

הימור מסוכן: מבט נורמטיבי ביקורתי על הדיכוטומיה

פרטי-ציבורי במשטר ההימורים הישראלי

אסף הרדוף*

הסדרתם המשפטית של ההימורים בישראל נלחמת בגורמים פרטיים מגוונים דרך המשפט הפלילי, מצד אחד, ומכוננת מונופול הימורים שמופעל על-ידי גורמים מטעם המדינה, מצד אחר. ככל שהשימוש במשפט הפלילי נועד למנוע פגיעות שמאפיינות את שוק ההימורים הפרטי, וככל שמונופול ההימורים המדינתי מספק שירות חלופי לא-פוגעני, דומה שהדיכוטומיה האמורה מוצדקת. אולם ככל שהשירות הפרטי אינו פוגעני, או לחלופין ככל שהשירות המדינתי פוגעני אף הוא, ההצדקה שבבסיס ההסדר המשפטי הישראלי נחלשת.

המאמר בוחן באופן ביקורתי את ההצדקות וההנחות הנורמטיביות שבבסיס הדיכוטומיה בהסדר המשפטי הישראלי בנוגע להימורים. תחילה נבחנת הנחת "הבעייתיות הפרטית", קרי, ההנחה ששוק ההימורים הפרטי הינו בהכרח פוגעני במידה שמצדיקה את הגבלתו המשפטית, ועוד בצורת הפללתו. חולשה בהנחה פירושה שראוי לשקול מחדש את המשך ההפללה לעומת חלופות של הסדרה. בהמשך נבחנת הנחת "האחריות המדינתית", דהיינו, ההנחה ששוק ההימורים המדינתי אינו פוגעני, ושקיים שוני מהותי בינו לבין השוק הפרטי, שמצדיק יחס משפטי שונה באופן דרמטי.

המאמר כולל ניתוח בארבעה חלקים. תחילה מוצג משטר ההימורים בישראל, על החוק והפסיקה הבולטת בו. בהמשך נבחנת הנחת הבעייתיות הפרטית על-ידי דיון ביקורתי בתכליות ההסדר, הצבעה על חולשות שונות בבסיסן וחיפוש אחר כיוונים משפטיים לשילוב השוק הפרטי בעולם ההימורים. לאחר-מכן נבחנת באופן ביקורתי הנחת האחריות המדינתית. המאמר משער כיצד ניתן לבסס משטר הימורים ציבורי שמקיים את ההנחה האמורה, ומראה כי ברובד המעשי משטר ההימורים הציבורי בישראל רחוק מהגשמת ההנחה. לבסוף המאמר מציג ארבעה כיוונים

* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מרצה מן החוץ באוניברסיטת חיפה. תודה רבה למערכת משפט וממשל על הערות מצוינות ועל ליווי נפלא שהניב שיפור ניכר של המאמר, ותודה לעורך הלשוני על עבודתו היסודית. האחריות לכל טעות שנפלה במאמר היא שלי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com.

משפטיים אפשריים לשינוי – המוליכים לארבעה סוגים שונים של משטר הימורים – תוך התכתבות עם דוחות של מומחים ישראלים שפורסמו בקיץ 2016 וקריאה לשינוי ההסדר הקיים.

מבוא. א. משטר ההימורים בישראל: 1. חקיקת הימורים בישראל; 2. תכלית ההסדר הישראלי. ב. הנחת הבעייתיות הפרטית – ההפלה של הימורים פרטיים: 1. מבוא להפלה; 2. פוגענות; 3. תכליתיות; 4. חלופיות; 5. מאזן. ג. הימורים מדינתיים תמימים? 1. מבוא; 2. מבט עיוני; 3. מבט מעשי ביקורתי – חיי המציאות של ההימור הציבורי בישראל. ד. כיוונים לשינוי המצב ולשיפורו: 1. מבוא; 2. הפלה מוחלטת; 3. לגליזציה מוחלטת; 4. רישוי ופיקוח; 5. צמצום נזקיו של ההימור הציבורי. ה. סיכום.

מבוא

כל ישראלי מכיר היטב את עולם ההימורים¹ הממוסד בכלל ואת הלוטו והטוטו בפרט. רובנו ככולנו התנסו במילוי טופסי הימורים ופנטזנו כיצד ייראו חיינו לאחר הזכייה: מה נעשה ומה לא נצטרך עוד לעשות.² לצד עולם ההימורים הממוסד, גם הימורים פרטיים מוכרים לרובנו, בצורת התערבויות, מכונות-מזל שונות ועוד. ההימורים נוכחים בחיינו – לגבי רובנו, כנראה, בצורה סבילה גרידא, אך לגבי חלקנו בצורה פעילה. המשפט הפלילי, בתורו, נוכח בעולם ההימורים, לעיתים בצורת מלחמה שיטתית כוללת ולעיתים בצורת קרבות נקודתיים ומגבלות עקיפות, כדי להגן על הפרט מפני עצמו או מפני אחרים, ואולי כדי לפגוע בגורמים המתחרים במדינה על כספו של הפרט. הסדרתם המשפטית של ההימורים בישראל היא כזו שנלחמת בגורמים פרטיים מגוונים דרך המשפט הפלילי, מצד אחד, ומכוננת מונופול הימורים שמופעל על-ידי גורמים מטעם המדינה, מצד אחר. דיכוטומיה זו מעלה תהיות. ייתכן שהשימוש במשפט הפלילי נועד למנוע פגיעות שמאפיינות את השוק הפרטי, וכן שהמונופול המדינתי מספק שירות לא-פוגעני. אולם ככל שהשירות הפרטי אינו פוגעני, או לחלופין ככל שהשירות המדינתי פוגעני אף הוא, ההצדקה שבבסיס ההסדר נחלשת. האם הנחות אלה שרירות מבחינה עיונית ומעשית?

מאמרי יבקש לבחון באופן ביקורתי את ההצדקות שבבסיס הדיכוטומיה בהסדר המשפטי הישראלי, על הנחותיו הנורמטיביות. ההנחה הראשונה שתבחן – הבעייתיות הפרטית – היא ששוק ההימורים הפרטי הינו בהכרח פוגעני במידה המצדיקה לא רק את הגבלתו המשפטית, אלא גם את הפלתו. ככל שקיימת בעיה בהנחה זו, ראוי לשקול מחדש את המשך ההפלה

1 ככלל, המונח "הימורים" יתייחס במאמרי להימורים, למשחקים אסורים ולהגרלות במיוחד.
 2 כך גם מעבר לים. סטטיסטיקה מראה שיותר ממחצית האמריקאים נוהגים להשתתף לפחות במשחקי המזל המדינתיים: Fridolin M.R. Walther, *Internet Gambling Related Regulatory Questions and Enforcement Problems: A Comparative U.S.-Swiss Perspective*, 2000 STAN. TECH. L. REV. 3. כ-86% מהאמריקאים הימרו לפחות פעם אחת בחייהם: Edward M. Yures, *Gambling on the Internet: The States Risk Playing Economic Roulette as the Internet Gambling Industry Spins Onward*, 28 RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J. 193, 195 (2002).

לעומת חלופות של הסדרה, שאם לא כן דומה שההפללה משרתת לא את האזרחים, אלא אך את המונפול המדינתי.

ההנחה השנייה שתיבחן – האחריות המדינתית – תהיה ששוק ההימורים המדינתי אינו פוגעני, ושקיים שוני מהותי בינו לבין השוק הפרטי, שמצדיק יחס משפטי שונה באופן דרמטי. ככל שקיימת בעיה בהנחה זו, ראוי לשקול מחדש את המשך קיומו של השוק הציבורי במתכונת הנוכחית ובכלל.

גוף המאמר יכלול ארבעה חלקים. בראשון, הקצר, אציג את משטר ההימורים בישראל: אסקור את החוק ופסיקה בולטת, בעיקר כזו שהתייחסה לתכליותיו של ההסדר. בחלק השני אבחן את הנחת הבעייתיות הפרטית באמצעות דיון ביקורתי בתכליות ההסדר. אצביע על חולשות שונות בבסיסן, ואתור אחר כיוונים משפטיים לשילוב השוק הפרטי בעולם ההימורים. בחלק השלישי אבחן באופן ביקורתי את הנחת האחריות המדינתית – תחילה ברובד העיוני ובהמשך ברובד המעשי. ברובד העיוני אשער כיצד ניתן לבסס משטר הימורים ציבורי שמקיים את ההנחה האמורה. ברובד המעשי אבחן את משטר ההימורים הציבורי בישראל, ואראה שהוא רחוק מהגשמת ההנחה. בחלק הרביעי והאחרון אבחן כיוונים משפטיים אפשריים לשינוי, המוליכים לארבעה סוגים שונים של משטר הימורים. ארחיב על החלופה של שיפור המצב הקיים, תוך התכתבות עם דוחות של מומחים ישראלים שפורסמו בקיץ 2016, המתאפיינים במגמה ביקורתית כלפי המצב הקיים. אצדד בחלק ניכר ממסקנותיהם ואסכם בקריאה לשינוי.

א. משטר ההימורים בישראל

1. חקיקת הימורים בישראל

בקום המדינה נכללה ההסדרה החקיקתית של הימורים בפקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן: הפקודה). הפקודה כללה שני סעיפים בלבד שקשורים לנושא: סעיף 190 אשר החזקת בית פומבי למשחק בקובייה; וסעיף 191 אשר פתיחה, ניהול או שימוש במקום לסידור הגרלות, וכן הדפסה ופרסום של מודעות בקשר למקום כזה. הסעיף כלל חריג של הגרלה בהיתר שר האוצר.³

כמו במקומות רבים אחרים בעולם,⁴ ביקשה מדינת ישראל למנף את ההימורים כדי לגייס

3 עוד על ההיסטוריה הישראלית ראו הצוות לגיבוש תכנית להסדרה ולפיקוח על ההימורים החוקיים בישראל *דין וחשבון והמלצות* 18–21 (2016) (להלן: דוח הראל).

4 Paul D. Delva, *The Promises and Perils of Legalized Gambling for Local Governments: Who Decides How to Stack the Deck*, 68 TEMP. L. REV. 847, 851 (1995); John Warren Kindt, *U.S. National Security and the Strategic Economic Base: The Business/Economic Impacts of the Legalization of Gambling Activities*, 39 ST. LOUIS U. L.J. 567, 575 (1995); Brian Lester, *The Free Replay Feature in Pinball Machines: A Fresh Look at the Elements of Gambling and a Revised Method of Analysis*, 41 BRANDEIS L.J. 297, 298 (2002); Anthony N. Cabot & Louis V. Csoka, *The Games People Play: Is It Time for a New Legal Approach to Prize Games?*, 4 NEV. L.J. 197, 203 (2003); Christine Hurt, *Regulating Public Morals and Private Markets: Online Securities Trading, Internet Gambling, and the Speculation Paradox*, 86 B.U. L. REV. 371, 394–396 (2006); Alejandra Boto, *A New*

הון. ראש עיריית תל-אביב העלה יוזמה לפני רשויות המדינה להקים מפעל הגרלות עירוני, שהכנסותיו יוקדשו בעיקר להקמת מוסדות בריאות. כך נולד "מפעל הפיס", ששמו נועד לשכך התנגדויות פוטנציאליות ליוזמה.⁵ באוגוסט 1951 אישרה הממשלה את רישומו, ושר המשפטים נתן למפעל היתר מכוח סמכותו בפקודה. מונופול הפיס הלך והתבסס בחסות החוק. בעוד במישור הגלוי הובילו את השיח בנושא ההימורים טיעונים ערכיים וכלכליים, מאחורי הקלעים היו אלה שיקולים פוליטיים שהובילו לתוצאות בפועל. הזכות להפעיל הימורים כחוק ניתנה למקורבים למרכז הפוליטי, ונרקמה ברית בין ארגון ההגרות לבין העילית הפוליטית-הביורוקרטית בישראל. מפעל הפיס הזרים כספים למימון מיזמים בתחומי הבריאות והחינוך; הדבר אפשר לפוליטיקאים להצביע על הישגים בתחומים הללו ללא מיסוי נוסף; ופוליטיקאים מונו לתפקידים בכירים בהנהלה ובמנגנון של המפעל. קשרי ההון-שלטון לא הוסתרו על-ידי מפעל הפיס, אלא דווקא הובלטו כדי לחזק את מעמדו, ופוליטיקאים בכירים דאגו לטפח קשרים עם המפעל. ראשי המפעל עמלו במניעת עיסוק ביקורתי של הכנסת במפעל, מצד אחד, ובביצור מעמדו המונופוליסטי, למן לידתו והרבה אחריה, מצד אחר.⁶

הימורי הספורט בישראל מגוללים היסטוריה פוליטית מרתקת לא פחות. הם החלו להופיע בעיתוני ספורט ובעיתונים יומיים, עם פרסים צנועים, בקיץ 1951. בשנת 1955 התאחדו כמה יזמים וגיבשו אסטרטגיה שיווקית להימורים שתשלב גיבוי כלכלי ופוליטי. הוקם גוף משותף בשם "גשר", שבו "ידיעות אחרונות" החזיק ב-51% ויתר היזמים ב-49%, והגוף הקים את "טוטו כדורגל". המיזם הלך והואץ, וברחבי הארץ החלו להיפתח תחנות טוטו. למיזם הייתה תחרות מיומו הראשון, בדמות "ספורטוטו ישראל", שהופעל על-ידי מרכזי הספורט "הפועל" ו"מכבי", שביקשו להפיק מימון לפיתוח הספורט. היזמים, נציגי מוסדות ספורט ומקורבים לאליטה הפוליטית, ניצלו את קשריהם כדי לפגוע בתחרות. "ידיעות אחרונות" נלחצו, ו"גשר" הסכימו לשיתוף-פעולה. כך הוקם גוף מאוחד – "ספורטוטו ישראל". בשנת 1965, בעזרת ניצול קשריהם של נציגי מוסדות הספורט עם פוליטיקאים, קיבל המיזם חיזוק משפטי, בצורת היתר לארגון הימורי ספורט. הספורטוטו קיבל בלעדיות, והקצה כספים לאיגודי ספורט, שרובם היו משויכים מבחינה פוליטית, מה שעודד תמיכה ציבורית בפוליטיקאים. גוף אחר שהפעיל הימורי ספורט – "ניחושי השבוע" – ביקש אישור להמשיך לפעול, אך נדחה בטענה שהוא אינו גוף המוקדש כל-כולו לקידום מטרות ציבוריות. בית-המשפט העליון קבע כי מדובר בהפליה פסולה, משום שגם "גשר" אינו גוף כזה, והתיר ל"ניחושי השבוע" להוסיף לפעול. כתוצאה מכך ניסה יזם נוסף את מזלו, ובשנת 1966, לאחר מאבק משפטי עיקש, פסק בית-המשפט לטובתו. הכנסת הגיבה בקבלת חוק להסדר ההימורים בספורט, התשכ"ז–1967,

Legislative Framework for Online Gaming in Spain, 4 UNLV GAMING L.J. 11, 13 (2013); Benjamin Miller, *The Regulation of Internet Gambling in the United States: It's Time for the Federal Government to Deal the Cards*, 34 J. NAT'L ASS'N ADMIN. L. JUDICIARY 527, 530 (2014); Kaitlyn Dunphy, *Following Suit with the Second Circuit: Defining Gambling in the Illegal Gambling Business Act*, 79 BROOK. L. REV. 1295, 1311 (2014)

5 משה לוי "אתה זוכה, המדינה זוכה": פרסומי הגרלות בישראל הסוציאליסטית-קולקטיביסטית" סוגיות חברתיות בישראל 10, 6, 11–10 (2010).

6 משה לוי "הפוליטיקה של המזל: המדינה וראשיתן של ההגרות בישראל" סוגיות חברתיות בישראל 2, 174, 193–196 (2006).

שהבהיר כי הגופים שפעלו יוכלו לפעול עד סוף השנה, ולא יתקבלו בקשות נוספות לרישיון. החוק שיקף את הקשר בין מוסדות הספורט לפוליטיקאים. עתירות לבג"ץ בנושא הובילו לביקורת חריפה של בית-המשפט על הכנסת אך נדחו. בסופו של יום, לצד מונופול מפעל הפיס, בוסס גם מונופול הימורי הספורט.⁷

ההסדר הכללי של ההימורים זכה בתשומת-לב חקיקתית בחוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), התשכ"ד-1964.⁸ במטרה לסגור חורים בהסדר הקודם, כונן החוק איסורים שונים בנוגע להחזקת מקום לניהול משחקים, לארגון הימורים ועוד, כפי שיפורט מייד. החוק עודכן לאחרונה בשנת 1975, בטרם בוטל במסגרת חקיקת חוק העונשין, התשל"ז-1977. כיום, בחלוף יותר מארבעים שנה למן אותו תיקון מהותי אחרון, ההסדר החוקי זהה ברובו לקודמו מבחינת הגדרותיו, עונשיו וההסדרים המשלימים. אסקור אותו בקצרה.

חוק העונשין יוצר הסדר מפורט לגבי הימורים. סעיף 224 מגדיר ארבעה מונחי-מפתח: "מקום משחקים אסורים", "משחק אסור", "הגרלה" ו"הימור".⁹ הראשון הוא רכיב עובדתי באיסורים. האחרונים עניינם שלוש פעולות שרוב האיסורים סובבים סביבן, ואשר ההבחנה ביניהן אינה פשוטה תמיד. המשחק כולל על-פי-רוב יכולת כלשהי מצד השחקן; ההימור אינו תלוי בשחקן, אך ידיעותיו עשויות לסייע; וההגרלה אינה תלויה בו כלל, שכן הזכייה בה אינה מושפעת כהוא זה מידיעותיו ומיכולותיו. לאחר ההגדרות מגיע שלב האיסורים. החוק אוסר ארגון הגרלות, הימורים ומשחקים אסורים (סעיף 225, הקובע עונש של שלוש שנות מאסר);¹⁰ השתתפות במשחק אסור (סעיף 226, עונש של שנה); הדפסה, פרסום, הצעה, מכירה והפצה של כרטיסי הגרלה והימור (סעיף 227, שנה); החזקה וניהול של מקום משחקים אסורים, הגרלות או הימורים (סעיף 228, שלוש שנים), ואף השכרת חצרים ומתן רשות שימוש בהם בידיעה שהם ישמשו לצורך האמור (חצי שנה); ולבסוף, מכירת כרטיסי הגרלה לקטינים (סעיף 231 א, חצי שנה).

לאיסורים יש שני חריגים חשובים. סעיף 230, שכותרתו "נסיבות מיוחדות", עניינו החרגה עממית רחבה. ארבעת האיסורים הראשונים אינם חלים על פעולות שמכוונות לחוג אנשים

7 Moshe Levy & Yair Galily, *Just for Sport!? Sport, Gambling and Politics in Israel*, 26 INT'L J. HIST. SPORT 84, 86-94 (2009). למפת קשרי ההון-שלטון בהקשר זה ראו שם, בעמ' 95. לפסיקותיו של בית-המשפט העליון בנושא ראו עניין סביצקי, להלן ה"ש 12, ועניין שטיין, להלן ה"ש 13.

8 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), התשכ"ג-1963, ה"ח 321, 322-323, שם גילה המחוקק קשב לביקורתו של בית-המשפט, ואף האריך בציטוט פסק-דינו של בית-משפט השלום בת"פ 551/58 (לא צוין אזכור מלא) לגבי המצב המשפטי הבעייתי שקדם לחוק.

9 בכל מדינה אמריקאית הגדרת ההימורים דומה במהותה להגדרה במשפט המקובל, וכוללת שלושה רכיבים: תשלום (consideration), הזדמנות (chance) ופרס של ערך (prize of value). Aaron Craig, *Gambling on the Internet*, 1998 COMPUTER. L. REV. & TECH. J. 61, 63; James Romoser, *Unstacking the Deck: The Legalization of Online Poker*, 50 AM. CRIM. L. REV. 519, 521 (2013); J. Royce Fichtner, *Carnival Games: Walking the line Between Illegal Gambling and Amusement*, 60 DRAKE L. REV. 41, 46-49 (2011).

10 הגם שכותרתו "איסור הגרלות והימורים" בלבד, ללא התייחסות ל"משחקים אסורים".

מסוים, שאינן חורגות מגדר שעשוע או בידור, ואשר אינן נערכות במקום משחקים אסורים או במקום לעריכת הגרלות או הימורים.¹¹ סעיף 231, שכותרתו "היתר", מחריג מתחולתן של רוב הוראות הסימן הגרלות שלעריכתן ניתן היתר מראש משר האוצר וכן הימורים שמפעל הפיס עורך מתוקף היתר כזה, ובלבד שהם לא לגבי תוצאות משחקים ותחרויות בספורט. כאן נכנס לתמונה החוק להסדר ההימורים בספורט, שכונן מועצה שתארגן הימורים כאמור. את ההסדר המשפטי משלימים סעיפים שמקנים למשטרה סמכויות מנהליות לסגור מקומות (סעיף 229) ולחלט (סעיפים 234–235), וכן סעיפים שקובעים הסדרים ראייתיים (סעיף 232) וחזקות (סעיף 233).

2. תכלית ההסדר הישראלי

הואיל והאיסורים החמורים ביותר בהסדר שנסקף הם עוון, האכסניה השיפוטית המתאימה להם ברגיל היא בית־משפט השלום. אף־על־פי־כן, בעזרת עברות נלוות, בקשות רשות ערעור או עתירה מנהלית, הגיעו תיקים אחדים לבית־המשפט העליון, שהתייחס כל פעם לרובד כלשהו בהסדר: לגבולותיו, לתכליתו או לחומרתו. אגע בכמה תיקים בולטים, ואתמקד בשאלת תכליתו של ההסדר, שהיא המפתח לבחינת ההנחות הנורמטיביות שהוצגו בראשית המאמר – הבעייתיות הפרטית והאחריות המדינתית.

לפני יותר מחמישים שנה התייחס לראשונה בית־המשפט העליון לתכליתו של החוק האוסר הימורים. עניין סביצקי (משנת 1965) עסק לא באישום פלילי, אלא בעתירה שביקשה לחייב את הממשלה, מטעמי שוויון, להעניק לעותרים רישיון לניהול הימורי ספורט. השופט כהן התמרמר מאוד על בחירת הממשלה לכונן משטר הגרלות, וכתב כי מטרת החוק היא להילחם בנגע הזכייה בכסף לא בעמל־כפיים או בתמורה סבירה אחרת, כי אם במזל. החוק מבקש למנוע את ניצולה המסחרי של הנהייה האנושית אחר הנגע, שמוכיל לדמורליזציה. מעבר לדיכוי השאיפה להתעשרות קלה, ההסדר נלחם ב"שימת המכשול בפני עיוור, שבמקום שיוציא אדם את כספו למחיתו ולמחית ביתו, מניחו על קרן הצבי של המזל".¹² בעתירה קשורה בעניין שטיין (משנת 1966) שב בג"ץ על הדברים, באופן שהיה אפשר להבין ממנו מה תכליתן של המגבלות המשפטיות על הימורים: "עסקי הימורים יכול שיעלו לכדי מטרד ציבורי, בעודדם שאיפה להתעשרות קלה ולא בעמל, ובהיותם גורם לבזבוז כספים שלא לצרכי פרנסה או השקעה".¹³ בחלוף עשורים מספר, לאחר התבססות המונופולים המדינתיים של ההימורים, הביקורת עודנה עולה, אבל מתמקדת בהימור הפרטי בלבד. בית־המשפט העליון דן בתכליתו של ההסדר החקיקתי בכמה פרשות בולטות. בעניין רומנו (משנת 2000) עלתה השאלה אם משחק שבו

11 הסעיף קונקרטי מטיבו, ואינו מכשיר ארגון שיטתי. להבחנה קשורה בין רולטות גדולות לקטנות ראו רע"א 2910/98 אריה חברה לקלפים (1982) בע"מ נ' מדינת ישראל אגף המכס ומע"מ, פ"ד נג(4) 411, 420–421, 430–431 (1999).

12 בג"ץ 131/65 סביצקי נ' שר האוצר, פ"ד יט(2) 376, 369 (1965).

13 בג"ץ 402/66 שטיין נ' שר האוצר, פ"ד כא(1) 137, 139 (1967). להתייחסות נוספת לתכלית האיסור ראו בג"ץ 379/72 גיגי נ' מפקד מרחב יפו, משטרת מחוז תל-אביב-יפו, פ"ד כז(1) 544, 546–547 (1973).

ניתן לזכות בנקודות, אשר מאפשרות להמשיך לשחק אך לעולם לא לזכות בכסף ולפדות פרסים, נחשב "משחק אסור". במסגרת בקשת רשות ערעור תרה השופטת פרוקצ'יה אחר תכליותיו של ההסדר, והציגה חששות שכרוכים בהימורים: עידוד נטייה להתמכרות, שמסוכנת בעיקר כאשר נלווית לה ציפייה לקבלת תועלת חומרית; התעשרות בלי מאמץ ועבודה ועידוד פריזיטיות, במקום למצות את יכולתו הפיזית והמנטלית של הפרט בדרך שתורמת לחברה; התמוטטות כלכלית אישית ומשפחתית תוך השתת נטל כלכלי על החברה; הידרדרות לפשיעה כלכלית; וסיכון לשלום הציבור ולבטחונו. כל אלה, קבעה פרוקצ'יה, אינם נלווים למכונות מושא הדיון, ועל-כן יש לזכות את המבקש.¹⁴ השופט זמיר, לעומתה, התמקד בפרשנות לשונית, וקבע כי הנזק העיקרי של תופעת ההימורים נובע מעצם ההתמכרות למשחקי מזל, אשר מזיקה למתמכר ולמשפחתו וגם לציבור הרחב, ועלולה גם לדחוף את המכור לפשעי רכוש. בהעדר בסיס לקביעה כי נזקים אלה אינם עלולים להיגרם ממשחק במכונות האמורות, הציב זמיר להותיר את ההרשעה על כנה.¹⁵ ביניש הצטרפה לדעתו, וכך היה.

בחלוף ארבע שנים פורסם פסק-דין מכונן בנוגע להסדר המשפטי הישראלי לגבי הימורים. מועדון תשעים הכדורים עתר נגד החלטת המשטרה לא לתת לעותרת רשיון עסק למועדון חברים ששיחקו בו בינגו. כרטיס למשחק עלה 10 ש"ח, הפרסים נעו בין 80 ל-5,000 ש"ח, והכנסות המועדון היו 28% מכספי הפדיון. לאחר דחיית העתירה בבית-המשפט לעניינים מנהליים,¹⁶ פנה המועדון לבית-המשפט העליון, טען שהוא עומד בתנאי החריג לאיסור קיום משחקים אסורים, והוסיף כי ההסדר המשפטי בנושא אינו חוקתי בגין פגיעתו בחופש העיסוק. במסגרת דיון חוקתי מקיף בסוגיה בחן השופט גרוניס את תכלית ההסדר, וקבע כי "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". ההסדר נועד גם לצמצם תוצאות שליליות של הימורים והגרלות: "התמכרות, נזק כלכלי חמור, פשע, הרס התא המשפחתי ובעקבות זאת הטלת נטל מוגבר על החברה".¹⁷ בפרשת עובד, משנת 2012, חזר בית-המשפט על התכליות האמורות, והפעם, לראשונה, בהקשר המודרני של הימורים מקוונים.¹⁸ השופטת ארבל הפנתה לפרשות הקודמות, וכתבה כי "התכלית הראשונה" של האיסור היא עידוד האדם לעסוק במשלח-יד לגיטימי ודיכוי המסר

14 רע"פ 9140/99 רומנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 349, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2000). בדבריה נשענה פרוקצ'יה (שם, פס' 14-15 לפסק-דינה) על הצעת החוק לתיקון דיני העונשין (לעיל ה"ש 8) ועל עניין סביצקי (לעיל ה"ש 12).

15 עניין רומנו, לעיל ה"ש 14, פס' 1-2 לפסק-דינו של השופט זמיר.
16 ב"ש (שלום טב') 2949/04 תשעים הכדורים – מסעדה מועדון חברים ומשחקי חברה – עפולה בע"מ נ' ראש עיריית עפולה (פורסם בנבו, 6.6.2014).

17 עע"ם 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782, פס' 9, 19 (2004) (ההדגשות הוספו) (להלן: עניין תשעים הכדורים). על טענת המועדון כי המחירים והפדיון שלו נמוכים למדי, השיב גרוניס כי בעתיד המועדון עשוי לשנותם. מעבר לכך, טען, קבלת הטענה החוקתית תאפשר פתיחת בתי-הימורים רבים ומגוונים, ולא יהיה אפשר למנוע קטינים מלהמר.

18 ע"פ 6889/11 מדינת ישראל נ' עובד (פורסם בנבו, 14.5.2012).

שניתן להתעשר במהירות בעזרת הגורל. התכלית השנייה מבקשת למנוע התמכרות להימורים, שעלולה להוביל להפסדים כספיים אישיים ומשפחתיים, להפיכת המהמר לנטל על החברה ולדרדרו לפשעי רכוש. תכליות אלה נכונות ביתר שאת לגבי הימורים מקוונים, אשר מסוכנים וחמורים מקודמיהם, שכן הם חושפים גם קטינים לפגעי ההימורים, מגדילים את הסכנה למרמה במשחקים ומקילים הלבנת הון.¹⁹

בשנת 2013 שב בית-המשפט העליון והתייחס לתכלית ההסדר בעניין איגוד האינטרנט הישראלי. האיגוד הגיש עתירה מנהלית נגד מפקד משטרת מחוז תל-אביב בגין נטילת סמכות והפעלתה לא כדין. העתירה התייחסה להוראת המשטרה לספקיות המרשתת בישראל לחסום גישה לרשימה של אתרים שעוסקים בהימורים, וזאת בהסתמך על סעיף 229 לחוק העונשין (בנוסחו דאז). לאחר שבית-המשפט לעניינים מנהליים קיבל את העתירה,²⁰ ערערה המדינה לבית-המשפט העליון. ערעורה נדחה בדעת רוב, שטעמה נוגעים בגבולות הסמכות המנהלית. שופט המיעוט, השופט סולברג, נשען על התכליות כפי שנוסחו בפרשת תשעים הכדורים ובעניין סביצקי, והוסיף וכתב, כמעשה ארבל, כי התכליות חשובות ביתר שאת בעידן ההימורים המקוונים.²¹

לבסוף התייחס בית-המשפט העליון לתכלית ההסדר בעניין דבוש, משלהי 2015. בתובענה ייצוגית זו נטען כי מכירת מוצרים במרשתת שנערכת בצורת "מכרזים הפוכים" מהווה עוולה של הפרת חובה חקוקה, באשר היא עוברת על האיסור לקיים משחקים אסורים. השופט מזוז כתב כי תכלית האיסור נוגעת בפרט המהמר, אך ההצדקה לפטרנליזם היא הנוק החברתי הכללי של התופעה, ובעיקר הנזקים הנובעים מהתמכרות, לרבות ביצוע עבירות לשם מימון ההימורים.²² ברק-ארו הצטרפה לדעתו של השופט מזוז בדבר תפקיד האיסור במניעת התמכרות, והטעימה במיוחד את התכלית של מניעת קריסה כלכלית ונפשית של המתמכר ובני משפחתו.²³

לסיכום, אם בעבר ביקר בית-המשפט העליון את עולם ההימורים בכללותו, כולל זה המדינתי, עם התבססותו של מונופול ההימורים המדינתי החלה הביקורתיות השיפוטית להתמקד בהימור הפרטי והמופלל, לעיתים תוך הצדקת ההבחנה בינו לבין ההימור הציבורי. תכליות רבות הוזכרו כעומדות בבסיס ההסדר. מלחמה ברעיון ההתעשרות הקלה הוזכרה פעמיים כתכלית העיקרית (בעניין תשעים הכדורים ובעניין עובד), ומניעת ההתמכרות הוזכרה

19 שם, פס' 14–16. עתירה לדיון נוסף נדחתה בקצרה. ראו דנ"פ 4409/12 עובד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.6.2012).

20 עת"ם (מנהליים ת"א) 45606-10-10 איגוד האינטרנט הישראלי נ' מפקד מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 2.4.2012).

21 עע"ם 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פס' 37–40 (פורסם בנבו, 24.3.2013). בקיץ 2016 בוטל ס' 229 לחוק העונשין, במסגרת חקיקת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ו–2016, ס"ח 942. ההסדר המהותי הנוגע בהימורים נותר על מכונו.

22 ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש, פס' 28–29 לפסק-דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 5.11.2015).

23 שם, פס' 24, 26 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארו.

כמה פעמים כתכלית בולטת (בפרשות רומנו, תשעים הכדורים, עובד ודבוש). ניכר שבית- המשפט העליון חי בנוח עם איסור ההימור הפרטי והתרת ההימור הציבורי. ראוי להדגיש, כמובן, כי ייחוס מגוון נזקים להימורים (פרטיים ואחרים) אינו נחלתה של ישראל בלבד. גם מחוץ לישראל נטען כי הימורים מובילים להגברת הפשע המאורגן ולהלבנת הון; לפשעים נלווים, כהונאה, גנבה וזנות; לפשעי סמים ואלכוהול; להפסדים כלכליים, לגירושים ולאלימות משפחתית; וכן להטיית משחקי ספורט. כן נטען כי הימורים גורמים חרדה ומובילים לשיעור התאבדות גבוה, מזיקים לשכבות חלשות מבחינה כלכלית, מְסַכְּנִים קטינים, מבזבזים משאבים וזמן, ואף מעודדים את השאיפה הלא־מוסרית להשיג משהו מבלי להרוויחו.²⁴

לעומת זאת, תומכי ההימורים גורסים שההימורים בלתי־ניתנים לעצירה;²⁵ שהסדרתם פוגעת בפשע המאורגן; שהימורים הם מקור הכנסה חשוב, צורת פעילות ובידור בעלת ערך, מערכת חברתית חלופית והזדמנות להוכחת כישורים; ואפילו שהם מייצגים הגשמה של ערכי עבודה – למשל, בכך שהם מעודדים שקידה, פיתוח כישורים ומיומנויות והתמסרות

JIM ORFORD, EXCESSIVE APPETITES: A PSYCHOLOGICAL VIEW OF ADDICTIONS 40 (2nd ed. 2001); John D. Andriele, *A Winning Hand: A Proposal for an International Regulatory Schema with Respect to the Growing Online Gambling Dilemma in the United States*, 37 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1389, 1392 (2004); WILLIAM R. EADINGTON, CASINO GAMING – ORIGINS, TRENDS AND IMPACTS 7, 9 (1995); Susan Ormand, *Pending U.S. Legislation to Prohibit Offshore Internet Gambling May Proliferate Money Laundering*, 10 LAW & BUS. REV. AM. 447, 448 (2004); Jonathan Gottfried, *The Federal Framework for Internet Gambling*, 10 RICH. J.L. & TECH. 26 (2004); John L. McMullan, *Cyber Fraud, Online Poker, and Order-Maintenance in Virtual Worlds*, 16(3) GAMING L. REV. & ECON. 100 (2012); Mark D. Griffiths, *Crime and Gambling: A Brief Overview of Gambling Fraud on the Internet*, INTERNET J. CRIMINOLOGY (2010); Friedrich Schneider, *Money Laundering & Online Poker: How Relevant?*, 17 GAMING L. REV. & ECON. 714 (2013); Emanuel V. Towfigh, Andreas Glockner & Rene Reid, *Dangerous Games: The Psychological Case for Regulating Gambling*, 8 CHARLESTON L. REV. 147, 156–158 (2013); Henry R. Lesieur, *Costs and Treatment of Pathological Gambling*, 556 ANNALS 153, 155–157 (1998); John Warren Kindt, *Gambling with Terrorism and U.S. Military Readiness: Time to Ban Video Gambling Devices on U.S. Military Bases and Facilities?*, 24 N. ILL. U. L. REV. 1, 20 (2003); Nicholas M. Wajda, *Over-Playing a Weak Hand: Why Giving Individual States a Choice is a Better Bet for Internet Gambling in the United States*, 29 T. JEFFERSON L. REV. 313, 321 (2007); Yevgeniya Roysen, *Taking Chances: The United States' Policy on Internet Gambling and Its International Implications*, 26 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 873, 879–882 (2009); Ryan P. McCarthy, *Information Markets as Games of Chance*, 155 U.PA. L. REV. 749, 759 (2007); I. Nelson Rose, *Casinos at the End of the World*, 42 N. KY. L. REV. 475, 482 (2015). כן ראו Craig, לעיל ה"ש 9, בעמ' 64–68; Hurt, לעיל ה"ש 4, בעמ' 402; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 4, בעמ' 231, 236–237; Kindt, לעיל ה"ש 4, בעמ' 567.

25 יותר ממאה שנה האמינו האמריקאים כי תחלואי החברה הכרוכים בהימורים שוקלים יותר מערכם הבידורי, והגבילו הימורים באופן נרחב, אך המגבלות שהם הטילו לא פגעו בפופולריות של ההימורים. ראו Romoser, לעיל ה"ש 9, בעמ' 519; Bruce P. Keller, *The Game's the Same: Why Gambling in Cyberspace Violates Federal Law*, 108 YALE L.J. 1569, 1569 (1999).

למשימה.²⁶ נכתב שהחשד ההיסטורי כלפי הימורים הוא במקרה הטוב פטרנליסטי ובמקרה הרע מעמדי (classist), באשר ההימורים מאיימים על הסדר החברתי מעצם העובדה שבזריקת קוביות פשוט-עם יכול ליהפך לעשיר. באופן היסטורי, ספקולציה פיננסית הייתה נחלת האליטה, ולכן זכתה בכבוד, בעוד שהימורים היו גם נחלת ההמונים ולכן נאסרו.²⁷ לבתי-קזינו עשויות להיות השפעות חיוביות על הקהילה, כגון הגברת שיעור התעסוקה והורדת שיעור המבקשים קצבת אבטלה, תנאי תעסוקה טובים מהממוצע ועוד.²⁸ זאת, הגם שברור כי מטרת העסק, ככל עסק, היא להרוויח.²⁹ נתונים ואמירות נורמטיביות הועלו בשני הכיוונים, ודומה שהמחלוקת החברתית והערכית מתקיימת בכל מקום, בין שיש בו הימורים מרובים ובין שיש בו מגבלות מהותיות לגבי הימורים.

ב. הנחת הבעייתיות הפרטית – ההפללה של הימורים פרטיים

1. מבוא להפללה

בחלק זה אבחן באופן ביקורתי את הנחת הבעייתיות הפרטית, שלפיה הימורים פרטיים ראויים להפללה. ההפללה – מן המורכבות שבסוגיות-הליבה של המשפט הפלילי – בוחנת אם ראוי שסוג התנהגות מסוים ייאסר באמצעות המשפט הפלילי.³⁰ חרף חשיבותה הברורה של הסוגיה, השיח האקדמי בה דל למדי (לעומת הדיון בחלק הכללי של חוק העונשין, למשל) – בעיה שעליה הצביעה האקדמיה עצמה.³¹ הדלות העיונית מתבטאת גם בכך שמעטים בעולם המערבי ניסו לפתח מודל הפללה נורמטיבי: שונשק (Schonsheck) הציע את "משפך ההפללה" בשנת 1994,³² קרניאל הציע שש אמות-מידה להפללה בשנת 2001,³³ והוסאק (Husak) הציע שבע

James H. Frey, ; 64 בעמ' 9, לעיל ה"ש 9, Craig ; 235–232 בעמ' 4, Cabot & Csoka 26
Federal Involvement in U.S. Gaming Regulation, 556 ANNALS 138, 139 (1998); Colin S.
 Campbell & Garry J. Smith, *Canadian Gambling: Trends and Public Policy Issues*, 556
 ANNALS 22, 23–24 (1998).
 Hurt, לעיל ה"ש 4, בעמ' 403–402. 27
 Ryan S. Landes, *Layovers and Cargo Ships: The Prohibition of Internet Gambling and a* 28
Proposed System of Regulation, 82 NYU L. REV. 913, 922 (2007).
 למשל, בתי-קזינו הבינו מזמן שאם בכל הימור שמים כסף אמיתי על השולחן, נוצרות עכבות אצל 29
 המהמרים. במטרה להחליש את תחושת הקשר של המהמר למזומן, נולד במאה התשע-עשרה
 אסימון הפוקר, אשר נפוץ כיום בכל סוגי המשחקים. ראו Hurt, לעיל ה"ש 4, בעמ' 422–421.
 HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 17 (1969) 30
 Nicola Lacey, *Contingency and Criminalization*, in FRONTIERS OF CRIMINALITY 1, 2 (Ian 31
 Loveland ed., 1995); Claire Finkelstein, *Positivism and the Notion of an Offense*, 88 CAL.
 L. REV. 335, 336 (2000); NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM
 PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS 6 (2007); DOUGLAS HUSAK,
 OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 58–63 (2008).
 JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION: AN ESSAY IN THE PHILOSOPHY OF THE 32
 CRIMINAL LAW 1 (1994).
 יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד 402–335 (2001). 33

מגבלות בנוגע להפללה בשנת 2008.³⁴ צרה היריעה מלתאר כל מודל בפני עצמו, ובוודאי מליישמו על השאלה שלפנינו. מכל מקום, לצד תרומה גדולה שהם סיפקו לשיח ושאלות חשובות שהם הציפו, הקושי הגדול במודלים הללו הוא כלליותם: השיקולים שהם מציבים מופשטים מאוד, ומותירים לפרשן עבודה מרובה.

גם אני ניסיתי את כוחי במשימה הקשה והצעתי טקסונומיה של הפללה,³⁵ שבהמשך כיניתי "שרשרת ההפללה"³⁶ ולבסוף "סולם ההפללה".³⁷ שינויי הכותרת לא שינו את מהותו של המודל או את התפצלותו לארבע שאלות מרכזיות, שנדונות כל אחת בנפרד: הפוגענות (האם סוג ההתנהגות שמבקשים להפליל כרוך בפגיעה ובאיזו מידה?), התכליתיות (האם המשפט הפלילי מסוגל לצמצם את סוג ההתנהגות ואת סוג הפגיעה שלעיל?), החלופיות (האם ניתן להשיג את הצמצום האמור בעזרת פתרונות שמחוץ לדין הפלילי?) והמאזן (הערכת חסרונותיהם של הפתרונות המגוונים לקראת בחירה הסדרתית מושכלת). כל אחת מהשאלות מתפצלת לשאלות-משנה מגוונות, אשר רק לאחר מענה על כולן ניתן להשיב באופן מעמיק אם ההפללה ראויה. למעשה, זה אינו מודל הפללה גרידא, אלא מודל הסדרה, וניתן ליישמו לגבי כל סוג של התנהגות אנושית פוגענית.

מטבע הדברים לא אגן על המודל במאמרי זה. בחירתי להשתמש דווקא בו אינה שוללת מודלים אחרים, אלא אך מאפשרת לי להשתמש בכלי שאני מבין היטב. המודל הינו נורמטיבי ולכן אינו מצריך התאמה מיוחדת לדין הישראלי, שהרי מבוכן הערכי שאלת ההפללה של הימורים פרטיים אינה ייחודית לישראל. עם זאת, למי שזקוק לעוגן של המשפט הפורמלי אבהיר כי את המודל העיוני הכללי שהצעתי זיקקתי והתאמתיו למשפט הישראלי החוקתי, כדי להראות כיצד המודל רלוונטי, מועיל וישים גם בכלים המקובלים בענף זה: "פסקת ההפללה".³⁸ כדי לחסוך מקום, לא אציג את המודל באופן מפורט ועצמאי, אלא איישם את שלביו לגבי הימורים פרטיים, תוך הצגה קצרה של כל שלב והגיונו רגע לפני יישומו. המודל מתייחס לסוג התנהגות נתון, ולא למוצר או לשירות באופן מופשט: לא "הימורים" או "סמים", אלא "ארגון הימורים פרטיים" או "סחר בסמים". לצורך העניין אתמקד בסוג ההתנהגות החמור ביותר כביכול בהקשרנו – ארגון הימורים פרטיים. מובן שהתשובה בקשר לסוג התנהגות אחר עשויה להשתנות.

הנה תרשים זרימה של המשך הדיון:

34 Husak, לעיל ה"ש 31, בעמ' 58–63.
 35 אסף הרדוף הפשע המקוון פרק 1 (2010).
 36 אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243 (2012).
 37 Asaf Harduf, *How Crimes Should Be Created: A Practical Theory of Criminalization*, 49 CRIM. L. BULL. 31 (2013).
 38 לעיל ה"ש 36.

תרשים זרימה: הימורים פרטיים בסולם ההפללה

א. פוגענות: האם הימורים פרטיים מזיקים?

1. הצבה שקופה של נזקים כתכלית האיסור
2. בחינה ביקורתית של הנזקים הנטענים
3. בחינה ביקורתית של הקשר הסיבתי בין הימורים פרטיים לבין הנזקים הנטענים

ב. תכליתיות: מניעת נזקים ופגיעות ערכיות באמצעות הדין הפלילי

1. אכיפות: האם הדין הפלילי מסוגל למנוע הימורים פרטיים על-ידי מימוש של שיטות עבודתו?
 - (א) היכולת לאתר הימורים ומהמרים ולתופסם
 - (ב) היכולת לאסוף ראיות שמספיקות להעמדה לדין
 - (ג) היכולת לצמצם הימורים פרטיים באמצעות ענישה
2. מבחן צרות-היתר: האם הנזקים שהוגדרו קודם נגרמים גם מסוגי התנהגות אחרים?

ג. חלופיות: בחינת חלופות להפללה

1. קטיעת סיבתיות קדם-התנהגותית: האם ניתן להסיר תנאים חיוניים להימורים פרטיים או תמריצים חיוביים שמעודדים אותם?
2. קטיעת סיבתיות התנהגותית: האם ניתן לקטוע שלב-ביניים בין הימורים פרטיים לבין נזקיהם?
3. קטיעת סיבתיות בתר-התנהגותית: האם ניתן לייצר תמריצים שליליים (שונים מאלה שהמשפט הפלילי מייצר) להימורים פרטיים?

ד. מאזן

1. בחינת פגיעתה של ההפללה
 - (א) פגיעת האיסור: עמידה על הפגיעה הכרוכה באיסור
 - (ב) פגיעת האכיפה: עמידה על הפגיעה הצפויה מאכיפת האיסור, בהתאם לאסטרטגיית האכיפה
2. בחינת פגיעתן של החלופות להפללה
3. עריכת איזון: קבלת בחירה הסדרתית מושכלת

2. פוגענות

(א) עקרון הנזק, פגיעה בערכים ופוגענות – מבוא

שאלת ההפללה נפתחת באיתור הנזק או הפגיעה הערכית שכרוכים לכאורה בסוג ההתנהגות. מיל (Mill) הציע כבר מזמן כי שימוש בכוח המדינה צריך להיות מוגבל למטרה של מניעת נזק לאחר.³⁹ רעיון זה, "עקרון הנזק", נתמך על-ידי פילוסופים מובילים דוגמת הרט (Hart) ודוורקין (Dworkin),⁴⁰ ונדרון בהרחבה יתרה על-ידי הפילוסוף פיינברג (Feinberg).⁴¹ עקרון הנזק הינו פופולרי בתרבות המערבית.⁴²

קושי מרכזי בעיקרון היה עמימותו הרבה, אשר הובילה לביקורות על תומכיו שלא ביארוהו בבירור,⁴³ מצד אחד, ולהצלחה רבה של העיקרון עד כדי קריסתו,⁴⁴ מצד אחר, הואיל וכל פעולה כמעט ניתנת להמשגה כמזיקה.⁴⁵

בישראל אין מרבית לעסוק בעיקרון זה, וחלף זאת מרבית לכתוב על תפקידו של המשפט הישראלי "להגן על ערכים".⁴⁶ איני בטוח שהשוני בין עקרון הנזק לרעיון ההגנה על ערכים רב על הדמיון ביניהם. גם לגבי ערכים מוגנים עולה קושי: כל פעולה כמעט ניתנת להמשגה

39 JOHN STUART MILL, ON LIBERTY AND THE SUBJECTION OF WOMEN 13 (1996) (1879)
40 H.L.A. HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY 4–5 (1963); Ronald Dworkin, *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, 75 YALE L.J. 986, 992 (1966)

41 JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS (1984)
42 Lindsay Farmer, *Criminal Wrongs in Historical Perspective*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 214, 214 (R.A. Duff et al. eds., 2010); Darryl Brown, *History's Challenge to Criminal Law Theory*, 3 CRIM. L. & PHIL. 271, 278–282 (2009); Shlomit Wallerstein, *Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-Democratic Activity*, 28 CARDOZO L. REV. 2697, 2699 (2007)

43 ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 91–77, 71, 61–60, 14, בעמ' 31, לעיל ה"ש 31, בעמ' 14, PERŠAK, לעיל ה"ש 31, בעמ' 31, PERŠAK, לעיל ה"ש 31, בעמ' 14, CRIMINAL LAW 32 (5th ed. 2006)

44 Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109, 110–113 (1999)

45 ראו, למשל, PACKER, לעיל ה"ש 30, בעמ' 30, בעמ' 266–267, 271–270, HUSAK; לעיל ה"ש 31, בעמ' 168–161 Andrew von Hirsch, *Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation*, in HARM AND CULPABILITY 259, 260–264 (Andrew P. Simester & A. Tony H. Smith eds., 1996); Matthew D. Adler, *Risk, Death and Harm: The Normative Foundations of Risk Regulation*, 87 MINN. L. REV. 1293, 1310–1312 (2003); Claire Finkelstein, *Is Risk a Harm?*, 151 U. PA. L. REV. 963, 966–970 (2003); Douglas Husak, *What Moral Philosophers Might Learn from Criminal Theorists*, 36 RUTGERS L.J. 191, 192–193 (2004); R.A. Duff, *Criminalizing Endangerment*, 65 LA. L. REV. 941, 963–965 (2005); Andrew Ashworth, *Conceptions of Overcriminalization*, 5 OHIO ST. J. CRIM. L. 407, 413–417 (2008).

46 מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות פרק ו (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980) (להלן: קרמניצר העבירות הספציפיות); מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנוחנו?" משפטים יג 159, 160 (1983); האלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובעז שנון הרע – הדין המצוי והרצוי 25, 27–28 (2005); מרדכי קרמניצר המרמה הפלילית 39 (2008); רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.8.2008).

כפוגעת בערך, לרבות שפע של פעולות שכיום מוסדרות בדין האזרחי או אינן מוסדרות כלל. הגנה על ערכים אינה משימה התוחמת בחדות את גבולות המשפט הפלילי, משום שכל ענף משפטי מגלם ומקדם ערכים: דיני החוזים, דיני הקניין, דיני המשפחה, דיני העבודה, המשפט החוקתי וכדומה. מלוא המשפט ערכים.⁴⁷

סולם ההפללה אינו מתיימר לפתור את הקושי האמור. חלף זאת הוא מציב דרישות של שקיפות ולוגיות. שלב ההפללה הראשון – "הפוגענות" – בוחן אם סוג ההתנהגות שעל הפרק כרוך בנזק או בפגיעה ערכית. במקום להגדיר באופן מופשט מהם נזק או פגיעה ערכית ולהותיר לכל דיון קונקרטי מרחב ויכוח עצום, המודל תובע מתומכי ההפללה להצהיר בעצמם, בשלב הראשון, מהם הנזקים שסוג ההתנהגות מסב לדבריהם. הדבר פותח דלתות ביקורת מגוונות, שמכוונות ל"רצינות", ל"לוגיות" ול"עקיבות".

מרגע ההכרזה נפתח פתח ביקורת ראשון, שמאפשר להתווכח אם הנזק המוצהר אכן חמור ורציני דיו להצדיק הפללה.

בשלב השני על תומכי ההפללה לעמוד במשימה לא-פשוטה: הצגת קשר סיבתי משכנע בין סוג ההתנהגות שמבקשים להפליל לבין הנזק המוצהר.⁴⁸ המחוקק האידיאלי יבסס את הקשר בצורה אמפירית. בעולם אידיאלי פחות, אך כזה שאינו מסתפק בטענות אינטואיטיביות על קשר סיבתי, תומכי ההפללה מתבקשים להצביע על קשר לוגי לביסוס טענתם, ולהראות כיצד סוג ההתנהגות המדובר אכן גורם נזק: סוג התנהגות ← (סיבתיות התנהגותית) ← נזק. ככל שהמהלך הסיבתי הנטען מפורט ושקוף יותר, גדלים כוח השכנוע בבסיסו, מצד אחד, והפוטנציאל להצביע על חורים וקשיים בבסיסו, מצד אחר.

טיעון נגד הפללה מן הכיוון של פוגענות יכוון לאחד משני היבטים. האחד הוא שהנזק הנטען אינו מסוג שראוי להפללה. זהו טיעון ערכי לחלוטין, שמתאפשר בעקבות ההכרזה על סוג הנזק, חלף התחבאות מאחורי סוג התנהגות שנתפס באופן אינטואיטיבי כשלילי, אולי גם משום שהוא מקושר לעולם העבריינות בגין הפללתו בפועל. ההיבט האחר הוא שהקשר הסיבתי בין סוג ההתנהגות לבין הנזק אינו איתן דיו להצדיק את ההפללה. בהעדר נזק המצדיק הפללה וקשר סיבתי איתן בין סוג ההתנהגות לבין הנזק – אין בסיס ערכי להפללה. ההצהרה על הנזקים מאפשרת אם כן כבר כעת שני סוגי ביקורת: רצינות ולוגיות. ביקורת מסוג שלישי – עקיבות – תגיע בשלב הבא בסולם ההפללה, במסגרת מבחן צרות-היתר.

(ב) עקרון הנזק, פגיעה בערכים ופוגענות – ארגון הימורים פרטיים

מבין ארבע שאלות-הבסיס של ההפללה דומני ששאלת הפוגענות היא השאלה המרכזית, הן באופן כללי והן לגבי הימורים פרטיים, ולכן ארחיב עליה לעומת יתר השאלות, שלגביהן אקצר מטעמי מקום.

איתור תכליתן של עבירות ההימורים אינו מלאכה קלה. בית-המשפט העליון, בדיון החוקתי היחיד שלו באיסור, הציב תכלית אחת מעל כל היתר: מלחמה בתפיסה שניתן להתעשר במהרה

47 אסף הרדוף עברת הגנבה 109 (2014).

48 GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 61 (1998).

בלי מאמץ ועבודה, או במילים אחרות – מלחמה בעידוד פרזיטיות. תכליות בולטות נוספות שציינן בית המשפט סובבות סביב ההתמכרות, שעלולה להוביל להתמוטטות כלכלית אישית ומשפחתית, ובעקבות זאת להשתת נטל כלכלי על החברה ולהידרדרות לפשיעה כלכלית. נזקים נלווים, שצוינו בקשר למרשתת, היו פגיעה בקטינים, מרמה במשחקים והקלה של הלבנת הון. הטיעונים שיוצגו להלן נגד הפללה יעסקו בעצם הצבתן של תכליות מסוימות כבסיס הפללה או בהעדר קשר סיבתי איתן בין ארגון הימורים פרטיים לבין הפגיעות הנטענות. לנוכח ריבוי התכליות לא אתעמק בכל סוג, ולא אתיימר למצות את הדיון בו, אלא אך להציף קושיות.

(1) מלחמה במסר מופשט בדבר התעשרות מהירה ללא מאמץ או בפגיעה בערכי עבודה

ניתן לגרוס כי תכלית זו אינה בסיס ראוי להפללה. לפי קו זה, מסר ההתעשרות הקלה אולי אינו מלהיב ומוסרי במיוחד, אך גם אינו מרושע או מסוכן; חלום החיים הקלים אינו מזיק מבחינה חברתית, והמלחמה בו משקפת עולם מיושן ופוריטני.⁴⁹ ניתן אף לגרוס כי מסר מופשט כשלעצמו אינו מזיק, להבדיל ממסר קונקרטי אלים,⁵⁰ ממסר אנטי-מדינתי⁵¹ וכדומה.⁵² כלומר, התכלית אינה מנוסחת בצורה חדה מספיק, משום שהנזק אינו מצטייר כנזק כשלעצמו; דרוש משהו מזיק שיקרה אחריו, שאותו ראוי להגדיר בבירור כדי להתווכח עליו ברצינות. בהנחה שאותו משהו הוא פגיעה בכלכלת המדינה, אבטלה רחבה וכדומה – פגיעות שקשה יותר להתווכח על חומרתן – יש לטעון כי זהו הבסיס התכליתי של האיסור ואז לעבור לבחינת הסיבתיות בנפרד.

בהנחה שאכן מדובר בנזק שמצדיק הפללה ("תכלית ראויה"), יש לבחון את הסיבתיות שבבסיסה. קשה למצוא נתונים אמפיריים שתומכים בטענה כי הימורים כשלעצמם (להבדיל משיווקם) מקדמים מסר כאמור.⁵³ גם במבט לוגי עולים קשיים. עלינו לחבר בין סוג הפעולה לבין פגיעתה באמצעות מהלך סיבתי מפורט. אפילו בהנחה שעצם שליחת המסר היא הנזק, המהלך אינו פשוט מרגע שנדרשים לשרטטו, ולא להסתפק בטיעון אינטואיטיבי. ארגון הימורים פרטיים אינו מוביל כשלעצמו לשליחת מסר על התעשרות קלה או לפגיעה בערכי עבודה. ניתן לחשוב על מהלך כזה:

ארגון הימורים פרטיים ← הגעה להיקף פעילות גדול ולפרסים גבוהים או תכופים מאוד ← שיווק ופרסום בדבר האפשרות להתעשר / גדילת התופעה של התעשרות מהמרים ← התרחבות המסר על התעשרות ← פגיעה בערכי עבודה

49 לפני יותר מעשור וחצי כתב גרוסקופף כי מדינת-ישראל אינה נשענת עוד על תפיסותיה של תנועת העבודה, וכי הניסיון לחזק תפיסות אלה באמצעות איסור הימורים דווקא הוא ניסיון תלוש מן המציאות. עופר גרוסקופף "פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק הימורים" המשפט ז 9, 30 (2002).

50 למשל, ס' 27144 לחוק העונשין.

51 למשל, ס' 109–110, 166, 289 לחוק העונשין; פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948.

52 למשל, ס' 144 ב לחוק העונשין.

53 Amir Shani et al., *The Ethics of Gambling: Are We Asking the Right Questions?*, 39 TOURISM RECREATION RES. 453, 459 (2014).

מרגע שמפרטים את המהלך הלוגי – ולו החזק ביותר שניתן להציע – השקיפות פותחת פתח לביקורת ולהצבעה על חורים בשרשרת, קרי, על מקרים טיפוסיים שבהם המעבר מחוליה אחת לאחרת אינו מתרחש ולפיכך בסיס ההפללה נחלש. כך, ברור שלא כל ארגון של הימורים פרטיים מגיע להיקף פעילות גדול ולפרסים גבוהים ותכופים מאוד. לא כל ארגון כרוך בשיווק ובפרסום או בתופעה רחבה של התעשרות מהמרים. לא כל שיווק ופרסום או התעשרות מהמרים מובילה להתרחבות המסר על התעשרות ולפגיעה בערכי עבודה. ברור גם שלא כל הימור הינו פעולה קלה שאינה משקפת מאמץ. גם תפיסת ההימור כ"לא עבודה" אינה נכונה בכל מקרה: תפיסת הימורים כמשהו קל הינה שטחית ופשטנית. לבסוף, אם בסיום השרשרת נציב נזק ברור יותר, כגון "אבטלה רחבה", המהלך רק יוסיף להסתבך.

חורים בשרשרת אין פירושם בהכרח שההפללה אינה מוצדקת, אלא שבסיסה נחלש. בסופו של דבר, כמודגש, דיון בהפללה הוא ערכי, ולא מדעי, וניתן לתמוך בהפללה גם על בסיס סיבתיות רעועה. סולם ההפללה אינו מחייב או מונע הכרעות ערכיות מסוימות, אלא אך מבקש להופכן לשקופות.

(2) התמכרות: אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית / התמוטטות / הידרדרות לפשעי רכוש

בדומה לכתוב קודם, ניתן לגרוס כי התמכרות אינה דבר שראוי להילחם בו במסגרת המשפט הפלילי. שוב, התכלית אינה מנוסחת בחדות. אומנם הפעם מדובר במשהו שנשמע שלילי למדי, אך עדיין לא ברור מהו בדיוק. התמכרות היא תופעה חברתית מוכרת ומגוונת, ובמקרים רבים ומתונים היא נסבלת מבחינה אישית, חברתית ומשפטית. ניתן לגרוס כי ההתמכרות מזיקה כשלעצמה, אולם ניתן לחלופין לטעון כי התמכרות אינה נזק עצמאי כלל, אלא רק השביל אל הנזק. המונח "התמכרות" מתחבר למשהו רע, אך מטשטש ומעמעם אותו במקום להסבירו. אם זה המצב, אזי יש לנסח בחדות נזק ברור יותר – בין מופשט, כגון אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית, ובין קונקרטי וברור, כגון התמוטטות כלכלית אישית ומשפחתית או פשעי רכוש. אם אלה הפגיעות שמנסים למנוע בעזרת ההפללה, אזי הן אלה שראויות לבחינה, ולא "התמכרות" כשלעצמה. אתייחס תחילה לנזק המופשט, ובהמשך אתייחס לנזקים הקונקרטיים.

אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית אינו דבר רצוי. העמדתו כבסיס תכליתי להפללה מתחברת לרעיון הפטרנליזם, שעניינו הכפפת הזכות האישית להגדרה עצמית אל "טובת האדם" – מונח שמתקשר לאינטרסים אישיים כהיתפסם על-ידי הכלל.⁵⁴ ניתן לתמוך בפטרנליזם כעקרון הפללה. ניתן לגרוס כי לגיטימי להגן על הפרט מפני אובדן כושר הבחירה שלו. למשל, רק מעטים יחלקו על כך שראוי לאסור עבדות מרצון באשר היא שוללת לחלוטין את כושר הבחירה, כלומר, לאסור בחירה היום על-מנת להגן על אפשרות הבחירה מחר.⁵⁵ ניתן לסבור שהמשפט צריך להתערב כדי להגן על חופש הבחירה, ובכלל זה לפעול למען חופש הבחירה של אדם גם על-חשבון רצונותיו והעדפותיו במקרים מסוימים.

Meir Dan-Cohen, *Basic Values and the Victim's State of Mind*, 88 CAL. L. REV. 759, 765 54
(2000); JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO SELF* 57–58,
68–69 (1986).

שם, בעמ' 71–81. 55

לעומת זאת, ניתן גם להתנגד לפטרנליזם, לפחות במקרים קיצוניים פחות מ"עבדות מרצון". לא כל התמכרות כמוה כעבדות, שעניינה הכפפה מוחלטת של אדם אחד לאדם אחר בכל היבט ורובד, כמו העבדות ההיסטורית (ולהבדיל מעבדות מטפורית, שעניינה העדר חופש מלא לנהוג כפי רצוננו). טיעון ההתנגדות הראשי נוגע באוטונומיה האישית, ביכולתו של האדם לשלוט בעצמו, לבחור ולהחליט כיצד לנהל את חייו.⁵⁶ ניתן לגרוס כי כבוד לאוטונומיה של אדם הוא כבוד לבחירה החופשית שלו פְּקובעת המוצדקת היחידה של פעולותיו, למעט כאשר האינטרסים של אחרים זקוקים להגנה מפניו. כפיית אדם לנהוג או להימנע מלנהוג באופן מסוים כדי להגן עליו מפני שיקול-דעתו, אף שאין אחר הנתון בסכנה, מפרה את האוטונומיה שלו גם – ואולי במיוחד – כאשר נדמה לנו שבחירותיו אינן סבירות.⁵⁷ ניתן אף לגרוס כי קיים דיסוננס באיסור פטרנליסטי שמבקש להגן על האוטונומיה באמצעות שלילתה.

פטרנליזם הינו רעיון מעורר מחלוקת הן באופן כללי והן לגבי הימורים. ניתן לגרוס כי ראוי לאסור הימורים כדי למנוע התפתחות התמכרות, שתשלול מהמהמר את כושר הבחירה.⁵⁸ בהנחה שכך, ראוי לדון במידת רצינותו של הקשר הסיבתי בדרך להתמכרות. הטיעון האנטי-פטרנליסטי נחלש ככל שגובר החשש לנזק בלתי-הפיך – למשל, אם אנו תופסים את ההימורים הפרטיים כחומר אשר ממכר את הגוף מרגע היכנסו לתוכו, דוגמת הרואין, ויוצר תלות מתמשכת וקשה.⁵⁹ תפיסה כזו מתחברת למציאות שבה לא מעט אנשים התמכרו להימורים עד כדי דיכוי. לעומת זאת, עצם התמשכותה של פעילות אינה מאותתת על התמכרות תלוית.⁶⁰ גם תפיסה כזו הינה מציאותית, בהינתן שלא מעט אנשים מהמרים באופן סדיר אך אינם מפתחים תלות. נסיון החיים אינו מכריע במחלוקת לכאן או לכאן, ודומני שגם מחקרים לא יוכלו להכריע בסוגיה, בהינתן הקושי המתודולוגי למדוד את אחוז המהמרים הפרטיים

56 שם, בעמ' 28, 115, Dan-Cohen, לעיל ה"ש 54, בעמ' 765, Joel Feinberg, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?*, 58 NOTRE DAME L. REV. 445, 446-447, 453-454 (1983).

57 FEINBERG, לעיל ה"ש 54, בעמ' 68-69. הבחנות שונות לגבי פטרנליזם ראו שם, בעמ' 5, 8-9, 12, 16.

58 ברגלר כתב שהמהמר הוא אדם חולה שאינו פועל מבחירה: Edmund Bergler, *The Psychology of Gambling*, in GAMBLING 113, 124 (Robert D. Herman ed., 1967), לעיל ה"ש 24, בעמ' 36.

59 ברגלר כתב שכל אדם הוא מהמר פוטנציאלי, בין מהסוג המזיק ובין מהסוג הבלתי-מזיק. לאפיוני המהמר הכפייתי ראו Bergler, לעיל ה"ש 58, בעמ' 113-120, 127-128, Tian Po Oei, James Lin & Namrata Raylu, *The Relationship Between Gambling Cognitions, Psychological States, and Gambling: A Cross-Cultural Study of Chinese and Caucasians in Australia*, 39 J. CROSS-CULT. PSYCHOL. 147, 148 (2008). המועצה הלאומית האמריקאית לטיפול בבעיית ההימורים העריכה כי כאחוז מהמהמרים האמריקאים הבגירים עונים על המאפיינים של מהמר כפייתי, ועוד 2%-3% מציגים בעיות הימורים משמעותיות (ראו אצל Landes, לעיל ה"ש 28, בעמ' 919-921).

60 גרוסקופף כתב כי אדם שמהמר בקביעות אינו סובל בהכרח מהפרעת אישיות. "הימור כפייתי" מתקשר לאנשים שאינם יכולים לשלוט בדחף ההימור, ולא לאלה שנוהגים להמר באופן תדיר. מעבר לכך, כשם שהמדינה אינה מגבילה פעילות צרכנית רק משום שיש אנשים שחשים צורך לרכוש מוצרים בהיותם מדוכדכים, כך אין סיבה להגביל הימורים רק משום שיש אנשים עם נטייה להמר במצבי משבר. גרוסקופף, לעיל ה"ש 49, בעמ' 32-35.

המכורים, ולעשות כן גם בשיטת משפט שאינה מפלילה הימורים כאמור, כדי לוודא שההתמכרות אינה נובעת דווקא מההפללה. ניתן לגרוס כי מבחינה נורמטיבית, לנוכח חזקת החירות המקובלת בספרות המשפטית,⁶¹ נטל ההוכחה מוטל על תומכי ההפללה, ולא על מתנגדיה.⁶² אולם טיעון אקדמי זה אינו מתכתב עם המציאות, שבה המחוקק נוטה להפליל גם ללא מחקרים.

כל שנותר לאחר סקירת הקשיים הוא לבחון לוגית את טיעון ההתמכרות. אף שההכרעה היא עניין ערכי, מבט לוגי יסייע לנו לתפוס חזותית הן את חזקתו של טיעון ההתמכרות והן את חולשותיו. עלינו להציע מהלך סיבתי מפורט שיקשור בין סוג הפעולה לבין פגיעתה. ניתן לחשוב על המהלך הבא:

ארגון הימורים פרטיים ← משיכת מהמרים ← זכיית מהמרים ← פיתוח
 "תיאבון" ← זמינות גבוהה של הימורים ← מימוש ה"תיאבון" וגדילתו ←
 המשך הזנת הנטייה ופיתוחה ← העדר מעצור חברתי או אחר להזנת הנטייה ←
 התמכרות = אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית

מהלך זה לא נועד כמובן למצות את הקשר הסיבתי, אלא אך להמחישו. חזקו הוא חיבורו למציאות המוכרת ולנרטיבים חברתיים מוכרים. חולשתו היא במעבר בין שלב לשלב (ומובן שניתן להיכנס לרזולוציה של כל שלב ולפרטו, וכך למצוא חולשות נוספות). מעבר זה אינו מובנה. כל חץ בשרשרת הלוגיקה שאינו משקף סיבתיות של מאה אחוז מלמדנו על חולשה בקשר הסיבתי. רבים מצליחים לא להתמכר להימורים החוקיים, ורבים בוודאי לא יתמכרו להימורים אחרים שיותר.⁶³ חולשה זו פירושה שבסיס ההפללה נחלש, ושהחירות נפגעת לא רק במובן שמתואר בהמשך, כעולה מכל איסור, אלא נפגעת יתר על המידה במובנים מסוימים, דהיינו, יש כאן הפללת־יתר.

לצד הטיעון הכללי בדבר שלילה מתמשכת של היכולת האוטונומית ניתן להציע גם טיעון צר וקונקרטי יותר שלפיו הימורים מובילים להתמוטטות כלכלית או משפחתית של המהמר. התמוטטות כזו היא תוצאה בלתי־רצויה מבחינתו, וגם החברה אינה מאושרת מהימצאות אנשים בחובות כבדים או מקריסת תא משפחתי, אף שקיימים כמובן גורמים שמפיקים רווח אף מזה. טיעון אפשרי ראשון נגד הפללה בהקשר זה הוא שאף־על־פי שמדובר בתוצאה בלתי־רצויה, אין היא מעניינו של המשפט הפלילי, לפחות במצב שבו הפרט הוא שאחראי לה. טיעון

61 חזקת החירות פירושה שכאשר כפות המאזניים של המחוקק מעוינות בין הטלת חובה משפטית לבין הותרת החירות, עליו להותיר לאזרחים את הבחירה החופשית: FEINBERG, לעיל ה"ש 41, בעמ' 9; SCHONSHECK, לעיל ה"ש 32, בעמ' 63; Finkelstein, לעיל ה"ש 31, בעמ' 371.

62 הוסאק – אולי גדול המומחים בסוגיית ההפללה – הדגיש את הצורך בהצגת ראיות אמפיריות, להבדיל מהשערה בלתי־נתמכת, כתנאי שעל מבקש ההפללה לקיים. HUSAK, לעיל ה"ש 31, בעמ' 145–151. כנגד זה ניתן להציע שלפי עקרון הזהירות המונעת, אם קיים חשד שהתנהגות גורמת נזק, אפילו בהעדר ראיות מספיקות לביסוס החשד, נטל ההוכחה נופל דווקא על התומך בהתנהגות. עם זאת, עיקרון זה נוגע לרוב במדיניות סביבתית או ציבורית, ולא בתמיכה בהפללה של התנהגות פרטית.

63 ראו Shani et al., לעיל ה"ש 53, בעמ' 458.

נוסף הוא שדווקא במצב של הפללה הנזק הפוטנציאלי גדל מאוד, שכן המהמר שנכנס לחובות עלול ליטול הלוואות בשוק האפור ולהסתבך עוד יותר, וכתוצאה מכך גם משפחתו עלולה להיאלץ לשאת בחובותיו.

מי שתומך בתכלית זו כעילה להפעלת המשפט הפלילי ראוי שיצביע על קשר סיבתי איתן בין הימורים פרטיים לבין הפגיעות האמורות. בהעדר נתונים אמפיריים מבוססים ניתן להציע מהלך לוגי דומה למהלך שלעיל, בשינויים המחויבים. חוזקתו וחולשותיו עולות גם הפעם, בשני שינויים עיקריים. האחד הוא לטובת ההפללה: תיתכן התמוטטות כלכלית או משפחתית גם ללא התמכרות – למשל, במקרה של השקעת סכום כסף גבוה מאוד כבר בתחילת התהליך, שמובילה להפסד ולהתמוטטות כלכלית, או לחלופין במצב של משבר משפחתי שמקדים את המשבר הכלכלי. השינוי האחר הוא לחובת ההפללה: ניתן להתמכר ולאבד שליטה גם ללא התמוטטות כלכלית או משפחתית – למשל, כאשר הכוח הכלכלי של המהמר גדול או כאשר הקשר המשפחתי חזק מאוד.

טיעון פוגענות נוסף שקשור להתמכרות הוא פשעי רכוש. אין קושי רב לטעון שפשעי רכוש הם דבר פוגעני שראוי להילחם בו. מצד אחד, ניתן לגרוס כי מדובר בעבירות פליליות עצמאיות, וכי המשפט הפלילי נלחם במי שבוחר לבצען, ולא במי שהולך בדרך שעלולה לדרדרו אליהן. מצד אחר, ככל שאותה דרך אכן נוטה לדרדר כאמור, טיעון הפוגענות מתחזק. קשה למצוא ביסוס אמפירי לקשר איתן בין הימורים חוקיים לבין פשעי רכוש.⁶⁴ עם זאת, ניתן להציע את הקשר הלוגי הבא, אשר מחבר את ההימורים לפשעי הרכוש דרך ההתמכרות והקריסה הכלכלית שלעיל. בהנחה שהמהמר איבד שליטה ומרבה לממש את דחפי ההימורים, בהנחה שהוא מפסיד כספים וקורס כלכלית, בהנחה שאין לו מקור כספי לכסות את חובותיו או מימון להמשך ההימורים, נולדת בו הַנְיֵעָה (מוטיווציה) להשגת כספים במהרה, שמובילה לביצוע פשעי רכוש:

ארגון הימורים פרטיים ← משיכת מהמרים ← זכיית מהמרים ← פיתוח
 "תיאבון" ← זמינות גבוהה של הימורים ← מימוש ה"תיאבון" וגדילתו ←
 המשך הזנת הנטייה ופיתוחה ← העדר מעצור חברתי או אחר להזנת הנטייה ←
 אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית ← קריסה כלכלית ← חובות כבדים /
 העדר מימון להמשך ההימורים ← הַנְיֵעָה להשגת כספים מהירה ← החלטה
 לבצע פשעי רכוש ← ביצוע פשעי רכוש

64 באשר לטיעון שקזינו גורר פשע, נראה שהפשע קשור לתיירות, ולא לקזינו; ואילו לגבי פשע מאורגן, ההסדרה החוקית דווקא מצמצמת את מעורבותו. שם, בעמ' 456, 460. גרוסקופף כתב כי הממצאים בעניין הקשר שבין עסקי הימורים מסוימים לבין עלייה בשיעור הפשיעה המקומית אינם קושרים בבירור בין פעילות ההימורים לבין הפשיעה הגוברת. כל פעילות שמגדילה את העושר הכלכלי של האזור מושכת תיירים, ולכן אך צפוי שהיא תגדיל גם את נתוני הפשיעה באזור. מכך אי-אפשר לגזור מסקנה בדבר נזק מיוחד מהימורים לעומת הנזק הנלווה לפתיחת קניון מצליח, לדוגמה. גרוסקופף, לעיל ה"ש 49, בעמ' 40. עוד ראו תומר דרור "מסמך רקע בנושא: הקמת בתי-הימורים בישראל – סיכום טיעוני התומכים והמתנגדים" 2 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 5.7.2005) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01226.pdf

השרשרת שלעיל אפשרית ומציאותית. לעומת זאת, ברור שמקרים רבים של הימורים פרטיים אינם מובילים לביצוע פשעי רכוש, לנוכח החורים במהלך שמתאר את ההתמכרות ולנוכח החורים במהלך ההתמוטטות הכלכלית ובמהלך המשלים. כך, קריסה כלכלית אכן עשויה להוביל לחובות כבדים ולהעדר מימון להמשך ההימורים, שעשויים להוביל להגניעה להשגת כספים מהירה. אולם הגניעה זו לא תוביל בהכרח דווקא להחלטה לבצע פשעי רכוש, משום שהמכור להימורים אינו בבחינת "מת מהלך" – יצור חסר הכרה שפועל כאוטומט ועושה את המעבר לעולם הפשע בקלות ובטבעיות. מעבר לכך, במציאות המודרנית, שבה ערך המיטלטלין ירד, ובוודאי כך בשוק השחור, פשעי רכוש אינם מקור הכנסה כה פשוט, מהיר וגדול לכל פושע חובבן חדש.

(3) הלבנת הון ופשיעה מאורגנת

טיעון פוגענות נוסף בקשר להימורים פרטיים עניינו הלבנת הון וחיזוק הפשע המאורגן. הואיל והפשע המאורגן הינו תופעה פוגענית, פעילויות המחזקות אותו נהפכות למועמדות להפללה, וניתן לתפוס אותן כפוגעניות בעקיפין. לבד מקשיי ההפלה שיעלו בהמשך המודל, קושי קריטי נוגע בקשר הסיבתי: האם הימורים פרטיים מובילים להלבנת הון ולחיזוק הפשע המאורגן או שמא הפללתם היא שמביאה לידי כך שהפשע המאורגן משתלט על שוק זה? את שאלת הסיבתיות אי-אפשר לבחון מבחינה מעשית במשטר שמפליל הימורים פרטיים. הפשע המאורגן ניזון מהפלה, שהיא החמצן של השוק השחור. מצב שבו הימורים (או כל סוג אחר של שירות או מוצר, כגון סמים וזנות) מופללים הינו מצב אידיאלי לפשע המאורגן. בהעדר שוק לבן, לשוק השחור אין תחרות; בהינתן ביקוש למוצר, הפשע המאורגן משגשג. כל הפללה מחזקת את השוק השחור. ככל שההפלה גורפת והשוק גדל, החיזוק מתעצם. אין זאת אומרת שלעולם אין להפליל בגין חשש מהיווצרות שוק שחור, אך כאשר שוקלים הפללה של שירות או מוצר מסוימים בטענה שהם קשורים לפשע המאורגן – על הלבנת הון, מלחמת הכנופיות וכל הרוע והנזק הנלווים אליו – יש לשים לב שדווקא ההפלה היא ששולחת את השירותים והמוצרים לזרועות הפשע המאורגן.⁶⁵ כך גם לגבי הימורים.⁶⁶ בעולם שבו הימורים פרטיים אינם מופללים אך מוסדרים בצורה משפטית אחרת, האם גם אז הם יובילו להלבנת הון ולחיזוק הפשע המאורגן? ניתן לסבור שכן, למשל, בהישען על הטיעונים הלוגיים שלעיל. לאחר שמהמרים נכנסים לחובות, הפשע המאורגן מגיע בהצעות ש"אי-אפשר לסרב להן". לחלופין, מרגע שהפשע המאורגן מזהה זרימת כספים גדולה, ביקוש גבוה ואפילו התמכרות למוצר, מצד אחד, ובהינתן הסדרה משפטית שמגבילה את המוצר למורת-רוחם של מהמרים, מצד אחר, נולדת הגניעה להציע למהמרים את השוק המוסדר אינו מסוגל או אינו רוצה להציע להם. לאחר-מכן הפשע המאורגן מפיך כסף מהמוצר, ויכול גם להלבין הון בעזרתו. הנה טיעון לוגי אפשרי:

65 הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 35, בעמ' 89–90; SCHONSHECK, לעיל ה"ש 32, בעמ' 251; Shani et al., לעיל ה"ש 53, בעמ' 460. כמוכן, כל הסדרה והגבלה, כמיסוי ופיקוח, עלולות לייצר שוק שחור.

66 גרוסקופף, לעיל ה"ש 49, בעמ' 41–42.

ארגון הימורים פרטיים ← צמיחת שוק מצליח ← זיהוי ביקוש למוצרים קיצוניים יותר או לזמינות רבה יותר ← הַנְיֵעָה לרווח כלכלי ולהלבנת הון ← הצעת מוצרים כאמור בשוק השחור ← הלבנת הון ורווח כספי לפשע המאורגן

מהלך זה אינו מופרך: השוק הפרטי מפתח צמאון הימורים בלתי-ניתן לרוויה, והפשע המאורגן קוצר את התועלת מכך באמצעות נכונותו להציע את שהשוק הפרטי אינו יכול או אינו מעוניין להציע. לעומת זאת, ברי שיש במהלך חולשות. מצד אחד, ככל שהשוק הפרטי חופשי להציע יותר כן האטרקטיביות של השוק השחור פוחתת. מצד אחר, ככל שהפיקוח על השוק הפרטי גדל, הפוטנציאל לצנן את ההקצנה בביקוש ולזהות מהמרים בעייתיים בעוד מועד גדל אף הוא.

(ג) פוגענות פרטית – סיכום

הפגיעות הערכיות, כפי שפורשו על-ידי בית-המשפט העליון בדונו בתכליות האיסור, עשויות להתקיים בארגון הימורים פרטיים ועשויות גם לא להתקיים. כמודגש, תפיסתו של סוג התנהגות כפוגעני היא במקרים רבים עניין ערכי יותר מאשר אמפירי. מטרתו של סולם ההפללה, כמטרתו במאמרי זה, היא להציף את השיקולים והקשיים ולדון בהם, ולא דווקא להכריע. הבחירה אם להתקדם בשלבי ההפללה הינה ערכית. מי שסבור כי הימורים פרטיים אינם פוגעניים במידה המצדיקה הפללה יוכל לקפוץ לשלב השלישי בסולם ההפללה, ולבחון דרכי הסדרה חלופיות. מי שסבור כי הימורים פרטיים הינם פוגעניים ומעוניין להפילם יעבור תחילה לשלב ההפללה השני: התכליתיות.

3. תכליתיות

(א) מניעת נזק או מניעת פגיעה בערכים – מבוא

פוגענות היא תנאי הכרחי להפללה אך לא תנאי מספיק. תפיסת התנהגות כפוגענית מספקת סיבה מוסרית להסדרה ולצמצמה, אך אינה מצדיקה – ואפילו אינה מסבירה – את הפנייה לדין הפלילי דווקא. הדין הפלילי אינו מסוגל לפתור כל בעיה חברתית ולהילחם ביעילות בכל התנהגות פוגענית. מבחן התכליתיות, על שני חלקיו, בודק אם הדין הפלילי אכן מסוגל להציע פתרון לבעיה.

בחלקו הראשון הוא בוחן אם סוג ההתנהגות הינו בראייה, כלומר, אם הדין הפלילי מסוגל לממש את שיטות פעולתו כדי לצמצם את סוג ההתנהגות. זהו מבחן יכולת (שלצידה הַנְיֵעָה) לגבי הרשויות, שמתפצל לשלוש שאלות-משנה. בשלב הראשון על רשויות האכיפה לאתר את ההתנהגות המופללת ולתפוס את האחראים לה, ובשלב השני עליהן לאסוף ראיות המספיקות לאישום ולהרשעה. בשלב השלישי על הרשות השופטת להביא לידי צמצום סוג ההתנהגות באמצעות ענישה. את זאת היא עושה בשיטות המכונות "שיקולי ענישה"⁶⁷ כדי

67 Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 Nw. U. L. Rev. 453, ראו 456-454 (1997); Neal Kumar Katyal, *Deterrence's Difficulty*, 95 MICH. L. REV. 2385, 2386, 2389-2392 (1997); Dan M. Kahan, *Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence*, 95 MICH. L. REV. 2477, 2489-2490, 2496 (1997); Richard H.

למנוע במישרין ובעקיפין את הישנותה של ההתנהגות המופללת: 68 שלילת יכולת; 69 הרתעה כללית 70 ואישית; 71 שיקום; 72 הלימה וגמול; 73 ולבסוף, גינוי. 74 במילים אחרות, האכיפות מוודאת שהמשפט הפלילי חמוש בכלים הנכונים לצמצום סוג ההתנהגות. מי שסבור כי הדין הפלילי אמור לאכוף, ולא רק לדבר, לא ידלג על מבחן זה. 75 אין להניח שהמשפט הפלילי מסוגל לצמצם כל סוג התנהגות. 76

חלקה השני של התכליתיות הוא מבחן ההפללה המספיקה או מבחן צרות-היתר. במקום להביט בסוג ההתנהגות, מבחן זה מתמקד בסוג הנזק או הפגיעה הערכית שנבחנו לעיל, ובודק אם הם נגרמים גם מפעולות אחרות. בהנחה שסוגי התנהגות אחרים גורמים נזק דומה, במידה דומה, בהיקף דומה, במהלך דומה ועם ערך חברתי דומה, אך זוכים ביחס משפטי שונה ואינם מופללים, ההצדקה להפליל רק את סוג ההתנהגות המדובר קטנה. מבחן צרות-היתר עוסק בעקיבות, ומעודד אותנו להתייחס באופן דומה לתופעות שדומות בפוגענותן. טיעונים בדבר דמיון של התהוויות שונות עולים לעיתים בדיוני הפללה. 77 מבחן צרות-היתר מחייב דיון בדבר דמיון ושוני כעניין שיטתי בהצגת התהייה מדוע להפליל את א כאשר ב, ג וד מתקיימים באין מפריע, ובעיקר בהסתברות ובשכיחות דומות. הוא תובע משהו שאינו מאפיין את הדין הפלילי, את הדיון בבית-משפט ואפילו את הדיון האקדמי בהפללה קונקרטי – מבט בתמונה הרחבה יותר.

McAdams, *A Focal Point Theory of Expressive Law*, 86 VA. L. REV. 1649, 1650 (2000); Sara Sun Beale, *Federalizing Hate Crimes: Symbolic Politics, Expressive Law, or Tool for Criminal Enforcement?*, 80 B.U. L. REV. 1227, 1255, 1265 (2000)

68 כל שיטות הפעולה בוקרו בחריפות. ראו, למשל, בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה–2005 "עלי משפט ה' 247, 257–259 (2006).

69 ההנחה היא שמבצע ההתנהגות עלול לשוב על מעשיו בעתיד, וכליאתו או הגבלתו עשויות למנוע זאת.

70 ההנחה היא שלאחר שישמע על שיטת הפעולה הראשונה – בעיקר על הכליאה ועל הגינוי הנלווה אליה – ישקול הציבור שיקול רציונלי ויימנע מביצוע אותו סוג התנהגות.

71 ההנחה היא שאם אדם נהג באופן מסוים ונענש, הוא יתקדם קדימה באופן רציונלי ויימנע מלנהוג באופן דומה בעתיד, בשל רצונו להימנע מהישנות החוויה הרעה שעבר.

72 ההנחה היא שמערכת הענישה תתרום לשינוי הנטייה הרעה של העבריין.

73 ההנחה היא שמתן עונש או גמול הולם בצורה ממוסדת ומוסדרת עשוי לצמצם את הסיכוי לענישה פרטית מטעם הקורבן, משפחתו וכדומה. שיקול הגמול אינו מקובל בתיאוריות תוצאתניות, שאליהן נצמדתי בשלב התכליתיות.

74 ההנחה היא שמי שהורשע יישא תווית חברתית שלילית, אות-קין, ויסבול נידוי חברתי, שאמור לצמצם בתורו את סוג ההתנהגות שהוביל לאות-הקין, הכל מתוך חשיבה רציונלית.

75 זו העמדה הרווחת בספרות המשפטית הפלילית. ראו, למשל, Dan M. Kahan, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, 63 U. CHI. L. REV. 591, 598–601 (1996); Paul H. Robinson, *Why Does the Criminal Law Care What the Layperson Thinks Is Just? Coercive versus Normative Crime Control*, 86 VA. L. REV. 1839, 1866 (2000)

76 William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871, 1897 (2000)

77 Husak, לעיל ה"ש 31, בעמ' 42.

בעיות באכיפות או במבחן צרות-היתר פירושו שבמובן מכשירני, להבדיל מהמובן המוסרי של הפוגענות, ההפללה אינה יכולה להשיג את מטרתה – צמצום סוג ההתנהגות שעל הפרק (בעיה באכיפות) או צמצום הנזק שהוא יסוד השאיפה להפללה (הפללה בלתי-מספיקה). התכליתיות מספקת הצדקה מכשירנית תועלתית להפללה.

(ב) אכיפות של הימורים פרטיים

במבחן זה אדון בקיצור נמרץ – הן משום שהיריעה שהמאמר פורש רחבה מאוד; הן מכיוון שמדובר בשאלה מכשירנית ואילו מאמרי מתמקד בשאלות ערכיות; והן מפני שמדובר לא באיסור עיוני חדש, אלא באיסור ותיק שכבר קיים ונאכף בישראל.

שני השלבים הראשונים נוגעים ברשויות האכיפה. עליהן להיות מסוגלות לאתר את סוג ההתנהגות המופלל, לתפוס את האחראים לה ולאסוף ראיות מספיקות. ארגון הימורים מסחרי מצריך בניית מאגר לקוחות, מה שמצריך שיווק, אשר מותיר בתורו עקבות. בהינתן שמדובר, באופן טיפוסי, בפעילות מאורגנת של כמה אנשים במקביל במקום מסתור פיזי, הדבר יוצר פוטנציאל לתפיסת ראיות פיזיות, כגון קלפים, מכונות משחק, רולטה וכדומה, וכן עדים רבים, שחלקם עשויים לספק מידע מפליל.

בשלב השלישי הרשות השופטת אמורה להביא לידי צמצום ההימורים הפרטיים באמצעות שיטות הענישה. מאסר לטווח ארוך יוביל לשלילת יכולת מסוימת, אף שניתן לארגן צורות הימורים שונות גם מתוך הכלא ובתוכו. הרתעה תתקשה לפעול בהצלחה כלפי מי שכבר מכורים להימורים, אך היא עשויה להצליח למנוע כניסת שחקנים חדשים לשוק, ולפעול היטב כלפי המארגנים. גם גינוי עשוי להצליח, בעיקר ככל שהוא ייתפס כרציני ועקיב.⁷⁸ כמובן, משטר הפללה אינו מסוגל למנוע את כל נזקי ההימורים. פרט לכך עולה קושי אנליטי: ככל שהימורים בלתי-חוקיים מסוכנים וקיצוניים יותר מטיבם, ולפיכך גורמים להתמכרות, ברור שהפללת ההימורים אינה רק פתרון, אלא גם חלק חשוב מהבעיה. מי שמתמכר להימורים בלתי-חוקיים, מאבד שליטה וגורם נזק כבד ממחיש שלעיתים ההפללה היא פתרון כושל. דוגמאות ישראליות מפורסמות לפשעים גדולים הקשורים להימורים – פרשת אתי אלון ועופר מקסימוב, ולהבדיל, פרשת דניאל מעוז – התרחשו במשטר שמפליל הימורים פרטיים. יותר משהן ממחישות את הסכנות הגלומות בהימורים, כגון הידרדרות לפשעי רכוש, דוגמאות אלה מעידות דווקא שמשטר הפללה לא רק שאינו מסוגל למנוע את התופעה, אלא הוא אף מייצר או מגביר את הסכנות הגלומות בה, בהעדר יכולת פיקוח על הנעשה בשוק השחור (כפי שיפורט בהמשך). סביר אומנם להניח שההפללה והאכיפות מצליחות למנוע הימורים ונזקים רבים, אולם כאשר לא קרה, אין דרך לדעת בוודאות מה בדיוק מנע את התרחשותו וכיצד. במובן מסוים זו הטרגדיה של המשפט הפלילי ושל כל הסדרה מניעתית מוצלחת: מה שנמנע –

78 אולם היה מי שגרס כי איסור פלילי אינו כלי מוצלח להעברת מסרים מופשטים, לנוכח רוחב הדין הפלילי ועומקו: William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 520–523 (2001). זאת ועוד, האכיפה בקשר להימורים נוטה להיות פרירנית: Stephanie A. Martz, *Legalized Gambling and Public Corruption: Removing the Incentive to Act Corruptly, or, Teaching an Old Dog New Tricks*, 13 J.L. & POL. 453, 463 (1997).

לעיתים קרובות לא ברור כיצד הוא נמנע ועל-ידי מי. לעומת זאת, כל איסור שמופר מעיד על כישלון – לפחות במידה מסוימת – של המשפט הפלילי ושל צורות הסדרה אחרות.

(ג) הימורים פרטיים במבחן צרות-היתר

שאלת צרות-היתר מסובכת משאלת האכיפות, ולו מן הטעם שהאכיפות מייצרת תשובה בשטח ואילו שאלת צרות-היתר אינה מייצרת תשובה – לא בשטח וגם לא בבית-המשפט ואפילו לא באקדמיה. דווקא עניין זה הופך אותה למסקרנת ולראויה להרחבה. דנתי לעיל בנוקדי ההימורים הפרטיים ובחנתי אם הם פוגעניים דיים. כעת אני שב אליהם ובוהן אם הם נגרמים גם מסוגי התנהגות אחרים.

(1) מסר מופשט בדבר התעשרות מהירה ללא מאמץ או פגיעה בערכי עבודה

בהנחה שאנו מעוניינים להיאבק במסרים מופשטים בדבר התעשרות מהירה ללא מאמץ, עלינו לבחון אם הם רווחים בחברה והיכן. אם הם אינם רווחים, אזי אין קושי תכליתי להפיל את ההימורים הפרטיים דווקא; אם הם רווחים, אזי ההפלה נראית ברירנית וכזו שאינה מסוגלת להשיג את תכליתה. בהנחה שאנו נלחמים בצדק במסר המשתמע מהימורים, ראוי להילחם גם במסר הישיר המעלה על נס התעשרות מהירה, חיים בלי מאמץ, "אזרחות רעה", עצלות ופרזיטיות. מעבר למסר הישיר, ראוי להיאבק גם במסרים עקיפים שנוגעים בהתעשרויות מהירות, כגון הצעות עבודה שמבטיחות זאת, חלום האקזיט⁷⁹ וכן היבטים שונים שקשורים לבורסה.⁸⁰ כך יש לנהוג גם ביחס להיבטים תרבותיים שונים. כך, תרבות הריאליטי בונה גיבורים עשירים לאחר משימות כאלה ואחרות – לעיתים דוחות, מורכבות ומגחיכות – אשר נוטות כולן להסתיים בתוך פרק-זמן קצר. תרבות השעשועונים נוטה אף היא להציע אשליה של עושר במהירות. קושי גדול במבחן צרות-היתר עולה כמובן במשטר שמתיר סוג מסוים של הימורים, בעיקר כזה שמאפשר זכייה בסכום כסף גדול במיוחד.

מובן שניתן להבחין בין התופעות הללו לבין הימורים ולמצוא בהן פנים חיוביים שאין בהימורים. אולם לנוכח רוחבן ועומקן של תופעות אלה ניתן לגרוס כי המלחמה בהימורים פרטיים דווקא, תחת התכלית האמורה, היא ברירנית ובלתי-משכנעת.

(2) התמכרות: אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית / התמוטטות / הידרדרות לפשעי רכוש

בהנחה שאובדן מתמשך של יכולת אוטונומית, התמוטטות כלכלית או משפחתית והידרדרות לפשעי רכוש מספקים תכלית ראויה להפלה, ראוי לבחון אילו סוגי התנהגות נוספים מובילים לתוצאות מזיקות אלה.

79 גרוסקופף כתב כי בהווה הישראלית העכשווית, אשר ספק גדול אם אבן-יסוד בה הם עקרונות המוסר הפוריטני, קשה לטעון שהשתתפות בהימורים פוגעת בערכי עבודה. בעידן של חברות ההזנק (startup) השאיפה להתעשרות מהירה לא רק שאינה מגונה, אלא היא תמצית תקוותיו ושאיפותיו של מיטב הנוער. גרוסקופף, לעיל ה"ש 49, בעמ' 30–31. כן ראו Hurt, לעיל ה"ש 4, בעמ' 380–381, 386–390.

80 קרט כתבה כי ניסיון להבדיל בין כל סוגי ההימורים לבין כל סוגי ההשקעות הוא אשליה. שם, בעמ' 377.

באשר לאובדן מתמשך של יכולת אוטונומית עולה שאלה סבוכה במיוחד, שנוגעת בעיצוב רצונותינו והעדפותינו ובשאלת המעורבות המשפטית בכך.⁸¹ למשל, עד כמה האדם חופשי לבחור להפסיק לצרוך מוצרים מן החי בעולם שבו הוא ניזון מהם למן לידתו?⁸² מעבר לכך, רבות מאוד מבחירותינו מגבילות ואפילו שוללות חלק מהאוטונומיה שלנו בעתיד, לעיתים באופן שקשה להגדירו: בכלכלה, בקריירה, במשפט, באהבה, במשפחה, בחברה וכדומה. באופן קונקרטי יותר ניתן לציין את איסור השימוש בסמים, אשר מגביל גם הוא את האוטונומיה, בין היתר, בשל החשש מהתמכרות.⁸³ לעומת זאת, מגוון גדול של התמכרויות אינן מופללות. כך, ההתמכרות לסיגריות – תופעה נפוצה שנוקיה מוכרים היטב – לא הובילה להפלת השימוש או הסחר בסיגריות, וכמוה גם ההתמכרות לאלכוהול.⁸⁴ התמכרויות למין,⁸⁵ למשחקי מחשב,⁸⁶ למרשתת,⁸⁷ לפורנוגרפיה, לקניות, לספורט, למזון מהיר, למזון מהחי,⁸⁸ לקפה ועוד – לא הובילו להפלת השתתפות, צריכה, ארגון וסחר בהקשר של כל אלה.⁸⁹ כיום כבר אין כל קושי למצוא אסמכתה לנזקי הסיגריות והאלכוהול, וגם מי שמחפש ראיות לנזקים כבדים מהתמכרויות אחרות ימצאן בוודאי. אם התמכרות כשלעצמה היא דבר פוגעני, מבחן צרות-היתר יתמוך בשימוש עקיב במשפט הפלילי (או למצער בצורות הסדרה אחרות) כדי למונעה על שלל הקשריה.⁹⁰ לחלופין, ניתן לטעון כי סוגי התמכרויות שונים אינם פוגעניים כמו הימורים ולכן ראוי לנקוט כלפיהם יחס שונה. טיעון כאמור מחייב אותנו לנסח מחדש את הנזק שבבסיס ההפלה של הימורים ולזקקו, בניסיון לבדלו מתופעות קרובות. מבחן צרות-

- 81 על-פי-רוב אנו מניחים כי יש לנו חירות להחליט אחרת, אך למעשה אין לנו שליטה ברצונותינו. עיצוב הרצון נראה סביל, ולא פעיל, ואפשר לטעון כי אין חירות רצון: THOMAS PINK, THE PSYCHOLOGY OF FREEDOM 15–16, 33–34 (1996).
- 82 אסף הרדוף "איורים שמחים, מציאות מדממת: תעשיית המזון מהחי מזינה את הצרכנים נועם ומאכילה אותם אלימות; דיני הגנת הצרכן יכולים לעזור" לחם חוק – אנתולוגיה של משפט ואוכל (עתיד להתפרסם, 2017) (להלן: הרדוף "איורים שמחים, מציאות מדממת").
- 83 השווא אברהם טננבוים "ביקורת ספרים: יהושע כספי, סמים מסוכנים – מדיניות, פיקוח, אכיפה ומשפט" משפטים כז 431, 444 (1996).
- 84 אורפורד כתב כי כמו אלכוהול, גם הימורים נראים פעילות פופולרית שקל לה לצאת משליטה וליהפך למופרזת. רעיון ההימורים הכפייתיים אינו מודרני יותר מרעיון השתייה המופרזת: ORFORD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 35. גם נשיא המכון האמריקאי להימורים בעייתיים השווה בין ההתמכרות להימורים להתמכרות לאלכוהול: Lesieur, לעיל ה"ש 24, בעמ' 156.
- 85 בספרו (ORFORD, לעיל ה"ש 24) הקדיש אורפורד פרק נפרד לכל אחת מבין כמה התמכרויות בחלל הפיזי: שתייה מופרזת (פרק 2), סמים (פרק 4), התמכרויות הקשורות לאכילה ולהתעמלות (פרק 5) וכן התמכרויות הקשורות למיניות (פרק 6).
- 86 Videogamers Show Signs of Addictive Behavior: Study, REUTERS (Apr. 20, 2009), <http://www.reuters.com/article/technologyNews/idUSTRE53J4IH20090420>.
- 87 על התמכרות למרשתת באופן כללי ראו ADAM N. JOINSON, UNDERSTANDING PSYCHOLOGY OF INTERNET BEHAVIOR – VIRTUAL WORLDS, REAL LIVES 55–64 (2003). על הקשר שבין התמכרות למרשתת לבין תוקפנות של בני-נוער ראו Amy Norton, Internet "Addiction" May Fuel Teen Aggression, REUTERS (Feb. 24, 2009), <http://www.reuters.com/article/internetNews/idUSTRE51N2VK20090224>.
- 88 הרדוף "איורים שמחים, מציאות מדממת", לעיל ה"ש 82.
- 89 השווא גרוסקופף, לעיל ה"ש 49, בעמ' 32–36.
- 90 ראו Shani et al., לעיל ה"ש 53, בעמ' 458–459.

היתר מחייב חשיבה מחדש על הנזק הנבחר לעומת נזקים דומים, במגמה להצביע על חומרה מיוחדת לגביו. לחלופין, לנוכח הדמיון בינו לבין האחרים, המבחן מציע שניסוג מהפללה לגביו או שנפליל את כולם.

בין התופעות הממכרות הדומות שמבחן צרות-היתר מזמין דיון בהן בולטת במיוחד תופעת ההימורים החוקיים. במשטר שמתיר לגורמים שונים לערוך הימורים ומאפשר לאנשים להשתתף בהימורים בתדירות גבוהה ולזכות בסכומי כסף גדולים – עולות שאלות קשות במסגרת מבחן צרות-היתר. לעומת זאת, משטר שמאפשר הימורים מסוימים אך בצורה מפוקחת ומוגבלת מאוד עשוי לצמצם את סיכון ההתמכרות ולייצר בכך הבחנה שמצדיקה יחס שונה לתופעה דומה.⁹¹

באשר לפגיעות קונקרטיות יותר שנובעות מהתמכרות, דוגמת התמוטטות כלכלית ומשפחתית, במשטר שמעדיף את טובת הפרט על זכויותיו הגיוני לאסור עליו להשתמש בכספו כראות עיניו. לעומת זאת, במשטר שככלל מאפשר לפרט לעשות ברכושו כראות עיניו ואינו מחייב הוכחת אחריות ותבונה בכל פעולה פרטית – או במילים אחרות, במשטר שמקדש את זכות האדם לקניין, ולא את טובתו הרכושית – קשה יותר להצדיק התערבות פלילית על רקע שמירת טובתו הרכושית. כך, למשל, לגבי החופש להשקיע הון רב בבורסה, בהקמת עסק פרטי במציאות שבה עסקים פרטיים רבים כושלים (למשל, פתיחת מסעדה), בתחביב יקר במיוחד, במוצר או שירות יקרים וכדומה. שוב, מבחן צרות-היתר ידחף לאחת משלוש מסקנות: הפללה של הכל; אי-הפללה של הכל; או זיקוק הנזק והסבר שיחד את הנזק מהימורים פרטיים מן הנזקים הנובעים מסוגי התנהגות אחרים. שוב, ראוי להתייחס במיוחד להימורים שהמשטר בוחר לאפשר: ככל שהם רבים, זמינים וממכרים, הסיכוי שהם יובילו להתמוטטות כלכלית גדל. מה שנכון לגבי הכלכלה נכון גם לגבי המשפחה. סוגי התנהגויות רבים פוגעים במשפחה, מבחינה כלכלית ומבחינות אחרות, ולעיתים מדובר בפגיעה קשה שמובילה לפירוק המשפחה. ניאוף הוא דוגמה בולטת לכך. גם התמכרויות שונות, בזבזנות כספית והתנהלות לא-אחראית עלולות להוביל לפירוק המשפחה. כמובן, ככל שהמשטר המקומי מאפשר הימורים מדינתיים רבים, גם הם עלולים לגרום נזק כאמור.

לבסוף, לגבי הידרדרות לפשעי רכוש, ניתן לנסות לבנות פרופיל של עברייני רכוש ולראות כיצד הם הגיעו לכך. ככל שמזהים סוגי התנהגות שמוליכים לעבירות רכוש, ראוי להקנות להם יחס משפטי דומה לזה שמוקנה להימורים או לחלופין להסביר היכן השוני המהותי הרלוונטי.

(3) הלבנת הון ופשיעה מאורגנת

קיימות מסגרות רבות להלבנת הון, בדמות בתי-עסק מסוגים שונים שנוטים להתחבר לפשע המאורגן. מבחן צרות-היתר יעודד יחס משפטי שווה להימורים פרטיים ולסוגי עסק כאמור, דוגמת פיצוציות, מועדוני ביליארד, עסקי ניקיון ומחזור, אלכוהול וסיגריות.⁹² כמובן, משטר שמתיר הימור ציבורי צריך לבחון היטב שמא מתבצעת דרכו הלבנת הון בצורת "קניית זכויות".⁹³

91 בשלב זה הדיון עיוני, נורמטיבי וכללי. בחלק הבא אבחן את המציאות בישראל.

92 ראו Shani et al., לעיל ה"ש 53, בעמ' 460.

93 דוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 77–78.

(ד) הימורים פרטיים במבחן התכליתיות – סיכום

מבחינת פוטנציאל האכיפות אין קושי מיוחד בהפלת הימורים פרטיים, הגם שלא פשוט לצמצמם באמצעות ענישה, בין היתר לנוכח תופעת השוק השחור, אשר אשוב אליה בהמשך. מבחינת צרות-יתר, ההפלה של הימורים פרטיים מצריכה חשיבה רצינית על התכלית שבבסיס ההימורים – שאלת הפוגענות – ובחינה אם וכיצד ההימורים הפרטיים שונים באופן מהותי מסוגי התנהגות אחרים שעלולים להוביל לאותן תוצאות פוגעניות. ככל שהמשטר המשפטי מתיר סוגי הימורים שונים, כהימורים בחסות המדינה, עליו להנדסם כך שהם לא יובילו להן.

4. חלופיות

(א) חלופיות – מבוא

פוגענות של סוג התנהגות מציבה סיבה מוסרית להפלתו, ויכולתו של המשפט הפלילי לצמצמו מציבה סיבה מכשירנית להפלתו. אולם ייתכן שיש מכשיר יעיל ורך יותר להתמודד עם הפוגענות. עקרון השויריות (the ultima ratio principle) – הרעיון שהדין הפלילי צריך לשמש מוצא אחרון – רחוק מלהיות חדש,⁹⁴ וכמוהו האמירה שהסנקציה הפלילית היא האיום האולטימטיבי של החוק, "[ה]שיניים החדות ביותר העומדות לרשות המשפט",⁹⁵ שראוי לשמור למקרים החשובים.⁹⁶ אם כך, ראוי לתור אחר חלופות מידתיות.⁹⁷ היכן נמצא אותן? שלב החלופיות בסולם ההפלה מציע שלוש זוויות לכך. לאחר שבשלב הפוגענות שרטטנו מהלכים אפשריים של סיבתיות, כעת אנו שבים אליהם ואף מרחיבים אותם, לקראת איתור נקודות שיאפשרו פוטנציאל לקטיעה של המהלך הסיבתי והימנעות מהגעה לתוצאה המזיקה. הזווית הראשונה מכוונת למהלך שלפני סוג ההתנהגות המופלל, במגמה להסיר תנאים חיוניים לו (למשל, כלים לביצוע פשע) או תמריצים חיוביים שמעודדים אותו: קטיעת סיבתיות קדם-התנהגותית. הזווית השנייה נוגעת במהלך הסיבתי שנבחן בשלב הפוגענות – הקשר בין סוג ההתנהגות המופלל לבין הנזק – בחיפוש אחר שלב-ביניים שיאפשר לקטוע את המהלך: קטיעת סיבתיות התנהגותית. בהנחה שהנזק קרה, הזווית השלישית מבקשת להציע תמריצים שליליים (השונים מאלה שהמשפט הפלילי מייצר, דוגמת סנקציות חברתיות) לסוג ההתנהגות המופלל: קטיעת סיבתיות בתר-התנהגותית.⁹⁸

כל שלוש הזוויות שואפות לאותו דבר: מניעת הנזק. זאת, באמצעות מניעת ההתנהגות או באמצעות מניעת המהלך שמוביל מההתנהגות לנזק. שלושתן זוכות בעזרה ממודל ההסדרה של לורנס לסג (Lessig): המשפט מאפשר לרתום מסדירים אחרים – הארכיטקטורה, הנורמות

94 JEREMY BENTHAM, THEORY OF LEGISLATION 199 (reprinted, 1975)

95 קרמניצר "האם חסרי עבירות אנחנו?", לעיל ה"ש 46, בעמ' 161; קרמניצר העבירות הספציפיות, לעיל ה"ש 46, בעמ' 51.

96 PACKER, לעיל ה"ש 30, בעמ' 250.

97 Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 524-525 (2005).

98 המשפט הפלילי, הפועל באמצעות ענישה, ממוקם לעיתים כאן ולעיתים בין ההתנהגות לבין הנזק, שכן ההתנהגות המופללת לא בהכרח גורמת נזק בכל מקרה, ואף-על-פי-כן איסורה נאכף.

החברתיות והשוק – ולקטוע את הנזק לא באמצעות הדין הפלילי.⁹⁹ כמובן, לא כל זווית מציעה פתרון לכל בעיה.

(ב) הימורים פרטיים במבחן החלופיות

הזוויות שלעיל עשויות להציע כיוון לפתרון שימנע את נזקי ההימורים הפרטיים. מובן שכדי להציע פתרון חלופי, על הגורם המסדיר להחליט בבירור מהו הנזק או מהם הנזקים המדויקים שנגרמים בגין הימורים, ולדון ברצינות בסיביות של ההימורים כדי לאתר נקודות התערבות פוטנציאליות. חיפוש רציני אחר חלופות מחייב דיון רחב מאוד, שלא אוכל לפתח כאן. במסגרת הנוכחית אסתפק בהמחשה בנוגע למהלכים שתוארו בשלב הפוגענות, בהתאם לסוגי הנזק שהוגדרו.

קטיעת סיביות קדם-התנהגותית משותפת לכל הנזקים, בהתמקדה בתנאים ובתמריצים להימורים הפרטיים, ולא במה שקורה לאחריהם. התנאים לארגון הימורים פרטיים פשוטים למדי, ובמובן זה קשה לדמיין דרך לא-פלילית להסרתם. להימורים מסורתיים דרוש מקום פיזי, אך להימורים מקוונים כל שנדרש הוא אתר מרשתת. יתר על כן, עסק גדול מצריך אומנם מקום גדול, מכונות משחק, מפעילי משחק וכדומה, אך עסק קטן יסתפק בתשתית מורכבת פחות, שבגין פשטותה קשה לדמיין כיצד אפשר להסירה. תנאי נוסף לארגון הימורים מצליח הוא מנגנון שיווק, שאותו ניתן להגביל באמצעים מנהליים.¹⁰⁰ מגבלות כאלה עשויות להרתיע את עצם הכניסה לשוק. כך גם קיומו של מנגנון רישוי¹⁰¹ או הטלת מיסוי כבד על ארגון הימורים, שמפחית את האטרקטיביות שבהם.¹⁰² לחלופין ניתן לרתום את מערכת החינוך וההסברה ולצאת נגד הימורים כפעולה שלילית, מזיקה ומיותרת, וכך לצמצם את קהל-היעד הפוטנציאלי שלה. מסר כאמור מתחזק ככל שהמשטר מגלה קו עקיב, ונחלש ככל שהמשטר שותף בעצמו לארגון הימורים ומעודד אותם.

קטיעת סיביות בתר-התנהגותית מניחה שהמהלך שתיארנו התממש במלואו וערכי העבודה נפגעו, אלא שבאמצעות תמריצים שליליים שיוטלו בסיום המהלך יהיה אפשר לצמצם שרשרות נזק עתידיות. ניתן לנסות לייצר סנקציה חברתית או כלכלית נגד מי שתורם לשרשרת ההימורים – המארגנים, המהמרים, המשווקים וכדומה.

ארחיב מעט על קטיעת הסיביות ההתנהגותית בהתאם למהלכים המגוונים שהוצגו לעיל.

99 הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 35, בעמ' 120–131.

100 הרט התייחסה לאפשרות שרשויות האכיפה יתמקדו במפרסמים של הימורים, במרשתת ומחוץ לה, ויביאו לידי כך שתאגידי מדיה גדולים יסרכו למכור שטח פרסום לאתרי הימורים. ראו Hurl, לעיל ה"ש 4, בעמ' 435–436.

101 קרדביל כתבה כי ממשלת קווינסלנד באוסטרליה הייתה הראשונה שהודיעה, במרץ 1998, על תוכנית להסדרת הימורים מקוונים באמצעות מנגנוני רישוי. במסגרת זאת, על המהמר למלא שאלון מפורט ולהוכיח את זהותו, מה שאמור להתיש ילדים משועממים: Jenna F. Karadbil, *Casinos of the Next Millennium: A Look into the Proposed Ban on Internet Gambling*, 17 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 413, 434 (2000).

102 שם, בעמ' 445. בקווינסלנד ובוויקטוריה שבאוסטרליה, וכן באנטיגואה ובליקטנשטיין, הוכשרו ההימורים תוך גביית מס. Walthers, לעיל ה"ש 2.

(1) מסר מופשט בדבר התעשרות מהירה ללא מאמץ או פגיעה בערכי עבודה

את ההנחה שהימורים פרטיים פוגעים בערכי עבודה הצגתי לעיל, בשלב הפוגענות, כמהלך הסיבתי הבא:

ארגון הימורים פרטיים ← הגעה להיקף פעילות גדול ולפרסים גבוהים או תכופים מאוד ← שיווק ופרסום בדבר האפשרות להתעשר / גדילת התופעה של התעשרות מהמרים ← התרחבות המסר על התעשרות ← פגיעה בערכי עבודה

קטיעת סיבתיות התנהגותית מתעמקת במהלך ומבקשת להציע נקודות התערבות למסדיר במגמה להימנע מלהגיע לתוצאה המזיקה. אם היקף פעילות גדול ופרסים גבוהים או תכופים הם חלק חיוני במהלך המזיק, אזי ככל שאלה יצומצמו, יפחת הסיכוי לנזק. ארגון הימורים פרטי בהיקף קטן, בפרסים נמוכים ולא-תכופים, אינו צפוי לשלוח מסר בדבר האפשרות להתעשר. משטר רישוי עשוי לתרום לכך על-ידי פיקוח צמוד על ארגון ההימורים בשאיפה למנוע את נזקיו. רישיון הסדרתי עשוי להיות תנאי לפעולות מסוימות, להתייחס לסטנדרטים ולפרט כיצד על המורשה לנהוג (specification-based standards) או לחלופין לפרט את התוצאות שעל המורשה להשיג: תקני ביצוע (performance standards).¹⁰³ לצד הרישוי וההיתר – כגיבוי בלבד אך גיבוי חזק – יהיה איסור פלילי שיספק הגינה לבקש רישוי ולעמוד בתנאיו.¹⁰⁴ משטרי רישוי שונים עוסקים בסוגי התנהגות שכמעט כל אדם מבצע – למשל, נהיגה ברכב.¹⁰⁵ אחרים עוסקים במקצועות כעריכת-דין ורפואה¹⁰⁶ או בסוג התנהגות שמעטים מקבלים היתר לו,¹⁰⁷ כגון שימוש בסם מסוכן.¹⁰⁸ פירושו המשתמע של רעיון ההיתר הוא שקיימות אמות-מידה אובייקטיביות שעמידה בהן מאפשרת להשיגו. לעיתים כל אדם יכול להשיגו (רשיון נהיגה) ולעיתים רק אנשים במצב מסוים (היתר לחולה להשתמש בסם מסוכן).¹⁰⁹

- 103 Neil Gunningham, Robert A. Kagan & Dorothy Thornton, *Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance*, 29 LAW & SOC. INQ. 307, 308 (2004). הסדרה על בסיס ביצוע פונה לתאגיד או לתעשייה ומבהירה להם את התפוקה או התוצאה הנדרשות, והצד המוסדר אחראי למציאת הדרך המיטבית להשגת התוצאה הנדרשת: Stephen D. Sugarman & Nirit Sandman, *Fighting Childhood Obesity Through Performance-Based Regulation of the Food Industry*, 56 DUKE L.J. 1403, 1412-1413 (2007).
- 104 קטיאל כתב שהדין הפלילי מתמודד עם מעשים בעלי רוע טבוע אשר טובים בהקשרים מסוימים על-ידי יצירת חריגים מסוג רישוי או פטור. במנגנון רישוי האפקט המצנן חלש יותר: Neal Kumar Katyal, *Criminal Law in Cyberspace*, 149 U. PA. L. REV. 1003, 1051-1053 (2001).
- 105 ס' 1 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961.
- 106 ס' 24 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; ס' 4 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976.
- 107 מודל רישוי יעיל במיוחד במצבים שבהם נוהג מסוכן כללי נאסר על הכל למעט חריגים המוכיחים את הצורך שלהם בו ואת הכשרות שלהם לקיימו. FEINBERG, לעיל ה"ש 41, בעמ' 194-195.
- 108 ס' 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973.
- 109 Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 4, בעמ' 210-211.

לצד הרישוי ניתן להסתייע גם במתווכים פיננסיים שונים.¹¹⁰ גם מגבלות מס עשויות לצמצם את תופעת ההתעשרות או את התרחבות המסר על התעשרות. לבסוף, מסר רחב על התעשרות אפשרית מהימורים לא יפגע בהכרח בערכי עבודה אם המסדיר ידאג לשלוח מסרים נגדיים בדבר ערכי העבודה, באופן שיטתי ורחב, ויסייע בהפנמתם.

(2) התמכרות: אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית / התמוטטות / הידרדרות לפשעי רכוש את ההנחה שהימורים פרטיים גורמים לאובדן מתמשך של יכולת אוטונומית, להתמוטטות כלכלית או משפחתית ולהידרדרות לפשעי רכוש הצגתי לעיל כמהלך הסיבתי הבא:

ארגון הימורים פרטיים ← משיכת מהמרים ← זכיית מהמרים ← פיתוח "תיאבון" ← זמינות גבוהה של הימורים ← מימוש ה"תיאבון" וגדילתו ← המשך הזנת הנטייה ופיתוחה ← העדר מעצור חברתי או אחר להזנת הנטייה ← אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית ← קריסה כלכלית ← חובות כבדים / העדר מימון להמשך ההימורים ← הַנְיֵעָה להשגת כספים מהירה ← החלטה לבצע פשעי רכוש ← ביצוע פשעי רכוש

קטיעת סיביות התנהגותית תנסה לעצור את המהלך המורכב. צמצום הזמינות הגבוהה של הימורים ופיקוח מוקפד על תהליך ההימורים עשוי לצמצם את הזנת הנטייה ולמנוע אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית. במצב שבו הנטייה כבר צומחת ניתן לנסות לזהות מהמרים בעייתיים ולטפל בהם לפני שיגיעו לקריסה כלכלית. לאלה שכבר קרסו כלכלית ניתן להציע טיפול, ולפקח שהם לא יידרדרו לפשעי רכוש.

(3) הלבנת הון ופשיעה מאורגנת

ההנחה שהימורים פרטיים גורמים להלבנת הון ורווח כספי לפשע המאורגן הומחשה באמצעות המהלך הסיבתי הבא:

ארגון הימורים פרטיים ← צמיחת שוק מצליח ← זיהוי ביקוש למוצרים קיצוניים יותר או לזמינות רבה יותר ← הַנְיֵעָה לרווח כלכלי ולהלבנת הון ← הצעת מוצרים כאמור בשוק השחור ← הלבנת הון ורווח כספי לפשע המאורגן

110 שוורץ פירט כיצד ניתן להיעזר במתווכים פיננסיים לא רק בנוגע לתשלום באשראי, אלא גם ביחס להמחאות, להעברת כסף מסחרית (commercial money transfer businesses) ולמזומן אלקטרוני: Joel Michael Schwarz, *The Internet Gambling Fallacy Craps Out*, 14 BERKELEY TECH. L.J. (1999) 1061-1068, 1021. מאן ובלזלי מצאו כי רתימת מתווכי תשלום לחסימת הימורים ברשת טומנת בחובה יתרונות ברורים ופוגעת במודל העסקי של אתרי ההימורים. בהינתן תלותם של העסקים הללו במתווכי תשלום מסורתיים, רשויות האכיפה יכולות להציב בפניהם מכשול גבוה. לרידם של מאן ובלזלי, הסדרה באמצעות מתווכי תשלום יעילה מהסדרה באמצעות ספקי שירות. Ronald J. Mann & Seth R. Belzley, *The Promise of Internet Intermediary Liability*, 47 WM. & MARY L. REV. 239, 247, 288-291 (2005).

קטיעת סיבתיות התנהגותית תבקש לעצור את המהלך. הדבר מאתגר. ככל שהשוק החוקי מציע מוצרים רבים ומגוונים, השוק השחור מאבד מהאטרקטיביות שלו. לעומת זאת, ככל שהשוק החוקי כרוך בפיקוח ובמגבלות, מצד אחד, ובר-בזמן מעודד את הנטייה להימורים, מצד אחר, האטרקטיביות של השוק השחור גוברת. קטיעה סיבתית תבקש להשיג איזון עדין בין הקצוות: לאפשר שוק הימורים חוקי אטרקטיבי אך כזה שלא יעודד נטייה להימורים והקצנה.

(ג) הימורים פרטיים במבחן החלופיות – סיכום

הדיון שלעיל תמציתי ולוגי. משטר שמבקש לצמצם את נזקי ההימורים – שומה עליו לשקול בקפידה את כל האפשרויות, במגמה למצוא פתרון יעיל מחוץ לדין הפלילי, שיוכל להחליפו ואולי להשלימו. בהמשך הדרך נראה כי פתרונות כאמור נחוצים גם לגבי ההימור הציבורי. ברור שלא כל הפתרונות טובים ומלאים, וחלקם מתאימים למניעת נזק מסוים אך פחות למניעת נזק אחר.

5. מאזן

(א) מאזן – מבוא

בתחילת סולם ההפללה הסקנו כי מדובר בסוג התנהגות פוגעני. בשני השלבים הבאים בחנו פתרונות אפשריים: המשפט הפלילי, מצד אחד, וחלופות להפללה, מצד אחר. בשלב האחרון עלינו לבחור את הפתרון המוצלח ביותר. אי-אפשר למנוע לחלוטין את השרירותיות וההטיה של הבחירה, אך ניתן לצמצמן מעט. לשם כך יש לעמוד על המחיר שכרוך בפתרונות השונים. החסרונות הטמונים בחלופות להפללה מצריכים עוגן קונקרטי לדיון. קל יותר לעמוד על החסרונות שבפתרון הפלילי, קרי, על פגיעת ההפללה. קיימים שניים עיקריים. האחד הוא פגיעת האיסור, דהיינו, המחיר הערכי המסתמן מעצם קיומו של האיסור. פגיעת האיסור עניינה שלילת החירות העיונית של הפרט לנהוג באופן מסוים או למצער שלילת האינטרס שלו לעשות כן.¹¹¹ כאשר האיסור נוגע במוצר או בשירות, פגיעה נלווית וחשובה היא יצירת שוק שחור. לאחר ההפללה גופים גדולים שנוטים לציית לחוק, כגון גופים ציבוריים ותאגידים מסחריים גדולים, יפסיקו לספק את המוצר והשירות, משום שיהיה קל מאוד לזהותם כמפרי חוק. את החלל שהם יותירו ימלאו גורמים דוגמת הפשע המאורגן ופושעים אופורטוניסטיים. הפשע המאורגן חי על הפללה ומתחזק ממנה. הרחק מהגלאי המשפטי הוא מגשים את שרשרת הנזק

111 זו גישתו של פיינברג וגם גישתי שלי בעקבותיו. ראו FEINBERG, לעיל ה"ש 41, בעמ' 7-8. נראה שזו גם גישתה של גור-אריה, שציינה כי בישראל וכן בקנדה ובגרמניה הזכויות החוקתיות העיקריות שאיסורי הדין הפלילי עשויים להפר הן אלה: חירות לנהוג כפי שהפרט רוצה (המופרת באמצעות חיקוק האיסור הפלילי), חירות התנועה (המופרת בכליאה) וכבוד אנושי (בישראל ובגרמניה). Miriam Gur-Arye, *Comments on Douglas Husak's Overcriminalization*, 1 JERUSALEM REV. LEGAL STUD. 21, 33 (2010). אין פירוש הדבר שהחירות לעשות א שווה בערכה לחירות לעשות ב. Re'em Segev, *Is the Criminal Law (So) Special? Comments on Douglas Husak's Theory of Criminalization*, 1 JERUSALEM REV. LEGAL STUD. 3, 11 (2010).

בעצמו, לעיתים אף באופן קיצוני יותר ותוך הצגת נזקים חדשים.¹¹² תיוג אדם כעברייך מקטין את העלות של פעילות פלילית עתידית מבחינתו, ובמובן זה לא רק יוצר קשר בינו לבין העולם הפלילי, אלא גם מחזק ומעודד אותו. התמריץ לא לפשוע מצטמצם, והעברייך עלול להפנים את המסר שהוא פושע ולמלא אחר הציפיות ממנו.¹¹³

חיסרון שני בהפללה עניינו פגיעת האכיפה, דהיינו, המחיר הצפוי מאכיפת האיסור בהתאם לאסטרטגיית האכיפה שפותחה בשלב האכיפות. מחיר זה כולל פגיעות בחשודים, במורשעים ובסביבתם המשפחתית והחברתית, וכן את העלות הכלכלית הנובעת מתפעול האכיפה (שיטור, חקירה, תביעה, שפיטה, ענישה, שיקום וכדומה).¹¹⁴ כמו-כן, ככל שהאיסור מתייחס לפעילות פופולרית, צפויה אכיפה ברירנית, על פגיעה.

לאחר שעמדנו על פגיעת ההפללה, עלינו לעמוד גם על פגיעת החלופות. למשל, חלופה שכרוכה במיסוי ובפיקוח כבדים עלולה לעורר בעצמה שוק שחור, וכרוכה גם היא בפגיעה בקניין הפרט.

בתום התהליך עלינו לבחור את הפתרון הרצוי, שיכול להיות הפללה, הסדרה חלופית, הפללה וגם הסדרה חלופית, או התרה מלאה, קרי, אי-התערבות ממשלתית. סולם ההפללה הינו למעשה סולם הסדרה, שמאפשר לזהות בעיות, פתרונות אפשריים וחסרונות שלהם – לקראת ההכרעה בסיום.

(ב) מאזן – הימורים פרטיים

פגיעת האיסור הראשונה עניינה החירות או האינטרס הקשורים להימורים – של המארגן, של המהמר, של המשווק וכדומה. ככל שהחירות הזו יקרה לאנשים רבים יותר במשטר נתון, הפגיעה גדלה, ולהפך. האינטרס בחירות אינו תלוי ברציונליות של הפעולה.¹¹⁵ חופש העיסוק וחופש הבחירה נפגעים מעצם האיסור, אשר מונע מהפרט את האפשרות לבחור וליהנות.¹¹⁶ במציאות שבה הבידור הוא חלק חשוב בעולמם של הפרט והציבור, הגבלת סוג בידור פופולרי הינה מהלך שרבים יתפסו לא כמגן על הפרט, אלא כפולשני וכפוגעני. מעבר לכך, איסור כאמור שולל אפשרויות תעסוקה וכן כסף רב שהיה עשוי להיכנס למדינה. כל אלה מורדים מהשולחן, ולא בכוח השכנוע, אלא בכוח האיום.

112 למשל, לגבי איסור ההפלות ראו Stuntz, לעיל ה"ש 76, בעמ' 1886–1887. קרמניצר כתב כי על האיסור הפלילי להיות יעיל, והתייחס בקצרה גם לעניין השוק השחור: Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 ISR. L. REV. 84, 89–90 (1993).

113 Katyal, לעיל ה"ש 67, בעמ' 2444, 2457–2459.

114 על הפגיעות הללו ראו בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פס' 38 לפסק-דינו של השופט לוי (2008).

115 ניתן למצוא מאפיינים של רציונליות בהימורים מבחינת יעילות, חישוביות, חיזוי ושליטה. להגנה ובריאות על הימורים ראו Moshe Levy, *Toward a Weberian Theory of Gambling: The Rationalization of Legal Gambling in Israel*, 10(30) INT'L GAMBLING STUD. 207, 209–210 (2010). לרציונליזציה של הימורים כמשהו שבין עבודה לבילוי ראו Moshe Levy, *Rationalization and the Re-Enchantment of Play: the Dialectics of Legal Gambling in Israel*, 25 HUM. AFF. 317, 318–325 (2015).

116 בחברה ליברלית איננו מכתיבים לפרט כיצד לנצל את זמנו וממונו. גרוסקופף, לעיל ה"ש 49, בעמ' 28–26; Hurt; לעיל ה"ש 4, בעמ' 380–381, 386–390.

הפגיעה השנייה שכרוכה באיסור עניינה יצירת שוק שחור. במדינה שיש בה ביקוש גבוה להימורים, כאשר המדינה אינה מספקת אותו במלואו ואוסרת על השוק הפרטי לספקו, צפוי לצמוח שוק שחור מפותח, אשר מי שצפוי לשלוט בו הוא הפשע המאורגן. בהגדרה, בשוק כזה המדינה אינה יכולה לפקח על ההימור ולצמצם את נזקיו. מעבר לכך, לגורמים מובילים בשוק פשע זה עשויים להיות אינטרסים במהמרים מכורים, בחובות כבדים ובהידרדרות לפשעים. במצב של ביקוש גבוה, מה שלא יגיע כחוק בשוק החוקי עלול להגיע לצרכנים רבים באופן מוקצן במחתרת בשוק השחור. קיומו של שוק שחור משגשג פירושו גם חיזוק כלכלי אדיר לפשע המאורגן.

הפעלת החוק הפלילי כרוכה כאמור גם בפגיעת האכיפה. זו מתבטאת לא רק בשלילת חירותם המעשית (כליאתם) ובפגיעה בשמם הטוב, בקניינם ובפרטיותם של גורמים שונים בעולם ההימורים, אלא גם בפגיעה בזכויות הפרט הנלווית לתהליכי האיתור ואיסוף הראיות, לרבות של מי שיתבררו בהמשך כחפים. נוסף על כך קיימת עלות כלכלית למדינה, שנובעת מהפעלת המשטרה, התביעה, בתי המשפט, שירות בתי הסוהר וכדומה.

גם החלופות להפללה כרוכות בפגיעות מגוונות. משטר רישוי, פיקוח ומיסוי כרוך גם הוא בצמצום החירות, אף שבמידה פחותה בהשוואה להפללה. גם הוא, ככל שהוא מגביל והדוק, כרוך בסכנה של יצירת שוק שחור לשם עקיפת המגבלות. גם הסדרה כזו מצריכה משאבים, ועשויה להיות כרוכה בטרדה מסוימת לגורמים בשוק ההימורים, אף שלא לפגיעה בזכויות כמו במקרה של אכיפה משטרתית.

ג) הפללת הימורים פרטיים – סיכום ביניים

הן באופן כללי והן לגבי הימורים, סולם ההפללה אינו מוליך למסקנות חד-משמעיות. מטרתו לחשוף קשיים ולהציף דילמות לקראת בחירה הסדרתית שקופה ובשאיפה גם מוצלחת. ההפללה של הימורים פרטיים נפתחת בטיעון בדבר פוגענותם, לנוכח תרומתם הלכאורית לפגיעה בערכי עבודה, אובדן שליטה מתמשך, התמוטטות כלכלית וחיזוק הפשע המאורגן. הקשרים הסיבתיים שבבסיס הפוגענות אינם מוצקים לגמרי, וקיימים חורים בשרשרת הסיבתית, אולם זהו המצב גם לגבי טיעוני פוגענות אחרים. במבחן התכליתיות אין קושי מיוחד באשר לאכיפות: דומה שניתן לאכוף את האיסורים ביעילות ולהביא לידי צמצום ההימורים הפרטיים. לעומת זאת, מבחן צרות-היתר כרוך באתגרים לא-פשוטים, בהינתן שלא מעט סוגי התנהגות כרוכים בסוגי הנזק שלעיל, ויש להבחין מהותית בינם לבין הימורים פרטיים כדי להציע הסדרה שונה. מבחן החלופיות מעלה אפשרויות שונות לצמצום של ההימורים פרטיים ובעיקר של נזקיהם. חלקן עשויות להשלים משטר הפללה, וחלקן רלוונטיות כלפי משטר פיקוח. לבסוף, שאלת המאזן מציפה את המחיר הערכי שכרוך בפתרונות השונים. אף בהנחה שמחיר ההפללה גבוה ממחיר הפיקוח, ניתן בסופו של יום לצדד בהפללה אם סוברים שהיא פתרון יעיל יותר במניעת נזקי ההימורים.

ג. הימורים מדינתיים תמימים ?

1. מבוא

בחנתי בביקורתיות את הנחת הבעייתיות הפרטית, והראיתי שאף-על-פי שהיא אינה מופרכת כלל, היא רחוקה מלהיות מובנת מאליה. הדברים מקבלים משנה תוקף במשטר שבו לצד

האיסור הפלילי החל על הימור פרטי מתקיים הימור ציבורי חוקי רחב. זו העת להביט בהנחת האחריות המדינתית על-מנת לבחון בעין ביקורתית אם הבעייתיות שזוהתה בהימור הפרטי אינה מתקיימת גם בהימור המדינתי. שאלת הבעייתיות הפרטית נבחנה באופן עיוני, באשר אנו מצויים במשטר שכבר הפליל אותה. כמודגש, תופעת ההימור הפרטי בישראל אינה ניתנת לבחינה אובייקטיבית בשטח כתופעה בלתי-מופללת, משום שהיא כבר מופללת ומתקיימת במחתרת. לשון אחר: העובדה שבמשטר הפללה הימורים קשורים לפשע המאורגן ולשאר נזקים אין פירושה שהם יהיו קשורים אליהם בהכרח גם במשטר אחר.

להבדיל משאלת הבעייתיות הפרטית, את הנחת האחריות המדינתית ניתן גם ניתן לבחון בישראל באופן מעשי, ולא רק עיוני, משום שמשטר ההימורים הקיים בארץ מאפשר הימור ציבורי. בחלק זה אבחן אם מיסוד ההימורים המדינתי הינו רעיון עיוני מוצלח, ואם הוא מיושם היטב בשטח. אפתח במבט עיוני קצר, וממנו אתקדם אל חיי המעשה של ההימור הציבורי בישראל.

2. מבט עיוני

(א) מבוא להבחנה בין ציבורי לפרטי בנוגע להימורים – זיהוי האתגר

לאחר הניתוח של הנחת ההימור הפרטי הקלוקל דומה שהאתגר העיקרי שניצב בפני משטר אשר אוסר הימור פרטי ומתיר הימור ציבורי נוגע בשני שלבים בסולם הפללה, בהתאם לזווית הנבחנת. אם הזווית הנבחנת היא ההימור הפרטי, הקושי של התרת הימור ציבורי הוא במבחן צרות-היתר, כלומר, בשאלת הדמיון והשוני בין ההימור הפרטי להימור הציבורי. אם הזווית הנבחנת היא ההימור הציבורי כשלעצמו, אתגר ההתרה מתמקד בשלב הפוגענות. אם הימורים ציבוריים הינם תופעה פוגענית באופן בולט, עולה קושי כפול: בהתרתם, מצד אחד, ובמלחמה הפלילית בהימורים הפרטיים, מצד אחר. האם הימורים ציבוריים כרוכים בנזק?

(ב) הפוגענות העיונית של ההימור הציבורי וצמצומה

בחלק הקודם נבחנה הנחת הפוגענות של ההימור הפרטי בהתקשר לשלושה נזקים. הצגתי מהלכים סיבתיים אפשריים לחיבור ההימור הפרטי אל הנזקים. האם המהלכים הללו הכרחיים גם לגבי ההימור הציבורי?

שאלה זו רלוונטית לא רק לישראל, אלא לכל משטר שמעוניין לאפשר הימור ציבורי אך למנוע פגיעות שמאפיינות לכאורה את ההימור הפרטי. למעשה, מדובר בשאלה דומה מאוד לזו שנבחנה קודם בשלב החלופיות. המבט הוא בקשר הסיבתי שנבחן בשלב הפוגענות בחלק ב2(ב), לצד הניסיון העיוני לעצור את המהלך הפוגעני, שנבחן בחלק ב4(ב). לכאורה קל בהרבה לקטוע מהלך מזיק כאשר מי שעורך את המהלך כפוף לפיקוחה של המדינה. אגע בקצרה בסוגי הנזק שתוארו לעיל, אבדוק אם הם עלולים בכלל להתקיים גם בגין הימור ציבורי, ואם כן – אבחן כיצד ניתן לעוצרם.

(1) מסר מופשט בדבר התעשרות מהירה ללא מאמץ או פגיעה בערכי עבודה

האם הימור ציבורי עלול לפגוע בערכי עבודה? נשוב למהלך הסיבתי שהוצג בחלק ב2(ב), בשינוי הפתיח:

ארגון הימורים ציבוריים ← הגעה להיקף פעילות גדול ולפרסים גבוהים או
 תכופים מאוד ← שיווק ופרסום בדבר האפשרות להתעשר / גדילת התופעה של
 התעשרות מהמרים ← התרחבות המסר על התעשרות ← פגיעה בערכי עבודה

דומני שמהלך זה אינו חזק פחות בהקשר של הימורים ציבוריים מאשר בהקשר של הימורים פרטיים. ככל שהיקף הפעילות בהימור הציבורי גדול, ככל שפרסיו גבוהים, ככל שהפעילות תכופה, ככל שנערך שיווק ופרסום בדבר האפשרות להתעשר, וככל שהתהודה של התעשרות מהמרים גדלה, מתרחב המסר על התעשרות, אשר פוגע לכאורה בערכי עבודה. כדי לקטוע את המהלך הסיבתי האמור, על ההימור הציבורי להגביל את עצמו. בהינתן שאין מדובר בשוק פרטי, אין צורך במשטר רישוי כדי לצמצם את הנוק. ניתן פשוט לחייב את המפעיל הציבורי לנהוג בדרכים מסוימות או להימנע מלנהוג בדרכים פוגעניות. מפעיל שיסרב לפעול כנדרש ניתן להדיח, לפטר, להשעות וכדומה. הסדרת הגוף הציבורי סבוכה לכאורה פחות מהסדרת האזרח הפרטי, יהא זה מארגן ההימור או המהמר.

(2) התמכרות: אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית / התמוטטות / הידרדרות לפשעי רכוש האם הימור ציבורי עלול להוביל לאובדן מתמשך של יכולת אוטונומית, להתמוטטות כלכלית או משפחתית ולהידרדרות לפשעי רכוש?

ארגון הימורים ציבוריים ← משיכת מהמרים ← זכיית מהמרים ← פיתוח
 "תיאבון" ← זמינות גבוהה של הימורים ← מימוש ה"תיאבון" וגדילתו ←
 המשך הזנת הנטייה ופיתוחה ← העדר מעצור חברתי או אחר להזנת הנטייה ←
 אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית ← קריסה כלכלית ← חובות כבדים /
 העדר מימון להמשך ההימורים ← הפגיעה להשגת כספים מהירה ← החלטה
 לבצע פשעי רכוש ← ביצוע פשעי רכוש

המהלך הסיבתי אינו נחלש בהכרח רק משום שבתחילת השרשרת ניצב הימור ציבורי במקום פרטי. כדי להחלישו ולקוטעו, יש לווסת את ההימור הציבורי בדומה לאופן שתואר בחלק 4(ב)(2) לגבי ההימור הפרטי. צמצום הזמינות הגבוהה של ההימור הציבורי ופיקוח מוקדם על תהליך ההימורים עשויים לצמצם את הזנת הנטייה ולמנוע אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית. למשל, הצבת דוכני הימורים באזורים חזקים כלכלית, ולא באזורים מוחלשים, עשויה לצמצם את הסיכוי לקריסה כלכלית. ניתן לנסות לזהות מהמרים בעייתיים, להגבילם ולטפל בהם לפני הגיעם לקריסה כלכלית. רעיון כרטיס השחקן, שיפורט להלן בחלק 5(ב), עשוי לסייע בכך, באשר הוא יאפשר להבחין במהמרים בעלי נטיות מסוכנות ולהתמקד בהם כמושא ההסדרה וההגבלה, להבדיל מאזרחים שמסוגלים להמר באחריות. ככל שניתן לבנות פרופיל של מהמר בעייתי, לזהותו ולהגבילו, ההימור עשוי להתבצע בסיכון נמוך מאוד על-ידי אזרחים אחראיים. בהמשך לכך ניתן להציע טיפול ופיקוח למניעת הידרדרות לפשעי רכוש, ולהשתמש לצורך זה בקרנות שיוקמו מרווחי ההימורים.

(3) הלבנת הון ופשיעה מאורגנת

האם הימורים ציבוריים גורמים להלבנת הון?

ארגון הימורים ציבוריים ← צמיחת שוק מצליח ← זיהוי ביקוש למוצרים קיצוניים יותר או לזמינות רבה יותר ← הגניעה לרווח כלכלי ולהלבנת הון ← הצעת מוצרים כאמור בשוק השחור ← הלבנת הון ורווח כספי לפשע המאורגן

גם כאן הקשר הסיבתי אינו נחלש מעצם המעבר מהמישור הפרטי למישור הציבורי, וגם כאן ניתן לפנות לאפיק החלופות ולצמצם את המהלך הפוגעני. המלאכה אינה פשוטה, כאמור לעיל: ככל שההימור הציבורי מציע מוצרים רבים ומגוונים יותר, השוק השחור מאבד מהאטרקטיביות שלו; אולם ככל שההימור הציבורי כרוך בפיקוח ובמגבלות, מצד אחד, אך מעודד את הנטייה להימורים, מצד אחר, האטרקטיביות של השוק השחור גוברת. כדי לעצור את הפוגענות, על המשטר המאפשר הימור ציבורי לפקח ולהגביל את ההימורים ולהקפיד מאוד לא לעודד נטייה להימורים והקצנה.

(ג) הפוגענות העיונית של ההימור הציבורי – סיכום ביניים

מבט עיוני בהימור הציבורי מגלה שגם הוא כרוך בסכנת פוגענות. בכך אין כל פלא, כמובן, באשר מדובר בפעולה שנראית זהה ונעשית באופן זהה, או לפחות עלולה להיות כזו.¹¹⁷ כדי שהבחנה בינה לבין המקבילה הפרטית תהיה מוצדקת – ולא כוחנית גרידא – יש לעשות את הפעולה בצורה אחרת. מגבלות אמיתיות לגבי ההימור הציבורי עשויות לייצר הבחנה כזו. אומנם מבחינה עיונית גם ההימור הפרטי עשוי להיות מפקח ומוגבל כך שפוגענותו תצומצם, אך ניתן לטעון כי תיאוריה לחוד ומעשה לחוד, שכן בחיי המעשה ההימור הפרטי גובר על המגבלות – עוקף, ממסמס ומאיין אותן – שהרי תעשייה קיימת מעוניינת לגדול ולשגשג, כדי להרוויח עוד כסף. כאשר מדובר בהימור הציבורי, לעומת זאת, ניתן לסבור כי כסף אינו בראש מעייניו של איש, ולפיכך המגבלות שיוטלו יהיו אמיתיות ולא ייעקפו. כמובן, ההנחה שכסף אינו מעניין גופים ציבוריים ואינו מעורר את תאבונם נראית על פניה תמימה מאוד,¹¹⁸ באופן

117 גם תכליות אחרות, שעליהן לא הרחבתי במאמרי מטעמי מקום, ואשר נפגעות לכאורה מהימורים פרטיים, נפגעות לכאורה גם מהימורים מדינתיים. למשל, לגבי הטיית משחקי ספורט בגין הימורים, פרשת "שופטים באדום" חושפת כי במשטר שמתיר הימורים על משחקי כדורגל בסכומי כסף גדולים צפויה הטיית משחקים בצורת שוחד: ת"פ (שלום ת"א) 4477/04 מדינת ישראל נ' חודדה (פורסם בנבו, 15.5.2007); ע"פ (מחוזי ת"א) 71853/06 ציבורי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.6.2009).

118 ההגבלה הראשונה נערכה באוקטובר 1951, ונקבע כי תיערך הגרלה אחת בחודש במחיר 1 ל"י לכרטיס ובפרס ראשון של 1,000 ל"י – סכום גבוה מאוד נכון לאותה תקופה. ההמון התנפל על נקודות המכירה וההגבלה נערכה בתל-אביב לפני קהל נרגש. התשואה הכספית הייתה גדולה. בהמשך החל מפעל הפיס בהעברת כספים להקמת בתי-חולים ולשיפוצם. כבר בתחילת שנות החמישים הוגדלו סכומי הזכייה, מספרי הכרטיסים שהודפסו ומחירים, ובהמשך הם נסקו מעלה בהתמדה. בשנת 1955, לנוכח דרישה של עיריית ירושלים, שהתקשתה בגיוס כספים לתשתיות חינוך ואימה על הממשלה להקים מפעל הגרלות עצמאי, הוסף החינוך למטרותיו של מפעל

שמרמז לכיוון ההפוך: לא יוטלו מגבלות מספיקות על ההימור הציבורי, ואלה שיוטלו – לא יכובדו. הבחנה שמובילה לייצור מונופול מעלה תהיות נוספות, באשר מונופולים ידועים ברגיל כמי שכספם וטובת מנהליהם ועובדיהם בראש מעייניהם, ולא טובת הצרכן.¹¹⁹ אולם אין משמעות הדבר שאי אפשר לדמיין דרך לצמצם את כשלי המונופול ואת פוגעותו של ההימור הציבורי.

מודל ההכנסה המדינתית הישירה (יחסית) מציב את המדינה בניגוד עניינים מובנה בין רצונה להרוויח כסף לבין ההינעיה שלה לפקח על הגורמים שמפעילים את ההימורים.¹²⁰ קשה לגבור עליו.¹²¹ במובן זה, אם מדינה מתיימרת לפקח על שוק מסוכן, עליה לספק הסבר משכנע לבחירתה ליטול בו חלק פעיל בעצמה. עליה גם להביא בחשבון שאם היא השתלטה על השוק, היא עלולה להסתכן בהיפכותה בדיוק למה שהיא ניסתה ללחום בו. קיים קושי אקספרסיבי גדול בהימורים מדינתיים: כניסת המדינה לשוק הפעילות עצמו נותנת לו חותמת הכשר הרבה יותר ממשטר לגליזציה כללי.¹²² צקצוק-לשון של המדינה נגד אי-המוסריות שבהימורים אינו מתיישב עם העובדה שהיא עצמה מארגנת הימורים, וזעקתה על סכנת ההתמכרות שבהימורים אינה מתיישבת עם השיווק האגרסיבי של ההימור המדינתי.¹²³ הקצאת חלק מכספי ההימור למטרות חברתיות אינו מנטרל את הקושי המוסרי. אדרבה, החיבור בין מפעלי ההימורים לבין

הפיס. בשנת 1958 הוספו לפרסים דירות חדשות, וההכנסות שברו שיא. בשנת 1960 הוכנס ספח ה"זוטא", שאפשר לרוכש הכרטיס לזכות מיידית בעלות הכרטיס בחזרה. תוספת זו הגבירה את המכירות בשליש. באותה שנה גם הוכנסה מכונת הגרלות חדישה. בשנת 1966, כדי להתמודד עם המיתון הכלכלי ועם התחרות מול תוכנית הימורים חדשה (הטוטו), נולד הלוטו, שהצליח מלידתו. בשנת 1979 נולד משחק כרטיסי "חישגד". מאוחר יותר הוקמה תוכנית המיניוויס, ובעקבותיה משחק הקלפים "צ'אנס". חידושים נוספים הגיעו ומגיעים בלי הרף. ראו באתר מפעל הפיס: www.pais.co.il/About/Pages/history.aspx. להרחבה, בנימה ביקורתית ופוליטית מרתקת, ראו לוי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 179–196; ובעקבותיו אהוד בקר "הפעלת מכונות מזל אלקטרוניות (חישגד אלקטרוני) על-ידי מפעל הפיס" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 25.5.2015) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03594.pdf.

119 תומפסון ופרנטיס בחנו אמפירית את השפעתם של מונופולים בתחום הקזינו. מממצאיהם עולה כי במדינות עם מונופול נמכרו מוצרי ההימורים במחירים גבוהים יותר, ומספר המתקנים היה קטן יותר. השניים בחנו בעין ביקורתית טיעונים בעד מונופול, ודחו אותם בשיטתיות בקשר לקזינו: William N. Thompson & Catherine Prentice, *Should Casinos Exist as Monopolies or Should Casinos Be in Open Markets?*, 4 UNLV GAMING L.J. 39, 64, 70–72 (2013).

120 השוו Martz, לעיל ה"ש 78, בעמ' 486–488; דוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 54–55 (לגבי ניגוד העניינים של הזכיין).

121 לממשלה בשוודיה יש מונופול על מכירת אלכוהול, והיא קובעת מחירים גבוהים ומגבילה את הצריכה, מתוך תפיסה של הגנה ציבורית. הקזינו הטיפוסי, לעומת זאת, מכוון לא להגבלת הצריכה, אלא דווקא להגברתה. ראו Thompson & Prentice, לעיל ה"ש 119, בעמ' 71.

122 Craig, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65.

123 השוו לפקפוק בהצדקה שסיפקה ארצות-הברית למגבלות שהטילה על הימורים במרשתת – הצדקה שמבוססת על הצורך החיוני להגן על המוסר הציבורי – לנוכח ההיתר שהיא מעניקה להימורים מקומיים בחלל הפיזי: Hurt, לעיל ה"ש 4, בעמ' 401; Kelly Ann Tran, *The WTO Appellate Body Gambles on the Future of the GATS: Analyzing the Internet Gambling Dispute Between Antigua and the United States Before the World Trade Organization*, 6 APPALACHIAN J.L. 165, 175–177 (2006).

מטרות חברתיות עלול להבליע את ההימור במעטפת של "תרומה לקהילה", תוך מתן תחושה לאזרח הקטן שמעשיו דווקא טובים ותורמים לקהילה. הימורים מדינתיים אף כונו "מס גרסיבי", ותוארו כמקור הכנסה שמגיע בעיקר מהשכבות החלשות באוכלוסייה¹²⁴ או כגיוס כספים ממעוטי-היכולת.¹²⁵ אפילו מבחינת רווח כספי למדינה, מונופול הימורים אינו מתכון מוצלח כפי שנהוג לסבור.¹²⁶ מהו המצב בישראל?

3. מבט מעשי ביקורתי – חיי המציאות של ההימור הציבורי בישראל

(א) מציאות ההימור הציבורי בישראל – מבוא

בחלק זה אבחן באופן ביקורתי את ההימור הציבורי בישראל כהווייתו. מוקד הדיון יהיה שאלת הפוגענות, בניסיון למצוא היכן ההסדר הקיים אינו סוגר באופן מהודק או אינו סוגר כלל את הסדקים והחורים שמהם עלולים להיגרם נזקי ההימורים.

אפתח ואדגיש כי ההסדר המעוגן בחוק הישראלי לגבי הימורים אינו יוצר הבחנה חדה לחלוטין בין הפרטי לציבורי. סעיף 231 לחוק העונשין מכונן הוראה שמבחינה בין מקבלי היתרים לבין אלה שלא קיבלו היתר: האיסורים לא יחולו "על סוגי הגרלות או על הגרלה מסוימת, אשר לעריכתם ניתן מראש היתר מאת שר האוצר או מאת מי שהשר הסמיכו לכך", וכן "על הימורים או הימור מסויים, שעורך מפעל הפיס בהיתר מראש מאת שר האוצר או מאת מי שהשר הסמיכו לכך".¹²⁷ החוק הישראלי מאפשר לבקש ולקבל היתר להגרלות; מאפשר למפעל הפיס לארגן הימורים; ואינו מאפשר לשום גוף לערוך משחקים אסורים. כלומר, נוצרת מציאות משפטית שונה לגבי שלוש הפעולות שמתקשרות להימורים. לגבי משחקים אסורים קיים משטר הפללה גורף.¹²⁸ לגבי הימורים יש שני מונופולים:¹²⁹ מפעל הפיס, המפעיל את

124 כצורה של גיוס כספים הלוטו גרסיבי ונופל בעיקר על העניים. McCarthy, לעיל ה"ש 24, בעמ' 762; תחקיר המוסף הכלכלי של חדשות 10 : 10 : www.youtube.com/watch?v=04bF0gov8MA. לנתונים רשמיים ראו אורי טל "הקמת קזינו באילת – הימורים בישראל" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 14.1.2008) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01954.pdf.

125 גרוסקופף, לעיל ה"ש 49, בעמ' 38.

126 תומפסון ופרנטיס סקרו דינמיקה של מעברים ממונופול לרישוי במקאו ובמדינות אמריקאיות, והראו כי אף שנתח השוק של קבוצת המונופול בהימורים ירד (לקול צעקותיה), רווחיה דווקא עלו, ולעיתים אף נסקו. מתברר כי להוספת בתי-קזינו בתוך המדינה ובקרבתה יש אפקט מגביר רווחים: Thompson & Prentice, לעיל ה"ש 119, בעמ' 44–47.

127 לצד זאת, החוק להסדר ההימורים בספורט מתיר כאמור עריכת הימורים למועצה שקמה לצורך זה.

128 דבר המחוקק הוא שאין לערוך משחק אסור, למעט חריגי המשחק הפרטי, כמפורט בס' 230. במציאות מכוננת משחק – שקשה מאוד לטעון כי הן אינן "משחק אסור" – מוצבות על-ידי מפעל הפיס ברחבי ישראל, בעיקר במקומות מוחלשים. במסמך שהוכן לכנסת בשנת 2015 נכתב כי משרד האוצר התיר הפעלת מכוננת בשנת 2005 וכי משרד המשפטים מצא שאין מניעה לכך. לנוכח ההיתר, שינתה המשטרה את עמדתה שראוי להילחם במכוננות. בקר, לעיל ה"ש 118, בעמ' 14–15. בתחילת 2017 החליט משרד האוצר לא להתיר עוד את השימוש במכוננות. עתירה לצור-ביניים נגד החלטתו של משרד האוצר נדחתה בקצרה בפברואר 2017 על-ידי השופט דנציגר, בציון האינטרס הציבורי בהפסקת עריכתן של ההגרלות האלקטרוניות. בג"ץ 239/17 טל נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 6.2.2017).

הלוטו, החישגד ודומיהם;¹³⁰ והמועצה להסדר ההימורים בספורט, המפעילה את הטוטו, הווניר ודומיהם מכוח חוק נפרד.¹³¹ לבסוף, לגבי הגרלות החוק הפורמלי מכונן משטר היתר. רק בשנת 2009 (ובהמשך שוב בתחילת 2010) נתן משרד האוצר היתר כללי.¹³² מאות הגרלות נערכות בשנה לפי היתר, ובמצטבר מדובר בפעילות רבה שיש לה השפעה-בכוח על אוכלוסיות שונות, לרבות קטינים.¹³³

אם כן, משחקים אסורים מופללים לחלוטין; הימורים נערכים תחת מונופול; ואילו משטר ההגרלות הנוכחי נע בין לגליזציה לבין רישוי. כאמור, ההבחנה המעשית בין שלוש הפעולות אינה פשוטה תמיד, ובוודאי כך ההבחנה הנורמטיבית. עם זאת, היא קיימת ותפקה משפטית, וכך נולד פער. לתפיסת המחוקק, שלוש הפעולות מסוכנות, וארגון שווה-ערך מבחינת חומרה. לעומת זאת, מבחינתו של ארגון חוקי בכוח, שלוש הפעולות יש שלושה גורלות שונים: הגרלות – בהיתר; הימורים – במונופול; משחקים אסורים – בכלא. עולה קושי: אם ניתן לערוך הגרלות פרטיות באופן אחראי, מדוע אי-אפשר לערוך כך גם הימורים? אם המונופול מסוגל לארגן הימורים באופן אחראי, האין הוא מסוגל לארגן גם משחקים אסורים בצורה אחראית? לחלופין, אם המשחק האסור מסוכן מההימור, וההימור מסוכן מההגרלה – מדוע שלא נבחין בין הפעולות מבחינת ענישה?

אלה אך תהיות ראשוניות לגבי עקיבות ההסדר. בטרם בוסס מונופול ההימורים המדינתי, ציין בית-המשפט העליון, כמובן מאליו, כי הימורים מטעם המדינה הם רעים מוסרית ומזיקים כהימורים מטעם גורם פרטי, ואולי אף יותר מהם.¹³⁴ הטיעון הנגדי הוא שהימורים מדינתיים מאפשרים פורקן בלתי-מזיק לדחפי ההימורים. התפיסה של הגרלה בניהול המדינה לצורך גיוס כספי ציבור והענקת כסף רב למשתתף בר-מזל היא חלק מתרבויות רבות, כולל זו שלנו. הלוטו מושך פחות אש מקזינו, בהקיפו רבים מהטיעונים המסורתיים בעד הימורים: כסף לפרויקטים ציבוריים, פגיעה בפשע המאורגן, מקור בידור. לצד זאת, לפי הנטען, הודות לפיקוח ציבורי

129 מבחינה היסטורית, רוב המדינות התירו בתיקוניו כמונופול מדינתי. מודל המונופול נותר בגרמניה, בצרפת, בספרד, בפורטוגל, בהולנד, באיטליה ובמדינות אחרות באירופה, כמו-גם במדינות רבות בארצות-הברית. שם, בעמ' 46.

130 באתר מפעל הפיס נכתב: "מפעל הפיס הוא גוף ציבורי בעל זיכיון בלעדי מהמדינה לעריכת הגרלות ומשחקי מזל בישראל" (www.pais.co.il/About/Pages/Freedom_of_information.aspx).

131 גרוסקופף תקף בחריפות את המונופול הישראלי על הימורים. ראו גרוסקופף, לעיל ה"ש 49, בעמ' 43-37.

132 הודעות בדבר מתן היתר כללי לעריכת הגרלות לפרסומת מסחרי לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977: י"פ 5979, 22.7.2009, בעמ' 4997-5002; י"פ 6014, 1.1.2010, בעמ' 1187-1191.

133 דוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 145.

134 לפי השופט כהן בעניין סביצקי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 377: "יוצא אני מן ההנחה – המובנת והמסתברת מאלה – שהמעוות שבהגרלות לשם מיצווה, מבחינת פגיעתן הרעה במוסרו ובכיסו של הפרט, הוא אותו המעוות גופא שבהגרלות שלא לשם מיצווה. אפילו תמצא חמישים צדיקים בתוך העיר אשר רוכשים גורלות מפעל הפיס כדי להביא לידי בנייתם של בתי חולים, ולא כדי לזכות בגורל, הרי לא זו בלבד שצדיקים אלה בטלים בשישים, אלא מותר – במחילה מכבודם – לחשוש שהמטרה הטובה משמשת להם לאו דווקא מניע לרכישת הפיס, אלא אך אמתלה טובה לרכישתו. נמצא שמבחינת כוונתו היסודית של המחוקק, להילחם כאמור בנגע משחקי הגורל, צריכה להיות המלחמה נטושה בכל משחקי הגורל, יהא אשר יהא ייעודן של ההכנסות המופקות מהם".

ממשי¹³⁵ אין ללוטו המדינתי חסרונות רבים, כהיגררות לפשע, התאבדות בגין חובות ופגיעה בבתי-עסק מקומיים.¹³⁶

אשוב כעת לתכליות שנבחנו במאמר, ואבחן אם המשטר הנוכחי מצליח להשיגן ובאיזה אופן. איסור ההימורים הפרטיים נועד כאמור למנוע פגיעה בערכי עבודה, אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית, התמוטטות כלכלית ומשפחתית והידרדרות לפשעי רכוש, וכן הלבנת הון ופשעה מאורגנת. תיארתי לעיל מהלכים סיבתיים אפשריים שקושרים בין הימורים ציבוריים לבין אותם נזקים ממש, ולאחר-מכן מניתי אפשרויות לקטיעת הנזקים. רוב אפשרויות הקטיעה מתנקזות לרעיון אחד – צמצום נפח ההימורים: גובה הפרסים, תדירות ההימור, גיוונו וכדומה. נפח ההימורים מתקשר לכל הפוגענות שיוחסה להימור הפרטי. כדי שההימור הציבורי לא יהיה פוגעני במידה דומה ואפילו גדולה יותר, יש לצמצם את נפחו. לחלופין ניתן לנסות לזהות מהמרים בעייתיים בעוד מועד, להגבילם ולטפל בהם. מי פועל לצמצום נפחו של ההימור הציבורי בישראל ולהגבלת מהמרים בעייתיים?

(ב) צמצום נפח ההימורים

גופי ההימורים בישראל פועלים לא לצמצום נפח ההימורים, אלא דווקא להרחבתו, וזאת בדרכים מגוונות: בשיווק אגרסיבי; בהצעת פרסים ענקיים; בהצעת מגוון רחב, תדיר ומחדש של הימורים, ועוד.

(1) שיווק אגרסיבי

בימים הראשונים של ההימורים הממוסדים בישראל ניסה השיווק לאזן בין הצגת האפשרות לזכות ולהתעשר לבין הרצון להפגין מחויבות לערכים קולקטיביסטיים-שוויוניים ולזכות בלגיטימציה מהסביבה המוסדית, וזאת על-ידי הצגת גורמי ההימורים כבוני תשתיות ציבוריות.¹³⁷ גם כיום מנסים מוסדות ההימורים לזכות בלגיטימציה ולשכך ביקורות ציבוריות על-ידי הדגשת תרומתם לחברה. חרף חוקיותן של חלק מצורות ההימור, הגישה החברתית להימורים בישראל אינה אוהדת במיוחד.¹³⁸ נדרשות פעולות שיווק חזקות כדי לגבור על הקשיים ולעקוף אותם. השיווק הישראלי הינו אגרסיבי.¹³⁹ הוא כולל פרסום בשלטי-חוצות, בטלוויזיה, ברדיו, בעיתונות ובמרשתת.¹⁴⁰ שיווק אגרסיבי משפיע על הציבור בכללותו ועל

135 כדברי השופט לנרני בבג"ץ 18/68 ישראל פוטבולפולס (כול פול) בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד כב(1) 683, 690 (1968): "אולי מוטב שלפחות תהיה כל הפעילות הרבה הזאת, המבוססת כולה על ניצול היצר של עשיית עושר ולא בעמל, מרוכזת ביד אחת תחת פיקוח ציבורי של ממש, ושלא ייהפכו רחובות ערינו לזירת התגוששות בין מתחרים בשטח זה".

136 Craig, לעיל ה"ש 9, בעמ' 66.

137 לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 11–24.

138 Belle Gavriel-Fried, *Attitudes of Jewish Israeli Adults Towards Gambling*, 15 INT'L GAMBLING STUD. 196, 203–208 (2015).

139 תחקיר חדשות 2 חושף הדרכות לזכיינים במפעל הפיס עצמו: www.youtube.com/watch?v=dq33Z1pDI2Y (להלן: כתבת ערוץ 2).

140 נכון לשלהי 2015, כתיבת המילה "הימורים" בגוגל העלתה שני קישורים ממומנים: האחד של האתר הישראלי Racer, העוסק במרוצי סוסים; והאחר של "ווינר". נכון לאמצע 2016 נותר

קטינים בפרט, ומייצר דחפי הימורים שנהפכים לעיתים לבעיית הימורים של ממש.¹⁴¹ השיווק מתחבר כמובן גם לגובה הפרסים ושעון עליהם במידה רבה.

(2) הצעת פרסים גבוהים

לצד השיווק העצום והחסות הציבורית, הפרסים העצומים דוחפים אף הם להימור. בהקשר זה ייתכן שהסכנה בהימורים מטעם המדינה אף גדולה יותר בהשוואה להימורים פרטיים.¹⁴² גובה הפרס עשוי לייצר משתתפים חדשים, מחד גיסא, ולעודד משתתפים ותיקים להשקיע סכום כסף גבוה במיוחד, מאידך גיסא.¹⁴³ הדבר אינו מעיד טובות לגבי מימוש תכליתם הראשית של האיטורים. חלף מלחמה ברעיון ההתעשרות המהירה, המציאות מגלה דווקא קידום של הרעיון. פרסומי הלוטו מכוונים שוב ושוב אל אותו חלום – חלום הטלפון מאראלה:¹⁴⁴ התעשרות מהירה, התפטרות מהעבודה, נקמה במעביד¹⁴⁵ ובנותני שירות,¹⁴⁶ זוהר הוליוודי,¹⁴⁷ רכישת

- הקישור של Racer בלבד, ובקיץ 2016 כבר לא נותר שום קישור ממומן. בחורף 2017 הופיעו שלושה קישורים ממומנים: "אליפות IPT ישראל בפוקר – מגיעה לבלגרד, סרביה", Racer ו"ווניר". אוסיף כי בעבר חיברתי רשימה ביקורתית כלפי מפעל הפיס. פורטל מוביל דחה אותה משום שמפעל הפיס נמנה עם מפרסמיו. לבסוף היא פורסמה בפורטל מוביל אחר – אסף הרדוף "צריך פיס בחיים?" וואלה 16.10.2012 <http://finance.walla.co.il/item/2576145>.
- 141 Belle Gavriel-Fried, Meir Teichman & Giora Rahav, *Adolescent Gambling: Temperament*, 18 ADDICTION RES. & THEORY 586, 591–596 (2010). *Sense of Coherence*, במדינות רבות קטינים משתתפים בהימורים לא כחוק, מגיל צעיר מאוד, ולמרבח הצער כך קורה גם בישראל. בל גבריאל-פריד, גיורא רהב ומאיר טייכמן "הימורים בקרב בני נוער בישראל" חברה ורווחה ל 2, 189, 208–198 (2010). רק בשנת 2007 עבר בישראל התיקון לחוק שאסר מכירת כרטיסי הגרלות לקטינים. העברת התיקון נמשכה זמן רב, בין היתר בגין התנגדותם של גורמי ההימורים: Belle Gavriel-Fried & Jeffrey L. Derevensky, *The Gestation and Birth of Legislation Prohibiting the Sale of Lottery Tickets to Israeli Minors: Some Social Policy Issues*, 9 INT'L GAMBLING STUD. 135, 142 (2009). במסמך שהוכן לכנסת נכתב כי תקציב הפרסום והשיווק של מפעל הפיס בשנת 2007 היה כ-165 מיליון שקל, ושל המועצה להסדר ההימורים – כ-60 מיליון. ראו טל, לעיל ה"ש 124, בעמ' 1. כן נכתב שם כי "...החשיפה של הישראלי הממוצע לפרסום נרחב כל כך של הימורים לא עולה בקנה אחד עם תוכניות הגמילה מהימורים שמפעיל מפעל הפיס", והוצע להפחית את כמות הפרסום מחשש לגרימת התמכרות. שם, בעמ' 9–10.
- 142 כדברי השופט כהן בעניין סביצקי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 377: "ואולי מן הראוי אף להרחיק לכת ולומר שסכנתה של הגרלה 'רשמית', המונית, אשר זוכה לפרסומת עצומה המושכת את הלב ואת העין של כל אדם ברחוב, היא לאין ערוך גדולה יותר מאשר סכנתם של משחקי הגורל בדרך כלל".
- 143 בינואר 2016 הגיע הפרס הראשון בלוטו בארצות-הברית לכמיליארד וחצי דולרים, מה שיצר תורים ענקיים שהשתרעו על-פני רחובות שלמים בדרך להגשמת חלום ההתעשרות האדירה והמהירה. "טירוף: הפרס בלוטו האמריקאי טיפס לשיא של 1.5 מיליארד ד"ר" גלובס 12.1.2016 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001094941.
- 144 אראלה עצמה מוצגת ומקודמת על-ידי מפעל הפיס כדמות אהובה, מבורכת ומברכת, אשר עצם הזכרת שמה יוצרת התרגשות עזה. אורית מרלין רוזנצוויג "לפעמים רצוי לענות לחסוי: כך נראה יום בחייה של אראלה מהפיס" Xnet 12.11.2015 <http://xnet.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4724549,00.html>.
- 145 <https://www.youtube.com/watch?v=MGXdx4-flQ>; https://www.youtube.com/watch?v=hAMoYfutW6w&list=PLHfxrNIK4m_nn4UxaKEkqI0yMHBvxjUn6&index=49; <https://www.youtube.com/watch?v=VQUhKOWuUP8>.
- 146 <https://www.youtube.com/watch?v=sfSOLFeLZmI>; https://www.youtube.com/watch?v=eZiYil5WjCg&list=PLHfxrNIK4m_nn4UxaKEkqI0yMHBvxjUn6&index=18.

מעמד משפחתי, ¹⁴⁸ היפטרות מהשעון המעורר וכדומה. ¹⁴⁹ למעשה, גם בלי הפרסום העצום, הסכומים הגבוהים העומדים על הפרק – לעיתים קרובות מיליוני שקלים – מתקשרים באופן טבעי לרעיון ההתעשרות המהירה. ¹⁵⁰

(3) הצעת מגוון הימורים רחב ללא מגבלות

עצם החסות שהמדינה פורשת על הימורים גוררת בוודאי מהמרים חדשים, שחלקם מפתחים כפייתיות. ¹⁵¹ הכפייתיות קשורה גם למגוון ההימורים המוצע ולכמותם. אין מדובר במשחק אחד בחודש או בשבוע; כמות המשחקים עצומה. ¹⁵² המדינה מספקת הימורים חדשים אין-ספור, שזמינותם עצומה, גם ברשת. ¹⁵³ מרגע שמתעוררים דחפי הימור, הדרך להימור בממדים גדולים מתקצרת, משום שאין מגבלה מעשית על סכומי ההימור ותדירותו. הן בלוטו והן בטוטו לא מצאתי אינדיקציה למגבלות על רכישת טופסי הימור. ¹⁵⁴ כך הנטייה הכפייתית גדלה בוודאי. ¹⁵⁵ מקומם במיוחד לגלות שזמינות גבוהה של הימורים מאפינת יישובים עניים. ¹⁵⁶

147 https://www.youtube.com/watch?v=9ddpFJrGEPg&index=10&list=PLHfxrNIK4m_nn4UxaKEkqI0yMHBvxjUn6

148 https://www.youtube.com/watch?v=EdmfpfPiJQ&index=17&list=PLHfxrNIK4m_nn4UxaKEkqI0yMHBvxjUn6

149 לביקורת על מסעות הפרסום הישראליים, שמשווקים את החלום של פתרון כל בעיותיו של האזרח הפשוט, ראו דוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 67–68.

150 בתי-משפט אמריקאיים תיארו לוטו כצורת ההימורים הבעייתית ביותר, שגורמת להתנהגות הכי אנטי-חברתית, משום שהוא מעורר הישענות על המזל, במקום על שיפור עצמי, כדרך קלה להתעשרות. ראו Towfigh et al., לעיל ה"ש 24, בעמ' 161. מקרתי כתב כי הלוטו, שהוא צורת ההימורים הפופולרית ביותר שכמעט כל מדינה מספקת, הוא משחק מפוקפק המציב את המדינה בסתירה עצמית לגבי החינוך לחסכנות, בקדמו הישענות על מזל. McCarthy, לעיל ה"ש 24, בעמ' 762.

151 Craig, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65.

152 בישראל יש יותר מאלף אפשרויות להימורי ספורט, משחק צ'אנס כל שעתיים, משחק קינו עשרים וארבע פעמים ביום ומכונות-מזל בכל עת. דוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 21; כתבת ערוץ 2, לעיל ה"ש 139. כן ראו את הנחיות משרד האוצר לגבי חישגד וקיננו: י"פ 6398, 1.4.2012, בעמ' 3297–3296.

153 לוטו, צ'אנס, 777 ועוד: www.tofesyashir.co.il/; ווינר: www.winner.co.il/16.

154 באתר מפעל הפיס (www.pais.co.il/responsibleLottery/Pages/index.html) נכתב על "משחקים באחריות", אך כל שנאמר שם הוא ש"הפיס פועל להעלאת המודעות בקרב הציבור במגוון אמצעים שונים", ביניהם חלוקת עלונים ל"מבחן עצמי", פרסום "קו חם" לקבלת עזרה וקיום פעילויות הסברה שונות. אתר ווינר (www.winner.co.il/info/game-control) מפנה למגבלות בחוק – איסור הימורים של קטינים ו"בלי הקפה" – ומזמין את המהמר "לשחק תוך בקרה ופיקוח עצמי על היקף הוצאותייך... להגביל בעצמך את היקף הפעילות שלך ברמה היומית, השבועית והחודשית". אלא שזהו הסדר פנימי בלבד, שלא ברורה מידת אכיפתו. דוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 50. בכתבה של חדשות 2 התייחסו למכורים להימורים חוקיים בישראל – מהמרים שהפסידו מאות אלפי שקלים – ולאפשרויות ההימור האינסופיות שהמהמר ניצב בפניהן: חיים ריבלין "הקזינו של המדינה: כך מנסים לשכנע אותנו להמר" www.mako.co.il/news-channel2/Channel-2-Newscast/Article-b300714a35f2831018.htm 27.6.2012. ראו גם שוקי שדה "הקזינו של המדינה" www.mako.co.il/finances-11.2.2016_mako_magazine/Article-5bf688f762fc251006.htm?sCh=3d385dd2dd5d4110&pId=563116731 כתבה נוספת חושפת שהימורי קטינים בטוטו ובלוטו הם תופעה רחבה: חיים ריבלין "הקזינו של המדינה: אזהרות על ההגרות? לא אצלנו" www.mako.co.il/news-israel/28.6.2012_mako

כלומר, סכנות ההימורים מתגשמות גם בעולם ההימורים המדינתיים.¹⁵⁷ כמחצית ממכורי ההימורים בישראל מכורים להימורים חוקיים.¹⁵⁸ ככל שיופנו משאבים רבים יותר לטיפול במכורים ולפיקוח עליהם במגמה לשקמם, הדבר עשוי לספק תרופה מאוחרת לצמצום צנוע של הבעיה.¹⁵⁹

(4) צמצום נפח ההימורים – סיכום

ההימור הציבורי בישראל אינו מתאפיין במגבלות קפדניות לגבי שיווקו, גובה הפרס, גובה הסכום למהמר, גיוון ההימור ותדירותו. המחוקק הישראלי לא הטיל מגבלות כאמור, וגופי ההימורים אינם מטילים כאלה על עצמם. אפילו כאשר המחוקק מגביל או מבקש להגביל, אין זה נדיר שגופי ההימורים נאבקים ועוקפים את ההגבלות.¹⁶⁰ אין זה מפתיע לנוכח הכסף הרב

- local/Article-e06175bb3d43831018.htm. הודעה ממפעל הפיס על הצורך להקליד ארבע ספרות אחרונות של תעודת-הזהות של המהמר פורסמה בשנת 2015, אולם הנחיה זו קשורה להוכחת זהותו של הזוכה, ומכל מקום האחריות להקלדה היא על המשתמש בלבד: י"פ 6968, 19.1.2015, בעמ' 2904. הודעות דומות פורסמו בעבר.
- 155 תחקיר חדשות 10 על התמכרות בחסות מפעל הפיס: <https://www.youtube.com/watch?v=cJuH4zLuy18>. מחקרים קליניים הראו כי פוטנציאל ההתמכרות להימורי ספורט גבוה אף מפוטנציאל ההתמכרות להגרלות הלותרו. Towfigh et al., לעיל ה"ש 24, בעמ' 161.
- 156 ראו דוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 44; תחקיר שני של חדשות 10 על מכונות-מזל: <https://www.youtube.com/watch?v=o4bF0gov8MA>. מכונות משחק מחוץ לקזינו אינן המצאה ישראלית, והן קיימות אפילו במדינות אמריקאיות ששוללות הימורים, אף שיש הטוענים כי הן כמו הקראק-קוקאין של עולם ההימורים, דהיינו, ממכרות מאוד וקשות להסדרה. Hurt, לעיל ה"ש 4, בעמ' 397-398. התרת מכונות כאמור מטעם המדינה, לצד האיסור המוטל על מכונות פרטיות, מייצרת קושי בהיבט של עקיבות. McCarthy, לעיל ה"ש 24, בעמ' 762.
- 157 להלן כמה נתונים מעוררי השתאות: לפחות 68% מהאמריקאים הימרו בשנת 1998, ובאותה שנה הפסידו מהמרים כחוק כ-50 מיליארד דולר. Yures, לעיל ה"ש 2, בעמ' 195. בשנת 2012 השתתפו 70% מהאמריקאים בהימור כלשהו, והוציאו על הימורים סך כולל של כ-900 מיליארד דולר. Towfigh et al., לעיל ה"ש 24, בעמ' 158. בישראל, בשנים 1995-2002, הוציא הציבור על הימורים חוקיים יותר מ-8 מיליארד ו-300 מיליון שקלים, שהם 6.3% מכלל ההוצאה של הציבור הישראלי בשנים הללו על תרבות, בידור וספורט. לוי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 176-177.
- 158 במסמך שהוגש לכנסת נכתב כי כ-44% מהמהמרים המכורים שטופלו בישראל דיווחו על התמכרות להימורים חוקיים: חישגד, לוטו, טוטו, צ'אנס. טל, לעיל ה"ש 124, בעמ' 20.
- 159 לתוכנית הגמילה של מפעל הפיס, המופעלת על-ידי עמותת "אפשר", ראו לנפגעי הימורים: www.pais.co.il/responsibleLottery/Pages/index.html. גם משרד הרווחה מציע מסגרות טיפול לנפגעי הימורים: www.molsa.gov.il/Populations/Distress/Addictions/Gambles/Pages/TM_02_05_03_Gambles.aspx. בישראל פועל גם מרכז אופיר אלדר לגמילה מהימורים: www.compulsivegambling.co.il/.
- 160 לעצות של מפעל הפיס המדריכות מהמרים כיצד להימנע ממיסוי ראו כתבת ערוץ 2, לעיל ה"ש 139. מבקר המדינה חשף שורה של ליקויים בהתנהלותו של מפעל הפיס: ביטול הגרלות קטנות והחלפתן בהגרלה גדולה תוך הפרת חוק העונשין (!); כשלים בפיקוח על הגרלות וזכיינים; אי-נקיטת צעדים נגד זכיינים שהפרו תנאים; שינוי בתוכנית הגרלה ללא אישור של משרד האוצר; פרסום במקומות שבהם נוער רב מסתובב; אי-עמידה בהתחייבויות לפעול לצמצום ההתמכרות; ואפילו רפיסות במאבק בהלבנת הון ובקניית זכויות. מבקר המדינה דוח שנתי 61 בשנת 2010 ולחשבונות שנת הכספים 2009 פרק שלישי: הגרלות והימורים 303-350 (2011) (להלן: דוח המבקר לשנת 2010). לא רק מפעל הפיס באשמים; גם משרד האוצר הוכיח רפיסות בפיקוח. כדברי הסיכום של מבקר המדינה (שם, בעמ' 349): "ייעוד כספי הגרלות למטרות ציבוריות הוא

הזורם דרך אותם גופים, אשר חלקו חוזר אליהם בצורת הוצאות ניהול ומענקים.¹⁶¹ בית- המשפט העליון, בעודו קובע כי איסור ההימורים הפרטיים תקף מבחינה חוקתית, לא נמנע מלהכיר בבעיה בעצמו:

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...¹⁶²

יודגש: העובדה שחלק מהכסף שב לציבור אינה מאיינת את פוגענותו של ההימור הציבורי.¹⁶³ המחוקק כונן את התופעה ואחראי לה לא פחות מגופי ההימורים.¹⁶⁴ לעיתים אף ניתן לקבל את

מעין 'ערך ציבורי פוּדָה' שנועד לאזן במידת-מה את הערך השלילי של ההגרות וההימורים – אבל יש להקפיד שהוא לא יהפוך למטרה בפני עצמה".
 161 סכומי הכסף המושקעים בהימורים מגיעים למיליארדי שקלים בשנה בישראל, שמהם מופרשים מענקים ענקיים והקצבות ביותר ממיליארד שקל במפעל הפיס, וכן הוצאות ניהול של עשרות רבות של מיליונים בשנה במפעל הפיס ושל כעשרה מיליון במועצה. לגבי מפעל הפיס ראו www.pais.co.il/About/Pages/Freedom_of_information.aspx; לגבי המועצה להסדר ההימורים בספורט ראו www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02652.pdf; לגבי שכר הבכירים במפעל הפיס ראו אורה קורן "עלות שכרם של 16 בכירים במפעל הפיס הסתכמה ב-12 מיליון שקל ב-2013" *TheMarker* 23.12.2014 www.themarker.com/career/1.2519733. לנתונים נוספים ראו טל, לעיל ה"ש 124. על מינוי מקורבים וקשיים נוספים במפעל הפיס ראו שוקי שדה "מה עושים עם המיליארדים שנכנסים כל שנה למפעל הפיס?" *TheMarker* 5.7.2014 www.themarker.com/markerweek/1.2366545.

162 עניין תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 17, פס' 19 לפסק-דינו של השופט גרוניס.
 163 לפני ביסוס המונופול המדינתי כתב השופט זוסמן דברים בוטים: "אין אני יכול לגלות... אסמכתה לדעה, שמטרה חדל להיות מטרה, אם הוקדש הריוח המתקבל ממנו, או מקצתו, לצרכים 'ציבוריים', ולא הייתי בא בטרוניה עם שר האוצר אילו ראה לסרב היתר גם למפעל הפיס, מפאת התוצאה השלילית העלולה לנבוע ממנו". עניין סביצקי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 379. גם השופט כהן כתב: "כשם שאין לפרש את החוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), כאילו אסר המחוקק בסעיף אחד את הביגמיה, ובסעיף השני הסמיך רשות פלונית להתיר ביגמיות ככל שתראה לנכון... כן אין לפרש את חוק איסור ההגרות וההימורים, כאילו בסעיף אחד אסר המחוקק, ואילו בסעיף אחר הסמיך את שר האוצר להתירם ככל העולה על רוחו. על שר האוצר להשתמש בסמכותו למתן היתרים כך שמטרתו של החוק לא תסוכל; ומאחר ומטרת החוק היא להגן על הציבור מפני עורכי הגרות והימורים למיניהם, והציבור זקוק וזכאי להגנה זו בין אם ההגרות וההימורים נעשים לשם מיצוה ובין אם לאו, הרי חורג השר מגדר סמכותו אם הוא קובע לעצמו כלל שכל הגרלה וכל הימור מותרים הם ובלבד שיעשו לשם מיצוה". שם, בעמ' 377.

164 לפני יובל שנים, בטרם בוטס המונופול, ביקר בית-המשפט העליון בחריפות את ההסוואה של הפוליטיקה והכסף בשיקולים ערכיים ומשפטיים נקיים. כדברי השופט כהן: "צודקים העותרים בטענתם שיש כאן הפליה פסולה לרעתם: הם אינם שונים מחברת גשר אלא בזאת שהמה מנהלים את עסקם בגלוי ובפומבי ובשמם הנכון, משלא מצאו להם שותף בעל תעודת כשרות להתחבא מאחוריו". שם, בעמ' 374. גם העשייה המשפטית לקידומו של מונופול מטעמי כסף עוררה ביקורת שיפוטית חריפה. כדברי השופט ויתקון בעניין פוטבולפולס, לעיל ה"ש 135, בעמ' 687: "כל הגורמים שעסקו בארץ בניצול יצר ההימורים לשם עשיית רווחים, המיועדים בחלקם לקידום הספורט והחינוך הגופני, היו מאורגנים היטב, פעלו בהצלחה וביקשו לשמור מכל משמר על עמדתם הבלעדית, פן יסיגו אחרים את גבולם". המשך תיאור הדברים בפסק-הדין חריף פחות מן התיאור בעניין סביצקי, וזאת לנוכח קבלת החוק להסדר ההימורים בספורט והריסון השיפוטי של אותה תקופה. בכל-זאת נמתחה ביקורת לא-פשוטה על המחוקק מפי השופט לנרדי, בהסכמתו של

הרושם שההסדר הקיים בא אך כדי לשמר ולטפח הון קיים של תעשייה מוגבלת, מטעם המדינה,¹⁶⁵ בדומה לתופעות בחוץ-לארץ.¹⁶⁶ למשל, בפרשת לוטונט דובר במועדון חברים שהציע מנוי להגרלות לוטו בתשלום נמוך ממילוי עצמאי של הכרטיסים, וכך חסך בעלויות לחברי המועדון. המועדון נתבע על-ידי מפעל הפיס, אשר בלי מבוכה גרס כי המועדון אחראי ל...הימורים בלתי-חוקיים. קרי: חיסכון חיצוני בעלויות של כרטיסי הלוטו הפך את הלוטו, לשיטת מפעילו מפעל הפיס, לבלתי-חוקי.¹⁶⁷

ממלא-מקום הנשיא זילברג: "חייבים גם אנו לעשות את רצון המחוקק, אך עם זאת אני רואה עצמי חייב להצביע על מה שנראה לי ליקוי יסודי במעשה חקיקה זה של הכנסת". עניין פוטבולפולס, לעיל ה"ש 135, בעמ' 691. השופט כהן ביקר בחריפות את היתממותה של המדינה ואת היתלותה בדברי המחוקקים הנאים, הרחוקים מן הסיפור השונה שהמציאות מספרת, וכן את הבעייתיות הגדולה שבניהול מלחמה משפטית בתופעה לצד מימושה על-ידי המדינה עצמה. את הבאת המובאות מדברי הכנסת לגבי פרשנות החוק הוא זיהה כמיועדת להטעות את בית-המשפט ולהכשילו – באופן כללי ובנוגע להימורים בפרט: "אין לך משענת קנה רצוף יותר לפירוש החוק ולגילוי כוונת המחוקק מאשר דברי הסבר ממשלתיים או דברי הכנסת. לא זו בלבד שהם פסולים מן הבחינה המשפטית, אלא הם גם מכשילים מן הבחינה העניינית. ושומר נפשו במשפט ירחק מהם". עניין סביצקי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 376. כן ראו את דבריו של זוסמן (שם, בעמ' 379): "לפיכך אין אני יכול לייחס כל ערך לדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק. דברים אלה אינם דברי הכנסת, ופעמים אפילו אינם דברי הממשלה שהציעה את החוק, אלא הם דברי הנסח של המשרד הנוגע בדבר...".

165 לפי מודל ההגנה הממשלתית, לעיתים ההימורים עשויים להועיל לקהילה, ועל הממשלה לספק הסדרה כדי להגן על תעשיית ההימורים ועל האינטרס הממשלתי בה (שהוא כלכלי בדרך-כלל). המודל שכוחו כאשר התעשייה היא מקור מיסוי מרכזי. Craig, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65–66; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 4, בעמ' 253–254.

166 מגמות הלגליזציה מראות שהמדינות "מכורות" לכספי ההימורים, ויותר משיש להן חששות ציבוריים הן חוששות להפסיד כספים למדינות השכנות. Martz, לעיל ה"ש 78, בעמ' 488. החשש האמור הובע גם במסמך שהוכן בכנסת בנוגע לבתי-קזינו זרים וקרובים: טל, לעיל ה"ש 124, בעמ' 2. בית-הקזינו המקוון הראשון בעולם – Interactive Casinos, Inc. – פתח את דלתותיו בשנת 1995. הממשלה האמריקאית התנגדה לו מייד, וכמוה גם בתי-ההימורים בחלל הפיזי, מפאת חששם מפני אובדן משאבים. ההתנגדות הגיעה גם ממדינות שונות, כנוואדה (שכבר שינתה את עמדתה – ראו Romoser, לעיל ה"ש 9, בעמ' 540). Wajda, לעיל ה"ש 24, בעמ' 317–318; Landes, לעיל ה"ש 28, בעמ' 920; Hurt, לעיל ה"ש 4, בעמ' 375–376, 401; Frank Vandall, *Why We Are Outraged: An Economic Analysis of Internet Gambling*, 7 RICH. J. GLOBAL L. & Bus. 291, 292 (2008). גם החוק הספרדי הושפע מקיומו של מונופול ארוך-טווח של הלוטו הלאומי. Boto, לעיל ה"ש 4, בעמ' 12.

167 השופט (בדימ') אנגלרד גרס כי המניע העיקרי להתנגדותו של מפעל הפיס לפעילות לוטונט הוא כלכלי, ולא ערכי, ואינו מתקשר לחשש מפני התמכרות. המניע הכלכלי לגיטימי, אך לא עליו נועד האיסור הפלילי להגן. ראו ע"א 610/02 מפעל הפיס נ' לוטונט מועדון חברים בע"מ, פ"ד נז(5) 97, 110–109 (2003). להתייחסותו של מבקר המדינה לתופעה של מועדוני חברים למהמרים ראו דוח המבקר לשנת 2010, לעיל ה"ש 160, בעמ' 351–355. להתייחסותו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לנושא, מספטמבר 2015, לרבות הצעה להבהרת החקיקה, ראו <http://index.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/WinstienResponseGambling-Sep15.pdf>. לרמזים נוספים לכך שההסדר משקף מאבקי כסף ראו ע"א 3559/02 מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד נט(1) 873 (2004); ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (פורסם בנבו, 14.3.2010).

ד. כיוונים לשינוי המצב ולשיפור

1. מבוא

אם ההימור הפרטי עלול להיות פוגעני, כך עלול להיות גם ההימור הציבורי בהעדר ויסות ופיקוח הדוק. במצב דברים זה, כעולה מחיי המציאות בישראל, נחלשת ההצדקה למשטר שמבחין בין השניים באופן כה דרמטי. לנוכח זאת ניתן לחשוב על שינוי המצב באפיקים שונים. ביריעה כה מורכבת וארוכה לא אוכל להיכנס לפרטי-פרטים, וברי שכל חלופה מצריכה מסגרת דיון עצמאית רצינית. אבחן בקצרה ארבעה כיוונים: הפללה מוחלטת, לגליזציה מוחלטת, רישוי ופיקוח, ולבסוף צמצום פגיעותיו של השוק הציבורי.

2. הפללה מוחלטת

נקודת קיצון אחת היא הפללה מוחלטת, כלומר, חיסול (eradication) ההימורים.¹⁶⁸ לפי השקפה זו, ההימורים מסוכנים מעצם טיבם, ויש להילחם בהם ולגלות אפס סובלנות להימורים מכל סוג.¹⁶⁹

ברוח השקפה זו ראוי לערוך שינויים דרמטיים בישראל. מפעל הפיס ייסגר, והמועצה להסדר ההימורים בספורט תפורק. סעיף 231 לחוק העונשין יימחק, ועימו רעיון ההיתר. ניתן למחוק גם את סעיף 230 לחוק ("נסיבות מיוחדות"), ואפילו לאסור במישרין משחקי קלפים וקובייה, מחשש שמא יתפתח תיאבון להימורים מסוכנים, או לאסור כליל עריכת משחקי פרסים.¹⁷⁰ התערבויות פרטיות ייאסרו. השתתפות בהימורים תופלל תמיד, אפילו בכל מקום בעולם לגבי ישראלים, בדומה להסדר החוקי לגבי סמים מסוכנים, וספינות-קזינו לא יעגנו בישראל. ניתן לגבות את ההפללה בהסדרים אזרחיים נחרצים, שלפיהם יש להימנע מכיבוד כל הימור שהוא, כך שהמהמר יהיה חייב לשאול את עצמו אם הוא אכן יקבל את כספו אם יזכה,¹⁷¹ ולא יהיו עוד פניות משפטיות בהקשר זה.¹⁷²

168 Craig, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 4, בעמ' 249.
 169 בארצות-הברית יוטה והוואי הן היחידות שאינן מציעות הימורים מכל סוג. Craig, לעיל ה"ש 9, בעמ' 61; Landes, לעיל ה"ש 28, בעמ' 916; Romoser, לעיל ה"ש 9, בעמ' 521; Jordan Hollander, *The House Always Wins: The World Trade Organization, Online Gambling, and UTAH State Sovereignty*, 12 RUTGERS J.L. & PUB. POL'Y 179, 198 (2015). לחוק ביוטה ראו HAW. REV. STAT. § 76-10-1102 (West 2013). CODE ANN. 1953 § 76-10-1102 (West 2013).
 170 איסור כל המשחקים שניתן לזכות בהם בפרסים יקים ודאות משפטית, אך ימנע תחרויות שעשויות לתרום לטוב החברתי באמצעות קידום החינוך, הספורט ועוד: Anthony N. Cabot, Glenn J. Light & Karl F. Rutledge, *Alex Rodriguez, a Monkey, and the Game of Scrabble: The Hazard of Using Illogic to Define the Legality of Games of Mixed Skill and Chance*, 57 DRAKE L. REV. 383, 405 (2009).
 171 ס' 32 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, קובע כדלקמן: "(א) חוזה של משחק, הגרלה או הימור שלפיו עשוי צד לזכות בטובת הנאה והזכיה תלויה בגורל, בניחוש או במאורע מקרי יותר מאשר בהבנה או ביכולת, אינו עילה לאכיפה או לפיצויים. (ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על משחק, הגרלה או הימור שהוסדרו בחוק או שניתן לעריכתם היתר על פי חוק". שלו הסבירה כי הסיבות לאי-אכיפתם של חוזה הימורים הן שהם גורמים לבזבוז זמן וכסף, מובילים לעיתים לעוני,

בעיניי הסדר זה עדיף במובן מסוים על ההסדר הנוכחי. יתרונו הגדול על המצב הקיים הוא בעקיבותו ובפוטנציאל להשריש את מסריו ולהשיג את תכליותיו. אם הימורים אכן מטרידים אותנו, אם הם אכן פוגעניים גם כאשר הם נעשים במנות קטנות, אזי ראוי להילחם בהם ללא סייג. כשם שלאיש אין רישיון לצרוך ולו מיליגרם קוקאין או הרואין, אף לא במרשם רופא, לאיש לא יהיה רישיון לארגן הימורים, לפרסמם, להשתתף בהם וכדומה. מי שחושש שהימורים עלולים להוביל להתמכרות, להתמוטטות כלכלית ולפגיעה בערכי עבודה עשוי לתמוך בגישת ההפלה המלאה. מצב של אפס סובלנות מגדיל את הסיכוי לגדוע כל סכנה וכל נזק פוטנציאלי בשלב מוקדם מאוד. האיתות שנשלח לציבור נעדר קריצות ועצימות-עין, ואיתות כזה קל בהרבה להפנים, אם יישלח בנחישות.

חסרונו הגדול של הסדר זה הוא שעקיבות כשלעצמה אינה מוצדקת אם הכיוון אינו מוצדק. אם הימורים אינם גורמים נזקים שבגינם ראוי להפילם – בין משום שמדובר בקשר סיבתי חלש ובין משום שניתן לצמצם את הנזקים בדרך פוגענית פחות – אזי הפללה מלאה מייצרת אומנם עקיבות, אך לא צדק.

חיסרון נוסף טמון בקפיצה החברתית הגדולה שתתרחש ממצב שבו יש הימורים ותיקים, ממוסדים וציבוריים למלחמת-חורמה בהימורים כולם. זינוק כזה עלול לייצר קשיי הפנמה, בעיקר בתחילת הדרך, ולהעלות שאלות קשות בנוגע לאפקטיביות של המשטר האמור, למשאבי האכיפה ולהגניעה.¹⁷³ כמובן, גם זכויות הפרט נפגעות מאוד, אפילו יותר מהמצב הנוכחי. למשחקים יש ערך מבחינת הפרט, במובן של פיתוח יכולות ובעיקר הנאה ובידור. לבסוף, משטר הפללה כרוך באובדן כסף רב למדינה.¹⁷⁴

מנוגדים לערכי עבודה, מעודדים שאיפות נלוות להתעשרות קלה ומהירה, ויוצרים דמורליזציה ובטלנות. גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 549–559 (2005). דהיינו, תכליתו של סעיף זה, המבטא גישה פטרנליסטית, זהה לתכלית של איסור ההימורים. בקשר להימורים ראו גרוסקופף, לעיל ה"ש 49, בעמ' 15.

172 למשל, פניות בנוגע להחלטה כיצד לנהוג בפרס במקרים מסוימים. ראו ע"א 604/69 גרין נ' מפעל הפיס, פ"ד (1) 401 (1971); ע"א 3766/91 זהבי נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד מז(3) 580 (1993).

173 Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 4, בעמ' 249. שוורץ ציטט את הוועדה לבחינת המדיניות הלאומית להימורים (COMMISSION ON THE REVIEW OF NATIONAL POLICY TOWARD GAMBLING, FINAL) (REPORT I (1976)), שטענה כי "הימורים הם בלתי-נמנעים. לא משנה מה יגידו, הפעילות הזו תימשך". לדבריו, מסר זה מתאים ביתר שאת לעידן המרשתת. Schwarz, לעיל ה"ש 110, בעמ' 1023–1022. ראו, באופן דומה, Karadbil, לעיל ה"ש 101, בעמ' 447; Walther, לעיל ה"ש 2. לנדס הפנה לדוח המועצה להימורים, שם צוין כי הסיבה העיקרית להצלחת לס-וגס היא שכספי הימורים מגיעים מחוץ לעיר, וכך היא נהנית מהם מבלי לסבול מההשפעות המזיקות של הימורים. ההתמכרות, פשיטת-הרגל והמשבר המשפחתי נותרים עם המהמרים, בעוד הכסף נותר בעיר. עוד טען לנדס כי הפללה יכולה להתייחס רק לאתרים מקומיים, ולא תחסל את רוב ההימורים המקוונים. לטענתו, גם הפללת המשתתפים אינה צפויה להועיל. Landes, לעיל ה"ש 28, בעמ' 931–927. מקרתי כתב כי אכיפתם של חוקי ההימורים מלאה קשיים, ורק לעיתים רחוקות ימצא קורבן שיעז להודיע למשטרה על קיום הימורים בלתי-חוקיים. McCarthy, לעיל ה"ש 24, בעמ' 764. מילר כתב כי נימוק בעד הסדרה הוא שבמצב של הפללה ימצאו משתמשים דרך להמר לא כחוק ברשת. Miller, לעיל ה"ש 4, בעמ' 567–568.

174 משטר הפללה, בעיקר בעידן ההימורים המקוונים, כרוך באובדן רווחים כלכליים עצומים מהימורים. נקודה זו הודגשה על-ידי רבים: Yures, לעיל ה"ש 2, בעמ' 194; Andrie, לעיל ה"ש

דומני שלנוכח הזינוק המתואר, הסיכוי להסדר כאמור נמוך למדי. בתרבות ההימורים המושרשת בישראל לא סביר שהוא יזכה בתמיכה חקיקתית וציבורית. גם מי שמבכר עולם נקי מהימורים עשוי עדיין להסכים שהמשפט הפלילי הינו כלי פוגעני מדי להשגת המטרה, וגם כלי בלתי-מתאים, במובן זה שהוא אינו יכול להשיג את המטרה: הפללה אינה פתרון-קסם למיגור כל התנהגות, בוודאי לא לשינוי חברתי עמוק ורחב.¹⁷⁵

3. לגליזציה מוחלטת

נקודת הקיצון ההפוכה היא לגליזציה מוחלטת. היא מניחה שהימורים אינם מסוכנים יותר מתופעות חברתיות וכלכליות מקובלות אחרות, ולכן אין טעם להילחם בהם באמצעות המשפט הפלילי. לפי השקפה זו, כדי לארגן הימורים, לפרסמם וכדומה, לא יידרש דבר, למעט בחירה. חלופה כזו פירושה אי-הסדרה ממשלתית כלשהי לגבי הימורים. היא מעבירה את הסוגיה מהסדרת המשפט הפלילי להסדרת השוק במישרין ולהסדרה משלימה של המשפט האזרחי. מבחינת הסדרת השוק, ככל שייווצרו תנאים פוגעניים, עשוי להיווצר ביקוש לתנאים טובים יותר, ובעקבות הביקוש עשוי להיווצר היצע. המשפט האזרחי עשוי לספק הסדרה משלימה בצורת תביעות חוזיות בגין חוסר הגינות, תביעות נזיקיות בגין נזקי התמכרות, תביעות צרכניות בגין הטעיה וכדומה.

חסרונה הגדול של חלופה זו טמון בקפיצתה הגדולה מהסדרה פלילית רחבה יחסית להעדרה המלא, אפילו כגיבוי למשטר רישוי, כמפורט להלן. במציאות שבה סוג ההתנהגות מופלל כיום באופן גורף כמעט, הגורמים העברייניים שמספקים כיום את השירותים בשוק השחור עלולים לנצל את המציאות המשפטית החדשה כדי להשתלט גם על השוק החוקי, לנצלו לצורכי הלבנת הון ועוד. נוסף על כך ייתכן שללא גיבוי מהמשפט הפלילי ייווצרו תופעות פוגעניות שהמשפט האזרחי אינו מספק להן תרופה נאותה מבחינת תקצוב, ציבוריות וסנקציה.

הסיכוי לגליזציה מוחלטת בישראל דהיום הינו קלוש. המחוקק אינו צפוי לקפוץ לחלופה כה קיצונית ולהותיר את תופעת ההימורים בלי פיקוח פלילי כלל. מכל מקום, איני תומך בשינוי כה דרמטי.

4. רישוי ופיקוח

חלופה בולטת היא משטר של רישוי ופיקוח. הנחתו של משטר כזה היא שההימורים מסוכנים בכוח אך ניתן לצמצם את סכנותיהם,¹⁷⁶ ובד בבד לגזור קופון שמן ולייצר מקומות עבודה

24, בעמ' 1406; Karadbil, לעיל ה"ש 101, בעמ' 441; Wajda, לעיל ה"ש 24, בעמ' 337; Tran, לעיל ה"ש 123, בעמ' 193; Landes, לעיל ה"ש 28, בעמ' 926.

175 הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 35, בעמ' 60-72.

176 "מודל הגנת המהמר" מנסה למזער את ההשלכות הבלתי-רצויות על מהמרים: מניעת הימורים מופרזים, מניעת רכיבים בלתי-רצויים בתעשייה והבטחה שבת-עסק יספקו משחקים הוגנים וישרים. Craig, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 4, בעמ' 250.

המוסדרים והמפוקחים ביותר בעולם. החוק שלה יוצר הסדרים ספציפיים לכל משחק, לרבות התייחסות להימורי-מינימום ולהימורי-מקסימום. בעבר מינתה הממשלה פקחים ששהו בכל קזינו במשך כל זמן פעילותו (בשעתו 18–20 שעות ביום, וכיום 24 שעות ביממה), אך דרישה זו הוסרה בהמשך. תהליך הרישוי אינטנסיבי ויקר. הדרישות הממשלתיות מתייחסות אפילו לשילובי הקישוטים בקזינו. בהתחלה, לנוכח כל הדרישות, הגישה רק חברה אחת בקשה לקבל רישיון, אך כיום קיים אוליגופול מצליח.¹⁸¹

משטר רישוי מתיירני יותר קיים בנוואדה, שם תהליך הרישוי פתוח מאוד. כיום יש בה יותר משלוש מאות בתי-קזינו ועוד אלפיים בתי-משחק מוגבלים עם חמש-עשרה מכונות משחק או פחות. קיימות כמובן גם אפשרויות-ביניים. כך, בשלב מסוים הציגה נוואדה מודל שלפיו כל עסק שביקש להפעיל קזינו היה יכול לבקש רישיון, שקבלתו הותנתה בתנאים מעטים בלבד, ואפילו מפעילי קזינו בלתי-חוקי ממדינות אחרות התקבלו בברכה (מדיניות זו שונתה בהמשך); ואילו בניו-ג'רזי, בשלב מסוים, ניתן רישיון לשלושה-עשר בתי-קזינו, ושום חברה לא הורשתה להחזיק יותר משלושה.¹⁸² המשטר יכול לנסח תנאים לכל גורם בשרשרת ההימור: למארגן, לבעל המקום, למפרסם ולמשתתף. הוא יכול להתייחס לאופי המשחקים, לעובדי-המפתח ולבקרה הכספית, לנקוט אמצעים להגנת המהמר ולאסור תשלומים למהמר ללא אימות זהותו, גילו ומקום מגוריו.¹⁸³ ניתן אף להתייחס לעיצוב המקום, במטרה למנוע אובדן כלכלי כבד לשחקן אחד. כך, אפשר לדרוש שתהיה תצוגה מוחשית של הכסף, כדי שהשחקן ישים לב לכסף שהשקיע באופן מצטבר, וכן שתהיה תצוגה מוחשית של הזמן, כדי שהשחקן לא יאבד את תחושת הזמן וייסחף להימור ממושך. נוסף על כך אפשר למנוע כניסה של מהמרים כפייטיים ידועים או לחלופין להגביל את הסכום שמהמר יכול להוציא במקום במשך תקופה נתונה, להגביל את משך שהייתו הרצופה במקום, לאכוף עליו הפסקות, להגביל את שעות הפעולה של המקום וכדומה.¹⁸⁴ מארגן ההימורים יצטרך לשלם דמי רישוי ומיסים, ולעמוד בכל אמת-מידה שתציב לפניו המדינה, דוגמת נקיטת שיטות יעילות למניעת הימורי קטינים, חשיפה מלאה של התפקוד הכלכלי כדי להגן מפני הונאה, חקירות אישיות וחקירות אשראי למפעילים ולתאגידיהם כדי לוודא העדר מעורבות של הפשע המאורגן ועוד.¹⁸⁵ הרישוי עשוי להיות כללי או אוליגופולי.¹⁸⁶

רישוי מדינתי יעיד על אמינות ועל ציות לחוק, והצרכנים יבכרו גורמים מורשים. כלומר, רישוי קפדני יבטיח עסקים טובים.¹⁸⁷ הרישוי עשוי כמובן להתייחס גם לאתרי הימורים.¹⁸⁸

- 181 שם, בעמ' 58–59. להתייחסות בישראל לכשרותם של בעלי הזכיונות ראו דוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 93–101.
- 182 Thompson & Prentice, לעיל ה"ש 119, בעמ' 56–57.
- 183 השוו טל, לעיל ה"ש 124, בעמ' 5.
- 184 Gottfried, לעיל ה"ש 24; Karadbil, לעיל ה"ש 101, בעמ' 444.
- 185 Landes, לעיל ה"ש 28, בעמ' 937–942; Karadbil, לעיל ה"ש 101, בעמ' 445.
- 186 זה המצב בערים גדולות בבריטניה, בניו-ג'רזי ועוד. Thompson & Prentice, לעיל ה"ש 119, בעמ' 46, 58.
- 187 Gottfried, לעיל ה"ש 24; Landes, לעיל ה"ש 28, בעמ' 926–937, 943–944; Romoser, לעיל ה"ש 9, בעמ' 538.

ככל שיפנו רבים לבקש רישוי, ניתן לשקול הקמת רשות שתרכז את הטיפול בנושא ותפקח עליו. לצורך מימון הרשות ניתן להשתמש בחלק מכספי ההימורים, אך יש לשים לב לא ליצור ניגוד עניינים בצורת קשיר ישיר מדי בין תקציב הרשות לבין כספי ההימורים, שאם לא כן יהיה לרשות אינטרס להגדיל את כספי ההימורים ולהקטין את הפיקוח. ניתן – ולדעתי אף ראוי – לפטור מיזמים קטנים מרישוי הימורים, ולהסתפק בעניינם ברישוי עסקים. איני רואה מדוע מועדון בינגו עם פרסים צנועים¹⁸⁹ או כזה שמחזיק במכונות משחק שניתן לזכות בהן רק באפשרות למשחק נוסף¹⁹⁰ מצריכים רישוי ופיקוח מיוחדים, שהרי הסכנות במיזמים כאלה אינן גדולות מהסכנות הטמונות במיזמים רבים אחרים.

יתרונה הגדול של חלופה זו הוא שכמו במשטרי רישוי אחרים, הפללת העיסוק מחוץ לגבולות ההיתר תהווה גיבוי למשטר הרישוי ותייצר תמריץ לעוסקים להתיישר לפי הסטנדרטים, ותהווה תמריץ גם למשתמשים, שידעו כי העסק לגיטימי ואמין.¹⁹¹ רישוי עשוי להיות פתרון כלכלי יעיל.¹⁹² כעולה מההיסטוריה בישראל, הציבור אינו ממהר להפקיד את כספי ההימורים שלו בכל מיזם פרטי נטול רישיון ופיקוח.¹⁹³ בתי-העסק המצליחים ובעלי המוניטין צפויים לציית לדרישות ולהימנע מהתנהגויות כהלכנות כספיים והימורי קטנים. משטר הפללה רחב, לעומת זאת, עלול להגביר את הבעיות שאותן הוא מבקש לפתור, באלצו את המהמרים לפנות לעסקים בלתי-מפוקחים.¹⁹⁴ תעשייה מורשית תפגע בפשע המאורגן,¹⁹⁵ על-ידי צמצום נתח השוק המצוי בשליטתו והחלשת הקשר בין ההימורים לפשע. תעשיית ההימורים הפרטית תשגשג בוודאי, תמוסה ככל תעשייה מורשית אחרת, ותפיק תגמולים

- 188 Gottfried, לעיל ה"ש 24; Karadbil, לעיל ה"ש 101, בעמ' 444. ממשלת קווינסלנד שבאוסטרליה הייתה הראשונה שהודיעה, בשנת 1988, על תוכנית להסדיר הימורים מקוונים באמצעות מנגנוני רישוי. בין היתר המהמר נדרש למלא שאלון מפורט ולהוכיח את זהותו, מה שאמור להתייש ילדים משועממים. שם, בעמ' 434.
- 189 עניין תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 17.
- 190 עניין רומנו, לעיל ה"ש 14.
- 191 Karadbil, לעיל ה"ש 101, בעמ' 445–446.
- 192 Tran, לעיל ה"ש 123, בעמ' 193–194; Hurt, לעיל ה"ש 4, בעמ' 376, 430; Monnye, לעיל ה"ש 177. ליתרונותיהן ולחסרונותיהן של גישות שונות בנוגע למודלים של רישוי הימורים שנערכים על ספינות ראו Martz, לעיל ה"ש 78, בעמ' 484–487.
- 193 Levy & Galily, לעיל ה"ש 7, בעמ' 86, 88.
- 194 Wajda, לעיל ה"ש 24, בעמ' 330, 338; Hurt, לעיל ה"ש 4, בעמ' 426–428. על הלכנת הון בהימורים חוקיים בישראל ראו דוח המבקר לשנת 2010, לעיל ה"ש 160, בעמ' 345–346; דוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 80–89.
- 195 Craig, לעיל ה"ש 9, בעמ' 64; Romoser, לעיל ה"ש 9, בעמ' 538. גרוסקופף כתב כי במשטר הפללה מארגן ההימורים, שהוא עברייך בהכרח, זקוק להגנה ממתחרים ומאנשי החוק וכן לשירותים של גביית חובות. כל אלה מחייבים הפעלת אלימות, והאפיק הטבעי לכך הוא העולם התחתון. מכאן שמשטר הפללה מחזק את העולם התחתון ואת הפשע המאורגן. לעומת זאת, במשטר רישוי למארגן אין צורך בסודיות ובהגנה מפני אנשי החוק, והמדינה מספקת הגנה ממתחרים ושירותים של גביית חובות. לכן ההסתייעות באנשי העולם התחתון מתיירת. משטר רישוי עשוי אם כן למנוע – ובמדינות מסוימות אכן מנע – את מעורבותו של הפשע המאורגן בשוק ההימורים. גרוסקופף, לעיל ה"ש 49, בעמ' 41–42.

גבוהים.¹⁹⁶ בכסף הרב יהיה אפשר להשתמש לצורך התמודדות עם סכנות שהתממשו ולשאר מטרות חברתיות.¹⁹⁷ גם תופעת השחיתות והשוחד עשויה להצטמצם.¹⁹⁸ תחת חלופה כזו ניתן להתיר לבית-עסק לפעול בתנאי שיעמוד בדרישות וישלם מיסים. כמובן, כמו במשטרי רישוי אחרים, המשפט הפלילי אינו זונח לחלוטין את התמונה, אלא נשאר כגיבוי. יוצא שאתגר האכיפה הפלילי מתקיים גם במצב דברים זה, אלא שהוא נהיה פשוט יותר ככל שבעלי הרישיון מתמעטים, ובעלי הרישיון יתמעטו ככל שדרישות הרישוי יוחמרו. בעלי הרישיון מהווים צוואר-בקבוק, אשר קל יחסית להגיע אליהם, והם גם אוצרים בידיהם ראיות ומידע אטרקטיביים מאוד מבחינת הרשויות. עבודתן של הרשויות נהיית קלה יותר בשעה שבמקום חיפוש השחקנים הקטנים, הניידים, המבוזרים, הרבים והאנונימיים ("העכברים"), היא מתמקדת בשחקנים הגדולים, המעטים והנייחים, שקשה להם להתחבא ("הפילים").¹⁹⁹ אולם קיימים גם חסרונות לחלופה זו. ראשית, הפשע המאורגן עלול לנסות להתגנב פנימה בכסות כזו או אחרת. תאורת הכסף תנחה את הענף גם אם הפיקוח יתיימר להגבילו, משום שכל עסק מעוניין להרוויח ולגדול, ועסק פרטי על אחת כמה וכמה. ככל משטר, גם משטר רישוי אינו מושלם; ניתן להפר אותו, לעוקפו ולחמוק ממנו. לכן שוק שחור יתקיים גם לגביו, בעבור מי שמבקש את מה שהרישיון מסרב לתת. עם זאת, משטר זה מציע לרשויות את שאין להן במשטר הפללה: כתובת להתחיל בה. אם יקום קזינו, למשל, מדובר בחלל פיזי מוגדר שקל להגיע אליו, אל מנהליו ואל מבקריו; מי שימשיכו בפעילות נסתרת בוודאי מקיימים אותה ממילא גם במשטר ההפללה דהיום.

חשש נוסף הוא שאם תצמח תעשיית ההימורים, יתחזקו קשרי ההון-שלטון, והשדלנות לא תדע גבולות.²⁰⁰ ברגע שתקום ותתבסס תעשייה חזקה ומלאת כסף, יהיה קשה להשיב את הגלגל לאחור.²⁰¹ כמובנים רבים זהו המצב כיום לגבי שוק ההימורים הציבורי, שכבר כבר כוח גדול וקשה מאוד להגבילו. אם כבר כעת הכסף מדבר, אזי כאשר יהיה יותר ממנו, הוא יצעק ויזעק "עוד!". תעשיות חזקות קשה לרסן, כעולה גם ממאמר זה.

196 Karadbil, לעיל ה"ש 101, בעמ' 444.

197 בתחילה לא יזמה שום ממשלה בקנדה תוכנית למניעת בעיות הימורים ולטיפול בהן, בין היתר מתוך הכחשת הבעיה. אולם בהמשך החלו ממשלות לנקוט תוכניות טיפוליות לצמצום נזקי ההימורים. Campbell & Smith, לעיל ה"ש 26, בעמ' 30. למגוון טיפולים בבעיות הימורים ראו Lesieur, לעיל ה"ש 24, בעמ' 158-163.

198 לניתוח רחב ראו Martz, לעיל ה"ש 78, בעמ' 463-469.

199 Peter P. Swire, *Of Elephants, Mice, and Privacy: International Choice of Law and the Internet*, 32 INT'L LAW. 991, 993 (1998); Peter P. Swire, *Elephants and Mice Revisited: Law and Choice of Law on the Internet*, 153 U. PA. L. REV. 1975, 1979 (2005).

200 כסף וכוח הם תמות חוזרות בתעשיית ההימורים, שפיתחה שדלנות חזקה ומטרידה. לטבלאות המציגות תרומות של ארגוני הימורים לפוליטיקאים בארצות-הברית ראו John Warren Kindt, *Follow the Money: Gambling, Ethics, and Subpoenas*, 556 ANNALS 85, 86-90 (1998). קינדט הרחיב על שדלנות אקדמית ושדלנות של מומחים שנועדו להציף את המחקר ובלבלו כדי לאפשר לתעשיית ההימורים לשגשג. Kindt, לעיל ה"ש 24, בעמ' 16, 33-39.

201 טל כתבה כי הקמת קזינו יוצרת מציאות חברתית תרבותית חדשה, לצד כוחות כלכליים בלתי-מרוסנים. ראו טל, לעיל ה"ש 124, בעמ' 16-17.

ברור שהאתגר מורכב במיוחד בנוגע להימורים מקוונים,²⁰² ושבת-עסק מקוונים זרים יוכלו מבחינה מעשית לפעול בלי רישיון ומיסוי ישראליים.²⁰³ אבל אין זה אומר שהמרשתת טרפה את הקלפים. מובן שאת ההסדר, ככל הסדר בימינו, ראוי לשקול גם בראי המרשתת, מה שלמרבה הצער המחוקק הישראלי נמנע מלעשות שנים רבות.²⁰⁴ בראי זה כל חלופה שנדונה במאמרי מקבלת פנים מאתגרים, גם אם לאו דווקא מהפכניים: ההפללה המוחלטת, הלגליזציה המוחלטת, הפיקוח והצמצום (או ההרחבה), וכמובן הדיכטומיה בין פיזי למקוון.²⁰⁵ למעשה, שאלת ההסדרה בכללותה מאתגרת בעידן המרשתת, אך יריעה זו צרה מכדי לדון בסוגיה.²⁰⁶ סבורני שמשטר הרישוי והפיקוח, אם יונהג וייושם כהלכה וכראוי, עשוי להצליח במובנים רבים, והוא החלופה שבה אני תומך מבחינה אקדמית. הוא עשוי למנוע חלק מסכנות ההימורים אשר כיום, במשטר ההפללה, איננו מצליחים למנוע. כך, הוא עשוי לאפשר זיהוי של מתמכרים-בכוח וטיפול בהם, מניעת אובדן כלכלי כבד וצמצום מסרים חברתיים בעייתיים.

202 הטכנולוגיה בכללותה מניעה שינויים בעולם ההימורים. Rose, לעיל ה"ש 24, בעמ' 487. המרשתת, במיוחד, שינתה את עולם ההימורים בשלל מובנים. Marc Edelman, *Navigating the Legal Risks of Daily Fantasy Sports: A Detailed Primer in Federal and State Gambling*, Law, 2016 U. ILL. L. REV. 117, 121. לדיון נרחב בבעיות ולהצעת פתרונות אפשריים ראו Schwarzwald, לעיל ה"ש 9, בעמ' 68-71, 95; Keller, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1591-1593; Schwarz, לעיל ה"ש 110, בעמ' 1068-1050; Gottfried, לעיל ה"ש 24, בעמ' 440-438; Karadbil, לעיל ה"ש 101, בעמ' 440-438; Wajda, לעיל ה"ש 24, בעמ' 325-324; חיים ויסמונסקי "הימורים באינטרנט – דין ישן וחדש" רשימות בנתיב קנייני הרוח – השנתון למשפט, תקשורת וטכנולוגיה כרך 1, 291 (עמיר פרידמן ויוסי סיוון עורכים, 2004); Lovejoy, לעיל ה"ש 177, בעמ' 1569; John L. McMullan & Aunshul Rege, *Online Crime and Internet Gambling*, 24 J. GAMBLING ISSUES 54 (2010); JAMES BANKS, *ONLINE GAMBLING AND CRIME: CAUSES, CONTROLS AND CONTROVERSIES* 61-114 (2014).

203 רויסן כתבה כי ביחס למרשתת מיסוי אינו חלופה מעשית לייצור הכנסות למדינה, ככל שהעסק מצוי בחוץ-לארץ. Roysen, לעיל ה"ש 24, בעמ' 874, 891-894. כן ראו Schwarz, לעיל ה"ש 110, בעמ' 1025. להצעות יצירתיות למיסוי אתרים זרים ראו Adam H. Rosenzweig, *Conceptualizing a New Institutional Framework for International Taxation: An Antigua Gambling Model for the International Tax Regime*, 44 WASH. U. J.L. & POL'Y 79 (2014).

204 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67 (2013); אסף הרדוף "מסע בין רשויות: חדירה לחומר מחשב וחדירה לבית המחוקקים – בעקבות רע"פ עזרא" הסניגור 4, 228 (2016).

205 Asaf Harduf, *Why Criminalize One and Legalize the Other? The Online/Offline Gambling Schizophrenia*, 52 CRIM. L. BULL. 1069 (2016).

206 לא העמקתי במאמרי זה בשאלת ההסדרה של הימורים מקוונים משתי סיבות. האחת היא קוצר היריעה: שאלת הפשע המקוון בכלל וההימורים המקוונים בפרט תובעת מסגרת רחבה בהרבה, וקשה להיכנס אליה במאמר שמתמקד בדיכטומיה ציבורי-פרטי. הסיבה השנייה חשובה לא פחות: כבר עסקתי בשאלה זו בהרחבה בעבר ובחנתי אם ההימורים המקוונים "משנים את כללי המשחק" ומחייבים תגובה משפטית ייחודית. אף שתחילה נטיתי למסקנה חיובית, הן באשר להימורים המקוונים בפרט והן באשר לפשע המקוון בכלל, בסופו של יום הסקתי כי יש צורך אומנם בהתאמות משפטיות אך לא נדרש שינוי מן היסוד. לצד האתגרים המיוחדים שהמרשתת מציבה, היא פותחת גם הזדמנויות חדשות – לא רק לפרט ולגורמים עסקיים, אלא גם למדינה המסדירה. כך בכלל וכך בקשר לשאלת ההימורים המקוונים. ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 35, בעמ' 297-334.

הוא עשוי להרחיב את חירות הפרט להתבדר ולהוציא את כספו כראות עיניו, ולצד זאת לצמצם את השימוש בדין הפלילי הפוגעני – דין שאין לו מחסור במטרות ובתעסוקה, ואשר שחרורו מיעד מסוים יחזק את מאבקיו ביעדים אחרים.²⁰⁷ משטר רישוי ופיקוח עשוי לייצר הכנסה גדולה למדינה, מקומות עבודה ושגשוג כלכלי מקומי. הוא עשוי לשלול מהפשע המאורגן תחמושת שחשובה לו, על-ידי צמצום חלק מלקוחותיו, גם אם לא כולם, כמובן. כמובן האקדמי, להבדיל ממובן הריאליזם הפוליטי, פתרון זה נראה לי הטוב ביותר, ובו אני מצדד. גישת השוק החופשי, הנוהגת בישראל בהקשרים רבים, עשויה לדחוף לכיוון זה כחלופה מציאותית והוגנת ללגליזציה מוחלטת. ההיסטוריה הישראלית מלמדת כי בהינתן אופק משפטי, יפעלו גורמים עסקיים למימוש.²⁰⁸ אולם ברור שתהיה לכך התנגדות עזה הן מצד מונופול ההימורים הקיים והן מטעם מתנגדי ההימורים. חלופות הפיקוח השונות מצריכות דיון רציני, ואין בכוחי למצותו, בוודאי לא במסגרת זו.²⁰⁹ דיון כזה עשוי להביא סוף-סוף לידי הבשלתן של יוזמות חקיקתיות שעולות בכנסת מפעם לפעם.²¹⁰

5. צמצום נזקיו של ההימור הציבורי

(א) מבוא

החלופה האחרונה, הקרובה ביותר למצב הקיים, מניחה שהימורים מסוכנים אך טבועים באדם, ושהמדינה היא הגורם האחראי היחיד שמסוגל לעורכם באופן בלתי-מזיק. תחת השקפה זו יש למזער את נזקי ההימורים המדינתיים. דוחות מפורטים נכתבו לאחרונה בהקשר זה בישראל.

(ב) דוח צוות הראל – 2016

במרץ 2011 כתב היועץ המשפטי לממשלה לשר המשפטים כי ראוי להקים צוות שיציע רגולציה ייעודית להימורים החוקיים בישראל, במגמה לצמצם את נזקיהם וסיכוניהם. החשש הקונקרטי קושר להפעלת הימורים על מרוצי סוסים בישראל ולהתקשרותה של המועצה להסדר ההימורים בספורט עם מפעיל הימורים זה, מה שעורר חשש להתגברות פשיעה. בהתאם להחלטת הממשלה מינה שר המשפטים יעקב נאמן, ביולי 2012, צוות בין-משרדי מגוון. הצוות

John C. Coffee, Jr., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 BU L. REV. 193, 200–201 (1991); Paul H. Robinson, *The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert*, 76 BU L. REV. 201, 210–211, 214 (1996).

208 ראו עניין סביצקי, לעיל ה"ש 12; Levy & Galily, לעיל ה"ש 7, בעמ' 91.

209 במסגרת הניתוח החוקתי של איסור ארגון הימורים כתב השופט גרוניס כי ברור שיש יתרונות להסדרת הימורים, כגון צמצום התוצאות ההרסניות של "שוק הימורים חופשי", הגנה על מהמרים מעושי, ניצול והטעיה, הצבת תנאים בפני המבקשים להיכנס למקצוע והטלת מגבלות על סוגי המשחקים ודרכי התנהלותם, לרבות מגבלות בנוגע לגובה הפרסים. הסדרה כזו תמשוך השקעות ופיתוח כלכלי, תיצור מקומות עבודה חדשים ותמסה רווחים מהמשחקים. החיסרון הגדול בהסדרה הוא הקשיים באכיפתה. נדרש דיון ציבורי רחב בשאלה לפני החלטה על הסדרה. עניין תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 808–811. אני מסכים.

210 למשל, הצעת חוק משחקי הימורים, התש"ס–2000, פ'1716.

כלל אישים ממחלקת ייעוץ וחקיקה, ממשד האוצר, ממשד התרבות והספורט, מהמשרד לבטחון פנים, ממשטרת ישראל, ממשד הרווחה, ממשד ראש הממשלה ומהרשות לאיסור הלבנת הון. על הצוות הוטל לגבש המלצה לתוכנית כוללת ומפורטת להסדרת ההימורים החוקיים בישראל ולפיקוח עליהם, לרבות התייחסות קונקרטית לגופים שמפעילים הימורים כיום.²¹¹ דוח הביניים הופץ בשנת 2013 לשימוע, במגמה שהצוות ישוב ויתכנס לדון בעמדות שיובאו לפניו לשם גיבוש דוח סופי.²¹² הטיוטה נפתחה להערות הציבור עד מאי 2014.²¹³ באוגוסט 2016 פורסם דוח סופי.²¹⁴

הדוח מדגיש כי הימורים אינם תופעה חד-ערכית ופסולה לגמרי, וכי ראוי לפקח ולבקר עליה כדי לא לאפשר התמכרות. נטען בו כי אם אין מטילים מגבלות אפקטיביות על ההימור הציבורי, נעלמת ההצדקה להתרת ההימור הציבורי לצד איסור ההימור הפרטי.²¹⁵ הדוח מטעים כי חוק העונשין אינו מסדיר את נושא נפח ההימור.²¹⁶ גופי ההימורים החוקיים בישראל מחויבים לתוכנית "משחקים באחריות", ולטענתם גם פועלים ליישמה.²¹⁷ הדוח מקדיש תשומת-לב רבה לנושא זמינותם של ההימורים, ומציע להגביל את החשיפה לקטינים, את מיקום התחנות, את מספרן, את שעות פעילותן ואת ייעוד התחנות.²¹⁸ מוצע להגביל את מוצרי ההימורים ולשקול בכובד-ראש כל משחק חדש שמוצע, במגמה למנוע התמכרות וחשיפה לקבוצות אוכלוסייה חלשות.²¹⁹ כן מוצע לחייב בחוק מניעת מכירה בהקפה, לשקול הגבלה של סכומי ההשתתפות ושל כמות המכירות, ולשקול גם שימוש בכרטיס שחקן אישי.²²⁰ עוד מוצע לפקח היטב על הזכיין, להגביל את התמריצים לפעולתו, ואף לקבוע כללים אתיים לגביו.²²¹ לבסוף, מוצע להשקיע חלק מכספי ההימורים בחינוך הציבור באשר לסכנות ההימורים, במחקרים ביקורתיים לגבי נזקי ההימורים ובטיפול במכורים.²²²

תשומת-לב רבה מוקדשת בדוח לנושא השיווק והפרסום, תוך הדגשת הקשר שבין פרסומות להימורים לבין צריכת הימורים והתפתחות הפרעות הימורים.²²³ הדוח מציג סקירה מפורטת של משפט משווה, ומטעים כי אין בישראל מגבלות פורמליות בנושא.²²⁴ בתוך כך הדוח מבליט את הבעייתיות של מסעות פרסום שונים בישראל, בעיקר כאלה המבטאים את

211 ראו הצוות לגיבוש תכנית להסדרה ולפיקוח על ההימורים החוקיים בישראל טיוטת דו"ח 3-4 (2013).

212 שם, בעמ' 20.

213 www.justice.gov.il/Publications/Articles/Pages/gamblingregulations.aspx

214 ראו דוח הראל, לעיל ה"ש 3. בדוח נכתב כי מועד כתיבתו הוא פברואר 2016, אך הוא פורסם רק באוגוסט: www.justice.gov.il/Publications/News/Pages/GamblingReportAug16.aspx.

215 שם, בעמ' 36.

216 שם, בעמ' 38-40.

217 שם, בעמ' 40-42.

218 שם, בעמ' 43-45.

219 שם, בעמ' 46-50.

220 שם, בעמ' 50-54.

221 שם, בעמ' 54-56.

222 שם, בעמ' 56-60.

223 שם, בעמ' 63.

224 שם, בעמ' 64-67.

המסר כי זכייה תפתור את כל בעיותיו של המהמר. מוצע לעגן בחקיקה מגבלות בנוגע לפרסום, למנוע הצגת מסרים על הימורים כמשני חיים וכחלופה לעבודה, לאסור פרסום בערוצים ובשעות שידור שיש בהם חשיפה ניכרת לקטינים, לחייב אזהרות בפרסום שיאזנו את התמונה המוצגת לצרכן, להגביל את במות הפרסום, לאשר פרסומות מראש ולייצר פיקוח הדוק בנושא.²²⁵

דיון נרחב נערך בדוח לגבי החשש מהלבנת הון באמצעות ההימורים החוקיים בישראל ולגבי הקשר בין האחרונים לבין הפשע המאורגן. הדוח מציג סקירה מקיפה של הבעיה ושל פתרונות אפשריים לה מרחבי העולם, דן במצב החוקי בישראל, בוחן חלופות לצמצום הלבנת הון באמצעות הימורים, ומציע להציב דרישות שונות, כגון זיהוי ורישום פרטים, לצד הטלת חובות על גורמים שונים בנוגע לדיווח, לאימות ועוד.²²⁶ בהקשר קרוב נבחנה בהרחבה סוגיית כשרותם של הזכיינים של מארגני ההימורים, תוך שימת דגש בעברם הפלילי, מחשש להלבנת הון ולהתפתחות של שוק הלוואות אפור, והוצע לחוקק חובת בדיקה של מועמדים לזיכיון.²²⁷ בהתאם למנדט שניתן לצוות נבחן לעומק המבנה הארגוני של הגופים שמקיימים הימורים כחוק בישראל. הדוח מציין כי כיום אין לגופים אלה מטרות מוגדרות אך ראוי שיהיו להם כאלה, לרבות צמצום נזקי ההימורים, ומציע לחייבם להקים מנגנוני בקרה להגיינות ההימורים.²²⁸ כמו-כן הדוח מציע להרחיב את מנגנוני הרגולציה על הימורים, ומטעים את השוני הרגולטורי בין מפעל הפיס לבין המועצה להסדר ההימורים בספורט. לאחר סקירת משפט משווה הדוח מגיע למסקנה כי הכלים הקיימים כיום בארץ אינם מסוגלים לאפשר הסדרה הולמת ולהבטיח פיקוח, בקרה ואכיפה יעילים על ההימורים החוקיים בישראל. לבסוף, הדוח בוחן לעומק חלופות רגולטוריות מגוונות שמתמקדות בזהות הגוף המתאים לפקח על הימורים. האחת מותירה את ההסדר המשפטי על כנו ומעגנת לצידו סמכויות להבטחת הסדרה, בקרה, פיקוח ואכיפה על גופי ההימורים ופועלם. לגבי חלופה זו מובע חשש מכפילויות, מחוסר אחידות ומהקצאת משאבים לא-יעילה. חלופה שנייה מקנה סמכויות הסדרה לגוף נוסף אשר ישלב את שני המסדירים הקיימים, יסנן זכיינים פוטנציאליים, ימנע הלבנת הון, יצמצם פרסום ועוד. ביחס לחלופה זו מובע חשש מחולשתו של הגוף החדש ומחוסר אחידות בהסדרה. חלופה שלישית, והמועדפת על רוב חברי הצוות, מסמיכה רגולטור מקצועי כללי על ההימורים החוקיים בישראל, שינתב בין המסדירים הקיימים ויסדיר מכלול תחומים בעצמו. רעיון זה מורחב בדוח ומובלטים יתרונותיו. חלופה רביעית היא להקים רגולטור ייעודי חדש, שיהיה אחראי לכלל ההיבטים המקצועיים בתחום ההימורים וההגבלות החוקיים בישראל, ואשר אליו יועברו סמכויותיהם של הרגולטורים הקיימים בכל הנוגע בהסדרה המקצועית ובמתן היתרים, בפיקוח ובאכיפה, לצד הותרת ייעודם של הרווחים וחלוקתם בידי המשרדים הממשלתיים כמקובל כיום.²²⁹ בפרק האחרון בדוח, אשר לא הופיע בטיטה אלא נולד בעקבות

225 שם, בעמ' 68–74.

226 שם, בעמ' 76–89.

227 שם, בעמ' 92–103.

228 שם, בעמ' 105–111.

229 שם, בעמ' 115–139.

התייחסויות מהציבור ומגופי ההימורים, נדון ההידוד הבעייתי בין הפיקוח על הימורים חוקיים לבין צמיחתו של שוק ההימורים הבלתי-חוקיים.²³⁰ מודגש כי משטר ההגבלות הקיים בישראל עלול להוביל לנזקים וראוי לבחון ברצינות במגמה להגבילו.²³¹ גם הסוגיה של מפעלי המנויים נדונה, ומוצע להגביל את פעילותם.²³² הדוח מקנח בהתייחסות קצרצרה לאפשרות להסדיר פעילות של קזינו בישראל, ומציע דגשים בנושא.²³³

(ג) דוח באב"ד – קיץ 2016

באוקטובר 2015 מינה שר האוצר ועדה לבחינת ייעולו של שוק ההימורים וגיבוש מודל להקצאת הרווחים ממנו, במגמה לבחון אפשרויות התייעלות, מצד אחד, והשלכות חברתיות-כלכליות, מצד אחר. באוגוסט 2016 פורסם הדוח.²³⁴ הדוח מדגיש כי גופי ההימורים בישראל פועלים הלכה למעשה כמונופולים, מה שמעלה חשש לכשלים כלכליים רבים: המחזור של שוק ההימורים החוקיים אינו מיטבי; הרווח לשימוש מהמחזור אינו מרבי; הרווח לשימוש אינו מוקצה באופן מיטבי ואינו משקף בהכרח את סדר העדיפויות הממשלתית. הדוח מדגיש את הצמיחה הגדולה מאוד של גופי ההימורים ושל המחזור העסקי שלהם, וכן את ההקצאות הבעייתיות של הכסף.²³⁵

הדוח מציע להגביל את גודלו של שוק ההימורים החוקיים – על-ידי הגבלת שיעור הגידול הריאלי של מחזור ההימורים – מכמה סיבות: ראשית, הואיל והביקוש העיקרי להימורים מגיע משכבות חלשות; שנית, משום שלתופעת ההימורים יש השפעות חברתיות שליליות; ושלישית, מכיוון שהתרומה הכלכלית נטו של שוק ההימורים דלה.²³⁶ הדוח מקשר את חוסר היעילות הכלכלית של הגופים להיותם מונופול, ומפנה בעיקר לתשלומי השכר הגבוהים, למבנה הארגוני המנופח, להוצאות הפרסום הגבוהות במיוחד ולהוצאות ההפצה והשיווק הגבוהות. הדוח מציע מגבלות קונקרטיות בהקשרים אלה, על בסיס אחוזים.²³⁷ כן מוצע להפחית את עמלות המכירה של זכיינים בחקיקה ולהעמיק את המיסוי על הזכייה, במגמה לצמצם את תופעת ההימורים.²³⁸ עוד מוצע להגביל את השימוש במוצרי הימורים בעלי פוטנציאל התמכרות גבוה, דוגמת משחקים שניתן לשחק במהירות וברצף, ואשר הידיעה על הזכייה בהם היא מיידית. תשומת-לב מיוחדת מוקנית למכונות-המזל ולסכנות הכרוכות בהן למהמר, במיוחד במקומות מוחלשים; מודגשים גורמי סיכון שונים, כגון משך ההימור האפשרי

230 שם, בעמ' 141.

231 שם, בעמ' 142–147.

232 שם, בעמ' 147–155.

233 שם, בעמ' 155–156.

234 משרד האוצר דו"ח הוועדה לבחינת ייעול שוק ההימורים החוקיים בישראל ומודל הקצאת הרווחים לציבור (2016) www.justice.gov.il/Publications/Articles/Pages/TheReportOfLegal_Gambling_AndProvisioningModelAugust4.aspx

235 שם, בעמ' 4–13.

236 שם, בעמ' 15–18.

237 שם, בעמ' 19–23.

238 שם, בעמ' 24–30.

ורציפות ההימור; ומוצע להסיר את מכונות-המזל ולמנוע הימורים לפי תוכנית של מפעיל זר, דוגמת הימורים לגבי מרוצי סוסים.²³⁹ הדוח דן באמצעים שונים למניעת הלבנת הון, ומציע להקצות כספים להגברת האכיפה לגבי שוק ההימורים הבלתי-חוקי.²⁴⁰ לבסוף, מוצע לצמצם את כוחו של מפעל הפיס בשימוש במענקים, ולשקף את רווחי ההימורים בתקציב המדינה.²⁴¹

(ד) הצעות ממוקדות

שאלות רבות לא נדונו כלל או לא נבחנו לעומק במסגרת הדוחות, וזאת מפאת ייפוי-הכוח המוגבל שניתן לוועדות. לצד תכליות האיסור, כגון החשש מהלבנת הון, אשר נדונו בהרחבה יתרה בדרך, לא נדונו בהרחבה שאלת הפטרנליזם כגישה תקפה להפללה כמו-גם עקיבותה של גישה זו בחקיקה הפלילית בישראל. נדונו מגבלות שאפשר להטיל על הגופים הפועלים בהיתר כיום. דוח הראל דן בארבע חלופות רגולטוריות שמבוססות על הדין הקיים והמציאות הקיימת של מונופול ההימורים, אך לא בחן את האפשרות של לגליזציה מלאה או הפרטה, רישוי ופיקוח, וגם לא את האפשרות של הפללה מלאה. גם צמצום היקפו של הדין הפלילי בסוגיה לא נדון כלל.

חרף זאת, שני הדוחות הינם מסמכים רחבים, יסודיים, חשובים וככלל גם ראויים. רוח הדוחות ביקורתית מאוד כלפי המצב הקיים, והם מציעים כיוונים ראויים לשינוי מהותי לקראת צמצום נזקיו של המצב הקיים – הכל בהנחת-מוצא שהוא נמשך.²⁴² לפחות מבחינה אקדמית ניתן להקצין את השינוי המוצע ולהציע כיוון למודל פוגעני הרבה פחות מזה הקיים כיום בישראל. תחת הנחת-מוצא שההימור הציבורי נמשך, ראוי בעיניי לצמצם את פגעיו יותר מכפי שמוצע בדוחות. כל זאת תוך כיבוד הסכמים קיימים עם זכיינים או השתחררות של הרשות מהסכמים בתנאים המקובלים לכך.

ראשית, ניתן להפחית את סכומי הפרסים בהגרלות לממדים מסוכנים פחות – ממיליוני שקלים למאות אלפי שקלים, ממאות אלפי שקלים לעשרות אלפים, ומעשרות אלפים לאלפים. גם את תדירותן של ההגרלות, גיוונן וכמותן ראוי להפחית מאוד – למשל, להגרלה אחת בשבוע – ואת תוכניות המנויים ראוי לבטל. הקטנת הפרסים תהפוך את ההימור לאטרקטיבי הרבה פחות לגבי מהמרים ותיקים וחדשים, והורדת הגיוון והכמות תחליש את אחיזתו במהמר ותצמצם את סיכוייו להתמכר.

239 שם, בעמ' 35–42.

240 שם, בעמ' 43–46.

241 שם, בעמ' 47–50.

242 פרסום הדוחות כלל גם ביקורת חריפה ממשרד האוצר. מיכל מרגלית "מפעל הפיס לא יוכל להפעיל מכונות מזל" *ynet* 3.8.2016 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4836755,00.html לאחר-מכן התנגח מפעל הפיס במשרד האוצר, ואף הגדיל עשות והודיע על ניתוק הקשרים ביניהם. מיכל מרגלית "מפעל הפיס תוקף: לנתק כל קשר עם האוצר" *ynet* 7.8.2016 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4838457,00.html; "אנרכיה? מפעל הפיס מנתק קשר עם משרד האוצר האחראי עליו" *גלובס* 7.8.2016 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001144600.

שנית, ראוי להפסיק את השיווק לחלוטין או לצמצמו בצורה דרמטית, עד כדי הסתפקות במודעות שעל-גבי תאי המכירות בלבד, אשר מספרם יצטמצם ומיקומם לא יהיה סמוך לאוכלוסייה מוחלשת.²⁴³ נוסף על כך, אתרי המרשתת של הגופים הללו ייסגרו. צמצום ההיחשפות של קהל ותיק וחדש לעולם ההימורים יקטין את הסיכוי ליצירת דחפי הימור ולהגברתם. לצד זאת, מי שזקוק לפורקן הימורים בוודאי ידע את הכתובת ויגיע אליה בקלות. שלישיית, ראוי לאפשר רכישת כרטיסי הגרלות והימורים בכרטיס אשראי בלבד, ולא יותר מכרטיס אחד בהגרה.²⁴⁴ מגבלה זו, שתאפשר מעקב אחר אוכלוסיית המהמרים, תפגע כמובן בפרטיותם; אך זה טיבו של הסדר פטרנליסטי, אשר מאזן בין החשש מנזקי ההימורים לשאיפה לאפשר פורקן ובידור מדי פעם. הסדרה כזו תהיה קשה לעקיפה לא רק מצד המהמר, אלא גם מצד הזכיינים, ותמנע מכירה בהקפה ותופעות פסולות אחרות. בהמשך לכך ראוי להציב דרישות לפיקוח על מהמרים חוזרים או לרישומם, ולמנוע השתתפות של מהמרים בעייתיים.²⁴⁵ כרטיס השחקן הינו רעיון ראוי. פיקוח הדוק ויעיל על השחקן עשוי לאפשר הימור לא-מסוכן אפילו במצב של פרסים גבוהים.

רביעית, במקרים שבהם התממש הנזק, השילוב של נפגעי הימורים, פטרנליזם וכיס עמוק צריך להוביל לתביעות נזיקיות של נפגעי ההימור הציבורי בעידוד מערכת המשפט. מי שעומד מאחורי התופעה ומרוויח ממנה הון גם אחראי לה מבחינה מוסרית ומבחינה משפטית, ומוצדק שהוא ישלם על מלוא חולייה, ולא יסתפק בתוכניות סמליות לטיפול במכורים. הכל, כמובן, לאחר ביסוס הנזק, ואולי גם בעזרת יצירת ראשי-נזק ייחודיים או חזקות ראייתיות אשר יקלו על המכור לבסס את תביעתו נגד מארגן ההימור.²⁴⁶

חמישית, ראוי לשקול באופן שיטתי אם יש אכן מקום להשתמש במשטר פלילי דווקא למיגור ההימור הפרטי לעומת חלופות קשות פחות, ואף בהנחה שיימשך משטר ההפללה, ראוי לשקול את התאמת הדוקטרינה הקיימת למטרותיו. זהו עניין רחב שמצריך דיון שיטתי נפרד, החורג ממסגרת יריעתי זו.

יושם אל לב שצמצום נפח ההימורים פירושו פחות כסף, שחלקו מיועד כיום למטרות ציבוריות. אולם יש לזכור, ראשית, שהשגת המטרות הללו מגיעה כיום עם מחיר הפוגעות שתוארה לעיל – מחיר שחלקו נופל על הפרט וחלקו נופל מן הסתם על המדינה, שצריכה

243 למגבלות שהטיל משרד האוצר על מפעל הפיס ראו י"פ 6398, לעיל ה"ש 152, בעמ' 3289–3290. לסקירת המצב במדינות שונות ולהצעה ישראלית ראו דוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 63–75. בבריטניה אסור למארגן ההימור לפרסם, להציע שירותים נלווים, לספק בידור או לנקוט שיטות אחרות לשיווק קזינו או הימורים. Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 4, בעמ' 252.

244 השוו לניסיון לשלוט בגובה השקעתו של המהמר אצל Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 4, בעמ' 242; ולהצעות להטיל מגבלות על זמינות ההימורים, על השחקן ועל הסכומים, וכן לעבור למודל של כרטיס שחקן אישי, בדוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 44–45, 50–54.

245 אלה, למעשה, חלק מההצעות להפחתת סיכוני ההימורים בקזינו, בשינויים המחויבים. ראו Gottfried, לעיל ה"ש 24; Romoser, לעיל ה"ש 9, בעמ' 538.

246 גם כיום ניתן לגרוס כי התמכרות מתחברת לראשי-נזק מוכרים, וכי לשם טוויית הקשר נדרשת אך מעט ליטיגציה. ראו אסף הרדוף "הפוך על הפוך: מכירה מקוונת כמשחק אסור, משחק אסור כעוולה נזיקית – בעקבות ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש" המשפט ברשת 50, 6, 20–19 (2015).

לשאת לעיתים בהחצנות השליליות של התמכרותו ולממן את הפעלת הדין הפלילי, הכרוכה בעלות גבוהה מאוד כשלעצמה. שנית, העובדה שהמטרות ציבוריות פירושה שיש אחראים להשגתן. אלה אולי התרגלו למקורות מימון מסוימים, אך דלדול של אחד ממקורות המימון לא יותיר אותם מחוסרי משאבים כמו המדינה בתחילת דרכה. מוסדות ציבור ייבנו ומשאבים יועברו לעידוד הספורט גם ללא הימורים וגופי הימורים.

יתרונה הגדול של חלופה זו הוא היותה הכי פחות דרמטית, השינוי הקטן מכל במצב הקיים: לא לגליזציה מלאה, לא הפללה מלאה, ואף לא פתיחת השוק. השחקנים המרכזיים יוותרו זהים. הפיקוח עליהם יגדל, ההכרה בפוגענותם תעבור משולי-שוליו של השולחן אל מרכזו, ועם ההכרה תחל מגמה של צמצום הפוגענות. טיפוח דחף ההימורים יקטן, וכמוהו גם משיכת מהמרים חדשים, כלומר, ההימור הציבורי ייעשה פוגעני הרבה פחות. הסדר כזה יהיה וייראה עקיב הרבה יותר ביחס לדאגות ההימורים ולהפלת ההימור הפרטי. מצד אחד, המדינה – להבדיל מגוף כלכלי פרטי – תמשיך לנהל באופן בלעדי את עולם ההימורים כנאמנת הציבור ותחסוך חלק מסכנות ההימורים הפרטיים; מצד אחר, היא תדאג יותר לפרט ופחות לכסף, וכך יתאפשר הסדר מאוזן וראוי יותר. כמובן, חלופה זו אינה מחייבת את המשך ההפללה של ההימור הפרטי, וניתן לתור אחר חלופות "רכות" יותר כדי לוודא שגופים אחרים לא יובילו להימורים פרטיים מסוכנים ולא ישתתפו בהם.

חסרונה של חלופה זו הוא שבהינתן דחף ההימורים הישראלי הנוכחי המטופח, אפילו חלופה מתונה זו תיתפס כשינוי דרמטי מאוד. מונופול ההימורים יתנגד בחריפות לכל ניסיון לצמצם את כוחו ואת נתח השוק שלו. גם הצרכנים עלולים להתקומם, ומהמרים ותיקים בעלי דחף הימורים חזק עלולים לנסות להשלים חסרים בשוק השחור שכבר קיים ומבוסס, בין היתר הודות לטיפוחם הממושך של דחפי ההימור בשוק הציבורי.²⁴⁷ לפיכך ייתכן שהמפתח לשינוי המוצע הוא צמצום הדרגתי: תחילה העלמת הפרסום, בהמשך הורדת מספר ההגרלות, לאחר-מכן הגבלת מספר הכרטיסים שניתן לרכוש, לאחריה צמצום סכומי הפרס וכולי. זהו המהלך המודרך והחלק ביותר לשינוי, ולפיכך זו האפשרות המציאותית שראוי לתמוך בה כרע במיעוט. מבחינה אקדמית, כאמור, אני נוטה בעד משטר של רישוי ופיקוח, אשר לפחות מבחינה עיונית מאפשר להשיג רבים מיתרונותיהם של ההימורים ולצמצם רבים מחסרונותיהם. בהנחה שחלופה זו אינה מציאותית, ראוי לצמצם את חסרונותיה של החלופה הקיימת. עריכת השינויים הנחוצים במהלך גורף אחד ניתן אולי לעשות בשוק הימורים קטן, מוסדר ומפוקח, עם שווי פרסים נמוך, ללא פרסום וכדומה, דוגמת מועדון המקיים משחקי בינגו והימורים אחרים שהסיכון בהם נמוך ומטרתם העיקרית בידור (ואיני טוען שמלאכת ההבחנה בין מועדון כזה לאחרים תהא פשוטה). אולם עולם כזה רחוק מאוד מישראל דהיום, ולכן מוצע מהלך מודרך.

אם ניתן לצפות לשינוי, לחלופה זו יש הסיכוי הגדול ביותר, בשל היותה הפחות-דרמטית מבין החלופות שנסקרו. אולם בכנות, אפילו היא נראית כאמור דרמטית למדי, טראומטית לגבי מהמרים ותיקים וכמעט גור-דין מוות לתעשייה ממשלתית מרוויחה ותאבת חיים וגדילה. הכסף

²⁴⁷ בארצות-הברית נכתב כי החוקיות הממושכת של ההימורים תרמה מאוד לבניית הביקוש. Rose, לעיל ה"ש 24, בעמ' 482. המצב בישראל נראה דומה בנקודה זו.

הרב שנכנס למדינה עלול להיראות למקבלי ההחלטות חשוב מכדי לאבד ולו שבריר ממנו בשמו של ציבור נפגעים עלום-שם, ולכן לא הייתי מהמר על צמצומו בעתיד הנראה לעין ועל סגירת הברז שמזרים לגופי ציבור כסף רב במאמץ מועט. לאחרונה נכתבו אומנם דוחות חריפים, אך אין זו הפעם הראשונה, ובין כתיבת דוח חריף לבין אימוצו יש פער עצום, לעיתים בלתי-ניתן לגישור.²⁴⁸ למעשה, האפשרות המסתברת בעיניי יותר היא דווקא שהמונופול הממשלתי יחזק על-ידי הוספת משחקים חדשים, ואולי גם על-ידי הקמת קזינו ממשלתי, כפי שנעשה במדינות רבות בעולם. מבחינה נורמטיבית מהלך כזה יהיה בעייתי מאוד. אולם לא קל לעמוד מאחורי הטיעון שלפיו בבסיסו של המונופול הממשלתי בתחום ההימורים אמורים לעמוד ערכים, למעט ערך הכסף. בעולם המודרני לא רק שהכסף אינו ערך מבוטל – הוא אולי אפילו הערך השולט.²⁴⁹

ה. סיכום

המשפט הישראלי מפליל את ההימור הפרטי ומקנה מונופול להימור הציבורי. ההצדקה לדיכוטומיה מהסוג הזה משכנעת ככל שהשוק הפרטי פועל ללא רסן, מחד גיסא ("הבעייתיות הפרטית"), וככל שהשוק הציבורי מרוסן, מאידך גיסא ("האחריות המדינתית"). במשטר הישראלי, שחציו הפללה וחציו מונופול, עם שוק פרטי אסור ושוק ציבורי ענקי, אי-אפשר לבחון בשטח את ההנחה הראשונה, אלא אך לדון מבחינה עיונית כיצד לייצר ריסון. את ההנחה השנייה, לעומת זאת, ניתן בהחלט לבחון בשטח, ולהגיע למסקנה כי מדובר בתיאוריה יפה אך בלתי-מיושמת. שתי ההנחות הן שני צדדים של אותו מטבע – מטבע הריסון. המבט העיוני מאפשר לדמיין דרכים לריסון ההימור הפרטי, והמבט בשטח מגלה הימור ציבורי שרחוק מלהיות מרוסן. במצב דברים זה קשה להצדיק את המשטר הנוכחי, לא כל שכן לגבותו באכיפה פלילית. אולם משטרה, תביעה ובתי-משפט שמגבים את הדיכוטומיה הבעייתית במקום לבקרה בחריפות, שנלחמים במה שהופלל ומתעלמים ממה שזכה במונופול – מקטינים מאוד את הסיכוי לשינוי.

²⁴⁸ בינואר 1990 מינה שר האוצר פרס ועדה ציבורית בראשות השופט בנימין כהן על-מנת לבחון ולהציע מדיניות של התרת הגרלות והימורים בישראל. בחלוף שנה הגישה הוועדה את ממצאיה: בין וחשבון הוועדה הציבורית להצעת מדיניות להתרת הגרלות והימורים בישראל (1991). בין היתר המליצה הוועדה להקים במשרד המשפטים רשות הימורים עצמאית לרישוי, לפיקוח ולאכיפה בנוגע לכלל סוגי ההימורים בישראל, לבטל את המונופול של מפעל הפיס אך להותיר את זה של המועצה להסדר הימורים בספורט, ולהקים קזינו באילת (מחשש שיקום קזינו בטאבה). בחלוף רבע מאה מסתבר שרוב ההמלצות לא יושמו. ראו דוח הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 20.

²⁴⁹ עובר לביסוס המונופול המדינתי הביע השופט הלוי את החשש הבא: "המבחן הנקוט בידי המשיב נראה גם לי 'פיסקלי' יתר על המידה וחוששני שמא יהא בו כדי להפוך את עסקי ההגרלה וההימורים ל'פרה חולבת' של אוצר המדינה". עניין סביצקי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 380.

ארבעים שנה חלפו מאז תוקנה האות האחרונה בהסדר המהותי שמפליל הימורים פרטיים ומקנה מונופול ציבורי להימורים.²⁵⁰ חרף זאת, רוחות שינוי נושבות. לעיתים הן נושבות לעבר קזינו חדש, לעיתים לעבר הפרטה, אולם בעת הזו הן בעיקר נגד היחס הדו־ערכי להימורים: הוקעת הימורים הפרטיים המסוכנים והעברייניים לצד קידוש הימורים הציבוריים הטובים והמועילים. התפיסה שגם הימורים הציבוריים הינם מסוכנים ומזיקים, וראויים בשל כך לפיקוח ולהגבלה הדוקים, עולה ומחלחלת הן בתקשורת והן בוועדות ממשלתיות. ייתכן שהתנאים הפוליטיים והחברתיים הולכים ובשלים לקראת שינוי וצמצום הימורים הציבוריים בישראל. כוחות כלכליים אדירים יבקשו לעצור את השינוי, ואין להמר במהרה על צמצומו של מודל עסקי כה מצליח. עם זאת, ככל שתתחזק ותישמע התפיסה שההימור הציבורי המעשי כושל ומועָד בדיוק אל אותה תהום שמיוחסת להימור הפרטי, וככל שקולות אלה יחלחלו בתקשורת, בכנסת, ברשות השופטת ובמערכת האכיפה, ייתכן שיגיע שינוי במשפט ובשטח. מה שרע כפרטי עלול להיות רע גם כציבורי; מה שטוב כציבורי עשוי להיות טוב גם כפרטי. הוקעת הפרטי בנחרצות לצד התעלמות מהבעייתיות בציבורי אינה ראויה. הפללה גורפת המגובה באכיפה לצד התעלמות ממונופול פוגעני ותאב־בצע אינה צודקת. אין זה הגיוני וצודק שאותה פעולה תוביל את הפרט לכלא ואת הגוף הציבורי לחשבון בנק מרופד: הדיכוטומיה פרטי-ציבורי אינה אמורה להיות דיכוטומיה של כלא-כסף.

250 גרוסקופף סיכם את חיבורו בפסימיות, בהדגישו כי עולם כמנהגו נוהג: תעשיית הימורים הציבוריים מתחזקת, ואילו האיסור המשפטי ביחס להימורים הפרטיים עומד במלוא תוקפו, עם ביקורת שיפוטית לא־רצינית החוזרת על נימוקים שגורים מבלי לבחון אותם במבחן הזמן ומבלי להרהר אחר פגיעתם בזכויות הפרט ובאי־מידתיותם. הוא ביקר בחריפות את פסק־דין רומנו (לעיל ה"ש 14) כקונפורמיזם שיפוטי קיצוני, והביע תקווה שהביקורת הספרותית תניע שינוי. גרוסקופף, לעיל ה"ש 49, בעמ' 43-44. מאמרו הוזכר במסגרת הדיון בחוקתי בעניין תשעים הכדורים (לעיל ה"ש 17) פעם אחת ויחידה. אם אכן נקרא בכלל, תובנותיו לא רק שלא זכו ביישום שיפוטי, אלא לא זכו בהתייחסות כלל.