

תשובה לביקורות

מאת

ליאורה בילסקי*

א. אחריות תאגידיים

כותרת-המשנה לספרי "השואה, התאגיד והמשפט" היא "עסק לא גמור". אכן, שתי ביקורות הספרים המצוינות – של פרופ' אביחי דורפמן ושל ד"ר דורין לוסטיג – מצביעות על כך שהמאבק המשפטי להטלת אחריות על תאגידיים בגין הפרות של זכויות אדם הוא בבחינת עסק לא גמור. דורפמן ולוסטיג מצביעים שניהם על דרכים להמשיך ולחשוב על הבעיה. נקודה משותפת בביקורת של שני הכותבים עוסקת בהטיה המדינתית של המשפט הבינלאומי הפלילי. אף על פי ששני הכותבים מצביעים על הפרדיגמה המדינתית הפלילית, ועל קוצר ידה בהתמודדות עם סוגיית האחריות התאגידית להפרות של זכויות אדם, הם ניגשים לכך מכיוונים שונים. לוסטיג מצביעה על התקדים הבעייתי שנוצר במשפטי נירנברג לגבי אחריות תאגידיים – תקדים שביקש לצייר את התאגידיים כאורגנים של המדינה, ובשל כך כשל מלהכיר באחריותם העצמאית ובתרומתם הסגולית. דורפמן, מצדו, סבור כי מקור הבעיה טמון בפרדיגמה של צדק אנכי – זו הרואה את הפרות זכויות האדם של תאגידיים רק בציר האנכי של יחסי מדינה-פרט ואינה נותנת את הדעת לציר של יחסי פרט-פרט, דרך האספקלריה של צדק אופקי. מבחינתו, יש לראות את התאגיד לא כמעין-מדינה אלא כמי שנושא אחריות נפרדת, בדומה לאחריות של אנשים פרטיים במשפט הפרטי (חוזים, נזיקין ועשיית עושר) החלה בצד אחריותם הפלילית. כדי להבין את הנקודה, דורפמן מציע לחשוב על תרחיש היפותטי שלפיו המדינה לוקחת על עצמה להשיב את כל כספי ההתעשרות של התאגידיים והבנקים על חשבון הנפגעים. לדבריו, במצב כזה עדיין לא היה נעשה צדק אופקי, משום שהאחריות העצמאית של התאגידיים כלפי הקרבנות הייתה נותרת ללא הכרה משפטית.

ההתמודדות המשפטית עם השואה התמקדה עד כה במשפט הפלילי, הקשור בטבורו לרעיון של ריבונות המדינה. תביעות השואה הטרנס-לאומיות שבהן עוסק

* פרופסור למשפטים, ומנהלת מרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטת תל אביב. מופקדת הקתדרה לזכויות אדם וחקר השואה ע"ש בנו גיטר. תודה לעוזר המחקר מר אמנון מורג.

ספרי פנו אל מסלול חלופי – המשפט הפרטי, ושני הכותבים שואלים אם בפנייה אל מסלול זה השתחררנו מצל המדינה או שמא מדובר רק בתיקון פרוצדורלי, כזה המאפשר לתבוע תאגידים אך נשאר נאמן לפרדיגמה המדינתית.

נראה כי שני הכותבים צודקים בטענתם שהפרדיגמה המדינתית המשיכה להטיל את צלה על תביעות ההשבה נגד התאגידים, לא רק במשפטי נירנברג בסוף שנות הארבעים אלא גם בבתי המשפט האמריקניים באמצע שנות התשעים. בהקשר הגרמני, המדינה יצרה קרן משותפת עם התאגידים ותרמה כ-50% מכספי הפשרה; בהקשר השוויצרי ובכיוון ההפוך, הבנקים לקחו על עצמם לפצות גם קטגוריות של נפגעים שלא היה להם כל קשר למעשי הבנקים (למשל פליטים יהודים שכניסתם סורבה).¹ עם זאת, בניגוד להנחה המשתמעת – שסימון גבול חד יותר בין המשפט הפלילי לפרטי הוא המפתח לפתרון – אציע כי הצלחת התביעות הייתה תלויה במידה רבה דווקא ביצירת כלי היברידי של משפט פלילי ופרטי. כלי זה אפשר להבין את טשטוש ההבחנה בין הציבורי לפרטי בכלכלת הרייך השלישי, ובמסגרת זו – את פעולתם של התאגידים כבעלת היבטים ממשליים ופרטיים. כך, העומדים בראש תאגיד הביטוח אליאנו השתתפו בעיצוב מדיניות הרייך בעקבות ליל הבודלח, והמדינה מצדה מינתה וקידמה בעלי תפקידים בתאגידים – יועצים ומפקחים של נאמני המשטר. באופן כללי יותר, הוועדות ההיסטוריות תיארו את המעבר מכלכלת שוק לכלכלה המבוססת על חוזים עם המדינה, וכדי לעסוק באחריות התאגידים אימצו את התזה בדבר עליונות הפוליטיקה בכלכלת הרייך השלישי.² בהקשר זה, כוחם של התאגידים נבע מכך שהיה להם גם כוח נורמטיבי על הנפגעים הן במהלך המלחמה והן לאחריה (בשל המשך השפעתם על מדינאים ומחוקקים).

מבחינה נורמטיבית, דורפמן צודק בטענתו שהספר אמביוולנטי בנוגע לשאלה אם המעבר למשפט הפרטי הוא פתרון מסדר שני, בשל קוצר ידו של המשפט הפלילי, או שהוא מציע צדק אלטרנטיבי המתאים יותר לאחריותם של תאגידים. האמביוולנטיות אינה נובעת מהקושי לבחור בין שתי תפיסות מתחרות של צדק אלא מכך ששתי התפיסות המוכרות אינן מספקות. הסיבה לכך היא ששתיהן נעות על הציר הבינארי שבין המדינה לפרט ונכשלות בהתמודדות מול תאגידים ושחקנים כלכליים.

לוסטיג שואלת אם התביעות של שנות התשעים הובילו (נוסף על הטלת אחריות על התאגיד) גם לשחרור המשפט מהפרדיגמה של תורת האורגנים, הרואה את אחריות התאגידים כנגזרת מזו של המדינה. לדעתה, ההיסטוריונים ניצלו את ההזדמנות שיצרו התביעות הקבוצתיות לפתיחת הארכיונים של התאגידים כדי לכתוב היסטוריה אחרת על השואה, כזו שפעילות התאגיד במרכזה, ואילו המשפט הבין-לאומי המשיך לראות בפשרה "אין-משפט" ולהתעלם מסוג האחריות החדשה שהטילו התביעות הטרנס-לאומיות על תאגידים. במילים אחרות, עבור לוסטיג, גם כשהמשפט הפרטי מציע

1 LEORA BILSKY, THE HOLOCAUST, CORPORATIONS AND THE LAW, 106-109 (2017)

2 שם, בעמ' 151-154. אני מסכמת את ממצאי הוועדות ההיסטוריות כך: "It thus became increasingly difficult to distinguish between public and private, between 'the state' and 'business'."

דרכים להתגבר על ההטיה המדינתית ולעסוק באחריות התאגיד כשלעצמה, הנחות פורמליסטיות לגבי מקורות המשפט הבין-לאומי והתפתחותו יוצרות נקודת עיוורון בנוגע לחידוש שהציעו התביעות לגבי אחריות תאגידים.

ב. על שתיקת המשוררים

ברמה עמוקה יותר לוסטיג מציעה לחשוב על האתגר שהציבו תביעות השואה נגד התאגידים במונחים של אור וצל. את משפט השואה ה"מואר" היא מזהה במשפטים פלייליים פורצי דרך במשפט הבין-לאומי והלאומי כמו פרשות נירנברג, אייכמן, פאפון ואולי אפילו משפטי דמיאניוק בירושלים ובמינכן.³ את הצד ה"מוצל", המושקף או המושקח אפשר לזהות ככזה שעוסק בסוגיות מעוררות מחלוקת כמו משפטי הקאפו בישראל, משפטים של משתפי פעולה באירופה בכלל, ואם נרחיק את מבטנו – גם משפטי הכבוד שניהלו הקרבנות היהודים עצמם במחנות העקורים.⁴ הצל המשפטי שנופל על נושא הספר – הכישלון הנמשך לעסוק בצד הכלכלי של השואה – בא לידי ביטוי בצמצום אמנת הג'נוסייד מ-1948 לג'נוסייד פיזי וביולוגי (תוך התעלמות מנושאים של ביזה כלכלית ותרבותית)⁵, בהסכמים בין-לאומיים שמנעו את האפשרות לתבוע את התאגידים במשך כל המלחמה הקרה, ובמספר מצומצם של מקרים – בפשרות משפטיות שמנעו פסיקה עקרונית של בתי משפט גרמניים נגד שחקנים כלכליים (כפי שהיה, למשל, בתביעה של עובדי כפייה נגד התאגיד א' ג' פארבן).⁶ בחרתי לפתוח את הספר בחידה שמעלות תביעות השואה, בעזרת הסיפור האניגמטי של פרנץ קפקא "לפני החוק".⁷ בסיפור, האיש מן הכפר מבקש להיכנס אל היכלו של החוק, אולם שומר הסף מודיע לו שאין הוא יכול להיכנס עכשיו. האיש

- 3 לספר מרתק על משפטי דמיאניוק ראו: LAWRENCE DOUGLAS, THE RIGHT WRONG MAN: JOHN DEMJANJUK AND THE LAST GREAT NAZI WAR CRIMES TRIAL (2016).
- 4 תחום זה של משפט השואה, שנזנה במשך שנים רבות, זוכה בשנים האחרונות לעניין מחודש במחקר בארץ ובעולם. ראו, למשל, איתמר לוין קאפו באלנבי – העמדת יהודים לדין בישראל באשמת סיוע לנאצים (2015); רבקה ברוט באזור האפור: הקאפו היהודי במשפט (עתיד להתפרסם בהוצאת האוניברסיטה הפתוחה). LARA JOCKUSCH & GABRIEL N. FINDER (EDS.) JEWISH HONOR COURTS, REVENGE, RETRIBUTION, AND RECONCILIATION IN EUROPE AND ISRAEL AFTER THE HOLOCAUST (2015).
- 5 Leora Bilsky & Rachel Klagsbrun, *The Return of Cultural Genocide?*, 29 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 373-396 (2018).
- 6 BENJAMIN FERENCZ, LESS THAN SLAVES: JEWISH FORCED LABOR AND THE QUEST FOR COMPENSATION (2ND ED., 2002).
- 7 פרנץ קפקא, לפני החוק: עם פירוש "הפרעושים" מאת עלי אלון (הוצאה מחודשת, 2000).

הפשט נאלץ לחכות ימים ושנים – חיים שלמים – בשער החוק. רגע לפני מותו הוא שואל את השומר איך ייתכן שאיש לא ניסה להיכנס בשער החוק, והשומר מודיע לו שהשער נועד רק לו וכעת הוא נסגר. טענתי כי סיפורו של קפקא נראה מתאים במיוחד לתביעות ההשבה של שנות התשעים: כגודל התקווה שיצר הכלי המשפטי הנוצץ של תביעה ייצוגית – לבוא חשבון עם התאגידים לאחר יותר מחמישים שנה – כך גודל האכזבה שהנחילה הפשרה הכספית שמנעה פסיקה חד-משמעית המכירה באחריות התאגידים. במונחים של לוסטיג, הפשרה המשפטית סימנה עבור משפטנים את התביעות כ"לא-משפט" או כ"הסדר ייחודי אד-הוק" התפור לשואה, ולכן גם כחסרות ערך תקדימי לגבי אחריות של תאגידים בין-לאומיים להפרות נמשכות של זכויות אדם. לוסטיג מבקשת להמשיך ולחשוב בעזרת המטאפורה של צל ואור גם על אחריות האקדמיה המשפטית לשוליות העיסוק באחריות המשפטית של תאגידים לפשעים חדשים ולהפרות חמורות של זכויות אדם. היא חותמת את ביקורתה בשורות השיר של ברטולד ברכט:

אָבַל לֹא יִגִּידוּ: הַזְמַנִּים הָיוּ חֲשׂוּכִים
אֶלָּא: מְדוּעַ מְשׁוֹרְרֵיהֶם שָׁתְקוּ?

מהי אחריות המשוררים בזמנים חשוכים?

בספרות המשפטית מקובל לייחס את הכישלון הנמשך להתמודד עם אחריות התאגידים למגבלות הכלים של המשפט הבין-לאומי והמשפט הפלילי, כמו גם לאינטרסים גאו-פוליטיים. בהקשר זה האחריות רובצת לפתחם של מחוקקים, בתי משפט, עורכי-דין ומדינאים. בספרי ביקשתי לצעוד צעד נוסף – להחזיר מבט ביקורתי ורפלקטיבי אל האחריות של האקדמיה המשפטית, של חוקרים וחוקרות המפרשים את הליטיגציה ואת תוצאותיה המשפטיות.

לוסטיג כותבת:

באמצעות תפיסת ההליכים הללו כמצויים בשולי המשפט נוצרת תמימות דעים מדאיגה בין המשפטנים הבינלאומיים ועורכי הדין של התאגידים. מטרתם של עורכי הדין של התאגידים הייתה לעצב את ההליכים הללו כהליכים "מחוץ למשפט" ובכך למנוע את כינונה של תפיסת אחריות תאגידיית בעלת משמעות תקדימית. המשפטנים, מחרים מחזיקים אחריהם, קוננו על כך שמייצגי התאגידים והבנקים הצליחו להדיר את הדיון מהקורפוס המשפטי.

זו הנקודה שבה עולה השאלה של אתיקת הכתיבה המשפטית. מה האחריות של משפטנית-היסטוריונית המבקשת לתת פשר לתופעה משפטית שהיא חוקרת – הניסיון האחרון להעמיד לדין תאגידים בגין מעורבותם בשואה? שאלה זו נשאת כרגיל בצל המשפט, מאחר שחוקרי המשפט מעדיפים להציג את מחקרם כמשקף מציאות משפטית המתרחשת בחוץ ולא כמתערב וכמכונן את המציאות. עמדה כזו מקנה למחקר לגיטימיות מדעית. במסגרת מחקריי על משפט השואה נתקלתי שוב ושוב

בדילמה האתית הזו. בדרך כלל, הצגת המחקר המשפטי כמעין "צילום" של המציאות היא מטעה, במיוחד לאלו העוסקים באתגר שהציבה השואה למשפט. הדבר נובע מכך שהתופעה המשפטית אינה ממתינה לחוקרת המשפט עם תוויות וחלוקה מסודרת לענפי משפט, לקטגוריות ולכללים. כך לגבי השאלה שבה פתחתי את דבריי – כיצד לסווג את התביעות הייצוגיות נגד התאגידים: כמשפט פרטי, כ"מעין" משפט פלילי ואולי בכלל כתופעה פוליטית חוץ-משפטית?; כך לגבי השאלה שהעלה דורפמן – איזו תפיסת צדק עולה מתוך הליטיגציה: צדק אנכי (המאפיין את יחסי המדינה-פרט), צדק אופקי (המאפיין יחסים בין פרטים) או אולי צדק היברידי (ציבורי ופרטי)? ומה באשר לסוגיה שהקדשתי לה פרק שלם בספרי – כיצד יש להבין את הפשרה הכספית: האם כמחווה הומניטרית או כהתגבשות של נורמה חדשה? הדילמה התחדדה מאוד בהקשר של תביעות ההשבה בשל הפער הגדול בין הפשרה הכספית לבין הסירוב העיקש של התאגידים לראותה כבעלת משמעות נורמטיבית כלשהי.

התלבטתי בדילמה זו גם במחקריי לגבי משפטי שואה פליליים. כך, למשל, במשך שנים רבות נחשב משפט אייכמן, בעקבות ביקורתה החריפה של חנה ארנדט,⁸ כמשפט פוליטי שניהלה מדינת ישראל וככזה שאין בו תרומה אמיתית למשפט הבינלאומי הפלילי. רק בעקבות התפתחותו של שדה מומחיות חדש ("צדק מעבריני"), ניסוח של תפיסת צדק חדשה ("צדק רסטורטיבי") ויצירת כלי משפטי חדש (ועדות האמת) החלו חוקרים וחוקרות לראות במשפט אייכמן תקדים חשוב לשאלות כמו מעמדם של קרבנות פשעי-זוועות במשפט, ניסוח מטרה דידקטית למשפט, הרחבה של תפיסת העדות מעדות ראיה צרה לעדות אתית ועוד.

בספרי הקודם **צדק טרנספורמטיבי**,⁹ כמו גם במאמרים שפרסמתי על משפט אייכמן, ראיתי את תפקידי כחוקרת; לא רק כמי שמבקשת להשתמש בדוקטרינות משפטיות קיימות, או אפילו להסתמך על תאוריות משפט קיימות, אלא כמי שמחויבת ליצירת שפה משפטית שתוכל להתמודד עם הדואליות של משפטי השואה – משפטים אשר נאלצים לשפוט את הפושעים ובו-בזמן לכוון עולם נורמטיבי משותף. המשפט מניח את קיומו של עולם נורמטיבי משותף, אולם השואה (כמו גם מצבים של צדק מעבריני) הייתה מבוססת על עולם מפוצל-נורמטיבית שביצירתו היה למשפט תפקיד חשוב. השואה, כמו מקרי ג'נוסייד אחרים, לא התרחשה מחוץ למשפט אלא נשענה עליו כתנאי הכרחי. כפי שהסביר לורנס דאגלס, בשונה מתפיסת שלטון החוק הרגילה, המציבה את הפושעים כפורעי חוק הפועלים מחוץ לחוק, השואה הפכה תפיסה זו על ראשה כשמחוללי הפשע הסתמכו על החוק עצמו (כדי להסדיר את שלילת האזרחות, את הנישול והביזה, ומאוחר יותר את הרצח עצמו).¹⁰ אחד האתגרים הקשים ביותר

HANNAH ARENDT, EICHMANN IN JERUSALEM: A REPORT ON THE BANALITY OF EVIL 8
(1964).

LEORA BILSKY, TRANSFORMATIVE JUSTICE: ISRAELI IDENTITY ON TRIAL (2004) 9

לורנס דאגלס "פשעי זוועה, סוגית הענישה ומקומו של המשפט" **תיאוריה וביקורת** 40
241 (2012).

בניסיון לשפוט את השואה, החל במשפטי נירנברג, היה כיצד להתגבר על דוקטרינות משפטיות שהעניקו חסינות דה-פקטו למשפט ולחוק בגין מעורבותם בפשע (דוקטרינות של מעשה מדינה, של היעדר אחריות שילוחית, של התיישנות, של איסור טרוראקטיביות ועוד¹¹). אנשי המעשה – התובעים, השופטים ומומחי המשפט שהתגייסו לשפוט את השואה – נמצאו בדילמה: עד כמה להודות בהיעדר התקדים, ובכך לחתור תחת הלגיטימיות של ההליך המשפטי הפלילי? בדרך כלל הבחירה שלהם הייתה ליצור חזות של לגיטימיות, על ידי הצגת החידוש המשפטי במסווה של תקדימים קודמים.¹² בתגובה, חוקרי המשפט בחרו, פעמים רבות, לחשוף את היעדר התקדים ואת הפגיעה בערכים של שלטון החוק הליברלי. הבחירה הבינארית הזו לא אפשרה להבחין במרחב הפרשני של חוקרי המשפט עצמו כשהם חוקרים את התמודדות המשפט עם השואה. הדילמה עלתה בכל חריפותה במהלך כתיבת ספרי על תביעות התאגידים בשנות התשעים. נחשפתי לטענות של עורכי-הדין של התאגידים כי מדובר ב"משפט פוליטי", כי הפעלת הכלי של התביעה הייצוגית בבתי משפט אמריקניים נגד תאגידים אירופיים בעלי כיס עמוק הייתה לא יותר מסחיטה פוליטית. הם סירבו, כמוכן, לראות את ההשפעה הרבה שהפעילו התאגידים על מחוקקים ועל בתי משפט באירופה במשך שנים רבות כהפעלת כוח פוליטי כדי למנוע קיום משפט. כך היה, למשל, בהשפעת הבנקים השווייציים על יצירת חיסיון בנקאי מרחיב שהפרתו עולה כדי עברה פלילית, או בהשפעה של תאגידים גרמניים על יצירת חסינות לתאגידים מתביעה אזרחית בגין כל מעשה הקשור למלחמה. לכן אותם עורכי-דין לא יכלו לראות את התביעות הטרנס-לאומיות בארצות-הברית כתיקון לפוליטיזציה קודמת של המשפט האירופי.

בהקשר זה עולה האחריות האתית של החוקרת, למשל: כיצד על החוקרת לפרש את הפשרה? ההסתמכות על הבחנות דוקטרינריות בין משפט פלילי למשפט פרטי, או בין הכרעת דין לפשרה כספית, הייתה מביאה להעלמת היצירתיות הנורמטיבית שליוותה את התהליך כולו. כדי לתת פשר לפשרה עם התאגידים היה צורך לחשוב מחדש על השאלה "מהו משפט?" ולהסתמך על תאוריות של צדק מעברי, למשל כדי להצביע על הדרכים שבהן מילאו התביעות פונקציות נורמטיביות באתרים ובזמנים שונים – פונקציה של גילוי אמת בוועדות ההיסטוריות, פונקציה של יצירת מדרג אחריות בעזרת יצירה של חזקות משפטיות בהליך החלוקה, פונקציה של מתן קול והכרה בקרבנות בהליכי אישור הפשרה וכיוצא באלה. במילים אחרות, צריך היה לפרק את המשפט לרכיבו ולחברם מחדש, בלי להסתמך על הנחות בדבר תפיסה אחדותית

11. Mayo Moran, *The Problem of the Past* [unpublished manuscript].

12. ג'ודית שקלאר הטיבה להסביר את הבעיה ככזו שנובעת מתפיסה ליברלית המבחינה את המשפט במונחים בינאריים של "יש" או "אין". JUDITH N. SHKLAR, LEGALISM: LAW, MORALITY AND POLITICAL TRIALS 146 (1964) ["On the international level of politics a single-minded pursuit of a policy of criminal justice has ever graver defects. Since, for justice, law must either be 'there' or 'not there', it becomes necessary to pretend that a legal system analogous to a well-established domestic order exists."]

של משפט המתגבש להכרעת דין שקובעת את אחריות הנתבע, מכירה בקרבן, חושפת את האמת וקובעת את התרופה הראויה בעת ובעונה אחת.

בספר ביקשתי להתחיל ביצירתה של שפה תאורטית למשפט, שבעזרתה יתאפשר לבצע שיפוט אתי למהלך שלם של התמודדויות משפטיות עם האתגר שהציבה השואה. כתיבה כזו אינה יכולה לראות את עצמה כמדווחת ניטרלית על הליכים משפטיים. עליה לקחת חלק פעיל באותו תהליך – דרך חקירה ביקורתית של אחריות המשפט עצמו (ושל תאוריות המשפט) – לאותם אזורי צל שהטילו הפשעים הקולקטיביים.

לאחר סיום הכתיבה של הספר הבנתי שהבעיה רחבה בהרבה ומחייבת חשיבה מחדש לא רק על אתיקה של מחקר משפטי אלא גם על חינוך משפטי. חשבתי על המשימה במונחים של "הוצאת משפטי השואה מהגטו". הבנתי שכל עוד העיסוק במשפט השואה נעשה בקורסים ובסמינריונים נפרדים, תחת תזה של "ייחודיות השואה", אזי הקשיים, הפתרונות היצירתיים והתובנות התורת-משפטיות שעלו במשפטי השואה לא יצליחו להשפיע על תחומי משפט אחרים ולא יחללו אל התאוריה של המשפט. לפיכך, ד"ר רבקה ברוט ואני בנינו קורס מבוסס פרויקטים לתלמידי שנה ד', שמטרתו לחפש ולמצוא קשרים וחיבורים בין סוגיות שעלו במשפטי השואה לבין בעיות שתחומי משפט "רגילים" מתמודדים עמן. קיוויתי שכך תיהפך הדילמה האתית שעמה התמודדו היסטוריונים, סוציולוגים, רופאים ופסיכולוגים בעקבות השואה – בנוגע לאחריות המקצוע שלהם לתהליך של השמדת עם – גם לנחלתם של משפטנים וחוקרי משפט.¹³

13 ראו כרך נושאי של **תאוריה וביקורת** שערכתי בנוגע להתמודדות דיספלינות שונות עם אתגר השואה: **תאוריה וביקורת: משבר הדיסציפלינות בעקבות השואה** כרך 40 (קיץ 2012).