



בבית המשפט העליון

דנג"ץ 3660/17

לפני:

כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העותרים:

1. התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית
2. נועם כנעני
3. אברהם לוי
4. מוריס ברמר
5. יעקב ברמר
6. אדי ויזאום
7. מוטי מעוז
8. דוד חיימוב
9. אליהו מילר
10. יצחק אלקוסר
11. פנחס צליק

נגד

המשיבים:

1. שר הפנים
2. שר הכלכלה
3. משרד הכלכלה
4. עיריית תל אביב-יפו
5. ראש עיריית תל אביב-יפו
6. חברת אוצר מפעלי ים בע"מ
7. הרשות לפיתוח כלכלי תל אביב-יפו בע"מ
8. רשות מקרקעי ישראל
9. גינדי החזקות ייזום 2009 בע"מ
10. יעקב ברוכים (פורמלי)

דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ
4558/15, 6322/14, בבג"ץ 996/15, בבג"ץ 2998/15 ובבג"ץ 4558/15
שניתן ביום 19.4.2017 על ידי כבוד הנשיאה מ' נאור וכבוד
השופטות א' חיות וד' ברק-ארז

ט"ז באב התשע"ז (8.8.2017)	תאריך הישיבה :
עו"ד דוד שוב; עו"ד אוריאל בוני	בשם העותרת 1 :
עו"ד עברי פיינגולד	בשם העותרים 2-11 :
עו"ד דנה בריסקמן; עו"ד רן רוזנברג	בשם המשיבים 1-3 ו-8 :
עו"ד ישראל לשם; עו"ד יוכי כדיר-פז; עו"ד עידן לרון	בשם המשיבים 4-5 ו-7 :
עו"ד יחזקאל ריינהרץ; עו"ד אבינועם פרץ	בשם המשיבה 6 :
עו"ד יהושע חורש; עו"ד ליאור מימון; עו"ד הגר פינס	בשם המשיבה 9 :

פסק-דין

הנשיאה מ' נאור:

בלבו של הדיון הנוסף שלפנינו ניצבת דמותה של השבת בעיר תל אביב-יפו. ברקע ההליך שני תיקונים לחוק עזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות), התש"ם-1980 (להלן ביחד: התיקונים), שעניינם פתיחת עסקים בשבת בעיר תל אביב-יפו.

הרקע לדיון הנוסף

1. בחוק עזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות), התש"ם-1980 (להלן: חוק העזר) נקבע כי אין לפתוח עסקים ביום שבת ובמועדי ישראל, וזאת בכפוף לחריגים מצומצמים (ראו: סעיף 2 לחוק העזר). אכיפתו של חוק העזר עמדה במוקד פסק דינו של בית משפט זה בעע"ם 2469/12 ברמד נ' עיריית תל אביב-יפו (25.6.2013) (להלן: עניין ברמד). באותו עניין, בית המשפט קיבל את עמדת המערערים שם (שהם גם העותרים לפנינו) כי מדיניות האכיפה שהייתה נהוגה – אשר כללה הטלת קנסות תוך

הימנעות מהוצאת צווי סגירה – אינה אפקטיבית. בית המשפט הורה, אפוא, על החזרת הסוגיה לעירייה על מנת שזו תפעיל את שיקול דעתה ותקבל החלטה בדבר אופן הפעלת הסמכויות המוקנות לה לאכיפת חוק העזר. עוד נקבע כי אם מבקשת העירייה לשנות את מדיניותה ביחס לפתיחת עסקים בשבת אין היא יכולה לעשות כן בדרך של אי-אכיפה, אלא עליה לתקן את חוק העזר בדרך הקבועה לכך בדין.

2. בעקבות פסק הדין בעניין ברמד אישרה מועצת העירייה, בשנת 2014, תיקון לחוק העזר (חוק עזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות) (תיקון מס' 1), התשע"ד-2014 (להלן: תיקון מס' 1)). בעיקרו, התיר תיקון מס' 1 פתיחת עסקים בשבת בשלושה מתחמים מסחריים, פתיחת חנויות נוחות בתחנות הדלק בשבת ופתיחת מרכולים. שר הפנים (דאז), גדעון סער, אישר מכוח סמכותו לפי סעיף 258 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: הפקודה) את מרבית הוראות תיקון מס' 1, אך פסל את ההוראות הנוגעות לפתיחת מרכולים. תיקון מס' 1, כפי שאושר, פורסם ברשומות.

3. בהמשך, אישרה מועצת העירייה תיקון נוסף לחוק העזר (חוק עזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014 (להלן: תיקון מס' 2)). עניינו של תיקון מס' 2 בפתיחת מרכולים בשבת לפי מפתח אזורים ובכפוף למגבלות שונות ובהן קבלת היתר. תיקון מס' 2 הועבר לשר הפנים סער ביום 13.8.2014. ביום 7.10.2014 הורה שר הפנים, מכוח סמכותו לפי סעיף 258 לפקודה, על איכוב פרסומו של תיקון מס' 2. כחודש לאחר מכן, ביום 3.11.2014, התפטר שר הפנים סער מתפקידו. מעת שהתקבלה החלטת העיכוב, ובמשך כשנתיים וחצי, לא התקבלה כל החלטה לגופו של תיקון מס' 2. זאת, חרף הסכמה דיונית והתפתחויות שונות, שעליהן ארחיב בהמשך הדברים.

4. תיקונים אלה עמדו ביסוד ארבע העתירות שהוכרעו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף (בג"ץ 6322/14 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (19.4.2017)). בעתירות עלו מגוון טענות ביחס לתיקונים. בתמצית, טענו העותרת 1 והעותרים 2-11 (להלן ביחד: הסוחרים) והמשיבה 9 (להלן: גינדי) טענות שונות בדבר חוקיותה, סבירותה ומידתיותה של התרת פתיחת עסקים בשבת. מנגד, עתרה המשיבה 4 (להלן: העירייה) כנגד החלטת שר הפנים לעכב את כניסתו לתוקף של תיקון מס' 2. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף הוחלט פה אחד לקבל את עתירת העירייה ולדחות את עתירות הסוחרים וגינדי. בעניין עיכוב תיקון מס' 2 נקבע כי לנוכח פרק הזמן הארוך שחלף מאז החלטת העיכוב, יש לראות את ההימנעות מקבלת החלטה לגופו של עניין

כהחלטה בלתי מנומקת לפסול את תיקון מס' 2. היעדר ההנמקה הטיל את הנטל על המדינה להוכיח כי ההחלטה לפסול את תיקון מס' 2 ניתנה כדין, אולם המדינה לא הצביעה על טעם המצדיק לשיטתה את פסילתו. משכך, נפסק כי ההחלטה לפסול את תיקון מס' 2 בטלה. עוד נקבע כי לא נפל פגם במישור הסמכות או במישור שיקול הדעת בעצם התרת פתיחת עסקים בשבת במסגרת התיקונים.

5. העותרים, שלא השלימו עם תוצאת פסק הדין, הגישו בקשה לדיון נוסף, וביום 12.7.2017 המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין נעתר לה. בהחלטתו נימק:

"האם לפנינו הלכה במשמעות סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט? לטעמי מבחן התוצאה הוא כי התשובה חיובית. אכן, פעמים שישנה התלבטות בכגון דא [...], מה גם שעסקינן בהליך הניתן במשורה, ואולם, משעה שניתן פסק הדין על רקע ליקוי בהתנהלותה של הרשות ובהתממהות שר הפנים ליתן את החלטתו, וכפועל יוצא ראיית הדבר על-ידי ההרכב כהחלטת פסילה לא מנומקת, הפך חוק העזר המתוקן לדגם העשוי מטבע הדברים להיות 'כלל ארצי', בחינת 'ממני תראו וכן תעשו' (שופטים ז', י"ז); כך – לעניין אופי השבת ברשויות המקומיות בהקשר פתיחת עסקים. דבר זה הופך לכאורה 'אי הלכה' (בהיעדר הנמקת השר לפני ההרכב) 'להלכה למעשה' (שם, בפסקה יא).

ובהמשך הוסיף:

"תהא התוצאה אשר תהא, ראויה השבת, שעל מעמדה בעולמה של יהדות אין צורך להכביר מלים, שעניינה יידון וילובן כשכלל העמדות לפני בית המשפט, בודאי נוכח השלכות הרוחב, פינה ויתד לאחרים [...]" (שם, בפסקה יב).

6. ביום 8.8.2017 שמענו טענות הצדדים על-פה בהרכב מורחב זה. את המחלוקות שנתגלעו בין הצדדים ניתן למקד בשתי שאלות: השאלה הראשונה המונחת לפתחנו היא שאלת תוקפו של תיקון מס' 2 לנוכח הגלגולים השונים שעבר; שאלה נוספת שהתעוררה היא האם התיקונים עומדים באמות המידה של המשפט המינהלי. שאלות אלה הן הטעונות הכרעה בדיון הנוסף. אדון בהן כסדרן.

תוקפו של תיקון מס' 2

גלגוליו של תיקון מס' 2

7. העירייה העבירה את תיקון מס' 2 לאישור שר הפנים ביום 13.8.2014. כחודשיים לאחר מכן, ביום 7.10.2014, הורה שר הפנים סער על אישור פרסומו של התיקון. זאת, מכוח סמכותו לפי סעיף 258 לפקודה, המורה:

<p>(א) אישרה המועצה חוק עזר, יחתום עליו ראש העירייה וחוק העזר יפורסם ברשומות.</p> <p>(ב) לא יפורסם חוק עזר כאמור בסעיף קטן (א), אלא כעבור ששים ימים מהיום שהביא ראש העירייה את חוק העזר לידיעת השר; הודיע השר או מי שהסמיכו לכך כי אין לו התנגדות לחוק העזר, יפורסם חוק העזר אף לפני תום מועד זה.</p> <p>(ג) השר רשאי תוך התקופה האמורה בסעיף קטן (ב), להורות על אישור פרסום חוק העזר ובלבד שלא יחליט כאמור אלא לאחר שהשר או מי שהוא הסמיכו לענין זה פירט את הסתייגותיו ונתן לראש העירייה או למי שהוא הסמיכו לכך הזדמנות לטעון את טענותיו נגד אישור פרסום חוק העזר.</p> <p>(ד) אישר פרסום חוק עזר כאמור בסעיף קטן (ג), רשאי הוא לעשות אחת מאלה:</p> <p>(1) להורות על אישור פרסום חוק העזר;</p> <p>(2) לאשר את חוק העזר מנימוקים שיפרט;</p> <p>(3) להחזיר את חוק העזר עם הערותיו למועצה לדיון מחדש.</p> <p>(ה) אישר פרסום חוק העזר כאמור בסעיף קטן (ג), רשאי הוא לעשות אחת מאלה:</p>	<p>אישור חוקי עזר ופרסומם</p>
---	-------------------------------

מלשון הסעיף עולה, אפוא, כי החלטת העיכוב אינה מהווה סוף פסוק. לאחריה, נדרשת החלטה לגופו של עניין – אישור פרסום חוק העזר, פסילתו של חוק העזר או החזרתו עם הערות למועצת העירייה. החלטה שכזו בוששה לבוא, וביני לביני נקבעו העתירות מושא הדיון הנוסף לדיון על-פה לפני בית משפט זה.

8. הדיון התקיים ביום 6.7.2015, ובסיומו הוחלט כך:

1. "לאחר שיג ושיח סוכם בין עיריית תל-אביב [...] לבין המדינה, כדלקמן:
 (א) העירייה לא תעמוד על פרק ד' של עתירתה [שענינו בעיכוב תיקון מס' 2 – מ.נ.].
 (ב) העירייה תעביר בתוך 7 ימים תשובות לשאלות שהפנה שר הפנים בעניין תיקון 2 לחוק העזר, וזאת בלי לגרוע מן הטענות לפיהן שר הפנים פעל בחוסר סמכות לגוף הדברים.
 (ג) 90 יום לאחר מכן (כשימי הפגרה במניין) ייתן שר הפנים החלטה לגבי תיקון 2.
 (ד) טענות העירייה וצדדים אחרים בעניין ההחלטה שתינתן – שמורות להם.
2. החלטת שר הפנים תוגש לבית המשפט ולכל הצדדים לעתירות שבכותרת בתוך 100 יום מהיום, כשהפגרה נמנית.
3. רשמנו לפנינו כי העתירות האחרות טרם נשמעו, וטענות הצדדים ישמעו במועד שייקבע" (ההדגשות הוספו – מ.נ.).

9. ביום 13.10.2015, בתום מאה הימים שנקבעו בהחלטה האמורה, עדכנה המדינה כי שר הפנים (דאז), סילבן שלום, שהחל לבחון את הסוגיה, גילה על קיומו של ניגוד עניינים המונע ממנו לקבל הכרעה, ועל כן הנושא הועבר להחלטת הממשלה בדבר העברת הסמכות לשר אחר. כחודשיים לאחר מכן, ביום 14.12.2015 שבה המדינה ועדכנה שהממשלה החליטה, ביום 13.12.2015, כי "תקבל תוך 4 שבועות החלטה באשר למנגנון הנכון להפעלת סמכות שר הפנים". ביום 24.12.2015 הגישה המדינה הודעה מעדכנת נוספת ממנה עלה כי הממשלה החליטה על העברת סמכותו של שר הפנים אל הממשלה ועל הקמת ועדת מנכ"לים אשר תדון בסוגיה ותמסור לממשלה את המלצותיה בתוך 180 יום.

10. ביום 28.3.2016 התקיימה ישיבה נוספת, לאחריה הוצאו צווים על תנאי בעתירות. בחלוף כשבעה חודשים מעת שהוקמה ועדת המנכ"לים, ביום 4.8.2016, עדכנה המדינה כי הוועדה סיימה את דיוניה וכי המועד להגשת המלצותיה הוארך ב-45 יום. כחמישה חודשים לאחר מכן, ביום 17.1.2017, הודיעה המדינה כי הממשלה קיימה דיון בנושא תיקון מס' 2 בישיבתה מיום 8.1.2017, במסגרתו הבהיר מנכ"ל משרד ראש הממשלה כי ועדת המנכ"לים לא הגיעה להמלצה מוסכמת יחידה. הוועדה

הציגה בפני הממשלה את "מנעד האפשרויות" שעלו בדיוניה, עליו ניצבו כלל האפשרויות שבין אישורו של תיקון מס' 2 כלשונו לבין פסילתו הגורפת. בתום הדיון החליטה הממשלה לדחות את ההחלטה בנושא עד להכרעה בסוגיית איחוד הערים תל אביב-יפו ובת-ים – הליך שבאותו מועד טרם התקבלה ההחלטה הראשונה בעניינו.

11. ביום 23.1.2017 התקיים דיון שלישי בעתירות ובסיומו הן נדחו לעיון. כשבוע לאחר מכן, ביום 3.2.2017, הודיעה המדינה כי הממשלה החליטה ביום 29.1.2017 על החזרת הסמכות לשר הפנים הנוכחי, אריה דרעי, וכי כוונתו ליתן את החלטתו בתוך שישים ימים. מאז הודעה זו ועד למועד מתן פסק הדין מושא הדיון הנוסף, למעלה מחודשיים וחצי לאחר מכן, לא נתקבלה כל הודעה נוספת מטעם המדינה. בפסק הדין שניתן ביום 19.4.2017 נקבע כי לנוכח פרק הזמן הארוך שחלף – פרק זמן של כשנתיים וחצי – יש לראות את ההימנעות מקבלת החלטה לגופו של עניין כהחלטה לפסול את תיקון מס' 2 ללא נימוקים. משלא עמדה המדינה בנטל להצביע על טעם המצדיק פסילה זו, פסק בית המשפט כי ההחלטה לפסול את תיקון מס' 2 בטלה.

12. ביום 3.5.2017 הגישו העותרים את בקשתם לדיון נוסף. לבקשה זו צורף מסמך בחתימת שר הפנים דרעי הנושא את התאריך 9.4.2017. ממסמך זה עולה כי שר הפנים החליט לפסול את תיקון מס' 2. זאת, משום שלעמדתו אין בשיקול בדבר האוטונומיה של העירייה כדי להצדיק את היקף פגיעתו של תיקון מס' 2 בערכים החברתיים והדתיים-לאומיים שביסוד קביעת השבת כיום שבתון (להלן: עמדת שר הפנים). עמדת שר הפנים לא הוגשה לידי בית המשפט עובר למתן פסק הדין, אף לא הועברה לידי העירייה. פסק הדין ניתן, אם כן, בלא שהייתה מונחת לפני בית המשפט עמדת שר הפנים. ממילא לא הובא לידיעתנו כי גמלה בליבו של השר החלטה.

בתגובת המדינה לבקשה לדיון נוסף מיום 23.6.2017 הובהר כי שר הפנים הודיע ליועץ המשפטי לממשלה לראשונה על כוונתו לפסול את תיקון מס' 2 ביום 18.4.2017. לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, העתק לא חתום של המסמך הנזכר הועבר לעיונו ביום 19.4.2017, שעות ספורות לפני מתן פסק הדין. בנסיבות אלה, "סברה המדינה כי לא יהא זה ראוי באותה עת, כי תועבר לעיריית תל-אביב החלטת שר הפנים בנושא" (שם, בפסקה 47).

13. שאלת מעמדה של עמדת שר הפנים ניצבה בלב המחלוקת המרכזית בין הצדדים לדיון הנוסף. כן נחלקו הצדדים בשאלת חוקיות וסבירות פסילת תיקון מס' 2 לגופו של עניין.

טענות הצדדים לגבי תיקון מס' 2 ועמדת שר הפנים

14. לטענת הסוחרים, עמדת שר הפנים היא נקודת המוצא הבלעדית לדיון הנוסף. עמדה זו, כך נטען, משקפת את עמדתן העקבית של הרשות המבצעת ושל הרשות המחוקקת ולכן יש להעניק לה משקל מכריע. הסוחרים הוסיפו וטענו כי לגופם של דברים אין הצדקה להתערבות בעמדת שר הפנים, בה נשקלו כלל השלכותיו של תיקון מס' 2 והמשקפת הכרעה ערכית בהירה בסוגיה רגישה וסבוכה.

15. המדינה טענה מנגד כי ההליך הנוכחי אינו מתאים לבחינת חוקיות עמדת שר הפנים. לשיטתה, עמדה זו לא נבחנה במסגרת פסק הדין מושא הדיון הנוסף, ובשים לב לאופיו הייחודי של הליך זה, אין מקום לכך שתיבחן בשלב זה. בעיקרי הטיעון מטעמה לא התייחסה המדינה לגופה של עמדת שר הפנים, אולם במענה לשאלותינו בדיון על-פה הועברה עמדת היועץ המשפטי לממשלה בזו הלשון:

”החלטת שר הפנים אכן מעוררת קשיים משפטיים משמעותיים, בעיקר נוכח מידת ההתערבות האפשרית של השלטון המרכזי באוטונומיה של הרשות המקומית. יחד עם זאת, היא אינה מגיעה לרמה של חוסר סבירות קיצוני, וזאת בשים לב לכך שבנסיבות הייחודיות של מקרה זה, באופן מעשי, התוצאה של החלטה היא כי ניתן מענה מסוים לרצון של הרשות המקומית בדמות פתיחתם בשבת של שלושת המתחמים, חנויות הנוחות וחנויות ביפו. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי לו תוצאת החלטה של שר הפנים הייתה שאין כל חנות פתוחה ולא ניתן היה כל מענה לרצון התושבים, הרי שהדבר היה מגיע לחוסר סבירות קיצוני” (פרוטוקול הדיון מיום 8.8.2017, עמוד 28, שורות 18-24).

עם זאת, שבה המדינה והדגישה כי עמדתה העקרונית היא כי אין זה השלב הראוי לדון בחוקיות עמדת שר הפנים (ראו: שם, בשורה 25). בעיקרי הטיעון מטעמו, שהוגשו בהתאם להחלטתי מיום 31.7.2017, טען שר הפנים כי מן הנכון להידרש לעמדתו לגופה בשים לב לחשיבות הסוגיה העקרונית.

16. טענת העירייה הייתה כי אין מקום להידרש לעמדת שר הפנים בשלב בו מצוי ההליך. עוד טענה העירייה כי אין בעמדת שר הפנים, במועד שבו ניתנה, כדי להצדיק סטייה מן הקביעה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, לפיה התנהלות המדינה לוקה בשיהוי קיצוני שיש בו כדי להפוך את העיכוב לסירוב בלתי מנומק. ממילא, לשיטת העירייה, סמכות שר הפנים לפסול את התיקון פקעה זה מכבר. לגופם של דברים, טענה העירייה כי עמדת שר הפנים נסמכה על שיקולים זרים ולוקה באי-סבירות קיצוני.

תוקפו של תיקון מס' 2 – דיון והכרעה

17. האם יש בעמדת שר הפנים כדי להשליך על תוקפו של תיקון מס' 2? לדעתי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה. צודקת המדינה בטענתה כי ההליך הנוכחי אינו מתאים לבחינת חוקיותה וסבירותה של עמדת שר הפנים, שלא הובאה כלל בפני ההרכב בהליך מושא הדיון הנוסף. הליך הדיון הנוסף מיועד לליבון ההלכה שנפסקה בפסק הדין, ולא לדיון במה שאין בו (ראו: דנ"א 4439/10 הרן נ' הקדש קרן המנוח גבריאילוביץ ז"ל (15.9.2010); דנ"א 8184/13 דבאח נ' מדינת ישראל (8.5.2014); דנ"א 1075/14 קרן היסוד המגבית המאוחדת לארץ ישראל נ' קרן קיימת לישראל באמצעות מינהל מקרקעי ישראל (15.7.2014); דנ"פ 6876/14 פלוני נ' מדינת ישראל (17.12.2014); דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' שר הבטחון (12.11.2015)). עמדת שר הפנים לא הובאה בפני בית המשפט בהליך מושא הדיון הנוסף. בעלי הדין לא טענו טענות בעניינה, ובית המשפט לא חיווה דעתו עליה. אין, אפוא, מקום לדון בה בשלב זה של ההליך (ראו והשוו: ד"נ 2/64 קניגסהפר נ' הומפרט, פ"ד יח(3) 377, 383 (1964); ראו גם עמדתי בדנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ, פ"ד סה(1) 238, 320-324 (2011)).

18. אכן, "את מחוגי השעון אין להסב אחורנית" (ד"נ 3/58 שר האוצר נ' אניות מיכל ומשא בע"מ, פ"ד יב 1849, 1854 (1958); וראו גם: שם, בעמוד 1852). כך במיוחד, שעה שבענייננו עמדת שר הפנים לא הועברה לידיעת העירייה ולא ניתן לה פומבי, אלא היא נותרה ספונה במגירתו של שר הפנים חרף חלוף כעשרה ימים בין המועד שבו נתקבלה לבין מתן פסק הדין (ראו והשוו: ע"א 5954/04 פקיד שומה ירושלים 1 נ' סמי פסקה 10 לפסק דיני (22.4.2007)). הלכה היא כי "נורמות שיש בהן כדי להשפיע על הכלל או על זכויות יחידים, חייבות להתפרסם ברבים כדי שהכול יוכלו לדעת מה קובע הדין [...]". הדין המתפרסם ברבים הוא הדין המחייב, הוא ולא מסמכים שהיחידים והכלל, כולם או מקצתם, אף אינם יודעים על קיומם" (ע"א

3213/97 נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה, פ"ד נג(4) 625, 648 (1999);
ראו והשוו גם: ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193, 2204–2205 (1961)).

19. טעם נוסף לכך שאין מקום לסטות מההכרעה שנתקבלה בפסק הדין בעניין תיקון מס' 2 נעוץ במועד שבו התקבלה עמדת שר הפנים. ודוק: החלטת עיכוב פרסומו של חוק עזר אינה החלטה סופית. בעקבותיה נדרשת החלטה לגופו של עניין (ראו: סעיף 258(ד) לפקודה). מבלי לקבוע מסמרות בשאלה העקרונית מהו פרק הזמן המדויק שבמסגרתו מחויב שר פנים שהורה על עיכוב פרסום חוק עזר לקבל החלטה סופית לגופו של עניין, דעתי היא כי עמדת שר הפנים דנן התקבלה לאחר שחלף המועד. אנמק.

20. החלטת העיכוב בענייננו ניתנה על ידי שר הפנים סער ביום 7.10.2014, במסגרת שישים הימים המנויים לכך בסעיף 258 לפקודה. הימים נקפו והחלטה לגופו של התיקון לא התקבלה. בחלוף כתשעה חודשים, הגיעו הצדדים להסכמה דיונית, לה ניתן תוקף של החלטה ביום 6.7.2015. לפי הסכמה זו התחייב, כזכור, שר הפנים להגיש את החלטתו לבית המשפט ולצדדים האחרים "בתוך 100 יום מהיום" (שם (ההדגשה הוספה – מ.ג.)). אם כן, המועד האחרון לקבלת החלטה לגופו של תיקון מס' 2 היה – בהסכמה – 16.10.2015. מועד זה חלף עבר. ההחלטה לגופו של עניין בוששה לבוא, ומידי מספר חודשים הגישה המדינה "הודעת עדכון" על כך שלא התקבלה החלטה (כמפורט לעיל בפסקאות 9-11). חרף הערות חוזרות ונשנות של בית המשפט על כך שהרשות המבצעת ממאנת להחליט בשאלה המונחת לפתחה (ראו: החלטתי מיום 15.12.2015 ("כפי" שחזרנו והבהרנו ההחלטה צריכה להינתן על ידי הרשות המבצעת"); פרוטוקול הדיון מיום 28.3.2016; פרוטוקול הדיון מיום 23.1.2017), התנהלה המדינה משל עמד לרשותה כל הזמן שבעולם. הסכמה דיונית נוספת לא הושגה, וממילא לא התבקשה, וגם לא ניתנה החלטה שיפוטית המתירה את החריגה מלוח הזמנים שנקבע. עמדת שר הפנים, שנושאת את התאריך 9.4.2017, איחרה את המועד האחרון, אפוא, בשנה וחצי לערך.

הנה כי כן, איני רואה הצדקה משפטית להתערב בקביעת פסק הדין מושא הדיון הנוסף כי בנסיבות שתוארו מדובר היה בסירוב בלתי מנומק (ראו: פסקה 18 לפסק הדין, והאסמכתאות שם). על יסוד האמור עד כה, דין העתירה לדיון נוסף להידחות.

21. יחד עם זאת, ומשקבע המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין כי "ראויה השבת [...] שעניינה יידון וילובן כשכלל העמדות לפני בית המשפט" (החלטתו מיום 12.7.2017), רואה אני להתייחס לעמדת שר הפנים לגופה, אף שטענות סף מונעות זאת. בחינת עמדת שר הפנים לגופה מובילה גם היא לתוצאה של דחיית העתירה לדיון נוסף. אנמק.

22. כזכור, שר הפנים סבר כי יש לפסול את תיקון מס' 2 באופן גורף. לגישתו, אין במשקל שיש לתת לאוטונומיה של הרשות המקומית, כדי להצדיק את פגיעתו של תיקון מס' 2 "בהיקף ובמשמעות הנגזרת ממנו בערכים ובתכליות הסוציאליים-חברתיים והדתיים לאומיים העומדים ביסוד קביעת השבת כיום שבתון" (פסקה 59 לעמדת שר הפנים). בפתח דבריו עמד השר על חשיבות השבת במורשת היהודית:

"השבת והשמירה עליה הינה אבן יסוד בסוד קיומו של העם היהודי. שמירת השבת הינה אחת המצוות שהצטוו עליהן בני ישראל בעשרת הדיברות [...]. רעיונות רבים ביסודות אמונת ישראל כלולים ונגזרים ממצווה זו ובשמירתה. כידוע, השבת נקבעה במדינת ישראל עוד מראשית קיומה כיום המנוחה השבועי. ביסוד יום המנוחה השבועי עומדות שתי תכליות: תכלית סוציאלית-חברתית ותכלית דתית-לאומית כאשר הן שלובות זו בזו" (שם, בפסקאות 16-17).

לשיטת שר הפנים, תיקון מס' 2 פוגע בצורה ניכרת בתכלית הסוציאלית של יום המנוחה. כך, בשל פגיעת התחרות בבעלי העסקים הקטנים המהווה "פגיעה וסיכול" ביכולתם לנצל את זכותם ליום המנוחה (שם, בפסקה 35), ובשל העסקת עובדים שהם "כוח אדם מתחלף [...] משכבות סוציו-אקונומיות חלשות" בעסקים שפתיחתם בשבת תותר (שם, בפסקה 41).

23. בנוסף, סבר שר הפנים כי תיקון מס' 2 פוגע מהותית במעמדה הלאומי-דתי של השבת ובמראית פני המרחב הציבורי במהלכה. זאת, לנוכח סטייתו מהסטטוס-קוו לפיו פתיחת בתי עינוגים מותרת, אך פעילות עסקית מובהקת אסורה:

“לאורך השנים ובהתאם לסטטוס קוו הקיים המייצג את ההסכמה הלאומית הרחבה בדבר פעילות בשבת, נקבע כי תתאפשר פתיחתם של בתי עינוג [...] , אך לא תותר פעילות מסחרית ופתיחת בתי מסחר. בהצעת חוק העזר המוצע כיום, מוצע לראשונה להתיר פעילות עסקית טהורה ומובהקת ברחבי העיר תל אביב” (שם, בפסקה 45).

לעמדתו, אין להסכין לכך, בפרט בשים לב להיקף ולגודל שטח הממכר ולעובדה שמדובר בעסקים שלא נועדו לממכר מזון לצורך דחוף ומיידי. כמו כן, אין לשיטתו מקום “להכיר בטענת עיריית תל אביב לפיה ‘צורך’ שניתן להכיר בו כמצדיק פגיעה בתכליות השבת, הינו למעשה אך ורק צורך בקיום ‘רצון’ של התושבים המבוסס על העדפת הנוחיות של הסדר זה או אחר גרידא בבחינת הא ותו לא” (שם, בפסקה 51). כך במיוחד משום שלגישתו רצון התושבים וה“הרגל” שבגיננו מתבקשת פתיחת העסקים “הינו תוצר של הפרת חוק ואי אכיפתו לאורך שנים” (שם).

24. עוד עמד שר הפנים על כך שההסדר שאימצה העירייה עשוי להפוך למודל ביישובים אחרים בארץ, ולפיכך יוביל אישור תיקון מס' 2 לשינוי צביונה של השבת בכל הארץ:

“בנסיבות אלה, ייפרץ הסכר ופתיחת[ם] של עסקים בשבת עלולה להפוך לחזון נפרץ בכל תחומי המדינה [...] . אשר על כן, למעשה, לא חוק עזר בודד מונח בפנינו על כף המאזניים, אלא מראיתה של השבת וצביונה, בראייה כלל לאומית מונח על כף המאזניים” (שם, בפסקה 58).

על כן, לגישתו, “בפרספקטיבה הרחבה המסורה לשלטון המרכזי” (שם, בפסקה 57 (ההדגשה הושמטה – מ.נ.)) יש הצדקה לפסול את תיקון מס' 2.

25. לטענת המדינה, אף שעמדת שר הפנים “מעוררת קשיים משפטיים משמעותיים” היא “אינה מגיעה לרמה של חוסר סבירות קיצוני”. טענה זו אין בידי לקבל. עמדת שר הפנים לא נתנה משקל הולם לשיקול בדבר מעמדה הייחודי-האוטונומי של העירייה, ולפיכך אינה סבירה. אבאר. האוטונומיה המקומית, קרי “זיקתה הישירה של רשות מקומית לחוק, בלא תיווכן של רשויות שלטון אחרות” (בג”ץ 3791/93 משלב נ' שר הפנים, פ”ד מז(4) 126, 132 (1993) (להלן: עניין משלב))

היא "העיקרון הבסיסי של המינהל המקומי" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 453 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר) (ההדגשה הוספה – מ.ג.)).

26. אם כן, בהפעלת סמכותו מכוח סעיף 258 על שר הפנים לתת משקל של ממש לאוטונומיה המקומית, בבחינת "חייבים בעלי שררה מן השלטון המרכזי לשוות נגד עיניהם צורך לנהוג כבוד בנבחרים ציבור של רשות מקומית – בהם ובבכוריהם – ולהוסיף ולזכור כי פאטרנליזם כופה של ימים שמכבר אינו עוד עמנו" (עניין משלב, בעמוד 131; ראו גם: זמיר, בעמודים 477, 451-453; דנג"ץ 3201/96 שר החקלאות נ' המועצה האזורית עמק לוד, פ"ד נא(3) 661, 687 (1997); בג"ץ 2838/95 גרינברג נ' המועצה המקומית קצרון, פ"ד נג(1) 1, 10-15 (1997); דנג"ץ 1913/97 מואסי נ' שר הפנים, פ"ד נב(2) 49, 66 (1998); בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו נ' הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון, פ"ד סא(2) 93, 168 (2006); כן ראו והשוו: בג"ץ 4381/97 מיזליק נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה פתח-תקווה, פ"ד נא(5) 385, 395 (1997); אך השוו: בג"ץ 7186/06 מלינובסקי נ' עיריית חולון פסקה נז לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (29.12.2009)). בעניין דומה לענייננו צוין:

"באשר למידת ההתערבות של השלטון המרכזי בהתקנת חוקי העזר, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי ראוי שהפעלת הסמכות של פסילת חוקי עזר שאינם עוסקים בשאלות בעלות השפעה על השלטון המרכזי או החורגים מתחומה של אותה רשות מקומית, תיעשה במשורה. ככלל, שר הפנים לא יחליף את שיקול-הדעת של הרשות המקומית בשיקול-דעתו מקום שבו הרשות פעלה במיתחם הסמכות והסבירות. לשר הפנים אין יכולת טכנית לבחון לעומקם את השיקולים שהנחו את הרשות המקומית ואת התשתית העובדתית ששימשה בסיס להתקנת חוק העזר, ואין זה ראוי שכך ייעשה" (בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 606 (2004) (להלן: עניין סולודקין)).

27. עמדת שר הפנים דנן לא נתנה משקל של ממש לאוטונומיה של העירייה. אדרבא, שר הפנים הבהיר כי אינו סבור שדי ברצון תושבי העיר כדי להצדיק פגיעה כלשהי בתכליות השבת ולאפשר פתיחת עסקים. את מרכז הכובד העמיד שר הפנים על צביון השבת ברמה הלאומית, מבלי לתת ביטוי לצביון המקומי ולנסיבות של העיר תל אביב-יפו. נימוקו בהקשר זה היה כי אם יאושר תיקון מס' 2 "ייפרץ הסכר", וההסדר שאימצה העירייה יהפוך למודל ביישובים אחרים בארץ. נימוק זה אין בידי לקבל. את אמות המידה המשפטיות אין מקום לשנות רק לנוכח השערות בדבר תוצאות אפשריות שאולי טומן בחובו העתיד. אכן, "ייתכן כי המדרון החלקלק הוא מסוכן. אך הטיעון

בדבר המדרון החלקלק מסוכן ממנו" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 74 (1997)). הפגיעה באוטונומיה של העירייה בעייתית במיוחד בנושא דנן, שכן הרשויות המקומיות בישראל הוסמכו במפורש להתקין בחוקי העזר הוראות שעניינן פתיחת עסקים בתחומן בשבת (ראו: חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 40), התשנ"א-1990 (להלן: חוק ההסמכה)). אחת התכליות המונחות ביסוד חוק ההסמכה היא כי עניינים אלה יוסדרו דווקא ברמה המוניציפלית, המקומית, ולא ברמה הארצית.

28. תכלית זו מושרשת היטב בהלכה הפסוקה. ברוח זו ציינתי בעניין ברמר:

"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 [...]. 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" (שם, בפסקה 52 לפסק דיני).

ובעניין אחר קבע הנשיא מ' שמגר:

"מכוח התיקון בחוק ההסמכה, אשר בו הוספה פסקה (21) [...] הוכשרו, בכל הנוגע להתקנת חוקי עזר לפי פסקה 20, טעמים שבמסורת דתית [...]. אין בסעיף 249(20) [לפקודה – מ.ג.] כדי לקבוע לרשות המקומית הכוונה מחייבת אלא המדובר בהענקת כוח בלבד. הדבר גם מובן, שהרי מדובר על הוראה מסמיכה, שעצם הפעלתה ואופן יישומה מושארים בידיה של הרשות המקומית" (בג"ץ 5073/91 תאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 192, 207 (1993) (להלן: עניין תאטראות ישראל)).

בית משפט זה ציין עוד בטרם נחקק חוק ההסמכה:

"נושא זה של פתיחת וסגירת חנויות איננו מתאים לחקיקה ארצית, אלא מתאים דווקא לחקיקה מקומית, מכיון שבענין זה מן הראוי להתחשב בהרכב האוכלוסייה של כל מקום ומקום, הרגליה ודרכי חייה ובצביונו של אותו מקום" (ע"פ 858/79 לפיד נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 386, 391 (1980)).

ובנוגע לחוק הסמכה אחר, שעניינו במכירת בשר חזיר בשטחי רשות מקומית, נפסק זה מכבר:

“המטרה הייתה אפוא כי האיזון בין התכליות הנוגדות – השיקולים בדבר הגנת רגשות דתיים-לאומיים, מזה, והשיקול בדבר חירות הפרט, מזה – לא ייעשה ברמה הארצית, על-פי נוסחת איזון עקרונית שהמחוקק קבעה. תחת זאת המטרה הייתה לאיזון שיעשה ברמה מקומית. באיזון מקומי זה תהא התחשבות בצביונה של הרשות ובנתונים המשתנים שבכל רשות מקומית [...] שיקול-הדעת הוענק לרשות המקומית” (עניין סולודקין, בעמוד 610; ראו גם: בג”ץ 163/57 לובין נ’ עיריית תל-אביב-יפו, פ”ד יב 1041, 1076 (1958)).

29. אין להפוך את היוצרות. הסמכות לערוך את ההכרעה הערכית במסגרת חוקי העזר נתונה לעירייה, ולא לשר הפנים. אין שר הפנים בוחן אם ההכרעה היא המיטבית לדעתו, אלא אם היא מצויה בגדרי מתחם הסבירות. בהיבט זה, לגישתי, הפרספקטיבה הרחבה המסורה לשר הפנים נועדה, למשל, לוודא כי חוק עזר שחוקקה רשות מקומית מסוימת אינו יוצר החצנה שלילית על רשויות מקומיות אחרות (טלו לדוגמא רשות המחליטה להטמין את אשפתה בשולי גבולותיה בסמוך לעיר אחרת). אכן, הותרת ההכרעה בידי העירייה נועדה להגשים את עקרון האוטונומיה של העירייה. אך מעבר לכך היא נועדה גם להגשים מרכיב מרכזי בחוק ההסמכה, דהיינו מתן משקל מכריע לשיקולים המקומיים, והרי אין כמו העירייה להערכתם של אלו. החלטת שר הפנים נועדה לפקח על חוקיות החלטתה של העירייה, אך לא להחליף את שיקול דעתה.

30. לא זו אף זו: עמדת שר הפנים עומדת בסתירה לתכלית מרכזית נוספת המונחת ביסוד חוק ההסמכה – תכלית האיזון. תכלית זו משפיעה על היקף שיקול דעתו של שר הפנים מכוח סעיף 258 לפקודה (ראו והשוו: עניין סולודקין, בעמוד 621). עמדת שר הפנים היא גורפת באופיה, ולפיה יש לאסור על פתיחת כל מרכול באשר הוא – ולמעשה על פתיחת כל בית עסק, למעט צורך חיוני – ללא תלות בנסיבות העיר או ברצון תושביה. על כך ניתן לתמוה: אם הפתרון הוא כה פשוט, מדוע היה צורך בלמעלה משנתיים תמימות להגיע אליו? ארהיב עוז בנפשי ואומר כי שוב נקרא בג”ץ להוציא את הערמונים מהאש. אחרי שיוציא בג”ץ את הערמונים, ניתן יהיה לומר “זה לא אני (השר) – זה בג”ץ”.

31. כך או אחרת, עמדתו זו של שר הפנים אינה עולה בקנה אחד עם חוק ההסמכה, שכל כולו נשען על תכלית של פשרה ושל איזון (ראו: עניין תאטראות ישראל, בעמוד 207; עניין ברמד, בפסקה 52 לפסק דיני; ראו והשוו גם: עניין סולודקין, בעמוד 622). זהו איזון בין הזכויות המתנגשות בנסיבות המקרה: איזון בין חופש הדת מזה לבין החופש מדת מזה; איזון בין השוויון מזה לבין חופש העיסוק מזה. לדידי, בשים לב לתכליתו זו של חוק ההסמכה, עמדה גורפת ממנה נעדר איזון המשקף את צביונה של העיר, את ייחודם של אזורים שונים בה ואת המרחקים ביניהם היא בלתי סבירה.

32. הנה כי כן, הגעתי לכלל מסקנה כי אפילו הייתה ניתנת עמדת שר הפנים במועד והייתה נבחנת לגופה לא היה מקום לסטות משנקבע ביחס לתיקון מס' 2 בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. תיקון מס' 2 עומד, אפוא, בתוקפו. עדיין נותרה השאלה האם תיקון מס' 2, כמו גם תיקון מס' 1, עומדים באמות המידה הנהוגות במשפט המינהלי. אפנה עתה לבחינתה של שאלה זו.

עמידת התיקונים באמות המידה של המשפט המינהלי

טענות הצדדים לגבי עמידת התיקונים באמות המידה של המשפט המינהלי

33. טענות רבות של הסוחרים הופנו כנגד אי-עמידת התיקונים באמות המידה של המשפט המינהלי. במישור הסמכות, טענו הסוחרים כי התיקונים מהווים הסדר ראשוני שאין העירייה מוסמכת להסדיר. זאת, במיוחד, משום שלטענתם חוק ההסמכה מסמך את העירייה אך ורק להורות על סגירת בתי עינוגים ולא על פתיחת בתי עסק. הסוחרים טענו גם כי התיקונים עומדים בסתירה לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, האוסר לשיטתם פתיחת עסקים בשבת. טענתם הייתה כי חוק שעות עבודה ומנוחה מצוי במדרג נורמטיבי גבוה יותר, ולפיכך יש בסתירה זו כדי לאיין את התיקונים, אולם לאחר הדיון על-פה לפנינו, ולאחר שמיעת הערותינו, ביקשו הסוחרים לוותר על טענתם זו (ראו: בקשה מיום 31.8.2017). במישור שיקול הדעת הייתה עמדת הסוחרים כי התיקונים אינם סבירים, בשל היותם עומדים בסתירה לסטטוס קוו המשקף שלילה נחרצת של מסחר בשבת, להבדיל מפעילות בתי עינוגים. עוד טענו הסוחרים כי התיקונים אינם סבירים הן לנוכח השלכות הרוחב שלהם – הצפויות לפי הנטען להפוך את חוקי המנוחה לאות מתה – והן לנוכח פגיעתם בשוויון והיותם מעודדים עבריינות.

34. גינדי טענה אף היא כנגד סבירות התיקונים, בהדגישה את טענותיה בהליך מושא הדיון הנוסף. לשיטתה, יש להורות לעירייה להוסיף את מתחם "שרונה מרקט" שבבעלותה לרשימת המתחמים המסחריים שבהם התיר תיקון מס' 1 פתיחת עסקים בשבת. זאת, בעיקר, משום שאי הכללת המתחם ברשימה נגועה בשיקולים זרים, שכן שלושת המתחמים שפתיחתם בשבת הותרה מצויים בבעלות חלקית או מלאה של העירייה.

35. לגישת המדינה והעירייה, אין עילה להתערבות בהכרעת בית המשפט בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, לפיה התיקונים נעשו בסמכות וללא חריגה ממתחם הסבירות. המדינה טענה בנוסף כי אין כל סתירה בין חקיקת התיקונים, שנעשתה מכוח חוק ההסמכה, לבין חוק שעות עבודה ומנוחה, כיוון שמדובר בהוראות דין שחולשות על עניינים שונים. גישה זו, כך נטען, עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה כמו גם עם שיקולים פרשניים.

36. עמדת שר הפנים, שצורפה בנפרד לעיקרי הטיעון מטעם המדינה (ראו: החלטתי מיום 31.7.2017), הייתה שונה. לגישתו, בדומה לעמדת הסוחרים, סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה בא לאסור על עצם פתיחת עסקים מסחריים בשבת. לפיכך, לשיטתו, אין בידי חוק ההסמכה לגבור על הוראה זו והוא אינו מסמיך את העירייה להתיר פתיחת עסקים בשבת.

מישור הסמכות – דיון והכרעה

37. בטענותיהם של הסוחרים בדבר חוסר סמכותה של העירייה לחוקק את התיקונים אין חידוש. טענות אלה נדונו ונדחו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. לא ראיתי מקום לסטות מהכרעה זו. ראשית, הסוחרים טענו כי אין בחוק ההסמכה כדי להסמיך את העירייה לאפשר פתיחת עסקים בשבת, שכן עניינו מוגבל לסגירת בתי עינוגים. דין טענה זו להידחות.

38. יסודו של חוק ההסמכה בספק שהתעורר ביחס לסמכותן של רשויות מקומיות להתקין בחוקי העזר הוראות שעניינן איסור פתיחת בתי עינוגים בשבת מטעמים דתיים (ראו: ת"פ (שלום י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"ם תשמ"ח (2) 26 (1987) (להלן: עניין קפלן)). אכן, חוק ההסמכה נועד להסיר ספק זה ולהבטיח את המשך תוקפם של חוקי העזר הקיימים. אלא שתכליתו, כפי שהוגדרה הייתה "להקנות

לרשויות המקומיות את הסמכות להסדיר איסור פתיחתם של עסקים בימי המנוחה" גם מטעמים שבמסורת דתית (דברי ההסבר להצעת חוק הרשויות המקומיות (איסור פתיחת עסקים וסגירתם בימי מנוחה), התשמ"ח-1988, ה"ח 134 (ההדגשה הוספה – מ.ג.); ראו גם: עניין תאטראות ישראל, בעמוד 207; עניין ברמד, בפסקאות 27-28 לפסק דיני). מכל מקום, לשונו של חוק ההסמכה היא ברורה.

39. חוק ההסמכה הסמיך במפורש את הרשויות המקומיות בישראל להתקין בחוקי העזר הוראות שעניינן פתיחת עסקים בתחומן בשבת. בין היתר, הוסיף חוק ההסמכה לפקודה את סעיף 249(21) הקובע:

עיריה רשאית להפעיל את סמכותה על פי פסקה (20) בתחום שיפוטה או בחלק ממנו לגבי ימי המנוחה, בהתחשב בטעמים שבמסורת דתית ולגבי יום תשעה באב [...];

הסעיף הנזכר מפנה מפורשות לסעיף 249(20) שעניינו "פתיחתן וסגירתן של חנויות":

להסדיר פתיחתם וסגירתם של חנויות ובתי מלאכה, מסעדות, בתי קפה, בתי תה, בתי משקה, מזנונים, קנטינות ומוסדות אחרים כיוצא באלה, ושל בתי קולנוע, תיאטרונים ומקומות אחרים של עינוג ציבורי או של סוג פלוני מהם, 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;

פתיחתן
וסגירתן של
חנויות

אין בידי לקבל את הטענה כאילו חוק שהסמיך, בין השאר, "להסדיר פתיחתם [...] של חנויות ובתי מלאכה [...]" נועד לחול רק על בתי עינוגים או רק על הסדרת סגירתם של עסקים. טענה זו אינה מתיישבת עם לשונו הברורה של החוק (ראו עוד בעניין סמכותה של העירייה להתיר פתיחת עסקים בשבת: עניין ברמד, בפסקה 52 לפסק דיני).

40. טענה נוספת שהועלתה על ידי הסוחרים ועל ידי שר הפנים במישור הסמכות הייתה כי ישנה סתירה בין התיקונים לבין חוק שעות עבודה ומנוחה. לפי טענה זו, חוק שעות עבודה ומנוחה אוסר על פתיחת עסקים בשבת, ועל כן לא ניתן להתיר את פתיחתם בגדרי חוק העזר. אף טענה זו דינה להידחות. אכן, כפי שציינה המדינה, עסקינן בשתי מערכות דינים הפועלות במישורים שונים ואינן סותרות זו את זו. אדרבא. הן משלימות זו את זו. בעלי העסקים שפעילותם בשבת אושרה במסגרת התיקונים עודם כפופים להוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, ולמותר לציין שחובה עליהם לקיימן. עמדתם של הסוחרים לפיה חוק שעות עבודה ומנוחה טומן בחובו איסור גורף על פתיחת עסקים בשבת אינה מקובלת עלי. לדעתי, פרשנות מעין זו אינה מתיישבת עם לשונו ותכליתו של החוק.

41. אמנם, בדיון על-פה טענו הסוחרים שההליך שלפנינו אינו מתאים להכרעה בעניין פרשנותו של סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה. בנוסף, כשבוע לאחר הדיון (ביום 13.8.2017) הגישו הסוחרים בקשה להשלים טיעון בסוגיה זו. בהחלטתנו מיום 14.8.2017 דחינו בקשה זו. חרף דחיית בקשתם, ביום 31.8.2017 הגישו הסוחרים שורה ארוכה של מסמכים בנושא, שצורפו ל"הודעה ובקשה דחופה" מטעמם. במסגרת זו ביקשו כי בית המשפט "ימנע מלדון בשאלת משמעות האיסור הקבוע בסעיף 9א לחוק" והודיעו כי הם מעוניינים לוותר על טענתם בדבר הסתירה בין התיקונים לבין חוק שעות עבודה ומנוחה. בקשה זו נדחתה אף היא (ראו: החלטתנו מיום 31.8.2017). נדרשת, אפוא, הכרעה בעניין פרשנותו הנכונה של סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה. כך, במיוחד בהינתן קביעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין כי "הדיון הנוסף יחול על פסק הדין כולו" (פסקה יב להחלטתו מיום 12.7.2017), ובהינתן שהסוגיה האמורה הונחה לפתחנו על ידי הסוחרים במסגרת ההליך מושא הדיון הנוסף, וממילא הועלתה אף על ידי שר הפנים בעיקרי הטיעון מטעמו.

42. חוק שעות עבודה ומנוחה אוסר על העסקה ועל עבודה ביום המנוחה השבועי, וזו לשונו:

איסור העסקה
במנוחה
השבועית

9. העסקת עובד במנוחה השבועית אסורה,
אם לא הותרה לפי סעיף 12.

איסור עבודה
במנוחה
השבועית

9א. (א) בימי המנוחה הקבועים [...], לא
יעבוד בעל בית מלאכה בבית מלאכתו,
ולא בעל מפעל תעשייה במפעלו, ולא יסחר

בעל חנות בחנותו.

(ב) בימי מנוחה כאמור לא יעבוד חבר של אגודה שיתופית בבית מלאכה או במפעל תעשייה של האגודה; בבית מלאכה או מפעל תעשייה של אגודה שיתופית חקלאית לא יעבוד חבר אלא אם העבודה קשורה בשירותים הנחוצים למשק שלה [...].

12. (א) שר העבודה רשאי להתיר העסקת עובד בשעות המנוחה השבועית, או בחלק מהן, אם הוא משוכנע שהפסקת העבודה למנוחה השבועית לכולה או לחלק ממנה, עלולה לפגוע בהגנת המדינה או בבטחון הגוף או הרכוש, או לפגוע פגיעה רבה בכלכלה, בתהליך עבודה או בסיפוק צרכים שהם, לדעת שר העבודה, חיוניים לציבור או לחלק ממנו [...].

היתר העסקה
במנוחה
השבועית

43. דעתי היא כי חוק שעות עבודה ומנוחה אינו עוסק בשאלת פתיחתם או סגירתם של עסקים ביום המנוחה, אלא בשאלה הפרסונלית של עבודה ביום המנוחה. מסקנה זו עולה, לדידי, מלשון הסעיפים ומשמותיהם, בהם ננקט הדיבור "העסקה" או "עבודה" (ראו: אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 401-402 (2003) (להלן: ברק)). כמו כן, מדברי ההסבר לתיקון מס' 1 לחוק עולה בבירור שסעיף 9א, שהוסף באותה הזדמנות, לא נועד לשמש הוראה המחייבת סגירת עסקים, אלא נועד להרחיב את תחולת איסור ההעסקה (ראו: שם, בעמוד 407). כך צוין בדברי ההסבר לתיקון:

"חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, חל כיום על עובדים שכירים כלבד. התיקון המוצע בא להחיל את ההוראות בדבר ימי מנוחה גם על בעלי מפעלים, חברי אגודות שיתופיות ובעלי חנויות, בסייגים מסויימים" (דברי ההסבר להצעת חוק שעות עבודה ומנוחה (תיקון), התשכ"ו-1966, ה"ח 136).

הדברים זוכים למשנה תוקף מקום שעניין לנו בהוראת חוק הפוגעת בזכות החוקתית לחופש העיסוק (ראו: בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקט רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 51 (2005) (להלן: עניין דיזיין 22)) והמלווה בסנקציה פלילית (ראו: סעיף 26 לחוק שעות עבודה ומנוחה). טעמים אלה מצביעים אף הם על כך שהפרשנות הראויה היא פרשנות מצמצמת (ראו: ברק, בעמוד 425).

44. מסקנתי כי חוק שעות עבודה ומנוחה אינו משמיע איסור גורף על פתיחת עסקים בשבת מתיישבת גם עם ההלכה הפסוקה בעניין חוק שעות עבודה ומנוחה, שקבעה כי אין בו "הוראה כללית בעניין סגירת מקומות בימי המנוחה" (עניין תאטראות ישראל, בעמוד 206 (ההדגשה הוספה – מ.ג.); ראו גם: עניין דיזיין 22, בעמוד 63). מכל מקום, יש להבהיר כי התיקונים נעשו מכוח חוק ההסמכה, והוא שמסמך את העירייה להתיר פתיחת עסקים ביום המנוחה (ראו לעיל בפסקה 39). אם כן, אפילו הייתה סתירה הרי שמדובר בסתירה בין חוק ההסמכה לבין חוק שעות עבודה ומנוחה, כלומר נורמות במדרג זהה. בהתאם לאמות המידה הלבר-פרשניות הנהוגות עמנו (ראו: ברק, בעמוד 117), חוק ההסמכה גובר בהיותו חוק מאוחר ביחס לחוק שעות עבודה ומנוחה (*lex posterior derogat priori*), וממילא בהיותו חוק ספציפי המקנה באופן ממוקד סמכויות לרשויות המקומיות בישראל, להבדיל מכלליותו של חוק שעות עבודה ומנוחה (*lex specialis derogate generali*).

45. בשולי הדברים אעיר כי בעניין פרשנות חוק שעות עבודה ומנוחה, כמו גם בסוגיות נוספות שעלו, הוצגה בפנינו עמדת שר הפנים דרעי שהייתה, כזכור, שונה מעמדת המדינה. בדיון על-פה לפנינו, ובתגובתם מיום 20.8.2017, טענו הסוחרים כי היה מקום לאפשר לשר הפנים לייצג את עמדתו בנפרד מהמדינה. טענה זו אינה מקובלת עלי. ההלכה היא כי "עמדתן של הרשויות (להבדילה מדעתם האישית של האישים המכהנים בהן) בשאלות משפטיות נקבעת, כעניין מוסדי, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה" (בג"ץ 320/96 גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, פ"ד נב(2) 222, 239 (1998); ראו גם: בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241, 277 (1998); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 425 (1993); אך השוו: בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית פסקאות 21-26 לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג (6.6.2016); אולם ראו גם: שם, בפסקה ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין; וכן בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות פסקה ז להחלטתו של השופט א' רובינשטיין (3.7.2012)).

אכן, עמדתו האישית של שר הפנים דרעי הייתה שונה מעמדת המדינה. היועץ המשפטי לממשלה הסכים להביאה לידיעתנו. בעשותו כן פעל בגדרי סמכותו. אולם זוהי אינה עמדת המדינה, שהיא בעלת הדין לפנינו. עמדת המדינה – כך יוצגה בפנינו וכך ראוי שתיוצג בפנינו – היא זו שנקבעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה (ראו: בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל,

פ"ד מז(5) 441, 473 (1993); ראו והשוו גם: עניין סולודקין, בעמוד 607).

46. הגעתי, אפוא, לכלל מסקנה כי העירייה לא חרגה מסמכותה כשחוקקה את התיקונים. עם זאת, כידוע, סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. טענות רבות הועלו ביחס למישור שיקול הדעת. לבחינתן אפנה עתה.

מישור שיקול הדעת – דיון והכרעה

47. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף נקבע כי התיקונים מצויים בגדרי מתחם המידתיות המסור לעירייה. אף מקביעה זו לא ראיתי הצדקה לסטות. ראשית, לעניין טענתה של גינדי כי אי הכללת המתחם שבבעלותה ברשימת המתחמים בתיקון מס' 1 נגועה בשיקולים זרים, ספק אם בהיותה משיבה ניתן להיעתר לבקשתה של גינדי לסעד. כך או אחרת, לדעתי די בשיקולים הרלוונטיים שעליהם הצביעה העירייה, ובראשם הקרבה למתחמי מגורים, כדי שלא תהיה התערבות בחוק העזר על בסיס טענת גינדי. בנוסף, גם הסוחרים העלו שורה ארוכה של טענות המצביעות לשיטתם על כך שהתיקונים אינם סבירים ואינם מידתיים.

48. טענות אלה הוצגו על ידי הסוחרים זה מכבר בהליך מושא הדיון הנוסף. בין היתר, שבו והפנו למסמכים שהגישו בהליך מושא הדיון הנוסף ובהם מובאים דברים שונים שאמר ראש העירייה בהזדמנויות שונות. איני סבורה כי הליך הדיון הנוסף הוא האכסניה המתאימה להיזקק לבחינה מחודשת של עובדות וטענות שהוצגו והוכרעו זה מכבר (ראו: ד"נ 6/58 מן נ' איון, פ"ד יב 109, 112 (1958); דנ"פ 5567/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 601, 613 (2000); דנ"פ 2334/09 פרי נ' מדינת ישראל פסקה 34 לפסק דינה של השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה (23.5.2011)). דיון נוסף לא נועד לאפשר השגה על תוצאת הליך מסוים על ידי טיעון מחדש לפני הרכב רחב יותר שיעביר תחת שבט ביקורתו את ההכרעה, אלא הוא מתמקד בפן המשפטי. הליך הדיון הנוסף חג אך סביב צירה של ההלכה המשפטית שנפסקה בפסק הדין (ראו: ד"נ 3379/91 כספי נ' מדינת ישראל (15.8.1991); דנ"א 1075/15 בלום נ' אנגלו סכסון – טוכנות לנכסים (ישראל – 1992) בע"מ פסקה 18 להחלטתי (8.3.2015)).

49. במישור המשפטי, דעתי היא כי התיקונים מצויים בגדרי מתחם שיקול הדעת שהעניק לעירייה חוק ההסמכה. הסוחרים תיארו בצבעים קודרים פגיעה קשה שפוגעים התיקונים בזכויותיהם לשוויון ולחופש הדת. אמת, לתיקונים נלווית פגיעה, שאינה לדעתי בגדר זוטי דברים, בזכויות הסוחרים ואף בזכויותיהם של אחרים. הפגיעה בהקשר זה נובעת הן מפתחת עסקים מסחריים בשבת, הן מפתחת בתי עינוגים, ומשפיעה בד בבד על התכלית הסוציאלית ועל התכלית הלאומית שביסוד הועדת השבת כיום מנוחה. איני מקלה ראש בפגיעה זו כלל ועיקר. אולם 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, כדברי אחד העם: "יותר משישראל שמרו את השבת שמרה השבת אותם". אולם, האיזון משמעו כי יפרחו אלף הפרחים. 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. בהשאלה ממילותיה של זלדה, "להדליק נרות בכל העולמות – זוהי שבת" (זלדה "שבת וחול"). לא בכדי ראה המחוקק לנכון להטיל את מלאכת האיזון הזו על הרשות המקומית. כך נקודת האיזון שתבחר תשקף את אופייה הייחודי של כל עיר, את מידת החיים בצוותא בה ואת הפתרונות הפרקטיים האפשריים המאפיינים את נסיבותיה. אכן, כניסת השבת עוטה העיר חג, אך כסות שעטתה האחת אינה דומה לכסותה של רעותה.

50. מלאכת האיזון שהוטלה על הרשות המקומית אמנם אינה פשוטה, אך היא הכרחית לקיום חיים משותפים בחברה רב-גונית כשלנו. חיים משותפים אינם "הכל או לא כלום", אלא מבוססים על סובלנות לדעה שונה, כבוד הדדי וויתורים הדדיים. חיים משותפים אינם "שחור ולבן", אלא ספקטרום. הם שעונים על ההכרה שהאדם הוא יצור חופשי המעצב את סיפור חייו, אך גם על ההכרה כי הוא עושה זאת במסגרת חברה ולא על אי בודד. יסודם בהבנה שכל אחת ואחד מאיתנו נושאים באחריות לחברה כולה, אולם אין בכך משום ויתור על מרכיבי יסוד בזהותנו או על ייחודו של כל אחד מאיתנו. לא תפישה של "אני לא אחתום על חילול שבת", אלא הכרה בחיוניותה של תפישת "חיה ותן לחיות".

51. במקרה שלפנינו בחינת התיקונים מצביעה לדעתי על כך שנחקקו במטרה להגשים איזון זה. התיקונים נועדו לשקף נקודת איזון ייחודית המתאימה לעיר תל אביב-יפו, תוך התחשבות במעמדה של השבת, בהרכב האוכלוסייה בכל שכונה, בדרך חייה ובאופיה של העיר. בתיקון מס' 1 הותרה פתיחת עסקים במספר מצומצם מאוד של מתחמים מסחריים בעלי גבולות ברורים, המצויים בניתוק מסביבת מגורים. תיקון מס' 2 התיר פתיחת מספר מוגבל של מרכולים לפי מפתח אזורי, באופן שנתן משקל לאופיו של כל אזור, ובכפוף למגבלות שונות, ובראשן קבלת היתר. בסופם של דברים, מדובר בענייננו בפתיחת מספר מצומצם של עסקים אשר מהווים חלק מזערי ממספר העסקים הפועלים בעיר במהלך ימות השבוע, ויש בכך כדי להשפיע על המידתיות.

נקודת האיזון שנבחרה מאפשרת שמירה על צביונה הייחודי של השבת ואינה משנה בצורה ניכרת את פני העיר בשים לב למצב הנורמטיבי הקיים. איני קובעת כי מתווה זה הוא מיטבי. ייתכן כי קיימים מתווים אחרים המצויים גם בגדרי מתחם המידתיות. אף איני קובעת כי ראוי או ניתן לאמץ את המתווה בערים אחרות. קביעתי מתמזה בזאת: התיקונים מצויים במתחם המידתיות המסור לעירייה, ולא היה מקום להתערב בהם.

סוף דבר

52. אשר על כן, אם תשמע דעתי נדחה את העתירה לדיון נוסף. לפנים משורת הדין, וחרף האמור בפסקה 41, לא יהיה צו להוצאות.

אחר הדברים האלה

53. לאחר שכתבתי את הדברים האלה, עיינתי בחוות דעתם של חבריי, השופטים נ' הנדל ו-נ' סולברג. עמדתי לא השתנתה, אך רואה אני לעצמי חובה להוסיף בקצרה את הדברים הבאים.

54. חברי השופט סולברג העיר כי ביכרתי "סבירות על פני סמכות", משום שלדידו התמקדתי בשאלת סבירותה של עמדת שר הפנים ולא בשאלת סמכותה של העירייה לחוקק את התיקונים לחוק העזר (ראו פסקה 1 לחוות דעתו). ודוק: אכן, כפי שצינתי, "סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד" (לעיל בפסקה 46) – אלא שאלו הם שני שלבי הבחינה של אותה החלטה מינהלית. בענייננו, כזכור, עמדתי של שר הפנים הייתה כי יש לפסול את תיקון מס' 2. הבחינה הנדרשת היא של סמכותו לעשות כן (ולא הייתה

מחלוקת שסמכות קיימת מכוח סעיף 258 לפקודה ולפיכך לא היה מקום להרחיב בכך). בשלב השני יש לבחון את סבירות הפעלת שיקול דעתו. בחינה דומה נדרשת לגבי חקיקת התיקונים על ידי העירייה: ראשית נשאלת השאלה האם התיקונים נעשו בסמכות (ראו לעיל בפסקאות 37-44) ולאחריה מתעוררת השאלה האם נפלו בהם פגמים במישור שיקול הדעת (ראו לעיל בפסקאות 47-51). בסופה של בחינה זו הייתה מסקנתי לעניין סמכותה של העירייה לחוקק את התיקונים שונה מזאת של חברי השופט טולברג.

55. לא כאן המקום לשוב ולפרט את כל הטעמים שעמדו ביסוד הכרעתי (ראו לעיל בפסקאות 37-39 בנוגע לחוק ההסמכה, ובפסקאות 40-44 בנוגע לחוק שעות עבודה ומנוחה), אך אזכיר כי לעמדת חוק ההסמכה הקנה במפורש סמכות לרשויות המקומיות בישראל להסדיר בחוקי העזר את פתיחתם וסגירתם של עסקים בתחומן בשבת. הדברים עולים ברורות מלשונו של החוק, כמו גם מההיסטוריה החקיקתית שלו (ראו: ד"כ 12(3) 1193-1192 (התשנ"א) (א' לין (יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט)), והשוו בין נוסח הצעת החוק בקריאה ראשונה לנוסח בקריאה שניה ושלישית). דומני כי על כך אין מחלוקת ביני לבין חברי השופט הנדל והשופט טולברג. עם זאת, דעותינו חלוקות בכל הנוגע לחוק שעות עבודה ומנוחה. לגישתי, כזכור, הוא אינו משמיע איסור גורף על כל פעילות עסקית בשבת, ועל כך הם חולקים. אני סבורה כי עמדת חברי אינה משקפת את מכלול המקורות הרלוונטיים לתכלית החקיקה (לא אחזור כאמור על נימוקי, אך ראו לעיל בפסקאות 41-43, וראו גם את חוות דעתה המקיפה והבהירה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז בפסקאות 4-25), ובפרט לאופן שבו הובן ויושם החוק לאורך קרוב ליובל שחלף מאז חקיקתו, הן על ידי בית משפט זה (ראו: עניין תאטראות ישראל, בעמוד 206; עניין דיזיין 22, בעמודים 44, 46, 63), הן על ידי הרשות המינהלית המוסמכת בהפעלתו. בעיקרי הטענות מטעמה הבהירה המדינה כי "הפרשנות שנקבעה לעניין תחולתו של סעיף 9א רק על ההיבט הפרסונאלי של עבודה בימי המנוחה מתיישבת עם מדיניות אכיפה ופרשנות נוהגת רבת שנים לפיה פועל משרד העבודה (על גלגוליו השונים)" (שם, בפסקה 17).

56. הנה כי כן, לעמדתי, אין סתירה בין חוק ההסמכה לבין חוק שעות עבודה ומנוחה. על קביעתי זו העלה חברי השופט טולברג את התמיהה "מה בצע בחוק ההסמכה?" (פסקה 16 לחוות דעתו), בציינו כי אם חוק שעות עבודה ומנוחה אינו טומן בחובו איסור גורף על פתיחת עסקים בשבת, אזי נקודת המוצא היא שפתיחתם מותרת. אולם, זוהי להבנתי בדיוק ההצדקה העומדת ביסוד חוק ההסמכה. מושכלות יסוד הן כי

אין נועלים בפני אזרח שערי פרנסה "ואין יורדים לחייו בדרך אדמיניסטרטיבית בלבד" (בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399, 407 (1951)). אמת, לרשות מינהלית אין סמכות זולת זו שהוענקה לה בחוק: "התימרה הרשות לחרוג מהתחום המוקצב, יוצאת היא מתחום הכרתו של הדין, ומבחינתו של זה מעשיה כמותם ולא היו" (ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 35 (1987); ראו גם: זמיר, בעמוד 73; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97 (2010) (להלן: ברק-ארז)). כפי שציינתי, ראשיתו של חוק ההסמכה בספק שהתעורר ביחס לסמכותן של רשויות מקומיות להתקין בחוקי העזר הוראות שעניינן איסור פתיחת עסקים בשבת (ראו לעיל בפסקה 38; ראו והשוו לעניין חוק הסמכה דומה שעניינו במכירת בשר חזיר: עניין סולודקין, בעמודים 602, 607-608). בא חוק ההסמכה והקנה לעירייה סמכות "להסדיר פתיחתם וסגירתם של חנויות ובתי מלאכה [...] "ב"מי המנוחה, בהתחשב בטעמים שבמסורת דתית". בהתאם לכך, קבע הנשיא מ' שמגר בעניין תאטראות ישראל כי "אין בסעיף 249(20) כדי לקבוע לרשות המקומית הכוונה מחייבת אלא המדובר בהענקת כוח בלבד. הדבר גם מובן, שהרי מדובר על הוראה מסמיכה, שעצם הפעלתה ואופן יישומה מושארים בידיה של הרשות המקומית" (שם, בעמוד 207); בהתאם לכך, קבעתי בזמנו בעניין ברמד כי אם אופיה של העיר מצדיק לדעת העירייה להתיר שעסקים מסוימים יהיו פתוחים בשבת, עליה לשנות את חוק העזר (ראו: שם, בפסקה 52), ובעקבות זאת חוקקה העירייה את התיקונים מושא ענייננו. זו הייתה עמדתי גם בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, וזו עמדתי עתה.

57. מטעם זה גם אין בידי להסכים לגישתו של חברי השופט סולברג, לפיה אין לראות בחוק ההסמכה חוק מאוחר לחוק שעות עבודה ומנוחה. מן המפורסמות שחוק לא נחקק אך לשם החקיקה. לא הרי הדין שהיה קיים קודם לחוק ההסמכה כהרי הדין עתה. חוק ההסמכה שינה את פניה של פקודת העיריות, שקדמה לחוק שעות עבודה ומנוחה. סעיף 249(20) לפקודה, שהיה קיים גם טרם חוק ההסמכה אך נקבע כי לא ניתן לשקול במסגרתו שיקולי מסורת דתית, פשט צורה, ובעקבות סעיף 249(21) לבש צורה חדשה. לפיכך, כפי שציינתי (ראו לעיל בפסקה 43), אפילו הייתה סתירה בין חוק ההסמכה לבין חוק שעות עבודה ומנוחה, אזי בהתאם לאמות המידה הלבר-פרשניות הנהוגות עמנו חוק ההסמכה גובר בהיותו חוק מאוחר. זאת, בשים לב לכך שנחקק בשנת 1990, בעוד שסעיף 9א הוסף לחוק שעות עבודה ומנוחה בשנת 1969.

58. אשר להערתו של חברי השופט סולברג בדבר הצורך "לקצץ מוטת כנפיה" של עילת הסבירות (ראו פסקאות 35-36 לחוות דעתו), אדגיש כי דעתי אינה כדעתו. עילת הסבירות נהוגה בפסיקתו של בית משפט זה ככלי חיוני להפעלת ביקורת על החלטתה של רשות מינהלית מזה קרוב לארבעה עשורים (ראו: בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 435-449 (1980); ראו גם: ברק-ארוז, כרך ב בעמודים 723-769, ובמיוחד בעמוד 733). לדידי, עילת הסבירות אינה נפגמת מעצם היותה נורמה מופשטת או מושג שסתום. אדרבא, "עובדה זו מאפשרת לסבירות להיות 'הגשר שבאמצעותו המשפט עשוי לתת פתרונות מודרניים לבעיות החברתיות החדשות'" (בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ פסקה 2 לפסק דיני (12.2.2015); עוד על חשיבותה של עילת הסבירות במשפטנו המינהלי, ראו למשל: שם, בפסקאות ג-ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ובפסקאות 3-6 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות; ראו גם: בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 486-489, 510-512 (2007), אליו הפנה חברי השופט סולברג (באותו מקרה נותרה עמדת השופט א' גרוניס בעניין עילת הסבירות, שהובאה על ידי חברי, במיעוט, ואילו השופטות א' פרוקצ'יה וע' ארבל עמדו על מעמדה של עילת הסבירות וחשיבותה)). עוקץ עמימותה ממילא קהה לאחר שנים ארוכות שבהן עוצבה מקרה אחר מקרה במשפט המקובל נוסח ישראל, שהעמיד בידינו גוף מקיף של כללים ליישומה.

59. עמדתי, כאמור, לא השתנתה, והיא כי העירייה מוסמכת להתקין בחוקי העזר הוראות שעניינן הסדרת פעילות עסקים בשבת. יישומה של סמכות זו צריך לעמוד באמות המידה המקובלות במשפטנו המינהלי, ובפרט עליו להיות מידתי. עוד קבעתי (ראו לעיל בפסקאות 49-51) כי התיקונים מושא ענייננו מצויים בגדרי מתחם המידתיות המסור לעירייה, ועל כן אין מקום להתערב בהם. קביעה זו אין משמעה כי לא קיימים מתווים אחרים להסדרת פעילות עסקים בשבת המצויים גם הם בגדרי מתחם המידתיות. אם, לדוגמא, הייתה העירייה סבורה כי יש מקום להבחנה בין בתי עינוג לבין בתי עסק בחוק העזר ולהתיר רק את פתיחת הראשונים – אף שאין להבחנה זו עיגון בחקיקה – והיה מאן דהוא עותר כנגד חוק עזר היפותטי שכזה, לא היה לדעתי מקום להתערב גם בו. עצם הפעלתה של הסמכות המוקנית לה, ואופן יישומה בגדרי מתחם המידתיות, מסורים לידי העירייה.

60. בעניין ברמד לא היה ספק שחוק העזר לא התיר פתיחת עסקים בשבת. לפיכך קבעתי שם כי על העירייה לפעול במטרה שבתי עסק יהיו סגורים בשבת ואם אופיה של העיר מצדיק לדעת העירייה להתיר שעסקים מסוימים יהיו פתוחים בשבת, עליה לשנות את חוק העזר. זאת – כך הערתי (ראו: שם, בפסקה 49) – לא כביטוי להכרעה ערכית בעניין אופיה הרצוי של השבת, אלא כביטוי להשקפה שאת החוק, לרבות חוק העזר, צריך לקיים. הדברים יפים גם במקרה שלפנינו. הכרעתי אינה מבקשת לבטא השקפה "חילונית" או "דתית". פסק דיני זה משקף את מה שבעיני הוא פרשנותו הנכונה של החוק, והכל כפי שהסברתי בהרחבה.

ה נ ש י א ה

השופט י' דנציגר:

אני מצטרף בהסכמה מלאה לפסק דינה המקיף של חברתי הנשיאה.

בלב העניין - שאלת השבֵּת. כיצד ראוי לנהוג בה וכיצד לקיימה. שאלה זו היא שאלה ערכית, והתשובה לה משתנה בהתחשב בזהותו של המשיב. ההכרה בכך תומכת כמובן במסקנה, כי שיקול הדעת בקביעת האיזונים בעניין השבֵּת ראוי שלא יופעל באופן כללי "ברמה הלאומית", אלא באופן ממוקד ומתחשב יותר, ביחס לכל מרחב עירוני, בשים לב לשונות ורב-הגוניות בין האוכלוסיות המרכיבות את הערים השונות. בדרך זו ניתן יהיה להביא לידי ביטוי באופן מיטבי את צביונם וייחודיותם של הערים ותושביהן. כך ניתן יהיה לתת ביטוי מירבי לרצונות החופשיים ולאוטונומיות של התושבים. התפישה שראוי לאחוז בה, כפי שהיטיבה חברתי הנשיאה לציין, היא תפישה של "תְּיָה וְתָן לְחַיִּוֹת". בחברה המורכבת מפְּסִיפּס אנושי מורכב, תפישה זו היא הכרחית וחיונית. היא אבן היסוד לחיים משותפים ומוצלחים. במובן זה, כאמור, קשה להעדיף קביעה ערכית במישור "הלאומי", שמטבעה היא יותר כוללנית ופחות פלורליסטית, על-פני קביעה מצומצמת יותר, המכוונת לצביון מקומי בלבד. ראוי להוסיף ולומר כי השבֵּת אינה אחת. אין דרך יחידה ונכונה לקיימה. אפשר כך ואפשר אחרת. בהקשר זה, חוששני כי החלוקה הדיכוטומית בין מי ש"מקיים" את השבֵּת לבין מי ש"מפר" אותה, יש בה כדי להשטיח את המציאות ואת מורכבותה. הדברים אמורים בפרט ביחס לחשש שאותו הביע שר הפנים, לפיו מראיתה וצביונה הלאומיים והדתיים של השבֵּת ישתנו כאחת, וחלף "הסכמה לאומית" בנדון תבוא פוקה ומבוקה ומבִּלְקָה. כאמור, חשש זה מניח לכאורה שיש "דרך לאומית" אחת ונכונה לקיים את השבֵּת, ולא היא.

ש ו פ ט

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה המדויק והממצה של חברתי הנשיאה.

התנהלותה של הרשות המבצעת במשך שנים, מלמדת כי למעשה היא החליטה שלא להחליט בעניין תוקפו של התיקון לחוק העזר העירוני. כאמור בפסק דינה של הנשיאה, יש לראות התנהלות זו כסירוב לא מנומק, שאינו עומד במבחן הביקורת השיפוטית. אף לעניין הרלוונטיות של חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, דעתי כדעת הנשיאה, כי בבסיס שני החוקים עומדות תכליות שונות, וכי "חלוקת העבודה היא כזאת: חוק שעות עבודה ומנוחה מסדיר את מנוחת העובד היהודי בשבת, ואילו חוקי העזר מטפלים בנושא פתיחתם (או סגירתם) של העסקים עצמם" (גדעון ספיר "וקראת לשבת עונג? עבודה מסחר ובילוי בשבת בישראל מקום המדינה ועד היום" מחקר משפט לא 169, 182 (2017); להלן: ספיר). כמו כן, איני סבור כי נפל פגם בשיקול הדעת של העירייה, שבחרה לחוקק הסדר מאוזן אשר מצוי בגדרי מתחם המידתיות.

2. ההחלטה להעניק דיון נוסף, התבססה גם על מעמדה הנכבד של השבת "בעולמה של היהדות", ואוסיף לכך את מעמדו הנכבד של הדיון אודות אופייה של השבת בחברה הישראלית. נוכח חשיבות הסוגיה, אדרש לכך בקצרה.

אני תמים דעים עם הנשיאה, כי "עמדת שר הפנים לא נתנה משקל הולם לשיקול בדבר מעמדה הייחודי-אוטונומי של העירייה" (פסקה 27 לפסק דינה). אכן, המקרה הנוכחי מדגים התנגשות בין השלטון המרכזי לשלטון המקומי. מערכת היחסים בין מערכות השלטון הללו היא מורכבת ולא כאן המקום למצות את הדיון (ראו בהרחבה: נחמיה אבנרי משפט המקום: שלטון עצמי מקומי וחקיקה מקומית 23-58 (2013) (להלן: אבנרי); שלום זינגר דיני שלטון מקומי: הווה ועתיד 121-147 (2013) (להלן: זינגר); יששכר רוזן-צבי "מקום הצדק": משפט השלטון המקומי ואי-צדק חברתי" עיוני משפט כח 417 (תשס"ו-תשס"ז)). כדי שלא לצאת פטור בלא כלום, אקדיש מספר מילים למעמדו של השלטון המקומי בהקשר של רב-תרבותיות, עיצוב המרחב הציבורי ויחסי דת ומדינה. אציין כי התייחסותי מובאת מפרספקטיבה רחבה, וכיוון שכך אינני נדרש להבחנות החוקיות בין עירייה לבין מועצה מקומית.

3. ניתן לזהות שתי תפיסות עקרוניות ביחס למעמדו של השלטון המקומי, ולצורך העניין נסתפק בתיאורו התמציתי של השופט פוגלמן, כפי שהובא בבג"ץ 4790/14 יהדות התורה נ' השר לשירותי דת (19.10.2014; ההפניות הושמטו):

"התפיסה המינהלית רואה את השלטון המקומי כחלק מהשלטון המרכזי. לפי תפיסה זו, השלטון המרכזי הוא מקור הסמכות של השלטון המקומי, ולשלטון המרכזי נתונות סמכויות פיקוח והתערבות על ובשלטון המקומי. עמדה זו משמיעה לעיתים גישה פטרנליסטית כלפי השלטון המקומי באשר ליחסיו עם השלטון המרכזי. היא רואה בשלטון המקומי כמי ש'סמוך על שולחן הממשלה' או זרוע של השלטון המרכזי; 'קבלן משנה' הממלא תפקיד מטעם גוף שלטוני אחר, כפוף להוראותיו ונתון לפיקוחו [...]

למול תפיסה זו, מקובלת תפיסה נוספת בעניין השלטון המקומי – היא התפיסה האוטונומית. לעומת קודמתה, תפיסה זו מייחסת לשלטון המקומי עצמאות כלפי השלטון המרכזי [...] היא מבוססת על הדעה שלפיה השלטון המקומי הוא גוף של ממשל עצמי-דמוקרטי המייצג את האינטרסים של התושבים המקומיים. היא רואה בשלטון המקומי כלי להגשמת ערכים קהילתיים-תרבותיים בעניינים שונים, קרי: מוסד שתפקידו לאפשר לחברי קהילה לנהל את ענייניהם ה'פנימיים' מבלי חדירה של המדינה, תוך שמירה על יכולתן של הקהילות לשלוט במרחב הציבורי שלהן ולתרגם את סדרי העדיפויות של חבריהן למדיניות ציבורית [...]

בפסיקה הובעו לאורך השנים (בהקשרים שונים) גישות שונות בהתייחס לתפיסות האמורות, עד שהיו שאמרו כי משפט השלטון המקומי 'מתנדנד כמטוטלת' בין שתי התפיסות המנוגדות של שלטון מקומי [...]"

בהמשך לדימוי המטוטלת אציין בהערת אגב, כי ספק בעיניי אם הרשות המחוקקת והרשות המבצעת משקיעות מאמצים מספקים לשיפור המסגרת הארגונית והחוקית שבגדרה פועלות רשויות השלטון המקומי. במרוצת השנים הוקמו ועדות, מומחים השקיעו זמן ומאמצים, אך חלק ניכר מן הדו"חות בנושא לא יושמו. בפרט ראוי לציון דו"ח הוועדה הממלכתית לענייני השלטון המקומי (ועדת זנבר), שאושר על ידי הממשלה עוד בשנת 1985, אך נזנח. גם הצעת חוק העיריות, שהוצעה מטעם הממשלה והונחה על שולחן הכנסת בשנת 2007, לא זכתה לקידום (לכתובה אקדמית אודות הצעת החוק הוקדש הגיליון הראשון של כתב העת חוקים, וכן מאמרו של רון שפירא "הרהורים על הצעת חוק עיריות חדש" דין ודברים ו 677 (2012)).

4. מכל מקום, שיטת המשפט הישראלית מכירה באוטונומיה של הרשויות המקומיות לפעול במסגרת סמכותן החוקית. בענייננו, ההסמכה היא מובהקת: החוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 40), התשנ"א-1990 (הידוע כחוק ההסמכה), מסמיך את העיריה לעצב את ההסדרים החוקיים המקומיים בעניין פתיחת בתי עסק בשבת. המשמעות היא כי בנושא רגיש זה, המחוקק בחר להעביר את הסמכות לרשות המקומית, שתפעל על פי שיקוליה ובהתאם לאופי התושבים והמקום (ראו פסקאות 26-29 לפסק דינה של הנשיאה). במידה רבה, נקודת מוצא זו היא גם נקודת הסיום שמכתיבה את דחיית העתירה. אם ראיתי להוסיף על כך, הדבר נעשה רק כדי להרחיב את זווית הראיה, ולהצביע על כך שחוק ההסמכה הינו רק ענף אחד מענפיו של עקרון רחב יותר, שמתבטא בחקיקה, בפסיקה ובספרות המשפטית.

5. חקיקה: הדוגמה הבולטת להתחשבותו של המחוקק באופי המקומי – היא חוק ההסמכה מושא דיוננו, אך ניתן לזהות מגמה דומה בחוקים נוספים הנוגעים ליחסי דת ומדינה. האיסור על מכירת בשר חזיר נמסר לשיקול דעתן של הרשויות המקומיות (חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), התשי"ז-1956), וכך גם פתיחת בתי עינוגים בתשעה באב (חוק איסור פתיחת בתי עינוגים בתשעה באב (הסמכה מיוחדת), התשנ"ח-1997). האיסור על הצגת חמץ בפומבי בפסח אינו חל בישוב שמרבית תושביו אינם יהודים (סעיף 2 לחוק חג המצות (איסורי חמץ), התשמ"ו-1986), ואף האיסור על גידול חזיר מחריג מספר רשויות מקומיות המנויות בתוספת לחוק איסור גידול חזיר, התשכ"ב-1962. מזווית נוספת, חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971, מסדיר את שירותי הדת בדרך של הקמת מועצות דתיות מקומיות, ומועצת הרשות המקומית משפיעה באופן ניכר על מינוי חברי המועצה (סעיף 2 לחוק; אך ראו גם סעיף 6א), וגם על מינוי רב עיר (תקנה 7 לתקנות שירותי הדת היהודיים (בחירות רבני עיר), התשס"ז-2007).

6. פסיקה: בפסק דינה של הנשיאה הובאו פסקי דין שהדגישו את החשיבות של יצירת הסדרים מקומיים בנושא פתיחת וסגירת עסקים בשבת, וכן בהקשר של מכירת בשר חזיר ומוצריו, בהתאם לחקיקה שהוזכרה לעיל. על כך ניתן להוסיף אמירות בעלות גוון כללי יותר. כך, למשל, הטעים השופט חשין בבג"ץ 6741/99 יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 705 (2001): "שלא כמדינה, שמדיניותה היא על-פי עצם טיבה כלל-מדינתית, רשות מקומית מוסמכת וחייבת לרכז עצמה – בכפוף ליוצאים ספציפיים המנויים בחוק – אך בתחומיה בלבד, ומדיניותה חייבת שתבטא אינטרסים מקומיים של הרשות ושל תושביה. רשות מקומית אמורה לדאוג לקהילתה – לא לכלל

קהילת המדינה – ומדיניותה חייבת שתתאים עצמה לכלל הקהילה המתגוררת בתחום הרשות”.

בעניין אחר, התייחס השופט חשין באופן ישיר לאספקת שירותי דת על-ידי הרשות המקומית:

”הגם שהדת – בתורת שכזו – אינה יודעת גבולות לא של מקום ולא של זמן, הנה שירותי הדת הינם בעלי אופי מקומי ואמורים הם להתאים עצמם לצורכיהם הספציפיים של התושבים ברשות מקומית פלונית או אלמונית [...] הדרישות לשירותי דת יהודיים, הגם שיש לכולן מכנה משותף אחד, משתנות הן בהדגשיהן מקהילה לקהילה, על-פי אורחות-חייה וצרכיה של כל קהילה וקהילה; הדרישות לצורכי הדת יכולות שתהיינה הטרוגניות ותלויות בהשקפת-עולם” (בג”ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ’ השר לענייני דתות, פ”ד נב(5) 241, 253 (1998)).

קדמו לכך דבריו של השופט אלון, שהתבטא ברוח זו: ”בבחירות לרשות המקומית בא לידי ביטוי, בראש ובראשונה, רצונם של תושבי אותה רשות בכל הנוגע לעניינים המוניציפאליים שבאותו מקום, ושירותי הדת, המסופקים על-ידי המועצה הדתית, מהווים חלק מהותי מצרכים מוניציפאליים אלה” (בג”ץ 121/86 סיעת ש”ס נ’ השר לענייני דתות, פ”ד מ(3) 462, 466 (1986)).

יפים לענייננו גם דבריה של השופטת דורנר בבג”ץ 2838/95 גרינברג נ’ המועצה המקומית קצרין, פ”ד נג(1) 18 (1997) (במיעוט לעניין התוצאה):

”הפניית הטיפול בעניינים מקומיים לרשויות מקומיות מבוססת על ההשקפה כי מוטב שעניינים מקומיים יוסדרו לפי תנאי כל מקום וצרכיו. פתרון ההולם בעיה מסוימת ביישוב פלוני אינו מתאים בהכרח ליישוב אלמוני. לרשות המקומית יש יתרון יחסי על פני השלטון המרכזי בטיפול בבעיות המקום. בנוסף לכך, ראוי הוא משיקולים דמוקרטיים, שעניינים מקומיים יתנהלו לפי רצונם ושאיפותיהם של תושבי המקום, ועל-ידי נבחריהם”.

7. גם בספרות ובכתיבה אקדמית של מלומדי משפט ניתן למצוא ביטוי להכרה במעמדה המיוחד של הרשות המקומית, ומתוכם נביא חלק מן המקורות הרלוונטיים

לענייננו. פרופ' יצחק זמיר סבר כי מעמדה המיוחד של הרשות המקומית מתבטא אף בהקשר של הסדרים ראשוניים, באומרו: "דבר אחד הוא להפקיד סמכות לקביעת הסדרים ראשוניים בידי רשות מקומית, כמו עירייה, שהיא גוף דמוקרטי הנושא באחריות ישירה בפני התושבים. דמוקרטיה, ולו גם דמוקרטיה בזעיר אנפין, זכאית לסמכות גורפת לשרת את התושבים על-פי המדיניות שתקבע. דבר אחר הוא להפקיד סמכות כזאת בידי שר או רשות מינהלית אחרת" (יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א 81, 103 (1992); ראו גם יצחק זמיר הסמכות המינהלית – כרך א 457-446 (מהדורה שניה; 2010)).

פרופ' מנחם מאוטנר התייחס לסוגיה זו במסגרת הדיון על מדינת ישראל כמדינה רב-תרבותית. לשיטתו, הפתרון לחוסר הסכמה שנובע מהשתייכות תרבותית שונה, הוא יישום של עקרון הביזור. לדבריו:

"הביזור צריך להיות עיקרון חשוב בחייה של המדינה הרב-תרבותית. אזרחיה של מדינה כזו צריכים לסגל לעצמם תפיסה שלפיה אין המדינה אמורה לממש בצורה נרחבת את התפיסות הנורמטיביות שלהם, במסגרת ההסדרים האחידים שלה. אלא, האזרחים של המדינה הרב-תרבותית צריכים לצפות לכך שהם יוכלו לממש את התפיסות הנורמטיביות שלהם באורח נרחב ברמה התת-מדינתית, קרי: ברמה המוניציפלית, בקהילות תרבותיות, בהתאגדויות [...] בניסוח אחר ניתן לומר שהאזרחים של המדינה הרב-תרבותית צריכים לסגל לעצמם הכרה שלפיה רק חלק מההסדרים הנורמטיביים שיחולו עליהם יהיו אחידים, בעוד שחלק אחר יהיו דיפרנציאליים – הם יחולו על חלק מהאזרחים בלבד" (מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 322 (2008)).

בהמשך לכך, מתייחס מאוטנר באופן ספציפי למימוש עקרון הביזור בנוגע לאופי הציבורי של השבת בישראל. נוכח הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית, השבת נקבעה כיום המנוחה הרשמית, אך בכל הנוגע לתוכן הספציפי שיתבטא במרחב הציבורי, מאוטנר תומך בפיתרון שיאפשר לקהילות שונות לעצב הסדרים מתאימים לאופי המקום, ובלבד שלא תיגרם פגיעה חריפה באדם שתרבותו ואמונותיו שונות (שם, בעמ' 327-326; השוו להצעתו של ספיר, בעמ' 223 ולפיה ניתן לקבוע בחקיקה ראשית הסדר ברמה הארצית ובצד זה להסמיך את הרשויות המקומיות לשנותו ברוב מיוחס; וראו הצעת חוק השבת, התשע"ו–2016). ראוייה לציון גם הערתו של מאוטנר, כי המענה לחסרונותיו של עקרון הביזור – הוא פיתוח סולידריות חברתית והדגשת הטוב

המשותף (שס, בעמ' 331 ובהמשך; להרחבה על מגמות ואתגרי הביזור ראו ישי בלנק "מקומו של ה'מקומי': משפט השלטון המקומי, ביזור ואי שוויון מרחבי בישראל" משפטים לד 197 (תשס"ד-תשס"ה); ישי בלנק "ממלכתיות מבוזרת: שלטון מקומי, היפרדות ואי-שוויון בחינוך הציבורי" עיוני משפט כח(2) 347 (2004); ישי בלנק "קהילה, מרחב, סובייקט – תזות על משפט ומרחב בעקבות ספרו של יששכר (איסי) רוזן-צבי" דין ודברים ב 19 (תשס"ו)).

במסגרת מאמצייה של פרופ' רות גביון למצוא מזור למתח המתמשך ביחסי דת ומדינה בישראל, היא נדרשה גם לשאלות הקשורות לאופי החיים הציבוריים. פרופ' גביון הביעה צער על כך "שמאבקים אלה מתנהלים תחת כותרות עקרוניות כל-כך, ושהם מתדרדרים לאיום על שלטון החוק ועל הלגיטימיות של המוסדות המוסמכים לקבל החלטות משותפות בחברה שלנו. בין השאר, הדבר נובע מן השבר שחל במגנוני המשא-ומתן והפשרה". בהמשך לכך, הדגישה גביון כי "חלק מן הכפייה שבאכיפת אופי מסוים של פרהסיא ניתן לצמצום באמצעות הגבלות מרחביות", וכדוגמה לכך ציינה את הפעילות במרחב הציבורי בשבת (רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 213, 258-259 (עורכים: מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוני שמיר; 1998)). ואכן, מי שיעצום עיניו מלראות את ההבדל בין אוכלוסיית רמת-גן לאוכלוסיית בני-ברק, או בין ירושלים לתל אביב, ויחזור לפיתרון אחיד ונוקשה, ימצא עצמו כופה הסדר תרבותי בלתי הולם בצורה נרחבת. ההבדלים אינם רק בין עיר לעיר. בעיר עצמה יש הבדלים בין שכונה לשכונה ובין אזור לאזור, והרשות המקומית אמונה על הבחנות אלה. השינויים וההבדלים ברובד המוניציפלי אינם רק במישור הגיאוגרפי-טריטוריאלי, אלא גם על ציר הזמן. מה שנכון לאתמול אינו נכון בהכרח להיום, ומכאן הצורך לאפשר לרשות המקומית, כמי שנמצאת עם "יד על הדופק", את הגמישות הנדרשת. איננו צריכים להרחיק עדותנו, הנה כי כן "העיר תל-אביב של אותם הימים היתה בית בודד על החוף" אך כיום תל אביב היא עיר תוססת ושוקקת, עיר ללא הפסקה, וצביונה בשנות האלפיים אינו כצביונה לפני עשרות בשנים.

8. לאחר שסטינו קמעא, נשוב לדרכנו ונצביע על המסקנה הממוקדת: המשפט הישראלי מכיר באוטונומיה הנתונה לרשות המקומית להפעיל את סמכותה החוקית בהתאם לאופי תושביה ולצביון המקומי. אכן, "בהיבט של מקור הסמכות, על פי עקרון חוקיות המינהל [...] הרשויות המקומיות תלויות בחסדי רשות שלטונית (מחוקקת או מבצעת) המעניקה להן את הכוח לפעול. מן הצד שכנגד, בהיבט של תוכן הסמכות, החיקוקים המסמיכים השונים מעניקים לרשות המקומית סמכויות ביד רחבה" (אבנרי,

בעמ' 91; ההדגשות במקור). זהו העיקרון הכללי, ובפרט בסוגיות של דת ומדינה הוא נושא עימו יתרונות לא מבוטלים: יצירת מרחב ציבורי שיתאים לאופי הסביבה ולאורח החיים של תושבי המקום, לצד צמצום הכפייה על אוכלוסיות תרבותיות שונות. עם זאת, לא מדובר בפתרון קסם, ויישומו של עיקרון זה מחייב זהירות ורגישות.

כמו כן, האוטונומיה הנתונה לרשות המקומית כמובן אינה מוחלטת. סמכויות פיקוח והתערבות מצד רשויות השלטון המרכזי מפורטות בדברי חקיקה שונים. בין היתר, חקיקת חוקי עזר כפופה לסמכותו של שר הפנים מכוח סעיף 258 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. במקרה הנוכחי איננו נדרשים למצות את הדיון בסוגיית גבולות האוטונומיה של הרשות המקומית או בגדרי סמכותו של שר הפנים להתערב בתוכנו של חוק עזר עירוני (בהקשר זה ראו פסקה 26 לפסק דינה של הנשיאה, והשוו: בג"ץ 58/53 הויז נ' עיריית חיפה, פ"ד ז 701, 713 (1953); בג"ץ 6249/96 התאחדות הקבלנים והבונים בישראל נ' ראש עיריית חולון, פ"ד נב(2) 43, 47 (1998); בג"ץ 7186/06 מלינובסקי נ' עיריית חולון, בפסקאות נז-סב (29.12.2009); בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים, בפרט בפסקה 41 (2.1.2013); אבנרי, בעמ' 78-84; זינגר, בעמ' 211).

לטעמי, על דרך הכלל ניתן לומר שהיקף ההתערבות הלגיטימית של שר הפנים (או רשות אחרת מרשויות השלטון המרכזי) עומד ביחס הפוך להיקף שיקול הדעת הנתון לרשות המקומית בהתאם לחוק המסמיך ולתכליתו (השוו בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 621 (2004)). בענייננו, המחוקק הסמיך את הרשות המקומית לפעול על פי שיקול דעתה אשר מחייב, כאמור, התאמה לאופי התושבים והמקום. מועצת עיריית תל אביב ישבה על המדוכה ועיצבה הסדר מדוד ומאוזן שמבטא שמירה על אופיה של השבת במרחב הציבורי לצד התחשבות בצרכי היומיום של חלק נכבד מתושבי העיר. לשם השוואה, באמנת גביזון-מדין הוסכם על איסור כללי על פעילות מסחרית בשבת ועם זאת הוצע להתיר פעילות מוגבלת של חנויות מכולת קטנות (יואב ארציאלי אמנת גביזון-מדין: עיקרים ועקרונות 40 (המכון הישראלי לדמוקרטיה; התשס"ג)).

כפי שהובהר, איננו מדברים על חופש מוחלט שבו "הרשות נתונה" לכל רשות מקומית לעשות כרצונה, אלא על מתחם של שיקול דעת במסגרת החוק המסמיך. בנסיבות המתוארות, אין בנימוקיו של שר הפנים עילה מספקת להתערבות בשיקול דעתה של העירייה ואין הצדקה לביטול חוק העזר העירוני.

לפני סיום אעיר כי לאור מעמדה המיוחד של השבת במדינת ישראל ועל רקע ההבחנה בין המישור המקומי לשלטון המרכזי, לא מצאתי לבחון את שנעשה בתחום זה במדינות הים. בהקשר זה, אומר בקצרה כי ההסדר שנקבע על ידי עיריית תל אביב הוא מתון בהשוואה למגמה הכלל עולמית של צמצום המגבלות על פעילות מסחר בימי המנוחה (ראו תומר יהוד ואריאל פינקלשטיין "חוקי המסחר והעבודה ביום המנוחה במדינות העולם: מחקר השוואתי" (המכון לאסטרטגיה ציונית; יולי 2016)).

9. טוֹף דָּבַר: בכל הנוגע לעתירה שבפנינו, דעתי כדעת הנשיאה.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. ושוב, השבת. המלכה שמדינת ישראל מחייבת את בית המשפט להגדיר את גבולות ממלכתה.

בהליך הנוכחי מועלית לדיון נוסף שאלת חוקיותם של שני תיקונים לחוק עזר לתל אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות), התש"ם-1980, ק"ת התש"ם, 1448 (להלן: חוק העזר), המגמישים ומצמצמים את היקף האיסור שהטיל בשעתו חוק העזר על פתיחת עסקים בשבת ומועדי ישראל. הראשון שבהם – חוק עזר לתל אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות) (תיקון), התשע"ה-2015, ק"ת חש"ם 358 (להלן: התיקון הראשון) – מתיר את פתיחתן של "חנויות נוחות" בתחנות דלק, וחנויות אחרות – "לרבות כל משרד, בית מסחר, קיוסק [...] עינוג ציבורי, בית מלאכה או בית חרושת" – בשלושה מתחמים מוגדרים בעיר. כמו כן, מפחית התיקון הראשון באופן משמעותי את המגבלות על מתכונת הפעלתם של בתי קפה, מונח הכולל גם "מסעדה, בר, חנות לממכר גלידה וכל בית אוכל אחר", ובתי מרקחת בכל רחבי העיר. רכיב נוסף של התיקון – סמכות להעניק היתר לפתיחת מרכולים בשבת ומועדי ישראל ברחובות מסוימים – נפסל על ידי שר הפנים דאז, גדעון סער. לצד הטענה כי מדובר בהכשרת פעילות של בתי עסק "אשר משך שנים רמסו את חוק העזר ברגל גסה", ולא בהסדר המבוסס על קריטריונים ענייניים, נומקה הפסילה בפגיעה הבלתי מידתית של פתיחת המרכולים במתווה שהוצע "בערך השבת כיום המנוחה הכללי במדינת ישראל".

בעקבות פסילת רכיב זה של התיקון הראשון, אישרה מועצת עיריית תל אביב-יפו תיקון שני – הלא הוא חוק עזר לתל אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות)

(תיקון), התשע"ז-2017, ק"ת חש"ם 698 (להלן: התיקון השני). כקודמו, תיקון זה מסמיך את ראש העירייה להעניק היתרים לפתיחת מרכולים בשבת ומועדי ישראל. עם זאת, המתווה שהוצע בתיקון השני מפורט, מבוסס ומידתי יותר במובנים רבים: ראשית, הוא מגביל את גודל ואופי המרכולים – ומבהיר כי ניתן יהיה להתיר אך ורק פתיחה של קיוסקים, או בתי עסק המשמשים "לממכר מזון ומוצרי צריכה לשימוש אישי או ביתי, שאין בו טיפול במזון, לרבות משלוח מזון", אשר גודלם אינו עולה על 500 מ"ר. התיקון השני מגביל גם את מספר ההיתרים, ומכפיף את סמכות ראש העירייה ל"מכסה אזורית" מקסימלית – שנקודת המוצא לחישובה היא 15% "מתוך מספר היחידות המשמשות למסחר במזון באותו אזור בכל ימות השבוע". כמו כן, מעניק התיקון עדיפות מובהקת לפתיחת מרכולים השוכנים באזורים מרכזיים וסואנים ממילא, תוך צמצום הפגיעה בצביון השבת בשכונות המגורים, ומתווה קריטריונים שוויוניים וברורים להקצאת ההיתרים, על מנת שלא יהיה חוטא נשכר.

התיקון השני הובא אף הוא לאישור שר הפנים דאז, גדעון סער, אשר עמד על אופיו המצומצם יחסית, בהשוואה לקודמו. עם זאת, השר סבר כי יש מקום לבירור נוסף בנוגע להיבטים מסוימים של התיקון – הקריטריונים למתן ההיתרים, והיקף שיקול הדעת המאפשר לרשות להגדיל בעתיד את מכסת ההיתרים. לפיכך, הורה השר על עיכוב פרסומו של התיקון השני ברשומות, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 258(ג) לפקודת העיריות [נוסח חדש], והותיר את ההחלטה הסופית בסוגיה למחליפו. דא עקא, המחליף נמנע מהכרעה, סמכותו – שהועברה בשלב מסוים לידי ממשלת ישראל – הוחזרה מאוחר יותר לשר הפנים הנוכחי, אריה דרעי, אך ההחלטה בוששה לבוא. על רקע שתיתקם המתמשכת של שר הפנים והממשלה, ניתן פסק הדין מושא הדיון הנוסף, במסגרתו דחה בית משפט זה (הנשיאה מ' נאור, והשופטות א' חיות וד' בוק-ארז) את השגות העותרים בבג"ץ 6322/14 ובבג"ץ 996/15 (להלן: התאחדות הסוחרים), קיבל את עתירת עיריית תל אביב (בג"ץ 4558/15) בנוגע לתיקון השני, והכשיר את שני התיקונים לחוק העזר (להלן: פסק הדין). תחילה, נקבע כי ההימנעות המתמשכת מקבלת החלטה סופית באשר לגורל התיקון – תוך חריגה מן המועדים הקבועים בסעיף 258 לפקודת העיריות, הפרת החובה הכללית לפעול בשקידה ראויה, והתעלמות מהסכמות דיוניות שהושגו – כמוה "כהחלטה לפסול את תיקון מס' 2 ללא נימוקים" (פסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור). נטל הוכחת חוקיות ההחלטה עבר, אפוא, אל כתפי המדינה – שלא הרימה אותו, ולא הציגה כל טעם לפסילת התיקון השני.

לגופן של טענות התאחדות הסוחרים, נקבע כי החוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 40), התשנ"א-1990, ס"ח 1336, 34 (להלן: חוק ההסמכה), מסמיך מפורשות את

הרשויות המקומיות להסדיר פתיחה וסגירה של עסקים בשבת ומועדי ישראל – וכי התיקונים אינם מנוגדים להוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, הואיל והאחרון "עניינו הסדרת יחסי העבודה הפרטניים בתוך בתי העסק פנימה. להבדיל, התיקונים לחוק העזר מסדירים את פעילות בתי העסק ללא תלות בזוהר העובד". אשר למישור שיקול הדעת, נקבע כי התיקונים באים בגדרי מתחם המידתיות, ומגשימים את תכליות חוק ההסמכה – עריכת איזון בין הזכויות המתנגשות, בהתאם למאפייניה הייחודיים של כל רשות מקומית. טענות העותרת בבג"ץ 2998/15, אשר ביקשה להרחיב את רשימת המתחמים שבהם התיר התיקון הראשון לפתוח חנויות, נדחו אף הן.

התאחדות הסוחרים, שלא השלימה עם התוצאה, עתרה בבקשה לדיון נוסף – בה שבה, בין היתר, על הטענה כי התיקונים לחוק העזר עומדים בסתירה לחוק שעות עבודה ומנוחה, האוסר, לגישה, את עצם קיומו של מסחר בשבת. זאת ועוד, התאחדות הסוחרים מצאה כי אף שהדבר לא הובא בזמן אמת לידיעת בית המשפט, שר הפנים חתם כבר ביום 9.4.2017 – עשרה ימים עובר למתן פסק הדין – על מכתב שנועד להישלח לראש עיריית תל אביב-יפו, ובו החלטה מנומקת בדבר פסילת התיקון השני (להלן: ההחלטה המנומקת). על פי השקפתה, בנסיבות אלה, ובהתחשב בהשלכות המהותיות של פסק הדין על החברה הישראלית כולה, לא ניתן להתעלם מעמדת השר, ויש לבחון את נימוקיו בטרם פסילת ההחלטה. שר הפנים הצטרף לעמדה זו, ואילו המדינה סברה כי יש מקום לקיום דיון נוסף אך בשאלת היחס שבין חוק שעות עבודה ומנוחה וחוק ההסמכה – אם כי, לגופם של דברים, מקובלת עליה הכרעת פסק הדין בסוגיה זו. ביום 12.7.2017 קיבל המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין את בקשת התאחדות הסוחרים, וקבע כי "הדיון הנוסף יחול על פסק הדין כולו". מכאן הדיון שבפנינו.

2. בטרם אכנס בעובי הקורה, אקדים ואשרטט קווים כלליים לדמותה של השבת, עליה – כך מספר התלמוד הבבלי – אמר הקדוש ברוך הוא למשה רבנו, אבי הנביאים:

"מתנה טובה יש לי בבית גנזי, ושבת שמה, ואני מבקש
ליתנה לישראל. לך והודיעם" (בבלי, שבת י' ע"ב).

"מתנה" זו תופסת מקום מרכזי בעולמה של היהדות – ומצאה מקום של כבוד בעשרת הדברות, בתפר שבין מצוות היסוד שבין אדם למקום, ואלה שבין אדם לרעהו. השבת נושאת על גבה דואליות נורמטיבית כפולה. האחת – האוניברסלי לעומת הפרטיקולרי.

העולם מול העם היהודי. בכתבי הקודש יש הבחנה בין "שבת בראשית" ו"השבת היהודית". במובן זה, השבת עברה תמורות. בסיום סיפור הבריאה בפרשת בראשית, שבת הוצגה כ"כתר הבריאה" – "ויברך אלהים את יום השביעי ויקדש אותו כי בו שבת מכל מלאכתו אשר ברא אלהים לעשות" (בראשית, ב', ג'). האבן עזרא מבהיר כי "לעשות" משמעו המשך העשייה על ידי האדם, מהיום השמיני והלאה. בניית העולם הפיזי הסתיימה, אפוא, בשישה ימים, אך מבחינה מוסרית העולם טרם הושלם. השבת היא המגשרת בין בריאת העולם הפיזי ויצירת האדם האמון על המשך בנייתו הרוחנית (ראו הערותיו של הדיין ד"ר Isidor Grunfeld לספר "חורב" של רש"ר הירש J SAMSON RAPHAEL HIRSCH, HOREB: A PHILOSOPHY OF JEWISH LAWS AND OBSERVANCES, [Volume I, 273 (the Soncino Press, 1962).

השלב השני בהתפתחות השבת הוא חובת "שמור וזכור" המוטלת על היהודי ביחס ליום השבת. כפי שכתוב בעשרת הדברות בספר שמות –

זכור את יום השבת לקדשו. ששת ימים תעבוד, ועשית כל מלאכתך. ויום השביעי שבת ליהוה אלהיך: לא תעשה כל מלאכה אתה ובנך ובתך, עבדך ואמתך ובהמתך, וגרך אשר בשעריך. כי ששת ימים עשה יהוה את השמים ואת הארץ, את הים ואת כל אשר בס, וינח ביום השביעי; על כן, ברך יהוה את יום השבת ויקדשהו" (שמות, כ', ח'-י"א).

עולה כי השבת נושאת אופי מורכב ורב פנים. אכן, בתפילות השבת ובקידוש מוזכרים הן ההיבט האוניברסלי ("זכור למעשה בראשית") והן ההיבט ההיסטורי היהודי ("זכור ליציאת מצרים").

קיימת גם דואליות נוספת. מן הצד האחד, שבת היא מצווה שבין אדם למקום, אך בה בעת היא גם מצווה שבין אדם לחברו. ליתר דיוק, בין אדם לתְּבָרָתוֹ. השאיפה היא ליצור חברה אחרת. חברה של שוויון ומנוחה. השבת אמורה להיות חוויה דתית המקרבת את האדם לבוראו, וגם חוויה חברתית שמפילה גדרות חברתיות ומקרבת את האדם לעצמו. יושם אל לב, המצווה בספר שמות – לפיה על כולנו לנוח ביום השבת: בעל הבית, האזרח והגר, ואף העבד (בזמן שמושג זה היה קיים) וחייית הבית. בהלכה מוכר אף המושג של "שביתת כלים" (ראו בבלי שבת, י"ח, ע"א). זוהי השבת – יצור מגוון, רב תכליות וממדים.

הנה כי כן, השבת מכילה היבט פרטיקולרי-לאומי, במסגרתו היא מוצגת כמעין תזכורת סמלית ומתמשכת לקשר יוצא הדופן שבין האל ועמו – קשר שזכה לביטוי

מכונן ביציאה מן העבדות במצרים לחירות רוחנית ולקבלת התורה. במובן זה, השבת מציינת את ייחודו הלאומי וייעודו הרוחני של עם ישראל: "אות היא ביני וביניכם, לדורותיכם, לדעת כי אני יהוה מקדישכם [...] ושמרו בני ישראל את השבת לעשות את השבת לדורותם ברית עולם. ביני ובין בני ישראל – אות היא, לעולם" (שמות ל"א, י"ג-י"ז). במקביל, אך תוך שמירה על הרמוניה, דמותה של השבת – כפי שהיא מצטיירת מעשרת הדברות בספר שמות (כ', ח'-י"א) ובספר דברים (ה', י"ב-ט"ו) – מבטאת גם חוויה אנושית אוניברסלית של יציאה מעבדות לחירות. היא מציבה את ההיבט הסוציאלי במרכז הבמה, וקוראת להפקת לקחים מחוויית השעבוד, תוך הפנמת ערכו של יום מנוחה המטשטש לרגע את פערי המעמדות החברתיים – "למען ינוח עבדך ואמתך כמוך".

נוכח ריבוי הרבדים והמשמעויות של השבת, אין זה פלא כי גם כאשר מסורות אחרות מצאו עצמן מיטלטלות ברוחות השינוי, או כורעות תחת נטל תפיסות עולם חדשות ומאתגרות, נשמרה בקרב הציבורי היהודי הסכמה רחבה לגבי חשיבותה. מפורסמים בהקשר זה דבריו של אשר גינצברג, "אחד העם", אשר סבר כי:

"אין צורך להיות ציוני או מדקדק במצוות בשביל להכיר ערך השבת [...] אפשר לומר בלי שום הפרזה, כי יותר משישראל שמרו את השבת, שמרה השבת אותם. ולולא היא שהחזירה להם את 'נשמתם' וחדשה את חיי רוחם בכל שבוע, היו התלאות של 'ימי המעשה' מושכות אותם יותר ויותר כלפי מטה, עד שהיו יורדים לבסוף לדיוטא התחתונה של חומריות ושפלות מוסרית ושכלית. ועל כן בודאי אין צורך להיות ציוני בשביל להרגיש כל הדר הקדושה ההיסטורית החופפת על 'מתנה טובה' זו" (אחד העם על פרשת דרכים כרך ג, פרק ל; ההדגשה הוספה).

חיים נחמן ביאליק, בוגר ישיבת וולוז'ין והמשורר הלאומי, העיר אף הוא ברוח זו כי "בלי שבת אין צלם אלוהים וצלם אנוש בעולם. אילו הייתה העבודה תכלית לעצמה הרי אין מותר לאדם מן הבהמה [...] השבת היא התרבות" (אגרות חיים נחמן ביאליק כרך ה, רכ"ח (פישל לחובר עורך, התרצ"ט)).

תפיסות אלה היכו עד מהרה שורש במשפטה של מדינת ישראל הצעירה. כבר ביום 9.6.1948 – פחות מחודש ימים לאחר הקמת המדינה – פורסמה בעיתון הרשמי פקודת ימי מנוחה, התש"ח-1948, אשר הכריזה על השבת, לצד יתר מועדי ישראל, כ"ימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל". חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, העניק לשבת מעמד ממשי ומוחשי יותר, וקבע כי "המנוחה השבועית תכלול [...] לגבי

יהודי – את יום השבת". הוראות אלה, שעל פרטיהן ארחיב להלן, מבטאות את התכליות המגוונות המאפשרות גם לאדם שאינו דתי להכיר בחשיבותה של השבת. כפי שציין הנשיא א' ברק לפני כעשור:

"ביסוד ההסדרים בעניין שעות המנוחה השבועית שבחוק שעות עבודה ומנוחה מונחות שתי תכליות המשלימות זו את זו [...] התכלית האחת היא תכלית חברתית-סוציאלית, הדואגת לרווחת העובד והמעניקה לו הגנה סוציאלית [...] התכלית השנייה היא תכלית דתית-לאומית, הרואה בשמירת השבת ליהודים משום הגשמה של אחד הערכים החשובים ביותר ליהדות שיש להם אופי לאומי" (בג"ץ 5026/04 דיזין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' אגף הפיקוח, פ"ד ס(1), 38 פסקה 20 (2005); להלן: עניין דיזין).

וכך כתב הנשיא ברק בעניין חורב (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4)1, פסקה 55 לחוות דעתו (1997) –

"אכן, שמירת השבת היא ערך מרכזי ביהדות. השבת היא הדיבר הרביעי בעשרת הדיברות. היא מהווה תרומה ישראלית מקורית וחשובה לתרבות העולם (ראה האנציקלופדיה העברית (כרך לא) [107], ערך "שבת", בעמ' 422). היא מהווה אבן יסוד במסורת היהודית. היא סמל המבטא באופן מובהק את דברה של היהדות, ואת צביונו של עם ישראל. טול מהיהדות את השבת ונטלת ממנה את נשמתה. אכן, השבת מקפלת בחובה את תמצית צביונה של היהדות. על צביונה של השבת נתנו נפשם רבים מבני עמנו בהיסטוריה רווית הדם שלנו".

אמנם, לא ניתן להתעלם מן המציאות הישראלית – המשווה לשבת צביון שאינו עולה בהכרח בקנה אחד עם התפיסה ההלכתית של הדורות. לא הרי עונג השבת בחצרות בני ברק וצפת, כהרי עונג השבת של אזרחים המנצלים את יום החופש שלהם לטיול בחיק הטבע הישראלי, לביקור במגרשי כדורגל או במוזיאונים – לעיתים תוך שילוב מרתק עם ה"קידוש" המסורתי – או "סתם" להחלפת כוחות. בשורש הדברים, מחלוקת אידיאולוגית עמוקה ונוקבת, העומדת במוקד דיון ציבורי מתמשך שמצא לא פעם את דרכו אל בין כותלי בית משפט זה. כשלעצמי, סבורני כי נוכח הכבוד שבו אנו מצווים לנהוג האחד כלפי תפיסת עולמו – תפיסת שבתו – של רעהו, מוטב להימנע מהכרעה בינארית, ולעצב את המרחב הציבורי בדרך של פשרה. יש לתת ביטוי לתפיסה המסורתית של השבת, לה אני שותף, מבלי לדחוק אל מעבר לגדר פלח אוכלוסייה נכבד שתפיסת השבת שלו – כסמל לאומי, וכערך סוציאלי – שונה. וכמה יפה הדוגמה

בענייננו. הדין הישראלי אינו מטיל על הפרט את האיסור ההלכתי לעסוק במלאכה בשבת. הוא מתמקד בזכותו למנוחה מטרדות היומיום. לא בכדי, המונח יום מנוחה נשען על הציווי "למען ינוח עבדך ואמתך כמוך". זאת, תוך הכרה כי שבת היא יום המנוחה של העם היהודי בארצו. רגישות זו לעובד, ליחיד, משלבת בין האוניברסלי לבין הפרטיקולרי; בין ההיסטוריה של העם לבין צורכי היחיד והשמירה על כבודו כאדם. אכן, השבת מתנה גנוזה המגלה פנים חדשות בכל דור ודור.

3. אומר מייד כי אין בידי להצטרף לעמדת חברתי הנשיאה מ' נאור. לו תישמע דעתי, נורה כי יש לקבל את העתירה לדיון נוסף, במובן של פסילת התיקון השני, שכן החלטתו המנומקת של שר הפנים בעניין אינה חורגת ממתחם הסבירות.

אכן, ההחלטה התקבלה בשיהוי רב, תוך הפרה בוטה של חובת הרשות המינהלית לממש את סמכותה במהירות הראויה, לפי סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ושל הסכמות דיוניות שהושגו בהליך הקודם. למעלה מכך, שר הפנים שקט על שמריו, ונמנע מליידע את בית משפט זה – באמצעות היועץ המשפטי לממשלה – אודות השינוי המהותי שחל במצב הדברים בעקבות חתימתו על ההחלטה לפסול את התיקון השני. ברם, חמורה ככל שתהא התנהלותו, משהתברר כי במועד קבלת פסק הדין עמדה על כנה החלטה מנומקת לפסילת התיקון השני, אין בנו חורין להתעלם ממנה ולהעביר את הנטל מעיריית תל אביב – שעתרה נגדה – אל כתפי המדינה. ודוקו, סעיף 258(ד)(2) לפקודת העיריות, מסמיך את שר הפנים "לפסול את חוק העזר מנימוקים שיפרט". חובת ההנמקה בענייננו מעוגנת, אפוא, בנורמה הספציפית המסמיכה את השר לפסול חוקי עזר – ואינה נובעת (רק) מחובת ההנמקה הכללית, המעוגנת בסעיף 2א לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958, או מחובת ההגינות בה נושאת הרשות (ראו ע"א 3886/12 זאב שרון קבלנות בניין ועפר בע"מ נ' מנהל מע"מ, פסקה 39 (26.8.2014)). משום כך, אלמלא ניתנה ההחלטה המנומקת מבעוד מועד, ניתן היה לסבור – לאור השילוב בין חובת ההנמקה לבין הוראת סעיף 6(ב) לחוק סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 – כי אין די בהעברת הנטל אל המדינה, וכי יש להורות על בטלות ההחלטה לפסול את התיקון השני. אולם, משהנימוקים המפורטים לפסילת התיקון השני ניתנו (גם אם לא נמסרו) בטרם מתן פסק הדין, התקיימה חובת ההנמקה ואין עוד מקום להעביר את הנטל אל כתפי המדינה – שלא לדבר על פסילה "אוטומטית" של החלטת הפסילה.

4. חברתי הנשיאה מ' נאור סבורה (פסקה 17 לחוות דעתה) כי "הליך הדיון הנוסף מיועד לליבון ההלכה שנפסקה בפסק הדין, ולא לדיון במה שאין בו" – ומשום כך, אין

בנימוקי שר הפנים, שלא ניצבו בפני בית המשפט בהליך הקודם, כדי להשפיע על תוצאת הדיון הנוסף. דא עקא, גם אם נימוקיו של שר הפנים נעדרו, הרי שהיעדרם "נכח" גם נכח – ואף מילא תפקיד מרכזי, שלא לומר מכריע, בפסק הדין. הדיון "במה שיש" בהכרעה בגלגול הקודם, דהיינו הכשרת התיקון השני בשל פסילתו הבלתי מנומקת על ידי שר הפנים, אינו מאפשר להתעלם מן ההחלטה המנומקת שבאה, בסופו של דבר, לעולם בטרם ניתן פסק הדין. בנסיבות אלה, ניתן להבין את גישתו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, אשר קבע כי הכרעה בעלת השלכות כה מהותיות על צביונה של השבת במדינת ישראל חשובה דיה "כדי להצדיק עיון נוסף בה תוך שנפרסות כל העמדות" (פסקה י"א להחלטה על קיום הדיון הנוסף). זאת, לרבות עמדתו של שר הפנים, שבידיו הפקיד המחוקק שיקול דעת רחב בעניין.

אוסף, כי גם אם "עמדת שר הפנים" לא הוצגה בהליך הקודם באופן פורמאלי, נימוקיה המהותיים הועלו על שולחנו של בית המשפט, ואף זכו לניתוח בפסק הדין. בהחלטתו המנומקת, ציין השר כי התיקון השני חותר תחת התכלית החברתית-סוציאלית של ימי המנוחה – תוך פגיעה בזכויותיהם של בעלי עסקים קטנים ועובדים שומרי שבת לשוויון, לחופש העיסוק ולחופש הדת (פסקאות 42-34 להחלטה המנומקת). זאת, לצד פגיעתו בתכלית הדתית-לאומית ובסטטוס קוו השולל פעילות עסקית "טהורה ומובהקת" (שס, פסקאות 43-47). על פי השקפת השר, אפשר וניתן להשלים עם פעילות מסחרית מצומצמת, שיש בה "צורך חיוני" לתושבים, אלא שהתיקון השני חורג בהרבה מהגדרה זו – הן בשל מספר ההיתרים שהוא מבקש להעניק, והן בשל מאפייני העסקים הרלוונטיים (שס, פסקאות 51-56). נוכח ההשלכות הלאומיות של אישור התיקון השני – ששר הפנים סבר, מן הטעמים האמורים, כי הוא עלול לפרוץ גדר ולהביא לתמורה מהירה ולא רצויה בצביון השבת במדינת ישראל כולה – "הפרספקטיבה הרחבה המסורה לשלטון המרכזי" מובילה, לדעתו, למסקנה כי יש לפסול תיקון זה (שס, פסקאות 57-59).

עיון בפסק הדין מלמד כי ההלכה שנקבעה בו מבוססת גם על ניתוח עמדתו המהותית של השר, כפי שהובאה לעיל – אשר נשמעה בהליך מפי בעלי דין אחרים (ראו פסקאות 5-7 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור). כך בנוגע לאיזון הראוי בין הזכויות והתכליות המתנגשות (שס, פסקאות 24-28; פסקאות 4-5 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארד), וכך בנוגע לשאלת היקף האוטונומיה שניתנה לרשויות המוניציפליות בהקשר זה (פסקה 25 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור; פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארד). הואיל ועמדתו המהותית של שר הפנים נכחה בהליך הקודם, נטענו לגביה טענות ונקבעו לגביה קביעות נורמטיביות, איני רואה מניעה

להידרש לה במסגרת הדיון הנוסף – והפעם במעמדה הפורמאלי כהחלטתו המנומקת בנוגע לגורל התיקון השני.

בהיעדר מחסום דיוני מפני דיון לגופה של ההחלטה המנומקת, אינני סבור שיש בשיהוי בקבלתה – הגם שאין להמעיט בחומרתו – כדי לאפשר התעלמות מתוכנה. ודוקו, גם אם אניח כי ניתן היה להימנע מקיום דיון נוסף בפסק הדין, משהמשנה לנשיאה הכריע בעניין לחיוב – הרי שעצם קיומו של ההליך, בנוגע לכל רכיבי פסק הדין, הינו בגדר נקודת פתיחה שמחייבת את ההרכב להביע את דעתו. לשופטי ההרכב מנעד רחב של שיקול דעת באשר לתוצאת הדיון הנוסף, מקבלה עד דחיה. לצד זאת, קיום הדיון הנוסף כבר נקבע. מכבד אני את העמדה הדיונית של הנשיאה, אך מן הנימוקים עליהם עמדתי עולה כי זו אינה הדרך היחידה האפשרית להתייחס למשוכה הדיונית שמציבה בפנינו קבלתה המאוחרת של החלטת שר הפנים. אמנם, גם להשקפתי יש משמעות – אם תרצו, גבול – להתנהלות שר הפנים. כך, למשל, לא היה מקום להתחשב בהליך זה בהחלטת השר, לו הייתה מתקבלת לאחר מתן פסק הדין. אולם, שעה שההחלטה התקבלה ונחתמה לפני מתן פסק הדין, באופן שניתן היה להביא את הדברים בפני בית המשפט, מוכן אני לקבל את הטענה שאין לייחס משקל מכריע – בוודאי בסוגיה כה רגישה וטעונה, כמו מעמד השבת – לאיחור בקבלתה. אין להקל ראש בחובת הרשות לפעול במהירות ראויה, אך לאור חשיבות הנושא שבפנינו אין בפגמים בהתנהלותה כדי להאפיל על עמדתה המנומקת. לעיתים, נושא הדיון ומהותו משפיעים על שיקולים דיוניים (והשוו, על דרך ההיקש ועל דרך זו בלבד, לגישת בית משפט זה בנוגע לגמישות שיש לנהוג בהחלט סדרי הדיון בענייני אימוץ; בע"מ 2205/09 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 6-7 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (22.4.2009)). בכל מקרה, משניתן דיון נוסף, לטעמי יש לכך משקל והכוונה מסוימת לדון בעניין לגופו גם אם אין הדבר מחייב.

5. לא נותר אלא להכריע האם ההחלטה המנומקת חורגת ממתחמי הסבירות והמידתיות במידה שיש בה כדי להצדיק את ביטולה. חברתי הנשיאה מ' נאור משיבה לכך בחיוב. לדידה, עמדת שר הפנים – הסבור כי יש לאסור באופן גורף פתיחת עסקים בשבת, אם אינם ממלאים "צורך חיוני" – חותרת תחת תכליות חוק ההסמכה, ומתעלמת הן מן האוטונומיה של העירייה והן מכוונת המחוקק ליצור הסדר פשרה מאוזן. השקפתי שונה. הגם ששר הפנים יכול היה להגיע לתוצאה שונה, התוצאה אליה הגיע בפועל איננה חורגת ממתחם הסבירות. בשורש המחלוקת ביני לבין הנשיאה ניצבת שאלת היחס בין חוק שעות עבודה ומנוחה וחוק ההסמכה – שאלה המקרינה על

פרשנות האחרון, ועל היקף שיקול הדעת של הרשות המקומית ושר הפנים בנוגע לחוקי עזר העוסקים בפתירתם או סגירתם של עסקים בשבת ומועדי ישראל.

6. עיון בהוראותיו הרלוונטיות של חוק שעות עבודה ומנוחה מלמד כי הוא מכיל שתי נורמות שונות ביחס לימי המנוחה: הראשונה, גם מן הבחינה הכרונולוגית, אוסרת על העסקת עובדים שכירים במהלך "המנוחה השבועית" שלהם, אשר נקבעת בהתאם לשיוכם הדתי –

7. (א) לפחות שלושים ושש שעות רצופות לשבוע הן המנוחה השבועית של העובד.

(ב) המנוחה השבועית תכלול –

- (1) לגבי יהודי – את יום השבת;
- (2) לגבי מי שאינו יהודי – את יום השבת או את יום הראשון או את היום השני בשבוע, הכל לפי המקובל עליו כיום המנוחה השבועית שלו.

[...]

9. העסקת עובד במנוחה השבועית אסורה, אם לא הותרה לפי סעיף 12.

הרובד השני של חובת המנוחה, שהוא בעל משמעות מרכזית לענייננו, התווסף במסגרת חוק שעות עבודה ומנוחה (תיקון), התשכ"ט-1969, והוא מטיל על בעלי עסקים חובה לשבות ב"ימי המנוחה הקבועים" במדינת ישראל. בניגוד לקודמו, הקובע כי המנוחה השבועית של עובד יהודי תכלול את יום השבת, אך מותר למי שאינם יהודים בחירה לגבי יום המנוחה השבועי שלהם (ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 396/09 קיסלגוף – מרכז רפואי מעייני הישועה, פסקה 16 לחוות דעתו של השופט ע' רבינוביץ ופסקה ב' לחוות דעתו של השופט א' איטח (9.11.2010)), רובד זה יוצר הסדר שונה. הוא מורה כי –

9א. (א) בימי המנוחה הקבועים כמשמעותם בפקודת טדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, לא יעבוד בעל בית מלאכה בבית מלאכתו, ולא בעל מפעל תעשייה במפעלו, ולא יסחר בעל חנות בחנותו.

[...]

(ג) מי שאינו יהודי רשאי – לגבי בית מלאכתו, מפעל תעשייתו או חנותו, הנמצאים בתחום רשות מקומית שמספר תושביה שאינם יהודים הוא, לפי קביעת הרשות, לפחות רבע מכלל תושבי הרשות – לקיים את האיסורים לפי סעיף זה, או בימי המנוחה כאמור או בימי שבת וחגיו, לפי בחירתו; והוא הדין לגבי רובע של רשות מקומית, שתחמו ומספרם היחסי של תושביו שאינם יהודים בכלל תושביו – שהוא רבע לפחות – נקבעו לענין זה על ידי אותה רשות" (ההדגשות אינן במקור).

משמע – הכלל הוא כי בעלי העסקים שבהם עוסק סעיף 9א אינם רשאים לעבוד, או לסחור, בעסקיהם בשבת ומועדי ישראל – המוגדרים, בסעיף 18א(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, כ"ימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל" – ללא קשר לזהותם הדתית האישית. מסקנה זו אינה נובעת רק מלשון סעיף 9א(א) לחוק, המנוסח בצורה גורפת, אלא גם מן החריג המעוגן בסעיף 9א(ג) לחוק שעות עבודה ומנוחה – על פיו, סוחר שאינו יהודי יוכל לבחור לסחור בחנותו בשבת אם היא שוכנת באזור שבו אוכלוסייה לא יהודית בשיעור ניכר. דהיינו, כאשר החנות – או בית המלאכה – שוכנים באזור יהודי מובהק, חל איסור על מסחר או עבודה במקום גם כאשר הבעלים אינו יהודי. זאת, כאמור, בניגוד להסדר "המנוחה השבועית", המאפשר לעובדים שכירים שאינם יהודים לבחור את יום המנוחה שלהם.

7. השוני עליו הצבעתי, מעיד על הבדל עמוק ומהותי בין שני ההסדרים העוסקים בימי המנוחה. בעוד סעיף 9 לחוק שעות עבודה ומנוחה מתמקד בהגנה על זכויותיו, הדתיות והסוציאליות, של האינדיבידואל המועסק כשכיר – ומבטיח לו "מנוחה שבועית" – סעיף 9א טומן בחובו ממד נוסף. לצד הרחבת ההגנה האישית, כך שתחול גם על בעל עסק שאינו שכיר, הסעיף מייחס משקל רב לאינטרס הציבורי בשמירת צביונם הייחודי של השבת ומועדי ישראל. עניינו לא רק בהבטחת זכויות הפרט, אלא גם בעיצוב אופיו של המרחב הציבורי היהודי בימי המנוחה הלאומיים. משום כך, באזורים יהודיים מובהקים, גם בעל עסק שאינו יהודי נדרש לשבות בשבת ומועדי ישראל – ואין בידיו לבחור באופן חופשי את ימי המנוחה שלו. מובן כי אדם כזה זכאי לשבות גם בימי השבתון של עדתו הדתית, אך הוא לא יוכל להמיר בהם את החובה שלא לעבוד או לסחור בשבת ומועדי ישראל – דרך משל, לסחור בשבת ולשבות בשישי או ראשון – אף שהמרה כזו תגשים במלואה את התכלית הסוציאלית האינדיבידואלית. הדגש הוא על "ימי המנוחה הקבועים", הנושאים אופי לאומי, ולא על "המנוחה השבועית", הנגזרת מזהותו הדתית הפרטנית של כל מועסק. פתיחת חנות למסחר באזור "יהודי" מובהק נתפסת כפוגעת במעמד השבת באותו מרחב, ולכן סעיף 9א אוסר עליה ללא קשר לדתו של בעל החנות. פרשנות המתעלמת מן הרובד הלאומי-ציבורי שבסעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה תתקשה להסביר את שלילת זכות הבחירה מבעל חנות שאינו יהודי – בניגוד לשכיר הרשאי לבחור באופן חופשי את יום המנוחה השבועית שלו – אך בשל מיקום חנותו.

8. תוצאה בלתי נמנעת של פרשנות לשונית ותכליתית זו היא כי האיסור שמטיל סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה על עבודה בבית מלאכה ומפעל תעשייה, או על

מסחר בחנות, איננו איסור "גברא" – דהיינו, איסור אישי על בעל העסק לעבוד במקום. אדרבה, רובד זה של החוק יוצר איסור "חפצא" (איסור חפצי על פתיחת העסק) – משמע, איסור על פתיחת מפעלי תעשייה, בתי מלאכה או חנויות באזורי מגורים יהודיים בימי המנוחה הקבועים – ומונע פעילות בעסקים אלה ללא קשר לזהותו הדתית הספציפית של העובד. לא רק בעל העסק אינו רשאי לעבוד במקום, אלא גם עובדים שכירים – יהודים ושאינם כאלה – שאם לא כן, תסוכל תכליתו הלאומית-ציבורית של החוק. אין זה מתקבל על הדעת כי בעל חנות שאינו יהודי לא יוכל לסחור בעצמו בחנות השוכנת במרחב יהודי מובהק, אך עובדיו השכירים שאינם יהודים יוכלו למלא את מקומו – הגם שההשפעה על המרחב הציבורי זהה.

התמונה הפרשנית ששורטטה מלמדת כי ניתן לתאר את הוראותיו הרלוונטיות של חוק שעות עבודה ומנוחה כבעלות שלושה מוקדים: עובד; בעל עסק; והעסק עצמו. סעיף 9 לחוק מתמקד בעובד, ואוסר על העסקתו בימי המנוחה השבועית שמועדיה נגזרים משיוכו הדתי. לעומתו, סעיף 9א לחוק מסדיר את חובת המנוחה ביחס לשני המוקדים הנוספים, ומורה כי על בעל עסק (המשתייך לקטגוריות המנויות בסעיף, עליהן אעמוד מיד), כמו גם על העסק עצמו, לשבות בימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל, קרי שבת ומועדי ישראל.

9. עם זאת, האיסור ביחס למוקד השלישי שהוזכר – פתיחת עסקים בימי המנוחה הקבועים – אינו מוחלט, ואינו חל על כל פעילות עסקית. כפי שהבהיר הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 5073/91 תאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 192, 207 (1993), "אין בחוק האמור הוראה כללית בעניין סגירת מקומות בימי המנוחה". אדרבה –

"בקביעת העיקרון של קיום יום מנוחה שבועי והועדתו בשבת חתר המחוקק להגשים שתי מטרות משולבות: ראשית, מטרה חברתית, לפיה ראוי לייחד יום מנוחה שבועי לכל אדם כדי שיוכל לנוח בו ממלאכתו, לשהות עם משפחתו או בחברת ידידים ולהתפנות לנופש ולבידור לפי בחירתו והעדפותיו" (שם, 208-207; ההדגשה אינה במקור).

בהתאם לניתוח שערך הנשיא שמגר, יש לפרש את האיסור שבסעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה בצורה דווקנית, כך שיחול אך ורק על פעילות מסוג תעשייה (עבודה ב"בית מלאכה" או "מפעל תעשייה") או מסחר. לעומת זאת, סגירת עסקים המשמשים לנופש, בילוי או בידור תחטא לאחת מן המטרות העיקריות שהמחוקק ביקש לקדם, ותציב את העובדים מול שוקת שבורה: הם יזכו, אמנם, לנוח בשבת ממלאכתם, אך לא

יוכלו להתפנות לנופש ולבידור לפי העדפותיהם. הן לשונו של סעיף 9א, והן פרשנותו התכליתית, מלמדות, אפוא, כי הוא מבקש להטיל איסור מוגבל על עיסוק בתעשייה ומסחר. פתיחתם והפעלתם של מסעדות, בתי קפה, תיאטראות או בתי קולנוע – כמו גם מוסדות נוספים הנתפסים בתרבות הישראלית בת זמננו כמקומות בילוי – אינה אסורה, אפוא, כשלעצמה; אדרבה, על פי תפיסה זו היא עשויה לסייע בהגשמת התכלית שראה המחוקק לנגד עיניו בקביעת ימי המנוחה (ראו והשוו ת"פ (שלום י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ התשמ"ח(2) 26, פסקה 14 (1987)).

יתר על כן, מן הטעמים עליהם עמדתי הרי שיש לפרש בזהירות גם את המונחים "יסחר" ו"חנות". לא הרי חנות לממכר רהיטים כהרי דוכן המציע לעוברים ושבים מזון מוכן, ולא הרי מרכז קניות רב ממדים כהרי "חנות נוחות" המציעה ללקוחות תחנת הדלק ריענון אגבי. ספק רב האם המחוקק, שביקש לאפשר לאזרחים לנצל את מנוחת השבת שלהם ולבקר בתיאטראות או בתי קולנוע, התעקש למנוע מהם את האפשרות לרכוש פריטי מזון חיוניים במרכול קטן, או להתרענן בתחנת הדלק בדרכם אל מקום הבילוי (ראו והשוו ע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343, 358-360 (1968), שם העניקו שופטי הרוב פרשנות מצמצמת למונח "חנות" שבסעיף 249(20) לפקודת העיריות – וקבעו כי תחנת דלק אינה באה בשעריו, אף שמן הבחינה הטכנית אכן מתבצע בה מסחר).

10. פרשנות זו של חוק שעות עבודה ומנוחה, היוצרת הבחנה מהותית בין העיסוק בתעשייה ומסחר בשבת ומועדי ישראל, לבין פעילות בילוי ונופש הנתפסת, בעיקרה, בחיוב – עולה בקנה אחד עם העקרונות שגיבשו פרופ' רות גביזון והרב יעקב מדן במסגרת אמנת גביזון-מדן (ראו יואב ארציאלי אמנת גביזון-מדן: עיקרים ועקרונות 40-45 (2003)). על פי האמנה, "משרדי ממשלה, מוסדות חינוך, מפעלי תעשייה, בנקים, שירותים ומוסדות מסחריים יהיו סגורים בשבת". אולם, "לא ייאסר על מסעדות ובתי בילוי לפעול בשבת [...] על מספר מוגבל של חנויות מכולת קטנות, תחנות דלק ובתי מרקחת לא ייאסר לפעול בשבת". זאת, כפי שהסבירה פרופ' גביזון, מתוך רצון לשמור על ייחוד השבת בפרהסיה הישראלית, תוך הבנה "שפעילות של מסעדות ומוסדות בילוי בשבת אינה דבר חריג, אלא מתבקשת נוכח אופייה של השבת" (שם, בעמ' 42). להבחנה חדה זו בין מסחר ותעשייה ובין בידור ונופש, ניתן ביטוי גם במישור שונה – פרשנות שיקול הדעת שמקנה סעיף 12(א) לשר העבודה, בכל הקשור למתן היתר להעסקת עובדים במהלך מנוחתם השבועית. נקבע כי –

”סמכות רחבה זו שניתנה בידי השר [...] נועדה להרחיב את סמכות מתן ההיתרים לא רק לסיפוק צרכים פיזיים חיוניים, אלא גם כדי להבטיח צרכים חיוניים של הציבור או חלקים ממנו בתחום חיי הרוח, התרבות והאמנות, תרבות הפנאי והבילוי של האדם. היא נועדה להבטיח את איכות החיים של הפרט בחברה חופשית שיש בה חופש דת וחופש מדת. היא נתכונה לאפשר לאדם לממש באורח מידתי את הפן הסוציאלי של השבת על פי טעמו ועל פי מידותיו ולתת בכך ביטוי למנהגים, לסגנונות החיים ולשלל התרבויות בחברה הרב רבדית הישראלית” (עניין דיזיין, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת א’ פרוקצ’יה).

בשולי הדברים, אוסיף כי פרשנות מצמצמת זו של סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה ראויה גם מטעמים חיצוניים, נוכח פגיעתו בזכות החוקתית לחופש העיסוק והסנקציה הפלילית הנלווית להפרתו (ראו פסקה 43 לחוות דעתה של הנשיאה מ’ נאור).

ודוקו, ההבחנה בין מסחר ותעשייה לפעילות עסקית בתחומי הבילוי והבידור שואבת משני מקורות. ברובד הנורמטיבי, היא מבוססת על לשון סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה ועל עמדת הפסיקה בנוגע לתכליות ימי המנוחה, כפי שהוצגה לעיל. אמנם, עמדה זו עלולה לעורר קושי מנקודת מבטה של התפיסה ההלכתית המסורתית לגבי צביונם הראוי של השבת ומועדי ישראל. משום כך, אני מייחס חשיבות מן הדרגה הראשונה למקור השני – קרי, אמנת גביזון-מדן. היופי באמנה בעיני הוא שמדובר בניסיון כן ואמיתי של נציגים בולטים ומוערכים מן המחנות האידיאולוגיים הניצים – הרב יעקב מדן, מראשי ישיבת ההסדר הר עציון, ופרופ’ רות גביזון, כלת פרס ישראל בתחום המשפטים, המתמחה בסוגיות של דת ומדינה ואינה באה מעולם ההלכה – להגיע לפשרה נחוצה בסוגיה הרגישה של מעמד השבת במרחב הציבורי (ובמישור הרחב יותר, של יחסי דת ומדינה בישראל). לתפיסתי, רק פשרה אמיתית בה שני הצדדים מוותרים על השאיפה ל”כולה שלי” ביחס למרחב הציבורי – ובוודאי האישי – יאה למורכבות של המרקם החברתי, הלאומי מול האישי, אם תרצו – ביטוי להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית.

11. על רקע פרשנות זו של חוק שעות עבודה ומנוחה, עולה השאלה כיצד יש לפרש את הסמכות המוקנית לעירייה, בסעיפים 249(20)-(21) לפקודת העיריות –

”(20) להסדיר פתיחתם וסגירתם של חנויות ובתי מלאכה, מסעדות, בתי קפה, בתי תה, בתי משקה, מזנונים, קנטינות ומוסדות אחרים כיוצא באלה, ושל בתי קולנוע, תיאטרונים ומקומות אחרים של עינוג

ציבורי או של סוג פלוני מהם, 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;

(21) עירייה רשאית להפעיל את סמכותה על פי פסקה (20) בתחום שיפוטה או בחלק ממנו לגבי ימי 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.

שילוב הסעיפים הללו יוצר, לכאורה, הסמכה מפורשת, המקנה לרשויות המקומיות שיקול דעת רחב בכל הקשור לפתיחתם וסגירתם של עסקים בשבת – יהיו אלה חנויות ובתי מלאכה, או מסעדות ובתי קפה. דא עקא, פרשנות זו מעוררת קושי מפני שהיא מציבה את סעיפים 249(20) ו-21 לפקודת העיריות על מסלול התנגשות עם סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, האוסר, כאמור, לפתוח בתי מלאכה או חנויות בשבת ומועדי ישראל באזורים בעלי אוכלוסייה יהודית מובהקת.

12. מן הבחינה התיאורטית, ניתן להתמודד עם סתירה-לכאורה זו באמצעות שלושה מודלים שונים: הראשון, מתן בכורה לנורמה המוקדמת, בנימוק שהנורמה המאוחרת אינה מתייחסת לאותו עניין, ומכאן שלא קיימת סתירה ביניהן. בענייננו, הקרבה המהותית בין סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה וסעיפים 249(20)-21 לפקודת העיריות גדולה מכדי שניתן יהיה לצעוד בדרך זו. השני – מתן עדיפות לאחת מהנורמות, בהתאם לכללי ברירת הדין המעניקים עליונות לנורמה המאוחרת (*lex posterior derogate priori*), או הספציפית (*lex specialis derogate generali*). לנוכח מרכזיותו של חוק שעות עבודה ומנוחה, עמדה זו לא נראית ראויה בענייננו – שכן קשה לטעון כי סעיף 249(21) פקודת העיריות ביקש לבטל, במשתמע, הסדר כה מהותי. זאת, בייחוד על רקע דברי ההסבר להצעת חוק הרשויות המקומיות (איסור פתיחת עסקים וסגירתם בימי מנוחה), התשמ"ה-1988, ה"ח 1872, 134, שהבשילה (במסגרת החוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 40), התשנ"א-1990, ס"ח 1336, 34) לכדי סעיף 249(21) לפקודת העיריות. דברי הסבר אלה מבהירים כי "מטרתו של החוק המוצע להסיר את הספק האמור [בנוגע לסמכות הרשויות המקומיות להסדיר פתיחת וסגירת עסקים בימי המנוחה; נ.ה.] ולשמר את 'הסטטוס קוו' בענין הנדון" (ההדגשה אינה במקור). מאחר וסעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, שחוקק בשנת 1969, מהווה

נורמה מאוחרת ביחס לסעיף 249(20) של פקודת העיריות (משנת 1964), הרי ששמירה על סטטוס קוו משמעה דווקא אי פגיעה בחוק שעות עבודה ומנוחה. לפיכך, נראה שיש לאמץ בענייננו את המודל השלישי, המדבר על אינטראקציה בין הנורמה המאוחרת למוקדמת, היוצרות יחדיו הסדר הרמוני משותף. מודל זה הולם אף בשל המעמד הנורמטיבי החשוב של חוק שעות עבודה ומנוחה, לרבות סעיפים 7 – 9א לו.

העדפת מודל זה עולה בקנה אחד עם עמדת הנשיא לשעבר, המלומד א' ברק,

על פיה –

“ההנחה צריכה להיות, כי יש לקיים הרמוניה חקיקתית בתוך מערכת החקיקה, באופן שהפירוש שיינתן לדבר חקיקה ישזר נאמנה עם רקמת החקיקה ויהא לגוף אחד, שלם, עמה’ [...] המפרש הוראה פלונית מפרש את החקיקה כולה, והפירוש שניתן להוראה פלונית, צריך להשתלב בפירוש שניתן לשאר הוראות החקיקה” (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 327-328 (1993)).

במילים אחרות, בטרם יפנה הפרשן לכללי ברירת הדין, הקובעים איזו מן הנורמות המתחרות תגבר – עליו לבחון האם “הסתירה היא אמיתית או מדומה”, כאשר “הוא מונחה על ידי התפיסה הפרשנית המבקשת להבטיח קוהרנטיות נורמטיבית ואחדות שיטתית”. רק כאשר הניסיון הפרשני ליצור הרמוניה חקיקתית כשל, והוברר כי הסתירה בין הנורמות ממשית, יהיה מקום לעבור לשלב השני ולבחון איזו מן הנורמות נהנית מעליונות – אם משום שמעמדה הנורמטיבי גבוה יותר, ואם משום שמדובר בנורמה ספציפית או מאוחרת ביחס ליריבתה (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 540 (1992)). נאמנים לעיקרון זה, עלינו לתור, אפוא, אחר פרשנות המאפשרת לסעיפים 249(20) ו-21) לפקודת העיריות לדור תחת קורת גג אחת עם האיסור שמטיל סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה על פתיחת חנויות ובתי מלאכה בימי המנוחה הקבועים.

13. נדמה כי ניתן ליישב את הסתירה לכאורה בין הנורמות האמורות באמצעות הבחנה בין מצב “ברירת המחדל” שיוצר סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה – סגירת עסקים הפועלים בתחומי התעשייה והמסחר, והעדר איסור על פתיחת אחרים – לבין הסמכות שניתנה לרשויות המקומיות לסטות מהסדר זה: ירצו, יתירו גם היקף מסוים של תעשייה ומסחר; ירצו, יאסרו אף פתיחת בתי עינוגים.

לשון אחרת, סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה יוצר הסדר לאומי-ארצי, הקובע כי בשבת לא ייפתחו בתי מלאכה או מפעלי תעשייה ולא יתקיים מסחר בחנויות, אלא במסגרת החריג המעוגן בסעיף 9א(ג). עם זאת, ועל בסיס אותו רציונל שמנע הטלת איסור על הפעלת עסקי בידור במישור הלאומי – דהיינו, ההכרה בקיום גישות שונות ביחס לאופייה המעשי הרצוי של השבת, ובצורך לאפשר ביטוי גם לקבוצות שהשקפתן עולמן דוחה את המודל ההלכתי – ניתנה לרשויות המקומיות אפשרות לחרוג מן הנורמה הכללית וליצור הסדרים מוניציפליים. כך, ניתן יהיה לאזן בצורה הולמת יותר בין הזכויות המתחרות, תוך מתן משקל למאפייניו הייחודיים של כל אזור עירוני – לרבות העדפותיהם ותפיסות עולמם של תושביו. לעיתים, מאפיינים אלה יובילו להקלת המגבלות על פעילות עסקית בשבת, ויאפשרו היקף מסוים של מסחר, ולעיתים התוצאה תהיה הפוכה – עד כדי הגבלת פעילות של בילוי ובידור.

מהלך פרשני זה, המייתר את הצורך בפנייה לכללי ברירת הדין, מוביל למסקנה כי בהעדר חוק עזר רלוונטי יחול האיסור הארצי על פעילות עסקית המשתייכת לקטגוריות שבסעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה – ועליה בלבד. ברם, רשות מקומית המעוניינת בכך תוכל לחרוג מן ההסדר הארצי, בכפוף למגבלות הכלליות המוטלות על שיקול הדעת המינהלי.

14. לתמונה הנורמטיבית העולה מן המהלך הפרשני האמור משמעות רבה, הואיל ונובעת ממנה המסקנה כי – בניגוד להקשרים אחרים שבהם הסמיך המחוקק את הרשויות המקומיות להסדיר סוגיות מסוימות ברמה המוניציפלית – במקרה שלפנינו ניתן לרשויות שיקול דעת מצומצם יחסית. אמחיש את ייחודו של המקרה שלפנינו באמצעות השוואה לחוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), התשי"ז-1956, המסמיך רשות מקומית "להתקין חוק עזר שיגביל או יאסור מכירת בשר חזיר ומוצריו הנועדים לאכילה" בתחומיה, או בחלקים מהם. כפי שציין בית משפט זה בעניין סולודקין (בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595, 610 (2004); להלן עניין סולודקין) –

"להבדיל מאיסור על גידול החזיר, שלגביו נקבע הסדר ארצי, לגבי איסור על מכירת בשר חזיר ומוצריו נקבע הסדר מקומי. המטרה הייתה אפוא כי האיזון בין התכליות הנוגדות – השיקולים בדבר הגנת רגשות דתיים-לאומיים, מזה, והשיקול בדבר חירות הפרט, מזה – לא ייעשה ברמה הארצית, על-פי נוסחת איזון עקרונית שהמחוקק קבעה. תחת זאת המטרה הייתה לאיזון שיעשה ברמה מקומית" (ההדגשה אינה במקור).

המחוקק נמנע, אפוא, במופגן מקביעת נורמה כללית לגבי מכירת החזיר, והותיר את העניין, על ההכרעות הערכיות הכרוכות בו, להסדרה בלעדית של השלטון המקומי – בדיוק כפי שנהג בהקשר של פתיחת בתי עינוגים בתשעה באב (חוק איסור פתיחת בתי עינוגים בתשעה באב (הסמכה מיוחדת), התשנ"ח-1997). לפיכך, יכול היה בית משפט זה להסיק כי לדרג המוניציפלי ניתן שיקול דעת רחב, וכי המחוקק ביקש להפקיד בידיו – ולא בידי השלטון המרכזי – את הבחירה בין פתרונות שונים המצויים בגדרי מתחם החוקיות (עניין סולודקין, 620). אולם, זה אינו מצב הדברים בענייננו. כאמור, המחוקק בחר ליצור הסדר ארצי בנוגע לקיומה של פעילות עסקית בשבת, וגילה דעתו לגבי מודל האיזון הרצוי בין חופש הדת, החופש מדת, חופש העיסוק והזכות לשוויון – הטלת איסור על פעילות מסחר ותעשייה.

בנסיבות אלה, לרשויות המקומיות אמנם ניתנה סמכות לסטות מן ההסדר הלאומי-ארצי שקבע המחוקק – אך שיקול הדעת שלהן מצומצם באופן יחסי. והיחס הוא כלפי שר הפנים, כפי שיובהר. הרשויות אינן פועלות בריק נורמטיבי, ועליהן לראות באיזון שיצר המחוקק ברמה הלאומית מעין עוגן, או נקודת מוצא, לעריכת האיזונים ברמה המוניציפלית (יצוין כי מודל דומה, המשרטט עקרונות כלליים ומותר לשלטון המקומי מרחב שיקול דעת לגבי יישומם, אומץ גם במסגרת אמנת גביזון מ'99; ראו סעיף 14 לעקרונות [עמ' 41-42] ודברי ההסבר של פרופ' גביזון [עמ' 43]). מתחם החוקיות שבמסגרתו פועלות רשויות המסדירות את הפעילות העסקית בימי המנוחה הקבועים מצומצם, אפוא, בהשוואה לזה העומד לרשותן בהקשר של מכירת חזיר ומוצריו. תמונת המראה היא כי לשר הפנים מרחב התערבות רחב בהרבה בענייננו – לבטח כאשר הוא סבור שהשפעותיו של הסדר מקומי מסוים גולשות מעבר לד' אמותיה של הרשות הרלוונטית ועלולות לכרסם בהוראת סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה במישור הלאומי.

אם לסכם – לרשויות המקומיות ניתן שיקול דעת ובידן לסטות מהוראות סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה. ברם, אין מדובר במצב שבו בחר המחוקק להימנע מקבלת הכרעה נורמטיבית והותיר את העניין להכרעת הדרג המוניציפלי – כפי שנעשה בנוגע למכירת חזיר, או פתיחת בתי עינוגים בתשעה באב. אדרבה, נורמה כללית האוסרת פעילות של תעשייה ומסחר בשבת נקבעה גם נקבעה. משכך, האוטונומיה שניתנה לשלטון המקומי בסוגיה שבמוקד ענייננו מותירה מקום לבקרה אינטנסיבית יותר של השלטון המרכזי. רכיב מכריע של אותה בקרה הוא ניתוח השלכותיה של

ההחלטה המקומית על הזירה הארצית – ומידת פגיעתה בהסדר הנורמטיבי העקרוני שאימץ המחוקק במסגרת סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה.

על זאת אוסיף כי הצידוק לבקרה המקיפה יותר של השלטון המרכזי נובע גם מן התכליות המהותיות של ימי המנוחה – החורגות מן התחום הסמלי (בדומה, נניח, לאיסורים על מכירת חזיר או קיום עינוגים ציבוריים בתשעה באב), ועניינן בזכויות יסוד של העובדים. זכויות אלה, להן ניתן משקל בהחלטתו המנומקת של השר, מקרינות על היקף שיקול הדעת של הרשויות המקומיות בנוגע לפתיחת עסקים בימי המנוחה הקבועים.

15. נוכח הקביעה העקרונית באשר להיקף ההתערבות של שר הפנים בהחלטות הרשויות המקומיות לפי סעיפים 249(20)-(21) לפקודת העיריות, מקובלת עלי עמדת היועץ המשפטי לממשלה (המובאת בפסקה 15 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה, מ' נאור), לפיה ההחלטה על פסילת התיקון השני אינה לוקה בחוסר סבירות קיצוני – הגם שהשר יכול היה, כמובן, להגיע לתוצאה שונה. אסביר.

חברתי, הנשיאה מ' נאור (פסקאות 26-27 לחוות דעתה) והשופט י' עמית (פסקאות 2, 4 ו-8 לחוות דעתו), סבורים כי ההחלטה על פסילת התיקון השני נגועה בחוסר סבירות קיצוני מאחר ולא ניתן בה משקל הולם לאוטונומיה של הרשות המקומית. אולם, התמונה הנורמטיבית שהצגתי מעניקה, להשקפתי, מענה לכך. היא מלמדת כי המחוקק לא הסמיך את הדרג המוניציפלי לפעול בחלל ריק – אלא הציב את ההסדר הארצי שנקבע בסעיף 9א לחוק שעות עבודה כנקודת מוצא להפעלת הסמכות. האוטונומיה שניתנה, אפוא, לרשויות המקומיות מוגבלת באופן יחסי – בדרך המביאה, מיניה וביה, להגדלת היקף ההתערבות הלגיטימית של שר הפנים (השוו פסקה 8 לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית). במקרה שלפנינו, פסילת התיקון השני נומקה על ידי שר הפנים בחשש כי ההסדר המקומי-לכאורה ישחק את ההסדר הארצי שהתווה המחוקק – ויעצב, דה-פקטו אם לא דה-יורה, מציאות המנוגדת להכרעתו הערכית (פסקאות 57-58 להחלטה המנומקת). במילים אחרות, לא האיזון שבחרה עיריית תל אביב-יפו כשלעצמו הוא שהביא לפסילת התיקון השני – אלא גם השפעתו המשוערת בזירה הלאומית ומחוץ לגבולות תל אביב. דומה כי נימוק זה מצוי בליבת ההתערבות הלגיטימית של שר הפנים, נוכח מערכת האיזונים העדינה שבין שני רובדי ההסדרה: הלאומי והמקומי.

זאת ועוד, עיון בהחלטה המנומקת מלמד כי השר אינו שולל באופן גורף כל פתיחה של חנויות לממכר מזון בשבת. יש לזכור כי התיקון הראשון התיר לפתוח חנויות נוחות בתחנות הדלק, למכור מצרכי מזון בבתי מרקחת – ואף הקצה שלושה מתחמים עירוניים שבהם המסחר מותר. למעלה מכך, שר הפנים ייחס בהחלטתו משקל למספר בתי העסק שהתיקון השני ביקש להתיר את פתיחתם (פסקה 53 להחלטה המנומקת); לגודלם (שס), ולהיקף שיקול הדעת שניתן למועצת עיריית תל אביב בנוגע להגדלה עתידית של המכסות (שס, פסקה 56). כלומר, אין בהחלטה כדי לשלול לחלוטין מן העירייה את האפשרות להעניק לשבת צביון מקומי ייחודי – אלא חתירה לאיזון ראוי יותר בין צביון זה ובין ההכרעה הנורמטיבית של המחוקק ביחס לזירה הארצית. גם אם ניתן היה להגיע להכרעה אחרת, יש לזכור "שהפתרון הראוי מצוי דווקא באיזון, ולא בביטולה המלא של השקפת עולם אחת בפני רעותה" (פסקה 24 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור בפסק הדין). לא ניתן להגדיר תוצאה המאפשרת לבטא את אופייה הייחודי של תל אביב – גם אם באופן מאוזן, ומבלי לדחוק לחלוטין את ההכרעה הערכית שמשקף סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה – כחורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

בראיה זו של הדברים, החלטת שר הפנים אינה בגדר "התערבות" בענייני העירייה. המודל שנקבע הוא כי עמדת העירייה היא בגדר החלטה ראשונה, אך היא כפופה לשר הפנים. האחרון הוא המוסמך לאשר או לפסול את חוק העזר ("עיכב השר פרסום חוק עזר [...] רשאי הוא לעשות אחת מאלה: (1) להורות על ביטול העיכוב; (2) לפסול את חוק העזר מנימוקים שיפרט; (3) להחזיר את חוק העזר עם הערותיו למועצה לדיון מחדש"; סעיף 258(ד) לפקודת העיריות). כמוכך, הוא רשאי לקחת בחשבון שיקולים מקומיים, אך גם שיקולים לאומיים אינם מחוץ למתחם שיקול דעתו – ואינם בגדר שיקול פסול. מטבע הדברים, מרחב שיקול הדעת של שר הפנים תלוי בנושא. דעתי היא כי נוכח תמונת החקיקה הקיימת – קרי, בחירתו של המחוקק ליצור הסדר ארצי מנחה בסוגיה; כמו גם חשיבותה הציבורית, המוסרית, הסמלית והמעשית של השבת, לרבות השלכותיה על זכויות יסוד מהותיות של העוסקים במלאכה, שיקול הדעת של הרשויות המקומיות מוגבל. כפועל יוצא, מרחב ההתערבות של שר הפנים בהחלטותיהן במישור זה רחב מהרגיל. נקודת ההתחלה – כלומר, עמדת הרשות – אינה חייבת להיות נקודת הסיום. יצוין כי החלטת השר דרעי מנומקת היטב, מעמיקה ומציבה עמדה מגובשת לא רק לגבי השבת אלא גם לגבי המצב המשפטי.

ושוב אדגיש, כי עסקינן בביקורת שיפוטית על החלטת שר הפנים. אין חולק כי השר רשאי היה להגיע גם לתוצאה אחרת, ולאשר את התיקון השני. לו היה נוהג כך,

הייתי נמנע מהתערבות בשל אותם טעמים עצמם – הכרה בשיקול הדעת הרחב המוקנה לו בסוגיה. באשר לאיזון שבחר, והביקורת עליו, יש לנקוט זהירות. בכל הכרעה המחייבת איזון בין שיקולים שונים ניתן להגיע לקשת רחבה של תוצאות. למשל, ככלל, ניתן להעניק משקל שווה למספר שיקולים, או לייחס משקל רב יותר לשיקול מסוים. החלטת הרשות המבצעת להעניק משקל רב יותר לשיקול מסוים אינה הופכת בהכרח את התוצאה לבלתי סבירה – או אף לפחות סבירה. סבורני, כי ההחלטה על פסילת התיקון השני, משיקולים של הגנה על ההסדר הארצי שהתווה המחוקק בסוגיה, מצויה בליבת מתחם הסבירות והמידתיות, ואין עילה להתערב בה.

16. אחר הדברים האלה, הגיעו לעיוני חוות הדעת של יתר חברי ההרכב, לרבות תוספות שונות. שבת והרהרתי בעניין, ואומר זאת:

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".

האמת תיאמר, והיא גלויה לעין. במדינת ישראל 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 אפיק 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 מעיסוקך. ערכי השוויון, המנוחה וחירות הרוח שמייצגת השבת קשורים קשר אמיץ עם מוצאם הדתי, ההיסטוריה של העם היהודי ונימוקי מסורת.

מסגרתנו היא משפטית. כשופטים תפקידנו הוא לפסוק על פי הדין של מדינת ישראל. אכן, במבט על ומבחינה תיאורית עולה מחוות הדעת השונות כי ניתן לפרש את חוק שעות עבודה ומנוחה וחוק ההסמכה בדרכים שונות. ברם, מצב זה עצמו עשוי להוות, להבנתי, נימוק נוסף לזהירות הנדרשת בהתערבות בית המשפט בסוגיה העדינה המונחת לפתחנו. מכל מקום, ומבלי לשוב ולצלול לפרטי הדברים, עמדתי הפרשנית היא כי המתווה המשפטי הקיים בנוי על אינטראקציה 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. הפרשנות שנראית לי נכונה, מהנימוקים שפורטו, היא כי בתחילת המשחק הכדור מצוי במגרשה של מועצת העיר, אך בהמשך הוא עובר למגרשו של שר הפנים. נוכח ההשלכות של ההחלטות העירוניות על מנוחת העובד, המעביד והעסק ביום השבת – שלא לדבר על מעמד השבת כסמל לאומי תרבותי – לא הוענק לרשויות המקומיות שיקול דעת בלעדי בעניין. החוק מסמיך את שר הפנים לאשר, או לפסול, את חוקי העזר. לטעמי, מתגבשת המסקנה כי מנוחת העובד, המעביד והעסק ביום השבת מהווה סוגיה שאינה רק לוקאלית. בנוסף, קשה לקבל כי ההכרעה המשפטית בענייננו לא תשפיע על מקומות שונים בארץ, מחוץ לגבולות תל אביב-יפו. יש לזכור כי שר הפנים חבר בממשלה שנבחרה כתוצאה מהבחירות לכנסת. לו שר הפנים היה בוחר בעמדה אחרת, סבורני כי הדין מחייב אי התערבות. בניגוד לעמדת שופטי הרוב ולעמדת חברי השופט נ' סולברג, סבורני כי מתווה החוק מאפשר פרשנות רחבה שבאמצעותה ניתן להגיע לשתי התוצאות. מצד אחד, הדין מסמיך את הרשויות המקומיות להתיר מסחר בשבת, ומצד שני מקנה לשר הפנים שיקול דעת רחב שאין למהר ולהתערב בו. לנוכח עמדת שר הפנים, שהיא עמדה מנומקת ועניינית, דעתי היא כי יש לכבדה ואל לבית המשפט להתערב בה.

17. לו תישמע דעתי, נורה, אפוא, כי דין העתירה לדיון נוסף להתקבל בכל הקשור לתיקון השני – בהעדר עילת התערבות בהחלטה המנומקת של שר הפנים בענייננו. לנוכח התוצאה, והשתלשלות ההליכים, לא הייתי עושה צו להוצאות.

קראתי את חוות הדעת החשובה של חברתי הנשיאה מ' נאור, ושקלתי את נימוקיה, אך אינני תמים-דעים עמה.

1. שתי שאלות מרכזיות הונחו לפתחנו: הראשונה, האם התיקונים לחוק עזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות), התש"ם-1980 נחקקו על-פי סמכות שבחוק? השניה, האם החלטת שר הפנים שלא לאשר תיקונים אלו עולה כדי חוסר סבירות קיצוני? ודוק: שאלת הסמכות קודמת לשאלת הסבירות; באין סמכות – שוב אין צורך לדון בשאלת הסבירות. ברם, בחוות דעתה, מבפרת חברתי סבירות על פני סמכות. לשיטתה, עקרון האוטונומיה המקומית מחייב כי שיקול הדעת לגבי פתיחת עסקים וסגירתם בימי המנוחה ראוי שיהיה מסור בראש ובראשונה לרשות המקומית. זו נקודת המוצא העקרונית של חברתי הנשיאה בחוות דעתה – זו ראשיתה וזו אחריתה – היא חורזת כחוט השני גם את חוות הדעת של חברי וחברותי בדעת הרוב. לגישתם, "קשה להעדיף קביעה ערכית במישור 'הלאומי', שמטבעה היא יותר כוללנית ופחות פלורליסטית, על-פני קביעה מצומצמת יותר, המכוונת לצביון מקומי בלבד" (ראו חוות דעתו של חברי השופט דנציגר). על רקע הנחת היסוד הזו, ובמלוא הכבוד לחברי, דומני כי הם אינם מעניקים לדיון בשאלת הסמכות את תשומת הלב הראויה לו. לדעתי, אם נדקדק בשאלה הפרשנית שעל הפרק, נגיע למסקנה כי במצב החוקי הנוכחי, אין לה לרשות המקומית סמכות להורות על פתיחת עסקים בשבת.

2. המחלוקת בין חברתי לביני – בדומה למחלוקת שנתגלעה בינינו לאחרונה בדנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (12.9.2017) (להלן: דיון נוסף גיני) – אינה אך בשאלה מהי פרשנותו של החוק; שורש המחלוקת עמוק יותר, והוא טמון בשאלת האופן שבו יש לפרש את החוק. חברתי, כך נדמה לי, מפרשת את החוק 'מלמעלה למטה', תוך מתן משקל מכריע לתפיסות היסוד הערכיות הראויות (בענייננו, חלוקת הסמכויות הרצויה בין השלטון המרכזי לשלטון המקומי); פועל יוצא הוא, שדין רצוי תופס את מקומו של דין מצוי, ותפיסות היסוד הן אלו שמעצבות, הלכה למעשה, את הפרשנות הנכונה. לגישתי-שלי, פרשנות חוק צריך שתעשה 'מלמעלה למעלה', בעבודת 'חפירה', לעתים מייגעת, מן המסד אל הטפחות. לא (רק) התבשמות בעקרונות יסוד וזכויות חוקתיות, כי אם ניתוח החוק לנתחיו, על כרעיו ועל קרבו.

3. בטרם דיון לגופם של דברים – הערה קצרה על ההצדקה לקיום דיון נוסף. לשיטת חברתי הנשיאה, "הליך הדיון הנוסף מיועד לליבון ההלכה שנפסקה בפסק הדין, ולא לדיון במה שאין בו" (פסקה 17), ולפיכך אין מקום להידרש בגדרי הדיון הנוסף שלפנינו לעמדת שר הפנים, "אשר לא הובאה כלל בפני ההרכב בהליך מושא הדיון הנוסף" (שם). על-פי עמדתה, די בכך כדי להביא לדחיית העתירה לדיון נוסף, והתייחסותה לעמדת שר הפנים לגופה נעשתה אפוא 'למעלה מן הצורך'. גבי דידי, אין הצדקה לפקוד על העותרים את מחדלי שר הפנים. על כל פנים, גם מבלי להתייחס לשאלה האם עמדתו של שר הפנים, כשלעצמה, מצדיקה לקיים דיון נוסף (לנוכח מועד הגשתה), הרי שלא על עמדה זו לבדה התבססה העתירה לדיון נוסף. זולת עמדתו של שר הפנים, הונחה לפתחנו שאלת פרשנותן של הוראת סעיף 9א(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן גם: החוק), ושל הוראות סעיפים 249(20) ו-249(21) לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן גם: הפקודה), והיחס ביניהן. כפי שצינו באי-כוחו של היועץ המשפטי לממשלה בתגובתם – "בכל הנוגע לקביעת בית המשפט הנכבד בפסקה 22 לפסק הדין [מושא הדיון הנוסף – נ' ס'] בדבר היחס הנורמטיבי בין סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה לבין סעיפים 249(20)-249(21) לפקודת העיריות – מדובר בהלכה חדשה וחשובה" (פסקה 25 לתגובה). לכך מסכימה חברתי הנשיאה, בקביעתה כי נדרשת הכרעה בסוגיה זו (פסקה 41 לחוות דעתה), לכך גם אני מסכים. נפנה אפוא לדון בשאלה שעל הפרק.

הסמכות

4. האם נתונה לעיריית תל אביב-יפו סמכות להורות על פתיחתן של חנויות ביום השבת? על מנת להשיב על שאלה זו, עלינו להידרש לפרשנות הנכונה של הוראת סעיף 9א(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה, ושל הוראות סעיפים 249(20) ו-249(21) לפקודת העיריות, וליחסי הגומלין ביניהן.

סעיף 9א(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה

5. על-פי עמדתה של חברתי – "חוק שעות עבודה ומנוחה אינו עוסק בשאלת פתיחתם או סגירתם של עסקים ביום המנוחה, אלא בשאלה הפרסונלית של עבודה ביום המנוחה" (פסקה 43 לחוות דעתה). זאת לומדת חברתי מלשונן של הוראות סעיפים 9 ו-9א לחוק ומכותרותיהם, כמו גם מדברי ההסבר להצעת החוק שבגדרה נוסף סעיף 9א. בהשאלה מעולם הלמדנות הישיבתית: חברתי סבורה כי הוראת סעיף 9א(א) קובעת איסור 'גברא' – המוסב אל בעל החנות בלבד; להבדיל מאיסור 'חפצא' – שתחולתו על קיום מסחר בחנות עצמה. חילוק זה, כוחו יפה במישור הקונספטואלי, אפשר שאף יש לו אחיזה מסויימת בלשון החוק; על כל פנים, לדעתי, אין הוא יכול להישאר ולעמוד

על מכונו לאחר בחינה של תכלית החוק – זו הסובייקטיבית פְּזו האובייקטיבית. כפי שיבואר להלן, תכליתו של סעיף 9א היא לאסור על בעל חנות לסחור בחנותו בימי המנוחה; בין בעצמו ובין שלא בעצמו.

6. כאמור, אליבא דחברתי, לשונו של סעיף 9א וכותרתו מלמדות על כך שתחולתו היא פרסונלית. כשלעצמי, דומני כי לשון הסעיף ("לא יסחר בעל חנות בחנותו") וכותרתו ("איסור עבודה במנוחה השבועית"), אינן מסייעות בידינו; זו גם זו מתיישבות עם שתי האפשרויות הפרשניות המונחות לפנינו. הן את הדיבר 'עבודה', הן את המינוח 'לא יסחר' – ניתן לפרש כפעולה פרסונלית, כמו גם כתיאור פעילות כללי. עד היום לא נדרש בית משפט זה להתמקד במישרין בפרשנותו של סעיף 9א, וממילא גם לא הכריע בה. ניתן אמנם למצוא אמירות לגבי הסעיף ועל היחס שבינו לבין חוק ההסמכה, זְעִיר שָׁם זְעִיר שָׁם', אך זאת כאמרות אגב (obiter dictum), משום שלא היה צורך להתעמק בדיון ממצה בפרשנות הוראות החוק. כך בעניין תאטרות ישראל (בג"ץ 5073/91 תאטרות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 192, 207 (1993)) (עניינו של פסק הדין שם הוא בבתי קולנוע, וכפי שיבואר להלן, אין עוררין על כך שסעיף 9א לא חל לגביהם); כך גם בעניין דיזיין (בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת, אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 63 (2006)). אין אפוא 'הלכה פסוקה' בעניין, ולפיכך נתכנסנו. נפנה לבחון את כוונת המחוקק, כפי שהיא משתקפת מן ההיסטוריה החקיקתית, שמא יש בה כדי לשפוך אור על פרשנותו הנכונה של הסעיף (על חשיבותה של ההיסטוריה החקיקתית כמקור פרשני מרכזי, ראו חוות דעתי בדיון נוסף גיני, פסקאות 4-11).

7. בהביאו את הצעת החוק בגדרה נוסף סעיף 9א לחוק לפני מליאת הכנסת לקראת הקריאה הראשונה, פתח יגאל אלון, שר העבודה דאז, והציג את ההצעה כך:

"אני מרוצה כי יש בידי הפעם להגיש לכנסת הצעת חוק אשר יש בה משום הרחבת תחולת חובת המנוחה על סוגי עובדים נוספים, מבלי שיהיה בכך משום הפרת הסטטוס קוו בעניני דת.

עוד במחלוקת שנתגלעה בממשלה הקודמת חיוויתי את דעתי, שבמקום לחוקק חוק בעל אופי דתי, אשר עלול היה לפגוע בחופש הבילוי, כפי שהוא קיים כיום, למאות אלפי אזרחים חילוניים, יש לתקן את חוק שעות עבודה ומנוחה, הממזג עקרון סוציאלי עם ההכרה בימי המנוחה המסורתיים לבני כל דת.

בעוד שבראשית המאה הזאת היתה תפיסה שחוקי העבודה מכוונים להגנת עובדי כפיים שכירים בלבד, התרחבה תפיסה זו ואין חולקים כיום שמתפקיד המדינה לפרוש את הגנתה על כל עובד באשר הוא עובד – עובד כפיים כעובד משרד, עובד שכיר כעובד עצמאי.

הצעת החוק המונחת לפניכם מבקשת לקבוע, כי המקובל במנוחת שבת ומועדי ישראל לגבי עובדים שכירים במלאכה ובתעשייה, יחול גם על עובדים עצמאיים וחברי קואופרטיבים באותם ענפים. כמו כן ייאסר המסחר בחנויות.

[...] בדרך כלל באה חקיקת העבודה לבסס נוהגים קיימים, בשפרה את המצב תוך כדי קביעת מסמרות חוקיים. גם במקרה זה נותנת החקיקה המוצעת תוקף חוקי למצב קיים. גם היום בתי-חרושת ובתי-מלאכה פרטיים קואופרטיביים ברחבי הארץ ובמשקים שובתים מעבודה. הוא הדין לגבי המסחר בחנויות. המושג חנות אינו כולל בתי הארחה, מסעדות, בתי קפה, בתי שעשועים, מועדונים, תחנות דלק, חופי רחצה, ברכות שחיה, מיתקני ספורט וכדומה. בעניינים אלה נשאר המצב כפי שהוא כיום, גם מבחינה חוקית וגם מבחינת המציאות.

[...] מוצעת בזה הרחבת תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה בלא פגיעה בסטטוס קוו המקובל (ד"כ 30, 2157-2158 (התשכ"ו); ההדגשות הוספו – נ' ס').

8. עינינו הרואות: לא בחלל ריק נחקקה הוראת סעיף 9א, כי אם על רקע קיומו של 'סטטוס קוו', במסגרתו שובתים בימי המנוחה בתי החרושת ובתי המלאכה מעבודתם, וחדלים בעלי החנויות ממסחרם; ולצד זאת, בתי עסקים המספקים צורכי תרבות, בידור ופנאי רשאים להמשיך ולפעול כסדרם, אף בימי המנוחה. החרגתם של בתי עסק מסוג זה (המכונים "בתי עינוג") מגדר האיסור המעוגן בסעיף 9א(א), מטעמים של שמירה על "חופש הבילוי", מלמדת על גדרו של האיסור הכללי. הפגיעה ב'חופש הבילוי', שממנה חשש המחוקק, עשויה להתקיים רק בסגירתם של בתי עינוגים. אם אמנם תחולתו של סעיף 9א היא פרסונלית, אזי מה בין החוק לבין הפרת הסטטוס קוו? אם בתי העסק – מסחר או עינוג – יכולים להישאר פתוחים מצד עצמם באמצעות מי שאינם יהודים, מה טעם יש להבחין בין בעליו של זה לבעליו של זה?

9. יתרה מזאת. הפרשנות שלפיה תחולתה של הוראת סעיף 9א היא פרסונלית, ואינה מבקשת לאסור על עצם המסחר בחנות בימי המנוחה, אינה מתיישבת לכאורה עם דבריו המפורשים של שר העבודה דאז, יגאל אלון, ולפיהם "יִאסר המסחר בחנויות" (שם). ודוק: לא היתה זו אמרת אגב, אלא ביטוי נאמן למהותו של ההסדר החוקי. על כך יעידו בין היתר דברים שנאמרו במסגרת הדיונים השונים בהצעת החוק – הן במליאת הכנסת, הן בוועדת העבודה – מהם עולה בבירור כי גם חברי הכנסת והיועצים המשפטיים התייחסו אל האיסור שבסעיף 9א – כעניין פשוט וברור – כאיסור החל על עצם המסחר, ולפיכך מחייב את סגירת בתי העסק בימי המנוחה. כך, למשל (וזהו רק 'טעימה קטנה' מן הדוגמאות), בדיון שנערך בוועדת העבודה ביום 1.1.1969 אמר מנחם הרניב, היועץ המשפטי למשרד העבודה, כי "לפי הוראות החוק על יהודים לסגור את חנויותיהם בשבת"; בהמשך הדיון ציין גם ח"כ משה ארם, יו"ר הוועדה, כי "חוק זה מבטיח שיהודי לא יפתח את חנותו בשבת" (פרוטוקול ישיבה מס' 185 של ועדת העבודה, הכנסת ה-6, 13-14 (1.1.1969)). כמו כן, בדיון ביום 3.7.1968 שאל אחד מחברי הוועדה את היועץ המשפטי למשרד העבודה, האם החוק יחייב סגירת עסקים שהיו פתוחים עובר לכניסתו לתוקף? תשובתו היתה כדלקמן: "אם יש רשות מקומית שהיום פתוחות בה חנויות – מפני שאין חוק עזר שסוגר – נניח שבאופן תיאורטי יש עיר שפתוחות בה החנויות בשבת – וזה יחייב את החנויות גם מבלי שהרשות המקומית תעשה משהו" (פרוטוקול ישיבה מס' 154 של ועדת העבודה, הכנסת ה-6, 14 (3.7.1968) (להלן: פרוטוקול הדיון מיום 3.7.1968)).

10. ביטוי מובהק נוסף לכוונת המחוקק נוכל למצוא בדברים שנאמרו בדיון בוועדת העבודה לגבי סעיף 9א(ג), המורה כדלקמן:

"מי שאינו יהודי רשאי – לגבי בית מלאכתו, מפעל תעשייתי או חנותו הנמצאים בתחום רשות מקומית, או רובע שלה, שמספר תושביהם שאינם יהודים הוא לפחות שליש מכלל תושבי הרשות או הרובע, לפי הענין – לקיים את האיסורים לפי סעיף זה, או בימי המנוחה כאמור או בימי שבתו וחגיו, לפי בחירתו".

11. סעיף זה, הקובע חריג לאיסור האמור בהוראת סעיף 9א(א), מורנו כי מי שאינו יהודי רשאי לפתוח את חנותו גם בימי המנוחה, ובלבד שזו נמצאת באזור שבו מספר התושבים שאינם יהודים הוא לפחות שליש מכלל תושבי אותו אזור. על הרקע לחקיקתו של סעיף זה עמד סגן היועץ המשפטי למשרד הדתות:

“המגמה היא למעשה פשרה בין שני אינטרסים נוגדים. בדרך כלל, האינטרס של כל אדם הוא לקיים את ימי המנוחה בדת שלו באופן חפשי ובמדינת ישראל יש חופש דת לכל מי שרוצה, לכל העדות הדתיות. מצד שני יש לשמור שמיעוט קטן שיושב באותו רובע או באותה עיר, לא יפריע את מנוחת השבת או החג של הרוב הגדול של אותם אנשים שיושבים באותו מקום. לכן עשינו את הנוסח הזה של פשרה, של שני שליש ושליש. ז.א. אם המיעוט באותו מקום מספיק גדול עד כדי כך שהוא למעלה משליש התושבים, אזי יש להתחשב בו. הוא כבר גורם, למרות שהוא עדיין מיעוט. יכול להיות רק 40%, אבל הוא מיעוט מספיק גדול עד כדי כך שיש להתחשב בו ולתת לו אפשרות לבחור את ימי המנוחה שלו לפי דתו. אבל אם המיעוט הוא קטן, נגיד 20%, לדעתי זאת תהיה פגיעה ברוב הגדול, של 80% מן התושבים, אם דוקא 20% יפתחו את עסקיהם בשבת. זאת בא החוק למנוע [...]”

אילו לא היינו עושים את ההגבלה הזאת, שכל אדם יכול לפתוח את עסקו ללא שום הגבלה – נניח אם ישנם רק 5% לא-יהודים במקום של ישוב יהודי, מבלי להתחשב ב-95% היהודים שישנם שם – היינו יכולים אולי לעודד אפילו פיקציות, של בעלי עסקים יהודים שימכרו באופן פיקטיבי, או באמצעות הסדרים אחרים, את עסקיהם ללא-יהודים כדי שיפתחו אותם בשבתות. זה במפורש רצה החוק למנוע ולכן קבע תושבים באותו מקום ולא בעלי עסק, כקריטריון לפתיחת או סגירת החנויות” (פרוטוקול ישיבה מס’ 162 של ועדת העבודה, הכנסת ה-6, 9 (31.7.1968); ההדגשות הוספו – נ’ ס’).

12. הפועל היוצא מן האמור, כי תכליתו של האיסור הקבוע בסעיף 9א מכוונת גם לשמירה על צביונו של המרחב הציבורי בימי המנוחה באמצעות סגירת בתי מסחר בשבת, שאם לא כן – מדוע קבע המחוקק מגבלה הקשורה בהרכב האוכלוסיה? יתר על כן. קביעתה של מגבלה זו נעוצה בין היתר בחשש מפני פיקציה, במסגרתה ימכרו בעלי עסקים יהודים את חנותם למי שאינו יהודי, ובכך (“או באמצעות הסדרים אחרים”) יעקפו את האיסור על פתיחת החנות בימי המנוחה. ודוק היטב: אותה פיקציה אשר המחוקק חשש כי תוכנס על-ידי בעלי החנויות היהודים ב’דלת האחורית’, מבקשת חברתי הנשיאה להכניס עתה ‘בדלת הראשית’; די לו לבעל חנות יהודי לסחור בחנותו-שלו באמצעות עובד שאינו יהודי, והוא אינו נדרש להתאמץ ו”למכור” את חנותו.

13. הנה לפנינו ביטויים מפורשים ומובהקים לכוונת המחוקק. אלמלא טענו באי-כוחו של היועץ המשפטי לממשלה, כי "קשה [...] לעמוד על הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק בעת חקיקת סעיף 9א האמור" (פסקה 54 לתגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה; לטעמי לא כל כך קשה, זו חובתנו בפרשנות חוק לעסוק גם בשפיר ושליה) כמעט שלא הייתי טורח להרחיב בדבר. לא הבאתי אלא את הדוגמאות הבולטות, שיש בהן כדי להאיר את העין ולשבר את האוזן. החפץ להשכיל ולהעמיק יעיין בפרוטוקולים השונים, וייווכח כי הדיונים בהצעת החוק – במפורש ובמשתמע – מושתתים כולם על הבנת האיסור כמתייחס לעצם המסחר בחנות, ולא לעבודתם של בעלי החנויות בלבד.

14. יתר על כוונתו המובהקת של המחוקק (ואף אם אקבל את הגישה כי משקלה בפרשנות החוק אינו רב; ראו עמדתה של חברתי בדיון נוסף גיני, פסקה 19 לחוות דעתה), ניתן דעתנו על הסתירה הפנימית היסודית שיוצרת הגישה שלפיה סעיף 9א עוסק בשאלה הפרסונלית של עבודה ביום המנוחה, בין תתי-סעיפיו. כידוע, "כל יחידה חקיקתית נבחנת על רקע דבר החקיקה השלם שבו היא מופיעה ואשר ממנו ניתן ללמוד על התכלית שהמחוקק ביקש להגשים. יש לשאוף להגשמתה של הרמוניה בין חלקיו השונים של החוק" (אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 402 (2003); ההדגשה הוספה – נ' ס'). את האיסור הקבוע בסעיף 9א(א) יש לפרש אפוא באופן המתיישב עם הוראת סעיף 9א(ג), ואין להלום פרשנות המעמידה אותם בסתירה זה לזה (ראו גם בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית, פסקה 34 לחוות דעתי (6.6.2016)). כפי שציין שר הפנים במכתבו מיום 26.6.2017 אל היועץ המשפטי לממשלה (שהוגש לעיוננו תחת הכותרת 'עמדה מטעם שר הפנים'; ההדגשות במקור): "אימוץ הפרשנות [שלפיה תחולתו של האיסור הקבוע בסעיף 9א היא פרסונלית – נ' ס'], יוביל למצב אבסורדי לפיו בעוד שלאינו יהודי אסור לעבוד כבעל עסק עצמאי בשבת במרבית ערי מדינת ישראל (ככל שאין בהם 'לפחות רבע מכלל תושבי הרשות' שאינם-יהודים, בהתאם לסעיף 9א(ג-ד) לחוק), למרבה הפליאה מותר לו לעבוד כשכיר בשבת אצל בעל עסק יהודי. האם יש הגיון בסתירה יסודית שכזו?"; שאלה ראויה, ותשובה אין לה – לא בתגובת היועץ המשפטי לממשלה, ולא בחוות דעתה של חברתי הנשיאה.

15. הנה כי כן, כוונת המחוקק, כמו גם קריאה הגיונית והרמונית של סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, על תתי-סעיפיו, מלמדות כי האיסור המעוגן בו אינו חל על עבודתם של בעלי החנויות בלבד, כי אם על עצם המסחר בחנויות בימי המנוחה.

16. ודוק: אם אמנם כפי מסקנתה של חברתי, תחולתו של האיסור הקבוע בסעיף 9א(א) לחוק היא פרסונלית, ונקודת המוצא היא שניתן לפתוח בתי מסחר בימי המנוחה (על-ידי מי שאינו יהודי), ניתן היה לכאורה לחתום את הדיון בשלב זה, שכן מה בצע בחוק ההסמכה? חברתי מאמצת את טענת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, לפיה "עסקינן בהוראות דין שחולשות על עניינים שונים, שניתן כאמור לדמותן באופן מטפורי לשתי קומות המשלימות עצמן לכדי בניין אחד. הנכנס בקומה הראשונה – היא קומת הרישוי – ימצא עצמו אל מול סמכותה של הרשות המקומית להסדיר פתיחת וסגירת עסקים בשבת; בצאתו מן הקומה הראשונה ובידו רישיון לפתיחת עסק, יבוא בפתחה של הקומה השניה – היא קומת דיני העבודה הקוגנטיים. שם ימצא עצמו בעל העסק כמי שמחויב בשמירת איסור העבודה ועבודה של יהודים בשבת, לצד כל יתר הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה" (פסקה 68 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה; פסקה 40 לחוות דעתה של הנשיאה). הגע בעצמך: אם ברירת המחדל הקבועה בסעיף 9א היא כי כלל בתי העסק רשאים לפתוח בימי המנוחה, מדוע יש צורך בקומתיים? על שום מה יכנס בעל עסק 'בקומה הראשונה'? דיו לבוא בפתחה של 'הקומה השניה', המאפשרת לו לפתוח את חנותו באמצעות מי שאינו יהודי, גם מבלעדי חוק ההסמכה. ברם, ככל שסעיף 9א אוסר על עצם המסחר בחנויות בימי המנוחה, כי אז יש לבחון את גדר הסמכות הנתונה לרשות המקומית מכוח סעיפים 249(20) ו-249(21) לפקודת העיריות (צוטטו בפסקה 39 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה), ואת היחס בינה לבין האיסור האמור; לכך נפנה כעת.

חוק ההסמכה

17. אליבא דחברתי, "חוק ההסמכה הסמיך במפורש את הרשויות המקומיות בישראל להתקין בחוקי העזר הוראות שעניינן פתיחת עסקים בתחומן בשבת [...] הסעיף הנזכר [סעיף 249(21) – נ' ס'] מפנה מפורשות לסעיף 249(20) שעניינו 'פתיחתן וסגירתן של תנויות' [...] אין בידי לקבל את הטענה כאילו חוק שהסמיך, בין השאר, 'להסדיר פתיחתם [...] של חנויות ובתי מלאכה [...] נועד לחול רק על בתי עינוגים או רק על הסדרת סגירתם של עסקים. טענה זו אינה מתיישבת עם לשונו הברורה של החוק" (שם; ההדגשות במקור). לשיטת חברתי, אף אם נקבל את הפרשנות שלפיה סעיף 9א משמיע איסור גורף על פתיחת עסקים בשבת, "הרי שמדובר בסתירה בין חוק ההסמכה לבין חוק שעות עבודה ומנוחה, כלומר נורמות במדרג זהה. בהתאם לאמות המידה הלבר-פרשניות הנהוגות עמנו [...] חוק ההסמכה גובר בהיותו חוק מאוחר ביחס לחוק שעות עבודה ומנוחה [...] וממילא בהיותו חוק ספציפי המקנה באופן ממוקד סמכויות לרשויות המקומיות בישראל, להבדיל מכלליותו של חוק שעות עבודה ומנוחה" (פסקה 44 לחוות דעתה).

18. אין לכחד. לשונו הרחבה של סעיף 249(20), שעליו נשען סעיף 249(21), עומדת על פני הדברים בסתירה להוראת סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה. על מנת להתמודד עם סתירה זו, יש לבחון את השתלשלות העניינים מבחינה כרונולוגית. כפי שאבאר להלן, אמות המידה הלב-פרשניות שעליהן עמדה חברתי, מלמדות כי חוק שעות עבודה ומנוחה הוא המאוחר, וגם הספציפי, ביחס לסמכות הנתונה לרשות המקומית מכוח פקודת העיריות.

19. פקודת העיריות [נוסח חדש] נחקקה בשנת 1964, על בסיס פקודת העיריות המנדטורית. סעיף 249 לפקודה קובע את הסמכויות הנתונות לעירייה, בכלל זה סמכות כללית להסדיר "פתיחתן וסגירתן של חנויות" (כותרת סעיף 249(20) לפקודה). על יסוד סמכות זו, בצירוף הסמכות הנתונה לעירייה להתקין חוקי-עזר מכוח סעיף 250 לפקודה, התקינו רשויות מקומיות במהלך השנים חוקי-עזר המסדירים את מועדי פתיחתם וסגירתם של בתי עסק שונים בתחומן בימי המנוחה.

20. בשנת 1969 תוקן חוק שעות עבודה ומנוחה, ונוסף לו סעיף 9א, הקובע כאמור איסור על מסחר בחנויות בימי המנוחה, תוך הבחנה בין בתי מסחר לבין בתי עינוג. שאלת משמעותה של 'חנויות' האמורה בסעיף, והצורך בהגדרתה, נדונו ארוכות בוועדת העבודה; בדיון ביום 3.7.1968 הוצג מכתב שעליו היו חתומים שר המשפטים, שר הדתות ושר העבודה, ובו הוצע להוסיף לסעיף 9א הבהרות כדלקמן:

"(א) תימסר הגדרה של הביטוי 'חנויות' בזו הלשון: חנות לענין סעיף זה – בית עסק שעיקר עסקו מכירת מצרכים לצריכה שלא במקום. למעט, בית מרקחת ותחנת דלק.
(ב) תימסר הוראה הקובעת כי למען הסרת ספק מובהר בזה, שכל רשות מקומית תהא מוסמכת להתקין חוקי עזר המוסיפים לגבי תחומה של הרשות איסור ניהולו ביום המנוחה השבועית של בית עסק, שניהולו לא נאסר בסעיף זה" (פרוטוקול הדיון מיום 3.7.1968, בעמוד 2; ההדגשה הוספה – ג' ס').

21. שניים אלו אנו למדים מן האמור לענייננו: ראשית, סמכותה של הרשות המקומית להתקין חוקי-עזר לגבי מועדי פתיחתם וסגירתם של בתי עסק בימי המנוחה עמדה לנגד עיניו של המחוקק בעת חקיקת סעיף 9א. ההבהרה ששקל המחוקק להוסיף בעניין זה לא היתה אלא "למען הסרת ספק"; שנית, הוראת סעיף 9א ביקשה לעגן הסדר

הקובע רף של סגירת בתי עסק בימי המנוחה, שעליו רשאית הרשות המקומית להוסיף איסור ביחס ל"בית עסק שניהולו לא נאסר בסעיף זה" (קרי – בית עינוג), אך ממנו אין לגרוע (קרי – להתיר פתיחה של בתי מסחר). דבריו של מנחם הרניב, היועץ המשפטי למשרד העבודה, בהבהירו את הצורך בתוספת שהוצעה במכתב השרים, מלמדים על היקף סמכותה של העירייה לפני התיקון לחוק שעות עבודה ומנוחה, ולאחריו:

"לדידם של אלה שחושבים שיש הסמכות לרשויות המקומיות לאסור [על פתיחת בתי עסק – נ' ס' – זה רק מוסיף. זה אומר אותו דבר שישנו כבר, ולעצם הענין זה לא משנה. לגבי אלה שרוצים דרך אגב להגיד: אם אני אוסר אז אפשר גם להתיר [...]] אז לא צריך לקבל את כל החוק. אז לא צריך חוק של המדינה. נשאר כפי שזה עד היום. כל רשות מקומית – רוצה אוסרת, לא רוצה – מתירה" (שם, בעמוד 12).

22. הנה כי כן, עובר לחקיקתו של סעיף 9א היתה סמכותה של הרשות המקומית ביחס להסדרת פתיחתם וסגירתם של בתי מסחר ובתי עינוג בימי המנוחה רחבה עד מאד – ברצותה אוסרת, ברצותה מתירה. סעיף 9א לחוק צמצם גדרי סמכות זו, ושלל למעשה מהרשות המקומית את הסמכות להתקין חוק עזר המתיר פתיחת 'חנויות' שנאסרו לפתיחה בימי המנוחה. ודוק: שלא כחברי השופט נ' הנדל, אינני סבור כי סעיף 9א מגדיר 'ברירת מחדל' שממנה רשאית הרשות המקומית לסטות (פסקה 13 לחוות דעתו). לדעתי, סעיף זה, שנחקק כאמור מתוך הכרה בסמכותן של הרשויות המקומיות להסדיר פתיחה וסגירה של 'חנויות' בתחומן בימי המנוחה, הגביל הלכה למעשה סמכות זו. למען שלמות התמונה אציין, כי בסופו של דבר הוחלט שלא להוסיף את ההבהרות האמורות במכתבם של השרים (בין היתר משום שעיקרי הדברים הובהרו לפרוטוקול), אולם אין בכך כדי לשנות מן העובדה שסעיף 9א נחקק כשהסמכות הנתונה לרשויות המקומיות מכוח סעיף 249(20) עמדה לנגד עיניו של המחוקק.

23. אשוב אפוא אל אשר אמרתי בפתח הדברים: אכן, ההסדר המעוגן בסעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה עומד בסתירה ללשונו של סעיף 249(20) לפקודת העיריות. ברם, ההסדר שבסעיף 9א הוא המאוחר בזמן, הוא הספציפי מביין השניים, ולפיכך מצמצם את הסמכות הרחבה המוקנית לעירייה מכוח סעיף 249(20).

24. על רקע הבהרת היחס שבין סעיף 9א לבין סעיף 249(20), נוכל לבחון את מהות התיקון שנעשה בהוספת סעיף 249(21) לפקודה. כפי שציינה חברתי הנשיאה בחוות דעתה (פסקה 38), יסודו של חוק ההסמכה בפסק הדין של בית משפט השלום בת"פ (שלום י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"ם תשמ"ח(2) 26 (1987) (להלן: עניין קפלן), בגדרו נקבע כי רשויות מקומיות אינן רשאיות להורות על סגירת בתי עינוגים בימי המנוחה מטעמים דתיים. נוכח האמור תוקנה פקודת העיריות ונחקק סעיף 249(21), שביקש להתיר לרשות המקומית לשקול גם שיקולים דתיים בעת הפעלת סמכותה לפי סעיף 249(20) לפקודה. בהביאו את הצעת החוק לפני מליאת הכנסת לקריאה שניה וקריאה שלישית, הדגיש יו"ר הוועדה, ח"כ א' לין, כי "אין מדובר כאן בחוק מיוחד, שהוא חוק ההסמכה; מה שמונח כאן לפניכם הוא תיקון לסעיף 249 לפקודת העיריות [...] אין מדובר בחוק הזה בשינוי נורמה חקיקתית מקובלת וידועה. מדובר כאן בהחלטה של בית-משפט שלום בירושלים, אשר יצרה מבוכה באשר למונח של החוק" (פרוטוקול ישיבה מס' 241 של הכנסת ה-12, 3, 8 (17.12.1990); ההדגשה הוספה – נ' ס'). הפועל היוצא מן האמור הוא שהוספת סעיף 249(21) לא נועדה לקבוע סמכות חדשה לרשות המקומית להסדיר פתיחה וסגירה של בתי עסק בתחומה בימי המנוחה, כי אם להבהיר במפורש שהסמכות הנתונה לרשות המקומית מימים ימימה לפי סעיף 249(20), יכולה להיות מופעלת גם "בהתחשב בטעמים שבמסורת דתית". כפי שציינ יו"ר הוועדה: "השינוי המרכזי והחשוב ביותר בהצעת החוק המונחת בפניכם מתמצה בהוראה האומרת, שאת הפתיחה והסגירה של בתי-עסק ובתי-עינוגים בישראל אפשר לעשות על-פי הסמכה מפורשת גם מטעמים של מסורת דתית. זהו השינוי העקרוני המרכזי והיחיד הכלול כאן בהצעת החוק" (שם, בעמוד 5; ההדגשה הוספה – נ' ס'). לדידי, אכן סעיף 249(21) הבהיר את הברור.

25. לסיכום חלק זה: סעיף 249(20) מקנה לרשויות המקומיות סמכות להסדיר את מועדי פתיחתם וסגירתם של בתי עסק בתחומן, לרבות בימי המנוחה. סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה קבע הסדר ספציפי, מאוחר בזמן, לגבי פתיחה וסגירה של בתי עסק בימי המנוחה; הסדר זה צמצם, הלכה למעשה, את הסמכות הרחבה הנתונה לרשויות המקומיות מכוח סעיף 249(20). סעיף 249(21), המנוסח על דרך של הפניה לסעיף 249(20), ביקש להבהיר במפורש כי סמכותה זו של הרשות המקומית יכול שתהא מופעלת גם משיקולים דתיים. מכל מקום, לא בא סעיף 249(21) לשנות מגדרה ומהותה של הסמכות, אשר עודנה כפופה להסדר הקבוע בסעיף 9א.

תכלית סוציאלית

26. בחינת תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה מנקודת מבט רחבה יותר, תומכת אף היא במסקנה כי אין לרשות המקומית סמכות להורות על פתיחתם של בתי מסחר

בימי המנוחה. כידוע, "ביסוד ההסדרים בעניין שעות המנוחה השבועית שבחוק שעות עבודה ומנוחה מונחות שתי תכליות המשלימות זו את זו" (עניין דיזיין, בעמוד 57); התכלית האחת היא תכלית חברתית-סוציאלית, "לפיה ראוי לייחד יום מנוחה שבועי לכל אדם כדי שיוכל לנוח בו ממלאכתו, לשהות עם משפחתו או בחברת ידידים ולהתפנות לנופש ולבידור לפי בחירתו והעדפותיו. כן נועדה קביעת יום המנוחה להגן על בריאותו של העובד ולהבטיח תנאי עבודה הוגנים" (עניין תאטראות ישראל, בעמודים 207-208). התכלית השנייה היא תכלית דתית-לאומית, "הרואה בשמירת השבת ליהודים משום הגשמה של אחד הערכים החשובים ביותר ליהדות שיש להם אופי לאומי. ברוח דומה, ייחוד ימי מנוחה אחרים למי שאינם יהודים מגשים את ההשקפה הדתית שלהם" (עניין דיזיין, בעמוד 58); על חשיבותה הלאומית, הרוחנית והתרבותית של השבת ראו דבריו היפים של חברי השופט נ' הנדל בפסקה 2 לחוות דעתו).

27. 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: "פגיעה זו – שעיקרה איסור עבודה בשבת – חלה בנקודת המוצא באופן שוויוני על כל בעלי העסקים, וממילא אין בה מלכתחילה כדי להקנות יתרון תחרותי בלתי הוגן למתחרה זה או אחר" (עניין דיזיין, בעמוד 63). אם נקבל את הפרשנות המתירה פתיחתם של בתי מסחר בימי המנוחה, נמצאנו מאיינים הלכה למעשה את אפשרותם של בעלי העסקים החפצים בכך לשבות ביום מנוחתם; נִיֶּאֱמָרוּ מִן הַעֲבוּדָה ביום השבת, נִתְעַל שׁוֹעֲרָתָם. כך, בעל בית מסחר המחליט לעשות שבת לעצמו, קרי, לפתוח את חנותו בשבת (על-ידי מי שאינו יהודי), קונה לו – ולשיטת חברתי, בדין הוא עושה כן – 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 – יאלצו לפתוח אף הם את חנויותיהם על מנת שלא 'להישאר מאחור'. לשם כך יהיה עליהם לשכור עובדים שאינם יהודים (ראו סעיפים 9 ו-7(ב) לחוק שעות עבודה ומנוחה), אלא שהאפשרות לעשות כן שמורה, מטבע הדברים, דווקא לבעלי העסקים הגדולים, שלרשותם עומדים המשאבים הכלכליים הנחוצים לשם כך. בעל עסק קטן לעומת זאת, שידו אינה משגת להעסיק עובד לא-יהודי אשר יעבוד במקומו ביום המנוחה, יצא וידיו על ראשו. אף האפשרות לוותר על יום המנוחה ולהתחרות ניטלה מהם, מבעלי העסקים הקטנים: מחד גיסא, אין באפשרותם להעסיק עובד שאינו יהודי; מאידך גיסא, הם אינם רשאים לסחור בחנות בעצמם. הסוחרים הקטנים, הם אלו אשר צפויים אפוא לספוג את הנזק הכלכלי הנובע מפתיחת בתי המסחר בימי המנוחה (ראו והשוו לדברי השופט (כתוארו אז) א'

רובינשטיין בעע"ם 2469/12 ברמד נ' עיריית תל אביב-יפו, פסקה ג' (25.6.2013)). ברי כי תוצאה מעין זו אינה רצויה, ועומדת בניגוד מוחלט לתכליתו הסוציאלית של חוק שעות עבודה ומנוחה.

28. מעתה יש לשאול: אם אמנם חשיבותה של התכלית הסוציאלית כה רבה, מדוע להבחין בין בתי מסחר לבין בתי עינוג, כדרך שעשה המחוקק? האין זה ראוי – מבחינה לאומית וסוציאלית כאחד – כי גם בתי העינוג ישבתו ממלאכתם? דומני כי את התשובה לשאלה זו נוכל למצוא דווקא בדבריה של חברתי הנשיאה (פסקה 50):

"חיים משותפים אינם 'הכל או לא כלום', אלא מבוססים על סובלנות לדעה שונה, כבוד הדדי וויתורים הדדיים. חיים משותפים אינם 'שחור ולבן', אלא ספקטרום. הם שעונים על ההכרה שהאדם הוא יצור חופשי המעצב את סיפור חייו, אך גם על ההכרה כי הוא עושה זאת במסגרת חברה ולא על אי בודד. יסודם בהבנה שכל אחת ואחד מאיתנו נושאים באחריות לחברה כולה, אולם אין בכך משום ויתור על מרכיבי יסוד בזהותנו או על ייחודו של כל אחד מאיתנו. לא תפישה של 'אני לא אחתום על חילול שבת', אלא הכרה בחיוניותה של תפישת 'חיה ותן לחיות'."

29. 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 הקולנוע או מנוחה על שפת הים. ראוי לאפשר אפוא לכל אחד ואחת לעצב את יום המנוחה כפי השקפתו ואמונתה:

"בצד ההגנה על שמירת השבת מן ההיבט הדתי-לאומי, מותיר החוק את הפן הסוציאלי של יום המנוחה פתוח לעיצוב תכניו בהתאם למגוון איכויות החיים, הסגנונות והטעמים של רבדים שונים של החברה הישראלית על גווניה המרובים. ואכן, דרכיהם של בני האדם בעיצוב יום המנוחה השבועי הנתון להם הן שונות ומגוונות, איש איש על פי דרכו, על פי אמונתו ועל פי סגנונו [...] בגדר הפן הסוציאלי של השבת נדרשת הכרה בצורכי החריגה מאיסורי העבודה מקום שהדבר חיוני כדי לאפשר את

עיצובה של השבת כיום מנוחה לציבור הרחב ברוח חופשית, פלורליסטית וסובלנית, בלא פגיעה בלתי מידתית בזרמים חברתיים אחרים ולבל ייעקר האופי הלאומי הייחודי מהשבת בישראל. ראוי להכיר בכך כי כדי לאפשר מימוש התכנים האישיים ותרבות המנוחה של הפרט נדרשות גם מסגרות ציבוריות שתסייענה בכך ותאפשרנה זאת, ובהן תחבורה ציבורית שתאפשר תנועה חופשית של הציבור; פתיחת מוזאונים ומוסדות תרבות, פעילות תאטראות ובתי קולנוע, קיום הרצאות וכינוסים וכיוצא באלה" (עניין דיזיין, בעמודים 66-67).

30. זכותו של אדם לעצב את יום המנוחה בצלמו וכדמותו אינה בלתי-מוגבלת; ערכים ואינטרסים נוספים מונחים על הכף, ומן ההכרח לאזן ביניהם. אינה דומה פתיחת בתי מסחר בשבת לפתיחת בתי עינוג – הן מנקודת מבטם של בעלי החנויות, הן מנקודת מבטם של הצרכנים. העדר איסור על פתיחת בתי עינוג בשבת פוגע אמנם פגיעה כלכלית מסוימת ברווחי יום השבת של בעלי בתי עינוג המבקשים לשבות ממלאכתם, אך פגיעה זו, מטיבה וטבעה, מצומצמת יותר:

"אדם הרוכש זוג נעליים בשבת לא ירכוש זוג נוסף בימי החול. לכן, אם חלק מחנויות הנעליים ייפתחו בשבת, אלו שמעוניינים לסגור בשבת יפסידו חלק מהפדיון שהיו צוברים במשך השבוע אילו נסגרו כל החנויות בשבת. ההפסד האמור יהיה כנראה ניכר, לאור העובדה [...] שהפדיון שמתקבל בעסקים מסוג זה בשבת גבוה באופן ניכר מהפדיון המתקבל בימות השבוע. כפועל יוצא, פתיחת חנות נעליים אחת בשבת מפעילה לחץ כבד על כל בעלי חנויות הנעליים בסביבה לפתוח את עסקיהם ולעבוד בשבת. שונה המצב ביחס לבתי עינוג: אדם היושב בבית קפה או הולך לקולנוע בשבת לא יימנע בשל כך מלשבת בבית קפה או ללכת לקולנוע גם בימות החול. לכן, ההפסד שייגרם למי שיבחר לסגור את בית הקפה שלו בשבת לא ישפיע באופן ממשי על הפדיון שלו בימות החול" (גדעון ספיר "וקראת לשבת עונג? – עבודה, מסחר ובילוי בשבת בישראל מקום המדינה ועד היום" מחקרי משפט לא 169, 222 (עתיד להתפרסם ב-2017)).

31. גם מנקודת מבטם של הצרכנים קיים הבדל מהותי. כאמור, התכלית הסוציאלית תומכת בזכותם של הצרכנים החפצים בכך להתענג בתענוגים, כפי השקפתם, אמונתם והעדפתם. לא כן כאשר בפעילות מסחר עסקינה. המסחר עניינו בקניה ומכירה, עיקרו ברווחים כלכליים, בצרכים פונקציונליים שאינם נוגעים למנוחה או לבילוי. לא זו אף זו, טבעה הפונקציונלי של הפעילות המסחרית מתבטא בין היתר בכך שאין יתרון בעריכת הקניות ביום המנוחה דווקא. רכישה במרכול ובדומיו, יכול שתעשה גם לפני השבת או לאחריה. זאת, בניגוד לפעילות בילוי ומנוחה, שמטבע הדברים יכולה להתקיים דווקא ביום השבת, יום המנוחה, שעה שכל בני המשפחה שובתים יחדיו ומיטיבים את מנוחתם בפעילויות משותפות. אבהיר ואדגיש: אין ספק כי פתיחתם של בתי מסחר בשבת מהווה תוספת נוחות משמעותית לקהל רב של צרכנים. אין לזלזל בכך כלל ועיקר. נוחות, הגם שאינה זכות יסוד חוקתית, אינה מילה גסה. רצונו של אדם כי תהיה לו אפשרות לקנות חלב וביצים ורוטב סויה (כמו גם בגדים או רהיטים) ביום השבת, הריהו מובן ולגיטימי. ברם, רצון זה אינו חזות הכל; על הכף מונחת גם זכותם היסודית של בעלי בתי המסחר החפצים בכך לשבות ממלאכתם ביום המנוחה. תוספת הנוחות אשר עשויה לצמוח מצריכה מסחרית בשבת, אין בה כדי להצדיק פגיעה כה משמעותית בסוחרים הקטנים.

32. זאת ועוד. הוצאתם של בתי עינוג מגדר האיסור הקבוע בסעיף 9 לחוק, מאפשרת לבעלי בתי עינוג – קטנים כגדולים, עשירים כדלים – הבוחרים לוותר על מנוחתם השבועית, להפעיל את עסקיהם בעצמם, מבלי להיזקק לעובדים שכירים. עוד ראוי לציין, כי ההבחנה שבין בתי מסחר לבין בתי עינוג מושרשת ומקובלת בשיח על דמותה של השבת במדינת ישראל; לא בכדי קנתה לה ברבות השנים אחיזה בהצעות חוק ובאמנות ציבוריות שונות (רות גביוזן ויעקב מדן מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל 223-237 (התשס"ג); ספיר, בעמודים 217-222; אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "דת ומדינה בישראל בשנת היובל" מנחה ליצחק: קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו 399 (אהרן ברק ומנשה שאוה עורכים, התשנ"ט), נדפס גם בספרו של אליקים רובינשטיין נתיבי ממשל ומשפט 196, 214-218 (התשס"ג)).

33. 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 חברתי; ואני אומר – "נוח ותן לנוח".

כמה יפים לענייננו דבריו של הפילוסוף והתיאולוג היהודי-אמריקני הרב אברהם יהושע השל בספרו המונומנטאלי 'השבת':

"על האדם המבקש לחשוף את קדושת היום מוטלת המשימה לנטוש את הניכור הקיים במסחור הבוטה של החיים, ואת היותו לכוד בעול העמל והיגיעה. עליו לצעוד הרחק מהקולות הצורמים שבשאר הימים, ממתחים ומתאוות הרכישה [...] עליו להיפרד ממלאכתו, ולהבין שהעולם כבר נברא וישרוד גם ללא עזרת האדם. שישה ימים אנו נאבקים בעולם, וסוחטים רווח מן האדמה; בשבת אנו פונים אל הזרע הנצחי הנטוע בנפשנו [...] שישה ימים אנו מנסים להשתלט על העולם, וביום השביעי עלינו להשכיל לשלוט בעצמיותנו" (אברהם יהושע השל השבת 33 (אלכסנדר אבן חן מתרגם, הוצאת ידיעות אחרונות, 2003)).

ביום השבת, חמדת הימים, עלינו 'להשכיל לשלוט בעצמיותנו', לצאת מן המילכוד של 'עול העמל והיגיעה'; כך נוכל להתרווח, לנוח, לקיים את דברי הנביא ישעיהו (נח, יג) "וקראת לשבת עונג", ולהבחין כפי שמורה החוק בין מסחר לבין עינוג.

34. הנה כי כן, התכלית הסובייקטיבית של סעיפי החוק הנדונים, כפי שהיא משתקפת בבהירות מן ההיסטוריה החקיקתית; יחסי הגומלין ביניהם על ציר הזמן; כמו גם התכלית האובייקטיבית, שעניינה בשיקולים הסוציאליים העומדים ביסודו של חוק שעות עבודה ומנוחה – מובילים לכלל מסקנה כי אין לה לרשות המקומית סמכות להורות על פתיחתם של בתי מסחר בימי המנוחה.

בשולי הדברים: סבירותה של סבירות

35. במוקד חוות דעתי – שאלת סמכותן של רשויות מקומיות להורות על פתיחת בתי מסחר בשבת. משבאתי לכלל מסקנה כי סמכות אין, שוב איני נדרש לדון בשאלת הסבירות שלגביה הרחיבה חברתי, אם כי פטור בלא כלום אי-אפשר. אעיר אך זאת: לשיטת חברתי, עמדתו של שר הפנים לוקה בחוסר סבירות קיצונית, מאחר ש"לא נתנה משקל הולם לשיקול בדבר מעמדה הייחודי-האוטונומי של העירייה" (ראו פסקה 25 לחוות דעתה; ההדגשה הוספה – נ' ס'). ראיתי דברי חברתי הנשיאה, ונזכרתי בדברי הנשיא (בדימוס) א' גרוניס; דבריו נכוחים, ראוי לשוותם לנגד עינינו:

"המומחיות של בית המשפט בכלל, ובתחום המשפט המינהלי בפרט, הינה בשאלות של סמכות ושל פגמים פרוצדורליים [...] לעומת זאת, אין לבית המשפט יתרון מיוחד או מומחיות עודפת בנושא של חוסר סבירות [...] העילה של חוסר סבירות [...] עברה שינוי והתפתחה למימדים קרובים לאלה של 'נורמת על' [...] תוך כדי התפתחות זו היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר (למשל, העילות של מטרה זרה ושל שיקולים זרים). חסרונה הגדול של עילה זו בהיקפה זהיום נמצא ברמת ההפשטה הגבוהה שלה. רמת ההפשטה הגבוהה מעצימה את שיקול הדעת השיפוטי וממילא מגדילה את אי הוודאות המשפטית. היא יוצרת מרחב אדיר בין מיקומה הגבוה ביקום המשפטי לבין יישומה במקרה קונקרטי [...] לעיתים קרובות נעשה שימוש בדימוי של משקל על מנת להמחיש את יישומה הקונקרטי של עילת חוסר הסבירות. כך, נאמר לא אחת שהחלטה תיפסל בשל חוסר סבירות אף אם הרשות המחליטה שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים, מקום שהיא נתנה משקל מעוות לאחד או יותר מהשיקולים שנשקלו [...] אמת, מטפורה, דוגמת משקל, הינה כלי מקובל בשפה המשפטית. הדימוי מסייע לניתוח, מפתח את החשיבה ומקל על הקורא להבין את נימוקיו של השופט. עם זאת, השימוש במטפורות עלול לעיתים לערפל את ההנמקה תחת להבהירה. השימוש בדימוי של משקל בהקשר לחוסר סבירות אומנם מסייע במידת מה. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שהקביעה בדבר חוסר סבירות מבוססת במידה מכרעת על בחינה של התוצר הסופי, קרי, נפקותה של ההחלטה. במילים אחרות, השימוש במטפורה של משקל באשר לשיקולים אותם שקלה הרשות המוסמכת שקיבלה את ההחלטה משמש לעיתים, כך נראה, ככסות לאי הסכמה עם התוצאה" (בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, פסקה 9 לחוות דעתו (2007); ראו גם דבריו של הנשיא מ' לנדוי בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 431-432 (1980), אשר כבר לפני קרוב ליובל שנים, הביע את חששו מפני אי-ההכנות שהשימוש במושג הסבירות עלול להוליד).

36. הסבירות פנים רבות לה, וגם הראוי הריהו תלוי בעיני המתבונן (בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתי (1.3.2016)). 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. יש להמשיך ולחתור אפוא 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" (שם).

התכלית הסוציאלית כגשר

37. אין לכחד. הויכוח על דמותה של השבת הוא נוקב, אידיאולוגי, עקרוני. כך הוא הדבר בסוגיות נוספות מתחום יחסי דת ומדינה, ובערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אף צד לא מוכן לוותר על קודש הקודשים שלו – קודש דתי או 'קדושה' חילונית. לא בכדי ביקשתי להסתמך על דבריה החשובים של חברתי הנשיאה בחוות דעתה (ראו לעיל פסקה 28), על הגישה העקרונית שראוי כי תנחנו דרך. יש בכך כדי להמחיש, כי המחלוקת בינינו איננה רחבה, עמוקה ועקרונית כפי שהיא עלולה אולי להצטייר. איננו חולקים על נקודת המוצא: לא תפיסה של 'הכל או כלום', 'שחור ולבן', אלא סובלנות לדעה שונה וויתורים הדדיים. לא נטשטש את המחלוקת בינינו – על סמכות וסבירות ופרשנות, אך גם לא נצבע אותה בצבעים עזים; לא "דתיים" נגד "חילוניים", לא 'צפון' נגד 'דרום' ולא פריפריה נגד "מדינת תל אביב". הרחבתי את הדיבור לעיל על התכלית הסוציאלית, אחת משתי התכליות שביסוד חוק שעות עבודה ומנוחה. דומני כי סביבה 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.

סוף דבר

38. איסור על עבודה בשבת לפי סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה חל ביחס לבתי מסחר, אך לא לבתי עינוג; האיסור איננו פרסונלי גרידא, אלא חל על עצם המסחר בחנות; אין בחוק ההסמכה כדי להקנות סמכות לרשות המקומית להורות על פתיחתם של בתי מסחר. גבי דידי, אפוא, דינה של העתירה לדיון נוסף – להתקבל.

1. בפסק הדין נושא הדיון הנוסף דנן צירפתי את דעתי לדעתה של חברתי הנשיאה מ' נאור כי אין למצוא פגם במישור הסמכות או במישור שיקול הדעת המצדיק התערבות בתיקון חוק העזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014 (להלן: תיקון מס' 2). מדעתי זו לא שיניתי גם למשמע הטענות ששבו בעלי הדין והעלו בדיון הנוסף.

2. החוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 40), התשנ"א - 1990 (להלן: חוק ההסמכה) מחיל גם לגבי ימי המנוחה את הסמכות הנתונה לרשות המקומית בסעיף 249(20) לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: הפקודה) להסדיר את "פתיחתם וסגירתם של חנויות ובתי מלאכה, מסעדות, בתי קפה, בתי תה, בתי משקה, מזנונים, קנטינות ומוסדות אחרים כיוצא באלה, ושל בתי קולנוע, תיאטרונים ומקומות אחרים של עינוג ציבורי או של סוג פלוני מהם". בכך עיגן חוק ההסמכה גם בכל הנוגע לימי המנוחה את מעמדה הייחודי-האוטונומי של הרשות, ואיפשר לה לעצב באמצעות חוקי עזר ועל פי שיקול דעתה, את הפעילות בימים אלה במרחב הציבורי שבתחום שיפוטה. על המשמעות של חוק ההסמכה ועל גדר הסמכות שהוקנתה לרשות המקומית לפיו, עמד בית משפט זה עוד בשנת 1993 מפי הנשיא שמגר (בג"ץ 5073/91 תאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 192, 207 (1993) להלן: עניין תאטראות ישראל וכן ראו לעניין זה בפסקה 28 לפסק-דינה של חברתי הנשיאה). חברתי הנשיאה שבה והדגישה את הדברים בציינה כי "הסמכות לערוך את ההכרעה הערכית במסגרת חוקי העזר נתונה לעירייה, ולא לשר הפנים. אין שר הפנים בוחן אם ההכרעה היא המיטבית לדעתו, אלא אם היא מצויה בגדר מתחם הסבירות ... החלטת שר הפנים נועדה לפקח על חוקיות החלטתה של העירייה, אך לא להחליף את שיקול דעתה" (בפסקה 29 לחוות דעתה). לעמדה זו אני שותפה. כמו כן שותפה אני מן הטעמים שפרטה חברתי הנשיאה בחוות דעתה, לעמדה כי חוק שעות עבודה ומנוחה התשי"א - 1951 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה), לרבות סעיף 9א(א) שבו, אינו עוסק בשאלת פתיחתם וסגירתם של עסקים ביום המנוחה אלא בשאלה הפרסונלית של עבודה ביום זה. על כן, לגיştתי, 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.

3. בהחלטתו להיעתר לבקשה לדיון נוסף ציין המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין כי "ראויה השבת, שעל מעמדה בעולמה של יהדות אין צורך להכביר מלים, שעניינה יידון וילוכן כשכלל העמדות לפני בית המשפט".

אכן רבים הכתרים שנקשרו לה לשבת ומקום מיוחד שמור לה בלב כל יהודיה ויהודי, גם אם הם אינם מקיימים את מצוות שמירת השבת כהלכתה. המשורר הלאומי ח.נ. ביאליק אמר עליה על השבת כי "היא היצירה הגאונית ביותר של הרוח העברית" (ספר השבת (הוצאת דביר, התש"ח בעמ' 517)) (להלן: ספר השבת), ורבים אחרים העלו על נס את המזיגה הנפלאה המתקיימת בה בין ערכים דתיים לערכים סוציאליים (ספר השבת בעמ' 521; רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 1, 6 (2003)). אך 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.

4. בעניין תאטראות ישראל עמד הנשיא שמגר על התכליות שביסוד חוק שעות עבודה ומנוחה בציינו כי:

"בקביעת העקרון של קיום יום מנוחה שבועי והועדתו בשבת חתר המחוקק להגשים שתי מטרות משולבות: ראשית, מטרה חברתית, לפיה ראוי לייחד יום מנוחה שבועי לכל אדם כדי שיוכל לנוח בו ממלאכתו, לשהות עם משפחתו או בחברת ידידים ולהתפנות לנופש ולבידור לפי בחירתו והעדפותיו ... שנית, הועדת יום המנוחה בשבת נעשתה על רקע ציווי ההלכה ומסורת ישראל" (שם, בעמ' 207-206).

החתירה לשילוב בין שתי מטרות אלה, לצד מתן אפשרות לפעילות כלכלית מסוימת של בתי עינוג ושל בתי מסחר גם בימי המנוחה, קיבלה ביטוי בחוק ההסמכה. על פי חוק זה הוקנתה, כאמור, לרשות המקומית הסמכות להורות, בין היתר, על "פתיחתם וסגירתם של חנויות ובתי מלאכה ..." בימי המנוחה, אך הודגש כי בהפעלת סמכותה זו על הרשות להתחשב "בטעמים שבמסורת דתית" (סעיפים 209(20) ו-21) (לפקודה). הנה כי כן, המחוקק לא אסר לחלוטין על הרשויות המקומית להסדיר פתיחה וסגירה של חנויות ובתי מלאכה בימי המנוחה, אך התווה להן אמת מידה ברורה של התחשבות בטעמים שבמסורת דתית ובכך נקט בדרך של איזון ופשרה (ראו פסקה 31 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה). חברי השופט סולברג מבקש להציב את נקודת

האיזון בהקשר זה בהבחנה שבין בתי עינוג לבתי מסחר. דא עקא שהבחנה זו אין לה עיגון בלשון חוק ההסמכה, וכפי שהיטיבה חברתי הנשיאה לתאר אין לה עיגון אף לא בהיסטוריה החקיקתית של חוק זה. על כן, אין לקבלה. עם זאת, מקובלת עליי העמדה כי יש לנהוג זהירות רבה בהוראות המתירות פתיחתם של חנויות ובתי מלאכה בימי המנוחה וכי הוראות המתירות זאת "ביד רחבה" מדי, עלולות להפר את האיזון העדין שאותו יש לשמור בהקשר זה בין ערכיה היהודיים ובין ערכיה הדמוקרטיים של המדינה.

5. בהחלטתו אשר הובאה בפנינו בשלב הדיון הנוסף, הביע שר הפנים את החשש ליצירת תקדים שיסדוק את "הסטטוס-קוו" וישנה את "מראית השבת וצביונה בכל הארץ". ראשית, אציין כי יש צדק בקביעתה של חברתי הנשיאה כי מדובר בהחלטה אשר לא הובאה וממילא לא נדונה בהליך מושא הדיון הנוסף (ראו פסקאות 17-20 לחוות דעתה). מטעם זה, ספק אם יש מקום להידרש אליה עתה. ואולם, גם לגופם של דברים לא מצאתי בנסיבות העניין הצדקה לחשש שהביע השר בהחלטתו לפגיעה גורפת במראית השבת וצביונה ברמה הלאומית עד כי קמה בעיניו עילה לביטול תיקון מס' 2 של חוק העזר לתל-אביב יפו. זאת בהינתן ההיקף המצומצם ביותר של המתחמים והעסקים שפתיחתם הותרה בתל אביב בשבת הן על פי תיקון מס' 1 והן על פי תיקון מס' 2, המצטיינים 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.

מטעמים אלו אני מצטרפת גם בדיון הנוסף לעמדת חברתי הנשיאה.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם יש לכבד את בחירתה של מועצת עיריית תל אביב-יפו לתקן את חוק העזר העירוני במתכונת המאפשרת פתיחתם של מרכולים בימי שבת וחג? זוהי, בתמצית, השאלה שחזרה והונחה לפתחנו. זו – ולא שאלות אחרות, למרות שאלה נכרכו בטיעוניהם של הצדדים. כפי שהערתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, איננו נדרשים לעסוק בשאלה האם במישור הערכי וההשקפתי יש עדיפות להסדרים המצדדים בסגירה נרחבת של עסקים בשבת או לכאלה שמסדירים את דרכי פתיחתם. איננו נדרשים גם

לשאלה מהו יישומו האופטימלי של האידיאל הלאומי והחברתי של השבת. סברתי בעבר ואף כעת אני סבורה כי יש מקום לכבד את החלטתה של מועצת העירייה, ולהותיר את המחלוקת הערכית שברקע הדברים להוסיף ולהתנהל בזירה הראויה לה – הזירה הציבורית. מטעם זה אני מצטרפת לחוות דעתה של חברתי הנשיאה גם במסגרת הדיון הנוסף, ומטעמיה. לצד זאת, ולנוכח המחלוקת שהתגלעה בין חבריי השופטים נ' הנדל ו-נ' סולברג לבין יתר חברי ההרכב, תוך התמקדות בשאלת סמכותה של העירייה להתיר פתיחתן של חנויות ביום המנוחה השבועי, אני מבקשת להציג את פרטי עמדתי.

דיון נוסף ולא משפט חוזר

2. קודם שאצלול לגוף הדברים אוסיף ואומר כי כמו חברתי הנשיאה אף אני סבורה שיש להקפיד על כך שדיון נוסף בפסק דין לא ישמש פלטפורמה למשפט חוזר. סופיות הדיון היא ערך חשוב בשיטתנו, ולמעשה בכל שיטה משפטית. הדברים מקבלים משנה חשיבות לנוכח העובדה שמתן אפשרות לרשות שלטונית להציג עמדה חדשה שתידון לגופה לאחר שהסתיימה ההתדיינות המשפטית עלול לתת תמריץ להתנהגות אסטרטגית – כך שתחילה תוצג עמדה אחת, ואם זו לא תתקבל ניתן יהיה להציג עמדה אחרת.

3. לאמיתו של דבר, אני מסכימה עם חברתי הנשיאה כי די היה בטעם זה כדי להביא לדחייתה של העתירה לדיון נוסף. עם זאת, משנפרסה היריעה, אוסיף ואתייחס גם לגופם של דברים. אולם, חשוב להדגיש כי לא נימוקיה של ההחלטה המאוחרת של שר הפנים צריכים לעמוד במרכז הדיון, אלא שאלת חוקיותו של חוק העזר של תל אביב-יפו על תיקונו – בין במישור הסמכות ובין במישור שיקול הדעת.

סמכותה של העירייה להתיר פתיחת עסקים בשבת

4. טענותיהם של העותרים לדיון נוסף התבססו במידה רבה על העמדה המשפטית לפיה יש לפרש את סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה) כאוסר כליל על פעילות של עסקים מסוג "חנויות" בשבת, ועל כן ממילא סמכותה של העירייה להתיר פתיחת עסקים מוגבלת להסדרת פתיחתם של מקומות בילוי ופנאי – בתי מלון, מסעדות ומוסדות תרבות – מה שמכונה לא אחת "בתי עינוג". חברתי הנשיאה דחתה טענה זו. לעומת זאת, חבריי השופטים הנדל ו-סולברג הגיעו בעניין זה למסקנה אחרת. לשיטתם, יש ללמוד מסעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה כי הוא קובע איסור על פעילותן של חנויות, בתי מלאכה ומפעלים ביום

השבת. חברי השופט הנדל סבור כי המסקנה הנובעת מכך היא שלרשות המקומית שיקול דעת מצומצם ביותר בכל הנוגע להתרת פתיחתם של עסקים בשבת, ואילו לשר הפנים סמכות בקרה רחבה על החלטותיה בעניין. חברי השופט סולברג מרחיק לכת אף יותר וקובע כי מדעיקרא העירייה אינה מוסמכת להתיר פתיחתם של עסקים מסוג "חנות" בשבת.

5. במחלוקת זו אני תמימת דעים עם חברתי הנשיאה. אני סבורה, בכל הכבוד, כי העמדה החולקת אינה משקפת את פרשנותו הנכונה של חוק שעות עבודה ומנוחה – לא מבחינת לשונו ותכליתו החקיקתית, לא מבחינת הזיקה להוראות אחרות באותו חוק עצמו ולהוראות פקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: פקודת העיריות או הפקודה), ואף לא מבחינת ההיסטוריה החקיקתית, כשזו נבחנת באופן רחב יותר, הכולל בין היתר את האופן שבו הובן ויושם החוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 40), התשנ"א-1990, המכונה "חוק ההסמכה". אבהיר את עמדתי.

6. על מנת להידרש לפרשנותו של סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, שכותרתו "איסור עבודה במנוחה השבועית", אבקש גם אני להקדים ולהביאו בנוסחו המלא:

(א) בימי המנוחה הקבועים כמשמעותם בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, לא יעבוד בעל בית מלאכה בבית מלאכתו, ולא בעל מפעל תעשייה במפעלו, ולא יסחר בעל חנות בחנותו.

(ב) בימי מנוחה כאמור לא יעבוד חבר של אגודה שיתופית בבית מלאכה או במפעל תעשייה של האגודה; בבית מלאכה או מפעל תעשייה של אגודה שיתופית חקלאית לא יעבוד חבר אלא אם העבודה קשורה בשירותים הנחוצים למשק שלה.

(ג) מי שאינו יהודי רשאי - לגבי בית מלאכתו, מפעל תעשייתו או חנותו, הנמצאים בתחום רשות מקומית שמספר תושביה שאינם יהודים הוא, לפי קביעת הרשות, לפחות רבע מכלל תושבי הרשות - לקיים את האיסורים לפי סעיף זה, או בימי המנוחה כאמור או בימי שבת וחגיו, לפי בחירתו; והוא הדין לגבי רובע של רשות מקומית, שתחומו ומספרם היחסי של תושביו שאינם יהודים בכלל תושביו - שהוא רבע לפחות - נקבעו לענין זה על ידי אותה רשות.

7. העמדה החולקת התמקדה בהוראה שעניינה "לא יסחר בעל חנות בחנותו". על פי עמדה זו, האיסור הקבוע בסעיף 9א חל על פעילות בית העסק בכללותו, להבדיל מאשר על פעילותו של בעל העסק עצמו ביום המנוחה השבועי שלו. אני חולקת על כך.

8. עיון בחוק שעות עבודה ומנוחה מחדד את ההבחנה הברורה שיש בו בין המונחים "יעבוד" ו"יעסיק". החוק מסדיר, ברגיל, את עניינם של מעסיקים ועובדיהם. מי שמועסקים הם העובדים והחוק קובע ביחס אליהם איסורים על "עבודתם" בימי מנוחה או בשעות החורגות מן המותר בחוק. איסורים אלה מכוונים לפעולתם האישית של העובדים. מנגד, חלים איסורים על מי שהוא בעל העסק "להעסיק" עובדים במתכונת החורגת מן הקבוע בחוק. החוק אפוא מבחין בבירור בין ה"עבודה", שהיא פעולתו של העובד עצמו, לבין "העסקה" שהיא חלקו של המעסיק. בהתאם לכך, סעיף 9א לחוק מדבר על כך שבעל בית מלאכה ובעל מפעל לא "יעבוד" בבית מלאכתו או במפעלו – "לא יעבוד", ולא "לא יעסיק".

9. על רקע זה, אני סבורה כי סעיף 9א נועד להרחיב את חובת המנוחה בשבתות ובמועדים גם על מי שהם עובדים עצמאיים, ובכללם בעלי מלאכה ובעלי חנויות (ראו: בג"ץ 347/84 עיריית פתח תקווה נ' שר הפנים, פ"ד לט(1) 813, 821 (1985) (להלן: עניין עיריית פתח תקווה)). במלים אחרות, המחוקק ביקש לדאוג גם לבעלי עסקים עצמאיים על דרך הטלתה של חובת מנוחה על מנת לדאוג אף להם ולבני משפחותיהם, כפי שהקדים והסדיר מנוחה כפויה זו (כהסדר פטרנליסטי מבורך) אף עבור העובדים השכירים. מכך בלבד אין להסיק כי מדובר בהוראת חוק שנועדה גם לקבוע את אי-פעילותו של העסק עצמו. אכן, בהתאם למציאות החיים בעת שנחקק החוק, כאשר עיקר המסחר היה מסחר קמעונאי, ואף בתי המלאכה היו ברובם קטנים, מנוחת שבת של בעל העסק הייתה צפויה להביא גם להפסקת פעולתו של העסק עצמו. זוהי אף, מנקודת מבטי, תוצאה שבמקרים רבים יש בה ברכה חברתית. אולם, זו אינה תולדה הכרחית מבחינה משפטית.

10. לשיטתי, פרשנות זו מתחייבת לא רק מלשונו של סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, אלא גם מתכליתו. כידוע, חוק שעות עבודה ומנוחה הוא, בראש ובראשונה, חוק עבודה מגן שתכליתו היא להסדיר את זכויותיהם של העובדים ולהבטיח את מנוחתם, בין שבחרו בה ובין שלא בחרו בה (ראו: בג"ץ 6522/06 כוכבי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פסקה 17 (22.4.2009); דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 11 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (18.3.2013)). היבטים רחבים של הסדרת הצביון הלאומי של השבת חורגים מגדרו של חוק זה, וזאת מבלי לגרוע מן התכלית הלאומית-זהותית של החוק, המתבטאת בבחירה בשבתות ובמועדי ישראל כימי המנוחה העיקריים (ראו: רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 1, 6 (2003) (להלן: עניין הנדימן); בג"ץ

5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 59 (2005) (להלן: עניין דיזיין 22)).

11. חברי השופט סולברג הביא מדברים שנאמרו במסגרת תהליכי חקיקתו של סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, במטרה ללמד על תכליתו הסובייקטיבית. אולם, אני סבורה שקריאת הדיונים שהתקיימו בכנסת ובוועדותיה במלואם מעלים תמונה מורכבת יותר ואף שונה. אין צריך לומר כי הליכי החקיקה כוללים תמיד דוברים ומשתתפים רבים, וממילא דבריהם של חלק מן המשתתפים בדיון מבטאים את עמדותיהם שלהם, ולא דווקא מלמדים על "כוונת המחוקק" (ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 265 (1993) (להלן: ברק, פרשנות החקיקה)). הדברים נכונים בפרט כאשר עסקינן בנושא המצוי במחלוקת חברתית-ציבורית כגון נושא השבת, כך שדיוני הכנסת לגבי משקפים קשת רחבה של עמדות (להרחבה, ראו: גדעון ספיר "וקראת לשבת עונג? עבודה, מסחר ובילוי בשבת בישראל מקום המדינה ועד היום" מחקרי משפט לא 169, 173-184 (2017) (להלן: ספיר)).

12. עוד קודם שאפנה לדברים שנאמרו במהלך הדיונים כדאי לפתוח בדברי ההסבר להצעת החוק, שם נאמר במפורש כי "חוק שעות עבודה ומנוחה... חל כיום על עובדים שכירים בלבד. התיקון מוצע בא להחיל את ההוראות בדבר ימי מנוחה גם על בעלי מפעלים, חברי אגודות שיתופיות ובעלי חנויות, בסייגים מסוימים" (דברי הסבר להצעת חוק שעות עבודה ומנוחה (תיקון), התשכ"ו-1966, ה"ח 136). אם כן, דברי ההסבר להצעת החוק הכוללת את סעיף 9א קובעים כאמור כי כוונת התיקון היא להחיל את החוק גם על עצמאים. הא – ותו לא. אין בהם כל התייחסות להיבטים נרחבים יותר של הפסקת פעילותם של עסקים בשבת כיעד בפני עצמו.

13. חברי הביא מדבריו של שר העבודה דאז, יגאל אלון, במליאת הכנסת בעת הבאתו של התיקון לחוק שכלל את סעיף 9א לקריאה ראשונה. התרשמותי שלי היא שפנייה לדבריו של השר אלון במליאה יכולה ללמד דווקא על הדגש שניתן בסעיף 9א על הסדרה של העסקה ולא של פתיחת עסקים: "אני מרוצה כי יש בידי הפעם להגיש לכנסת הצעת חוק אשר יש בה משום הרחבת תחולת חובת המנוחה על סוגי עובדים נוספים, מבלי שיהיה בכך משום הפרת הסטטוס קוו בענייני דת" (ד"כ התשכ"ו 2157). ובהמשך: "בעוד שבראשית המאה הזאת היתה תפיסה שחוקי העבודה מכוונים להגנת עובדי כפיים שכירים בלבד, התרחבה תפיסה זו ואין חולקים כיום שמתפקיד המדינה לפרוש את הגנתה על כל עובד באשר הוא עובד – עובד כפיים כעובד משרד, עובד שכיר כעובד עצמאי" (שם. ההדגשות אינן במקור). לשון זו, ששמה לנגד עיני הקורא את

העובד והמעסיק – ולא את העסק – היא כאמור גם הלשון הבולטת בחוק שעות עבודה ומנוחה עצמו, והיא שמתיישבת, כפי שהוסבר, עם תכליתו האובייקטיבית כחוק עבודה מגן.

14. מסקנה זו מתחזקת כאשר פונים לבחינת דבריו של עו"ד מ' הרניב, היועץ המשפטי של משרד העבודה, בעת הדיונים שהתקיימו בעניין התיקון בוועדת העבודה של הכנסת. כך למשל, הסביר כי: "בהביאו את החוק לכנסת לא העלים שר העבודה, שחוק זה הוא פרי ההסכם הקואליציוני; אבל יחד עם זאת הוא הודיע שהחוק מהווה חלק מהתפתחות של חקיקת העבודה בעולם. אם ראשיתה של חקיקת העבודה נועדה להגן על העובדה השכיר, הרי במרוצת הזמן הלכה והתפתחה התפיסה שיש להגן גם על העובד העצמאי. סעיף 9 לחוק המקורי אוסר להעביד עובד ביום המנוחה, והצעת חוק זו באה להטיל את האיסור הזה גם על עובד עצמאי" (פרוטוקול ועדת העבודה של הכנסת מיום 16.11.1966). במיוחד מאירים עיניים, לענייננו, דבריו הבאים:

"כשאני דן בחוק הזה אני מסתכל עליו כעל חוק סוציאלי ולא רק כעל חוק דתי. זה היה היסוד, והשתתפתי במו"מ הקואליציוני בנדון ואני יודע. בהרבה ממשלות קודמות היה הסכם קואליציוני שהובטח לחוקק 'חוק שבת'. בחוק הזה המלה "שבת" בכלל לא מופיעה. וכשהוסכם אז, דרש שר העבודה שני דברים: קודם כל שאם זה חוק שבת וחוק דתי, למה זה לא צריך להיות בחוק שעות העבודה והמנוחה? ודבר שני – אז שר הדתות היה צריך להיות ממונה על זה... אני מפנה את תשומת לבכם שהחוק הזה אינו מדבר על שבת אלא מדבר על יום המנוחה השבועית... הוא חוק סוציאלי. כמו לעובדים שכירים, כך גם לעצמאים שהם גם כן עובדים. מבחינת חקיקת המדינה יהיה להם יום מנוחה" (פרוטוקול ועדת העבודה מיום 3.7.1968).

15. חברי השופטים הנדל ו-סולברג מוצאים חיזוק לפרשנותם בסעיף 9א(ג) לחוק שעות עבודה ומנוחה, אשר אוסר על מי שאינו יהודי לפתוח את חנותו בשבת באזור שבו קיים רוב יהודי מובהק. לשיטתם, מסעיף זה ניתן ללמוד על כוונתו של המחוקק שלא לאפשר פתיחת עסקים באזורים יהודיים בימי שבת, אף אם מי שעובדים בעסק בפועל אינם יהודים. אינני סבורה שהנדון דומה לראיה. בבסיס הדברים יכול היה לעמוד טעם חלופי לזה שמציעים חבריי, כזה המבוסס על הגיון שוקי פשוט. במה דברים אמורים? לשיטתי, בסעיף 9א(ג) לחוק ביקש המחוקק למנוע מצב בו ה"ואקום" שנוצר באיזור מסוים – בו סגורים כל העסקים של בעלי העסקים היהודים ביום המנוחה – ינוצל על-ידי בעלי עסקים לא יהודים, אשר אינם מחויבים, על פי החוק,

לשבות ביום המנוחה (ראו למשל: דבריה של חברת הכנסת ט' סנהדראי בפרוטוקול ועדת העבודה מיום 22.11.1967).

16. בשולי הדברים אציין גם כי אינני שותפה לעמדתם של חבריי בכל הנוגע לפרשנות המונח "חנות" המופיע בסעיף 9 לחוק. לשיטתם, מונח זה מוגבל רק לבתי עסק המוכרים מוצרים, להבדיל מבתי עינוג. לכאורה, קשה להלום שכוונתו של סעיף 9 הייתה בהכרח ל"חנות" במובן הצר. פרשנות זו אינה מתיישבת עם התכלית הסוציאלית של סעיף 9, מאחר שהיא מותירה סימני שאלה לגבי החלתו לגבי עסקים רבים נוספים שאינם "חנות" במובן הצר ואינם "בית מלאכה" או "מפעל". מה באשר למשרדים המספקים שירותים מקצועיים כדוגמת ראיית חשבון, עריכת דין או רפואה. האם אלה הם בתי מלאכה? או שמא נאמר שהאיסור לא משתרע עליהם בכלל? יתר על כן, אני סבורה כי העמדות שהוצגו באשר לפרשנותו של המונח "חנות" בדברים שנאמרו במסגרת דיוני החקיקה אינן מבטאות בהכרח את הפרשנות הראויה למונח, בעיקר בשים לב לכך שבקשות חוזרות להוסיף הגדרה למונח חזרו ונדחו, במכוון, בין השאר מטעמים שהוגדרו "קואליציוניים" (ראו למשל: ד"כ התשכ"ט 1904). מכל מקום, איני סבורה שיש צורך להידרש למכלול ההיבטים האמורים בענייננו, נוכח המסקנה כי סעיף 9 לחוק אינו כולל איסור על פתיחת עסקים בשבת, אלא מטיל הגבלות על עבודתם של מי שזהו יום המנוחה השבועי שלהם, ובכלל זה בעלי העסק עצמם.

17. כמו כן, אבקש להצביע על כך שהפרשנות המוצעת על-ידי העמדה החולקת ממקמת את חוק שעות עבודה ומנוחה במסלול התנגשות חזיתי עם חוק ההסמכה. כידוע, סעיף 249(20) לפקודה מקנה לרשות המקומית סמכות להסדיר את "פתיחתם וסגירתם" של חנויות, בתי מלאכה, בתי עינוג ומוסדות נוספים, וכן "לקבוע... שעות פתיחתם וסגירתם ביום פלוני". סעיף 249(21) לפקודה מוסיף ומבהיר במפורש כי הרשות המקומית רשאית להפעיל סמכות זו גם לגבי יום המנוחה השבועי, בהתחשב בטעמים של מסורת דתית. חבריי ניסו ליישב קושי זה בדרכים פרשניות שונות. לשיטתי הפתרון הוא פשוט הרבה יותר: אין כל ניגוד בין חוק שעות עבודה ומנוחה לבין פקודת העיריות, וממילא אין מתח פרשני שיש לגשר עליו. סעיף 9 לחוק שעות עבודה ומנוחה הוא חקיקת מגן המבטיחה את מנוחת השבת של מי שעובדים כעצמאים, ואילו פקודת העיריות מסדירה את ההיקף המותר לפתיחת העסקים, ואין ממלכה אחת נוגעת בחברתה.

ההיסטוריה הפוסט חקיקתית: יישום החוק לאורך השנים והצעות חוק חדשות

18. נוסף על כל האמור, אני מבקשת להדגיש כי פרשנותו של סעיף 9א לחוק שעות ומנוחה אינה יכולה להיעשות כקריאה בלוח חלק. כידוע, כחלק מפרשנות תכליתית יש לבחון את ההיסטוריה החקיקתית של דבר החקיקה. בהקשר זה נבחנות הן ההיסטוריה הטרום חקיקתית (הרקע המשפטי והחברתי שהוביל למעשה החקיקה, כמו גם השלבים שעבר החוק בתהליך החקיקה) הן ההיסטוריה הפוסט-חקיקתית, היינו האירועים שהתרחשו לאחר מעשה החקיקה והקשורים בו (ראו: ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 352-351).

19. מאחורינו עשרות שנים שבהן חוק שעות עבודה ומנוחה נדון ויושם בפסיקתו של בית משפט זה. בכל אותם מקרים הנחת היסוד שעליה הייתה מושתתת ההתדיינות הייתה שפתיחת עסקים בימי שבת וחג אינה אסורה כשלעצמה מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה, להבדיל מהעסקת עובדים בימי מנוחתם בעסקים אלה (ראו, למשל: עניין עיריית פתח תקווה, בעמ' 821-822). כך, בשני פסקי הדין המרכזיים שבהם נדונו בבית משפט זה טענות נגד האיסורים שחלים על העסקת עובדים שכירים בשבת – עניין הנדימן ועניין דיזיין 22 – ההתדיינות כולה נסבה על ההנחה שפעילות העסק עצמו היא אפשרית, וממילא נדונה ההגבלה על העסקת העובדים היהודים בו ביום המנוחה. הדברים מתעצמים, כאמור, כאשר נבחן עניין ברמד, שניתן בהסכמת כלל חברי ההרכב, ובכללם השופט (כתוארו אז) א' דובינשטיין שהורה על הדיון הנוסף שבפנינו. עניין ברמד הפנה למעשה את פרנסי עיריית תל אביב-יפו לחוקק חוק עזר חדש שינקוט עמדה ברורה בנושא פעילותם של עסקים בשבת (שם, בפסקאות 52-56 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור). האם פסק דין זה נועד להפנות את פרנסי העיר אל דרך חסומה מראש? אתמהה.

20. לא למותר לציין כי רבים מהעותרים לדיון הנוסף, שהעלו על נס את הטענה המבוססת על פרשנותו של סעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה, היו למעשה המערערים בעניין ברמד. חרף זאת, הם לא עתרו לאחר מתן פסק הדין באותו עניין בבקשה לדיון נוסף ולא טענו כי הפנייתה של מועצת עיריית תל אביב-יפו לאפיק של חקיקת חוק עזר בעניין פעילותם של עסקים בשבת היא הלכה חדשה וקשה, הסותרת לכאורה את הדין, כפי שטענו כעת. לכאורה, זוהי התנהלות דיונית מעוררת תמיהה ואולי אף אי-נחת. בשונה מערעור, שיכול להגיש רק מי שמבקש להשיג על תוצאתו האופרטיבית של פסק הדין, עתירה לדיון נוסף מיועדת להעמיד הלכה על מכונה.

21. מעבר לכך, ראוי לציין כי הפרשנות שלפיה סעיף 9א אוסר באופן גורף על פתיחת עסקים בשבת אינה תואמת את הפרקטיקה שנוהגת מזה שנים רבות ברשויות המקומיות. רשויות רבות – מלבד עיריית תל אביב – נוהגות לחוקק חוקי עזר במסגרת סמכותם לפי פקודת העיריות ובהן מוסדרת הסוגיה של פתיחה וסגירה של עסקים בשבת (להרחבה, ראו: גדעון זעירא ואח' אכיפת ההוראות בדבר פתיחת עסקים וסגירתם בימי המנוחה על-ידי הרשויות המקומיות (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2014)). מבלי להידרש לשאלה של עוצמת האכיפה של חוקים אלה – שהיא שאלה נפרדת – מתעוררת התמיהה מדוע נדרשות רשויות מקומיות רבות להסדרה מפורטת של סגירה ופתיחה של עסקים בשבת במתכונת של חוקי עזר, אם ההנחה היא כי הדין ממילא אוסר על כך באופן גורף? לשיטתי, הדבר מלמד על כך שהפרשנות האמורה אינה משקפת את הדעה הרווחת בקרב הרשויות המקומיות.

22. לא למותר לציין, כי בחינת ההיתרים שהוצאו לעבודה בשבת לפי סעיף 12 לחוק שעות עבודה ומנוחה (ברשימה הזמינה באתר משרד הכלכלה) מלמדת כי בפועל מדובר בהיתרים להעסקת עובדים. אילו משרד הכלכלה היה מנחה עצמו בהתאם לפרשנות המוצעת על ידי העמדה החולקת הרי שכל אימת שניתן היתר להעסקה בשבת היה צריך להינתן במקביל היתר להפעלת העסק עצמו – על יסוד ההנחה שהעסקת עובד כמוה כהפעלת העסק. לא כך נעשה.

23. זאת ועוד: הצעות חוק שהוגשו בשנים האחרונות ממש המבקשות לאמץ הבחנה ברורה בין הדין החל על בתי עסק בתחום המסחר לבין מוסדות של תרבות ובילוי מבוססות כולן על ההנחה שזהו חידוש שרצוי להנהיג – להבדיל מאשר שיקוף של המצב המשפטי דהיום (ראו למשל: הצעת חוק יום המנוחה השבועי, התשע"ו-2015, פ/2112/20; הצעת חוק השבת, התשע"ו-2016, פ/3340/20. ראו גם: ספיר, בעמ' 230-231).

24. דברים אלה יש לומר, בשינויים המחויבים, ביחס להתייחסותו של חברי השופט הנדל לעקרונות שהותוו במסמך המכונה "אמנת גביזון-מדן". אמנה זו היא הצעה כוללת לסטטוס קוו חדש, ומבקשת להציג פשרה חדשה בסוגיות של דת ומדינה (ראו: יואב ארציאלי אמנת גביזון-מדן: עיקרים ועקרונות (2003)). אין לה כל תוקף נורמטיבי, ואף ביסודה ניצבת ההנחה שהיא אינה משקפת את המצב הנוהג. זאת, אף מבלי להידרש לפרטי הדברים, כדוגמת העובדה שמדובר במסמך הכולל הסכמות

נוספות בנושא השבת, כגון הנהגתה של תחבורה ציבורית בשבת בהיקף מוגבל (כחלק מהסכמה חברתית חדשה בנושא).

25. על רקע כל האמור, אני סבורה שאין מקום לטענה כי פרשנותו של סעיף 9א בפסק דינה של הנשיאה היא פרשנות "חדשה". לשיטתי, ההפך הוא הנכון: הפרשנות שעליה מבוססת העמדה החולקת היא פרשנות שאינה מתיישבת עם פסקי דין קודמים, ואף לא עם ההתנהלות בשטח הלכה למעשה.

על האוטונומיה של הרשות המקומית ותפקידו המפקח של שר הפנים

26. אם כן, אני תמימת דעים עם חברתי הנשיאה כי לרשות המקומית נתונה הסמכות להסדיר בתחומה את נושא הפתיחה והסגירה של עסקים בשבת, וזאת במסגרת חקיקת חוקי עזר. את השיקולים ששר הפנים רשאי לשקול בעניינם של חוקי עזר יש לבחון מן הפרספקטיבה של יחסי הגומלין הכלליים בין הרשות המקומית לשלטון המרכזי כפי שזו מעוצבת בחקיקה, ולענייננו בעיקר בפקודת העיריות.

27. כפי שעולה בבירור מפקודת העיריות, הגורם האמון על קביעת סדרי החיים בעירייה היא מועצת העירייה. עיקרון זה נובע מתפיסת היסוד הרואה ברשויות המקומיות גופי שלטון המבטאים את האוטונומיה של הקהילה וכן דמוקרטיה בעלת מנגנונים ייצוגיים משופרים (ראו עוד: בג"ץ 3791/93 משלב נ' שר הפנים, פ"ד מז(4) 126 (1993); בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 620 (2004) (להלן: עניין סולודקין), וההפניות המובאות שם; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 446-447 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010)). לעומת זאת, שר הפנים הוא בעל תפקיד מפקח, שאמור לשקף את השמירה על האינטרס הציבורי הרחב, אך לא להחליף את שיקול הדעת של העירייה מדעיקרא (ראו גם: בג"ץ 7186/06 מלינובסקי נ' עיריית חולון, פסקה ס' (29.12.2009) (להלן: עניין מלינובסקי)). כפי שציינתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף – "החלטתו של שר הפנים אמורה לפקח על חוקיות פעולתה של הרשות, לוודא כי היא אינה נגועה בהיבטים של החצנות שליליות כלפי רשויות אחרות, וכן לתת ביטוי לערכים משותפים של השיטה (בכפוף לכך שיישומם אינו אמור להיות אחיד בשטח המדינה כולה)" (שם, בפסקה 3 לחוות דעתי). אבקש אפוא לחזור על הדברים שכתבתי בהקשר זה ולהבהירם.

28. אחד ההיבטים המובהקים הנדרשים לפיקוחו של שר הפנים הוא זה הנוגע לתיאום הנדרש בין רשויות מקומיות, ולשיתוף הפעולה ביניהן. זהו תיאום שניתן

לכנותו תיאום אופקי. כך למשל, קיים חשש לתחרות לא הוגנת בין רשויות, אשר תצריך את מעורבותו של השר. אכן, לתחרות זו עשויים להיות היבטים חיוביים, במובן זה שהיא מאפשרת לאנשים לבחור בין השירותים השונים והמגוונים שמציעה כל רשות מקומית בהתאם להעדפותיהם ולאופן בו הם מעוניינים לעצב את חייהם (ראו: Charles M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures*, 64 J. POL. ECON. 416 (1956); ישי בלנק "מקומו של ה'מקומי': משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל משפטים לד' 197, 210-208 (2004) (להלן: בלנק)). אולם, לצד זאת, התחרות בין הרשויות גם כרוכה במגבלות מסוימות, בהתחשב למשל בקשיים הנוגעים למעבר ביניהן ולפערי מידע ביחס לתכונותיה ולאופיה של רשות מקומית מסוימת (ראו למשל: בלנק, בעמ' 209). בעבר כבר עמדתי על כך שפעולה בתוך פרדיגמה תחרותית עלולה להוביל לכך שרשות מקומית תמנע מלשקול שיקולים רחבים, כדוגמת שיקולים של צדק חלוקתי ברמה האזורית או אף הלאומית (ראו למשל: בג"ץ 7425/09 טוטנאור בע"מ נ' שר הפנים, פסקה 31 (3.1.2013)). חשש נוסף שעולה בהקשר זה הוא מפני החצנת עלויות של רשות אחת על רעותה (שם, בפסקאות 32-35). בהמשך לכך, בהקשר שבפנינו, אפשר להעלות על הדעת קושי הכרוך בכך שמועצת העירייה תורה על פתיחת עסקים בשבת דווקא בסמיכות לשכונת מגורים שקטה (או אף דתית) של עיר אחרת, באופן שיפר את השקט השורר בה או ישפיע על צביונה. מבטו הרחב של שר הפנים יכול למנוע מצב דברים זה.

29. במישור אחר, יש חשיבות לשאלה האם מדובר בתחום אשר הסמכות לפעול בו נתונה במקביל לשלטון המקומי ולשלטון המרכזי. זהו תיאום שניתן לכנותו תיאום אנכי. הטיפול בסוגיות של ביטחון וסדר ציבורי הוא דוגמה לתחום מסוג זה. הרשויות המקומיות מוסמכות לפעול בו במידה מסוימת (על-פי סעיף 249(29) לפקודת העיריות), אך זהו גם תחום ליבה של פעילות המשטרה וגופי ביטחון אחרים של השלטון המרכזי. אם כן, ככל שקיימת סמכות מקבילה לשלטון המקומי ולשלטון המרכזי ביחס להסדרתו של תחום מסוים, יהיה מקום להפעלת סמכות הפיקוח של שר הפנים.

30. לצד זאת, קיימים תחומים אשר הסדרתם נתונה בעיקר לרשות המקומית, ובמסגרתם ראוי לתת משקל רב למרחב האוטונומיה שלה. עיצוב המרחב הציבורי של הרשות המקומית הוא דוגמה מובהקת לתחום שראוי שיוותר, במידה רבה, בידי של השלטון המקומי, בהיותו קרוב, תרתי משמע, לתושבים ולסביבה שבה הם חיים ומסוגל לתת ביטוי לגיוון האנושי (ראו: בלנק, בעמ' 211). לא בכדי בחר המחוקק להסמיך את

הרשויות המקומיות להסדיר תחומים שונים שעניינם דת ומדינה, כפי שעוד יפורט בהמשך.

ההסדרים בנושא פתיחת בתי עסק בשבת בראי האוטונומיה של הרשויות

31. בהמשך לאמור עד כה, בחירתו של המחוקק להפקיד את הסמכות שעניינה הסדרת פתיחתם של בתי עסק בימי המנוחה בידי הרשויות המקומיות לא התקבלה מבלי משים. היא משקפת את המורכבות ההיסטורית של יחסי דת ומדינה בישראל. כבר עם הקמת המדינה התקשתה החברה הישראלית להגיע להסדרים כוללים בתחום של שמירת השבת, ועל כן, ההחלטה הייתה לקבוע מספר עקרונות מסגרת, אך להותיר מרחב גדול להחלטות המשקפות מסורת מקומית – חלף קביעתה של מדיניות ממשלתית אחידה. למעשה, בחירה חקיקתית זו מבוססת על תפיסה מסורתית הרואה את הסוגיה של פתיחה וסגירה של חנויות בשבתות ומועדים כסוגיה מקומית בעיקרה (ראו: ע"פ 858/79 לפיד נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 386 (1980)), מלבד סוגי עסקים מסוימים, כדוגמת תחנות דלק (ראו: ע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343 (1968)). בכך היא שונה מן הבחירה שאפיינה הסדרתם של נושאים אחרים הקשורים בשבת, כדוגמת הפיקוח על התחבורה הציבורית (ראו: סעיף 71(א) לפקודת התעבורה [נוסח חדש] ותקנה 386א לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961).

32. לא למותר לציין כי בחירה זו של אצילת ההכרעות למישור המקומי אפיינה, לפחות בעבר, גם תחומי הסדרה נוספים הנושקים לסוגיה של דת ומדינה. דוגמה בולטת לדברים אפשר להביא גם מההסמכה לחוקק חוקי עזר מקומיים בנושא איסורי החזיר לפי חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), התשי"ז-1956 (ראו: עניין סולודקין, בעמ' 620. ראו עוד: דפנה ברק-ארז "גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?" משפטים לג 403 (2003); דפנה ברק-ארז חוקים וחיות אחרות (2015)). לאמיתו של דבר, הצלחתו של מודל ביזורי זה בתחום הסמלי של איסורי החזיר עמדה נגד עיניהם של המחוקקים בבואם לקבוע הוראת הסמכה נוספת בעניין חוקי עזר בנושא השבת כשלושים שנה מאוחר יותר.

33. אין בדברים אלה כדי לגרוע מן ההכרה בכך שלסוגיית השבת יש היבט לאומי חשוב. הכרה זו משתלבת בתפיסה לפיה יש נושאים שלהם היבטים מקומיים והיבטים לאומיים כאחד (באופן כללי, ראו: יששכר (איסי) רוזן-צבי "מהותו של 'המקומי' – הרהורים על מקומיות בעקבות בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו נ' יוסף" משפט וממשל יב 333 (2010)). כמו כן, אין אנו קובעים כי השלטון המרכזי נעדר כל סמכות להתערב

בהסדרת הפעילות ביום המנוחה. כאמור, חיץ מוחלט בין תחומים "מקומיים" ותחומים "לאומיים" אין, ואפשר להעלות על הדעת מקרי קיצון בהם החלטתה של הרשות המקומית תיתן לפן הכלל-מדינתי משקל כה מועט במסגרת האיזון שהיא עורכת, עד שהתערבות השר תהא מוצדקת. כך למשל, התפיסה הרחבה של השלטון המרכזי יכולה לבוא לידי ביטוי באותם מקרים שבהם הרשות המקומית תתעלם כליל מן הערך הלאומי של שמירה על יום השבת כיום מנוחה. אולם, אין זה המצב במקרה דנן, ואף רחוק מכך.

34. חברי השופט הנדל מתייחס לכך שייחודו של נושא השבת מצדיק את הסדרתו ברמה הלאומית, להבדיל מאשר ברמה המקומית. זוהי גישה אפשרית. לצד זאת, אפשר גם להעלות על הדעת גישה הגורסת כי דווקא הקושי לקבל הכרעה בעניין זה ברמה הלאומית מצדיקה את ביזור ההכרעה לקהילות השונות. כך או כך, לפי שעה זוהי הגישה שבה בחר המחוקק בכל הנוגע לפתיחת עסקים בימי שבת (להבדיל מנושא ההעסקה בימים אלה), ועלינו לכבדה.

בחזרה לעמדתו העדכנית של שר הפנים

35. לאחר דברים אלה, נשוב לעניין הקונקרטי שבפנינו. קריאת עמדתו של שר הפנים שהוגשה לקראת הדיון הנוסף מלמדת כי היא אינה משקפת את ההיררכיה החקיקתית הנוהגת. כך, שר הפנים מציג תפיסת עולם סדורה אך ממעט מאד להתייחס לרשות המקומית שבפנינו – העיר תל אביב-יפו – על מאפייניה המיוחדים. למעשה, מאפיינים אלה אינם זוכים לכל אזכור או דיון, מלבד ההתייחסות לכך שעל-פי הנוסח של חוק העזר העירוני דהיום הותרה בה מכירת מזון בחנויות נוחות, בבתי מרקחת ובשלושה מתחמים מובחנים. האוטונומיה של הרשות המקומית זוכה למעשה להתייחסות רק על דרך השלילה: "לא שוכנעתי על אף המשקל שיש ליתן לכיבוד האוטונומיה של הרשות המקומית, כי חוק העזר כפי המוצע על ידי עיריית תל אביב, יש בו כדי להצדיק פגיעה..." (בפסקה 17 לעמדת שר הפנים). האוטונומיה של הרשות נותרת אפוא בגדר מימרה, שלא לומר מס שפתיים, להבדיל מערך בעל ממשות.

36. ההתייחסות המנמיכה לשיקול האוטונומיה של הרשות המקומית בעמדתו של שר הפנים באה לידי ביטוי גם באופן שבו זו מנגידה בין השיקול "צורך" שמוצג כשיקול לגיטימי לבין השיקול של "רצון" שלגביו נאמר כי הוא "מבוסס על העדפת הנוחיות של הסדר זה או אחר גרידא בבחינת הא ותו לא" (בפסקה 13 לעמדת שר הפנים). אם כן, הבחינה היא אינסטרומנטאלית בלבד – מהו "צורך" ומהי "נוחיות". אין כאן התייחסות מכבדת לכך שמדובר בבחירתה של הקהילה, בבחירה של נציגי

הציבור כתולדה של תהליך פוליטי שביטא דיון ומחשבה, ולא רק רצון של "התושבים".

37. אם כן, הגישה המשתמעת מעמדתו של שר הפנים היא כי הוא אמון על עיצוב המדיניות בנושא במבט כלל ארצי. גישה זו חוטאת להסדר החקיקתי, ומנוגדת לנקודת המוצא שעליה עמדנו. על כן, אני מצטרפת למסקנה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה, שלפיה לא היה מקום להתערבותו של שר הפנים בחוקי העזר שהתקינה מועצת עיריית תל אביב-יפו. בהקשר זה אבקש לציין כי אני מצטרפת גם לדבריה של חברתי הנשיאה באשר לעילת הסבירות (פסקה 58 לחוות דעתה), בהמשך להערתו של חברי השופט סולברג בעניין זה. כפי שציננה חברתי, אף אני סבורה כי עילת הסבירות היא מכשיר מרכזי וחיוני להפעלת ביקורת שיפוטית על המינהל, וכי ממילא לאורך השנים השתמשו בפסיקתנו כללים מנחים להפעלתה ויישומה תוך הקפדה על שמירת מרחב שיקול הדעת הנתון לרשות בדין. הדברים מקבלים משקל רב אף יותר באותם מקרים שבהם הפסול שנפל בפעולתה של הרשות המינהלית עולה אף כדי התעלמות ממש משיקול רלוונטי (ראו והשוו: דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995)).

38. עוד אוסיף כי איני רואה ממש בחשש שהביע שר הפנים, לפיו אישור לפתיחת חנויות בעיר תל אביב יהא "תו התקן" החדש לפתיחת עסקים אף ברשויות אחרות, באופן שיעצב מחדש את צביונה של המדינה כולה. אין יסוד לחשוב שכל הרשויות המקומיות ירצו בהכרח לצדד בפתיחת עסקים בשבת בהיקף שעליו הוחלט בתל אביב. כל עיר ומאפייניה, ובהתאם לכך ניתן דווקא לצפות לשונות בהחלטות שיתקבלו בנושא. אוסיף ואומר, למעלה מן הצורך, כי כשלעצמי אני מאמינה שמעמדה הציבורי של השבת איתן בלבבם של אזרחים רבים בישראל. מנין נובעת ההנחה שעמדה זו לא תישקל בכובד ראש על-ידי נציגי הציבור ברשויות המקומיות, כל רשות על-פי מאפייניה?

על צדק חברתי ומנוחת השבת

39. יש להודות: הבחירה בפתיחתם של עסקים ביום השבת אינה נטולת דילמות. השבת היא סמל לאומי שחשוב לשמור על מעמדו וכבודו במדינת ישראל. זאת ועוד, מנוחת השבת היא נכס חברתי יקר שיש להבטיח את ההגנה עליו – בכלל, ובפרט עבור אוכלוסיות מוחלשות בשוק העבודה. טיעונים אלה שהוצגו בשכנוע פנימי רב על-ידי העותרים אינם נופלים על אוזניים ערלות. אולם, כפי שהוסבר בהרחבה, חוק שעות

עבודה ומנוחה בחר להגן על ערכים אלה מבלי לקבוע איסוף גורף על פתיחת עסקים בשבת. בהמשך לכך, אבקש להוסיף שתי הבהרות חשובות בעניין זה.

40. ראשית, השמירה על מעמדה המיוחד של השבת במרחב הציבורי של מדינת ישראל אינה זהה לשמירת שבת הלכתית. הדברים נכונים לא רק לגבי הפעלתם של בתי עינוג (מוסדות בידור ותרבות, וכן בתי קפה ומסעדות), כפי שציינו העותרים, אלא גם לגבי פתיחת עסקים אחרים.

41. שנית, העותרים לא הניחו בסיס עובדתי מספיק לטענה כי עמדתם היא חיונית לשם הגנה על עובדים מוחלשים. אכן, קיימת אפשרות שפתיחתם של עסקים בשבת עלולה לחשוף עובדים מוחלשים לעבודה ביום המנוחה השבועי בניגוד לרצונם ובניגוד לדין. אולם, הדרך להילחם בכך היא אכיפה ראויה של חוקי העבודה. במהלך הדיון לא הוצגה תשתית של ממש לטענה כי פתיחת המרכולים בשבתות בהיקף שהוגדר בחוק העזר העירוני היא היוצרת סיכון מיוחד מבחינת עובדים מוחלשים – יותר מאשר המסעדות ובתי הקפה הרבים שבעיר או בתי המלון שעל חופה, שפועלים במתכונת רחבה בשבתות. בכל אלה ראוי להקפיד על יום המנוחה השבועי של העובדים, ועל הרשויות להיערך לכך. זאת ועוד: ככל שמדובר בהגנה על בעלי עסקים קטנים המתקשים, כפי שנטען בפנינו, לעמוד בתחרות אל מול עסקים הפתוחים בשבת, יש להוסיף ולבחון מהו המשקל של פתיחת עסקים בשבת אל מול לחצים כלכליים אחרים, אולי אף גדולים יותר, כדוגמת תחרות אל מול עסקים הפועלים ללא הפסקה. אם כן, על מקומה המיוחד של השבת יש להגן, אך חלק מן המאבקים החברתיים נמצאים במקומות אחרים. במידה מסוימת ניתן היה להתרשם שזהו אחד מאותם מקרים שבהם העותרים "מחפשים את המטבע מתחת לפנס" ולא במקומו.

עם חתימה: ההסדרים בתחום השבת בתל אביב במבט היסטורי

42. כפי שצינתי בקצרה בחוות דעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, לא ניתן לראות את המחלוקת שבפנינו במנותק מן הרצף ההיסטורי שבו היא ממוקמת. אני סבורה שבחינת הדברים גם מפרספקטיבה זו מלמדת כי אין מקום לראות בחוק העזר ביטוי לתהליך של "שחיקה מתמדת" בדמותה של השבת, אלא דווקא ביטוי למחלוקת ערה שהתנהלה לאורך כל השנים בעניין זה (להשקפות השונות שרווחו באשר למאפייניו של יום השבת בקרב הדורות המייסדים של התנועה הציונית, ראו עוד: צבי צמרת "מורדים וממשיכים – עיצוב השבת לפי י"ח ברנר, א"ד גורדון, ג' כצנלסון, ש"ה ברגמן, א' שבייד ומ' איילי" הישן יתחדש והחדש יתקדש – על זהות תרבות ויהדות.

אסופה לזכרו של מאיר איילי 347 (2005)). בדיון שבפנינו חזרה ונשמעה מימרתו היפה והמרגשת של אחד העם: "יותר משישראל שמרו את השבת שמרה השבת אותם" (במאמרו "שבת וציוניות"), שנזכרה גם בחוות דעתה של חברתי הנשיאה. דווקא משום כך לא מיותר להזכיר את ההקשר שבו נכתבו הדברים, שחציהם כווננו באותה עת נגד מי שהיו נכונים להמיר את השבת במנוחה ביום אחר, תוך שהמחבר מטה אוזן ל"קול מחאת הרגש הלאומי נגד בטול השבת". הם ביטאו אפוא התנגדות לביטול מעמדה הלאומי של השבת, ולא עסקו בתכנים הספציפיים של דרכי שמירתה.

43. הדברים יפים, בשינויים המחויבים, גם לגבי העיר תל אביב-יפו עצמה. העותרים ביקשו להציג בפנינו תמונה של "סטטוס קוו תל אביבי" המושתת על הסכמה שביסודה "חלוקת עבודה" המבחינה בין פתיחתם של בתי עינוג בימי מנוחה לבין התנגדות לפתיחת עסקים אחרים. על-פי נרטיב זה – פתיחתם של המרכולים "שברה" סטטוס קוו מוסכם, ואף מטעם זה יש להחזיר את הדברים למקומם. דא עקא, בחינת הדברים לעומקם חושפת תמונה מורכבת בהרבה. למעשה, עיון היסטורי מלמד על כך שההיקף הראוי לשמירת שבת בעיר תל אביב-יפו היה מושא למחלוקות כבר מימיה הראשונים של העיר, ושמחלוקות אלה מלוות אותה מאז ועד היום. למעשה, גם פתיחתם של מקומות בידור ובלוי לא הייתה בלתי שנויה במחלוקת. ויודגש, כי זו אינה אנקדוטה בלבד. בחינת הדברים בפרספקטיבה של מספר עשורים מסייעת להבנה טובה יותר של הסוגיה שבפנינו.

44. בחוות דעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף נדרשתי לכך שחוק העזר הראשון שהגביל פתיחת עסקים בשבת בתחומי העיר תל אביב נחקק בתקופת המנדט כבר בשנת 1926, ונפסל על-ידי בית המשפט העליון של ארץ-ישראל בשנת 1928 (Attorney General v. Altshuler (1928) 1 P.L.R. 283). לאחר מכן נחקק חוק עזר עדכני בנושא מועדי פתיחתם וסגירתם של עסקים בשנת 1932. חוק עזר זה לא כלל הגבלות על פתיחת עסקים בשבת (תקנת-עזר בדבר סגירת החנויות בתוך תחומי האזור של המועצה המקומית של תל-אביב, ע"ר 1932, תוס' 2 225). הויכוח הציבורי הנמשך בנושא הוביל להחלפתו בשנת 1937 בחוק עזר אחר שהטיל הגבלות על פתיחת עסקים בשבת, ואכן הבחין בין בתי קפה ומסעדות לחנויות (חוק עזר (פתיחתן וסגירתן של חנויות), 1937, ע"ר 1937, תוס' 2, 664. ראו גם: 'פרנקל "השבת ומועדי ישראל במשפט הא"י בזמן הזה" הפרקליט ב 107, 110 (1945)). אולם, גם חוק העזר משנת 1937 לא סיים את המחלוקות בנושא, ואף לא הביא לסגירה מלאה של פעילות מסחרית, של רוכלים למשל (ראו: ענת הלמן "תורה, עבודה ובתי קפה: דת ופרהסיה בתל-אביב המנדטורית" קתדרה 85 (תשס"ג); ענת הלמן אור וים הקיפוח – תרבות תל אביבית בתקופת המנדט

91-99 (2007)). עוד יש לציין כי המאפיינים של המרחב הציבורי בתל אביב בשבת כבר באותם ימים לא תמיד נשאו חן בעיני אנשי רוח כביאליק (שם, בעמ' 99). למעשה, המחלוקות השתרעו לאורך השנים אף על פתיחתם של מוסדות תרבות, וזכורה בהקשר זה החלטתו של ראש העיר תל אביב בשנת 1979 שאסר על קיומה של הצגה בתיאטרון הקאמרי בליל שבת (ראו: בג"ץ 11/79 מירקין נ' שר הפנים, פ"ד לג(1) 502 (1979)).

45. אין מדובר אפוא ב"מצב טבע" שהופר, אלא בדיאלוג ציבורי נמשך, שהאיזונים הקיימים בו משתנים מעת לעת בהתאם לשינויי העתים – ובכפוף להסכמה כי השבת צריכה להיות שונה ומובחנת מימי החול.

46. הדברים מובאים כאן, כמובן, בקליפת אגוז בלבד, ומטרתם רק להראות שלא כלל וסטייה ממנו בפנינו, אלא התפתחות דינאמית של חיי העיר. כאמור, אין ענייננו בשאלה מהי הדרך הנכונה לציין את השבת במדינת ישראל, אלא מה יכולה הקהילה המקומית לקבוע עבור עצמה.

במבט לעתיד

47. מנקודת מבטי, אין מקום לחשוש משחיקה בדמותה המסורתית של השבת בפרהסיה הציבורית במדינת ישראל. המדובר בתהליכים מורכבים יותר. מן המפורסמות הוא, למשל, כי באזורי מגורים שבהם יש רוב מכריע לאוכלוסייה הדתית קיימות מגבלות על נסיעה בכלי רכב בימי שבת וחג, גם אם בעבר לא אלה היו פני הדברים משום שהרכב האוכלוסייה בהן היה אחר. ההסדרים המשפטיים משקפים את הצרכים העדכניים של החברה ואת ההשקפות הרווחות בה, לצד שמירה על עקרונות שאינם משתנים עם כל משב רוח. עם זאת, הפרטים עשויים להשתנות, כשם שהחיים עצמם משתנים. אין מקום לחוקי עזר המבטלים את מעמדה המיוחד של השבת. אולם, יש ויש מקום לחוקי עזר המכבדים את השבת בדרכים שונות, בהתאם לאורחות החיים של הקהילה המקומית. יש לקוות כי הדיון בנושא זה ימשיך להתקיים במקום הראוי לו – בזירה הציבורית.

הוחלט ברוב דעות (הנשיאה מ' נאור והשופטים א' חיות, י' דנציגר, י' עמית וד' ברק ארז, כנגד דעתם החולקת של השופטים נ' הנדל ונ' סולברג), כאמור בפסק דינה של הנשיאה מ' נאור, לדחות את העתירה לדיון נוסף ולהותיר את פסק הדין מושא הדיון הנוסף על כנו. אין צו להוצאות.

ניתן היום, ו' בחשון התשע"ח (26.10.2017).

שופט

שופטת

הנשיאה

שופט

שופט

שופט

שופטת