

# גורל ומשפט

## נילי כהן\*

- א. פגישה עם הגורל בסמרה
- ב. אהבת השליטה ואהבת הגורל
- ג. אדיפוס - הכניעה לגורל וחדת אחריותו
- ד. חידת הבחירה החופשית
- ה. גורלם של חסרי השליטה והידיעה
- ו. גורל ומזל
- ז. זכייה בגורל
- ח. הגורל ככלי הכרעה
- ט. תן למטבע להכריע

## א. פגישה עם הגורל בסמרה

המפגש בין גורל למשפט נראה לכאורה מוזר ומנוגד. גורל מבטא את מה שנגזר מראש בידי כוח עליון מבלי שלנו, בני האדם, יכולת להשפיע על כך. ואילו **משפט** מניח עולם תבוני, שבו הפרט לוקח את גורלו בידי. למשפט, על פי הנחה זו, יש תפקיד מרכזי כפול בעולמנו: גם לכוון את התנהגותו של הפרט, וגם להטיל עליו אחריות, אם אינו פועל לפי מה שהמשפט מכוונו. תפיסת העולם המושתתת על יד הגורל עומדת בניגוד להנחת המשפט, שלפיה יש טעם לכוון את התנהגותנו מהטעם שאנו שולטים בה.

ברשימתי אבחן בקצרה את השאלה כיצד מתמודד המשפט עם חלק מהשלכותיו של הגורל. אצביע על השאלות הרהבות הכרוכות בדרישה בין גורל למשפט, בעיקר על אלה הנוגעות לחופש הרצון, וממילא להבחנה בינו לבין דטרמיניזם ולשאלה של טבע האדם והאחריות האישית. בה בעת אבקש לגעת גם בכמה הקשרים ממוקדים יותר, הנגזרים מהמפגש בין גורל למשפט. ביניהם: מה מידת התחשבותו של המשפט במצבו ההתחלתי של אדם בכל הנוגע להטלת אחריות ולהענקת זכויות; מהו יחסו של המשפט כלפי זכייה בגורל; ומהי עמדתו כלפי הכרעה על פי גורל. אני מבקשת לפתוח את הרשימה בסיפור קצר שזכה לכותרת "פגישה בסמרה", המובא במחזהו האחרון של סומרסט מוהם, שנכתב בשנת 1933.<sup>1</sup> זה הסיפור כולו, שאותו מספרת דמות המוות:

\* פרופסור, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל-אביב, מופקדת הקתדרה לדיני חוזים השוואתיים על שם בנו גיטר. אני מבקשת להודות לידיריי, עמיתיי, ד"ר ארנה בן-נפתלי, פרופ' זווה ברונר, ד"ר עופר גרוסקופף, ד"ר שי לביא ולעוזר המחקר תומר שוירמן על הערות מצוינות שהעשירו את כתב היד. כן ברצוני להודות לעוזרת המחקר עו"ד מאיה לקשטיין על סיועה המועיל. תודה מיוחדת ברצוני להביע לעורך "הפרקליט" ד"ר יורם רבין על הערותיו המצוינות והמעשירות ולמערכת "הפרקליט" על ההערות המועילות. רשימה זו מבוססת על הרצאות שניתנו באוניברסיטת תל-אביב, האחת, במסגרת הפקולטה למדעי הרוח, בסדרת ההרצאות "ספרות פלוס" ב-2 בנובמבר 2005; השנייה, במסגרת המכון להשתלמות עורכי דין של הפקולטה למשפטים, ב-24 בפברואר 2006.

1 שם המחזה Sheppey (מערכה שלישית). הסיפור נלקח מהאתר:

[www.lesekost.de/westeu/maugham/HHL868.htm](http://www.lesekost.de/westeu/maugham/HHL868.htm)

"בבגדר חי סוחר, ששלח את משרתו לקניות בשוק. כעבור זמן קצר חזר המשרת, רועד וחיוור, ואמר לאדונו: 'זה עתה שבת' מן השוק. בהמולה הרבה שהיתה שם טלטלה אותי אישה, וכאשר הסכתי ראשי, ראיתי כי הייתה זו דמות המוות, שהתבוננה בי במבט מאיים. ועתה אדוני, השאל נא לי את סוסך כדי שאוכל לנוס מהעיר ולהימלט מגורלי. ארכב לסמרה ושם לא תוכל דמות המוות למצוא אותי'."

הסוחר השאיל לו את סוסו, המשרת עלה על הסוס, דרבן אותו, והסוס החל לעשות את דרכו בדהרה מהירה.

ואילו הסוחר ירד לשוק, ראה אותי עומדת בהמון, התקרב, ופנה אלי בשאלה: מדוע זה התבוננת במבט מאיים על משרתי כשראתי אותו היום בבוקר?

לא היה זה מבט מאיים, עניתי, הייתה זו רק הבעת הפתעה. נדהמתי לפגוש אותו הבוקר בבגדר, שהרי יש לי אתו הלילה פגישה בסמרה" (תרגום שלי – נ.כ.).

הסיפור לוכד אותנו. הוא מעביר אותנו לעולם קסום וצבעוני. אנו נמצאים בבגדר, רחוקה בימים, אולי זו של סיפורי אלף לילה ולילה. בסיפור שלושה גיבורים וסוס. אנו רואים לנגד עינינו את המשרת, הרועד מפחד, את האדון הנדיב דיו כדי לתת את סוסו למשרת שמבקש לרכוב לסמרה ואת דמות המוות. אנו שומעים את האדון משוחח עם המוות מתוך תחושת מה של עלבון, ואת דמות המוות הנותנת באדיבות רבה הסבר לאירועים.<sup>2</sup>

אבל הכוח המהפנט של הסיפור<sup>3</sup> טמון בעלילה, ובמיוחד במפנה האירוני שלה, המתרחש בסופה. ההפתעה מזומנת בעיקר לנו, הקוראים, אבל גם לגיבורים עצמם. ראשית, אנו מופתעים מעט, כשאנו מבינים שדמות המוות הייתה מפורסמת בשוק בגדר, שהרי לא רק המשרת הכירה מיד, אלא גם הסוחר זיהה אותה ללא כל קושי, כשהיא עומדת בהמון. שנית, אנו למדים שגם דמות המוות מופתעת, אפילו

2 העובדה שהמוות מופיע בדמות אישה אינה מפתיעה. אם להביא דוגמאות בודדות: אלת המוות ההודית ההרסנית קאלי (שמשמעות שמה הוא "זמן") מכונה גם קאלילמא, כלומר "קאלי האם": LANNON RICHARD, THE SPEAKING TREE: A STUDY OF INDIAN CULTURE AND SOCIETY 288 (1971); אצל הומרוס איליאדה ואודיסיאה (שאל טשרניחובסקי מתרגם, 1987) הגורל מיוצג באמצעות אלת גורל אחת; בתיאוגוניה של הסיודוס, שלוש מוירות הן האוחזות בחוט חיי האדם: קלותו טווה את חוט חייו, לקסיס קוצבת את אורכו, ואטרופוס גורת אותו. הסיודוס הסיודוס: מעשים וימים/תיאוגוניה/מגן הירקלים 140, חרויים 905-906 (שלמה שפאן מתרגם, 1956); בסיפורו של עגנון "הארונית והרוכל" הארונית מוצצת הדם היא דמות המוות. ש"י עגנון סמוך ונראה: סיפורים עם ספר המעשים כרך 6, 92 (1966).

3 יש הטוענים שסיפורו של סומרסט מוהם לקוח ממקור סופי-ערבי מהמאה התשיעית לספירה: IDRIES SHAH, TALES OF THE DERVISHES 191 (1967). אלא ששם הפגישה עם המוות מיועדת להתרחש לא בסמרה אלא בסמרקנד, ארבעה שבועות מיום הפגישה הראשונה בבגדר. ראו עוד על "פגישה בסמרה" ב-[www.scar.utoronto.ca/~sobel/Puzzles](http://www.scar.utoronto.ca/~sobel/Puzzles). DEATHSPEAKS.pdf

נדהמת: הרי נקבעה לה פגישה עם המשרת בלילה, בסמרה, והנה היא רואה אותו בבוקר עדיין בבגדר. בין בגדר לסמרה מרחק ניכר, וכיצד – כך תמהה דמות המוות – יספיק המשרת לעשות דרך כזו, ולהגיע במועד לפגישה בלילה? אבל מובן שההפתעה העיקרית, השלישית, תהיה מנת חלקו של המשרת. הפתעה זו נעדרת מהסיפור. סומרטט מוהם לא היה צריך לספר את ההמשך. הוא כבר בנה אותו בדמיונו.

אנו – כמו המספר או המספרת יודעי הכול – מבינים שמאמציו של המשרת הם לשווא, וכי דבר לא יעזור לו למלט עצמו מגורלו. אנו מלווים אותו במנוסתו – מדמיינים את המתח, את הדהרה העצבנית הנמשכת שעות ללא הפסקה ואת אנחת הרוחה על פניו בהגיעו לסמרה. לבסוף אנו רואים בדמיונו את הפגישה בסמרה: מצד אחד, את הולם ההפתעה של המשרת כשהוא רואה את דמות המוות, ואת הייאוש וחוסר האונים האופפים אותו. מצד שני, את תחושת הסיפוק של המוות – הפגישה בכל זאת התקיימה כמתוכנן על ידה.<sup>4</sup>

האירועים המתוארים, ואלה העתידים להתרחש, לוכדים אותנו למרות הריחוק בזמן, במקום ומהמציאות. הם לוכדים אותנו כי הם נוגעים לעולמנו ולתודעתנו. הרעיון הבסיסי שלהם הוא שלא רק שלא ניתן להימנע מהמוות, אלא גם שמקום המוות ומועדו קבועים מראש, לא על ידינו אלא על ידי כוחות השולטים בנו. פגישה, על פי הבנתנו, היא אירוע ששני הצדדים מסכימים עליו מראש. הפגישה בסמרה תתקיים, אף שרק צד אחד קבע אותה – המוות. והצד והשני, המשרת, לא רק שלא הסכים לה, אלא אף לא ידע עליה. יתר על כן, אילו ידע עליה, מן הסתם לא היה מסכים לה, והיה עושה כל מאמץ כדי להתחמק ממנה. אך הוא אנוס להגיע לשם, במצוות הגורל, שהרי הסיפור "פגישה בסמרה" מפגיש אותנו קודם כול עם הגורל. ביתר דיוק: זהו סיפור מושלם על צחוק הגורל.<sup>5</sup> לרעיון שאנו נתונים לשליטת הגורל יש אחיזה חזקה בתודעתנו, בתרבותנו.

4 מעניין לציין שבתלמוד הבבלי סיפור דומה, שניתן לכנותו "פגישה בלון": את שלמה המלך שימשו כסופרים שני אחים, כושים. יום אחד ראה שלמה המלך את מלאך המוות והוא עצוב. כששאל אותו שלמה מדוע נעצבו פניו, ענה כי מבקשים ממנו, שייקח את נפשם של שני הכושים. שלמה שלח מיד את שני האחים למחוז לוו שם, כך סבר, לא ישיגם המוות. כאשר הגיעו למחוז לוו, מתו. למחרת ראה שלמה המלך את מלאך המוות, ופניו שמחים. שאל אותו: מדוע אתה שמח? ענה לו מלאך המוות: במקום שביקשו אותי שאקחם משם, לשם שלחת אותם. בבלי, סוכה נג, ע"א. ראו:

Hershey H. Friedman, *Satan the Accuser: Trickster in Talmudic and Midrashic Literature*, 18 THALIA STUDIES IN LITERARY HUMOR 31–41 (1999), available at <http://academicfibrooklyn.cuny.edu/economic/friedman/SatanHumor.htm>

5 מאמרו של אבישי מרגלית "דטרמיניזם וחופש הרצון" מחשבות 64, 48, 51 (1992), גם הוא נפתח בסיפור "פגישה בסמרה". פרופ' מרגלית מבחין בין "הגורל" הקבוע מראש לבין התנהגותו "הכאילו" חופשית של האדם. כדבריו: "הסיפור על הפגישה בסמרה אינו סיפור המגלם במובהק השקפה פאטליסטית. פאטליזם קלאסי בנוי על הרעיון שמה שהמשרת לא היה עושה, הוא היה פוגש במלאך המוות בסמרה. אך הסיפור אינו אומר זאת. אחרי הכל, אילו המשרת היה מחליט מרצונו להישאר בבגדאד, הוא לא היה פוגש את מותו למחרת בסמרה. המשרת, במובן זה, היה חופשי שלא להימלט לסמרה, ואדונו היה חופשי שלא להיעתר לבקשתו להעמיד לרשותו את סוטו המהיר. כלומר הסוחר היה חופשי שלא לספק

הדבר בא לביטוי בניסיונו הכושל של לאיוס, אביו של אדיפוס, להימנע מכך שאדיפוס, בנו, יגרום למותו<sup>7</sup> (עוד נחזור לכך). כך גם בסיפור "פגישה בסמרה" המסעיר אותנו כי הוא משקף תחושה אנושית משותפת לרבים: כולנו נדונים למוות. על כך אין, ולצערנו, גם לא יכולה להיות מחלוקת. אך רבים מאתנו סוברים שאין לנו שליטה כלל, לא רק על מותנו אלא גם על חייו. מהלך חייו ומותנו קבוע מראש. חייו מוכתבים על ידי כוחות עליונים, והם אלה הקובעים מראש את גורלנו לשבט ולחסד.

## ב. אהבת השליטה ואהבת הגורל<sup>7</sup>

התחושה, המייאשת לעתים, של אדם בעקבות גורלו עשויה להוליד השלמה ופסיביות, שהרי ממילא לא יועיל שום דבר נגד צו הגורל. אך מולה עומדת תחושה אחרת, נוגדת, והיא שאנו כותבים את סיפור חייו;<sup>8</sup> שאנו מעצבים את עולמנו שלנו ואת זה הסובב אותנו; שאנו יצורים חופשיים, שכלתניים שיכולים לתכנן את מעשיהם, ולנו גם שליטה על העולם.<sup>9</sup>

אכן, כשאנו מתבוננים בעולמנו אין לנו אלא להשתאות: האדם מותח גשרים בין יבשות, חופר מנהרות, טס לחלל, בונה מגדלים, ממציא תרופות, משכלל זני ירקות, פירות ופרחים. האדם משנה את סביבתו ושולט בה, לפחות באופן חלקי. אין הוא יכול לכל איתני הטבע, אך הוא יכול לרסן חלק מהם, ובמקרים רבים להגן על עצמו מפניהם. האדם עובד ללא לאות כדי לשנות את תנאי סביבתו, הוא משפר את איכות חייו, מאריך את חייו, אך הוא גם עובד ללא לאות כדי לשנות את יחסו לזולתו. את תנאי סביבתו יכול האדם לשנות באמצעות הטכנולוגיה. את היחסים בין אדם לחברו משנה האדם באמצעות נורמות חברתיות, שהמשפט הוא חלק מרכזי שלהן. הן המשפט והן הטכנולוגיה נובעים מרוחו של האדם ומתבונתו, מאוטונומיה ומשליטה עצמית, ממודעותו של האדם לזמן, מיכולתו לתכנן. זה מותר האדם.<sup>10</sup>

לו את ההודמנות להגיע לסמארה. הפגישה בסמארה היא אפוא פגישה פאטלית מבלי שהיא במובן המקובל פאטליסטית". מנגד ניתן לטעון כי כל שרשרת האירועים מובילה לסוף גורלי ובלתי נמנע. נכון שמראש, כביכול, נתון לצדדים חופש אך העובדה שבחרו לפעול כפי שפעלו, נותנת מקום לפרשנות כי למעשה לא יכלו לבחור אחרת, וכי כל השרשרת מקורה בצו הגורל. השוו להלן הדיון ב"הכל צפוי והרשות נתונה" בטקסט הסמוך לה"ש 33-36.

6 סופוקלס אוידיפוס המלך (שלמה דיקמן מתרגם, 1981); סופוקלס שבוע הטרגדיות כרך א 45 (ש. ה. ברגמן עורך, שלמה דיקמן מתרגם, 1969) להלן בפרק ג'.

7 נגיעתי בעבר בקצה המזלג בנושא, ראו נילי כהן "אהבת הגורל מול אהבת השליטה" אמנות כל החקשרים 217 (אורה גולדנברג עורכת, 1998).

8 Joseph Raz, *Autonomy, Toleration, and the Harm Principle, in JUSTIFYING TOLERATION: CONCEPTUAL AND HISTORICAL PERSPECTIVES* 155-56 (Susan Mendus, ed., 1988) כפי שצוטט בע"א 10064/02 "מגדל" הברה לבטוח בע"מ נ' אבו חנא, תק-על 3005 (3) 2932, פס' 33 לפסק דינו של השופט ריבלין (2005).

9 ראו שיר התהילה לאדם: סופוקלס אנטיגונה (אהרון שבתאי מתרגם, 1990); סופוקלס שבוע הטרגדיות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 274-272, 243.

10 Anthony T. Kronman, *Amor Fati (The Love of Fate)*, 45 U. TORONTO L. J. 163, 166-70 (1995).

אך שליטתו ושלטונו של האדם מוגבלים קודם כול על ידי המוות. האדם הוא בעל החיים היחיד המודע במשך כל חייו לעוברת מותו ולזמניות שהותו על פני האדמה. מודעותנו למוגבלות חיינו, מודעותנו למותנו וחוסר היכולת להילחם בכך, ממלאים את רובנו תסכול. את המטרה שבפנינו, הכנעת המוות, לא נוכל להגשים לעולם. הדבר פוגע באושרנו, לעתים, באופן נואש. היש בידינו לתקן זאת? כיצד?

יש הסבורים שדרך אחת להגיע לאושר המוחלט, היא על ידי ויתור על שאיפת השליטה ועל ידי כניעה לגורל.<sup>11</sup> אהבת הגורל או Amor Fati, כפי שהסביר Anthony Kronman במאמר יפה הנושא שם זה,<sup>12</sup> היא אהבה הנעוצה ברצון להשתחרר מהמאבק האנושי לשלוט בגורל. ובעצם, זהו הרצון להישלט על ידי הגורל. כך נחסוך מעצמנו את הצורך להתלבט, להפעיל שיקול דעת, להתגבר על בעיות, להצטער ולהרגיש אשמים. החיים הנשלטים על ידי הגורל הם סבילים, נטולי מאבק, ויש בהם כניעה מדעת והשלמה. את הביטוי "אהבת הגורל" שאב Kronman מניטשה, אולם נראה שתפיסתו של ניטשה בנוגע לאהבת הגורל שונה. אין משמעותה פסיביות, אלא קבלת החיים על הסבל והעונג, כמות שהם, מתוך אהבה:

"Amor fati" זו תהא אהבתי מעתה ואילך! איני רוצה לערוך מלחמה נגד הכיעור. איני רוצה להאשים, אף את המאשימים איני רוצה להאשים. להעלים עין, זו תהא שלילתי היחידה! ובסיכומו ובכללו של דבר: ברצוני להיות ביום מן הימים לאומרה'ן בלבד!<sup>13</sup>

ובמקום אחר אומר ניטשה:

"ואילו באחד הימים או הלילות היה מתגנב איזה דימון [...] וכה היה אומר לך: 'חיים אלה [...] תהיה נאלץ לחיותם שוב ושוב [...] כל מה שהיה, כל כאב וכל עונג [...] בעל כורחך ישוב ויתרחש עמך [...] האם לא היית מתפלש בכעסך, [...] או שמא [...] היית יכול להשיב לו: 'אין זאת, כי אם אל אתה, ומעודי לא שמעתי דברים אלוהיים מאלה!'"<sup>14</sup>

אצל ניטשה "אהבת הגורל" אינה זהה לא לבריחה מאחריות ולא לרצון להישלט על ידי הגורל. "אהבת הגורל" זהה ליכולת להכניע את הפחד, בעיקר פחד המוות, למען המימוש העצמי ואהבת החיים. אלא שרבים מאתנו מונעים על ידי חוסר יכולתנו לשלוט על הפחד, ומכאן גם נובעת שאיפתנו הנואשת לשלוט

11 שם, בעמ' 171.

12 Kronman, לעיל ה"ש 10.

13 פרידריך ניטשה הולדת הטרנדיה – המדע העליון 309, אפוריום 276 (ישראל אלדר מתרגם, 1985).

14 שם, בעמ' 354, אפוריום 341.

בגורל. השאיפה לשלוט בגורל מסעירה אותנו, וכמוה גם הכשלתה. אדיפוס הוא הגיבור במלחמה נגד הגורל. הוא מסמל את השאיפה לשלוט בגורל ואת סערת הרגשות וההשלמה בעקבות כישלוננו.<sup>15</sup> הבה נזכר בסיפור.

### ג. אדיפוס – הכניעה לגורל וחידת אחריותו

על אדיפוס, בנו של לאיוס מלך תבאי, ניבא האורקל מדלפי שיהרוג את אביו ויישא את אמו, יוקסטטה, לאישה. לאיוס שמע על כך וביקש להרוג את הילד, אך הילד ניצל, נעזב בשדה, ולבסוף נאסף על ידי מלך קורינתוס שאימצו לבן. כאשר גונבה לאוזנו השמועה על גורלו, החליט אדיפוס להילחם בגורלה. הוא נמלט מקורינתוס כי חשב, בטעות, שמלך קורינתוס הוא אביו ושאתו של המלך היא אמו. על פרשת דרכים רצה אדיפוס את לאיוס, בלא לדעת שהוא אביו מולידו. לאחר שפתר את חידת הספינקס, שהפיל אימתו על תבאי, נשא לאישה את המלכה יוקסטטה, בלי לדעת שהיא אמו. בסיום המחזה מגלה אדיפוס לתדהמתו, שגזרת האלים התממשה בשלמותה, ללא ידיעתו ולמרות ניסיונותיו הנואשים למנוע אותה: הוא הרג את אביו ונשא את אמו לאישה, כי כך גזר האורקל מדלפי עוד לפני היוולדו. כמעין עונש עצמי עקר אדיפוס את עיניו, ויצא לנדוד בגלות. כשאנו קוראים את סיפורו של אדיפוס, אנו רוצים לדאות אותו ואת תבונתו מנצחים. אבל באותה מידה אנו נרגשים מכישלוננו, כי בסתר לבנו אנו שואפים לכישלון כזה גם אצלנו. שהרי, כאמור, בלב כולנו נטועה אהבת הגורל, כתרופה לתסכול הנובע מחוסר היכולת שלנו להתמודד עם החיים והמוות. טוב היה לו, לאדיפוס, לזנוח את אהבת השליטה ולהמירה באהבת הגורל. אולי כך הייתה נמנעת ממנו מסכת הייסורים שעבר לשווא. ההנאה מהטרגדיה, במקרה של אדיפוס, מקורה בהשפלת התבונה. האדם הופך להיות קרוב של מקריות וגורל. במקרה אחד, בטרגדיה, אנו בוכים, ובמקרה שני, בקומדיה, אנו צוחקים.<sup>16</sup>

אדיפוס וגיבורי הטרגדיה היוונית הם, כמובן מה, כלי משחק בידי כוחות גדולים מהם, שיומרנו של האדם לשלוט בהם היא בכחינת גאוה ריקה. אך אם מה שאירע לאדיפוס מקורו בגזרת אלות הגורל – המוריות – מדוע העניש עצמו? מדוע נטל על עצמו אחריות? זוהי נקודת המפגש הבעייתית בין משפט וגורל. עולם המשפט הוא עולם התבונה, המניח כי אנו יצורים חופשיים שיכולים לתכנן את מעשינו וליטול עליהם אחריות. מסר זה הוא הבסיס לקיומנו כחברה. ממנו נובע כי כללי האחריות הפלילית אכן ראויים להיות מוטלים על עבריינים; ממנו נובע כי כללי האחריות הציבורית ראויים להיות מוטלים על אנשי ציבור; ממנו נובע כי מי שנוטל על עצמו התחייבות, אם זו התחייבות מוסרית ואם זו התחייבות משפטית, חייב לקיימה, ולא – עליו לתת את הדין על כך. אך אם ההנחה היא כי מעשינו מוכתבים מראש על ידי גורל, שאין לנו עליו שליטה, מה הטעם בתכנון או בכללי אחריות והרתעה? הרי ממילא קבועים הדברים מראש, אין כל אפשרות לתקנם, ואין למבצע כל שליטה על תוצאות מעשיו!!

15 Kronman, לעיל ה"ש 10, בעמ' 164.

16 שם, בעמ' 164-165.

נחזור אפוא לשאלה מדוע נטל על עצמו אדיפוס אחריות ומדוע העניש את עצמו? סופוקלס מעביר לנו מסר כפול: מצד אחד, מבוסס הסיפור על השקפה דטרמיניסטית, שאינה מותירה לאדיפוס בררה אלא לבצע את שנגזר עליו (אם כי נכון שלא נגזר עליו להגיע לחקר האמת).<sup>17</sup> מן הצד האחר, מתייחס סופוקלס לאדיפוס כאל אדם מוסרי שאינו יכול להתנער מהתוצאות הנוראות שהוא הביא להן, ושבהתנהגותו גרם להן, לכן הוא ראוי לעונש (אם כי מדובר על עונש עצמי).

בספרה יסודות הטראגדיה מציגה דורותיאה קרוק<sup>18</sup> את הדילמה ואת השניות במחזה של סופוקלס. היא מציעה לראות את אדיפוס המלך כתמונת מצב של האנושות. על פי תמונת מצב זו הסדר האנושי והסדר האלוהי כרוכים זה בזה ללא הפרדה. אדיפוס הוא בכחינת נציגם של בני האדם. הוא האבטיפוס של החוטא היציג. מכאן נובע שאם אדם – למשל אדיפוס – מפר את הסדר האנושי, הרי בכך הוא מפר מידיית גם את הסדר האלוהי. הפרה זו של הסדר האלוהי תתרחש, אפילו לא הייתה לאדיפוס כוונה להפר את הסדר האנושי. אחריותו מוחלטת, לכן הוא חייב להיענש. עונש זה אינו מכוון לתקן את התנהגותו האישית בעתיד, ואף לא להרתיע אחרים. תיקון והרתעה יעילים, רק אם המבצע מודע למעשיו. העונש מיועד אפוא קודם כול לאשר את הסדר האלוהי ולתקנו.

ומה גורם לו לאדם לבצע אותו מעשה מביש שמפר את הסדר האלוהי? על כך עונה קרוק: הגורם הוא מה שמכונה "טבע האדם". אדיפוס כמי שמייצג את בני האדם, חייב לעשות מעשה מביש. אנשים עושים מעשים מבישים כי זה טבעם.<sup>19</sup> חטא ההיבריס – הגאווה – הוא הגרוע מכולם, כי בו קריאת תיגר על האלים. מה ניתן להסיק מדברים אלה? בני האדם מטעים עצמם לחשוב שהם פועלים מתוך רצון חופשי. לאמיתו של דבר הם פועלים במסגרת סדר קוסמי, אשר לו הם כפופים. יש להם יכולת לשנות את הסדר הזה – להטיל בו פגם או לערער עליו. אבל גם יכולת זו אינה נובעת מרצונם החופשי – היא נובעת ישירות מאופיים האנושי. האדם מתנהג בצורה מבישה בהיותו אדם. על כך הוא נענש. מה שמבטא את העונש הם המושגים "גזרה", "גורל". אלה מושגים המבטאים את הסדר הקוסמי האלוהי ואת הפתרון הטרגי שבו משלם הגיבור מחיר כבד. המחיר הכבד, המוטל על הגיבור, מחזיר את הסדר האלוהי על כנו. מכאן נובע ש"האחריות המוסרית במובן הרגיל [...] אין לה מקום בסכימה היוונית".<sup>20</sup>

אכן, ניטשה מציין, ככלל, שאין קשר סיבתי בין המערכת העונשית לבין ההנחה בדבר קיומו של חופש בחירה. ענישה, מציין ניטשה, התפתחה בנפרד משאלה של רצון חופשי, והוא מוסיף באירוניה אופיינית: "האם עד כה העלו אי פעם הגינאולוגים של המוסר על דעתם [...] שהענישה בכחינת גמול התפתחה

17 אכן, ניטשה מציין כי "בגלל חכמתו היתירה שפתרה את חידת הספינקס הוטל אוידיפוס בהכרח למערבולת טירוף של פשעים", הולדת הטראגדיה – המדע העליון, לעיל ה"ש 13 ולהלן ה"ש 37; ראו גם להלן הטקסט הסמוך לה"ש 21; אולם האם חקר האמת אינו חלק מהשרשרת העוברתית הבלתי נמנעת המובילה לגורלו המר? השוו לעיל ה"ש 5.

18 דורותיאה קרוק יסודות הטראגדיה 60–69 (אברהם יבין מתרגם, 1972).

19 שם, בעמ' 65.

20 שם, בעמ' 66.

בנפרד לחלוטין מכל ההנחות על חירותו או כפיותו של הרצון?<sup>21</sup> פרשנותו של ניטשה בנוגע לגורלו של אדיפוס נעוצה בקשר דיאלקטי בין פתרון סודות הטבע (פתרון חידת הספינקס) לבין שבירת סדרי הטבע (גילוי עריות):

"וכך מתרחשת התרת הפקעת המשפטית של אגדת אוידיפוס, פקעת, שבעיני בן־תמותה היתה מסובכת ללא תקנה – וגלי חרווה אנושית עמוקה ביותר מציפים אותנו למראה התשובה האלוהית לדיאלקטיקה [...] אוידיפוס, רוצחו של אביו, בעלה של אמו, אוידיפוס פותר־חירותיו של ספינקס! מה מלמדנו שילוש־דוים זה של מעללי הגורל? [...] שכל היכן שראית־עתידות וכוחות מאגיים שוברים תחומי הווה ועתיד [...], מן ההכרח שקדמה לכך כסיבה סתירת־טבע עצומה – כגון גילוי־עריות [...] כי איככה זה ניתן היה על דרך אחרת לכפות על הטבע את הפקרת סודותיו, אם לא על ידי מסע מוצלח נגדו, כלומר, על ידי הבלתי־טבעי? [...] אותו איש עצמו, הפותר את חידת הטבע – חידת הספינקס הדו־פרצופי – הוא חייב לשבור את סדרי הטבע המקודשים ביותר."<sup>22</sup>

אדיפוס נענש על מעשים שביקש בכל יכולתו למנוע. יכולתו האנושית הייתה דלה מכדי להתמודד עם מה שנגזר עליו. אך אדיפוס לא נענש על ידי מערכת ענישה פורמלית, חברתית. אדיפוס מעניש את עצמו.<sup>23</sup> אדיפוס לא עמד בקני המידה שהציב לעצמו. העונש, הטרגדיה, נגזרים מכך שאדיפוס לא הסתפק בהיותו אנושי. אדיפוס רצה להיות על־אנושי: לא רק לפתור את חידת הטבע, אלא גם את חידת גורלו, והוא מסיים כעיוור, כמי שאנושיותו נפגמה, אם כי כמי שדמותו נותרה נאצלה.<sup>24</sup> עיוורונו של אדיפוס יכול להיות מוסבר אפוא גם כמשל לדרך שבה עלינו לנהל את חיינו – עלינו לפעול כעיוורים בנוגע לגורל, ולוותר על כל ניסיון להנחות את חיינו על פיו.

21 פרידריך ניטשה מעבר לטוב ולרוע לגניאלוגיה של המוסר 266–267, אפוריום 4 (ישראל אלדר מתרגם, 1979).

22 ניטשה הולדת הטרגדיה – המדע העליון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 60–61, אפוריום 9.

23 להלן הטקסט הסמוך לה"ש 51.

24 ואלה דבריו של ניטשה: "הדמות רבת־הסבל מכל ידועי־סבל של הבימה היוונית, דמותו של אוידיפוס האומלל, נתפסה על ידי סופוקלס כאדם נאצל, אשר למרות כינתו נגזרו עליו הטעות והכשלון, אולם בסופו של דבר, ומעוצמת סבלו האיום, שופע ממנו על סביבותיו כוח קסמים נושא־ברכה, הפועל ממושכות גם לאחר מותו. האדם האציל אינו חוטא, רוצה המשורר ההוגה עמוקות לאמר לנו: יכול ומעשיו הורסים גרדי חוק ומשפט, פורצים סייגי גדר טבעי, ואולי אף מחריבים עד היסוד את עולם המוסר, אך הנה מכוה מעשים אלה דווקא, מותווה מעגל־קסמים עילאי יותר של פעולות, המקימות עולם חדש על חורבותיו של הישן שהתמוטט [...] בבחינת משורר הוא מראה לנו תחילה פקעת משפטית אשר סובכה להפליא ואשר השופט מתיר אותה לאט־לאט, חולייה אחר חולייה, ולהוותו שלו עצמו; השמחה ההלנית האמיתית למראה התרת פקעת דיאלקטית זו, היא רבה כל כך, עד שהיא משרה על היצירה כולה ארשת של מאור־פנים מרומם המקהה בכל מקום את עוקצי עילותיו המחירדות של המשפט ההוא". ניטשה הולדת הטרגדיה – המדע העליון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 59–60, אפוריום 9.



## ד. חירת הבחירה החופשית

פרשנותו של ניטשה מנתקת אותנו משאלת הבחירה החופשית. זו גם עמדתה של קרוק, שממנה עולה ש"אופי" ו"גורל" הם שני פנים של אותה מטבע עצמה. הסבריה מקשרים אותנו להשקפות הדטרמיניסטיות של שפינוזה ופרויד הגורסים, כל אחד וסיבותיו שלו, שהחופש האנושי אינו יותר מאשר אשליה עצמית. אצל שפינוזה חופשי הוא רק האל, וכל השאר – צמח, אדם, אבן – פועלים מתוך סיבתיות של הטבע, מתוך תלות בעצם קיומם;<sup>25</sup> ואילו פרויד מקשר את היעדר החירות לאופיו של האדם ולבית הגידול שלו.<sup>26</sup>

לא זה המקום לדון בהרחבה בשאלה מהו טבע העולם ומהו טבע האדם, שאלה שהעסיקה וממשיכה להעסיק הוגים רבים. שאלת הרצון החופשי היא שאלת מפתח בסוגיה של בחירה, אחריות וענישה. לעומת הדטרמיניזם המשתקף בשלטון הגורל בטרגריות היווניות, כמו גם בהגותם של שפינוזה ופרויד, קיימות השקפות אחרות, נוגדות, שמבוססות דווקא על קיומו של חופש בחירה. כמה מילים בעניין זה על תפיסת המקרא. סדר קוסמי אלוהי קיים גם במקרא. סיפורו של איוב מדגים זאת.<sup>27</sup> אך בתפיסת המקרא, הגזרה האלוהית אינה כה נוקשה כמו הגורל היווני, כפי שהוא מוצג ב"אדיפוס המלך". ניתן לעתים לנהל משא ומתן עם האל ולשכנעו לשנות את החלטתו, בעיקר על ידי תחינה או חזרה בתשובה. כך, למשל, במשא ומתן שניהל אברהם עם אלוהים על גורלם של אנשי סדום ועמורה.<sup>28</sup> אברהם שואל בהתרסה את אלוהים, שמבקש להחריב את המקום: "האף תספה צדיק עם רשע?"<sup>29</sup> והאל מציג עמדה גמישה, הנתונה למיקוח. כתחילה הוא מוכן לוותר על העונש ולכפר לאנשי סדום ועמורה על חטאיהם, אם ימצאו בעיר חמישים צדיקים. אך במסגרת המשא ומתן עם אברהם מוכן האל להתגמש עוד יותר בדרישותיו, ולכפר גם אם ימצאו שם רק עשרה צדיקים. אלא שאברהם אינו מצליח למצוא אפילו מספר כה קטן כזה של צדיקים, לכן לא ניתן להסיר את רוע הגזרה. ניתן לטעון אמנם שאלוהים בעצם יודע היטב כמה צדיקים יש בסדום, ועל כן אין הוא משנה באמת את דעתו, אלא רק מנסה להפיס את דעתו של אברהם.

25 ברוך שפינוזה תורת המדות (יעקב קלצקין מתרגם, 1967), למשל, חלק ראשון (על האלוהים עם כו-עד). בכל זאת, בחלק החמישי של תורת המידות (על יכלת השכל או על חרות האדם) מדבר שפינוזה על חירות האדם, במובן של שלטון התבונה ברגש (עם שו-שמר).

26 פרויד טוען כי כל אדם רוכש בשלבים מוקדמים בחייו דפוסיים לא מודעים, פרוטוטיפיים, המעצבים את הדרך שבה ינהג באחרים. התנהגותו של אדם היא מעין תרפיס חוזר של הדגם הפרוטוטיפי שהוטבע בילדותו: SIGMUND FREUD, FRAGMENT OF AN ANALYSIS OF A CASE OF HYSTERIA, IN THE STANDARD EDITION OF THE COMPLETE PSYCHOLOGICAL WORKS OF SIGMUND FREUD 1901-1905, 116 (James Strachey trans., London, Hogarth Press, 1953).

27 להשוואה בין סיפורו של אדיפוס לזה של איוב ראו פנחס שדה "תשובת אלוהים לאיוב" הארץ 15.9.85; [http://sadeh.corky.net/1985\\_09\\_15\\_article.html](http://sadeh.corky.net/1985_09_15_article.html); ראו גם פנחס שדה "מחשבות על הזמן האנושי" מחשבות 61, 66 (1991), שבו עוסק שדה במיתוס אדיפוס מצד הזמן – ככל שהוא הולך כל הזמן קדימה, הריהו מגיע אחורה.

28 בראשית יח, 23-33.

29 שם, 23.

אך ישנן דוגמאות אחרות לכך שהאל ניחם בו מכוונתו בעקבות מעשי בני האנוש. כך, למשל, אחרי מעשה פנחס (שהרג את זמרי ואת המדיינית שעמה שכב), נאמר "וידבר יהוה אל משה לאמר: פינחס בן־אלעזר בן־אהרון הכהן השיב את־חמתי מעל בני־ישראל בקנאו את־קנאתי בתוכם ולא־כליתי את־בני־ישראל בקנאתי"<sup>30</sup>. דוגמה נוספת היא זו של יונה הנביא, שעליו מטיל האל שליחות: עליו להודיע לתושבי נינוה, כי אלוהים עומד להחריב את עירם. יונה מבקש להתחמק משליחותו.<sup>31</sup> הוא עולה על ספינה כדי להגיע לתרשיש, אך בים מתחוללת סערה. בני הספינה מפילים גורל כדי לדעת מי אשם בסערה, "ויפול הגורל על יונה"<sup>32</sup>. לפי בקשתו מטילים אותו המלחים הימה, והוא נבלע במעי הדג. יונה מתפלל לאלוהים. הוא חוזר בתשובה. הדג מקיא אותו. יונה ממלא את שליחותו של האל. בני נינוה חוזרים בתשובה, ואלוהים מסיר מעליהם את רוע הגזרה. הלקח של הסיפור ברור: אלוהים שולט על הכול; אין להסתתר מפניו; ניסיונו של יונה לברוח משליחותו היה ניסיון כושל. אך הסנקציה אינה מידית, לא כלפי יונה שמעל בתפקידו, ולא כלפי בני נינוה שחטאו. במסגרת התפיסה האלוהית יש מקום לחרטה.<sup>33</sup> האל מאפשר לבני האדם לבחור. אם לא בחרו בטוב, תוטל סנקציה, אך אם בחרו בטוב – הסנקציה תוסר, כפי שקרה בסיפור זה ליונה ולאנשי נינוה.<sup>34</sup>

זו משמעותו של הביטוי המיוחס לרבי עקיבא "הכל צפוי והרשות נתונה", המופיע במסכת אבות.<sup>35</sup> לפי פשוטו מבטא הביטוי, כביכול, קונפליקט שבין הידיעה מראש של האל בבחינת גזרה מראש, לחופש הבחירה של האדם. אך הרמב"ם מבטל קונפליקט זה, בהבהירו שהמילים "הכל צפוי" מבטאות את יכולתו של האל להתבונן בעולם, בבחינת צופה מן הצד, ולראות כל דבר אפילו נעשה בחדרי חדרים. האל מתבונן, והרשות נתונה בידי כל אדם לעשות טוב ורע.<sup>36</sup> הביטוי "הכל צפוי והרשות נתונה" משקף הבחנה בין ההשגחה האלוהית לבין הבחירה האנושית. אלא שכאן ניתן להקשות ולשאול: אם ידיעתו של האל נוגעת גם לעתיד, האם לא נובע מכך שהוא גוזר מראש על בני האדם לעשות את כל

30 במדבר כה, 10–11.

31 יש הטוענים שיונה סירב להינבא על נינוה, כדי למנוע חזרתם בתשובה, בידעו שנגזר עליהם להיות שבט אפו של האל, שבאמצעותו יעניש את עם ישראל. יונה שידוע כי משליחות זו תצמח רעה לישראל, ומסרב ליטול בה חלק. פירוש מצודת דוד לספר יונה א, 2–3.

32 שם, פסוק 7.

33 השוו לסיפור המופיע בתלמוד הבבלי, שכת קנו, ע"ב, שבו בשיחה עם שמואל צפה חכם נכרי כי ייגזר גורלו של פלוני למוות על ידי הכשת נחש. כאשר הנבואה לא התגשמה, חקר שמואל בדבר. הסתבר כי אמנם היה נחש באמתחתו של פלוני, אך הוא היה גזור לשניים. ועוד הסתבר כי פלוני נהג לאכול עם בני חבורה, ואחד מהם – אלמוני – לא הביא באותו יום פת לחם והתבייש בכך. כדי להסיר הבושה מאלמוני, השיים עצמו פלוני כאילו הפת שהוא הביא שייכת לאלמוני, והוא – פלוני – לקח אותה מאלמוני. ומכאן הסיק שמואל מידית: "צדקה תציל ממוות". במילים אחרות, צדקה קוראת תיגר על הגורל הקבוע מראש, ובמקרה שלנו הצדקה שעשה פלוני הצילה אותו מגורל המוות שנגזר עליו.

34 לטכניקת החקירה האלוהית ראו דניאל פרידמן הרצחה וגם ירשת – משפט, מוסר והברה בספורי המקרא 21–43 (2000).

35 משנה, אבות ג, טו; וכן "הכל בידי שמים – חוץ מיראת שמים" ראו בבלי, ברכות לג, ע"ב.

36 משנה, הקדמה למסכת אבות שמונה פרקים, ח.

מעשיהם? ואם כך הוא הדבר, היכן הרצון החופשי המצדיק הטלת עונש? תשובתו של הרמב"ם לכך היא שאנו כבני אדם איננו מסוגלים להבין את ידיעת האל. נכון שהאל יודע הכול, אך אין זו ידיעה שמונעת מן האדם לבחור בין טוב לרע.<sup>37</sup> סיפור יונה מהווה המחשה מובהקת לכך.

הביטוי "הכל צפוי והרשות נתונה" מבטא את הדרישה הבסיסית שבין האנושי לבין האלוהי; שבין התרבותי לבין הטבעי; שבין הבחירה לבין הגורל, ואף את מרחב הפעולה שבין שני הקצוות. מרחב זה הוא המרחב החברתי. בסיפורו של אדיפוס, הכול צפוי אך הרשות אינה נתונה. אדם המאמין בגורל אינו יכול בעת ובעונה אחת להאמין כי בכוחו לשבש אותו גורל. כל ניסיון מצדו לעשות כן, יהווה הלכה למעשה, פעולה להגשמת אותו גורל. הרי הגורל, אם הוא אמנם פועל, מביא בחשבון גם ניסיונות אלה. לפי עמדה זו, קשה לנתק את האמונה בגורל מהאמונה שלפיה הגורל נקבע בהתאם ל"תכנית אלוהית" כלשהי. בני אדם אינם מרגישים בנוח כשהם נתונים לשליטה של כוחות טמירים שהם רואים כשרירותיים (סערה בלב ים). הם יכולים להתרווח על סיפון הנוסעים רק כשהם מאמינים שגורלם (כמו גם גורל יתר הנוסעים) נשלט על ידי נווט המוביל אותם לחוף מבטחים. מכל מקום, אם נאמין בגורל ואם לאו, מוטב לנו, כפי שממליץ ניטשה, לחיות את חיינו מבלי לנסות להתחשב בגורל שנקבע לנו. מנקודת מבט זו מיועדים הסיפורים הללו להצביע על ההכרח לפעול כאילו יש לנו בחירה חופשית, וזאת אם הדבר נכון ואם לאו.<sup>38</sup>

לסיכום נקודה זו: שאלת קיומו של חופש בחירה נתונה במחלוקת. מול אלה הגורסים כי לבני האדם נתון חופש בחירה, עומדות השקפות דטרמיניסטיות בדרגה כזו או אחרת, המפקקות בקיומו של חופש זה. תהא אשר תהא ההשקפה על טבע האדם, מכל מקום, הסדר החברתי-מדינתי מניח כהנחה עבודה קיומם של רצון חופשי ובחירה. זה הבסיס לכינונו של משטר חברתי המבוסס על בחירה, וזה גם הבסיס לקיומה של מערכת שכר ועונש ברמותיה השונות, פלילית או אזרחית.

## ה. גורלם של חסרי השליטה והידיעה

מובן שהשאלה אם פעלתי מרצון חופשי אינה פשוטה. פלוני נטל סם, ותחת השפעת הסם תקף את אלמוני. האם פעל פלוני מרצון חופשי? שעה שהיה מסומם לא פעל מרצון חופשי, אבל הוא מרצונו נטל סם והביא על עצמו את מצבו. אך האם לא מצבו ההתחלתי הוא זה שדחף אותו להתמכרות? היכול היה לשלוט בכך? שאלה מקבילה מתעוררת לגבי שכרות.<sup>39</sup> אכן, המשפט מתלבט בשאלה אם

37 משנה, הלכות תשובה, ה-ו.

38 שלמה דיקמן, במבוא לאדיפוס המלך, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11, מציין כי: "לתפיסת-עולמו של סופוקלס מכוונת יותר הפילוסופיה הכלולה במאמר הירוע 'הכל צפוי והרשות ניתנה', שכן אמנם רצון השמיים הוא הגורם המכריע, אך בגבולי הגורל הצפוי מראש ניתנה לו לאדם בחירה חופשית בהשקפותיו ובמעשיו" והשוו לעיל ה"ש 5.

39 השוו אצל אריסטו 'נניח שאדם חולה 'מרצונו', לאחר שחי בפריצות ולא שמע בעצת רופאיו. איש זה היה יכול בשעתו שלא לחלות, אך לא עוד עכשיו, לאחר שאיבד את שעתו כמו שלא תוכל להחזיר את האבן שזרקת". אריסטו אתיקה - מהדורת ניקומאכוס 69 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1985).

שכרות ראויה לשמש טענת הגנה בפלילים. חוק העונשין, התשל"ז-1977 קובע שלא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה במצב של שכרות, שנגרמה שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו.<sup>40</sup> כלומר אם השקו אדם לשכרה בכפייה או סיממו אותו, הוא יהיה פטור מאחריות.<sup>41</sup> אך אם שתה לשכרה או נטל סם מרצונו, יהיה אחראי לכל מעשיו. אישפיות, לעומת זאת, היא טענת הגנה טובה בכל מקרה, שכן מניחים שמצב זה מונע בעליל את חופש הבחירה המהווה תנאי להטלת אחריות משפטית. חולה הנפש אינו אחראי למצבו, אף לא למעשיו.<sup>42</sup> לכן גם לא יוכל, למשל, להסכים לקבל מתנה, שהרי בשל הפגם בתודעתו, אין הוא מסוגל להכריע באופן תבוני, אם ראוי לקבל את המתנה, אם לאו.<sup>43</sup>

לא כל מתנה מביאה תועלת. יש מתנות המטילות נטל העולה על ערכה של המתנה. למשל, פלוני מבקש לתת לאלמוני תנין במתנה. זו גם מתנה אוכלת וגם מתנה מסוכנת. כלל לא ברור אם כדאי לקבלה. היוכל חולה הנפש להפעיל שיקול דעת ראוי בעניין זה? וכך מתאר ג'ק גילברט (בתרגומו של ט' כרמי) את הדילמה שבפניה ניצב החצרון, שהמלך מבקש לתת לו פיל במתנה:

"כְּאֶשֶׁר מֶלֶךְ סִיָּאם מְאֵס בְּאִישֵׁה־הַחֶצֶר,  
הוּא הֵיָה נוֹתֵן לוֹ פִּיל יְפֵה, לְבֵן.  
חִית־הַפֶּלֶא חִיָּבָה הַדּוֹר בֵּה רַב,  
שָׂאם טִפֵּל בֵּה כְּרָאוּי, דִּן עֲצָמוֹ לְהָרֵס.  
וְאִם לֹא – דִּינוֹ הֵיָה קָשָׁה כְּפָלִים.  
כְּכֹל הַנְּרָאָה, לֹא נִתֵּן לְדָחוֹת אֶת הַדּוֹרוֹן."<sup>44</sup>

החצרון, שהמלך מאס בו, חש מחויב לקבל מתנה מזיקה בלי שהוא באמת רוצה בכך. תודעתו אינה לקויה, אך רצונו החופשי נפגם בשל האילוץ שבו הוא נתון. אך לאדם הלא שפוי, לחסר הדעת, ליקוי תודעתי, הפוגם ברצונו. אין הוא יכול להפעיל שיקול דעת סביר בשאלה, אם הוא באמת רוצה בכך. לכן אם התיימר להסכים, לא תיחשב הסכמתו למחייבת, והוא יוכל להשתחרר מחוזה שעשה (ואף לטעון שהחוזה כלל לא נעשה) או ממתנה שהסכים לקבל או לתת.<sup>45</sup>

40 ס' 34ט(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; לטענה בדבר הפיקציה של הנחת הרצון החופשי והקשר לאחריות המשפטית ראו דנה פוגץ' ומוטי פינדלר "בקרה גנטית על התנהגות והשלכתה על המשפט הפלילי דוגמת האלכוהוליום" טכנולוגיות של צדק – משפט מדע חברה 13, 16-21 (שי לביא עורך, 2003).

41 כך גם אצל שפינוזה. הכפייה החיצונית היא תולדה של טבעו של מי שכפה, אך אין היא מבטאת את טבעו של מי שהמעשה נכפה עליו. ברוך שפינוזה איגרות איגרת חמישים ושמונה בעמ' 227-230 (אפרים שמואלי מתרגם, 1963).

42 ס' 34 לחוק העונשין.

43 לרדישה לגמירת הדעת בחוזה מתנה ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 292-293 (1991).

44 ג'ק גילברט "בגנות השירה" בתוך ט' כרמי, אמת וחובה 58 (1993).

45 לחוזים שנעשו על ידי חסר דעת קודם להכרותו כפסול דין, ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 1014-1015 (1992).

כאשר חסר הדעת מוכרז פסול דין, תעבור זכות ההכרעה לאפוטרופסו, שיפעל כשליחו מטעם הדין.<sup>46</sup>

ומה אם יטען פלוני שכוח עליון, צו הגורל, ציווה עליו להרוג את שכנו?<sup>47</sup> הטענה, כשלעצמה, לא תפטור אותו מאחריות, אך ייתכן שתוכל לשמש בסיס לטענת אישפיות. טענת אישפיות היא טענת הגנה "פנימית", שגורמת לשלילת רצונו החופשי של האדם, אך מובן שגם נסיבות חיצוניות עשויות לשלול את כוח הרצון: החצרון, שהמלך מאס בו, גאלץ לקבל את הפיל במתנה. וודאי כך, כאשר מכוונים אקדה לרקתו של אדם והוא חותם על החוזה המונח לפניו. במקרה זה המשפט יאמר ש"לא נעשה דבר", והחוזה בטל מעיקרו.<sup>48</sup>

ומה כאשר לאדיפוס? האם פעל מרצון חופשי? נכון שיד הגורל כיוונה אותו, אך לכאורה הרג את אביו, לאיוס, מרצונו, והוא נשא את אמו לאישה מרצונו. האומנם כך? נניח, כמו בטרגדיה היוונית, שלאדיפוס היה צידוק להרוג את לאיוס כאדם סתם, והעברה היחידה הכרוכה במעשהו, היא שהוא הרג את אביו. האם היה המשפט הפלילי שלנו מטיל אחריות על אדיפוס בגין עברה זו של רצח אב? התשובה שלילית. ככלל, לא די במעשה בלבד כדי להטיל אחריות. תנאי להטלת אחריות פלילית הוא קיומו של אשם, קרי, שהמעשה ילווה בהלך נפש מתאים של מחשבה פלילית. אחריות פלילית נולדת אפוא כאשר יש מיווג בויזמני של מעשה פלילי (actus reus) עם מחשבה פלילית (mens rea). ומובן שמחשבה פלילית מותנית בדיעת העובדות הרלוונטיות. אדיפוס הרג את לאיוס. הוא עשה זאת מרצון חופשי. אך מבחינת המשפט הפלילי הוא לא ביצע את העברה של הריגתו של אביו, שהרי לא ידע שלאיוס הוא אביו. אדיפוס פעל מתוך טעות עובדתית. טעות עובדתית היא טענת הגנה במשפט הפלילי<sup>49</sup> הגורמת לאייהתגבשותה של העברה.<sup>50</sup> כך גם לגבי נישואיו עם אמו. אדיפוס נשא את אמו לאישה, מתוך טעות עובדתית. הוא לא ידע שהיא אמו וממילא לא התכוון לבצע את העברה של נישואין עם אמו, ולכן לא ביצע עברה פלילית.

האם כל זה פותר את הבעיה? מנקודת מבטו של אדיפוס, לו היה נדון מעשהו

46 לחוזים עם פסולי דין ראו שם, בעמ' 1022-1031.

47 השוו אייסקילוס נוטות החסד 44-45 (אהרן שבתאי, 1990). אורסטס שהרג את אמו, קליטמנסטרה, מעיד כהגנה במשפטו כי פעל במצותו של אפולו; עוד השוו ע"פ 172/62 גראמה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(2) 925, 928 (1963) שבו חשש הנאשם מכישפיו של פלוני, ולכן הרגו; לבחינת ההגנה בהקשר של רביתרבותיות ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות במדינה ליברלית ובמדינת-ישראל" עיוני משפט כו 23, 40 (2003); וכן מנחם מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 1, 65 (1998).

48 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 664, 682-688.

49 ס' 34 לחוק העונשין.

50 כאמור, ההנחה היא שהעברה היחידה שעליה אפשר להרשיע את אדיפוס היא הריגת אביו (שאלמלא היה מדובר באב, הייתה ההריגה מותרת), לכן לא מתעוררת הבעיה של ס' 20(ג) לחוק העונשין הקובע: "לעניין סעיף זה - אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות"; לבעיה הכללית של טעות בזהות (שאינה מתעוררת כאן) ראו האלד גנאים ומרכזי קרמניצר "טעות בזהות והחטאת הפעולה - האומנם מחשבה פלילית מועברת?" דין ודברים א 65 (2004).

היום באספקלריה של המשפט שלנו, גם אם היינו משחררים אותו מאחריות פלילית, לא הייתה הרילמה הפנימית שלו נפתרת בכך, שהרי בפועל הרג את אביו ונשא לאישה את אמו. הסכירות שטעויות כאלה תתרחשנה היום היא נמוכה. אבל בהנחה שהמקרה היה מתרחש בימינו, נראה שעולמו הפנימי של אדיפוס המודרני היה מתערער לחלוטין, וייתכן שהיה בוחר להעניש עצמו, גם אם המדינה הייתה משחררת אותו מאחריות. העובדה שהיה זה צו הגורל, לא הייתה פוטרת אותו מייסורים ומרגשות אשמה. מן הסתם היה רואה עצמו אשם בידי שמיים או הגורל, וראוי לעונש שהוא היה משית על עצמו.

מבחינה זו קיים דמיון מסוים בין סיפור הטרגדיה היוונית לבין המצב המשפטי הדין. הרי גם במחזה לא נענש אדיפוס על מעשיו בידי הרשות. הוא נענש בידי עצמו. מערכת המשפט כיום לא הייתה מענישה את אדיפוס בשל היעדר כוונה, משום שזו מערכת שמתאימה לאנושי, ולא למי שחושב שהוא רואה הכול ובסופו של דבר מגלה שהוא עיוור.

ומדוע לא נענש אז בידי הרשות? העברות שביצע אדיפוס היו במסגרת המשפחה. נראה שהסמכות להטיל עונש על עברות בתוך המשפחה, בראשן הרג אב או אם, הופקדה בראש ובראשונה בידי האיריניות – אלות הנקם, שלא פעלו במסגרת מוסדות משפטיים פורמליים.<sup>51</sup> כאז, גם היום אדיפוס פטור מאחריות פורמלית: אז – בשל סוג העברה; היום – בשל הטעות העובדתית. אבל מן הסתם כאז גם היום – הוא היה מייסר את עצמו קשות, בדרך זו או אחרת.

לסיכום נקודה זו: בשתי היצירות, שבהן התרכזנו, "פגישה בסמרה" ו"אדיפוס המלך", זומנה לנו פגישה עם הגורל. בשתיהן נפגשנו עם שאלת הבחירה החופשית ותפקידו של הגורל בתודעה האנושית. "פגישה בסמרה" מציג מקרה של פגישה בלתי נמנעת עם הגורל, כלומר עם המוות, אך הוא אינו מעורר שאלה משפטית. "אדיפוס המלך" מציג במלוא עצמתה את שאלת הבחירה החופשית, בנקודת המפגש המכרעת עם המשפט, עם שאלת האחריות למעשה. אחריותו של אדיפוס מעוררת קושי. אכן אין זו אחריות משפטית רגילה.

## 1. גורל ומזל

ציינתי כי ישנן השקפות שונות לגבי טבע האדם ולגבי שאלת הבחירה החופשית. יש הסוברים כי הכול קבוע מראש על פי שרשרת סיבתית, שאין לאדם שליטה

51 האיריניות, אלות הנקם (צאצאות אורנוס, שנולדו ממעשה אהבים בין גאיוס לאמו גאיה), משקפות את המשפט הטרומי שמבוסס על נקם. הן המטילות את העונש על מעשי החטא, בייחוד על פשעים נגד קרובי משפחה. אך כוח המשפט הופקע מידיהן, והועבר לשלטון הצדק הרציונלי הנשלט על ידי אתנה. ראו אייסקילוס, לעיל ה"ש 47; ראו גם הסידורס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 97; ראו מאמרה היפה של ארנה בן-נפתלי "המקום שבו אנו צורקים?" אמנות כל ההקשרים 204, 209-210 (אורה גולדנברג עורכת, 1998); חשוב לציין שהמשפט הישראלי מתייחס ביתר חומרה לרצח אב מאשר לרצח של אדם רגיל. ראו ס' 300(א)(1) לחוק העונשין שקובע כי כאשר היסוד העובדתי של עבירת ההמתה כולל קרבן מיוחד מדרגה ראשונה (אב, אם, סב או סבתא), די ביסוד נפשי של מזיד (כיום פזיזות, על פי ס' הוראות המעבר לתיקון 39), ואין צורך להוכיח "כוונה תחילה" כמו במקרה הרגיל של רצח לפי ס' 300(א)(2) לחוק.

עליה. על פי השקפה זו הכול הוא תוצאה של כוחות הטבע, אצבע אלוהים או יד הגורל.<sup>52</sup> בהתאם להשקפות אחרות, אקזיסטנציאליסטיות, כל אדם אחראי לגורלו; עצם קיומו הוא חירותו והיא הבונה את מהותו.<sup>53</sup> קיימות, כמוכן, גם השקפות ביניים. אך גם אלה המאמינים באמונה שלמה ביכולת הבחירה החופשית, אינם יכולים להתכחש לכך שיש דברים שהם מעל לשליטתו של אדם. וכאן הבעיה – הצידוק לשפוט אדם, להטיל עליו אחריות, נעוץ במעשה שעשה אדם מרצון חופשי, כלומר מתוך שליטה ובחירה שלו. אך אם חלק גדול ממה שמרכיב אותנו כאנשים, וממה שמכוון אותנו אינו בשליטתנו אלא הוא פרי המקרה העיוור או פרי הסביבה שבה גדלנו, כלום מוצדק לשפוט אותנו? להטיל עלינו אחריות? להעניק לנו הוקרה?

בשפת היום יום הביטוי "מזל" הוא צדו האחר של גורל. כשאומרים על משהו "היה לו מזל", מתכוונים לצד הטוב של הגורל. אחרת מציינים במפורש: "היה לו מזל רע". האם ראוי שהמשפט יתייחס אלינו באופן שונה, אם אתרע גורלנו או התמזל מזלנו? אמנן ותמר שהו במסיבה ושתו לשכרה. לאחר מכן נכנס כל אחד למכוניתו ונסע לדרכו. תמר הגיעה הביתה ללא פגע. איש לא עבר בדרכה, והיא לא נתקלה בשום מכונית. אמנן, לעומת זאת, נתקל במכונית שעברה בדרך, ופגע בה. אשמתם המוסרית של אמנן ותמר זהה, אך המשפט עשוי להתייחס אליהם באופן שונה. המשפט במקרים רבות מוכוון תוצאה. למרות האשמה המוסרית הזוהה, עשוי להיות הברל בדרגת הענישה על פי התוצאה שנבעה מהתנהגותם. לעתים קרובות נובע הדבר ממקריית גרידא. בעולם המשפט – כמו בחיים – עשויה המקריית פעמים לשחק לטובתנו, ופעמים היא עלולה לשחק לרעתנו.<sup>54</sup> בהגות הפילוסופית קיים ויכוח ער בשאלה של Moral Luck – מזל מוסרי.<sup>55</sup> השאלה היא האם וכיצד יש לשקלל את יסוד המקריית או המזל – שהם מעבר לשליטתו של האדם – למסגרת ההערכה המוסרית כלפיו, הנובעת מההנחה שהמעשה שעשה הוא בתחום שליטתו. לא ניכנס לשאלה, היא מעוררת מחלוקת.<sup>56</sup>

52 אלוהים יכול להסתפק באצבע (שמות ח 15: "ויאמרו החרטמים אל־פרעה אצבע אלוהים הוא"); לעתים זקוק הוא ליד (שמות יד 31: "וירא ישראל את־יהיך הגדולה אשר עשה יהוה במצרים"; ישעיה יט, 16: "וחרר ופחד מפני תנופת יד־יהוה צבאות"), אך דומה שהגורל נזקק תמיד ליד שלמה.

53 השקפה זו באה לביטוי מובהק אצל ז'אן־פול סארטר האקזיסטנציאליזם הוא הומניזם 21-14 (יעקב גולומב עורך ומתרגם, 1990).

54 בעבר העונש שהטיל חוק העונשין בגין עברת ניסיון היה מחצית מהעונש שהוטל בגין עברה מוגמרת. תיקון 39 לחוק העונשין (משנת 1994), שהחליף את החלק הכללי והמקדמי של חוק העונשין, אימץ את עקרון האשם. אחת התוצאות הנגזרות מכך, היא שכיום ניתן להטיל עונש מלא על עברת הניסיון, ראו מרים גור־אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992 (הצעות חוק 2098, מיום 6.1.1992) "משפטים כד 9 (1994).

55 שני המאמרים שסללו את הריון בשאלה הם של Bernard Williams ו־Thomas Nagel, ושניהם קרויים Moral Luck: MORAL LUCK: Bernard Williams, *Moral Luck*, in MORAL LUCK 35-55 (Daniel Statman ed., 1993); Thomas Nagel, *Moral Luck*, in MORAL LUCK 57-71 (Daniel Statman ed., 1993).

56 לדיון ורשימה ביבליוגרפית מקיפה ראו: <http://plato.stanford.edu/entries/moral-luck>; Bernard Williams, *Moral Luck*, in MORAL LUCK 35-55 (Daniel Statman ed., 1993); Thomas Nagel, *Moral Luck*, in MORAL LUCK 57-71 (Daniel Statman ed., 1993); Kronman רואה בחשיבתו של Bernard Williams, כמו גם בתנועות לשימור הסביבה, ביטוי לחזרה לאהבת הגורל – Kronman, לעיל ה"ש 10, בעמ' 178.

אני מבקשת עתה לבחון בקצרה את נושא המזל או הגורל לא מנקודת מבטה של האחריות אלא מזו של הזכאות, נושא הידוע כצדק חלוקתי, המהווה חלק מהנושא הרחב של Moral Luck. אמנון נולד למשפחה ענייה ונחשלת. רמת החינוך ביישובו נמוכה. הסיכוי שיגיע לאוניברסיטה נמוך ביותר. גורלו נחרץ עם הולדתו: קרוב לוודאי שימשיך לעבוד בעבודת כפיים, שתאפשר לו רמת הכנסה נמוכה, ושתהפוך גם את ילדיו לילדי מצוקה. תמר, לעומת זאת, נולדה למשפחה מבוססת. היא לומדת בבתי הספר הטובים ביותר. סיכוייה להגיע לאוניברסיטה גבוהים לאין ערוך משל אמנון. אלת המזל – פורטונה – השפיעה עליה עם לידתה. רבים הם הסיכויים שגם ילדיה ייהנו מקרן השפע, מברכתה של אלת המזל. מה תפקידה של המדינה? האם ראוי להתחשב בעובדה של חוסר השוויון ההתחלתי הגורם לקבוצות חסרות מזל להתחיל את חייהם בתנאים התחלתיים נמוכים מאוד, וזאת, לא בשל חוסר כישרון, אלא בשל תנאים סביבתיים? ומצד שני, האם ראוי לתגמל את בני המזל ולטפח את המוכשרים, שכישרונם נובע מנסיבות לידתם? האם ראוי שהחברה תקבע כללים שמעניקים יתרון למצטיינים, למשל, על ידי הקמת בתי ספר לילדים מחוננים או על ידי פטור משירות צבאי למוזיקאים מוכשרים או לספורטאים מצטיינים? יש הסוברים, כמו John Rawls בספרו,<sup>57</sup> כי אנשים אינם ראויים לטובות הנאה הצומחות להם ממקורות גנטיים (למשל כישרון) או ממקורות סביבתיים (ירושה). מהשקפתו, המבוססת על דטרמיניזם מוחלט ועל שוויון מוחלט, עולה כי אין כלל לתגמלם על הישגיהם, אפילו הם פרי מאמץ, שכן גם היכולת להשקיע מאמץ היא פרי גנטיקה או סביבה, שלא הם אחראים לה. תגמולם יוצדק, רק אם הישגיהם יוסיפו לרווחת האחרים, שמזלם ההתחלתי לא שיחק להם.<sup>58</sup>

השקפתו זו של Rawls מעוגנת בעיקרון של הבטחת שוויון הזדמנות לאלה שנקודת המוצא ההתחלתית שלהם נמוכה. אך לא הכול מקבלים את תורתו, בעיקר בכל מה שנוגע לשאלה של תגמול המצטיינים. כך, למשל, סובר Nozick<sup>59</sup> כי נתוניהם הטבעיים של בני האדם הם נכסים שהם זכאים להם, על כל מה שנובע מכך, וכי השימוש בבני אדם לצורך הגדלת רווחת האחרים, מנוגד לציווי הקטגורי השני של קאנט, האוסר על שימוש באנשים כאמצעים לטובת זולתם.<sup>60</sup> המחלוקת היא אפוא בין טיפוח ערך השוויון לטיפוח אינדיבידואלי, המביא ממילא לתגמולם של המצטיינים.

בפועל כל חברה עושה איזון מסוים בין שיפור מצבם של החלשים ותגמול המצטיינים. וכך גם נוהגים הרבנים אצלנו, אם כי לא די במה שנעשה בכל הנוגע לצמצום פערים. מצד אחד, המדינה מעניקה פרסים ליוצריה, לאנשי הרוח שלה, למדעניה, ללוחמיה המהוללים. היא תומכת בספורטאים שלה ובאלופי השחמט. מצד אחר, קיימות תכניות ציבוריות, המסייעות ליישובים חלשים ולאוכלוסיות חלשות. הסיוע יכול להיעשות על ידי הקלות מס או על ידי הזרמת משאבים.

JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE: REVISED EDITION (1971) 57

שם, בעמ' 74-73, 102-104.

ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 224-27 (1974) 59

GEORGE SHER, DESERT chs. 4, 6 (1987); RAWLS על 60

ALAN G. GEWIRTH, SELF-FULFILLMENT 190-95 (1998)



הרעיון של צדק חלוקתי מבוסס על חלוקה מחדש של המשאבים הקיימים:<sup>61</sup> השכבות החזקות יותר מסבסדות במיסים שהן משלמות את השכבות החלשות יותר ואת אלה הזקוקים לסיוע. תפקידו של הצדק החלוקתי לצמצם פערים חברתיים ולהביא – ככל שניתן – את כולנו לאותה עמדת זינוק, ובמילים אחרות, לתקן את הפגמים של הגורל ההתחלתי.<sup>62</sup>

## ז. זכייה בגורל

המזל יכול להיות פרי תורשה, אך הוא יכול להגיע בנסיבות מגוונות, למשל, על ידי זכייה בהגרלה. הגרלה היא הפלת גורל. המילים גורל והגרלה מקורן זהה. עקרונית, הגרלות, הימורים ומשחקי מזל אסורים במדינת ישראל ונחשבים ללא חוקיים.<sup>63</sup> מובן שאיננו מדברים על משחקים ביתיים, אלא על עסקים של הימורים, הגרלות ומשחקי מזל. הימורים ומשחקי מזל בעייתיים מסיבות ידועות: הם אינם מבוססים על פעילות יצרנית; הם עשויים להביא להתעשרות קלה מצד אחד, ולהתרוששות מהירה וחמורה מהצד האחר; הם מרכזים סביבם פעילות עבריינית.<sup>64</sup> ייתכן אף ש"הרעה הקדומה" התרבותית שלנו ששוללת הסתמכות על הגורל ומבוססת על הרעיון של האחריות האישית, משחקת גם היא תפקיד בבניית הגישה המשפטית השלילית כלפי הגרלות. כמובן, שלא לצורך עסקים אנשים יכולים להסכים ביניהם בחוזה על משחק מזל. למשל, אמנון ותמר מסכימים ביניהם שאם המטבע תיפול על המנורה – יזכה אמנון ב־10 שקלים, ואם המטבע תיפול על הספרה – תזכה תמר ב־10 שקלים. חוזה כזה אינו מהווה עברה. אבל האם הוא מחייב?

סעיף 32(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"), קובע: "חוזה של משחק, הגרלה או הימור שלפיו צד עשוי לזכות בטובת הנאה והזכייה תלויה בגורל, בניחוש או במאורע מקרי יותר מאשר בהבנה או ביכולת, אינו עילה לאכיפה או לפיצויים". מהסדר זה נובע אמנם שהחוזה אינו בטל, אבל המחוקק מתייחס אליו בהסתייגות רבה. משמעותו של ההסדר היא שאם אמנון

61 כבג"ץ 244/00 עמותת שיה חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002), אימץ בית המשפט את הרעיון של "הצדק החלוקתי" בקבעו כי: "צדק חלוקתי" הוא פן של סבירות אשר בה מחויבת כל רשות ציבורית; ראו גם מאמרה של דפנה ברקיארו "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"ץ הקרקעות החקלאיות" המשפט י 291 (2005); עוד ראו צדק חלוקתי בישראל (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

62 לנגיעה בנושא, ראו נילי כהן "מצויינות במשפט" הפרקליט מו 233, 238-240 (2002).

63 ס' 224-235 לחוק העונשין.

64 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 343-355; עופר גרוסקופף "פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים" המשפט ז 9 (2002); מבחינת מארגן ההימורים הרווח אינו עניין של "זכייה בגורל" כלל. בגלל חוק המספרים הגדולים, הכנסותיו מתנהגות כמו הכנסות כל עסק אחר – הן אינן תלויות בגורל, אלא בהיקף הביקוש וברמת התחרותיות בענף. הגורל הוא מנת חלקו של המהמר הבודד בלבד. ההתנגדויות להימורים נובעות חלקן מהתנגדות לצד ההיצע – עסקי ההימורים (למשל הטיעונים על ריכוז פעילות עבריינית), וחלקן מהתנגדות לצד הביקוש – השתתפות בהימורים (למשל הסיכוי להתעשרות קלה והתרוששות מהירה; היעדר יצרנות). ממילא רק ההתנגדויות הקשורות לצד הביקוש יכולות להיות קשורות לרתיעה מהתעשרות עקב זכייה בגורל.

הפסיד, ואין הוא רוצה לשלם את הזכייה לתמר, בית המשפט לא יסייע לתמר. למדינה – באמצעות בתי המשפט – אין עניין לקדם חוזים מסוג זה. באופן פרטי אנשים יכולים לעשות חוזים כאלה, והשאלה אם יקיימו אותם, תלויה רק בהם.<sup>65</sup> ומה לגבי רכישת כרטיס מפעל הפיס? נניח שהכרטיס עולה בגורל. האם מפעל הפיס יכול לסרב לשלם את הזכייה? התשובה שלילית. מפעל הפיס חייב לשלם את הזכייה, שכן על פי סעיף 32(ב) לחוק החוזים "משחק, הגרלה או הימור שהוסדרו בחוק או שניתן לעריכתם היתר על פי חוק" מהווים חוזים מחייבים לכל דבר. הדין מתיר פעילות הימורים מסוימת (הדין מפעיל שליטה על משחקי הגורל) והוא משתמש ברווחים כאחד המכשירים של צדק חלוקתי. ובכל זאת, לפני שנים התברר המקרה הבא:<sup>66</sup> אדם קנה איגרת של מפעל הפיס והאיגרת נגנבה מביתו. הרוכש היה אדם מסודר, והוא רשם את מספר האיגרת בפנקסיו. ברגע שהתברר לו שהאיגרת נגנבה, פנה למשטרה ומסר את מספר האיגרת. המספר עלה בגורל. אך כשבא הרוכש לתבוע את זכייתו, סירב מפעל הפיס להעניק לו אותה. טענתו של מפעל הפיס הייתה שלפי תכנית ההגרלה המתפרסמת בילקוט הפרסומים, תנאי לזכייה הוא הצגתה של האיגרת עצמה. הדבר נאמר בילקוט הפרסומים, לא על גבי האיגרת אך, כאמור, האיגרת הפנתה לילקוט הפרסומים. השאלה שהתעוררה הייתה, האם מה שכתוב בילקוט הפרסומים הוא חלק מהחווה בין מפעל הפיס לרוכש? זו שאלה משפטית מובהקת, שלגביה נחלקו השופטים בדעותיהם. שופטי הרוב קבעו שמדובר בחלק מהחווה, ולכן לא יוכל הרוכש לזכות בכספי ההגרלה. ואילו שופט המיעוט, השופט הדגול חיים כהן, היה ברעה הפוכה. הוא ציין שההפניה לילקוט הפרסומים היא לעג לרש. קשה לצפות שאדם מן השורה הרוכש כרטיס הגרלה יפנה לילקוט הפרסום כדי לדעת מהם תנאי ההגרלה. יתר על כן, הוא עצמו נאלץ להשתמש בזכויות מגדלת כדי לראותם, "ואמנם עיני כהן מזוקן".<sup>67</sup>

כיצד ניתן להתייחס לפסק דין זה? עמדת הרוב היא בעייתית. בעל האיגרת, אדם תם לב, עשה מבחינתו כל מה שהיה סביר לעשות. אך שופטי הרוב מנעו ממנו את הזכייה, בהטילם עליו חובה בלתי סבירה לקרוא בילקוט הפרסומים.<sup>68</sup> עמדת הרוב מצביעה על כך, שאפילו כשמדובר בחווה הגרלות חוקי, אין מתייחסים אליו באהדה יתרה, ומפרשים אותו בנוקשות לרעתם של רוכשי הכרטיסים. והסיבה, כפי שציינתי, נעוצה מן הסתם בכך שמדובר בפעילות לא יצרנית, שאין מעוניינים לעודד אותה, אפילו היא מקבלת גושפנקא ממשלתית. אלא שהדעת אינה נוחה מעמדה זו. לא ייתכן שהמדינה תעודד ביד אחת (באמצעות מפעל הפיס והמועצה להסדר הימורים בספורט שהם גופים ציבוריים) השתתפות בהימורים, וביד שנייה (באמצעות בתי המשפט) תגנה את ההשתתפות באותם הימורים עצמם. אבל זה לא מכבר יצא פסק דין חדש המבטל הלכה זו,<sup>69</sup>

65 לשפיטות החווית ככלל ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 321–332.

66 ע"א 251/64 גונשוירוביץ נ' מפעל הפיס, פ"ד יט (3) 286 (1965).

67 שם, בעמ' 297.

68 ברור, עם זאת, שהזכייה לא תלך לאיש. הגנב לא יוכל לזכות כי המספר רשום על שמו של הרוכש, והלה לא יכול לזכות כי האיגרת אינה בידו. הסכום יישאר ביד מפעל הפיס.

69 ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס, תק"על (3) 2733 (2005).

והמאמץ את דעת המיעוט של השופט חיים כהן.<sup>70</sup> פסק הדין החדש מבטא עמדה משפטית לא פורמליסטית, ויש בו מסר המעורר את רוכשי הכרטיסים של מפעל הפיס, הנתפס כיום כמפעל הגרלות לגיטימי לחלוטין, התורם לציבור ביד ברוכה ונדיבה.

## ה. הגורל ככלי הכרעה

הגרלה היא הפלת גורל. האם הגורל של הפלת גורל דומה לגורל שבחנו בסיפור "פגישה בסמרה" ובמחזה "המלך אדיפוס"? גורלם של המשרת בפגישה סמרה ושל אדיפוס מבוסס על גזרה קבועה מראש, שלא ניתן לשנותה. הגזרה שנגזרה בעבר גורמת לכך שיעשו מעשים מסוימים בעתיד שנובעים מאותה גזרה. האם כך גם בהגרלה? התשובה שלילית. הפלת גורל היא דרך להכריע בהתמודדות באופן מקרי ושרירותי, למשל, על ידי הטלת מטבע. הפלת גורל בהגרלה קובעת מכאן ולהבא תוצאות של התמודדות, ללא התייחסות לעבר.<sup>71</sup>

במקרא אנו מוצאים כמה מקרים העוסקים בהטלת גורל. אך נראה שהמשמעות המקראית של הפלת גורל שונה מזו של הגרלת מפעל הפיס או הטלת מטבע. נחזור לסיפור יונה. כאשר הים געש והאנייה עמדה לטבוע, הפילו המלחים גורל כדי למצוא את האדם שבעטיו באה עליהם הסכנה הגדולה. כך התגלה יונה.<sup>72</sup> אנו רואים אפוא שהטלת גורל במקרא שונה לחלוטין מהפלת הגורל בלוטו. הפלת גורל במקרא היא אמצעי לאיתור עבריינים, מעין מכונת אמת.<sup>73</sup> הכלי של הפלת גורל שימש במקרא לא רק לשם גילוי עבריינים, אלא גם כדי לאתר את מי שאלוהים בחר בו למלוך על העם. שאול נבחר למלך בבחירה אלוהית, ולאחר מכן בתהליך של הפלת גורל או פנייה לאורים ותומים, אותר והוצג לכל שבטי ישראל.<sup>74</sup>

ברור אפוא שהפלת הגורל במקרים הללו שונה גם תכלית השינוי מסיפורי סמרה ואדיפוס. הפלת הגורל היא אמצעי חקירה, שנועד לגלות עבריינים או מלכים מיועדים. כיוון הזמן שלה הוא אחורה לעבר, כדי לחקור את מה שכבר היה. לעומת זאת, הגורל של אדיפוס, כיוונו הוא מן העבר לעתיד. תפקידו הוא לכתוב את העתיד על פי גזרת העבר, באופן שלא ניתן לשנות דבר. הפלת הגורל במקרי יונה ושאול שימשה אמצעי חקירה. האם יכולה הפלת גורל לשמש אמצעי הכרעה? שניים אוחזים בטלית. זה אומר כולה שלי, וזה אומר כולה שלי. כיצד נכריע? האם ניתן להכריע בהטלת מטבע?

70 ראו התייחסות לפסק הדין ולדעת המיעוט אצל נילי כהן "כהן ונביא" קריית המשפט ג 75, 77 (2003).

71 ראו את ההגדרה שבס' 224 לחוק העונשין: "הגרלה" – כל הסדר שלפיו ניתן, בהעלאת גורלות או באמצעי אחר, לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה, והזיכה תלויה בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת".

72 אותו אמצעי, אם כי לא השתמשו שם במילה "גורל", שימש גם לאיתורם של עכן שמעל בחרם – יהושע ז, ושל יונתן שנטל את יצרת הרבש – שמואל א 14.

73 פרידמן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 43-47.

74 שמואל א, י 20-22.

תחילה נעמוד על ההבחנה בין הטלת מטבע לשם הגרלה לבין הטלת מטבע לשם הכרעה בסכסוך. ניזכר בדוגמה של הטלת מטבע לשם הגרלה: אם המטבע תיפול על המנורה – יזכה אמנון ב־10 שקלים, ואם המטבע תיפול על הספרה – תזכה תמר ב־10 שקלים. במקרה זה ההגרלה היא מטרת החווה. לפני החווה, הצדדים היו אדישים לשאלה אם המטבע תיפול על צדה האחד או האחר. העניין של הצדדים בשאלה, על איזה צד תיפול המטבע, נוצר רק עם כניסתם להגרלה. לעומת זאת, השאלה למי מגיעה הטלית, אינה קשורה כלל להטלת המטבע. היא הייתה קיימת לפני, והיא נובעת מהעובדה שבין הצדדים קיים סכסוך. הסכסוך אינו קשור לא במזל ולא בגורל. האפשרות להכריע במטבע היא דרך אחת לפתור את הסכסוך, ואם הצדדים הסכימו עליה, מדוע לא לפעול על פי הסכמתם? מובן שמי שמאמין בגורל עשוי לסבור שהפלת הגורל אינה משקפת במקרה זה הכרעה מקרית, המחייבת את הצדדים לפעול על פיה מכאן ולהבא, אלא שהיא מעין אות משמיים למה שכבר נגזר קודם, למה שממילא היה צריך לקרות. אבל האם ראוי לתת תוקף להסכמת הצדדים להפיל גורל כדרך לפתרון הסכסוך? אמנם ארץ ישראל נחלקה בין השבטים על ידי הטלת גורל,<sup>75</sup> וייתכן שגם זה אות משמים לבחירה האלוהית, אך לרוב נחשבת הכרעה על פי גורל בעייתית.

**בגרנטוואה ופנטגוראל** מספר רבלה על השופט ברירואה, העומד למשפט על שעיוות דין והוא, השופט, מבהיר את שיטת פעולתו:<sup>76</sup> בהיותו יסודי הוא מבקש שכל צד ירכז את המסמכים הרלוונטיים. לאחר מכן הוא אוסף את מסמכי התובע ואת מסמכי הנתבע ומרכז כל אחד מהם בשק נפרד. הוא עורך הבחנה בין תיק פשוט למסובך על פי גודל השקים. ההכרעה נעשית על ידי הטלת קוביות. שהרי "אין לך טוב, הוגן מועיל וחיוני מהטלת גורל ליישוב מחלוקות ולסיכום הידינויות".<sup>77</sup> אם התיק כבד, הוא מכריע בדיון על ידי הטלת קוביות פשוטות. אם התיק מסובך, הוא מכריע על פי הטלת קוביות קטנות, שקשה לקרוא את הכתוב עליהן. עיוות הדין במקרה שעליו נשפט, מקורו בכך (על פי הסבריו) שהמקרה היה מורכב, עיניו כהו מזווק, וייתכן שלא יכול היה להבחין כראוי בנקודות שעל הקוביות הקטנות. רבלה לועג למערכת המשפט, ולמעשה מדמה כל הכרעה כאילו היא פועל יוצא של הטלת קוביות. כשם שהגורל הוא עיוור, כך גם מערכת המשפט, המצטיירת לעתים בדמותה של אלת הצדק שעיניה טחו מראות.<sup>78</sup>

רבלה, שכתב במאה השש־עשרה, מסמל את רגע המעבר שבו ניטשת האמונה בכוחות גדולים, הבאים לביטוי במונחים גורל, מזל. לא ייפלא שזהו המועד שבו משתנה הכרתנו המדעית – כדור הארץ הוא שמקיף את מערכת השמש – וזה העידן המבשר את תחילת הנאורות. גורל ומזל נראים מגוחכים בשל חוסר

75 במדבר כו 55.

76 פרנסואה רבלה *גרנטוואה ופנטגוראל*: הספר השלישי והספר הרביעי של עלילות פנטגוראל הטוב כרך ב פרק לט (עידו בסוק מתרגם, 2003).

77 שם, בעמ' 549; מובן מאליו שלא נמצא כל אוון בפסיקתו של השופט ברירואה (פרק מג), ואף נאמר שכבר "שינוי כבר אצל חכמי התלמוד שבמזל עצמו אין כל רע, שבאמצעות המזל מודיענו אלהים את רצונו", שם, בעמ' 569–570.

78 למאמר יפה המנתח דימויה זה של אלת הצדק; Dennis E. Curtis & Judith Resnik, *Images Of Justice*, 96 YALE L.J. 1727 (1987).

המשמעות שלהם. מערכת משפט המקושרת אליהם הופכת להיות מגוחכת אף היא. המשפט מבקש להתנער מדימויו הבעייתי. אלת הצדק אינה עיוורת. היא מכסה את עיניה כדי להתעלם מהבדלים בלתי רלוונטיים.<sup>79</sup> ההכרעה המשפטית אינה הכרעה על פי מזל או גורל. שימוש בגורל כאמצעי הכרעה נתפס מנוגד למה שמתחייב מתפקידו של השופט. הכרעה על פי מזל היא מקרית ושרירותית. היא מנוגדת לתפיסתנו את עצמנו כיצורים תבוניים, הפועלים על פי צו השכל. אין היא מבוססת על העובדות ועל הדין. היא אינה לוקחת בחשבון שיקולים ענייניים. ומכאן לשאלה אם אין בשום מקרה לאפשר הטלת גורל ככלי הכרעה רצינולי? נראה שאם הסכימו הצדדים על כך, אין הם יכולים לחייב את השופט לעשות כן, אולם הם לעצמם יכולים לבחור בכך כהליך של הכרעה.<sup>80</sup> לעתים אף רצוי הדבר. במקרה מפורסם אחר<sup>81</sup> עמדה ספינה להיטרף בלב ים והדרך היחידה להציל את רוב נוסעיה הייתה על ידי השלכתם למים של נוסעים אחדים. המלח שהוביל את המהלך החליט לחוס על נפשו של זוגות נשואים ושל נשים, והשליך שישה-עשר נוסעים למים.<sup>82</sup> הספינה הגיעה לחוף מבטחים, אך המלח הועמד לדין בשל הריגה והורשע, ובית המשפט ציין שהמלח יכול היה לסמוך על הגנת הצורך, רק לו היה עורך הגרלה בין המשתתפים כדי להכריע את מי להשליך למים.<sup>83</sup> כלומר קיימים מקרים שבהם הגרלה היא כלי לגיטימי, אף הכרחי, לצורך הכרעה. בשאלה את מי להקריב לטובת הכלל, הייתה יד הגורל צריכה להכריע מי יושלך למים, ולא ראש הקבוצה.<sup>84</sup>

נרון במקרה נוסף: בעיר אחת היה צריך להיבחר רב ראשי. שני מועמדים התמודדו על המשרה. הקולות נחלקו בין שלושים ושישה נציגי הגוף הבוחר:

79 גילי כהן "על הראייה, על העיוורון, על החיסרון, על היתרון" ספר שמגר – מאמרים חלק ג 611 (אהרן ברק עורך, 2003). הדימוי של אלת הצדק העיוורת הוא דימוי מאוחר, מתחילת המודרניות (ראשית המאה ה-16). ראו WILLIAM IAN MILLER, EYE FOR AN EYE 1-2 (2006).

80 האם יחול כאן ס' 32(א) לחוק החוזים? אמנם מקור הסכסוך קדם לחוזה ההגרלה, אך ניתן לומר שההסכמה להחליט להכריע בסכך, בין הצדדים, על דרך של הגרלה עשויה להפוך אותה הסכמה ל"חוזה של משחק, הגרלה או הימור". חוזה כזה אינו עילה לאכיפה או לפיצויים. עם זאת, אם תכלית ההגרלה היא רק לשם ההכרעה בסכסוך, וההגרלה אינה מטרת החוזה, ניתן לטעון שאין תחולה לסעיף.

81 US v. Holmes (C.C.Pa. 1842) (No.15,583). פסק דין זה שימש בסיס למאמר מפורסם של Fuller: Lon L. Fuller, *The Case of Speluncean Explorers*, 62 HARV. L. REV. 616 (1949); לריכוז החומר בנושא (לרבות נוסח פסק דין *Holmes* ומאמרו של Fuller): <http://people.brandeis.edu/~teuber/lawspelunk.html>.

82 בנייהן, בכל זאת, שתי נשים שביקשו לגלות בכך מסירות מופלגת לאחיהן שהושלך הימה.

83 <http://people.brandeis.edu/~teuber/handout8.html>. עורך דינו של המלח ציין כי עריכת הגרלה בחשכת הליל על גבי הספינה, הטובעת כמעט, הייתה פתרון בלתי סביר באותן נסיבות; וראו בהקשר זה את המקרה המפורסם של *The Queen v. Dudley & Stephen*, 14 Q.B.D 273 (1884), שבו הוחלט לאכול את בשרו של אחד הניצולים כדי לאפשר הישרדותם של שאר. בית המשפט שהרשיע את עושי המעשה ברצח ודן אותם למיתה, לא הכיר באינטרס ההישרדות, ולא הכשיר כל דרך הכרעה בעניין זה. אולם לעבריינים הוסדרה חנינה עוד טרם הרשעתם, והם שוחררו חצי שנה לאחר מעצדם. שם, בעמ' 288.

84 אף שלא הוכרה הגנת צורך, העונש שהושת על רב החובל לא היה חמור במיוחד – חצי שנת מאסר שריצה וקנס של עשרים דולר שממנו קיבל חנינה. ראו לעיל ה"ש 81.

שמונה־עשר בחרו במועמד אחד, ואילו שמונה־עשר בחרו במועמד האחר. הגוף הבוחר החליט להטיל גורל, ובגורל זכה מועמד אחד. אך המועמד השני, שהפסיד, ערער באומרו שאין לסמוך על הגורל וכי על הגוף הבוחר להתכנס שוב עד שיגיע להכרעה. הרב עובדיה יוסף פסק שהצדק עם הרב המערער. בכך נדחתה הגישה האומרת שזכייה בגורל משמעותה אישור של ההשגחה העליונה לתוצאות. הגוף הבוחר חייב לבחור על פי שיקול דעתו התבוני, הענייני, את המועמד הראוי. זה תפקידו, לכן עליו להתכנס שוב, עד שיגיע להכרעה.<sup>85</sup> עם זאת, לעתים עשוי הגורל לשמש כלי להכרעה, זאת כאשר מדובר בהחלטה טכנית, שאין לגביה קני מידה ענייניים, שעשויים להביא לידי הכרעה צודקת.

במקרה אחד הציע מנהל מקרקעי ישראל דירות בפרויקט "בנה ביתך" באילת. כל המציעים עמדו בתנאי המכרז, אלא שהיצע הדירות היה קטן מן הביקוש: היו פחות דירות ויותר מציעים. המנהל החליט להפיל גורל בין המציעים. בית המשפט העליון ציין כך: "כאשר מספר המועמדים, המקיימים את תנאי הזכאות, גדול מהיקף המשאבים שבידי הרשות [...] מוטל על הרשות לבחור את הזוכים על־פי אמת מידה שוויונית. והדרך המקובלת לבחירה כזו היא עריכת הגרלה בין כלל המועמדים [...] בעריכתה נשמר שוויון הסיכויים בתחרות בין המועמדים".<sup>86</sup> נחזור לבחירות לרבנות, ונבחן את ההבדל בין המקרה ההוא להכרעה כאן. מדוע כשיש היצע גדול של מועמדים למשרה לא ניתן לערוך ביניהם הגרלה, אך כשיש היצע גדול של רוכשי קרקע כן ניתן לערוך ביניהם הגרלה? נראה שהתשובה היא זו: במקרה הראשון, של בחירות למשרה, יש לבחור את המועמד הראוי ביותר מבין המועמדים. הבחירה מבוססת כולה על שיקולים ענייניים של התאמה לתפקיד, וקשה לדבר על שוויון מוחלט בין המועמדים. שוויון קולות בגוף הבוחר אינו מעיד על כך שיש שוויון בכל הקריטריונים הרלוונטיים בין המועמדים. נהפוך הוא – הוא מעיד על כך שלדעת כל אחד מהמשתתפים בהצבעה יש דרך להכריע ביניהם, ורק שקלול ההכרעות הוא שיצר שוויון בתוצאה של ההליך. לכן באין הכרעה, צריך להתכנס שוב ולבחור עד "שיצא עשן לבן". לעומת זאת, רוכשי הקרקע צריכים למלא תנאים מסוימים של זכאות. לא כישוריהם עומדים על הפרק אלא תכונות בסיסיות פורמליות, שקיומן אצלם הוכח כאשר מילאו את תנאי המכרז והוכשרו להשתתף בו. מרגע שמילאו את תנאי המכרז הפכו להיות שווים. באין דרך הכרעה עניינית ביניהם, הופכת במצב זה, הגרלה להיות מכשיר הכרעה לגיטימי.<sup>87</sup>

85 ש"ת יביע אומר, חלק שישי, סימן ד; ציון אילו "הפיל פור הוא הגורל לפני המן" – הגורל כאמצעי ליישוב סכסוכים" פרשת השבוע 114 (התשס"ג) [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/8DD66784-E1A4-4C6A-A5A8-127EB8FD7766/10430/114.rtf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/8DD66784-E1A4-4C6A-A5A8-127EB8FD7766/10430/114.rtf) כאשר כיהנתי כרקטורית של אוניברסיטת תל־אביב, ניהלתי בשנת 1999 את הליך הבחירות לתפקיד הרקן באחת הפקולטות. שני מועמדים התמודדו על המשרה. בגוף הבוחר – מועצת הפקולטה – היו 40 חברים עשרים שמהם בחרו באחד, ועשרים בחרו באחר. כעבור שבועיים שבנו ונתכנסו עשרים ושניים בחרו באחד, ושמונה־עשר בחרו באחר.

86 ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749, 762 (1995); ראו עומר דקל דיני מכרזים כרך ראשון 375 (2004).

87 בג"ץ 6437/04 תבורי נ' משרד החינוך, פ"ד נח(6) 369, 379 (2004): "הגרלה משמשת אמצעי ויטות במצב של הרשמת־יתר רק לגבי נרשמים אשר אין ביניהם שוני רלוונטי

- לסיכום, הפלת גורל יכולה לשמש לארבעה צרכים שונים:
1. גילוי רצון האל (כמו בדוגמת שאול או יונה ואולי גם במקרה של חלוקת הארץ לשבטים) – שימוש זה מניח, למעשה, שאין מדובר באירוע מקרי אלא בתוצאה המכוונת על ידי כוח עליון. מבחינה זו אין הדבר שונה מכל צורה אחרת של ניסיון לעמוד על רצון האל באמצעות אירועים ארציים.<sup>88</sup>
  2. שעשוע גרידא (כמו בדוגמת המשחק של אמנון תמר) – במקרה כזה ההגרלה איננה כלי הכרעה, והיא קיימת למטרת בידור בלבד.
  3. חלוקת משאב מוגבל – כאשר אנו נדרשים לחלק משאב מוגבל – חיובי (נכסים) או שלילי (על מי להקריב עצמו לטובת הכלל) – בלי שקיים קנה מידה ענייני להכרעה בין המועמדים (קנה מידה כזה היה קיים בעניין בחירת הרב), ניתן להשתמש בהגרלה. כך הוא הדבר, כאשר המועמדים שווים בכל קני המידה הענייניים (כמו בעניין עיריית אילת);<sup>89</sup> וכך הוא הדבר, כאשר אין כל קנה מידה רלוונטי להכרעה (כמו בדוגמה של השלכת אנשים מספינה טובעת לשם הצלת האחרים).<sup>90</sup>
  4. הכרעה בסכסוך – בשונה מהמקרה של חלוקת משאב מוגבל, כאן ההנחה היא שהמשאב כבר הוקצה בעבר על פי כללים מסוימים, והשאלה היא למי מהצדדים הוקצה בהתאם לאותם כללים. במקרה זה השימוש בהגרלה אינו מהווה כלי ראוי להקצאת המשאב. הטעם לכך הוא שהגרלה אינה מהווה הכרעה בסכסוך הקיים, אלא דרך אקראית להקצאה מחודשת של המשאב. על כן מנהגו של השופט ברידואה נראה אבסורדי. במילים אחרות, כאשר קיים סכסוך שמניח כי את ההכרעה בין המתדיינים יש להכריע על פי זכויותיהם, הגרלה אינה דרך הכרעה ראויה בהגדרה, בשל התעלמותה מזכויות הצדדים.<sup>91</sup>

המצדיק הערפת האחד על פני חברו". עריכת הגרלה בנסיבות אלה היא דרך פעולה סבירה. בעניין בג"ץ 10507/03 טיב טעם יבוא ושיזוק בע"מ נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, תק"ע 403(4), 1190 (2003), ניסו יבואני גבינה לחייב את המדינה לקיים הגרלה כוללת לשם קבלת התר יבוא לגבינות מאירופה. עמדתה של המדינה הייתה שיש לקיים הגרלה רק כאשר לחלק מן הכמות, אך כאשר לכמות הנותרת, אין לקיים הגרלה, כי יש להתייחס לניסיונם הקודם של היבואנים בעניין זה. עמדת המדינה נתקבלה.

88 השוו לסיפור קין והבל בבראשית ד, שבו פירש קין את העדפת מנחת אחיו על ידי האל, כהעדפת אחיו על פניו.

89 עניין עיריית אילת, לעיל ה"ש 86.

90 עניין Holmes, לעיל ה"ש 81.

91 בע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446, 467 (1988), ציין השופט כך בעניין זה: "אין הסכמת הצדדים מהווה נוסחת קסם, אשר בעטיה מחויב בית המשפט לתת את ידו ואת אישורו לכל פרוצדורה המוצעת על ידי הצדדים, אפילו אם סבור הוא שזו נוגדת את תקנת הציבור, או את דרישות הצדק או אינה לכבודו של בית המשפט. כך, אם למשל יציעו הצדדים שתוצאת המשפט תיקבע באמצעות זריקת מטבע (שזוהו למעשה הימור פסול כשלעצמו), או על ידי פניה למגידת עתידות, אשר תסיק מסקנותיה מתוך עיון בקלפים או בשאריות קפה או בעזרת מימצאו של אסטרוולוג – האם רשאי בית המשפט לתת את אישורו לפרוצדורה שכזאת ולהתחייב מראש לתת את פסקידינו על-פי התוצאות של אותם 'הליכים'? וחמור עוד יותר: האם מותר לבית המשפט להתחייב, שיכבד תוצאותיהן של 'בריקות' כאלה, אפילו אם הן נוגדות את התרשמותו מחומר הראיות המצוי כבר בפניו? אין ספק בלבי, כי התשובה על שאלות אלה חייבת להיות בשלילה".

ובכל זאת, דבריו של רבלה, לגבי השופט ברידואה, מהדהדים ברעננות גם כיום. נוכח ריבוי הכללים, הסתירות הפנימיות ביניהם, הרחבתו הבלתי מוגבלת של שיקול הרעת וממילא ריבוי האפשרויות הפרשניות, נוצרת לא אחת תחושה לא נוחה באשר לצדקת ההכרעה המשפטית. לעתים אנו חשים שההחלטה היא שרירותית, או שהיא משקפת את רצונו של בעל הכוח, או שהיא אינה אלא אצטלה רציונלית להחלטה שקבע הגורל. ואם כך, אולי באמת עדיף להטיל מטבע?

### ט. תן למטבע להכריע

המסע המרפרף בין הגורל למשפט חשף את המאבק המתמיד בין אהבת השליטה לאהבת הגורל. מאהבת השליטה באים אנשי המשפט. הם באים מהתבונה, מהאוטונומיה, מחופש הבחירה, משיקול הרעת, מהתכונן, או מהאצטלות של כל אלה. מאהבת הגורל באים הסופרים והמשוררים. הם חשים בצלו המאיים של המוות, באבסורד, בחוסר הצדק, בשרירות, במקריות. אדיפוס בא מאהבת השליטה, וסופו שנשבה באהבת הגורל; דמות המוות טלטלה את המשרת בשוק בבגדד לתכנון ולעשייה, שסופם – כניעה לגורל. ספינת החיים שלנו מיטלטלת בין אהבת השליטה לאהבת הגורל, ורבים חשים שנוכח תעוצי הגורל, חבל להשחית זמן ומאמץ על תכנון, על החלטות, על עשייה ועל חתירה לצדק; שמוטב להיות מובלים על ידי העננים, הרחובות, לילות האהבה והכוכבים; ושנכון לחזור ולהאמין אפילו בהכרעת מטבע. אחד מאלה הסוברים כך הוא יהודה עמיחי, שבשירו "תן למטבע להכריע" אני מבקשת לסיים:<sup>92</sup>

"תן למטבע להכריע,  
מלכים עשו קד. אל תתקליט דבר.  
תן לעננים להביע  
את כל אשר רצית לומר.

קשט את המקרה במלים ובפרח,  
עשה צמיד לאשתך מן התכנון,  
זרק את הצוים בדרך.  
השאר לך רק תחננון.

תן לרחובות להובילך.  
תן לירח להתמלא.  
לילות, גם אלה נאמניך.  
תן לירך. גמר וכלה.

בנה לך סכה ליד הצדק  
תן לשופט לשפט את עצמו.  
מנה פוככים. שב מנגד.  
אל תשאל לשמו."

92 יהודה עמיחי שירים 1948–1962 277–278 (1977).