

יותר מזל משכל: הפער בין תכליותיהם של איסורי ההימורים לבין גופם

אסף הרדוף*

רעיון ההימורים בכללותו מוכר היטב לכל קוראת. ברובד הציבורי התעשייתי, כל ישראלית וישראלי התוודעו לפיס ולטוטו, אם באמצעות השתתפות פעילה אקראית או שיטתית בהם ואם, למצער, על ידי היחשפות לשיווקם של הגופים הללו ולתחנותיהם. ברובד הפרטי, התערבויות בין חברים, גם על כסף או שווה כסף, הן נורמה רווחת. מבחינה משפטית, שני הרבדים אינם בגדר האוטונומיה הפרטית. הדין הפלילי הישראלי מסדירם באופן שמשפיע על החירות, האוטונומיה, העיסוק, הכסף ועוד. לאיסורים יש תכליות מגוונות, ובראשן הגנה על ערכי עבודה ומניעת התמכרות. טיעון המחקר יהיה שבחוק הישראלי יש ליקויים מהותיים שמקשים את השגתן. המאמר מתאר את פרטי ההסדר הישראלי, מרחיב על תכליתו כפי שפורשה בפסיקה, ומעלה תהיות היסטוריות ונורמטיביות לגביה. הוא מצביע על פערים מגוונים וניכרים בין תכלית ההסדר לבין גופו, בין הערכים לבין הדוקטרינה, וגורס כי לנוכח פערים אלה נוסח החוק ראוי למבט מחודש.

מבוא

פרק א: הימורים בדין הישראלי

1. מבוא
 2. ההסדר החקיקתי בישראל
 3. תכליותיו של ההסדר הישראלי
 4. תהיות היסטוריות על תכליותיהם של האיסורים
- (א) מבט השוואתי
- (ב) מבט היסטורי-פוליטי על ההסדר הישראלי

* מרצה בכיר, דוקטור, המכללה האקדמית צפת. תודה גדולה למערכת **משפט ועסקים**, ובפרט לעידן פורטנוי ולטל רונן, ולעורך הלשוני גיא פרמינגר על הערות נהדרות, ולעורך כתב העת מתן סטמרי על ליווי סבלני ותומך.

5. תהיות נורמטיביות קצרות על תכליותיהם של האיסורים

6. סיכום ביניים

פרק ב: הגשמת התכליות באמצעות האיסורים

1. מבוא

2. עמימות של הגדרות ומינוח

3. הבחנות פנימיות מוקשות

4. אי-הטלת מגבלות משמעותיות על ההימור הציבורי

5. התעלמות מהימורים של ישראלים בחוץ לארץ

6. הסדר לא תכליתי

פרק ג: כיוון להסדר משפטי חלופי

1. מבוא

2. רישוי ופיקוח

3. סיכום

מבוא

רעיון ההימורים בכללותו מוכר היטב לכל קוראת. ברובד הציבורי התעשייתי, כל ישראלית וישראלי התוודעו לפיס ולטוטו, אם באמצעות השתתפות פעילה אקראית או שיטתית בהם ואם, למצער, על ידי היחשפות לשיוקם של הגופים הללו ולתחנותיהם.¹ ברובד הפרטי, התערבויות בין חברים, גם על כסף או שווה כסף, הן נורמה רווחת. מבחינה משפטית, שני הרבדים אינם בגדרי האוטונומיה הפרטית. הדין הפלילי הישראלי מסדירם באופן שמשפיע על החירות, האוטונומיה, העיסוק, הכסף ועוד. לאיסורים יש תכליות מגוונות, ובראשן הגנה על ערכי עבודה ומניעת התמכרות. טיעון המחקר יהיה שבחוק הישראלי יש ליקויים מהותיים שמקשים את השגתן. ראוי להפסיק את השימוש בדין הפלילי להסדרת הימורים, ולעבור למשטר של רישוי ופיקוח.

בחלקו הראשון של המאמר אתאר את פרטי ההסדר הישראלי. ארחיב על תכליתו כפי שפורשה בפסיקה, ואעלה תהיות היסטוריות ונורמטיביות לגביה. בחלק השני אצביע על פערים מגוונים וניכרים בין תכלית ההסדר לבין גופו, בין הערכים לבין הדוקטרינה, ואטען כי לנוכח פערים אלה נוסח החוק ראוי למבט מחודש. בחלק השלישי אציע כיוון

1 כך גם מעבר לים. הסטטיסטיקה מראה כי יותר ממחצית האמריקנים נוהגים ליטול חלק 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% מהאמריקנים 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).

להסדר משפטי חלופי המצמצם מאוד את תפקידו של הדין הפלילי בתחום. אציע להוציא את הטיפול בסוגיה מעולם המשפט הפלילי, לבטל את המונופול של גופי ההימורים המרכזיים לטובת משטר של רישוי ופיקוח על עסקי הימורים גדולים תוך מתן אפשרות לעסקים להפעיל הימורים בקנה מידה מצומצם תחת רישוי עסקים רגיל, ולהותיר את הדין הפלילי כגיבוי גרידא, לאחר גיבויים משפטיים אחרים.

פרק א: הימורים בדין הישראלי

1. מבוא

אפתח בהצגת החוק הישראלי ותכליתו, כפי שפורשה בפסיקה, לקראת העמדת הקשר ביניהם למבחן. אעלה בקצרה שני סימני שאלה סביב התכליות הנקובות: האחד יוצב באמצעות סקירת תולדותיהן של הסדרת ההימורים ותכליתה בעולם ובישראל, והאחר יכלול תהיות נורמטיביות תמציתיות. סימני השאלה מיועדים לעורר ולעודד חשיבות כלפי ליבו של ההסדר הקיים, לקראת הצבעה שיטתית על בעיות בגופו.

2. ההסדר החקיקתי בישראל

פקודת החוק הפלילי, 1936, כללה שני סעיפים בלבד בנוגע להימורים: סעיף 190 אשר החזקת בית פומבי למשחק בקובייה; וסעיף 191 אשר פתיחה או ניהול של מקום לסידור הגרלות או שימוש במקום כזה, וכן הדפסה ופרסום של מודעות בקשר לאמור. הסעיף האחרון כלל חריג של הגרלה בהיתר שר האוצר. החוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), התשכ"ד-1964, ביקש "לסגור חורים" בהסדר המשפטי שקדם לו. חוק זה עודכן לאחרונה בשנת 1975, בטרם בוטל במסגרת חקיקת חוק העונשין. החוק הטיל איסורים שונים על החזקת מקום לניהול משחקים ועל ארגון הימורים.² מבחינת הגדרותיו, עונשיו וההסדרים המשלימים, ההסדר הנוכחי זהה לו ברובו, ולא תוקן כלל למן שנת 1975. אציגו כעת.

חוק העונשין, התשל"ז-1977, יוצר הסדר מפורט לגבי הימורים. סעיף 224 מגדיר ארבעה מונחי מפתח: "משחק אסור", "מקום משחקים אסורים", "הגרלה" ו"הימור".³

2 ראו הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), התשכ"ג-1963, ה"ח 321, 322–323. המחוקק גילה קשב לפסיקה, והאריך בציטוט פסק דין של בית משפט השלום לגבי המצב המשפטי הבעייתי שקדם לחוק, בציטוט את ת"פ (שלום י-ם) 551/58 **מדינת ישראל נ' מורחי** (לא פורסם, 1958).

3 בכל מדינות ארצות הברית הגדרת ההימורים דומה במהותה להגדרתם במשפט המקובל, וכוללת שלושה רכיבים: תשלום (consideration), הזדמנות (chance) ופרס של ערך (prize of value):

"מקום משחקים אסורים" הוא רכיב בעברות, ומאפשר גם הפעלת סמכות מנהלית. "משחק אסור", "הגרלה" ו"הימור" מתארים שלוש פעולות אשר רוב האיסורים סובבים סביבן. ה"משחק" הטיפוסי כרוך ביכולת מסוימת של השחקן; ה"הימור" הטיפוסי אינו תלוי במהמר, אך ידיעותיו בתחום עשויות להעלות את סיכויי הצלחתו; ואילו ה"הגרלה" הטיפוסית אינה מושפעת כלל מיכולתו ומידיעותיו של המשתתף.⁴ סעיף 225 אוסר ארגון הגרלות, הימורים ומשחקים אסורים, וקובע עונש של שלוש שנות מאסר בגין הפרה של האיסור. סעיף 226 אוסר השתתפות במשחק אסור, ומטיל שנת מאסר על העושה זאת. סעיף 227 אוסר הדפסה, פרסום, הצעה, מכירה והפצה של כרטיסי הגרלה והימור, ומטיל בגינם שנת מאסר. סעיף 228 אוסר החזקה וניהול מקום של משחקים אסורים, הגרלות או הימורים – פעולות שבגינן יוטלו שלוש שנות מאסר; וכן השכרת חצירים ומתן היתר שימוש בהם בידיעה שהם ישמשו לצורך האמור – מעשים הכרוכים בעונש של חצי שנת מאסר. סעיף 231א, שהוא האיסור האחרון בהסדר, עוסק במכירת כרטיסי הגרלה לקטינים, ומציב עונש אפשרי של חצי שנת מאסר בגין מכירה כאמור. לאיסורים אלה יש שני חריגים חשובים. סעיף 230, שכותרתו "נסיונות מיוחדות", יוצר החרגה עממית שרחוקה מלהיות "מיוחדת". נקבע כי לארבעת האיסורים הראשונים שנסקרו לעיל אין תחולה על פעולות שמכוונות לחוג אנשים מסוים, שאינן חורגות מגדר שעשוע או בידור ואשר אינן נערכות במקום משחקים אסורים או במקום לעריכת הגרלות או הימורים.⁵ סעיף 231 מחריג את תחולתן של רוב הוראות הסימן לגבי הגרלות שלעריכתן נתן שר האוצר היתר מראש ולגבי הימורים שמפעל הפיס עורך בהיתר כאמור, ובלבד שההימורים אינם על תוצאות משחקים ותחרויות בספורט. לגבי האחרונים חל החוק להסדר ההימורים בספורט, התשכ"ז-1967, אשר כונן מועצה שמארגנת את ההימורים בתחום.⁶

ההסדר המהותי בחוק העונשין לא תוקן מעולם, ונותר על מכונן ארבעים שנה.⁷

J. Royce Fichtner, *Carnival Games: Walking the Line Between Illegal Gambling and Amusement*, 60 DRAKE L. REV. 41, 46–49 (2011).

4 למען הקיצור אשתמש במונח "הימורים" לציון שלוש הפעולות באופן כללי, ובמידת הצורך אפרט ואבחין ביניהן.

5 הסעיף קונקרטי מטיבו, ואינו מכשיר ארגון שיטתי של הימורים. 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 נגנ(4) 411, 420–421, 430–431 (1999).

6 בסיום ההסדר יש סעיפים שאינם אופייניים לחוק העונשין, אשר מעניקים למשטרה סמכויות מנהליות בנוגע לחילוט (ס' 234–235), ויוצרים הסדרים ראיתיים של דיות ושל עדות שמועה (ס' 232) וחזקות ראיתיות (ס' 233).

7 בקיץ 2016 בוטל ס' 229 לחוק העונשין, אשר העניק למשטרה סמכות מנהלית לסגור מקומות שנערכים בהם הימורים. ביטול זה נעשה במסגרת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ו-2016, ס"ח 942, 946 (תיקון עקיף לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

3. תכליותיו של ההסדר הישראלי

הואיל והאיסורים החמורים ביותר בהסדר שנסקר לעיל הם עוון, מקומם בבית משפט השלום. אולם תיקים אחדים הגיעו לבית המשפט העליון, שהתייחס לתכליות הבולטות והנלוות של ההסדר.

אחת התכליות הפסיקטיות הבולטות של ההסדר היא **הגנה על ערכי עבודה**, קרי, קידום התפיסה שעל אדם להתפרנס מעבודה לגיטימית, ולא לתור אחר התעשרות קלה התלויה בגורל. כך נכתב לפני עשרות שנים בעניין **סביצקי**⁸ ובעניין **שטיין**⁹. כך נקבע גם בעידן חוקי היסוד. בשני פסקי דין עלתה הצדקה זו כתכלית ההסדר העיקרית: בפסק דין **תשעים הכדורים**, שהוא פסק הדין היחיד בהיסטוריה הישראלית שדן בשיטתיות בתקיפה חוקתית נגד האיסור;¹⁰ ובפסק דין **עובד**, שעסק בחומרת הענישה על הימור מקוון.¹¹ פסקי דין מודרניים נוספים הזכירו תכלית זו כחשובה: פסק דין **רומנו**¹² ופסק דין **איגוד האינטרנט**.¹³

תכלית בולטת נוספת שעלתה בפסקי הדין המודרניים היא **מניעת נטייה להתמכרות** ומניעת מצבים בעייתיים מאוחרים שעלולים להיגרם בגין התמכרות, כגון התמוטטות כלכלית אישית ומשפחתית ויצירת נטל כלכלי על החברה, הידרדרות לפשיעה כלכלית וסיכון שלום הציבור ובטחונו.¹⁴

בספרות זרה הועלו תכליות דומות ונוספות: נטען כי הימורים גורמים להגברת הפשע המאורגן ולהלבנת הון; לפשעים נלווים, כגון הונאה, גנבה וזנות; לפשעי סמים ואלכוהול; להטיית משחקי ספורט; לשיעור התאבדות גבוה; להיזק לשכבות חלשות; לסיכון קטינים ועוד.¹⁵

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

9 בג"ץ 402/66 **שטיין נ' שר האוצר**, פ"ד כא (1) 137, 139 (1967).

10 ע"ע 4436/02 **תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים**, פ"ד נח (3) 782, 795–797, 804–806 (2004) (להלן: עניין **תשעים הכדורים**).

11 ע"פ 6889/11 **מדינת ישראל נ' עובד**, פס' 14–16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.5.2012) (להלן: ע"פ **עובד**). עתירה לדין נוסף נדחתה בקצרה. ראו דנ"פ 4409/12 **עובד נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.6.2012).

12 רע"פ 9140/99 **רומנו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד (4) 349, 358–359 (2000).

13 ע"ע 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, פס' 37–40 (פורסם בנבו, 24.3.2013) (להלן: עניין **איגוד האינטרנט**).

14 ראו, למשל, עניין **רומנו**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 358; עניין **תשעים הכדורים**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 800–801; ע"פ **עובד**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 9–10; עניין **איגוד האינטרנט**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 19; ע"א 7141/13 **קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש**, פס' 17–19 ו-28–30 לפסק דינו של השופט מוזס (פורסם בנבו, 5.11.2015) (להלן: ע"א **דבוש**).

15 John D. Andrie, *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*, in CASINO GAMBLING IN AMERICA: ORIGINS, TRENDS AND IMPACTS

4. תהיות היסטוריות על תכליותיהם של האיסורים

(א) מבט השוואתי

הימורים הם תופעה ותיקה במיוחד, אחד הפולחנים האנושיים הוותיקים ביותר.¹⁶ תגליות ארכיאולוגיות, ספרות עתיקה וחוקים קדומים חושפים משחקי מזל – לעיתים עם פרסים – ששזורים במרחבי הזמן,¹⁷ ואשר בצורות שונות נכחו כנראה בכל תרבות ועת. הימורי ספורט ותיקים כספורט עצמו. הימורים היו עברה פלילית אך פעילות פופולרית ברומא העתיקה.¹⁸ הרומאים נהגו להמר על קרבות גלדיאטורים ומרצי כרכרות.¹⁹ ברוב החברות הפרימיטיביות היו משחקי מזל, ורוב משחקי המזל המודרניים הם גרסה מתוחכמת של משחקים ותיקים. המונח "פור" מופיע פעמים רבות בתנ"ך, וכך חילק משה את הקרקעות לשבטי ישראל. בברית החדשה תוארו חיילים רומאים מטילים פור כדי לזכות בגלימתו של ישו לאחר צליבתו. התוצאה פורשה לא כמזל, אלא כחשיפת רצון אלוהי. הקישור לשמים רמז שהטלת קובייה צריכה להיעשות ברצינות ובכבוד, ורק כאשר אי-אפשר להכריע אחרת. הלוחו הממשלתי הראשון נערך בפירנצה שבאיטליה

7, 9 (Klaus Meyer-Arendt & Rudi Hartmann eds., 1995); JIM ORFORD, EXCESSIVE APPETITES: A PSYCHOLOGICAL VIEW OF ADDICTIONS 40 (2nd ed. 2001); 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 GAMING L. REV. & ECON. 100 (2012); Mark D. Griffiths, *Crime and Gambling: A Brief Overview of Gambling Fraud on the Internet*, INTERNET J. CRIMINOLOGY 1 (2010); Friedrich Schneider, *Money Laundering and Online Poker: How Relevant?*, 17 GAMING L. REV. & ECON. 714 (2013); Emanuel V. Towfigh, Andreas Glöckner & 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).

16 הם "עתיקים כמו האנושות", לדברי Walther, לעיל ה"ש 1.

17 Ryan P. McCarthy, *Information Markets as Games of Chance*, 155 U. PA. L. REV. 749, 755–756 (2007).

18 מהאיסור הוחרגו הימורים על תחרויות "גבריות", כולל ריצה, קפיצה, זריקת מוט והיאבקות. האכיפה הפלילית הייתה ספורדית, והרובד המשפטי המעשי היה במישור הפרטי, בדמות הטלת חובות עבדים על אדוניהם: Suzanne B. Faris, *Changing Public Policy and the Evolution of Roman Civil and Criminal Law on Gambling*, 3 UNLV GAMING L.J. 199, 200–207 (2012).

19 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, 207 (2003).

בשנת 1530. לנוכח הצלחתו ערכה גם צרפת הגרלת לוטו בשנת 1533, והמונרכיה האנגלית אישרה הגרלה כזו בשנת 1569.²⁰

ההיסטוריה האמריקנית מעניקה שיעור מאלף על תולדות ההימורים, על ההתפתחויות בהסדרתם ועל תכליתה של ההסדרה. במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה התקיימו בארצות הברית הימורים בהיקף רחב, כולל משחקי קלפים, מרוצים וכן לוטו, אשר אומץ מאירופה ושימש מכשיר לגיוס כספים.²¹ צבירת הון וגיוס למטרות ציבוריות הייתה קשה למדינה לפני מיסוד משטרי המיסוי ולפני צמיחתה של תעשיית הבנקאות והתאגידים המודרניים. הלוטו מילא את החלל, ואפשר לממשלה ולגורמים פרטיים לגייס בקלות הון למטרות ציבוריות:²² למלחמת העצמאות, לבניית תשתיות (כבישים, גשרים, תעלות) ולהקמת אוניברסיטות עילית (הרווארד, ייל, קולומביה), בתי ספר ובתי כלא.²³ לוטו במאה השמונה-עשרה היה לרוב עסק מקומי קטן שנוהל במגמה להיטיב עם הציבור ולאפשר התפתחות מדינתית. קבוצות דתיות השתמשו בו להקמת מבנים חדשים. בשנת 1831 הפעילו שמונה מדינות 420 משחקי לוטו, שמכרו כרטיסים ביותר מ-66 מיליון דולר – פי חמישה מהתקציב השנתי הפדרלי דאז.

צמיחה של תופעות מרמה תרמה לפיתוח תדמית רעה להימורים, וקישרה אותם עם עצלות, פגיעה במוסר העבודה וכניעה לפיתויים.²⁴ המוסר הוביל את השיח. אחד הטיעונים הבולטים התבסס על אתיקת העבודה הפורטיטנית, ותקף אנשים שרוצים להשיג דבר בעל ערך מבלי להשקיע לשם כך עבודה, או לבזבז כסף במקום לחוסכו ולהשקיעו. באותה עת צמחה הבורסה, והרשויות עמלו להבחין בין ספקולציה מוסרית חוקית לבין

20 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, 384-385 (2009).

21 Alejandra Boto, *A New Legislative Framework for Online Gaming in Spain*, 4 UNLV GAMING L.J. 11, 13 (2013).

22 Brian Lester, *The Free Replay Feature in Pinball*; בעמ' 203; Cabot & Csoka, *Machines: A Fresh Look at the Elements of Gambling and a Revised Method of Analysis*, 41 BRANDEIS L.J. 297, 298 (2002); 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).

23 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).

24 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, 315 (2007); Cara Franklin, *Virtual Las Vegas: Kיימים מימי התנ"ך וכך גם הביקורת המוסרית עליהם*; Regulate or Prohibit?, 2001 DUKE L. & TECH. REV. 21, Faris, 1; לעיל ה"ש 18, בעמ' 200.

הימור בלתי מוסרי ובלתי חוקי.²⁵ העדר פיקוח הוביל לשחיתות בלוטו, וזעקה ציבורית נגדו הובילה להפלתו באמצע המאה התשע-עשרה. המדינות הראשונות שאסרו הגרלות לוטו היו פנסילוניה ואחריה מסצ'וסטס, בשנת 1833, ועד מלחמת האזרחים נותר הלוטו במדינות מעטות בלבד.²⁶ אף שרוב המדינות אסרו את הגרלות הלוטו לפני 1862, עקב חששות ממרמה ושיקולי מוסר, מדינות הדרום השסועות מהמלחמה נעזרו בלוטו לגיוס כספים. כאשר מארגני הגרלות הלוטו החלו למכור כרטיסים – דרך הדואר האמריקני וקווי בזק – לתושבי מדינות שבהן נאסר הלוטו, פנו אותן מדינות לממשלה הפדרלית על מנת שזו תתערב בנושא, וזו הגיבה באמצעות חקיקה. עד סוף המאה אסרו כל מדינות ארצות הברית בחוק – ורובן אפילו בחוקה – את הלוטו וכן את רוב צורות ההימורים.²⁷ כל צורות ההימורים נותרו בלתי חוקיות בארצות הברית עד 1931. השפל הכלכלי הגדול הוביל לשינוי.²⁸ לאחר נפילת הבורסה בשנת 1929 התירה מדינת ניוואדה הימורי קזינו לשם החייאת כלכלתה. בעלי הקזינו שילמו מיסוי ומימנו פיקוח מוסדר. הימורים על מרוצי סוסים וכלבים נהפכו לתעשייה משגשגת.²⁹ במהלך המאה העשרים כמעט כל המדינות בנו מסלולים והתירו הימורים על מרוצי סוסים וכלבים, כדי להרוויח ממיסוי ולחזק את הכלכלה המקומית.³⁰

הלוטו החוקי חדל מלהתקיים עד הכשרתו בניו המפשייר בשנת 1963. בשנת 1967 החלה גם ניו יורק לערוך הגרלות לוטו, וניו ג'רזי הצטרפה לכך בשנת 1971. עד 1996 כבר הוקם לוטו בשלושים ושלוש מדינות.³¹ כיום ארבעים ממדינות ארצות הברית עורכות לוטו, וחלקן אף משתפות פעולה להגדלת הפרס. לפי שעה לא נרשמה שום מדינה שהתירה את הלוטו במאה העשרים ואחר כך הפכה את מדיניותה.³² בניגוד למדיניותן של מדינות ארצות הברית במאה התשע-עשרה, כיום רובן מעדיפות להחזיק את הלוטו בבעלותן, ואף תחת מונופול, ושומרות לעצמן את הרווחים.³³

Christine Hurt, *Regulating Public Morals and Private Markets: Online Securities Trading, Internet Gambling, and the Speculation Paradox*, 86 B.U. L. REV. 371, 376 (2006)

26 Cabot, Light & Rutledge, לעיל ה"ש 20, בעמ' 386–387; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 203.

27 Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 394–396; Delva, לעיל ה"ש 23, בעמ' 851; Miller, לעיל ה"ש 22, בעמ' 530; Dunphy, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1312; 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).

28 Miller, לעיל ה"ש 22, בעמ' 531; 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, 459 (1997).

29 Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 397; Wajda, לעיל ה"ש 24, בעמ' 315–316.

30 Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 399.

31 Cabot, Light & Rutledge, לעיל ה"ש 20, בעמ' 388.

32 Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 398–399.

33 William N. Thompson & Catherine Prentice, *Should Casinos Exist as Monopolies or Should Casinos Be in Open Markets?*, 4 UNLV GAMING L.J. 39, 42 (2013).

יותר מארבעים שנה הייתה נוואדה המדינה האמריקנית היחידה שהתירה הימורי קזינו. התנועה המודרנית להסדרת קזינו החלה בשנת 1976, כאשר ניו ג'רזי התירה קזינו באטלנטיק סיטי. מדינות שכנות השתמשו בהצלחתה של ניו ג'רזי כטיעון בעד הכשרת קזינו מקומי לשם הותרת כספי התושבים בתוך המדינה.³⁴ גם מכוונות משחק נפוצו, לרבות מחוץ לקזינו – למשל, במסעדות, בברים, בצרכניות ועוד – וזאת אפילו במדינות שלא התירו הימורים.³⁵ בעקבות חוק פדרלי משנת 1988 שהתייחס לנושא במישרין,³⁶ החל לצמוח קזינו אינדיאני במדינות רבות, ושנות התשעים הולידו יותר ממאה בתי קזינו כאלה, שכמעט כולם פועלים כמונופול מקומי.³⁷ גם קזינו סירות (riverboat gambling) הוסדר באותה עת במדינות רבות והתפתח מאוד.³⁸

צורת ההימורים היחידה שלא התאפיינה בלגליזציה רחבה היא הימורי ספורט, אף שהתופעה התרחבה בקצב עצום בחצי השני של המאה העשרים. הימורי ספורט מודרניים החלו על מרוצי הליכה (pedestrianism). הספורט נדד לארצות הברית, אך ירד בפופולריות, כי היה כה מקושר עם הימורים. בינתיים צבר הבייסבול פופולריות ונהפך לחביב המהמרים. סקנדל ציבורי גדול התחולל באליפות המדינה בשנת 1919, לאחר שהתגלה כי שחקני הקבוצה המועמדת לניצחון שיחקו חלש לבקשת מהמרים. המהמרים נתפסו כפושעים שהשחיתו את המשחק בעבור בצע כסף. שנות העשרים הציגו תור זהב לספורט ולהימורי הספורט, והשפל הכלכלי חיזק את המגמה. בשנת 1951 הטיל הקונגרס מס של 10% על הימורי ספורט, והסדירם באופן מעשי. בשנת 1961 התקבל חוק הבזק הפדרלי, אשר אסר, בין היתר, הימורים בטלפון ובבזק. חוק זה עודדו תקף כיום ורלוונטי לגבי המרשתת. בשנת 1992 התקבל חוק ההגנה על הספורט המקצועני והחובבני, אשר אסר הימורי ספורט, למעט באותן מדינות שכבר התירו אותם לפני כן במפורש: נוואדה (שבה התקיימה תעשיית הימורי הספורט הגדולה ביותר), אורגון ודלוור.³⁹ מכיוון שקל להשתתף בהימור כזה מרחוק, משך נושא זה תשומת לב פדרלית. ההערכה היא שתעשיית הימורי הספורט הלא-חוקית מגלגלת סביב 380 מיליארד דולר בשנה.⁴⁰

34 Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 397.

35 שם, בעמ' 397–398.

36 The Indian Gaming Regulatory Act (IGRA), 25 U.S.C. §§ 2701–2721 (1988)

37 Thompson & Prentice, לעיל ה"ש 33, בעמ' 46; Martz, לעיל ה"ש 28, בעמ' 460.

38 Delva, לעיל ה"ש 23, בעמ' 859–864.

39 Michael Trippiedi, *Daily Fantasy Sports Leagues: Do You Have the Skill to Win at These Games of Chance?*, 5 UNLV GAMING L.J. 201, 202–203 (2014); Jonah Ottley, *Fantasy Sports and Gambling: Drawing a Line in the Sand Between Pete Rose's Gambling and Daily-Play Fantasy Sports*, 42 N. KY. L. REV. 549, 551–552 (2015)

40 Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 399–400.

בהתקרב המאה העשרים ואחת נמשכה פריחתה של תעשיית ההימורים, ומדינות נוספות הקימו לוטו ובנו מסלולי מרוצים ובתי קזינו. מקומם התרבותי והכלכלי של ההימורים באמריקה התבסס.⁴¹ מצב הלגליזציה של ההימורים בארצות הברית התפתח באופן חסר תקדים בתוך מאה שנה.⁴² כיום ברור שהימורים הם מודל ישים להכנסה ממשלתית בארצות הברית, עם תגמולי ענק שמאפשרים מיסוי מדינתי נמוך והשקעות פנימיות. רוב המדינות אינן תופסות אותם עוד כבלתי מוסריים, אלא כמייצרי רווח חיוני.⁴³ נכון לשנת 2015, 47 מדינות ומחוז קולומביה מתירים צורות הימורים מסוימות; 43 מדינות ומחוז קולומביה עורכים לוטו מדינתי; ו-40 מדינות מתירות יותר מכך (קזינו וכדומה).⁴⁴ ההסדרה היא לרוב ברמת המדינה, למעט בנוגע לעניינים חוצי גבולות, כגון הימורים בטלפון וכמובן במרשתת.⁴⁵

בשנים האחרונות התרחבה תופעת ההימורים הודות למרשתת, אשר מספקת חיבור מהיר, נוח ופשוט למגוון הימורים ומשחקים: משחקי קזינו, פוקר בווידיאו, רולטה, בלק ג'ק ומכונות מזל, מרוצי סוסים, אירועי ספורט, לוטו, בינגו ועוד.⁴⁶ ההימור המקוון אומנם אינו מספק את מלוא חוויית ההימור בחלל הפיזי, שכן חסרים בו רכיבים נלווים כגון שתייה חופשית, מופעים וצפייה באחרים.⁴⁷ אולם האפשרות של גישה אנונימית, אישית וקלה 24 שעות ביממה הופכת את ההימורים ברשת למושכים, והתעשייה מגלגלת כסף רב.⁴⁸ כיום החוק הפדרלי מפליל את תופעת ההימורים במרשתת בכמה רבדים.⁴⁹

41 Wajda, לעיל ה"ש 24, בעמ' 316.

42 Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 401.

43 Wajda, לעיל ה"ש 24, בעמ' 317–315.

44 Jordan Hollander, *The House Always Wins: The World Trade Organization*, Online 44

Gambling, and State Sovereignty, 12 RUTGERS J.L. & PUB. POL'Y 179, 198–199 (2015).

45 Dunphy, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1310; James Romoser, *Unstacking the Deck: The Legalization of Online Poker*, 50 AM. CRIM. L. REV. 519, 521, 525 (2013).

46 Yures, לעיל ה"ש 1, בעמ' 197–196; Walther, לעיל ה"ש 1; Romoser, לעיל ה"ש 45, בעמ' 521–520; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 207; Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 417–422; Yevgeniya Roysen, *Taking Chances: The United States' Policy on Internet Gambling and Its International Implications*, 26 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 873, 873 (2009); Aaron Craig, *Gambling on the Internet*, 1998 COMP. L. REV. & TECH. J. 61, 62; Joel Michael Schwarz, *The Internet Gambling Fallacy Craps Out*, 14 BERKELEY TECH. L.J. 1021, 1024–1027 (1999); 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, 413–418 (2000).

47 Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 420.

48 Walther, לעיל ה"ש 1.

49 ראשית, קיים חוק האוסר הימורים באמצעות תקשורת בזק: The Wire Act, 18 U.S.C. § 1084 (1961). אישום אמריקני מפורסם בקשר להימורים במרשתת הוא עניין United States v. Cohen, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001). שנית, קיים חוק האוסר ביצוע פעילות פלילית תוך שימוש במתקן מסחרי בין-מדינתי: The Travel Act, 18 U.S.C. § 1952 (1961). חוק שלישי אוסר קבלת תשלומים מבתי עסק מקוונים להימורים: The Unlawful Internet Gambling Enforcement Act of 2006.

עם זאת, הפרצות המשפטיות הולכות ומתרחבות.⁵⁰

אם כן, כמו ההימורים עצמם, גם הסדרתם המשפטית אינה תופעה חדשה.⁵¹ תולדות ההימורים בארצות הברית מתאפיינות במחזוריים של איסור וקידום ממשלתיים.⁵² כיום, כבעבר, הימורים מסוימים אסורים ואילו אחרים מותרים, בהתאם לאיזון הנוכחי בין תועלת כלכלית לנזקים מוסריים.⁵³ התפתחויות מגוונות ושינוי תפיסתי ניתן למצוא גם בקנדה,⁵⁴ באירופה⁵⁵ ובדרום אפריקה.⁵⁶ באמצע המאה העשרים היו רק מדינות מעטות בעולם שהתירו לבתי קזינו להתקיים בכל מקום בגבולותיהן. בשנת 1986 כבר נרשמו 77

United States v. (UIGEA), 31 U.S.C. §§ 5361–5367 (2006). תיקים בולטים בהקשר זה: United States v. Scheinberg, 10 Cr. 336 (2011); United States v. PokerStars et al., 11 Civ. 2564 (2011). למבט עדכני וביקורתי על ההסדר הפדרלי אל מול מגמות מדיניות ראו Miller, לעיל ה"ש 22, בעמ' 532–557.

50 תזכיר של המחלקה הפלילית של משרד המשפטים האמריקני משנת 2011 פירש את החוק הפדרלי כאוסר רק הימורים מקוונים בנוגע לספורט. חוות הדעת טרם עברה ביקורת שיפוטית, אך השפעותיה בשטח כבר ניכרות, ומדינות שונות מציעות שירותי הימורים במרשתת. ראו Hollander, לעיל ה"ש 44, בעמ' 180 ו-195–201.

51 Romoser, לעיל ה"ש 45, בעמ' 519.

52 Delva, לעיל ה"ש 23, בעמ' 852.

53 Craig, לעיל ה"ש 46, בעמ' 62–64.

54 לפני מאה שנה נחשבו בקנדה רוב צורות ההימורים כליקוי מוסרי כבד. כיום סמכויות השיפוט שם מקדמות הימורים ככלי להתפתחות כלכלית שיוצר משרות, מקדם צדקה ומכניס כסף. לסקירת ההיסטוריה המשפטית שם ראו: Colin S. Campbell & Garry J. Smith, *Canadian Gambling: Trends and Public Policy Issues*, 556 ANNALS 22, 23–25 (1998).

55 Katherine A. Lovejoy, *A Busted Flush: Regulation of Online Gambling in the European Union*, 37 FORDHAM INT'L L.J. 1525, 1527 (2014). שר הכלכלה הספרדי יסד בשנת 1763 את מערכת הלוח הראשונה בספרד. צורת הימורים זו פסקה בשנת 1862 בשל תפיסת ההימורים כ"הרגל לאומי רע". פרט ללוח הראשונה היו ההימורים פעולה מחתרתית. לעיתים הם אף הופללו במפורש, אך הם נמשכו בכל זאת. לעיתים הותרו משחקים והגרלות מסוימים. הימורים עברו לגליזציה עם המעבר לדמוקרטיה בשנת 1977. החקיקה החדשה כללה רובד פלילי, רובד מנהלי ורובד כלכלי. תהליך ביטולה של ההפללה הסתיים בשנת 1983, על ידי תיקון החוק הפלילי והתאמתו לרעיון בדבר מזעור ההתערבות של המשפט הפלילי. הנושא הותר לטיפולם של המשפט המנהלי ודיני המיסים. בתי מחוקקים מחוזיים כוננו בהקשר זה חקיקה עצמאית, שכללה הסדר מפורט של מיסוי, פיקוח וסטנדרטים ממוסדים לתעשיית ההימורים. ראו Boto, לעיל ה"ש 21, בעמ' 13–16.

56 בשנת 2004 התקבל בדרום אפריקה חוק ההימורים הלאומי (National Gambling Amendment Act) (10 of 2008 (S. Afr.)). החוק בא להסדיר את ההימורים, ליצור משטר של רישוי, רישום שחקנים ופתיחת חשבונות הימורים, ולהבטיח ציות לחקיקה הנוגעת במניעת פשע. בשנת 2009 נאמד היקף הכספים שגלגלה תעשיית ההימורים החוקיים במדינה בסך של כ-375 מיליון דולר: Segoane Lawrence Monnye, *The Legality of Banning Online Gambling in South Africa: Is Online Gambling Not a Component of Gambling?*, 3 UNLV GAMING L.J. 221, 221, 226–227 (2012).

אומות שהתירו בתי קזינו; בשנת 1996 התירו זאת 109 אומות; וכיום יותר מ-132 מתוך 196 האומות מחזיקות קזינו.⁵⁷

ההיסטוריה העולמית מלמדת רבות על תכליתם של איסורי ההימורים, על המומנטים והדינמיקה שלהם, על הפוליטיקה שבבסיסם, על המקריות והבירונות המאפיינים אותם, ועל עמימותם, גיוונם ומורכבותם. במובן אחד היא תומכת בתכליות הישראליות: הגנה על ערכי עבודה עלתה כצידוק ברחבי העולם, וכמוה גם מניעת נטייה להתמכרות. מאידך גיסא, בעיתות של מצוקה כלכלית נזנחו התכליות, וגם בימי שגרה דומה שרוב המדינות בעולם חיות בשלום עם בתי קזינו ועם צורות הימורים רבות, בעיקר בחסות המדינה.⁵⁸ ההיסטוריה מצביעה על תפקידו החזק של הכסף בהסדר המשפטי.⁵⁹ הפללת הימורים והתרתם או החרגתם מהאיסור לא באו תמיד כדי לשקף את התכליות האמורות ולהגן על ערכים, אלא כדי לקדם תכלית פוליטית וכלכלית. אין פירוש הדבר שאין יסוד לתכליות האמורות או שאין להן הצדקה בעולם המודרני, אך לכל הפחות הדבר מעודד חשדנות כלפי ההסדר. מה ההיסטוריה הישראלית של הסדרת ההימורים מספרת?

(ב) מבט היסטורי-פוליטי על ההסדר הישראלי

גם בהסדרת ההימורים בישראל מילאו הכסף והכוח הפוליטי תפקיד מרכזי. שנה לאחר קומה, הנפיקה מדינת ישראל אגרות חוב כאמצעי לגיוס הון ממקורות פנים, בעלות 20 ל"י. הרוכשים זכו להשתתף בהגרלות נושאות פרסים בסכומים של עד 25,000 ל"י, פטורים ממס הכנסה. המלווה העממי פורסם בעיתונות היומית, תוך הדגשת האפשרות לזכות בהגרלה. במדינה צעירה ודלה במשאבים התקשו הרשויות המקומיות מבחינה כלכלית. ראש עיריית תל אביב ישראל רוקח שאב השראה משווייץ, והציע לממשלה יוזמה מפורטת להקמת מפעל הגרלות עירוני, שהכנסותיו יוקדשו להקמת מוסדות

57 Thompson & Prentice, לעיל ה"ש 33, בעמ' 43. מגמת המדינות התעשייתיות היא למסד קזינו ומשחקים: I Nelson Rose, *Gambling and the Law: Casinos at the End of the World*, 42 N. KY. L. REV. 475, 479 (2015).

58 כמעט כל המדינות מציעות לאזרחיהן צורות חוקיות של משחקי פרסים. ראו Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 199.

59 הטרנדים של הלגליזציה מראים כי המדינות "מכורות" לכספי ההימורים, ויותר משהן חוששות לציבור, הן חוששות להפסיד כספים למדינות השכנות. ראו Martz, לעיל ה"ש 28, בעמ' 488. החשש האמור הובע גם במסמך בכנסת בנוגע לבתי קזינו זרים וקרובים. אורי טל "הקמת קזינו באילת – הימורים בישראל" 2 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, ינואר 2008) www.knesset.gov.il/data/pdf/m01954.pdf. בית הקזינו המקוון הראשון, Interactive Casinos, Inc., פתח את דלתותיו בשנת 1995. הממשלה האמריקנית התנגדה לו באופן מיידי, וכמוה גם בתי הימורים בחלל הפיזי, לנוכח החשש מפני אובדן משאבים. ההתנגדות הגיעה גם ממדינות הימורים שונות, כגון ניואדה (אם כי כיום עמדתה שונה – ראו Romoser, לעיל ה"ש 45, בעמ' 540). ראו Wajda, לעיל ה"ש 24, בעמ' 317–318; Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 376–377 ו-401; Frank Vandall, *Why We Are Outraged: An Economic Analysis of Internet Gambling*, 7 RICH. J. GLOBAL L. & BUS. 291, 292 (2008).

בריאות בעיקר. השם "מפעל הפיס" נועד לשכך התנגדויות: המילה "מפעל" מדמה מפעל יצרני, מפגינה מחויבות ערכית למגמה התרבותית השלטת, ובולמת ביקורת עתידית על הימורים; והמילה "פיס", שנלקחה ממקורות יהודיים דתיים עתיקים, משככת התנגדות יהודית מסורתית למשחקי מזל.⁶⁰ בשנת 1951 אישרה הממשלה את רישום "מפעל הפיס" אצל רשם החברות, לפי הצעת העיריות. שר המשפטים התיר למפעל הפיס להתחיל לפעול, מכוח סמכותו בפקודת החוק הפלילי, אשר אסרה זכור לקיים הגרלות אלא אם כן הן זכו באישורו. נקבע שתיערך הגרלה אחת בחודש, במחיר 1 ל"י לכרטיס, ושהפרס הראשון יעמוד על 1,000 ל"י – סכום גבוה מאוד באותה תקופה. ההמון התנפל על נקודות המכירה, וההגרלה 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, ועימם גם מספרי הכרטיסים שהודפסו ומחירם, ובהמשך הם נסקו מעלה בהתמדה. בשנת 1955, לנוכח דרישתה של עיריית ירושלים, שהתקשתה בגיוס כספים לתשתיות חינוך ואימה על הממשלה בהקמת מפעל הגרלות עצמאי, הוסף החינוך למטרותיו של מפעל הפיס. בשנת 1958 הוספו לפרסים דירות חדשות, וההכנסות שברו שיא. בשנת 1960 הוכנס ספח ה"זוטא", אשר אפשר לרוכש הכרטיס לזכות באופן מיידי בעלות הכרטיס. 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 "חיש-גד". מאוחר יותר הוקמה תוכנית המינויים, ובעקבותיה משחק הקלפים "צ'אנס". חידושים נוספים הגיעו ומגיעים בלי הרף.⁶¹

יוצא שגם בישראל נולדו ההגרלות המדינתיות כדרך לגיוס כספי ציבור – דרך מתונה שהלכה והקצינה במהרה בכל אפיק שהוא: במספר הכרטיסים למכירה, במחירם, בסכום

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

61 "איך הכל התחיל" אתר מפעל הפיס www.pais.co.il/About/Pages/history.aspx. להרחבה, בנימה ביקורתית ופוליטית מרתקת, ראו משה לוי "הפוליטיקה של המזל: המדינה וראשיתן של ההגרלות בישראל" סוגיות חברתיות בישראל, 2, 174 (2006) (להלן: לוי "הפוליטיקה של המזל"); ובעקבותיו אהוד בקר "הפעלת מכונות מזל אלקטרוניות ('חיש-גד אלקטרוני') על-ידי מפעל הפיס" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, מאי 2015) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03594.pdf. למעשה, ביקורת על מפעל הפיס נמתחה קרוב ללידתו. בשנת 1952 אמר בכנסת חבר הכנסת יזהר הררי כי "השלטון המקומי איננו יכול להטיל מסים יותר מאשר החוקים המאפשרים זאת. אך השלטון המקומי חייב לבנות בתי-חולים, חייב לבנות בתי-ספר, ומניין ימצא את המקורות האלה? ועל זה באו לידי המצאה גאונית ויצרו את מפעל הפיס... הרבה אנשים מפסידים את כספם בהגרלות אלה. מדוע לקרוא לעניין של הפסד כספים ציבורי כללי בשם 'מפעל', מפעל שכאילו מוסיף לפריון הייצור במדינה?... אין אנו רואים בכמה הפסד עולה לנו שכר זה של מפעל פיס זה... ראו עד היכן הגיע השלטון המקומי, עד היכן מגיעה אזלת ידו, שעליו ליצור מפעל כזה המכלכל את כל חיינו [על מנת לגייס כספים לצורכי ציבור]". ראו ד"ר 11, 1848 (התשי"ב).

ההגרלה, בתדירות ההגרלות, בגיוון המשחקים וכדומה. בעוד שאת השיח הגלוי בתחום הסדרת ההימורים הובילו טיעונים ערכיים וכלכליים, מאחורי הקלעים היו אלה שיקולים פוליטיים שקבעו את התוצאות. הזכות להפעיל כחוק הימורים ניתנה למקורבים למרכז הפוליטי, ונרקמה ברית בין ארגון ההגרלות לבין העילית הפוליטית-הביורוקרטית בישראל. מפעל הפיס הזרים כספים למימון מיזמים בתחומי הבריאות והחינוך; פוליטיקאים הצביעו על הישגים בתחומים הללו – תשתית בנויה ללא מיסוי נוסף; ולבסוף, פוליטיקאים מונו לתפקידים בכירים בהנהלה ובמנגנון של מפעל הפיס. יתר על כן, קשרי ההון-שלטון לא הוסתרו על ידי מפעל הפיס, אלא הובלטו לשם חיזוק מעמדו. פוליטיקאים בכירים דאגו לטפח קשרים עם המפעל. ראשי המפעל עמלו כדי שהכנסת לא תעסוק במפעל באופן ביקורתי, מצד אחד, וכדי לבצר את מעמדו המונופוליסטי, למן לידתו והרבה אחריה, מצד אחר.⁶²

גם הימורי הספורט בישראל מגוללים היסטוריה פוליטית מרתקת. באחד השבועות בקיץ 1951 פרסם השבועון "ספורט ישראל" תריסר משחקי כדורגל שעמדו להתקיים בשבת, והקוראים התבקשו לנחש את תוצאותיהם עד יום חמישי. שמות הזוכים פורסמו בשבועון. בעקבות זאת החלו גם עיתונים אחרים להציג הימורים על משחקי כדורגל. הקורא היה יכול למלא ספח בעיתון ולשולחו, ומי שהימר נכונה זכה בעשר ל"י או בכרטיס לוטו חינם כפרס נחומים. יוזמות עסקיות פרטיות החלו לקום, אך הן לא זכו באמון הציבור ונעלמו במהרה. בשנת 1955 התאחדו כמה יזמים וגיבשו אסטרטגיה שיווקית להימורים שתשלב גיבוי כלכלי ופוליטי. בהגרלה שרכו הוחלט איזה יום יפנה לכל עיתון מרכזי בישראל. העיתון היחיד שהביע עניין ושתף פעולה היה "ידיעות אחרונות". הוקם גוף משותף בשם "גשר", שבו החזיק העיתון ב-51% ויתר היזמים ב-49%, והגוף הקים את "טוטו כדורגל". העיתון פרסם ספח שיש למלא ולשולחו בצירוף 25 אגורות לכל טור שמולא כדי לזכות בפרס. ההכנסה בפעם הראשונה הייתה רק שליש מהפרס, אלא שאיש לא ניחש נכונה את תוצאות כל המשחקים. המיזם הלך וצבר תנופה, והחלו להיפתח תחנות טוטו. למיזם הייתה תחרות מיזמו הראשון: "ספורטוטו ישראל", שהופעל על ידי מרכזי הספורט הפועל ומכבי, שביקשו להפיק מימון לפיתוח הספורט. בניגוד למתחרה, סירב המיזם להבטיח חלוקת פרסים מינימלית, ולפיכך התקשה מאוד. היזמים של המתחרה, שהיו נציגי מוסדות ספורט ומקורבים לאליטה הפוליטית, ניצלו את קשריהם כדי לפגוע בתחרות. "ידיעות אחרונות" נלחצו, ולבסוף הסכים "גשר" לשתף פעולה עם המתחרה. כך הוקם גוף מאוחד, "ספורטוטו ישראל", אשר נוהל פורמלית על ידי גורמים בולטים בענף הספורט, ואילו "גשר" עסק בצד הטכני והארגוני של ההימורים בתמורה לאחוז קבוע מהתגמול. שילוב הגופים הללו יצר אמון ציבורי, ובחלוף הזמן צבר העסק מאות אלפי מהמרים בשבוע. בשנת 1965, בעזרת ניצול קשריהם של נציגי מוסדות הספורט עם פוליטיקאים, זכה המיזם בחיזוק משפטי בדמות היתר לארגן הימורי ספורט. הספורטוטו קיבל בלעדיות, ובתמורה הקצה כספים לאיגודי ספורט, שרובם היו משויכים פוליטית, מה שעודד תמיכה ציבורית

62 לוי "הפוליטיקה של המזל", שם, בעמ' 193–196 ובכלל; זהו הטיעון המרכזי במאמרו של לוי.

בפוליטיקאים. גוף אחר שהפעיל הימורי ספורט, "ניחושי השבוע", ביקש אישור להמשיך לפעול, אך נדחה בטענה שהוא אינו גוף המוקדש כולו לקידום מטרות ציבוריות. בית המשפט העליון קבע כי מדובר בהפליה פסולה, משום שגם "גשר" אינו גוף כזה, והתיר ל"ניחושי השבוע" להמשיך לפעול. לצד זאת ביקר בית המשפט בחריפות את המדינה בגין הסוואת פוליטיקה וכסף בשיקולים ערכיים ומשפטיים נקיים.⁶³ בעקבות פסק הדין ניסה יזם נוסף את מזלו, ולאחר מאבק משפטי עיקש פסק בית המשפט לטובתו בשנת 1966.⁶⁴ הכנסת הגיבה בקבלת החוק להסדר ההימורים בספורט, אשר הבהיר כי הגופים שפעלו יוכלו לפעול רק עד סוף השנה, ולא יוכלו עוד להגיש בקשות לרישיון. החוק שיקף את הקשר בין מוסדות הספורט לפוליטיקאים. עתירות לבג"ץ בנושא הובילו לביקורת שיפוטית קשה על העשייה המשפטית בכנסת לקידומו של מונופול מטעמי כסף,⁶⁵ אך נדחו. לצד המונופול של מפעל הפיס בוסס אם כן גם המונופול של הימורי הספורט.⁶⁶

5. תהיות נורמטיביות קצרות על תכליותיהם של האיסורים

לפי הפסיקה, איסורי ההימורים מבקשים בעיקר להגן על ערכי עבודה ולמנוע התמכרות מסוכנת. מבלי לחרוץ מסקנות, אביע ביקורת זהירה על שתי התכליות האמורות ועל אחרות שהוזכרו.⁶⁷

באשר להגנה על ערכי עבודה, לא ברור שההימורים אכן פוגעים בערכי עבודה באופן שמצדיק צעדים משפטיים. ניתן לעבוד ולנהל חיים נורמטיביים לצד הימור, כל

63 השופט כהן ביקר בחריפות את המובאות שהוצגו לפניו מדברי הכנסת במטרה להשפיע על פרשנות החוק, וזיהה זאת כתופעה שבאה להטעות את בית המשפט ולהכשילו – הן באופן כללי והן בנוגע להימורים. ראו עניין סביצקי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 375–376. גם השופט זוסמן כתב דברים קשים דומים – שם, בעמ' 378.

64 עניין שטיין, לעיל ה"ש 9.

65 השופט ויתקון כתב: "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." בג"ץ 18/68 **ישראל פוטבולפולס (כול פול) בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט**, פ"ד כב (1) 683, 687 (1968) (להלן: עניין **פוטבולפולס**). המשך תיאור הדברים בפסק הדין חריף פחות לעומת עניין **סביצקי**, לעיל ה"ש 8, לנוכח קבלת החוק להסדר ההימורים בספורט והריסון השיפוטי שנהג באותה תקופה. עם זאת, נמתחה ביקורת לא פשוטה על המחוקק מפי השופט לנדוי ובהסכמת ממלא מקום הנשיא זילברג: "כן 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." ראו עניין **פוטבולפולס**, לעיל בהערה זו, בעמ' 691.

66 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.

67 לתהיות מפורטות ראו אסף הרדוף **הפשע המקוון** 305–297 (2010).

עוד האחרון נעשה במינון סביר. כשם שאנשים עובדים ולצד זה מהמרים בלוטו ובטוטו, ניתן לסבור שהם יצליחו לעשות כן גם לגבי הימורים פרטיים. שימוש בכלי הפלילי בלי הבחנה בין מהמר למהמר, בלי נכונות להניח שאנשים רבים מסוגלים להמר ולעבוד, מגלם תפיסה פסימית מאוד לגבי הפרט. נוסף על כך, לא פשוט לבסס את הטענה שערך עבודה מופשטים מצדיקים החלה של הדין הפלילי. אף בהנחה הלא-פשוטה שחלום החיים הקלים וההתעשרות הקלה מזיק מבחינה חברתית, ואף בהנחה שהימורים מקדמים אותו,⁶⁸ יש דרכים רבות – משפטיות ואחרות – להיאבק במסרים מזיקים.⁶⁹ למחוקק יש כלים מגוונים להעברת מסרים. איסור הוא כלי חריף מאוד, ולאו דווקא מוצלח במיוחד, להעברת מסרים מופשטים.⁷⁰

מעבר לכך, חלום זה ממילא חי ורווח בישראל דהיום. כזכור, המלחמה האמריקנית בהימורים במאה התשע-עשרה סבבה גם היא סביב ערכי עבודה, והמצב שם השתנה באופן דרמטי במאה העשרים. בישראל של המאה העשרים ואחת בתי המשפט מדקלמים עדיין סממאות אמריקניות מן המאה התשע-עשרה. אף אם נניח שהן היו משכנעות שם באותה תקופה, האם הן משכנעות עדיין במחוזותינו ובתקופתנו? נדמה שהסבלנות האנושית התמעטה בעידן המידע, ותרה אחר קיצורי דרך בהקשרים מגוונים. אחד מהם נוגע בהצלחה בחיים ללא מאמץ רב. חלום זה מתחבר היטב להוויה המודרנית ולתרבות האינסטנט, אשר יש לה היבטים שמתחברים להקמת מיזם ולמכירתו בכסף רב (אקזיט) לבורסה.⁷¹ המדינה הרי מעודדת הלכה למעשה את הפרטים להתעשרות מהירה – למשל, באמצעות הקמת חברות הזנק – על ידי מתן אשראי והלוואות לעסקים קטנים שמצויים בסיכון, תמיכה בהקמת חממות עסקיות והשקעות של קרנות הון סיכון ממשלתיות.

ההתעשרות המהירה מתחברת למאפיין של הבידור המודרני – הריאליטי. עשרים אנשים מסתגרים בבית במשך חודשיים, מתגפפים, מוחפצים, מתקוטטים, מתבזים ומפטפטים את עצמם לדעת, והאחרון שיוצא זוכה במיליון שקלים; כמה זוגות יוצאים

68 אין נתונים אמפיריים שתומכים בטענה כי הימורים (להבדיל משיווק של פרסים גדולים) מקדמים את המסר האמור. Amir Shani et al., *Ethics of Gambling?*, 39 TOURISM RECREATION RES. 453, 459 (2014).

69 כבר לפני יותר מעשור וחצי כתב גרוסקופף כי מדינת ישראל אינה נשענת עוד על תפיסותיה של תנועת העבודה, וכי חיזוק תפיסות אלה באמצעות איסור ההימורים הוא מעשה שתלוש מהמציאות. ראו עופר גרוסקופף "פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים" **המשפט** 9, 30 (2002). מאמרו המצוין שימשני רבות, ושנינו חולקים את ההשקפה שהסדר המשפטי הישראלי אינו ראוי. אולם דרכנו לתוצאה שונה. מבטו של גרוסקופף הוא כלכלי-נורמטיבי בעיקרו, ואילו מבטי שלי פלילי-דוקטרינרי בעיקרו, כשהרובד הנורמטיבי מרחף לאורך הטיעון.

70 William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 523 (2001). על כך יש להוסיף שהאכיפה בקשר להימורים נוטה להיות פרייבטית. ראו Martz, לעיל ה"ש 28, בעמ' 463.

71 הרט כתבה כי הניסיון להבדיל בין כל סוגי ההימורים לבין כל סוגי ההשקעות הוא בגדר אשליה. ראו Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 377.

למסע סביב העולם, אוכלים מזון דוחה, מתקוטטים, מגחכים את עצמם וחושפים את ערוותם בציבור, והמנצחים זוכים במיליון שקלים; ידוענים מספר יוצאים לאי, מורעבים, משקרים זה לזה, מתמודדים בתחרויות ילדותיות, מוחפצים, מקדמים מוצרים מסחריים ומתלוננים על תנאי המחיה, והמנצח זוכה במיליון שקלים (ורבים מהמפסידים יכתרו כגיבורי תרבות ויזכו בחוזי פרסום וביתרונות כלכליים עצומים); להבדיל, אדם מתיישב על כיסא מול המצלמה, עונה נכונה על שאלות טריוויה בנושאים שחלקם זניחים בחשיבותם, ועשוי לזכות במיליון שקלים. הדוגמאות רבות ומוכרות. מה בהימורים מצדיק מלחמה משפטית, לא כל שכן פלילית, בעולם שמחפש אחר התעשרות והצלחה מהירה בשפע הקשרים?⁷² אני מתקשה אם כן לראות כיצד התכלית האמורה – של הגנה על ערכי עבודה – רלוונטית במציאות המודרנית, ומתקשה עוד יותר לתמוך בה כבסיס לאיסור פלילי דווקא.

מעניין להשוות בין המדינה לפרט בעניין הרצון להתעשר במהירות. ההיסטוריה שהוצגה מראה כי ההימורים הממוסדים נולדו כדי לסייע למדינות לגייס הון עצום באופן מהיר לטובת מטרותיהן. מדוע מה שטוב למדינה רע לפרט? הרי גם המדינה, בעת גיוס כספים מהיר, עלולה לעשות אותן טעויות שהפרט עושה, דוגמת השקעות כספים שגויות וביצוע פעולות לא רווחיות או לא רציונליות, ואף בקני מידה גדולים בהרבה.

תהיות עולות גם לגבי התכלית של **מניעת התמכרות**. רעיון הפטרנליזם משקף הכפפה של הזכות האישית להגדרה עצמית ל"טובת האדם", כלומר, לאינטרסים האישיים כהיתפסם בחברה.⁷³ עד כמה פטרנליזם הוא סיבה טובה להפללה בעולם המודרני? מדוע לא לבכר את האוטונומיה האישית – את יכולתו של האדם לשלוט בעצמו, לבחור ולהחליט כיצד לנהל את חייו – גם כאשר אנחנו חושבים שבחירותיו אינן סבירות?⁷⁴ מעבר לכך, ניתן למצוא מאפייני רציונליות בהימורים מבחינת יעילות, חישוביות, חיזוי ושליטה.⁷⁵ גם אם אין בהכרח תועלת כלכלית לכל הצדדים לעסקת

72 גרוסקופף, לעיל ה"ש 69, בעמ' 30–31, כתב כי בהווה הישראלית העכשווית, אשר ספק גדול אם אכן יסוד בהם עקרונות המוסר הפוריסטי, קשה לטעון כי השתתפות בהימורים פוגעת בערכי מוסר העבודה. בעידן חברות ההזנק השאיפה להתעשרות מהירה לא רק שאינה מגונה, אלא היא אף תמצית התקוות והשאיפות של מיטב הנוער. ראו גם Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 380–381 ו-386–390.

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

74 FEINBERG, שם, בעמ' 28, 68–69 ו-115; Dan-Cohen, שם, בעמ' 765; Joel Feinberg, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?*, 58 NOTRE DAME L. REV. 445, 446–447, 453–454 (1983).

75 להגנה ובריאות על הימורים ראו: Moshe Levy, *Toward a Weberian Theory of Gambling: The Rationalization of Legal Gambling in Israel*, 10 INT'L GAMBLING STUD. 207, 209–210 (2010). Moshe Levy, *לרציונליזציה של הימורים כמשהו שהוא בין עבודה לבילוי ראו: Rationalization and the Re-Enchantment of Play: The Dialectics of Legal Gambling in Israel*, 25 HUM. AFF. 317 (2015).

הימורים מסוג מסוים (מזל), וגם אם אין מכבדים את חופש העיסוק וחופש הבחירה בהקשר של עריכת עסקה כזו, ניתן למצוא תועלת בערך הבידור למהמר. במקום להוציא סכום על סרט או הופעה, הוא בוחר להוציא בקזינו ונהנה מהמשחק.⁷⁶ האם לגיטימי לאסור הימורים כדי למנוע התפתחות של התמכרות?⁷⁷

בחירות רבות מאוד בחיינו מגבילות אותנו, לעיתים באופן שקשה מאוד לבטלו: בכלכלה, בקריירה, במשפט, באהבה, בחברה וכדומה. עד כמה המשפט צריך להתערב כדי להגן על חופש הבחירה? האם ראוי שחופש הבחירה של אדם יהיה חשוב לנו יותר מרצונותיו ומהעדפותיו שלו? אפילו אם נבחר להגן על חירות הבחירה של אדם באמצעות הגבלת חירותו לבחור, ספק אם הדין הפלילי הוא כלי ראוי ומידתי לכך. ניתן לדמין הסדרה פוגענית פחות ומידתית יותר, שתשמור על הפרט מפני עצמו לא באמצעות השוט המשפטי החריף ביותר, קרי, כליאתו ותיגורו כעבריינין.⁷⁸ התעניינות מדינתית בטובת הפרט הבוגר וקידומה על ידי המדינה הינן דבר ראוי כאשר הפרט הבוגר מבקש את עזרת המדינה. אולם התערבות מדינתית כאשר הפרט אינו מבקש זאת, בצורת פטרנליזם כפוי ובאמצעות שימוש בכוח הפלילי, מייצרת קושי גדול בחברה ליברלית. ניתן לצדד בה במקרי קיצון של פגיעה בלתי הדירה בטובת הפרט, כמכירת חלקי גוף או עבדות מרצון,⁷⁹ כאשר פגיעה כזו משקפת בוודאי מצוקה קשה של הפרט אשר אין בכוחו להתמודד עימה בדרך אחרת. אולם קשה יותר לתמוך בה במצבים חברתיים שגורתיים יותר, דוגמת הימורים. ככל שאין מדובר בפטרנליזם, אלא בניסיון להגן על החברה מפני המכור, ברור שיש לנסח נזק אחר, כגון עידוד פשיעה – נזק שיידון מיד בנפרד.

שאלה אחרת היא מדוע הדין הפלילי אינו נאבק בהתמכרויות אחרות, דוגמת סיגריות, אלכוהול, מין, משחקי מחשב, מרשחת, פורנוגרפיה, קניות, קפה, שוקולד, מזון מהיר ומזון מן החי.⁸⁰ התנהגויות אין-ספור עלולות לגרום נזק, אך הפללתן מייצרת בעיות קשות, ובראשן פגיעה קשה בחירות. הפללת סיכונים ונזק מרוחק הם עניין מוכר. לצד תועלת אפשרית של הפללה כזו יש לה מחיר כבד ודאי של הפללת יתר, באשר לפי

76 בחברה ליברלית איננו מכתבים לפרט כיצד לנצל את זמנו וממונו. גרוסקופף, לעיל ה"ש 69, בעמ' 28–26; Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 380–381 ו-390.

77 מניעה כאמור עשויה להתקשר לתפיסת הימורים כמחלה עד כדי אובדן בחירה: Edmund Bergler, *The Psychology of Gambling*, in GAMBLING 113, 124 (Robert D. Herman, ed., 1967) כן ראו Stacey A. Tovino, *Gambling Disorder, Vulnerability*, 36 בעמ' 15, לעיל ה"ש 36; ORFORD, *Gambling Disorder, Vulnerability*, 16 Hous. J. Health L. & Pol'y 163, 164–168 (2016).

78 מבחינת מידתיות, ענישה בוודאי צריכה לשמש מוצא אחרון, ולא מוצא ראשון כפי שנהוג לא אחת הלכה למעשה: Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 523 (2005).

79 FEINBERG, לעיל ה"ש 73, בעמ' 71–81.

80 ראו Shani et al., לעיל ה"ש 68, בעמ' 458–459.

הגיגה ניתן להפחית כמעט כל סוג של התנהגות.⁸¹ הסכנה של הפחית יתר נוגעת גם במהמרים פוטנציאליים שאין להם נטייה להתמכר.⁸²

גם בעניין ההתמכרות מעניין להשוות בין המדינה לבין הפרט. החשש לגבי פיתוח תיאבון לכסף קל ניתן להשלכה ברורה גם על המדינה, המרוויחה בקלות מכספי ההימורים שהיא מנהלת. הנאת המדינה מההכנסה הישירה מההימורים מציבה אותה בניגוד אינטרסים מובנה בין תאוות הכסף שלה לבין הקניעה שלה לפקח על ההימורים ולרסנם. העדר מגבלות לגבי כמות המשחקים ששחקן יכול לשחק וכמות הכסף שהוא יכול להשקיע, לצד שיווק אגרסיבי של ההימור המדינתי, כמפורט בהמשך, מרמזים על התמכרות מדינתית להימורים, שמכניסים לה כסף רב.

באשר לתכליות אחרות, כגון מניעה של עידוד פשיעה, של הלבנת הון ושל חיזוק הפשע המאורגן, ההנחה שלגיטימי להפחית הימורים כדי למנוע "פשע" מעלה תהיות של מידתיות, ומצריכה ביסוס אמפירי לקשר איתן בין הימורים חוקיים לבין פשע. באשר לטיעון שקדינו גורר פשע, נראה שהפשע קשור לתיירות, ולא לקדינו; ואילו לגבי פשע מאורגן, דווקא ההסדרה החוקית מצמצמת את מעורבותו.⁸³

כדברי גרוסקופף, הממצאים בנוגע לקשר בין עסקי הימורים מסוימים לבין עלייה בשיעור הפשיעה המקומית אינם קושרים בבירור בין פעילות ההימורים לפשיעה הגוברת. כל פעילות שמגדילה את העושר הכלכלי של האזור מושכת תיירים, ולכן אך צפוי שהיא גם תגדיל את נתוני הפשיעה באזור. מכך אי-אפשר לגזור מסקנה בדבר נזק

81 למשל: HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 266–267, 270–271 (1968); Andrew von Hirsch, *Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation*, in HARM AND CULPABILITY 259, 260–264 (A.P. Simester & A.T.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); 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); DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 161–168 (2008).

82 לאפיוני המהמר הכפייטי ראו Bergler, לעיל ה"ש 77, בעמ' 120–114 ו-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-CULTURAL PSYCHOL. 147, 148 (2008) גרוסקופף, לעיל ה"ש 69, בעמ' 32–35, כתב כי אדם שמהמר בקביעות אינו לוקה בהכרח בהפרעת אישיות. "הימור כפייטי" מתקשר לאנשים שאינם יכולים לשלוט בדחף ההימור, ולא לאלה שנוהגים להמר באופן תדיר. המדינה אינה מגבילה פעילות צרכנית רק משום שיש אנשים שחשים צורך לרכוש מוצרים בהיותם מדוכדכים. באותו אופן אין סיבה להגביל הימורים רק משום שיש אנשים שנוטים להמר במצבי משבר.

83 Shani et al., לעיל ה"ש 68, בעמ' 456 ו-460.

מיוחד מהימורים בהשוואה לנזק הנלווה לפתיחת מרכז מסחרי מצליח.⁸⁴ דווקא ההפלה מחזקת את הקשר בין הימורים לפשע.⁸⁵ הפשע המאורגן ניזון מהפלה, שהיא החמצן של השוק השחור. כלומר, אם הטיעון המקובל הוא שהימורים פרטיים מובילים להלבנת הון ולחזיון הפשע המאורגן, טיעון מעניין יותר הוא שדווקא הפללת ההימורים היא שמובילה להשתלטותו של הפשע המאורגן על שוק ההימורים. מצב שבו הימורים או כל שירות ומוצר (סמים, זנות וכדומה) מופללים הינו מצב אידיאלי לפשע המאורגן. באין שוק לבן, לשוק השחור יש מונופול צרכני שצפוי להביא לידי שגשוג הפשע המאורגן. דווקא ההפלה שולחת את ההימורים עמוק לזרועות הפשע המאורגן. זאת ועוד, היא גם מעלה בהכרח את מחיר המוצר בשוק השחור, ואף מגדילה חלק מסכנות ההימורים, בהעדר בקרה לגבי השוק השחור של ההימור. לעומת זאת, ככל שהשוק החוקי מציע מוצרים רבים ומגוונים, השוק השחור מאבד מהאטרקטיביות שלו.⁸⁶

6. סיכום ביניים

הגנה על ערכי עבודה ומניעת התמכרויות הן מטרות חברתיות ראויות, אף אם השימוש במשפט הפלילי לשם השגתן אינו מידתי בהכרח. אלא שמבט היסטורי, משווה ומקומי, מכרסם מכוחן, ומחבר את הסדרת ההימורים יותר לפוליטיקה ולכסף, ופחות לערכים מוגנים. מן הכיוון הנורמטיבי עולות תהיות באשר להתאמת התכליות האמורות לעולם המודרני ולמשפט הפלילי. כעת אבחן אם ההסדר הפלילי בנוסחו בישראל מתאים להשגתן.

פרק ב: הגשמת התכליות באמצעות האיסורים

1. מבוא

בחלק זה אתייחס לגוף ההסדר. אפתח בקושי הנוגע בגבולות האיסור ובעמימותו. אצביע על הבחנות פנימיות מוקשות שהחוק יוצר, ואדון בקושי של העדר רסן אמיתי להימור

84 גרוסקופף, לעיל ה"ש 69, בעמ' 40. עוד ראו תומר דרור "מסמך רקע בנושא: הקמת בתי-הימורים בישראל – סיכום טיעוני התומכים והמתנגדים" 2 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, יולי 2005) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01226.pdf

85 גרוסקופף, לעיל ה"ש 69, בעמ' 41–42.

86 הרדוף, לעיל ה"ש 67, בעמ' 89–90; Shani et al., לעיל ה"ש 68, בעמ' 460; JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION: AN ESSAY IN THE PHILOSOPHY OF THE CRIMINAL LAW 251 (1994).

הציבורי. אסיים בפרצה רחבה בחוק לגבי הימורים בחוץ לארץ. אסכם ואטען כי כל אלה יחד מקשים מאוד את השגת תכליותיו של ההסדר.

2. עמימות של הגדרות ומינוח

תנאי להשגת מטרותיו של הסדר הוא שלשונו מאפשרת זאת ושולחת מסר חד. אולם החוק רחוק מאוד מלהיות חד בנושא ההימורים. סעיף 224 לחוק העונשין מגדיר משחק אסור כ"משחק שבו עשוי אדם לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה לפי תוצאות המשחק, והתוצאות תלויות בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת"; הגרלה מוגדרת באותו סעיף כ"כל הסדר שלפיו ניתן, בהעלאת גורלות או באמצעי אחר, לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה, והזכיה תלויה בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת"; והימור מוגדר כ"כל הסדר שלפיו ניתן לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה, והזכיה תלויה בניחושו של דבר, לרבות הגרלה הקשורה בתוצאות משחקים ותחרויות בספורט".⁸⁷ הסדר זה יוצר קשיים מגוונים בזיהוי האסור ובבידולו מן המותר.⁸⁸ אפתח בעמימותן של ההגדרות. מהו גורל?⁸⁹ מהן הבנה ויכולת?⁹⁰ מי מבין ומי יכול להסביר? האם הבנה ויכולות מתייחסות רק לשחקן הנאשם או גם לגורמים אחרים? כיצד השחקן אמור לחשב איזה רכיב משפיע יותר – המזל או הכישור?⁹¹ האם גם

87 גם ההגדרה בעבר הייתה עמומה, אך היא הייתה מצומצמת יותר. ס' 190 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אסר החזקת בית פומבי למשחק בקובייה, שהוגדר כ"כל משחק בקלפים שאינו משחק הדרוש הבנה שכלית וכל משחק שאפשרויות הזכיה וההפסד שבו אינן נוחות במדה שוה לכל המשחקים, לרבות שומר הקופה או אדם אחר או בני אדם אחרים המנהלים את המשחק או שנגדם משחקים או מתערכים המשחקים האחרים". ס' 191 לפקודה הגדיר הגרלה כ"כל תכנית או מכשיר למכירת נכסים, נתינתם, העברתם או חלוקתם התלויות בזכיה בגורל או הנקבעות על ידו, בין ע"י זריקה או הטלה של קוביות או ע"י העלאת כרטיסים, פתקאות, גורלות, מספרים או ספרות, או ע"י הנעת אופן או ע"י בעל חי מאולף או בכל אופן אחר שהוא".

88 איהעקיבות בפרשנות של הימורים נהפכת לעיתים קרובות לאיהיגיון כאשר מנסים להבדיל בין הימורים לבין פעילויות אחרות. ראו Cabot, Light & Rutledge, לעיל ה"ש 20, בעמ' 384.

89 נכתב כי מזל (גורל) הוא גורם בלתי צפוי או בלתי מוסבר או יישומו של גורם כזה; מקריית; ההפך ממהשו שמתוכנן או מעוצב. למזל מופעים שונים. מזל שיטתי הוא כאשר למשחק יש רכיב שיטתי של מזל: טריפת הקלפים, הטלת קוביות ועוד. סוג מזל אחר עניינו מידע לא מושלם – כאשר אין לשחקן מידע מלא לגבי מצב המשחק ולגבי פעולותיהם של השחקנים האחרים, מה שמאפיין משחקים רבים. שם, בעמ' 394–398. כן ראו Fichtner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 48.

90 היו שהגדירו משחק יכולת (skill) כמצב שבו אדם עשוי לזכות בפרס כתוצאה מניצחון בתחרות של כישור כזה או אחר: מהירות או חדות של תפיסה חושית, יכולת הבחנה שכלית חריפה והפעלת שיקול דעת איתן, או היכולת לראות מה רלוונטי ומהותי. ראו Cabot, Light & Rutledge, לעיל ה"ש 20, בעמ' 394 ו-398. אחרים הגדירו כישור כיכולת ומיומנות מיוחדות, משהו שאין לאדם באופן רגיל, אלא מתהווה כתוצאה מאימון ומהתנסות. ראו Towfigh, Glöckner & Reid, לעיל ה"ש 15, בעמ' 163–164.

91 נכתב כי הדיון אם משחק הוא של מזל או של כישור הוא שאלה שבעובדה, ולא שאלה שבמשפט.

השתתפות בטורניר טניס או בתחרות שחמט אסורה? הרי גם שחקן טניס ושחקן שחמט תלויים לא רק ביכולתם ובהבנתם שלהם, אלא גם ביכולתם של אחרים, בתוצאות של הגרלת המשחקים, בתנאי המשחק, בהתאמת היריב (match-up) ועוד. איך יצליחו אזרחים מן היישוב לפתור משוואה כה מורכבת ועמוסת נעלמים? אני מנחש שבמקרים רבים הם לא יצליחו.

הקושי להגדיר כישור ומזל מתבהר כאשר מביטים בתופעות שאינן נחשבות לרוב משחק.⁹² טלו, למשל, עורך דין המהמר על נצחונו במשפט. אין ספק שיכולתו והבנתו עשויות להשפיע על התוצאה, אולם גם טיב הראיות, אופי העדים, עורך הדין שכנגד, השופטת, הקלדנית, הקהל, התקשורת ושלל גורמים נוספים עשויים להשפיע על התוצאה. אילו רכיבים נכללים ב"גורל"? וכיצד מחשבים אם רכיב הגורל גדול מרכיב היכולת?

בהמשך לכך, לגבי התמורה הפוטנציאלית לשחקן: מהו "שווה כסף" ומהי "טובת הנאה"?⁹³ אם כל דבר שעולה כסף הוא "שווה כסף" וכל הנאה שמופקת היא בגדר "טובת הנאה", כפי שעולה מפסיקתו של בית המשפט הישראלי,⁹⁴ אזי בכל משחק והגרלה, כמעט ברמת ההגדרה, יש אפשרות לזכייה כאמור. שיחקת עם ילדך "מלחמה" כדי ליהנות? הרי לך משחק אסור.

לצד זאת, בעוד יסוד ה-consideration (תשלום בעבור השתתפות במשחק) חיוני לשם הרשעה בארצות הברית,⁹⁵ החוק הישראלי אינו מציג יסוד של תשלום מצד השחקן, אלא רק אפשרות לזכייה. אם החשש הוא מהפסד כספי לשחקן, מדוע לא לבטא

אלא שבמשחקים "דר-מהותיים", לא במפתיע, התשובה אינה אחידה. פוקר, למשל, תואר הן כמשחק מזל הן כמשחק של כישור. בתי משפט התקשו להבדיל בין משחקים שונים. הראיות המשכנעות ביותר הן מתמטיות. ניתן גם להציע ניתוח סטטיסטי של תוצאות משחקים אל מול כישורים. אולם שתי השיטות כרוכות בקשיים. ראו Cabot, Light & Rutledge, לעיל ה"ש 20, בעמ' 401–406. כן ראו Lester, לעיל ה"ש 22, בעמ' 302; *Matthew A. Melone, Fantasy Sports Contests: Does the Fun Justify the Fantasy that These Contests Are Not Gambling?*, 15 VA. SPORTS & ENT. L.J. 201, 229–243 (2016).

92 McCarthy, לעיל ה"ש 17, בעמ' 769.

93 מדינות אמריקניות שונות מגדירות בצורה שונה את רכיב התמורה. ראו Lester, לעיל ה"ש 22, בעמ' 302–303.

94 בעניין **רומנו** עלתה השאלה אם משחק שבו ניתן לזכות בנקודות, אשר מאפשרות להמשיך ולשחק אך לעולם לא לזכות בכסף ולפדות פרסים, נחשב "משחק אסור". בדעת רוב קבע השופט זמיר כי מדובר ב"שווה כסף" ואפילו בטובת הנאה: "אילו לא נהנה אדם מן המשחק במכונות, לא היה משלם כסף בעבור המשחק, שבסופו זיכה אותו בנקודות." עניין **רומנו**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 370. בארצות הברית, לעומת זאת, נכתב כי סיבוב חינם אינו פרס, וכי גם בידור אינו יכול להיחשב פרס, במובן של אחד מיסודות העברה. ראו McCarthy, לעיל ה"ש 17, בעמ' 766.

95 למשל, הגרלה (sweepstakes) היא חוקית אם אין לה עלות. החוק האמריקני מתיר הגרלות שבאות לקדם מכירות על ידי פנייה ליצר ההימור, ובלבד שאין דרישה לתשלום בעבור ההשתתפות בהן. באין עלות, אין סיכון לאובדן כספי: Mark Fridman, *Prime Time Lotteries*, 10 TEX. REV. ENT. & SPORTS L. 123, 127–128 (2009).

זאת ביסודות העברה ולהחריג, מניה וביה, כל משחק שאינו דורש מהשחקן להשקיע כסף (או שווה כסף)?⁹⁶

גם גבולות האיסור עמומים מאוד. אין כוונתי הפעם לביקורת מכיוון עקרון החוקיות על העוול שבהאשמת אדם מבלי שהבין מה מותר ומה אסור לו; או להיבט המשלים שעניינו יעילות האיסור, לנוכח העדר יכולת של האזרח להבין ממה עליו להימנע, כדי שהאיסור יוכל להשיג את מטרתו – אינטרס שרחוק מלהיות מושג תחת הגדרות כה עמומות. כוונתי כאן היא שוב לתכלית האיסור: ככל שאבני הבסיס של האיסור חסרות צורה, ברי שאי-אפשר לבנות מהן בניינים תחומים היטב, ולצד זאת יש סכנה שייבנו בניינים פוגעניים מאבנים דומות אחרות. **היכן מסתיים המשחק ומתחיל האיסור?**

גם החריגים שבסעיף 230 לחוק העונשין ("נסיבות מיוחדות") עמומים. הסעיף מחריג מתחולת הסימן משחק, הגרלה או הימור שהתמלאו בהם שלושה תנאים: "(1) עריכתם מכוונת לחוג אנשים מסויים; (2) אינם חורגים מגדר שעשוע או בידור; (3) אינם נערכים במקום משחקים אסורים או במקום לעריכת הגרלות או הימורים." תכלית הסעיף היא כנראה לגלות סובלנות לתופעת ההימורים כאשר הם נערכים בביתו הפרטי של אדם.⁹⁷ אולם מה פשר "מכוון לחוג אנשים מסויים"?⁹⁸ האם משחק פתוח במרשתת נכנס לסעיף זה? האם הגרלה שעורך מוסד לימודי גדול נופלת בגדרו?⁹⁹ האם חוג אנשים שכולל עשרת אלפים איש עודנו "מסויים"? האם אתר שמצריך רישום והצהרת גיל מבטיח מסוימות כזו? מהם שעשוע ובידור ומה חורג מהם?¹⁰⁰ לבסוף, מה פירוש "אינם נערכים במקום משחקים אסורים..."? בית המשפט העליון פירש בהרחבה את המונח "מקום" בקשר להימורים.¹⁰¹ האם חברים שמתאספים בנקודה קבועה ומשחקים קלפים נחשבים כמי שמשחקים במקום משחקים אסורים?¹⁰² העובדה שהם חוג קטן וסגור לא

96 מה החשש בהשתתפות בלי עלות? השוו Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 237–238.

97 עניין **סביצקי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 376.

98 לדין קצר המייחד את המונח לקבוצת אנשים קטנה בעלת מכנה משותף מעבר לעניין במשחק, ומסיק כי לגביה החשש מהתמכרות קטן, ראו עניין **תשעים הכדורים**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 798–799.

99 במוסד שלימדתי נהגו להגריל פרסים יקרי ערך בין תלמידים שממלאים משובי הוראה.

100 בעבר נפסק כי כל משחק שמטרתו העיקרית אינה טובת הנאה כספית עונה על תנאי זה. ע"פ 328/72 **עבאס נ' מדינת ישראל**, פ"ד כז(2) 94, 97–98 (1973). בהמשך נקבע כי יש לשקול את שווי הפרסים, את היחס בין הסכום שכל משתתף משלם לבין ערך הפרסים שהוא עשוי לזכות בהם וכן רכיבים אחרים שעולים במפגש. בג"ץ 696/80 **צדוק נ' מפקד משטרת מחוז הנגב**, פ"ד לה(2) 281, 283 (1980). השופט גרוניס הדגיש כי ריבוי משחקים מצד אותו שחקן עשוי להחריג את המשחק מהתנאי האמור. עניין **תשעים הכדורים**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 800–801. לעומת זאת, בעניין **רומנו**, לעיל ה"ש 12, נפסק שגם משחק שאי-אפשר לזכות בו בשום כסף ובשום פרס, אלא רק בנקודות, אינו נכנס לסייג.

101 עניין **איגוד האינטרנט**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 11–22 ו-35.

102 השופט גרוניס הזכיר את החזקה שבס' 233(3)(א) לחוק – חצרים שנערך בהם משחק אסור לפחות פעמיים בששת החודשים שקדמו לביצוע העברה ייראו כמקום שרגילים לערוך בו משחקים אסורים,

תחלצם ממלתעות האיסור, באשר התנאים האמורים מצטברים. קושי חברתי-תרבותי מתחבר לעמימות ומחריף אותה.¹⁰³ משחקים הם חלק מהתרבות – הן בעולם¹⁰⁴ הן בישראל. משחקים רבים מערבים רכיבים של גורל. קל לזהותם במקום שיש קובייה, קלפים או גלגל מסתובב: מונופול, שש-בש, טאקי, פוקר, סולייטר. הרשימה בלתי נגמרת, ומשחקים חדשים מפותחים כל העת – חלקם פיזיים וחלקם ממוחשבים. הייתכן שאחד או כמה מהם הינם "משחקים אסורים"? בישראל נקבע כך לגבי פוקר – משחק פופולרי (במיוחד בארצות הברית)¹⁰⁵ שאף נערך בישראל כטורניר בראש חוצות ובאבטחת המשטרה.¹⁰⁶ אפילו המשחק הפופולרי "רמי" מצא את דרכו לבית המשפט העליון בדיון מעצר.¹⁰⁷ האם מישו מוכן להמר איזה משחק פופולרי נוסף יביא לידי כך ששוטרת תחקור, תובעת תאשים ושופטת תרשיע?¹⁰⁸ אולי משחק העגורן (/הצבת)?¹⁰⁹ טורניר משחקי

-
- כל עוד לא הוכח ההפך. ראו עניין **תשעים הכדורים**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 801. באותו עניין לא היה צורך להכריע בשאלה האמורה. כך גם בעניין **רומנו**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 323.
- 103 בוטו כתבה כי ההיסטוריה המשפטית של הלוח האומי משקפת ניתוק יוצא דופן בין המחוקק לחברה. ראו Boto, לעיל ה"ש 21, בעמ' 12.
- 104 אלירס כתב על מכוונת משחקים יפנית (pachinko) שחומקת מהסדרת הימורים, ואשר בעבר הכניסה כסף רב יותר מתעשיית הרכב היפנית. לדבריו, משחקים רבים מכוונים לאזור העמוס שבין החוקי לבין הלא-חוקי: Michael S. Alires, *Introduction to Social Gaming – Gambling in Substance*, 5 UNLV GAMING L.J. 225, 225, 228 (2014). *but Not Form*.
- 105 Romoser, לעיל ה"ש 45, בעמ' 520.
- 106 ת"פ (שלום ת"א) 3814/07 **מדינת ישראל נ' עמוס** (פורסם בנבו, 26.6.2008); ולאחרונה ת"פ (שלום ים) 55129-02-12 **מדינת ישראל נ' עראקי** (פורסם בנבו, 18.1.2015) (להלן: ת"פ **עראקי**); ע"פ (מחוזי ים) 25439-05-15 **עראקי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 25.12.2015).
- 107 השופט שהם קבע כי מדובר במשחק שתוצאותיו תלויות במידה רבה במזל ובגורל. קביעתו זו לא הושתתה על ניתוח של חוקי המשחק, אלא על מספר המהמרים וסכומי ההימור, היקף רווחיו של המארגן, "רוח הדברים שנקלטו בהאזנות הסתר" ועדויות של מהמרים שונים בחקירתם. ראו בש"פ 5919/12 **נחמיאס נ' מדינת ישראל**, פס' 15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.9.2012). הקביעה האמורה לא טרדה את בית המשפט העליון בדונו בתביעה על הפרת זכות יוצרים, סימני מסחר ועוד בקשר למשחק רמיקוב. ראו רע"א 2960/15 **הרצנו נ' P-Kama International Limited** (פורסם בנבו, 7.9.2015).
- 108 גם בארצות הברית נכתב כי אין עקיבות בהבחנה בין משחקי פרסים חוקיים ובלתי חוקיים. לנוכח הדמיון בין הפעילויות השונות קשה להצדיק מדוע חלקן חוקיות וחלקן לא. במקרים רבים ההסבר הוא היסטוריה פוליטית, ולא שכיחה אנליטית. טיעון אחד גורס כי הופללו משחקי העניים בלבד. ראו Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 198–199.
- 109 אוקרברג פתחה את מאמרה בזכרונות ילדות חיוביים ממשחקים שונים, ובמיוחד ממשחק העגורן, וכתבה כי לפי חווייתה זהו משחק יכולת. אף על פי כן, בתי משפט שונים קבעו כי הוא מהווה משחק אסור. אומנם, מדינות רבות מחריגות אותו מהאיסור, אולם אוקרברג מוטרדת מכך שמבחן משפטי למה מהווה הימור עלול לכלול בקטגוריית ההימורים משחקי ילדות נוסטלגיים. Erica Okerberg, *What's in a Game? A Test Under Which We May Call a "VGT" a Gambling Game is Not*

מחשב¹¹⁰? משחקי יריד¹¹¹? העובדה שמדובר בתופעה תרבותית רחבה מציבה סימן שאלה על צדקת האיסור. השאלה עולה גם לגבי הימורים שיש להם שם מקובל אחר – התערבויות. אלה שכיחות מאוד בין חברים ומכרים, ולעיתים קרובות כרוכות באפשרות להרוויח או להפסיד כסף או שווה כסף.

משחקים, ניחושים והגרלות הם גם רכיב בכלכלה הישראלית. ניתן לומר כי החיים עצמם הם הימור, בעסקים ובכלל, וכי הימורים הם מיקרוקוסמוס של עסקים.¹¹² אם הימור פירושו ויתור על דבר ערך למען תוצאה לא ודאית, אזי השקעות כספיות רבות צריכות להיחשב הימור.¹¹³ השקעות בבורסה מתחברות להימורים: מבחינת המשקיע (בוודאי המשקיע הממוצע), הרווח וההפסד תלויים בגורל יותר מאשר ביכולתו ובהבנתו. האומנם השוני בהקשר הוא חד עד כדי כך שיש מקום להפיל את התופעה האחת ולראות באחרת עיסוק חוקי ומכובד?¹¹⁴ מבצעים אחדים מצריכים שליחה של חלק מהמוצר, קוד או קבלה לשם השתתפות בהגרלה של משהו שהוא בוודאי "שווה כסף"; אחרים מצריכים מציאת רכיב מיוחד לשם זכייה.¹¹⁵ שעשועוני טלוויזיה מתבססים על משחקים נושאי פרסים.¹¹⁶ תוכניות מצליחות מאוד שעונות על שליחת

So Sweet: Why Courts Should Not Apply the Material Element Test to VGTs, 5 UNLV

GAMING L.J. 27, 27 (2014).

110 לניתוח מפורט ראו שם, בעמ' 33–44.

111 Fichtner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 54–59.

112 Bergler, לעיל ה"ש 77, בעמ' 120.

113 הרט כתבה כי נטילת סיכון היא ערך אמריקני ייחודי, הלך מחשבה שלפיו מבלי להסתכן אי אפשר להרוויח: *nothing ventured, nothing gained*. משקיעים רבים קונים מניות מאותן סיבות שבעטיין מהמרים בוחרים מכונות הימורים ומספרי לוטו. ראו Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 372–373.

114 הרט הציגה השוואה אנליטית מפורטת בין הימורים לבורסה, וגרסה כי היחס החברתי והמשפטי השונה בעליל, אשר משמין קזינו ומהלל ברוקרים, אינו מוצדק. ברמה הבסיסית, הימורים והשקעה הם פעילויות זהות של התערבות על תוצאה בסביבה של חוסר ודאות. ההבחנה ביניהם מבוססת לא על לוגיקה, אלא על המעמדות של משתתפיהם. ראו שם, בעמ' 373–374 ו-440. כן ראו McCarthy, לעיל ה"ש 17, בעמ' 765–771; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 199; Towfigh, Glöckner & Reid, לעיל ה"ש 15, בעמ' 182.

115 למשל, קניית משקה מוגז וחיפוש אחר פקק הזכייה. לעיתים ניתן להשתתף גם מבלי לקנות, על ידי שליחת בקשת השתתפות בדואר. Fridman, לעיל ה"ש 95, בעמ' 128. משחקי פרסים מצויים בכל מקום בחברה המודרנית. ראו Cabot, Light & Rutledge, לעיל ה"ש 20, בעמ' 384 ו-389; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 199 ו-204. בישראל נתן משרד האוצר היתר כללי לכך בשנת 2009 ובשנת 2010 (ראו להלן ה"ש 145), אולם תופעות אלה קיימות עשרות שנים, ואני זוכר מבצעים כאלה כילד – למשל, במשקאות טרופית וקוקה קולה.

116 תביעה אזרחית הוגשה נגד התוכנית "הכספת" בערוץ 2, בטענה שמדובר במשחק אסור. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2296/00 **גצל נ' שידורי קשת בע"מ**, פ"ד תשס"ב (2) 145 (2001). בקליפורניה הוגשו תביעות ייצוגיות נגד הגרלות בלתי חוקיות בטלוויזיה שגרמו להפסדי הימורים. הכוונה לתוכניות טלוויזיה פופולריות, כגון "אחד נגד מאה", "המתמחה" ו"אמריקן איידול", אשר כוללות לעיתים

מסרונים מהקהל, מה שמציב תהיות גורליות סביב שאלת ההכרעה.¹¹⁷ משחקיות מחשב ושעשועי יריד אינם חזון נדיר בישראל.¹¹⁸ אתרי מרשתת עמלים על משחקים אשר יחדו אותם מאתרים אחרים ויהפכו אותם לאטרקטיביים יותר. ניתן להניח שרובם לא פנו לקבל היתר ממוסד האוצר, וכפי שיפורט בהמשך, ממילא אינו יכול להתיר ארגון משחקים. מוכרים שמבקשים לשעשע מעט את קוניהם במטרה למושכם מצויים בסכנת העמדה לדין או למצער בסכנה שתוגש נגדם תובענה ייצוגית בגין ארגון משחק אסור.¹¹⁹ בהקשר זה עלתה בבית המשפט השאלה כמה מכרזים שונים ממשחקים אסורים, שהרי גם הראשונים תלויים בגורל יותר מאשר ביכולת, במובן זה שמשותפי המכרז תלויים במשתתפים האחרים ובהתנהלותם, שאינה חשופה להם. התשובה שניתנה בישראל, שלפיה במכרזים יש אסטרטגיה ותועלת ציבורית,¹²⁰ אינה משנה כלל מבחינת יסודות העברה. מכרז בוודאי כולל רכיבים של ניהוש וגורל,¹²¹ לעיתים מכריעים. אף על פי כן קשה לכנותו "משחק".¹²² גם ביטוח כולל רכיבים מכריעים של גורל.¹²³

הגרלות ומשחקים. פרידמן היה נחרץ שמדובר בהגרלות בלתי חוקיות. ראו Fridman, לעיל ה"ש 95, בעמ' 124–125 ו-140–143.

117 תחרות מלכת היופי הישראלית 2015 הוכרעה במסרונים לכל אורכה. תוכניות ריאליטי דוגמת "האח הגדול" ו"הכוכב הבא" מתקיימות על כך.

118 במדינות אמריקניות רבות יש מסעדות-משחקים (arcade-restaurants) שמכוונות בעיקר לילדים ומציעות משחקי פרסים. לרבים מהמשחקים יש יסודות של כישורים, אך גם יסודות של מזל. שמותיהם של חלק מהמשחקים אף כוללים במפורש את המילה "קזינו". לבחינה דוקטרינרית של פעילויות כלכליות מקובלות ושל החלת האיסורים עליהן בארצות הברית ראו Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 216–225. גם בישראל קיימות משחקיות דומות.

119 ת"צ (מחוזי ת"א) 30284-01-10 **דבוש נ' קונקטיב גרופ בע"מ** (פורסם בנבו, 30.3.2011) (להלן: ת"צ **דבוש**).

120 שם, בעמ' 8. משרד היועץ המשפטי לממשלה תמך בקצרה בהנמקה האמורה בחוות דעת של הפרקליטות האזורית של מחוז תל אביב מיום 3.12.2012, בפס' 24 (עותק של חוות הדעת מצוי בידי המחבר). בית המשפט העליון הפך את השורה התחתונה, אך שלושת השופטים נטו – לא בקלות – להסכים שמדובר במשחק אסור. ראו ע"א **דבוש**, לעיל ה"ש 14. לפני כשלוש שנים פנו לבקש ממני חוות דעת לגבי אתר אחר שארגן משחק. הפונה, נציגת משרד עורכי דין, ציינה לפניי כי חוות דעת דומה של פרופסור ישראלי בכיר למשפט פלילי היוותה לגבי משרד המשפטים שיקול לא לאכוף את האיסור לגבי אתר אחר. הבהרתי לפונה כי אין ביכולתי לדעת כיצד יפסוק בית המשפט, ולא כתבתי חוות דעת.

121 לניתוח מתורת המשחקים (מבט בהחלטות של צדדים במצבים של חוסר ודאות והשפעות של שחקנים אחרים) בנוגע למכרזים ראו עומר דקל **חובת המכרז של גופים מינהליים** 225–155 (2001).

122 סחר שנערך בצורה מיוחדת ומבדרת עורנו סחר, ואינו בגדר "משחק". 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 – מבזקי האורות פסיקה** 50, 6, 15–19 (2015) (להלן: הרדוף "הפוך על הפוך").

123 לניתוח ההימור מצד המבוטח ראו שחר ולר **חובות גילוי של מבוטחים בחוזי ביטוח** 73–76 (2002).

עמימותו של ההסדר, ככל עמימות פלילית, משקפת יתרונות וחסרונות. היתרונות הם גמישות לרשויות האכיפה ולרשות השופטת בבואן לצקת תוכן, לסנן, להסביר ולהגדיר בדיעבד את גבולות האיסור. החסרונות הם פגיעות בכל הטוב שעקרון החוקיות נועד להשיג: ודאות, הגינות, אחדות, מניעת שרירות.¹²⁴

3. הבחנות פנימיות מוקשות

המחוקק יצר כמה הבחנות דרמטיות שקשה להסבירן ולהצדיקן – חלקן בנוגע להגדרות וחלקן בנוגע לאיסורים.

בנוגע להגדרות, בהמשך לפרק הקודם ולעמימות הרחבה והמטרידה, עולה הבחנה מוקשה – "ההבחנה הגורלית". אחד הפנים של ההבחנה בין אסור למותר הוא תלותה של הזכייה בגורל לעומת תלותה בהבנה או ביכולת. סעיף 224 יוצר משוואה עקרונית שלפיה משחק אסור הוא משחק שתוצאתו נקבעת על ידי הגורל יותר מאשר על ידי הבנה או יכולת.¹²⁵ ערכאות שונות נשענו על פסיקה אזרחית ישנה של בית המשפט העליון, כדי לקבוע ששאלת השפעתו של הגורל תימדד לפי שחקנים שאינם מומחים.¹²⁶ פרשת **אסטבליסמנט** עסקה בדייר מוגן שהפעיל מכונות משחק, ובעלת הבית ביקשה לקבוע כי מכיוון שמדובר במשחק אסור, דמי השכירות משוחררים מגבולות המקסימום. הנשיא שמגר אימץ בקצרה את עמדת בית הדין לשכירות, שלפיה גם אם קיימת אפשרות לרכוש מומחיות מסוימת במכונות המשחק, מעטים ה"מומחים" הללו, ורוב השחקנים אינם מיומנים ובאים לנסות את מזלם, וזהו מקור הרווח למפעיל המכונות.¹²⁷

אני תמה: מדוע למדוד הבנה ויכולת דרך שחקנים חדשים?¹²⁸ ברור שהמדד יוביל לתוצאות שונות בעליל אם נבחן שחקן חדש או שחקן ותיק; יכולת והבנה אינן משהו שנולדים עימו בכל הקשר, אלא משהו שניתן לפתח, והשקעת השחקן בפיתוח יכולתו

Richard H. Fallon, Jr., *Making Sense of Overbreadth*, 100 YALE L.J. 853, 859–866, 877– 124
880, 884–886 (1991); Paul H. Robinson, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of*
Legality, 154 U. PA. L. REV. 335, 361, 365 (2005).

125 השוו למבחן הרכיב העיקרי בחלק ממדיניות ארצות הברית. ראו Romoser, לעיל ה"ש 45, בעמ' 521–522.

126 למשל, עניין **עמוס**, לעיל ה"ש 106; ת"צ **דבוש**, לעיל ה"ש 119.

127 ע"א 813/88 **אסטבליסמנט נהל בע"מ נ' בצרי**, פ"ד מה(4) 1, 6 (1991).

128 שאלה זו עלתה גם בספרות, לצד השאלה לאורך כמה משחקים תיערך הבחינה. ראו Cabot, Light & Rutledge, לעיל ה"ש 20, בעמ' 409–408. הפוקד מצריך כישורים מגוונים, כגון משמעת עצמית וסבלנות, אסטרטגיה, חשיבה אנליטית, חישוב סיכויים מתמטי, הבנת פסיכולוגיה אנושית, זיהוי דפוסים ונטיות, ואומנות ההטעה. השחקנים הטובים מצליחים שוב ושוב לנצח בטורנירים. אף על פי כן קבעו ערכאות שונות בארצות הברית ובישראל כי גורל הוא הרכיב העיקרי במשחק. ראו Romoser, לעיל ה"ש 45, בעמ' 524–522, Dunphy; לעיל ה"ש 22, בעמ' 1303–1305 ו-1307–1310; עניין **עמוס**, לעיל ה"ש 106.

ומאמציו להשתפר הם בדיוק הדבר שאמור לפדותו מבחינה ערכית מתחום האיסור, ואולי אפילו להפוך את הפעולה ל"משלח ידו".¹²⁹ משוואת הגורל/יכולת מוסיפה רובד לעמימות שתוארה לעיל. היא ברורה, לכל היותר, בכמה נקודות קיצון בקשת המשחקים – של שחמט, כמשחק שתלוי לגמרי בהבנה וביכולת;¹³⁰ ושל בינגו, רולטה, "סולמות וחבלים" ו"מלחמה", כתלויים לחלוטין בגורל. במרכזה המשוואה עמומה לחלוטין.¹³¹ אולם מעבר לעמימותה, מה הצדקתה? בתי המשפט המעטים שדנו בנושא¹³² לא ניסו להצדיקה או להציג לה הסבר נורמטיבי.¹³³

מבחינה היסטורית, משחקי יכולת הוחרגו מהאיסור הכללי החל על הימורים, במגמה להניע אזרחים להגביר את כישורי הקרב שלהם. אפילו לחברות שמרניות יש חריגים לאיסורי ההימורים: למשל, האיסור האסלמי הכללי המוטל על הימורים אינו חל על מרוצי סוסים, כי אלה היוו תמריץ לאמן סוסים לקראת ניצולם במלחמות. אולם המלחמה המודרנית אינה שעונה על פעילות ספורטיבית פופולרית, ובמדינה שיש בה גיוס חובה שיקול זה בוודאי אינו רלוונטי. ניתן לגרוס לכאורה כי משחקי יכולת

129 ראו דיון בשאלת מיסוי הכנסתו של ישראלי מרווחי פוקר בחוץ לארץ בע"מ (מחזוי ת"א) - 19898-03-13 אמית (אמשיקשוייל) נ' פקיד שומה תל אביב 4 (פורסם בנבו, 15.6.2016).

130 Romoser, לעיל ה"ש 45, בעמ' 521–522. אפילו לגבי משחקים כשחמט יש גורמים שאינם בשליטת השחקן, כגון השאלה מי יתחיל במשחק. ראו Cabot, Light & Rutledge, לעיל ה"ש 20, בעמ' 390; Towfigh, Glöckner & Reid, לעיל ה"ש 15, בעמ' 171–172. בית המשפט העליון של נברסקה קבע כי שחמט ודמקה הם משחקי מזל: Indoor Recreation Enter., Inc. v. Douglas, 235 N.W.2d 398, 400–401 (Neb. 1975).

131 מבחן הרכיב העיקרי (the predominance test), שרווח מאוד בארצות הברית, מצריך אותנו לדמיין רצף שבקצהו האחד משחק על טהרת הכישורים, כשחמט, ובקצהו האחר משחק מזל טהור, כבינגו ומכונות מזל. במשחקים שמערבים מזל וכישורים יש לבחון איזה רכיב גובר. יישום המבחן ברור לגבי שחמט ורולטה, אך בטווח שביניהם יש מאות משחקים שמכילים גם רכיבי מזל וגם רכיבי כישורים, ולגביהם היישום אינו כה ברור. ראו Cabot, Light & Rutledge, לעיל ה"ש 20, בעמ' 390–392; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 202; Dunphy, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1302–1303; Alire, לעיל ה"ש 104, בעמ' 231–233; Trippiedi, לעיל ה"ש 39, בעמ' 215; Ottley, לעיל ה"ש 39, בעמ' 566. המבחן הוחל, למשל, על פינבול, מכונות משחק, הגרלות, טניס, דמקה וקרבות תרנגולים. בתי משפט רבים התמקדו בכללי המשחק, במקום ביישומו; בחנו תוצאות משחק אחד, במקום לבחון כישורים לאורך זמן; דחו עדות מומחים; קבעו כי שאלת הרכיב העיקרי היא איכותנית, ולא כמותנית; ודחו במפורש את הרעיון שאם רכיב היכולת משמעותי יותר מרכיב המזל אזי אין זה משחק אסור, ובמקום זאת חיפשו עד כמה המזל הוא חלק בלתי נפרד מהתוצאה. Steven D. Levitt, Thomas J. Miles & Andrew M. Rosenfield, *Is Texas Hold 'Em a Game of Chance? A Legal and Economic Analysis*, 101 GEO. L.J. 581, 588, 593–597, 601 (2013).

132 למשל, ת"צ דבוש, לעיל ה"ש 119; עניין עמוס, לעיל ה"ש 106; עניין גצל, לעיל ה"ש 116, בעמ' 160–161.

133 לפחות בבתי המשפט האמריקניים נדמה שהשאלה אם משחק הוא יכולת או מזל מבוססת על הערכה שיפוטית ונורמטיבית. Towfigh, Glöckner & Reid, לעיל ה"ש 15, בעמ' 172.

מודרניים דוחפים להצטיינות במדע, בכישול ועוד.¹³⁴ אולם מדוע לדחוף אנשים להצטיין באפיקים שונים באמצעות תחרויות נושאות פרסים דווקא? אם כישור מסוים נחוץ מבחינה חברתית, אזי כוחות השוק בוודאי יבטאו זאת – למשל, כישורי כדורגל יוצאי דופן יבטיחו פרנסה יוצאת דופן. מה עניין למחוקק בפיתוח כישורים אלה? ואם יש לו עניין, בכוחו לבטא זאת באופן שמעודד יציבות – למשל, על ידי הצעת משרות כאלה ואחרות.

עוד יושם לב שההיסטוריה והתכלית המודרנית של האיסור אינן מתיישבות. מה משנה שהזכייה תלויה יותר בגורל? היו שסברו כי במצב זה המשחק ממכר יותר.¹³⁵ האם זכייה שתלויה ב-51% יכולת והבנה מלמדת שאין סכנת התמכרות וחשש להתעשרות בלי עמל? האם זכייה שתלויה באחוזי יכולת גבוהים יותר אינה מסוכנת? דמינו טורניר דמקה/שחמט על מיליון שקל, אשר כל שחקן משלם בכניסה 10,000 שקל. האם הדבר מסוכן פחות מסיכון עשרה שקלים במשחק בינגו?¹³⁶ מעבר לכל, ייתכן שדווקא עירוב היכולת מפתה את השחקן להעמקת מעורבותו בעולם ההימורים. מי שסבור כי הוא צבר ידע רב בעולם הכדורגל עשוי לחשוב כי הדבר יספיק לו להימור מוצלח. לעומת זאת, מי שאין לו ידע בתחום ייטה פחות להימשך לנושא. שמץ היכולת עלול אם כן לפתות. מאידך גיסא, כמובן, גם הידיעה כי היכולת אינה רלוונטית עלולה לפתות: המהמר יודע שהוא שווה לאחרים גם בלי כל מאמץ והשכלה, ועלול להשלות את עצמו שסיכוייו לזכות טובים.

שתי הבחנות מוקשות נוספות קיימות בהסדר – האחת נוגעת במשתתף, והאחרת נוגעת במארגן. באשר למשתתף, סעיף 224 מגדיר כאמור שלוש פעולות אסורות: "משחק אסור", "הגרלה" ו"הימור". בעוד האיסור לארגן מתייחס לשלוש הפעולות האסורות, האיסור להשתתף מתייחס רק ל"משחק אסור".¹³⁷ האיסור להשתתף מניח כי ראוי להפיל את כל חלקי השרשרת, לרבות השחקן. אם אנו תופסים את המשתתף כקורבן, אזי אין להפיל, ¹³⁸ מה גם שהפלתו עלולה להקשות את הרשעת המארגנים,

134 Cabot, Light & Rutledge, לעיל ה"ש 20, בעמ' 389; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 205–Dunphy; 206, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1301–1302.

135 היו שכתבו כי משחקי מזל מופללים משום שהם פונים בעיקר לאנשים פגיעים, וכי אי-השפעת השחקן הופכת את המשחק למסוכן ולממכר יותר. ראו Towfigh, Glöckner & Reid, לעיל ה"ש 15, בעמ' 160.

136 מדינות אמריקניות שונות אימצו מבחנים שונים על מנת להבדיל בין משחקי כישורים למשחקי מזל. חלק בוחנות אם המזל הוא רכיב מהותי בתוצאה (the material element test), ואם התשובה חיובית, אזי המשחק נחשב משחק מזל אף אם רכיב הכישורים בו גדול יותר. במדינות אחרות די בכך שהמזל הוא רכיב בעל השפעה כלשהי על התוצאה (any chance test). מבחן אחר בוחן אם הפעילות פונה ליצר ההימור של השחקן (the gambling instinct test), בלי קשר לשאלת הכישורים והמזל. ראו Cabot, Light & Rutledge, לעיל ה"ש 20, בעמ' 392–394; Okerberg, לעיל ה"ש 109, בעמ' 28–29.

137 לאיסורים מדינתיים אמריקניים על השתתפות בהימור ראו Delva, לעיל ה"ש 23, בעמ' 853.

138 מי שקוראת להפלת צרכני הזנות אינה קוראת בהכרח להפלת הנשים העוסקות בזנות, מתוך

שכן היא תעודד אותו לשמור את סיפור משחקיו לעצמו.¹³⁹ אולם הפללת השחקן מרמזת שהשחקן אינו קורבן או לפחות אינו הקורבן הקלסי. מצב שבו הקורבן הוא גם עבריין מתחבר לפטרנליזם – כדי שאדם לא ינסה להגשים את חלום ההתעשרות או יתמכר, המחוקק מוכן לכולאו. אולם אם מהלך זה (שרחוק מלהיות מוכן מאליו במשטר דמוקרטי) תקף, אזי מדוע הוגבלה הפללת המשתמש למשחקים אסורים? מה טעם להפליל שחקני בינגו ולהניח את המגרילים והמהמרים לנפשם? מדוע לא להגן גם על אלה מפני עצמם באיסור פלילי? לא מצאתי בפסיקה ובהצעות החוק ניסיון להסביר הבדל זה. האם הוא נובע מכך שמשחק הוא פעולה אקטיבית יותר מהימור ובוודאי מהגרלה? מסופקני, שהרי משחק אינו חייב להיות אקטיבי במיוחד. "מלחמה" היא דוגמה למשחק שבו תפקיד השחקן מתמצה בהפיכת הקלפים; וב"בינגו" תפקיד השחקן מתמצה בסימון קריאות הכרוז. מאידך גיסא, הימור כרוך לעיתים באקטיביות רבה, בגלמו שאלות שמעסיקות את המשתתף – למשל, הימורים בספורט.

מעבר לכך, אין סיבה נורמטיבית משכנעת להפליל אקטיביות ולהתעלם מפסיביות. נהפוך הוא, רעיון ההתעשרות הקלה מתחבר יותר לפסיביות ולחוסר מעש, ולא לעמל. אם אנו חוששים מנסיונות להתעשר בלי עמל ומהידרדרות להתמכרות, ואם החשש כבד עד כדי כך שמן הראוי להפליל את השחקן, אזי אין סיבה להפליל רק שליש מן המשתתפים. ניתן לגרוס כי ניתן לצמצם את החשש על ידי העמדה לדין של מארגני ההימורים וההגרלות. אולם בעולם גלובלי, שמאפשר הימורים מקוונים, אין לנו באופן טיפוסי כתובת כזו; וגם במקרה הנדיר שבו יש לנו כתובת כזו, עלולים להתגלות קשיים אחרים, כגון מתקלי דינים, לנוכח העובדה שבמדינות רבות הימורים הם עסק חוקי, מקובל ומצליח.¹⁴⁰ לא למותר לציין כי במשטר של הפללת שחקנים ראוי לתת תוקף להפללה. מעיון במאגרי החיפוש מצאתי כי העמדה לדין בגין עברות ארגון שונות רווחת למדי,¹⁴¹ לעיתים קרובות לצד עברות נוספות ותוך בקשת מעצר עד תום

תפסתן כקורבנות. נוי רימלט "על זנות, מגדר ומשפט פלילי: הרהורים על הצעת החוק להפללת צרכני זנות" **משפט וממשל** יג 439 (2010).

139 בת"צ **דבוש**, לעיל ה"ש 119, הגיש אדם תובענה לבית המשפט המחוזי נגד גורם שלדבריו ערך לו ולאחרים משחק אסור. מכיוון שהחוק מפליל כאמור גם את המשתתף במשחק אסור, יוצא שהתובענה הייתה למעשה בגדר הפללה עצמית. עוד ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 25717-10-13 **בר-אור נ' איטריידר בע"מ** (פורסם בנבו, 28.9.2016).

140 ראו, למשל, את הדיונים בפרשת **קרטון** (אשר תמה בלי העמדה לדין): מ' (שלום ראשל"צ) 1106/07 **משטרת ישראל נ' קרטון** (פורסם בנבו, 29.1.2007); ב"ש (מחוזי ת"א) 90861/07 **קרטון נ' יחידה ארצית לחקירות הונאה** (פורסם בנבו, 17.6.2007).

141 למשל, ע"פ 7649/12 **יוסף נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 19.3.2013); ע"פ 3829/13 **שניידר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.10.2013); ת"פ 55159-11-13 **מדינת ישראל נ' אברם** (פורסם בנבו, 8.1.2014); ע"פ 2046/14 **גיגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 7.12.2014); ת"פ (שלום ת"א) 32242-09-13 **מדינת ישראל נ' אבני** (פורסם בנבו, 4.3.2015); ת"פ **עראקי**, לעיל ה"ש 106.

ההליכים,¹⁴² בעוד העמדה לדין בגין השתתפות במשחקים אסורים (לא לצד אישום בארגון המשחק) הינה ספורדית עד אפסית, והענישה בגינה נמוכה מאוד.¹⁴³ ההבחנה המוקשה האחרונה נוגעת במארגן. סעיף 225 מפליל את מארגני כל אחת מהפעולות האסורות, ויוצר בכך שוויון הגיוני. אולם סעיף 231 שובר את השוויון מסיבה לא ברורה. הסעיף מכונן הוראה אשר מבחינה בין מקבלי היתרים לבין אלה שלא קיבלו: 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".¹⁴⁴ אם כן, מחד גיסא, המחוקק רואה את שלוש הפעולות כמסוכנות, וארגונה של כל אחת מהן נתפס כשווה ערך מבחינת חומרתו. מאידך גיסא, ניתן לקבל היתר להגרלות,¹⁴⁵ קיים מונופול להימורים,¹⁴⁶ אך חל איסור מוחלט על ארגון משחקים

142 למשל, בש"פ 5626/12 חוזט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.7.2012); בש"פ 8652/12 מדינת ישראל נ' חגי' (פורסם בנבו, 10.12.2012); בש"פ 7472/13 מדינת ישראל נ' בן שטרית (פורסם בנבו, 11.11.2013); בש"פ 5026/14 מירילאשוילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.7.2014).

143 אלה כל פסקי הדין שאיתרתי בנושא במאגרים המשפטיים תקדין, דינים, LawData, פדאור ונבו, שחלקם כוללים אישומים חמורים יותר, שיש בהם אולי כדי להסביר את ההחלטה לתבוע את הנאשם גם בגין השתתפות במשחק אסור: פ' 6568/01 (שלום ת"א) מדינת ישראל נ' ארוש (פורסם ב-LawData, 20.5.2002); פ' 2150/06 (שלום טב') מדינת ישראל נ' אלקסלסי (פורסם ב-LawData, 24.10.2006); פ' 2978/06 (שלום ת"א) מדינת ישראל נ' גולאבי (פורסם ב-LawData, 11.11.2007); ת"פ (שלום ק"ג) 26826-02-10 מדינת ישראל נ' ארכיב (פורסם בנבו, 16.1.2013); ת"פ (שלום נת') 6691-10-09 מדינת ישראל, לשכת תביעות שרון – פלילי נ' יוראילוב (פורסם בפדאור, 26.7.2010); ת"פ (שלום ת"א) 5078-09 מדינת ישראל, מדור תביעות פלילי ת"א נ' שאתי (פורסם בנבו, 14.9.2010); ת"פ (שלום פ"ת) 21423-07-09 מדינת ישראל נ' פראבר (פורסם בתקדין, 22.6.2010); ת"א 5875-08-11 (שלום ק"ג) מדינת ישראל נ' ביטון (פורסם בנבו, 10.7.2013); ת"פ (שלום ת"א) 28931-02-14 מדינת ישראל נ' ברזל (פורסם בנבו, 14.1.2015); ולאחרונה ת"פ (שלום ק"ג) 2181-10-13 מדינת ישראל נ' נגבק (פורסם בנבו, 6.7.2017).

144 לצד זאת, החוק להסדר ההימורים בספורט מתיר כאמור למועצה שקמה מכוח החוק לארגן הימורים בספורט.

145 החוק הפורמלי מכונן משטר היתר. רק בשנת 2009 (ושוב בתחילת שנת 2010) נתן משרד האוצר היתר כללי. ראו הודעה בדבר מתן היתר כללי לעריכת הגרלות לפרסומת מסחרית לפי חוק העונשין, י"פ התשס"ט 4997; הודעה בדבר מתן היתר כללי לעריכת הגרלות לפרסומת מסחרית לפי חוק העונשין, י"פ התש"ע 1187.

146 באתר מפעל הפיס נכתב כי "מפעל הפיס הוא גוף ציבורי בעל זיכיון בלעדי מהמדינה לעריכת הגרלות ומשחקי מזל בישראל" (www.pais.co.il/About/Pages/Freedom_of_information.aspx). מבחינה היסטורית, רוב המדינות התירו בתי קזינו כמונופול מדינתי. מודל המונופול נותר בגרמניה, בצרפת, בספרד, בפורטוגל, בהולנד, באיטליה ובמדינות אחרות באירופה, כמו גם במדינות רבות בארצות הברית. ראו Thompson & Prentice, לעיל ה"ש 33, בעמ' 46.

אסורים.¹⁴⁷ מה פשר ההבחנה האמורה מבחינה נורמטיבית? אם ניתן לארגן את האחת בצורה אחראית באמצעות מונופול ציבורי, מדוע לא יותר לארגן כך גם את האחרת?¹⁴⁸ אם ארגון האחת באופן פרטי אינו מסוכן, מדוע לא ייקבע כך גם לגבי ארגון האחרת?

4. אי-הטלת מגבלות משמעותיות על ההימור הציבורי

בסעיף הקודם הזכרתי את הפער החוקי בנוגע לארגון של שלוש הפעולות האסורות לפי החוק – "משחק אסור", "הגרלה" ו"הימור". הימורים מאורגנים בישראל במונופול ציבורי. הדבר יוצר קושי כשלעצמו, אשר מוחמר בהעדר חקיקה שתוסן את ההימור הציבורי. הדיכוטומיה פרטי-ציבורי בעייתית מאוד,¹⁴⁹ ואף בהנחה

¹⁴⁷ המציאות שונה. מכונות משחק, שקשה מאוד לטעון כי הן אינן "משחק אסור", מוצבות ברחבי ישראל, בעיקר במקומות מוחלשים, על ידי מפעל הפיס. ראו תחקיר המוסף הכלכלי של **חדשות 10** 7.16.2015. www.youtube.com/watch?v=o4bF0gov8MA. במסמך שהוכן לכנסת בשנת 2015 נכתב כי משרד האוצר התיר הפעלת מכונות בשנת 2005 ומשרד המשפטים מצא כי אין מניעה לכך. לנוכח ההיתר שניתנה המשטרה את עמדתה שראוי להילחם במכונות. ראו בקר, לעיל ה"ש 61, בעמ' 14–15. אולם עליי להדגיש כי גם אם גורם כלשהו סיפק אישור לכך, הדבר מנוגד ללשון החוק. לכתבה ביקורתית בנושא ראו אברהם תומר "סם ההימורים: הקזינו הממשלתי שפוגע בחלשים" **מידה** 9.6.2014 סם-ההימורים-הקזינו-הממשלתי-שפוגע-בחלש www.mida.org.il/2014/06/09/09. מכונות משחק מחוץ לקזינו אינן המצאה ישראלית, והן קיימות אפילו במדינות אמריקניות ששוללות הימורים, וזאת אף על פי שיש הטוענים שהן כמו הקראק-קראקין של ההימורים, דהיינו, שהן ממכרות מאוד וקשות להסדרה. ראו Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 397–398. התרת מכונות כאמור מטעם המדינה, לצד איסור מכונות פרטיות, מייצרת קושי בהיבט של עקיבות. ראו McCarthy, לעיל ה"ש 17, בעמ' 762–763.

בתחילת 2017 החליט משרד האוצר לא להתיר עוד את השימוש במכונות. השופט דנציגר דחה עתירה לצו ביניים נגד החלטה זו בפברואר 2017, בצינו את האינטרס הציבורי בהפסקת עריכתן של ההגרלות האלקטרוניות. ראו בג"ץ 239/17 **טל נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 6.2.2017). ¹⁴⁸ גרוסקופף, לעיל ה"ש 69, בעמ' 37–43, תקף בחריפות את המונופול הישראלי על הימורים. תומפסון ופרנטיס בחנו באופן אמפירי את ההשפעה של מונופולי קזינו, ומצאו כי מדינות עם מונופול הציעו מתקנים מעטים יותר ומוצרים במחירים גבוהים יותר. השניים בחנו בעין ביקורתית טיעונים בעד מונופול, ודחו אותם בשיטתיות בקשר לקזינו. הם סקרו דינמיקה של מעברים ממונופול לרישוי במקאו ובמדינות אמריקניות, והראו כי אף שנתח השוק של קבוצת המונופול בהימורים ירד, לקול צעקתיה ומחאותיה, רווחיה דווקא עלו, ולעיתים אף נסקו. מתברר כי להוספת בתי קזינו בתוך המדינה ובקרבתה יש אפקט מגביר רווחים. ראו Thompson & Prentice, לעיל ה"ש 33, בעמ' 44–47, 64 ו-70.

¹⁴⁹ אסף הרדוף "הימור מסוכן: מבט נורמטיבי ביקורתי על הדיכוטומיה פרטי-ציבורי במשטר ההימורים הישראלי" **משפט וממשל** יח 157 (2017).

שהיא תקפה מבחינה נורמטיבית,¹⁵⁰ אין להתעלם מסכנותיו של ההימור הציבורי.¹⁵¹ דומה שהחוק הישראלי אינו מרסנן כיאות, אף שרסן כזה מתבקש לכאורה בעיני מי שמצדד בתכליות הפסיקתיות שבבסיס האיסורים – מניעת פגיעה בערכי עבודה ומניעת התמכרות להימורים. סעיף 227 לחוק אוסר פעולות שיווק שונות של כרטיסי הגרלה והימור, אלא שגם איסור זה, כמו איסור ארגון ההימור, מוחג בסעיף 231.¹⁵² שיווק ההימור בישראל מסיבי, ומקדם את רעיון ההתעשרות הקלה והחיים הטובים שלאחריה.¹⁵³ השיווק מקשה את השגת התכלית השנייה,¹⁵⁴ שכן הוא מייצר דחפי

150 כדברי השופט לנדוי, "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 ייפכו רחובות ערינו לזירת התגוששות בין מתחרים בשטח זה". עניין **פוטבולפולס**, לעיל ה"ש 65, בעמ' 690. 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). מודל זה שכח כאשר תעשיית ההימורים היא מקור מיסוי מרכזי. ראו Craig, לעיל ה"ש 46, בעמ' 65–66; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 253–254.

151 השופטים כהן וזוסמן הטעימו כי סכנותיו של ההימור הציבורי אינן פחותות מסכנותיו של ההימור הפרטי. ראו עניין **סביצקי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 377 ו-379. בתי משפט אמריקניים תיארו לוטו כצורת ההימורים הבעייתית ביותר, שגורמת להתנהגות הכי אנטי- חברתית, משום שהוא מעודד הישענות על המזל, במקום שיפור עצמי, כדרך קלה אל העושר. Towfigh, Glöckner & Reid, לעיל ה"ש 15, בעמ' 161. מקרתי כתב כי הלוטו – צורת ההימורים הפופולרית ביותר, שכמעט כל מדינה מספקת – הוא מפוקפק, ומציב את המדינה בסתירה עצמית לגבי החינוך לחסכנות, בקדמו הישענות על מזל. McCarthy, לעיל ה"ש 17, בעמ' 762–763.

152 בבריטניה אסור למארגן ההימור לפרסם, להציע שירותים נלווים, לספק בידור או לנקוט שיטה אחרת כלשהי לשיווק קזינו או הימורים. ראו Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 252.

153 ראו, למשל, "צביקה פורמן – לוטו 'קדישמן'" **YouTube** 28.1.2014 www.youtube.com/watch?v=MGXdx4-flQ; "הבוס (גרסה מקוצרת) – 28 מיליון ש"ח" **YouTube** 27.2.2013 www.youtube.com/watch?v=hAMoYfufW6w&list=PLHfxrNlK4m_nn4UxaKEqI0yMHB; "פרסומת לוטו גור קורן. mp4" **YouTube** 18.8.2010 www.youtube.com/watch?v=vxjUn6&index=49; "לוטו – ישראל פולנטה" **YouTube** 23.2.2015 www.youtube.com/watch?v=VQUhK0WuUP8; "מבצע לוטו קיץ 2013 – המוסך" **YouTube** 20.8.2013 www.youtube.com/watch?v=sfSOLFeLZmI; "מורן אטיאס – 28 מיליון בלוטו ו-56 מיליון בדאבל לוטו" **YouTube** www.youtube.com/watch?v=ezIYil5WjCg&list=PLHfxrNlK4m_nn4UxaKEqI0yMHBvxjUn6&index=18; "דפי טרפת" **YouTube** 14.5.2014 www.youtube.com/watch?v=EdmfpePiJQ&index=17&list=PLHfxrNlK4m_nn4UxaKEqI0yMHBvxjUn6; "חידושים 2 חושף הדרכות לזכיינים במפעל הפיס עצמו. ראו "תחקיר על אימפריית ההימורים" **YouTube** 28.6.2012 www.youtube.com/watch?v=dq33Z1pDI2Y (להלן: תחקיר **חידושים 2** על "אימפריית ההימורים").

154 לתחקיר **חידושים 10** על התמכרות בחסות מפעל הפיס ראו "מפעל הפיס: הימורים אסורים בחסות המדינה" **חידושים 10** 20.7.2016 www.10tv.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1200037. מחקרים

הימור ומגבירים,¹⁵⁵ תורם להתמכרות,¹⁵⁶ נלחם בגישות חברתיות חלופיות ומחליש את הביקורת הציבורית נגד הימורים.¹⁵⁷ החוק הפלילי אינו מגביל גם את סכומי הפרסים, את כמות ההימורים וגיוונם,¹⁵⁸ את זמינותם¹⁵⁹ ואת הסכום שהמהמר יכול להשקיע.¹⁶⁰ הותרתם של כל אלה להסדרה עצמית לא הוכיחה את עצמה.¹⁶¹ הטלת מגבלות על

קליניים הראו כי פוטנציאל ההתמכרות של הימורי ספורט גבוה אף מזה של הלוטו. ראו, למשל,

Towfigh, Glöckner & Reid, לעיל ה"ש 15, בעמ' 174.

155 במסמך שהוכן לכנסת נכתב כי התקציב הפרסום ולשיווק של מפעל הפיס בשנת 2007 היה כ-165 מיליון ש"ח, ושל המועצה להסדר ההימורים – כ-60 מיליון ש"ח: "...החשיפה של הישראלי הממוצע לפרסום נרחב כל כך של הימורים לא עולה בקנה אחד עם תוכניות הגמילה מהימורים שמפעיל מפעל הפיס." הוצע להוריד את כמות הפרסום מחשש לגרימת התמכרות. טל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 9–10. לכתבת **חדשות 2** על מכורים להימורים חוקיים בישראל ראו חיים ריבלין "הקונו של המדינה: כך מנסים לשכנע אותנו להמר" **חדשות 2** 27.6.2012 www.mako.co.il/news-channel2/Channel-2-Newscast/Article-b300714a35f2831018.htm (להלן: כתבת **חדשות 2** על מכורים להימורים).

156 במסמך שהוגש לכנסת כתב טל כי כ-44% מהמהמרים המכורים שטופלו בישראל דיווחו על התמכרות להימורים חוקיים: חיש-גד, לוטו, טוטו, צ'אנס. ראו טל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 20. בישראל פועל מרכז אופיר לגמילה מהימורים – ראו www.compulsivegambling.co.il בית המשפט העליון הכיר בבעיה. במילותיו של השופט גרוניס, "אין ספק כי הימורים הנערכים בחסות המדינה מעוררים 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". עניין **תשעים הכדורים**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 805.

157 Belle Gavriel-Fried, *Attitudes of Jewish Israeli Adults Towards Gambling*, 15 INT'L GAMBLING STUD. 196, 203–208 (2015); לוי "הפוליטיקה של המזל", לעיל ה"ש 61, בעמ' 183–196.

158 בישראל יש יותר מאלף אפשרויות להימורי ספורט, משחק צ'אנס כל שעתיים, משחק קינו 24 פעמים ביום ומכונות מזל בכל עת. ראו תחקיר **חדשות 2** על "אימפריית ההימורים", לעיל ה"ש 153. להנחיות משרד האוצר לגבי חיש-גד וקינו ראו הודעה על מתן היתר למפעל הפיס לפי חוק העונשין, י"פ התשע"ב 3297–3296, 3284 (להלן: הנחיות משרד האוצר).

159 דוגמת לוטו, צ'אנס, 777 ועוד – www.tofesyashir.co.il; ווינר – www.winner.co.il/16.

160 בכתבת **חדשות 2** על מכורים להימורים, לעיל ה"ש 155, התייחסו למהמרים כחוק שהפסידו מאות אלפי שקלים ולריבוי של אפשרויות ההימור. בשנים 1995–2002 הוציא הציבור הישראלי על הימורים חוקיים יותר משמונה מיליארד ושלוש מאות מיליון שקלים – סכום שמבטא כ-6.3% מכלל ההוצאה של הציבור הישראלי בשנים הללו על תרבות, בידור וספורט. ראו לוי "הפוליטיקה של המזל", לעיל ה"ש 61, בעמ' 176–177.

161 מבקר המדינה חשף שורת ליקויים בהתנהלותו של מפעל הפיס: ביטול הגרלות קטנות והחלפתן בהגרלה גדולה; כשלי פיקוח על הגרלות וזכיינים; אי-נקיטת צעדים נגד זכיינים מפרי תנאים; שינוי בתוכניות ההגרלה ללא אישור משרד האוצר; פרסום במקומות שנוער רב מסתובב בהם; אי-עמידה בהתחייבויות לפעול לצמצום ההתמכרות; ואפילו רפיסות במאבק בהלבנת הון ובקניית זכויות. מבקר המדינה דוח שנתי 61 לשנת 2010 ולחשבונות שנת הכספים 2009 303–350 (2011) www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_149/8ce91839-0e29-4ee2-a690-89b3ea1811c2/6983.pdf (להלן: דוח מבקר המדינה). לא רק מפעל הפיס באשמים; גם משרד האוצר הוכיח

פרסום של מפעלים מדינתיים, על גובה הפרס, על גובה הסכום למהמר ועל תדירות ההימור אינה אמורה לבוא מתוך בית העסק, באשר לא הוא אחראי לכך, אלא רק המחוקק.¹⁶²

5. התעלמות מהימורים של ישראלים בחוץ לארץ

דיני העונשין של ישראל חלים ככלל על הנעשה בישראל. במקרים מסוימים המחוקק שולח את זרועו הארוכה אל עברות שנעשות בחוץ לארץ, על ידי ישראלים או נגדם, וזאת כאשר תכליות האיסור מצדיקות זאת. סעיפים 14–15 לחוק העונשין מתווים הסדר בנושא זה, ומאפשרים העמדה לדין במקרים רבים. ברגיל אי-אפשר להעמיד לדין על עברות חוץ כאשר העברה הישראלית מותרת במדינה הזרה. כך גם לגבי הימורים. ישראלי שמבקר בקזינו בלאס וגאס, בבורגס או בספינה שרשומה במדינה שמתירה הימורים – מוגן מהעמדה לדין, וכמוהו המארגנים. האם חלום ההתעשרות המהירה וסכנת ההתמכרות וההפסדים הכספיים הכבדים אינם מלווים ישראלים המטיילים בעולם? מה ההבדל אם ישראלי משחק בישראל או בבורגס? חבילות נופש שונות בחוץ לארץ, כולל טיסה, זולות יותר ממלון בישראל וזמינות לאוכלוסיות לא אמידות שנוטות להמר; המרחק מהקזינו קצר וזול מתמיד.¹⁶³

המחוקק יכול לאסור על ישראלים להשתתף במשחק אסור בכל מקום בעולם, כפי שעשה בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, וכן לגבי עברות שונות בסעיף 15(ב) לחוק העונשין. יודגש כי הסדרים אלה מאפשרים להחיל את הדין הישראלי לא רק על פשעים בין-מדינתיים, כסחר בסמים וסחר בבני אדם, שלגביהם מובן מדוע

רפיסות בפיקוח. כדברי הסיכום: "ייעוד כספי ההגרלות למטרות ציבוריות הוא מעין 'ערך ציבורי פז'ה' שנועד לאזן במידת-מה את הערך השלילי של ההגרלות וההימורים – אבל יש להקפיד שהוא לא יהפוך למטרה בפני עצמה." שם, בעמ' 349. סכומי הכסף המתגלגלים בתעשייה זו הם עצומים, ומגיעים לסדרי גודל של מיליארדי שקלים בשנה בישראל, ובכלל זה מענקים ענקיים והקצבות של יותר ממיליארד שקל במפעל הפיס, והוצאות ניהול בגובה עשרות רבות של מיליונים בשנה במפעל הפיס ושל כעשרה מיליון במועצה. ראו אתר מפעל הפיס – www.pais.co.il/About/Pages/Freedom_of_information.aspx. בנוגע למועצה להסדר ההימורים בספורט ראו אילן ביטון "תקציב המועצה להסדר ההימורים בספורט" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 19.10.2010) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02652.pdf. בנוגע לשכר הבכירים במפעל הפיס ראו אורה קורן "עלות שכרם של 16 בכירים במפעל הפיס הסתכמה ב-12 מיליון שקל ב-2013" www.themarket.com/career/1.2519733 23.12.2014. לנתונים נוספים ראו טל, לעיל ה"ש 59. על מינוי מקורבים וקשיים נוספים במפעל הפיס ראו שוקי שדה "מה עושים עם המיליארדים שנכנסים כל שנה למפעל הפיס?" www.themarket.com/markerweek/ 5.7.2014 **TheMarker** 1.2366545.

162 השופט כהן הדגיש כי אין לפרש את החוק כמסמך את שר האוצר להתיר הימור ציבורי בכל מקרה ובלבד שיניב תגמולים ציבוריים. ראו עניין סביצקי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 376.

163 אכן, לא אחת נכתב כי נגישות הקזינו מגבירה את הסכנה להתמכרות, ולפיכך כאשר נבחנה האפשרות להקים קזינו באילת, הוצע למנוע כניסת מקומיים. ראו טל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 15.

היחס מחמיר וגלובלי יותר, אלא גם על עברות מקומיות, כגון שימוש בסמים וצריכת זנות קטינות.

ייתכן שהמחוקק הישראלי לא עשה כן משום שכאשר תוקן ההסדר המשפטי לאחרונה (בשנת 1975), לא דובר בתופעה תדירה במיוחד, בעולם שבו טיסה לחוץ לארץ הייתה דבר יקר ונדיר. כיום ישראלים רבים מוצאים את דרכם לקזינו בחוץ לארץ. חלקם אף מצאו את דרכם, בימים שקטים יותר, לקזינו ביריחו.¹⁶⁴ אם אין לתופעה השפעה מרחיקת לכת על המשתתף, אזי מדוע להניח שיש לה השפעה כזו כאשר היא נעשית בישראל?

קושי קשור הוא שחברות ישראליות מפרסמות ומוכרות חבילות נופש לקזינו בחוץ לארץ. נכון לאביב 2017, מילות החיפוש "נופש קזינו" מעלות בגוגל שורת תוצאות של חבילות למדינות עם קזינו.¹⁶⁵ סעיף 227 לחוק העונשין אוסר פרסום הודעות על הגרלה או הימור, בלי קשר לשאלת מקומם וחוקיותם. לכאורה, אם כן, פרסום כזה אינו חוקי, אולם במציאות הוא משקף נורמה כלכלית תרבותית רווחת.

אולם מדוע להרחיק? ספינות נופש של חברות ישראליות מחזיקות קזינו ומתהדרות בכך.¹⁶⁶ אין זה משנה אם הקזינו פועל רק בלב ים. ראשית, מה שנעשה בספינה שרשומה בישראל נחשב כאילו הוא נעשה בישראל, לפי סעיף 7(ג) לחוק העונשין. שנית, כלי שיט שעוגן בישראל, ואפילו רק עוצר בה, כפוף באותו זמן לדין הישראלי, ואיסור החזקת מקום למשחקים אסורים נבדל מהאיסור החל על עריכת משחקים, כלומר, אסור להחזיק ספינה כזו בישראל אפילו לדקה. שלישית, מבחינת תכלית האיסור, סכנות ההימורים אינן מתאימות בספינה ששטה מישראל.¹⁶⁷

לצד עצימת העיניים מנהירת ישראלים לקזינו בחוץ לארץ וההזנחה של ישראלים בעולם ההימורים הרחוק, המשפט הישראלי מעלים עין גם מחברות שיושבות בישראל ובונות ומפעילות אתרי הימורים ברחבי העולם. למשל, חברת 888, שהוקמה ונוהלה בידיים ישראליות, ואשר כיום היא מפעילת הקזינו המקוון הגדול ביותר בעולם, מחזיקה

¹⁶⁴ כמו במדינות אחרות בעולם, הקזינו אצל השכן עורר מחדש את שאלת הקמתו של קזינו בישראל, אולם אצלנו התעוררו גם סוגיות פוליטיות ייחודיות: Belle Gavriel-Fried & Mimi Ajzenstadt, *Securitization vs the Yearning for Peace in the Israeli Casino Discourse*, 13 INT'L GAMBLING STUD. 65, 70–78 (2013).

¹⁶⁵ כתבת תחקיר מטרידה של **חדשות 2** חושפת את ממדי התופעה של הימורים ישראליים בקזינו בבלגריה, הכוללת גם מבצעי "הכל כלול" לעידוד ההימורים. ראו "למרות הפסדי עתק: משחקים בקזינו" **חדשות 2** 10.7.2016 www.mako.co.il/news-money/consumer-q3_2016/Article-448cbfcb926d551004.htm.

¹⁶⁶ למשל, cruise.mano.co.il/Experience.

¹⁶⁷ נורמה זו רווחת עד כדי כך שתלמידי הקורס "דיני עונשין", הלומדים על תחולה במקום, בטוחים שמדובר בפעילות חוקית בהיותה מחוץ לישראל. להיבטים משטרתיים של תפיסת ציוד המשמש למשחקים אסורים בספינות כאמור ראו ב"ש (שלום פ"ת) 1337/04 **מדינת ישראל (יחב"ל) נ' רויאל גיברלטר** (פורסם בנבו, 11.2.2004).

משרדים בהרצליה פיתוח.¹⁶⁸ האתר שלה, על היצעיו (קזינו, משחקי קלפים, הימורי ספורט, משחקי שולחן ועוד), נגיש מישראל.¹⁶⁹ מה משנה שהוא באנגלית?¹⁷⁰ אפילו בהנחה שהאתר היה חסום למשתמשים מישראל, מדוע לגיטימי שחברה תשב בישראל ותתרום מכאן לארגון פעילות מתמשכת שמנוגדת לערכי המדינה? אם כבר פטרנליזם, מדוע לאפשר פעילות ישראלית מזיקה ומייצרת קורבנות רק משום שהקורבנות זרים ומדינותיהם לא השכילו להגן עליהם באמצעות הפללה?¹⁷¹ קושי ההתעלמות מחוץ לארץ אינו גדול כקודמיו, אך בהצטרפו אליהם נחלש תוקפו של ההסדר הישראלי, ועימו הסיכוי להשגת תכליותיו.

6. הסדר לא תכליתי

ניתן לגרוס כי תכליות ההסדר, כפי שפורשו, היו יפות, אם בכלל, לפני שנת 1900, או למצער לפני שנת 1975, וכי אין הן עוד כאלה בחלוף יותר מארבעים שנה. אולם גם בהנחה שלא נס ליחן, במבט דוקטרינרי דומה שאין בכוחו של ההסדר להשיגן, והוא בוודאי ניתן לבנייה חדה יותר. הגדרות היסוד ומונחי המפתח בהסדר עמומים ו"נוזליים" מאוד, ומייצרים בהכרח הסדר עמום שחשוף להחלה ברינית במיוחד. עמימותם של ההגדרות, האיסורים והחריגים יוצרת מסר ציבורי בלתי קליט וכן דיסוננס תרבותי וכלכלי לנוכח תופעות מקובלות דומות. הנוכחות החזקה של משחקים והימורים בחיינו מרמזת כי חלק מתכליות ההסדר קשות להשגה. ההסדר נוקט הבחנות מוקשות ובלתי מוסברות לגבי חשיבות הגורל בזכייה, לגבי תחולת האיסור רק על חלק מהמשתתפים ולגבי האפשרות לארגן פעולות אסורות שונות. איסור חלקים בתופעה לצד העדר איסור או התרה של אחרים מעלים תהיות בדבר היכולת להשיג את התכליות כאשר אין תחולה לאיסור. ההימור הציבורי נעדר מגבלות מהותיות שחשובות להשגת תכליות האיסור. אין

¹⁶⁸ www.888jobs.co.il/category/about/888holdings-israel. ראו גם ענבל אורפז וואדים סבירסקי "לא רק שחקני פוקר: ביקור במרכז הפיתוח של 888 בישראל" *TheMarker* 21.10.2012; www.themarker.com/technation/1.1846572; הילה חיימוביץ "רכישה: 888 הישראלית רוכשת את bwin. Party תמורת 1.4 מיליארד דולר" *Geektime* 17.7.2015 www.geektime.co.il/israeli-888-acquires-bwinparty.

¹⁶⁹ ראו, למשל, www.888.com.

¹⁷⁰ בפרשת **קרלטון**, לעיל ה"ש 140, הודגש כי חברת ויקטור צ'נדלר תפעלה דף בעברית שאפשר הימורים על קבוצות ספורט ישראליות. אולם מבחינת יסודות העברה אין לכך חשיבות, כמובן. כפרפרזה על רומיאו ויוליה: להימורים, בכל שפה שהיא, יש אותו ניחוח.

¹⁷¹ השוו לדין בהגנה על ידיים זרים מפני תרומה ישראלית לפגיעה בהם באמצעות הפקת חומרי תועבה – אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפללה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" **מאזני משפט** י 209, 232–233 (2015); וכן לדין בהגנה על בעלי חיים בחוץ לארץ מפני תרומה ישראלית להתעללות בהם – אסף הרדוף "רחוק מהעין, רחוק מהמצפון: מימון ישראלי לאכזריות וזה לבעלי חיים" **המשפט** כא 105, 126–131 (2015).

בהסדר מגבלות לגבי הימורים של ישראלים בחוץ לארץ, ופלחי אוכלוסייה גדולים אינם מוגנים באמצעותו מנוזקי ההימורים.

פרק ג: כיוון להסדר משפטי חלופי

1. מבוא

ריבוי הקשיים בהסדר יוצר בְּרִירָנוֹת בעייתית,¹⁷² אנומליה וסתירות,¹⁷³ עד כדי כך שאפשר אולי לתארו אפילו כ"הסדר שמביס את עצמו".¹⁷⁴ הגיעה העת לחשיבה מחודשת. שני דוחות של צוותים שהוגשו בקיץ 2016 התייחסו לרובד אחד של הבעיות – חוסר הריסון של ההימור הציבורי. **דוח הראל**¹⁷⁵ ו**דוח באב"ד**¹⁷⁶ הציגו ביקורת חריפה וחשובה מאוד על ההימור הציבורי במבחן המציאות, ואף הציגו להטיל עליו מגבלות שונות. עם זאת, הם לא נגעו בנוסח החוק הפלילי, בבהירותו, בעקיבותו, בהצדקותיו ובגבולותיו. החוק ראוי לרענון ולליטוש בכל רבדיו. ניכר שמאחורי המשך קיומו של הסדר ההימורים – כמו הסדרים משפטיים עתיקים אחרים המעוגנים בחלק הכללי של חוק העונשין – עומדים בעיקר כוח ההתמדה וכוח הקיפאון. אולם לצד אלה, במקרה של הימורים (להבדיל מן התחומים האחרים), עומד

172 McCarthy, לעיל ה"ש 17, בעמ' 762–763.

173 גם בארצות הברית נכתב שקווי הגבול בנוגע להסדרת משחקי פרסים הם שרירותיים ובלתי הגיוניים, ושוהו עולם שמלא אנומליות וסתירות מוכנות. ראו Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 227–229, שם מוצגות דוגמאות רבות. לטיעון שהפער בין היחס להימורים בחלל הפיזי לבין היחס להימורים מקוונים אינו מוצדק מבחינה נורמטיבית ראו: Asaf Harduf, *Why Criminalize One and Legalize the Other? The Online/Offline Gambling Schizophrenia*, 52 CRIM L. BULL. 1069 (2016).

174 סטנו כתב כי הימורים הופללו מזמן, אך האכיפה התמקדה בהגדרות לא חוקיות שיועדו לצרכנים עניים, ולא במשחקים יקרים יותר. בפועל נוצרה אכיפה דיפרנציאלית, שהולידה בזו כלפי החוק, שבתורו הוביל לתבוסת הנורמה שהחוק מגלם. איש אינו אוהב לשמוע שהתנהגות מסוימת היא בגדר עוול ומעשה פלילי לגביו, אך לא לגבי אחר. התבוסה הייתה גורפת עד כדי כך שהמדינה עצמה נכנסה לעסק שהיא הפלילה: William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871, 1878–1879 (2000).

175 הצוות לגיבוש תכנית להסדרה ולפיקוח על ההימורים החוקיים בישראל **דין וחשבון והמלצות** (משרד המשפטים, 2016) www.justice.gov.il/Pubilcations/News/Documents/GAMBLING_REPORT.pdf (להלן: **דוח הראל**).

176 **דו"ח הוועדה לבחינת ייעול שוק ההימורים החוקיים בישראל ומודל הקצאת הרווחים לציבור** (משרד האוצר, 2016) www.mof.gov.il/ReportsAndReviews/Documents/GambleMarket.Report_082016.pdf.

כוח נוסף: כוחו של הכסף. בשם ההתמדה, בשם הקיפאון ובשם הכסף – חופש העיסוק מוגבל, האוטונומיה מצומצמת והחירות נשללת.

הפן הפסימי הוא שחלפו ארבעים שנה ללא תיקון אות יחידה בהסדר.¹⁷⁷ הפן האופטימי הוא שדברים עשויים להשתנות, גם אם קצב השינוי רחוק מלהיות מרשים. ההיסטוריה האמריקנית ממחישה היטב את היתכנות השינוי, ונותר רק לקוות שלא נמתין עד שנחווה שפל כלכלי, אשר רק הוא יניע אותנו לקיים דיון מחודש בהסדר, כאילו נדרש משבר לשם כך.

בחלק אחרון זה של המאמר אציע כיוונים לשינוי. בהנחה שהימורים גוררים לעיתים נזקים, ראוי להגבילם, אך אין זאת אומרת שהכרחי להשתמש לשם כך במשפט הפלילי. הדין הפלילי אינו צריך לשמש מוצא ראשון,¹⁷⁸ בהינתן כוחו ופולשנותו,¹⁷⁹ וראוי לתור אחר חלופות פוגעניות פחות.¹⁸⁰ חלופה פוגענית פחות שבולטת מאוד היא רישוי ופיקוח.

2. רישוי ופיקוח

משטר רישוי ופיקוח מניח שהימורים הם מסוכנים בכוח אך שניתן לצמצם את סכנותיהם.¹⁸¹ בהנחה שהיקף פעילות גדול ופרסים גבוהים או תכופים הם חלק חיוני במהלך שגורם נזק, משטר רישוי עשוי להביא לידי צמצום. ארגון הימורים פרטי בהיקף קטן, בפרסים נמוכים ולא תכופים, אינו צפוי לשלוח מסר בדבר האפשרות להתעשר, ואינו צפוי להוביל לאובדן מתמשך של יכולת אוטונומית, להתמוטטות כלכלית או משפחתית ולהידרדרות לפשעי רכוש. נוסף על כך, הרשות לאיסור הלבנת הון תטיל פיקוח מוקפד על כל עסק הימורים גדול, במגמה למנוע הלבנת הון ומעורבות של הפשע המאורגן.

177 גרוסקופף, לעיל ה"ש 69, בעמ' 43–44, סיכם את חיבורו בפסימיות, בהדגישו כי עולם כמנהגו נוהג: תעשיית ההימורים הציבוריים מתחזקת, ואילו האיסור המשפטי עומד במלוא תוקפו, עם ביקורת שיפוטית לא רצינית, החוזרת על נימוקים שגורים מבלי לבחון אותם במבחן הזמן ומבלי להרהר אחר פגיעתם בזכויות הפרט ואחר אי-מידיותם. עם זאת, הוא הביע תקווה – שאני שותף לה – שהביקורת הספרותית תניע שינוי.

178 JEREMY BENTHAM, THEORY OF LEGISLATION 199 (reprinted, 1975).

179 מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות 51 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1980); מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנחנו?" משפטים יג 159, 160–161 (1983); Packer, לעיל ה"ש 81, בעמ' 250.

180 Jareborg, לעיל ה"ש 78, בעמ' 524–525.

181 "מודל הגנת המהמר" מנסה לצמצם הימורים מופרזים ולהבטיח שבתי עסק יספקו משחקים הוגנים וישרים. Craig, לעיל ה"ש 46, בעמ' 65; Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 250.

משטרי רישוי מסוימים עוסקים בסוגי התנהגות שכמעט כל אדם מבצע, כנהיגה ברכב.¹⁸² אחרים עוסקים במקצועות כעריכת דין ורפואה,¹⁸³ או בסוג התנהגות שמעטים מקבלים היתר לו, כשימוש בסם מסוכן.¹⁸⁴ פירושו המשתמע של רעיון ההיתר הוא שקיימות אמות מידה אובייקטיביות ושל אנשים יש פוטנציאל לעמוד בהן – לעיתים לכולם (רשיון נהיגה) ולעיתים לאנשים במצב מסוים (היתר לחולה להשתמש בסם מסוכן).¹⁸⁵ הרישוי עשוי להתייחס לסטנדרטים ולפרט כיצד על המורשה לנהוג (specification-based standards) או לחלופין לפרט את התוצאות שעל המורשה להשיג: סטנדרטים של ביצוע (performance standards).¹⁸⁶

משטר רישוי בנוגע לעסק מתקיים לצד משטר המיסוי הכללי. שילובם מאפשר לגזור קופון שמן ולייצר מקומות עבודה רבים.¹⁸⁷ למשל, בשנת 2007 היו תגמולי ההימורים בבתי הקזינו במקאו 10.5 מיליארד דולר.¹⁸⁸ בארצות הברית עמדו התגמולים בשנת 2005 מההימורים החוקיים על כ-84.7 מיליארד דולר. בתי הקזינו המסחריים גרפו מתוך סכום זה 30.29 מיליארד דולר. לוטו מדינתי, הפועל ב-41 ממדינות ארצות הברית, הכניס כ-16.5 מיליארד דולר. מדובר בסכומים גבוהים במיוחד אפילו בהשוואה לתעשיית הסרטים הזוהרת, אשר באותה שנה הפיקה סך עולמי של 23.24 מיליארד דולר. הרווח באותה שנה מתעשיית הקולנוע האמריקאית היה קצת פחות מ-9 מיליארד דולר. לבתי קזינו מסחריים יש השפעה רבה על המדינות שבהן הם מצויים. כך, באותה שנה גרפו אחת-עשרה המדינות בארצות הברית שיש בתחומיהן בתי קזינו מסחריים 4.93 מיליארד דולר במיסים. בתי הקזינו הללו העסיקו באותה שנה 354,921 אנשים, ושילמו להם 12.6 מיליארד דולר במשכורות.¹⁸⁹ מבחינה כלכלית, תעשיית ההימורים המורשית גדולה מתעשיות הסרטים, הספורט, פארקי השעשועים, הספרים, כתבי העת והעיתונות

182 ס' 1 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961.

183 ס' 24 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; ס' 4 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976.

184 ס' 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973.

185 Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 210–211.

186 Neil Gunningham, Robert A. Kagan & Dorothy Thornton, *Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance*, 29 LAW & SOC. INQUIRY 307, 308 (2004). הסדרה על בסיס ביצוע פונה לתאגיד או לתעשייה ומבהירה מהי התפוקה או התוצאה הנדרשות בהקשר של הבעיה, בהנחה שהצד המוסדר ימצא את 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, 1411–1413 (2007).

187 Karadbil, לעיל ה"ש 46, בעמ' 444–447, Ormand, לעיל ה"ש 15, בעמ' 448, Romoser, לעיל ה"ש 45, בעמ' 538–540; Dallis Nicole Warshaw, *Breaking the Bank: The Tax Benefits of Legalizing Online Gambling*, 18 CHAP. L. REV. 289, 302–308, 313–314 (2014).

188 Monnye, לעיל ה"ש 56, בעמ' 222.

189 Ryan S. Landes, *Layovers and Cargo Ships: The Prohibition of Internet Gambling and a Proposed System of Regulation*, 82 N.Y.U. L. REV. 913, 916–917 (2007).

בארצות הברית **ביחד**.¹⁹⁰ תעשיית ההימורים באירופה גלגלה בשנת 2011 כ-84.9 מיליארד אירו, ובתי קזינו מורשים העסיקו כ-55,000 עובדים.¹⁹¹ בשנת 1995 היו ההכנסות מהימורים חוקיים בקנדה 27 מיליארד דולר, והובילו לרווח נקי של 4.6 מיליארד.¹⁹² מדינות רבות מתירות רישוי אפילו לגבי הימורים מקוונים, דוגמת גרמניה, צרפת, בלגיה, חמש מדינות באוסטרליה, ארבע בבריטניה ועוד.¹⁹³

משטר רישוי מניח שניתן להבטיח כי פעילות מסוימת תיעשה בבטחה אם ייקבעו ערובות ויניקטו אמצעי פיקוח שונים, אשר יסירו – או למצער יצמצמו מאוד – את הסיכון הגלום באותה פעילות. לגבי הימורים, פיקוח מוקפד עשוי לצמצם את הזנת הנטייה להימורים ולמנוע אובדן מתמשך של יכולת אוטונומית. מארגן ההימור יהיה אחראי לזהות מהמרים בעייתיים ולטפל בהם לפני שיגיעו לקריסה כלכלית. באשר לאלה שקרסו בכל זאת כלכלית, ניתן להציע להם טיפול ולקיים פיקוח כדי שלא יידרדו לפשעי רכוש. תנאי רישוי עשויים לכלול דרישות כגון תשלום דמי רישוי, חקירות אישיות וחקירות אשראי למפעילים, והרישוי עשוי לאפשר פיקוח על כמות הפעילות, הפקת הון מדינתי ממיסוי, כפיית מגבלות שונות ומיקוד יעיל של המאמץ ההסדרתי בנקודות מרכזיות, כגון קזינו.¹⁹⁴

בעולם קיימים הסדרי רישוי רבים ומגוונים לגבי הימורים.¹⁹⁵ משטר הרישוי עשוי להיות קפדני, מתירני או באמצע. ניו ג'רזי אישרה כי בתי הקזינו שלה הם המוסדרים והמפוקחים ביותר בעולם. החוק שלה יוצר הסדרים ספציפיים לכל משחק, לרבות התייחסות לסכום ההימור הנמוך ביותר ולסכום ההימור המרבי. תהליך הרישוי אינטנסיבי ויקר. הדרישות הממשלתיות מתייחסות אפילו לשילובי הקישוטים בקזינו.¹⁹⁶ משטר רישוי מתירני קיים בנוואדה, שם תהליך הרישוי פתוח מאוד, וכיום יש בה יותר

190 McCarthy, לעיל ה"ש 17, בעמ' 764.

191 Lovejoy, לעיל ה"ש 55, בעמ' 1530.

192 Campbell & Smith, לעיל ה"ש 54, בעמ' 28.

193 Yures, לעיל ה"ש 1, בעמ' 193; Wajda, לעיל ה"ש 24, בעמ' 322 ו-327; Walther, לעיל ה"ש 1; 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, 193 (2006). ממשלת קווינסלנד באוסטרליה הייתה הראשונה שהודיעה, בשנת 1988, על תוכנית להסדרת הימורים מקוונים באמצעות מנגנוני רישוי. המהמר נדרש למלא שאלון מפורט ולהוכיח את זהותו, מה שאמור להתיש ילדים משועממים. Karadbil, לעיל ה"ש 46, בעמ' 434.

194 Stevan D. Mitchell & Elizabeth A. Banker, *Private Intrusion Response*, 11 HARV. J.L. & TECH. 699, 717 (1998).

195 לסקירת ההיסטוריה וההסדרים במדינות אמריקניות רבות (קולורדו, אילינוי, אינדיאנה, איוהו, לואיזיאנה, מישגן, מיזורי, מיסיסיפי, פנסילוניה, אוהיו, דקוטה הדרומית ווירג'יניה המערבית), ולסידורן מהמונופוליסטית ביותר לפתוחה ביותר, ראו Thompson & Prentice, לעיל ה"ש 33, בעמ' 48–63.

196 בהתחלה רק חברה אחת ביקשה רישוי בניו ג'רזי, לנוכח כל הדרישות המחמירות. כיום קיים אוליגופול מצליח. ראו שם, בעמ' 58–59.

מ־300 בתי קזינו ועוד 2,000 בתי משחק מוגבלים עם חמש-עשרה מכוניות מחשב או פחות. כאמור, קיימות כמובן גם אפשרויות ביניים.¹⁹⁷ המשטר יכול להציב תנאים לכל גורם בשרשרת ההימור: למארגן, לבעל המקום, למפרסם ולמשתתף. הוא יכול להתייחס לאופי המשחקים, לעובדי המפתח ולבקרר הכספית, לנקוט אמצעים להגנת המהמר, ולאסור תשלומים למהמר ללא אימות זהותו, גילו ומקום מגוריו.¹⁹⁸ ניתן אף להתייחס לעיצוב המקום, כך שלא יביא לידי אובדן כלכלי כבד לשחקן – למשל, לדרוש שתהיה תצוגה מוחשית של הכסף, כדי שהשחקן ישים לב לסכום הכסף המצטבר שהשקיע, וכן תצוגה מוחשית של הזמן, כדי שהשחקן לא יאבד את תחושת הזמן וייסחף להימור ממושך. אפשר גם למנוע כניסה של מהמרים כפייתיים ידועים או לחלופין להגביל את סכום ההימור שמגיע ממהמר מסוים לאורך תקופה נתונה, להגביל את משך ההימורים, לאכוף הפסקות, להגביל את שעות הפעולה וכדומה.¹⁹⁹

במשטר רישוי יצטרך מארגן ההימורים לשלם דמי רישוי ומיסוי ולעמוד בכל אמת מידה שהמדינה תציב בפניו, 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.²⁰⁰ הרישוי עשוי להיות כללי או אוליגופולי.²⁰¹ לצד הרישוי, מתווכים פיננסיים שונים עשויים לסייע בניטור המעבר של כספים.²⁰²

רישוי מדינתי יעיד על אמינות ועל ציות לחוק, והצרכנים יבכרו גורמים מורשים: רישוי קפדני יניב עסקים טובים.²⁰³ הוא עשוי כמובן להתייחס גם לאתרי הימורים.²⁰⁴ ככל שיפנו רבים לבקש רישוי, ניתן לשקול הקמת רשות שתרכז את הטיפול בנושא ותפקח עליו. לצורך מימון תקציבה של רשות כזו ניתן להשתמש בחלק מכספי ההימורים, אך יש להיזהר מקשירת קשר ישיר מדי בין תקציב הרשות לבין כספי

197 שם, בעמ' 56–57.

198 השוו טל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 5.

199 Gottfried, לעיל ה"ש 15; Karadbil, לעיל ה"ש 46, בעמ' 442–444.

200 Landes, לעיל ה"ש 189, בעמ' 937–942; Karadbil, לעיל ה"ש 46, בעמ' 444–445.

201 ראו, למשל, את המצב בערים גדולות בבריטניה, בניו ג'רזי ועוד. Thompson & Prentice, לעיל ה"ש 33, בעמ' 46 ו־58.

202 שורץ פירט כיצד ניתן להתמקד במתווכים פיננסיים לגבי תשלום באשראי, בהמחאות, בהעברת כסף מסחרית ובכסף מזומן אלקטרוני. ראו Schwarz, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1061–1068. מאן ובלוזי טענו כי רתימת מתווכי תשלום לחסימת הימורים ברשת מועילה, ופוגעת במודל העסקי של אתרי ההימורים. העסקים הללו תלויים במתווכי תשלום מסורתיים, מה שמאפשר לרשויות האכיפה להציב בדרכם מכשול גבוה: Ronald J. Mann & Seth R. Belzley, *The Promise of Internet Intermediary Liability*, 47 WM. & MARY L. REV. 239, 247, 288–291 (2005).

203 Gottfried, לעיל ה"ש 15; Landes, לעיל ה"ש 189, בעמ' 926 ו־937–943; Romoser, לעיל ה"ש 45, בעמ' 538.

204 Gottfried, לעיל ה"ש 15; Karadbil, לעיל ה"ש 46, בעמ' 444.

ההימורים, שכן קשר כזה עלול ליצור אינטרס לרשות להגדיל את כספי ההימורים ולהקטין את הפיקוח.

בין הפרמטרים שמצריכים הגבלה ברישוי יש כמה שנראים לי בולטים וחשובים במיוחד לצמצום החשש מהתמכרות. ראוי להגביל את סכומי הפרסים לממדים שאינם מאפשרים התעשרות מיידית, ולהגביל את תדירות המשחקים, את גיוונם ואת כמותם. ראוי למנוע או לצמצם מאוד את השיווק של עולם ההימורים. ראוי לבחור בקפידה את מיקומם של בתי ההימורים, ולהרחיקם מאוכלוסייה מוחלשת.²⁰⁵ ראוי לאפשר רכישת כרטיסי הגרלות והימורים בכרטיס אשראי בלבד, ולא יותר מכרטיס אחד בכל הגרלה. הסדרה כזו תהיה קשה לעקיפה לא רק מצד המהמר, אלא גם מצד הזכיינים, ותמנע מכירה בהקפה ותופעות פסולות אחרות.²⁰⁶ ראוי לשקול מודל של כרטיס שחקן אישי,²⁰⁷ שיבחן את יכולתו הכלכלית ואת מניעיו, או להציב דרישות של פיקוח או רישום ביחס למהמרים חוזרים ולמנוע השתתפות של מהמרים בעייתיים.²⁰⁸ במקרים שבהם התממש הנזק, השילוב של נפגעי הימורים, פטרנליזם וכיס עמוק צריך להוביל לתביעות נזיקיות של נפגעי ההימור הציבורי, בעידודה של מערכת המשפט. מי שעומד מאחורי התופעה ומרוויח ממנה הון – אחראי לה מבחינה מוסרית ומבחינה משפטית, ומוצדק שהוא ישלם על מלוא חולייה, ולא יסתפק בתוכניות סמליות לטיפול במכורים. כמובן, הכל לאחר ביסוס הנזק, ואולי גם בעזרת יצירת ראשי נזק ייחודיים או חזקות ראיות שיקלו על המכור לבסס את תביעתו נגד מארגן ההימור.²⁰⁹

כל האמור לעיל נכון לגבי עסקי הימורים גדולים. אולם לצד זאת ראוי לפטור מיזמים קטנים מרישוי הימורים, ולהסתפק בהקשרם ברישוי עסקים. איני רואה מדוע מועדון בינגו עם פרסים צנועים²¹⁰ או מועדון סנוקר שמחזיק במכונות משחק שבהן ניתן לזכות רק באפשרות למשחק נוסף²¹¹ מצריכים רישוי ופיקוח מיוחדים. הסכנות במיזמים כאלה אינן גדולות מהסכנות הטמונות במיזמים אחרים אין-ספור. כמו כן, משחקים פרטיים בין משפחה וחברים אינם מעניינה הפלילי של המדינה, מחד גיסא, והמדינה לא תיתן תוקף חוזי להימורים ולהתערבויות כאלה, מאידך גיסא.²¹² איני סבור שצריך להיכנס להגדרות

205 למגבלות שהטיל משרד האוצר על מפעל הפיס ראו הנחיות משרד האוצר, לעיל ה"ש 158, בעמ' 3289–3290. בבריטניה אסור למארגן ההימור לפרסם, להציע שירותים נלווים, לספק בידור או לנקוט שיטה אחרת כלשהי לשיווק קזינו או הימורים. ראו Cabot & Csoka, לעיל ה"ש 19, בעמ' 252.

206 השוו לניסיון לשלוט בגובה השקעת המהמר – שם, בעמ' 242.

207 דוח הראל, לעיל ה"ש 175, בעמ' 50–54.

208 אלה למעשה חלק מההצעות להפחתת סיכוני ההימורים בקזינו, בשינויים מחויבים. ראו Gottfried, לעיל ה"ש 15; Romoser, לעיל ה"ש 45, בעמ' 538.

209 גם כיום ניתן לגרוס כי כאשר התמכרות מתחברת לראשי נזק מוכרים, נדרשת אך מעט ליטיגציה. ראו הרדוף "הפוך על הפוך", לעיל ה"ש 122, בעמ' 19–20.

210 עניין תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 10.

211 עניין רומנו, לעיל ה"ש 12.

212 כעולה מס' 32 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק

מורכבות של המשחקים, ובוודאי אין מקום להשתמש במשוואות מבלבלות של אחוזי גורל ויכולת. עסקי הימורים אינם דבר מורכב לזיהוי, ובמשטר רישוי הם עצמם יבקשו להזדהות ככאלה כדי לרכוש מוניטין ולהימנע מסיכון משפטי.

לצד הרישוי וההיתר, כמו במשטרי רישוי אחרים, יהיה איסור פלילי כגיבוי בלבד, אך כגיבוי חזק, שיספק הגינה לבקש רישוי ולעמוד בתנאיו.²¹³ הפללת העיסוק מחוץ לגבולות ההיתר תיצר תמריץ לעוסקים להתיישר לפי הסטנדרטים, ותספק תמריץ גם למשתמשים, שידעו כי העסק לגיטימי ואמין.²¹⁴

רישוי עשוי להיות פתרון כלכלי יעיל.²¹⁵ כעולה מההיסטוריה בישראל, הציבור אינו ממהר להפקיד את כספי ההימור שלו בכל מיזם פרטי נעדר רישיון ופיקוח.²¹⁶ בתי העסק המצליחים ובעלי המוניטין צפויים לציית לדרישות ולהימנע מהתנהגויות כהלכנות כספיים והימורים קטינים. לעומת זאת, משטר הפללה רחב מגביר את הבעיות שהוא מבקש לפתור, שכן הוא שולח את המהמרים לעסקים בלתי מפוקחים.²¹⁷ תעשייה מורשית תפגע בפשע המאורגן,²¹⁸ שכן היא תצמצם את נתח השוק הרלוונטי ותחליש את הקשר בין ההימורים לפשע. תעשיית ההימורים הפרטית תשגשג בוודאי, תמוסה ככל תעשייה מורשית אחרת ותפיק תגמולים גבוהים.²¹⁹ בכסף הרב יהיה אפשר להשתמש לשם התמודדות עם סכנות שהתממשו וכן למטרות חברתיות נוספות.²²⁰ גם תופעת השחיתות והשוחד עשויה להצטמצם.²²¹

הכללי: לקראת קורדיפיקציה של המשפט האזרחי 549–559 (2005).

- 213 קטיאל כתב שהדין הפלילי מתמודד עם מעשים מסוכנים, שמועילים בהקשרים מסוימים, על ידי יצירת חריגים מסוג רישוי או פטור. במנגנון רישוי האפקט המזנן חלש יותר: Neal Kumar Katyal, *Criminal Law in Cyberspace*, 149 U. PA. L. REV. 1003, 1051–1053 (2001).
- 214 Karadbil, לעיל ה"ש 46, בעמ' 446–447.
- 215 Tran, לעיל ה"ש 193, בעמ' 193–194; Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 376 ו-430–431; Monnye, לעיל ה"ש 56. ליתרונותיהן ולחסרונותיהן של גישות שונות בנוגע למודלים של רישוי הימורי סירות ראו Martz, לעיל ה"ש 28, בעמ' 484–487.
- 216 Levy & Galily, לעיל ה"ש 66, בעמ' 86 ו-88.
- 217 Wajda, לעיל ה"ש 24, בעמ' 330 ו-338; Hurt, לעיל ה"ש 25, בעמ' 426–428. ראוי לשים לב שהלבנת הון מתרחשת גם בהימורים חוקיים. ראו **דוח מבקר המדינה**, לעיל ה"ש 161, בעמ' 345–346. פירוש הדבר הוא שהנימוק של הימורים כמקדמים הלבנת הון אינו נחלש בהכרח או מתחזק בהכרח במעבר משוק הימורים מדינתי לפרטי, ושמשטר פיקוח צריך להיערך לאתגר.
- 218 Craig, לעיל ה"ש 46, בעמ' 64; Romoser, לעיל ה"ש 45, בעמ' 538; גרוסקופף, לעיל ה"ש 69, בעמ' 41–42.
- 219 Karadbil, לעיל ה"ש 46, בעמ' 444.
- 220 בתחילה לא יזמה שום ממשלה בקנדה תוכניות למניעת בעיות הימורים או לטיפול בהן, בין היתר מתוך הכחשת הבעיה. אולם בהמשך החלו הממשלות לנקוט תוכניות טיפוליות לצמצום נזקי ההימורים. ראו Campbell & Smith, לעיל ה"ש 54, בעמ' 30–31. למגוון טיפולים בבעיות הימורים ראו Lesieur, לעיל ה"ש 15, בעמ' 158–163.
- 221 לניתוח רחב ראו Martz, לעיל ה"ש 28, בעמ' 465–469.

תחת חלופה כזו ניתן להתיר לבית עסק לפעול בתנאי שיעמוד בדרישות מגוונות וגם ישלם מס, כמובן. משטר הרישוי עשוי להיעזר בסנקציות מנהליות למי שהפר את תנאיו: קנסות מנהליים, סגירה מנהלית וכדומה. ניתן לחייב אזהרות צרכניות כאלה ואחרות, ואף להשתמש באמצעי תעמולה כדי לצמצם את הסיכון להימורים מופרזים, בדומה לפעולות שנערכות כיום בנוגע לסיגריות ולאלכוהול. הואיל והמשפט הפלילי לא יצא לחלוטין מן התמונה, אלא יישאר כגיבוי, אתגר האכיפה הפלילי יתקיים גם במצב דברים זה, אך יהיה פשוט יותר ככל שיתמעטו בעלי הרישיון, ואלה יתמעטו ככל שדרישות הרישוי יוגבהו. בעלי הרישיון יהיו צוואר בקבוק – יהיה קל יחסית להגיע אליהם, והם גם יאצרו בידיהם ראיות ומידע אטרקטיביים מאוד מבחינת הרשויות. עבודת הרשויות תהיה קלה יותר, שכן במקום לתור אחר השחקנים הקטנים, הניידים, המבוזרים, הרבים והאנונימיים ("העכברים"), היא תתמקד בשחקנים הגדולים, המעטים והנייחים שיתקשו להתחבא ("הפילים").²²²

מובן שגם משטר רישוי ופיקוח לא יהיה מושלם, שכן יהיה אפשר להפר אותו, לעוקפו ולחמוק ממנו. תאווה הכסף תנחה את הענף כנטייה טבעית של כל עסק להרוויח ולגדול; שוק שחור יתקיים בעבור מי שיבקש דברים שהרישיון מסרב לתת; והפשע המאורגן עלול לנסות להשתלב. האתגר מורכב במיוחד לגבי הימורים מקוונים.²²³ בתי עסק מקוונים זרים יוכלו מבחינה מעשית לפעול בלי רישיון ומיסוי ישראליים.²²⁴ אין זאת אומרת שהמרשתת טרפה את הקלפים. אולם מובן שאת ההסדר, ככל הסדר בימינו,

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).

הטכנולוגיה בכללותה מניעה שינויים בעולם ההימורים. Rose, לעיל ה"ש 57, בעמ' 487. המרשתת שינתה מאוד את עולם ההימורים בשלל מובנים. ראו: 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 ראו Craig, לעיל ה"ש 46, בעמ' 68–71 ו-95; Schwarz, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1050–1068; Gottfried, לעיל ה"ש 15; Karadbil, לעיל ה"ש 46, בעמ' 438–440; Wajda, לעיל ה"ש 24, בעמ' 324–325; חיים ויסמונסקי "הימורים באינטרנט – דין ישן וחדש" **רשימות בנתיב קנייני הרוח – השנתון למשפט, תקשורת וטכנולוגיה** 1, 291 (עמיר פרידמן ויוסי סיוון עורכים, 2004); Lovejoy, לעיל ה"ש 55, בעמ' 1569; Bruce P. Keller, *The Game's the Same: Why Gambling in Cyberspace Violates Federal Law*, 108 YALE L.J. 1569, 1591–1593 (1999); 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).

רויסן כתבה כי ביחס למרשתת מיסוי אינו חלופה מעשית לייצור הכנסות למדינה ככל שהעסק מצוי בחוץ לארץ. ראו Roysen, לעיל ה"ש 46, בעמ' 874 ו-891; 894–891; וכן Schwarz, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1025. להצעות יצירתיות למיסוי אתרים זרים ראו: Adam H. Rosenzweig, *An Antigua Gambling Model for the International Tax Regime*, 44 WASH. U. J.L. & POL'Y 79 (2014).

ראוי לשקול גם בראי המרשתת, מה שהמחוקק הישראלי, למרבה הצער, נמנע מלעשות שנים רבות.²²⁵

חשש נוסף הוא שאם תצמח תעשיית הימורים, יתחזקו עם הכסף קשרי ההון-שלטון והשדלנות. כסף וכוח הם תמות חוזרות בתעשיית ההימורים, שפיתחה שדולה חזקה ומטרידה.²²⁶ ברגע שתקום ותתבסס תעשייה חזקה ומלאת כסף, יהיה קשה להשיב את הגלגל לאחור.²²⁷ אלא שבמובנים רבים זהו המצב כיום לגבי שוק ההימורים הציבורי, שכבר צבר כוח גדול וקשה מאוד להגבילו. אכן, התנגדות עזה להצעה האמורה תעלה כמובן מכיוונו של מונופול ההימורים הקיים, שצפוי לצקצק בלשונו בלי מבוכה ולהתריע על סכנות ההימורים הפרטיים ועל חמדותם של המארגנים.²²⁸ סכנות אלה אומנם קיימות, אך ניתן להתמודד עימן באמצעות פיקוח ראוי; והחמדות אומנם קיימות, אלא שזו מאפיינת עסקים רבים, לרבות גופי ההימורים המדינתיים הקיימים.

3. סיכום

ההסדר המשפטי הפלילי בישראל לגבי הימורים אינו ראוי. חלק מהתכליות שבבסיסו אינן משכנעות כשלעצמן, בוודאי כאשר מתבוננים על התהוויות חברתיות וכלכליות אחרות, ובכל מקרה הן ניתנות להגנה באפיקים אחרים, מידתיים יותר. כך באשר לערכי העבודה וכך באשר לחשש ההתמכרות. תכליות אחרות, כמניעת הלבנת הון והחלשת הפשע המאורגן, ניתנות להשגה יעילה יותר מחוץ למשטר הפללה, אשר מעורר שוק שחור גדול וחזק. ההסדר הקיים לוקה בחוסר הצדקה, בחוסר איזון ובחוסר מידתיות. ראוי לשקול לבטל את הפרק העוסק בהימורים בחוק העונשין, וחלף זאת לכוון חוק חדש – "חוק רישוי הימורים". חוק זה יקבע את התנאים להקמת עסק הימורים ולניהולו, יכלול מגבלות שונות במגמה למזער את נזקי ההימורים ויכוון פיקוח על התנהלותם,

225 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" **הפרקליט** נב 67 (2013); אסף הרדוף "מסע בין רשויות: חדירה לחומר מחשב וחדירה לבית המחוקקים" **הסניגור** 228 (2016).

226 לרשימת תרומות של ארגוני הימורים לפוליטיקאים בארצות הברית ראו: John Warren Kindt, *Follow the Money: Gambling, Ethics, and Subpoenas*, 556 ANNALS 85, 88–90 (1998). קינדט הרחיב על שדלנות אקדמית ושדלנות של מומחים, שמיועדות להציף את המחוקק ולבלבלו כדי לאפשר לתעשיית ההימורים לשגשג. ראו Kindt, לעיל ה"ש 15, בעמ' 10–11 ו-13–15.

227 טל כתב כי הקמת קזינו יוצרת מציאות חברתית-תרבותית חדשה, לצד כוחות כלכליים בלתי מרוסנים. ראו טל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 16–17.

228 השוו ע"א 610/02 **מפעל הפיס נ' לוטונט מועדון חברים בע"מ**, פ"ד נז(5) 97, 110–109 (2003). רמזים נוספים לכך שההסדר הקיים משקף למעשה מאבקי כסף ראו ע"א 3559/02 **מועדון מנוי 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).

והכלי הפלילי ישמש גיבוי אחרון, לצד גיבויים משפטיים חזקים אחרים, כגון סנקציות מנהליות ונזיקיות.

משטר ראוי של רישוי ופיקוח עשוי לאפשר את מימוש יתרונותיהם של ההימורים ולצמצם מאוד את חסרונותיהם. הוא יספק לרשויות כתובות להתמקד בהן, כגון קזינו ומרכזי הימור מצליחים, וכך יאפשר לזהות מתמכרים בכוח ולטפל בהם, למנוע אובדן כלכלי כבד ולצמצם מסרים חברתיים בעייתיים. 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 רק יחזק את מאבקיו ביעדים אחרים.²²⁹ משטר רישוי ופיקוח ייצר הכנסה גדולה למדינה, מקומות עבודה ושגשוג כלכלי מקומי. הוא ישלול מן הפשע המאורגן תחמושת שחשובה לו, על ידי צמצום חלק מלקוחותיו, גם אם לא כולם, כמובן. משטר כזה ישתלב בגישת השוק החופשי הנוהגת בהקשרים רבים בישראל, ויהווה חלופה מציאותית והוגנת לגליזציה מוחלטת. ההיסטוריה הישראלית מלמדת כי בהינתן אופק משפטי להימור פרטי מוסדר, יפעלו גורמים עסקיים לקידומה של האפשרות.²³⁰ האם כוחות המונופול והשמרנות יסיפו להצליח בדיכוי חלופות פרטיות להימור או שמא הביקורות הרבות על המצב הנוכחי, משבר כלכלי או קנאת שכנים יחוללו שינוי? ניתן רק להמר.

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

230 עניין סביצקי, לעיל ה"ש 8; וכן Levy & Galily, לעיל ה"ש 66, בעמ' 91.