

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 10455/02

בפני : כבוד השופט א' מצא
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' אנגלרד

העותרים : 1. בועז אלכסנדר אמיר
2. רויטל לב
3. אבשלום פרץ
4. ליזט לגזיאל
5. מושית יפה (בלושינסקי)
6. דפנה אלבז
7. אריב סגיב
8. ויקטור בן חיים
9. ניסים אראל

נ ג ד

המשיבים : 1. לשכת עורכי דין
2. ועדת הבחינות של לשכת עורכי הדין

התנגדות לצו-על-תנאי

תאריך הישיבה : ט"ז באדר א' התשס"ג (18.02.03)

בשם העותרים : עו"ד ג' נבו, עו"ד ז' טובי-אלימי

בשם המשיבים : עו"ד מ' עליאש

פסק-דין

השופט א' מצא:

תשעת העותרים, אשר סיימו את תקופת התמחותם, נכשלו בבחינת ההסמכה בכתב של לשכת עורכי הדין, שנערכה ביום 28.10.02. הם השיגו, ביחד עם נבחנים נוספים, על חלק משאלות הבחינה. הוועדה הבוחנת דנה בהשגות, קיבלה חלק מהן

ודחתה את האחרות. עתירת העותרים הופנתה כנגד שאלות מס' 65 ומס' 98 בשאלון הבחינה. בעתירתם נטען, כי הכללתן של שאלות אלה בבחינה לקתה בחוסר סמכות. לפיכך ביקשו כי נורה על פסילת השאלות ועל הענקת נקודה נוספת לכל אחד מהם שהשיב לא נכונה על איזו משתי השאלות. לכל אחד מתשעת העותרים חסרה נקודה אחת כדי לזכות בציון מעבר. שניים מהם השיבו לא נכונה על שאלה מס' 98, שפסילתה עשויה הייתה להוסיף להם את הנקודה החסרה. שבעת האחרים השיבו לא נכונה על שאלה מס' 65, ופסילתה של שאלה זו היא שתוסיף להם את הנקודה החסרה להם לקבלת ציון מעבר.

ביום 11.2.03 נתנו פסק-דין חלקי בעתירה זו ובעתירה אחרת (בג"ץ 10148/02), שאף עניינה היה בדחיית השגתה של מתמחה שנכשלה בבחינה על כמה מן השאלות שנכללו בשאלון. בגדר פסק הדין החלקי דחינו את העתירה האחרת. ביחס לעתירה הנוכחית ציינו, כי על יסוד אמות המידה המקובלות עלינו איננו רואים עילה להתערב בעניינה של שאלה מס' 98. ואילו ביחס לשאלה מס' 65 נאמר בפסק הדין החלקי:

מאידך נוטים אנו לפקפק אם השאלה מס' 65 בשאלון, שאף היא הועמדה לבירור בעתירה בבג"ץ 10455/02, נופלת לגדר נושאי הבחינה כפי שהוגדרו בתקנה 18 לתקנות לשכת עורכי הדין (סדרי בחינות בדיני מדינת ישראל ובמקצועות המעשיים), תשכ"ג-1962.

בא-כוח הלשכה ביקש שנאפשר לו להודיע לבית המשפט עד מחר אם ועדת הבחינות של הלשכה מסכימה לפסול את שאלה מס' 65 ולתקן לכל הנבחנים שהשיבו לא נכונה על שאלה זו את הניקוד כמתחייב מן הפסילה.

לבקשה זו אנו נענים. בא-כוח הלשכה יואיל להודיענו את עמדת ועדת הבחינות בכתב עד מחר שעה 13:00; ועם קבלת הודעתו תוחזר העתירה בבג"ץ 10455/02 לעיוננו ולמתן פסק-דין משלים.

בהודעת בא-כוח הלשכה לבית המשפט, שהוגשה למחרת היום, נאמר כי הוועדה הבוחנת נותרה איתנה בעמדתה, כי בהכללתה בשאלון של שאלה מס' 65 לא נפל כל פגם, ועל כן אין עילה לפוסלה. בעקבות קבלתה של הודעה זו החלטנו להוציא צו על-תנאי, המורה למשיבות ליתן טעם מדוע לא תיפסל שאלה מס' 65 בשאלון הבחינה, בשל חריגתה מגדר הנושאים המנויים בתקנה 18 לתקנות לשכת עורכי הדין (סדרי בחינות בדיני מדינת ישראל ובמקצועות המעשיים), תשכ"ג-1962. תצהיר

התשובה הוגש ביום 16.2.03, וביום 18.2.03 התקיים הדיון בהתנגדות לצו על-תנאי. דחיפות הטיפול בעתירה נבעה מלוח הזמנים הדוחק שהכתיב המועד שנקבע לבחינת ההסמכה על-פה, שאליה צפויים לגשת העותרים אם תתקבל עתירתם.

השאלה נשוא המחלוקת

2. להלן נוסחה של שאלה מס' 65, ככתבה בשאלון הבחינה:

מהו הדין לגבי עריכת חיפוש פנימי בגופו של משה שהוא בן שש עשרה שנים?

א. הסכמה לחיפוש פנימי בגופו של משה טעונה גם הסכמת אפוטרופסו בכתב, ואילו סירוב לחיפוש פנימי בגופו אינו טעון אישור אפוטרופסו.

ב. הסכמה לחיפוש פנימי בגופו של משה וסירוב לחיפוש פנימי בגופו טעונים גם אישור אפוטרופסו בכתב.

ג. הסכמה לחיפוש פנימי בגופו של משה וסירוב לחיפוש פנימי בגופו אינם טעונים אישור אפוטרופסו בכתב, ודי בהחלטת משה.

ד. הסכמה לחיפוש פנימי בגופו של משה וסירוב לחיפוש פנימי בגופו טעונים אישור אפוטרופסו בכתב בלבד.

בהתאם לכללי הבחינה, על הנבחן לבחור, מבין ארבע התשובות המוצעות, את התשובה הנכונה לשאלה. אין מחלוקת, כי התשובה הנכונה לשאלה היא תשובה א', כעולה במפורש מסעיף 6 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק החיפוש).

המסגרת הנורמאטיווית

3. הנושאים שעליהם נדרשים המתמחים להיבחן במסגרת בחינת ההסמכה בכתב מנויים בתקנה 18 לתקנות לשכת עורכי הדין (סדרי בחינות בדיני מדינת ישראל ובמקצועות המעשיים), תשכ"ג-1962, הקובעת:

- נושאי
הבחינה
18. הנבחן יישאל שאלות מספר באחד או באחדים מנושאים אלה:
- (1) חוקי יסוד;
 - (2) סמכויות בתי המשפט, לרבות בתי דין דתיים ובתי הדין לעבודה;
 - (3) סדרי הדין במשפטים פליליים ואזרחיים, לרבות הליכי ביניים ובוררות, וכן עריכת כתבי טענות;
 - (4) דיני ראיות, תוך שימת דגש על ההיבט המעשי;
 - (5) הליכי הוצאה לפועל, פשיטת רגל וכינוס נכסים;
 - (6) סדרי רישום של מקרקעין ושל זכויות במקרקעין ועקרונות המיסוי הקשור בכך;
 - (7) רישום בתאגידים, מסמכי תאגידים, הליכי פירוק, רישום שעבודים וביטולם;
 - (8) ניסוח חוזים ומסמכים משפטיים;
 - (9) שינויים וחידושים בחקיקה ובפסיקה בתחומים המופיעים בתקנה זו;
 - (10) אתיקה מקצועית, חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, והכללים שהותקנו לפיו;
 - (11) ידיעה כללית בכללי פרשנות.

אין חולקין כי הועדה הבוחנת מוסמכת לכלול בשאלון הבחינה רק שאלות הנופלות לגדרם של אחד או יותר מן הנושאים המנויים בתקנה 18. המחלוקת בין הצדדים התמקדה בשאלה, אם שאלה מס' 65 נופלת לגדרה של תקנת-משנה (3), או - למצער ולחלופין - לגדרן של תקנות-משנה (1) או (4). השאלה היא, אפוא, שאלה של סמכות.

עד שאתייחס לגופה של המחלוקת אקדים ואבהיר, כי לשיטתי אין כל מקום להתערב בהחלטות הוועדה הבוחנת במישור שיקול הדעת. לעניין זה מקובלת עליי ההלכה שנקבעה בבג"ץ 7505/98 קוריאנלדי נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד נג(1) 153, 166, ולפיה:

בית משפט זה אינו יושב כוועדת ערעורים על הגוף שהוסמך על פי חוק לדון בבחינות מקצועיות ... כך בתחום הרפואה ובתחום מקצועות אחרים בהם אין בידי בית המשפט ידע מקצועי. הכלל הוא שבית המשפט אינו נוטה להתערב בשיקול הדעת של מי שהוסמך לבחון את הכשירות המקצועית, אלא אם הוכח לו כי שיקול הדעת לוקה בפגם של שיקולים זרים או בפגם אחר מן הפגמים שיש בהם כדי לפסול שיקול דעת מינהלי. ... זה הכלל

גם בתחום המשפטים, ואין בכך כדי לשנות שבתחום זה מצוי בידי בית המשפט ידע מקצועי.

חשוב להטעים, שעל הצגתה של שאלה מס' 65 השיגו העותרים בעיקר - אם לא רק - בטענה של חריגה מסמכות; ולמעלה מן הצורך אבקש להעיר, כי לטעמי, שאלה מס' 65 היא שאלה סבירה והוגנת לגופה.

טענות הצדדים

4. בשאלה מס' 65 נדרש הנבחן להשיב מהו הדין לגבי עריכת חיפוש פנימי בגופו של קטין. העותרים טענו כי שאלה זו, המבקשת לבחון את הידע של המתמחה בחוק החיפוש, אינה נופלת בגדרה של תקנת-משנה 18(3), שעניינה אינו בדיני חיפוש אלא ב"סדרי הדין במשפטים פליליים ואזרחיים, לרבות הליכי ביניים ובוררויות, וכן עריכת כתבי טענות". בעתירה גופה לא נכלל טיעון המתייחס לאיזו מתקנות המשנה האחרות; ומשהועלו טענות בעניין זה, בתשובת המשיבות, הגיב עליהן בא-כוח העותרים על-פה בשלב הדיון בהתנגדות לצו על-תנאי.

5. בתשובתה המקורית לעתירה טענה הוועדה הבוחנת, כי "סדרי הדין במשפטים פליליים ... לרבות הליכי ביניים" כלשון תקנה 18 משמעותם כל מערכת סדרי הדין הפלילי. כן טענה, כי הכללת השאלה בבחינה נעשתה בסמכות "אף מההיבט של דיני הראיות", דהיינו על-פי תקנת-משנה 18(4). בהודעתה לבית המשפט מיום 12.2.03 הרחיבה הוועדה את גדר טיעונה. ביחס לתקנת-משנה 18(3) טענה, כי ראוי לפרשה באופן תכליתי, ככוללת את "כל מסכת סדר הדין הפלילי". לשיטה זו, את המונח "סדרי הדין במשפטים פליליים ואזרחיים" יש לפרש כ"סדר הדין במשפט הפלילי וסדר הדין במשפט האזרחי". לטענת הוועדה, פירוש ההוראה כמתייחסת להליכים המתנהלים בבית המשפט בלבד "הוא מלאכותי מבחינת תוכנו, אינו הגיוני, יפסור את המתמחים ללא כל סיבה נראית לעין מידיעת חלק מהותי וחשוב של הדין הפלילי, ויעשה פלסטר את מטרת בחינות ההתמחות". עוד טענה הוועדה, כי סירוב לחיפוש פנימי מקים עילה לפנייה בבקשה מתאימה לבית המשפט, והדיון בבקשה זו בוודאי נכנס לגדר תקנת המשנה האמורה; וכיוון שהנבחן חייב לדעת את התנאים לפי חוק המקימים סמכות לבית המשפט לדון בבקשה מעין זו, ממילא חייב הוא לדעת להשיב לשאלה מס' 65. תימוכין לעמדתה, כי שאלה מס' 65 כלולה בגדרה של תקנת-משנה 18(3), מצאה הוועדה בכך שב"רשימת חיקוקים מנחה לקראת בחינות ההתמחות לקבלת רשיון לעריכת-דין", שפורסמה על-ידי הלשכה לתועלת המתמחים המתכוננים לבחינה, נכלל גם חוק החיפוש. רשימת החיקוקים המנחה אמנם אינה מהווה מסמך בעל תוקף מחייב,

אך מעצם הכללתו ברשימה זו של חוק החיפוש נתבקשנו להסיק, כי המתמחים המתכוננים לבחינה הועמדו מראש על כך, כי "סדרי הדין במשפטים פליליים", כמשמעותם בתקנת-משנה 18(3), כוללים אף דיני חיפוש, וכי עליהם להיות מוכנים להיבחן גם בדינים אלה.

בהסתמכה, לחלופין, על תקנת-משנה 18(4) ציינה הוועדה, כי מטרת החיפוש הפנימי היא השגת ראיה; והנסיבות המכשירות את השגת הראיה, וכן את השימוש בראיה שהושגה בחיפוש, הן נושא ששאלה מס' 65 נופלת בגדרו. הוועדה הוסיפה וטענה, כי נושא השאלה נכלל גם בתקנת-משנה 18(1), שעניינה חוקי היסוד. זאת, משום שחיפוש פנימי בגופו של אדם, שעריכתו מנוגדת להוראת סעיף 7(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מהווה פגיעה מותרת אם נעשה על-פי חוק המקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. מכאן, לשיטתה, "ברור שבמסגרת הוראות אלו ניתן לשאול שאלה באשר לזכות לערוך חיפוש פנימי בחשוד שהוא קטין". טענה נוספת שהעלתה הוועדה היא, כי העותרים מנועים מלטעון לחריגת שאלה מס' 65 מסמכות, שכן הפרשנות המוצעת על-ידי הוועדה הייתה נקוטה בידה מאז הונהגו בחינות ההסמכה שבכתב, "והעותרים, או נבחנים אחרים, מעולם לא חלקו על פרשנות זו ולא ערערו עליה", אף שהיו מודעים לה היטב.

בתצהיר התשובה לצו על-תנאי, שניתן מפני יושב-ראש ועדת ההתמחות של לשכת עורכי הדין, צוין, בין היתר, כי ספק אם העותרים יכולים לטעון בתום לב שסברו כי חומר הבחינה כולל רק שאלות בסדר דין פלילי המתייחסות לניהול המשפט עצמו. לטענת המצהיר, בפועל הנבחנים אכן התכוננו לענות על שאלות באשר לחוק החיפוש, והא ראייה כי 64% מהם ענו נכונה על שאלה מס' 65. כן נטען בתצהיר התשובה, כי אף אם יסבור בית המשפט כי נושא השאלה חרג מגדר תקנה 18, עדיין "במקרה דנן יש להחיל את תורת הבטלות היחסית ולהימנע מפסילת השאלה", וזאת, בין היתר, משום ש"פסילת השאלה עלולה לגרור תביעה לפסילת שאלות רבות נוספות הנוגעות לסדר הדין הפלילי אשר אינן דנות בניהול המשפט גרידא".

חריגה מסמכות

6. דעתי היא, כי שאלה מס' 65 חורגת מגדר הנושאים המנויים בתקנה 18. התיבה "סדרי הדין במשפטים פליליים", שעליה השליכה הוועדה הבוחנת את עיקר יתרה, אינה סובלת, על-פי פשטות לשונה, את הפרשנות המוצעת על-ידי הוועדה. גם בהנחה - שבעיניי היא מפקפקת מאוד - כי דיני החיפוש הם אכן עניין שב"סדר דין פלילי" (כפי שמרמז שמו המלא של חוק החיפוש), ברי כי אין הם בבחינת "סדר דין במשפטים

פליליים". תקנת-משנה 18(3) מכוונת, במפורש, לסדר הדין הנוגע למשפט עצמו, ולא לדינים הנוגעים לעבודת המשטרה בשלב החקירה הקודם למשפט. גם טענות הוועדה באשר לתכלית התקנה אינן משכנעות. לא רק משום שתנאי יסודי לפרשנות תכליתית "יצירתית" מעין זו הוא קיומו של עיגון לשוני מינימאלי בטקסט - עיגון החסר בענייננו - אלא גם משום שהוועדה כלל לא העמידה יסוד להנחתה, כי תכלית התקנה היא אמנם להקיף את "כל מסכת סדר הדין הפלילי". הטענה שכך סברו כל הוועדות הבוחנות בעבר איננה יוצרת תכלית כזו, ואין בכוחה להקים, יש מאין, סמכות להכללתם בבחינה של נושאים אשר אינם כלולים בתקנה. גם העובדה שחוק החיפוש נכלל ב"רשימת החיקוקים המנחה" איננה יכולה לשנות את פני המסקנה האמורה; שכן אין בכוחה של רשימה זו, אשר הוכנה על-ידי הוועדה עצמה, להוסיף על סמכויות הוועדה מעבר לקבוע בתקנה גופה. זאת, כמסתבר, היטיבו להבין גם עורכיה של רשימת החיקוקים המנחה, שבהערת מבוא לרשימה ציינו במפורש, כי "היקף החומר שעל הנבחנים לדעת קבוע בתקנות, ובהן בלבד".

7. גם בתקנות-משנה 18(1) ו-18(4) אין כדי לסייע לעמדת הוועדה הבוחנת. מנוסח השאלה מס' 65 עולה בבירור כי מטרתה אינה לבחון את הידע של הנבחנים בחוקי היסוד או בדיני הראיות, אלא בדיני החיפוש. אכן, חיפוש פנימי בגופו של קטין פוגע בזכות המוגנת בסעיף 7(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואולם, לא יעלה על הדעת לומר כי על הנבחנים לדעת, מכוח תקנת-משנה 18(1), את כל הדרכים החוקיות האפשריות לפגיעה בזכויות המוגנות בחוקי היסוד. די אם אזכיר לעניין זה את כל חקיקת המס העניפה, הפוגעת בזכות הקניין, אשר בוודאי לא ניתן לטעון כי על הנבחנים לשלוט בכל פרטיה. אשר לדיני הראיות, ניתן היה, אמנם, לנסח שאלה שעניינה בקבילות של ראיה אשר הושגה בדרך של חיפוש פנימי (חוקי או בלתי-חוקי) בגופו של קטין. ואולם, לא כך בחרה הוועדה לנסח את שאלה מס' 65. שאלה זו עוסקת רק בתנאי החוק לביצועו של החיפוש, ולא בקבילות ראיה שהושגה באמצעותו. משכך, אין היא נופלת לגדרה של תקנת-משנה 18(4).

מסקנתי היא, אפוא, כי הכללתה של שאלה מס' 65 בבחינת ההסמכה נעשתה תוך חריגה מסמכותה של הוועדה הבוחנת, הקבועה בתקנה 18. ויודגש: אין להסיק מדבריי, כאילו דיני החיפוש - או באופן כללי יותר, הדינים המסדירים את סמכויות האכיפה והחקירה מחוץ לבית המשפט - אינם חשובים, ואינם ראויים להילמד על-ידי המתמחים לקראת בחינת ההסמכה שבכתב. ההיפך הוא הנכון. חשיבותם של דינים אלה היא רבה מאוד, ותיטיב לשכת עורכי הדין לעשות אם תדאג בהקדם האפשרי לתיקונה של תקנה 18, באופן שגם דינים אלה ייכללו בגדר נושאי הבחינה. ברם, בחשיבותם של

דינים אלה אין כדי להצדיק את הכללתם בבחינה תוך חריגה מגדר הנושאים שהוועדה הבוחנת הוסמכה לגביהם.

בטלות יחסית

8. על רקע מסקנתי, כי בהכללתה בבחינה של שאלה מס' 65 חרגה הוועדה הבוחנת מגדר סמכותה, מוטל עליי להידרש לתוצאותיה של החריגה. טענת העותרים היא, כי מן הדין לפסול את השאלה. טעמם של העותרים גלוי וברור: רק פסילתה של השאלה תזכה את כלל הנבחנים שהשיבו לא נכונה על השאלה האמורה בתוספת נקודה אחת לציוניהם. מן הנתונים המצויים לפנינו עולה, כי 364 מכלל 1004 הנבחנים שניגשו לבחינת ההסמכה בכתב, השיבו לא נכונה על שאלה מס' 65. לגבי חלק מן הנבחנים הללו (ובכללם שבעה מתשעת העותרים) הוספת נקודה אחת לציוניהם תעבירם ממחנה הנכשלים בבחינה למחנה הזכאים לגשת, עוד לפני המועד הקרוב הקבוע להסמכתם של עורכי-דין חדשים, לבחינת ההסמכה על-פה. עמדת בא-כוח המשיבות, כאמור, הייתה, שגם אם נגיע למסקנה שבהצגת השאלה נפל פגם של חריגה מסמכות, מן הראוי להחיל על המקרה את עקרון הבטלות היחסית ולהימנע מפסילת השאלה. טעמן העיקרי לכך נעוץ בחשש, שפסילת השאלה תגרור תביעות לפסילתן של שאלות נוספות הנוגעות בנושאים דומים לנושא השאלה מס' 65, אשר נכללו בשאלון הבחינה האמורה ואף בשאלוני בחינות הסמכה שבכתב שהתקיימו בעבר.

9. עקרון הבטלות היחסית, שהשתרש בפסיקתנו במהלך העשור האחרון, מאפשר לבית המשפט להגיע לכלל הכרעה מידתית ומאוזנת בדבר תוצאותיה של החלטה מינהלית בטלה. בניגוד לתפיסת הבטלות שהייתה מקובלת בעבר, שלפיה חריגה מסמכות גוררת בטלות "אוטומטית" של ההחלטה המינהלית, ובטלותה של ההחלטה המינהלית חייבת להוביל, מניה וביה, גם לבטלות תוצאותיה, הרי שתורת הבטלות היחסית מאפשרת לבית המשפט לגזור את תוצאותיהם המעשיות של החלטה או מעשה בטלים, תוך התחשבות בנסיבותיו של המקרה הנתון ובהשפעת התוצאות הנגזרות על המתדיינים, על הרשות הנוגעת בדבר ועל הציבור. כדברי השופט זמיר:

המשמעות העיקרית של תורת הבטלות היחסית היא, שבכל מקרה בו נפל פגם משפטי, אם בפסק דין של בית משפט ואם בהחלטה של רשות מינהלית, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יש לבדוק את נסיבות המקרה, בראש ובראשונה את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד שיינתן על ידי בית המשפט לכל הנסיבות. אשר על כן, אפשר כי בנסיבות מסוימות פגם מסוים, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יצדיק מתן סעד מסוים, כגון, הצהרה על הבטלות של פסק הדין או ההחלטה, ואילו בנסיבות

אחרות אותו פגם יצדיק מתן סעד אחר (רע"פ 2413/99 גיטפון נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, בעמ' 685).

עקרון הבטלות היחסית מאפשר לבית המשפט לדון, בנפרד, בתוצאותיה של החלטה בטלה. הכרזה על בטלותה מעיקרה של ההחלטה שוב אינה חייבת להביא בכל מקרה וכפועל יוצא המתחייב מן ההכרזה - בחינת "ייקוב הדין את ההר" - גם לבטלות תוצאותיה (בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177, 194). עקרון הבטלות היחסית מהווה, בעיקרו, כלי של מדיניות שיפוטית, שבידי בית המשפט להפעילו, או להימנע מהפעלתו, תוך התחשבות בנסיבותיו של המקרה הנתון ובחינת השלכותיהן האפשריות של ההכרעות החלופיות הבאות בחשבון, הכול במטרה להגיע, במידת האפשר, לתוצאה מעשית העושה צדק יחסי עם כלל הגורמים העלולים להיות מושפעים מן ההכרעה, בהם המתדיינים והרשות הנוגעת בדבר. אכן, לא תמיד ניתן להגיע להכרעה המגלה התחשבות, יחסית שווה, בכל הגורמים, ויש שחשיבותו של אחד האינטרסים המתנגשים יכריע את הכף (ע"א 1842/97 עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי דוד רמת-גן בע"מ, פ"ד נד(5) 15, 22). אך כל אימת שהדבר אפשרי, ובעיקר כאשר ההחלטה הפסולה הסבה נזק, יחתור בית המשפט לתוצאה מאוזנת, שאין עמה משום פגיעה בלתי-נסבלת באינטרסים חשובים של הרשות הנוגעת בדבר והציבור ועם זאת יש בה כדי לעשות צדק עם הנפגעים הישירים מן ההחלטה הבטלה. אף לשאלה אם המדובר בפגיעה מן העבר הרחוק, שהנפגע מעולם לא הלין עליה, או לפגיעה שאירעה לאחרונה ושלתיקונה תהיה השפעה מיטיבה מיידית על מצבו של הנפגע, עשויה להיות משמעות בגיבוש ההכרעה הראויה למקרה הנתון.

10. הריני ער ומודע לחששן של המשיבות, כי לפסילתה בצו בית המשפט של שאלה מס' 65 עלולות להיות השלכות מכבידות. כעולה מעמדת הוועדה הבוחנת, הרי שגם בבחינות ההסמכה שהתקיימו בעבר, וכך כנראה גם בבחינה האחרונה, נכללו שאלות העוסקות בנושאים קרובים לנושא השאלה מס' 65, או המעוררות בעייתיות דומה. בצדק חוששות המשיבות מפני האפשרות שפסילתה של שאלה מס' 65 תעודד נבחנים, מן העבר ומן ההווה, שהשיבו לא נכונה על אותן שאלות, לדרוש את פסילת השאלות הללו. כלום יהיה זה רצוי "לפתוח" לבירור חדש את בחינות העבר, ולאפשר לנבחנים שנכשלו בהן לשוב ולתקוף כעת חלק מהשאלות שנכללו בהן? ומה בדבר שאלות אחרות בבחינה האחרונה, שעסקו בנושאים קרובים או המעוררות בעייתיות דומה לזו שבעטייה קמה עילה לפסילתה של שאלה מס' 65; האם יש לאפשר למי שלא עתר כנגדן עד כה לעשות זאת כעת?

אני סבור, שאת עקרון הבטלות היחסית בענייננו ניתן ומוצדק ליישם בפסילתה של שאלה מס' 65, תוך הבהרה מפורשת שהכרעתנו האמורה לא תקים עילה ולא תהווה פתח לתקיפת כשרותן של שאלות כלשהן שנכללו בשאלוני בחינות קודמות. משמע, מתמחים שלא עמדו באחת הבחינות בעבר, והשלימו עם התוצאה, לא יוכלו עתה להישמע בטענה שפסק-דין זה מקים להם עילה להשיג על כשרותן של שאלות שנכללו באותן בחינות. לא זה בלבד שבהימנעותם לעתור נגד כשרותן של שאלות כאלה גילו אותם נבחנים את דעתם כי הם משלימים עם כישלונם, אלא גם שלגבי הבחינות שהתקיימו בעבר קם ללשכת עורכי הדין ולוועדה הבוחנת - שבמתן פרשנות לתקנה 18 פעלה בתום לב - אינטרס הסתמכות חזק וברור. ולא למותר להוסיף, כי לתוצאה זו ניתן להגיע לא רק בעזרת עקרון הבטלות היחסית, אלא גם בעזרת עקרון השיהוי.

מאידך, אינני רואה שמץ טעם שלא להיענות לבקשת העותרים לעניין פסילתה של שאלה מס' 65. העותרים שלפנינו לא השלימו עם כישלונם בבחינה ולא השתהו. הם השיגו על תוצאות הבחינה מיד לאחר פרסומן, והגישו את העתירה מיד לאחר דחיית השגותיהם, כשאת תקיפתה של שאלה מס' 65 הריהם מבססים, כראוי, על טענת חריגה מסמכות. לפסילתה של שאלה זו תהיה, מבחינת חלק מן העותרים והנבחנים האחרים, משמעות קריטית, שכן היא תזכה אותם באפשרות לגשת במועד קרוב לבחינת ההסמכה על-פה; בעוד שאי-פסילתה תסב להם נזק ממשי. למשיבות, לעומת זאת, לא תגרום פסילת השאלה יותר מהכבדה מסוימת. לשכת עורכי הדין והוועדה הבוחנת יודעות מזה זמן על העתירה, וממילא לא יכלו לגבש אינטרס הסתמכות תקף ביחס לשאלה מס' 65 שנתקפה בה. מן החומר המצוי לפנינו עולה, כי הוועדה הבוחנת עצמה נוהגת לעתים לפסול בדיעבד, מיוזמתה, שאלות אשר התבררו לה כבעייתיות, ואף עשתה כן לפחות ביחס לשאלה אחת כזאת שנכללה בבחינה האחרונה. פסילתה של שאלה מס' 65 כנראה תחייב את הוועדה הבוחנת ליזום את תיקונה של תקנה 18, אך זאת חזקה עליה שהייתה עושה גם אילו הסתפקנו בקביעה שהכללת השאלה מס' 65 בבחינה חרגה מגדרה של תקנה 18, וזאת מבלי ליתן לקביעה זו ביטוי אופראטיווי.

11. נותרה לכאורה השאלה, כיצד ראוי יהיה להתייחס - בעקבות פסק-דיננו - לעתירות עתידיות שתופנינה נגד שאלות אחרות שנכללו בבחינה האחרונה. בשאלה זו, שלעת הזאת אינה אלא תיאורטית, איננו נדרשים לקבוע כל עמדה.

12. דעתי היא, אפוא, כי יש לקבל את העתירה ולעשות בה צו מוחלט המורה על פסילתה של שאלה מס' 65 בשאלון בחינת ההסמכה שבכתב. בכך אין, כמובן, כדי לקבוע מי מהעותרים, או מן הנבחרים האחרים שהשיבו לא נכונה על שאלה זו, עבר את הבחינה. קביעה זו תיעשה על-ידי המשיבות, על-פי הכללים הנוהגים אצלן בנושא זה.

בנסיבות העניין הייתי נמנע מעשיית צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט י' אנגלרד:

איני יכול להסכים לחוות דעתו של חברי השופט א' מצא בעניין חריגה מסמכות של לשכת עורכי הדין בשאלה 65 בבחינת ההסמכה. לטעמי, הדיבור "סדרי הדין במשפטים פליליים" כולל בתוכו כל מה שקשור בהליכים פליליים על פי ההוראות המצויות בחיקוקים המכונים בפי המחוקק "סדר הדין הפלילי". כך הובן הדבר על ידי לשכת עורכי הדין זה ימים ימימה, כך עולה במפורש מרשימת החיקוקים המנחה הנמסרת לידי הנבחרים, וכך נהגו בשאלוני הבחינות בפועל במשך שנים רבות.

מתקשה אני מאד לפרש, כפי שמציע חברי, את המונח "משפטים" כנוגע "למשפט עצמו, ולא לדינים הנוגעים לעבודת המשטרה בשלב החקירה הקודם למשפט". והיכן יתחיל "המשפט עצמו"? האם הכוונה היא רק להליכים המתנהלים בבית המשפט לאחר הגשת כתב האישום? ומה דינם של הליכי העמדה לדין? ומה דינם של צווי המעצר המוצאים על ידי בתי המשפט ודינם של הליכי הערר עליהם? ומה דינה של בקשה להארכת המעצר מעבר לתשעה חודשים? האם הליכים אלה כלולים הם במושג "המשפט הפלילי עצמו"? אני שואל את עצמי האם מן הראוי כי מסקנתנו תהיה כי כל הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, וחלק מהוראותיו של חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, אינן כלולות בחומר הבחינה הנדרש מן המועמדים לקבלה ללשכת עורכי הדין? תוצאה זו עומדת לדעתי, בניגוד לכוונת מתקין התקנות והיא לגופה בלתי רצויה ביותר. איני רואה כל קושי במתן פרשנות רחבה יותר למונח "משפטים פליליים", כגון המשמעות של "הליכים פליליים", אשר

תכלול בתוכה את כל מה שראה המחקק כסדר דין פלילי. כאמור, כך הובן הדבר עלי ידי הגורמים המקצועיים וכך נהגו כל השנים.

יתרה מזו, כיצד יש לפרש את הדיבור "סדרי דין במשפטים אזרחיים"? האם גם כאן אין לכלול הליכים שאינם "המשפט עצמו", כגון סעדים זמניים המתבקשים לפני הגשת התובענה?

לבסוף, כלל גדול הוא כי בית משפט זה אינו מתערב בשיקול דעתם של גורמים הממונים על עריכת בחינות מקצועיות בתחומים השונים. לדעתי, הגבלה זו חלה גם על הפרשנות של מונחים מקצועיים המופיעים בחיקוק המגדיר את תחומי הבחינה. אם אנשי המקצוע מגדירים את תחום הידע הנדרש ככלול בהנחייה הסטטוטורית, אין זה מסמכותו של בית משפט זה להעדיף – על יסוד ידיעתו המקצועית שהיא אינה אלא מקרית בהקשר הרחב של בחינות מקצועיות – פרשנות מקצועית שונה. כי סוף סוף, אין טענה שמתקין התקנות לא היה מוסמך לדרוש את ידיעתם של חוקי החיפוש והמעצר; כל מה שנטען הוא כי לא דייק בלשונו, ובמקום סדרי דין במשפט פלילי (Criminal Law Procedure), או סדרי דין פליליים, נקט לשון סדרי דין במשפטים פליליים, אשר מתפרש על פי הטענה כ-Procedure in Criminal Trials. מאחר שלטעמי התכוון מתקין התקנות – בעצה אחת עם לשכת עורכי הדין – למשמעות הראשונה הכללית, כפי שעולה גם מן הנוהג רב-השנים, איני רואה מקום כי בית משפט זה ישנה סדרי בראשית אלה. הערה זו, בדבר אי-התערבותו של בית משפט זה בשיקול הדעת של הגופים המקצועיים הממונים על עריכת הבחינות, נכונה גם לגבי הטענה הנוספת כי השאלה הנדונה נופלת אף תחת הכותרת של חוקי היסוד, לאור הוראות הסעיפים 7(ג) ו-8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שוב, איני רואה כל מקום להתערבות בית משפט זה בנקודה זו בהעמידו, כביכול, את שיקול דעתו המקצועי תחת זה של הוועדה הבוחנת של לשכת עורכי הדין.

מסקנה זו פותרת אותי מן הדיון בסוגייה של הבטלות היחסית, על השלכותיה.

לכן, לו דעתי הייתה נשמעת, דין העתירה להידחות.

השופט ד' דורנר:

דורות של מתמחים נבחנו בבחינות ההסמכה של לשכת עורכי-הדין (להלן: הלשכה) על דיני מעצר וחיפוש. ככל הנראה, כעולה מתצהירו של יושב-ראש ועדת ההתמחות בלשכה, עורך-הדין יהושע ננר, הנבחנים הופנו לדינים אלה בחומר-עזר המפורסם על-ידי "מחשבות" – חברה פרטית, העוסקת בהכנות לבחינות ההתמחות. אף הוועדה הבוחנת של הלשכה כללה את התחיקה בעניין זה ברשימת החיקוקים שפרסמה לקראת הבחינה. זאת, אומנם, תוך ציון, כי היקף החומר שעל הנבחנים לדעת קבוע בתקנות ובהן בלבד.

אלא שדיני מעצר וחיפוש אינם נמנים עם נושאי הבחינות הקבועים בתקנה 18 לתקנות לשכת עורכי הדין (סדרי בחינות בדיני מדינת ישראל ובמקצועות המעשיים), תשכ"ג-1962.

כמפורט בפסקי-הדין של שני חברי, הלשכה טוענת כי דיני מעצר וחיפוש הם בגדר הנושא המוגדר בתקנה 18(3) כ-"סדרי הדין במשפטים פליליים ואזרחיים, לרבות הליכי ביניים ובורריות, וכן עריכת כתבי טענות"; ולחלופין, כי ניתן לכלול נושא זה בתקנה 18(4) הנוגעת לדיני ראיות ובתקנה 18(1) שעניינה חוקי-יסוד.

חברי, השופט אליהו מצא, סבור כי סדרי-דין במשפטים פליליים אינם כוללים דינים, הנוגעים לחקירות המשטרה, וכי השאלה נושאת-העתירה אף אינה עוסקת בדיני ראיות או בחוקי-יסוד. ואילו חברי, השופט יצחק אנגלרד, בדעה, כי יש לפרש את הנושא "סדרי-דין במשפטים פליליים" כסדר-הדין הפלילי, שהוא מונח טכני, הכולל דיני מעצר וחיפוש וכי השאלה מושא העתירה אף נוגעת לחוקי-יסוד, ובמקרה זה לחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו, המתיר עריכת חיפוש רק בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף 8 לאותו חוק-יסוד.

במחלוקת שנפלה בין חברי, דעתי כדעתו של השופט מצא.

בחינת ההתמחות דורשת מן הנבחנים להעמיס על זיכרונם חומר רב היקף, שחלק ניכר מתוכו טכני, שבחיי המעשה גם עורכי-דין מנוסים דולים אותו מן

הכתובים. מתכונת זו מחייבת הגדרה ברורה של נושאי הבחינה ומתן פירוש דווקני לנושאים שהגדרתם עמומה.

בענייננו, על פני הדברים, תקנה שעניינה חוקי-יסוד אינה כוללת את כל החוקים והתקנות הפוגעים בזכויות האדם הקבועות בחוקי-יסוד. ועל-כל-פנים, כפי שהראה חברי, השופט מצא, השאלה לא התייחסה כלל לחוקי-יסוד או לדיני ראיות.

על רקע זה התמקדה הלשכה, בתשובתה המקורית לעתירה, בתקנה הנוגעת לסדרי-דין במשפטים פליליים. בהקשרם של דברים, גם אם בדוחק ניתן לכלול בנושא המוגדר בתקנה האמורה דיני מעצר וחיפוש שיפוטיים, הרי גם לפי פירוש מרחיב ויצירתי – שלדעתי, כאמור, אינו ראוי כאן – הנושא המוזכר בתקנה זו אינו משתרע על הליכי חקירה משטריים, שעמם נמנית שאלה 65, הנוגעת לסמכות חיפוש של שוטר. שכן, לדעתי פשוט הוא, כי סדרי-דין במשפטים פליליים ואזרחיים, להבדילם מסדר-הדין הפלילי בכללותו, עניינם בפרוצדורה פלילית ואזרחית בפני ערכאה שיפוטית.

ברור, כי אין בחומר-העזר שפרסמה הוועדה וכן בהצגת שאלות במבחנים בעבר, ללא בסיס בתקנות, כדי להסמיק את הלשכה לכלול בבחינות ההסמכה שאלות בנושאים שאינם מוזכרים בתקנה 18, חשובים ככל שיהיו. עם זאת, לנוכח השיקולים שציין חברי, השופט מצא, יש לצמצם את תוצאותיה של פסילת השאלה, כך שלא תהיה לדבר השלכה על תוקפן של שאלות בדיני מעצר וחיפוש במבחנים קודמים.

אני מצרפת, אפוא, דעתי לדעתו של השופט מצא.

ש ו פ ט ת

הוחלט, ברוב דעות, כאמור בפסק-דינו של השופט מצא.

ניתן היום, כ"ה באדר א' תשס"ג (27.2.03).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט