

## היסטוריה, משפט, סיפור חמישים שנה ל"פרשת קסטנר"

עם הגשת כתב־האישום... הוטל על בית המשפט לעשות היום, מה שיוכלו רק היסטוריונים לבצע בעוד 50, 100 או אפילו יותר שנים. האמת שהמחוקק חשב עליה... ואשר היתה ניתנת להיגלות לוא הולעז ד"ר קסטנר שגנב שעון במקום מסויים ובזמן ידוע – אינה מעורר אחד עם האמת אשר אותה מבקש המשיב להוכיח בענינו. בית המשפט של היום, אינו יכול למלא תפקיד היסטוריון של מחר רחוק.<sup>1</sup>

חמישים שנה ויותר חלפו<sup>2</sup> מאז פרסם בית המשפט העליון את פסק דינו באחת הפרשיות המשפטיות הידועות ביותר בציבוריות הישראלית, היא האישום הפלילי בעבירת לשון הרע כנגד הנאשם מלכיאל גרינוולד, אישום שזכה לכינוי "פרשת קסטנר". פרשה זו, המתייחסת למשא ומתן שניהלו ד"ר ישראל קסטנר ואחרים עם הנאצים לשם הצלת יהודים בהונגריה במהלך מלחמת העולם השנייה, זכתה למחקרים היסטוריים לא מעטים במהלך השנים, מחקרים שעמלו על איסוף מסמכים, ליקוט עדויות, השוואה דקדקנית של תאריכים וכיוצא באלה פרטים המרכיבים את עבודת ההיסטוריון. אולם פרשת קסטנר המשפטית, שהתנהלה שנים ספורות לאחר תום מלחמת העולם השנייה, קדמה לרבים מן המחקרים ההיסטוריים. כפועל יוצא מכך, המערך הראיתי שעמד לפניו בתי המשפט שדנו בפרשה זו נידון, מטבע הדברים, להיות חסר. על סמך אותו מערך ראיתי הגיע בית המשפט, בשתי ערכאות, להכרעות חד־משמעיות ובינאריות, כנדרש מהליך משפטי.

חמישים שנה מאוחר יותר אבקש לחזור ולעיין בפרשה משפטית זו באמצעות ניתוח טקסטואלי, הבוחן את הכרעות הדין השונות, של בית המשפט המחוזי ושל בית המשפט העליון. ארצה לבחון כיצד הליך משפטי, שמטרתו בחינת אחריותו המשפטית של הפרט, מספר היסטוריה, כיצד מערכת משפטית מספרת סיפור, כיצד היא מכוננת "מציאות", וכל זאת על סמך מידע חסר.

\* מאמר זה מבוסס על פרק מתוך עבודת דוקטורט שהוגשה במסגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל־אביב, בהנחייתה של פרופ' ליאורה בילסקי (2007). אני מבקשת להודות לליאורה בילסקי ולרבקה ברוט על הערותיהן ותרומתן לכתיבת המאמר.

1 השופט גויטין, ערעור פלילי 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב 2017, 2312 (1958) (להלן: עליון, פסק הדין).

2 פסק דינו של בית המשפט העליון ניתן בתאריך 17.1.1958.

## היסטוריה

עם כניסתו של הצבא הגרמני להונגריה, ב־19 במארס 1944, החל גירוש יהודים בקצב מהיר. לנוכח המצב המחמיר בחזית, מבחינת הצבא הגרמני והתקרבותם של כוחות ברית המועצות לרומניה, פעלו "מטהרי הארץ מיהודיה" במהירות הבזק, במהלך שמונת השבועות שבין ה־15 במאי ל־9 ביולי נשלחו לאושוויץ 434,351 יהודים. רובם גורשו מערי השדה ברחבי הונגריה. רוב יהודי הונגריה, פרט ליהודי בודפשט, נרצחו בתאי הגזים בכירקנאו זמן קצר אחרי הגיעם למחנה. עד ה־7 ביולי, שאז הפסיק עוצר הונגריה האדמירל הורטי (Horthy) את הגירוש, נרצחה רוב יהדות הונגריה.<sup>3</sup> אם השמדתה של יהדות אירופה נראית בלתי מוסברת, הרי פרשת השמדת יהדות הונגריה הופכת לבלתי נתפסת: בשנת 1944, בשלהי המלחמה, כאשר צבא גרמניה סופג מפלות והכוחות הרוסים מתקדמים; בשנת 1944, כשלוש שנים לאחר תחילת ההשמדה וכשנתיים לאחר הפעלתם של מחנות המוות המאורגנים – כאשר המידע על הנעשה באושוויץ כבר נודע – נרצחה מרבית יהדות הונגריה בשמונה שבועות בלבד.

בשנת 1954, שנים ספורות לאחר סיומה של מלחמת העולם השנייה, הגיעה פרשת השמדת יהודי הונגריה לבית המשפט המחוזי הישראלי. היא לא הגיעה אליו בשל הגשתו של כתב אישום כנגד מי מבכירי המשטר הנאצי שהיה אחראי להשמדת בזק זו, אלא כמעט "במקרה", בשל עלונים שהפיץ ישיש ירושלמי, מלכיאל גרינוולד שמו, בקרב מיודעיו. אחדים מעלונים אלה נגעו לד"ר ישראל קסטנר, דמות בכירה במפא"י באותה תקופה ומראשי "ועדת ההצלה" בהונגריה בזמן השואה.<sup>4</sup> על סמך עלונים אלה, שעסקו בהתנהגותו של קסטנר בתקופה שבה התבצעה השמדת יהדות הונגריה, החליט היועץ המשפטי אז, חיים כהן, להגיש נגד מלכיאל גרינוולד אישום פלילי בגין לשון הרע. החלטה זו התקבלה חרף התנגדותו של קסטנר.<sup>5</sup> משפטו של גרינוולד אמנם הסתיים בהרשעתו של האחרון בגין רכיב של אחד הדברים שכתב, אלא שקביעתו של בית המשפט המחוזי כי קסטנר "מכר נפשו לשטן" בשתפו פעולה עם הנאצים, בצירוף הקביעה כי אין להטיל על הנאשם גרינוולד עונש ממשי בגין הרשעתו, אלא עונש סמלי בלבד – קנס בסך לירה אחת – הביאו לידי מסקנה כי משפטו של גרינוולד הוא, למעשה, משפט שבו "הורשע" ישראל קסטנר.

3 לפירוט גורלה של יהדות הונגריה מאז הפלישה הנאצית ראו: לני יחיל, השואה כרך שני (ירושלים, 1987), עמ' 666-675. ראו גם: ישראל גוטמן (עורך), האנציקלופדיה של השואה כרך שני (ירושלים, 1990), עמ' 357.

4 ועדת ההצלה הציונית נוסדה בכודפשט בשנת 1943, ביוזמת ציונים מקומיים. קסטנר היה נציג מפא"י בוועדה. יושב ראשה של הוועדה היה אוטו קומוי וקסטנר נעשה לסגנו בפועל. ראו: שלמה אהרונוסון, היטלר, בעלות הברית והיהודים (תל-אביב, 2008), עמ' 290-298.

5 פנינה להב כותבת כי חיים כהן העמיד לפני קסטנר ברירה – הסכמה לניהול ההליך המשפטי או איבוד משרתו. ראו: פנינה להב, ישראל במשפט (תל-אביב, 1999), עמ' 175. לאירצונו של קסטנר בהליך המשפטי ראו גם: תום שגב, המליון השביעי (ירושלים, 1991), עמ' 248. ראו גם: יהודה באואר, יהודים למכירה? משא-ומתן בין יהודים לנאצים 1933-1945 (ירושלים, 1994), עמ' 191.

6 תיק פלילי (מחוזי י"ם) 124/53 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"מ מד 3 (1955) (להלן:

ד"ר ישראל קסטנר, שבמשפט הפלילי בגין לשון הרע הוכרו עליו ש"מכר נפשו לשטן" כאשר שיתף פעולה עם הנאצים, שבת המשפט העליון, בערעור שהתנהל לאחר הירצחו, הפך את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ו"זיכה" אותו ממרבית ההאשמות שיוחסו לו – עמד במרכז של אחת מהפרשות המשפטיות הסוערות והמסעירות ביותר שחוותה התברה הישראלית בראשית ימיה. אך לא הוא לבדו עמד במרכז, אלא יחד עמו עמדה גם הבנת גורלה של יהדות הונגריה בשואה. ואכן, כפי שיובהר בהמשך הדברים, מה שמאפיין את פרשת קסטנר המשפטית אינו מתמצה בבירור טענותיו של גרינוולד בנוגע להתנהגותו של האיש קסטנר, אלא מדובר בהליך משפטי שבמרכזו עמדה הבנת גורלה של קהילה יהודית שלמה. ואולם, כפי שהטעים השופט גויטין, שצוטט לעיל, כהליך משפטי, שתחילתו אישום בגין לשון הרע וסופו הכרעה בסיבות לגורלה של יהדות הונגריה, רב היה הנסתר מעיני בית המשפט על הנגלה. כך, בחינה של מכלול העדים שהעידו לפני בית המשפט, כמו גם של המסמכים שהוצגו לפניו, מעלה כי ככלל, הראיות שהוצגו לפני בית המשפט נגעו בעיקרן לצד "הקרבן", לצד היהודי.<sup>7</sup> עדויות ומסמכים שמקורם בצד המשמיד, או בגורמים אפשריים נוספים, לא הובאו לפני בית המשפט. ראיות מן הסוג הזה, כפי שכתב השופט גויטין,<sup>8</sup> היו עשויות בוודאי לשפוך אור על הטענות שנבחנו בנוגע לקסטנר ולמשא ומתן שניהל עם הנאצים. ואולם במקום שבו קבעו הערכאות השונות, אגב דיון בהתנהגותו של קסטנר, מה היו התנאים התברתיים המיוחדים שהובילו לאותה השמדת בזק יעילה, הופך היעדרן של ראיות אלה למשמעותי במיוחד.

בשאלה מה מקומו ומה יכולתו של בית המשפט לדון בסוגיות היסטוריות, על אחת כמה וכמה סוגיות טעונות ומורכבות כמלחמת העולם השנייה, דנו מלומדים רבים.<sup>9</sup> פרשת

7 (הכרעת הדין במחוזי). גור הדין, עמ' 241.

8 ד"ר דוד הרמן, סגן מזכיר מועצות היהודים בקלוז'; עדות דוד פינקלשטיין, פעיל יהודי שהקים מנגנון הברחה מהונגריה; עדות יואל ברנד והנזי ברנד, מחברי ועדת ההצלה; העדים יחיאל שמואלי, דוד רוזנר, יעקב פרייפלד, יוסף כץ, אליעזר רוזנטל, כולם ניצולי שואה מהונגריה; העד משה אלפן, ממפקדי מחתרת השומר בהונגריה; העד מנחם בדר, נציג הקיבוץ הארצי בוועד ההצלה בקושטא; העד אהוד אבריאלי, מאנשי מפא"י שליווה את יואל ברנד בחלק משליחותו; קתרינה סנש, אמה של חנה סנש; העד משה קראוס, מנהלו המודעה של "המשרד הארץ-ישראלי" בהונגריה ועוד. לתיאור מפורט של מהלך המשפט ועדותם של העדים, ראו: יחיעים ויץ, האיש שנרצח פעמיים (ירושלים, 1995), עמ' 124-236.

8 ראו עליון, פסק הדין, עמ' 2264.

9 לדיון בקושי לדון בהליכים משפטיים שעניינם הוא השואה ראו, למשל: אשר מעוז, "שיפוט היסטורי – משפט קסטנר וועדת החקירה בענין רצח ארלוזורוב", בתוך: דניאל גוטוויץ, מנחם מאוטנר (עורכים), משפט והיסטוריה (ירושלים, תשנ"ט) 441, עמ' 458. ראו גם: Lawrence Douglas, "Past: The Memory of Judgment (New Haven, 2001), pp. 2-7. Wendie Ellen Schneider, "Imperfect", *Yale Law Journal* 110 (2001), p. 1531.

קסטנר, שנדונה בבית המשפט הישראלי לפי שיטת המשפט האדוורסרית, "המנוהלת" על ידי הצדדים לדיון המשפטי,<sup>10</sup> ממחישה היטב את המתח בין הליך משפטי, שאמור לדון בפרט ובמעשיו כשהוא מוגבל לסד הראיות שהציגו הצדדים בבית המשפט, לבין הכרעת דין המתיימרת להציג תמונת מציאות כוללת, המכילה קביעות היסטוריות, וכל זאת – על סמך מערך ראיתי חסר.

השיטה המשפטית האדוורסרית היא בעלת חשיבות מיוחדת דווקא בפרשת קסטנר. לאופן שבו ניהל עורך הדין שמואל תמיר, מטעם הנאשם גרינוולד, את פרשת ההגנה נודעת חשיבות מרובה להבנת התוצאה השיפוטית בפרשה זו.<sup>11</sup> דומה כי בקרב חוקריה של פרשת קסטנר המשפטית אין כיום חולק כי דרכו של תמיר, העדים והמסמכים שאותם בחר להציג לפני בית המשפט, האופן שבו עשה שימוש במסמכי התביעה, השפיעו השפעה מכרעת – ובמידה רבה בלתי צפויה מראש<sup>12</sup> – על תוצאתו של ההליך. כפי שמנתחים רבים מחוקריה של פרשה זו, באמצעות שימוש ב"כלי העבודה" המשפטיים שהעמידה לרשותו השיטה האדוורסרית, הצליח תמיר להציב במרכז הבמה את דרך "שיתוף הפעולה" הפסולה – שכמייצגיה שימשו קסטנר עצמו ומפלגת מפא"י כולה – לעומת דרך המרד הראויה.<sup>13</sup>

במאמר זה ארצה להתמקד לא בעורך הדין תמיר, אלא בבית המשפט, באופן שבו ביצע מעבר בין "הפרטי" ל"ציבורי": בין האיש קסטנר, שהתנהגותו נבחנה בבית המשפט, לבין הסיבות לגורלה של יהדות הונגריה. שכן תהא מטרתו של עורך הדין תמיר אשר תהא, בסופו של דבר, כפי שיפורט להלן, סיפק בית המשפט, על שתי ערכאותיו, ועל סמך מערך ראיות חסר, תשובה לשאלה כיצד זה קרה? כיצד זה היה יכול לקרות? כיצד ייתכן שיהדות הונגריה כולה הושמדה בשמונה שבועות בלבד?

10 הכרעת הדין במערכת המשפטית הפורמלית האדוורסרית, אם נאמץ את הטיפוס האידיאלי" לסיווג זה, היא תמיד תוצר של "מאבק" בין הצדדים למשפט, שבמסגרתו לגוף השופט מוקצה תפקיד פסיבי. הפסיביות השיפוטית עניינה שמירה על ניטרליות הגוף השופט. ראו: Mirjan Damaska, *The Faces of Justice and State Authority* (New Haven, 1986), p. 3.

11 לדיון ב"תפקידו" של עורך הדין במסגרתה של פרשת קסטנר ראו: Leora Bilsky, *Transformative Justice* (Ann Arbor, 2004), p. 19–40. לתיאור התנהלותו של עורך הדין תמיר ראו גם: ויץ, האיש שנרצח פעמיים, עמ' 129–138.

12 יחיעם ויץ מתאר את האופן שבו ניהל עורך הדין תמיר את קו ההגנה ועומד על "המהפך" שהתרחש במהלך המשפט, לאחר חקירתו הנגדית של קסטנר על ידי שמואל תמיר. ראו ויץ, האיש שנרצח פעמיים, עמ' 133.

13 ראו: להב, ישראל במשפט, עמ' 176–178. ראו גם: Bilsky, *Transformative Justice*. עוד ראו: ליאורה בילסקי וחמדה גור-אריה, "בזכות המבוכה: 'היודנט' במבוכת המשפט הזכרון והפוליטיקה", משפט וממשל יב 1 (2009) 33.

## משפט

"הזיכרון שבו זוכרים היום את פסקי־הדין במשפט קסטנר", כותבת מיכל שקד,<sup>14</sup> "הוא זיכרון אחיד. זיכרון של קיטוב חד בין פסקי־דין רע של השופט הלוי בבית המשפט המחוזי, לבין פסקי־דין טוב של השופט אגרנט בבית המשפט העליון". ואכן פרשת קסטנר, על שתי הערכאות שדנו בה, נחזית כמתאפיינת בפסק דין חריג בחומרתו לעומת פסק דין המתקן אותה חומרה. הרטוריקה השיפוטית שבחר בית המשפט המחוזי מחד גיסא וזו שבחר בית המשפט העליון מאידך גיסא, אכן עשויות להביא לידי מסקנה מסוג זה. במסגרת מה שינותח להלן, ארצה להראות כי עמדות השופטים השונים לא בהכרח מצביעות על חלוקה חד־משמעית כזו. ראשית, מתוך ששת השופטים שדנו בעניין שלושה מצאו את קסטנר "אשם": השופט בנימין הלוי בבית המשפט המחוזי, השופט זילברג ובמידה מסוימת גם השופט גויטין בבית המשפט העליון. שלושה אחרים – השופטים אגרנט, חשין ואולשן – "זיכו" את קסטנר.<sup>15</sup> במובן זה, קו גבול בין פסיקה מחוזית "רעה" לפסיקה "טובה" בבית המשפט העליון אינו מתאר כהלכה את הכרעות השופטים. אך יתרה מזו, אני מבקשת להראות, וזה העיקר, כי לא יהיה נכון לפטור פרשה זו כ"הכרעה רעה" המתקנת על ידי הכרעת דין "טובה", אלא לראות בה חשיפה של התמודדותה של מערכת שיפוטית עם תופעה לא מוכרת.

פרשת קסטנר, בשתי ערכאותיה, הצריכה את בית המשפט לדון בהשמדה מאורגנת, באופן נטול ההתנגדות שבו התבצעה, ובאחראים לה. בדיון זה נדרש בית המשפט לעסוק במעשיו של מי שאין כל מחלוקת על כך שנשא ונתן עם הנאצים במסגרת תפקידו כאחד מראשי ועדת ההצלה בהונגריה. שילובם של שני אלה – הבנת המצב החברתי בהונגריה של שנת 1944, שהביא לידי תוצאות כמעט בלתי נתפסות, והבנת אלה שפעלו במסגרתו – הביאו את הערכאות השונות, כך ארצה להראות, לחרוג מאופן השיפוט הפלילי "הרגיל".

אכן, כפי שמטעימים דניאל גוטוין ומנחם מאוטנר, "המשפט וההיסטוריה עוסקים בשחזור עובדות ובהענקת משמעות לאירועים שהתחוללו בעבר".<sup>16</sup> במובן זה, בוודאי ישנו קשר רעיוני הדוק בין ההיסטוריה לבין המשפט, אלא שמעבר להבדלים "המתודולוגיים" בין שני תחומי דעת אלה<sup>17</sup> ניצבת יומרתו של המשפט לעסוק בפרט, ובפרט בלבד. ההליך המשפטי הוא במהותו "מוניסטי" – מיועד לחלץ משמעות אחת

14 מיכל שקד, "ההיסטוריה בבית המשפט ובית המשפט בהיסטוריה: פסקי הדין במשפט קסטנר והנרטיבים של הזכרון" אלפיים 20 (תש"ס) 36, עמ' 40.

15 המונחים זיכוי והרשעה הוכנסו למרכאות לא לצורך סיווג של אחריותו של קסטנר בעיני בית המשפט, אלא משום שמן הבחינה המשפטית־פורמלית, קסטנר לא היה יכול להיות מורשע או מזוכה, שכן ההליך המשפטי לא נוהל נגדו.

16 דניאל גוטוין ומנחם מאוטנר, "משפט והיסטוריה: מחקר, פוליטיקה ותרבות", בתוך: גוטוין ומאוטנר, משפט והיסטוריה, עמ' 7.

משלל עובדות המוצגות במהלכו: קביעת אחריות משפטית.<sup>18</sup> במוכן זה מיועד המשפט, כפי שכתב השופט גויטיין, לדון בשאלות עובדתיות "פשוטות", כגון השאלה אם גנב פלוני שעון. האם יכול הטקסט השיפוטי לדון בשאלה היסטורית כה מורכבת המנסה לעמוד על גורלה של יהדות הונגריה? היש בידי הכלים לבחינת שאלה מסוג זה? על המתח בין ההיסטורי למשפטי, המוצא ביטוי בכל רכיב ורכיב בפרשת קסטנר, אעמוד להלן ואתאר את האופן שבו הכריעו הערכאות השונות, על סמך מערך ראיות חסר, בדבר הסיבות לגורלה הבלתי נתפס של יהדות הונגריה.

## עלונו של מלכיאל גרינוולד

... זה שלוש שנים מחכה אני לרגע זה כדי להביא לדין ולשפוך את בזיון הדיון על רודף קריירה זה, הנהנה ממעשי השוד והרצח של היטלר. על יסוד תחבולותיו הפליליות ובגלל שיתוף פעולתו עם הנאצים... אני רואה אותו כרוצח בעקיפין של אחי היקרים... בגלל מי ועל חשבון מי נסעת בשנת 1946 בסתר וכגנב בלילה לנירנברג, כדי להשתתף במשפט פושעי המלחמה הגדול ביותר בתולדות העולם, והפעם כעד סניגוריה לטובת אס-אס אוברשטורמבנפיהרר קורט בכר... אני נותן לכם תשובה והסבר: את עצמו הוא רצה להציל, כדי למנוע שבכר יגלה לפני בית המשפט הבינלאומי את ה"עסקים" ואת מעשי השוד המשותפים לשם הגנתו הוא ולהאשמת קסטנר!... לא פחות מ-52 קרובי משפחתו הוא הציל בטרנספורט זה שרשימותיו הורכבו על ידי מועצת יהודי הונגריה, בעזרת כספי זרים, ומאות יהודים אחרים, שרובם היו משומדים, קנו אצל קסטנר את הצלתם בתשלום מיליונים! כך הציל קסטנר את חברי מפא"י... וכמה פרוטקציונרים, שרובם שילמו לו טבין ותקילין!...<sup>19</sup>

הבסיס להעמדתו של מלכיאל גרינוולד לדין היה עלון שפרסם. מתוך מאמר מבולבל ועילג זה, כלשונו של תום שגב,<sup>20</sup> ניתן לחלץ כמה רכיבים עיקריים: גרינוולד טען כי קסטנר שיתף פעולה עם הנאצים, וליתר דיוק עם הקצין הנאצי קורט בכר (Kurt Becher), בכך שניהל עמם "עסקים" ומעשי שוד משותפים. עסקים אלה, כך נראה, היו תשלומי מיליונים ששולמו עבור חילוצם של מקצת יהודי הונגריה מהטרנספורטים להשמדה. אותם מיליונים, שעל פי הכתוב ניתנו גם לקורט בכר, הגיעו גם לכיסו של

Robert Gordon, "The Arrival of Critical Historicism", *Stanford Law Review* 49 (1997) 1023, p. 18.1025.

19 העלון, שהופיע כחלק מכתב האישום כנגד גרינוולד, מצוטט במלואו בספרו של שלום רימפלד, תיק פלילי 124: משפט גרינוולד-קסטנר (ת"א, 1955). עמ' 20-16. בשל אורכו של העלון, צוטטו ממנו חלקים נבחרים בלבד, הרלוונטיים להליך.

20 שגב, המליון השביעי, עמ' 241.

קסטנר. ניתוח פשוט של הכתוב מעלה אפוא כי גרינוולד האשים את קסטנר בשיתוף פעולה כספי עם הנאצים. לשון אחר, המניע שיוחס לקסטנר הוא רדיפת בצע, שהובילה אותו לשיתוף פעולה בתקופת המלחמה ואף הובילה אותו, בתום המלחמה, להסוותו באמצעות עדות לטובת שותפו, קורט בכר.

המהלך המובנה בעלוננו של גרינוולד - שיתוף פעולה ממניעים כלכליים-אישיים - נדחה על ידי בית המשפט המחוזי. "הרשעתו" של קסטנר בבית משפט זה לא התבססה על טענת הקשר בין שיתוף פעולה לבין הרצון ברווח אישי. גם במסגרת הערעור, מלבד השופט גויטין, שפירש את הכתוב בעלון כשיתוף פעולה ממניעים כלכליים,<sup>21</sup> זכתה טענתו העיקרית של גרינוולד לתשומת לב מועטה בלבד.<sup>22</sup>

לפער זה בין אמירתו המפורשת של גרינוולד לבין הכרעות הדין השונות נודעת להבנתי משמעות מרובה. אותה רדיפת בצע, שמשמעה ייחוס מניע מרושע במישור האישי, הייתה עשויה לנתב את הדיון המשפטי לאירוע "נקודתי", שבו השתלבו מניעי רדיפת בצע של שני אינדיווידואלים נהנתנים - ישראל קסטנר וקורט בכר. מאידך גיסא, בחירתן של הערכאות השונות שלא להיצמד למשמעותן המידית של מילותיו של גרינוולד, הובילה את הדיון המשפטי למחוזות שבהם נדרש בית המשפט לשרטט תמונת מציאות באשר לשואת יהודי הונגריה, באשר לאופן ולדרכים שבהן התרחשה, ובעיקר באשר לסוג המנהיגות הראויה בעיתות כאלה.

## העמדה "המרשיעה"

במקרים רבים ההכרעה בשאלת האשם של נאשם בעבירת "לשון הרע" מחייבת לבחון את דבריו ואת האמת הטמונה בהם, בשל טיבו של הליך משפטי זה, שבו נתונה לאדם הגנת "אמת דיברתי". על כן כאשר נאשם אינו מכחיש את הפרסום, ואף לא את פגיעתו, אלא טוען כי אמת דיבר, ממילא מחויב בית המשפט לדון תחילה דווקא באמיתות הפרסום הפוגעני. מתוך כך, הליך משפטי שעניינו לשון הרע יעסוק דווקא במעשיו של "הקרבן", כפי שתוארו בפרסום הנידון בהליך, ולא במעשיו של הנאשם.<sup>23</sup> ואולם

21 לדבריו של השופט גויטין, "לדעתי - כל הקורא את עלון הדיבה כמסמך אחד וכדברים אחדים, מתרשם מכך שעיקר כוונתו ביחוס מניע כלכלי למעשי ד"ר קסטנר". בשל עמדה זו קבע גויטין כי האמור בעלון אינו אמת. ראו: עליון, פסק הדין, עמ' 2315.

22 על אף זאת, יש לציין כי גם בבית המשפט העליון "הורשע" קסטנר בגין מתן העדות לטובת קורט בכר, אם כי קביעת אחריות זו אינה קושרת את עדותו למניעים כספיים. שאלת העדתו של קסטנר לטובת קורט בכר לא תידון במאמר זה. לדיון באחריותו של קסטנר בנוגע לעדות זו ראו: שושנה אישונ'ברי, "פרשת קסטנר - לשאלת מתן העדויות לטובת פושעים נאצים: ניסיון להסבר אחר", ילקוט מורשת נט (תשנ"ה) 85.

23 סעיף 201 לפקודת החוק הפלילי, 1936 קובע את האיסור לפרסם לשון הרע. סעיף 205(א) לפקודה מאפשר לנאשם להתגונן מאישום זה בטענה כי "החומר הוא אמת וכי היה לטובת הציבור לפרסמו". במהלך הדיון לא הייתה כל מחלוקת על כך שבדבריו של גרינוולד יש משום עניין ציבורי, ועל כן התמקדה הטענה באמיתותו של החומר שהתפרסם. ראו: הכרעת הדין במחוזי, עמ' 8.

כאן חרג ההליך הרבה מעבר להתמקדות באותם מעשים. למעשה, האופן שבו בנה בית המשפט המחוזי את הכרעת דינו ראוי לתשומת לב מיוחדת, בהיותו מהלך "מנוגד" לזה שנצפה למצוא בהליך משפטי. במקום שיבחן תחילה את חומר הראיות על דרך האינדוקציה – את האופן שבו מבנות העובדות השונות מכלול כלשהו – בחר הוא לבנות את הכרעתו באופן דדוקטיבי: בית המשפט בחר, עוד בטרם פנה לדון בהאשמות הקשות שהוטחו בקסטנר, לקבוע מה הייתה המציאות ששררה בהונגריה באותה תקופה, ולדון בשאלה מי היה קסטנר האיש, מה הייתה אישיותו, מה הניע אותו. רק לאחר שהכריע בשני אלה, פנה בית המשפט לדון בשאלה אם אותן האשמות חמורות חוסות בצלה של ההגנה "אמת דיברתי". וכך, נדבך אחר נדבך, ובאמצעות מהלך חריג שבו "התוודע" בית המשפט למציאות בהונגריה בשנת 1944 ולאלה שפעלו בה, סיפר בית המשפט את "הסיפור העובדתי" עד לשיא, המוצא ביטוי באמירה ולפיה מכר קסטנר את נפשו לשטן.

## ההצגה העובדתית

נקודת המוצא שממנה התחיל בית המשפט את בדיקתו היא הפרסום שנידון בהליך. מנקודת מוצא זו איתר בית המשפט בעלונו של גרינוולד ארבעה רכיבים, שלגישתו הרכיבו את עיקר העלון – שיתוף פעולה עם הנאצים; רצח בעקיפין או הכשרת הקרקע לרצח יהדות הונגריה; שותפות גזל עם פושע מלחמה נאצי; הצלת אותו פושע מעונש אחרי המלחמה.<sup>24</sup> כל אחד מארבעה רכיבים אלה הופיע בעלון בדמות משפטים לא רציפים, שביניהם שולב עוד מלל רב.<sup>25</sup> מכאן, ניתן לסבור, יש להתחיל לדון בשאלה אם ביצע קסטנר מעשים אלה, אלא שבית המשפט החל את דיונו דווקא ב"צד השני" לשיתוף הפעולה, בכובש הנאצי. למעשה, השאלה שאותה בחן בית המשפט עסקה בבלתי מתקבל על הדעת: כיצד ייתכן שבמהלך חודשים ספורים הושמדה קהילה יהודית עניפה, יהדות הונגריה כולה, בשקט, בלא התנגדות. לדברי בית המשפט:

אי אפשר להוביל חצי מליון יהודים במשך שבעה שבועות למחנה השמדה ע"י שמוש בכוח בלבד, ואין צריך לומר בכוח אדם כה מצומצם. אייכמן ועוזרו נזקקו בהכנת הגירוש הטוטאלי ובביצועו לכל שיטות "המלחמה הפסיכולוגית": שיטות הרגעה והסחת הדעת, הפתעה ואימתנות, הסוואה והטעייה וגם (כפי שיתברר להלן) שותף פעולה – כל התכסיסים והתחבולות האלה הופעלו באופן מתוכנן ושיטתי נגד יהודי הונגריה ומלאו תפקיד חשוב בביצועה היעיל של פעולת הבזק הענקית.<sup>26</sup>

24 הכרעת הדין במחוזי, עמ' 7-8.

25 יחיעם ויין עומד על כך שהסעיף הדין ב"רצח בעקיפין" אכן מסתמך על עלונו של גרינוולד, אלא שבעלון הוא מצוין רק כבדרך אגב ובוודאי אינו מהווה את מרכז עניינו של העלון. ראו: ויין, האיש שנרצח פעמיים, עמ' 95.

26 הכרעת הדין במחוזי, עמ' 9-10 (הסוגריים במקור).



לפי התיאור שהוצג על ידי בית המשפט, משעה שפגשו הנאצים להונגריה עמד לרשותם פרק זמן מוגבל לשם ביצוע גירוש היהודים למחנות ההשמדה. בזירה המלחמתית התקדמו הצבאות הרוסיים בכל חזית, ואילו צבאות בעלות הברית נחתו בנורמנדיה.<sup>27</sup> זאת ועוד, כוח האדם שעמד לרשות יחידת ה"ס"ס המיוחדת שהובאה להונגריה ל"טיפול" היהודים – "קומנדו היהודים" בראשות אדולף אייכמן – היה מוגבל, וכלל רק 150 חיילי "ס"ס ו-5,000 ז'נדרמים הונגרים. מכאן, קבע בית המשפט, נוצר אצל הנאצים צורך לכלכל את צעדי הגירוש באופן שבו לא יידרשו להתמודד עם התנגדות זו או אחרת.

מניעת התנגדות יהודית, קבע בית המשפט, הייתה אפשרית רק על בסיס הטעיה והסתרת מהותו האמיתית של הגירוש. את הצלחת ההטעיה תיאר בית המשפט על סמך עדויות ניצולים יהודים-הונגרים. עדים אלה, שהעידו כי לא ידעו מהו יעדן האמיתי של הרכבות שאליהן הועלו – אושוויץ, העידו גם כי ההסכמה לעלות על הרכבות נסמכה על דברי הרגעה של ראשי הקהילה היהודית בהונגריה.<sup>28</sup> הטעיה זו, קבע בית המשפט, נועדה גם למנוע בריחה.<sup>29</sup> בית המשפט קבע אפוא את העובדות המצטברות האלה: יהודי הגטאות עלו לטרנספורטים בצייתנות גמורה, בלי ידיעת יעדם ומתוך אמונה כי הם נשלחים למחנות עבודה; מבצע ההטעיה של הנאצים היה יעיל בשל השקרים שהפיצו ראשי הקהילה היהודית בנוגע ליעד הרכבות; הודות לאמון במנהיגות היהודית לא התקוממו יהודי הונגריה ולא הפרו את משמעת הגטו, כל זאת – אף שהשומרים ששמרו על המשלוחים היו מעטים במספר; ליהודים היו לא מעט הזדמנויות להימלט, אך הם נמנעו מלנצלן בשל הודעות כוזבות מצד ראשי הקהילה; ראשי הקהילה שהפיצו את השמועות על מחנה העבודה שאליו יגיעו כביכול הטרנספורטים לא ליוו את בני קהילתם לאושוויץ, אלא נכללו רובם ככולם ב"רכבת המיוחסים" שהגיעה לשווייץ ונוסעה ניצלו.<sup>30</sup> זהו אפוא המצע העובדתי שלטעמו של בית המשפט מסביר כיצד הושמדה קהילה שלמה בפרק זמן קצר ובלא כל התנגדות.

מדברים אלה ניתן להבין כי בית המשפט ביסס קשר סיבתי בין ההסתרה וההרגעה לבין העובדה שראשי הציבור עלו ל"רכבת המיוחסים". במילים אחרות, הקורא עשוי להגיע לכלל מסקנה שראשי הציבור הרגיעו את פשוטי העם כדי לעלות ל"רכבת המיוחסים" ולהציל את חייהם. אלא שלא זו הייתה קביעתו של בית המשפט. נהפוך הוא – בית המשפט קבע כעובדה כי ראשי הציבור היהודי אמנם ידעו יותר מכלל הציבור היהודי,

27 שם, עמ' 9.

28 ראו, למשל, את ציטוטו של בית המשפט, בהכרעת דינו, מעדותו של העד יחיאל שמואל, שם, עמ' 11-12.

29 בית המשפט הסתמך על עדותו של העד דוד פינקלשטיין, שהצליח להבריח כ-1200 מיהודי הונגריה, והעיד כי לו ידעו אלפים שהם מובלים לאושוויץ, היה אפשר להציל הרבה יותר ממה שהצילו בפועל.

שם, עמ' 21-22.

30 שם, עמ' 25-26. רכבת זו מכונה אף "משלוח ברגן-בלזן". כינוי זה הוצמד לה כיוון שרכבת זו נשלחה תחילה למחנה ברגן בלזן, ורק לאחר מכן הגיעה לשווייץ. ראו אהרונסון, היטלר, בעלות הברית והיהודים, עמ' 416-418.

אך גם הם לא ידעו ידיעה ממשית מהו יעדם הסופי של הטרנספורטים.<sup>31</sup> אם כן, כיצד קשור האיש ישראל קסטנר לסיפור שאותו סיפר בית המשפט?

## התיאור האישיותי

תכנית "עליית המיוחסים" היתה תוצאה מהסכם שהושג ב־2.5.44 בין ד"ר קסטנר, המנהל בפועל של ועדת ההצלה היהודית בבודפשט, וקרומיי,<sup>32</sup> מפקד "קומנדו היהודים" (ה"איינוזן-קומנדו" של ה"ס"ס שהוליך את יהודי הונגריה להשמדה). לפי הסכם זה, הרשו הנאצים את עלייתם של 600 יהודים (נפשות) מהונגריה, 300 נפש מערי השדה ו־300 מבודפשט, לפי רשימות שתוגשנה ע"י ק'. הסכם זה אושר ע"י אייכמן... איך הגיע ק' לידי הסכם זה עם ה"ס.ס. ומה היתה משמעותו?<sup>33</sup>

ממש כמו בסיפור בלשי, לאחר שנפרשו לפני הקורא עובדות היסוד הרלוונטיות לעניין, נגלה לעיניו פריט מידע אשר הצגתו אינה מותרתה מקום לספק: אף שלקורא עדיין אין מושג כיצד מתקשר מידע זה לעובדות שתוארו, הוספתו לעלילה מרמזת על חלקו המרכזי בפתרון התעלומה. כך, לאחר שתיאר את הגורמים שהביאו לידי השמדת יהדות הונגריה כמעט בלא התנגדות מצדה, תיאר בית המשפט הסכם שהושג בין קסטנר לבין הנאצים. האופן שבו בחר בית המשפט לשלב את תיאורו של ההסכם, מיד לאחר תיאור המשלוחים היעילים להשמדה, אינו מותיר מקום רב לספק באשר לקשר העיתידי שיתגלה בין גורלה של יהדות הונגריה לבין ההסכם האמור. אלא שעוד בטרם יבהיר הטקסט לקורא מהו הקשר בין כל פרטי המידע שהוצגו לפניו, התווסף פריט מידע חדש: כיצד הגיע קסטנר להסכמה עם הנאצים. במסגרת בדיקת שאלה מקדמית זו בהן בית המשפט את קורותיו של קסטנר עד הגיעו לתפקיד המנהל בפועל, כדברי בית המשפט, של ועדת ההצלה היהודית בבודפשט, ובעיקר עמד על אישיותו. גם תיאור זה ישתלב היטב באותה מסגרת נרטיבית, העתידה להתגלות לעיני הקורא. לדברי בית המשפט:

בתחילת 1943 ניתנה לפי דרישת הסוכנות היהודית צורה יותר קבועה לקבוצת ההצלה הציונית בבודפשט... למעשה התרכזה הנהלת העניינים בידי ק', שהשתלט

31 לדברי בית המשפט: "... מנהיגי קלוד" ידעו אמנם יותר מאשר ידעו רוב תושבי הגיטו, אך לא ידעו את כל האמת", שם, עמ' 20.

32 קצין הס"ס הרמן קרומיי הגיע להונגריה עם כוחות הכיבוש הגרמניים, כאחד מראשי הזונדרקומנדו של אדולף אייכמן. במאי 1945 נאסר קרומיי בידי בעלות הברית באיטליה, אך לא הועמד לדין. ב־5 במאי 1948 חתם ישראל קסטנר על תצהיר למענו. ב־1960 נאסר קרומיי, נשפט בפרנקפורט ונידון לחמש שנות עבודת פרך. בעקבות ערעור שהגישה התביעה נערך משפט חדש, ובו נידון קרומיי למאסר עולם. ראו: גוטמן, אנציקלופדיה של השואה, עמ' 1111-1112.

33 הכרעת הדין במחוזי, עמ' 27 (הסוגריים במקור).

בהדרגה על הועדה... כל החברים החדשים שצורפו ע"י ק' מזמן לזמן לוועדתו... עמדו תחת מרותו האישית החזקה של ק'. כל הנסיונות להשפיע על ק' להרחיב את מסגרת הועדה ולהעמידה על בסיס ציבורי רחב... נכשלו; ק' לא רצה לחלק את תפקידו עם גורמים שמחוץ להשפעתו הישירה.<sup>34</sup>

כך נזרע הורע הראשון להבנת אישיותו של קסטנר: אישיות כוחנית, המרכזת את מרב העשייה בידיה. אישיותו של קסטנר, כך קבע בית המשפט בהמשך הדברים, קשורה בקשר הדוק לכניסה למשא ומתן עם השלטון הנאצי. לדבריו, "אישיותו ואופן פעולתו של ק' עשו אותו למטרה נוחה למזימותיהם של אייכמן וחבר מרעיו להביאו לידי שיתוף פעולה והקלו עליהם את מלאכתם".<sup>35</sup>

כדי להסביר כיצד שימשה אישיותו של קסטנר את הנאצים, המשיך בית המשפט ותיאר את שאיפתו של קסטנר לתפוס עמדת כוח, לפעול באופן עצמאי ובלא שיתוף פעולה עם ראשי יהדות הונגריה, ובעיקר לפעול באופן בלתי מוסמך כדי לעמוד "במרכז העניינים". לדברי בית המשפט, "... אני משוכנע שע"י קפיצתו בראש... פעל ק' באופן בלתי מוסמך והעמיד את המנהיגים האחראיים של רוב יהודי הונגריה בפני עובדה מוגמרת של מו"מ המתנהל בין ועדת ההצלה הציונית לבין ראשי ה"ס"ס".<sup>36</sup> לסיכום "סוג האישיות" שהפך את קסטנר למטרה נוחה למזימות הנאצים, ציטט בית המשפט בהסכמה את דברי אחד העדים, כדלקמן: "כשמדובר באינטרסים שלו... הוא גם בלתי מצפוני. הוא חסר מצפון וחסר התחשבות".<sup>37</sup>

אותו משא ומתן, כפי שתיאר בית המשפט, לא נגע בתחילתו להצלתם של 1,200 יהודים בלבד אלא להצלה רחבת היקף של מרבית יהדות הונגריה. רק בשלב מאוחר יותר, כשהתברר לקסטנר כי תכניתו המפוארת להצלה רבתי אינה בת ביצוע, התמקד המשא ומתן ב"רכבת מיוחסים". בית המשפט קבע כי המשא ומתן כולו – הן זה שכוון להצלת מרבית יהדות הונגריה והן המאוחר יותר, שהתמקד בהצלת מעטים – נוהל על ידי קסטנר באופן בלתי מוסמך. זאת ועוד, מעשית הוסתר משא ומתן זה מכלל יהדות הונגריה וממנהיגיה.<sup>38</sup> משעה שהתמקד המשא ומתן בהצלה מצומצמת, שכללה אך ורק יהודים מועטים שנבחרו על פי רשימה שקסטנר סיפק לנאצים, קיבלה הסתרה זו משמעות אחת: הסתרת תכנית השמדתה של יהדות הונגריה לשם הצלתם של מעטים. לדברי בית המשפט:

האמת היא שגם לאייכמן וגם לק' היה ענין לשמור על תכנית ההצלה בסוד... אייכמן וק' היו שניהם מעוניינים, מטעמים שונים, בשמירה על "סודות הרייך".

34 שם, עמ' 28.

35 שם, עמ' 45.

36 שם, עמ' 46.

37 שם, עמ' 93.

38 שם, עמ' 61.

אייכמן - כדי להבטיח את הצלחת תכנית ההשמדה, וק' - כדי להבטיח את הצלחת תכנית ההצלה.<sup>39</sup>

ישראל קסטנר, קבע בית המשפט, הסתיר במודע את תכנית הצלת המעטים, ומתוך כך הסתיר אף את צדו האחר של המטבע - את ידיעתו כי נגזר דינה של מרבית יהדות הונגריה להשמדה. וכך קבע בית המשפט:

אחת העובדות המוזעזעות ביותר במשפט זה היא שלמרות הידיעות המלאות... של ראש ועדת ההצלה בבודפשט עלו המוני היהודים בערי השדה, כחצי מליון גברים, נשים וטף, מתוך אי ידיעה גמורה וכקרבנות הטעיה זדונית לרכבות שהובילו אותם לאושביץ. עצם העובדה הזאת מוכיחה, בכל המסכות שהתבררו במשפט זה, כי ק' לא הזהיר את הקרבנות, למרות שידע את הגורל הצפוי להם. האמת האכזרית היא שראש ועדת ההצלה היהודית הפקיר את הרוב הגדול של יהודי הונגריה לגורלם הידוע לו מראש, על מנת להציל את קומץ "המיוחסים".<sup>40</sup>

מידע זה, קבע בית המשפט, הוסתר אף מראשי הציבור היהודי, אנשי היודנראט. לדבריו:

קהילה שלמה הוטעתה ונשלחה לאושביץ, למרות שראש הקהילה עמד עוד לפני הגירוש ובמשך כל תקופת הגירוש בקשר עם ראש ועדת ההצלה בבודפשט, שידע את האמת על תכנית ההשמדה הנאצית ועל תכסיסי הטעייתם. האם ק' לא מסר לפישר את הידיעות הנחוצות לשם מניעת ההטעיה, או האם פישר לא העביר את הידיעות שקיבל מק' לקרבנות ההטעיה הנאצית? העדויות במשפט זה מצביעות בכיוון הראשון.<sup>41</sup>

אישיותו של קסטנר, מצא בית המשפט - זו שהביאה אותו מלכתחילה להיכנס למשא ומתן בלתי אפשרי, ולנהלו באופן עצמאי - היא שהביאה אותו אף להסתיר את התכנית כולה מן הקהילה היהודית וממנהיגיה. לדידו של בית המשפט, העניין האישי הצר שבסיכוי להציל את קרובי משפחתו, שרבים מהם עלו לרכבת המיוחסים, לא היה כלל המניע המרכזי שהניע את קסטנר. אישיותו של קסטנר, רצונו העז בתהילת עולם, הם שהיוו את המניע המרכזי למהלך שביצע. לדבריו:

... [ק'] ראה בכשלונו האפשרי [במשא ומתן המקורי - חג"א] קץ ופשיטת רגל לכל מפעלו כראש ועדת ההצלה... רק האינטרס האישי החזק של ק' בהצלחת הפעולה, הפחד העמוק שלו להפסיד את המשחק כולו, מסביר את כל תקיפותו

39 שם, עמ' 62-63.

40 שם, עמ' 70.

41 שם, עמ' 75.

בהצלת מנהיגי קלוז' ואת מדת קשיחות לבו ואי התחשבותו בגורל הקרבנות...  
ק' נמצא במיצר, והוא נלחם על המוצא היחיד שראה לפניו בכל האמצעים וללא  
מעצורים.<sup>42</sup>

כאמור, הצלת קומץ יהודים באמצעות "רכבת מיוחסים" הייתה למעשה אינטרס של המשמידים, שכן הצלה כזו אפשרה השמדה רחבת היקף. היות שתכנית מסוג זה הלמה את האינטרס של הנאצים, נדרש גם מי שיהיה ניתן "לפתותו" להסכם מסוג זה. לדידו של בית המשפט, קסטנר היה בעל האישיות האידיאלית לפיתוי כזה – בשל תאוותו לשררה ובשל הפזיזות שהולידה אותה תאוה. תכונותיו אלה הפכו אותו למי שלצורך הצלחתה של תכנית הצלת מעטים יהיה מוכן לא רק להקריב את הרבים, אלא אף להסתיר מהם וממנהיגיהם את טיבה האמיתי של פעילותו. וכך, מהלכיהם של הנאצים תוארו בידי בית המשפט כ"הכנת ק' לקראת הפיתוי" וכ"פיתוי", עד להצלחתו של פיתוי זה, שהביא לידי מכירת הנפש לשטן ולידי תלותו של קסטנר באייכמן. פיתוי של קסטנר צלח, אליבא דבית המשפט, באופן הוזה: תחילת הקשר עם נציגי הנאצים נסבה על תכנית הצלה רחבת היקף, שכללה הגירה המונית ומפעל הצלה רבתי שקסטנר וחבריו יוציאו אל הפועל בעזרת הס"ס. את תחילת הקשר עם הנאצים תיאר בית המשפט כדלקמן:

ק' וחבריו זכו מאז התחלת המו"מ עם הס"ס לתמיכה וחסות מצד הנאצים, שעשו הכל כדי לקרבם לשלטונות. ועדת ההצלה "הבלתי לגאלית" נהפכה לוועדה "מטעם", שעמדה תחת חסות "קומנדו היהודים" והגסטפו.<sup>43</sup>

לדברי בית המשפט, משא ומתן זה לא הניב את התוצאות שלהן ציפה קסטנר, וכשהגיעו לאוזניו הידיעות הקשות מאשוויץ, שהביאוהו לסף יאוש, ראה פתאום את אפסותו וחוסר תוחלתו. בשלב זה השפו הנאצים את "הקלף", בדמות אישור רישיונות הגירה ליהודים מעטים, שכל מטרתו הייתה להדק את הקשרים עם קסטנר לקראת ההשמדה הקרבה.<sup>44</sup> וקסטנר אכן נענה לפיתוי שאפשר לו להציל נפשות שהיו חשובות בעיניו מכל סיבה שהיא – קרוביו, ידידיו או חשובי היהודים בהונגריה. הצלה כזו, קבע בית המשפט, נראתה לקסטנר הצלחה ציונית ואישית, אשר היה בה כדי להצדיק את כל קו הנהגתו.<sup>45</sup>

קסטנר חבר אפוא לצורכי המשא ומתן לכוחות הרשע, ואלה, בתורם, הפכו את קסטנר לכלי בידיהם. הנאצים לא "בחרו" בקסטנר כמועמד מקרי לפיתוי: רק דפוס האישיות, שאותו "זיהה" בית המשפט, אפשר להבנתו להפוך את קסטנר לחלק מתכנית ההשמדה הנאצית. תאוות השררה של קסטנר, שהביאה אותו להיכנס למשא ומתן יומרני

42 שם, עמ' 103-104.

43 שם, עמ' 48.

44 שם, עמ' 50.

45 שם, עמ' 51.

להצלת יהדות הונגריה כולה ורצונו בתהילת עולם אישית, הפכו אותו למועמד האידיאלי לשילוב בתכניתם של הנאצים לגירוש והשמדה "חלקים" ונטולי בעיות. כפי שכתב השופט העליון זילברג בהליך הערעור, בסכמו את הכרעת דינו "המרשיעה" בנוגע לקסטנר:

ולבסוף הערה אחת, אחרונה להסברת אפיו של איש אשר מילא תפקיד כה טרגי בשואת יהודי הונגריה. קסטנר לא היה מוג לב – הוא היה אמיץ מאוד; קסטנר לא היה "אגואיסט", במובן הפשוט של המלה – הוא סיכן את חייו הרבה למען הזולת. אבל – הוא היה אגוצנטרי מאוד, השקיע את עצמו עד כדי נטילת חושים בהצלחת המבצע האישי שלו (הצלת "המיוחסים"), ודבר זה שלל ממנו כל חוש של פרופורציה בין מימדי ההצלה וההשמדה.<sup>46</sup>

## בין פאוסט לסוס הטרויאני

אבל – "timeo danaos et dona ferentes" – ("אפחד מהיוונים אף כשהם מביאים מתנות"). בקבלו את המתנה הזאת מכר קסטנר את נפשו לשטן.<sup>47</sup>

אמירתו המפורסמת של בית המשפט המחוזי בנוגע למכירת הנפש לשטן שימשה, ומשמשת עד היום, כמשפט המפורסם והמאפיין ביותר, של הכרעת דינו. אמירה זו, כפי שמנתחת אותה ליאורה בילסקי, אינה משמשת אך ורק כביטוי חמור במיוחד הבא להבליט את סלידתו של בית המשפט ממעשיו של קסטנר. אמירה זו, אשר לה שורשים תרבותיים עמוקים המוצאים ביטויים ביצירות השונות העוסקות בחוזה שנכרת בין השטן לבין הדמות הספרותית פאוסט, מושרשת בפסק הדין לכל אורכו – החל בהדגשת תואר הדוקטור של קסטנר (כפי שמופיע ביצירות השונות העוסקות בפאוסט),<sup>48</sup> עבור דרך תיאור אישיותו הכוחנית, הפזיזה, הסבורה כי בכוחה לחולל את הבלתי אפשרי, עבור דרך תיאור השימוש שעשו הנאצים באישיות זו כדי להפכה לכלי בידיהם, וכלה בהיענותו של קסטנר לאותו פיתוי, כשהסכים לתכנית שמשמעה הצלת מעטים תמורת הקרבת הרבים.<sup>49</sup> מכירת הנפש לשטן מתארת אפוא מפגש רצונות, המוצא ביטוי במישור החוזי בין התגלמות הרשע והמניפולציות לבין מי שאישיותו הפכה אותו למועמד המושלם למכירת הנפש תמורת תהילת עולם. כפי שקבע בית המשפט:

46 עליון, פסק הדין, עמ' 2264.

47 הכרעת הדין במחוזי, עמ' 51.

48 ראו: תומאס מאן, דוקטור פאוסטוס (תל-אביב, 1992); כריסטופר מרלו, דוקטור פאוסטוס (תל-אביב, תשמ"ה).

49 Bilsky, *Transformative Justice*, עמ' 41-57.

אי אזהרת קרבנות קלוז' ע"י ק' מוכיחה את מידת נאמנותו כ"שותף הוגן" להסכם עם האדונים החדשים ש"הסדירו" את שאלת יהודי הונגריה הסדרה מלאה בדרך "הפתרון הסופי".<sup>50</sup> כמו כל הסכם הדדי, כן נעשה גם ההסכם בין ק' וראשי הי"ס לתועלתם ההדדית של שני הצדדים: כל צד הפיק מההסכם תועלת ידועה ושילם תמורתה מחיר ידוע.<sup>51</sup>

קסטנר לא שימש מבצע תמים לתכנית מרושעת. משעה שנכנס מרצונו למשא ומתן עם השטן, שהסתיים ב"כריתת" חוזה, היה שותף הוגן להסכם, שותף שווה – בהבנתו, בידיעותיו, בתועלת הצומחת עבורו מקיום ההסכם.<sup>52</sup> מכירת הנפש לשטן מופיעה בחלקו השני של המשפט החריג שנאמר על ידי בית המשפט. חלק שני זה אכן עוסק במישור החוץ, ומכיל לקח הצפון בקיומו של משא ומתן ובכריתתו של חוזה עם כוחות הרשע. ואולם הלקח הכלול בחלקו הראשון של המשפט שונה לחלוטין, לקח המתנה.<sup>53</sup> "אפחד מהיוונים אף כשהם מביאים מתנות" הוא חלק ממשפט שאותו שם וירגיליוס בפי לאוקון, כוהן העיר טרויה, המתניח למלחמת טרויה ולמפלתה של טרויה בגין אותה "מתנה" יוונית בדמות סוס העץ שהוכנס לעיר טרויה, כשבטנו חיילים יוונים. משפטו המלא של ורגיליוס הוא כדלקמן: "אל אמון בסוס-עץ, בני הטווקרים [בני טרויה]! פחד דנאים [היוונים] עלי, ולו גם מתנות לי יגישו".<sup>54</sup> משפט זה, העוסק באזהרה מפני מתנה שאינה מתנה, ממוען אל הטרויאנים כולם. כמשפט הממוען לקולקטיב, הוא מתווה לקח שונה לחלוטין מהאמירה המייחסת לקסטנר מכירת נפש לשטן, ולכן עוסקת ביחיד ובתכונותיו. כדי לעמוד על השוני בין שני הלקחים, כמו גם על קשר אפשרי ביניהם, ראוי לחזור ולהיזכר בפרטי סיפורו של הסוס הטרויאני.<sup>55</sup> כזכור, המלחמה ארוכת השנים בין הטרויאנים ליוונים הוכרעה רק בשעה שרומו הטרויאנים על ידי היוונים, שהשימו עצמם מסתלקים משדה הקרב, והותירו אחריהם סוס עץ גדול ממדים בשערי העיר. משהוכנס סוס העץ לעיר טרויה יצאו מבטנו חיילים יוונים והשמידו את העיר. כיצד אפוא פותו הטרויאנים להאמין במעשה הרמייה שטוו היוונים?

כשגילו הטרויאנים לראשונה את סוס העץ, הכומר לאוקון וקסנדרה, בתו של פריאמוס מלך טרויה, הם שהפצירו בטרויאנים שלא לקבל את המתנה. בסופו של

50 הכרעת הדין במחוזי, עמ' 93.

51 שם, עמ' 111.

52 אף השופט זילברג, בפסק דינו, עומד על היחסים החוזיים בין קסטנר לבין הנאצים. ראו: עליון, פסק הדין, עמ' 2222, 2247.

53 להרחבה בנוגע ל"מתנת הסוס הטרויאני" כפי שהיא מפורשת בפרשת קסטנר, ראו: Bilsky, *Transformative Justice*, עמ' 57-60.

54 משפט זה, כפי שתורגם מרומית לעברית על ידי שלמה דיקמן, מופיע בספרו של פובליוס ורגיליוס מרו, אינאידס (Aeneidos). ראו: ורגיליוס, אינאידס (ירושלים, 1962), עמ' 75.

55 שם, עמ' 75-83. ראו גם: עדית המילטון, מיתולוגיה (גבעתיים 1982), עמ' 158-165.

דבר אמנם לא שעו בני טרויה להפצרות אלה, אך נדרש מעשה שכנוע שיביא אותם לידי הכנסת סוס העץ לעירם. על פי הסיפור המיתולוגי, היוונים הותירו "סוכן מדיח" שתפקידו היה לשכנע את הטרויאנים להכניס את הסוס לעיר. אותו סוכן מדיח, סינן שמו, המתין לבני טרויה במחנה היווני הנטוש וסיפר כי האלה אתנה כעסה על כי היוונים גנבו מהעיר טרויה את הפסל המקודש לה, הפאלאדיון. כדי לפייס את האלה, החליטו היוונים להקריב אחד מאנשיהם ובחרו בסינן, אלא שהוא ברח וממקום מחבוא צפה ביוונים המפליגים בספינותיהם. עוד המשיך סינן וסיפר כי סוס העץ נבנה על ידי היוונים כקרבת נדרים לאתנה. מידותיו של הסוס נועדו למנוע מהטרויאנים להכניסו לעיר. היוונים קיוו כי הטרויאנים יפרקו את הסוס מחוץ לשערי העיר ובכך יעלו את חמתה של האלה. מאידך גיסא, אם יעמידו הטרויאנים את הסוס במרכז העיר תחול עליהם ברכת האלה. מובן כי את הסיפור (מלבד אירוע גניבת הפאלאדיון) בדה המלך היווני אודיסאוס כדי לשכנע את הטרויאנים להכניס את הסוס לעירם. וכך, בסומכם על סיפורו של הסוכן המדיח סינן, ולמרות התנגדותם של קסנדרה ושל הכוהן לאוקון, בחרו הטרויאנים להכניס את הסוס לעיר.

בקריאה ראשונה נראה כי מכירת הנפש לשטן נבדלת מן האזהרה מפני הסוס הטרויאני. סיפורו של פאוסט שמכר נפשו לשטן עוסק באינדיווידואל הכמה לחיי נצח, לתהילת עולם, והופך עצמו בכך מועמד לכריתת חוזה עם כוחות האופל. סיפורו של הסוס הטרויאני, לעומת זאת, עוסק במתנה שנמסרה על ידי קולקטיב אחד לקולקטיב אחר, מתנה שמשמעה מוות וחורבן. כך ניתן להבין את אזהרתו של לאוקון מפני מתנת היוונים, כמו גם את נבואתה של קסנדרה: הן אינן עוסקות ביחיד ואינן ממוענות ליחיד, אלא לקולקטיב הפזוי, המתפתה לקבל מתנות מאויב. אזהרתם של אלה אינה עוסקת בכריתת חוזה מרצון ומדעת, אלא בפזיזות שבקבלת מתנה אשר תוביל לאסון.

כדי לעמוד על הקישור האפשרי בין שני הלקחים, יש לבחון מיהו הקולקטיב בסיפורו של בית המשפט ומיהם ראשיו, שאליהם עשויה להיות מופנית האזהרה לדחות את "מתנת המוות". בסיפור שסופר על ידי בית המשפט המחוזי, ראשי הקולקטיב הם ראשי הציבור היהודי, היודנראט, אלה ה"מזוכים" מאשמת ידיעה ממשית בדבר תכניתם השטנית של הנאצים. את הקשר בין קולקטיב זה לבין האינדיווידואל קסטנר הסביר בית המשפט כדלקמן:

התועלת שמועצת היהודים בבודפשט יכלה להביא למשטר הנאצי היתה מוגבלת ע"י עצם ידיעת הציבור כי המועצה מהווה מוסד רשמי שנוצר ע"י השלטון הנאצי... וכי הפקודות, הדרישות וההודעות המועברות ע"י המועצה אינן אלא פקודותיו, דרישותיו והודעותיו של השלטון. סמכותה המוסרית של המועצה בקרב היהודים, לא יכלה איפוא להיות מלאה. לא כן ק' וחבריו – חברי ההצלה הציונית. ועדת ההצלה לא נתמנתה ע"י השלטון העוין, אלא ע"י הסוכנות היהודית לארץ-ישראל וההסתדרות הציונית בהונגריה... אייכמן ועוזריו ידעו מראשית הכיבוש על קיום ועדת ההצלה, פעולותיה וקשריה...<sup>56</sup> (ההדגשות שלי חג"א)



על פי תיאור זה, מועצת היהודים, כגוף שמונה על ידי השלטון הנאצי, הייתה חשודה מלכתחילה בעיני הציבור היהודי, חרף מעמדם של חבריה. לעומת זאת, ועדת ההצלה הציונית, שבראשה עמד קסטנר ושבשמה פעל כמעט באופן עצמאי, יכלה לשמש כתובת אידיאלית למאמצי הפיתוי של אייכמן וחבר מרעיו. ועדה זו, לרבות העומד בראשה, נתפסה בקרב הציבור היהודי, וממילא אף בקרב ראשיו, כעצמאית לחלוטין וכמסורה למאמצי ההצלה.<sup>57</sup> מי אפוא מתאים יותר מראש ועדת ההצלה לשמש בתפקיד מציע המתנה? אותה דמות, שהתאימה בשל תפקידה לביצוע המשימה התאימה לה גם בשל אופייה ושאיפותיה. לפיכך, בקבלו את מתנת "רכבת המיוחסים", קסטנר אינו מואשם רק במכירת נפשו לשטן. הוא מואשם אף במילוי תפקידו של סוכן מדיה. כסינון המיתולוגי, תואר קסטנר בסיפורו של בית המשפט כמי שהטעה במכוון את ראשי הציבור היהודי באמצעות הסיפור המתקבל על הדעת שטווה, ובכך הדיחם לקבל מתנה שמשמעה מוות לקולקטיבי. לדברי בית המשפט:

מנהיגי קלוז' לא היו גיבורים ולא עמדו בפיתוי החזק שהופעל עליהם ע"י תוכנית ההצלה המשותפת של ק' והנאצים. תכנית זו פעלה על מחנה המיוחסים כמין שוחד קיבוצי, שהביאם למעשה, בין אם הרגישו ובין אם לא הרגישו, לידי שתוף פעולה עם הנאצים...<sup>58</sup>

פעולתו של ק', בהושיטו לפני מנהיגי קלוז' את פתיון התכנית "הציונית" כביכול להצלתם העצמית, מבלי לגלות להם בו בזמן את תכנית הנאצים לשלוח את יתר בני קהילתם לאושוויץ – פעולה זו של ראש ועדת ההצלה כמוה כהרדמת מצפונם של מנהיגי קלוז' וכהסחת דעתם מאחריותם הציבורית במתכוון.<sup>59</sup> ק' יצר אפוא בידועין את כל הנתונים שהביאו את מנהיגי קלוז' לידי שתוף פעולה עם הנאצים, מבלי לגלות להם את כל העובדות שהיה בהן כדי להעמידם על משמעות התנהגותם ולהרתיעם מהתנהגות זו.<sup>60</sup>

קסטנר הפך אפוא בסיפורו של בית המשפט לאינדיוידואל הדמוני האולטימטיבי, שלא רק מכר את נפשו שלו, אלא אף מילא תפקיד מדיה במכירת נפשם של אחרים. סיפורו של אותו אינדיוידואל דמוני, אליבא דבית המשפט, אינו מסביר רק את השתלשלות העניינים שהובילה ל"רכבת מיוחסים"; מעשיו ומניעיו של קסטנר מסבירים את גורלה של יהדות הונגריה כולה:

57 יהודה באואר גורס כי מעמדם של קסטנר ושל חברי הוועד היהודי כולו רחוק מלהתאים לתיאורו של בית המשפט המחוזי. לדבריו, "מנקודת מבטם של יהודי הונגריה, היו אנשים דוגמת קסטנר וברנד שוליים ביותר – הם לא היו מוכרים בקהילה, והיו זרים". ראו: באואר, יהודים למכירה?, עמ' 200.

58 הכרעת הדין במחוזי, עמ' 96.

59 שם, עמ' 100.

60 שם, עמ' 102. ראו אף את דבריו של השופט זילברג בנושא זה, החולקים מסקנה דומה: עליון, פסק

הדין, עמ' 2246, 2249.

המסקנה הכללית היא ששיתוף הפעולה המרכזי של ראש ועדת ההצלה היהודית עם מפקדת "קומנדו-היהודים" בבודפשט השפיע את השפעתו השלילית בהיקף רחב מאד ויצר מוקדי שיתוף פעולה עם משטר ההשמדה הן בערי השדה והן בעיר הבירה... פרשת קלוז' לא ללמד על עצמה יצאה, אלא ללמד על הכלל כולו יצאה.<sup>61</sup>

כך הפך ישראל קסטנר לגורם המרכזי בחורבנה של יהדות הונגריה כולה. באמצעות יצירת קטגוריות בינאריות של טוב ורע, של "שחור" ו"לבן"; באמצעות שרטוט תמונת מציאות המופיעה לפני הקורא כברורה, חד-משמעית ונטולת ספקות; באמצעות שימוש בקטגוריות משפטיות רווחות, המציגות הליך של משא ומתן כהליך המנוהל בין צדדים שווים בכוחם; באמצעות כל אלה סיפר בית המשפט המחוזי את סיפור חורבנה של יהדות הונגריה באופן "מוניסטי": האיש שכרת חוזה עם השטן הנאצי, האיש שהסכים מדעת לקבל מתנה שפירושה מוות לשם האדרת שמו ופועלו, האיש ששימש כסוכן שהדיח את מנהיגות יהדות הונגריה לקבל את מתנת המוות, הוא היחיד שקיומו ופועלו מסבירים את האירוע הבלתי מתקבל על הדעת שבו הושמדה קהילה יהודית שלמה תוך שבועות ספורים, כמעט בלא התנגדות.<sup>62</sup>

מתוך כך קבע בית המשפט כי גרינוולד דיבר אמת, חוץ מרכיב אחד – בחלקו המרכזי של העלון שכתב. כפי שקבע בית המשפט המחוזי: "שותפות גזל בין ק' ובכר – לא הוכחה".<sup>63</sup>

## העמדה "המזכה" – פרשנותה של דעת הרוב בבית המשפט העליון

ומה הניע את קסטנר להתנהגותו זו כלפי כלואי הגטאות? האמנם ביקש, בנפש חפצה, להשתתף עם אייכמן בהשמדת יהודי הונגריה? ברור – שלא, ואיש לא העלה על דל שפתיו, ואף לא על הדעת, האשמה מפלצתית ופרברסית שכוון [השופט זילברג].<sup>64</sup>

השופט הלוי בבית המשפט המחוזי והשופט זילברג בבית המשפט העליון ניסחו כתב אשמה חריף במיוחד נגד ישראל קסטנר. אך גם העמדה המרשיעה, זו ששיאה בקביעה

61 הכרעת הדין במחוזי, עמ' 107.

62 יצוין כי חלק זה ב"הרשעותו" של קסטנר אינו מתקבל על דעתם של כל האוחזים בעמדה המרשיעה. כך, השופט זילברג מבחין הבחנה ברורה בין אחריותו של קסטנר לגורלן של ערי השדה, שתושביהן הובלו להשמדה מתוך אי-ידיעה בשל הסתרת המידע של קסטנר, לבין אחריותו לגורלה של יהדות הונגריה כולה. להבחנתו זו של השופט זילברג, ששופטים אחרים מותחים עליה ביקורת, אין משמעות רבה לצורך הדברים שהוצגו לעיל ועל כן היא לא תידון.

63 הכרעת הדין במחוזי, עמ' 238 (ההדגשה אינה במקור).

64 עליון, פסק הדין, עמ' 2246.

שקסטנר מכר נפשו לשטן, לא קבעה כי קסטנר ביקש לשתף פעולה עם אייכמן מתוך שרצה ברצה יהדות הונגריה. "האשמה מפלצתית" זו, כפי שכתב השופט זילברג, לא עלתה מעולם על הדעת - לא בעלוננו של גרינוולד, לא בהכרעת דינו החמורה כל כך של בית המשפט המחוזי ואף לא בדעת המיעוט בבית המשפט העליון. "האשמה מפלצתית" זו, שגם האוחזים בעמדה המרשיעה לא העלו אותה, שימשה רכיב מרכזי ב"זיכיון" של קסטנר בידי דעת הרוב בבית המשפט העליון. הקביעה כי מרבית הדברים שנכתבו בעלוננו של גרינוולד אינם אמת, נסמכה על הטענה המשפטית שלפיה לא הוכח כי קסטנר רצה בהשמדת יהדות הונגריה. קסטנר לא "זוכה" משום שהתנהגותו לא הועילה להליך ההשמדה, אלא משום שחרף פעילותו, לא הוכח כי חפץ במוותם של יהודי הונגריה.

כדי להבין כיצד שימשה אותה קביעה בעניין הלך נפשו של קסטנר הן את העמדה המרשיעה והן את זו המזכה, יש לבחון תחילה כיצד מתווה העמדה המזכה את הבסיס העובדתי שעליו מושתת הניתוח המשפטי. אף שבהליך המשפטי הצגת העובדות נחזית לחלק "ניטרלי", המשמש בסיס לניתוח המשפטי, נודעת לה משמעות מרובה. באמצעות עובדות אלה מסופר סיפור; במסגרת עובדות אלה משולב היחיד העומד לפני הגוף השופט, מובן פועלו ומובנת דמותו. באמצעות מערך עובדתי זה מוצגת "מציאות".<sup>65</sup>

## התיאור העובדתי

... מן הדין לקבוע נחרצות שלנוכח מקרים אנושיים כאלה יש להיזהר מפסיקת-דין מוסרית חפוזה. צריך שיהיה ברור: מירב כובד האשמה נופל על השיטה, על עצם המבנה של המדינה הטוטליטרית; אשמת משתפי פעולה יחידים, גדולים וקטנים כאחד (אף פעם לא חביבים, אף פעם לא שקופים!), תמיד קשה להערכה.<sup>66</sup>

בחודש מארס 1944, סיפר השופט אגרנט, פלשו הנאצים להונגריה, אז הוחלט על גירושם הכולל של יהודיה. וכך, עד אמצע חודש מאי הובלו כחצי מיליון יהודים לנקודות ריכוז שונות. ריכוזם של היהודים לווה ב"התנהגות אכזרית ומענה מטעם השוטרים המלווים".<sup>67</sup> עלייתם של היהודים לרכבות לא לוותה בהתנגדות. היעדר התנגדות היה אופייני לא רק להונגריה, אלא גם לארצות אחרות שבהן שלטו הנאצים.<sup>68</sup> תיאור זה דומה לתיאור דומה לזה שהציע בית המשפט המחוזי. גם בית המשפט העליון עמד על פרק הזמן הקצר, נטול ההתנגדות, שבו הובלה יהדות הונגריה אל מותה.

65 לחשיבות הרכיב העובדתי והחלק הנרטיבי בהכרעתו של בית משפט, ראו: Richard A. Posner, *Law and Literature* (Cambridge, 2002), p. 345-357. ראו גם: פיטר ברוקס, "משטור סיפורים", מחקר משפטי יח (תשס"ב) 249, עמ' 253-254.

66 פרימו לוי, השוקעים והניצולים (תל-אביב, 1991), עמ' 33.

67 עליון, פסק הדין, עמ' 2026-2027.

68 שם, שם.

אלא שכבר בתחילת התיאור הופיעו ניצניו של שוני: הגירושים התבצעו באלימות רבה מצד הנאצים, עניין היכול כשלעצמו להצביע על הקושי להבין את הגירוש כהסעות "תמימות"; היעדר התנגדות לא היה אופייני ליהדות הונגריה לבדה, אלא להליך ההשמדה המאורגן באירופה כולה. בית המשפט המשיך ותיאר, כפי שנעשה בבית המשפט המחוזי, את הצורך בשימוש בהטעיה ובלוחמה פסיכולוגית למניעת התנגדות אפשרית,<sup>69</sup> אך לעומת תיאור המציאות החד-משמעית מפי העמדה המרשיעה, שלפיו רק חוסר ידיעתם של יהודי הונגריה הוא שהוביל להשמדה מהירה ויעילה, קבע השופט אגרנט כי:

על הביצוע של מזימת הכליה הקלה, לא במעט, גם רוח השאננות שאפפה את יהודי הונגריה ערב הכיבוש הנאצי... האשלייה שהשלו את עצמם, כי מן הנמנע שצפוי להם אותו גורל מר ועצוב שעבר בינתיים על יהודי ארצות התופת האחרות. התופעה של חוסר רצון להאמין בהתקרבות הסכנה לקיומם, שררה אצל יהודי הונגריה, חרף הידיעה שהיתה לרבים מהם על מה שאונה בעבר לאחיהם באותן הארצות.<sup>70</sup>

רוח שאננות זו לא פינתה מקומה לראייה מפוכחת נוכח הסכנה, על אף אזהרות מפורשות שהוזהרה הקהילה היהודית. לדברי בית המשפט:

שליחים אלה... לא הצליחו במשימת האזהרה והאזעקה. הם לא הצליחו בכך, משום שאי אפשר היה להם, בשום פנים, להבקיע את הלך הרוח של שאננות, חוסר אמונה ועצימת העיניים – באשר לסכנת החיים הנשקפת לה – שאפיין אותה שעה את היהדות ההונגרית.<sup>71</sup>

נמצא אפוא כי במסגרת התיאור העובדתי של השופט אגרנט שימשו, במקביל, שני נתונים בעלי משמעות להסבר גורלה של יהדות הונגריה: האחד התייחס לאופן שבו הטעו הנאצים את יהדות הונגריה ומנהיגיה, והאחר התייחס לרוח השאננות שאפיינה יהדות זו. שילובם של שני אלה הוא המפתח להבנתה של השמדת הבזק. גם באשר לניהול המשא ומתן עם הנאצים לא קבעה דעת הרוב קביעות עובדתיות הסותרות את אלה שנקבעו בבית המשפט המחוזי. כך, בית המשפט קיבל את הקביעה שלפיה מבחינתם של הנאצים, ניהול המשא ומתן שימש אמצעי הטעיה. לדבריו:

המפתח לקביעת ענין זה טמון במניעים שהניעו את הגרמנים לבוא בהצעה האמורה... אין לגרוס אחרת מאשר כי בתוך ההיררכיה הגרמנית היו גורמים

69 שם, עמ' 2046-2047.

70 שם, עמ' 2029-2030.

71 שם, עמ' 2032. לתיאור שתיאר השופט אגרנט שותף גם יהודה באואר, במחקרו העוסק במשא ומתן בין יהודים לנאצים. גם באואר עומד על הלך הרוח של ידיעה שאינה ידיעה, ששרר בקרב יהודי הונגריה. ראו: באואר, יהודים למכירה?, עמ' 197-198.

חשובים - וביניהם היטלר עצמו - שבוודאי היו עושים כדי למנוע את ביצוע ההצעה הנ"ל, במידה וזו היתה מכוונת להבטיח את חייהם של יהודי הונגריה; וכן, שהיו נאצים אחרים (למשל, אייכמן) אשר ראו בה משום אמצעי-הטעיה גרידא.<sup>72</sup>

עוד הסכימה העמדה המזכה כי קסטנר אכן הסתיר מיהדות הונגריה את הידיעות הקונקרטיות בנוגע לגורלה. לדברי בית המשפט:

... ביום 3.5 לא מסר אמנם קסטנר לראשי הקהילה בקלוז' על "ידיעות אושביץ" המוחשיות, אך מאידך גיסא, הזהיר אותם הזהרה כללית בדבר חומרת המצב, ביקש מהם להגביר את הבריחה ונתן לידיהם כספים לשם מטרה זו.<sup>73</sup>

עיון בתיאור העובדתי שמציעה כל אחת מהעמדות, המרשיעה והמזכה, מעלה כי זו וגם זו הסכימו כי המשא ומתן שניהלו הנאצים נועד בעיקרו "להרדים" את יהודי הונגריה ומנהיגיה, וכי במהלך אותו משא ומתן נמנע קסטנר מלדווח לראשי הקהילה על הידיעות הקונקרטיות הנוגעות להשמדה. יתר על כן, שתי הגישות אף לא נחלקו בשאלה אם ידע קסטנר בוודאות כי המשא ומתן שנוהל עם הנאצים שימש אך כאמצעי הטעיה. כך, קבע השופט אגרנט, מ'8 במאי 1944 ואילך ידע קסטנר בוודאות כי יהודי הונגריה נשלחים להשמדה, וכי השמדה זו אינה ניתנת לעצירה. על אף זאת המשיך קסטנר לנהל את המשא ומתן עם הנאצים. בתאריך זה קיים קסטנר פגישה עם ויסליצני,<sup>74</sup> מבכירי הנאצים שפעלו באותה העת בהונגריה, וזה מסר לו, כלשון בית המשפט, "שהחלטת הגירוש היא ענין מנוי וגמור".<sup>75</sup> (ההדגשה שלי חג"א)

72 עליון, פסק הדין, עמ' 2071-2072.

73 שם, עמ' 2117.

74 קצין הס"ס דיטר ויסליצני שימש עוזרו של אדולף אייכמן, ובשנת 1944 צורף לזונדרקומנדו של אייכמן בבודפשט. לאחר המלחמה הופיע ויסליצני כעד תביעה במשפטי נירנברג. לאחר מכן הוסגר לצ'כוסלובקיה, הועמד שם לדין ונידון למיתה. ראו: באואר, יהודים למכירה?, עמ' 125; ראו גם: גוטמן, אנציקלופדיה של השואה, עמ' 415.

75 עליון, פסק הדין, עמ' 2071. השופט אגרנט מחלק את ידיעותו של קסטנר לשתי תקופות. בראשונה נטעו "ידיעות אושוויץ" בלבו של קסטנר חשש, ברמת ודאות קרובה, כי יהדות הונגריה אכן נשלחת להשמדה. מאידך גיסא, לאחר שיחתו עם ויסליצני, ידע קסטנר כי ידיעות אושוויץ נכונות הן. ראו: עליון, פסק הדין, עמ' 2096. באשר לתקופה הראשונה, השופט אגרנט סירב להחיל על קסטנר את החוקה שלפיה חשש מפני אפשרות קרובה כמוהו כידיעה. חוקה כזו קרויה "הלכת הצפיות". יצחק קוגלר מנתח את התפתחותו של כלל זה, החל בדחייתו בשנות החמישים וכלה בקבלתו והפיכתו לרכיב חקיקתי, קרי לחוקה משפטית שעליה אין עוררין. ראו: יצחק קוגלר, כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין (ירושלים, 1997), בעיקר עמ' 45-69. לנסוטה החקיקתית של הלכת הצפיות, כפי שהוא מופיע בחוק העונשין לאחר תיקון 39 משנת 1995, ראו: סעיף 20(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (תיקון התשנ"ד).

אלא שעל אף היעדר המחלוקת בין שתי הגישות בנוגע לנתוני היסוד הרלוונטיים לעניין, העמדה המזכה מתאפיינת בתיאור עובדתי-היסטורי מורכב, הן באשר להלך הנפש של יהדות הונגריה ומנהיגיה והן באשר להלך נפשו של קסטנר. עמדותיהם של שופטי העמדה המזכה אינן עשויות מקשה אחת. על אף זאת, דומה כי את תמונת המציאות המורכבת שתוארה על ידיהם ניתן לאפיין כ"היסוס" מלקבוע קביעות עובדתיות ודאיות, חד-משמעיות. זהירות זו נסמכה על ההנחה, המשותפת לכלל שופטי העמדה המזכה, ולפיה אין ההליך המשפטי, בוודאי זה האדוורסרי, מסוגל או מוסמך לדון בסוגיות היסטוריות מורכבות. תפקידו של ההיסטוריון, לדברי השופט אגרנט, הוא תפקיד משולש:

בידי ההיסטוריון מרוכזים ומלוכדים כל שלושת התפקידים של איסוף החומר העובדתי, סינונו והערכתו גם יחד, ואיחוד זה של התפקידים הללו בידי ההיסטוריון, הוא המכשיר אותו להוציא את פסק־דינו "ההיסטורי" שלא מתוך "משפט קדום" במידת האפשר.<sup>76</sup>

ואולם במסגרת ההליך האדוורסרי, שבו מלאכת הסינון של העדויות וההוכחות נעשית שלא בידי בית המשפט אלא בידי הצדדים היריבים לדיון, "מוגבלים ומצומצמים אנו, באשר לבסיס הכרעתנו, לאותו חומר עובדתי, שכל אחד מבעלי הדין בחר להביאו למשפט, כדי להשיג את התוצאה שהיה מעוניין בה מראש".<sup>77</sup>

לפי השקפה זו, ההליך האדוורסרי אינו מאפשר להליך המשפטי לדמות עצמו לחקר היסטורי. אין בידי בית המשפט אותם מרכיבים בסיסיים שיאפשרו לו להוציא תחת ידו שיפוט הנסמך על מערך עובדתי ראוי. חרף הבסיס המשותף לכאורה בין חקר ההיסטוריה להליך המשפטי, בית המשפט אינו מסוגל – ואף לא ראוי שיעשה כן – לשים עצמו כהיסטוריון, ולו משום שניטלה ממנו הזכות לקבוע מה הן אותן עובדות הנדמות בעיניו כבעלות כוח מסביר לסוגיה הנבחנת. כפי שכותבת פנינה להב, "היתה כאן קריאת תיגר על התפיסה המקובלת של אובייקטיביות שיפוטית ומתקפה על הפרה הקדושה של ההליך האדוורסרי וכוחו לעזור בבירור האמת".<sup>78</sup>

הקושי שאותו מעלה שיטת המשפט האדוורסרית אינו, להבנת בית המשפט, קושי יחיד. בית המשפט עמד על קושי נוסף, גם הוא אינהרנטי להליך משפטי הנוקק להצגת תמונה היסטורית: הקושי ב"ידיעה שלאחר מעשה". לדברי בית המשפט:

עיקר הסכנה האורבת, לדעתי, לכל אשר בא להוציא משפט אובייקטיבי על התנהגות "הנפשות הפועלות" שפעלו בעבר – ובעבר הלא רחוק בכלל זה – נובע מהתופעה, שלא ישכיל תמיד לשים את עצמו במקומם של האחרונים;

76 עליון, פסק הדין, עמ' 2055.

77 שם, עמ' 2056.

78 ראו: להב, ישראל במשפט, עמ' 186.

להעריך את הבעיות שעמדו לפניהם כפי שהם העריכו; להתחשב די הצורך בתנאי הזמן והמקום, שבהם חיו הם את חייהם; ולהבין אותם החיים כפי שהם הבינו אותם.<sup>79</sup>

הצורך שלא לפסוק מתוך חוכמה שלאחר מעשה הוביל את השופטים האוחזים בעמדה המזכה לבחור במעין "מתחם סבירות"<sup>80</sup> לצורך הערכת התנהגותו של קסטנר. כאשר בית המשפט סבור כי הוא אינו יכול לשים עצמו במקומו של אדם, הוא מעריך את התנהגותו תוך התחשבות במורכבות המצב החברתי שהיה קיים באותו זמן. בדרך זו בוחן בית המשפט אם ניתן לזהות לכל היותר חוסר סבירות קיצוני בהתנהגות הנבחנת. "מתחם סבירות" זה יושם בדבריו של השופט אגרנט כדלקמן:

... הערכת התנאים העובדתיים, שהיו קיימים בכל שלב מהשלבים שבהם היה על קסטנר לשקול את פעולתו לעתיד, חייבת להיות לא הערכתנו שלנו היום ולאחר מעשה, כי אם הערכתו של קסטנר בכל זמן מן הזמנים האמורים... אין לדרוש ממנו הערכה מדוייקת של המצב שבו היה נתון, אלא רק הערכה סבירה לאור העובדות שהיו ידועות לו אותו זמן...<sup>81</sup>

מתוך חוסר יכולתו של השופט לשפוט בחוכמה שלאחר מעשה, ניסה בית המשפט לבחון מה היו הערכותיו של קסטנר בזמן אמת. לדברי השופט אגרנט:

... במצב הדכאון הנפשי, בו נמצא קסטנר לרגל "ידיעות אושביץ" – המצב של "על סף היאוש" – באה עתה הצעת אייכמן כדי להעלות שוב את תקוותו... [ש]עוד עשויה הישועה לבוא, הגם שלא השלה את עצמו שתוצאה כזאת היא מובטחת.<sup>82</sup>

הנשיא אולשן, בהתייחסו להתנהגותו של קסטנר, דימה את המשך קיום המשא ומתן עם הנאצים – על אף החשש הכבד והידיעה בדבר אמיתות ידיעות אושוויץ – להאחזותו של טובע בקש. לדבריו:

79 עליון, פסק הדין, עמ' 2058.

80 המונח "מתחם סבירות" הוא מונח שהתפתח בפסיקה, ובאמצעותו בית המשפט בוחן החלטה שלטונית. משמעות המונח היא כי קיים מתחם כלשהו שבו ניתן לאתר כמה החלטות אפשריות, שכולן נחשבות לסבירות. משעה שההחלטה העומדת לדיון מצויה באותו מתחם, יאשר אותה בית המשפט. לדיון ביקורתי במונח, ראו: אריאל בנדור, "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי", משפטים לב (תשס"ב) 623.

81 עליון, פסק הדין, עמ' 2082–2083.

82 שם, עמ' 2128. השופט אגרנט מתייחס בהקשר זה למשא ומתן הכולל, שעניינו הצלת יהדות הונגריה כולה.

בראותנו טובע כזה, נראה מעשהו בעינינו טפשי וחסר שחר, אבל האם ככה הוא בעיני הטובע? ... אני יכול להבין את פלוני האומר, כי קסטנר וחבריו צריכים היו, בראותם שהגירושים נמשכים, לנטוש את כל השיקולים ולהזעיק את המוני היהודים ולאמור להם: אפסה כל תקוה, יציל כל אחד את נפשו ככל אשר יוכל ואף לפוצץ את כל ענין הצלת "המיוחסים". אולם בכך יש רק הבדל בהערכת המצב ובחשוב הסיכויים; ופלוני יוכל להאשים את קסטנר לכל היותר רק בהערכת המצב ובשיקולים בלתי נכונים.<sup>83</sup>

אף השופט חשין עמד על חוסר היכולת - בחוכמה שלאחר מעשה - לשפוט את מעשיו. לדבריו,

שכול ואבדון, אזלת יד ורפיון רוב, קיבוץ גדול שאינו יכול לעמוד על רגליו... כך ראה קסטנר את היהדות ההונגרית בימי המלחמה... מה טעם להוסיף ולהזהיר? ... יתכן ששגה, שלא העריך במלוא-המידה הראויה את הכוחות הגנוזים בקיבוץ היהודי בהונגריה. אפשר מאד, שלו זעקו ועודדו והתריעו, הוא ואחרים עמו, היה עולה בידיהם להעמיד חיל גדול אשר ישיב מלחמה שערה... משלא עשה כן, הוכיח קסטנר לעולם כולו, כי הוא לא נחן בכשרונות של מנהיג דגול. אך מכאן ועד המסקנה המחרידה על סיוע בהשמדת יהודים, כלומר בגידה ממש בקיבוץ יהודי ומסירת אחים לשחיטה, רחוקה הדרך מאד מאד.<sup>84</sup>

ניתן לומר כי השוני הממשי בין שתי העמדות המנוגדות טמון בזהירות מלקבוע קביעות נחרצות באשר לתקופה מורכבת כל כך; בהיסוס לקבוע כי מה שנדמה היום כפעולה בלתי מתקבלת על הדעת - כהיאחזות בקש - ייתכן שהיה מתפרש באופן שונה לחלוטין לו היית "שם"; בהיסוס לקבוע כי מה שמתפרש היום כהיאחזות בקש, מחייב את המסקנה כי אז היה מדובר בהחלטה מודעת ומכוונת של מי שמכר נפשו לשטן. בית המשפט העליון שרטט אפוא את דמותו של קסטנר כמנהיג יהודי שפעל בתקופה מורכבת וקשה להבנה, שהחלטותיו נבעו מתוך מצוקה וייאוש, שהתנהגותו השנויה במחלוקת הייתה פועל יוצא של מצב בלתי אפשרי.

מוזר ככל שהדבר יישמע, פסק דינה החמור של העמדה המרשיעה "קל" וברור יותר מזה של המזכה. על פי תיאורה של העמדה המרשיעה, משלב מסוים ואילך הבין קסטנר כי המשא ומתן מנוהל לצורכי הטעיה. על כן, אם בחר להמשיך בדרך זו ואף בחר להסתיר את הידיעות על אושוויץ, אם נענה להצעה להציל מעטים במחיר הקרבתם של רבים, הרי מכר את נפשו לשטן. במילים אחרות, היאחזות בסברה המקובלת כל כך בעולם המשפטי, אך לא רק בו, כי אדם מודע לתוצאות הטבעיות של מעשיו,<sup>85</sup> הביאה

83 שם, עמ' 2266.

84 שם, עמ' 2296.

85 השופט אגרנט אינו מוכן להחיל על קסטנר את החוקה המשפטית העובדתית, שלפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות ממעשיו. לדבריו של השופט אגרנט, חשיבותו של כלל זה מתמעטת



לכלל מסקנה כי שתיקתו של קסטנר משמעה שיתוף פעולה עם תכניתם של הנאצים. תיאורה של הגישה המזכה, לעומת זאת, סבוך לאין ערוך. תיאור זה התייחס למעידותיו של קסטנר, לחולשותיו, לבעייתיות של עצם הכניסה למשא ומתן עם אייכמן, אך גם לחוסר היכולת "לעורר" את יהדות הונגריה להלך רוח המאפשר התנגדות משמעותית, לטווח האפשרויות המצומצם שעמד לפניו, ולאפשרות לראות את פעולותיו כסבירות במשקפי התקופה. בניגוד לתמונת המציאות שהציגה העמדה המרשיעה, שלפיה ברורה זהותם של "הטובים" (או התמימים) כנגד זהותם של "הרעים", הציעה הגישה המזכה תמונת מציאות שאינה מקנה לקורא תחושה חד־משמעית של נכון ולא נכון. המציאות, שאותה תיארו השופטים אגרנט, אולשן וחשין, אינה נענית לחוות דעת מוחלטת באשר להתנהגותו של קסטנר. בסיפורה של העמדה המזכה אין "טובים" ו"רעים" (חוץ, כמובן, מהרע שאין עליו חולק, והוא הכובש הנאצי). בסיפור הזה הוצגה קהילה המסרבת להכיר בגורל הצפוי לה, יודעת אך אינה יודעת; בסיפור הזה הוצגו מנהיגים הנאחזים בכל שביב תקווה, גם אם בדיעבד היא מתבררת כתקוותו של טובע הנאחז בקש; בסיפור הזה הוצג אדם בעל רצון טוב למכביר, שנכנס למשא ומתן בלתי אפשרי, שחשש שמא יסודו ברמייה אך הוסיף לנהלו מתוך תקווה נואשת להציל, ולו במעט; בסיפור הזה תואר אדם שאותו שביב תקווה בלתי אפשרי הביאו שלא לדווח על ידיעות השמדה קונקרטיים; בסיפור הזה תואר אדם שהתנהגותו מעלה שאלות, נטולות פתרון, בנוגע לכישורי מנהיגותו.

## מה שנעלם מהעין

במידה רבה, תיאורה של העמדה המזכה עולה בקנה אחד עם פרשנות היסטורית, מאוחרת מזו שהוצגה בהכרעתה. היסטוריונים כגון יהודה באואר, יחיעם ויץ ושלמה אהרונוסון, הציגו – על סמך תיעוד שנחשף עם השנים – תיאור היסטורי מפורט ומורכב לפרשת יהדות הונגריה, ועמדו אף הם על הקושי לאמוד את פועלו של קסטנר במונחים מוחלטים.<sup>86</sup> הניתוח ההיסטורי הקיים היום, יותר מחמישים שנה לאחר קרות האירועים, עומד על המורכבות הרבה הנדרשת להבנת סיפור המשא ומתן שהתנהל בהונגריה בשנת 1944, מורכבות שהצבע השולט בה הוא אפור, שפרטיה רבים וסבוכים ושאת ה"משתתפים" בה אי־אפשר לתאר כצדדים "שווים" למשא ומתן. כך, כפי שמתארים באואר ואהרונוסון, את סיפורו של המשא ומתן בהונגריה יש להבין מתוך הקשר רחב, שאינו מביא בחשבון רק את שמונת השבועות שחלפו מאז נכנסו הנאצים להונגריה, אלא יוצא מנקודת ראות רחבה הרבה יותר, המתייחסת לניסיונות הצלה באמצעות משא

במקום שבו מדובר בהתנהגות שבמחדל – הימנעות מלמסור את ידיעות אושוויץ. לגישתו של אגרנט, על סמך חוסר פעולה בלבד בלתי אפשרי לעמוד על מצבו הנפשי של אדם שנמנע מלפעול. אשר על כן, כדי לבחון מצב נפשי זה, גורס השופט אגרנט, יש לחזור ולבחון את מניעיו של החדל מפעולה. ראו: עליין, פסק הדין, עמ' 2076–2078.

86 ראו: באואר, יהודים למכירה?, עמ' 191–222. ראו גם: ויץ, האיש שנרצח פעמיים, עמ' 20–38.

ומתן במקומות אחרים, ליחסן של בעלות הברית לניסיונות אלה, ולקשר בין המערכה הכוללת כנגד גרמניה הנאצית לבין הניסיונות להציל יהודים מהשמדה באמצעות "שיחוד" פקידים גרמנים.

עניינו של מאמר זה אינו בהצגת פירוט התובנות ההיסטוריות בנוגע לפרשת קסטנר, אולם כדי להמחיש את חששה של העמדה המזכה מפני מה שנעלם מהעין בתקופה שבה נידונה הפרשה, יוצגו להלן, על קצה המזלג, כמה תובנות היסטוריות שהתגבשו במהלך השנים.

מחקרים היסטוריים עומדים כיום על כך שאת ניסיונות ההצלה באמצעות משא ומתן בהונגריה יש להבין, בראש ובראשונה, על רקע פרשת השמדתה של יהדות סלובקיה, המשא ומתן שנוהל שם, כמו גם הפסקת השמדה זו.<sup>87</sup> כפי שידוע היום, ניסיונות המשא ומתן בהונגריה התבססו על מידע, שנחשב אמין בשעתו, על מה שהתרחש בסלובקיה קודם לכן. על פי מידע זה – שהסתבר בדיעבד כמוטעה – הצליחו פעילים יהודים בסלובקיה לעצור את גירושם של היהודים להשמדה.<sup>88</sup> הצלחה זו, כך סברו אז, הייתה נעוצה בניהול משא ומתן מוצלח עם קצין הס"ס דיטר ויסליצני, ששימש מאוחר יותר דמות מפתח בהנהגה הנאצית שהגיעה להונגריה. מידע שגוי זה, ולא איזו יוהרה אישית של מי ממנהיגי ועדת ההצלה בהונגריה, הוא אשר שימש בסיס לתחילתם של ניסיונות ההצלה באמצעות משא ומתן.<sup>89</sup>

גם תיאורה של העמדה המרשיעה את מהות "היחסים החוזיים" בין קסטנר לאייכמן מוטל כיום בספק גדול. ראשית, הניתוח ההיסטורי עומד על כך, שלא כפי שתיאר בית המשפט המחוזי, קסטנר לא "השתלט" על ועדת ההצלה והפך עצמו למנהלה בפועל, ואף לא שימש אחראי בלעדי למגעים שנוהלו עם הנאצים, או כאחראי בלעדי לבחירה מי יעלו על "רכבת המיוחסים".<sup>90</sup> שנית, "התמורה" שנתקבלה מקסטנר על פי תיאור העמדה המרשיעה, קרי שתיקתו באשר ל"דיעות אושוויץ", מפורשת היום כבלתי מתקבלת על הדעת. להשקפתם של באואר ואהרונסון, "דיעות אושוויץ" לא היו נחלתו הבלעדית של קסטנר, אלא היו בידיעתם של מרבית יהודי הונגריה. התוצאה העולה מכך

87 לתיאור השמדת יהדות סלובקיה, כמו גם ניסיונות המשא ומתן שנוהלו שם ותוצאתם ראו באואר, יהודים למכירה?, עמ' 89-137. ראו גם: אהרונסון, היטלר, בעלות הברית והיהודים, עמ' 270-281. עוד ראו: גילה פטרן "להציל ככל מחיר: 'קבוצת עבודה' בסלובקיה", ילקוט מורשת 76 (2003) 81.

88 באואר ואהרונסון, המתארים את ניסיונות המשא ומתן בסלובקיה, עומדים על כך שאכן, בסמוך להעברת כספים למי מבכירי הנאצים, הופסקו גירושי היהודים. ואולם הפסקה זו לא הייתה פועל יוצא של המשא ומתן, אף שאלה שניהלו את המשא ומתן הבינו זאת כך באותה העת. ראו: באואר, יהודים למכירה?, עמ' 132-133. ראו גם: אהרונסון, היטלר, בעלות הברית והיהודים, עמ' 270-281.

89 יהודה באואר מוסר כי קצין הס"ס ויסליצני הגיע מסלובקיה כשהוא מצויד במכתבים מאת מי שניהל עמו משא ומתן בסלובקיה, הרב וייסמנדל. מכתבים אלה, שבהם תיאר וייסמנדל משא ומתן מוצלח שהביא לידי עצירת ההשמדה בסלובקיה, הועברו בין השאר לקסטנר. המידע שאותו קיבלו קסטנר ואחרים, שהיה כאמור מוטעה, הוא שהיווה בסיס לפתיחה במשא ומתן לשם הצלת יהדות הונגריה. ראו: באואר, יהודים למכירה?, עמ' 202-203; ראו גם: אהרונסון, היטלר, בעלות הברית והיהודים, עמ' 348.

90 ראו: אהרונסון, היטלר, בעלות הברית והיהודים, עמ' 290-293, 388.

היא כי אף שקסטנר לא העביר את המידע שהיה ברשותו,<sup>91</sup> מתערער הבסיס המרכזי להכרעתה של העמדה המרשיעה בנוגע ל"קשר החווי" בין קסטנר לבין אייכמן, והתמורה שבמסגרתו. זאת ועוד, אפשרויות ההתקוממות או הבריחה, ששתיקתו של קסטנר שללה מיהדות הונגריה על פי תיאור העמדה המרשיעה, מנותחות כיום כאפשרויות זניחות יחסית בתקופה ובמצב העניינים הרלוונטי להונגריה בשנת 1944.<sup>92</sup> יתר על כן, המחקר ההיסטורי דוחה את תיאור העמדה המרשיעה, שלפיו תכנית "רכבת המיוחסים" "נבחרה" על ידי קסטנר כברירת מחדל יחידה בשל כישלון תכניתו המפוארת להצלה רבתי. כך, באואר ואהרונסון מראים כי משעה שנכשלה תכנית הצלת יהדות הונגריה כולה, הגה קסטנר תכניות נוספות להצלת יהודים, ואף האמין כי רכבת "המיוחסים" מהווה רק צעד גרמני ראשון לויתור על "הפתרון הסופי".<sup>93</sup>

עם זאת, המחקר ההיסטורי העדכני מדגיש כי מעשית, ניסיונות המשא ומתן נידונו לכישלון. כישלון זה – שהבנתו מבוססת על מסמכים ועדויות שנתגלו זמן רב לאחר פרשת קסטנר המשפטית – מצריך הבנה של מערך הכוחות שפעלו באותה עת: הנאצים ובעלות הברית, ובתוכם, ניסיונותיהם של פעילים יהודים ואחרים לשאת ולתת עם הנאצים על הצלת יהודים. לפי הבנת בעלות הברית, לו צלחו ניסיונות המשא ומתן, היה בהם כדי לתרום, לכאורה, למאמץ המלחמתי הגרמני. "החלפת" יהודים בכסף או במשאיות או בכל משאב שהיה בו כדי להועיל למאמץ המלחמתי הגרמני, נתפסה כעומדת בסתירה לאינטרס המלחמתי של בעלות הברית. מכאן שמאמצי משא ומתן אלה הובנו, לעתים, כסוג של בגידה באינטרס העליון – מיגור האויב הנאצי. מתוך כך נחשבו פעילי ההצלה למי שאינם נאמנים לאינטרס עליון זה, ועל כן מהימנותם ונאמנותם נתפסו כנתונות בספק גדול.<sup>94</sup> מערך כוחות זה, שאותו מכנה אהרונסון בשם "מלכודת",<sup>95</sup> הביא לידי כך שניסיונות ההצלה, שהצריכו מטבע הדברים שיתוף פעולה של מדינות המערב, נידונו מראש לכישלון. באואר אף טוען כי בעצם ניהול משא ומתן היה כדי להועיל לניסיונותיו של השלטון הנאצי לזרוע פירוד בחזית בעלות הברית. לדבריו, הנאצים ציפו שאם ידחו בעלות הברית את הצעות המשא ומתן, יהיה אפשר להאשימן שלא הצילו יהודים כשהיה אפשר לעשות כן.<sup>96</sup>

מן הניתוח המוצג על ידי מחקרים היסטוריים היום עולה אפוא כי תמונת המציאות ששרטט בית המשפט המחוזי הייתה לקויה משני טעמים מרכזיים. הליקוי הראשון נבע

91 באואר אינו מתכחש לכך שקסטנר לא העביר את המידע שברשותו, אך טוען כי לא הייתה לו דרך להעביר מידע זה, וכי גם אם היה מעבירו, לא היה איש מקשיב לאזהרותיו, שכן לא הייתה לו כל סמכות בהונגריה. ראו: באואר, יהודים למכירה?, עמ' 198.

92 שלמה אהרונסון גורס כי אופציות הבריחה היו חסרות תוחלת, ואף עומד על הסכנה שמרד יהודי היה עשוי להביא לידי כיבוש גרמני של בודפשט, שבניגוד לערי השדה הייתה באותו זמן במצב של אוטונומיה. ראו: אהרונסון, היטלר, בעלות הברית והיהודים, עמ' 391, 413.

93 ראו: אהרונסון, היטלר, בעלות הברית והיהודים, עמ' 385-386, 406. ראו גם באואר, יהודים למכירה?, עמ' 212.

94 ראו: אהרונסון, היטלר, בעלות הברית והיהודים, עמ' 327, 332, 358-362.

95 שם, עמ' 302-310, 349.

96 ראו: באואר, יהודים למכירה?, עמ' 218.

מבניית סיפור היסטורי על סמך נתונים חלקיים ביותר, כפי שהוצגו לבית המשפט על ידי הצדדים לדיון המשפטי האדוורסרי. הליקוי השני נבע מהצגת סיפור היסטורי מורכב באמצעות תיאורים משפטיים-בינאריים, שאפשרו לבית המשפט להשוות מצב סבוך ובמידה רבה בלתי נתפס לסיטואציה חוזית "רגילה", שבה שני צדדים שווים בכוחם, ביכולת המיקוח שלהם ובידיעותיהם, מנהלים משא ומתן לכריתת חוזה.<sup>97</sup> ואולם, אף שממצאים היסטוריים אלה דוחים את תמונת המציאות החד-משמעית שתארה העמדה המרשיעה, הם אינם מציעים תיאור חד-משמעי בכיוון המנוגד. ממצאים אלה מורכבים ואינם חד-משמעיים, כפי שכותר יהודה באואר בהתייחסו לפרשת קסטנר: "הגיבורים בסיפור שלנו הם, בדרך כלל, כמו רובנו הגדול – תערובת של גוונים שונים של אפור – לא שחור או לבן".<sup>98</sup>

רבים מן הפרטים שתוארו לעיל לא היו ידועים לשופטי בית המשפט העליון, אך דומה כי המאפיין את פסיקתם הוא הכרה במה שנעלם מהעין. הכרה זו, כך נדמה, היא שהביאה את דעת הרוב בבית משפט זה לשיפוט זהיר, מורכב, הנזהר מקביעות נחרצות בנוגע לאלה שפעלו בתקופה מורכבת ובלתי נתפסת, שבאותה עת טרם היה מידע מספיק עליה. ואולם אם נקודת המבט ההיסטורית יכולה להציע סיפור מורכב, הרי פסק דין אינו יכול לעשות כן, משום שהוא חייב להציג תשובה חד-משמעית: האם טענותיו של גרינוולד נכונות היו, אם לאו. הסיפור שסיפרה העמדה המזכה מקשה מאוד על הקורא להגיע לכלל המסקנה שאליה מכוון ההליך: האם אמת דיבר מלכיאל גרינוולד, או שמא שיקר?

אותה החלטיות, שנעדרה מסיפורו ההיסטורי של בית המשפט העליון, נמצאה על ידיו בדין הפלילי. את מקומו של הסיפור ההיסטורי המורכב תפס ניתוח משפטי ש"זיכה" את קסטנר מאשמת שיתוף פעולה עם הנאצים. קביעה משפטית זו, שנשמכה על נוסחאותיו של הדין הפלילי כפי שפורשו על ידי בית המשפט, אפשרה לעמדה המזכה להוציא תחת ידה הכרעה שיפוטית הנוחית כחד-משמעית, כנטולת ספקות. יתר על כן, קביעה שיפוטית זו הציבה בין המשפטי להיסטורי חיץ, שהותיר את המשפטי מחוץ למחלוקות חברתיות, מוסריות ופוליטיות בלתי פתירות.

97 לתיאור של דחיית תפיסת השוויון החזוי בפסק דינו של השופט אגרבט, ראו: להב, ישראל במשפט, עמ' 189-190.

98 ראו: יהודה באואר, הרהורים על השואה (ירושלים, 2008), עמ' 246.

## הבחירה בדין הפלילי

... השאלה הראשונה שעלינו להשיב עליה היא, איפוא, אם התנהגותו של ד"ר קסטנר - במה שנוגע לפרשת השואה של יהודי ערי השדה - נכנסת לתחומה של עבירה פלילית איזו שהיא.<sup>99</sup>

קביעתו זו של השופט אגרנט, שהופיעה לאחר שתיאר את המציאות המורכבת בהונגריה בשנת 1944, תחמה את הדיון המשפטי: השאלה שעליה יש לענות היא אם עבר קסטנר עבירה פלילית. אבל, מדוע זו השאלה הראשונה שעליה יש להשיב? קסטנר, כידוע, לא נאשם כלל בהליך פלילי. הנאשם בהליך הפלילי דנן היה מלכיאל גרינוולד, שידוע מהי העבירה שבה יש לדון בעניינו - הוצאת לשון הרע. גם בית המשפט המחוזי, בדונו באחריותו של קסטנר, ועל אף קביעותיו החמורות ואמירותיו מרחיקות הלכת, לא דן כלל במעשיו של קסטנר במשקפי הדין הפלילי, לא בחן אם עבירה פלילית פלונית אסרה את התנהגותו של קסטנר, לא בחן מהן ההלכות המשפטיות בנוגע לעבירה כזו. יתר על כן, השופט זילברג, שנמנה עם האוחזים בעמדה "המרשיעה", קבע מפורשות כי כתב האשמה החריף שנוסח על ידיו אינו מתייחס כלל לאחריותו הפלילית של קסטנר, אלא דווקא לאחריותו המוסרית. לדבריו,

לא באשמתו הפלילית של קסטנר אנו עוסקים, אלא באשמתו המוסרית. המוסר אינו ניתן לחלוקה ולא תופסת בו אותה מחיצה הרמטית המבדילה בין מעשה למעשה בדין הפלילי.<sup>100</sup>

אכן, אין לכתד כי התשובה "הפורמלית", שלפיה לא היה קסטנר נאשם, אינה מספקת במקרה דנן. ראשית, במשפט זה, כמו ברבים מהמשפטים העוסקים בלשון הרע, התחלפו היוצרות בין המאשים לנאשם. מקום שבו טוען אדם כי אמת דיבר, כפי שטען גרינוולד, הופך קרבן הפרסום למי שהתנהגותו נבחנת בבית המשפט. אך מעבר לכך, נסיבותיו המיוחדות של מקרה זה, אופייין החמור של ההאשמות שהאשים גרינוולד את קסטנר, כמו גם האופן שבו בחר לנסחן - כי הוא מחכה זה שנים להביא את קסטנר לדין ורואה אותו כרוצח בעקיפין של אחיו - מעלים כי, לכאורה, הפנייה לדין הפלילי היא פנייה טבעית. זאת ועוד, אין להתעלם בהקשר זה מהאווירה הציבורית העוינת לקסטנר, שליוותה את המשפט עצמו וכללה, בין השאר, הצעות להעמידו לדין.<sup>101</sup> אך גם כל אלה, להבנתי, אינם מציעים אלא הסבר פשטני במידת מה לשאלה מדוע נעשה שימוש בדין הפלילי בנוגע לקסטנר.

99 עליון, פסק הדין, עמ' 2067.

100 שם, עמ' 2253.

101 ראו שגב, המליון השביעי, עמ' 260-263. ראו גם: להב, ישראל במשפט, עמ' 179.

ראשית, עלונו של גרינוולד, על אף נוסחו, לא בהכרח נתפס ככזה המחייב שימוש בדין הפלילי. כך, השופט חשין – אחד משופטי העמדה המזכה, שבחר לעשות שימוש בדין הפלילי – קבע מפורשות כי אין להבין את דבריו של גרינוולד כמכוונים לאישום פלילי. לדבריו, מטרתו העיקרית של גרינוולד הייתה להעמיד בסימן שאלה את רמתו המוסרית של קסטנר ולהוכיח כי הוא פסול לעסקנות ציבורית. מטעם זה, אמר חשין, דרש גרינוולד עצמו כי ההכרעה בשאלות אלה תימסר לוועדה ציבורית ניטרלית. השופט חשין אף כתב כי הוא מיצר על כך שהצעה זו נדחתה.<sup>102</sup>

אך מעבר לכך, אם האווירה הציבורית הייתה המניע היחיד לבחינתו של הדין הפלילי, היה ניתן לצפות כי גם העמדה המרשיעה תקדיש ולו חלק קטן מהכרעתה לבחינת שאלה זו. אלא שכאמור, ניתוחו של הדין הפלילי לא נזכר כלל בהכרעתה של עמדה זו, גם לא כאמרת אגב.

להלן אבקש להראות כי הפנייה לדין הפלילי, לרבות האופן שבו פורש דין זה, שימשה ל"הוצאתו" של ההליך המשפטי מגדר מחלוקות חברתיות, מוסריות ופוליטיות. פרשנותה של דעת הרוב בבית המשפט העליון הניבה אמירה ברורה וחד-משמעית: אל לו למשפטי לעסוק בפוליטי. ועל כן, בדיוק על פי ההשקפה שהביע השופט זילברג בדבריו – כי המוסר אינו ניתן לחלוקה ואין קיימת בו אותה מחיצה הרמטית המבחינה בין מעשה למעשה – שימשה הפנייה לדין הפלילי לצורך בנייתה של אותה מחיצה הרמטית, שהותירה את הפוליטי-מוסרי מחוץ להליך המשפטי.

## הדין הפלילי ומשמעותו

אין רואים אדם כ"שותף לפני מעשה" לדבר עבירה אלא אם התכוון שתבוצע על-ידי העבריין העיקרי בעבירה, ששידלו או סייע בידיו לבצעה.<sup>103</sup>

פנייתו של השופט אגרנט לדין הפלילי בעניינו של קסטנר הובילה אותו לחוק הפלילי ולדיני הסיוע שבו. לצורך בחינת אחריותו של מי שסייע בידי אחר, פנה השופט אגרנט לסעיף 23 לפקודת החוק הפלילי, 1936, שהיה החוק הפלילי התקף בעת זו.<sup>104</sup> הסיוע שאותו בחן השופט אגרנט, הוא סיוע לעבירה העיקרית שהתבצעה על ידי הנאצים, פשע כלפי העם היהודי ופשע כלפי האנושות, כפי שאלה מוגדרים בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"ו-1950.<sup>105</sup> על פי פרשנותו של השופט אגרנט, לא נוכל לראות אדם כמסייע לדבר עבירה אם לא הוכח כי קיננה בלבו כוונה שהעבירה לה סייע אכן תבוצע.

102 עליון, פסק הדין, עמ' 2280.

103 שם, עמ' 2068.

104 שם, שם.

105 שם, עמ' 2067.

לשון אחר, כדי להוכיח עבירה של סיוע יש להוכיח זהות כוונות בין המסייע למבצע העיקרי. ובעניינו של קסטנר משמעות פרשנות זו היא כי לו נדרש בית המשפט להרשיע את קסטנר כמסייע לנאצים, היה עליו לקבוע כי התכוון, רצה, שהעבירה שבוצעה על ידי העבריין העיקרי – השמדת יהדות הונגריה – תבוצע.

אני מבקשת להקדים לדיון במשמעותה המשפטית של פרשנות זו דיון במשמעותה העניינית: אם נחזור למסקנותיה של העמדה המרשיעה, יהיה אפשר להיווכח כי גם על פיה לא נוכל לראות בקסטנר אחראי בסיוע לפי פרשנותו של השופט אגרנט. כפי שתואר לעיל, אף לא אחד מן השופטים המרשיעים ייחס לקסטנר כוונה או מטרה כי מזימתם של הנאצים תבוצע. השופט זילברג אף כינה ייחוס כוונה כזו לקסטנר "האשמה מפלצתית". למעשה, אם נרחיק לכת נוכל לקבוע כי לפי המבחן שמציע השופט אגרנט, גם הדברים הבוטים שנכתבו בעלונו של גרינוולד אינם עולים כדי עבירה פלילית של סיוע, שכן לדבריו, קסטנר פעל כפי שפעל ממניעים כלכליים. גרינוולד עצמו לא טען כי קסטנר חפץ בהשמדת יהדות הונגריה.

הרף המוצב באמצעות המבחן הפלילי שאותו הציע השופט אגרנט מייתר לכאורה את הדיון "ההיסטורי". השימוש בכלים הלקוחים מעולמו של המשפט הפלילי אפשר לעמדה המזכה לספק פסק דין מוחלט וחד־משמעי, שקבע כי אין לראות בקסטנר מי ששיתף פעולה עם הנאצים. פסק דין חד־משמעי כזה שונה מתמונת המציאות המורכבת והמסוכסכת שהציגו שופטי העמדה המזכה את המורכבות ההיסטורית, שמנעה אמירה חד־משמעית על התנהגותו של מי שניסה להציל רבים באמצעות משא ומתן עם הנאצים, שהסתיר ידיעות קונקרטיות על ההשמדה, שבסופו של יום הציל מעטים, נבחרים, החליפה קביעה משפטית ברורה: מן הבחינה המשפטית-הפלילית, קסטנר אינו יכול להימצא אחראי בסיוע לנאצים. "חוסר השליטה" של השופט בהליך האדוורסרי, ההופך למובהק בהליכים הנזקקים לעובדות היסטוריות מורכבות שטרם נחקרו לעומק, פינה מקומו לשליטה המושגת באמצעות היצמדות לנוסחאותיו של הדין הפלילי, כפי שפורשו על ידי העמדה המזכה. נוסחאות אלה, בתורן, אפשרו להציג את ההליך המשפטי כהליך שאינו מיועד לעסוק בדקויות היסטוריות הנוגעות למנהיגותו הפוליטית של אחד מראשי ועד ההצלה בהונגריה. המשפטי אפוא אינו מיועד לעסוק בהיסטורי-מוסרי-פוליטי, ואין הוא מסוגל לעשות כן.

## הפרשנות הפלילית

התפיסה המשפטית המקובלת מניחה כי בהגיע אדם לאולם בית המשפט, התנהגותו היא שעומדת לדיון, היא ותו לא. בלא לסקור בהרחבה את יסודותיה של תפיסה זו, ניתן לומר כי בבסיסה עומדת ההנחה כי שיפוט המעשה הוא השיפוט הראוי ביותר, בנתקו את המשפט מכל אותם גורמים 'בלתי ניטרליים', כגון שיוכו החברתי של אדם, עברו, אישיותו וכיוצא באלה נתונים, הנתפסים כמטים את המערכת השיפוטית והופכים אותה חשופה להשקפות מוסריות, חברתיות ומעמדיות, שהידרשות להן עלולה להביא לידי

שימוש לרעה בהליך המשפטי.<sup>106</sup> במובן זה, קיים קשר הדוק בין שיפוט המעשה לבין התפיסה המניחה כי המשפט הוא מערך כללים "סגור", אובייקטיבי וניטרלי, שבמסגרתו זוכה כל אדם לטיפול שווה.<sup>107</sup>

מתוך הנחה זו נקל יהיה להבין מדוע, מן הבחינה המושגית, המניע למעשיו של אדם, על אף היותו חלק ממחשבתו, בניגוד להיבטים "חיצוניים" כגון מעמד חברתי או מוצא, אינו ברגיל חלק מקביעת האחריות הפלילית.<sup>108</sup> מניע נתפס ככזה הפותח את הדיון המשפטי להקשר החברתי-פוליטי שבו נעשה המעשה העבריני: גניבה בשל קשיים כלכליים, מהומות בשל תחושת קיפוח גזעי, מסירת סודות מדינה בשל התפיסה כי מעשיה אינם מוסריים – כל אלה "מחדירים" את הפוליטי-חברתי לתוך אותה מערכת סגורה של כללים.<sup>109</sup> אין לבחון מניעיו של אדם במסגרת בחינת אחריותו לעבירה<sup>110</sup> משום שההליך המשפטי – כמייצגה המעשי של אותה מערכת כללים סגורה וברורה – הוא פורום בלתי פוליטי, מנוגד לפוליטי.<sup>111</sup>

אך מעבר לכך, ההשקפה שלפיה אסור שהמניע למעשה יהיה חלק מבדיקת אחריותו של אדם למעשיו, נטועה אף בהבנה שמניע, במשמעותו העמוקה, מייצג את אישיותו של אדם, את מהותו.<sup>112</sup> לשון אחר, התפיסה המקובלת במשפט הפלילי, הדורשת הדרתו

106 Austin Sarat and Thomas Kearns, "Writing History and Registering Memory in Legal Decisions and Legal Practices", in: Austin Sarat and Thomas Kearns (eds.) *History, Memory and the Law* (Ann Arbor, 1999), 1–24, p.13

107 להרחבה בנוגע למקורה והגיונה של התפיסה המשפטית המקובלת, שבמסגרתה נתפס היחיד כמבודד מהקשרים ושיזוכים חברתיים, ראו: Antony R. Duff, *Intention, Agency and Criminal Liability* (Oxford, 1990), pp. 116–119  
Victoria F. Nourse, "Hearts and Minds: Understanding the New Culpability", *Buffalo Law Review* 6 (2002), 361, p. 362

108 ראו: סעיף 11(3) לפקודת החוק הפלילי, 1936, הקובע כי "מלבד אם נאמר בפירוש אחרת, אין נפקא מינא מהו הגורם הממריץ אדם לעשות איזה מעשה או לבלי עשותו, או להיות רוחש איזו כוונה, בכל הנוגע לאחריות פלילית". ראו גם: סעיף 16 לחוק העונשין, כנוסחו לפני תיקון 39 משנת 1995, הקובע כי "המניע לעבירה או לכוונה אינו מעלה ואינו מוריד לענין האחריות הפלילית, והוא אם אין הוראה אחרת מפורשת". לתיאור היעדרו של מניע מקביעת האחריות הפלילית ראו: Jerome Hall, *General Principles of Criminal Law* (Indianapolis, 2<sup>nd</sup> ed., 1960), p. 88

109 לדיון בסתירה הגלומה בדין הפלילי, המבוסס מחד גיסא על אשמו של העושה ומאידך גיסא מדיר את המניע למעשיו, ראו: Alan Norrie, *Crime, Reason and History* (London, 2001), pp. 35–45

110 יצוין כי האיסור לבחון את המניע נוגע למישור המשפטי המהותי, קרי בחינת אחריות עקרונית לעבירה. הדין הפלילי מאפשר התייחסות למניע כרכיב ראיתי, קרי כרכיב שיש בו כדי להוכיח אם אדם ביצע עבירה פלוגנית.

111 אנטוני דאף מצדיק את הניתוק בין המשפטי לפוליטי בקיומו של פורום פוליטי נאות, אחר מהמשפט. ההליך המשפטי מנותק מהפוליטי משום שאין הוא מיועד להכיל טענות פוליטיות, שאותן יש להשמיע במקום שיועד לכך. ראו: Antony Duff, "Principles and Contradiction in Criminal Law: Motives and Criminal Liability", in: Antony Duff (ed.) *Philosophy and Criminal Law* (1988), 156–204, p. 182

112 גיורא בינדר טוען כי בחינה היסטורית של המונח "מניע" מעלה כי מניע נתפס כמשקף ומייצג



של מניע מבחינת האחריות, נעוצה בין השאר ביומרה לשפוט מעשים רעים ולא אופי רע.<sup>113</sup>

## סיוע ומניע

מתוך תיאור תמציתי זה של הדין הפלילי "הרגיל", ארצה לפנות לפרשנות שהציעה העמדה המזכה ביחס ל"אחריותו הפלילית" של קסטנר לעבירה של סיוע בידי הנאצים. בהתאם לפקודת החוק הפלילי מסייע הוא "כל העושה או אינו עושה איזה מעשה כדי לאפשר לאדם אחר את מעשה העברה או כדי לסייע בידו במעשה העברה".<sup>114</sup> מתוך נוסח הסעיף עולה כי אלו הם יסודותיה של עבירת הסיוע: ההתנהגות היא התנהגות מסייעת; הנאשם מודע לכך כי התנהגותו מסייעת;<sup>115</sup> עבירת הסיוע דורשת כוונה לסייע.<sup>116</sup>

השופטים אגרנט וחשין דנו תחילה ביסוד השלישי שהוזכר לעיל, יסוד הכוונה. מכאן מתברר כי הוסכם עליהם ששני היסודות הראשונים – כי התנהגות "הנאשם" אכן סייעה בידי הנאצים וכי היה מודע לכך – הוכחו. כאמור, התנהגותו המסייעת של קסטנר התבטאה בהסרתן של ידיעות קונקרטיות בנוגע להליך ההשמדה. הסתרה זו, בצירוף ניהול המשא ומתן עם הנאצים, פורשו אפוא כהתנהגות שבמחדל, שהיה בה כדי לסייע לנאצים להוציא את תכניתם אל הפועל ביציאות ובמהירות שבה בוצעה.

כדי להבין את הכרעתם של שופטים אלה בנוגע לרכיב השלישי, רכיב הכוונה, יש להקדים ולהציג שתי פרשנויות אפשריות באשר ליסוד הכוונה שבעבירת הסיוע. על פי הראשונה, כוונה לסייע משמעה רצון שקינן בלב אדם לעזור למבצע העיקרי, יהיו הסיבות לרצון זה אשר יהיו.<sup>117</sup> על פי השנייה, כוונת סיוע משמעה רצון לסייע, הנובע

את אישיותו של אדם, ולא רק מספק תובנה באשר לסיבה שבגינה נעשה המעשה. ראו: Guyora Binder, "The Rhetoric of Motive and Intent", *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2000), 1, pp. 8-9.

113 לפירוט השקפה זו ראו: Antony R. Duff, "Virtue, Vice and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law?", *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2002), 147.

114 סעיף 23(1)ב לפקודת החוק הפלילי, 1936.

115 בלא להיזקק לתיאור מרחיב הנוגע ליסודותיה של עבירה בדין הפלילי, יצוין כי ככלל, כדי לקבוע אחריותו של אדם בעבירה פלוגית, יש להוכיח כי היה מודע להתנהגותו. יוצאות מן הכלל הן עבירות הרשלנות למיניהן ועבירות האחריות הקפידה (או האחריות המוחלטת). כדי שלא להכביר בדברים, בחרתי שלא להרחיב ולהסביר את היסודות הנדרשים להוכחה בעבירה הפלילית.

116 הכוונה המוסקת מלשון סעיף הסיוע מבוססת על המונח "כדי לאפשר". כפי שקובע השופט ברק בפרשת פלוגית, המונח "כדי" מצביע על יסוד נפשי. הוא מבטא את הרעיון כי לנגד עיניו של המסייע עמדה המטרה של הסיוע. ראו: ע"פ 320/99 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד (נה) 33, 22 (2001).

117 ניתן להעלות על הדעת מגוון סיבות העומדות בבסיס כוונתו של מסייע, כגון מסייע המתכוון לסייע, אך אדיש לדבר קיומה של העבירה העיקרית, מסייע המתכוון לסייע בשל חפצו בקיומה של העבירה העיקרית, מסייע המתכוון לסייע על אף חוסר רצונו בהתקיימותה של העבירה העיקרית.

אך ורק מרצון בהתממשות העבירה העיקרית. בין הכוונה לסייע, הנובעת מכל סיבה שהיא, לבין הרצון במימוש העבירה העיקרית כמייצג בלעדי של כוונת הסיוע, בחרו השופטים אגרנט וחשין באפשרות השנייה.<sup>118</sup>

המתח בין שתי הפרשנויות שהוצגו לעיל בא לידי ביטוי בעניין פל,<sup>119</sup> שנידון בבית המשפט העליון, במסגרת ערעור, עוד לפני פרשת קסטנר. בפרשה זו דובר בשאלה כיצד יש לקבוע את אחריותו של מסייע על פי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוריהם. באותה פרשה טען הנאשם, ששימש כקאפו במחנה עבודה, כי על בית המשפט לדון בשאלה אם עניינו מתאים למונח "עוריהם", שהרי לא עלתה כל טענה שהוא "נאצי". לדידו של הנאשם, המונח "עוריהם" משמעו עוזרים שביצעו מעשיהם בכוונה לעזור לנאצים מתוך הזדהות עמם ועם מטרותיהם. הואיל ואף התביעה לא ייחסה לו כוונות מעין אלה, יש לזכותו לאלתר.<sup>120</sup> לשון אחר, הנאשם פל קרא תיגר על האפשרות לכנותו "עוזר" או מסייע לנאצים, כיוון שעל אף מעשיו, לא רצה בהתגשמות מעשיהם, כלומר לא הזדהה עם הרצון להשמיד את העם היהודי.

טענתו של פל זהה אפוא לפרשנותם של השופטים אגרנט וחשין, אולם בעניין פל נדחה טיעון זה מפי השופט אולשן, שקבע כי המונח "עוריהם" בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוריהם אינו מכוון רק לאלה שהתכוונו לעזור לנאצים בשל הכרה או הזדהות אידיאולוגית עמם. המונח "עוזר", קבע אולשן, מתייחס לכל מי שהתכוון לעזור, יהיו הסיבות לכוונתו אשר יהיו.<sup>121</sup> על כן השאלה שאותה צריך בית המשפט לבחון אינה אם

118 בדין הישראלי אומצה בתחילה פרשנותו של השופט אגרנט בפסקי דין נוספים, אך פרשנות זו, שעליה נמתחה ביקורת קשה, נזנחה במהלך השנים. את מקומה תפסה ההלכה הנוהגת היום, ולפיה לשם קביעת אחריותו של מסייע, יש להוכיח רק את כוונתו לסייע, יהיו הסיבות לכוונה זו אשר יהיו. לפסיקה מוקדמת שקיבלה את פרשנות אגרנט, ראו, למשל: ע"פ 552/68 אילוז ואליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377 (1969). לביקורת על פרשנותו של אגרנט ראו: מרדכי קרמניצר, "כוונת המסייע – כוונת המבצע?", משפטים ג (תשל"א) 97. ראו גם: שניאור זלמן פלר, יסודות בדיני עונשין (ירושלים, 1984), עמ' 265-268. להלכה הנוהגת כיום, ראו, למשל: ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 22 (2001).

119 ע"פ 119/51 פל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 498 (1952).

120 שם, עמ' 501.

121 מסקנתו של השופט אולשן מבוססת על הטיעון שיובא להלן: בסעיף 10 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוריהם, הקובע סייג לאחריותו הפלילית של אדם בהתאם לחוק, נקבע שאם מעשה, המהווה עבירה לפי חוק זה, בוצע על ידי "אדם נרדף" כדי להינצל ממוות או מתוך כוונה למנוע תוצאות חמורות יותר, לא יישא האדם הנרדף באחריות פלילית. מתוך כך מסיק השופט אולשן כי אם המעשה בוצע על ידי אדם נרדף שלא בנסיבות אלה, רובצת עליו אחריות פלילית. מאכן נובע, טוען אולשן, כי בהשתמשו במושג "עוריהם", לא התכוון המחוקק דווקא לעוזרים שהיה בכוונתם לעזור לנאצים מתוך הכרה או מתוך הזדהות אידיאולוגית. במילים אחרות, השופט אולשן קובע כי "עוזר" משמעו כל מי שעזר, יהיו מניעיו אשר יהיו, ולכן חוץ מהסייג לאחריות הפלילית, הקבוע בסעיף 10 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוריהם, לא תישמע בנוגע למסייע הטענה כי לא חפץ בביצועה של העבירה שלה סייע. ראו: שם, שם.

התכוון אדם לסייע לנאצים בשל רצונו כי תכנית "הפתרון הסופי" תצא אל הפועל, אלא אם רצה לסייע להם, יהיו טעמיו אשר יהיו.<sup>122</sup>

על פי פרשנות זו, כאשר סייע אדם בידי הנאצים, די אם נוכיח את יסודות עבירת הסייע - הכוללים מעשה מסייע וכוונה לסייע - כדי למוצאו אחראי על פי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם. השאלה למה התכוון לסייע - אם משום שהודעה עם מטרת הנאצים, אם למרות חוסר רצונו כי העבירה העיקרית תבצע ואם מכל סיבה אחרת - אינה שאלה שתיבחן על ידי בית המשפט. למעשה, ניתן להוסיף על דבריו של בית המשפט בענין פל ולומר, כי אם תישלל פליליותו של מעשה סיוע לנאצים משום שהמסייע לא הודעה עם מטרתיהם, יינטל עוקצו של החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, שכן חוק זה חוקק בעיקרו כדי לבוא חשבון עם יהודים ששיתפו פעולה עם הנאצים בתקופת השואה.<sup>123</sup> יהודים אלה, ניתן להניח, סייעו לנאצים מסיבות שונות ומשונות, שאין להן דבר וחצי דבר עם הרצון בהשמדתה של יהדות אירופה. מסקנתו של בית המשפט בעניין פל עולה בקנה אחד עם התפיסה המשפטית-פלילית המקובלת, שתוארה לעיל, המבחינה בין כוונה לבין מניע. בתמצית, יהיה אפשר לומר כי על פי תפיסה מקובלת זו, יש להבחין בין השאלה אם התכוון אדם להתנהג באופן כלשהו לבין השאלה מדוע התכוון להתנהג כפי שהתנהג. תשובה חיובית על השאלה הראשונה תניב קביעת אחריות בנוגע לעבירה, ואילו השאלה השנייה - שאלת המדוע - אינה אמורה להישאל כלל, מהיותה מניע שאינו חלק מקביעת האחריות הפלילית. כפי שהטעים השופט אגרנט בהקשר אחר,

כללו של המשפט הפלילי הוא שאין מערבבים "כוונה פלילית" - המטרה המיידית, השייכת לגוף העבירה - עם "מניע" - המטרה הרחוקה שלשמה בוצעה העבירה אך שבינה לבין יסודות העבירה אין ולא כלום.<sup>124</sup>

כאן אבקש לחזור ולפנות למשמעות קביעתם של השופטים אגרנט וחשין בעניין כוונת הסייע של קסטנר. אימוצה של עמדה פרשנית, מנוגדת לזו שנקבעה בעניין פל, הדרשת זהות כוונות בין המבצע למסייע, משמעה בחינת השאלה "מדוע" פעל המסייע כפי

122 יצוין כי פסק דין זה של בית המשפט העליון, הקודם לפרשת קסטנר, אינו נזכר בחוות דעתם של מי מהשופטים בפרשת קסטנר, לרבות בחוות דעתו של השופט אולשן עצמו.

123 הטענה כי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם חוקק כדי להיפרע מעוזריהם היהודים של הנאצים, המצויים בישראל, הועלתה על ידי רבים מהחוקרים שבחנו את החוק. למעשה, טענה זו מופיעה מפורשות בדברי הכנסת, בדיונים שקדמו לחקיקת החוק, בדבריו של שר המשפטים אז, פנחס רוזן, שאמר כדלקמן: "לבסוף עוד מלה אחת על משמעותו המעשית של החוק. יש להניח, שנאצים פושעים... לא יעזו לבוא לישראל. אך החוק חל גם על עושי דברם של נאצים, ולצערנו לא נוכל להיות בטוחים, שכאלה לא יימצאו במחננו...". ראו: דברי הכנסת, ישיבה קל"א 27.3.1950, עמ' 1148. ראו גם: חנה יבלונקה, "החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם: היבט נוסף לשאלת הישראלים, הניצולים והשואה", קתדרה 82 (תשנ"ז) 135, עמ' 139-140; שגב, המליון השביעי, עמ' 243; עדית זרטל, האימה והמוות (תל-אביב, 2002), עמ' 99.

124 עליון, פסק הדין, עמ' 2074.

שפעל ולא רק אם התכוון לסייע.<sup>125</sup> על כן בעניין זה ביססו השופטים אגרנט וחשין מסקנה משפטית שלפיה יש לעמוד על מניעיו של המסייע כדי לבחון את אחריותו. על כך עמד השופט אגרנט עצמו, באמרו:

אל לנו להטיל דופי באדם כנ"ל רק משום שעשה ביודעין מעשה העשוי לקדם את מטרות הנאצים כאשר התברר שעשה זאת מתוך מניעים שהם כשרים ושאינם פגומים מבחינה מוסרית; כלומר, חלילה לנו לכנות אדם כזה בשם "משתף פעולה".<sup>126</sup>

הדיון ב"מדוע" וקביעתו כחלק מהגדרת הסיוע, הביא את העמדה המזכה לכלל מסקנה כי ישראל קסטנר אינו יכול להיחשב למסייע בשל מניעיו הכשרים. מניעים כשרים אלה גברו על כל אותן שאלות נטולות פתרון בנוגע להתנהגותו של קסטנר: העובדה שהסתיר את מציאות ההשמדה, העובדה שניהל משא ומתן עם הנאצים אף שידע על השמדה ודאית זו, העובדה כי, בלשונו של השופט אגרנט, "עשה ביודעין מעשה העשוי לקדם את מטרות הנאצים", העובדה שהתנהגותו כמנהיג מעלה שאלות קשות.

## שיפוט 'ניטרלי' ו'בלתי ניטרלי'

המבחן המשפטי שאותו הציגו השופטים אגרנט וחשין, המציב רף גבוה במיוחד לצורך קביעת אחריותו הפלילית של מסייע, שימש כ"תחליף" ברור לסיפור ההיסטורי המורכב שסיפרו. במקום תיאורו של קסטנר כמי שידע על אודות "ידיעות אושוויץ", שידע מהי משמעות הסתרתן, שנאחו במשא ומתן בלתי אפשרי מתוך תקווה הנדמית לתקוותו של טובע הנאחו בקש, שכישורי מנהיגותו עשויים להיות נתונים בספק, נחזה פסק דינם, הודות לאותו מבחן משפטי, לפסק דין החלטי וחד־משמעי, ש"זיכה" את קסטנר ממרבית ההאשמות שיוחסו לו. רק השימוש בדין הפלילי, לרבות הפרשנות שניתנה לו על ידי העמדה המזכה, הניב פסיקה הנחזית למנוגדת לפסיקתה של העמדה המרשיעה. קריאה זהירה בהכרעת הדין המזכה, מעלה אפוא כי השימוש בדין הפלילי לא היה שימוש "מקרי". נוסחאותיו של דין זה, כפי שפורשו בידי העמדה המזכה, שימשו כחסם המבחין בין המוסרי או הפוליטי לבין המשפטי. תהא דעתנו על רמתו המוסרית של קסטנר אשר תהא, תהא דעתנו על כישורי מנהיגותו אשר תהא, מבחינה משפטית אין לראות בו מסייע.

ואולם האופן שבו התנהלו הדברים במשפט קסטנר מביא לידי תוצאה שעל פניה היא משונה, שלפיה ניתוח "לא-פוליטי" מוביל לתוצאות "בלתי ניטרליות", בעוד ניתוח

125 כדי להבהיר: הכוונה, המשתרעת על יסודותיה העובדתיים של העבירה שאותה מבצע המבצע העיקרי, הופכת למניע כשהיא מיוחסת למסייע, שהרי העבירה העיקרית אינה חלק מיסודות עבירתו של המסייע.

126 עליון, פסק הדין, עמ' 2075.

"פוליטי" הוא המספק את התוצאה ה"ניטרלית". ניתוח משפטי "ניטרלי", שאינו עוסק במניעיו של אדם, היה מחייב קביעות לגופו של עניין, הנוגעות להתנהגותו ולמנהיגותו הפוליטית של קסטנר, כדי להכריע אם התכוון לסייע. ניתוח מסוג זה היה מחייב התייחסות לכל אותן שאלות קשות שהעלתה התנהגותו של קסטנר, כדי לבחון אם מעשיו סייעו בידי הנאצים ובעיקר, האם היה מודע לכך, יהיו מניעיו אשר יהיו.

מאידיך גיסא, ניתוח "בלתי ניטרלי", הבוחן מניע כחלק מקביעת האחריות הפלילית ועומד באופן סמוי על טיבו של האדם העומד לפני בית המשפט, אפשר שלא להכריע בשאלת התנהגותו ומנהיגותו של קסטנר לגופו של עניין, באמצעות הקביעה כי אין לראות בו מסייע בשל מניעיו הכשרים. רק העמידה הסמויה על המידה הטובה המצויה בקסטנר - המוצאת ביטויה בעיסוק במניעיו הטהורים חרף השאלות שמעלה התנהגותו בפועל - אפשרה את המסקנה המזכה, המנתקת עצמה לכאורה מדיון במורכבותה של הסיטואציה החברתית ששררה בהונגריה בשנת 1944.

במובן זה, קביעותיהם של השופטים השונים בעניינו של קסטנר אינן מעלות שתי עמדות קוטביות מבחינתו של המשפט, המבחינות בין פסיקה "רעה" לפסיקה "טובה". זו וגם זו מדגימות, כל אחת בדרכה, את הצורך של המערכת השיפוטית לחרוג משיפוט "רגיל" כדי לעמוד על אפיונו של אדם ש"סוגו" אינו מוכר, הפועל בסיטואציה בלתי מוכרת ובלתי מוסברת, כל זאת, עוד בטרם יהיה ניתן לבחור בדרך הראויה להעריך ולשפוט את מעשיו. במסגרת זו "הכירה" העמדה המרשיעה את "הנאשם" הבלתי מוכר לה, באמצעה דימויים ספרותיים מרחיקי לכת לצורך עמידה על טיבו. במסגרת זו, עיקרה העמדה המזכה את הרציונל העומד בבסיסו של החוק הפלילי לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, כפי שפורש בעניין פל, ועמדה על מניעיו של מי שסייע. שתי עמדות קוטביות אלה עמדו - בין בגלוי ובין באופן סמוי יותר - על אפיונו של קסטנר כשלב מקדים להכרעה בדבר אחריותו: האחת, תוך שימוש באפיון גלוי ובוטה, הגיעה לכלל מסקנה כי האיש קסטנר אחראי לגורלה של יהדות הונגריה כולה. השנייה, תוך שימוש באפיון סמוי, הגיעה לכלל מסקנה כי האיש קסטנר - יהיו כישורי מנהיגותו אשר יהיו - היה איש הגון.

אך יתרה מזו, קביעותיהן של שתי העמדות, חרף שונותן, משקפות את המתח הבלתי פתור בין המשפטי להיסטורי. "לאמת של עולם המשפט", לדברי ליאון שלף, "יש לרוב מעין הילה של ודאות וסופיות אשר אינה מתיישבת עם כלליה היסודיים של מסגרת מחקרית של העולם האקדמי".<sup>127</sup> הילה זו אינה נוצרת בשל רטוריקה שיפוטית זו או אחרת; הילה זו קיימת משום שמן הבחינה העקרונית המשפט אמור לעסוק באחריות של היחיד, ו"תפקידה" של המערכת השיפוטית לספק תשובה ברורה בנוגע לאחריות זו. המשפט, על פי טיבו, אינו ערוך להתמודד עם סיטואציות חברתיות מורכבות שבהן משמש מגוון רב של גורמים, אשר ראייה היסטורית מפוכחת "מבינה" כי רק חלקם ניתן לאיתור, ולעיתים תדירות רק שילובם עשוי להיות בעל כוח מסביר. במובן זה, המשפט מכווון על פי טבעו לעסוק ב"קונספירציות", קרי לבחון אם וכיצד אחראי יחיד כלשהו

127 ליאון שלף, "בין רשימת שינדלר לבין הרכבת של קסטנר", בתוך: גוטוין ומאונטר, משפט

לתופעה. יהיה הניתוח המשפטי מורכב כאשר יהיה, בסופו של יום תעסוק הכרעתו ביחיד ובאחריותו. מתוך כך, הפנייתה של תופעה מורכבת, במידה רבה בלתי נתפסת, להליך המשפטי, אילצה את שתי הערכאות לעסוק ביחיד קסטנר. לפי הגישה המרשיעה הפך קסטנר לגורם שאין בלתו לגרלה של יהדות הונגריה. אך גם על פי העמדה המזכה, שהתריעה על העירוב בין המשפטי להיסטורי-פוליטי, ושהציעה תיאור עובדתי מורכב ומסועף, בלית ברירה נידונה אחריותו של היחיד הקונקרטי שעניינו עמד לדיון. כדי שלא ליפול בסכך השאלות שמעלה הסיטואציה החברתית המורכבת, "גויס" הדין הפלילי לצורך הרחקתו של היחיד מאותה מורכבות. באמצעות השימוש בדין הפלילי, "הורחק" קסטנר מהחקר ההיסטורי, וזאת תוך סטייה מהדין הפלילי "הרגיל" ובוודאי תוך סטייה מהדין הפלילי הספציפי, החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם. שכן, כפי שכתב השופט גויטין, הכלים שמספק הדין הפלילי מיועדים להתמודדות עם שאלות כגון האם פלוני גנב שעון, ולא עם שאלות מורכבות, שטרם נחקרו לעמקן, כגון השאלה כיצד ניתן להסביר את הסיטואציה החברתית בהונגריה בשנת 1944 ואת הגורמים לה.