

הג'נוסייד שלא היה: רפאל למקין, כתר ארם צובא ומעמדן של קהילות במשפט

איתמר מן*

איזו הגנה, אם בכלל, מקבלות קהילות במשפט? מאמר זה דן בשאלה דרך עיון בשני מקורות שונים מאוד מן התקופה האחרונה: מאמר של המשפטניות ליאורה בילסקי ורחל קלגסברון וסרט דוקומנטרי של הבמאי אבי דבאח. זה לצד זה המקורות מבקרים את יחסה של מדינת ישראל לקהילות של יהודים אשכנזיים ומזרחיים ואת פגיעתה השונה במשאבים התרבותיים של כל אחת מהן; יחד הם חושפים הן את החשיבות של הקטגוריה "קהילה" והן את האיום שיש בה על המדינה המודרנית, כצורה טרום-מדינתית של שייכות המעניקה לחברות ולחברים בה זהות ומשמעות. המאמר יראה, שלאיום זה יש גוון מיוחד בהקשר שבו המדינה מבקשת לבטא את הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי. בסופו של דבר, האתגר שמציבים בפנינו שני המקורות הוא משותף: מה ראוי שיהיה מעמדן של קהילות במבנה הפוליטי של המדינה? תפיסת הג'נוסייד המקורית של המשפטן היהודי-הפולני רפאל למקין, תפיסה שכללה מושג של "ג'נוסייד תרבותי" אך נדחתה, מסייעת לתת תשובה ראשונית. על המדינה להגן על קניין תרבותי באופן שייצג לא רק את כלל האזרחים, אלא את כל קהילות המרכיבות את המדינה.

מבוא

- א. בין ג'נוסייד להשבת תרבות
 - ב. הכתר האבוד
 - ג. הקהילות היהודיות ומדינת ישראל
 - ד. הפרטת התרבות?
- סיכום: הג'נוסייד שלא היה

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה וחוקר ראשי (PI) במרכז מינרבה לשלטון החוק במצבי קיצון. גרסה מוקדמת של מאמר זה הוצגה ביום המחקר וההוראה הפקולטטי של הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, בחודש פברואר 2020. אני מודה לכל חבריי שנכחו שם על הקשב ועל ההערות המועילות. תודה גם ליעל ברדה, לאבי דבאח, לליהי יונה, לחיים דעואל לוסקי, לראיף זריק ולאילן סבן על שיחות מחכימות, לעוזרת המחקר שלי, נטע טאובר, ולצוות עורכות ועורכי כרך מג של "עיוני משפט", שבניצוחה של איה אומסי ליוו את הכתיבה ושהערותיהם המהותיות סייעו מאוד בפיתוח הטיעון. אם נפלו טעויות, הן כמובן שלי בלבד.

"רעיון רצח־העם (genocide) מבוסס על כך שקבוצה אנושית היא דבר חי עם גוף ועם נשמה. לפי טיוטת האמנה, הגנה בינלאומית ניתנת לא רק לקיום פיזי אלא גם לרכיבים בסיסיים של חיי רוח, דת ותרבות. ניתן לחסל קבוצה דתית לא רק באמצעות הרג של חברי הקהילה, אלא גם באמצעות פגיעה במנהיגים הדתיים שלה או באמצעות הרס בתי וחפצי הפולחן שלה. אוצרות תרבות ואמנות גם כן מקבלים הגנה. חיסולו של כתבי־יד עתיק של התנ"ך במסגרת מקרה של רצח־עם שחל לאחרונה בחלף נכלל בתוך ההגנה שמעניקה האמנה".**

רפאל למקין, 1947 (תאריך משוער)

מבוא

איזו הגנה, אם בכלל, מקבלות קהילות במשפט? ומה ראוי שיהיה מעמדן? "אם יש בכלל משהו אינהרנטי למצב האנושי", כותב המשפטן פיטר ספירו, "הרי שזוהי העובדה שבני אדם הם יצורים חברתיים ושארגון חברתי איננו אקראי".¹ על אף שהמשפט הבינלאומי מבכר את צורת הארגון המדינתית, מוסיף ספירו, מובן כי ישנן אין־ספור צורות התארגנות שאינן זוכות לכיטוי במסגרת המדינה: קהילות.²

במקום לענות על השאלות הגדולות הללו במשפט בינלאומי ובתיאוריה פוליטית בצורה שיטתית, במאמר זה אבקש לדון בהן דרך עיון בשני מקורות מן התקופה האחרונה: האחד הוא חיבורן של ליאורה בילסקי ורחל קלגסברון "בין ג'נוסייד תרבותי להשבת תרבות: מבט השוואתי על המאבק היהודי והפולני לאחר מלחמת העולם השנייה", המתפרסם בגיליון זה;³ האחר הוא סרטו הדוקומנטרי של הבמאי אבי דבאח "הכתר האבוד" משנת 2019, אשר הפיקה יהודית מנסן רמון.⁴ המקורות שונים מאוד זה מזה, אך אני סבור שהם משלימים האחד את האחר באופן שבו הם מתמודדים עם הסוגיה ונוטעים אותה בהקשר שהוא בעת ובעונה אחת ישראלי וטרנס־לאומי. יחד המקורות חושפים הן את החשיבות של הקטגוריה "קהילה" והן את האיום שיש בה על המדינה המודרנית, כצורה טרום־מדינתית של שייכות המעניקה לחברות ולחברים בה זהות ומשמעות.⁵

-
- ** ארכיון המדינה, ארכיון אישי ליאו כהן, פ-576/4, בעמ' 88 (מכתב של רפאל למקין).
- 1 Peter J. Spiro, *Membership and Global Legal Pluralism*, in THE OXFORD HANDBOOK OF GLOBAL LEGAL PLURALISM 1003 (Paul Schiff Berman ed., 2020).
 - 2 שם, בעמ' 1004. ראו גם גר ברזילי "פיוס בין קהילות: גישה של זכויות אדם" סוציולוגיה ישראלית ג 297, 309 (2001).
 - 3 ליאורה בילסקי ורחל קלגסברון "בין ג'נוסייד תרבותי להשבת תרבות: מבט השוואתי על המאבק היהודי והפולני לאחר מלחמת העולם השנייה" עיוני משפט מג 553 (2021).
 - 4 הכתר האבוד (מיכה פילמס, 2019) (להלן: הכתר האבוד).
 - 5 על המדינה הליברלית כצורת התארגנות פוליטית המאופיינת בהיעדר משמעות קיומית, ראו למשל: PAUL KAHN, PUTTING LIBERALISM IN ITS PLACE (2004).

במאמרו חוזרות בילסקי וקלגסברון למושג הג'נוסייד כפי שפיתח אותו בשנות הארבעים של המאה העשרים המשפטן היהודי-פולני רפאל למקין.⁶ הן מראות כי למקין פיתח מושג של ג'נוסייד שהוא שונה מאוד מעבירת רצח העם כפי שאנו מבינים אותה במשפט הבינלאומי הפלילי.⁷ למקין הדגיש ממדים של השמדה תרבותית, ובכלל זה ביקש להכיר במעמדן המשפטי האוטונומי של קהילות תרבותיות, מעמד הנבדל ממעמדן של מדינות בדין הבינלאומי, ואף אינו מסתכם במעמדן של הפרטים המרכיבים אותן.⁸ בילסקי וקלגסברון מבקשות לחזור לג'נוסייד של למקין על מנת לבחון אילו אפשרויות משפטיות ופוליטיות הוא היה יכול לפתוח, ובמשתמע הן שואלות כיצד – אם בכלל – אפשר לשוב אליהן היום. כך, ניתן להניח, יהיה אפשר להעניק הגנה משפטית טובה יותר לקהילות. בעקבותיהן אטען, כי המושג של למקין – "הג'נוסייד המקורי" שמעולם לא היה⁹ – עשוי לשפוך אור גם על יחסה של מדינת ישראל כלפי קהילות באופן כללי יותר, ובכלל זה קהילת יהודי חֶלֶב, שמתוכה מגיע ובה עוסק סרטו של דבאח. כמשפטנים, האתגר שמציבים בפנינו שני המקורות הוא משותף: מה ראוי שיהיה מעמדן של קהילות במבנה הפוליטי של המדינה?¹⁰

למאמר ארבעה פרקים. פרק א עוסק במאמרו של בילסקי וקלגסברון, תוך ניסיון לחלץ מתוכו את האופן שבו מושג הג'נוסייד המקורי של למקין הכיר בקהילות כבעלות מעמד עצמאי במשפט הבינלאומי. פרק ב מגולל את סיפור כתר ארם צובא דרך סרטו של דבאח וכמה חיבורים אחרים, ומנסח על בסיסו תובנות באשר למעמדן של קהילות. פרק ג עורך אינטגרציה של שני המקורות על מנת להעמיד בפני הקוראים את הביקורת המשותפת על המצב המצוי במשפט הבינלאומי, אשר איננו מכיר – להוציא כמה חריגים – במעמדן העצמאי של קהילות. אך האם הכרה שכזו היא באמת רצויה? האם אין בה גם ויתור על היבטים חשובים במבנה העקרוני של משפט המדינה? פרק ד מפתח שאלה זו. הוא מתמקד ברעיון, שהכרה במעמדן של קהילות מהווה מהלך של הפרטה וצמצום של המרחב המשותף שהמדינה המודרנית ביקשה ליצור. במילים אחרות, החשש הוא שהכרה בפלורליזם של קהילות בתוך המדינה תאייץ את האפשרות שהמדינה עצמה תממש את ערך הקהילה.¹¹

6 לרקע כללי, ראו: JAMES LOEFFLER, ROOTED COSMOPOLITANS: JEWS AND HUMAN RIGHTS IN THE TWENTIETH CENTURY 133-135 (2018); PHILIPPE SANDS, EAST WEST STREET: ON THE ORIGINS OF "GENOCIDE" AND "CRIMES AGAINST HUMANITY" (2017)

7 ראו ס' 6 לאמנת רומא (Rome Statute of the International Criminal Court (July 17, 1998)) 2187 U.N.T.S. 90.

8 על מעמדן של קהילות במשפט הבינלאומי אל מול שתי קטגוריות אלו, ראו Spiro, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1004-1005.

9 כתיבתו של למקין מייצגת במונח מסוים את הרעיון המקורי של הג'נוסייד, כיוון שהוא מי שהגה את הקטגוריה. ואולם הקטגוריה שעליה חשב מעולם לא התקבלה אל תוך הדין הבינלאומי הפוזיטיבי, ומשכך אני מכנה אותה "הג'נוסייד שלא היה".

10 ראו בהקשר זה גם: גיש עמית אקס ליבריס: היסטוריה של גזל, שימור וניכוס בספרייה הלאומית בירושלים (2014).

11 בהתאם להכנה מסוימת של דוקטרינת ההגדרה העצמית הקולקטיבית. על החפיפה שבין קהילה לאזרחות כמיצוי של רעיון ההגדרה העצמית הקולקטיבית, ראו Spiro, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1016.

הסיכום מסכם את המהלך ומנסח תשובה ראשונית: ראוי להשיב לקהילות רכוש קהילתי שנלקח בעוולה. אולם גם ככל שאי-אפשר לזהות אי-חוקיות בנטילת הקניין, אין די בכך. המדיניות הרצויה היא עיבוי הספּרה הציבורית כדי שתיתן ייצוג שוויוני ומשותף לא רק לכלל האזרחים, אלא לכלל הקהילות המרכיבות את המדינה ואף להיסטוריות של הפגיעות בהן.¹² המאמר מקדם אפוא תפיסה רב-תרבותית, שלפיה המדינה היא קהילת כל הקהילות המרכיבות אותה.¹³

א. בין ג'נוסייד להשבת תרבות

הג'נוסייד, שהוגדר כפשע בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה באמצעות האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם (1948),¹⁴ רכש לעצמו מעמד בלתי-מעורר כפשע החמור ביותר בארגז הכלים של המשפט הבינלאומי.¹⁵ הדמיון התרבותי שנכרך בג'נוסייד הוא דמיון של שפיכות דמים: אלימות פיזית מכוונת, חסרת מעצורים, שמוחיה אחריה טור ארוך של גופות.¹⁶ אבל כיצד הוא נבדל מפשעים בינלאומיים אחרים? כמו הפשע נגד האנושות,¹⁷ ובניגוד לפשעי המלחמה, הג'נוסייד איננו בהכרח מתקיים תוך כדי עימות

- 12 ראו: JEFF SPINNER-HALEV, ENDURING INJUSTICE 56-84 (2012).
- 13 השוו: Amitai Etzioni, *The Responsive Community: A Communitarian Perspective*, 61(1) AM. SOCIO. REV. 1 (1996).
- 14 אמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, כ"א 1, 65 (נפתחה לחתימה ב-1948).
- 15 רבים מכנים את פשע השמדת העם "הפשע של הפשעים". ראו למשל: William A. Schabas, *National Courts Finally Begin to Prosecute Genocide, the "Crime of Crimes"*, 1. J. INT'L CRIM. JUST. 39 (2003).
- 16 ראו למשל David Luban, *Calling Genocide by Its Rightful Name: Lemkin's Word, Darfur, and the UN Report*, 7 CHI. J. INT'L L. 303, 308 (2006) ("In everyday speech, we think of genocide as deliberate annihilation of masses of civilians"); PAYAM AKHAVAN, *REDUCING GENOCIDE TO LAW: DEFINITION, MEANING, AND THE ULTIMATE CRIME* 8-9 (2012).
- 17 באופן כללי, הפשע נגד האנושות נבדל מן הג'נוסייד בכך שהוא אינו מחייב הרג שיטתי של אוכלוסיות, וגם נעדר ממנו רכיב הכוונה המיוחדת לחסל קבוצה מסוימת, ההכרחי להגדרת הג'נוסייד. ראו אמנת רומא, לעיל ה"ש 7, בס' 17(1): "למטרות חוקה זו, 'פשע נגד האנושות' פירושו כל אחד מהמעשים הבאים כאשר הם מבוצעים כחלק מהתקפה נרחבת או שיטתית המכוונת נגד כל אוכלוסיה אזרחית, בידיעה על ההתקפה 1. רצח; 2. השמדה; 3. שעבוד; 4. הגליה או העברה בכוח של אוכלוסיה; 5. כליאה או שלילה חמורה אחרת של חירות פיסית תוך הפרה של כללי היסוד של המשפט הבינלאומי; 6. עינוי; 7. אונס, שעבוד מיני, זנות כפויה, הריון כפוי, עיקור כפוי, או כל צורה אחרת של אלימות מינית שחומרתה דומה; 8. רדיפה נגד כל קבוצה או קהילה הניתנות לזיהוי מטעמים פוליטיים, גזעיים, לאומיים, אתניים, תרבותיים, דתיים, מיניים כמוגדר בס"ק 3, או מטעמים אחרים המוכרים בעולם כבלתי מותרים פי המשפט הבינלאומי, בקשר לכל מעשה הנזכר בס"ק זה או לכל פשע שבסמכות השיפוט של בית הדין; 9. היעלמות כפויה של בני אדם; 10. פשע האפרטהייד; 11. מעשים לא-אנושיים אחרים בעלי אופי דומה הגורמים במכוון סבל רב, או פגיעה חמורה בגוף או בבריאות הנפשית או הגופנית". הגרסה העברית מתוך אתר "מחסום Watch", בכתובת: <https://bit.ly/3pJEe4j>.

מזוין. עם זאת בניגוד לפשע נגד האנושות, הג'נוסייד איננו מסתכם אך ורק באלימות רחבה או שיטתית נגד בני אדם.¹⁸ על מנת שאלמות שכזו תגיע למדרגת ג'נוסייד, היא חייבת להיעשות מתוך מטרה לחסל קבוצה בעלת מאפיינים משותפים מובהקים: דת, לאום או השתייכות אתנית.¹⁹ המשפט הפלילי הבינלאומי תופס כוונה זו כמעניקה להשמדה גוון נוסף ומיוחד של חומרה.²⁰ תפיסה זו נובעת בין היתר מתוך אנלוגיה – מובלעת או מפורשת – להשמדה השיטתית שביצעו הנאצים ביהודים ובקבוצות אחרות,²¹ ומתוך התפיסה המגדירה את מטרתו של המשפט הפלילי הבינלאומי בכללותו כמבקש לשים קץ ל"היעדר העמדה לדין" (impunity).²² את מעמדו ה"רם" כנפשע שכפשעים רכש לעצמו הג'נוסייד יחד עם כינונם של בתי הדין הפליליים הבינלאומיים, ובעיקר על רקע חתימתה של אמנת רומא (1998),²³ שמכוחה נוסד בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג.

לא תמיד היה זה כך. בילסקי וקלגסברון עומדות על נקודה חשובה: זמן רב לפני שהתפתחה התפיסה של הג'נוסייד כקטגוריה המרכזית ביותר של המשפט הפלילי הבינלאומי הופיעה תפיסה שונה בתכלית של מושג הג'נוסייד. תפיסה מוקדמת ומקורית זו נמצאת בכתביו של המשפטן הפולני-יהודי רפאל למקין, אשר פיתח לראשונה את מושג הג'נוסייד.²⁴ כפי שמסבירות השתיים בפתיחת מאמרן,²⁵

"...מושג הג'נוסייד התרבותי איננו חדש. הוא נכלל בהגדרה הראשונית של הג'נוסייד, של המשפטן היהודי-פולני רפאל למקין, אשר טבע את המונח בספרו פורץ הדרך משנת 1944. ג'נוסייד תרבותי, הניסיון להשמיד קבוצה בצורה שיטתית ומכוונת באמצעות הריסת הסממנים והמאפיינים התרבותיים

- 18 באשר לפשע נגד האנושות נקבע, כי "התקפה נרחבת או שיטתית נגד כל אוכלוסיה אזרחית" אינה חייבת להתבצע תוך כדי עימות מזוין. ראו למשל: *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Pre-trial Chamber, ¶¶ 208-221 (Jun. 12, 2014).
- 19 אמנת רומא, לעיל ה"ש 7, בס' 6.
- 20 משום כך לעיתים קרובות פשע השמדת העם מכונה "פשע הפשעים" ("The crime of crimes"). ראו לעיל ה"ש 15.
- 21 ראו למשל: Guenther Lewy, *Can There Be Genocide Without the Intent to Commit Genocide?* 9(4) J. GENOCIDE RESEARCH 661, 665-666 (2007); Cécile Tournaye, *Genocidal Intent Before the ICTY*, 52 INT'L & COMP. L.Q. 447, 447 (2003).
- 22 מגמה חזקה בדין הבינלאומי רואה ב"היעדר העמדה לדין" – כלומר קיומם של פשעים חמורים ללא תגובה במסגרת פלילית – תופעה חמורה שיש לפעול על מנת למגרה, ולהשית אחריות פלילית כל אימת שמבוצע פשע בעל חומרה יוצאת מן הכלל. ראו למשל: SAMANTHA POWER, *Akhavan; A PROBLEM FROM HELL: AMERICA AND THE AGE OF GENOCIDE* 54 (2012) לעיל ה"ש 16, בעמ' 63; ראו גם אמנת רומא, לעיל ה"ש 7, מבוא ("אסור שהפשעים החמורים ביותר המדאיגים את הקהילה הבינלאומית ככלל לא ייענשו ושיש להבטיח העמדה יעילה לדין בגינם ע"י נקיטת אמצעים ברמה הבינלאומית וע"י הגברת שיתוף פעולה בינלאומי"). הגרסה העברית מתוך אתר "מחסום Watch", לעיל ה"ש 17.
- 23 אמנת רומא, לעיל ה"ש 7.
- 24 ראו למשל SANDS, לעיל ה"ש 6.
- 25 ראו בילסקי וקלגסברון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 556.

הייחודיים לה – בין אם מדובר בהרס מבנים תרבותיים מוחשיים (כגון אתרי פולחן) ובין אם מדובר במבנים מופשטים (כמו שפה או מנהגים) – עמד במרכז ההגדרה המקורית של ג'נוסייד.²⁶

מה החמצנו בכך שתפיסתו המוקדמת של למקין נדחתה? עבור כותבות וכותבים רבים – ובהם בילסקי וקלגסברון – המשפט הפלילי הבינלאומי מייצג לכל היותר תפיסה חלקית ומגבלת של צדק.²⁶ תפיסתן היא שהגדרת פשע הג'נוסייד היא מוגבלת ביותר, ואיננה נותנת מענה ראוי למעשים שעבורם סבר למקין שנדרשה הקטגוריה המשפטית החדשה. בילסקי וקלגסברון פונות אפוא אל ההיסטוריה לא רק כדי לגלות מה היה, אלא גם כדי לחשוף את האפשרויות שנזנחו ולברר מה הן היו עשויות להציע אילו אומצו.²⁷ תפיסתו המקורית של למקין מגלמת אלטרנטיבה חשובה ורלוונטית, כזו שניתן אולי להציל ממנה משהו ולחשוב עליה פעם שנייה, בין היתר כחלק מסדר יום בינלאומי של צדק עבור קורבנות הקולוניאליזם.²⁸ בהקשר זה, שלושה מאפיינים של ההגדרה המקורית שבילסקי וקלגסברון מחלצות מתפיסתו של למקין הם רלוונטיים במיוחד לדיון שאערוך בשני המקורות, והם יפורטו בשורות הבאות.

1. הג'נוסייד מכוון להרס תרבות

עבור למקין, פגיעה בנכסים תרבותיים שמטרתה להשמיד את התרבות שהם מייצגים מספיקה על מנת להגדיר מדיניות מסוימת כג'נוסייד. שלא כפי התפיסה המשפטית שקובעה, הגדרתו לא כללה תנאי הכרחי של השמדה או של אלימות פיזית. למקין סבר שלקבוצות לאומיות, גזעיות, דתיות ואתניות ישנן תרומות ייחודיות לציוויליזציה האנושית בכללותה.²⁹ ניתן לראות זאת היטב גם בציטוט הפותח תגובה זו, העוסק בהרס אוכייקטים – "בתי וחפצי הפולחן". אשוב לציטוט הזה ולסיפור ההיסטורי שסביבו בהמשך. לעת עתה חשובה הבחנה נוספת של בילסקי וקלגסברון באשר למושג הג'נוסייד של למקין – בין ההיבט ה"שלילי"

26 רשימת הכותבות והכותבים ארוכה. ראו למשל: Immi Tallgren, *The Sensibility and Sense of* International Criminal Law, 13 EUR. J. INT'L L. 561 (2002); Karen Engle, *Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights*, 100 CORNELL L. REV. 1069 (2015); Samuel Moyn, *Anti-Impunity as a Deflection Argument*, in ANTI-IMPUNITY AND THE HUMAN RIGHTS AGENDA, 68 (Karen Engle, Zinaida Miller & D. M. Davis eds., 2016).

27 זוהי עמדה מתודולוגית האופיינית למחקר רב בתחום המשפט, אשר לעיתים מכונה "גנאולוגיה". ראו: PAUL W. KAHN, THE CULTURAL STUDY OF LAW 88 (1999).

28 כפי שמסבירים מייקל מקדונל ודירק מוזס, למקין פיתח לראשונה את מושג הג'נוסייד בהקשר קולוניאלי ולא בהקשר אירופי: Michael A. McDonnell & A. Dirk Moses, *Raphael Lemkin as Historian of Genocide in the Americas*, 7(4) J. GENOCIDE RES. 501 (2005). על רב-תרבותיות וצדק עבור קורבנות הקולוניאליזם, ראו: Paul Gilroy, *Multiculturalism and Post-Colonial Theory*, in THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL THEORY (John S. Dryzek, Bonnie Honig & Anne Phillips eds., 2008).

29 Raphael Lemkin, *Genocide as a Crime Under International Law*, 41(1) AM. J. INT'L L. 147 (1947). ראו גם: Raphael Lemkin, *Introduction to the Study of Genocide*, in LEMKIN, ON GENOCIDE 3 (Steven L. Jacobs, ed., 2012).

להיבט ה"חיובי" של הג'נוסייד. כפי שכותב למקין, "האחד, הרס התבנית הלאומית של הקבוצה המדוכאת [ההיבט השלילי]; השני, כפיית התבנית הלאומית של המדכא [ההיבט החיובי]".³⁰ כתיבתו של למקין קשורה במסורת רחבה יותר, שהפכה ברבות הימים מרכזית לביקורת הקולוניאליזם – מסורת של כתיבה על הכפפה תרבותית.³¹

למקין פיתח את מושג הג'נוסייד שלו במחקר משפטי מדוקדק של מצבי כיבוש באירופה.³² מצבים של כיבוש אינם (לפחות לא בהכרח) מצבים של השמדה; אך הם כן מצבים של הכפפה, שבהם שלטון המדינה חל על לאום שאין לו ייצוג פוליטי בתוך מסגרות המדינה. גם בנוגע למצבים שמחוץ לאירופה, כמו לדוגמה הכיבוש הצרפתי באלג'יריה, למקין ביקר בצורה חדה וברורה את ממד ההכפפה.³³ הוא התקומם נגד הניסיון של הצרפתים לכפות על האלג'ירים את התרבות הצרפתית, וקרא לאו"ם להאשים את הצרפתים רשמית בג'נוסייד נגד האלג'ירים.³⁴ הג'נוסייד התרבותי, לפי הבנתו המקורית, חל כאשר קבוצה תרבותית אחת כופה על קבוצה תרבותית אחרת להפוך להיות כמוה וכך משמידה אותה – תרבותית או פיזית.

2. האיסור על ג'נוסייד מגן על קהילות טרנס-לאומיות

לאורך ההיסטוריה המודרנית של המשפט הבינלאומי, היחידה האוטונומית היסודית ביותר היא המדינה.³⁵ בכלל זה המדינה נהנית מעקרון אי-ההתערבות,³⁶ והמדינה היא שיכולה ליתן את הסכמתה ולכרות אמנות.³⁷ במרוצת המאה העשרים, ובפרט עם העלייה חסרת התקדים של המשפט הפלילי הבינלאומי בשנות התשעים, הדיון המשפטי הבינלאומי החל להתמקד גם בהגנה על הפרט.³⁸ התפתחה התפיסה, שכאשר המדינה פוגעת פגיעה שיטתית בזכויות הפרטים שבתוך תחומיה הקהילה הבינלאומית רשאית להתערב, בין היתר

30 ראו בילסקי וקלגסברון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 568.

31 Douglas Irvin-Erickson, *Genocide, the "Family of Mind" and the Romantic Signature* of Raphael Lemkin, 15(3) J. GENOCIDE RES. 273, 279 (2013) (להלן: Irvin-Erickson, *Genocide*); DIRK MOSES, *EMPIRE, COLONY, GENOCIDE: CONQUEST, OCCUPATION, AND SUBALTERN RESISTANCE IN WORLD HISTORY* ix (2008) ("למקין הגדיר את התופעה כקולוניאלית באופן אינטרינזי". התרגום שלי – א' מ').

32 RAPHAEL LEMKIN, *AXIS RULE IN OCCUPIED EUROPE: LAWS OF OCCUPATION, ANALYSIS OF GOVERNMENT, PROPOSALS FOR REDRESS* (2008).

33 Irvin-Erickson, *Genocide*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 279.

34 שם. ראו גם DOUGLAS IRVING-ERICKSON, *RAPHAËL LEMKIN AND THE CONCEPT OF GENOCIDE* 217 (2017).

35 James R. Crawford, *State*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF INTERNATIONAL LAW (Hélène Ruiz Fabri & Rüdiger Wolfrum eds., 2011), <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1473>.

36 U.N. Charter, art. 2, ¶4.

37 Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 2.1.(a) (May 23, 1969) 1155 U.N.T.S. 331.

38 Simone Gorski, *Individuals in International Law*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF INTERNATIONAL LAW (Hélène Ruiz Fabri & Rüdiger Wolfrum eds., 2011), <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e829?prd=EPIL>.

באמצעות העמדה לדין פלילי של האחראים. במוכן זה, המשפט הבינלאומי הפלילי הוא חלק בלתי-נפרד מתהליך שחוקרים מכנים "האינדיבידואליזציה של המשפט הבינלאומי".³⁹ ואולם התמקדות זו במדינות ובפרטים אינה מניחה את דעתן של בילסקי וקלגסברון. הן נסמכות על למקין על מנת לבסס את הצורך בהגנה על קבוצות בעלות מאפיינים קולקטיביים שאינם מוגדרים בידי המדינה. למקין ביטא לא פעם בכתיבתו את הצורך בהגנה על יחידות תרבותיות אוטונומיות, שמבחינתו היו בעלות מעמד עצמאי.⁴⁰ לתפיסתו, קבוצות שכאלו מעניקות לעולם ריבוי לשוני ורוחני, שאי-אפשר להחליפו בהומוגניות של תרבות מדינתית שלטת. כפי שמסביר גלאס אירווינג-אריקסון, למקין סבר שקבוצות שכאלו הן "משפחות תודעיות".⁴¹ משפחות תודעיות יכולות עקרונית להיות מוגדרות בכל צורה, ובלבד שהיא תהיה חזקה מספיק עבור חברי הקבוצה ומנקודת מבטם.⁴² מפתיע מעט עד כמה רחוק הלך למקין עם התפיסה הזו שלו של הגנה על קבוצות. באחת ההזדמנויות הוא הציע למשל את קבוצת "המשחקים בקלפים".⁴³ בהשאלה מהפילוסוף לודוויג ויטגנשטיין, למקין ביקש להגן על "צורות חיים" – מערכים של ביטויים התנהגותיים או מילוליים שמשקפים יחד זהות, תודעה, ודרכים כתובות או לא כתובות לעשות דבר מה.⁴⁴

למקין ביקש אפוא להגן על העושר התרבותי העולמי, ובכלל זה ייחודן הספציפי של לשונות ושל מסורות אומונתיות ומוזיקליות. מנקודת מבט זו, גבולות תא השטח הגאוגרפי חשובים הרבה פחות מהשתייכות רוחנית ורגשית.⁴⁵ ואכן בילסקי וקלגסברון מדגישות, כי למרות העיסוק החוזר שלו בכיבוש (שמטבע הדברים יש לו ממד טריטוריאלי), אין נגזרת מתפיסתו של למקין הגבלה גאוגרפית עבור היחידה האוטונומית הזכאית להגנה. להפך,

- 39 ראו למשל: Jennifer M. Welsh, *The Individualisation of War: Defining a Research Programme*, LIII ANNALS OF THE FONDAZIONE LUIGI EINAUDI 9 (2019); Gabriella Blum, *The Individualization of War: From War to Policing in the Regulation of Armed Conflicts*, in LAW AND WAR 48 (Austin Sarat, Lawrence Douglas & Martha Merrill Umphrey eds., 2014).
- 40 ראו למשל Irvin-Erickson, *Genocide*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 274; ראו גם A. Dirk Moses, *Genocide*, 55 AUSTL. HUMAN. REV.27 (2013).
- 41 Irvin-Erickson, *Genocide*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 274.
- 42 ראו גם את דיונו של שמואל לדרמן בתפיסתה של חנה ארדנט את הג'נוסייד כגורם לנזק "אקזיסטנציאלי" לאנושות כאשר הוא מוחק נקודת מבט קבוצתית מסוימת: Shmuel Lederman, *A Nation Destroyed: An Existential Approach to the Distinctive Harm of Genocide*, 19(1) J. GENOCIDE STUD. 112 (2017).
- 43 Irvin-Erickson, *Genocide*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 279.
- 44 לודוויג יוסף יוהאן ויטגנשטיין *חקירות פילוסופיות ס' 19* (עדנה אולמן-מרגלית מתרגמת, 1994).
- 45 אירווינג-אריקסון מציע בהקשר זה הקבלה, גם אם בסייגים מסוימים, לרעיון "הקהילה המדומינת" של בנדיקט אנדרסון. אנדרסון התפרסם מאז שנות השמונים באופן שבו הוא המשיג בין היתר את קהילת "קורא העיתון". ראו לעיל ה"ש 31, בעמ' 292, הערה 8. ראו BENEDICT ANDERSON, *IMAGINED COMMUNITIES: REFLECTIONS ON THE ORIGIN AND SPREAD OF NATIONALISM* 62 (2016).

כפי שהן מדגימות באמצעות עיסוקן ביהודי אירופה שנפוצו בעקבות השואה לכל עבר, יחידה זו עשויה להיות טרנס-לאומית.⁴⁶ אף שלמיטב ידיעתי למקין אינו מדגיש מילה זו, אתאר את תפיסתו כתפיסה המבקשת להגן על קהילות טרנס-לאומיות.⁴⁷

3. איסור הג'נוסייד טומן בחובו תרופת פיצויים

העיקרון השלישי שבילסקי וקלגסברון מבקשות "להציל" מהגדרת הג'נוסייד המוקדמת שנדחתה – אולי החדשני ביותר על רקע הספרות הקיימת על ג'נוסייד – הוא שבמקור הפשע אינו מובן אך ורק במושגי המשפט הפלילי; חשוב לא פחות עבורן הוא הצד הקנייני והאזרחי של ההגנה מפני ג'נוסייד. הן מביאות בהקשר זה את טיוטת 26 ביוני 1947 לסעיף 13 לאמנה: "כאשר ג'נוסייד מבוצע במדינה על ידי השלטון או על ידי חלקים באוכלוסייה, ואם הממשלה נכשלת מלהתנגד לכך, המדינה תעניק לניצולים המשתייכים לקבוצה שהיא קרבן הג'נוסייד תרופה מסוג ובסכום אשר ייקבע על ידי האו"ם".⁴⁸

מובן שתרופה זו איננה שוללת את האפשרות שבמקביל יושת על הנאשמים בג'נוסייד גם עונש פרסונלי, כגון מאסר. היא איננה שוללת כשלעצמה את עונש המוות, גזר דינם של נאשמי נירנברג ושל אייכמן (שהיום כמובן כבר אינו מקובל במוסדות המשפט הבינלאומי הפלילי).⁴⁹ ואולם התפיסה שלפיה יש לזכות את הנפגעים מג'נוסייד בתרופת פיצויים על השמדת נכסי תרבות שונה מאוד מתגובות פליליות מעין אלו. תרופת הפיצויים מניחה את אחריות המדינה על כך שלא מנעה השמדה תרבותית. ההנחה המובלעת היא להבנותי, כי על המדינה מוטלת חובה פוזיטיבית לפעול על מנת להגן על אוצרות תרבות של קבוצות שונות ועל הריבוי התרבותי שבתוכה (תוך השקעת משאבים בכך).⁵⁰

נראה שלשיטתן של המחברות התרופה האזרחית עשויה לכלול השבה בעין או פיצוי כספי, מתוך תפיסה שלעיתים הנכס התרבותי אבד וההשבה איננה אפשרית עוד. כפי שהן מסבירות, "כאן אפשר להבחין בזיקה ההדוקה שהייתה מלכתחילה בין תרופת השילומים לבין ההיבטים התרבותיים של ג'נוסייד, במטרה לשקם את הקבוצה ככזו."⁵¹ תרופת הפיצויים

46 בתחום המשפטים, המושג "טרנס-לאומיות" מתייחס לניתוח החורג מגבולות המדינה והנוגע לתהליכים משפטיים חוצי גבולות, שאינם מוגבלים לדין הבינלאומי הפומבי דווקא. ראו למשל PHILIP JESSUP, *TRANSNATIONAL LAW* (1956); Peer Zumbansen, *Transnational Law* (CLPE .Research Paper, 2008), available at <http://ssrn.com/abstract=1975403>

47 השוו: Cathie Carmichael, *The Violent Destruction of Community During the "Century of Genocide"*, 35(3) *EUR. HIST. QUART.* 395 (2005)

48 ראו בילסקי וקלגסברון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 585-587.

49 ראו באופן כללי: WILLIAM A. SCHABAS, *THE ABOLITION OF THE DEATH PENALTY IN INTERNATIONAL LAW* (2002).

50 על חובות פוזיטיביות בדיני זכויות אדם, ראו: Dinah Shelton & Ariel Gould, *Positive and Negative Obligations*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS* (Law 562 (Dinah Shelton ed., 2015)). לאמנה בינלאומית אחת שמבטאת הגנה על ריבוי תרבותי, ראו: Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (Oct. 20, 2005) 2440 U.N.T.S. 311

51 ראו בילסקי וקלגסברון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 586.

והרעיון השיקומי שבילסקי וקלגסברון מדגישות הולמים את הדגש על הגנה תרבותית וכן את מושג הקהילה שהצעתי לעיל. הפיצויים אינם מיועדים אך ורק לכיס פרטי, במובן של שימוש למטרות אישיות (אף שגם זה ייתכן); תחת זאת מודגש הצורך לשמר ולכונן מחדש את הקהילה הנפגעת בתנאים החדשים שנוצרו, והדוגמאות הנדונות כוללות מוזיאונים וארכיונים הפתוחים לציבור.⁵²

בילסקי וקלגסברון מחלצות אפוא מהגדרת הג'נוסייד של למקין את האפשרות המשפטית שהוחמצה: הגנה טרנס-לאומית אזרחית עבור נכסים תרבותיים המשתייכים לקהילות. אופציה זו מבצבצת מדי פעם לאורך ההיסטוריה של הניסיונות להגנה משפטית על הקהילות שנפגעו מן השואה, ובכלל זה יהודים ולא יהודים. משפטי נירנברג ומשפטי אייכמן, שני המשפטים האיקוניים, אשר בדיעבד נתפסים כתקדימים שהובילו להיווצרותו של המשפט הבינלאומי הפלילי העכשווי, כשלו לשיטתן כישלון נחרץ בכל הגנה קהילתית מעין זו.⁵³ ניתן לתארם כאירועים המגלמים את התפיסה הפלילית על כל חסרונותיה. ואולם האכזבה מהמשפט הבינלאומי הפלילי איננה נעוצה אך ורק בכשל כזה או אחר. בעוד מבקרים אחרים מדברים על יעילותו המוגבלת, על אכיפה סלקטיבית או על היעדר שיתוף פעולה מצד מדינות מסוימות, בקורתן של בילסקי וקלגסברון עמוקה יותר. היא נעוצה בשורשי המשפט הבינלאומי הפלילי, ובאופן שבו התרבות השלטת במשפט הבינלאומי הפומבי ממשיגה "פשעי זוועות".⁵⁴ המשפט הפלילי מגן מפני הרס תרבות באמצעות דוקטרינות מוגבלות ביותר של ענישה על פשעי מלחמה. פשעי מלחמה אוסרים על הרס מונומנטים, מתוך תפיסה אוניברסליסטית המבקשת למנוע פגיעה באנושות כולה.⁵⁵ ואולם משתמע מדבריהן של בילסקי וקלגסברון שהגנה שכזו איננה מכירה בתרבות כדבר חי, המתרחש בהקשר של חיי יומיום משותפים של בני אדם בשר ודם.⁵⁶

מוצלחים יותר מן הפרספקטיבה של הגנה על קהילות היו מאבקי ההשבה התרבותית שנוהלו בידי פולנים ובידי יהודים, בעיקר מארצות הברית ומישראל. מרכזית בהקשר זה היא דמותו של פרופסור סאלו בארון, היסטוריון אמריקני שהיה מעורב במאבקי ההשבה ואף העיד במשפט אייכמן. ואולם על אף הצלחות חלקיות בשחזור ארכיונים ובמניעת אוברנס של

52 שם, בעמ' 559.

53 שם, בעמ' 559, 581-585.

54 המושג השגור באנגלית הוא "mass atrocities".

55 Roger O'Keefe, *Protection of Cultural Property Under* לסקירת הפשעים הללו, ראו: *International Criminal Law*, 11 MELB. J. INT'L L. 339 (2010). מעניין שאוקיף מתייחס בביטול לאפשרות שבילסקי וקלגסברון מצביעות עליה כאפשרות שנשכחה או הוחמצה: "Although journalistic and speculative academic reference is not infrequently made to 'cultural genocide', the crime of genocide, as will be seen below, does not extend under positive international law to acts of hostility against and plunder of cultural property" (שם, בעמ' 341).

56 והשוו לתיאורה של קריסטין שובל-פאטל את האופן שהדיון במשפט הבינלאומי בהשמדת נכסי תרבות מתרחש בהקשר של דה-הומניזציה של הקורבנות האנושיים של ההשמדה הזו: Christine Schwöbel-Patel, *The "Ideal" Victim of International Criminal Law*, 29(3) *EUR. J. INT'L L.* 703, 716 (2018).

אוצרות תרבותיים, בסופו של דבר גם במאבקי ההשבה בילסקי וקלגסברון מזהות את ההטיה של המשפט הבינלאומי לטובת מדינות ופרטים אך נגר קהילות. זוהי "נקודת עיוורון באשר לאפשרות שלישית שעליה נאבקו – הכרה ישירה בקהילת הקורבנות כישות טרנס-לאומית על-מדינית, כמי שהקניין התרבותי שייך לה וכמי שגוברת על המדינה הטריטוריאלית".⁵⁷ הן מסבירות: "גישה זו, היוצרת קישור בין פשע הג'נוסייד לבין השבה תרבותית ישירות לקבוצה הנפגעת כחלק ממאמצי שיקום תרבותי, חסרה מאחר שלא הצליחה להתקבל כאמנה בינלאומית. ואולם גישה שכזו הייתה מאפשרת לפתוח שאלות רבות אשר נותרות מחוץ לתחום הדיון כאשר שתי האפשרויות הן רק הגישה הלאומית והאוניברסלית".⁵⁸ כיצד תפקדה מדינת ישראל בתוך הקשר זה בהגנה על קהילות? האם נקטה גישה אוניברסליסטית-אינדיבידואליסטית, או גישה המקדשת את הריבונות? כיצד אם בכלל מימשה המדינה את תפקידו של השלטון בהגנה על קהילות? בשורות הבאות אדון בשאלות אלו, מתוך עיון במקרה מבחן.

ב. הכתר האבוד

את הפסקה הפותחת מאמר זה כתב רפאל למקין. היא מציגה את מחשבתו, שלפיה קיומו של רצח עם אינו נמדד בהכרח בהשמדה פיזית. דברים אלה נמצאו בארכיון המדינה בתיק האישי של ליאו כהן, יהודי גרמני שהפך לפליט לאחר עליית הנאצים, ומראשוני המומחים למשפט בינלאומי באוניברסיטה העברית.⁵⁹ המכתב הרלוונטי נמצא בתיק האישי של כהן רק בחלקו. על אף שנקבתי לעיל בתאריך, מדובר בהסקת מסקנות עצמאית ותו לא. המכתב נמצא בארכיון בצורה חלקית וללא תאריך; הוא טמון בין מסמכים אחרים על החלטת החלוקה של האסיפה הכללית של האו"ם, מס' 181, מיום 29.11.47.⁶⁰ על פי תוכנו, אפשר להניח שהוא נכתב זמן קצר אחריה, וזמן מה לפני חתימת אמנת הג'נוסייד בשנת 1948.⁶¹ זהו מכתב של למקין בדיוק מהתקופה שמעניינת את בילסקי וקלגסברון – התקופה שבה פיתח את האפשרות המשפטית שהוחמצה.

ספר התורה שעליו כתב למקין הוא כתר ארם צובא, שאותו השיב לאחרונה לדיון הציבורי הבמאי אבי דבאח בסרטו "הכתר האבוד" משנת 2019.⁶² הסיפור שדבאח מספר

57 ראו בילסקי וקלגסברון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 591.

58 שם, בעמ' 591-592.

59 עניינו של ליאו כהן בפגיעה ביהודי מדינות ערב הוביל אותו ברבות השנים לפתח מודל של קיזוז הדדי אל מול הפגיעה של מדינת ישראל באוכלוסייה הפלסטינית בעת הקמתה, פגיעה שגם בעניינה נטען מדי פעם שהיא הגיעה כדי ג'נוסייד תרבותי. לדיון בכך, ראו: Itamar Mann, *Disentangling Displacements: Historical Justice for Mizrahis and Palestinians in Israel*, 21(2) THEORETICAL INQ. L. 427 (2020).

60 U.N. General Assembly Resolution 181 (III) (Resolution Adopted on the Report of the Ad Hoc Committee on the Palestinian Question (Nov. 29, 1947).

61 ראו אמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, לעיל ה"ש 14.

62 הכתר האבוד, לעיל ה"ש 4. לרקע, ראו גם: אמנון שמוש הכתר: סיפורו של כתר ארם צובא (1968); מתי פרידמן תעלומת הכתר: המצוד אחר כתב היד החשוב ביותר של התנ"ך (2012).

בסרטו חולק הנחות מוצא מסוימות עם עמדתן של בילסקי וקלגסברון. הוא יכול ללמד אותנו משהו חשוב על האופן שפעלה מדינת ישראל אל מול הדרישה שעלתה אצל למקין בשנות הארבעים, הדרישה להגנה על קהילות.

המסמך המכונה כתר ארם צובא הוא כתב היד המוקדם ביותר של התנ"ך. הוא חובר במאה העשירית בידי אהרן בן אשר בטבריה, שלפי המחקר ייתכן שהיה שייך למשפחה קראית. הוא הועבר תחילה ליהודי מצרים ומשם לחלב, שם הוא נשמר בידי הקהילה היהודית במשך כ-700 שנים בבית כנסת שבסיסו נבנה לפי המסורת היהודית בימי דוד המלך (950 לפני הספירה).⁶³ עזרא דבאח, שמש בית הכנסת וסבא רבא של הבמאי, הופקד בין יתר תפקידיו על הגנתו. כפי שמספר הסופר אמנון שמוש, בשנת 1934 הגיע יצחק בן-צבי מפלשתינה לביקור בחלב. בן-צבי היה לפי מילותיו של שמוש היסטוריון "חילוני ואשכנזי, שונה מאד מהקהילה הדתית ששמרה על הכתר". הוא ביקש לראותו, אך בקשתו סורבה – "לא מוציאים את הכתר מהארגז".⁶⁴

בן-צבי, שהיה אספן, ביקש בשנים שלאחר מכן להביא את הכתר אליו לירושלים. כפי שעולה ממכתב שמדגיש דבאח בסרט, הוא אף התייעץ עם יוסף שמאע, "יהודי חלבי בעל השפעה הבקי בהלכותיהם". בן-צבי כותב על שמאע: "הוא אמר, ודעתו נראית לי נכונה מאד, שאנשי חלב לא ינקפו אצבע אם הגוינט לא יאיים עליהם, שאם לא יעבירו את כתר התורה

3)
איך להבטיח את בטחונו של הספר? ואת הסודיות שלו?
מתוך כתביו של יצחק בן צבי בארכיון המדינה, תיק
"חומר מחקר על כתר התורה מחלב" פ-2029/05 (1958)

איך להבטיח את בטחונו של הספר? ואת הסודיות שלו?
מתוך כתביו של יצחק בן צבי בארכיון המדינה, תיק
"חומר מחקר על כתר התורה מחלב" פ-2029/05 (1958)

63 שמוש, לעיל ה"ש 62, בעמ' 32.

64 הכתר האבוד, לעיל ה"ש 4.

לירושלים יפסיק להם את העזרה החדשית... רצוני להגיש שאין חלילה בכוונתי לבטל את העזרה הנ"ל שהם כל כך זקוקים לה, אלא לאיים באופן רציני, ואולי יועיל האיום".⁶⁵ תהליך הדה-קולוניזציה שהתפתח בסוריה במחצית השנייה של המאה העשרים הוביל לפגיעה מצד השלטון המרכזי באוטונומיה התרבותית היחסית שהייתה לקהילות תחת השלטון העותמאני.⁶⁶ בחודש דצמבר 1947 הוצת בית הכנסת בחלב. שרפו אותו פורעים בני המקום במסגרת מעשי נקמה על ההתבססות הציונית בפלשתינה, שאותה הם תפסו כתהליך של קולוניזציה ושל גישול.⁶⁷ האמונה ששמע דבאח בבית משפחתו חופפת במידה רבה לאמונה שלמקין מציג בציטוט שלמעלה, ולפיה הכתר היה ה"נשמה" של הקבוצה שהזיקה בו. לפי אמונה זו, פגיעה בכתר תוביל מיניה וביה להרס הקהילה היהודית של חלב. עקב המאורעות התפזרה הקהילה לכל עבר. הקהילה החלבית נותרה קהילה טרנס-לאומית עם מרכזים בישראל, בארצות הברית ובמדינות דרום אמריקה, ובכלל זה בין היתר ברזיל ופנמה. קבוצות יוצאי חלב שמרו במידה מסוימת על זהות כקהילה שהיא נפרדת במאפיינים תרבותיים-חברתיים מאוכלוסיית אזורי המדינה בכללותם,⁶⁸ אך לעיתים גם השתלבו במדינות החדשות כאזרחים פטריטיים.⁶⁹

אלא שבניגוד לסברתו של למקין ושל רבים אחרים בשנת 1947, "כתב היד העתיק של התנ"ך" לא חוסל. לפי הסיפור שדבאח מגולל מפי חברי הקהילה ומפי חוקרים שהקדישו לסוגיית הכתר את מיטב מרצם, רבני הקהילה בחלב – משה טויל וסלים זעפרני – קיבלו לידיהם את כתב היד, ובסתיו של שנת 1957 מסרו אותו למוראד פחאם.⁷⁰ פחאם היה סוחר גבינות, טיפוס מסורתי שחזר לקהילה לאחר שהוגלה בידי השלטונות לאיראן. אנו מבינים מהסרט שהיה לו דרכון זר, ושהוא היה שולח את ידו גם בענייני הברחה, אשר ככל הנראה כללו סיוע להגירת יהודים לפלשתינה. עם הכתר טמון בין מיטלטליו, קבור במעמקי מכונת כביסה, חמק סוחר הגבינות לתורכיה ומשם לחיפה. כפי שעולה מן המסמכים ומן העדויות השונות, הכתר יועד ליצחק דיין, ראש הקהילה החלבית בתל אביב. אלא שפחאם ככל הנראה סבר שהיה עליו למסור "לאדם דתי". בנסיבות שאינן מתחורות במלואן בסרט,

65 ראו באתר "הכתר האבוד" / כאן (להלן: אתר הסרט) את מסמך "בן צבי מאיים על החלבים"

בכתובת <http://thelostcrown.kan.org.il/#/chapter03/3.1/>.

66 מיכאל מ' לסקר "בצל הסכסוך הערבי-ישראלי והלאומיות הערבית: יחסי מוסלמים-יהודים

בסוריה בשנים 1948-1970" פעמים: פרקי עיון במורשת ישראל במזרח 66, 70, 71-73 (1996).

67 ראו גם: אליעזר שלוסברג "לחקר חייה התורניים של יהדות סוריה תחת משטר הבעת': הספר

היהודי האחרון שיצא לאור בארם צובה" פעמים: פרקי עיון במורשת ישראל במזרח 66,

128, 130 (1996); לסקר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 77 (במהלך המהומות כ"כ 150 בתים, 50 חנויות

ומשרדים, 10 בתי כנסת ו-5 בתי-ספר ניזוקו; 160 ספרי תורה עתיקים בבית-הכנסת באשיטה

נשרפו").

68 ראו למשל: קיי קאופמן שלמיי "פזמונים חלביים בברוקלין" פעמים: רבעון לחקר קהילות

ישראל במזרח 67, 96 (1996).

69 ראו למשל: סוזנה בראונר רודג'רס "יהודי חלב בבואנוס איירס: מנהיגותם וזהותם הדתית,

1920-1960" פעמים: רבעון לחקר קהילות ישראל במזרח 80, 129, 135 (1999).

70 פרידמן, לעיל ה"ש 62 בעמ' 92-93.

ראש מחלקת העלייה בסוכנות, אדם דתי בשם שלמה זלמן שרגאי, סייע לפחאם לשחרר את הכתר מהמכס והצליח לשכנעו למסור אותו לידי לקראת סוף שנת 1957. גם אחרי קום מדינת ישראל שקד בן-צבי על איסוף הומרים היסטוריים בעלי ערך מחקרי וציבורי. בן-צבי התעניין במיוחד בתרבות יהודי המזרח התיכון, והקים את מכון בן-צבי לחקר קהילות ישראל במזרח. בסרטו מביא דבאח מכתב מעניין נוסף שיוצר את ההקשר הכללי שבו מצטייר יחס בעייתי ביותר של בן-צבי ושל מוסדות המדינה כלפי קהילות יהודי המזרח התיכון. המסמך נוגע להגירה היהודית מתימן, והבמאי מבקש ללמוד ממנו על היחס של מדינת ישראל לתרבות הקהילות היהודיות הללו.⁷¹ לאחר ביקור בתימן בן-צבי כותב דברים שיש טעם להביאם כאן באריכות:⁷²

"רוב העולים הבאים בזמן האחרון [לערדן] לוקחים עמם ספרים וספרי-תורה. בעדן נמסרים החפצים למחסנים המרכזיים. שם אורזים אותם בתיבות והם מונחים לשמירה... פתחתי שנים-שלושה ארגזים ומצאתי על הרוב דברים שברפוס... קרוב לודאי שבין הספרים האלה נמצאים כתבי-יד בעלי ערך וגם תעודות ומסמכים שונים, אם הם שייכים לכלל ואם לפרט. כל החפצים האלה יובאו לידי מחלקת העלייה של הסוכנות, ויש צורך לרכז אותם במקום אחד קודם שיוחזרו לבעליהם. המטרה היא לברוק היטב אם יש בהם חומר בעל ערך שאפשר יהיה לרכוש אותו למכון לחקר קהילות ישראל במזרח התיכון, של האוניברסיטה, שאני עומד בראשו. דבר זה מצריך הכנה מראש [והקמת] ועד מיוחד מטעם הסוכנות בהשתתפות בא-כוח המכון. כאשר לשאר הספרים שאין להם בעלים פרטיים, יש לקבוע ועד מיוחד בהשתתפות נציגי התימנים לשם חלוקה בישובים התימניים והקמת ספריות לעולים מתימן".

בציטטה זו אפשר לראות – בקווי מתאר כלליים – את התשובה של דבאח ושל "הכתר האבוד" על שאלות שהצבתי בעקבות מאמרו של בילסקי וקלגסברון. כיצד תפקדה מדינת ישראל בהגנה על קהילות? הגישה כלפי קהילות המזרח, כך עולה מהסרט (גם אם לא ישירות מהציטוט המובא כאן), היא גישה פטרנליסטית: הקהילה איננה מסוגלת להגן בעצמה על אוצרות התרבות שלה. הכוונה כאן איננה להשמיד את התרבות של התימנים, אך כן להפקיע אותה. ההנחה היא שמה שאינו כבעלות פרטית ממש צריך לעבור לידי המדינה, ולכן אף ניתן ליטול אותו מידי הקהילה. לקהילה אין מעמד אוטונומי ולפיכך גם אין לה קניין. הפטרנליזם הזה נקשר בחשיבה בעלת אופי קולוניאלי, הרואה במזרח בעת ובעונה אחת את ערש התרבות ואת הגרסה הילדותית, הלא מפותחת שלה.⁷³ כפי שמסביר אחד המרואיינים של דבאח המתייחס לנושא הספרים שהובאו מתימן, "הטענה הייתה שהם עצמם אינם מבינים את ערכם בדיוק בגלל שהם תימנים", "הם הנשאים של התרבות

71 ראו עמית, לעיל ה"ש 10 (ההדגשה במקור). ראו גם פרידמן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 149-150.

72 שמעון רובינשטיין "על ייסודו וראשיתו של המכון לחקר קהילות ישראל במזרח" פעמים: פרקי עיון במורשת ישראל במזרח 23, 127, 132 (1985) www.ybz.org.il/_Uploads/dbsAttachedFiles/ Article_23.12.pdf

73 מדובר בגישה אוריינטליסטית. ראו באופן כללי, אדוארד סעיד אוריינטליזם (עתליה זילבר מתרגמת, 2000).

היהודית הקדומה בדיוק בגלל שהם היו מנותקים מהציוויליזציה".⁷⁴ השלטון אינו נתפס אפוא כמגן על קהילות, אלא כגוף שתפקידו לדרבן אותן לפנות את מקומן לטובת ציבור האזרחים כולו, בעלי הגישה לאותן ספריות שיוקמו ביישוב. אנו רואים כאן בקווים כלליים את מהות הביקורת העקרונית יותר שעולה מהדברים. במעבר מהתקבצות חברתית בקהילות למדינה מודרנית, שמבקשת ליצור קהילה מאוחדת של אזרחים המממשים יחד את עקרון ההגדרה העצמית, קהילות מלפני קום המדינה הופכות קורבן לאלימות ולגזל מצד השלטון. יתרה מזו, האלימות איננה מופנית כלפי כל הקהילות הטרנס-מדינתיות בצורה שווה: מעשה המחיקה התרבותית מופנה מקהילה מסוימת שהופכת להיות דומיננטית במסגרת המדינתית לקהילה אחרת שהופכת לנחותה ממנה בתוך אותה המסגרת.⁷⁵

זמן קצר לאחר שפחאם הביאו לחיפה והפקידו בידי שרגאי, נמסר הכתר לנשיא המדינה יצחק בן-צבי, שביקש לשומרו בספריית מכון בן-צבי (הספרייה שהוא מזכיר במכתבו בעניין ספרי התימנים). שרגאי, שממנו הגיע הכתר לבן-צבי, סבר תחילה שניטל ממנו דבר שהוא קנה עליו בעלות, לאחר שפחאם מסר אותו לידיו. ואולם חשוב יותר, רבני הקהילה החלבתית חשו שנלקח מהם נכס ששייך לקהילה שלהם. תגובתם לא התנסחה במישור הפלילי; הם לא ניסו לערב את המשטרה. עם זאת הם הגיבו ברמה המשפטית, בצעד שדבאח מגדיר כחריג לתקופתו: בחודש פברואר 1958 הם פנו לבית דין רבני.⁷⁶ מטרתם הייתה השבה. "הוא קניין העדה החלבתית ולא קניין מדינת ישראל", אמר הרב משה טויל.⁷⁷

על ההצעה לקבוע את בעלותם של בני קהילת חלב הגיב בא כוח הנשיא, עו"ד שלמה תוסיה כהן, באומרו כי "הכתרים לא היו אף פעם בבעלות פרטית".⁷⁸ אנו רואים כאן את הרדוקציה של הבעלות לדיכטומיה בין פרטי לציבורי, תוך ביטול האפשרות הנטענת של קניין השייך לקהילה. שרגאי, שמסר את הכתר לנשיא, הגיע למסקנה שלפיה מדובר ברכוש "ציבורי". כאשר עו"ד מזרחי, בא כוח הרבנים החלבים, חקר אותו בעניין, הוא השיב ש"הנשיא היה מהחוקרים בענין הכתרים, הכתרים הועברו אליו זמנית לשם בדיקתם. דעתי היתה שיש להכניסם... לגנוז המדינה, כך קבעתי שזה לא רכוש פרטי אלא ציבורי".⁷⁹ רעיון הרכוש הציבורי בהקשר זה אף הוא בא לבטל את האפשרות של רכוש קהילתי. קניין, כך נאמר לנו

74 ראו גם עמית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 14 ("הוא הדין באיסופם של כתבי היד של יהודי תימן, שניזון, כפי שיתואר להלן, מתפיסתם של התימנים בתודעה הציונית הן כיהודים קדמונים, נשאים ומשמריה של תרבות קדומה, והן כנחותים מבחינה תרבותית, דתית ולאומית").

75 השוו שם, בעמ' 10.

76 על פי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, נדמה שלא הייתה נתונה לבית הדין סמכות לדון בעניין, גם לא בהסכמת הצדדים. בפועל, לטענתו של מתי פרידמן, קנה בית הדין הרבני סמכות זו בהסכמת הצדדים (פרידמן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 112). נדמה שאכן הייתה פרקטיקה שכזו, לפחות עד שבשנת 2006 בית המשפט העליון הכריז על בטלותה. ראו: בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, סא(1) 259 (2006).

77 מצוטט אצל פרידמן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 135.

78 מצוטט שם, בעמ' 122.

79 עמ' 14 לפרוטוקול הדיון מיום ב בחודש אייר התשי"ח בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, תיק מס' תשי"ח/906 (להלן: פרוטוקול הדיון).

בעצם, אינו יכול להיות שייך לקהילה.⁸⁰ ואולם מנגד סברו נציגי הקהילה החלבים, שבהחלט קיים מושג של קניין קהילתי, ובשמו הם השמיעו את טענותיהם מול בית הדין. הרבנים לא טענו שהכתר שייך להם באופן פרטי, ואף לא הסכימו שהוא ייוותר בחזקת רכוש ציבורי; הוא שייך לקהילה כדבר מה בעל מעמד משפטי אוטונומי (בדיוק לפי רוח המושגים של למקין). עו"ד מזרחי חקר באותו העניין את הרב טויל, אשר השיב ש"דעתנו היא שכתר תורה מוקדש ועומד לעדת החלבים ואין לשנות מזה דבר, מסרנו חפץ לאדם שמעל בתפקידו". הרב זעפרני, גם הוא מרבני העדה שהופיעו בפני בית הדין הרבני, המשך והסביר:

"פה בארץ אני אחד מבני העדה החלבית. רצוני שהכתר ימסר לעדה החלבית. היינו שומרים עליו שם עד טפת דמנו האחרונה. הוא קנין העדה החלבוהה וכך במקור – א' מ' ולא קנין מדינת ישראל. אמרנו לפחם בפרוש שימסרנו אך ורק להרב דיין. אין התנגדות שהנשיא בזמן כהונתו ישמרנו בלבד, אך לא יהא אפוטרופוס, אם יהא איזה רווח והנאה מהכתר ישמר לעדה החלבית, היות ואין לנו מקום לשומר עתה מסכימים שישמר בידי הנשיא."⁸¹

עמדת נציגי הקהילה החלבית, כפי שנוסחה במכתב הרבנים ערב התביעה, תיארה את ההקדש הרצוי: יהיו בו חמישה חברים – הנשיא, הרב הראשי ושלושה נציגים של העדה החלבית. במכתב הם אף רומזים בעדינות שאולי עדיף שהנשיא לא יהיה חבר בהקדש, כי אין על הנשיא מרות של בית הדין.⁸² בכל אופן, לפי המבנה שהם ביקשו לקבוע, ההקדש היה נשאר בשליטה שלהם. בבית המשפט ביקש בא כוחם כי בית המשפט יקבע שהכתר שייך לעדה החלבית וכי היא תעבירו לבן-צבי, אשר יתפקד כאפוטרופוס משותף עימם. כמו כן, את "הכתר הקטן" (שהוא חלק מן המסמך המכונה "כתר ארם צובא") ביקשו רבני הקהילה להעביר לידיהם למשמורת, ככל הנראה בבית כנסת. עו"ד מזרחי הסביר את העמדה שהובילה לפשרה באמירות שנראות כנמצאות במתח מסוים עם דברי טויל וזעפרני:⁸³

"במלחמת השחרור פרצו מהומות בחלב ופורעים פרצו את ארון הברזל, ומשלא מצאו כספים קרעו כמה דפים מהכתר הגדול וזרקום ואף זרקוהו, לאחר ימים

80 והשוו לדין בקניין הרוחני הקהילתי של קהילות ילידיות (Community intellectual property rights). כך למשל: DARREL A. POSEY & GRAHAM DUTFIELD, BEYOND INTELLECTUAL PROPERTY: TOWARD TRADITIONAL RESOURCE RIGHTS FOR INDIGENOUS PEOPLES AND LOCAL COMMUNITIES (1996); וכן למקרקעין השייכים לקהילות ילידיות לפי פסיקתו של בית המשפט האינטר-אמריקני לזכויות אדם: *Moiwana Village v. Suriname, Judgment*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 124 (Jun. 15, 2005) ¶ 133: "Their concept of ownership regarding that territory is not centered on the individual, but rather on the community as a whole"; *Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina, Judgement*, Inter-Am. Ct. H.R. (Apr. 2, 2020), ¶¶ 92-184 (למדינה חובת התייעצות עם קהילות ילידיות כאשר לשימושי קרקע שבה יש זכות לקניין קהילתי ["derecho de propiedad comunitaria indígena"]).

81 עמ' 23 לפרוטוקול הדין, לעיל ה"ש 79.

82 ראו באתר הסרט, לעיל ה"ש 65, את המכתב המלא, בכתובת: <https://thelostcrown.kan.org.il/#/chapter07/7.1>

83 שם.

אספו אנשי העדה את הגליונות ושמרים. נשיא המדינה התעניין בדבר אפשרות להעבירם לארץ או לצלמם. אחד הרבנים הרב יצחק דיין מחלב התכתב בעקיפין עם כ"ד בחלב הרב טויל והרב זעפרני שישלחו את הכתרים לארץ, בהזדמנות נמסרו הספרים למרדכי פחאם והגיעו לארץ. מר פחאם נדרש לשלם מכס עבור הספרים, ובהתערבות מר שרגאי שוחררו מתשלום מכס, מר פחאם מסר את הספרי למר שרגאי למשמרת. נשאו אצלו כשבוע ימים, כשנודע לנשיא המדינה ביקש להעבירם למכון בן צבי מר שרגאי התנגד בתחלה בחושבו שזכה בהם... ולבסוף הסכים, ממכון בן צבי הוגש שטר ההקדש, והמקדישים הם הנשיא שרגאי, הרב דיין ופחאם, טענותינו היא כי הכתרים שייכים למעשה לעדת החלבים... להקדישם ורק העדה זכאית להקדישם והאפוטרופוסים יהיו נשיא המדינה או מי שיבא במקומו, הראשל"ד ומי שיבא במקומו ושלשה מבני העדה החלבית. פחאם הוא רק שליח ולא זכה משום שליחותו בספרים.

...

הכתר הגדול יהיה במכון בן צבי ויסודרו 3 מפתחות, אחד בידי הנשיא, שני בידי הראשל"צ, אחד לידי ועד עדת החלבים בראשות עו"ד לניאדו. הכתר הקטן יישמר בידי העדה החלבית שיכנו לצורך זה מקום מיוחד, והמפתחות יהיו כפי הכתר הגדול".

יש לשים לב להקשר שיוצר עורך הדין, הקשר שמופיע גם במכתב הרבנים – "במלחמת השחרור". הימים הם הימים שאחרי החלטת האו"ם על חלוקת הארץ לשתי מדינות, החלטה שעוררה את חמת זעמם של תושבים לא יהודיים בעיר. עבור עורך הדין ההקשר של מלחמת השחרור הוא חלק מנרטיב שלפיו טענות הרבנים המבקשים להכיר בבעלות הקהילה על הכתר איננה זרה לציונות ולמדינת ישראל; להפך, טענה זו מושמעת מתוך גודרי האמנה החברתית הציונית-ישראלית.

בית הדין הרבני לא הכיר בסופו של דבר בבעלות הקהילה החלבית על הכתר. בהקדש הסופי לא היה לחלבים רוב: הנשיא (ולאחריו ראש מכון בן-צבי) עמד בראש ההקדש, לחלבים היו ארבעה נציגים, ומלבדם היו עוד שלושה נציגים, בכלל זה ממכון בן-צבי וכן שרגאי עצמו.⁸⁴ כך הפסידו נציגי העדה החלבית את השליטה על הכתר. הכתר נשאר למשמורת במכון יד בן-צבי.⁸⁵ בהתכתבות בנושא הסביר לי דבאח, כי "החלבים דרשו שיהיה להם מפתח – כלומר, גישה חופשית אל הכתר, כמובן שהם לא ראו אפילו את חור המנעול".⁸⁶ כיום הכתר עודנו מצוי ברשות מדינת ישראל, אך הוא עבר אל ספריית מוזיאון ישראל שבירושלים. לרגעים המצלמה של דבאח מטיילת על קווי המתאר האדריכליים האלגנטיים של בניין המוזיאון המוכר; נדמה שמבט המצלמה הנח על הקיר הלבן של המוזיאון הוא מבט חודר, כעוס.

התביעה האזרחית של הקהילה מעניינת מאוד בהקשר הנוכחי. אך סרטו של דבאח איננו מתמקד רק בהיסטוריה. הוא מתנהל כדרמה בלשית הממשיכה ממש עד להווה. כך מסתבר לצופה בסרט, שהכתר שנמצא כיום במוזיאון ישראל הוא חלקי בלבד. בשנות השמונים הופיע

84 ראו שם את ההקדש הסופי, בכתובת: <https://thelostcrown.kan.org.il/#/chapter07/7.3>.

85 מצוטט אצל פרידמן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 138-139.

86 דואר אלקטרוני מאבי דבאח למחבר (20.7.2020).

חיים שנייבלג, סוחר עתיקות ירושלמי (ובנו של ראש ישיבת ויז'ניץ) עם חלקים מהכתר, וניסה למכור אותם לאיש העסקים שלמה מוסאיוף. דבאח מספר, כיצד בשנת 1989 נרצח אותו שנייבלג בנסיבות עלומות בבית המלון שבו התגורר. מותו הלא מוסבר מוסיף לנופך הקונספירטיבי שאופף את הכתר: ההצעה הנרמזת היא שיש מישהו בעל אינטרס עז כמוות לשמור את הסיפור בשקט.

ההופעה המסתורית של דפי הספר, דורות לאחר אירוע שריפת בית הכנסת, שולחת את דבאח למסע לארצות הברית על מנת לבדוק אם בכל זאת הגיעו החלקים הנעלמים לידי חברי הקהילה בחו"ל. דבאח אינו מוצא את הכתר האבוד, ובהדרגה אך בצורה חדה וחרifiפה מאוד עולה האשמה כלפי בן-צבי ואנשי מכונו: חלקים מן הספר נגנבו בידי בן-צבי עצמו או בידי מאיר בניהו, מנהל המכון דאז, לטובת אוסף פרטי. ההאשמה נרמזת בחצי פה בדבריו של רפי סיטון, איש מוסד לשעבר שגם הוא במקור מחלב, אשר הכיר את הנפשות הפועלות היטב. לדברי סיטון, שרגאי טען מלכתחילה שכאשר נפתח הכתר בביתו של בן-צבי, הוא היה שלם. פרופסור יום טוב עסיס, היסטוריון מן האוניברסיטה העברית וחלבי במוצאו, קובע כך: "אנחנו יודעים שנעלמו ספרים וכתבי יד מהספרייה, ואולי היה מעורב שם מישהו מהמכון". מתי פרידמן, שחקר וכתב על הפרשה, ממשיך בראיון עימו בסרט לאפוף את הסיפור בחשד: "כל מה שאני יודע שכתר ארם צובא הגיע ב-1958 לספרייה ששם נשקפה סכנה לספרים". ואולם למרות ההאשמות הקשות, לא נמצא בסרט "האקדה המעשן" שיאפשר לקבוע שאכן נלקח הכתר למען רווח פרטי של מי מעובדי מכון יד בן-צבי.⁸⁷

שאלת ערכם הכלכלי של דפי הספר היא מרכזית לתזה שדבאח מבטא בסרטו. נציגי המדינה מבקשים לאורך ההיסטוריה (ולאורך הסרט) לבטא עמדה שלפיה אין מדובר ברכוש בעל ערך פרטי; לעומת זאת דבאח רומז כי בצד הגזל התרבותי, התוצאה של נטילת הכתר מידי הקהילה היא גם נזק כספי. כך, הקניין הקהילתי נמצא במעין מרחב ביניים, בין הפרטי לציבורי. המוסדות המוזיאליים השונים ששומרים על הכתר מציגים את עצמם כמי שמגינים על אינטרסים קולקטיביים – אם לא של הקהילה, אז לפחות של אזרחי מדינת ישראל. אך דבאח מסרב לסיפור הזה. מבחינתו הערך הרוחני והתרבותי של כתב היד איננו מנותק מן הערך הכלכלי שלו. למען הסר ספק, אין הכוונה שערכו הוא אך ורק ערך כלכלי, שעולה על ערכו התרבותי או מוחק אותו; להפך, עבור דבאח שני ההיבטים הללו – הכלכלי והתרבותי – הם חלק מאותו סיפור של גזל. ההאשמה בגניבת הכתר למטרות פרטיות הופכת במוכן הזה לטיעון נוסף שלפיו מדינת ישראל איננה שומרת אלא להפך, היא פוגעת במעמדן של קהילות יהודי המזרח: מאחורי המסך של הטיעונים בדבר טובת הציבור עומדים פקידי ממשל שפועלים על מנת להפוך את הערך הדתי והתרבותי לערך מדעי-היסטורי, או גרוע מזאת – לשלשל את אוצר הקהילה לכיסיהם הפרטיים.

בניסוח מופשט יותר, דבאח מלמד את צופיו שעל מנת לברר את מעמדן המשפטי של קהילות ואת יחסה של מדינת ישראל אליהן צריך להבין את מקום קניינן התרבותי לא רק ביחס למדינה, אלא גם ביחס לשוק. השאלה העקרונית מובאת באמצעות דיאלוג דרמטי בין דבאח לבין מיכאל מגן, מומחה לשימור כתבי יד ממוזיאון ישראל. לאחר שהם דנים בהיסטוריה של הכתר ובדרכי שימורו במוזיאון, דבאח מסתקרן: "כמה עולה דף כזה?" מגן

אינו מבין תחילה את השאלה, אך נמלך בדעתו כאשר הוא מבין שההקשר שעליו חושב דבאח נוגע לכך שחלקים מכתב היד אולי אינם נמצאים במוזיאון, אלא מוחזקים בידיים פרטיות. מגן טוען שיש שני סוגי אנשים שמתעסקים בכתר – אלה שמתעסקים עם מה שיש ואלה שמתעסקים עם מה שאין. לאחר הפגישה מסכם דבאח ואומר באופן אירוני: "אני כנראה שייך לסוג השני".

התיבה "מה שאין" נטענת אפוא במשמעויות שונות. היא מבטאת סירוב להפקעה של הקניין הקהילתי מידיים פרטיות אל עבר משמורת מדינתית, שנמצאת כביכול בספרה רוחנית שמעל ליחסי השוק. מעבר לכך, נדמה שהיא מבטאת גם ממד קיומי בביקורת של הסרט נגד היחס של מדינת ישראל לקהילת יהודי חלב.⁸⁸ יחס זה מתואר בסרט כיחס של מחיקה, המותיר אחריו ריקנות ומבנה נפשי של היעד; כאילו חלק מן הזהות של מי שהגיע מקהילת חלב היה ואיננו, ונותר רק געגוע אל מה שאיננו. "מה שאין" כעת, לאחר בנייתה של מדינת ישראל כמדינה מודרנית, הוא "צורת החיים" החלבתית. דבאח מבטא את המחסור הזה גם ברגע אחר בסרט, כשהוא חוזר בידיים ריקות מביקורו אצל חברי הקהילה החלבתית בארצות הברית: "קהילה מגובשת, משכילה ועשירה – אני חוזר לארץ קצת מקנא והרבה מיואש". את הגאווה אשר להם כאמריקנים יש, לו כישראלי אין. ברקע עומד דימוי עצמי שונה בתכלית שעומו הוא גדל בארץ, דימוי שבו התפקיד הרגיל של חברי קהילתו הוא של "בורים ועילגים".

ג. הקהילות היהודיות ומדינת ישראל

מן "הכתר האבוד" עולה תמונה קשה של כישלון ישראלי בהגנה התרבותית על קהילת יהודי חלב, ואולי אפילו גרוע מכך. מתי פרידמן, עיתונאי שמשותף בסרט ושכתב ספר שעליו מסתמכים חלקים גדולים מהסרט, מסכם את המשפט במילים נחרצות:⁸⁹

"כתר ארם צובא מעולם לא ניתן למדינת ישראל. הוא נלקח בידי ממשה שהאמינה כי היא משרתת את האינטרס של העם שלה ושל הספר עצמו, ואף על פי שראוי לציין את הנסיבות הללו, אין הדבר מייפה את הפרטים המכוערים המרכיבים את הסיפור: המדינה גזלה את רכושם המקודש של אנשים שלא העניקו לה אותו מרצונם, בעזרת הסדר עם השליח, שנתן להם משהו שלא היה שלו. ההתחמקויות שבעזרתן השתיקו את הסיפור במרוצת עשרות שנים נועדו להסתיר את האמת. כתר ארם צובא נלקח מיהודי חלב בעל כורחם".

בדין הבינלאומי הפילי קהילות הן כמעט חסרות מעמד, וסרות מפני דרכיהן של מדינות ושל פרטים. ישנה אומנם הגנה חלקית עליהן בכמה מקורות שמטרתם לשמר קהילות ילידיות ותרבותיות מקומיות מפני מחיקה,⁹⁰ אך זו איננה הגנה "קשיחה". מדובר בראש ובראשונה

88 על הממד הקיומי באיסור על ג'נוסייד, ראו Lederman, לעיל ה"ש 42.

89 פרידמן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 139.

90 ראו: Christopher C. Dykes, *Research Guide to Indigenous Peoples International Law*, GLOBALLEX (Aug. 2009), https://www.nyulawglobal.org/globalex/Researching_Indigenous_Peoples_International_Law.html; Benedict Kingsbury, *Indigenous Peoples, in THE MAX*

בהכרזה של האו"ם שאיננה בעלת מעמד מחייב,⁹¹ באמנה שמספר המדינות החתומות עליה הוא קטן ושאינן לה מעמד כדין בינלאומי מנהגי⁹² ובפסיקת בית הדין האינטר-אמריקני לזכויות אדם, שסמכותו אזורית ומוגבלת.⁹³ בפרפרזה על האמרה המפורסמת של מקס ובר, שלפיה למדינות מונופול על האלימות הלגיטימית, ניתן לומר שבמשפט הבינלאומי ישנו עדיין כלל של מונופול מדינתי על מנגנוני ההצדקה (לכל היותר זכויות האינדיבידואל הן היוצא מן הכלל).

ואולם מהסרט עולה, שבהקשר הישראלי המצב מיוחד ואולי אף בעייתי יותר מהמצב במישור הבינלאומי; מדינה ששמה לעצמה כמטרה מכוננת להגן על יהודים הופכת להיות הכוח שפוגע בקהילות יהודיות. בבואה לבנות סיפור לאומי המעמיד את האזרחות הישראלית על אדנים של תרבות יהודית, אומר לנו דבאח, השתתפה מדינת ישראל במחיקה ישירה ואקטיבית של קהילה יהודית זו. יש ממד גורלי כמעט לכך שהמאבק בין קהילתיות יהודית טרום-לאומית וריבונות מדינתית מתנהל על גבי נכס תרבותי זה ולא אחר. שכן כפי שמדגישים המקורות השונים העוסקים בכותר,⁹⁴ ערכו נובע מכך שהוא נחשב לעותק המקורי ביותר של התנ"ך: זה שבו מספר הטעויות הקטן ביותר והוא הקרוב ביותר לעת העתיקה שבה נכתב ושבה היה נתון בידי היהודים של תקופת המקרא; זה שעיצב את המחשבה היהודית לאורך הדורות, כאשר עבר בין היתר תחת ידיו של הרמב"ם. המשמעות הסמלית היא של חוליה פיזית המחברת בין היהודים של המקרא ליהדות העכשווית, והתחרות שבין הקהילה למדינה היא למעשה תחרות בידי מי נמצאת החוליה המחברת הזו; ובמילים אחרות, מי מייצגת, בימינו, את ההתגלמות האוטנטית והחשובה ביותר של ההתגלות בהר סיני.⁹⁵

לאחר שמושמע סיפור נטילת הספרים מיהודי תימן, דבאח מציין כי למיטב ידיעתו לא הייתה מדיניות שכזו כלפי יהודים שהגיעו ממדינות אירופה. כאמור, הביקורת כלפי ישראל הציונית איננה רק ביקורת שלפיה היא מפקיעה את התרבות מידי קהילות על מנת ליצור זהות אזרחית ישראלית; יתרה מזו, ההפקעה הזו מתבצעת באופן לא שוויוני ומפלה, כאשר

PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (Hélène Ruiz Fabri & Rüdiger Wolfrum eds., 2006), <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e826?rskey=xavmxF&result=1&prd=MPII>

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People (Sep. 13, 2007), art 9, 91
Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session (Supplement No. 53 (A/61/53), part one, chap. II, sect. A), <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html>: "Indigenous peoples and individuals have the right to belong to an indigenous community or nation, in accordance with the traditions and customs of the community or nation concerned"

International Labour Organization, *Indigenous and Tribal Peoples Convention* (27 Jun., 92
.1989), C169, <https://www.ilo.org/global/topics/indigenous-tribal/lang--en/index.htm>

ראו לעיל ה"ש 80.

ראו למשל פרידמן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 46-47.

95 בספרו "מאמר תיאולוגי-מדיני" דן ברוך שפינוזה בשאלה, אם מעמד הר סיני מסמן התגלות אלוהית או שמא מדגים את כינונה של המדינה באמצעות אמנה חברתית. ראו: ברוך שפינוזה מאמר תיאולוגי-מדיני פרק יט (חיים וירשובסקי מתרגם, 1961).

קבוצות מסוימות נותרות מוגנות בעוד אחרות מופקרות. דבאח מעלה ספקולציה שלפיה לאשכנזים לא גנבו ספרים. בראי הספרות הקיימת על הפער שבין מזרחים לאשכנזים, הוא צודק במובנים חשובים.⁹⁶ עם זאת גם אשכנזים וקהילות אשכנזיות סבלו מניסיונות של המדינה למחוק מאפיינים תרבותיים וקהילתיים טרום-מדינתיים (באופנים אחרים). הדוגמאות הן רבות, ולעיתים קרובות נוגעות ליחס הפוגעני של מדינת ישראל בעשורים הראשונים כלפי ניצולי שואה וכלפי קהילות חרדים. אומנם הן שונות באופיין מהפגיעות בקהילות מזרחיות שדבאח מזכיר, אך הן אינן מבוטלות. שתי דוגמאות ספציפיות שכדאי להזכיר כאן בקצרה הן מקרה ארכיון יהודי וינה והסכסוך בנוגע לבעלות על כתבי קפקא.

אחרי השואה החליטו ראשי הקהילה בווינה להעביר לירושלים ארכיון המתעד את יהדות אוסטריה למן המאה השבע עשרה, מחשש ששלטונות אוסטריה לא ישמרו אותו כראוי. במשך עשרות שנים המשיכה הקהילה להפקיד בארכיון הירושלמי מסמכים נוספים, אולם בשנת 2011 פנתה הקהילה לארכיון בדרישה לקבל את המסמכים חזרה, בטענה כי השאילה אותם לארכיון באופן זמני בלבד.⁹⁷ הרשויות בירושלים סירבו בטענה כי המסמכים ניתנו לצמיתות. לאחר שנכשל הליך הגישור הגישה הקהילה האוסטרית תביעה שבית המשפט המחוזי בירושלים דחה על הסף. בית המשפט העליון דחה את הערעור, ושופטי המותב הפעילו את רציונל ההגנה על המסמכים שהקהילה העלתה אחרי השואה על מנת לצרד בהחלטת גנז המדינה שלא להחזיר את המסמכים. השופט הנדל, שכתב את הדעה המנחה, כתב כך: "גם בתיק אורחי רגיל דן בית המשפט בהיסטוריה, כמובן זה שהוא קובע את עובדות העבר. ברם, כאן מדובר על ההיסטוריה, בה"א הידיעה... האמור נכון ביתר שאת ביחס להיסטוריה של העם היהודי. היסטוריה זו היותה כלי נעלה לשמירת העם היהודי והישרדותו לאורך השנים והמקומות השונים אליהם הגיע. ההיסטוריה לא רק מתעדת את קורות העם היהודי, אלא אף מעצבת ומגדירה אותו."⁹⁸ הביטויים הללו חורגים מן ההכרעה המשפטית ונוגעים

96 ראו באופן כללי: שלמה סבירסקי לא נחשלים אלא מנוחשלים (1981); דפנה הירש "באנו הנה להביא את המערב": הנחלת היגיינה ובניית תרבות בחברה היהודית בתקופת המנדט (2014); ליהי יונה "מעבר ל'מעבר לגן ולג'ונגל': על עלייתו של שיח ההבדל בתיאוריה המזרחית" מעשי משפט יא 77 (2020). ואולם השוו לעמית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 9-10 (אשר טוען שאיסופם של הספרים מיוצאי תימן דומה במובנים חשובים הן לאיסוף ספרי יהודים שהנאצים בזו מאירופה, והן לאיסופם של כ-30,000 ספרים שהיו בבעלות פלסטינים במהלך מלחמת 1948: "ברצוני לטעון כי שלושה פרקים היסטוריים אלו קשורים זה לזה בעבותות, בהציגם את האופנים שבהם הציונות ניכסה את אוצרות הרוח של תרבויות ומורשות שאותן שללה: המורשת היהודית-גלותית, המורשת הילידית-פלסטינית והמורשת של יהודי ארצות ערב והאסלאם. שלוש הפרשות מגלות תנועה המפרידה בין בני אדם לבין תרבותם במסגרת עיצובן של זהות לאומית ושל תרבות לאומית").

97 עופר אדרת "בית המשפט פסק: ארכיון יהודי וינה יישאר בישראל" הארץ 18.11.2012. www.haaretz.co.il/news/education/1.1867835

98 ע"א 9366/12 Israelitische Kultusgemeinde Wien נ' הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 3.6.2015).

בהיבט התיאולוגי שבהצדקה הציונית למדינת ישראל, וכן בצורך של מדינת ישראל לא רק להגן על ההיסטוריה היהודית, אלא גם להגדירה באיזושהו אופן.⁹⁹ הסכסוך על כתבי קפקא היה בעל אופי פרטי, אך גם נגע לשאלה מי הבעלים של ההיסטוריה היהודית. לאחר שהגיעו הכתבים אחרי מותו לידידו של קפקא, מכס ברוד, התעוררה מחלוקת שעיקרה פרשנות של צוואת מזכירתו של ברוד, אשר לה הוריש את הכתבים – אם ירשו את הכתבים שתי יורשות פרטיות או שלמעשה היה עליהן להעבירם לידי מדינת ישראל. בית המשפט הכריע לטובת המדינה, וכך אסר על הוצאת הכתבים מישראל. כשהגיע התיק לבית המשפט העליון, לידי של המשנה לנשיאה רובינשטיין, הוא נגע בתפקידה של המדינה כאפוטרופוס על ההיסטוריה: "על הספריה הלאומית לעשות כל שאלא ידה כדי לחשוף לציבור הרחב בישראל את יצירתו של ברוד וכך במקור – א.מ.], ותפקידו של מנהל העיזבון לדאוג לכך במסגרת ההקדש שיוקם".¹⁰⁰

בילסקי וקלגסברון מוסיפות לרשימת האירועים שבהם השתתפה מדינת ישראל במחיקת זהותן של קהילות אשכנזיות. הן מזכירות את המקרה של "העד היהודי המפורסם ביותר" במשפט נירנברג, אברהם סוצקבר. סוצקבר "מילא תפקיד מרכזי במאמצים להציל רכוש תרבותי יהודי בוויילנה במהלך המלחמה ומיד לאחריה... אולם עדותו התמקדה ברצח הקולקטיבי והוא לא נשאל על ההרס התרבותי". חשוב מכך, "הד מרוחק לפן התרבותי של הג'נוסייד נמצא בבקשתו של סוצקבר להעיד ביידיש – שפתם של מרבית הנרצחים – בקשה אשר נדחתה בטענה פורמלית שלא הייתה זו שפה רשמית במשפט".¹⁰¹ מובן מאליו שמניעת העדות ביידיש בנירנברג איננה אחריותה של מדינת ישראל. אך כאשר הגיעה סוגיית ההשמדה השיטתית של יהודי אירופה לבית משפט ישראלי, מחיקת הסממנים התרבותיים של רבים מיהודים אלו – היידיש – הפכה ליסודית וקשה אף יותר. סוצקבר היגר לישראל בשנת 1946, אך התביעה הישראלית במשפט אייכמן לא קראה לו לדוכן העדים; "ואכן ראוייה לציון העובדה, שבישראל – כמו בנירנברג – המשפט לא תורגם סימולטנית ליידיש, עובדה בעלת משמעות עצומה במשפט זה, שכן מרבית הקהל הישיר של המשפט – ניצולים ובני משפחות הקורבנות שהתגוררו בישראל – היו דוברי יידיש".¹⁰² היכן הלשון הזו? מדוע המדינה איננה נכנסת בנעליים שלמקין ייעד לה, נעליים של חובת הגנה פוזיטיבית כלפי גיוון לשוני?

דוגמה מעניינת נוספת מאותו משפט מגולגלות המחברות באמצעות דמותו של עד אחר, סאלו בארון, פרופסור להיסטוריה יהודית באוניברסיטת קולומביה. בארון התייחס בעדותו בצורה נרחבת להשמדה התרבותית שהנאצים ביקשו לבצע ביהודים, ובתוך כך למאמצי ההשבה של הקניין התרבותי שנגזל, בעיקר אל קהילה יהודית שהצליחה להתחדש ולשגשג

99 וראו גם את דבריו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "מה שאירע באוסטריה תחת הרייך ההיטלראי שאוסטריה היתה חלק ממנו, ומה שאירע ברחבי אירופה הכבושה על-ידי הנאצים ועוזריהם בימי האופל של השואה, הוא שגרם להעברת החומר למדינה היהודית, ישראל, אשר קמה מאפר השואה, תחת אשר היא זרוק ומבוזה. האם במישור ההיסטורי העמוק לא מצא הארכיון את ביתו הנכון?" (שם, פס' י לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

100 בע"מ 6251/15 הופה נ' עו"ד קסוטו, פס' נו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.6.2015).

101 בילסקי וקלגסברון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 575.

102 שם, בעמ' 582.

בארצות הברית. אך "בארון גם היה נתון לביקורת חריפה מצידם של ראש הממשלה דוד בן-גוריון ואחרים".¹⁰³ בילסקי וקלגסברון הולכות בהקשר זה אחר פרשנותה של ההיסטוריונית חנה יבלונקה, הטוענת שהביקורת נגדו הייתה אידיאולוגית בעיקרה: "פרשנותו ההיסטורית האופטימית של בארון, שמקורה באמונה העזה באמנסיפציה ובטוב שהעתירו עליו חייו בגולת אמריקה, עמדו בסתירה עמוקה לרוח המשפט, שהתמקד בחשבון ההיסטורי הקשה והמתמשך שבין ישראל ליתר אומות העולם. חשבון שתוצאתו היא הצירוף המכריע לקיומה של מדינת ישראל".¹⁰⁴ המחיקה היא אפוא לא סתם של קהילתיות, אלא של קהילתיות טרנס-לאומית. באופן שבילסקי וקלגסברון מביאות את דבריה של יבלונקה אפשר לשמוע הדרק של הקנאה ושל הייאוש שדבאח מבטא בסרטו אל מול קהילה "מגובשת, משכילה, ועשירה". בשני ההקשרים ארצות הברית מצטיירת כמקום היחיד שבו ייתכן שנשמר משהו מן האופציה שהוחמצה כאשר דעתו המוקדמת של למקין נדחתה.

אינני מבקש כלל ועיקר לומר שטענותיו של דבאח על היחס המפלה של ישראל הציונית כלפי קהילות המזרח אינן במקומן. הדוגמאות הללו מעידות – כל אחת בדרכה – על יחס דורסני כלפי קהילות אשכנזיות, אך אינן דומות למקרה כתר ארם צובא, שבו ההאשמה היא בגזל של קניין מידי הבעלים המקוריים שלו: במקרה של ארכיון יהודי וינה המסמכים ניתנו מלכתחילה וולנטרית; פרשת כתבי היד של קפקא עוסקת במאבק המדינה מול טענה של בעלות פרטית ולא קהילתית; ובאשר לעדויות במשפט אייכמן – הייתה שם בחירה מגמתית של עדים ושל תכנים,¹⁰⁵ אך לא נלקח דבר מידי של אף אחד. דבאח ללא ספק זורה אור על יחס אדנותי וקולוניאלי, שלא היה קיים במרבית המקרים כלפי יהודי אירופה. עם זאת אני סבור, שהשימוש בהמשגה של בילסקי וקלגסברון כלפי החומרים שהוא מביא – מודל "הג'נוסייד שלא היה" (תרתי משמע) – הוא מדויק. הוא חושף ממד עקרוני ביחס שבין

103 שם, בעמ' 582-583.

104 דברי יבלונקה המצוטטים שם.

105 כפי שכותבת יבלונקה, המזרחים מלכתחילה נחשבו כמי שאינם שייכים לשואה. נסיונותיהם להיכנס לרשימת העדים במשפט אייכמן נדחו, למעט עדותו של יצחק נחמה, ניצול שואה אחד ממוצא יווני. כפי שהסבירה אירית אברמסקי-בליי, "בקשות של יוצאי קהילות בלוב ובתוניסיה להעיד במשפט נדחו, למרות ששתי הקהילות נכללו בתוכנית 'הפתרון הסופי' ואיבדו ביחד כ-1,000 איש בשואה, בשעה שלנציגי קהילה כמו דנמרק, שבה נספו כ-40 יהודים, נתנו להעיד במשפט". וכפי שהראה ההיסטוריון יעקב חג'ג'לילוף, ברשימת "הפתרון הסופי" שהכין אייכמן לוועידת ואנזה הוא הכליל את כל יהודי איטליה, כולל 30,000 יהודים מ"חופה הרביעי" – יהודי לוב. ראו חנה יבלונקה מדינת ישראל נגד אדולף אייכמן (2001); עמירם ברקת, "יוצאי לוב רוצים הכרה בקורבנות הקהילה בשואה" הארץ 30.4.2003 <https://www.haaretz.co.il/misc/1.878812>; ראו גם גלי עמרן "רק אז ידעתי מי זה אייכמן" העוקץ www.haokets.org/2015/04/17/%D7%A8%D7%A7-%D7%90%D7%96-%D7%99%D7%93%D7%A2%D7%AA%D7%99-%D7%9E%D7%99-%D7%96%D7%94-%D7%90%D7%99%D7%99%D7%9B%D7%9E%D7%9F/; יעקב חג'ג'לילוף יהודי לוב בתקופת מלחה"ע השניה תחת השלטון הפשיסטי-נאצי (2003); עמירם ברקת "יוצאי לוב רוצים הכרה בקורבנות הקהילה בשואה" הארץ 30.4.2003 www.haaretz.co.il/misc/1.878812

מדינת ישראל לבין היחידה הבסיסית של הקהילה, אשר למקין ביקש בזמנו להקנות לה אוטונומיה. הן בהקשר המזרחי והן בהקשר האשכנזי היה ביחס הזה ממד שוללני. גם דבאח וגם בילסקי וקלגסברון – כולם מבטאים עמדה נפשית-קיומית של מחסור שהותיר אחריו יחס זה. בפרפרזה על דבאח, גם הן במאמרו שייכות לאלו ש"מתעסקים עם מה שאין". לא בכדי שלושת המאפיינים שהועמדו בחלקו הראשון של המאמר למושג הג'נוסייד של למקין חלים בניתוח של דבאח את גורל הקהילה החלבית. זהו ניתוח שמתמקד בתרבות, הוא מחליף את הלאומיות בטרנס-לאומיות, וסוג התרופה שהוא מתמקד בה היא תרופה אזרחית: בראש ובראשונה תרופת השבה, אך כפי שראינו גם הממד הכספי מעניין אותו. ההיבט הקולוניאלי שעניין את למקין – של מחיקת זהות אחת לטובת הכפפתה לזהות אחרת – הוא משותף ליחס של מדינת ישראל כלפי מעמדן של קהילות יהודיות, מזרחיות ואשכנזיות כאחת.¹⁰⁶ בהשוואה לאשכנזים, היבט זה הוא שורשי ויסודי הרבה יותר ביחסה של מדינת ישראל – לפחות בעשורים הראשונים שלה – למזרחים.¹⁰⁷ הדבר הופך אירוני במיוחד לאור תפקידה של מדינת ישראל במימוש זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי. כפי שמציעות בילסקי וקלגסברון, מי שהבין את "העסקה" הזו טוב מאוד – את המחיר וגם את הרווח – הוא דווקא סגורו של אייכמן, רוברט סרוואצ'יס: "הנה רצו להרוס ולהשמיד את עם ישראל והופרה עצתם של הזוממים. קמה מדינה פורחת תחת מזימתם זו".¹⁰⁸

בשני ההקשרים, זה של הקהילה החלבית (וקהילות מזרחיות אחרות) וזה של קהילות אשכנזיות, אנו רואים ממד עקרוני משותף. ניסיונה של "המדינה היהודית" לממש את ההגדרה העצמית של היהודים מציב את הפרויקט הלאומי נגד מציאות קהילתית ותקה. הלאומיות הישראלית דוחה את "צורת החיים" הקהילתית הטרנס-מדינתית, וכאשר צריך היא עושה זאת גם תוך הפקעה של קניין מידי קהילות יהודיות טרנס-מדינתיות. זהו פרויקט השם לאל את הריבוי הקהילתי החוצה גבולות מדינתיים והנשען על מסורות תרבותיות ואינטלקטואליות שונות ומגוונות. המטרה, כך נראה, היא לאחד את כולן במסגרת הלאומיות הישראלית, המתמיימת להיות קהילה יהודית כללית עם לשון אחת וגורל משותף. ואולם התהליך איננו ניטרלי בנוגע לקהילות הטרנס-מדינתיות. חלקן מנצלות את המבנה המדינתי החדש על מנת להעניק כוח גדול יותר לחבריהן, וחלק אחר מנוצל בתוכו.

ד. הפרטת התרבות?

באחת הסצנות האחרונות ב"הכתר האבוד" הולך דבאח יחד עם החוקר עזרא קצין לשוחח עם פרופסור אייל ג'יניאו, שעמד אז בראש מכון בן-צבי. הדיאלוג נוקב. ג'יניאו מסביר, ש"בשנות החמישים, בשנות השישים, גם קודם לכן, המדינה ניסתה ליצור פה איזושהי ממלכתיות". העניין המרכזי, כפי שמגדיר אותו ג'יניאו, הוא זה: "יכול להיות שב-2016

106 כפי שהראה ההיסטוריון גיש עמית, המחיקה התרבותית אף חלה ביתר שאת כלפי הערבים הפלסטיניים – אלו שבשנת 1948 הפכו לפליטים ואלו שנותרו אזרחי המדינה. עמית, לעיל ה"ש 10.

107 החוקר הפלסטיני-אמריקני ג'וזף מסאד מגדיר את המזרחים "האחרים הפנימיים של הציונות". ראו: Joseph Massad, *Zionism's Internal Others: Israel and the Oriental Jews*, 25(4) J. PAL. STUDIES 53 (1996).

108 מצוטט אצל בילסקי וקלגסברון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 584.

[מועד השיחה – א' מ'] אתם באים ואומרים, אין מקום לממלכתיות הזו. בואו נפרק הכול, נחלק בין הקבוצות השונות שמרכיבות את הפסיפס הישראלי, נפרק את מוזיאון ישראל. נפרק את מכון בן צבי. נפרק את יד ושם. נפרק את בית התפוצות נפרק את החוגים להיסטוריה של עם ישראל. יכול להיות. זה איזושהו דיון ציבורי שצריך להתקיים". קצין משמיע את התגובה המתבקשת, ואומר שממלכתיות אי-אפשר ליצור "על חשבון לקחת אוצר של קהילה שזה הקניין שלה". ואולם ג'ניאו ממשיך באותו הקו:

"בואו נאמר שבמסגרת אותו פרויקט של פירוק הישראליות למגזריה, שאולי הגיע הזמן שלו, יכול להיות. אם אני ממשיך בקו המחשבה שלכם, כמוכן, לא קו המחשבה שלי. אז אתה יודע מה? למי אנחנו מחזירים את הכתר? אולי ליהודים הקראים שהם בעליו הראשונים? אולי ליהודי מצרים? אולי לחלבים? אילו חלבים? פה? בפנמה סיטי? בלוס אנג'לס? לכן אני חושב שזה לא רכוש של קהילה אחת מסוימת, אלא זה רכוש של עם ישראל... וזו בסופו של דבר הנקודה המשמעותית".

אם יהיה אפשר להוכיח שבוצעה עבירה פלילית, ושחלקים מתוך כתב היד נגנבו ממכון בן-צבי, דבריו של ג'ניאו אינם רלוונטיים. מובן גם שהפלילה היסטורית בנוגע לקניין של מזרחים מול קניין של אשכנזים היא פסולה מעיקרה, וגם היא הופכת את התשובה הזו לחסרת ערך. אך נניח רגע את הסוגיות הללו בצד. בהנחה שהשאלה נוגעת ליכולתה של קהילה להיות בעלת קניין תרבותי (בנפרד מהמדינה), יש כאן אתגר אמיתי; אתגר שאיננו מופנה אך ורק אל דבאח, אלא גם (בשינויים המתאימים) אל בילסקי וקלגסברון. האתגר, אם אני מביין אותו נכון, הוא שהכרה במעמדן האוטונומי של קהילות איננה אלא נסיגה מתפיסה חזקה של אזרחות, שלפיה המרחב הציבורי הוא מרחב אזרחי ניטרלי הפתוח לכל האזרחים בצורה שווה. ברגע שנסוגים מתפיסה חזקה (ונורמטיבית) מעין זו, כל מה שנותר בידינו הוא המציאות הסוציולוגית-אנתרופולוגית השנויה במחלוקת, הנפרטת לאין-סוף תת-קהילות ורגעים היסטוריים של כינון ופיצול. מכאן עולה התהייה הפרקטית: "למי להחזיר?" המשפט עומד מול שוקת שבורה: לקהילה אין ספר חוקים כתוב, אין לה משטרה, ואין לה גבולות קבועים. אי-אפשר עוד להכריע בין טענות מתחרות. החוליה המחברת כביכול את היהדות העכשווית אל העולם העתיק מתפוררת ונעלמת. רק ריבונות היא שיכולה לשמר אותה.

מדוע מזכיר ג'ניאו אפשרות של סגירת מוסדות התרבות וההיסטוריה הלאומיים? לשיטתו, הגישה של דבאח, שמאפיינת גם את בילסקי וקלגסברון (וכמוכן גם את למקין), היא גישה שמוותרת על המדינה כגוף שאחראי על תוכן משותף ועל נרטיב משותף לחיי האזרחים. לא במקרה יש בשני המקורות שפרסתי כאן אידיאליזציה מרומזת של ארצות הברית: התוצאה של הכרה בקהילות, לפי טענה זו, היא נסיגת המדינה מן המרחב הציבורי לטובת תפיסה רב-תרבותית רכה, הנשלטת בסופו של דבר בידי כוחות השוק; מהלך של הפרטת הנרטיב הלאומי. זו אולי אינה מכוונת להיות הפרטה אינדיבידואליסטית (שבבסיסה קניין של פרטים), אלא הפרטה קהילתנית שבסיסה קבוצות (שיכולות אף להתאגר משפטית). אך מכל מקום, הממד הלאומי והשייכות הציבורית על פי מפתח אזרחי נעלמים.

דניאל גוטוויץ שם לב לדינמיקה הזו כבר לפני שני עשורים, בביקורת שפרסם על "הפרטת הזיכרון הקולקטיבי הישראלי". לפי טענתו, ביקורת אקדמית כלפי ציונות, המגיעה לעיתים קרובות מן הצד השמאלי של המפה הפוליטית, משרתת בפועל את כוחות השוק הנאו ליברליים המבקשים לפרק את הסולידריות האזרחית. הוא טוען כי לא מקרה הוא שהמגמה האינטלקטואלית של הפוסט-ציונות התעוררה בשנות התשעים של המאה העשרים, עידן של הפרטה רדיקלית במשק הישראלי. שתי המגמות – הפרטת השוק והפרטת ההיסטוריה – תפקדו עבורו כמעין שותפות סמויות:

"פוסט-ציונות שמאלית מקדמת את תוכנית ההפרטה, תוך שהיא משתמשת בארגו הכלים המלא של הביקורת הפוסט-מודרנית: היא תוקפת את האופי המודרניסטי והסוציאלי-דמוקרטי של הציונות ומציגה אותו ככוח דכאני, שניתן להשתחרר ממנו אך ורק באמצעות פירוק המבנה הקולקטיביסטי, וההפרטה של הזהות הישראלית. ההיסטוריוגרפיה החדשה משתלבת בתוך פרויקט ההפרטה... דרך ההפרטה של הזיכרון הקולקטיבי"¹⁰⁹.

ג'יניאו איננו מכחיש שעל מנת ליצור נרטיב לאומי ממלכתי המדינה צריכה להפעיל אלימות. להבנתי הטענה שלו היא אחרת: כאשר מדינה מכוונת "ממלכתיות" – היסטוריה אזרחית מאחדת – מטבע הדברים קבוצות מסוימות ייפגעו מכך. משתמעת מכאן מעין חובה אזרחית שלא לפתוח את "הקופסה השחורה" של "האלימות המכוונת"¹¹⁰, פן תתפרק האמנה החברתית שבין הקבוצות השונות המרכיבות את המדינה, ותחליף אותה מלחמת הכול בכול. ג'יניאו מתנגד לכך, ומעדיף את האפשרות של הגנה על ריבונות כבסיס לאזרחות. הקהילה בהקשר זה נתפסת כמאיימת באופן אינהרנטי על הריבונות ועל מסגרת השייכות בה – האזרחות. ניתן אף לנסח את התפיסות שלו ביחס לטענות של בילסקי וקלגסברון: עמדה כגון זו של ג'יניאו הייתה טוענת למשל, שהיה זה לגיטימי להוציא עדויות שלא תרמו לנרטיב הלאומי של בן-גוריון ממשפט אייכמן. שהרי בסופו של דבר גם המשפט הפיליפי צריך לבנות קהילה אזרחית ולא לפרק אותה לאי-ספור חתיכות קהילתיות שונות.¹¹¹ הפסיכואנליטיקאית שושנה פלמן למשל, הביעה תמיכה מסוימת באופן שהמשפט הפיליפי נכרך ביצירת נרטיב לאומי שהעצים את הקורבנות.¹¹² ייתכן שמפרספקטיבה ממלכתית

109 ראו: Daniel Gutwein, *Left and Right Post-Zionism and the Privatization of Israeli Collective Memory*, 20(2) J. ISRAELI HIST. 9, 37 (2001) (התרגום שלי – א' מ').

110 ראו באופן כללי, ולטר בנימין וז'אק דרידה לביקורת הכוח / תוקף החוק (2006).

111 זוהי טענה שעבודתה האקדמית המוקדמת יותר של בילסקי עסקה בפירוקה השיטתית. ראו בהקשר זה: ליאורה בילסקי "משפט ופוליטיקה: משפטו של יגאל עמיר" פלילים ח 13 (1999); LEORA BILSKY, TRANSFORMATIVE JUSTICE: ISRAELI IDENTITY ON TRIAL (2004); *Leora Bilsky, The Habibi Libel Trial: Defamation and the Hidden-Community Basis of Criminal Law*, 61(4) U. TORONTO L.J. 617 (2011); ולדיון בטענות אלו של בילסקי מפרספקטיבה מזרחית, ראו: ליה יונה ואיתמר מן "המוציאים לפועל: מזרחים ואלימות ריבונית בישראל" משפט וממשל כא (צפוי להתפרסם ב-2021).

112 ראו: SHOSHANA FELMAN, THE JURIDICAL UNCONSCIOUS: TRIALS AND TRAUMA IN THE TWENTIETH CENTURY (2002).

המקבילה לזו של ג'נינאו, אם המחיר של יצירת נרטיב לאומי במשפט הפלילי הוא דחיקת דוברי היידיש, זהו מחיר שניתן לסבול אותו.

כאשר טענות מעין אלו באות להסתיר ולהצדיק הפליה שיטתית של קבוצות מסוימות, אי-אפשר להתייחס אליהן ברצינות. אך כאמור יש כאן אתגר אמיתי עבור מי שתרבות ציבורית חשובה לו. ייתכן מאוד שהתוצאה של הכרה בקהילות היא ריקון הזירה הציבורית מתוכן. בהקשר הישראלי, לצד השבה של נכסים תרבותיים, היה אפשר למשל להצטרף למאבק מקביל, המבקש שוויון באופן שקבוצות שונות מיוצגות בזירה הציבורית. ברמה המעשית, ייתכן מאוד שטרטו של דבאח הוא תוצאה מבורכת של תהליך שכזה, שבו הופנו בשנים האחרונות יותר ויותר משאבים ציבוריים ליצירות תרבות המייצגות את זהותן התרבותית של קהילות מזרחיות.¹¹³ בטווח הרחוק, אם מספיק משאבים יופנו לייצוג של קהילות שלא היו הקהילות שהגדירו את הישראליות בעשורים הראשונים שלה, ייתכן שהדבר יביא ליצירה של מסגרת אזרחית (לא רק קהילתית) שוויונית יותר. במילים אחרות, הקהילה האזרחית תהפוך ל"קהילת הקהילות" – קהילה עבה המייצגת את הקולקטיבים שבתוכה, תוך מתן ביטוי לעקרונות של שוויון מהותי ושל צדק חלוקתי. מובן (ועקרוני) כי בתוך מבנה שכזה יהיה צורך לייצג את כלל הקהילות המרכיבות את האזרחות הישראלית, לרבות קהילות פלסטיניות, ולא רק את היהודיות שבהן.¹¹⁴

תוך חתימתו של מאמר זה, פרסם בית המשפט המחוזי בירושלים פסק דין חשוב לענייננו.¹¹⁵ פסק דין זה, שכתב השופט דוד גרעוני כדן יחיד, לא רק יוצר תרגום משפטי לעמדתו של ג'נינאו. הוא במידה רבה אף מדגים פעם נוספת מה נמצא על כף המאזניים בהתלבטות שבין החלוקה החדה לקניין ציבורי ופרטי לבין פיתוח מושג הקניין הקהילתי; הוא גם נותן הצצה טובה על ההכרעה של מדינת ישראל העכשווית בהתלבטות ארוכת השנים באשר לסוגיית "הקניין הקהילתי".

בשנות התשעים של המאה העשרים, בעת שמבקריה הפוסט-ציוניים של המדינה נמצאו בשיא פוריותם האקדמית, המשיכה מדינת ישראל הציונית בשקידה רבה לקבל אחריות וחזקה על משאבי התרבות של יהודי סוריה. בתקופה זו הצליח המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים להבריא את כתרי דמשק למדינת ישראל. כפי שמתאר אותם בית המשפט, מדובר ב"תשעה כתבי יד מהודרים של התנ"ך או של חלק ממנו... מרהיבים וברמה אמנותית גבוהה". אלו נכתבו על ידי סופר סת"ם בין המאות ה-13 וה-15 לספירה, בחלקם יש עדויות שנכתבו

113 ראו בהקשר זה למשל: יוסי דהאן "הצדק התרבותי של מירי רגב חלקי בלבד" העוקץ 2016.4.8. www.haokets.org/2016/08/04/%D7%A6%D7%93%D7%A7-%D7%94%D7%AA%D7%A8%D7%91%D7%95%D7%AA%D7%99-%D7%A9%D7%9C-%D7%9E%D7%99%D7%A8%D7%99-%D7%A8%D7%92%D7%91-%D7%97%D7%9C%D7%A7%D7%99-%D7%91%D7%9C%D7%91%D7%93/

114 חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ס"ח התשע"ח 898 מסמן את המגמה ההפוכה לזו.

115 ת"א (מחוזי י-ם) 17135-12-14 הספרייה הלאומית בע"מ (חל"צ) נ' מדינת ישראל – רשם ההקדשות (פורסם בנבו, 17.8.2020).

בספרד או באיטליה"¹¹⁶. המבצע יצא לפועל בשיתוף פעולה עם רב קהילת דמשק, הרב אברהם חמרה, אשר סיכן את חייו על מנת לאפשר את העברתם לידי שלוחי מדינת ישראל.¹¹⁷ הרב חמרה שימש אחרון רבני דמשק, ולפי לשונו של בית המשפט "חתם את פרק תולדות היהודים בסוריה"¹¹⁸. משהגיע לישראל, הוא מונה לרב הראשי של יהדות סוריה (במעמד מקביל לרב עיר בישראל).¹¹⁹ את הכתרים הפקידו נציגי המוסד בספרייה הלאומית בין השנים 1993–1995.¹²⁰ ואולם בין הרב חמרה לבין הספרייה הלאומית נתגלע סכסוך משפטי, הוא הסכסוך שבו הכריע לאחרונה בית המשפט המחוזי בירושלים. בשורש הסכסוך טענתו של הרב חמרה, כי עוד בסוריה הבטיחו לו נציגי המוסד הבטחה שלטונית, שלפיה בישראל הכתרים יועברו לידי הקהילה על מנת שיוצגו במרכז מורשת ליהודי סוריה ולבנון בישראל, אשר יכלול חדר תצוגה ובו ספרי קודש שהובאו מסוריה.¹²¹ הכתרים לא הועברו לידי חמרה, ותחת זאת הגישה הספרייה הלאומית תובענה לבית המשפט על מנת שיצהיר כי תשעת כתרי דמשק מהווים הקדש ציבורי.¹²²

את התרגום המשפטי של עמדת ג'יניאו הביא בצורה הברורה והחדה ביותר היועץ המשפטי לממשלה, אביחי מנדלבלית, אשר הודיע על התייצבותו לצד עמדת הספרייה הלאומית בהליך שעניינו גורל הכתרים. כך כותב היועץ המשפטי, בקטע מתוך חוות דעתו שבית המשפט המחוזי בחר לצטט בפסק הדין:¹²³

"כתרי דמשק הינם שרידים מוצלים מאש, ועדות לקורות עם-ישראל במאות השנים מאז כתיבתם. לכתרים היסטוריה עשירה ומאפיינים ייחודיים החושפים רזים מחיי הנרודים ותלאות קהילות יהודיות בעבר ובהווה. הכתרים עשויים מלאכת יד, והם מופת לאמנות הקליגרפיה והמיקרוגרפיה היהודית. כל כתר וכתר מקבוצה זו הוא יחידאי, ומכאן נדירותם. כתיבת הסת"ם והאמנות שבכתרים, כמו גם הדקדוק שבמסורה הגדולה ושבמסורה הקטנה שבשולי הקלף, הם מפסגות היצירה היהודית ואין עוררין, כי מדובר ביצירות מופת של העם היהודי, אשר ערכן לא יסולא בפז."

בפרשת כתר ארם צובא הוצת בית הכנסת הגדול בחלב. ה"אש" כאן בהקשר של כתר דמשק היא אש מטפורית, המסמנת את היסטוריית הרדיפה של יהודי סוריה ובמידה רבה את היסטוריית הרדיפה של יהודי העולם, שמדינת ישראל באה להגן עליהם מפניה. כך, "נרודים ותלאות" הופכים להיות נרטיב-העל של חיי היהודים בתפוצות; ותחת התמקדות בקהילה אחת – קהילת יהודי דמשק – המשאב התרבותי מובן כמייצג "קהילות" רבות בעבר ובהווה, במקומות רבים בעולם, וכעת בראש ובראשונה בישראל. מן הצד האחד,

116 שם, פס' 2-3.
 117 שם, פס' 5 ר' 61.
 118 שם, פס' 5.
 119 שם.
 120 שם, פס' 7.
 121 שם, פס' 13.
 122 שם, פס' 11.
 123 שם, מצוטט בפס' 7.

האידיאולוגיה הנשקפת משורות אלו תואמת את האידיאולוגיה שנדונה גם בפרק ג לעיל, בהקשר של פסקי הדין בעניין ארכיון יהודי וינה וכתביו של פרנץ קפקא. ניתן אף לומר, בעקבות הדיון בפרק ב לעיל בספרי הקודש של קהילת יהודי תימן, שהיועץ המשפטי מבטא את גישתה הפטרנליסטית של מדינת ישראל כלפי קהילות היהודים בחו"ל באשר הן.

מן הצד האחר, מדינת ישראל מציבה את עצמה בשורות אלו ובפסק דינו של בית המשפט המחוזי כממלאת תפקיד ציבורי וכללי הנוגד כל אינטרס רכושי פרטי. בהיעדר מוסד של קניין קהילתי, בסופו של דבר הרב חמרה – בכל הכבוד שרוחשים לו – יכול לשיטת היועץ המשפטי לייצג אך ורק אינטרסים פרטיים: "כתרי דמשק, אינם רכושו הפרטי של איש, ואף לא של הרב חמרה או של מרכז המורשת שהוא מבקש להקים למעלה מעשר שנים"¹²⁴. טענותיו של הרב חמרה מבטאות את הקטגוריה הקהילתית שביטאו גם רבני הקהילה החלבית בבית הדין הרבני. טענות אלו נמצאות כאמור בתווך שבין הפרטי לציבורי, מקום שהמשפט אינו מכיר בו ואולי בין היתר משום כך הוא נחזה בסופו של דבר כמגומגם או עמום: "בכתב התייעה שכנגד טענו הרב חמרה ומרכז מורשת בערבוביה מסוימת, הן כי הם בעלי הזכויות הקנייניות בכתרים, הן כי יש לראות בהם כנאמן על הכתרים"¹²⁵. אל מול היגיון משפטי מעורפל שכזה מדינת ישראל עומדת כקהילת קהילות היהודיות. התקדים שקבע בית המשפט העליון בנוגע לארכיון יהודי וינה מצוטט ומונח כאדן מוצק שבית המשפט בונה עליו את הכרעתו לקבוע הקדש לכתרים שבשליטת הספרייה הלאומית. כפי שכותב היועץ המשפטי לממשלה ומחרה ומחזיק אחריו השופט דוד גדעוני, "כתרי דמשק הנדונים כאן הם באורח מובהק נכסים בעלי אופי ציבורי לאומי"¹²⁶.

ואולם כדאי לשים לב לכך, שכל נטורליזציה שכזו של תפקידה של מדינת ישראל היא אך ורק תוצאה של החלטה משפטית שהייתה יכולה באותה המידה גם להיות אחרת. השליטה הציבורית-לאומית בהקדש, שנחזית אולי כזכות קניינית שמפניה יינגפו מאליהן טענות אחרות, מזוינת כאלה אתנה הקופצת מראשו של זאוס, איננה כזו כלל ועיקר. היא נסמכת תחת זאת על סעיף חוק המאפשר לבית המשפט בנסיבות מסוימות להכריז על הקדש יש מאין. וכך כתב השופט גדעוני, בניסוח אוקסימורוני כמעט: "ס' 17(ג) לחוק הנאמנות מורה כי 'נמצאו נכסים המשמשים הקדש, אלא שאין על כך כתב הקדש, רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הקדש ולהגדיר מטרתו, נכסיו, תנאיו ותחילתו'. החוק מכיר אפוא באפשרות להצהיר על קיום הקדש גם בהעדרו של כתב הקדש"¹²⁷. על בסיס זה המשיך השופט וקבע את תנאי ההקדש – כולל זהות הנאמנים וכללים מהותיים ופרוצדורליים שיחולו על ההקדש – לפי שיקול דעתו.¹²⁸ הזכות הקניינית הציבורית אינה נובעת אפוא ממסקנה משפטית-אנליטית, וגם לא מדבר חקיקה ספציפית שהיה יכול אולי לשקף את רצון החברים באמנה החברתית; בלב הבסיס הקנייני של קהילת הנצח היהודית נמצא מבנה משפטי "אד הוקי" (לפחות כל עוד בית המשפט העליון אינו פוסק בעניין).

124 שם, מצוטט בפס' 16.

125 שם, פס' 19.

126 שם, פס' 8 ובציטוט מתוך דבריו של היועץ המשפטי לממשלה בפס' 16.

127 שם, פס' 26 (ההרגשה הוספה).

128 שם, פס' 32-58.

עוד מעניין לראות, גם על רקע דבריו של ג'ניאו, שבפרשת כתרי דמשק נראה שלא רק הקהילות היהודיות מהוות פוטנציאל אין-סופי להתפרקות מבנה-העל הלאומי; כאן, גם הקהילה היהודית הסורית בעצמה מדברת (לפחות) בשני קולות. אל מול הרב חמרה ומרכז המורשת עומד ארגון יוצאי דמשק בישראל, שנוסד בשנת 1935 וכפי הנראה מייצג יוצאי סוריה ותיקים יותר בישראל. אלו הורשו להצטרף להליך, חלקו על עמדתו של הרב חמרה והעדיפו שליטה של הספרייה הלאומית על ההקדש.¹²⁹ יש להדגיש אפוא שהקהילה היא תמיד בעצמה קטגוריה דינמית. גם אם נרצה בסופו של דבר להכיר באינטרסים הקניינים של הקהילה (עמדה נורמטיבית שמאמר זה מבקש לקדם בהקשר הישראלי), יש לנקוט זהירות על מנת שלא לעשות ראיפיקציה של הקהילה; כלומר, אין להניח שלקהילה יש גבולות טבעיים וקבועים וייצוג בלעדי.

זאת ועוד, באופן שתואם במידה רבה את העולה משני המקורות העיקריים המובאים במאמר זה, גם כאן ליהדות ארצות הברית יש תפקיד מיוחד ומעניין. נציגי קהילת דמשק בברוקלין ביקשו אף הם להתערב בהליך, ולעמוד במסגרתו לציודו של הרב חמרה.¹³⁰ אך השופט גדעוני השתמש בתמיכתם ברב חמרה על מנת למנוע מהם קול עצמאי, בטענה שהרב חמרה הוא שייצג אותם בהקדש (שבו עמדתו מובנית כעמדת מיעוט).¹³¹ אנו רואים כאן את הממד הטרנס-לאומי של הקהילה, ואת האופן שבו הצרתה למסגרת האזרחות הלאומית יכולה למחוק את האופן שבו הקהילה מעצם טבעה אינה מכירה בגבולות לאומיים. עם זאת היחסים בין הקטגוריות של הקהילה והמדינה הם מורכבים: אי-אפשר לזהות כאן דיכוטומיה בין מדינה טריטוריאלית לקהילה טרנס-לאומית. הרב חמרה הוא שביקש שבתנאי ההקדש ייכלל תנאי שלא יאפשר להוציא את הכתרים מגבולות מדינת ישראל, בקשה שהשופט גדעוני דחה.¹³² ניתן רק לשער שבניגוד למדינה המודרנית, הקהילה מבוססת על מחשבה דתית שרואה את אדמת הארץ כקדושה בלי קשר להגדרתה כריבונית. מנגד, השופט גדעוני מבטא היגיון חילוני יותר, העולה בקנה אחד עם תפיסת המדינה הריבונית, שלפיו אין לשלול אפשרות שיהיה צורך בשלב כלשהו לשלוח את הכתרים לתיקון ולרסטורציה בחו"ל.

סיכום: הג'נוסייד שלא היה

הג'נוסייד ביהודי חלב שעליו כתב למקין, בפסקת הפתיחה למאמר, מעולם לא התממש. יהודי חלב הוציאו את כתר ארם צובא, והוא מצא את דרכו לירושלים. ואולם באמצעות ההמשגה של בילסקי וקלגסברון את הג'נוסייד, מאמר זה ביקש לדון במציאות כואבת. אם מובנו המקורי של האיסור על ג'נוסייד כרוך בהגנה טרנס-לאומית אזרחית עבור נכסים תרבותיים המשתייכים לקהילות, הרי בסרטו "הכתר האבוד" דבאח מגולל סיפור שבו מדינת ישראל שוללת הגנה שכזו מיהודי חלב. אין פירוש הדבר שמדינת ישראל ביצעה ג'נוסייד ביהודי חלב. אך פירוש הדבר הוא בהחלט שמדינת ישראל אחראית למחדל כאשר היא לא מימשה חובה פוזיטיבית להגן על הקניין התרבותי של קהילה זו. לו ידע את העובדות

129 שם, פס' 14.

130 שם, פס' 15.

131 שם, פס' 36.

132 שם, פס' 48-49.

ההיסטוריות לאשורן, האם היה למקין רואה במדינת ישראל את מי שביצעה ג'נוסייד (לפי הגדרתו המקורית) בקהילות שלא מצאו את מקומן בתוך הלאומיות הציונית? זאת ניתן רק לשער. בעוד שסיפור ההפקעה של כתר ארם צובא חושף פגיעה אקטיבית של מדינת ישראל בקהילה, לא כך הם פני הדברים בדוגמאות שמביאות בילסקי וקלגסברון באשר לתרבויות אשכנזיות. ואולם גם שם עולה מכתבתן מחדל במימוש חובה פוזיטיבית של הגנה על קהילות. מהי המשמעות של החלה מעין זו של מושג משפטי טעון כל כך – ג'נוסייד (ואולם במובן שמעולם לא אומץ) – כלפי מדינת ישראל? כפי שהראיתי, בילסקי וקלגסברון ביקשו לחלץ ממושג זה תובנות אפשריות ולהצילן, כך שיאירו עבורנו היבטים חסרים במציאות המשפטית שכן אומצה. הדגש היה על תרבות, על טרנס-לאומיות ועל משפט פרטי. לקראת סוף המאמר העליתי התנגדות אפשרית, שלפיה עשויות להיות לדגש על היבטים אלו גם מחירים מבחינת ריקון של המרחב הציבורי והלאומי. השאלה, אם כדאי בחשבון אחרון לשלם מחירים שכאלה ו"להפריט" מעט לאומיות שנוצרה בשנות החמישים והשישים, היא מעבר לגדריו של מאמר זה.

עם זאת כפי שרמזתי לקראת סוף דבריי, אני סבור שהמהלך הנכון אינו ריקון הזירה הציבורית מתוכן תרבותי אלא שינוי תוכנה. לצד מאבק על השבה במקרים שניתן לממש באמצעותה צדק היסטורי, יש למלא את המרחב הציבורי במשאבים לטובת קהילות שהיסטורית סבלו מהפקעה ומהכפפה. בעידן של תרבות דיגיטלית, של העתקים שיכולים להיות קרובים מאוד למקור ושל סביבות וירטואליות נראה שהדגש על ה"הילה" של החפץ ההיסטורי המקורי אולי מוגזמת. במקום לדרוש בלעדיות פיזית על המקור, המדינה יכולה לדאוג לגישה רחבה ככל האפשר אל המידע ואל המסורות שהוא מגלם גם מבלי להחזיק בו ממש. אכן, אתר האינטרנט הנאה שמצטרף לסרט "הכתר האבוד", שהוקם בשיתוף עם תאגיד השידור הישראלי "כאן", ממלא משהו מהפונקציה הזו. הוא מספר את סיפורו ההיסטורי של הכתר האבוד, ומגולל את כל התעלומה באשר למה שקרה לו. במובן זה הוא בעצמו מהווה תחילתו של תיקון לג'נוסייד המקורי שלא היה.¹³³ ואולם כל עוד תהליך שכזה אינו נפתח כלפי כל הקהילות הישראליות, לרבות אלו שאינן יהודיות, יש סכנה שתיוקן עבור קהילה אחת הוא דרך להמשיך את הפגיעה בקהילה אחרת.

133 ראו באתר הסרט, לעיל ה"ש 65, בכתובת: <http://thelostcrown.kan.org.il/#/introduction>; על החשיבות שבתיעוד היסטוריות של פגיעה בקהילות מסוימות, מעל ומעבר ל"תיקון" של פגיעות אלו, ראו SPINNER-HALEV, לעיל ה"ש 12.

