



רשומות

הצעות חוק

31 ביולי 1978

1361

כ"ז בתמוז תשל"ח

עמוד	
301	חוק דיני העונשין (האונת סתר), תשל"ח-1978
307	חוק יסודות המשפט, תשל"ח-1978

מתפרסמת בזה מטעם הממשלה הצעת חוק דיני עונשין (האונת סתר):

מבוא

מטרתו של החוק המוצע היא מצד אחד לתת בסיס משפטי איתן להגנת הפרט מפני התערבות בצנעתו על ידי האזנה לשיחותיו ללא ידיעתו ולהבטיח את ההגנה על ידי הוראה המענישה האזנה אסורה, ומן הצד השני להסדיר את ההליכים להאזנה כשזו מחוייבת מטעמי מים של בטחון המדינה או מטעמים של מניעת עבירות וגילוי עבריינים.

הגנתה של הזכות לצנעת הפרט אפשרית היום רק כאשר יש בהאזנה משום השגת גבול, ואז יכול האזרה הנפגע לתבוע את משיג גבולו כתביעה לפיצויי נזק, ואם יש במעשה משום השגת גבול פלילית – ניתן גם להעמיד את העבריינין לדין בפלילים. אולם למצב זה שתי מגרעות:

א. החוק הקיים מגן על זכות הצנעה הפרטית על יסוד עוולה אזרחית או עבירה פלילית שנועדו להגן על זכויות אחרות, קנייניות בעיקרן, ועל כן אם אין במעשה ההאזנה משום פגיעה בזכויות אלה, אין הנפגע מוגן נגד האונת סתר; וכזה הוא המצב במרבית מקרי ההאזנה;

ב. מצד אחר, אין החוק הקיים מסדיר באופן מפורש האונת סתר במקרים מיוחדים ולצרכים של בטחון המדינה ומניעת פשעים וגילויים, כשיש בדבר ענין חיוני לציבור, וכשמשקל הצורך עדיף על משקלה של זכות הפרט האמורה.

החוק המוצע בא לתקן ליקויים אלה: מובהר בו שהזכות לפרטיות עומדת גם בלא זיקה לזכות הקניין, והוא מתווה הסדר המאפשר האונת סתר לצרכים חיוניים של טובת הציבור.

חוק דיני העונשין (האזנת סתר), תשל"ח-1978

פרק א': כללי

1. בחוק זה –
- “האזנה” – האזנה לשיחת הזולת באמצעות מכשיר, לרבות הקלטת שיחה כאמור;
- “האזנת סתר” – האזנה ללא הסכמת אף אחד מבעלי השיחה;
- “רשות בטחון” כל אחד מאלה:
- (1) אגף המודיעין במטה הכללי של צבא-הגנה לישראל;
- (2) המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים;
- (3) שירות הבטחון הכללי;
- “שיחה” – כדיבור או בדרך תקשורת אחרת;
- “שר” – ראש הממשלה או שר הבטחון;
- “פקודות הצבא” – כמשמעותן בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955;
- “קצין משטרה מוסמך” – קצין משטרה בדרגת ניצב משנה ומעלה, שהסמיך המפקח הכללי של המשטרה.
2. (א) המאזין האזנת סתר שלא על פי היתר כדין, דינו – מאסר שלוש שנים.
- (ב) המשתמש ביודעין וללא סמכות כדין בידיעה שהושגה על ידי האזנת סתר, בין שנעשתה על פי היתר כדין ובין אם לאו, או מוסר ידיעה כאמור ביודעין לאדם שאינו מוסמך לקבלה, דינו – מאסר שנה.
3. האזנה, אף שהיא נעשית בהסכמת אחד מבעלי השיחה – אסורה, ודינה כדין האזנת סתר אם נעשתה למטרת ביצוע עבירה או מעשה נזק.

הגדרות

האזנת סתר שלא כדין ושימוש שלא כדין בהאזנה

האזנה לשם עבירה או נזק

דברי הסבר

וינו לה. האיסור הוא על האזנה על ידי מכשיר, על הק- לטה, על שימוש ללא סמכות בידיעה שהושגה בהאזנת סתר ועל מסירת ידיעה כזו לאדם שאינו מוסמך לקבלה.

3 סעיף ההצעה מניחה שהאזנה לשיחה בהסכמת אחד מבעליה אינה חורגת מרישום על פי הזכרון של המסכים להאזנה, ולפיכך – שאין בה פגם אם היא כאה כדי לנצל את תוכן השיחה לשימושים שהם צפויים במהלך הענינים הרגיל; אך אין החוק מכשיר את ההאזנה כאמצעי לביצוע עבירה או לגרימת נזק לזולת.

1 סעיף האיסור המוצע הוא רק על האזנה על ידי מכשיר, ולא על האזנה סמויה לשיחות כשהיא נעשית בדרך הטבע על ידי האוזן במישרין.

מוצע שלא תיאסר האזנה לשיחה כשאחד מבעלי השיחה הסכים להאזנה זו. ההנחה היא שהסכמה כאמור מוציאה את השיחה מגדר שיחה שהתכוונו לעשותה אישית בלבד, וכשם שאדם עשוי להפעיל את זכרונו ולשחזר שיחה ששוחחה עם אחר, כך יכול הוא להקליטה ואף יכול הוא לבקש מאחר לעשות זאת.

2 סעיף זה קובע את האיסורים בכל הקשור לשיחה שאף אחד מבעליה לא הסכים שיא-

1 ס"ח תשט"ו, עמ' 171.

פרק ב': האזנת סתר למטרות בטחון המדינה

4. (א) שר רשאי, אם נחבקש לכך בכתב מאת ראש רשות בטחון ואם שוכנע כי הדבר דרוש מטעמי בטחון המדינה, להתיר בכתב האזנת סתר.
- (ב) היתר לפי סעיף זה יתאר את זהות האדם אשר האזנה לשיחותיו הותרה, אם היא ידועה מראש, ואת מקום השיחות או את סוגן; כן יפורטו דרכי האזנה שהותרו.
- (ג) בכל היתר הפורט תקופת תקפו; התקופה תסתיים לא יאוחר מתום שלושה חדשים מיום נתינת ההיתר; ההיתר ניתן לחידוש מפעם לפעם.
- (ד) היה ההיתר מאת שר הבטחון – יודיע שר הבטחון מיד לראש הממשלה על מתן ההיתר או על חידושו; שר הבטחון יודיע לשר המשפטים אחת לשלושה חדשים על היתרים שנתן.
5. (א) שוכנע ראש רשות בטחון כי בטחון המדינה מחייב פעולת האזנת סתר שאיננה סובלת דיחוי וכי אין סיפק לקבל בעוד מועד היתר לפי סעיף 4, רשאי הוא להתיר בכתב את ההאזנה; ההיתר יכלול פרטים כאמור בסעיף 4 (ב) ומשך תקפו לא יעלה על ארבעים ושמונה שעות.
- (ב) נתן ראש רשות בטחון היתר לפי סעיף זה, יודיע על כך בכתב לשר מיד והשר רשאי להורות על ביטול ההיתר.

פרק ג': האזנת סתר למניעת עבירות וגילוי עבריינים

6. (א) נשיא בית משפט מחוזי, ובהעדרו – נשיא תורן של בית משפט מחוזי, רשאי לפי בקשת קצין משטרה מוסמך, להתיר בצו האזנת סתר הדרושה לשם מניעת עבירות או גילוי עבריינים.
- (ב) הבקשה תידון במעמד צד אחד בלבד, והמבקש יתייצב אישית לדיון בה.
- (ג) סירב השופט להעניק היתר כמבוקש, רשאי היועץ המשפטי לממשלה או נציגו לערער על ההחלטה לפני נשיא בית המשפט העליון או שופט בית המשפט העליון שנשיאו מינהו לכך.

דברי הסבר

בטחון המדינה גוברים על שיקולי חופש הפרט, ולפיכך יש רק להבטיח שרשות בדרג רם שענינה בכך אכן תשוכנע שהמדובר הוא בצרכי בטחון המדינה.

סעיף 6 מוצע כי האזנת סתר למניעת עבירות וגילוי עבריינים תהא טעונה היתר של נשיא או נשיא תורן של בית משפט מחוזי. את הבקשה לכך יוכל להגיש רק קצין משטרה בכיר שהוסמך לכך בידי המפקח הכללי של המשטרה. הוראה זו באה להבטיח שהפניה בבקשה להתיר האזנה תישקל בכל החומרה הראויה. ערעור על סירוב להתיר האזנה יהיה לפני נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר של בית המשפט העליון שמונה לכך.

פניפים מוצע כי למטרות בטחון המדינה יהיו מוס-4 ו-5 מכים להאזין אגף המודיעין במטה הכללי של צה"ל, המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים ושירות הבטחון הכללי. את ההיתר יתן השר הממונה על רשות הבטחון המבקשת להאזין, אם שוכנע שההאזנה אכן דרושה מטעמי בטחון המדינה. היתר יפקע לא יאוחר משלושה חדשים מיום נתינתו, אך הוא ניתן להארכה.

למקרי חירום – כשאין אפשרות לקבל במועד את אישור השר – מוצע כי כל אחד מראשי הגופים המוס-4 מכים יוכל לתת היתר להאזנה לתקופה שלא תעלה על ארבעים ושמונה שעות והוא חייב להודיע על כך לשר בהקדם האפשרי. הסעיף מבוסס על ההנחה שצרכי

(ד) היתר לפי סעיף זה יתאר את זהות האדם אשר האזנה לשיחותיו הותרה, אם היא ידועה מראש, ואת מקום השיחות או את סוגן; כן יפורטו דרכי ההאזנה שהותרו ותקופת תקפו של ההיתר.

(ה) המפקח הכללי של המשטרה יגיש מדי חודש דין וחשבון לשר הפנים על ההיתרים שניתנו לפי סעיף זה ועל תנאיהם; שר הפנים יעביר העתקים מדווחות אלה לשר המשפטים אחת לשלושה חדשים.

7. (א) שוכנע המפקח הכללי של המשטרה כי לצורך מניעה פשע או לשם גילוי מבצעיו יש צורך בהאזנת סתר שאינה סובלת דיחוי וכי אין סיפק לקבל בעוד מועד היתר לפי סעיף 6, רשאי הוא להתיר בכתב את ההאזנה; ההיתר יכלול פרטים כאמור בסעיף 6(ד) ומשך תקפו לא יעלה על ארבעים ושמונה שעות.

האזנת סתר במקרים דחופים

(ב) המפקח הכללי של המשטרה יגיש מדי חודש דין וחשבון לשר הפנים על היתרי ריב שנתן לפי סעיף זה; שר הפנים יעביר העתקים מדווחות אלה לראש הממשלה ולשר המשפטים אחת לשלושה חדשים.

(ג) האזנה שנעשתה לפי סעיף זה יכול שתאושר למפרע בידי מי שהיה מוסמך להתירה לפי סעיף 6; הוראות הסעיף האמור יחולו על אישור כאמור ועל בקשת אישור, בשינויים המחוייבים.

8. האזנות סתר אלה אינן טעונות היתר לפי חוק זה:

האזנות שאינן טעונות היתר

(1) האזנה לשיחה המתנהלת ברשות הרבים, אם נעשתה –

(א) בידי מי שהסמיכו לכך קצין משטרה מוסמך, לשם מניעת עבירות או גילוי עבריינים;

(ב) בידי מי שהסמיכו לכך ראש רשות בטחון, מטעמים של בטחון המדינה;

(ג) בתום לב בהקלטה פומבית שלא לשם האזנת סתר;

לענין פסקה זו, "רשות הרבים" – לרבות כל מקום שבו מוחזק אותה שעה עצור או אסיר;

ד ב ו י ה ס כ ר

סעיף 8 האיסור על האזנה אינו מבחין בין שיחה הנעשית ברשות היחיד, שנסיבות עריכתה מעידות על הרצון שתישמר בצנעה, לבין שיחה ברשות הרבים, שלגביה לכאורה נוטלים אנשים את הסיכון ששיחתם תשמע, משום שיסוד הפרטיות נעדר מהמקום שבו היא נערכת.

לענין זה מתיר החוק האזנה שאינה מכוונת לכתחילה לשיחה פלוגית ושנעשתה אגב הקלטה פומבית (כגון הקד לטת רחוב בטלוויזיה, הקולטת מבלי משים שיחה פרטית), האזנה מטעמים שבבטחון המדינה, שנעשתה על דעת ראש רשות בטחון, והאזנה למטרה של מלחמה בפשיעה – כשנעשתה בידי שוטר בדרגת קצין משטרה מוסמך.

מוצע גם להוציא מכלל הצורך בהיתר האזנות

סעיף 7 מעיף זה בא להתיר האזנה ללא רשות בית משפט במקרים דחופים במיוחד, כשמטרת ההאזנה תסוכל אם תחילתה תידחה עד לסיום הליכי הבקשה בבית משפט. היתר כזה יינתן מידי המפקח הכללי בלבד, ומשך תקפו לא יעלה על ארבעים ושמונה שעות, בדומה לתקופה הניתנת להחזקת אדם במעצר שלא על פי צו בית משפט. לפני מתן ההיתר צריך המפקח הכללי להיות משוכנע שהאזנה אינה סובלת דיחוי וכי יש בה צורך למניעת עבירה או לגילוי מבצעה.

רמת הרשות המאשרת, התנאים הקבועים בסעיף וקוצר תקופת ההיתר באים להבטיח שלא ייעשה שימוש באפשרות ההאזנה ללא היתר בבית משפט כאילו היתה דבר של שגרה או אמצעי לעקיפת הצורך באישור בית המשפט.

(2) האזנה לשיחות בינלאומיות, שנעשתה למטרות צנזורה מטעם הצנזור הצבאי הראשי;

(3) האזנה לשיחה המתנהלת באמצעי תקשורת שבשימוש צבא-הגנה לישראל או משטרת ישראל, שנעשתה בידי חייל או שוטר שהוסמך לכך בפקודות הצבא או בפקודות הקבע של המשטרה, לפי הענין;

(4) האזנה לשיחה בידי עובד משרד התקשורת לשם בקורת של תקינות קווי התקשורת של משרד התקשורת, ובלבד שהודיע לבעלי השיחה על ההאזנה עם תחילתה;

(5) האזנה של עובד משרד התקשורת לשם בקורת על קיום ההוראות של פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], תשל"ב-1972², ופקודת הדואר [נוסח חדש], תשל"ו-1976³, בענין רישוי תחנות תקשורת.

9. הורשע אדם בעבירה של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה, רשאי בית המשפט חילוט לצוות כי מכשיר שהשתמש בו כדי לעבור את העבירה, ותקליט, סרט או חוט המכילים דבר שהוקלט תוך כדי העבירה, יחולטו ותיעשה בהם כל פעולה אחרת כפי שיוורה.

10. לא יהיה לאדם זכות או סעד בבית משפט נגד מי שנתן היתר לפי חוק זה או נגד מי שפעל על פיו או השתמש כדין בידיעה שהושגה על פיו.

11. (א) דברים שנקלטו בדרך האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה, לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט.

(ב) דברים שנקלטו בהאזנה כדין לפי סעיף 7 לא יהיו קבילים כראיה אם לא אושרה ההאזנה כאמור באותו סעיף.

דברי הסבר

לחת היתר בתחום זה הן מטבע הדברים מורכבות ומכובות, וולתחושתה של הרשות המוסמכת יש תפקיד חשוב בהן. טבען של החלטות כאלה הוא שלבד מבחינת עצם חוקיותן לא ניתן להתווכח על תכנון. קיומם של הליכי הבקשה וההחלטה ורמתם של הגורמים המחליטים – הם עצמם באים להבטיח שלא יצא הפרט ניזוק אלא באותם מקרים שהם רע הכרחי; אך מתן מעמד למי שליחתו האזינו לפי החוק, לחלוק על הצורך בהאזנה או לתבוע פיצויים על נזק שנגרם לו – עשוי לסכל את עצם פעולתו של החוק.

נוסף על האפשרות להאשים בפלילים מי שערב עבירה בניגוד לחוק המוצע, הוראת סעיף זה באה להבטיח כי לא תהיה נפקות לפירותיה של העבירה. אם מידע שהושג אגב האזנה בניגוד לחוק לא יוכל לשמש ראיה בבית משפט, יהיה בכך כוח רב להרתיע מפני האזנה כזאת. כן מבטיח הסעיף שלא ייעשה שימוש אף בהקלטה שנעשתה כדין אלא לצורך הליך פלילי.

הנעשות דרך שגרה לצורך תפקידי מניעה או בקורת ואינה מכוונת לתכונה של שיחה פלגנית. כך יצאו מכלל הצורך בהיתר – האזנה לשיחות בינלאומיות מטעם הצנזור הראשי למטרות צנזורה, האזנה לשיחות המתנהלות באמצעי התקשורת של צה"ל בידי מי שהוסמך לכך על פי הוראות הפיקוד העליון, פקודות המטה הכללי או פקודות מספרת חיל האויר או חיל הים, האזנה מוסמכת לקווי התקשורת של המשטרה והאזנה של עובדי משרד התקשורת לצורך ביקורת של תקינות קווים ושל תחנות תקשורת.

ההצעה אינה קובעת איסור כללי – בדומה סעיף 9 לזה הקיים במספר מדינות – על מסחר או החזקה במכשירים המשמשים להאזנת סתר, אולם היא באה להסמיך את בית המשפט להורות על חילוט מכשיר שנעשה בו שימוש בניגוד לחוק המוצע ועל חילוטו של מה שלתוכו הוקלט דבר בעבירה על החוק המוצע.

בשל אנפי הנושא הגדון והרקע המצמיח סעיף 10 אותו, ההחלטות של הרשויות המוסמכות

² דיגני מדינת ישראל, נוסח חדש 25, עמ' 506.

³ דיגני מדינת ישראל, נוסח חדש 29, עמ' 567.

- (ג) דברים שנקלטו כדין בדרך האזנת סתר לא יהיו קבילים כראיה אלא בהליך פלילי.
- (ד) אין באמור בסעיף זה כדי לגרוע מטענה בדבר קבילות ראיה גם אם נקלטה בדרך האזנת סתר בהתאם להוראות חוק זה.

12. סמכויות של שר לפי חוק זה אינן ניתנות לאצילה. אין אצילה

13. (א) ראש הממשלה ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות לביצועו.
- (ב) ראש הממשלה יתקין תקנות לענין שמירת המידע שהושג בהאזנת סתר.
- (ג) ראש הממשלה, או שר הבטחון באישור ראש הממשלה, רשאים לקבוע כללים לענין מתן היתרים לפי חוק זה.
- (ד) תקנות וכללים לפי סעיף זה יהיו באישור ועדה משותפת של ועדת החוץ והביטחון ושל ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; התקנות והכללים יובאו לידיעת הנוגעים בדבר בדרך שיוורה ראש הממשלה ואינם טעונים פרסום ברשומות.
- ביצוע, תקנות וכללים

דברי הסבר

של ראש הממשלה, שהוא הממונה על ביצוע החוק, באישור ועדה משותפת של ועדת החוץ והבטחון ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת. הליכים לענין מתן היתרים בידי שר הבטחון יהיו ניתנים לקביעה בידי השר באישור ראש הממשלה.

כיוון שתקנות וכללים אלה עשויים להתייחס גם לענינים שאין הגילוי הפומבי יאה להם – יהיה אפשר להביאם לידיעת הנוגעים בדבר כפי שיוורה ראש הממשלה ולא בדרך פרסום ברשומות.

12 סעיף מטרת הסעיף היא להבטיח שהחלטות של שר בדבר האזנת סתר למטרות בטחון המדינה אכן יינתנו בדרג הרב שהחוק קובע, ושהסמכות לענין זה לא תיאצל לדרג נמוך יותר מכוח סמכותו של שר לפי חוק-יסוד: הממשלה; וזאת – בשל חשיבותן של ההחלטות ובשל העובדה שאינן ניתנות בידי בית משפט.

13 סעיף פרטי ההוראות לענין שמירת מידע שהושג בהאזנת סתר והשימוש בו ייקבעו בתקנות

חוק יסודות המשפט, תשל"ח-1978

1. (א) סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922-1947: 1 - בטל.
(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לפגוע בהלכות שנקלטו בארץ לפני תחילת חוק זה.

ביטול סימן 46
לדבר המלך
במועצתו

דברי הסבר

מאז נעשתה עבודת חקיקה רבה ומגוונת, והיום הגיעה השעה לנתק את המשפט הישראלי מן הקשר עם המשפט האנגלי ולהעמידו על יסודות עצמאיים. לכן מוצע לבטל את סימן 46 לדבר המלך במועצתו ולקבוע הוראה שתגדיר את בתי המשפט בפתרון של שאלות משפט.

ערב קום המדינה היה משפט הארץ מושתת על החקיקה העותמאנית, על דברי החקיקה שחוקקו שלטונות המנדט, ובתור מקור משלים על המשפט האנגלי. עם הקמת המדינה קויימה מערכת זאת בכפיפות לחקיקה של רשויות המדינה.

1965, חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, וחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, וכללה הוראה מיוחדת (בכינוי "עצמאות החוק") השוללת את תחולת סימן 46 בענינים הנדונים באותם חוקים; ואשר לפרשנות בסמיכות למשפט האנגלי נקבע בחוק לתיקון סקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"ב-1972, שההפניה למשפט האנגלי הנמנית צאת במספר סקודות מתקופת המנדט לא תהיה עוד מחייבת.

גם בתי המשפט פעלו רבות באותו כיוון. הם שללו, עוד בשנת 1957, את הכוח המחייב של פסקי דין אנגליים שניתנו אחרי הקמת המדינה (ע"א 81/55, כוכבי נ. בקר, פד"י י"א 225), וראו עצמם בני חורין לסטות מן ההלכה האנגלית בסוגיות שונות של דיני נזיקין ובשטחי משפט אחרים. לאחרונה אף החלו בתי המשפט לפרש, ללא זיקה למשפט האנגלי, חוקים של הכנסת שאין בהם הוראה מסורשת של "עצמאות החוק" (ע"א 846/75, עוניסון נ. דויטש, פד"י ל' (2) 398, דברי השופט ברנזון בעמ' 404). עתה מוצע ללכת צעד נוסף בהליך הגיתוק מן החקיקה למשפט האנגלי: מוצע ביטולו של סימן 46.

אילו היה בא ביטול זה עם הקמת המדינה או שנים אחדות לאחר מכן, היה בו שינוי יסודי של מערכת המשפט בארץ. היום, בעיקרו של דבר, זהו אישור של מצב שביסודו התפתח מאליו במשך השנים. בתי המשפט, ורוב חכמי המשפט כבר התרגלו לראות בתקדימים האנגליים חומר מדריך ומאיר בלבד, וביטולו של סימן 46 לא ימנע מהן לעשות כן, במידה זו או אחרת, גם להבא, כשם שסעיפי "עצמאות החוק" האמורים לא מנעו זאת מהם. אכן מחקרים שנערכו בשטחי משפט שונים - דיני מינהל,

סימן 46 לדבר המלך במועצתו לא"י מורה
סעיף 1
לאמור:

46. בתי המשפט האזרחיים ישפטו בהתאם לחוק העותומני שהיה נהוג בפלשתינה (א"י) ביום 1 בנובמבר 1914, ובהתאם לאותם החוקים העותומנים המאוחרים יותר שהוכרו עליהם או שיוכרו עליהם כמודעה רשמית כעל חוקים בני תוקף, ובהתאם לאותם דברי מלך במועצתו ולפקודות ולהקנות הנוהגים בפלשתינה (א"י) בתאריך דבר מלך זה אשר ינהגו או יוחקו בעתיד, ובהתחשב עם החוקים, דברי המלך, הפקודות וההקנות האלה; ובמקרים שאלה לא יהיו נוהגים לגבם, ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה, ובהתאם לסמכויות הנתונות לבתי משפט שלום באנגליה ובהתאם לפרוצידורה ולמנהגים מקובלים אצל בתי משפט ושופטי שלום כאלה לפי גבולות השיפוט והסמכויות שלהם באותו הארץ, ובמידה שאותם הסמכויות, הפרוצידורה והמנהגים שנו או תוקנו או הוחלפו בכל הוראות אחרות לפני תאריך דבר מלך זה או לאחריו; בתנאי שהחוק המקובל ועיקרי הצדק המוכרים לעיל יהיו תמיד נוהגים בפלשתינה (א"י) רק בשיפוט של הוד מלכותו ירשו זאת ובהתחשב עם אותן ההגבלות שתנאי המקום יחייבו אותן.

הוראה זו, העומדת עדיין בתקפה, שימשה ועדיין משמשת "צינור" לקשר בין המשפט הישראלי לבין המשפט האנגלי ולהזרמת המשפט האנגלי לארץ. חקיקת הכנסת בשנים האחרונות החלישה בדרכים שונות את הקשר הזה. בחוקים אחרים, ובהם חוק הירושה, תשכ"ה-

1 חוקי א"י, כרך ג', עמ' 2738.
2 ס"ח תשי"ז, עמ' 148.

2. בחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, אחרי סעיף 33 יבוא:

33א. ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

דברי הסבר

המשפט לנהוג כאשר במקורות המשפט העיקריים – דהיינו במשפט החרות, בהלכה הפסוקה ובהיקש – אין למצוא תשובה לשאלה משפטית מסוימת; במלים אחרות – כיצד ימלא בית המשפט מה שנהוג לכנות "שט" חים ריקים" ("לקונות" בלעז). מוצע להורות שבמקרים אלה ינחה בית המשפט את עצמו על ידי "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". מבין הצעות שונות נבחרה נוסחה זאת כדי להפנות את השופט אל ערכי היסוד והמוסר של מורשת ישראל, זאת, בלי לכפות עליו את כל הוראות המשפט העברי (כשם שעשה זאת דבר המלך לגבי המשפט האנגלי).

ההוראה המוצעת קרובה לנושא הגדון בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, אך מכיון שביסודה היא בחוקת הנחיה כללית לבית המשפט יותר משהיא הוראה סובסטנטיבית (דוגמת סעיף 11 האמור) מוצע להביאה בחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, מיד אחרי סעיף 33 שענינו "הלכה פסוקה".

משפט בינלאומי פרטי ודיני בנקאות – הראו שגם בלי סימן 46 לא יתקשו בתי המשפט למצוא פתרונות נאותים בענינים שהחקיקה הישראלית עדיין לא טיפלה בהם במלואם.

ביטול סימן 46 אינו גורע מתחולת המשפט העותמאני שהיה קיים עם קום המדינה ועודנו מחייב. תקפו של משפט זה נובע ישירות מסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, וסימן 46 אינו מוסיף לענין זה.

סעיף קטן (ב) בא להסיר ספק שנשמע בדבריו של נשיא בית המשפט העליון, השופט זוסמן (ראה ע"א 726/71, גרוסמן נ. עובד בידרמן, פד"י כ"ו (2) 781, 792), ולקבוע שביטול סימן 46 לא יפגע בהלכות שנשאבו דרכו מן המשפט האנגלי ובינתיים "התאזרחו" בארץ כהלכות ישראליות.

סעיף 2 עם ביטול התפקיד המשלים של המשפט האנגלי מתעוררת השאלה כיצד על בתי-