בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5870/14

לפני:	כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין כבוד השופטת א' חיות כבוד השופט ע' פוגלמן
העותרת:	חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ
	נ ג ד
המשיבה:	הנהלת בתי המשפט
	עתירה למתן צו על תנאי
תאריך הישיבה:	י"א באב תשע"ה (27.7.2015)
בשם העותרת:	עו"ד עופר לריש; עו"ד סיון נוימרק צוריאל
בשם המשיבה:	עו"ד אבי מיליקובסקי
בשם האגודה לזכויות האזרח בישראל:	עו"ד אבנר פינצ'וק
בשם האגודה לזכויות דיגיטליות בישראל:	עו"ד אסף פינק

כתבי עת:

גדעון ספיר, "הסדרים ראשוניים", עיוני משפט, לב (יוני 2010) 5

גדעון קלוגמן, "על "היזק הראיה"", עיוני משפט, כרך ה (תשל"ו-תשל"ז) 425

תומר מוסקוביץ, "ההגנה על הפרטיות בפרסומי בתי המשפט - האם ראוי לפרסם שמות בפסקי דין", משפטים, יח (תשמ"ח-תשמ"ט)

ניבה אלקין-קורן, "זכויות יוצרים ותחרות - משוק עותקים למשטר רישוי", דין ודברים, כרך ב (תשס"ו) 485

מיכאל בירנהק, "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות", משפט וממשל, כרך יא (תשס"ח) 9

יואב דותן, "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים", מחקרי משפט, כרך יט (תשס"ב-תשס"ג) 5

שרון אהרוני־גולדנברג, "פרטיות באינטרנט בפריזמה הלכתית", הפרקליט, נב (תשע"ג) 151

אהרן ברק, "חופש המידע ובית־המשפט", קרית המשפט, ג (תשס"ג-2003) 95

אמל ג׳בארי, "תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט בראי הגישה הכלכלית למשפט", קרית המשפט, ז (תשס"ח) 233

מיכל אגמון־גונן, "האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת", רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע, רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע (תשע"א) 207

הלל סומר, "חוק חופש המידע: הדין והמציאות", המשפט, כרך ח (תשס"ג) 435

ספרות:

מרגית כהן, סמכויות כלליות של הרשות המבצעת (2002)

ג' שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית

י' זמיר, הסמכות המינהלית

ב' ברכה, משפט מינהלי כרך ב

דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי

—

חקיקה שאוזכרה:

חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981: סע' 7, 8(ב), 17

חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984: סע' 68, 70, 82, 83(א)(2)

חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965

תקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים), תשס"ג-2003: סע' 5(ב)

חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981: סע' 16

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: סע' 8

חוק-יסוד: השפיטה: סע' 20, 24(1)

חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998: סע' 7, 9(ב)(4)

חוק-יסוד: חופש העיסוק

חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007: סע' 6

חוק בית המשפט לעניני משפחה, תשנ"ה-1995: סע' 10(4)(ב), 70(א)

חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971: סע' 54(2)

מיני-רצ'יו:

* בתי-משפט – פומביות הדיון – הגבלתה

* משפט מינהלי – סמכות – היעדרה

* משפט מינהלי – חוקיות המינהל – יישום העיקרון

* משפט חוקתי – זכויות יסוד – חופש העיסוק

* משפט חוקתי – זכויות יסוד – הזכות לפרטיות

.

עתירה נגד החלטת הנהלת בתי המשפט (להלן המשיבה), המתנה את הגישה למאגר פסקי-הדין וההחלטות שברשותה בחתימה על "כתב התחייבות" אשר כולל, בין היתר, איסור על מפתוח (אינדוקס) של המידע, באופן שיאפשר את מציאתו על-ידי מנועי חיפוש אינטרנטיים דוגמת Google ו-Bing. העותרת היא חברה מסחרית, שעיקר עיסוקה הפעלת שני אתרי אינטרנט ("תקדין" ו-"תקדין לייט") המספקים מידע לציבור בתשלום ובהם ניתן למצוא פסקי-דין והחלטות אחרות של בתי המשפט השונים ה"נשאבים" ממאגר הפסיקה של המשיבה.

.

בג"ץ (מפי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, בהסכמת השופטים א' חיות וע' פוגלמן) קיבל את העתירה מהטעמים הבאים:

במישור הסמכות, צוין כי החלטות מינהליות הפוגעות בזכויות יסוד נדרשות לצלוח את פסקת ההגבלה, שראשון יסודותיה הוא הסמכה בחקיקה ראשית. במקרה דנא, נקבע כי משמעותה המעשית של החלטת המשיבה היא פגיעה בחופש העיסוק, עקרון הפומביות וחופש הביטוי. פגיעה מסוג זה מצריכה כאמור הסמכה בחקיקה ראשית, אך מקור הסמכה שכזה לא הוצג. בהקשר זה נקבע בין היתר, הסכמת העותרת לחתום על כתב ההתחייבות אינה רלבנטית לשאלת הסמכות. דרישת הסמכות אינה דיספוזיטיבית. כן עמד בג"ץ על הקושי להכיר בחוק הגנת הפרטיות, כמקור הסמכות להחלטת המשיבה. די בכך לקבלת העתירה.

מעבר לנדרש, המשיך בג"ץ בבחינת ההחלטה בשני המישורים הנוספים – מישור הליך קבלתה, ומישור שיקול הדעת שבבסיסה (לעמדת השופט חיות אין צורך בכך).

בכל הנוגע למישור ההליך המנהלי, נדחו טענות העותרת הנוגעות לשלושה היבטים: השימוע, ההנמקה והחלטת המשיבה שלא לחשוף בפני העותרת את חוות הדעת של רמו"ט אשר עמדה בבסיס מדיניותה בנוגע למפתוח פסקי-דין.

מאידך, נקבע כי ההחלטה לוקה גם במישור הפעלת שיקול הדעת. בהקשר זה הוזכר כי רק סטיה של ממש ממתחם הסבירות תוליד עילת התערבות שיפוטית בהחלטת האיזון של הרשות המינהלית. במקרה דנא, האיזון הנדרש הוא בין הזכות לפרטיות של בעלי הדין מזה ועקרון פומביות הדיון וחופש העיסוק של העותרת מזה. כאשר השאלה לבחינה היא האם משקל התועלת שתצמח מהחלטתה הקונקרטית של המשיבה (האוסרת את מפתוח פסקי-דין על-ידי גורמים המקבלים גישה ישירה למאגר הפסיקה שברשותה) במישור הגנת הפרטיות מבחן האמצעי המתאים וחופש העיסוק בעקבות ההחלטה. בחינה כאמור, תוך יישום שלושת מבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה הוביל את בג"ץ למסקנה כי עפ"י כל אחד מהמבחנים, החלטת המשיבה איננה סבירה.

בכל הנוגע למבחן האמצעי המתאים, בג"ץ סבור כי החלטת המשיבה לכאורה אינה מגשימה את מטרתה – מניעת הפגיעה בפרטיותם של בעלי-הדין, הנגרמת באמצעות מציאת פסק-דינם במנועי חיפוש אינטרנטיים – או למצער, עושה כן באופן חלקי וחסר. שכן ההחלטה איננה מגבילה בפועל את מפתוח פסקי הדין על-ידי צד ג' אשר מפרסמם באתרו; בכל הנוגע למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, בג"ץ סבור כי ישנן מספר דרכים

חלופיות (אותם סקר השופט רובינשטיין בחוות דעתו) המגשימות את המטרה במידה דומה ואולי אף יותר מכך, מבלי לפגוע בחופש העיסוק של העותרת או בעקרון פומביות הדיון. בכל הנוגע למבחן האמצעי המידתי, בג"ץ סבור כי הרווח שבהחלטה, אינו עולה על הפסדה. הרווח לפרטיותם של בעלי הדין כתוצאה מהחלטת המשיבה – ככל שקיים – קטן, ואילו ההפסד לפומביות הדיון ובעיקר לחופש העיסוק גדול. קשה להלום כי החלטה המביאה למצב זה תסכון, בכל ההבנה למניעיה הראויים.

לאור האמור, בג"ץ מורה על ביטול החלטת המשיבה, כך שהעותרת תוכל להמשיך ולקבל גישה למאגר הפסיקה מבלי להתחייב לחסום את אתרה בפני מנועי החיפוש האינטרנטיים.

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. עתירה נגד החלטת הנהלת בתי המשפט (להלן המשיבה), המתנה את הגישה למאגר פסקי-הדין וההחלטות שברשותה בחתימה על "כתב התחייבות" אשר כולל, בין היתר, איסור על מפתוח (אינדוקס) של המידע, באופן שיאפשר את מציאתו על-ידי מנועי חיפוש אינטרנטיים דוגמת Google ו-Bing.

רקע והליכים קודמים

ב. העותרת היא חברה מסחרית, שעיקר עיסוקה הפעלת אתרי אינטרנט המספקים מידע לציבור בתשלום. האתרים הרלבנטיים לענייננו הם "תקדין" ו-"תקדין לייט" (כמה יפה היה אילו נמצא ל"לייט" מונח עברי) בהם ניתן למצוא פסקי-דין והחלטות אחרות (להלן, לשם הנוחות, פסקי-דין) של בתי המשפט השונים. שני האתרים מכילים מאגר דומה של פסקי-דין אשר "נשאבים" ממאגר הפסיקה של המשיבה, אך נבדלים זה מזה במודל העסקי שעומד בבסיסם. הגישה לתקדין מותנית בתשלום דמי מנוי בגובה של כ-2,000 ש"ח לשנה, ואילו תקדין לייט מאפשר רכישת עותק דיגיטלי של פסק-דין בודד תמורת 26 ש"ח למסמך. עוד לפני הרכישה, וללא התחייבות, יכול כל אדם להשתמש

בתקדין לייט כדי לאתר פסק-דין מסוים ולקרוא את 2,500 התווים הראשונים המופיעים בו. המודל העסקי השונה הוביל להחלטת העותרת לאפשר את מפתוח תקדין לייט, בניגוד לתקדין. מפתוח הוא הליך המאפשר את מציאת אתר האינטרנט, או חלקים ממנו, על-ידי מנועי חיפוש אינטרנטיים (Web Search Engine). קרי, כאשר נחפש במנוע חיפוש אינטרנטי שם של אדם שהוזכר בפסק-דין, נקבל כתוצאה הפניה לפסק-הדין בתקדין לייט, ולא נקבל הפניה לתקדין. יצוין, כי לפי העותרת 94% מהמבקרים בתקדין לייט מגיעים לאתר דרך מנועי החיפוש האינטרנטיים. אדם ששמו מופיע בפסק-דין שפורסם בתקדין לייט יכול לפנות לעותרת, וזו תסיר את המסמך מהאתר חינם מיידית; עם זאת, במשך מספר שבועות ימשיך פסק-הדין להופיע כתוצאה בחיפוש במנועי חיפוש אינטרנטיים. העותרת מציעה הסרה מהירה גם ממנועי החיפוש האינטרנטיים בתמורה לתשלום סכום של כ-50 ש"ח, המיועד – לטענתה – לכיסוי הוצאות פנייתה למנועי החיפוש.

ג. ביום 28.4.08 חתמה העותרת, לפי דרישת המשיבה, על כתב התחייבות במסגרתו התחייבה לפרסם רק מסמכים המותרים לפרסום בכפוף לכל דין, וכן שלא להעלות תביעה אזרחית נגד הנהלת בתי המשפט אם תיתבע על-ידי צד ג' כתוצאה מפרסום המידע. ביום 15.1.13 פנתה המשיבה לעותרת והתנתה את המשך הגישה למאגר הפסיקה של הנהלת בתי המשפט בחתימה על כתב התחייבות מעודכן. בסעיף 10 לכתב ההתחייבות המעודכן נכתב "ידוע לי כי מתן גישה למידע המצוי ברשותי באמצעות מנועי חיפוש פתוחים ברשת האינטרנט, כגון מנוע חיפוש 'google' ואחרים, עשוי בפני עצמו להוות פגיעה בפרטיות או להוות פרסום שלא כדין, ועל כן אני מתחייב לנקוט בכל האמצעים הדרושים על מנת למנוע אינדוקס [מפתוח – א"ר] של ההחלטות ופסקי הדין המועברים אליו במנועי החיפוש הללו".

ד. בעקבות שליחת המכתב, נערכו שני מפגשים בין בא-כוח העותרת לבין היועצים המשפטיים של הנהלת בתי המשפט והרשות למידע וטכנולוגיה של משרד המשפטים (להלן רמו"ט), ובסופם התבקשה העותרת להגיש מידע טכני בנוגע לפעילותה. המידע נמסר על-ידי העותרת ביום 16.5.13. ביום 5.11.13 הודיעה המשיבה לעותרת, כי ככל שלא תמנע את מפתוח המידע שהיא "שואבת" ממאגר הפסיקה של הנהלת בית המשפט, תיחסם גישתה למאגר החל מיום 1.1.14. לעותרת ניתן פרק זמן של 14 יום להגיש את התנגדותה בכתב. לבקשת העותרת, הוענקה לה שהות נוספת – בת 21 יום – להגשת תגובתה בכתב, וזו הוגשה ביום 17.12.13. ביום 28.1.14 התקיימה פגישה במשרדי המשיבה, שבמהלכה ניתנה לעותרת הזדמנות להשלמת טיעוניה בעל-פה. ביום 15.6.14 הודיעה המשיבה לעותרת, כי בהיעדר חתימה על כתב ההתחייבות המעודכן – תיחסם הגישה למאגר הפסיקה של הנהלת בתי המשפט. ביום 18.8.14, לאחר מספר דחיות מטעם המשיבה ומספר פניות מטעם העותרת להנמקת ההחלטה, נשלח דוא"ל מטעם הנהלת בתי המשפט בו נאמר, כי חברה שלא תחתום על כתב ההתחייבות המעודכן עד ליום 8.9.14 – תנותק ממאגר הפסיקה. צורף לדוא"ל מכתב הסבר מטעם היועץ המשפטי של המשיבה. יצוין, כי חוות הדעת מטעם רמו"ט, אשר שימשה את המשיבה בהחלטתה, לא נמסרה לעותרת, חרף בקשתה. ביום 1.9.14 הוגשה עתירה זו נגד החלטת המשיבה. בא-כוח המשיבה נתן את הסכמתו שההחלטה מיום 18.8.14 לא תיכנס לתוקף עד להכרעתנו בעתירה. בהעדר תגובה בכתב בשל צעדים ארגוניים של ארגון פרקליטי המדינה הוסכם בדיון מיום 4.3.15 כי הדיון יידחה, והדיון הנדחה יתקיים כאילו ניתן צו על תנאי. עוד נציין, כי תלויה ועומדת תביעה ייצוגית שהוגשה כנגד העותרת בבית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו (סגן הנשיאה י' ענבר) בתיק ת"צ 34134-01-12

[פורסם בנבו]; התביעה הוגשה על-ידי אנשים הטוענים כי פרטיותם נפגעה כתוצאה מפרסום שמם באתר. לפי החלטת בית המשפט המחוזי מיום 16.6.15, הדיון בתיק יימשך לאחר שתתקבל הכרעה בעתירה שלפנינו.

טענות העותרת

ה. טיעוני העותרת תוקפים את החלטת המשיבה בשלושה רבדים – הסמכות לקבלת ההחלטה, הליך קבלתה, ושיקול הדעת שניצב בבסיסה. נפתח בטיעונים לעניין הסמכות. לשיטת העותרת, נקודת הפתיחה לעניין זה היא סעיף 70 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (להלן חוק בתי המשפט), הקובע את פרסום פסק-הדין ככלל ואת החיסיון כחריג. לטענתה, סטיה מכלל זה מצריכה הסמכה מפורשת בחוק. היעדר ההסמכה חמור במיוחד, כך נטען, כיון שעסקינן בהסדר ראשוני הפוגע הן בעקרון פומביות הדיון והן בזכויותיה של העותרת – חופש העיסוק, זכות הקניין ועקרון השוויון. לפי העותרת, ההחלטה התקבלה על-ידי מנהל בתי המשפט שאינו מוסמך לכך; נטען, כי מנהל בתי המשפט ממלא תפקיד ניהולי שאינו מאויש בהכרח על-ידי שופט, ושאחריותו מוגבלת לביצוע סדרי המינהל, הנקבעים על-ידי שר המשפטים בהתאם לסעיף 82 לחוק בתי המשפט; לפיכך, קביעת הסדרים מהותיים בנוגע לפרסום פסקי-דין – דוגמת ההחלטה מיום 18.8.14 – אינה בסמכותו. עוד נטען, כי הסמכות לעניין זה ניתנה במפורש לשר המשפטים בסעיף 83(א)(2) לחוק בתי המשפט, אשר קובע כי "שר המשפטים רשאי להתקין בתקנות – [...] פרסום פסקי דין של בתי משפט". לפי העותרת, ישנם מספר עניינים מהותיים ששר המשפטים האציל במפורש את הטיפול בהם למנהל בתי המשפט, דוגמת שמיעת תיקים בתקופת הפגרה, אך הנידון דידן אינו אחד מהם. העותרת מזכירה, כי שר המשפטים מינה ועדה לבחינת שאלות הנוגעות לפרסום פרטים מזהים בפסקי-דין ובהחלטות של בתי

המשפט, בראשות שופט בית המשפט העליון בדימוס פרופ' י' אנגלרד (להלן ועדת השופט אנגלרד), וזו עדיין יושבת על המדוכה. מינוי הועדה מלמד, לטענת העותרת, כי שר המשפטים לא התכוון להאציל למנהל בתי המשפט את הסמכות להסדיר עניין זה.

ו. באשר להליך קבלת ההחלטה נטען, כי נפלו בו מספר פגמים. ראשית, העותרת טוענת כי אי-חשיפתה של חוות הדעת מטעם רמו"ט, חרף בקשתה, פגעה בזכות הטיעון שקיומה מהוה חלק מהליך מינהלי תקין. בנוסף נטען, כי העובדה שהמשיבה לא שינתה את עמדתה כתוצאה מהליך השימוע מצביעה על כך שהשימוע נערך פורמלית בלבד, באופן שאינו מקיים מהותית את זכות הטיעון. לבסוף, העותרת טוענת כי ההנמקה שניתנה על-ידי המשיבה אינה מתמודדת עם הטיעונים שהועלו במהלך השימוע, ואינה מציגה את התשתית העובדתית שניצבה בבסיס ההחלטה; לפיכך, נטען כי המשיבה לא קיימה – מבחינה מהותית – את חובת ההנמקה החלה על רשות מינהלית.

ז. במישור שיקול הדעת בפי העותרת מספר טיעונים. ראשית נטען, כי ההחלטה התקבלה לשם תכלית שאינה ראויה; זאת שכן אין לציבור הכללי, בניגוד לאנשים פרטיים, זכות לפרטיות. זכותו של אדם לפרטיות נשקלת על-ידי בית המשפט שעה שמוגשת בקשה להטלת חיסיון בתיק, ואין מקום – לשיטת העותרת – להעניק הגנה נוספת לציבור הכללי, על חשבון ערכים אחרים דוגמת פומביות הדיון. שנית נטען, כי הדין הקיים מעניק מעמד בכורה לעקרון פומביות הדיון, הגובר על הזכות לפרטיות. להוכחת הטענה מפנה העותרת למספר מקורות דין, וביניהם גם סעיפים רלבנטיים בחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965. שלישית נטען, כי החלטת המשיבה פוגעת בעקרון השוויון; שכן משמעות ההחלטה היא הגבלת הגישה לפסקי-דין

למשפטנים מקצועיים בלבד, ולא לציבור הרחב. לשיטת העותרת, מדובר בפגיעה בקבוצת המתדיינים הבלתי מיוצגים, המסתמכים על עצמם בניהול ההליך המשפטי. רביעית נטען, כי ההחלטה פוגעת בחופש העיסוק של העותרת, שפעילות "תקדין לייט" מהווה חלק ניכר מהכנסותיה. כפי שצוין מעלה, העותרת טוענת ש-94% מהמבקרים בתקדין לייט מגיעים לאתר דרך מנועי החיפוש האינטרנטיים. על רקע כל האמור טוענת העותרת, כי על המשיבה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, דוגמת הנחיית בתי המשפט לצמצם את פרסומם של פרטים אישיים שאינם הכרחיים בפסקי-הדין.

טענות המשיבה

ח. לטענת המשיבה, עקרון פומביות הדיון אינו מחייב את הנגשת פסקי-הדין של בתי המשפט במנועי חיפוש אינטרנטיים, וממילא הגבלת מפתוחם אינה מצריכה הסמכה מפורשת בחוק. עוד מציינת המשיבה, כי הגבלות מסוימות על השימוש במאגר הפסיקה של הנהלת בתי המשפט נכללו כבר בכתב ההתחייבות של 2008, כלפיו אין העותרת טוענת לחוסר סמכות. בנוסף נטען, כי המשיבה כפופה לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 מכוח היותה "מנהלת מאגר מידע" כמוגדר בסעיף 7 לחוק.

ט. באשר להליך קבלת ההחלטה, המשיבה טוענת כי לא נפל בו כל פגם. לעותרת ניתנה זכות טיעון הן בכתב והן בעל-פה, תוך מתן מספר ארכות והסכמה לדחיית כניסתה של ההחלטה לתוקף. לשיטת המשיבה, אין חובה על רשות מינהלית לקבל את הטענות העולות בשימוע, ולכן היעדר שינוי בעמדתה אינו מלמד על פגם בהליך השימוע. בנוסף, מכתב המשיבה מיום 18.8.14 כולל נימוקים מפורטים שעמדו בבסיס החלטתה, כך שלא נפל פגם בחובת ההנמקה.

י. במישור שיקול הדעת, המשיבה מציינת את הפגיעה הנגרמת לפרטיותם של בעלי-דין כתוצאה מפרסום שמם במנועי חיפוש אינטרנטיים – פגיעה המובחנת מפרסום שמם במאגרים משפטיים "סגורים" דוגמת תקדין, בהם משתמשים בעיקר משפטנים לצרכים מקצועיים. עוד צוין, כי חשיפת שמם של בעלי הדין במנועי חיפוש אינטרנטיים יוצרת "אפקט מצנן" המרתיע אנשים מפניה לבתי המשפט באופן הפוגע בזכות הגישה לערכאות. לטענת המשיבה, פגיעה זו חמורה במיוחד בבתי הדין לעבודה, שהעובדים הפונים אליהם חוששים כי פרסום שמם יפגע בסיכוייהם למציאת עבודה בעתיד. לפיכך נטען, כי ביטול החלטת המשיבה הוא שיפגע בזכות הגישה לערכאות, ולא ההפך; בהקשר זה נזכיר את תגובת העותרת הטוענת, כי לא ברור על אילו נתונים עובדתיים נסמך טיעון המשיבה, שכן מספר הפונים לבתי המשפט גדל כל שנה. הודגש, כי מניעת פרסומם של פסקי-דין במנועי חיפוש אינטרנטיים אינה שקולה ל"איסור פרסום", שכן פסקי-הדין עדיין מופיעים באתרים שונים באינטרנט באופן המאזן בין פומביות הדיון מזה לזכות לפרטיות מזה. כן נטען, כי החלטת המשיבה אינה פוגעת בעקרון השוויון, ושהטענה הועלתה ממניעים כלכליים בלבד. באשר לפגיעה בחופש העיסוק, המשיבה ציינה כי לא כל החלטה מינהלית בעלת השלכות על גורם עסקי תחשב לפגיעה בחופש העיסוק; בנידון דידן נטען, כי ככל שאכן יש פגיעה בחופש העיסוק, הריהי מידתית נוכח הפגיעה החלופית בפרטיותם של בעלי הדין. לטענת המשיבה, נבחנה הפעלתם של אמצעים פוגעניים פחות, "אולם בחינה זו העלתה, לעת הזו, חרס". לבסוף נטען, כי גם אם ההחלטה אינה מיטבית, אין בכך להצדיק התערבות משפטית השמורה רק להחלטות שאינן סבירות.

עמדת המבקשות להצטרף כ"ידיד בית המשפט"

יא. בתיק זה הוגשו שתי בקשות להצטרפות כ"ידיד בית המשפט". המבקשת הראשונה היא האגודה לזכויות האזרח (להלן האגודה), והשניה – התנועה לזכויות דיגיטליות (להלן התנועה). שתי המבקשות מתנגדות לקבלת העתירה, ואלה נימוקיהן: בבקשת האגודה מתואר כיצד גרמה ההתפתחות הטכנולוגית לשינוי חד ברמת חשיפתם של בעלי-דין, למרות שהכלל המשפטי נותר כשהיה. כך, בעוד שגם בעבר ניתנה זכות עיון בפסקי-הדין, הפגיעה בפרטיות בעידן שלפני האינטרנט – תקופה בה היו פסקי-הדין מתפרסמים בגרסה מודפסת בלבד – הייתה בפועל מוגבלת ביותר (מכנים זאת Practical Obscurity – "אלמוניות למעשה"). לטענת האגודה, המציאות הטכנולוגית החדשה מחייבת לעבור מתפיסה דיכוטומית של "פרטי או ציבורי" אל עבר תפיסה של נגישות המידע. תפיסה זו מתחשבת לא רק בפרסום המידע, אלא גם בעוצמת הפרסום. לשם המחשה, האגודה מציינת את דו"ח הועדה לבחינת הפתיחה של בתי-המשפט בישראל לתקשורת אלקטרונית, שהזכיר את הגברת חשיפתם של בעלי הדין כאחד השיקולים נגד שידורים ישירים של דיונים בבית המשפט. עוד מציינת האגודה את "בעיית האגרגציה", לפיה הצטברות פרטי מידע – אשר כל אחד מהם אינו מעורר כשלעצמו התנגדות משמעותית לפרסומו – יוצרת פגיעה ממשית בפרטיות.

יב. מטעם התנועה נטען, כי פרסום פסקי-דין במאגרי מידע "סגורים" דוגמת תקדין מגשים באופן מלא את זכות העיון, תוך פגיעה מסוימת בלבד בזכות לפרטיות; לעומת זאת, פרסום פסקי-דין במאגרי מידע "פתוחים" דוגמת תקדין לייט – שאת פסקי הדין המופיעים בו ניתן למצוא באמצעות מנועי חיפוש אינטרנטיים – מספק את זכות העיון באותה מידה, אך פוגע פגיעה קשה בזכות לפרטיות. באשר לטענת היעדר הסמכות, התנועה טוענת כי סמכות המשיבה קבועה בתקנה 5(ב) לתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים),

תשס"ג-2003 (להלן תקנות עיון בתיקים), הקובעת כי "מנהל בתי המשפט רשאי לקבוע בהיתר כללי לעיון כל תנאי או הסדר הדרושים כדי לאזן בין הצורך בעיון ובין הפגיעה אשר עלולה להיגרם לבעלי דין או לצד שלישי בשל העיון [...]". התנועה טוענת, כי אין לקבל את טענת העותרת בנוגע לפגמים בהפעלת שיקול הדעת המינהלי. לטענתה, התרת המפתוח באתר תקדין לייט פוגעת קשות בפרטיות בעלי הדין, והאפשרות להסרת המסמך מן האתר תמורת תשלום אינה מכשירה את הפגיעה. עוד נטען, כי פעילות אתר תקדין לייט חמורה במיוחד, שכן העותרת פועלת באופן אקטיבי כך שהאתר יופיע כאחת התוצאות הראשונות שמציגים מנועי החיפוש האינטרנטיים. כך, לשם המחשה בלבד, חיפוש של שם פלוני שניקב במנוע החיפוש גוגל יניב בעמוד התוצאות הראשון הפניה לאתר תקדין לייט, אף שאין בו פסק-דין המתיחס לאדם בשם זה. נטען, כי ההפניה לאתר תקדין לייט נעשית כחלק מפעילות אקטיבית של העותרת, העלולה להטעות אדם שרואה כי ישנם פסקי-דין על אותו פלוני שניקב שמו, מבלי שיטרח ללחוץ על הקישור ולהבין כי מדובר בטעות. נציין כבר כאן, כי הטענה האחרונה אינה קשורה במישרין לעתירה שבפנינו, אך היא מעוררת סוגיה כבדת משקל שבדעתנו להתייחס אליה בהמשך הדברים.

הדיון

יג. בדיון בפנינו טען בא-כוח העותרת, כי המשיבה מחזיקה אמנם בסמכות לקבוע מגבלות טכניות על חברות שמקבלות גישה למאגר הפסיקה של בתי המשפט, אך אין בסמכותה לקבוע מגבלות מהותיות – וכך הוא המקרה בענייננו. הודגשה חשיבותם של מנועי החיפוש האינטרנטיים לציבור הרחב, המשתמש בהם כמקור כמעט בלעדי לידיעותיו המשפטיות. עוד הודגש, כי עסקינן בעניין שבמדיניות המצריך הליך חקיקה מסודר. לפיכך, כך נטען, יש להמתין להמלצות ועדת השופט אנגלרד לפני עריכת שינויים מהותיים במצב הקיים. בא-כוח

המשיבה הכיר בכך שהדרישה למניעת המפתוח תמנע לא רק את האפשרות לחפש שמות של בעלי דין, אלא גם את האפשרות לחפש מושגים משפטיים "לגיטימיים" דוגמת "הפרת חוזה בתום לב", אך לטענתו אין לעת הזאת היתכנות טכנולוגית למניעה חלקית של הליך המפתוח. כן הדגיש בפנינו בא-כוח המשיבה, כי סיום עבודתה של ועדת השופט אנגלרד אינו נראה עדיין באופק, וכי יש צורך לנקוט בצעדי ביניים כדי למנוע את הפגיעה הנגרמת כיום לפרטיותם של בעלי דין. בא-כוח האגודה ציין, כי המדינה מחזיקה במאגרי מידע רבים, דוגמת מרשם המקרקעין, שמתן גישה מלאה אליהם באמצעות מנועי חיפוש אינטרנטיים יוביל לפגיעה קשה בפרטיותו של הציבור; זאת חרף העובדה שגם כיום ניתן לקבל מידע מאותם מאגרים בפניות פרטניות לגופים הרלבנטיים. בא-כוח התנועה הדגיש, כי התנהלות העותרת אינה מובילה רק לחשיפת-יתר של בעלי דין, אלא גם יוצרת מצג שווא לפיו שמו של אדם מסוים מופיע בפסק-דין, אף אם המציאות שונה בתכלית (ראו פסקה י"ב מעלה). בנוסף נטען, כי מדיניות המשיבה אינה פוגעת פגיעה של ממש בעותרת, שכן בידי האחרונה להשיג את פסקי-הדין גם אם גישתה למאגר המשיבה תיחסם; זאת על-ידי העתקת המסמכים המתפרסמים באתר המשיבה או בכל דרך חלופית אחרת.

הכרעה

יד. המקרה שבפנינו מעלה שאלות מורכבות הנוגעות לממשק שבין משפט וטכנולוגיה, ומשמש כתזכורת חשובה לנו – השופטים – כי פסקי-הדין הנכתבים על-ידינו תוך שאיפה להשגת צדק עלולים, מעצם פרסומם, לגרום אי-צדק לבעלי הדין (ראו החלטתי בע"א 438/14 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב [פורסם בנבו] (6.2.14) (להלן עניין המאגר לביטוח רכב). תיק זה גם מעיד שוב, כתיקים אחרים בעידננו, על כך שהמשפט רודף אחר ההתקדמות הטכנולוגית והבעיות המשפטיות

שהיא מציבה, רודף ואינו משיג. כך בתחומי האינטרנט והוירטואליה, כך בתחומי הקניין הרוחני ועוד (ראו מיכל אגמון גונן "האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת" משפט חברה ותרבות – רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע 433 (תשע"א); אמל ג'בארין "תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט בראי הגישה הכלכלית למשפט" קרית המשפט ז' 233 (תשס"ח)). בפתח דבר לספר קניין רוחני: עיונים בינתחומיים (עורכים: מרים מרקוביץ-ביטון ולימור זמר (בדפוס)) נזדמן לי לומר "המרדף אחר הטכנולוגיה והסתעפויותיה אינו ייחודי לעולם הקניין הרוחני; הוא חל גם על נושאים רבים במשפט, במיוחד ההתיחסות לעולם הוירטואלי האדיר גם בפלילים, בלשון הרע ועוד ועוד, והשאלות המתעוררות באלה ובאלה". מן הפרשה עולה התנגשות בין חופש המידע וזכות הציבור לדעת (לרבות מידע מסחרי) לבין הזכות לפרטיות, המעוררת "אהדה גנטית", ערכית, כדי למנוע ככל הניתן שעברו של אדם ירדפנו עד אין קץ, והרי המחשב "אין שכחה מלפניו".

טו. בהקשר זה נזכיר את פסיקת בית הדין לצדק של האיחוד האירופי אשר חייב את גוגל להסיר קישור שהפנה לכתבה, בה סופר על עבירה שעבר אדם לפני שנים רבות (C-131/12 Google v. Agencia Espanola de Proteccion de Datos). היו מי שכינו זאת "הזכות להישכח" (ראו יהונתן קלינגר "הזכות להישכח? לא בישראל כנראה" בבלוג Intellect or Insanity, (2.2.15) (jk.org/praxis/?p=53682http://). יצוין, כי "הזכות להישכח", כפי שהוגדרה בפסק-הדין האירופי, מחייבת את מנוע החיפוש לבחון בקשות פרטניות להסרת קישורים; אך פסק-הדין אינו מרחיב באשר לשיקולים המנחים בעת בחינת אותן הבקשות. כתוצאה, קשה לומר האם – לשיטת בית המשפט האירופי – ישנה "זכות להישכח" גם מפסקי-דין רשמיים שפורסמו כדין. עד כה נראה, כי הדין

האמריקני לא אימץ לחיקו את ה"זכות להישכח" (ראו U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit in Garcia v. Google, Inc., 786 F.3d 733, 745-746 (2015)); זאת מתוך עמדה עקרונית ארוכת-שנים של מתן מעמד בכורה לחופש הביטוי (ראו Steven Bennett, The "Right to be Forgotten": Reconciling EU and US Perspectives, 30 Berkley J. Int'l L. 161, 169 (2012)). בהקשר הישראלי נציין, כי היבט מסוים של סוגיה זו הוסדר בחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, הקובע את אופן ניהולו של מאגר המרשם הפלילי – לרבות הליך מחיקה מן המרשם בחלוף עשור מתום תקופת התיישנותה של ההרשעה (סעיף 16 לחוק). בדברי ההסבר לחוק זה נכתב, כי "העקרון הבסיסי שביסוד ההצעה הוא כי – פרט לעניינים יוצאים מן הכלל – אין לזכור לאדם את חטאו כל ימיו ויש לאפשר לו לפתוח דף חדש בחייו ולעודד את שיקומו והשתלבותו המלאה בחיי החברה" (ה"ח 1514, 216; ראו גם נחום רקובר תקנת השבים: מעמדו של עבריין שריצה את עונשו (תשס"ז-2007)).

טז. נחזור לעניין שבפנינו. השאלה שתעלה היא אם אכן הצעד שנקטה המשיבה תורם במהות ובפועל להגנת הזכות לפרטיות, והאם תרומה זו מצדיקה את הפגיעה הנלווית בעקרון פומביות הדיון. ההכרעה בתיק תיבנה בשלבים הבאים: ראשית, נבחן האם החלטת המשיבה התקבלה בסמכות. לאחר מכן, נבחן את אופן הליך קבלת ההחלטה והאם נשמרו בו כללי הצדק הטבעי. לבסוף, נבחן את שיקול הדעת המינהלי שעמד בבסיס ההחלטה ונעמוד על סבירותה.

סמכות

יז. עקרון חוקיות המינהל – שביסוד המשפט המינהלי – מורה, כי רשות מינהלית מוגבלת בפעולתה לאותן ד' אמות שהתיר לה המחוקק (בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949) (להלן עניין בז'רנו); בג"ץ 1405/14 פרופ' סלוין נ' המשנה למנכ"ל משרד הבריאות [פורסם בנבו] (2014)); זאת בניגוד לאדם הפרטי, החופשי לעשות כרצונו כל עוד אין

בנמצא חוק שיגבילו – לשון אחר, ההבדל בין הגוף הפרטי לציבורי הוא בנקודת המוצא לגבי חוקיות פעולתם. המינהל זקוק להיתר פרטני, ואילו הפרט חופשי בהיעדר איסור פרטני – בבחינת "מִכֹּל עֵץ-הַגָּן אָכֹל תֹּאכֵל וּמֵעֵץ הַדַּעַת טוֹב וָרָע לֹא תֹאכַל מִמֶּנּוּ" (בראשית ב' ט"ז-י"ז). ההסמכה בחוק אינה דרישה משפטית-טכנית גרידא, אלא לרשות המינהלית צורך בה לשם רכישת אמון הציבור בפעילותה, הממומנת במשאבים ציבוריים (ראו ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א' 35 (תשמ"ז-1986)). כדברי המלומד זמיר, "העיקרון בדבר חוקיות המינהל נובע באופן הכרחי מעצם המהות של הדמוקרטיה. הדמוקרטיה מקנה את הריבונות לעם. העם הוא שמקנה לממשלה ולכל רשות מינהלית אחרת, באמצעות חוקים, את כל הסמכויות שבידיהן ואין בידיהן אלא הסמכויות שהחוק הקנה להן" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א' 50 (תשנ"ו-1996) (להלן זמיר)). יתר על כן, בלשון פשוטה ונטולת מחלצות משפטניות, חריגת רשות מסמכויותיה היא נטילת סממנים טוטליטריים – חוק לחוד ומציאות לחוד. ואולם, גם אין לשתק את הרשות בפעולתה לתועלת הרבים ולכך נבוא. ככלל, למינהל נתון שיקול הדעת האם וכיצד להשתמש בסמכויות שהופקדו בידיו, אך ישנם מקרים בהם שיקול הדעת צר במיוחד, עד כדי הטלת חובה על המינהל להפעיל את סמכותו (רע"פ 7861/03 מדינת ישראל נ' המועצה האיזורית גליל תחתון, [פורסם בנבו] פסקה 16 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין (2006); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 216 (תש"ע-2010) (להלן ברק-ארז)).

יח. הסמכת הרשות המינהלית לפעולותיה אינה חייבת להימצא במפורש בחקיקה ראשית, אלא ניתן להכיר גם בחקיקת משנה כמקור הסמכה (זמיר, 131); עם זאת, במקום בו הפעילות המינהלית פוגעת בזכויות יסוד – אין די בהסמכה מכוח חקיקת משנה. כך נקבע בפסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק [...]" (ההדגשה אינה במקור – א"ר).

הוראה זו הורחבה בפסיקה גם לזכויות יסוד המעוגנות בחוקים אחרים (ע"ב 92/03 מופז נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נז(3) 793, 811, פסקה 17 לפסק-דינו של השופט – כתארו אז – מצא (2003)). כלל דומה חל גם על "הסדרים ראשוניים" הדורשים – בשל חשיבותם – עיגון בחקיקה ראשית, ולא משנית. כדברי הנשיא ברק:

> "כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל. בלשון 'טכנית' יותר קובע הכלל הבסיסי, כי 'הסדרים ראשוניים' הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים – צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך 'הסדרים משניים'" (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 502, פסקה 19 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1998); ראו גם גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט ל"ב(1) 5 (תש"ע-2010)).

יט. אחת השאלות המגיעות תדיר אל שולחנם של בתי המשפט היא רמת המפורשות הנדרשת בחוק המסמיך; קרי, עד כמה ספציפי על החוק להיות בנוגע לפעילות המותרת לרשות המינהלית. ההכרה בסמכות משתמעת – סמכות שאינה כתובה מפורשות בלשון החוק – נובעת מן השכל הישר ומנסיון החיים, אשר מלמדים כי המציאות מורכבת לאין שיעור מיכולתו של מחוקק בשר ודם לצפות מראש, עמידה דווקנית על רמת מפורשות גבוהה עלולה להוביל איפוא לשיתוק רשויות המינהל הציבורי ולשיבושו של מרקם החיים התקין. יפים לכך דברי המלומדת מרגית כהן:

> "שום מערכת חקוקה, ולו המקיפה ביותר, איננה יכולה לתת תשובות מלאות לכל סיטואציה אפשרית, במיוחד במדינה המודרנית,

> שצרכיה ותנאיה משתנים במהירות. חוסר הסדרה יכול להתקיים גם כאשר השיטה נמצאת עדיין בתהליכי היווצרות וגיבוש. יתר על כן, שיטה יכולה להיות מאופיינת בהימנעות מהסדרה בחקיקה ראשית, הנובעת מחולשה פרלמנטרית כללית או מהימנעות מכוונת מטיפול בנושאים בעלי רגישות פוליטית גבוהה. בהתקיים האפשרות, שהחוק לא יסדיר נושאים מוגדרים, יש לבחון את התוצאה הנובעת מכך מבחינתה של הרשות המבצעת. אפשרות אחת יכולה להיות הימנעות מפעולה. אולם במקביל יש עוצמה לטיעון, כי על הממשלה לפעול גם בהיעדר הסדר חוקי, וכוחה לעשות כן נובע אינהרנטית ממהותה ותפקידיה" (מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת 8 (תשס"ג-2002)).

נזכיר בעניין זה את פסק-דינה של הנשיאה בינייש בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, (2008), שם צוין כי "רף המפורשות" צריך להיקבע בהתאם לנסיבות העניין, וביניהן גם "טיב הזכות הנפגעת והטעמים המונחים בבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, עוצמת הפגיעה בה, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת והקשר הדברים" (עמוד 82 לפסק-הדין; ראו גם ברק-ארז, 125). מעין תמונת ראי של קביעה זו עוגנה בבג"ץ 3933/11 מכבי שירותי בריאות נ' שר הבריאות, [פורסם בנבו] פסקה 35 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2014), שם נקבע כי יש להציב "רף מפורשות" נמוך במקום שבו הדבר נחוץ לשם הסמכת רשויות המינהל לשמור על זכויות יסוד. אטעים – כמו במקרים אחרים – את השכל הישר; יש לבחון תדיר האם הנסיבות מצדדות בדווקנות או שמא בגישה גמישה, מתוך הסקת כוונתו של המחוקק באופן מתאים. הרשות היא משרתת הציבור; על כן, ככל שהכרה בסמכויותיה המופעלות בתום לב מאפשרת את מתן השירות, לא יחסום בית המשפט את פעולתה; אם חלילה יוברר כי שיקולים זרים, שרירות או חוסר תום לב מכתימים את מעשה הרשות,

כמובן תהא הגישה אחרת. הרשות אינה אדונו של הפרט אלא משרתת אותו אך גם את החברה כולה, והאיזון בבחינת סמכויותיה יזכור זאת תדיר, לרבות בשאלות ערכיות של שמירה על פרטיותו של אדם ומזעור הפגיעה ככל הניתן בגדרי החוק.

כ. ומן הכלל אל הפרט. מינהל בתי המשפט מוסדר חוקתית בחוק יסוד: השפיטה ובחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984. בסעיף 24(1) לחוק יסוד: השפיטה נמנים "סדרי המינהל של בתי המשפט, קביעתם והאחריות לביצועם" בין הנושאים שבהם "ייקבעו הוראות לפי חוק". סעיף 82 לחוק בתי המשפט קובע, כי " (א) שר המשפטים יקבע את סדרי המינהל של בתי המשפט וימנה בהסכמת נשיא בית המשפט העליון את מנהל בתי המשפט, בין שהוא שופט ובין שאינו שופט; (ב) מנהל בתי המשפט יהיה אחראי בפני השר על ביצועם של סדרי המינהל"; ראו בג"ץ 4703/14 שרון נ' נשיא בית המשפט העליון [פורסם בנבו] (30.11.14), פסקאות י'-י"א. בין היתר נאמר בפסקה י"א שם "המנהל [...] ממונה על התפעול המינהלי של המערכת [...]" ולו סמכויות נוספות, כנמנה שם. האם כוללות סמכויות אלה גם את עניינו?

כא. כזכור, החלטת המשיבה מתנה את המשך הגישה למאגר המידע שברשותה במניעת מפתוחם של פסקי-הדין המצוים במאגר. משמעותה המעשית של ההחלטה היא, שהעותרת מנועה מפרסום דפי אתר "תקדין-לייט" במנועי חיפוש אינטרנטיים וממשיכת לקוחות פוטנציאליים על-ידי כך. מניעת הפרסום במנועי החיפוש עלולה לגרור פגיעה קשה בעסקי העותרת, שמרבית הגולשים המבקרים באתרה מגיעים דרך חיפוש ב"גוגל" (לטענתה, כאמור, מדובר ב-94% מהמבקרים ב"תקדין לייט", שפעילותו אחראית לכ-20% מהכנסות

העותרת). ברי, כי הגבלת יכולתה של העותרת לפרסם את שירותיה מהוה פגיעה בחופש העיסוק עצמו (ראו בג"ץ 4000/93 קנבל נ' לשכת עורכי הדין, [פורסם בנבו] פסקה 9 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1997)). הפרסום הוא מרכיב חיוני בשרשרת הפעילות העסקית, הכוללת כמובן שלבים רבים ואינה מתמצה רק בהליך המכירה ללקוחות הקצה. פגיעה בשרשרת הפעילות העסקית – בין אם מדובר בשלב התכנון, הייצור או השיווק – עלולה להגיע לכדי פגיעה בחופש העיסוק. במאמר מוסגר אציין, כי מניעת פרסום מסחרי מהוה במקביל גם פגיעה בחופש הביטוי; כדברי השופטת דורנר "הביטוי המסחרי (commercial speech) אינו בן חורג לחופש הביטוי, אלא הוא אבר מאבריו" (בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 10 (1994)). אמת, פגיעה בחופש הביטוי המסחרי פחותה בחשיבותה מפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי (בג"ץ 5118/95 מאיר סימון בע"מ נ' הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751 (1996); בג"ץ 15/96 תרמוקיר חורשים נ' הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נ(3) 397 (1996)), אך אין פירוש הדבר שניתן לפגוע בביטוי מסחרי כלאחר יד. אם כן, בפנינו פגיעה שאינה זניחה בזכויות יסוד של גוף פרטי על-ידי גוף ציבורי. פגיעה מסוג זה מצריכה הסמכה בחקיקה ראשית.

כב. כפי שכבר נכתב, המשיבה אינה מצביעה על מקור סמכות מסוים הניצב בבסיס החלטתה, אלא טענתה היא שאין מעיקרא צורך בהסמכה שבדין; זאת, כך נטען, כיון שאין בדין חובה לפרסם את פסקי-הדין במנועי חיפוש אינטרנטיים. לצורך הנידון דידן, ומבלי לטעת מסמרות, מוכן אני להניח כי אכן אין המשיבה מחויבת לפרסם את פסקי-הדין במנועי החיפוש האינטרנטיים, וניתן – מבחינת הדין – להסתפק בפרסום באמצעים אחרים; עם זאת, עצם העובדה שאין על המשיבה חובה לפרסם את פסקי-הדין במנועי החיפוש אין משמעותה,

מיניה וביה, כי ניתנת לה הרשות למנוע זאת מגורמים פרטיים. מעמד סמכותה של המשיבה לפרסום פסקי-דין – בין אם מדובר ברשות או בחובה – אינו רלבנטי לשאלת סמכותה למנוע פרסום על-ידי גופים פרטיים. מדובר בשתי פעולות שונות – פרסום ומניעת פרסום – אשר כל אחת מהן מצריכה לכאורה הסמכה בחוק. פרשנות אחרת – לפיה בסמכותה של רשות מינהלית למנוע פעולה שאין עליה חובה שבדין לבצע בעצמה – אינה מתיישבת עם השכל הישר, ומשמעותה ריקונו מתוכן של עקרון החוקיות, הקובע שהפרט חופשי לעשות כרצונו בהיעדר הוראה אחרת בחוק. מצאנו איפוא, כי אין המשיבה פטורה מהצגת מקור חוקי המסמיך את החלטתה. כפי שנכתב, החלטת המשיבה להגביל את גישת העותרת למאגר הפסיקה פוגעת בחופש העיסוק – וזאת, ללא הסמכה בחקיקה ראשית, אין לאפשר.

כג. לטענת המשיבה, חתימת העותרת על כתב התחייבות בשנת 2008 מוכיחה שבסמכותה להגביל את הגישה למאגר הפסיקה. מבלי לפגוע, דומני שמדובר בטענה שקשה להלמה. ראשית, אין דומה כתב ההתחייבות משנת 2008 לכתב ההתחייבות הנוכחי. כתב ההתחייבות הראשון מצומצם משמעותית ועיקרו הגבלת פרסום אסור על-פי דין. נראה כי אין מדובר במגבלה של ממש, בניגוד לאיסור הנוכחי על מפתחם של פסקי-הדין. קרי, הדעת נותנת, כי התניית הגישה למאגר הפסיקה הייתה בסמכות כל עוד הדרישה היא ציות לחוק, אך לא כן כאשר הדרישה חורגת אל מעבר לכך. שנית – וזו עיקר – הסכמת העותרת לחתום על כתב ההתחייבות אינה רלבנטית לשאלת הסמכות. דרישת הסמכות אינה דיספוזיטיבית ואין הרשות המינהלית יכולה להחריג עצמה ממנה, אף בהסכמת הצדדים להסכם. כזכור, אחד הרציונלים שבבסיס דרישת הסמכות הוא שליטת העם, באמצעות נציגיו, במינהל הציבורי. דעת לנבון נקל, כי אין המינהל רשאי

להשתחרר משליטה זו באמצעות הסכמה של פרט כזה או אחר מן הציבור הרחב. יפים לכך דברי המלומדת שלו:

> "ברור שחוזה החורג ממסגרת כוחותיה וסמכויותיה החוקיות של הרשות, כפי שנקבעו בחוק המסמיך, הוא חוזה בלתי-חוקי, ולכן בטל. חוזה אינו יכול להרחיב את סמכויות הרשות, או להקנות לה סמכויות, או לאפשר לה לפעול מחוץ למסגרת סמכותה החוקית. בכך נבדלת הרשות הציבורית (חוץ מן המדינה, שאין גבול לסמכויותיה ולכוחותיה) מן הפרט: סמכויותיה של הרשות הציבורית וכשרותה מוגבלות, ולפיכך חייבים גם חוזיה בעיגון סטטוטורי" (גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 49 (1999); ראו גם ברק-ארז, כרך ג' 259)).

כד. התנועה לזכויות דיגיטליות ביקשה ללמד זכות על המשיבה, ולמצוא את מקור הסמכות להחלטתה בתקנה 5(ב) לתקנות עיון בתיקים. זוהי לשון הסעיף:

> "(ב) מנהל בתי המשפט רשאי לקבוע בהיתר כללי לעיון כל תנאי או הסדר הדרושים כדי לאזן בין הצורך בעיון ובין הפגיעה אשר עלולה להיגרם לבעלי דין או לצד שלישי בשל העיון, לרבות השמטת פרטים, הגבלת מספר המעיינים ונקיטת אמצעים למניעת זיהוים של בעלי דין או אנשים; כמו כן רשאי מנהל בתי המשפט לסרב ליתן היתר כללי לעיון או לקבוע תנאים או הסדרים למימושו בהתחשב בהקצאת המשאבים הנדרשת לכך".

דברים אלה יפים כשלעצמם ובעלי אופי ערכי; אך דא עקא – מדובר בחקיקת משנה שאין בכוחה להוות מקור סמכות לפגיעה בזכויות יסוד. כפי שנכתב מעלה, החלטות מינהליות הפוגעות בזכויות יסוד – וכזו היא ההחלטה שבפנינו – נדרשות לצלוח את פסקת ההגבלה, שראשון יסודותיה הוא הסמכה בחקיקה ראשית. בנוסף, ספק רב אם תקנות העיון רלבנטיות לנידון דידן; זאת שכן החברות המסחריות המתקשרות עם

הנהלת בתי המשפט – דוגמת העותרת – אינן עושות זאת מכוח היתר עיון כללי אלא מדובר בפרוצדורה שונה בתכלית.

כה. אפשרות אחרת שהוזכרה היא הכרה בחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 כמקור הסמכות להחלטת המשיבה. לפי הסבר זה, המשיבה היא "מנהלת מאגר מידע" כמוגדר בסעיף 7 לחוק זה. לפיכך, כעולה מטענות המשיבה, מחויבת היא לקיים את סעיף 8(ב) לחוק: "לא ישתמש אדם במידע שבמאגר מידע החייב ברישום לפי סעיף זה, אלא למטרה שלשמה הוקם המאגר". לכך יש להוסיף את סעיף 17 לחוק שלפיו "בעל מאגר מידע, מחזיק במאגר מידע או מנהל מאגר מידע, כל אחד מהם אחראי לאבטחת המידע שבמאגר המידע". מכאן, כך נטען, הסמכות שניצבת בבסיס החלטת המשיבה. חוששני, כי פרשנות זו אינה נטולת קשיים. הקושי הראשון הוא טכני במהותו, ועניינו בשאלה האם המשיבה מנהלת מאגר מידע לעניין סעיף 7 לחוק, שכן – כפי שציין בא-כוח העותרת – אין מאגר הפסיקה שברשותה רשום בפנקס מאגרי המידע. הקושי השני – והוא עיקר – נוגע לשאלת מטרתו של מאגר המידע שברשות המשיבה. על פניו, ומשלא נטען אחרת, מאגר הפסיקה קיים לשם מימושו – הלכה למעשה – של עקרון פומביות הדיון. הנהלת בתי המשפט אוגרת את פסקי הדין, מפרסמת אותם באתרה ומאפשרת לאתרים מסחריים גישה ישירה אליהם – כל זאת לשם זיכוי הרבים, בבחינת "תֵּן לְחָכָם וְיֶחְכַּם עוֹד" (משלי ט', ט'). אם כן, האם מהוה מפתוח פסקי-הדין שימוש החורג מן המטרה שלשמה הוקם המאגר? לטעמי התשובה אינה חיובית. מפתוח פסקי-הדין מהוה כשלעצמו "עליית מדרגה" בהנגשת החומר המשפטי לציבור הרחב, ובכך משרת את המטרה שלשמה הוקם מאגר המידע מעיקרא. ודוק, "עליית המדרגה" בהנגשת פסקי-הדין יוצרת עליה מקבילה בפגיעה בפרטיותם של בעלי-הדין על הרגישויות האנושיות הכרוכות, ובהחלט יתכן שעל רשויות המינהל לתת על כך את הדעת ולתור אחר פתרונות (וכמובן כך מן הסתם גם ועדת השופט אנגלרד) – אלא

שכל זאת יעשה המינהל ברשות ובסמכות בלבד. בזאת תם עיסוקנו במישור הסמכות, ומקור הסמכה להחלטה המשיבה – על פניו אַיִן. מעבר לנדרש, נמשיך בבחינת ההחלטה בשני המישורים הנוספים – מישור הליך קבלתה, ומישור שיקול הדעת שבבסיסה.

הליך

כו. לאחר שעמדנו על דרישת הסמכות הנגזרת מעקרון החוקיות, ניתן דעתנו לדרישת ההליך המינהלי התקין. הקפדה על הליך מינהלי תקין היא חיונית ורוב מלים אך למותר (ראו ברק-ארז, 262-263): עמידה בתנאי ההליך התקין מגנה על ערכי הגינות ושויון; משפרת את איכות ההחלטה המינהלית; מאפשרת לציבור להשפיע על ההחלטה באופן דמוקרטי; מבטיחה את אמון הציבור במינהל; ומאפשרת ביקורת יעילה על עבודת המינהל; ולא פחות מכל אלה – מונעת שחיתות, היוצרותה של "פרצה קוראת" ומדרון חלקלק בנוסח מדינות ורשויות שאיננו רוצים להידמות אליהן. החובה לקיים הליך מינהלי תקין כוללת, בין היתר, עריכת שימוע לגורמים העלולים להיות מושפעים מן ההחלטה (בג"ץ 598/77 אליהו דרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב(3) 161 (1978)); רע"א 2327/11 פלוני נ' פלוני, [פורסם בנבו] פסקה 22 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2011)), נימוק ההחלטה שהתקבלה (בג"ץ 142/72 שפירא נ' לשכת עורכי-הדין, פ"ד כה(1) 325 (1971); יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט י"ט 5 (תשס"ב-2002) (להלן דותן)), וחשיפת המסמכים הפנימיים שעמדו בבסיסה (בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"מ מו(3) 501, 513, פסקה 21 לפסק-דינו של השופט – כתארו אז – חשין (1992); עע"מ 4014/11 עיד נ' משרד הפנים, [פורסם בנבו] פסקה 28 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (2014)).

כז. בנידון דידן נראה, כי טענות העותרת לעניין ההליך המינהלי נוגעות לשלושה היבטים: השימוע, ההנמקה וחשיפת מסמכים פנימיים. אציין כבר כעת, כי אין לדעתי להלום את הטענות. אין עסקינן ב"מחטף" באישון לילה, אלא בהליך מינהלי רציני וממושך, שבמסגרתו ניתנה לעותרת אפשרות להביע את דעתה בנוגע להחלטה, ואף ניתנו מספר ארכות לשם כך (ראו התכתבות דוא"ל בין המשיבה לעותרת בימים 18.11.13; 26.12.13; 1.7.14). השימוע התקיים הן בעל-פה והן בכתב, תוך שהעותרת מספקת למשיבה מידע רלבנטי. קבלת טענת העותרת, לפיה העובדה שהמשיבה לא שינתה את דעתה במהלך השימוע מלמדת שההליך נערך מן השפה ולחוץ – משמעה הטלת חובה על רשויות המינהל לשנות בהכרח את עמדתן במסגרת עריכת השימוע; זאת, כמובן, אין לקבל, וקשה להאמין כי העותרת עצמה מאמינה בכך.

כח. באשר לחובת ההנמקה, המשיבה ציינה במכתבה מיום 12.8.14, בין היתר, כי הרציונל שניצב בבסיס ההחלטה הוא הרצון "להגן על פרטיות המתדיינים, אשר מידע פרטי אודותיהם נחשף ברחבי הרשת לכל דורש" וכי היא "רשאית להתנות את הגישה לשרתים בתנאים סבירים, אשר יאזנו באופן מידתי בין עקרון פומביות הדיון לבין הרצון לשמור על פרטיותם של מתדיינים". על פני הדברים, די בכך למילוי חובתה המינהלית להנמקת החלטותיה. ודוק, במובן המשפטי, לשם עמידה בחובת ההנמקה אין הכרח שהנימוקים בדין יסודם. ראו לעניין זה את דברי המלומד י' דותן:

> "גם החלטה שנימוקיה פסולים לחלוטין – היא החלטה מנומקת. הפגם בהחלטה כזו הוא פגם לגופו של עניין, אך אין זה פגם בחובה הדיונית לנמק. כאשר הרשות נימקה – ואפילו נימוקיה פסולים לחלוטין,

> ההנמקה 'עשתה את שלה' וכעת ניתן להעמיד את ההחלטה לביקורת על בסיס הנימוקים שניתנו" (דותן, 50).

דברים אלה מובאים לשלמות התמונה המשפטית, אך פשיטא שאבוי לרשות שנימוקיה פסולים ואבוי לציבור שנימוקי משרתיו פסולים, קרי, יתכן שאינם עושים מלאכתם נאמנה.

כט. ועתה – להחלטת המשיבה שלא לחשוף בפני העותרת את חוות הדעת של רמו"ט אשר עמדה בבסיס מדיניותה בנוגע למפתוח פסקי-דין. כאמור, נציג רמו"ט סירב לשלוח לעותרת את חוות הדעת (ראו דוא"ל מיום 21.11.13). לכאורה, אין סיבה לגופה שלא לחשוף את חוות הדעת המשפטית, שכן אין עסקינן בבטחון המדינה, בשיטות פעולה חסויות או בהגנה על פרטיותו של צד ג' (ברק ארז, 506-508). ועם זאת, ומבלי לטעת מסמרות יצוין, כי לא מן הנמנע שחוות-הדעת מטעם רמו"ט מהוה "התייעצות פנימית" לעניין סעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998, הפוטר את הרשות ממסירת מידע מסוג זה (עע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס(4) 217 (2006)). נראה איפוא כי שאלה היא אם עמדה המשיבה בחובתה המינהלית לאפשר לעותרת לעיין במסמכים ששימשו לקבלת החלטתה (ראו בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577, פסקה 18 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2003)). נציין, כי העותרת המשיכה בהתכתבות הדוא"ל הארוכה עם המשיבה מבלי לשוב ולהזכיר את העניין, באופן שניתן להבין ממנו כי זנחה את דרישתה לעיון בחוות הדעת. נציין עוד, כי המשיבה נימקה את החלטתה כדבעי (ראו פסקה כ"ו מעלה). כידוע, לא כל פגם בהחלטה מינהלית גורר מיניה וביה את ביטולה (ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך נ' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד נ(5) 485, 509 פסקה 22 לפסק-דינו של השופט –

כתארו אז – אור (1997); עע"מ 2339/12 שוחט נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר סבא, [פורסם בנבו] פסקה 49 לפסק-דינו של השופט שהם (2013)). נראה איפוא, בלא שנכריע בדבר, כי לא יהיה זה נכון לבטל את ההחלטה מעיקרא על רקע סירוב המשיבה לחשוף את חוות הדעת.

שיקול הדעת

ל. עד כה עסקנו במקור הסמכות לקבלת ההחלטה, ובאופן בו התקבלה. נפתח עתה את "הקופסה השחורה", ונביט פנימה אל תוכן ההחלטה גופה. בפתח הדברים נציין, כי בית משפט זה אינו נחפז להתערב בשיקול הדעת של הרשות המינהלית, ובמיוחד כך מקום שעסקינן בהחלטות בתחום מקצועיותה (בג"ץ 338/87 מרגליות נ' שר המשפטים, פ"ד מב(1) 112, 116, פסקה 6 לפסק-דינו של השופט בך (1988); בג"ץ 7510/05 לוטן נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, [פורסם בנבו] פסקה 23 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (2006)). עם זאת, נחטא לתפקידנו אם נעצום עינינו בפני החלטות מינהליות החורגות באופן מהותי וקיצוני ממתחם הסבירות. דרישת הסבירות קשורה בטבורה לדרישת הסמכות, ושתיהן נשענות על הרציונל הדמוקרטי שנסקר מעלה (ראו פסקה ט"ו). כאמור, הרשות המינהלית מוגבלת בפעילותה לד' אמות שהתיר לה המחוקק – כנציג הציבור הרחב. דעת לנבון נקל, כי אותן ד' אמות אינן כוללות החלטות שאינן סבירות בצורה יוצאת דופן, שכן לא לכך התכוון המחוקק. כדברי השופט – כתארו אז – ברק:

> "האיזון בין האינטרסים השונים הופקד על-ידי המחוקק בידיו של המשיב מס' 2, וכל עוד הוא שקל את השיקולים ראויים ונתן להם את המשקל הראוי, לא נתערב. אך אם שיקוליו של המשיב מס' 2 לוקחים בחוסר תום לב, בשרירות, באפליה או בחוסר סבירות – לא נהסס מלהתערב"

(בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים, פ"ד לד(2) 169, 178, פסקה 8 לפסק-דינו (1979)).

ברי, כי אין זו מלאכה פשוטה לאזן אינטרסים מנוגדים; "מעשה המרכבה" משול לעתים כהליכת לוליין על חבל דק, ומזה ומזה מושכים בעלי אינטרסים בקצות החבל. על כן, בהנחת תום לב, רק סטיה של ממש ממתחם הסבירות תוליד עילת התערבות שיפוטית בהחלטת האיזון של הרשות המינהלית (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 518, פסקה 7 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1988)). במקרה שבפנינו, האיזון הנדרש הוא בין הזכות לפרטיות של בעלי הדין מזה ועקרון פומביות הדיון וחופש העיסוק של העותרת מזה. ודוק, אין אנו נדרשים להכריע באופן גורף האם יד הפרטיות על העליונה או שמא פומביות הדיון וחופש העיסוק; אילו הלכתי אחר נטיית לבי האנושית דומה שהייתי מציע ליתן בכורה לפרטיות. אך השאלה שבפנינו היא האם משקל התועלת שתצמח מהחלטתה הקונקרטית של המשיבה (האוסרת את מפתוח פסקי-דין על-ידי גורמים המקבלים גישה ישירה למאגר הפסיקה שברשותה) במישור הגנת הפרטיות עולה על משקל הנזק שייגרם לעקרון פומביות הדיון וחופש העיסוק בעקבות ההחלטה (ראו והשוו ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, [פורסם בנבו] פסקה 121 לפסק-דינו של השופט סולברג (2014)).

לא. נפתח בזכות לפרטיות, עליה נאמר כי היא "מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין 'האני' לבין החברה. היא משרטטת מתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח 'האני' שלו, בלא מעורבות של הזולת" (בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 470, פסקה 16 לפסק-דינו של המשנה לנשיא – כתארו אז – ברק (1994)). אכן, פרטיותו של אדם היא מבצרו. מבצר זה הולך ונסדק עם התקדמות הטכנולוגיה, ויש שגורסים שפרטיות היא נחלת

העבר (A. Michael Froomkin, *The Death of Privacy*, 52 STAN. L. REVIEW. 1461 (2000); ראו גם יאיר עמיחי-המבורגר ואורן פז "אנונימיות ואינטראקטיביות באינטרנט: הזכות לפרטיות כמושג רב-ממדי" פרטיות בעידן של שינוי 201 (תשע"ב-2012)), ובמציאות המעשית הדבר אינו רחוק; היכולת לצלם ולהקליט בטלפון הנייד הזמין לרבים, ובחברות מתקדמות טכנולוגית כמעט לכל, גזלה את הפרטיות באופן מסיבי, בשטף גבה-גלי "מים רבים אדירים משברי-ים" (תהילים, צ"ג ד'). ואולם, אין פירוש הדבר שהערכיות הקשורה בשמירת הפרטיות פסקה מן העולם. אמת, העידן החדש מביא עמו כלים חדשים – וברכה והיפוכה טבועות בהן – אך דומני שאין הדבר מחייב ויתור מוחלט על כבוד האדם ועל שמו הטוב. יפים לכך דברי המלומד מ' בירנהק "הטכנולוגיה מקיימת קשרים מורכבים עם הזכות המשפטית לפרטיות, בדומה ליחסה של הזכות עם הנורמה החברתית. לעתים הטכנולוגיה משפיעה על תוכן הנורמה החברתית ו/או הזכות המשפטית, לעתים המשפט ו/או הנורמות החברתיות משפיעים על הטכנולוגיה. לעתים המשפט משתף פעולה עם הטכנולוגיה, ולעתים יש תחרות ביניהם" (מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 45 (תשע"א); ראו גם מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל י"א 9 (תשס"ח)). היחס הראוי לטכנולוגיה אינו בינארי, אלא יש לחפש את דרך האמצע המאפשרת ליהנות מפירות הטכנולוגיה תוך צמצום הפגיעה בזכויות הפרט, המתלוה אליה לעתים קרובות. דומה הדבר לסיפור בתלמוד הבבלי (חגיגה, ט"ו ע"ב) על ר' מאיר שלמד מאלישע בן אבויה – תנא ששנה ופירש ומכונה "אחר" בלשון התלמוד. התלמוד משבח את ר' מאיר על כך ש"תוכו אכל קליפתו זרק". קרי, ר' מאיר השכיל לאמץ את הצדדים החיוביים במורו מבלי לקבל גם את הצד האחר. המשפט העברי מתיחס להגנת הפרטיות, בין היתר, באמצעות המושג "היזק ראיה" – נזק שאדם גורם לחברו על ידי הסתכלות לתוך רשותו; על

הפסוק "מה טובו אהליך יעקב משכנותיך ישראל" (במדבר כ"ד, ה') אומר רש"י במקום כי "מה טובו אהליך – על שראה פתחיהם שאינן מכוונין זה מול זה". בלעם משבח את עם ישראל על התנהגותו השומרת על הזכות לפרטיות (אליהו ליפשיץ "הזכות לפרטיות במשפט העברי ובמשפט המדינה" פרשת השבוע 33 (תשס"א); ראו גם האנציקלופדיה התלמודית, כרך ח' "היזק ראיה"; גדעון קלוגמן "על היזק הראיה" עיוני משפט ה' 425 (תשל"ו-תשל"ז); שרון אהרוני-גולדנברג "פרטיות באינטרנט בפריזמה הלכתית" הפרקליט נ"ב 151 (תשע"ג)). נשוב ונזכיר, כי הנידון דידן אינו מצריך את שקילת הזכות לפרטיות בכללותה, אלא רק את הפגיעה היתרה בפרטיותם של בעלי הדין העלולה להיגרם, אם מפתוח פסקי-הדין בהם נזכר שמם יאופשר לגורמים המקבלים גישה ישירה למאגר הפסיקה של הנהלת בתי המשפט.

לב. עקרון פומביות הדיון הוא "מקרה פרטי" של אידיאולוגית השקיפות במובנה הרחב, אשר אבקש לומר מספר מילים אודותיה. מדיניות השקיפות קיבלה בשנים האחרונות רוח גבית על-ידי חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. החידוש המרכזי של חוק זה הוא במסר, לפיו המידע הציבורי הוא קניינו של הציבור – ולא של המינהל, המחזיק אותו בנאמנות. בדברי ההסבר לחוק נכתב, כי "[...] מבקש המידע אינו חייב לציין בבקשת המידע, שתוגש בכתב, את הטעם שבגללו הוא מבקש את המידע [...] גישה זו נובעת מן ההכרה, שכיוון שהמידע הוא למעשה נכס מנכסי הציבור, אין חשיבות לשאלה מדוע נחוץ המידע לבעליו" (דברי ההסבר לסעיף 7 להצעת חוק חופש המידע, תשנ"ז-1997, ה"ח 2630; ראו גם הלל סומר "חוק חופש המידע: הדין והמציאות" המשפט ח' 437 (תשס"ג)). אמירה נודעת – דומה ניתן למצוא בפסיקה כבר בבג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של

לשכת עורכי-הדין בירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331 (1971), שם נאמר (מפי השופט – כתארו אז – ח' כהן) כי:

> "הטענה כי באין חובה חוקית לגלות, רשאי אני לכסות ולא לגלות – יכול ותישמע מפי אדם או תאגיד פרטי [...] אבל אין היא נשמעת מפי רשות הממלאת תפקיד על-פי דין. לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות".

אמנם, כפי שצוין בפסיקה ובדברי ההסבר לחוק, קבלת המידע הציבורי היא זכות "קניינית" שאינה מצריכה הנמקה מיוחדת, אך אבקש להצביע על מעלה אחת בפתיחת מאגרי המידע הממשלתיים לציבור הרחב. מאגרי המידע הם נכס העשוי לשמש יזמים יצירתיים שיפיקו תועלת ציבורית רבה מהמידע הנמסר. טלו לדוגמה, במישור הציבורי, את עמותת "הסדנא לידע ציבורי" שהקימה כלים אינטרנטיים כגון "תב"ע פתוחה" (http://www.opentaba.info) – מיזם למיפוי תכניות בניה עירוניות באופן ידידותי למשתמש, הנעזר במידע מרשות מקרקעי ישראל; או מיזם "עיתונות פתוחה" (http://www.opa.org.il) המנגיש מאגר רב-מימדים של עיתונים שנסרקו לאורך השנים על-ידי הספריה הלאומית, והופך אותו ל"חפיש" (Searchable). מיזמים אלה ודומיהם ממחישים את הערך המוסף שמביא עמו הציבור כשפותחים בפניו את שערי הכניסה לידע הציבורי שבידי רשויות המינהל. כמובן, מסירת מידע ציבורי אינה הליך נטול קשיים וחששות (ראו אהרן ברק "חופש המידע ובית המשפט" קרית המשפט ג' 95, 105 (תשס"ג-2003)), אך ראוי שיזכרו פקידי המינהל גם את הברכה שבצידה. ועתה ספציפית לעקרון פומביות הדיון: הפסיקה מזכירה

שלושה טעמים לשמירה על עיקרון זה (ראו רע"א 3614/97 עו"ד דן אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 45, פסקה 6 לפסק-דינו של השופט גולדברג (1998) (להלן עניין אבי יצחק); בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח נ' שר המשפטים, פסקה 18 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2009)). ראשית, הכרה בפומביות הדיון כחלק אינטגרלי מזכות הציבור לדעת – זכות הנובעת באופן טבעי מעצם קיומו של משטר דמוקרטי. כדברי ג'יימס מדיסון, ממנסחי החוקה האמריקנית ונשיא ארה"ב: "A popular Government, without popular information, or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a Tragedy, or perhaps both" (מכתבו של מדיסון לוויליאם בארי – מדינאי אמריקני – מיום 4.8.1822). שנית, עקרון פומביות הדיון תורם לשיפור איכותו של התוצר המשפטי, כתוצאה מחשיפת ההליכים לעינו הבוחנת של הציבור הרחב. יפים לעניין זה דברי השופט ד' לוין (ע"פ 334/81 הגינזר נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 827, 832 (1982)):

> "כלל גדול במשפט הוא, שבית המשפט ידון בפומבי. עיקרון זה הוא מעמודי התווך של סדר הדין הפלילי כאזרחי, ואחד האמצעים החשובים ביותר, המכוונים להבטיח ניהול משפט הוגן וחסר פניות. מכוח עיקרון זה עומד, מחד גיסא, בית המשפט בפעולתו חשוף לעיני הציבור ולשיפוטו, במה שנוגע לניהול המשפט באובייקטיביות, בכושר שיפוט ושיקול-דעת. מאידך גיסא גם בעלי הדין ניצבים לעיני הציבור, השומע את הדברים ובהיותו מודע לעובדות המוצגות בפני בית המשפט, יכול, על-פי המידע המצוי בידיו, להציע בדרך הנאותה ראיות להפרכתן. על-ידי כך יישמרו ויירתעו, אולי, בעלי דין מלהציע לשופט הדן בעניין עובדות לא בדוקות או לא מהימנות".

שלישית, עקרון פומביות הדיון חיוני לקיומו של אמון ציבורי במערכת השפיטה, וזאת בנוסף לשני הטעמים שכבר הוזכרו ובלא זיקה אליהם. ידוע המשפט המופיע בקובץ הפדרליסט (תרגום אהרן אמיר, עריכה יעל חזוני, מבוא רות גביזון ואלן שפירא, 2001) עמוד 388, לפיו הרשות השופטת היא המסוכנת פחות מכולן לזכויות הפוליטיות המעוגנות בחוקה, שכן אין לה "שום השפעה לא על החרב ולא על הארנק" (Has no influence over either the sword or the purse); רוצה לומר, הרשות השופטת אינה קובעת את התקציב ואינה עומדת בראש המינהל הציבורי (The Federalist Papers, No. 78). למשפט מפורסם זה נוסף נדבך חשוב – והוא עיקר לענייננו – על-ידי השופט פליקס פרנקפורטר מבית המשפט העליון האמריקני, לפיו, בית המשפט אכן נעדר ארנק או חרב, אך לרשותו עומד אמון הציבור בצדקתו (Baker v. Carr, 82 S. Ct. 691 (1962)). עקרון פומביות הדיון אינו זר למשפט העברי (ראו ירון אונגר ויובל סיני "פומביות הדיון במשפט העברי" המרכז ליישומי משפט עברי (תשע"ה-2014)). נזכיר את דברי המלומד חיים כהן בספרו המשפט (עמוד 443), כי מקורות המשפט העברי מעגנים למעשה – מבלי לנקוב בשמו המפורש של הדבר – את עקרון פומביות הדיון:

> "האלמנה שתבעה את יבמה לדין עלתה 'השערה אל הזקנים' (דברים כ"ה, ז'); 'ובועז עלה השער' וקנה את כל אשר לאלימלך ולקח לו את רות המואביה לאשה לפני 'כל העם אשר בשער והזקנים' (רות ד', א' ו-י"א). השופטים (והשוטרים) צוו להימצא 'בכל שעריך' (דברים ט"ז, י"ח), ואת הבן הסורר הביאו לדין 'אל זקני עירו ואל שער מקומו' (שם כ"א, י"ט). עזרא קרא את בית דינו להיאסף 'ברחוב בית האלקים' תחת כיפת השמים (עזרא י', ט') והסנהדרין ישבה בלשכת הגזית שבבית המקדש, שעה שישבה בהרכבה המלא של שבעים ואחד; אבל בהרכבה של עשרים ושלושה, כשישבה לדון בדיני נפשות, ישבה 'על פתח הר הבית' או 'על פתח העזרה'

(סנהדרין פ"ח, ב'), מקום שהיה פתוח לפני כל העם, שהעזרה היתה 'מלאה מישראל' (יומא א', ח')".

המקורות הללו מגמה זהה להם – עריכת המשפט במקום הציבורי והפומבי ביותר, מתוך הכרה שהצדק צריך להיראות ולא רק להיעשות (מקור האמירה בפסק-הדין האמריקני R v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy, 1 KB 256 (1924)).

לג. הערך השלישי הנדרש לענייננו הוא חופש העיסוק. זכה חופש העיסוק להיות מזכויות היסוד הבודדות שעוגנו בחוק יסוד ספציפי – חוק יסוד: חופש העיסוק. עוד טרם חקיקת חוק היסוד – כבר בי"א בשבט תש"ט – פסק בית משפט זה, כי כל אזרח רשאי לעסוק בכל משלח-יד שיראה לנכון לבחור בו (ראו עניין בז'רנו). על חופש העיסוק נאמר, כי הוא "נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי. הוא ביטוי להגדרתו העצמית של האדם. באמצעות חופש העיסוק מעצב האדם את אישיותו ואת מעמדו ותורם למרקם החברתי. כך על-פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. כך על-פי ערכיה כמדינה יהודית. המלאכה מייחדת את האדם ומהווה ביטוי לצלם אלוהים שבו (ראו משנת רבי אליעזר (מהדורת ענאלאו, ניו יורק, תרצ"ד) פרשה כ', בעמ' 366)" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385, פסקה 15 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1997)). אכן, עקרון חופש העיסוק מחויב מהיות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. מקורות המשפט העברי הכירו בעבודה כמרכיב עיקרי ומכונן בחיי האדם. הנה מדברי אבות דרבי נתן: "אהוב את המלאכה כיצד? מלמד שיהא אדם אוהב את המלאכה ואל יהיה [אדם] שונא את המלאכה, שכשם שהתורה נתנה בברית כך המלאכה נתנה בברית [ההדגשה אינה במקור – א"ר] שנאמר 'ששת ימים תעבוד ועשית כל מלאכתך ויום השביעי שבת לה' אלהיך' (שמות כ', ט')" (נוסחא א',

פרק י"א). ערך העבודה מופיע גם בדברי הרמב"ם שקבע כי "מוטב לפשוט עור בהמות נבלות ולא יאמר לעם 'חכם גדול אני כהן אני פרנסוני', ובכך צוו חכמים, גדולי החכמים היו מהם חוטבי עצים ונושאי הקורות ושואבי מים לגנות ועושי הברזל והפחמים ולא שאלו מן הצבור ולא קיבלו מהם כשנתנו להם" (משנה תורה לרמב"ם, הלכות מתנות עניים פרק י' הלכה י"ח). ראו גם בשו"ת משפטי עוזיאל (הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל, ישראל, המאה הכ') כרך ד' סימן מ"ד, שלפיו אחת המצוות המקוימות בהיזקקות לעבודה עברית היא בכך שהמעסיק "ממציא לו (למועסק – א"ר) מלאכה כדי לחזק ידו שלא יצטרך לבריות ולא ישאל, ועל זה נאמר 'והחזקת בו'" (ויקרא כ"ה, ל"ה). עם זאת, בדומה לדין הישראלי (בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 נ' משרד העבודה והרווחה, [פורסם בנבו] פסקה 6 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2005)), המשפט העברי מכיר בכך שחופש העיסוק – חרף חשיבותו – אינו זכות מוחלטת. זאת במיוחד במקום שעסקינן בתחרות בלתי הוגנת, האסורה מתוקף "היורד לאומנות חברו" (ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך כ"ג, "יורד לאומנות חברו"). כך, בשו"ת אגרות משה (הרב משה פיינשטיין, ארה"ב, המאה הכ') יורה דעה חלק ב', סימן צ"ח, מתואר מקרה של שוחט שהצטרף לאגודת שוחטים מתוך הסכמה שלא יתחרה בהם. לימים עזב השוחט את העיר ופתח בית מטבחיים בעיר סמוכה. נקבע, כי השוחט מוגבל מכוח התחייבותו, הגוברת על חופש העיסוק בנסיבות העניין.

לד. כאמור, איזון בין ערכים אינו מלאכה פשוטה כל עיקר. לשם כך, נזקק בית המשפט לשלושת מבחני המידתיות, ה"מורידים למציאות" את מושג הסבירות הכללי (ראו ברק-ארז, כרך ב' 771). המבחן הראשון הוא מבחן האמצעי המתאים, הבוחן את ההסתברות שהחלטת המינהל אכן תשיג את מטרתה. המבחן השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הבוחן את קיומן של חלופות המגשימות אף

הן אותה מטרה, אך תוך פגיעה פחותה בזכויות הפרט. לבסוף, המבחן השלישי הוא מבחן האמצעי המידתי, השוקל את הרווח שבהשגת המטרה כנגד ההפסד שבפגיעה לזכויות הפרט. החלטה מינהלית סבירה היא כזאת העומדת בכל המבחנים שתוארו. אי-עמידה באחד מן המבחנים משמעה כי ההחלטה איננה סבירה. כזכור, אי-סבירות קיצונית עלולה להוביל להתערבות שיפוטית שתכריז על ההחלטה כבטלה.

לה. עקרון המידתיות – על שלושת מבחניו – מופיע גם במשפט העברי. הנה בקצרה מספר דוגמאות. ראשית, מבחן האמצעי המתאים. בשו"ת הריב"ש (ר' יצחק בר ששת, ספרד וצפון אפריקה, המאות הי"ד-ט"ו) סימן תפ"ד נדונה שאלת מאסר חייבים – כליאת אדם שאינו משלם את חובותיו הכספיים. ריב"ש פוסק, כי מאסר חייבים לגיטימי רק במקום בו מדובר בחייב בעל נכסים שיש סברה שהמאסר ישכנעו לשלם את חובותיו; לעומת זאת, כשעסקינן באדם מחוסר אמצעים, המאסר אינו יעיל וממילא אין לעשות בו שימוש (ראו גם משנה תורה לרמב"ם, הלכות מלוה ולוה פרק ב' הלכה א'; מנחם אלון כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל (תשכ"ד-1964)). שנית, את יישומו של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ניתן לראות בפסיקת הרמב"ם בחיבורו משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א'. הרמב"ם קובע, כי במקרה בו אדם רודף אחרי חברו להרגו – ומכאן "דין רודף" – כל אדם מישראל מצווה לעצור את הרודף ואפילו להרגו אם יש בכך צורך (הלכה ו'). הרמב"ם מסייג את ההלכה, וקובע שההיתר להרוג את הרודף חל רק במקום בו אין אפשרות להגשים אותה תכלית – הצלת הנרדף – באמצעים פוגעניים פחות כלפי הרודף (הלכה ז'). כלשונו:

> " [...] כיון שעדיין הוא רודף הרי זה נהרג, ואם יכולים להצילו באבר מאיברי הרודף כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסייף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו עושין, ואם אינן יכולין לכוין ולא להצילו אלא אם כן הרגוהו לרודף הרי אלו הורגין אותו [...]".

שלישית, מבחן האמצעי המידתי. המקור המכונן לעניין זה נזכר במשנה במסכת אבות פרק ב', משנה א' – "וְהֱוֵי מְחַשֵּׁב הֶפְסֵד מִצְוָה כְּנֶגֶד שְׂכָרָהּ". יש עלינו לאזן בין שיקולים מתחרים, אשר כל אחד מהם נכון וצודק כשלעצמו. כדברי רבי שלמה הכהן רבינוביץ' (האדמו"ר הראשון בחסידות רדומסק) (פולין, המאה הי"ט) בחיבורו תפארת שלמה "שיהיה להאדם פלס ומאזני משפט בידו לחשוב תמיד הפסד מצוה כנגד שכרה ושכר עבירה כנגד הפסדה. כאשר לפעמים יראה וידמה בנפשו לעשות איזה מצוה או להתפלל בקדושה ובנקיות יותר וישכח כי עי"ז [על-ידי זה – א"ר] הוא עובר על ד"ת [דין תורה – א"ר] מצד אחר". לסיום הנה דברי הרמח"ל (רבי משה חיים לוצאטו, איטליה-הולנד-ארץ ישראל, המאה הי"ח) בספרו הנודע מסילת ישרים, פרק ג':

> "והנני רואה צורך לאדם שיהיה מדקדק ושוקל דרכיו דבר יום ביומו כסוחרים הגדולים אשר יפלסו תמיד כל עסקיהם למען לא יתקלקלו, ויקבע עתים ושעות לזה שלא יהיה משקלו עראי, אלא בקביעות גדול, כי רב התולדה הוא. וחכמים זכרונם לברכה הורונו בפירוש צורך החשבון הזה, והוא מה שאמרו ז"ל (בבלי בבא בתרא ע"ח): על כן יאמרו המושלים בואו חשבון: על-כן יאמרו המושלים ביצרם, בואו ונחשב חשבונו של עולם, הפסד מצוה כנגד שכרה ושכר עברה כנגד הפסדה".

לו. נפנה ליישום המבחנים במקרה שלפנינו. כאמור, עלינו לפתוח בשאלה האם האמצעי מגשים את המטרה. לשון אחר, האם החלטת המשיבה שלא לאפשר את מפתוח פסקי-הדין על-ידי העותרת אכן תגן על פרטיותם של בעלי-הדין. חוששני, כי התשובה אינה חיובית. המשיבה מבקשת למנוע את מציאת פסקי-הדין באמצעות מנועי חיפוש אינטרנטיים על-ידי מלות החיפוש, אך לא זאת תהיה תוצאת החלטתה, כך נראה. החלטת המשיבה מגבילה את מפתוח פסקי-הדין על-ידי הגורמים המקבלים גישה ישירה למאגר הפסיקה שברשותה, אך אין היא מגבילה בפועל את מפתוחם על-ידי צד ג' אשר מפרסמם באתרו.

לז. כדי להבין את העניין ונפקותו, יש להתעכב על שני היבטים עובדתיים. ראשית, הסתברות העברת פסקי-הדין לצד ג'. אחד המאפיינים המרכזיים של עידן המידע הוא המהירות והקלות בה מידע עובר מפלוני למשנהו בלחיצת כפתור. אלה הם פני הדברים גם במידע המוגן בזכויות יוצרים (ניבה אלקין-קורן "זכויות יוצרים ותחרות – משוק עותקים למשטר רישוי" דין ודברים 485, 541 (תשס"ו); ראו גם ניבה אלקין-קורן "המתווכים החדשים ב'כיכר בשוק' הווירטואלית" משפט וממשל ו' 381 (תשס"ג)) וקל וחומר במקום בו עסקינן בפסקי-דין שמעצם הגדרתם אין בהם זכויות יוצרים המגבילות את הפצתם (ראו סעיף 6 לחוק זכויות יוצרים, תשס"ח-2007). עוד נזכור, כי העותרת היא חברה מסחרית שמרויחה את לחמה באמצעות הפצת פסקי-הדין. קרי, העברת פסקי-הדין לצד ג' אינה בחזקת ספק אלא יש להניח שמדובר בעובדה מוגמרת. שנית, מפתוח פסקי-הדין על-ידי צד ג'. חשוב להדגיש, כי המפתוח הוא ברירת המחדל, ואילו מניעת המפתוח היא בחירה אקטיבית שנעשית על-ידי בעל האתר. כפועל יוצא מכך, כמעט כל צד ג' שיפרסם את פסקי-הדין באתרו – למשל, אתר של משרד עורכי-דין או אתר חדשות – יוביל מיניה וביה למציאתם במנועי חיפוש אינטרנטיים. מיותר לציין, כי פרטיותו של בעל-הדין נפגעת

כתוצאה מעצם מציאת פסק-הדין – הכולל את פרטיו האישיים – במנוע חיפוש אינטרנטי, וזהות האתר אליו מפנה מנוע החיפוש אינה שוללת פגיעה זו. אם כן, סביר להניח שגם אם החלטת המשיבה תיכנס לתוקף – חיפוש שמו של בעל-דין במנוע חיפוש עדיין יוביל לפסק-דינו, אם זה יפורסם על-ידי מאן דהו.

לח. חרף האמור, יש עדיין מקום לסברה לפיה החלטת המשיבה תמנע את מפתוחם של חלק מפסקי-הדין; זאת שכן, הדעת נותנת שלא כל פסקי-הדין המפורסמים באתר העותרת יועתקו ויפורסמו באתרים של צדדים שלישיים. נזכיר, כי אתר העותרת כולל את רוב ההחלטות ופסקי-הדין הניתנים בבתי המשפט בישראל. אותם פסקי-הדין שלא יועתקו "יינצלו" מהליך המפתוח בזכות החלטת המשיבה המונעת מהעותרת את מפתוח פסקי-הדין המצויים באתרה. לכאורה – נחמה פורתא, אך גם כאן יש מקום לספק. מטבע הדברים, פסקי-הדין הבעייתיים במיוחד מבחינת פרטיות בעלי-הדין עשויים להיות אלה היוצרים את העניין הרב ביותר בקרב הציבור הרחב; מכאן החשש שפסקי-הדין המכילים פרטים אישיים ורגישים על בעלי-הדין לא יישארו באתר העותרת כ"אבן שאין לה הופכין" (בבלי עבודה זרה, ח' ב'). מכל מקום, בסגירה "הרמטית" או קרובה לכך לא עסקינן לכאורה כל עיקר.

לט. נמצאנו למדים איפוא, כי החלטת המשיבה לכאורה אינה מגשימה את מטרתה, או למצער – עושה כן באופן חלקי וחסר. פשיטא כי לנקודה זו חשיבות רבה. נמשיך לבחינת המבחן השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. גם מבחן זה אינו מציג באור חיובי כדבעי את החלטת המשיבה. כאמור, מטרת המשיבה – החיובית במהותה, במובן הערכי והאנושי – היא מניעת הפגיעה בפרטיותם של בעלי-הדין,

הנגרמת באמצעות מציאת פסק-דינם במנועי חיפוש אינטרנטיים. בכך מסמנת המשיבה מעין "קו בחול" וקובעת, כי פרסום באינטרנט (למשל, באתר המשיבה) כשלעצמו – מידתי הוא, אך לא כך מציאת פסקי-הדין במנועי חיפוש אינטרנטיים. התייחסנו מעלה להיבט המעשי של ההבחנה בין האינטרנט למנועי החיפוש האינטרנטיים, ובהמשך נתייחס להיבט הנורמטיבי. כעת נעסוק בשאלת החלופות.

מ. כשלעצמי סבורני, כי ישנן מספר דרכים חלופיות המגשימות את המטרה במידה דומה (ואולי אף יותר מכך) מבלי לפגוע בחופש העיסוק של העותרת או בעקרון פומביות הדיון. יפים לעניין זה דברי השופט – כתארו אז – אור (עניין אבי יצחק 82, פסקה 46 לפסק-דינו):

> "היבט נוסף שעל בית־המשפט לשקול, בהחליטו אם לאסור את הפרסום או לעכבו זמנית, נוגע לקיומן של סמכויות אחרות בידי בית־המשפט, אשר עשויות לספק את ה'צורך' בהגנה על השם הטוב. העיקרון הוא, שהשימוש באמצעי של איסור פרסום צריך להיות בבחינת 'צעד אחרון'. המדובר באמצעי דרסטי, אשר פגיעתו בפומביות הדיון קשה וחמורה. יש בשימוש באמצעי זה כדי למנוע, במידה רבה, את פומביותם האפקטיבית של הדיונים. על־כן, על בית־המשפט לשקול בכובד ראש את שאלת קיומם של אמצעים חלופיים, פוגעים פחות, אשר עשויים להגשים את התכלית של מניעת פגיעה שלא לצורך בשמו הטוב של התובע".

אכן, דומה שהדרך הנכונה למניעת פרסום מידע רגיש במנועי החיפוש האינטרנטיים אינה כוללת איסור מפתח כזה או אחר, אלא יש לודא מעיקרא כי מידע רגיש אינו מצוי בפסק-הדין, עוד טרם פרסומו

לציבור הרחב – וזאת ניתן לעשות במספר דרכים. המשיבה יכולה לערוך השתלמויות ריענון לסגל המשפטי והמינהלי בנושאי פרטיות בכתיבת פסקי-דין; ניתן לפרסם את פסק-הדין לבעלי-הדין בלבד, מספר ימים טרם הפרסום באינטרנט, תוך מתן הזדמנות לצדדים לבקש את מחיקתם של פרטים אישיים לא רלבנטיים (כך הוא הדין האמריקני. ראו Fed. R. Civ. P. 5.2(e); Fed. R. Crim. P. 49.1(e); Fed. R. Bankr. P. 9037(e); כן ראו Conley, Datta & Sharma, *Cyberlaw: Sustaining Privacy and Open Justice*, 71 MD. L. REV 772, 781-782; ראו והשוו לדין האוסטרלי Rule 2.29 of the Federal Court Rules 2011, made under the Federal Court of Australia Act 1976; לא למותר לציין, כי ניתן למצוא את פסקי-הדין האמריקניים במנוע החיפוש האינטרנטי – Google Scholar). בהקשר זה אציין, כי בארה"ב ישנם בתי-משפט המשתמשים באלגוריתם הסורק את פסק-הדין – עובר לפרסומו – ומחפש בו מידע רגיש דוגמת מספר תעודת-זהות (ראו למשל במדינת פלורידה "On-line Electronic Records Access Application " 27, 2014 (מופיע באתר בתי המשפט של פלורידה – https://www.flcourts.org)); בנוסף ניתן לכתוב את פסקי-הדין וכתבי הטענות בפורמטים שאינם מותירים מקום לזליגת פרטי מידע אישיים שאינם הכרחיים, והדבר אינו בשמים (ראו יהונתן קלינגר "הגנת הפרטיות בכתיבת פסקי-דין: הדפקט הוא בעיצוב" בבלוג Intellect or Insanity,(29.3.15) https://2jk.org/praxis/?p=5387); בעניין המאגר לביטוח רכב נזדמן לי לומר:

> "זכורני מימי כהונתי בבית המשפט המחוזי בשכבר הימים, כי תהיתי מדוע מתפרסמים שמות הצדדים בתיקי משפחה; אמנם לעת ההיא לפני קרוב לשני עשורים, עדיין לא היו המאגרים מפותחים כמו האידנא וכך גם המחשוב, ופסקי הדין לא היו איפוא נחלת הכלל באותה מידה; כיום, כאשר בהקלדה נוחה במאמץ מינימלי ניתן להגיע לפסיקה כולה, מתעצמת הפגיעה הפוטנציאלית במי שפרטי בריאותם נחשפים" (פסקה ו').

אמנם, ישנם דברים שהיום הם תהיית הלב ומחר הם המציאות. כל הצעדים המנויים מעלה – שאינם מוציאים זה את זה – עשויים לצמצם את הפגיעה בפרטיותם של בעלי-הדין מבלי לפגוע בחופש העיסוק של העותרת או בעקרון פומביות הדיון.

במקביל לצעדים שנמנו, ישנם צעדים נוספים שניתן לקדם במישור החקיקתי. כך, ניתן ליזום הצעת חוק שתקבע כי שמות בעלי-הדין יפורסמו בראשי-תיבות בלבד, כפי שנעשה במידה מסוימת במדינות אחרות (ראו לדוגמה בצרפת Commission Nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Deliberation No. 01-057 of 29 November 2001; ובבלגיה Commission de modernisation de l'ordre judicaire, "Rapport consacré à la question de la publication des décisions judiciaires: La plume, le Pélikan et le nuage", 30 Juin 2014). יצוין, כי הצעה דומה אכן עלתה בישראל, אך לא צלחה את הליך החקיקה (הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – אי ציון שמות בפסקי דין), התשס"ח-2007; ראו גם תומר מוסקוביץ "ההגנה על הפרטיות בפרסומי בית המשפט – האם ראוי לפרסם שמות בפסקי דין" משפטים י"ח 431 (תשמ"ט)). נזכיר בהזדמנות זו, כי הרשות מחוקקת מודעת לפגיעה הנגרמת לפרטיותם של בעלי-הדין כתוצאה מפרסום פסקי-הדין, ופועלת על-מנת לאזן בין פגיעה זו לבין עקרון פומביות הדיון. כך, סעיף 10(4)(ב) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995 קובע כי מרבית תיקי המשפחה יידונו בדלתיים סגורות, וכפועל יוצא פרסומם (וראו סעיף 70(א) לחוק) הוא בלא שמות הצדדים אלא "פלוני נגד פלוני" (וראו מנגד הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – חובת פרסום פסקי דין והחלטות של בית המשפט לענייני משפחה), תשע"א-2010; ראו גם רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ואייל כתבן "'הפסקים הסמויים מן העין': השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל" עיוני משפט ל"ד 603 (תשע"א-2011)). הוראה דומה, בנוגע לתיקי נוער, מעוגנת בסעיף 54(2) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14),

תשס"ח-2008 (ראו גם הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – איסור פרסום שמות קטינים בהליכים אזרחיים), התשס"ט-2009). דוגמה נוספת היא תיקון מס' 77 לחוק בתי המשפט הקובע, כי "לא יפרסם אדם שם או מספר זהות של בעל דין התובע פיצויים בשל נזקי גוף [...]". מהמקובץ עולה, כי לא ב"חלל חקיקתי" פועלת המשיבה, אלא בנושא שעינו של המחוקק בו "מֵרֹאשִׁית הַשָּׁנָה וְעַד אַחֲרִית שָׁנָה" (דברים, י"א י"ב) ויתכן כי היד עוד נטויה.

מא. ועתה אל השלב השלישי במבחן המידתיות, בו נבחנת המידתיות במובן הצר. האם הרווח שבהחלטה עולה על הפסדה – האם ההגנה שתקבל פרטיותם של בעלי הדין כתוצאה מהחלטת המשיבה ראויה לפגיעה בפומביות הדיון ובחופש העיסוק, האם "הצר שווה בנזק" (מגילת אסתר ז', ד'). מבחן זה מתייתר על פניו נוכח קביעותינו הקודמות, לפיהן לא נמצא להחלטה מקור סמכות חוקית (פסקה כ"ה), נראה כי אינה מגשימה את תכליתה (פסקאות ל"ז-ל"ח) והיא נבחרה חרף קיומן של חלופות פוגעניות פחות (פסקה מ'). עם זאת, אתיחס בקצרה גם למבחן זה.

מב. סעיף 68 לחוק בתי המשפט קובע ככלל, כי "בית משפט ידון בפומבי", לצד זאת כולל החוק תנאים מסוימים בהם ייאסר פרסום לגבי ההליך השיפוטי (ראו רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 18 לפסק-דינו של השופט הנדל (2014), המטעים על דרך העיקרון את פומביות הדיון תוך פרשנות מצומצמת לחריגים). אכן, פרסום פסקי-דין, מטבע הדברים, מביא להתנגשות בין הזכות לפרטיות לעקרון פומביות הדיון. החוק מסמיך את השופט להכריע בכל מקרה לגופו בהתאם לנסיבות העניין (ראו חוות דעתי ברע"א 8019/06 ידיעות אחרונות בע"מ נ' מירב לוי[פורסם בנבו] פסקה ה' (13.10.09)). כפי שחברתי

הנשיאה נאור מטעימה תדיר – הדין נגזר מן העובדות. החלטת המשיבה, לעומת זאת, מעדיפה באופן גורף את זכות הפרטיות, מבלי ליתן מקום להבדל המשמעותי בין פסקי-דין שונים – פליליים ואזרחיים, פסקי-דין והחלטות ביניים, ערכאות שונות ועוד. יתרה מזאת, ה"חיסיון ממפתוח" שמעניקה החלטת המשיבה – וכאמור, ספק אם פסקי-הדין לא ימצאו את דרכם למנועי החיפוש האינטרנטיים (ראו פסקאות ל"ז-ל"ח מעלה) – אינו מתמצה לפרטים האישיים של בעלי-הדין אלא חל על פסק-הדין בכללותו. כאן המקום להזכיר, כי שיטת המשפט הישראלית משתייכת בעקרונות רבים למסורת המשפט המקובל (Common Law), בה פסקי-הדין מהוים חלק משמעותי מן הדין עצמו (ראו סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה). לא אגזים אם אומר, כי בהיעדר גישה לפסקי-הדין – אין אפשרות עדכנית לדעת מהו הדין בישראל במלוא היקפו. לשון אחר, החלטת המשיבה עשויה להגביל חיפוש חטטני בחייהם של בעלי-דין ובכך תועלתה, אך עלולה היא גם למנוע משוכר דירה לדעת מהו חוסר תום-לב בקיום חוזה, בפרשנות עדכנית של בית משפט זה.

מג. עוד נציין בהקשר זה, כי אתר העותרת כולל אפשרות לחפש פסק-דין באמצעות שמות בעלי-הדין, והחלטת המשיבה אינה אוסרת זאת. המשמעות היא שכל אדם יכול – בתשלום נאות – להיכנס למאגר משפטי, דוגמת זה שמופיע באתר העותרת, ולחפש בו את שמות מכריו. לשון אחר, ככל שהחלטת המשיבה אכן "תציל" מספר מסוים של פסקי-דין רגישים ממפתוח, הרווח במישור פרטיות בעלי-הדין יתמצה בכך שלשם מציאתם יהיה צורך להיכנס – בלחיצת כפתור – למאגר משפטי ולשלם סכום מסוים. אינני מקל בכך ראש, חלילה, אך דומני שקשה להלום את הטענה לפיה מצב עניינים זה – בו פסק-דין

נגיש וחפיש (Searchable) במאגר משפטי אינטרנטי – מספק "אלמוניות בפועל" (Practical Obscurity) בניגוד למצב הקיים כיום, בו ניתן למצוא פסקי-דין באמצעות מנועי חיפוש אינטרנטיים. עניין דומה נדון בחוות הדעת של המכון הישראלי לדמוקרטיה באשר להצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), תשע"ה-2015. בחוות הדעת כותבת ד"ר שוורץ-אלטשולר, כי: "הצעת החוק שלפנינו מגדילה את הקושי הטכנולוגי דווקא משום שהיא עוסקת רק בהסרת תוצאות ממנועי חיפוש, ללא שהדפים המקוריים שבהם פורסם המידע – יוסרו. האם עולה בדעת מישהו להסיר ספר מן הקטלוג שבספריה מבלי להוריד את הספר מהמדפים תחילה? בסופו של חשבון תוצאה אפשרית של הצעת החוק תהיה העמקת הפער בין מי שיודע להגיע למידע שאיננו מופיע במנועי החיפוש לבין מי שאינו יודע ותלוי בהם" (עמ' 4 לחוות הדעת). אם כן, בתמונה שלנגד עינינו הרווח לפרטיות – ככל שקיים – קטן, ואילו ההפסד לפומביות הדיון ובעיקר לחופש העיסוק גדול. קשה להלום כי החלטה המביאה למצב זה תסכון, בכל ההבנה למניעיה הראויים.

סוף דבר

מד. אם תישמע דעתי, תבוטל החלטת המשיבה, כך שהעותרת תוכל להמשיך ולקבל גישה למאגר הפסיקה מבלי להתחייב לחסום את אתרה בפני מנועי החיפוש האינטרנטיים. אין בלבי ספק, כי המשיבה פעלה ממניעים חיוביים, ומתוך רצון "להגדיל ראש" נוכח השינויים המשמעותיים שיוצר עידן האינטרנט. עם זאת, חוששני שהחלטות מסוג זה מצריכות את הכרעת המחוקק להסדרת הנושא כדבעי. המלצותיה של ועדת השופט אנגלרד, כשיוגשו, ודאי יסייעו בכך. בינתיים אולי יהיו פיתוחים טכנולוגיים חדשים שיאפשרו עידון יתר של הנושא. אין בפסיקה זו כדי לומר שעל המשיבה לשבת בחיבוק ידיים ולצפות מנגד

בשינויי הזמנים – אדרבה; ישנם צעדים רבים הפתוחים בפני המשיבה, וחלקם הוזכרו במפורש מעלה (פסקה מ').

מה. יצוין, כי פסיקה זו אינה "תעודת הכשר" לכלל פעולות העותרת. התובענה הייצוגית התלויה ועומדת כנגדה תוכרע על-פי שיקול דעתו של בית המשפט היושב לדין. בנוסף, במהלך הדיון בתיק הועלו טענות כבדות משקל בנוגע לפעולות שנוקטת העותרת כדי שחיפוש שמו של אדם במנוע חיפוש אינטרנטי יוביל לאתר האינטרנט שבבעלותה, באופן היוצר מצג שווא לפיו שמו של אותו אדם מופיע בפסק-הדין, אף אם המציאות שונה בתכלית (ראו פסקה י"ב מעלה). הטענות עלו כבדרך אגב, ואין להן קשר ישיר לעתירה שבמרכז פסק-דין זה; מטבע הדברים, לא נערך בהם דיון מעמיק וכמובן שלא התקיים הליך הוכחות. מבלי לטעת מסמרות ומבלי שאקבע עובדתית כי העותרת נוהגת כך או אחרת אציין בקצרה, כי מדובר בפרקטיקה בעייתית ביותר שאינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק, ובודאי לא עם רוחו ותכליתו. פסק-דין זה התיחס לפגיעה בפרטיות הנגרמת לאדם שחיפוש שמו במנוע חיפוש מוביל לפסק-דין בו מוזכר שמו; אין ללמוד ממנו גזירה שוה לפגיעה בפרטיות הנגרמת לאדם שחיפוש שמו במנוע חיפוש מוביל לפסק-דין שנחזה כקשור אליו באופן מטעה. הפגיעה במקרה השני חמורה במיוחד נוכח אופיה המכוון, כנטען. על פני הדברים, פגיעה בפרטיות הנגרמת כתוצאת לואי חמורה פחות מפגיעה שנוצרה בכונת מכוון ומונעת ממניעי רווח של חברה מסחרית (ראו והשוו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, [פורסם בנבו] פסקה 33 לפסק-דינה של הנשיאה בינייש (2009)). חזקה על המשיבה שתברר את העניין לאשורו, וככל שיש אמת בטענה – תפעל למיגור התופעה בבחינת "וּבְעַרְתָּ הָרָע מִקִּרְבֶּךָ" (דברים י"ז, ז').

מו. אציע איפוא לחברי ליתן צו מוחלט לפיו תיבטל החלטת המשיבה. אציע בנסיבות שלא לעשות צו להוצאות.

המשנה
לנשיאה

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת לעמדת חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין לפיה יש להפוך את הצו על-תנאי לצו מוחלט ולבטל את החלטת המשיבה. לצורך תוצאה זו די בכך שהחלטת המשיבה מיום 18.8.2014 נתקבלה בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק הנדרשת נוכח עוצמת הזכויות הנוגעות בדבר – חופש העיסוק, עקרון הפומביות וחופש הביטוי מזה וההגנה על הפרטיות מזה (ליחסי הגומלין בין היקף התפרשותה של הוראת הסמכה ובין עוצמת הזכות המוגנת הרלוונטית ראו גם בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישאל [פורסם בנבו] (2.7.2014)).

האיזון בין הערכים וזכויות היסוד שצוינו אינה מלאכה פשוטה כל עיקר ועמד על כך חברי המשנה לנשיאה בחוות-דעתו מאירת העיניים. איזון זה ראוי לו כי יעוצב ויוסדר על ידי המחוקק או על פי הסמכתו המפורשת ובהיעדרה, אני מצטרפת לעמדת חברי כי ההחלטה מושא עתירה זו שקיבלה המשיבה ביום 18.8.2014, נתקבלה בחוסר סמכות.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

אני מצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בחוות דעתו המקיפה, שלפיה יש מקום להפוך את הצו על תנאי לצו מוחלט ולבטל את החלטת המשיבה נושא דיוננו, כמו גם לעיקר טעמיו של חברי כמפורט להלן.

אנו מצויים בעיצומה של מהפכת המידע שהביא עמו עידן האינטרנט. מידע שהיה בעבר נחלתם של יודעי ח"ן זמין עתה לכל דורש, במהירות ובקלות. המשפט רודף, כדרכו, אחר התפתחויות אלו, המצריכות אותו תדיר לפרשנות חדשה לחקיקה ישנה – ברוח הזמן והקדמה הטכנולוגית – ולאיזונים שונים שעשויים לשנות מהחלטות ותיקות (ראו למשל חוות דעתי בעע"ם 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי [פורסם בנבו] (24.3.2013)). מקומה של הרשות השופטת לא נפקד, וגם היא נאלצת לערוך חשיבה מחודשת ביחס לסוגיות שונות. כזו הסוגיה שלפתחנו, שהתעוררה נוכח דרישת המשיבה מהעותרת (וממאגרים משפטיים אחרים) לחתום על "כתב התחייבות" שבגדרו תתחייב היא לנקוט בכל האמצעים הדרושים כדי למנוע מפתוח של ההחלטות ופסקי הדין המועברים אליה. ההחלטה להחתים את העותרת על כתב התחייבות זה התקבלה – כך מפי המשיבה בכתבי טענותיה – על רקע עצמת והיקף הפגיעה בפרטיות המתדיינים, פגיעה שלעמדת המשיבה ניתן לצמצם בדרך של מניעת מפתוח פסקי הדין במנועי החיפוש. זאת, שכן עקרון פומביות הדיון אינו מחייב, לגישת המשיבה, את הנגשת המידע שבפסקי הדין לציבור דווקא באמצעות מנועי החיפוש האינטרנטיים.

שיקולי המשיבה – ראויים הם. אך מה יוצא? ראובן, שהוא עורך דין, יחפש את שמו של שמעון במאגר משפטי – למשל, "תקדין" – הזמין לו על רקע עיסוקו. תוצאות החיפוש יובילו את ראובן לפסק דין שבו נזכר שמו של שמעון – כמי שהיה בעל דין בהליך המשפטי, עד בו או כל דמות רלוונטית אחרת. לוי, שאינו עורך דין, יחפש את שמו של שמעון ב"גוגל". חיפוש זה יוביל את לוי לאותו פסק דין שאיתר גם ראובן, דרך "תקדין לייט". החלטת המשיבה מבקשת למנוע מלוי את האפשרות לאתר את פסק

הדין דרך מנוע החיפוש כדי לצמצם את הפגיעה בפרטיותו של שמעון. משמעותה היא זו: עורכי דין, משפטנים ובעלי גישה למאגרים משפטיים יוכלו למצוא את מבוקשם; לא כך הציבור הרחב. היכולת לאתר את פסק הדין לא תישלל אפוא, אך רק מי שבידו הגישה למאגרים המשפטיים השונים – גישה המחייבת ממון בלתי מבוטל, כמו גם כישורי חיפוש שאינם זמינים בהכרח לציבור הרחב – יוכל למוצאו. לדעתי, על רקע טיב הזכויות העומדות על הכף ונוכח משמעותה הניכרת והשלכות הרוחב הנודעות לה, הכרעה מעין זו – הדורשת איזון עדין בין השיקולים השונים הצריכים לעניין, המושכים לכיוונים מנוגדים – מצריכה עיגון חקיקתי, שאינו קיים בענייננו.

כך במישור הסמכות. ולעניין שיקול הדעת – אכן, ייתכן שכדברי חברי החלטת המשיבה "תציל" כמה פסקי דין ממפתוח; אך לא די בכך. ראשית, כפי שצוין, ספק אם אמנם פרטיות בעלי הדין (כמו גם אחרים שנזכרים בפסקי הדין השונים, בטובתם או שלא בטובתם) תובטח באמצעות החלטת המשיבה, בהינתן האפשרות העומדת לצדדי ג' לפרסם אצלם את פסקי הדין השונים. שנית ועיקר, פגיעה זו ניתן להפחית באמצעים חלופיים אשר חברי סקר כמה מהם בחוות דעתו, ובהם, למשל, פרסום מוקדם של פסק הדין לצדדים כדי שאלה יוכלו לעתור למחיקת פרטים אישיים לא רלוונטיים; סריקה ממוחשבת של פסקי הדין שתכליתה לאתר מידע רגיש; וצעדים חקיקתיים שונים (ראו פסקה מ' לחוות דעתו של חברי). כל אלה, מבלי לגרוע כל עיקר מן החובה לוודא מראש כי מידע רגיש – ודאי כזה שאין בו צורך לגוף ההכרעה במחלוקת – אינו מצוי בפסק הדין עוד טרם פרסומו לציבור הרחב, חובה אשר מוטלת בעיקר לפתחם של השופטים שעושים במלאכה. בשים לב לאלה, החלטת המשיבה, שכוונותיה הטובות ברורות, לוקה לטעמי גם במישור הפעלת שיקול הדעת, כפי שהבהיר חברי.

כאמור, אני מצטרף להכרעת חברי שלפיה דינה של החלטת המשיבה להתבטל.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ניתן היום, ל' בחשון התשע"ו (12.11.2015).

המשנה לנשיאה ש ו פ ט ת ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 14058700_T17.doc אק
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
א' חיות 54678313-5870/14
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן