



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

בעניין: האגודה לשמירת זכויות הפרט, ע.ר

המערערת ע"י ב"כ עוה"ד הישאם שבאיטה ומשה שוחטמן

נגד

מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ

המשיב ע"י ב"כ עוה"ד מתנאל מזור (משרד יהודה רוה)

פסק דין

בפניי ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב (כב' השופטת לימור רייך) בתא"מ 44551-11-10, שניתן ביום 28.12.11, במסגרתו נדחתה תביעת המערערת לקבלת פיצוי הן לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן: "חוק איסור הפליה" או "החוק"), והן לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

העובדות ופסק דינו של בית משפט קמא

1. המערערת, האגודה לשמירת זכויות הפרט (להלן: "המערערת" או "האגודה"), הינה עמותה ללא מטרת רווח, הפועלת למען הקהילה הגאה בישראל.

המשיב, מקור ראשון (הצופה) בע"מ (להלן: "המשיב" או "העיתון"), הוא עיתון בעל צביון ייחודי המיועד בעיקרו לקהל קוראים דתי-לאומי.

2. האגודה פנתה ביום 02.03.10 לעיתון, באמצעות אתר האינטרנט שלו, וביקשה לפרסם מודעה בעניין קיומו של קו קשב לחברי הקהילה הגאה.



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: **כב' השופטת רות לבהר שרון**

למחרת, ביום 03.03.10, יצר מר חלמינסקי מטעם העיתון קשר עם מר טל מלחי מטעם האגודה, והסביר לו את התנאים והמחירים המקובלים, כאשר עוד באותו יום סוכם כי המודעה תפורסם במוסף סוף השבוע, ביום 19.3.10, וכי המחיר הוא 1,400 ₪ בתוספת מע"מ. הזמנת הפרסום נחתמה בהתאם לכך עוד באותו יום. בהקשר זה יצוין כי בטופס ההזמנה מיום 03.03.10 מצויין באשר לתוכן המודעה כדלקמן: **"יש עם מי לדבר קו קשב מידע ותמיכה לקהילה הגאה"**.

לטענת המערער, ביום 09.03.10 התקשר מר חלמינסקי למר מלחי ואמר לו כי יש ספק בקשר לאפשרות פרסום המודעה, ואולם למחרת ביום 10.03.10 הודיע לו כי בדק את הנושא, והמודעה אושרה.

ביום 16.03.13 שלח מר מלחי, לבקשת מר חלמינסקי, את המודעה למחלקה הגרפית של העיתון.

יצוין, כי מדובר במודעה המביאה לידיעת הציבור קיומו של קו קשב ומידע לקהילה הגאה, שגודלה כ-4 ס"מ X 6 ס"מ, בצבעים צבעוניים, וזו לשון המודעה:

"את מבולבלת? אתה מפחד?"

רוצה לדבר על זה?

את/ה לא לבד - יש עם מי לדבר

קו הקשר והמידע לקהילה הגאה

03-6205591

ימים א-ה 19:30-22:30

"www.glb.org.il



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

[צילום המודעה כפי שביקשו לפרסמה מופיעה בעמ' הראשון לכתב הערעור].

במועד שבו אמורה הייתה המודעה להתפרסם בעיתון גילתה המערערת שהמודעה לא פורסמה, וזאת בשל ווטו שהוטל על ידי המערכת. גם בקשת האגודה לפרסם את המודעה בעיתון הבא סורבה.

3. בתביעתה, התמקדה המערערת בשתי עילות עיקריות: האחת, הפרת חוזה שהשתכלל לטענתה בין הצדדים לאור הזמנת הפרסום, וסיכום פרטי הפרסום והמחיר, והופר באי פרסום המודעה. מנגד, טען העיתון, כי לא נכרת הסכם, שכן כל פרסום של מודעה כפוף לאישורו של העורך האחראי, וזה האחרון החליט שלא לאשר את פרסום המודעה, ומשכך לא נכנס ההסכם לתוקף. העילה השנייה, הפרת חוק איסור הפליה, כשלטענת המערערת תחום ההתקשורת נכלל באופן מפורש בהגדרת "שירות ציבורי" שבסעיף 2 לחוק, והתנגדות העיתון לפרסם את המודעה מהווה הפליה בניגוד לחוק. מנגד, טען העיתון כי הוא פעל כדין, שכן במקרה זה חלים החריגים שבחוק, ועל כן לא היה חייב לפרסם את המודעה. עוד טען העיתון כי פרסום מודעות בעיתון איננו "שירות ציבורי" ככוונת המחוקק, שהרי מדובר בציבור מסוים, ואילו ההגדרה בחוק היא "לציבור בלתי מסוים".

4. **בית משפט קמא דחה את התביעה**, וקבע כי לא נכרת עדיין הסכם מחייב בין הצדדים, תוך שקיבל את טענת העיתון כי פרסום המודעה בעיתון כפוף לאישור סופי של העורך האחראי בעיתון, וכי זהו תנאי מתלה, שכל עוד לא ניתן אישור העורך, ההסכם איננו מחייב את העיתון.

באשר לטענת הפרת חוק איסור הפליה - בית המשפט קיבל את טענת העיתון לתחולת החריג במקרה דנן, וקבע לאור סעיף 3(ד) לחוק - המקנה לכלי תקשורת זכות לסרב לפרסם דבר אם הסירוב בא להגן על האינטרס של הציבור הנמנה על



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

קהל קוראיו - כי אי פרסום המודעה אינו מהווה הפליה של האגודה על רקע נטייה מינית. באיזון הראוי בין הצדדים, קבע בית משפט קמא כי יש לבכר את האינטרסים של העיתון על פני האינטרס של האגודה שיכול להיות מושג בנקל בדרכים אחרות, שאינן מנת חלקו של העיתון.

טענות הצדדים בערעור

5. המערערת חוזרת על טענותיה כפי שהועלו בפני בית משפט קמא, ומדגישה, כי שגה בית המשפט כשקבע כי לא נכרת הסכם מחייב בין הצדדים. לטענתה, נכרת בין הצדדים הסכם מחייב, לאחר שכל הפרטים המהותיים הוסכמו, כאשר תוכן המודעה צויין במפורש, והעיתון הפר את ההסכם כשסרב לפרסם את המודעה. לטענת המערערת, אין בעובדה שהעיתון לא חתם על הטופס כדי להעיד על אי קיומו של חוזה מחייב, שכן החתימה על חוזה באופן פורמאלי אינה תנאי לקיומו של חוזה. מוסיפה וטוענת המערערת, כי לאור סעיף 20 לחוק החוזים (חלק כללי), לא עומדת לעיתון עילה חוקית לביטול החוזה, שהרי לא נשלחה כל הודעת ביטול למערערת.

לחילופין, טוענת המערערת, כי גם אם לא נכרת חוזה מחייב בין הצדדים, העיתון הפר את חובת תום הלב בשלב הטרם חוזי. לטענתה, בנסיבות העניין, המו"מ בין הצדדים הגיע לשלב מתקדם שניתן לראות בו כנקודת אל חזור, שכן פרטי ההסכם סוכמו במידה ניכרת, והתנהגות העיתון באי פרסום המודעה, במיוחד מבלי שהודיע על כך מראש למערערת, מהווה הפרה בוטה של חובת תום הלב ושל סעיף 12(א) לחוק החוזים, ויש בהתנהגות העיתון כדי להוכיח את טענת המערערת לפיה העיתון לא פסל את המודעה בשל נוסחה, אלא העיתון פסל למעשה את המערערת ואת הקהילה אותה היא מייצגת.



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

לטענת המערערת, שגה בית המשפט כשקיבל את טענת העיתון שהפרסום כפוף לאישור סופי של העורך האחראי בעיתון, שכן מדובר בטענה שנויה במחלוק שלא הוכחה בהעדר תצהירים, ללא הוכחות, ושמיעת עדים.

6. בנוסף המערערת מלינה על דחיית טענתה להפרת חוק איסור הפליה. לטענתה, החוק חל במקרה זה, ולא מתקיימים החריגים המתירים לעיתון שלא לפרסם את המודעה. לטענתה, עיתון הוא בעל תפקיד מרכזי כבמה לביטוי השיח הציבורי, ומכאן שהעיתון אינו מוצר ככל המוצרים ואינו עסק פרטי רגיל. לטענתה, בית המשפט התעלם כמעט לחלוטין מתפקיד זה של העיתון, כאשר נתן משקל יתר לזכות הקניין של המשיב כעיתון פרטי.

לטענת המערערת, אין בתוכן המודעה משום פגיעה ברגשות דתיים, שהרי על פי גרסת העיתון עצמו, מפורסמות בו כתבות העוסקות בנושא ההומו-לסבי בדרכים שונות, כאשר ע"פ הפסיקה "רק פגיעה קיצונית, גסה ועמוקה עשויה להצדיק את הגבלתו של חופש הביטוי" (בג"ץ 806/88), ואין זה המקרה. בהקשר זה, טוענת המערערת, כי שגה בית משפט קמא כשביסס החלטתו על תפיסה מוטעית וסטריאוטיפית של הקשר בין הציבור הדתי לבין זהות הקהילה הגאה. עוד לטענתה, שגה בית המשפט כשקשר, וציין זאת במפורש, בין זהות מינית לאקט המיני ובמיוחד למשכב זכר.

עוד טוענת המערערת, כי הנימוק שציין בית המשפט, לפיו העיתון בעצמו מפרסם כתבות בנושא "הנטייה המינית והתייחסות לפיה גם במגזר הדתי ישנם כאלה שנמנים על הקהילה", צריך היה להיזקף לחובת סירובו של העיתון לפרסם את המודעה. עוד בהקשר טוענת המערערת, כי הכשרת הסירוב מקנה בידי העיתון שיקול דעת רב המהווה פגיעה קשה ובלתי מידתית בחופש הביטוי.



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

7. מנגד, טוען העיתון, כי לא נכרת בין הצדדים הסכם, וכי בצדק קבע כך בית משפט קמא, על סמך הראיות שהובאו בפניו, ומדובר בקביעה עובדתית שאין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעות כגון אלה. מוסיף וטוען העיתון, כי אין מחלוקת כי העורך האחראי לא אישר את פרסום המודעה, כשלטענתו, מדובר היה בתנאי מתלה של ההסכם, וכי הובהר על ידי נציג העיתון למערערת, לאורך כל ההתקשרות כי על אף שהפרטים הטכניים סוכמו (גודל המודעה, מחיר וכו'), לא יינתן אישור לפרסום לפני שהמערערת תעביר את נוסח המודעה, ולפני אישורו של העורך האחראי. בהקשר זה, טוען העיתון כי נוסח המודעה נשלחה אליו רק ערב לפני ירידת העיתון לדפוס, על אף שהמערערת יכולה הייתה לשלוח את נוסח המודעה כבר כשבועיים קודם לכן, ומכאן לטענת העיתון דווקא התנהלות המערערת היא שנגועה בחוסר תום לב, אולי בציפייה כי משלוח ברגע האחרון יסייע בידה לפרסום המודעה. עוד טוען העיתון, כי הודע למערערת באופן מיידי על אי מתן אישור הפרסום.

8. באשר לטענת ההפליה, טוען העיתון כי חוק איסור הפליה אינו חל במקרה זה, שכן לטענתו, ובניגוד ל אשר נקבע על ידי בית משפט קמא, פרסום מודעות בעיתון איננו "שירות ציבורי" ככוונת החוק. הציבור אליו מיועד העיתון הנו ציבור מסוים, בעל מאפיינים מסוימים, בעוד שעל פי הגדרת חוק איסור הפליה, החוק מתייחס רק ל"ציבור בלתי מסוים".

מוסיף וטוען העיתון, כי בכל מקרה חוסה המקרה דנן, כפי שקבע בית משפט קמא, תחת החרג שבסעיף 3(ד) לחוק, וכי סירובו לפרסם את המודעה מתחייב מאופיו או ממהותו של העיתון ומקהל קוראיו, ועל כן לא מדובר בהפליה אסורה.

לבסוף, טוען העיתון, כי יש לדחות את טענת המערערת לפגיעה בחופש הביטוי שלה, ולחלופין, כי ככל שקיימת פגיעה בחופש הביטוי הרי המדובר בפגיעה מזערית, אשר



בתי המשפט

ע"א 12-02-35563

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

נסוגה מפני הפגיעה בחופש הקניין ובחופש הביטוי של העיתון, כמו גם בחופש הביטוי ובפגיעה ברגשותיהם של קוראי העיתון.

דיון

10. לאחר שעיינתי בהודעת הערעור, בעיקרי הטיעון ובכל המסמכים, ולאחר ששמעתי את הצדדים, אני סבורה כי דין הערעור להתקבל.

11. כאמור, בפי המערערת שתי טענות עיקריות: האחת, כי העיתון הפר את ההסכם שנכרת בין הצדדים לפרסום המודעה, והשנייה, כי באי פרסום המודעה כפי שהוסכם, העיתון הפר את חוק איסור הפליה.

הפרת ההסכם בין הצדדים

12. כאמור בית משפט קמא קבע כי לא השתכלל הסכם מחייב בין הצדדים, לאחר שקיבל את טענת העיתון כי הובהר לנציג המערערת כי תנאי לפרסום המודעה הוא אישור של העורך האחראי, שכאמור לא ניתן בסופו של דבר. בית משפט קמא קבע בהתבסס על חומר הראיות שהובא בפניו, כך: "נותרה טענת הנתבעת לפיה, נאמר לנציג התובעת כי פרסום המודעה בפועל בעיתון, כפוף לאישור סופי של העורך האחראי בעיתון (שלא ניתן בסופו של דבר) בעינה, משכך, חסר רכיב גמירות הדעת מצידה של הנתבעת ולא השתכללה ההצעה לכדי הסכם".

13. יצוין, כי פסק דינו של בית משפט קמא ניתן ללא שנשמעו עדויות, לאחר שהוסכם בדיון מיום 12.4.11, כי יוגשו סיכומים ביחס לשאלה המשפטית. בסיכומים מטעמה לא התייחסה האגודה לשאלת הפרת החוזה, וכך גם העיתון לא



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

התייחס לשאלה זו, ואולם בתגובת המערערת לסיכומים מטעם העיתון הבהירה האגודה כדלקמן:

1. "הנתבעת חולקת בסיכומיה על כך כי בדיון היחיד שהיה בבית המשפט בתיק סוכם כי חוק איסור הפליה חל על נסיבות התביעה. כמפורט בכתב התביעה, התובעת ביססה את תביעתה הן על עילה חוזית והן על עילה על פי חוק איסור הפליה. ככל שהיו מחלוקות עובדתיות בין הצדדים בכתבי הטענות, הרי שהם התייחסו לעילה החוזית שנטענה ולה בלבד. דילוג על שלב ההוכחות נבע מהסיכום כי לצורך ההכרעה בתביעה, נקודת המוצא שסוכמה הינה כי חוק איסור הפליה חל על נסיבות התביעה. אם לא היה כך, הרי שהיה מקום לנהל הוכחות בתיק.

2. בכל מקרה ובמידה ובית המשפט הנכבד יסבור אחרת, הרי שהתובעת מבקשת להבהיר כי היא אינה זונחת את העילה החוזית כמפורט בכתב התביעה. התובעת מפנה בעניין זה לאמור בכתב התביעה ומבקשת לראות בטיעונים שבכתב התביעה כחלק בלתי נפרד מסיכומים אלה. בנוסף, התובעת מסכימה כי ההכרעה בתיק תתבסס על האמור בכתבי הטענות."

14. אכן, כפי שציין בית משפט קמא, המערערת לא התייחסה בסיכומיה לטענת העיתון כי הובהר בע"פ לנציג מטעמה כי הפרסום מותנה באישור העורך האחראי, ולכאורה נותרה טענה זו ללא מענה.

יצוין, וכמפורט לעיל, בערעור שבפניי שבה המערערת וטענה כי עם חתימתה על טופס ההזמנה, שכלל את כל הפרטים המהותיים, השתכלל הסכם מחייב בין הצדדים, שהופר על ידי העיתון, וכי בכל מקרה הפר העיתון את חובת תום הלב במשא ומתן. עוד טענה המערערת כי שגה בית המשפט כשקיבל את טענת העיתון כי הובהר בע"פ לנציג המערערת על הצורך באישור העורך האחראי, שכן לא מדובר במוסכמה עובדתית.



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

15. נראה כי השאלה האם הובהר לנציג המערערת כי הפרסום מותנה באישור העורך האחראי נותרה שנויה במחלוקת, וקשה לקבל את קביעת בית משפט קמא בהקשר זה, כאשר יודגש, כי בית המשפט לא שמע עדויות בעניין זה. יש ממש בטענת המערערת לגבי חוסר תו"ל מצד העיתון בדרך ניהול המו"מ, כאשר אין להתעלם מכך שעל פי טענות המערערת, לאחר שעם בקשתה לפרסם את המודעה, התעורר ספק אצל נציג המשיב באשר לאפשרות פרסום המודעה בהתאם לתוכנה, הודע לה ביום 10.3.10 כי המודעה אושרה. אומנם, אין להתעלם מכך שבפועל הנוסח הסופי של המודעה הועבר רק יממה לפני הורדת העיתון לדפוס, אך עדיין תוכן המודעה שהועבר למשיב על ידי המערערת עם ההתקשרות בהזמנה, אינו שונה במהותו מהנוסח הסופי של המודעה שביקשו לפרסם, כאשר בשניהם ברור שמדובר במודעה מטעם הקהילה הגאה.

בנסיבות אלה, ולאחר שלא הובאו כל ראיות לגבי טענת העיתון כי הוסבר למערערת כי הפרסום כפוף לאישור העורך - ומבלי לקבוע מסמרות, נוטה אני לסבור כי אכן נכרת בין הצדדים הסכם מחייב וסוכמו עיקריו, כאשר תוכן המודעה היה ידוע, וצוין במפורש בטופס ההזמנה, ובעיקר כאשר מצופה היה כי תנאי כה מהותי כגון דרישת אישור העורך האחראי כתנאי מתלה, יופיע במפורש על גבי טופס ההזמנה, וטופס ההזמנה שותק בעניין זה, דבר זה יש לזקוף לחובת העיתון.

חוק איסור הפליה

16. למעשה, טענתה המרכזית של המערערת, הינה כי אי פרסום המודעה מהווה הפליה אסורה מצד העיתון, בניגוד לחוק, שמטרתו, כפי שמצוין בסעיף 1 לחוק הינה **"לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים"**. וכך צויין במבוא לדברי ההסבר לחוק (ה"ח 2871, 15.05.00):



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

"הרעיון הבסיסי העומד ביסוד חקיקה זו הוא שיש מקום להחלת עקרון השוויון גם על עסקים פרטיים, הפונים לציבור הרחב בהצעת מוצר, שירות או מקום ציבורי... החוק המוצע מתווה איזון ראוי בין עקרון השוויון לבין השמירה על חופש ההתקשרות. החובה שלא להפלות מוטלת על מי שפתח את שעריו לציבור הרחב...".

וראו גם ע"א 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי (פורסם בנבו, 07.01.08) (להלן: "פס"ד קיבוץ רמות מנשה").

17. סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה קובע אלו מקרים יחשבו כאפליה אסורה. וכך קובע הסעיף:

"3(א). 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, מעמד אישי או הורות".

יודגש, כי מלשון החוק עולה במפורש כי המקרים המוגדרים כהפליה, הם בין השאר, כאשר ההפליה היא מחמת דת, מין או נטייה מינית. בענייננו ברור שמדובר בהפליה שהיא על רקע של נטייה מינית, ועל כך לא יכולה להיות מחלוקת.

18. הפסיקה אשר דנה בחוק איסור הפליה עוסקת בעיקר במקרים של טענות הפליה בכניסה למועדונים, שזו גם אחת הבעיות המרכזיות אשר החוק בא להתמודד עמה. בפס"ד קיבוץ רמות מנשה, קבע בית המשפט כדלקמן:



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

"החוק יצר נוסחת איזון בין זכותו של בעל הקניין הפרטי לעסוק בעסקו כרצונו, ורשאי הוא לבחור שלא להיות בגדר של 'מקום ציבורי' ושלא לספק 'שירות ציבורי' כלל ויכול הוא להגביל את פעילותו בגדר הוראות סעיף 3(ד) לחוק. משבחר הוא להיות, משיקוליו הכלכליים, "מקום ציבורי" או ספק 'שירות ציבורי'...."

כאשר ניתן יחס שונה לשוויים במקום ציבורי או במתן שירות ציבורי, ולא ניתן להצביע על שוני רלבנטי אשר מכוחו לא מתקיימת הפליה חרף ההבדל בהתייחסות, והמעשה אינו חוסה תחת הוראות סעיף 3(ד) לחוק, כי אז מדובר בהפליה המנוגדת לעיקרון השוויון ועל כן הינה הפליה אסורה, גם אם הפליה זו אינה נמנית על רשימת ההפלות האסורות המנויות בסעיף 3 לחוק, כי אז יחולו עליו ההגבלות המנויות בחוק איסור הפליה".

19. העיתון טען כי לא מדובר במקרה זה במתן "שירות ציבורי" כהגדרתו בחוק, ועל כן החוק אינו חל. "שירות ציבורי" מוגדר בסעיף 2 לחוק כ"שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבורי". אני סבורה כי אין כל ממש בטענת העיתון כי החוק אינו חל בענייננו שכן פרסום מודעה בעיתון אינו נכלל בגדר "שירות ציבורי", מהטעם שהציבור אליו מיועד העיתון הינו ציבור מסויים, בעוד שעל פי ההגדרה שבחוק שירות ייחשב לשירות ציבורי, רק אם הוא מתייחס לציבור בלתי מסויים, ובמקרה זה מדובר בציבור מסויים שהוא ציבור דתי בלבד. בהקשר זה יצוין כי אומנם החוק אכן מגדיר "ציבור" כ"ציבור בלתי מסויים", ואולם הגדרה זו באה, כפי שצויין בדברי ההסבר - "להבטיח שלא ניתן יהיה להתחמק מתחולת החוק מעצם ההפליה, באופן שאי מתן השירות או מניעת הכניסה לסוג מסויים של אוכלוסיה תגרום לכך שהמקום או השירות לא ייחשבו כעומדים לשימוש הציבורי" (דברי ההסבר להצעת החוק). אינני סבורה שאפשר להיתלות בטענה שמדובר בציבור בלתי מסויים, טענה שבאה בניסיון לעקוף את איסור ההפליה שכן מדובר בציבור בני



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

אדם ששווים בעיני החוק כאשר קיים איסור מפורש להפליה בשל נטייה מינית כזו או אחרת.

20. אני סבורה שככלל, פרסום מודעה בעיתון נכלל באופן מובהק בהגדרת "שירות ציבורי". פרסום בעיתון הוא האמצעי הוותיק ביותר, לפני תקופת האינטרנט, לפרסום, וכידוע עיתונים מתפרנסים מפרסום המודעות לציבור הרחב. לעיתונים חשיבות בשיח הציבורי, ולא מדובר בעסק פרטי "רגיל". הבמה שהעיתון מעניק, גם במדור הפרסומי, הינה ייחודית, והדבר נכון כאמור, גם בעידן המודרני. משכך אני סבורה כי פרסום מודעות בעיתון הוא ללא ספק אחד מאותם שירותים שנכללים בהגדרת "שירות ציבורי".

יפים בהקשר זה דברי כב' השופט אוקון ב-ע"א (י-ם) 3060/02 שטרן דוד נ' פלסטין פוסט בע"מ (פורסם בנבו, 18.11.03) (יצוין כי אומנם השופט אוקון היה בדעת מיעוט בפס"ד זה, ואולם זאת לעניין התוצאה, בעוד ששופטי הרוב כלל לא דנו בחוק איסור הפליה, שלא חל על המקרה שנדון שם, שכן הוא חוקק לאחריה):

"הגדרת השירותים והמוצרים עליהם חל החוק היא רחבה ביותר.... המונח שירות ציבורי כולל, בין היתר, שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, "המיועדים לשימוש הציבורי". החוק אימץ, אם כן, את התפיסה עליה עמד ברק בדבר החלשת חופש ההתקשרות בנוגע להצעות המכוונות לציבור כולו... החוק חל גם על מדורי הפרסום בעיתונים, שכן קשה להניח שאין מדובר בשירותי תקשורת המיועדים לשימוש הציבורי".



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

21. טוען העיתון כי גם אם ייקבע שהחוק חל במקרה זה על העיתון, שהוא נותן שירות לציבור בתחום התקשורת, הרי שמקרה זה נופל בגדר החריגים שנקבעו לתחולת החוק, בהתאם לסעיף 3(ד) לחוק, שקובע כדלקמן:

"3(ד) אין רואים הפליה לפי סעיף זה -

(1) כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי

או המקום הציבורי;

22. בית משפט קמא קבע כי המקרה דנן חוסה תחת החריג הנ"ל. וכך קבע ביהמ"ש: "סייג כללי זה שנקבע בסעיף 3(ד)(1) לחוק, מתיר הפליה בשירות הניתן על בסיס אמונות דתיות, כמו במקרה שלפנינו, כאשר הנתבעת סבורה כי קיימת התנגדות אידיאולוגית אצל התובעת לאורח החיים הדתי ביחס שההלכה משווה לנטייה המינית". בית המשפט ציין, כי אומנם החופש של בעל עיתון לבחור איזו מודעה או כתבה לפרסם ואיזו לא - אינו חופש בלתי מוגבל, אך העדיף במקרה זה את זכות הקניין של העיתון הפרטי, וציין כי "... יש ליתן משקל נכבד לזכות הקניין, קל וחומר כאשר עסקינן בפרסום מודעה מסחרית שההגנה שההלכה המשפטית מעניקה לה מצומצמת מן ההגנה המועקנת בדרך כלל לחופש הביטוי". העובדה שמדובר במודעה מסחרית אינה יכולה לשנות במקרה זה כאשר אי הפרסום נובע מהפליה, והשאלה היחידה היא האם הפליה זו חוסה בגדר אחד החריגים, ותו לאו.

בית המשפט קבע כי סירוב העיתון לפרסם את המודעה לא נבע מהתנגדות לדעה אותה מייצגת המערערת אלא בשל כך שהאמור במודעה נוגד את ההלכה הדתית, אשר לטעמו של ביהמ"ש מהווה טעם ענייני המצדיק את אי הפרסום, ואינו מהווה הפליה. סיכם בית המשפט מסקנתו כדלקמן:



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

"...הנתבעת לא הפלתה את התובעת על רקע נטייה מינית נוכח החרוג הקבוע בסעיף 3(ד) לחוק הקובע כי במקרים המנויים בו לא תחשב הפעולה כהפליה.

במקרה שלפני, הפרסום עלול לפגוע ברגשות ציבור קהל הקוראים, שהינו דתי לאומי, הפועל על פי ההלכה היהודית האוסרת "משכב זכר" וכפועל יוצא, לפגוע באופן שאיננו מידתי בזכות הקניין של הנתבעת, במיוחד כאמור כאשר לתובעת ישנם אפיקים אחרים העומדים לרשותה לצורך השגת מטרתה" (עמ' 11 לפסק הדין, ההדגשות שלי – ר ל ש.).

בית המשפט קיבל את טענת העיתון כי מתן האפשרות לפנות אל המערערת רק תגביר את תחושת הבלבול אצל מי שמצוי בהתלבטות לגבי זהותו המינית, וכי אין כל תועלת לפנות ליעוץ לגוף כמו המערערת, שאינה מצוייה בעולם הדת, וציין כי "המרחק בין סירובה של הנתבעת לפרסום המודעה לבין הפליה על רקע נטייה מינית דק מאוד אולם עלה בידי הנתבעת להראות, כי בפעולת הסירוב פעלה מתוך מניע של שמירה ואחריות כלפי קהל לקוחותיה ולא מתוך הפליה אסורה".

23. ראשית, יצויין שלא ברור לי מהיכן שאב בימ"ש קמא את המסקנה העובדתית כי הסירוב נבע מתוך שמירה על קהל הלקוחות כאשר לא נשמעו ולא הובאו כל ראיות בענין זה. מעבר לכך, אני סבורה שבמסקנותיו אלה טעה בימ"ש קמא. בית המשפט ביסס עמדתו כי אין המדובר בהפליה אסורה, בין היתר, על העובדה כי העיתון פרסם כתבות שעוסקות בזהות מינית. נימוק זה מלמד דווקא היפוכו של דבר! עצם העובדה שהמשיב עצמו פרסם בעבר כתבות שעוסקות בזהות המינית שקשורה לקהילה הגאה, לא יכולה להסביר את התנגדות העיתון לפרסום את המודעה, שהיא מודעה שאינה יכולה לפגוע בקהל קוראיו אלא באה ממקום של הושטת עזרה.



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

לא ניתן להתעלם מהאופי הציבורי של המודעה נשוא הדיון, שמעבירה מידע על שירות ציבורי חשוב, ואולי אף קיימת דווקא חשיבות לפרסמה גם בעיתון שפונה למגזר הדתי-לאומי. אינני סבורה כי העובדה שניתן לפרסם את המודעה בעיתון יומי הפונה לכלל הקהל מהווה מענה מספיק במקרה זה, כפי שסבר בית משפט קמא.

בית משפט קמא קישר את המודעה עם "משכב זכר" ללא כל בסיס שהוא. לדידי מדובר במודעה צנועה לחלוטין, שאין בינה לבין משכב זכר מאומה, שכל מטרתה היא העלאת המודעות לקיומה של אפשרות קבלת מידע ועזרה למי שמרגיש שהוא זקוק לה, ואין ללמד מהמודעה כי מדובר בעידוד פעילות כזו או אחרת, כאשר ככל שמדובר בעצם ההכרה בקיומם של בעלי נטיות מיניות שונות בקרב הציבור הדתי הרי שגם לדידו של העיתון הדבר אינו בגדר "מוקצה", כאשר כאמור גם בעיתון פורסמו כתבות בעניין זה, ובעניין זה לא מדובר בשוני רלוונטי. כאמור, מדובר במודעה סולידית, שכל ה"פרובוקטיביות" שבה היא למעשה העובדה שהיא מפורסמת מטעם האגודה. תוכן האמור במודעה אין בו כדי לפגוע ברגשות הציבור, בוודאי שלא פגיעה קיצונית וחמורה, ואם הפגיעה נובעת מעצם ההכרה בקיומם של בעלי נטיות מיניות שונות או מכך שהייעוץ ניתן על ידי גורמים שאינם פועלים בהתאם להלכה, הרי שאין בכך לטעמי להצדיק את אי הפרסום.

24. העיתון הוסיף וטען, כי סירבו לפרסם את המודעה בא להגן על רגשות ציבור קוראיו, שמאמין כי היוועצות עם נציגים מטעם האגודה - שאינם פועלים בהתאם לרוח ההלכה היהודית - לא תועיל ל"מתלבט". ספק רב אם ניתן לקבל נימוק זה. מדובר בהצעת ייעוץ מקצועי, כאשר גם קוראי העיתון מודעים לקיומה של נטייה מינית, נושא המופיע בעיתון ואינו זר עוד לקוראיו. כך גם אין בידי לקבל את הגישה בה נוקט העיתון כלפי קוראיו, בטענה כי היוועצות עם גורמי האגודה שאינם דתיים לא תועיל ואף תגרום לבלבול רב יותר, מה גם שספק אם טענה זו נכונה, ובוודאי



בתי המשפט

ע"א 35563-02-12

12.01.14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בפני: כב' השופטת רות לבהר שרון

שהדבר לא הוכח, כאשר לטענת האגודה הייעוץ המוצע על ידה הוא ייעוץ מקצועי, שאינו מונחה או מושפע מתפיסה כזו או אחרת, ואינני סבורה שיש הבדל בין פרסום מודעה לעזרה נפשית של עמותה כגון ער"ן, שגם אליה מגיעות פניות של צעירים שמתלבטים באשר לזהותם המינית, לבין המודעה נשוא הדיון. דווקא הפנייה לייעוץ יכולה להועיל רבות לאותם "מתבלטים", וקיימת חשיבות ציבורית רבה לידע כל ציבור שהוא על האפשרות לקבל ייעוץ.

25. לפיכך אני סבורה כי יש באי פרסום המודעה משום הפרת חוק איסור הפליה, המזכה את האגודה בפיצוי ללא הוכחת נזק בהתאם לסעיף 5 לחוק.

סוף דבר

26. לאור האמור - הערעור מתקבל, פסק דינו של בית משפט קמא בטל, והנני מחייבת את העיתון לשלם לאגודה פיצוי בסכום כולל של 50,000 ₪, וכן הוצאות משפט בסכום כולל של 10,000 ₪.

הפיקדון שהפקידה המערערת יושב לה באמצעות בא כוחה.

ניתן היום י"א בשבט, תשע"ד (12.01.14), בהעדר הצדדים.

המזכירות תעביר עותק פסה"ד לב"כ הצדדים.