

מאמרים

”בזכות המבוכה” – היודנרט במבוך המשפט,

הזיכרון והפוליטיקה

ליאורה בילסקי, * חמדה גור-אריה**

מאמר זה בוחן את תפקידו המורכב של בית-המשפט ביחס לסיפור ההיסטוריה ולעיצוב הזיכרון הקולקטיבי של השואה. המאמר בוחן תפקיד זה באמצעות פסקי-דין שונים שהתייחסו ל”יודנרט” – מועצות היהודים באירופה הכבושה שהתמנו על-ידי הנאצים. אל מול הייצוג הסטריאוטיפי של דמותו של איש היודנרט בפסיקת בית-המשפט, המאמר פונה לבחון את התפתחות המחקר ההיסטורי בנושא, אשר נותר מחוץ לכותלי בית-המשפט. המאמר שואל מה מקור העיוות שנוצר בייצוג ההיסטורי של היודנרט בבית-המשפט. לאחר דיון בתרומת המבנה האדוורסרי של המשפט לעיוות ההיסטורי, המאמר מציע לאתר את שורשיו בשני משפטי שואה מכוננים – משפט גרינוולד/קסטנר ומשפט אייכמן. בחלקו השני המאמר פונה לבחון את קשרי-הגומלין בין הזיכרון הקולקטיבי של היודנרט לבין פסיקת בית-המשפט. לנוכח השימוש החוזר ונשנה בכינוי-הגנאי ”יודנרט” בשיח הפוליטי הישראלי, המאמר מעלה את השאלה אם בית-המשפט יכול להתערב ולעודד יצירת שיח פוליטי ביקורתי בסוגיה, וכיצד הוא יכול לעשות זאת. בניגוד לנטייה הליברלית של בית-המשפט לראות את תפקידו כמייצג ומשקף דעות רווחות בחברה, המאמר מציע להאיר דווקא את תפקידו המכוון והמעצב של בית-המשפט ביחס לזיכרון הקולקטיבי. הבנת תפקידו זה של בית-המשפט יכולה לתרום להצבת סייג בפני השימוש הסטריאוטיפי בדמות היודנרט לצרכים פוליטיים, הן בפוליטיקה והן במשפט.

* פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

** דוקטור למשפטים, המרכז האקדמי פרס, רחובות.

ברצוננו להודות לרבקה ברוט ולרותם רוזנברג על הערותיהן המועילות. תודה למערכת ממשל ומשפט, ותודה מיוחדת לעורך ד”ר אילן סבן על תמיכתו ועל הערותיו המדויקות לאורך כל תהליך הכתיבה.

פתח-דבר. א. לשון-הרע, היסטוריה מושתקת ומשפט: 1. ה"שחקנים"; 2. השופט כהיסטוריון; 3. משיח-מחלוקת לשיח-הסכמה; 4. היודנרט – "ידיעה שיפוטית"; 5. היודנרט – מחקר היסטורי; 6. הצל של קסטנר; 7. בית-המשפט כמעצב זיכרון. ב. היודנרט בין המשפטי לפוליטי: 1. מהיסטוריה לזיכרון; 2. פרשת קסטנר; 3. פולמוס "שתי הדרכים" ו"הלקח לדור"; 4. משפט אייכמן ודמות היודנרט. ג. סוף-דבר: מרחבים נפרדים או קשרי-גומלין? בין אקדמיה, פוליטיקה ומשפט.

פתח-דבר

בזכות המבוכה – כך נדמה ניתן להכתיר את החלק הניכר של הדברים שנכתבו בסוגיה זו. נראה שפרט לעמדות החד-משמעיות שבקטבים – כל שאר מרכיבי הקשת, אף שלא תמיד יודו בכך, מצביעות על מבוכה. שורת השאלות המועלות – מהן תוקפניות, מהן מהססות ותומכות, מהן רטוריות, מלמדות על המבוכה הנגזרת מייחודו של האירוע. בזכות המבוכה, כאותה מבוכה של הציבור היהודי באותה עת שנתקשה לתפוס מציאות, שעד אז, נחשבה לבלתי-אפשרית. בזכות המבוכה שהיא פועל יוצא מתוך מאמץ נפשי רציני להקיף או לתפוס את גודל הבעיה בפניה עמדו, ודעת כי למרות המאמץ, לא נגיע לתפיסה זו. בזכות המבוכה, כדי שלא נעלה, או אולי נוריד, עצמנו מתוך חולשת הדעת או יומרה מתנשאת לדרגת אלה החורצים משפט קל, כשבידם כל אותו שפע של מידע, שלחווים את החוויה לא היה. בזכות המבוכה גם בשל ההיבט החינוכי, ואולי לא ההיסטורי, שבבעיה מעין זו: שיפוט מתנשא הבז לחולשות, לפחדים, ולכל שאר מרכיבי תגובותיהם האנושיות של אלה שהתחבטו בבעיות אלה בעת הוויתן. שיפוט זה שהוא זה המוליד את המיתוסים של היהודי החדש, החזק, הכל יכול, שלא ירש דבר ושיצר יש מאין, מיתוס שכמו כל מיתוס אינו אלא מעט המחזיק את המרובה, וככל מעט המחזיק את המרובה, רבים סיכויו לקרוס בשעת מבחן. מבוכה אינה בהכרח הזדהות ואולי אך מעט הבנה, מבוכה היא היא המשאירה סימני שאלה ולא מולידה רק סימני קריאה, היא היא זו שיש לה עוצמה של אש מצרפת המולידה מתוך להבותיה יהודי מתלבט אך יהודי מחושל.¹

1 טוביה פרילינג "בזכות המבוכה: היודנראטים – האם היו בוגדים?" כיוונים 23, 105, 117 (1984).

הימים הם ימי האינתיפאדה השנייה בתחילת שנות האלפיים, הקרויה אף "אינתיפאדת אל-אקצה". פרופ' סטיבן פלאוט, מרצה למנהל עסקים באוניברסיטת חיפה, עקב אחר התבטאויותיו ופעולותיו הפוליטיות של ד"ר ניב גורדון, מרצה למדע המדינה באוניברסיטת בן-גוריון. התבטאויותיו ומעשיו של גורדון, סבר פלאוט, "משקפים דעות פוליטיות בזויות, מתועבות, שאינן שונות במאום מאלה של גדולי שונאיהם של יהודים ושל מדינת ישראל"². ככעסו כי רב, פרסם פלאוט כמה מאמרים ודברי פרשנות הנוגעים בגורדון עצמו, בביקורתו על פעולות הממשלה בתקופת האינתיפאדה ובפעולות המחאה שעשה. במסגרת פרסומים אלה השווה פלאוט את גורדון, בין היתר, לחברים במועצות היהודים באירופה הכבושה על-ידי הנאצים בתקופת מלחמת העולם השנייה, הקרויות "יודנרט" (Judenrat). פרסומים אלה הובילו לתביעה בגין לשון-הרע שהגיש גורדון לבית-משפט השלום בנצרת. על פסיקתו של בית-משפט זה,³ שקיבלה את תביעתו של גורדון ופסקה לו פיצוי כספי, הוגש ערעור לבית-המשפט המחוזי בנצרת.⁴ פסק-הדין בערעור קבע כי השוואתו של התובע לחברי היודנרט מהווה לשון-הרע, הכריע ברוב דעות כי אמירה זו אינה חוסה תחת הגנת תום-הלב בפרסום, ופסק לו פיצוי. קביעות אלה יעמדו במרכז הדיון של רשימה זו.

בית-המשפט המחוזי בנצרת עסק בתובענה שעניינה לשון-הרע אשר באה לעולם בשל השוואת השקפת-עולמו ומעשיו של אדם לאירוע היסטורי – השואה ופועלם של חברי מועצות היהודים במהלכה – והסקת מסקנות פוליטיות עכשוויות מהשוואה זו. מתוך כך נזקק בית-המשפט הן לבחינת טיבו של אותו אירוע היסטורי והן לבחינת "זכרון היודנרט" במסגרת הקולקטיב הישראלי. כפי שנרצה להראות ברשימה זו, קביעותיו ההיסטוריות של בית-המשפט ביחס ליודנרט היו מוטעות, אלא שעד כמה שיישמע הדבר מוזר, קביעות מוטעות אלה הניבו קביעות "נכונות" ביחס לאופן שבו הקולקטיב הישראלי "מבין וזוכר" את השואה בכלל ואת היודנרט בפרט.

אותו "זיכרון קולקטיבי", כך נרצה להראות, הושפע במידה רבה משני משפטי שואה מרכזיים שהתקיימו בישראל – משפט גרינוולד/קסטנר ומשפט אייכמן. באמצעות ניתוח עומק של פסק-הדין בעניין פלאוט, נרצה לעמוד על המתח הבלתי-פתור שבית-המשפט ניצב בפניו לעיתים, בשמשו הן גוף שעניינו קביעת אחריותו המשפטית של הפרט העומד

2 פס' 3 (א) לכתב ההגנה בעניין ת"א (שלום נצ') 1392/03 גורדון נ' פלאוט (לא פורסם) (להלן: כתב ההגנה של פלאוט).

3 ת"א (שלום נצ') 1392/03 גורדון נ' פלאוט (פורסם בנבו, 31.5.2006) (להלן: עניין גורדון). בית-המשפט קיבל את תביעתו של התובע בחלקה, ופסק לו פיצוי בסך 80,000 ש"ח.

4 ע"א (מחוזי נצ') 1184/06 פלאוט נ' גורדון (פורסם בנבו, 27.2.2008) (להלן: עניין פלאוט). הודעת ערעור הוגשה על-ידי פלאוט בגין חיובו בפיצוי בגין לשון-הרע; הודעת ערעור שכנגד הוגשה על-ידי ניב גורדון, שערער על גובה הפיצוי שהושת של פלאוט. ערעורו של גורדון נדחה על דעת כל חברי ההרכב. ערעורו של פלאוט התקבל ביחס לשלושה מבין ארבעת הפרסומים מושא תביעתו של גורדון, אך נדחה ביחס לפרסום השני, מושא מאמר זה. בית-המשפט המחוזי, בדעת רוב, פסק לגורדון פיצוי בסך 10,000 ש"ח.

לפניו, הן מספר היסטוריה והן גוף אשר פסיקתו משקפת ומעצבת את זכרונה הקולקטיבי של הקהילה. כפי שנרצה להראות, כאשר על בית-המשפט למלא תפקיד משולש של שופט, היסטוריון ומשמר זיכרון, הוא עלול להיכשל בתפקידו.

בחלקו הראשון של המאמר נבחן כיצד כללי הדיון המשפטי חתרו תחת האפשרות להציג את האמת ההיסטורית לגבי היודנרט. נציג גם כיצד הסתמך בית-המשפט על "ידיעה שיפוטית" לגבי היודנרט, שלגביו קשה עדיין לדבר על "ידיעה" היסטורית, לא כל שכן על ידיעה שיפוטית. בחלקו השני של המאמר נפנה לבחון את יחסי-הגומלין בין המשפט (ובמיוחד משפטים מכוננים על השואה) לבין הזיכרון הקולקטיבי של השואה והשיח הפוליטי בישראל. שני חלקי המאמר מיועדים לבחון כיצד התגבש "זכרון היודנרט" בתודעה הקולקטיבית של החברה הישראלית. אנו מציעות לערוך בחינה זו בשתי דרכים שונות: החלק הראשון מציע הסתכלות ממוקדת ופרטנית על משפט אחד – משפט הדיבה בין גורדון לפלאוט; ובחלק השני הפרספקטיבה היא כללית, ממצוץ הציפור, ועוקבת אחר משפטים מרכזיים שתרמו לעיצובו של זכרון השואה בכלל ושל זכרון היודנרט בפרט. שילובן של שתי הפרספקטיבות נועד להציע מהלך פרשני ביקורתי המיועד לבחון את התהליך שבו עולמות שיח שונים (משפטי, פוליטי והיסטורי) קורסים זה אל זה ומזינים זיכרון חד-ממדי ושטחי על תופעת היודנרט, אשר חוסם את חלחול המחקר ההיסטורי אל השיח הציבורי בישראל. לטענתנו, לתהליך זה יש השלכות מסוכנות על השיח הפוליטי בישראל בנושא הסכסוך הישראלי-פלסטיני, במיוחד בנוגע לשאלת הלגיטימיות של דרך המשא-ומתן ושיתוף-הפעולה עם אויבים.

א. לשון-הרע, היסטוריה מושקת ומשפט

1. ה"שחקנים"

ניתוח ביקורתי של הכרעה שיפוטית מתמקד במקרים רבים באחד או יותר מה"שחקנים" שעיצבו – הצדדים לדיון ובית-המשפט. ניתוח כזה יכול שיתמקד באופן שבו הבין בית-המשפט את הסיטואציה העובדתית המוצגת על-ידי הצדדים לדיון,⁵ במשמעויות החברתיות העולות מהבנה זו⁶ או באופן שבו אחד הצדדים לדיון משתמש בכלים המשפטיים הנתונים

5 ראו, למשל, יופי תירוש "סיפור של אונס, לא יותר" משפטים לא 579 (2001).

6 ראו, למשל, אילת שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" עיוני משפט יח 159 (1993).

בידיו.⁷ לעיתים נשמע במסגרת ההליך המשפטי גם קולם של אחרים, עדים במשפט. גם קולם של אלה עשוי להשפיע לעיתים על ההליך המשפטי ועל תוצאתו.⁸ במסגרת רשימה זו נרצה להתמקד ב"שחקן" נוסף, שחקן "סביל" ששולב במסגרת ההליך המשפטי דנן – חבר היודנרט. שחקן רביעי זה, נרצה להראות, הושקף. קולו של שחקן זה לא נשמע – לא על-ידי מי מהצדדים לדיון, לא על-ידי עדים ולא על-ידי בית-המשפט. "שחקן" נוסף זה שולב כחלק מטיעון רטורי שנועד לבסס "הקשר היסטורי" לביקורת הפוליטית של סטיבן פלאוט על עמדותיו ומעשיו של ניב גורדון ביחס לסכסוך הישראלי-פלסטיני. השוואתו של גורדון לחברי היודנרט על-ידי פלאוט, הגשתה של תביעה משפטית בגין השוואה זו ופסיקתו של בית-המשפט ביחס להשוואה זו הניבו לא רק הכרעה משפטית ביחס לחבותו של פלאוט בגין פרסומיו, אלא גם קביעות היסטוריות חד-משמעיות – שנכללו בהכרעה המשפטית – ביחס לחברי מועצות היהודים באירופה הכבושה על-ידי הנאצים, ביחס לאופיים ולמהותם של מעשיהם וביחס לדרך שבה הם נזכרים במסגרת הציבוריות הישראלית. קביעות היסטוריות-פוליטיות נחרצות אלה היו תוצר מהלכיהם וקולם של שלושת ה"שחקנים" במשפט. קביעות אלה השתקו את קולם של חברי היודנרט, והפכו את זכרונם ואת לקחם לחד-ממדיים. כפי שנרצה להראות ברשימה זו, השתקה זו ראויה לעיון ולדיון הן בשל משמעותה המשפטית והן בשל משמעותה לזכרונה הקולקטיבי של השואה בישראל.

2. השופט כהיסטוריון

You will recall that in the 1940s, in the ghettos and concentration camps, some self-appointed Jewish leaders set up their own councils, called Judenrat, to conduct "talks" with the Nazis. In many cases, the "talks" were about how the Judenrat leaders would collaborate with the Germans in keeping everyone calm and orderly while the Jews were being deported to Auschwitz and similar places. In exchange, the Judenrat leaders hoped to save their own skins and those of their families.⁹

7 ראו, למשל, את ניתוחה של ליאורה בילסקי ביחס להשפעתו של עו"ד תמיר על ההליך המשפטי בפרשת קסטנר: LEORA BILSKY, TRANSFORMATIVE JUSTICE: ISRAELI IDENTITY ON TRIAL 19–40 (2004).

8 ראו, למשל, ליאורה בילסקי "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" עיוני משפט כג 421 (2000).

9 דבריו של סטיבן פלאוט ביחס ליודנרט. ראו עניין פלאוט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 4.

ככלל, הליך משפטי דן בעובדות שהתרחשו בעבר, המהוות בסיס לניתוחיו ולהכרעותיו של בית-המשפט. במקרים רבים עובדות העבר נוגעות ב"היסטוריה הפרטית" של מי מהצדדים לדיון, אך יש מקרים שבהם היסטוריה פרטית זו שלובה באופן זה או אחר באירועים החורגים מקורות חייו של אחד הצדדים לדיון.¹⁰ במקרים מעין אלה בית-המשפט נדרש לעיתים ל"היסטוריה" כפי שאנו מבינים את המושג, קרי, כאירועי עבר בעלי משמעות לקהילה, לאומה, לכלל האומות וכיוצא באלה. כך, לעיתים התנהגותו של מי מהצדדים לדיון מצריכה הבנת עובדות היסטוריות רחבות יותר,¹¹ ולעיתים טענותיו של צד לדיון ביחס למעשיו של הצד האחר מצריכות קביעות עובדתיות-היסטוריות.¹² מתוך כך נדמה כי המשותף לכל אותם מקרים החורגים מ"היסטוריה פרטית" נעוץ ב"חיובו" של בית-המשפט לעשות לעיתים עבודה הנדמית על פניה כעבודתו של היסטוריון. אולם בין עבודת היסטוריון לבין עבודת השופט קיים שוני מתודולוגי, הנושא עימו משמעותות לא-מבוטלות. על השוני בין שתי הדיסציפלינות – ההיסטורית מזה והמשפטית מזה – עמד כבר השופט אגרנט בפסק-דינו באחת הפרשות הידועות שבהן עסק בית-המשפט ב"היסטוריה", הלוא היא "פרשת קסטנר". תפקידו של ההיסטוריון, אומר השופט אגרנט, הינו תפקיד משולש:

בידי ההיסטוריון מרוכזים ומלוכדים כל שלושת התפקידים של איסוף החומר העובדתי, סינונו והערכתו גם יחד, ואיחוד זה של התפקידים הללו

-
- 10 ראו, למשל, דפנה ברק-ארוז "והגדת לבנון: היסטוריה וזיכרון בבית-המשפט" עיוני משפט כו 773 (2002).
- 11 דוגמה מובהקת להיזקקות ולפירוש של עובדות ותהליכים היסטוריים ניתן למצוא בפרשת אייכמן, שבמסגרתה בית-המשפט פורש ומפרש את תולדות עלייתה של המפלגה הנאצית לשלטון החל בשנת 1933. זאת, אף שלשיטתו של בית-המשפט עצמו, אחריותו הפלילית של אייכמן מתחילה משנת 1938 בלבד. ראו היועץ המשפטי לממשלה נגד אדולף אייכמן 69–72, 91–92, 93–97 (התשכ"ב) (להלן: עניין אייכמן).
- 12 היזקקותו של בית-המשפט לקביעות עובדתיות היסטוריות באה לידי ביטוי ברבים ממשפטי לשון-הרע, וזאת כחלק מבדיקת הטענה "אמת דיברתי" שאותה משמיע הנתבע/נאשם. כך היה, למשל, בפרשת אריאל שרון, שבה נדרש בית-המשפט לקבוע עובדות ביחס למלחמת לבנון הראשונה – ראו ע"א 323/98 שרון נ' בנוזימן, פ"ד נו(3) 245 (2002) (להלן: עניין שרון); וכך היה גם בפרשת קסטנר, שבה נדרשו הערכאות השונות לשאלה מה היה המצב העובדתי בהונגריה שאפשר השמדה רחבת-היקף בפרק-זמן של שבועות ספורים בלבד – ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 124/53 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פס"מ מד 3, 9–12 (1955) (להלן: עניין גרינוולד); ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב 2021, 2026–2032 (1958) (להלן: עניין ערעור גרינוולד).

בידי ההיסטוריון, הוא המכשיר אותו להוציא את פסק-דינו "ההיסטורי"
שלא מתוך "משפט קדום" במידת האפשר.¹³

אולם, אומר אגרנט, במסגרת ההליך המשפטי – שבו מלאכת סינון העדויות וההוכחות נעשית לא על-ידי בית-המשפט, אלא על-ידי אחרים, הצדדים לדיון – "מוגבלים ומצומצמים אנו, באשר לבסיס הכרעתנו, לאותו חומר עובדתי, שכל אחד מבעלי הדין בחר להביאו למשפט, כדי להשיג את התוצאה שהיה מעוניין בה מראש".¹⁴ במובן זה, טוען השופט אגרנט, קיים קושי אינהרנטי לחקר המשפטי לדמות את עצמו לחקר ההיסטורי, ולו בשל העובדה שניטלה ממנו הזכות לבדוק ולהכריע מהן אותן עובדות הנדמות בעיניו כבעלות כוח מסביר לסוגיה הנבחנת, כפי שנאמר בהליך משפטי נוסף שנוקק ל"היסטוריה": "קביעת 'האמת ההיסטורית' – ככל שיש קיום למושג זה – הינה עניין להיסטוריונים ולא לבית-המשפט, וככל שישכיל בית-המשפט להימנע מלעסוק בה כן ייטב".¹⁵ הקושי האינהרנטי הטמון ב"מעבר" מתפקיד השופט לתפקיד ההיסטוריון, כמו גם השפעתו של "מעבר" זה הן על המשפט והן על ההיסטוריה וזכרונה,¹⁶ נבחנו רבות הן על-ידי חוקרים שדנו בסוגיה¹⁷ והן על-ידי בתי-המשפט עצמם.¹⁸ קושי זה, כפי שעולה מדברי אגרנט, קשור באופן הדוק לשיטה המשפטית האדוורסרית. במסגרת שיטה זו, אם נאמץ את "דימויה האידיאלי", ההליך המשפטי מבוסס על יריבות בין הצדדים לדיון, ולגוף השופט שמור תפקיד סביל. הצדדים הם שמעלים את הסוגיות שבמחלוקת, הם אלה הבוחרים אילו ראיות להציג לפני בית-המשפט על-מנת להוכיח את טיעוניהם, והעימות בין אלה קובע את גדר

13 עניין ערעור גרינוולד, שם, בעמ' 2055.

14 שם, בעמ' 2056. דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עומדים אף הם על השוני המתודולוגי, כמו-גם המהותי, בין ההליך המשפטי לבין החקר ההיסטורי. ראו דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר "משפט והיסטוריה: מחקר, פוליטיקה ותרבות" משפט והיסטוריה 7 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, התשנ"ט).

15 עניין שרון, לעיל ה"ש 12, בעמ' 258.

16 אחת המחלוקות ההיסטוריות הבולטות בנוגע למלחמת-העולם השנייה היא המחלוקת בין הגישה האינטנציונליסטית לבין הגישה הפונקציונליסטית, קרי, המחלוקת בשאלה אם השואה היא תוצר של החלטה מודעת ומכוונת מראש או שמא נתונים היסטוריים כאלה ואחרים יצרו מעין "כדור-שלג". ההליך המשפטי שנוהל בנירנברג סמוך לתום המלחמה – באופן שבו הוא נוהל ובהתאם לפרשנות שנתן בית-המשפט למעשיהם של הנאשמים – תרם רבות לחיזוקה של התפיסה האינטנציונליסטית. ראו: DONALD BLOXHAM, GENOCIDE ON TRIAL 200–208 (2001).

17 ראו, למשל: Wendie E. Schneider, *Past Imperfect*, 110 YALE L.J. 1531 (2001).

18 ראו, למשל, את דבריו של בית-המשפט המחוזי בעניין אייכמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 7–8.

המחלוקת.¹⁹ במובן זה, טוען אגרנט, בית-המשפט "שבוי" בבחירותיהם של הצדדים בנסחו את הכרעת-דינו, הכוללת, כאמור, גם קביעות היסטוריות.

3. משיח-מחלוקת לשיח-הסכמה

פרשת פלאוט אמורה, על פניה, לחשוף שוב את הדילמה הכרוכה בצורך להיזקק להיסטוריה על-מנת להגיע להכרעה שיפוטית, שהרי השוואתו של התובע גורדון למועצות היהודים באירופה הכבושה על-ידי הנאצים, בצירוף הטענה "אמת דיברתי" שטען הנתבע פלאוט, מצריכות דיון במועצות אלה, בתקופה שבה פעלו ובמעשיהן. במובן זה, נדמה כי פרשה זו דומה לפרשות רבות נוספות הנזקקות לסיפור היסטורי לשם קביעת הכרעתן המשפטית, על הקושי המושגי הכרוך בכך.²⁰ פרשת פלאוט, באופן שבו התנהלה, מעלה קושי נוסף: כאמור, הדילמה העומדת בבסיס הקשר בין ההיסטורי למשפטי נעוצה בשוני מהותי בין עבודת ההיסטוריון לבין זו של המשפטן, בוודאי במסגרת השיטה האדוורסרית, שבה היריבות בין הצדדים השונים לדיון היא שמכתיבה את הבסיס הראייתי והמשפטי שעליו עתיד בית-המשפט להישען. אולם בפרשה זו התהפכו יוצרותיו של ההליך האדוורסרי בכל הנוגע בשאלה ההיסטורית שעמדה לדיון לפני בית-המשפט. בנוגע לשאלה זו, תחת שיח-מחלוקת נוצרה הסכמה. יוצרות אלה התהפכו משום שהצדדים לדיון לא היו חלוקים ביניהם בסוגיה ההיסטורית שעמדה באופן מעשי בלב הדיון המשפטי. על-מנת להבין תוצאה משונה זו – שבה שיח-מחלוקת, הנדמה כהכרחי בדיון משפטי, נהפך לשיח-הסכמה – יש להבין את טיבן של הטענות שעמדו לפני בית-המשפט: הנתבע פלאוט, שפרסם דברי ביקורת קשים על התובע גורדון, השווה את זה האחרון לחברי היודנרט, ואף הסביר ותיאר, לנוחות קורא הפרסום, מה היה לשיטתו היודנרט. תיאור זה, מטבע הדברים, לא היה תיאור מחמיא, שהרי כל עניינו של הפרסום היה בביקורת חריפה על עמדותיו הפוליטיות של גורדון. בבית-המשפט טען פלאוט כי דבריו הם דברי אמת, וכי השוואתו של גורדון לחברי היודנרט מהווה הבעת דעה מותרת. ברור לכן שעמדתו של פלאוט אמורה לשכנע את בית-המשפט הן כי תיאורו ההיסטורי נכון והן כי השוואתו אמיתית ולגיטימית. גורדון, מצידו, שטען כי יש בפרסום משום לשון-הרע, ניסה להוכיח כי השוואתו לחברי היודנרט אינה לגיטימית ואינה אמיתית. מתוך כך, על-מנת לטעון כי ההשוואה מהווה לשון-הרע, טען גורדון כי השווה באופן לא-לגיטימי ל"רע". הרע, במקרה זה, נעוץ במעשיהם הנוראים והבוזיים של אנשי מועצות היהודים, כפי שתוארו בפרסומו של פלאוט, שצוטט לעיל. על-

19 ראו: MIRJAN DAMASKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY: A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS 3 (1986).

20 ראו, למשל: Hayden White, *Historical Employment and the Problem of Truth*, in: PROBING THE LIMITS OF REPRESENTATION 37 (Saul Friedlander ed., 1992).

כן גם טיעונו של גורדון, באופן שבו נטען, מבוסס על ההנחה כי השוואה לחברי היודנרט היא פוגענית בשל טיבו של היודנרט.²¹ יוצא אם כן שנסיבותיו של מקרה זה הובילו לשיח-מחלוקת בדבר הלגיטימיות של ההשוואה העכשווית לאירוע היסטורי אך לשיח-הסכמה בדבר טיבו של אירוע היסטורי זה. האמיתות או הלגיטימיות של ההשוואה היא שעמדה במחלוקת בין הצדדים; ואילו אמיתותו של התיאור ההיסטורי ביחס ליודנרט, כפי שהדברים הוצגו במסגרת ההליך המשפטי, הייתה מוסכמת.

הרציונל העומד בבסיס השיטה האדוורסרית – שלפיו שיח-מחלוקת משמש כלי לחקר האמת²² – לא פעל את פעולתו ביחס לסיפור ההיסטורי העוסק ביודנרט. כפי שיוצג להלן, במסגרת ההליך המשפטי בעניין פלאוט – אם בטיעוני הצדדים ואם בהכרעתו של בית-המשפט – נותר תיאורו של פלאוט ללא מחלוקת, מבלי שמי מהשחקנים בהליך המשפטי יטיל בו ספק. נסיבותיו והגיונו של הליך משפטי זה הובילו לתוצאה, הנדמית משונה, שלפיה לשלושת "שחקניו" של ההליך היה תמריץ לא לעסוק בבירור האמת ההיסטורית לגבי היודנרט כבסיס לדיון, אלא לאמץ ללא עוררין את תיאורו של פלאוט.²³ חברי היודנרט נותרו מושקעים במובן זה שסיפורם נותר אחיד, ולא זכה במחלוקת אדוורסרית ובהצגת ראיות וטיעונים מתנגשים שמהם יוכל בית-המשפט לברור את הבסיס העובדתי שעליו ישתית את הכרעת-דינו.

ההליך המשפטי, בוודאי האדוורסרי, כורך בחובו קושי אינהרנטי בהכרעות היסטוריות כלליות, אשר מוביל לשאלה אם ראוי שבית-המשפט יקבל על עצמו תפקיד של היסטוריון. אולם כאשר במסגרת ההליך האדוורסרי נוצר שיח-הסכמה בין הצדדים, קושי אינהרנטי זה נעשה חמור אף יותר. אם במסגרת שיח-מחלוקת הצדדים מציגים לפני בית-המשפט טיעונים לכאן ולכאן, במסגרת שיח-הסכמה לא יוצג לפניו כל טיעון ולא תוצג כל אסמכתה. שיח-מחלוקת ביחס לנתון עובדתי כלשהו במסגרת ההליך המשפטי מחייב את בית-המשפט להכריע במחלוקת. הכרעה זו יכול שתסתמך על מסמכים שהוצגו על-ידי מי מהצדדים, על

21 בזמן כתיבת מאמר זה היו בידינו כתב התביעה וכתב ההגנה של הצדדים לדיון. מאידך גיסא, סיכומי הצדדים לא היו בידינו. למרות זאת, על האופן שבו התייחס התובע גורדון ליודנרט ניתן ללמוד מפסק-דינו של בית-משפט השלום, שבו נאמר כי "המלה 'יודנראט', לפי דבריו של התובע, משמעה יהודי המשתף פעולה עם הנאצים, להכחדת/השמדת העם היהודי". מדברים אלה נקל להסיק כי אף התובע גורדון, במסגרת טיעונו בבית-המשפט, קיבל למעשה את תיאורו של פלאוט ביחס ליודנרט. ראו עניין גורדון, לעיל ה"ש 3, פס' 27 לפסק-הדין.

22 לתיאור הרציונל של השיטה האדוורסרית ככלי לחקר האמת ראו עמנואל גרוס "שיטת הדיון האדוורסרי בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?" עיוני משפט יז 867, 874–872 (1993).

23 נסיבות מסוג זה הן אחת הסיבות המרכזיות לביקורתו של מייקל מרוס על השימוש בהכרעות שיפוטיות כבסיס להיסטוריה. המשפט, טוען מרוס, פועל על-פי היגיון משלו, אשר מתאים לביורר מחלוקת עובדתית צרה בין הצדדים, אך אינו מתאים לביורר סוגיות היסטוריות. ראו: Michael Marrus, *History and the Holocaust in the Courtroom*, in LESSONS AND LEGACIES V: THE HOLOCAUST AND JUSTICE 215 (Ronald Smelser ed., 2002).

עדויות או על חוות-דעת של מומחים,²⁴ ובית-המשפט יכול אף להכריע בסוגיה תוך שימוש בפרקטיקה המכונה "ידיעה שיפוטית". פרקטיקה שיפוטית זו, המאפשרת לבית-המשפט להגיע לכלל הכרעה מבלי להיזקק לראיות שהוצגו לפניו, היא פרקטיקה שנועדה להכריע בשיח-מחלוקת.²⁵ כאשר נתון עובדתי כלשהו אינו חלק משיח-המחלוקת בין הצדדים, הוא נהפך לחלק מ"ידיעה שיפוטית" במובן אחר מזה שיועד למונח במקור. במצב דברים זה, "הידיעה השיפוטית" אין משמעה פרקטיקה המאפשרת להגיע לכלל הכרעה של מחלוקת, אלא נתון המוסכם על כל הצדדים לדין. "הידיעה השיפוטית" – זו שהינה ברגיל מנת-חלקו של השופט היושב בדין – נהפכת ל"ידיעתם" של הצדדים כולם. בעניין פלאוט, חרף המחלוקת העמוקה בין השקפות-עולמם והשקפותיהם הפוליטיות, "ידעו" הצדדים כולם מה היה היודנרט.

בתי-משפט, כאמור, משמשים לעיתים מספרי היסטוריה. אולם הקשר בין השיפוט היסטורי אינו מסתכם ביחס חד-כיווני זה, שבמסגרתו ניתן לבית-המשפט תפקיד של מספר ההיסטוריה. הכרעות שיפוטיות עשויות לשמש לעיתים גם מקור ידע כשלעצמן, בשקפן, במידה כזו או אחרת, מצב דברים נתון בחברה שבמסגרתה נכתב הטקסט השיפוטי. במובן זה, פסק-הדין משמש בתפקיד כפול: מחד גיסא, הוא משמש לעיתים מספר סיפור היסטורי, ומכריע לגבי "היסטוריה רשמית"; ומאידך גיסא, פסק-הדין עשוי לשמש מסמך היסטורי כשלעצמו.²⁶ במובן זה ניתן לייחס לבית-המשפט תפקיד של מספר ומסופר בעת ובעונה אחת. פסק-הדין עשוי לשמש מקור ידע בין שהוא מתאר מצב עניינים "עובדתי" נתון ובין שהוא מתאר הלך-רוח ציבורי נתון. כך, טקסט שיפוטי יכול לשמש מקור ידע "היסטורי-עובדתי" אם הוא מתאר אירועים עובדתיים המרכיבים מאורע היסטורי,²⁷ אולם אם הוא מתאר הלך-רוח ציבורי ביחס לסוגיה כזו או אחרת, הוא עשוי לשמש מקור ידע ביחס לאותו

24 למשל, בעניין בן-גביר הציגו הצדדים מסמכים ביחס לנכונותה של ההשוואה בין הנאציזם לבין הכהניזם, ואף הובאה עדותו של ההיסטוריון צימרמן לצורך ביסוס ההשוואה. ראו רע"א 10520/03 בן-גביר נ' דנקנר, פס' 9 לפסק-דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 12.11.2006).

25 כך, למשל, במשפט הדיבה של דייוויד אירווינג נגד דבורה ליפשוטט, אשר הגדירה אותו "מכחיש-שואה", סירב בית-המשפט להיזקק לעדויות מומחים ביחס לשאלה שבמחלוקת, היא השאלה אם השואה אכן התרחשה, וקבע את עובדת התרחשותה כחלק מעקרון הידיעה השיפוטית. ראו: Irving v. Penguin Books Ltd., All ER (D) 523 (2000).

26 לתיאור תפקיד כפול זה ראו, למשל, ברק-ארז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 784.

27 ראו, למשל, את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתביעת לשון-הרע שהגיש אריאל שרון נגד עוזי בניזמן. במקרה זה קבע בית-המשפט המחוזי – אף שהזהיר כי אין בתוצאותיו של הליך אדוורסרי כדי לקבוע קביעות היסטוריות – מה היו הנסיבות שהובילו לפריצתה של מלחמת לבנון הראשונה. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 818/93 שרון נ' בניזמן, פס' 3.1 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 4.11.1997).

הלך-רוח.²⁸ במובן זה, כל סיפור היסטורי, ובכלל זה הסיפור המשפטי, הוא חלק מסיפור של הקהילה שבמסגרתה הוא נכתב. על-כן גם הסיפור המשפטי עשוי לשמש אחד ממקורות הידע ביחס לתודעתו ההיסטורית של הקולקטיב.²⁹ אחד המקורות הבולטים לאיתורו של הלך-רוח ציבורי במסגרתו של טקסט משפטי עשוי להיות הליך משפטי העוסק בתביעות לשון-הרע, וזאת בעיקר בשל האופן שבו בחרה הפסיקה לפרש את המונח "ביטוי פוגעני". האופן שבו התפרש המונח "לשון-הרע" בפסיקה – כביטוי פוגעני כפי שהוא מתפרש על-ידי "האדם הסביר" במסגרת החברתית שבה התפרסם הביטוי – מעלה כי הקביעה שביטוי מסוים הוא פוגעני מתיימרת לשקף הלך-רוח ציבורי. לא הפגיעה ה"סובייקטיבית" במושג הפרסום היא שנבחנת על-ידי בית-המשפט, אלא פגיעה "אובייקטיבית", קרי, פגיעה כפי שהיא מובנת על-ידי הציבור הרחב או בקהילה הרלוונטית שאליה יועד הפרסום.³⁰ בדברים להלן ננסה לעמוד על "תפקידו הכפול" של בית-המשפט בעניין פלאוט, הן כמניב טקסט שיפוטי הכולל סיפור היסטורי והן כמניב טקסט המשמש מקור ידע לחשיפת תודעה קולקטיבית הכרוכה באותו סיפור היסטורי. כל זאת, בסיטואציה שבה השיח על-אודות הסיפור ההיסטורי לא היה מלכתחילה שיח-מחלוקת, אלא שיח-הסכמה.

4. היודנרט – "ידיעה שיפוטית"

ידוע הוא שניתן לפטור צד למשפט מהחובה להוכיח עובדה שנטענה על-ידו אם עובדה זאת היא בידיעתו השיפוטית (להבדיל מידיעתו הפרטית) של השופט... מספיק אם נאמר באופן כללי כי מדובר בעובדות שהן נחלת הכלל, כגון: עובדות היסטוריות, עובדות שבפיזיקה בסיסית, גיאוגרפיה, תוצאות מחקרים ידועים או של סטטיסטיקה ממשלתית וכיוצא באלה.³¹

תביעת הדיבה שהוגשה נגד פלאוט מבוססת על ארבעה פרסומים, העוסקים כולם בעמדותיו הפוליטיות ה"שמאליות" של ניב גורדון, בדעותיו – כפי שהבין אותן פלאוט – ביחס

28 כך, למשל, בעניין בן-גביר בית-המשפט קובע מהי משמעות המילה "נאצי" במסגרת הציבוריות הישראלית. ראו עניין בן-גביר, לעיל ה"ש 24, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

29 להמשגת המונח "זיכרון קולקטיבי" ולדיון בשוני בינו לבין ה"היסטוריה" ראו: Pierre Nora, *Between Memory and History*, REPRESENTATIONS 7–24 (1989). ראו גם: Amos Funkenstein, *Collective Memory and Historical Consciousness*, 1(1) HISTORY AND MEMORY 5 (1989).

30 לפירוש "אובייקטיבי" של המונח "ביטוי פוגעני" ראו, למשל, ע"א 740/86 תומרקין נ' העצני, פ"ד מג(2) 337, 333 (1989) (להלן: עניין תומרקין).

31 ע"א 759/76 פז נ' נוימן, פ"ד לא(2) 175, 169 (1977).

לסכסוך הישראלי-פלסטיני ובעמדתו הביקורתית כלפי האופן שבו ההנהגה הישראלית פועלת ביחס לסכסוך זה. רשימה זו תתמקד בפרסום השני מבין פרסומיו של פלאוט, כפי שנותח על-ידי בתי-המשפט. פרסום זה פורסם באינטרנט בשפה האנגלית, בשנת 2002, ומתייחס לשמאל הישראלי ולמחאתו נגד סירובה של ממשלת ישראל לנהל משא-ומתן עם אש"ף "תחת אש" בתקופת האינתיפאדה השנייה.³²

השואה ודימויה מהווים מרכיב מרכזי בפרסומו של פלאוט. אנשי אש"ף מכונים "איינזצגרופן" – אותן יחידות ניידות של האס-אס והאס-דה שהתלוו לייחידות הצבא הגרמני בפלישה לברית-המועצות בשנת 1941, שם עסקו ברצח המונים, בעיקר יהודים.³³ במקום אחר מכונה הנהגת אש"ף "פלוגות סער" – אותן יחידות אס-אה חומות-מדים שהקימה המפלגה הנאצית בשנת 1921.³⁴ הפרסום מוכתר בכותרת "יודנרט למען השלום". הפרסום מציב אם כן את הסכסוך הישראלי-פלסטיני בהקשר של השואה. אש"ף, מצד אחד, וישראלים שנפגעו בפגיעים, מן הצד האחר, מוכנסים להקשר היסטורי ורגשי שבמסגרתו ברור לכל מי ה"טובים" ומי ה"רעים", מי הרודפים ומי הנרדפים. היהודי – תמיד יהודי, לא ישראלי – הנפגע מפגיעים במסגרת הסכסוך הישראלי-פלסטיני אינו שונה במאום מהיהודי הנרדף במסגרת תוכנית "הפתרון הסופי" באירופה הכבושה על-ידי הנאצים; והגוי הרודף הוא תמיד אותו גוי רודף, בין שהוא חבר במפלגה הנאצית ובין שהוא חבר בארגון פלסטיני המבצע מעשי טרור במסגרת מאבקו במדינה ריבונית.³⁵ במסגרת הפרסום עושה פלאוט שימוש במונח "שואתי" נוסף – היודנרט, בכותבו כי היודנרט מהווה דגם לחיקוי לשמאל הישראלי. אלא שבניגוד לדימויי השואה שהוצמדו לאש"ף, אשר הוזכרו כלאחר-יד, פלאוט

32 פלאוט פרסם ארבעה פרסומים. הראשון מביניהם פורסם באינטרנט בשנת 2001, והוכתר בכותרת *Haaretz Promotes Jewish for Hitler*. במסגרת פרסום זה התייחס פלאוט לביקורת שכתב גורדון על ספרו של נורמן פינקלשטיין תעשיית השואה. הפרסום השני, מושא מאמר זה, פורסם באינטרנט בשפה האנגלית, והוכתר בכותרת "יודנרט למען השלום". הפרסום השלישי, משנת 2002, הופיע בדמות "מכתבי תנחומים" שנשלחו לתובע גורדון בדואר אלקטרוני, ובהם "תנחומים" על חיסולו של מוחמד דף, אשר נחשד כאחד ממנהיגי תנועת החמאס. הפרסום הרביעי פורסם בשנת 2001 במסגרת כתב-העת *MIDDLE EAST QUARTERLY* על-ידי כתב שהזדהה כסולומון סוקרטוס, והוכתר בכותרת *Israel's Academic Extremists*. פרסום זה התייחס לתובע גורדון והחוזה דעה על רמת פרסומיו האקדמיים. גורדון טען כי הנתבע פלאוט הוא שכתב מאמר זה תחת שם בדוי. לפירוט הפרסומים מושא תביעת הדיבה ראו עניין גורדון, לעיל ה"ש 3.

33 ראו האנציקלופדיה של השואה כרך א 80–88 (ישראל גוטמן עורך, 1990).

34 שם, כרך ד, בעמ' 839–842.

35 הקישור בין הנאצים לבין הפלסטינים או הערבים ככלל אינו קישור חדש. למעשה, כבר בשנת 1950, במהלך דיוני הכנסת שקדמו לחקיקת החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י-1950, ס"ח 281 (להלן: החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם), הושווה המופתי לנאצים. השוואה דומה ניתן למצוא גם בפסק-הדין בפרשת אייכמן. לתיאור השוואות אלה ראו עדית זרטל האומה והמוות: היסטוריה, זיכרון, פוליטיקה 42–50 (2002).

מתאר בהרחבה, לשם ביסוס דבריו, תיאור הנחזה כתיאור היסטורי ביחס לחברי מועצות היהודים באירופה הכבושה. בהתאם לתיאורו של פלאוט, שצוטט לעיל, בשנת 1940 ואילך מינו עצמם כמה מנהיגים יהודים לראשי מועצות, הקרויות "יודנרט". מינוי זה נעשה הן בגטאות והן במחנות הריכוז. מינוי עצמי זה נעשה על-ידי מנהיגים יהודים אלה על-מנת לנהל שיחות עם הנאצים. "שיחות" אלה נועדו להרגיע את היהודים הנשלחים למחנות השמדה, דוגמת אושוויץ. בתמורה, קיוו ראשי היודנרט להציל את עורם, כמו-גם את חיי משפחותיהם.³⁶ תיאור היסטורי זה הוא הבסיס להשוואתו של השמאל הישראלי לחברי מועצות היהודים. היות שפעולתו של היודנרט משמשת דגם לחיקוי, אליבא דפלאוט, השמאל הישראלי נחוש לנהל שיחות עם אש"פ בה-בעת שמחבלים מתאבדים מפוצצים קבוצות של ילדים יהודים ופגזי מרגמה נורים אל בתי יהודים, ובלשונו של פלאוט – כאשר יהודים נורים בכל יום על-ידי אנשי האינזצגרופן של אש"פ. במסגרת נרטיבית זו משולב אף התובע, ניב גורדון, המופיע כאחד מנציגיו של אותו שמאל ישראלי. גורדון, גורס פלאוט, הוא אחד מאלה השואפים להיות חברי יודנרט – Judenrat wannabes, כלשונו – וזאת משום שגורדון ביקר את יאסר ערפאת כאשר היה נצור במוקטעה שברמאללה.³⁷

השימוש בדימויים הלקוחים מתקופת מלחמת-העולם השנייה והשוואה אינו מיוחד לפלאוט. מספרן הרב של התביעות בגין לשון-הרע שהגיעו לפתחו של בית-המשפט הישראלי בגין ביטויים כגון "נאצי" ודומיהם מעלה כי השימוש בדימויי השואה רווח בציבוריות הישראלית, הן בקרב אלה המשתייכים לצידה ה"ימני" של המפה הפוליטית והן בקרב אלה המשתייכים לצידה ה"שמאלי".³⁸ ברבים מן המקרים נעשה שימוש בדימויי

36 ראו את תיאורו של פלאוט לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 9.
37 המוקטעה הוא מתחם הנמצא בעיר רמאללה, הכולל את משרדי הממשלה של הרשות הפלסטינית ואת מעונו של יושב-ראש הרשות. במהלך אינתיפאדת אל-אקצה הטילה ממשלת ישראל מצור על המתחם, שבו שהה באותה עת יושב-ראש הרשות יאסר ערפאת. לתקופה זו, שבמהלכה ביקרו אנשי שמאל ישראלים במוקטעה, התייחס פלאוט בפרסומו. ראו, למשל, עמוס הראל ואמנון רגולר "נמשכת הריסת המוקטעה; ערפאת: לא ניכנע" הארץ 22.9.2002. news.walla.co.il/?w=/22/284102&tb=/i/673275

38 בשיח הישראלי ההשוואה לשואה רווחת בקרב הימין והשמאל כאחד. הדברים הגיעו פעמים מספר לכלל משפטי דיבה. ראו, למשל, ע"א (מחוזי י-ם) 3242/02 בן-גביר נ' דנקר (לא פורסם, 18.9.2003) וכן עניין בן-גביר, לעיל ה"ש 24 – פסקי-דין בפרשה שבה כינה העיתונאי אמנון דנקר את פעיל הימין איתמר בן-גביר "נאצי קטן ומלוכלך" בתוכנית הטלוויזיה "פופוליטיקה". בעקבות התבטאות זו הגיש בן-גביר תביעה נגד דנקר בגין הוצאת לשון-הרע. בית-המשפט המחוזי פסק לטובת דנקר, ואילו בית-המשפט העליון הפך את ההחלטה וקבע כי אכן מדובר בהוצאת לשון-הרע. על דנקר הוטל לפצות את בן-גביר בסכום הסמלי של שקל אחד. ראו גם ת"פ (שלום י-ם) 1470/06 מדינת ישראל נ' מטר (פורסם בנבו, 10.9.2006) וכן ע"פ (מחוזי י-ם) 30636/06 מדינת ישראל נ' מטר (פורסם בנבו, 19.7.2007) (להלן: עניין ערעור מטר) – פסקי-דין בפרשה שבה כינתה פעילת הימין נדיה מטר את ראש מנהלת סל"ע, יונתן בשיא, "יודנרט", בשל חלקו ביישום תוכנית ההתנתקות מרצועת-עזה. נגד מטר הוגש כתב אישום בגין העלבת עובד ציבור. בית-משפט השלום החליט למחוק את כתב האישום

השואה כדימויים מוכרים, אשר משמעותם נחזית כברורה לכל השומע אותם. כך, מונחים כגון "אנטישמי", "נאצי", "יודונאצי" ודומיהם נאמרים ומפורסמים מבלי שיתלווה כל פירוט ביחס למשמעותם.³⁹ פרסומים מסוג זה חייבו את בתי-המשפט לדון בשאלה מהי משמעותם של ביטויים אלה, אם יש לבחון את משמעותם במבחן "היסטורי" או שמא בהתאם להבנה הרווחת שלהם במסגרת הציבוריות הישראלית כאן ועכשיו, ובאיזה אופן יש לבחון את פגיעתם – בהתאם למבחן אובייקטיבי, מבחנו של "האדם הסביר" הנחשף לפרסום, או שמא בהתאם למבחן סובייקטיבי, מבחנו של הנפגע הקונקרטי שכונה בכינוי כזה או אחר.⁴⁰ כפי שפורט כבר קודם לכן, בבחירה בין הלך-רוחו של מושא הפרסום לבין פירוש "אובייקטיבי" המתיימר לשקף הלך-רוח קהילתי, זכה הפירוש האחרון.⁴¹ פרסומו של פלאוט מכיל אף הוא דימויי שואה שאינם זוכים בהסבר בגוף הפרסום. אולם ביחס להשוואת השמאל הישראלי ליודנרט טורח פלאוט ומבהיר מה היו היודנרטים ומה עשו. תיאורו זה של פלאוט, אשר מצהיר על עצמו כתיאור עובדתי גרידא ופותח במילים "you will recall", משמש בסיס להשוואה של השמאל הישראלי בכלל, ושל גורדון בפרט, לחברי היודנרט.

מטעמי הגנה מן הצדק, אולם ההחלטה נהפכה על-ידי בית-המשפט המחוזי, ונקבע שמטר תועמד לדין. כן ראו ת"א (שלום רח') 3325/95 זאבי נ' צימרמן (לא פורסם, 3.9.2000) וכן ע"א (מחוזי ת"א) 1070/01 צימרמן נ' זאבי (פורסם בנבו, 3.11.2003) (להלן: עניין זאבי) – פסקי-דין בפרשה שבה כינה פרופ' משה צימרמן את חברה-הכנסת רחבעם זאבי "נאצי" בריאיון עיתונאי לשבועון ירושלים. זאבי הגיש תביעה נגד צימרמן בגין הוצאת לשון-הרע. בית-משפט השלום פסק לטובת זאבי, וחייב את צימרמן בתשלום פיצויים של 20,000 שקלים, אולם בית-המשפט המחוזי קיבל את ערעורו של צימרמן והפך את ההחלטה. ראו עוד עניין תומרקין, לעיל ה"ש 30 – פסק-דין בפרשה שבה שלח הפסל יגאל תומרקין מכתב לאיש הימין אליקים העצני במעטפה שעליה כתב את האותיות "kz", שהינן קיצור של שתי מילים בגרמנית שתרגומן הוא "מחנה ריכוז". העצני הגיש נגד תומרקין תביעת לשון-הרע, בטענה כי הכוונה הייתה להשוות אותו לנאצי. בית-המשפט המחוזי קיבל את התביעה, אך בית-המשפט העליון קיבל את ערעורו של תומרקין וקבע כי אין מדובר בהוצאת לשון-הרע. במסגרת רשימה זו אנו מתמקדות בנושא ההשוואה ליודנרט, שכן נושא זה מעורר בעיות ייחודיות בשל הטאבו שהתגבש סביבו, כפי שננתח להלן.

39 ראו, למשל, עניין בן-גביר, לעיל ה"ש 24, עניין זאבי, לעיל ה"ש 38, ועניין תומרקין, לעיל ה"ש 30.

40 ראו ע"א 256/57 אפלבוים נ' בן-גוריון, פ"ד יד 1205, 1215 (1960); ע"א 723/74 הוצאת עתון הארץ נ' חברת השמל, פ"ד לא(2) 300, 281 (1977); עניין תומרקין, לעיל ה"ש 30, בעמ' 337.

41 על-מנת לדייק, בית-המשפט היה נכון להכיר בקבוצות שונות במסגרת הקולקטיב, ואף להחיל מבחן "אדם סביר" שונה ביחס לכל אחת מהן. אולם היות שסוגיה זו לא עלתה לדין בפרשת פלאוט, לא נרחיב את הדיון בה. ראו, למשל, ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1 (1992).

כברכות מהתביעות בגין לשון-הרע המגיעות לפתחו של בית-משפט, גם במסגרת תביעה זו טען הנתבע להגנת אמת בפרסום. מעבר לכך טען הנתבע להגנת תום-הלב בפרסום, קרי, שמדובר בהבעת דעה לגיטימית ביחס למעשיו ולעמדותיו של התובע.⁴² זוהי, אם כן, גדר המחלוקת כפי שנפרשה בכתב ההגנה של הנתבע. אולם, כפי שיתואר להלן, לאמיתו של דבר הצטמצמה גדר המחלוקת לאמיתותה של ההשוואה בין התובע גורדון לבין חברי היודנט, ולשאלה אם הנתבע זכאי להגנת תום-הלב בפרסום. טיבו של היודנט נותר מחוץ לגדר המחלוקת, והוצג – מבלי שקדם להצגה זו כל בירור – כבלתי-שנוי במחלוקת עובדתית. על כך אפשר ללמוד, בין היתר, מדבריו הבאים של בית-המשפט, מפי שופט המיעוט אברהם אברהם:

בפתח המאמר מזכיר לנו פלאוט מי היו היודנטים, אותן מועצות יהודים ידועות לשמצה, שפעלו בגיטאות וקיימו דו-שיח עם הנאצים, ובין היתר עשו להשגת רגיעה וסדר בגטו, בזמן שיהודים הובלו לטבח.⁴³

אמירתו זו של בית-המשפט מציבה את הקשר הדיון: פלאוט "מזכיר" לנו מה היו היודנטים – מזכיר, משמע מספר לנו שנית עובדות נטולות מחלוקת; וה"עובדות" הן שחברי היודנט מינו את עצמם, ושמינוי עצמי זה נועד לשם שיתוף-פעולה עם הנאצים ולשם הצלת נפשם על-חשבון הכלל, שאותו הם "הרדימו" בכוונה. בית-המשפט מוסיף ומציין עוד כי מועצות יהודים אלה "ידועות לשמצה". הנה כי כן, בית-המשפט קובע את האמת ההיסטורית ביחס ליודנט, כמו-גם את זכרונה הקולקטיבי. מאידך גיסא, השופט אברהם אינו מוכן לקבל חלק אחר מטענת האמת בפרסום שאותה טען פלאוט, הוא החלק המתייחס להשוואתו של גורדון לחברי היודנט. לדבריו, "אין לי להיזקק לטענה 'אמת דיברתי' שמשמע פלאוט. גורדון איננו יודנט, והוא איננו מבקש להידמות ליודנטים".⁴⁴ הגנת "אמת דיברתי" אינה עומדת אם כן לנתבע לא בשל תיאורו ההיסטורי, שעליו בית-המשפט אינו מלין כלל, אלא משום שגורדון עצמו אינו איש יודנט ואף אינו מבקש להידמות לכוה. עוד קובע השופט אברהם, בהסתמכו על דבריה של השופטת פרוקצ'יה בעניין בן-גביר, כי "דימויו של אדם או של מעשיו או התנהגותו לנאצי, יודנט וכיו"ב עשויה לפגוע במושא ההשוואה (סובייקטיבית), ולהשפילו ולבזותו בעיני הבריות (אובייקטיבית)... ודאי כאשר מדובר ביהודי, ולכן היא מהווה לשון הרע".⁴⁵ אכן, בעניין בן-גביר קובעת השופטת פרוקצ'יה כי השימוש במונח "נאצי" מהווה לשון-הרע בהתאם למבחן "אובייקטיבי". לדבריה:

42 ראו את כתב ההגנה של פלאוט, לעיל ה"ש 2, פס' 3(ד)1 ו-3(ד)2.
43 עניין פלאוט, לעיל ה"ש 4, פס' 21 לפסק-הדין (ההדגשה הוספה).
44 שם, פס' 23 לפסק-הדין.
45 שם, פס' 22 לפסק-הדין.

"נאצי" בעיניו של יהודי בארץ ישראל מסמל לא רק משטר שהפך גדול אויבי האנושות, אלא את הקשה שבאויבי העם היהודי בכל הזמנים, אשר הוביל קהילות שלמות של יהדות אירופה למשפחות הגזים, רצח בדם קר מאות ואלפים, שנורו אל תוך קברי אחים, הרג תינוקות, נשים וזקנים ללא אבחנה, הרעיב עד מוות את אסיריו במחנות הריכוז, והוביל אותם למותם מקור וממחלות. זהו מושג הנקשר עם רעיון השמדת-עם, שביקש למחוק את העם היהודי מעל פני האדמה.⁴⁶

השופטת פרוקצ'יה מתייחסת אם כן אך ורק לדימוי "נאצי", אשר להשקפתה יש בו כדי לפגוע ביהודי. השופט אברהם, באמצע דבריו אלה, מוסיף נדבך לסוגיית לשון-הרע בהקשרם של דימויי השואה: כמו הכינוי "נאצי", דימויו של אדם לחבר יודנרט משמעו הוצאת לשון-הרע בהתאם למבחנה האובייקטיבי של הקהילה, בוודאי כאשר מדובר ביהודי. כל זה על בסיס קביעתו העובדתית של השופט, המקבלת במלואה את תיאורו של פלאוט ביחס ליודנרט.

לאחר שקבע כי ההשוואה עולה כדי לשון-הרע, קובע השופט אברהם כי יש לקבל את טענתו הנוספת של פלאוט כי דבריו מהווים הבעת עמדה מותרת ביחס לעמדותיו ולפועלו של התובע, ועל-כן עומדת לו הגנת תום-הלב בפרסום. אף שדבריו של פלאוט ביחס לגורדון מהווים לשון-הרע בשל השוואתו של גורדון לחברי היודנרט, דבריו חוסים תחת הגנתו של סעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, הקובע כי פרסום בתום-לב המחווה דעה על התנהגותו, אופיו או מעשיו של נפגע – מזכה את המפרסם בהגנה. אף בדונו בהגנת תום-הלב לא נפקדת מפקד-דינו של השופט אברהם חוות-דעת היסטורית על פועלו של היודנרט. לדבריו:

לא לשם השפלתו משווה גורדון ליודנראט, כי אם על מנת להביע דיעה, לפיה ההידברות עם הפלסטינים עשויה להמיט על ישראל אסון, כפי שההידברות של היודנראט עם הנאצים המיטה עלינו אסון.⁴⁷

פרסומו של פלאוט חוסה תחת הגנת תום-הלב משום שהשוואתו של פלאוט בין הידברותו של ה"שמאל" עם הפלסטינים, במסגרת הסכסוך הישראלי-פלסטיני, לבין הידברותם (כך בלשון בית-המשפט) של חברי היודנרט עם הנאצים בזמן מלחמת-העולם השנייה, אשר המיטה עלינו אסון, הינה השוואה לגיטימית. השוואה זו לגיטימית משום שעל-אף השוני בין שתי הסיטואציות, בשתיהן הניזוקים הם כלל הקהילה היהודית.

46 עניין בן-גביר, לעיל ה"ש 24, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

47 עניין פלאוט, לעיל ה"ש 4, פס' 44 לפסק-הדין.

משפט וממשל יב תש"ע – בזכות המבוכה – היודנרט במבוך המשפט, הזיכרון והפוליטיקה

אף שחווית דעתו המשפטית של השופט אברהם אינה זוכה בתמיכת חבריו להרכב, ניכר כי עיקר פסיקתו במישור העובדתי מקובלת גם על דעת הרוב. כך, נשיא בית-המשפט, השופט מנחם בן-דוד, הנמנה עם דעת הרוב במקרה זה, קובע כי –

נראה שאין צורך להציג את תופעת היודנראט ודי אם נפנה לתיאורו של פלאוט עצמו במאמר הרלבנטי.⁴⁸

גם נשיא בית-המשפט המחוזי מבסס אם כן את ניתוחו המשפטי, השונה מזה של שופט המיעוט, על הקביעה העובדתית שתיאורו של פלאוט בנוגע ליודנרט תיאור נכון הוא. למעשה, כפי שעולה מן הדברים, תופעת היודנרט ידועה ומוכרת עד כדי כך שאין כל צורך להציגה מעבר לתיאורו של פלאוט. בניגוד לדעתו של השופט אברהם, הנשיא בן-דוד אינו מקבל את טענתו של פלאוט, שלפיה ההשוואה בין חברי היודנרט לבין גורדון ודעותיו הינה הבעת דעה לגיטימית. לדבריו:

לא ניתן להשוות ולדמות יהודי דוגמת גורדון, הנמנה על השמאל הקיצוני הישראלי, אשר תוקף וגם באופן חריף, מעשים ממעשיה של ישראל בשטחים או כלפי ערבים בכלל, אך אינו כופר בזכותה של מדינת ישראל להתקיים, ליהודי אשר הצטרף ליודנראט וסייע בידי הנאצים להשמיד ולהכחיד את בני עמו... גם לא שמענו שגורדון ביקש להפיק טובת הנאה אישית מעמדותיו בנושאים הפוליטיים, כמו שביקשו להשיג לעצמם אנשי היודנראט משולחיהם.⁴⁹

הנה כי כן, השוואתו של גורדון לאנשי היודנרט אינה לגיטימית, אף לא כהבעת דעה, מכמה טעמים: אנשי היודנרט מינו את עצמם על-מנת לסייע בידי הנאצים להשמיד את עמם. על-כן תהא זו לשון-הרע לכנות אדם בכינוי "יודנרט" אם הוא אינו כופר בזכותה של מדינת-ישראל להתקיים. מלשון ההן ניתן לשמוע כמובן גם את הלאו: היודנרטים כפרו בזכותו של העם היהודי להתקיים, שכן הם סייעו בידי הנאצים – לשם הפקת תועלת אישית – להכחידו. ומוסיף הנשיא בן-דוד ואומר כדלקמן:

השוואת מעשיו ודעותיו, לאלה של אנשי היודנראט, שפעלו באופן מודע ורציני [צ"ל רצוני] לסייע בידי הנאצים, לא נועדה לטעמי לקדם כל תכלית

48 שם, בפסק דינו של הנשיא בן-דוד (ההדגשה הוספה).
49 שם.

פולמוסית אמיתית וכל מטרתה היתה הכפשתו, ביזויו והשפלתו של גורדון בעיני הבריות.⁵⁰

כאן יש לזכור כי בתודעה הלאומית שלנו נחרת שמם של אנשי היודנראט לדראון עולם והם מהווים דוגמה צורבת לבוגדנות לאומית שפלה מדעת שאין לה אח ורע. על חברי היודנראט ודומיהם נהוג לומר כי מכרו נפשם לשטן. לא נוכל לשכוח כאן כי היה זה דר' ישראל קסטנר המנוח אשר נרצח כאן בארץ, לאחר שנחשד כמי ששיתף פעולה וסייע בידי הנאצים על מנת להציל את נפשו הוא.⁵¹

הנשיא בן-דוד קובע אם כן כי השוואתו של גורדון לחברי היודנרט אינה לגיטימית ומהווה לשון-הרע מכמה טעמים מצטברים, אשר חלקם נעוצים בהיסטוריה אובייקטיבית וחלקם "סובייקטיביים" וצרובים בתודעתנו הלאומית. במישור האובייקטיבי, האמת ההיסטורית ביחס ליודנרט מלמדת כי במהלך מלחמת-העולם השנייה חפצו כמה ממנהיגי היהודים באירופה הכבושה להציל את נפשם, ולצורך כך התאגדו באופן עצמאי וניהלו משא-ומתן עם הנאצים, שעיקרו ומטרתו הסתרת המציאות האמיתית מיהודי הגטאות והמחנות. במישור ה"סובייקטיבי", היודנרט משמשים דוגמה צורבת לבוגדנות שפלה; עליהם ועל דומיהם "נהוג לומר" כי הם מכרו את נפשם לשטן, ולראיה אחד מהם או מדומיהם, ד"ר ישראל קסטנר, נרצח בשל החשד כי שיתף פעולה עם הנאצים לשם הצלת נפשו שלו. בהתאם לקביעות אלה, לא בכדי המישור הסובייקטיבי והמישור האובייקטיבי מלוכדים. קביעות אלה, ראוי לציין, אינן מהוות חלק מפרסומו של פלאוט, אשר אינו משתמש בביטוי "מכירת הנפש לשטן" ואינו מזכיר את ד"ר ישראל קסטנר. תוספת זו נועדה, כך נראה, להדגיש לא רק את מעשיהם האיומים של חברי היודנרט, אלא אף את הזיכרון הקולקטיבי ביחס אליהם, אשר כורך בחובו קישורים לשטן ותוצאות של רצח.

זהו, אם כן, המצע העובדתי שבית-המשפט המחוזי משתית עליו את פסק-דינו. מצע עובדתי זה נטול כל סימוכין, ומהווה חלק מ"דיעתו השיפוטית" של בית-המשפט ביחס לעובדות היסטוריות, המצטיירות כבלתי-שנויות במחלוקת, כמוכחות כדבעי וכמקובלות על חברי הקולקטיב הישראלי כולם.

50 ש.ם

51 ש.ם

5. היודנרט – מחקר היסטורי

הנושא "יודנראט" מציג את עצמו בכמה אופנים בבת אחת: כהיסטוריה ממשית של בני-אדם יהודים שביקשו, בראותם את קהילתם נמסרת להכחדה, לפעול באחריות למען שרידתה – ובתוך כך השתתפו בניגוד לרצונם המוצהר והמפורש במאמצי השמדה של הנאצים; כחומר המביא לאימוץ אותה השקפה רדיקלית על התופעה של רצח המונים שבו עסקו הנאצים, "הפתרון הסופי", שבמרכזה עומדת מלכודת פעולה, שבה מצאו עצמם היודנראטים בין שמירת הקיום העצמי ובין ההשמדה העצמית, ואף השמדה עצמית באמצעות שמירת הקיום העצמי. בכך מתברר איפוא מצב קיצוני בעל אופי כלל-אנושי, המוליך למסקנות מרחיקות לכת לגבי הנחות יסוד בדבר טבע האדם והתנהגותו ומצביע על גבולות התבונה וההגיון.⁵²

בתאריך 21 בספטמבר 1939 שיגר ריינהרט היידריך, ראש משטרת הביטחון הגרמנית, איגרת-בזק (schnellbrief) למפקדי חטיבות הפעולה (איינזוצגרופן) שפעלו בשטחי פולין הכבושה. חלקה השני של איגרת זו הוקדש להקמת גופים ייצוגיים מקומיים של האוכלוסייה היהודית ולהגדרת תפקידיהם כלפי שלטונות הכיבוש הנאצי בפולין. במסגרת איגרת זו ניתנה הוראה להקים בכל קהילה יהודית "מועצת זקנים יהודית" (Judenrat, וברבים – Judenräte), אשר תורכב ככל האפשר מאישים סמכותיים ורבנים. איגרת-בזק זו הינה ההוראה הראשונה המתייחסת להקמתו של היודנרט באירופה הכבושה. ההוראה השנייה הנוגעת בהקמת מועצות היהודים נשאה את התאריך 28 בנובמבר 1939, ונחתמה על-ידי הנס פרנק, המושל הכללי של שטחי פולין הכבושים (ה"גנרל גוברמן").⁵³

מועצות היהודים באירופה הכבושה לא היו תוצר של מינוי "אישי" ו"רצוני" של חבריהן. אין מדובר באיזו התאגדות עצמאית, מקומית, של כמה יהודים אשר חפצו להציל את נפשם ועל-כן ארגנו שיתוף-פעולה שעניינו הצלת נפשם מהשמדה על-חשבון שאר הקהילה היהודית. תיאורו ההיסטורי של פלאוט, על-כן, לא רק אינו נכון, אלא גם לא יתקבל על דעתו של כל מי שמכיר, ולו במקצת, את השתלשלות הדברים במלחמת-העולם השנייה. ראשית, מספרן של מועצות היהודים בשטחי אירופה הכבושה מורה כי המונח "מינוי עצמי" בלתי-מתקבל על הדעת.⁵⁴ יתר על כן, טענתו של פלאוט כי התאגדות עצמית זו נועדה לשם הצלה עצמית מהשמדה אינה מתיישבת עם העובדה שהתוכנית הקונקרטיה בדבר "הפתרון

52 דן דינר "מעבר לכל דמיון – היודנראט כסוג של מצב" בשביל הזכרון 20, 24 (1997).

53 ראו ישעיהו טרונוק יודנראט 19–20 (1979).

54 ישעיהו טרונוק, שבחן נתונים סטטיסטיים והשתייכות קהילתית של חברי מועצות היהודים, הסתמך על מידע חלקי שהיה בידו, שכלל 740 חברי מועצות יהודים. בפועל מספרם של חברי מועצות היהודים היה רב אף יותר. שם, בעמ' 43–48.

הסופי", הכוללת הוראה מפורשת לפתרון "הבעיה היהודית" על-ידי רצח המוני ושיטתי, נידונה רשמית רק בשנת 1942 בוועידת ונזה.⁵⁵ ההנחה כי חברי היודנרט ידעו על תוכנית "הפתרון הסופי" זמן רב לפני שהתקבלה, ואף פעלו לשם הצלת נפשם, אינה נתמכת בשום תיעוד היסטורי, וניתן לתארה, בלא היסוס רב, כמופרכת. אין בדעתנו, במסגרת זו, להציג בפרוטרוט את התופעה הקרויה "יודנרט", שעליה נכתבו מאמרים וספרים רבים בניסיון להבינה. אף-על-פי-כן, על-מנת להמחיש עד כמה תיאורו של פלאוט מוטעה, שטחי וחד-ממדי, תוצג תופעת היודנרט על קצה המזלג.

ההחלטה הנאצית להקים מועצות יהודים בוודאי לא הייתה החלטה "תמימה"; היא הייתה חלק ממנגנון משומן ומכוון. במסגרת מנגנון זה, שכלל מינויים של "בעלי-תפקידים" מסוגים שונים ובתקופות שונות במהלך המלחמה, שירתו הקורבנות עצמם בריכוז היהודים, בהובלתם, בשמירה על הסדר במחנות, ובשליבים מאוחרים יותר – אף במסגרת הליך ההשמדה. בין "בעלי-תפקידים" הללו ניתן למצוא את חברי היודנרט, את חברי המשטרה היהודית בגטאות, את הקאפוס ששימשו משגיחים במחנות העבודה וההשמדה, ואת חברי הזונדרקומנדו במחנות ההשמדה. כיום ידוע כי מנגנון זה "שיתף" חלק מהנרדפים בבירוקרטיית הרדיפה וההשמדה. "שיתוף" זה, על אפיוניו השונים, לא היה "שיתוף-פעולה" רצוני במובנה הרגיל והיומיומי של המילה "רצון". משמעו של מונח זה, בהקשרה של מלחמת-העולם השנייה והשואה, הוא הפיכה מכוונת של הקורבן למי שמעורב בהליך רדיפתו, ובשליבים מאוחרים יותר – אף בהליך השמדתו שלו. נדמה כי שילוב הקורבנות המצמרר ביותר שהגו הנאצים, בשלביה המתקדמים של השואה, היה שילובם של יהודים ב"זונדרקומנדו" – אותו גוף שהוקם במחנות ההשמדה ואשר היה אחראי ל"ארגונים" של מועמדים להשמדה לפני כניסתם לתאי הגזים. יהודים אלה, שסייעו באופן יומיומי בהשמדת אחיהם, הוחלפו אחת לכמה חודשים ביהודי זונדרקומנדו חדשים, ואלה החדשים הובילו את קודמיהם להשמדה.⁵⁶

רעיון הקמתן של מועצות היהודים, כותב דן מכמן, "צמח מלכתחילה כמכשיר להכוונת המדיניות האנטי-יהודית ולשליטה בחיי הקהילה היהודית".⁵⁷ מועצות היהודים, כותב ישעיהו טרונק, הוקמו כמכשיר שיסייע בידי הנאצים לממש את תוכניותיהם לגבי

55 ועידת ונזה, שהתקיימה בוויילה בוונזה שבברלין, הינה הישיבה שעסקה בפעולות הכרוכות בהוצאת הפתרון הסופי לפועל ובתיאומן. באותה ישיבה נמסרה רשמית לפקידות הממשלתית החלטתו של היטלר לפתור את מה שכינה "בעיית היהודים". יצוין עם זאת כי ועידה זו נועדה לדון בדרכים ליישום ההחלטה, שכבר התקבלה קודם לכן. ראו האנציקלופדיה של השואה, לעיל ה"ש 33, כרך ב, בעמ' 443.

56 שם, בעמ' 486. המונח "זונדרקומנדו" שימש בכמה משמעויות במהלך מלחמת-העולם השנייה. מעבר לתיאור המופיע לעיל, הוא שימש גם לציון יחידות – בעיקר של האס-אס – שיועדו לתפקידים או למשימות מיוחדות.

57 דן מכמן השואה וחקרה – המשגה, מינוח וסוגיות יסוד 119 (1998).

האוכלוסייה היהודית בשטחים הכבושים, ובשלב מאוחר יותר – אף את תוכניות ההשמדה.⁵⁸ אף הרעיון שהגו הנאצים להקמתן של מועצות היהודים לא היה מקרי. בכירי הנאצים ניצלו את המבנה הקהילתי היהודי באירופה מלפני תקופת האמנציפציה ועד למאה העשרים.⁵⁹ כפי שמתאר בית המשפט המחוזי, בשנת 1964, במסגרת הליך פלילי שהתנהל בהתאם לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם נגד הירש ברנבלט, שהיה ראש המשטרה היהודית בעיר בנדין תחת הכיבוש הגרמני:⁶⁰

דיון זה מחזיר אותנו כעשרים ואחת שנה אחורה, לתקופה השחורה ביותר של תולדות עמנו, כאשר הנאצים השתלטו על אירופה כולה וניגשו באכזריות ללא תקדים, בשיטתיות ובעורמה לביצוע תוכנית "הפתרון הסופי" של שאלת היהודים על ידי השמדתם ההמונית. כדי לבצע את תוכניתם השטנית ביעילות מקסימלית הם נקטו בשיטות של הסוואה תוך הפצת שקרים, שימוש בתכסיסי מלחמה פסיכולוגית וניצול חולשות אנושיות. את אותן מועצות היהודים, יודנראטים בלשונם, אשר הוקמו תחילה לשם ארגון חיי היהודים בגיטאות, כאילו בהמשך הקהילות היהודיות הקודמות, שעבדו בכוח לרצונם והפכו אותן באופן הדרגתי, תוך איומים, לחץ כבד, מעשי סחיטה ופעולות עונשין מחד, והבטחות כזב,

58 על תופעת היודנרט כותב דן דינר כדלקמן: "...the 'Jewish Councils' (Judenrate) set up by DAN DINER, BEYOND THE "the Nazis as a crucial mechanism of the Final Solution" ירועהו טרונוק כותב על מערכת ההונאה ביחס לגירויים מהגטו, שכונו "יישוב מחדש", כדלקמן: "כל אותה מערכת של הטעיה ומרמה שהתנהלה במכוון וברם קר במהלך ביצועו של 'הפתרון הסופי' שימשה בידי הגרמנים מכשיר להרגעת היהודים אחוזי הפאניקה, להפחתת עירנותם ולהבאתם לידי חוסר התמצאות במתרחש, כדי שעד לרגע האחרון ממש לא יהיה להם מושג כלשהו בדבר המשמעות האמיתית של היישוב מחדש". ראו טרונוק, לעיל ה"ש 53, בעמ' 375. לתיאור המבנה של מועצות היהודים באירופה לפני מלחמת-העולם השנייה ראו דן מכמן בימי שואה ופקודה יחידה 10, 13–25 (1987).

60 הירש ברנבלט שימש ראש המשטרה היהודית בעיר בנדין שבפולין. המשטרה היהודית הייתה "הזרוע המבצעת" של היודנרט. על-כן דיון באחריותו של ברנבלט קיים את בית-המשפט "להכיר" את התופעה הקרויה "יודנרט" ולנתחה. המאפיין את פסקי-הדין שבחנו אחריות בהתאם לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם הוא היותם פסקי-דין "מסדר ראשון", קרי, פסקי-דין שחויבו לדון ישירות במעשיהם של אנשי יודנרט. זאת, בניגוד לפרשת פלאוט ולמשפטי דיבה אחרים, שבהם הדיון הוא "מסדר שני", קרי, דיון בשאלת השימוש המושאל בכינוי "יודנרט" לגבי אישי-ציבור ישראלים במסגרת ויכוח פוליטי עכשווי. ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 15/63 היועץ המשפטי לממשלה נ' ברנבלט (לא פורסם, 5.2.1964).

מעשי רמיה ועידוד תקוות שווא מאידך, למכשירים בדיהם אשר הקלו עליהם את מלאכתם הבזויה.⁶¹

במסגרת דיון משפטי אחר, שנידון בשנותיה הראשונות של המדינה, קובע בית-המשפט המחוזי:

עצם המוסד של "מועצת היהודים" הוקם לפי פקודות הנאצים והווה חלק משיטתם הברוקה... לארגן את היהודים ע"י יהודים ולבצע את פעולותיהם נגד היהודים באמצעות יהודים.⁶²

תיאור זה של מניעיו ודפוסי פעולתו של ה"צד" הנאצי חושף רק חלק אחד מהבנת התופעה הקרויה "יודנרט". על-מנת לנסות לעמוד, ולו על קצה המזלג, על מורכבותה של תופעה זו, יש לבחון גם את צד הקורבן שנדרש ל"שיתוף-פעולה". מועצות היהודים, שהורכבו מנכבדי הקהילות היהודיות באירופה, החלו לפעול זמן רב לפני תחילת הגירוש להשמדה, עם העברת היהודים לגטאות. משמעותה המעשית של העברה זו הייתה ניתוקה של הקהילה היהודית ממקורות מחיה, ממקורות חברתיים-תרבותיים וכיוצא באלה מונחים המרכיבים "חיים נורמליים". את הנורמליות הזו החליף הגטו, המנותק מבחינה חומרית, כלכלית ותרבותית, וכראש לו מונח המועצות היהודיות. את פועלן של מועצות היהודים יש להבין על-כן מתוך סיטואציה חברתית ייחודית זו, שבפניה ניצבו קהילות יהודיות רבות. מינוין של המועצות על-ידי הגרמנים, מחד גיסא, והצורך בשמירה על קהילה חברתית, מאידך גיסא, מהווים במידה רבה הסבר לפועלן השנוי במחלוקת של מועצות אלה.⁶³ מועצות היהודים קיימו קשר יומיומי עם הגרמנים בנושאים כגון מזון, גביית היטלים כספיים ואף ביצוע פעולות רווחה. נוסף על כך, כפי שמתאר ישעיהו טרונק, הן היו אחראיות לפעילות חברתית, תרבותית ודתית במסגרת הגטאות.⁶⁴ בשלבים מאוחרים יותר הן ביצעו גם את הוראותיהם של הנאצים בכל הנוגע במסירת עובדי-כפייה ובהכנה ל"אקציות" ההמוניות, ואף השתתפו בשלבי הראשונים של הגירוש עצמו.⁶⁵ להבנתנו, כל ניסיון להכיר ולהבין, ולו במעט, את

61 שם, פס' 3 לפסק-הדין.

62 עניין גרינוולד, לעיל ה"ש 12, בעמ' 49.

63 יהודה באואר מתאר את קיומה של אותה מערכת חברתית-תרבותית כ"עמידה" בתקופת השואה, ועומד על מניעיהם של חלק מראשי היודנרט, שכללו אף רצון לקיים מערכת חברתית-תרבותית ואף כלכלית. לגישתו, "עמידה" כוללת, בין היתר, פעילויות תרבות, חינוך ודת ופעילות פוליטית. ראו יהודה באואר הרהורים על השואה 127–150 (יוסף ונקרט מתרגם, 2008).

64 טרונק, לעיל ה"ש 53, בעמ' 177–214.

65 שם, בעמ' 506–508. אולם ראויה לציין עמדתו של ישראל גוטמן בספרו שיצא לאחרונה. לדבריו, "ברור שמבחינתם של היודנראטים היה במעבר מפעילות שהתרכזה בחיי הגטו – גם

התופעה הקרויה "יודנט" מחייב הכרה בתפקיד כפול זה שהוטל על חבריו: מחד גיסא, הנהגתה של קהילה שנותקה באופן מעשי ממקורות חייה, החומריים כמו-גם התרבותיים; ומאידך גיסא, נשיאה בתפקיד הנהגה זה מתוך ידיעה שכרוך בו ההכרח לשתף פעולה עם השלטון הנאצי. במילים אחרות, הדילמה הבלתי-נתפסת בין השמירה על הקיום העצמי – הכולל קיום פיזי אך גם קיום חברתי ותרבותי – לבין ההשמדה העצמית. את הדילמה בין שיתוף-פעולה כפוי לבין הדאגה לקיום העצמי יש להבין על רקע מדיניות ההסוואה שנקטו הנאצים לכל אורכה של המלחמה. שילובם של אלה הניב, כותב דן דינר, מצב תודעתי שניתן לכנותו "רציונליות-נגד" (counter-rationality):

בהסתמך על צורות רציונליות במהותן של התנהגות חברתית יומיומית, האסטרטגיה של "הצלה באמצעות עבודה", שנקטו מועצות היהודים, נראתה מבוססת למדי. וכך, תהליך האקונומיזציה שהתרחש היה בבחינת אות ליהודים, שהיחס הכלכלי היה עתה היחס השליט. צורת הכלכלה התקפה שנראתה בכל מקום יצרה לפחות את הרושם, שפועל כאן היגיון דומה או קרוב לנורמליות חברתית. מציאות חברתית מסורתית גזרה התנהגות שווה כלפי הגיון זה. עצם צורת העבודה שנתבעה מן היהודים – יצרנות, יעילות וחריצות – הצביעה על היגיון זה. לפיכך, באורח בלתי נמנע הפיקה צורת העבודה גורם מעורר, שהסתיר מן הקורבנות המיועדים את הכוונה להמשיך בתוכניות ההשמדה – כוונה שגם בלאו הכי נשמרה בסוד יחסי מקורבנותיה.⁶⁶

את פועלו של היודנט, כפי שכותב דינר, יש לנסות להבין דווקא מתוך הבלתי-מובן, מתוך הבלתי-מתקבל על הדעת. יש להבינו מתוך ניסיון "לדמיין" התנהגות הנדמית בעינינו כהתנהגות רציונלית יומיומית במסגרת מערכת היררכית וביוורקרטית שהפעילה "רציונליות" מסוג אחר לחלוטין, שבה מכונות ההשמדה מוסיפות לפעול גם כאשר המשמיד מפסיד. יש לנסות להבין את פועלו של היודנט מתוך נסיונו של אדם לתאר לעצמו, עד כמה שהדבר אפשרי, כיצד מנסים לשמר קהילה, במישור הפיזי כמו-גם

אם לפעמים נכפתה עליהם החרמת רכוש יהודי או שילוח יהודים למחנות עבודה – להשתתפות בגירויים למחנות המוות מעין חציית גבול המותר. מכל מקום, מדובר במפנה שהיה אסון ליודנראט ולכלל כאחד. למעשה רוב היודנראטים לא נטלו חלק אקטיבי בגירויים עצמם, והיחידות הנאציות שניצחו על הגירויים כמעט לא נזקקו להם בביצוע מזימתם. המשטרה היהודית, לעומת זאת, מילאה כאמור תפקיד של ממש בגירויים, אך במהלכם הופיעה על פי רוב כגורם עצמאי ובלתי תלוי ביודנראט וכפופה ישירות לגרמנים. ראו ישראל גוטמן סוגיות בחקר השואה, ביקורת ותרומה 88–89 (2008).

66 דן דינר "הבנה היסטורית ורציונליות-נגד" – 'היודנראט' כעמדת תצפית" זמנים 53, 45, 50 (1995).

החברתית-התרבותית, במסגרת מינוי מטעם אויבה של הקהילה; כיצד שומרים על קיומה של קהילה בנסיבות שבהן יש להקריב אולי את חלקה; כיצד פועלים במסגרת הדיאלקטית שבה אדם נהפך, בעת ובעונה אחת, למנהיג ומשמר של קהילה ולמסייע בעל-כורחו למכחידיה. מכלול פעולותיהם של חברי המועצות היהודיות, בפועל כגוף מנהיג שמונה על-ידי הנאצים, מעורר שאלות היסטוריות, פוליטיות ומוסריות מורכבות ואולי אף חסרות מענה: האם ניתן להצדיק או למצער להבין דרך של שיתוף-פעולה כפוי עם השלטון הנאצי? האם שיתוף-פעולה כזה מוצדק או מובן בשל ההשקפה שהוא עשוי להקטין את נזקו של שלטון זה או לפחות לדחות את הקץ? האם מתן סמכויות רבות כל-כך בידי מועצות היהודים השחית את מידותיהם של מי מחבריו? האם פעלו אלה, על-אף הנזק שהסבו מעשיהם, מתוך כוונה להיטיב עם הקהילה? האם הייתה בידם בררה? ואם כן – איזו בררה? האם יש להבין את היודנרט אך ורק כמכשיר מטעם השלטון הנאצי, שבפועל החיש את הליך ההשמדה, כפי שטוען ראול הילברג?⁶⁷ האם התפקיד שמילאו חברי היודנרט הוא "הפרק האפל ביותר בסיפור האפל כולו", כפי שכותבת חנה ארנדט?⁶⁸ או שמא, על-אף מינויים על-ידי השלטון הנאצי, ניתן לעמוד על פנים חיוביים בפעולתו של היודנרט בתקופה אפלה זו, כפי שטוען ישעיהו טרונוק?⁶⁹ ואולי הבנת פועלן של מועצות היהודים מורכבת עד כדי חוסר אפשרות להבינה בכלים "רגילים", כגון היגיון, רציונליות, כוונות טהורות או כוונות זדוניות. מכל מקום, מושגים כגון "שיתוף-פעולה מרצון", "ידיעה ודאית" ו"מינוי עצמי", והקביעה כי כל עניינם של אלה היה הצלת נפשם של חברי היודנרט עצמם, אין בהם כדי לשקף, ולו במעט, את הסיטואציה הבלתי-נתפסת שבפניה ניצבו אותם יהודים שמונו על-ידי הנאצים; אותם יהודים שנדרשו לקבל, כעניין שבשגרה, החלטות הרוות-גורל ביחס לקהילות יהודיות שלמות; אותם יהודים שספק אם ניתן להביע עמדה מוסרית, לא כל שכן משפטית, ביחס לטיב החלטותיהם. ואומר בית-המשפט העליון בפסק-דין שניתן לאחר משפט אייכמן בשנת 1964:

דעת הכל היא שאין על בית המשפט לפסוק בוויכוח הגדול הניטש – לא במעט בכוח הנבואה שלאחר מעשה – על דרכם של היודנרטים למקומותיהם – אם בשתפם פעולה במידה זו או אחרת עם הגרמנים הם סטו מצווי המוסר, ואם התועלת שבפעולתם ובעצם קיומם היתה מרובה על הנזק

67. RAUL HILBERG, THE DESTRUCTION OF THE EUROPEAN JEWS 122–125 (W.H. Allen, 1961) יודגש כי אף הילברג עצמו לא גרס כי חברי היודנרט היו משתפי-פעולה מרצון עם הגרמנים, אלא התמקד בתוצאות קיומו של היודנרט.

68. חנה ארנדט אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנאליות של הרוע 126 (אריה אוריאל מתרגם, 2000).

69. ראו טרונוק, לעיל ה"ש 53. טענה זו מופיעה לאורך כל ספרו של טרונוק, בעומדו על פעולות הסעד שעשה היודנרט, על העזרה הרפואית שהגיש, על תפקידי מנהל וחינוך שמילא ועוד.

שהסבו... אותו שיתוף פעולה, שנולד מתוך אונס וכפיה מאין כמוהם, לא הוכרו בתור שכזה, כעבירה פלילית על ידי המחוקק שלנו.⁷⁰

אך מעבר לכך, ניתוח פועלם ותגובותיהם של חברי היודנט כמקשה אחת אינו עולה בקנה אחד עם תיעודים היסטוריים. חוקריהן של מועצות היהודים עומדים על השוני בין תגובותיהם של חבריהן השונים על הצעדים שנכפו עליהם על-ידי השלטון הנאצי – אם בשלבים הראשונים למלחמה ואם לאחר-מכן, כאשר שיתוף-פעולה עם הוראותיהם של הנאצים היה קשור ל"פתרון הסופי". כך, קיים תיעוד של עשרות חברים במועצות היהודים שסירבו להיענות לדרישות הנאצים ואשר נרדפו בשל כך, הוענשו ונשלחו אל מותם.⁷¹ אחרים בחרו ליטול את חייהם.⁷² אחרים האמינו כי שיתוף-פעולה יביא, בסופו של יום, לידי הצלה באמצעות עבודה.⁷³ חלקם – כבכל קיבוץ אנשים – סרחו. מכל מקום, רוב חברי מועצות היהודים לא שרדו ונספו במהלך השואה.

השמדת היהודים במלחמת-העולם השנייה היא בלתי-נתפסת, לא רק בשל מספרם העצום של המושמדים, אלא בשל אופייה ה"ביורוקרטי" של השמדה זו, אשר לא בחלה בשילובם של הקורבנות כ"ממלאי תפקידים" בהשמדתם. הבחירה הנוראה שנכפתה על יהודים להכריע מי ישולחו להשמדה, הבחירה הבלתי-נתפסת בין אי-ציות, שמשמעו מוות אישי ומשפחתי, לבין ציות שיש בו אולי כדי להקל, ולו במעט, את חיי הקהילה, וכל זאת במחיר של שיתוף-פעולה עם השמדה מאורגנת – כל אלה היו מנת-חלקם של אלה שמונו על-ידי השלטון הנאצי כחברי מועצות היהודים באירופה הכבושה; ההכרח לתפקד כשומרים על הארגון והסדר, והצורך לפקח כנרדף על נרדפים אחרים במחנות העבודה וההשמדה – כל אלה היו מנת-חלקם של יהודים שמונו כ"קאפו"; הצורך למלא את התפקיד שנכפה עליהם להוביל אחים יהודים לתאי הגזים, להפשיטם, ליטול מהם חפצי ערך ולהכניסם לתאי ההשמדה – כל אלה היו מנת-חלקם של יהודי ה"זונדרקומנדו".

70 ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 70, 100 (1964) (להלן: עניין ערעור ברנבלט).

71 ישעיהו טרונוק מונה עשרות חברי יודנט אשר שילמו בחייהם או נענשו בחומרה רבה בגין סירוב למלא פקודות. ראו טרונוק, לעיל ה"ש 53, בעמ' 391–394.

72 ישעיהו טרונוק מונה עשרות אנשי יודנט, כולל ראשי יודנט, שנטלו את חייהם על-מנת לא לעמוד בדילמה המוסרית שהוצבה בפניהם. שם, בעמ' 396–399.

73 הבחירה בין "הצלה באמצעות עבודה" לבין בחירה בדרך המרי המזוין, כפי שמתאר ישעיהו טרונוק, הייתה מקור למחלוקת קשה בקרב חברי המועצות היהודיות. זאת, בעיקר לנוכח העובדה שדרך המרי המזוין התאימה בעיקרה לאנשים צעירים ובריאם, ולא דווקא לתושביהם של הגטאות והמחנות, שרובם היו אימהות לילדים, זקנים, חולים או אנשים מדולדלים מחמת רעב. עם זאת, גם בסוגיה זו ניתן למצוא הבדלים בין מועצות יהודיות שונות, אשר חלקן התנגדו למרי מזוין וחלקן דווקא הצטרפו אליו. שם, בעמ' 404–423.

תופעת "שיתוף-הפעולה" היהודי בתקופת השואה הינה אם כן אחת התופעות הקשות ביותר להבנה במסגרת ההיסטוריה האנושית – תופעה שראויה לכינוי "מבוכה" וראויה לטיפול זהיר מתוך "מבוכה", כפי שהיטיב טוביה פרילינג לאבחן.⁷⁴ בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בנצרת אי-אפשר למצוא כל מבוכה, ולו בשל העובדה שהבסיס העובדתי להכרעת-דינו היה שגוי מראשיתו. כל שניתן למצוא בהכרעתו של בית-המשפט הוא תיאור דל העוסק באיזה שיתוף-פעולה מרצון, באיזה "מינוי עצמי", במנותק מהבנת כל הקשר היסטורי.

6. הצל של קסטנר

כאמור, בית-המשפט, מפי הנשיא בן-דוד, מוסיף על תיאורו ההיסטורי של פלאוט באומרו כי על חברי היודנרט ודומיהם "נהוג לומר" כי מכרו את נפשם לשטן, וכי ד"ר ישראל קסטנר, שנחשד בשיתוף-פעולה עם הנאצים לשם הצלת נפשו, נרצח בגין חשדות אלה. גם קביעה זו מוצגת לקורא כשהיא נטולת סימוכין, כאמת נטולת עוררין. אולם בדיקה היסטורית פשוטה, והפעם בדיקת היסטוריה משפטית-ישראלית, מעמידה דברים אלה בספק.

הביטוי "מכר נפשו לשטן", למיטב ידיעתנו, מעולם לא פוּן נגד מי מאנשי היודנרט. למעשה, לא מצאנו כל אזכור היסטורי המתיישב עם טענתו של בית-המשפט שלפיה "נהוג לומר" על חברי היודנרט כי הם מכרו את נפשם לשטן. ביטוי זה נטבע על-ידי בית-המשפט המחוזי, מפי השופט בנימין הלוי, במסגרת הכרעת-דינו באישום הפלילי נגד מלכיאל גרינוולד בגין לשון-הרע, באותו מקרה מפורסם המכונה "פרשת קסטנר".⁷⁵ לא נערוך כאן סקירה מקפת של פרשה זו, אשר נחקרה רבות על-ידי משפטנים וחוקרי שואה,⁷⁶ אך נציין כמה עובדות בסיסיות ביחס אליה. ראשית, קסטנר לא היה איש יודנרט, אלא אחד מראשיו של ועד ההצלה בהונגריה, אשר מונה על-ידי ההסתדרות הציונית. שנית, הכרעת-דינו של בית-המשפט המחוזי בעניין זה, שאכן כללה אמירות ודימויים מרחיקי-לכת

74 פרילינג, לעיל ה"ש 1.

75 פרשת קסטנר תתואר בהרחבה בחלקו השני (פרק ב) של מאמר זה.

76 ראו, למשל, יחיעם ויץ האיש שנרצח פעמיים: חייו, משפטו ומותו של ד"ר ישראל קסטנר (אבי כצמן עורך, 1995); תום שגב המיליון השביעי: הישראלים והשואה 237–304 (1991); יהודה באואר יהודים למכירה? משא ומתן בין יהודים לנאצים, 1933–1945 191–222 (כרמית גיא מתרגמת, 1994); BILSKY, לעיל ה"ש 7, בעמ' 19–40; אשר מעוז "שיפוט היסטורי – משפט קסטנר וועדת החקירה בעניין רצח ארלוזורוב" משפט והיסטוריה 458, 441 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, התשנ"ט); מיכל שקד "ההיסטוריה בבית המשפט ובית המשפט בהיסטוריה: פסקי הדין במשפט קסטנר והנרטיבים של הזכרון" אלפיים 20, 63 (2000); דן לאור "חנה סנש וישראל קסטנר: דימוי ודימוי שכנגד" בשביל הזכרון 20, 10 (1997); ועוד רבים אחרים.

ביחס לקסטנר, לא כללה כל אמירה המייחסת לקסטנר שיתוף-פעולה למען הצלת נפשו שלו. למעשה, בית-המשפט שלל מפורשות את הטענה כי קסטנר ניהל משא-ומתן עם הנאצים על-מנת להציל את נפשו, וייחס לו מניעים שונים לחלוטין.⁷⁷ זאת ועוד, במסגרת פסק-דין מחוזי זה נערכת הבחנה ברורה בין פועלו של קסטנר לבין התנהגותם של חברי היודנט בהונגריה באותה עת. בית-המשפט המחוזי לא טען כלל כי חברי היודנט בהונגריה שיתפו פעולה מדעת ומרצון למען הצלת נפשם. נהפוך הוא, בית-המשפט הדגיש כי אנשי היודנט בהונגריה לא היו מעורבים במשא-ומתן שניהל קסטנר עם הנאצים, וכי ידיעתם לגבי תוצאותיו של אותו משא-ומתן הייתה חלקית ומקוטעת. זאת, לעומת קסטנר עצמו, שתואר כיחיד שניהל משא-ומתן עם הנאצים וכמי שהסתיר את תוצאותיו מכלל הקהילה היהודית ההונגרית, ובכלל זה מראשיה – חברי היודנט.⁷⁸

הכרעת-דינו של בית-המשפט המחוזי בפרשת קסטנר – יהיו הביקורות עליה אשר יהיו⁷⁹ – אינה כוללת אם כן תיאור היסטורי העולה בקנה אחד עם קביעתו של בית-המשפט בעניין פלאוט. עם זאת, ראוי לציין כי חוקרים לא-מעטים עמדו על כך שאף-על-פי שקסטנר לא היה איש יודנט, פרסומו הרב של ההליך הנידון, בצירוף היותו ההליך המשפטי הידוע היחיד שבו הואשם מנהיג יהודי בשיתוף-פעולה עם הנאצים,⁸⁰ הביאו לידי היקבעות סיפורו החריג של קסטנר כמייצג את סיפורה של ההנהגה היהודית בשואה.⁸¹ זה, להערכתנו, מקורה של השגגה שיצאה מלפני בית-המשפט, בקובעו כי "נהוג לומר" על אנשי היודנט כי הם מכרו את נפשם לשטן. אך מעבר לכך, וזה העיקר, הכרעת-דינו של בית-המשפט המחוזי ביחס לקסטנר נהפכה בבית-המשפט העליון, במסגרת אחד מפסקי-הדין הידועים ביותר שהוציא בית-משפט ישראלי מתחת ידו. על אמירותיו החמורות של בית-המשפט המחוזי, אשר מייחסות לקסטנר שיתוף-פעולה וקובעות כי הוא "מכר את נשמתו לשטן", נמתחה ביקורת קשה על-ידי שופטי בית-המשפט העליון, אשר קבעו, בדעת רוב, כי קסטנר

77 עניין גרינוולד, לעיל ה"ש 12, בעמ' 103–104.

78 שם, בעמ' 20.

79 לכתובה ביקורתית על פסק-הדין ראו BILSKY, לעיל ה"ש 7, בעמ' 41–66; שקד, לעיל ה"ש 76; יחיעם ויץ "בין קתרוזיס לקרב סכינים – משפט אייכמן" ו'משפט קסטנר' והשפעתם על החברה הישראלית" משפט והיסטוריה 395 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, התשנ"ט).

80 בעקבות חקיקתו של החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם נערכו בישראל כארבעים משפטים פליליים נגד מי שכונו "עוזריהם" של הנאצים, אולם למיטב ידיעתנו, מעולם לא נערך כל משפט פלילי נגד מי ממנהיגי המועצות היהודיות. ההליך היחיד שפורסם, המתקרב להליך נגד מי מאנשי היודנט, נוהל נגד הירש ברנבלט, מראשי המשטרה היהודית בעיר בנדין שבפולין, שהייתה חלק ממבנהו הארגוני של היודנט. ברנבלט, שהורשע בבית-המשפט המחוזי בהתאם לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, במסגרת פסק-דין שלא פורסם, זופה בבית-המשפט העליון. ראו עניין ערעור ברנבלט, לעיל ה"ש 70.

81 ראו, למשל, יחיעם ויץ "החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם ויחסה של החברה הישראלית בשנות החמישים לשואה ולניצוליה" קתדרה 82, 153, 156–159 (התשנ"ז).

חף מאשמת שיתוף-פעולה. זאת ועוד, הכרעתו של בית-המשפט העליון כוללת אף ביקורת קשה על הניסיון לשפוט, מתוך חוכמה שלאחר מעשה, את אלה שתפקדו בתקופה מורכבת ובלתי-נתפסת כמלחמת-העולם השנייה. ואומר השופט אגרנט בפרשה זו:

עיקר הסכנה האורבת, לדעתי, לכל אשר בא להוציא משפט אובייקטיבי על התנהגות "הנפשות הפועלות" שפעלו בעבר – ובעבר הלא רחוק בכלל זה – נובע מהתופעה, שלא ישכיל תמיד לשים את עצמו במקומם של האחרונים; להעריך את הבעיות שעמדו לפניו כפי שהם העריכו; להתחשב די הצורך בתנאי הזמן והמקום, שבהם חיו הם את חייהם; ולהבין אותם החיים כפי שהם הבינו אותם.⁸²

והנה, במסגרת פסק-דינו של בית-המשפט בעניין פלאוט נעלמה לה הכרעת-דינו הידועה כל-כך של בית-המשפט העליון, נעלמה ביקורתו הנוקבת על הניסיון לשפוט את מעשיו של אדם שתפקד בתקופה מורכבת כל-כך. בסיפור שבית-המשפט המחוזי בנצרת מספר, מה שנותר מסיפורו של קסטנר הוא אזכור של שיתוף-פעולה ושל אמירה חמורה, תוך קישורם ליודנרט, אשר קסטנר לא היה חבר בו כלל. אמירה זו, שנאמרה על-ידי שופט במסגרת פסק-דין שנמתחה עליו ביקורת נוקבת, נהפכת לאמירה שאותה "נהוג לומר".

7. בית-המשפט כמעצב זיכרון

No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live.⁸³

בית-המשפט המחוזי בנצרת טעה בפסק-דינו בכל הנוגע בסיפורו ההיסטורי ביחס ליודנרט. לכאורה, מה בכך? הרי יש להניח כי תיאורים עובדתיים שגויים ניתן למצוא בפסקי-דין נוספים. בהקשר זה יש להדגיש גם כי טעותו של בית-המשפט אינה משליכה בהכרח על צדקת פסק-דינו ביחס לשאלה אם הוציא פלאוט את דיבתו של גורדון. היות שפלאוט השווה את גורדון למשתפי-פעולה עם אויב – יהא תיאורו ההיסטורי שגוי כאשר יהא – ממילא ייתכן שניתן לטעון כי כרוכה בהשוואה זו הוצאת דיבתו. על-כן, מן הבחינה המשפטית

82 עניין ערעור גרינוולד, לעיל ה"ש 12, בעמ' 2058.

83 Robert Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4 (1983).

גרידא, אין לומר כי פסק-דינו של בית-המשפט מוטעה. מהו, אם כן, העניין שיש למצוא בטעותו זו של בית-המשפט, לבד מחשיבות חשיפתה? כפי שטענו, כאשר הטקסט המשפטי מספר סיפור היסטורי, הוא משמש, בעת ובעונה אחת, הן כמספר היסטוריה והן כמקור ידע היסטורי, בחושפו לפני הקורא את האופן שבו בית-המשפט מבין, משקף ומעצב את ההיסטוריה המסופרת על-ידיו. בית-משפט, בוודאי כאשר הוא פוסק בתביעות שעניינן לשון-הרע ומשתמש במבחנים "אובייקטיביים" לבחינת פגיעתו של פרסום, תופס את עצמו כמשקף הלך-רוח חברתי מוסכם, כמאתר תודעה קולקטיבית מוסכמת. במסגרת פעולת איתור זו, בית-המשפט הופך את עצמו למייצג הממוסד של אותה תודעה, במובן זה שהוא מסוגל לתמללה ולהופכה לנתון עובדתי ומשפטי כאחד. בית-המשפט, בספרו סיפור היסטורי, מספר על-כן גם את סיפור זכרונו הקולקטיבי של אותו סיפור, בשמשו פה ממוסד ל"קהילתו המדומיינת".⁸⁴ נתון זה נהפך לבעל חשיבות גדולה עוד יותר מקום שבית-המשפט עושה שימוש בפרקטיקת "הידיעה השיפוטית", אשר עצם השימוש בה כורך הנחה כי הסיפור המסופר ידוע, ועל-כן תמלולו אינו מצריך ידע נוסף מלבד זה הנתון לבית-המשפט, כמייצגה של הקהילה.

במקרה דנן, סיפורו ההיסטורי של בית-המשפט, אשר סופר על-דרך הידיעה השיפוטית, לא רק נחזה לסיפור שאין חולק עליו, אלא אכן היה בפועל סיפור בלתי-שנוי במחלוקת בין הצדדים לדיון האדוורסרי. הן התובע והן הנתבע בהליך דנן לא הטילו ספק באמיתות התיאור העובדתי ביחס ליודנרט, ושניהם כאחד השתמשו בתיאור זה לשם הוכחת צדקתם. על-כן, במסגרת חלקו השני של מאמר זה, נעסוק במשמעותו של הזיכרון הקולקטיבי שהוצג על-ידי בית-המשפט בפרשה זו. כפי שנרצה להראות, לאמיתו של דבר, ההליך המשפטי דנן, כמו-גם פסק-דינו של בית-המשפט, אכן מייצגים נאמנה את זכרונו הקולקטיבי של היודנרט, כתופעה מושקת שעברה הליך של "השטחה" ונותרה חד-ממדית.

ב. היודנרט בין המשפטי לפוליטי

1. מהיסטוריה לזיכרון

בחלקו הראשון של המאמר טענו כי משפט הדיבה של ניב גורדון נגד סמואל פלאוט מחזק תפיסה א-היסטורית, פשטנית וסטריאוטיפית של היודנרט. בין היתר איתרנו בעיה מבנית של העדר ייצוג ליודנרט במשפט הדיבה, וניתחנו את הדרך שבה המבנה האדוורסרי של משפט דיבה יוצר תפיסה מעוותת ומטעה של העובדות ההיסטוריות ומקבע אותן בגדר "ידיעה

84 בנדיקט אנדרסון קהילות מדומיינות: הגיגים על מקורות הלאומיות ועל התפשטותה 38 (דן דאור מתרגם, 1999).

שיפוטי". הקושי של בית-המשפט למלא את תפקיד ההיסטוריון הוא קושי מוכר וידוע.⁸⁵ יהיו אשר יטענו כי מאחר שאין זה תפקידו של בית-המשפט, ואף אין הוא מתיימר למלא תפקיד זה, ממילא הטעויות שחשפנו אין פגיעתן רעה. לא את ההיסטוריה עלינו לחפש בבית-המשפט, אלא את "הזיכרון הקולקטיבי", והזיכרון הקולקטיבי אינו עוסק בבירור האמת ההיסטורית, אלא הוא פרי המתח שבין פעולות הזכירה והשכחה של אירועים מן העבר שעניינם בינוי הקהילה והמשכיותה אל העתיד.⁸⁶ הזיכרון, בניגוד להיסטוריה, אינו מתיימר להיות מקיף, מדויק ומהימן לכל פרטיו ודקדוקיו. בהקשר זה טענו כי ניתן לזהות תפקיד כפול של בית-המשפט ביחס לזיכרון. מצד אחד, פסיקת בית-המשפט משקפת "זיכרון קולקטיבי", ומצד אחר, פסק-הדין תורם להתגבשותו של הזיכרון ולהעברתו הלאה. בלשונו של פייר נורה, פסק-הדין מהווה מעין "מחוז זיכרון".⁸⁷ אולם, כפי שנרצה לטעון בהמשך, ההבחנה בין "היסטוריה" ל"זיכרון" אינה פותרת את הבעיה שעליה הצבענו, אלא להפך – מחודדת אותה. הדיון בתפקידו של בית-המשפט ביחס לזיכרון הקולקטיבי מעביר אותנו אל תחום הספירה הפוליטית, אל הדרך שבה הדיון המשפטי מגבש "לקחים" ותורם לעיצוב מסגרת השיח הפוליטי בישראל.

עניין הזיכרון הקולקטיבי והסכנות שעולות מהכפפתו למסגרת הדיון המשפטי עלה כבר בשנות החמישים בהקשר של משפט קסטנר והפולמוס שהתעורר סביבו. היטיב לנסח את הבעיה המשורר נתן אלתרמן במהלך פולמוס "שתי הדרכים" ("דרך המרד" אל מול "דרך היודנרט") שהוא עמד במרכזו. אלתרמן יצא להגן על דמות היודנרט מן התפיסה המגנה והמוקיעה שרווחה באותה עת בציבוריות הישראלית, ונתקל בביקורת ציבורית חריפה. בתשובה למבקרי הרבים, כתב אלתרמן את הדברים הבאים:

אכן, לא היה בי האומץ לקרוא ליודנראט בשמו ולא היה בי האומץ אלא להעמיד את הגיבורים שבין הפרנסים והשתדלנים בקצה קצהו של פסוק זה, ואם גם על כך יצא הקצף... הרי זה מוכיח רק עד כמה הייתה הערתו של אותו פסוק מוצדקת ונחוצה. חותם זה של דיראון שאנו טובעים ביודנראט, בצנפה זו שנהפכה אצלנו לשם שאין שפל ואין מחריד ממנו, חותם זה של דיראון אנו טובעים כלאחר יד באנשים שמתו או המיתו עצמם ולא הלכו בדרך זו עד סופה. חותם זה של דיראון נטבע בהם משום שאנו מעמידים אל

85 לביקורת על בית-המשפט כהיסטוריון ראו לעיל תת-פרק א2. להרחבה ביחס למשפטי שואה ERIC CONAN & HENRY ROUSSO, VICHY: AN EVER-PRESENT PAST 74–123 (1998); ראו: HENRY ROUSSO, THE HAUNTING PAST: HISTORY, MEMORY, AND JUSTICE IN CONTEMPORARY FRANCE 48–83 (1998); Michael R. Marrus, *The Nuremberg Doctors' Trial in Historical Context*, 73(1) BULL. HIST. MED. 106 (1999).

86 Roussou, לעיל ה"ש 85, בעמ' 57.

87 פייר נורה "בין זיכרון להיסטוריה: 'מחוזות הזיכרון' זמנים 45 (3) 4 (1993).

עמוד הקלון את עצם הקשר והמשא ומתן שבין ראשי הקהילות ובין הגרמנים, מתוך שאנו מסיחים את הדעת מכך, שגם המורדים עצמם לא מתחו על הדרך הזאת, על כל שלביה וצורותיה את תואר החרפה והנבלה... יש דברים ומעשים שאסור לו לאדם שפוי "להבינם" על מנת לסלוח להם. אבל את עצם הדרך הזאת של קשר ומשא ומתן כפתה התקופה על ההולכים בה, וההולכים בה אנשים שונים היו, ושבילים שונים היו להליכתם זו.⁸⁸

אלתרמן מזהה את שורש הבעיה בגינוי המוחלט והכוללני של תופעת היודנט, אשר מתורגם בציבור לגינוי של עצם המשא ומתן ושיתוף-הפעולה בין ראשי הקהילות היהודיות לבין הגרמנים. דרך היודנט זוהתה בציבוריות הישראלית עם דרך המשא ומתן עם האויב – משא ומתן אשר הוביל לאסון לאומי וקיומי. משפט קסטנר תרם לקידום גישה מוסרנית-שיפוטית זו ביחס ליודנט. המשפט הפלילי, שמטרתו לקבוע אשמה או חפות של היחיד, תרם לראיית המציאות ההיסטורית המורכבת של שיתוף-הפעולה היהודי עם הנאצים בקטגוריות בינריות (בגידה אל מול גבורה). ההתמקדות בביורור אשמתו של היחיד טשטשה את הבנת ההקשר הקהילתי של שיתוף-הפעולה, והעבירה את האצבע המאשימה ממחוללי הפשע אל משתפי-הפעולה מקרב הקורבנות. נוסף על כך, הדיון המשפטי עזר לטשטש את ההבדלים בזמן ובמקום, ותרם ליצירת אנלוגיות פשטניות וכוללניות בין שיתוף-פעולה באירופה לבין שיתוף-פעולה של היישוב היהודי עם הבריטים בפלסטינה.⁸⁹ בקצרה, משפט קסטנר חיזק ואף גיבש את העמדה השיפוטית האידיאולוגית אשר הציבה זו מול זו את דרך המרד והגבורה ואת דרך שיתוף-הפעולה והבגידה. כנגד עמדה נחרצת זו קרא אלתרמן להשהות את השיפוט, לשנות את המינוח (מן המונח הגרמני "יודנט" אל המונח היהודי המסורתי "פרנסים ושתדלנים"), לפתוח את "הקופסא השחורה" של שיתוף-הפעולה ולראות בה אנשים שונים ושבילים שונים – ורק לאחר מהלך של היכרות להתחיל את מלאכת השיפוט הקשה. השיפוט שאלתרמן ממליץ עליו אינו משפטי, אלא מוסרי, והוא מתחיל מן היחיד – מנסה לשחזר את ההקשר שבו פעל ולדמיין את בחירותיו בהקשר הרחב יותר שבו קיבלן. זהו שיפוט המבוסס על לימוד העובדות, על קריאה ביומני התקופה; זהו שיפוט היסטורי המתנגד לצו האידיאולוגי; זהו שיפוט המעמיד את עצמו כחלופה לשיפוט המוסרי של השופט הלוי בבית-המשפט המחוזי, אשר בחר לשרטט את דמותו של קסטנר בדמות פאוסט מודרני, כמי שמכר את נשמתו לשטן.⁹⁰ אומנם, כפי שטענו, בערעור לבית-המשפט העליון אימץ השופט אגרנט את דרך השיפוט ההקשרי, וניקה את קסטנר מן ההאשמות שהוטחו בו. אולם פסק-הדין של בית-המשפט העליון, אשר ניתן בשנת 1958,

88 נתן אלתרמן "פני המרד ופני זמנו" הטור השביעי ב 416, 409, 417–416 (1954).

89 להרחבה ראו BILSKY, לעיל ה"ש 7.

90 להרחבה ראו שם, בעמ' 67–82.

כשנה לאחר שקסטנר נרצח על-ידי מתנקשים, לא נחקק בזיכרון הקולקטיבי. הרצח קטע את הוויכוח הציבורי באיבו, ופסק-הדין ה"מזכה" לא חלחל אל השיח הציבורי בישראל ולא שינה את דמות איש היודנרט שהתגבשה בעקבות פסק-הדין המחוזי.⁹¹ ניתן להצביע, אם כן, על קישור שנוצר בשנות החמישים בין דרך המשא-ומתן עם האויב לבין דרך היודנרט. העברת הוויכוח מן השדה הפוליטי אל השדה המשפטי עורדה את החשיבה על היודנרט במונחים של זיכרון קולקטיבי.⁹² במקום להדגיש את המרחק והשוני בין העבר להווה, תרם הדיון המשפטי ליצירת אנלוגיות ולהסקת לקחים לא-מבוססים מבחינה היסטורית. הקישור בין דרך היודנרט לבין דרך המשא-ומתן שהובילה לאסון לא נועד לפתוח את הדיון הפוליטי בשאלת שיתוף-הפעולה. להפך, מהלך רטורי זה, אשר נעשה תדירות בשיח הציבורי והועבר בפרשת קסטנר אל הדיון המשפטי, נועד לסגור את הוויכוח עוד בטרם החל: אין צורך בהצגת טיעונים לתמיכה בעמדתם של אלה המתנגדים למשא-ומתן, אלא די בהצבעה על "עובדה" אחת אשר נמצאת מעבר לוויכוח הפוליטי – המשא-ומתן עם האויב הנאצי הוביל לאסון הנורא מכל, לשואה.

אף שהדיון הציבורי בשואה עבר שלבים שונים למן שנות החמישים, הקישור בין דרך היודנרט לבין דרך המשא-ומתן, שעליו הצביע אלתרמן כעל מקור הבעיה, מלווה את השיח הפוליטי הישראלי עד ימינו. אומנם נעשו נסיונות חשובים בספרות ובדרמה לשנות את הגישה השיפוטית לדמותו של איש היודנרט, אולם אלה לא פרמו את הקישור התודעתי שנוצר בין דרך שיתוף-הפעולה לבין אסון השואה.⁹³ יש חוקרים הטוענים כי החברה הישראלית נעשתה שיפוטית פחות ופתוחה יותר להבנת האזור האפור של שיתוף-הפעולה היהודי עם הנאצים בשל הנסיבות הקיצוניות שבהן נאלצו הקורבנות לפעול. אולם לטענתנו,

91 להרחבה ראו שקד, לעיל ה"ש 76.

92 עוד לגבי העדפת ה"זיכרון" על ה"היסטוריה" בחשיבה היהודית ראו יוסף חיים ירושלמי זכור: היסטוריה יהודית וזיכרון יהודי (שמואל שביב מתרגם, אברהם שפירא עורך, 1988).
93 לטענתה של חוקרת הספרות איריס מילנר, ניתן להבחין בשינוי הדרגתי בדמותו של איש היודנרט, אשר התחיל עם אלתרמן ונעשה בעיקר בספרות ובדרמה. ראו: Iris Milner, *The "Gray Zone" Revisited: The Concentrationary Universe in Ka. Tzetnik's Literary Testimony*, 14(2) JEWISH SOCIAL STUDIES: HISTORY, CULTURE, SOCIETY 113, 122–123 (2008). איריס מילנר מפנה לנתן שחם חשבון חדש (1954) וכן לבן ציון תומר ילדי הצל (1963). דיון מחודש בדמות היודנרט ובדימויו הציבורי של קסטנר התעורר שוב בספרות ובתיאטרון בשנות השמונים, במחזהו של יהושע סובול גטו (1984) ובמחזהו של מוטי לרנר קסטנר (1986) (אשר עובד לדרמה טלוויזיונית בשנת 1994, והיה נושא לבג"ץ שהוגש על-ידי גיורא סנש בגין הפגיעה בשמה הטוב של אחותו). לדיון במחזהו של יהושע סובול תוך פיתוח הטענה כי נותרת דו-ערפיות לגבי דמותו של גנס (בין שיקום דמותו של איש היודנרט לבין האשמת היודנרט כ"נאצי" שביהודי), וכי בסופו של יום המסר הפוליטי המקומי גובר על ההיפתחות לאמת ההיסטורית המורכבת, ראו: Yael Feldman, "Identification-with-the-Aggressor" or the "Victim Complex"? Holocaust and Ideology in Israeli Theater: "Ghetto" by Joshua Sobol, 9(2) MODERN JUDAISM 165 (1989).

שינוי זה לא חלחל אל השיח הפוליטי, שבמסגרתו הצמדת הכינוי "יודנט" לאיש-ציבור נחשבת עדיין גינוי חמור. עדות לכך ניתן למצוא בתביעות המוגשות מפעם לפעם לבתי-המשפט בגין שימוש בכינוי "יודנט" ככינוי-גנאי חד-משמעי לדמויות ציבוריות ופוליטיות הבוחרות בדרך של שיתוף-פעולה ומשא-ומתן עם פלסטינים.⁹⁴ בהקשר של השיח הציבורי הישראלי אנו עדים להיפוך מסוכן ביחס לסדר העדיפויות בין דרך המשא-ומתן לבין הפתרון הצבאי. כפי שציין אלטרמן, עצם העיקרון של משא-ומתן עם האויב נקשר בזיכרון הקולקטיבי הישראלי עם אסון קיומי – עם השואה. כך, הקישור בין דרך המשא-ומתן של היודנט עם הנאצים לבין ההשמדה מטיל עול כבד ולא-סימטרי על המשתתפים בוויכוח הפוליטי העכשווי לגבי הלגיטימיות של דרך המשא-ומתן עם הפלסטינים. המהלך הרטורי המשווה את דרך המשא-ומתן עם הפלסטינים לדרך המשא-ומתן של היודנט עם הנאצים עוזר להעביר את "נטל ההוכחה" אל אלה הדוגלים במשא-ומתן כדרך לפתרון הסכסוך; והנטל כבד, שכן הסכנה שמדובר בה, ואשר התממשה בהיסטוריה, היא של שואה לאומית. קיימת כמובן מחלוקת עמוקה בשיח הפוליטי הישראלי לגבי רציות קיומו של משא-ומתן עם הפלסטינים והנהגתם. אולם, כפי שעולה מניתוח מבנה הטיעונים במשפט הדיבה מושא רשימה זו, דומה כי אין מחלוקת בין הצדדים לגבי ההערכה השלילית של דרך היודנט, אשר הובילה לאסון השואה.

מהי תרומתו של המשפט להטיה המבנית שזיהינו בשיח הפוליטי לגבי הזיהוי בין דרך המשא-ומתן לבין היודנט? האם על המשפט להתערב על-מנת לאסור את השימוש בכינוי-גנאי היוצרים אנלוגיות בין הפוליטיקה העכשווית לבין השואה או שמא על בית-המשפט להימנע מלהתערב בשם חופש הביטוי?⁹⁵ כיצד המשפט יכול לתרום לקידומו של שיח

94 עמדה זו נמצאת בשורש משפט הדיבה של גורדון נגד פלאוט, אבל ניתן למצוא עמדה דומה גם בהקשר של מחלוקות פוליטיות קודמות בין ימין לשמאל. כך, למשל, בהפגנות הימין נגד הסכמי אוסלו הוצג רבין במדי איש-אס-אס, ובשנת 1995 (כחודש לפני רצח רבין) כינה טומי לפיד בתוכנית "פופוליטיקה" את ממשלת רבין-פרס "ממשלת יודנט". ראו סמדר שמואלי "העבודה: כל מה שלא רציתם לדעת על לפיד" www.ynet.co.il/30.12.2002/ynet/articles/1,7340,L-2348815,00.html. ראו גם עניין ערעור מטר, לעיל ה"ש 38. נדיה מטר צוטטה כמי שאמרה: "יודנראט זה עוד מתון לבשיא... עוד לא המציאו מילה מתאימה כדי לתאר את המפלצתיות של יהודים הגורמים כל-כך הרבה נזק ליהודים אחרים. גם המילים קאפו, בוגד או משת"פ הן מילים מתונות מדי." דברים אלה נאמרו במהלך משפט שהתנהל בעקבות פקס ששלחה ליונתן בשיא, ראש מנהלת ההתנתקות, ובו כתבה כי "לא יעזרו כל הצהרותיך, יונתן – האמת היא שאתה גרסא מודרנית של היודנט, בעצם גירסה הרבה יותר נוראה, כי אז בשואה הדבר נכפה על אותם מנהיגים יהודים על-ידי הנאצים, ומאוד קשה לנו היום לשפוט אותם. היום אין אף אחד שעומד עם אקדח לרקתך ומכריח אותך לשתף פעולה". אפרת וייס "נדיה מטר במשפט: 'יודנראט זה עוד מתון לבשיא'" www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3262870,00.html.

95 החוק הישראלי אוסר את הכחשת השואה (ראו חוק איסור הכחשת השואה, תשמ"ו-1986, ס"ח 1187). אולם ניסיון חקיקתי להרחיב את האיסור כך שיכלול גם איסור שימוש בסמלי

פוליטי אמיתי ונוקב? לשם כך נפנה אל שני צמתים מרכזיים בעיצוב זכרון השואה בישראל – "פרשת קסטנר" ומשפט אייכמן – ונבחן דרכם את הדרך שבה תרם המשפט לעיצוב זיכרון היודנט במסגרת השיח הפוליטי בישראל. כמו־כן נעמוד על נסיונם החוזר של אנשי־רוח, בכל אחד מן הצמתים, להתריע מפני הסכנות של הפיכת המשפט לסוכן המרכזי של עיצוב הזיכרון הקולקטיבי של השואה.

2. פרשת קסטנר

ההתמודדות הראשונה של החברה הישראלית עם השואה בבית־המשפט הייתה במשפטים המכונים בעגה האקדמית "משפטי טיהור" (purge trials). משפטים אלה לא היו מכוונים אל המבצעים הנאצים, אלא דווקא אל עוזריהם היהודים, אל מי שנחשבו כמשתפי־פעולה עם הנאצים וכבוגדים בקהילה היהודית. כמה עשרות משפטים כאלה התקיימו בשנות החמישים והשישים מכוח החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, אולם אלה לא זכו בתהודה ציבורית רבה, ועל־כן לא הייתה להם השפעה מכרעת על הזיכרון הקולקטיבי של השואה.⁹⁶ שונה לחלוטין בהקשר זה היה משפט הדיבה הפלילי שנערך נגד מלכיאל גרינוולד – משפט אשר נודע בציבור כ"משפט קסטנר". כאמור, בקיץ 1955 ניתן פסק־הדין במשפט קסטנר, שבו קבע השופט בנימין הלוי כי בנהלו משא־ומתן עם אייכמן ועוזריו על גורלה של יהדות הונגריה, מכר קסטנר את נשמתו לשטן. פסק־הדין פתח ויכוח ציבורי נוקב בנוגע לדרכי התגובה של הציבור היהודי בשטחי הכיבוש הגרמני לנוכח מדיניות ההשמדה הנאצית. מבחינה פורמלית, משפט הדיבה התנהל נגד מלכיאל גרינוולד, שהואשם על־ידי היועץ המשפטי בהוצאת לשון־הרע על ד"ר ישראל קסטנר, אשר שימש באותה עת דובר משרד המסחר והתעשייה, עורך העיתון אויקלט ומועמד מטעם מפא"י לכנסות הראשונה והשנייה. אולם במהלך המשפט נהפכו קסטנר, ובאמצעותו גם תנועת מפא"י, לנאשמים בפועל. את ייצוגו של גרינוולד נטל על עצמו עורך־הדין הצעיר ואיש הימין שמואל תמיר, אשר ניצל את הבמה המשפטית כדי להעלות ביקורת פוליטית נוקבת על שיתוף־הפעולה של הנהגת היישוב בארץ־ישראל עם השלטון הבריטי. תמיר השתמש במשפט כדי לקדם אנלוגיה

השואה במסגרת ויכוח פוליטי עכשווי נכשל (ראו הצעת חוק איסור השימוש בסמלים וכינויים נאציים, התשס"ז-2007 www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/2656.rtf). יש לציין כי הצעת החוק לא התייחסה ישירות לשימוש בכינוי "יודנט", ואילו התקבלה, ייתכן שהייתה נוצרת הטיה בין שימוש בכינוי "נאצי" לבין שימוש בכינוי "יודנט".

96 חנה יבלונקה "החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם: היבט נוסף לשאלת הישראלים, הניצולים והשואה" קתדרה 82, 135 (תשנ"ז); שגב, לעיל ה"ש 76; זרטל, לעיל ה"ש 35, בעמ' 118–97 Orna Ben-Naftali & Yogev Tuval, *Punishing International Crimes Committed by the Persecuted: The Kapo Trials in Israel (1950s–1960s)*, 4 J. INT'L CRIM. JUST. 128 (2006).

פשטנית בין כאן לשם, בין תגובתה של ההנהגה היהודית באירופה כלפי הנאצים לבין תגובתה של הנהגת היישוב בארץ כלפי הבריטים.⁹⁷ לטענתו, לא התנאים החיצוניים הם שהכתיבו את תגובתה של הנהגת היישוב, אלא "מנטליות" משותפת – מנטליות גלותית של התרפסות לפני השליט, של בחירה בשיתוף-פעולה, תוך הימנעות מאקטיביזם בכלל ומתגובה צבאית בפרט. כך קרה שהמשפט, במקום לחשוף "אמיתות היסטוריות" לגבי דרכו של ועד ההצלה ולגבי המשא-ומתן שניהל קסטנר, עודד יצירת אנלוגיות משוללות בסיס היסטורי, תוך שימוש בכללי פרוצדורה ודיני ראיות שנועדו לצרכים משפטיים שונים בתכלית.

בנקודה זו ראוי להבחין בהיפוך שנעשה באמצעות אנלוגיה זו. בעוד היודנט היו הנהגה ממונה של מיעוט נרדף על-ידי הכובש הנאצי, בישראל, בעקבות משפט קסטנר, דרך היודנט מזוהה תדירות עם דרכם של נציגי שלטון אשר נבחר באורח דמוקרטי (יצחק רבין, יונתן בשיא ועוד). פרשת קסטנר עומדת אם כן על קו פרשת-המים המעביר את הדיון מהנהגת היישוב תחת המנדט הבריטי אל ההנהגה הדמוקרטית הנבחרת במדינת-ישראל. במשפט קסטנר הואשמה הנהגת מפא"י בשיתוף-פעולה עם שלטונות המנדט הבריטי, ומאוחר יותר מואשמת הנהגה נבחרת של מדינת-ישראל הריבונית באשמת "שיתוף-פעולה", בשל משא-ומתן שהיא מנהלת עם הנהגת הפלסטינים הנתונים לשלטון ישראלי. האנלוגיה ליודנט עוזרת לטשטש הבחנות חשובות אלה.

3. פולמוס "שתי הדרכים" ו"הלקח לדור"

כאמור, משפט קסטנר ופסק-הדין המוסרני של השופט הלוי היוו זרז להתערבותו הפומבית של המשורר נתן אלתרמן, אשר שיריו המוקדמים על השואה היו מזוהים עם אתוס הגבורה והמחותרות. המשפט שכנע את אלתרמן לערער בפומבי על התפיסה האידיאולוגית השלטת ביחס לשואה, אשר יצרה חיץ ומדרג בין "גבורת המחותרות" לבין "שיתוף-הפעולה של היודנט".⁹⁸ אלתרמן טוען כי השיפוט האידיאולוגי אינו תורם להבנה ההיסטורית, אלא

97 להרחבה ראו ליאורה בילסקי "משפט קסטנר" תיאוריה וביקורת 12–13, 125 (1998).
98 ראשיתו של הפולמוס עוד קודם לכן, בעמדה שהציג אלתרמן בשירו "יום הזיכרון והמורדים", שאותו פרסם לקראת יום הזיכרון לשואה ולגבורה תשי"ד. בשיר זה מציג אלתרמן "מונולוג קולקטיבי" מדומיין בשם מנהיגי המורדים, אשר קוראים לחדול מן ההבחנה בין יהודים "סתם", שהלכו כצאן לטבח, לבין המורדים, שייצגו את הגבורה וגאלו את כבוד ישראל.

וביום הזכרון אמרו הלוחמים והמורדים:
אל תציבו אותנו על כן להבדל מן הגולה באור יהל,
בשעת הזכרון הזאת אנחנו מן הכן יורדים
לשוב ולהתערב באפלה עם קורותם של המוני בית ישראל.

(נתן אלתרמן "יום הזכרון והמורדים" הטור השביעי ב 407 (1954))

נשען כולו על שכחת עובדות שאינן מתאימות לקו האידיאולוגי. השיפוט האידיאולוגי משפיע על תוצאות המשפט ועושה אי-צדק ליחיד ולקבוצה שאותה הוא מייצג. אל מול תהליכים מסוכנים אלה מבקש אלטרמן להחזיר את השיפוט ההקשרי של התקופה, לחזור וללמוד את העובדות ההיסטוריות על היודנרט. במילים אחרות, הוא מבקש לתחום את תחומו של המשפט, ולהזהיר מפני השתלטותו על השיח הציבורי כהיסטוריון-על. את טורו "סביב למשפט" פותח אלטרמן בציטוט מעיתון למרחב, הקובע כי "ההתקוממות והמרד היו הבררה היחידה שנותרה ליהודים. דרך ה'יודנראטים' ושיתוף הפעולה עם השלטון הנאצי הייתה פסולה, משלה, מבישה, ומסייעת להשמדה". על כך כותב אלטרמן:

לא על פסק בית הדין המחוזי
 ידובר בזה. עוד המשפט לא תם.
 אך סביבו שוב קמות הסיסמות
 שטיבן לא חישוף,
 כי ציחצוח־השטח...
 שתי דרכים חתוכות בדיבור,
 שתי דרכים חלוקות ופסוקות, –
 האומנם? אימתי ואיה?
 אי הסיג שבין דרך לדרך?
 כל דפי התקופה עובדותיה
 יומיומה נעוה החוקות
 יטפחו על פני זו המליצה
 יצוו לסלקה מפרק!⁹⁹

מבין ההיבטים הרבים של הוויכוח הרחב שהתנהל על תפיסת "שתי הדרכים" ברצוננו להתמקד במחלוקת מרכזית שעלתה במהלך הפולמוס – המחלוקת בעניין "הלקח לדור". מחלוקת זו לא נסבה על ההיסטוריה, אלא על הזיכרון הקולקטיבי. אחדים ממבקריו של אלטרמן היו נכונים לקבל את טענתו כי תחת המשטר הנאצי לא התקיימו שתי דרכים נפרדות ונבדלות – דרך המרד ודרך הבגידה – אולם הם הדגישו נקודה אחת מרכזית: בחירתו להציג את המורכבות ההיסטורית, את "האזור האפור" של שיתוף-הפעולה היהודי, מטשטשת את המסר הברור והחד-משמעי, את "הלקח לדור", אשר נחונן כל-כך לפרויקט בניין האומה. לטענת המבקרים, הדור הישראלי הצעיר, הראשון מזה אלפיים שנה אשר טועם עצמאות מדינית, זקוק למסר ברור, כזה שמעלה על נס את גבורת הלוחמים ומגנה

99 נתן אלטרמן "מסביב למשפט" דבר 1.7.1955.

באופן חד-משמעי את דרך "שיתוף-הפעולה". שורש המחלוקת, ואולי הנקודה הרגישה ביותר בפולמוס, לא נגע אם כן בשאלת "האמת ההיסטורית", אלא התמקד בעניין הזיכרון הקולקטיבי וגיוסו לצורכי הפקת הלקח הנכון לקהילה. בתגובה, אלתרמן בוחר להקדיש את הטור השביעי ("לעניין הלקח לדור") לביורור סוגיה זו. בפתח הטור אלתרמן מצטט מדבריו של משה כרמל – איש הקיבוץ המאוחד וממפקדיו של צה"ל במלחמת העצמאות:

אולם הבעיה הנוקבת יותר מכולן היא מה לקח ילמד הדור... האין אנו חייבים להרהר בכך כי סלחנות לבגידה שבעבר נותנת הרשאה לבגידה שבעתיד? הרי באמרנו לאדם כי יש תנאים ומצבים ויהיו הם תנאים ומצבים של התופת עצמה אשר בהם הפרת נאמנות, הפקרת אחים ובגידה בחברים, אפשר להבינן... הננו מעירים ומעוררים... את היצרים... העשויים לקעקע כל חברה אנושית.¹⁰⁰

בהמשך הטור אלתרמן מצטט גם מדבריו של מאיר בן-גור בעיתון למרחב בזכות תפיסת "שתי הדרכים": "ואם אנו באים לסכם קוים – הרי יצר הקיום של העם... אומר לנו כי יש לשנן... שכאשר מונף הגרון על העם... יש שתי דרכים. אחת ליהרג. שניה – ללחום."¹⁰¹ עיון זהיר בעמדתו של בן-גור מגלה כי הוא הסכים למעשה עם רבות מקביעותיו ההיסטוריות של אלתרמן לגבי היודנט. כך, למשל, הוא מסכים עימו כי היו דרגות שונות של שיתוף-פעולה, אשר אי-אפשר לשופטן כמקשה אחת. עם זאת, בן-גור מוכן להקריב את האמת ההיסטורית לגבי פניו השונים של שיתוף-הפעולה לצורך זיקוק לקח בהיר וחד לדור הצעיר בארץ. הסיבה העיקרית שהוא מעלה לאימוץ תפיסת "שתי הדרכים" היא הסכנה כי "ילדינו אלה יהיו ילדי הדור שנבוך. זה לא יהיה הדור שיבחר באחת משתי הדרכים. יהיה זה הדור שיוסיף ויעמוד על פרשת דרכים."¹⁰²

יוצא אם כן שמבקריו של אלתרמן היו נכונים להקריב את האמת ההיסטורית לצורכי העתיד, משיקולים של בניית "יהודי חדש", לא גלותי, לוחם. כלומר, הם היו נכונים להקריב את האמת ההיסטורית המורכבת לגבי שיתוף-הפעולה עם הנאצים לצורכי הפוליטיקה הישראלית, אשר דרשה לקח חד-משמעי וחשיבה בינרית. כאן עולה השאלה: מהו אותו לקח שנתפס כהכרחי לבינוי האומה ואשר מצדיק את עיוות ההיסטוריה? מהן ההנחות המובלעות אשר מעצבות ויכוח זה? במילים אחרות, כאשר מדברים על "הלקח לדור", מהו ההקשר ההיסטורי שבו הדוברים ממקמים את הדילמה?

100 נתן אלתרמן "לעניין הלקח לדור" דבר 12.8.1955.

101 שם.

102 מאיר בן-גור "המשורר נתן א. ו'שתי הדרכים" למרחב 8.7.1955.

לגבי בן-גור, למשל, הבחירה בין דרך המרד לבין דרך שיתוף-הפעולה, אשר הדור הישראלי הצעיר עתיד להידרש לה, תיעשה מתוך עמדה של מיעוט נרדף על-ידי אויב חזק ממנו. עמדה זו אינה מפנימה עדיין את השינוי שחל בעם היהודי עם המעבר לעצמאות מדינית. עמדה זו אינה מסוגלת לדמיין את "הדור הצעיר" ביום שאחרי הקמת מדינה ריבונית – דור שצריך להתמודד לא רק עם אויבים מבחוץ, אלא גם עם עיצוב חברה דמוקרטית שאליה משתייך מיעוט לאומי מובס. ניתן לייחס אותה ראייה עצמית כמיעוט למצב הבטחוני הלא-ברור בעקבות מלחמת 1948, כמו-גם למציאות המורכבת של היות הפלסטינים בישראל מיעוט אך חלק מרוב אזורי.¹⁰³ ככל מקרה, נדמה שכבר אז הרגיש אלתרמן חוסר נוחות ביחס לשיח הציבורי בישראל, שאינו מתעכב על משמעותו של השינוי הפוליטי ועל האחריות שנובעת מקבלת ריבונות מדינית.

בניגוד לעמדת מבקריו, אלתרמן מסרב לקריאה הנרגשת להקריב את "האמת ההיסטורית" בשם צורכי הזיכרון הקולקטיבי, בשם "הלקח לדור". עמדה כזו פסולה לדעתו מבחינה מוסרית, שכן היא עושה אי-צדק לאנשים רבים, ואסור שעמדה אידיאולוגית תהיה מבוססת על אי-צדק כה חריף כלפי הקורבנות. במילים אחרות, אלתרמן מסרב לשנות את האמת ההיסטורית כדי שתתאים לצורכי הפוליטיקה המקומית. עם זאת, בהיותו מודע לחשיבותו המכרעת של הזיכרון הקולקטיבי בתהליך בניין האומה, הוא קובע כי דווקא התעקשות על הכרת האמת ההיסטורית (להבדיל מהסיסמה האידיאולוגית) עשויה לעזור בניסוח "הלקח לדור" הרלוונטי למדינת-ישראל הריבונית:

אם יש סמל, הריהו עולה ונקבע למוסר ולמורא
מעצמה של עובדה כי על פני אדמה נכריה ונקבעת
באין עורף לקרב, בלי אותה מאורה הנקראת מכורה,
נאלצו גם קדושי לוחמים לצדק דין חיסול צעד צעד...¹⁰⁴

דווקא השתחררות מן השיפוט האידיאולוגי ולימוד ההקשר ההיסטורי של שיתוף-הפעולה של היודנטים עם המשטר הנאצי עשויה לגלות את שקריותה של האנלוגיה אשר נמתחה במשפט קסטנר בין דרך היודנטים לבין דרכה של הנהגת היישוב. הבנת ההקשר השונה עשויה להוליד הבנה של הדילמות הקשות, ואולי אף לקבלת חלק מן הבחירות שנעשו על-ידי אנשי היודנט בתנאים של מיעוט נרדף. ראוי לשים לב כי אלתרמן מבין היטב את הצורך ליצור הבחנות חדות וברורות בין הדרכים השונות של שיתוף-פעולה, ואינו מוותר על

¹⁰³ להרחבה לגבי הפער בין דימויו של המיעוט הפלסטיני כסכנה בטחונות בעיני היישוב היהודי לבין המציאות בפועל ראו איאן לוסטיק ערבים במדינה היהודית (אורה גרינגרד מתרגמת, 1985). איאן לוסטיק מציין כי השינוי אירע רק לאחר 1967, וכי דווקא אז, באופן אירוני, התגלו סימני התאוששות ביכולת הפעולה וההתארגנות של המיעוט הפלסטיני.

¹⁰⁴ נתן אלתרמן "ולענין 'הלקח לדור'" דבר 12.8.1955.

מתיחת הקו אשר מעבר אליו יש לגנות ולשפוט לחומרה את המעשים. אולם לדעתו, ההבחנה בין שתי הדרכים – "דרך הגבורה" ו"דרך היודנט" – אינה מבוססת היסטורית, אלא נעשית לצורכי הפוליטיקה המקומית. נוסף על כך, לטענתו, תהום פעורה בין הנסיבות ההיסטוריות של העם היהודי בארצות אירופה הכבושה, כמיעוט חסר זכויות, לבין מצבו במדינת-ישראל, כעם ריבוני עם צבא בארצו. כלומר, בעיני אלטרמן, האנלוגיה שמתח תמיר במשפט קסטנר בין אנשי היודנט להנהגת מפא"י – אנלוגיה שגם מנהיגי השמאל הציוני היו שותפים לה למעשה, בהדגישם את ההמשכיות בין המחותרות ותנועות-הנוער לבין מפלגותיהן בשמאל הפוליטי בישראל – היא אנלוגיה מטעה אשר מבוססת על התעלמות מן ההיסטוריה.

כך, פולמוס "שתי הדרכים" העלה לדיון את הקשר הבעייתי בין משפט, היסטוריה וזיכרון. אולם הפולמוס דעך ללא הכרעה בשל ההתנקשות בחייו של קסטנר. הרצח הטראומטי קטע את הדיון הציבורי בנוגע לדרך היודנט באיבו, וכך דמותו הדמונית, הסטריאוטיפית והאידיאולוגית של איש היודנט, שעוצבה במשפט קסטנר, נותרה ללא שינוי עד למשפט אייכמן.

4. משפט אייכמן ודמות היודנט

במאמרה על "אמת ופוליטיקה" מבקשת הפילוסופית חנה ארנדט לחזור ולדון בשורשי הפולמוס שעורר ספרה אייכמן בירושלים, ובמיוחד באותם עשרים עמודים שבהם היא דנה ברותחין את המנהיגות היהודית ששיתפה פעולה עם הנאצים בכלל ואת שיתוף-הפעולה של קסטנר בפרט.¹⁰⁵

בשביל יהודי, התפקיד הזה שמילאו המנהיגים היהודים בחורבן עמם שלהם הוא ללא ספק הפרק האפל ביותר בסיפור האפל כולו. הוא היה ידוע עוד קודם, אבל עתה הוא נחשף בפעם הראשונה על כל פרטיו הפתטיים והבזויים על-ידי ראול הילברג, שאת חיבור-המופת שלו "השמדת יהודי אירופה" כבר הזכרתי קודם.¹⁰⁶

בזמן משפט אייכמן טענה ארנדט כי שיתוף-הפעולה היווה אבן-יסוד בתוכנית ההשמדה של הנאצים. היא טענה כי שיתוף הקורבן בהשמדת קהילתו תרם לטשטוש ההבחנה הברורה בין רוצח לקורבן, ויצר תחום אפור של קורבנות המשתפים פעולה עם הרוצחים. במאמר משנת

Hannah Arendt, *Truth and Politics*, in BETWEEN PAST AND FUTURE: EIGHT EXERCISES IN POLITICAL THOUGHT 227 (1968) 105
ארנדט, לעיל ה"ש 68. 106

1968 היא חוזרת אל הפרשה מנקודת-מבט רחבה יותר, מתוך ניסיון להסביר בעזרתה את היחס בין אמת לפוליטיקה. את דבריה היא ממקדת בתופעת ה"טאבו" שהתגלתה לה במהלך משפט אייכמן:

The facts I have in mind are publicly known, and yet, the same public that knows them can successfully, and often spontaneously, taboo their public discussion and treat them as though they were what they are not – namely, secrets.¹⁰⁷

ארנדט מגדירה את הטאבו כתופעה אשר ידועה בציבור אך מושקת. אכן, ארנדט היטיבה להבחין בשתיקות של משפט אייכמן. בעקבות משפט קסטנר, פולמוס "שתי הדרכים" ורצח קסטנר, נדמה כי החברה הישראלית בחרה באופן ספונטני בשתיקה מרצון לגבי העובדות הלא-נעימות הקשורות לשיתוף-הפעולה של יהודים עם הנאצים, כפי שהוצגו במשפט קסטנר. משפט אייכמן איים להציף מחדש את הוויכוח הישן, שהרי הנאשם, אדולף אייכמן, ניהל משא-ומתן ארוך עם קסטנר וחברים אחרים בוועד ההצלה בעניין גורלה של יהדות הונגריה. אולם התביעה, בראשות גדעון האוזנר, בחרה בדרך של "שתיקה מאורגנת" ביחס לפרשת קסטנר ולוויכוח על דרכו של היודנרט, על-מנת לאפשר קיומו של משפט ממלכתי אשר יתמקד באשמת התליין, ולא בוויכוח הפנימי בין קורבנותיו.¹⁰⁸

מסתבר שאוזנה של ארנדט היטיבה לקלוט את השתיקות ואת היד המכוונת מגבוה. בספר זכרונותיו על משפט אייכמן כותב התובע, גדעון האוזנר, כי חשש מכך שהמשפט נגד המרצח ייהפך למשפטם של הקורבנות, ולכן ביקש להימנע מהעלאה מחודשת של פרשת קסטנר. הוא פנה ישירות אל העדים מבין אנשי המחותרות וביקש מהם להימנע מלהעלות מחדש את המחלוקות הפנימיות בנוגע לשתי הדרכים. כפי שעולה מדיווחו של האוזנר על השיחה שערך לפני המשפט עם מנהיגי מרד גטו ורשה, יצחק צוקרמן וצביה לובטקיין-צוקרמן:

"מה תגיד על מועצות היהודים, היודנראטים?" שאלני יצחק... "זה יהיה משפטו של הרוצח, לא של קורבנותיו", אמרתי. "אבל לא תוכל להימנע

107 Arendt, לעיל ה"ש 105, בעמ' 236.

108 בישיבת ממשלה שנערכה ב-26 בפברואר 1961, ערב פתיחת המשפט, ביקש האוזנר מן הממשלה: "אני מבקש מהממשלה להרשות לי לא להכניס פרשת קסטנר-תמיר למשפט זה, אני רוצה להימנע מוויכוח זה, אינני רוצה להגן על הסוכנות היהודית... להגן על הסוכנות היהודית אני הייתי רואה בזאת שגיאה. אסור להפוך משפט זה למשפט העם היהודי." הציטוט מובא על-ידי יחיעם ויץ "אייכמן בתא הזכוכית, בן-גוריון במקדש בודהיסטי" הארץ 23.1.2009.

מלגעת בכך", העירה צביה... "לא אמנע, אגיד את האמת, ללא כחל וסרק", אמרתי. יצחק חייך ואמר: "כך טוב, יש להגיד את כל האמת".¹⁰⁹

אולם האוזנר לא עמד בדיבורו. ייתכן שהיה זה מפני שבתחילת שנות השישים רק החלה החברה הישראלית להתאושש מן השלב הכואב של האשמת הקורבנות באסונם שלהם כדי להפנות את האשמה אל האשמים האמיתיים, אל מחוללי הפשע. האווירה העוינת כלפי קורבנות השואה ששררה בשנות החמישים, ואשר הגיעה לשיאה במשפט קסטנר, תרמה להשתקת קולם של ניצולי השואה בציבור הישראלי. במובן זה ניתן לראות במשפט אייכמן ניסיון ממלכתי להשתמש במערכת המשפט כדי לשנות כיוון, להפנות את הדיון אל האשמים האמיתיים – אל הפושע הנאצי.¹¹⁰ המשפט עשה שימוש בשתיקה (או בהשכחה) של עובדות מסוימות, על-מנת לאפשר לעובדות אחרות ולקולות חדשים לתפוס את מרכז הבמה המשפטית ולעצב את תודעת השואה.¹¹¹

למשפט אייכמן הייתה תרומה עצומה לשינוי דימויו של קורבן השואה בחברה הישראלית ובעולם. במקום חשד והטלת אשמה בניצולים, כפי שמבטא הביטוי הנפוץ "כצאן לטבח", החלה החברה הישראלית לעבור תהליכים של לימוד, הבנה ואמפתיה, אשר הביאו לידי הזדהות הולכת וגוברת עם ניצולי השואה. ההאזנה לכמאה עדים שניצלו מן התופת הורידה את השואה מן הכן האידיאולוגי ופרטה אותה לזיכרון פרטי של קורבנות, לעדויות אשר אפשרו למאזינים ראשיתה של אמפתיה והתקרבות.¹¹² לאחר משפט אייכמן

109 גרעון האוזנר משפט ירושלים 297 (1980).
110 להרחבה ראו ליאורה בילסקי "תחרות מספרי הסיפורים במשפט אייכמן" חנה ארנדט בירושלים 257 (סטיבן א' אשהיים עורך, 2007).
111 כל זיכרון בנוי כמובן גם על השפחה. אכן, השוואה בין משפט קסטנר למשפט אייכמן מגלה כיצד הבחירה לא לדון בחלקים מסוימים של שיתוף-פעולה יהודי היא שמאפשרת שמיעה אמפתית של עדויות הניצולים. לדיון ולהשוואה בין עדויותיהן של שתי נשים יהודיות שהיו אחראיות בלוק (בלוק אלטסטה) באושוויץ – האחת כנאשמת לפי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם (אלזה טרנק) והאחרת כעדה מטעם התביעה במשפט אייכמן (ורה אלכסנדר) – ראו רבקה ברוט אנשים באזור האפור: עדויות ופסקי דין במשפטיהם של יהודים יהודים (גברים) ו-Blockälteste (ראש בלוק, אשה) לפי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950 (עבודת-גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2009). גילויי ההערצה כלפי עדותה של אלכסנדר אשר דווחו בעיתונות בישראל אינם משקפים, לטענת ברוט, גישה חדשה כלפי יהודים משתפי-פעולה, אלא גישה חדשה כלפי הניצולים ככלל. לטענת ברוט, שתיקה ביחס לצדדים מסוימים בשיתוף-הפעולה אפשרה מעבר משיח דיכוטומי, שהנגיד בין משתפי-פעולה ולוחמים, לשיח מתון יותר אשר קיבל והכיל גם סיפורים אישיים של ניצולים שנעדרו מהם מרכיבים של גבורה פיזית. הדיכוטומיה גבורה/שיתוף-פעולה הוחלפה במשפט אייכמן בדיכוטומיה בין הקורבנות היהודים לבין הצוררים (פרעה, המן, היטלר), ובכך אפשרה את קבלתם של משתפי-הפעולה מקרב הניצולים. ראו חיים גורי מול תא הזכוכית 243–244 (מהדורה שנייה מחודשת, 2001): "הרי ידענו את הדברים האלה, לא?! ידענו, כן. גם לפני משפט אייכמן ידענו. חוקרים והסטוריונים ובעלי

אנו עדים לתהליך של שינוי עמדות בציבור הישראלי ביחס לקורבנות השואה, לדחיית מיתוס ה"גבורה", להזדהות גוברת עם הקורבנות ולדחיית הגישה השיפוטית לגביהם.¹¹³ אולם בניגוד לתהליכים אלה, נושא היודנט נותר מקובע בעמדות סטריאוטיפיות ובמיתוסים היסטוריים.

המחקר ההיסטורי חשף את העיוותים שנוצרו סביב דמות היודנט, והציג את פניה המורכבים של התופעה ואת הדילמות הקשות שבפניהן ניצבו מנהיגי היהודים בזמן-אמת. אולם המחקר ההיסטורי לא חלחל אל הציבוריות הישראלית, ולא השפיע על השימוש הפשטני בדימויי השואה במסגרת הוויכוח הפוליטי בין שמאל לימין. ניתן לומר כי גם גישתה השיפוטית של ארנדט חטאה באימוץ עמדה כוללנית וסטריאוטיפית כלפי היודנט. אולם אם קוראים את דבריה לא כניסיון לתת ייצוג היסטורי מדויק של התופעה, אלא כקריאת כיוון ואזהרה מפני תהליכי שכחה והשכחה שאותם זיהתה במשפט אייכמן, נדמה שהיא צדקה. ארנדט הצליחה להצביע על שורש הבעיה – על הטאבו סביב תופעת היודנט שנוצר בעקבות משפט קסטנר וטראומת הרצח שלו, ואשר התגבש במשפט אייכמן. בעקבות פרסום ספרה אייכמן בירושלים, יוצא גרשום שלום במכתב פומבי ומגנה את ארנדט כמי שחסרה "אהבת ישראל":

In the Jewish tradition there is a concept, hard to define and yet concrete enough, which you know as *Ahavath Israel*: "Love of the Jewish people"... In you, dear Hannah, as in so many intellectuals who came from the German left, I find little trace of this...¹¹⁴

במכתבו הוא מעמיד בספק את זכותה של ארנדט לשפוט אירועים שבהם לא נכחה, ובמיוחד את התנהגות היודנט. בניגוד לעמדתה השיפוטית של ארנדט כלפי היודנט וכלפי תרומתם של משתפי-הפעולה היהודים להשמדתם, שלום מאמץ עמדה של ענווה שיפוטית: "מי אני שאשפוט. לא הייתי שם."¹¹⁵ עמדתו של שלום יכולה להיקרא כניסיון להחזיר את הוויכוח

אסופות... העניקו לנו את ספרות הדוקומנטציה... אך כאשר עבר החומר הזה אל שולחן התביעה והיה לחלק מכתב-האישום, כאשר פרצו המיסמכים האלה מדממת הארכיונים, דומה היה כי כעת הם מדברים בפעם הראשונה, והידיעה ההיא היתה שונה מאד מהידיעה הזאת... כעת התחוללה השואה, ולא בכל תאריך אחר שבין השנים ההן לבין תחילת המשפט."¹¹³ לדיון במחלוקת בין ההיסטוריונים לגבי איתור רגע המפנה ביחס לניצולי השואה (משפט אייכמן, תקופת ההמתנה לפני מלחמת 1967 או עליית הליכוד לשלטון בשנות השבעים) ראו אניטה שפירא יהודים חדשים, יהודים ישנים 86–104 (1997).

114 מכתב פומבי מגרשום שלום לחנה ארנדט (23.6.1963), פורסם בספר: HANNAH ARENDT, THE JEW AS PARIAH: JEWISH IDENTITY AND POLITICS IN THE MODERN AGE 240–251 (Ron H. Feldman ed., 1978).

115 "Nor do I presume to judge. I was not there". שם.

אל ההקשר ההיסטורי, אשר קָסר כל-כך בוויכוח הסוער שהתנהל בישראל לגבי היודנט בשנות החמישים. אולם נדמה שהעמדה של ענווה שיפוטית, כאשר היא באה יד ביד עם ניסיון מאורגן להשתיק את המחלוקת לגבי היודנט שעלתה סביב משפט קסטנר, תורמת מצידה לחיזוק הטאבו. במילים אחרות, אותה "ידיעה" סטריאוטיפית של הבנת שיתוף-הפעולה במונחים של "מכירת נשמה לשטן", שעלתה בקשר למשפט קסטנר, הושתקה במשפט אייכמן. אותה שתיקה פורשה בציבור כ"אישור" לאותה "ידיעה" חלקית. כך, דווקא הטאבו על היודנט מונע את חדירתו של ידע חדש לשיח הציבורי ולפתיחת הדיון על בסיס המחקר ההיסטורי החדש. עמדת "הענווה השיפוטית" שנדרשה מארנדט, אשר ביקשה לפתוח את הדיון הציבורי, הייתה נכונה אולי בעת משפט אייכמן, אולם היא שחררה בהמשך את הדוברים מן הצורך להתחיל את ההליך הקשה של נטילת אחריות לשיפוט התחום האפור – שיפוט על בסיס למידת העובדות, הבנת הדילמות ויצירת הבחנות בתוך הטווח הרחב של שיתוף-פעולה.

מהי אותה סכנה לשיח ולתרבות הפוליטיים שגלומה ביצירת הטאבו ביוזמת השלטונות או מרצון החברה, ואשר מפניה ביקשה ארנדט להזהיר? מדוע היה חשוב לה כל-כך להכניס בחזרה את הפולמוס על שיתוף-הפעולה היהודי אל לב הדיון על משפטו של אייכמן? הרי כל זיכרון קולקטיבי נשען על השפחה; מדוע אם כן לא להשכיח עובדות מְפִלגות ומסכסכות אשר הובילו עד לרצח פוליטי? בספרה אייכמן בירושלים נותנת ארנדט תשובה אחת:

התעכבתי על פרק זה של הסיפור, שהמשפט בירושלים נכשל בהצגתו בפני העולם בממדיו האמתיים, כיוון שהוא מספק את התוכנה הבולטת ביותר אל תוך הטוטליות של ההתמוטטות המוסרית שהנאצים חוללו בחברה האירופית המהוגנת – לא רק בגרמניה אלא כמעט בכל הארצות, לא רק בקרב הרודפים אלא גם בקרב הקורבנות.¹¹⁶

בתשובה זו מצביעה ארנדט על הסכנה במשפט אייכמן ביחס ל"אמת ההיסטורית". בסלוק את המחלוקת לגבי היודנטים ומשתפי-הפעולה, תרם האוזנר ליצירת דמות "הקורבן הטהור".¹¹⁷ עם דמות זו ניתן להזדהות מאחר שהיא נמצאת לחלוטין מחוץ ל"אזור האפור" של החלטות מוסריות קשות שנכפו על הקורבנות על-ידי המשטר הנאצי. דמות זו אינה שנויה במחלוקת פוליטית, אבל היא בנויה על עיוות האמת ההיסטורית לגבי המשטר הנאצי. היא אינה מאפשרת להבין את פעולתו של המשטר הנאצי על קהילת הקורבנות – משטר אשר משתף את הקורבנות עצמם בהליך השמדתם, ובכך מונע מהם אפילו את היתרון המוסרי של היות קורבן. התמודדות עם תופעת משתפי-הפעולה מקרב הקורבנות מחייבת

116 ארנדט, לעיל ה"ש 68, בעמ' 134–135.
117 ERICA BOURIS, COMPLEX POLITICAL VICTIMS (2007)

דווקא את חידוד כוח השיפוט המוסרי וההבחנה בין הבחירות השונות שנעשו בשלבים השונים, תוך הבנת הדילמות שהציב המשטר הנאצי בפני הקורבנות. עמדתו של גרשום שלום, הנמנעת משיפוטיות, ודמות "הקורבן הטהור" שאותה קידם האוזנר במשפט אייכמן, פעלו למנוע התפתחות דיון פוליטי אמיתי סביב תופעת שיתוף-הפעולה של הקורבנות היהודים – ויכוח אשר מחייב בראש ובראשונה את חשיפת האמת ההיסטורית, על כל מורכבותה.

אולם תשובתה זו של ארנדט, שעניינה התפקיד הבעייתי של המשפט כ"היסטוריון-על", אינה מספקת. ידוע שמשפטים נוטים לעוות את ההיסטוריה בשל ההיגיון הפנימי שלהם וכללי הדיון המשפטי. כך, למשל, משפטי נירנברג תרמו להבנת השואה כבנויה על קשר פלילי של מעטים (התפיסה האינטנציונליסטית) – גישה שנמתחה עליה ביקורת על-ידי היסטוריונים מאוחרים אשר קידמו את ההסבר הפונקציונליסטי לשואה.¹¹⁸ כלומר, למרות העיוות הראשוני, בסופו של דבר מצא המחקר ההיסטורי דרכים להשתחרר מתפיסת ההיסטוריה שאותה קידם משפט נירנברג לצרכיו. מעבר לכך, גם משפט מאוחר יכול לתקן הטיות היסטוריות שנעשו במשפט מוקדם, כפי שניתן להיווכח מהשואה בין משפט נירנברג (הסתמכות מוחלטת על מסמכי המבצעים) לבין משפט אייכמן (דגש בעדויות ניצולים). אכן, חוקרים שונים חלוקים ביניהם בשאלת היחס הראוי בין משפט להיסטוריה, ויש כאלה הסבורים שדווקא למשפט, על פרוצדורות הדיון וההוכחה הייחודיות לו, יש תרומה חשובה להבנת ההיסטוריה של השואה.¹¹⁹

תשובתה הראשונה של ארנדט משקפת תפיסה פשטנית מדי של המשפט ושל היחס בינו לבין המחקר ההיסטורי. צמיחת תחום המחקר של הזיכרון הקולקטיבי עזרה בפיתוח תפיסה מורכבת של המשפט, הרואה את יחסי-הגומלין בין התחומים. אולם ספרות זו, אשר

118 להסבר על הגישה האינטנציונליסטית אל מול הגישה הפונקציונליסטית ראו בועז נוימן נאציזם 37–39 (האוניברסיטה המשודרת, 2007). שתי הגישות בוחנות בעיקרן אם בבסיס המדיניות הגרמנית הנאצית לגבי השאלה היהודית מונחת כוונה או שמא היא הייתה פועל יוצא מהדינמיקה בין גורמים רבים ומגוונים במערכת. על-פי התפיסה המכונה "אינטנציונליסטית", ההקצנה הנאצית הייתה פועל יוצא מכוונת מכוון. על-פי המגמה ה"פונקציונליסטית", לעומת זאת, אי-אפשר להצביע על גורם דומיננטי אחד מאחורי הקלעים, וההקצנה הייתה פועל יוצא מדינמיקה בין כוחות רבים ושונים במערכת. ראו גם שאול פרידלנדר גרמניה הנאצית והיהודים: שנות הרדיפות, 1933–1939 13–19 (מהדורה שנייה, 1997).

119 ההיסטוריונים הנרי רוסו, מייקל מרוס וננסי ווד מציגים עמדה ביקורתית לגבי יכולתו של המשפט לשמש גם ככותב היסטוריה. ראו Rouso, לעיל ה"ש 85; Marrus, לעיל ה"ש 23; Nancy Wood, Vectors of Memory: Legacies of Trauma in Postwar Europe (1999). לעומתם, כותבים כגון ליאורה בילסקי, לורנס דגלס ומרק עוזיאל מצביעים על יחסי-הגומלין החשובים בין המשפט להיסטוריה ועל תרומת המשפט להבנת ההיסטוריה. ראו Bilsky, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1–16; Lawrence Douglas, The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust 1–7 (2001); Mark Osiel, Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law (1997).

מדגישה את התפקיד הדידקטי והסימבולי של המשפט, נדרשת להתייחס לסכנת הפוליטיזציה שעליה עמדה ארנדט בספרה.

במאמר "אמת ופוליטיקה" מנסחת ארנדט תשובה אחרת לשאלה שהצגנו, הפעם מנקודת-מבט פוליטית. באופן ספציפי היא מצביעה על הדרך שבה יצירת הטאבו (בעזרת המשפט) פוגעת ביסודות של תרבות הדיון הפוליטי בדמוקרטיה. לדבריה:

Factual truth... is always related to other people: it concerns events and circumstances in which many are involved; it is established by witnesses and depends on testimony; it exists only to the extent that it is spoken about... It is political by nature... Facts inform opinions, and opinions, inspired by different interests and passions, can differ widely and still be legitimate as long as they respect factual truth. Freedom of opinion is a farce unless factual information is guaranteed and the facts themselves are not in dispute. In other words, factual truth informs political thought just as rational truth informs philosophical speculation.¹²⁰

הטאבו מונע את מסירת העובדות לציבור באופן גלוי ואת הדיון בהן. מאחר שבפועל הציבור יודע את העובדות ומסכים לשתוק לגביהן, נדמה שלא תהיה בכך משום פגיעה בדיון הפוליטי. אולם לטענתה של ארנדט, זוהי תפיסה מוטעית של "עובדות היסטוריות", המדמה אותן לחפצים בעולם, כמו אבן או עץ. ארנדט מציעה במקום זאת לחשוב על האמת העובדתית בהקשר הפוליטי הבין-אישי. אמיתות היסטוריות קשורות לסיטואציות שמערבות אנשים רבים; הן נקבעות בעזרת עדויות, ומתקיימות רק עד כמה שמדברים עליהן.¹²¹ הטאבו מונע את הדיבור, ובכך מונע למעשה את היסוד המכונן של הדיון הפוליטי, את העוגן העובדתי שלגביו ניתן לפתח פרשנויות ולאמץ עמדות שונות. ללא אותו עוגן עובדתי,

120 Arendt, לעיל ה"ש 105, בעמ' 238.

121 שם, בעמ' 243. ארנדט מרחיבה לגבי שבריריותה של האמת העובדתית ולגבי הפיתוי הרב שטמון בכך לשנותן ולעצבן לפי צורך השעה: "...factual truth is no more self-evident than opinion, and this may be among the reasons that opinion-holders find it relatively easy to discredit factual truth as just another opinion. Factual evidence, moreover, is established through testimony by eyewitnesses – notoriously unreliable – and by records, documents, and monuments, all of which can be suspected as forgeries. In the event of a dispute, only other witnesses but no third and higher instance can be invoked, and settlement is usually arrived at by way of a majority... a wholly unsatisfactory procedure, since there is nothing to prevent a majority of witnesses from being false witnesses. On the contrary, under certain circumstances the feeling of belonging to a majority may even encourage false testimony"

האמת ההיסטורית חוזרת למצב של "פוטנציאל"¹²² – כלומר, נעשית חשופה לשכתוב ולשינוי לפי האינטרס הפוליטי – ובכך הוויכוח הפוליטי מאבד את מוסרותיו. אכן, כפי שנרצה לטעון, אותו מבנה של טאבו ביחס ליוֹדנרט ניתק את הדיון הפוליטי הישראלי בנושא המשא-ומתן עם האויב מן האמת ההיסטורית לגבי היוֹדנרט, וכך שחרר את ה"דימוי" לשימוש פוליטי אינטרסנטי ולכל מניפולציה לפי צורך השעה. היוֹדנרט בשיח הפוליטי הישראלי נהפך למסמן ללא מסומן. לשון אחר, תופעת היוֹדנרט נהפכה למסמנת שיתוף-פעולה מסוכן המוביל לאסון, במנותק מההקשר ההיסטורי של כובש נאצי המפעיל בדרכי מרמה והסתרה בעלי-תפקידים מקרב מיעוט יהודי חסר הגנה, בהליך ההשמדה של קהילתם.

משפט אייכמן תרם בדרך נוספת לדה-היסטוריוזציה של סוגיית שיתוף-הפעולה והיוֹדנרטים. כזכור, במשפט קסטנר נוצר הקישור הבעייתי בין המשא-ומתן של קסטנר (מי שהוצג כמייצג היוֹדנרט) עם הנאצים לבין המשא-ומתן של מנהיגי היישוב עם המנדט הבריטי. דרך אחת להימנע מן הוויכוח הפוליטי הייתה להימנע מהעלאת נושא קסטנר בזמן משפט אייכמן. אולם ראוי לציין כי דמותו של משתף-הפעולה עם הנאצים אינה נעלמת כליל ממשפט אייכמן. היא מוצמדת אל מנהיג הפלסטינים, המופתי של ירושלים חג' אמין אל-חוסני, המוצג במשפט אייכמן כמשתף-הפעולה האמיתי עם הנאצים.¹²³ בכך למעשה נסגר מעגל שהתחיל במשפט קסטנר. במקום לדחות את האנלוגיה הפוליטית הפשטנית בין שם לכאן, ובין אז לעכשיו, משפט אייכמן מספק אנלוגיה פוליטית חדשה ובעייתית לא-פחות. במשוואה החדשה הפלסטינים מזוהים עם הנאצים, ואילו היהודים נכנסים למשבצת "הקורבן הטהור". כפי שראינו, במהלך הדיון בפולמוס "שתי הדרכים" ההנחה המובלעת המשותפת למבקרים הייתה של המשכיות התפיסה העצמית של היהודים כמיעוט נרדף. משפט אייכמן תרם, מצד אחד, ליצירת דימוי "הקורבן הטהור" שנמצא מעבר לוויכוח פוליטי, ומצד אחר, לקישור בין הפלסטינים לבין דמותו המגונה של משתף-הפעולה עם הנאצים. מהלך כפול זה הרחיק את האפשרות לדיון פוליטי בשאלת שיתוף-הפעולה שיתבסס על עובדות היסטוריות.

משפט גורדון/פלאוט מספק לנו הצצה אל הדרך שבה המשוואה שמקודמת במשפט אייכמן ממשיכה להתקיים בפוליטיקה הישראלית עד ימינו. כפי שראינו, פלאוט משווה במאמרו את עראפת וחמאס לנאצים ולאינזצגרוֹפן, ומתוך כך הוא משווה את השמאל ואת ניב גורדון, הדוגלים במשא-ומתן עם הנהגת הפלסטינים, למעין יודנרט מודרני. משוואה זו, אשר התקבלה כאמת היסטורית נטולת עוררין בעניין פלאוט, כחלק מעקרון הידיעה השיפוטי, נתמכת למעשה באנלוגיות שנוצרו בחסותם של שני משפטי השוואה מכונני הזיכרון בישראל – משפט קסטנר ומשפט אייכמן.

122 שם, בעמ' 257.

123 ארנרט, לעיל ה"ש 68, בעמ' 21; חנה יבלונקה מדינת ישראל נגד אדולף אייכמן 98–101 (2001).

ג. סוף-דבר: מרחבים נפרדים או קשרי-גומלין? בין אקדמיה, פוליטיקה ומשפט

לקראת סיום מאמרה על "אמת ופוליטיקה" חוזרת ארנדט אל השאלה מהו מקומה של "האמת העובדתית" בתוך השיח הפוליטי. ארנדט סברה כי האמת אינה היפוכה של הדעה; להפך – לדעתה, חופש ביטוי, כדי שיהיה בעל משמעות, חייב להיות מבוסס על עובדות. האמת היא הבסיס לגיבוש עמדות ודעות, ולכן אין סתירה הכרחית ביניהם. מאידך גיסא, ארנדט מצביעה על סתירה בין מהותו של השיח הפוליטי, הבנוי על החלפת דעות באופן שוויוני וחופשי, לבין מהותה של האמת, אשר יש לה בסיס כופה ומצווה, אשר משתיק ויכוח או מיתר אותו. מבחינה זו, נדמה שקיימת סתירה או מתח בין "אמת" לפוליטיקה. אולם סתירה זו, לדעת ארנדט, לא רק אינה מפריעה לשיח הפוליטי, אלא אף מהווה את נשמת אפו. פוליטיקה החפצה חיים חייבת ליצור מוסדות – מעין "מרחבים מוגנים" – אשר מחויבים לאמת העובדתית, ואשר עומדים במתח מתמיד ובקונפליקט עם נסיונה של הפוליטיקה להפוך כל "אמת" לדעה. מוסדות אלה הם בית-המשפט ומוסדות להשכלה גבוהה, ובמיוחד מדעי הרוח והחברה. אכן, לפחות במשטרים של דמוקרטיה חוקתית, הגיע המרחב הפוליטי להכרה שאפילו במקרה של קונפליקט בין ה"אמת" לבין צורכי הפוליטיקה, לפוליטיקה עצמה יש צורך לשמור על קיומם של אנשים ומוסדות שעליהם לא יהיה לה כוח.¹²⁴ תפיסתה של ארנדט לגבי הצורך לשמר את האוטונומיה של המשפט מן הפוליטיקה משקפת תפיסה ליברלית קלאסית. המחקר המאוחר יותר חושף את קשרי-הגומלין בין המשפט לפוליטיקה, ואינו דורש יצירת חללים נפרדים; להפך – הוא קורא להבנה מעמיקה יותר של אזורי ההשפעה ההדדית וליצירת הבחנות בין סוגי פוליטיקה לגיטימיים ולא-לגיטימיים למשפט.¹²⁵ מוקד הסכנה אינו בעצם הכנסתם של שיקולים פוליטיים למשפט, אלא דווקא בשיח הליברלי המקובל על שופטים רבים, אשר ממשיך להכחיש את תפקידו של המשפט בעיצוב הזיכרון ובהשפעה על השיח הפוליטי.¹²⁶ פרשת פלאוט מערבת את שלושת המרחבים: האקדמי, הפוליטי והמשפטי. הפרשה החלה כוויכוח בין שני אנשי אקדמיה, בין היתר בעקבות פרסום ביקורת ספרים של ניב גורדון בעיתון הארץ על ספרו של נורמן פינקלשטיין תעשיית השואה, שבה ראה פלאוט תמיכה בעמדותיו של פינקלשטיין, אשר נתפס על-ידי כ"מכחיש-שואה". בתגובה פרסם פלאוט, בתאריך 25.2.2001, מאמר באתר OpinioNet בשם *Haaretz Promotes Jews for*

124 Arendt, לעיל ה"ש 105, בעמ' 261.

125 בעוד חנה ארנדט נשענת על גישה דיכוטומית בין משפט-צדק לבין משפט-ראווה, הכתיבה העכשווית פורשת קשת של אפשרויות, מדברת על אוטונומיה יחסית, ומנסה לאתר ולחזק גורמים מאזנים בין השדות. ראו BILSKY, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1-16.

126 מי שחשפה סכנה זו כבר ביחס למשפטי נירנברג, וקראה בעקבותיהם לפרשנות מחודשת של אבן-היסוד של הליברליזם המשפטי, הלגליזם, היא הפילוסופית הפוליטית ג'ודית שקלר. ראו: JUDITH SHKLAR, LEGALISM (1964).

Hitler, ובו תקף, בין היתר, את הרקורד האקדמי של גורדון. במקום לפרסם ביקורת ספרים נוגדת, השתמש פלאוט באותה רשימת ביקורת כדי להעלות ספק לגבי היכולות האקדמיות של גורדון.¹²⁷ במילים אחרות, פלאוט העביר את הדיון מן המישור האקדמי אל המישור הפוליטי, וטען כי אין לקרוא את דעותיו האקדמיות של גורדון על הספר בנפרד מדעותיו וממעשיו הפוליטיים. גורדון, מצידו, לא נשאר במישור האקדמי, אך סירב גם להיכנס אל הוויכוח הפוליטי. במקום זאת הוא החליט להעביר את הדיון אל בית-המשפט, בהגישו תביעת דיבה נגד פלאוט על השימוש נגדו בביטויים קשים ובכינויי-גנאי מתחום השואה. אנו רואים, אם כן, כיצד שלושת המרחבים הנפרדים – הדיון האקדמי, השיח הפוליטי והדיון המשפטי – קורסים זה אל זה. על משפט הדיבה מוטל נטל משולש: לברר את האמת ההיסטורית על היודנרט, לשמר את הזיכרון הקולקטיבי של השואה, ולברר את האמת המשפטית בעניין לשון-הרע (לגבי עילות הדיבה השונות). בחלקו הראשון של המאמר ראינו כיצד כללי הדיון המשפטי חותרים תחת האפשרות להציג את האמת ההיסטורית לגבי היודנרט. בחלקו השני של המאמר הצגנו את הדרך שבה הדיון המשפטי מעצב את זכרון השואה הקולקטיבי, וכך משפיע על השיח הפוליטי בישראל ומשמר את הטאבו לגבי היודנרט. כל זה נעשה ללא נכונות של בית-המשפט להכיר בתרומתו לעיצוב זכרון היודנרט ובהשפעה של פסיקתו על השיח הפוליטי בנושא. בית-המשפט מקבל בסופו של יום את תביעת הדיבה של גורדון ביחס לשימוש בכינוי "יודנרט".

ההיסטוריון הצרפתי הנרי רוסו נדרש לבעיה דומה בדיונו במשפטים שנערכו בצרפת החל בשנות השמונים נגד משתפי-פעולה שונים עם הנאצים (טובייה, רבי, פפון). לדבריו, הבעייתיות בקיום משפטים אלה נובעת בדיוק מכך שהם נושאים בנטל של שדות שיח שונים שיש להם מטרות ופונקציות מתנגשות: המשפט עניינו בירור אשמה וחפות של היחיד בהתאם לכללי הדיון ההוגן; הזיכרון הקולקטיבי עניינו עיצוב זיכרון כדרך לבניית הקהילה לעתיד; ואילו ההיסטוריה עניינה בירור העובדות ההיסטוריות ופרשנותן. כל אחד משדות אלה מושך לכיוון אחר. כאשר המשפט אמור למלא בו-זמנית את תפקיד השופט, את תפקיד ההיסטוריון ואת תפקידו של משמר הזיכרון, הוא צפוי להיכשל.¹²⁸ רוסו אינו מתנגד לעצם קיומם של משפטי השואה, אלא לציפיות החברתיות ולתפקיד המשולש שמוטל על בית-המשפט. ראינו כי דילמות דומות עלו בישראל הן ביחס למשפט קסטנר והן ביחס למשפט אייכמן, וכי בשני המקרים קמו אנשי-רוח והזהירו מפני העירוב המסוכן והשפעתו על השיח הפוליטי. אולם, בעוד שבעבר עסקו המשפטים בבירור האשמה הפלילית של יחידים שהיו קשורים ישירות לאירועי השואה, משפטי הדיבה העכשוויים (משפטי שואה "מסדר שני") מעלים מחדש את הדילמה בפני בית-המשפט הישראלי בהקשר של חופש הביטוי של אזרחי ישראל. עוד טענו כי בהקשר הישראלי אחד הקשיים המרכזיים הוא הטאבו שנוצר סביב

127 עניין פלאוט, לעיל ה"ש 4, פס' 58–59 לפסק-הדין.

128 Rousso, לעיל ה"ש 85, בעמ' 57.

היודנט – טאבו שנוצר בחסות המשפט ואשר נעשה בו שימוש פוליטי בשנים האחרונות על-ידי אנשים בציבוריות הישראלית על-מנת להוקיע את אלה הדוגלים במשא-ומתן עם הפלסטינים.

בעניין פלאוט בית-המשפט מאמץ בסופו של דבר גישה של התערבות. הוא רואה בעצם הדבקת הכינוי "יודנט" לניב גורדון משום הוצאת לשון-הרע שלגביה לא מתקיימות הגנות החוק. במילים אחרות, בית-המשפט מנסה להגביל את תחום חופש הביטוי הפוליטי של יחידים כך שלא יכלול שימוש לרעה בכינויים ובסמלים מתחום השואה. לכאורה, המשפט פועל בכך לתיקון אותה הטיה מבנית שזיהינו בשיח הפוליטי בישראל, אשר ממחר ליצור אנלוגיות פשטניות בין השואה לבין המציאות הישראלית העכשווית. אבל מדיוננו עד כה ראינו כי דווקא גישה זו עלולה, למרבה האירוניה, לחזק את הטאבו, שכן היא חוסמת את הוויכוח הציבורי בנושא היודנט (כל עוד הוא נעשה תוך השוואה לפוליטיקה העכשווית).¹²⁹

דבריו של ההיסטוריון הנרי רוסו, אף שפוזנו לכתחילה למשפטים העוסקים באחריות ישירה בגין מעשים שנעשו במהלך השואה, זורים אור חדש על פסק-דינו – המוטעה מבחינה היסטורית – של בית-המשפט המחוזי בנצרת. ניתן לכאורה להסתפק ולומר כי שגגה נפלה מלפני בית-המשפט בדיונו ההיסטורי, אלא שעיון מעמיק יותר מגלה כי במסגרת תביעת לשון-הרע שעסקה בפרסומיו של פלאוט על דעותיו הפוליטיות של גורדון, נאלץ הטקסט המשפטי לשאת בנטל שהביא לידי כשלוננו באורח צפוי מראש במידה רבה. נטל זה נעוץ בעירוב התחומים הנדרש במסגרת משפט דיבה, המחויב לעסוק לא רק בהיסטוריה, אלא אף בזכרונה הקולקטיבי. מתוך הצורך להכריע לגבי מידת הפגיעה הגלומה בהשוואה בין מאורע היסטורי לבין התנהגות עכשווית, ובשל אימוץ הגישה הקובעת כי שאלת הפגיעה צריכה להיבחן "אובייקטיבית" במבחן הקהילה, אשר בית-המשפט משמש נציגה, בית-המשפט חוזר אל הזיכרון הקולקטיבי של היודנט. במובן זה, משפט הדיבה הופך את בית-המשפט ל"מחוז של זיכרון", כלומר, המשפט מקבל תפקיד פעיל של נושא זיכרון, של מי שמשתק אותו ומותירו חי. תהא טעותו ההיסטורית של בית-המשפט אשר

129 אולם ראו את עמדתה של שופטת בית-משפט השלום בעניין גורדון, השופטת רים נדאף, אשר מציינת במפורש את סכנת הטאבו בקשר לדיון בשואה: "עדים אנו לפעמים לתופעה שכל מי ש"מעיד" לברוק את אירועי השואה או מימדיה, מכל בחינה שהיא, אם זו מבחינה אנושית, היסטורית, מדעית פוליטית וכדומה, הופך ישר להיות מושא התקפה והאשמה כאנטישמי ומכחיש שואה, הראוי לתואר יודנראט או יהודי למען היטלר. התופעה עוד יותר מתחזקת עת מוצגים נתונים עובדתיים או דעות ותיאוריות אודות השואה השונים מהנתונים שפורסמו אודות השואה עד כה ואשר סוטים מהקונסנזוס הידוע. תופעה זו אינה מובנת, ואינה מוצדקת לטעמי, ונוגדת את עקרונות הדמוקרטיה... לא ניתן ולא ראוי להפוך את נושא השואה ל"טאבו", לנושא שאסור לדבר עליו, לחשוב מעברו, ללמוד אותו ואודותיו, ולנתח אותו, אלא בתחום הקונסנזוס וה"מותר" כפי שהנתבע למעשה טוען" (עניין גורדון, לעיל ה"ש 3, פס' 24 לפסק-הדין).

תהא, בכל הנוגע בזכרונו הקולקטיבי של היודנט הכרעתו "צודקת" – צודקת לא במובן זה שזיכרון היסטורי זה משקף נאמנה את מהותה של התופעה, אלא צודקת במובן זה שהכרעתו של בית-המשפט אכן משקפת את הזיכרון הקולקטיבי. הכרעתו של בית-המשפט המחוזי בנצרת משקפת חריצת "משפט קל" – כדבריו של טוביה פרילינג שצוטטו בפתח המאמר – בנוגע לתופעה מורכבת ובמידה רבה בלתי-נתפסת, אך הכרעתו אינה יכולה להיות מוכתרת בכינוי "שגויה", מכיוון שהיא עונה על המדרים המשפטיים המקובלים במשפט דיבה. עם זאת, דווקא מתוך הבנת הדינמיות של הזיכרון הקולקטיבי, ובמיוחד מתוך הבנת תפקידו של בית-המשפט בעיצובו, בית-המשפט נכשל דווקא בכך ששימר זיכרון קולקטיבי "משכיח" ביחס ליודנט, ובכך ויתר על "האמת ההיסטורית" ועל מורכבותה.

האם ניתן להעלות על הדעת הכרעה חלופית שאינה כורכת בחובה כשל מסוג זה? האם היה בית-המשפט רשאי, אילו הכיר את מורכבותה של התופעה הקרויה "יודנט", לפסוק באופן אחר? האם היה יכול לקבוע כי השוואת אדם לאיש יודנט אינה מהווה הוצאת לשון-הרע? המשולש של אמת היסטורית, אמת משפטית וזיכרון קולקטיבי אינו נתון מענה פשוט וקל לקיומה של הכרעת-דין חלופית תיאורטית כזו, שכן הצורך לשמור על מי מְרְכִיביו של אותו שילוש עלול להביא לידי עיוותו של רכיב אחר. העדפת מורכבותה של "האמת ההיסטורית", ככל שיש קיום למושג זה, מחייבת לכאורה פגיעה ברכיב אחר, יהא זה הרכיב של האמת המשפטית או הרכיב של הזיכרון הקולקטיבי, אשר בית-המשפט אמור לשמש נציגו, ולא מעצבו. בכך טמון מעין מלכוד שבתוכו לעולם יהיה הליך מסוג זה לכוד.

המפתח לפתרון נעוץ בהשתחררות מן הגישה הליברלית הקלסית למשפט, בהבנת תפקידו הכפול של בית-המשפט ביחס לזיכרון ובקבלת אחריות ביחס לכך. כפי שהראינו, זיכרון קולקטיבי ניחן באפיון כפול: מחד גיסא, הוא מהווה "עובדה" המאותרת על-ידי חוקריו; מאידך גיסא, השימוש בו כב"עובדה" קיימת בעולם החברתי מוביל לשעתוקו, קרי, להיקבעותו בספרה החברתית-הפוליטית כאמת נטולת עוררין. במובן זה, ייצוגו על-ידי בית-המשפט כעובדה קיימת בעולם התופעות החברתי אינו מהווה אך אזכור נתון עובדתי, אלא יש בו משום סטייה מתפקידו הניטרלי של בית-המשפט, שכן לעולם אינך יכול לשמש נושא זיכרון מבלי לשמש גם מעצבו. הצגת ה"בחירה" הנתונה לבית-המשפט באופן דיכוטומי – בין שימורו של זיכרון קולקטיבי, שהשכיח והשטיח תופעה היסטורית, לבין "בגידה" בתפקידו הניטרלי של בית-המשפט, כמשקף רשמי של תודעה חברתית ולא כמעצבה – הינה מטעה. השתחררות מראייה זו כרוכה בפיתוח הבנה מורכבת יותר של היחס בין משפט ופוליטיקה, כפי שעשו כותבים ליברלים בעקבות משפטי השואה. הבנת האפיון הדואלי של הזיכרון הקולקטיבי עשויה לשמש גורם "משחרר": אם יכיר בית-המשפט בכוחו המעצב, הוא יוכל אף להכיר בכוחו לבחור את הדרך שבה יעצב. דרך זו, להבנתנו, מחייבת, ראש וראשית, היכרות עם המרחב ההיסטורי ועם מורכבותן של תופעות היסטוריות, וכן שיפוט אמין, שהוא תמיד תוצר של "מבוכה".