

העותרת: עו"ד רו"ח ענת גור-אל מ"ז 056689011

מרחוב קלאוזנר 2 רעננה 4336701

על ידי ד"ר הנריק רוסטוביץ עו"ד

יגאל אלון 92 תל אביב 67891

טלפון 03-6954111 פקס 03-6954112

- נ ג ד -



המשיב: ד"ר דוד האן, עו"ד, האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי

רח' יפו 216 – בנין שערי העיר ירושלים

טלפון: 03-5318515 פקס: 03-6350996

עתירה מינהלית

מוגשת עתירה מנהלית נגד המשיב בעקבות 3 החלטות:

- א. סירובו של המשיב לקבל "דין וחשבון תקופתי של האפוטרופוס על החסוי לשנת 2011" (להלן: "הדוח"), שהוגש ביום 18.4.2012 על ידי העותרת בשם לקוחה שלה, פני דנאור, בתיק אפוטרופוסות 6440/2002/354, מאחר שהדוח הכספי לא הוגש על ידי יועץ מס, הנכלל ברשימת יועצי המס של המשיב (להלן: "ההחלטה הראשונה");
 - ב. החלטה מיום 16.7.2012 לדחות את בקשתה של העותרת מיום 3.7.2012 - לשנות את ההחלטה הראשונה משום שהיא הגבלה של זכות יסוד המעוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק, בנימוק, כי ההנחיה (להלן: "ההנחיה") היא: "להפנות את האפוטרופסים אך ורק ליועצי המס אשר נכללים בהסדר עם המשיב" (להלן: "ההחלטה השנייה").
 - ג. החלטתו של המשיב שלא להשיב תוך 45 יום לבקשתה של העותרת מיום 12.9.2012, שהתקבלה במשרדי המשיב ביום 20.9.2012, לבטל את ההנחיה (להלן: "ההחלטה השלישית").
- בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את המילים "אך ורק" ב"הנחיה", להורות למשיב לקבל את הדוח, ולחייב את המשיב בהוצאות ובשכר טרחת עו"ד.

הסמכות

1. העותרת היא רואת חשבון ועורכת דין העוסקת, בין היתר, בהגשת דוחות כספיים לרשויות המדינה. לבית משפט נכבד זה יש סמכות לדון בעתירה בהתאם להוראות סעיף 21(3) לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000.

העובדות

2. ביום 18.4.2012 הגישה העותרת את הדוח למשיב, המשיב, באמצעות מחלקת הפיקוח על אפוטרופסים, סירב לקבל את הדוח, משום שהוא לא הוגש על ידי יועץ מס, הנכלל ברשימת יועצי המס של המשיב.
3. ביום 24.6.2012 כתבה רותי בן-אבו, ממחלקת פיקוח על אפוטרופסים: "הדו"ח הכספי אשר הומצא למשרדנו אינו עונה על הדרישות שלנו להגשת דו"ח כספי ע"י יועץ מס בהסדר עם האפ"כ", ולפיכך, התבקשה פני דנאור לפנות ליועץ מס לשם עריכת הדוח.
* המכתב מיום 24.6.2012 מצורף כנספח "1".
4. ביום 3.7.2012 כתבה העותרת לבן-אבו: "ההפניה של משרד האפוטרופוס הכללי ליועצי מס לצורך עריכת דוח כספי שנתי, בכלל, ולשני יועצי מס באזור תל אביב והמרכז, בפרט, היא הגבלה של זכות יסוד המעוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק".
* המכתב מיום 3.7.2012 מצורף כנספח "2".
5. ביום 16.7.2012 כתבה בן-אבו לעותרת (המכתב התקבל ביום 13.8.2012) כי יועצי המס אשר נמצאים ברשימה, שהאפוטרופוס הכללי מפנה אליהם את האפוטרופסים, זכו כחוק במכרז שהוצא ע"י משרד המשפטים, ולכן רק הם יכולים לערוך את הדוחות של החסויים עבור האפוטרופסים, וכי "ההנחיה" היא להפנות את האפוטרופסים אך ורק ליועצי המס אשר נכללים בהסדר עם המשיב.
* המכתב מיום 16.7.2012 מצורף כנספח "3".
6. ביום 12.9.2012 כתבה העותרת למשיב, וביקשה לבטל את ה"הנחיה". המכתב התקבל במשרדי המשיב ביום 20.9.2012. המשיב לא טרח להשיב לבקשה זו.
* המכתב מיום 12.9.2012 מצורף כנספח "4".

המסגרת הנורמטיבית

7. בסעיפים 3 – 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק, נקבע -
3. כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.
 4. אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.
 5. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב.
8. בסעיפים 3 ו-8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נקבע -
3. אין פוגעים בקניינו של אדם.
 8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.
9. בסעיף 1 לחוק רואי חשבון, התשט"ו-1955, נקבע -
1. בחוק זה -
"ראיית-חשבון" פירושו - בדיקתם, ביקורתם או אישורם של כל מאזן, חשבון ריווח והפסד, חשבון הכנסות והוצאות, חשבון תקבולים ותשלומים וכל חשבון כיצא בהם, ומילוי כל תפקיד אחר שנתייחד או שיתייחד בחיקוק לרואה-חשבון, להוציא ניהול חשבונות;
10. בע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן, פ"ד לה(3) 645, 658-659, מפי כבוד השופט ברק, נפסק:
- זכות הקניין היא מזכויות היסוד של האדם בישראל, ועל-כן אין לפגוע בה ללא הוראה מפורשת בדיון.
11. בע"מ 4955/07 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' קרן תורה ועבודה, תק-על 2010(4), 851, 852 (2010), נפסק:
- זכות הקניין הוכרה על-ידי הפסיקה כזכות יסוד הנובעת מהאופי הדמוקרטי של מדינת ישראל, וזאת עוד לפני עיגונה בחוקי היסוד. לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קיבלה זכות זו את עיגונה החוקתי המפורש והפכה לזכות חוקתית-על-חוקית (עניין הולצמן, בעמ' 647). חוק יסוד זה, כידוע, מאפשר את שלילת תוקפה של הוראת חוק הנוגדת את חוק היסוד,

כל עוד נחקקה ההוראה לאחר חקיקתו של חוק היסוד. עם זאת, גם באשר לחקיקה אשר קדמה לחוק היסוד נפסק כי חוק היסוד עשוי להשפיע על פרשנותה של החקיקה, כך שיינתן ביטוי להגנה המוגברת על הזכויות הנכללות בחוק היסוד.

12. בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, נפסק:

נקודת המוצא העיונית היא, כי המחוקק, ברצונו לשנות או לפגוע בזכות מוגנת, עושה זאת בהוראה **מפורשת** או על-די קביעה סותרת **ברורה** בנסיח ההוראות החדשות, שאינה מתיישבת עם זו הקודמת לה. בכל מקרה יש לנסות ולקיים חוקים הדנים באותה סוגיה על-די ניסיון ליישב ביניהם. לפיכך, החזקה הפרשנית הינה כי אין שינוי או פגיעה בזכות מוגנת בחוק רגיל, באמצעות חקיקה רגילה מאוחרת, אלא אם נאמר או משתמע אחרת.

וגם:

המערכת המשפטית מעניקה לרשויות שונות סמכויות להוציא מתחת ידהן נורמות משפטיות, הווי אומר - כללי התנהגות בעלי תוקף משפטי. הסמכויות מאורגנות ומסודרות ושואבות ממהות ההסמכה. אין דומה הסמכות לחוקק חקיקה ראשית לסמכות לחוקק חקיקת משנה, הנוולדת אך ורק עקב הוראת הסמכה מפורשת הכלולה בחקיקה הראשית. הרשות המחוקקת, הכנסת, היא בעלת סמכות לחוקק חוקים מכל סוג. הרשות המבצעת היא בדרך כלל בעלת סמכות לחוקק חקיקת משנה, כי הוסמכה לכך בחקיקה ראשית.

13. בבג"צ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב' 80, 83 נפסק:

חוק יסוד: חופש העיסוק הקנה לערך חופש העיסוק מעמד חוקתי. הוא עיגן בכך את התפיסה, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעבודה ולמשלח יד. זכות זו הוכרה עוד משכבר כ"זכות שאינה כתובה עלי ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה, ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה", וכן: כנגד זכותו של הפרט לחופש עיסוק, עומדת חובתו של השלטון שלא להפריע לפרט לעסוק במשלח ידו כל עוד עיסוקו אינו אסור על פי החוק.

14. בבג"צ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 262 נפסק:

מבחינה עקרונית, רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות.

15. בספר "הסמכות המינהלית", יצחק זמיר, נבו הוצאה לאור, 2010, עמ' 178 נאמר:

ברור כי המשמעות של כל זכות, כפי שבית המשפט מפרש אותה, תלויה בעיקר במהות הזכות. בקביעת המשמעות, בית המשפט אמור להתחשב בחשיבות היחסית של הזכות ובהשפעה של פגיעה בזכות על האינטרס הציבורי.

16. המגבלה "אך ורק" בהנחיה עומדת בסתירה לסעיפים 3 - 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק, המגבלה פוגעת בחופש העיסוק של העותרת, המגבלה אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, המגבלה לא נועדה לתכלית ראויה, המגבלה היא במידה העולה על הנדרש, והמגבלה לא נקבעה לפי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק.
- בקובעו את המגבלה, לא כיבד המשיב את חופש העיסוק של העותרת בניגוד לפסיקה בפרשת "בז'רנו", לא קיים את חובתו שלא להפריע לעותרת לעסוק במשלח ידה, ופעל בניגוד להלכה בפרשת "צמח", משום שרמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות.
17. המגבלה "אך ורק" בהנחיה עומדת בסתירה לסעיפים 3 ו-8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגבלה פוגעת בקניינה של העותרת, המגבלה פוגעת בזכותה של העותרת לפי חוק-יסוד זה, המגבלה לא נקבעה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, המגבלה לא נועדה לתכלית ראויה, המגבלה היא במידה העולה על הנדרש, והמגבלה לא נקבעה לפי חוק ולא מכוח הסמכה מפורשת בחוק.
- בקובעו את המגבלה, לא כיבד המשיב את זכות הקניין של העותרת ופעל בניגוד לפסיקה בפרשת "פייצר" ולפסיקה בפרשת "קרן תורה ועבודה".
- לא זו אף זו, המגבלה נקבעה בניגוד לפסיקה בפרשת "בנק המזרחי", משום שהיא אינה מנסה לקיים חוקים הדנים באותה סוגיה על-ידי ניסיון ליישב ביניהם. כאמור, אין דומה הסמכות לחוקק חקיקה ראשית לסמכות לחוקק חקיקת משנה, הנולדת אך ורק עקב הוראת הסמכה מפורשת הכלולה בחקיקה הראשית. במקרה דנא, ההנחיה אף אינה חקיקת משנה.
18. "רואה חשבון" הוא סטטוס בכיר יותר מאשר "יועץ מס". העותרת היא רואת חשבון ועורכת דין, ויש לה את הכישורים הדרושים לערוך דוחות כספיים. כאמור בהוראות סעיף 1 לחוק רואי חשבון, חזקה על העותרת, כי היא אמונה על "בדיקתם, ביקורתם או אישורם של כל מאזן, חשבון ריווח והפסד, חשבון הכנסות והוצאות, חשבון תקבולים ותשלומים וכל חשבון כיוצא בהם". המגבלה אינה עולה בקנה אחד עם כישוריה של העותרת.
19. אם נלך בדרך שסלל יצחק זמיר בספרו, אזי יש "להתחשב בחשיבות היחסית של הזכות ובהשפעה של פגיעה בזכות על האינטרס הציבורי". שום אינטרס ציבורי לא יפגע אם בית המשפט הנכבד יבטל את המילים "אך ורק" ב"הנחיה", ויורה למשיב לקבל את הדוח שהגישה העותרת. נהפוך הוא, רואי חשבון, שיבחרו להגיש "דין וחשבון תקופתי של האפוסטרופוס על החסוי", ייטיבו לעשות כן.

20. הדוח הכספי השנתי של החסוי מוגש על ידי אפוטרופוס, שמונה על ידי בית המשפט, וכך גם הדו"ח נשוא עתירה זו. העותרת אינה פועלת בשירותו של המשיב אלא בשירותה של הלקוחה שלה, פני דנאור. המשיב מוסמך לדרוש, כי הדוח יוגש על פי כללים שקבע וכי יבוקר בידי מי שהוסמך לכך, אולם המשיב אינו מוסמך לקבוע רשימה סגורה שמית של מי שכשיר לתת שירותים לאפוטרופוסים. בקובעו את המגבלה "אך ורק" בהנחיה פעל המשיב ללא סמכות.



ד"ר הנריק רוסטוביץ עו"ד
ב"כ העותרת