

חוק בְּצֵל 7 באוקטובר: מחשבות על משפט, פוליטיקה ואלימות

ליאורה בילסקי ואורי ברון

א. הקדמה

אירועי 7 באוקטובר, והמלחמה שפרצה בעקבותיהם, מסמנים שבר של אלימות שמערער את מה שנראה כיציב ומוכר. הרגע הטראומטי של האלימות, אשר נראה כמשהה את החוק או קוטע אותו, מעורר כמיהה למשפט שיחזיר את החוק על כנו. הרעיון, שלפיו המשפט מהווה תחליף לאלימות, וכי הוא משמש כדי לווסת את האלימות ולאפשר לבני האדם להיחלץ מהמלחמה המתמדת שהיא תו ההיכר של החיים ללא חוק, הוא רעיון עתיק יומין בחשיבה המערבית על המשפט. בטרגדיה **נוטות החסד**, שחותמת את הטרילוגיה **אורסטיאה** של איסכילוס, הקמת בית הדין הפלילי הראשון מתוארת כתחליף לשרשרת האינסופית של נקמות הדם הפרטיות.¹ שפיכות הדמים של נקמת הדם אמורה להיות מוחלפת בהליך רציונלי ופומבי של שכנוע והתדיינות. הבחירה בהליך הפלילי, שבמסגרתו חבר מושבעים יפסוק את הדין בהתאם לטענות הצדדים וההוכחות, מבססת את ההבחנה החדה בין תבונה לרגש, משפט ואלימות, עונש ונקמה. נקמת הדם מבטאת את הרצון הסובייקטיבי של הפרט המונע על ידי רגשות הנקם המפעמים בקרבו, ואילו המשפט נתפס כמבטא את התבונה המונחית על ידי מושגים וכללים בעלי תוקף אוניברסלי.²

¹ תפיסה מקובלת זו של היחס בין ענישה לנקמה אפשר למצוא, לדוגמה, גם אצל הגל; ראו פילוסופיה של המשפט.

² על ההבחנה המטושטשת בין נקמה, משפט וצדק, ראו Lavi 2005.

ואולם, כבר בטרגדיה של אייסכילוס אפשר לראות כי הקשר בין משפט לאלימות הוא קשר פנימי ומורכב יותר מכפי שהוא עשוי להיראות בתחילה. האלה אתנה נדרשת לשכנע את האריניות, אלות הנקם שדורשות את דמו של אורסטס בעקבות רצח אימו, לקבל על עצמן את יישוב הסכסוך באמצעות הקמת בית דין. אתנה מסבירה לאלות הנקם כי תפקידן לא בוטל עם כינון בית הדין, כי הן ימשיכו לעמוד לצידה בתור "נוטות החסד", ואף נוטה להסכים עם עמדתן כי הפחד מפני אלימותן הכרחי לקיומה של הקהילה.³ המחזה מציג אפוא תמונה מורכבת שבה הקשר בין התבונה לרגש, כמו גם בין האלימות למשפט, אינו מאפשר לבחור באחד ולסלק לגמרי את האחר. בית הדין הפלילי הראשון אינו מוצג כמטוהר לחלוטין מאלימות: להפך, האלימות מתוארת כיסוד מכונן של המשפט עצמו.⁴ בדומה, הרגע הנוכחי חושף גם את השבריריות של החוק ואת העובדה שהוא בעצמו נשען תמיד על אלימות. ז'אק דרידה דן בחיבורו **תוקף החוק** באופן שבו כל מערכת חוק מבוססת על רגע של אלימות שלא יכולה להיות לו הצדקה נורמטיבית מתוכה, שכן הוא בעצמו מכונן אותה ולכן אינו יכול להיות חוקי או בלתי חוקי. הוא ראה באלימות המכוננת הזו כוח פרפורמטיבי שדבר אינו מצדיק אותו או מקנה לו תוקף, ובמובן זה הוא מציג את החוק כמבוסס על אי-חוקיות: הפעולה שמקנה את התוקף לחוק היא מעשה של "אלימות פרפורמטיבית" או "אלימות חסרת יסוד", ובמובן זה "פעולה זו בפני עצמה אינה צודקת או בלתי צודקת, ושום צדק קודם או מייסד שלפני כן, שום מסד שקדם לה, אינם יכולים לערוך לה או לסתור אותה או להפקיע את תוקפה".⁵ דרידה מזכיר כאן את ההבחנה של ולטר בנימין בחיבורו **לביקורת הכוח** (*Zur Kritik der Gewalt*) בין שני סוגי אלימות הכרוכים בחוק: האלימות מתוות החוק, שמייסדת או מכוננת את החוק, והאלימות משמרת החוק, המאשרת ומנציחה את המשכיות החוק ואת אכיפתו (עמ' 102). את הדיון התיאורטי בקשר בין החוק לאלימות אפשר לתאר כתגובה לתיאוריה הקלסית של מקס ובר על המדינה המודרנית, המוגדרת לגישתו כבעלת מונופול על השימוש הלגיטימי באלימות. ובר מצביע על סוג הלגיטימציה המיוחדת של המדינה המודרנית כלגיטימציה המבוססת על חוקיות (*legality*) או שלטון החוק.⁶ בתיאוריה של ובר יש זיהוי בין לגליות ללגיטימיות. בהקשר זה, התיאוריות, שמצביעות על האלימות שמכוננת את החוק ומשמרת אותו ככזו שאינה מבוססת על שלטון החוק, מערערות

³ נוסות החסד, עמ' 19–20.

⁴ להרחבה ראו בילסקי 2001, עמ' 347–348.

⁵ דרידה 2006, עמ' 67.

⁶ Lavi 2005, 298; Weber, Roth, and Wittich 1978, 1, 314

על מקורות הלגיטימיות של המדינה המודרנית. המשפט הפוליטי מהווה זירה שבה חולשתה של התיאוריה של ובר באה לידי ביטוי ולכן דורש חשיבה מחודשת על הקשר בין שלטון החוק לאלומות.

משפט פוליטי מתרחש בנסיבות שבהן קיימת אי-הסכמה בסיסית על מסגרת נורמטיבית משותפת, ובהתאם לכך לא קיימים כללים, ולא נורמות או אמות מידה משותפות ומוסכמות שיכולות לשמש להכרעה בסכסוך ביניהם. במונחים שטבע המשפטן רוברט קאבר (Cover, 1943–1986) במסה **נומוס ונרטיב**, אפשר לומר כי משפט פוליטי מתאפיין במאבק על הנומוס (nomos), או ליתר דיוק במאבק בין נומוסים מתחרים ובלתי מתיישבים של קבוצות שונות. קאבר טען כי על מנת להבין את החוק אין להסתפק בלימוד כללים, עקרונות ומוסדות משפטיים, אלא יש להבין את הנרטיבים שמקנים להם פשר ומעצבים את הפרשנות שניתנת להם על ידי קהילות שונות: "החוק, מרגע שמבינים אותו בהקשרם של הנרטיבים המקנים לו משמעות, אינו נעשה סתם מערכת של כללים שיש לקיים, אלא עולם שבתוכו אנו חיים" (2012, עמ' 1). לפי קאבר השילוב בין משפט לסיפור קבוצתי המכונן תודעה הוא הנומוס. במשפט הפוליטי בית המשפט מכריע בסכסוך בין צדדים שאין להם עולם נורמטיבי משותף, או משתייכים לקהילות המפרשות את החוק בהתאם לנרטיבים מכוננים שונים במפגיע מהנומוס של הקבוצה האוחזת ברסן השלטון. המשפט הפוליטי מהווה במובן זה אתר ייחודי שבו נחשף או מתגלה הקשר הבלתי ניתן להתרה בין המשפט לאלומות, במובן של כפיית נומוס הגמוני על קבוצה המתנגדת לו. הניסיון להתמודד באמצעות המשפט עם אירועי 7 באוקטובר והמלחמה שפרצה בעקבותיהם, כמו הניסיון להשיב את שלטון החוק לאחר השואה או להעמיד לדין את האחראים להפרות זכויות אדם שיטתיות ורחבות היקף, חושף את הקשר הפנימי המורכב בין משפט, אלימות ופוליטיקה. ניסיון זה מעורר שאלות עמוקות הנוגעות לתופעת המשפט הפוליטי, המאיים על הלגיטימציה של המדינה המודרנית, המבוססת על שלטון החוק, בכך שהוא חושף רגע מכונן שבו האלימות, ולא החוק, מעצבים את המשפט. הדילמה של המשפט הפוליטי הלגיטימי קשורה בכך שאם כרגיל שלטון החוק (הלגליזם) הוא שמעניק לגיטימציה לשלטון השופט, הרי במשפט הפוליטי נפער פער בין הלגליזם ללגיטימיות, כאשר עשויה להיות הצדקה מהותית לעשיית משפט, אך הוא דורש לחרוג מגבולות שלטון החוק. מסה זו מתחקה אחר שני אתרים שבהם המשפט נקרא להשיב את החוק למול האלימות שהחלה ב-7 באוקטובר, ובכך נדרש להתמודד עם מצבים של אי-הסכמה עמוקה על הנומוס מהסוג שתיאר קאבר. אתרים אלה יש בכוחם להראות כיצד המשפט מנסה לטשטש ולהסוות את השימוש הפוליטי בו, אולם באותה עת מהווה זירה שבה הפוליטי יכול להיחשף לדיון ביקורתי.

החלק הראשון במסה דן בדילמות שמעוררת סוגיית ההעמדה לדין של החשודים בביצוע פשעי הזוועה של חמאס ב-7 באוקטובר שנתפסו ומוחזקים על ידי ישראל. אירועי 7 באוקטובר מקימים אינטרס לגיטימי להעמיד את האחראים לדין, ובכך גם לספק צדק לקורבנות שיש מי שמשתיק ומכחיש את העוול שנגרם להם, אולם באותה עת מעוררים דילמות מורכבות מבחינת אופן ההתמודדות של המשפט עם נסיבות אלה. בחלק השני נעבור מהזירה המדינתית לבינלאומית ונדון בהליך המשפטי שפתחה דרום אפריקה בבית הדין הבינלאומי לצדק בהאג (ICJ) בטענה להפרות של "האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם משנת 1948 (להלן: אמנת הג'נוסייד)" על ידי ישראל במסגרת המלחמה ברצועת עזה. אתרים אלה מהווים חלק ממגוון רחב של תגובות משפטיות למלחמה שפרצה ב-7 באוקטובר. חשיבותן של תגובות אלה אינה מוגבלת לשדה המשפטי, אלא יש להן פוטנציאל לתרום לשינויים פוליטיים, חברתיים ותרבותיים בישראל ובעולם. מסה זו לא נועדה להציע ניתוח משפטי מקיף של סוגיות אלה, אשר ההליכים המשפטיים בענייני טרם הבשילו או עדיין נמצאים בעיצומם, אלא להציע כלים מושגיים לדין בשאלות הפילוסופיות שהן מעוררות ולהציבן בהקשר היסטורי ותיאורטי רחב יותר.

א. המשפט הפלילי המדינתי: תופעת המשפט הפוליטי

לפי דיווחים תקשורתיים, ישראל מחזיקה מאז 7 באוקטובר במאות חשודים בהשתתפות בפשעי הזוועות ביישובי עוטף עזה. חקירתם והעמדתם לדין של החשודים הרבים בהשתתפות במעשים מעוררת שורת דילמות מורכבות הנוגעות בין היתר לערכאה שבה ראוי לשפוט את החשודים והעבירות שראוי לייחס להם, המידה שבה המשפט יתמקד באחריות האינדיבידואלית של הנאשמים לעבירות ספציפיות או ישקף סיפור רחב יותר, הייצוג המשפטי של הנאשמים, מקומם של הקורבנות במסגרת ההליך וכן הזיקה בין ההליך למיצוי הדין הפלילי ובין המגעים לעסקה לשחרור החטופים המוחזקים ברצועת עזה, שבה עשויים להשתחרר משתתפים בטבח ה-7 באוקטובר.

דילמות אלה הובילו להצעות שונות לאופן שבו אפשר יהיה להביא לדין את החשודים, ביניהן הקמת בית דין צבאי או טריבונל מיוחד, העמדה לדין קולקטיבית ואף חקיקת חוק ייחודי שלפיו ניתן יהיה להעמיד לדין את החשודים ללא צורך בגיבוש תשתית ראייתית לכל מקרה בנפרד.⁷ כל אחת מההצעות שעלו מעוררת בעיה אחרת.⁸ העמדה לדין לפי

⁷ מענית, הארץ 24.12.2023.

⁸ ראוי להבהיר כי הדיון בשאלת המסגרת המשפטית שתאפשר את העמדתם לדין של החשודים מובחן מהחובה המוטלת על המדינה לשמור על זכויות האדם של החשודים המוחזקים על ידיה. הדיון בהמשך מאמר זה, בנוגע

סעיפים קיימים בדיני העונשין, כמו עבירת הרצח או האונס, דורשת לקיים משפט פלילי רגיל שבו האשמה האינדיבידואלית של כל נאשם תוכח בהתאם לאמות המידה המחמירות של המשפט הפלילי. סעיפים אלה אינם מתירים הטלת עונש מוות בישראל. העמדה לדין פלילי בגין ביצוע עבירות אלה עלולה להסב סבל לקורבנות שיצטרכו להעיד בהליכים השונים ולהיחקר בחקירה נגדית במהלכם, אך מנגד תאפשר להם גם להשתתף בהליך ולהשמיע את קולם.

אפשרות אחרת שנידונה היא העמדה לדין באמצעות שימוש בחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950, אשר מחייב הטלת עונש מוות על המורשעים בעבירה. במקרה כזה עלול להתעורר קושי להוכיח את הכוונה המיוחדת (*dolus specialis*) הנדרשת לביסוס היסוד הנפשי בעבירה ביחס לחשודים זוטרים שהשתתפו במעשים עצמם, לעומת ראשי החמאס שנושאים באחריות לתכנון המתקפה.⁹ אפשרות נוספת שהועלתה לאחרונה היא להאשים את העצורים הפלסטינים בעבירות המנויות בסימן ב' לחוק העונשין שכותרתו "בגידה", לצד עבירות רצח ואונס בנסיבות מחמירות.¹⁰ עבירות אלה, ובהן "פגיעה בריבונות המדינה או בשלמותה" או "סיוע לאויב במלחמה" מאפשרות אך אינן מחייבות גזר דין מוות. ואולם קיים קושי מהותי מבחינת הלגיטימציה המשפטית של השימוש בעבירות חמורות אלה, שכן הן מתייחסות לבגידת האזרח במדינתו. החשודים שנתפסו מהווים אויב שנלחם במדינת ישראל, ולא אזרחים שחייבים בחובות אמונים כלפיה.

הצעה נוספת שעלתה היא הקמה מחדש של בית המשפט הצבאי בלוד שפעל על פי תקנות ההגנה המנדטוריות המאפשרות הטלת עונש מוות על עבירות רבות. החלטה להקים באופן רטרואקטיבי בית משפט צבאי מיוחד תעורר בעיה חמורה מבחינת הלגיטימציה של ההליך, שבו שופטים במדים ישפטו חשודים שיזכו להגנות פרוצדורליות פחותות לפי תקנות הגנה שהותקנו על ידי שלטון בריטי קולוניאלי.¹¹ הדברים הגיעו לידי כך שהמדינה אף שוקלת להימנע מניהול משפט פלילי נגד החשודים ובמקום זאת לבחור בהעמדתם לדין בהליך מזורז בפני טריבונל מיוחד בתור "לוחמים בלתי חוקיים", בדומה

לשאלה ההצדקה של המשפט הפוליטי בתפיסה ליברלית של המשפט, יוצא מנקודת הנחה שלפיה בכל מקרה על המדינה מוטלת חובה להבטיח תנאי כליאה וחקירה הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בזכויות האדם של כל המוחזקים על ידיה, ובכלל זה הזכות לכבוד, לבריאות ולשלמות הגוף.

⁹ ראו ספיר, 3.3.2024.

¹⁰ גרינצייג, 25.3.2024.

¹¹ לדיון בנושא בית המשפט הצבאי בלוד, שנסגר בשנת 2000, ראו בן נתן 2020.

למודל המיושם במתקן המעצר האמריקאי במפרץ גואנטנמו מאז אירועי 11 בספטמבר. לפי הצעה זו, בית הדין המיוחד יתבסס על מסמכים ותיעוד כתוב, ללא שמיעת עדויות במקובל במשפט פלילי.¹² הצעה זו, המבוססת על מודל שזכה לביקורת בינלאומית רחבה, מציעה למעשה להתמודד עם טבח 7 באוקטובר בהליך שחורג מעקרונות יסוד של המשפט הפלילי הליברלי, אינו מאפשר לנאשמים להציג את עמדתם בהתאם לנורמות המקובלות בהליך הפלילי ודומה שהוא מתוכנן כך שתוצאתו תהיה קבועה מראש.

מגוון הצעות אלה, שכל אחת מהן מעלה בעיות חמורות בפני עצמה, משקפות את החשש כי המשפט הפלילי הרגיל לא מעמיד כלים מתאימים להתמודדות עם האתגר. מצד אחד, מדיווחים תקשורתיים עולה כי במקרים רבים קיים קושי בביסוס תשתית ראייתית הקושרת חשודים ספציפיים למעשים מסוימים, או כי התשתית הראייתית הקיימת אינה מספיקה לצורך העמדה לדין בעבירות המאפשרות הטלת עונשים חמורים.¹³ מצד שני, קיים חשש כי המשפט יהפוך למשפט ראויה שיתמקד בעיצוב הזיכרון הקולקטיבי של החברה הישראלית או בביסוס הלגיטימציה הבינלאומית של המלחמה בחמאס, ולא בהוכחת האחריות האינדיבידואלית של הנאשמים הספציפיים שובאו בפני בית המשפט. רבים מזהירים שהעמדה לדין של פעילי החמאס שנתפסו עשויה להיתפס כמשפט פוליטי, וטוענים כי דווקא בשל כך יש לשאוף ש"ההליכים הפליליים יהיו ככל הניתן דומים למשפט פלילי רגיל, וכמה שיותר רחוקים ממה שעלול להצטייר כמשפטי ראויה".¹⁴ גם גורם שהוצג כמעורה בדיונים בנושא טען בריאיון לתקשורת כי המשפט הצפוי ייתן ביטוי לטראומה הלאומית בעקבות 7 באוקטובר, אך מיהר להבהיר כי "זה לא יהיה משפט ראויה, צריך להיזהר עם הביטוי הזה".¹⁵

הטענה שלפיה העמדה לדין של פעילי החמאס בישראל עלולה להוות "משפט פוליטי" או "משפט ראויה" מעוררת שורת שאלות הנוגעות למתח בין משפט לפוליטיקה. בסעיפים הבאים ננסה לבחון את השאלות מהו "משפט פוליטי", מה בינו לבין "משפט ראויה" (show trial), ואם ניתן לחשוב על משפט פוליטי מוצדק במסגרת תפיסה ליברלית של המשפט, באמצעות דיון בספרות על תופעת המשפט הליברלי בהגות הליברלית. ספרות זו קוראת תגר על התפיסה המקובלת שמזהה בין "משפט פוליטי" לבין "משפט ראויה" שתוצאותיו מוכתבות מראש על ידי השלטון והוא מתבצע למטרות רדיפה פוליטית

¹² מענית, **הארץ** 11.2.2024.

¹³ האוזר טוב, **הארץ** 24.11.2023.

¹⁴ יועז, **זמן ישראל** 24.1.2024.

¹⁵ זינגר, **שומרים** 14.11.2023.

בלבד. כפי שנראה, ספרות זו מאפשרת להעמיד מובן אלטרנטיבי של "משפט פוליטי" שיכול לעלות בקנה אחד עם תפיסה ליברלית של המשפט. אומנם המשפט הפוליטי אינו משפט לגלי רגיל, אך ניתן להבחין בינו לבין משפט ראויה ככל שמתקיימות ערובות של שלטון החוק שמונעות מהשלטונות לקבוע מראש את התוצאה ומאפשרות לנאשם לחשוף את הממד הפוליטי של המשפט ולהפוך אותו לזירה שבה יכולים להיפגש עולמות נורמטיביים שאינם מתיישבים זה עם זה.

ב.1. המשפט הפוליטי בהגות הליברלית

בתרבות הפופולרית "משפט פוליטי" מזוהה עם "משפט ראויה", דוגמת משפטי מוסקבה שערך סטלין במהלך תקופת "הטיהורים הגדולים" בשנות ה-30 ואשר מהווים דוגמה קיצונית לרדיפה פוליטית באמצעות משפט שתוצאתו נקבעה מראש. ככזה, המשפט הפוליטי אינו אלא הצגה (משפטית) עם תוצאה (פוליטית) ידועה מראש, שבה הפוליטיקאים מושכים בחוטים מאחורי הקלעים. לעומת זאת, קיימת ספרות ליברלית המבקשת להימנע מהזיהוי המיידי בין משפט פוליטי למשפט ראויה, ולנסות ליישוב עם השקפת עולם ליברלית המבססת את לגיטימיות השימוש בכוח על שלטון החוק. אפשר למצוא שתי גישות מרכזיות המבקשות להציע הצדקה למשפט פוליטי במסגרת תפיסה ליברלית של המשפט: הגישה האחת, המזוהה עם הפילוסופית הפוליטית ג'ודית שקלאר (Shklar, 1928–1992), עוסקת במשפט הבינלאומי ומציעה הצדקה תוצאתנית של המשפט הפוליטי, ואילו השנייה, המזוהה עם המשפטן אוטו קירשהיימר (Kirchheimer, 1905–1965), מציעה הצדקה פרוצדורלית למשפט הפוליטי המדינתי.

שקלאר נולדה בשנת 1928 למשפחה יהודית בריגה, ובילדותה ברחה עם משפחתה מהנאצים דרך שוודיה, רוסיה, יפן וארצות הברית עד שהגיעה לקנדה. חוויית הפליטות, ההגירה והגלות הפכו מזוהות עם דמותה של שקלאר, אשר ידועה כיום בייחוד בעבור המחשבה הפוליטית המאוחרת שלה, שבה זיהתה את עצמה עם מסורת שכינתה "הליברליזם של הפחד", המתמקדת בהגנה על הפרט מפני יכולתו של השלטון להשתמש לרעה בכוחו (Shklar 1989). גישתה של שקלאר לתופעת המשפט הפוליטי מופיעה בספרה **לגליון** (1964), שבו קראה לליברליזם להשתחרר מגישה לגליסטית המבחינה בחדות בין משפט לפוליטיקה ורואה כל אלמנט פוליטי כחותר תחת הלגיטימציה של המשפט. שקלאר עצמה סברה כי "המשפט הוא צורה של פעולה פוליטית, מבין אחרות" וכי המשפט אינו משהו אשר "נמצא שם" או "אינו נמצא שם", אלא הוא "עניין של דרגה, של פחות או יותר" (עמ' 143). שקלאר לא הטילה ספק בערך של שלטון החוק, אלא

קראה לליברליזם להכיר בכך שאי אפשר להצדיק אותו מתוך עצמו, במנותק מהערכים הפוליטיים שהוא נועד לקדם: "השאלה, בקצרה", אינה "האם המשפט פוליטי?" אלא "איזה סוג של פוליטיקה המשפט יכול לשמר ולשקף?" (עמ' 144).

שקלאר הציעה גישה תוצאתנית המבחינה בין מטרות פוליטיות ראויות לכאלה שאינן ראויות. הדוגמה ההיסטורית המרכזית שעמדה לנגד עיניה למשפט פוליטי לגיטימי הייתה משפטי נירנברג. שקלאר סברה כי משפטי נירנברג אמנם היו משפט פוליטי, אולם הם היו משפט פוליטי לגיטימי שנועד למטרות פוליטיות ראויות של קידום תרבות דמוקרטית-ליברלית בגרמניה המערבית. לשיטתה, אמת המידה לבחינת הלגיטימיות של משפט פוליטי הינה מידת הלגיטימציה של המטרות הפוליטיות שעומדת ביסודו (עמ' 151). זאת, לצד הקפדה על מידה מסוימת של הליך הוגן וסדרי דין שמכבדים את זכויות הנאשמים (עמ' 168). את הלגיטימיות של המשפט הפוליטי אין לבחון בראי העבר, כלומר אם קיים תקדים משפטי, או העתיד הרחוק, כלומר לאור מטרות אידיאולוגיות ארוכות טווח, אלא בראי העתיד הקרוב, כלומר לנוכח תוצאות מיידיות וניתנות לצפייה של קידום דמוקרטיה חוקתית (עמ' 165). פיתוח של רעיונות אלה, המבקשים לתת הצדקה למשפט פוליטי, המקדם מטרות ליברליות בהתמודדות של חברות שמשתחררות ממשטרים אוטוריטריים במעבר לדמוקרטיה, אפשר למצוא בספרות של שדה הצדק המעברי שהחלה להתפתח מאז שנות התשעים, למשל בספרה פורץ הדרך של רותי טייטל (Teitel 2000).

לעומת הגישה התוצאתנית של שקלאר, גישתו של המשפטן היהודי-גרמני אוטו קירשהיימר מקדמת הצדקה פרוצדורלית למשפט הפוליטי. קירשהיימר, שנולד בשנת 1905 למשפחה יהודית בעיר היילברון והיה תלמידו של קרל שמיט, נמלט מגרמניה לאחר עליית הנאצים לשלטון והפך למשפטן משפיע המקורב לאסכולת פרנקפורט.¹⁶ קירשהיימר ניסה לפתח תשובות לביקורת של שמיט על הליברליזם. בספרו **צדק פוליטי** משנת 1961 עסק קירשהיימר בשימוש במשפט הפלילי לצרכים פוליטיים וביקש להראות כי תופעת המשפט הפוליטי אינה מוגבלת רק למשטרים אוטוריטריים אלא קיימת גם בדמוקרטיות ליברליות המחויבות לשלטון החוק (Kirchheimer 1961).¹⁷ בדומה לשקלאר, נקודת המוצא של קירשהיימר היא הרעיון כי הליברליזם צריך להודות בקיום

¹⁶ המשפטן והתיאורטיקן הגרמני קרל שמיט (1888–1985) היה מבכירי המבקרים של רפובליקת ויימאר ועסק בחיבוריו המשפיעים במושג הפוליטי, הריבונות, מצב החירום והחוק. שמיט הצטרף למפלגה הנאצית בשנת 1933 ונהנה להקופה מסוימת ממעמד של המשפטן הבכיר ברייך השלישי, עד ששר חינו בעיני הנאצים. לאחר המלחמה הוא סירב להביע חרטה או להתנצל על התפקיד שמילא בגרמניה הנאצית.

¹⁷ להצגה תמציתית של גישתו של קירשהיימר, ראו את המאמר Kirchheimer 1955, 377–398.

הפוליטי במשפט. קירשהיימר סבור כי ההבחנה החדה שמותח הליברליזם בין לגליזם לבין משפט ראוה – לא מתקיימת. במציאות אפשר למצוא ספקטרום בין הלגלי לפוליטי שניתן למקם עליו משפטים שונים.

קירשהיימר הגדיר את המשפט הפוליטי כמשפט שבו המניע של השלטונות הוא שימוש בהליך המשפטי כחלק ממאבק נגד יריב פוליטי. המשפט הפוליטי במובן זה הוא שימוש בפרוצדורות משפטיות לשימור או לשינוי חלוקת הכוח הפוליטי הקיימת בחברה (עמ' 49). קירשהיימר הבחין בכך שהמטרה של השלטונות בשימוש במשפט הפוליטי היא כפולה: השלטונות מבקשים להשתמש במשפט כדי לחסל יריב פוליטי, אולם הם מבקשים לעשות זאת באופן שיזכה ללגיטימציה משפטית. במילים אחרות, מה שמבחין משפט פוליטי לאמצעים פוליטיים אחרים לחיסול יריב פוליטי הוא הפונקציה של לגיטימציה שקיום משפט יכול להעניק לשלטון (legitimizing function), שכן יש בכוחו של המשפט להפוך יריב פוליטי לנאשם פלילי רגיל, כלומר – מי שאין כל מחלוקת פוליטית לגיטימית לגביו כי הפר את החוק הפלילי.¹⁸

העובדה כי המשפט הפוליטי ממלא מטרה כפולה של חיסול יריב פוליטי מתוך לגיטימציה משפטית היא בעלת חשיבות מכרעת, מאחר שבדמוקרטיה ליברלית הצורך לזכות בלגיטימציה מחייב להבטיח את קיום רשות שופטת עצמאית ובלתי תלויה ולתת אפשרות להשתמש בהגנות מן המשפט הפרוצדורלי והמהותי. העדר היכולת של הפוליטיקאים לקבוע מראש את תוצאות המשפט, בשל עקרון החוקיות, העצמאות השיפוטית והערובות הפרוצדורליות, מאפשרת לנאשמים פוליטיים להתעמת עם השלטון במישורין ולעיתים אף לנצח במשפט. נסיבות אלה הן בעלות פוטנציאל להחזיר מרחב סיכון לשלטון אשר מתבטא בכך שהנאשם יצליח לחשוף את הצדדים הפוליטיים של המשפט, והוא משמר את האידאות בנוגע לתוצאה שמבחינה בין משפט פוליטי לבין משפט ראוה. קירשהיימר טוען כי קיומו של מרחב הסיכון במשפט הוא שמאפשר ליישב את המשפט הפוליטי עם עקרונות הדמוקרטיה החוקתית. משפט כזה אינו יכול להבטיח שוויון ביחסי הכוחות, אולם הערובות הפרוצדורליות יכולות להעניק לנאשם סיכוי להיאבק בשלטונות, לערער על הלגיטימציה של המשפט ולעיתים אף לנצח אותם בבית המשפט שלהם.

בעקבות קירשהיימר, ניתן להציע כי מרחב הסיכון לשלטון המגולם במשפט הפוליטי אינו מתמצה רק בכך שהתוצאה אינה קבועה מראש, אלא בכך שהערכאה המשפטית

¹⁸ Bilsky 2015, 497–503

מספקת זירה שמאפשרת מפגש בין עולמות נרטיביים מתחרים שאינם מתיישרים זה עם זה. המשפט הפוליטי בדמוקרטיה הליברלית לא רק מאפשר לנאשם לנצח את התביעה, אלא הוא מאפשר לו לחשוף את הממד הפוליטי של המשפט ולהציג את הנומוס המתחרה. הצעה זו פותחה בספרי **צדק טרנספורמטיבי**, שבמרכזו עמדו מספר משפטים פוליטיים מכוננים שהתקיימו בישראל (Bilsky 2004). לפי גישה זו, המשפט הפוליטי מובחן ממשפט רגיל בכך שהוא מתאפיין באי-הסכמה עמוקה בין קבוצות על המסגרת הנורמטיבית-ערכית של המשפט (הנומוס), ועל סמכות השיפוט. המשולש שקיים במשפט הרגיל, שבו קיימים שני צדדים לסכסוך ושופט עצמאי, קורס למבנה בינארי שבו צד אחד מכתוב את הניב המשפטי שעל פיו יוכרע הסכסוך.

המאבק במשפט הפוליטי הוא על הנרטיב. כל צד מבקש להציג נרטיב שיעזור למקם את המשפט בתוך הקשר היסטורי רחב יותר שיצדיק את פעולותיו ויקנה להן פשר. מאחר שאין הסכמה על ההקשר – משפט מסוג זה יתאפיין בתחרות נרטיבית ללא הסכמה על נומוס משותף. בכך בית המשפט הופך לזירה ייחודית המאפשרת נקודת מפגש בין נרטיבים מתחרים המוציאים זה את זה, ובכך הוא מגלם סיכון לשלטון המבקש להשתמש במשפט כדי לקטול נומוס מתחרה. מצב זה יוצר דילמה מבחינת השלטון, שהרי ככל שישמור על ערובות של שלטון החוק על ידי אמצעים, כגון שופטים בלתי תלויים, סניגוריה, חקירה נגדית, וחקיקה כללית, כך הוא יגביר את הלגיטימציה של המשפט, אך מנגד יסתכן בכך שהנאשם הפוליטי ישתמש במרחב זה כדי להציג נרטיב מתחרה שיחשוף את הפוליטיות של המשפט, דהיינו את הכפייה האלימה שמסתתרת מאחורי "המסכה המשפטית".

ב.2. מרחב הסיכון במשפט הפוליטי

הטענה שלפיה המשפט הפוליטי מובחן ממשפט הראווה בשל מרחב הסיכון שהוא מגלם לשלטון מחייבת לבחון את הדרכים שבהן התביעה יכולה לצמצם את מרחב הסיכון, ומנגד את הדרכים שבהן הנאשם יכול להרחיב אותו. דרך אחת שבאמצעותה התביעה יכולה להפחית את הסיכון לעצמה היא באמצעות **חקיקת חוק פרטיקולרי**. למשל, החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם תש"י-1950, שחוקקה הכנסת הראשונה, הגדיר 'פשע נגד העם היהודי'. המחוקק הישראלי התבסס על ההגדרה האוניברסלית של אמנת הג'נוסייד שהפכה לחוק מחייב בישראל בדמות החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת-עם, תש"י-1950. עם זאת, המחוקק הסביר את הצורך בחקיקת חוק פרטיקולרי כי האמנה מ-1948 חלה רק לעתיד לבוא (תחולה פרוספקטיבית) ולכן לא יכולה לחול לאחור על פשעי הנאצים. לפיכך החוק הישראלי רואה בעם היהודי קורבן פרטיקולרי. אפשר לזהות

ניסיון להחיל את המסגרת המשפטית שנוצרה לעשיית דין בנאצים ועוזריהם על פעילי החמאס, ובתוך כך ליצור זהות בשיח הציבורי בישראל בין פשעיהם לבין פשעי המשטר הנאצי, בהצעת החוק עשיית דין במחבלי החמאס ועוזריהם, התשפ"ד-2023, שהונחה על שולחן הכנסת עוד בחודש אוקטובר. הצעת החוק מתבססת על החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם והיא מציעה לגזור על האשמים בביצוע פשעים כנגד העם היהודי ב-7 באוקטובר גזר דין מוות.¹⁹ הצעות אלו, שהועלו על ידי פוליטיקאים בסמוך לאירועי הזוועות, לא קודמו ככל הידוע על ידי גורמי אכיפת החוק במסגרת הדיונים על ההעמדה לדין של החשודים, ככל הנראה לאור ההתנגשות החזיתית בין חקיקה פרטיקולרית ורטוראקטיבית מסוג זה לבין עקרון החוקיות במשפט הפלילי.

דרך שנייה היא **מניעת הגנה או ייצוג מהנאשם**. בקיץ האחרון בפסטיבל הסרטים בירושלים הוצג הסרט 'משפט קייב' של הבמאי האוקראיני סרגיי לוזניצה, המבוסס על הקלטות ממשפט קייב שהתקיים בינואר 1946 ובמסגרתו הסובייטים העמידו לדין קבוצה של פושעים נאצים שפעלו בקייב. משפט זה היה מהראשונים שבהם הועמדו לדין נאצים ומשתפי פעולה בגין הפשעים שביצעו במהלך מלחמת העולם השנייה. המשפט התבסס על הודאות הנאשמים ועדי תביעה, אך ללא ייצוג או הגנה לנאשמים. אף שהנאשמים ניסו למצוא דרכים שונות לטעון להקלת עונשם, בסופו של יום כולם הוצאו להורג בתלייה בכיכר העיר. מטרת המשפט הייתה פוליטית – לתת במה לסיפור הסובייטי על הכיבוש הנאצי, לצד מטרה נוספת של גמול ונקמה שהושגה באמצעות ההוצאה להורג הפומבית. עם זאת, בהעדר הגנה או הבחנה בדרגות אשמתם של נאשמים שונים, העמדה קולקטיבית לדין של כלל הנאשמים, פגעה בלגיטימיות של משפט זה בעיני הקהילה הבינלאומית. אם לחזור לדיון בהצעות השונות להעמדה לדין של פעילי חמאס הרי ההצעה להעמדה לדין בהליך מזוהז בפני טריבונל מיוחד ללא ייצוג או הגנה נאותים מתקרבת באופן מטרדי להעמדה לדין הקולקטיבית במשפטי קייב.

דוגמה אחרת מספקים משפטי נירנברג. אדריכלי המשפט חששו שגם משפט זה שנוהל על ידי בעלות הברית נגד פושעי המלחמה מגרמניה הנאצית הבכירים ייתפס כ"משפט ראווה" שאינו מבטא אלא "צדק של מנצחים" (Victor's justice). לכן הבריטים התנגדו לקיום המשפט והציעו להוציא להורג כמה עשרות מבכירי המשטר הנאצי.²⁰ לעומתם,

¹⁹ ברוח זו פעל גם השר ישראל כץ, אשר לפי דיווחים תקשורתיים פנה ב-24 באוקטובר לשר המשפטים יריב לוין בדרישה להקמת בית דין צבאי מיוחד שיחיל את החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם על החשודים. השר כץ התבטא כי "כבן לניצולי שואה אני מאמין בכל לבי כי אין מדובר בהשוואה מופרכת שכן מעשי בני העוולה השפלים מהחמאס שערפו ראשים, כרתו איברים, התעללו, שרפו, אנסו לא נופלים בחומרתם ממעשי הנאצים יימח שםם". ראו אביטן כהן, **ישראל היום** 24.10.2023.

גם האמריקאים וגם הסובייטים קידמו רעיון חדש של משפט בינלאומי-היסטורי, כזה שיעמיד לדין פלילי את בכירי המשטר וגם יחשוף אמת היסטורית, בין השאר על ידי הקרנת סרטים. הסובייטים ציפו שהמשפט יהיה במתכונת משפטי ראווה, בלי מתן ייצוג לנאשמים או פרשת הגנה (הם טעו, ובפרשת ההגנה נחשפו חלק משקריהם).²¹ בעלות הברית ביקשו להשיג לגיטימציה למשפט בדרכים שונות. כך למשל הן נמנעו מהפעלת חקיקה רטרואקטיבית (כגון עבירת הג'נוסייד). הן גם אפשרו לנאשמים לקבל ייצוג על ידי סגורים לפי בחירתם ובמימון בעלות הברית. נוסף על כך, התביעה האמריקאית בחרה להתבסס בעיקר על מסמכים גרמניים (הפללה עצמית) וסירבה להביא לעדות את קורבנות השואה היהודים (חשודים בהטיה וברגשי נקמה).

במשפט אייכמן (1961), מדינת ישראל ביקשה ללכת בעקבות תקדים נירנברג ולנהל משפט ג'נוסייד (פשע נגד העם היהודי) שיזכה לגיטימציה בינלאומית. לפיכך, היא חוקקה חוק מיוחד כדי לאפשר ייצוג על ידי סניגור גרמני בבחירת הנאשם אדולף אייכמן ובמימון המדינה.²² עם זאת, היא הגבילה את הסניגור מהבאת עדי הגנה דרך אי מתן חסינות לעדים נאצים. הסניגור הנבחר, רוברט סרווציוס, ביקש לערער על לגיטימיות המשפט בירושלים בדרך אחרת – הוא שאל אם השופטים היהודים יכולים לשפוט בעניינם, ובעיקר רומז לשופט בנימין הלוי שפסק במשפט קודם שקסטנר "מכר את נשמתו לשטן" ובכך גיבש לכאורה דעה קדומה על הנאשם אייכמן (prejudgment).

דרך שלישית נוגעת למתח בין אחריות היחיד לאשמה הקולקטיבית. החשש במשפט פוליטי הוא שהנאשם לא עומד לדין בגין אחריותו האישית לפשע אלא בשל האשמה הקולקטיבית של הקבוצה שהוא משתייך אליה. החשש נובע בין השאר מכך שהמשפט הפוליטי נוטה להרחיב את המטרות, מעבר לבירור אשמה אינדיבידואלית שהיא מטרתו של כל משפט פלילי, ולספר גם סיפור היסטורי.²³ במשפט אייכמן התביעה זימנה עדים – קורבנות שואה – גם אלו שלא היו עדי ראייה או כאלו שלא היו רלוונטיים להוכחת אשמתו הישירה של אייכמן. כך נוצר נתק בין עדות הקורבן להוכחת האשמה האינדיבידואלית, והמבקרת הידועה של המשפט, חנה ארנדט, הצביעה על הבעייתיות והעלתה את השאלה אם אולי יש זכות במשפט כזה לעדים להיות 'עדים לא רלוונטיים'.²⁴

²¹ Hirsch 2020, 4 ("[The Soviets] envisioned the Nuremberg Trials as they had the Moscow Trials of 1936–1938: as a grand political spectacle whose outcome was certain."), 8–9.

²² יבלונקה 2001, עמ' 141–149.

²³ חנה ארנדט כתבה ביקורת חריפה על השימוש במשפט אייכמן כדי לספר סיפור של היסטוריה יהודית, ראו ארנדט 2000.

²⁴ שם, עמ' 240; ראו במקור 225, Arendt 1964.

במשפט אייכמן ביקשה התביעה להרחיב את הפרוצדורה הפלילית הרגילה בדרך נוספת כדי לאפשר לה לספר את סיפור השואה היהודית שהיה חסר במשפט נירנברג, זאת על ידי זימון עד מסוג חדש – ההיסטוריון בעד מומחה.²⁵ היא זימנה לעדות את סאלו ו. בארון, פרופסור להיסטוריה יהודית מאוניברסיטת קולומביה. הסניגור, סרווציוס, ביקש לקדם נרטיב נגדי דרך חקירה נגדית של המומחה היהודי. למול הסיפור ההיסטורי שמקדמת המדינה "משואה לתקומה" – הצגת המשטר הנאצי כעמלק מודרני והעם היהודי כקורבן נצחי של אנטישמיות, הסניגור שאל את בארון אם אולי אייכמן היה רק מכשיר של היסטוריה כדי להביא להקמת מדינה יהודית, מדינת ישראל:

האם אי אפשר לומר כי הדבר שהמנהיגים יעשו אותו לא תמיד יוביל למטרה שאליה כיוונו. להפך, לא פעם ולא פעמיים יוביל למטרה הפוכה. הנה רצו להרוס ולהשמיד את עם ישראל והופרה עצתם של הזוממים. קמה מדינה פורחת תחת מזימתם זו.²⁶

נחזור לעניינו. בעוד התביעה מבקשת להציג את המשפט כמשפט פלילי רגיל תוך הדגשה של תקדימים משפטיים, הסניגוריה תרצה לחשוף את האלימות והפוליטיקה שעומדות ביסודו. היא תטען שהמשפט אינו ניטרלי, אלא הסוואה לכוח, "משפט מנצחים". היא תצביע על הפסול בחקיקה רטרואקטיבית, על הגנות שונות שעומדות לנאשם (כגון ציות לפקודה, או חסינויות שונות), וכי הנאשם מועמד לדין לא בגין אחריותו האישית אלא בשל האשמה הקולקטיבית של הקבוצה שהוא משתייך אליה.

דרך מרכזית שבאמצעותה הסנגוריה יכולה לחתור תחת הלגיטימיות של בית המשפט היא באמצעות טענות של **חוסר סמכות**. במשפט אייכמן למשל הועלתה טענה שבית המשפט הישראלי שופט על פשעים שבוצעו באירופה לפני הקמת המדינה, לפיכך הוא נעדר סמכות שיפוט טריטוריאלית.²⁷ בתשובה, בית המשפט מקדם רעיון חדשני של קיום סמכות שיפוט אוניברסלית למדינות על פשעים בינלאומיים חמורים כגון פשע נגד האנושות ופשע הג'נוסייד. האירוניה היא שהחל משנות התשעים מתקיים שימוש גובר בסמכות אוניברסלית בבתי משפט מדינתיים גם כדי לנסות להעמיד לדין בכירים ישראלים, כפי שעלה בתביעה שהגישו קורבנות מטבח סברה ושתילה נגד אריק שרון בבליגיה בעת שביהן כראש ממשלת ישראל. גם כיום קיים חשש בישראל כי לצד צווי המעצר שביקש התובע הראשי של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ICC) להוציא נגד ראש הממשלה נתניהו ושר הביטחון גלנט, יוצאו צווי מעצר נוספים נגד בכירי ממשלה

²⁵ יבלונקה 2001, 116–125; להרחבה, ראו בילסקי (עומד להתפרסם).

²⁶ עדות בארון, 10 באפריל 1961, רשומות משפט אייכמן, כרך א, עמ' 160.

²⁷ להרחבה, ראו בילסקי 2004, עמ' 107–140.

וצבא ישראלים בגין חשדות לפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות על ידי מדינות צד ג' תוך הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית.²⁸

נאשמים פוליטיים נמצאים בדילמה בין שימוש בהגנות שהמשפט הפלילי נותן להם לבין החשש שעצם השתתפותם בהליך תעניק לגיטימציה לבית המשפט. לכן, רבים מהם נוטים לכפור בעצם סמכות השיפוט של המדינה עליהם ולהימנע מלהעלות טיעונים לגוף ההאשמה. טענה כזו לחוסר סמכות עלתה במשפטו של הפוליטיקאי הפלסטיני מרואן ברגותי, שביהן כמנהיג הפלג הצבאי של תנועת פתח, התנזר. בניגוד למשפטים אחרים שניהלה ישראל נגד חשודים פלסטינים בעבירות טרור, במקרה זה היא בחרה להעמיד לדין את ברגותי בבית משפט אזרחי בישראל ולא בבית דין צבאי, כדי להגדיל את הלגיטימציה לשופטו. הדילמה מבחינת ההגנה של ברגותי הייתה כיצד לנהל את המשפט בלי להעניק לגיטימיות לבית המשפט הישראלי, והאופן שבו הוא החליט להתמודד איתה היא להגביל את ההגנה רק לטיעונים נגד סמכות השיפוט של מדינת ישראל. בהליך המקדמי כפר ברגותי בסמכות השיפוט של ישראל, טען שהוא נהנה מחסינות בשל היותו חבר בפרלמנט הפלסטיני, וכן שהוא זכאי למעמד של שבוי מלחמה. ברגותי הכריז באולם בית המשפט:

אני מבקש מתורגמן, אני לא מדבר עברית טוב, אני רוצה לדבר ערבית. אני חוזר על עמדותי פעם שניה, וחוזר ואומר שאני לא מכיר בסמכות מדינת ישראל ובתי המשפט הישראליים לעצור ולחקור ולשפוט אותי ... אני לא מתייחס בכלל לבית המשפט, אני לא מכיר בסמכותו, אני יודע שהוא קיים ואני לא כופר בקיומו אך אני כופר בסמכותו. אני לא מתייחס כלל לתיק שהכינו זרועות הבטחון. אני יודע שהמערכת המשפטית משרתת את הכיבוש הישראלי ואין צדק במערכת המשפט כלפי הפלסטינים וזה ברור תוך שנות הכיבוש הישראלי את העם הפלסטיני.²⁹

לאחר שבית המשפט הישראלי דחה את הטענות המקדמיות, ברגותי הפסיק לשתף פעולה עם הרשויות והחליט שלא להגן על עצמו מבחינה משפטית, כדי לנסות להראות שהמשפט אינו אלא משפט פוליטי – משפט שנועד לחסל יריב פוליטי על ידי הצגתו כנאשם פלילי:

אני מנהיג פוליטי, חבר פרלמנט. אני נבחר העם הפלשטיני, העם שלי בחר בי. אני לוחם למען שלום, למען זכויות ועצמאות למען העם שלי ... אני לא מכיר בבית המשפט הזה, זה

²⁸ ראו לדוגמה כהן וקיסוס, **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 15.1.2024. <https://www.idi.org.il/articles/52351>

²⁹ ראו בהקשר זה גם את דבריו של ברגותי מתוך פרוטוקול הדיון מיום 29.9.2003 תפ"ח 1158/02 (מחוזי תל אביב-יפו) **מדינת ישראל נ' מרואן ברגותי**.

בית משפט שמייצג את הכובשים ... אני לא נעצרתי על בסיס של אונס, או אולי גנב. אני לא איש פלילי, אני איש פוליטי. ... אני לוחם למען חירות ועצמאות ושלוש בין שני עמים על בסיס שתי מדינות לשני עמים.³⁰

ניתן להניח שאם יעמידו את מחבלי החמאס שנתפסו למשפט בישראל, הם יבקשו לכפור בסמכות בית המשפט הישראלי תוך הצגת מעשיהם כסוג של התנגדות לכיבוש הישראלי בשטחים.

דרך נוספת שבה עשויה לנקוט הסנגוריה במשפט פוליטי היא **ערעור אמינותם של הקורבנות** המעידים מטעם התביעה. במשפט אייכמן התביעה ביקשה לנצל את הבמה המשפטית כדי להציג את סיפור השואה בעזרת עדויות של כמאה ניצולי שואה. האסטרטגיה של הסניגור הייתה להימנע באופן גורף מחקירה נגדית של ניצולי השואה כדי להטיל ספק ברלוונטיות שלהם להוכחת אשמתו האינדיבידואלית של אייכמן ולטעון כי מדובר במשפט ראווה.³¹ במשפטי שואה אחרים, למשל של מכחיש השואה ארנסט צינדל (Zündel) בקנדה, ההגנה בחרה לנהל חקירה נגדית קשוחה של עדים קורבנות שואה כדי לחתור תחת אמינותם. נוסף על כך, הנאשם, שייצג את עצמו, ניצל את ההליך האדברסרי כדי להציג בהרחבה את השקפותיו. כך, המשפט עצמו סיפק לצינדל במה פומבית להכחשת שואה (Douglas 2001). אם נפנה את המבט להקשר הנוכחי, ניתן לראות ניצני מאבק על אמינות הקורבנות הישראליים שמתנהל בינתיים בעיקר מעל דפי העיתונות, בייחוד בנוגע לדיווחים והעדויות על מעשי אלימות מינית במהלך המתקפה של החמאס ב-7 באוקטובר.³² כפי שנראה בהמשך, בערכאות בינלאומיות נעשה ניסיון גם לערער על עצם האפשרות של מדינת ישראל להציג את עצמה כקורבן. הדרך הרדיקלית ביותר שבה הסנגוריה יכולה לערער על הלגיטימציה של המשפט היא להפוך את ההגנה למתקפה. דרך זו באה לידי ביטוי באסטרטגיית ההגנה שפיתח

³⁰ הציטוט מתוך ברקוביץ, **גלובס** 02.10.2002.

³¹ החקירה הנגדית נחשבת בדרך כלל כדרך להבטיח את בירור האמת המשפטית. העדים שלא עברו חקירה נגדית, חוזרים אל משפט ההיסטוריה ללא אותן 'חותם כשרות' משפטי.

³² בהקשר זה בלט בייחוד התחקיר של **הניו יורק טיימס** שפורסם ב-28 בדצמבר תחת הכותרת "צרחות ללא מילים", אשר מידת המהימנות שלו עוררה סערה במערכת העיתון ומחוצה לה לאחר פרסומו. ראו עידו דוד כהן, 28.3.2024. לצד התחקירים העיתונאיים, ראו את הדו"ח שפרסמה הנציגה המיוחדת של מזכ"ל האו"ם לענייני אלימות מינית בסכסוכים, פרמילה פאטן, שבו נקבע בהתבסס על מידע שנאסף במהלך ביקורה בישראל כי סביר להניח שבוצעו מעשי אלימות מינית במסגרת המתקפה של חמאס ב-7 באוקטובר, וכן כי סביר להניח שהם בוצעו וממשיכים להתבצע בשבי. United Nations Office of the Special Representative of the Secretary-General on Sexual Violence in Conflict. 4.3.2024. כמו כן, התובע הראשי של בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג (ICC) ביקש להוציא צווי מעצר נגד בכירי חמאס, בין היתר, בגין אונס ומעשים אחרים של אלימות מינית כפשעים נגד האנושות, וכן כפשע מלחמה, בניסיונות של שבי.

הסנגור הצרפתי ז'אק ורז'ס (Jacques Vergès). ורז'ס, שהיה בעצמו חבר ברוזיסטאנס ולאחר המלחמה הפך לפעיל בולט נגד הקולוניאליזם הצרפתי, הסכים לייצג את הפושע הנאצי קלאוס ברבי (Klaus Barbie), שהיה מפקד הגסטפו בעיר ליון וחמק מעונש לאחר המלחמה, נמלט לבוליביה ולבסוף נעצר וגורש לצרפת במהלך שנות השמונים. ההסכמה לייצג את ברבי מהווה חלק מאסטרטגיית הגנה פוסט-מודרנית שכינה "אסטרטגיה של פריעה" (rupture strategy). הוא ביקש לפרוע בעזרתה את ההתאמה בין מייצג למיוצג כאשר הוא מסכים לייצג פושע נאצי כדי לקדם ביקורת אנטי-קולוניאלית.

ורז'ס ביקש להשתמש במשפט על מנת לקדם סיפור-נגד על פשעים נגד אנושות שביצעה צרפת עצמה, ובייחוד פשעי הקולוניאליזם באלג'יריה. אסטרטגיית הגנה זו מבטאת את הדרך הרדיקלית ביותר שכן היא מנסה לא רק לחשוף את הממד הפוליטי של ההליך הספציפי, אלא להשתמש במשפט כדי לחתור תחת הלגיטימציה של המערכת בכללותה. ורז'ס טען שההגדרה בחוק הצרפתי לפשע נגד האנושות נועדה להתמקד בפשעי הנאצים ולהחריג את הפשעים שביצעה צרפת הקולוניאלית באלג'יריה. בית המשפט הצרפתי דחה את טענותיו של ורז'ס, הרשיע את הפושע הנאצי בפשעים נגד האנושות ודן אותו למאסר עולם, אולם עצם קיום המשפט אפשר לסנגור הפוליטי המיומן לחבר בין שני נרטיבים מנוגדים זה לזה: הצרפתים כקורבן הנאציזם, למול הצרפתים כמחוללי פשעים נגד האנושות באלג'יריה. אסטרטגיית הפריעה אפשרה לוורז'ס לטשטש הבחנות בינאריות ולחייב את החברה הצרפתית לקיים דיון ביקורתי ביחס לעצמה.³³

לסיכום פרק זה, אפשר לראות כי ההכרה בשימוש הפוליטי במשפט לא פוסלת אותו מיסודו אלא מחייבת דיון מעמיק יותר במרחב הסיכון שהוא יוצר לשלטון ובדרכים השונות שעומדות לנאשם להתגונן. המשפט הפוליטי-המדינתי מהווה זירה שבה נפגשים שני צדדים אשר חלוקים לא רק בנוגע לעובדות המקרה, אלא בנוגע למערכת הנורמטיבית שצריכה להכריע בסכסוך ביניהם. מאחר שבמשפט פוליטי-מדינתי המשולש של תביעה, הגנה וערכאה שיפוטית שאינה מעורבת בסכסוך קורס, המאבק בין הצדדים הוא על הלגיטימציה והוא מתמקד בניסיונות לחשוף או להשתיק את האלימות המתגלמת בבחירה במערכת נורמטיבית מסוימת לשפוט את הסכסוך ביניהם.

³³ המחוקק הצרפתי הפך את הפשע נגד האנושות לחוק מחייב בצרפת, וביטל את ההתיישנות לגביו, אך סירב לבטל את ההתיישנות לגבי פשעי מלחמה, לפי אמנת האו"ם מ-1968, זאת כדי למנוע דיון משפטי בפשעי צרפת באלג'יריה. להרחבה על משפט ברבי ואסטרטגיית ההגנה הפוליטית של ורז'ס, ראו Finkelkraut 1992; Binder 1989, 1321; Douglas 2001, 191; Golsan 2022.

ב. המשפט הבינלאומי הפומבי: מפגש בין עולמות נורמטיביים מתנגשים

העובדה כי המשפט הפוליטי מתקיים במסגרת יחסי הכוח הקיימים בין הצדדים השרויים בסכסוך, ובבית משפט מדינתי המחיל את מערכת הנורמות של צד אחד לסכסוך, מעוררת את השאלה אם המשפט הבינלאומי יאפשר לחרוג לנקודת מבט אובייקטיבית, אוניברסלית, ובכך לשקם את המבנה המשולש העומד בבסיס שלטון החוק הליברלי. ואולם, מובן כי גם המשפט הבינלאומי אינו מנותק מפוליטיקה ומאלימות, אלא קשור אליהן הדוקות בקשר בלתי ניתן להתרה. עובדה זו ניכרת במשפט שנפתח בבית הדין הבינלאומי לצדק בהאג (ICJ)³⁴ בעקבות טענת דרום אפריקה כי ישראל מפרה את האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם (ג'נוסייד) במסגרת המלחמה ברצועת עזה. במונחיו של קאבר, הדיון בהאג הפך לזירת מאבק על הנומוס או למאבק בין צדדים השוכנים בעולמות נורמטיביים שונים שאינם מתיישרים זה עם זה. גם אם הדיון התקיים בנוגע למסגרת הנורמטיבית המשותפת של המשפט הבינלאומי הפומבי, והצדדים עסקו לכאורה בוויכוח על פרשנות אמנה בינלאומית ששניהם ייחסו לה תוקף משפטי מחייב, היה ברור כי הפרשנות שהם מקנים לנורמות אלה נטועה בנרטיבים היסטוריים, פוליטיים, חברתיים ותרבותיים מתחרים ומנוגדים זה לזה.

ההליך שפתחה דרום אפריקה בבית הדין הבינלאומי לצדק מכוח אמנת הג'נוסייד נמצא בעיצומו וצפוי להימשך שנים ארוכות. הניתוח במסה זו מתמקד אפוא בהליך המקדמי בנוגע לבקשתה של דרום אפריקה מ־29 בדצמבר 2023 למתן צו ביניים שיורה לישראל בין היתר להפסיק לאלתר את פעולותיה הצבאיות בעזה. הדיון בנוגע לבקשה זו התקיים בתחילת חודש ינואר 2024, ובעקבותיו בית הדין החליט ב־26 בינואר על מתן צווי ביניים במסגרתם הורה לישראל בין היתר לנקוט את כל האמצעים שבכוחה למנוע ביצוע רצח עם וכן לנקוט אמצעים מידיים ויעילים כדי לאפשר מתן שירותים בסיסיים הדרושים בדחופות וסיוע הומניטרי להתמודדות עם תנאי החיים הקשים של הפלסטינים ברצועת עזה. בית הדין נמנע מלהורות על הפסקת הלחימה בעזה בצו זה.

את ההחלטה של דרום אפריקה לפתוח בהליך זה יש להבין גם על רקע סמכות השיפוט של בית הדין הבינלאומי לצדק ביחס לסכסוכים הנוגעים לאמנת הג'נוסייד. ישראל חתמה על האמנה והתחייבה מראש לקבל על עצמה את סמכות השיפוט של בית הדין בסכסוכים הקשורים אליה. המסגרת המשפטית של אמנת הג'נוסייד מאפשרת

³⁴ בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג מהווה את מוסד השיפוט המרכזי של ארגון האו"ם ונועד לדיון בסכסוכים בין מדינות החברות בו ולכתיבת חוות דעת משפטיות לבקשת העצרת הכללית של האו"ם או ארגונים מוסמכים אחרים.

אפוא לאלץ את ישראל להתייצב בפני בית משפט בינלאומי, זאת בניגוד למצב ביחס לאמנת רומא המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, שישראל לא אשררה.³⁵ בבקשתה לצו הביניים דרום אפריקה תיארה את הפעולה הישראלית ברצועת עזה כרצח עם, שמטרתו להשמיד חלק מהעם הפלסטיני בתור כזה, באמצעות הרג נרחב של פלסטינים ברצועת עזה ויצירת תנאי חיים שנועדו להביא לחיסולם. היא טענה כי אפשר ללמוד על הכוונה המיוחדת להשמדת הקבוצה בתור כזו מהתבטאויות של בכירים ישראלים, אשר בכל מקרה עולות לשיטתה כדי הסתה לרצח עם, כמו גם מהפעולות הצבאיות של ישראל בשטח. על מנת לבסס את הטענה שמייחסת לישראל את "פשע הפשעים" של המשפט הבינלאומי, ביקשה דרום אפריקה להרחיב את היריעה ולהציג את האירועים הנוכחיים בפרספקטיבה היסטורית רחבה יותר שנוגעת למה שהיא מתארת כאפרטהייד שמבצעת ישראל נגד הפלסטינים מאז 1948, הכיבוש בשטחים מאז 1967 והמצור על עזה מאז 2007. דרום אפריקה טענה כי אי אפשר להבין את מעשיה של ישראל אלא על רקע תהליך ארוך שנים של אפרטהייד, גירוש, עקירה, כיבוש, סיפוח, טיהור אתני ושלילה מתמשכת של הזכות להגדרה עצמית של העם הפלסטיני.³⁶

מודעת לכך שאמנת הג'נוסייד התגבשה כתגובה למלחמת העולם השנייה, ונסמכה במידה רבה על השואה כדוגמה הפרדיגמטית לפשע הג'נוסייד, דרום אפריקה ביקשה לפרש מחדש את מושג הג'נוסייד כך שיבטא הכרה גם בפשעי הקולוניאליזם והאימפריאליזם המערבי. דרום אפריקה, שסבלה מקולוניאליזם ההתיישבותי ועוולותיו, מציבה את עצמה במשפט כמייצגת הדרום הגלובלי, ואת הנכבה המתמשכת מאז קום מדינת ישראל כמסמלת את הקולוניאליזם ההתיישבותי בכלל. רביע אגבריה ביטא רעיון זה בכותבו במאמר שנועד לפרסום באתר כתב העת *Harvard Law Review*, אך נגנז על ידי המערכת, כי "פלסטין היא הביטוי החי ביותר של המצב הקולוניאלי שנשמר במאה ה-21", ובכך היא "חושפת ומזכירה את המצב הקולוניאלי המתמשך שעומד ביסוד המוסדות המשפטיים המערביים".³⁷

³⁵ יובהר כי בית הדין הבינלאומי לצדק הוא גוף נפרד ומובחן מבית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC), שמושב גם הוא בהאג אולם נועד להעמדה לדין של יחידים בנוגע לביצוע פשעים בינלאומיים חמורים. החקירה שהובילה לבקשתו של התובע הראשי כרים קאן להוצאת צווי מעצר כנגד בכירים בישראל ובחמאס מתנהלת בבית הדין הפלילי הבינלאומי.

³⁶ Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, The Government of the Republic of South Africa, 28.12.2023. See <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf>.

Eghbariah 2023, 48 ³⁷

את האשמת ישראל בג'נוסייד על ידי דרום אפריקה ניתן להבין אפוא גם כחלק מהאופן שבו הדרום הגלובלי מתמודד עם המרכזיות של זיכרון השואה בסדר העולמי שנוצר בעקבות מלחמת העולם השנייה. המהלך שלה תואר בתור "אתגר לזיכרון קולקטיבי שנשלט על ידי השואה", החותר להציב במקומו את הקולוניאליזם והאימפריאליזם.³⁸ במובן זה הבחירה במסגרת המשפטית של אמנת הג'נוסייד אינה מוסברת רק לאור סמכות השיפוט שהיא מקנה לבית הדין, אלא יש בה הד לביקורת האקדמית הנמתחת בשנים האחרונות על המרכזיות של השואה בגיבוש מושג הג'נוסייד, הדוחק לשוליים לכאורה את הפשעים שבוצעו נגד אוכלוסיות לא-לבנות ואף משמש בתור "זיכרון ממסך שהסתיר מן העין את האלימות ואת ההיררכיות התרבותיות, הגזעניות למעשה, שעליהן יוסד ביטחון הקבע הליברלי של המערב".³⁹ החידוש בפניית דרום אפריקה הוא בכך שטענות אלה בנוגע למושג הג'נוסייד, שנשמעו עד כה בעיקר בקרב חוגים ביקורתיים באקדמיה, עמדו בבסיס תביעה משפטית שמובאת להכרעתו של בית דין בינלאומי.

ואולם, האשמת ישראל בג'נוסייד בבית הדין יצרה גם 'מרחב סיכון' לדרום אפריקה, ברוח התיאוריה של קירשהיימר שנדונה לעיל. הבחירה להביא את ההאשמה החמורה בביצוע ג'נוסייד לפתחו של הפורום המשפטי הבכיר ביותר בעולם עלולה, במקרה שבו יידחו טענותיה של דרום אפריקה, לפגוע בלגיטימציה של טענותיה. מאחר שהמשכות המשפטיות שמציבה אמנת הג'נוסייד גבוהות, סיכון זה אינו שולי. ההאשמה הספציפית שבה בחרה דרום אפריקה מאפשרת לישראל להגן על עצמה אף ביתר שאת באמצעות הטענה כי אמנת הג'נוסייד אינה מהווה את המסגרת המשפטית המתאימה לדיון במלחמה ברצועה וכן באמצעות שימוש ברף ההוכחה המחמיר שקבע בית הדין בעבר לביסוס כוונה לביצוע ג'נוסייד.

ישראל, מצידה, לא יכלה להרשות לעצמה לכפור בסמכותו של בית הדין בהאג, לא רק בשל היותה חתומה על אמנת הג'נוסייד, אלא גם מבחינה פוליטית, שכן הצדקת קיומה של מדינת ישראל מבוססת בין היתר על היותה מקלט לעם היהודי מפני פשע הג'נוסייד שסבל ממנו בשואה. לכן, הדרך שבה בחרה ישראל הייתה להגיע לדיון ולהתמודד עם הטענות לגופן. קבלת סמכות השיפוט מקשה על ישראל להעלות טענות של פוליטיזציה של בית הדין, ועשויה להיתפס כהכרה עקרונית בכל פסק דין שינתן. וכך, המאבק על הלגיטימציה עבר משאלת הסמכות לשאלת הנרטיב ההיסטורי, הקונטקסט הנכון, לבירור הטענות המשפטיות. בעוד דרום אפריקה ביקשה להרחיב את היריעה

³⁸ Kauffmann, *Le Monde* 18.1.2024

³⁹ Moses 2021, 405. התרגום מתוך ברטוב, מוזס ולפלי, **הזמן הזה**, פברואר 2022.

ההיסטורית לסכסוך הישראלי-פלסטיני בכללותו, ישראל מצידה ביקשה לצמצם את מסגרת הזמן הרלוונטית לדיון המשפטי למלחמה שפרצה ב-7 באוקטובר. ישראל טענה כי הפעולה הצבאית ברצועת עזה מממשת את זכותה להגנה עצמית בעקבות מתקפת הפתע של חמאס וכי הפגיעה רחבת ההיקף שהמלחמה גורמת לאזרחים בלתי מעורבים ברצועת עזה היא תוצאה בלתי רצויה של המלחמה שבה פתח ארגון חמאס הנטמע באוכלוסייה האזרחית, כאשר זה"ל מצידו עושה מאמצים רבים לצמצום הפגיעה באזרחים הפלסטיניים. ישראל טענה גם כי הפעולה הצבאית שהיא מבצעת בעזה בכל מקרה אינה עולה כדי ג'נוסייד לפי ההגדרה המשפטית המצומצמת שנקבעה באמנה, מאחר שהיא נעדרת את הכוונה המיוחדת הנדרשת להשמדת קבוצה ככזו. ישראל הוסיפה כי אין ללמוד כוונה זו מאמירות שונות של בכירים ישראלים שהביאה בהרחבה דרום אפריקה, וכן כי מאמציה לצמצום הפגיעה באוכלוסייה אזרחית שוללים גם הם את ייחוסה של כוונה סבירה לביצוע רצח עם.

על אף שישאל הייתה יכולה לכאורה להסתפק בדיון משפטי פורמלי וצר, השולל את תחולת אמנת הג'נוסייד ומתחם את הדיון למימוש זכותה להגנה עצמית, גם היא בחרה להציג נרטיב היסטורי-פוליטי מקיף, שהסתמך מצידו במידה רבה על זיכרון השואה. עובדה זו משתקפת כבר בהחלטה למנות את נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרן ברק לשופט אד-הוק בהליך. נוסף על היוקרה והמעמד המשפטי הייחודי של ברק למינויו יש ממד סמלי מובהק, שבא לידי ביטוי בחוות הדעת הנפרדת שכתב, שהוא פותח בפרק שכותרתו "ג'נוסייד: הערה אוטוביוגרפית". בפרק זה הוא מנסה לענות על ההאשמה בג'נוסייד בראש ובראשונה באמצעות פוליטיקה פרפורמטיבית של הצגת הסיפור האישי שלו כקורבן שחוה על בשרו את השואה ולכן יכול להעיד בגוף ראשון כיצד נראית הדוגמה הפרדיגמטית לפשע הג'נוסייד, כפי שבאה לידי ביטוי בניסיון להשמדה שיטתית ומכוונת של קבוצה.

ברק מדגיש את הקשר המיוחד בין אמנת הג'נוסייד וההיסטוריה היהודית, המתבטא בכך שהמושג "ג'נוסייד" נטבע על ידי המשפטן היהודי-פולני רפאל למקין וכי האמנה נכרתה בעקבות השואה. ברק כותב כי "רצח עם הוא יותר מרק מונח בשבילי; הוא מייצג הרס מחושב, והתנהגות אנושית במופעה הגרוע ביותר. זו ההאשמה החמורה ביותר האפשרית, והיא ארוגה בחווית חיי האישיים".⁴⁰ חוויתו האישית של ברק בימיו כילד

⁴⁰ Separate opinion of Judge ad hoc Barak, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), 192-20240126-ORD-01-05-EN

בשואה, שהוא מתאר בחוות הדעת, קשורה גם בפרשנות המשפטית של מושג הג'נוסייד כחל על השמדה שיטתית ומתוכננת של קבוצה אתנית, לאומית, גזעית או דתית. ברק כותב ברוח זו כי יישום אמנת הג'נוסייד על הנסיבות של המלחמה בעזה חותרת תחת האמנה ומרדדת את מושג הג'נוסייד. פרשנות זו מדגישה את ההגדרה המצמצמת שהתקבלה על האו"ם, הדורשת יסוד נפשי של כוונה מיוחדת להשמיד קבוצה באופן מלא או חלקי באשר היא קבוצה: האמנה נועדה לדבריו למנוע ולהעניש את ההשמדה הפיזית של קבוצה בתוך כזו, ולא לאסור על עימות צבאי. ברק כותב כי החוויה האישית של השואה חרטת בקרבן את ההכרה העמוקה בחשיבות קיומה של מדינת ישראל, לצד אמונתו בכבוד האדם.

אזכור הקשר בין השואה לבין קיומה של מדינת ישראל בפתח חוות הדעת נועד כנראה להדגיש את החשיבות שמייחס ברק לזכות להגנה עצמית של ישראל, אולם הוא רומז לממד נוסף בנרטיב ההיסטורי-פוליטי שהציגה ישראל, הנוגע למשמעות המיוחדת שנושא מושג ג'נוסייד מבחינת ישראל.⁴¹ איל בנבנישתי, ששימש כיועץ לצוות ההגנה של ישראל בהאג, סיפק צוהר ייחודי להבנת נרטיב זה בהרצאה שנשא במכון ון ליר בירושלים.⁴² בדומה לברק, בנבנישתי פתח גם הוא את דבריו בהדגשת הקשר המיוחד בין אמנת הג'נוסייד לבין מדינת ישראל. בנבנישתי ציטט מתוך דבריו של שר המשפטים הראשון של מדינת ישראל פנחס רוזן, שאמר בישיבה הראשונה שערכה הכנסת בירושלים, בדצמבר 1949, שבה אושר החוק שאימץ את האמנה:

אין בכוחה של האמנה להחזיר לנו את קורבנותינו, אבל היא משמשת תעודה – ותעודה שנתקבלה פה אחד ע"י המוסד הבינלאומי העליון – המאשרת כי אכן נעשה בנו פשע שאין למחלו לעולם, שהאשמים בו עדיין לא באו על עונשם, ושהאבא אסור שיקרה בדבר הזה; ואם יקרה – לא יוכלו העבריינים להתחמק בטענות פורמאליות כי דמו של קיבוץ לאומי, דתי או גזעי הפקר הוא מסיבה כל שהיא.⁴³

דבריו של רוזן, אשר מתארים את האמנה כמבטאת הכרה בינלאומית בפשע שבוצע נגד העם היהודי, משמשים את בנבנישתי על מנת לפתח טענה שברק רק רמז אליה בחוות

⁴¹ ראו גם בחוות הדעת הנפרדת שכתב ברק בנוגע להחלטת בית הדין על צווי הביניים בתאריך 28 במרץ 2024, שבה כתב כי "המלחמה בעזה היא מלחמת העצמאות השנייה של ישראל", וטען כי "עצם קיומה של ישראל הוצב בסכנה ב-7 באוקטובר": *Separate opinion of Judge ad hoc Barak, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, 192-20240328-ORD-01-06-EN

⁴² https://www.youtube.com/watch?v=q4c_LNHRVxo

⁴³ הישיבה 98 של הכנסת הראשונה, יום שני, ו' טבת תש"י, 26 דצמבר 1949.

הדעת שלו, שלפיה האשמת ישראל בפשע הפשעים נועדה לשמוט את הבסיס לזכות הקיום של מדינת ישראל. לפי בנבנישתי, האשמת ישראל בג'נוסייד נועדה לחתור תחת הלגיטימציה המוסרית וההיסטורית לקיומה של מדינת ישראל, ככל שזו מבוססת במידה מכרעת על זיכרון השואה. בנבנישתי מתאר אפוא את דרום אפריקה כמי שמטרתה אינה צופה פני עתיד, להביא לסיום הלחימה, אלא צופה פני עבר, "לחזור" לרגע המכונן של הקמת המדינה ולשלוש בדיעבד את חוקיותו: "היא ניסתה לקעקע את החיבור העמוק שבין קיום המדינה לתקומתה לאחר הניסיון להשמיד את עמה, ניסיון שהצדיק אז בעיני העולם את עצמאותה של ישראל למרות הקושי שהדבר גרם לעם אחר".⁴⁴

רעיון דומה מופיע גם במאמרו של נח פלדמן, "האנטישמיות החדשה".⁴⁵ פלדמן כותב כי בדומה להאשמות אחרות כנגד ישראל, גם אם ההאשמה בג'נוסייד בשלעצמה אינה אנטישמית, היא עלולה לקדם אנטישמיות כי "השואה היא הדוגמה הארכיטיפית של פשע הג'נוסייד". האשמת המדינה היהודית בג'נוסייד, וההשוואה שהיא יוצרת בין מדיניותה העכשווית של ישראל לבין הפשע שביצעו הנאצים כנגד היהודים, מסייעת לשיטתו לשינוי הדימוי של היהודים מקורבנות למדכאים, וזאת כחלק ממגמה רחבה יותר שמשטשת את הדיכוי, הרדיפה וההשמדה שסבלו מהם היהודים לאורך ההיסטוריה. מגמה זו מבטאת לשיטתו את האנטישמיות החדשה המזהה את היהודים כקבוצה עם עוולות האימפריאליזם, הקולוניאליזם והעליונות הלבנה. האנטישמיות החדשה נדרשת לשחוק את זיכרון השואה על מנת להשריש את הדימוי של היהודים בכלל, וישראל בפרט, כמדכאים אולטימטיביים ולמנוע אפשרות להכיר בכך שגם הם עשויים להיות קורבנות. לאור ניתוח זה, אפשר להבין את חוות הדעת של ברק כמנסה להצביע על הפוליטיקה מאחורי התביעה המשפטית, המבטאת לכאורה "אנטישמיות חדשה" המנסה להעביר את ישראל והיהודים מקטגוריה של קורבן אולטימטיבי לקטגוריה של מדכא אולטימטיבי, תוך שחיקת זיכרון השואה באמצעות פרשנות מחדש של מושג הג'נוסייד.

דבריו של פלדמן על האופן שבו השיח הציבורי העכשווי מבוסס על חלוקה דיכוטומית ומהותנית בין קורבן למקרבן מאפשרים להיטיב להבין את ההזדמנות שהוחמצה בהאג למפגש בין העולמות הנורמטיביים המתנגשים של הצדדים. הדיון נסב לכאורה סביב אמנת הג'נוסייד, אשר שני הצדדים מכירים בה באופן פורמלי כבעלת תוקף נורמטיבי מחייב, אולם האמנה עצמה אינה מספקת לבדה את הנרטיב שנדרש כדי להקנות לה משמעות וכיוון. בדומה לניתוח של קאבר בחיבורו **נומוס ונרטיב**, כל אחד מהצדדים ביקש

⁴⁴ https://www.youtube.com/watch?v=q4c_LNHRvxo

⁴⁵ Feldman, Time 11.3.2024; ראו ביתר הרחבה את ספרו החדש של פלדמן (2024).

לקחת את האמנה ולפרש אותה מחדש באמצעות נרטיב פוליטי והיסטורי. הנרטיבים של שני הצדדים קידמו חשיבה בינארית ושטוחה על הבעיה שבמסגרתה אין דרך להכיר או לייצג את הקורבנות של הצד השני. וכך, הצדדים, שהגיעו לאולם בית הדין מתוך עולמות נורמטיביים שאינם מתיישבים זה עם זה, הפכו את האמנה לכלי ניגוח פוליטי שלא אפשר מפגש אמיתי בין הנרטיבים המנוגדים.

במקום לקיים דיון במתח בין העולמות הנורמטיביים של הצדדים, הם הסתמכו על נרטיבים שיצרו תמונות ראי אחד של השני: דרום אפריקה הסתמכה על נרטיב פוליטי והיסטורי שמציג את ישראל כישות קולוניאלית ובכך שולל את הלגיטימציה שלה מיסודה, תוך שהיא מסרבת לראות בה גם מדינת לאום שהוקמה במקלט לקבוצה נרדפת מבחינה היסטורית בעקבות רצח עם שבוצע בה. ישראל מצידה הסתמכה על ההגדרה המשפטית של הג'נוסייד כפי שנקבעה באמנה בעקבות השואה, כדי להכחיש את הקורבנות של הפלסטינים, ומצד שני, כדי להצביע על עצמה כקורבן אולטימטיבי של ג'נוסייד, כזה שכמעט בהגדרה לא יכולה לבצע ג'נוסייד. העובדה שהצדדים נפגשו זה עם זה באולם בית המשפט רק הדגישה את העובדה שלא נוצר מפגש אמיתי שיאפשר להם לכונן עולם נורמטיבי משותף, להכיר זה בקורבנות של זה, ולקבל על עצמם נורמות שישרטטו מחדש את גבולות המותר והאסור.

סיכום

ההכרה בקשר ההדוק בין המשפט, האלימות והפוליטיקה אינה מבטלת את הערך של המשפט בכלל, ושל שלטון החוק בפרט. ההבנה של הערך של המשפט הפוליטי נובעת דווקא מעמדה מפוכחת אשר מכירה בממד הפוליטי שלו, בקשר הפנימי בינו לבין האלימות, ואינה מנסה להכחיש או לטשטש אותו. ראינו כי משפט פוליטי מאיים על הלגיטימציה של המדינה המודרנית המבוססת על שלטון החוק. המשפט הפוליטי חושף רגע מכונן שבו האלימות, ולא החוק, הם שמעצבים את המשפט. התיאורטיקנים של המשפט שהזכרנו במסה זו ביקשו להכיר במגבלות התיאוריה הלגליסטית של ובר, ובו בזמן לנסות לתת הצדקה ליברלית למשפט הפוליטי. כל התיאוריות הכירו בכך שהפוליטיות של המשפט קשורה בכך שהפעלת המשפט על היריב הפוליטי דורשת לחרוג מהלגליות, אך בו בזמן סברו שהיא ניתנת להצדקה במסגרת תפיסה ליברלית של המשפט.

במשפט המדינתי, הצדקה זו התבססה בעיקרה על ערובות פרוצדורליות שמשמרות מרחב סיכון לשלטון. אף שערובות אלה אינן מבטלות את יחסי הכוח בין הצדדים, מרחב הסיכון עשוי לאפשר לנאשם לחשוף את האלימות העומדת בבסיס השימוש הפוליטי

במשפט ולהציג את הנומוס המתחרה בשמו הוא פעל. ראינו כי אף שהמשפט הבינלאומי נועד לגשר על מצבים של אי־הסכמה בין עולמות נורמטיביים מתנגשים על ידי יצירת מחויבות לנורמות מינימליות משותפות, בפועל הפיתוי של שני הצדדים הוא להכפיף את המשפט הבינלאומי לנרטיב ההיסטורי הפרטיקולרי שלהם. דווקא בשל הלגיטימציה המוגברת שיכול לספק המשפט הבינלאומי על ידי תיוג הצד השני כאויב האנושות כולה, נוצר פתח לשימוש פוליטי במשפט הבינלאומי כדי לקדם עמדה פוליטית דוגמטית, במקום לפרוע ולערער את ההבחנות הבינאריות של המשפט הבינלאומי.*

אוניברסיטת תל אביב

ביבליוגרפיה

- אביטן כהן, שירית. 24.10.2023. "שר האנרגיה ישראל כ"ץ דורש: "הקמת בית דין מיוחד שיחיל את חוק פשעי הנאצים על חמאס". **ישראל היום**. <https://www.israelhayom.co.il/news/14747648/geopolitics/article>
- אייסכילוס. 1990. **נוטות החסד**. תרגום אהרן שבתאי. **הוצאת שוקן**.
- ארנדט, חנה. 2000. **אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנאליות של הרוע** [1963]. תרגום אריה אוריאל. תל אביב: הוצאת בבל. <https://www.zman.co.il/458899/>
- בילסקי, ליאורה. 2001. "העלמה והמוות: בית־המשפט ותהליכי פיוס". **סוציולוגיה ישראלית** ג(2).
- בילסקי, ליאורה. 2004. "בחזרה לטריטוריה: חנה ארנדט ומשפט אייכמן". בתוך **חנה ארנדט: חצי מאה של פולמוס**, עמ' 107–140. עורכים עדית זרטל ומשה צוקרמן. תל אביב: הקיבוץ המאוחד.
- בילסקי, ליאורה. עומד להתפרסם. **איך אומרים ג'נוסייד בעברית: המאבק הנשכח על הג'נוסייד התרבותי במשפט אייכמן**. הוצאת הקיבוץ המאוחד.
- בן נתן, סמדר. 2020. "אזרחים־אויבים: אזרחים פלסטינים ובתי משפט צבאיים בישראל ובשטחים הכבושים, 1967–2000". בתוך **הפוליטיקה של הכלה והדרה ביחסי ישראלים ופלסטינים**. עורך אמל ג'מאל. מכון וולטר ליבך לחינוך לדו־קיום יהודי־ערבי.
- ברטוב, עמר, דירק מוזס, ג'יימס לפלר. 2022. "דין: רוויזיה לרצח עם". **הזמן הזה**. פברואר.
- ברקוביץ, עינת. 02.10.2002. "מרואן ברגותי ו'האנתיפאדה' של סירוסה". **גלובס**.
- גרינצייג, אבישי. 25.3.2024. "מאפשרים גזר דין מוות: סעיפי האישום של מחבלי הנוחבה נחשפים", **כאן חדשות**. <https://www.kan.org.il/content/kan-news/defense/728768/>

* מחקר זה נתמך במענק מחקר ממרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטת תל אביב.

- דרידה, ז'אק. 2006. **תוקף החוק: היסוד המיסטי של הסמכות**. תרגום הילה קרס. רסלינג.
הגל, ג.ו.פ. 2011. **פילוסופיה של המשפט**. תרגום גדי גולדברג. הוצאת מרכז שלם.
- האזור טוב, מיכאל. 24.11.2023. "המדינה בוחנת העמדה לדין קבוצתית של מבצעי הטבח בעוטף
בשל קושי בביסוס ראיות". **הארץ**. [https://www.haaretz.co.il/news/law/2023-11-24/ty-
article/premium/0000018c-007c-d4d0-addf-47fe4de60000](https://www.haaretz.co.il/news/law/2023-11-24/ty-article/premium/0000018c-007c-d4d0-addf-47fe4de60000)
- יבלונקה, חנה. 2001. **מדינת ישראל נגד אדולף אייכמן**, עמ' 141-149. ידיעות אחרונות ויד בן צבי.
- זינגר, רוני. 14.11.2023. "דין למאות מחבלי טבח 7 באוקטובר: האתגר המשפטי הקשה בהיסטוריה
של מדינת ישראל", **שומרים**. <https://www.shomrim.news/hebrew/war-court>
- כהן, דוד עידן. 28.3.2024. "7 באוקטובר של ה'ניו יורק טיימס': איך קרס תחקיר האונס של העיתון
החשוב בעולם". **הארץ**. [https://www.haaretz.co.il/gallery/galleryfriday/2024-03-28/ty-
article-magazine/highlight/0000018e-7ab6-de80-a78f-7bf747280000](https://www.haaretz.co.il/gallery/galleryfriday/2024-03-28/ty-article-magazine/highlight/0000018e-7ab6-de80-a78f-7bf747280000)
- כהן, עמית ויעדיה קיסוס. 15.1.2024. "פעילות בית המשפט הפלילי הבינלאומי בראי מלחמת 'חרבות
ברזל': הליכי החקירה, סמכויות השיפוט ואופן קבלת ההחלטות". **המכון הישראלי לדמוקרטיה**.
<https://www.idi.org.il/articles/52351>
- מענית, חן. 24.12.2023. "מעצרים של מאות מחבלי חמאס מעמיד את ישראל לפני קשיים משפטיים
חסרי תקדים". **הארץ**.
[https://www.haaretz.co.il/news/law/2023-12-24/ty-article/premium/0000018c-9019-
d60e-afdf-f41fe47a0000](https://www.haaretz.co.il/news/law/2023-12-24/ty-article/premium/0000018c-9019-d60e-afdf-f41fe47a0000)
- מענית, חן. 11.2.2024. "המדינה בוחנת אפשרות לשפוט את מחבלי חמאס בבית דין מיוחד ללא
הליך פלילי". **הארץ**.
[https://www.haaretz.co.il/news/politics/2024-02-11/ty-article/premium/0000018d-
8898-deda-ad8f-d8fdabe00000](https://www.haaretz.co.il/news/politics/2024-02-11/ty-article/premium/0000018d-8898-deda-ad8f-d8fdabe00000)
- ספיר, יואב. 3.3.2024. "שלושה מישורי דיון על עונש המוות בעקבות אירועי השבעה באוקטובר".
ICON-S-IL Blog.
- קאבר, רוברט. 2012. **נומוס ונראטיב**. תרגום אביעד שטיר. הוצאת שלם.
- Arendt, Hannah. 1964. *Eichmann in Jerusalem*. New York: Penguin.
- Bass, Gary Jonathan. 2000. *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Bilsky, Leora. 2004. *Transformative Justice: Israeli Identity on Trial*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Bilsky, Leora. 2015. "Political Trials." In *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, ed. N. J. Smelser and P. Baltes Paul, 497-503. 2nd ed. Vol 18. Oxford: Elsevier.
- Binder, Guyora. 1989. "Representing Nazism: Advocacy and Identity at the Trial of Klaus Barbie." *Yale Law Journal* 98(7): 1321.
- Douglas, Lawrence. 2001. *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust*. New Haven: Yale University Press.
- Eghbariah, Rabea. 2023. "The Ongoing Nakba: Toward a Legal Framework for Palestine." *N.Y.U. Review of Law & Social Change* 48.

- Feldman, Noah. 11.3.2024. "The New Antisemitism," *Time*.
- Feldman, Noah. 2024. *To Be a Jew Today: A New Guide to God, Israel, and the Jewish People*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Finkelkraut, Alain. 1992. *Remembering in Vain: The Klaus Barbie Trial and Crimes against Humanity*. New York: Colombia University Press.
- Golsan, Richard. 2022. *Justice in Lyon: Klaus Barbie and France's First Trial for Crimes against Humanity*. Toronto: University of Toronto Press.
- Hirsch, Francine. 2020. *Soviet Judgment at Nuremberg: A New History of the International Military Tribunal after World War II*. Oxford: Oxford University Press.
- Kauffmann, Sylvie. 18.1.2024. "The Global South is challenging a collective memory dominated by the Holocaust and confronting it with colonization." *Le Monde*.
- Kirchheimer, Otto. 1955. "Politics and Justice." *Social Research* 22(4): 377–398.
- Kirchheimer, Otto. 1961. *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Lavi, Shai. 2005. "'The Jews are Coming': Vengeance and Revenge in post-Nazi Europe." *Law, Culture and the Humanities* 1(3): 282–301.
- Lipstadt, Deborah. 1993. *Denying the Holocaust*. New York: Free Press.
- Moses, A. Dirk. 2021. *The Problems of Genocide: Permanent Security and the Language of Transgression*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shklar, Judith N. 1964. *Legalism: An Essay on Law, Morals and Politics*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Shklar, Judith N. 1989. "The Liberalism of Fear." In Nancy L. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Teitel, Ruti G. 2000. *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Weber, Max, Günther Roth, and Claus Wittich. 1978. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Berkeley, LA: University of California Press.
- United Nations Office of the Special Representative of the Secretary-General on Sexual Violence in Conflict. 4.3.2024. Mission report Official visit of the Office of the SRSG-SVC to Israel and the occupied West Bank 29 January – 14 February 2024.