

מתווה גורס' – כיצד ראוי לאזן בין הזכות לחופש ביטוי ובין הזכות לשוויון?

מאת

יעקב בן־שמש*

א. מבוא – מהפכת הנגד השמרנית בבית המשפט העליון האמריקאי

בסוף חודש יוני, עם תום שנת המשפט 2022-2023 פרסם בית המשפט העליון האמריקאי שורה של פסקי דין מעוררי מחלוקת – פסק דין שאסר על המשך השימוש בקריטריונים של הפליה מתקנת בקבלה ללימודים לאוניברסיטאות ולקולגים;¹ פסק דין שביטל את תוכנית שמיטת החובות לסטודנטים של הנשיא ביידן;² ופסק דין שהתיר לבעלת עסק נוצרייה־דתית להפלות לקוחות על בסיס נטייתם המינית.³

פסקי הדין, שניתנו כולם על בסיס אידיאולוגי מובהק (שישה שופטים שמרנים מול שלוש השופטות הליברליות) האפילו על עשרות פסקי דין אחרים שניתנו בשבועות שקדמו לכך, בסוגיות שברובן פחות שנויות במחלוקת, שניתנו, בחלקם הגדול, פה־אחד, ובחלקם האחר בחלוקה שאינה חופפת לקווים אידיאולוגיים.

שלושת פסקי הדין האמורים, העוסקים בסוגיות המפלגות את הציבור האמריקאי, מסמנים את המשך התעצמותה של מהפכת הנגד השמרנית שמחוללים ששת השופטים השמרנים, שלושה מהם מינויים של הנשיא טראמפ, מהפכה שתרועת הפתיחה המהדהדת שלה הייתה בסוף שנת המשפט הקודמת, בפסק הדין שביטל

* ד"ר מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אנוו.

¹ Students for Fair Admissions v. Harvard (2023).

² Biden v. Nebraska (2023).

³ 303 Creative v. Elenis (2023) (להלן: פרשת המעצבת הגרפית, או פסק הדין).

את ההגנה החוקתית על הזכות להפלות.⁴ אם זה מה שקרה בתוך שנתיים-שלוש, אין לדעת עד היכן תרחיק מהפכת הנגד השמרנית בשנים הבאות, וכיצד היא תשפיע על החברה האמריקאית.

אולם, כמובן, גם במחנה השמרני ניתן למצוא קולות שונים וגוונים שונים. ובמאמר זה אבקש להתמקד בקול שמרני אחד – קולו של השופט ניל גורסץ', כפי שהוא בא לידי ביטוי בפסק דין אחד – פרשת המעצבת הגרפית, שעסק בהתנגשות בין חופש הביטוי וחופש הדת של בעלת עסק לעיצוב גרפי, ובין הזכות לשוויון של בני זוג מאותו מין – ושהכריע, בפסק דין מורכב, לטובתה של המעצבת הגרפית.⁵

לדעתי, פסק דינו של השופט ניל גורסץ', שהוביל את דעת הרוב, מציע גישה מורכבת, ואיזון עדין, שמבטאים ערכים שמרניים וליברליים כאחד, שיש בהם כדי להציע גישת אמצע, הן בעימות האידיאולוגי העקרוני שמתחולל גם בהקשר הישראלי בין אקטיביזם משפטי ובין שמרנות משפטית, והן לעניין השאלה החוקתית הקונקרטי שהתעוררה במסגרתו. גם אצלנו, כפי שאפרט, התעוררו כבר התנגשויות דומות, בין זכותם של חברי הקהילה הגאה לשוויון ובין רצונם של בעלי עסקים לסרב לתת להם שירות על רקע אמונתם הדתית, ואין ספק שמקרים כאלה ישובו ויתעוררו גם בעתיד. עם זאת, הסוגיה מעולם לא הוכרעה בבית המשפט העליון, והמתח שבין הזכויות המתנגשות לא בורר כל צרכו. לכן, לדעתי, יש בפסק דינו של גורסץ' תובנות רבות ערך שיוכלו לסייע בפיתוח המשפטי בסוגיה זו גם בישראל.

אפתח בתיאור תמציתי של פסק דינו של גורסץ' ושל פסק דינה של השופטת סוניה סוטומאיור, שהובילה את דעת המיעוט. לאחר מכן אבחן את ההשלכות האפשריות של פסק הדין בהקשר הישראלי.

ב. פרשת המעצבת הגרפית

אלה הן, בתמצית, העובדות הרלוונטיות: לורי סמית היא מעצבת גרפית מהעיר דנבר שבקולורדו, ארצות הברית, המציעה שירותים של עיצוב גרפי, ניהול מדיה חברתית, ייעוץ בשיווק וכדומה. היא מעוניינת להרחיב את העסק שלה ולהציע גם שירותי עיצוב אתרי אינטרנט לזוגות שעומדים להינשא. בניגוד לשאר השירותים אותה היא מציעה, את השירות הספציפי הזה סמית לא מעוניינת לספק לבני זוג מאותו המין. זאת, בשל אמונתה הדתית, ותפיסתה לפיה נישואין הם קשר מיוחד בין גבר לאשה בלבד.

אלא שבקולורדו קיים חוק איסור הפליה (דומה מאוד, כפי שנראה להלן, לחוק איסור ההפליה במשפט הישראלי), שאוסר על בעלי עסקים הנותנים שירות לציבור להפלות במתן השירותים שלהם על בסיס דת, גזע, מין, נטייה מינית ועוד. סמית, שחוששת מתביעות, הקדימה ופנתה לבית המשפט בקולורדו, בעתירה לצו שימנע מהרשויות בקולורדו לאכוף עליה את איסור ההפליה. לאחר שהפסידה בערכאות הנמוכות, עשה התיק את דרכו אל בית המשפט העליון הפדרלי בווישינגטון. שם התהפכה הקערה על פיה.

⁴ Dobbs v. Jackson (2022).

⁵ פרשת המעצבת הגרפית, לעיל ה"ש 3.

בית המשפט העליון פסק, כאמור, ברוב של 6 מול 3 לפי פסק הדין של השופט גורס'ן, שחוק איסור ההפליה של קולורדו פוגע בזכותה של לורי סמית לחופש הביטוי, הזכות המוגנת בתיקון הראשון לחוקה. זאת, משום שהשירות שהיא מציעה טומן בחובו סוג של ביטוי יצירתי, שנותן ביטוי, בין השאר, לדעותיה ולאמונותיה האישיות של סמית, ועליכן חיוב שיוטל עליה לספק את השירות האמור באופן המנוגד לאמונתה ולערכיה יהיה שקול לכפיית דעה מצד המדינה, ופגיעה אסורה בזכות לחופש ביטוי.

בדרכו אל המסקנה הזו הסתמך השופט גורס'ן על הסכמות דינויות שהושגו בהליכים קודמים, ולפיהם מוסכם על הצדדים ששירות עיצוב האתרים אותו מבקשת סמית להציע כולל בתוכו היבטים יצירתיים ואקספרסיביים של בעלת העסק, ובכללם אמונותיה האישיות והדתיות לגבי סוגיית הנישואין. בהינתן כל אלה, עמידה על חובת מתן השירות ללא הפליה כמוה, לדעת בית המשפט, ככפייה מצד המדינה על אדם להביע עמדות המנוגדות לדעתו ולמצפונו.

השופט סוטומאיור, בדעת המיעוט, סברה שההיבט האקספרסיבי שבמתן השירות במקרה הזה הוא שולי וזניח, ולא מצדיק חריגה מעיקרון היסוד של איסור ההפליה, שלא בא לכפות דעות כי אם להבטיח שוויון זכויות. היא גם מודאגת מהמדרון התלול שפסיקת הרוב עשויה להוביל אליה, שכן מתעורר החשש מעכשיו רבים מבעלי העסקים יטענו שהשירות שהם נותנים טומן בחובו גם "ביטוי יצירתי" לכל מיני דעות מפלות ופוגעניות, ולכן ראוי לפטור גם מאותם מאיסור ההפליה.

ג. האיזון בין חופש הביטוי לשוויון

בעיני, פסק הדין של גורס'ן מפגין מספר מעלות חשובות, המבטאות ערכים שמרניים וליברליים כאחד. זאת, הן ברמה המשפטית, הן ברמה החברתית, והן ברמה הרטורית.

ראשית, ברמה המשפטית, גורס'ן מזכיר למי ששכח (ולא מעט ליברלים שכחו) שחוק מהזכות לשוויון, יש עוד זכויות חוקתיות שאמורות להיות חשובות לכל ליברל, ובמיוחד הזכות לחופש ביטוי ולחופש אמונה, וגם על הזכויות האלה צריך להגן. פסק הדין מציע אפוא שינוי מסוים במגמה הרווחת, הן בארצות הברית והן במשפט הישראלי, לבטל זכויות אחרות ואינטרסים ציבוריים אחרים, בכל מקרה בו הזכות לשוויון נפגעת.

גם האיזון שעורך גורס'ן בין השוויון לחופש הביטוי הוא מורכב וראוי בעיני. לא כל רצון להפלות יקבל לגיטימציה. למשל, בעל בית מלון שיסרב להשכיר חדר לזוג הומואים (דוגמה שהועלתה בזמנו בידי חה"כ רוטמן בתמיכה להצעת חוק אותה ביקש לקדם, אליה אתייחס בהמשך) – יפסיד במשפט; כך גם בעל חנות שיסרב למכור על בסיס זהותו של הלקוח; ולבסוף, בעל מאפיה יוכל, לפי מתווה גורס'ן, לסרב לאפות עוגת חתונה בעיצוב אישי לחתונה של בני זוג מאותו המין,⁶ אך לא

⁶ מקרה כזה התעורר, אף הוא בקולורדו, לפני שנים אחדות, הגיע לבית המשפט העליון, אך בסופו של דבר לא הוכרע באופן עקרוני – *Masterpiece Cakeshop v. Colorado* (2018). מבחינה מסוימת ניתן אפוא לראות את פסק הדין הנדון כאן כסגירת מעגל, מבחינתם של השופטים השמרנים, לפרשת עוגת החתונה משנת 2018.

יוכל לסרב למכור להם עוגה אחרת מוכנה שמוצעת בחנות, גם אם העוגה תשמש אותם למסיבת חתונתם. זאת מכיוון שבמקרים אלה מדובר במתן שירות שלא כולל בתוכו ביטוי יצירתי אישי.

אומנם, לא תמיד יהיה קל לענות על השאלה איפה עובר הגבול בין שירות גנרי לשירות עם ביטוי אישי. ההיגיון של עמדת גורסין⁷ יחול בוודאי על בעלי המקצועות האומנותיים והיצירתיים במובהק – כגון מעצבים, ציירים, כותבים, במאי סרטים (בהקשר הזה גם ישראל משתרבת לפסק הדין, כאשר גורסין⁷ תוהה, רטורית, האם ראוי לחייב במאי סרטים מוסלמי לביים סרט המקדם נרטיב ציוני⁷) וכדומה; וישנם כמובן גם אינספור נותני שירותים שהם גנריים לחלוטין – חנויות ובתי קפה, מוסכים ומסעדות, מוניות וכיוצא באלה. אך ניתקל גם בלא־מעט מקרי ביניים שיעוררו קושי בהכרעה. האם, למשל, צלם חתונות יהודי־דתי יוכל לסרב לצלם בחתונה של זוג מעורב? האם בעל בית דפוס יוכל לסרב להדפיס הזמנות לחתונתם של בני זוג מאותו המין? האם בעל אולם אירועים יוכל לסרב להשכיר אותו לקיום אירוע הנוגד את אמונותיו?

בשאלה פרשנית זו לא ניתן לתת מראש תשובה לכל האפשרויות. ההכרעה תהיה תלויה בשאלה האם בית המשפט ימצא בשירות המדובר היבט יצירתי־אישי משמעותי מספיק, המצדיק הגנה עד כדי ויתור על הדרישה לספק את השירות באופן שוויוני לכל הלקוחות. אך ההכרעה הקונקרטית תהיה תלויה מאוד בנסיבות. השאלה תישאר אפוא פתוחה בשנים הקרובות, ותוכרע בבתי המשפט השונים בכל מקרה לגופו.

גם זו תוצאה ראויה בעיני, שמותירה מרחב להתפתחות הדרגתית, עקב בצד אגודל, מתוך רגישות למקרה ולמקום ולמדינה, במקום ניסיון להכריע בסוגיה באופן חד־משמעי וכללי. לא מן הנמנע שהשאלה אף תשוב לבית המשפט העליון בעתיד הקרוב, לחידוד ולהכרעה בין פרשנויות סותרות שיינתנו להלכה שנקבעה בבתי משפט מדינתיים, או בבתי משפט לערעורים במחוזות השונים.

מעבר לרובד המשפטי, מדובר בעיני בפסק דין נכון גם מבחינה חברתית. על־מנת להבין זאת כדאי להכניס את פסק הדין לפרופורציה היסטורית. האמת היא שדי קשה להאמין שבית המשפט העליון דן בשאלה האם בעלת עסק דתייה חייבת לתת שירות לבני זוג מאותו המין המבקשים להינשא. כל זאת, במדינה בה עד לפני עשרים שנה, סירב בית המשפט העליון אפילו להתערב בחקיקה שקבעה איסור פלילי על יחסי מין הומוסקסואליים.⁸ בתוך כעשור הפכה הקהילה הגאה ממיעוט נרדף ומופלה שניתן להשימו במאסר, לקבוצה שזכאית להינשא, בעקבות פסק דין שקבע שהזכות החוקתית לשוויון חלה גם על זכותם של בני זוג מאותו המין להינשא, וכי כל חמישים המדינות בארצות הברית חייבות לאפשר נישואין לבני זוג

⁷ ראו, פרשת המעצבת הגרפית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 12: "The government could require an unwilling Muslim movie director to make a film with a Zionist message," or "an atheist muralist to accept a commission celebrating Evangelical zeal," so long as they would make films or murals for other members of the public with different messages"

⁸ בפרשת Bowers v. Hardwick שנידונה והוכרעה בשנת 1987 בית המשפט העליון סירב לבטל חוק של מדינת טקסס שקבע שקיום יחסי מין הומוסקסואליים הוא עבירה פלילית. פסק הדין הזה בוטל רק בראשית שנות ה-2000, בפרשת Lawrence v. Texas משנת 2003.

מאותו המין.⁹

אכן, המהפכה שחוללה הקהילה הגאה – ברמה המשפטית והחברתית כאחד – בעשורים האחרונים בארצות הברית (ובישראל) היא לא פחות ממדהימה. הן בהיקף, הן בקצב. מהפכה מהירה שכזו, מן ההכרח שתוביל גם לתגובת נגד. ודומני שיש מה לומר בזכות רגע של מנוחה, שבמסגרתו אפשר לברך ולהודות מאוד על מה שהושג, אך גם לזכור שמהפכות צריכות להשתרש באדמה, וזה לוקח זמן. ואולי עדיף שגם המהפכה הזו תתקדם בהדרגה, כמה צעדים גדולים קדימה, ואז צעד אחורה, לתועלת כולם.

ולבסוף, בעיני פסק דינו של השופט גורס'ץ משמח גם ברמה הרטורית. מי שקורא את דבריו מרגיש מיד שליבו חצוי. הוא מבין את המעצבת הדתיה, אבל הוא מבין יפה גם את בני הזוג מאותו המין. הוא מעלה על נס את הזכות לשוויון, מכיר בחשיבותם של חוקי איסור ההפליה בקידום ההכרה בזכויות האדם באמריקה בכלל, ואף מציין בפרט ולחיוב את ההתקדמות הרבה בזכויותיהם חברי הקהילה הגאה. אך הוא חרד גם לזכויותיהם של מי שאינם רואים את ההתפתחות הזו בהכרח בעין יפה. הוא מרגיש את התנגשות העולמות והערכים, ויודע שאין פתרונות קסם, אלא פשרות פרגמטיות.

לעומת זאת, מי שקורא את סוניה סוטומאיור, בעלת דעת המיעוט, ימצא מעט מאוד הזדהות עם בעלת העסק הדתייה. פסק הדין שלה נקרא לעתים קרובות כמניפסט לוחמני של מלחמת בני אור בבני חושך. גם במישור הזה, לטעמי, גישתו של גורס'ץ עדיפה, בוודאי מבחינת תפקידו של שופט בבית המשפט העליון.

לתחושת, גורס'ץ עצמו אינו מתלהב, בלשון המעטה, מדעותיה של מעצבת האתרים. אך הוא סבור שמן הראוי בחברה דמוקרטית ופלורליסטית להכיל גם דעות כאלה. זה מקור עוצמתה של חברה פתוחה – שהערכים הנכונים מתקדמים בה, אך לא על דרך הכפייה מצד המדינה. פסקת הסיום של פסק דינו מדגישה זאת:

"In this case, Colorado seeks to force an individual to speak in ways that align with its views but defy her conscience about a matter of major significance[...]. But, as this Court has long held, the opportunity to think for ourselves and to express those thoughts freely is among our most cherished liberties and part of what keeps our Republic strong. Of course, abiding the Constitution's commitment to the freedom of speech means all of us will encounter ideas we consider unattractive, misguided, or even hurtful. But tolerance, not coercion, is our Nation's answer. The First Amendment envisions the United States as a rich and complex place where all persons are free to think and speak as they wish, not as the government demands. Because Colorado seeks to deny that promise, the judgment is *Reversed*."¹⁰

⁹ Obergefell v. Hodges (2015).

¹⁰ פרשת המעצבת הגרפית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 25-26.

ד. "מתווה גורסץ" במשפט הישראלי

התנגשות בין זכותם של חברי הקהילה הגאה לשוויון, המעוגנת גם בהקשר הישראלי בחוק איסור הפליה האוסר, בין השאר, על הפליה מחמת נטייה מינית,¹¹ ובין רצונם של נותני שירות לסרב לתת שירות על בסיס אמונתם הדתית, התעוררה בהקשר הישראלי בני מקרים בולטים: רצונם של חברי ישוב יהודי-משיחי בהרי ירושלים לסרב להשכיר את אולם האירועים שביישוב למסיבת חתונה של שתי בנות זוג;¹² ורצונו של בעל בית-דפוס בבאר-שבע לסרב להדפיס חומרי הסברה עבור תא הסטודנטים הגאה באוניברסיטה שבעיר.¹³

בשני המקרים פסק בית משפט השלום בו נדונה התובענה לראשונה נגד בעל העסק, וחייב אותו בתשלום פיצויים בשיעור ניכר לנפגעים, ובשני המקרים ערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי נדחה.¹⁴ בפרשת בית הדפוס הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, שנמחקה בהסכמת הצדדים.¹⁵ אנסה לבחון להלן כיצד אימוץ עמדת גורסץ' עשויה להשליך על המקרים האמורים, או דומים להם.

אך עוד לפני כן, מענין להשוות את מתווה גורסץ' להצעת החוק שהגישה לאחרונה חברת הכנסת אורית סטרוק (יחד עם אחרים) שנועדה לאפשר הפליה במתן שירות שמבוססת על אמונה דתית. וזו לשון ההצעה:

"לא יראו הפליה 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".¹⁶

ניתן לדון בהרחבה במרכיביה של הצעת החוק, אך אסתפק כאן בשלוש הערות קצרות הנוגעות ליחס בין הצעה זו למתווה גורסץ'. מצד אחד, התיקון המוצע רחב הרבה יותר ממתווה גורסץ', שכן הוא חל על כל סוגי העסקים וכל סוגי השירותים, ולא רק על שירותים הכרוכים בביטוי אישי-יצירתי ייחודי. הפתח הנפתח להפליה במתן שירותים לפי ההצעה רחב אפוא הרבה יותר מהפתח שנפתח בפסק דינו של גורסץ'. ומצד שני יש לציין שמתווה גורסץ', שמתמקד בחופש הביטוי, ולא דווקא באמונה דתית, יכול להצדיק הפליה במקרים בהם הצעת החוק האמורה לא תאפשר – ואלה הם המקרים בהם נותן השירות מבקש לסרב, על בסיס אמונתו האישית הלא-דווקא דתית, לתת שירות בעל אופי אקספרסיבי הפוגע באמונתו. כך

¹¹ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

¹² ת"א 5901/09 (שלום י-ם) יעקבוביץ' נ' בית הארחה וגן אירועים יד-השמונה (נבו 3.9.2012).

¹³ ת"א 56315-02-17 (שלום ב"ש) אגודה לשמירת זכויות הפרט נ' צבע הקשת (נבו 20.4.2020).

¹⁴ ע"א 5116-11-12 (מחוזי י-ם) בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקבוביץ' (נבו 17.3.2014); ע"א 52336-06-20 (מחוזי ב"ש) כהן נ' אגודה לשמירת זכויות הפרט (נבו 19.8.2020).

¹⁵ רע"א 7246/20 כהן נ' אגודה לשמירת זכויות הפרט (נבו 24.5.2021) (להלן: פרשת כהן).

¹⁶ הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון – פגיעה באמונה דתית), התשפ"ג-2022, הונחה על שולחן הכנסת ה-25 ביום 12.12.2022. הצעת חוק דומה הוגשה גם בכנסת ה-23.

למשל, כותב נאומים יהודי-ציוני יוכל לסרב לכתוב מאמר אנטי-ציוני לפי מתווה גורס', אך לא יוכל לסרב לפי הצעת החוק. לדעתי, שני היבטים אלה מצביעים על יתרונותיו של מתווה גורס', אך לא ארחיב את הדיון במסגרת זו.

עם זאת, זוהי הערתי השלישית – הצעת החוק מאפשרת לבית המשפט לקחת בחשבון, במסגרת איזון האינטרסים המתנגשים, שיקולים נוספים – מידת חיוניותו של המוצר וקיומה של חלופה סבירה לו, מה שאין כן במתווה גורס' (אומנם גורס' מציין שישנם עשרות נותני שירות אחרים שבקולורדו שמציעים שירות דומה,¹⁷ אך שיקול זה אינו משמש מרכיב בעל משקל בהכרעה המשפטית). בעיני שיקולים נוספים אלה הם ראויים.

ועוד יש לציין שאימוץ מתווה גורס' עצמו אינו טעון תיקון בחקיקה שכן הוא אפשרי, ואף מתבקש, כבר במסגרת החקיקה הקיימת. זאת, משום שסעיף 3ד(1) לחוק איסור הפליה במוצרים, שירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, אחד משלושת סעיפי החריגים הקיימים כבר בחוק, קובע כי לא יראו הפליה כאשר "הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי".¹⁸ כלומר, חוק איסור הפליה בעצמו לוקח בחשבון שאופי השירות עשוי להצדיק הפליה. ומהו שירות שאופיו עשוי להצדיק הפליה? אחת האפשרויות הפרשניות היא – שירות שרוך בו ביטוי אישי-צירתי משמעותי, כפי שמציע גורס' בפסק הדין.

עם זאת, הן משום שמדובר בסעיף שהוא חריג לעיקרון הכללי אותו מבקש החוק לקדם – והוא איסור הפליה – והן משום חשיבותו של עיקרון השוויון עצמו, ראוי לפרש סעיף זה בצמצום ובדוקנות. ולכל הפחות, לדרוש שההיבט היצירתי-אישי שבמתן השירות הספציפי יהיה משמעותי, וכי נותן השירות נותן, במסגרת השירות, ביטוי משמעותי של דעותיו ואמונותיו; שחיוב מתן שירות יפגע משמעותית ביכולתו של נותן השירות להביע את אמונותיו ודעותיו; וכי כל אלה יוכחו היטב מבחינה ראיתית, על מנת למנוע שימוש לרעה בסעיף זה. ניתן גם להתחשב, במסגרת זו, בשיקולים הנזכרים בהצעת החוק למעלה – מידת חיוניותו של המוצר, וקיומה של חלופה סבירה לו.

כעת נבחן כיצד עשוי להשפיע אימוץ מתווה זה על שני פסקי הדין הנזכרים. לדעתי, אין באימוץ המתווה כדי לשנות את התוצאה הסופית בפסקי הדין, שכן באף אחד ממקרים אלה לא ניתן לטעון בצורה משכנעת שמתן השירות מבטא בצורה משמעותית אמונות ודעות של בעל העסק.

בפרשת גן האירועים, ניסו תושבי יד השמונה, בעלי העסק, לטעון כי הפליה מתחייבת בשל אופי המקום. אלא שלאחר שנשמעו ראיות, התברר כי במקום פועל עסק בעל אופי חילוני-יירותי-כללי הנותן מגוון רחב של שירותים לכלל האוכלוסייה, ולפיכך לא הוכחה הטענה כי מדובר במקום בעל אופי דתי. עצם אמונתם הדתית של בעלי המקום אינה מופיעה בגדר החריגים המאפשרים הפליה, ולפיכך פסק בית משפט השלום לחובת גן האירועים. דומני שהתוצאה לא הייתה משתנה גם אילו היינו מיישמים על עובדות המקרה את מתווה גורס' ובוחנים את

¹⁷ ראו פרשת המעצבת הגרפית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11 לפסק הדין.

¹⁸ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000, ס"ח 58.

אופי השירות, במקום את אופי המקום. וזאת משום שמאותן הראיות שנשמעו בבית משפט השלום אף עולה שבעלי המקום אינם מספקים בגן האירועים כל שירות אישי יצירתי שמביא לידי ביטוי משמעותי את אמונותיהם הדתיות הייחודיות. לפיכך, גם יישום מתווה גורסין' על המקרה הנדון לא היה משנה את התוצאה הסופית.

כך גם בעניין בית הדפוס. אומנם בעלי הדפוס ניסו לטעון טיעון שקרוב ברוחו לעמדת גורסין'. לטענתם, החלת איסור ההפליה במקרה הנדון יעלה כדי פגיעה אסורה בחופש הביטוי האישי של בעל העסק, ובזכותו לאוטונומיה אישית ולחופש דת. ועל מנת לצמצם את הפגיעה הם הציעו להבחין, לעניין חוק איסור הפליה, בין מוצר מדף ובין מוצר המחייב ייצור אישי, ולהחיל את החוק רק על מוצרים מסוג מוצרי המדף. אלא שעמדתם זו נדחתה, ובצדק, הן מנימוקים עקרוניים, והן בשל נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה. כעניין עקרוני נפסק כי אין אחיזה בלשון החוק להבחנה בין סוגי מוצרים שונים, ועל כן יש לדחות את הפרשנות המוצעת.

בנוסף, ולא פחות חשוב מכך, נדחתה הטענה גם בהינתן העובדות הקונקרטיות של המקרה. במקרה המדובר פנתה אחת ממתנדבות תא הסטודנטים הגאה באוניברסיטת באר־שבע בדואר אלקטרוני לבית הדפוס, וביקשה להדפיס פוסטר מסוים. בעל בית הדפוס לא בחן כלל את תוכן הפוסטר, אלא מיהר לשגר תגובה בזה הלשון: "איננו עוסקים בחומרי תועבה. יהודים אנחנו!". וזאת בהתבסס על זהות הפונה בלבד. על כן נדחתה הטענה שבעל בית הדפוס ביקש לסרב להדפיס תכנים הסותרים את אמונותיו, שכן תוכן השירות כלל לא נבחן עובר לסירוב.

האם התוצאה הייתה משתנה לו היינו מנתחים את המקרה לפי מתווה גורסין'? דומני שלא. ראשית, מתווה גורסין' אינו תומך בהבחנה בין מוצרי מדף למוצרים בייצור ייחודי. יכולים להיות אינספור שירותים הכרוכים בייצור לפי הזמנה, שאינם אקספרסיביים כגון מפעל המייצר רהיטים לפי הזמנה, תכשיטים, או אף חומרי דפוס. ההבחנה הרלוונטית במתווה גורסין' אינה בין סוגי מוצרים, האם מדובר במוצר מדף או מוצר בייצור אישי לפי הזמנה, אלא בין שירותים שכוללים ביטוי יצירתי של אמונות ודעות, לבין שירותים שאינם כאלה. ובענייננו: מכיוון שיש להניח, כל עוד לא הוכח אחרת, שהשירות הניתן בבית הדפוס הוא, בפשטות, הדפסת תכנים בהם מעוניין הלקוח, מבלי שבעל בית הדפוס מביע באמצעות מתן שירות כזה אמונות או דעות מיוחדות, לא כל שכן איזו הסכמה עם התוכן הנדפס, הרי שגם תחת מתווה גורסין', דינה של התביעה – להתקבל.¹⁹

ציטוט מוצע: יעקב בן־שמש "מתווה גורסין' – כיצד ראוי לאזן בין הזכות לחופש ביטוי ובין הזכות לשוויון?" בלוג רשות הרבים (23.7.2023).

¹⁹ ייתכן אף שזהו ההיגיון שהדריך את שופטי בית המשפט העליון כאשר הציעו לבית הדפוס לסגת מבקשת רשות הערעור, פרשת כהן, לעיל ה"ש 15: "בסיכום הדיון הצענו למבקשים לא לעמוד על הבקשה. סברנו כי בנסיבות המקרה, שבגדרן סירבו המבקשים לתת למשיבה שירותי הדפסה אך בשל זהותה, אין עילה למתן רשות ערעור. מצאנו כי בנסיבות אלו אין מקום להידרש – לראשונה – בערכאתנו, לטענות שלא הובאו לפני הערכאות הקודמות. בצד האמור הערנו, כי ניתן יהיה להידרש, לטענות או לחלקן, בנסיבות מתאימות אחרות."