

"בזכות המבוכה" - ה"יודנראט" במבוכ המשפט הזיכרון והפוליטיקה

ליאורה בילסקי*, חמדה גור-אריה**

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, מבוכה אינה בהכרח הזדהות ואולי אך מעט הבנה, מבוכה 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 מחושל¹ [טוביה פרילינג].

הימים הם ימי האינתיפדה השניה בתחילת שנות ה-2000, הקרויה אף אינתיפדת 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. בכעסו כי רב, פרסם פלאוט מספר מאמרים ודברי פרשנות הנוגעים לגורדון, לביקורתו על פעולות הממשלה בתקופת האינתיפדה ולפעולות המחאה שעשה. במסגרת פרסומים אלה השווה את גורדון, בין השאר, לחברי מועצות היהודים באירופה הכבושה על ידי הנאצים בתקופת מלחמת העולם השנייה, הקרויים "יודנראט" (Judenrat). פרסומים אלה הובילו לתביעה בגין לשון הרע שהוגשה על ידי גורדון לבית משפט השלום בנצרת. על פסיקתו של בית משפט זה,³ שקיבלה את

* פרופסור הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב; ** ד"ר 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 דרך הכתיבה.

¹ טוביה פרילינג, "בזכות המבוכה: היודנראטים – האם היו בוגדים?", **כיוונים** 23 (תשמ"ד) 105, בעמ' 118.

² ת"א (נצרת) 1392/03 **ניב גורדון נ' סטיבן פלאוט**, כתב הגנה, סעיף 3(א). אתר משפטי "נבו".

³ ת"א (נצרת) 1392/03 **ניב גורדון נ' סטיבן פלאוט** (לא פורסם). פסק דינו של בית משפט השלום ניתן בתאריך 31.5.06. בית המשפט קיבל את תביעתו של התובע בחלקה ופסק לו פיצוי בסך 80,000 ש"ח.

תביעתו של גורדון ופסקה לו פיצוי כספי, הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי בנצרת.⁴ פסק הדין בערעור קבע כי השוואתו של התובע ל"יודנראט" 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, שבאה לעולם בשל השוואת השקפת עולמו ומעשיו של אדם לאירוע היסטורי – השואה ופעלם של חברי מועצות היהודים במהלכה - והסקת מסקנות פוליטיות עכשוויות מהשוואה זו. מתוך כך, ניזקק בית המשפט הן לבחינת טיבו של אותו אירוע היסטורי והן לבחינת 'זיכרון היודנראט' במסגרת הקולקטיב הישראלי. כפי שנרצה להראות ברשימה זו, קביעותיו ההיסטוריות של בית המשפט ביחס ליודנראט היו מוטעות, אלא שעד כמה שישמע הדבר מוזר, קביעות מוטעות אלה הניבו קביעות "נכונות" ביחס לאופן בו "מבין וזוכר" הקולקטיב הישראלי את השואה בכלל ואת היודנראט בפרט.

אותו 'זיכרון קולקטיבי' נרצה להראות, הושפע במידה רבה משני משפטי שואה מרכזיים שהתקיימו בישראל – משפט גרינוואלד/קסטנר ומשפט אייכמן. באמצעות ניתוח עומק של פסק הדין בענין גורדון נ. פלאוט, נרצה לעמוד על המתח הבלתי פתור בפניו ניצב לעתים הליך משפטי, בשמשו לעתים הן כגוף שעניינו קביעת אחריותו המשפטית של הפרט העומד בפניו, הן כמספר היסטוריה והן כמי שאמור לשקף את זכרונה הקולקטיבי של הקהילה. כפי שנרצה להראות, כאשר על בית המשפט למלא תפקיד משולש של שופט, היסטוריון ומשמר זכרון, הוא עלול להכשל בתפקידו.

בחלקו הראשון של המאמר נבחן כיצד כללי הדיון המשפטי חתרו תחת האפשרות להציג את האמת ההיסטורית לגבי היודנראט. נציג גם כיצד בית המשפט הסתמך על 'ידיעה שיפוטית' לגבי היודנראט, אשר לגבי קשה עדין לדבר על 'ידיעה' היסטורית, ובוודאי לא ניתן להניח ידיעה משפטית. 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 'זיכרון היודנראט' 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. בחלק השני הפרספקטיבה היא כללית, ממעוף הציפור, והיא עוקבת אחר משפטים מרכזיים שתרמו לעיצוב זיכרון השואה בכלל, וזיכרון היודנראט בפרט. שילוב שתי הפרספקטיבות נועד להציע מהלך פרשני

⁴ ע"א (נצרת) 1184/06, 1196/06 סטיבן פלאוט נ' ניב גורדון (לא פורסם). פסק הדין ניתן בתאריך 27.2.08. 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 נשוא תביעתו של גורדון ונדחה ביחס לפרסום השני, נשוא מאמר זה. בית המשפט המחוזי, בדעת רוב, פסק לגורדון פיצוי בסך 10,000 ש"ח.

ביקורתי, המיועד לבחון את התהליך בו עולמות שיח שונים (משפטי, פוליטי והיסטורי) קורסים זה אל זה ומזינים זיכרון חד מימדי ושטחי על תופעת היודנראט, אשר מצידו חוסם את חילחול המחקר ההיסטורי אל השיח הציבורי בישראל. לטענתנו, תהליך זה הינו בעל השלכות מסוכנות לשיח הפוליטי בישראל ביחס לנושא הסכסוך הפלסטיני-ישראלי ובמיוחד בנוגע לשאלת לגיטימיות אופציית דרך המשא ומתן ושיתוף הפעולה עם אויבים.

חלק ראשון: לשון הרע, היסטוריה מושקת ומשפט

א. "השחקנים"

ניתוח ביקורתי של הכרעה שיפוטית עוסק במקרים רבים בהתמקדות באחד או יותר מה"שחקנים" שעיצבה – הצדדים לדיון ובית המשפט. ניתוח כזה יכול שיתמקד באופן בו הבין בית המשפט את הסיטואציה העובדתית המוצגת על ידי הצדדים לדיון,⁵ יכול שיתמקד במשמעויות החברתיות העולות מהבנה זו⁶ ויכול שיתמקד באופן בו עושה אחד הצדדים לדיון שימוש בכלים המשפטיים הנתונים בידיו.⁷ לעתים נשמע במסגרת ההליך המשפטי גם קולם של אחרים, עדים במשפט. גם קולם של אלה עשוי להשפיע לעתים על ההליך המשפטי ועל תוצאתו.⁸

במסגרת רשימה זו, נרצה להתמקד ב"שחקן" נוסף, שחקן "פאסיבי" ששולב במסגרת ההליך המשפטי דן – היודנראט. שחקן רביעי זה, נרצה להראות, הושקת. קולו של שחקן זה לא נשמע, לא על ידי מי מהצדדים לדיון, לא על ידי עדים – שלא העידו בעניינו - לא על ידי בית המשפט. "שחקן" נוסף זה שולב כחלק מטיעון רטורי שנועד לבסס "קונטקסט היסטורי" לביקורתו הפוליטית של סטיבן פלאוט על עמדותיו ומעשיו של ניב גורדון ביחס לסכסוך הישראלי-פלסטיני. השוואתו של גורדון ליודנראט ע"י פלאוט, הגשתה של תביעה משפטית בגין השוואה זו, פסיקתו של בית המשפט ביחס להשוואה זו, הניבה לא רק הכרעה משפטית ביחס לחבותו של פלאוט בגין פרסומיו, אלא הניבה הכרעה משפטית הכוללת בחובה קביעות היסטוריות חד-משמעיות ביחס לחברי מועצות היהודים באירופה הכבושה על ידי הנאצים, ביחס לאופי ולמהות מעשיהם, ביחס לדרך בה נזכרים הם במסגרת הציבוריות הישראלית. קביעות היסטוריות-פוליטיות נחרצות אלה היו תוצר מהלכיהם וקולם של שלושת ה"שחקנים" במשפט;

⁵ ר' למשל יופי תירוש, "סיפור של אונס, לא יותר", **משפטים** לא (תשס"א), 579.

⁶ ר' למשל אילת שחר, "מיניותו של חוק: השיח המשפטי בנושא אונס", **עיוני משפט** יח (תשנ"ד) 159.

⁷ ר' למשל ניתוחה של ליאורה בילסקי ביחס להשפעתו של עו"ד תמיר על ההליך המשפטי בפרשת קסטנר: Leora_Bilsky, *Transformative Justice* (Ann Arbor: University Of Michigan Press, 2004), p. 19-40.

⁸ ר' למשל ליאורה בילסקי, "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול", **עיוני משפט** כ"ג (תש"ס), 421.

קביעות אלה השתיקו את קולו של היודנראט והפכו את זכרונו ואת לקחו לחד-מימדי. כפי שנרצה להראות ברשימה זו, השתקה זו ראויה לעיון ולדיון הן בשל משמעותה המשפטית והן בשל משמעותה לזכרונה הקולקטיבי של השואה בישראל.

ב. 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.

ככלל, הליך משפטי דן בעובדות שהתרחשו בעבר, המהוות בסיס לניתוחיו ולהכרעותיו של בית המשפט. במקרים רבים, עובדות העבר נוגעות ל"היסטוריה הפרטית" של מי מהצדדים לדיון, אך ישנם מקרים בהם היסטוריה פרטית זו שלובה באופן זה או אחר באירועים החורגים מקורות חייו של אחד הצדדים לדיון.¹⁰ במקרים מעין אלה, נדרש לעתים בית המשפט ל"היסטוריה" כפי שאנו מבינים את המושג, קרי כאירועי עבר בעלי משמעות לקהילה, לאומה, לכלל האומות וכיוצא באלה. כך, לעתים התנהגותו של מי מהצדדים לדיון מצריכה הבנת עובדות היסטוריות רחבות יותר,¹¹ לעתים 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 להתייחס ולבצע, לעתים, עבודה הנדמית על פניה כעבודתו של היסטוריון. ואולם, בין עבודת ההיסטוריון לבין עבודת השופט קיים שוני מתודולוגי, הנושא עמו משמעויות בלתי מבוטלות. על השוני בין שתי הדיסציפלינות – ההיסטורית מזה והמשפטית

⁹ דבריו של סטיבן פלאוט ביחס ליודנראט. ר' פסק דינו של בית המשפט המחוזי, הערה 4, בעמ' 4.

¹⁰ ר' למשל דפנה ברק-ארוז "והגדת לבנד": היסטוריה וזכרון בבית המשפט", **עיוני משפט** 26(2) (2002), 773.

¹¹ דוגמא מובהקת להיזקקות ולפירוש עובדות ותהליכים היסטוריים ניתן למצוא בפרשת אייכמן, במסגרתה פורש ומפרש בית המשפט את תולדות עליית המפלגה הנאצית לשלטון, החל משנת 1933. כל זאת, על אף שלשיטת בית המשפט עצמו, אחריותו הפלילית של אייכמן מתחילה משנת 1938 בלבד. ר' ת"פ (מחוזי-י-ם) 40/61 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אדולף אייכמן** (ירושלים: שרות הפרסומים, מרכז ההסברה, תשל"ד), עמ' 69-72; 91-92; 93-97.

¹² היזקקותו של בית המשפט לקביעת עובדות היסטוריות באה לידי ביטוי ברבים ממשפטי לשון הרע, וזאת כחלק מבדיקת הטענה "אמת דיברתי" אותה משמיע הנתבע/נאשם. למשל בפרשת אריאל שרון, בה נדרש בית המשפט לקבוע עובדות ביחס למלחמת לבנון הראשונה, ר' ע"א 323/98 **שרון נ' בנימין**, פ"ד נו(3) 245; גם בפרשת קסטנר נדרשו הערכאות השונות לשאלה מה היה המצב העובדתי בהונגריה, שאיפשר השמדה רחבת היקף בפרק זמן של שבועות ספורים בלבד. ר' ת"פ (מחוזי-י-ם) 124/53 **היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד** פס"מ מ"ד 3 (1955), עמ' 9-12; ע"פ 232/55 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מלכיאל גרינוולד**, פ"ד יב 2017 (1958), עמ' 2026-2032.

מזה – עמד כבר השופט אגרנט באחד מפסקי דינו הידועים בהם עסק בית המשפט ב"היסטוריה". תפקידו של ההיסטוריון, אומר השופט אגרנט, הנו תפקיד משולש:

"בידי ההיסטוריון מרוכזים ומלוכדים כל שלושת התפקידים של איסוף החומר העובדתי, סינונו והערכתו גם יחד, ואיחוד זה של התפקידים הללו בידי ההיסטוריון, הוא המכשיר אותו להוציא את פסק-דינו 'ההיסטורי' שלא מתוך 'משפט קדום' במידת האפשר".¹³

ואולם, אומר אגרנט, במסגרת ההליך המשפטי, בו מלאכת סינון העדויות וההוכחות נעשית שלא בידי בית המשפט אלא בידי 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 עצמו לחקר ההיסטורי, ולו בשל העובדה כי ניטלה ממנו הפריבילגיה לבדוק ולהכריע מהן אותן עובדות הנדמות בעיניו כבעלות כוח מסביר לסוגייה 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 העמדה העומדת על הקושי האינהרנטי הטמון ב"מעבר" בין תפקיד השופט לבין תפקיד ההיסטוריון, כמו גם השפעתו של "מעבר" זה הן על המשפט והן על ההיסטוריה וזכרונה¹⁶, נבחנה רבות הן על ידי חוקרים שדנו בסוגייה¹⁷ והן על ידי בתי המשפט עצמם.¹⁸ קושי זה, כפי שעולה מדברי אגרנט, קשור בקשר הדוק לשיטה המשפטית האדברסרית. במסגרת שיטה זו, אם נאמץ את "דימויה האינדאלי", ההליך המשפטי מבוסס על יריבות הצדדים לדיון ולגוף השופט שמור תפקיד פאסיבי. הצדדים הם שמעלים את הסוגיות שבמחלוקת, הם אלה הבוחרים איזה ראיות להציג בפני בית המשפט על מנת להוכיח טיעוניהם, העימות בין אלה קובע את גדר המחלוקת.¹⁹ במובן זה, טוען

¹³ ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' מלכיאל גרינוולד, פ"ד יב 2017 (1958), בעמ' 2055.

¹⁴ שם, בעמ' 2056. מנחם מאוטנר ודניאל גוטווין עומדים אף הם על השוני המתולוגי, כמו גם המהותי, בין ההליך המשפטי לבין החקר ההיסטורי. ר' דניאל גוטווין ומנחם מאוטנר, "משפט והיסטוריה: מחקר, פוליטיקה ותרבות", בתוך: דניאל גוטווין ומנחם מאוטנר (עורכים) **משפט והיסטוריה** (ירושלים: מרכז זלמן שזר, תשנ"ט), 7.

¹⁵ ע"פ א 323/98 שרון נ' בנזימן, פ"ד נו(3) 245, בעמ' 258. דברי השופט מצא.

¹⁶ אחת המחלוקות ההיסטוריות הבולטות בנוגע למלחמת העולם השנייה היא המחלוקת בין הגישה האינטנציונליסטית לבין הגישה הפונקציונליסטית, קרי מחלוקת בשאלה האם השואה היא תוצר של החלטה מודעת ומכוונת מראש או שמא נתונים היסטוריים כאלה ואחרים יצרו מעין "כדור שלג". ההליך המשפטי שנוהל בנירנברג בסמוך לתום המלחמה, באופן בו נוהל ובהתאם לפרשנות בית המשפט את מעשיהם של הנאשמים, תרם רבות לחיזוקה של התפיסה האינטנציונליסטית. ר' Donald Bloxham, **Genocide on Trial** (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 200-208.

¹⁷ ר' למשל W.E. Schneider, "Past Imperfect", 110 **Yale Law Journal** (2001) 1531.

¹⁸ ר' למשל דברי בית המשפט המחוזי בפרשת אייכמן, הערה 11 לעיל, בעמ' 7-8.

¹⁹ ר' Mirjan Damaska, **The Faces of Justice and State Authority** (New-Haven: Yale University Press, 1986), p. 3.

אגרנט, 'שבוי' בית המשפט בבחירותיהם של הצדדים בנסחו את הכרעת דינו, הכוללת כאמור קביעות היסטוריות.

ג. משיח מחלוקת לשיח הסכמה

פרשת פלאוט אמורה, על פניה, לחשוף שוב את הדילמה הכרוכה בצורך להיזקק להיסטוריה על מנת להכריע הכרעה שיפוטית. שהרי, השוואתו של התובע גורדון למועצות היהודים באירופה הכבושה בידי הנאצים, בצירוף להגנת 'אמת דיברתי' שטען הנתבע פלאוט, מצריכה דיון במועצות אלה, בתקופה בה פעלו ובמעשיהן. במובן זה, נדמה כי פרשה זו דומה לפרשות רבות ונוספות הנזקקות לסיפור היסטורי לשם קביעת הכרעת המשפטית, על הקושי המושגי הכרוך בכך.²⁰ פרשת פלאוט, באופן בו התנהלה, מוסיפה קושי נוסף: כאמור, הדילמה העומדת בבסיס הקשר בין ההיסטורי למשפטי נעוצה בשוני המהותי בין עבודת ההיסטוריון לבין זו של המשפטן, בודאי במסגרת השיטה האדברסרית, בה היריבות בין הצדדים השונים לדיון היא שמכתיבה את הבסיס הראייתי והמשפטי עליו עתיד להשען בית המשפט. ואולם, בפרשה זו נהפכו יוצרותיו של ההליך האדברסרי בכל הנוגע לשאלה ההיסטורית שעמדה לדיון בפני בית המשפט. בנוגע לשאלה זו, תחת שיח מחלוקת נוצרה הסכמה. יוצרות אלה נהפכו משום שהצדדים לדיון לא היו חלוקים ביניהם בסוגייה ההיסטורית שעמדה, באופן מעשי, בלב הדיון המשפטי. על מנת להבין תוצאה משונה זו – תוצאה בה שיח מחלוקת, הנדמה כהכרחי בדיון משפטי, הופך לשיח הסכמה – יש להבין את טיבן של הטענות שעמדו בפני בית המשפט: הנתבע פלאוט, שפרסם דברי ביקורת קשים על התובע גורדון, השווה את זה האחרון ליוזנראט ואף הסביר ותיאר, לנוחות קורא הפרסום, מי היה לשיטתו היוזנראט. 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 ליוזנראט מהווה הבעת דעה מותרת. ברור לכן כי עמדתו 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 ליוזנראט אינה לגיטימית ואינה אמיתית. מתוך כך, על מנת לטעון כי ההשוואה מהווה לשון הרע, טען גורדון כי הושווה באופן בלתי לגיטימי ל"רע". הרע, במקרה זה, נעוץ במעשיהם הנוראים והבזויים של אנשי מועצות היהודים, כפי שתוארו בפרסומו של

²⁰ ר' למשל Hayden White, "Historical Emplotment and the Problem of Truth" in: Saul Friedlander (ed), **Probing the Limits of Representation** (1992) 37.

פלאוט, שצוטט לעיל. על כן, גם טיעונו של גורדון, באופן בו נטען, מבוסס על ההנחה כי השוואה ליודנראט היא פוגענית בשל טיבו של היודנראט.²¹ יוצא אם כן כי נסיבותיו של מקרה זה הביאו לשיח מחלוקת בדבר לגיטימיות ההשוואה העכשווית לאירוע היסטורי ולשיח הסכמה בדבר טיבו של אירוע היסטורי זה. אמיתות או לגיטימיות ההשוואה היא שעמדה במחלוקת בין הצדדים; אמיתות התיאור ההיסטורי ביחס ליודנראט, כפי שהוצגו הדברים במסגרת ההליך המשפטי, היתה מוסכמת.

הרציונאל העומד בבסיס השיטה האדברסרית – לפיו שיח מחלוקת משמש ככלי לחקר האמת²² – לא פעל את פעולתו ביחס לסיפור ההיסטורי העוסק ביודנראט. כפי שיוצג להלן, במסגרת ההליך המשפטי – אם בטיעוני הצדדים ואם בהכרעתו של בית המשפט – נותר תיאורו של פלאוט חסר מחלוקת, בלא שמי מהשחקנים בהליך המשפטי יטיל בו ספק. נסיבותיו והגיונו של הליך משפטי זה הובילו לתוצאה, הנדמית משונה, לפיה ההליך המשפטי יצר תמריץ לשלושת "שחקניו" שלא לעסוק בבירור האמת ההיסטורית ביחס ליודנראט כבסיס לדיון, אלא לאמץ ללא עוררין את תיאורו של פלאוט.²³ היודנראטים נותרו מושתקים במובן זה שסיפורם נותר אחיד ולא זכה למחלוקת אדברסרית ולהצגת ראיות וטיעונים מתנגשים, מהם צריך לברור בית המשפט את הבסיס העובדתי עליו ישתית את הכרעת דינו.

ההליך המשפטי, בודאי האדברסרי, כורך בחובו קושי אינהרנטי בהכרעות היסטוריות כלליות, קושי המוביל לשאלה האם ראוי כי בית המשפט יקבל על עצמו תפקיד של היסטוריון. ואולם, כאשר במסגרת ההליך האדברסרי נוצר שיח הסכמה בין הצדדים, הופך קושי אינהרנטי זה לחמור עוד יותר. אם במסגרת שיח מחלוקת תלוי בית המשפט בצדדים בעלי ענין, המציגים בפניו טיעונים סותרים, במסגרת שיח הסכמה לא יוצג בפניו כל טיעון, לא תוצג כל אסמכתא. 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, יכול שתסתמך על עדויות או על חוות דעת מומחים,²⁴ יכול אף בית המשפט להכריע

²¹ בזמן כתיבת מאמר זה היו בידינו כתב התביעה וכתב ההגנה של הצדדים לדיון. מאידך, סיכומי הצדדים לא היו בידינו. למרות זאת, על האופן בו התייחס התובע גורדון ליודנראט ניתן ללמוד בפסק דינו של בית משפט השלום, בו נאמר כי "המלה 'יודנראט' לפי דבריו של התובע, משמעה יהודי המשתף פעולה עם הנאצים, להכחדת/השמדת העם היהודי". מתוך דברים אלה נקל יהיה להסיק כי אף התובע גורדון קיבל, במסגרת טיעונו בבית המשפט, את תיאורו של פלאוט ביחס ליודנראט. ר' פסק דינו של בית משפט השלום, הערה 3 לעיל, סעיף 27 לפסק הדין.

²² לתיאור רציונל השיטה האדברסרית ככלי לחקר האמת, ר' עמנואל גרוס, "שיטת הדיון האדורסרי בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?", **עיוני משפט** יז (תשנ"ג), 867, בעמ' 872-874.

²³ נסיבות מסוג זה הן אחת הסיבות המרכזיות לביקורתו של מייקל מארוס על השימוש בהכרעות שיפוטיות כבסיס להיסטוריה. המשפט, טוען מארוס, פועל על פי הגיון משלו, הגיון המתאים לבירור מחלוקת עובדתית צרה בין הצדדים, אך אינו מתאים לבירור סוגיות היסטוריות. ר' **Lessons** in: Ronald Smelser (ed) **and Legacies V** (Illinois: Northwestern University Press, 2002) 215.

²⁴ למשל, בפרשת בן-גביר מציגים הצדדים מסמכים ביחס לנכונות ההשוואה בין נאציזם לבין כהניזם, ואפילו מובאת עדותו של ההיסטוריון צימרמן לצורך ביטוס ההשוואה. ר' רע"א 10520/03 **בן-גביר נ' דנקנר** (לא פורסם), סעיף 9 לפסק הדין.

בסוגייה תוך שימוש בפרקטיקה הידועה כ"ידיעה שיפוטית". פרקטיקה שיפוטית זו, המאפשרת לבית המשפט להגיע לידי הכרעה בלא שיזקק לראיות שהוצגו בפניו, היא פרקטיקה שנועדה להכריע בשיח מחלוקת.²⁵ כאשר נתון עובדתי כלשהו אינו חלק משיח המחלוקת בין הצדדים הופך הוא לחלק מ"ידיעה שיפוטית" במובן אחר מזה שיועד למונח ברגיל. במצב דברים זה, ה"ידיעה השיפוטית" אין משמעה פרקטיקה המאפשרת להגיע לידי הכרעתה של מחלוקת, אלא שמשמעה נתון המוסכם על הצדדים כולם לדיון. "הידיעה השיפוטית", זו שברגיל הינה מנת חלקו של השופט היושב בדיון, הופכת ל"ידיעתם" של הצדדים כולם. חלוקים ככל שיהיו בהשקפת עולמם ובהשקפותיהם הפוליטיות, "ידעו" הצדדים כולם מיהו היודנראט.

בתי משפט, כאמור, משמשים לעתים כמספרי היסטוריה. ואולם, הקשר בין השיפוט להיסטורי אינו מסתכם ביחס חד-כיווני זה, במסגרתו ניתן לבית המשפט תפקיד מספר ההיסטוריה. הכרעות שיפוטיות עשויות לשמש לעתים גם כמקור ידע כשלעצמן בשקפן, במידה כזו או אחרת, מצב דברים נתון בחברה במסגרתה נכתב הטקסט השיפוט. במובן זה, פסק הדין משמש בתפקיד "דואלי". מחד גיסא משמש הוא לעתים כמספר סיפור היסטורי ומכריע לגבי 'היסטוריה רשמית', ומאידך גיסא, עשוי פסק הדין לשמש כמסמך היסטורי כשלעצמו.²⁶ במובן זה, ניתן לייחס לבית המשפט תפקיד של מספר ומסופר בעת ובעונה אחת. פסק הדין עשוי לשמש כמקור ידע בין אם מתאר הוא מצב עניינים "עובדתי" נתון ובין אם מתאר הוא הלך רוח ציבורי נתון. כך, יכול טקסט שיפוט להשמש כמקור ידע "היסטורי-עובדתי" באם הוא מתאר אירועים עובדתיים המרכיבים מאורע היסטורי.²⁷ ואולם, באם מתאר בית המשפט הלך רוח ציבורי ביחס לסוגייה כזו או אחרת, עשוי הוא לשמש כמקור ידע ביחס לאותו הלך רוח.²⁸ במובן זה, כל סיפור היסטורי, ובכללו הסיפור המשפטי, הוא חלק מסיפורה של קהילה במסגרתה נכתב. על כן, גם הסיפור המשפטי עשוי לשמש כאחד 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

²⁵ כך, למשל, במשפט הדיבה של דיוויד אירווינג נגד דבורה ליפשוטט, הנוגע להיותו של אירווינג מכחיש שואה, מסרב בית המשפט להזקק לעדויות מומחים ביחס לשאלה שבמחלוקת, היא השאלה האם התקיימה השואה, וקובע את קיומה כחלק מעקרון הידיעה השיפוטית. ר' [2000] All ER (D) 523 **Irving v. Penguin Books Ltd**.

²⁶ לתיאור תפקיד כפול זה ר' למשל דפנה ברק-ארוז, הערה 10 לעיל, בעמ' 784.

²⁷ ר' למשל פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתביעת לשון הרע שהגיש אריאל שרון כנגד עוזי בנימין. במקרה זה קבע בית המשפט המחוזי, על אף שהזהיר כי אין בתוצאותיו של הליך אדברסרי כדי לקבוע קביעות היסטוריות, מה היו הנסיבות שהובילו לפריצתה של מלחמת לבנון הראשונה. ר' ת"א (ת"א) 818/93 **אריאל שרון נ' עוזי בנימין** (לא פורסם), סעיף 3.1 לפסק הדין.

²⁸ כך, למשל, בפרשת בן-גביר קובע בית המשפט מהי משמעות המלה "נאצי" במסגרת הציבוריות הישראלית. ר' רע"א 10520/03 **בן-גביר נ' דנקנר** (לא פורסם), סעיף 9 לפסק הדין.

²⁹ להמשגת המונח "זכרון קולקטיבי" והשוני בינו לבין ה"היסטוריה", ר' Pierre Nora, "Between Memory and History", 26 **Representations** (1989) 7; ר' גם Amos Funkenstein, "Collective Memory and Historical Consciousness", 1(1) **History and Memory** (Spring/Summer 1989), 5.

הרע וזאת, בעיקר בשל האופן בו בחרה הפסיקה לפרש את המונח "ביטוי פוגעני". האופן בו נתפרש המונח לשון הרע בפסיקה – כביטוי פוגעני כפי שהוא מתפרש על ידי "האדם הסביר" במסגרת החברתית בה נתפרסם הביטוי – מעלה כי קביעתו של ביטוי כפוגעני מתיימרת לשקף הלך רוח ציבורי. לא הפגיעה "הסובייקטיבית" במושג הפרסום היא שנבחנת על ידי בית המשפט אלא פגיעה "אובייקטיבית", קרי פגיעה כפי שהיא מובנת על ידי הציבור הרחב או בקהילה הרלוונטית אליה יועד הפרסום.³⁰

במה שיתואר להלן, ננסה לעמוד על "תפקידו הדואלי" של בית המשפט בפרשת פלאוט, הן כמי שמניב טקסט שיפוטי הכולל סיפור היסטורי והן כמי שמניב טקסט המשמש כמקור ידע לחשיפת תודעה קולקטיבית הכרוכה באותו סיפור היסטורי. כל זאת, בסיטואציה בה השיח אודות הסיפור ההיסטורי לא היה מלכתחילה שיח מחלוקת אלא שיח הסכמה.

ד. היודנראט - "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 כנגד פלאוט מבוססת על ארבעה פרסומים, העוסקים כולם בעמדותיו הפוליטיות "השמאליות" של ניב גורדון; בדעותיו – כפי שהבין אותן פלאוט - ביחס לסכסוך הישראלי-פלסטיני ובעמדתו הביקורתית ביחס לאופן בו פועלת ההנהגה הישראלית ביחס לסכסוך זה. רשימה זו תתמקד בשני מבין פרסומיו של פלאוט, כפי שנתח על ידי בתי המשפט. פרסום זה פורסם באינטרנט, בשפה האנגלית, בשנת 2002, ומתייחס לשמאל הישראלי ולמחאתו כנגד סירובה של ממשלת ישראל לנהל מו"מ עם אש"פ "תחת אש" בתקופת האינתיפדה השנייה.³²

³⁰ לפירוש "אובייקטיבי" למונח ביטוי פוגעני ר' למשל ע"א 740/86 תומרקין נ' העצני, פ"ד מג(2) 333, בעמ' 337.

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

³² פלאוט פרסם ארבעה פרסומים. הראשון שבהם פורסם באינטרנט בשנת 2001 והוכתר בכותרת "Haaretz promotes Jewish for Hitler". במסגרת פרסום זה מתייחס פלאוט לביקורת שכתב גורדון על ספרו של נורמן פינקלשטיין, "תעשיית השואה". הפרסום השני, נשוא מאמר זה, פורסם באינטרנט בשפה האנגלית והוכתר בכותרת "יודנראט למען השלום"; הפרסום השלישי, משנת 2002, מופיע בדמות "מכתבי תנחומים" שנשלחו לתובע גורדון בדואר אלקטרוני, ובהם "תנחומים" על חיסולו של מוחמד דוף, מי שנחשד כאחד ממנהיגי תנועת החמאס; הפרסום הרביעי פורסם בשנת 2001 במסגרת כתב עת הקרוי Middle East Quarterly על ידי כותב שהזדהה כסולומון סוקרטוס, והוכתר בכותרת "Israel's academic extremists". פרסום זה מתייחס לתובע גורדון ומחווה דעה על רמת פרסומיו האקדמיים. גורדון טען כי הנתבע פלאוט הוא שכתב מאמר זה תחת שם בדוי. לפירוט הפרסומים נשוא תביעת הדיבה, ר' פסק דינו של בית משפט השלום, הערה 3 לעיל.

השואה ודימוייה מהווים מרכיב מרכזי בפרסומו של פלאוט. אנשי אש"פ מכונים "אינזצגרופן", אותן יחידות ניידות של הס"ס והס"ד שנתלו ליחידות הצבא הגרמני בפלישה לברית המועצות בשנת 1941, שם עסקו ברצח המוני, בעיקר ברצח יהודים³³. במקום אחר מכונה הנהגת אש"פ "פלוגות סער", אותן יחידות חומות מדים שהקימה המפלגה הנאצית ב-1921, הס"א.³⁴ הפרסום מוכתר בכותרת "יודנראט למען השלום". הפרסום מציב, אם כן, את הסכסוך הישראלי-פלסטינאי בקונטקסט של "שואה". אש"פ, מצד אחד, וישראלים שנפגעו בפיגועים, מן הצד האחר, מוכנסים לקונטקסט היסטורי ורגשי במסגרתו ברורה זהותם של "הטובים" ו"הרעים", ברורה זהותם של רודפים ונרדפים. היהודי – תמיד יהודי, לא ישראלי – הנפגע מפיגועים במסגרת הסכסוך הישראלי-פלסטיני אינו שונה במאום מהיהודי הנרדף במסגרת תכנית "הפתרון הסופי" באירופה הכבושה על ידי הנאצים; הגוי הרודף הוא תמיד אותו גוי רודף, בין אם הוא חבר במפלגה הנאצית ובין אם הוא חבר בארגון פלסטינאי המבצע מעשי טרור במסגרת מאבקו במדינה ריבונית.³⁵ במסגרת הפרסום עושה פלאוט שימוש במונח "שואתי" נוסף – היודנראט, בכתבו כי היודנראט מהווה מודל לחיקוי השמאל הישראלי. אלא שבניגוד לדימוי השואה שהוצמד לאש"פ, שהוזכרו כלאחר יד, מתאר פלאוט בהרחבה, לשם ביסוס דבריו, תיאור הנחזה להיות תיאור היסטורי ביחס לחברי מועצות היהודים באירופה הכבושה. בהתאם לתיאורו של פלאוט, שצוטט לעיל, בשנת 1940 ואילך מינו עצמם מספר מנהיגים יהודים כמועצות, הקרויות יודנראט. מינוי זה נעשה הן בגטאות והן במחנות הריכוז. מינוי עצמי זה נעשה על ידי אותם מנהיגים יהודים על מנת לנהל שיחות עם הנאצים. "שיחות" אלה נועדו להרגיע את היהודים הנשלחים למחנות השמדה, דוגמת אושוויץ. בתמורה, קיוו ראשי היודנראט להציל את עורם, כמו גם את חיי משפחותיהם.³⁶ תיאור היסטורי זה הוא הבסיס להשוואתו של השמאל הישראלי לחברי מועצות היהודים. היות שפעולתו של היודנראט משמשת כמודל לחיקוי, אליבא ד'פלאוט, נחוש השמאל הישראלי לנהל שיחות עם אש"פ בעת בה מפוצצים מחבלים מתאבדים קבוצות ילדים יהודים, כאשר פגזי מרגמה נורים לבתי יהודים, כאשר – בלשונו של פלאוט – יהודים נורים בכל יום על ידי אנשי האינזצגרופן של אש"פ. במסגרת נאראטיבית זו משולב אף התובע, ניב גורדון, המופיע כאחד מנציגיו של אותו שמאל ישראלי. גורדון, גורס פלאוט, הוא אחד מאלה השואפים

³³ ר' ישראל גוטמן (עורך) **אנציקלופדיה של השואה** (ירושלים: יד-ושם, 1990), כרך א' בעמ' 80-88.

³⁴ שם, כרך ד', בעמ' 839-842.

³⁵ הקישור בין נאציזם לפלסטינאים או ערבים ככלל אינו קישור חדש. למעשה, כבר בשנת 1950, במהלך דיוני הכנסת שקדמו לחקיקת החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, מושווה המופתי לנאצים. השוואה דומה ניתן למצוא גם בפס"ד אייכמן. לתיאור השוואות אלה, ר' עדית זרטל, **האומה והמוות** (תל-אביב: דביר, 2002), בעמ' 42-50.

³⁶ ר' תיאורו של פלאוט, בעמ' 3 למאמר זה.

להיות כיודנראט, Judenrat wannabes, כלשונו, וזאת משום שגורדון ביקר את יאסר ערפאת בעת שהיה נצור במוקטעה שברמאללה.³⁷

השימוש בדימויים הלקוחים מתקופת מלחמת העולם השנייה והשוואה אינו מיוחד לפלאוט. מספר התביעות בגין לשון הרע שהגיעו לפתחו של בית המשפט הישראלי בגין ביטויים כגון "נאצי" ודומיהם, מעלה כי השימוש בדימוי "שוואה" הנו שימוש רווח בציבוריות הישראלית, הן על ידי אלה השייכים לצידה "הימני" של המפה הפוליטית והן על ידי אלה השייכים לצידה "השמאלי".³⁸ ברבים מן המקרים נעשה שימוש בדימוי שואה כדימויים מוכרים, שמשמעותם נחזית כברורה לכל השומע אותם. כך, מונחים כגון "אנטישמיות", "נאצי", "יודונאצי" ודומיהם נאמרים ומפורסמים בלא שיתלווה כל פירוט ביחס למשמעותם.³⁹ פרסומים מסוג זה חייבו את בתי המשפט לדון בשאלה מהי משמעותם של ביטויים אלה, האם יש לבחון את משמעותם במבחן 'היסטורי' או שמא בהתאם להבנה רווחת שלהם במסגרת הציבוריות הישראלית כאן ועכשיו, באיזה אופן יש לבחון את פגיעתם – האם 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

³⁷ המוקטעה הוא מתחם הנמצא בעיר רמאללה, הכולל את משרדי הממשלה של הרשות הפלסטינאית ואת מעונו של יו"ר הרשות. במהלך אינתיפדת אל-אקצה הטילה ממשלת ישראל מצור על המתחם, בו שהה יו"ר הרשות, יאסר ערפאת. לתקופה זו, במהלכה ביקרו אנשי שמאל ישראלים במוקטעה, התייחס פלאוט בפרסומו.

³⁸ בשיח הישראלי ההשוואה לשואה רווחת בקרב ימין ושמאל כאחד. הדברים הגיעו מספר פעמים לכלל משפטי דיבה. ראו למשל עא (י-ם) 3242/02 **איתמר בן-גביר נ' אמנון דנקנר** (טרם פורסם, 18.9.03) ורעא 10520/03 **איתמר בן-גביר נ' אמנון דנקנר** (טרם פורסם, 12.11.2006) – פסקי דין בפרשה שבה כינה העיתונאי אמנון דנקנר את פעיל הימין איתמר בן-גביר "נאצי קטן ומלוכלך" בתכנית הטלוויזיה "פופוליטיקה". בעקבות התבטאות זו הגיש בן-גביר תביעה נגד דנקנר בגין הוצאת לשון הרע. בית המשפט המחוזי פסק לטובת דנקנר ואילו בית המשפט העליון הפך את ההחלטה וקבע כי אכן מדובר בהוצאת לשון הרע. על דנקנר הוטל לפצות את בן-גביר בסכום הסמלי של שקל אחד; תפ (י-ם) 1470/06 **מדינת ישראל נ' נדיה מטר** (טרם פורסם, 10.9.06) ועפ (י-ם) 30636/06 **מדינת ישראל נ' נדיה מטר** (טרם פורסם, 19.7.07) – פסקי דין בפרשה שבה כינתה פעילת הימין נדיה מטר את ראש מנהלת סל"ע, יונתן בשיא, "יודנראט", בשל חלקו ביישום תכנית ההתנתקות מרצועת עזה. נגד מטר הוגש כתב אישום בגין העלבת עובד ציבור. בית משפט השלום החליט למחוק את כתב האישום מטעמי הגנה מן הצדק, אולם ההחלטה נהפכה על ידי בית המשפט המחוזי ונקבע שמטר תועמד לדין; תא 3325/95 **רחבעם זאבי נ' משה צימרמן** (לא פורסם, 3.9.00) ועא (ת"א) 1070/01 **משה צימרמן נ' רחבעם זאבי** (לא פורסם, 3.11.03) – פסקי דין בפרשה שבה כינה פרופסור משה צימרמן את חבר הכנסת רחבעם זאבי "נאצי" בראיון עיתונאי לשבועון "ירושלים". זאבי הגיש תביעה נגד צימרמן בגין הוצאת לשון הרע. בית משפט השלום פסק לטובת זאבי וחייב את צימרמן בתשלום פיצויים של עשרים אלף שקלים, אולם בית המשפט המחוזי קיבל את ערעורו של צימרמן והפך את ההחלטה; עא 740/86 **יגאל תומרקין נ' אליקים העצני**, פ"ד (2) 333 (1989) – פסק דין בפרשה בה שלח הפסל יגאל תומרקין מכתב לאיש הימין אליקים העצני, כשעל מעטפת המכתב כתב את האותיות "kz", שהינן קיצור של שתי מילים בגרמנית שתרגומן הוא "מחנה ריכוז". העצני הגיש נגד תומרקין תביעה 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 לא מדובר בהוצאת לשון הרע. במסגרת רשימה זו אנו מתמקדות בנושא ההשוואה ליודנראט שכן, נושא זה מעורר בעיות יחודיות בשל הטאבו שהתגבש סביבו, כפי שננתח להלן.

³⁹ ר' למשל פרשת בן-גביר, פרשת זאבי נ' צימרמן, פרשת תומרקין נ' העצני, הערה 38 לעיל.
⁴⁰ ר' ע"א 257/57 **אפלבויום נ' בן-גוריון**, פ"ד ד 1205, 1215; ע"א 723/74 **הוצאת עתון הארץ נ' חברת חשמל**, פ"ד לא (2) 281, 300; פס"ד **תומרקין נ' העצני**, הערה 38 לעיל, בעמ' 337.

הפרסום לבין פירוש "אובייקטיבי" המתיימר לשקף הלך רוח קהילתי, זכה הפירוש האחרון.⁴¹ פרסומו של פלאוט מכיל אף הוא דימויי שואה שאינם זוכים להסבר בגוף הפרסום. ואולם, ביחס להשוואת השמאל הישראלי ליוזנראט טורח פלאוט ומבהיר מי היו היוזנראט ומה עשו. תיאורו זה של פלאוט, המצהיר על עצמו כתיאור עובדתי גרידא ופותח במלים "you will recall", משמש כבסיס להשוואת השמאל הישראלי בכלל, וגורדון בפרט, לחברי היוזנראט.

כברבות 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 טענה הטוענת להבעת דעה לגיטימית ביחס למעשיו ולעמדותיו של התובע.⁴² זוהי, אם כן, גדר המחלוקת כפי שנפרשה בכתב הגנתו של הנתבע. ואולם, כפי שיתואר להלן, לאמיתו של דבר גדר המחלוקת הצטמצמה לאמיתות ההשוואה בין היוזנראט לבין התובע גורדון ולשאלה האם זכאי הנתבע להגנת תום לב בפרסום. טיבו של היוזנראט נותר מחוץ לגדר המחלוקת והוצג – בלא שיקדם להצגה זו כל בירור – כבלתי שנוי במחלוקת עובדתית. ואומר בית המשפט, מפי שופט המיעוט אברהם אברהם:

"בפתח המאמר **מזכיר לנו פלאוט** מי היו היוזנראט, אותן מועצות יהודים ידועות לשמצה, שפעלו בגיטאות וקיימו דו-שיח עם הנאצים, ובין היתר עשו להשגת רגיעה וסדר בגטו, בזמן שיהודים הובלו לטבח".⁴³ [ההדגשה אינה במקור]

אמירתו זו של בית המשפט מציבה את קונטקסט הדיון: פלאוט "מזכיר" לנו מי היו היוזנראט – מזכיר, משמע מספר לנו שנית עובדה נטולת מחלוקת – כי חברי היוזנראט מינו עצמם, כי מינוי עצמי זה נועד לשם שיתוף פעולה עם הנאצים ולשם הצלת נפשם על חשבון הכלל, ש"הורדם" בכוונה על ידם. עוד מוסיף ומציין בית המשפט כי מועצות יהודים אלה "ידועות לשמצה". הנה כי כן, בית המשפט קובע את האמת ההיסטורית ביחס ליוזנראט, כמו גם זכרונה הקולקטיבי. מאידך, השופט אברהם אינו מוכן לקבל חלק אחר מטענת האמת בפרסום אותה טען פלאוט, הוא החלק המתייחס להשוואתו של גורדון ליוזנראט. לדבריו, "אין לי להיזקק לטענה 'אמת דיברתי' שמשמיע פלאוט. גורדון אינו יוזנראט, והוא אינו מבקש להידמות ליוזנראט".⁴⁴ הגנת "אמת דיברתי" אינה עומדת אם כן לנתבע לא בשל תיאורו ההיסטורי, עליו לא מלין בית המשפט כלל, אלא משום שגורדון עצמו אינו איש יוזנראט ואף אינו מבקש להידמות לכזה.

⁴¹ על מנת לדייק, בית המשפט נכון היה להכיר בקבוצות שונות במסגרת הקולקטיב ואף נכון היה להחיל מבחן "אדם סביר" שונה ביחס לכל אחת מקבוצות אלה. ואולם, היות שסוגייה זו לא עלתה לדיון בפרשה זו, לא נרחיב בה את הדיון. ר' למשל ע"א 809/89 לוספי משעור נ' אמיל חביבי, פ"ד מז(1) 1.

⁴² ר' כתב הגנתו של פלאוט, הערה 3 לעיל, סעיפים 3(ד), 1(1), 3(ד), 2(2).

⁴³ פס"ד מחוזי, הערה 4 לעיל, בעמ' 5, סעיף 21 לפסק הדין.

⁴⁴ שם, בעמ' 5, סעיף 23 לפסק הדין.

עוד קובע השופט אברהם, בהסתמכו על דבריה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת בן-גביר, כי "דימויו של אדם או של מעשיו או התנהגותו לנאצי, יודנראט וכיו"ב עשויה לפגוע במושא ההשוואה (סובייקטיבית), ולהשפילו ולבזותו בעיני הבריות (אובייקטיבית)...ודאי כאשר מדובר ביהודי, ולכן היא מהווה לשון הרע"⁴⁵. ואכן, בפרשת בן-גביר קובעת השופטת פרוקצ'יה כי השימוש במונח "נאצי" מהווה לשון הרע בהתאם למבחן "אובייקטיבי". לדבריה,

" '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 למשרפות 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 דברים אלה, מוסיף נדבך נוסף לסוגיית לשון הרע בהקשרם של דימויי שואה: כמו הכינוי "נאצי", לדמות אדם ל"יודנראט" משמעו הוצאת לשון הרע, בהתאם למבחנה האובייקטיבי של הקהילה, בודאי כאשר מדובר ביהודי. כל זה, על בסיס קביעתו העובדתית המקבלת במלואה את תיאורו של פלאוט ביחס ליודנראט.

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 ופעלו של התובע ועל כן, עומדת לו הגנת תום הלב בפרסום. על אף שדבריו של פלאוט ביחס לגורדון מהווים לשון הרע בשל השוואתו של גורדון ליודנראט, חוסים דבריו תחת הגנתו של סעיף 15(4) לחוק איסור לשון הרע, 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 פעלו של היודנראט. לדבריו,

"לא לשם השפלתו מושווה 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 הידברות "השמאל" עם פלסטינים, במסגרת הסכסוך הישראלי-פלסטיני, לבין הידברותם – כך בלשון בית המשפט – של חברי

⁴⁵ שם, בעמ' 5, סעיף 22 לפסק הדין.

⁴⁶ פרשת בן-גביר, הערה 38 לעיל, סעיף 8 לפסק הדין.

⁴⁷ פס"ד מחוזי, הערה 4 לעיל, בעמ' 10 סעיף 44 לפסק הדין.

היודנראט עם הנאצים בזמן מלחמת העולם השנייה, שהמיטה עלינו אסון, הנה השוואה לגיטימית. השוואה זו לגיטימית משום שעל אף השוני בין שתי הסיטואציות, הניזוקים בהן – כלל הקהילה היהודית - הם ניזוקים זהים.

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

"נראה שאין צורך להציג את תופעת היודנראט ודי אם נפנה לתיאורו של פלאוט עצמו במאמר הרלבנטי" [ההדגשה אינה במקור].⁴⁸

גם נשיא בית המשפט המחוזי מבסס אם כן את ניתוחו המשפטי, השונה מזה של שופט המיעוט, על הקביעה העובדתית לפיה תיאורו של פלאוט את היודנראט, תיאור נכון הוא. למעשה, כפי שעולה מן הדברים, תופעת היודנראט כה ידועה ומוכרת עד כי אין כל צורך להציגה מעבר לתיאורו של פלאוט. בניגוד לדעתו של השופט אברהם, הנשיא בן-דוד אינו מקבל את טענתו של פלאוט, לפיה ההשוואה בין חברי היודנראט לבין גורדון ודעותיו הנה 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..."⁴⁹
"גם לא שמענו שגורדון ביקש להפיק טובת הנאה אישית מעמדותיו בנושאים הפוליטיים, כמו שביקשו להשיג לעצמם אנשי היודנראט משולחיהם."⁵⁰

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

"השוואת מעשיו ודעותיו, לאלה של אנשי היודנראט, שפעלו באופן מודע ורציני [צ"ל רצוני] לסייע בידי הנאצים, לא נועדה לטעמי לקדם כל תכלית פולמוסית אמיתית וכל מטרתה היתה הכפשתו, ביזויו והשפלתו של גורדון בעיני הבריות."⁵¹
"כאן יש לזכור כי בתודעה הלאומית שלנו נחרת שמם של אנשי היודנראט לדראון עולם והם מהווים דוגמא צורבת לבוגדנות לאומית שפלה מדעת שאין לה אח ורע. על חברי

⁴⁸ שם, בעמ' 17 לפסק הדין.

⁴⁹ שם, שם.

⁵⁰ שם, שם.

⁵¹ שם, בעמ' 18 לפסק הדין.

היודנראט ודומיהם נהוג לומר כי מכרו נפשם לשטן. לא נוכל לשכוח כאן כי היה זה דר' ישראל קסטנר המנחה אשר נרצח כאן בארץ, לאחר שנחשד כמי ששיתף פעולה וסייע בידי הנאצים על מנת להציל את נפשו הוא".⁵²

הנשיא בן-דוד קובע אם כן כי השוואתו של גורדון לחברי היודנראט אינה לגיטימית ומהווה לשון הרע מכמה טעמים מצטברים, חלקם נעוצים בהיסטוריה אובייקטיבית וחלקם "סובייקטיביים" וצורבים בתודעתנו הלאומית. במישור האובייקטיבי, האמת ההיסטורית ביחס ליודנראט מלמדת כי במהלך מלחמת העולם השנייה חפצו מי ממנהיגי היהודים באירופה הכבושה להציל את נפשם. לצורך כך התאגדו באופן עצמאי וניהלו משא ומתן עם הנאצים, שעיקרו ומטרתו הסתרת המציאות האמיתית מיהודי הגיטאות והמחנות. כל זאת, לשם הצלת נפשם. במישור "הסובייקטיבי", היודנראט משמשים דוגמה צורבת לבוגדות שפלה; עליהם ועל דומיהם "נהוג לומר" כי מכרו 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 מלוכדים המישור הסובייקטיבי והאובייקטיבי. קביעות אלה, ראוי לציין, אינן מהוות חלק מפרסומו של פלאוט, שאינו משתמש במונח "מכירת הנפש לשטן" ואינו מזכיר את ד"ר ישראל קסטנר. תוספת זו נועדה, כך נראה, להדגיש לא רק את מעשיהם האיומים של חברי היודנראט, אלא אף את הזכרון הקולקטיבי בו הם נזכרים, זכרון הכורך בחובו קישורים לשטן ותוצאות של רצח. זהו, אם כן, המצע העובדתי עליו משתית בית המשפט המחוזי את פסק דינו. מצע עובדתי זה נטול כל סימוכין ומהווה חלק מ"ידיעתו השיפוטית" של בית המשפט ביחס לעובדות היסטוריות, המצטיירות כבלתי שנויות במחלוקת, כעובדות אותן חולקים חברי הקולקטיב הישראלי כולם, כעובדות נטולות עוררין ומוכחות כדבעי.

ה. היודנראט – 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 המוניים 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".⁵³

⁵² שם, בעמ' 17-18 לפסק הדין.

⁵³ דן דינר, "מעבר לכל דמיון – היודנראט כסוג של מצב", בשביל הזכרון 20 (תשנ"ז), 24-32, עמ' 24.

בתאריך 21 בספטמבר 1939 שיגר ריינהרט היידריך, ראש משטרת הבטחון הגרמנית, איגרת בזק (schnellbrief) למפקדי חטיבות הפעולה (איינזץ-גרופן) שפעלו בשטחי פולין הכבושה. חלקה השני של איגרת זו הוקדש להקמת גופים ייצוגיים מקומיים של האוכלוסיה היהודית ותפקידיהם 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 היודנראט באירופה הכבושה. ההוראה השניה הנוגעת להקמת מועצות היהודים נשאה את התאריך 28 בנובמבר 1939 ונחתמה על ידי הנס פרנק, המושל הכללי של שטחי פולין הכבושים (גנרלגוברמן).⁵⁴

מועצות היהודים באירופה הכבושה לא היו תוצר של מינוי "אישי" ו"רצוני" של חבריהן. אין המדובר באיזו התאגדות עצמאית, מקומית, של מספר יהודים שחפצו להציל את נפשם וארגנו, לכן, שיתוף פעולה שעניינו הצלת נפשם מהשמדה, על חשבון שאר הקהילה היהודית. תיאורו ההיסטורי של פלאוט, על כן, לא רק שאינו נכון, אלא שתיאור זה בלתי מתקבל על דעתו של כל המכיר, 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.⁵⁵ יתר על כן, המונח "מינוי העצמי" בו משתמש פלאוט, אינו מתיישב עם הטענה כי התאגדות עצמית זו נועדה לשם הצלה עצמית מהשמדה, ולו בשל העובדה כי התכנית הקונקרטיית בדבר "הפתרון הסופי", היא התכנית הכוללת הוראה מפורשת לפתרון "הבעיה היהודית" על ידי רצח המוני ושיטתי, נדונה רשמית בוועידת ונזה, בשנת 1942.⁵⁶ מתוך כך, ההנחה כי חברי היודנראט ידעו על תכנית "הפתרון הסופי" זמן רב לפני שנתקבלה ואף פעלו לשם הצלת נפשם, אינה נתמכת באף תיעוד היסטורי וניתן לכנותה, בלא היסוס רב, מופרכת. אין בדעתנו, במסגרת זו, להציג בפרוטרוט את התופעה הקרויה יודנראט, תופעה עליה נכתבו מאמרים וספרים רבים בנסיון להבינה. ובכל זאת, על מנת להמחיש עד כמה מוטעה, שטחי וחד-מימדי תיאורו של פלאוט, תוצג תופעת היודנראט על קצה המזלג.

⁵⁴ ר' ישעיהו טרונק, **יודנראט** (ירושלים: יד-ושם, 1979), עמ' 19-20.

⁵⁵ ישעיהו טרונק, שבחן נתונים סטטיסטיים והשתייכות קהילתית של חברי מועצות היהודים, הסתמך על מידע חלקי שהיה בידיו, שכלל 740 חברי מועצות יהודים. מספרם של חברי מועצות היהודים היה רב עוד יותר. ר' טרונק, הערה 54 לעיל, בעמ' 43-48.

⁵⁶ ועידת ונזה הנה ישיבה שהתקיימה בוילה בונזה שבברלין, שעסקה בפעולות הכרוכות בהוצאת הפתרון הסופי לפועל ובתיאומן. באותה ישיבה נמסרה רשמית לפקידות הממשלתית החלטתו של היטלר לפתור את מה שכינו "בעיית היהודים". יצויין כי ועידה זו נועדה לדון בדרכים ליישום ההחלטה, שכבר נתקבלה קודם לכן. ר' ישראל גוטמן (עורך) **האנציקלופדיה של השואה** (ירושלים: יד-ושם, 1990), כרך ב', עמ' 443.

ההחלטה הנאצית להקים את מועצות יהודים בודאי לא היתה החלטה "תמימה". החלטה זו היתה חלק ממנגנון משומן ומכוון. במסגרת מנגנון זה, שכלל מינויים של "בעלי תפקידים" מסוגים שונים ובתקופות שונות במהלך המלחמה, שירתו הקרבנות עצמם בריכוז היהודים, בהובלתם, בשמירה על הסדר במחנות ובשלבם מאוחרים יותר, אף במסגרת הליך ההשמדה. כך, מבין "בעלי התפקידים" ניתן למצוא את חברי היודנראט, את חברי המשטרה היהודית בגטאות, את הקאפוס ששימשו כמשגיחים במחנות העבודה וההשמדה, את 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 המלה 'רצון'. משמעו של מונח זה, בהקשרה של מלחמת העולם השנייה והשוואה, הוא הפיכה מכוונת של הקרבן למי שמעורב בהליך רדיפתו ובשלבם מאוחרים יותר, אף בהליך השמדתו שלו. נדמה כי שילוב הקרבנות המצמרר ביותר שהגו הנאצים, בשלביה המתקדמים של השואה, הנו שילובם של יהודים ב"זונדרקומנדו", אותו גוף שהוקם במחנות ההשמדה, שאחראי היה על "ארגונם" של מועמדים להשמדה בטרם כניסתם לתאי הגזים. יהודים אלה, שסייעו באופן יומיומי בהשמדת אחיהם, הוחלפו אחת לכמה חודשים ביהודי זונדרקומנדו חדשים, ואלה החדשים הובילו את קודמיהם להשמדה.⁵⁷

הרעיון להקמתן של מועצות היהודים, כותב דן מכמן, "צמח מלכתחילה כמכשיר להכוונת המדיניות האנטי-יהודית ולשליטה בחיי הקהילה היהודית".⁵⁸ מועצות היהודים, כותב ישעיהו טרונק, הוקמו כמכשיר שיסייע בידי הנאצים לממש את תוכניותיהם לגבי האוכלוסיה היהודית בשטחים הכבושים, ובשלב מאוחר יותר, אף את תוכניות ההשמדה.⁵⁹ אף הרעיון שהגו הנאצים להקמתן של מועצות היהודים לא היה מקרי. בכירי הנאצים ניצלו את המבנה הקהילתי היהודי באירופה עוד לפני תקופת האמנסיפציה ועד למאה ה-20.⁶⁰ כפי שמתאר בית המשפט המחוזי, בשנת 1963, במסגרת הליך פלילי שהתנהל בהתאם

⁵⁷ ר' אנציקלופדיה של השואה, כרך ב', בעמ' 486. המונח זונדרקומנדו שימש בכמה משמעויות במהלך מלחמת העולם השנייה. מעבר לתיאור שתואר לעיל, שימש המונח זונדרקומנדו גם כשמן של יחידות, בעיקר של ה.ס.ס., שנועדו לתפקידים או למשימות מיוחדות.

⁵⁸ דן מכמן, **השואה וחקרה** (תל-אביב: מורשת, 1998) בעמ' 119.

⁵⁹ על תופעת היודנראט כותב דן דינר כדלקמן: "...the 'Jewish Councils' (Judenrate) set up by the Nazis as a crucial mechanism of the Final Solution" (California: University of California Press, 2000) p. 117. ישעיהו טרונק כותב על מערכת ההונאה ביחס לגירויים מהגישו, שכוננו "יישוב מחדש", כדלקמן: "כל אותה מערכת של הטעיה ומרמה שהתנהלה במכוון ובדם 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 ה'יישוב מחדש'". ר' ישעיהו טרונק, הערה 54 לעיל, בעמ' 375.

⁶⁰ לתיאור מבנה מועצות היהודים באירופה טרם מלחמת העולם השנייה, ר' דן מכמן, **בימי שואה ופקודה**, יחידה 10 (האוניברסיטה הפתוחה: תל-אביב, 1987), בעמ' 13-25.

לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם כנגד הירש ברנבלאט, ראש המשטרה היהודית בבנדין תחת הכיבוש

הגרמני: ⁶¹

"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, מעשי רמיה ועידוד תקוות שווא מאידך, למכשירים בידיהם אשר הקלו עליהם את מלאכתם הבזויה".⁶²

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

"עצם המוסד של 'מועצת היהודים' הוקם לפי פקודות הנאצים והווה חלק משיטתם הבדוקה... לארגן את היהודים ע"י יהודים ולבצע את פעולותיהם נגד היהודים באמצעות יהודים".⁶³

תיאור זה, של מניעיו ודפוסי פעולתו של "הצד" הנאצי, חושף רק חלק אחד מהבנת התופעה הקרויה יודנראט. על מנת לנסות ולעמוד, ולו על קצה המזלג, על מורכבותה של תופעה זו, יש לבחון גם את צד הקרבן שנדרש ב"שיתוף פעולה". מועצות היהודים, שהורכבו מנכבדי הקהילות היהודיות באירופה, החלו לפעול זמן רב לפני תחילת הגירושים להשמדה, עם העברת היהודים לגטאות. משמעותה המעשית של העברה זו היתה ניתוקה של הקהילה היהודית ממקורות מחייה, ממקורות חברתיים-תרבותיים וכיוצא באלה מונחים המרכיבים "חיים נורמליים". את אותה נורמליות החליף הגטו המנותק, חומרית, כלכלית ותרבותית, שכראש לו נתמנו המועצות היהודיות. על כן, את פעלן של מועצות היהודים יש להבין מתוך סיטואציה חברתית ייחודית זו, בפניה ניצבו קהילות יהודיות רבות. מינויין של חברי המועצות על ידי הגרמנים, מחד, והצורך בשמירה על קהילה חברתית, מאידך, מהווה במידה רבה הסבר לפעלן השנוי

⁶¹ הירש ברנבלאט שימש כראש המשטרה היהודית בבנדין שבפולין. המשטרה היהודית היתה "הזרוע המבצעת" של היודנראט. על כן, דיון באחריותו של ברנבלאט חייב את בית המשפט "להכיר" את התופעה הקרויה יודנראט ולנתחה. המאפיין את פסקי הדין שבחנונו אחריות בהתאם לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם הוא בהיותם פסקי דין "מסדר ראשון", קרי פסקי דין שחויבו לדון ישירות במעשיהם של אנשי יודנראט. זאת, בניגוד לפרשת פלאוט, ומשפטי דיבה אחרים בהם הדיון הוא "מסדר שני", קרי השאלה עולה לגבי השימוש בכינוי "יודנראט" בהשאלה לגבי אישי ציבור ישראלים במסגרת ויכוח פוליטי עכשווי. ר' ת"פ (מחוז-ת"א) 15/63 **היועץ המשפטי לממשלה נ' הירש ברנבלט** (לא פורסם) (1964).

⁶² שם, בעמ' 3.

⁶³ ת"פ (מחוז-י-ס) 124/53 **היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד** פס"מ מ"ד 3 (1955), עמ' 49.

במחלוקת של מועצות אלה.⁶⁴ מועצות היהודים קיימו קשר יומיומי עם הגרמנים בנושאים כגון מזון, גביית היטלים כספיים ואף ביצוע פעולות רווחה. מועצות אלה, כפי שמתאר ישעיהו טרונק, אחראיות היו לפעילות חברתית, תרבותית ודתית במסגרת הגטאות.⁶⁵ מועצות אלה ביצעו, בשלבים מאוחרים יותר, אף את הוראותיהם של הנאצים בכל הנוגע למסירת עובדי כפייה, להכנה ל"אקציות" ההמוניות ואף השתתפו בשלבי הראשונים של הגירוש עצמו.⁶⁶ להבנתנו, כל נסיון להכיר ולהבין, ולו במעט, את התופעה הקרויה יודנראט מחייב הכרה בתפקיד דואלי זה שהוטל על חבריו: מחד גיסא, הנהגתה של קהילה שנותקה באופן מעשי ממקורות חייה, החומרניים כמו גם התרבותיים, ומאידך גיסא, נשיאה בתפקיד הנהגה זה מתוך ידיעה כי כרוך בו ההכרח לשתף פעולה עם השלטון הנאצי. ובמילים 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 בה נקטו הנאצים לכל אורכה של המלחמה. שילובם של אלה הניבה, כותב דן דינר, מצב תודעתי אותו ניתן לכנות בשם "רציונליות-נגד" (counter-rationality). וכותב דינר:

"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 שנראה 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".⁶⁷

את פעלו של היודנראט, כפי שכותב דינר, יש לנסות ולהבין דווקא מתוך הבלתי מובן, מתוך הבלתי מתקבל על הדעת. את פעלו יש להבין מתוך נסיון "לדמיין" התנהגות הנדמית בעינינו כרציונליות יומיומית, במסגרת מערכת היררכית וביורוקרטית שהפעילה "רציונליות" מסוג אחר לחלוטין, בה

⁶⁴ יהודה באואר מתאר את קיומה של אותה מערכת חברתית-תרבותית כ"עמידה" בתקופת השואה ועומד על מניעיהם של חלק מראשי היודנראט, שכללו אף רצון לקיים מערכת חברתית-תרבותית ואף כלכלית. לגישתו, עמידה כוללת, בין השאר, פעילויות תרבות, הינוך ודת ופעילות פוליטית. ר' יהודה באואר, **הרהורים על השואה** (ירושלים: יד ושם, 2008), בעמ' 127-150.

⁶⁵ ישעיהו טרונק, הערה 54 לעיל, בעמ' 177-214.

⁶⁶ שם, בעמ' 506-508. ואולם, ראויה לציון עמדתו של ישראל גוטמן, בספר שיצא לאחורונה. לדבריו, "ברור שמבחינתם של היודנראטים היה במעבר מפעילות שהתרכזה בחיי הגטו – גם אם לפעמים נכפתה עליהם החרמת רכוש יהודי או שילוח יהודים למחנות עבודה – להשתתפות בגירושים למחנות המוות מעין חציית גבול המותר. מכל מקום, מדובר במפנה שהיה אסון ליודנראט ולכלל כאחד. למעשה רוב היודנראטים לא נטלו חלק אקטיבי בגירושים עצמם, והיחידות הנאציות שניצחו על הגירושים כמעט לא נזקקו להם בביצוע מזימתם. המשטרה היהודית, לעומת זאת, מילאה כאמור תפקיד של ממש בגירושים, אך במהלכם הופיעה על פי רוב כגורם עצמאי ובלתי תלוי ביודנראט וכפופה ישירות לגרמנים." ר' ישראל גוטמן, **סוגיות בחקר השואה, ביקורת ותרומה** (2008) בעמ' 88-89.

⁶⁷ דן דינר, "הבנה היסטורית ורציונליות-נגד – 'היודנראט' כעמדת תפנית", **זמנים** 53 (1995), 45, בעמ' 50.

מוסיפות מכונות ההשמדה לפעול אף בעת שהמשמיד מפסיד. את פעלו יש לנסות ולהבין מתוך נסיונו של אדם לתאר לעצמו, עד כמה שהדבר אפשרי, כיצד מנסים לשמר קהילה, במישור הפיזי כמו גם החברתי-תרבותי, במסגרת מינוי מטעם אויבה של הקהילה; כיצד שומרים על קיומה של קהילה בנסיבות בהן אולי יש להקריב את חלקה; כיצד פועלים במסגרת הדיאלקטית בה הופך אדם, בעת ובעונה אחת, למנהיג ומשמר קהילה ולמסייע בעל כורחו למכחידיה.

מכלול פעולותיהם של חברי המועצות היהודיות, בפעלן 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 שלטון נאצי? האם שיתוף פעולה כזה מוצדק או מובן בשל ההשקפה כי עשוי הוא להקטין נזקו של שלטון זה, או לפחות לשמש לשם דחיית הקץ? האם מתן סמכויות רבות כל-כך בידי מועצות היהודים שימש כמשחית מידותיהן של מי מחבריו? האם פעלו אלה, על אף הנזק שהביאו מעשיהם, מתוך כוונה להיטיב עם הקהילה? האם היתה בידם ברירה? ואם כן – איזו ברירה? האם יש להבין את היודנראט אך ורק כמכשיר מטעם השלטון הנאצי, שבפועל החיש את הליך ההשמדה, כפי שטוען ראול הילברג;⁶⁸ האם התפקיד שמילאו חברי היודנראט הוא "הפרק האפל ביותר בסיפור האפל כולו", כפי שכותבת חנה ארנדט;⁶⁹ או שמא, על אף מינויים על ידי השלטון הנאצי, ניתן לעמוד על פנים חיוביים בפעולתו של היודנרט בתקופה אפלה זו, כפי שטוען ישעיהו טרונק;⁷⁰ ואולי הבנת פעלם של מועצות היהודים מורכבת עד כדי חוסר האפשרות להבינה בכלים "רגילים" כגון הגיון, רציונליות, כוונות טהורות או כוונות זדוניות.

מושגים כגון "שיתוף פעולה מרצון", "ידיעה ודאית", "מינוי עצמי", שכל עניינם הצלת נפשם של חברי היודנראט, אין בהם כדי לשקף, ולו במעט, את הסיטואציה הבלתי נתפסת בפניה ניצבו אותם אלה שמונו על ידי הנאצים; אותם אלה שנדרשו לבצע, כענין שבשגרה, החלטות הרות גורל ביחס לקהילות יהודיות שלמות; אותם אלה 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

⁶⁸ Raul Hilberg, *The Destruction of the European Jews* (1961) p. 122-125 יודגש כי אף הילברג עצמו לא גרס כי חברי היודנראט היו משתפי פעולה מרצון עם הגרמנים אלא שהתמקד בתוצאות קיומו של היודנראט.

⁶⁹ חנה ארנדט, *אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנאליות של הרוע* (תל-אביב: בבל, 2000), בעמ' 126.

⁷⁰ ר' ישעיהו טרונק, לעיל הערה 54. טענה זו מופיעה לאורך ספרו של טרונק כולו, בעמדו על פעולות הסעד שביצע היודנראט, על עזרה רפואית, על תפקידי מנהל, חינוך ועוד.

קיומם היתה מרובה על הנזק שהסבו... אותו שיתוף פעולה, שנולד מתוך אונס וכפיה מאין כמוהם, לא הוכרו בתור שכזה, כעבירה פלילית על ידי המחוקק שלנו".⁷¹

אך מעבר לכך, ניתוח פעלם ותגובותיהם של חברי היודנראט כמקשה אחת אינו עולה בקנה אחד עם תיעודים היסטוריים. חוקריהם של מועצות היהודים עומדים על השוני בין תגובות חבריהם השונים לצעדים שנכפו עליהם על ידי השלטון הנאצי – אם בשלבים הראשונים למלחמה ואם לאחר מכן, עת שיתוף פעולה עם הוראותיהם של הנאצים קשור היה ל"פתרון הסופי". כך, מספר חברי מועצות היהודים שסירבו להיענות לדרישות הנאצים רב ומונה עשרות שנרדפו, הוענשו ונשלחו אל מותם.⁷² אחרים בחרו ליטול את חייהם.⁷³ אחרים האמינו כי שיתוף פעולה יביא, בסופו של יום, להצלה באמצעות עבודה.⁷⁴ חלקם – כבכל קיבוץ אנשים – סרחו. מרביתם של 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, שלא בחלה בשילובם של הקרבנות כ"ממלאי תפקידים" בהשמדתם. הבחירה הנוראה שנכפתה על יהודים להכריע מיהם אלה שישולחו להשמדה; הבחירה הבלתי נתפסת בין אי-ציות, שמשמעו מוות אישי ומשפחתי, לבין ציות שיש בו אולי כדי להקל, ולו במעט, על 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. המינוי כשומרים על הארגון והסדר, הצורך לפקח כנרדף על נרדפים אחרים במחנות העבודה וההשמדה, כל אלה היו מנת חלקם של יהודים שמונו כ"קאפו"; הצורך למלא את התפקיד שנכפה עליך, להוביל יהודים כמוך לתאי הגאזים – להפשיטם, ליטול מהם חפצי ערך, להכניסם לתאי ההשמדה – כל אלה היו מנת חלקם של יהודי ה"זונדרקומנדו".

תופעת "שיתוף הפעולה" היהודי בתקופת השואה הינה, אם כן, אחת התופעות הקשות ביותר להבנה במסגרת ההיסטוריה האנושית, תופעה שכפי שהיטיב טוביה פריילינג לאבחן, ראוייה לכינוי "מבוכה" וראוייה לטיפול זהיר מתוך "מבוכה". בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת לא ניתן למצוא כל

⁷¹ ע"פ 77/64 הירש ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2), 70 (1964), בעמ' 100.

⁷² ישעיהו טרונק מונה עשרות חברי יודנראט ששילמו בחייהם או נענשו בחומרה רבה בגין סירוב למלא פקודות. ר' טרונק, הערה 54 לעיל, בעמ' 391-394.

⁷³ טרונק מונה עשרות אנשי וראשי יודנראט שנטלו את חייהם על מנת שלא לעמוד בדילמה המוסרית שעמדה בפניהם. ר' טרונק, הערה 54 לעיל, בעמ' 396-399.

⁷⁴ הבחירה בין "הצלה באמצעות עבודה" לבין בחירה בדרך המרי המזוין, כפי שמתאר טרונק, היתה מקור למחלוקת קשה בקרב חברי המועצות היהודיות. זאת, בעיקר לנוכח העובדה כי דרך המרי המזוין התאימה בעיקרה לאנשים צעירים ובריאים ולאוו דווקא לתושביהם של הגטאות והמחנות, שרובם היו אמהות לילדים, זקנים, חולים, מדולדלים מחמת רעב. יחד עם זאת, ניתן גם בסוגיה זו למצוא הבדלים בין מועצות יהודיות שונות, אשר חלקן התנגדו למרי מזוין וחלקן דווקא הצטרפו לו. ר' טרונק, הערה 54 לעיל, בעמ' 404-423.

מבוכה, ולו בשל העובדה כי הבסיס 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 קונטקסט היסטורי.

ו. הצל של קסטנר

כאמור, בית המשפט, מפי הנשיא בן-דוד, מוסיף על תיאורו ההיסטורי של פלאוט באמרו כי על חברי היודנראט ודומיהם "נהוג לומר" כי מכרו 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. ואולם, בדיקה היסטורית פשוטה, והפעם בדיקת היסטוריה משפטית-ישראלית, מטילה בספק דברים אלה.

הביטוי "מכר נפשו לשטן", למיטב ידיעתנו, מעולם לא כוון כנגד מי מאנשי היודנראט. למעשה, לא מצאנו כל אזכור היסטורי המתיישב עם טענתו של בית המשפט לפיה "נהוג לומר" על חברי היודנראט כי מכרו נפשם לשטן. ביטוי זה נטבע על ידי בית המשפט המחוזי, מפי השופט בנימין הלוי, במסגרת הכרעת דינו באישום הפלילי כנגד מלכיאל גרינוולד בגין לשון הרע, הידוע גם כ"פרשת קסטנר".⁷⁵

בלא לסקור סקירה מקפת פרשה זו, שנחקרה רבות על ידי משפטנים וחוקרי שואה,⁷⁶ נציין אך כמה עובדות בסיסיות ביחס לה. ראשית, קסטנר לא היה איש יודנראט אלא שימש כאחד מראשי ועדת ההצלה בהונגריה, שנתמנתה על ידי ההסתדרות הציונית. שנית, הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בעניין זה, שאכן כללה אמירות ודימויים מרחיקי לכת ביחס לקסטנר, לא כללה כל אמירה המייחסת לקסטנר שיתוף פעולה למען הצלת נפשו שלו. למעשה, בית המשפט שלל מפורשות את הטענה כי קסטנר ניהל מו"מ עם הנאצים על מנת להציל את נפשו הוא ויחס לו מניעים שונים לחלוטין.⁷⁷ זאת ועוד, במסגרת פסק דין מחוזי זה נערכת הבחנה ברורה בין פעלו של קסטנר לבין התנהגותם של חברי היודנראט בהונגריה באותה העת. בית המשפט המחוזי לא טען כלל כי חברי היודנראט בהונגריה שיתפו פעולה מדעת ומרצון למען הצלת נפשם. נהפוך הוא, בית המשפט הדגיש כי אנשי היודנראט בהונגריה לא היו מעורבים במו"מ שניהל

⁷⁵ פרשת קסטנר תתואר בהרחבה בחלקו השני של מאמר זה.

⁷⁶ ר' למשל, יחיעם ויץ, **האיש שנרצח פעמיים** (ירושלים: כתר, 1995); תום שגב, **המליון השביעי** (ירושלים: כתר, 1991), בעמ' 304-237. יהודה באואר, **יהודים למכירה?** (1994), בעמ' 191-222; Leora Bilsky, **Transformative Justice** (2004) p. 19-40; אשר מעוז, "שיפוט היסטורי – משפט קסטנר וועדת החקירה בענין רצה ארלוזורוב", בתוך: דניאל גוטווין, מנחם מאוטנר (עורכים) **משפט והיסטוריה** (תשנ"ט) 441, בעמ' 458; מיכל שקד, "ההיסטוריה בבית המשפט ובית המשפט בהיסטוריה: פסקי הדין במשפט קסטנר והנרטיבים של הזכרון" **אלפיים** 20 (תש"ס), 36; דן לאור, "חנה סנש וישראל קסטנר: דימוי ודימוי שכנגד", **בשביל הזכרון** 20 (1997), 10, ועוד רבים אחרים.

⁷⁷ ת"פ (י-ם) 124/53 י.ג. נ' גרינוולד פסקים מחוזיים מ"ד 3, עמ' 103-104.

קסטנר עם הנאצים וכי ידיעתם ביחס לתוצאות אותו מו"מ היתה חלקית ומקוטעת, זאת לעומת קסטנר עצמו, שתואר כיחיד שניהל מו"מ עם הנאצים והסתיר את תוצאותיו מכלל הקהילה היהודית ההונגרית, על ראשיה חברי היודנראט.⁷⁸

הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת קסטנר, יהיו הביקורות ביחס לה אשר יהיו,⁷⁹ אינה כוללת אם כן תיאור היסטורי העולה בקנה אחד עם קביעתו של בית המשפט בפרשת פלאוט. יחד עם זאת, ראוי לציין כי חוקרים לא מעטים עמדו על כך שעל אף שקסטנר לא היה איש יודנראט, פרסומו הרב של ההליך הנדון, בצירוף להיותו ההליך המשפטי הידוע היחיד בו הואשם מנהיג יהודי בשיתוף פעולה עם הנאצים,⁸⁰ הביאו להתקבעות סיפורו החריג של קסטנר כמייצג את סיפורה של ההנהגה היהודית בשואה.⁸¹ זוהי, להערכתנו, מקורה של השגגה שיצאה מלפני בית המשפט, בקבעו כי "נהוג לומר" על אנשי היודנראט כי מכרו נפשם לשטן. אך מעבר לכך, וזה העיקר, הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי ביחס לקסטנר נהפכה בבית המשפט העליון, במסגרתו של אחד מפסקי הדין הידועים ביותר שהוציא תחת ידו בית משפט ישראלי. אמירותיו החמורות של בית המשפט המחוזי, המייחסות לקסטנר שיתוף פעולה, הקובעות כי "מכר נפשו לשטן", זכו לביקורת קשה מצד שופטי בית המשפט העליון, אשר קבעו, בדעת רוב, כי קסטנר חף מאשמת שיתוף פעולה. זאת ועוד, הכרעתו של בית המשפט העליון כוללת אף ביקורת קשה על הנסיון לשפוט, מתוך חכמה 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

⁷⁸ שם, בעמ' 20.

⁷⁹ לכתובה ביקורתית ביחס לפסק הדין, ר' Leora Bilsky, *Transformative Justice* (2004) p. 41-66; מיכל שקד, "ההיסטוריה בבית המשפט ובית המשפט בהיסטוריה: פסקי הדין במשפט קסטנר והנרטיבים של הזכרון" **אלפיים** 20 (תש"ס), 36; יחיעם וייץ "בין קתרזיס לקרב סכינים: 'משפט אייכמן' ו'משפט קסטנר' והשפעתם על החברה הישראלית" בתוך: דניאל גוטווין, מנחם מאוטנר (עורכים), **משפט והיסטוריה** (ירושלים: מרכז זלמן שזר, 1999), 395.

⁸⁰ בעקבות חקירתו של החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם נערכו בישראל ככל הנראה כארבעים משפטים פליליים כנגד מי שכונו "עוזריהם" של הנאצים. למיטב ידיעתנו, לא נערך מעולם כל משפט פלילי כנגד מי ממנהיגי המועצות היהודיות כלל. ההליך היחיד שפורסם, המתקרב להליך כנגד מי מאנשי היודנראט, נוהל כנגד הירש ברנבלאט, מראשי המשטרה היהודית בעיר בנדן שבפולין, שהיתה חלק ממבנהו הארגוני של היודנראט. ברנבלאט, שהורשע בבית המשפט המחוזי בהתאם לחוק לעשיית דין, במסגרת פסק דין שלא פורסם, זוכה בבית המשפט העליון. ר' ע"פ 77/64 **הירש ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יח(2), 70 (1964).

⁸¹ ר' למשל יחיעם וייץ, "החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם ויחסה של החברה הישראלית בשנות החמישים לשואה ולניצוליה", **קתדרה** 82 (תשנ"ז), 153, 159-156.

⁸² ע"פ 232/55 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מלכיאל גרינוולד**, פ"ד יב 2017 (1958), בעמ' 2058.

והנה, במסגרת פסק דינו של בית המשפט בפרשת פלאוט, נעלמה לה הכרעת דינו הידועה כל-כך של בית המשפט העליון, נעלמה ביקורתנו הנוקבת על הנסיון לשפוט מעשיו של אדם שתפקד בתקופה מורכבת כל כך. בסיפור אותו מספר בית המשפט המחוזי בנצרת, מה שנותר מסיפורו של קסטנר הוא אזכור של שיתוף פעולה, אזכור של אמירה חמורה, כשאלה מקושרים ליוזנראט, בו קסטנר כלל לא היה חבר. אמירה זו, שנאמרה על ידי שופט במסגרת פסק דין שזכה לביקורת נוקבת, הופכת לאמירה אותה "נהוג לומר".

ז. 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 לסיפורו ההיסטורי ביחס ליוזנראט. לכאורה, מה בכך? יש להניח כי תיאורים עובדתיים שגויים ניתן למצוא בפסקי דין נוספים. ובהקשר זה יש להדגיש, טעותו של בית המשפט אינה משליכה בהכרח על צדקת פסק דינו ביחס לשאלה האם הוציא פלאוט את דיבתו של גורדון. היות שפלאוט השווה את גורדון למשתפי פעולה עם אויב [יהיה תיאורו ההיסטורי שגוי כשהיה], ממילא יתכן שניתן לטעון כי כרוכה בהשוואה זו הוצאת דיבתו. על כן, מן הבחינה המשפטית גרידא אין לומר כי פסק דינו של בית המשפט מוטעה. מהו, אם כך, הענין שיש למצוא בטעותו זו של בית המשפט, לבד מחשיבות חשיפתה? כפי שטענו, משעה שמספר הטקסט המשפטי סיפור היסטורי, משמש הטקסט, בעת ובעונה אחת, הן כמספר היסטוריה והן כמקור ידע היסטורי, בחשפו בפני הקורא את האופן בו מבין, משקף ומעצב בית המשפט את ההיסטוריה המסופרת על ידו. בית משפט, בודאי כשפוסק הוא בתביעות שעניינן לשון הרע ועושה שימוש במבחנים "אובייקטיביים" לבחינת פגיעתו של פרסום, תופס עצמו כמשקף הלך רוח חברתי מוסכם, תודעה קולקטיבית מוסכמת, שאותה איתר. במסגרת פעולת איתור זו, הופך עצמו בית המשפט למייצג הממוסד של אותה תודעה במובן זה שמסוגל הוא לתמללה ולהפכה לנתון עובדתי ומשפטי כאחד. בית המשפט, בספרו סיפור היסטורי, מספר על כך גם את סיפור זכרונו הקולקטיבי של אותו סיפור, בשמשו פה ממוסד ל"קהילתו המדומיינת".⁸⁴ נתון זה הופך לבעל

⁸³ Robert Cover, "Nomos and Narrative", 97 *Harvard Law Review* (1983), 4, p. 4.
⁸⁴ בנדיקט אנדרסון, קהילות מדומיינות (תל-אביב: האוניברסיטה הפתוחה, 1999), בעמ' 38.

חשיבות גדולה עוד יותר מקום בו עושה בית משפט שימוש בפרקטיקת "הידיעה השיפוטית", שעצם 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, שסופר על דרך הידיעה השיפוטית, לא רק שנחזה לסיפור חסר מחלוקות, אלא שבפועל אכן היה סיפור בלתי שנוי במחלוקת בין הצדדים לדיון האדברסרי. הן התובע והן הנתבע בהליך דנן לא הטילו ספק באמיתות התיאור העובדתי ביחס ליודנראט; שניהם כאחד עשו שימוש בתיאור זה לשם הוכחת צדקתם. על כן, במסגרת חלקו השני של מאמר זה, נעסוק במשמעותו של הזכרון הקולקטיבי שהוצג על ידי בית המשפט בפרשה זו. כפי שנרצה להראות, לאמיתו של דבר מייצג נאמנה ההליך המשפטי דנן, כמו גם פסק דינו של בית המשפט, את זכרונו הקולקטיבי של היודנראט – כתופעה מושתקת, שעברה הליך של "השטחה" ונתרה חד-מימדית.

חלק שני: היודנראט בין המשפטי לפוליטי

א. מהיסטוריה לזיכרון

בחלקו הראשון של המאמר טענו כי משפט הדיבה של ניב גורדון נ' סמואל פלאוט מחזק תפיסה א-היסטורית, פשטנית וסטריאוטיפית של היודנראט. בין השאר איתרנו בעיה מבנית של העדר ייצוג ל'יודנראט' במשפט הדיבה, וניתחנו את הדרך בה המבנה האדברסרי של משפט דיבה יוצר תפיסה מעוותת ומטעה של העובדות ההיסטוריות ומקבע אותן בגדר 'ידיעה שיפוטית'. הקושי של בית המשפט למלא את תפקיד ההיסטוריון הוא קושי מוכר וידוע.⁸⁵ יהיו אשר יטענו כי מאחר שאין זה תפקיד בית המשפט ואין הוא מתיימר למלא תפקיד זה, ממילא הטעויות אשר חשפנו אין פגיעתן רעה. לא את ההיסטוריה אלא את הזיכרון הקולקטיבי עלינו לחפש בבית המשפט. הזיכרון הקולקטיבי אינו עוסק בבירור האמת ההיסטורית, אלא הוא פרי המתח בין פעולות הזכרה והשכחה של אירועים מן העבר אשר עניינם 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

⁸⁵ לביקורת על בית המשפט כהיסטוריון ראו לעיל פרק ב. להרחבה ביחס למשפטי שואה ראו: ERIC CONAN & HENRY ROUSSO, VICHY: AN EVER-PRESENT PAST (Dartmouth College, 1998), pp. 74-123; HENRY ROUSSO, THE HAUNTING PAST: HISTORY, MEMORY, AND JUSTICE IN CONTEMPORARY FRANCE (Penn. U. Press, 1998), pp. 48-83; Michael R. Marrus, *The Nuremberg Doctors' Trial in Historical Context*, 73(1) BULLETIN OF THE HISTORY OF MEDICINE 106 (1999);

⁸⁶ ROUSSO, THE HAUNTING PAST, לעיל ה"ש 85, בעמ' 57.

אחד פסיקות בית המשפט משקפת 'זיכרון קולקטיבי' ומצד שני פסק הדין תורם להתגבשותו של הזיכרון ולהעברתו הלאה. בלשונו של פייר נורה, פסק הדין מהווה מעין 'מחוז זיכרון'.⁸⁷ ואולם, כפי שנרצה לטעון בהמשך, ההבחנה בין 'היסטוריה' ל'זיכרון' אינה פותרת את הבעיה עליה הצבענו אלא להיפך, מחדדת אותה. הדיון בתפקיד בית המשפט ביחס לזיכרון הקולקטיבי מעביר אותנו אל תחום הספירה הפוליטית, אל הדרך בה הדיון המשפטי מגבש 'לקחים' ותורם לעיצוב מסגרת השיח הפוליטי בישראל.

עניין הזיכרון הקולקטיבי והסכנות שעולות מהכפפתו למסגרת הדיון המשפטי עלה כבר בשנות החמישים בהקשר למשפט קסטנר ולפולמוס שהתעורר סביבו. היטיב לנסח את הבעיה המשורר נתן אלתרמן במהלך פולמוס 'שתי הדרכים' (דרך 'המרד' למול דרך ה'יודנראט') אשר הוא עמד במרכזו. אלתרמן יצא להגן על דמות היודנראט מן התפיסה המגנה והמוקיעה שרווחה באותה עת בציבוריות הישראלית ונתקל בביקורת ציבורית חריפה. בתשובה למבקרו 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 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 זן".⁸⁸

אלתרמן מזהה את שורש הבעיה בגינוי המוחלט והכוללני של תופעת היודנראט, אשר מתורגם בציבור לגינוי של עצם קשר המשא ומתן ושיתוף פעולה בין ראשי הקהילות היהודים לבין הגרמנים. דרך היודנראט 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 ליודנראט. המשפט הפלילי, שמטרתו לקבוע אשמה או חפות של היחיד, תרם לראיית המציאות ההיסטורית המורכבת של שיתוף הפעולה היהודי עם הנאצים בקטגוריות בינאריות מוציאות (בגידה למול גבורה). ההתמקדות בבירור אשמתו של היחיד טישטשה את הבנת הקונטקסט הקהילתי של שיתוף הפעולה, והעבירה את האצבע המאשימה ממחוללי הפשע אל משתפי הפעולה מקרב הקורבנות. בנוסף, הדיון המשפטי עזר לטשטש את

⁸⁷ פייר נורה "בין זיכרון להיסטוריה: 'מחוזות הזיכרון' זמנים 45 (3) 4 (1993).
⁸⁸ (פני המרד לפני זמנו, 1954, בתוך אלתרמן, הטור השביעי כרך ב עמ' 416-417)

ההבדלים בזמן ומקום ותרם ליצירת אנאלוגיות פשטניות וכוללניות בין שיתוף פעולה באירופה לבין שיתוף פעולה של הישוב היהודי עם הבריטים בפלסטין.⁸⁹ בקצרה, משפט קסטנר חיזק ואף גיבש את העמדה השיפוטית האידיאולוגית אשר הציבה זה מול זה את אופציית המרד והגבורה למול אופציית שיתוף הפעולה והבגידה. כנגד עמדה נחרצת זו קרא אלטרמן להשהות את השיפוט, לשנות את המינוח (במקום המונח הגרמני 'יודנראט', המונח היהודי המסורתי 'פרנסים ושתדלנים'), לפתוח את היקופסא השחורה של שיתוף הפעולה ולראות בה אנשים שונים ושבילים שונים – ורק לאחר מהלך של היכרות להתחיל את מלאכת השיפוט הקשה. השיפוט עליו ממליץ אלטרמן אינו משפטי אלא מוסרי והוא מתחיל מן היחיד, מנסה לשחזר את הקונטקסט בו פעל ולדמיין את הבחירות שבחר בהקשר הרחב יותר בו נעשו. זהו שיפוט המבוסס על לימוד העובדות, על קריאה ביומני התקופה, שיפוט היסטורי המתנגד לצו האידיאולוגי. זהו שיפוט המעמיד עצמו כחלופה לשיפוט המוסרני של השופט הלוי בבית המשפט המחוזי, אשר בחר לשרטט את דמותו של קסטנר בדמות פאוסט מודרני כמי שמכר נשמתו לשטן.⁹⁰ אומנם, כפי שטענו, בערעור לבית המשפט העליון מאמץ השופט אגרנט את דרך השיפוט הקונטקסטואלי ומנקה את קסטנר מן ההאשמות אשר הוטחו בו. ואולם פסק הדין של בית המשפט העליון, אשר ניתן ב-1958, כשנה לאחר שקסטנר נרצח על ידי מתנקשים, לא נחקק בזיכרון הקולקטיבי. הרצח קטע את הויכוח הציבורי באיבו ופסק הדין הימזכה לא חלחל אל השיח הציבורי בישראל ולא שינה את דמות איש היודנראט שהתגבשה בעקבות פסק הדין המחוזי.⁹¹

ניתן להצביע, אם כן, על קישור שנוצר בשנות החמישים בין דרך המשא ומתן עם האויב לבין דרך היודנראט. העברת הויכוח מן השדה הפוליטי אל השדה המשפטי עודדה את החשיבה על היודנראט במונחים של זיכרון קולקטיבי.⁹² במקום להדגיש את המרחק והשוני בין העבר להווה, תרם הדין המשפטי ליצירת אנאלוגיות ולהסקת לקחים לא מבוססים היסטורית. הקישור בין דרך היודנראט לדרך המשא ומתן שהובילה לאסון לא נועד לפתוח את הדין הפוליטי בשאלת שיתוף הפעולה. להיפך, מהלך רטורי זה, אשר נעשה תדירות בשיח הציבורי והועבר בפרשת קסטנר אל הדין המשפטי, נועד לסגור את הויכוח עוד בטרם החל, ללא צורך בהצגת טיעונים לתמיכה בעמדת אלו המתנגדים למשא ומתן, אלא על

⁸⁹ להרחבה ראו LEORA BILSKY, TRANSFORMATIVE JUSTICE: ISRAELI IDENTITY ON TRIAL (University of Michigan Press, 2004), pp. 19-82.

⁹⁰ להרחבה ראו שם, בעמ' 67-82.

⁹¹ להרחבה ראו מיכל שקד "ההיסטוריה בבית-המשפט ובית-המשפט בהיסטוריה: פסקי הדין במשפט קסטנר והנרטיבים של הזיכרון" **אלפיים** 36 20 (2000).

⁹² עוד לגבי העדפת הזיכרון על פני ההיסטוריה בחשיבה היהודית ראו יוסף חיים ירושלמי **זכור: היסטוריה יהודית וזיכרון יהודי** (אברהם שפירא עורך, שמואל שביב מתרגם, 1988).

ידי הצבעה על 'עובדה' אחת אשר נמצאת מעבר לויכוח הפוליטי – משא ומתן עם האויב הנאצי אשר הוביל לאסון הנורא מכל, לשואה.

למרות שהדין הציבורי בשואה עבר שלבים שונים מאז שנות החמישים, הקישור בין דרך היודנראט לדרך המשא ומתן, עליו הצביע אלתרמן כמקור הבעיה, מלווה את השיח הפוליטי הישראלי עד ימינו. אומנם נעשו ניסיונות חשובים בספרות ובדרמה לשנות את הגישה השיפוטית לדמות איש היודנראט ואולם, אלו לא פרמו את הקישור התודעתי שנוצר בין דרך שיתוף הפעולה לבין אסון השואה.⁹³ יש חוקרים הטוענים כי החברה הישראלית הפכה לפחות שיפוטית ופתוחה להבנת האזור האפור של שיתוף הפעולה היהודי עם הנאצים בשל הנסיבות הקיצוניות תחתם נאלצו הקורבנות לפעול. ואולם, לטענתנו שינוי זה לא חילחל אל השיח הפוליטי, אשר במסגרתו כינוי איש ציבור כ'יודנראט' נחשב עדיין לגינוי חמור. עדות לכך ניתן למצוא בתביעות שמגיעות מפעם לפעם אל בתי המשפט העוסקות בשימוש בכינוי 'יודנראט' ככינוי גנאי חד משמעי לדמויות ציבוריות ופוליטיות הבוחרות בדרך שיתוף הפעולה והמו"מ עם פלסטינים.⁹⁴ בהקשר השיח הציבורי הישראלי אנו עדים להיפוך מסוכן ביחס לסדר העדיפויות בין דרך המשא ומתן לבין הפתרון הצבאי. כפי שציין אלתרמן, עצם עיקרון המשא ומתן עם האויב נקשר בזיכרון הקולקטיבי הישראלי עם אסון קיומי – עם השואה. וכך, הקישור בין דרך המו"מ של היודנראט עם הנאצים לבין ההשמדה מטיל עול כבד ולא סימטרי על המשתתפים בוויכוח הפוליטי העכשווי על לגיטימיות דרך המשא ומתן עם הפלסטינים. המהלך הרטורי היוצר השואה בין דרך המו"מ עם הפלסטינים לדרך המו"מ של היודנראט עם הנאצים עוזר להעביר את 'נטל ההוכחה' אל אלו הדוגלים במשא ומתן כדרך לפיתרון

⁹³ לטענת חוקרת הספרות איריס מילנר ניתן להבחין בשינוי הדרגתי בדמות איש היודנראט שמתחיל עם אלתרמן ונעשה בעיקר בספרות ובדרמה. ר' Iris Milner, *The "Gray Zone" Revisited: The Concentrationary Universe in Ka. Tzvetnik's Literary* 113-155, at p. 122-123. Testimony, *Jewish Social Studies: History, Culture, Society* 14(2) (2008) כמו כן דיון מחודש בדמות היודנראט ובדימוי הציבורי של קסטנר עולה שחם, חשבון חדש (1954), בן ציון תומר, ילדי הצל (1963). כמו כן דיון מחודש בדמות היודנראט ובדימוי הציבורי של קסטנר עולה בספרות ובתיאטרון שוב בשנות ה-80, יהושוע סובול, גטו (1984), מוטי לרנר, קסטנר (1986) (מחזה שעובד לדרמה טלוויזיונית ב 1994, והיה נושא לבצע שהוגש על ידי גיורא סנש, על הפגיעה בשם הטוב של אחותו). לדיון במחזהו של סובול תוך פיתוח הטענה כי נותרת אמביוולנטיות לגבי דמותו של גנס (בין שיקום דמות איש היודנראט לבין האשמת היודנראט כ'נאצי' שביהודי) וכי בסופו של יום המסר הפוליטי המקומי גבר על היפתחות לאמת היסטורית מורכבת. ר' Yael Feldman, "Identification-with-the-Aggressor" or the "Victim Complex"? Holocaust and Ideology in Israeli Theater: "Ghetto" by Joshua Sobol, *Modern Judaism*, Vol. 9 no. 2 (May 1989) 165-178.

⁹⁴ ר' ע"פ (י-ם) 30636/06 **מדינת ישראל נ' נדיה מטר** (לא פורסם). עמדה זו נמצאת בשורש משפט הדיבה של גורדון נגד פלאוט. אבל ניתן למצוא עמדה דומה בהקשר למחלוקות פוליטיות קודמות בין ימין לשמאל. כך למשל בהפגנות הימין נגד הסכמי אוסלו הוצג רבין במדי איש אס. אס. כמו כן טומי לפיד בשנת 1995 (כחודש לפני רצח רבין) כינה בתוכנית פופוליטיקה את ממשלת רבין-פרס בשם "ממשלת יודנראט" <http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-2348815,00.htm>; נדיה מטר צוטטה אומרת "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 מתוננות מדי". דברים אלו נאמרו שמהלך משפט שהתנהל בעקבות פקס ששלחה ליונתן בשיא ראש מינהלת ההתנתקות ובו כתבה כי - "לא יעזרו כל הצהרותיך, יונתן - האמת היא שאתה גרסא מודרנית של היודנרט, 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".

הסיכסוך. והנטל הוא כבד שכן הסכנה שעליה מדובר, ואשר התממשה בהיסטוריה, היא של שואה לאומית. קיימת, כמובן, מחלוקת עמוקה בשיח הפוליטי הישראלי לגבי רציות קיומו של משא ומתן עם הפלסטינים והנהגתם. ואולם, כפי שעולה מניתוח מבנה הטיעונים במשפט הדיבה נשוא רשימה זו, דומה כי אין מחלוקת בין הצדדים לגבי ההערכה השלילית של דרך היודנראט אשר הובילה לאסון השואה. מהי תרומתו של המשפט להטיה המבנית אשר זיהינו בשיח הפוליטי לגבי הזיהוי בין דרך המשא ומתן עם היודנראט? האם על המשפט להתערב על מנת לאסור על השימוש בכינויי גנאי היוצרים אנאלוגיות בין הפוליטיקה העכשווית לשואה, או אולי על בית המשפט להימנע מלהתערב בשם חופש הביטוי?⁹⁵ כיצד יכול המשפט לתרום לקידומו של שיח פוליטי אמיתי ונוקב? לשם כך, נפנה אל שני צמתים מרכזיים בעיצוב זיכרון השואה בישראל, משפט קסטנר ומשפט איכמן, ונבחן דרכם את הדרך בה תרם המשפט לעיצוב זיכרון היודנראט במסגרת השיח הפוליטי בישראל. כמו כן נעמוד על ניסיונם החוזר של אנשי רוח, בכל אחד מן הצמתים, להתריע מפני הסכנות של הפיכת המשפט לסוכן המרכזי של עיצוב הזיכרון הקולקטיבי של השואה.

ב. משפט קסטנר

ההתמודדות הראשונה של החברה הישראלית עם השואה בבית המשפט, היתה במשפטים המכונים בעגה האקדמית 'משפטי טיהור' (purge trials). משפטים אלו לא היו מכוונים אל המבצעים הנאצים, אלא דווקא אל עוזריהם היהודים, אל מי שנחשבו כמשתפי פעולה עם הנאצים, וכבוגדים בקהילה היהודית. מספר עשרות משפטים כאלו התקיימו בשנות החמישים והשישים מכוח החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, ואולם אלו לא זכו לתהודה ציבורית גבוהה, וככאלה, לא היו בעלי השפעה מכרעת על הזיכרון הקולקטיבי של השואה.⁹⁶ שונה לחלוטין בהקשר זה היה משפט הדיבה הפלילי שנערך נגד מלכיאל גרינוואלד, משפט הנודע בציבור כמשפט קסטנר. כאמור, בקיץ 1955 ניתן פסק הדין במשפט קסטנר, בו קבע השופט בנימין הלוי כי בנהלו משא ומתן עם אייכמן ועוזריו על גורל יהדות הונגריה, קסטנר 'מכר

⁹⁵ החוק הישראלי אוסר הכחשת השואה. [ר' חוק איסור הכחשת השואה, תשמ"ו-1986]. ואולם ניסיון חקיקתי להרחיב איסור ולכלול בו איסור על שימוש בסמלי שואה במסגרת ויכוח פוליטי עכשווי נכשל [ר' הצ"ח איסור השימוש בסמלים וכינויים נאציים, תשס"ז-2007]. יש לציין כי הצעת החוק לא התייחסה ישירות לשימוש בכינוי יודנראט ואם היתה מתקבלת ייתכן שהיתה נוצרת הטיה בין שימוש בכינוי 'נאצי' לבין שימוש בכינוי 'יודנראט'.

⁹⁶ חנה יבלונקה, "החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם: היבט נוסף לשאלת הישראליים, הניצולים והשואה" קתדרה 82 (תשנ"ז) 175. תום שגב המיליון השביעי: הישראליים והשואה 242-247 (1991); עדית זרטל האומה והמוות: היסטוריה, זיכרון, פוליטיקה 97-118 (2002); Orna Ben-Naftali & Yogev Tuval Punishing International Crimes Committed by the Persecuted: The Kapo Trials in Israel (1950s-1960s), 4 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 128 (2006).

נשמתו לשטן'. פסק הדין פתח ויכוח ציבורי נוקב בנוגע לדרכי התגובה של הציבור היהודי בשטחי הכיבוש הגרמני נוכח מדיניות ההשמדה הנאצית. פורמלית, משפט הדיבה התנהל נגד מלכיאל גרינוולד, שהואשם על ידי היועץ המשפטי כמי שהוציא לשון הרע על ד"ר ישראל קסטנר, אשר שימש באותה עת דובר משרד המסחר והתעשייה, עורך העיתון "אויקלט" ומועמד מטעם מפא"י לכנסת הראשונה והשניה. ואולם, במהלך המשפט הפך קסטנר, ובאמצעותו תנועת מפא"י, לנאשמים בפועל. את ייצוגו של גרינוולד לקח עורך הדין הצעיר איש הימין שמואל תמיר, אשר ניצל את הבמה המשפטית כדי להעלות ביקורת פוליטית נוקבת על שיתוף הפעולה של הנהגת הישוב בארץ ישראל עם השלטון הבריטי. תמיר השתמש במשפט כדי לקדם אנאלוגיה פשטנית בין כאן לשם, בין תגובת ההנהגה היהודית באירופה לנאצים, לבין תגובת הנהגת הישוב בארץ לבריטים.⁹⁷ לטענתו, לא התנאים החיצוניים הם שהכתיבו את תגובת הנהגת הישוב אלא 'מנטליות' משותפת, מנטליות גלותית של התרפסות בפני השליט, של בחירה בשיתוף פעולה תוך הימנעות מאקטיביזם בכלל, ומתגובה צבאית בפרט. וכך קרה שהמשפט, במקום לחשוף 'אמיתות היסטוריות' לגבי דרכה של וועדת ההצלה והמו"מ עם קסטנר, עודד יצירת אנאלוגיות משוללות בסיס היסטורי וזאת, תוך כדי שימוש בכללי פרוצדורה ודיני ראיות אשר נועדו לצרכים משפטיים שונים בתכלית.

בנקודה זו ראוי להבחין בהיפוך שנעשה באמצעות אנאלוגיה זו. בעוד היודנראט מבחינה היסטורית היו הנהגה ממונה של מיעוט נרדף על ידי הכובש הנאצי, הרי בישראל, בעקבות משפט קסטנר, דרך היודנראט מזוהה תדירות עם דרכם של נציגי שלטון נבחר דמוקרטי (יצחק רבין, יונתן בשיא ועוד). פרשת קסטנר עומדת אם כן על קו פרשת המים המעבירה את הדיון מהנהגת הישוב תחת המנדאט הבריטי לבין ההנהגה הדמוקרטית הנבחרת במדינת ישראל. במשפט קסטנר מואשמת הנהגת מפא"י בשיתוף פעולה עם שלטונות המנדאט הבריטי. מאוחר יותר, מואשמת הנהגה נבחרת של מדינת ישראל הריבונית, באשמת 'שיתוף פעולה', בשל משא ומתן שהיא מנהלת עם הנהגת הפלסטינים הנתונים לשלטון ישראלי. האנאלוגיה ליודנראט עוזרת לטשטש הבחנות חשובות אלו.

ג. פולמוס שתי הדרכים וה'לקח 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 והמחתרות. המשפט

⁹⁷ להרחבה ראו ליאורה בילסקי "משפט קסטנר" **המישים לארבעים ושמונה: מומנטים ביקורתיים בתולדות מדינת ישראל** – גיליון מיוחד של **תיאוריה וביקורת** 12-13 (עדי אופיר עורך, 1999).

משכנע את אלתרמן לערער בפומבי על התפיסה האידיאולוגית לשואה שהיתה שלטת בכיפה ואשר יצרה חיץ והיררכיה בין 'גבורת המחתרות' ל'שיתוף הפעולה של היודנראט'.⁹⁸ אלתרמן טען כי השיפוט האידיאולוגי אינו תורם להבנה ההיסטורית, אלא נשען כולו על השכחה של עובדות שאינן מתאימות לקו האידיאולוגי. השיפוט האידיאולוגי משפיע על תוצאות המשפט ועושה אי צדק ליחיד ולקבוצה אותה הוא מייצג. למול תהליכים מסוכנים אלו מבקש אלתרמן להחזיר את השיפוט הקונטקסטואלי של התקופה, לחזור וללמוד את העובדות ההיסטוריות על היודנראט. במילים אחרות, הוא מבקש לתחום את תחומו של המשפט, ולהזהיר מפני השתלטותו על השיח הציבורי כהיסטוריון-על. את טורו 'סביב למשפט' פותח אלתרמן 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 אלתרמן:

"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 נעווה החוקות
יטפחו על פני זו המליצה
יצו לסלקה מפרק!"

מתוך הויכוח הרחב על תפישת 'שתי הדרכים' ברצוננו להתמקד במחלוקת מרכזית אשר עולה במהלך הפולמוס, המחלוקת בעניין 'הלקח לדור'. מחלוקת זו לא נסבה על ההיסטוריה אלא על הזיכרון הקולקטיבי. מספר משתתפים בויכוח היו נכונים לקבל את עמדו של אלתרמן, כי תחת המשטר הנאצי לא התקיימו שתי דרכים נפרדות ונבדלות דרך המרד ודרך הבגידה. מבקרי אלתרמן הדגישו נקודה אחת

⁹⁸ ראשיתו של הפולמוס עוד קודם לכן בעמדה שהציג אלתרמן בשירו 'יום הזיכרון והמורדים' שאותו פירסם לקראת יום הזיכרון לשואה ולגבורה תשי"ד. בשיר זה מציג אלתרמן 'מונולוג קולקטיבי' מדומין בשם מנהיגי המורדים אשר קוראים להפסיק לערוך את 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 השאת אנחנו מן הכן יורדים
לשוב ולהתערב באפלה עם קורותם של המוני בית ישראל"

מרכזית – בחירתו להציג את המורכבות ההיסטורית, את ה'אזור האפור' של שיתוף הפעולה היהודי, מטשטשת את המסר הברור והחד משמעי, את ה'לקח לדור' הנחוץ 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 באופן חד משמעי את דרך 'שיתוף הפעולה'. שורש המחלוקת, ואולי הנקודה הרגישה ביותר בפולמוס, לא נגע אם כן לשאלת היאמת ההיסטורית אלא התמקד בעניין הזיכרון הקולקטיבי וגיוסו לצורכי הפקת הלקח הנכון לקהילה. בתגובה, אלתרמן בוחר להקדיש את הטור השביעי ('לעניין הלקח לדור') לבירור 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".

בהמשך הטור מצטט אלתרמן גם מדבריו של מאיר בן גור בעיתון למרחב בזכות תפישת 'שתי הדרכים':
"וואם אנו באים לסכם קוים-הרי יצר הקיום של העם... אומר לנו כי יש לשנן... שכאשר מונף הגרזן על העם.. יש שתי דרכים. אחת ליהרג. שניה – ללחום."

עיון זהיר בעמדתו של בן גור מגלה כי למעשה הוא הסכים עם רבות מקביעותיו ההיסטוריות של אלתרמן לגבי היודנראט. כך למשל, הוא מסכים עימו כי היו דרגות שונות של שתוף פעולה אשר לא ניתן לשפטן יחד. 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 תפישת 'שתי הדרכים' היא הסכנה כי "ילדינו אלה יהיו ילדי הדור שנבוכ. זה לא יהיה הדור שיבחר באחת משתי הדרכים. יהיה זה הדור שיוסיף ויעמוד על פרשת דרכים."

יוצא אם כן שמבקרו 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 הנתפס כהכרחי לבניוי האומה, והמצדיק עיוות ההיסטוריה. מהן ההנחות המובלעות אשר מעצבות ויכוח זה. במילים אחרות, כאשר מדברים על 'הלקח לדור' מהו הקונטקסט ההיסטורי אשר בו ממקמים הדוברים את הדילמה.

עבור בן גור למשל, הבחירה בין דרך המרד לדרך שיתוף הפעולה, אשר תעמוד בפני הדור הישראלי הצעיר בעתיד, תהיה מתוך עמדה של מיעוט נרדף על ידי אויב חזק ממנו. עמדה זו אינה מפנימה את השינוי שעבר על העם 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 לעצב חברה דמוקרטית אשר אליה משתייך מיעוט לאומי מובס. ניתן ליחס את אותה ראייה עצמית כמיעוט למצב הביטחוני הלא ברור בעקבות מלחמת '48, כמו גם למציאות המורכבת של היות הפלסטינים בישראל מיעוט, אך חלק מרוב אזורי.⁹⁹ בכל מקרה נדמה שכבר אז הרגיש אלתרמן חוסר נוחות ביחס לשיח הציבורי בישראל, שאינו מתעכב על משמעות השינוי הפוליטי והאחריות שנובעת מקבלת ריבונות מדינית.

בניגוד לעמדת מבקריו מסרב אלתרמן לקריאה הנרגשת להקריב את 'האמת ההיסטורית' בשם צרכי הזיכרון הקולקטיבי, בשם ה'לקח לדור'. עמדה כזו היא לדעתו פסולה 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 לצרכי הפוליטיקה המקומית. עם זאת, אלתרמן, אשר היה מודע לחשיבות המכרעת של הזיכרון הקולקטיבי בתהליך בניין האומה, קובע כי דווקא התעקשות על הכרת האמת ההיסטורית (להבדיל מהסיסמא האידיאולוגית) עשויה לעזור לנסח את '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...”

דווקא השתחררות מן השיפוט האידיאולוגי ולימוד הקונטקסט ההיסטורי של שיתוף הפעולה של היודנראטים עם המשטר הנאצי עשויה לגלות את שיקריות האנאלוגיה אשר נמתחה במשפט קסטנר בין דרך היודנראטים לדרכה של הנהגת הישוב. הבנת הקונטקסט השונה עשויה להביא להבנה של הדילמות הקשות, ואולי אף לקבלה של חלק מן הבחירות שנעשו על ידי אנשי היודנראט בתנאים של מיעוט נרדף. ראוי לשים לב כי אלתרמן מבין היטב את הצורך ליצור הבחנות חדות וברורות בין דרכי הפעולה השונות של שיתוף פעולה ואינו מוותר על מתיחת הקו, אשר מעבר אליו יש לגנות ולשפוט לחומרה את המעשים.

⁹⁹ להרחבה לגבי הפער בין הדימוי של המיעוט הפלסטיני (כסכנה ביטחונית) לבין המציאות בפועל ר' איאן לוסטיק **ערבים במדינה היהודית** (אורה גרינגרד מתרגמת, 1985). לוסטיק מציין שהשינוי ארע רק לאחר 1967, ובאופן אירוני, דווקא אז חלו סימני התאוששות ביכולת הפעולה וההתארגנות של המיעוט הפלסטיני.

ואולם, לדעתו ההבחנה 'בין שתי הדרכים' - דרך 'הגבורה' ודרך 'היודנראט' - אינה מבוססת היסטורית אלא נעשית לצורכי הפוליטיקה המקומית. בנוסף, 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 האנאלוגיה שמתח תמיר במשפט קסטנר, בין אנשי היודנראט להנהגת מפא"י, אנאלוגיה לה היו שותפים בצורה אחרת גם מנהיגי השמאל הציוני אשר הדגישו את ההמשכיות בין המחטרות ותנועות הנוער למפלגותיהן בשמאל הפוליטי בישראל, היא אנאלוגיה מטעה אשר מבוססת על התעלמות מן ההיסטוריה. וכך, פולמוס 'שתי הדרכים' העלה לדיון את הקשר הבעייתי בין משפט היסטוריה וזיכרון. ואולם הפולמוס דעך ללא הכרעה בשל ההתנקשות בחייו של קסטנר. הרצח הטראומטי קטע את הדיון הציבורי בנוגע לדרך היודנראט באיבו. וכך, דמותו הדמונית, הסטריאוטיפית והאידיאולוגית של איש היודנראט, שעוצבה במשפט קסטנר, נותרה ללא שינוי עד למשפט איכמן.

ד. משפט איכמן ודמות היודנראט

במאמרה 'על אמת ופוליטיקה' מבקשת הפילוסופית חנה ארנדט לחזור ולדון בשורשי הפולמוס שעורר ספרה איכמן בירושלים, ובמיוחד באותם כעשרים עמודים בהם היא דנה ברותחין את המנהיגות היהודית ששיתפה פעולה עם הנאצים בכלל ואת שיתוף הפעולה של קסטנר בפרט:¹⁰⁰

"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 הפאתטיים והבזויים על ידי ראול הילברג, שאת חיבור המופת שלו "השמדת יהודי אירופה" כבר הזכרתי קודם".¹⁰¹

בזמן משפט איכמן טענה ארנדט כי שיתוף הפעולה היווה אבן יסוד בתוכנית ההשמדה של הנאצים. היא טענה כי שיתוף הקורבן בהשמדת קהילתו תרם לטישטוש ההבחנה הברורה בין רוצח לקורבן ויצר תחם אפור של קורבנות המשתפים פעולה עם הרוצחים. במאמר משנת 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' שנתגלתה לה במהלך משפט איכמן:

"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

Hannah Arendt, *Truth and Politics*, in BETWEEN PAST AND FUTURE: EIGHT EXERCISES IN POLITICAL

THOUGHT 227 (1968);

¹⁰¹ חנה ארנדט איכמן בירושלים: דו"ח על הבנאליות של הרוע 126-127 (2000).

discussion and treat them as though they were what they are not—namely, secrets".¹⁰²

ארנדט מגדירה את הטאבו כתופעה הידועה בציבור, אך מושתקת. ואכן, ארנדט הטיבה 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 של שיתוף פעולה של יהודים עם הנאצים, כפי שהוצגו במשפט קסטנר. משפט אייכמן איים להציף מחדש את הויכוח הישן. שהרי הנאשם, אדולף אייכמן, ניהל משא ומתן ארוך עם קסטנר וחברים אחרים בוועד העזרה וההצלה בענין גורלה של יהדות הונגריה. ואולם התביעה, בראשות גדעון האוזנר, בחרה בדרך של 'שתיקה מאורגנת' ביחס לפרשת קסטנר ולויכוח על דרכו של היודנראט, על מנת לאפשר קיומו של משפט ממלכתי אשר יתמקד באשמת התליין ולא בויכוח הפנימי בין קורבנותיו.¹⁰³

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 כנגד המרצח יהפוך למשפטם של הקורבנות ולכן ביקש להימנע מהעלאת מחודשת של פרשת קסטנר. הוא פנה ישירות אל העדים מבין אנשי המחותרות וביקש 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 לובטקין-צוקרמן:

"מה תגיד על מועצות היהודים, היודנראטים? שאלני יצחק [...]. 'זה יהיה משפטו של הרוצח, לא של קורבנותיו', אמרתי. 'אבל לא תוכל להימנע מלגעת בכך', העירה צביה [...]. 'לא אמנע, אגיד את האמת, ללא כחל וסרק'. אמרתי. יצחק חייך ואמר: 'כך טוב, יש להגיד את כל האמת'".¹⁰⁴

ואולם האוזנר לא עמד בדיבורו. ייתכן שהיה זה מפני שבתחילת שנות השישים החברה הישראלית רק החלה להתאושש מן השלב הכואב של האשמת הקורבנות באסונם שלהם כדי להפנות את האשמה אל האשמים האמיתיים, אל מחוללי הפשע.¹⁰⁵ האוירה העוינת כלפי קורבנות השואה, ששררה בשנות החמישים והגיעה לשיאה במשפט קסטנר, תרמה להשתקת קולם של ניצולי השואה בציבור הישראלי.

¹⁰² *Arendt, Truth and Politics*, לעיל ה"ש 101, בעמ' 236.

¹⁰³ בישיבת ממשלה שנערכה ב 26 פברואר 1961 ערב פתיחת המשפט מבקש 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 ינואר 2009.

¹⁰⁴ גדעון האוזנר **משפט ירושלים** 297 (1980).

¹⁰⁵ להרחבה ודיון בעמדת האוזנר ביחס למשפט אייכמן ר' יחיעם ויץ, בשם ששה מליון קטגורים? גדעון האוזנר כיועץ המשפטי לממשלה ומקומו במשפט אייכמן. (טרם פורסם)

במובן זה ניתן לראות במשפט אייכמן ניסיון ממלכתי להשתמש במערכת המשפט כדי לשנות כיוון, להפנות את הדיון אל האשמים האמיתיים – אל הפושע הנאצי.¹⁰⁶ המשפט עשה שימוש בשתיקה (או בהשכחה) של עובדות מסוימות, על מנת לאפשר לעובדות אחרות, ולקולות חדשים לתפוס את מרכז הבמה המשפטית ולעצב את תודעה השואה.¹⁰⁷

למשפט אייכמן היתה תרומה עצומה בשינוי דימוי קורבן השואה בחברה הישראלית ובעולם. במקום חשד והטלת אשמה בניצולים, כפי שמבטא הביטוי הנפוץ 'כצאן לטבח', החברה הישראלית החלה לעבור תהליכים של לימוד, הבנה ואמפטיה, אשר הביאו להזדהות גוברת והולכת עם ניצולי השואה. ההאזנה לכמאה עדים ניצולי השואה הורידה את השואה מן הכן האידיאולוגי ופרטה אותה לזיכרון פרטי של קורבנות, עדויות אשר אפשרו למאזינים ראשיתה של אמפטיה והתקרבות.¹⁰⁸ לאחר משפט אייכמן אנו עדים לתהליך שינוי עמדות בציבור הישראלי ביחס לקורבנות השואה, לדחיית מיתוס 'הגבורה', להזדהות גוברת עם הקורבנות ולדחיית הגישה השיפוטית לגביהם.¹⁰⁹ ואולם, בניגוד לתהליכים אלה, נושא ה'יודנראט' נותר מקובע בעמדות סטריאוטיפיות ובמיתוסים היסטוריים.

המחקר ההיסטורי חשף את העיוותים שנוצרו סביב לדמות היודנראט והציג את פניה המורכבות של התופעה, ואת הדילמות הקשות בפניהן עמדו מנהיגי היהודים בזמן אמת. ואולם המחקר ההיסטורי לא חלחל אל הציבוריות הישראלית, ולא השפיע על השימוש הפשטני בדימוי השואה במסגרת הויכוח הפוליטי בין שמאל לימין. ניתן לומר כי גם גישתה השיפוטית של ארנדט חטאה באימוץ עמדה כוללנית וסטריאוטיפית על היודנראט. ואולם, אם קוראים את דבריה לא כניסיון לתת יצוג היסטורי מדויק של

¹⁰⁶ להרחבה ראו ליאורה בילסקי "תחרות מספרי הסיפורים במשפט אייכמן" **חנה ארנדט בירושלים** 257 (סטיבן א. אשהיים עורך, 2007).

¹⁰⁷ כל זיכרון בנוי כמובן בו זמנית גם על השכחה וההשוואה בין משפט קסטנר למשפט אייכמן מגלה כיצד הבחירה שלא לדון בחלקים מסוימים של שיתוף פעולה יהודי היא שמאפשרת שמיעה אמפטית של עדויות הניצולים. [לדיון והשוואה בין עדויותיהן של שתי נשים יהודיות אחראיות בלוק (בלוק אלטסטה) באשוויץ, האחת כנאשמת לפי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם (אלזה טרנק) והאחרת כעדה מטעם ההתביעה במשפט אייכמן (ורה אלכסנדר), ר' רבקה ברוט, "בני אדם מהאזור האפור, קריאה בעדויות ובפסקי דין במשפטיהם של יהודים לפי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950", עבודת גמר לתואר מוסמך. גילויי הערצה לעדותה של אלכסנדר אשר דווחו בעיתונות בישראל לא משקפים לטענת ברוט גישה חדשה כלפי יהודים משתפי פעולה אלא גישה חדשה כלפי הניצולים ככלל. לטענת ברוט, שתיקה ביחס לצדדים מסוימים בשיתוף פעולה מאפשרת מעבר משיח דיכוטומי היררכי שהנגיד בין משתפי פעולה ולוחמים, לשיח מתון יותר המקבל ומכיל סיפורים אישיים של ניצולים, שנעדרו מהם אלמנטים של גבורה פיזית. הדיכוטומיה גבורה/שיתוף פעולה הוחלפה במשפט אייכמן בדיכוטומיה בין קורבנות יהודים לבין הצוררים (פרעה, המן, היטלר) ובכך איפשרה קבלת משתפי הפעולה מקרב הניצולים.

¹⁰⁸ ראו חיים גורי **מול תא הזכוכית** 243-244 (הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1962, הוצאה מחודשת 2001): "הרי ידענו את הדברים האלה, לא! ידענו, כן. גם לפני משפט אייכמן ידענו. חוקרים והסטוריונים ובעלי 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.

¹⁰⁹ לדיון במחלוקת 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).

התופעה, אלא כקריאת כיוון ואזהרה מפני תהליכי שיכחה והשכחה אותם זיהתה במשפט איכמן, נדמה שהיא צדקה. ארנדט הצליחה להצביע על שורש הבעיה, על הטאבו שנוצר מסביב לתופעת היודנראט בעקבות משפט קסטנר וטראומת הרצח שלו, טאבו אשר התגבש במשפט איכמן. בעקבות פירסום סיפורה 'איכמן 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...”¹¹⁰

במכתבו הוא מעמיד בספק את זכותה של ארנדט לשפוט ארועים בהם לא נכחה, ובמיוחד את התנהגות היודנראט. בניגוד לעמדה השיפוטית של ארנדט על היודנראט ותרומת משתפי הפעולה היהודים להשמדתם, שלום מאמץ עמדה של ענווה שיפוטית, 'מי אני שאשפוט, לא הייתי שם'.¹¹¹ עמדתו של שלום יכולה להיקרא כניסיון להחזיר את הויכוח אל הקונטקסט ההיסטורי אשר כל כך חסר בויכוח הסוער שהתנהל בישראל לגבי היודנראט בשנות החמישים. ואולם, נדמה שהעמדה של ענווה שיפוטית, כאשר היא באה יד ביד עם ניסיון מאורגן להשתיק את המחלוקת לגבי היודנראט שעלתה סביב משפט קסטנר, תורמת מצידה לחיזוק הטאבו. במילים אחרות, אותה 'ידיעה' סטריאוטיפית של הבנת שיתוף פעולה במונחים של 'מכירת נפש לשטן' שעלתה בקשר למשפט קסטנר, הושתקה במשפט איכמן. אותה שתיקה פורשה בציבור כ'אישור' לאותה 'ידיעה' חלקית. וכך, דווקא הטאבו על היודנראט מונע חדירתו של ידע חדש לשיח הציבורי ולפתיחת הדיון על בסיס המחקר ההיסטורי החדש. העמדה של 'ענווה שיפוטית', שנדרשה מארנדט אשר ביקשה לפתוח את הדיון הציבורי, ענווה שאולי היתה נכונה לשעתו של משפט איכמן, שיחררה בהמשך את הדוברים מן הצורך להתחיל בהליך הקשה של לקיחת אחריות על שיפוט התחום האפור, שיפוט על בסיס למידת העובדות, הבנת הדילמות ויצירת הבחנות בתוך הספקטרום הרחב של שיתוף פעולה.

מהי אותה סכנה שביצירת הטאבו ביוזמת השלטונות, או מרצון החברה, לשיח ולתרבות הפוליטיים מהם ביקשה ארנדט להזהיר? מדוע היה חשוב לה כל כך להכניס בחזרה את הפולמוס על שיתוף הפעולה היהודי

¹¹⁰ 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 (edited and with introduction by Ron H. Feldman, 1978), pp. 240-251.

¹¹¹ "Nor do I presume to judge. I was not there." שם.

ללב הדיון על משפטו של אייכמן? הרי כל זיכרון קולקטיבי נשען על 'השכחה', מדוע אם כן לא להשכיח

עובדות מפלגות ומסכסכות אשר הביאו 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 התובנה 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".¹¹²

בתשובה זו מצביעה ארנדט על הסכנה במשפט אייכמן ביחס ל'אמת ההיסטורית'. בסלקו את המחלוקת לגבי היודנראטים ומשתפי הפעולה תרם האוזנר ליצירת דמות 'הקורבן הטהור'.¹¹³ 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 פעולת 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 דורשת דווקא את חידוד כוח השיפוט המוסרי וההבחנה בין בחירות שונות שנעשו בשלבים השונים, תוך הבנת הדילמות שהציג המשטר הנאצי בפני הקורבנות. עמדתו של גרשום שלום, הנמנעת משיפוטיות, ודמות הקורבן הטהור אותו קידם האוזנר במשפט אייכמן, פעלו למנוע התפתחות דיון פוליטי אמיתי סביב תופעת שיתוף הפעולה של הקורבנות היהודים, ויכוח אשר על מנת להתקיים דורש בראש ובראשונה חשיפת האמת ההיסטורית, על כל מורכבותה.

ואולם, תשובה זו שמספקת ארנדט בספרה, אשר עניינה התפקיד הבעייתי של המשפט כ'היסטוריון-על', אינה מספקת. ידוע כי משפטים נוטים לעוות את ההיסטוריה בשל ההגיון הפנימי שלהם וכללי הדיון המשפטי. כך למשל, משפטי נירנברג תרמו להבנת השואה כבנויה על קשר פלילי של מעטים (התפיסה האינטציונאליסטית), גישה אשר היתה נתונה לביקורת על ידי היסטוריונים מאוחרים אשר קידמו את ההסבר הפונקציונאליסטי לשואה.¹¹⁴ כלומר, למרות העיוות הראשוני, בסופו של דבר המחקר ההיסטורי

¹¹² ארנדט אייכמן בירושלים, לעיל ה"ש 102, בעמ' 134-135.

¹¹³ ERICA BOURIS, COMPLEX POLITICAL VICTIMS (2007).

¹¹⁴ לפירוט התפיסה הפונקציונאליסטית אל מול האינטנציונאליסטית, ר' הערה 16 לעיל. שאול פרידלנדר **גרמניה הנאצית והיהודים: שנות הרדיפות, 1933-1939** (מהדורה שניה, 1997). ר' גם עמוס גולדברג, "מארבעה יוצא אחד: על המשותף ליקל, הילברג וגולדהגן ועל ייחודו של כריסטופר בראונינג", ילקוט מורשת ע"ט (תשס"ה) 71-96. גולדברג עומד על כך שבציבוריות הישראלית השואה נזכרת אך ורק כתוצר של אנטישמיות רבת שנים, ששיאה המכוון מוצא ביטוי בשואה. זוהי באופן מעשי הגישה האינטנציונאליסטית,

מוצא דרכים להשתחרר מן התפיסה של ההיסטוריה שמשפט נירנברג קידם לצרכיו. מעבר לכך, גם משפט מאוחר יכול לתקן הטיות היסטוריות שנעשו במשפט מוקדם – כפי שניתן לראות את ההבדל בין משפט נירנברג (הסתמכות מוחלטת על מסמכי המבצעים), אל משפט איכמן (דגש על עדויות ניצולים). ואכן, חוקרים שונים חלוקים ביניהם בשאלת היחס הראוי בין משפט להיסטוריה, ויש כאלו שסבורים שדווקא למשפט, על פרוצדורות הדיון וההוכחה היחודיות לו, יש תרומה חשובה להבנת ההיסטוריה של השואה.¹¹⁵ תשובתה הראשונה של ארנדט מניחה תפיסה פשטנית מדי של המשפט והיחס בינו לבין המחקר ההיסטורי. צמיחת תחום המחקר של הזיכרון הקולקטיבי עזרה לפיתוח תפיסה מורכבת של המשפט, הרואה את יחסי הגומלין בין התחומים. ואולם, ספרות זו, אשר מדגישה את התפקיד הדידקטי והסימבולי של המשפט, נדרשת להתייחס לסכנת הפוליטיזציה אשר עליה 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 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”.¹¹⁶

הטאבו מונע את מסירת העובדות בציבור ואת הדיון בהם. מאחר שהציבור יודע את העובדות, ומסכים לשתוק לגביהם, נדמה שלא תהיה פגיעה בדיון הפוליטי. ואולם, לטענתה של ארנדט, זוהי תפיסה מוטעית של 'עובדות היסטוריות', כזו המדמה אותם לחפצים בעולם, כמו אבן, או עץ. ארנדט מציעה במקום זאת

העומדת בניגוד לתפיסה הפונקציונליסטית, המבינה את מלחמת העולם השנייה והשואה כמונחים מערכתיים שהזינו עצמם, ואינה מקשרת את הפתרון הסופי אך ורק לאנטישמיות או לתוכנית מלמעלה.

¹¹⁵ הנרי רוסו, אליו הפנינו לעיל כמו גם ההיסטוריון מיקל מארוס, וננסי ווד מציגים עמדה ביקורתית לגבי יכולת המשפט לשמש גם ככותב היסטוריה. ראו: HENRY ROUSSO, THE HAUNTING PAST לעיל, ה"ש 85; Michael R. Marrus, לעיל ה"ש 23; NANCY WOOD, VECTORS OF MEMORY: LEGACIES OF TRAUMA IN POSTWAR EUROPE (1999). לעומת זאת, כותבים כמו לורנס דאגלס, מארק עוזיאל, וליאורה בילסקי מצביעים על יחסי הגומלין החשובים בין המשפט להיסטוריה ועל תרומת המשפט להבנת ההיסטוריה. ראו: 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); LEORA BILSKY, TRANSFORMATIVE JUSTICE לעיל ה"ש 87, בעמ' 1-16. ¹¹⁶ Arendt, *Truth and Politics*, לעיל ה"ש 101, בעמ' 238.

לחשוב על האמת העובדתית בהקשר הפוליטי הבינ-אישי. אמיתות היסטוריות קשורות לסיטואציות שמערבות אנשים רבים, הן נקבעות בעזרת עדויות, ומתקיימות רק עד כמה שמדברים עליהם.¹¹⁷ 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, האמת ההיסטורית חוזרת למצב של 'פוטנציאל'¹¹⁸ – כלומר הופכת להיות נתונה לשכתוב ושינוי לפי האינטרס הפוליטי – ובכך הויכוח הפוליטי מאבד את מוסרותיו. ואכן, כפי שנרצה לטעון, אותו מבנה של טאבו ביחס ליודנראט, ניתק את הדיון הפוליטי הישראלי בנושא המשא ומתן עם האויב מן האמת ההיסטורית לגבי היודנראט, וכך שיחרר את ה'דימוי' לשימוש פוליטי אינטרסנטי הניתן לכל מניפולציה לפי צורך השעה. היודנראט בשיח הפוליטי הישראלי הפך למסמן ללא מסומן. לשון אחר, תופעת היודנראט הפכה למסמנת שיתוף פעולה מסוכן, מוביל לאסון, באשר הוא, במנותק מקונטקסט היסטורי 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 והיודנראטים. כזכור, במשפט קסטנר נוצר הקישור הבעייתי בין המו"מ של קסטנר (מי שהוצג כמייצג היודנראט) עם הנאצים לבין המו"מ של מנהיגי הישוב עם המנדט הבריטי. דרך אחת להימנע מן הויכוח הפוליטי היתה להימנע מהעלאת נושא קסטנר בזמן משפט אייכמן. ואולם, ראוי לציין כי דמות משתף הפעולה עם הנאצים לא נעלמת כליל ממשפט אייכמן. היא מוצמדת אל מנהיג הפלסטינים, המופתי של ירושלים, חאגי אמין אל חוסיני, המוצג במשפט אייכמן כמשתף הפעולה האמיתי עם הנאצים.¹¹⁹ בכך למעשה נסגר מעגל שהתחיל במשפט קסטנר. במקום לדחות את האנאלוגיה הפוליטית הפשטנית בין שם לכאן, ובין אז לעכשיו, משפט אייכמן מספק אנאלוגיה פוליטית חדשה ולא פחות בעייתית. במשוואה החדשה הפלסטינים מזוהים עם הנאצים, ואילו היהודים נכנסים למשבצת הקורבן הטהור. כפי שראינו במהלך הדיון בפולמוס שתי הדרכים, ההנחה המובלעת המשותפת למבקרים היא של המשכיות התפיסה העצמית אל היהודים כמיעוט

¹¹⁷ שם, בעמ' 243, ארנדט מרחיבה לגבי השבריריות של האמת העובדתית והפיתוי 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.

¹¹⁸ שם, בעמ' 257.

¹¹⁹ ארנדט אייכמן בירושלים, לעיל ה"ש 69, בעמ' 21; חנה יבלונקה, מדינת ישראל נגד אדולף אייכמן (תל-אביב: ידיעות אחרונות, 2001), 98-101.

נרדף. משפט אייכמן תרם מצד אחד ליצירת דימוי ה'קורבן' הטהורי שנמצא מעבר לויכוח הפוליטי, ומאידך, לקישור בין הפלסטינים לבין דמותו המגונה של משתף הפעולה, וקישור דמות זאת למנהיג הלאומני של הפלסטינים. מהלך כפול זה הרחיק את האפשרות לדיון פוליטי בשאלת שיתוף הפעולה, המבוסס על עובדות היסטוריות.

משפט גורדון/פלאוט מספק לנו הצצה לדרך בה המשוואה שמקודמת במשפט אייכמן ממשיכה להתקיים בפוליטיקה הישראלית עד ימינו. כפי שראינו, במאמרו של פלאוט עראפת וחמאס מושווים לנאצים ולאיינצגרופן, ומתוך כך מושווה השמאל וניב גורדון, הדוגלים במו"מ עם הנהגת הפלסטינים, למעין יודנראט מודרני. משוואה זו, אשר נתקבלה כאמת היסטורית נטולת עוררין בפרשת פלאוט, כחלק מעקרון הידיעה השיפוטית, נתמכת למעשה באנאלוגיות שנוצרו בחסות שני משפטי השואה מכונני הזיכרון בישראל – קסטנר ואייכמן.

ה. מרחבים נפרדים או קשרי גומלין? בין אקדמיה, פוליטיקה ומשפט.

לקראת סיום מאמרה על 'אמת ופוליטיקה' חוזרת ארנדט אל השאלה - מהו המקום של האמת העובדתית בתוך השיח הפוליטי. ארנדט סברה כי האמת אינה היפוכה של הדיעה, להיפך, לדעתה חופש ביטוי, כדי שיהיה בעל משמעות, חייב להיות מבוסס על עובדות. האמת היא הבסיס לגיבוש עמדות ודיעות ולכן אין סתירה הכרחית ביניהם. מאידך, ארנדט מצביעה על כך שקיימת סתירה בין המהות של השיח הפוליטי, הבנוי על החלפת דעות באופן שוויוני וחופשי, לבין מהותה של האמת, אשר יש לה בסיס כופה ומצווה, כזה המשתיק ויכות, או מייתר אותו. מבחינה זו, נדמה שקיימת סתירה או מתח בין 'אמת' לפוליטיקה. ואולם, סתירה זו לא רק שאינה מפריעה לשיח הפוליטי, אלא לדידה זוהי נשמת אפה. פוליטיקה החפצה חיים חייבת ליצור מוסדות, מעין 'מרחבים מוגנים' המחוייבים לאמת העובדתית, ואשר עומדים ביחס של מתח מתמיד וקונפליקט עם הניסיון של הפוליטיקה להפוך כל 'אמת' לדיעה. מוסדות אלו הם בית המשפט ומוסדות להשכלה גבוהה, ובמיוחד מדעי הרוח והחברה. ולפחות במשטרים של דמוקרטיה חוקתית, המרחב הפוליטי הגיע להכרה שאפילו במקרה של קונפליקט בין 'אמת' לצורכי הפוליטיקה, לפוליטיקה עצמה יש צורך לשמור על קיומם של אנשים ומוסדות שעליהם לא יהיה לה כוח.¹²⁰ 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

¹²⁰ Arendt, *Truth and Politics*, לעיל ה"ש 101, בעמ' 261.

דורש יצירת חללים נפרדים, אלא להיפך, הבנה מעמיקה יותר של אזורי ההשפעה ההדדית ויצירת הבחנות בין סוגי פוליטיקה לגיטימיים ושאינם לגיטימיים למשפט.¹²¹ מוקד הסכנה אינו בעצם הכנסת שיקולים פוליטיים למשפט, אלא דווקא בשיח ליברלי המקובל על שופטים רבים, הממשיך להכחיש את תפקיד המשפט בעיצוב הזיכרון ובהשפעה על השיח הפוליטי.¹²²

פרשת ניב גורדון מערבת את שלושת המרחבים: האקדמי, הפוליטי והמשפטי. הפרשה החלה כויכוח בין שני אנשי אקדמיה, בין השאר, בעקבות פירסום רשימת ביקורת ספרים של ניב גורדון בעיתון הארץ על ספרו של נורמן פינקלשטיין "תעשיית השואה", אשר בה ראה פלאוט תמיכה בעמדותיו של פינקלשטיין, מי שנתפס על ידו כ'מכחיש שואה'. בתגובה פרסם פלאוט, בתאריך 25.2.01, מאמר באתר OPINIONET, בשם "Haaretz promotes Jews for Hitler", ובו תקף, בין השאר, את הרקורד האקדמי של גורדון. במקום לפרסם ביקורת ספרים נוגדת, השתמש פלאוט באותה רשימת ביקורת כדי להעלות ספק לגבי היכולות האקדמיות של גורדון.¹²³ 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 מאידך, מסרב גם להיכנס אל הויכוח הפוליטי. במקום זאת הוא מחליט להעביר את הדיון אל בית המשפט בהגישו תביעת דיבה כנגד פלאוט על השימוש כנגדו בביטויים קשים ובכינויי גנאי מתחום השואה.

אנו רואים אם כן, כיצד שלושת המרחבים הנפרדים של הדיון האקדמי, השיח הפוליטי, והדיון המשפטי – קורסים זה אל זה. על משפט הדיבה מוטל נטל משולש – לברר את האמת ההיסטורית על היודנראט, לשמר את הזיכרון הקולקטיבי של השואה, ולברר את האמת המשפטית (לגבי עילות הדיבה השונות) בענין לשון הרע. בחלקו הראשון של המאמר ראינו כיצד כללי הדיון המשפטי חותרים תחת האפשרות להציג את האמת ההיסטורית לגבי היודנראט. בחלקו השני של המאמר הצגנו את הדרך בה הדיון המשפטי מעצב את זיכרון השואה הקולקטיבי ודרך זאת משפיע על השיח הפוליטי בישראל ומשמר את הטאבו לגבי היודנראט. כל זה נעשה ללא נכונות מצד בית המשפט להכיר בתרומתו לעיצוב זיכרון היודנראט ובהשפעה

¹²¹ בעוד ארנדט נשענת על גישה דיכוטומית בין משפט צדק למשפט ראווה, הכתיבה העכשווית פורשת ספקטרום של אפשרויות, מדברת על אוטונומיה יחסית, ומנסה לאתר ולהזק גורמים מאזנים בין השדות. ר' ליאורה בילסקי, ה"ש 87 לעיל, בעמ' 1-16.

¹²² מי שהשפה סכנה זו כבר ביחס למשפט נירנברג וקראה בעיקבותיו לפרשנות מחודשת של אבן היסוד של הליברליזם המשפטי, הלגליזם, היא הפילוסופית הפוליטית ג'ודית שקלאר, ר' Judith Shklar, **Legalism** (Cambridge: Harvard University Press, 1964).

¹²³ 1184/06 פרופ' סטיבן פלאוט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 20 (פסקאות 58-59).

של פסיקתו על השיח הפוליטי בנושא. בית המשפט מקבל בסופו של יום את תביעת הדיבה של גורדון ביחס לשימוש בכינוי יודנראט.

ההיסטוריון הצרפתי הנרי רוסו נדרש לבעיה דומה בדיונו במשפטי השואה בצרפת, שעסקו במשתפי פעולה שונים והתקיימו החל משנות השמונים (משפט טוביה, ברבי, פאפון). לדבריו, הבעיות בקיום משפטים אלו נובעת בדיוק מכך שהם נושאים בנטל של שדות שיח שונים אשר להם מטרות ופונקציות מתנגשות. המשפט, עניינו בירור אשמה וחפות של היחיד בהתאם לכללי הדיון ההוגן. הזיכרון הקולקטיבי, עניינו עיצוב זיכרון כדרך לבניית הקהילה לעתיד. ההיסטוריה, עניינה בירור העובדות ההיסטוריות ופרשנותם. כל אחד משדות אלו מושך לכיוון אחר. כאשר המשפט אמור למלא בו זמנית את תפקיד השופט, ההיסטוריון ומשמר הזיכרון, הוא צפוי להיכשל.¹²⁴ רוסו אינו מתנגד לעצם קיום משפטי השואה אלא לציפיות החברתיות, ולתפקיד המשולש אשר מוטל על בית המשפט. ראינו כי דילמות דומות עלו בישראל ביחס למשפט קסטנר והן ביחס למשפט אייכמן, ובשני המקרים קמו אנשי רוח והזהירו מפני העירוב המסוכן, והשפעתו על השיח הפוליטי. ואולם, בעוד שבעבר המשפטים עסקו בבירור האשמה הפלילית של יחידים אשר היו קשורים ישירות לארועי השואה, הרי משפטי הדיבה העכשוויים מעלים מחדש את הדילמה בפני בית המשפט הישראלי (במשפטי שואה מ"סדר שני") בהקשר של חופש הביטוי של אזרחי ישראל. עוד טענו כי בהקשר הישראלי אחד הקשיים המרכזיים הוא הטאבו שנוצר סביב היודנראט, טאבו שנוצר בחסות המשפט, ואשר נעשה בו בשנים האחרונות שימוש פוליטי על ידי אנשים בציבוריות הישראלית על מנת להוקיע את אלו הדוגלים במשא ומתן עם פלסטינים.

במשפט גורדון נ. פלאוט בית המשפט מאמץ בסופו של דבר גישה של התערבות. הוא רואה בעצם הדבקת הכינוי יודנראט לניב גורדון הוצאת לשון הרע, אשר לגביה לא מתקיימות הגנות החוק. במילים אחרות, בית המשפט מנסה להגביל את תחום חופש הביטוי הפוליטי של יחידים כך שלא יכלול שימוש לרעה בכינויים וסמלים מתחום השואה. לכאורה, בכך פועל המשפט לתיקון אותה הטיה מבנית שזיהינו ביחס לשיח הפוליטי בישראל, אשר ממהר ליצור אנאלוגיות פשטניות בין השואה למציאות הישראלית העכשווית. אבל מתוך דיוננו עד כה ראינו שלמרבה האירוניה, דוקא גישה זו עשויה לחזק את הטאבו, שכן

¹²⁴ HENRY ROUSSO, THE HAUNTING PAST, לעיל ה"ש 85, בעמ' 57.

היא חוסמת את הויכוח והדיון הציבורי בנושא היודנראט (כל עוד הוא נעשה תוך השוואה לפוליטיקה עכשווית).¹²⁵

דבריו של ההיסטוריון הנרי רוסו, אף שכוונו לכתחילה למשפטים העוסקים באחריות ישירה בגין מעשים שנתבצעו במהלך השואה, מטילים אור חדש על פסק דינו – המוטעה היסטורית – של בית המשפט המחוזי בנצרת. ניתן כמובן 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 לכשלוננו הצפוי, במידה רבה, מראש. נטל זה נעוץ בעירוב התחומין הנדרש במסגרת משפט דיבה, המחוייב לעסוק לא רק בהיסטוריה אלא אף בזכרונה הקולקטיבי. מתוך הצורך להכריע במידת הפגיעה בהשוואה בין מאורע היסטורי להתנהגות עכשווית, ובשל אימוץ הגישה הקובעת כי שאלת הפגיעה צריכה להבחן "אובייקטיבית" במבחן הקהילה אשר בית המשפט משמש כנציגה, חוזר בית המשפט אל הזיכרון הקולקטיבי של היודנראט. במובן זה, משפט הדיבה הופך את בית המשפט ל'מחוז של זיכרון', כלומר המשפט מקבל תפקיד פעיל של נושא זכרון, של מי שמשתקת אותו ומותירו חי. תהיה טעותו ההיסטורית של בית המשפט אשר תהיה, הרי שבכל הנוגע לזכרונו הקולקטיבי של היודנראט 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 פריילינג שצוטט לעיל, בנוגע לתופעה מורכבת ובמידה רבה בלתי נתפסת, אך הכרעתו אינה יכולה להיות מוכתרת בכינוי "שגויה" כיוון שעונה היא למדדים המשפטיים המקובלים במשפט דיבה. עם זאת, דווקא מתוך הבנת הדינאמיות של הזיכרון הקולקטיבי, ובמיוחד תפקיד בית המשפט בעיצובו, בית המשפט נכשל דווקא בכך ששימר זכרון קולקטיבי 'משכיח' על היודנראט ובכך, ויתר על "האמת ההיסטורית" ועל מורכבותה.

¹²⁵ ואולם ראו את עמדתה של שופטת בית משפט השלום בפרשת פלאוט-גורדון, השופטת רים נדאף אשר מציינת במפורש את סכנת הטאבו בקשר לדיון בשואה: "עדים אנו לפעמים לתופעה שכל מי ש'מעיז' לבדוק 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 מקונסנוס 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 הקונסנוס וה'מותר' כפי שהנתבע למעשה טוען..."

האם ניתן להעלות על הדעת הכרעה אלטרנטיבית שאינה כורכת בחובה כשל מסוג זה? האם רשאי היה בית המשפט, לו מכיר היה את מורכבותה של התופעה הקרויה יודנראט, לפסוק באופן אחר? האם יכול היה לקבוע כי להשוות אדם לאיש יודנראט אינה מהווה הוצאת לשון הרע? המשולש אמת היסטורית-אמת משפטית-זכרון קולקטיבי אינו נותן מענה פשוט וקל לקיומה של הכרעת דין אלטרנטיבית תיאורטית שכזו, שכן הצורך לשמור על מי מרכיבי אותו שילוש עשוי להביא לעיוותו של רכיב אחר. העדפת מורכבותה של "האמת ההיסטורית", ככל שיש קיום למושג זה, מחייבת לכאורה פגיעה ברכיב אחר, אם האמת המשפטית ואם הזכרון הקולקטיבי, שבית המשפט אמור לשמש כנציגו ולא כמעצבו. בכך נמצאים אנו במעין מלכוד במסגרתו לעולם לכוד יהיה הליך מסוג זה.

המפתח לפיתרון נעוץ בהשתחררות מן הגישה הליברלית הקלאסית למשפט, הבנת תפקידו הכפול של בית המשפט ביחס לזיכרון וקבלת אחריות ביחס לכך. כפי שהראינו, זכרון קולקטיבי מתאפיין באפיון כפול. מחד גיסא, מהווה הוא "עובדה" המאותרת על ידי חוקריו. מאידך גיסא, השימוש בו כ"עובדה" קיימת בעולם החברתי מביאה לשעתוקו, קרי להתקבעותו בספירה החברתית-פוליטית כאמת נטולת עוררין. במובן זה, ייצוגו על ידי בית המשפט כעובדה קיימת בעולם התופעות החברתי, אינו מהווה אך אזכור נתון עובדתי אלא שיש באזכור זה משום סטייה מתפקידו הנייטרלי של בית המשפט. שכן, לעולם אינך יכול לשמש כנושא זכרון בלא לשמש כמי שמעצבו. הצגת ה"בחירה" הנתונה לבית המשפט באופן דיכוטומי, בין שימורו של זכרון קולקטיבי, שהשכיח והשטיח תופעה היסטורית, לבין 'בגידה' בתפקידו הנייטרלי של בית המשפט, כמשקף רשמי של תודעה חברתית ולא כמעצבה, הינה מטעה. הצורך להשתחרר מראיה זו כרוך בהבנה מורכבת יותר של היחס בין משפט ופוליטיקה, כפי שכותבים ליברלים עשו בעקבות משפטי השואה. הבנת האפיון הדואלי של הזכרון הקולקטיבי עשויה לשמש כגורם "משחרר": באם יכיר בית המשפט בכוחו המעצב, יוכל הוא אף להכיר בכוחו לבחור את הדרך בה יעצב. דרך זו, להבנתנו, מחייבת, ראש וראשית, היכרות עם המרחב ההיסטורי, היכרות עם מורכבותן של תופעות היסטוריות ושיפוט אמיץ שהוא תמיד תוצר של "מבוכה".