

פטרנליזם, תקנת הציבור

והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים**

עופר גרוסקופף*

מבוא

יזמתם הכושלת של ראש הממשלה לשעבר אהוד ברק ושר האוצר שלו, בייגה שוחט, לפעול להקמתו של קזינו בנגב¹ החזירה לשעה קלה למרכז הדיון הציבורי נושא שבמידה זו או אחרת סירב לרדת מסדר יומנו בעשור האחרון של המאה העשרים². שוב היינו עדים

* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. גרסה מקוצרת של מאמר זה התפרסמה ב**המשפט** 12 (2001).

** תחילתו של מאמר זה בעבודה סמינריונית בהנחייתו של פרופ' מנחם מאוסנר, ואלמלא עידודו העקבי על פני קרוב לעשור, יש להניח שזאת גם הייתה אחריתו. לצורך הפרסום מצאתי צורך לכתוב את העבודה מבראשית, אך לשמחתי גיליתי כי עיקרי הטענות שהצגתי בשעתו, עודם מקובלים עלי גם כיום. תודתי העמוקה לפרופ' אריאל פורת, אשר קרא והעיר הערות לסיוסה המקורית, ולמר אסף חמדני, ד"ר ברק מדינה, ד"ר אלון קלמנט ומשתתפי הסמינריון המחלקתי בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל, אשר קראו והעירו הערות לסיוסה זה. תודה מיוחדת חב אני למר חן ויינשטיין, על סיועו הרב בעדכון החומר, ובהכנת נוסח זה. כן אבקש להודות לגברת רונית בן צבי על סיועה האדיב באיתור החומר, ולחברי מערכת כתב העת **המשפט**, מר ליאור אורן וגברת תרזה לס, על הערותיהם וסיועם בהכנת המאמר לפרסום. נוכח אופיו של הנושא מוצא אני לנכון להבהיר את המובן מאליו – העמדות והדעות המובעות במאמר מחייבות את הכותב בלבד.

1 באוקטובר 1999 סיכמו ראש הממשלה ושר האוצר כי הממשלה תבדוק את נושא הקמת בתי קזינו בנגב, וזאת מתוך מטרה להקים את הקזינו בתוך שנה. חרף זאת הודיע שר האוצר בסוף חודש פברואר 2000 כי לאור ההתנגדות העזה בה נתקלה ההצעה בקרב חברי הכנסת יורדת התכנית, לעת עתה, מהפרק.

2 יזמות פוליטיות להתיר הפעלתם של הימורים פרטיים בכלל, ובתי קזינו בפרט, במדינת ישראל הועלו מספר פעמים בעשור שחלף. בראשית שנת 1990 מינה שר האוצר דאז, שמעון פרס, ועדה בראשות השופט בימוס בנימין כהן לבחון את המדיניות להתרת הגרלות והימורים בישראל. הוועדה הגישה את הדו"ח שלה בפברואר 1991 (להלן: דו"ח ועדת בנימין כהן), ובו המליצה על מספר דברים: על הקמת רשות עצמאית לרישוי, לפיקוח ולאכיפה בתחום ההימורים, על הפסקת המונופול של מפעל הפיס ושינוי המבנה הארגוני של גוף זה, על מתן היתר להימורים בתוך היפודרם (On-Track) על תוצאות מרוצי סוסים, ועל הקמת קזינו באילת (בא-יחצון בולט, ובעיקר בשל החשש מהקמת קזינו בטאבה). המלצות הוועדה, רובן ככולן, לא יושמו. ביולי 1995, בעקבות הצעות חוק פרטיות של חברי הכנסת אבי יחזקאל, דן תיכון ומאיר שטייט, ובתמיכתו של שר התיירות דאז, עוזי ברעם, החליטה ועדת השרים לבחינת נושא ההימורים על מינויה של ועדה בראשות משה גביש לבחינת הסדרת נושא הקזינו בישראל. דו"ח הוועדה, שהוגש בדצמבר 1995 (להלן: דו"ח ועדת גביש), מתמקד רובו ככולו בשאלת הקמתו של קזינו במדינת ישראל, ואיננו מתייחס כמעט להיבטים אחרים של נושא ההימורים. נקודת המוצא של מחברי הדו"ח היא שלאור אפשרויות ההימורים בקזינו הפתוחות בפני אזרחי ישראל יש מקום לאפשר הקמת בתי קזינו בארץ על מנת שנוכל ליהנות מיתרונותיו, ולא רק מחסרונותיו, של מוסד זה. לפיכך, לאחר סקירה תמציתית של היתרונות והחסרונות בקיום קזינו, מתמקד הדו"ח בשאלות ביצועיות כגון מספר בתי הקזינו שיש לאפשר את הקמתם, מיקומם הגאוגרפי, מגבלות שיש להטיל על הפעלתם, דרכי הפיקוח על פעילותם, שיטת המיסוי וכיוצא באלה. כידוע, גם המלצותיה של ועדה זו, למרות שגובשו על ידה לכדי טיוטת הצעת חוק, לא יושמו עדיין.

להתכנסותם של מחנות ניצים, אלא שבניגוד למקובל במחוזותינו, ההתפקדות הפעם לא תאמה את החלוקה הפוליטית לשמאל וימין, ואף לא חלוקות אחרות בהן אנו מורגלים. קו ההתנגדות ליוזמה החדשה חצה הפעם את כל החזיתות המוכרות: חברות כנסת חילוניות מהקצה השמאלי של המפה הפוליטית, כדוגמת נעמי חזן וענת מאור, שיתפו פעולה עם חברי כנסת דתיים מפאתי הימין, כדוגמת בני אלון; חברי כנסת חרדיים, כגון משה גפני ודוד אזולאי, מצאו את עצמם בצוותא חדא עם חברי כנסת שחרתו על דגלם את המלחמה בכפייה הדתית, כגון יוסי פריצקי; ואילו אנשי ליכוד מובהקים, כמו עוזי לנדאו וסילבן שלום מצאו נושא למאבק משותף עם אחד מחברי הקבינט הבכירים בממשלת העבודה, שר המשפטים יוסי ביילין³.

אך לא רק בקרב הפוליטיקאים עוררה היוזמה החדשה יישנה תגובה כה ערה. הסמכות המשפטית הבכירה ביותר בשירות הציבורי, היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, מיהרה להשמיע אף היא את קולה נגד היוזמה. "קוינו היא תופעה מדיפת ריח רע", אמר היועץ המשפטי לממשלה, והוסיף כי "בחברה בעלת ערכים, יש נושאים שאינם נמדדים בכסף. מדינת ישראל קמה על יסוד ערכים, לאור חזון נביאי ישראל, ולא בכדי הימורים בה הם עברה פלילית"⁴.

חזית מתנגדים כה רחבה ומכובדת יוצרת את הרושם כי הטיעונים נגד מתן היתר לקיומם של הימורים בכלל, ובתי קזינו בפרט, הנם חזקים ומשכנעים. ואכן לחלל האוויר נזרקות בלהט הוויכוח סממאות רבות ומגוונות: "קוינו בארץ עלול ליצור התמכרות", "הפשע ירוכו סביב הקזינו", "קוינו עלול להרוס אלפי משפחות", "במקומות שיש קזינו נרשמה עלייה בפשע", "הימורים הם תופעה שלילית מעיקרה", "יש להזהר מההשלכות החברתיות והחינוכיות של ההיתר", "כל תכנית הימורים היא כניעה מבישה ופסולה לחולשות אנוש" וכיוצא באלה⁵. האמנם כצעקתה? האם הטעמים כנגד מתן היתר לניהול הימורים בתחומי מדינת ישראל הם אכן כה חזקים ומשכנעים כפי שמתנגדי היוזמה סוברים? ואם כן, כיצד זה נתפתו ראש הממשלה ושר האוצר אחר יוזמה כה פסולה? ולא רק הם, שהרי במרבית מדינות המערב, ובכללן מרבית מדינות ארצות הברית⁶ וחלק ניכר ממדינות אירופה, לרבות אנגליה השמרנית⁷, הותר קיומם של הימורים פרטיים.

3 ראו צ' זרחיה "חזית רחבה בכנסת נגד הקזינו - מהדתיים עד חד"ש" **הארץ** 7.10.1999.

4 ראו מ' בסוק "כוונה להקים קזינו בנגב בתוך שנה" **הארץ** 6.10.1999.

5 הציטוטים הם מתוך זרחיה, **לעיל** הערה 3; "תרופת פלא לכל מצוקה" **הארץ** 7.10.1999; דו"ח ועדת בנימין כהן. א' יובל "זה לא מהלוטו" **הארץ** 19.1.1998.

6 בשנת 1996 מינה הקונגרס את ה-National Gambling Impact Study Commission על מנת לבחון את השלכותיהם הכלכליות והחברתיות של ההימורים בארצות הברית. דו"ח הוועדה, אשר הוגש ב-18 ביוני 1999 (להלן: דו"ח NGISC), מספק מידע רב ערך לגבי תופעת ההימורים בארצות הברית. המעוניינים בדו"ח יוכלו להורידו מהאתר: (last visited on 17.1.2002) [www.ngisc.gov/reports/finrpt.html]. בפתח הדו"ח מתארים מחבריו את תעשיית ההימורים בארצות הברית במילים הבאות: "Today, all but two states have some form of legalized gambling. Pari-mutuel racetracks and betting are the most widespread form and are now legal in over 40 states; Lotteries have been established in

מטרתו הממוקדת של מאמר זה היא לבחון באופן ביקורתי את המבנה המשפטי הקיים של שוק ההימורים במדינת ישראל. מבנה המתאפיין מחד בהטלת מגבלות קשות, הן במישור הפלילי והן במישור האזרחי, על האפשרות לקיים הימורים פרטיים, ומאידך בפריחתו של היצע הימורים בחסות ממשלתית, המופעל בעיקרו על ידי שני גופים ציבוריים: מפעל הפיס והמועצה להסדר ההימורים בספורט⁸. התזה המרכזית שתוצג להלן היא שיש מקום לבטל את המונופול הממשלתי בשוק ההימורים, ולהמירו במשטר של פיקוח ממשלתי באמצעות רישוי. עם זאת, עיקר המשקל מצוי בעיני לאו דווקא במסקנה הסופית, אלא בנימוקים השונים שיפורטו להלן – נימוקים אשר יש בהם, לעניות דעתי, כדי להרחיב את הבסיס העיוני ההכרחי לשם קיום דיון ציבורי מעמיק וענייני בנושא מורכב זה.

מבנה מאמר זה יהיה כדלהלן: פרק א' יעסוק בהבהרת המונח "הימור", ובהבחנתו מעסקאות אחרות התלויות בהתממשותו של סיכון, כדוגמת ביטוח או השקעה ספקולטיבית בשוק ההון. פרק ב' יניח את התשתית המשפטית לדיון. מחד, תובהר הטענה כי קיים מונופול ממשלתי בשוק ההימורים החוקיים בישראל, ומאידך, יוצג הפתרון המשפטי המקובל במדינות רבות, כדוגמת אנגליה – הסדר של רישוי. לאחר הנחת תשתית זו אפנה לבחון באופן ביקורתי את הטיעונים השונים המובאים כדימוכין להתרת המבנה המשפטי הקיים של שוק ההימורים על כנו. לשם כך אבחן תחילה, במסגרת פרק ג', את הטענות המתמקדות בצד הביקוש, ומבקשות להוביל למסקנה כי ההשתתפות בהימור מצביעה על פגם בשיקול דעתו של המהמר, ועל כן מצדיקה הפעלתה של מדיניות פטרנליסטית – מדיניות שמטרתה הגנה על המהמר מפני עצמו. פרק ד' יעסוק בטיעונים בדבר השפעות ההימור על אופי החברה בה אנו חיים. טיעונים אלה מבקשים ללמד כי תקנת הציבור היא המחייבת את הגבלתם של הימורים פרטיים. ולבסוף, בפרק ה' אעבור לדרון בצד ההיצע, ואבקש לראות האם קיימים טיעונים משכנעים להוצאת התפקיד של הספקת שירותי הימורים מידי השוק החופשי, ולהפקדתו בידי המדינה. סוף הדבר יבקש להצביע על המסקנות המרכזיות העולות מהדיון.

37 states and the District of Colombia, with more states poised to follow; Indian casinos operate in every region of the country. Non-Indian casino gambling has expanded from Nevada and Atlantic City to the Mississippi Gulf Coast, Midwest riverboats, and western mining towns. As gambling sites proliferate on the Internet and telephone gambling is legalized in more states, an increasingly large fraction of the public can place a bet without ever leaving home at all. Universally available "round-the-clock" gambling may soon be a reality. Once exotic, gambling has quickly taken its place in mainstream culture": (NGISC, *ibid*, ch. 1, at p.1). יצוין כי למעט "state lotteries, where governments have not just sanctioned gambling but have become its enthusiastic purveyors" but have become its enthusiastic purveyors, כל יתר מגוון ההימורים מוצע, במרבית המקרים, על ידי גורמים פרטיים. ראו: NGISC, *ibid*, ch. 1, at p. 4.

7 לסקירה משווה של המדיניות בנוגע לפתיחת בתי קזינו ראו דו"ח ועדת גביש, **לעיל** הערה 2, פרק שני.

8 ההוצאה הלאומית ב-2000 על הימורים במסגרת מפעל הפיס וה"ספורט-טוטו" בלבד עמדה על 1.535 מיליארד ש"ח, סכום הקרוב מאוד להוצאה הלאומית על פעילויות פנאי כגון קריאת ספרים, הליכה לקולנוע או בילוי בחיק הטבע. ראו **שנתון סטטיסטי לישראל** (52) 2001 טבלה 9.1.

פרק א': "הימור" מהו?

במובן מסוים, כל סוג של נטילת סיכון הוא בגדר "הימור", ומאחר שכל פעולה שאנו עושים כוללת בחובה מרכיב של נטילת סיכון, הרי שכל יום מימי חיינו הוא רצף בלתי נפסק של הימורים⁹. מובן זה של הביטוי, גם אם יש לו אחיזה בשפת היום-יום, איננו חופף למשמעות שאנו מייחסים למונח "הימור" בשדה המשפט. כאשר משפטן משתמש במונח זה כוונתו לסוג מסוים של הסכמים, אשר מכוחם מובטחת לפחות לאחד הצדדים זכייה, אם יתרחש אירוע מקרי, אשר לזוכה אין השפעה של ממש על סיכויי התרחשותו, יכולת מיוחדת לחזותו או אינטרס של ממש במניעתו¹⁰. רכישת כרטיס "פיס", התערבות על תוצאותיו של משחק כדורסל, נטילת חלק במשחק פוקר או בלק ג'ק, השתתפות בערב כינוג או הימור על זהות הסוס הזוכה בקנטקי דרבי, הן פעולות העונות על כל מרכיביה של הגדרה זו. לעומת זאת, קפיצת בנג'י, טיול לקמבודיה, הבטחה לפצות רוכש של תרופה אם יחלה, עריכת הסכם ביטוח או רכישת מניה ספקולטיבית, אינם נחשבים מבחינה משפטית ל"הימור", אף שכולם כוללים מרכיב של נטילת סיכון, וחלקם אף עונים על מרכיבים נוספים בהגדרה המשפטית של המונח "הימור". בשורות הבאות אנסה לעמוד בקצרה על המאפיינים המייחדים את ה"הימור" המשפטי מפעולות אחרות המהוות "נטילת סיכון", וזאת במטרה לתחום את הדיון למסגרתו הראויה.

ראשית, "הימור" מבחינת המשפט הוא לעולם הסכם. לרוב יהיה זה הסכם בין גורם מקצועי כגון מפעל הפיס או בית קזינו, אשר יכולה להלן "מארגן ההימורים", לבין אדם פרטי, אשר יכולה "המהמר"¹¹. בהסכם מסוג זה מבטיח מארגן ההימורים למהמר כי אם יתרחש אירוע מסוים (הסוס "כוכב הצפון" יצא במרוץ, כדור הרולטה ייעצר על המספר 17, כרטיס מספר 63589476 יעלה בגורל וכיוצא בזה) ישלם לו סכום כסף נתון¹², וכנגד זאת משלש המהמר לידי מארגן ההימורים את דמי ההשתתפות. לפיכך, נטילת סיכון שאין עמה הסכם מסוג זה, כגון קפיצת בנג'י או טיול לקמבודיה, אינם מהווים "הימור".

שנית, על מנת שהסכם יהיה מסוג של "הימור" נדרש שהתרחשותו של המאורע המזכה

9 ראו: C. Urbanowicz "To Gamble, or Not To Gamble: Is There A Question?" [www.csuchico.edu/~curban/public_html/gaming/to_gamble.html] (last visited on 17.1.2002).

10 המחוקק הישראלי מבחין בין "משחק" (gaming), "הגרלה" (lotteries) ו"הימור" (gambling) (ראו במיוחד את סעיף 224 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 [להלן: חוק העונשין]), ולכך ניתן להוסיף גם את המונח "התערבות" (betting/wagering). לצורך בהירות הדיון אשתמש במונח "הימור" לתיאור כל סוגי העסקאות הללו, וזאת למעט מקרים בהם יש להבחנה ביניהם חשיבות לצורך הדיון.

11 מובן שייתכנו גם הסכמי הימורים בין שני מהמרים, ללא מעורבות של גורם מקצועי (כגון, התערבות בין שתי ידידות על תוצאות הבחירות, או משחק פוקר בין חברים), אך מטבע הדברים, שוק הימורים מסחרי מתאפיין בכך שאחד הצדדים לעסקה איננו מהמר.

12 הזכייה איננה חייבת לשאת אופי כספי, אלא יכולה להתבטא גם בשווה כסף או בסובת הנאה אחרת. ראו ע"א 813/88 אסטבליסמנט נהל בע"מ נ' בצרי, פ"ד מה(4) 1: רע"פ 9140/99 רומנו נ' מ"י, פ"ד נד(4) 349 (להלן: עניין רומנו). לביקורת על עניין רומנו, ראו להלן בסמוך להערה 122.

תהיה מקרית מבחינת המהמר – סיכויי התרחשותה איננו תלוי במעשי המהמר, וחזויה איננו עניין התלוי בכישוריו או באוצר ידיעותיו. בלשונו של המחוקק "הזכייה תלויה בגורל, בניחוש או במאורע מקרי יותר מאשר בהבנה או ביכולת"¹³. לאור זאת, עסקאות במסגרתן התצלחה תלויה בעיקר ביכולת ובכישורים, ולא רק במזל, כגון רכישת מניות בבורסה או השקעה בעסקת נדל"ן, אינן בגדר "הימור"¹⁴.

שלישית, גם עסקה אשר הזכייה על פיה תלויה במזל איננה מהווה "הימור", אם האירוע בו תלויה הזכייה הנו אירוע שלזוכה אינטרס למנוע אותו¹⁵. במילים אחרות, הסכם שמטרתו הפחתת נזק, ולא יצירת רווח, איננו בגדר הסכם הימורים. כך, למשל, הבטחה לפצות רוכש תרופה במקרה שיחלה או הסכם לביטוח ביתו של אדם מפני שריפה, מהווים רק מתן פיצוי מפני נזק האירוע (המחלה או השריפה), ואין בהם כדי לגרום לכך שהתרחשות האירוע תניב לאדם זכייה¹⁶.

13 סעיף 32 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); וראו גם סעיף 224 לחוק העונשין.

14 ראו ת.א. (ת"א) 395/93 רוח הנרי צבי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (לא פורסם) בו דוחה השופט אלשיך מכול וכול את הטענה כי המסחר במכשירים פיננסיים הוא בגדר הימור, וזאת לאור העובדה ש"השקעה במכשירים פיננסיים דורשת ידע ומומחיות" (החלטתה של השופטת אלשיך באותו עניין שלא לתת רשות להתגונן בהפכה בע"א 5931/95 רוח הנרי צבי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, תקדין עליון 99(3) 69 מבלי שבית המשפט העליון יביע עמדה בנוגע לסוגיה העקרונית). החלטה דומה ניתנה על ידי השופטת סוקלוב, אשר הבהירה כי "התוצאות של עסקה במכשירים פיננסיים אינן תלויות בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת. המבנה של שוק ההון בישראל והבנה של כללי העסקאות הללו משפיעים על ההשקעה במכשירים פיננסיים השפעה מכרעת. השקעה במכשירים פיננסיים מצריכה ידע, מיומנות ומקצועיות, ולכל אלה תפקיד מכריע בחיזוי מהלכי השוק" (בנק המזרחי המאוחד נ' שלמון (טרם פורסם)). הציטוט מתוך ג' ידין "ביהמ"ש: בנק המזרחי רשאי היה להפעיל שוק פנימי למכשירים פיננסיים עתידיים" **הארץ** 16.12.1996. האמת חייבת להיאמר כי הקביעה מתייחסת להצלחה תלויה בעיקרה בכישורין, ומתייחסת בעיקר במזל, היא במקרים רבים שרירותית. שחקני פוקר מקצועיים, כמו גם מומחים לתחרויות ספורט, נדרשים ללא מעט ידע ויכולת ניתוח, וסיכויי הצלחתם עולים בצורה משמעותית על אלה של אדם מן השורה. ראו ע"פ 499/78 חילו נ' מ"י, פ"ד לג(2) 461 בו סירב בית המשפט העליון לקבוע, על סמך ידיעה שיפוטית בלבד, כי תוצאות של משחק "פוקר פתוח" נקבעות בעיקר על פי המזל. ייתכן שזאת הסיבה לכך שמלומדים רבים מעדיפים לקבל את הקביעה כי חווי מכר אינם בגדר "הימור" מבלי לנסות ולבסס את ההבחנה על טעם אנליטי ברור. ראו ד' פרידמן ונ' כהן **חוזים** (תשנ"א, כרך א) G. Shalev; 347-346 "Unenforceable Contracts and Unjustifiable Contracts" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 425, 429-431 כן ראו: R. Kreitner "Speculations of Contract, or How Contract Law Stopped Worrying and Learned to Love Risk" 100 *Colum. L. Rev.* (2000) 1096.

15 בעוד שהמבחן המופעל ביחס לתנאי השני מתייחס למאפייני העסקה באופן אובייקטיבי, ולא לכישוריהם האישיים של הצדדים, דומה כי התנאי השלישי מתייחס למצבם של הצדדים הקונקרטיים, ואולי אף לכוונתם הסובייקטיבית. לפיכך, נראה כי משחק שחמט לא יהווה הימור, אף אם הצדדים לו הם בגדר טירונים גמורים, אך חווה ביטוח רכוש יהפוך להימור, אם למבוטח אין כל עניין ברכוש המבוטח.

16 ראו: *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, (1893) 1 Q.B. 256 (C.A.). (הסכם לפיצוי במקרה שתרופה נגד שפעת לא תמנע את המחלה איננו חוזה התערבות), וכן פרידמן וכהן, **לעיל** הערה 14, בע' 344-346; Shalev, *supra* note 14, at pp. 431-433. יצוין כי לפחות חלק מהעסקאות הספקולטיביות בשוק ההון מיועדות להקטנת סיכונים עסקיים (hedging), כגון סיכויי שער חליפין, ולפיכך אין הן בגדר הימור אף אם תידחה הדעה שמדובר בעסקאות שהצלחתן תלויה בעיקר בידע ובמומחיות.

סיוג הדיון בשלושת אלה נדרש מהטעם הבא: הן החקיקה הקיימת והן היוצאים נגד מתן הכשר חוקי לקיום הימורים פרטיים אינם מבקשים לכפור בלגיטימיות של הסכמים המאפשרים לפרט לממש את כישוריו או להביא להפחתת הסיכונים בהם הוא נתון. מתקפתם ממוקדת בהסכמים המבוססים על המזל בלבד, ואשר, על פני הדברים, תרומתם ל"פעילות היצרנית" במשק נראית שולית. לפיכך אין טעם לעסוק בחוקיותם של הסכמים מהסוג הראשון, אלא יש למקד את הדיון במקרים מעוררי המחלוקת – הסכמים המביאים להגדלת הסיכון המוטל על המהמר, ואשר הזכייה בהם תלויה בעיקר במזל.

פרק ב': המבנה המשפטי של שוק ההימורים

שלושה הסדרים מרכזיים מעצבים את דמותו של שוק ההימורים הישראלי:

1. **המגבלה הפלילית על עריכת הימורים פרטיים** – פרק ח', סימן יב (סעיפים 224-235) לחוק העונשין, קובע כי בכפוף לחריגים המנויים בסעיפים 230 ו-231 לחוק העונשין, הן ארגון הימורים והן השתתפות בהם כמהמר מהווה עברה פלילית^{17,18}. המשמעות המעשית של הוראות אלו היא הטלת איסור גורף על האפשרות לקיים הימורים פרטיים על בסיס עסקי בתחומי מדינת ישראל¹⁹. לאיסור זה השלכה לא רק במישור העונשי, אלא גם במישור האזרחי – חוזה הימורים המהווה עברה פלילית הוא בגדר חוזה פסול, ולפיכך בטל, וזאת מכוח הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים²⁰.

2. **המגבלה האזרחית על אכיפתם של חוזי הימורים חוקיים** – הימור פרטי שאיננו אסור על פי חוק העונשין, יכול להיות אחד משני אלה: הסכם ג'נטלמני שאין כל כוונה לתת לו תוקף משפטי או "חוזה רופף", אשר הגם שאיננו בטל, לא יאכף על פי הוראת סעיף 32 לחוק החוזים. למרות שמבחינה עיונית קיים שוני בין השניים, הרי שההנפקות המעשית היא

17 אם לדייק, הרי שסעיף 225 אוסר על ארגון כל סוג של פעילות הימורים (קרי משחק אסור, הגרלה או הימור), בעוד שסעיף 226 אוסר על השתתפות ב"משחק אסור" בלבד.

18 במטרה לאכוף איסורים אלה נקבעו גם הגבלות נוספות, כגון האיסור על ייבוא משחקי מזל מכוח פקודת המכס. לאיסור זה, ולפרשנותו לאור עקרונות חוקי־יסוד: חופש העיסוק, ראו רע"א 2910/98 **אריה תברה לקלפים** (1982) **ב' ע"מ נ' מ"י אגף המכס ומע"מ**, פ"ד נג(4) 411 (להלן: עניין אריה).

19 אך לא מחוץ למים הטריטוריאליים שלה. ראו ע"א (ב"ש) 52/93 **ימיני נ' מרינה שיפינג ליין** (לא פורסם), תקדין מחוזי 95(3) 31 (להלן: עניין ימיני). בכל הנוגע להימורים בתחומי האוטונומיה הרי שעמדת היועץ המשפטי לממשלה היא ש"אסור להמר בירתו אך לא נעמיד לדין על כך" **הארץ** 24.11.1998. יצוין כי סעיף 230 לחוק העונשין אמנם מתיר קיומם של הימורים פרטיים בנסיבות מיוחדות, אך למקרא תנאיו עולה כי הכוונה איננה להימורים על בסיס עסקי, אלא להימורים במסגרת חברתית סגורה, שאינם חורגים מגדר שעשוע או בידור. ראו ע"פ 328/72 **עבאס נ' מ"י**, פ"ד כוז(2) 94, 97 ("אין לך משחק לשם שעשוע או בידור וזולת אם מטרת השעשוע היתה המטרה הדומיננטית והכוונה העיקרית לא היתה לזכייה בכספים, אלא עניין הכסף היה טפל ולא היה יותר מאשר תוצאת לוואי של השעשוע"); בג"צ 696/80 **צדוק נ' מפקד משטרת מחוז הנגב**, פ"ד לה(2) 281 (ארגון ערב ביגנו אליו יכול היה להיכנס כל אדם שהגיע רבע שעה לפני פתיחת האירוע, ושבמסגרתו חולקו פרסים יקרי ערך איננו בא בגדר תחריג); עניין **רומנו, לעיל** הערה 12.

20 ראו פרידמן וכהן, **לעיל** הערה 14, בע' 348-350.

זהה – אם בוצע ההסכם במלואו, הרי שאין אפשרות לתבוע השבה (לא על ידי המהמר ולא על ידי המארגן), ואם לא בוצע ההסכם, כי אז אין אפשרות להסתייע במערכת המשפט לשם אכיפתו, אלא לצורך תביעת השבה בלבד²¹. המגבלה האזרחית מוסיפה על המגבלה הפלילית, ומשלימה אותה – היא גוזרת שאפילו הימור פרטי-חוקי לא יזכה לתמיכתה של מערכת אכיפת החוק.

3. היתרים לקיומם של הימורים בחסות ממשלתית – בצד האיסור הפלילי וההגבלה האזרחית
הותיר המחוקק מספר פתחים למתן היתרים לפעילות הימורים:

א. חוק להסדר ההימורים בספורט, תשכ"ז-1967 (להלן: חוק להסדר ההימורים בספורט) במסגרתו הוקמה המועצה להסדר ההימורים בספורט, לה ניתן היתר מונופוליסטי "לארגן ולערוך "הימורים" על תוצאות של משחקים ותחרויות בספורט"²², והסמכות לקבוע, בכפוף לאישור שר האוצר, שר התרבות והספורט וועדת הכספים של הכנסת, ולמגבלות מסוימות המנויות בסעיף 9 לחוק, מה ייעשה ברווחים "לקידום ולפיתוחם של תרבות הגוף, החינוך הגופני והספורט בישראל"²³.

ב. סעיף 231(א)(2) לחוק העונשין המקנה למפעל הפיס מונופול על התחום של עריכת "הימורים"²⁴ שלא על תוצאות של משחקים ותחרויות ספורט, באמצעות קביעת פטור ייחודי מהאיסור הפלילי להימורים שעורך מפעל הפיס בהיתר שר האוצר²⁵.

ג. סעיף 231(א)(1) לחוק העונשין, המעניק לשר האוצר סמכות לתת היתר לקיום "הגרלות"²⁶. השימוש בסמכות זו בעבר נעשה במשורה, בעיקר מאחר שמשרד האוצר לא ראה עצמו מוסמך "לקבוע ערכים מוסריים בשביל עם ישראל"²⁷. ההיתרים שהוצאו מכוחו נחלקים לשניים: היתרים ספציפיים למפעל הפיס, למועצה להסדר ההימורים בספורט, וכן לאגודה למען החייל ולמגן דוד אדום לקיים הגרלות לשם גיוס כספים; היתר כללי, המחודש מדי שנה, לעריכת הגרלות לפרסומת מסחרית, קרי הגרלות שמטרתן עידוד מכירותיו או רכישת שירותיו של עורך ההגרלה²⁸.

21 ראו פרידמן וכהן, שם, בע' 344, 350-353. שאלה היא האם ייתן בית המשפט ידו לאכיפה עקיפה של הסכם שכזה, קרי כאשר התביעה איננה נשענת על חוזה ההימורים עצמו, אלא, למשל, על שטר שניתן להבטחתו. ראו עניין ימיני, לעיל הערה 19.

22 סעיף 1 לחוק להסדר ההימורים בספורט. המונופול נובע מהוראת סעיף 231 לחוק העונשין (בעבר הוראה במסגרת החוק לתקין דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), תשכ"ד-1964, אשר הוספה בסעיף 13 לחוק להסדר ההימורים בספורט).

23 סעיף 9 לחוק להסדר ההימורים בספורט (הציתוס מתוך סעיף 9(א) לחוק).

24 קרי הסדר בו הוכייה תוליה בניחשו של דבר. ראו הגדרת המונח "הימור" בסעיף 224 לחוק העונשין.

25 יצוין כי ועדת בנימין כהן (ברוב דעות) המליצה על ביטולו של מונופול זה (ראו דו"ח ועדת בנימין כהן, לעיל הערה 2, בע' 11, וכן הסתייגותם של החברים אפרים טורגובניק ועדי אלדר).

26 קרי הסדר לפיו הוכייה ניתנת לפי העלאת גורלות או אמצעי אחר התלוי בגורל. ראו הגדרת המונח "הגרלה" בסעיף 224 לחוק העונשין.

27 ראו דו"ח ועדת בנימין כהן, לעיל הערה 2, בע' 8-10; דו"ח ועדת גביש, לעיל הערה 2, בע' 75-77. ואכן הן ועדת בנימין כהן, והן ועדת גביש המליצו, על פי בקשת מנכ"ל האוצר, שהסמכות תועבר לידי רשות רישוי עצמאית לנושא הימורים. ממילא, מאחר שרשות כזו לא הוקמה, אף הסמכות לא הועברה.

כל שלושת החריגים הללו מקצים פטור הן מאחריות פלילית, והן ממגבלת האכיפה האזרחית.²⁹ בעקבות כך נוצר, הלכה למעשה, מצב שבו ההימורים המסחריים היחידים המותרים במדינת ישראל נערכים בחסות ממשלתית, על ידי גופים ציבוריים בלתי מתוקצבים. הכנסותיהם של תאגידים אלה אינן מוזרמות לתקציב המדינה, אלא מופנות למטרות ציבוריות הנקבעות, במגבלות אלה או אחרות,³⁰ על פי החלטת הגופים המנהלים תאגידים אלה. יתר על כן, למפעל הפיס ולמועצה להסדר ההימורים בספורט, ניתן מונופול בתחומי פעילותם העיקרית – הימורי "לוטו" מזה, והימורים על תוצאות אירועי ספורט מזה. כתוצאה מכך לא רק שאין הם צפויים לתחרות חוקית מצד גורמים פרטיים, אלא שגם התחרות ביניהם, אף שהיא ודאי קיימת, הוגבלת.³¹

החלופה להסדר זה, קרי למונופול ממשלתי דה־פקטו על נושא ההימורים,³² היא משטר של רישוי, המאפשר גם לגופים פרטיים שמטרתם הפקת רווח לפעול בענף זה, אך זאת תחת עיניה הפקוחות של רשות ציבורית מפקחת.³³ משטר זה הונהג בהצלחה באנגליה,³⁴ ובחלק ניכר ממדינות ארצות־הברית,³⁵ ופירושו המעשי הוא הפרטת שוק ההימורים. מטרותיו של הפיקוח הציבורי תלויות בטיב ההימור ובאופי הסכנות הכרוכות בו. כך, למשל, אין זהות בין הסיכונים הנובעים מעסקי קזינו, לאלה הקיימים בארגון ערבי בינגו. עם זאת, מטרות יסוד, ובראשן, הבטחת הגינות ההימורים, מניעת השתלטות גורמים עבריינים על הענף, הגנתן של אוכלוסיות חלשות (כדוגמת קטינים, קשישים ומהמרים כפייתיים), ופיקוח על ההשלכות

28 ראו הודעה בדבר מתן היתר כללי לעריכת הגרלות לפרסומת מסחרית, י"פ 4828 התש"ס, ע' 1519-1523 (1.12.1999), אשר תוקפה הוארך לאחרונה בי"פ 5042 התשס"ב, ע' 859 (30.12.2001).

29 ראו סעיף 32(ב) לחוק החוזים הקובע כי הוראות הסעיף "לא יחולו על משחק, הגרלה או הימור שהוסדרו בחוק או שניתן לעריכתם היתר על פי חוק".

30 ראו להלן הערה 102.

31 לשיקולים בעד ונגד הגבלת התחרות בין הגופים המארגנים "ההימורים ממשלתיים", תחת ההנחה של איסור ההימורים פרטיים, ראו א' ארין "הגרלות והימורים – החוק והביצוע" **הרבעון הישראלי למסים** יז (תשמ"ח) 265, 267-268.

32 כמובהר, אפילו בתחום ה"הגרלות" בו נתונה לשר האוצר הסמכות לפתוח את השוק גם בפני גופים פרטיים, נשמרת, הלכה למעשה, המדיניות האוסרת על פעילות גופים שאינם תאגידים ציבוריים הפועלים שלא למטרת רווח.

33 מבחינה פורמלית ניתן לטעון שזה היה ההסדר לו כיוון המחוקק הראשי. ראו ת"א (ת"א) 996/94 **Greate Bay Hotel & Casino Inc. נ' זיפר** (לא פורסם), דינים מחזיו כו(2) 760: "מטרת האיסור בחוק העונשין על עריכת משחק־זמל היא, לא בשל חוסר מוסריותם של אלה... אלא משום שהמחוקק ביקש לשמור לרשות המבצעת את אפשרות הפיקוח עליהם, באמצעות מנגנון ההיתר של שר האוצר, היות ועלולות להיות בעקבותיהם תופעות לוואי בלתי־רצויות לחברה". עם זאת, הלכה למעשה, השימוש (או ליתר דיוק אי־השימוש) בסמכות הרישוי על ידי שר האוצר הופכת את המשטר המשפטי למונופול ממשלתי דה־פקטו.

34 חוק ההימורים האנגלי (Gaming Act, 1968) הביא להקמתו של ה־Gaming Board המופקד על רישוי ופיקוח עסקי ההימורים פרטיים. כל המבקש לעסוק בהימורים חייב בקבלת רישיון מאת גוף זה, ולשם כך עליו להוכיח כי הוא עומד בשלושת הקריטריונים הבאים: (1) אמידות פיננסית; (2) יכולת להבטיח שההימורים יתנהלו בצורה נאותה והוגנת; (3) הוא, והעומדים מאחוריו, הם בעלי מוניטין חברתי. שיקול

החברתיות, הכלכליות והסביבתיות של התעשייה, משותפות לכל סוגי ההימורים. השאלה בה אבקש להתמקד במאמר זה היא האם קיימות הצדקות למשטר המשפטי הנוהג בישראל בתחום ההימורים, המתאפיין מחד, בהטלת מגבלות פלייליות ואזרחיות המונעות קיומם של הימורים פרטיים-חוקיים על בסיס עסקי, ומאידך בפיתוחה של תעשייה ענפה (מבחינת היקפה הכלכלי) – לא מבחינת היצע המוצרים שהיא מעמידה בפני הציבור של הימורים בחסות ממשלתית. לשם כך אבחן תחילה מהם השיקולים העומדים בבסיס ההתנגדות להימורים. מטבע הדברים, ככל ששיקולים אלה הנם חזקים יותר, כך גם גדל הצורך בהתערבות ממשלתית המגבילה את פעילות השוק הפרטי. לשם בהירות הדיון אחלק שיקולים אלה לשניים: שיקולים פטרנליסטיים המתמקדים במהמר עצמו, ומנסים לבסס טענה לפיה עצם ההשתתפות בהימור איננה רציונלית; ושיקולי תקנת הציבור, המדגישים כי גם אם ההימור רצוי מבחינת המהמר, הוא פסול בשל נזקיו לחברה. המסקנה אליה אבקש להוביל את הקורא היא שהטיעונים המושמעים תדירות נגד הימורים אינם משכנעים, וכי בכל מקרה אין בהם די כדי להצדיק הטלתו של איסור גורף על ארגון הימורים פרטיים. בשלב השני, לאחר בחינת הנימוקים להגבלת הימורים, אעבור לבחון את ההצדקות הקיימות ליצירת מונופול ממשלתי בתחום זה. טענתי בהקשר זה תהיה שלא ניתן להצדיק מונופול ממשלתי זה אף אם מקבלים את העמדה הערכית הרואה בהימורים מוצר פסול.

פרק ג': צד הביקוש להימורים – האם יש הצדקה לפטרנליזם?³⁶

הביקוש הניכר והעקבי להימורים הנו תופעה שיש בה כדי לעורר תמיהה. לכולנו ברור כי מאחר שמארגן ההימורים חייב להרוויח בסופו של דבר, הרי שבאופן הסתברותי (אקטוארי) ההימור איננו משתלם³⁷. למרות זאת, ובניגוד לנטייתנו הטבעית להפחית סיכונים, רבים הם הנוטלים חלק באופן שיטתי בהימורים (והצלחתה המתמשכת של "תכנית המגויים של

דעתו של ה-Gaming Board במתן היתרים ושלילתם הוא נרחב מאוד, ובהחלטות תקדימיות אף נקבע כי הגם שהוא כפוף לכללי הצדק הטבעי, אין הוא מחויב לפרט את מקורות המידע שעליהם ביסס את החלטתו, ואף לא לנמקה. פרט לפיקוח על הכניסה לשוק ההימורים, מפקח ה-Gaming Board גם על הפעלת הרישיון הלכה למעשה, וזאת מתוך מטרה למנוע חדירת פשע לעסקי ההימורים, להגן על ציבור המהמרים מפני ניצול לא הוגן ולהבטיח את קיום תנאי הרישיון. לסקירה ראו: D. Miers "The Regulation of Commercial Gaming" 11 *J. L. & Soc.* (1984) 32. יצוין כי בשנת 1993 נתקבל באנגליה The National Lottery etc. Act, חוק זה יצר מנגנון שבמסגרתו הפעלת ה"לוטו הלאומי" נעשית על ידי תאגיד פרטי, הנבחר באמצעות מכרז, בפיקוח ממשלתי. הרווחים, לעומת זאת, בניכוי שכרו של המפעיל, מועברים לקרן ציבורית המחלקת אותם למטרות ציבוריות כגון אומנות, ספורט, שימור המורשת, אירועים לאומיים וצדקה. בצד ה"לוטו הלאומי" מאפשר ה-Lotteries and Amusements Act, 1976 לקיים ברישיון גם משחקי לוטו מסוגים אחרים. לסקירה ראו: D. Miers "Regulation and the Public Interest: Commercial Gambling and the National Lottery" 59 *M.L.R.* (1996) 489.

35 לסקירה עדכנית של משטרי הפיקוח הקיימים בארצות-הברית ראו: NGISC, *supra* note 6, ch. 3.
36 השאלה מהם הטעמים היכולים להצדיק "פטרנליזם", דהיינו "ההגנה על בני אדם מפני עצמם", שנויה, כידוע, במחלוקת עזה. לעניין זה די לי להפנות לוויכוח המפורסם בין הלורד Devlin לפרופ' Hart בשאלה האם יש מקום להכרה ב"פטרנליזם מוסרי", קרי פיקוח על שלומו המוסרי של אדם על מנת להגן

מפעל הפיס" תעידו. כיצד ניתן ליישב בין תשוקתנו העזה לרכוש סיכויים מפוקפקים בעלויות כספיות ניכרות לבין שנאת הסיכון המאפיינת את מרבית פעולותינו? המענה האינטואיטיבי לשאלה זו הוא שאדם הנוטל חלק בהימור פועל באופן הנוגד את מערכת העדפותיו, קרי באופן בלתי רציונלי, ועל כן יש מקום להגן עליו מפני עצמו, כלומר לקבוע כלל פטרנליסטי. כפי שאנסה לשכנע בהמשך הדברים, קשה לקבל קו טיעון זה, מאחר שהוא מתעלם מקיומם של טעמים לגיטימיים היכולים לגרום לאדם להמר³⁷. אך בטרם אצא במתקפה על קו טיעון זה, מן הראוי להבהירו ביתר פירוט.

כסף, כמו כל נכס אחר, מקנה לבעליו הנאה. הנאה זו תלויה בכמות הכסף בה מחזיק האדם, כאשר ניתן להניח שככל שהאדם מחזיק ביותר כסף כן גדלה הנאתו. עם זאת, מידת ההנאה מתוספת יחידת כסף נתונה (לדוגמא מאה שקלים) איננה קבועה. התועלת השולית שאדם מפיק מכספו משתנה בהתאם לכמות הכסף שבידו. השאלה המתעוררת היא מהו כיוונו של שינוי זה – האם התועלת השולית מכסף עולה (קרי ככל שיש בידי הפרט יותר כסף הנאתו מתוספת של מאה שקלים נוספים תהיה גדולה יותר) או פוחתת (כלומר כל יחידת כסף נתונה נוספת מעניקה לפרט פחות הנאה מקודמתה)?

בעבור מרבית בני האדם עושר איננו מטרה בפני עצמו, אלא רק אמצעי למילוי צרכים והגשמת מטרות. לאדם מהישוב, הכנסה גבוהה יותר פירושה צריכת מוצרים משובחים יותר, יציאה לבילויים איכותיים יותר, רכישת ביטחון כלכלי רב יותר וכיוצא באלה. אם כך, ובהנחה שאדם מקצה את כספו באופן רציונלי, כי אז יש להניח שהוא ידרג את השימושים האפשריים בכספו בהתאם להנאה היחסית שהם מקנים לו. תחילה ירכוש את המוצרים או השירותים שנותנים לו את התמורה המרבית עבור כספו, ורק בשלבים מאוחרים יותר ירכוש מוצרים או שירותים שתועלתם מבחינתו פחותה. התוצאה שתיגזר ממדרג זה היא שהנאתו של הפרט מכל שקל נוסף תהיה חיובית אך פוחתת – היא תאפשר לו לרכוש מוצרים או שירותים נוספים (דבר שישפר את מצבו), אך האטרקטיביות של הרכישות מבחינת הפרט תלך ותפחת.

עליו מפני נזק מוסרי. מטבע הדברים, אין בכוונתי להתיימר לחדש בנוגע למחלוקת זאת, ולא בנוגע למחלוקות האחרות הסובבות נושא סבוך זה. לצורך הדיון במאמר זה אשתמש במונח "העדקות פטרנליסטיות" במשמעות צרה, הכוללת בגדרו רק צידוקים הנשענים על הטענה כי קיים פגם סיסטמטי בשיקול הדעת של המהמר המצוי, בין אם מחמת גורמים חיצוניים (כגון מידע חסר, כפייה וכיוצא בזה), ובין אם מחמת גורמים פנימיים (כגון כשלים קוגניטיביים בהליך החשיבה), הגורם לו לפעול באופן שאיננו משרת את מערכת ההעדפות הסובייקטיבית שלו. טיעונים אחרים, החורגים ממסגרת מוגבלת זו, ייבחנו על ידי בהמשך הדברים תחת כותרות אחרות.

37 ביטוי הומוריסטי לכך ניתן על ידי Steve Wynn, יושב ראש מועצת המנהלים של אחד מבתי הקזינו בלאס-ווגאס, אשר הבהיר כי: "If you wanna make money in a casino, own one" (Urbanowicz, *Asupra* note 9).

38 ודוק, טענת חוסר הרציונליות שתיבחן במסגרת פרק זה מתייחסת לכלל ציבור המהמרים, ולא לקבוצה מצומצמת ומוגדרת מקרבו הידועה בכינויה "מהמרים כפייתיים". הדיון בדרך הטיפול הראויה בתופעה ה"מהמר הכפייתי" ייעשה במסגרת פרקים 4 ו-5.

בהלת הביטוח, המצביעה על שנאת סיכון מצד המבטח³⁹, מתיישבת היטב עם ההנחה שהתועלת מכסף פוחתת. תחת הנחה זו, הכספים שעליהם נדרש המבוטח לוותר למען הביטוח היו מאפשרים לו לקנות הנאות פחותות בחשיבותן בהשוואה לכספים שאותם יאבד אם יקרה מקרה הביטוח⁴⁰. לפיכך, כל שקל מתגמולי הביטוח יקר בעיני המבטח יותר מאשר שקל מקביל מדמי הביטוח, ועל כן הוא מוכן לשלם בעבור הביטוח יותר מהמתחייב באופן אקטוארי⁴¹.

לעומת זאת, חדרות ההימור, המצביעה על אהבת סיכון מצד המהמר⁴², מלמדת, לכאורה, דווקא על תועלת שולית עולה מכסף. אם המהמר מוכן לשלם שקל אחד בעבור סיכוי של פחות מאחד למיליון לזכות במיליון שקל, כי אז יש להניח שבממוצע הוא מעריך כל שקל מתוך כספי הזכייה יותר מאשר השקל שהוא נדרש להשקיע. מכאן שהנאות הממוצעת משקל נוסף גדולה מהנאותו מהשקל האחרון שבידיו – כלומר הנאותו השולית מכסף עולה. ההעדפה הנגלית מביטוח, התואמת את ההיגיון הכלכלי, איננה מתיישבת, אם כן, עם ההעדפה הנגלית מנסילות חלק בהימורים. האחת מלמדת על כך שאנו מייחסים פחות חשיבות לכל יחידת כסף נוספת, ככל שעושרנו גדל, ואילו השנייה מצביעה, לכאורה, על עליית חשיבותה של כל יחידת כסף נוספת, ככל שמצבנו הכלכלי משתפר. קו המחשבה שתואר לעיל מוביל, אפוא, למסקנה כי על מנת להסביר את ההשתתפות בהימורים עלינו לוותר, ולו באופן חלקי, על אחת משתי הנחות היסוד של מדע הכלכלה ביחס להתנהגות הפרטים: הנחת הרציונליות של הפרטים, או לחלופין, הנחת התועלת השולית הפוחתת מכסף.

נוכח בחירה זו, ובשים לב לכוח האינטואיטיבי שיש להנחת התועלת השולית הפוחתת מכסף, הפתרון הקל, לטעמי הקל מדי, הוא להתייחס לנסילות חלק בהימור כתוצר של פגם בשיקול דעתו של המהמר. אם המהמר מייחס תועלת שולית פוחתת לכסף, כפי שמלמד ההיגיון הכלכלי וכפי שמעידה בהלת הביטוחים, כי אז לא ניתן לומר שהשתתפות בהימור הנה פעולה רציונלית מבחינתו. במילים אחרות, על פי הסבר זה כשל סיסטמתי בשיקול הדעת של המהמר גורם לכך שפעולותיו אינן תואמות את מערכת ההעדפות שלו עצמו.

39 שנאת סיכון מוגדרת כמצב שבו תוחלת התועלת של הפרט מהגרלה נמוכה מתועלתו מתוחלת ההגרלה, כלומר $U(\sum_i P_i X_i) > \sum_i P_i U(X_i)$ (כאשר $U(\cdot)$ היא פונקציית התועלת של הפרט; P_i ההסתברות למצב עולם i , ו- X_i מצבו הכלכלי של הפרט במצב עולם i), או בלשון אחרת שהתנאה אותה מפיך הפרט מהגרלה מסוימת נמוכה מזו שהיה מפיך לו היה מקבל באופן ודאי את הסכום המייצג את השווי האקטוארי של אותה הגרלה.

40 אם יקרה מקרה הביטוח, יורע משמעותית מצבו הכלכלי של המבוטח, ואז, תחת ההנחה של תועלת שולית יורדת מכסף, כל שקל שיקבל מהביטוח יניב לו יותר תועלת, בהשוואה לשקלים עליהם הוא מוותר כיום, כשמצבו הכלכלי שפיר.

41 העובדה שהביטוח נעשה למען הבטחת המצב הכלכלי בעתיד רק מחזקת את הטענה שהתועלת מכסף פוחתת. כידוע, מקובל להניח כי למרבית הפרטים יש העדפת הווה, ועל כן נכונותם לדחות סיפוקים בהווה למען הבטחת טובתם בעתיד רק מספקת טעם נוסף להאמין, שהערך שהם מייחסים לכל שקל שיקבלו, אם יקרה מקרה הביטוח, רב יותר מהערך אותו הם מייחסים לשקל נוסף במצבם הכלכלי הנוכחי.

42 אהבת סיכון מוגדרת כמצב ההפוך לשנאת סיכון, קרי הפרט מפיך יותר הנאה מהגרלה מאשר מקבלת ודאית של ערכה האקטוארי.

מאחר שהמהמר איננו יכול להתמודד בכוחות עצמו עם פגם זה בשיקול דעתו, הרי שתפקידה של המדינה לגונן עליו, ולמנוע או לפחות להגביל את אפשרות ההימור, בבחינת "הסר מכשול מפני ציור"⁴³.

ודוק, הטיעון שההימור איננו מתיישב עם מערכת העדפותיו הסובייקטיבית של המהמר שונה תכלית שינוי מהקביעה שמרבית המהמרים מצטערים בדיעבד על כך שנטלו חלק בהימור. הן כשמדובר בהימור והן כשמדובר בביטוח, הרי שבדיעבד, לאחר שהסיכון התממש, מרבית הפרטים מגלים כי החווה לא היה כדאי מבחינתם. עובדה זו, הנובעת מכך שלארגון עסקי הימורים ועסקי ביטוח יש עלות, עדיין אין בה כדי ללמד כי גם מלכתחילה (קרי, Ex-Ante) הייתה הפעולה בלתי כדאית מבחינת הפרט. חיינו רצופים מעשים ומחדלים אשר בדיעבד אנו מצרים עליהם, אך אין בכך כדי ללמד שגם מלכתחילה היה עלינו להימנע מהם. בבסיס הטיעון נגד רציונליות ההימור חייבת לעמוד טענה המתייחסת לעצם ההשתתפות בהימור (כלומר טענה הבוחנת את כדאיות ההימור Ex-Ante), ולא לתוצאותיו (קרי כזו הבוחנת את כדאיותו Ex-Post). הטיעון בדבר סתירה לכאורה בין נטילת חלק בהימורים לבין הנחת התועלת השולית הפוחתת מכסף מבקש ללמד על קיומו של פגם בשיקול הדעת בשלב הכניסה להסכם הימורים, ולפיכך, אם לא נוכל להבהירו, יש בו כדי לתמוך באימוץ מדיניות פטרנליסטית.

הדעה כי השתתפות בהימור מקורה בכשל סיסטמתי בשיקול דעתו של המהמר, הגם שהיא אפשרית, הנה מרחיקת לכת. תופעת ההימורים נפוצה עד מאוד – היא חוצה תקופות, תרבויות ומעמדות חברתיים. לפיכך, טרם נבוא למסקנה מרחיקת הלכת לפיה התנהגות כה מצויה, כנטילת חלק בהימורים, איננה רציונלית, מחובתנו לבחון הסברים חלופיים. רק אם נשתכנע כי כל ההסברים הללו אין בהם כדי לספק מענה לפרדוקס ההימור – קרי להבהיר כיצד חדות ההימור והנחת התועלת השולית הפוחתת מכסף יכולים להתקיים בצוותא כחלק ממערכת העדפות של פרט רציונלי הממקסם את תועלתו – ניאלץ לחזור למסקנה מרחיקת לכת זו. למרבה המזל, כפי שאבקש להראות להלן, אין לנו צורך לעשות כן.

ההסברים השונים שיוצגו להלן מתחלקים לארבע קבוצות. חלקם הראשון, מבקש להבהיר את פרדוקס ההימור באמצעות ערעור, ולו חלקי, על הנחת התועלת השולית הפוחתת מכסף; חלקם השני, מדגים כי אם קיימים חילוקי דעות בין פרטים בנוגע להסתברות התרחשותו של אירוע מסוים, כי אז נפתח פתח להסכם הימור שהנו כדאי ורציונלי מבחינת שני המשתתפים; חלקם השלישי, מצביע על כך, שלפחות כשהסתברויות הזכייה נמוכות מאוד, רבים מאתנו מפסיקים לבחון את כדאיות ההימור על פי סיכויי הזכייה הסטטיסטיים, ומעדיפים לבחון אותה במשקפיים סובייקטיביות, כעניין של מזל, גורל או רצון האל; ולבסוף, קבוצת ההסברים האחרונה מבקשת להטעים כי התועלת מההימור איננה מוגבלת לזכייה הכספית בלבד, אלא כוללת גם הנאה מעצם ההשתתפות בהימור.

כל ההסברים הללו הגם חלופיים, אך חשוב להדגיש כבר בשלב זה כי אין הם רלוונטיים במידה שווה לכל מגוון ההימורים הקיים. כך, למשל, בעוד שההשתתפות במשחקי ה"לוטו"

43 ראו: A. Kronman "Paternalism and the Law of Contracts" 92 *Yale L.J.* (1983) 763

למיניהם, מוסברת, לדעתי, בעיקר באמצעות ההסבר הראשון (דחייה חלקית של הנחת התועלת השולית הפוחתת מכסף) וההסבר השלישי (התייחסות לסיכויי זכייה סובייקטיביים), הרי שהשתתפות בהימורי ספורט נובעת, למיטב הבנתי, דווקא מהטעם השני (שוני בהערכת ההסתברות) ומהטעם הרביעי (ההנאה הנובעת מעצם ההימור).

ג.1. דחייה (חלקית) של הנחת התועלת השולית הפוחתת מכסף

פרדוקס ההימור איננו מחייב את מסקנת אי-רציונליות המהמר אם אנו מוכנים לרכך את הנחת התועלת השולית הפוחתת מכסף⁴⁴. אם תועלת הפרט מכל שקל נוסף איננה פוחתת, כי אז הנאתו היחסית מכספי הזכייה עשויה להיות גבוהה מתועלתו היחסית מדמי ההשתתפות בהימור, ולכן, גם אם ההימור איננו כדאי מבחינה אקטוארית, ייתכן שהוא משתלם מבחינת המהמר. ואכן, היו שניסו להסביר את פרדוקס ההימור בדרך זו. כלכלנים בכירים העלו את ההשערה כי תועלתו השולית של הפרט מכסף איננה יורדת בכל התחום, אלא רק בחלקים ממנו⁴⁵. זהו כמובן הסבר אפשרי, אך, עם כל הכבוד להוגיו, ספק אם הוא משכנע. הקושי בקבלת הסבר זה הוא כפול: ראשית, אנשים מהמרים בכל רמת הכנסה, ולפיכך אם נקבל הסבר זה קשה לראות באיזה תחום התועלת השולית מכסף פוחתת⁴⁶. שנית, גם אם נתמקד בפרט מסוים, הרי שאין כל קושי לאתר מקרים שבהם אדם דואג לבטח את רכושו (דבר המעיד כאמור על תועלת שולית פוחתת מכסף), מחד, וגוסל חלק בהימורים (דבר המעיד על תועלת שולית עולה מכסף), מאידך⁴⁷. תצפיות אלה, הגם שאין הן שוללות לחלוטין את האפשרות שהתועלת השולית מכסף איננה יורדת באופן מונוטוני בכל התחום, מקשות מאוד לראות בשינויים בתועלת השולית מכסף הסבר מספק לתופעה הכללית של הימורים. יחד עם זאת, במגוור מסוים של הימורים ייתכן שיש להסבר זה כוח משכנע. כוונתי לאותם הימורים, כדוגמת משחקי ה"לוטו" וה"טוטו" השונים, בהם תמורת השקעת סכום כסף קטן

44 מחקרים רבים מצביעים על כך שפרטים מייחסים ערך שונה לויתור על זכאות לעזמת תשלום עבור רכישתה. לתופעה זו, הידועה בכינויים "אפקט ההקניה" ("Offer-Asking") או "Problem", ראו א' זמיר פירוש והשלמה של חוים (תשנ"ו) 60-71. יש המסבירים תופעה זו, בכך שפונקציית התועלת השולית מכסף עולה (ולא יורדת) כאשר אנו מתקרבים לרמת העושר הנוכחית של הפרט (קרי, בנוגע לתחום בו כמות הכסף שבידי הפרט נמוכה מעושרו הנוכחי). להבהרת טיעון זה ראו א' פרוקצ'יה "הגנה חוקתית על הקנין בראי התאוריה הכלכלית" משפטים כח (תשנ"ז) 621, 651-653. גם אם נקבל טענה זו, הרי שעדיין אין בכך כדי להסביר את תופעת ההימור, שהרי הימור מלמד על אהבת סיכון דווקא בנוגע לאפשרות להגדיל את עושרו של הפרט (קרי, בנוגע לתחום בו כמות הכסף שבידי הפרט גבוהה מעושרו הנוכחי).

45 הראשונים שהציעו פתרון זה היו L.J. Savage & M. Friedman "The Utility Analysis of Choice Involving Risk" 56 Q.J. Econ. (1948) 279. לבחינה מפורטת של הצעתם (והשיפורים שהוכנסו בה בעקבות הביקורת שנמתחה עליה) ראו: M.J. Machina "Expected" Utility Analysis without the Independence Axiom" 50 Econometrica (1982) 277, 280-286.

46 ראו: H. Markowitz "The Utility of Wealth" 60 J. Pol. Econ. (1952) 151.

47 ראו: E. Karni & Z. Safra "Rank-Dependent Probabilities" Working Paper No. 11-88 (Tel-Aviv, 1988) 1, 3.

יחסית רוכש המשתתף סיכוי לקבלת עושר אגדי מבחינתו. במצבים אלה, כך ניתן לטעון, התועלת שהפרט מפיק מהזכייה בהימור איננה מתמצה בעליית כוח הקנייה שלו, אלא כוללת גם את השינוי הדרסטי שיחול במעמדו החברתי בעקבות זכייה זו. ככלות הכול, בעולמנו החומרי, כסף איננו רק אמצעי לרכישת מוצרים ושירותים, אלא גם מרכיב חשוב בקביעת המעמד החברתי של הפרט. המהמר מניח לפיכך, כי זכייה ב"פרס הגדול" (להבדיל מזכויות צנועות יותר) תאפשר לו לא רק לשפר את מצבו החומרי (קרי, תביא להגדלת כוח הקנייה המצוי בידו) אלא גם תגרום לשינוי מוחלט במעמדו החברתי (קרי, תרומם אותו מקרב דלת העם למעמד של אחד משועי הארץ). השילוב שבין שני אלה – יתרונות כלכליים ויתרונות חברתיים – הוא המצדיק בעיניו מתן ערך רב יותר לסיכוי הזכייה מאשר לתוחלת ההימור – או, במילים אחרות, לייחס לכספי הזכייה תועלת ממוצעת העולה על ערך דמי ההימור בעיניו.

התועלת המיוחסת על ידי הפרט לשיפור מצבו החברתי, כמו גם התועלת שהוא מייחס לשיפור במעמדו הצרכני אם יזכה בהימור, איננה נובעת מפגם בהליך שיקול דעתו של המהמר. נהפוך הוא, מדובר במטרה סבירה, אשר כל חברה ליברלית מחויבת לתת לה לגיטימציה. לפיכך, אם שיקול זה הוא העומד מאחורי השתתפות בהימור מסוים, דומה שאין הצדקה לפטרנליזם.

2. הערכה שונה של סיכויי הזכייה בהימור

מקובל להבחין בין שלוש סביבות החלטה⁴⁸:

1. קבלת החלטות בתנאים של מידע מלא – הפרט פועל בסביבה בה ידוע לו בוודאות מה יהיו התוצאות של בחירותיו. בסביבה זו, בה הכול ידוע מראש, לא ניתן לדבר כלל על הימור.
2. קבלת החלטות בתנאים של סיכון (*Risk*) – הפרט מקבל את החלטותיו ביודעו הן מהן התוצאות האפשריות (להבדיל מהוודאיות) של מעשיו והן מה ההסתברות להתרחשותן. בסביבה כזו הימורים בהחלט אפשריים, כפי שמעידים משחקי ה"לוטו" למיניהם, וכן מגוון רחב של משחקי קובייה, רולטה ומכונות הימורים.
3. קבלת החלטות בתנאים של אי־ודאות חלקית או מלאה (*Uncertainty*) – הכוונה לסביבה בה הפרט איננו מודע לתוצאות האפשריות של מעשיו (אי־ודאות מלאה), או שהוא מודע לתוצאות האפשריות, אך איננו יודע מה ההסתברות לכל אחת מהן (אי־ודאות חלקית). הימורי הספורט השונים הם דוגמא בולטת לקבלת החלטות בתנאי אי־ודאות – המהמר, אף אם הוא יכול לתאר את כל התוצאות האפשריות, איננו יודע מהי ההסתברות להתרחשותן.

ההסבר השני, בו אעסוק בתת־פרק זה, מתייחס אך ורק להימורים או התערבויות המתקיימים בסביבה של אי־ודאות (*Uncertainty*). כמובהר, בסביבה זו הפרטים אינם יודעים בוודאות

48 הבחנה זו מיוחסת לכלכלן Knight. ראו: Knight (1921) 19-21. *F. Knight Risk, Uncertainty and Profit*.

מהי ההסתברות להתרחשותו של אירוע מסוים, כדוגמת הסיכוי שהסוס "כוכב הצפון" ינצח במירוץ השלישי שיתקיים היום בסארטווגה, ניו-יורק. עם זאת, אם יש להם עניין בשאלה זו, הרי שהם מגבשים לעצמם הערכות ביחס להסתברותו של אירוע זה על סמך המידע המצוי בידיהם (כגון סיכויי הזכייה שנקבעו לסוס על ידי סוכני ההימורים, הישגיו של "כוכב הצפון" במרוצים בעבר, התאמתו לאורך המסלול, זהות הרוכב (Jockey) והמאמן, הישגי מתחריו בעבר, וכיוצא באלה). מטבע הדברים, בין אם בשל פערי מידע ובין אם בשל הבדלים באופן הערכתו, יש להניח כי הערכותיהם לא תהיינה זהות. חלקם יסברו, שהסיכוי ש"כוכב הצפון" יזכה הוא נמוך, שכן במירוץ משתתף גם הסוס "כוכב הדרום", שכבר הביסו פעמיים בעבר, ואילו אחרים יאמינו שסיכוייו של "כוכב הצפון" לגבור על יריבו טובים עד מאוד, מאחר שהפעם ירכוב עליו רוכב נודע. במצב דברים זה, ההבדלים בהערכת ההסתברות יוצרים מצב שבו קיים הסכם הימור אשר שני הצדדים יהיו מעוניינים לקשור ביניהם (בין אם ישירות ובין אם בתיווכו של סוכן הימורים). כך, למשל, נניח כי אביתר מעריך שסיכוייו של "כוכב הצפון" לנצח הם אחד לארבע (25%) בעוד שאורנה מאמינה שהם אחד לשניים (50%). במקרה זה הימור לפיו אם ינצח "כוכב הצפון" ישלם אביתר לאורנה סכום של אלף דולר, ואם יפסיד תשלם אורנה לאביתר סכום של שש מאות דולר כדאי לשני הצדדים (בהנחה שניתן להתייחס אליהם כאדישים לסיכון)⁴⁹.

למעשה אין כל קושי להוכיח כי בכל מקרה שבו יש הבדלים בהערכת ההסתברות התרחשותו של אירוע מסוים קיימת אפשרות ליצירתו של הסכם הימורים, אשר שני הצדדים, בהנחה שאין הוצאות עסקה, יהיו מעוניינים בו. בעולמנו, שבו קיימות הוצאות עסקה הרי שקיומם של הימורים כאלה מותנה ביחס שבין עלויות ההתקשרות למידת שנת הסיכון ולפערי הערכת ההסתברויות הקיימים בין הצדדים. ככל שעלויות ההתקשרות נמוכות יותר, שנת הסיכון זניחה יותר ופערי ההערכה גדולים יותר, כך רב הסיכוי שיימצא הימור ששני צדדים רציונליים יהיו מעוניינים בו.

קיומו של הימור אשר מתקשרים שונים מעוניינים ליטול בו עמדות (פוזיציות) שונות בשל פערי ההערכה בנוגע להסתברות התרחשותו של אירוע, אף הוא איננו יכול לשמש בסיס להתערבות פטרנליסטית. אדם הפועל על פי הערכתו האישית ביחס להסתברות של אירוע מסוים איננו פועל בצורה בלתי רציונלית, וזאת אפילו אם באופן סטטיסטי הוא צפוי להפסיד מפעילות זו⁵⁰.

49 הן מבחינת אביתר והן מבחינת אורנה תוחלת ההגרלה היא $200\$$.

מבחינת אביתר התוחלת היא: $0.75 \times 600\$ - 0.25 \times 1000\$ = 200\$$

ואילו מבחינת אורנה התוחלת היא: $0.5 \times 600\$ = 200\$$

50 ניתן אף להרחיק מעבר לכך, ולטעון כי אדם הפועל על סמך ניתוח מידע המצוי ברשותו, להבדיל ממי שאין לו כל הבנה או ידע רלוונטיים, איננו מהמר כלל. כך, בדוגמת מרוצי הסוסים המובאת בסקסט לעיל ניתן לטעון כי מומחה לעניין, השם את כספו על סוס מסוים בהתאם לניתוח מקצועי שערך, איננו שונה ממי שמשקיע במכשירים פיננסיים ספקולטיביים. המומחה, בדומה למשקיע, ובשונה מצופה מזדמן שבקיאותו בתחום שולית, איננו מסתמך בעיקר על המזל, אלא נהנה מיכולת מיוחדת לחזות את זהות המנצח. לעניין זה ראו לעיל הערה 14.

ג.3. הערכה סובייקטיבית של סיכויי הזכייה

להבדיל ממצבי אי-הוודאות, במצבים של סיכון יכול המהמר לדעת במדויק מהי ההסתברות האובייקטיבית של הזכייה. כך, למשל, לא דרושה הבנה גדולה במדע הסטטיסטיקה על מנת לחשב את ההסתברות לניחוש שישה מספרים אקראיים מתוך ארבעים וחמש אפשרויות⁵¹. הנחת הבסיס העומדת מאחורי פרדוקס ההימור היא שהמהמר משקלל את התועלת שתצמח לו מזכייה בהימור בהסתברות האובייקטיבית לזכייה, ומשווה את התוצאה שתקבל לתועלת שהוא יכול להפיק מדמי ההימורים. הנחה זו נראית סבירה כאשר ההסתברות הזכייה היא ממשית (לדוגמה הסיכוי לבחור במספר הזוכה ברולטה). מנגד, כאשר ההסתברות הזכייה היא אפסית, דומה שאנו מאבדים כל עניין בהסתברות האובייקטיבית לזכייה. מרבית המהמרים לא יהיו מוכנים לשלם סכום הגבוה פי עשרה בעבור שיפור סיכויי הזכייה שלהם מאחד למאה מיליון לאחד לעשרה מיליון. יתר על כן, לא יהיה זה הימור גדול לטעון כי רוב רובם של משתתפי ה"לוטו" וה"טוטו" יודעים שסיכויי הזכייה הם אפסיים ("בערך כמו הסיכוי להיפגע מברק"), אך אין להם מושג (או עניין) בשאלה מהו הסיכוי שלהם לזכות בפועל. דומה כי כאשר הסיכוי להתרחשותו של אירוע מסוים קטן עד מאוד הפרטים מייחסים חשיבות מוגבלת בלבד להסתברות הסטטיסטית. אנו אמנם עדיין מעוניינים שההסתברות הסטטיסטית לזכייה תהיה גדולה ככל האפשר, אך עיקר תשומת לבנו מוקדשת לכך שהאירוע בו אנו מעוניינים יכול להתרחש. מהרגע שברור לנו כי, מחד, האירוע יכול להתרחש, ומאידך, שההסתברות לכך קלושה, חלקנו הגדול נוטה לראות בזכייה אירוע שאיננו תלוי עוד בהסתברות הסטטיסטית, אלא בכוחות תמימים, כדוגמת רצון האל, מזל או גורל⁵². במילים אחרות, אנו מודעים לכך שמבחינה אובייקטיבית-סטטיסטית הסיכוי שנוכח זניח, אך בוחרים לבסס את החלטתנו בנוגע להגרלה על שיקולים מתחום האמונה. אם יש ממש בהסבר זה, כי אז הסתירה שהוצגה לעיל נפתרת מאליה ביחס למגזר נרחב של הימורים. אם המהמר איננו מנתח את סיכוייו לזכות בהגרלה על פי ההסתברות האובייקטיבית שהיא מעניקה לכל משתתף, אלא על פי אמונתו בקיומה של השגחה עליונה אשר עשויה לפעול למען עניינו, הרי שהערכתו ביחס לסיכוייו לזכות תהיה אופטימית בהשוואה להסתברות הסטטיסטית, והתועלת שהוא ייחס להגרלה תעלה על התועלת האובייקטיבית שיש לייחס לה⁵³.

ייתכן שיימצא מי שינסה לראות בהסבר זה תימוכין לצורך בהתערבות פטרנליסטית להגנת

51. ההסתברות זו היא $(\frac{1}{45!} \times 6) \times 10^8$, כלומר 1 ל-8,145,060.

52. בצורה טכנית יותר, כשמדובר בהסתברויות נמוכות הפרטים לא משקללים את תועלתם מהזכייה בהסתברות האובייקטיבית להתרחשותה, אלא בפונקציה המבטאת את התייחסותם הסובייקטיבית לסיכוי שיזכו. פונקציה זו תלויה גם בהסתברות האובייקטיבית אך לא רק בה. ראו: D. Kahneman & A. Tversky (1979) 263 *Econometrica* "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk" (המנסים לאמוד את פונקציית התועלת הצפויה הסובייקטיבית (subjective expected utility). הנחתם היא שהתועלת מהגרלה ניתנת לייצוג בצורה הבאה: $(P_i) U(X_i)$, כאשר P_i היא ההסתברות לאירוע מסוים, ו- $(\bullet)$ היא פונקציה המייצגת את ההסתברות כפי שהיא נתפסת על ידי הפרט).

53. ראו: Karni & Safra, *supra* note 47, at pp. 9-10.

המהמר. ככלות הכול, יטען הטוען, יש בו כדי ללמד על כשל סיסטמתי בהליך המחשבה של המהמר – הוא מנסה להשיג את יעדיו (עושר כלכלי) תוך התעלמות מהמציאות. הוא מבסס את פעולותיו על הסתברות מדומה, ולא על ההסתברות האמיתית לכך שיוכה⁵⁴. עם כל הכבוד, בעיני טיעון מסוג זה הנו מרחיק לכת יתר על המידה, באשר הוא שולל את זכותו של אדם לבסס את הכרעותיו על אמונותיו⁵⁵. איש מאתנו איננו רשאי לשלול מהמהמר את זכותו לבסס את החלטתו על אמונתו בקיום השגחה עליונה הדואגת לענייניו, או לכנותה הכרעה בלתי רציונלית⁵⁶. האמונה בקיומה של השגחה עליונה משמשת בסיס להכרעות חשובות לאין ערוך מרכישת כרטיס "פיס" – הכרעות שאנו מכבדים ומוקירים כחלק מזכויות היסוד של כל אדם באשר הוא אדם⁵⁷. כיצד זה ניתן לומר לאדם שהחלטתו לסמוך על קיום השגחה

54 פרופ' אייל זמיר הביע את העמדה כי כשלים קוגניטיביים בהליך שיקול הדעת של הפרט, ובכללם הנטייה לאופטימיות יתר (Wishful Thinking), יכולים להצדיק התערבות פטרנליסטית אפילו אם היא נבחנת באספקלריית היעילות הכלכלית העומדת בלבה של אסכולת הניתוח הכלכלי של המשפט. ראו: E. Zamir, "The Efficiency of Paternalism" 84 Va. L. Rev. (1998) 229, 270. טענתי להלן איננה מנסה להתכחש לתובנה חשובה זו, אלא רק להבהיר כי לגיטימי אם "אופטימיות יתר" של הפרט גובעת מעניינים שבאמונה, אין אפשרות להתייחס אליה כאל פגם קוגניטיבי ברציונליות של הפרט. להבהרת טענה זו ראו להלן הערה 56.

55 ראו "בוק" "משחקי קוביא בהלכה העברית ובמשפט המקומי" הפרקליט טז (תש"ך) 47, 57 ("האמונה המיסטית בכוח הגורל – שהיא המניע העמוק לנהייה אחר משחקי קוביא – הנה ביודעין או בלא יודעין, חלק בלתי נפרד מעולמו של אדם בכל הדורות מקדמת דנא").

56 פרופ' זמיר מציע לבחון בשלב ראשון את תועלת הכלל הפטרנליסטי לפי יתרונותיו וחסרונותיו בעבור פרט רציונלי במובן הצר (the preferences she would have had, if only her thin rationality were "perfect"), ובשלב השני להביא בחשבון את עלויות התסכול שהכלל הפטרנליסטי גורם לפרט, על פי הערפותיות הממשית (the frustration costs, which reflects the disutility to the agent from being "treated paternalistically... measured according to any agent's actual preferences" ראו: Zamir, supra note 54, at pp. 259-260, 266-267. ספק בעיני אם הדרישה לרציונליות במובן הצר (thin rationality) גוררת כי הפרט חייב להאמין שהתרחשותו של אירוע עתידי תלויה אך ורק כללי ההסתברות הסטטיסטית. הצבת דרישה כזו הייתה מביאה לזיהוי רציונליות במובן הצר עם אתאיזם, שכן היא הייתה מחייבת את הפרט הרציונלי לשלול כל אפשרות של התערבות חיצונית בתוצאות ההגרלה. יתר על כן, אף אם נניח כי רציונליות במובן הצר פירושה אמונה שסיכויי התרחשות האירוע נקבעים אך ורק על פי כללי ההסתברות הסטטיסטית, הרי שיהיה עלינו לפסול את ההתערבות הפטרנליסטית במסגרת השלב השני. הכפיה על אדם המאמין בקיומו של כוח עליון לפעול כאילו כוח זה איננו קיים היא ללא ספק התערבות חמורה וקיצונית בחירות הפרט, וככזו יש להניח כי רמת התסכול שתגבע ממנה תהיה גבוהה. בין כך ובין כך, דומה שמבחנו של פרופ' זמיר צריך לשלול את האפשרות לחקיקה פטרנליסטית שמטרתה לגרום לפרטים להתעלם מאמונתם בקיומה של השגחה עליונה, ולפעול אך ורק על פי תחשיבים סטטיסטיים.

57 אכן, חוק העונשין כולל איסור על עיסוק שלא למטרות שעשוע במעשי כישוף, לרבות מעשה קוסם והגדת עתידות (סעיף 417 לחוק העונשין), אך נראה שמטרתו של סעיף זה היא מניעת מעשי תרמית ושרלטנות, ולא שלילת הלגיטימיות מהאמונה בנסתר. בשולי הדברים אעיר כי הסעיף דן ב"מתחזה לעשות מעשה כישוף" – האם מכך ניתן להסיק כי המחוקק מכיר באפשרות שאדם יעשה מעשה כישוף מבלי שיהיה מתחזה?

עליונה הנה מוטעית ובלתי רציונלית בהקשר אחד (החלטתו להמר), כשאנו שוללים מכול וכול את זכותה של המדינה להתערב באמונתו בעניין זה בכל הקשר אחר, לרבות כשהדבר מכתוב את הדרך שבה הוא מנהל את חייו ואת השימושים שהוא בוחר לעשות ברכושו⁵⁸?

ג.4. ההנאה מהשתתפות בהימור – הימור כחוויה

אחת מנקודות החולשה הברורות של הטיעון בדבר חוסר רציונליות ההימור היא ההנחה הסמויה לפיה התועלת של המהמר יכולה לנבוע אך ורק מהזכייה בהימור, ולא מעצם ההשתתפות בו. המהמר, כך מניח הטיעון, שוקל את תועלתו מהזכייה בהימור, ומעמידה כנגד עלות ההימור, ולפיכך, אם הוא מייחס תועלת שולית פוחתת לכסף, צריך לדחות כל הימור שאיננו מוטה משמעותית לטובתו. אפס, דרך הסתכלות זו מתעלמת מהיבט מרכזי המאפיין חלק ניכר מההימורים המודרניים – ההימור איננו רק אמצעי להשגת עושר, הוא דרך בילוי אשר עצם ההשתתפות בו נתפסת כחוויה רצויה. אם מביאים בחשבון כי הגנת הפרט ממגזר נכבד של הימורים איננה גובעת רק מהתועלת שהוא עשוי להפיק מכספי הזכייה (כשהיא משוקללת בסיכוי להשיגם), אלא גם מהתועלת שהוא מפיק מהשתתפות בהימור עצמו, כי אז עלינו להודות שהשתתפות בהימור היא רציונלית ממש כמו הליכה למשחק כדורגל, לקונצרט רוק או להצגת תאטרון.

כיצד השתתפות בהימור יכולה להניב תועלת נפרדת מעצם הזכייה? במה שונה ההימור, לעניין זה, מביטוח, אשר רק מעטים יטענו כי יש בעצם רכישתו משום חוויה מהנה? תשובה מלאה על שאלות אלה חורגת מתחום מאמר זה, ולפיכך אסתפק במתן שני כיווני מחשבה מרכזיים⁵⁹, שיש בהם כדי להמחיש כיצד הימור עשוי להפוך ליותר מאשר "אמצעי להעברה נקייה של כסף או מוצרים בין הפרטים"⁶⁰.

1. **הימור כבילוי** – השתתפות בהימור היא, במקרים רבים, נטילת חלק במשחק. אכן, הזכייה במשחק זה מבוססת על מזל יותר מאשר על כישורים או על יכולת, אולם עדיין מדובר בהתנתקות מהמציאות היומיומית, לטובת מערכת מלאכותית של כללים המיועדים ליצור תקוות וריגושים⁶¹. חשיבותו של ההימור כדרך בילוי בולטת במיוחד בעולם כשלנו,

58 שאלה אחרת היא האם ראוי לה למדינה לנסות ולנצל את אמונות הפרטים בקיומה של השגחה עליונה לצורך הגדלת רווחיה. בעניין זה שותף אני לעמדתו של חברי ד"ר בריק מדינה, לפיה "רשויות השלטון אינן רשאיות לבגוד באמון שניתן להן, ולנצל את מצוקתו של הציבור על ידי גביית מסים באמצעות מכירת חלומות". ב' מדינה "מוכרי החלומות": על הממשלה למשוך ידה מארגון משחקי הימורים" **הארץ** 16.6.1997.

59 פרט לשני כיווני מחשבה אלה ניתן להציע גם מסלולים אחרים דרכם תורם ההימור לתועלת הפרט. כך, למשל, הציע Goffman לראות בהימור מעין מבחן אופי המאפשר לפרט להוכיח לעצמו, ולסביבתו, שביכולתו לעמוד במצבי לחץ. ראו: D.M. Downes *Gambling, Work and Leisure* (London, 1976) 14-19.

60 כדעתו של: P. Samuelson *Economics* (New-York, 11th ed., 1980) 398. לגישה אחרת הרואה בהימור מוצר בעל ערך ראו: H. Aranson & R.L. Miller "Economic Aspects of Public Gaming" 12 *Con. L. Rev.* (1980) 822, 823.

61 ראו: Downes, *supra* note 59, at pp. 11-14.

המתאפיין בנטייה להגדלת ודאות, והפחתת סיכונים. נטייה זו מתיישבת היטב עם הפחד הטבוע במרבית בני האדם מפני הרעה בלתי צפויה במצבם, אך מאידך היא מדחיקה צורך נפשי אחר – החיפוש אחר אתגרים וריגושים. במציאות זו, ההימור מהווה שילוב אידאלי בין צרכינו המתנגשים – מחד, הוא מוסיף לנו סיכונים וריגושים, אך מאידך אין הוא יוצר תחושת חוסר ביטחון או אבדן שליטה. ניתן לסכם ולומר כי עבור רבים ההימור הוא יציאה מבורכת מהשגרה ומהודאות, אבל באופן מבוזבז וסנתטי⁶².

מטבע הדברים, לא ניתן לתאר את כל סוגי ההימורים הקיימים כבילוי וכך למשל ספק אם אדם הממלא כרטיס "לוטו" נהנה מעצם ההשתתפות במשחק, עם זאת אני סבור שחלק ניכר מהם עונה על תיאור זה. כך לדוגמא, הליכה לקזינו היא ודאי, בעבור חלק ניכר מהמבקרים, חוויה מהנה, ולא דווקא דרך מהירה אל העושר. כך גם משחקי הקלפים הביתיים, אשר במסגרתם אין לדוב סיכוי להרוויח סכומי כסף ניכרים, אך הם נפוצים עד מאוד, ומהווים לפיכך דוגמא ברורה למצב בו ההימור נתפס כדרך בילוי.

2. **הימור כמוצר מסייע** – גם אם ההימור, כשהוא עומד בפני עצמו, איננו מסב תועלת מיוחדת לפרט, הרי שיתכן כי שילובו במסגרת אירוע מסוים תביא להגדלת התועלת שמפיק המהמר מהאירוע. בולטת במיוחד מבחינה זו תועלתם של הימורים במסגרת תחרויות ספורט למיניהן. התועלת שמפיק אדם מהתבוננות במירוץ סוסים או בתחרות אגרוף תלויה, בין השאר, במידת העניין שיש לאותו פרט במירוץ או בתחרות. לעתים למתבונן יש עניין בתחרות בשל אהבתו לספורט שבו מדובר, או אהדתו לאחד המתחרים⁶³. עם זאת, במקרים רבים המתבונן אדיש לשני אלה, ואז דרך יעילה להוסיף עניין מצדו היא לאפשר לו ליצור לעצמו אינטרס כספי בתוצאות התחרות באמצעות הימור על אחד המתמודדים⁶⁴. הסבר דומה נכון גם לגבי מרבית משחקי הקלפים – מידת העניין והרצינות של המשתתפים והצופים עולה בצורה משמעותית כשיש להם אינטרס כספי בתוצאת המשחק⁶⁵.

62 הכלכלן הנווד Knight בחר במילים הבאות כדי לתאר את הצורך האנושי באתגרים ובריגושים: "[W]e spend as much ingenuity in getting into trouble as in getting out... A man who has nothing to worry about immediately busies himself in creating something, gets into some absorbing game, falls in love, prepares to conquer some enemy, or hunt lions or the North Pole or what not". F. Knight *The Ethics of Competition* (2nd ed., 1936) 32. בהסכמה על ידי: R. Coase *The Firm, the Market, and the Law* (Chicago, 1988) 4.

63 במצב שבו למתבונן אהדה לאחד המתמודדים יכול הימור כספי נגד אותו מתמודד לשמש כמעין "ביטוח" כנגד הצער הכרוך בהפסד של אותו מתמודד. עם זאת, מאחר ש"הימור נגדי" עשוי לבטא חוסר אמון במתמודד, יש להניח כי אין מדובר בתופעה נפוצה.

64 השוו: Downes, *supra* note 59, at p. 15. למען האמת, צריך מידה בלתי מצויה של אהבה לסוסים על מנת ליהנות מאירוע, הנמשך כחמש שעות, במסגרתו אחת לחצי שעה לערך, תבורה של שמונה סוסים, הנראים להדיוט היושב ביציע המרוחק דומים להחריד, מקיפים בריצה מהירה, הנמשכת פחות משתי דקות, מסלול עפר.

65 מטבע הדברים, קיומו של אינטרס כספי יוצר לא רק הנאה במקרה של זכייה, אלא גם אכזבה ותסכול במקרה של הפסד. עם זאת, לפחות כשמדובר באינטרס כספי מוגבל בהיקפו, דומה שהעיקר איננו ההנאה מהזכייה, או הצער על ההפסד, אלא עצם הריגוש הכרוך בהשתתפות הרגשית האקטיבית באירוע.

באותם מקרים בהם ההימור נתפס כדרך בילוי – חוויה הכורכת ריגושים והנאה (הגם שלא בהכרח התמודדות אינטלקטואלית) – הרי שקשה למצוא הצדקה פטרנליסטית להוצאת כוח הבחירה מידי של הפרט. בחירתו של הפרט בהימור מבטאת את דרך הבילוי שהועדפה על ידו, ואין היא שונה מצפייה בתכנית טלוויזיה, מהליכה למשחק כדורגל או מהתבוננות בהצגת תאטרון. התערבות מערכת המשפט בבחירה זו איננה יכולה להתבסס על רצונו המשוער של המהמר – אם היא מוצדקת עליה להתבסס על שיקולי תקנת הציבור.

ג.5. סיכום פרק ג' – היעדר הצדקות לפטרנליזם

פרק זה הוקדש לבחינת השאלה האם קיים פגם סיסטמטי בשיקול דעתו של המהמר המצוי היכול להצדיק אימוצה של מדיניות פטרנליסטית. תשובתי החד-משמעית על שאלה זו היא שלילית – עבור אדם מן היישוב הימור הנו פעולה רציונלית המתבצעת בהתאם למערכת הערכותיו, העדפותיו ואמונותיו. התערבות חברתית בהכרעתו איננה מהווה, לפיכך, תיקון התואם את העדפותיו האמיתיות של המהמר, אלא כפיית מערכת חיצונית של סטנדרטים חברתיים על המהמר. במילים אחרות, הגבלת חופש הפרט להמר איננה יכולה להתהדר בטיעון שהימור איננו פעולה רצויה מבחינת המהמר עצמו, אלא עליה להיות מבוססת על שיקולי תקנת הציבור.

ודוק, לעתים מזומנות נשמעת הטענה כי הימורים הם בגדר "משחק של שוטים" ("Suckers" Game) ממנה עשויה להשתמע, אולי, המסקנה כי טוב תעשה המדינה אם תמנע מ"השוטים" מליפול למלכודת שההימור טומן להם. אם כוונת הדברים לכך שרק "שוטה", קרי אדם שבינתו נסתתרה ממנו, עשוי להמר, כי אז דומני שהדיון לעיל מלמד שהטענה מוטעית מיסודה. לא יכול להיות ספק שאדם המהמר בתנאי אי-ודאות מאחר שהערכתו לגבי ההסתברות שונה משל חברו איננו בגדר שוטה, ודברים דומים אמורים גם בנוגע לעני המהמר במטרה לשפר את מצבו החברתי, לאדם המאמין בקיומה של השגחה עליונה, או למי ששואב הנאה מפן המשחק הטמון בהימור. לעומת זאת, אם כוונת הדברים לכך שאדם הפועל אך ורק במטרה למקסם את רווחיו הכספיים יימנע מלהמר, כי אז ייתכן שיש ממש בטענה. עם זאת, כשלעצמי, אין זה ברור כלל אם הכינוי "שוטה" לא צריך לדבוק דווקא באדם שכזה.

פרק ד': הצד החברתי – שיקולי תקנת הציבור להגבלת הימורים

אם הטלת מגבלות על הימורים איננה נדרשת על מנת להגן על המהמר מפני עצמו, עדיין ייתכן שהיא נדרשת לשם הגנת האינטרס החברתי. בהקשר זה ניתן להבחין בין ארבעה טיעונים שונים המבקשים ללמד כי קיים אינטרס חברתי בהגבלת הימורים: ראשית, הימור יוצר סיכון מלאכותי מיותר, אשר איננו רצוי בחברה השואפת להפחית סיכונים. שנית, השתתפות בהימורים איננה יצרנית, וחמור מכך, היא פוגעת בערכי מוסר העבודה. שלישית, תופעת ההימורים מצויה בעיקר בקרב שכבות חלשות, ומאחר שההימור איננו משתלם כלכלית, היא מביאה להגדלת הפערים החברתיים. ולבסוף, הימור הוא תופעה ממכרת, ומתן לגיטימציה לתופעה זו יוביל להגדלת מספר המהמרים הכפייתיים. להלן נציג ונבחן כל אחד מטיעונים אלה כסדרם.

ד.1. הימורים ויצירת סיכון מלאכותי

אדם המשקיע את כספו בהימור ממיר סכום ודאי בהסתברות כלשהי לזכות בסכום גבוה יותר. זוהי יצירת סיכון, ויש הסוברים כי היא, כשלעצמה, איננה רצויה מבחינה חברתית⁶⁶. דומה שאין קושי לענות על הטענות מוצג בצורה פשטנית זו. לקחת סיכונים מהווה חלק בלתי נפרד מחיינו, וככזו אין בה כל פגם. אדם הפותח עסק משקיע סכום ודאי בתמורה לרווח בלתי ודאי, או, במילים אחרות, יוצר סיכון. אכן, כל בעל עסק היה שמח לו יכול היה להבטיח את הרווח בוודאות, אך כך גם מרבית המהמרים. בחיי המעשה קיימת לעולם תחלופה (Trade Off) בין רווח לביטחון, ולפיכך המעוניין ביותר רווח צריך לחשוף את עצמו ליותר חוסר ביטחון (קרי, ליותר סיכון)⁶⁷.

טיעון משוכלל מעט יותר יאמר כי אנו מוכנים, כחברה, לתת גושפנקא לפעולות המגדילות את הסיכון לו חשופים הפרטים, אך זאת רק כאשר בצדו של סיכון זה מצוי סיכוי מוגדל לרווח. לעומת זאת, כאשר מדובר בהימור, אין נטילת הסיכון מלווה בהגדלת תוחלת הרווח למהמר (נהפוך הוא, בתוחלת המהמר מקבל חזרה פחות משהשקיע), או לחברה בה הוא חי. התשובה לטיעון זה היא שאת הרווח שמפיק הפרט מההימור לא ניתן לבחון בדיעבד, ועל פי תקבולים כספיים בלבד. תועלת זו יש לבחון מראש ובאופן סובייקטיבי. כפי שהדיון בפרק ג' לעיל מלמד, מבחינת המהמר נטילת הסיכון צפויה להניב רווח (בצורת הנאה מוגברת, סיכויים לשיפור מעמדו החברתי וכיוצא באלה), ואם כך, הרי שלא ניתן לטעון שלפנינו מצב של יצירת סיכון מבלי שיהיה בצדו סיכוי לרווח.

זאת ועוד, כפי שצוין בפרק ג.4. לעיל, נראה שנטילת סיכונים הנה צורך קיומי הטבוע ברבים מאתנו. אם אכן כך, כי אז ניתן לראות בהימור דרך מועילה ובלתי מוזיקה למילוי צורך פנימי זה – ממש כשם שניתן לראות בפעילות ספורטיבית דרך מועילה להוצאת תוקפנות ואגרסיה. ככלות הכול, ההימור מבוצע בסביבה מבוקרת, אין הוא מביא לגרימת נזק לזולת⁶⁸, ואף למהמר עצמו אין הוא נושא, לרוב, נזק של ממש. אם מביאים בחשבון יתרונות אלה, הרי שבהשוואה לדרכים אחרות ליצירת סיכונים וריגושים, כדוגמת ענפי ספורט מסוכנים, נהיגה מהירה וכיוצא באלה, מתן אפשרות להמר היא בגדר "הרע במיעוטו".

ד.2. הימורים ופרודוקטיביות

דומה כי הטענה המוסרית המרכזית נגד משחקי הימורים היא שמדובר בפעילות חסרת תועלת מבחינה כלכלית, הגורמת לבזבוז משאבים, והכרוכה בפגיעה בערכים חברתיים חשובים, שהבולט בהם הוא מוסר העבודה⁶⁹. למעשה ראוי לחלק טענה זו לשני מרכיביה:

66 למשל ראו: S. Borne & J. Lowry "Gambling and Speculation" 6 *J. Business Ethics* (1987) 219, 223 (המפנים לגישתו של Mackenzie לפיה הימור איננו מוסרי מאחר במסגרתו האדם מוציא מידיו את השליטה בגורלו, ומפקירה ביד המקרה).

67 על השינוי שחל בתפיסת דיני החוזים את נושא ה"סיכון" בעקבות השינויים שחלו בגישה החברתית- הכלכלית לנושא של "נטילת סיכון" ראו: 14 *supra* note Kreitner.

68 היו שטענו כי הימור הנו אקס אנטי-חברתי מאחר שההנאה של הזוכה כרוכה בהכרח באובדו של המפסיד. ראו: 66 *supra* note Borne & Lowry. טיעון זה נראה קלוש, ובכל מקרה אין הוא תופס ביהם להימורים המתקיימים בין פרט למארגן הימורים מקצועי.

ד.2.א. השתתפות בהימורים היא בזבוז משאבים, שמן הראוי היה להפנותם לנתיבים

פרודוקטיביים יותר

בימי עבר מקובל היה לטעון נגד הימורים כי הם מביאים לבזבוז חסר תוחלת של משאבי המהמר, ועל כן מוטב לאוסרם על מנת לכפות על המהמר לחפש דרכים ראויות ומועילות יותר לניצול זמנו וממונו.⁷⁰ מטבע הדברים, השאלה מהן המטרות המועילות בהן ראוי לאדם להעסיק עצמו השתנו מעת לעת, ומחברה לחברה. כך, למשל, בשנת 1541 הטיל מלך אנגליה הנרי השמיני איסור גורף על הימורים (למעט בימי תג המולד), וזאת במטרה לעודד את העיסוק באומנות הקשת.⁷¹

החברה הליברלית בה אנו חיים מתאפיינת בכך שאין אנו מכתבים לפרט כיצד ואיך ראוי לו לנצל את זמנו וממונו. על פי האידאל הליברלי "morality requires that we respect the person and property of others, leaving them free to make their lives as we are left free to make ours".⁷² נוכח תפיסה זו, ספק אם הטיעון, כי ראוי לה לחברה לאסור על העיסוק בהימורים על מנת לחייב את הפרט להשקיע את משאביו בעיסוקים מועילים יותר, נושא כיום כוח משכנע.

ד.2.ב. השתתפות בהימורים פוגעת בערכי מוסר העבודה

לטיעון בדבר חוסר פרודוקטיביות ההימור ניתן גם גוון שונה. במקום להתמקד בהשפעת ההימור על פרודוקטיביות המהמר עצמו, ניתן להתמקד בהשפעתו האפשרית על ערכי המוסר המקובלים בחברתנו. מזווית ראייה זו הפסול בהימור איננו בזבוז המשאבים כשלעצמו, אלא הפגיעה בערכי היסוד של המוסר הפוריטני (Puritan Ethic) – אותה תפיסה לפיה ראוי לו לאדם שהנאותיו ינבעו ממאמציו שלו, ולא מיד המקרה.⁷³ אליבא דגישה זו, הסיכון הגדול הטמון במתן היתר לקיום הימורים הוא בכך שהדבר פותח בפני הפרטים צוהר להתעשרות

69 ראו עניין רומנו, לעיל הערה 12, בע' 358: "פן אחד של ההתמכרות למשחקי מזל הוא פן ההתעשרות בלא מאמץ ויגיע כפיים. התעשרות הכרוכה כולה במזל היא תופעה חברתית הנחוצה כתופעה לא בריאה. היא מעודדת תופעה של פרויטניות והשתעבדות לדרך חיים שבה הפרט אינו נדרש למצות את יכולתו הפיזית והמנטלית בדרך התורמת לעצמו ולחברה". כן ראו: Shalev, *supra* note 14, at p. 427; Borne & Lowry, *ibid*; Miers, *supra* note 34, at pp. 34-35.

70 כך, למשל, הקולוניות האמריקאיות הראשונות התנגדו לכל פעילות לא יצרנית, ועל כן אסרו לא רק על הימורים אלא גם על ריקוד, שירה והליכה בלתי נחוצה בימי ראשון. ראו: M. Browne & V. Morrison & K. Jennings "The Role of Ethics in Regulatory Discourse: Can Market Failure Justify the Regulation of Casino Gaming?" 78 *Neb. L. Rev.* (1999) 37, 39 and note 6.

71 "to stimulate interest in archery by preventing waste of time over other games" ראו בוק, לעיל הערה 55, בע' 52.

72 C. Fried *Contract as Promise - A Theory of Contractual Obligation* (London, 1981) 7.

73 ראו: G. Geis *Not the Law's Business* (1979) 222 (צוטט על ידי: Miers, *supra* note 34, at pp. 34-35) נראה כי לכך התכוונה ועדת בנימין כהן בציינה כי "השתתפות בהגילה, הימור או משחק עלולה לשבש אצל אדם את סולם הערכים החברתי הנכון" (דו"ח ועדת בנימין כהן, לעיל הערה 2,

פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים

שהנה לכאורה קלה ומהירה, וכי סיכוי מתעתע זה עלול להביא לפגיעה בדבקותם בנתיב העבודה והעמל החיוני לקיומה של כל חברה בריאה.

השאלה עד כמה, ובאילו נסיבות, ניתן וראוי לה לחברה להגביל עיסוק הפוגע בתפישות מוסריות ראויות (כדוגמת זנות, פרסומי תועבה או מופעי חשפנות) מעוררת שאלות חוקתיות ומוסריות קשות וסבוכות. לצורך הדיון הנוכחי מוכן אני להניח כי בידי החברה הזכות להגן על ערכי המוסר שלה באמצעות הגבלת חירויות הפרט. גם כך, ספק בעיני אם הטענה המוצגת לעיל משכנעת בהווה הישראלית העכשווית.

ראשית, ספק גדול אם עקרונות המוסר הפורטיני מהווים אבן יסוד בחברה הישראלית של ימינו. בעידן ה-"Start-Up" השאיפה להתעשרות מהירה לא רק שאיננה מילת גנאי – היא תמצית התקוות והשאיפות של מיטב הנוער. לטוב ולרע, מדינת ישראל בעשור השישי לקיומה איננה נשענת עוד על התפיסות הערכיות שאפיינו את תנועת העבודה, ולפיכך הטענה כי דווקא באיסור על הימורים מבקש המחוקק הישראלי לחזק עקרונות מוסר אלה נשמע תלוש ממציאות חיינו.

שנית, קשה לקבל ברצינות את הטענה שהגנת מוסר העבודה עומדת לנגד עיני המדינה בהטלת ההגבלות על העיסוק בהימורים, שעה שהיא עצמה פוגעת ללא רחם בעקרונות אלה בפרסומת המסיבית הניתנת מטעמה למשחקי ההימורים הציבוריים.

3.7 הימורים ופערים חברתיים

הגם שתופעת ההימור נפוצה בכל רבדי החברה, הרי שסוגים מסוימים של הימורים נפוצים בעיקר בקרב השכבות החלשות. ההערכות מדברות על כך שלפחות רבע מהמהמרים בבתי קווינו בארצות הברית הם קשישים⁷⁴, ולכול ברור שרבים מהמשתתפים במשחקי ה"לוטו" וה"טוטו" הם בעלי הכנסות נמוכות⁷⁵. נתונים אלה אינם מפתיעים, בשים לב לכך שחלק מהסיבות שבעטיין הפרטים מהמרים (כגון רכישת סיכוי לעתיד טוב יותר) פועל במיוחד על בני השכבות החלשות. מאחר שבסופו של יום, הימורים מפחיתים בתוחלת את רכוש המהמר, הרי שהמסקנה המתבקשת היא שמתן היתר להימורים מובילה להגדלה נוספת של הפערים החברתיים.

בע' 1. כן ראו יובל, לעיל הערה 5 ("אני רואה בכל תכנית הימורים, ועל אחת כמה וכמה כזו שיש לה גושפנקא ממלכתית, כניעה מבישה ופסולה לחולשות אנוש. מדינה הרואה עצמה כמדינה האחראית לרמתם האנושית, ולא רק לרווחתם החומרית, של תושביה חייבת להתרחק ממנה. במקום לחנך את הציבור שלא לסמוך על המזל ולשכנעו כי במדינה מסודרת הכסף שמגיע לכיסו של האזרח הוא תמורה לתרומה שלו בעבודה, במחשבה יצירתית, או בהשקעה של כספו, מלמדת אותו מערכת ההימורים שיש מקור נוסף לכסף: המזל").

74 ראו: R. Rychlak "The Introduction of Casino Gambling: Public Policy and the Law" 64 *Miss. L.J.* (1995) 291, 354.

75 ראו: Aranson & Miller, *supra* note 60, at pp. 836-839, ובכללם משחקים כדוגמת הלוטו והטוטו, הם בעלי אופי רגרסיבי, כלומר, באופן יחסי להכנסתם, אנשים בעלי הכנסה נמוכה נוטים להשקיע בהימורים יותר מאשר בעלי הכנסה גבוהה.

טיעון זה מעורר מספר קשיים. ראשית, חלק מסוגי ההימורים, כדוגמת משחקי השולחן בקזינו, הגם פרוגרסיביים באופיים⁷⁶. עובדה זו מלמדת כי הטיעון שעניים מהמרים באופן יחסי יותר מעשירים הוא פשטני מדי. הלכה למעשה, דומה שפן המשחק שבהימור קוסם לעניים ולעשירים כאחד, אך ידם משגת לסוגים שונים של משחקי הימורים. לפיכך, דווקא המשטר המשפטי הקיים כיום בארץ, המגביל את היצע ההימורים למשחקים בעלי אופי רגסיבי מובהק, הוא שעשוי להביא להגדלת הפערים החברתיים. שנית, השפעתם של הימורים על הפערים החברתיים מחייבת התייחסות לא רק לזהות המהמרים, אלא גם לדרך החלוקה של ההכנסות מהימורים. אם הכנסות אלה מוזרמות בעיקר להעסקת עובדים, פיתוח סביבתית ותשלום מסים, כי אז ייתכן שבסופו של דבר הן יתרמו להקטנת הפערים החברתיים. מאידך, אם הן מוזרמות בעיקר לכיסיהם של בעלי השליטה והמנהלים הבכירים, כי אז יש סיכוי סביר להגדלת הפערים החברתיים⁷⁷. שלישית, אף בהנחה שהימורים הם רגסיביים באופיים, הרי שהדבר גובע מכך שהם משרתים בעיקר את צורכי השכבות החלשות. במצב דברים זה, הטיעון שהממשלה צריכה למנוע הימורים על מנת להביא לצמצום הפערים החברתיים, משול לטיעון שעליה להביא להפסקת פעילות ליגות הכדורגל, מאחר שחלק ניכר מהמבקרים במגרשים, המשלמים ממיטב כספם, אינם נמנים על השכבות המבוססות.

4.4 המהמר הכפייתי

ולבסוף, טעם מרכזי להטלת מגבלות על הימורים יכול להימצא בצורך של הציבור להילחם בתופעת המהמר הכפייתי. במאמר שפרסם לפני כארבעים שנה תיאר השופט בוק תופעה זו, אותה הוא מכנה בשם "קלפנות", במילים הבאות⁷⁸:

"הקלפנות – כמוה כשתיינות – יסודה בדחף יצרי עז, המשתלט על האדם וכופהו לשחק תוך שכחה עצמית גמורה בלי שים לב לצורכי מזון ושינה, לשיקולי מעמד וכבוד אישי או לאיסורי מוסר ומשפט. תוך זניחה מוחלטת של כל יתר ענייניו (לרבות בני ביתו) נסחף

76 ראו: Aranson & Miller, *ibid*, *ibid*. כך, למשל, "מודל האירופי" של בתי קזינו אקסקלוסיביים, אשר הימור בהם מחייב הודעות ועמידה בקודי לבוש והתנהגות, מיועד מלכתחילה לבני השכבות העשירות, וממילא הכנסותיו הן פרוגרסיביות באופיין. להשוואה בין "המודל האמריקאי" ל"מודל האירופי" ראו דו"ח ועדת גביש, **לעיל** הערה 2, בע' 13-17, 39-41.

77 בספרות האמריקאית ניתן למצוא התייחסות נרחבת להשפעות הסביבתיות של הימורים, ובמיוחד להשפעה של פתיחת בתי קזינו על הכלכלה המקומית. לסקירה עדכנית ראו: Browne & Morrison & Jennings, *supra* note 70, at pp. 52-57, 63-74. השלכות אלה, ובעיקר פגיעה בעסקים קיימים, עלייה בשכר העבודה וברמת המחירים, ופיתוח מואץ המביא לשינוי באופיו של האזור, צריכות להוות שיקול מרכזי בעת קביעת סוג עסקי ההימורים אותם ראוי לאפשר באזור נתון (נושא בו ראוי לתת משקל מרכזי לעמדת הרשות המקומית). עם זאת, קשה לראות כיצד יש בשיקולים אלה כדי להשפיע על הדיון בנושא העקרוני בו עסקינן – האם יש הצדקות למבנה הקיים של שוק ההימורים הישראלי.

78 בוק, **לעיל** הערה 55, בע' 49-50. השופט בוק מבהיר כי במונח "משחקי קוביא" כוונתו ל"כל משחק לשם רווח כספי שהזכייה בו תלויה בעיקר בגורל ולא בכשרון" (שם, בע' 47).

הקלפן בעל כורחו יותר ויותר למשחקי הקוביא, שבהם הוא רואה את התקווה האחרונה אשר תחלצוהו מתהום האכזבה והיאוש שבהם הוא נתון. אולם המשחק, כמעגל קסמים, מחרף ומעמיק יותר ויותר את רגשי האכזבה והיאוש, ודוחף את הקלפן מדחי אל דחי. אין ספק כי הקלפנות הנה ביטוי של הפרעה נפשית עמוקה הדורשת את טיפולה בידי מומחה למחלות הנפש, אשר ידע לחלץ את הקלפן ממעגל הקסמים של אכזבות ויאוש שבו הוא נתון, ולהחזירו אל אורח חיים תקין של עמל ויצירה⁷⁹.

נוכח תופעה זו, ואף שקיימת הסכמה כללית כי היא מאפיינת רק מגזר מוגבל ומצומצם של הציבור אשר נוטל חלק בהימורים⁸⁰, יש הסוברים כי אמנם "האיסור המשפטי לבדו איננו מכשיר יעיל למדי לביעור נגע הקלפנות, שיסודו עמוק בנבכי נפש האדם, אולם הוא תנאי ראשון שבלעדיו לא תצלח כל דרך אחרת לביעורו"⁸¹.

אינני פסיכולוג ולא סוציולוג, וממילא אין בכוונתי לעסוק במובנה הפסיכולוגי או בהשלכותיה הסוציולוגיות של תופעת ה"מהמר הכפיתית". לצורך הדיון נוכל להניח כי אכן, כתיאורו של השופט בוק, המדובר בתופעה בלתי רצויה מבחינה חברתית, אשר קיים הכרח חברתי להתמודד עמה, הן על מנת להגן על המהמר עצמו, והן במטרה למנוע פגיעה בקרובים לו ובאינטרס החברתי⁸². השאלה בה ארצה להתמקד היא באיזו מידה יש בתופעה זו כדי להצדיק הטלת מגבלה גורפת על העיסוק בהימורים. לשון אחרת, האם מניעת נגישות למשחק על ידי "מהמרים כפיתיים" (או אנשים שיש להם פוטנציאל להפוך ל"מהמרים כפיתיים") יש בה כדי להצדיק מדיניות האוסרת על כלל הציבור עיסוק בהימורים.

קביעת עמדה ביחס לשאלה האם, בעניין נתון, הגנת המעטים מצדיקה הטלת מגבלה על הרבים תלויה לא רק בעמדות מוסריות, אלא גם בנתונים אמפיריים: מהו היחס בין המיעוט לרוב? מהו הסיכוי ששינוי במדיניות יביא להחמרת הבעיה? מהי האפקטיביות של המדיניות הקיימת? וכיצד באלה. בהיעדר הסכמה על נורמות מוסריות ועל בסיס נתונים אמפירי ממילא לא ניתן לשלול עמדה זו או אחרת. עם זאת, ניתן להצביע על מספר נתונים ושיקולים שיש בהם כדי לתחליש במידה רבה את ידי אלה הטוענים שמוצדק להטיל איסור גורף על הימורים במטרה להילחם בתופעת ה"מהמר הכפיתית":

79 שם. שם. כן ראו עניין רומנו, **לעיל** הערה 12, בע' 358 ("הפן האחר של ההתמכרות [להימורים] עניינו בסכנות הרוח-אסון להפסדים כספיים מפליגים היוצאים מגדר שליטה. מצבים כגון אלה עלולים למוטט את המתמכר ובני משפחתו, ולהופכם לתלויים במקורות הסעד של החברה. הם עלולים לדרדר את המתמכר לפשיעה כדי להקנות את תוצאות הפסדיו. ההתמוטטות הכלכלית של הפרט משתלבת גם עם יצירת סיכון לשלום הציבור ובטחוננו וההשלכות הקשות מכל אלה הם בגדר הנפצה").

80 כך, למשל, מבחין השופט בוק בין ה"קלפן" או ה"קוביוסטוס" ל"שאר המתבדרים במשחקים שונים (ומשחקי קלפים בכללם)", ומבהיר כי "אין נקרא קלפן מי שמשחק בקלפים לעיתים מזומנות על סכום כסף צנוע ובמשך זמן סביר" (בוק, שם, בע' 47).

81 בוק, שם, בע' 51.

82 השלכותיה של תופעה זו על היקף הפשיעה תיבחנה במסגרת הפרק התמישי. ראו סעיף ה.2. **להלן**.

1. ההערכות הקיימות במדינות בהן ניתן להמר באופן חוקי, כדוגמת ארצות הברית, ביחס להיקף התופעה של "הימור כפייתי" כוללות כל נתון בין 0.5%⁸³ ל-15%⁸⁴ מהאוכלוסייה. אפילו דו"ח NGISC⁸⁵, איננו פותר תצלומה זו. הערכות הוועדה הן ש-1.5% מהאוכלוסייה יהיו מהמרים כפייתיים בשלב מסוים של חייהם, וכי 0.9% מהאוכלוסייה סובל גם מבעיה זו במסגרת שנה נתונה. עם זאת, הוא מצייין כי אמינות הערכות אלה (הנשענות על מחקר טלפוני בהיקף מוגבל) אינה מספקת, וכי נדרש מחקר נוסף על מנת לאמתן⁸⁶. בלתי ברורה עוד יותר ההשפעה שיש למתן הכשר חוקי על היקף הבעיה. למרבה הצער, אין דו"ח NGISC מתייחס לשאלה זו. מצב דברים זה נובע בחלקו מקושי מעשי לקבוע מיהו "מהמר כפייתי". "הימור כפייתי", כתופעה שראוי להילחם בה, איננו מאופיין על פי תדירות הפעילות, אלא על פי יכולת השליטה של המהמר על דחפו⁸⁷. ייתכן שבלשון יום-יום נתאר אדם המשחק גולף שלוש פעמים בשבוע כ"שחקן גולף כפייתי", אך ברור שאיש מאתנו לא יסבור שאותו אדם סובל מהפרעת אישיות המחייבת את הגבלת חופש הבחירה שלו. דברים דומים יש לומר גם בנוגע להימור. אדם המשתתף דרך קבע בהימורים איננו סובל בהכרח מהפרעת אישיות – ייתכן שפשוט זוהי דרך הבילוי החביבה עליו. לפיכך, על מנת להעריך באופן הוגן את היקף התופעה של "הימור כפייתי" יש מקום לבחון לא מהו אחוז המהמרים באופן קבוע, אלא מהו מספר האנשים אשר אינם יכולים לשלוט על דחף ההימור⁸⁸. הרשו לי להמר כי בדיקה מסוג זה תגלה כי תופעת ה"הימור הכפייתי" איננה נפוצה ביותר (וכפי שמעיד דו"ח NGISC), וממילא אין בה כדי להצדיק שימוש באמצעי הדרסטי של הטלת איסור גורף על הימורים על כלל האוכלוסייה.

זאת ועוד, נטייה גוברת והולכת בחברה המודרנית היא להגדיר תבניות התנהגות החוזרות על עצמן כהתנהגות כפייתית. כך, למשל, יש המאפיינים פרטים הנוהגים לרכוש מוצרים בתדירות גבוהה כתגובה לאירועים שליליים בחייהם כ"צרכנים כפייתיים"

83 ראו: Aranson & Miller, *supra* note 60, at p. 840 ("Best estimates are that compulsive gamblers represent less than one half of one percent of the population of the United States")

84 לסקירה ראו: Rychlak, *supra* note 74, at pp. 336-342; Browne & Morrison & Jennings, *supra* note 70, at pp. 47-48

85 NGISC, *supra* note 6, ch. 4, at pp. 1-8

86 *Ibid*, *ibid*

87 "הימור פתולוגי" ("pathological gambling") מוגדר על ידי האגודה האמריקאית לפסיכיאטריה כ-"impulse control disorder", והוא מאופיין כ-"a chronic and progressive failure to resist impulses to gamble and gambling behavior that compromises, disrupts, or damages personal, family or vocational pursuits" (*American Psychiatric Association Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (Washington 3rd ed., 1980) 291)

88 האגודה האמריקאית לפסיכיאטריה הגדירה עשרה מאפיינים (כגון אבדן שליטה, הכחשה, קשיי גמילה, נכונות לסכן יחסים משמעותיים, ביצוע מעשים פליליים למימון הימורים וכיוצא בזה), אשר הימצאות חמישה מהם מביאה לאבחון אדם כ-"pathological gambler". אדם שאינו עומד בתנאי זה, אך מתקיימים בו חלק מהמאפיינים, מוגדר לרוב כמי שסובל מ-"gambling problem".

”Compulsive Shopping” או ”Oniomania“). כל עוד הגדרה זו ושכמותה (כגון ”אכלון כפייתי“) נותרות בתחום מדעי ההתנהגות, ומשמשות כלי לאבחון ולטיפול בפרטים המעוניינים לשנות את הרגליהם, כי אז אין לראות בהן כל פסול. לעומת זאת, מרגע שהגדרות אלה חוצות את הקווים לתחום המשפט, ומשמשות בסיס לטעונוי מדיניות שונים ומשונים (החל מהצדקת פיקוח ציבורי וכלה במתן פטור מאחריות פלילית⁸⁹), כי אז סבורני שיש להתייחס אליהן בהירות רבה. כשם שאין אנו מטילים פיקוח על פעילות צרכנית אך ורק משום שחלק מהפרטים חש צורך פנימי לרכוש מוצרים בהיותם מדוכדכים, כך גם לא ניתן להטיל מגבלה גורפת על הימורים, אך ורק מאחר שלפרטים אחרים יש נטייה להמר במצבי משבר. אנו מצפים מבני החברה שיוכלו לעמוד בפני לחצים ודחפים שהנם בני כיבוש – מטבע הדברים, דרישה זו רלוונטית בנוגע להימורים כשם שהיא רלוונטית בנוגע לצריכת מוצרים אחרים⁹⁰.

2. בעת האחרונה אנו עדים לגידול משמעותי באפשרויות למצוא פורקן לתאוות ההימור מחוץ לגבולות ישראל. אדם החפץ להמר בקווינו איננו נדרש עוד להרחיק עד למונטנה קרלו או ללאס-ווגאס, אלא ביכולתו, בעלות מינימלית, לנסוע לבית הקווינו בטאבה (ועד לאחרונה, גם לזה ביריחו), או לחלופין, לעלות על סיפונה של ספינת הימורים המפליגה מאילת אל מחוץ למים הטריטוריאליים של מדינת ישראל. לא זו אף זו, העצלנים שבין המהמרים יכולים להשביע את תאוותם בנוחות מכורסת המחשב, וזאת באמצעות אתרי אינטרנט מגוונים ההולכים ומשתכללים במהירות חסרת תקדים⁹¹. אל מול מציאות משתנה זו, הטענה כי להגבלה על פתיחת עסקי הימורים בתחום ישראל יש השפעה של ממש על מספר הישראלים שהנם ”מהמרים כפייתיים“ נשמעת אנכרוניסטית. נהפוך הוא, ניתן לטעון כי דווקא הגדלת היצע ההימורים בתחום ישראל יכולה לסייע לא רק במניעת בריחתו של מטבע זר מהמדינה, אלא גם בהגברת הפיקוח והשליטה על תופעת ה”הימור הכפייתי”⁹².

89 ראו פסקי דין המאוכרים בו: Rychlak, *supra* note 74, at p. 335 and note 281.

90 הטענה כי ”הימור כפייתי” איננו מצדיק התערבות רגולטורית, ממש כשם ש”צרכנות כפייתית” איננה מצדיקה התערבות שכזו, מוצגת בצורה משכנעת על ידי: Browne & Morrison & Jennings, *supra*, note 70.

91 NGISC מקדישה לנושא של הימורים באינטרנט פרק שלם בדו”ח שהגישו. ראו: NGISC, *supra* note 5, ch. 6. לפי ההערכות, ההכנסות מהימורים באינטרנט הכפילו את עצמן בין השנים 1997 ל-1998 (מ-300 מיליון דולר ל-651 מיליון דולר על פי הערכה אחת, ומ-445.5 מיליון דולר ל-919.1 מיליון על פי הערכה אחרת), ועל פי תחזית אחת הן צפויות להגיע לכדי 2.3 מיליארד דולר בשנת 2001. בשונה מהקו השולט בדו”ח, הממליץ להותיר שיקול דעת נרחב למדינות ולרשויות המקומיות (בכפוף להמלצה לגופים אלה ”לעצור ולחשוב“), הרי שבנושא ההימורים באינטרנט המלצות הוועדה הן חד-משמעיות ומופנות לממשל הפדרלי. בעיקר בשל חוסר היכולת לפקח על זהות המשתמשים, המלצת הוועדה היא כי הממשל הפדרלי יאסור כל סוג של הימורי אינטרנט שלא קיבל עד עתה הכשר חוקי. ראו: NGISC, *ibid*, ch.5, at pp. 5-12. אפשרות ההימור באמצעות האינטרנט מעוררת בעיות אכיפה סבוכות החורגות מתחום הדיון הנוכחי.

92 זהו הבסיס המרכזי לעמדתה העקרונית של ועדת גביש בעד הקמת קווינו. ראו במיוחד דו”ח ועדת גביש, **לעיל** הערה 2, סעיפים 2 ו-3 לתמצית הדו”ח ובע’ 28-29.

3. הנטייה המודרנית היא לנסות ולטפל בתופעות של התמכרות באמצעות טיפול נקודתי במתמכר, ולא בדרך של הטלת הגבלה כוללת על מוצרים שעלולה להיות להם השפעה ממכרת. כך, למשל, מאז הניסיון האמריקאי הכושל לטפל בבעיית השתייה בדרך של הטלת איסור משפטי (Prohibition), מקובל כי יש לטפל באופן נקודתי בבעיית השכרות (שהיקפה עולה בהרבה על היקף בעיית ההימור הכפייתי⁹³), ולא לאסור באופן גורף על שתיית משקאות אלכוהוליים. בדומה, אני סבור שאימוץ אמצעים שמטרתם הגנה ממוקדת על המהמר הכפייתי, כדוגמת הגבלת גובה האשראי המועמד על ידי מארגני הימורים, איסור על שיתוף קטינים ואנשים המוכרים כמהמרים כפייתיים וכיוצא באלה, בצירוף מתן סיוע סוציאלי ופסיכולוגי מצד רשויות הרווחה למהמרים כפייתיים, מהווה דרך ראויה יותר מזו הנהוגה כיום על מנת להתמודד עם תופעת ה"קלפנות"⁹⁴.

4. קיומם של הימורים ממלתיים חוקיים במדינת ישראל, אשר לפחות לחלקם עלולה להיות השפעה ממכרת, מעמיד בספק את הטיעון שמטרת המדינה להגן על "מהמרים כפייתיים" פוטנציאליים. אם אכן תופעת ה"קלפנות" היא נגע חברתי שיש למנועו אפילו במחיר של הטלת איסור גורף על הימורים, מדוע זה המדינה מקיימת מנגנון מתוחכם ומשומן של משחקי מזל, אשר מטרתו המוצהרת היא עידוד השתתפות הציבור בפעילות הימורים? האם התועלת המפוקפקת המופקת מכספי המהמרים יש בה כדי להצדיק עידודה של תופעה פסולה, אשר המלחמה בה מצדיקה הטלת איסור גורף על הימורים פרטיים?

5. סיכום פרק ד' – חולשת הטיעונים החברתיים נגד הימורים

בחינת הטיעונים החברתיים להגבלת הימורים, הגם שאינה מובילה למסקנות חד-משמעיות, מצביעה על כך שההתנגדות להימורים נשענת, במקרים רבים, על טיעונים מעורפלים, תחושות בטן או רתיעה מוסרית. יתר על כן, חלק ניכר מהטיעונים החברתיים נגד הימורים איננו מתיישב עם קיומה של תעשייה פורחת ומשגשגת של הימורים בחסות המדינה. ניתן בדוחק להבין את עמדתו של מי שטוען כי הגנת ערכי מוסר העבודה, הקטנת פערים חברתיים, ומניעת התופעות השליליות הכרוכות ב"הימור כפייתי" יש בהם כדי להצדיק עמדה חברתית השוללת מכול וכול קיומם של הימורים, אך כיצד ניתן להסביר מדיניות אשר, מחד אוסרת על הימורים פרטיים, ומאידך תומכת ומקיימת מערכת משומנת של הימורים ציבוריים? נושא זה יבחן להלן במסגרת הפרק החמישי.

93 ראו: NGISC, *supra* note 6, ch. 4, table 3-4 (14.1% מהאמריקאים סובלים מתלות באלכוהול בשלב כלשהו של חייהם, ו-7.2% סובלים מבעיה זו במהלך כל שנה נתונה).

94 להמלצות בעניין זה ראו: *ibid*, ch. 4, at pp. 19-20 (המלצות הכוללות יצירת מנגנון מדינתי לפיקוח על התופעה, איסור על מתן שירות למהמרים כפייתיים, הפניית מהמרים כפייתיים לטיפול פסיכולוגי, הכללת הטיפול הפסיכולוגי במהמר הכפייתי בביטוח הרפואי, הקצאת תקציבים לחינוך, הכשרה וטיפול בתופעה של הימור כפייתי, וכיוצא בזה).

פרק ה': צד ההיצע - האם קיימות הצדקות לקיומו של מונופול ממשלתי?⁹⁵

השאלה מהי מידת ההתערבות הרצויה של הממשלה במשק נתונה, כידוע, במחלוקת חריפה, ותלויה בעמדתו החברתית והפוליטית של הכותב⁹⁶. לצורך הדיון הנוכחי אניח כי הצדקות של מונופול ממשלתי, והעדפתו על פני משטר של רישוי, מצריכה, כתנאי מינימום, להצביע על כך שקיים יתרון משמעותי לכלל הציבור מקיום מונופול ממשלתי (כגון שללא קיומו של המונופול הממשלתי לא ניתן יהיה לקיים את השירות לאורך זמן), או, לחילופין, שקיים חיסרון משמעותי במתן אפשרות ליזמות פרטית - חיסרון אשר אפילו משטר של רישוי לא יוכל לפתור (לדוגמא, יצירת מוקדי כוח פרטיים העלולים לסכן את יציבות השלטון). להלן אבחן האם אחת מחלופותיו של תנאי זה מתקיימת ביחס לצד ההיצע של שוק ההימורים.

ה.1. הימורים כמקור הכנסה

הפוטנציאל הגלום בהגדרות כאמצעי לגיוס כספים למטרות ציבוריות ידוע מזה מאות שנים. הקולוניות האמריקאיות, שחלקן הגדול נודע בתפיסותיהן הפוריטניות ובהתנגדותן המוסרית להימורים, לא בחלו בהם כאמצעי לגיוס כסף לשם בנייתם של מפעלים ציבוריים, ובשלב מאוחר יותר אף למימון מלחמת העצמאות. במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה שימשו הכנסות מהגדרות למימון בנייתן והרחבתן של מרבית האוניברסיטאות המכובדות בארצות-הברית, לרבות Harvard, Yale ו-Princeton, ולאחר מלחמת האזרחים נעשה בהן שימוש לצורך מימון שיקום מדינות הדרום⁹⁷. לפיכך אין להתפלא על כך שבימינו נתפסים הימורים בחסות ממשלתית כדרך ראויה וצודקת לגיוס כספים למען מטרות ציבוריות נאורות כגון חינוך, תרבות, ספורט, שימור המורשת הלאומית, שיפור רווחת החיילים וכיוצא באלה. היותם של הימורים מקור הכנסה למימון מפעלים ציבוריים מוביל לטיעון האפשרי הבא: הימורים, ככלל, הם תופעה בלתי רצויה, אשר מחובתה של החברה להילחם בה. עם זאת, כאשר נעשה בהימורים שימוש כדרך לגביית כספים למטרות חברתיות רצויות, הרי שיש להשוות את נזקה לנזקים הכרוכים בדרכי מימון חלופיות, כדוגמת מסים, והשוואה זו עלולה להביא לאימוץ מדיניות הרואה במימון באמצעות הימורים את "הרע במיעוטו". במילים אחרות, יתרונותיהם של ההימורים כמקור הכנסה יכולים לשמש צידוק לקיומם של הימורים ממשלתיים, וזאת גם בעיניו של מי שרואה בהימורים, ככלל, תופעה פסולה שראוי לאסור עליה.

95 הדיון בפרק זה מבקש לבחון האם יש הצדקה למבנה המשפטי הקיים במדינת ישראל במסגרתו, בהריגים חסרי משמעות, מותרים רק הימורים בחסות ממשלתית. במסגרת הנוכחית לא אביע עמדה ביחס לשאלה האם, ובאיו מידה, ראוי לה למדינה להביא להפרטת פעילות ההימורים המותרת כיום.

96 לסקירת העמדות הבסיסיות ראו: F. Block "The Roles of the State in the Economy" *The Handbook of Economic Sociology* (N. Smelser & R. Swedberg eds., 1994) 691-710.

97 ראו: A. King "Public Gaming and Public Trust" 12 *Conn. L. Rev.* (1980) 740, 741; Rychlak, *supra* note 74, at pp. 299-301.

לא ניתן לחלוק על כך שלשימוש בהימורים כמכשיר לגיוס כספים למטרות ציבוריות יש יתרונות, שהבולט בהם הוא שאין מדובר במס כפייה. המהמר הוא זה שבחר להשקיע את כספו בהימור, ולפיכך אין המדינה מצטיירת בעיניו כמי ששולחת את ידה הארוכה לתוך כיסו. לאפקט פסיכולוגי זה מצטרפת העובדה שמדובר במס ניטרלי יחסית מבחינה כלכלית – קרי שיטת מימון שאין בה כדי לעוות את החלטות הפרטים והפירמות. למרות זאת, אני סבור שיש לדחות מכול וכול את הטענה שהיותם של הימורים מקור הכנסה למימון מפעלים ציבוריים יכולה לשמש הצדקה למונופול הממשלתי הקיים בשוק ההימורים.

ראשית, קבלת הטיעון הערכי כי ניתן להכשיר את השימוש בהימורים בשל תרומתם לקופה הציבורית, יש בה כדי להצדיק לא רק הכרה בהימורים בחסות ממשלתית, אלא גם מתן היתר לקיום הימורים פרטיים. ככל פעילות כלכלית רווחית, גם הימורים פרטיים צריכים להיות מושא למיסוי, והניסיון האמריקאי מוכיח כי גם בדרך זו ניתן להעשיר בצורה משמעותית את הקופה הציבורית. לפיכך אם הגדלת הכנסות המדינה היא תרופת פלא המרפאת את "החולי הערכי" בהימורים, הרי שהיא טובה נגד הימורים בחסות ממשלתית והימורים פרטיים במידה שווה.

שנית, דווקא אלה הסבורים שיש פסול ערכי בהימורים צריכים להתנגד יותר להימורים בחסות ממשלתית מאשר להימורים פרטיים. מעורבות מוגברת של הממשלה בהימורים עשויה להצטייר בעיני הציבור כמתן הכשר מוסרי להימורים, מחד⁹⁸, ויש בה כדי להפחית במידה משמעותית את אפקטיביות הפיקוח הממשלתי על עסקי ההימורים, מאידך. לפיכך, המעוניין בשמירת הקו הערכי של התנגדות להימורים, ובאכיפה מסיבית של הפיקוח על ניהולם, צריך לתמוך דווקא ביצירת נתק בין הממשלה לאמרגני ההימורים (קרי, בהפרטתם).

שלישית, בצד יתרונות ההימור כמקור הכנסה ניטרלי מרצון, יש לו חיסרון בולט – לעתים קרובות זהו מקור הכנסה רגרסיבי, קרי "מקור הכנסה" שהנטל שלו נופל בעיקרו על השכבות החלשות באוכלוסייה. כפי שצוין לעיל, ההימורים המותרים כיום במדינת ישראל פוגים בעיקר לשכבות הפחות מבוססות בחברה הישראלית, ולפיכך, בניגוד לרצוי, מדובר בגיוס כספים המתבצע בעיקרו מקרב מעוטי היכולת⁹⁹.

חיסרון זה של ההימורים כמקור הכנסה הנו משמעותי במיוחד לאור המתכונת בה מתנהלים ההימורים בחסות ממשלתית כיום, וזאת משני טעמים: ראשית, המטרות החיוביות להן מיועדים הרווחים משמשות כיום בידי המדינה אמצעי למשיכת המהמר והרגעת מצפונו – ובדרך זו הן מתריפות עוד יותר את הקושי הטמון בשימוש באמצעי גבייה בלתי צודק¹⁰⁰.

98 יתר על כן, ריבוי הפרסומות להימורים בחסות ממשלתית, אשר חלקן משודר באמצעי תקשורת ממלכתיים אשר פרסומת אסורה בהם, כדוגמת גלי צה"ל והערץ הראשון של הטלוויזיה, יוצר רושם שהממשלה לא רק נותנת הכשר לקיום הימורים, אלא אף מעודדת אותם באופן אגרסיבי.

99 ראו סעיף ד.3. לעיל, וכן: Miers, *supra* note 34, at pp. 500-502 (המציב על כך שבאמצעות-הברית ובקנדה נמצא שמשחקי לוטו מסילים מס שהנו רגרסיבי באופיו). יצוין כי במדינות אחרות, כדוגמת אנגליה, נשמעה גם הטענה כי השקעת הכספים במטרות כגון קידום האומנויות תורמת יותר לרווחת השכבות המבוססות. ראו: Miers, *ibid*, *ibid*. ספק אם טענה זו תופסת גם בישראל.

100 ראו מדינה, לעיל הערה 58 ("הציניות מבוטאת גם בשימוש אשר נעשה בכספיהם של החולמים, לצורכי ציבור שונים. השימוש הזה בכספים נועד להרגיע את חשדותיהם של המתחכמים מבין רוכשי החלומות:

פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים

שנית, הכספים הנותרים בידי מארגני ההימורים לאחר ניכוי ההוצאות השונות אינם מוזרמים לתקציב המדינה, ומנוצלים באופן מבוזר על פי סדר העדיפויות הלאומי¹⁰¹, אלא מופקדים בידי מארגני ההימורים, שהם גופים ציבוריים חוץ-תקציביים, לשם הקצאתם בהתאם לקריטריונים הנקבעים על ידם¹⁰². במצב דברים זה, ספק גדול בעיני אם ניתן לראות בהכנסות מהימורים משום דרך מימון שהיא בגדר "הרע במיעוטו".

ה. הימורים פרטיים ופשיעה

קיימים מספר טיעונים סטנדרטיים שמטרתם להראות כי יזמות פרטית בשוק ההימורים סופה שתוביל לפגיעה בציבור המהמרים: בחלק ניכר ממחקרי ההימורים השליטה על סיכויי הזכייה נתונה בידי המארגן, ועל כן קיים חשש למעשי הטעיה ומרמה¹⁰³; למארגני הימורים פרטיים אינטרס כלכלי ביצירתן של תקוות שווא בלב המהמרים ולפיכך, פתיחת השוק

אכן הסיכוי לזכות קלוש, אבל כספי מיועד למטרה 'טובה', ולכן איני צריך להעמיק חקור בנבכי נפשי, האין אני נופל למלכודת. זהו מעשה ציני, משום שחברה מאורגנת אמורה לממן פעולות ציבוריות שונות באמצעות גבייה צורקת ככל האפשר של מסים".

101 ועדת בנמיץ כהן מציינת כי הזרמת רווחי ההימורים לאוצר "מתקבלת מאד על הדעת", "מונעת כפילויות" ומתיישבת עם "עקרון מקובל של המנהל הציבורי התקין, והוא שלהכנסות ראוי שלא יהיה יעוד פרטני". למרות כל המעלות הללו נמנעת הוועדה מלהמליץ על שינוי זה מאחר ש"אפילו מן האוצר שמענו כי הצעה מרחיקת לכת כזו, השומטת כליל את השטיח מתחת למוסדות כה מושרשים ובעלי מצדדים כה רבים, כמפעל הפיס וכמועצה להימורים בספורט, אין לה שום סיכוי להתקבל" (דו"ח ועדת בנמיץ כהן, **לעיל** הערה 2, בע' 12).

102 ביחס למועצה להסדר ההימורים בספורט, שהנה תאגיד סטטוטורי, קריטריונים אלה כפופים למגבלות ולמנגנוני פיקוח שנקבעו בחוק. סעיף 9 בחוק להסדר ההימורים בספורט, קובע כי הרווחים ישמשו ל"קידום ולפיתוחם של תרבות הגוף, החינוך הגופני והספורט בישראל", ומגדיר, בקווים כלליים ביותר, כיצד ולמי יחולק. בנוסף, המועצה להסדר ההימורים בספורט כפופה לביקורת מבקר המדינה (סעיף 3 לחוק) ותכנית העבודה השנתית שלה טעונה אישור שר האוצר, שר החינוך וועדת הכספים של הכנסת (סעיף 9(ב) לחוק). מנגד, הפיקוח הממשלתי על מפעל הפיס פחות בצורה משמעותית. מפעל הפיס הוא חברה בע"מ, אשר הוקמה על ידי מספר רשויות מקומיות (תל-אביב, ירושלים, חיפה, חולון, רעננה והרצליה), והכנסותיה משמשות "למתן מענקים או הלוואות לרשויות מקומיות ולגופים אחרים לשם הקמת מבנים למוסדות חינוך ובריאות, שיפוצם, תחזוקתם וציודם" (בג"צ 126/84 **גלברצ' נ' מפעל הפיס**, פ"ד לט(4) 68, 71). בפסג הדין נקבע שמפעל הפיס איננו כפוף לסמכות בג"צ כגוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין, אולם גם אם הלכה זו איננה עוד לעמוד לאור ההתפתחויות שחלו בנושא פיקוח בג"צ, ואפילו אם ייקבע שמפעל הפיס כפוף לכללי המשפט המנהלי, עדיין יש ליכוד כי תקציבו איננו טעון אישור גורם ממשלתי כלשהו (ראו הסתייגויות השופט בנמיץ כהן (אליהן הצטרף חבר הוועדה דוד וינשל) בדו"ח ועדת בנמיץ כהן, **שם**, בע' 33).

103 בשונה ממוצרים או שירותים אחרים, הטיה זו קשה במיוחד לגילוי, מאחר שהיא נוגעת לא לעצם התרחשות האירוע, אלא רק לסיכוי שיתרחש. מבחינה זו קיים דמיון בין הימור ללקיחת תרופה – הלקוח הבודד איננו יכול לדעת האם המוצר שניתן לו אכן יביא לשיפור מצבו בהסתברות המובטחת על ידי היצרן. רק פיקוח ציבורי, המאפשר התייחסות למצבור מקרים, יכול לוודא את ההסתברות הסטטיסטית של הצלחתו.

לגורמים פרטיים עלולה להביא לפרסומת בלתי מרוסנת¹⁰⁴, להגדלת צריכת הימורים על ידי בני נוער וקשישים¹⁰⁵, וכיצא באלה תופעות שליליות שמעורבות ממשלתית עשויה למנוע. אין ספק כי לטיעונים אלה יש להתייחס במלוא הרצינות בשעת עיצובו של ההסדר המשפטי – עם זאת, דומה שהם מצדיקים משטר של רישוי, ולא מונופול ממשלתי. מאפייניו הייחודיים של שוק ההימורים מחייבים פיקוח ממשלתי. עם זאת, פיקוח זה יהיה יעיל ואפקטיבי דווקא ככל שההפרדה בין מארגני ההימורים לגורם המפקח תהיה גדולה יותר. מכאן, שהגבלת השוק להימורים בחסות ממשלתית לא רק שאיננה מהווה פתרון ראוי לכשלים הללו – היא עלולה להביא להחרפתם¹⁰⁶.

טיעון אחר, שכוח השכנוע שלו בהקשר זה גדול יותר, הוא הצבעה על הקשר הקיים בין הימורים פרטיים לפשיעה. קשר זה יכול להתבטא בשלוש צורות עיקריות:

ראשית, קיימים מחקרים המצביעים על כך שעסקי הימורים מסוימים, בעיקר בתי קזינו, מביאים להגדלה משמעותית בשיעור הפשיעה המקומית¹⁰⁷. עם זאת, הממצאים בעניין זה אינם קושרים באופן ברור בין פעילות ההימורים לפשיעה הגוברת¹⁰⁸.

מטבע הדברים, כל פעילות המביאה להגדלת העושר הכלכלי של האזור, מושכת אליו תיירים ומגדילה את תקציבי המשטרה המקומית, תביא לגידול בנתוני הפשיעה באזור. מעובדה זו לא ניתן להסיק שיש בהימורים פרטיים נזק השונה בטיבו מזה שעשוי להתלוות לפתיחת קניון מצליח או כל אטרקציה תיירותית אחרת¹⁰⁹.

שנית, אם הגדלת היצע ההימורים תביא להחמרה משמעותית בהיקף בעיית "המהמר הכפייתי", הרי שיש לצפות לעלייה מקבילה בפשיעה, שכן "מהמר כפייתי", ממש כמו אלכוהוליסט או מכור לסמים, מועד יותר ליטול חלק בפעילות עבריינית על מנת לממן את

104 ראו: Miers, *supra* note 34, at pp. 500-502.

105 ראו: Browne & Morrison & Jennings, *supra* note 70, at pp. 47-50.

106 ראו: Miers, *supra* note 34, at p. 516.

107 במחקר מקיף שנערך באחרונה בארצות הברית נמצא כי כשלוש עד ארבע שנים לאחר פתיחת בתי קזינו

במחוז נתון היה גידול של כ-8% בשיעור הפשיעה באותו מחוז. המחקר מעריך כי העלויות הכרוכות

בגידול בפשיעה שקולות לכ-25%-30% מהכנסות בתי הקזינו. ראו: E. Grinols & D. Mustard & C. Dilley "Casino, Crime and Community Costs" [http://www.terry.uga.edu/~dmvstard/

casinos.pdf] (last visited on 17.1.2002).

108 דו"ח NGISC מסכם סוגיה זו במילים הבאות: "Taken as a whole, the literature shows that communities with casinos are just as safe as communities that do not have casinos" (NGISC,

supra note 6, ch. 7, at p. 14).

109 ראו: Browne & Morrison & Jennings, *supra* note 70, at pp. 71-73. תופעה שלילית נוספת

המאפיינת עסקי הימורים היא גידול שוק האשראי האפור. עם זאת, בעיני הבעיה המרכזית איננה עצם

קיומם של מלווים בריבית קצוצה (ככלות הכול, פעילות זו, כשלעצמה, איננה בלתי חוקית), אלא

העובדה שפתיחת בתי קזינו עשויה להגדיל את ההיוקקות לשירותיהם של מלווים כאלה. לדידי הפתרון

לבעיה זו הוא בשני מישורים: ניסיון להתמודד ישירות עם בעיית המהמר הכפייתי, מחד; והטלת הגבלות

על שוק האשראי האפור, כדוגמת אלה שנקבעו בחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, תשנ"ג-1993,

מאידך.

תאווה¹¹⁰. הגם שלא ניתן לשלול לחלוטין טיעון מסוג זה, הרי שספק אם ניתן להצדיק באמצעותו את האיסור הגורף על הימורים פרטיים. מבחינה אנליטית הוא משול לטיעון כי על מנת להפחית את אחוז הפשיעה רשאית המדינה לאסור על מכירת משקאות בידי גורמים פרטיים, שכן בדרך זו תביא לצמצום היצע המשקאות המשכרים, ובכך תצמצם את מספר המכורים למשקה בישראל. דומה שאין צורך להרבות במילים על חוסר סבירותו של טיעון מסוג זה.

ולבסוף, בעקבות הניסיון האמריקאי, בו היו אלה אנשי העולם התחתון אשר שלטו בתעשיית ההימורים במשך שנים רבות, קיימת תחזית לפיה ויתור המדינה על שליטתה בשוק ההימורים תביא להשתלטותם של גורמים עברייניים על ענף זה¹¹¹. כשלעצמי, תחזית זו איננה משכנעת. היא לא התגשמה באנגליה, משהותרו שם ב-1968 הימורים פרטיים¹¹², ומוזה למעלה מעשרים שנה גם אין היא מייצגת, ככל הנראה, את המתרחש בארצות-הברית¹¹³. נהפוך הוא, סביר להניח שדווקא מתן היתר לנהל עסקי הימורים חוקיים במדינת ישראל, יביא לצמצום משמעותי בהיקפה של תופעת ההימורים הבלתי חוקיים¹¹⁴.

תחת המשטר המשפטי הקיים זקוק מארגן הימורים פרטי (שהנו, באופן הגדרתי, עבריון) לסודיות, להגנה מפני מתחרים, להגנה מאנשי החוק ולשירותי גביית חובות. כל הדרישות הללו מחייבות הפעלת מידה זו או אחרת של אלימות, ומאחר שאנשי העולם התחתון הם גורמים המספקים שירות זה לפעילויות בלתי חוקיות, הקשר בינם לבין מארגני ההימורים הבלתי חוקיים הוא הכרחי ומידי. לעומת זאת, כאשר ארגון הימורים הוא עסק חוקי, הרי שמחד למארגני ההימורים אין צורך בסודיות ובהגנה מפני אנשי החוק, ומאידך שירותי הגנה מפני מתחרים ושירותי גביית חובות מסופקים להם על ידי המדינה. לפיכך, אין הם

110 ראו: NGISC, *supra* note 6, ch. 7, at pp. 12-14 ("Not surprisingly, the findings reveal that many problem and pathological gamblers steal or commit other crimes to finance their habit").

111 כך, למשל, שר האוצר הנוכחי, סילבן שלום, מראשי הלובי נגד הקמת קינו בנגב, העריך בשעתו כי "הפשע ירוכו סביב הקינו" (ראו זרחה, **לעיל** הערה 3). לבחינת הקשר בין הימורים לפשע מאורגן בארצות-הברית ראו: R. King *Gambling and Organized Crime* (1969).

112 ראו: Miers, *supra* note 34, at p. 36.

113 ראו: W. Eadington "Gambling: Socioeconomic Impacts and Public Policy" 556 *The Annals of The American Academy of Political and Social Science* (1998) 53, 58 ("in the past quarter century, most organizations involved in offering gambling services have been either publicly traded corporations or - in the case of lotteries - government bodies. For the most part, such organizations have achieved good reputations with respect to issues of honesty and integrity. Furthermore, regulatory agencies charged with overseeing gambling operations have developed a degree of professionalism and competence that has also added to public confidence").

114 יצוין כי בבריטניה: "Commercial gambling was legalized primarily because it was thought that public sector regulation would eliminate the externalities of illegal betting and gaming markets" (Miers, *supra* note 34, at p. 491).

זקוקים עוד לאנשי העולם התחתון לצורך ניהול עסקיהם¹¹⁵. אמנם, תמורת שירותי המדינה נגבה מהמארגנים תשלום (בצורת מסים), אך סביר להניח שתשלום זה יהיה נמוך מדמי החסות הנגבים על ידי אנשי העולם התחתון¹¹⁶.

יתר על כן, בשל קיומם של יתרונות לגדול בשוק ההימורים הבלתי חוקיים, היו שטענו כי היווצרותו של פשע מאורגן שלובה ונובעת מהאיסור על קיום הימורים פרטיים. כאמור, תחת המשטר המשפטי הנוהג בישראל כל הפועל בשוק ההימורים הפרטיים הנו, באופן הגדרתי, עבריין, ובגלל קיומם של יתרונות לגדול סביר להניח כי עבריינים אלה יתאחדו, וכך נקבל "פשע מאורגן". הדגש בטיעון זה הוא על כך שבשל אופיו הדינמי של תהליך היווצרות הפשיעה, הטלת איסור משפטי על קיום הימורים לא רק שאיננה פוגעת בפשע המאורגן – היא מועילה ליצירתו ולקיומו¹¹⁷.

מנגד, משטר של רישוי הצליח, הן בארצות-הברית והן באנגליה, למנוע (או לפחות לצמצם בצורה משמעותית) את מעורבותם של גורמים עברייניים בשוק ההימורים החוקיים¹¹⁸, ובצד זאת הביא, ככל הנראה, להפחתה של ממש בעסקי ההימורים הבלתי חוקיים¹¹⁹. לאור זאת, סביר להניח שגם מהיבט זה, פתיחת שוק ההימורים לפעילות פרטית, בפיקוח ממשלתי, תביא לתוצאות ראויות יותר מאשר המשטר הקיים כיום.

ה.3. סיכום פרק ה' – היעדר הצדקה לקיום מונופול ממשלתי

המונופול הממשלתי בשוק ההימורים נתפס בוודאי בעיני רבים כדוגמא נוספת לסטטוס-קוו לגיטימי בין כוחות חברתיים נוגדים בתחום בו ההכרעה היחידה האפשרית היא הכרעה ערכית. בעוד שלא ניתן לחלוק על כך שיחס החברה להימורים הנו עניין תלוי, בין השאר, בעמדות הערכיות של הפרטים המרכיבים אותה, ניתן גם ניתן לחלוק על הטענה כי משטר המונופול הממשלתי הנו שיווי משקל לגיטימי בין עמדות ערכיות נוגדות. מטרתו של הדיון בפרק זה היא לשכנע כי משטר המונופול הממשלתי צריך להיות נחות ממשטר של רישוי לא

115 מכאן גם יובן שעל מנת לנתק את הקשר בין הימורים לפשיעה אין די בכך שהמדינה תסיר את המגבלות הפליליות על קיום הימורים, אלא נדרש שתעמיד את כוח הכפייה שלה לטובת מארגני ההימורים, בדומה למצב הקיים ביחס לכל עסק לגיטימי אחר במשק (קרי, שתבטל את ההוראות החוזיות הקובעות כי חוזה הימורים הנו חוזה רופף).

116 ראו: Miers, *supra* note 34, at p. 36.

117 לסקירת טיעונים אלה ראו: Aranson & Miller, *supra* note 60, at pp. 846-849.

118 לדיון במנגנוני הפיקוח הקיימים בדיון האנגלי, אשר מטרתם להבטיח כי "permitted forms of gambling should be crime free", וזאת בעיקר באמצעות פיקוח על כך שמארגן ההימורים היה ונשאר "fit and proper person", ראו: Miers, *supra* note 34, at pp. 40-43, 505-507.

119 הימורים חוקיים אינם תחליף מושלם להימורים בלתי חוקיים, אך נראה כי ההערכה השלטת היא שיש ביניהם רמת תחלופה גבוהה. השוו: Eadington, *supra* note 113, at p. 55 ("Legal gambling is typically a formidable competitor against illegal gambling"). להערכה שונה ראו: Rychlak, *supra* note 74, at pp. 345-350 ("In general, legalized gambling has not been successful in combating illegal gambling... Legalized gambling may also have the unintended effect of encouraging more illegal gambling").

פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים

רק בעיניו של אדם הרואה בהימורים מוצר לגיטימי (ואינני מסתיר שזו עמדותי), אלא גם בעיניהם של אלה הרואים בהימורים מוצר פסול, שראוי לה לחברה להתרחק ממנו. לפיכך, לא ניתן להצדיקו כ"רע הכרחי" או כ"סטטוס קוו חברתי", אלא יש לראותו כמות שהוא – תוצר קלוקל של התפתחויות היסטוריות ותחשיבים פוליטיים.

סוף דבר

במאמר זה ביקשתי להתחקות אחר הטעמים העומדים ביסודה של ההתנגדות העזה הקיימת בכל שדרות הממסד הפוליטי במדינת ישראל למהלך שיביא להפרטת שוק ההימורים. תחילה פסעתי בנתיבי הטיעון הפטרנליסטי, המבקש להצדיק את האיסור הקיים על הימורים פרטיים בשמירה על טובת המהמר עצמו; משנואשתי מדרך זו, חיפשתי אחיזה בעקרונות תקנת הציבור – אך גם כאן לא מצאתי הסבר משכנע, לדידי, להטלת איסור גורף על קיום הימורים פרטיים (להבדיל מיצירת משטר של רישוי); לבסוף, ניסיתי לתלות את קיומו של המונופול הממשלתי בתחום ההימורים בשיקולי מיסוי ומלחמה בפשיעה, אך גם בהם התקשיתי לראות מענה של ממש לנושא חקירת.

ובכל זאת, עולם כמנהגו נוהג. מחד, תעשיית ההימורים הציבוריים הולכת ומתעצמת; ומאידך, האיסור המשפטי על קיומם של הימורים פרטיים עומד במלוא תוקפו. בתי המשפט הישראליים, המיטיבים כל כך להרהר ולערער אחר שיקולי המחוקק בכל הקשר אחר, נמנעים מלהעביר את האיסור על הימורים פרטיים תחת שבט ביקורתם. חרף זאת הם מסתפקים בחזרה על הנימוקים השגורים בדבר "מניעת הגזק מהתמכרות למשחקי מזל", וזאת מבלי לעצור ולבחון כיצד טיעונים אלה עומדים במבחן הזמן, ובמידות בהן נדרשת חקיקה הפוגעת בזכויות הפרט בימינו. כשלעצמי, בחינה כזו הייתה מחייבת להציב סימן שאלה גדול סביב סוגיית ה"מידתיות": האמנם נדרש איסור כולל על קיומם של הימורים פרטיים על מנת להבטיח את התכלית הראויה של הגנת "המהמר הכפייתי"? האם אין דרכים אחרות היכולות להשיג תכלית דומה בעלות פחותה מבחינת הפגיעה בחופש הבחירה של המהמר וחופש העיסוק של מארגן ההימורים? האם עידוד הימורים ציבוריים, ואיסור על הימורים פרטיים, היא דרך סבירה להשגת התכלית האמורה? אכן, ההוראות האוסרות על קיום הימורים פרטיים אינן חשופות לביקורת חוקתית מלאה מאחר שרובן ככולן מעוגנות בדברי חקיקה שקדמו לחוקי-היסוד. יחד עם זאת, לפחות לעניין פרשנות ההוראות הללו יש מקום להיעזר במבחני פסקת ההגבלה¹²⁰, ועד כה גם לכך לא זכינו¹²¹.

דוגמא קיצונית לקונפורמיזם השיפוטי בנוגע לסוגיית ההימורים סיפק באחרונה בית המשפט העליון, כאשר קבע, ברוב דעות (השופטים זמיר וביניש כנגד דעתה החולקת של

120 ראו עניין אריה, לעיל הערה 18.

121 דעת הרוב בעניין אריה אמנם נעזרה בהוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק על מנת להכשיר ייבוא לארץ של "רולטות קטנות", אשר הסיכוי כי ישמשו למשחקי הימורים אסורים (להבדיל מהימורים המותרים במסגרת סעיף 230 לחוק העונשין) נמוך. יחד עם זאת, אפילו דעת הרוב (לא כל שכן דעת מיעוט) לא הטילה ולו שמץ של ספק בהגיגה של המדיניות האוסרת על קיום הימורים פרטיים על בסיס עסקי במדינת ישראל.

השופטת פרוקצ'יה), כי האיסור הפלילי על קיום הימורים פרטיים כולל בגדרו גם איסור על קיומם של מועדוני משחקים, בהם הזכייה האפשרית של ה"מהמר" מתבטאת אך בנקודות המאפשרות לו להמשיך ולשחק באותו מועדון¹²². כשלעצמי, קשה להסכים לפסיקה שכזו. היא מתעלמת לחלוטין מזכותו הבסיסית של הפרט לבחור לעצמו את דרכי הבילוי החביבות עליו; היא נושאת לשווא את שם הטיעון השחוק ממילא של "מניעת התמכרות למשחקי מזל" (שהרי הסיכון ל"התמכרות" במקרה שכזה נראה קלוש); היא מייצגת יותר מכול תפיסה שמרנית-פוריטנית המתנגדת להימורים באשר הם – תפיסה העומדת בסתירה חזיתית לעמדה הליברלית שנהוג לייחס לבית המשפט העליון. התרופה היחידה שניתן להציע כנגד תפיסה שכזו היא דיון ביקורתי – אקווה כי מאמר זה מציב נקודת פתיחה ראויה לדיון שכזה.

122 עניין רומנו, לעיל הערה 12.