



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט עידו דרואן-גמליאל

מבקש עומר ברגר

נגד

משיבה מדינת ישראל

ב"כ המבקש עו"ד אבירן אסבן
ב"כ המשיבה עוה"ד גיא אברס וחן יצחקי

החלטה בעתירה לגילוי ראיה

- מותרת בפרסום -

1 **מבוא :**

2 א. אזרח ישראל, ללא עבר פלילי, שב ארצה בטיסה, ועם נחיתתו עוכב ונערך חיפוש משטרתי על
3 גופו ובכליו לאיתור סמים, לא באקראי אך גם לא בהסתמך על מידע מודיעיני או אחר, אלא
4 בשל הופעת שמו ב"רשימת הכללה" – פלט מחשב יומי, יציר-אלגוריתם השואב נתונים מ[...] ,
5 באופן ממוכן וללא מעורבות אנושית, וחווה סטטיסטית את מעורבותם של נוסעים הנכנסים
6 לישראל בעבירות סמים. ברשימה זו אעסוק להלן ;

7 ב. מסגרת הדיון מצויה בעתירת המבקש לגילוי ראיה, שנחסתה לטובת הציבור לפי סעיף 45(א)
8 לפקודת הראיות, בתעודת חיסיון מיום 05.04.22. תעודה זו, שתכונה מעתה "התעודה" או
9 "התעודה השנייה", לפי העניין, אינה מתייחסת לראיה קונקרטית, דוגמת מסמך, ותחולתה
10 משתרעת על "כל פרט או מידע שיש בו כדי לגלות את השיטות והאמצעים ששימשו את משטרת
11 ישראל בהפעלת מערכת ההתראות של העוברים בנתב"ג במהלך החקירה בתיק זה לרבות
12 פרטים נוספים הקשורים בפעולת חקירה זו ותוצריה ולמעט תוכנו של מסמך המסומן א", שכן
13 "גילוי מידע זה או מסירתו יש בהם כדי לפגוע בעניין ציבורי חשוב, באשר הם עלולים : לחשוף
14 שיטות עבודה ודרכי פעולה של המשטרה ולפגוע ביעילות פעולותיה". כבר ידוע וגלוי להגנה, כי
15 מדובר בשיטות ואמצעים שמפעילה משטרת ישראל לשם סיכולן של הברחות סמים ארצה
16 ולשם לכידה והעמדה לדין של העוסקים בכך ;



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

1. למעשה, ענייננו ב"גלגול שני" של ההליך, שכן תעודה זו נערכה והוגשה לאחר שביום 22.03.22 ניתנה החלטת הרשונה בהליך זה, בה קיבלתי את עתירת המבקש לגילוי של מסמך א' הנ"ל, שנחסה בתעודה הראשונה, שהוצאה ביום 22.11.21;

4 רקע ומהות העתירה:

- 5 1. לפי כתב האישום, שהוגש ביום 25.10.21 בת"פ 58598-10-21, נלכד המבקש בנתב"ג ביום 15.10.21 עם שובו לישראל מחו"ל, כשבמזוודתו שלושה בקבוקים ובהם 1,300 מ"ל של סם מסוכן מסוג GBL. בגין מעשה זה, מואשם הנאשם בעבירה של יבוא סם מסוכן, לפי סעיף 13 יחד עם סעיף 19א לפקודת הסמים המסוכנים.
- 9 2. לכידתו של המבקש לא היתה מקרית: לפי דו"ח השוטר רס"ב דניאל אפשטיין, "התקבלה קריאה שיש הכללה" מאת בקר גבולות, שכן המבקש "מוכלל על ידי מרחב נתב"ג לחיפוש סם" [2/נ]. אין חולק, שערכו של המבקש והחיפוש בכליו נעשו על-סמך "רשימת הכללה", ללא מידע נוסף שמקורו אנושי. המבקש נלקח לחיפוש, ללא צו שיפוטי, והסם נמצא בכליו, כאמור לעיל.
- 13 3. תחילה הגיש הסניגור המלומד בקשה לקבלת חומר חקירה, לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נ"מ], תשמ"ב-1982, שרובה ככולה התייחסה לחוקיות החיפוש שנעשה בכליו של המבקש, בהיבט של פעולת המשטרה בניגוד לנוהל, ככל שקיים ותקין נוהל כזה. במהלך הדיון בבקשה, התברר כי ראוי במקרה זה לדון קודם כל בחומר החסוי הקשור לתיק ולקבוע את גבולות החיסיון. בהסכמת הצדדים, הושהה המשך הדיון בבקשה, כדי לאפשר להגנה לעתור לגילוי הראיה החסויה, ולבקשת הצדדים נקבע כי אדון גם בעתירה זו, שלפניי עתה [בע"ח -31078-12-21 (05.01.22), ע' 4-5].
- 20 4. לאחר דיונים, לרבות עיון בחומר חסוי וקבלת הסברים מאנשי משטרה במעמד התביעה לבדה, ניתנה ההחלטה הראשונה ביום 22.03.22, בה קיבלתי את עתירת המבקש לגילוי של מסמך א' הנ"ל, שהוא קצר ולקוני, ומכיל מידע דל למדי. החלטה זו, שהגיונה ותוצאתה תקפים גם עתה, מובאת כמעט בשלמותה להלן, בשינויים ובתוספות.
- 24 5. בעקבות החלטה זו מסרה המשיבה לב"כ המבקש עותק ממסמך א', אך ביום 05.04.22 הוציאה את התעודה השנייה, שאינה מתייחסת לראיה קונקרטית, דוגמת מסמך, ותחולתה משתרעת על "כל פרט או מידע שיש בו כדי לגלות את השיטות והאמצעים ששימשו את משטרת ישראל בהפעלת מערכת ההתראות של העוברים בנתב"ג במהלך החקירה בתיק זה לרבות פרטים נוספים הקשורים בפעולת חקירה זו ותוצריה ולמעט תוכנו של מסמך המסומן א", שכן "גילוי מידע זה או מסירתו יש בהם כדי לפגוע בעניין ציבורי חשוב, באשר הם עלולים: לחשוף שיטות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

- 1 עבודה ודרכי פעולה של המשטרה ולפגוע ביעילות פעולותיה". כאמור לעיל, כבר ידוע וגלוי
- 2 להגנה, כי מדובר בשיטות ואמצעים שמפעילה משטרת ישראל לשם סיכולן של הברחות סמים
- 3 ארצה ולשם לכידה והעמדה לדין של העוסקים בכך.
- 4 6. ביום 11.04.22 הגיש הסניגור עתירה שנייה לגילוי ראיה, בה מחה על דרכה של המשיבה שנטלה
- 5 לעצמה זכות ל"מקצה שיפורים", באופן שאינו הגון ושמבזה את ההחלטה הראשונה. בעתירה
- 6 השנייה מבוקשים הן ביטולה של התעודה השנייה, שהוצאה תוך פגיעות חמורות בהגנת המבקש
- 7 ובתחושת הצדק וההגינות, והן חשיפתה של שיטת ההכללה, החיונית להגנת המבקש.
- 8 7. ביום 03.05.22, במהלך דיון בעתירה השנייה, טען התובע המלומד כי המערכת הממוחשבת
- 9 שבבסיס שיטת ההכללה לא הוסברה עד-תום לבית המשפט בסבב הראשון, ולכן התקבלה
- 10 עתירת המבקש בהחלטה הראשונה. עוד נטען שהתעודה הראשונה חסתה רק את מסמך א',
- 11 כיוון שעד למתן ההחלטה הראשונה סברה התביעה, שהיקפו של חומר החקירה הטעון חיסיון
- 12 מצומצם יותר. בהחלטתי בדיון דחיתי את התנגדות ההגנה, קיבלתי את בקשת התביעה,
- 13 וקבעתי כי הדיון בעתירה יתחדש, על-בסיס התעודה השנייה. לאחר שמיעת איש המשטרה
- 14 רפ"ק פסטרנק במעמד התביעה בלבד, נדחה לבקשתה המשך הדיון.
- 15 8. הדיון התחדש ביום 14.06.22, בו טענו ב"כ הצדדים טענותיהם בהרחבה. ב"כ המשיבה הבהיר
- 16 כי אכן מדובר בחיסיון "גורף" החל על כל שיטת ההכללה באמצעות האלגוריתם, ושאינו כל
- 17 מסמך המגלם את השיטה או חלק ממנה (פרט למסמכים שנוצרו עבור הליך זה והוצגו במעמד
- 18 התביעה בלבד).
- 19 9. לאחר הדיון, הוגשו מטעם המבקש מסמכים שונים, וביניהם התייחסות לתיקונה של פקודת
- 20 הראיות, עניין שלגביו מסרה התביעה תגובתה.
- 21 **מהותה של רשימת ההכללה – גלוי ונסתר במידע שנמסר בנוכחות ההגנה :**
- 22 10. במהלך הדיון בתיק המעצר מסרה התובעת המלומדת, כי רשימת ההכללה היא תוצר של
- 23 "מערכת מודיעינית שמכלילה ומחשבת מספר נתונים" [מ"ת 21-01-58638 (29.11.21), ע' 7].
- 24 בהחלטה, מפי חברתי כב' הש' גרינברג, סוכם והובהר כי "כל אימת שמי מאותם אנשים,
- 25 הכלולים ברשימת ההכללה, פוקד את שדה התעופה, ניתן יהיה על בסיס הכללתו לבצע עליו
- 26 ובכליו, חיפוש". [שם, ע' 9]. עוד מסרה ב"כ המשיבה, בתיק המעצר, כי "המסמך [החסוי] כולל
- 27 פירוט של שיטה ואמצעים להכללה" [שם, ע' 8]. בהליך דנן, במהלך הדיון ביום 25.01.22, מסרה
- 28 ב"כ המשיבה תמצית מהמסמך ("פראפרזה"), לפיה "ההכללה בוצעה על סמך אינדיקציות
- 29 מיחשוביות בתחום הסמים", ובדיון ביום 06.02.22 הוסיפה ומסרה פראפרזה נוספת לפיה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

- 1 המבקש "הוכלל בשל אינדיקציות המעלות חשד ליבוא סמים" [עדג/6]. כך גם לעניינו הפרטני
- 2 של המבקש, ש"הוכלל במערכות כמי שיש לבצע בעניינו חיפוש סם", אך הסיבות להכללתו
- 3 חסויות [דברי התובעת בתיק המעצר, שם, ע' 7].
- 4 11. מידע נוסף באשר לטיב המערכת, כאלגוריתם הבוחן מידע סטטיסטי רב ממספר מקורות, נמסר
- 5 בהמשך [מובא בהחלטה הראשונה; דברי התובע בפרוט' 14.06.22].

- 6 12. עוד אישרה התביעה כי אין נוהל כתוב לפיו מופעלת המערכת [פרוט' 03.05.22, ע' 9].

7 עמדות הצדדים:

- 8 13. הצדדים לא חלקו על מהלך הדברים שהוביל למעצרו של המבקש ולאיתור הסם כמתואר לעיל,
- 9 אף לא על קיומו של "עניין ציבורי חשוב" שראוי להגנה, המגולם בשיטות ובאמצעים שמפעילה
- 10 משטרת ישראל לשם סיכול הברחות סמים ארצה ולשם העמדה לדין של העוסקים בכך.

- 11 14. **הסניגור** מנמק את חיוניותו של המידע החסוי להגנת המבקש, כדרך יחידה לביסוס טענותיו
- 12 לאי-חוקיותו של החיפוש שנעשה בכליו של המבקש ולפגיעה חמורה בזכויותיו החוקתיות:

- 13 א. במצב דברים שבו אין כלל "חשד סביר" לביצוע עבירת סמים, המתגבש בליבו של
- 14 שוטר, שכן אין כל מקור ובסיס לחשד זה במידע, מודיעיני או אחר – לא מתיר החוק
- 15 לשוטר לערוך חיפוש על גופו ובכליו של אדם;

- 16 ב. צפייה בתיעוד המצולם של חקירות המבקש, מלמדת כי החוקרים קשרו בין נטייתו
- 17 המינית של המבקש לבין עבריינות סמים, ועד-כדי סימונם הגורף של הומוסקסואלים
- 18 כעברייני סמים פוטנציאליים אך בשל נטייתם המינית. לפיכך "קיים יסוד לחשש
- 19 שהכנסתו של המבקש לרשימה נעשתה לשם קיום מעקב ופיקוח בגין נטייתו המינית",
- 20 תוך אפליה קשה וחמורה, מחמת 'פרופיילינג' אסור, ופגם זה בפעולת הרשות יכול
- 21 להצדיק את פסילת הראיות שהושגו כך ואף את ביטולו של כתב האישום;

- 22 ג. המערכת הטכנולוגית שיוצרת את רשימת ההכללה, משמשת-למעשה כ"דרך עוקפת
- 23 למסננת הביקורת השיפוטית" (ועוקפת במיוחד את קביעותיו של בית המשפט העליון
- 24 ברע"פ 3199/20 **זייצב נ' מ.י.** (2021)), ופועלת בדרך לא-ידועה, על-סמך מידע לא-ידוע,
- 25 בעקבות נוהל לא-ידוע או לא-קיים, ליצירת "רשימות שחורות" של אזרחים, לרבות
- 26 אלו הנעדרים עבר פלילי;



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

- ד. עצם קיומה של "שיטת ההכללה" נגוע באי-חוקיות, שכן היא משמשת לעיכוב כניסתם של ישראלים למדינתם, ללא סמכות, וכאשר החובה להציג דרכון בעת הכניסה לישראל לא נועדה לשמש לצורך זה;
- ה. לא ניתן להשלים עם קיומה של רשימה סודית, שהכלולים בה אינם יכולים לפנות לגורם נקוב ולבקש את הוצאתם ממנה, על-אף חומרת הפגיעה בזכויותיהם; שקיומה והזנתה בנתונים עלומים אינם מעוגנים בחוק, ואף-לא בנוהל מסודר ומפורסם, ובו קריטריונים בדוקים והנחיות ברורות המונעות שרירות-לב ואפליה ומקדמות שקיפות, שוויון וענייניות;
- ו. לאחר הוצאתה של התעודה השנייה, נטען כי מדובר בעקיפת ההחלטה הראשונה, באופן הפוגע בהגנת המבקש וגם בהגינותו של ההליך ובתחושת הצדק;
15. **התובעים** התייחסו לטענות המבקש ברמה הכללית וברמה הפרטנית:
- א. המשיבה עמדה על לשונה של פקודת הסמים המסוכנים, שמאפשרת לשוטר לערוך חיפוש על גופו ובכבודתו של נוסע המגיע לנקודה של ביקורת גבולות, ללא צו חיפוש ו"אם החיפוש דרוש לצורך קיום הוראות פקודה זו" [סעיפים 28(ב)(3) ו-28(ב)(4)] לפקודה]. בנוסף, כללי הלכת **זייצב** הנ"ל אינם אוסרים את עריכתו של חיפוש כאמור, אלא רק את עריכתו של חיפוש שרירותי לחלוטין, באין אינדיקציה ולו קלה ודלה;
- ב. בין הנתונים ששואבת המערכת ממערכות נתונים משטרתיות לא כלולה נטייה מינית, כך שאין מקום לחשש, שהמבקש זוהה, עוכב ונחפש עקב נטייתו המינית. כיון שכך, אין בחומר החסוי כדי להועיל להגנתו של המבקש;
- ג. נמצא אפוא, לדעת המשיבה, כי תעודת החיסיון מגינה על אינטרסים ראויים להגנה, אותם משרתת "שיטה" זו של רשימת הכללה, שהיא כלי לאיתור עבריינים ולמניעת עבירות סמים. חשיפת מנגנון ההכללה, לרבות הנתונים, תפגע קשות ביכולת זו של המשטרה, ולא תועיל להגנת המבקש. מכאן, שיש לדחות את עתירת המבקש;
- מסגרת נורמטיבית (1) – שיקולים שבהסרת חיסיון:**
16. לפי סעיף 45(א) לפקודת הראיות, עתירת בעל דין בהליך פלילי לגילוי ראיה שהוצאה לגביה תעודת חסיון, עשויה להתקבל באחד משני תנאים:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

- 1 א. האחד – כי הראיה חיונית להגנת הנאשם, כשנקבע בפסיקה שהמבחן לחיוניותה של
2 ראיה להגנתו של נאשם הוא מבחן "פוטנציאל המזכה", שלפיו יש לבחון אם הראיה
3 החסויה היא בעלת פוטנציאל לעורר ספק סביר באשמתו של הנאשם. "חיוניות"
4 הראיה תצדיק ותחייב את גילוייה [ע"פ 5033/19 מ.י. נ' אבו חדיר (2019), סעיף 19;
5 בש"פ 4873/17 יפה נ' שר הביטחון (2017)]. עוד נפסק, ש"בעיקרון, מידע מסוג זה, ככל
6 שהוא מסייע לביסוס טענה של אכיפה ברגנית, אכן עשוי להיות חיוני להגנתו של
7 העותר, למצער, לעניין הטיעון לעונש" [בש"פ 8914/15 פלוני נ' מ.י. (2016)];
- 8 ב. השני – כי הראיה עשויה להועיל להגנת הנאשם, גם אם היא אינה חיונית לה, ובלבד
9 שמידת התועלת הטמונה בה עולה על מידת הפגיעה בעניין הציבורי שעליו מגן החיסיון.
10 משמע, מקום שהראיה עשויה "להועיל" להגנת הנאשם, אך אינה בגדר ראיה "חיונית"
11 להגנתו, יש לערוך איזון בין מידת התועלת להגנת הנאשם לבין עוצמת האינטרס
12 הציבורי המוגן על ידי תעודת החיסיון [יפה, לעיל; בש"פ 8914/15 פלוני נ' מ.י. (2016);
13 וכך גם בעניין (03/03/2022) **United States v. Zubaydah** 20-827, בדעת הרוב
14 מפי השופט ברייר];
- 15 17. סעיף 46(א) לפקודה הנ"ל מדריך את השופט הדן בעתירה לבחון, בין יתר שיקולים, "את
16 הקשר שבין החומר החסוי לגדר המחלוקת בין בעלי הדין, בשים לב לגרסת ההגנה, את הקשר
17 שבין החומר החסוי לראיות הגלויות וחומר חסוי אחר בתיק, ואת קבילות החומר החסוי
18 ומשקלו הצפוי אם יוגש כראיה במשפט". הנחיה נוספת, שמקורה בפסיקה, קובעת שאת משקלן
19 ואת מידת חשיבותן של הראיות החסויות להגנת הנאשם יש לבחון בענינו של סניגור [בש"פ
20 6097/16 ע' ג' נ' מ.י. (2016)].
- 21 **מסגרת נורמטיבית (2) – חיפוש ללא צו שיפוטי בנקודת גבול, מכוח פקודת הסמים המסוכנים :**
- 22 18. ענייננו בחיפוש הנערך ללא צו שיפוטי, על גופו של אדם או בכליו, בנקודת ביקורת גבולות.
- 23 19. אין מחלוקת, שעריכת חיפוש על גופו של אדם או בכליו כרוכה בפגיעה קשה בזכותו החוקתית
24 לפרטיות, ובמקרים מסויימים של "פרופיילינג" או "חשד סטטיסטי", כרוכה בחיפוש גם פגיעה
25 בערך השוויון. פסלות הדבוקה בחיפוש שנעשה שלא כדין, יכולה להוביל לפסילת תוצריו. ברגיל,
26 נדרש "חשד סביר" להצדקת חיפוש ללא צו, והחשד חייב להיות קונקרטי ואובייקטיבי, דוגמת
27 התנהגות מחשודה, מידע מודיעיני ועוד [זייצב, פסקה 16 לדברי הש' אלרון].
- 28 20. מסעיפים 28(ב)(3) ו-28(ב)(4) לפקודה, אין לגזור סמכות כללית לערוך חיפוש על גופו של אדם
29 או בכליו, ללא כל תשתית עובדתית המצדיקה זאת. הסמכות לביצוע חיפוש מכוח סעיפים אלו



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

1 מוגבלת אך ורק לתכליות שלשמן צוין במפורש כי היא נועדה, ויש לממשה באופן מידתי להשגת
2 תכליות אלו בלבד – לשם קיום הוראות פקודת הסמים ולצורך שמירה על בטחון הציבור. ודוק,
3 אין משמעות הדבר כי נדרש קיומו של חשד קונקרטי כי אדם פלוני נושא על גופו סם, הנלמד
4 ממידע מודיעני או התנהגותי. אולם, יש להבטיח כי החיפוש יבוצע לפי אמות מידה ברורות
5 ואחידות, שיעוגנו בנוהל, ויתבססו על תשתית עובדתית מינימלית המלמדת על קשר רציונאלי
6 בין לבין נחיצות החיפוש שיבוצע לפיהן לשם קיום התכליות שנקבעו בחוק או בפקודה
7 הרלוונטיים; על כך שהיקף החיפוש שיבוצע לפיהן לא יעלה על הנדרש; ועל כך שאופן ביצוע
8 החיפוש לא יפגע בפרטיות של אדם מעבר לנדרש. מבלי למצות, ניתן להתחשב במידע כללי
9 אודות דפוסי פעולה של גורמים עברייניים המהווים איום על ביטחון הציבור והמעורבים
10 בהברחות סמים, ובמידע באשר למדינות שממן קיים סיכון לפעילות עבריינית מסוגים אלו
11 [זייצב, פסקאות 20-21 לדברי הש' ארון].

12 21. אסכם: חיפוש ללא צו בכניסה לישראל, על גופו של אדם או בכבודתו, לפי סעיפים 28(ב) ו-
13 28(ב)4 לפקודת הסמים המסוכנים, יכול להיערך כדין גם ללא חשד קונקרטי, אלא בהסתמך
14 על "מידע כללי" כגון דפוסי פעולה של עבריינים. אולם, גם הפעלתה של סמכות רחבה זו כפופה
15 לעקרונות יסוד, לבל תהפוך לשרירותית ומפלה.

16 **מערכת הכללה – דיון ומסקנות:**

17 22. אזכיר, שאין ענייני עכשיו בשאלה אם ניתן וראוי להרשיע את המבקש או לזכותו, אלא בשאלה,
18 האם מדובר בראיה החיונית להגנת המבקש, או למצער עשויה להועיל להגנתו. הגנת המבקש
19 ידועה וברורה – טענה לפסלות מהותית שדבקה בחיפוש ובתוצריו, הנעוצה בהסתמכות על
20 "רשימת הכללה" נעלמה, זאת ותו-לא. ההגנה טוענת, שחומרת הפסול תחייב את ביטולו של
21 ההליך הפלילי, בין-אם על-דרך טענה מקדמית ובין-אם על-דרך פסילת הממצאים שהעלה
22 החיפוש הפסול.

23 23. במהלך הדיונים בתיק, על שני סבביו, שמעתי את טיעוני הצדדים בנוכחות באי-כוחם, וכן
24 קיבלתי הסברים ומסמכים מגורמי משטרה, שלא במעמד ההגנה.

25 24. לב המערכת – אלגוריתם המסוגל ל"למידת מכונה":

26 א. בסבב הראשון התמקד הסניגור בעיקר בחשש למיתוג ולאפליה על-רקע נטייה מינית,
27 ותחילה נחה דעתי כי מסמך א' ומסמכים נוספים בהם עיינתי, ובמיוחד עדג/9, מסירים
28 חשש לאפליה מסוג זה;



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

- ב. אלא, שלאחר קבלת הסברים נוספים, הוברר ביתר שאת שלאגוריתם שבלב המערכת יש "בינה מלאכותית" או "למידת מכונה", שמשמעה כאן "למידה" של נתונים סטטיסטיים באופן המאפשר לאגוריתם לתת משקל פרטני ומשתנה לכל נתון מוזן, על-דרך של היזון חוזר, בתהליך בלתי-פוסק של הערכה ושינוי ובלשונו של התובע – "מטבע בריאתה לא ניתן לשלוט על המשקל ש[המערכת] נותנת לכל נתון שכן מדובר בלמידה עצמית בלתי מבוקרת על ידי אדם." [פרוט' 14.06.22, ע' 13]. משמע, המערכת "מלמדת" את עצמה את משקלם של נתונים ואת המשמעות הסטטיסטית של צברי נתונים (שיכולים להיראות אקראיים לחלוטין לעין אנושית);
- ג. שני קציני המשטרה שהעידו לפניי במעמד התביעה בלבד הבהירו נחרצות, כי "זה לא בנק נתונים, אלא אלגוריתם... אלגוריתם המלמד את עצמו... איננו יכולים לדעת איזה משקל נותן [לנתונים] האלגוריתם... מדובר בקופסה שחורה", [פרוט' במעמד צד אחד, 06.02.22], "לאדם אין השפעה על איזה נתון יהיה יותר חשוב או פחות חשוב... אנחנו יודעים באיזה נתונים הוא יכול להשתמש ולא יודעים מה המשקל של כל נתון" [פרוט' במעמד צד אחד, 03.05.22];
- ד. גם לאחר-מעשה, לא ניתן לבדוק ולדעת אילו נתונים נלקחו בחשבונו של האלגוריתם ומה משקל ניתן להם [פרוט' במעמד צד אחד, 06.02.22]. כבר אומר, וארחיב בהמשך, כי מצב דברים זה שולל-למעשה אפשרות לביקורת מנהלית ולביקורת שיפוטית יעילות;
- ה. טוענת ההגנה, כי מצב דברים זה יכול להוביל לתוצאות לא-צפויות ולא-רצויות, לרבות תיוג על-רקע נטייה מינית (או שיוך פוליטי, וכיו"ב), כפי שכבר ארע ונודע, במצבים אחרים שבהם נבנו אלגוריתמים שלרשותם עמדו נתונים בהיקף גדול ("big data").¹ אינני קובע כי אכן כך הדבר, כי אין ברשותי מידע מספיק. אולם הסתבר, שגם למפעילי

¹ לעניין זה הגיש הסניגור, ללא התנגדות, שני מאמרים המדגימים ומבארים כיצד, גם כשלא מוזן לאלגוריתם מסוים נתון של נטייה מינית, קיימת "האפשרות כי האלגוריתם המוצא את הנתונים ומחשב נתונים המצביעים בעקיפין על נטייה מינית, בין היתר חברות, לייקים, מיקומים, אני מציג שני מחקרים שיש ביכולת של מערכת האלגוריתם לדייק ב 91% בנטייה מינית" [שם, ע' 12]. מבין השניים יצוין מאמר מדעי, ואביא מאמר נוסף:

(1) Jernigan, Carter, and Behram FT Mistree. "Gaydar: Facebook friendships expose sexual orientation." *First Monday* (2009);

(2) MV Heinz, NX Thomas, ND Nguyen, TS Griffin, NC Jacobson. "Technological Advances in Clinical Assessment." *Comprehensive Clinical Psychology*, (301-320), (2022);



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

- 1 המערכת ולמשתמשים בה, אין מידע מספיק. שהלא, מדובר כאמור ב"קופסה שחורה",
2 שאיש אינו יודע בוודאות ובעמקות את דרך פעולתה ;
- 3 ו. בנוסף, מטרידים גילה של המערכת, שלא עברה עדכון מתום בנייתה, וחוסר הידיעה
4 באשר לתיקון – מתי ואיך נעשה, ככל שנעשה [דברי שני הקצינים]. ממסמך שנכתב
5 לצורך הליך זה והוצג לעיוני במעמד צד אחד, עולה כי המערכת הופעלה כ"פיילוט"
6 בשנת 2014 ולאחר "אישור לכך ממשרד המשפטים" [עדג/8 (משוחזר), ע' 2]. לא ידוע,
7 אם תם שלב הפיילוט, מי הגוף שאישר את הפעלתו, ומה תנאי האישור ;
- 8 ז. התביעה הדגישה אמצעי זהירות, נתון-סף שרק עניינם של החוצים אותו נבדק על-ידי
9 האלגוריתם [הפניות לפרוט' במעמד התביעה בלבד – 25.01.22 ע' 2 פסקה ראשונה ;
10 06.02.22 ע' 2 פסקה ראשונה, שורות 3-6, והערות התובעת בשורה 26 ; 03.05.22 ע' 2 ש'
11 1-3]. דא עקא, שמדובר בסף שקל מאוד לחצות אותו, שלא מרצון ושלא בידעה, כך
12 שפרטים של ציבור גדול מאוד של אזרחים ישרי-דרך ייבדקו על-ידי האלגוריתם ;
- 13 25. הסניגור העלה גם טענות כלליות יותר נגד עצם קיומה של "שיטת ההכללה", הנוגעות לתיוג
14 פסול, לפגיעה בזכות לפרטיות, לפגיעה בעקרון השוויון, לחריגה מכללי מנהל תקין ולפעולה
15 שרירותית מחמת היעדרו של נוהל מוגדר ומפורסם.
- 16 26. מידע שבכוחו להצביע על פגם מהותי ברשימת ההכללה, שעשוי לבסס טענה מקדמית של הגנה
17 מן הצדק, או עילה לפסילת ממצאים שתולדתם בחיפוש פגום, הוא אכן מידע חיוני להגנת
18 העותר. בלשון פשוטה וברורה – האם ניתן לקבל מצב שבו נאשם אינו יודע איך ומדוע החליטה
19 הרשות לעכבו ולערוך חיפוש בכליו? האם לא נאמר שנפגעו זכותו ויכולתו להתגונן מפני אישום?
- 20 27. קיומה של רשימת הכללה, כאמצעי-עזר לפילוח מותר ויעיל ולא לתיוג פסול, יכול לעמוד
21 עקרונית במבחנים שבאמצעותם מאזן הדין בין הערכים המתנגשים. כך נדונה רשימת הכללה
22 ביטחונית בבג"ץ 4950/90 פרנס נ' שר הביטחון (1993), ונמצאה כשרה, שכן קיומה וניהולה
23 נעשו לפי נוהל ברור ומוגדר (וחסוי) ; כלילתו של אדם ברשימה נעשה לפי מדדים הגיוניים
24 ורלבנטיים ולפי החלטת גורמי אישור רמי-דרג ; עניינו של כל מוכלל נדון לפחות מדי שישה
25 חודשים ; ומוכלל יכול לפנות בהשגה על כלילתו ברשימה, לקבל תשובה בכתב, ואף לתקוף
26 בבג"ץ את החלטת הרשות. לא כך, כאשר ההכללה נעשתה לפני זמן רב ולא עודכנה או בוטלה
27 מטעמים לא ברורים, וראו ע"פ 325/84 אברג'יל נ' מ.י. (1984). ודאי שאין להכשיר רשימה
28 שקיומה והזנתה בנתונים עלומים אינם מעוגנים בחוק, ואף-לא בנוהל מסודר, שבו קריטריונים
29 בדוקים והנחיות ברורות המונעות שרירות-לב ואפליה ומקדמות שקיפות, שוויון וענייניות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

28. ובענייננו: טיבה של רשימת ההכללה כפלט של מחשב [עדג/7], "המכליל ומחשב מספר נתונים" ומפיק "אינדיקציות מיחשוביות", גלוי וידוע. מעיון בחומר וקבלת ההסברים מאנשי משטרה, בדיון במעמד צד אחד, עולה כי בין הנתונים הרבים ששואב ומחשב האלגוריתם, גם נתונים המעלים סימני שאלה, שכן הקשר בינם לבין חיזוי עבריינות סמים איננו מובן מאליו, ולעומת זאת החשש לתיוג פסול קיים ומצריך ברור [ואפנה למשל לעדג/9, עמוד 1 סעיפים 10, 11, 13, 14; עמוד 13 סעיפים 5, 6, 1; עמוד 14 סעיף 1; ולסעיף 2 בנספח 1 לעדג/8]. לא ניתן לדעת מה המשקל שניתן לכל נתון ובכל מקרה בחישובי האלגוריתם, ומכאן גם שלא ברור הדבר גם בענייניו של המבקש, על-אף שנאמר אחרת ואף נכתב. כלומר, נימוקי בחירתם של הנתונים המוזנים למערכת אינם ברורים, ואין נוהל או הנחייה לגבי כלילתם או גריעתם של נתונים; המשקל היחסי שניתן לכל נתון אינו ידוע; ולא ברור אם נערך תיקוף, בעבר ובהווה; ואוסיף, שגם קיומו של "שלב שני" בדמות בחירה אנושית מתוך רשימת ההכללה, איננו בהכרח מונע או מקטין את עוצמת הפגיעה בערכי יסוד, שכן ייתכן שעל 'בחירת המחשב' בחשודים פוטנציאליים, עוד תתווספנה הטיות אנושיות.

29. לא למותר להביא מדבריה של כב' הש' ברון שדנה בעררו של המבקש, לעניין קביעת תנאי שחרורו – "האופן שבו נעצר המבקש בשדה התעופה כאשר אותר על פי "שיטת ההכללה" לדברי באת-כוח המשיבה – שיטה שלפחות בשלב זה לא ניתן לעמוד על טיבה – מעורר קושי ותהייה, שמא החיפוש לא בוצע כדין" [בש"פ 8308/21 ברגר נ' מ.י. 08.12.21]. תהיות מסוג זה הועלו גם בעניין זייצב, כשהשופטים עמדו על הצורך הדוחק בכינונם של נהלים שינחו את השוטרים בביצוע חיפושים במעברי גבול, לבל יפעלו באופן שרירותי ומפלה.

30. לפני חודשים ספורים דן בית הדין לצדק של האיחוד האירופי בעניין דומה, ופסיקתו מיום 21.06.22 מלמדת על מהלך משפטי מוכר, של זיהוי זכויות מוגנות העלולות להיפגע מפעולת רשות, לרבות קביעת משקלן, מחד גיסא; של הכרה בתכלית הראויה שבכוחה להצדיק את הפגיעה בזכויות, מאידך גיסא; ושל איזון ראוי המבטיח שהפגיעה תהא מידתית ולא תעלה על הנדרש [C-817/19 *Ligue des droits humains v. Conseil des ministres* (2022)]:

א. דירקטיבה אירופית משנת 2016 עוסקת במידע בנוגע לשמות הנוסעים בטיסות ונועדה להיאבק בטרור ובפשיעה חמורה². הדירקטיבה מחייבת את מדינות האיחוד האירופי לאסוף ולשתף מידע רב בנוגע לשמות הנוסעים הטסים מהאיחוד ואליה, ומרשה להן

² Directive (EU) 2016/681 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime (OJ 2016 L 119, p. 132);



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

- 1 להחיל אותם כללים על טיסות בתוך האיחוד. בלגיה אימצה בחקיקה הפנימית שלה
 - 2 את הדירקטיבה, אך ארגון זכויות אדם טען שהחוק מפר את הזכות לחיים פרטיים
 - 3 ואת הזכות להגנה על מידע אישי. ביה"ד קבע שהדירקטיבה יוצרת משטר מעקב
 - 4 מתמשך, שיטתי ולא ממוקד, שתוצאתו פגיעה קשה בזכויות לחיים פרטיים, להגנה על
 - 5 מידע פרטי ולשוויון. מאבק בטרור ובפשיעה חמורה מהווה "תכלית ראויה" שמצדיקה
 - 6 פגיעות אלו, אך יש לפרש את הוראות הדירקטיבה באופן שיבטיח שהפגיעה היא
 - 7 מידתית. בין היתר, התייחס בית הדין ישירות לשימוש בהערכה מוקדמת ממוכנת,
 - 8 הבהיר את יתרונותיה וסכנותיה, וגדר את המותר והאסור;
- ב. ביה"ד אסר בהקשר זה על שימוש בטכנולוגיית בינה מלאכותית במערכות למידה
- עצמית ("למידת מכונה"), המסוגלות לשנות ללא התערבות אנושית את מידת השפעתם
- של נתונים על התוצאה, לרבות את משקלם היחסי ואת אופן שקלולם. שכן, בהתחשב
- בחוסר השקיפות המאפיין את פעולת טכנולוגיית הבינה המלאכותית ("הקופסה
- השחורה" הנ"ל), לא ניתן לדעת את הסיבה לכך שהמערכת זיהתה אדם מסוים כבלדר
- סמים פוטנציאלי [פסקאות 194-195 בפסק הדין];
- ג. בהשאלה לענייננו, שימוש בטכנולוגיה כזו עלול לשלול מחשודים, שהפכו לנאשמים,
- את יכולתם להתגונן. הנמקתו של ביה"ד מנהירה את החשש החמור לפגיעה
- בזכויותיהם של חשודים ונאשמים וביכולתם להתגונן מפני האשמה, כשהמהלך
- המשפטי קרוב-דיו לנקוט בשיטתנו, כדי לקבוע שלדברים ערך משכנע;
- ד. אינני סובר שהדין הישראלי אוסר שימוש בטכנולוגיה של למידת מכונה לצרכי מלחמה
- בפשיעה ועוד, ובוודאי שאין לפסול מראש וקטגורית את השימוש בה גם ליצירתן של
- רשימות הכללה ודומותיהן. אולם, כפי שנאמר לעיל, לא בדרך לא-דרך כבעניין דנן;
31. מכלל האמור לעיל, והגם שלא אוכל לפרוס בפירוט תמיהות נוספות מבלי לפגוע בחיסיון קודם
- להכרעה חלוטה, עולה כי לכאורה לוקים קיומה ותפעולה של רשימת ההכללה בפגמים
- מהותיים, המעלים שאלות קשות, שלא ניתן יהיה ללבן כשההגנה הולכת בחשכת החיסיון
- ואינה יודעת להיכן תכוון את חיציה.
32. אני מוצא אפוא כי חלק הארי מהמידע המבוקש חיוני להגנת הנאשם-המבקש ויכול – לכאורה
- לשמש אותו לביסוס טענה מקדמית של הגנה מן הצדק ולביסוס בקשה לפסילת ראיה
- שהושגה שלא כדין (בין אם לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ובין אם לאורו של סעיף 56א(א)
- לפקודת הראיות).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני:

33. חשיפתם של פרטי הנתונים המשמשים את המערכת, משמעה חשיפתן של שיטות עבודה ודרכי פעולה של המשטרה, ויוצרת כך סיכון ממשי לפגיעה ביעילות פעולותיה של המשטרה, מעבר לנדרש להגנה. פירוט הנתונים, לרבות 'נתון הסף' הנ"ל, אך להבדיל מסוגי הנתונים ("קטגוריות"), יוותר אפוא בצל החיסיון. כך, מחד גיסא לא יוכלו עברייני יבוא הסמים לבחור בלדריס ודרכי פעולה לפי נתונים ידועים וכך להקטין את הסיכוי ללכידתם, ומאידך גיסא תוכל ההגנה להציג באופן יעיל את טיעוניה נגד השימוש הלא-מוסדר בתוכנה המסוגלת ללמידת מכונה.

8 **סוף דבר :**

34. לנוכח כל האמור לעיל, יצומצם החיסיון באופן משמעותי, יתר הגלוי על הנסתר, כך שיתגלה להגנה כל החיוני והנחוץ לה, במידה הדרושה ותו לא. הגשמתה של הוראה עקרונית זו נתקלת בקושי ייחודי, שכן באין נוהל, מדריך למשתמש, ספר הוראות או כל מסמך אחר המתייחס למערכת, באיזה אופן יועבר להגנה המידע שיש לגלותו?

35. בחומר שנמסר לעיוני במעמד צד אחד, מצוי מסמך המסומן עד/8 (משוחזר) שהוכן לצורך הדיון, וכולל סקירה קצרה של המערכת. במסמך זה מגולם עיקר המידע הנחוץ להגנה, ולו לעת עתה, ומסירת עותק ממנו לסניגור, בהעלמת פירוט הנתונים, תגשים את הגיונה של ההוראה העקרונית. אזכיר, כי החלטה זו אינה בהכרח האחרונה, שכן עם התקדמות הדיון בתיק העיקרי ניתן יהיה לשוב ולבדוק את החומר שנותר חסוי, ואם תתחדש הצדקה לכך, גם לגלותו.

36. העתירה מתקבלת, בסייג האמור, ואני מורה לתביעה למסור להגנה עותק מהמסמך עד/8 (משוחזר), לאחר מחיקה או הסתרה של אזכורי נתונים, המופיעים במסמך במקומות אלה: עמוד 1 – שבע המילים האחרונות בהערת שוליים 1; עמוד 2 – שורה שניה במלואה, שורות 20-21 במלואן; עמוד 3 – במלואו.

ניתנה היום, ט"ו תשפ"ב, 11 ספטמבר 2022, במעמד ב"כ הצדדים.

עידו דרוריאן-גמליאל, שופט

24
25
26
27



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

צ"א 22-01-24474 ברגר נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני: