

חיפוש בחומרי מחשב – תמצית עמדת המדינה בעניין ברמלי, ההחלטה

שנתקבלה באותה פרשה ותמצית ההחלטה בעניין פישר

רקע כללי

1. בתיק ברמלי נתפסו בצד 77 ארגזי חומר חקירה "פיסיים", גם עשרות חומרי מחשב: מחשבים ומכשירים סלולאריים. כל המחשבים שנתפסו היו בשימוש עובדי קבוצת החברות, חלקם עדי תביעה בתיק, אך בבעלות הקבוצה עצמה. בשל כניסת רוביקון לפירוק לא הייתה לברמלי נגישות למחשבים אלה, ולא היה ביכולתו לחפש בהם. במהלך החקירה סרקו החוקרים את חומרי המחשב שנתפסו, הוציאו מתוכם עשרות בודדות של מסמכים וסימנו אותם. בהתאם לפרקטיקה שנהגה באותה עת, החיפוש לא תועד כלל ולא נכתב לגביו כל מזכר.
2. בחודש מרץ 2017 הגיש ברמלי בקשה לקבל לידיו את כל חומרי המחשב שנתפסו בתיק. הדילמה שהתעוררה נגעה לשני היבטים: ראשית, המאשימה לא עברה בעצמה על מלוא חומרי המחשב מעבר לבדיקה שביצעו החוקרים. אף לא היה ברור עד תום אם מדובר בחומר חקירה. בהתאם להנחיות פרקליט המדינה, חובה על המאשימה לעבור על מלוא החומר לפני החלטה על הגשת כתב אישום. דרישה לעבור על מלוא החומר אינה מעשית בשל היקפיו המגיעים לעשרות מיליוני קבצים. שנית, היות שבהתאם למדיניות החברה, העובדים היו רשאים לעשות שימוש פרטי במחשבים שניתנו להם, העברת החומר במלואו עלולה הייתה לפגע בפרטיותם.
3. מנגד, נלקחה בחשבון העובדה שהאישומים מתייחסים לעיקר פעילות החברה באותן שנים ומכאן שבהתאם למבחנים המרחיבים המגדירים חומר חקירה על בסיס רלוונטיות, חלק גדול מהחומרים עשוי להיחשב רלוונטי. עוד הובא בחשבון שמדובר במחשבי חברה, ולא במחשבים פרטיים, ומכאן שמידת הפגיעה בפרטיות היא על פניה בעוצמה פחותה.

תמצית עמדת המאשימה בביהמ"ש המחוזי

4. המאשימה הביעה התנגדות לבקשה הגורפת של הנאשם לעיין בכל חומרי המחשב שהועתקו על ידה במהלך החיפוש. כן התנגדה המאשימה לבקשת הנאשם לערוך ולהעביר לו רשימה של החומר "שנאסף או נרשם בידי הרשות" הכוללת את כל החומר שהועתק.
5. המאשימה סברה כי מדובר במאטריה ייחודית, הדורש הכרעה קונקרטית המתייחסת לטיבו ומהותו של חומר המחשב והמאפיינים הייחודיים של דרך החיפוש בו, ממש כשם שניתנה בעבר הכרעה ייחודית ביחס לחומר שמקורו בהאזנות סתר.
6. המאשימה עמדה על מאפייניו המיוחד של חומר המחשב, בפרט בנסיבות פרשת ברמלי. בשונה מחומר קשיח, אשר תופס מקום ניכר במרחב הפיסי, ומעצם טבעו הוא מוגבל בהיקפו וניתן לכימות, יכול המחשב המודרני לכלול בתוכו מיליוני פריטים בתוך מקום אחסון זעיר ואף במרחב הווירטואלי. בנסיבות אלה, עיון בחומר המחשב כולו, קובץ אחר קובץ, אינו מעשי, והשוואת חיפוש במחשב לחיפוש פרטני הנערך בחומר פיסי, היא השוואת מין בשאינו מינו. ניסיון ללמוד היקש מההלכות הנוגעות לחיפושים מהסוג השני, ולהחילן על הסוג חיפושים מהסוג הראשון, סופן שיסכלו באופן מעשי את האפשרות לערוך חקירות, בפרט חקירות של העבירות הכלכליות המתוחכמות ביותר. ואכן, רוב רובו של חומר המחשב בעניין ברמלי כלל לא נקרא על ידי החוקרים ואין להם ידיעה בדבר מה שנמצא בו.

7. על רקע זה, הדרך היחידה שבה ניתן לערוך חיפוש בחומרי מחשב בהיקפים שכאלה, היא כזו הנעשית באופן מושכל באמצעות סינון, מיון ופילוח של החומר, הנסמכים על קריטריונים ענייניים רלוונטיים, שלא תוך עיון בכל קובץ וקובץ.
8. לעניין זה יש לערוך הקבלה בין החיפוש בחומרי מחשב לחיפוש "רגיל" בחצרים. בדומה לחוקר המגיע לזירה, ואוסף רק את אותם מוצגים שלטעמו שייכים לאירוע העבירה; וכשם שכל אותם מוצגים, חפצים ומסמכים שהחוקר בזירה לא אסף אינם נכנסים לגדר "החומר שנאסף או שנרשם" – כך גם כל יתר מיליוני מסמכי חומר המחשב, שהחוקרים כלל לא עברו עליהם, אינם נכנסים למסגרת זו. רק חומר המחשב שאותו "מצא" החוקר כתוצאה מפעולות החדירה והחיפוש המושכלות שערך, ורק זה שבו עיין ואותו שלף – רק חומר זה "נתפס" על ידו ונכנס לגדר "חומר שנאסף". כל יתר חומר המחשב – שהוא עצום ורב – אינו בגדר חומר ש"נאסף", גם אם כולו הועתק במהלך החקירה והוא מצוי פיסית בידי החוקרים. ממילא החומר המקורי נותר בחצרים ובידי הנאשם לעיין בו גם בלי שיועבר אליו ע"י הפרקליטות, ואם לא, הוא זכאי לקבל את החומר שבו הוא עצמו עשה שימוש מכוח זכותו הקניינית בו. אמנם, חלק מהחומרים מצויים בידי צדדים שלישיים, ומשכך אין לנאשם גישה אליהם. ואולם, לעניין זה יכול הנאשם, ככל שימצא לנכון, להשתמש בסעיף 108 לחסד"פ, המאפשר לו פנייה לביהמ"ש כדי שיוורה לצדדי ג' להמציא חומרים המצויים ברשותם. ככל שהצדדים השלישיים ימאנו למסור את החומרים לנאשם, יאזן בית המשפט בין צרכי ההגנה של הנאשם לבין האינטרסים שבהם אווזים בעלי החומר, ובכלל זה זכותם לפרטיות.
9. אמנם, בשונה מהחומרים בחיפוש הפיסי הרגיל, חומרי המחשב מועתקים ומצויים בידי הגוף החוקר. ואולם מקור הדבר ברצון להימנע מלשבש את שגרת העבודה בעת עריכת חיפוש במשרדה של חברה מסחרית ולא בסינון והחלטה פוזיטיבית בדבר מהות החומר. גם שמירת החומר בכספת משרדי הגוף החוקר נעשית רק כדי להבטיח "שרשרת ראייתית" בנוגע לחומרים שנשלפו, שתאפשר את הגשתם כמוצגים במהלך ההוכחות, ואין בעצם הימצאם כדי ללמד על סיווגם כחומר חקירה וגם לא כחומר שנאסף. מכל מקום, העובדה שהעתק כל חומרי המחשב מצוי בידי הרשות החוקרת פועלת לטובתו של הנאשם: החוקרים יכולים "לשוב לזירה"; הם יכולים לערוך חדירות וחיפושים נוספים בחומר המחשב בהתאם לבקשות קונקרטיות ומושכלות של הנאשם, ותוצאותיהן של בקשות אלה עשויות להתווסף ל"חומר החקירה" ולהרחיבו, כך שהגנתו של הנאשם לא תיפגע.
10. אין חולק שחיפוש במתכונת כזו אינו יכול להבטיח כי כל החומרים הרלוונטיים יאותרו – ממש כפי שהחיפוש בחצרים אינו יכול להבטיח זאת, שהרי החוקרים אינם מעיניים בכל מסמך ומסמך, וייתכן כי באתר החיפוש יישאר חומר בעל זיקה לחשדות שלא נתפס. עם זאת, דרישה למתכונת חיפוש אחרת שתחייב מעבר על כל תכולת המחשב – עשרות מיליוני מסמכים בכל מחשב, תמנע למעשה הגעה לחקר האמת באמצעות קיום חקירות פליליות, כל זאת בנסיבות שבהן ניתן להניח שחלק לא קטן מהחומר האגור במחשב אינו רלוונטי לשאלות שבבסיס החקירה.
11. ואכן, במספר פסקי דין, אישרו בתי המשפט פרקטיקות חיפוש שאינן כוללות מעבר על כל מסמך ומסמך, אלא סריקת חומרי המחשב בהתאם לקריטריונים רלוונטיים המוכתבים

מראש. כך למשל, בבש"פ 7289/14 מ"י נ' **אולמרט** (2014), ביקשה ההגנה להשאיר בחזקתה את תיבת הדואל של עדת המדינה שנמסרה לה בשגגה, בנימוק כי מדובר בחומר חקירה. בית המשפט, אשר נחשף לחומרי המחשב שבמחלוקת, קבע כי על התביעה לערוך מיון מחדש של תיבת הדואל, בדרך של חיפוש לפי מילות מפתח ולפי פילוחים שבית המשפט קבע בעצמו. ניסיון להסדיר מתכונת חיפוש חלקית כזו באופן מפורש נכללה גם בהצ"ח סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה חיפוש ותפיסה) התשע"ד, 2014. סעיף 98 להצעת החוק מפרט את השיקולים וסדרי עדיפויות אשר יעמדו בפני בית המשפט בשעה שהוא בוחן אם לאשר חדירה לחומר המחשב, תוך העדפת חיפוש הכולל עיון בחלק מחומרי המחשב ולא בכולו. על אופיו המאוזן והמידתי של פתרון זה ניתן ללמוד, על דרך ההיקש, גם מהחלטתו של ביהמ"ש העליון בפרשת אי.די.בי. (בש"פ 7585/14 **שטרום נ' מ"י**) (2015)). באותו מקרה ביקשה ההגנה לקבל לידיה את כל החומרים אשר הועתקו ממכשיר הטלפון הנייד של עד המדינה, ולחילופין שתניתן לה אפשרות לעיין בהם, ולא הסתפקה בחומרים שמסרה לה התביעה, אשר הופקו בהתבסס על פילוחים שונים. ביהמ"ש העליון דחה את הבקשה, בקבעו כי אין מניעה למיין בין חומרי חקירה לחומרים שאינם רלוונטיים, על בסיס פילוחים המוכוונים לסוגיות העומדות בבסיס הוכחת האישומים. דברים ברוח זו נקבעו לאחרונה גם בעניין שמואל (מ"ת 16360-08-16 מ"י נ' **שמואל**) (2017)). באותה פרשה טען הנאשם כי על המאשימה לעבור על מלוא החומר האצור בתוך טלפון סלולארי שנתפס על-ידה, ולסווגו בהתאם למבחנים של רלוונטיות. ביהמ"ש המחוזי קיבל את טענתה העקרונית של המאשימה, שלפיה לא ניתן לעבור על מלוא חומרי המחשב, וכי היא רשאית לעבור רק על חלק מהחומרים, תוך עריכת חיפוש בדרך של סינון ופילוח.

12. מעבר לכל אלה, ובשים לב לדומיננטיות של השימוש במחשב בחיי כל פרט ופרט, דרישה לעריכת עיון פרטני – מן ההכרח שתביא לפגיעה קשה בצנעת הפרט, בסודות מסחריים או בנושאים רגישים אחרים. אמנם בנסיבות המקרה הועברו המחשבים למשתמשים בהם לצורכי עבודה, ואולם משעה שהשימוש בהם לא הוגבל ע"י המעסיק לצורך זה בלבד, היו העובדים רשאים להשתמש בהם (ובפרט בתיבות המייל) גם לצרכים פרטיים, ולמעסיק לא הייתה זכות להיכנס ולעיין בהם. אכן, כפי שנקבע בפסיקה, מחשבים הם מאגר בלתי מוגבל כמעט של מסמכים וחומרים מסוגים שונים, לא כל שכן כשמדובר במחשבים האוגרים בתוכם חומר עסקי, שהיקף הפרטים המאוכסן בהם עשוי להגיע כדי עשרות ואף מאות אלפים. הדבר מקים פוטנציאל פגיעה כמעט בלתי מוגבל בפרטיותם ובסוד שיחם, הן של החשודים, הן של צדדים שלישיים, דבר המחייב רגישות מיוחדת בטיפול בסוגיה זו על-ידי גופי האכיפה.

13. על פוטנציאל הפגיעה המוגבר בפרטיות הנגרם עקב חיפוש בחומרי מחשב עמד גם המחוקק, תוך שהוא מדגיש את החובה המוטלת על גופי האכיפה לאזן בין צורכי החקירה לבין פרטיות מושא החיפוש, דבר המתבטא במגבלות שהוטלו על היקף החיפוש המותר. סעיף 23א לפקודת החיפוש קובע כי על צו השופט המתיר חיפוש בחומרי מחשב, לציין "במפורש את ההיתר לחזור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי העניין, והמפרט את מטרות החיפוש ותנאיו, שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש". לא קיימת הוראה מקבילה בהוראת החיפוש הכללית שבסעיף 23. סעיף 26(ב) לפקודת החיפוש קובע כי "המפקח הכללי של המשטרה יקבע הוראות נוספות לענין חדירה לחומר מחשב לצורך שמירה על הפרטיות ועל שלמותו של חומר המחשב". בדברי ההסבר להצעת החוק שבמסגרתה הוסף הסעיף, נאמר כי המגבלות שהמפכ"ל

- יוכל להטיל על החיפוש, יהיו, בין היתר, שימוש במילות חיפוש, חיפוש בתיבות מייל ספציפיות או חיפוש בחתך זמנים מסוים.
14. דברים ברוח זו נאמרו גם בפסיקה. בעניין היינץ ציין ביהמ"ש כי "עקב פוטנציאל הפגיעה בזכויות הפרט בעת ביצוע חדירה לחומר מחשב, הסדרה כזאת הינה חיונית, ומשכך ראוי לה שתסתיים בקרוב... מורכבותו של הנושא ורגישותו מחייבות כי התאמתו של הדין לחידושי הטכנולוגיה ולפוטנציאל הפגיעה שהטכנולוגיה גוררת בעקבותיה תעשה לא רק ברצינות ובאחריות אלא גם במהירות ראויה".
15. הדברים מקבלים משנה תוקף בשעה שהנאשם אינו מצביע על חומר קונקרטי כזה או אחר הדרוש לו לשם הגנתו. כידוע, בצד המבחן הרחב להגדרת חומר חקירה, נקבע, ש"סקרנות לשמה, רצון להשיג חומר לתכליות זרות להגנת הנאשם, ונכונות לצאת ל"מסעי ציד" שמא יימצא דבר שיסייע להגנה – אינם מספיקים...". לסייג זה קיימת חשיבות מיוחדת כשהצגתו של חומר שנאסף בחקירה עלולה לפגוע בזכויותיהם של אחרים או בערכים שונים שבאינטרס הציבור. ככל שהזיקה בין החומר לבין השאלות שבמחלוקת במשפט רופפת יותר, כך נדרש לשקול ביתר שאת את מידת הפגיעה בזכויותיהם של אחרים, ובערכים שונים שבאינטרס ציבורי חיוני הצפויה מהצגתו לעיון. מכאן, שלא כל חומר המצוי פיסית בידי התביעה עונה להגדרת "חומר חקירה" הנוגע לאישום, או לפריפריה של האישום, רק בשל כך, ומקום שמדובר בחומר הנוגע בצנעת הפרט, יינתן משקל לערך ההגנה על הפרטיות, ובלבד שלא יהיה בו כדי לגבור על זכות הנאשם למשפט.
16. נראה, אם-כן, שלנוכח השיקולים העומדים מנגד, מכיר הדין באפשרות לערוך חיפוש בחומר מחשב ולעיון בו באופן המאפשר באופן מעשי עריכת חיפוש, ומקטין את הפגיעה בפרטיות. הדבר יכול להיעשות תוך שימוש בטכניקות חיפוש המקטינות את חשיפתם של החוקרים לכלל חומרי המחשב שאינם קשורים למטרות החיפוש. טכניקות אלה עשויות לכלול, בין היתר, שימוש במילות חיפוש, חיתוכי זמן, חיתוכים הקשורים לצדדים להתכתבות, חיתוכים הקשורים לטיב הפעילות הרלוונטית וכיו"ב – הכול בהתאם לנסיבות המקרה, לחשדות הנחקרים, לסוג החומר שנתפס ולאמצעים הטכנולוגיים שבנמצא.
17. אמנם, באין מעבר על מלוא החומרים, כפי שכבר צוין לעיל, לא ניתן לשלול את האפשרות שעשויים להימצא גם בהם חומרים שעשויים לשמש את הנאשם בהגנתו, לצד ראיות נוספות להוכחת אשמתו. ואולם, אין באפשרות ערטילאית זו כדי להצדיק את הפגיעה הקשה בזכויות ובאינטרסים אחרים אשר עומדים מנגד. לעניין זה יפים דברי בית המשפט בפרשת **אי.די.בי**, שם נקבע כי לאור חוסר יכולתה של ההגנה להצביע על התועלת הממשית שתצמח לה מעיון בכל המידע שביקשה, ובשים לב לפוטנציאל הפגיעה בפרטיות שבדבר, הרי שה"חיתוכים" שערכה התביעה מאזנים באופן מספק בין הגנת הנאשם לבין הפגיעה הפוטנציאלית בפרטיות וזאת על אף שייתכן שההגנה תמצא בחומרים שלא נמסרו לה "דבר מה שיש בו כדי לשרתה
18. כאמצעי משלים, יש להכיר בזכותו של הנאשם לבקש כי גופי האכיפה יעמיקו את החיפוש בחומרי המחשב לפי קריטריונים ואמות מידה שיציע. זאת, ובלבד שאלה יהיו עניינים וממוקדים, ולא יהפכו באופן מעשי לדרישה לעיון במלוא חומר המחשב. אמנם, אפשרות זו עשויה להיות כרוכה, בחלק מהמקרים, בחשיפה מסוימת של קווי הגנה, ואולם פגיעה זו בנאשם היא מידתית בהתחשב בשיקולים העומדים מנגד, ובהתחשב בכך שדרישה לחשיפה

- מעין זו עשויה להתעורר, אם בכלל, בשלב מתקדם – לאחר שגופי החקירה כבר ערכו חיפוש בחומרי המחשב, "שלפו" מתוכו חומרים שנמצאו רלוונטיים, והעבירו את כולם לנאשם.
19. כאמצעי משלים נוסף יכולים גופי האכיפה להציג לבית המשפט – ככל שהדבר יידרש – כיצד נערך החיפוש בחומרי המחשב, ואיך אותרו המסמכים שנשלפו. תיעוד שכזה יאפשר עריכת בקרה, הן מצד אנשי הפרקליטות, הן מצד הנאשם עצמו, הן מצד בית המשפט - בדומה לבקרה המתבצעת באמצעות רשימת החומר שנאסף או שנרשם. כאמור, בקרה מעין זו אף תאפשר לגורמים השונים – ובכלל זה לנאשם עצמו, להציע כיוונים נוספים שיוכלו לטייב או לייעל את החיפוש ולהקטין עוד יותר את האפשרות כי חומר חקירה שהוא רלוונטי להגנת הנאשם ייעלם מעיני הגוף החוקר ולא יסווג ככזה. יצוין שבנסיונות פרשת ברמלי, לא בוצע תיעוד שכזה בזמן אמת. עם זאת, עובר לדיון בפני ביהמ"ש המחוזי הוחלט לערוך חיפוש נוסף בחומרי המחשב, ובמסגרתו נשלפו עוד כמה מאות מסמכים מחומרי המחשב. בנוגע לחיפוש זה הועבר תיעוד מעט יותר מפורט, אף שגם לגביו הוחלט בשלב זה להימנע מפירוט נרחב של כל מהלך החיפוש, בטרם תתקבל החלטה בנושא.
20. לדעת המאשימה, אין לגזור גזירה שווה בין הדין הנוגע לחומרי מחשב לדין החל בהאזנות סתר, וכפועל יוצא אין לחייב את גופי החקירה לערוך חיפוש במלוא חומרי המחשב בדומה למעבר על כל האזנות הסתר. אמנם, קיימות נקודות דמיון בין השניים. כך למשל, בשני המקרים קיים פוטנציאל ייחודי לפגיעה בפרטיות ובשני המקרים אין ההגנה מקבלת לעיונה את כלל החומרים שנתפסו, ולא נמסרת לידיה רשימה המפרטת חומרים אלה. ואולם בצד נקודות דמיון אלה קיימים גם הבדלים מהותיים. כך למשל, בעוד שהאזנות סתר מוגבלות לרוב ליעדים משוחחים מסוימים, ותחומות לתקופות מוגבלות, חומרי המחשב מכילים מידע עצום ללא הגבלה של זמן או גורמים מעורבים, כך בפרט כשמדובר במחשבים עסקיים. יתרה מזאת, המידע הממוחשב כולל לא רק מידע שנאגר באופן מכוון ע"י המשתמש, אלא גם תיעוד (לוגים) שנוצרים בידי התוכנות השונות במחשב בהיקפים ניכרים. בשים לב להיקפים אלה, כרוך החיפוש בחומרי מחשב בתשומות זמן וכוח אדם אדירות, שאלמלא יוגבלו או ייעשו באמצעים טכנולוגיים, הדבר יסכל באופן ודאי את יכולתן של רשויות האכיפה לערוך חיפושים במחשבים ולבצע חקירות אפקטיביות. הבדל נוסף הוא שבעוד שבהאזנות סתר אין מנוס מעריכת מלאכת המיון והסיווג של התוצרים בדרך של הקשבה לתוצרי השמע; בחומרי מחשב, שבהם החיפוש הוא באופיו טקסטואלי, ניתן לבצע סינונים ומיונים מקדימים באופן מושכל, שבכוחו להקטין את הפגיעה בפרטיותם של הנאשם ושל צדדים שלישיים. כך, למשל, ניתן לאפיין מראש תכתובות דואל מסוימות כתכתובות הנעדרות זיקה לאישום, או לזנוח מראש חשבון פייסבוק שברור שאינו נוגע כלל לחשדות, וכך להקטין את הפגיעה העודפת בפרטיות כתוצאה מהעיון בהם. מסיבה זו, כאמור, מטיל החוק חובה על גופי החקירה לאזן בין צרכי החקירה לשיקולי פרטיות כבר בשלב העיון והחיפוש בחומרי מחשב – חובה שאינה קיימת (ולמעשה אינה אפשרית) בהאזנות סתר.

החלטתו של בית המשפט המחוזי (השופט גונטובניק)

21. ביהמ"ש התייחס לעמדות שהובעו ע"י הצדדים כעמדות קצה. מחד גיסא, דחה ביהמ"ש את עמדת המאשימה שלפיה אין לראות במלוא חומר המחשב משום "חומר שנתפס". לדבריו, אף שהחומר הממוחשב שנתפס על-ידי גורמי החקירה מאתגר את הבנות היסוד לגבי המונח "חומר

חקירה" ולגבי האופן שבו יש ליישם לגביו את דיני העיון וההעסקה, אין בו כדי לשנות את תפיסת היסוד העומדת ביסוד סעיף 74 לחוק. לפי קביעת ביהמ"ש, גישת המאשימה "אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק וגם לא עם תכליתו... היא מעצימה את הפער המובנה לרעת הנאשם בהליך הפלילי. כיוון שכך, אין היא ראויה לשמש כבסיס לגשר על הפער שבין המציאות למשפט בתחום זה". לדבריו, אין בעובדה שחומר המחשב כולל מספר עצום של פריטים ושהגוף החוקר עיין רק בחלק קטן ממנו כדי לשנות מהעובדה שכמות זו נאספה על ידו. המבחן לעניין זה הוא מבחן השליטה, ומשעה שהחומר מצוי בשליטת המאשימה, ולנאשם אין גישה אליו, הרי שקבלת עמדתה הפרשנית של המאשימה תוביל לתוצאה המעצימה את פערי הכוחות לרעת הנאשם ולכך שהמאשימה תחזיק בחומר גלם בו תוכל לחפש ראיות כרצונה, בהתאם לתפיסתה שלה את האישום. במאמר מוסגר יצוין כי קביעה זו נוגדת את הדברים שאמרה המאשימה בדיון, ולפיהם, משעה שייקבע שאין מדובר בחומר חקירה, אין המאשימה רואה עצמה כמי שיש לה חירות להוסיף ולחפש בחומרי המחשב המצויים בידה, מעבר לחיפוש הראשוני שנערך ו"שליפת" החומרים משם.

22. כאמור, מאידך גיסא, ראה ביהמ"ש גם בגישת הנאשם שלפיה הוא זכאי לקבל לעיונו את מלוא חומר המחשב, היות שמקורו בחומרים ששימשו את הגורמים השונים לצורך עבודתם, גישת קצה שאין לקבלה. לדבריו, העברה גורפת של מלוא חומרי המחשב, ללא כל בקרה ופיקוח, אינה מייחסת משקל ראוי לזכות החוקתית לפרטיות, שלה רגישות מיוחדת בכל הנוגע לחומרי מחשב, בין היתר גם בשים לב לכך שהחומר כולל מידע, שהפרטים השותפים לגיבושו כלל אינם מודעים לקיומו, והוא יכול לגעת גם באינטרסים חשובים של צדדים שלישיים מלבדם. לפי קביעתו, משעה שהמחשבים שימשו גם לצרכים פרטיים ושימושם לא הוגבל לעבודה בלבד, אין בעובדה שמדובר במחשבים שניתנו לשימוש במסגרת העבודה כדי לשנות באופן מהותי מפוטנציאל הפגיעה בפרטיות הכרוך במסירתם הגורפת.

23. תחת שתי גישות אלה ביכר ביהמ"ש גישה שאותה כינה גישת הביניים, אשר תתקדם ממקרה למקרה לפי טיב החומר שבו מדובר, היקפו, אופי התיק, היכולות הטכנולוגיות וכו'.

24. לעניין זה סבר ביהמ"ש כי אף שניתן ללמוד היקש מסוים מהאיזונים החלים לגבי האזנות סתר, יש ממש בטענת המאשימה בדבר ההבדלים בין שני סוגי החומרים: הן בכל הנוגע להיקפם הבלתי מוגבל כמעט של חומרי המחשב בהשוואה להאזנות הסתר; הן ביכולת לחפש ולעיין בהם באמצעי שינון שונים בלי לעבור פיסית על כל מסמך ומסמך. לדברי ביהמ"ש, במקרה שבו היקף החומרים הוא עצום, בהשוואה לזה של האזנות הסתר, לא ניתן להטיל חובה מעשית על גורמי החקירה לעבור על כל החומרים הללו. כשביהמ"ש יתרשם כי החומר המצוי במחשבים או בטלפונים אינו רלוונטי להגנת הנאשם, ומדובר "במסע דייג", הדרך הראויה בה ניתן יהיה להתקדם היא באמצעות חיפוש על-ידי מילות חיפוש ופילוחים שונים, חלף העמדת החומר לעיון ההגנה. לעומת זאת, כשנראה שהחומר רלוונטי להגנת הנאשם, קשה יהיה להשלים עם תוצאה לפיה הוא אינו מועמד לבחינתו, תוך הסתפקות בחיפוש באמצעות מילות חיפוש, שכן ברור שבחיפוש מעין אין די כדי לאתר את מלוא החומר הרלוונטי. חרף כך, גם בנסיבות אלה לא ניתן להשלים עם העברה גורפת של החומרים הממוחשבים לעיון ההגנה ללא סינון מראש, נוכח האפשרות כי ייפגעו הזכויות של צדדים שלישיים. על רקע זה, יש לילך במקרה שכזה בדרך זו:

- יש ליצור קשר עם אותו צד ג', ולהבהיר לו כי קיימת היתכנות שהחומר בעניינו יועבר לעיון ההגנה במסגרת ההליך הפלילי, ושמטרת הפנייה אליו היא לקבל את עמדתו בעניין.

- יש להבהיר לו כי ביכולתו להסכים להעברת המידע, להתנגד לה, או להתנגד לה חלקית.
 - יש לתת לצד השלישי את ההזדמנות לעיין בעצמו בחומר הרלוונטי כדי שיוכל לקבל החלטה מושכלת בנושא.
 - כדי להבטיח עיון אפקטיבי, ראוי להכין לכל צד ג' תיאור כללי של החומר הקיים במחשב שלו (עץ תיבות הדואר האלקטרוני שלו, המתאר את תת התיבות; פירוט התיקות הקיימות במחשב שלו וכיו"ב), כדי שיוכל לבחון את הדברים באופן ממצה ומושכל.
 - ככל שיתנגד הצד השלישי להעברת החומרים להגנה, על גורמי החקירה לתעד את גדרי ההתנגדות, כדי שבית המשפט שיידרש לנושא יוכל להחליט האם להעביר את החומרים חרף התנגדות זו.
 - אם אחרי כל אלה יימצא שיש להעביר חומר מחשב לעיון ההגנה חשוב יהיה להדגיש שהחומר יועמד לעיונו של הנאשם ובאי כוחו ולא יועבר לשליטתם המלאה; כלומר, לא יהיה מקום להעתיקו ולהעבירו אליהם באופן מלא. יהיה נכון לאפשר לנאשם לחפש בו במקום בו הוא מוחזק על ידי גורמי החקירה, ותחת מנגנון פיקוח שייקבע.
25. בהימ"ש הוסיף כי באותם תיקים שבהם יימצא שחומרי המחשב מוגבלים בהיקפם, אפשר שיהיה מקום להחיל את הדין החל על האזנות סתר ולחייב את גופי החקירה לעבור עליהם באופן פרטני.
26. בנסיבות פרשת ברמלי, מצא ביהמ"ש מצד אחד, כי מדובר בחומר ממוחשב בהיקף אדיר, המונע מעבר פרטני מצד גורמי החקירה על כל פרט ופרט, ולכן לא ניתן יהיה להחיל לגביו את מערך הדינים החל על חומרי חקירה של תוצרי האזנות סתר. מנגד נמצא כי לאור גדר המחלוקת הרחבה בין הצדדים, והיות שמדובר בחומר ממוחשב ותיבות מייל ששימשו עדי תביעה מרכזיים נגד הנאשם במהלך עבודתם, עשויים להימצא בו חומרי חקירה רלוונטיים להגנת הנאשם בהיקפים משמעותיים ואין מדובר במסע דייג. משכך סבר ביהמ"ש כי קמה הצדקה להפעיל את המנגנון שפורט לעיל.
27. בד בבד נקבע כי נדרש תיעוד בנוגע לאופן שבו בוצע החיפוש בחומרים הממוחשבים וכי התיעוד שנערך בפרשת ברמלי (שלא כלל את רשימת המחשבים שבהם בוצע חיפוש מעמיק ולא פרס את רשימת מילות המפתח המלאה שבה נעשה שימוש לצורך החיפוש) אינו מספק. ביהמ"ש הורה לגוף החוקר לערוך חיפוש מפורט יותר שיכלול מילות חיפוש שיציע הנאשם, ולהכין מזכר מפורט יותר שיכלול מידע על אודות כל מילות החיפוש שנעשה בהן שימוש מטעם גורמי החקירה; פירוט מלא של כל השמות של בעלי החומר הממוחשב שבוצע לגביו חיפוש מעמיק, ושל כל השמות של בעלי החומר שבוצע לגביו חיפוש כללי; מהן מילות החיפוש שבאמצעותן בוצעה הסקירה הכללית; כמה פריטים נמצאו בכל פעולת חיפוש; מהם החיתוכים שנעשו, וכמה מופעים התקבלו כתוצאה מפעולות החיתוך. בה בעת נקבע כי על גורמי האכיפה לתעד את "חלוקת העבודה" שבין גורמי החקירה והפרקליטות במעבר על החומר, ובפיקוח של הפרקליטות על מעבר זה. בגדר כך יש להפיק מסמך המפרט באופן ברור ושקוף מיהם הגורמים המוסדיים שהיו מעורבים בפעולות החיפוש ומה היה חלקה של הפרקליטות בעבודת החיפוש, אילו הנחיות ניתנו, ואילו אמצעי בקרה נעשו כדי לוודא את טיבו של הליך החיפוש. ביהמ"ש דחה את הטענה שמדובר בתרשומת פנימית. לפי קביעתו, "כאשר מבקשת המאשימה להימנע ממעבר פרטני על החומרים הממוחשבים, ובה בעת למנוע את המעבר המלא מצד ההגנה, היא חייבת בשקיפות ממשית ומפורטת ביחס לפעולות החיפוש שנעשו על ידה. אחרת, לא ניתן יהיה

להעביר ביקורת אמיתית על דרכי התנהלותה, לא מטעם ההגנה וגם לא מטעם ביהמ"ש". לבסוף נקבע כי יש להכין רשימה של החומרים הממוחשבים שנתפסו, בהתאם למצוותו של סעיף 74(א)(1) לחוק. כאן יש להציג מהו החומר הממוחשב שנתפס; וביחס לחלק מהפריטים להציג מידע מפורט יותר. כך, למשל, ביחס למחשבים שנתפסו במקומות העבודה על גורמי החקירה להכין מעין תרשים המציין באופן כללי את סוגי הפריטים המצויים בכל מחשב ומחשב, ולכלול אותו ברשימה שתועבר להגנה.

שקילת הגשת ערר וההסדר הדיוני

28. המאשימה ראתה קושי רב בהחלטתו של ביהמ"ש המחוזי ושקלה להגיש ערר. הקושי התבטא בין היתר, בסתירה על פניה, בין ההחלטה להעביר את מלוא חומרי המחשב (זולת אלה שיימצא לאחר פנייה למשתמשים בהם כי הם פוגעים בפרטיות) לבין הדרישה לערוך חיפוש פרטני לפי מילות חיפוש; בהיקף העצום של החיפוש לפי מילים אלה (ולא למותר לציין שב"כ ברמלי העבירו למאשימה רשימת חיפוש ובה מאות מילים, שהניבה מאות אלפי תוצאות ואף למעלה מכך); בדרישה שלא הובהרה עד תומה לפרט את תכולת המחשבים ברשימה; וכן בדרישה כי החיפוש ייעשה במשרדי הגוף החוקר, שאינה אפשרית באופן מעשי. עוד ראתה המאשימה קושי בהגדרת מלוא חומרי המחשב כחומר חקירה, בנסיבות שבהן היא סברה שגדר המחלוקת מצומצמת יותר מזו שנטענה, ובקביעה העקרונית כי החיפוש בחומרי מחשב דומה באמות המידה שלו לחיפוש לפי סעיף 74, על מבחני הרלוונטיות הרחבים שנקבעו בו. לדעת המשיבה היה מקום לקבוע מבחני רלוונטיות ממוקדים יותר כשמדובר בחומרי מחשב, שכן החלת מבחני הרלוונטיות "הרגילים", סופה שתניב מאות אלפי תוצאות.

29. בסופו של דבר, נוכח מאפייניו של התיק, ובראשם היקף יריעת המחלוקת והעובדה שמדובר במחשבים ששימשו בעיקרם לעבודה, וכן בשים לב לערך המקביל שהוגש בעניין פישר, שכלל סוגיות דומות (וטענות דומות), הוחלט כי הדרך הטובה ביותר בנסיבות התיק היא להגיע עם הנאשם להסדר דיוני ולא לערור. בקווים כללים, במסגרת ההסדר הוסכם בין הצדדים כי חומרי המחשב יועתקו ויימסרו לידי ברמלי לאחר סינון חומרים פרטיים ע"י המשתמשים בהם – הליך שיבוצע בפיקוח המאשימה. לאחר העברת החומר ולאחר הכרעת ביהמ"ש במחלוקת ככל שיתעורר בקשר ליישומו של ההסדר, תהיה המאשימה פטורה מעריכת חיפוש נוסף בחומרי המחשב. יצוין כי במסגרת ההסדר הודגש כי חומרי המחשב הם בבחינת חומר החקירה, ומכאן שלמאשימה פתוחה האפשרות להוסיף ולעיין בהם גם במהלך ניהול התיק.

החלטתו של בית המשפט העליון בפרשת פישר

30. לאחר הדברים האלה, פורסמה החלטתו של ביהמ"ש העליון (השופט עמית) בעניין פישר, בו הוגשה בקשה בעלת אופי דומה.

31. בתמצית, ביהמ"ש עמד על מאפייניו הייחודיים של חומר המחשב – ראשית, היקפו העצום של החומר שנתפס, שהוא בבחינת "ארכיב כמעט אינסופי", כך שעל פניו ברי כי לא ניתן לעיין בכולו. שנית, הפגיעה המוגברת שקיימת בפרטיות בכל הנוגע לחומרי מחשב. לדברי ביהמ"ש, פגיעה זו בפרטיות, אינה רק כלפי העד במשפט שהמחשב או הטלפון הנייד שלו נחשף לגילוי ולעיון אלא גם בצדדים שלישיים רבים אשר "נוכחים" שלא בטובתם בחומר, כמי שעמדו

בקשר כזה או אחר עם בעל המחשב, מה גם שמחשב עשוי בנסיבות מסוימות לשרת יותר מאדם אחד.

32. בנסיבות אלה בוחן ביהמ"ש מהו ההסדר שראוי להחיל בסוגיה זו. נקודת המוצא היא כי יש להחיל בנוגע לחומרי המחשב את אמות המדיה הכלליות של סעיף 74, אשר מטיל את מלאכת המיון והסיווג על רשויות החקירה והתביעה, ולא על ההגנה ולא על העד שמחשבו או הטלפון הנייד שלו נתפס. משכך אין להעביר את מלוא החומר שנתפס והועתק כפי שהוא (as-is) לידי ההגנה. זאת שכן כשנתפס התקן דיגיטלי שמכיל מידע ממוחשב, הוא כולל פרטי מידע רבים שאין להם קשר כלשהו להליך הפלילי, וחלק ניכר מן המידע אינו ראוי להיחשף לעיניים זרות. לכן, מהלך כזה הוא מרחיק לכת ועלול לפגוע באופן שאינו מידתי בפרטיות, בחסיונות ובאינטרסים נוגדים אחרים. מנגד, בשים לב להיקפי החומר, אין לחייב את התביעה לעבור באופן פרטני על כל המידע ולסנן את המידע שאינו רלוונטי או שקיים אינטרס נוגד לחשיפתו. נוכח ההיקף העצום של תוצרים דיגיטליים, בחינת כל החומרים תצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה בעליל שהתועלת בה מלכתחילה שולית.

33. בצד זה, ואף שניתן ללמוד היקש מהדין החל על האזנות סתר, מדובר בהיקש מוגבל בלבד, לנוכח ההבדלים בין שתי המטרות: ראשית, קיים פער כמותי עצום בין תוצרי האזנות סתר המגיעים לעיתים אלפי שיחות ולכל היותר לעשרות אלפי שיחות, לבין תוצרים דיגיטליים שבאים לידי ביטוי במיליוני קבצים, טרה-בתים (TB) ופטה-בתים (PB) של מידע. בתחומי חיים רבים כמות עושה איכות, והכמות מחייבת גישה שונה. שנית, הפגיעה בצדדים שלישיים גדולה בהרבה בתוצרי מחשב וטלפונים ניידים. אמנם, גם מי שנתון להאזנה משך תקופה ארוכה, פרטיותו ופרטיותם של צדדים שלישיים המשוחחים עמו נפגעת. אך פגיעה זו מתוחמת לתקופת ההאזנה, בעוד שחומר מחשב כולל תקופה ארוכה הרבה יותר בזמן. נוסף על כך, אין למאזין אלא מה שנאמר על ידי המואזן וכן שיחו, ואילו בחומרי המחשב והטלפון הנייד, ניתן לחדור כמעט למחשבותיו ולעולמו הפנימי של בעל המחשב והטלפון הנייד. שלישית, בהאזנת סתר נעשה כבר סיווג ראשוני על ידי המאזין-המשקלט אשר שומע את השיחה ומסווג אותה מידית על פי אחת משלוש הקטגוריות (רלוונטי, נוגע, לא רלוונטי). לא כך בחומר המחשב, שהרי לא ניתן לצפות שכל קובץ ופריט יסרקו וייבחנו. דהיינו, בהאזנות סתר יש מגע יד אדם, לא כך בתוצרים דיגיטליים.

34. על רקע הדברים האלה קובע בית המשפט כי על רשויות אכיפת החוק לערוך חיפוש מושכל של חומר חקירה בתוך חומרי המחשב. חיפוש מושכל זה אף צריך להיות מתועד, אך ביהמ"ש לא עומד במדויק על אופן התייעוד. בגדר כך, נכון ביהמ"ש לקבל כי לצד החזקה שלפיה התביעה נוהגת בהגינות, עומדת גם ההנחה כי רשויות החקירה והתביעה ניסו למצוא בתוך חומר המחשב חומרים רלוונטיים ללא אבחנה בין חומרים שהם לטובת הנאשם או לחובתו. ככלל, בעת החיפוש המושכל של החוקרים, לא ניתן לדעת מראש מה יעלה בחכתו של החוקר. החיפוש המושכל הוא ניטרלי ו"אדיש" לשאלה אם הוא לטובת הנאשם או לחובתו. מכאן, שמלכתחילה קיימת מעין חזקה הניתנת לסתירה כי החומר שלא "עלה" בעת החיפוש המושכל בקבצי המחשב אינו רלוונטי או שנמצא בשוליים ולא בליבת החומר. עם זאת, כמו בכל חקירה, יש לבחון חזקה זו על רקע השאלה אם מוצו כיווני חקירה נוספים או שהחקירה "נעלמה" מלכתחילה על כיוון מסוים, והחיפוש בתוצרי המחשב נעשה אך ורק על פי כיוון זה. הדבר מעורר את החשש כי הרשות החוקרת תפסיק לאסוף ראיות בשלב בו היא משוכנעת כי יש בחומר כדי להביא להרשעת הנאשם, ומכאן שאם מצאו החוקרים את מבוקשם בחומר

- הדיגיטלי, הם לא ימשיכו לחפש חומר נוסף. הלכת "אין חקר לתבונתו של סניגור מוכשר" אינה נובעת מכך שתבונתו של הסניגור גדולה מזו של חוקר המשטרה או התובע, אלא כיוון שהיא אחרת ותכליתה אחרת. מילות המפתח של החוקרים והתביעה לצורך חיפוש מושכל אינם כשל אלה של ההגנה. חשש זה אורב לפתחה של כל חקירה, ואינו ייחודי לסוגיה שבפנינו. כדי להפיג את החשש, נדרש מנגנון נוסף שיוכל לספק מענה לצרכי ההגנה.
35. במסגרת מנגנון זה, קובע בית המשפט כי ההגנה תוכל להציע אפשרויות חיפוש מטעמה. כדי שאפשרות זו תהיה מעשית ויעילה, כבר בשלב מקדמי יוטל על המאשימה להעביר לידי ההגנה אפיון ראשוני של המידע הדיגיטלי שנתפס. בגדר כך נקבע כי יש לראות את כל החומר שהועתק על ידי החוקרים כ"חומר שנאסף", ועל המאשימה מוטל נטל ראשוני-מקדמי לאפשר בירור יעיל של השאלה אם חומר זה "נוגע לאישום". על מנת לעמוד בנטל זה, המאשימה אינה נדרשת לעבור על כל החומר ודי בכך שתספק להגנה אפיונים ראשוניים הנוגעים למחשב/טלפון הנייד וסוג המידע שבו: א. מי המשתמש במחשב/טלפון נייד. ב. מעין שרטוט כללי של החומר שנאסף, בדרך של מיפוי ראשוני של כמויות וסוגי הקבצים בחתכים שונים, כגון: מסמכים, דוא"ל, אנשי קשר, מסרונים, ווטסאפ, קבצי תוכן כמו PDF, אקסל, PowerPoint, תמונות ומיקומים. מיפוי ראשוני זה עשוי לשמש את ההגנה. לעיתים המיון הראשוני יאפשר לפסול חומר שאינו רלוונטי על פניו, או להצביע על חומר שיש בו פוטנציאל לבדיקה מבחינת ההגנה. ייתכן כי המיפוי הראשוני יגלה כי כמות הקבצים בסוג מסוים היא קטנה, וניתן לעבור עליה באופן פרטני. ג. תיעוד החיפוש שנערך על ידי חוקרי המשטרה.
36. לאחר קבלת חומרים אלה, תיפתח בפני ההגנה אפשרות לבקש חיפוש מושכל בחומר הדיגיטלי. ההגנה תוכל להציע אפשרויות חיפוש מטעמה, ובלבד שאפשרויות אלה יהיו סבירות ועומדות במבחן ההיגיון וסבירות המשאבים. ודוק: גם מילות מפתח או תקופות חיפוש אינן תרופות פלא בכל סיטואציה, למשל, כאשר מדובר במילת מפתח או תקופת חיפוש שמובילה למספר רב מאוד של קבצים. עשרות או מאות מילות חיפוש, או מילת חיפוש שעשויה להעלות מספר רב של תשובות יסכלו אפשרות זו. בקשה גורפת או מוגזמת של ההגנה לגבי התוצרים הדיגיטליים, עלולה להעלות חשש למסע דיג לא בכינרת הקטנה אלא באוקיינוס הגדול.
37. בית המשפט מציין כי אף שהפתרון המוצע אינו מושלם מבחינת ההגנה ויש סיכון כי חיפוש באמצעות מילות מפתח או חתכים אחרים "ישאיר פצועים בשטח", אך בכך אין כל רבותא. כל מסע דיג עשוי להסתיים בציד לווייתן, אך למרות זאת, ההלכה אינה מתירה מסע דיג: "[...] הגם שאין לשלול באופן מוחלט את האפשרות שההגנה תמצא ביתרת החומר שהועתק דבר מה שיש בו כדי לשרתה, משמדובר באפשרות ערטילאית שאינה נראית לעין [...]".
38. המתווה המוצע נשען על שתי הנחות עיקריות. ההנחה הראשונה היא כי לאחר סינון ובקרה מושכלים באמצעות מילות חיפוש או באמצעות טכנולוגיות אחרות, החומר שלא יאותר הוא חומר המצוי בפריפריה של הדברים. ההנחה השנייה היא, כי השאיפה אינה לחיפוש מושלם, אלא לחיפוש מושכל אופטימלי. מול הסיכון השולי שגם לאחר החיפוש המושכל שערכו רשויות החקירה והתביעה וגם לאחר החיפוש המושכל שתבקש ההגנה עדיין לא יאותר חומר רלוונטי שהוא בליבת האישום, יש להעמיד את המשאבים המוגבלים והעלויות הכרוכות בכך ואת הפוטנציאל הכמעט וודאי של פגיעה בחסיונות, בפרטיות ובערכים מוגנים אחרים.
39. באשר לטענה כי מתווה זה עלול להביא לחשיפה אפשרית של קווי הגנה, קובע ביהמ"ש כי חסיון קו ההגנה של הנאשם אינו זכות דיונית מהמעלה הראשונה, ולעיתים נדרשים איזונים עם אינטרסים אחרים, כגון האינטרס בדבר קידום החקירה. מעבר לכך מציין ביהמ"ש כי אין

- מקום להניח א-פריורי, שהצעות של ההגנה לחיפוש מושכל בחומר - למשל לפי מילה מסוימת או על פי חתך של תאריכים מסוימים - תביא מיניה וביה לחשיפה של קו ההגנה של הנאשם. וגם אם יש חשש כזה אין להניח כי התביעה תמהר "לתדרך" בהתאם את עדיה, כדי שיוכלו בבוא היום להתאים את גרסתם לקו ההגנה. חשיפה אפשרית של קו הגנה, היא אפוא "מחיר" מסוים שעל נאשם לקבל על עצמו, מול הסיכוי לאתר חומר שיש בו כדי להועיל להגנה.
40. ביהמ"ש חוזר ומדגיש כי אינו מתיימר ליצור הלכה כללית וגורפת לגבי אופן גילוי ועיון בתוצרים דיגיטליים. זאת, בשים לב לכך שעומדים אנו אך בראשית הדרך בנושא זה, שיש להניח כי בעתיד נידרש לו חדשות לבקרים בתכיפות הולכת וגוברת. ימים יגידו, ויש לבחון את הדברים ממקרה למקרה, ושמה התפתחויות טכנולוגיות תאפשרנה דרכים מתוחכמות של מיון וסינון, מה שעשוי להשפיע על היקף העיון והגילוי. בנוסף, ועיקרו של דבר, כל תיק ונסיבותיו הקונקרטיים, כל עד ונסיבותיו. בנושאי גילוי ועיון בכלל, ובתוצרים דיגיטליים בפרט, יש לנהוג על פי התיק ונסיבותיו, ובהתאם לכך לגזור את ההחלטה. הכל על פי מיהותו של העד שהחומר נתפס והועתק ממחשבו/מהטלפון הנייד שלו, מהותו של החומר, הפוטנציאל שלו להגנתו של הנאשם, זהות המשתמש במחשב ומידת השימוש בו, גדרי המחלוקת, היקף החומר שנתפס והועתק, היקף החומר המתבקש, משאבי התביעה וההגנה ועוד. האיזונים השונים, היקף הגילוי והעיון, החשש לפגיעה בהגנה עקב חשיפת קו ההגנה – כל אלה עשויים להשתנות ממקרה למקרה, ואין להיתפס לכלל גורף אחד.
41. בעניינו של פישר קובע ביהמ"ש כי מתקיימות כמה נסיבות ייחודיות: ראשית, החומר המבוקש שייך לעד מדינה שהורשע ונדון. אף שגם עד מדינה זכאי למתחם ומרחב של פרטיות, עד מדינה אינו כקרבן עבירה ואינו כעד תביעה רגיל. בהיותו עד מדינה הוא מתחייב מלכתחילה לשקיפות מלאה, כך שהציפייה שלו להגנה מלאה על פרטיותו נמוכה מזו של עד רגיל. עד מדינה הוא נוגע בדבר, ומטבע הדברים, מפלס החשדנות כלפיו גדול יותר, וגם יש בכך כדי להקרין על מידת הנכונות לחשוף יותר חומר שמקורו בתוצרים דיגיטליים, מאשר לגבי עד רגיל. שנית, במסגרת תפקידו במשטרה רכש עד המדינה ידע נרחב ומומחיות בכל הנוגע לחיפושים במדיה דיגיטלית, בהצפנה ובשליטה באחסון החומר באופן שיקשה על גילויו. באי כוח המשיבים פירטו דרכים אפשריות למנוע איתור החומר בחיפוש רגיל על פי מילות חיפוש. אין מדובר בחשש ערטילאי, נוכח המניפולציות שביצעו הנאשמים ועד המדינה, ומכאן שיייתכן כי חיפוש על פי מילות חיפוש מקובלות לא יצלח. שלישית, למכשירי הטלפון מעמד מרכזי בחומרי החקירה. להבדיל ממקרים אחרים, אין מדובר בראיה אגבית, שיכולה ללמד באופן נקודתי על נתון כזה או אחר, כמו מיקום העד בתאריך מסוים. מערכות היחסים בין המעורבים בפרשה היו מורכבות, התפרסו על פני תקופה ארוכה, והגבולות בין יחסי עבודה-פעילות עבריינית-יחסים אישיים קרובים, היטשטשו. מכשירי הטלפון שימשו לביצוע העבירות כפי שעולה מכתב האישום עצמו. רביעית, החיפוש שנערך על ידי חוקר המחשבים של המשטרה לא תועד כהלכה. החיפוש עצמו לא העלה כמעט דבר. על פניו, דומה כי מדובר בחיפוש לא מעמיק בטלפון הנייד בלבד, חיפוש מינימלי בחתך של מספר שמות שנבחרו על ידי החוקרים, אשר לא הכיל מילות חיפוש שאך טבעי היה להשתמש בהן. לאור המעמד המרכזי של הטלפונים הניידים בביצוע העבירות ובשיבוש החקירה, כפי שעולה מכתב האישום גופו, דומה כי יש ממש בטענת ההגנה שלא נערכו חיפושים כדבעי בתיבת הדוא"ל של עד המדינה או בווטסאפ, ועשויה להתעורר השאלה אם 'חזקת החיפוש המושכל', שהוזכרה לעיל, עומדת בעינה גם במקרה דנא. חמישית, היקפם של חומרי המחשב במקרה זה הוא מצומצם באופן יחסי.

42. על רקע זה נקבע כי בנסיבות המקרה עד המדינה עצמו יעשה סינון ראשוני של החומר. בסופו של דבר, החשש העיקרי הוא לפגיעה בחסיון עו"ד לקוח, ובפרטיותו של עד המדינה ושל צדדים שלישיים הקשורים עמו. מכאן הצעתו כי הוא עצמו יגיע למשרדי התביעה, יערוך סינון בכל הקבצים הדיגיטליים ויסמן את אלה שלגישתו-שלו אין לעיין בהם מטעמי חסיון ופרטיות. מובן כי עד המדינה לא יהיה הפוסק האחרון בסוגיה. לאחר מכן, המדינה תבקר את המיון הראשוני שיבוצע על ידו, תבחן אם אכן היה מקום ל"פסילת" החומר, ויתרת החומרים תועבר לנאשמים. ההגנה תהיה רשאית לחפש ולעיין ביתרת החומר במשרדי התביעה, למשך חמישה ימי עבודה נוספים בלבד. בכך תמצה ההגנה את העיון, והתביעה נדרשת כמובן לשיתוף פעולה מלא. מובן כי אם למרות הסינון והמיון המוקדם ההגנה תיתקל בחומרים שיש בהם משום פגיעה בחסיונות, פרטיות ואינטרסים נוגדים אחרים, עליה להחזיר החומר לידי התביעה.
43. בהינתן היקף החומר המועט, לגישת ההגנה עצמה, חזקה כי המועדים שנקצבו לעיל יספיקו לאיתור וגילוי החומר הרלוונטי הנמצא בליבת הדברים, ומה שלא יאותר בתוך פרק זמן זה, נמצא מן הסתם בשוליים ובפריפריה.