

## מעבר לדמוקרטיה, מעבר לפלילי ומעבר לשפיטה

### ביקורת על ספרה של ליאורה בילסקי *The Holocaust, Corporations, and the Law*

מאת

אביחי דורפמן\*

תרומתה של ליאורה בילסקי להבנת ההשפעה המכוננת של השואה על המשפט (כמו גם על מושגים מוסריים ומשפטיים מרכזיים כגון אחריות ואשמה) מצטיינת באיכותה ובחשיבות שיש לה לתאוריה של המשפט. ספרה החדש הוא שלב נוסף ומעניין במיוחד, שכן ההתבוננות שלה במשפט הפרטי בכלל, ובהליכים המשפטיים שנוצרו סביב תביעות השבה נגד גופים פרטיים שסייעו לנאצים בפרט, מעלה לקחים חשובים לבעיה בוערת בשדה המשפט העל-לאומי והלאומי: הפרת זכויות אדם על ידי תאגידים רב-לאומיים. הקטגוריות המוכרות שעמן המשפט עובד – בעיקר אלה היוצרות זיהוי משמעותי בין המשפט לבין המדינה – מתקשות להציע מסגרת נורמטיבית ראויה להתמודדות עם בעיה זו. ספרה של בילסקי משרטט מוצא מן הבעיה. בפסקאות הבאות אבקש להצביע על מתח מסוים בין שתי קריאות אפשריות של מוצא זה; שאלות חשובות אחרות שהספר מעלה יאלצו לחכות למועד אחר.

אפשר להציע שתי קריאות למהלך התאורטי שבילסקי מציגה. על פני השטח נראה כי ספרה מבקש למתוח את הפרדיגמה המחקרית השלטת בנוגע לשאלת האחריות המשפטית של תאגידים להפרת זכויות אדם, כך שהיא תכיל דרכים קונבנציונליות פחות, או דוגמטיות פחות, לטיפול בהפרת זכויות אדם על ידי תאגידים בזירה העל-לאומית. קריאה זו של הספר רואה את תביעות ההשבה הייצוגיות שהגישו ניצולי שואה בארצות-הברית נגד בנקים שווייצריים ותאגידים גרמניים כמקרים החושפים את צרותה של הפרדיגמה המחקרית המובילה. לפי פרדיגמה זו, הטיפול בהפרות של זכויות אדם צריך להיעשות, ראשית, באמצעות המשפט הפלילי; שנית, באמצעות בתי משפט המספקים הכרעה בשאלת האחריות; שלישית, סמכותם של בתי המשפט להכריע כאמור נהנית מתמיכה דמוקרטית. על פי קריאה זו, בילסקי מראה כי שלושת תנאים אלה, יחד או לחוד, אינם הכרחיים כדי לעשות צדק ולבוא חשבון עם תאגידים ששיתפו פעולה עם גרמניה הנאצית. מתיחת הפרדיגמה נעשית על ידי ניתוח של תביעות ההשבה

\* אוניברסיטת תל אביב, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן.

כמקדמות צדק שלא על בסיס המשפט הפלילי, מחוץ לכותלי בית המשפט ובלו שהסמכות לדון בהן ולהכריע בהן נקנית בדרך דמוקרטית "רגילה".

התזה בדבר הרחבת הפרדיגמה נוכחת לאורך כל הספר ואפשר להסתפק בכמה נימוקים כדי להמחיש זאת. בנוגע למשפט הפלילי, בילסקי מבחינה שהתפיסה הפרדיגמטית רואה באחריות הפלילית את דרך המלך לבוא חשבון עם תאגידים שהפרו זכויות אדם. הקושי האובייקטיבי המתעורר נוכח הבחנה זו הוא שלתאגידים אין – או אולי לא ברור שיש – יסוד נפשי של כוונה לבצע מעשה אסור, בדומה לבני אדם בשר ודם (כן לא ברור איך אפשר לייחס אשמה פלילית לתאגיד בגין מעשים שעשו מנהליו בשמו לפני עשרות שנים). הבדל זה מקשה על שימוש במשפט הפלילי בהקשר של תאגידים. בילסקי טוענת כי יש לראות בדיני הנזיקין, בדיני הקניין ובמוסד התובענה הייצוגית משום תרופה ("remedy") לכישלוננו של המשפט הפלילי.<sup>1</sup> טענה זו למעשה מניחה שהאידיאל הרצוי הוא הטלת אחריות פלילית ושהתרופה לחוסר היכולת לממש אותו היא המשפט הפרטי. לשם כך היא מראה בצורה משכנעת שהמשפט הפרטי רווי הכרעות ערכיות בדבר אחריות, וכי אחריות כזו – אזרחית ולא פלילית – היא עבה דיה כדי לספק את הדרישה לעשות צדק עם קרבנות התאגידים ששיתפו פעולה עם הנאצים. אשר לתפקיד בתי משפט, התפיסה הפרדיגמטית רואה את בתי משפט כמוסד הכרחי להטלת אחריות, שכן בתי משפט – ובית משפט פלילי במיוחד – מכריעים בשאלת האשמה בצורה חדה, לכאן או לכאן. לשם כך הם מרכזים מאמץ בביורר האמת ובניסוח של נורמות ההתנהגות המצופות מתאגידים רבי-עוצמה. תביעות ההשבה שבמוקד ספרה של בילסקי מוגשות לבתי משפט אזרחיים ולא פליליים; בחלק מהמקרים הן מובילות – או יוצרות לחץ שמוביל – להליכי פשרה. בכך מוחמצת האפשרות להטיל אחריות (מצד בית המשפט) וליטול אחריות (על ידי הנתבע). גם בעניין זה בילסקי מבקרת את נחרצות הפרדיגמה המחקרית בדבר הנחיצות של בתי משפט. לדעתה, גם אם בתי משפט, ובמיוחד בתי משפט פליליים, מסמנים את "הרצוי" המוסדי לביורר וטיפול בהפרות של זכויות אדם, מהלך שיפוטי או מעין-שיפוטי המסתיים בפשרה עשוי לתת מענה הולם להפרת זכויות אדם על ידי תאגידים רב-לאומיים. בילסקי טוענת בצדק שהשאלה הנכונה היא לא בהכרח מה ראוי – הכרעה שיפוטית או פשרה – אלא איזה סוג של פשרה עולה בקנה אחד עם עשיית צדק.

אשר לגירעון הדמוקרטי, בילסקי מכירה בכך שהטלת אחריות על תאגידים רב-לאומיים יוצרת גירעון דמוקרטי, שכן הנתבעים (וכן בעלי המניות ומנהליהם) אינם "אזרחים" של המדינה שבה ההליכים המשפטיים מתקיימים (במקרה המדובר, ארצות-הברית). לפיכך, אי-אפשר לייחס להם השתתפות ביצירת כללי המשחק לביורר אשמה ולהטלת חבות או, לחילופין, הסכמה לכללים אלה. על רקע זה, הפרדיגמה המחקרית מפקפקת בלגיטימיות שבהפעלת כוחו הכופה של המשפט המקומי על תאגידים רב-לאומיים. מנגד, בילסקי טוענת בצורה משכנעת שהגירעון הדמוקרטי ניתן לכיסוי. השתתפות בהליכים (לא רק של הצדדים הישירים לסכסוך אלא גם של מדינות ושל

1. LEORA BILSKY, THE HOLOCAUST, CORPORATIONS, AND THE LAW 5 (2017)

ארגונים לא-ממשלתיים שיח ציבורי ער והקפדה על הליכים הוגנים מבטיחים את הלגיטימציה הדמוקרטית של הליכים משפטיים ומעין-משפטיים נגד תאגידים רב-לאומיים. בילסקי מוצאת חיזוק לטענה זו בתאוריית הצדק של ננסי פרייזר, המכונה abnormal justice. תאוריה זו מבקשת להתמודד עם מעשי עוולה החורגים מהתבנית המדינתית המוכרת של מזיק וניזוק בני אותה קהילה פוליטית, המנהלים את ריבם במסגרת הליכים משפטיים במוסדות שהקימה קהילה זו.

המשותף לשלושת המהלכים הללו הוא הנכונות של בילסקי להיפטר מראייה פורמליסטית ודווקנית של צדק, דמוקרטיה ובעיקר משפט. בכך היא מראה בצורה יסודית ומרתקת כי התוכן של כל אחד מהמושגים האלה ניתן לעיבוד ולשינוי בהתאם לנסיבות הנכונות – הן בהקשר הספציפי של תאגידים ששיתפו פעולה עם הנאצים והן בהקשר הכללי של תאגידים רב-לאומיים המפריים זכויות אדם אגב עיסוקם בהשאת רווחים.

עם זאת, אינני משוכנע שזו הדרך הנכונה לאתגר את הפרדיגמה המחקרית בשאלת הטיפול בהפרת זכויות אדם על ידי תאגידים רב-לאומיים. לעתים מתיחת הפרדיגמה היא הדבר הנכון לעשות, אם האופן שבו פרדיגמה זו נתפסת הוא אכן צר מדי; אולם לעתים המסקנה המתבקשת אינה נוגעת לתפיסה הצרה של המחזיקים בפרדיגמה אלא לכשלים של הפרדיגמה עצמה. במילים אחרות, מתיחת הפרדיגמה עשויה להצביע על בעיה עמוקה יותר: הפרדיגמה שגויה מיסודה שכן היא לוקה בהבנה של מושגי הצדק ומושגי המשפט הרלוונטיים בהקשר של זכויות אדם במישור הרב-לאומי. כך, למשל, החיפוש אחר "פיצוי" לגירעון הדמוקרטי מניח שדמוקרטיה היא תנאי הכרחי לעשיית צדק במישור זה, אך כלל לא ברור שכן הם פני הדברים. כך גם לגבי השימוש במשפט הפרטי כתרופה להמתקת הכישלון של המשפט הפלילי, שימוש אשר מבוסס על ההנחה שמשפט פלילי הוא הכרחי – לפחות כאידאל של צדק – אף שלדעתי הנחה זו שוגה בהבנת היחס בין משפט פרטי לבין משפט פלילי. כך גם בנוגע למרכזיות של בתי המשפט. הרדוקציה של המשפט הפרטי לבתי משפט ולהליכים משפטיים ומעין-משפטיים מסוג מסוים היא אולי הדרך "הטבעית" ביותר עבורנו המשפטנים לחשוב על עשיית צדק (שכן זה מה שכולנו רואים מסביבנו), אולם כלל לא ברור שכן הדברים חייבים או צריכים להיעשות.

כדי להסביר טענות אלה אבקש להציג קריאה שנייה וחתרנית יותר של בילסקי, כזו שאולי מתיישבת עם רוח דבריה אך לא עם הקריאה הרשמית שהצעתי לעיל. אכן, מתחת לפני השטח, הספר כלל אינו קורא למתיחת הפרדיגמה כי אם לקריעתה ולהחלפתה באחרת – כזו שאינה מדינתית (statist), אינה פוזלת למשפט הפלילי כאידאל של עשיית צדק ואינה רואה לגיטימציה דמוקרטית כתנאי הכרחי או מספיק לנכונותה. תפיסת הצדק הרלוונטית לא רואה את הצדק כאידאל התחום לגבולות המדינה או כקו-בסיס שלאורו יש לבחון חריגות, סטיות או הרחבות למקרים של שחקנים רב-לאומיים. העול שעשו הבנקים השוויצריים והתאגידים הגרמניים הוא לא רק הסיוע למאמץ המלחמה הנאצי אלא גם, ואולי בעיקר, רמיסת הזכויות של הקרבנות שזכויותיהם נפגעו בעקבות סיוע זה. במונחים משפטיים, לא יהיה זה נכון למחוק את הממד האופקי של יחסי מזיק וניזוק (או מתעשר ומעשיר) ולהמשיגם במונחים אנכיים

בלבד, של גופים הפועלים בשירות המדינה המעוולת אל מול קרבנותיה. הבחנה זו מתחדדת יותר כשעוברים מהמקרה של השואה להפרות עכשוויות של זכויות אדם על ידי תאגידים רב-לאומיים. הניסיון לקשור את התאגיד הסורר למדינה מסוימת, כדי לתאר את העוולה שהראשון ביצע כפשע שלמעשה ביצעה השנייה, מעלים את הממד האופקי שבו אותו תאגיד – כתאגיד פרטי ולא כשלוחה של מדינה – מחויב לכבד את זכויות האדם של קרבנותיו. מחויבות זו איננה תלויה בשיוך הלאומי של אותו תאגיד או של קרבנותיו; היא גם לא תלויה בטיב הקשר בין התאגיד לבין הממשלה הנהנית, אם בכלל, מביצוען של עוולות אלה. זאת, משום שהפרה של זכויות אדם היא עוולה לא רק במישור האנכי של יחסי המדינה עם אנשים פרטיים אלא גם במישור האופקי של יחסי אדם עם זולתו. כאן הדגש הוא על אדם באשר הוא אדם, להבדיל מזהותו הפוליטית כאזרח או כחבר בקהילה פוליטית מסוימת. לפיכך, גם הניסיון לתור אחר רכיבים המקהים את הגירעון הדמוקרטי אינו ברור, שכן המישור האופקי של זכויות אדם אינו נשען – ולא ראוי שישען – על אתוס של השתתפות דמוקרטית כתנאי ללגיטימציה של המשפט. קו טיעון זה גם מסביר מדוע הליכים פליליים, חשובים ככל שיהיו, אינם צריכים להתפס כאידאל לא ממומש. הפנייה למשפט הפרטי אינה תרופה – היא רק עונה על "צורך" עצמאי ונפרד: עשיית צדק ביחסים שבין אדם לזולתו, זו הטמונה בלב המוסרי של המשפט הפרטי.<sup>2</sup>

כדי להמחיש נקודות אלה אפשר לחשוב על שני תרחישים אפשריים של עשיית צדק עם קרבנות התאגידים הגרמניים והבנקים השוויצריים. תרחיש אחד הוא שגרמניה לוקחת על עצמה אחריות מלאה להשיב את כל כספי ההתעשרות של אותם תאגידים ובנקים. מבחינה מטריאלית, קרבנות התאגידים והבנקים מקבלים הכרה בזכות שהייתה להם לכספם, ועודנה קיימת, מצד ישות שאחראית במישרין ובעקיפין לפגיעה בזכות זו. ברם, דומה שהשבת מצב לקדמותו מבחינה מטריאלית היא אולי הכרחית אבל לא די בה. מה שנדרש הוא הכרה של הצד הרלוונטי לעשיית צדק, ובהקשר זה דומה שההכרה של אותם תאגידים היא הכרחית. אינני טוען כי עליהם לשאת לבד בכל נטל ההשבה; ייתכן שיש נסיבות התומכות בחלוקה מסוימת של הנטל בינם לבין המדינה שסייעו לה (שאלה לא פשוטה שלא ראוי להידרש אליה כאן). מכל מקום, הנקודה היא שבהיעדר לקיחת האחריות להשבה של לפחות חלק (לא זניח) מהסכומים, על ידי אותם תאגידים ובנקים, אי-אפשר לראות בהשבת מצב לקדמותו משום עשיית צדק. זאת,

2 להרחבה ופיתוח של רעיון זה ראו Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Justice, Politics, and Interpersonal Human Rights*, 51 CORNELL J. INT'L L. ONLINE 139 (2018); Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Interpersonal Human Rights*, 51 CORNELL J INT'L L. 361 (2018); Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Justice in Private: Beyond the Rawlsian Framework*, 37 L. & PHIL. 171 (2018); Hanoch Dagan & Avihay Dorfman, *Just Relationships*, 116 COLUM. L. REV. 1935 (2016).

כאמור, משום שהפגיעה בצדק המיוחסת לאותם תאגידים ובנקים אינה מתמצה במישור האנכי של יחסי ממשלה עם נתיניה אלא מתרחשת גם, ובעיקר, במישור האופקי של יחסי גוף פרטי אחד עם אדם פרטי אחר. נקודה זו חשובה מאוד לדיון בדרכי הטיפול הראויות בהפרות זכויות אדם על ידי תאגידים רב-לאומיים. החיזור אחר הממד האנכי, והניסיון להמשיג את הפתרון לבעיה באמצעות מתיחת הממד ה"מדינתי" או באמצעות הצברה של התאגיד הפרטי, מחמיצים את הממד האופקי של עשיית צדק. על רקע זה אפשר לקרוא את בילסקי כמציגה דרך ליישום הממד האופקי של צדק ביחסים בעולם שהתרגל להתבונן על צדק ועל משפט באופן אנכי בלבד, של יחסי המדינה עם פרטיה. מהלך זה מניח כמובן כי יישום כזה אינו רק אפשרי אלא גם ראוי.<sup>3</sup>

---

3 ועל כך ראו שם.