

מדינת ישראל

משרד המשפטים

לשכת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, ה' תמוז תשע"ט
8 יולי 2019

מס' מסמך: 004-99-2019-000021
(בתשובה נא לציין מספרנו)

לכבוד:

אסי מסינג, עורך הדין
היועץ המשפטי, משרד האוצר
רחוב קפלן 1, ירושלים, 9103002

שלום רב,

הנדון: הגרלות מחיר למשתכן

סימוכין: מכתבם של עמית מררי, משנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי) וארז קמיניץ, משנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), מיום 13.9.2018; מכתבך אל היועץ המשפטי לממשלה מיום 1.11.2018; פנייתך אל היועץ המשפטי לממשלה מיום 7.2.2019

היועץ המשפטי לממשלה מילא את ידי להשיב לפניותך שבסימוכין, כלהלן:

- בהמשך לפניית משרד האוצר לייעוץ וחקיקה (משפט פלילי) בשאלת הצורך בהוצאת היתר להגרלה שמקיים קבלן פרטי לצרכים מסחריים, התקיים ביום 17.4.2018 דיון בנושא שבנדון בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), עמית מררי, ובהשתתפות נציגי משרד האוצר ומשרד הבינוי והשיכון.
- בסיכום ישיבה זו הובהר על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, כי ההגדרה הקבועה בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**") להגרלה היא רחבה וכוללת את כל סוגי ההגרלות. לשון הסעיף בעניין זה ברורה ואימוץ פרשנות תכליתית הנוגדת לשון זו הוא בעייתי. על מנת לתת מענה לקושי העולה מכך שהגדרה זו עלולה לכלול גם הגרלות שאין הצדקה לאסורן, קבע המחוקק את מנגנון ההיתר הקבוע בסעיף 231(א) לחוק העונשין. מנגנון זה יכול לתת מענה במקרים בהם מדובר בהגרלה שעריכתה אינה גורמת לנזקים מפניהם בא האיסור הקבוע בחוק העונשין להגן. עמדה מעודכנת זו, הובאה לידיעתכם גם במסגרת מכתבם של המשנים ליועץ המשפטי לממשלה, עמית מררי וארז קמיניץ שבסימוכין (להלן: "**מכתב המשנים**").
- ביום 1.11.2018 קיבלנו את מכתבך שבסימוכין, במסגרתו ביקשת את הכרעת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות נחיצות הוצאת היתר להקצאת זכות מוגבלת במסגרת הגרלות

- מחיר למשתכן. במכתבך טענת, כי תכלית האיסורים על הגרלות הקבועים בחוק העונשין הנה מניעת הסיכונים הכרוכים בהימורים, ביניהם התמכרות להימורים וביצוע עבירות נוספות. בנוסף, הצגת פסקי דין של בתי המשפט השונים שבהם נקבע, כי הגרלה היא פרקטיקה אפשרית ולגיטימית במשפט המנהלי להקצאת משאבים.
4. עוד ציינת, כי מפאת העובדה שהגרלות משמשות ככלי להקצאת משאבים על ידי המדינה והן אינן כרוכות בסיכון, וכן לנוכח הפסיקה שקבעה שמדובר בכלי לגיטימי להקצאת משאבים, הגרלות אלו אינן טעונות היתר לפי סעיף 231(א)(1) לחוק העונשין.
5. במכתבך האמור ציינת עוד, כי על מנת לקבוע אם הגרלה נכללת בגדרי סעיפי האיסור בחוק העונשין, יש לבחון אם מדובר בהגרלה שנעשית "לשמה", או שהיא אמצעי להשגת תכלית אחרת. על פי הטענה, כאשר ההגרלה משמשת למטרה אחרת, כמו לדוגמה הקצאת משאבים, והבחירה בה היא רק לאחר שנשקלו חלופות נוספות שאינן הגרלה, אין לראות בה כהגרלה הנכללת בגדרי האיסור הקיים בחוק.
6. טענה נוספת שהעלית במכתבך נוגעת למצב הקיים, בו ישנן רשויות שונות שעושות שימוש בפרקטיקה של הגרלה ככלי להקצאת משאבים. לפי טענה זו, רשויות שונות עושות שימוש בפרקטיקה של הקצאת משאבים באמצעות הגרלה מבלי שקיבלו היתר, כגון שירות התעסוקה אשר עורך הגרלה להקצאת הזכות להשתתף בהכשרה מקצועית וכן משרד החינוך שעורך הגרלה להקצאת מקומות בכיתות מחוננים, ולכן קיים קושי לקבוע כי פעילות זו חוסה תחת האיסור בחוק העונשין.
7. בהמשך לכך, שבת ופנית אל היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לשתי פניות נוספות שהועברו לשר האוצר בבקשה לקבלת היתר לעריכת הגרלה, בעקבות העמדה המעודכנת שהוצגה במכתב המשנים. פניות נוספות אלו נגעו להגרלות שעורכת חברת "שיכון ובינוי" לשם מכירת דירות "בתנאים מועדפים" לעובדיה, ולהגרלות שנערכות בפרויקטים של שכירות ארוכת טווח על ידי החברות שזוכות במכרזי חברת "דירה להשכיר". להבנתך, פניות אלו ממחישות את הקושי שהעמדה הנ"ל יצרה. זאת, בשל החשש מפני ריבוי פניות של גורמים ציבוריים ופרטיים לצורך מתן היתר, ובהינתן אפשרות כי ישנם גופים נוספים שאינם מודעים לצורך בקבלת היתר ויתכן שפועלים בניגוד לחוק.

להלן התייחסותי, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, לטענות שפורטו במכתבך ובפנייתך הנוספת:

8. ראשית, אבקש להבהיר, כי במכתב המשנים לא נטען כי פרקטיקה של חלוקת משאבים באמצעות הגרלה היא פרקטיקה שאינה סבירה בהיבטי המשפט המנהלי. מכתב המשנים לא עסק בסוגיה זו, כי אם בפרשנות האיסורים הקבועים בחוק העונשין. כפי שצוין במכתב המשנים, לנוכח הקושי להגדיר מראש בחקיקה מה הם סוגי ההגרלות, אשר אין הצדקה לאסור את עריכתם, קובע חוק העונשין מנגנון לפיו הכלל הוא כי כל ההגרלות הן אסורות (למעט אלה שבהן מתקיימים שלוש התנאים המנויים בסעיף 230 לחוק העונשין: עריכתן מכוונת לחוג אנשים מסוים; אינן חורגות מגדר שעשוע או בידור; אינן נערכות במקום משחקים אסורים או במקום לעריכת הגרלות או הימורים), מלבד הגרלות שהוצא בעניינן היתר מתאים.

9. כלומר, המנגנון שהמחוקק קבע על מנת להתמודד עם הקושי להגדיר מראש מה הן ההגרלות האסורות ומה הן ההגרלות המותרות, הוא קביעת כלל גורף האוסר לערוך הגרלות, ועיגון מנגנון מתן היתרים להגרלות מסוימות ולסוגי הגרלות, על מנת לאפשר חריגה מהכלל הגורף במקרים המתאימים. מנגנון זה נועד לתת מענה לקשיים שפורטו במכתבך ובפנייתך הנוספת. כך, הגרלה מסוימת או סוג הגרלות מסוים, אשר אין הצדקה לאור תכלית האיסור למנוע את עריכתם, ניתן להתיר את עריכתם באמצעות מתן היתר לפי סעיף 231 לחוק העונשין. בהתאם לאמור יודגש, כי אין כל מחלוקת שקיימים סוגים שונים של הגרלות, אשר אין הצדקה שהאיסור הפלילי על עריכת הגרלות יחול בעניין.

10. עוד נטען במכתבך, כי אחד התנאים לכך שהגרלה תיכנס בגדרי האיסור בחוק העונשין הוא, כי ההגרלה מצויה בליבת הפרויקט והיא אינה משמשת למטרה אחרת, ובלשון המכתב: "במצב בו מדובר בכלי עזר בלבד לצורך ההקצאה, יש קושי לטעון כי הזכייה באותו משאב היא פרי של הסדר **שעצם מהותו** היא העלאת גורלות והזכייה תלויה בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת...". אבהיר, כי תנאי זה אינו מופיע בהגדרת האיסור בחוק העונשין. משכך, על אף ההיגיון שבטענה זו, מכיוון שמדובר באיסור המוגדר ותחום באופן ברור, לא ניתן, ללא תיקון חקיקה מתאים, להוסיף לרכיבי העבירה רכיב נוסף לפיו 'ההגרלה היא עצם מהותו של ההסדר והיא לא נועדה לצורך אחר'. רכיב זה אף אין בו בהכרח כדי ליצור הבחנה בין הגרלות בהן טמון הסיכון שמפניו בא האיסור להגן, לבין כאלו בהן לא טמון סיכון כזה. לפיכך, הוספת יסוד זה אף אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו של האיסור. בעניין זה יצוין גם, כי פרשנות כזו הייתה מובילה למסקנה, לפיה הגרלות מסחריות, אשר לעריכתן ניתן זה מכבר היתר של שר האוצר, גם הן אינן טעונות היתר, הואיל וברור שהן נערכות למטרה מסחרית ולצורך הגדלת המכירות, ולא לשם ההגרלה בלבד.

11. במכתבך אף טענת, כי "פרשנות דווקנית ורחבה של סעיף העבירה תוביל לכך שיוטל כתם פלילי על פעילות שהיא נורמטיבית, מקובלת ולעיתים הכרחית". מטענה זו עולה, כי הנך סבור שיש לפרש את סעיף העבירה כך שיחול רק על אותן הגרלות שיש הצדקה מהותית לאסור אותן. נראה כי פרשנות זו הייתה מרוקנת מתוכן את סעיף מתן ההיתרים, שכן היא היתה מובילה לכך שרק הגרלות שיש הצדקה לאסור אותן, קרי הגרלות שנערכות לשם ההימור בלבד, היו נכנסות מראש לגדרי האיסור ומשכך לא היה מקום למתן היתרים כלל. פרשנות לפיה העבירה הקיימת, על אף הגדרתה הברורה, אינה כוללת סוגי הגרלות מסוימים, מרוקנת מתוכן את סעיף ההיתרים, אשר תכליתו היא להתיר בדיוק את עריכת הגרלות אלו, אשר אין חולק כי הן נורמטיביות ולעיתים נדרשות. באופן דומה ניתן היתר להגרלות אחרות והדבר כמובן אינו מעיד על כך שהן אינן לגיטימיות.

12. ביחס לטענתך לפיה קיימים גופי ממשלה שונים המשתמשים בהגרלות לצורך חלוקת משאבים אצין, כי עצם העובדה שקיימת פרקטיקה של עריכת הגרלות ללא מתן היתרים אינה מהווה נימוק משפטי המאפשר לפרש את החוק באופן שאינו תואם את לשונו.

13. לצד זאת ולמען הסר ספק, יובהר, כי כאמור בסעיפים 6-7 למכתב המשנים, אין בכך שלא ניתן היתר עד לאחרונה כדי לפגוע בדרך כלשהי בתקפן של ההגרלות שהתקיימו. עוד אציין בהקשר זה, כי קיים קושי בקבלת פרשנות מקלה של הדין כאשר מדובר בפעולה של רשויות המדינה ופרשנות מחמירה יותר כשמדובר בפעולה שמבצע גורם פרטי. בעניין זה אזכיר, כי

- משרד האוצר הוציא היתר כללי לעריכת הגרלות מסחריות, הגם שבהקשר זה, נראה שברור כי לא מתקיימים סיכונים ההימורים מפניהם בא חוק העונשין להגן.
14. לעניין הנטל שיוטל על כתפי משרד האוצר לבחון בקשות רבות למתן היתרים אציון, כי גם עניין זה אינו משליך על הפרשנות המשפטית בענייננו. יתר על כן, על פניו נראה, כי אין מניעה לקבוע היתר כללי, בדומה להיתר לעריכת הגרלות מסחריות, המתיר לרשויות המדינה לערוך הגרלות לצורך הקצאת משאבים. היתר כזה יוכל לתת מענה כללי לפעילות זו של משרדי הממשלה ולהפחית את הנטל המוטל על כתפי משרד האוצר.
15. הקושי בריבוי הפניות לקבלת היתר לעריכת הגרלה הוא מובן, אך המענה לקושי זה הוא, כאמור, בקביעת היתר כללי להגרלות מסוג זה או לחלופין בתיקון חקיקה, ככל שיימצא כי יש מקום לכך. עם זאת, בהתייחס לשתי הפניות שהצגת לגופן, נראה על פני הדברים, שההגרלה שעורכת חברת "שיכון ובינוי" היא לצורכי שיווק ועל כן חוסה תחת ההיתר הכללי הקיים; לעניין ההגרלות לשכירות ארוכת טווח, מכיוון שהגרלות אלו מוסדרות בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, הרי שלא נדרש היתר לעריכתן.
16. ביחס לטענה במכתבך, שלפיה "מתן היתר כללי לכל מעשה מנהלי מרוקנת את ההיתר מתוכן", ניתן לבחון את האפשרות למתן היתר שאינו היתר כללי לכל פעולה מנהלית, אלא היתר לעריכת הגרלות שהמדינה עורכת כאמצעי להקצאת משאבים, ובמסגרת זו גם לבחון אם יש מקום לקבוע תנאים לעריכת הגרלות אלו. מכל מקום, לא ניתן לקבל טענה לפיה מכיוון שההיתר שהוחלט לתת בנסיבות מסוימות הוא כללי, כלל אין צורך בהיתר אף אם הדבר נדרש בחוק. למעלה מכך, קיימת חשיבות בכך שסוגי הגרלות שונים שנראה כי יש הצדקה לאפשר את עריכתם, יובאו לאישור גורם האמון על תחום זה אשר ייתן את דעתו על כך. גם אם יהיו מצבים בהם ימצא כי ניתן לתת היתר גורף, כמו במקרה של הגרלות מסחריות, לא עולה מכך כי מדובר במנגנון ריק מתוכן וכאמור לא ניתן להתבסס על טענה זו על מנת לקבוע כי ההיתר כלל אינו נדרש, כשזוהי, כאמור לעיל, איננה לשון החוק.
17. יודגש, כי ככל שעמדת משרד האוצר היא שמנגנון ההיתרים הקיים כיום בחוק אינו מגשים כראוי את התכלית שעומדת בבסיסו, רשאים כמובן גורמי המשרד לפנות ולבקש את בחינת האפשרות לעריכת תיקון חקיקה בעניין זה. ברם, כל עוד החוק לא יתוקן, וכאשר החוק בנוסחו הקיים הוא ברור ולא מותיר מקום לפרשנות זו או אחרת שמאפשרת לקבוע, כי ההגרלות הן חוקיות גם ללא קבלת היתר, אזי המדינה על רשויותיה השונות, מחויבת לקיים את האמור בו.
18. לנוכח האמור, לא מצא היועץ המשפטי לממשלה לנכון לקבוע ישיבה נוספת לשם קיום דיון בנושא זה בראשותו.
19. כאמור, אין באמור במכתבי זה, כדי להביע עמדה זו או אחרת ביחס לשימוש בכלי של הגרלה לצורך הקצאת משאבים. עניינה של העמדה המשפטית, שפורטה גם במכתב המשנים, הנו בתהליך שנדרש להשלים עובר לעריכת הגרלה מסוג זה ומתבססת על האיסורים הקבועים בחוק העונשין, ועל המנגנון שבחר המחוקק לעגן על מנת לקבוע את היקף האיסור על הגרלות מסוגים שונים.

בכבוד רב,

 רועי כהן, עו"ד
 עוזר ליועץ המשפטי לממשלה

העתקים:

מר שי באב"ד, המנהל הכללי של משרד האוצר
 מר בני דרייפוס, המנהל הכללי של משרד הבינוי והשיכון
 עורכת-דין עמית מררי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי)
 עורך-דין ארז קמיניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי)