

תוכן עניינים

תוכן עניינים 1

א. מבוא	2
ב. אכיפה אלטרנטיבית של עבירות ביטוי	4
1. אכיפה אלטרנטיבית מהי?	4
2. אכיפה אלטרנטיבית ושלטון החוק	10
ג. האם חוק חופש המידע מסייע בפיקוח על אכיפה אלטרנטיבית?	12
1. חוק חופש המידע	12
2. מגבלות השקיפות באכיפה אלטרנטיבית: הלכה למעשה	14
ד. פיקוח ובקרה בעידן המידע: חישוב מסלול מחדש	18
ה. סיכום	22

שקיפות פעולות המדינה בסביבה הדיגיטאלית:

אכיפה "אלטרנטיבית" של עבירות ביטוי באמצעות ענקיות הרשת

א. מבוא

חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, (להלן: "חוק חופש המידע" או "החוק") מעגן את זכותו של האזרח לקבל מידע מהרשות. משטר משפטי זה מניח כי ניתן לרסן את השימוש בכוח בידי השלטון באמצעות הגברת השקיפות. בסביבת המידע נאלצת המדינה לבצע תפקידי ממשל רבים באמצעות פלטפורמות פרטיות, תוך שימוש בשרתים, נתונים, ואמצעים טכנולוגיים המצויים בבעלות פרטית. מציאות זו מאתגרת את הנחות היסוד של החוק ואת האיזונים שנקבעו בו, והיא מחייבת חשיבה מחדש על אופן יישומו בסביבה הדיגיטאלית.

חוק חופש המידע, שנכנס לתוקף בסוף שנות התשעים, מגדיר את זכותו של כל אזרח ישראלי או תושב לקבל מידע מרשויות ציבוריות. לפי דברי המבוא להצעת החוק משנת 1997, החוק נועד להסדיר באופן ברור את הזכות, לחייב את הרשות הציבורית להקצות משאבים לגילוי המידע לציבור וכן לקבוע את גבולותיה של הזכות.¹ החוק ביקש להפוך את המידע המצוי בידי הרשויות הציבוריות, לשקוף,² נגיש וזמין לתושבים ולאזרחים. למעשה, החוק הרחיב את הזכות לשקיפות המידע מזכות עיון פרטית הנתונה לכל אזרח, לזכות עיון ציבורית, שנועדה להקנות הגנה לאינטרס הציבורי, שכן הפונה אינו חייב להוכיח אינטרס אישי בפניה על מנת לבקש את גילוי המידע.³ האינטרס הציבורי אותו נועד חוק חופש המידע לקדם, מגולם למעשה בארבע הצדקות מרכזיות. הראשונה שבהן היא הצדקת הפיקוח והבקרה, לפיה, זכותו של האזרח לקבלת מידע מהרשות אודות הפעלת הכוח השלטוני, ובכך לקדם פיקוח ציבורי על פעולותיהם של פקידי הציבור.⁴ ההצדקה השנייה לחוק חופש המידע נובעת מעקרון הנאמנות. על פי גישה זו, המידע מוחזק בידי רשויות השלטון בנאמנות עבור הציבור הרחב, ועל כן הציבור זכאי לקבל את המידע כל עוד אין טעמים נוגדים להנגשתו.⁵ על פי ההצדקה השלישית – טיעון ההשתתפות – חובת הרשות לחשוף מידע אודות פעולות הרשות, על מנת להבטיח לאזרח שיוכל ליטול חלק פעיל בהליך הדמוקרטי ובעיקר לקבל החלטות מושכלות בבחירות נציגיו לכנסת.⁶ ההצדקה הרביעית לחוק חופש המידע נובעת

¹ הצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז-1997, ה"ח 397, 397 (להלן: "הצעת חוק חופש המידע 1997").

² יודגש כי אין חפיפה מלאה בין חופש המידע לבין מונח אחר - שקיפות. המונח "שקיפות" הפך להיות קלישאה שגורה של הממשל המודרני, והשימוש במונח זה אינו אחיד. ישנם מספר פירושים למונח ולדוקטרינה ורק אחדים מהם קשורים לחופש המידע. ראו למשל Christopher Hood, *Transparency in Historical Perspective*, in *TRANSPARENCY: THE KEY TO BETTER GOVERNANCE?* 3, 3 (2006). כך, למשל, הדוקטרינה של שקיפות כגילוי (disclosure) נתונים, מקובלת בעיקר בתחום התאגידים. חברות מסחריות, למשל, נדרשות לחשוף מידע רלוונטי בפני הציבור, על מנת שציבור המשקיעים יוכל להשקיע בתבונה. על רקע דוקטרינה זו של שקיפות, ניתן לראות, למשל, במאה ה-20 את הרחבת חובות הגילוי החלות על חברות מסחריות לפרסם מידע על החברה, לצד האיסורים על המסחר במידע פנים. ראו שם, בעמ' 17. במאמר זה אנו בוחנים את היבטי השקיפות הקשורים לחופש המידע.

³ דפנה ברק-ארז "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" **משפטים** 667, 686 (התשס"ז). ראו גם ס' 7 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק חופש המידע"), וכן להרחבה ראו יונתן ארבל ותהילה שורף אלטשולר, **מידע רוצה להיות חופשי – הטמעת חוק חופש המידע בישראל** 13, 16 (בהנחיית מרדכי קרמניצר, 2008)

⁴ דפנה ברק-ארז לעיל ה"ש 3, בעמ' 685 (התשס"ז). ראו גם Stephen Kosack & Archon Fung, *Does Transparency Improve Governance?*, 17 ANNU. REV. OF POLIT. SCI. 65 (2014).

⁵ יונתן ארבל ותהילה שורף אלטשולר, לעיל ה"ש 3 בעמ' 18-19.

⁶ אסף אקשטיין "רשות נירות-ערך הישראלית במבט השוואתי", **משפטים ועסקים** יט 195, 241 (התשע"ו). להרחבה ראו גם Mark Fenster, *The Opacity of Transparency*, 91 IOWA L. REV. 885 (2006). ראו גם, יונתן ארבל ותהילה שורף

מזכויות היסוד במשטר דמוקרטי: האוטונומיה של הפרט וחופש הביטוי. חוק חופש המידע מאפשר חשיפתו של מידע חיוני לציבור ובכך תורם לחופש הביטוי.⁷

העידן הדיגיטלי מאתגר חלק מהנחות היסוד שבבסיס חוק חופש המידע, ובפרט את ההנחה שהזכות לקבלת מידע מהרשות תגביר את השקיפות בפעולות השלטון, תסייע לפקח על הפעלת הסמכות בידי הרשות ותחזק את שלטון החוק. במציאות הדיגיטאלית הפעלת הכוח השלטוני מתבצעת יותר ויותר באמצעות גורמים מסחריים המפעילים אמצעים טכנולוגיים כגון ערים חכמות, בינה מלאכותית, רובוטיקה ותשתיות תקשורת. טכנולוגיות דינאמיות אלה משלבות קבלת החלטות מבוססת מידע בתשתית אחידה המקשה על ההפרדה בין ציבורי לפרטי.⁸ המידע הרב נאסף ומעובד בידי גורמים מסחריים, ומוחזק בבעלות פרטית, אף שהוא נחוץ לשם פיקוח ובקרה על פעולות השלטון,⁹ או למימוש זכותו של האזרח לחופש ביטוי.¹⁰ אכיפת החוק, לרבות איתור העבירה, ונקיטת אמצעים למניעתה, עלולות לחייב הפעלת כוח שלטוני על גבי התשתית הפרטית, או להסתמך על אמצעים המצויים בבעלות פרטית - שרתים, תוכנה ונתונים.

המקרה של אכיפת עבירות ביטוי באמצעות גורמי ביניים, שזכה לכינוי "אכיפה אלטרנטיבית"¹¹, מדגים אתגרים אלה. רשת האינטרנט שינתה לבלי הכר את המרחב הציבורי ועיצבה מחדש את השיח הציבורי. בעוד שבמאה העשרים התנהל השיח הציבורי באמצעות אמצעי תקשורת המונים (עיתונים, רדיו וטלוויזיה) שהיו מופקדים על הפקה והפצה של תוכן, השיח הציבורי מנוהל בימנו ברובו באמצעות רשתות חברתיות, כגון פייסבוק (לרבות אינסטגרם ווואטסאפ) טוויטר, וגוגל.¹² המדובר בתורות רב לאומיות המהוות פלטפורמה להעלאת תכנים בידי משתמשים והפצתם ברבים ("פלטפורמות"). תכנים אלה - דעות, צילומים, מידע ונתונים - עלולים להוות עבירה על החוק, כגון הסתה לעבירה, הסתה לטרור, לשון הרע כנגד עובדי ציבור, או פרסום סודות שעלולים לפגוע בביטחון המדינה.¹³ במקרים אלה הפצתם עשויה לחייב הפעלת סמכות שלטונית לאיתור, מניעה, חסימת הגישה או הסרת התוכן המזיק. באכיפה אלטרנטיבית, פונה הפרקליטות לפלטפורמות בבקשה להסיר באופן וולונטרי תוכן שהעלו משתמשים

אלטשולר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19-20 וכן ליאת גולן **חוק חופש המידע: עקרונות, מגמות ביצוע, שפיטה והיבט סביבתי** 9 (2007).

⁷ שם, שם. ראו גם בג"ץ 6218/93 **כהן נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מט(2) 529 (1995) וכן אהרן ברק "חופש המידע ובית המשפט" **קריית המשפט** ג 95, 98 (תשס"ג).

⁸ Niva Elkin-Koren & Maayan Perel, *Separation of Functions for AI: Restraining Speech Regulation by Online Platforms*, Lewis & Clark L. Rev. (forthcoming 2020).

⁹ המדובר בבעייה של שטטוש ההבחנה פרטי ציבורי. חברות מסחריות עשויות למלא תפקיד מרכזי בהפקת המידע ובעיבודו עבור המדינה. ראו למשל, Michael D. Birnhack & Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 VIRGINIA J. L. & TECH. 6 (2003); Christopher L. Izant, *Equal Access to Public Communications Data for Social Media Surveillance Software*, 31 HARV. J. L. & TECH. (2017). המדובר בתהליכי הפרטה מורכבים אשר מעבירים את שיקול הדעת לקבלנים פרטיים בביצוע שלבים שונים של איסוף מידע, עיבוד מידע וניתוחו. שלבים אלה משולבים זה בזה, ועשויים לעצב בפועל את ההחלטות המתקבלות על ידי הרשות. דוגמא קלאסית היא השימוש באמצעי שיטור מניעתי. חברת פלנטיר למשל, מספקת שירותי ניתוח ביג דאטה לשורה ארוכה של גורמי אכיפת החוק ושירותי ביון ברחבי העולם. החברה מפיקה דירוג של חשודים בהתאם לרמת הסיכון שלהם, על בסיס ניתוח מידע ממשלתי שנאסף בידי חוקרי משטרה, ועל בסיס מידע וכלים פרטיים המצויים בבעלות החברה. Sarah Brayne, *Big Data Surveillance: The Case of Policing*, 82(5) AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 977 (2017); Robert Brauneis and Ellen Goodman, *Algorithmic Transparency for the Smart City*, 20 Yale Journal of Law and Technology 103 (2018). השיתוף, במידע עם חברות פרטיות עלול כמוכן לחשוף מידע פרטי על אזרחים תוך פגיעה בפרטיות. השיתוף עלול אף ליצור תלות של הרשות השלטונית בחברה הפרטית שמספקת את השירות, שכן המידע בגרסתו המעובדת כבר איננו מצוי בידיה. מעבר לסיכון הכלכלי של סחטנות והעלאת מחירים, הכרוך בהתפתחות מודל זה, יש בו כדי לערער את הנחת היסוד של חוק חופש המידע לפיה המידע השלטוני מוחזק כולו בנאמנות על ידי המדינה.

¹⁰ Tarleton Gillespie, *Regulation of and by Platforms*, in THE SAGE HANDBOOK OF SOCIAL MEDIA 257-258 (Burgess, Marwick and Poell, eds., 2017), Terry Flew, Martin Fiona and Suzor Nicolas, *Internet Regulation as Media Policy: Rethinking the Question of Digital Communication Platform Governance*. 10 J. OF DIGITAL MEDIA & POLICY 33 (2019).

¹¹ ראו להלן פרק **שיגאה! מקור ההפניה לא נמצא**. למאמר זה.

¹² ראו, למשל, Shelly Krecizer-Levy; Ronit Donyets-Kedar, *Better Left Forgotten: An Argument against Treating Some Social Media and Digital Assets as Inheritance in an Era of Platform Power*, 84 BROOK. L. REV. 703, 722-723 (2019).

¹³ ראו, למשל, את דברי ההסבר להצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2) התשע"ד-2014, ה"ח 338.