



בית המשפט העליון

דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים

בעניין התיקונים לחוק עזר לתל-אביב-יפו שהתירו פתיחת עסקים מסוימים בשבת

תקציר פסק-דין

בפסק דין שניתן היום, 26.10.2017, דן הרכב מורחב של שבעה משופטי בית המשפט העליון בדיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 6322/14 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (19.4.2017). חרף קיומן של עילות סף המצדיקות את דחיית העתירה לדיון נוסף, דנו כל שופטי ההרכב בשאלות שהתעוררו לגופן. בית המשפט קבע, ברוב דעות של הנשיאה מ' נאור והשופטים א' חיות, י דנציגר, י' עמית, ו-ד' ברק-ארז, כי יש להותיר את פסק הדין מושא הדיון הנוסף על כנו, ואין מקום להתערב בקביעות בו.

להלן תמצית חוות דעת שופטי ההרכב, לפי סדר הופעתן בפסק-הדין.

תמצית חוות דעתה של הנשיאה מ' נאור

הנשיאה מ' נאור, אשר כתבה את חוות הדעת המרכזית של שופטי הרוב, קבעה כי אין בעמדת שר הפנים, שהוגשה לראשונה במסגרת הליך הדיון הנוסף, כדי להשליך על תוקפו של תיקון מס' 2, כפי שהוכרע בפסק הדין. יחד עם זאת, התייחסה הנשיאה נאור לעמדת שר הפנים לגופה, וקבעה כי עמדתו אינה סבירה. זאת, מפני שלא ניתן משקל הולם לשיקול בדבר מעמדה הייחודי-האוטונומי של העירייה, שהוא העיקרון הבסיסי של המינהל המקומי. לעמדתה, אין להפוך את היוצרות – הסמכות לערוך את ההכרעה הערכית במסגרת חוקי העזר נתונה לעירייה, ולא לשר הפנים. החלטת שר הפנים נועדה לפקח על חוקיות החלטתה של העירייה, אך לא להחליף את שיקול דעתה. לגישת הנשיאה נאור, עמדה גורפת ממנה נעדר איזון המשקף את צביונה של העיר, את ייחודם של אזורים שונים בה ואת המרחקים ביניהם היא בלתי סבירה.

הנשיאה נאור הוסיפה ובחנה האם נפל בתיקונים פגם במישור הסמכות או במישור שיקול הדעת. במישור הסמכות עמדה על כך שהחוק לתיקון פקודת העיריות

(מס' 40), התשנ"א-1990 (להלן: חוק ההסמכה) הקנה במפורש סמכות לרשויות המקומיות בישראל להסדיר בחוקי העזר את פתיחתם וסגירתם של עסקים בתחומן בשבת. הדברים עולים מלשונו הברורה של החוק, המסמיכה "להסדיר פתיחתם וסגירתם של חנויות ובתי מלאכה [...] " "לגבי ימי המנוחה, בהתחשב בטעמים שבמסורת דתית". בנוסף דחתה הנשיאה נאור את הטענה כי חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 אוסר על פתיחת עסקים בשבת, ועל כן לא ניתן להתיר את פתיחתם בגדרי חוק העזר. חוק שעות עבודה ומנוחה, כך נקבע, אינו משמיע איסור גורף על פתיחת עסקים בשבת. פרשנות זו עולה מלשונו של החוק ומתכליתו, ומתחייבת גם לנוכח אופיו הפלילי של החוק ולנוכח פגיעתו בזכות החוקתית לחופש העיסוק; פרשנות זו מתיישבת גם עם ההלכה הפסוקה בעניין חוק שעות עבודה ומנוחה, שקבעה כי אין בו "הוראה כללית בעניין סגירת מקומות בימי המנוחה", ועם הפרשנות הנוהגת על ידי הרשות המינהלית המוסמכת מזה עשרות שנים. מכל מקום, הבהירה הנשיאה נאור כי התיקונים נעשו מכוח חוק ההסמכה, והוא שמסמיך את העירייה להתיר פתיחת עסקים ביום המנוחה. אם כן, אפילו הייתה סתירה הרי שמדובר בסתירה בין נורמות במדרג זה, ובהתאם לאמות המידה הלב-פרשניות הנהוגות עמנו חוק ההסמכה גובר בהיותו חוק מאוחר.

במישור שיקול הדעת הגיעה הנשיאה נאור לכלל מסקנה כי התיקונים מצויים בגדרי מתחם שיקול הדעת שהעניק לעירייה חוק ההסמכה. הנשיאה עמדה על כך שלתיקונים נלווית פגיעה, שאינה לדעתה בגדר זוטי דברים, בזכויות הסוחרים ואף בזכויותיהם של אחרים. הפגיעה בהקשר זה נובעת הן מפתיחת עסקים מסחריים בשבת, הן מפתיחת בתי עינוגים, ומשפיעה בד בבד על התכלית הסוציאלית ועל התכלית הלאומית שביסוד הועדת השבת כיום מנוחה. מבלי להקל ראש כלל ועיקר בפגיעה זו, הדגישה הנשיאה נאור כי הבחינה אינה תמה בעצם קיומה של פגיעה בזכויות. מנגד ניצבות זכויות אחרות שהתיקונים מגנים עליהן, ובהן חופש העיסוק וחופש המצפון. לבה של הבחינה הוא באיזון בין הזכויות המתנגשות. האיזון אינו מבכר תפיסת עולם אחת על פני האחרת. אין בו כדי לגרוע, אף לא כמלוא הנימה, ממעמדה וחשיבותה של השבת כקניין לאומי של העם היהודי וכאחד מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. משמעו כי בצד ההגנה על צביונה הייחודי של השבת יש לאפשר לכל פרט ופרט לעצב את השבת שלו על פי דרכו ועל פי אמונותיו ולצקת בה תוכן כראות עיניו. לא בכדי ראה המחוקק לנכון להטיל את מלאכת האיזון הזו על הרשות המקומית. הנשיאה נאור הדגישה כי מלאכת האיזון שהוטלה על הרשות המקומית אמנם אינה פשוטה, אך היא הכרחית לקיום חיים משותפים בחברה רב-גונית כשלנו. לעמדתה, חיים משותפים

אינם "הכל או לא כלום", אלא מבוססים על סובלנות לדעה שונה, כבוד הדדי וויתורים הדדיים. לא תפישה של "אני לא אחתום על חילול שבת", אלא הכרה בחיוניותה של תפישת "חיה ותן לחיות". בחינת התיקונים, נקבע, מצביעה על כך שנועדו לשקף נקודת איזון ייחודית המתאימה לעיר תל אביב, תוך התחשבות במעמדה של השבת, בהרכב האוכלוסייה בכל שכונה, בדרך חייה ובאופיה של העיר. הם מצויים אפוא בגדרי מתחם המידתיות המסור לעירייה, ועל כן אין מקום להתערב בהם. בסיום דבריה, הדגישה הנשיאה נאור כי הכרעתה אינה מבקשת לבטא השקפה "חילונית" או "דתית", אלא משקפת את פרשנותו הנכונה של החוק לפי מיטב הכרתה.

תמצית חוות דעתו של השופט י' דנציגר

השופט י' דנציגר הצטרף בהסכמה לפסק דינה של הנשיאה, ועמד על כך שהשאלה כיצד ראוי לנהוג בשבת היא שאלה ערכית שהתשובה לה משתנה בהתחשב בזהותו של המשיב. לגישתו, ההכרה בכך תומכת במסקנה כי שיקול הדעת בקביעת האיזונים בעניין השבת ראוי שלא יופעל באופן כללי אלא באופן ממוקד ביחס לכל מרחב עירוני, בשים לב לשונות ורב הגוניות בין האוכלוסיות המרכיבות את הערים השונות.

תמצית חוות דעתו של השופט י' עמית

השופט י' עמית הצטרף בהסכמה לפסק דינה של הנשיאה, והוסיף כי המקרה הנוכחי מדגים התנגשות בין השלטון המרכזי לשלטון המקומי. בסוגיה החברתית הרגישה של פתיחת בתי עסק בשבת, המחוקק בחר להעביר את הסמכות לרשות המקומית, שתפעל על פי שיקוליה ובהתאם לאופי התושבים והמקום. עיריית תל אביב פעלה בהתאם – ההסדר שנקבע על ידה בחוק העזר הוא מתון בהשוואה למגמה הכלל עולמית של צמצום המגבלות על פעילות מסחר בימי המנוחה – ואילו בהחלטתו של שר הפנים לא ניתן משקל ראוי לאוטונומיה של הרשות המקומית. השופט עמית הוסיף וציין, כי חוק ההסמכה הינו ענף אחד מענפיו של עקרון רחב יותר, שעל פיו המשפט הישראלי מכיר באוטונומיה הנתונה לרשות המקומית להפעיל את סמכותה החוקית בהתאם לאופי תושביה ולצביון המקומי. בסוגיות של דת ומדינה, יישום העיקרון מאפשר יצירת מרחב ציבורי שיתאים לאופי הסביבה, לצד צמצום הכפייה על אוכלוסיות תרבותיות שונות. עם זאת, הודגש כי לא מדובר בפתרון קסם, ויישומו של

עיקרון זה מחייב זהירות ורגישות, מה גם שהאוטונומיה הנתונה לרשות המקומית אינה מוחלטת.

תמצית חוות דעתו של השופט נ' הנדל

השופט נ' הנדל פתח את חוות דעתו בדיון הנוסף, כך: "ושוב, השבת. המלכה שמדינת ישראל מחייבת את בית המשפט להגדיר את גבולות ממלכתה".

לאחר מכן, עמד השופט הנדל על החשיבות שנודעת לשבת במסורת היהודית, וציין כי היא נושאת על גבה דואליות נורמטיבית כפולה: מן הצד האחד, יש לה משמעות אוניברסלית, שכן המנוחה בה משמשת – כפי שמוזכר בתורה, בתפילות השבת ובקידוש – "זכר למעשה בראשית", ולסיום מלאכת הבריאה על ידי האל. מן הצד האחר, היא נושאת אופי לאומי מובהק, ומתוארת, באותם מקורות עצמם, כ"זכר ליציאת מצרים". לצד דו משמעות זו, מכילה השבת דואליות נוספת: היא אינה רק מצווה שבין אדם למקום, אלא גם מצווה שבין אדם לחברו – או, ליתר דיוק, בין אדם לחברתו. השבת מייצגת את השאיפה ליצור חברה אחרת. חברה של שוויון ומנוחה. כדברי התורה, "למען ינוח [...] כמוך". היא מציעה חוויה דתית המקרבת את האדם לבוראו, לצד חוויה חברתית שמפילה גדרות חברתיות ומקרבת את האדם לעצמו. כך עד לימינו, בהם הכירו אנשי רוח, כגון ח"נ ביאליק ואחד העם, במרכזיותה של השבת ביהדות וברלוונטיות המתמשכת שלה – והכרה זו באה לידי ביטוי בחקיקה ובפסקי דין של בית משפט זה.

על רקע אלה, בחן השופט הנדל את התשתית המשפטית הרלוונטית. לדעתו, החקיקה המסדירה את קיומו של מסחר בשבת – סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, וסעיפים 249(20) ו-21 לפקודת העיריות – מלמדת כי המחוקק היה מודע למחלוקת הציבוריות בעניין, והכיר בצורך לאפשר לקבוצות האוכלוסייה השונות להתאים את המרחב הציבורי שלהן לתפיסת עולמן. מדובר בשתי נורמות סותרות לכאורה, אלא שפרשנות הרמונית שלהן מורה כי מדובר בשני רבדים המקיימים ביניהם יחסי גומלין: חוק שעות עבודה ומנוחה מתווה הסדר "ברירת מחדל" ארצי, במסגרתו אסר המחוקק על מסחר ותעשייה בשבת – אך נמנע מהטלת איסור דומה על פעילות עסקית בתחומי הבילוי, הבידור והנופש. בה בעת, פקודת העיריות מסמיכה את הרשויות המקומיות לחרוג מן ההסדר הארצי, ולהתאים את דמות השבת במרחב הציבורי שלהן למאפיינים הייחודיים של אוכלוסייתן – אם באמצעות הגבלת פעילות של בידור ונופש, ואם

באמצעות צמצום האיסור על תעשייה ומסחר. מדובר, אפוא, בשתי נורמות משלימות היוצרות יחדיו את ההסדר החוקי המלא בנוגע לפעילות עסקית בשבת.

כפועל יוצא, שיקול הדעת המוקנה לרשויות המקומיות המבקשות להתיר מסחר בשבת מוגבל – שכן עליהן להביא בחשבון את ההכרעה הערכית שקיבל המחוקק במסגרת קביעת ההסדר הארצי. משום כך, מקום בו החליטה רשות מקומית לסטות מהסדר זה, נהנה שר הפנים משיקול דעת רחב בשאלה האם לאשר את חוק העזר החורג. כך, למשל, רשאי השר לפסול חקיקה מקומית המאפשרת פעילות מסחרית בשבת, אם סבר שהדבר עלול להוביל – בנסיבות העניין – לשינוי, דה-פקטו, של ההסדר הארצי שהתווה המחוקק. בענייננו, שר הפנים קיבל – אמנם בשיהוי – החלטה מנומקת על פסילת התיקון העומד במוקד הדיון הנוסף. החלטה זו בוחנת את הנסיבות הקונקרטיות, וניתן בה משקל רב לחשש מהשפעתו הפוטנציאלית של התיקון על דמות השבת במישור הארצי. משכך, אף שניתן היה כמובן להגיע לתוצאה שונה, סבור השופט נ' הנדל כי אין להתערב בהכרעת השר.

בשלהי חוות דעתו, כתב השופט הנדל "בעבר, בתפוצות ישראל השונות, בפולין, במרוקו וביישוב הישן בצפת, יהודים – שמרו את השבת כהלכתה. כיום, במדינת ישראל של המאה ה-21, יהודים – מתווכחים על השבת. כך במיוחד בנוגע לשבת במרחב הציבורי. ויכוח זה על אופייה ודמותה הראויים שומר, באופן פרדוקסלי ממבט ראשון, על הרלוונטיות של השבת ומבטיח כי תפשוט צורה ותלבש צורה, אך תישאר יום ייחודי בהווייה הציבורית היהודית-ישראלית. בפרפראזה על דבריו הנודעים של אחד העם, שצוטטו לעיל, ניתן לומר כי 'יותר משבני ישראל במדינת ישראל שמרו על הוויכוח בשבת, הוויכוח שמר על השבת ומעמדה במדינת ישראל'."

אכן, אין להתכחש למחלוקות הקיימות בחברה הישראלית, בה קבוצה גדולה שומרת על השבת כהלכתה, וקבוצה גדולה אחרת אינה נוהגת כך. המנעד בין הקצוות רחב ועשיר. בכל הקשור לדמות השבת במרחב הציבורי, ניכרת מחלוקת בין הקבוצות ואף בתוכן. ועדיין, תהא זו אירוניה עצובה אם דווקא במדינת ישראל ייפגע הרכיב הסוציאלי-רוחני של המנוחה בשבת, שזכה לעיגון בחוק שעות עבודה ומנוחה. זאת, מפני שהדת היהודית היא שהביאה לעולם את המהפכה החברתית – אולי הראשונה מסוגה – הגלומה בשבת. הרעיון שביסוד יום המנוחה השבועי התקבל ויושם על ידי האנושות כולה. מלאך המנוחה לוחש באוזן ואומר לעובד: הינך עובד אך לא עבד. אכן, בזעת אפיך תאכל לחם והעבודה קשה וחיונית, אבל אין לתת לה לבלוע את האדם

ואישיותו. בד בבד, מלאך המנוחה לוחש באוזן ואומר למעביד: אתה הצד החזק, אך יום בשבוע יחול שוויון בינך לבין העובד שפטור מעיסוקיך. ערכי השוויון, המנוחה וחירות הרוח שמייצגת השבת קשורים קשר אמיץ עם מוצאם הדתי, ההיסטוריה של העם היהודי ונימוקי מסורת.

השופט הנדל סיכם כי גם אם ניתן להציע פרשנות חלופית לחוק שעות עבודה ומנוחה, חוק ההסמכה והיחס ביניהם, ריבוי הפרשנויות האפשריות מחייב, כשלעצמו, גילוי זהירות בבוא בית המשפט להתערב בשיקול דעתן של הרשויות המוסמכות בסוגיה העדינה המונחת לפתחנו. מכל מקום, הפרשנות שהוצגה לעיל מייצגת, על פי השקפת השופט נ' הנדל, אינטראקציה מורכבת וראויה בין הלוקאלי ללאומי, בין הדתי לבין הסוציאלי, בין חירות הפרט לבין ההכרה במעמד הציבורי המיוחד של השבת, ובין סמכויות מועצת העיר לבין סמכויות שר הפנים. נוכח ההשלכות של ההחלטות העירוניות על מנוחת העובד, המעביד והעסק ביום השבת – שלא לדבר על מעמד השבת כסמל לאומי תרבותי – אין להעניק לרשויות המקומיות שיקול דעת בלעדי בעניין. הכדור מצוי תחילה במגרשן, אך עם הגשת חוקי העזר הרלוונטיים לאישור שר הפנים הוא עובר למגרשו של האחרון – חבר הממשלה המייצגת את בחירת הציבור הישראלי – אשר מוסמך לאשר, או לפסול, אותם על פי שיקול דעתו. זאת, למצער, כאשר השלכות ההחלטה חורגות מד' אמותיה של הרשות המקומית הרלוונטית. מתגבשת המסקנה כי מנוחת העובד, המעביד והעסק ביום השבת מהווה סוגיה שאינה רק לוקאלית. דהיינו, קשה לקבל כי ההכרעה המשפטית בענייננו לא תשפיע על מקומות שונים בארץ, מחוץ לגבולות תל אביב-יפו.

סוף דבר, בניגוד לעמדת שופטי הרוב ולעמדת השופט סולברג, השופט הנדל סבר כי מתווה החוק גמיש ומאפשר הגעה לתוצאות שונות. מצד אחד, הדין מסמיך את הרשויות המקומיות להתיר מסחר בשבת. מצד שני, הוא מאפשר לשר הפנים לפסול חוקי עזר ברוח זו, ומקנה לו שיקול דעת רחב שאין למהר ולהתערב בו. לנוכח עמדת שר הפנים במקרה שלפנינו, שהיא עמדה מנומקת ועניינית, גרס השופט הנדל כי יש לכבדה ואל לבית המשפט להתערב בה.

תמצית חוות דעתו של השופט נ' סולברג

לדעתו של השופט נ' סולברג, בדעת מיעוט, במצב החוקי הנוכחי אין לרשות המקומית סמכות להורות על פתיחת עסקים בשבת. לשיטתו, כוונת המחוקק כפי שהיא משתקפת היטב מן ההיסטוריה החקיקתית, כמו גם קריאה הגיונית והרמונית של סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, על תתי-סעיפיו, מלמדות כי האיסור המעוגן בו חל ביחס לבתי מסחר, אך לא לבתי עינוג; האיסור איננו פרטונלי גרידא, אלא חל על עצם המסחר בחנות בימי המנוחה. אכן, לשונו הרחבה של סעיף 249(20) לפקודת העיריות, שעליו נשען סעיף 249(21), עומדת על פני הדברים בסתירה להסדר המעוגן בהוראת סעיף 9א. ברם, בחינת השתלשלות העניינים מבחינה כרונולוגית, בשים לב לאמות המידה הנהוגות עמנו (עליהן עמדה גם הנשיאה), מובילה לכלל מסקנה כי חוק שעות עבודה ומנוחה הוא המאוחר בזמן, הוא הספציפי מבין השניים, ולפיכך מצמצם את הסמכות הרחבה המוקנית לעירייה מכוח סעיף 249(20).

בחינת תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה מנקודת מבט סוציאלית, תומכת אף היא במסקנה כי אין לרשות המקומית סמכות להורות על פתיחתם של בתי מסחר בימי המנוחה. האיסור על פתיחת בתי מסחר בשבת, המכתיב – ובמידה רבה כופה – יום מנוחה אחיד לכלל המשק, תוך פגיעה מסוימת בחופש העיסוק, מהווה אמצעי מרכזי לשם הגשמת תכליות החוק, והוא שמאפשר לבעלי עסקים לשבות ממלאכה מבלי לחשוש לפרנסתם. קבלת הפרשנות המתירה את פתיחתם של בתי מסחר בימי המנוחה, מאינת הלכה למעשה את האפשרות של בעלי העסקים החפצים בכך לשבות ביום מנוחתם. כך, בעל בית מסחר המחליט לעשות שבת לעצמו, קרי, לפתוח את חנותו בשבת (על-ידי מי שאינו יהודי), קונה לו יתרון תחרותי על פני בתי המסחר הפועלים בסמוך אליו. האחרונים, אשר חוששים מפני הנזק הכלכלי שייגרם להם – הן על דרך של פגיעה ברווחים, הן בשל 'זליגה' של קהל הלקוחות – נאלצים לפתוח אף הם את חנויותיהם על מנת שלא 'להישאר מאחור'. לשם כך עליהם לשכור עובדים שאינם יהודים. דא עקא, האפשרות לעשות כן שמורה, מטבע הדברים, דווקא לבעלי העסקים הגדולים, שלרשותם עומדים משאבים כלכליים הנחוצים לשם כך. בעל עסק קטן לעומת זאת, שידו אינה משגת להעסיק עובד לא-יהודי אשר יעבוד במקומו ביום המנוחה, יצא וידיו על ראשו. הסוחרים הקטנים, הם אלו אשר צפויים לספוג את הנזק הכלכלי הנובע מפתיחת בתי המסחר בימי המנוחה. ברי כי תוצאה מעין זו אינה רצויה, ועומדת בניגוד מוחלט לתכליתו הסוציאלית של חוק שעות עבודה ומנוחה.

על רקע הדגשת משמעותה של התכלית הסוציאלית לענייננו, עמד השופט נ' סולברג על ההצדקה להבחין בין בתי מסחר (שפתיחתם נאסרה) לבין בתי עינוג (שפתיחתם הותרה). שני נדבכים לה לתכלית הסוציאלית: הנדבך הראשון, עניינו מנוחה ליגע ומרגוע לעמל; על גביו מונח הנדבך השני, שעניינו טיבה של אותה מנוחה. דווקא בשל חשיבותם הרבה של ימי המנוחה, יש לזכור כי אופי המנוחה משתנה בין איש לרעהו. עונג השבת של האחד הוא בתפילה, קידוש, סעודה ומנוחה על-פי גדרי ההלכה; חברו, לעומת זאת, יבקש להתענג על תערוכה במוזיאון, בילוי משפחתי בבית קולנוע או מנוחה על שפת הים. ראוי לאפשר לכל אחד ואחת לעצב את יום המנוחה כפי השקפתו ואמונתה. מילת המפתח: איזון – בין מנוחתם של הסוחרים למנוחתם של הצרכנים. לא תפישה של "אני לא אחתום על חילול שבת", אך גם לא תפישה של "אני אקנה חלב וביצים דווקא בשבת". "חיה ותן לחיות" אמרה הנשיאה; השופט נ' סולברג אומר – "נוח ותן לנוח".

בשולי הדברים התייחס השופט סולברג למסקנתה של הנשיאה, כי עמדתו של שר הפנים לוקה בחוסר סבירות קיצונית, ביקש לעמוד על הקושי הטמון בדבר, ויחד דברים אחדים ל'סבירותה של סבירות'. לדברי השופט סולברג, הסבירות פנים רבות לה, וגם הראוי הריהו תלוי בעיני המתבונן. מה שנתפס בעיני האחד כבלתי-סביר באופן קיצוני, נחזה בעיני חברו כסביר וראוי. כך בכלל, וכך בפרט – כשעל הפרק סוגיה ערכית-עקרונית, הנתונה לדיון ציבורי מתמשך; וענייננו יוכיח. קושי זה מחייב להמשיך ולחתור למיקודה של עילת הסבירות, לפורטה לפרוטות, לאמות מידה, אף לקצץ מוטת כנפיה, במגמה "לפזר את עננת העמימות, לתרום לבהירות, ולצמצם את מרחב אי-הוודאות שבו שוכנת הסבירות, גם במבט צופה פני עתיד".

בסיום דבריו הוסיף וציין השופט סולברג, כי התכלית הסוציאלית, שעליה הרחיב את הדיבור, היא התכלית שסביבה יכולים להתאחד כולם, מבלי לשלם במטבע של ויתור על אידיאולוגיה דתית או חילונית. בסוגיית השבת, במקום עוד סלע מחלוקת, עשוי השיקול החברתי-סוציאלי לשמש כאבן בנין של הסכמה.

תמצית חוות דעתה של השופטת א' חיות

השופטת א' חיות הצטרפה לפסק דינה של הנשיאה וציינה כי חוק ההסמכה מעגן את מעמדה הייחודי-האוטונומי של הרשות המקומית גם בכל הנוגע לימי המנוחה. הוא מאפשר לה לעצב באמצעות חוקי עזר ועל פי שיקול דעתה, את הפעילות בימים אלה במרחב הציבורי שבתחום שיפוטה. עוד ציינה השופטת חיות כי הסמכות הנתונה לשר הפנים בהקשר זה נועדה לפקח על חוקיות החלטתה של העירייה ולא להחליף את שיקול דעתה. כמו כן הסכימה השופטת חיות עם עמדת הנשיאה לפיה חוק שעות עבודה ומנוחה אינו עוסק בשאלת פתיחתם וסגירתם של עסקים ביום המנוחה אלא בשאלה הפרסונלית של עבודה ביום זה. על כן, כך ציינה השופטת חיות, אין למצוא בחוק שעות עבודה ומנוחה איסור על פתיחת עסקים ביום המנוחה וממילא אין למצוא התנגשות בין הוראותיו להוראות חוק ההסמכה וחוקי העזר שנחקקו מכוחו.

השופטת חיות הוסיפה כי רבים הכתרים שנקשרו לה לשבת ומקום מיוחד שמור לה בלב כל יהודיה ויהודי, גם אם הם אינם מקיימים את מצוות שמירת השבת כהלכתה. עם זאת, מדינת ישראל חרטה על דגלה עם הקמתה ערכים יהודיים ודמוקרטיים כאחד והצורך לשלב בין קווי המתאר היהודיים של המדינה לקווי המתאר הדמוקרטיים שלה, מחייב אותנו להליכה בדרך של איזונים ופשרות. כך בדרך כלל וכך גם בכל הנוגע לשבת. ביטוי לכך ניתן, כך ציינה השופטת חיות, בחוק ההסמכה אשר לצד הסמכות שהוקנתה בו לרשות המקומית להורות, בין היתר, על פתיחתם וסגירתם של חנויות ובתי מלאכה בימי המנוחה, התווה אמת מידה ברורה של התחשבות בטעמים שבמסורת דתית. בכך נקט המחוקק בדרך של איזון ופשרה. השופטת חיות הוסיפה וציינה כי יש לנהוג בהקשר זה זהירות רבה וכי הוראות המתירות פתיחתם של חנויות ובתי מלאכה בימי המנוחה "ביד רחבה" מדי, עלולות להפר את האיזון העדין בין ערכיה היהודיים ובין ערכיה הדמוקרטיים של המדינה.

במקרה דנן סברה השופטת חיות כי אין הצדקה לחשש שהביע שר הפנים מפני פגיעה גורפת במראית השבת וצביונה ברמה הלאומית. זאת בהינתן ההיקף המצומצם ביותר של המתחמים והעסקים שפתיחתם הותרה בתל אביב בשבת וכן בהינתן העובדה כי התיקונים לחוק העזר מצטיינים באיזון מידתי וסביר בין האינטרס הקיים בשמירת אופייה של השבת כיום מנוחה ובין מתן אפשרות לפעילות כלכלית מסוימת התואמת את צביונה של העיר על שכוונתיה השונות ואוכלוסייתה המגוונת.

תמצית חוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז

השופטת ד' ברק-ארז, שהצטרפה לחוות דעתה של הנשיאה, הדגישה כי בית המשפט אינו נדרש לעסוק בשאלה מהם ההסדרים הראויים לחול על פתיחת עסקים בשבת במישור הערכי וההשקפתי, אלא רק לקבוע האם החלטתו של שר הפנים שלא לאשר את חוק העזר של עיריית תל אביב-יפו הייתה סבירה.

השופטת ברק-ארז הסבירה כי לשיטתה אין מקום לפרש את סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 כאוסר כליל על פעילות של עסקים בשבת, אלא כמיועד להרחיב את חובת המנוחה בשבת וחג גם על מי שהם עובדים עצמאיים, בהמשך להסדרים המקוריים שחלו על עובדים שכירים בלבד. השופטת ברק-ארז הוסיפה כי פרשנות זו תואמת את המונחים שבהם נעשה שימוש בחוק שעות עבודה ומנוחה (המבחין בין איסור עבודה לבין איסור העסקה), משקפת את דברי ההסבר לתיקון שבו הוסף סעיף 9א לחוק זה, וכן מתיישבת עם תכליתו של החוק שהוא בראש ובראשונה חוק עבודה מגן. השופטת ברק-ארז אף עמדה על כך שבדרך זו הובן והתפרש בפועל חוק שעות עבודה ומנוחה על-ידי משרדי הממשלה, הרשויות המקומיות ובית המשפט עצמו לאורך השנים, ובכלל זה בהליך הקודם שנסב על הסוגיה של פתיחת מרכולים בתל-אביב (ובו נקבע כי זו צריכה להיות מבוססת על חוק עזר ספציפי שתקיין העירייה, על יסוד ההנחה שהדבר אינו אסור מדעיקרא). היא אף הצביעה על כך שהצעות חוק שגובשו בשנים האחרונות בנושא השבת, המכוונות בחלקן להבחנה בין מסחר לפעילויות אחרות, מבוססות על ההנחה שהן באות לחדש ביחס למצב הקיים.

בהתייחס לשיקול שעניינו הקשר בין ההסדרים החלים בימי שבת לחתירה לצדק חברתי ציינה השופטת ברק-ארז כי מדובר בשיקול חשוב שאין להקל בו ראש, אולם הצביעה על כך שבמהלך הדיון לא הוצגה תשתית עובדתית של ממש לטענה כי פתיחת המרכולים בשבתות בהיקף שהוגדר בחוק העזר העירוני יוצרת סיכון מיוחד מבחינת עובדים מוחלשים – יותר מאשר המסעדות ובתי הקפה הרבים שבעיר או בתי המלון שעל חופה, שפועלים במתכונת רחבה בשבתות. מכל מקום, השופטת ברק-ארז ציינה כי נודעת חשיבות לכך שהרשויות יקפידו על יום המנוחה השבועי של העובדים השכירים.

השופטת ברק-ארז הוסיפה ועמדה על כך שההסדרים בפקודת הערירות [נוסח חדש] המתירים חקיקת חוקי עזר בנושא פתיחת עסקים בשבת מבוססים על האוטונומיה הרחבה הנתונה לרשות המקומית בעיצוב המרחב הציבורי שלה, ועל המשמעות שיש לייחס לבחירתו של המחוקק להפקיד את ההכרעה בנושא בידיה. בהתאם לכך, היא ציינה כי הכנסת לא הסמיכה את שר הפנים ליזום תיקון בחוק עזר, אלא רק לאשר חוק עזר שנחקק על-ידי הרשות המקומית. עוד הצביעה השופטת ברק-ארז על כך שהחלטתו העדכנית של שר הפנים בנושא לא ייחסה כל משקל לשיקול זה ולמאפייניה של הרשות המקומית הספציפית. במובן זה, סברה השופטת ברק-ארז כי לא מתעורר קושי ביישומה של עילת הסבירות, מאחר שמדובר במקרה שבו לא ניתן כל משקל לשיקול רלוונטי (להבדיל ממצבים שבהם יכולה להיות מחלוקת על המשקל היחסי שניתן לו).

בסיכומו של דבר, השופטת ברק-ארז הצביעה על המורכבות של ההיסטוריה של עיצוב הסדרי השבת בעיר תל אביב-יפו לאורך השנים, עוד בתקופת המנדט, ועל הדיאלוג הציבורי הנמשך בנושא, שהאיזונים הקיימים בו משתנים מעת לעת, בכפוף להסכמה כי השבת צריכה להיות שונה ומובחנת מימי החול. היא חתמה בכך ש"יש לקוות כי הדיון בנושא זה ימשיך להתקיים במקום הראוי לו – בזירה הציבורית".