

מדינת ישראל

משרד המשפטים

מחלקת יעוץ וחקיקה (חקיקה)

ירושלים: י"ב כסלו תשע"ה

4 דצמבר 2014

לכבוד

חה"כ דוד רותם, יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט
חה"כ מירי רגב יו"ר ועדת הפנים ואיכות הסביבה

באמצעות דוא"ל vhuka@knesset.gov.il

שלום רב,

הנדון: בקשת ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת לשקול לשנות את ציון העובר בחינת

ההסמכה של לשכת עורכי הדין במועד נובמבר 2014

סימוכין: פניית חה"כ דוד רותם אל שרת המשפטים מיום 26.11.2014

פניית חה"כ מירי רגב אל שרת המשפטים מיום 12.11.2014

שרת המשפטים מילאה את ידי להשיב לפנייתכם, כפי שיפורט להלן:

בפנייתכם שבנדון, ביקשתם משרת המשפטים "לשנות את ציון העובר בבחינה האמורה מ-65 ל-60". בנוסף, במכתבה מעבירה חה"כ רגב ביקורת על מתכונת בחינת ההסמכה ומבקשת לשנותה.

לעניין הבקשה לשנות את ציון העובר בבחינה, עם כל ההבנה הרבה למצוקה בה נתונה אוכלוסיית הנבחנים שקיבלה ציון שבין 60 ל-65 בבחינה האחרונה, נבקש להשיבכם כי בנסיבות העניין לא מצאה שרת המשפטים בסיס ענייני המצדיק הפחתה רטרואקטיבית של ציון המעבר במועד בחינת נובמבר, 2014 על ידי תיקון תקנה 18 לתקנות לשכת עורכי הדין (סדרי בחינות בדיני מדינת ישראל ובמקצועות מעשיים), התשכ"ג - 1962 (להלן - תקנות סדרי הבחינות). לאחר בחינת הסוגיה, עמדתנו היא כי תיקון כאמור של התקנות אינו ראוי ואינו עומד במבחני הסבירות.

נוכיר כי הדיון שהתקיים בוועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת התקיים טרם היוודע התוצאות הסופיות של הבחינה. נבקש לעדכן כי כעולה מנתונים סטטיסטיים עדכניים שהועברו אל משרד המשפטים מלשכת עורכי הדין, לאחר הליך השגות על הבחינה שהתנהל על ידי הוועדה הבוחנת 70% מהנבחנים קיבלו ציון "עובר" בבחינה, והציון הממוצע בבחינה עומד על 69.7.

אם כן, אחוז העוברים את הבחינה האחרונה נמוך אך במעט יחסית לאחוז העוברים במועד מאי 2014, בה 73% מהנבחנים עברו את הבחינה, והציון הממוצע בה היה 70.6. אציון כי 641 מתוך 2073 (כ-30%) נבחנים בבחינה הם נבחנים שניגשו בפעם השנייה והשלישית לבחינה. לשם השוואה, במועד מאי 2014, 530 מתוך 2722 נבחנים (כ-20%) הם נבחנים שניגשו לבחינה בפעם השנייה והשלישית לבחינה ובמועד שקדם לו. יתכן כי הבדל זה עומד בבסיס הפער בין אחוזי המעבר בבחינה שהתקיימה בנובמבר לעומת הבחינה שקדמה לה. עוד נצוין כי בעבר היו מועדי בחינות להן היו אחוזי מעבר נמוכים משמעותית, לדוגמא במועד נובמבר 2011 56% מהנבחנים עברו את הבחינה.

נזכיר כי שר המשפטים יעקב נאמן סרב לבקשה זהה של ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת, במועד נובמבר 2011, בו 56% מהנבחנים במועד נובמבר 2011 עברו את הבחינה. כך שנדמה כי המקרה שלפנינו הוא בחזקת 'קל וחומר'.

מכל מקום, מהמתואר לעיל עולה כי גם ביחס לאחוזי ההצלחה בבחינות בשנים שעברו 70% של העוברים בבחינה הינו אחוז סביר, שאינו מעיד על בחינה קשה באופן יוצא דופן המצדיק התערבות כלשהי, גם אם התערבות כזו היתה אפשרית, ועל כך בהמשך.

לעניין סמכותה של השרה לקבוע את ציון העובר בבחינה בהתייחס לבקשתה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביקשה משרת המשפטים להפעיל את סמכותה ולתקן את תקנות סדרי הבחינות, כך שציון המעבר של הבחינה האחרונה ירד לכדי 60. שינוי כאמור של תוצאותיה של פעולה שנעשתה לפני כניסת תיקון התקנות המבוקש לתוקף הוא שינוי למפרע, ועל כן קשה.

רבות נכתב בפסיקת בית המשפט העליון ובכתיבה אקדמית על כך שחקיקה למפרע או החלה למפרע של החלטה שלטונית פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות¹ ועקרונות מקובלים של צדק ושל הגינות². חקיקה למפרע פוגעת בעקרון שלטון החוק הדורש ודאות במשפט ואמון הציבור במוסדות השלטון. היא "מבלבלת סדרי בראשית"³ ואינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך גם פוגעת ביציבות המשפט⁴. החלה למפרע יוצרת חשש לשרירותיות בהפעלת סמכויות שלטונית והיא פוגעת בשאיפה לוודאות וליציבות⁵. לפיכך, קבע בית המשפט העליון, בשורה של פסקי דין, חזקה פרשנית לפיה רואים כל חוק כצופה פני עתיד ולא כחל למפרע⁶.

¹ ברי"ע 3/73 גלעד נ' סופר, פ"ד כז (1) 596, 600.

² ע"פ 290/63 נאשף נ' היועמ"ש, פ"ד יח (2) 570, 579.

³ בג"צ 98/53 ציגלמן, נ"י יו" פ"ד ז 606, 613.

⁴ ראו ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, כרך א, תשמ"ד 223.

⁵ אמנון רובינשטיין ומרק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל, עקרונות יסוד, כרך א, עמוד 311; יניב רוזנאי, "רטרואקטיביות – יותר מאשר ירק עניין של זמן!" מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס" משפט ועסקים ט' 395, 407-409 (להלן – רוזנאי).

⁶ ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח (4) 38; בג"צ 7817/99 אבנר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' קופת תולים מכבי פ"ד נו (3) 49, 67. בג"צ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ (3) 837, 860 (להלן – בג"צ רשות שדות התעופה) ועוד.

חזקה זו אומנם ניתנת לסתירה אך הדבר ייעשה מקום בו התחולה למפרע מיטיבה עם הציבור הרחב או מקדמת אינטרס חברתי חשוב באופן שמאזן את האינטרסים ומטה את הכף לטובת התחולה למפרע.⁷

נוסף על החזקה הפרשנית, קיימים כלים חוקיים אחדים המעגנים את עקרון התחולה לעתיד. כך, סעיף 10 (א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התשי"ח - 1948 קובע כי תחולת תוקפה של פקודה הוא ביום פרסומה ברשומות אלא אם כן נקבע בה תוקף מוקדם יותר או מאוחר יותר מיום הפרסום. סעיף 17 לפקודת הפרשנות קובע כי תחילת תוקפן של תקנות בנות פועל תחיקתי ביום פרסומן ברשומות, אם אין הוראה אחרת בעניין זה.

בהקשר זה, נזכיר גם את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה⁸ לפיה בדרך כלל תחולה למפרע של תקנות אינה רצויה וראוי שמתקין התקנות יימנע במידת האפשר ממתן תחולה למפרע לתקנות, אפילו אם החוק המסמיך מתיר זאת. במיוחד ראוי להקפיד על כך, קובעת ההנחיה, במקום בו עלולה התחולה למפרע לפגוע בזכויות אדם. הנחיית היועץ מוסיפה וקובעת כי התלטת מתקין התקנות צריכה לעמוד במבחנים המשפטיים המקובלים לגבי החלטה מנהלית, ובעיקר במבחן הסבירות.

הסמכות לקבוע את ציון המעבר בבחינת הלשכה היא סמכות שנועדה לקביעה נורמטיבית ועניינה בקביעת רף המעבר הראוי לבחינות הלשכה. שינוי ציון המעבר בבחינות, ככל שיימצא מקום לקדמו, הוא כלי שיש להשתמש בו לטיפול בנורמה הצופה פני עתיד, ואינו מיועד לטיפול במקרה פרטני שאירע בעבר. במקרה הנדון, מתבקשת החלה פרטנית רטרואקטיבית של הורדת ציון המעבר, ללא נימוק המתייחס לכלל הקבוע באשר לציון המעבר הראוי.

כפי שהובהר לעיל, בדרך כלל, תחולה למפרע של תקנות אינה רצויה ולכן, בחרה שרת המשפטים להימנע ממתן תחולה למפרע לתקנות. אומנם, חזקה זו ניתנת לסתירה, מקום בו התחולה למפרע מיטיבה עם הציבור הרחב או מקדמת אינטרס חברתי חשוב באופן שמאזן האינטרסים מטה את הכף לטובת התחולה למפרע.⁹ במקרה שלפנינו, לא התקיימו טעמים לסתירת החזקה.

מעבר לאמור, נבקש להזגיש כי קבלת ציון 65 כ"עובר" בבחינת הלשכה מהווה תנאי סף בהסמכתו של אדם כעורך דין. לא נראה נכון בעינינו להקל ראש ביחס לתנאי זה אשר יחד עם תנאים נוספים מקנה לאדם את הזכות לעסוק מאותה עת והלאה במקצוע עריכת הדין. נזכיר כי סף הכניסה למקצוע נקבע בידי הוועדה הבוחנת שהרכבה נקבע בסעיף 38 לחוק לשכת עורכי הדין. וועדה זו מורכבת מתשעה חברים: שלושה שופטים, שלושה עורכי דין מהשירות המשפטי הציבורי ושלושה עורכי דין מהמגזר המשפטי הפרטי. הבחינה מורכבת משאלות שנלקחו מתוך מאגר שאלות שריכזה הוועדה הבוחנת. ישנם מנגנוני תיקון פנימיים המופעלים על ידי הוועדה הבוחנת, במידה שנמצאו שאלות בעייתיות. כך למשל, מוסמכת הוועדה, לאחר הבחינה ולאחר בדיקת תוצאות הנבחנים, לפסול שאלה משאלות הבחינה או להכיר בכמה תשובות כתשובות נכונות לשאלה. ואכן במועד נובמבר האחרון, הפעילה הוועדה את סמכותה זו, ובעקבות השגות פסלה הוועדה 3 שאלות, והותירה שתי תשובות אפשריות לשאלה אחרת. בשים לב לכך, נראה כי גם מטעם זה אין מקום

⁷ בג"צ רשות שדות התעופה בעמ' 860.

⁸ הנחיה מס' 2.3100 בעמ' 36 - 37.

⁹ בג"צ רשות שדות התעופה, עמ' 860.

להתערב בשיקול הדעת המקצועי של הוועדה בדרך של שינוי ציון העובר בתקנות באופן רטרואקטיבי.

כדי שמעשה חקיקה ייחשב "מיטיב" באמת, עליו לעשות כן עם כל הצדדים המעורבים¹⁰. החלטת שרת המשפטים להוריד את ציון המעבר רק בהתייחס לנבחני הבחינה שנערכה במועד נובמבר ולא בהתייחס לנבחני בחינות אחרות, עלולה ליצור חוסר שוויון כלפי האחרונים. תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת וקשה לראות טעם שיכול להצדיקה.

כאמור, ביקורת על תחולה למפרע של החלטות מינהליות לרבות תקנות, מתבססת בעיקר על מבחן הסבירות¹¹ כאשר אחד ממרכיבי שיקול הדעת המינהלי הוא מרכיב הזמן המתייחס אל החלטת הרשות על מועד תחילת החלטה¹². על רקע האמור, נמצאה ההחלטה להוריד את ציון המעבר מ- 65 ל- 60 כעלולה ללקות בחוסר סבירות.

מקום בו הרשות המינהלית מעוניינת להחיל שינויים למפרע, עליה להצביע על נימוק מיוחד וכבד משקל המצדיק זאת¹³. נראה לנו כי במקרה הנדון לא הוצבע על נימוקים משמעותיים שיביאו לערוך את תיקון התקנות כמבוקש על ידכם.

למעלה מן הצורך, לעניין סמכותה של השרה לקבוע מועד בחינה מיוחד, לפי סעיף 15 לתקנות, נציין כי איננו סבורים כי נסיבות המקרה הנדון מצדיקות עריכת בחינה נוספת מיוחדת לנבחני מועד נובמבר 2014. לגישתנו, וכפי שעולה גם מתכתובות שהיוו הרקע להתקנת תקנה 15א האמורה, סיבות מיוחדות לקיום מועד נוסף הן סיבות שהרקע שלהן הוא נסיבות חיצוניות, בלתי צפויות מראש, כגון מצב בטחוני שלא יאפשר לנבחנים רבים להיבחן. אמנם במהלך הקיץ האחרון לצערנו הוכרז מצב מיוחד בעורף בעקבות מבצע 'צוק איתן', אולם תוקף ההכרזה פקע ב- 3.9.2014, כאשר בלאו הכי נבחנים רבים סיומו את תקופת ההתמחות שלהם בתחילת ספטמבר, ימים ספורים קודם לכן. תוצאות בחינה זו או אחרת או כמות הנכשלים בבחינה מסוימת אינם מהווים כשלעצמם נסיבה מיוחדת המצדיקה קביעת מועד נוסף על השניים הרגילים.
נזכיר בהקשר זה את הקשיים הניכרים של לשכת עורכי הדין בעריכת בחינה נוספת הבאים לידי ביטוי בקשיים הלוגיסטיים וכספיים שבארגון הבחינה (חיבור שאלות הכולל מספר רב של שאלות והדפסתן, זימון ועדת הבחינות לבדיקת השאלון, שכירת אולמות בחינה, שכירת משגיחים על טוהר בחינות וכיוצא באלה).

¹⁰ רוזנאי, עמ' 417.

¹¹ בג"צ בינגבוים.

¹² בג"צ 2832/96 בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ (2) 582, 592 – 593 (להלן – בג"צ בנאי).

¹³ בג"צ קהלני נ' ראש הממשלה, פ"ד נד (3) 270, 281 – 282.

לעניין הביקורת שנמתחה על מתכונת הבחינה, נזכיר כי לאחרונה ביקשה השרה להוביל לשינוי במתכונת בחינות הלשכה, זאת כחלק מההצעה ממשלתית לתיקון חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, שאושרה בוועדת השרים לענייני חקיקה לפני כשבועיים. זאת בין היתר בעקבות דו"ח של ועדה ציבורית בראשות שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב, הילה גרסטל והמלצות מחודש נובמבר 2012 של צוות יישום בראשות ד"ר גיא רוטקופף, מנכ"ל משרד המשפטים באותה עת. כאמור בדברי ההסבר לתזכיר בנושא שהופץ על ידי משרד המשפטים מטרת התיקון המוצע בהקשר מתכונת הבחינה הוא להניח תשתית חקיקתית למעבר למתכונת בחינה הכוללת גם את תחום המשפט המהותי.

לסיכום לאור תוצאות הבחינה הסופיות לפיהן עומד אחוז העוברים את הבחינה על 70% מכלל הנבחנים, ולאור הטעמים שפורטו לעיל בהרחבה אנו סבורים כי שינוי ציון המעבר במועד הבחינה האחרון לאחר שהתקיימה הינו קשה, ואין טעמים משכנעים דיים כדי להצדיק צעד שכזה.

בברכה
דנה יפה, עו"ד

העתק:

לשכת השרה

חה"כ אברהם מיכאלי

חה"כ אורי מקלב

חה"כ, אחמד טיבי

מר עמי ברקוביץ, ממונה, מחלקת ייעוץ וחקיקה (חקיקה)

מר עמיר הרן, עוזר למנכ"לית משרד המשפטים

לשכת עורכי הדין