בעא (אשד') 16322-01-15 עיריית אשדוד נ' מעדניית אלמוג מ.ש.ט בע"מ, ואח' בית משפט השלום באשדוד בע"א 16322-01-15 עיריית אשדוד נ' מ.נ. מאיר שיווק ומסחר בע"מ ואח' בע"א 16355-01-15 עיריית אשדוד נ' קרל ברג רשתות בע"מ ואח' בע"א 16298-01-15 עיריית אשדוד נ' אלפא מגה פוד בע"מ ואח' בע"א 16225-01-15 עיריית אשדוד נ' פריד בע"א 16201-01-15 עיריית אשדוד נ' מעדניית אלמוג מ.ש.ט בע"מ ואח' בפני כבוד השופט יהודה ליבליין המבקשת עיריית אשדוד נגד המשיבים

1. מעדניית אלמוג מ.ש.ט בע"מ, ח.פ 515020121 ואח' ע"י עורך הדין רוסטיסלב אדלשטיין/או מירב אברהם ו/או אלינה אדלשטיין

2. לאוניד פריד ת.ז. xxxxxxxxx ע"י עורך הדין רוסטיסלב אדלשטיין/או מירב אברהם ו/או אלינה אדלשטיין

3. אלפא מגה פוד בע"מ, ח.פ. 513214643 ע"י עורך הדין יפעת בן אבי בראון ו/או אליהו כהן

4. מ.נ. מאיר שיווק ומסחר בע"מ ח.פ. 51375289 ואח' ע"י עורך הדין רמי קוגן ו/או שגיב עזרא

5. קרל ברג רשתות בע"מ ח.פ. 513265660 ע"י עורך הדין מנגל

פסק דין

1. עיריית אשדוד (להלן "המבקשת") התקינה את חוק העזר (פתיחת בתי עסק וסגירתם), תשל"ו-1976 (להלן "חוק העזר"), וזאת מכוח הסמכות שניתנה לה בעניין זה בסעיף 249(21) לפקודת העיריות (להלן "פקודת העיריות"). בסעיף 2(א) לחוק העזר נקבע: "בימי מנוחה לא יפתח אדם ולא ירשה בעל לפתוח בית אוכל, בית עסק או בית עינוג".

2. לטענת המבקשת, בעקבות פסיקת בית המשפט העליון, בנושא העדר אכיפה נאותה של חוקי עזר עירוניים, בכל הקשור בפתיחת בתי עסק בימי המנוחה (ר' עת"ם 2469/12 ברמר נ' עיריית תל-אביב יפו (25/6/2013)), הוחלט על ידה לבחון מחדש את מדיניותה בעניין זה, ולפעול לסגירתם של בתי עסק הפועלים בימי המנוחה. לאחר שבחנה את מדיניותה, אשר כללה הסתפקות בהטלת קנסות, עד שניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת "ברמר" הנ"ל, הגיעה לכלל מסקנה שעליה ליישם את פסק דינו של בית המשפט העליון, ולפעול באופן הדרגתי לסגירתם של בתי עסק הפועלים בימי המנוחה. המבקשת טוענת בבקשתה, כי החליטה בשלב ראשון לבחון את מדיניותה החדשה על מרכולים, ששטחם מעל 120 מ"ר, הפועלים באזורי מגורים (ר' בבקשות שהגישה המבקשת לבית המשפט), ומפעילים את עסקם בימי שבת ומועדי ישראל.

3. בהמשך למדיניותה זו, שלחה המבקשת למשיבים, העונים לגישתה לתבחינים אלה, מכתבי דרישה לפיהם עליהם לסגור את עסקם בימי שבת ומועדי ישראל. במסגרת מכתבי הדרישה, ניתנה האפשרות למשיבים להשמיע את טענותיהם במסגרת שימוע, ואכן נערכו למשיבים שימועים ביום 23/11/2014.

4. משהתחוור למבקשת, כי על אף דרישתה מהמשיבים לסגור את עסקם בימי השבת ומועדי ישראל, דרישתה זו לא נענתה, ועל-כן הוגשו על ידה הבקשות דנן להוצאת צווי איסור פתיחה שיפוטיים למשיבים, וזאת בהתבסס על סמכות הקבועה בסעיף 264א(א) לפקודת העיריות, הקובע: "התקינה העיריה חוק עזר לפי סעיף 249(21) ונפתח עסק בניגוד להוראות חוק העזר, רשאי בית-המשפט המוסמך לדון בעבירה על אותו חוק עזר לצוות על הבעלים, המנהלים או המפעילים של העסק האמור, להימנע מפתיחת העסק בימי המנוחה בניגוד להוראות חוק העזר (להלן צו איסור פתיחה) אם שוכנע כי העסק נפתח בניגוד להוראות חוק העזר; בקשה למתן צו כאמור תוגש בידי מי שמוסמך להגיש תביעות בשל עבירה על חוק העזר האמור, בצירוף תצהיר לאימות העובדות שעליהן מתבססת הבקשה, ובית המשפט רשאי להוציא את הצו במעמד המבקש בלבד, אם מצא כי יש הצדקה לעשות כן בנסיבות העניין." הבקשות שהוגשו נתמכו בתצהירו של הפקח וסגן מנהל מחלקת הפיקוח העירוני בעירית אשדוד מר מימון דהן (להלן "הפקח").

5. המשיבים הגישו תגובות לבקשה למתן צווי איסור פתיחה, ונערכו שלושה דיונים בעניין זה (שניים בפני כב' השופטת ע' אייזדורפר והאחד בפני), שבמהלכם נשמע בין היתר כב' ראש העיר אשדוד ד"ר יחיאל לסרי. עובדות היסוד בטרם אתייחס לטיעוני הצדדים, אשטח בקצרה את התשתית העובדתית הנוגעת לכל אחד מן המשיבים. מעדניית אלמוג ומשה שיניזון (בע"א 16201-01-15)

6. חב' מעדניית אלמוג מ.ש.ט. בע"מ (להלן "מעדניית אלמוג") ומנהלה מר משה שיניזון, מפעילים מרכול בשם "מעדניית אלמוג" ברח' העצמאות 84 בעיר אשדוד. המעדנייה היא בשטח של 162 מ"ר (ר' נספח ב/2 תצהירו של הפקח) ופועלת החל מיום 5/1/2012 (ר' נספח ב/2 לתצהירו של הפקח). לטענת המבקשת, בתקופה שבין 25/10/2014 ועד ליום 20/12/2014 ערכה במקום 5 ביקורות בשבתות שונות, שבמהלכן נמצא בית העסק פתוח, וזאת על אף קנסות שנרשמו למשיבים ועל אף שביום 5/11/2014 נמסרה למשיבים דרישה לסגירת המעדנייה בימי שבת וחג (ר' נספח ב/4 לתצהירו של הפקח). פריד ליאוניד (בע"א 16225-01-15)

7. מר פריד ליאוניד מפעיל מרכול בשם "מינימרקט" ברח' תש"ח 11 בעיר אשדוד. המרכול הוא בשטח של 135 מ"ר (ר' נספח ב/1 לתצהירו של הפקח) ופועל החל מיום 1/1/2009 (ר' נספח ו' לקלסר המסמכים שהגישה העיריה). לטענת המבקשת, בתקופה שבין 25/10/2014 ועד ליום 20/12/2014 ערכה במקום 6 ביקורות בשבתות שונות, שבמהלכן נמצא בית העסק פתוח, וזאת על אף קנסות שנרשמו למשיבים ועל אף שביום 5/11/2014 נמסרה למשיבים דרישה לסגירת המינימרקט בימי שבת וחג (ר' נספח ב/3 לתצהירו של הפקח). מ.נ מאיר שיווק ומסחר ומאיר מניה (בע"א 16322-01-15)

8. חב' מ.נ מאיר שיווק ומסחר בע"מ ומר מאיר מניה, מפעילים מרכול/מעדנייה בשם "מעדני מניה" במרכז "כלניות" שברח' מנחם בגין בעיר אשדוד. המעדנייה היא בשטח של 234 מ"ר (ר' נספח ב/2 לתצהירו של הפקח) ופועלת החל מיום 8/4/2014 (ר' נספח ו' לקלסר המסמכים שהגישה העיריה). לטענת המבקשת, בתקופה שבין 25/10/2014 ועד ליום 20/12/2014 ערכה במקום 6 ביקורות בשבתות

שונות, שבמהלכן נמצא בית העסק פתוח, וזאת על אף קנסות שנרשמו למשיבים ועל אף שביום 5/11/2014 נמסרה למשיבים דרישה לסגירת המרכול/מעדנייה בימי שבת וחג (ר' נספח ב/4 לתצהירו של הפקח). אלפא מגה פוד ואדוארד סמידוברסקי (בע"א 16298-01-15)

9. חב' אלפא מגה פוד בע"מ ומר אדוארד סמידוברסקי מפעילים מרכול/אטליז בשם "אלפא מגה פוד" ברח' חיים משה שפירא 25 בעיר אשדוד. המרכול הוא בשטח של 383 מ"ר (ר' נספח ב/2 לתצהירו של הפקח) ופועל החל מיום 1/6/2013 (ר' נספח ו' לקלסר המסמכים שהגישה העיריה). לטענת המבקשת, בתקופה שבין 1/11/2014 ועד ליום 20/12/2014 ערכה במקום 5 ביקורות בשבתות שונות, שבמהלכן נמצא בית העסק פתוח, וזאת על אף קנסות שנרשמו למשיבים ועל אף שביום 5/11/2014 נמסרה למשיבים דרישה לסגירת המרכול/אטליז בימי שבת וחג (ר' נספח ב/4 לתצהירו של הפקח). קרל ברג רשתות בע"מ ונעמי וחנן אברמוביץ' (בע"א 16355-01-15)

10. חב' קרל ברג רשתות בע"מ וה"ה נעמי וחנן אברמוביץ' מפעילים מרכול/אטליז בשם " קרל ברג נקניק ובשר מעושן" ברח' גיא אוני 12 בעיר אשדוד. המרכול הוא בשטח של 140 מ"ר (ר' נספח ב/2 לתצהירו של הפקח) ופועל החל מיום 1/9/2008 (ר' נספח ו' לקלסר המסמכים שהגישה העיריה). לטענת המבקשת, בתקופה שבין 25/10/2014 ועד ליום 20/12/2014 ערכה במקום 7 ביקורות בשבתות שונות, שבמהלכן נמצא בית העסק פתוח, וזאת על אף קנסות שנרשמו לו ועל אף שביום 5/11/2014 נמסרה למשיבים דרישה לסגירת המרכול/אטליז בימי שבת וחג (ר' נספח ב/4 לתצהירו של הפקח).
טיעוני הצדדים טענות המבקשת

11. על-פי הנטען בבקשות המונחות בפני להוצאת צווי סגירה למשיבים בימי שבת ומועדי ישראל, במשך שנים נהגו המבקשת ויתר הרשויות המקומיות לאכוף את חוקי העזר, שעניינם פתיחת בתי עסק וסגירתם, בדרך של הטלת קנסות על בתי עסק הפועלים בימי המנוחה. לטענת המבקשת, מדיניות אכיפה זו נבעה מן העובדה שמועסקים על-ידה מספר מצומצם של פקחים עירוניים, ועל-כן פעילות האכיפה בעניין זה התמקדה בהטלת קנסות על בתי עסק שפעלו בימי המנוחה, וגם זאת באזורי מגורים בלבד.

12. המבקשת מוסיפה, כי ביום 25/6/2013 נפל דבר, שכן בית המשפט העליון קיבל את עתירתם של בעלי עסקים שונים כנגד מדיניות דומה של עיריית תל-אביב. המבקשת מפנה בהקשר זה לעת"מ 2469/12 ברמר נ' עיריית תל-אביב יפו (25/6/2013), שם נקבע כך: "בכך שהעירייה מפעילה אכיפה בדרך של הטלת קנסות בלבד, היא מאפשרת בפועל את הפרתו המתמשכת של חוק העזר על ידי אותה קבוצה, או לכל הפחות מעלימה מכך עין. מצב הדברים הנובע מפעילות אכיפה זו הוא כי המשיבות מרוויחות רווחים מיום עסקים נוסף בסוף השבוע, קופת העירייה נהנית מסכומים נכבדים עקב הקנסות שהיא מטילה על המשיבות מדי שבוע (הקנס משולם לקופת הרשות המקומית על פי סעיף 229א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982), אך שלטון החוק המחייב ציות להוראות החוק נפגע. במפורט לעיל, מדיניות אכיפה שבפועל אינה משיגה את תכלית החוק מעוררת

קושי (ראו: הסמכות המינהלית א, בעמוד 136). כפי שציין מ"מ הנשיא זילברג ב-בג"ץ 295/65 אופנהיימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309 (1966) (בפסקה 9 לפסק דינו): 'ההימנעות מלממש ולהגשים חוק קיים ומחייב, אינה מדיניות ואינה יכולה להיות מדיניות, מכל בחינה שהיא; היא רק גורמת לדמורליזציה ביחסי השלטון והאזרח, וגוררת אחריה פריקת עול של כל חוקי המדינה' (ההדגשה במקור מ"נ). הקושי מחריף שעה שלא ניתן להתעלם מהחשש כי נוח לעירייה נוכח הרווחים הכלכליים שהיא מרוויחה מהטלת הקנסות שלא לעמוד על קיום חוק העזר (ראו והשוו לדבריו של השופט חשין ב-בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 49, 105- 103 (1999); משפט מינהלי א, בסעיף 1.14). אם אופייה של העיר תל אביב-יפו מחייב, לדעת פרנסיה, המייצגים את האוכלוסיה, שלא לסגור עסקים כמו של המשיבות בשבת, ניתן לשנות את חוק העזר בדרך הקבועה לכך בדין. אולם, כל עוד לא שונה חוק העזר, נקודת המוצא היא שיש לקיימו. היועץ המשפטי לממשלה ציין כי העירייה מוסמכת לאזן 'בין האינטרס בשמירת אופיו של יום השבת כיום מנוחה [.] לבין מתן אפשרות לפעילות כלכלית מסוימת'. ואולם, לדעתי, המקום המתאים ליצירת איזון זה הוא בהחלטת העירייה האם להתקין חוק עזר בדבר פעילות בתי עסק בשבת ובעיצוב ההסדרים הקבועים בו. כך עשתה העירייה בהתקינה את חוק העזר, הכולל איסור על פתיחה בשבת וכן חריגים לאיסור. העירייה בחרה שלא לכלול בתי עסק דוגמת בתי העסק של המשיבות כחריגים לאיסור." (סעיפים 51 ו- 52 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור). ובהמשך נקבע: "העיריה מפרשת את חובתה לאכיפת חוק העזר באופן שאין לתאר אותו אלא כריקונו מתוכנו מכל וכל (אלא אם נראה ערך ציבורי ב-2,640 ₪ לחודש 660 כפול ארבע הנגבים בקנס ממרכולי רשתות השיווק), ומעזה לכנות את הדבר בשם אכיפה. אכן, הנושא בא לפנינו בערעורם של סוחרים קטנים, שאינם יכולים לשכור כוח אדם מתחלף כמרכולים, וזכאים הם ליום מנוחה (שישה ימים הם עובדים על פי רוב, כך יש להניח, ולא להם ניתנה בפועל מתנת חמשת ימי העבודה), והם עושים כפי שעשו אבותיהם ואבות אבותיהם: שובתים בשבת. אבל באותה עת לקוחותיהם החילוניים, החפצים לקנות בשבת, אצים אל המרכול הפתוח, שהעיריה גובה ממנו את 'מס השבת' (שומו שמים) על-ידי הקנס השבועי, וישישו בני מעיה של העיריה על קיום חוק העזר כביכול. למרכולים הרי זה שבריר מהכנסתם, כאדוה קלה על פני המים, כמעט 'חוב אבוד' (יש להניח ולקוות שאינם יכולים לנכותו כהוצאה בפני שלטונות המס), ובא למרכול גואל ולעיריה שלום על ישראל, ובינתיים דלת המכולת תינעל, והעיקר השבת תיגעל. לעיריה, גורם ציבורי מן המעלה הראשונה האמור לשרת את כלל התושבים על פי החוק, זהו פתרון של בנהוג לעתים במקומותינו 'ישראבלוף' ברשות התורה, 'כאילו', משל היו כל המתבוננים שוטים שבעולם. ומה דעת העיריה על משמעות עבירה שיש בה רצידיביזם לאין קץ? האם הרשות האוכפת צריכה להסתפק בקנס ובסימון 'וי' ולהמשיך כך עוד ועוד, או שמא עליה לחפש דרך אחרת?". (סעיפים ג' ו- ד' לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין).

13. המבקשת מציינת, כי על אף שפסיקת בית המשפט העליון עסקה בעירית תל-אביב יפו, הרי שדה פקטו יש לראותה כמכוונת כנגד כל הרשויות המקומיות, אשר נקטו במדיניות אכיפה דומה. בהתאם,

החליטה המבקשת לשנות את מדיניות האכיפה שלה, ולפעול לסגירתם של בתי עסק הפועלים בימי חג ושבת באזורי מגורים. המבקשת ציינה, כי החליטה לפעול ביישום מדיניות זו באופן מדורג, כשאת הבקשות הראשונות הגישה כאמור, כנגד מרכולים, ששטחם מעל 120 מ"ר, הפועלים באזורי מגורים.
טענות המשיבים

14. לטענת המשיבים, המבקשת נוהגת באכיפה בררנית, שכן לגבי חלק מהעסקים איננה מפעילה כלל מדיניות אכיפה וכלל לא מטילה קנסות ואף לא פועלת לסגירתם בימי המנוחה, כך לגבי עסקים הפועלים לטענתה באיזורים שהם "פאתי העיר" ואינם "איזורי מגורים"; ולגבי עסקים נוספים נוקטת במדיניות של הסתפקות לעת הזו בהטלת קנסות.

15. המשיבים מוסיפים וטוענים, כי ראש העיר המכהן ד"ר יחיאל לסרי הצהיר, טרם בחירתו בשנת 2008, כי ישמור על הסטטוס קוו בעיר, וכי ההחלטה לפעול לסגירת עסקים הפועלים בימי המנוחה מהווה הפרה של הבטחה זו.

16. טענה נוספת שמעלים המשיבים, היא הטענה שחוק העזר, אשר נחקק בשנת 1976 (ולא תוקן מאז 1981), איננו משקף את השינויים שחלו בעיר אשדוד במרוצת השנים, ובהתאם איננו מאזן כראוי בין האינטרסים של האוכלוסיות השונות והמגוונות המתגוררות בעיר. בהקשר זה מוסיפים המשיבים וטוענים, כי חוק העזר פוגע פגיעה בלתי מידתית בחופש העיסוק, ועל-כן עומד בניגוד לקבוע בחוק יסוד: חופש העיסוק. לפיכך, הם סבורים כי על המבקשת לפעול, כפי שפועלת עירית תל-אביב, לשינוי חוק העזר והתאמתו למציאות הקיימת בעיר, לגישתם, עד לתיקון חוק העזר על בית המשפט להורות על בטלותו או לחילופין להורות למבקשת להימנע מאכיפתו.
מדיניות האכיפה

17. אין מחלוקת בין הצדדים, כי עד למועד בו ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת "ברמר" הסתפקה המבקשת באכיפת חוק העזר באמצעות הטלת קנסות, ורק ב"אזורי מגורים", ולא בפאתי העיר. עוד אין מחלוקת, כי ברחבי העיר פועלים למעלה מ- 100 עסקים בשבתות ובחג (ר' נספח ו' בתיק המסמכים ובמפה שהגישה המבקשת על-פי החלטתי מיום 24/2/2016), ואילו המבקשת בחרה להוציא צווי איסור פתיחה לחמישה עסקים בלבד. לטענת המבקשת, בעניין זה היא פעלה על-פי תבחינים מוגדרים, ולפיהם בשלב ראשון יוצאו צווי הפסקה למרכולים, בשטח של מעל 120 מ"ר, הפועלים באיזורי מגורים. בהתאם לתבחינים פעלה המבקש כנגד המשיבים. בהקשר זה יש לומר, כי המבקשת לא הוציאה צווי הפסקה לעסקים הפועלים במתחם ה"סטאר סנטר" (הידוע בכינויו בעיר אשדוד כ"מתחם רביבו") על אף שהם ממוקמים באיזור מגורים. לטענת בא כח המבקשת, עורך דין אילוז בדיון בפני, מדיניות זו נובעת מן העובדה שבין המתחם לבין איזור המגורים הצמוד עובר כביש רחב (ר' עמ' 4 לפרוט' הדיון מיום 24/2/2016 ש' 26). מכאן, עולה לכאורה תבחין נוסף שעליו לא הצהירה המבקשת בריש-גלי, ולפיו לא יוצאו צווי הפסקה לעסקים הפועלים בימי המנוחה, אשר "אינם צמודים" לאיזור מגורים.

18. אציין, כי המבקשת לא הציגה בפני בית המשפט כל מסמך המתווה את מדיניות האכיפה המוצהרת על-ידה, ואת התכלית העומדת ביסוד בחירת התבחינים שנבחרו על-ידה. לכך יש להוסיף, כי מדברי כב' ראש העיר, בדיון בפני ביום 24/2/2016, וממכתב מנכ"ל העיריה מר אילן בן עדי מיום 25/1/2015 עולה, כי קיים תבחין סמוי נוסף, עליו המבקשת איננה מצהירה, שכן במכתבו של מנכ"ל העיריה בו השיב לפניית שרת הקליטה והעלייה דאז גב' סופה לנדוור, נכתב כך (ר' נספח א' לתגובת "מעדניית אלמוג" לבקשה): "למגינת ליבי, בחודשים האחרונים בחרו לראשונה מרכולים גדולים הממוקמים בסמיכות לאיזורי מגורים של אוכלוסיה שומרת מסורת ודת, לפתוח שעריהם בשבת תוך שהם מבליטים בפרסומיהם הענקיים במקומונים את עניין פתיחת העסק בשבת וגם את מכירת החזיר." דברים אלה עולים בקנה אחד עם דברים שמסר כב' ראש העיר בדיון בפני (עמ' 3-2 לפרוט' הדיון מיום 24/2/2016), ומעדותו של מנכ"ל העיריה (עמ' 5 ש' 3-1 לפרוט' הדיון מיום 2/3/2016). מן האמור לעיל אני מסיק שהתבחין לפיו נבחרו עסקי המשיבים, על פני עסקים אחרים, נובע ככל הנראה מן העובדה שעסקים אלה מציגים לראווה את העובדה שנמכר על ידם, בעסקם, מזון לא כשר. אני מסיק זאת, בהסתמך על המפה שהוגשה לי ומן הסיור שערכתי, מהם עולה כי לכל הפחות המינימרקט של מר פריד, מעדניית "אלמוג" והמעדנייה של מר מניה (אציין כי אינני מקבל את טענת "הגלישה" של ריכוזי האוכלוסיה החרדית לכיוון המעדנייה, שכן לעת הזו המעדנייה עדיין מרוחקת וחזיתה איננה נראית אפילו במאמץ קל מאיזורי האוכלוסיה החרדית והגישה אליה היא מעורק תחבורה ראשי שאיננו עובר בשכונות בעלות צביון דתי), אינם סמוכים באופן יחסי לרובעים בעלי צביון דתי מובהק, והדבר בולט במיוחד ביחס למתחם ה"סטאר סנטר" הצמוד לרובעים א' ג' שהם בעלי צביון דתי מובהק.

19. גם אם למבקשת "לא נוח" להציג תבחין זה, כאחד מן התבחינים על-פיהם בחרה לאכוף צווי הפסקה כנגד המשיבים, הרי שהיה עליה ברשות ציבורית להציגו בריש גלי, ולהתמודד עם הקושי המשפטי הנובע משימוש בתבחין זה. לא כך נהגה המבקשת, ועניין זה צף ועלה מדברי כב' ראש העיר בדיון בפני, ועולה כמפורט לעיל בין השיטין ממכתבו הנ"ל של מנכ"ל העיריה. מכאן ברור, כי דה פקטו, עובדה זו היוותה שיקול בהוצאת צווי ההפסקה כנגד המשיבים דווקא ולא כנגד עסקים אחרים הפועלים בימי המנוחה, ובהתאם בקשות המבקשת תבחן גם לפי תבחין זה.

20. תבחין נוסף אשר עלה מדברי ראש העיר בפני הוא התבחין, ולפיו, לאור הצהרתו על הכוונה לשמר את ה"סטטוס קוו" בעיר, תפעל העיריה להפסקת פעילותם של בתי עסק אשר החלו לפעול בימי המנוחה לאחר חודש ינואר 2009 (ר' בדברי כב' ראש העיר עמ' 2 לפרוט' הדיון מיום 24/2/2016 ש' 7-10 ). דיון

21. משהונחו בפני כתבי הטענות, הפרוטוקולים של הדיונים בבית המשפט, מפת העיר ובה סימוני בתי העסק הפועלים בעיר ובצידם סימון בתי הכנסיות, ולאחר שסיירתי בעיר, הגיעה עת ההכרעה. אי מיצוי ההליך המינהלי

22. המשיבים טוענים, כי ההליך המינהלי לא מוצה בטרם פנתה המבקשת לבית המשפט, שכן לגישתם המבקשת לא נתנה כל

החלטה בעניינם בסיום השימוע. יצוין, כי המשיבים אינם טוענים, כי עמדתם לא נשמעה, וכי לא ניתנה להם האפשרות להשמיע את טענותיהם, אלא כל טענתם בהקשר זה היא שהיה על המבקשת ליתן

החלטה לאחר סיום השימועים, ומשלא עשתה כן נפל פגם מהותי בזכות הטיעון שלהם.

23. אין בידי לקבל טענה זו של המשיבים, שכן הם אינם עושים את ההבחנה בהקשר זה בין מתן זכות טיעון עובר להחלטה המינהלית, לבין חובת הרשות המינהלית לנמק את החלטתה. אין חולק, כי למשיבים ניתנה זכות טיעון במהלך השימועים שנערכו להם, והמבקשת אף השיבה לפניות בכתב שנשלחו לה על-ידי המשיבים. בהתאם יש לומר, כי לא נפל כל פגם בהתנהלות המבקשת בעניין זה, אשר אפשרה למשיבים להשמיע את מלוא טענותיהם בטרם פנתה לבית המשפט בבקשה למתן הצווים.

24. עניין נפרד הוא, החובה המוטלת על הרשות המנהלית לנמק את החלטותיה. חובה זו קבועה בחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 (להלן "חוק ההנמקות"). יחד עם זאת, חוק ההנמקות איננו קובע סנקציה של בטלות במקרה של העדר הנמקה, אלא נקבע שיש בעובדת העדר הנמקה כדי להביא להיפוך הנטל, כאשר על הרשות המנהלית תהיה הראייה כי פעולתה נעשתה כדין. העדר הנמקה איננו עולה בקנה אחד גם עם חובתה של הרשות המנהלית לפעול בשקיפות, ובהתאם נקבע בפסיקת בית המשפט העליון, כי בהעדר הנמקה לא יכולה הרשות המנהלית להישען על החזקה בדבר "תקינות פעילותה", והנטל עובר אל כתפיה להוכיח כי פעלה כדין. הלכה זו באה לידי ביטוי בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 6315/05 פקיד שומה תל-אביב 4 נ' יחזקאל (איזי) שרצקי (24/12/2012) שם נקבע כך: "יש אפוא לקבוע כי

החלטה היא

החלטה גם אם לא ניתנו לה נימוקים. אין לכחד כי מדובר בהחלטה פגומה. ואולם, אין בפגם זה כשלעצמו כדי להביא בהכרח לבטלות ההחלטה. אכן, 'היעדר הנמקה הוא פגם בהחלטה. עם זאת, בדרך-כלל אין די בו, כשלעצמו, כדי שבית-המשפט יבטל את ההחלטה' (בג"ץ 2159/97 מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, פ"ד נב(1) 75, 89 ב (1998)). וכפי שקבעה השופטת ביניש: 'נוכח קיומה של חובת הנמקה כאמור, מתבקשת המסקנה כי נפל פגם בהליך [.]. משקבענו כי נפל פגם בהליך המנהלי נשאלת השאלה האם צודק בא-כוח העורר בטענתו כי תוצאת הפגם היא שלילת ההליך כולו, או שמא אין הפגם יורד לשורש המעשה המנהלי ואינו פוסל אותו. הלכתו של בית משפט זה בשנים האחרונות הבהירה שלא כל פגם שנפל בהחלטה מינהלית מביא בהכרח לביטולה של ההחלטה, 'הכול תלוי בנסיבות המקרה: הצדדים, העיתוי, החומרה, הנפקות ועוד' [.]. טוען בא כוחו של העורר, כי בהעדר הנמקה נגרם בהכרח לאזרח נזק חמור, שכן הוא אינו יכול לדעת מהו הבסיס להחלטה, ולכן אין לו בסיס מספיק כדי לבחון אותה ולנסות לתקוף אותה; התשובה לטענה היא, כי בדרך כלל

הפגם הנעוץ בהעדר הנמקה אין בו, כשלעצמו, כדי לגרום לכך שבית המשפט יבטל את ההחלטה המנהלית, שכן בית המשפט יבחן כל

החלטה לגופה [.]. ניתן, איפוא, לקבוע כי במצב בו ההחלטה לא נומקה, אין הפגם מביא לבטלות ההחלטה אלא שהוא מטיל על הרשות את הנטל לבוא ולהסביר את ההחלטה, ולהראות שההחלטה אכן היתה תקינה.' (בש"פ 3810/00 גרוסמן נ' מדינת ישראל (, 11.6.2000)). השופטת ביניש הוסיפה שם כי מול הצורך "לחנך" את הרשות עומדים שיקולים נוספים: 'טענה זו היא אמנם כבדת משקל, אך היא עומדת נגד עינינו במקרים רבים בהם המסקנה היא שהפגם שנפל במעשה המנהלי אינו גורם לבטלות המעשה; כנגד טענת הצורך במסר חינוכי לרשויות, עומדים שיקולים אחרים, וההחלטה שלא לראות כל פגם, יהא אשר יהא טיבו כמאיין את המעשה המנהלי היא פרי של איזון בין השיקולים הרלוונטיים השונים, אשר הרתעת הרשות מפני סטייה מהליך תקין היא רק אחד מהם. אין בשיקול זה כשהוא עומד אל מול יתר השיקולים, כדי להכריע את הכף. כך בדרך כלל, וכך גם במקרה שלפנינו.' (כן ראו וחשוו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1302 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011) (להלן: זמיר, כרך ב))."

25. עולה מן המקובץ לעיל, כי ראוי היה שהמבקשת תמסור למשיבים

החלטה מנומקת לאחר השימוע שנערך להם, ובפרט כך כאשר אין ביד המבקש מסמך מדיניות סדור באשר למדיניות האכיפה שלב לגבי עסקים הפועלים בימי המנוחה. יחד עם זאת, העובדה שהמבקשת חדלה בעניין זה אין משמעותה בטלות ההחלטה, אלא העברת הנטל למבקשת להסביר את החלטתה, ולהראות שההחלטה היתה תקינה. המבקשת שטחה את נימוקיה, בבקשות שהוגשו לבית משפט זה ובדיונים שהתקיימו בבית המשפט, ולמשיבים ניתנה הזדמנות מלאה להתמודד את נימוקים אלה. מכאן, שנותר לבחון את תקינות ההחלטה כשהנטל בעניין זה רובץ לפתחה של המבקשת. אכיפה בררנית

26. האופן בו על הרשות הציבורית להפעיל את מדיניות האכיפה שלה נדונה בפסיקת בתי המשפט בהקשרים שונים, אזרחיים ופליליים כאחד. במסגרת אותם הליכים משפטיים טענו "נאכפים", כי את מדיניות האכיפה יש לבחון לאור חובתה של רשות ציבורית לנהוג בשיוויון, אשר איננה רשאית לאכוף את החוקים עליהם היא מופקדת באופן בררני, וככל שיתברר כי כך היא נוהגת, אזי דין פעולת האכיפה להתבטל. ההלכה המרכזית בעניין זה נדונה בבג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עירית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (8/6/1999), שם נפסק בעניין זה כך: "שאלת הנפקות המשפטית של אכיפה בררנית אינה מתעוררת בעתירה זאת אלא בגיזרה צרה: בתקיפה ישירה של

החלטה מינהלית, שיש בה משום אכיפה בררנית, בבית-משפט זה. מה הנפקות של טענה כזאת בבית-משפט זה? טענה של אכיפה בררנית היא טענה של פגיעה בשוויון. כל רשות מינהלית חייבת לנהוג בשוויון. כך גם תובע במשפט פלילי. ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה [16], בעמ'

512. וכך כל רשות אחרת הפועלת לאכיפת החוק בדרכים אחרות, כגון: בדרך של הוצאת צו הריסה, חילוט טובין, פיזור הפגנה ועוד. מכאן, כפי שמקובל לגבי טענה של פגיעה בשוויון, אם לכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות ההחלטה המינהלית.

כתוצאה עובר הנטל אל הרשות המינהלית להראות כי האכיפה, אף שהיא נראית בררנית, בפועל היא מתבססת על שיקולים ענייניים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטת הרשות. אם הרשות אינה מרימה נטל זה, עשוי בית-המשפט לפסול את ההחלטה בגין שיקול זר או בגין פגם אחר שנתגלה בה, או לתת סעד אחר כנגד הפגיעה בשוויון, לפי נסיבות המקרה. העיקר הוא, כדברי השופט מ' חשין בבגץ 53/96 תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, בעמ' 12: 'אכיפה סלקטיבית בלתי שוויונית של חוק לא תסכון ולא תעמוד'. ראו גם בגץ 5021/91 אפרגן נ' אגף רישוי עסקים, עיריית תל-אביב-יפו ." בבגץ 53/96 תשלובת ח' אלוני בע"מ נ' שר המסחר והתעשיה, פ"ד נב(2) 1 (16/3/1998) שעל יסודותיו נפסקה ההלכה המנחה בפרשת "זקין" הנ"ל, נקבע: "מסקנתנו מדברינו אחת היא ויחידה: רשויות המדינה נוהגות בחוסר שוויון בולט וקשה ככל שהמדובר הוא באכיפת הוראות חוק התקנים על יצרנים של מרצפות ועל העוברים על תקן. חוסר שוויון זה פוגע בעקרון-התשתית של שלטון החוק, ובעיקרון הנגזר ממנו העיקרון של שוויון הכול לפני החוק. 'עקרון שלטון החוק משמיע את עקרון החוקיות, ומוסיף הוא ומשמיע צורך בהפעלת החוק באורח שוויוני וללא הפליה.': ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל [3], בעמ' 456.ראו עוד: ע"ב 2/84, 3 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ'יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה[4], בעמ' 261-262,מפי הנשיא שמגר; פרופ' א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א) [13], בעמ' 228-229.וניתן דעתנו לדבר: אין העותרות מלינות על-כך שהמדינה עושה לאכיפת החוק עליהן. לו על כך הלינו לא שמענו להן, והרי בעשותה את שהיא עושה מקיימת המדינה חובה שהוטלה עליה (ראו והשוו המ' 460/63 לש נ' ועדת השומה שליד עיריית נהריה ואח' [5],בעמ' 324). תובעות הן מן הרשויות כי תעשינה לאכיפת החוק על אחרים כפי שעושות הן לאכיפת החוק עליהן; לא יותר אך גם לא פחות. בכך צודקות הן. אם כך ככלל, לא-כל-שכן שבדיקת מרצפות-עזה עד עתה העלתה כי מרצפות תת-תקן הן. למותר לומר כי אינטרס העותרות אינו אך בעקרון שלטון החוק בתורת שכזה. בייבוא החופשי של מרצפות תת-תקן נפגעת בעליל יכולת התחרות של העותרות, תחרות שהיא בת לחופש העיסוק. ועל הפגיעה הקשה בחופש העיסוק של העותרות לא נוכל לעבור כמו לא אירע דבר. השוו בגץ 637/89"חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח' [6],בעמ' 202-204, מפי השופט ברק. ראו עוד: בגץ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח' (פרשת כלל ביטוח [7]), בעמ' 460-461;פרשת תה ויסוצקי הנ"ל [2], בעמ'

642. '.אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בבוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם'. כך אמר השופט ברק בבגץ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עירית תל-אביב-יפו ואח' ; סיעת העבודה בעירית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עירית תל-אביב-יפו ואח' [8], בעמ'

332. ראו עוד דבר המשנה לנשיא ברק בבגץ 1843/93פנחסי נ' כנסת ישראל ואח' [9], בעמ' 684.ובמקום אחר נאמרו דברים אלה: "והפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם

היחסים בין אדם לרעהו. הפליה תפרק משפחה. בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה': בג"ץ 7111/95, 8195 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח' [10],בעמ'

503. העותרות הופלו לרעה. המדינה לא עשתה את המוטל עליה לאכיפת התקן הרשמי של מרצפות. אכיפה סלקטיבית בלתי שוויונית של חוק לא תסכון ולא תעמוד. והנפגע יזכה בסעד." (ההדגשה שלי - י.ל). ויודגש, על-פי פסיקת בית המשפט, לא כל מקרה של אכיפה חלקית מהווה אכיפה בררנית המצדיק את ביטול האכיפה המינהלית (ר' מיכל טמיר "אכיפה סלקטיבית" (נבו הוצאה לאור, תשספר החוקים-2008), עמ' 29 - 42).

27. למעשה, המבקשת איננה חולקת כי נקטה במדיניות של אכיפה חלקית או מדורגת, וכי בחרה בשלב ראשון, וזאת כדי "לבחון את מדיניותה" (ר' בעדותו של מנכ"ל העיריה עמ' 5 לפרוט' הדיון מיום 2/3/2015) במספר בודד של עסקים, אשר עונים להשקפתה לתבחינים שנבחרו על-ידה כמתאימים לאכיפה. להשקפתה, היא רשאית בשלב ראשון לבחון את מדיניותה כלפי מספר מצומצם של עסקים, וככל שתאושר מדיניות זו, הרי שתפעל לסגירתם של עסקים נוספים. השאלה באם רשאית רשות מנהלית לנקוט במדיניות אכיפה ולפיה היא בוחנת את מדיניות באמצעות "TEST CASE" נדונה ברע"פ 889/00 אריק תומר נ' מדינת ישראל (3/7/2000), אך לא הוכרעה.

28. אף שלהשקפתי אכיפה "מדורגת" יוצרת קושי בפרט מקום בו זהות ה"נאכפים הפוטנציאליים" ידועה ומספרם איננו רב, שכן במקרה כזה האכיפה החלקית מעצימה את התחושה, כי שיקולים לא ענייניים עמדו ביסודה. אציין בהקשר זה, כי במהלך השימועים שנערכו למשיבים הועלתה טענת האכיפה הסלקטיבית, ותשובת נציגי העירה היתה, כי תערך בדיקה בעניין זה, ומנכ"ל העיריה בעדותו ביום 2/3/2015 ציין כי ניתנה הנחייה "מיד לטפל במנה הבאה של חמשת העסקים הבאים" (עמ' 5 לפרוט' ש' 10-9), אך המבקשת בטיעוניה בפני הודתה בהגינותה, כי דבר לא נעשה, וכי לעת הזו הוצאו צווי הפסקה רק למשיבים. יחד עם זאת, אצא מנקודת הנחה, כי הרשות רשאית לעשות כן בהעדר משאבים מספיקים לביצוע אכיפה מיידית מלאה, וזאת בכפוף לשיקולים עליהם אעמוד בהמשך.

29. בהתאם, עומדת בפני השאלה באם במקרה זה האכיפה החלקית בה נהגה המבקשת היא מותרת או שמא היא פסולה. בעולה מספקי הדין בעניין "זקין" ו"מרצפות אלוני" הנ"ל, מקום בו נוהגת הרשות המינהלית באכיפה חלקית, ואין מחלוקת בענייננו כי כך נהגה המבקשת, הרי שעובר אליה הנטל להראות כי היו נימוקים ענייניים המצדיקים את האכיפה החלקית ו/או המצדיקים את הבחירה ב"פלוני" כנשוא האכיפה ביחס ל"אלמוני", שלגביו החליטה הרשות המנהלית שלא לבצע אכיפה. כמובהר להלן איננני סבור כי עלה בידי המבקשת לעמוד בנטל זה.

30. עיון בנספח ו' לקלסר המסמכים שהוגש על-ידי העיריה בעקבות החלטת בית המשפט מיום 2/3/2015, מגלה, כי המבקשת לא עמדה בתבחינים הגלויים שהיא עצמה קבעה כתבחינים לאכיפה ראשונית. מעיון בנספח עולה, כי קיימים לפחות 4 עסקים בעלי אופי דומה לגביהם לא הוצאו צווי

הפסקה, וזאת עוד בטרם אכנס לסוגיית ההבחנה בין שני עסקים בעלי תחום פעילות זהה, האחד שטחו 120 מ"ר והאחר שטחו 100 מ"ר, הפועלים זה לצד זה. כך, לא הוצאו צווי הפסקה למכולת "הלב המתוק" ברח' רוגוזין 17, מרכול קרל-ברג ברח' דוד המלך 20, סופר "טיב טעם" (בשטח של 5450 מ"ר!!!) במתחם ה"סטאר סנטר", וחנות המסחר/פיצוציה ברח' מפקורה

6. המבקשת לא נימקה מדוע לא הוגשו בקשות לצווי הפסקה בגין עסקים אלה. אציין בהקשר זה, כי אינני מבחין בין עסק שאותו הכתירה המבקשת כ"פיצוציה" לבין עסק אותו הכתירה כ"מרכול", שניהם, בהעדר ראיה סותרת, מוכרים דברי מרכול שונים. לא ה"כותרת" בו בחרה המבקשת לכנות את אותו עסק היא הקובעת, אלא המהות. בהתאם נמצא, כי ישנם לכל הפחות 4 עסקים, העוסקים בתחום פעילות זהה לזה של המשיבים, ששטח עסקם עולה על 120 מ"ר והם ממוקמים באיזור מגורים, ולגביהם בחרה המבקשת שלא לפעול. אוסיף עוד בהקשר זה, כי המבקשת, רק במהלך הטיעון בפני, הוסיפה את התבחין לפיו נסגרו רק עסקים ה"צמודים" לאיזור מגורים, ובשל כך לא בוצעה אכיפה במתחם ה"סטאר סנטר" ואיזור חוף הים. היות ותבחין זה לא נכלל בבקשות שהגישה המבקשת לבית המשפט אני מתעלם ממנו.

31. יחד עם זאת, ולמען תנוח דעת המבקשת בעניין זה, לגופו של עניין אינני מקבל את הטענה, כי מתחם ה"סטאר סנטר" ומתחם חוף הים, אינם מצויים בצמוד לאיזורי מגורים. האבחנה בעניין זה נראית לי מלאכותית, שכן מה בין מרחק של 20 מ' מבתי מגורים לבין מרחק של 50 מ' מבתי מגורים? ומדוע לא תיבחן הצמידות במרחק של 5 מ'? לפיכך, אינני מקבל את עמדת המבקשת בעניין זה, ובפרט כאשר עניין זה נטען רק בתשובה לשאלה שהעליתי במהלך הדיון.

32. די בכך, כדי להביא לדחות את הבקשות למתן צווי הפסקה למשיבים, שכן העיריה, בהיותה רשות ציבורית, איננה רשאית לנהוג בהפליה או באכיפה בררנית מטעמים שלא הובהרו עד תום, וזאת גם אם היא רשאית לבחון בשלב ראשון את מדיניותה כלפי מספר מצומצם של עסקים. גם בחינה מצומצמת זו חייבת להיעשות בשיוויון.

33. הטענה ולפיה למבקשת קושי לפעול כנגד כל בתי העסק בשל קשיי כוח אדם, לא רק שלא נתמכה בראיות, אלא שאיננה נימוק בעיני. הראיתי לעיל, כי מספר העסקים, שהם לכאורה זהים על-פי התבחינים שקבעה המבקשת בעצמה עומד על

9. קשה להלום מהו הקושי לפעול כנגד 9 בתי עסק במקום 5, ובפרט כך, כאשר חלקם סמוכים מאוד לבתי עסק אחרים שלגביהם הוצאו צווי הפסקה.

34. ואדגיש, להשקפתי לא היה מקום לקבוע תבחין של 120 מ"ר, גם לא כתבחין "ראשוני", באשר הוא מבחין בצורה לא ראויה בין עסקים זהים. כך, מתוך המפה שהגישה לי המבקשת, ומן הסיור שערכתי בעיר עולה, כי באיזור ה"סיטי" פועלים מספר מרכולים נוספים, וזאת גם אם אתעלם לצורך העניין מן ה"פיצוציות" הפועלות במקום, ששטחן בין 73 ל- 100 מ"ר. כך, אין כל הבחנה בין המרכול של פריד ליאוניד , המעדנייה של מנייה ו"מעדניית אלמוג", לבין מרכולים אחרים המצויים בסמיכות

מקום במרחק הליכה של דקות בודדות כך לגבי "מיני מרקט פלוס" (מס' 8 במפה), "סיטי מרקט" (מס' 9 במפה), "דלי קרים" (מס' 11 במפה), "דלי מניה" (מס' 12 במפה), "סופר סיטי מישל" (מס' 13 במפה). באופן דומה אין הבחנה "אלפא מגה פוד" לבין מכולת "הלב המתוק" (מס' 17 במפה) ה"פיצוציות" (מס' 29 ו- 30 במפה) הפועלות בסמוך אליו. ומעל לכל, אין כל הבחנה בין המרכול "טיב טעם" הפועל במתחם ה"סטאר סנטר", ששטחו עולה על שטחם המצרפי של כל בתי העסק הדומים הפועלים ברחבי העיר אשדוד, לבין העסקים של המשיבים.

35. בהתאם,

החלטה לסגור עסק אחד, כאשר עסק הצמוד לו נותר פתוח היא בלתי סבירה בעיני באשר היא פוגעת קשות ביסודות השיוויון בהם מחוייבת רשות מנהלית. עמד על כך כב' הנישא (בדימוס) א' ברק בבג"ץ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (23/5/1988): "אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם".

36. טענת המבקשת ולפיה מתחם ה"סטאר סנטר" מנותק מ"איזור מגורים" באשר כביש רחב מפריד בינו לבין הבתים, היא טענה שמוטב היה לה אלמלא נטענה. תחילה יש לומר, כאמור לעיל, כי המבקשת בציינה את מדיניות האכיפה שלה לא הגדירה תבחין של ריחוק מאיזור מגורים, אלא עניין זה עלה רק בתשובה לשאלה שהפניתי לבא כח המבקשת (ר' עמ' 4 לפרוט' הדיון מיום 24/2/2016 ש' 26). לגופו של עניין, מתחם ה"סטאר סנטר" צמוד לרובעים א' ג', ולא יכולה להיות מחלוקת על-כך, כי הם מאופיינים באוכלוסייה בעלת צביון דתי (ר' בעניין זה את המפה שהוגשה לי וסימון בתי הכנסיות על גביה), גם אם כביש "רחב" מפריד בין המתחם לבין רובעים א' ו- ב', הרי שברור כי לפחות חלק מבאי המקום חולפים ברכבם בצמוד לבתי המגורים של התושבים ברובעים אלה. בהתאם, גם אם היה תבחין של "ריחוק" מאיזור מגורים, ואין תבחין מוצהר שכזה, הרי שהוא איננו מתקיים כלל ועיקר. יתרה מכך, אינני רואה כל הבחנה בין המרכול "מעדני מניה" שבשד' מנחם בגין, שחזיתו פונה לכביש ראשי ובתי המגורים שמצויים מולו מופרדים גם הם בא כחביש רחב" (אציין, כי בתי המגורים המצויים בעורף המבנה המסחרי מרוחקים מידת מה מן המבנה ואין ביכולתם לראות כלל את המרכול), לבין החנויות במתחם ה"סטאר סנטר".

37. הנה כי כן, יש לומר, כי לגבי מרבית העסקים להם הוציאה העיריה צווי הפסקה, ניתן למצוא עסקים בעלי מאפיינים זהים, שלגביהם לא הוצאו צווי הפסקה.

38. לבסוף יש לומר, כי קשה להשתחרר מן הרושם, כי "מדיניות" האכיפה החדשה של העיריה התמקדה בעסקים המנוהלים על-ידי עולים יוצאי מדינות חבר העמים ואשר מרכולתם כוללת מזון "לא כשר". רושם זה עולה לא רק מזהותם של העסקים שלגביהם הוצאו צווי איסור הפתיחה, אלא גם מדברים שמסר ראש העיר בהגינותו במהלך דבריו בפני, ומעדותו של מנכ"ל העיריה ביום 2/3/2015, שם אמר את הדברים הבאים (עמ' 4-5 לפרוט'): "לשאלת בית המשפט מה קרה לאחרונה אני משיב כפי

שאמרתי לפחות שני עסקים, האחד ברובע ד' והשני ברובע ח', כמדומני מעדני מניה והשני מגה פוד, לא רק שנפתחו בשבת ולא רק שהבליטו את מכירת החזיר בשבת אלא גם פרסמו בעמודים כפולים במקומונים את העובדה הזו, הדבר יצר אי שקט גדול מאוד, זה שבר את אותו שקט שהצלחנו לשמר אותו לאורך שנים ובסופו של דבר יחד עם מה שהתרחש בתל-אביב התחילו להתקיים דיונים בהנהלת העיר איך אנו מגיבים." וראה גם בתשובתו של מנכ"ל העיריה מר אילן בן-עדי לפנייתה של מי שכיהנה בשעתו כשרת הקליטה הגב' סופה לנדבר (ר' נספח א' לתגובה שהגישה "מעדניית אלמוג"). אמנם עניין זה לא התברר עד תום, אך נדמה כי קשה יהיה לחלוק לאור האמור, כי נבחרו עסקים מ"מגזר" מסויים. עובדה זו מצטרפת ומחזקת את מסקנתי, כי המבקשת נהגה במדיניות אכיפה סלקטיבית, אשר איננה ראויה לרשות ציבורית.

39. בהקשר זה יש להוסיף כי אילו היתה מצהירה המבקשת בריש-גלי, כפי שראוי היה שתעשה, כי תבחין זה היווה נימוק מרכזי להוצאת צווי הפסקה למשיבים, אזי ברור שדין הבקשות היה להידחות על הסף, שכן על פני הדברים סעיף 249 לפקודת העיריות איננו מסמיך את העירייה לשקול שיקולי "כשרות" בכל הקשור בימי ושעות פעילותם של בתי עסק הפועלים בתחומה. בעניין אחר בו ביקשה עירייה לאכוף נורמות בעלות אופי דתי באמצעות חוקי עזר עירוניים קבע בית משפט השלום בת"פ (י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' אמציה קפלן (22/11/1987) כך: "מכאן נובע העיקרון, כי מחוקק המשנה בדרך כלל לא יסדיר עניינים שבדת ובמצפון המצויים במחלוקת אידאולוגית ואשר כל הסדר לגביהם כופה בהכרח ויתור או פשרה על חלק מהאוכלוסייה, מה גם שמדובר בעניינים הנושאים אופי כלל ארצי ומחייבים הסדר תוך ראייה כוללת של צרכי הציבור כולו. בענייננו, בחינה של הסדרי חוק העזר מלמדת כי האיסור הכללי לפתיחת בתי עינוגים בשבת, מקורו ברצון לשוות לשבת בירושלים צביון ברוח ההלכה, ולמנוע חילול שבת על פי מושגיה. . המחוקק הראשי לא הסמיך את העירייה בין במפורש ובין במשתמע לעצב בדרך של חקיקה את צביון חיי האוכלוסיה בעיר בשבת בין ברוח ההלכה ובין בדרך אחרת. בסמכותה להסדיר פתיחה וסגירה של בתי עסק ובתי עינוגים כדי להגשים מטרות של סדר ציבורי וחיי עיר תקינים ולא לקבוע לתושבי העיר תכני חיים." לאור מסקנתו זו הורה בית משפט השלום בירושלים על בטלותו של סעיף 3 (ד) לחוק העזר ירושלים (פתיחת עסקים וסגירתם) תשט"ו 1955, שמכוחו הגישה עיריית ירושלים כתב אישום בגין פתיחת קולנוע בליל שבת.

40. בהתאם אני קובע, כי המבקשת נהגה במדיניות של אכיפה בררנית שאין לה מקום בהיותה רשות ציבורית המחוייבת לנהוג בשיוויון. למסקנה דומה ר' את פסק דינו של בית המשפט לעניינים מקומיים בקריית ביאליק (כב' השופט ד"ר מ' ארגמן) בע"א 45379-04-14 עירית קרית מוצקין נ' אלפא מגה פוד (28/1/2015).

41. ואדגיש, למען הסר ספק בעניין זה, כי להשקפתי, בהעדר תיקון לחוק העזר המגדיר מאפיינים שונים של בתי עסק, שלגביהם יהא היתר לפתוח את בתי העסק בימי המנוחה (כדוגמת ההיתר שניתן לבתי עינוג), אזי אכיפה שיוויונית מחייבת הוצאת צווי הפסקה לכל בתי העסק הפתוחים ברחבי העיר (למעט באמור בתי עינוג שלהם היתר בחוק), ללא הבדל של תחום עיסוק, גודל, מיקום וכד'. אפשר

והמבקשת תהא רשאית לפעול בעניין זה באופן "מדורג", כך שתחילה תבחן המדיניות החדשה ביחס לעסקים מסויימים, אך גם אכיפה מדורגת זו חייבת להיות שיוויונית, כאשר כל התבחינים לאכיפה גלויים ורלבנטיים. כך, אינני מוצא מקום להבחנה בין עסק המוכר דברי מזון בשטח של מעל 120 מ"ר לבין עסק המוכר כלי בית, חפצי נוי וכלי עבודה בשטח דומה, ובוודאי שלא כאשר מדובר בעסקים בעלי שטחים גדולים.

42. אוסיף, במאמר מוסגר, כי, על פני הדברים, אני מתקשה להבין את ההבחנה, ככל שהיא קיימת, בין בתי עינוג לבין עסקים אחרים, מבחינת האיסור לפעול בימי המנוחה, אך לעת הזו אין צורך כי אדון בכך. הבטחה מינהלית ותיקון חוק העזר

43. משזוהי מסקנתי, לכאורה אין צורך כי אדון לעומק בשתי הטענות הנוספות שהעלו המשיבים כנגד צווי ההפסקה: הטענה להפרת הסטטוס קוו, והטענה כי אין מקום להוצאת צווי הפסקה בטרם יתוקן חוק העזר. יחד עם זאת, משנטענו טענות בפני בהקשר זה אדון גם בטענות אלה.

44. אשר לטענה, כי הוצאת צווי הפסקה מנוגדת להצהרת ראש העיר ולפיה ישמר את ה"סטטוס קוו" בעיר, אומר כי היא מוקשית בעיני, כאשר היא באה מחלק גדול מן המשיבים. כך, אפנה דברים שנכתבו בתגובת "מעדניית אלמוג" ומר שיניזון לבקשה להוצאת צווי הפסקה את הדברים הבאים: "ויודגש, כי בהתבסס על התנהלות הרשות המקומית והתחייבויותיו של ראש עיריית אשדוד, כפי שבאים לידי ביטוי כאמור, עסקים רבים החלו לפעול בעיר אשדוד וחלקם הרחיבו פעילותם תוך הסתמכות על העובדה כי יוכלו לספק את שירותיהם לציבור גם בימי מנוחה." דברים אלה אינם עולים בקנה אחד עם דרישת המשיבים לשמור על "סטטוס קוו". "סטטוס קוו" משמעותו "המצב הקיים", דהיינו ראש העיר ד"ר לסרי, עם היבחרו לתפקיד בחודש 11/2008, הבטיח לכאורה לשמר את המצב הקיים. אלא שעיון בנספח ו' לקלסר המסמכים שהגישה העיריה (שהמשיבים לא חלקו על נכונות הנתונים שבו) מגלה, כי לפחות שניים מהם נפתחו לאחר מועד הצהרת ראש העיר (כך לגבי המעדנייה "אלפא מגה" והמעדנייה של מניה). בהתאם, לכך, המשיבים עצמם הפרו את ה"מצב הקיים", כאשר פתחו את עסקם.

45. להשקפתי, רק עסקים שפעלו בימי המנוחה, קודם שניתן פסק הדין בפרשת "ברמר" ועובר לבחירתו של ד"ר לסרי לראשות העיר, ושלגביהם נהגה העיריה במשך שנים במדיניות של אכיפה באמצעות "קנסות", רשאים בכלל להעלות טענה של הסתמכות על ה"מצב הקיים". כך, בעניינו, טענה זו עומדת לצידה של מעדניית "קרל-ברג" שנפתחה על-פי המידע שנמסר בחודש 9/2008), ועל-כן יש לדחות את הבקשה למתן צו הפסקה שהוציאה המבקשת כנגד מעדנייה זו, גם מן הטעם, לפיו על-פי התבחין עליו הצהיר כב' ראש העיר בפני, צווי סגירה יתבקשו רק כנגד עסקים שהחלו לפעול לאחר היכנסו לתפקיד בחודשים 12/2008 1/2009. היות ועולה מ נספח ו', כי עסק זה נפתח בחודש 9/2008, אזי אין מקום להורות על הפסקת פעילותו בימי המנוחה, גם בהתבסס על נימוק זה.

46. אציין, כי לא נמסר מידע ביחס למועד פתיחתה של "מעדניית אלמוג", ולגבי המינימרקט של פריד נמסר, כי החל לפעול ב 1/1/2009 (ר' בנספח ו') אך מנגד, בנספח ב/1 לתצהירו של הפקח שהוגש

בעניינו של משיב זה נרשם, כי העסק החל לפעול בחודש 10/2009. בהתאם, לא אוכל להכריע בעניין זה לעת הזו על יסוד הראיות המונחות בפני.

47. מנגד יוער, כי גם אם הייתי רואה בהצהרת ראש העיר ובמדיניות האכיפה של המבקשת עד למועד פסק הדין בפרשת "ברמר", משום הבטחה מנהלית מחייבת, ואינני רואה בהצהרת בחירות משום הבטחה מנהלית מחייבת, עדיין יכולה להתעורר השאלה באם רשאית המבקשת לחזור בה מהתחייבותה (ראה ע"א 3604/13 מנהל רשות המסים נ' אייזינגר (10/5/2015) והאסמכתאות המוזכרות שם). עניין זה איננו מתחדד במסגרת הליך זה, שכן כאמור לעיל רק לגבי מעדניית "קרל-ברג" פעלה המבקשת בניגוד למדיניותה המוצהרת, ואילו כל היתר החלו לפעול לאחר 1/2009 או שאין מידע וודאי לגבי מועד תחילת פעילותם.

48. עוד יש לומר בהקשר זה, כי ככל שהעירייה תבקש לצרף תבחין זה בעתיד כתבחין אכיפה, הרי שיש לקחת בחשבון, כי העיר איננה קופאת על שמריה וה"מצב הקיים" מבחינת גודל וצביון האוכלוסייה בשנת 2008 איננו, כך אני מניח, כפי שהוא בשנת 2015, ולכן הישענות על שימור ה"מצב הקיים" מבלי להתאימו לשינויים המתרחשים יוצר קושי. כך לשם ההמחשה, נניח לרגע כי במועד הבחירה חיו בעיר כ- 205,000 תושבים ובתחילת 2015 כ- 245,000 תושבים (גידול של כ- 20%), האם ה"סטטוס קוו" משמעותו קיפאון מוחלט במספר העסקים להם יינתן היתר לפעול בימי המנוחה או שמא יש להגדיל את מספר ההיתרים בהתאם לשינוי בגודל האוכלוסייה, וזאת עוד לפני שנכנסים לנתונים פרטניים באשר לשינויים באופי האוכלוסייה. אני משאיר סוגייה זו בצריך עיון.

49. אשר לטענה כי אין מקום לאכיפה כל עוד לא שונה חוק העזר, הרי שלא אוכל לקבלה. כל עוד חוק העזר עומד בתוקפו, הרי שיש מקום לאכיפתו, כפי שקבע בית המשפט העליון בפרשת "ברמר" הנ"ל. יחד עם זאת יש לומר, כי על העיריה לפעול, כפי שנעשה בתל-אביב, לשינוי חוק העזר באופן שיישקף את השינויים שחלו בעיר במרוצת השנים וייתן מענה לצרכים של כלל האוכלוסיות המתגוררות בעיר (ר' בעניין זה את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה כפי שצוטטה בפסק הדין בעניין "ברמר"). בהקשר זה אפנה גם לדברים שנאמרו בבג"צ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה , פ"ד נא(4) 1 (13/4/1997) שם נקבע בעניין איזון האינטרסים הדרוש כך: "שאלת המפתח בעתירה שלפנינו היא האיזון שבין חופש התנועה לבין השיקול הדתי ומכלול השיקולים הרלוונטיים האחרים. על שר התחבורה לאזן בין השיקול (הרלוונטי) של התחשבות ברגשות דתיים ובאורח החיים הדתי של תושבים הגרים סביב רחוב בר-אילן, לבין הזכויות והאינטרסים של כל אחד מבני הציבור לנוע בכל ימות השבוע ברחוב בר-אילן, ובאינטרס הציבורי כי הרחוב יהא פתוח כל ימות השנה לתנועה. עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט אגרנט, בפרשת הליגה [1] בציינו, בעמ' 2668: '.המטרה, שעמדה לפני המחוקק. היתה להעניק לידי רשות התמרור המרכזית סמכות להסדיר את התנועה ברחובות. בהתחשב הן באינטרסים של בעלי המכוניות והולכי הרגל להשתמש ברחובות לצרכיהם השונים והן בהתחשב בצרכים הלגיטימיים של חלקים אחרים של בני-הציבור, לרבות האינטרסים של הדיירים בבתים הגובלים עם הרחובות או של אלה המשתמשים בהם למטרות שונות. כפי שטען פרקליט המדינה,

הבעיה, שעל רשות התמרור המרכזית לפתור בכל מקרה קונקרטי מסוג זה, היא להביא, במידת האפשר, לידי איזון האינטרסים הללו. .מחובתה של רשות התמרור המרכזית לדון בכל מקרה קונקרטי לאור נסיבותיו המיוחדות ובהתחשב בכל האינטרסים אשר סגירת הרחוב עשויה להשפיע עליהם, בין לטובה ובין לרעה. הבעיה היא, בסופו של דבר, בעיה של מידה ודרגה'. וברוח דומה הדגיש מ"מ הנשיא, השופט לנדוי, את הצורך באיזון בין האינטרסים הנוגדים, בפרשת ברוך [2], בעמ' 165: '.יש להביא לאיזון אינטרסים נוגדים, וזה ענין של מידה ודרגה. אין זה אלא גילוי אחד מני רבים לאין ספור של הבעיה הכללית, שבה אנו מתלבטים תדיר, כיצד יחיו שני 'מחנות' החפשי והחרדי בצוותא בשלום, תוך כיבוד הדדי של צרכיו ורגשותיו של כל אחד מהם בתחומו, בלי 'סכסוכי גבול' ומבלי שהאחד ישאף ל'כיבושים' על חשבון חברו'. הנה-כי-כן, גם הפרשה שבפנינו מציבה את בעיית האיזון בין האינטרסים והערכים המתנגשים. אין לומר כלל ואיש לא טען זאת בפנינו כי האינטרס של בני הציבור במניעת תנועה בשבת ברחוב בר-אילן הוא אינטרס 'קיומי' שאינו 'בר-איזון'. בדומה, אין לקבל את ההשקפה כי האינטרס של בני הציבור בתנועה חופשית ברחוב בר-אילן בשבת הוא אינטרס 'קיומי' שאינו 'בר-איזון'. עניין לנו באינטרסים מתנגשים, אשר יש לאזן ביניהם. שאלת המפתח הינה מהו איזון זה?" אכיפת חוק עזר שנחקק בשנת 1976, ותוקן בפעם האחרונה בשנת 1981, אשר יכול ואיננו מתאים למציאות החיים בשנת 2016 מעוררת קושי, על פני הדברים, אין בו את האיזון הנדרש בין הצרכים של האוכלוסיות השונות המתגוררות בעיר. המבקשת בדבריה בפני מסרה כי החלו דיונים בעניין תיקונו של חוק העזר באופן שיתאים למציאות העכשווית בעיר, אך נמסר כי מהלך זה איננו מקודם "ממעמים קואליציוניים". אני מותיר לעת הזו בצריך עיון האם ראוי שהמבקשת תאכוף את חוק העזר במתכונתו הנוכחית כשאין בו תבחינים ברורים לאכיפה ואין בו לכאורה מענה לצרכים של אוכלוסיות השונות. אפנה בעניין זה לפסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב בת"א 2405-03-14 עיריית תל אביב יפו נ' טיב טעם רשתות בע"מ אשר הגיע למסקנה כי מקום בו הרשות המקומית סבורה שיש מקום לתקן את חוק העזר, אזי אין מקום לאכיפה על בסיס חוק העזר במתכונתו הנוכחית.

סוף דבר הבקשה להוצאת צווי הפסקה למשיבים נדחית. המבקשת תישא בהוצאות ובשכר טרחת עורך דין בסכום כולל של 20,000 ₪, לכל אחד מן המשיבים (יובהר, כי הסכום הנ"ל ישולם בגין כל בקשה שהוגשה, כך שהסכום הכולל בו תישא המבקשת יעמוד על 100,000 ₪). סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית מהיום ועד לתשלומו בפועל. זכות ערעור בחוק. ניתן היום, ז' אייר תשע"ו, 15 מאי 2016, בהעדר הצדדים. 129371

עותק לעיון בלבד, ללא תוספות עריכה. הנוסח המחייב הוא הנוסח שבתיק בית המשפט. פרטים מזהים הושמטו במקור ככל שהושמטו בפרסום.