

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בענינים מנהליים

ע"ס 2469/12

לפני :

כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט א' רובינשטיין

המערערים :

1. מוריס ברמר
2. אדי ויזבאום
3. מוטי מעוז
4. דוד חיימוב
5. אליהו מילר
6. יצחק אלקוסר
7. פנחס צליק
8. התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית

נגד

המשיבות :

1. עיריית תל אביב-יפו
2. אי.אם.פי.אם
3. טיב טעם דיילי בע"מ
4. טיב טעם רשתות בע"מ
5. טיב טעם הכרמל אחזקות בע"מ
6. טיב טעם הודניגס1 בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענינים מנהליים
בתל אביב-יפו מיום 22.02.2012 בתיק עת"מ 2500/07
שניתן על ידי כבוד השופטת א' קובו

תאריך הישיבה :

כ"ג בניסן התשע"ג (3.4.2013)

בשם המערערים 7-1 :

עו"ד עברי פיינגולד

בשם המערערת 8 :

עו"ד דוד שוב

בשם המשיבה 1 :

עו"ד רחל אביד

בשם המשיבה 2 :

עו"ד מאיר פורגס, עו"ד שלומי ברכה

בשם המשיבות 3-6 :

עו"ד רונן בוך, עו"ד אלי שימלביץ'

פסק-דין

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשכתו כבית משפט לעניינים מינהליים (סגנית הנשיא א' קובו) ב-עת"מ 2500/07 מיום 22.2.2012. בפסק הדין, דחה בית המשפט את עתירת המערערים להורות לעיריית תל אביב-יפו לסגור עסקים שונים הפתוחים ביום שבת.

רקע

2. המערערים 1-7 הם בעלי עסקים קמעונאיים לממכר מזון (חנויות מכולת), הפועלים בעיר תל אביב-יפו (להלן: המערערים). המערערת 8 משמשת כנציגת הסוחרים בישראל במגוון נושאים. המשיבה 1 היא עיריית תל אביב-יפו (להלן: העירייה), ואילו המשיבות 2-6 (להלן: המשיבות) מפעילות חנויות מסוג "סופר-מרקט" ברחבי העיר תל אביב-יפו. את עסקיהן מפעילות המשיבות לאורך כל ימות השבוע, לרבות ביום שבת. זאת, תוך הפרה של חוק העזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות), התש"ם-1980 (להלן: חוק העזר), אשר אוסר על פתיחת חנויות ביום המנוחה.

3. קודם להגשת העתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, פנו המערערים מספר פעמים לעירייה בבקשה שתפעיל את סמכותה על מנת לסגור את העסקים של המשיבות. ביום 26.7.2007 נענו המערערים על ידי אגף הפיקוח של העירייה כי מדי שבת ניתנים לעסקים הפועלים ביום המנוחה קנסות בסך של 660 ש"ח. ביום 15.7.2007 שלחו המערערים מכתב נוסף בו ביקשו מהעירייה לפעול לסגירת העסקים בהתאם לסמכותה מכוח חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק רישוי עסקים או החוק). עד להגשת העתירה מושא הערעור, לא נענו המערערים לגופו של עניין.

ההליכים בבית המשפט לעניינים מינהליים

4. תלונתם של המערערים בעתירתם הייתה כי העירייה נמנעת מלאכוף את החוקים הנוגעים לשמירת יום המנוחה השבועי, שכן היא אינה פועלת כדי לסגור את העסקים הפתוחים ביום זה. לטענתם, על העירייה לסגור את העסקים הפתוחים בשבת בהתאם לסמכויותיה מכוח חוק רישוי עסקים, פקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן:

פקודת העיריות) וחוק העזר. המערערים טענו כי המשיבות משיגות מהפרתן את החוק בריש גלי יתרון תחרותי על המערערים, שכן המשיבות מושכות אליהן צרכנים המעדיפים לערוך את הקניות שלהם ביום שבת. לו המשיבות היו נמנעות מהפרת החוק, כך נטען, צרכנים אלה היו עורכים את קניותיהם במהלך השבוע, ולפחות בחלקם היו עושים זאת בבתי העסק של המערערים. לטענת המערערים, התנהלות המשיבות עולה כדי "תחרות בלתי הוגנת" הפוגעת בזכותם של המערערים לחופש העיסוק. משכך, מוטלת על העירייה חובה לפעול כנגד המשיבות בהתאם לחוק רישוי עסקים. עוד טענו המערערים כי סגירת עסקיהן של המשיבות מתחייבת לאור התכליות החברתיות והדתיות של יום המנוחה, וכן משום שהפעילות של עסקי המשיבות ביום השבת מהווה מטריד ופוגעת באיכות החיים של התושבים.

5. העירייה, מצידה, טענה כי היא אוכפת את שמירת יום המנוחה על פי הקבוע בחוק ובהתאם לשיקול דעתה המינהלי. לדידה, אין היא רשאית לעשות שימוש בסנקציות הקבועות בחוק רישוי עסקים כדי למנוע תחרות או כדי לשמור על קדושת השבת, שכן אלו אינן ממטרות החוק. באשר לחוק העזר: העירייה טענה שהיא אכן פועלת מכוחו, שכן חוק העזר, האוסר על פעילות של עסקים בשבת, מאפשר להטיל קנסות כספיים בלבד, וקנסות כאלה אכן הוטלו על המשיבות. לדברי העירייה, מוקנית לה סמכות מכוח פקודת העיריות לפנות לבית המשפט לעניינים מקומיים בבקשה לסגירת עסק העובר על הוראות חוק העזר, אולם לטענתה הפעלת סמכות זו כפופה לשיקול דעת. בפסק הדין אף צוין שבמקרה הנדון, העירייה החליטה שלא להפעיל סמכותה בהתאם למדיניות כללית, אשר נגזרת לדידה מצרכי האוכלוסיה ורצונותיה. המשיבות הצטרפו על דרך הכלל לטענות העירייה.

6. במהלך הדיון בעתירה, הורה בית המשפט לעניינים מינהליים ליועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו בעניין שבנדון. היועץ המשפטי לא התייצב לדיון בעתירה, אולם הוא הגיש את עמדתו בכתב. על פי האמור בעמדתו, פקודת העיריות מסמיכה את הרשות המקומית להסדיר את פתיחתם וסגירתם של עסקים, בין היתר בימי המנוחה ובהתחשב בטעמים שבמסורת הדתית, ומקנה לה את סמכויות הפיקוח והאכיפה בנושא. סמכות הרשות המקומית להסדיר נושא זה יסודה בתפיסה כי על הרשות, המייצגת את תושבי המקום, לאזן "בין האינטרס בשמירת אופיו של יום השבת כיום מנוחה, שהוא בעל מאפיינים חברתיים ולאומיים כאחד, לבין מתן אפשרות לפעילות כלכלית מסוימת". עם זאת, הדגיש היועץ המשפטי כי הוא רואה חשיבות באכיפת חוקי העזר המותקנים על ידי הרשויות המקומיות, "מטעמים מובנים שבשמירה על שלטון החוק,

ונוכח האינטרסים הציבוריים שבהגנה על אופיו של יום השבת כיום מנוחה, לפי מאפייניו של כל אזור, ובהתחשב בהרכב האוכלוסייה במקום, כפי שנקבע בחוק העזר". לבסוף, ציין היועץ המשפטי לממשלה כי חוק רישוי עסקים אינו נוגע לעניין, שכן חוק זה לא נועד להיות כלי לאכיפת חוק העזר בעניין הפעלת עסקים בשבת ובימי מנוחה.

7. בפסק דינו, התייחס בית המשפט לשתי שאלות עיקריות: האם מניעת תחרות בלתי הוגנת ושמירה על קדושת השבת הן מתכליות חוק רישוי עסקים והאם העירייה רשאית לסגור עסקים הפועלים בשבת מכוח חוק זה; והאם ישנם חוקים אחרים המסמיכים את העירייה לאכוף את סגירת עסקי המשיבות בשבת, ואם כן, האם החלטת העירייה שלא להפעיל את סמכותה לבקש את סגירת העסקים מצדיקה התערבות של בית המשפט.

8. באשר לשאלה הראשונה, קבע בית המשפט כי מניעת תחרות בלתי הוגנת אינה נכללת בין מטרות חוק רישוי עסקים, המנויות בסעיף 1 בו. זאת, הן על סמך לשון החוק, הן בהתאם להלכה הפסוקה. בית המשפט הסביר כי אמנם יש להתחשב בחופש העיסוק במסגרת החוק, אלא שיש להסתכל אך על חופש העיסוק של מבקש הרישיון, "ואין לעירייה סמכות להתחשב בהשפעה שתהיה במתן האפשרות לפלוני לפתוח את עסקו, על רמת התחרות השוק, או איך תשפיע על הכנסתו של אלמוני" (פסקה 16 לפסק הדין). לדבריו, שיקולים כאלה עלולים לרוקן מתוכן את חוק רישוי עסקים, שנועד להבטיח כי עסקים שעומדים במטרות החוק יהיו זכאים לרישיון עסק. עוד קבע בית המשפט כי "חוסר הנוחות" הנגרם לעסקים של המערערים לא מהווה פגיעה בחופש העיסוק שלהם, שכן כולם כפופים לאותה מדיניות של העירייה. על כן, קבע בית המשפט שהמערערים לא הופלו לרעה וכי חופש העיסוק שלהם לא נפגע. באשר לשמירת קדושת השבת, קבע בית המשפט כי זו מטרה דתית במובהק, השנויה במחלוקת ציבורית, וממילא היא אינה מנויה בין מטרותיו של חוק רישוי עסקים. משכך, לא ניתן לנקוט בצעדים נגד עסקים הפתוחים בשבת משום שהם "מפרים את קדושת השבת" ופוגעים בערכים דתיים. בית המשפט הבהיר כי אין להשתמש בסנקציות הקבועות בחוק שלא למטרות אותן נועד החוק להגשים, ומשכך אין לכפות על העירייה לנקוט צעדים נגד המשיבות לפי חוק רישוי עסקים.

9. בית המשפט הוסיף ודחה גם את טענת המערערים לפיה פעילות העסקים של המשיבות בשבת מהווה מטרד. ראשית, נקבע כי ישנה בעייתיות בכך שהמערערים, שהם בעלי מכולות אשר בראש מעיניהם עומד אינטרס אישי כלכלי, מציגים עצמם כמי

שמייצגים גם את האינטרסים של תושבי העיר. עוד קבע בית המשפט כי המערערים לא הביאו ראיות לכך שפתיחת עסקיהן של המשיבות מהווה מטרד. משכך, כך קבע, עומדת לעירייה חזקת התקינות המנהלית.

10. כאמור, השאלה השנייה איתה התמודד בית המשפט הייתה אם יש מקום לכפות על העירייה לנקוט צעדים נגד המשיבות מכוח הוראות חוק אחרות. בית המשפט ציין שהסנקציה הישירה והיחידה שמתאפשרת בגין הפרת חוק העזר היא הטלת קנס כספי, מכוח סעיף 265 לפקודת העיריות. כפי שהבהירה העירייה, היא אכן מפעילה סנקציה זו. בית המשפט ציין כי על אף שלטענת המערערים, הקנסות אינם מרתיעים והינם "לעג לרש", אין העירייה רשאית לנקוט בפעולות אכיפה אחרות שעה שקנס כספי נקבע כאמצעי האכיפה בגין הפרת חוק העזר. משכך "אין כלל נפקות לשאלה אם הסנקציה שננקטה במסגרת החוק אפקטיבית או לא" (פסקה 27 לפסק הדין).

11. מקור הסמכות האחר עליו עמד בית המשפט הוא סעיף 264 לפקודת העיריות. סעיף זה מקנה לעירייה סמכות לבקש מבית המשפט לעניינים מקומיים לצוות על בעלים, מנהלים או מפעילים של עסק הפועל בשבת, להימנע מפתיחתו בניגוד לחוק העזר. בית המשפט הדגיש כי בבואה לשקול באיזה אמצעי אכיפה לנקוט, על העירייה לאזן בין האינטרסים המנוגדים, וביניהם: חופש מדת, חופש המצפון, חופש העיסוק וצרכי הציבור מחד גיסא, ומאידך גיסא הרצון לשמור על ערכי המסורת ולמנוע פגיעה ברגשות דתיים. בית המשפט עמד על כך שהעירייה לא הגישה בקשות סגירה נגד עסקי המשיבות לפי סעיף 264א, אולם קבע כי גם אם הרשות נמנעת מלהשתמש בכל הכלים העומדים לרשותה לצרכי אכיפה, אין הדבר מלמד כי נפל פגם המצדיק התערבות של בית המשפט. זאת, שכן "כל עוד בית המשפט מתרשם כי הרשות לא נמנעת לחלוטין לאכוף את החוק, וכי לא מבוצע על ידה אכיפה סלקטיבית, אין מקום ככלל להתערבות שיפוטית" (פסקה 35 לפסק הדין). בית המשפט קבע כי עליו להיזהר מלהחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו שלו אף משום שמדובר בעניינים המצויים בלב המחלוקת הציבורית והפוליטית. לדבריו, ככל שהמערערים מבקשים לשכנע כי יש לשנות את האיזון בו נקטה העירייה בין אופייה היהודי של המדינה לבין ערכי היסוד המעגנים את חירויות הפרט, עליהם לפעול במגרש הציבורי ולשכנע באמצעים דמוקרטיים כי עמדתם עדיפה.

12. לסיכום, קבע בית המשפט כי יש לנקוט בריסון משפטי רב בכל הנוגע למדיניות אכיפה בעניין המצוי בליבה של מחלוקת פוליטית וציבורית. בית המשפט

הכריע כי המערערים לא עמדו בנטל שהוטל עליהם להראות כי מדיניות העירייה באכיפת חוק העזר היא בלתי סבירה באופן קיצוני המצדיקה התערבות שיפוטית. בית המשפט קבע כי "בנסיבות אלו, חזקה כי הרשות פעלה כדין לאור מכלול הנתונים, והחלטתה שלא להשתמש בסמכות לבקש את סגירת העסקים – סבירה ומידתית" (פסקה 39 לפסק הדין; ההדגשה הוספה – מ"נ). אשר על כן, דחה בית המשפט את עתירת המערערים, והטיל עליהם לשאת בהוצאות העירייה בסך 75,000 ש"ח.

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות המערערים

13. המערערים קובלים על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים. לטענת המערערים, שגה בית המשפט בקובעו כי אין מקום להתערבות במדיניות אכיפת חוק העזר בה נוקטת העירייה. לטענתם, כל עוד חוק העזר נותר בתוקף, עקרון שלטון החוק מחייב שלא ניתן יהיה להשלים עם מצב שבו העירייה אינה אוכפת את סגירתם של עסקים המפרים את חוק העזר בגלוי וביודעין. המערערים טוענים כי הסתפקות העירייה בהטלת קנסות מדי שבת – בשווי של 660 ש"ח בלבד (גובה הקנס הועלה לאחר הגשת העתירה ועומד כיום על סך של 730 ש"ח), ובפרט כשמדובר בקנס אחד בלבד מדי שבת עבור כל בית עסק, היא לעג לרש וקריאת עידוד להפרת החוק. עוד הם טוענים כי מחדלי האכיפה של העירייה מסבים להם נזקים כלכליים כבדים; פוגעים בעקרון היסוד של שלטון החוק ובעקרון של אכיפה שוויונית; ופוגעים בזכויות יסוד חוקתיות וביניהן זכות הקניין, חופש העיסוק והשוויון. זאת, שכן העסקים הגדולים, שרווחיהם היומיים עולים על סכום הקנס, יכולים להרשות לעצמם לפתוח דלתותיהם ביום המנוחה חרף הקנס ובכך להגדיל את רווחיהם, בעוד העסקים הקטנים, דוגמת המשיבים, אינם יכולים לעשות כן ונפגעים מכך.

14. לדברי המערערים, שגה בית המשפט קמא כשעסק בעיקר בחוק רישוי עסקים, שכן לטענתם, העיקר הוא חובתה של העירייה לעשות שימוש בכל האמצעים החוקיים שעומדים לרשותה. כמו כן, לטענתם, שגה בית המשפט אף כשקבע כי חוק רישוי עסקים אינו מסמיך את העירייה לפעול במקרה הנדון. המערערים גורסים שברישיונות העסק שהונפקו עבור המשיבות מכוח חוק רישוי עסקים (להלן: רישיונות העסק) נקבע במפורש כי הם אינם תקפים במהלך שבתות ומועדי ישראל. על כן, לטענתם, פעילות עסקי המשיבות מתבצעת בשבתות בלא שבידן רישיון עסק תקף, ומשכך יש להטיל

עליהן את הסנקציות הקבועות בחוק רישוי עסקים על עסקים נטולי רישיון. עוד טוענים המערערים נגד קביעת בית המשפט כי העירייה אינה מוסמכת לאכוף את שמירת יום המנוחה באמצעות חוק רישוי עסקים משום שאכיפה זו אינה חלק ממטרות החוק. לדידם, יש להבחין בעניין זה בין סירוב להנפיק רישיון מכוח חוק רישוי עסקים לבין אכיפת חוק זה. בעוד הראשון יכול להתבצע אך ורק מטעמים הקשורים במטרות החוק, עקרון שלטון החוק מחייב כי אין מקום לאבחנה דומה ביחס לאכיפת החוק – כל הפרה של החוק, ללא תלות במטרת ההפרה או במניעי מבקשי האכיפה, צריכה להיאכף.

15. המערערים קובלים גם נגד הכרעת בית המשפט קמא שחופש העיסוק שלהם לא נפגע. לטענתם, קביעת בית המשפט לפיה "[המערערים] והמשיבות כפופים לאותה מדיניות של העירייה. מכאן [שהמערערים] אינם מופלים לרעה, ולא נפגע חופש עיסוקם" (פסקה 17 לפסק הדין) משמעה קביעה שהמערערים לא מופלים וחופש העיסוק שלהם לא נפגע משום שאף הם יכולים היו לבחור להפר את החוק ולהיקנס. לדידם, הפגיעה הנגרמת לבעלי העסקים שמצייתים לחוקי המנוחה מהפרתם על ידי המשיבות היא פגיעה בחופש העיסוק שלהם. עוד מלינים המערערים כי כתוצאה מפעולות האכיפה – קרי, הטלת קנסות – בהן נקטה העירייה, נוצרת אפליה בין חזקים לחלשים. המערערים טוענים אף נגד קביעת בית המשפט שאין להפעיל את חוק רישוי עסקים משום ש"שמירת קדושת השבת" היא מטרה דתית במובהק, ומדגישים כי הם כלל לא טענו למטרה דתית.

16. לטענת המערערים, עיקר פסק הדין נעוץ בקביעת בית המשפט קמא לפיה אין להתערב בעניינים המצויים בליבת המחלוקת הציבורית והפוליטית. ואולם, לדידם, עצם המחלוקת כלל אינו רלוונטי להכרעה בסוגיה שבנדון. המערערים טוענים כי העיקרון של קיום החוק אינו מצוי במחלוקת ציבורית. העירייה אינה יכולה להתנער מאכיפתו של חוק רק משום שהנושא עליו חולש החוק מצוי במחלוקת ציבורית. ככל שהעירייה אינה מעוניינת לאכוף את חוק העזר, כך טוענים המערערים, הרי שעליה לפעול לשנותו. המערערים עומדים על החשיבות הרבה של יום המנוחה, כפי שבאה לידי ביטוי גם בפסיקת בית משפט זה, לא רק בהתאם לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אלא גם לאור ערכים אוניברסאליים וסוציאליים.

17. נוכח האמור, טוענים המשיבים כי שגה בית המשפט קמא בהחלטתו שלא להתערב בהתנהלות העירייה. הם מדגישים כי אין מחלוקת שפעילות המשיבות מהווה הפרת חוק. משכך, לדידם, קביעת בית המשפט שאין להתערב בהתנהלות העירייה כל

עוד היא לא נמנעת לחלוטין מלאכוף את החוק, מבלי לשקול האם פעולות האכיפה אכן משיגות את המטרה לשמה נועדו, היא בלתי סבירה וסותרת – כך הם טוענים – הלכה פסוקה לפיה על בית המשפט לבדוק את פעולות האכיפה.

18. לבסוף, מלינים המערערים על ההוצאות בסך 75,000 ש"ח שהטיל עליהם בית המשפט. לטענתם, מדובר בהוצאות גבוהות באופן חריג, שאין להן הצדקה שעה שהמערערים הצביעו על הפרת חוק שאינה שנויה במחלוקת, הקשורה לעניינים ציבוריים חשובים. עוד טוענים המערערים כי בית המשפט התעלם מכך שהמערערים הם אנשים מעוטי יכולת, וכי הם המתינו מעל 4 שנים לפסק דין בעתירתם.

טענות המשיבות

19. העירייה סומכת את ידה על פסק הדין של בית המשפט קמא. היא טוענת כי המחלוקת היא בשאלה מהו החוק שיש לאכוף ומהם אמצעי האכיפה בהם העירייה יכולה לנקוט כפועל יוצא מכך. לטענתה, החוק אותו יש לאכוף הוא חוק העזר, ולדידה היא אכן אוכפת חוק זה. בהקשר זה, טוענת העירייה כי "אין חילוק כי העתירה [של המערערים – מ"נ] כוונה לגרום לשינוי האיזון בין כלל האינטרסים הרלבנטיים להתרת פתיחתן של חנויות בימי המנוחה, הן הסוציאליים-חברתיים של יום מנוחה שבועי אחיד, הן אלה המשקפים את אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה והן אלה המשקפים את זכותו של היחיד לחופש העיסוק, שנוקטת המשיבה – באמצעות חוק העזר ואכיפתו" (פסקה 12 א לסיומי טענות העירייה).

עוד גורסת העירייה כי בניגוד לטענת המערערים, בית המשפט לא קבע שהוא מנוע מביקורת שיפוטית, אלא בחן את פעולות העירייה בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי ומצא כי אין מקום להתערב במדיניות האכיפה בה נוקטת העירייה. באשר לחוק רישוי עסקים, טוענת העירייה כי אין בסיס לטענת המערערים שרישיונות העסק של המשיבות אינם תקפים ביום המנוחה, ומשכך בצדק קבע בית המשפט שאין מקום לנקוט באמצעי אכיפה הקבועים בחוק זה. העירייה מדגישה כי לא ניתן לנקוט בהליכי אכיפה הקבועים בחוק אחד בשל הפרה של חיקוק אחר, שאינו מסמיך לנקוט באמצעי אכיפה אלה. באשר להוצאות שהוטלו על המערערים, טוענת העירייה כי סכום ההוצאות נפסק לאחר הליך ממושך וכי המערערים לא הצביעו על אינטרס ציבורי המצדיק לפטור אותם מחיובם בהוצאות.

20. המשיבה 2 מוסיפה כי המערערים מתעלמים מאופייה של העיר תל אביב-יפו ומצרכי תושביה. לטענתה, אופיו הראוי של יום המנוחה נתון במחלוקת, ואין הצדקה לקבל את עמדת המערערים על פני העמדה לפיה ראוי שיהיו עסקים פתוחים ביום שבת. זאת, בפרט בעיר תל אביב-יפו, אשר על אופייה הרב-גווני עמדה המשיבה 2 בהרחבה. לדבריה, "נטל 'החשכת' העיר תל אביב בסופי השבוע, הינו נטל כבד ביותר ובוודאי שאין לכפותו, בשל טעמים מסחריים מופרכים שכלל לא הוכחו" (פסקה 10 לסיכומי טענות המשיבה 2). המשיבה 2 טוענת גם כי המערערים מבקשים לפגוע בזכות יסוד של כל תושב ותושב בעיר, לצקת ליום המנוחה שלו תכנים על פי רצונו ועל פי טעמו. זאת, כאשר לטענתה, המחוקק ביקש לתת בידי הרשויות המקומיות את כל הסמכויות ואת מלוא שיקול הדעת לגבי קביעת אופיו של יום המנוחה. על כן, לדבריה, "התערבות בשיקול הדעת הרחב הנתון לעירייה והשיקולים הציבוריים אותם שוקלת העירייה בבואה לערוך איזון שכזה, איננה עומדת בדלת אמותיה של הביקורת השיפוטית על 'המעשה המינהלי', על אחת כמה וכמה כאשר מדובר [...] בעניין, שהוגדר על [ידי] יוזמי החוק כ'בעיה החריפה של המחלוקת בין חילונים לבין דתיים'" (פסקה 17 לסיכומי טענות המשיבה 2).

21. המשיבות 3-6 טוענות כי אין מקום לתת כסעד הצהרה כללית לפיה חובה על העירייה לאכוף את החוק. לגופו של עניין, בנוסף לטענות שטענו המשיבות האחרות, מדגישות המשיבות 3-6 כי מדיניות האכיפה של העירייה היא הפעלה של סמכות מינהלית, וכי אין הצדקה להתערב בשיקול הדעת שהופעל כל עוד לא התנערה העירייה התנערות מוחלטת מאכיפת החוק. בהקשר זה, טוענות המשיבות 3-6 כי ייחודיותה של הרשות המקומית – כגוף המכיר מקרוב את צרכי התושבים והעדפותיהם וכן כגוף ייצוגי דמוקרטי שאמור לשקף את רצון תושבי העיר – מצדיקה את שיקול הדעת הרחב המוקנה לרשויות המקומיות. המשיבות 3-6 אף מלינות על מדיניות העירייה להטיל קנסות על עסקים הפתוחים ביום שבת, אשר לטענתן מסבה להן נזקים כלכליים, וטוענות כי "על העירייה להיות קשובה יותר לצרכים והעדפות שונים בעיר בהם מתגוררת אוכלוסייה המבקשת לערוך קניות בימי שבת" (פסקה 13 לסיכומי טענות המשיבות 3-6).

לטענת המשיבות 3-6, העירייה אינה מוסמכת לבקש מבית המשפט לעניינים מקומיים צו לסגירת בית עסק מכוח סעיף 264א לפקודת העיריות. זאת, מכיוון שסעיף זה מסמיך את העירייה לבקש צו סגירה כאשר מדובר בעסק המפר חוק עזר שהותקן לפי סעיף 249(21) לפקודה – אשר קובע כי מותר לעירייה להתחשב ב"טעמים

שבמסורת דתית". לטענת המשיבות, לא נראה שהעירייה התקינה את חוק העזר לפי סעיף זה, אלא דווקא מן הטעמים הסוציאליים הקבועים בסעיף 249(20) לפקודה. מסקנה זו מתחזקת, לטענתן, נוכח העובדה שחוק העזר נחקק שנים רבות לפני שהתווסף סעיף 249(21) לפקודת העיריות. המשיבות 3-6 מתנגדות גם לטענת המערערים בנוגע לחוק רישוי עסקים, לפיה מטרות החוק נוגעות אך להענקת רישיונות ולא לאמצעי האכיפה, וטוענות כי גם חוק העזר לא נועד לשמור על תחרות הוגנת אלא להגשים מטרה דתית וסוציאלית.

22. היועץ המשפטי לממשלה לא התייצב אף לדיון בערעור המונח בפני בית משפט זה, והגיש בשנית את עמדתו בכתב כפי שזו הוגשה לבית המשפט קמא, המפורטת לעיל.

המסגרת הנורמטיבית

23. השאלה העיקרית הדרושה הכרעה בערעור שלפנינו הינה האם יש לחייב את העירייה להפעיל אמצעי אכיפה שבסמכותה להפעילם אשר עד עתה היא נמנעה מלעשות כן. בטרם אפנה לדון בשאלה זו, אעמוד בקצרה על הוראות החוק השונות שעלו במסגרת הליך זה, ועל סמכויות האכיפה הנתונות בידי העירייה לצורך אכיפתן.

(א) חוק רישוי עסקים

24. מקור הסמכות הראשון עליו מבקשים המערערים להסתמך הוא, כאמור, חוק רישוי עסקים. מטרותיו של חוק זה קבועות בסעיף 1 לחוק, שלשונו:

"1. (א) שר הפנים, רשאי לקבוע בצווים עסקים טעוני רישוי ולהגדירם, כדי להבטיח בהם מטרות אלה או מקצתן:

(1) איכות נאותה של הסביבה ומניעת מפגעים ומטרדים;

(2) מניעת סכנות לשלום הציבור והבטחה מפני שוד והתפרצות;

(3) בטיחות של הנמצאים במקום העסק או בסביבתו;

(4) מניעת סכנות של מחלות בעלי חיים ומניעת זיהום מקורות מים בחמרי הדברה, בדשנים או בתרופות;

(5) בריאות הציבור, לרבות תנאי תברואה נאותים;

(6) קיום הדינים הנוגעים לתכנון ולבניה;

(7) קיום הדינים הנוגעים לכבאות".

25. עניינו של סעיף 14 לחוק רישוי עסקים הוא בעסקים המופעלים שלא בהתאם לרישיון, והוא קובע את העונשים בגין פעולות אלה. סעיף 20 לחוק מסמך בעלי תפקידים לצוות על הפסקה ארעית של העסק בגין עבירות על סעיף 14.

(ב) פקודת העיריות וחוק העזר

26. סעיף 249 לפקודת העיריות עוסק בסמכויותיה של עירייה. סעיף קטן (20) בו קובע:

"249. סמכויותיה של עיריה הן:

[...]

(20) להסדיר פתיחתם וסגירתם של חנויות ובתי מלאכה, מסעדות, בתי קפה, בתי תה, בתי משקה, מזנונים, קנטינות ומוסדות אחרים כיוצא באלה [...] ולפקח על פתיחתם וסגירתם, ולקבוע – בלי לפגוע בכללותה של הסמכות – שעות פתיחתם וסגירתם ביום פלוני; אלא שתקפה של פסקה זו יהא בכפוף לכל פטור שהשר יורה עליו בצו" (ההדגשות הוספו – מ"נ).

27. סעיף 265 לפקודה קובע:

"265. (א) השר, בהסכמת שר המשפטים, רשאי, בצו ברשומות, להודיע כי עבירה על הוראה פלונית בחוק עזר של עיריה היא עבירת קנס, דרך כלל או בתנאים או בסיגים שקבע.

(ב) השר יקבע בצו ברשומות –

(1) את שיעור הקנס לכל עבירת קנס, ובלבד שלא יעלה על 730 שקלים חדשים, ורשאי הוא לקבוע שיעורים שונים לעבירה בהתחשב בנסיבות ביצועה;

[...] " (ההדגשות הוספו – מ"נ).

28. בשנת 1990, בעקבות ספק שהתעורר בדבר סמכותן של רשויות מקומיות להתקין בחוקי העזר הוראות שעניינן איסור פתיחת עסקים בשבת ובמועדי ישראל, נחקק החוק לתיקון פקודת העיריות (מספר 40), התשנ"א-1990 (להלן: חוק ההסמכה). חוק זה נועד להקנות לרשויות המקומיות את הסמכות האמורה ולהבטיח את תוקפם של חוקי העזר הקיימים (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק הרשויות המקומיות (איסור פתיחת עסקים וסגירתם בימי מנוחה), התשמ"ח-1988, ה"ח 134 (להלן: דברי ההסבר להצעת חוק ההסמכה) (מדובר בשם המקורי של הצעת חוק ההסמכה, וראו: ד"כ 12(3), 1191 (התשנ"א)); בג"ץ 5073/91 תאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 193, 197-199 (1993) (להלן: עניין תאטראות ישראל)). לשם מטרה זו, הוסיף חוק ההסמכה לסעיף 249 לפקודת העיריות את סעיף קטן (21):

"(21) עיריה רשאית להפעיל את סמכותה על פי פסקה (20) בתחום שיפוטה או בחלק ממנו לגבי יום המנוחה, בהתחשב בטעמים שבמסורת דתית ולגבי יום תשעה באב; "ימי המנוחה" – כמפורט בסעיף 18א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, לענין זה, שבת ומועדי ישראל – מכניסת השבת או המועד ועד צאתם; "יום תשעה באב" – כמשמעותו בחוק איסור פתיחת בתי עינוגים בתשעה באב (הסמכה מיוחדת), התשנ"ח-1997" (ההדגשות הוספו – מ"נ).

29. חוק ההסמכה הוסיף לפקודת העיריות גם את סעיף 264א, אשר קובע כי העירייה רשאית לפנות לבית המשפט לעניינים מקומיים לצורך אכיפתו של חוק עזר שהותקן לפי סעיף 249(21) (וראו גם: עניין תאטראות ישראל, בעמודים 199-200):

"264א. (א) התקינה העירייה חוק עזר לפי סעיף 249(21) ונפתח עסק בניגוד להוראות חוק העזר, רשאי בית-המשפט המוסמך לדון בעבירה על אותו חוק עזר לצוות על הבעלים, המנהלים או המפעילים של העסק האמור, להימנע מפתיחת העסק בימי המנוחה בניגוד להוראות חוק העזר (להלן – צו איסור פתיחה) אם שוכנע כי העסק נפתח בניגוד להוראות חוק העזר; בקשה למתן צו כאמור תוגש בידי מי שמוסמך להגיש תביעות בשל עבירה על חוק העזר האמור, בצירוף תצהיר לאימות העובדות שעליהן מתבססת הבקשה, ובית המשפט רשאי להוציא את הצו במעמד המבקש בלבד, אם מצא כי יש הצדקה לעשות כן בנסיבות הענין.

(ב) [...] " (ההדגשות הוספו – מ"נ).

30. עיריית תל אביב-יפו התקינה עוד בשנת 1980 את חוק העזר לעניין פתיחתן וסגירתן של חנויות, בהתאם לסמכויותיה לפי פקודת העיריות. סעיף 2 לחוק העזר קובע כי אין לפתוח עסקים ביום המנוחה:

”2. (א) בכפוף לאמור בסעיפים קטנים (ג), (ד) ו-(ה) לא יפתח בעל חנות או בית קפה את עסקו ולא יחזיקו פתוח בימי שבת ומועדי ישראל אלא בהיתר מיוחד של המועצה, כאמור בסעיף קטן (ב).

(ב) המועצה רשאית להעניק היתר מיוחד, אם הוכיח הבעל שאינו יהודי וכי הוא סוגר את עסקו בכל יום מנוחה שבועי של עדתו; היתר כאמור יכול להינתן בתנאים כפי שתמצא המועצה לנכון.

(ג) (1) בעל בית קפה, פרט לבר ועסק לממכר גלידה, רשאי לפותחו בימי שבת ומועדי ישראל פרט ליום הכיפורים ולהגיש ארוחות ללקוחותיו, בתוך הבניין שבו מצוי העסק, בשעות כדלקמן:

(א) בערבי ימי שבת ומועדי ישראל – עד השעה 10 בערב;

(ב) בימי שבת ומועדי ישראל – בין השעה 10 בבוקר לבין שעה 3 אחר הצהרים, ומיום 1 באפריל ועד 31 באוקטובר גם משעה 6 בערב ועד לשקיעת החמה.

(2) בית מרקחת יהיה פתוח למכירת תרופות בימי שבת ומועדי ישראל אך ורק לפי תורנות שתיקבע כדין.

(ד) בימי שבת ומועדי ישראל, למעט יום הכיפורים, לא יפתח אדם ולא ירשה למי שפועל מטעמו, לפתוח עינוג ציבורי אלא לשם פעולות תרבות וחינוך.

(ה) ביום הכיפורים לא יפתח אדם ולא ירשה למי שפועל מטעמו, לפתוח חנות או בית קפה” (ההדגשות הוספו – מ”נ).

31. כמו כן, בהתאם לאמור לעיל בסעיף 265 לפקודת העיריות, הוצא בעבר צו העיריות (עבירות קנס), התשל”א-1971 (להלן: צו העיריות), ממנו עולה כי פתיחת עסק בשבת בעיר תל אביב-יפו היא עבירת קנס:

1. כל עבירה על הוראה שבסעיף מהסעיפים המפורטים בטור ב' של חוקי העזר המפורטים בטור א' בתוספת הראשונה היא עבירת קנס.

2. (א) שיעור הקנס לכל עבירה כאמור בסעיף 1 יהיה כפי דרגת הקנס שנקבעה לצדה בתוספת הראשונה בטור ג'.

(ב) בצו זה –

דרגת הקנס	בשקלים חדשים
א	730
ב	475
ג	320
ד	245
ה	165
ו	105
ז	85

[...]

תוספת ראשונה

[...]

חלק ב' – תל-אביב-יפו

טור א' חוקי עזר	טור ב' הסעיפים	טור ג' דרגת הקנס
--------------------	-------------------	---------------------

1. [...]

א	2(א), (ד), (ה), 7(א)-(ג)	10. חוק עזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות), התש"ם-1980
ב	3	
ג	7(ד)	

עבירה על סעיף 2(א) לחוק העזר, האוסר על פתיחת עסקים בשבת, מדורגת כעבירת קנס בדרגה א, ששיעורו עומד כיום על 730 ש"ח. שיעור זה נקבע בצו העיריות (עבירות קנס) (תיקון מספר 6), התשע"א-2011. שיעור הקנס בדרגה זו, כפי שהיה לפני תיקון זה ובעת הגשת העתירה מושא הערעור שלפנינו, עמד על 660 ש"ח, בהתאם לקבוע בצו העיריות (עבירות קנס) (תיקון מספר 2), התשס"ד-2004.

דיון והכרעה

32. בבית המשפט לעניינים מינהליים לא התבקש כתב תשובה מהעירייה, והעתירה נדחתה. במהלך דיון שקיימנו בערעור ביום 4.3.2013, הסכימה באת כוח העירייה לראות את ההליך כאילו הוגש בערכאה הדיונית כתב תשובה. על חשיבותו של עניין זה אעמוד בהמשך הדברים.

33. באשר לחוק רישוי עסקים, דעתי כדעת בית המשפט קמא והיועץ המשפטי לממשלה, כי אין מקום לדון בעניין שלפנינו בהפעלת סמכויות מכוח חוק זה. זאת, אף מבלי להידרש לשאלה מהם הערכים עליהם מגן חוק רישוי עסקים ומבלי לדון בשאלת הקשר הנדרש – ככל שישנו – בין מטרות החוק לבין מניעיהם של הדורשים כי החוק ייאכף. עמדת המערערים כי המשיבות מפרות את חוק רישוי עסקים נסמכת על טענתם ש"כל רישיונות העסק שמעניקה העירייה נכתב במפורש וברחל בתך הקטנה" כי הרישיון אינו תקף בימי המנוחה. ואולם, המערערים לא הוכיחו טענתם זו. "רישיון העסק" אותו צירפו המערערים (כנספח ט' לעתירה שהגישו לבית המשפט לעניינים מינהליים) כדי לתמוך בטענתם זו אינו – כטענתם המשתמעת – רישיון מכוח חוק רישוי עסקים, אלא דווקא "היתר לפתיחת העסק" שהונפק לפי חוק העזר. המערערים לא צירפו כל רישיון עסק של המשיבות 2-6 מכוח חוק רישוי עסקים ולא ביקשו להמציא רישיון כזה.

בדיון שהתקיים בפנינו, התייחס בא כוח המערערים להיתר לפתיחת עסק שהגישו המערערים לבית המשפט, וטען כי "העירייה התנתה וחייבה את בעל ההיתר לפעול לפי תנאי הרישיון. היינו, זו ראייה חזקה מאד שהתנאי מופיע גם ברישיון. אזכיר כי אף אחד לא הכחיש זאת. אנו יוצאים מנקודת הנחה כי התניה זו יְשָׁנָה". כמו כן, כשנשאל בא כוח המערערים האם ברישיונות העסק של המשיבות יש תנאי המחייב את המחזיק ברישיון לפעול על פי חוקי העזר, הוא השיב כי "אף אחת מהמשיבות לא הכחישה זאת. איש לא הכחיש את העובדה כי הרישיונות של העסק שלהן מניה וביה כפופים לחוק העזר, שאם לא כן, זה גם מחדל של העירייה [...] אם אין תנאי כזה, שיציגו המשיבים רישיון עסק ונבדוק". ואולם, כאשר נשאלה באת כוח העירייה מפורשות האם ברישיונות העסק לפי חוק רישוי עסקים קיים תנאי בדבר שמירת חוקי העזר, תשובתה החד-משמעית הייתה כי תנאי כזה אינו כלול ברישיון. משכך, מקובלת עלי המסקנה כי לא עלה בידי המערערים להוכיח כי לחוק רישוי עסקים נגיעה לעניין

העומד לפנינו וכן לא הוכחה כל עבירה על הוראות חוק זה. אשר על כן, איני רואה מקום להידרש עוד לסוגיות אלה.

ב. חוק העזר

34. אני מבקשת להבהיר תחילה כיצד ובאיזה שלב הוזכר סעיף 264 א לפקודת העיריות, שהוא לדעתי מרכז הכובד של הדיון שלפנינו:

ראשית אציין כי הסעיף לא הוזכר בצורה מפורשת בפניות המוקדמות של המערערים לעירייה לפני הגשת העתירה המינהלית. הסעיף לא הוזכר במפורש גם בעתירה המינהלית שהגישו המערערים. עם זאת, בעקבות בקשה בעל פה שהעלה בא כוחו של אחד העותרים בדיון בפני בית המשפט קמא מיום 21.10.2009 לתקן את העתירה על דרך הוספת סעיף 264 א לפקודת העיריות, הגישו המערערים ביום 28.10.2009 – לאחר הגשת סיכומי הצדדים בדבר טענות סף אך בטרם נידונה העתירה לגופו של עניין – "בקשה לתיקון ו/או הבהרת עתירה מינהלית". בבקשה ביקשו המערערים להוסיף בעתירתם כי פעילות המשיבות היא בלתי חוקית אף "לפי פקודת העיריות ובכלל זה סעיפים 249(20), (21); 264, 265", וכן למנות בין הכלים שהעניק המחוקק לגורמי האכיפה "פניה לבית המשפט לפי סעיף 264 א' לפקודת העיריות ובהתאם לחוק העזר לתל אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות) התש"מ-1980 בבקשה להפעיל את הסמכויות הנתונות לו". המערערים הדגישו כי "בקשה זאת מוגשת למען הזהירות בלבד ונועדה להבהיר את המקורות החוקיים עליהם מתבססת העתירות, זאת בפרט לנוכח הערת בית המשפט בעת הדיון בדבר אזכור החיקוקים הרלוונטיים".

35. בתגובתה לבקשת התיקון מטעם המערערים, הודיעה באת כוח העירייה כי היא מתנגדת לתיקון העתירה ככל שמטרת התיקון היא לתת מענה לטענתה בדבר מטרות חוק רישוי עסקים ותכליותיו. עם זאת, הוסיפה באת כוח העירייה:

"אם וככל שהתיקון המבוקש אינו מכוון לשינוי מהותי של העתירה, אלא אך לפרט אמצעי אכיפה נוספים אשר המשיבה נדרשת על ידי [המערערים] לנקטם, בגדר סמכויותיה לקבוע ההסדרים לפתיחתם וסגירתם של עסקים בימי שבת ומועד ולאכוף אותם, הרי שאין בו צורך, גם לשיטתם של [המערערים], שכן טענותיהם של [המערערים] בעניין השימוש שעושה המשיבה בסמכותה האכיפתית וניסיונם ליטול מהמשיבה את שיקול הדעת

הנתון לה בהפעלת סמכותה האכיפתית נענו בתגובת המשיבה לעתירה – בסעיפים 21-22 שם, ולעניין זה אין נפקא מינא מה ואילו הם אמצעי אכיפה [שהמערערים] דורשים מהמשיבה לנקוט " (ההדגשות במקור – מ"נ).

36. גם המשיבות האחרות התנגדו לבקשה לתיקון. המשיבה 3 (היא המשיבה 2 לענייננו) טענה כי מדובר בהוספת עילה שכן העתירה במתכונתה הנוכחית ביקשה סעד של הפעלת סמכויות אכיפה ספציפיות, ואילו המשיבות 4-5 (שהן המשיבות 3-4 לענייננו) טענו, בדומה לעירייה, כי ממילא לא יהיה לתיקון נפקות של ממש שכן סעיפי החוק המוזכרים בעתירה מובאים על דרך ההדגמה.

37. בא כוח המערערים הודיע במהלך הדיון שהתקיים ביום 21.9.2010 כי "לאור התגובות שהוגשו לבקשה לתיקון העתירה מהן עולה שאין בה צורך אני מושך את הבקשה". כלומר, לא הייתה כל החלטה שאין להתייחס לסעיף 264א לפקודת העיריות במסגרת ההליך בפני בית המשפט קמא. יתרה מזאת, הצדדים כולם התייחסו בפועל לסעיף 264א בסיכומים שהגישו, וכך התייחס בית המשפט קמא לסעיף זה בפסק דינו.

38. מהחומר המונח לפנינו לא עולה כי עד לבירור העתירה התקיים דיון כלשהו בעירייה בשאלה האם יש מקום לשקול להפעיל את הסמכות לפי סעיף 264א לפקודת העיריות. כאמור, העירייה הסכימה לפנינו כי הדיון ייראה כאילו הוגש בערכאה הדיונית כתב תשובה, והיא לא ביקשה אפשרות להביא לפנינו (או בפני הערכאה הראשונה) חומר נוסף. על כן, הנחתי היא כי כל העובדות הדרושות להכרעה מצויות בידנו.

(1) סמכויות האכיפה הנתונות בידי העירייה

39. מובן הוא שאמצעי האכיפה העומדים לרשות העירייה משתנים בהתאם לחוק שעל קיומו עליה להגן. לטענת המשיבות, ההוראה המופרת היא סעיף 2 לחוק העזר, והעירייה עושה שימוש באמצעי החוקי של הטלת קנסות בהתאם לסמכותה מכוח סעיף 265 לפקודת העיריות יחד עם צו העיריות, על מנת לאכוף את ההפרות של חוק העזר. בית המשפט קמא קבע בעניין כי "באשר לחוק העזר – אין חולק כי הסנקציה הישירה והיחידה בגין הפרתו, הינה הטלת קנס כספי" (פסקה 27 לפסק הדין; ההדגשה הוספה – מ"נ). ואולם, כפי שהוסבר לעיל, הטלת קנסות לפי סעיף 265 לפקודת העיריות אינה הסנקציה היחידה המצויה בארגז הכלים שברשות העירייה לצורך טיפול בהפרה של

סעיף 2 לחוק העזר. סעיף 264א לפקודת העיריות קובע, כאמור, כי העירייה מוסמכת להגיש לבית המשפט לעניינים מקומיים בקשה למתן צו איסור פתיחה עבור עסק המפר הוראת חוק עזר שהותקנה מכוח סעיף 249(21) לפקודת העיריות.

40. בהקשר זה, אציין כי יש לדחות את טענת המשיבות 3-6 לפיה העירייה לא הייתה רשאית להפעיל את סמכותה מכוח סעיף 264א לפקודה. כאמור, טענתן היא כי סעיף 2 לחוק העזר לא נקבע לפי סעיף 249(21) לפקודת העיריות, המסמיך את הרשות לשקול שיקולים שבמסורת דתית, אלא דווקא לפי סעיף 249(20) לפקודה. ואולם, אין לקבל את הטענה. אין בחקיקתו המאוחרת של סעיף 249(21) לפקודה כדי להביא למסקנה שסעיף 2 לחוק העזר לא נסמך עליו. סעיף 4 לחוק ההסמכה – החוק אשר הוסיף את סעיפים 249(21) ו-264א לפקודה – אשרר במפורש חוקי עזר ישנים בקובעו:

4. חוק עזר בדבר פתיחת עסקים וסגירתם, שהתקינה עירייה או מועצה מקומית לפני תחילתו של חוק זה, ואשר היה נעשה כדין אילו חוק זה היה בתוקפו אותה שעה, יראוהו מיום תחילתו של חוק זה כאילו הותקן לפיו" (ההדגשות הוספו – מ"נ).

ביסוד יום המנוחה מונחות שתי תכליות: תכלית סוציאלית-חברתית ותכלית דתית-לאומית (ראו והשוו: עניין תאטראות ישראל, פסקאות 3 ו-14 לפסק דינו של הנשיא שמגר; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רונצווייג צביקה, רע"נ היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, פסקאות 16-18 ו-20 לפסק דינו של הנשיא ברק, וכן פסקה 2 לדבריי שם (2005); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 62-63, 68 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: הסמכות המינהלית א)). חוק ההסמכה נועד כאמור להסיר את הספק באשר לסמכות הרשויות המקומיות להסדיר את האיסור לפתוח עסקים ביום המנוחה, והתיר לרשויות לשקול שיקולים שבמסורת דתית בעניין זה (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק ההסמכה). סעיף 2 לחוק העזר מגלם בתוכו הן ערכים סוציאליים-חברתיים והן ערכים יהודיים-דתיים, וסעיף 4 לחוק ההסמכה קובע כי יש לראות את חוק העזר כאילו נחקק על פיו ובהתאם לסמכות שהוקנתה לעירייה מכוח סעיף 249(21) לפקודה (וראו: עניין תאטראות ישראל, פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא שמגר).

41. אמצעי אכיפה נוסף אשר ייתכן ועומד לשירות העירייה הוא סעיף 254 לפקודת העיריות. סעיף זה, שהוזכר על ידי היועץ המשפטי לממשלה, קובע קנס בגובה 3,600

ש"ח למי שעובר על הוראת חוק עזר, וקנס נוסף של 160 ש"ח בעד כל יום בו נמשכת העבירה. עם זאת, סעיף 254 לא הוזכר על ידי המערערים או המשיבות, ועל כן אינו נדרשת לאפשרות להפעיל אמצעי אכיפה זה. מכל מקום, יש לבחון את התנהלות העירייה על רקע מצב משפטי זה, לפיו לרשות העירייה עומדות סנקציות נוספות על זו של הטלת קנסות. כך, השאלה בה נחלקים הצדדים היא – בהינתן שלעירייה סמכויות אכיפה נוספות לצורך אכיפת חוק העזר – האם הייתה העירייה חייבת להפעילן?

(2) שיקול הדעת המוקנה לרשות מינהלית בקביעת מדיניות אכיפה

42. האם יש מקום להתערב ב"החלטת" העירייה לאכוף את חוק העזר על ידי הטלת קנסות, מבלי להפעיל סנקציה אחרת? למעשה, וכפי שאבהיר, אין המדובר ממש ב"החלטה". אין ראייה כי השאלה אם להפעיל סנקציה נוספת נשקלה בכלל. ודוק: העתירה שלפנינו אינה עוסקת בשיקולים שעל העירייה לשקול בעת התקנת חוק עזר. בכך שונה העניין שלפנינו מהעניין שנדון בפני בית משפט זה ב-בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004) (להלן: עניין סולודקין), אשר עסק בהיקף שיקול הדעת של הרשות המקומית בבואה להתקין את חוק העזר עצמו. ענייננו אינו בתוכנו של חוק העזר אלא באופן אכיפתו (או אי אכיפתו).

43. בית המשפט קמא עמד על כך שלרשות המקומית נתון שיקול דעת רחב, ובפרט בכל הנוגע לקביעת מדיניות אכיפה (וראו: בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112, 125-126 (2000) (להלן: עניין שקם)). זאת, כך הדגיש, תוך הקפדה על כך שבית המשפט לא יחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו שלו (שם, פסקה 9 לפסק דינו של השופט זמיר).

44. בעניין הביקורת השיפוטית על מדיניות אכיפה של רשות מינהלית נקבע כי "אכן, כדי שבית המשפט יתערב ברמת האכיפה של חוק זה או אחר, צריך שהרשויות המוסמכות יתנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק [...] או יימנעו ממילוי חובתן באופן בלתי-סביר" (בג"ץ 6579/99 פילבר נ' ממשלת ישראל (1.11.1999)); וראו גם: עניין שקם, פסקה 8; בג"ץ 10202/01 ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(5) 713, 718 (2003); הסמכות המינהלית א, בעמוד 275, ה"ש 114). ואולם, גם כשעסקינן במדיניות אכיפה, שיקול דעת הרשות מתקיים על רקע החוק ועל רקע הצורך לאוכפו (וראו: בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 51 לפסק דינה של השופטת ארבל (9.6.2011) (להלן: עניין

פורום הערים העצמאיות)). לרשות חובה לקיים את החוק ולעמוד על קיומו בידי אחרים. כדברי השופט זמיר בעניין שקם (בעמוד 125): "אכן, אכיפת החוק, כל חוק, היא יסוד מוסד של שלטון החוק [...] פשיטא שחובה זאת [לאכוף את החוק – מ"נ] מוטלת על הרשות המוסמכת" (ראו גם: הסמכות המינהלית א, בעמודים 76, 83-84). ככל שעמדתה של רשות מינהלית היא כי אין עוד מקום לאכוף את החוק עליו היא אמונה, אין ביכולתה להתנער מחובת האכיפה, אלא עומדת בפניה האפשרות לפעול לשינוי הדין – וזאת ביתר שאת שעה שמדובר, כמו בענייננו, בחוק עזר. אך כל עוד לא שונה החוק, על הרשות לפעול בהתאם למצב המשפטי החל בפועל (ראו: עניין פורום הערים העצמאיות, פסקה 51 לפסק דינה של השופטת ארבל; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א, סעיף 4.5 וההפניות שם (2010) (להלן: משפט מינהלי א)).

קיימים חריגים אפשריים לחובת הרשות לאכוף את הדין, כגון מקרים בהם הדין הוא אנכרוניסטי ואינו תואם את העמדות החברתיות הקיימות (לדוגמה ניתן להזכיר את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה שלא לאכוף את האיסור (טרם ביטולו) על משכב זכר בין בגירים מסכימים וכן האיסורים על הפלות מלאכותיות ועל ניסיון התאבדות (וראו: ע"פ 596/73 מחאיד נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 774, 775-774 (1974); מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 31-32 (2008) (להלן: אכיפה סלקטיבית); רות גביון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק 61-62 (1991); דליה אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב 477, 486-493 ובפרט ה"ש 50 (התשנ"ה)). חריג מסוג זה לא מתקיים במקרה שלפנינו. העירייה אינה טוענת כי אין מקום לאכוף את חוק העזר בשל אופייה של העיר תל אביב-יפו. לטענתה היא עושה כן ומטילה קנסות על מי שפותח עסקים בניגוד לחוק העזר. המשיבות הן הטוענות שבשל אופייה של העיר אין לכפות על העירייה אכיפה.

45. מחובת הרשות לדאוג לקיומו של החוק נובע כי מתחם שיקול הדעת הסביר של הרשות בשלב האכיפה – רחב ככל שיהיה – מוגבל יותר מאשר מתחם שיקול הדעת שעמד בפניה כאשר התקינה את חוק העזר. לאחר התקנת חוק העזר, על הרשות להפעיל את שיקול דעתה לאור חוק העזר ותכליותיו (ראו: עניין סולודקין, פסקה 23; הסמכות המינהלית א, בעמודים 133 ו-136). על דרך הכלל, על הרשות המינהלית לאכוף את חוק העזר שהתקינה, ואין לה עוד שיקול דעת רחב בשאלה אם לאוכפו.

46. מטרתה של הפעלת מדיניות אכיפה היא, מטבע הדברים, להביא לאכיפה בפועל של החוק. הפעלת אמצעי אכיפה שאינם אפקטיביים אינה מגשימה תכלית זו.

היעדר אכיפה אפקטיבית של החוק משמעו פגיעה קשה בשלטון החוק (ראו: בג"ץ 5377/09 רגבים נ' שר הבטחון, פסקה ז' (10.8.2011) (להלן: עניין רגבים 1); בג"ץ 8806/10 רגבים נ' ראש הממשלה, פסקה 7 (4.9.2011) (להלן: עניין רגבים 2)). ודוק: קשה להגיע לדרגה של אכיפה מוחלטת. לא ניתן תמיד להשיג אכיפה מלאה של הדין, ישנה גם שאלה של משאבים (ראו: בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 304-305 (1999); עניין שקם, פסקה 8; בג"ץ 6243/08 התנועה לשמירת אדמות הלאום נ' שר הביטחון, פסקה 23 (2.12.2010)), ואף ספק אם אכיפה מלאה היא תמיד רצויה (ראו: אכיפה סלקטיבית, בעמודים 42, 48-49). זו אחת הסיבות לזהירות בה נוקט בית המשפט בהפעילו ביקורת שיפוטית על סדרי עדיפויות של הרשות המינהלית לאכיפת חוק (ראו: עניין שקם, פסקה 8). בכואה לקבוע מדיניות אכיפה, על הרשות לאזן בין האינטרסים הלגיטימיים השונים הנוגעים לעניין, ובהחלט ייתכן כי לאור שיקולים אלה לא יהיה זה אפשרי או ראוי לנקוט במדיניות האכיפה אשר תשיג אכיפה מוחלטת או קרוב לכך. עם זאת, כאמור, בכואה לנקוט במדיניות אכיפה על הרשות לשאוף לקדם את תכליות החוק ולאוכפו: "קביעת סדרי העדיפויות אינה פוטרת את הרשות מאכיפת הדין ומקיום בקרה עצמית שוטפת" (ההדגשות הוספו – מ"נ) (עניין רגבים 2, פסקה 7; וראו גם: עניין רגבים 1, פסקה ט; הסמכות המינהלית א, בעמוד 136).

47. מלבד חובת האכיפה, המשפט המינהלי קבע כלי ביקורת נוסף כדי לוודא שעקרונות שהותוו בחוק וסמכויות שהוקנו לרשות המינהלית לא יהפכו לאות מתה, והוא הכרה בקיומה של חובת הרשות להפעיל את שיקול דעתה (ראו: עניין רגבים 2, פסקה 7; משפט מינהלי א, בסעיף 6.1; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב, 1080-1079, 1088 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: הסמכות המינהלית ב)). "רשות שנתונה בידה סמכות לשקול ולהחליט, הופקדה בידה לא רק זכות להפעיל את הסמכות, אלא גם החובה לשקול את הפעלתה ולהפעילה כשמוצדק הדבר" (בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 496 (1993); וראו גם: הסמכות המינהלית ב, בעמוד 1079). הלכה היא גם כי להענקת סמכות מינהלית לרשות נלווית חובה מתמשכת לבחון את הצורך בהפעלתה, וזאת גם כשהמדובר בסמכות שבשיקול דעת:

"[...] גם באמרנו כי המושג "רשאים" פירושו הענקת שיקול-דעת – וכך אמנם נאמר – גם-אז המחזיק בשיקול-דעת אינו רשאי, על-פי הלכה ודין, לחדול ושלא לשקול בדעתו כלל אם פלוני במקרה פלוני ראוי כי יזכה במבוקשו. שיקול-דעת – על דרך הכלל –

מתלווה אליו חובה, והחובה היא כי בעל הסמכות יידרש לעניין שבפניו וישקול בדעתו. כנגד חובה זו עומדת זכותו של היחיד כי בעל הסמכות אכן ישקול בדעתו. ראו, למשל: בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים [12], בעמ' 35 (מפי השופט ברק), ובעמ' 45, 46-48 (מפי הנשיא שמגר); י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב) [23], בעמ' 700-702. הרי לפנינו יחס של זכות-חובה גם במערכת הכורכת שיקול-דעת בהוצאת כספים.

[...]

אשר לשימוש בסמכות לגופה, ידענו כי בנסיבות מסוימות ובהתקיים תנאים מסוימים חייב בעל הסמכות לעשות שימוש בסמכותו, שאחרת יסכל את מטרת החוק. כך הוא בכל מקום שבו מעניק חוק סמכות-שבשיקול-דעת" (בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 758 (2000)).

וכפי שקבע חברי השופט רובינשטיין בענייני הפעלת סמכות:

"הלכה היא, כי להענקתה של סמכות מינהלית נלויה החובה המתמשכת לבחון את הצורך בהפעלתה, גם אם בסמכות שבשיקול דעת עסקינן (בג"צ 297/82 ברגר נגד שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, שלפיו כשניתנה לרשות סמכות אין להשאירה "כאבן שאין לה הופכין" (מ"מ הנשיא – כתוארו אז – שמגר, בעמ' 46); בג"צ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נגד שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 758))" בג"ץ 10440/08 בסרגליק נ' הממונה על הגנת הצרכן במשרד המסחר והתעשייה, פסקה י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (15.2.2009) (להלן: עניין בסרגליק); וראו גם: משפט מינהלי א, בסעיף 6.6.

48. כאשר האמצעים בהם נוקטת הרשות המינהלית אינם נושאים פרי, הימנעות מנקיטה באמצעים נוספים עלולה, בנסיבות מסוימות, להוביל למסקנה כי למעשה הרשות נמנעת ממילוי חובתה להפעיל שיקול דעת, או כי שיקול הדעת שהפעילה לוקה בחוסר סבירות. מכל מקום, כאשר מדיניות האכיפה הקיימת אינה מובילה לתוצאה הרצויה, על הרשות המינהלית לכל הפחות לשיקול את הפעלתם של אמצעי אכיפה נוספים המצויים בסמכותה. הימנעות משקילת אמצעי אכיפה נוספים בנסיבות אלה עלולה לעלות כדי פגם בהתנהלותה של הרשות המצדיק את התערבותו של בית המשפט.

מן הכלל אל הפרט

49. סעיף 2(א) לחוק העזר קובע קביעה קטגורית. לשון הסעיף היא כי "בכפוף לאמור בסעיפים קטנים (ג), (ד) ו-(ה) לא יפתח בעל חנות או בית קפה את עסקו ולא יחזיקו פתוח בימי שבת ומועדי ישראל אלא בהיתר מיוחד של המועצה, כאמור בסעיף קטן (ב)" (ההדגשות הוספו – מ"נ). בענייננו, אין ספק שהמשיבות מפרות את חוק העזר. משכך, כעקרון, על העירייה לפעול במטרה שבתי עסק אלה יהיו סגורים ביום המנוחה. עניין זה אינו נובע מהשקפה "דתית" או "חילונית". הוא נובע מההשקפה כי את החוק, לרבות חוק העזר, יש לקיים.

50. העירייה מפעילה אמנם אמצעי אכיפה, והמשיבות נקנסות מדי שבוע בשבוע. עם זאת, דומה שברור הוא כי בפועל, אין העירייה מגשימה במידה הראויה – בעזרת אמצעי האכיפה בו בחרה – את תכלית החוק. הרי השגת תכלית חוק העזר, לאור ערכיו הסוציאליים והדתיים של יום המנוחה, משמעה שבתי עסק אכן יהיו סגורים ביום המנוחה, ולא כי בתי עסק הרוצים לפתוח את דלתותיהם ביום השבת יוכלו לעשות זאת בתנאי שיהיו מוכנים לשלם את הקנס הכרוך בכך. והרי למרות הקנסות שמטילה העירייה, דלתות עסקי המשיבות נותרות פתוחות מדי שבת. על כן, במקרה שלפנינו, בדרך האכיפה הנוהגת, אין העירייה מגשימה את החוק. בעלי עסקים קטנים כגון המערערים ודומיהם אכן אינם פותחים את עסקיהם ביום המנוחה, אך תכלית החוק אינה מושגת כליל כלפי בתי העסק המשתייכים לרשתות קמעונאיות גדולות, אשר להם משתלם, נוכח החוסן הכלכלי שלהם ורווחיהם היומיים מדי שבת, לפתוח באופן קבוע את דלתותיהם ביום המנוחה חרף הקנס שעליהם לשלם בגין כך. עולה כי בתי עסק אלה, על סניפיהם הרבים הפזורים בכל רחבי העיר, יחד עם מכולות וסופרמרקטים נוספים הפתוחים ביום המנוחה שאינם משתייכים לרשת מסוימת, מהווים חלק משמעותי מהפעילות הקמעונאית בעיר תל אביב-יפו.

51. בכך שהעירייה מפעילה אכיפה בדרך של הטלת קנסות בלבד, היא מאפשרת בפועל את הפרתו המתמשכת של חוק העזר על ידי אותה קבוצה, או לכל הפחות מעלימה מכך עין. מצב הדברים הנובע מפעילות אכיפה זו הוא כי המשיבות מרוויחות רווחים מיום עסקים נוסף בסוף השבוע, קופת העירייה נהנית מסכומים נכבדים עקב הקנסות שהיא מטילה על המשיבות מדי שבוע (הקנס משולם לקופת הרשות המקומית על פי סעיף 229א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982), אך שלטון החוק – המחייב ציות להוראות החוק – נפגע. כמפורט לעיל, מדיניות אכיפה שבפועל אינה משיגה את תכלית החוק מעוררת קושי (ראו: הסמכות המינהלית א, בעמוד 136). כפי שציין מ"מ הנשיא זילברג ב-בג"ץ 295/65 אופנהיימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד

כ(1) 309 (1966) (בפסקה 9 לפסק דינו): "ההימנעות מלממש ולהגשים חוק קיים ומחייב, אינה מדיניות ואינה יכולה להיות מדיניות, מכל בחינה שהיא; היא רק גורמת לדמורליזציה ביחסי השלטון והאזרח, וגוררת אחריה פריקת עול של כל חוקי המדינה" (ההדגשה במקור – מ"נ). הקושי מחריף שעה שלא ניתן להתעלם מהחשש כי נוח לעירייה – נוכח הרווחים הכלכליים שהיא מרוויחה מהטלת הקנסות – שלא לעמוד על קיום חוק העזר (ראו והשוו לדבריו של השופט חשין ב-בג"ץ 4140/95 טופרארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 49, 103-105 (1999); משפט מינהלי א, בסעיף 1.14).

52. אם אופייה של העיר תל אביב-יפו מחייב, לדעת פרנסיה, המייצגים את האוכלוסיה, שלא לסגור עסקים כמו של המשיבות בשבת, ניתן לשנות את חוק העזר בדרך הקבועה לכך בדין. אולם, כל עוד לא שונה חוק העזר, נקודת המוצא היא שיש לקיימו. היועץ המשפטי לממשלה ציין כי העירייה מוסמכת לאזן "בין האינטרס בשמירת אופיו של יום השבת כיום מנוחה [...] לבין מתן אפשרות לפעילות כלכלית מסוימת". ואולם, לדעתי, המקום המתאים ליצירת איזון זה הוא בהחלטת העירייה האם להתקין חוק עזר בדבר פעילות בתי עסק בשבת ובעיצוב ההסדרים הקבועים בו. כך עשתה העירייה בהתקנה את חוק העזר, הכולל איסור על פתיחה בשבת וכן חריגים לאיסור. העירייה בחרה שלא לכלול בתי עסק דוגמת בתי העסק של המשיבות כחריגים לאיסור.

כמו כן, על פני הדברים, אם עמדת העירייה היא שאין עוד הצדקה לחוק העזר כפי שהוא קיים כעת, הרי שהשימוש באמצעי אכיפה של קנסות אינו המענה הראוי. אם העירייה סבורה שלאור אופייה הייחודי של העיר תל אביב-יפו ראוי לאפשר פתיחת חנויות ביום המנוחה – אין הצדקה לחייב את בעלי החנויות לשלם קנסות על מנת לנהל עסקים ביום שבת. אם, לדעת העירייה, אין פסול במעשי המשיבות, מה ההצדקה לכך שעליהן לשלם קנס? אם, לעומת זאת, ישנה הצדקה לסגירת החנויות ביום המנוחה, יש לשקול שימוש באמצעי אכיפה נוספים ובראשם סעיף 264א הנזכר, כיוון שהאכיפה בדרך של הטלת קנסות בלבד אינה משיגה את מטרת חוק העזר.

53. מקובלת עלי גישת בית המשפט קמא כי סמכות העירייה לבקש צו איסור פתיחה לפי סעיף 264א לפקודת העיריות היא סמכות שבשיקול דעת. אין העירייה חייבת להפעיל סמכות זו בכל מקרה ומקרה של הפרתו של חוק עזר, אולם עליה לשקול האם וכיצד להפעיל את מגוון אמצעי האכיפה המצויים ב"ארגז הכלים" שלה (ראו

למשל: עניין שקם, פסקה 8; הסמכות המינהלית ב, בעמודים 1087-1088). בית המשפט קמא קבע כי "כדי שבית המשפט יתערב ברמת האכיפה של חוק זה או אחר, צריך שהרשויות המוסמכות יתנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק, או כי האכיפה תהיה סלקטיבית ותנבע משיקולים זרים" (פסקה 34 לפסק הדין), והסיק כי אין בעניין שלפנינו הצדקה להתערב באופן בו אוכפת העירייה את החוק.

54. אין בידי להסכים עם מסקנת בית המשפט קמא. אף אם על בית המשפט להיזהר מהתערבות באיזון השיקולים שבוצע על ידי הרשות, אין בעקרון של כיבוד הרשויות והביקורת השיפוטית המצומצמת אותה מפעיל בית המשפט כדי לפתור את העירייה מעצם חובתה להפעיל את שיקול דעתה (ראו: עניין רגבים 2, בפסקה 7; משפט מינהלי א, בסעיף 6.1; הסמכות המינהלית ב, בעמודים 1079-1080, 1087-1089). שעה שבידי העירייה נתונה סמכות לבקש צו איסור פתיחה בהתאם לסעיף 264א לפקודת העיריות, מוטלת עליה חובה לבחון מעת לעת האם יש צורך להפעיל סמכות זו וכן סמכויות נוספות ככל שהן מצויות בידה. לאופי המתמשך של חובה זו חשיבות יתרה כאשר אמצעי האכיפה בו בחרה העירייה לנקוט אינו נושא פרי (ראו: עניין בסרגליק, פסקה י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

55. כפי שציינתי בפתח הדברים, באת כוח העירייה הסכימה לראות את ההליך כאילו הוגש בו כתב תשובה. על כן, הנטל להראות כי העירייה שקלה את כל אמצעי האכיפה האפשריים לאכיפת חוק העזר וכי קיימה בכך את חובתה להפעיל שיקול דעת מוטל על העירייה. ואולם, העירייה לא עשתה כן. העירייה לא הראתה כלל כי בחנה ושקלה לגופו של עניין – בלב פתוח ובנפש חפצה – את הצורך ואת האפשרות להגיש בקשה לצו איסור פתיחה או כי הייתה בעניין זה כל החלטה והפעלת שיקול דעת. העירייה אף לא טענה למדיניות עקרונית, הנובעת מהפעלת שיקול דעת של ממש, לפיה אין להפעיל את הסנקציה הקבועה בסעיף 264א לפקודה. כפי שהבהרתי, לא ידוע כלל על "החלטה" שנפלה שלא להפעיל את הסמכות הקבועה בסעיף 264א. העירייה לא הראתה כי עניין זה נשקל, ומה היו השיקולים. כך, לא מצאתי בטענות העירייה בסיס לקביעת בית המשפט קמא לפיהם "[...] הפעלת הסמכות [לבקש מבית המשפט צו איסור פתיחה – מ"נ] כפופה לשיקול דעת, שהוחלט שלא להפעילה בהתאם למדיניות הכללית, הנגזרת מצרכי האוכלוסייה, ורצונותיה" (פסקה 6 לפסק הדין). מהחומר המצוי לפנינו עולה כי העירייה בחרה להטיל קנסות על המשיבות 2-6, אך לא עולה כי שקלה בכלל את האפשרות לפנות בעניינן לבית המשפט לעניינים מקומיים בבקשה לצו איסור פתיחה. אי-שקילת האפשרות להיעזר בבקשה לצו איסור פתיחה, או לבחון כל

אפשרות אחרת במטרה להשיג – בצורה מידתית וסבירה בהתחשב במכלול השיקולים – את אכיפתו הראויה של חוק העזר, מהווה הפרה של חובת העירייה לפעול ולהפעיל שיקול דעת. בנסיבות אלה, הפרה העירייה את חובתה להפעיל מעת לעת שיקול דעת, ובכך נפל בהתנהלותה פגם המצדיק את התערבותנו, במוכן זה שנחייב את העירייה לשקול את שלא שקלה.

טוף דבר

56. אם תישמע דעתי, הערעור יתקבל. פסק הדין של הערכאה הראשונה יתבטל, והעניין יוחזר לעירייה על מנת שתפעיל שיקול דעתה ותקבל החלטה לגופו של עניין בדבר אופן הפעלת הסמכויות המוקנות לה בסעיף 264א לפקודת העיריות או כל סמכות נוספת לסמכותה להטיל קנסות. העירייה תבחן את עמדתה בנוגע לאכיפת חוק העזר תוך 60 יום מיום מתן פסק הדין. ההחלטה שתתקבל בעניין זה תועבר לבא כוח המערערים והיא כפופה כמוכן לביקורת שיפוטית נוספת.

ההוצאות שהוטלו בערכאה הראשונה על המערערים יבוטלו. לא יהיה צו להוצאות בערכאתנו.

המשנה לנשיא

הנשיא א' גרוניס:

אני מסכים.

ה נ ש י א

השופט א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לפסק דינה הסדור של חברתי המשנה לנשיא נאור, דבר דבור על אפניו, על קרבו וכרעיו. אבקש להוסיף בשני נושאים, שאמנה אותם בסדר חשיבות הפוך: התנהגות העירייה כגוף ציבורי, ועלבונה של השבת, כיום מנוחה לאומי ודתי בעם היהודי. צירופם יחד בנדון דידן הוליד זילות וזולות, שזו התמונה שלפנינו. אנסה להתבונן אל הדברים, בהקשר לתכלית החקיקה ולאופיין של מדינת ישראל כמדינה

יהודית ודמוקרטית, והעיר תל-אביב, העיר העברית הראשונה והמטרופולין העירוני המרכזי בארצנו.

ב. לפנינו חוק עזר עירוני, חוק העזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות), תש"מ-1980, שלפיו אסורה פתיחת חנויות בימי המנוחה. כפי שכתבה חברתי (פסקה 50) "... תכלית חוק העזר לאור צרכיו הסוציאליים והדתיים של יום המנוחה, משמעה שבתי עסק אכן יהיו סגורים ביום המנוחה, ולא כי בית עסק הרוצים לפתוח את דלתותיהם ביום השבת יוכלו לעשות זאת בתנאי שיהיו מוכנים לשלם את הקנס הכרוך בכך".

ג. העיריה מפרשת את חובתה לאכיפת חוק העזר באופן שאין לתאר אותו אלא כריקונו מתוכנו מכל וכל (אלא אם נראה ערך ציבורי ב-2,640 ש"ח לחודש – 660 כפול ארבע – הנגבים כקנס ממרכולי רשתות השיווק), ומעזה לכנות את הדבר בשם אכיפה. אכן, הנושא בא לפנינו בערעורם של סוחרים קטנים, שאינם יכולים לשכור כוח אדם מתחלף כמרכולים, וזכאים הם ליום מנוחה (שישה ימים הם עובדים על פי רוב, כך יש להניח, ולא להם ניתנה בפועל מתנת חמשת ימי העבודה), והם עושים כפי שעשו אבותיהם ואבות אבותיהם: שובתים בשבת. אבל באותה עת לקוחותיהם החילוניים, החפצים לקנות בשבת, אצים אל המרכול הפתוח, שהעיריה גובה ממנו את "מס השבת" (שומו שמים) על-ידי הקנס השבועי, וישישו בני מעיה של העיריה על קיום חוק העזר כביכול. למרכולים הרי זה שבריר מהכנסתם, כאדוה קלה על פני המים, כמעט "חוב אבוד" (יש להניח ולקוות שאינם יכולים לנכותו כהוצאה בפני שלטונות המס), ובא למרכול גואל ולעיריה שלום על ישראל, ובינתיים דלת המכולת תינעל, והעיקר – השבת תיגעל.

ד. לעיריה, גורם ציבורי מן המעלה הראשונה האמור לשרת את כלל התושבים על פי החוק, זהו פתרון של – כנהוג לעתים במקומותינו – "ישראלולוף" ברשות התורה, "כאילו", משל היו כל המתבוננים שוטים שבעולם. ומה דעת העיריה על משמעות עבירה שיש בה רצידיביזם לאין קץ? האם הרשות האוכפת צריכה להסתפק בקנס ובסימון "וי" ולהמשיך כך עוד ועוד, או שמא עליה לחפש דרך אחרת?

ה. ברי – כעולה מחוות דעת חברתי – כי במצב הקיים אין תכליתו של חוק העזר מושגת כל עיקר בפרהסיה הציבורית של תל-אביב.

ו. אומר מה באשר לשבת, הגם שתמהני היש צורך להכביר מלים על אודותיה. לשבת שני תכנים, דתי ולאומי מזה וחברתי-סוציאלי מזה (ראו בג"ץ 5026/09 דיזין 22 נ' רחנצווייג (2005) בפסקאות 16-17 ו-20-21 לפסק דינו של הנשיא ברק, ובפסקאות 3-2 בחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה, וכך חוות דעת השופטת (כתארה אז) נאור). כפן הדתי – היא הדיבר החמישי מעשרת הדברות, תמצית החוקה היהודית האוניברסלית, לא פחות, בשני נוסחיהם: "זכור את יום השבת לקדשו" (שמות כ', ח') ו"שמור את יום השבת לקדשו כאשר צוך ה' אלהיך" (דברים ה', י"ב). תוכנה הדתי של השבת עולה מניסוח שני הפתיחים הללו לדיבר החמישי. אבל עשרת הדברות כוללות גם את הפן הסוציאלי, כעולה מן הנוסח בדברים (ה', י"ג-ט"ו) במובלט: "ששת ימים תעבד ועשית כל מלאכתך; ויום השביעי שבת לה' אלהיך, לא-תעשה כל-מלאכה אתה ובנך-ובתך ועבדך ואמתך ושורך וחמורך וכל-בהמתך וגרך אשר בשעריך, למען ינוח עבדך ואמתך כמוך; וזכרת כי עבד היית בארץ מצרים ויצאך ה' אלהיך משם ביד חזקה ובזלע נטויה, על-כן צוך ה' אלהיך לעשות את-יום השבת". אין באמת צורך להכביר מלים. התורה היטיבה לעשות זאת ממני. זהו תוכנה הסוציאלי של השבת, מנוחה לכל.

ז. השבת כיום מנוחה לכלל היא תרומה מן המעלה הראשונה. על הפסוק "לדעת כי אני ה' מקדשכם" (שמות ל"א, י"ג) אומרים חז"ל, "אמר לו הקדוש ברוך הוא למשה: משה, מתנה טובה יש לי בבית גנזי ושבת שמה, אני מבקש ליתנה לישראל" (בבלי שבת י', ב'). וכדברי הפילוסוף הרמן כהן (המאות הי"ט-הכ') (ספר השבת – הגדוש מקורות – בעריכת ד"ר י"ל ברוך (הדפסה עשירית, תשכ"ג, 151)) "מתוך שינוי הנוסחאות שבין הדברות הראשונות והשניות... (בין שמות לדברים) נתברר הדבר לאין ספק, שתעודת השבת היא לקיים את השויון של בני האדם, שלא להשגיח בהבדל ביניהם במעמדם החברתי" – אם כן, הרחבת השבת לכלל האנושות. במישור היהודי, כתב הוגה הדעות הציוני הנודע אחד העם (המאות הי"ט-הכ') במאמרו "שבת וציונות" כנגד המתבוללים האדישים לאפשרות של ביטול השבת. דברים שהיו לניב, "אפשר לומר, בלי שום הפרזה, כי יותר משישראל שמרו את השבת, השבת שמרה אותם", בחדשה את חיי הרוח בכל שבוע. ובמישור הכלל אנושי, הוגה הדעות אברהם יהושע השל (המאה העשרים) ראה את השבת כ"ארמון בתוך הזמן, ובממלכת הזמן ימצא כל אדם את מקומו" (ספרו השבת בתרגום א' אבן חן, 2003, מובא באתר אמנת גביון-מדן). החפץ חיים, ר' ישראל מאיר מראדין, בספרו שם עולם מדבר על השבת כ"המרכז, אשר כל ימי השבוע יונקים ממנו... כמו הלב, שממנו נמשכת החיות לכל האיברים" (ספר השבת בעריכת י"ל ברוך, 139). ראו גם אביעד הכהן "יום מנוחה במדינה יהודית ודמוקרטית" פרשת השבוע (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים, והמקורות שם) שמות, 313-320.

ח. לא אמנע מאמור, כי ישנה שאלה לגיטימית באשר לצביונה של השבת בישראל. הצעות ורעיונות רבים עלו, ובין השאר – למשל – אמנת גביזון-מדן מ-2003 מאת פרופ' רות גביזון מן האוניברסיטה העברית בירושלים והרב יעקב מדן משיבת הר עציון באלון שבות (ראו אמנת גביזון-מדן, עיקרים ועקרונות מאת יואב ארציאלי). לעניין השבת הציעה האמנה (פרק שלישי) – בין השאר – כי משרדי ממשלה, מפעלי תעשייה, בנקים ומוסדות מסחר יהיו סגורים; עם זאת לא ייאסר על מסעדות ובתי בילוי לפעול, בהקפדה על מסגרות מסוימות. על מספר מוגבל של חנויות מכולת קטנות (דווקא אלה!), תחנות דלק ובתי מרקחת לא ייאסר לפעול, וכן מסעדות, מוזיאונים ומקומות בילוי אחרים הפתוחים בשבת. כמובן דברים אלה אינם תורה מסיני, אך הם מבקשים איזון, ודוגמתם היו כנראה ויתכנו גם אחרים. ברי כי בין שומרי שבת כהלכתה הדתית, המבקשים לראותה נשמרת על כל פרטיה ודקדוקיה ההלכתיים, לבין מי שגישתם חילונית, יש מנעד ביניים רחב הקורא למילוי תוכנו. אך עד להשגת יעד מוסכם, אנו בדין ובחוק העזר עסקינן.

ט. ואשר לעיר תל אביב, אמנם ער אני לדימויה כיום כ"עיר ללא הפסקה" עם ביטויי כל תרבות העכשיו, ואיני אוטם עיני ואזניי כלפיהם. אף חזקה על "אוכפי" חוק העזר מטעם העירייה שהם קוראים את תשדורתם של פרנסים רבים של העיר, ומן הסתם ציבור גדול בתוך העיר, ומנסים להתחבר אליהם. כבודם במקומם. ואולם, תל-אביב אינה בארץ אחרת, וגם בה יש ציבורים המעוניינים בצביון משמעותי של השבת, והיא מחויבת לחוקי המדינה ולהיותה מדינה יהודית ודמוקרטית. גם בתל-אביב יש לחפש את האיזון בין שני חלקי ההגדרה – "יהודית" ו"דמוקרטית", אך הרושם הוא שבמצב הנוכחי הזוית ה"דמוקרטית" דוחקת את רגלי הזוית ה"יהודית". כתזכורת משכבר הימים – בלא שבהכרח אנסה למתוח גזירה שוה גמורה – אביא מדברי ראש העיר הראשון של תל-אביב מאיר דיזנגוף, שלא נחשב "דתי" כמובן הסוציולוגי, בעצרת בשנת 1933 לעניין חילול שבת בפרהסיה: "לדעתי צריכה היתה האסיפה להיקרא לאו דווקא מטעם הרבנות. אין כאן שאלה שבדת בלבד, אלא שאלה ציבורית ולאומית. אסור לחלל שבת בפרהסיה. לכל עם ועם יש מסורת של השקפות, אמונות, מנהגים – השומרת עליו, זהו צביונו של עם הנותן לו קיום... זקוקה היא העיר לחותם יהודי מיוחד" (מובא בספר השבת (ממך אליך), י' קפלון עורך (2010), 410; ובמקום אחר חזר דיזנגוף על אותם דברים (שם, מתוך תל-אביב, מאת א' דרויאנוב) "... צפויה סכנה שעיר מחמדנו תיהפך לעיר רוכלת וסוחרת ככל הערים במזרח, ולא יישאר בה זכר לרוח מייסדיה אשר כל מגמתם היתה ליצור מרכז יהודי אנושי תרבותי...". כמובן, תל-אביב של היום אינה

תל-אביב של ימי דיזנגוף, ועולמה רבגוני אולי יותר, אף שגם אז לא היתה עיר "דתית". אך מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, והביטוי ליום השבת ברחוב העיר, על פי חוק העזר נשוא ענייננו, אינו יכול להיות הטלת קנסות מגוחכים של 660 ₪ לשבוע. צר לי שעל פי עמדת העירייה, מתקבל כנתון כי מימוש חוק העזר דיו ב"כופר כסף" – והיכן תכליתו, והיכן יום המנוחה? כפי שציננה חברתי המשנה לנשיא, בידי מועצת העירייה לשוב ולעיין בחוק העזר, ואם תמצא לנכון – בידיה לשנותו בדרכים שבדין. מכל מקום, נזכור כי למרבית הבריות יום ו' כיום הוא יום חופשי. האם יהא זה בלתי סביר לרכז קניות ביום ו', ומי שטרח בערב שבת יאכל בשבת, וגם חוק העזר יקיים?

י. הצעת חוק הרשויות המקומיות (איסור פתיחת עסקים וסגירתם בימי מנוחה), תשמ"ח-1988, הצעות חוק תשמ"ח, 134 – הידועה כהצעת חוק ההסמכה – יסודה בספק שהוטל בבית המשפט (בפסק הדין בת"פ (י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ תשמ"ח 26) בדבר סמכותן של רשויות מקומיות להתקין חוק עזר בקשר לפתיחת עסקים בשבת ובמועדי ישראל; כנאמר. "מטרתו של החוק המוצע להסיר את הספק האמור ולשמר את 'הסטטוס קוו' בעניין הנדון". בהציגו את החוק לקריאה ראשונה ציין השר לענייני דתות ז' המר (דברי הכנסת, י"א באדר תשמ"ח-29.2.88, עמ' 2070), כי החוק נותן תוקף למצב הקיים לפני פסק הדין, שפסל חוק עזר האוסר על פתיחת בתי עינוגים בשבת בהיעדר הסמכה. צוין כי השיקול הדתי מקבל הכשרו בתוך ההסמכה המוצע, אך אין בו פגיעה בצדק ובשוויון, שכן "החוק הזה נותן גיבוי מרכזי, כפי שדרשה הרשות השופטת, לציבור ולקהילה בכל מקום לעצב את חייהם על פי הבנתם ואמונתם". עוד נאמר (עמ' 2071), כי "כל הדואג לדמותה היהודית של המדינה, לקירוב לבבות בין יהודים ולדמותה של השבת, ראוי לו שיתמוך בחוק". בעקבות זאת התנהל ויכוח מזה ומזה. סוף דבר, בהבאת החוק לקריאה שניה ושלישית על-ידי ח"כ אוריאל לין, יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, צוין (דברי הכנסת ל' בכסלו תשנ"א 17.12.90, עמ' 1192), כי החוק מובא לא "כחוק ההסמכה" אלא כתיקון מס' 40 לפקודת העיריות (בתחולה גם על המועצות המקומיות); ונאמר, כי ניתן לקבוע פתיחה וסגירה של בתי עסק גם מטעמים של מסורת דתית (עמ' 1193). עינינו הרואות כי החוק בא לאפשר – לא לחייב – מתן תוכן שיש בו גם הקשר דתי. התוצאה היא תוספת סעיף 249(21) וסעיף 264(א) לפקודת העיריות, שהובאו על-ידי חברתי המשנה לנשיא בפסקאות 28 ו-29, ועניינם הרשות להפעיל סמכות של סגירת עסקים בימי המנוחה "בהתחשב בטעמים שבמסורת הדתית" (סעיף 249(21)), ואפשרות האכיפה בצו (סעיף 264(א)).

יא. אכן, התיקון כשלעצמו יסודו בעיקר בפן הדתי; אך חוק העזר דנא מתש"מ-1980 אף קדם לתיקון מס' 40, ואת צביון יום המנוחה ניתן לעצב בהסכמה. ברי מכל מקום, כי לא יכלו המחוקק ומחוקק המשנה להתכוון ל"כאילו", כלומר, מחוקק המשנה יחוקק, חוק העזר ייכתב עלי ספר – והאוכף יעמיד (במהות) פני אכיפה. את חוק העזר יש לראות ולפרש על כלל הרקעים – הדתי, הלאומי והחברתי, תוך האיזונים הראויים (לאתגרי איזון ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1; בג"ץ 5026/04 דיזיין נ' רוזנצווייג הנזכר; ובג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש (2004)). "באה שבת, באה מנוחה" ולא "באה שבת, באה הגחכה".

יב. נוכח כל אלה, אין מנוס מן התוצאה שאליה הגיעה חברתי. יש לקוות, כי פרנסי העיר ישכילו למצוא פתרון אכיפה שיכבד את החוק והשבת, וגם יהא לשביעות רצון סבירה של תושביה ההגונים ושוחרי המנוחה של תל-אביב.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

ניתן היום, י"ז תמוז, תשע"ג (25.6.2013).

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

ה נ ש י א