

**פוסטרים ועוגות חתונה:****מתי סירוב לספק שירות לקבוצות חשודות איננו בגדר הפליה אסורה**

מאת

**רון אברהם\* ודני סטטמן\*\***

האם מותר לספק לסרב לשרת לקוחות שירות מטעמי דת ומצפון? במדינות ליברליות רק מעטים יאחזו באחת מעמדות הקצה; שמותר לו לסרב כל אימת שיש לו איזו התנגדות לתפיסת עולמם, אורח חיים, או זהותם של הלקוחות, או שחובה עליו לספק ללקוחות כל שירות שיבקשו בלא כל התחשבות בתוכן השירות המבוקש. במאמר זה אנו מבקשים לקחת חלק בדיון המתקיים בארץ ובעולם באשר למתווה המשפטי הראוי לטיפול בסוגיות מעין אלו.

אנו מציעים להעביר את נטל הראיה לכתפי הספק להוכיח שהלקוח סורב מטעמים הקשורים נקודתית באופי השירות המבוקש ולא מכך שהלקוח הינו, למשל, מזרחי, אתיופי או טרנסגינדר. לא קל להרים נטל זה, אבל יש נסיבות שבהן הדבר אפשרי. הספק יצטרך לשכנע כי היה מסרב להעניק את השירות או המוצר לכל מי שהיה מבקש זאת ממנו, וכן שהוא לא היה מסרב להעניק ללקוח שירותים אחרים. המאמר מציע שכאשר סירובו של הספק לשרת לקוחות אינו נובע מחמת מאפיינים "בעייתיים" כגון דת גזע או נטייה מינית, אלא מהקושי המצפוני שלו להיות מעורב בפעולה שהוא תופס כאסורה, אין מדובר כלל בהפליה.

על בסיס הצעה זו, המאמר מנסח תיקון לחוק איסור הפליה שיקבע מתי מותר לספק לסרב להיות מעורבים בפרויקטים שמנוגדים למצפונם, ומצביע על היתרונות של הצעה זו בהשוואה להצעת חקיקה אחרת שמונחת על שולחן הכנסת.

**מבוא. א. הרעיון הבסיסי. ב. פרשנות שונה לחוק איסור הפליה. 1. "הפליה מחמת". 2. "שעיסוקו בהספקת מוצר". ג. משפט משווה. ד. השיקולים הרלבנטיים לכך שמדובר בסירוב להשתתף בפרויקט ולא בהפליה. 1. פגיעה חזיתית במצפון. 2. "עוביי" המעורבות בפרויקט שהספק מתנגד לו. 3. הפגיעות של הקבוצה החברתית הרלבנטית להפליה וקיפוח. 4. תוכן המצפון של הספק ותוכן הפרוייקט המבוקש. 5. מידת הפגיעה בלקוח. ה. מקרים אחרים של פטור מאיסור הפליה. ו. תיקוני חקיקה. ז. תביעות "הפוכות" לצבע הקשת. ח. סיכום ומסקנות.**

**מבוא**

שאלת היחס בין איסור הפליה לבין חופש הדת והמצפון זכתה לדיונים רבים בעשור האחרון בישראל ובעולם<sup>1</sup> ומעסיקה רבות הן את בתי המשפט והן את הציבור הרחב. המקרה המשפטי הידוע

\* פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

\*\* פרופ' מן המניין, ראש החוג לפילוסופיה באוניברסיטת חיפה. אנו מודים ליצחק בומבך על עזרתו הנהדרת במחקר. על הערות מאירות-עיניים אנחנו מודים לאיציק בנבגי, חיים גזן, איל גרוס, חנוך דגן, איתי ליפשיץ, מני מאוטנר, ברק מדינה, ראם שגב, שלומי סגל, מיטל פינטו, אוריאל פרוקציה, אנדי קופלמן, קספר ליפרט-רסמוסן, וילי פורבת', ג'ואי פישקין ויופי תירוש, וכן למשתתפי הסדנא למשפט עברי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, משתתפי פורום "חדר מורים" בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב כמו גם למשתתפי הסמינר המחלקתי באוניברסיטת תל אביב, וכן למרכז ספרא. תודה מקרב לב גם לעורכי 'משפטים' תאיר אטיאס והדס פירר-אש, על עזרתם הרבה.

<sup>1</sup> ראו למשל ANDREW KOPPELMAN, ANTIDISCRIMINATION LAW AND SOCIAL EQUALITY (1996); אלון הראל "חירות, הומוסקסואליות וזכויות של מיעוטים מיניים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 233 (2016); משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" משפט וממשל 147 (2016) (להלן: כהן-אליה, "על היסוד הנפשי"); משה כהן-אליה "פוליטיקת

ביותר בהקשר זה הוא כנראה *Masterpiece Cakeshop*<sup>2</sup>, שבו בעל מאפיה בקולורדו סירב מטעמי דת ומצפון לאפות עוגת חתונה עבור זוג הומוסקסואלים, ונתבע על הפרת החוק נגד הפליה במדינה זו. בסופו של תהליך משפטי ארוך, בית המשפט העליון של ארה"ב פסק לטובת בעל המאפיה (אם כי מנימוקים מעט טכניים – משום שהטריבונל קמא הפגין עמדה שלילית ולא ניטראלית כלפי חופש הדת של בעל המאפיה). מנגד, בישראל הגיע לאחרונה מקרה דומה – *צבע הקשת* – להכרעת בתי המשפט בארץ ושם דווקא פסקו בתי המשפט נגד הספק<sup>3</sup>. בפרשה *צבע הקשת* סירב בית דפוס מטעמים דתיים להדפיס חומר עבור האחווה הגאה באוניברסיטת בן גוריון, ועל כך הוגשה נגדו תביעה על בסיס חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: 'חוק איסור הפליה', או 'החוק'). בית המשפט השלום בבאר שבע קיבל את התביעה בשנת 2017, והערעור על כך מטעם בית הדפוס נדחה בבית המשפט המחוזי בבאר שבע בשנת 2020<sup>4</sup>. לאחרונה נערך דיון בבית המשפט העליון בבקשת רשות ערעור על פסק דין זה ולאחריו נמחקה הבקשה<sup>5</sup>.

האם מותר לספק לסרב שירות ללקוחות הנמנים על קבוצות חשודות מטעמי דת ומצפון? במדינה ליבראלית רק מעטים יאחזו באחת מעמדות הקצה; שמותר לספק לסרב לשרת לקוחות כל אימת שיש לו איזו התנגדות לתפיסת עולמם, אורח חיים, או זהותם, או שחובה עליו לספק ללקוחות כל שירות שיבקשו (בתחום העיסוק שלו) בלא כל התחשבות במצפונו ובתוכן השירות המבוקש. במאמר זה אנו מבקשים לקחת חלק בדיון המתקיים בארץ ובעולם באשר למתווה המשפטית הראוי לטיפול בסוגיות מעין אלו.

על כן, אף שאנו מסכימים לשורה התחתונה של פסק הדין של בית המשפט המחוזי, אנחנו מציעים מסגרת תיאורטית אחרת להצדקתו מזו שהוצעה על-ידי בית המשפט. לפי בית המשפט המחוזי, אף שהדפסת חומר עבור הקהילה הלהט"בית נגדָה במקרה האמור את אמונתם הדתית של בעלי בית הדפוס, ואף שאמונה דתית ראויה בדרך כלל לכבוד ולהגנה, מצוות החוק קודמת:

**קו התיחום, שהכל כפופים אליו, הוא גבולותיו של החוק, ההגדרות והנסיבות הקבועות בו. אותו "קו תיחום", אשר המחוקק בחר להתוותו, עובר בהבחנה בין המרחב ה"פרטי נטו", לבין המרחב המייצר ממשק "פרטי-ציבורי". מותר לפלוני לסרב להכניס אל ביתו אדם, אשר דתו אינה לרוחו של אותו פלוני, אולם, אסור לו לסרב להכניס את בן הדת האחרת לחנות שפלוגי מנהל, כל עוד מוצעים**

הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 497 (2016).

<sup>2</sup> Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. (2018) (להלן: פרשת מאסטרפיס קייקשופ).

<sup>3</sup> אין זה המקרה הראשון מסוג זה שהגיע להכרעה משפטית בארץ. קדמו לו פסק הדין בפרשת יד השמונה שבו סירב אולם אירועים לארח מסיבת נישואים של זוג לסביות, ומקור ראשון, שבו סירב עיתון לפרסם מודעה של ארגון זכויות אדם להט"בי ראו ע"א (מחוזי י-ם) 5116-11-12 בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקובוביץ' (נבו, 17.6.2014) (להלן: פרשת יד השמונה), וכך תא"מ (שלום ת"א) 44551-11-10 האגודה לשמירת הפרט נ' מקור ראשון המאוחד בע"מ (נבו 28.12.2011).

<sup>4</sup> ת"א (שלום ב"ש) 56315-02-17 אגודה לשמירת זכויות הפרט נ' צבע הקשת - מעבדה ללוחות אופסט ושקפים בע"מ (נבו 20.4.2020); ע"א (מחוזי ב"ש) 52336-06-20 יוסי כהן נ' אגודה לשמירת זכויות הפרט (נבו 19.8.2020) (להלן: פסק הדין במחוזי). (יכוננו להלן: פרשת צבע הקשת).

<sup>5</sup> רע"א 7246/20 יוסי כהן נ' האגודה לשמירת זכויות הפרט (נבו 23.11.2020). ההחלטה למחיקת בקשת הערעור ניתנה ב-24.5.21.

בחנות מוצרים, או שירותים, לציבור הרחב. הדבר נכון, גם אם חנותו של פלוני מצויה בבעלותו הפרטית ואף בחצרו.<sup>6</sup>

לפי הבנה זו, הואיל ובפרשת **צבע הקשת** החובה המשפטית הייתה חד-משמעית – הספקת שירות לכל מבקש/ת בלא תלות בתוכן השירות – לא היה לבית המשפט מנוס אלא לחייב את בית הדפוס לעשות כמצוות החוק שהרי מדובר לגישתו בהפליה אסורה. ברם לעניות דעתנו הטיעון כי מדובר בהפליה אסורה מהיר מדי ומניח את המבוקש בשאלה עקרונית ומקדמית שעומדת על הפרק, והיא, האם מקרים כגון **צבע הקשת** נופלים בגדר הפליה. מטרת מאמרנו להראות שלא כל מקרה שבו ספקים מסרבים להעניק שירות או מוצר ללקוחות שניתן לזהותם באמצעות המאפיינים הנזכרים בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה (כגון דת, נטייה מינית או השקפה) מהווה הפליה אסורה. הבריה התיכון בטענתנו הוא הרעיון שלעיתים ניתן להפריד בין הלקוח ובין השירות שאותו הוא מעוניין לקבל מספק השירות. לגישתנו, יתכנו מקרים שבהם ניתן להפריד בין סירוב לספק שירות לאדם מחמת גזעו, מינו, נטייתו המינית וכדומה, בלא קשר בתוכן השירות המבוקש, דבר האסור על פי החוק, לבין סירוב לספק שירות מסוים מבלי שלספק אכפת מזהות הלקוח, דבר שלדעתנו איננו אסור. על כן, לדעתנו לא ניתן לשלול על הסף טענות של נתבעים, כמו בעלי בית הדפוס צבע הקשת, אשר טוענים שהתנהגותם אינה בגדר הפליה אסורה שכן סירובם לספק את השירות קשור בתוכן השירות המבוקש ולא בזהות המבקש. עם זאת, בנסיבות הקונקרטיות של פרשת **צבע הקשת**, מכיוון שלפי המסכת העובדתית שנפרשה בפני בית המשפט בעל בית הדפוס לא התעניין בתוכן השירות המבוקש אלא סירב לספק את השירות אך ורק בהסתמך על מאפייניו של הלקוח, הרי שגם לשיטתנו מדובר בהפליה אסורה.

הפרשנות שנציע לחוק מתיישבת עם עמדה ידועה בדיון הפילוסופי על הפליה, שלפיה הבסיס לפסלות המוסרית של הפליה אסורה נעוץ בחוסר הכבוד המבוטא בה כלפי המופלה.<sup>7</sup> כאשר מתייחסים למישהו בצורה שלילית בשל היותו ערבי, הומוסקסואל או מזרחי מבטאים בכך היעדר הכרה בכבוד השווה שהוא ראוי לו **כאדם**. לפי עמדה זו, בפעולה מפלה במונחה הפרדיגמטי, מה שמניע את המפלה בפעולתו כלפי המופלה הוא יחס שלילי מעין זה. מכאן, שכאשר ברור שהוא לא פועל מתוך חוסר כבוד כזה, אין מקום לדבר על הפליה. אנו מודעים לכך שהמשפט משתמש גם במושג של הפליה תוצאתית, או הפליה עקיפה, כדי לציין הפליה שאינה כוללת התייחסות למצב התודעתי (המודע או הפחות מודע) של המפלה, אולם, כפי שנראה בהמשך, לא זה המושג שעומד בבסיס החוק הנדון. את השאלה הפילוסופית האם הפליה עקיפה, לא מכוונת, היא בכלל סוג של **הפליה**, נוכל להותיר להזדמנות אחרת.<sup>8</sup>

בפרק ב נציג את הרעיון הבסיסי שלנו לפיו יתכנו מקרים בהם ניתן להפריד בין סירוב לספק שירות ללקוח בגלל מאפיינים "בעייתיים" כמו גזע או לאום לבין סירוב לספק שירות מסוים בגלל תוכנו,

<sup>6</sup> פסק הדין במחוזי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 9 (ההדגשות נוספו).

<sup>7</sup> Richard Wasserstrom, "Preferential Treatment, Color-Blindness, and the Evils of Racism," in Steven Cahn (ed.), *The Affirmative Action Debate*, New York: Routledge, 1995, pp. 153-168; Patrick Shin, "The Substantive Principle of Equal Treatment," *Legal Theory* 15 (2009): 149-172; Benjamin Eidelson, *Discrimination and Disrespect*, Oxford: Oxford University Press, 2015; Deborah Hellman, *When Is Discrimination Wrong?* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008).

<sup>8</sup> לדיעה שלפיה המושג הפליה חל רק לגבי מדיניות מכוונת של הדרה או העדפה, ראו IRIS YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 196 (1990); MATT CAVANAGH, AGAINST EQUALITY OF OPPORTUNITY 199 (2002); BENJAMIN EIDELSON, DISCRIMINATION AND DISRESPECT 19 (2015), ("'indirect' discrimination is not usefully thought of as a distinct form of discrimination at all, except as a piece of legal jargon").

בלא תלות בזהותו של המבקש. בפרק ג נדון בשתי דרכים לפרש את חוק איסור הפליה באופן שמבטא הפרדה זו. בפרק ד נראה כי גם בארצות שמעבר לים התמודדו עם פרשות כמו **צבע הקשת**, ונבחן את הפתרונות אליהם הגיעו בתי המשפט שם. בפרק ה נפרט את השיקולים שיש להביא בחשבון, בעת בחינה של טענת הספק, לפיה הסירוב שלו לשרת את הלקוח נובע מתוכן הבקשה ולא מזהות המבקש. בפרק ו נזכיר שהאיסור להפלות בהספקת מוצרים ושירותים מוגבל כבר היום, ועל כן הצעתנו לפרשו באופן שלא יחול על סוג נוסף של מקרים (סירוב לשרת בגלל תוכן השירות) אינה כה יוצאת דופן. בפרק ז נדון באופן ביקורתי בתיקון חקיקה שהוצע בעקבות פסק דין **צבע הקשת**, ונציע במקומו תיקון אחר. בפרק ח נדון בתביעות "הפוכות" לצבע הקשת שמחכות להכרעת בתי המשפט. בפרק ט נסכם.

### א. הרעיון הבסיסי

כדי להציג את הרעיון המרכזי של המאמר, הבה נתבונן במקרה הדמיוני של גוני ומשי:

גוני ומשי הן פעילות פמיניסטיות ותיקות, בעיקר בתחום של זכות הנשים על גופן. הן מסייעות לנשים שרוצות לבצע הפלה, ומארגנות הפגנות ופעילויות פוליטיות וחברתיות שונות כדי לקדם חקיקה שמתירה הפלות. לפרנסתן, הן מנהלות בית דפוס. הן גם מציעות ללקוחות שירות של תליית מודעות מודפסות ברחבי העיר, וחלוקת פליירים בתיבות הדואר. בוקר אחד מגיעות לחנות שתי פעילות חרדיות מתנועת 'אפרת' (שפועלת נגד הפלות), המבקשות להדפיס עבורן מודעות גדולות עם המשפט 'הפלה היא רצח' ולתלות את המודעות על לוחות המודעות ברחבי תל אביב (אנחנו מניחים שהדפסת ותליית מודעות כאלה אינן הפרה של החוק). גוני ומשי מסרבות לבצע את ההזמנה.

מה שהניע את הפרויקט שלנו היא האינטואיציה שמבחינה מושגית הסירוב של גוני ומשי לבצע את העבודה המבוקשת איננו בגדר הפליה (ליתר דיוק אינו הפליה פסולה, wrongful discrimination). מעתה, כל פעם שנזכיר הפליה סתם הכוונה תהיה להפליה אסורה). כל עוד גוני ומשי מוכנות לספק כל שירות אחר למתנגדי הפלות, דהיינו שירות שאינו קשור בהפצת התנגדות זו, ואילו את השירות הספציפי של הדפסת המודעות 'הפלה היא רצח' והפצתן ברחבי העיר אין הן מוכנות לספק **לאף** לקוח, הרי שאין מדובר בהפליה. שני התנאים הללו מבחינים בין המקרה הנ"ל לבין מקרים של הפליה, שבהם, בגלל העוינות או העמדה השלילית של המפלה כלפי המופלים הוא נוטה להתייחס אליהם באופן שלילי או פחות אוהד במישורים מגוונים (קבלה לעבודה, כניסה למועדון, רמת שכר ועוד), בעוד אחרים זוכים ליחס ניטראלי והוגן בכל המישורים הללו. כל עוד הסירוב של גוני ומשי לשרת את נציגות 'אפרת' אינו מבוסס על עמדה שלילית שכזאת, שהרי כאמור הן מוכנות לשרת אותן ולהתייחס אליהן מכל היבט אחר כמו לשאר הלקוחות, הרי שמה שגמיע אותן הוא הרצון להימנע מ"לכלך את הידיים" בפעילות שהן מתנגדות לה עמוקות. כל עוד סירובן של גוני ומשי אינו מהווה דחייה של נציגות אפרת כלקוחות אלא דחייה של **הפרויקט** שלהן, אין לדעתנו לראות בסירובן הפליה אסורה.

שמה יטען הטוען שלהבחנה שהצענו אין חשיבות, שהלוא בסופו של דבר ההתנגדות של נציגות 'אפרת' להפלות נובעת מאמונתן הדתית, ואם גוני ומשי מסרבות להעניק להן שירות, המשמעות היא שנציגות 'אפרת' מופלות לרעה **בגלל** דתיותן בהשוואה ללקוחות אחרים. אלא שלדעתנו מה

שמטריד מבחינה מוסרית בהפליה הוא חוסר ההכרה המבוטא בה בכבוד השווה שהמופלים זכאים לו בתור בני אדם. בעיני המפלה, יהודים או הומואים למשל ראויים ליחס פחות טוב מכל אדם אחר בגלל שהם יהודים או הומואים, גם בהקשרים שאין להם כל קשר לדת או לנטייה המינית שלהם. אי-ההכרה באנושיות המלאה והשווה של המופלים היא שמסבירה מדוע הפליה נתפסת כמשפילה כל-כך גם כאשר הנזק הממשי אינו גדול. לכן בבואנו לקבוע אם פעולה או מדיניות מסוימת היא בגדר הפליה, יש חשיבות קריטית לבחון אם הן מבטאות את אי-ההכרה הנ"ל. כל עוד לא ניתן לייחס לגוני ומשי אי-הכרה כזאת, טעות היא להמשיג את הסירוב שלהן כהפליה גם אם התוצאה בשטח היא שמסורבות השירות כמעט תמיד דתיות וגם אם יש קשר ברור בין הדתיות שלהן לבין פעילותן נגד הפלות.

כדאי להדגיש שחוסר ההכרה הנזכר בכבוד השווה שבני אדם זכאים לו אינו תנאי מספיק להפליה; הוא צריך גם להתבטא במעשים מסוימים נגד המופלים. כפי שטען לאחרונה דני סטטמן:

המושג הפליה מיועד ללכוד קטגוריה ספציפית ומטרידה במיוחד של מעשים שנובעים מחוסר כבוד לאדם, דהיינו, מקרים שבהם חוסר הכבוד שפלוגי רוח כלפי אלמוני מניע אותו להרע את מצבו של האחרון בהשוואה לאחרים (הדומים לו מבחינה רלוונטית) או למנוע ממנו הטבות הניתנות לאחרים (הדומים לו מבחינה רלוונטית)?

יוצא, העובדה הקובעת לגבי השאלה אם גוני ומשי נהגו בהפליה כלפי נציגות 'אפרת' איננה עצם קיומה של עמדה נפשית בלתי מכבדת כלפי האחרונות, אלא שעמדה כזאת עמדה – בצורה מודעת יותר או מודעת פחות – ביסוד הסירוב שלהן לספק את השירות המבוקש. לכן כל עוד גוני ומשי היו מוכנות לספק לנציגות הנ"ל כל שירות אחר, ואילו לבקשה להדפיס ולהפיץ את המודעות נגד הפלות הן היו מסרבות גם לגברים חילוניים למשל, הרי שהסירוב לא ביטא חוסר כבוד כלפי נציגות אפרת וכלל לא היווה הפליה אסורה.

סיכומו של דבר, ייתכנו מקרים (כמו זה של גוני ומשי) שנראים כמו הפליה כי הם כרוכים בסירוב לשרת פלוגי בגלל מאפיינים שקשורים להשקפה שלו או לתפיסה הפוליטית שלו – ושכל זאת אינם הפליה כי מה שעומד ביסודם הוא רק הרצון לא ללכלך את הידיים בפעולה שנתפסת פסולה.

כל זה בתאוריה. בפרקטיקה הבעיה היא שלא קל להוכיח שהמסרב הונע רק (או בעיקר) ע"י התנגדותו לתוכן השירות שהוא מתבקש לספק, ולא (גם) ע"י עוינות כלפי המסורבת בתור מי שמקדמת את הפרויקט הפסול הזה (לשיטת ספק השירות). אם גוני ומשי כל כך מתנגדות להגבלות על הזכות להפלות, אין זה בלתי-סביר להניח שיש בהן כעס ואף עוינות כלפי נציגות אפרת שמנסות לקדם מה שגוני ומשי רואות כתפיסה דכאנית ואנטי-ליברלית. יש אפוא בסיס לחשד שמה שמוצג כהתנגדות שלהן לתוכן השירות (=הדפסה והפצה של מודעות עם הכיתוב 'הפלה היא רצח') הוא הפליה פשוטה נגד נציגות אפרת בגלל דתן ו/או השקפתן.

על כך יש להוסיף שפגיעתם של מעשים מפלים רעה וכואבת, הן לאדם הפרטי מושא ההפליה, הן לקבוצה החברתית שאליה הוא שייך והן לחברה כולה, ולכן מחיר הטעות כאן הוא גבוה. לפטור את

<sup>9</sup> דני סטטמן "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם אינה יכולה להפלותו – בזכות פרשנות מצמצמת של המושג הפליה" עיוני משפט מב 239, 261 (2019).

גוני ומשי מאיסור הפליה (ליתר דיוק: לראות את הסירוב שלהם כלא-מפלה) הוא לקחת סיכון מוסרי רציני. על כן, ניתן היה לסבור כי למרות שמבחינה מושגית יש מקום להפריד בין סרבנות לשרת לקוח וסרבנות לבצע פרויקט הרי שמבחינה פרקטית עדיף לאמץ מדיניות שדוחה את ההבחנה דלעיל (להלן: מדיניות פרקטית) ואשר קובעת שהלכה למעשה כל אימת שמישהו מסורב שירות בגלל מאפיינים שקשורים לדת, לנטייה המינית או להשקפה שלו, הוא קורבן להפליה.

התגובה שלנו לבעיה זו היא שהמדיניות הפרקטית הזו אינה מייחסת די משקל לחשיבות של כיבוד המצפון. נכון שיש מחיר לטענות של פטור בלתי מוצדק לסרב לקוחות, אבל יש מחיר גם לטענות של איסור על סירוב כשהסירוב מוצדק (=כאשר מה שמניע את המסרב הוא ההתנגדות לפרויקט), והוא הפגיעה במצפון של הספק. לכן אנחנו מציעים לדחות את המדיניות הפרקטית הנ"ל ולפרש את החוק באופן כזה שלא יחול על מקרים שבהם הסירוב נראה **בסבירות גבוהה** כנובע מהתנגדות לפרויקט ולא לאדם.

למרות האמור, יש להיות זהירים ביישום המעשי של דברים אלו ובקביעה שפלוגי לא הפלה בנסיבות שבהן יש בסיס לחשד שהוא כן עשה זאת. בפרק הנפרט את השיקולים שיש להביא בחשבון בהקשר זה.

חשוב לחדד את ההבדל בין תפקיד המצפון כאן לבין תפקידו הסטנדרטי במשפט, שהוא ביסוס פטור מחוקים כלליים (או מהוראות שמבוססות על חוקים אלה), כמו למשל במקרה של פציפיסטים שמקבלים פטור משירות צבאי, או של רופאים המקבלים "פטור" מביצוע הפלות המנוגדות למצפונם. במקרים אחרונים אלה, ההתחשבות במצפון היא הטעם הענייני לכך שבעל המצפון (הפציפיסט או הרופא) מקבלים פטור מפעולה מסוימת שאחרת היו נדרשים לבצע. במשטרים ליברליים, ההימנעות מפגיעה במצפון נתפסת במקרים מסוימים כחשובה יותר מאשר מניעת אי-הצדק או הנזק שייגרמו מכך שפלוגי ייפטר מחובה המוטלת על חבריו, למשל שהוא ייפטר משירות צבאי בשעה שכל חבריו יתגייסו. לעומת זאת, בהקשר הנוכחי, כיבוד המצפון הוא שיקול לדחיית המדיניות הפרקטית הנזכרת שלפיה כל מקרה של סירוב לשרת שקשור לדתו, השקפתו וכו' של המסורב הוא בגדר הפליה. לשון אחר, כיבוד המצפון הוא שיקול לטובת פרשנות מסוימת של איסור הפליה, שלפיה כאשר קיימות ראיות משכנעות שסירובו של הספק לשרת לקוח נובע מהתנגדות לתוכן השירות, אין להמשיג זאת כלל כהפליה.

חשוב להבהיר שתי נקודות. ראשית, לפי הצעתנו כשמתירים לגוני ומשי לא לספק את השירות המבוקש זה לא מפני שהן מפלות אך בגלל הכבוד למצפונן נראה את ההפליה כלגיטימית, **אלא שאין כאן הפליה כלל ועיקר**. והסיבה לכך שאין כאן הפליה היא שלפי הסיפור שסיפרנו גוני ומשי **מכבדות באופן מלא** את נציגות אפרת למרות המחלוקת החריפה בעניין המוסריות של הפלות. שנית, השיקולים שנפרוש בהמשך אינם על כן שיקולים שבאים לאזן את ההפליה האסורה של גוני ומשי באופן כזה שנכריע (במבחן מידתיות או סבירות כלשהו) שזו הפליה לגיטימית, אלא מדובר בשיקולים הקשורים בנטל הראיה הנדרש כדי לשכנע את בית המשפט כי מדובר בסירוב לפרויקט ולא בדחייה גורפת של הלקוח.

העובדה שבעינינו הסירוב של גוני ומשי איננו הפליה אסורה אינה אומרת שמבחינת המשפט המצוי הסירוב שלהן היה מותר. יתכן וצדק בית המשפט כשקבע בפרשת **צבע הקשת** שחוק איסור הפליה

אוסר על סירוב לספק שירות לחברי הקבוצות הנזכרות בסעיף 3(א), בלא קשר לסיבת הסירוב. בסעיף הבא נבחן אם אומנם זה המצב.

### ב. פרשנות שונה לחוק איסור הפליה

אם יותר לגוני ומשי לסרב לשרת את הנציגות החרדיות של ארגון 'אפרת', התוצאה בפועל תהיה שנציגות חרדיות אלה תקבלנה שירות גרוע יותר מאחרות בגלל דתן ו/או השקפתן בעוד שלקוחות אחרים, שאינם מתנגדי הפלות, יקבלו שירות הולם. האם למרות תוצאה זו ניתן לפרש את החוק באופן שלא יחול על המקרה הנדון? לדעתנו התשובה חיובית. ברצוננו להציע שני אדנים אפשריים לבסס תשובה זו שכפי שנראה מבוססים בסופו של דבר על אותו היגיון.

#### 1. "הפליה מחמת"

סעיף 3(א) מגדיר את עוולת ההפליה כך:

מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם.

המושג 'מחמת' ומושגים קרובים כמו 'בגלל' או 'בפְּשֵׁל' ומקבילותיהם בשפות אחרות, סובלים מעמימות ידועה בין שני מובנים: מובן אחד מציינ מה שנוכל לכנות קשר ישיר, ואילו מובן אחר מתייחס למוטיבציה של הפועל. כדי להסביר מה הכוונה ב'קשר ישיר', חשבו על השימוש של המושג 'מחמת' בחוק שירותי הסעד התשי"ח-1958, הקובע בסעיף 1 ש"נזקק הוא אדם הזקוק לסעד מחמת גילו, מצב בריאותו, ליקויו הרוחני או הגופני, עוני או מסיבות אחרות". אם מצב בריאותו של אדם הוא לקוי באופן שמגביל אותו, הדבר יכול לגרור באופן ישיר את איפיונו כ'נזקק', בלא תלות בשאלה אם הוא נתפס כך בתודעתו של פלוני או של אלמוני. לעומת זאת, כאשר אומרים על ראובן שהוא סירב לשרת את לאה מחמת היותה אישה, האמירה מניחה משהו לגבי עולמו הנפשי או התודעתי של ראובן, רוצה לומר: שלפחות אחד הגורמים שהניעו אותו לסרב לשרת את לאה היה הזיהוי שלה בתודעתו כאישה.

אף ששתי הקריאות הללו של המושג 'מחמת' אפשריות, נראה לנו פשוט שהקריאה השנייה מגשימה טוב יותר את תכליתו של חוק איסור הפליה, רוצה לומר: מניעת מקרים שבהם ספקים מסרבים לשרת לקוחות, או שהם מספקים להם שירות גרוע מכפי שהיו מספקים להם לולא זיהו אותם כבעלי המאפיינים ה"בעייתיים" המנויים בסעיף 3(א). להפלות מישהו "מחמת" היותו ערבי זה, למשל, לסרב לאפשר לו להיכנס לבריכת השחייה המקומית בגלל שהוא זוהר כערבי, כלומר: שאחד הגורמים – בדרך כלל גורם מרכזי – שהניעו את בעלי הבריכה לא להכניס את הערבי היה זיהויו ככזה.

קריאה זו של חוק איסור הפליה תואמת את הקריאה שהוצעה לחוק בעל ניסוח מאוד דומה, הלוא הוא חוק שוויון הזדמנויות בעבודה התשמ"ח-1988, שבו נאמר כך:

2א. לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה **מחמת** מינם, נטיית המינית, מעמדם האישי, הריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, מקום מגוריהם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים כהגדרתו בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, לרבות מחמת תדירותו או משכו, כמשמעותו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, הצפוי להם, בכל אחד מאלה [...] (הדגשות נוספו).

לדעת שרון רבין-מרגליות, מעסיק מפר חוק זה, למשל כלפי נשים, כאשר הוא מסתמך על קריטריון המין בקביעת תנאי העבודה, כלומר כאשר "שיקול זר (מין העובד) **השתרבב לתהליך קבלת ההחלטות של המעביד** ויצר פערי שכר בין שני עובדים"<sup>10</sup>. לדעתה, "מודל השוויון הקבוע בסעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מתבסס על הוכחה ששיקול אסור, למשל מין העובד, היה **אחד הגורמים** שהובילו את המעביד לקבל החלטה בעניינו של התובע"<sup>11</sup>. אנו סבורים כי ניתוחה של רבין-מרגליות לטובת פרשנות זו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה יכול לחול גם על חוק איסור הפליה<sup>12</sup>.

הפליה אינה מחייבת פעולה **מודעת ומכוונת** נגד אדם בשל דתו, גזעו, נטייתו המינית, וכך הלאה. במקרים רבים המוטיבציה הפסולה איננה מודעת באופן מלא למפלה, וייתכן שהוא אף מכחיש אותה. כפי שמראה מבחן ה-*Implicit Association Test* המפורסם, כמעט לכל בני האדם יש סטריאוטיפים שליליים, שהם לא לגמרי מודעים להם, נגד קבוצות מסוימות.<sup>13</sup> על פי פרשנותו לחוק איסור הפליה, כאשר סטריאוטיפים שליליים אלה עומדים ביסוד סירובו של ספק לתת שירות ללקוחות מסוימים, זו הפליה אסורה, קל וחומר כאשר הוא פועל במודע ובמכוון כדי להרע את מצבו של המופלה מחמת אחת התכונות הנזכרות בסעיף 3(א).

חזרה לנקודה העיקרית: כאשר קיימות ראיות טובות לכך שהסירוב של ספק לשרת לקוחה לא נובע מחוסר כבוד כלפיה (בגלל מאפיינים כמו גזע, דת, השקפה פוליטית, נטייה מינית וכדומה) אזי התנאי של 'מחמת' הנזכר בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה לא מתקיים, ולכן הסירוב אינו צריך להיחשב הפליה.

החשיבות שאנו מייחסים ליסוד התודעתי בהפליה עשויה להיתפס בטעות כמנוגדת לפרשנות המקובלת של בתי המשפט בארץ למושג הפליה. במקרים רבים הדגיש בית המשפט שהפליה אינה מחייבת הוכחת כוונה להפלות. למשל, בפסק הדין שניתן לאחרונה בשאלה אם ניתן להדיר לא-תושבים מבריכת שחייה מקומית, קבעה השופטת ברק-ארז כי "אין מקום למקד את הדיון בשאלה של כוונה להפלות, וממילא היעדרה של כוונה בדיון שנזכר אינו מכריע את הכף. כידוע, אף בהקשר הכללי של דיני הפליה במשפט המנהלי המוקד של הדיון אינו בשאלת הכוונה להפלות"<sup>14</sup>. אבל כפי

<sup>10</sup> שרון רבין-מרגליות "ההסבר (תירוץ) השוקי לפערי שכר מגדריים" **הפרקליט** נ 501, 533 (2008) (הדגשות נוספו).

<sup>11</sup> שם, בעמ' 536 (הדגשות נוספו).

<sup>12</sup> עם זאת, לדעתנו רבין-מרגליות לא דייקה בכותבה שם, בעמ' 533, שהקשר הסיבתי שאותו צריך להוכיח הוא "בין ההשתייכות לקבוצה לבין ההחלטה הפוגעת של המעביד". הקשר איננו בין עצם העובדה שהמופלה הוא, נניח ערבי, לבין העובדה שהוא לא התקבל לעבודה, אלא בין העובדה שהוא **זוהה ככזה** בידי המעסיק לבין העובדה שהוא לא התקבל לעבודה.

<sup>13</sup> Anthony G. Greenwald, Debbie E. McGhee, & Jordan L. K. Schwartz, *Measuring individual differences in implicit cognition: The implicit association test*, 74(6) J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 1464 (1998).

<sup>14</sup> ע"א 8956/17 **מנסור נ' המועצה המקומית כוכב יאיר צור יגאל**, פס' 83 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו, 14.1.2021) (להלן גם: פרשת **מנסור**).



שהראה משה כהן-אליה, אף שלא נדרשת כוונה מפורשת ומודעת להפלות, זיהוי המופלה כאדם בעל גזע, נטייה מינית, דת וכד' חייב להיות אחד הגורמים שהניעו את המפלה בסירובו לשרת אותו.<sup>15</sup>

בהמשך לאמור לגבי הקרבה בין חוק איסור הפליה לבין חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, גם שרון רבין-מרגליות מודעת לכך שהפרשנות שלה לחוק האחרון נראית נוגדת לאמירות של בתי משפט על כך שהפליה אינה מחייבת כוונה.<sup>16</sup> אמירות אלו מעוררות את הרושם שניתן להסתפק ב"תוצאה מפלה", וכי במקרים כאלו אין בית המשפט צריך להיזקק לשאלה אם היא תולדה של יחס מפלה של המעביד. אבל לדעת רבין-מרגליות –

פרשנות זו לאמירות ש"לא נדרשת כוונה להפלות" מוטעית. היא אינה מתיישבת עם לשון החוק או עם ההקשר שבו נאמרו הדברים בפסקי הדין. לשון החוק מדברת על הפליה מחמת מין. אמירות השופטים השונים התייחסו תמיד למניע של המעביד. הן מתייחסות לטענות ההגנה של המעביד הטוען שהחלטה לא התקבלה על מנת להרע לבני הקבוצה או על סמך דעות קדומות. המעבידים בתביעות אלה ניסו לקדם את הטענות שנידשו מניע או מודעות לתוצאות המפלות, וטענון זה נדחה, בצדק, על ידי בתי המשפט. אך אין בפסקי דין אלה ויתור על הדרישה שיוכח כי המעביד השתמש בשיקול פסול, גם אם בתום לב, וגם אם מתוך כוונה טובה, כאשר קיבל החלטה בעניינו של התובע.<sup>17</sup>

לסיכום נקודה זו, ניתן לראות את האיסור להפלות המצוי בחוק איסור הפליה ובחוק שוויון הזדמנויות בעבודה כמצוי באמצע בין שני קצוות. בקצה האחד, איסור להפלות מתוך כוונה מפורשת ומודעת. בקצה השני, דרישה להימנע, בתחום מוגדר, ולגבי טובין ספציפיים, מיצירת הבדלים תוצאתיים בין בני אדם ששונים ביניהם בתכונות כמו גזע לאום או נטייה מינית. ככל הידוע לנו, אין הקשר שבו ההבנה של איסור הפליה היא מצומצמת כמו בקצה האחד שבו נדרש התובע להוכיח כי הנתבע התכוון להפלותו. ואכן, בתי המשפט שבו והדגישו כי אין במשפט הישראלי דרישה כזו.<sup>18</sup> בקצה השני קיימים מקרים נדירים, וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד תשנ"ו-1996 (להבדיל מחוק שוויון הזדמנויות בעבודה) הוא דוגמה לכך, שבו אין צורך להוכיח שום דבר על התודעה של המפלה, והתובע יכול לזכות על בסיס הבדלים תוצאתיים גרידא בינו ובין קבוצת הייחוס הרלבנטית. גישת האמצע המבוטאת בשני החוקים הנזכרים, לפיה נדרש שהמאפיינים של המסורב יזוהו בתודעת המסורב ויהוו בסיס לסירובו, היא הגישה הרווחת בדיונים על הפליה, ואותה אנחנו מניחים כאן.

## 2. "שעיסוקו בהספקת מוצר"

אפשרות אחרת להסביר מדוע המקרה של גוני ומשי איננו נכלל בקטיגוריה של הפליה אסורה לפי החוק היא לומר שהשירות או המוצר שהן מתבקשות לספק איננו השירות "שעיסוקן בהספקתו". מסעדת בשר איננה מספקת אופציות טבעוניות לכן טבעוני שנכנס למסעדה לא יכול להתלונן שמפלים אותו, כשם שדתיים שומרי כשרות לא יכולים להתלונן על הפליה אם המסעדה שהם נכנסים אליה לא מספקת מנות כשרות, על אף שמן הבחינה התוצאתית המשמעות היא שהמסעדה

<sup>15</sup> כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון", לעיל ה"ש 1, בעמ' 1.

<sup>16</sup> רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 534.

<sup>17</sup> שם, בעמ' 535.

<sup>18</sup> לסקירת הפסיקה בעניין זה, ראו כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון", לעיל ה"ש 1, בעמ' 160-177.

אינה משרתת אנשים דתיים. טענתן של המסעדות תהיה שהן פשוט לא מגישות מנות טבעוניות או כשרות – שהספקת מנות כאלה אינן חלק מ"עיסוקן" – ושלכן אין הפליה בכך שהן לא מגישות אוכל כזה ללקוח טבעוני או לשומר כשרות. במילים אחרות, העובדה שהלקוח משתייך לקבוצה מוגנת אינה מקנה לו זכות לקבל שירות שהספק כלל לא מספק. בדומה לכך, יכולות גוני ומשי לטעון שהדפסה והפצה של מודעות נגד הפלות אינן חלק מהשירות "שעיסוקן לספק", ולכן הן לא מפלות את נציגות אפרת כאשר הן מסרבות לבצע עבורן את העבודה המבוקשת.

טענתן של גוני ומשי עלולה להיתפס כפלפול ריק, שכן כדי שהמסעדות בדוגמאות הנ"ל תספקנה את השירות המבוקש (מנה טבעונית או מנה כשרה) הן צריכות לרכוש ציוד מיוחד וחומרי גלם, ולארגן אחרת את סביבת העבודה, לכן טענתן שהן לא מספקות את שמבקשים מהן נשמעת סבירה. כשם שמסעדה איטלקית אינה מספקת סושי, כך מסעדת בשר לא מגישה מנות טבעוניות. לעומת זאת, השירות שמבקשות נציגות 'אפרת' מגוני ומשי הוא סוג השירות הרגיל שהן מבצעות מדי יום ביומו: הדפסת קבצים שלקוחות שולחים אליהם, והפצת פוסטרים על לוחות המודעות. לכן טענתן ש"עיסוקן" איננו בהספקת השירות המבוקש נראית מאולצת.

אלא שקריטריון העלויות הגבוהות אין בו לבדו כדי להבחין בין מקרים בהם טענת הספק כי מדובר בשירות שהוא אינו עוסק בהספקתו צריכה להידחות ובין אלו שבהם היא צריכה להתקבל. חשוב על סופרמרקט בארה"ב שמכר במשך תקופה ארוכה (גם) בשר כשר, אבל עכשיו הגיע למסקנה שהשחיטה היהודית היא אכזרית בהשוואה לשחיטה המקובלת במדינה, ולאור זאת החליט להפסיק למכור בשר כשר. במקרה זה הספקת מוצר מסוים (בשר כשר) הייתה "עיסוקן" של בעל העסק, אבל איננה עוד. דומה שהכול יסכימו שמותר לבעל הסופרמרקט לחדול לספק את המוצר הנדון למרות שהתוצאה תהיה הרעת מצבם של שומרי הכשרות בהשוואה ללקוחות אחרים. מעתה והלאה, כאשר יגיעו לקוחות יהודים וישאלו אם אפשר לקנות בסופרמרקט בשר כשר התשובה שתינתן להם תהיה: "מצטערים, אנחנו לא מספקים את המוצר הזה". אם כך, כשם שמותר לבעל עסק להפסיק לספק שירות או מוצר מסוים, גם אם אלה משתלבים באופן טבעי בעסק הקיים (להבדיל מהמקרה של מסעדה איטלקית שמגישה סושי) כך מותר לו לא לספק אותו **לכתחילה**, וזאת למרות שכדי לספק את אותו המוצר אין מדובר בהיערכות מיוחדת שעלותה גבוהה. ומכאן ניתן אולי להסיק, שכשם שמותר לסופרמרקט לא לספק בשר כשר ואין בכך הפליה של שומרי הכשרות מחמת דתם, כך מותר לגוני ולמשי לא לספק מודעות נגד הפלות ואין בכך הפליה נגד הפונות מחמת דתן או השקפתן. וכשם שבמקרה של הסופרמרקט הטענה שהספקת בשר כשר אינה חלק מעיסוקו נשמעת סבירה (למרות העלויות הנמוכות הכרוכות בכך), כך גם במקרה של גוני ומשי.

הבעיה בטיעון זה היא שלכאורה הוא מאפשר לכל ספק שנאשם בהפרת חוק איסור הפליה להתחמק מאחריות באמצעות הטענה שהשירות או המוצר שהוא מסרב לספק לפלוגי (הערבי, האתיופי, ההומו וכך הלאה) פשוט **איננו חלק מהעיסוק שלו**. כביכול השירות שהוא מספק הוא, ננית, 'השכרת רכב ליהודים', ולא סתם 'השכרת רכב', ולכן ערבים שלא משכירים להם רכב אינם זכאים להתלונן על הפליה.

התשובה לבעיה זו היא שיהיה זה מאולץ לכלול בהגדרה של **סוג** השירות את זהותו של **מקבל** השירות. בדוגמה הנדונה, השירות הוא השכרת רכב, שאותו המשכיר לא מוכן לספק לערבים. נוסף שהמשכיר לא יוכל להימלט מהבעיה ע"י שיגדיר מפורשות באתר החברה את השירות כך ('חברתנו

עוסקת בהשכרת רכב ליהודים), כי הלוא זה בדיוק מה שחוק איסור הפליה אוסר; מניעת שירות מבני אדם רק בגלל הגזע, הדת, הלאום, וכך הלאה. באופן דומה, ובהתייחס לסוגיה שנדונה בבית המשפט העליון בארה"ב, מאפיה לא יכולה להגיד שהשירות שהיא מספקת הוא 'עוגות חתונה לזוגות סטרייטים'.<sup>19</sup> השירות שהיא מספקת הוא 'עוגות חתונה', ואת אלה היא צריכה להציע לכל מי שמבקש. לעומת זאת, אם זוג הומוסקסואל רוצה עוגת חתונה "הומואית", נניח בצורת שני גברים מתחבקים, אז המאפיה עשויה לומר בכנות שאין עיסוקה בהספקת עוגות כאלה, כמו שבית דפוס דתי או פמיניסטי יכול להגיד שאין עיסוקו בהדפסת חומר פורנוגרפי, כמו שחברת בנייה יכולה להגיד שאין עיסוקה בבנייה מחוץ לקו הירוק, וכמו שגוני ומשי יכולות לטעון שאין עיסוקן בהדפסה והפצה של מודעות נגד הפלות.

לאור כל האמור, דומה שהתנאי של "עיסוקו בהספקת המוצר" קשור באופן אינטימי לתנאי של "מחמת" שנדון לעיל, ואינו מציע נתיב נפרד להתגונן מטענת הפליה. כפי שהוזכר בסעיף הקודם, כדי להיות פטור מטענת הפליה צריכים להתקיים שני תנאים: ראשית, שהספק יהיה מוכן לספק ללקוח הספציפי כל מוצר אחר, ושנית, שהספק יסרב לספק את השירות הספציפי לכל אדם אחר (בגלל התנגדותו ליטול חלק בפרויקט הרלבנטי). במקרה של ספק שטוען שעיסוקו אינו בהספקת מוצר X הרי שהוא בהכרח לא מספק את מוצר X לאף אחד ולכן מתמלא התנאי השני. ומכיוון שהוא מוכן לספק מוצר אחר Y לאותו הלקוח הרי שגם התנאי הראשון מתקיים.

במילים אחרות, אם מטעמים עקרוניים הספק אינו מוכן לספק מוצר X לאף אחד אך מוכן לספק מוצר Y לכולם, אז (א) לא נכון שהסירוב לספק את מוצר X נובע מחמת מאפיינים כגון גזע או נטייתו המינית של הלקוח, ו-(ב) לא נכון שעיסוקו של הספק לספק שירות זה. שני האדנים מתמזגים זה עם זה.

### ג. משפט משווה

ככל שהידוע לנו, הפרשנות שהצענו בסעיף הקודם לחוק איסור הפליה בדבר ההפרדה בין הלקוח לבין השירות המבוקש לא נוסחה בידי בתי המשפט בארץ, אבל במדינות אחרות ניתן למצוא אותה. פסק הדין החשוב ביותר בהקשר זה ניתן על-ידי בית המשפט העליון בבריטניה בפרשת **אשרס** בשנת 2018.<sup>20</sup> גארט' לי (Gareth Lee), שהיה פעיל בהתנדבות למען הלהט"ב בבلفסט, פנה למאפיית *Ashers* המקומית וביקש שתאפה עבורו עוגה עם הכיתוב "Support Gay Marriage". בעלי המאפייה הם נוצרים אדוקים ושמם המאפיה שלהם נגזר מפסוק בספר בראשית ("מֵאֲשֶׁר שָׁמְנָה לחמו", מט, כ). מר לי קנה בעבר במאפייה אבל לא בלט ולא היה מוכר לצוות. הוא לא ידע על אמונותיהם והם לא ידעו על השקפותיו או על פעילותו לטובת הקהילה הלהט"בית.

בהתחלה בעלי המאפיה לא הביעו התנגדות כדי לא להביך את הלקוח, אבל במהלך סוף השבוע הם נמלכו בדעתם והחליטו להחזיר למר לי את הכסף ולבטל את ההזמנה. באותו יום הוא הזמין בהצלחה את העוגה במאפייה אחרת.

<sup>19</sup> נציין כי השופטים בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ** התחבטו בסוגיה זו בדיוק בדיונם בשאלה אם העוגה שהאופה נדרש להכין הייתה "עוגת חתונה" (שאז הוא לא יכול היה לסרב להכינה לזוגות להט"בים) או "עוגת חתונה להטב"ית", שאז ייתכן שהייתה לו זכות לסרב שהרי, מחד גיסא, הוא היה מוכן למכור לזוג הלהט"בי כל מוצר אחר, ומאידך גיסא הוא לא היה מוכן למכור עוגת חתונה להטב"ית לאף אחד. השוו בין פרשת **מאסטרפיס קייקשופ**, לעיל ה"ש 2, פסק הדין של השופט גורסאץ' בעמ' 10-9; לבין פסק דינה של השופטת גינזבורג, שם, בעמ' 5.

<sup>20</sup> Lee v Ashers Baking Company Ltd, UKSC 49 [2018] (להלן: פרשת **אשרס**)

לי תבע את המאפיה על הפליה בבית המשפט של המחוז וזכה ב-500 ליש"ט פיצויים. המאפיה פנתה לבית הדין לערעורים שבצפון אירלנד והפסידה, ואחר כך ערערה לבית המשפט העליון בבריטניה ושם זכתה. טיעון מרכזי של בית המשפט היה שניתן להפריד בין דחיית הלקוח לדחיית הפרויקט. ובשונו של בית המשפט, The less favorable treatment was afforded to the message not the man.<sup>21</sup>

בית המשפט החיל את שני התנאים דלעיל בקבעו שהמאפיה לא סירבה להכין את העוגה המיוחדת בגלל נטייתם המינית של המבקשים משום שראשית, היא הייתה מסרבת לעשות זאת בלא תלות בזהות המבקש, ושנית משום שהיה ברור שהמאפיה (שהעסיקה עובדים, ושירתה בעבר לקוחות להט"בים ללא כל הפליה<sup>22</sup>) הייתה מוכנה למכור גם למבקשים עוגה ללא הכיתוב, אליו בעלי המאפיה התנגדו.

הואיל ובזמן כתיבת פסק הדין נתקבלה ההחלטה של ביהמ"ש העליון בארה"ב בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ**, ראה בית המשפט העליון הבריטי להתייחס אליה. המסר העיקרי שהוא ייחס לפסק דין זה מתוך הסכמה תואם את התזה שאנו מציעים כאן:

The important message from the Masterpiece Bakery case is that *there is a clear distinction between refusing to produce a cake conveying a particular message, for any customer who wants such a cake, and refusing to produce a cake for the particular customer who wants it because of that customer's characteristics*. One can debate which side of the line particular factual scenarios fall. But in our case [*Ashers*] there can be no doubt. The bakery would have refused to supply this particular cake to anyone, whatever their personal characteristics. So there was no discrimination on grounds of sexual orientation<sup>23</sup>.

פסק הדין האמריקאי הנ"ל (מסטרפיס קייקשופ) הוכרע כאמור למעלה על בסיס סיבות טכניות, אבל פסקי דין אחרים בארה"ב הכריעו במפורש לטובת העמדה שאנו מצדדים בה. בפסק דין *Brush & Nib Studio* דן בית המשפט העליון של אריזונה בשאלה אם מותר לסטודיו של זוג מעצבות נוצריות לסרב לעצב הזמנות לחתונות חד-מיניות. בית המשפט קיבל את עמדתן וטען שהמעצבות

neither testified nor argue that their faith prohibits them from serving a customer based on their sexual orientation. Rather, Duka and Koski have testified that they are willing to serve any customer, regardless of status, and no contrary evidence has been presented. Additionally, the record contains no complaints against Plaintiffs for discriminating against customers based on their sexual orientation<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> שם, בפס' 47.

<sup>22</sup> שם, בפס' 28.

<sup>23</sup> שם, בפס' 59.

<sup>24</sup> *Brush & Nib Studio, LC v. City of Phoenix*, 448 P.3d 890, ¶76, 247 Ariz. 269 (2019).

הואיל ולא הוכח שהן הפלו לקוחות בעלי נטייה מינית שונה משלהן, הסירוב שלהן לעצב הזמנות לחתונות כאלה לא היווה הפליה אסורה משום היותו מבוסס התנגדותן לפרויקט – התנגדותן הדתית להיות שותפות באופן כלשהו בנישואים חד-מיניים – ולא התנגדותן ללקוח בשל מאפייניו.

אכן, מאפיין חשוב של מקרה זה הוא שהשירות עליו מדובר היה מחייב השתתפות "עבה" של הסטודיו; עיצוב אישי של הזמנה, התפורה לפי מידותיו של הזוג ומתוך תיאום איתו. ייתכן שאילו מדובר היה בהנפקה של הזמנת חתונה סטנדרטית, המצב המשפטי היה שונה. כיוצא בזה, כפי שעלה מעמדות השופטים בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ** קיימת חשיבות ל"עובי" המעורבות של אופים בחתונה שהם מתנגדים לה. יש הבדל בין עיצוב עוגת חתונה מיוחדת לזוג חד-מיני לבין מכירת עוגת חתונה (או סתם עוגה חגיגית) "מהמדף"<sup>25</sup>. שיקול זה עמד ביסוד ההחלטה לעיל של בית המשפט העליון באריזונה בשנת 2019 בפרשת *Brush*. ברוב של 4:3 קבע בית המשפט שעיריית פניקס אינה רשאית לכפות על עסק מקומי לעצב הזמנות לחתונה חד-מינית המנוגדת לעקרונות הדתיים של בעל העסק.<sup>26</sup>

המקרה האמריקאי האחרון שזכיר הוא תמונת מראה של אָרְס האנגלי, פרשת *ג'ק*,<sup>27</sup> אשר הוזכרה ונדונה על ידי השופטים בארה"ב בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ**. אדם בשם ויליאם ג'ק פנה לכמה מאפיות בקולורדו וביקש שלאפו עבורו עוגה המעוטרת באמירות נגד הומוסקסואליות שכוללות הפניות למקרא: "Homosexuality is a detestable sin." and "God hates sin. Psalm 45: 7" ו"ג'ק טען להפליה דתית נגדו; העוגות שהוא ביקש לאפות עבורו היו אמורות לשקף את האמונות הדתיות שלו, ולכן הסירוב לאפות אותן היה בגדר הפליה דתית נגדו. בתי המשפט בקולורדו דחו את הטענה שמדובר בהפליה על רקע דתי בגלל שהמאפיות שסירבו היו מסרבות לייצר או למכור עוגות כאלה לכל אדם שהיה מבקש זאת מהם.

חשוב לציין שגם בפסקי דין שפסקו לכאורה אחרת (במובן זה שסרבני השירות נמצאו חייבים, כמו בפרשת **צבע הקשת**) בתי המשפט החילו קריטריונים שרלבנטים לדיון שלנו כאן. כך למשל בפרשת **בול נ' הול** שהגיעה לבית המשפט העליון באנגליה, סירב זוג נוצרים אדוקים לארח זוג הומואים בחדר עם מיטה זוגית ב"גסט האוס" הצמוד לביתם, אם כי הם הציעו להם חדר עם מיטות

<sup>25</sup> השוו למשל בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ**, לעיל ה"ש 3, בין עמ' 5-13 לפסק דינו של השופט תומס ועמ' 15 לפסק דינו של השופט קנדי; לבין עמ' 4-7 לפסק דינה של השופטת גינזבורג. ראו הבחנה דומה בעמ' 50 בעניין *State v. Arlene's Flowers, Inc* 441 P.3d 1203 (Wash. 2019). נציין גם כי בשנת 1999, חוקקה העיר לואיוויל בקנטקי את פקודת ההגיינות, שאוסרת הפליית להט"בים בעבודה, דיוור ושירותים ציבוריים. צ'לסי נלסון היא צלמת חתונות ובלוגרית. היא גם נוצריה המאמינה בנישואים הינם בין גבר אחד ואשה אחת. היא מסרבת לצלם ולערוך חתונות להט"ביות ואף מפרסמת זאת באתר הבית שלה. נלסון עתרה לבית המשפט בבקשה שיוציא צו מניעה כנגד אכיפת פקודת ההגיינות. באוגוסט 2020 דחה בית המשפט המחוזי של המחוז המערבי בקנטאקי את בקשת לואיוויל לדחייה על הסף של העתירה של נלסון. בית המשפט קבע שהצילומים שהיא מצלמת מהווים אומנות, ולכן חוסים תחת הגנת חופש הביטוי. עם זאת, הוא דחה את בקשתה לצו מניעה שימנע את אכיפת הפקודה באופן כללי, כי בשונה מצילומים, יש שירותים ציבוריים אחרים שאינם נחשבים אומנות (מציין במקרה הזה את מאסטרפיס, שם כאמור בית המשפט העליון הזהיר שצריך להגביל את הקביעה לטובת האופה לנסיבות המקרה הספציפיות, כי לא כל סירוב מסיבות דתיות ומוסריות הוא לגיטימי). *CHELSEY NELSON PHOTOGRAPHY LLC v. LOUISVILLE/JEFFERSON COUNTY METRO GOVERNMENT*, Civil Action No. 3: 19-CV-851-JRW (W.D. Ky. Aug. 14, 2020).

<sup>26</sup> ראו גם *Lexington Fayette Urban County Human Rights Comm'n v. Hands On Originals, Inc.* (Ky. Ct. App. May 12, 2017) שבו קבע ביהמ"ש העליון של קנטקי (ברוב של 2:1) שאין לחייב בעל עסק לייצר חולצות עבור מצעד הגאווה.

<sup>27</sup> *Jack v. Azucar Bakery*; *Jack v. Le Bakery Sensual, Inc.*; *Jack v. Gateaux, Ltd.* (להלן: פרשת *ג'ק*).  
<sup>28</sup> הטקסט המקראי שבו ביקש ג'ק להשתמש במאבקו נגד הומוסקסואליות אינו עוסק בזוגיות (ודאי לא בנישואים) של הומוסקסואלים, אלא רק ביחסים אנאליים בין גברים ("ואת זכר לא תשכב משכבי אישה תועבה היא", ויקרא יח, כב). ואכן בתרגום הקלאסי של קינג גיימס הטקסט תורגם כך "Thou shalt not lie with mankind, as with womankind". אבל בתרגום המודרני *New Living Translation* "עודכן" המסר של הפסוק כאוסר כביכול **חיי** הומוסקסואליות, ותרגום זה הוא שעמד מול עיניו של ג'ק: "Do not practice homosexuality, having sex with another man as with a woman. It is a detestable sin".

נפרדות<sup>29</sup>. המארחים התנצלו, החזירו את הפקדון, ומאוחר יותר אף הציעו לשלם עבור העלות בבית המלון האחר שזוג ההומואים שהה בו, בתוספת הוצאות עבור אי הנוחות שנגרמה. הזוג לא התרצה, פנה לבית המשפט וזכה בכל שלוש הערכאות. בית המשפט העליון בבריטניה פסק נגד בעלי המלון וסירב לתת להם הגנת חופש הדת למרות שהתנאי הראשון (נכונות לתת ללקוחות כל שירות אחר במלון, כולל חדר עם שתי מיטות מופרדות) התמלא. הסיבה לפסיקת בית המשפט קשורה באי התמלאות התנאי השני. בית המשפט קבע כי אילו הקריטריון היחידי לסירובם היה היות בני הזוג לא-נשואים, אזי לא היה מדובר בהפליה אסורה על בסיס נטייה מינית, שהרי המלון היה מסרב לתת חדר עם מיטה זוגית גם לזוגות הטרוסקסואלים שאינם נשואים. אלא שבמקרה הזה בית המשפט השתכנע שבעלי המלון היו מסרבים אף אם זוג הלהט"בים היה נשוי ולכן יש בסירוב לארחם בחדר עם מיטה זוגית משום הפליה על בסיס נטייה מינית.

סיכומו של דבר, הפרשנות שהצענו למקרה של גוני ומשי תואמת פרשנות קיימת בשיטות משפט אחרות לגבי מקרים מן הסוג הזה, במיוחד זו שבאה לידי ביטוי בפרשת **אשרס** בבריטניה.<sup>30</sup> אף שפסק דין זה, או האחרים שהזכרנו, אינם כמובן מקור מחייב במשפט הישראלי, מותר לקבל מהם השראה. הם מספקים ראיה לרעיון הבסיסי שלנו שלפיו הפליה אינה מתרחשת כאשר הסירוב לספק שירות איננו מחמת דיעה קדומה נגד הלקוח הקשורה במאפיינים כגון גזע, דת, לאום או נטייה מינית.<sup>31</sup>

#### ד. השיקולים הרלבנטיים לכך שמדובר בסירוב להשתתף בפרויקט ולא בהפליה

כאמור למעלה, לעיתים קרובות לא קל להבחין בין מקרים שבהם הסירוב לספק שירות נובע מדיעה קדומה נגד המבקש לבין מקרים שבהם הסירוב נובע מהתנגדות עקרונית לשותפות בפרויקט שהשירות אמור לתרום לו (מאבק נגד הפלות; השוואת מעמדם של זוגות חד-מיניים לזוגות הטרוסקסואליים; חיזוק מפעל ההתנחלויות; וכך הלאה), ולכן יש צורך בזהירות רבה כאשר מתירים לספקים לסרב לשרת לקוחות מסוימים. הוכחה חזקה לכך שהסירוב לא נובע מדיעה קדומה נגד המבקש אלא מהתנגדות עקרונית לפרויקט עשויה להימצא בראיות (שעל הספק להביא) לכך שהוא לא סירב לשרת את הלקוח בהקשרים אחרים או שסירב לספק את אותו השירות המבוקש גם ללקוחות מקבוצות אחרות ובכללן מקבוצת הרוב. למשל, אם גוני ומשי יביאו ראיות לכך שבמשך שנים הן שירתו ללא דופי את נציגות אפרת, תהיה בכך ראיה חזקה לכך שהסירוב הנוכחי שלהן נובע מההתנגדות העזה שלהן להיות מעורבות בקמפיין הספציפי שהן מתנגדות לו באופן עמוק ולא מחוסר כבוד כלפי נציגות אפרת. באופן דומה, אם בעבר גוני ומשי כבר סירבו להדפיס חומר נגד הפלות עבור יחידים או עבור מוסדות **אחרים** בעלי השקפות ומאפיינים פוליטיות

<sup>29</sup> Bull v Hall [2013] UKSC 73.

<sup>30</sup> ראו למשל (2013) 40 N.M.S.C. ¶19, 309 P.3d 53, Klein ; Elane Photography, LLC v. Willock, 289 Ore. App. 507, ¶519-520, 410 P.3d 1051 (2017).

<sup>31</sup> ואכן, נראה שאפילו השופטת גינזבורג שנחשבה בתקופות מסוימות לשופטת הליבראלית ביותר בבית המשפט העליון, ואשר הייתה בדעת מיעוט בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ**, תמכה בשני התנאים הללו. ראו פרשת **מאסטרפיס קייקשופ**, לעיל הי"ש 2, בעמ' 6 לפסק דינה של השופטת גינזבורג: "The bakers would have refused to make a cake with Jack's requested message for any customer, regardless of his or her religion. And the bakers visited by Jack would have sold him any baked good they would have sold anyone else." (Page 4 to RBG opinion). See also "Phillips declined to make a cake he found offensive where the offensiveness of the product was determined solely by the identity of the customer requesting it. The three other bakeries declined to make cakes where their objection to the product was due to the demeaning message the requested product would literally display."

שונים מאלו של ארגון אפרת, תהיה גם בכך ראייה שהסירוב הנוכחי שלהן הוא אכן "עקרוני" ולא נובע מעוינות או דיעה קדומה דווקא נגד נציגות אפרת.

הבעיה היא שבדרך כלל אין ראיות כאלה; לא ראיות לכך שהספק שירת את הלקוח בהקשרים אחרים, ולא ראיות לכך שהוא סירב לשרת לקוחות אחרים (ובמיוחד מקבוצת הרוב) בהקשרים דומים. זאת ועוד, לעתים טבעו של הספק או טבעו של הלקוח הם כאלה שמקשים על מציאת ראיות כאלה. חשבו למשל על בעל העסק שמספק רק סוג שירות אחד, כמו הקמה מהירה של יישובים. אם הוא יסרב לבקשה של מתנחלים ליישב עבורם גבעה בלב השומרון, על בסיס ההתנגדות שלו למפעל ההתנחלויות ולא למתנחלים עצמם, הוא יתקשה להוכיח זאת באמצעות ראיות לכך שהוא סיפק או היה מספק למתנחלים כל שירות אחר (ומכאן שאין לו שום דבר אישי נגדם), פשוט כי אין בנמצא שירותים אחרים שהוא מספק. איננו טוענים שבגלל זה אין לקבל את טענתו, אלא שמבחינה ראייתית מצבו קשה יותר. בדומה לכך, לקוחות מסוימות, כמו אגודה הפועלת רק נגד הפלות מלאכותיות, יתעניינו רק בשירותים התורמים לאינטרסים או למטרות של האגודה, ולכן, שוב, יהיה קשה לבעלי עסק שמתבקשים לשרתם להוכיח שאף שהם לא יכולים לספק את השירות המבוקש הם היו שמחים לשרת את האגודה בכל עניין אחר. הבעיה, כאמור, היא שאין כמעט "עניינים אחרים" שהאגודה כאגודה עשויה לבקש.

קשיים אלה בהבאת ראיות לאופן שבו הספק היה מתנהג – כלפי הלקוח הנוכחי בהספקה של שירותים אחרים, וכלפי לקוחות אחרים באותו שירות – מצביעים על כך שלעתים קרובות קביעה זו תהיה קצת ספקולטיבית. למרות זאת, כפי שהוסבר בסעיף ב, אין לשלול מראש את האפשרות שקביעה כאמור אמנם נדרשת. כדי שבית המשפט ישתכנע מן הבחינה הראייתית כי מתקיימת הפרדה בין הלקוח ובין השירות המבוקש קיימים מספר שיקולים שניתן להיעזר בהם:

1. עד כמה הפגיעה במצפוננו של הספק, אם הוא יחויב לתת את השירות, היא חזיתית?
2. עד כמה מעורבותו של הספק בפרויקט שהוא מתנגד לו (אם הוא יחויב לתת את השירות) היא עבה?
3. עד כמה הקבוצה החברתית הרלבנטית פגיעה להפליה וקיפוח?
4. עד כמה מצפוננו של הספק הוא מוסרי?
5. עד כמה הפגיעה הצפויה בלקוח גבוהה אם יותר לספק לסרב לשרת אותו?

נפנה עתה לפירוט והרחבה לגבי כל אחד מהשיקולים האלה.

### 1. פגיעה חזיתית במצפון

במקומות אחרים הוסבר שהמצפון ראוי להגנה רק כאשר מתקיים ניגוד חזיתי וברור בינו – כלומר בין העקרונות העמוקים שאדם שואב מהם משמעות ומחויב להם (להבדיל מ"סתם" העדפות חזקות

שיש לו<sup>32</sup>) – לבין מה שהאדם נדרש לעשות<sup>33</sup>. כאשר לא מתקיים ניגוד כזה, הציפייה היא שהאזרח יבטל את רצונו מפני רצון החוק. הלכה למעשה מובילה גישה זו לפרשנות צרה של ההגנה המוענקת על בסיס כבוד למצפון. למשל, לפציפיסט אין פטור מתשלום מיסים על בסיס הטענה שבכך הוא שותף להחזקת הצבא או למלחמות שהוא מתנגד להן, כשם שלאדם הדתי אין פטור מתשלום מיסים על בסיס הטענה שבכך הוא שותף לעבירות הלכתיות שונות שהמדינה מבצעת. לענייננו, ככל שהספק יוכל להוכיח ניגוד חזיתי ברור בין השירות או המוצר הספציפי שהוא מתבקש לספק לבין עקרונותיו, כך ניתן יהיה להניח שהסירוב שלו לספק את השירות או המוצר איננו מחמת מאפייניו ה"בעייתיים" של הלוקח אלא מחמת הניגוד בין השירות או המוצר הספציפיים לבין מצפוננו של הספק.

כפי שהודגש בדיון על חופש הדת<sup>34</sup>, לטענותיו של מאן דהוא שהוא "לא יכול" לעשות כך וכך כי הדבר מנוגד באופן עמוק לעקרונותיו צריך להתייחס באופן זהיר וביקורתי. לעתים קרובות בני אדם ממשיגים את הסירוב שלהם ל-X כמעוגן בעקרונותיהם העמוקים בעוד לאמיתו של דבר הוא נובע מדיעות קדומות וגישה שלילית נגד הקבוצה הרלבנטית. דוגמה טובה לכך היא יחסו של חלק מהציבור הדתי להט"בים, למשל בכל הנוגע לשיתוף שלהם בתפילה. דומנו שבבתי כנסת רבים לא יעלו לתורה אדם שידוע שהוא הומוסקסואל,<sup>35</sup> ולא יאפשרו לזוג הומוסקסואלים או לזוג לסביות לעשות 'קידוש' בבית הכנסת כדי לחגוג את הולדת ילדתם. הנימוק שניתן לכך פעמים רבות הוא שיחסים חד-מיניים ומשפחה חד-מינית הם בניגוד להלכה. אבל בחלק גדול מבתי הכנסת יעלו לתורה בלא היסוס יהודים שמחללים שבת בפרהסיא – ואף כאלה שהגיעו לבית הכנסת תוך כדי חילול שבת – למרות שמדובר בעבירה חמורה בהרבה.<sup>36</sup>

אי-התאמה זו בין היחס הנפשי והמעשי של קהילות דתיות רבות כלפי להט"בים ובין יחסן כלפי מחללי שבת בפרהסיא עשוי להראות שמה שמניע אותן איננו מחויבות פשוטה להלכה, אלא עמדה שלילית יסודית נגד להט"בים שנוטה להוביל בדיוק לסוגי ההתנהגות שחוק איסור הפליה בא לְפָרֵשׁ. לגבי מחללי שבת בפרהסיא מדובר בעניין שהוא במידה רבה non-issue עבור פרנסי בתי הכנסת והגבאים, כלומר היחס הנפשי המידי שלהם כלפי האורחים הוא חיובי, מזמין ומאיר פנים – עוד לפני שהם בודקים, אם הם בכלל טורחים לעשות זאת, האם מבחינה הלכתית הכול כשורה. לעומת זאת, היחס המידי כלפי להט"בים הוא שלילי, ולכן הנטייה של בתי כנסת רבים היא לדחות אותם, עוד לפני שבדקו מהי בדיוק עמדת ההלכה. קשה אפוא לקבל את טענתה של קהילה דתית

<sup>32</sup> ראו למשל אצל צ'רלס טיילור וגיוסלין מקלור:

[T]he beliefs that engage my conscience and the values with which I most identify, and those that allow me to find my way in a plural moral space, must be distinguished from my desires, tastes, and other personal preferences, that is, from all things liable to contribute to my well-being but which I could forgo without feeling as if I were betraying myself or straying from the path I have chosen. The nonfulfillment of a desire may upset me, but it generally does not impinge on the bedrock values and beliefs that define me in the most fundamental way; it does not inflict "moral harm". JOCELYN MACLURE & CHARLES TAYLOR, SECULARISM AND FREEDOM OF CONSCIENCE 77 (Jane Marie Todd trans., 2011).

<sup>33</sup> ראו דני סטטמן "הרהורים ביקורתיים על הפטור משירות צבאי מטעמי מצפון" עיוני משפט לא 669 (2009); דני סטטמן וגדעון ספיר, דת ומדינה בישראל, 2014, בעמ' 26-34, 120-139.

<sup>34</sup> סטטמן וספיר, בעמ' 135-139.

<sup>35</sup> ראו למשל עקיבא נוביק "מה הופך את דניאל זמיר ללהט"ב החשוב ביותר בציונות הדתית" הארץ (1.8.2021).

<sup>36</sup> לפי הרמב"ם, "השבת ועבודה זרה, כל אחת משתיהן שקולה כנגד שאר כל מצוות התורה. והשבת היא האות שבין הקב"ה ובינינו לעולם. לפיכך, כל העובר על שאר המצוות הרי הוא בכלל רשעי ישראל. אבל מחלל שבת בפרהסיא הרי הוא כעובד עבודה זרה, ושניהם כגויים לכל דבריהם" (הלכות שבת, פרק ל, הלכה טו).



המארכת בשמחה מחללי שבת בפרהסיא לאירוע כמו בר-מצווה שהיא "לא יכולה" לארח באותו אופן בר-מצווה של משפחות חד-מיניות<sup>37</sup>.

באופן ספציפי יותר, בכל הנוגע להספקת מוצרים או שירותים, ספק דתי צריך לשאול את עצמו – ובכל מקרה **בית המשפט** צריך לשאול – האם הסירוב שלו "להיות שותף" בעבירה נובע מהחומרה ההלכתית שבהספקת השירות או שמא מהדיעות הקדומות שלו. חשבו כדוגמא על אדם דתי בעל חנות מחשבים שיודע בוודאות שרוב היהודים שקונים אצלו מחשבים ישתמשו בהם בשבת, או בעל סופרמרקט דתי שמוכר ביום שישי בשר ואמצעי הבערה ללקוחות שמציינים במפורש שהם קונים את המוצרים הללו כדי להכין בשבת בשר 'על האש'. נוכל להניח בצריך עיון את השאלה אם מבחינת ההלכה קיים איסור על בעלי העסקים הללו למכור את מוצריהם בנסיבות המתוארות<sup>38</sup>. המציאות היא שרק דתיים מעטים יסרבו למכור ללקוחות חילוניים בנסיבות כגון אלה על בסיס הרצון לא להיות שותפים בעבירה החמורה של חילול שבת. בעל עסק דתי שיסכים למכור בנסיבות אלה – ודאי אם הדבר ייעשה בלא תחושת אשמה מעיקה מדי – יתקשה לשכנע אותנו שלמרות זאת מצפוננו לא מתיר לו למכור מוצרים לזוג הומואים שרוצים לחגוג את הולדת בנם.

דברים אלה מובילים לספקנות מסוימת לגבי מה שהניע את בית הדפוס 'צבע הקשת' בסירובו לשרת את "האחווה הגאה באוניברסיטת בן גוריון". סביר יותר שמה שהניע את בעלי בית הדפוס לא היה צו ההלכה, אלא רתיעתם האינסטינקטיבית מכל מה שקשור ללהט"בים. ראשית, כפי שנקבע בבית המשפט המחוזי, הם דחו את בקשת האחווה הגאה בלי שידעו דבר על תוכן הפליירים (שלא צורפו למייל שנשלח לבית הדפוס).<sup>39</sup> שנית, תגובתם החריפה והרגשית "איננו עוסקים בחומרי תועבה, יהודים אנחנו!" איננה רק "בוטה ולא מכבדת", כפי שניסח זאת בית המשפט המחוזי, אלא חושפת את המוטיבציה העמוקה של בית הדפוס בסירוב שלו. ניתן לדמיין בקשה אחרת, שהייתה אף היא לכאורה נגד ההלכה, כגון בקשה לצלם אירוע בשבת, שבה הסירוב היה הרבה יותר מנומס, משהו בסגנון, "מצטערים, אנחנו דתיים ולכן לא נוכל להיות שותפים בחילול שבת. נשמח לשרת אתכם

<sup>37</sup> לפני כעשרים שנה הוקם בתל אביב בית כנסת אורתודוכסי (מניין "יחד") שמטרתו, בין השאר, הייתה להיות בית להומואים ולסביות שנדחו והודרו בבתי כנסת אחרים. ראו כרמית ספיר-וויץ "האישה שמנגישה את בתי הכנסת להומואים" *NRG* 16.4.2013. בשנים האחרונות ניתן לזהות בחברה הדתית הלא-חרדית מגמה לשתף להט"בים בתפילה על בסיס הטיעון בגוף הטקסט. ראו למשל אפרים זלמנוביץ "האם מותר לעלות לתורה בעל נטיה חד מינית" *ערוץ 7* 1.1.14. וכן צוות ישיבת הר ברכה "שאל את הרב: גאים בתפילה" *כיפה* 26.5.2010. כמו כן, ראש ישיבת הר עזיון, יעקב מדן, אמנם ציין כי "תנועות הלהטיב מזיקות מאוד" אך חילק בין האיסור בתורה על המעשה, לבין מתן האפשרות לאפשר למתפלל הומוסקסואל להיות שליח ציבור בתפילת נעילה. יהונתן גוטליב "הרב יעקב מדן: אדם שזוהי נטייתו והוא שומר בנושא הזה את גדרי התורה יכול להיות שליח ציבור בתפילת נעילה" *ערוץ 7* 22.11.2020. בצורה דומה הרב אבינר ציין כי "ודאי שחוטא שמכריז על עצמו ברבים לא יכול לעלות לתורה ולהיות שליח ציבור בבית הכנסת, אך אדם שמתגבר על יצרו יכול לעשות לתורה ולשמש שליח ציבור". שלמה אבינר "מותר להומו לעלות לתורה בבית הכנסת?" *ישראל היום* 8.3.2018.

<sup>38</sup> יש סבורים שדיעה כללית שהקונה מחלל שבת אינה מונעת מלמכור לו כי צריך להניח לקולא שהוא לא יחלל שבת. לעומת זאת, אם הקונה אומר במפורש שהוא יחלל שבת, לכאורה אסור למכור לו. ראו למשל "מכירת מוצר חשמלי

כשיש חשש שישתמשו בו בשבת" *דין* 25.5.2011.  
<https://din.org.il/2011/05/25/%D7%A9%D7%9B%D7%99%D7%A8%D7%AA-%D7%97%D7%A9%D7%9E%D7%9C%D7%99-%D7%9B%D7%A9%D7%99%D7%A9-%D7%97%D7%A9%D7%A9-%D7%A9%D7%99%D7%A9%D7%AA%D7%9E%D7%A9%D7%95-%D7%91%D7%95-%D7%91%D7%A9>  
 וכן "אם מותר למכור פלאפון לא כשר",  
<https://din.org.il/2012/06/17/%D7%90%D7%9D-%D7%9E%D7%95%D7%AA%D7%A8-%D7%9C%D7%9E%D7%9B%D7%95%D7%A8-%D7%A4%D7%9C%D7%90%D7%A4%D7%95%D7%9F-%D7%9C%D7%90-%D7%9B%D7%A9%D7%A8>

ראו גם רצון ערוסי - <https://net-sah.org/faq/17393>.  
 לגבי העניין המורכב של שותפות עם מחללי שבת, ראו ישראל רוזן "שותפות עסקית עם מחללי שבת" *צומת*, <https://www.zomet.org.il/?CategoryID=394&ArticleID=1008>.  
<sup>39</sup> פסק הדין של בית המשפט המחוזי בפרשת **צבע הקשת**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 7.

בכל עניין אחר". תגובת בית הדפוס מעוררת חשש כי מדובר בתחושת גועל עמוק שהם חשים כלפי להט"בים וכלפי ארגונים שמייצגים אותם. שלישית, אנחנו מוכנים לשער שבית הדפוס לא בודק כל בקשת הדפסה המופנית אליו גם כאשר יש חשש שהיא קשורה לעבירות הלכתיות כמו חילול שבת, למשל הזמנה/הודעה על אירוע שחל בשבת, או הזמנה לאירוע שמוגש בו אוכל לא כשר. בכל מקרה, בית הדפוס לא טען שהוא מבצע בדיקה כזאת ולא הביא לה ראיות, מה שמחזק את החשש הנזכר.

עולה מהניתוח שלנו כי יהיו מצבים שבהם בית המשפט יידרש להיכנס בעובי הקורה ההלכתית כדי להבין אם הפגיעה במצפון הנטענת על ידי ספק דתי היא אכן חזיתית ומשמעותית. לשם כך ביהמ"ש יזדקק לשמוע חוות דעת של הצדדים, ואולי אף למנות מומחית מטעמו. אלא שאיננו סוברים שהדבר מסובך במיוחד. ראשית, בתי המשפט נכנסים לעובי הקורה ההלכתית כדבר שבשגרה.<sup>40</sup> שנית, איננו סוברים שהכרעות בעניינים הלכתיים בהכרח קשות יותר מאשר הכרעות בשאלות מסובכות של רשלנות רפואית, אופן בנייתן של תקרות של אולמות אירועים, או עיצוב מכסחות דשא,<sup>41</sup> הכרעות שבתי המשפט מעורבים בהן כדבר שבשגרה.<sup>42</sup>

סיכומו של דבר, ככל שהספק יוכל לשכנע שהסירוב שלו לספק את השירות מנוגד חזיתית לעקרונות העמוקים שמעצבים את עולמו, להבדיל מ"רגישויות" שונות שיש לו, כך גדל הסיכוי שלו לשכנע שניגוד זה עומד ביסוד הסירוב ולא עוינות או חוסר כבוד גורפים כלפי הלקוח.

## 2. "עובי" המעורבות בפרויקט שהספק מתנגד לו

גורם נוסף שיש להביא בחשבון, שקשור לגורם הקודם, הוא מה שנכנה "עובי" המעורבות של הספק בפרויקט שהוא מתנגד לו. למשל, ביצוע הפלה בידי רופאה שמתנגדת לכך הוא מקרה של מעורבות עבה. המעורבות של הרופא המרדים פחות עבה, ועוד פחות מכך מעורבותו של אח במחלקת נשים המטפל בנשים שעברו כבר הפלה. פשיטא שככל שמעורבות עבה יותר, כך הבקשה להתחשבות במצפון מוצדקת יותר. משמעות הדברים לענייננו היא שככל שמעורבותו של הספק עבה פחות בפרויקט שהוא מתנגד לו, כך גדל נטל הראיה המוטל עליו להוכיח שמה שמניע אותו בסירוב לשרת את הלקוח איננו חוסר כבוד ללקוח אלא התנגדות אותנטית לפרויקט.

בהמשך לכך, גם אם נישואים חד-מיניים מנוגדים לעקרונות הדתיים של פלוני, יש הבדל בין מקרה שבו חברה מסחרית שבבעלותו מתבקשת להשכיר לזוג הומוסקסואלים רכב בדרכם לירח הדבש שלהם לבין מקרה שבו הוא מתבקש להסיעם בעצמו, ברכב פתוח, מהבית שלהם לתוך אולם השמחות. כיוצא בזה, יש הבדל בין בית דפוס שמתבקש לפתח תמונות של חתונה חד-מינית באותו אופן שגרתי שהוא מפתח תמונות כל הזמן, לבין בית דפוס שמתבקש לעצב הזמנה מיוחדת לחתונה כזאת. הבחנה זו נדונה לא מעט בספרות בהקשר של מאפיות שסירבו למכור או לאפות עוגות עבור חתונות חד-מיניות<sup>43</sup>. בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ** נחלקו הרוב והמיעוט בשאלה האם למאפיות מותר לסרב למכור לזוגות להט"בים עוגה רגילה ("מהמדף") אם זו משמשת לחתונה להט"בית. שופטי הרוב סברו שעלול להיות אפילו בזה כדי לפגוע בחופש הביטוי של האופה על פי התיקון

<sup>40</sup> ראו **סטטמן וספיר** עמ' 250-253, וההפניות שם לפרשות **רסקין**, **מיטראל**, ו**סרור**.

<sup>41</sup> ראו למשל דני"א 7794/98 **משה נ' קליפורד**; ע"א 6507/11 **מפעלי לוקי לבניה בע"מ נ' ג.ד עיט חברה לשירותים בע"מ** (נבו 11.3.2014); פ"ד נז(4) 721 (2003); ע"א 532/89 **קיבוץ ניר דוד נ' שוקרון**, פ"ד מו(2) 221 (1992).

<sup>42</sup> ראו בג"ץ 465/89 **רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים**, פ"ד מד(2) 673 (1990); רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות** (נבו 9.12.2015); ע"א 280/71 **גדעון נ' חברה קדישא גחש"א**, פ"ד כז(1) 10 (1972).

<sup>43</sup> ראו למשל Rex Ahdar & Jessica Giles, *The Supreme Courts' Icing on the Trans-Atlantic Cakes*, OX. J. L. & RELIGION (2020); Sarah F. Butlin, *Cakes in the Supreme Court*, 78 CAMBRIDGE L. J. 280 (2019).

הראשון לחוקה. מן העבר השני, דומה שגם דעת המיעוט הייתה סוברת שכאשר הבקשה היא ליצירת עוגה אישית המתאימה לאופי הייחודי של החתונה והמדגישה את ההיבט החד-מיני שלה, סביר יותר לקבל את הסירוב כלגיטימי.<sup>44</sup>

בדומה לכך קבע בית המשפט העליון של מדינת ושינגטון שהכנת סידורי פרחים עבור חתונה חד-מינית אינה מבטאת מסר כלשהו לגבי החתונה, ולכן לא ניתן להצדיק את הסירוב לעשות זאת על בסיס חופש המצפון או חופש הביטוי. הנתבעות במקרה זה הודו שהן היו מוכנות לספק סידורי פרחים עבור חתונה אתניאסטיית כי שירות כזה לא היה מהווה הכרה (endorsement) בחתונה כזאת, משמע מדובר במעורבות רזה.<sup>45</sup> לדברי בית המשפט, דברים אלה חלים גם על חתונה חד-מינית.

כך גם ניתן להצדיק את פסיקת בית המשפט העליון של בריטניה בפרשת **בול נ' הול** שהגיעה לבית המשפט העליון באנגליה, ואשר בה כזכור סירב זוג נוצרים אדוקים לארח זוג הומואים בחדר עם מיטה זוגית ב"גסט האוס" הצמוד לביתם, אם כי הם הציעו להם חדר עם מיטות נפרדות.<sup>46</sup> אמנם בית המשפט העליון בבריטניה פסק נגד בעלי המלון וסירב לתת להם הגנת חופש הדת מנימוקים אחרים, אבל לשיטתנו ניתן להצדיק אותה על יסוד העובדה שמדובר היה במעורבות מאוד רזה של הספק; כל שנדרש מהם היה לתת לזוג הלקוחות חדר רגיל במלון.

החשיבות של עובי המעורבות מסייעת להבין את הדילמה שהתעוררה בפרשת יד השמונה, שבה גן האירועים במושב של נוצרים אוונגליסטים ויהודים משיחיים סירב לארח מסיבת חתונה של זוג לסביות.<sup>47</sup> המסיבה נערכה לאחר נישואיהן הפורמליים בלונדון. בעלי האולם טענו כי אינם עורכים אירועים מסוג זה משום שהדבר מנוגד לעקרונות ליבה דתיים ולסקרמנט דתי מקודש עבורם. אלא שמדובר היה בהשתתפות רזה מצידם של בעלי האולם שהרי הם לא נדרשו לערוך או אפילו לארח טקס חתונה, אלא רק מסיבת "פוסט-חתונה" שאין בה סממנים מיוחדים ולכן קשה להשתכנע שהתקיימה במקרה זה הפרדה בין מאפייני הלקוחות ובין השירות המבוקש.<sup>48</sup>

### 3. הפגיעות של הקבוצה החברתית הרלבנטית להפליה וקיפוח

אמנם לשון החוק אינה מבחינה בין סירובים לשרת את קבוצת המיעוט לבין סירוב לשרת את קבוצת הרוב, אך הפסקה הראשונה בדברי ההסבר להצעת החוק מבהירה את החשיבות המיוחדת שהמחוקק ראה בהגנה מיוחדת על קבוצות בעלות היסטוריה של רדיפה: "בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגישה קשה בכבודו של האדם."<sup>49</sup> מכאן, שכל שמבקשי השירות שייכים לקבוצה עם היסטוריה של רדיפה ודיעות קדומות, כך נדרשות ראיות

<sup>44</sup> ראו לעיל ה"ש 37

<sup>45</sup> State v. Arlene's Flowers, Inc., 389 P.3d 543, ¶44, 187 Wash. 2d 804 (2017).

<sup>46</sup> Bull v Hall [2013] UKSC 73.

<sup>47</sup> פרשת יד השמונה, לעיל ה"ש 3.

<sup>48</sup> אמנם בעלי האולם טענו כי ימכרו ברצון מוצרים אחרים לחברי הקהילה הלהט"בית, מה שמחזק לכאורה את טענתם שסירובם נובע לפרויקט שסותר את תפיסת עולם ולא מעוינות או דיעה קדומה נגד המבקשים. אלא שבמשפט הוצג תצהירה של מזכירת היישוב יד השמונה ובו ציינה כי "ארגון של הומו לסבי לא יכירנו מקומו בבית ההארח של היישוב גם לא לעניין קיום יום עיון גרידא ולו אפילו שלא בנושאי הומו לסביות אלא אפילו בנושאים שאינם קשורים דווקא בהם אלא בנושאים כלליים לגמרי. עצם היות הארגון הומו לסבי לא יוכל לשכור אף לא חדר הרצאות ביישוב".

<sup>49</sup> דברי הסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ה"ח 2871 (הדגשות נוספו). אמנם השופט דנציגר קבע ברע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ פס' 20-24 לפסק דינו (נבו) 16.11.2011 כי החוק נועד להגן גם על קבוצות הרוב מפני הפליה, אלא שגם הוא הודה שפגיעה בקבוצה עם היסטוריה של הפליה הינה חמורה יותר.

רבות יותר כדי לשכנע את בית המשפט שאכן מתקיימת הפרדה בין מאפייני הלקוח ובין השירות המבוקש.

ודוקו: כמו בשיקולים הקודמים שהזכרנו, גם כאן לשיקול שעל הפרק תפקיד ראייתי, במובן הבא: ככל שמדובר בקבוצות שיש להן היסטוריה ארוכה של הפליה, עוינות ודיעות קדומות, יש מקום לחשוד שמה שמניע את הספק (גם אם בצורה לא לגמרי מודעת) בסירובו לשרת את חבריהן איננו התנגדותו לתוכן השירות המבוקש, אלא העוינות שלו כלפיהם בתור הומוסקסואלים, שחורים, יהודים, וכך הלאה. לכן ככל שמדובר בקבוצות מוחלשות נטל הראיה המוטל על כתפי הספק גדול יותר להוכיח שהמאפיינים הללו אינם ממלאים כל תפקיד בסירוב שלו לשרת את הלקוחות.

#### 4. תוכן המצפון של הספק ותוכן הפרוייקט המבוקש

כאשר תפיסת העולם שהספק מחויב לה עוינת קבוצה מסוימת של בני אדם בגלל דתה, השקפתה, נטייתה מינית, וכך הלאה, אזי גם כאשר אין ראיות ישירות שמוכיחות שהסירוב שלו לשרת חברים מהקבוצה בנסיבות ספציפיות נובע מתכונות אלה, מדובר בהנחה סבירה ביותר. מכאן, שנטל הראיה המונח על כתפי הספק להראות שאין הדבר כך גדול במיוחד, למשל, במקרה של ספק המשתיך לארגון של "עליונות לבנה" בארה"ב ומסרב לשרת שחורים או יהודים בטענה שהסירוב קשור לתוכן השירות המבוקש ולא לעובדה שהמבקשים הם שחורים או יהודים. אמרו אפוא: ככל שעקרונותיו ואמונותיו של הספק, המונעים ממנו לדבריו לספק את השירות המבוקש, מאופיינים בגישה מכלילה ושליטת כלפי קבוצות מסוימות, בפרט כלפי הקבוצה שאליה שייכים הלקוחות המסורבים, כך נטל הראיה המוטל עליו להוכיח שלא פעל מחמת אחד המאפיינים "הבעייתיים" של הלקוח גדל.

נוכל לנסח את הדברים כך: מצפון מושחת הוא באופן טיפוסי מצפון שמכחיש את שויון הערך היסודי בין בני אדם (ואכן הדוגמה ה"תקנית" בספרות למצפון כזה היא מצפונם של הנאצים<sup>50</sup>). לכן בדרך כלל, ככל שהמצפון מושחת יותר, נטל הראיה על הנתבע להראות שהוא לא פעל מחמת גישה מפלה גדול יותר.

תמונת הראי לתוכן מצפוננו של הספק היא תוכן השירות המבוקש על ידו. קחו לדוגמה ארגון גזעני מסוים המבקש מחברת יחסי ציבור להפיק עבורו סרט תדמית הקורא לציבור שלא לקנות אצל לערבים. מכיוון שמדובר בפרוייקט פסול בעליל, הנטל המוטל על הספק לשכנע שהוא מתנגד עמוקות לפרוייקט קטן יותר מהנטל שהיה מוטל על ספק המתנגד לבקשה הפוכה, דהיינו להפקת סרט תדמית הקורא לציבור לרכוש מכולם. מנגד, יתכן ודווקא ככל שהשירות המבוקש על ידי הלקוח יותר בזוי, כך מתקיים החשש כי ספק השירות לא יסכים, או היה מסכים, לספק לו שירות אחר בשום מצב. ולכן, יתכן כי דווקא במצבים כאלו הנטל על הספק צריך להיות גדול יותר.

דברים אלה מסייעים לראות את ההיגיון בהבחנה בין סירוב האופה בפרשת **מסטרפיס קייקשופ** לבין סירוב האופים בפרשת **ג'ק**. במקרה הראשון, הסירוב היה קשור לתפיסת העולם של האופה שהיא במקרה הטוב אמביוולנטית ובמקרה הגרוע עוינת כלפי הומוסקסואלים וזכותם לשוויון. לעומת זאת, בפרשת **ג'ק** הסירוב לא היה קשור לתפיסה כזאת אלא להפך, לתפיסה מכבדת

<sup>50</sup> בנאום הידוע לשמצה שלו בפני אנשי אס-אס ב-1943, ביטא הימלר מחויבות איתנה לחיסול היהודים הגם שמדובר היה לדבריו במשימה שלא קל לבצעה שעמדה במתח עם רגשות אנושיים טבעיים. לדעת ג'ונתן בֶּנֶט, "אין ספק שהבסיס למדיניות של הימלר היה נעוץ במערכת עקרונות שפוננו את המוסריות שלו", כלומר במצפון שלו, חולני ומושחת ככל שזה היה. ראו Jonathan Bennett, *The Conscience of Huckleberry Finn*, 49 *Philosophy* 123, 128 (1974).

ושוויונית, ובנוסף גם לא מתקיים החשש שמא שלושת האופים לא היו מוכנים לספק ללקוח שום שירות אחר. לכן לשיטתנו נטל הראיה שהיה צריך להטיל על האופים בפרשת ג'ק להוכיח שלא פעלו מתוך מניעים פסולים קטן מנטל הראיה שהיה צריך להטיל על האופה בפרשת **מסטרפיס קייקשופ**.

### 5. מידת הפגיעה בלקוח

אם יתירו לספקים כמו גוני ומשי לסרב לשרת לקוחות על בסיס התנגדות לתוכן השירות המבוקש, התוצאה עלולה להיות שהלקוחות שלהם לא יוכלו לקבל את השירות שהם זקוקים לו, דבר העלול לגרום ללקוחות הפסדים ממוניים. כך למשל במקרה כגון **צבע הקשת** בהחלט ניתן לדמיין מצב שבו תיגרם ללקוחות פגיעה ממונית משמעותית, אם בית דפוס צבע הקשת הוא בית הדפוס היחיד באזור.

לכן יש לאמץ מדיניות שלפיה ככל שללקוחות הובהר כי יש להם אפשרות קלה וזמינה להשגת השירות במקום אחר, כך קטן נטל הראיה על הספק להוכיח שהסירוב שלו לא נובע מאחד המאפיינים "הבעייתיים" של הלקוח. מדוע? משום שבמקרים כאלו קל יותר להאמין לספק שמה שהניע אותו היה לא רק לא "ללכלך את ידיו" דרך נטילת חלק בפרויקט שהוא מתנגד לו, וכי אין לו שום רצון להכשיל את הפרויקט כליל. מנגד, אם פלוני הוא הצלם חתונות היחיד בעיר, יש חשש שבסירוב שלו הוא מבקש להביא לביטול החתונה של הזוג הלהטביי שהגיע לסטודיו שלו, או לפחות להביא לכך שהחתונה לא תתקיים בעיר שלו. לכן נטל הראיה במקרים כאלה גבוה יותר.

סוגיית הפגיעה בלקוחות וזמינות החלופות עלתה בפרשת **בול נ' הול** שבה המארחים סירבו לארח זוג הומואים בחדר עם מיטה זוגית. אלא שהמארחים החזירו את הפקדון, ואף הציעו, בשלב מסוים, לשלם עבור העלות בבית המלון האחר שזוג ההומואים שהה בו, בתוספת הוצאות עבור אי הנוחות שנגרמה. הסוגיה עלתה גם בפרשת **ושיגנטון נ' ארלן פלאורס**, שם פרחנית, אשר שירתה במשך 9 שנים לקוח להטביי מסוים, סירבה לספק סידור פרחים לחתונתו המתקרבת בשל אמונתה הדתית.<sup>51</sup> הפרחנית הפנתה את לקוחה הותיק לחנות פרחים אחרת שתוכל לשרתו. בשני המקרים העובדה כי ללקוח עמדה חלופה זמינה לא עזרה לספקים ובתי המשפט פסקו נגדם. עם זאת, לגישתנו, בשני המקרים העובדה שהספקים היו מעורבים ברמה זו או אחרת במציאת חלופות מצביעה על חשש קטן יותר שמדובר בשלילה גורפת של הלקוח וסביר יותר שמדובר היה בסירוב לספק שירות ספציפי. וודאי שבמקרה של חנות הפרחים לא מתקיים החשש שהפרחנית שללה את אורח החיים הלהטביי שהרי היא שירתה את הלקוח במשך שנים רבות.

דרך אחרת להסביר את הרלבנטיות של מצב השוק, דהיינו של מידת זמינותן של אלטרנטיבות להשגת השירות, היא לראות זאת לא כעניין ראייתי אלא כעניין של מדיניות, ובמובן זה כשיקול "חיצוני". הרעיון הוא ששחקן בשוק מחויב, יחד עם השחקנים האחרים, לדאוג לכך שהשירותים יהיו נגישים עבור כל מי שיבקש לצרוך אותם ושכתיצאה מכך צרכנים פוטנציאליים יוכלו להסתובב בשוק הממשי או הווירטואלי בתחושת ביטחון שהם יוכלו לקבל כל שירות וכל מוצר המוצע בהם. לכן, לפי קו טיעון זה, למרות שלפי ההצעה שלנו גוני ומשי לא מפלות את נציגות אפרת כשהן מסרבות לשרת אותן, אם אין לאחרונות אפשרות לקבל שירות בבית דפוס אחר, האינטרס שלהן – ושל השוק בכלל – יגבר על זה של גוני ומשי, והן תחויבנה להדפיס את המודעות נגד הפלות. הבעיה

441 P.3d 1203 (Wash. 2019).<sup>51</sup>

במהלך זה היא שבמקרים בהם מדובר בשירות המנוגד למצפוננו של הספק, לא ברור מדוע נכון א-פריורית להעדיף את האינטרס של הלקוח (שמתקשה או לא יכול למצוא ספק אחר) על פני האינטרס של הספק לא לבגוד במצפוננו. יתכן והפתרון טמון באינטרס הציבורי שהשוק עצמו יתנהל באופן יותר צפוי וללא שום "פוליטיקה", אינטרס הבא לידי ביטוי למשל באיסור העתיק על הפליה בידי common carriers.<sup>52</sup>

נציין כי במצב ההפוך התמיהה גדולה אף יותר- אם נסיק כי ספק פלוני מפלה מן הבחינה המושגית אזי קשה לראות כיצד העובדה שיש הרבה חלופות זמינות מרפאת את ההפליה. במילים אחרות, לא ברור מדוע, מן הבחינה המושגית, מצב השוק רלבנטי לקביעה כי הספק הפלה או לא הפלה.

כך או אחרת, דומה שבעידן האינטרנט נדיר שסירוב של ספק מסוים, כמו אופה, צלם, או בית דפוס, לשרת לקוחות מסוימים ימנע מהם להשיג את השירות או יטיל עליהם עומס בלתי נסבל בהשגת השירות. כמעט תמיד יש בעיר יותר מאופה אחד ויותר מצלם אחד, ובדרך כלל ניתן להזמין את השירות גם מספקים בערים אחרות או מחנויות/אתרים מקוונים. על כן, בוודאי במקרים בהם הספק עצמו עוזר ללקוח למצוא ספק אחר, הנטל הראייתי עליו לשכנע בדבר קיומה של הפרדה בין הלקוח והפרוייקט נמוך יותר.

מקרים נוספים בהם הפגיעה בלקוח היא רלבנטית לדיון שלנו הם מקרים בהם המוצר או השירות המבוקשים קשורים בקשר עמוק לזהות של הלקוח ולפרקטיקות הכרוכות בה. במקרים אלו סירוב לספק את השירות גורם ללקוח פגיעה בלתי-ממונית מיוחדת של הדרה והשפלה, ועלול על כן להתעורר קושי רב יותר להאמין לספק כי הסירוב שלו אינו מהווה שלילה של הלקוח אלא רק של השירות המבוקש. קחו לדוגמא שני בעלי "גסט האוס" דתיים, הראשון מסרב כליל להשכיר חדר לזוג להט"בי ואילו השני "רק" מסרב להשכיר להם חדר עם מיטה זוגית (כפי שהיה בפרשת **בול נ' הול**). מכיוון שהפגיעה הלא-ממונית במקרה הראשון קשה יותר, עולה החשש שהספק הראשון לא רק מעוניין להימנע מלהיות מעורב בעצמו בשירות שנתפס בעיניו כסותר חזיתית את מצפוננו אלא גם מנסה למנוע מהזוג "לממש את זממו". הספק השני לעומת זאת נתפס כמי שמנסה לגרום לפגיעה המזערית (מבחינתו) בזוג הלהט"בי. הוא נתפס כמי שמנסה לכבד עד כמה שהוא יכול את זוג הלקוחות. על כן נטל הראיה עליו יהיה נמוך יותר לשכנע שסירובו אינו נובע מיחס שלילי גורף כלפי הלקוחות מאשר הנטל על הספק הראשון.

נציין כי גם במקרה של נזק לא ממוני ניתן לנתח את הסוגיה באספקריא של שיקולי מדיניות, והדיון שלנו לעיל, על כל הקשיים שהוא מעלה, חל גם כאן.

\*

לסיום הדיון בשיקולים אלה, ברצוננו להדגיש שני דברים. ראשית, קיים הבדל משמעותי בין הדרך שבה המשגנו את השיקולים דלעיל לבין דרך אפשרית אחרת להמשגתם. עבורנו, כל חמשת השיקולים נוגעים לנטל הראייתי המוטל על הספק – הם מסייעים לקבוע אם הספק בכלל הפלה (=סירוב לספק שירות מחמת אחד המאפיינים בסעיף 3(א)). אפשרות אחרת תהיה לראות לפחות חלק משיקולים אלה כשיקולים "חיצוניים" שאותם יש לאזן אל מול הקביעה שהספק הפלה. לפי

אפשרות זו, הרצון לייצר מרחב בטוח לכל אדם להסתובב בשוק ללא חשש להיתקל בסירוב, למשל, מוביל לכך שנראה מקרים מסוימים כהפליה שאחרת לא היו נתפסים ככאלה. הוא הדין לגבי הרצון למנוע פגיעה בקבוצות מוחלשות, שעשוי להוביל לכך שספק שאחרת לא היה נתפס כמפלה יחויב בדין ככזה, וכדומה.

הטעם להתנגדות שלנו לגישה זו הוא שלדעתנו אם משתכנעים שסירובו של פלוני לשרת לקוח לא נבע מתוך חוסר כבוד או עוינות כלפי הלקוח, אין הצדקה לקבוע על בסיס שיקולי מדיניות שהוא למרות זאת **עבר על איסור הפליה**. ולהיפך – אדם שברור שהפלה (=סירוב לשרת לקוח בשל מאפיינים "בעייתיים" שלו) אין הצדקה לקבוע לגביו, על בסיס השיקולים החיצוניים הנ"ל, כי לא מדובר בהפליה, גם אם ישנן חנויות רבות דומות בסביבה ושהפגיעה הרכושית בלקוח היא מינימלית.

שנית, ברצוננו להדגיש שהשיקולים שהזכרנו כאן אינם תנאים הכרחיים להמשגת סירוב לשרת כבלתי מפלה. בגלל שהם במישור הראייתי, המשקל שיינתן לכל אחד מהם עשוי להשתנות ממקרה למקרה. אלה שיקולים שעל בית המשפט להביא בחשבון כאשר הוא מבקש לבחון את טענתו של מאן דהוא שהסירוב שלו לשרת את פלוני לא נובע מחמת מאפיינים כמו דת, השקפה או נטייה מינית אלא בשל התנגדותו העקרונית לשירות המבוקש.

#### ה. מקרים אחרים של פטור מאיסור הפליה

הצעתנו לא לראות סוגים מסוימים של יחס לא שווה כהפליה אסורה עשויה לקבל תימוכין מהקשר אחר, זה של הספקת שירותים משפטיים. כלל מספר 12 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, קובע חד-משמעית: "עורך דין רשאי, לפי שיקול דעתו, שלא לקבל עניין לטיפולו". לכאורה לפי המשפט הישראלי אין אפוא כל איסור על עורך דין להפלות בבחירת לקוחותיו או בבחירת התיקים שברצונו להתעסק בהם. לטענת תחיה שחר, מתן שיקול דעת רחב בבחירת לקוחות עולה בקנה אחד עם תפיסות יסוד דמוקרטיות-ליברליות בדבר חירות העיסוק, חירות הביטוי, כללי השוק המסחרי החופשי וחופש הבחירה המקצועי של עורך הדין להחליט למי יעניק את שירותיו. בנוסף, הדבר נובע מההנחה הסבירה שכל לקוח ימצא בסופו של דבר עורך דין שייצג אותו (ובמיוחד בישראל לאור כמות עורכי הדין)<sup>53</sup>.

למרות האמור, כפי שציינה תחיה שחר, ניתן אולי לגזור איסור על עורך דין להפלות מכוח סעיף 53 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (שמירת כבוד המקצוע) או מכוח סעיף 61(3) לחוק (מעשה שאינו הולם את המקצוע), אבל איסור כזה יחול רק על חלק מסוגי ההפליה הנזכרים בחוק איסור הפליה ולא על אחרים. באופן מיוחד הוא לא יחול על הפליה מחמת השקפה. אם עורכת דין שמאלנית מתנגדת לייצוג מתנחלים במאבק המשפטי להכשיר קרקעות בשטחים להתיישבות יהודית, קשה לראות איך יש בסירובה ליתן שירותים משפטיים פגיעה ב"כבוד המקצוע". שונים הדברים אם היא מסרבת לייצג מתנחלים בעניין נזיקי פרטי שאין לו קשר לתפיסת עולמם או לפעילות שלהם לטובת ההתנחלות בשטחים. שוב אנו רואים את חשיבות ההבחנה בין סירוב לשרת

<sup>53</sup> תחיה שחר "בחירה טובה" בלקוח רע – על אחריותו המקצועית של עורך הדין לייצג לקוחות לא פופולריים" ספר דייוויד וינר 167, 169 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

אדם בגלל מאפיינים כגון דתו או השקפתו, לבין סירוב להשתתף בפרויקט שנותן השירות מתנגד לו באופן עמוק, ללא קשר סיבתי לזהות הלקוח.

אף שאין הוראות מפורשות על כך, אנו מניחים שמה שנכון לגבי עורכי דין נכון גם לגבי נותני שירות אחרים שעבודתם כרוכה בתמיכה פעילה ו"עבה" בהשקפות שהם לעתים מתנגדים להן עמוקות<sup>54</sup>. אנחנו חושבים כאן בעיקר על משרדי פרסום, משרדים לייעוץ פוליטי וכדומה. אנחנו סבורים שגם להם אין זכות לדחות לקוחות רק בשל, נניח, גזעם או נטייתם המינית, אבל יש לאפשר להם לסרב לקדם מועמד פוליטי שהם מתנגדים להשקפתו, או לסרב לקדם קמפיין שהוא לדעתם בלתי מוסרי<sup>55</sup>.

כנגד דברים אלה ניתן לטעון שגם אם המצב הקיים במשפט הישראלי מעניק לעורכי דין (ואולי גם לאחרים שהזכרנו) היתר, רחב יותר או פחות, לסרב לשרת לקוחות מסוימים, אין זה המצב הרצוי, ויש לעודד פרשנות או תיקוני חקיקה שישנו אותו. ביסוד התנגדות זו עשויה לעמוד הדיעה שמי שמבקש לשחק בשוק, מקבל בכך על עצמו לשרת כל לקוח או לקוחה שיפנו אליו. בספרה הפרטית יכול אדם להפלות, למשל לסרב להצעת חברות מאדם המתנגד להפלות או לסרב לצאת עם אישה ממוצא מסוים, אבל כשאדם יוצא מרשות היחיד שלו ומבקש להשתלב בשוק הוא חייב להתייחס בשווה לכל אדם ואדם, ולכן אין מקום לפשרות בנוגע ליחס לא-שוויוני, כלומר להפליה.

לכאורה קשה להתנגד לדברים אלה. אף על פי כן, מסתבר שהדרישה לנהוג בשוויון בשוק אינה כה חד-משמעית. למשל, חוק איסור הפליה חל רק על "שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים", אך לא על שירותים אחרים כגון שירותים משפטיים או שירותי תיווך בנדל"ן. הוא חל על הספקת מוצר מבלי להבהיר למשל אם מקרקעין הם מוצר, דבר שנותן ללא מענה בבית המשפט העליון,<sup>56</sup> והוא חל רק על מי שעיסוקו בהספקת מוצר ולא על כל אדם. יתר על כן, איסורי ההפליה אינם חלים על לקוחות. למשל, לחברת הייטק אסור לסרב למכור מוצרים לערבים (בגלל שהם ערבים) אבל דומה שאין בחקיקה הישראלית איסור מפורש המונע ממנה לסרב לרפוש מערבים חומרי גלם עבור המפעל שלה (בגלל שהם ערבים). באופן דומה, אסור לסרב להעסיק אדם כי הוא הומוסקסואל, אבל אין מניעה חוקית שלא להזמין מודעות מבית דפוס שמנוהל על-ידי הומוסקסואל (כי הוא הומוסקסואל) אלא מבית דפוס אחר.<sup>57</sup> יוצא שההתנהלות המצופה מהשחקנים בשוק הכלכלי אינה כוללת הימנעות מוחלטת מסירוב להתקשר עם שחקנים אחרים בשל מאפיינים שהסרבן תופס כבעייתיים. טענתנו היא שאחד המקרים שבהם

<sup>54</sup> ככל הידוע לנו, אין הוראות ברורות בעניינים אלה לא בחוק ולא בקודים האתיים של המקצועות הרלבנטיים. ראו למשל את הקוד האתי שפרסמה "לשכת היועצים העסקיים והניהוליים בישראל" בשנת 2014, שבו נקבע כי "היועץ" יימנע מכל מהלך שיש בו גילוי אפליה מרקע או סוג כל שהוא". - <https://ibca.org.il/%D7%A7%D7%95%D7%93-%D7%90%D7%AA%D7%99-%D7%A0%D7%A1%D7%A4%D7%97-%D7%9C%D7%AA%D7%A7%D7%A0%D7%95%D7%9F>. אלא שבהמשך לטיעון הכללי בטקסט, לא ברור אם סירוב נקודתי על בסיס התנגדות לתוכן הבקשה מכונן הפליה. לגבי יועצי תקשורת, ככל שעלה בידינו לבדוק אין להם קוד אתי מסודר. באשר לפרסומאים, יש להם אומנם קוד אתי שאושר באיגוד הפרסום וברשות השנייה ב-2005, אבל הוא אינו עוסק בשאלה אם מותר לסרב לשרת לקוחות בשל התוכן של הקמפיין שהם מבקשים לפרסם.

<sup>55</sup> לדעתנו, דברים אלה תופסים לגבי הסירוב לכאורה של סטודיו "סימנים" ליצור סרטוני תדמית עבור ארגון "להבה", כפי שדווח ע"י איילת כהנא, "פרשיית דפוס הלהט"ב: מקרי המראה שעומדים בפני בית המשפט", **מקור ראשון** 18/5/2021.

<sup>56</sup> רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (נבו) 19.8.2019.

<sup>57</sup> לניסיונות להסביר את א-הסימטריה בין איסור הפליה המוטל על ספקי שירות ובין העובדה שאיסור כזה אינו מוטל על צרכנים ראו: Katherine Bartlett & Mitu Gulati, *Discrimination by Customers*, 102 *Iowa Law Rev* 223-257 (2016); Saul Levmore, *Title VII Tinder: Law's Antidiscrimination Asymmetry and Occasional Market Superiority*, 68 *Ala. L. Rev* 877 (2017).



סירוב כזה הוא לגיטימי – לפחות לפי חוק איסור הפליה – הוא כאשר ספקים מתבקשים לשתף פעולה עם פרויקטים להם הם מתנגדים באופן עמוק.

### ו. תיקוני חקיקה

במצב המשפטי הנוכחי, הדרך היחידה לפטור את גוני ומשי מהחובה לשרת את נציגות 'אפרת' היא לאמץ את הפרשנות שהצענו לסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה שלפיה החוק חל רק על ספק שמה שמניע אותו בסירוב לשרת לקוחות מסוימים הוא הדיעה הקדומה שיש לו נגדם, ולא על ספק שמה שמניע אותו הוא רצונו לא ליטול חלק בפרויקט שהוא מתנגד לו באופן עמוק. אבל אם הטיעון שהצגנו כאן משכנע, אולי כדאי לחשוב על תוספת לחוק שתחריג במפורש מקרים מהסוג הנדון.

המקום הטבעי לתוספת כזאת הוא סעיף קטן 3(ד) שעוסק בהחרגות לאיסור הפליה. ניתן להוסיף לסעיף זה את פסקה (4), כדלקמן:

(ד) אין רואים הפליה לפי סעיף זה –

[...]

(4)(א) כאשר סירוב הספק לשרת את הלקוח, או לספק את המוצר המבוקש, איננו מחמת אחד המאפיינים הנזכרים בסעיף 3(א), אלא מחמת ניגוד חזיתי בין הספקת השירות או המוצר לבין מצפוננו של הספק, ובלבד שתוכן המצפון של הספק אינו איסור לשרת בני אדם בעלי אחד המאפיינים המנויים בסעיף 3(א).

4(ב) רואים את התנאים בסעיף 4(א) כמתמלאים אם הוכיח הספק שהיה מסרב לספק את אותו השירות לכל מי שהיה מבקש זאת ממנו וכי היה מוכן לספק ללקוח המסורב שירות אחר.

בהמשך לאמור בפרק ה, נטל הראיה המוטל על הספק איננו טריוויאלי. הסירוב שלו לשרת לקוחות בעלי המאפיינים הנזכרים בסעיף 3(א) מייד מחשיד אותו כמי שמונע על-ידי דיעה קדומה כלפי הלקוחות המסורבים וכוונה, מודעת יותר או פחות, להפלות אותם לרעה. כדי לסלק את החשד, הספק יצטרך לעמוד כדי להראות שהסירוב שלו עומד בתנאים שפורטו בפרק הנ"ל. השיקולים שפורטו שם יעמדו מול עיני בית המשפט בבואו להכריע שהספק אכן הרים את נטל הראיה והוכיח שסירובו לשרת את התובע לא היה מחמת אחד המאפיינים הבעייתיים המנויים בחוק.

קופלמן מעלה הצעה אחרת<sup>58</sup>. לדעתו יש להתנות את ההחרגה הנ"ל בכך שבעל העסק יודיע מראש במקום בולט – בכניסה לבית העסק או באתר האינטרנט שלו – שהוא לא מעניק שירותים מסוימים, למשל לא מצלם נישואים חד-מיניים, לא מפיץ פוסטרים נגד הפלות, או לא מסייע להקים התנחלויות. הודעה כזאת עשויה למנוע או לפחות לצמצם את תחושת ההשפלה וההדרה הצפויה למי שנכנס לבית עסק ומסורב. היא גם עשויה להעיד על מחויבותו של בעל העסק לעקרונות שהוא מאמין בהם ועל נכונותו לשלם מחיר על כך.<sup>59</sup> כך למשל, בחלקים גדולים של תל אביב 2022, צלם

<sup>58</sup> קופלמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 138 ואילך.

<sup>59</sup> ניתן להבחין בין הצהרה "צרה" לפיה הספק אינו מספק שירות נקודתי מסוים לבין הצהרה "רחבה" לפיה העסק מתנהל, למשל, כעסק נוצרי. ואכן, בפרשת **אשרס** בית המשפט העליון בבריטניה הדגיש כי בעלי המאפיה לא טרחו ליידע את הציבור כי הם מעוניינים לנהל את מאפיינתם בהתאם לאמונתם הדתית. פרשת **אשרס**, לעיל ה"ש **שגיאה!**

חתונות שיצהיר שהוא לא מצלם חתונות חד-מיניות יפסיד לקוחות; לא רק זוגות חד-מיניים אלא גם כאלה שתומכים בנישואים של זוגות אלה ועשויים להתקומם כאשר יראו הודעה כזאת. אם הצלם מוכן לקחת את הסיכון הכלכלי (והחברתי) הנ"ל כנראה שהוא באמת מושקע בהתנגדות שלו לנישואים חד-מיניים ולכן הוא מועמד ראוי להגנה.

הצעה זו מתיישבת עם הטיעון שהעלינו בסעיף 2 לעיל שלפיו כאשר השירות המבוקש נוגד את מצפוננו של הספק ניתן לראות את השירות כנופל מחוץ ל"עיסוקו" של הספק. בהתאם לכך, ספק שמצהיר במפורש מראש (כלומר, בטרם פנה אליו לקוח ספציפי) שהוא לא מספק שירות מסוים (למשל קמפיין לשיווק בשר חזיר) יוכל לטעון באופן סביר שהשירות הזה איננו כלול בתחום עיסוקו ושלאחר הסירוב שלו לספק אותו איננו בגדר הפליה.

ברם להערכתנו מודעות מן הסוג שקופלמן מדבר עליהן עלולות להיות "מדבקות", להגביר את הקיטוב החברתי, ולגרום לספקי שירות להיות פחות מתפשרים ופחות וסבליים. כמו כן, בסביבה שבה יש עוינות לקבוצות מסוימות, למשל ללהט"בים, ספקים עלולים דווקא להרוויח מבחינה כלכלית מפרסום הודעות כאלה, מה שגם קושי הולך וגדל לחברי הקבוצות לקבל שירות ותחושה הולכת ומעיקה של הדרה. לכן, בהתחשב בכול, אנחנו מתנגדים אפילו לגרסה ה"צרה" של הצעה זו.

הצעת התיקון שלנו שונה מזו שהונחה על שולחן הכנסת העשרים ושלוש בחודש יוני 2020<sup>60</sup>, שלפיה יש להוסיף סעיף לחוק איסור הפליה, שיקבע כך:

(3)(ד)4) כאשר הדבר נעשה בשל אמונתו הדתית של מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, או כדי למנוע פגיעה בחלק מן הציבור בשל אמונתו הדתית בהספקת מוצר או שירות ציבורי, בכניסה למקום ציבורי או במתן שירות במקום ציבורי; הוראות פסקה זו לא יחולו על המדינה וכן אם המוצר או השירות הציבורי הוא חיוני ולא קיימת לו חלופה סבירה בנסיבות העניין.

הצד השווה בין הצעה זו להצעתנו הוא ההכרה שיתכנו מצבים בהם הסירוב לשרת לקוחות נובע מאמונתו הדתית של הספק, ועל כן לא מדובר במקרה של הפליה. אבל מלבד זאת, קיימים הבדלים משמעותיים בין ההצעות:

ראשית, ההצעה בכנסת מחילה את הפטור/ההחרגה רק על סירוב לשרת מתוך אמונה דתית, ולפי זה ספק שמצפוננו החילוני מונע ממנו לספק שירות מסוים (כמו במקרה של גוני ומשי) לא יזכה לסעד, מה שנראה לנו לא סביר ולא צודק.

שנית, לפי הצעת החוק, אם אדם מסרב לספק שירות לערבים כי אמונתו הדתית מצווה עליו להימנע מכך, הוא לא ייחשב מפלה, מסקנה שנראית לנו אבסורדית שהרי מדובר בסירוב ליתן שירות בשל מאפייני הלקוח. לעומת זאת, לפי תפיסתנו ספקים עשויים להיחשב לא-מפלים כשהם מסרבים

<sup>60</sup> הסימניה אינה מוגדרת. בפס' 9. לא ברור בפסק הדין עד כמה עובדה זו הייתה משמעותית לאור התוצאה הסופית של בית המשפט אשר פסק כזכור בעד המאפיה. לעניות דעתנו, הצהרה "רחבה" שהעסק מתנהל כעסק נוצרי, אינה יכולה לפטור את הספק, גם אילו סברנו שהצהרה "צרה" יכולה. הטעם לכך הוא שהצהרה "רחבה" מספקת מידע חלקי ועמום מידי לגבי השירות שהם צפויים לקבל, או לא, מצד הספק. הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון – מניעת פגיעה באמונה דתית), התש"ף-2020. להלן: 'ההצעה בכנסת'.

לשרת לקוח מסוים רק כאשר הם יכולים באופן סביר לטעון שתוכן השירות המבוקש (תמיכה במאבק נגד הפלות; תמיכה במפעל ההתנחלויות; וכך הלאה) מנוגד לעקרונותיהם העמוקים.

שלישית, לפי ההצעה בכנסת, מותר לספק לסרב לשרת לקוחות בעלי מאפיינים מהסוגים המפורטים בסעיף 3(א) אפילו כשהספקת השירות אינה מנוגדת למצפוננו שלו אלא ל"אמונתם הדתית" של **אחרים**. משמעות הדברים היא שאם "חלק מן הציבור" חושב שמבחינה דתית אין לספק שירות לערבים, אז גם אם ספק ספציפי לא חושב כך, מותר לו לסרב שירות לערבים (**מפני** שהם ערבים), כדי לא "לפגוע" באותו חלק מן הציבור. להצעה שלנו אין כמובן ההשלכה הבעייתית הזאת<sup>61</sup>.

### ז. תביעות "הפוכות" לצבע הקשת

הפסיקה בעניין **צבע הקשת** הולידה יוזמות משפטיות שמטרתן להביא לכך שבעתיד מי שפועל מתוך אמונתו/מצפוננו ולא מתוך עוינות ללקוח לא ייחשב מפלה. יוזמה אחת היא הצעה לתיקון חקיקה שבה דנו בסעיף הקודם<sup>62</sup>. יוזמה אחרת היא תביעות "הפוכות" כלומר תביעות מן הצד השני של הקשת הפוליטית/אידיאולוגית, שמטרתן להביך את מערכת המשפט ולגרור לשתי תוצאות רצויות: (א) יצירת קואליציה רחבה, משני צדי הקשת הפוליטית/אידיאולוגית, לשינוי החוק ברוח התיקון לעיל, (ב) חשיפת מה שיוצג כחוסר היושר, או הצביעות, של מערכת המשפט, מה שיחזק את המאבק **הכללי** במה שנתפס בעיני רבים בימין כמגמות פוסט-ציוניות במשפט הישראלי.

במסגרת יוזמה זו, דווח לאחרונה על שתי תביעות. אחת כבר נזכרה לעיל<sup>63</sup>, והיא תביעתו של ארגון להב"ה נגד יריב ויינברג מסטודיו "סימנים", לאחר שסירב לפי הנטען ליצור סדרת סרטוני תדמית עבור הארגון ואף לא העביר הצעת מחיר בטענה כי אידיאולוגיית להב"ה מנוגדת לתפיסת עולמו. מכתב התביעה הזכיר במפורש את פסק הדין בעניין צבע הקשת "בו נקבע במפורש כי גם סירוב למתן שירות הנובע משיקולים אידיאולוגיים או דתיים אינו יכול לאפשר הפליה אסורה" ותבע 50,000 ₪ בגין הפרת חוק ההפליה.

התביעה השנייה הוגשה על-ידי יאיר קהתי מתנועת "חוזרים להר" הפועלת לעליית יהודים להר הבית ולחופש הפולחן. קהתי ביקש להדפיס פלאיירים עבור התנועה בבית הדפוס "אלהודא" באום אלפחם, וסורב על-ידי בעלי בית הדפוס, ג'מאל מחאמיד. במייל ששלח לקהתי רשם מחאמיד: "איזה הר הבית ואיזה אבטיח – זה מסגד אלאקסא שלנו של המוסלמים – לך לעזאזל"<sup>64</sup>. בעקבות זאת, הגיש קהתי תביעה לבית משפט לתביעות קטנות בנצרת בטענה שבית הדפוס הפר את חוק איסור הפליה ולכן חייב לפצותו. גם בתביעה זו הייתה הסתמכות על פסקי הדין בעניין **צבע הקשת**. התגובה האינסטינקטיבית לתביעות אלה היא שהן פרובוקציה גרידא ושלכן יש לדחותן על הסף. אבל, כפי שטען גיל גן-מור –

<sup>61</sup> להצעה חקיקה בהקשר האמריקאי ברוח הגישה שלנו, ראו Alex Riley, Religious Liberty vs. Discrimination: Striking a Balance When Business Owners Refuse Service to Same-Sex Couples due to Religious Beliefs, 40 S. ILL. U.L.J. 301 (2016). אבל קיימים שני הבדלים בולטים בין הגישה שלנו לשלו. ראשית, ההצעה של רילי מצומצמת (להשתתפות ב-) טקסי נישואין בלבד. שנית, הוא ממשיג את ההצעה כאיזון בין כיבוד המצפון לבין הרצון להימנע מהפליה, בעוד לשיטתנו כאשר הסירוב הוא מצפוני אין כלל הפליה.

<sup>62</sup> התופעה של שינויי חקיקה בתחום של דת ומדינה כדי להתגבר על פסיקת בתי המשפט מוכרת גם במדינות אחרות. ראו במיוחד החקיקה בארה"ב של ה-Religious Freedom Restoration Act בשנת 1993, שקודם בתגובה לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

<sup>63</sup> ראו הערה 55 לעיל.

<sup>64</sup> איילת כהנא, "פרשיית דפוס הלהט"ב: מקרי המראה שעומדים בפני בית המשפט", **מקור ראשון** (18.5.2021).

אין פסול בתביעות שמבוססות על בחינות יזומות, גם אם אינן משקפות חשיפה אותנטית ומקרית להפליה, ואין מקום לשלול את זכות התביעה ממי שתובע כ"בוחר" (טסטר) גרידא, וכי יש לאמץ בעניין את הדוקטרינה האמריקנית. שימוש בבחינות יזומות יכול לחשוף רובד שלם של הפליה סמויה ומוסווית היטב, שקורבנותיה מתקשים להיאבק בה, ואף לא תמיד מודעים לה.<sup>65</sup>

יש אומנם חילוקי דעות בקרב השופטים לגבי חלק מהמקרים שנכללים בקטיגוריה הנדונה, אבל הם חלים רק על אותם מקרים יוצאי דופן שבהם מדובר בתובע יחיד (דהיינו תובע שאיננו פועל כ"בוחר" מטעם ארגון כלשהו), שלגביו יש מקום לחשוד שמניעיו כלכליים גרידא (שהוא "תובע סדרתי"). אפילו במקרים אלה מזהיר השופט פוגלמן מדחייה אוטומטית של התביעות וקורא לבחון כל תביעה לגופה. לדבריו, "בהיותה של ההפליה כלפי הנמנים על הקבוצות המוגנות בחוק תופעה חברתית מושרשת ורחבה, ייתכן שאדם ייחשף אליה באופן חוזר ונשנה, בהקשרים ובהזדמנויות שונות"<sup>66</sup>, לכן ה"סדרתיות" אינה ראייה חותכת לגישה מניפולטיבית וצינית מצד התובע. בכל מקרה, בתביעות שהזכרנו ברור שהארגונים הנזכרים ("חוזרים להר" וארגון להב"ה) לא התכוונו להפוך את החוק "כקרדום לחפור בו לייצור הכנסות" כמו במקרה של תובע "סדרתי" ידוע,<sup>67</sup> אלא פעלו כדי לחשוף את מה שהם תופסים כהטיה בלתי-צודקת של מערכת המשפט, שמכבדת לדעתם את מצפונם ורגשותיהם של מוסלמים יותר מאשר את אלה של יהודים. לכן אין הצדקה לשלול את התביעות על הסף על בסיס העובדה שהן יזומות.

כיצד צריכים בתי המשפט לפסוק בתביעות אלה? לגבי התביעה של ארגון "להבה", הרי שכאמור לעיל בגלל שמדובר במה שפנינו מעורבות עבה, שמערבת יצירה אמנותית, ראוי לפטור את הסטודיו מהחובה לספק את השירות. לגבי התביעה של "חוזרים להר", המצב יותר מסובך. בדומה לעובדות **בצבע הקשת**, "חוזרים להר" הצליחו לייצר מקרה שדומה להפליא **לצבע הקשת**, כולל – מה שלא היה תלוי בהם! – תגובתו הבוטה והחד-משמעית של בית דפוס אלהודא. תגובה זו מראה לכאורה שבית הדפוס היה מסרב לספק ל"חוזרים בהר" כל שירות, ולכן מדובר לכאורה במקרה ברור של הפליה על רקע השקפה. מן העבר השני, בניגוד למה שקרה **בצבע הקשת**, במקרה של "חוזרים להר" הסירוב היה לאחר שבעל בית הדפוס נחשף לתוכן הפרויקט, ועל כן יתכן ובכל זאת יצליח לשכנע כי היה מסכים לתת לתובעים שירותי דפוס אחרים, וכי היה מסרב להדפיס תוכן דומה מכל אחד אחר.

## ח. סיכום ומסקנות

התופעה של הפליית בני אדם בשל דתם, גזעם, נטייתם המינית וכך הלאה מקוממת כשם שהיא רווחת, וטוב עשה המחוקק שקבע חוק מיוחד לעניין זה שמאפשר למופלים לתבוע בקלות יחסית פיצויים מאלה שהפלו אותם. כאשר ספקים מסרבים לספק לפלוני מוצר או שירות מסוים בלא

<sup>65</sup> גיל גן-מור, "עמרי קיס לוחם שוויון (!)", עמרי קיס לוחם שוויון [?]: בעקבות ת"א (קריות) 15-11-62451 קיס נ' גאטר – קפה מסעדה בע"מ, **מבזקי הארות פסיקה** 92 (יוני 2019), עמ' 13. וראו גם הנ"ל, "הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי" **מעשי משפט** ט 207 (2018).

<sup>66</sup> רע"א 16/197 קיס נ' ק.צ. יחסי ציבור ויזמות בע"מ (פורסם בנבו, 2016.1.26).  
<sup>67</sup> תא"מ (הרצ'י) 13-06-48644 קיס נ' א ס קוביס בע"מ, פס' 19 (פורסם בנבו, 26/12/2015). תביעה אחרת שהגיש קיס נתקלה בגישה הרבה יותר אוהדת של בית המשפט: "החוק נועד למנוע, או לצמצם ככל האפשר את התופעה של הפליית מגזרים שונים בחברה הישראלית בכניסה למועדונים ומקומות ציבור נוספים, והחלטתו של התובע לעמוד על זכויותיו בעניין זה בכל פעם שהוא סבור שהוראות החוק מופרות, לא רק שאינה ראויה לגנאי, אלא להפך. הוא משמש לכאורה כתובע ייצוגי, נושא דגל המאבק בהפליה עבור אחרים, לצורך ענייננו, ערבים, שאולי מוצאים עצמם לעתים מבוזים ומושפלים בשערי מועדונים, אך בוחרים להרכין ראש ולא לעמוד על זכויותיהם". תא"מ (שלום ת"א) 13-01-20135 קיס נ' השם יעזר בע"מ, פס' 200 (פורסם בנבו 15.3.2014). ראו גן-מור, "עמרי קיס לוחם שוויון [?]" עמ' 10.

הצדקה נראית לעין, וכאשר המסורב שייך לקבוצה מוחלשת שנוטה לסבול מיחס שלילי, הנחת העבודה היא שהסירוב נובע מיחס כזה מצד הספק, ולכן מדובר בהפליה אסורה. נטל הראיה מונח על כתפי הספק להוכיח שלמרות שלקוח פלוני נראה דומה מכל הבחינות הרלבנטיות ללקוח אלמוני, העובדה שפלוני סורב נובעת מטעמים הקשורים נקודתית באופי השירות המבוקש ולא מכך שהלקוח הינו, למשל, מזרחי, אתיופי או טרנסגינדר. לא קל להרים נטל זה. מטרתנו במאמר זה הייתה להצביע על נסיבות מסוימות שבהן הדבר **ניתן**, רוצה לומר: נסיבות שבהן הסירוב לא נובע מדיעה קדומה נגד הלקוח ורצון להתאנות לו, אלא מרצונו של הספק שיפטר אותו מלהשתתף בפעילות שהוא מתנגד לה באופן עמוק. בכפוף לתנאים שהזכרנו, סירוב לשרת אדם בנסיבות אלה לא ייחשב הפליה.

מדברים אלה לא נובע הקשר להתייחס בצורה מרעה לחברי קבוצות מסוימות רק בשל העובדה שהתפיסה הדתית או האידיאלוגית של האדם מחייבת זאת. בעלת עסק אינה רשאית לסרב לשרת מתנחלים במסעדה שלה או להעסיק אותם במפעל שלה בשל סלידתה המוסרית ממפעל ההתנחלויות, ולא ניתן להמשיג סירוב זה כסירוב "לתמוך בהתנחלויות". באותו אופן בעל בית דפוס אינו רשאי לסרב לפתח תמונות נוף עבור לקוח הומוסקסואל על בסיס הטענה שהוא "מתנגד להומוסקסואליות אבל לא להומוסקסואלים". המעורבות שממנה ספק עשוי להיפטר לפי הפרשנות שלנו היא מעורבות בפעילות או בפרויקט שניתנים לאיפיון עצמאי שאיננו תלוי בזהותו של המבקש, כלומר **בנסיבות שבהן ניתן להפריד בין הפרויקט לבין הלקוח**. בנסיבות כאלה, הפטור יינתן בתנאי שהספק היה מסרב להעניק את השירות או המוצר לכל מי שהיה מבקש זאת ממנו, ושהוא לא היה מסרב להעניק ללקוח (או ללקוחות המשתייכים לאותה קבוצה דתית/גזעית/לאומית וכך הלאה של הלקוח המסורב) שירותים אחרים.

מן הבחינה הראייתית הנטל הוא על ספק שסירב שירות ללקוח בעל מאפיינים "בעייתיים" להוכיח שסירובו לא נבע מחמת המאפיינים המנויים בחוק ועל כן לא היה בו משום חוסר כבוד כלפי הלקוח. ראיות כאלו לא תמיד קל להשיג אם כי, כפי שראינו לעיל, לעיתים קיימות ראיות ישירות דווקא לעמדה ההפוכה- זו של חוסר כבוד. כך היה בפרשות **צבע הקשת ויד השמונה**, בהן הוצגו ראיות כתובות לפיהן הספק לא מוכן היה לשרת להט"בים כלל. במקרים היותר שכיחים לא תהיינה ראיות ישירות מעין אלו ואז אחריותו של הספק לשכנע כי מתקיימת הפרדה בין הלקוח והפרויקט. דרך המלך לעשות זאת היא להראות שמתמלאים שני התנאים בהן דנו לעיל, דהיינו שהוא היה מסרב שירות זהה לכל לקוח אחר וכי היה מספק ללקוח המסורב כל שירות אחר. אלא שלעיתים גם את זה קשה להראות בצורה ישירה למשל כי הלקוח לא מעוניין בשום שירות אחר. במצבים אלו של אי וודאות יהיה על בית המשפט להתחשב בראיות נסיבתיות נוספות כגון מידת הפגיעה החזיתית במצפון של הספק, עובי מעורבותו, ועוד שיקולים אותם מנינו לעיל, כדי להשתכנע שלא מדובר בהפליה.

חשוב להדגיש: מה שהצענו כאן איננו איזון בין איסור ההפליה וחופש המצפון באופן כזה שלעתים מתיר להפלות כדי לא לפגוע במצפון. טענתנו הייתה שמקרים מסוימים שנראים כמו הפליה כי מסורב השירות הוא בעל מאפיינים "בעייתיים" כלל אינם הפליה, כי בעל העסק המסרב לא פועל מתוך עוינות וחוסר כבוד כלפיו; הוא לא סירב לשרתו מחמת אחד מהמאפיינים הללו. לכן מי שמסרב לספק שירות לערבים על בסיס המחויבות שלו לפסיקותיו של רב שקבע כי הדבר מנוגד להלכה מפר באופן חד-משמעי את חוק איסור הפליה. הוא עושה בדיוק את מה שהחוק נלחם נגדו;

מתייחס לבני אדם בצורה מרעה בגלל מאפיינים מהסוג המנוי בסעיף 3(א). כיבוד המצפון אינו משמש בסיס לפטור בני אדם מהוראות חוק ברורות, אלא הוא טעם לטובת פרשנות מסוימת של חוק איסור הפליה.<sup>68</sup>

הנכונות לפטור ספקים דתיים משירות שמשמעותו תמיכה בנישואים חד-מיניים עשויה להיתפס כמהלך מסוכן שסופו הפליה והדרה רחבות נגד קהילות מוחלשות בכלל ונגד הקהילה הגאה בפרט. כפי שניסח זאת שטרן, "inevitably, it will soon stretch to restaurants, hotels, movie theaters – in short to all facets of public life. A religious right to discriminate against gay people will lead directly to anti-gay segregation".<sup>69</sup> בהקשר האמריקאי דומה שהחשש ממדרון חלקלק זה, לפחות בהקשר של זכויות הלהט"בים, איננו מבוסס כי, כפי שציין קופלמן, כמעט כל הפטורים שדתיים מבקשים הם בהקשר של טקסי חתונות, שאותם הדתיים תופסים כבעלי משמעות דתית, שלא יכולים לכלול זוגות חד-מיניים. גם הנוצרים השמרנים בארה"ב אינם מכחישים ברובם שלהט"בים זכאים לשירותים אחרים כמו כל אדם אחר.<sup>70</sup> לעומת זאת, בהקשר הישראלי, מה שבית הדפוס ביקש בפרשת **צבע הקשת** היה פטור רחב יותר מלשרת את הקהילה הגאה, בהקשר שאינו קשור לנישואים חד-מיניים, והיענות לבקשה זו אכן נראית כתחילת החלקה במדרון בעייתי. זו אולי סיבה נוספת לכך שנכון היה לא להיענות לה.

לבסוף, הפרשנות המוצעת לחוק איסור הפליה מניחה וגם מחזקת עמדה מסוימת בדיון הפילוסופי המתמשך בשאלה מה הופך הפליה להפליה אסורה (wrongful discrimination) שלפיה מה שגרוע מוסרית במקרים הטיפוסיים של הפליה הוא הכישלון הטבוע בה בהבעת כבוד שווה לבני אדם.<sup>71</sup> טענתנו המרכזית במאמר היא שכאשר ברור לחלוטין שסירוב לספק שירות איננו מבטא כישלון כזה, אלא התנגדות נקודתית לקחת חלק משמעותי בפרויקט לו הוא מתנגד עמוקות, אין הוא נכלל בגדר הפליה אסורה.

<sup>68</sup> לדעת יגיל הנקין, "העולם כבר אינו ליברלי", השילוח 25 (2021), 135-156, הסיור להכיר במצפונם של ספקים בנסיבות מהסוג שתואר במאמרנו קשור למגמה תרבותית רחבה בעולם המערבי שמפרשת חירויות כמו חופש הביטוי וחופש הדת באופן מצומצם ותומכת בחוסר סובלנות כלפי ערכים שנתפסים כמטעים.

<sup>69</sup> Mark Joseph Stern, ANTI-GAY SEGREGATION MAY SOON BE COMING TO OREGON, SLATE (Feb. 4th, 2014). מצוטט ע"י קופלמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 50.

<sup>70</sup> שם.

<sup>71</sup> ראו הערה 7 לעיל.