

בבית המשפט העליון בירושלים

עע"ס 4436/02

בפני :

כבוד השופט א' מצא
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' גרוניס

המערערת :

תשעים הכדורים - מסעדה, מועדון חברים

נ ג ד

המשיבות :

1. עיריית חיפה - המחלקה לרישוי עסקים
2. משטרת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
בחיפה מיום 25.4.02 בעת"מ 455/02 שניתן על ידי כבוד
השופט ש' ברלינר

בשם המערערת :

עו"ד רענן הר-זהב ; עו"ד יחיאל שמיר

בשם המשיבה 1 :

עו"ד מיכל שטינברג

בשם המשיבה 2 :

עו"ד ערן אטינגר

פסק-דין

השופט א' גרוניס:

1. המערערת עתרה לבית המשפט לעניינים מינהליים בחיפה בבקשה למתן צו שיחייב את המשיבה 1, עיריית חיפה (להלן - העירייה), ליתן לה רישיון עסק. בית המשפט (כב' השופט ש' ברלינר) דחה את עתירתה. הערעור שלפנינו מופנה כנגד פסק הדין.

רקע עובדתי: הליכי הרישוי וההליכים המשפטיים

2. המערערת היא חברה המפעילה מועדון חברים (להלן - המועדון) בעיר חיפה. במועדון פועלת מסעדה ונערכים בו משחקי חברה, לרבות משחקי בינגו, וכן הופעות אמנים. הפעלת המועדון טעונה רישיון עסק על פי חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968 (להלן - חוק הרישוי), לפי צו רישוי עסקים (עסקים טעוני רישוי), התשנ"ה-1995 (להלן - הצו) ובהתאם לתקנות רישוי עסקים (הוראות כלליות), התשס"א-2000 (להלן - תקנות הרישוי). ביום 14.6.01 הגישה המערערת לעירייה בקשה לרישיון עסק ולחלופין בקשה להיתר זמני לעסק. כמתחייב מסעיף 6(א) לחוק הרישוי ומטופס 4 לתוספת השנייה לתקנות הרישוי, פנתה העירייה אל המשיבה 2, משטרת ישראל (להלן - המשטרה), לצורך קבלת עמדתה באשר לבקשת המערערת. משלא קיבלה תשובה בעניין הרישיון, פנתה המערערת ביום 20.12.01 לעירייה וטענה כי לאור האמור בתקנות 7(ג) ו-8(ב)(1) לתקנות הרישוי, יש לראות את המשטרה כמי שנתנה אישור זמני למתן היתר לעסק. ביום 31.12.01 קיבלה העירייה הודעה מאת המשטרה על פיה "קיים ספק לכאורה לכשירות העסק מן הפן הפלילי". ביום 11.1.02 הודיעה המשטרה לעירייה כי היא מתנגדת למתן רישיון עסק למועדון. המשטרה נימקה את התנגדותה בכך שהמערערת מפעילה במקום משחק בינגו, הנחשב לשיטתה כ"משחק אסור", בהתאם להגדרתו בסעיף 224 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין או החוק). ביום 15.1.02 הודיעה העירייה למערערת, כי בעקבות התנגדותה של המשטרה, אין ביכולתה לאשר את רישיון העסק.

משדחתה העירייה את בקשת הרישיון, עתרה המערערת לבית המשפט לעניינים מינהליים בחיפה בבקשה לחייב את העירייה ואת המשטרה ליתן לה רישיון עסק או היתר זמני להפעלת המועדון. יוער, כי הבקשה לרישיון עסק הוגשה לסיווגים של מסעדה (פריט 4.2 לצו), עסק של משקאות משכרים (פריט 4.8 לצו) וניהול משחקי חברה וקלפים (פריט 7.6 לצו). בקשתה של המערערת, ככל שהיא מתייחסת למסעדה ולעסק של משקאות משכרים, אושרה על ידי כל גורמי הרישוי כמתחייב על פי החוק. עתירתה של המערערת לבית המשפט לעניינים מינהליים וערעורה לבית משפט זה מתייחסים אך ורק לסירובן של העירייה ושל המשטרה להוצאת רישיון עסק או היתר זמני לניהול משחקי חברה וקלפים.

3. יצוין, כי על אף שלא ניתן רישיון ואף לאחר שנודע דבר התנגדותן של העירייה ושל המשטרה, המשיכה המערערת להפעיל את המועדון בלא רישיון עסק. ביום 20.12.01 התרחשה קטטה במועדון אשר במהלכה נדקרו שניים מעובדיה של המערערת. בעקבות אירוע זה, הוציאה המשטרה צו סגירה למועדון בהתאם לסעיף 23 לחוק הרישוי. בהסתמכה על הוראת סעיף 22 לחוק הרישוי, פנתה המערערת לבית המשפט לעניינים מקומיים בחיפה (ב"ש 6462/01) וביקשה כי הצו יבוטל. בישיבה מיום 5.3.02 הסכימה המשטרה לביטול צו הסגירה. בית המשפט (כב' השופטת י' וילנר) הורה על ביטול צו הסגירה שהוצא על ידי המשטרה, בקובעו כי עם שינוי נסיבות תהיה רשאית המשטרה לפעול בהתאם לסמכותה על פי חוק.

בין לבין, עוד בטרם נתן בית המשפט לעניינים מקומיים את החלטתו בעניין צו הסגירה, הגישה המשטרה ביום 17.1.02 לאותו בית משפט כתב אישום כנגד המערערת בגין עיסוק בעסק טעון רישיון ללא רישיון, לפי סעיפים 4 ו-14(א) לחוק הרישוי (ת.פ 1/02). ביום 17.6.02 התקיים דיון בו הוקרא כתב האישום, ובית המשפט (כב' השופטת י' וילנר) קבע, כי יש להמתין להחלטת בית משפט זה בערעור דנא וזאת בשים לב לכך שלא הוגשה בתיק בקשה לסגירת עסק. ביום 9.10.02 הגישה המשטרה לבית משפט השלום בחיפה כתב אישום פלילי בעניין מועדונה של המערערת (ת.פ 5625/02). בכתב האישום הואשמו בעלי המניות והמנהלים של המערערת בעבירה לפי סעיף 228 לחוק העונשין, בדבר "איסור החזקה או הנהלת מקום למשחקים אסורים". הליך זה ממשיך להתנהל.

החברות במועדון

4. בטרם ניכנס לעובי הקורה, ראוי כי נתאר את העובדות הרלוונטיות למערערת ולעיסוקה. במועדון אותו מפעילה המערערת מועסקים כ-40 עובדים והוא מתנהל על פי תקנון. סעיף 5 לתקנון קובע כי המועדון פועל לשם שעשוע ובידור חברי המועדון בלבד. היינו, רק חברי המועדון, הנושאים תעודת חבר, רשאים להיכנס אליו ולהשתתף בפעילויות שהוא מציע. קבלתם של חברים חדשים מוסדרת בסעיף 8 לתקנון, הקובע כי על מנת להימנות בין חברי המועדון נדרשים המועמדים למלא טופס בקשת הצטרפות. יצוין, כי רק מי שמלאו לו 18 שנים רשאי להיות חבר במועדון. בתום 24 שעות ממועד מילוי הטופס, מחליטה ועדת הקבלה של המועדון בדבר צירופו של המבקש כחבר מן המניין במועדון החברים. הקריטריון המשמעותי והמכריע בקבלת ההחלטה אם לצרף את המועמד כחבר במועדון הוא קבלת המלצה מחבר מועדון אחר. היה והחליטה ועדת הקבלה לקבל את המועמד, מונפקת לו תעודת חבר בתמורה לתשלום דמי חבר שנתיים

המתעדכנים מדי שנה. דמי החבר עמדו בשנת 2001 על סך 50 ש"ח. בית משפט קמא ציין בפסק דינו כי עד להגשת העתירה נרשמו למועדון והתקבלו אליו 3,500 חברים; 500 בקשות הצטרפות נידחו ו-5 חברים הוצאו מהמועדון. התקנון אינו כולל מגבלה על מספרם של החברים היכולים להצטרף למועדון.

משחק הבינגו המתנהל במועדון

5. כאמור, המשטרה והעירייה סירבו לבקשתה של המערערת להוצאת רישיון עסק למועדון בשל העובדה שהיא מפעילה בו משחק בינגו. נעמוד עתה על טיבו של משחק זה. כפי שציינו, רק חברי מועדון רשאים להיכנס למועדון. החברים יכולים להנות מפעילויות אחרות שמציע המועדון ואין הם מחויבים להשתתף דווקא במשחק הבינגו. החברים המעוניינים לקחת חלק במשחק רוכשים כרטיס בסכום של 10 ש"ח עבור השתתפות בסיבוב משחק אחד. באפשרותו של כל חבר לרכוש כמה כרטיסים שיחפוזן בכל סיבוב משחק. בדרך כלל מתקיימים במועדון במהלך ערב אחד כמה סיבובי משחק. עבור כל סיבוב משחק מונפקת סדרת כרטיסים המזוהה על ידי צירוף ספרות מסוים. בכל כרטיס 27 משבצות, המסודרות בשלוש שורות בנות תשע משבצות. בתוך הכרטיס נבחרות באקראי 15 משבצות שבהן מופיעים מספרים שונים, בין המספר 1 למספר 90. המשחק מתחיל כאשר הכרוז מקריא מספרים, כפי שהם נשלפים באופן אקראי מתוך שני מערבלים שקופים של כדורים שעליהם מספרים. את מספרי הכדורים ניתן לראות גם על מסכים דיגיטאליים המפוזרים במועדון. המשתתפים במשחק נדרשים לסמן בכרטיס המשחק הנמצא בידם את המספרים אותם הקריא הכרוז. חבר אשר הצליח לסמן חמישה מספרים הנמצאים באותה שורה בכרטיס המשחק והכריז על כך ראשון, זוכה בפרס עבור "שורה". פרס זה שווה ל-12 אחוזים מסך הפדיון ממכירת הכרטיסים של אותו סיבוב משחק. בממוצע מדובר בזכיות המסתכמות בעשרות שקלים, 80 עד 100 ש"ח. החבר הראשון אשר הצליח לסמן כרטיס שלם זוכה בפרס עבור "בינגו". שווי של פרס זה הוא 58 אחוזים מסך הפדיון ממכירת הכרטיסים של סיבוב המשחק הנדון. בממוצע מדובר בזכייה בסך של כ-500 ש"ח. אם נוצר מצב בו יש יותר מחבר אחד שזכה ב"שורה" או ב"בינגו", מתחלק הפרס באופן שווה בין כל הזוכים. שני אחוזים מסך הפדיון ממכירת הכרטיסים של כל סיבוב מופרשים לטובת קרן צבירה למשחק מיוחד, המתקיים כאשר הקרן מגיעה כדי 2,000 ש"ח. לחברים הזוכים במשחק זה מוענק פרס בעל ערך גבוה יותר, המחולק מידי מספר ימים ומכונה "הפרס הגדול". בממוצע מדובר בזכייה בגובה של כ-5,000 ש"ח. נוסף, כי בכל משחק בינגו יש זוכים. לא יכול להיווצר מצב שבו לא יזכה בפרס מי מבין החברים המשתתפים במשחק. בסך

הכול מחלק המועדון 72 אחוזים מסכום הפדיון לחבריו. יתרת הפדיון נותרת בידי המערערת.

הוראות החוק

6. סעיפי החוק המסדירים את נושא המשחקים האסורים נמצאים בסימן יב של פרק ה לחוק העונשין. סעיף 224 לחוק העונשין מגדיר משחק אסור כ"משחק שבו עשוי אדם לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה לפי תוצאות המשחק, והתוצאות תלויות בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת". עוד מורה לנו סעיף 224, כי מקום משחקים אסורים הוא "חצרים שרגילים לערוך בהם משחקים אסורים, בין שהם פתוחים לציבור ובין שהם פתוחים לבני אדם מסוימים בלבד, ואין נפקא מינה אם הם מוחזקים גם למטרה אחרת". סעיף 224 לחוק כולל, כמו כן, הגדרה של המונחים "הגרלה" ו"הימור". סעיף 225 לחוק העונשין אוסר לארגן או לערוך משחק אסור, סעיף 226 אוסר על השתתפות בו וסעיף 228 אוסר על החזקה או הנהלה של מקום משחקים אסורים. לאחרונה, הוחמרו העונשים בגין ביצוע העבירות הקבועות בסעיפים 225-228 לחוק העונשין (ראו ס"ח תשס"ג 1874, 58; הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 72) (החמרת הענישה בשל משחקים אסורים, הגרלות והימורים), התשס"ב-2002, ה"ח 3166, 869). המערערת תולה את עיקר טענותיה בסעיף 230 לחוק העונשין. סעיף זה קובע כהאי לישנא:

"הוראות סעיפים 225 עד 228 לא יחולו על משחק, הגרלה או הימור שנתמלאו בהם שלוש אלה:
(1) עריכתם מכוונת לחוג אנשים מסוים;
(2) אינם חורגים מגדר שעשוע או בידור;
(3) אינם נערכים במקום משחקים אסורים או במקום לעריכת הגרלות או הימורים".

אין מחלוקת כי שלושת התנאים הקבועים בסעיף 230 הם מצטברים (ראו למשל, בג"ץ 696/80 צדוק נ' מפקד משטרת מחוז הנגב ואח', פ"ד לה(2) 281 (להלן - עניין צדוק), 283).

פסק הדין

7. מסקנתה של הערכאה הדיונית הייתה כי החריג הקבוע בסעיף 230 הינו מצומצם. בית המשפט לעניינים מינהליים פסק, כי המועדון הוא מקום לעריכת משחקים שתוצאתם תלויה בגורל או במזל, כי מגבלת החברות במועדון אינה בעלת

משמעות או משקל וכי הפרסים הניתנים למשתתפים הינם יקרי ערך. משכך, קבע בית המשפט כי משחק הבינגו המתקיים במועדון אינו מקיים אף לא אחד מן התנאים הקבועים בסעיף 230. מאחר שמשחק הבינגו אינו חוסה תחת החריג הקבוע בסעיף 230, הרי שהוא מהווה עבירה פלילית ולכן אין ליתן למערערת רישיון עסק לניהול המועדון. בית משפט קמא הוסיף, כי אינו שולל קיומו של עסק לניהול משחקים אסורים, אלא שעל משחקים אלה להיערך בבית פרטי, בהשתתפות קבוצת אנשים מוגדרת ומצומצמת. על מנת להמחיש את דבריו, תיאר בית המשפט אירוע פרטי שבו נערך משחק בינגו. לדברי בית המשפט, אירוע כזה יכול להתקיים במסגרתו של עסק, כאשר בעל האירוע מזמין קבלן פרטי שבבעלותו מכונות הגרלות.

טענות הצדדים

8. המערערת אינה חולקת על כך שמשחק הבינגו הנערך במועדון הוא אכן "משחק אסור". אין ספק, כי במהלך המשחק עשויים חברי המועדון לזכות בכסף וכי תוצאות המשחק תלויות בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת. אולם, לגרסתה של המערערת אין משחק זה מהווה עבירה, שכן ממלא הוא אחר שלושת התנאים המצטברים הקבועים בסעיף 230 לחוק העונשין. לטענתה, משחק הבינגו שהיא מפעילה מקיים את התנאי הראשון הקבוע בסעיף 230(1) לחוק העונשין. אליבא דמערערת, טעה בית משפט קמא בקביעתו כי חברי המועדון אינם מהווים חוג אנשים מסוים. בקובעו זאת, התעלם הוא לגרסתה מסעיף 6.1 לתקנון המועדון הקובע כי "המועדון יהיה פתוח לחברי המועדון בלבד", ומסעיף 8 לתקנון המורה את הדרך לקבלת החברות במועדון. לטענת המערערת, יש בשני סעיפים אלה כדי ללמד על כך שעריכת משחקי הבינגו במועדון מכוונת לחוג אנשים מסוים. המערערת אף מדגישה, כי בעבר סורבו בקשות חברות במועדון ואף בוטלה חברותם של אנשים אשר התנהגו באופן בלתי הולם. המשטרה, לעומת זאת, תומכת בפסק דינו של בית משפט קמא שקבע כי אף לא אחד מן התנאים הנזכרים בסעיף 230 לחוק מתקיים לגבי משחקי הבינגו הנערכים במועדון. לדבריה, מכיוון שישנם אלפי חברים במועדון ובהתחשב בכך שבקשות החברות בו נבחנות תוך 24 שעות, לא ניתן לקבוע שחברי המועדון מהווים חוג אנשים מסוים. עוד מוסיפה המשטרה, כי תכליתו של הסייג הקבוע בסעיף 230(1) היא למנוע החלה של איסור פלילי על משחק אסור המתנהל בחוג פרטי בלבד. אין הוא מכוון לחול על מקום המהווה עסק לניהול משחקים אסורים, המעוניין למשוך אליו, ללא הבחנה, מספר גדול של לקוחות לשם השאת רווחים.

לעניין התקיימותו של התנאי הקבוע בסעיף 230(2) טוענת המערערת, כי משחק הבינגו הנערך במועדון אינו מהווה מטרה דומיננטית שלשמה מתכנסים חברי המועדון ולכן אינו חורג מגדר שעשוע או בידור. את מסקנתה זו תומכת המערערת בכך שסכומי ההשקעה והזכייה במשחקי הבינגו הנערכים במועדון הם סמליים, וכי במועדון מתקיימות גם פעילויות חברתיות אחרות, כגון שירותי הסעדה והופעות אמנים. להשקפתה של המשטרה, מאחר שמידי ערב מחולקים במועדון פרסים בשווי מאות שקלים, הרי שלא ניתן לקבוע כי מדובר בפרסים סמליים. עוד מוסיפה המשטרה, כי הפעילויות החברתיות האחרות הנערכות במועדון תופסות מקום שולי ביחס למשחק הבינגו העומד במרכז עניינם של חברי המועדון. משכך, לגרסתה חורג משחק הבינגו מגדר שעשוע או בידור ולכן אינו מקיים את הוראת סעיף 230(2) לחוק. בנוגע לדרישה הקבועה בסעיף 230(3) לחוק טוענת המערערת, כי המועדון בו נערך משחק הבינגו אינו מהווה מקום משחקים אסורים או מקום לעריכת הגרלות או הימורים. לדידה, הכוונה בדיבור "מקום משחקים אסורים" היא למקום בו נערכים, בנוסף למשחק האסור שאינו מהווה עבירה פלילית, משחקים אסורים אחרים אשר אינם עומדים בשני התנאים הראשונים הקבועים בסעיפים 230(1) ו-230(2). טענה נוספת של המערערת נוגעת לאי מתן תשובה במועד משהוגשה בקשתה לרישיון עסק. לגרסתה, לא השיבה המשטרה לפנייתה של העירייה בעניין מתן הרישיון למועדון במועד הקבוע בתקנה 7(א) לתקנות הרישוי. משכך, בהתאם לתקנה 7(ג) לתקנות יש לראות את המשטרה כמי שנתנה אישור להיתר זמני. לאור זאת, היה על העירייה ליתן היתר זמני כאמור בתקנה 8(ב)(1) לתקנות הרישוי.

טענתה האחרונה של המערערת שייכת למישור החוקתי. לדבריה, סירובה של העירייה ליתן לה רישיון עסק פוגע בזכותה לחופש עיסוק ואינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק. עוד מוסיפה המערערת, כי דין ההסדר החוקי הקבוע בסעיפים 224-230 לחוק להתבטל בהיותו סותר את חוק יסוד: חופש העיסוק. לגרסתן של המשיבות, פגיעתו של ההסדר החוקי בחופש העיסוק עומדת בפיסקת ההגבלה ולכן אין לפוסלו. הטענה החוקתית לא הוצגה בבית משפט קמא. הותר למערערת (על ידי כבוד הרשם) להוסיפה להשגותיה בערעור.

תכלית האיסור על משחקים אסורים

9. בטרם נבחן את טענותיה של המערערת, ראוי שנציין תחילה את התכלית החקיקתית העומדת ביסוד האיסור על משחקים אסורים. תכלית זו אוצלת על פרשנותם של שלושת התנאים הקבועים בסעיף 230 לחוק. ניתן לגלות בהוראות החוק בעניין

משחקים אסורים מספר מטרות. המטרה הראשונה הינה מטרה ערכית מובהקת. ההסדר מבוסס על ההכרה שאדם צריך להתפרנס מעבודתו, ממשלח ידו או מעיסוק לגיטימי אחר כלשהו ולא על דרך התעשרות קלה התלויה בגורל. מטרה נוספת מקורה בחשש שמא אדם הנוטל חלק במשחקים אסורים יתמכר ל"עיסוק" זה תחת שיעבוד לפרנסתו (בעניין התמכרות למשחקי הימורים, ראו התיאור בבג"ץ 379/72 גיגי נ' מפקד מרחב יפן, פ"ד כז(1) 544, 546-547 (להלן - עניין גיגי); בעניין אופיים הממכר של משחקי הימורים, ראו י' בזק "משחקי-קוביא בהלכה העברית ובמשפט המקומי" הפרקליט טז (תש"ך) 47 (להלן - בזק); לנתונים בנוגע להתמכרות להימורים, ראו נ' מי-עמי התמכרות להימורים (הכנסת - מרכז מחקר ומידע, 20.11.02)). הניסיון מלמד, ומטבע הדברים הוא, כי מספרם של המפסידים במשחקים אסורים עולה על אלה המרוויחים בהם. המתמכר עלול להביא את עצמו ואת משפחתו להפסדים רבים, למכירה של נכסים ובסופו של דבר עלול הוא להיות לנטל על משפחתו ועל החברה. למדינה יש אינטרס לגיטימי למנוע מצב בו החברה תהא חייבת לשאת בתוצאותיה של ההתמכרות (ראו *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.*, 478 U.S. 328 (1986) (להלן *Posadas* - בעמ' 341)). בהמשך נפרט ביתר הרחבה לגבי המטרות. בחלק מהן בולט, כמובן, האלמנט הפטרנליסטי (לגבי התכלית של האיסור, ראו למשל בג"ץ 131/65 סביצקי נ' שר האוצר, פ"ד יט(2) 369 (להלן - פרשת סביצקי), 376; רע"פ 9140/99 רומנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 349 (להלן - עניין רומנו), 360-359 (השופט א' פרוקצ'יה, בדעת מיעוט אך לא לעניין זה) ועמ' 370-371 (השופט י' זמיר); הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), תשכ"ג-1963, ה"ח 568, 321 (להלן - הצעת החוק), 322; ע"א 610/02 מפעל הפיס נ' לוטונט מועדון חברים בע"מ, פ"ד נז(5) 97 (להלן - עניין לוטונט), 110-108; ע"פ 6474/03 מלכה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 7). נציין, כי אף במשפט העברי מוצאים אנו התייחסות שלילית וביקורתית למשחקי הימורים (שם מדובר על "משחק בקוביא" ו"מפריחי יונים" (משנה, סנהדרין ג, ג; משנה, ראש השנה א, ח)). כך למשל קבעו חכמים, כי אלו שעיסוקם הבלעדי הוא משחק בקוביא והפרחת יונים פסולים לדון ולהעיד. לפסול זה ניתן טעם חברתי (ראו ש' ורהפטיג "חוזה, הגרלה והימור לפי ההלכה" סיני עא (תשל"ב) רכט; ש' ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי (תשל"ד) 220-221; בזק). לעניין הטעם החברתי, יפים דבריו של המאירי (רבנו מנחם בן ר' שלמה לבית מאיר), בספרו בית הבחירה על מסכת סנהדרין (מהדורה 2, תשכ"ה) 85:

"הטעם לפי שאינו עוסק ביישובו של עולם, ואינו יודע בטיב משא ומתן ובכוונת עדות. וכמו שרגילין לשקר באומנות שלהם ואינם מתגנים לבריות באותו שקריות הם סוברים שלא יתגנו בשקריות שאר הדברים. וכן אין

מכירים בטורח וצרות של בני אדם ואינם חסים על חבריהם להפסיד ממונם".

על פי ההסבר הראשון, כשם שרגילים המהמרים לשקר במהלך משחקי ההימורים ואינם מתביישים בכך, כך עלולים הם לשקר אף כשהם נותנים עדות בפני בית משפט. על פי ההסבר השני, גם ליבם של המהמרים בערך כספם שלהם. לכן, עלולים הם להיות גסי לב אף בערך כספם של אחרים ולא להכיר במשמעותו של קנס כספי הניתן בעקבות מתן עדותם.

מקום משחקים אסורים

10. על רקע התכלית של האיסור בחוק הפלילי על משחקים אסורים, נוכל לעבור ולבחון את ההוראות שבסעיף 230 לחוק. אותן הוראות מחריגות משחקים, הגרלות והימורים מתחולתו של האיסור ובלבד שנתמלאו שלושה תנאים. המערערת טוענת, כאמור, כי משחקי הבינגו הנערכים במועדון המופעל על ידי ידה באים תחת כנפיו של החריג. כפי שנראה בהמשך, קיים חוט מקשר בין שלושת התנאים. תחילה נתייחס לתנאי השלישי ולאחר מכן נבחן את התנאים האחרים, הראשון והשני.

התנאי השלישי מורה, כי ההוראות שבחוק לא יחולו אם המשחק (הגרלה או הימור) אינו נערך "במקום משחקים אסורים או במקום לעריכת הגרלות או הימורים". הדיבור "מקום משחקים אסורים" הוגדר בסעיף 224 (ההגדרה צוטטה בפסקה 6 לעיל). מדובר שם על חצרים שרגילים לערוך בהם משחקים אסורים, ואין זה משנה אם המקום פתוח לציבור או לבני אדם מסוימים בלבד. אף אין זה משנה אם החצרים מוחזקים למטרה נוספת כלשהי. בנוסף להגדרה של הביטוי האמור, כולל החוק מספר חזקות, כאמור בסעיף 233. נקבע שם, בין היתר, כדלקמן:

"לעניין סימן זה- ובלי למעט מכל דרך הוכחה אחרת-

....(1)

....(2)

(3) רואים חצרים כמקום שרגילים לערוך בהם משחקים אסורים-

(א) אם נערך בהם משחק אסור לפחות שתי פעמים תוך ששה חודשים שקדמו לביצוע העבירה בידי הנאשם, כל עוד לא הוכח ההיפך; ואין נפקא מינה, לגבי הנאשם בהחזקתם, אם החזיק בהם כל תקופה זו ואם מקצתה; (ב).... " (ההדגשות שלי – א' ג').

מהוראה זו למדים אנו, כי אם התנהל משחק אסור לפחות שתי פעמים תוך תקופה של חצי שנה באותו מקום, ייחשב הוא כחצרים שרגילים לערוך בהם משחקים אסורים. יודגש, כי ההוראה האמורה יוצרת חזקה הניתנת לסתירה. יחד עם זאת ברור, כי הכוונה בהוראה זו הייתה לטפל במקומות בהם נערכים משחקים אסורים באופן סדיר ולאורך זמן. ואם ישאל השואל מה נאמר לגבי בית פרטי אחד בו נפגשים ידידים מעת לעת לשם השתתפות במשחק אסור, דוגמת בינגו, התשובה תהא כי מאחר שעסקינן בחזקה שאינה חלוטה, ניתן להוכיח שאין מדובר בחצרים שרגילים לערוך בהם משחקים אסורים. הבאנו את הדוגמה של מפגש ידידים בבית פרטי משום שדוגמה זו תקשר אותנו בהמשך לשני התנאים הנוספים שבסעיף 230 לחוק העונשין.

המערערת טוענת כי היא מקיימת את הדרישה השלישית שבסעיף 230 לחוק, שכן במועדון נערך אך ורק משחק אסור מסוג אחד, היינו בינגו, ולא שום משחק אסור אחר. על פי השקפתה, החריג אינו מתקיים רק כאשר בחצרים נערכים משחקים אחרים שאינם מקיימים את שתי הדרישות הנוספות שבסעיף. אכן, בסעיף 230(3) מדובר על משחקים בלשון רבים אך אין סיבה נראית לעין מדוע אם מתקיים משחק מסוג אחד לא יחול האיסור. התכלית שמאחורי ההסדר שבחוק הפלילי קיימת בין אם מדובר במשחק אסור מסוג אחד או במשחקים אסורים מסוגים שונים. עתה, נעבור לתנאי הראשון שבסעיף 230 לחוק.

חוג אנשים מסוים

11. התנאי הראשון הקבוע בסעיף 230(1) לחוק העונשין מורה, כי על המשחק להיות ערוך ומכוון ל"חוג אנשים מסוים". בענייננו, מדובר כזכור על מועדון שכל אדם רשאי להגיש בקשה להיות חבר בו. הבקשה נבחנת תוך 24 שעות ממועד מילוי הטופס. בעת שהעניין נדון בבית המשפט לעניינים מינהליים היו במועדון 3,500 חברים. 500 בקשות סורבו ואילו 5 חברים הורחקו מן המועדון. על מנת להתקבל יש צורך בהמלצה של אדם שהפך כבר לחבר במועדון. הנקודה הבולטת בסדרי הקבלה היא שאין דרישה מוקדמת ממשית כלשהי ואין מכנה משותף כלשהו בין אלה המצטרפים למועדון, פרט כמובן לעצם החברות בו. ההוראות שבסימן יב לפרק ה לחוק מקורן בחוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), תשכ"ד-1964. בהצעת החוק שהביאה לחקיקתו של חוק זה נאמר, בין השאר, כי האיסור אינו מיועד לחול לגבי "משחק חד-פעמי במקום פרטי בין ידידים" (הצעת החוק, בעמ' 323 (ההדגשה שלי-א' ג'); כמו-כן ראו י' קדמי על הדין בפלילים (כרך ג, 1995) 1389). זאת ועוד, השימוש במילה "חוג"

ובמילה "מסוים" בגדרו של הדיבור "חוג אנשים מסוים" מצביע על כוונה לצמצם את מסגרת האנשים אליהם מתייחס החריג.

עובדות המקרה הנוכחי אינן שונות באופן מהותי מאלו שבעניין צדוק. גם שם מדובר היה בעסק של מועדון בינגו. במקום נערכו הופעות מעת לעת והוגש כיבוד קל. על מנת ליטול חלק במשחק הבינגו הייתה חובה להתקבל כחבר. כל אחד שילם דמי חבר שנתיים. ההצטרפות למועדון הייתה נעשית בו במעמד, בעת שהמעוניין הגיע למקום. בעניין צדוק נפסק, כי אכן מדובר היה במשחק אסור וכי לא נתקיימו התנאים שבסעיף 230 לחוק. ההבדל היחיד הראוי לציון בין אותו מקרה לבין זה שבפנינו הוא בכך, שההצטרפות למועדון של המערערת מותנית בהגשת בקשת הצטרפות 24 שעות מראש. בכך אין די כדי לקיים את הדרישה בעניין חוג אנשים מסוים. יש לציין בהקשר הזה, כי החוק האנגלי, אשר מתיר משחקי הימורים במסגרת עסקים פרטיים, מחייב כי המשתתפים במשחקים יהיו חברי מועדון שביקשו להצטרף לשורותיו לא פחות מ-48 שעות לפני תחילתו של המשחק (ראו סעיף 12(3)(a) לחוק ההימורים האנגלי (Gaming Act 1968)).

דוגמה יפה למקרה בו מתקיימת דרישה של חוג אנשים מסוים נמצא בעניין שנדון בבתי המשפט של מדינת קולורדו. החוק של אותה מדינה מתיר משחקי הימורים שהם טפלים לקשר חברתי תם לב בין המשתתפים (incidental to a bona fide social relationship; ראו 8B C.R.S (1986) (18-10-102(2)(d)). בית המשפט העליון של מדינת קולורדו קבע, כי קבוצה של חובבי אופרה הנפגשת למשחקי בינגו לשם גיוס כספים לבית האופרה מקיימת את הדרישה שבחוק דשם (ראו *Charnes v. Central City Opera* (House Asso., 773 P.2d 546, 552 (Colo. 1989)). במקרה אחר קבע בית המשפט העליון של קולורדו, כי משחקי הימורים המתנהלים במועדון אשר חבריו זרים זה לזה, ורובם הצטרפו למועדון בעקבות פרסומות בעיתון, אינם חוקיים (ראו *People v. Wheatridge* (Poker Club, 569 P.2d 324 (Colo. 1977)).

12. התנאי בעניין חוג אנשים מסוים נובע, בין היתר, מאחת המטרות של ההסדר החוקי בו עסקינן, קרי מניעת התמכרות. כאשר מדובר בקבוצת אנשים שיש לה מכנה משותף מעבר לעניין במשחק או בהימור, קטן החשש מהתמכרות. כך למשל, אם קבוצת אנשים שעובדת במקום עבודה אחד נוטלת חלק מעת לעת במשחקי בינגו, ברור שההשתתפות במשחק אינה העיקר. הוא הדין לגבי אנשים שיש להם תחביב משותף, למשל חובבי האופרה באותו מקרה שנדון במדינת קולורדו. לעומת זאת, בענייננו ההצטרפות למועדון מבוססת על הרצון ליטול חלק במשחק הבינגו. זאת ועוד,

במועדון יש 3,500 חברים. אף אם תעלה הטענה, כי מספר כאמור בא בגדר חוג אנשים מסוים, הרי לא קיימת מניעה שמספר החברים יילך ויגדל בלא הגבלה ממשית. אדרבא, מאחר שמדובר בעסק שמטרתו מטבע הדברים השאת רווחים, קיים תמריץ להגדיל הן את הסכום שיש לשלמו בגין כל כרטיס והן את מספר החברים (ראו ע"א 813/88 אסטבליסמנט נהל בע"מ נ' בצרי, פ"ד מה(4) 1, 5 (מול האות ה)). ברור, כי עצם העובדה שמדובר במסגרת ארגונית המכונה "מועדון" אין די בה על מנת שנאמר כי החברים נכנסים תחת כנפי הדיבור "חוג אנשים מסוים" (שם, בין האותיות ד-ה; ראו גם את דבריו של השופט מ' זילברג בע"פ 226/61 הרשקוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(1) 701, 702 (בין האותיות ו-ז) בנוגע למועדון בעל מטרות דומות לזה שבפנינו). לפיכך, לא מתקיימת הדרישה שבסעיף 230(1) לגבי "חוג אנשים מסוים". עתה נדון בתנאי הנוסף, זה המופיע בסעיף 230(2), ואשר דורש שהמשחק בו מדובר לא יחרוג מגדר שעשוע או בידור.

משחק שאינו חורג מגדר שעשוע או בידור

13. כפי שתיארנו, חבר במועדון המעוניין ליטול חלק במשחק הבינגו צריך לרכוש כרטיס בסכום של 10 ש"ח. כרטיס אחד מאפשר לרוכש ליטול חלק בסיבוב משחק אחד. אין מניעה לרוכש מספר כרטיסים. בדרך זו מגדיל, כמובן, המשתתף את סיכויי הזכייה. המנצח הראשון בסיבוב, זה שסימן על הכרטיס 5 מספרים באותה שורה והכריז ראשון על עובדה זו, זוכה בפרס ששיעורו 12 אחוזים מן הסך הכולל של הפדיון ממכירת הכרטיסים באותו סיבוב. סכום הזכייה לגבי שורה נע בין 80 ל-100 ש"ח. לאחר זכייה כאמור נמשך המשחק, כאשר המטרה הסופית היא להגיע ל"בינגו", היינו, סימון של 15 המספרים המופיעים בכרטיס. הזוכה הנוסף, היינו זה שסימן ראשון את כל המספרים בכרטיס, יקבל פרס ששיעורו 58 אחוזים מן הפדיון הכולל בגין אותו סיבוב. הזכייה הממוצעת לגבי כרטיס שלם הינה כ-500 ש"ח. עוד נזכיר, כי מתוך הפדיון של כל סיבוב מופרשים 2 אחוזים לטובת משחק מיוחד אשר נערך כאשר הקרן מגיעה ל-2000 ש"ח. הפרס לגבי המשחק המיוחד מגיע לכ-5000 ש"ח. המערערת מקבלת את היתרה בשיעור 28 אחוזים מכלל הפדיון.

בפסיקה נקבע, כי משחק אסור שאינו חורג מגדר שעשוע או בידור הוא משחק שבו המטרה הדומיננטית היא שעשוע ובידור וטובת ההנאה הכספית לה מצפה השחקן היא שולית (ע"פ 328/72 עבאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 94, 97-98; עניין צדוק, בעמ' 283). נכונים אנו להניח שאם מגבילים את הבדיקה לסכומי ההשתתפות ולסכומי הפרסים במשחק בודד, הרי מדובר בשעשוע או בבידור. עם זאת, ראוי לזכור

שהמשתתף במשחק יכול לרכוש עבור אותו סיבוב מספר כרטיסים. אף בהינתן עובדה זו, מוכנים אנו להניח שעדיין מדובר בשעשוע או בבידור. אם כך, מה נאמר לגבי אדם המשתתף במספר סיבובי משחק באותו יום ומגיע למקום על מנת לשחק מדי ערב? לגבי אדם כזה דומה שאין לומר כי מטרתו היא שעשוע או בידור. השתתפות במשחק בתדירות גבוהה מאוד מצביעה על אחד החששות שמאחורי האיסור, כלומר - התמכרות. יש אף לזכור, כי כאשר מדובר בקבוצת אנשים שיש לה עניין משותף מעבר למשחק הבינגו, ברי שהמטרה הדומיננטית של המשחק אינה הזכייה בכסף או בשווה כסף, אלא חיזוק הקשר החברתי או מטרה אחרת דוגמת גיוס כספים לצורך ראוי. לכן מקרה מעין זה יכול שיבוא בגדר שעשוע או בידור. מכל מקום, אף אם מגיעים למסקנה שהמשחקים אותם עורכת המערערת מהווים שעשוע או בידור בלבד, אין בכך כדי להכשיר את מעשיה שכן התנאים האחרים שבסעיף 230 אינם מתמלאים.

עסק של משחקים

14. סעיפים 225 עד 228 לחוק כוללים איסורים שונים באשר למשחקים אסורים. כך, סעיף 225 קובע איסור לארגן או לערוך משחק אסור (הגרלה או הימור) ואילו סעיף 226 אוסר על השתתפות במשחק אסור. סעיף 227 מטיל איסור על מכירה והפצה של כרטיסים לשם השתתפות בהגרלה או בהימור, בעוד סעיף 228 אוסר על החזקה או ניהול של מקום למשחקים אסורים או של מקום לעריכת הגרלות או הימורים. נשאלת השאלה האם ניתן לקיים עסק של משחקים אסורים תוך מילוי התנאים שבסעיף 230. דומה, מבלי שנכריע בדבר, כי קשה להעלות על הדעת קיומו של עסק שמכוון לקבוצה מוגדרת של אנשים, תוך שהמשחק אינו חורג מגדר שעשוע או בידור והכל כאשר המקום בו נערכים המשחקים הוא חצרים שאין זה מן הרגיל לערוך בהם משחקים אסורים. נחזור ונזכיר את החזקה שבסעיף 233(3)(א) לחוק, לפיה חצרים בהם נערוך משחק אסור לפחות פעמיים תוך שישה חודשים רואים אותם כמקום שרגילים לערוך בו משחקים אסורים. בהקשר זה נציין, כי כאשר עלתה השאלה באלו מקרים תתקיימנה הדרישות שבסעיף 230 דובר על כך שהמקום בו נערך המשחק הוא מקום פרטי והמשתתפים במשחק הם ידידים (ראו הצעת החוק, בעמ' 323; פרשת סביצקי, בעמ' 376; ראו גם את דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה בעניין דומנו, בעמ' 361) (דעתה הייתה דעת מיעוט אך לא בסוגיה הנדונה)).

15. כפי שציינו (בפיסקה 8 לעיל), המערערת סבורה כי הייתה זכאית לקבל היתר זמני עבור המועדון מן הטעם שהמשטרה לא הודיעה במועד לעירייה על עמדתה בכל הנוגע לבקשה לרישיון עסק. התשובה לטענה זו מצויה בהגדרה של המונח "היתר זמני" בתקנה 1 לתקנות הרישוי. היתר זמני מוגדר שם כ"היתר לעסוק בעסק טעון רישוי, לתקופה שלא תעלה על שנה אחת, שיינתן לפני מתן רישיון". מכאן, שאף אם נצא מן ההנחה כי המערערת ראויה הייתה לקבל היתר זמני בשל מחדלה של המשטרה, הרי תוקפו של אותו היתר זמני לא יכול היה לעלות על שנה אחת. התקופה של שנה אחת תמה זה מכבר. העירייה פנתה למשטרה לשם קבלת עמדתה בחודש יוני 2001. על כן, התקופה של שנה אחת חלפה באמצע שנת 2002. מערעורה של המערערת לבית משפט זה עולה בברור, כי אין היא מסתפקת בהיתר זמני שתוקפו לשנה אחת. לפיכך, אפילו יש ממש בטענה, אין בה כדי להועיל למערערת בהליך הנוכחי. אין אנו רואים צורך להתייחס לשאלה האם לטענה האמורה יש מקום במסגרת ההליכים הפליליים המתנהלים נגד המערערת ומה נפקותה.

פגיעה בזכות לחופש העיסוק

16. בנוסף לטענות שבהן דנו לעיל, מעלה המערערת טענה נוספת. להשקפתה, סירובה של העירייה ליתן לה רישיון עסק פוגע בזכותה לחופש העיסוק ואינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק. לדידה, על בית המשפט לפרש את סעיף 230 לחוק העונשין באופן המקיים את זכותה לחופש העיסוק. לחלופין טוענת המערערת, טענה שלא נטענה בפני בית משפט קמא והוספה בשלב הערעור, כי דין ההסדר החוקי הקבוע בסעיפים 224-230 לחוק העונשין להתבטל בהיותו סותר את חוק יסוד: חופש העיסוק. ההסדר האמור אינו חוסה עוד תחת ההוראה בדבר שמירת הדינים, שכן תוקפה פקע. עמדת העירייה והמשטרה היא, כי אף אם פוגע ההסדר החוקי בחופש העיסוק של המערערת, הרי שעומד הוא בהוראות פיסקת ההגבלה הקבועות בסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק. יוער, כי טענת החוקתית של המערערת בדבר פסילתו של ההסדר החוקי הקבוע בחוק העונשין מכוונת כלפי כל סוגי ההימורים. היינו, המערערת אינה מצמצמת את טענתה כלפי אי החוקתיות של האיסור הפלילי למשחקי בינגו בלבד (נעיר בהערת אגב, כי יש הטוענים שההבדלים בין סוגי ההימורים השונים לא נחקרו במידה מספקת - ראו W.J Miller, and M.D. Schwartz "Gambling: Socioeconomic Impacts and Public Policy: Casino Gambling and Street

Crime" 556 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*
 124, 134 (1998) (הכרך ייקרא להלן - *Annals*)).

פעילות בלתי חוקית בגדר עיסוק

17. חופש העיסוק הוא זכות מסוג חירות, היינו אי הגבלה של אפשרות האזרח או התושב להתפרנס מכל מקצוע שיבחר לו (בג"ץ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מז(5) 610 (להלן - פרשת איגלו), 614; ע"א 5523/95 המנהל הפנימי של משרד הפנים נ' אברהם מרמורשטיין, פ"ד נ(5) 652, 655). הזכות לחופש העיסוק קיימת גם לגבי תאגידים (ראו, בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 471-472 (השופט ד' לוינ, בדעת מיעוט אך לא לעניין זה); בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 49, 98; א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך ב, מהדורה 5, בהשתתפות ב' מדינה, תשנ"ז) (להלן - רובינשטיין) 1142; א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד) (להלן - פרשנות חוקתית) 600-601; "אליאסוף" חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 173, 178). בהיעדר הגדרה למונח "עיסוק" בחוק יסוד: חופש העיסוק, התפיסה המקובלת במשפט הישראלי בפרשנותו של חוק היסוד הינה כי "עיסוק" הוא פעילות מתמשכת. די בכך שאין מדובר בפעילות ארעית או חד-פעמית ולא נדרשת המשכיות לתקופת חיים או תדירות גבוהה. אף אין הכרח שפעילות זו תהא הבסיס היחיד או העיקרי לפרנסתו של אדם (ראו פרשנות חוקתית, בעמ' 595-597; רובינשטיין, בעמ' 1139-1140; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235 (להלן - פרשת מנחם), 259). יצוין, כי כאשר בוחן בית המשפט האם הוראת חוק האוסרת על עיסוק מסוים הינה חוקתית, אין הוא מייחס חשיבות לעובדה שעיסוק זה הוגדר באותה הוראה כעבירה פלילית. מאחר שהזכות לחופש העיסוק מעוגנת כיום בחוק יסוד: חופש העיסוק, חוקיותו של עיסוק מסוים אינה מהווה אמת מידה בבחינתו החוקתית של החופש לעסוק באותו עיסוק עצמו. חוקיותו של איסור פלילי זה תיקבע על פי התאמתו לתנאים הקבועים בפיסקת ההגבלה (ראו פרשנות חוקתית, בעמ' 596; דבריו של השופט ח' אריאל ברע"א 2910/98 אריה חברה לקלפים נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 411, 424 כנגד דעתו החולקת של השופט י' טירקל בעמ' 428; רובינשטיין, בעמ' 1138). לא למותר לציין, ש"עיסוק" אשר אינו טומן בחובו ערכים חיוביים כלשהם וכל מהותו היא גרימת נזק לחברה, אינו יכול לבוא בגדר הגנתו של חופש העיסוק (ראו פרשנות חוקתית, שם). משעמדנו על הגדרתו של הביטוי "עיסוק", נקודת המוצא המתבקשת היא שפעילות של ניהול

משחקים אסורים אכן מהווה עיסוק, וכי הוראות חוק העונשין פוגעות בחופש העיסוק של המבקשים לנהל עסק של משחקים אסורים.

פיסקת ההגבלה

18. ככל זכות, אף הזכות לחופש העיסוק אינה זכות מוחלטת, אלא יחסית. הפגיעה בה הינה בלתי נמנעת במקרים מסוימים. מידת ההגנה על חופש העיסוק היא פועל יוצא של היחס בינו לבין ערכים אחרים אשר על החברה להגן עליהם (פרשת איגלו, בעמ' 615; בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 682; ע"א 2617/00 מחצבות כנרת (שותפות מוגבלת) נ' משרד התשתיות, פ"ד נו(2) 63, 76). חוקתיות הפגיעה בזכות זו תיקבע בהתאם לקריטריונים שבחוק יסוד: חופש העיסוק. כפי שנאמר בסעיף 10 לחוק יסוד: חופש העיסוק, מיום 14.3.02 אין עוד תוקף לשמירתו של הדין שקדם לחקיקתו של חוק היסוד. משכך, על כל החוקים הפוגעים בחופש העיסוק, הן אלה שקדמו לחקיקתו של חוק היסוד והן אלה שנחקקו אחריו, לעמוד במבחניה של פיסקת ההגבלה (ראו פיסקה 4 לדבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יו"ר הכנסת (טרם פורסם); לגבי ההארכות השונות ביחס לתוקפה של פיסקת שימור הדינים, ראו בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117, 122). בית המשפט לא יפסול חוק הפוגע בחופש העיסוק אם עומד הוא בפיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 4 לחוק היסוד. בהתאם להוראות הקבועות בפיסקה זו, על החוק להלום את ערכיה של מדינת ישראל, להיות נועד לתכלית ראויה ולפגוע בחופש העיסוק במידה שאינה עולה על הנדרש (ראו למשל, בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן - פרשת המזרחי) 437-433; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (להלן - עניין מנהלי השקעות), 384; בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (להלן - פרשת ערוץ 7), 663-671; בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451 (להלן - עניין רשת), 465-466).

תכלית ראויה

19. על מנת לבחון מהי תכליתו של דבר החקיקה המותקף, עלינו להתמקד בחוק עצמו בלא שנזדקק לבחינה של הנתונים העובדתיים הקונקרטיים. במילים אחרות, בשלב זה של הבדיקה מתעלמים אנו מעניינה הספציפי של המערערת במשחקי בינגו. נתחיל מתכליתו של האיסור הפלילי על הימורים. בהקשר זה, כוונתנו אינה רק ל"הימור" כהגדרתו בסעיף 224 לחוק, אלא אף להגרלות ולמשחקי מזל לסוגיהם.

עמדנו על עיקרה של תכלית זו - צמצום התוצאות השליליות של הימורים והגרלות, היינו התמכרות, נזק כלכלי חמור, פשע, הרס התא המשפחתי ובעקבות זאת הטלת נטל מוגבר על החברה (ראו פסקה 9 לעיל). המערערת אינה חולקת על חשיבותה של תכלית זו, אלא שלגרסתה לצד תכלית זו ניצבת תכלית חקיקתית נוספת והיא - יצירת מונופול של המדינה בשוק ההימורים. המערערת מצביעה על כך, כי בצד האיסור הפלילי על משחקים אסורים, קיימים מספר הסדרים חוקיים המתירים משחקי הימורים בחסות המדינה. היתרים אלה מעוגנים בחוק להסדר ההימורים בספורט, תשכ"ז-1967 (להלן - חוק ההימורים בספורט) ובסעיפים 231(א)(1) ו-231(א)(2) לחוק העונשין. מפעל הפיס פועל לפי היתר כאמור. לטענת המערערת, הוראות חוק אלו יוצרות מצב בו ההימורים המסחריים היחידים המותרים במדינת ישראל נערכים בחסות ממשלתית. היינו, למדינה יש מונופול על שוק ההימורים המסחריים. עוד מוסיפה המערערת, כי אותם היתרים להימורים בחסות ממשלתית אינם עולים בקנה אחד עם תכליתו של האיסור הפלילי על הימורים פרטיים (כקבוע בסעיפים 224-230 לחוק העונשין), המכוונת למנוע התמכרות להימורים ואפשרות של התעשרות מהירה התלויה בגורל.

נראה, כי אין זה מדויק לומר שההסדר בחוק ההימורים בספורט וההיתרים שניתן לתיתם על פי חוק העונשין הינם בעלי תכלית ליצור מונופול של המדינה בתחום ההימורים. המונופול האמור הינו אך תוצאה של ההוראות הנזכרות. דומה, כי תיאור נכון של הטענה לה מכוונת המערערת הוא זה: משהמדינה נותנת חסות להימורים ולהגרלות, על דרך מתן רשות לגופים ציבוריים שונים לעסוק בכך, קיימת סכנה של התמכרות באופן שאינו שונה מעריכת הימורים על ידי גופים פרטיים. לשון אחר, התכלית הנטענת של האיסור על משחקי מזל אינה מתקיימת, בלא קשר לשאלה מי מפעיל את ההימורים והמשחקים. מכאן, על פי אותו קו טיעון, אם התכלית אינה נשמרת, ממילא אין האיסור הפלילי עומד במבחן החוקתי. בצורה אחרת ניתן לשאול, כיצד ניתן לדבר על תכלית ראויה כאשר פעולות שונות של המדינה חותרות תחת תכלית זו? בהקשר זה נציין את שנאמר בעניין לוטונט כי "... המונופול של מפעל הפיס בתחום ההגרלות הציבוריות אינו מפחית את החשש מפני התמכרות להגרלות אלה" (שם, בעמ' 110).

אין ספק, כי הימורים הנערכים בחסות המדינה מעודדים גם הם התעשרות מהירה התלויה במזל, וכי אף הם טומנים בחובם סכנת התמכרות. מבחינה זו, אין שונים הם מהימורים המתנהלים על ידי גופים פרטיים למטרת רווח. אולם, יש ליתן את הדעת לכך כי בצד הסכנות שהזכרנו, משמשים הימורים אלה מכשיר לגיוס כספים למטרות ציבוריות. כלומר, בניגוד לעסק פרטי של הימורים, שמכוון מטבע הדברים

להשאת רווחים, הרווחים הנצברים במערכת הימורים ציבורית משמשים לטובת הכלל. בנוסף, להימורים מסוג זה לא נלוות, דרך כלל, תופעות שליליות של השתלטות פשע מאורגן, אלימות והלבנת כספים, אשר מאפיינות משחקי הימורים הנערכים במועדונים פרטיים (לגבי הקשר בין מועדוני הימורים לתופעות אלו ראו *Vally Broadcasting Company v. United States of America*, 107 F.3d 1328 (1997), 1332; J.W.Kindt "Would Re-Criminalizing U.S Gambling Pump-Prime the Economy and Could U.S Gambling Facilities Be Transformed into Educational and High-Tech Facilities?: Will the Legal Discovery of Gambling Companies' Secrets Confirm Research Issues?" 8 *Stan. J.L Bus. & Fin.*(2003) 169, 174-176). יתרה מכך, כאשר ההימורים נערכים בחסות המדינה יש ביכולתה לפקח על התנהלותם ועל חלוקת הכספים, בעוד שקשה, ואולי אף בלתי אפשרי, להבטיח זאת במצב בו שוק ההימורים נמצא בידיים פרטיות. כך למשל, מורה סעיף 8 לחוק ההימורים בספורט כי לא פחות מ-42 אחוזים של התקבולים מעריכתם של ההימורים ישולמו לזוכים. יש אף לזכור, כי מספרם של הגופים המורשים לערוך משחקי הימורים בחסותה של המדינה מוגבל ביותר. לעומת זאת, אם יתאפשר לגופים פרטיים כמו המערכת לפעול, ניתן להניח כי יהיה מדובר במספר גדול מאוד של גופים. ברור, שבמקרה כזה, ולגבי מספר רב של גופים, תצטמצם היכולת להפעיל פיקוח אפקטיבי. נמצא לנו, אם כן, כי עצם קיומם של הימורים בחסותה של המדינה, דוגמת אלה הנערכים על ידי מפעל הפיס, מעוררים אכן שאלה באשר לצידוק של האיסור הפלילי על עריכת הימורים בידי גופים פרטיים. ברם, הצבענו על כך שקיים בסיס להבחנה לגיטימית בין הימורים בחסות ציבורית, לבין אלה הנערכים על ידי גופים פרטיים, בפרט שאלה הראשונים מוגבלים ביותר מבחינת מספר הגופים הפועלים.

דוגמא טובה להבחנה חוקית לגיטימית בין סוגי הימורים שונים אשר הובילה להשגת אינטרס מדינתי מסוים, ניתן לראות בפרשת *Posadas*. שם הועלתה טענה חוקתית לעניין פגיעה בחופש הביטוי. הנושא היה חוק בפורטו ריקו אשר אסר על פרסום של בתי קזינו בתחומי האי, במטרה להגן על תושביו. החוק התיר פרסומות מסחריות למשחקי הימורים אחרים, כגון מרוצי סוסים, קרבות תרנגולים והגרלות. המערער טען כי החוק אינו חוקתי ולכן דינו להיפסל, בהיותו פוגע בחופש הביטוי המסחרי. בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע, כי ההבחנות שנעשו בחוק בין תושבים לתיירים ובין סוגי המשחקים השונים הן לגיטימיות. הטעמים הם שקיים אינטרס לגיטימי למדינה להגן על תושביה וכן שהסיכונים והנזקים החברתיים הכרוכים במשחקי קזינו גדולים יותר מאלה הנלווים למשחקי הימורים אחרים (שם, בעמ' 341-343).

20. אין מחלוקת, כי הוראות חוק העונשין פוגעות בחופש העיסוק של המבקשים לעסוק בארגון של משחקים אסורים ובניהולם. ניתן אף לומר, כי מאחר שהחריג הקבוע בסעיף 230 לחוק הינו מצומצם, הרי שמדובר בפגיעה מהותית בחופש העיסוק של אלו המבקשים לנהל עסק למשחקים אסורים. המשפט הגרמני מבחין בין הוראות חוק המגבילות כניסה לעיסוק מסוים, לבין הוראות חוק המטילות מגבלות על הפעילות במקצוע של מי שנכנס לאותו עיסוק (D.P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany* (Durham, London, 2nd ed., 1997) 274-279 (להלן - Kommers)). אף אם נראה בהוראות אלו כמגבילות את חופש הכניסה לעיסוק זה, להבדיל מהוראות המטילות הגבלות על עיסוק במקצוע בלבד, ניתן להצדיקן לאור הצורך החברתי החשוב שלשמו הן חוקקו (ההבחנה בין שני סוגי ההגבלות נזכרה בפסיקתנו: בג"ץ 4330/93 גאנץ' נ' ועד עורכי הדין של לשכת מחוז תל-אביב, פ"ד נ(4) 221, 233; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 125 והאיזכורים המופיעים שם; פרשת מנחם, בעמ' 260; וכן ראו, פרשנות חוקתית, בעמ' 617; רובינשטיין, בעמ' 1144-1145). כך למשל, בפסק הדין בפרשת Pharmacy קבע בית המשפט החוקתי הגרמני כי הגבלה על כניסה למקצוע מסוים היא חוקתית ומוצדקת, כל עוד מדובר בצורך חברתי חשוב ומשמעותי (7BVerfGB 377; תרגום חלקי לאנגלית של פסק הדין מופיע ב. S. Michalowski & L. Woods *German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties* (Britain, 1999) (להלן - Woods) 303-307)). להשקפתנו, הואיל והתכלית החקיקתית העומדת מאחורי האיסור הפלילי על משחקים אסורים (כפי שהוסברה בפסקאות 9 ו-18 לעיל) אכן מגלמת מטרות חברתיות חשובות ביותר, הרי שהיא ראויה ומוצדקת.

מידתיות הפגיעה

21. הנה כי כן מצאנו, כי על אף שסעיפי החוק האוסרים על הימורים אינם חלים על הימורים הנערכים בחסות ממשלתית, הרי שהתכלית העומדת בבסיסם הגיונית וראויה. משעמדנו על תכליתו של האיסור הפלילי, עלינו לוודא כי אינו פוגע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש. עניינו של מבחן המידתיות הינו באמצעים להשגת התכלית החקיקתית, אשר נמצאה ראויה. במסגרת מבחן זה, ובשונה מבדיקתה של התכלית הראויה, יהיה צורך להתייחס לנתונים הספציפיים, קרי למשחק בינגו. כידוע, מתחלק מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה הרציונאלית בין האמצעי למטרה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן התועלת אל מול הנזק. בכדי להכשיר פגיעה בזכות חוקתית מוגנת, שומה על החוק לעמוד, במצטבר, בשלושה

מבחינים אלה (ראו למשל, פרשת המזרחי, בעמ' 436-437; עניין מנהלי השקעות, בעמ' 385; פרשת ערוך 7, בעמ' 667-671; עניין רשת, בעמ' 466).

התאמה בין המטרה לאמצעי

22. נתחיל ממבחן ההתאמה הרציונאלית. הוראת חוק הפוגעת בזכות חוקתית היא מידתית אם היא מתאימה להשגת מטרתו של החוק. היינו, נדרש קשר רציונאלי של התאמה בין המטרה לאמצעי החקיקתי. בענייננו, ניתן בהחלט להצביע על קשר ברור בין תכליתו של החוק לבין האמצעים שנקבעו בו. כפי שהוסבר לעיל, המטרה העיקרית העומדת ביסודו של החוק היא למנוע את החוליים השונים הנלווים להימורים. תכלית זו מוגשמת באמצעות ההוראות שבסעיפים 224-230 לחוק העונשין. כפי שצינו, במסגרת סעיפים אלה קשה לקבל קיומו של עסק פרטי לניהול משחקים אסורים. יחד עם זאת, על פי החריג הקבוע בסעיף 230 לחוק, אין מניעה כי קבוצת אנשים מוגדרת ומסוימת תשתתף במשחקים מסוג כזה, כל עוד המשחקים נערכים לשם שעשוע ובידור ולא במסגרת עסק אשר רווחיו מתקבלים ממשחקים אסורים. אכן, בכל הנוגע להימורים הנערכים בחסות המדינה, דוגמת מפעל הפיס, יכולה להתעורר שאלה בעניין התאמת האמצעי למטרה. כפי שראינו, ההסבר הוא שההכנסות מהימורים או מהגרלות אלו משמשות למטרות ציבוריות. זאת ועוד, בשל מספרם המוגבל ניתן לפקח עליהם באופן הדוק. מכאן מתבקשת המסקנה, כי האמצעים שנקבעו בהוראות החוק תואמים את התכלית החקיקתית האמורה ומובילים להגשמתה.

האמצעי שפגיעתו פחותה

23. על פי מבחן זה, הפגיעה בחופש העיסוק תהיה במידה העולה על הנדרש אם ניתן להשיג את תכלית החוק על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות תהא קטנה יותר מפגיעתו של האמצעי הקבוע בחוק. במסגרת המבחן, עלינו למקד את הבחינה של האמצעי הפחות בחומרתו אל מול המקרה הקונקרטי. כפי שראינו, הסכום הנדרש על ידי המערערת לשם רכישת כרטיס למשחק אחד של בינגו הוא 10 ש"ח. הפרסים הניתנים נעים בין 80 ש"ח לבין 5,000 ש"ח (ראו פסקה 5 לעיל). המועדון מותיר בידיו 28 אחוזים מכספי הפדיון ואילו היתרה משמשת לפרסים. ניתן לשאול האם הטלתו של איסור פלילי על משחקי בינגו כמתואר איננה בבחינת אמצעי מוגזם ביחס לתכליתו של האיסור. אכן, קשה למקם את משחק הבינגו, כפי שהוא נערך על ידי המערערת, בסל אחד עם הימורים המתנהלים בבתי קזינו. עם זאת, אין לומר שהנתונים הספציפיים מוציאים מקרה זה מתחולתו של האיסור הפלילי. יש לזכור, כי ביטולו של האיסור

הפלילי, על רקע הנתונים של מועדונה של המערערת כיום, אינו יכול למנוע העלאה בעתיד של סכום ההשתתפות במשחק ושל סכום הפרסים ואף הגדלה של שיעור האחוזים שהמועדון מקבל מתוך כספי הפדיון. כמובן, שאף לא תהא כל מניעה לשילוש ולריבוע של מספר החברים במועדון. זאת ועוד, קבלתה של הטענה החוקתית תאפשר לכל אדם או גוף לפתוח לא רק מועדונים של בינגו, אלא גם בתי הימורים מכל סוג שהוא. על כל אלה נוסיף, כי בהיעדר איסור כפי שהוא קיים כיום, גם לא ניתן יהיה לאסור על קטינים ליטול חלק במשחקי מזל (ראו סעיף 2ב(א)(6) לחוק הרישוי). אפשרויות אלו מצביעות על כך כי בעקבות ביטול ההסדר החוקי, ייווצר שוק הימורים חופשי, אשר על השלכותיו הקשות כבר דיברנו.

24. עתה עלינו לעבור ולבחון, במסגרת מבחני המידתיות, אמצעים אחרים אשר עשויים להגשים את תכלית החוק מחד ולפגוע פחות בחופש העיסוק מאידך. לטענת המערערת, ניתן להשיג את מטרתו של האיסור הפלילי על משחקים אסורים באמצעות רגולציה, תוך הנהגת משטר פיקוח הכולל הגבלות שונות על הימורים. אכן, קיימות מדינות בהן מטופל נושא ההימורים באמצעות רגולציה. אין מחלוקת על כך כי לרגולציה של הימורים יש יתרונות משלה. מטרתה העיקרית היא למנוע או לצמצם את התוצאות ההרסניות של "שוק הימורים חופשי". רגולציה מבקשת להגן על "צרכני" ההימורים מפני עושק, ניצול והטעיה על ידי מפעילי ההימורים (ליתרונותיה של רגולציה על פני שוק הימורים חופשי ראו D. Miers "The Gambling Review Report: Redefining the Social and Economic Regulation of Commercial Gambling" 66 *MLR* 604, 606-609 (2003) (להלן - Miers); J.H. Frey "Gambling: Socioeconomic Impacts and Public Policy: Federal Involvement in U.S. Gaming Regulation" *Annals* 138, 141). הרגולציה מאפשרת להציב תנאים בפני המבקשים להיכנס למקצוע ולהטיל מגבלות שונות על סוגי המשחקים ועל דרכי התנהלותם. להסדרה חוקית של משחקי הימורים יש יתרונות שאינם מתקיימים מקום שמוטל איסור גורף על הימורים. עסקים של משחקי הימורים מהווים מוקד משיכה להשקעות ולפיתוח כלכלי. בדרך זו אף נוצרים מקומות עבודה חדשים. בנוסף, יכולה המדינה למסות את הרווחים המתקבלים ממשחקים אלה (ראו Miers, בעמ' 610; ע' גרוסקופף "פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים" המשפט ז (תשס"ב) 9, 38). אנגליה הינה דוגמה למדינה שבחרה ברגולציה של משחקי הימורים. שם מוסדר הפיקוח על משחקי הימורים ב-1968 Gaming Act (החוק עבר תיקונים לא מעטים מאז חקיקתו). החוק עוסק, בין היתר, במשחקי בינגו. נקבעה בו הגבלה על סכומי הפרסים. כמו כן, נאסרה פרסומת למשחקי בינגו. בניגוד לשיטת הרגולציה הנוהגת באנגליה, ישנן מדינות אשר אוסרות על משחקי הימורים במסגרת מועדונים פרטיים למטרות רווח, ובכללם גם על

משחקי בינגו. כך למשל, החוק במדינת אילינוי בארצות הברית אוסר על הימורים שלא למטרות צדקה (Ill. Rev. Stat. Ch. 120, para. 1121.1(c) (1987)) ; ראו בעניין זה 38 Am. Jur. 2d וגם *Ernhart v. Director of Illinois Dept. of Revenue*, 548 N.E 2d 81 (1999) at p.103. ישנן אף מדינות, כדוגמת יוטה והוואי, אשר מרחיקות לכת ואוסרות הימורים מכל סוג שהוא (ראו *National Gambling Impact Study Commission Final Report* (18.6.1999) at p. 1-1, 1-6 <http://govinfo.library.unt.edu/ngisc/reports/fullrpt.html> תחת הכותרת "overview" (להלן - דו"ח הוועדה)). המסקנה המתבקשת היא, כי הדין בישראל הקובע איסור גורף על הימורים במסגרת עסקים פרטיים, להבדיל מרגולציה של עסקים מסוג זה, אינו בגדר חריג.

25. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה דורש, כי ההסדר החוקי העומד למבחן יפגע בזכות החוקתית המוגנת במידה הקטנה ביותר האפשרית לשם השגת תכלית החוק (ראו פרשת המזרחי, בעמ' 444 ; פרשת מנחם, בעמ' 279 ; פרשנות חוקתית, בעמ' 622-623). מצאנו, כי תכלית האיסור על הימורים הינה להגשים ערכים חברתיים, אשר קיים חשש רציני כי ייפגעו אלמלא האיסור. נראה, כי שיעור הנזק אשר עלול להיגרם לערכים חברתיים אלה מצדיק נקיטת אמצעי חוקי של איסור גורף על הימורים. שימוש באמצעי אחר במקרה זה, הפוגע פחות בזכות לחופש העיסוק, לא יוכל להבטיח את השגתה של התכלית הראויה. נסביר את דברינו. ככלל, החלתו של מבחן המידתיות מחייבת בחינה מקיפה של מכלול השיקולים העומדים ביסוד הפגיעה בחופש העיסוק, לרבות תוצאותיהן של פגיעות חלופיות (ראו דובינשטיין, בעמ' 1146). היינו, במקרה דנא, נקיטת דרך אחרת - כדוגמת רגולציה - מחייבת מחקר שיטתי ומקיף על השלכותיה של בחירה בדרך זו. החיסרון הגדול ביותר של הסדר מסוג זה הוא הקשיים באכיפתו. בארצות הברית נעשו מחקרים לא מעטים על חולשותיה של שיטת הרגולציה של הימורים. חלקם מצביעים על כך שבעקבות תהליך הלגליזציה של הימורים, אשר התרחש בחלק ממדינות ארצות הברית, גדל שיעורם של מספר המתמכרים להימורים. באותו אופן גדל גם שיעור הפשע באותן מדינות (ישנם מחקרים שמצביעים על כך שבין השנים 1994-1997 גרם תהליך הלגליזציה של הימורים למיליון וחצי איש בארצות הברית להיות מעורבים בעולם הפשע. הנתונים מופיעים ב-J.W. Kindt "The Failure to Regulate the Gambling Industry Effectively: Incentives for Perpetual Non-Compliance" 27 *S ILL. U. L. J.* (2003) 219, 226). במדינות רבות העדיפו מפעילי הימורים לשלם קנסות בשל אי ציות לתנאים הקבועים בחוק במקום לנהוג על פי הוראות אלו. עוד נמצא, כי במדינות בארצות הברית שבהן הונהגה רגולציה של משחקי ההימורים, יצרו מפעילי ההימורים שדולה רחבה בקרב הפוליטיקאים על מנת להחליש את הרגולציה ולהגמיש את התנאים המוצבים בפניהם (ראו שם בעמ' 221 ; J.W. Kindt

"Gambling: Socioeconomic Impacts and Public Policy: Follow the Money: (Gambling, Ethics and Subpoenas" *Annals* 85, 93). מדינות רבות בארצות הברית אשר ביקשו לצמצם את תוצאות הלוואי של הימורים, הגבילו את ההיתר החוקי למשחקי הימורים לשמורות האינדיאניות בלבד (בשנת 1998 הופעלו משחקי הימורים בשמורות אינדיאניות ב-31 מדינות בארצות הברית. את רשימת השמורות ניתן לראות בדו"ח הוועדה תחת הכותרת "Catalog of Gambling Laws, Regulations and Ordinances". כמו כן, ראו את החלטת בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין הימורים מסחריים בשמורות האינדיאניות *California v. Cabazon Band of Mission Indians*, 480 U.S. 202 (1987)). אולם, גם פתרון זה נמצא בעייתי מאוד. מחקרים הצביעו על כך, שהמהמרים בשמורות אלו חוזרים לבתייהם שמחוץ לשמורה עם בעיות של התמכרות להימורים. הקהילה המקומית בה הם מתגוררים נושאת בעלויות הכלכליות ובתוצאות החברתיות של ההתמכרות להימורים, מבלי לקבל חלק מן ההכנסות של אותם הימורים (ראו N. S. Goldin "Note: Casting a New Light on Tribal Casino Gaming. Why Congress Should Curtail the Scope of High Stakes Indian Gaming" 84 *Cornell L. Rev.* (1999) 798, 850; לנתונים נוספים בנוגע לבעיות הנובעות מהימורים בשמורות האינדיאניות, ראו *Kindt Stan*, 174-176). עוד נציין, כי בעקבות תהליך הלגליזציה של משחקי ההימורים ברוב המדינות בארצות הברית, הפכו משחקים אלה לתופעה תרבותית שכיחה ומקובלת ("mainstream culture" - ראו את דו"ח הוועדה בעמ' 1-1). נראה כי ממצא זה, בצירוף ההשלכות השליליות של תהליך הלגליזציה, מחייבים דיון ציבורי מקיף ומעמיק בטרם יוחלט על הסדר חוקי של הימורים בידיים פרטיות. נתייחס לנושא הרגולציה מזווית אחרת משנדון בסוגיה של מרחב התמרון החקיקתי. נעיר, כי ניתן לראות את מרחב התמרון החקיקתי כענף של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אנו נדון בכך בנפרד (בפיסקאות 27 ו-28 להלן).

מבחן המידתיות במובן הצר

26. עניינו של מבחן זה הינו בשקילת התועלת הצומחת לציבור מהחקיקה הפוגעת בזכות לעומת מידת הנזק הנגרמת לו מפגיעתה של החקיקה באותה זכות כתוצאה מהפעלת האמצעי שנבחר. בהתאם למבחן זה נדרש, במקרה דנא, יחס סביר בין מידת הפגיעה בזכות לחופש העיסוק של המערערת ושל אחרים המעוניינים לעסוק בניהול משחקים אסורים, לבין היתרון החברתי הצומח מפגיעה זו. את היתרון החברתי הצומח מהפגיעה בחופש העיסוק של המבקשים לנהל עסק למשחקי הימורים, יש לנסח במקרה זה על דרך השלילה. כפי שעמדנו על כך בפיסקה הקודמת, בעקבות פגיעה זו נמנעות, או למצער מצטמצמות, התוצאות השליליות העלולות להיגרם כתוצאה מקיומם של

הימורים. מאחר שמדובר במניעת תופעות כדוגמת עלייה בשיעורי הפשע והתמכרות להימורים, הרי שמתקיימת תועלת חברתית מובהקת. משכך, מתגלה יחס סביר בין תועלת זו לבין מידת הפגיעה בחופש העיסוק.

מרחב התמרון החקיקתי

27. השאלה הנשאלת היא באיזה שלב של הבחינה החוקתית עלינו להתייחס, אם בכלל, לנתונים העובדתיים הספציפיים. במקרה הנוכחי מדובר בהליך משפטי שנקטה המערערת במטרה לקבל רישיון עסק. העסק לענייננו הינו מועדון למשחקי בינגו. יחד עם זאת יש לזכור, שמשחק הבינגו מתנהל במועדון לפי כללים מסוימים לעניין סכומי ההשתתפות, הפרסים ושיעור ההכנסות הנותר בידי בעלי המועדון. לנתונים אלה יש להוסיף, כמובן, את תנאי החברות במועדון (פירטנו את כל אלה בפיסקאות 4 ו-5 לעיל). ניתן לטעון, שכאשר בוחנים את החוק הספציפי על רקע הזכות החוקתית ופיסקת ההגבלה, יש לעשות כן תוך התעלמות מנתוני המקרה שהובא בפני בית המשפט. בחינה כזו נעשית במדינות בהן קיים הליך של הצגת שאלה לבית המשפט האם חוק מסוים או הצעת חוק עומדים בדרישותיה של החוקה. הליך כזה מוכר למשל בקנדה. הוא ידוע בשם Reference (ראו P.W. Hogg *Constitutional Law of Canada* 224-225 (Scarborough, 4th ed., 1997)). על פי פרוצדורה זו, הממשלה היא שפונה לבית המשפט העליון בשאלה האם חוק עומד במבחן החוקתי. הליך דומה קיים בגרמניה. שם הוא ידוע בשם Abstrakte Normenkontrolle (ובאנגלית Abstract Judicial Review ראו Kommers, בעמ' 13, או Abstract Norm Control, ראו Woods, בעמ' 42). במסגרת פרוצדורה זו, הגופים הזכאים לפנות לבית המשפט העליון בשאלה חוקתית מסוג זה, ואך לגבי חוק שנחקק, הם הממשלה הפדרלית, ממשלתה של אחת המדינות או שליש מחברי הפרלמנט. עם זאת, כאשר מדובר בהליך מעין זה שנקטה המערערת, או בהליך פלילי בו מועלית טענה חוקתית, חייבת לבוא התייחסות בשלב כלשהו לנתוני המקרה, שאם לא כן הוא יהפוך להליך דומה לזה הקיים בקנדה ובגרמניה. הזכרנו סוגיה זו בעת שדנו במבחן המשנה השני של מידתיות, היינו האמצעי שפגיעתו פחותה. עניין זה מתעורר אף בעוסקנו בנושא של מרחב התמרון החקיקתי.

כמעט בכל מקרה ניתן לחשוב בדיעבד על אמצעים שונים במידה זו או אחרת מאלה בהם בחר המחוקק ואשר יהא בהם כדי לפגוע במידה פחותה בזכות יסוד. החוכמה שלאחר מעשה תתגלה במיוחד על רקע נתונים קונקרטיים. מטבע הדברים, אין באפשרותם של מחוקקי החוק לצפות כל אפשרות ואפשרות שתצוץ בעולם המציאות.

יש לזכור את ההבדל המוסדי הברור בין המחוקק לבין בתי המשפט, כאמור בדבריו של סלמונד (Salmond):

"Legislators can lay down rules purely for the future and without reference to any actual dispute; the courts, in so far as they create law, can do so only in application to the case before them and only in so far as is necessary for their solution" (P.J. Fitzgerald *Salmond on Jurisprudence* (London, 12th ed., 1966)

לכן, הכירה הפסיקה בעיקרון "מרחב התמרון החקיקתי" (ראו למשל, עניין מנהלי השקעות, בעמ' 389-386; בג"ץ 450/97 תנופה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433, 446), בדומה לעיקרון הקיים במשפט המינהלי (ראו למשל, בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, פ"ד מט(5) 1, 13-14; פרשת המזרחי, בעמ' 438). נעיר, כי העיקרון האמור זכה לכינויים שונים, ביניהם "מיתחם הגבלה", "מיתחם הפגיעה", "מיתחם של התחשבות" או "מרחב של שיקול דעת" (פרשת המזרחי, בעמ' 438), "מרחב תמרון חוקתי" (פרשת המזרחי, בעמ' 437 ובפרשת מנחם, בעמ' 280) ו"מתחם המידתיות" (בפרשת מנחם, בעמ' 280). נראה, כי המונח המדויק הינו מרחב התמרון החקיקתי, שכן הנושא הוא אותו מנעד בו יכול לנוע המחוקק בלא שייקבע, כי פגע בהוראותיה של החוקה או של חוק יסוד. על פי עיקרון זה, לא יתערב בית המשפט באמצעי שנבחר על ידי המחוקק, כל עוד אותו אמצעי אינו חורג מגדריו של המתחם ואינו בלתי מידתי (ד' דורנר "מידתיות" ספר ברנזון (כרך שני, תש"ס) 281, 291-292). גדרו של המתחם אינו קבוע כמובן, אלא הוא תלוי הקשר ונסיבות. יהיו מקרים בהם המתחם יהיה רחב יחסית ולעומת זאת יהיו מקרים בהם מרחב זה יהא מצומצם ביותר, או אף לא יתקיים כלל (ראו והשוו בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 58). על מנת לבחון גבולותיו של המתחם במקרה מסוים, עלינו לשאול שאלה מיקדמית והיא מה רמת ההפשטה של הבחינה. העובדות שבפרשה הנוכחית מאפשרות הצגה של הבעייתיות. האם עלינו לערוך את הבחינה החוקתית לגבי סוגים מסוימים של הימורים ומשחקי מזל? האם הבדיקה תיעשה לגבי משחק בינגו, או שמא הבירור יתבצע לגבי משחק הבינגו כפי שהוא מתנהל כיום במועדון של המערערת?

28. נתעלם מהאפשרות הראשונה ונתייחס לשתי האחרות. אם בוחנים את משחק הבינגו, תוך התעלמות מהדרך בה הוא מתנהל על ידי המערערת, נהיה חייבים לומר כי כל מבחני המשנה של מידתיות מתקיימים. נתרכז במבחן השני, הוא החשוב שבהם. משחק בינגו שאין שום הגבלות באשר לדרך התנהלותו, אינו שונה מהימורים או משחקי מזל אחרים מבחינת הסכנות הכרוכות בו. הדבר ברור אם נחשוב על אפשרות

שההשתתפות בסיבוב אחד של משחק תהיה טעונה תשלום של אלפי שקלים, ולא 10 שקלים, כפי שהדבר מנוהל כיום על ידי המערערת. לעומת זאת, אם הבדיקה תיעשה ברמת הפשטה נמוכה יותר, קרי על פי הדרך בה מתנהל המשחק במועדון, דומה שנהיה חייבים ליתן תשובה שונה. ניתן אכן לטעון, כי החשש מפני תוצאותיה הקשות של התמכרות אינו קיים, או שקיים במידה מזערית, על רקע הנתונים הספציפיים של המשחק נשוא דיוננו. כלומר, הטענה תהיה שבמקרה כזה ניתן לעשות שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה, תוך שמירת התכלית של האיסור שבחוק העונשין. בדיוק בנקודה זו נכנס לפעולה עיקרון המתחם החקיקתי. ניתן להעלות על הדעת שיתקבל חוק מיוחד בכל הנוגע למשחק ספציפי, כפי שנעשה באנגליה במסגרת ה-Gaming Act 1968 (ראו פסקאות 11 ו-23 לעיל), הכולל קביעתם של תנאים לעניין סכום ההשתתפות והפרסים. ברם, העובדה שניתן לקבל חוק כזה, אין די בה על מנת לקבוע שנפל פגם חוקתי בהוראת חוק כללית המתייחסת להימורים ולמשחקי מזל. על כן, אף אם האיסור הגורף על משחקי הימורים אינו האמצעי האידיאלי, הרי אין מדובר באמצעי חקיקתי אשר חורג ממרחב התמרון של המחוקק.

סוף דבר

29. שתי שאלות מרכזיות עלו על הפרק בערעור זה. השאלה הראשונה הייתה האם חוסה משחק הבינגו, כפי שהוא מנוהל במועדון של המערערת, תחת החריג הקבוע בסעיף 230 לחוק העונשין. השאלה השנייה הייתה האם דינו של ההסדר החוקי הקבוע בסעיפים 224-230 לחוק להתבטל בהיותו סותר את חוק יסוד: חופש העיסוק. הגענו לכלל מסקנה, כי אין לקבל את טענות המערערת בשתי סוגיות אלו.

באשר לנושא הראשון מצינו, כי משחק הבינגו המתקיים במועדון אינו מקיים את התנאים הקבועים בסעיף 230 לחוק. בנוגע לתנאי הראשון, המופיע בסעיף 230(1) לחוק, נקבע כי אין בין באי המועדון מכנה משותף כלשהו, פרט לעצם החברות במועדון. על כן, אין הם מהווים "חוג אנשים מסוים", כפי שנדרש בסעיף האמור. בעניין התנאי השני, הקבוע בסעיף 230(2) לחוק, נכונים היינו להניח שייתכן שמשחק בינגו בודד יעלה כדי "משחק שאינו חורג מגדר שעשוע או בידור". דא עקא, הוספנו כי השתתפות תדירה של חברי המועדון במשחק הבינגו הופכת אותו למשחק שאינו מהווה "שעשוע או בידור". לגבי התנאי השלישי, המופיע בסעיף 230(3) נאמר, כי המועדון מהווה "מקום משחקים אסורים", שכן מדובר בעסק שבו נערכים משחקים אסורים באופן סדיר, לפחות שתי פעמים תוך שישה חודשים, על פי החזקה הקבועה בסעיף 233 לחוק.

באשר לשאלה החוקתית החלטנו, כי ההסדר החוקי הקבוע בסעיפים 224-230 לחוק העונשין מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, הקבועה בחוק יסוד: חופש העיסוק ועל כן אין להכריז עליו כבלתי חוקתי. נמצא, כי תכליתן של הוראות החוק לשלול הימורים והגרלות העלולים לגרום להתמכרות, לנזק כלכלי חמור, לפשע ולהרס התא המשפחתי, והעיקר - הגדלת הנטל המוטל על החברה. עמדנו על כך שקיים בסיס להבחנה לגיטימית בין הימורים בחסות ציבורית, לבין אלה הנערכים על ידי גופים פרטיים, חרף העובדה שאף בצידם של הראשונים קיימת סכנת התמכרות. במרכז של הבחנה זו עומדים שלושה טעמים. הטעם הראשון להבחנה זו נעוץ בכך שהימורים בחסות המדינה משמשים מכשיר לגיוס כספים למטרות ציבוריות. הטעם השני מצביע על כך שלהימורים אלה לא נלוות, דרך כלל, תופעות שליליות של השתלטות פשע מאורגן, אלימות והלבנת כספים, אשר מאפיינות משחקי הימורים הנערכים במועדונים פרטיים. עניינו של הטעם השלישי ביכולת הפיקוח האפקטיבית על הימורים הנערכים בחסות המדינה - פיקוח שקשה להבטיחו במצב שבו שוק ההימורים נמצא בידיים פרטיות. בנוגע לדרישת המידתיות, הקבועה בפסקת ההגבלה, מצאנו כי ההסדר החוקי ממלא את הדרישות הקבועות בשלושת מבחני המשנה של המידתיות. ציינו, כי האמצעים שנקבעו בהוראות החוק תואמים את התכלית העומדת בבסיסן ומובילים להגשמתה. כמו כן, אין באמצעים אחרים הפוגעים פחות בחופש העיסוק, כגון רגולציה של הימורים, כדי להבטיח את השגתה של תכלית זו. ביחס למבחן המידתיות במובן הצר קבענו, כי קיים יחס סביר בין מידת הפגיעה בזכות לחופש העיסוק של המעוניינים לעסוק בניהול משחקים אסורים, לבין היתרון החברתי הצומח מפגיעה זו. בעקבות הפגיעה מצטמצמות התוצאות השליליות העשויות להיגרם מקיומם של הימורים. עוד הצבענו על חשיבותו של עיקרון המרחב החקיקתי במקרה זה. לפי העיקרון האמור, אף אם האיסור על משחקי הימורים אינו האמצעי האידיאלי ואף אם ניתן לחשוב על קבלת חוק אחר המסדיר עסקים פרטיים לניהול משחקי הימורים, אין האמצעי החקיקתי הקיים חורג ממרחב שיקול דעתו של המחוקק. חייבים לזכור ולהזכיר, שאם תתקבל הטענה החוקתית כי אין תוקף להוראות שבחוק העונשין, המשמעות היא שכל המשחקים האסורים יהפכו באחת למותרים. במילים אחרות, לא רק משחקי הבינגו יקבלו חותם של חוקיות, אלא משחקים רבים אחרים שפגיעתם עלולה להיות רבה וקשה. נסיים באזהרה, ואולי תוכחה, מפיו של השופט י' זמיר:

"המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את

רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט. וכי יש צורך לחזור על אמת נדושה זאת? אכן כן. מי ששומע טענות שעורכי דין שוטחים לפני בית משפט זה בעת האחרונה, יכול להתרשם כי החוק הורד לדרגה של החלטה מינהלית. עורכי דין באים בפני בית המשפט חדשות לבקרים, כשרוממות חוקי-היסוד בגרונם, וטוענים כי חוק זה או אחר סותר חוק-יסוד. האם כסדום היינו לעמורה דמינו, שכל כך הרבה חוקים פוגעים בזכויות היסוד של האדם, עד שאין להם תקנה? ואם אין שום יסוד לומר על חוק מסוים שהוא פוגע, למשל, בחופש העיסוק או בזכות הקניין, לפחות אומרים עליו שהוא פוגע בכבוד האדם, כל עותר והכבוד שלו". (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496).

וכל המוסיף גורע.

30. אשר על כן, הנני מציע לדחות את הערעור ולחייב את המערערת בתשלום שכר טירחת עורך דין בסכום של 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת ד' ביניש:

קראתי בענין רב את חוות-דעתו המקיפה של חברי השופט גרוניס. חברי פרש יריעה מרשימה ורחבת-היקף, הן בהתייחסו לפרשנות העבירה הקבועה בחוק העונשין שבגינה מתנגדת המשטרה למתן רישיון עסק למערערת, והן באשר לחוקתיותו של האיסור לעריכת משחקים אסורים בגדר של עבירה פלילית, שקנתה לה שביתה בספר החוקים שלנו לפני עשרות שנים. עבירה המשקפת מסר חברתי וערכי שנקבע על ידי המחוקק.

מסכימה אני עם שתי המסקנות אליהן הגיע חברי בפסק דינו. אף אני סבורה ומאותם טעמים, כי משחק הבינגו הנערך במועדון המנוהל על ידי המערערת אינו חוסה תחת החריג הקבוע בסעיף 230 לחוק העונשין. מקובלת עלי גם המסקנה בדבר חוקתיותה של ההוראה העונשית האוסרת עיסוק במשחקים אסורים; אוסיף רק שהאופן בו הועלתה הטענה לראשונה בשלב הערעור, כמו גם מכלול הנסיבות הקונקרטיות הכרוכות בהפעלת המועדון, מלמדים כי החשש מפני שימוש מוגזם בטענות חוקתיות, כדבר שבשגרה, אשר מפניו התריע השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי

ואח' נ' הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 485, 496 בפסקה שצוטטה בהסכמה על ידי חברי השופט גרוניס – אינו חשש ערטילאי.

מצטרפת אני, אפוא, למסקנה כי יש לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

השופט א' מצא:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט א' גרוניס. כחברי השופט גרוניס וכחברתי, השופטת ד' ביניש, אף אני סבור כי עניינו של הערעור לא הצדיק את העסקת בית המשפט בהשגה הבלתי מבוססת על חוקתיותו של האיסור הפלילי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' גרוניס.

ניתן היום, י"א באדר תשס"ד (4.3.04).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט