

**בית משפט השלום בתל אביב - יפו**

תא"מ 44551-11-10 האגודה לשמירת הפרט נ' מקור ראשון המאוחד בע"מ

בפני כב' השופטת לימור רייך

האגודה לשמירת הפרט

תובעת

נגד

מקור ראשון המאוחד בע"מ

נתבעת

כתבי עת:

[ברק מדינה, "איסור הפליה במגזר הפרטי", עלי משפט, כרך ג, חוברת 1 \(תשס"ג-תשס"ד\) 37](#)

מיני-רציו:

\* בית המשפט דחה את תביעת התובעת כנגד הנתבעת – מפעילה של עיתון, בגין סירובה של האחרונה לפרסם מודעה. נפסק, 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.

\* נזיקין – עוולות – על-פי חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים

התובעת – עמותה ללא מטרת רווח הפועלת למען קהילת ההומואים, הלסביות, הביסקסואלים והטרנסג'נדרס בישראל, הגישה כנגד הנתבעת – מפעילה של עיתון, תביעה כספית ללא צורך בהוכחת נזק בהתאם לסעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים. התובעת טוענת, כי היא פנתה אל הנתבעת וביקשה לפרסם מודעה המציע לאוכלוסייה הדתית אוזן קשבת וקו חם התומך בכל מי שמבולבל בשל זהותו המינית. דא עקא, הנתבעת סירבה לפרסם את המודעה. התובעת טוענת, כי סירובה של הנתבעת לפרסום נובע אך ורק בשל זהותה המינית של התובעת, של קהילתה ובאופן סמלי בצבעיה.

בית המשפט דחה את התביעה ופסק כלהלן:

שירות ציבורי נתפס – נוכח הגדרתו הלשונית כמשתרע על קטגוריות פונקציונאליות כוללניות ורחבות מאוד של שירותים. לא מדובר ברשימה מצומצמת, שאופייה סגור, אלא ברשימה פתוחה המבקשת להשתרע על פני קשת רחבה של מצבים עובדתיים נפוצים.

הכוונה של המחוקק עליה ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק, הינה ההיזקקות לשירות או למקום והיותם מטיבם פתוחים לציבור הרחב. ההגדרה מקום ציבורי מנוסחת כהוראה פתוחה וההגדרה שירות ציבורי, מתייחסת בעיקר לשירותים שלא בהכרח ניתנים במקום ציבורי כהגדרתו ועל כן יש חשש שלא יכללו באיסור בהיעדר התייחסות מפורשת.

במקרה דנן, השירות אותו ביקשה לצרוך התובעת מעם הנתבעת הינו שירות של פרסום מודעה בעיתון, שירות זה על פי טבעו וטיבו בא לשרת צורך כללי של ציבור רחב, צורך הראוי כבר מהטעם הזה להיתפש בגדרו של איסור הפליה.

צרכן שירותי הפרסום אצל הנתבעת, גם אם הנתבעת הינה בבחינת גוף פרטי, הוא כל אדם/ גוף בלתי מסוים המבקש לקבל את השירות של פרסום מודעה בעיתון המופץ על ידי הנתבעת, שירות המצוי תחת הקטגוריה של "תקשורת" ולפיכך, עסקינן בשירות ציבורי מובהק. החוק מתיר הפליה "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי", כמצדיק פעולה של מועדונים שנהוגה בהם פרקטיקה מפלה.

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.

החופש של בעל העיתון לבחור איזו מודעה /כתבה לפרסם ואיזו לא, איננו חופש בלתי מותנה ובלתי מוגבל, שכן החוק קבע כי כאשר נעשה שימוש לרעה בזכות זו וממילא בחופש שמוקנה לבעל העיתון, או אז גוברת הזכות של הציבור לפעול על פי החוק על מנת למגר תופעה שלילית כזו של הפליה ויש לבחון כל מקרה לגופו.

במקרה דנן, הנתבעת צירפה מספר לא מבוטל של כתבות תוכן שפורסמו בעיתון בנושא הנטייה המינית והתייחסות לעובדה לפיה גם במגזר הדתי ישנם כאלה שנמנים על הקהילה ואשר חיים בצל הקונפליקט שבין הדת/ההלכה לבין הנטייה המינית, תוך מתן במה נרחבת לסוגיה והבאת מכלול של דעות המועלות על ידי אנשים שונים שנמנים על המגזר הדתי.

במקרה דנן, סירוב הנתבעת לפרסם מודעה מטעם התובעת לא נעשה על רקע ההתנגדות לדעה שמייצגת התובעת ו/או לדרך פעולותיה אלא בשל כך שהפרסום אותו ביקשה לפרסם במודעה נוגד את ההלכה הדתית ואין לראות בנתבעת כמי שהתנכרה לחופש הביטוי בתוך ביתה שלה, אלא כמי שבפעולתה ניתן לראות טעם ענייני, כזה המצדיק שלא לפרסם.

לתובעת קיימת במה רחבה להציג את המענה והשירות שניתן על ידה באמצעי תקשורת אחרים ולא דווקא אצל הנתבעת, אשר הוכיחה כי הסירוב נובע בשל ניגוד עניינים ועלול לפגוע הן בציבור הקוראים והן באינטרס הכלכלי של הנתבעת עצמה, שאין לזלזל בו, כאשר הוא איננו עומד לבדו.

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

במקרה דנן, 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.

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.

## פסק דין

לפני תביעה שהגישה התובעת כנגד הנתבעת בסך של 60,000 ₪ ללא צורך בהוכחת נזק בהתאם לסעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן ייקרא: "חוק איסור הפליה ו/או החוק").

במסגרת הדיון המקדמי שהתקיים בתיק זה, הסכימו הצדדים באמצעות ב"כ להגיש סיכומים בכתב ובהתאם יינתן פסק דין.

התובעת הינה עמותה ללא מטרת רווח הפועלת במגוון דרכים למען קהילת ההומואים, הלסביות, הביסקסואלים והטרנסגינדרס בישראל (להלן: "הקהילה").

הנתבעת הינה החברה המנהלת ומפעילה את עיתון "מקור ראשון" (להלן: "העיתון"), עיתון בעל צביון ייחודי המיועד לקהל קוראים דתי-לאומי בעקרו.

התובעת פנתה אל הנתבעת וביקשה לפרסם מודעה בזו הלשון:

**את מבולבלת ? אתה מפחד ?**

**רוצה לדבר על זה ?**

**את/ה לא לבד-יש עם מי לדבר**

**קו הקשב והמידע לקהילה הגאה**

**03-6205591**

**ימים א-ה 19:30-22:30**

**[WWW.GLBT.ORG.IL](http://WWW.GLBT.ORG.IL)**

**יש עם מי לדבר**

**קשב ומידע לקהילה הגאה**

**03-6205591**

למען שלמות התמונה, אציין, כי המודעה הופיעה בשלל צבעים המאפיינים והמזוהים עם הקהילה.

**טענות התובעת בקצרה:**

לטענת התובעת, התביעה שהגישה מבוססת על שתי עילות, האחת הפרת חוזה בין הצדדים והשנייה הפרה של חוק איסור הפליה.

לטענת התובעת, המחלוקת שנותרה להכרעה בין הצדדים הינה האם חוק איסור הפליה הופר בנסיבות העניין על ידי הנתבעת אם לאו, בשאלה זו מגיעה התובעת למסקנה לפיה החוק הופר מטעמי זהות/נטייה מינית ומבלי שלנתבעת תהא כל הגנה, בהתאם לחריגים הקבועים בחוק.

התובעת מנסה בשנים האחרונות לפנות לקשת רחבה של קהלים בחברה הישראלית, מתוך הכרה כי שאלות של זהות מינית חוצות מאפיינים קבוצתיים שונים (דת, לאום, אמונה דתית וכיוב'), זו הייתה המטרה בפנייה לפרסום מודעה בעיתון "מקור ראשון"- הנתבעת.

לטענת התובעת, עיון במודעה אותה ביקשה לפרסם- נספח א' לכתב התביעה מעלה כי מדובר בניסוח סולידי, המציע לאוכלוסיה הדתית אוזן קשבת וקו חם התומך בכל מי שמבולבל בשל זהותו המינית- הא ותו לא. המודעה הסתפקה במלל וניסוח פשוט וסולידי מבלי לצרף תמונות ו/או איורים, על מנת שחלילה לא יתפרש הדבר כפרובוקטיבי אצל הנתבעת ובקרב ציבור קוראי העיתון.

התובעת דחתה את טענות הנתבעת לכך שהמודעה בצבע מעוררת פרובוקציות, מדובר בצבעים שהפכו לסימן היכר של הקהילה, אשר לא הסתירה את זהותה על גבי המלל המופיע במודעה וקשה לומר כי רק גווני המודעה הם אלו שהפכו אותה לפרובוקטיבית ויש לדחות טענה זו מכל וכל.

לטענת התובעת, טענות הנתבעת מובילות למסקנה לפיה, סירובה לפרסום נובע אך ורק בשל זהותה המינית של התובעת, של קהילתה ובאופן סמלי בצבעיה.

לטענת התובעת נקל להגיע למסקנה, כי הנתבעת הפרה את הוראות חוק איסור הפלייה וכעת נותר לבחון האם קיימת לנתבעת הגנה בדמות החריגים המופיעים בחוק ?

לטענת התובעת, תחום התקשורת נכלל באופן מפורש בהגדרת שירות ציבורי שבסעיף 2 לחוק ומהווה שירות המיועד לציבור ככוונת המחוקק, (ראה לעניין זה [ר"ע \(מחוזי ירושלים\) 3060/02 שטרן נ' פלסטין פוסט](#), [פורסם בנבו] תק-מח 2003 (4) 71 סעיף 13 לדעת המיעוט של כב' השופט אוקון).

התובעת מסכימה, כי מכוח חופש הביטוי, לכל עיתון חרות לפרסם כתבות על פי אופיו ונטייתו הפוליטית, דבר השונה ביחס לפרסום מודעה בעיתון, המהווה את החלק המסחרי יותר, קרי חלוקתו לציבור הרחב ופרסום מודעות על ידי הציבור הרחב, שאז חלות עליו מגבלות חוק איסור הפלייה.

הטענה השנייה של הנתבעת מתייחסת לציבור אליו מיועד העיתון, ציבור מסוים בעל מאפיינים מסוימים ופרסום המודעה דנן תהווה פגיעה ברגשות קוראיה וממילא תפגע בנתבעת מבחינה כלכלית.

לטענת התובעת, טענה זו של הנתבעת איננה ברורה שהרי אין מחלוקת לפיה הנתבעת מפרסמת בעיתון כתבות המתייחסות לקהילה ו/או לשאלת הזהות המינית, אם כך, מדוע לא לפרסם את הנתבעת בפרסומת המוצעת ? מה המניעה לכך, הנתבעת שותקת ולא מציינת מה בדיוק במודעה פרובוקטיבי או בלתי ראוי בעיניה לפרסום ומדוע שונה המודעה מאותן כתבות שמפרסמת בנושא ?

לטענת התובעת, כל הנספחים שצורפו על ידי הנתבעת ונפסלו על ידה לפרסום בעיתון מעידים ומחזקים את טענת התובעת לכך שביחס אליה הופר החוק שכן החוק איננו אוסר פסילת מודעות שמהוות פגיעה בצנעת הפרט להבדיל מהפלייה על רקע נטייה מינית.

התובעת איננה מלינה על כך שלנתבעת זכות לגיטימית לפסול מודעה בשל תכנים ו/או פרובוקציה בהצגתה של המודעה ככזו ואולם אין לנתבעת זכות לפסול מודעה של התובעת רק בשל זהותה כמי שמייצגת את הקהילה גם כאשר המודעה הינה סולידית ואיננה באה לפגוע ברגשות הפרט.

גם טענתה של הנתבעת לפיה היא עלולה להיפגע מבחינה כלכלית, דינה להידחות ובוודאי איננה יכולה להצדיק הפליית התובעת והינה בניגוד לאמור בחוק איסור הפלייה, אשר מעצם טיבו וטבעו לעיתים יכול להגביל את חופש פעולתה של הנתבעת וכן את חופש ההתקשרות החוזית שלה.

לטענת התובעת, המודעה אותה ביקשה לפרסם אצל הנתבעת באה על רקע מאבקה בהפליה פסולה של הקהילה על רקע נטייה מינית, דבר הגורר אחריו בלבול בעיקר בקרב האוכלוסייה הצעירה שלעיתים עלול לגרור אחריו מעשה התאבדות והדבר נכון שבעתיים בקרב קהל הקוראים של הנתבעת שבו הם נאלצים להתמודד עם יחס לנטייה מינית שונה היכול להוביל לנידוי של אותו נער/ נערה מבולבל ואף להציל את חייו במקרה של מענה בקו חם, אותו ביקשה התובעת לספק ולצעררה של האחרונה, הנתבעת לא השכילה להבין ולשתף פעולה.

#### **טענות הנתבעת בקצרה :**

לטענת הנתבעת, פעולותיה היו בהתאם לחוק, לדין ולפסיקת בתי המשפט, העדר תחולה של חוק איסור הפלייה על המקרה דנן ואף אם החוק חל הנתבעת פעלה בהתאם לחריגים המופיעים בו.

לטענת הנתבעת עסקינן בעיתון בבעלות פרטית המיועד לקהל יעד בעל צביון דתי לאומי בעיקרו כאשר התובעת ביקשה לעודד במסגרתו מודעה הקוראת לקוראיה המבולבלים לפנות לקבלת סיוע ל"קו החם" אותו היא מפעילה, אשר בסופו של דבר סורב לאחר שנשקלו כל הנימוקים, כפי שנשקלים על ידי עורכי העיתון בעיקר בשל הנימוק כי פרסומה של המודעה ייפגע ברגשות ציבור קוראי העיתון כמו גם בזכותה הקניינית של הנתבעת ופגיעה כלכלית בה.

לדבריה של הנתבעת, ידה אינה קלה על ההדק כאשר היא מסרבת לפרסם מודעה כלשהי והיא עושה כן במקרים שבהם המודעה פרובוקטיבית או כאשר היא עלולה לגרום לעידוד הקורא לנהוג בניגוד להלכה היהודית, כמו במקרה שלפנינו.

לדידה של הנתבעת נער דתי המרגיש מבולבל בשל זהותו המינית, כאשר ייצור קשר עם התובעת, לצורך קבלת מענה, ירגיש מבולבל יותר בשל כך שהוא נמנה על קהילה דתית המונחית ופועלת בהתאם להלכה היהודית העומדת בניגוד לבלבול אותו הוא חש וזאת ללא כל קשר לכך שהנתבעת אכן עוסקת במסגרת כתבות שמתפרסמות בעיתון גם ביחס לעיסוק בזרות המינית, כמו גם מגוון

רחב של נושאים רגישים אחרים, הכול תוך הקפדה על גבולות, שלעיתים נראים דקים מאוד, בין הקודש והחול ובין המקובל לפרסום בציבור זה ובין נושאים שלא יתקבלו בברכה בציבור זה.

לטענת הנתבעת, אין כל סתירה כפי שניסתה התובעת לשוות בעיני ביהמ"ש, בכך שמתפרסמות כתבות בנושא בעוד שהמודעה נפסלה על ידה, שכן הנתבעת איננה חוששת לעסוק בנושא ולא העיסוק בו הוא שעלול לפגוע בקהל קוראיה שכן הכתבות כולן עוסקות בקונפליקט בין הדת לרגש ועל ההתמודדות בנושא זה והמרחק רב בין ההתמודדות עם הנושא לבין פרסום המודעה אותו ביקשה התובעת לפרסם.

באשר לטענת התובעת לפיה אותן דוגמאות שצירפה לכתב הגנתה מעידות על פרסות תמונות פרובוקטיביות ומכאן שהעדר פרסומו איננו בבחינת הפרה של החוק, איננה נכונה שכן הנתבעת ציינה כי איננה מפרסמת מודעות הכוללות דברי נאצה, לשון הרע ואף לא מודעות המפרסמות אירועים או פעילות בניגוד להלכה היהודית, כגון פרסום אירוע המתקיים בשבת הגורם לחילול השבת וכיוב'.

אם לא די בכך, במהלך הדיון הוצגה מודעה סולידית לכאורה, אשר ניסוחה עולה בקנה אחד עם רוח ההלכה ורק בדיקה מדוקדקת של עורכי העיתון העלתה כי המדובר בפרסום של רכישת ויברטורים, אשר סורבה בשל חשש כי בפרסומה ייפגעו רגשות קהל קוראיו של העיתון.

לטענת הנתבעת, פרסום מודעות בעיתון איננו שירות ציבורי ככוונת המחוקק. הציבור אליו מיועד העיתון הינו ציבור מסוים ועל פי ההגדרה בחוק הציבור צריך שיהא "ציבור בלתי מסוים" ואילו במקרה שלפנינו העיתון מיועד לציבור מסוים ומיועד לעסוק בתכנים ובמודעות המתאימים לאותו הציבור, משכך, החוק איננו חל במקרה שלפנינו.

לטענת הנתבעת, לא קיימת זכות קנויה לאף גורם לפרסם מודעות בעיתון הנתבעת, הדבר כפוף לעולם לשיקול דעתה הבלעדי ואישור העורך לתוכן המודעה, זאת להבדיל למשל מעצם קבלת העיתון או האפשרות לקנות את העיתון שעשוי להיחשב כשירות המיועד לציבור.

אין עוררין כי הנתבעת סירבה לפרסם את המודעה רק לאחר שקיבלה את נוסח המודעה הספציפית ולא הודיעה מראש כי לא תפרסם מודעות מטעם התובעת או הקהילה, וודאי שהנתבעת לא קבעה כללים או הגבלות לתובעת לעניין פרסום מודעה, אלא עסקינן בהגבלות ותנאים אותם מחילה הנתבעת על כל מי שפונה אליה לצורך פרסום מודעה וממילא לא מתקיימות החזקות הקבועות בסעיף 6 לחוק איסור הפליה.

גם אם נניח לטובת התובעת, כי החוק אכן חל במקרה שלפנינו, הרי שהנתבעת פעלה בהתאם לאותם חריגים המוגדרים בחוק.

לרשות הנתבעת עומדים חופש הקניין וחופש ההתקשרות, כמו גם חופש הביטוי שלה ושל קוראי העיתון על מנת להחליט איזה תוכן יופיע ויתפרסם בעיתון.

לטענת הנתבעת אין לעשות אבחנה בין כתבת תוכן לבין פרסום מודעה אשר לעיתים יש בה תוכן שעלול לפגוע ברגשות קוראי העיתון וליצור אפשרות לפגיעה כלכלית בנתבעת.

גם אם אכן בסירובה של הנתבעת יש משום פגיעה בחופש הביטוי של התובעת, דבר המוכחש על ידי הנתבעת, הרי שזו פגיעה מזערית, כאשר עומדות לה לתובעת אין ספור אפשרויות במדיה ובאמצעי התקשורת לפרסם את האמור במודעה ודווקא פסק הדין שטרן אליו הפנתה התובעת קובע בדעת הרוב, להבדיל מדעת המיעוט, כי עיתון רשאי לקבוע את הקו הפוליטי הכלכלי והתרבותי של עיתונו ואינו חייב לפרסם דעות נוגדות, תוך מתן הדעת לזכות הקניין המעוגנת [בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו](#).

מקום בו חופש הביטוי נשמר אך לא דווקא באמצעות כלי תקשורת פרטי זה או אחר, יש ליתן משקל נכבד לזכות הקניין ולנזקים הכלכליים העלולים להיגרם לו.

במקרה שלפנינו, בעידן שבו מצויים אנו כאשר פתוחים לקהל הרחב מגוון לא מבוטל של אתרי אינטרנט, יותר מאשר האפיק של קריאת עיתון, אין זה ראוי לבכר לפגוע בזכותה של הנתבעת לקניין על פני הפגיעה המזערית שעלולה להיגרם לתובעת באם תפרסם את המודעה באתרים ובאפיקים אחרים הפתוחים לפניה, לרבות למגזר הדתי אליו כיוונה כאשר ביקשה לבצע הפרסום בעיתון הנתבעת.

משכך, עותרת הנתבעת לדחיית התביעה.

## דיון:

בטרם אכריע בשאלה המרתקת במקרה שלפני, בעיקר בשל חשיבות ורגישות הנושא המעלה בכל עוצמתו את האיזון שיש לערוך בין שני אינטרסים מנוגדים, אתיחס בקצרה לשתי טענות שהועלו על ידי הצדדים.

### **טענה ראשונה, האם נכרת בין הצדדים הסכם;**

לטענת התובעת, העילה הראשונה מתייחסת לעניין ההסכם שנכרת בין הצדדים, טענה זו הועלתה בשפה רפה במסגרת הסיכומים ונראה כי היא נזנחה לגופו של עניין, במיוחד באשר בין הצדדים לא הייתה מחלוקת עובדתית לפיה, התובעת העבירה לידי הנתבעת עותק מההודעה אותה ביקשה לפרסם ואשר בסופו של דבר, העורך אצל הנתבעת סירב לפרסם אותה, מהטעמים שפורטו בכתב ההגנה.

האם די בכך, כדי להכריע באופן פוזיטיבי כי בין הצדדים נכרת הסכם מחייב?

בראות עיני התשובה על השאלה הזו הינה בהכרח שלילית שהרי בהעדר מחלוקת ביחס לעובדות, 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.

#### **טענה שנייה, האם חל חוק איסור הפליה על הנתבעת ;**

לטענת הנתבעת, חוק איסור הפליה אינו חל במקרה של הנתבעת באשר זו איננה מספקת שירות לציבור בלתי מסוים אלא מספקת שירות לציבור מסוים וספציפי, המגזר דתי לאומי, בעל מאפיינים מסוימים.

#### **סעיף 3(א) לחוק קובע את האיסור בדבר הפליה בזו הלשון :**

**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, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות.**

#### **"שירות ציבורי" מוגדר בסעיף 2(א) לחוק כך :**

**שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשירות הציבור.**

הנה כי כן, שירות ציבורי נתפס- נוכח הגדרתו הלשונית כמשתרע על קטגוריות פונקציונאליות כוללניות ורחבות מאוד של שירותים (ראו לעניין זה את פסק הדין שטרן, בעמ' 81, פסקה 13 לחוות דעתו של כב' השופט אוקון).

לא מדובר ברשימה מצומצמת, שאופייה סגור, אלא ברשימה פתוחה המבקשת להשתרע על פני קשת רחבה של מצבים עובדתיים נפוצים.

הכוונה של המחוקק עליה ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק, הינה ההיזקקות לשירות או למקום והיותם מטיבם פתוחים לציבור הרחב. ההגדרה מקום ציבורי מנוסחת כהוראה פתוחה וההגדרה שירות ציבורי, מתייחסת בעיקר לשירותים שלא בהכרח ניתנים במקום ציבורי כהגדרתו ועל כן יש חשש שלא יכללו באיסור בהיעדר התייחסות מפורשת.

במקרה שלפני, השירות אותו ביקשה לצרוך התובעת מעם הנתבעת הינו שירות של פרסום מודעה בעיתון, שירות זה על פי טבעו וטיבו בא לשרת צורך כללי של ציבור רחב, צורך הראוי כבר מהטעם הזה להיתפש בגדרו של איסור הפליה.



צרכן שירותי הפרסום אצל הנתבעת, גם אם הנתבעת הינה בבחינת גוף פרטי, הוא כל אדם/ גוף בלתי מסוים המבקש לקבל את השירות של פרסום מודעה בעיתון המופץ על ידי הנתבעת, שירות המצוי תחת הקטגוריה של "תקשורת" ולפיכך, עסקינן בשירות ציבורי מובהק ודין הטענה להידחות.

#### **האם הנתבעת הפלתה את התובעת בהתאם לחוק אם לא ;**

כעת נעבור להכרעה במחלוקת האמיתית שניטשת בין הצדדים שלפני והיא, האם במקרה שלפני, הפרה הנתבעת את חוק איסור הפליה כשסירבה לפרסם את המודעה מטעם התובעת או שמא פעלה בהתאם לאמור בסעיף 3(ד) לחוק המוציא מכלל תחולת האיסור מצבים טיפוסיים מסוימים, מוגבלים בהיקפם, בהם נעשית הפליה אך מטעמים הכרוכים באופיו של המוצר/השירות/המקום או במהותו, וכן כאשר נעשית הפליה אך לשם קידום צרכים מיוחדים של קבוצה קהילתית לגיטימית וכן כאשר נעשית הפליה אך מטעמים של הפרדה מוצדקת בין נשים לגברים .

החוק מתיר הפליה "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי", כמצדיק פעולה של מועדונים שנהוגה בהם פרקטיקה מפלה, כך למשל כאשר מדובר במועדון לחברים בלבד או כאשר מדובר בערב הסגור לקבוצה כזו או אחרת, כגון סטודנטים, או אז מי שאיננו סטודנט לא יוכל להגיש תביעה בגין הפליה והפרת החוק.

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.

ראה לעניין זה מאמרו של ברק מדינה : " איסור הפליה במגזר הפרטי  מנקודת מבט של תאוריה כלכלית", (עלי משפט ג תשס"ג), המביא "נוסחת איזון" שלפיה יש לפעול, תוך מתן חופש פעולה לבעל העסק, בהתאם לנסיבות, כדי להבטיח מימוש מרבי של חירויות כלל הפרטים בחברה. לדבריו :

" יישומה של נוסחה כללית זו מחייב לבחון מה הם האינטרסים הרלוונטים ומהי עוצמתם בכל מקרה ומקרה. באופן כללי האיזון הנדרש הוא בין אינטרסים משני סוגים : מצד אחד, עומדים השאיפה להגן על כבודם של הפרטים מפני ההשפלה הכרוכה בהפלייתם מחמת השתייכות קבוצתית או מאפיינים אחרים שלהם, המנויים בחוק; והאינטרס להגן על האפשרות של הפרטים לצרוך מוצרים ושירותים שונים. בכל מקרה ומקרה יש להעריך מהי עוצמתם של האינטרסים הללו.....

בנוסף, יש לבחון את מידת החיוניות של המוצרים והשירותים שמדובר בהם.

מצד אחר עומד האינטרס של בעל העסק. בגדרו נכלל, כמובן, האינטרס הרכושי שלו....

חיובו של בעל העסק להימנע מהפליה מחמת העילות הקבועות בחוק עלול למנוע ממנו לבטא את עמדותיו באמצעות מעשים הקשורים לניהול עסקו. אם אין מדובר בעמדה שהבעתה אינה אסורה, בעיקר אם אין בה משום הסתר לגזענות, האפשרות להביעה באמצעות בחירת אופן הניהול של

**העסק היא אינטרס הראוי אף הוא להגנה בחברה דמוקרטית. בהתאם, בעת עריכת האיזון יש להעריך גם את עוצמתם של אינטרסים אלה בנסיבות העניין".** (עמודים 45-46 למאמר).

דומה כי, החופש של בעל העיתון לבחור איזו מודעה /כתבה לפרסם ואיזו לא, איננו חופש בלתי מותנה ובלתי מוגבל, שכן החוק קבע כי כאשר נעשה שימוש לרעה בזכות זו וממילא בחופש שמוקנה לבעל העיתון, כך למשל על רקע הפליה אסורה, על פי החוק לאיסור הפליה או אז גוברת הזכות של הציבור לפעול על פי החוק על מנת למגר תופעה שלילית כזו של הפליה ויש לבחון כל מקרה לגופו.

במקרה שלפני, הנתבעת צירפה מספר לא מבוטל של כתבות תוכן שפורסמו בעיתון בנושא הנטייה המינית והתייחסות לעובדה לפיה גם במגזר הדתי ישנם כאלה שנמנים על הקהילה ואשר חיים בצל הקונפליקט שבין הדת/ההלכה לבין הנטייה המינית, תוך מתן במה נרחבת לסוגיה והבאת מכלול של דעות המועלות על ידי אנשים שונים שנמנים על המגזר הדתי.

הנתבעת חזרה והדגישה, כי הנושא הנדון תפס בעת האחרונה, במיוחד מאז עידן האינטרנט ומענה לשאלות המגזר הדתי, באופן שאפשר אנונימיות, תאוצה והכרה בכך ש"התופעה" המכונה "מיניות הפוכה" פורצת את גבולות הדת, היא הפכה מנת חלקם של אחוז מסוים במגזר הדתי, על כל גווניו ופלגיו, משכך, נאלצו הרבנים ליתן התייחסות לאותה תופעה, לרבות באמצעי התקשורת השונים, בין היתר, בעיתון הנתבעת שביקש להתמודד עם העניין ולהוציא אותו לאור (תרתי משמע) מהחושך שבו הוא היה.

העיתון ביקש להציף את הבעיה במלוא חומריתה אל מול הקונפליקט שנאלצת אותה אוכלוסיה לעבור בשל העדר ההכרה, בלשון המעטה, של ההלכה במיניות הפוכה.

טענת הנתבעת, כי קיימת לה זכות שלא לפרסם מודעות/ כתבות שעומדות בניגוד להלכה הדתית, בין היתר בשל זכות הקניין של העיתון הפרטי כדוגמת הנתבעת, הוכרה בפסיקה במדינת ישראל. זכות זו מעוגנת ב**חוק יסוד כבוד האדם וחירותו**, במיוחד כאשר חופש הביטוי נשמר אך לאו דווקא בכלי תקשורת פרטי כזה או אחר, יש ליתן משקל נכבד לזכות הקניין, קל וחומר כאשר עסקינן בפרסום מודעה מסחרית שההגנה שההלכה המשפטית מעניקה לה מצומצמת מן ההגנה המוענקת בדרך כלל לחופש הביטוי.

בעניין התנגשות בין חופש הביטוי לבין זכות הקניין של עיתון פרטי, עמדה על כך בהרחבה כב' השופטת ח. בן עמי בעניין שטרן, אליה הצטרף כב' השופט עדיאל, כשהיא מפנה לפרשת פלסטין פוסט בע"מ נ' ג'ואנה יחיאל, פד"ע כ"ז 436, בעמ' 453, ראה עמוד 6 לפסק הדין של דעת הרוב פסקה 12.

בעמ' 7 בסיפא לפסק דינה של כב' השופטת בן עמי נאמרים הדברים הבאים :

" הנה כי כן אל מול זכותו של המערער לחופש הביטוי, שלא נגרעה, אף אם הוא נדרש למצוא לה אפיקים אחרים- שכפתחו של אולם רחבם, עומד עקרון חופש ההתקשרות של העתון, שפרסום מהסוג האמור עלול להרחיק ממנו את קוראיו ולגרום לו נזק כלכלי.

ממילא, אפילו מדובר היה ברשות מנהלית, ביהמ"ש אינו אמור להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתו שלו. הוא יתערב בשיקול הדעת רק כאשר זה חרג באופן קיצוני מתחום הסבירות....".

בעניין שטרן, הגיע כבי' השופט אוקון למסקנה שונה מזו של דעת הרוב, חיזוק למסקנתו מצא בהוראותיו של חוק איסור הפליה בהתייחסותו לחוק כאמור בעמ' 12 מול פסקה 13.

קריאה מדוקדקת של דעת המיעוט, כפי שבאה לידי ביטוי בעמדתו של כבי' השופט אוקון בפרשת שטרן דוד, איננה פוסלת בכל מצב את הזכות של בעל העיתון לסרב לפרסם מודעה אלא מציינת, שלבעל העיתון, לא מוקנית הזכות למנוע פרסום מודעה מסחרית במדור המודעות, רק משום שאיננה עולה בקנה אחד עם הקו הפוליטי כלכלי או התרבותי של העיתון, כל עוד אין טעם ענייני לדבר.

דהיינו, הדגש בעניין שטרן, בדעת המיעוט הינו על צמד המילים "טעם ענייני".

במקרה שלפני, סירוב הנתבעת לפרסם מודעה מטעם התובעת לא נעשה על רקע ההתנגדות לדעה שמייצגת התובעת ו/או לדרך פעולתיה אלא בשל כך שהפרסום אותו ביקשה לפרסם במודעה נוגד את ההלכה הדתית ואין לראות בנתבעת כמי שהתנכרה לחופש הביטוי בתוך ביתה שלה, אלא כמי שבפעולתה ניתן לראות טעם ענייני, כזה המצדיק שלא לפרסם.

ראה לעניין זה דברי כבי' השופט אוקון בעמ' 11 לפסק הדין פסקה 11 :

" יש מודעות שאין לפרסמן, המוציא לאור גם אינו חייב לפרסם מודעה המעלה אצלו אפילו ספק בדבר קיום לשון הרע או הסתה. זהו כמובן מקרה קל. אך המוציא לאור אינו חייב לפרסם מודעה אשר איננה עומדת מבחינת ניסוחה באמות מידה תרבותיות שהעיתון חפץ לקדם... שונים הם פני הדברים בעת שפסילת המודעה פוגעת בגרעין הקשה של חופש הדת או השיוויון. אז יכול להתרופף חופש הפעולה של בעל העיתון. בהקשר זה יבחן טיבו של העיתון (מקומי, קהילתי, ארצי, מופנה לקהל דתי ועוד), אופיו של הפרסום (למשל אינפורמטיבי, פרובוקטיבי) טיבו של הסיכון שעל יסודו סורב הפרסום, עוצמת האיום של סיכון זה על ערכים אחרים ומידת הלגיטימיות של הגנת העיתון על אותם ערכים."

יוצא אפוא, כי גם על פי דעת המיעוט, יש לבחון כל מקרה לגופו וככל שהמקרה מובהק יותר ועונה על אותם קריטריונים שמנו אותם בפסק הדין (אין המדובר ברשימה סגורה), כך למשל אם העיתון סרב לפרסום נוכח טיבו (קהילתי ומופנה לקהל דתי), אופיו של הפרסום ועוצמת האיום על הערכים

האחרים שהעיתון מייצג (שמירה על ההלכה הדתית), נראה כי הלגיטימיות של האחרון להגן על אותם ערכים תגבר ולא תחשב כהפליה אסורה.

הנתבעת איננה מבקשת למנוע את חופש הביטוי של מי שנמנה על הקהילה בעיתון על רקע של הפליה אסורה, נהפוך הוא, ראינו כי הנתבעת מבקשת ליתן לקהילה במה להצגת הבעייתיות הנובעת מהזהות המינית אל מול הזהות הדתית בדרך של פרסום כתבות תוכן רבות.

לתובעת קיימת במה רחבה להציג את המענה והשירות שניתן על ידה באמצעי תקשורת אחרים ולא דווקא אצל הנתבעת, אשר הוכיחה כי הסירוב נובע בשל ניגוד עניינים ועלול לפגוע הן בציבור הקוראים והן באינטרס הכלכלי של הנתבעת עצמה, שאין לזלזל בו, כאשר הוא איננו עומד לבדו.

בניגוד לביקורת עניינית, אותה ניתן לייחס לנתבעת במערכת היחסים אל מול התובעת, באשר האחרונה העידה כי כל מבוקשה לסייע וליתן מענה בקרב המגזר הדתי שעל פי רוב מנדה אותם, סיוע כזה כאמור יכול שיינתן באופן תקשורתי ובכלי מדיה נוספים אחרים העומדים לרשותה, בכך תגשים את מטרתה, בעוד שההפליה של אותו אדם בדוגמא שניתנה לעיל, לא מותירה אצלו כל מקום לשיפור עצמי- ההפליה במקרה שבו ניתן להגיע למסקנה לפיה הייתה כזו, פוגעת באדם בגין תכונות ש"אינן שלו" (אינן בשליטתו) ועל כן אינה מותירה לו סיכוי להשתחרר ממנה.

יוצא אפוא, כי הנתבעת לא הפלתה את התובעת על רקע נטייה מינית נוכח החרג 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.

לדידה של הנתבעת, על התובעת להתמודד עם הקונפליקט שבו מצוי "המתלבט בזהותו המינית" שהינו דתי, תוך שמירה על הזהות הדתית בהכרח, ממילא יש צורך במתן מענה וסיוע אצל התובעת באמצעות דמות המבינה את "שני העולמות", שאם לא תאמר כן כיצד אדם האוחז בשני העולמות יקבל מענה הולם וממצה אם בצד השני של הקו יקבל אותו מי שאינו נמנה על העולם השני במקרה הטוב או מי שמבטל את ההשקפה הרווחת בקרב ההלכה הדתית והמנדה את התופעה ככזו, במקרה הרע.

הנתבעת סברה, כי פנייה של הציבור הדתי אל התובעת יגביר את תחושת הבלבול נוכח הקונפליקט בין הדת לבין הנטייה המינית, בשל הפער בין הדעות הרווחות בשני צדדי המתרגם, בבחינת יציאה "מארון הקודש" ולא עוד יציאה מ"ארון סתם" וממילא לא ברור מהי התועלת בפנייתו של אדם דתי מבלבל אל התובעת דווקא ?

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.

אדם דתי אשר מגיע למסקנה לפיה קיימת בו נטייה מינית "הפוכה", מוצא עצמו מתמודד באופן מוחצן עם חברה שמרנית שעד לא מזמן הקיאה מתוכה את הקהילה בבחינת מוקצה מחמת מיאוס ורק כאשר החלה התופעה מתקרבת אל עבר קבלת "היתר/אישור" בקרב המגזר הדתי, קיבלו אותם אנשים הכרה לכך שהם "נורמאליים" ואולם עדיין נאלצים להתמודד עם הקונפליקט שקיים כאשר הם ממאנים לוותר על שתי הנטיות, באשר לדידם "כך ברא אותם הטבע" ואין להם עוד כל שליטה בדבר ו/או יכולת לשנות את הנטייה, בדיוק כפי שאין להם כל יכולת לשנות את צבע עורם/חזותם החיצונית.

החברה הישראלית בכללותה, בוודאי החברה הדתית, עדיין מתקשה להכיר ביחיד ובמשפחה שאינם על טהרת התא המשפחתי המסורתי.

הנושא מורכב, יחד עם זאת התמורות בחיי החברה הישראלית, המושפעת מהחברה המודרנית בעולם, מחלחלים לתודעה החברתית בארץ על כל גווניה/ פלגיה לרבות אלו הדתיים וכמו בכל תהליך ישנה חשיבות לזמן ולצעדים שעל כל צד לעשות לצורך בניית אמון אצל הצד השני על מנת לקרב ביניהם.

נראה כי דווקא בשל המצב העדין שבין שתי הקבוצות אותם מייצגים הצדדים שלפני, לא אטעה אם אומר שבקרב הציבור בכללותו, זה שאיננו נמנה על אחת מאותן קבוצות בהכרח, וודאי אלה שכן נמנים עליהם, תהא תמימות דעים לכך שהסירוב לפרסום, בנסיבות העניין, על הרקע כפי שתואר בהרחבה, בצדק יסודו ויתכן שהקדים את זמנו.

כפי שלפני מספר שנים לא היה עולה על הדעת בקרב אלו הנמנים על הציבור הדתי להודות כי יתכן שישנו בקרבם אדם בעל זהות מינית הפוכה, אם כן היה זה "פרי באושים" חריג שנודה, בהחלט יתכן שבעוד עשור יהא זה "נחלת העבר", שהרי הדברים משתנים עם התודעה החברתית.

דומה כי יהא זה נכון להגדיר את המצב כפער תרבותי, כזה הנחזה להיות מאיים ובלתי ניתן לגישור לכאורה, אלא שלא יהא זה בלתי סביר, מנקודת מבט היסטורית על ההפליה, לומר שבעתיד לבוא יהיו פני הדברים שונים לחלוטין (הזמן עושה את שלו).

## סוף דבר

הגעתי למסקנה לפיה הנתבעת לא הפלתה את התובעת על רקע נטייה מינית בכך שסירבה לפרסם את המודעה כפי שנוסחה הובא לעיל וזאת בשל החריגים הקיימים בסעיף 3 לחוק איסור הפליה, המקנים לנתבעת זכות סירוב לפרסום, אם הדבר מגן על האינטרס של הציבור הנמנה על קהל קוראיה על מנת להמשיך ולצרוך את המוצר – העיתון, ככזה הגובר על הצורך לסייע לאותו ציבור אליו מפנה התובעת את המודעה.

האמור לעיל, לא בא חלילה להמעיט בחשיבותה של הפעילות שנוקטת בה התובעת, כאשר עומדים לרשותה גופים אחרים להפצת הסיוע שניתן על ידה, דהיינו, האיזון הראוי בין האינטרסים של שני הצדדים שלפני, מוביל למסקנה לפיה יש לבכר את האינטרסים של הנתבעת על פני האינטרס של התובעת שיכול להיות מושג בנקל בדרכים אחרות, שאינן מנת חלקה של הנתבעת.

חרף המסקנה אליה הגעתי, בחרתי שלא לפסוק הוצאות לטובת מי מהצדדים וכל צד יישא בהוצאותיו.

מזכירות תשלח עותק פסק הדין לב"כ הצדדים בדואר רשום + א.מ.

ניתן היום, ב' טבת תשע"ב, 28 דצמבר 2011, בהעדר הצדדים.

לימור רייך 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)