

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

מאת

רון אברהם* ודני סטמן**

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

אנו מציעים להעביר לכתפי הספק את נטל הראיה להוכיח שהלקוח סורב מטעמים הקשורים נקודתית באופי השירות המבוקש ולא מהיות הלקוח למשל מזרחי, אתיופי או טרנסג'נדר. לא קל להרים נטל זה, אבל יש נסיבות שבהן הדבר אפשרי. על הספק יהיה לשכנע כי היה מסרב להעניק את השירות או המוצר לכל מי שהיה מבקש אותו ממנו, וכן שהוא לא היה מסרב להעניק ללקוח שירותים אחרים. הנטל על כתפי הספק הוא כבד ביותר ואנו מציעים מודל אפיסטמולוגי שיאפשר במקרים מיוחדים את הרמת הנטל. 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 מנתח פסיקה בארץ ובעולם ואף מנסח תיקון לחוק איסור הפליה שיקבע מתי מותר לספקים לסרב להיות מעורבים בפעילויות שמנוגדות למצפונם, ומצביע על היתרונות של הצעה זו לעומת הצעת חקיקה אחרת שהונחה על שולחן הכנסת.

מבוא. א. הרעיון הבסיסי. ב. פרשנות שונה לחוק איסור הפליה. 1. "הפליה מחמת". 2. "שעיסוקו בהספקת מוצר". ג. משפט משווה. ד. המודל האפיסטמולוגי – על השיקולים הרלוונטיים לכך שמדובר בסירוב להשתתף במעשה מסוים ולא בהפליה. 1. פגיעה חזיתית במצפון. 2. "עובי" המעורבות במעשה שהספק מתנגד לו. 3. הפגיעות של הקבוצה החברתית הרלוונטית להפליה ולקיפוח. 4. תוכן המצפון של הספק ותוכן השירות המבוקש. 5. מידת הפגיעה בלקוח. ה. מקרים אחרים של פטור מאיסור הפליה. ו. תיקוני חקיקה. ז. תביעות "הפוכות" לצבע הקשת. ח. סיכום ומסקנות.

* 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 עינינו אנחנו מודים לאיציק בנבגי, חיים גז, איל גרוס, חנוך דגן, איתי ליפשיץ, מני מאוטנר, ברק מדינה, ראם שגב, שלומי סגל, מיטל פינטו, אוריאל פרוקצ'יה, אנדי קופלמן, קספר ליפרט-רסמוסן, וילי פורבת', ג'ואי פישקין ויופי תירוש, וכן למשתתפי הסדנה למשפט עברי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, למשתתפי פורום "חדר מורים" בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב ולמשתתפי הסמינר המחלקתי באוניברסיטת תל אביב, וכן למרכז ספרא. תודה מקרב לב גם לעורכי משפטים תאיר אטיאס והדס פירר-אש, על עזרתם הרבה.

מבוא

שאלת היחס בין איסור הפליה לבין חופש הדת והמצפון זכתה לדיונים רבים בעשור האחרון בישראל ובעולם,¹ והיא מעסיקה רבות הן את בתי המשפט והן את הציבור הרחב. המקרה המשפטי הידוע ביותר בהקשר זה הוא כנראה **מאסטרפיס קייקשופ**, שבו בעל מאפייה בקולורדו סירב מטעמי דת ומצפון לאפות עוגת חתונה עבור זוג הומוסקסואלים, ונתבע על הפרת החוק נגד הפליה במדינה זו.² בסופו של תהליך משפטי ארוך פסק בית המשפט העליון של ארצות הברית לטובת בעל המאפייה (אם כי מנימוקים מעט טכניים – משום שהטריבונל קמא הפגין עמדה שלילית ולא ניטרלית כלפי חופש הדת של בעל המאפייה). מנגד, בישראל הגיע לאחרונה מקרה דומה – **צבע הקשת** – להכרעת בתי המשפט בארץ, ושם דווקא פסקו בתי המשפט נגד הספק.³ בפרשה, בית דפוס צבע הקשת סירב מטעמים דתיים להדפיס חומר עבור האחרונה 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 משפט השלום בבאר שבע קיבל את התביעה בשנת 2017, והערעור על כך מטעם בית הדפוס נדחה בבית המשפט המחוזי בבאר שבע בשנת 2020.⁴ בשנת 2021 נערך דיון בבית המשפט העליון בבקשת רשות ערעור על פסק דין זה ולאחריו נמחקה הבקשה.⁵ זרם המקרים שמעוררים את המתח בין איסור הפליה מחד וחופש המצפון והדת מאידך לא נעצר (וגם לא ייעצר) כאן. בארה"ב הסכים בפברואר 2022 בית המשפט העליון לשמוע תיק (**קריאטיב אל אל סי**) בו מעצבת אתרים ביקשה לפרסם באתרה הצהרה שלפיה בשל סיבות דתיות היא אינה מעצבת אתרים לחתונות של זוגות חד-מיניים. פסק הדין צפוי להינתן בשנה הבאה.⁶ ביולי 2022 פסק בית המשפט העליון בישראל כנגד בית חולים לניאדו בשל סירובו מטעמים דתיים-הלכתיים להעניק טיפולי פוריות לנשים שאינן נשואות.⁷

¹ ראו למשל ANDREW KOPPELMAN, GAY RIGHTS VS. RELIGIOUS LIBERTY? THE UNNECESSARY CONFLICT, והמקורות הנוכחים שם; אלון הראל "חירות, הומוסקסואליות וזכויות של מיעוטים מיניים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 233 (2016). ראו גם משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" **משפט וממשל** יז 147 (2016) (להלן: כהן-אליה "על היסוד הנפשי"); משה כהן-אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 497 (2016).

² Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. Civil Rights Comm'n, 138 S. Ct. 1719 (2018) (להלן: פרשת **מאסטרפיס קייקשופ**).

³ אין זה המקרה הראשון מסוג זה שהגיע להכרעה משפטית בארץ. קדמו לו פסק הדין בע"א (מחוזי י-ם) 5116-11-12 **בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקובוביץ'** (נבו 17.6.2014) (שבו סירב אולם אירועים לארח מסיבת נישואים של זוג לסביות), ופסק הדין בתא"מ (שלום ת"א) 44551-11-10 **האגודה לשמירת הפרט נ' מקור ראשון המאוחד בע"מ** (נבו 28.12.2011) (שבו סירב עיתון לפרסם מודעה של ארגון זכויות אדם להט"ב).

⁴ ראו ת"א (שלום ב"ש) 56315-02-17 **אגודה לשמירת זכויות הפרט נ' צבע הקשת – מעבדה ללווחות אופסט ושקפים בע"מ** (נבו 20.4.2020); ע"א (מחוזי ב"ש) 52336-06-20 **כהן נ' אגודה לשמירת זכויות הפרט** (נבו 19.8.2020) (להלן: **פסק הדין במחוזי**, ושניהם יחד: פרשת **צבע הקשת**).

⁵ רע"א 7246/20 **כהן נ' האגודה לשמירת זכויות הפרט** (נבו 24.5.2021).

⁶ 303 Creative LLC v. Elenis, 142 S. Ct. 1106 (2022), <https://bit.ly/3OO2LSR>.

⁷ רע"א 9128/17 **מרכז רפואי צאנו – בית חולים לניאדו נ' פלונית** (נבו 18.7.2022).

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

על כן אף שאנו מסכימים לתוצאה בפסק הדין המפורסם של בית המשפט המחוזי בפרשת **צבע הקשת**, אנחנו מציעים מסגרת תאורטית להצדקתה השונה מזו שהציע בית המשפט. לפי בית המשפט המחוזי, אף שהדפסת חומר עבור הקהילה הלהט"בית נגדה 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 שפלוני מנהל, כל עוד מוצעים בחנות מוצרים, או שירותים, לציבור הרחב. הדבר נכון, גם אם חנותו של פלוני מצויה בבעלותו הפרטית ואף בחצריו.⁸

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 אם 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) הוא הפליה אסורה. הברירה התיכון בטענתנו הוא הרעיון שלעיתים ניתן להפריד בין הלקוח ובין השירות שאותו הוא מעוניין לקבל מספק השירות. לגישתנו, ייתכנו 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 בלי שלספק אכפת מזהות הלקוח, דבר שלדעתנו איננו אסור בהכרח. על כן לדעתנו לא ניתן לשלול על הסף טענות של נתבעים, כמו בעלי בית הדפוס צבע הקשת, אשר טוענים שהתנהגותם אינה בגדר הפליה אסורה, ככל שסירובם 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.

⁸ פסק הדין במחוזי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 9 (ההדגשה הוספה).

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.⁹ 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 במובנה הפרדיגמטי מה שמניע את המפלה בפעולתו כלפי המופלה הוא יחס שלילי מעין זה. מכאן שכאשר ברור שהוא אינו 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 המודע פחות) של המפלה, אולם כפי שנראה בהמשך, לא זה המושג המונח בבסיס החוק הנדון. את השאלה הפילוסופית אם הפליה עקיפה, לא מכוונת, היא בכלל סוג של **הפליה**, נוכל להותיר להזדמנות אחרת.¹⁰

בפרק א נציג את הרעיון הבסיסי שלנו שלפיו ייתכנו מקרים שבהם ניתן להפריד בין סירוב לספק שירות ללקוח בגלל מאפיינים "בעייתיים" כמו גזע או לאום לבין סירוב לספק שירות מסוים בגלל תוכנו, בלא תלות בזהותו של המבקש. בפרק ב נדון בשתי דרכים לפרש את חוק איסור הפליה באופן שמבטא הפרדה זו. בפרק ג נראה כי גם בארצות שמעבר לים התמודדו עם פרשות כמו **צבע הקשת**, ונבחן את הפתרונות שאליהם הגיעו בתי המשפט שם. בפרק ד נפרוש את המודל האפיסטמולוגי ונפרט את השיקולים שיש להביא בחשבון בעת הבחינה הראייתית של טענת הספק שלפיה סירובו לשרת את הלקוח נובע מתוכן הבקשה ולא מזהות המבקש. בפרק ה נזכיר שהאיסור להפלות בהספקת מוצרים ושירותים מוגבל כבר היום, ועל כן הצעתנו לפרשו פירושו שלא יחול על סוג נוסף של מקרים (סירוב לשרת בגלל תוכן השירות) אינה כה יוצאת דופן. בפרק ו נדון באופן ביקורתי בתיקון חקיקה שהוצע בעקבות פסק דין **צבע הקשת**, ונציע במקומו תיקון אחר. בפרק ז נדון בתביעות "הפוכות" לצבע הקשת שמחכות להכרעת בתי המשפט. בפרק ח נסכם.

א. הרעיון הבסיסי

כדי להציג את הרעיון המרכזי של המאמר הבה נתבונן במקרה הדמיוני של ג'וני ומשי: ג'וני ומשי הן פעילות פמיניסטיות ותיקות המארגנות הפגנות ופעילויות שונות כדי לקדם זכויות נשים. הן מקדישות תשומת לב מיוחדת למקרים של דיכוי והפליה נשים בתוך המסגרת המשפחתית. לפרנסתן הן מנהלות בית דפוס בבאר שבע. בוקר אחד מגיעים לחנות מוחמד, גבר מוסלמי בן 50, ופאטמה, נערה מוסלמית בת 16, ומבקשים להדפיס עבורם הזמנות לחתונתם שעומדת

⁹ Richard Wasserstrom, *Preferential Treatment, Color-Blindness, and the Evils of* ראו Patrick ; *Racism, in* THE AFFIRMATIVE ACTION DEBATE 153 (Steven Cahn ed., 1995) Shin, *The Substantive Principle of Equal Treatment*, 15 LEGAL THEORY 149 (2009) DEBORAH HELLMAN, ; BENJAMIN EIDELSON, DISCRIMINATION AND DISRESPECT (2015) .WHEN IS DISCRIMINATION WRONG? (2008)

¹⁰ IRIS YOUNG, לדעה שלפיה המושג "הפליה" חל רק לגבי מדיניות מכוונת של הדרה או העדפה, ראו MATT CAVANAGH, AGAINST ; JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 196 (1990) BENJAMIN EIDELSON, DISCRIMINATION AND ; EQUALITY OF OPPORTUNITY 199 (2002) "indirect" discrimination is not usefully thought of as a distinct) DISRESPECT 18 (2015) .(form of discrimination at all, except as a piece of legal jargon"

להתקיים בקרוב. מזועזעות מהעובדה שמדובר בקטינה ובגבר מבוגר, גוני ומשי מסרבות לבצע את ההזמנה (לצורך הדיון אנו מניחים כי עריכת החתונה והדפסת ההזמנות אינן עבירה על החוק, למשל כי החתונה קיבלה אישור של בית המשפט לענייני משפחה).¹¹

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, בכל פעם שנזכיר הפליה סתם הכוונה תהיה להפליה אסורה). כל עוד גוני ומשי מוכנות לספק כל שירות אחר לזוג הלקוחות, דהיינו שירות שאינו קשור בחתונה, ואילו את השירות הספציפי של הדפסת הזמנות לחתונה של קטינה אין הן מוכנות לספק לשום לקוח, הרי שאין מדובר בהפליה. שני התנאים הללו מבחינים בין המקרה הזה לבין מקרים של הפליה, שבהם בגלל העוינות או העמדה השלילית של המפלה כלפי המופלים – במקרה הזה זוג מוסלמי – הוא נוטה להתייחס אליהם באופן שלילי או אוהד פחות במישורים מגוונים (קבלה לעבודה, כניסה למועדון, רמת שכר ועוד), ואילו אחרים זוכים ליחס ניטרלי והוגן בכל המישורים הללו. כל עוד הסירוב של גוני ומשי לשרת את הזוג המוסלמי אינו מבוסס על עמדה שלילית שכזאת, שהרי כאמור הן מוכנות לשרת אותם ולהתייחס אליהם מכל היבט שהוא כמו לשאר הלקוחות, הרי שמה שמניע אותן הוא הרצון להימנע מ"לכלך את הידיים" בפעילות שהן מתנגדות לה עמוקות. כל עוד סירובן של גוני ומשי אינו בבחינת דחייה של הזוג המוסלמי כלקוחות אלא דחייה של כוונתם להינשא בנסיבות האמורות, והן היו מסרבות לשרת גם כל זוג אחר, אין לדעתנו לראות בסירובן הפליה אסורה.

שמה יטען הטוען שלהבחנה שהצענו אין חשיבות, שהלוא בסופו של דבר הרצון של הזוג להתחתן נובע מאמונתם הדתית, ואם גוני ומשי מסרבות להעניק להם שירות, המשמעות היא שהזוג מופלה לרעה בגלל דתיותם לעומת לקוחות אחרים. אלא שלדעתנו מה שמטריד מבחינה מוסרית בהפליה הוא חוסר ההכרה המבוטא בה בכבוד השווה שהמופלים זכאים לו בתור בני אדם. בעיני המפלה, יהודים, מוסלמים או הומואים למשל ראויים ליחס טוב פחות מכל אדם אחר משום שהם יהודים, מוסלמים 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 הממוני אינו גדול. לכן, בכואנו לקבוע אם פעולה או מדיניות מסוימת היא בגדר הפליה, יש חשיבות קריטית לבחון אם הן מבטאות את אי-ההכרה הזאת. כל עוד לא ניתן לייחס לגוני ומשי אי-הכרה כזאת, טעות היא להמשיג את הסירוב שלהן כהפליה גם אם התוצאה בשטח היא שמסורבי השירות כמעט תמיד יהיו מוסלמים או דתיים, וגם אם יש קשר ברור בין הדתיות שלהן לבין רצונם להינשא כך.

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

¹¹ ס' 5 לחוק גיל נישואים, תש"י-1950.

המושג הפליה מיועד ללכוד קטגוריה ספציפית ומטרידה במיוחד של מעשים שנובעים מחוסר כבוד לאדם, דהיינו, מקרים שבהם חוסר הכבוד שפלוני רוחש 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).¹²

יוצא שהעובדה הקובעת לגבי השאלה אם גוני ומשי נהגו בהפליה כלפי הזוג איננה עצם קיומה של עמדה נפשית לא מכבדת כלפיו, אלא שעמדה כזאת הייתה – מודעת יותר או מודעת פחות – ביסוד הסירוב שלהן לספק את השירות המבוקש. לכן, כל עוד גוני ומשי היו מוכנות לספק לזוג כל שירות אחר, ואילו לבקשה להדפיס הזמנות לחתונה קטינה הן היו מסרבות גם לגברים חילוניים למשל, הרי שהסירוב לא ביטא חוסר כבוד כלפי הזוג ולא היה כלל הפליה אסורה. ואכן, דומה כי לאחרונה, בפרשת לניאדו, אימץ השופט עמית את שני המבחנים הללו בהקשר של סירוב בית חולים לניאדו לספק שירותי הפרייה לאשה לא נשואה, תוך שהוא מפנה למאמר הנוכחי.¹³

סיכומו של דבר, ייתכנו מקרים (כמו זה של גוני ומשי) שנראים כמו הפליה כי הם כרוכים בסירוב לשרת פלוני בגלל מאפיינים שקשורים לזהות הדתית שלו, להשקפה שלו או לתפיסה הפוליטית שלו – ושכלל זאת אינם הפליה, כי מה שקיים 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) מהתנגדותו לתוכן השירות שהוא התבקש לספק ולא (גם) מעוינות כלפי המסורבים בשל מה שהם מתכננים לעשות. אם גוני ומשי מתנגדות כל כך לחתונה של קטינה עם גבר מבוגר, יהיה סביר להניח שיש בהן כעס ואף עוינות כלפי הזוג – במיוחד כלפי הגבר – שמבקש לממש את מה שגוני ומשי רואות כתפיסה דכאנית ואנטי-ליברלית. יש אפוא בסיס לחשד שמה שמוצג כהתנגדות שלהן לתוכן השירות (הדפסה והפצה של הזמנות לחתונה) הוא הפליה פשוטה נגד הזוג בגלל דתו או השקפתו.

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. הענקת פטור לגוני ומשי מאיסור הפליה (ליתר דיוק, ראיית הסירוב שלהן כלא מפלה) היא לקיחת סיכון מוסרי רציני. על כן, היה אפשר לסבור כי אף שמבחינה מושגית יש מקום להפריד בין סרבנות לשרת לקוח לסרבנות להיות שותף במעשה שאדם מתנגד לו, מבחינה פרקטית מוטב לאמץ מדיניות שדוחה את ההבחנה דלעיל (להלן: מדיניות פרקטית) ואשר קובעת שהלכה למעשה כל אימת שמישהו מסורב שירות בהקשר של לאום, דת, נטייה מינית או השקפתו, הוא קורבן להפליה.

התגובה שלנו לבעיה זו היא שהמדיניות הפרקטית הזו אינה מייחסת די משקל לחשיבות של כיבוד המצפון. נכון שיש מחיר לטעות של פטור לא מוצדק לסרב ללקוחות, אבל יש מחיר גם לטעות של איסור על סירוב כשהסירוב מוצדק (כאשר מה שמניע את המסרב הוא רק

¹² דני סטטמן "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם אינה יכולה להפלותו – בזכות פרשנות מצמצמת של המושג הפליה" עיוני משפט מב 239, 261 (2019).

¹³ פרשת לניאדו, לעיל ה"ש 7, פס' 9 לפסק דינו של השופט עמית.

ההתנגדות למעשה) והוא הפגיעה במצפוננו של הספק. לכן אנחנו מציעים לדחות את המדיניות הפרקטית הזאת ולפרש את החוק פירוש שלא יחול על מקרים שבהם הסיור נראה בסבירות גבוהה כנובע מהתנגדות למעשה ולא לאדם. למרות האמור, יש להיות זהירים ביישום המעשי של דברים אלו ובקביעה שפלוני לא הפלה בניסיונות שבהן יש בסיס לחשד שהוא כן עשה זאת. בפרק ד נפרט את השיקולים שיש להביא בחשבון בהקשר זה.

חשוב לחדר 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,¹⁴ או של רופאים המקבלים "פטור" מביצוע הפלות המנוגדות למצפונם.¹⁵ במקרים כאלה, ההתחשבות במצפון היא הטעם הענייני לקבלתו של בעל המצפון (הפציפיסט או הרופא) פטור מפעולה מסוימת שאם לא כן היה נדרש לבצעה. במשטרים ליברליים ההימנעות מפגיעה במצפון נתפסת במקרים מסוימים כחשובה ממניעת אי-הצדק או הנזק שייגרמו מהענקת פטור לפלוני מחובה המוטלת על חבריו, למשל פטור משירות צבאי בשעה שכל חבריו יתגייסו. לעומת זאת, בהקשר הנוכחי כיבוד המצפון הוא שיקול לדחיית המדיניות הפרקטית הנזכרת שלפיה כל מקרה של סיור לשרת שקשור לדתו, להשקפתו וכו' של המסורב הוא בגדר הפליה. לשון אחר, כיבוד המצפון הוא שיקול לטובת פרשנות מסוימת של איסור הפליה, שלפיה כאשר קיימות ראיות משכנעות שסיורו 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, נראה בסיור כלגיטימי לא מפני שהן מפלות אך בגלל הכבוד שאנו רוחשים למצפונן יש לאפשר להן זאת, אלא מפני שאין כאן הפליה כלל ועיקר. והסיבה לכך שאין כאן הפליה היא שלפי הסיפור שסיפרנו גוני ומשי מכבדות באופן מלא את הזוג המוסלמי כבני אדם למרות המחלוקת החרפה בעניין המוסריות של נישואי קטינות; שנית, השיקולים שנפרוש בהמשך אינם אפוא שיקולים שבאים לאזן את ההפליה האסורה של גוני ומשי באופן כזה שנכריע (במבחן מידתיות, איזון, או סבירות כלשהו) שזו הפליה לגיטימית, אלא מדובר בשיקולים אפיסטמולוגיים הקשורים בנטל הראיה הנדרש כדי לשכנע את בית המשפט כי מדובר בסיור של הספק למעשה מסוים ולא בדחייה גורפת של הלקוח.

העובדה שבעניינו הסיור של גוני ומשי איננו הפליה אסורה אינה אומרת שמבחינת המשפט המצוי הסיור שלהן היה מותר. ייתכן שצדק בית המשפט שקבע בפרשת צבע הקשת שחוק איסור הפליה אוסר על סיור של הספק שירות לחברי הקבוצות הנזכרות בסעיף 3(א) לחוק בלא קשר לסיבת הסיור. בפרק הבא נבחן אם אומנם זה המצב.

ב. פרשנות שונה לחוק איסור הפליה

אם יותר לגוני ומשי לסרב לשרת את הזוג המוסלמי, התוצאה בפועל תהיה שהזוג יקבל שירות גרוע מזה שיקבל זוג אחר בגלל דתם או השקפתם, ואילו לקוחות אחרים, שאינם מעורבים

¹⁴ ס' 36, 39(ג) לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986.

¹⁵ ס' 318 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

בנישואי קטינות, יקבלו שירות הולם. האם למרות תוצאה זו ניתן לפרש את החוק פירוש שלא יחול על המקרה הנדון? לדעתנו התשובה חיובית. ברצוננו להציע שני אדנים אפשריים לביסוס תשובה זו, שכפי שנראה מבוססים בסופו של דבר על אותו היגיון.

1. "הפליה מחמת"

סעיף 3(א) לחוק 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 "בשל" ומקבילותיהם בשפות אחרות סובלים מעמימות ידועה האופפת שני מובנים: מובן אחד מציין מה שנוכל לכנות קשר ישיר, ואילו מובן אחר מתייחס למוטיבציה של הפועל. כדי להבין מה הכוונה ב"קשר ישיר", חשבו על השימוש של המושג "מחמת" בחוק שירותי הסעד, הקובע בסעיף 1 שנוזקק הוא "אדם הזקוק לסעד מחמת גילו, מצב בריאותו, ליקויו הרוחני או הגופני, עוני או מסיבות אחרות".¹⁶ אם מצב בריאותו של אדם הוא לקוי באופן שמגביל אותו, הדבר יכול לגרום במישרין את אפיונו כ"נוזקק" 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 באשר לעולמו 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) לחוק. הפליית מישהו "מחמת" היותו ערבי פירושה למשל לסרב לאפשר לו להיכנס לבריכת השחייה המקומית משום שהוא זוהה כערבי, כלומר: שאחד הגורמים – בדרך כלל גורם מרכזי – שהניעו את בעלי הבריכה לא להכניס את האדם הערבי היה זיהויו ככזה.

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

לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם 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-

¹⁶ ס' 1 לחוק שירותי הסעד, התשי"ח-1958 (ההדגשה הוספה).

1986, לרבות מחמת תדירותו או משכו, כמשמעותו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, הצפוי להם, בכל אחד מאלה.¹⁷

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".¹⁸ 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".¹⁹ אנו סבורים כי ניתוחה של רבין-מרגליות לטובת פרשנות זו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה יכול לחול גם על חוק איסור הפליה.²⁰

הפליה אינה מחייבת פעולה מודעת ומכוונת נגד אדם בשל דתו, גזעו, נטייתו המינית וכך הלאה. במקרים רבים המוטיבציה הפסולה איננה מודעת במלואה למפלה, וייתכן שהוא אף מכחיש אותה. כפי שמראה מבחן ה-Implicit Association Test המפורסם, כמעט לכל בני האדם יש סטראוטיפים שליליים, שהם לא לגמרי מודעים להם, כאשר לקבוצות מסוימות.²¹ על פי פרשנותנו לחוק איסור הפליה, כאשר סטראוטיפים שליליים אלה קיימים 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) לחוק.

חזרה לנקודה העיקרית: כאשר קיימות ראיות טובות לכך שהסירוב של ספק לשרת לקוחה אינו 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 אינו 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".²² אבל כפי שהראה משה כהן-אליה, אף שאין נדרשת כוונה

¹⁷ ס' 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (ההדגשה הוספה).

¹⁸ שרון רבין-מרגליות "ההסבר (תירוץ) השוקי לפערי שכר מגדריים" הפרקליט נ 501, 533 (2008) (ההדגשות הוספו).

¹⁹ שם, בעמ' 536 (ההדגשה הוספה).

²⁰ עם זאת לדעתנו רבין-מרגליות לא דייקה בכותבה שהקשר הסיבתי שאותו צריך להוכיח הוא "בין ההשתייכות לקבוצה לבין ההחלטה הפוגעת של המעביד" (שם, בעמ' 533). הקשר אינו 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.

²¹ Anthony G. Greenwald et al., *Measuring Individual Differences in Implicit Cognition: The Implicit Association Test*, 74 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 1464 (1998)

²² ע"א 8956/17 מנסור נ' המועצה המקומית כוכב יאיר צור יגאל, פס' 83 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו) (14.1.2021).

מפורשת ומודעת להפלות, על זיהוי המופלה כאדם בעל גזע, נטייה מינית, דת וכדומה להיות אחד הגורמים שהניעו את המפלה בסירובו לשרת אותו.²³ בהמשך לאמור על הקרבה בין חוק איסור הפליה לבין חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, גם שרון רבין-מרגליות מודעת לכך שהפרשנות שלה לחוק האחרון נראית נוגדת את האמירות של בתי משפט שהפליה אינה מחייבת כוונה.²⁴ 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 שנודרש מניע או מודעות לתוצאות המפלות, וטענות 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.²⁵

לסיכום נקודה זו, ניתן לראות באיסור להפלות המצוי בחוק איסור הפליה ובחוק שוויון הזדמנויות בעבודה כמצוי באמצע בין שני קצוות של מצב תודעתי בו יכול להימצא הספק: בקצה האחד איסור להפלות מתוך כוונה מפורשת ומודעת של הספק להפלות; בקצה השני דרישה להימנע, בתחום מוגדר ולגבי טובין ספציפיים, מיצירת הבדלים תוצאתיים בין בני אדם ששונים ביניהם בתכונות כמו גזע, לאום או נטייה מינית מבלי שנתעניין כלל במצב התודעתי של הספק. 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.²⁶ בקצה השני קיימים מקרים נדירים, וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד (בשונה מחוק שוויון הזדמנויות בעבודה) הוא דוגמה לכך: אין בו צורך להוכיח שום דבר על התודעה של המפלה, והתובע יכול לזכות על בסיס הבדלים תוצאתיים גרידא בינו ובין קבוצת הייחוס הרלוונטית.²⁷ גישת האמצע המבוטאת בחוק איסור הפליה ובחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, שלפיה נדרש שהמאפיינים של המסורב יזוהו בתודעת המסורב ויהוו בסיס לסירובו, היא הגישה הרווחת בדיונים על הפליה, ואותה אנחנו מניחים כאן.

²³ כהן-אליה "על היסוד הנפשי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 160–161.

²⁴ רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 18, בעמ' 534.

²⁵ שם, בעמ' 535.

²⁶ לסקירת הפסיקה בעניין זה, ראו כהן-אליה "על היסוד הנפשי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 160–177.

²⁷ חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996.

2. "שעיסוקו בהספקת מוצר"

אפשרות אחרת להסביר מדוע המקרה של גוני ומשי איננו נכלל בקטגוריה של הפליה אסורה לפי החוק היא לומר שהשירות או המוצר שהן מתבקשות לספק איננו השירות "שעיסוקן בהספקתו". מסעדת בשר איננה מספקת אופציות טבעוניות, ולכן טבעוני שנכנס למסעדה אינו יכול להתלונן שמפלים אותו, כשם שדתיים שומרי כשרות אינם יכולים להתלונן על הפליה אם המסעדה שהם נכנסים אליה אינה מספקת מנות כשרות, אף שמן הבחינה התוצאתית המשמעות היא שהמסעדה אינה משרתת אנשים דתיים. טענתן של המסעדות תהיה שהן פשוט אינן מגישות מנות טבעוניות או כשרות – שהספקת מנות כאלה אינן חלק מ"עיסוקן" – ושלכן אין הפליה באי-הגשתן ללקוח טבעוני או לשומר כשרות. במילים אחרות, העובדה שהלקוח משתייך לקבוצה מוגנת אינה מקנה לו זכות לקבל שירות שהספק אינו מספק כלל. בדומה לכך, גוני ומשי יכולות לטעון שהדפסה של הזמנה לחתונת קטינה אינה חלק מהשירות "שעיסוקן בהספקתו", ולכן הן אינן מפלות את הזוג המוסלמי כאשר הן מסרבות לבצע עבורו את העבודה המבוקשת.

טענתן של גוני ומשי עלולה להיתפס כפולפול ריק, שכן כדי שהמסעדות בדוגמאות הללו תספקנה את השירות המבוקש (מנה טבעונית או מנה כשרה), הן צריכות לרכוש ציוד מיוחד וחומרי גלם מתאימים ולארגן אחרת את סביבת העבודה, ולכן טענתן שהן אינן מספקות את שמבקשים מהן נשמעת סבירה בשל העלויות הגבוהות הכרוכות בהספקת השירות המבוקש. כשם שבמסעדה איטלקית אין סושי, כך במסעדת בשר אין מנות טבעוניות. לעומת זאת, השירות שמבקש הזוג המוסלמי מגוני ומשי הוא סוג השירות הרגיל שהן מבצעות מדי יום ביומו: הדפסת הזמנות ומודעות. לכן, טענתן ש"עיסוקן" איננו בהספקת השירות המבוקש נראית מאולצת.

אלא שקריטריון העלויות הגבוהות אין בו לבדו כדי להבחין בין מקרים שבהם טענת הספק כי מדובר בשירות שהוא אינו עוסק בהספקתו צריכה להידחות, ובין אלו שבהם היא צריכה להתקבל. חשבו על סופרמרקט בארצות הברית שמכר במשך תקופה ארוכה (גם) בשר כשר, אבל עכשיו הגיע למסקנה שהשחיטה היהודית היא אכזרית לעומת השחיטה המקובלת במדינה, ולכן 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 אף שהתוצאה תהיה הרעת מצבם של שומרי הכשרות לעומת לקוחות אחרים. מעתה והלאה כאשר יגיעו לקוחות יהודים וישאלו אם אפשר לקנות בסופרמרקט בשר כשר, התשובה שתינתן להם תהיה: "מצטערים, איננו מספקים את המוצר הזה". אם כך, כשם שמותר לבעל עסק להפסיק לספק שירות או מוצר מסוים, גם אם אלה משתלבים מטבעם בעסק הקיים (בשונה מהמקרה של מסעדה איטלקית שיש בה סושי) כך מותר לו לא לספק אותו **לכתחילה**, אף 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 ומשי לא לספק הזמנות לחתונת קטינה, ואין בכך הפליה נגד הפונים מחמת דתם או השקפתם. 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 בדחייתנו את טיעון העלויות הגבוהות כקריטריון מבחין היא שלכאורה היא מאפשרת לכל ספק שנאשם בהפרת חוק איסור הפליה להתחמק מאחריות באמצעות הטענה שהשירות או המוצר שהוא מסרב לספק לפלוני (הערבי, האתיופי, ההומו וכך הלאה) פשוט איננו חלק מהעיסוק שלו. כביכול השירות שהוא מספק הוא, נניח, "השכרת רכב ליהודים" ולא סתם "השכרת רכב", ולכן ערבים שאין משכירים להם רכב אינם לכאורה זכאים להתלונן על הפליה.

התשובה לבעיה זו היא שיהיה מאולץ לכלול בהגדרה של סוג השירות את זהותו של מקבל השירות. בדוגמה הנדונה השירות הוא השכרת רכב, שירות שהמשכיר אינו מוכן לספק לערבים. על כן המשכיר לא יוכל להימלט מהבעיה באמצעות הגדרה מפורשת 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. בדומה לזה, ובהתייחס לסוגיה שנדונה בבית המשפט העליון בארצות הברית, מאפיינה אינה יכולה להגיד שהשירות שהיא מספקת הוא "עוגות חתונה לזוגות סטרייטים"²⁸. השירות שהיא מספקת הוא "עוגות חתונה", ואת אלה היא צריכה להציע לכל מי שמבקש. לעומת זאת אם זוג הומוסקסואל רוצה עוגת חתונה מיוחדת, נניח בצורת שני גברים מתחבקים, אז המאפיינה יכולה 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 הזמנות לחתונות של קטינות.

לאור כל האמור, דומה שהתנאי של "עיסוקו בהספקת המוצר" קשור בקשר הדוק לתנאי של "מחמת" שנדרש 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 להשתתף במעשה הרלוונטי). אם ספק טוען שעיסוקו אינו בהספקת מוצר X, הרי שהוא בהכרח אינו מספק את מוצר X לאיש, 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 לאיש, 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 בהספקת שירות זה. שני האדנים מתמזגים זה עם זה.

ג. משפט משווה

²⁸ נציין כי השופטים בפרשת מאסטרפיס קייקשופ (לעיל ה"ש 2) התחבטו בסוגיה זו בדיוק בדיוןם בשאלה אם העוגה שהאופה נדרש להכין הייתה "עוגת חתונה" (שאינו יכול לסרב להכינה לזוגות להט"בים) או "עוגת חתונה להט"בית", שאז ייתכן שהייתה לו זכות לסרב, שהרי מחד גיסא הוא מוכן למכור לזוג הלהט"בי כל מוצר אחר, ומאידך גיסא הוא לא היה מוכן למכור עוגת חתונה להט"בית לאיש. ראו שם, בעמ' 5 (פסק דינה של השופטת ביידר-גינזבורג), 9–10 (פסק דינו של השופט גורסאץ').

ככל הידוע לנו, הפרשנות שהצענו בסעיף הקודם לחוק איסור הפליה בדבר ההפרדה בין הלקוח לבין השירות המבוקש לא נוסחה בבתי המשפט בארץ, אבל במדינות אחרות ניתן למצוא אותה. פסק הדין החשוב ביותר בהקשר זה ניתן בבית המשפט העליון בבריטניה בפרשת **אשרס** בשנת 2018.²⁹ גארט' לי (Gareth Lee), שהיה פעיל בהתנדבות למען הלהט"ב בבלפסט, פנה למאפיית אשרס (Ashers) המקומית וביקש שתאפה עבורו עוגה שכתוב עליה: Support Gay Marriage. בעלי המאפייה הם נוצרים אדוקים, ושם המאפייה שלהם נגזר מפסוק בספר בראשית ("מֵאֲשֶׁר שָׁמְנָה לַחֲמוֹ").³⁰ 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 לא הביעו בעלי המאפייה 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.

לי תבע את המאפייה על הפליה בבית המשפט של המחוז וזכה ב-500 ליש"ט פיצויים. המאפייה 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 המעשה, ובלשונו של בית המשפט: "The less favourable treatment was afforded to the message not the man"³¹.

בית המשפט החיל את שני התנאים דלעיל בקובעו שהמאפייה 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 שהמאפייה (שהעסיקה עובדים להט"בים ושירתה בעבר לקוחות להט"בים ללא כל הפליה)³² הייתה מוכנה למכור גם למבקשים עוגה בלא הכתוב שבעלי המאפייה התנגדו לו.³³

הואיל ובזמן כתיבת פסק הדין נתקבלה ההחלטה של בית המשפט העליון בארצות הברית 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

²⁹ Lee v. Ashers Baking Company Ltd. [2018] UKSC 49, AC (appeal taken from N. Ir.) (להלן: פרשת אשרס).

³⁰ בראשית מט 20.

³¹ שם, בפס' 47.

³² שם, בפס' 28.

³³ בית המשפט האירופי לזכויות אדם דחה ביום 9.11.2021 את בקשת לי לדון בערעורו על החלטת בית המשפט העליון בבריטניה, ראו Lee v. The United Kingdom, App. No. 18860/19 (Dec. 12, 2021), <https://bit.ly/3J3wund>.

line particular factual scenarios fall. But in our case [אשרס] 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.³⁴

פסק הדין האמריקאי הזה (מסטרפיס קייקשופ) הוכרע כאמור למעלה על בסיס סיבות טכניות, אבל פסקי דין אחרים בארצות הברית 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.³⁵

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

אכן, מאפיין חשוב של מקרה זה הוא שהשירות שעליו מדובר היה מחייב השתתפות משמעותית ו"עבה" של הסטודיו; עיצוב אישי של הזמנה, התפורה לפי מידותיו של הזוג ומתוך תיאום איתו. ייתכן שאילו היה מדובר 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) "מהמדרף".³⁶ כאמור, שיקול זה היה ביסוד ההחלטה לעיל של בית המשפט העליון באריזונה

³⁴ פרשת **אשרס**, לעיל ה"ש 29, בפס' 62 (ההדגשה הוספה).

³⁵ *Brush & Nib Studios, LC v. City of Phx.*, 448 P.3d 890, 910 (Ariz. 2019).

³⁶ השוו למשל בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ**, לעיל ה"ש 2, פסק דינו של השופט תומס (שם, בעמ' 5–13) ופסק דינו של השופט קנדי (שם, בעמ' 15) לפסק דינה של השופטת ביידר-גינזבורג (שם, בעמ' 4–7). להבחנה דומה, ראו *State v. Arlene's Flowers, Inc.*, 441 P.3d 1203, 1256 (Wash. 2019) (להלן: פרשת **ארלן פלאוורס**). נציין גם כי בשנת 1999 חוקקה העיר לואיוויל שבקנטקי (Kentucky) את פקודת ההגנות, שאוסרת הפליית להט"בים בעבודה, בדירור ובשירותים ציבוריים (Fairness Ordinance, Local Ordinance No.). צ'לסי נלסון היא צלמת חתונות ובלוגרית. היא גם נוצרייה המאמינה שנישואים הם בין גבר אחד לאישה אחת. היא מסרבת לצלם ולערוך חתונות להט"ביות ואף מפרסמת זאת באתר הבית שלה. נלסון עתרה לבית המשפט בבקשה שיוציא צו מניעה נגד אכיפת פקודת ההגנות. באוגוסט 2020 דחה בית המשפט המחוזי של המחוז המערבי בקנטקי את בקשת לואיוויל לדחייה על הסף של העתירה של נלסון, ראו *Chelsey*

בשנת 2019 בפרשת **Brush & Nib Studio**. ברוב של 3:4 קבע בית המשפט שעיריית פניקס אינה רשאית לכפות על עסק מקומי לעצב הזמנות לחתונה חד-מינית המנוגדת לעקרונות הדתיים של בעל העסק.³⁷ נחזור לשיקול זה לכשנציג את המודל האפיסטמולוגי שלנו.

המקרה האמריקאי האחרון שנזכיר הוא תמונת מראה של **אשרס** האנגלי, פרשת ג'ק,³⁸ אשר הוזכרה ונדונה על ידי השופטים בארצות הברית בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ**. אדם בשם ויליאם ג'ק פנה לשלוש מאפיות בקולורדו וביקש שיאפו עבורו עוגה המעוטרת באמירות נגד הומוסקסואליות שכוללות הפניות למקרא: "God hates sin. Psalm 45: 7", ו-"Homosexuality is a detestable sin. Leviticus 18:22".³⁹ שלוש המאפיות סירבו, וג'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 משום 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**) החילו בתי המשפט קריטריונים הרלוונטיים לדין שלנו כאן. כך למשל בפרשת **בול**, שהגיעה לבית המשפט העליון באנגליה, סירב זוג נוצרים אדוקים לארח זוג הומואים בחדר שבו מיטה זוגית בבית ההארכה הצמוד לביתם, אך הם הציעו להם חדר שבו מיטות נפרדות.⁴⁰ משום שהזוג סרב המארחים התנצלו, החזירו את הפיקדון, ומאוחר יותר אף הציעו לשלם עבור עלות האירוח בבית המלון האחר שזוג

Nelson Photography LLC v. Louisville/Jefferson Cnty. Metro Gov't, 479 F. Supp. 3d 543 (W.D. Ky. 2020). בית המשפט קבע שהצילומים שהיא מצלמת הם אומנות, ולכן חוסים בהגנת חופש הביטוי. עם זאת הוא דחה את בקשתה לצו מניעה שימנע את אכיפת הפקודה ככלל, כי בשונה מצילומים, יש שירותים ציבוריים אחרים שאינם נחשבים אומנות. צוינה במקרה הזה פרשת **מאסטרפיס קייקשופ** (לעיל ה"ש 2), שם בית המשפט העליון של ארצות הברית הזהיר שצריך להגביל את הקביעה לטובת האופה לנסיבות המקרה הספציפיות, כי לא כל סירוב מסיבות דתיות ומוסריות הוא לגיטימי.

³⁷ עניין **Brush**, לעיל ה"ש 35. ראו גם Lexington-Fayette Urban Cnty. Human Rights Comm'n v. Hands on Originals, 592 S.W.3d 291 (Ky. 2019), שבו קבע בית המשפט העליון של קנטקי (ברוב של 1:2) שאין לחייב בעל עסק לייצר חולצות עבור מצעד הגאווה.

³⁸ ראו Jack v. Azucar Bakery, Charge No. P20140069X (Colo. Civil Rights Div. 2015); Jack v. Le Bakery Sensual, Inc., Charge No. P20140070X (Colo. Civil Rights Comm'n 2015); Jack v. Gateaux, Ltd., Charge No. P20140071X (Colo. Civil Rights Comm'n 2015) (להלן: פרשת ג'ק). תיאור הפרשה מבוסס ברובו על התיאור המקוצר המובא בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ**, לעיל ה"ש 2.

³⁹ 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 22). ואכן, בתרגום הקלאסי של המלך ג'יימס 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" (Leviticus 18:22, NLT (last visited Mar. 3, 2022) <https://bit.ly/3MPTDft>).

⁴⁰ Bull v Hall [2013] UKSC 73, AC (appeal taken from Eng.) (להלן: פרשת **בול**).

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 אף שהתנאי הראשון (נכונות לתת ללקוחות כל שירות אחר במלון, כולל חדר שבו שתי מיטות מופרדות) התמלא. הסיבה לפסיקת בית המשפט קשורה באי-התמלאות התנאי השני. בית המשפט קבע כי אילו היה הקריטריון היחיד לסירובם היות בני הזוג לא נשואים, אזי לא היה מדובר בהפליה אסורה על בסיס נטייה מינית, שהרי המלון היה מסרב לתת חדר שבו 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 שבו מיטה זוגית משום הפליה על בסיס נטייה מינית. סיכומו של דבר, הפרשנות שהצענו למקרה של גוני ומשי תואמת פרשנות קיימת בשיטות משפט אחרות במקרים מן הסוג הזה, במיוחד זו שבאה לידי ביטוי בפרשת **אשרס** בבריטניה.⁴¹ אף שפסק דין זה, או האחרים שהזכרנו, אינם כמובן מקור מחייב במשפט הישראלי, מותר לקבל מהם השראה. הם מספקים ראייה לרעיון הבסיסי שלנו שלפיו הפליה אינה מתרחשת כאשר הסירוב לספק שירות איננו מחמת דעה קדומה נגד הלקוח הקשורה במאפיינים כגון גזע, דת, לאום או נטייה מינית.⁴²

ד. המודל האפיסטמולוגי – על השיקולים הרלוונטיים לכך שמדובר בסירוב להשתתף במעשה מסוים ולא בהפליה

כאמור למעלה, לעיתים קרובות לא קל להבחין בין מקרים שבהם הסירוב לספק שירות נובע מדעה קדומה נגד המבקש לבין מקרים שבהם הסירוב נובע מהתנגדות עקרונית לשותפות במעשים או בתהליכים שהשירות אמור לתרום להם (נישואי קטינות; נישואין חד-מיניים; חיזוק מפעל ההתנחלויות, וכך הלאה), ולכן יש צורך בזהירות רבה כאשר מתירים לספקים לסרב לשרת לקוחות מסוימים. הוכחה חזקה לכך שהסירוב אינו נובע מדעה קדומה נגד המבקש אלא מהתנגדות עקרונית למעשים שעל הפרק 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 לשירותן במשך שנים את הזוג המוסלמי, תהיה בכך ראייה חזקה להיותו של הסירוב הנוכחי שלהן נובע מההתנגדות העזה שלהן להיות מעורבות בנישואי קטינה ולא

⁴¹ ראו למשל (Klein v. Or. ;Elane Photography, LLC v. Willock, 309 P.3d 53, 66 (N.M. 2013) Bureau of Labor & Indus., 410 P.3d 1051, 1061 (Or. Ct. App. 2017).

⁴² ואכן, נראה שאפילו השופטת ביידר-גינבורג, שנחשבה בתקופות מסוימות לשופטת הליברלית ביותר בבית המשפט העליון של ארצות הברית – ואשר הייתה בדעת מיעוט בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ**, לעיל ה"ש 2 – תמכה בשני התנאים הללו: "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 (שם, בעמ' 4 לפסק דינה של השופטת ביידר-גינבורג). כן ראו שם, בעמ' 6: 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."

מחוסר כבוד כלפי הזוג המוסלמי. בדומה לזה, אם בעבר כבר סירבו גוני ומשי להדפיס הזמנות לחתונת קטינה עבור אחרים שאינם מוסלמים, תהיה גם בכך ראייה שהסירוב הנוכחי שלהן הוא אכן "עקרוני" ולא נובע מעוינות או מדעה קדומה דווקא נגד הזוג המוסלמי. הבעיה היא שבדרך כלל אין ראיות כאלה; לא ראיות לשירותו של הספק את הלקוח בהקשרים אחרים ולא ראיות לסירובו לשרת לקוחות אחרים (ובמיוחד מקבוצת הרוב) בהקשרים דומים. זאת ועוד, לעיתים טבעו של הספק או טבעו של הלקוח הם כאלה שמקשים 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 כבני אדם), 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 מסוימים, 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 אינם 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 – מעידים שלעיתים קרובות קביעה זו תהיה קצת ספקולטיבית. למרות זאת, כפי שהוסבר בפרק ב, אין לשלול מראש את האפשרות שאומנם קביעה כאמור נדרשת. כדי שבית המשפט ישתכנע מן הבחינה הראייתית כי מתקיימת הפרדה בין הלקוח ובין השירות המבוקש, אנו מציגים מודל אפיסטמולוגי ופורשים בו כמה שיקולים שניתן להיעזר בהם בתנאים של אי וודאות כדי להשתכנע בדבר הפרדה בין מאפייני הלקוחות ובין השירות המבוקש.

:

1. עד כמה הפגיעה במצפוננו של הספק, אם הוא יחויב לתת את השירות, היא חזיתית.
 2. עד כמה מעורבותו של הספק במעשה שהוא מתנגד לו (אם הוא יחויב לתת את השירות) היא עבה.
 3. עד כמה הקבוצה החברתית הרלוונטית פגיעה להפליה ולקיפוח.
 4. עד כמה מצפוננו של הספק הוא מוסרי.
 5. עד כמה הפגיעה הצפויה בלקוח גבוהה אם יותר לספק לשרת אותו.
- נפנה עתה לפירוט ולהרחבה של כל אחד מהשיקולים האלה.

1. פגיעה חזיתית במצפון

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

העדפות חזקות שיש לו⁴³ – לבין מה שהאדם נדרש לעשות.⁴⁴ כאשר אין קיים 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, אם יוכל הספק להוכיח ניגוד חזיתי ברור בין השירות או המוצר הספציפי שהוא מתבקש לספק לבין עקרונותיו, יהיה קל יותר להניח שהסירוב שלו לספק את השירות או המוצר איננו מחמת מאפייניו ה"בעייתיים" של הלכות אלא מחמת הניגוד בין השירות או המוצר הספציפיים לבין מצפונו של הספק.

כפי שהודגש בדיון על חופש הדת,⁴⁵ לטענותיו של מאן שהוא "אינו יכול" לעשות כך וכך כי הדבר מנוגד מאוד לעקרונותיו, צריך להתייחס בזהירות ובביקורתיות. לעיתים קרובות בני אדם ממשיגים את הסירוב שלהם ל-X כמעוגן בעקרונותיהם העמוקים, אך לאמיתו של דבר הוא נובע מדעות קדומות ומגישה שלילית כלפי הקבוצה הרלוונטית. דוגמה טובה לכך היא יחסו של חלק מהציבור הדתי ללהט"בים, למשל בכל הנוגע לשיתוף שלהם בתפילה. דומנו שבבתי כנסת רבים לא יעלו לתורה אדם שידוע שהוא הומוסקסואל,⁴⁶ ולא יאפשרו לזוג הומוסקסואלים או לזוג לסביות לעשות "קידוש" בבית הכנסת כדי לחגוג את הולדת ילדתם. הנימוק שיינתן 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 – אף שמדובר בעבירה שלכולי עלמא אינה פחות חמורה.⁴⁷

אי-התאמה זו בין היחס הנפשי והמעשי של קהילות דתיות רבות כלפי להט"בים ובין יחסן כלפי מחללי שבת בפרהסיא עשויה להראות שמה שמניע אותן איננו מחויבות פשוטה להלכה אלא עמדה שלילית יסודית נגד להט"בים, שנוטה להוביל בדיוק לסוגי ההתנהגות שחוק איסור הפליה בא לשרש. לגבי חילול שבת בפרהסיא מדובר בעניין שהוא במידה רבה non-issue עבור פרנסים בתי הכנסת והגבאים, כלומר היחס הנפשי המידי שלהם כלפי

⁴³ ראו למשל אצל JOCELYN MACLURE & CHARLES TAYLOR, SECULARISM AND FREEDOM OF CONSCIENCE 77 (2011): "[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'".

⁴⁴ ראו דני סטטמן "הרהורים ביקורתיים על הפטור משירות צבאי מצפון" עיוני משפט לא 669 (2009); דני סטטמן וגדעון ספיר דת ומדינה בישראל: עיון פילוסופי משפטי 26–34, 120–139 (2014).

⁴⁵ שם, בעמ' 135–139.

⁴⁶ ראו למשל עקיבא נוביק "מה הופך את דניאל זמיר ללהט"ב החשוב ביותר בציונות הדתית" הארץ (1.8.2021).
⁴⁷ לפי הרמב"ם, "השבת ועבודה זרה, כל אחת משתיהן שקולה כנגד שאר כל מצות 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" (משנה תורה, שבת, פרק ל, הלכה טו).

האורחים הוא חיובי, מזמין ומאיר פנים – עוד לפני שהם בודקים, אם הם בכלל טורחים לעשות זאת, אם מבחינה הלכתית הכול כשורה. לעומת זאת היחס המיידני 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 המארחת בשמחה מחללי שבת בפרהסיא לאירוע כמו בר-מצווה שהיא "לא יכולה" לארח באותו אופן אירוע בר-מצווה של משפחות חד-מיניות.⁴⁸

ליתר ספציפיות, בכל הנוגע להספקת מוצרים או שירותים, ספק דתי צריך לשאול את עצמו – ומכל מקום בית המשפט צריך לשאול – אם הסירוב שלו "להיות שותף" בעבירה נובע מהחומרה ההלכתית שבהספקת השירות או שמא מהדעות הקדומות שלו. חשבו כדוגמה 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.⁴⁹ המציאות היא שרק דתיים מעטים יסרבו למכור ללקוחות חילונים בנסיבות כגון אלה בשל 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 אינו 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 הייתה צו ההלכה אלא רתיעתם האינסטינקטיבית מכל מה שקשור ללהט"בים.

⁴⁸ לפני כעשרים שנה הוקם בתל אביב בית כנסת אורתודוקסי (מניין "יחד"), שמטרתו, בין השאר, הייתה להיות בית להומואים וללסביות שנדחו והודרו מבתי כנסת אחרים. ראו כרמית ספיר ויץ "האישה שמנגישה את בתי הכנסת להומואים" **NRG** (16.4.2013) <https://tinyurl.com/bhcyebes>. בשנים האחרונות ניתן לזהות בחברה הדתית הלא-חרדית מגמה לשתף להט"בים בתפילה על בסיס הטיעון שבגוף הטקסט. ראו למשל אפרים זלמנוביץ' האם מותר לעלות לתורה בעל נטייה חד מינית" **ערוץ 7** (1.1.2014) <https://tinyurl.com/syskc8x4>, וכן צוות ישיבת הר ברכה "שאל את הרב: גאים בתפילה" **כיפה** (26.5.2010) <https://tinyurl.com/2fhu3766>. כמו כן, אומנם ראש ישיבת הר עציון, יעקב מדן, ציין כי "תנועות הלהט"ב מזיקות מאוד", אך חילק בין האיסור בתורה על המעשה לבין מתן האפשרות למתפלל הומוסקסואל להיות שליח ציבור בתפילת נעילה. ראו 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) <https://tinyurl.com/ky6vwu3k>. בדומה לזה ציין הרב אבינר 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". ראו שלמה אבינר "מותר להומו לעלות לתורה בבית הכנסת?" **ישראל היום** (8.3.2018) <https://tinyurl.com/j6a2ehhf>.

⁴⁹ יש סבורים שידיעה 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://tinyurl.com/t35ryw3c>. ראו גם רצון ערוסי "שאלות בהלכה" **נצח ישראל** (1.8.2007) <https://tinyurl.com/tsnz82ft>. אשר לעניין המורכב של שותפות עם מחללי שבת, ראו ישראל רוזן "שותפות עסקית עם מחללי שבת" **תחומין** יב 399 (התשנ"א).

ראשית, כפי שנקבע בבית המשפט המחוזי, הם דחו את בקשת האחוה הגאה בלי שידעו דבר על תוכן עלוני הפרסום (שלא צורפו לדוא"ל שנשלח לבית הדפוס).⁵⁰ שנית, תגובתם החריפה והרגשית "איננו עוסקים בחומרי תועבה, יהודים אנחנו!" איננה רק "בוטה ולא מכבדת", כפי שניסח זאת בית המשפט המחוזי, אלא אף 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, למשל: "מצטערים, אנחנו דתיים ולכן לא נוכל להיות שותפים בחילול שבת. נשמח לשרת אתכם בכל עניין אחר". תגובת בית הדפוס מעוררת חשש כי מדובר בתחושת גועל עמוק שהם חשים כלפי להט"בים וכלפי ארגונים שמייצגים אותם. שלישי, אנחנו מוכנים לשער שבית הדפוס אינו 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. מכל מקום, 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 הנתענת מפי ספק דתי היא אכן חזיתית וקשה. לשם כך יזדקק בית המשפט 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.⁵¹ שנית, איננו סבורים שהכרעות בעניינים הלכתיים בהכרח קשות מהכרעות בשאלות מסובכות של רשלנות רפואית,⁵² של אופן בנייתן של תקרות של אולמות אירועים⁵³ או של עיצוב מכסחות דשא,⁵⁴ הכרעות שבתי המשפט מעורבים בהן כדבר שבשגרה. 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 הוא המונח ביסוד הסירוב ולא עוינות או חוסר כבוד גורפים כלפי הלקוח.

2. "עובי" המעורבות במעשה שהספק מתנגד לו

גורם נוסף שיש להביא בחשבון, שקשור לגורם הקודם, הוא מה שנכנה "עובי" המעורבות של הספק במעשה שהוא מתנגד לו. למשל, ביצוע הפלה בידי רופאה שמתנגדת לכך הוא מקרה של מעורבות עבה. המעורבות של הרופא המרדים עבה פחות, ועוד פחות מכך מעורבותו של אח במחלקת נשים המטפל בנשים שכבר עברו הפלה. פשיטא שככל שהמעורבות עבה יותר, כך הבקשה להתחשבות במצפון מוצדקת יותר. משמעות הדברים לענייננו היא שככל שמעורבותו של הספק עבה פחות במעשה שהוא מתנגד לו, כך כבד יותר

⁵⁰ פסק הדין במחוזי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 7.

⁵¹ ראו סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 44, בעמ' 250–253, וההפניות שם לפרשות רסקין, מיטראל וסרור. ראו גם רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (נבו 9.12.2015); ע"א 280/71 גרעון נ' חברה קדישא גחש"א, פ"ד כז(1) 10 (1972).

⁵² דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003).

⁵³ ע"א 6507/11 מפעלי לוקי לבניה בע"מ נ' ג.ד. עיט חברה לשירותים בע"מ (נבו 11.3.2014).

⁵⁴ ע"א 532/89 קיבוץ ניר דוד נ' שוקרון, פ"ד מו(2) 221 (1992).

נטל הראיה המוטל עליו להוכיח שמה שמניע אותו בסירוב לשרת את הלקוח איננו חוסר כבוד ללקוח אלא התנגדות אותנטית למעשה.

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, מביתם לתוך אולם השמחות. כיוצא בזה יש הבדל בין בית דפוס שמתבקש לפתח תמונות של חתונה חד-מינית כפי 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.⁵⁵ בפרשת **מאסטרפיס קייקשופ** נחלקו הרוב והמיעוט בשאלה אם 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 הראשון לחוקה. מנגד, 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.⁵⁶

בדומה לכך קבע בית המשפט העליון של מדינת ושינגטון בפרשת **ושינגטון נ' ארלן פלאוורס** 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 אתיאיסטית כי שירות כזה לא היה מבטא הכרה (endorsement) בחתונה כזאת, משמע מדובר במעורבות רזה. לדברי בית המשפט, דברים אלה חלים גם על חתונה חד-מינית.⁵⁷ כך גם ניתן להצדיק את פסיקת בית המשפט העליון של בריטניה בפרשת **בול**, ואשר בה כזכור סירב זוג נוצרים אדוקים לארח זוג הומואים בחדר שבו מיטה זוגית בבית הארחה הצמוד לביתם, אם כי הם הציעו להם חדר שבו מיטות נפרדות.⁵⁸ אומנם בית המשפט העליון בבריטניה פסק נגד בעלי המלון וסירב לתת להם הגנת חופש דת מנימוקים אחרים, אבל לשיטתנו ניתן להצדיק אותה על יסוד העובדה שמדובר במעורבות רזה מאוד של הספקים; לא נדרש מהם אלא לתת לזוג הלקוחות חדר רגיל במלון.

חשיבותו 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.⁵⁹ 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 בהשתתפות רזה מצידם של בעלי האולם, שהרי הם לא נדרשו לערוך או אפילו לארח טקס חתונה אלא רק מסיבת "בתר-חתונה" שאין בה סממנים

⁵⁵ ראו למשל Rex Ahdar & Jessica Giles, *The Supreme Courts' Icing on the Trans-Atlantic Cakes*, 9(1) OX. J. L. & REL. 212 (2020); Sarah F. Butlin, *Cakes in the Supreme Court*, 78 CAMBRIDGE L. J. 280 (2019).

⁵⁶ ראו לעיל ה"ש 42.

⁵⁷ State v. Arlene's Flowers, Inc., 389 P.3d 543, 557–560 (Wash. 2017).

⁵⁸ פרשת **בול**, לעיל ה"ש 40.

⁵⁹ פרשת **יד השמונה**, לעיל ה"ש 3.

מיוחדים, ולכן קשה להשתכנע שהתקיימה במקרה זה הפרדה בין מאפייני הלקוחות ובין השירות המבוקש.⁶⁰

3. הפגיעות של הקבוצה החברתית הרלוונטית להפליה ולקיפוח

אומנם לשון החוק אינה מבחינה בין סירובים לשרת את קבוצת המיעוט לבין סירוב לשרת את קבוצת הרוב, אך הפסקה הראשונה שבדברי 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".⁶¹ מכאן שאם מבקשי השירות שייכים לקבוצה שיש לה היסטוריה של רדיפה ודעות קדומות, נדרשות ראיות רבות יותר כדי לשכנע את בית המשפט שאכן קיימת הפרדה בין מאפייני הלקוח ובין השירות המבוקש.

ודוק, כמו בשיקולים הקודמים שהזכרנו, גם כאן לשיקול שעל הפרק תפקיד ראיתי, במובן הזה: כשמדובר בקבוצות שיש להן היסטוריה ארוכה של הפליה, עוינות ודעות קדומות, יש מקום לחשוד שמה שמניע את הספק (גם אם לא במודע לגמרי) בסירובו לשרת את חבריהן איננה התנגדותו לתוכן השירות המבוקש, אלא העוינות שלו כלפיהם בתור הומוסקסואלים, שחורים, מוסלמים, יהודים וכך הלאה. לכן, כשמדובר בקבוצות מוחלשות, נטל הראיה המוטל על כתפי הספק להוכיח שהמאפיינים הללו אינם ממלאים כל תפקיד בסירוב שלו לשרת את הלקוחות כבד יותר.

4. תוכן המצפון של הספק ותוכן השירות המבוקש

כאשר תפיסת העולם שהספק מחויב לה עוינת קבוצה מסוימת של בני אדם בגלל דתה, השקפתה, נטייתה המינית 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 אלה הם פני הדברים, כבד במיוחד, למשל במקרה של ספק המשתיך לארגון של "עליונות לבנה" בארצות הברית ומסרב לשרת שחורים או יהודים בטענה שהסירוב קשור לתוכן השירות המבוקש ולא לעובדה שהמבקשים הם שחורים או יהודים. אמרו אפוא זאת: ככל שעקרונותיו ואמונותיו של הספק, המונעים ממנו לדבריו לספק את השירות המבוקש, מאופיינים בגישה מכלילה

⁶⁰ אומנם בעלי האולם טענו כי ימכרו ברצון מוצרים אחרים לחברי הקהילה הלהט"בית, מה שמחזק לכאורה את טענתם בסירובם נובע מהעובדה שהאירוע המתוכנן סותר את תפיסת עולמם, ולא מעוינות או מדעה קדומה נגד המבקשים. אלא שבמשפט הוצג תצהירה של מזכירת היישוב יד השמונה ובו ציינה כי "ארגון של הומו לסבי לא יכירנו מקומו בבית ההארכה 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" (שם, בפס' 15).

⁶¹ דברי הסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, ה"ח 2871 (ההדגשה הוספה). אומנם 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 שיש לה היסטוריה של הפליה חמורה יותר.

ושלילית כלפי קבוצות מסוימות, בייחוד כלפי הקבוצה שאליה שייכים הלקוחות המסורבים, כך נטל הראיה המוטל עליו להוכיח שלא פעל מחמת אחד המאפיינים "הבעייתיים" של הלקוח כבד יותר.

נוכל לנסח את הדברים כך: מצפון מושחת הוא ברגיל מצפון שמכחיש את שוויון הערך היסודי בין בני אדם (ואכן הדוגמה ה"תקנית" בספרות למצפון כזה היא מצפונם של הנאצים).⁶² לכן בדרך כלל ככל שהמצפון מושחת יותר, נטל הראיה על הנתבע להראות שהוא לא פעל מחמת גישה מפלה כבד יותר.

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

דברים אלה מסייעים לראות את ההיגיון שבהבחנה בין סירוב האופה בפרשת **מסטרפיס קייקשופ** לבין סירוב שלוש המאפיות בפרשת **ג'ק**. במקרה הראשון הסירוב היה קשור לתפיסת העולם של האופה, שהיא במקרה הטוב אמביוולנטית, ובמקרה הרע – עוינת כלפי הומוסקסואלים וזכותם לשוויון. לעומת זאת בפרשת **ג'ק** הסירוב לא היה קשור לתפיסה כזאת אלא להפך, לתפיסה מכבדת ושוויונית, וגם אין מתקיים החשש שמא שלוש המאפיות לא היו מוכנות לספק ללקוח שום שירות אחר. לכן, לשיטתנו נטל הראיה שהיה צריך להטיל על המאפיות בפרשת **ג'ק** להוכיח שלא פעלו מתוך מניעים פסולים קל 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, והדבר עלול לגרום ללקוחות הפסדים ממוניים. כך למשל במקרה כגון **צבע הקשת** ניתן לדמיין מצב שבו תיגרם ללקוחות פגיעה ממונית קשה, אם בית הדפוס צבע הקשת הוא בית הדפוס היחיד באזור.

לכן יש לאמץ מדיניות שלפיה אם הובהר ללקוחות (ובמיוחד אם זה נעשה בצורה מכבדת) כי יש להם אפשרות קלה וזמינה להשגת השירות במקום אחר, מוקל נטל הראיה על הספק להוכיח שהסירוב שלו אינו נובע מאחד המאפיינים ה"בעייתיים" של הלקוח. מדוע? משום שבמקרים כאלו קל יותר להאמין לספק שמה שהניע אותו היה רק לא "ללכלך את ידיו"

⁶² בנאום הידוע לשמצה שלו בפני אנשי אס-אס ב-1943, ביטא הימלר מחויבות איתנה לחיסול היהודים הגם שהיה מדובר לדבריו במשימה שלא קל לבצעה ושעמדה 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 PHIL. 123, 128 (1974).

בהשתתפות במעשה שהוא מתנגד לו, וכי אין לו שום רצון להכשיל את המעשה כליל. מנגד, אם פלוני הוא צלם החתונות היחיד בעיר, יש חשש שבסירוב שלו הוא מבקש להביא לביטול החתונה של הזוג הלהט"בי שהגיע לסטודיו שלו, או לפחות להביא לכך שהחתונה לא תתקיים בעיר שלו. לכן נטל הראיה במקרים כאלה כבד יותר.

סוגיית הפגיעה בלקוחות וזמינות החלופות עלתה בפרשת **בול**, שבה המארחים סירבו לארח זוג הומואים בחדר שבו מיטה זוגית. אלא שהמארחים החזירו את הפיקדון, ואף הציעו, בשלב מסוים, לשלם עבור העלות בבית המלון האחר שזוג ההומואים שהה בו, בתוספת הוצאות עבור אי-הנוחות שנגרמה.⁶³ הסוגיה עלתה גם בפרשת **ושינגטון נ' ארלן פלאוורס**, שבה מוכרת פרחים, אשר שירתה במשך תשע שנים לקוח להט"בי מסוים, סירבה לספק סידור פרחים לחתונתו המתקרבת בשל אמונתה הדתית.⁶⁴ מסדרת הפרחים הפנתה את לקוחה הוותיק 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 בסירוב לספק שירות ספציפי. ודאי שבמקרה של חנות הפרחים אין מתקיים החשש שמסדרת הפרחים שללה את אורח החיים הלהט"בי, שהרי היא שירתה את הלקוח במשך שנים רבות.

נסטה רגע לדרך אחרת שבה ניתן להסביר את הרלוונטיות של מצב השוק, דהיינו של מידת זמינותן של חלופות להשגת השירות, והיא לראות בזה עניין של מדיניות ולא עניין ראיתי, ובמובן זה – שיקול "חיצוני". הרעיון הוא ששחקן בשוק מחויב, ועימו השחקנים האחרים, לדאוג שהשירותים יהיו נגישים לכל מי שיבקש לצרוך אותם ושצרכנים פוטנציאליים יוכלו אפוא להסתובב בשוק הממשי או הווירטואלי בתחושת ביטחון שהם יוכלו לקבל כל שירות וכל מוצר המוצע בהם. לכן לפי קו טיעון זה, אף שלפי ההצעה שלנו גוני ומשי אינן מפלות את הזוג המוסלמי כשהן מסרבות לשרת אותו, אם אין לזוג אפשרות לקבל שירות בבית דפוס אחר, האינטרס שלו – ושל השוק בכלל – יגבר על זה של גוני ומשי, והן תחויבנה להדפיס את ההזמנה לחתונה. הבעיה במהלך זה היא שבמקרים שבהם מדובר בשירות המנוגד למצפוננו של הספק, לא ברור מדוע נכון אפריורית להעדיף את האינטרס של הלקוח (שמתקשה, או אינו יכול, למצוא ספק אחר) על פני האינטרס של הספק לא לבגוד במצפוננו. ייתכן שהפתרון טמון באינטרס הציבורי שהשוק עצמו יתנהל באופן צפוי יותר וללא שום "פוליטיקה", אינטרס הבא לידי ביטוי למשל באיסור העתיק על הפליה בידי common carriers.⁶⁵

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 רלוונטי לקביעה כי הספק הפלה או לא הפלה.

בחזרה לטיעון המרכזי שלנו, דומה שבעידן האינטרנט נדיר שסירוב של ספק מסוים, כמו אופה, צלם או בית דפוס, לשרת לקוחות מסוימים ימנע מהם להשיג את השירות או יטיל

⁶³ פרשת **בול**, לעיל ה"ש 40.

⁶⁴ פרשת **ארלן פלאוורס**, לעיל ה"ש 36.

⁶⁵ 47 U.S.C § 202.

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 שבהם הספק עצמו עוזר ללקוח למצוא ספק אחר, הנטל הראייתי עליו לשכנע בדבר קיומה של הפרדה בין הלקוח לבין המעשה שהוא (הספק) מתנגד לו קל יותר.

מקרים נוספים שבהם הפגיעה בלקוח היא רלוונטית לדיון שלנו הם מקרים שבהם המוצר או השירות המבוקשים קשורים בקשר עמוק לזהות של הלקוח ולפרקטיקות הכרוכות בה. במקרים אלו סירוב לספק את השירות גורם ללקוח פגיעה לא ממונית מיוחדת של הדרה והשפלה, ועלול אפוא להתעורר קושי רב יותר להאמין לספק כי הסירוב שלו אינו שלילה של הלקוח אלא רק של השירות המבוקש. קחו לדוגמה שני בעלי בית הארחה דתיים, הראשון מסרב כליל להשכיר חדר לזוג להט"בי, ואילו השני "רק" מסרב להשכיר להם חדר שבו מיטה זוגית (כפי שהיה בפרשת **בול**). 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 מצפונו, אלא גם מנסה למנוע מהזוג "לממש את זממו". לעומת זאת, הספק השני 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 לשכנע שסירובו אינו נובע מיחס שלילי גורף כלפי הלקוחות יהיה קל מהנטל על הספק הראשון. נציין כי גם במקרה של נזק לא ממוני ניתן לנתח את הסוגיה גם באספקריה של שיקולי מדיניות, והדיון שלנו לעיל, שבו סטינו לדרך צדדית, על כל הקשיים שהוא מעלה, חל גם כאן.

*

לסיום הדיון בשיקולים אלה, ברצוננו להדגיש שני דברים: ראשית, קיים הבדל ניכר בין הדרך שבה המשגנו את השיקולים דלעיל לבין דרך אפשרית אחרת להמשגתם. תחת המודל האפיסטמולוגי שהצענו, כל חמשת השיקולים נוגעים לנטל הראייתי המוטל על הספק – הם מסייעים לקבוע אם הספק בכלל הפלה (סירב לספק שירות מחמת אחד המאפיינים שבסעיף 3(א) לחוק). גישה אחרת תהיה לראות לפחות בחלק משיקולים אלה שיקולים "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 במקרים מסוימים הפליה שאלמלא כן לא היו נתפסים ככאלה. הוא הדין ברצון למנוע פגיעה בקבוצות מוחלשות, שעשוי להוביל לכך שספק שאלמלא כן לא היה נתפס כמפלה יחויב בדין ככזה, וכדומה.

כפי שהודגם למעלה הטעם להתנגדות שלנו לגישה אחרת זו הוא שאם משתכנעים שסירובו של פלוני לשרת לקוח לא נבע מחוסר כבוד או מעוינות כלפי הלקוח, אין הצדקה לקבוע על בסיס שיקולי מדיניות שלמרות זאת הוא **עבר על איסור הפליה**. ולהפך – אדם שברור שהפלה (סירב לשרת לקוח בשל מאפיינים "בעייתיים" שלו) אין הצדקה לקבוע בעניינו, על בסיס השיקולים החיצוניים הללו, כי אין מדובר בהפליה גם אם יש חנויות רבות דומות בסביבה והפגיעה הרכושית בלקוח היא מינימלית.

שנית, ברצוננו להדגיש שהשיקולים שהזכרנו כאן אינם תנאים הכרחיים להמשגת סירוב לשרת כבלתי מפלה. היות שהם במישור הראייתי, המשקל שיינתן לכל אחד מהם עשוי

להשתנות ממקרה למקרה. במודל האפיסטמולוגי שהצענו אלה שיקולים שעל בית המשפט להביא בחשבון כאשר הוא מבקש לבחון את טענתו של מאן שהוא שהסירוב שלו לשרת את פלוני אינו מהווה הפליה משום שאינו נובע מחמת מאפיינים כמו דת, השקפה או נטייה מינית אלא מהתנגדותו העקרונית לשירות המבוקש.

ה. מקרים אחרים של פטור מאיסור הפליה

הצעתנו לא לראות בסוגים מסוימים של יחס לא שווה הפליה אסורה עשויה לקבל תימוכין מהקשר אחר, זה של הספקת שירותים משפטיים. כלל מספר 12 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) קובע חד-משמעית: "עורך דין רשאי, לפי שיקול דעתו, שלא לקבל עניין לטיפולו".⁶⁶ לכאורה לפי המשפט הישראלי אין אפוא כל איסור על עורך דין להפלות בבחירת לקוחותיו או בבחירת התיקים שברצונו לעסוק 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.⁶⁷ נוסף על זה, הדבר נובע מההנחה הסבירה שכל לקוח ימצא בסופו של דבר עורך דין שייצג אותו (ובמיוחד בישראל, בשל מספרם הגדול של עורכי הדין).⁶⁸

למרות האמור, כפי שציינה תחיה שחר, ניתן אולי לגזור איסור על עורך דין להפלות מכוח סעיף 53 לחוק לשכת עורכי הדין (שמירת כבוד המקצוע) או מכוח סעיף 61(3) לחוק (מעשה שאינו הולם את המקצוע),⁶⁹ אבל איסור כזה יחול רק על חלק מסוגי ההפליה הנזכרים בחוק איסור ההפליה ולא על אחרים, ובייחוד לא על הפליה מחמת השקפה. אם עורכת דין שמאלנית מתנגדת לייצוג מתנחלים במאבקם 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 אדם בגלל מאפיינים כגון דתו או השקפתו לבין סירוב להשתתף במעשה שנותן השירות מתנגד לו עמוקות, ללא קשר סיבתי לזהות הלקוח. אף שאין הוראות מפורשות בעניין, אנו מניחים שמה שנכון לעורכי דין נכון גם לנוטני שירות אחרים שעבודתם כרוכה בתמיכה פעילה ו"עבה" בהשקפות שהם לעיתים מתנגדים

⁶⁶ ס' 12 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.

⁶⁷ ס' 53, 61(3) לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; תחיה שחר "בחירה טובה בלקוח רע" – על אחריותו המקצועית של עורך הדין לייצג לקוחות לא פופולריים" ספר דיוויד וינר 167, 169 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים 2009).

⁶⁸ שם.

⁶⁹ שם, בה"ש 131.

להן עמוקות.⁷⁰ 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 לא מוסרי.⁷¹

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 להיות הדעה שמי שמבקש לשחק בשוק, מקבל בכך על עצמו לשרת כל לקוח או לקוחה שיפנו אליו. בספירה 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, עליו להתייחס בשווה לכל אדם ואדם, ולכן אין מקום לפשרות בנוגע ליחס לא שוויוני, כלומר להפליה.

לכאורה קשה להתנגד לדברים אלה. אף על פי כן, מתברר 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, כפי שהבהיר לאחרונה ביהמ"ש העליון בפרשת **לניאדו**, על שירותים רפואיים. הוא חל על הספקת מוצר מבלי להבהיר למשל אם מקרקעין הם מוצר, דבר שנותר ללא מענה בבית המשפט העליון,⁷² והוא חל רק על מי שעיסוקו בהספקת מוצר ולא על כל אדם. יתר על כן, איסורי ההפליה אינם חלים על **לקוחות**. למשל, לחברת היי-טק אסור לסרב למכור מוצרים לערבים (רק משום שהם ערבים), אבל דומה שאין בחקיקה הישראלית איסור מפורש המונע ממנה לסרב לרכוש מערבים חומרי גלם עבור המיזם שלה (רק משום שהם ערבים). בדומה לזה, אסור לסרב להעסיק אדם כי הוא הומוסקסואל, אבל אין מניעה חוקית שלא להזמין מודעות מבית דפוס שמנוהל בידי הומוסקסואל (רק כי הוא הומוסקסואל) אלא מבית דפוס אחר.⁷³ יוצא שההתנהלות המצופה מהשחקנים בשוק הכלכלי אינה כוללת הימנעות מוחלטת מסירוב להתקשר עם שחקנים אחרים בשל מאפיינים שהסרבן תופס

⁷⁰ ככל הידוע לנו, אין הוראות ברורות בעניינים אלה לא בחוק ולא בקודים האתיים של המקצועות הרלוונטיים. ראו למשל "הקוד האתי של הלשכה וחבריה" **לשכת היועצים העסקיים והניהוליים בישראל** ס' 2.3 (ינואר 2017) <https://tinyurl.com/wccab7u2> (שם נקבע כי "[היועץ] ימנע מכל מהלך שיש בו גילוי אפליה מרקע או סוג כל שהוא"). אלא שבהמשך לטיעון הכללי בטקסט, לא ברור אם סירוב נקודתי על בסיס התנגדות לתוכן הבקשה מכונן הפליה. באשר ליועצי תקשורת, ככל שעלה בידינו לבדוק, אין להם קוד אתי מסודר. באשר לפרסומאים, אומנם יש להם קוד אתי שאושר באיגוד הפרסום וברשות השנייה ב-2005, אבל הוא אינו עוסק בשאלה אם מותר לסרב לשרת לקוחות בשל תוכן הקמפיין שהם מבקשים לפרסם.

⁷¹ לדעתנו, דברים אלה תופסים לגבי הסירוב לכאורה של סטודיו "סימנים" ליצור סרטוני תדמית עבור ארגון "להבה", כפי שדיווחה איילת כהנא "פרשיית דפוס הלהט"ב: מקרי המראה שעומדים בפני בית המשפט" **מקור ראשון** (18.5.2021) <https://tinyurl.com/mbv4fmpx>.

⁷² רע"א 10011/17 **מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן**, פס" 3 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו) (19.8.2019).
⁷³ לניסיונות להסביר את א-הסימטריה בין איסור הפליה המוטל על ספקי שירות ובין העובדה שאיסור כזה אינו מוטל על צרכנים, ראו Katharine T. Bartlett & Mitu Gulati, *Discrimination by Customers*, 102 IOWA L. REV. 223 (2016); Saul Levmore, *Title VII to Tinder: Law's Antidiscrimination Asymmetry and Occasional Market Superiority*, 68 ALA. L. REV 877 (2017).

כבעייתיים. ואף כי איננו שבעי רצון בהכרח מן ההחרגות הקיימות בחוק טענתנו היא שאחד המקרים שבהם סירוב כזה עשוי להיות לגיטימי – לפחות לפי חוק איסור הפליה – הוא כאשר ספקים מתבקשים לשתף פעולה עם מעשים שהם מתנגדים להם עמוקות.

ו. תיקוני חקיקה

במצב המשפטי הנוכחי הדרך היחידה לפטור את גוני ומשי מהחובה לשרת את הזוג המוסלמי 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 הדעה הקדומה שיש לו נגדם, ולא על ספק שמה שמניע אותו הוא רצונו לא להשתתף במעשה שהוא מתנגד לו עמוקות. 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 מצפונו של הספק, ובלבד שתוכן המצפון של הספק אינו איסור לשרת בני אדם בעלי אחד המאפיינים המנויים בסעיף 3(א).

(4) (ב) רואים בתנאים שבסעיף 3(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) לחוק מייד מחשיד אותו כמי שמונע מדעה קדומה כלפי הלקוחות המסורבים ומכוונה, מודעת יותר או פחות, להפלות אותם לרעה. כדי לסלק את החשד, יהיה על הספק לעמול כדי להראות שהסירוב שלו עומד בתנאים שפורטו בפרק הזה. השיקולים שפורטו שם יעמדו מול עיני בית המשפט כבואו להכריע שהספק אכן הרים את נטל הראיה והוכיח שסירובו לשרת את התובע לא היה מחמת אחד המאפיינים הבעייתיים המנויים בחוק.

קופלמן מעלה הצעה אחרת.⁷⁴ לדעתו יש להתנות את ההחרגה הזאת בהודעה של בעל העסק מראש במקום בולט – בכניסה לבית העסק או באתר האינטרנט שלו – שהוא אינו מעניק שירותים מסוימים, למשל אינו מצלם נישואים חד-מיניים, אינו מפיץ פוסטרים נגד הפלות, אינו מכין הזמנות לחתונות של קטינות או אינו 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

⁷⁴ Andrew Koppelman, *Gay Rights, Religious Accommodations, and the Purposes of Antidiscrimination Law*, 88 S. CAL. L. REV. 619, 646 (2015)

מאמין בהם ועל נכונותו לשלם מחיר על כך.⁷⁵ כך למשל בחלקים גדולים של תל אביב 2022 צלם חתונות שיצהיר שהוא אינו 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) הזה, הוא כנראה באמת מושקע בהתנגדות שלו לנישואים חד-מיניים ולכן הוא מועמד ראוי להגנה.

לדעתנו, הודעה לפי הצעתו של קופלמן, הצעה שתעמוד במוקד פסק הדין אלניס שיידון לפני בית המשפט העליון בארצות הברית בשנה הבאה, צריכה לכל הפחות להיות מנוסחת על דרך החיוב (את מי כן משרתים) ולא רק על דרך השלילה (איזה שירות לא נותנים). למשל: "אנחנו שמחים לשרת את כל הלקוחות ללא הבדל דת, גזע, מין, נטיה מינית וכו'. אלא שמסיבות דתיות אנו מתנצלים שלא נוכל לספק (למשל) עוגות חתונה לחתונות חד מיניות". הצעה זו מתיישבת עם הטיעון שהעלינו בסעיף ב.2 לעיל שלפיו כאשר השירות המבוקש נוגד את מצפוננו של הספק ניתן לראות בשירות כנופל מחוץ ל"עיסוקו" של הספק. לפיכך ספק שמצהיר במפורש מראש (כלומר בטרם פנה אליו לקוח ספציפי) שהוא אינו מספק שירות מסוים (למשל קמפיין לשיווק בשר חזיר), יוכל לטעון טעון סביר שהשירות הזה איננו כלול בתחום עיסוקו, ושלכן 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 להתפשר פחות ולהיות סובלנים פחות. כמו כן בסביבה שבה יש עוינות לקבוצות מסוימות, למשל ללהט"בים, ספקים עלולים דווקא להרוויח מבחינה כלכלית מפרסום הודעות כאלה, מה שיסב קושי הולך וגדל לחברי הקבוצות לקבל שירות ותחושה הולכת ומעיקה של הדרה. לכן, בהתחשב בכול, אנחנו מתנגדים אפילו לגרסה החיובית של הצעה זו. מכאן עולה שאנו סבורים שעל בית המשפט העליון בארצות הברית לדחות את הצעתו של קופלמן בדונו בפרשת אלניס בשנה הבאה.

הצעת התיקון שלנו שונה מזו שהונחה על שולחן הכנסת העשרים ושלוש בחודש יוני 2020,⁷⁶ 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.

⁷⁵ ניתן להבחין בין הצהרה "צרה" שלפיה הספק אינו מספק שירות נקודתי מסוים לבין הצהרה "רחבה" שלפיה העסק מתנהל, למשל, כעסק נוצרי. ואכן, בפרשת **אשרס** (לעיל ה"ש 29, בפס" 9), בית המשפט העליון בבריטניה הדגיש כי בעלי המאפייה לא טרחו ליידע את הציבור כי הם מעוניינים לנהל את מאפיהם לפי אמונתם הדתית. לא ברור בפסק הדין עד כמה עובדה זו הייתה מכרעת, בשל התוצאה הסופית של בית המשפט אשר פסק כזכור בעד המאפייה. 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 ללקוחות הפוטנציאליים מידע חלקי ועמום מדי על השירות שהם צפויים לקבל, או לא, מצד הספק.

⁷⁶ הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון – מניעת פגיעה באמונה דתית), התש"ף-2020, פ/1225/23 (להלן: הצעה בכנסת).

הצד השווה בין הצעה זו להצעתנו הוא ההכרה שייכתנו מצבים שבהם הסירוב לשרת לקוחות נובע מאמונתו הדתית של הספק, ועל כן אין מדובר במקרה של הפליה. אבל מלבד זאת, קיימים הבדלים ניכרים 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 לפטור. נראה לנו מיותר להבהיר שזה 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 זו נראית לנו אבסורדית, שהרי מדובר בסירוב ליתן שירות בשל מאפייני הלקוח. לעומת זאת לפי תפיסתנו, ספקים עשויים להיחשב לא מפלים כשהם מסרבים לשרת לקוח מסוים רק כאשר הם יכולים לטעון שתוכן השירות המבוקש (תמיכה בנישואי קטינות, סיוע למפעל ההתנחלויות וכך הלאה) מנוגד לעקרונותיהם העמוקים.

שלישית, לפי ההצעה בכנסת, מותר לספק לסרב לשרת לקוחות בעלי מאפיינים מהסוגים המפורטים בסעיף 3(א) לחוק אפילו כשהספקת השירות אינה מנוגדת למצפוננו שלו אלא ל"אמונתם הדתית" של **אחרים**. משמעות הדברים היא שאם "חלק מן הציבור" חושב שמבחנה דתית אין לספק שירות לערבים, אז גם אם ספק ספציפי אינו חושב כך, מותר לו לסרב להעניק שירות לערבים (**מפני** שהם ערבים), כדי לא "לפגוע" באותו חלק מן הציבור. להצעה שלנו אין כמובן את ההשלכה הבעייתית הזאת.⁷⁷

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.⁷⁸ יוזמה אחרת היא תביעות "הפוכות", כלומר תביעות מן הצד השני של הקשת הפוליטית/אידאולוגית, שמטרתן להביך את מערכת המשפט ולגרום לשתי תוצאות רצויות: (א) יצירת קואליציה רחבה, משני צידי הקשת הפוליטית/אידאולוגית, 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.

⁷⁷ להצעת 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, 318 (2016). אבל קיימים שני הבדלים בולטים בין הגישה שלנו לשלו: ראשית, ההצעה של רילי מצומצמת (השתתפות ב-) טקסי נישואין בלבד; שנית, הוא ממשיג את ההצעה כאיזון בין כיבוד המצפון לבין הרצון להימנע מהפליה, ואילו לשיטתנו כאשר הסירוב הוא מצפוני, אין כלל הפליה.

⁷⁸ התופעה של שינויי חקיקה בתחום של דת ומדינה כדי להתגבר על פסיקת בתי המשפט מוכרת גם במדינות אחרות. ראו במיוחד החקיקה בארצות הברית של ה- Religious Freedom Restoration Act, 42 U.S.C. § 2000 bb (1993), שקודם בתגובה לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין Employment Div. v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

במסגרת יוזמה זו דווח לאחרונה על שתי תביעות. אחת כבר נזכרה לעיל,⁷⁹ 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 אידאולוגיית להב"ה מנוגדת לתפיסת עולמו. מכתב התביעה הזכיר במפורש את פסק הדין בעניין **צבע הקשת** ש"בו נקבע במפורש כי גם סירוב למתן שירות הנובע משיקולים אידיאולוגיים או דתיים אינו יכול לאפשר הפליה אסורה" ותבע 50,000 ש"ח בגין הפרת חוק ההפליה.

התביעה השנייה הוגשה בידי יאיר קהתי מתנועת "חוזרים להר", הפועלת לעליית יהודים להר הבית ולחופש הפולחן.⁸⁰ קהתי ביקש להדפיס עלוני פרסום עבור התנועה בבית הדפוס "אלהודא" באום אל-פחם, ובעלי בית הדפוס, ג'מאל מחאמיד, סירב. במכתב ששלח לקהתי בדוא"ל כתב מחאמיד: "איזה הר הבית ואיזה אבטיח – זה מסגד אלאקסא שלנו של המוסלמים – לך לעזאזל".⁸¹ בעקבות זאת הגיש קהתי תביעה לבית משפט לתביעות קטנות בנצרת בטענה שבית הדפוס הפר את חוק איסור הפליה ולכן חייב לפצותו. גם בתביעה זו – שהתקבלה בסופו של דבר על ידי בית משפט לתביעות קטנות בנצרת⁸² – הייתה הסתמכות על פסקי הדין בעניין **צבע הקשת**.

התגובה האינסטינקטיבית לתביעות אלה היא שהן פרובוקציה גרידא ושלא יישלחו לדחותן על הסף. אבל כפי שטען גיל גן-מור –

אין פסול בתביעות שמבוססות על בחינות יזמות, גם אם אינן משקפות חשיפה אותנטית ומקרית להפליה, ואין מקום לשלול את זכות התביעה ממי שתובע כ"בוהן" (טסטר) גרידא, וכי יש לאמץ בעניין את הדוקטרינה האמריקנית. שימוש בבחינות יזמות יכול לחשוף רובד שלם של הפליה סמויה ומוסווית היטב, שקורבנותיה מתקשים להיאבק בה, ואף לא תמיד מודעים לה.⁸³

אומנם יש חילוקי דעות בקרב השופטים בחלק מהמקרים שנכללים בקטגוריה הנדונה, אבל הם חלים רק על אותם מקרים יוצאי דופן שבהם מדובר בתובע יחיד (דהיינו תובע שאינו פועל כ"בוהן" מטעם ארגון כלשהו) שבעניינו יש מקום לחשוש 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

⁷⁹ ראו לעיל ה"ש 71.

⁸⁰ ת"ק (שלום נצ') 53966-05-21 קהתי נ' מחאמיד (נבו 23.12.2021).

⁸¹ ראו לעיל ה"ש 71.

⁸² אף שבית המשפט קיבל את התביעה, הוא הטיל על בית הדפוס פיצויים בסך 3,000 ש"ח בלבד, משום שלדבריו קהתי לא היה "לקוח אותנטי ותם-לב" (קהתי, לעיל ה"ש 80, בפס' 12). אומנם בית המשפט הכיר בכך שהיו תקדימים שבהם "בוהנים" פעלו באופן יזום כדי לחשוף הפליה, אבל להערכתו היו אלה מקרים שבהם "הבוהן היה שקוף ביחס למעמדו בתיק" (שם, בפס' 14). על החשיבות שבשקיפות **אל מול בית המשפט** באשר למוטיבציה של התובע, ראו גיל גן-מור "הפליה במבחן: הפעלת בוהנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי" **מעשי משפט** ט 207, 227 (2018) (להלן: גן-מור "הפליה במבחן").

⁸³ ראו שם; גיל גן-מור "עמרי קיס לוחם שוויון [?]: בעקבות ת"א (קריות) 62451-11-15 קיס נ' גאטו – קפה מסעדה בע"מ", **"המשפט" ברשת: זכויות אדם** 92, 5, 13 (2019) (להלן: גן-מור "עמרי קיס").

חוזר ונשנה, בהקשרים ובהזדמנויות שונות,⁸⁴ ולכן ה"סדרתיות" אינה ראייה חותכת לגישה מניפולטיבית וציניית מצד התובע. מכל מקום, בתביעות שהזכרנו ברור שהארגונים הנזכרים ("חוזרים להר" וארגון להב"ה) לא התכוונו לעשות את החוק "קרדום לחפור בו לייצור הכנסות" כמו במקרה של תובע "סדרתי" ידוע,⁸⁵ אלא פעלו כדי לחשוף את מה שהם תופסים כהטיה לא צודקת של מערכת המשפט, שמכבדת לדעתם את מצפונם ואת רגשותיהם של מוסלמים יותר מאת אלה של יהודים. לכן, אין הצדקה לשלול את התביעות על הסף על בסיס העובדה שהן יזומות.

כיצד צריכים בתי המשפט לפסוק בתביעות אלה? אשר לתביעה של ארגון "להבה", הרי שכאמור לעיל היות שמדובר במה שכינינו מעורבות עבה, שמערכת יצירה אומנותית, ראוי לפטור את הסטודיו מהחובה לספק את השירות. אשר לתביעה של "חוזרים להר", המצב מסובך יותר. בדומה לעובדות בעניין **צבע הקשת**, "חוזרים להר" הצליחו לייצר מקרה שדומה להפליא לאלו שבעניין **צבע 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, מאפיין שהינו ייחודי לחוק הישראלי. מנגד, בניגוד למה שקרה בעניין **צבע הקשת**, במקרה של "חוזרים להר" הסירוב היה לאחר שבעל בית הדפוס נחשף לתוכן הבקשה, ועל כן ייתכן שבכל זאת היה לו סיכוי להצליח 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 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 הראייה מונח על כתפי הספק להוכיח שהלקוח סורב מטעמים הקשורים נקודתית באופי השירות המבוקש ולא מהיותו של הלקוח מוסלמי, אתיופי או טרנסג'נדר, למשל. לא קל להרים נטל זה. מטרתנו במאמר זה הייתה להצביע על נסיבות מסוימות שבהן הדבר ניתן, רוצה לומר: נסיבות שבהן הסירוב אינו נובע מדעה קדומה נגד הלקוח ומרצון להתאנות לו,

רע"א 197/16 קיס נ' ק.צ. יחסי ציבור ויזמות בע"מ, פס' 5 (נבו 26.1.2016).

⁸⁴ תא"מ (שלום הר') 48644-06-13 קיס נ' א ס קוביס בע"מ, פס' 19 (נבו 26.12.2015). תביעה אחרת שהגיש קיס נתקלה בגישה הרבה יותר אוהדת של בית המשפט, ראו תא"מ (שלום ת"א) 20135-01-13 קיס נ' השם יעזור בע"מ, פס' 200 (נבו 15.3.2014): "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". כן ראו גן-מור "עמרי קיס", לעיל ה"ש 83, בעמ' 10.

אלא מרצונו של הספק שיפטרו אותו מלהשתתף בפעילות שהוא מתנגד לה עמוקות. בכפוף לתנאים שהזכרנו, סירוב לשרת אדם בנסיבות אלה לא ייחשב הפליה.

מדברים אלה אין נובע הכשר להתייחס בצורה מריעה לחברי קבוצות מסוימות רק בשל העובדה שהתפיסה הדתית או האידיאולוגית 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". כך גם 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 לאפיון עצמאי שאיננו תלוי בזהותו של המבקש, כלומר בנסיבות שבהן ניתן להפריד בין הפעילות או 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 שסירוב לשרת לקוח בעל מאפיינים "בעייתיים" להוכיח שסירובו לא נבע מהמאפיינים 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, שבהן הוצגו ראיות כתובות שלפיהן הספקים לא היו מוכנים לשרת להט"בים כלל. במקרים השכיחים יותר לא תהיינה ראיות ישירות מעין אלו, ואז תהא זו אחריותו של הספק לשכנע כי יש הפרדה בין הלקוח לבין המעשה המסוים שהוא (הספק) מתנגד לו. דרך המלך לעשות זאת היא להראות שמתמלאים שני התנאים שבהם דנו לעיל, דהיינו שהוא היה מסרב לשירות זהה לכל לקוח אחר, וכי היה מספק ללקוח המסורב כל שירות אחר. אלא שלעיתים גם את זה קשה להראות ישירות, למשל כי הלקוח אינו מעוניין בשום שירות אחר. עבור מצבים אלו של אי-ודאות הצענו מודל אפיסטמולוגי לפיו יהיה על בית המשפט להתחשב בראיות נסיבתיות נוספות כגון מידת הפגיעה החזיתית במצפון של הספק, עובי מעורבותו ועוד שיקולים שאותם מנינו לעיל, כדי להשתכנע שאין מדובר בהפליה.

חשוב לחזור ולהדגיש: מה שהצענו כאן איננו איזון בין איסור ההפליה לחופש המצפון באופן כזה שלעיתים מתיר להפלות כדי לא לפגוע במצפון. טענתנו הייתה שמקרים מסוימים שנראים כמו הפליה כי מסורב השירות הוא בעל מאפיינים "בעייתיים", אינם הפליה כלל, כי בעל העסק המסרב אינו 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 שירות לקוחות ערבים מנוגד להלכה מפר חד-משמעית את חוק איסור הפליה. הוא עושה בדיוק את מה שהחוק נלחם נגדו; מתייחס לבני אדם בצורה מריעה 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 במצבים מיוחדים.⁸⁶

הנכונות לפטור ספקים דתיים מחובתם לספק שירות המהווה 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".⁸⁷ בהקשר האמריקאי דומה שהחשש ממדרון חלקלק זה, לפחות בהקשר של זכויות הלהט"בים, אינו מבוסס, כי כפי שציין קופלמן, כמעט כל הפטורים שדתיים מבקשים הם בהקשר של טקסי חתונות, שאותם הדתיים תופסים כבעלי משמעות דתית שאינם יכולים לכלול זוגות חד-מיניים. גם הנוצרים השמרנים בארצות הברית אינם מכחישים ברובם שלהט"בים זכאים לשירותים אחרים כמו כל אדם אחר.⁸⁸ 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 שהיה נכון לא להיענות לה.

לבסוף, יושם אל לב כי הטיעון שלנו בדבר ההפרדה בין הפרויקט והלקוח רלבנטי לסוגיות המצויות במחלוקת לגיטימית במקום מסוים ובתקופה מסוימת. התפיסות המוסריות של המין האנושי משתנות עם השנים. בעבר הלא רחוק נערכו נישואי קטינות וקטינים כדבר שבשגרה ולא נחשבו לא מוסריים. העלייה בתוחלת החיים, החלת זכויות האדם גם על ילדים ועוד שינויים חברתיים הביאו מדינות רבות לחוקק חוקים המחייבים גיל מינימלי לנישואין.⁸⁹ התוצאה היא שברוב המדינות במערב נישואי קטינים נחשבים היום לבעייתיים מאוד מן הבחינה המוסרית. שינויים דומים אם כי בכיוון ההפוך עברו נישואין בין-גזעיים, אשר היו בעבר בבחינת טאבו, לפחות בארצות הברית, וכיום נתפסים כעניין לגיטימי לחלוטין. מי שיטען היום שהוא מסרב להדפיס הזמנה לחתונה בין שחור ללבנה בשל סיבות דתיות ייחשב לגזען, ואיש לא יעלה על הדעת שראוי לכבד את הסירוב שלו. מצבם של נישואין חד-מיניים מצוי בתהליך של מעבר מהיר מאי-הכרה בחוקיותם ובמוסריותם לשלב שמדינות רבות מתירות זאת. על כן הניתוח שלנו רלוונטי לעת הזו. מובן שאם בעוד עשר או עשרים שנה ייחשבו נישואים חד-מיניים "רגילים" כמו שנחשבים כיום נישואים בין בני זוג מגזעים שונים, לא יוכלו ספקים לסרב לספק שירות בחתונה חד-מינית כפי שאינם יכולים לסרב לספק שירות בחתונה בין-גזעית. במובן זה, יש לקרוא את ההצעה שלנו כחלה על סירובים מטעמי מצפון בסוגיות שבעניינן קיימת אי-הסכמה סבירה בין בני ובנות החברה באותה העת. אנו משערים

⁸⁶ לדעת הנקין, הסירוב להכיר במצפונם של ספקים בנסיבות מהסוג שתואר במאמרנו קשור למגמה תרבותית רחבה בעולם המערבי, שמפרשת חירויות כמו חופש הביטוי וחופש הדת בצמצום ותומכת בחוסר סובלנות כלפי ערכים שנתפסים כמוטעים. ראו יגיל הנקין "העולם כבר אינו ליברלי" **השילוח** 135 25 (2021).

⁸⁷ Mark Joseph Stern, *Anti-Gay Segregation May Soon Be Coming to* *Oregon*, SLATE (Feb. 4, 2014), <https://tinyurl.com/zfxpv3s5>, 74 בעמ' 643.

⁸⁸ שם.

⁸⁹ על המצב בארצות הברית, ראו *Marriage Age by State 2022*, WORLD POPULATION REV. (last visited May 3, 2022), <https://bit.ly/3s6YArr>.

שאי-הסכמה כזו תאפיין בעתיד את הדיון בחברה על נישואין עם רובוטים, אם וכאשר תעלה אפשרות כזאת.⁹⁰ בנסיבות כאלה יוכלו ספקים לסרב להיות מעורבים בחתונות כאלה, לפי התנאים שפירטנו לעיל. לעומת זאת אם נישואין בין בני אדם לרובוטים יהפכו לדבר שכיח וההתנגדות להם תהיה כמו ההתנגדות לנישואין בין-גזעיים היום, לא יוכלו עוד הספקים לסרב לשרת אותם.

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 בהם בהבעת אותה מידה של כבוד לכל בני האדם.⁹¹ טענתנו המרכזית במאמר היא שכאשר ברור לחלוטין שסירוב לספק שירות איננו מבטא כישלון כזה אלא התנגדות להשתתפות עבה במעשה שהוא מתנגד לו עמוקות, אין הוא נכלל בגדר הפליה אסורה.

⁹⁰ Olivia Goldhill, *Experts Predict Human-Robot Marriage will be Legal by 2050*, Sophia, QUARTZ (Dec. 24, 2016), <https://bit.ly/3y9RvKj>, ייתכן שהתחזית ל-2050 זהירה מדי. ראו R, *3 Men Who Married Robots as Their Wives and Why*, PANDA GOSSIPS (Jan. 7, 2020), <https://pandagossips.com/posts/5619>.

⁹¹ ראו לעיל ה"ש 9.