד **סותר** המשיב את עצמו וטוען כי אין המדובר במידע כאמור.

ה. עצם הכללת קוד התוכנה והמסמכים הסובבים אותה בגדר "מידע", לא מחייב בהכרח כי יש למסור מידע זה לאור המגבלות הקבועות בדיון

56. העותרת לא רואה טעם בהתנגדות המשיב בעצם הכללת קוד התוכנה הכתוב בשפה העילית וכן כל מסמכי האפיון המקיפים אותה, בגדר המונח "מידע". זאת שכן ממילא, אם ישנו חשש ממסירת הקוד, הרי שישנם סייגים המאפשרים שלא להעבירו גם אם מדובר במידע.

57. כפי שנקבע בפרשת **הארץ**, חוק חופש המידע כולל שלוש מסננות.¹⁷ הראשונה שבהן כוללת "תנאי סף" לכניסה לחוק – אולם אין הדבר אומר שהמידע המבוקש יימסר, שכן ייתכן שיחולו סייגים הקבועים בו. כל זאת מתוך הכרה ש"הנחת היסוד היא שמידע ציבורי הוא מידע שלציבור יש זכות לקבלו [...], ואילו אי-הגילוי הוא החרגי".¹⁸

¹² ע"מ 4349/14 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד ראש הממשלה, פס' 12 לפסק הדין (אר"ש 3.11.2015).

¹³ פרשת **גבע**, לעיל ה"ש 1.

¹⁴ ע"מ 1537/20 פומנובסקי נ' הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים (אר"ש 3.11.2021).

¹⁵ "תכנה" אברהם אבן-שושן מלון בן-שושן המרכז: מחדש ומעודן לשונות האלפים 1019 (2004).

¹⁶ "תוכנת (קוד) מקור" אלן פרידמן 1271 מושגים לקורא העברי 251 (1984).

¹⁷ ע"מ 8282/02 הוצאת עיתון "הארץ" נ' מדינת ישראל, משרד מבקר המדינה, פ"ד נח(1) 465 (2003).

¹⁸ ע"מ 2975/15 הוצאת עיתון "הארץ" נ' משרד החוץ, פס' 24 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז (אר"ש 6.6.2016).

58. כאמור, אף אם צולחים את המסגרת הראשונה (אזרח או תושב וכן כי מדובר במידע) הרי שישנה רשת של סייגים, הקבועים בסעיפים 8 ו-9 לחוק, שדרכם ניתן לסרב למסור מידע מבוקש, כפי שמגדיר החוק.
59. כפי שהובהר בפרשת פומנובסקי הרי שמסירת המידע לא תלויה רק בהגדרתו המבוקש כ"מידע", אלא כי "כל מידע שקיים – ניתן למסירה, אלא אם הוא עונה על אחד הסייגים בחוק".¹⁹
60. מציאות זו מבטלת, הלכה למעשה, את החשש הטמון בהכללת המונח "אלגוריתם" או "קוד תוכנה" או "מסמכי אפיון" תחת חוק חופש המידע.
61. לשון אחר – חוק חופש המידע מגדיר כל דבר שניתן למסירה כמידע – ואילו רשות ציבורית חושבת כי מידע שברשותה עשוי לפגוע באינטרס כלשהו או בזכות כלשהי, עליה לתור אחר סייג מתאים בחוק, ולנמק את הסיווג. אם ירצה המחוקק לשנות זאת, יעשה כן. כל עוד הוא לא עושה כן, הרי שהחוק חל על כל דבר הניתן למסירה, ולרשות נתונה האפשרות לסרב בהתאם לסייגים הקבועים בחוק.
62. באשר לסייגים, הרי שבהתאם לפסיקה יש לקרוא אותם בצמצום, שכן שימוש בהם פוגע בזכות הציבור למידע. כך נפסק, בין היתר, בפרשת הארץ הנזכרת לעיל: "החריגים עשויים להיות לעתים נכבדים ואף רחבים, אולם עדיין הם בגדר חריגים, והנטל להוכיח את תחולתם הוא הטוען להם [...] זאת מתוך תפיסה שהרשות מחזיקה במידע בנאמנות עבור הציבור".²⁰

ה. חשיבותה של שקיפות אלגוריתמית

63. חשיבותה של שקיפות אלגוריתמית רלוונטית לענייננו שכן במלאכת פרשנות החוק ראוי להתייחס גם לעת שבה אנו מצויים, עת שבה לאלגוריתמים השפעה רבה על חיינו. בתוך כך, חוק חופש המידע נחקק בשנת 1998, וההתפתחות הטכנולוגית להיות כזה שלוקחת בחשבון את שינוי העתים, כפי שראוי לפרש זכויות ב"חיוב" ולא ל"שלילה". האמור ייכתב בקצרה.
64. המונח "שקיפות אלגוריתמית" הופיע לראשונה במאמרם של דיאקופולוס וקולסקה בשנת 2017.21 על פי הגדרתם שקיפות אלגוריתמית כוללת העברת מידע על האלגוריתם, על מנת שניתן יהיה לפקח, לבדוק, לבקר או להתערב במידת הצורך, או במילותיהם:
- [T]he disclosure of information about algorithms to enable monitoring, "checking, criticism, or intervention by interested parties".²²
65. האלגוריתמים החלו לשמש את המדינה בשנים האחרונות ביתר שאת, וניכר כי זו רק ההתחלה. כך, למשל, עלה בעבר כי עיריית תל-אביב עושה שימוש באלגוריתם לצורך רישום לגני ילדים, הכולל בחובו חישוב שנוגע לאחים ולמרחק מבית הספר. במקרה זה מעורבת גם עין אנושית, אך אין הדבר מפחית מחשיבות האפשרות לבחון את קבלת המחלטות המכונה.²³
66. במקרה אחר נמצא ברשות מקרקעי ישראל טופס אשר נפלה בו שגגה ("באג") שמנעה מאזרחים להשתתף במכרז. למגישים שניתנו לא ניתנה אפילו האפשרות לבחון את הטופס שהגישו, ורק "עקשנות" הובילה

¹⁹ פרשת פומנובסקי, לעיל ה"ש 17.

²⁰ פרשת הארץ, לעיל ה"ש 20.

²¹ Nicholas Diakopoulos and Michael Koliska, *Algorithmic Transparency in the News Media*, 5(7) DIGITAL JOURNALISM 809 (2017).

²² שם, בעמ' 811.

²³ תשובת עיריית תל-אביב לפניית המבקשת מצויה בקישור להלן: <https://tinyurl.com/4cuca63r>.

לכך שהתגלתה הבעיה, שגרמה לשלילה מהותית של זכויות.²⁴ כך המדינה גם עשתה שימוש באפליקציית המגן, בקוד פתוח, במהלך הקורונה – וזאת בניסיון להוביל לכך שכמה יותר אנשים יעשו שימוש בתוכנה.

67. לא רק העותרת מכירה בחשיבות השקיפות האלגוריתמית, **כי אם המדינה עצמה גם כן**. כך, 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".²⁵

68. בנוסף, ישראל חברה בארגון ה-Digital Nations – אשר הכיר זה מכבר בחשיבות האחריותיות בנוגע לשימוש ב-AI על ידי המדינות, אשר במסגרת מסמכים מסוימים עמדו על חשיבות השקיפות הנוגעת לשימוש בתוכנות AI: "Be as open as we can by sharing source code, training data, and other relevant information".²⁶ בשנת 2019 חתם השר דאז דוד אמסלם על ה-Digital Charter של המדינות החברות בגוף זה, המבקש לקדם גם כן שימוש בקוד פתוח.²⁷

69. נוכח האמור – הרי שפרשנות ראויה של החוק תהא כזו שתואמת את שנת 2024 ואת הכיוון שאלה מדינת ישראל מכוונת ומצהירה כי היא מכוונת – כל פרשנות אחרת תחטיא את היעדים של מדינת ישראל ואת יעדיו של חוק חופש המידע, כפי שעלה באריכות בפרק הרלוונטי בעמדת הידיד.

ו. פרסום אמות המידה ומסמכי האפיון שנמסרו אינם מספקים

ו.1. שקיפות אלגוריתמית מחייבת את הכללת כלל המידע שנוצר בעת פיתוח תוכנה תחת המונח "מידע"

70. כאמור לאור הגדרת המונח שקיפות אלגוריתמית, שקיפות אלגוריתמית היא העיקרון שלפיו יש לחשוף את כל המידע הרלוונטי לאופן שבו אלגוריתם מסוים מקבל את החלטתו. כלומר, במסגרת חוק חופש המידע, יש לספק את כלל המידע הקיים הרלוונטי הנוגע לאותו אלגוריתם, בכפוף למגבלות הקבועות בחוק, אם מתקיימות. בתוך כך, יש לכלול את כלל מסמכי הדרישה והאפיון של המערכות, את מסמכי עיצוב המודל וגם את קוד התוכנה עצמו, אם קיים. כל זאת, כדי לציבור, וגם למקבלי החלטות, לבחון את השימוש באלגוריתם וכן, למשל, בבינה מלאכותית יהיה מקום להידרש גם למסמכים המתעדים את המידע עליו אומן המודל וכדומה.

ו.2. מסמכי אפיון המערכת – יכולים להעיד על ראשית התכנון – אך לאו דווקא בהכרח על התוצאה הסופית – הקוד עצמו

71. **מסמכי אפיון מערכת** הם שם כולל של המסמכים המתארים את הדרישות והפונקציות שהמערכת אמורה לבצע. תפקידם הוא לקבוע את מטרות המערכת, לתאר את דרישות המשתמשים, ולהנחות את תהליך הפיתוח. לעיתים, אולם לא בהכרח, מסמכים אלה כוללים נוסחאות ותרשימי זרימה המקלים לאחר מכן על שלב התכנות בפועל. מסמכי האפיון נועדו לשמש ככלי לתקשורת בין הגורמים המעורבים (לקוחות, מפתחים, מנהלי פרויקטים וכו').

²⁴ ע"מ 72334-10-21 (מחוזי נצרת) פורת נ' מ"י (אר"ש 3.1.2022); ההליך הגיע אל בית המשפט העליון, מבלי שהיה ספק בתקלה בטופס. בהליך בעליון מצא בית המשפט לנכון לברך את המדינה שתקנו חלק מן הבעיות הללו (ע"מ 1290/22 רשות מקרקעי ישראל נ' פוקטש (אר"ש 19.5.2022)).

²⁵ ממשל פתוח – תוכנית הפעולה לשנים 2018–2019, 37 (רשות התקשוב הממשלתית, משרד ראש הממשלה), זמין ב: <https://tinyurl.com/yb7od2zd>.

²⁶ וראו, <https://tinyurl.com/yb7od2zd>. **D9 approach for responsible use of AI by Governments**, זמין ב- <https://tinyurl.com/yb7od2zd>.

²⁷ וראו: DIGITAL NATIONS CHARTER, זמין באתר ממשלת קנדה, <https://tinyurl.com/y8afbbdk>.

72. בתקן ISO/IEC/ IEEE 29148 Second edition 2018-11 Systems and software engineering —

Life cycle processes — Requirements engineering, נקבע סטנדרט עולמי למעגל חיי התוכנה. במסגרת זו נדרשים בשלב התכנון לפני הקידוד ליצור מספר מסמכים, שמכונים בקצרה "מסמכי אפיון מערכת". עם זאת, יש להבהיר כי במסגרת מסמכים אלה ישנם מספר תתי שלבים, הכוללים בין היתר גם את **מפרט דרישות תוכנה (Software Requirements Specifications - SRS)** – להבדיל מאפיון כללי של המערכת במסגרת מפרט זה ישנו תיאור מפורט של מערכת התוכנה שעתידיה להיות מפותחת. בין היתר מבקשים את הפירוט המקיף, כדי למנוע עד כמה שניתן שינויים לאחר מכן בשלב הקידוד בפועל.

73. ישנם שלבים נוספים בעיצוב ותכנון התוכנה, בטרם תקודד, המפורטים, כאמור, בתקן.

74. **הקוד עצמו**: הקוד הוא הביטוי הפיזי והטכני של השלבים הקודמים. הוא מורכב משורות קוד בשפת תכנות מסוימת. הקוד מבצע בפועל את הפעולות המתוארות באפיון, באמצעות פקודות ותהליכים. לעיתים יש זהות בין שלבי התכנון לבין התכנות בפועל, אולם לעיתים ישנם שינויים או אילוצים, תיקונים של טעויות או חלילה תקלות (באגים) בקוד עצמו, כך שהוא אינו בהכרח משקף אחד לאחד את כלל מסמכי האפיון של המערכת. הקוד עצמו מפורט מאוד, בהיותו הוראות מדויקות למכונה כיצד לפעול, בניגוד למסמכי האפיון שכתובים בשפה עסקית או טכנית, אולם הם אינם בבחינת הוראות ישירות למחשב לביצוע הפעולות בפועל.

75. האפיון והקוד הם שני שלבים שונים ומהותיים בתהליך פיתוח תוכנה, כשכל אחד מהם מבצע תפקיד שונה ומביא ערך ייחודי. אפיון המערכת מהווה מסמך תכנוני ומנחה, בעוד שהקוד הוא המימוש הטכני והמעשי של אותו תכנון. השוני המהותי ביניהם נוגע להגדרות, רמת הפירוט והשפעה ישירה על תפקוד המערכת. לעיתים יש דמיון רב או זהות בין השלבים, אולם לעיתים, כאמור, יש שוני ביניהם מבחינת היישום, לרבות תקלות שעלולות להיכנס לקוד התוכנה, שלא בכוונה, או שינויים שהוכנסו בין שלב האפיון והעיצוב לבין שלב הקידוד. שינויים אלה עלולים להיות מהותיים ואף קריטיים ועל כן יש צורך בקבלת הקוד עצמו ולא רק מסמכי האפיון, במקרים בהם ניתן לעשות כן.

76. **על כן, לא די במסמכי אפיון על מנת לממש שקיפות אלגוריתמית מלאה**. כאמור, בחלק מהמקרים יתכן שמרגע האפיון ועד לכתובת הקוד היה שוני. לכן מתן מסמכי האפיון בלבד, שעה שניתן גם למסור את קוד המקור של המערכת, אין בהם די על מנת לאפשר פיקוח אמיתי על רשויות השלטון בפועל. הלכה למעשה במסמכי האפיון אנו לא באמת נחשפים לאופן בו מתבצעת ההחלטה בפועל, אלא רק בתכנון כיצד אמורה הייתה להתקבל ההחלטה.

ז. תחולת סעיף 9(ב)(5) לחוק חופש המידע

77. במסגרת פס' 37 לכתב התשובה ואילך, טוען המשיב כי חל בענייננו הסייג הקבוע בסעיף 9(ב)(5) לחוק, ולפיו מדובר ב"ענייני טכניים אשר אינם משפיעים על מהות החלטותיה של הרשות הציבורית", כמצוטט מכתב התשובה.

78. בכתב העתירה הבהירה העותרת כי סעיף 9(ב)(5) לחוק מאפשר לרשות לדחות בקשה במקרה שבו המידע נוגע ל"ניהול פנימי של הרשות הציבורית, שאין לו נגיעה או חשיבות לציבור" לשון החוק.

79. המשיב מתבסס בטיעוניו, בין היתר, על כך שקוד מקור או תוכנה הם סך הכול "המימוש הטכני של מדיניות שפורסמה לעיונו של הציבור במסגרת הדו"ח". אולם לא די בהעלאת טענה מעין זו כדי לייתר את מסירת המידע.

80. המידע המבוקש, קוד המקור, אינו כולל רק חישוב "טכני" או חישוב "קר" – כי אם נוסחה מורכבת הכוללת בחובה רכיבים רבים, שלימוד עומק שלה יכול ללמד רבות על סוגיות הנוגעות בהיבטים חברתיים-כלכליים. מעבר לכך, ייתכן כי מאן דהו שיצפה בקוד המקור יוכל לזהות את הכשלים שביקש לתאר המשיב בקוד או ללמוד על הדרך הנכונה לעצבו באופן שישרת נאמנה את המטרה שלשמה הוא נכתב.

81. ודוק – העותרת לא מבקשת ולא ביקשה כי המשיב ייקח אחריות על קוד המקור. העובדה היא כי קוד המקור היה בשימוש של המדינה, היא זו ששילמה על קוד המקור והיא זו שהחליטה לזנוח אותה. כפי שצוין לעיל, המידע הוא קניינו של הציבור, ועל כן אין באמור כדי להצדיק את אי-מסירת המידע.

82. המשיב, בכתב התשובה מטעמו, מבקש להסביר את ההבדל בין פרשת רגב לבין עניינו אנו, ואולם, פרשת רגב הוזכרה כיוון שהיא מניחה הנחת מוצא שיפה לכל בקשה באשר היא – ולפיה:

"העובדה שיש מי שמעוניין במידע המבוקש, וכן העובדה שפורסמו ברבים כתבות בתקשורת בנוגע אליו (פרסומים בעקבותיהם פנה העותר בבקשת מידע לממונה מלכתחילה), מחזקות את המסקנה לפיה מדובר במידע שהוא בעל נגיעה או חשיבות לציבור"²⁸.

83. כך גם בפרשת התנועה לחופש המידע שביקש המשיב לטעון כאילו אינה רלוונטית לעניינו עוסקת ב"נהלי עבודה טכניים"²⁹ – אולם נדמה שעצם העמידה של המשיב על הרגליים האחוריות שלא למסור את המידע המדובר ואף לטעון כי אין מדובר במידע בשם סכנה ממשית לביטחוננו של הציבור ולפרטיותו, מעידה על כך שאין מדובר בעניין "טכני" כפי שהוא מבקש לתאר, כי אם בעניין מהותי שיש בו כדי לשנות סדרי עולם, וכי הפעלה שגויה שלו עשויה לפגוע בקבוצות אוכלוסייה מסוימות, בהתאם לשימוש באותם האלגוריתמים.

84. נוכח האמור, נדמה שטענת המשיב כאילו מדובר בעניין "טכני" היא טענה שאיננה סבירה בנסיבות העניין, וההלכות הנוגעות לסעיף ברורות הן כי מדובר במקרים חריגים עד מאוד, ואין זה המקרה שלפנינו.

ח. המשיב עושה שימוש כללי בסייגים – 9(א)(1) 9(א)(3) 9(א)(4) ו-9(ב)(1)

85. המשיב הוסיף וחדש בכתב התשובה שלו, בפעם הראשונה, בפס' 46 ואילך לכתב התשובה שלו, כי המידע המבוקש עשוי לפגוע "בתפקוד התקין של המל"ל" וכן בזכויות יוצרים.

86. לעמדת העותרת, ראוי שלא לקבל טענות שעולות רק בשלב זה ואף לא עלו עובר לכך בתגובה המקדמית.

87. המשיב לא הסביר בכתב התשובה הכיצד סעיפים 9(א)(1), 9(א)(3) וכן 9(א)(4) רלוונטיים לעניינו. אלה עוסקים, בהתאמה, בביטחון המדינה, יחסי החוץ או ביטחוננו של אדם; פרטיות בהתאם לחוק הגנת הפרטיות; מידע האסור בפרסום לפי חוק אחר.

²⁸ עת"ם 37231-12-20 רגב נ' חברת דואר ישראל בע"מ, פס' 27 לפסק הדין (אר"ש 27.3.2022).

²⁹ עת"ם 2032/08 התנועה לחופש המידע נ' שירותי בריאות כללית, בעמ' 8 לפסק הדין (אר"ש 21.2.2011).

88. המשיב לא טרח להסביר הכיצד המידע עשוי לפגוע בכל אחד מבין אלה, ולא עמד בחובה המוטלת בעת איזון בין הזכות למידע לבין האמור בסעיפים אלה. לשון אחר, הוא לא הסביר מהו החשש הביטחוני, הוא לא הסביר מהו החשש לפגיעה בפרטיות בהתאם לחוק הגנת הפרטיות, כנדרש בסעיף, והוא אף לא הסביר מהו החוק האחר שבשמו אסור למסור את המידע המבוקש.

89. במצב דברים זה – אין לעותרת כיצד להתמודד עם הטענות בצורה רצינית, וכל שביכולתה לעשות הוא להבהיר כי בדין נקבעו הלכות שונות הנוגעות לכל אחד מן הסעיפים – והמשיב לא עומד באף אחד ממבחנים אלו בהסברים שנתן מלבד להעלותם על הכתב ללא כל נימוק מניח את הדעת.

באשר לשימוש בסעיף 9(א)(1) לחוק

90. לעמדת המשיב, ישנו חשש לפגיעה בביטחון נוכח פרסום המידע. עם זאת, הרי שביכולתו למסור חלקים מן המידע. יתרה מכך, הטענה נטענה ללא כל נימוק משמעותי שמאפשר להתמודד עמו – ואולם – יש להניח שאם בתוך קוד התוכנה ישנן שורות קוד או פרוצדורות אשר מעידות על הדרך (הסודית) בה יש להתחבר למערכות ממשלתיות ועל כן יש סכנה בתחום אבטחת המידע, אנו מבקשים לראות בתוכנה כמו מסמך המכיל פרטים שאין לקבלם ולכן יש להשחירם. כך, באנלוגיה לקוד התוכנה – ניתן לציין בהערות בגוף הקידוד כי כאן נמחקו שורות קוד או פרוצדורה בקוד – בדומה להשחרת השורות במסמך כתוב.

באשר לשימוש בסעיף 9(ב)(1) לפגיעה בתפקוד התקין של הרשות –

91. ראשית, הרי שלפי שיטת המשיב המחשבון ירד מן האתר וכי הוא אינו רלוונטי. אם כך, אזי שאין זה ברור הכיצד יכול פרסום המידע לפגוע בתפקוד התקין של הרשות.

92. שנית, על מנת להוכיח את הטענה כי ישנה פגיעה בתפקוד התקין של הרשות – על המשיב להציג את עצם החשש – ובמילים אחרות – להסביר כיצד עשויה פעילותו של המשיב להיפגע מפרסום קוד המקור או מסמכי האפיון המלאים.

93. המבחן שנקבע בפסיקה בנוגע לשימוש בסייג הקבוע בסעיף 9(ב)(1) הוא מחמיר – ולפיו יש להראות ודאות קרובה לפגיעה וכי האחרונה תהא פגיעה משמעותית. כך, יש להציג **תשתית עובדתית קונקרטית** לקיומה של **ודאות קרובה** לשיבוש "קשה, רציני וחמור" בתפקוד התקין של הרשות.³⁰

94. בענייננו – לא רק שלא ניתן כל הסבר רציני – אלא שלא ניתן כל הסבר ממשי לחשש שהציג המשיב.

95. בפס' 48 ואילך, עמדה העותרת בכתב העתירה על כך שהמשיב לא עמד בחובת ההנמקה, הקבועה בין היתר בסעיף 7(ו) לחוק וכך גם בפסיקה המוזכרת שם.

96. ודוק – למשיב מצויה ממילא החובה לנמק החלטתו, דבר שלא קרה גם בכתב התשובה.

97. כמוזכר בעתירה, נוהל מספר 3.1 של היחידה הממשלתית לחופש המידע מחייב רשות ציבורית לנמק את החלטתה, לבחון אפשרות לעשות שימוש בסעיפים 10 ו-11 לחוק וכן להסביר "מדוע במכלול השיקולים [...] החליטה הרשות להעדיף את אי הגילוי על פני חשיפתו".³¹ בצר לעותרת, ניכר כי המשיב לא מילא את חובתו לעשות כן גם בכתב התשובה.

³⁰ ע"מ 1245/12 **התנועה לחופש המידע נ' משרד החינוך**, פס' 8 לפסק דינו של השופט ריבלין (אר"ש 23.8.2012); ע"מ 6013/04 **משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ**, פס' 22 (אר"ש 2.1.2006).
³¹ נהלי חופש המידע 3.1 "דרישות המענה בדחיית בקשת חופש מידע" (23.6.2013).

98. בין אלה ובין אלה – המשיב גם לא בחן, או לא הראה כי בחן את האפשרות למסור מידע חלקי בהתאם לסעיף 11 לחוק.

99. למשיב ישנה האפשרות למסור את קוד המקור ולהתמים חלקים ממנו שיש בהם, לשיטתו, כדי לפגוע במי מהאינטרסים המוגנים בחוק חופש המידע. קשה לקבל טענה שלפיה מחשבון שאין בו שימוש מסכן את הציבור, ואף אם כן, שאין דרך למסור חלקים ממנו תוך השחרת חלקים אחרים, שיש בהם כדי לפגוע באינטרס או בזכות המוגנים בחוק.

100. המשיב המשיך ועסק בסוגיות של קניין רוחני – אך לא ברור למי שמור בענייננו הקניין הרוחני, במיוחד שעה שכלל הדברים – דוח הוועדה הציבורית, פיתוח הקוד והמסמכים הסובבים אותו, ככל הידוע לעותרת, נעשו על ידי המדינה או רשויות השייכות לה, במסגרת מימון כספי משלם המיסים.

א. שימוש בסייגים נוספים

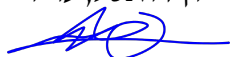
101. המשיב הוסיף וציין בכתב תשובתו את הסייגים הקבועים בסעיפים 9(ב)(2) וב-9(ב)(4).
102. עמדת העותרת כי המשיב כלל לא הסביר מדוע הפרסום עשוי לפגוע בעצם קביעת המדיניות עצמה. ודוק, לשיטת המשיב הקוד הוא ממילא רק תרגום "טכני" של מסמכי האפיון שמפורסמים, אזי לא ברור לעותרת כיצד ניתן להעלות טענה של מדיניות בשלבי עיצוב בשלב זה וביחס למידע המבוקש.
103. באשר ל-9(ב)(4) הפסיקה מבקשת להגביל את השימוש בסעיף זה למקרים שבהם מתעורר 'אפקט מצנן' לחשיפת המידע. כך, כל עוד ישנה החלטה – אף אם זו בתכתובת פנימית, הרי שיש למסרה, אלא במקרים חריגים. בפרשת גישה נקבע זה מכבר כי "תחולת הוראת סעיף 9(ב)(4) לחוק, אינה סוף הדרך. הוראה זו אינה אוסרת על הרשות למסור את המידע המבוקש, אלא אינה מחייבת אותה לעשות כן. בבוא הרשות לשקול לסרב למסור את המידע עליה לוודא כי הדבר עולה בקנה אחד עם תכלית החריג (ובמקרה דנן – החשש מפני "אפקט מצנן"), לצד התחשבות ביתר השיקולים הרלוונטיים, לרבות אלה המנויים בסעיף 10 לחוק. המלאכה, כפי שאמרנו, היא מלאכת שקילה ואיזונים, והוראות החוק הן בבחינת 'נוסחת איזון גמישה שיש לבנות וליישם בהתחשב בנתוניו ובנסיבותיו של כל מקרה ומקרה'".³²
104. נוכח האמור, הרי שמשעה שהמשיב לא ערך את האיזון הראוי – כשל הוא מלהוכיח את היכולת לעשות שימוש בסעיף.

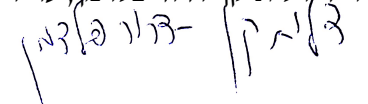
ב. סיכום

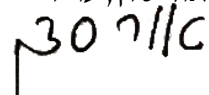
105. סיכומו של דבר – ניכר כי המשיב ביקש בכתבי טענותיו להעלות טענות רבות מן היקב ומן הגורן, אשר בהן הוא מסביר מדוע הוא לא מעוניין למסור לציבור מידע על אודות מחשבון מחיה בכבוד – אך לא ברור כי יש בהן ממש מבחינה משפטית.
106. טענות רבות הועלו לראשונה בכתב התשובה, וחלק אחר בתגובה המקדמית – וכלל לא עלו בסירוב הראשוני. רק בכך ברור לכל כי העתירה הייתה מוצדקת, שכן מידע רב נמסר בעקבות הגשת העתירה, בעוד הרשות עמדה על סירובה.

³² ע"מ 3300/11 מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע, פס' 21 לפסק הדין (אר"ש 5.9.2012).

107. העותרת קיוותה כי המשיב יחזור בו מעמדתו הבצורה – וימסור את קוד המחשבון אשר לשיטתו, אינו רלוונטי, ומכאן שלא ברור מהו החשש שמניע את המשיב. כך גם המשיב לא נענה לבקשת העותרת להעביר את מסמכי האפיון שהחליט להעביר לבסוף, אולם הועברו בחסר.
108. יובהר כי על המשיב היה לבחון באחריות את האפשרות לעשות שימוש בסעיפים 10 ו-11 לחוק חופש המידע, ולהסביר הכיצד בחן את סעיף 10 בבואו לסרב לבקשת המידע.
109. בצר לעותרת – המשיב עשה שימוש בסייגים רבים לחוק, מבלי לנמק נימוק של ממש ומבלי לאפשר לעותרת להגיב לטיעונים אלה לאשורם שכן אלה עלו רק לאחר הגשת העתירה.
110. העותרת הבהירה לעיל **מדוע לא היה שיהיו** בהגשת העתירה, ומדוע ממילא הפסיקה פועלת לטובתה בעניין זה.
111. לאחר מכן, העותרת הבהירה **מדוע יש להכיר במידע המבוקש כמידע** כהגדרתו בחוק חופש המידע, זאת הן בפרשנות לשונית, הן תכליתית וזאת, בין היתר, נוכח העת שבה אנו מצויים.
112. אז הראתה העותרת **מדוע הסייגים השונים לא נומקו כנדרש וממילא הם לא רלוונטיים לענייננו**.
113. מעיון חוזר בטענות המשיב – ישנה תחושה כי המשיב ביקש להציג מדוע המידע איננו חשוב, ולאחר מכן מדוע הוא כן חשוב ולכן אין למסור אותו. מדובר בטענות סותרות שקשה לקבלן שכן הן מבוססות על תפיסות עובדתיות שונות בנוגע למידע שהמשיב מכיר ויודע על קיומו.
114. כך, שעה שניתן למסור את המידע – יש למסור אותו – אלא אם ישנה הצדקה ממשית שלא למסור, כפי שעולה מן הפסיקה. העלאת טענות שונות לרבות שינוי של טענות מכאן וגם מכאן מעלות תהיות רבות בנוגע לקיום סייג אמיתי שתואם את המקרה.
115. אלה גם מעלות שאלה בנוגע לתום הלב של המשיב – שמא הוא רק מבקש שלא למסור את המידע, מבלי להישמע להוראות החוק הרלוונטי.
116. כפי שהובהר, מן הראוי שבית המשפט הנכבד יבחן אם יש בכלל מקום לאפשר למשיב העלאת טענות נוספות, שלא הוצגו בתגובה המקדמית, בשלב זה של ההליך.
117. בהמשך לאמור – העותרת עומדת על פסיקת הוצאות ההליך לטובתה – וזאת בכל תוצאה אשר תהא, נוכח שינויי החזית של המשיב לאורך ההליך – החל מהסירוב מושא העתירה שנגע אך לסירוב כללי, דרך העלאת טענות סף שונות שלא היו קודם לכן במסגרת התגובה המקדמית, ועד לכתב התשובה אשר שונה גם הוא מהתגובה המקדמית.

דן רוזנטל, עו"ד


ד"ר דלית קן-דרור פלדמן, עו"ד


אור סדן, עו"ד


בית המשפט העליון בירושלים

עע"מ 6782/19

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

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, וזאת כדי לפרוש את עמדתה הנוגעת לקביעה עקרונית שנקבעה בפסק הדין שניתן במסגרת עת"ס 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 "תוכנה" אינה נחשבת למידע כמשמעו בסעיף 2 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: "החוק" או "חוק חופש המידע"), וזאת לאחר שהמעוררת 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"ידע" 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) 365, 378 (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.

זה 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 כ'ידיד 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 ותורתי-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 השיפוטית".¹ ממחקרם של דורון ואחרים, בתי המשפט מכירים כעניין של שגרה, ובמספר הולך וגובר של הליכים במוסד זה.²
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.

¹ ישראל דורון ומנאל תורתי-ג'וברן "לידתו והתפתחותו של ידיד בית משפט ישראלי" עלי משפט ה 65 (התשס"ו).
² ישראל (איסי) דורון ואח' "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 מכוונים 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, יסרב 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 שליד 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 בkiנונה

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

ע"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 ממאמרים של פרופ' יורם רבין ודר רועי פלד: ההצדקה הפוליטית-דמוקרטית; ההצדקה הקניינית; ההצדקה המכשירית; וההצדקה מטעמי ביקורת על הרשות.³ 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". ע"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 (ע"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.

³ יורם רבין ורועי 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 לשוות 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, נוסיף 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 שיתעשה 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 לא:
- "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.⁴

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 החוק⁵ ואילו מפרש החוק צריך לפעול להגשמתו באופן שיגן, כמה שניתן, על מתן האפשרות לממש זכויות.⁶

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":

⁴ אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 137–138 (1993).
⁵ שם, בעמ' 354.
⁶ 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".⁷

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. מונח זהה 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** קבע 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.

⁷ 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 יכללו 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) ושיחתם 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.⁸

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

⁸ המקרה תואר בכתבה שלהלן, שבה ניתן למצוא גם קישור לדוח שהכין משרד התקשורת האמריקני אשר חקר את התקלה, וראו, The Verve, Oct 20, 2014, Collin Lecher, *A preventable coding error knocked out 911 service for millions*, <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 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 שיטת 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. 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.⁹

83. שימוש בקוד פתוח, ולכל הפחות חשיפת קוד המקור של תוכנה ממשלתית, יאפשר 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.¹⁰ 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

⁹ 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>

¹⁰ 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

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".¹¹

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

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".¹³

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.¹⁴

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".¹⁵ 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".¹⁶

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.¹⁷ 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 וחיצונית (למשל על ידי ועדת ציבורית מפקחת, שתוחלף אחת לתקופה, ותהיה מחויבת לסודיות),¹⁸ ביישומים המשפיעים על זכויות יסוד. נראה כי הדברים יפים אף לתוכנה מסורתית, שאינה בינה מלאכותית.¹⁹

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

¹² שם.

¹³ 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>.

¹⁴ 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>.

¹⁵ וראו: www.leadingdigitalgovs.org.

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

¹⁷ וראו: Digital Nations Charter, זמין באתר ממשלת קנדה <https://tinyurl.com/y8afbbdk>.

¹⁸ על רעיון של ועדה ציבורית מפקחת על פי חוק חופש המידע ראו גם בפרק ד למאמר דלית קרדרור פלדמן וניבה אלקין קורן "שקיפות פעולות המדינה בסביבה הדיגיטלית: אכיפה "אלטרנטיבית" של עבירות ביטוי באמצעות ענקיות הרשת" המשפט כה (2020) 25.

¹⁹ ETHICAL GUIDELINES FOR TRUSTWORTHY AI, THE HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2019) 20–19, 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.²⁰

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.²¹ 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.²²

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”.²³

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.²⁴

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

²⁰ 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>.

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

²² 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 זיק “הקוד של אפליקציית המגן פתוח, אבל בתוכו הסתתרו הפתעות” **הארץ** 26.7.2020 <https://tinyurl.com/yal6nhte>.

²³ 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>.

²⁴ 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".²⁵

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.²⁶

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 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".²⁷

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".²⁸

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,

²⁵ ראו אתר הדאטה הניו-זילנדי, Government algorithm transparency and accountability, זמין ב- <https://tinyurl.com/yd2aryfk>.

²⁶ 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).

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

²⁸ שם, art. 13.

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.²⁹

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.³⁰ 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.³¹

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".³²

²⁹ (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).

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

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

³² דו"ח ועדת המשנה, לעיל הי"ש 22, בעמ' 10.

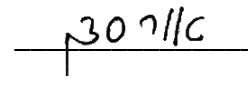
סוף דבר: תוכנה צריכה להיכלל תחת הגדרת "מידע" בחוק חופש המידע

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 למעוררת וכן למשיבה במקביל להגשתה לבית המשפט הנכבד. יוער כי המעוררת נתנה את הסכמתה לצירוף המבקשת.


רחלי אדרי, עו"ד


אור סדן, עו"ד