



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6481/19

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותרים: 1. אבי פבלוביץ
2. שירן חמדי ו-61 אח'

נ ג ד

המשיבים: 1. שר המשפטים
2. ראש לשכת עורכי הדין - עו"ד אבי חימי
3. מועצת לשכת עורכי הדין
4. יו"ר הועדה הבוחנת

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ו' בחשון התש"ף (4.11.2019)

בשם העותרים: עו"ד יוסי מלצר; עו"ד פארס כבהה

בשם המשיב 1: עו"ד יונתן ברמן; עו"ד שי כהן

בשם המשיבים 2-4: עו"ד דוד יצחק; מירית שלו

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

מתכונת בחינות ההסמכה ללשכת עורכי הדין שונתה לפני שנים מספר, והחל מדצמבר 2017 נבחנים המועמדים על פי המתכונת החדשה. שר המשפטים (המשיב 1), קבע בהוראת שעה כי נבחנים באחד משלושת המועדים הראשונים שלאחר השינוי (דצמבר 2017, יוני 2018 ודצמבר 2018), אשר נכשלו בציון גבולי (בין 50 ל-59), יהיו זכאים למועד בחינה נוסף במתכונת מיוחדת, אשר נקבע ליום 12.12.2019 (להלן: "המבחן המיוחד הנוסף"). העותרים, אינם עומדים בתנאים שנקבעו על ידי שר המשפטים בהוראת השעה להשתתפות במבחן המיוחד הנוסף, ואולם הם נבחנו בבחינה הרביעית

לאחר השינוי, זו שהתקיימה ביוני 2019, וקיבלו בה ציון נכשל, שבין 50 ל-59. לטענתם, סירוב שר המשפטים לאפשר גם להם להיבחן במבחן המיוחד הנוסף הוא בגדר הפליה פסולה וחוסר סבירות קיצוני. לפיכך עתרו לסעד שיאפשר גם להם להשתתף במבחן המיוחד הנוסף. מהטעמים שיפורטו להלן, דינה של עתירה זו להידחות.

רקע

1. עורכי דין במדינת ישראל נדרשים לעמוד בהצלחה בבחינות של לשכת עורכי הדין לצורך הסמכתם. סדרי בחינות ההסמכה של לשכת עורכי הדין קבועים בסעיף 38 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 (להלן: "חוק לשכת עורכי הדין" או "החוק") ובתקנות לשכת עורכי הדין (סדרי בחינות בדיני מדינת ישראל, באתיקה מקצועית החלה על עורכי דין זרים ובבחינת ההסמכה לעריכת דין), תשכ"ג-1962 (להלן: "התקנות"). סעיף 1(א) לתקנות קובע כי בחינות ההסמכה ייערכו לפחות פעמיים בשנה. סעיף 15 לתקנות קובע כי את מועדי בחינות ההסמכה תיקבע לשכת עורכי הדין, ואילו סעיף 15א לתקנות מסמיך את שר המשפטים, בהתייעצות עם המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, לקבוע מועד נוסף לבחינת ההסמכה, מסיבות מיוחדות שירשום בהחלטתו.

2. בשנת 2016 נחקק תיקון 38 לחוק לשכת עורכי הדין, במסגרתו שונתה מתכונת בחינות הלשכה. חבלי לידתו של תיקון 38 היו ממושכים, והשתרעו על פני קרוב לשני עשורים. תחילתם בהערות בית המשפט העליון על מתכונת הבחינה (בג"ץ 7505/98 קורין אלדי נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נג(1) 153, 167-170 (1999)), והמשכם בהמלצות שלוש ועדות שונות שבחנו את מתכונת בחינות הלשכה: ועדת גרסטל, צוות רוטקופף וועדת פרוקצ'יה. המתכונת החדשה שנקבעה לבחינות ההסמכה, מעוגנת כיום בפרק השני לתקנות.

3. אין זה המקום להרחיב על אודות השינויים במתכונת הבחינה, אולם בתמצית יאמר כי על השינויים המרכזיים בין המתכונת הישנה למתכונת החדשה של בחינות ההסמכה ניתן למנות את ביטולה של הבחינה בעל-פה, הוספת שאלון רב ברירה על הדין המהותי, והוספת מטלת כתיבה אשר מהווה 15% מהציון הכולל של הבחינה.

4. את בחינות ההסמכה מחברת וועדה בוחנת, גוף עצמאי ואובייקטיבי שהרכבה נקבע בסעיף 40(ב) לחוק, והיא כוללת שלושה שופטים, ארבעה עורכי דין - מחציתם מן השירות הציבורי, ושני חברי סגל אקדמי של מוסדות מוכרים להשכלה גבוהה (להלן: "הוועדה הבוחנת").

5. בחינת ההסמכה הראשונה במתכונת החדשה התקיימה בחודש דצמבר 2017, והמועדים העוקבים של הבחינה במתכונת החדשה התקיימו בחודש יוני 2018 ובחודש דצמבר 2018 (להלן יחדיו: "שלושת המועדים הראשונים במתכונת החדשה").

6. שינוי מתכונת בחינות ההסמכה לווה בקשיים לא מבוטלים. הנבחנים הביעו מחאה הן על שינוי מתכונת הבחינה והן על אחוזי המעבר הנמוכים (לשיטתם) בשלושת המועדים הראשונים במתכונת החדשה, ואף התנהלו הליכים משפטיים שונים, בעיקר הליכים אשר העמידו לביקורת שיפוטית שאלות שנכללו בבחינות במתכונת החדשה (ראו, למשל, ע"מ 3717/18 פרץ נ' הוועדה הבוחנת של לשכת עורכי הדין בישראל (10.6.2018); ע"מ 8281/18 לשכת עורכי הדין בישראל נ' פומס (11.12.2018)). בעקבות הלחץ הציבורי שהפעילו הנבחנים קודמו גם מספר הצעות חוק שעניינן מתכונת בחינות ההסמכה וציון המעבר בהן.

7. ביום 8.8.2018, לאחר שני מועדים ראשונים במתכונת החדשה, הודיעה שרת המשפטים (דאז) על מספר הקלות במתכונת הבחינה החדשה: תוספת זמן; ביטול "דרישת השליש" (דרישת מעבר שנקבעה בסעיף 18ג לתקנות ולפיה על הנבחן לקבל בכל אחד מחלקי הבחינה ציון העולה על שליש ממשקל הציון לאותו חלק); צמצום רשימת החיקוקים לבחינה; וחלוקת רשימת החיקוקים לחלק הדיוני ולחלק המהותי של הבחינה בנפרד (ראו תקנות לשכת עורכי הדין (סדרי בחינות בדיני מדינת ישראל, באתיקה מקצועית החלה על עורכי דין זרים ובמקצועות מעשיים) (תיקון – תוצאות הבחינה), התשע"ט-2018)). הקלות נוספות ניתנות במסגרת תיקון מס' 2 ותיקון מס' 3 שפורסמו ברשומות בימים 11.12.2018, ו-27.12.2018, בהתאמה.

8. ביום 27.1.2019 פורסם ברשומות תיקון מס' 4 לתקנות, אשר הוריד את סף המעבר בבחינה מ-65 ל-60 מהציון הכולל בבחינה. תיקון זה הוחל למפרע החל ממועד שינוי מתכונת הבחינה החדשה, דהיינו על שלושת המועדים הראשונים במתכונת החדשה. בעקבות שינוי זה הועמדו אחוזי המעבר הכלליים בשלוש הבחינות הללו, על פי הודעת המשיבות 2-4 שנמסרה לנו ביום 5.11.2019, על 60% (מועד דצמבר 2017), 54% (מועד יוני 2018) ו-49% (מועד דצמבר 2018).

9. בד בבד עם הורדת סף המעבר, פורסמה ברשומות הוראת שעה (להלן: "הוראת השעה הראשונה") במסגרתה הורתה שרת המשפטים דאז (חה"כ איילת שקד) על מועד

בחנינת הסמכה נוסף אשר זכאים לגשת אליו נבחנים העומדים בשני תנאים מצטברים: (1) ניגשו לבחינת ההסמכה באחד או יותר משלושת המועדים הראשונים במתכונת החדשה; (2) נכשלו בה, אך קיבלו ציון של 50 לפחות מהציון הכולל בבחינה (להלן: "המבחן המיוחד הראשון" ו-"הרשאים לגשת למבחן המיוחד", בהתאמה).

10. ביום 30.4.2019 נערך המבחן המיוחד הראשון, אשר היה שונה ממתכונת הבחינה הרגילה (ראו גם סעיף 27 לתגובה המקדמית מטעם המשיב 1). השוני בא לידי ביטוי במשך הבחינה, במספר השאלות שנכללו בה, ובכך שלנבחנים בה ניתנה אפשרות לבחור בין שני סוגי בחינות: בחינה המורכבת משתי מטלות כתיבה בלבד (שמסקל כל אחת מהן בציון הסופי יעמוד על 50%) לבין בחינה המורכבת משלושה חלקים בדומה לבחינה במתכונת הרגילה, אולם מספר השאלות שנכללו בכל חלק היה קטן יותר מהבחינה במתכונת הרגילה. המתכונת של המבחן המיוחד הראשון היא אפוא מתכונת מקוצרת, והיא מאפשרת לנבחן אפשרות בחירה שאינה קיימת במתכונת הרגילה במועדי הבחינות הרגילים.

11. 1,188 נבחנים ניגשו למבחן המיוחד הראשון. 80% מהם בחרו בבחינה המורכבת ממטלות כתיבה בלבד. 57% מכלל הנבחנים במבחן המיוחד הראשון עברו את הבחינה, כאשר הציון הממוצע עמד על 61.3.

12. ביום 27.6.2019 נערכה בחינת הסמכה נוספת, במתכונת רגילה כחלק ממועדי הבחינות הרגילים (להלן: "בחינת יוני 2019"). אחוז העוברים בבחינת יוני 2019 היה 54%. 1,005 נבחנים נכשלו בה, מתוכם 534 נבחנים שקיבלו ציון בין 50 ל-59. יוער כי נבחן שנכשל במבחן המיוחד הראשון שהתקיים בחודש אפריל 2019 היה רשאי לגשת לבחינת יוני 2019.

13. בתחילת חודש יוני 2019 נערכו חילופי שרים במשרד המשפטים. ביום 15.7.2019 פורסמה בתקשורת החלטת שר המשפטים הנכנס (חה"כ אמיר אוחנה) לערוך מבחן מיוחד נוסף לאותם נבחנים אשר היו רשאים לגשת למבחן המיוחד הראשון, ולא מימשו את זכאותם או מימשו ונכשלו בבחינה. על פי הנטען בתגובה מטעם שר המשפטים, הרקע להחלטה זו היה פניות של נבחנים שהופנו אליו בנדון.

14. ביום 16.7.2019 פורסמה טיוטת הוראת השעה לעניין המבחן המיוחד הנוסף, וכן פורסמו דברי ההסבר להוראת השעה. כעבור שלושה שבועות נחתמה הוראת השעה

על ידי שר המשפטים, וביום 26.8.2019 היא פורסמה ברשומות (להלן: "הוראת השעה השנייה"), ללא ציון של מועד הבחינה.

בדברי ההסבר להוראת השעה השנייה נאמר כך:

לפיכך, מוצע כעת לאפשר לשר המשפטים לקבוע מועד מיוחד נוסף, שיאפשר לאותם הנבחנים שלא עברו את בחינות ההסמכה עד כה לגשת למועד מיוחד נוסף ולא להמתין עד למועד הבחינה הבא, בחורף 2019.

15. להשלמת התמונה יצוין כי על רקע התקנת הוראת השעה השנייה, הודיע יו"ר הוועדה הבוחנת ביום 14.8.2019 על התפטרות הוועדה הבוחנת. ביום 29.9.2019 מינה שר המשפטים וועדה בוחנת חדשה בהתאם לסמכותו לפי סעיף 40(ב) לחוק.

16. השבועות נקפו וביום 4.9.2019 התפרסמה הודעה מטעם מנכ"ל לשכת עורכי הדין, ולפיה המועצה הארצית מאשרת את קיום ההתייעצות עמה ביחס לקביעת מבחן מיוחד נוסף ביום 12.12.2019, הוא המועד בו עתידה להתקיים בחינה במתכונת רגילה בהתאם למועדי הבחינה הרגילים.

17. ביום 22.9.2019 חתם שר המשפטים על הודעה רשמית בדבר מבחן מיוחד נוסף שייערך ביום 12.12.2019, מכוח סמכותו לפי הוראת השעה השנייה. אולם, בשל "אילוצים טכניים", כלשון התגובה המקדמית מטעם שר המשפטים, הודעה זו פורסמה ברשומות רק ביום 31.10.2019.

18. הגדרת הרשאים לגשת למבחן המיוחד הנוסף זהה להגדרה שנקבעה בהוראת השעה הראשונה ביחס לרשאים לגשת למבחן המיוחד הראשון. הווה אומר, רק נבחן שניגש לבחינת ההסמכה באחד או יותר משלושת המועדים הראשונים במתכונת החדשה, נכשל בה, אך קיבל ציון של 50 לפחות מהציון הכולל בבחינה. על פי הודעת המשיבים 4-2 מיום 5.11.2019 למבחן המיוחד הנוסף נרשמו 276 נבחנים.

19. ביום 30.10.2019 הגישו העותרים עתירה דחופה למתן צו על תנאי בגדרה התבקש בית משפט זה להורות לשר המשפטים לאפשר לעותרים ולנבחנים נוספים אשר ניגשו לבחינה ביוני 2019 ושקיבלו ציון נכשל שבין 50 ל-59, לגשת למבחן המיוחד הנוסף שנקבע ליום 12.12.2019. סעד חלופי שהתבקש במסגרת העתירה הוא ביטולה

של החלטת השר בדבר המבחן המיוחד הנוסף, אולם בפתח הדיון שנערך ביום 4.11.2019 הודיעו העותרים כי הם חוזרים בהם מסעד חלופי זה.

עיקר טענות העותרים

20. לטענת העותרים הם מופלים לרעה ביחס לנבחנים הרשאים לגשת למבחן המיוחד הנוסף. לשיטתם, האחרונים מקבלים מספר הזדמנויות גדול יותר מההזדמנויות שניתנו לעותרים – קביעת שני מועדים מיוחדים רק עבורם, והכל "תוך פגיעה לא סבירה ולא מידתית בחופש העיסוק של העוסקים ובעיקרון השוויון" (סעיף 25 לעתירה).

21. העותרים מציינים את מעמד הבכורה של עיקרון השוויון בשיטת המשפט הישראלית וכן מציינים את פסיקת בית המשפט העליון לפיה החובה המינהלית לנהוג בשוויון רחבה יותר מהיקף ההגנה הניתנת לזכות השוויון כזכות חוקתית, שחלה אף במצבים אקראיים ומקריים. נטען כי קבוצת השוויון הרלוונטית היא כלל הנבחנים המבקשים לגשת לבחינות ההסמכה של לשכת עורכי הדין עד יום פרסום ההודעה על המבחן המיוחד הנוסף. לשיטתם אין כל הבחנה רלוונטית בין העותרים לבין הנבחנים הרשאים לגשת למבחן המיוחד הנוסף, ואין כל הצדקה למתן מבחן מיוחד נוסף רק לאחרונים. העותרים סבורים כי מאחורי ההחלטה בדבר מבחן מיוחד נוסף עמדו שיקולים פסולים, ולכל הפחות שיקולים שאינם עניינים או סבירים.

22. לבסוף, נטען כי החלטת שר המשפטים לוקה בחוסר סבירות קיצוני שכן ניכר מן ההחלטה כי לא נשקלו אינטרסים כבדי משקל אשר ראויים להישקל כמו העדר שוני בין הנבחנים, חופש העיסוק של העותרים, ופגיעה בשוויון. כן נטען כי ההחלטה פוגעת בתחרות החופשית המתבטאת ביכולת הכניסה למקצוע, תוך מתן משקל כבד מדי לרצון להקל על הנבחנים הרשאים לגשת למבחן המיוחד הנוסף.

23. נוכח כל האמור לעיל התבקש בית משפט זה להורות כי גם נבחנים אשר קיבלו ציון של 50 או יותר בבחינת ההסמכה שנערכה ביוני 2019 יהיו זכאים לגשת למבחן המיוחד הנוסף, ללא תלות בשאלה האם ניגשו לאחד משלושת המועדים הראשונים של הבחינה במתכונת החדשה.

טענות המשיבים 4-2

24. למשיבים 4-2 טענות סף וטענות לגופה של העתירה. מבחינת טענות סף טוענים המשיבים 4-2 כי העתירה לוקה בשיהוי ניכר הואיל והחלטת שר המשפטים בדבר קיומו

של מבחן מיוחד נוסף התקבלה בחודש יולי 2019 עם פרסום דברי ההסבר להוראת השעה. כמו כן נטען כי הגורם המוסמך לקבוע מבחן מיוחד נוסף הוא שר המשפטים ועל כן אין העתירה מגלה עילה ביחס לראש לשכת עורכי הדין, מועצת לשכת עורכי הדין ויו"ר הוועדה הבוחנת, הם המשיבים 2-4.

25. לגופם של דברים נטען כי אין המדובר בהפליה פסולה או חוסר סבירות קיצוני אלא בהבחנה מותרת וסבירה בין הנבחנים במועדים השונים. בעוד הנבחנים בשלושת המועדים הראשונים במתכונת החדשה חוו קשיי מעבר כתוצאה משינוי מתכונת הבחינה, הרי שהעותרים לא אמורים היו לחוות קושי הנובע מהמעבר למתכונת החדשה. זאת, בשים לב לכך שעמדה להם האפשרות לעיין בשלוש הבחינות שנערכו במתכונת החדשה אשר קדמו למועד בו נבחנו, וללמוד מהן על היכולות הנדרשות מהם. כן צוין כי העותרים קיבלו זמן רב יותר לפתרון הבחינה מנבחני שני המועדים הראשונים וכן עמדה לרשותם רשימת חקיקה מקוצרת ומפוצלת.

26. המשיבים 2-4 סבורים כי דווקא עמדת העותרים היא המביאה לתוצאה אי סבירה שהרי עמדתם מחייבת כי לצד כל בחינה במתכונת רגילה צריך שתהיה מתכונת מצומצמת ומיוחדת.

עמדת שר המשפטים

27. המשיב 1 סבור כי דין העתירה להידחות. ראשית, מפנה המשיב 1 להלכה לפיה התערבות בית המשפט בחקיקת משנה שמורה למקרים חריגים בהם מדובר בחוסר סבירות קיצונית. בהקשר זה נטען כי היעדרות לסעד המבוקש משמעה חיוב של שר המשפטים ליזום הליך חקיקה, שכן תנאי הזכאות לגשת למבחן המיוחד הנוסף קבוע בהוראת שעה המהווה חקיקת משנה.

28. שנית, טוען המשיב 1 כי קיים שוני רלוונטי בין הנבחנים הרשאים לגשת למבחן המיוחד הנוסף לבין העותרים ואחרים במצבם. לשיטתו, מי שנכלל בקבוצת הזכאים לגשת למבחן המיוחד הנוסף ניגש לבחינות הסמכה שנערכו בתקופת "חבלי לידה" שנלוו לשינוי מתכונת הבחינות ההסמכה. לפיכך, העותרים אשר לא ניגשו לאחד מהמועדים ה"בעייתיים" אינם משתייכים לקבוצת השוויון הרלוונטית, ואי הכללתם בקבוצה זו אינה מהווה הפליה ואינה פוגעת שלא כדין בשוויון. כמו כן טוען המשיב 1 כי יש להסתכל על המבחן המיוחד הנוסף כמעין "בחינת השלמה" המצטרפת למבחן המיוחד הראשון. בהקשר זה, כך נטען, החלטת השר משקפת איזון בין הצורך בהבטחת רמה מקצועית

מספקת של השירותים המוצעים לציבור לבין מתן מענה ל"חבלי לידה" שהתעוררו בעקבות שינוי מתכונת הבחינה. בהתאם להלכה, נתון לרשות המנהלית מתחם שיקול דעת בעריכה של שיקולים כגון אלה, ואין מקום להתערב בו.

דיון והכרעה

29. לא אכחד, הצורך במבחן המיוחד הנוסף, אשר יתקיים באותו יום בו תתקיים בחינה במתכונת הרגילה, מוקשה בעיניי. הדברים נכונים ביתר שאת נוכח תכליתה של הוראת השעה כפי שבאה לידי ביטוי בדברי ההסבר הקצרים לה, ולפיהם עיקר תכליתו של המבחן המיוחד הנוסף הוא שנבחנים שנבחנו במבחן המיוחד הראשון לא יאלצו להמתין למועד חורף 2019, באשר חלוף הזמן סיכל תכלית זו. אפס, לעת הזו, העתירה שלפנינו איננה מבקשת לבטל את הוראת השעה, ואת המבחן המיוחד שנקבע מכוחה, אלא דווקא להרחיב את היקף המשתתפים בה, באמצעות מתן סעד מסוג Read-In להוראת השעה (לסעד זה ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 759-765 (1994); בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 767-769 (1994) (להלן: "עניין דנילוביץ"); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקאות 36-37 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות (18.9.2014)). מכאן ששאלת תוקפה של הוראת השעה, להבדיל מהיקף הזכאים ליהנות מהזכאות המוענקת במסגרתה, אינה עומדת כלל לבחינתנו.

30. הטעם המרכזי שמובא על ידי העותרים למתן הסעד המבוקש על ידם הוא טיעון ההפליה. בטענה זו אתמקד להלן. בצד טיעון זה העלו העותרים גם טענה כי החלטת השר בדבר הרשאים לגשת למבחן המיוחד הנוסף לוקה בחוסר סבירות קיצוני. ואולם, עיון בנימוקי העתירה מגלה כי לשיטת העותרים עצמם חוסר הסבירות בא לידי ביטוי ב"העדר השוני בין הנבחנים", ו"פגיעה בשוויון בין הנבחנים" (סעיף 36 לעתירה). מכאן שטענת חוסר הסבירות הקיצוני מתכנסת בענייננו לטענת ההפליה, ואינה עומדת על רגליים נפרדות.

31. אין צורך להכביר במילים בדבר מרכזיותה של הזכות לשוויון בשיטת המשפט הישראלי. הזכות לשוויון היא זכות יסוד רבת-חשיבות והיא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (דברי השופט משה לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)). וראו מיני רבים: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פסקה 26 לפסק דינו של הנשיא אהרן ברק (2006); עניין

דנילוביץ, עמ' 760-762; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב' 673-721 וההפניות שם (2010) (להלן: "ברק-ארז").

32. המשמעות המקובלת בפסיקתנו לעקרון השוויון היא כי יש לנהוג יחס שווה כלפי שווים. ודוק, "אין מדובר בדרישה לשוויון מוחלט, עיוור, אלא לשוויון ענייני המבקש יחס דומה לדומים על פי מאפייניהם הרלוונטיים" (בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר, פסקה 33 (23.9.2007) (להלן: "עניין דורון")). לפיכך, הסדר שונה ביחס לקבוצה מסוימת אין בו די כדי לקבוע כי הייתה הפרה פסולה של עקרון השוויון, ולצורך כך יש לאתר את קבוצת השוויון הרלוונטית. קבוצת השוויון היא אותה קבוצה לגביה קמה החובה לנהוג בשוויון מחמת שלחבריה מאפיינים משותפים המייחדים אותה ואשר רלוונטיים לתכלית החוק, למהות העניין, לערכי היסוד של שיטת המשפט ולנסיבות המקרה (בג"ץ 4124/00 יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142, פסקה 36 (2010); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 14 לחוות דעתה של הנשיאה דורית ביניש (23.2.2012); עניין דורון, פסקה 35 וההפניות שם)).

33. בענייננו מועלית דרישה לקבל טובת הנאה (זכאות לגשת לבחינה במתכונת מצומצמת ומקלה) על בסיס הענקתה לאחר. העותרים טוענים כי האפשרות לגשת למבחן המיוחד הנוסף המגיעה לנבחנים הרשאים לגשת למועד זה מגיעה גם להם, הגם שלא נכללו מלכתחילה ברשימת הזכאים כפי שנקבעה בהוראת השעה הראשונה. בנסיבות אלה הבסיס לדרישה המופנית לשלטון הוא עילת ההפליה כעילת ביקורת עצמאית והזכות לסעד היא על סמך ההשוואה לאחר (ברק-ארז, עמ' 681).

34. המשיבים, לעומת זאת, טוענים כי קיים שוני רלוונטי בין הנבחנים הרשאים לגשת למבחן המיוחד הנוסף לבין העותרים ואחרים במצבם. עמדה זו מקובלת עליי. כפי שמדגימה סקירת השתלשלות העניינים שקדמו לחקיקתה של הוראת השעה הראשונה, שהובאה בהרחבה לעיל, שינוי מתכונת בחינות ההסמכה לווה בקשיים רבים שהובילו לשינויים תכופים במתכונת הבחינה, וזאת על דרך של שינויי חקיקה מרובים. במצב דברים זה עמדת שר המשפטים לפיה קבוצת הנבחנים בשלושת המועדים הראשונים במתכונת החדשה היא קבוצה בעלת מאפיינים ייחודיים איננה בלתי סבירה.

35. אכן, עמדת שרי המשפטים, המציבה את גבול ההתחשבות ב"דור המדבר" לאחר שלושת המועדים הראשונים במתכונת החדשה, יש בה מידה מסוימת של שרירות. אך שרירות שכזו קיימת בכל תחימה של גבולות, שהרי לעיתים מזומנות בין שני מקרים

הניצבים סמוך לגבול, בצדדים שונים, יש קרבה לא מבוטלת. ואולם, כבר מחכמינו שנינו כי קביעה של גבול, על השרירותיות הכרוכה בה, היא הכרח בל יגונה, שאין לערער אחריו כל עוד קביעת הגבול תואמת את הרציונל של הכלל (ראו: בג"ץ 5193/99 קיבוץ יחי'עם נ' ממשלת ישראל (7.2.2000); בג"ץ 8803/06 גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר, פסקאות 8-6 לפסק דינו של השופט דוד חשין (1.4.2007)).

36. זאת ועוד, בענייננו המבחן המיוחד הנוסף נתחם על ידי שר המשפטים כאמצעי משלים למבחן המיוחד הראשון – הא ותו לא. כנגזר מכך, קבוצת הזכאים להשתתף במבחן המיוחד הנוסף זהה לקבוצת הזכאים לגשת למבחן המיוחד הראשון, ולא נוספו אליה מועמדים נוספים. כאמור, ניתן לתהות האם היה צורך באמצעי משלים זה, ואולם משסבר שר המשפטים כי נוצר הצורך בכך, ומשהודיעו העותרים כי אין הם מבקשים להשיג על קביעה זו, אניח אף אני כי הצדקה זו עומדת על מכונה. תחת ההנחה כי האמצעי המשלים בו עסקינן – מבחן מיוחד נוסף – נדרש לצורך תיקון העוול שנגרם ל"דור המדבר" – דהיינו נבחני שלושת המועדים הראשונים במתכונת החדשה – אך מתבקש כי הזכאות לו תוגבל לאותה קבוצת זכאים, ולא תורחב לקבוצות נוספות. יתר על כן, הרחבת קבוצת הזכאים להשתתף במבחן המיוחד הנוסף לנבחנים נוספים עלולה לערער עוד יותר את הבסיס שעומד ביסוד קיום המבחן המיוחד הנוסף. על כן לא רק שאין הצדקה להתערב בהחלטת שר המשפטים לצמצם את קבוצת הזכאים להיבחן במבחן המיוחד הנוסף לאלה שזכאים היו להיבחן במבחן המיוחד הראשון, אלא שיתכן כי לו היה השר מרחיב את קבוצת הזכאים, היה מקום לפסול את עצם קיום המבחן המיוחד הנוסף.

37. סיכומי של דבר, לא שוכנעתי כי עמדתו של שר המשפטים, אשר ראה לנכון להבחין לעניין הזכאות להיבחן במועד המיוחד הנוסף בין הנבחנים בשלושת המועדים הראשונים במתכונת החדשה לבין הנבחנים החל מבחינת יוני 2019, היא עמדה בלתי סבירה שמצדיקה התערבותנו.

38. טוף דבר: אמליץ לחבריי לדחות את העתירה. בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט נ' גרוסקופף.

ניתן היום, ט"ז בחשוון התש"ף (14.11.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט