

נושאים: משפט מינהלי - אחר

תקציר: בית המשפט העליון דחה את ערעורו של גוף ציבורי אוסטרי המייצג את הקהילה היהודית בוינה, להורות על השבת מסמכים היסטוריים המתעדים את קורות יהודי אוסטריה ומאוחסנים בארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי בישראל. נקבע, כי גם בהנחה שהמערערת היא הבעלים של המסמכים, הרי שלצורך הוצאת המסמכים מ"ארכיון ציבורי" נדרשת הסכמת גנז המדינה. מאחר שהגנז לא נתן את הסכמתו וקבע כי מדובר ב"השאלת קבע" – אין בסיס שבדין להורות על השבת המסמכים.

תאריך תצוגה: 03/06/2015



אין במידע המופיע באתר "תקדין*" או בשירות הניתן למנוי האתר כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או תחליף לייעוץ משפטי.

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9366/12

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

המערערת: Israelitische Kultusgemeinde Wien

נגד

המשיב: הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים מיום 15.11.2012 [בה"פ 35776-04-11](#) שניתן על ידי כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ

בשם המערערת: עו"ד גלעד מעוז; עו"ד רוני אבלסקי;
עו"ד גדעון וינבויס

בשם המשיב: עו"ד רמי גולדשטיין

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. תיק מיוחד זה נסוב סביב מחלוקת בין המערערת – גוף ציבורי המייצג את הקהילה היהודית בוינה, לבין המשיב – הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי, בדבר הזכות להחזיק בחומר ארכיוני בעל ערך היסטורי המצוי כיום ברשות המשיב. בפסק דינו של בית המשפט המחוזי (11-04-35776, כב' השופטת ג' כנפי-שטייניץ), נדחתה על הסף תביעת המערערת לקבל את החומר לידיה ולהצהיר על בעלותה בו.

טרם התייחסות למקרה נאמר, כי נעשה מאמץ ניכר בהליך דנא, על פני מספר ישיבות, להביא את הצדדים לפשרה. בין היתר, הוצע כי שופט בית משפט זה (בדימוס) ישמש כמגשר. המאמץ לא נשא פרי, ויש להצטער על כך. ברי כי הכרעה בערעור לא תסיים את המחלוקת בין הצדדים, וישנם נושאים שמוטב להגיע בעניינם להסדר – גם בשל מורכבותם ורגישותם. אין בכך כדי להפנות אצבע מאשימה כלפי מי מהצדדים, אלא שעדיין אין זה מאוחר ללכת בדרך ההסכמה. דווקא על רקע העובדה שבמהלך הדיונים בפנינו שמענו אנשים נכבדים המייצגים את שני הצדדים, ההמלצה להגיע לפשרה מוסכמת ניתנת ביתר שאת, אף כעת.

עובדות והליכים

2. המערערת, Israelitische Kultusgemeinde Wien, היא גוף ציבורי שהוקם מכוח החוק האוסטרי והיא מייצגת את הקהילה היהודית בְּוִינָה. בין היתר, פועלת המערערת להנצחת ההיסטוריה של הקהילה. המשיב, הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי (להלן גם: הארכיון), הוכרז כארכיון ציבורי בהחלטה מיום 25.3.1958 (י"פ 593). באחריות המשיב ארכיון מסמכים הקשורים לקהילות יהודיות ברחבי העולם.

המסמכים ההיסטוריים שבמחלוקת מתוארכים מהמאה ה-17 ועד שנת 1945. עניינם תיעוד של קורות יהודי אוסטריה לאורך כ-300 שנים – עד לתום מלחמת העולם השנייה (להלן: המסמכים ההיסטוריים). לאחר המלחמה, הועברו המסמכים ההיסטוריים לידי הארכיון בארבע פעימות – בשנים 1952, 1966, 1971 ו-1978. בשנים האחרונות התגבש בווינה פרויקט הנצחה, חינוך וזיכרון רחב מימדים, במסגרתו יקובצו חזרה בווינה מסמכים הקשורים ליהדות אוסטריה. בעקבות זאת, פנתה המערערת למשיב לקבל בחזרה לידיה את המסמכים ההיסטוריים – אך נתקלה בסירובו.

3. המערערת הגישה המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי. לטענתה, היא הייתה ונותרה הבעלים של המסמכים ההיסטוריים. העברתם לארכיון נעשתה בהשאלה בלבד, על רקע מצבה הקשה של הקהילה היהודית באוסטריה לאחר השואה ומחמת חוסר יכולת להבטיח את שמירתם במצב תקין. כעת, היא מבקשת לסיים את תקופת ההשאלה בהתאם לסעיף [29 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971](#) (להלן: [חוק השכירות והשאלה](#)). עוד נטען שסירוב הארכיון מהווה הפרה חוזית ועוולה נזיקית. המערערת עתרה לשני סעדים: האחד, סעד הצהרתי לפיו היא הבעלים הבלעדי של המסמכים ההיסטוריים שהושאלו לארכיון על ידה, והיא זכאית להשבתם לרשותה; והשני, צו עשה המורה על השבתם בפועל.

המשיב הגיש בקשה לסילוק התובענה על הסף. לגישתו, לנוכח הוראות [חוק הארכיונים, התשט"ו-1955](#) (להלן: [חוק הארכיונים](#)), השבת המסמכים ההיסטוריים לידי המערערת ללא הסכמת גנז המדינה מהווה עבירה פלילית. לגוף הדברים, טען הארכיון כי קיבל את המסמכים ההיסטוריים שלא על מנת להשיבם. הארכיון הסתמך על כך והשקיע רבות במיון החומר, בהבאתו ארצה, בקטלוגו ובטיפול בו במשך עשרות שנים.

4. במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי גובש הסדר דיוני, לפיו "הצדדים מסכימים לפנות לגנז המדינה לצורך הפעלת סמכותו לפי סעיף [14א' לחוק הארכיונים](#)" (להלן: סעיף 14א), תוך שמירת טענותיהם. לאחר בחינת טענות הצדדים ובדיקות נוספות שערך, החליט הגנז שלא לאשר את העברת המסמכים ההיסטוריים (להלן: החלטת הגנז). זאת משני טעמים: (א) המסמכים ההיסטוריים הועברו "בכוונת מכוון בהשאלה לצמיתות"; (ב) לא השתכללו הנסיבות המצדיקות העברת חומר מארכיון ציבורי, בהתאם לסעיף 14א.

אחר הדברים האלה, קיבל בית המשפט המחוזי את הבקשה לסילוק על הסף. בפסק הדין נקבע, כי לנוכח החלטת הגנז ועל רקע הוראות [חוק הארכיונים](#), מתן סעד של השבת המסמכים ההיסטוריים יהיה מנוגד לדין

ואילו הסעד ההצהרתי הנלווה, לפיו המערערת היא בעלי המסמכים ההיסטוריים – הופך לתיאורטי. מכאן הערעור.

טענות הצדדים

5. לטענת המערערת, שגה בית משפט קמא במסקנתו לפיה הגנו מוסמך למנוע את השבת המסמכים ההיסטוריים לידיה, גם אם ייקבע שהיא בעליהם וכי הם רק הושאלו על ידה לארכיון. מסקנה כזו, כך נטען, מנוגדת ללשון ותכלית [חוק הארכיונים](#) ומפקיעה ממנה את בעלותה תוך פגיעה בזכותה הקניינית. עוד נטען כי העברת המסמכים ההיסטוריים נעשתה בהתבסס על המשטר המשפטי שהיה קיים בשעתו, בטרם נחקק סעיף 14א. המערערת מוסיפה כי אפילו קיימת לגנו סמכות למנוע את השבת המסמכים ההיסטוריים – אין הוא מוסמך להכריע בשאלת הבעלות, ואין בהחלטתו כדי לשלול מבית המשפט את האפשרות להעניק את הסעדים שהתבקשו.

המשיב סומך את ידיו על פסק הדין. בנוסף, המשיב טוען כי לא הייתה כל כוונה למי מהצדדים להחזיר את המסמכים ההיסטוריים לוינה, וכי הדרישה להשבתם נגועה בשיהוי ניכר. עוד הוטעם כי למסמכים המדוברים יש חשיבות היסטורית ולאומית, מקומם בארכיון והעברתם תביא לפגיעה באינטרס הציבורי.

דיון והכרעה

6. המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית היא [חוק הארכיונים](#) והתקנות השונות שהותקנו מכוחו. לענייננו, נודעת חשיבות מרכזית לסעיף 14א לחוק, המורה כדלקמן:

”(א) חומר ארכיוני שבארכיון ציבורי –

(1) לא יועבר ממנו אלא לגנזך או לארכיון ציבורי אחר;

(2) לא יהיה ניתן לעיקול או לשעבוד.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על העברה, עיקול

או שעבוד שנעשו בהסכמת הגנו ובתנאים שקבע.”

מוסכם כי המסמכים ההיסטוריים הם חומר ארכיוני, וכי המשיב הוא ארכיון ציבורי. המחלוקת היא האם די בהימצאות החומר הארכיוני בארכיון הציבורי כדי להביא לתחולת סעיף 14א ולסמכות הגנו מכוחו – כעמדת המשיב וכפסיקת בית משפט קמא; או שמא היותה של המערערת, לשיטתה, הבעלים של המסמכים ההיסטוריים הדורש את סיום השאלתם שולל את תחולת הסעיף – כעמדת המערערת. יובהר כבר כעת – שאלת בעלות המערערת במסמכים ההיסטוריים איננה השאלה העיקרית הדורשת הכרעה בהליך זה. יתרה מכך, ניתן להגיע להכרעה במחלוקת שלפתחנו גם אם מקבלים את טענת המערערת באשר לבעלותה במסמכים. ואבאר.

מלשון סעיף 14א עולה, כי די בכך שהחומר הארכיוני מצוי בארכיון הציבורי כדי שהוצאתו תחייב את הסכמת הגנו. אין אינדיקציה בלשון הסעיף לכך שהסכמת הגנו נדרשת אך במקרה שבו החומר הוא בבעלות הארכיון ולא בבעלות פרטית. ניתן להבין זאת על רקע מעמדו ותפקידו של הארכיון הציבורי על פי דין. המחוקק רואה חשיבות רבה בשמירה על חומר ארכיוני המצוי בארכיון ציבורי, כפי שעולה כבר מהגדרותיהם של מונחים אלה: ”חומר ארכיוני” כולל כל כתב על גבי נייר, תרשים, מפה וכיוצא באלה – המצוי בכל מקום שהוא ויש בו עניין לחקר העבר, העם, המדינה או החברה, או שהוא קשור לזכרם או לפעולתם של אנשי-שם. ”ארכיון ציבורי” הוא ארכיון בבעלות או בהנהלת מלכ”ר ואושר על ידי הממשלה ככזה. ההכרה בארכיון כארכיון ציבורי מותנית

בקיומם של תנאים מסוימים, ובכללם תקנון המעגן מטרות בעלות עניין ציבורי ובסיס ארגוני ותקציבי למימושן. כמו כן, נקבעו הוראות לעניין ניהולם של ארכיונים ציבוריים (ראו: [תקנות הארכיונים \(תנאים לאישור ארכיונים ציבוריים והסדרים לניהולם\)](#), התשי"ח-1957)). לשון אחר, חומר ארכיוני "שבארכיון ציבורי" איננו כחומר ארכיוני שבידי הפרט, והוצאתו מהארכיון הציבורי איננה כהוצאתו מרשות הפרט. עצם הימצאות החומר בארכיון הציבורי מהווה משוכה בפני המבקש להוציאו – בדמות הסכמת הגנז – גם אם מדובר בבעליו. ארכיון ציבורי – כשמו כן הוא. הוא משרת באופן מובהק את האינטרס הציבורי, לרבות הזיקה בין מדינת ישראל המודרנית לבין ההיסטוריה של העם היהודי.

7. פרשנות זו מתיישבת גם עם הוראות אחרות [בחוק הארכיונים](#). כאשר המחוקק ביקש לציין את דבר הבעלות הפרטית בחומר הארכיוני והשלכותיה – עשה כן במפורש. מספר דוגמאות לכך [בחוק הארכיונים](#), נביא כמה מהן: (א) על הגנז לנהל פנקס חומר ארכיוני הנמצא בידי בעלים פרטיים. בפנקס יירשם חומר ארכיוני בעל ערך הנמצא בבעלותם או בהחזקתם של אנשים ומוסדות פרטיים ואינו מופקד בארכיון ציבורי (סעיף 8); (ב) הגנז רשאי לדרוש מכל אדם ידיעות על חומר ארכיוני המצוי בבעלותו או בהחזקתו, ואינו רשאי לעיין או לאפשר עיון בחומר אלא ברשות הבעלים ובעל זכות היוצרים בחומר (סעיף 9, וראו גם סעיף 16 לעניין הוצאת חומר ארכיוני מישראל); הגנז לא רשאי לבער חומר ארכיוני פרטי שהופקד בגנזך (ארכיון מדינת ישראל), אלא אם הוצע קודם לכן לבעל החומר לקבלו בחזרה והוא לא קיבלו תוך המועד שנקבע בהצעה (סעיף 13(ב)).

ואולם, בניגוד לכל אלה, סעיף 14א אינו מדבר על חומר ארכיוני פרטי או, מנגד, על חומר שבעלות הארכיון. עניינו ב"חומר ארכיוני שבארכיון ציבורי" – ללא אזכור של הבעלות בו. אכן, עיון בחומר ארכיוני פרטי מצריך את רשות בעליו, אך אם הוא מצוי בארכיון ציבורי לא יוצא ממנו אלא בהסכמת הגנז. ודוק, בין הוראות אלה של [חוק הארכיונים](#) אין כל סתירה. עיון בחומר ארכיוני – לחוד, והוצאת חומר ארכיוני מארכיון ציבורי – לחוד.

תכליתו של [חוק הארכיונים](#) היא שמירה ופיקוח על חומר ארכיוני והסדרת אופן הטיפול בו. כאשר החומר הארכיוני מוחזק בידי בעליו הפרטיים, הפיקוח מתבטא ביכולת של הגנז לנהל תיעוד ולדרוש ידיעות אודותיו, ובהסכמת הבעלים – גם לעיין בו. כאשר החומר הארכיוני מוחזק בארכיון ציבורי – על כל המשתמע מכך, כאמור לעיל – גוברות המגבלות המוטלות על בעליו. הדבר אינו חריג. "במקרים ידועים מטיל הדין הגבלות מסוימות על עסקאות במטלטלין שנועדו לשמש את הציבור, כדי להבטיח את האינטרס הציבורי. כך הדבר, למשל, לעניין מוצגים שבמוזיאונים ציבוריים, לעניין עתיקות, ולעניין החומר שבארכיונים ציבוריים" (יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 276 (התשנ"ג-1993). ראו והשוו גם: יוסף מ' אדרעי [חוק יסוד: משק המדינה](#) 212-214 (פירוש לחוקי-היסוד בעריכת יצחק זמיר)).

8. לכך אוסיף, כי [חוק הארכיונים](#) – שהוא המסגרת הנורמטיבית העליונה החולשת על נסיבותינו – מתווה את הדין המסוים לעניין חומר ארכיוני. זאת לאחר עריכת האיזונים הנדרשים בין סוגיית הבעלות לבין האינטרס הציבורי הקיים בחומר מעין זה. בהיותו חוק ספציפי – גובר [חוק הארכיונים](#) על הוראות חוק אחרות, שתחולתן כללית יותר – כגון [חוק השכירות והשאלה](#). על דרך ההיקש, סעיף 5 [לחוק הארכיונים](#) מורה כי הפקדת חומר ארכיוני בגנזך (בנבדל מארכיון ציבורי) היא לצמיתות, אך רשאי הגנז – בתנאים שייקבעו בתקנות – לקבל חומר ארכיוני למשמרת שאינה לצמיתות. ואכן, [תקנות הארכיונים \(מסירת חומר ארכיוני למשמרת\)](#), התשי"ח-1958 קובעות כי הגנז רשאי לקבל חומר ארכיוני פרטי למשמרת שאינה לצמיתות, אם הגנז ובעל החומר או המחזיק בו חתמו על הסכם בדבר תנאי המשמרת. לא למותר לציין, כי המערערת לא הציגה כל הסכם מעין זה.

נראה, אפוא, כי ברירת המחדל היא שהפקדת חומר ארכיוני בארכיון ציבורי היא בלתי-חוזרת, כתרומה או מתנה. לא ניתן לחייב גוף פרטי להעביר את החומר הארכיוני שבידו לידי ארכיון ציבורי, ואולם משבחר

לעשות כן – לא יוכל להוציאו ללא הסכמת הגנז. הדוגמאות התיאורטיות שמביאה המערערת לתמיכה בעמדתה – הגעתו של חומר ארכיוני לידי ארכיון ציבורי בעקבות גניבתו מארכיון אחר, במהלך סכסוך ירושה שטרם התברר או אף חומר ארכיוני שמצוי במקרה באמתחתו של מבקר בארכיון הציבורי – אינן רלוונטיות. אין חולק כי המסמכים ההיסטוריים הועברו לארכיון על ידי המערערת, בידיעתה ובהסכמתה. המסמכים ההיסטוריים לא הגיעו לארכיון "במקרה" או באופן ארעי – ואף אין טענה כזו. כמו כן, אין כל תיעוד לכך שהעברתם הייתה "משמרת שאינה לצמיתות" (נספח ה' לסיכומי המשיב בערעור – תצהירו של פרופ' שמעון שוורצפוקס – אף מעיד כי המסמכים ההיסטוריים הועברו כפיקדון "שיישאר לעולמים בארץ"). לא בכדי הגדיר הגנז את המצב בענייננו כ"השאלה לצמיתות". לפיכך, אין בסיס בדין להורות על השבת המסמכים ההיסטוריים לידי המערערת.

9. לטענת המערערת, אין תחולה לסעיף 14א גם במישור הזמן – הסעיף נחקק בשנת 1980 בעוד שהמסמכים ההיסטוריים הועברו לארכיון לפני כן. המערערת מטעימה כי אילו היה קיים הסעיף בשעתו, לא הייתה מתבצעת ההעברה. אלא שטענה זו לא מתיישבת עם תיאורה של המערערת בעצמה, לפיה הטעם להעברה היה המצב הקשה בו הייתה שרויה הקהילה לאחר השואה והקושי שניצב בפניה בשמירה על החומר. יתרה מכך, ועיקר, סעיף 14א נחקק לפני כ-35 שנה. במשך כל התקופה שחלפה מאז, המערערת לא טענה כי ההעברות של המסמכים ההיסטוריים "אינן תקפות". דרישתה להשבת המסמכים ההיסטוריים עלתה רק לאחרונה, לנוכח התפתחויות שונות ומטעמים אחרים. בנסיבות אלה, המערערת מנועה מלטעון כנגד תחולתו של סעיף 14א. במיוחד אמורים הדברים לנוכח התנהלות הארכיון מאז חקיקת סעיף 14א – כפי שנהג גם בעשרות השנים שקדמו לה. הכוונה למשאבים הרבים שהשקיע בשמירה על החומר הארכיוני ובטיפול בו, מתוך הסתמכות – מוצדקת – כי לא יידרש להשיבם. כמובן, העיקר אינו ההשקעה של הארכיון בשמירת החומר. אלא היחסים בין המערערת לבין הארכיון – כל אחד על פי מעמדו ותפקידו. יצוין, כי תפקידו של הארכיון אינו עוטה מסתורין. הוא נועד לשמור תיעוד היסטורי. המוסר חומר ארכיוני לידי מכיר באופיו של המוסד.

10. הנה כי כן, סעיף 14א חל גם על המסמכים ההיסטוריים מושא ערעור זה. הוצאתם מהארכיון כפופה להסכמת הגנז, וזו לא ניתנה. על רקע דברים אלה, ניתן להבין את מסקנת בית המשפט המחוזי לפיה מתן צו העשה שהתבקש יהיה מנוגד לדין. גם הנמקתו שלא ליתן את הסעד ההצהרתי בדבר בעלות המערערת במסמכים ההיסטוריים מקובלת עליי. המטרה של המערערת, כפי שעולה מהמרצת הפתיחה, הייתה השבת המסמכים ההיסטוריים לידיה. הצהרת הבעלות התבקשה, בגדרי ההליך קמא, אך כסעד נלווה לסעד ההשבה. בהעדר אפשרות להעניק את האחרון, הפך הראשון לסעד אקדמי או תיאורטי גרידא, ולא היה מקום להיעתר לו.

לעניין הבעלות אדגיש זאת. סוגיית הבעלות במסמכים ההיסטוריים לא הוכרעה על ידי בית המשפט המחוזי. ייתכן אף שהמשיב אינו כופר בבעלות המערערת בהם. עשויות להיות השלכות שונות לכך, כגון הרשות הנדרשת לעיון וצילום המסמכים ההיסטוריים. יוער, כי מהחומר שבפנינו עולה כי במהלך השנים רשות כזו אכן נתבקשה על ידי הארכיון וניתנה על ידי המערערת. בנוסף, טענת המערערת לפיה לבעלותה במסמכים ההיסטוריים יש השלכות נוספות הועלתה רק בגדר הערעור. בכל מקרה, כאמור, הסוגיה לא הוכרעה בהליך קמא ואינה נדרשת להכרעה בהליך זה.

11. אסכם בהערה הבאה. המפגש בין בית המשפט לבין ה"היסטוריה" – נדיר, מורכב ועשיר הוא. כך בצורך שבית המשפט יביע עמדה לגבי סוגיה היסטורית לשם הכרעה בתובענה, וכך בשמירת תיעוד היסטורי. המפגש המשפטי מתרחש בנקודת זמן מסוימת, אך הסוגיות חובקות, ולו בעקיפין, הן את העבר והן את העתיד. הסוגיות עמוקות ואנושיות. אמנם, גם בתיק אזרחי רגיל דן בית המשפט בהיסטוריה, במובן זה שהוא קובע את עובדות העבר. ברם, כאן מדובר על ההיסטוריה, בה"א הידיעה.

נדמה, כי אין מחלוקת בין הצדדים כי השמירה על ההיסטוריה איננה בגדר תחביב או קוריוז. ההיסטוריה באה להעניק לימינו אנו – הקָשֶׁר, ולעתיד – דרך. האמור נכון ביתר שאת ביחס להיסטוריה של העם היהודי. היסטוריה זו היוותה כלי נעלה לשמירת העם היהודי והישרדותו לאורך השנים והמקומות השונים אליהם הגיע. ההיסטוריה לא רק מתעדת את קורות העם היהודי, אלא אף מעצבת ומגדירה אותו. באשר לדת היהודית, נפנה לציווי – "זכור". מנהג יהודי הוא להזכיר כל יום בסוף תפילת שחרית את "שש זכירות", וכמובן החגים ההיסטוריים הרבים והמגוונים שאף הוספו במהלך הדורות. הרב שמשון רפאל הירש – מגדולי הרבנים בגרמניה במאה ה-19 – אף הבהיר כי מבחינה דתית, לבד מהתורה – הכלים הישירים ללמידת רצון האל הם הטבע וההיסטוריה.

הדברים המופשטים מובאים גם בשל שיקולים מעשיים. זאת על מנת להציע שוב לצדדים לנסות לפתור את המחלוקת ביניהם מחוץ לכותלי בית המשפט, ככל שהדבר ניתן. כאמור, המחוקק הכיר במעמד החומר הארכיוני המצוי בארכיון ציבורי ובחשיבות הגנתו. כפי שלארכיון הציבורי שליחות מיוחדת לגבי השמירה על העדות ההיסטורית המופקדת אצלו, כך יש להכיר בהיסטוריה הייחודית והנפלאה של יהדות אוסטריה במשך הדורות. פסק דין זה אינו מונע שיתוף פעולה בפיקוח בין הצדדים בכל הקשור לשימוש והשמירה על המסמכים ההיסטוריים, ותקוותי כי שיתוף פעולה אכן יושג.

12. הייתי מציע לחבריי לדחות את הערעור. בנסיבות העניין, לא הייתי עושה צו להוצאות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

- א. חוות דעתו של חברי השופט הנדל מקובלת עלי. אבקש להוסיף עליה הערות אחדות, בסוגיה רגישה, שמאחוריה גם מחלוקת פילוסופית-היסטורית, לצד ההיבטים המשפטיים.
- ב. ראשית, באשר להליך שהיה בפנינו בתיק זה, ובהמשך לדברי חברי. מאוד לא רצינו להגיע להכרעה בתיק זה, והדברים הוסברו בהרחבה על-ידינו בדיונים, ומצאו ביטוי בהחלטות אותן אביא.
- ג. תחילה ההחלטה בתום הדיון הראשון, מיום 31.3.14, והנה לשונה (בהשמטת סיפה טכנית):

"כיון שהמדובר בנושא רגיש בממד ההיסטורי, הצענו לצדדים את ההצעה הבאה, שלדעתנו יש בה כדי לאזן בין השיקולים והאינטרסים של הצדדים: ככלל, החומר הארכיוני יישאר בירושלים, אך עותק דיגיטלי מלא שלו יועבר לקהילה בוינה, על חשבון המשיב. ואולם, מתוך החשיבות של אותנטיות התצוגה המוזיאלית, ייערך הסדר להשאלה של חומר דוקומנטרי אותנטי, בערבויות מתאימות, למוזיאון

הקהילה היהודית בוינה לכשיקום. זאת, הן לתצוגת הקבע של המוזיאון הן לתערוכות נושאיות מתחלפות. ההסדר צריך להתנהל ברצון טוב בין הצדדים, ואנו מציעים כי במקרה של חילוקי דעות יועברו אלה לגישור ולהכרעה לשופט בדימוס יעקב טירקל, בן למשפחה שעלתה מוינה. ניתנה הסכמה עקרונית של המשיב. המערערת תשיב בתוך 30 יום, ותוכל כמובן במהלך התקופה לבוא בדברים עם המשיב. אנו ממליצים מאוד על האמור, ומאמינים כי קבלתו על-ידי המערערת והתיחסות הוגנת במבט היסטורי רחב מצד המשיב ביישום – הן פתרון נאות".

ד. משלא צלחה ההידברות, ניתנה החלטה ביום 1.6.14:

"הופתענו לא לטובה מהודעת המערערת ומההתכתבות שצורפה. המדובר בנושא ציבורי שאינו קשה לפתרון מוסכם, בהנחה של רצון טוב משני הצדדים. פשוט לא יאומן ששני גופים ציבוריים אינם יכולים להגיע למתווה מוסכם. הפרטים שהועלו בהודעת המערערת אינם קשים לפתרון. על כן תוגש הודעת עדכון עד 15.7.14, וייכבדו הצדדים ויעשו מאמץ להגיע להסכמה. חבל שיהא צורך בהכרעה שיפוטית בנושא ציבורי זה".

ה. בעקבות הדיון מ-9.9.14 ניתנה ביום 10.9.14 ההחלטה הבאה (בהשמטה טכנית):

א. שמענו בהרחבה את באי כוח הצדדים וכן את ד"ר א' מוזיקנט מקהילת וינה. דעתנו היא כי נושא ציבורי כמו גורל הארכיון ההיסטורי של קהילת וינה, המצוי בארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי בירושלים, ראוי שיטופל במסגרת מוסכמת ובתוך הבנה הדדית ולא בפסקי דין.

ב. בגדרי ההצעה מ-31.3.2014, ובתוספת העובדה שמשאלת קהילת וינה אינה מוזיאלית בלבד אלא גם ארכיונאית, ומתוך הבנה לכך ולשיקול שמאחורי הדברים, אך גם בידיעה שהחומר הדיגיטלי בכל מקרה מועבר כולו, אנו מוסיפים כלהלן:

(1) עד 31.10.2014 יכינו הצדדים מסמך משותף שבו יתוארו כל הרכיבים המוסכמים בין הצדדים וכל חילוקי הדעות, כמובן במגמה להגיע למירב ההסכמות.

(2) המסמך ייבחן על-ידינו וככל שנחליט על כך יועבר לגורם המכריע, על פי החלטתנו מ-31.10.14, לקראת הכרעתו בחילוקי הדעות כבורר.

(3) במסגרת הודעתם יודיעו הצדדים על החלטתם לגבי זהות הגורם המכריע.

ג. כמובן ככל שיחפצו בכך הצדדים יינתן פסק דין, אך דעתנו היא כאמור שלא יהא זה נכון בתיק כזה.

ו. עינינו הרואות, כי – כאמור – ממש לא חפצנו להגיע להכרעה בנושא זה. הטעם ברור; מדובר בסוגיה שיש לה מטבעה היבטים רחבים, היסטוריים, ואינה סוגיה צרה של הליך אזרחי "רגיל". אך משבאה שעת הכרעה, אין לנו אלא הדין – ועם זאת לא ננעלה הדלת לפשרה, הכל כפי שציין חברי, ורוב מלים אך למותר.

ז. ועתה מעט לנושא לגופו. חברי השתית במישור המשפטי את חוות דעתו על סעיף [14 לחוק הארכיונים](#), כפי שתוקן ב[חוק הארכיונים](#) (תיקון מס' 2), תש"ס-1980. כדי לחזק את עמדתו, אפנה לדברי ההסבר לסעיף 3 להצעת החוק (הצעות חוק תש"מ, 13.5.80). נאמר שם – ויובא החלק העיקרי – כלהלן:

"להכרה בארכיון כארכיון ציבורי יש צד זכות וצד חובה. היא מטילה על בעל הארכיון ומנהלו חובות לעניין ניהול הארכיון, כפי שפורטו בתקנות הארכיונים (הסדרים לניהול ארכיונים ציבוריים), תשי"ח-1957; והיא מעניקה את ההכרה הרשמית המקלה עליהם לקבל רשות הארכיון חומר ארכיוני מאת תורמים ציבוריים ופרטיים. אין בחוק העיקרי כל הוראה או סנקציה שתמנע את הארכיון, או את הגוף אשר הארכיון הוא בבעלותו או בהנהלתו, מלהעביר חומר ארכיוני שברשותם לידיים פרטיות. ההוראה המוצעת והסנקציה שנקבעה בסעיף 15 לחוק העיקרי, כפי שתוקן בסעיף 4 להלן, באות למלא חלק חוקי זה".

שיעור הדברים, כי המחוקק ביקש למנוע ככל הניתן הוצאת חומר ארכיוני מארכיון ציבורי, כמו הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי; וראו בהקבלה סעיף 22(א) [לחוק העתיקות, תשל"ח-1978](#), האוסר על הוצאת עתיקה מישראל, אם היא "בעלת ערך לאומי" – אלא באישור השר, ואם אחרת היא, אלא באישור מנהל רשות העתיקות. דומה כי במישור הערכי יש דמיון, אם לא זהות, בגישת המחוקק בין עתיקות לחומר ארכיוני, ושניהם מייצגים נושאים בעלי אופי ציבורי-לאומי שהטיפול בהם אינו נותר בידי הפרט. ועל כל אלה, ראוי לקרוא בעיון את הכרעתו המפורטת של גנז המדינה ד"ר יעקב לזוביק מיום כ"ט בתשרי תשע"ג (15.10.12), על כל תכניה.

ח. אכן, חוות דעתו של חברי השופט הנדל אינה נדרשת לשאלת הבעלות בחומר נשוא הערעור, כיון שנותרים אנו בהכרעת הגנז; אך למעלה מן ההכרח יצוין, בהמשך לדבריו, כי האינדיקציות שבחומר לגבי מה שנעשה בשנות השישים מורות לעבר השאלת קבע, או כלשון הגנז – השאלה לצמיתות; בהן תיאורו של פרופ' שמעון שורצפוקס לגבי מצב החומר ב-1966, ואצטט את פסקה 6 לתצהירו: "כשהגעתי לבנין בו הוחזק החומר, חשכו עיני. הבנין שימש לפני כמקוה, והחומר היה מפוזר בין תאי ההלבשה ובין אמבטיות. גרוע מכך, חלק לא מבוטל מן החומר נפגע על-ידי הצפה בתקופה שקדמה לביקורי בבנין, וחלק מן התעודות לא ניתן היה להציל". ובפסקה 10: "מר קרל (מזכיר הקהילה היהודית בווינה – א"ר) אישר בפני שהחומר הארכיוני הוא פקדון, אך פקדון שישאר לעולמים בארץ. חוץ מן הרשימה, קהילת וינה דורשת לקבל מיקרופילמים או צילומים של תיקים להם היא תזדקק, ובזה מסתיימות כל הדרישות שלהם". דומה כי הביטוי "פיקדון" מצביע על פי עדות זו על השאלת קבע. עיון במסמכים שצירפו הצדדים לכתבי הטענות מעלה כי אכן היה – על פי מוצגי המערער – שימוש חוזר במונח הגרמני "השאלה" (Leihgabe) במכתבים מן הקהילה בווינה במועדים שונים משנות החמישים עד שנות השבעים למאה הקודמת וכן נתבקשה וניתנה רשות מטעמה לבקשת הארכיון המרכזי לשימוש חוקרים בחומר הארכיוני, בהתכתבויות משנות השבעים עד שנות האלפיים; יצוין עם זאת כי במכתב הקהילה למכס הוינאי מיום 18.8.66 נאמר, אמנם, כי החומר מועבר בהשאלה, והוא נשאר בבעלות הקהילה, אך הוסף "אשר זכותה לקבל תצלומי מיקרו וכו' בכל עת", מה שמצביע לכאורה על פניו על השאלת קבע, ומזכיר את האמור בתצהיר פרופ' שורצפוקס. ראו גם מכתב ד"ר א' ביין סגן מנהל הארכיון הציוני (ולימים מנהלו ואחר כך גנז המדינה אל ד"ר ג' הרליץ (מנהל הארכיון הציוני) מ-10.12.49 לעניין ההסכמה העקרונית להעברת הארכיון, ומכתב ד"ר הרליץ מ-5.12.50 המצטט את גב' אניטה מילר-כהן "אשר טוענת, כי היא דיברה עם הגורמים הנוגעים בדבר ובכללם גם נציגי הקומוניסטים בועד הקהילה, וכי גם הם הסכימו עתה להצביע בעת העברת הארכיון הזה, כשתגיע הצעה כזו". אין כל אינדיקציה לכך שהיתה התניית השבה. על קהילת וינה בשנות השישים ראו תום שגב, ויזנטל-הביוגרפיה (2010), 191 הכותב על "...הקהילה הקטנה, שנאבקה על מקומה בחברה אשר עוד לא שחררה את עצמה מהשפעותיו העמוקות של הנאציזם", והדברים מדברים בעדם.

ט. גם לשיטה של בעלות המערערת איפוא, פקדון קבע או השאלת קבע משמעו כי רק בנסיבות יוצאות דופן יבקש המפקיד או המשאליל להוציאם, וקשה להלום כי חלו נסיבות כאלה; אך שוב, בענייננו חל סעיף [N14 לחוק הארכיונים](#) על פי האמור בחוות דעת חברי, ודברים אלה הם למעלה מן הצורך המשפטי. לאחר שקראתי את חות דעת חברנו השופט מלצר, שאני מצטרף אף אליה, אטעים גם ברוח דבריו כי השאלה המיועדת להיות

"השאלת קבע" היא חזון נפרץ, למשל בבית כנסת (ספרי תורה ותשמישי קדושה), במוזיאונים (תמונות יקרות ערך), שההנחה היא כי יישארו קבע, במקום אליו הושאלו. אך המפקיד שומר לו את זכות הבעלות, בעיקר פורמלית למקרה נדיר וחרגי שירצה לשנות דעתו, כגון בשל שמירה לקויה, או סגירת המקום, או מקרה קיצוני אחר (של הגירה למשל). לא באלה עסקינן.

י. ומלה באשר לצד ההיסטורי מזה ולצד המעשי מזה. אשר לצד ההיסטורי-הערכי איננו נמצאים בחלל ריק. מה שאירע באוסטריה תחת הרייך ההיטלראי שאוסטריה היתה חלק ממנו, ומה שאירע ברחבי אירופה הכבושה על-ידי הנאצים ועוזריהם בימי האופל של השואה, הוא שגרם להעברת החומר למדינה היהודית, ישראל, אשר קמה מאפר השואה, תחת אשר יהא זרוק ומבוזה. האם במישור ההיסטורי העמוק לא מצא הארכיון את ביתו הנכון? אוסיף לכך, במישור המעשי, כי הצעותינו לפשרה כללו העברת כל החומר הארכיוני בפורמט דיגיטלי, וכן העברה לצורכי תצוגה מוזיאלית של חומרים אוטנטיים, כך שהמבקש לחקור – הכל פתוח לפניו, והמבקש להציג – אינו נפסד באמת.

יא. ולבסוף, לפני שנים לא מעטות נזדמן לי לכתוב: "העם היהודי הוא עם הזיכרון. הנביא ירמיהו אומר: 'הבן יקיר לי אפרים אם ילד שעשועים, כי מדי דברי בו אזכרנו עוד' (ל"א, י"ט). הדעת נותנת כי הזיכרון הנמשך, הנשמר בקפידה, הוא מיסודות קיומו של העם בגלגוליו בארצו ובגלות, בתלאות ההיסטוריה... מדינת ישראל, ביטוי לחזון הדורות, השתיתה את יסודותיה על אבני זיכרון" (ברשימה "זכור את אשר עשה לך עמלק" – העם היהודי והזיכרון" ספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 741-472; ראו גם פרשת השבוע (תשע"ב-2012), א' הכהן ומ' ויגודה עורכים, שמות, 209-210), ברשימתי "אבני זיכרון" בספר זיכרון ליובל הימן הי"ד (עתיד לצאת לאור) כתבתי עוד, כי "דוקא מדינת ישראל, המקום שבו נכתבת מחדש יום יום היסטוריה יהודית של העם, היא בעיניי צורה חדשה של קיום הזיכרון היהודי". הארכיונים הם שומרי הזיכרון, והפתיח להכרזת העצמאות מתעד את מושאי הזיכרון: "בארץ ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו... לאחר שהוגלה העם מארצו בכוח הזרוע, שמר לה אמונים בכל ארצות פזוריו... מתוך קשר היסטורי ומסורתי זה חתרו היהודים בכל דור לשוב ולהיאחזו במולדתם העתיקה". יהי שומר הזיכרון דנא במקום הראוי לו, מבלי לפגוע באפשרות הלגיטימית והרצויה כי עותק מלא ממנו יהא במקום בו נוצר מעיקרא, וכדברי הגנו ד"ר לזוביק בסוף הכרעתו "עלה בידינו להקים בישראל את מרכז העולם היהודי. יש לחזק אותו, לא לפזר את נכסיו".

כאמור, אצטרף לחבריי.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו של חברי, השופט נ' הנדל, וכן להערותיו של חברי, המשנה לנשיאה אי רובינשטיין.

בשל חשיבות הנושא – הנני מרשה לעצמי להוסיף דברים אחדים.

2. דומה עלי שאחרי החלטתו המנומקת והמלומדת של גנו המדינה (להלן גם: הגנו), ד"ר יעקב לזוביק, שפסק בתאריך 15.10.2012, מכח סמכותו לפי סעיף 14א' לחוק הארכיונים, התשט"ו-1955 (להלן: [חוק הארכיונים](#)) – כי אין הוא נותן הסכמתו להעברת החומר הארכיוני למערערת, הרי שנסתתמו טענותיה בהליכים שיזמה, מושאי הערעור, ובדין אלה נדחו על הסף. השוו – ביחס להיקף הביקורת האפשרית על החלטת הגנו – למה שנפסק, בהרכב מורחב, לגבי הודעת ההכרה של המדינה בחסינות עובדי ציבור ב-[רע"א 775/11](#) פלסקר נ' מדינת ישראל (11.08.2014).

בנושאים הללו – [חוק הארכיונים](#) הוא, לשיטתי, על פני הדברים – בבחינת lex specialis, הדוחה את הוראות [חוק השכירות והשאילה](#), תשל"א-1971 (להלן – [חוק השכירות והשאילה](#)) מכוח הוראות סעיפים 2, 27 ו-31 לחוק האחרון. יתר על כן אפילו היה [חוק השכירות והשאילה](#) חל על המכלול, כטענת המערערת – עדיין לא היתה המערערת יכולה לכאורה להצליח בתובענה שהגישה, שכן היא נתנה בפועל למשיבה רשיון בלתי הדיר למעשה – לעשות שימוש בחומרי הארכיב שהועברו לה על דרך של "השאלה מתמדת" (לפירוט בענין זה – ראו פסקה 5 שלהלן).

3. זאת ועוד – אחרת. כפי שגנו המדינה ציין בהחלטתו – המקורות הרלבנטיים מהתקופות בהן הועבר הארכיב לישראל (באין הסכמי התקשרות כתובים ופורמליים מאותם זמנים), לרבות כתבי ההיסטוריונית של קהילת וינה, גב' אוולין אדונקה – מלמדים שראשי הקהילה דאז (קהילה שרוב חבריה נספו, או התפזרו בעולם בעת השואה) ביקשו להשתתף, באמצעות העברת הארכיב לישראל, במפעל האדיר של שיקום העם היהודי בארצו. הנה כי כן מסירת הארכיון, כמו גם העברת עיקר ספריית הקהילה לארץ – לא היו בבחינת אירוע מבודד והם השתלבו עם פעולות נוספות שנעשו אז בקהילה שנותרה בווינה לאחר השואה, ובראשן: העברת עצמותיו של הרצל, חוזה המדינה – לירושלים. עיינו בספרה של DIE VIERTE GEMEINDE. DIE EVELYN ADUNKA (2000) 101-108 GESCHICHTE DER WEINER JUDEN VON 1945 BIS HEUTE (להלן: אוולין אדונקה, הקהילה הרביעית. תולדות יהודי וינה מ-1945 ועד היום (2000), או אוולין אדונקה).

4. ראייה לכוונות הנ"ל של קהילת וינה ניתן למצוא בדברי ההספד שנשא בשעתו מי שכיהן כנשיא קהילת וינה דאז, ארנסט פלדסברג בעת הלווייתו של ספרן הקהילה אברהם זינגר ז"ל, שנפטר בשנת 1958, שם הוא אמר, בין השאר, כך (על פי התרגום לעברית, כפי שהובא בהחלטת גנו המדינה הנ"ל, שם בעמ' 11):

"הקהילה שלחה את הארכיון הישן שלה לישראל, על-מנת שהוא ישכון שם לבטח לנצח. בעקבות הריסת חלק ממבנה הקהילה ברחוב זייטנשטטנגסה נגרמו נזקים קשים לארכיון. אברהם זינגר הוציא מתוך ההריסות כל תיק ותיק. הוא קרא וסידר כל מסמך מצהיב וכל קלסר, וקשר אותם כיאות. את הכל הוא ארו בעשרים מיכלים. את כל זה הוא עשה למרות שידיו היו מעוותות ממחלה עד שקשה היה לו להחזיק את התיקים, ורגליו החולות כמעט ולא נשאו את גופו. כאשר הציעו לו סיוע הוא סירב ואמר, בצניעותו, 'זאת תרומתי לישראל'".

(ההדגשה שלי – ח"מ).

(עיינו: אוולין אדונקה, בעמ' 306).

אמירה מרגשת זו ורקעה מחייבים 3 התייחסויות נוספות:

(א) דיון במשמעותה ובנפקותה של: "השאלה מתמדת", שהיא המסגרת המשפטית שבגדרה נעשו ההעברה לישראל וההפקדה בידי המשיב: הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי.

(ב) השלכות הסכם שיתוף הפעולה, שנחתם בתאריך 25.05.2003 בין: המערערת, המשיב ומוזיאון השואה בושינגטון – על ענינו.

(ג) הערות בדבר ההקשר שבין חומר ארכיוני ושימורו – לנושאי מורשת וזכרון לאומיים.

אפרט עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

5. המוסד המשפטי, שבגדרו נמסרו בשעתו ע"י המערערת החומרים הארכיוניים לידי המשיב, מתואר כ-"Permanente leihgabe" או כ-"Dauerleihgabe" (Permanent loan באנגלית, או "השאלה מתמדת" בעברית). עיינו פסקה 7 להחלטת גזו המדינה, המפנה בהקשר האמור לספרה של אוולין אדונקה, שם בעמ' 305 (המקורות שעליהם מסתמכת אוולין אדונקה בספרה לצורך זה הם: דו"ח של הקהילה בווינה, ידיעה שפורסמה בידיעון של "ארגון עולי מרכז אירופה מתאריך 17.10.1952 והתכתבות שהתקיימה בנושא).

מוסד זה של "השאלה מתמדת", או "הסדר שבחסד", מוכר בדיני חוזים וקנין והוא נפוץ בפרקטיקה של ארכיונים ומוזיאונים, הן במשפט המקובל והן במשפט הקונטיננטלי (עיינו: ARTANNE-MARIE RHODES, LAW AND TRANSACTIONS, Ch. 8, pp. 273-307 (2011); MARIE C. MALARO AND ILDIKO POGANY DEANGELIS, A LEGAL PRIMER ON MANAGING MUSEUM COLLECTIONS, The SIR BASIL HANNES ; Chapter On "Permanent Loans" (3RD Edition, 2012) UNBERATH AND ANGUS JOHNSTON, THE GERMAN LAW OF CONTRACT – A Peter Raue, Vertragsgestaltungen bei ; 152 (2nd ed., 2006) COMPARATIVE TREATISE unentgeltlichen Zuwendungen an Museen, in RECHTSFRAGEN DER INTERNATIONALEN MUSEUMSPRAXIS 3, 7 (Haimo Schack & Karsten Schmidt eds., 2006). הוא מזכיר במקצת את מוסד הרישיון שהתפתח בזמנו בארצנו. רישיון כזה הוא לרוב הדיר ואולם לפרקים אין הוא כזה. עיינו: פרופ' נינה זלצמן, רישיון במקרקעין, הפרקליט מ"ב 24 (1995) (להלן- זלצמן 1995); נינה זלצמן, "רשות חינוך" במקרקעין כ"השאלת מקרקעין" – גישת הסיווג והלכות "הרישיון במקרקעין", עיוני משפט ל"ה, 265 (2012). בקביעה אם הרישיון הדיר, או בלתי הדיר – הכל תלוי בנסיבות. ראו: ע"א 588/81 ציניק נ' הורוביץ פ"ד מ (1), 321 (1986); [ע"א 633/08](#) מינהל מקרקעי ישראל נ' חיטמן (09.04.2014).

הוא הדין במאטריה שלנו. ארכיונים ציבוריים, ספריות ציבוריות ומוזיאונים אמנם אינם נוטים בדרך כלל לערוך מיזמתם הסדרים של "השאלה מתמדת", ואולם הם מוכנים לקבל הסדרים כאלה כדי להקל על המעניק – למסור להם את האוסף, או את יצירת האמנות, במקרה המתאים (עיינו: מרלו ודינגליס, שם שם). המניעים של המעניקים – לבצע את ההתקשרות על דרך של "השאלה לצמיתות" ולא בצורה של "העברת בעלות" הם מגוונים, כפי שגם הגנו מציין בהחלטתו (שם בפסקה 7). הדבר נובע לעתים משיקולים משפטיים (כגון: חוקי ירושה) כלכליים (חוקי ייצוא ומיסוי), או רגשיים (רצון לקיים קשר עם אוסף שעובר לידיים ציבוריות). לפרקים בהתקשרויות מסוג זה המעניק מבקש להבטיח שההתחייבויות הניתנות לו בעת המסירה יקוימו גם בעתיד הרחוק, ובהתאם הוא כולל בחוזה תרופה של הפסקת השאלה, אם המוסד המקבל יחדל להתייחס כיאות לאוסף, או ליצירה המושאלת (בדבר: הטיפול הראוי בהם, קיטלוגם, הצגתם ושימורם וכו' – טיפוח שעלותו לרוב גבוהה). בנושאים אלו, כמו ברשיון, נוצר איפוא לעתים מעין "השתק קנייני" (Proprietary estoppel) כנגד המעניק. השוו: זלצמן 1995, בעמ' 31. במקרים שכאלה – אין המעניק רשאי לכפור ב"השאלה המתמדת" מכוח חובת תום הלב, החלה עליו מכוח סעיפים: 4, 27 ו-31 [לחוק השכירות והשאלה](#), בהנחה שהחוק האמור רלבנטי לענינו (לעתים שייכים לנושא אף [חוק השומרים, התשכ"ז-1967](#)) [וחוק הנאמנות](#), התשל"ט-1970).

6. על בסיס ההנחות הנ"ל – נראה שפועלת פה, בנסיבות הענין, מניעות כנגד המערערת, וזו מתחזקת במיוחד, בשים לב להסכם שיתוף הפעולה, שנחתם בתאריך 25.05.2003 בין: המערערת, המשיב ומוזיאון השואה

בושינגטון לתקופה בסיסית של שלושים שנה, עם אפשרויות חידוש בנות 5 שנים כל אחת, ואופציות לסיום (ראו: Article V להסכם הנ"ל – מוצג 14 למוצגי המערערות), וזאת כל עוד ההסכם האמור בתוקף. הטעמים לכך יובהרו להלן.

7. בהסכם שיתוף הפעולה הנ"ל (להלן – ההסכם) הכירה המערערת בהפקדה של חומרי הארכיון, מושאי הערעור, בידי המשיב ובתפקידו של המשיב לגביהם (שימור, החזקה, אחזקה ומחקר), כמו שהמשיב הכיר בבעלותה של המערערת בחומר שהועבר. תניות ההסכם אף שוללות במשתמע את תחולת הוראת סעיף 29 לחוק [השכירות והשאלה](#), נוכח הוראות סעיפים 27 ו-28(ג) לחוק האמור, המורים שבשאלה – הוראות [חוק השכירות והשאלה](#) יחולו כשאינן בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

יתר על כן על פי פרטי ההסכם – הדין הרלבנטי לגבי מחויבויות כל צד הוא הדין של מדינתו ומכאן שלא יכולה להתקבל טענת המערערת שסעיף 14א לחוק [הארכיונים](#) איננו ישים פה מאחר והעברת החומרים הארכיוניים נעשתה טרם חקיקתו, שכן הסכם שיתוף הפעולה נחתם כאמור בתאריך 25.03.2003, כאשר סעיף 14א הנ"ל כבר היה שריר וקיים. נושא אחרון זה מביא אותי לסוגיית הקשר שבין חומר ארכיוני ושימורו לבין תפיסת המורשת והזיכרון הלאומיים, בה אדון מיד בסמוך.

8. פרופ' פייר נורה הגדיר את היהודים כזוכרים וזה מה שהם לתפיסתו – זוכרים את יהדותם. ראו: פייר נורה, בין זיכרון להיסטוריה, על הבעיה של המקום, זמנים, חוברת 45 (1993); עיינו: ד"ר אורית קמיר, זיכרון קולקטיבי, משפט ואין נשים: איך אפשר לזכור נשים במשפט – בין עמלק ליפי הבלורית והתואר, ישראל חוברת 18-19, 183, (2011) ופיסקה י"א לחוות דעת חברי, המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין. על פי גישה זו ובהנחה [שחוק הארכיונים](#) הוא שמסדיר כאמור את המכלול שבפנינו – החומרים הארכיוניים שהועברו בשעתו לישראל ע"י המערערת "יש בהם עניין לחקר העבר, העם, המדינה, או החברה, או שהם קשורים לזכרם, או לפעולתם של אנשי שם", במשמעות סעיף 1 לחוק [הארכיונים](#). לפיכך אין להעבירם, אלא לגנוז, או לארכיון ציבורי אחר, אלא אם כן תינתן הסכמת הגנוז לכך ובתנאים שזה יקבע, כהוראת סעיף 14א לחוק [הארכיונים](#).

9. בהתבסס על האמור בפיסקה 8 שלעיל – חומרי הארכיון שהועברו הם איפוא גם בבחינת "נכסי תרבות לאומיים" (ראו: החלטת הגנוז) ונכסים מעין אלה, שנמסרו מרצון, יש בעקרון להחזיקם ולטפחם על פי כוונתם הראשונית, או המוסקת של מעניקיהם, ובלבד שישמרו ככאלה, מה גם שבינתיים הוחלו אצלנו כאמור על הנכסים הנ"ל הוראות [חוק הארכיונים](#). לפיכך אפילו שינו בינתיים חליפיהם הנוכחיים של המעניקים את הגישה המקורית שהניעה את ההענקה (בשים לב לכך שעתה ברצונם לפעול לשם הקמתו – בעתיד – של בית עדות לקהילתם בוונה) – אין להיענות להם. (השוו: ע"א 5717/95 וינשטיין נ' עו"ד פוקס, פ"ד נ"ד (5) 792 (2000); ובארה"ב (Georgia O'Keeffe Found. (Museum) v. Fisk Univ., 312 S.W.3d 1 (2009)). הטעם לכך כפול: (א) עם ההענקה ולאחריה היה פה שינוי מגביל הן במצב עובדתי (הטיפול שהוענק וממשיך להינתן לאוסף ע"י המשיב) והן במצב המשפטי (הכרה באוסף כ-"חומר ארכיוני" מוגן בישראל והסכם שיתוף הפעולה, שנחתם כאמור בתאריך 25.05.2003). (ב) ברי עדיף על שמא.

יתר על כן ההסתכלות על החומרים האמורים כאילו הם "נכסי תרבות לאומיים" מכתיבים אף הם את התוצאה אליה הגענו, שהרי ב"נכסי תרבות לאומיים" שנמסרו מרצון – הבעלות הפורמלית איננה בהכרח הגורם הבלעדי להכרעה בשאלת הקיום של הנכס, או ההחזקה בו, ובלבד שימשיך ויקויים רצונו המקורי של הבעלים, או המעניק, ככל שהוא מכוון לשימור הנכס וטיפוחו. חובה זו ממשיכה לחול כאן, כמובן, על המשיב, ויש להניח ולקוות שהיא תמולא על ידו כהלכה.

זה המקום להדגיש עוד כי ערכו של "נכס תרבותי" הוא, לרוב, כה רב עד שאין אפילו בידי מי שהוא בעל הזכות הקניינית, או המוסרית בו להורות על השמדתו (ובהיקש – גם על שינוי תנאי החזקה שהוסכמו לגביו, ככל שמדובר ב-"נכס תרבות לאומי" ככזה). אם להביא אנלוגיה אצייין, למשל, כי בהתחשב בכך שכתבי קפקא הוכרו כ"נכסים תרבותיים" – לא היה מקום לציית להוראתו של קפקא שהחלק הארי של כתביו יישרף. עיינו והשוו: פרופ' נילי כהן, צוואותיהם הנבגדות (?) של קפקא וברוד, קפקא, פרספקטיבות חדשות, עיוני מחקר 175 (עורכים: זיוה שמיר, יוחאי עתריה וחיים נגיד, 2013); Nili Cohen, The Betrayed(?) Wills of Kafka and ; (2013) Brod, issue 1 Law & Literature 1 (2015).

10. חזרנו לפיכך לנקודת ההתחלה ומכל הטעמים שצינו לעיל - דין הערעור להידחות, אף שיתכן והברירה שהועלתה בפני המערערת – לקבל את ההסדר שהוצע לה בהמלצתנו – ניתנת עדיין למימוש משום דרכי שלום, ודומני שראוי שכך ייעשה.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ט"ז סיון תשע"ה (3.6.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 12093660_Z10.doc מא+הי

תקדין
המאגר המשפטי
הטוב ביותר בישראל
מבית חשבים מידע עסקי

אין במידע המופיע באתר "תקדין*" או בשירות הניתן למנויי האתר כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או תחליף לייעוץ משפטי.