

היום, ז' כסלו ה'תשפ"ד (20.11.2023)

ע"א 8922/22

בבית המשפט העליון בירושלים

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בעניין:

**מכון ז'בוטינסקי בישראל**

בית ז'בוטינסקי, המלך ג'ורג' 38, תל אביב  
טלפון: 03-5287320  
כתובת דוא"ל: office@jabotinsky.org

ע"י ב"כ עוה"ד משה בלטר ו/או אורי אסא  
ממשרד בלטר גוט אלוני ושות', עורכי דין  
מרחוב יגאל אלון 96, תל אביב, 6789140  
טלפון: 03-5111111; פקס: 03-6246000  
כתובת דוא"ל: bgalaw@bgalaw.co.il

ועו"ד פנחס מרינסקי  
מרחוב בארי 26, תל אביב, 6423210  
טלפון: 03-6955577; פקס: 03-6955333  
כתובת דוא"ל: office@marinsky.com

**המעורר**

**-נגד-**

**1. המלך דוד מכירת פומביות בע"מ**  
מרחוב המדרגות 3, ירושלים, 9455116  
טלפון: 02-9900008

**2. זוהר שלומוב**  
ע"י ב"כ עוה"ד רייף ו/או אפלשטיין  
ממשרד רייף אפלשטיין, עורכי דין  
משדרות רוטשילד 3, תל אביב, 6688106  
טלפון: 03-7155100; פקס: 03-7155110  
כתובת דוא"ל: office@raiflaw.co.il

**3. היועצת המשפטית לממשלה**  
ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה – המחלקה האזרחית  
רחוב קריית המדע 5, בניין 3B ירושלים (הר חוצבים)  
טלפון: 073-3929649; פקס: 073-3929610  
כתובת דוא"ל: Civil-dep@justice.gov.il

**המשיבים**

**תשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה**

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מימים 23.2.2023, 24.4.2023, ו-6.9.2023 לפיהן על המשיבה 3, היועצת המשפטית לממשלה, להגיש את תשובתה להודעת הערעור שבכותרת עד ליום **20.11.2023**, מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה להגיש תשובה מטעמה, כפי שתפורט להלן.  
כל ההדגשות בתשובה זו הוספו.

---

מרווה בז'ה, עו"ד  
המחלקה האזרחית, פרקליטות המדינה  
ב"כ היועצת המשפטית לממשלה

## **א. אקדמת מילין**

1. עניין לנו בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטת חגית מאק-קלמנוביץ) מיום 27.10.2022 בת"א 48482-06-19 **מכון ז'בוטינסקי בישראל נ' בית המכירות Ltd King David Auction** (להלן: "**הערעור**" "**התביעה**" ו-"**פסק הדין**" בהתאמה). בית המשפט המחוזי קבע, כי המשיב 2 רכש בתנאי תקנת השוק, מכתב הכתוב בכתב-ידו של יוסף טרומפלדור, שמוען לאב ששכל את בנו, בנימין ורטהיימר ז"ל, חייל מגדוד נהגי הפרדות, בקרב על גליפולי, המתוארך לחודש דצמבר 1915 (להלן: "**המכתב**"). המכתב נחתם במשפט הקנוני: "**בנך נפל בתור גיבור בעד עם ישראל ובעד ארץ ישראל**". עדות טקסטואלית זו מקרינה על האמרה הקנונית המאוחרת יותר המיוחסת לטרומפלדור: "**טוב למות בעד ארצנו**". על המכתב מוטבעת חותמת "מוזיאון בית"ר" אשר בשנת 1947 שונה שמו ל"מכון ז'בוטינסקי", הוא המערער (להלן גם: "**המכון**"). המכון הוכר כבר בשנת 1958 כארכיון ציבורי בהתאם לחוק הארכיונים, התשט"ו-1955 (להלן: "**חוק הארכיונים**"), ולטענתו, הוא הבעלים של המכתב אשר הוצא ממנו בניגוד לדין.
  2. מנגד, טען המשיב 2, המחזיק במכתב, כי הוא הבעלים החוקי של המכתב וכי זכותו להציעו למכירה. לטענת המשיב 2, מכון ז'בוטינסקי, ככל הנראה, מכר את המכתב לפני שנים רבות כדי לממן את פעילותו, והוא רכש את המכתב בתנאי תקנת השוק בהתאם לסעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: "**חוק המכר**"). המשיב 2 טען, כי הוא קנה את המכתב מעיזבונו של אספן מסמכים יהודי אמריקאי בשם בוב כהן, באמצעות מר אדוארד רוזן, אספן אמריקאי העוסק באספנות תצוגה ומכירה של בולים ומסמכים יהודיים וישראלים, אשר מכר את עיזבונו של כהן ברשות יורשיו תמורת עמלה. לטענת המשיב 2, לרוזן ולו היכרות מוקדמת, והוא ראה את המכתב במסגרת תערוכה שערך רוזן בארץ. המשיב 2 ביקש לרכוש את המכתב במכירה פרטית, ורוזן מכר לו את המכתב תמורת 600 דולרים.
  3. היועץ המשפטי לממשלה הקודם אשר התייצב להליך בבית המשפט המחוזי, הביע את עמדתו לפיה המכתב מהווה מקור היסטורי ראשוני, הכרוך באחת הדמויות המרכזיות במסכת תולדות התחייה הלאומית של עם ישראל וכוח המגן העברי, ולפיכך הוא נכס תרבותי בעל אופי ציבורי לאומי, אשר גורלו הוא עניין ציבורי. כמו כן, סבר היועץ המשפטי לממשלה הקודם, כי לאור דיני הקניין התרבותי והוראות חוק הארכיונים, אשר גוברות לעמדתו על הוראות סעיף 34 לחוק המכר, והחשיבות שבשימור נכסי תרבות בכלל וחומרים ארכיוניים בפרט, יש להשיב את המכתב לידי מכון ז'בוטינסקי.
  4. בתשובתה לערעור דנן, תטען היועצת המשפטית לממשלה כי יש לקבל את הערעור, תשוב על העמדה כפי שהוצגה בבית המשפט המחוזי, וכן תחדד ותבהיר סוגיות נוספות לאור קביעותיו של בית המשפט המחוזי.
- ## **ב. רקע עובדתי**
5. כאמור, עניין לנו במכתב מקורי, אשר נכתב בכתב-ידו של יוסף טרומפלדור, אשר נשלח בדצמבר 1915 לאב ששכל את בנו, בנימין ורטהיימר ז"ל, חייל מגדוד נהגי הפרדות, בקרב על גליפולי. המכתב, נחתם במשפט הקנוני: "**בנך נפל בתור גיבור בעד עם ישראל ובעד ארץ ישראל**". עדות טקסטואלית זו מקרינה על האמרה הקנונית התאומה המיוחסת לטרומפלדור: "**טוב למות בעד ארצנו**", ויש בה חשיבות לדיון המחקרי ולהיסטוריה הלאומית של הציונות. כמו כן מתייחד מכתב זה בכך המסמך היחיד המוכר לנו בו כתב טרומפלדור בעברית, שפה בה לא נהג לכתוב בשגרה, ואף בכך יש לתרום לערכו ההיסטורי ולייחודו ביחס לכתבים אחרים שכתב.
  6. מכתבו של יוסף טרומפלדור, בו ניתן ביטוי לתפיסתו הידועה, מהווה נכס תרבותי הקשור בתחייתו הלאומית של העם היהודי בארץ מכורתו, ונודעת לו חשיבות היסטורית ולאומית מהמעלה הראשונה. תוכן המסמך וזהות מחברו קשורים בקשר הדוק לזהות הקולקטיבית-הלאומית, הציונית והישראלית.
  7. לידתו של ההליך דנן בכתבה שפורסמה באתר האינטרנט של העיתון "ישראל היום" ביום 11.6.2019, שכותרתה "טוב למות בעד ארצנו – גרסת המכתב". בכתבה צוין, כי המכתב האמור מוחזק בידי בית

המכירות הפומביות King David (להלן: "**בית המכירות**") ויעמוד למכירה ביום 24.6.2019 במחיר התחלתי של 100 אלף דולר, ובצילום הנלווה לכתבה, מופיע המכתב ועליו מוטבעים סמל תנועת בית"ר בצירוף הכיתוב "מוזיאון בית"ר".

8. לאחר שפורסמה הכתבה נחשפו לה עובדי מכון ז'בוטינסקי, שזיהו את חותמת מוזיאון בית"ר, והופתעו לגלות כי המכתב שנחזה כמסמך שהוחזק בידי מכון ז'בוטינסקי בעבר, ואמור להימצא בחזקתו, מוצע למכירה פומבית ללא ידיעת מכון ז'בוטינסקי או הסכמתו. בו ביום התקשר מנכ"ל המכון לבית המכירות ושוחח עם איש מכירות מטעם בית המכירות והבהיר לו כי המכתב שייך למכון, נלקח ממנו ללא רשות וכי בית המכירות אינו רשאי למכור אותו לאיש. איש המכירות השיב למנכ"ל המכון כי כשרות המכירה נבדקה מול מוכר המכתב, המשיב 2, וצירף אותו לשיחה ביניהם. במסגרת שיחתם, שהוקלטה בידי מנכ"ל המכון, טען המשיב, כי רכש את המכתב מעיזבונו של אספן אמריקאי, לו הוא סבור שהמכון מכר את המכתב לצורך מימון הוצאותיו כחלק מפרקטיקה שהייתה נהוגה בעבר. כמו כן ציין המשיב 2 בשיחה, כי **לאחר** רכישת המכתב פנה למכון "גנזים" ולארכיון מכון ז'בוטינסקי, על מנת לאמת את מקורות המכתב, מבלי שעובדי המכון העלו טענה ביחס לזכויותיו של המכון במכתב. יוער כי באותה שיחה טען מנהל המכון כי המכתב שהוצג בפני עובדות המכון אינו המכתב המקורי אלא העתק המכתב שהיה מצוי במכון "גנזים", וכי לפי בדיקתו, המשיב 2 ביקש לבדוק את אותנטיות המכתב ולא באם המכתב המקורי היה בידי המכון.

9. ביום 23.6.2019 הגיש מכון ז'בוטינסקי תביעה לסעד הצהרתי לבית המשפט המחוזי לפיו המכון הוא הבעלים של המכתב ודרש את השבתו לידי. יחד עם הגשת התביעה הוגשה גם בקשה לסעד זמני האוסר על מכירת המכתב במכירה פומבית. ביום 23.6.2019 ניתן צו ארעי שהפך לאחר מכן לצו מניעה זמני בהסכמת הצדדים, האוסר על מכירת המכתב. גם בהליך הערעור שבנדון ניתן צו מניעה זמני האוסר על ביצוע דיספוזיציה במכתב בהסכמת הצדדים, המורה למשיבים 1-2 להשאיר את המכתב במשמורתם והאוסר עליהם למכרו או לעשות בו כל שימוש אחר, עד להכרעה בערעור (החלטה מיום 6.2.2023).

### ג. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי

10. במענה לפניית המכון בבקשה שישקול את התייצבותו בהליך קמא, ולאחר בחינה ועיון בכלל החומרים והמסמכים בתביעה ובמסמכים נוספים, החליט היועץ המשפטי לממשלה הקודם להתייצב להליך בהתאם לסעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. היועץ המשפטי לממשלה הקודם, החליט להתייצב להליך לנוכח חשיבות המכתב כנכס תרבותי, והעניין הציבורי בו.

11. היועץ המשפטי לממשלה הקודם תמך בטענת המכון לבעלות במכתב אשר נתמכה באסמכתאות דוגמת הימצאות חותמת "מוזיאון בית"ר" על המכתב, וציון שמו של מכון ז'בוטינסקי על גבו של צילום המכתב, שהועבר לארכיון מכון "גנזים", ככל הנראה על ידי החוקרת שולמית לסקוב ז"ל אשר פרסמה ביוגרפיה שכתבה על יוסף טרומפלדור בשנת 1972. היועץ המשפטי לממשלה הקודם הביע את דעתו כי הוראת סעיף 14א לחוק הארכיונים מהווה הסדר מיוחד ומאוחר אשר דוחה את תחולתה של תקנת השוק. כמו כן צוין, כי אי-החלטה של תקנת השוק בענייננו מוצדקת כעניין של מדיניות שיפוטית, בראי האינטרס הציבורי במיגור תופעת גניבות מסמכי ארכיונים ציבוריים והלבנתם תוך הסתמכות פסולה על מנגנון תקנת השוק.

12. כמו כן, בוצעה סקירה מקיפה של האופן בו פורשו תנאיה של תקנת השוק במטלטלין בפסיקה ובספרות, ממנה עולה כי המשיב לא עמד בתנאי תקנת השוק. עיקרה של קביעה זו מבוססת על המסקנה, כי בעת רכישת המכתב המשיב התנהל בחוסר תום לב ותוך עצימת עיניים מובהקת, בכך שנמנע מבירורים בנוגע למעמדו הקנייני של המכתב עובר לרכישתו אף שהודה כי ראה את חותמת "מוזיאון בית"ר" המופיעה על המכתב. כמו כן צוין בעמדה, כי המכתב נרכש שלא בהתאם לערכו הממשי והריאלי, כי לא הוכח שהמכתב נרכש ממי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר וכי לא עלה בידי המשיב להוכיח כי המכתב מושא ההליך הוא שאכן נטען שנרכש. לנוכח עמדתו כי לא עלה בידי המשיב להוכיח עמידתו בתנאיה המצטברים של תקנת השוק, סבר היועץ המשפטי לממשלה הקודם כי יש להשיב את המכתב לחזקתו של המכון.

13. לבסוף, נטען כי גם דיני הקניין התרבותי מצדיקים את השבת המכתב לידי מכון ז'בוטינסקי. במסגרת זו נסקרו תכליותיו וביטוייו העדכניים של ענף משפטי זה, בדגש על סוגיית החזקתם של נכסי תרבות בידיים פרטיות. היועץ המשפטי לממשלה הקודם ציין שקיים אינטרס ציבורי משמעותי בהשבת המסמכים לחזקתו של מכון ז'בוטינסקי, בהיותו ארכיון ציבורי, באופן שהולם את דיני הקניין התרבותי.

#### ד. פסק הדין של בית המשפט המחוזי

14. בית המשפט המחוזי קבע כי הוכח לפניו, ולמעשה אין על כך מחלוקת לנוכח חותמת מוזיאון בית"ר המוטבעת על המכתב, כי המכתב היה בחזקתו של מוזיאון בית"ר בתקופה שקדמה לשנת 1947. אולם נקבע, כי לא הוכחה בעלות המכון על המכתב בעשרות השנים האחרונות. בהקשר זה ציין בית המשפט המחוזי כי: "באופן רגיל, ניתן היה להניח כי הזכויות שהוכחו לגבי העבר נמשכות והולכות. אולם לנוכח קיומן של **ראיות** אחרות מצד המשיב, עולה ספק בעניין זה" (סעיף 13 לפסק הדין).

15. בהמשך, ועל אף קביעתו בדבר "ראיות אחרות מצד המשיב", קבע בית המשפט המחוזי כי הגם שלא הובאו בידי מי מהצדדים **ראיות ישירות** בדבר נסיבות יציאת המכתב מידי המכון, יש לאמץ את **סברת** המשיב 2 כי קיימת אפשרות סבירה שהמכתב יצא כדן מחזקת המכון במסגרת פרקטיקה **נטענת**, לפיה בעבר נהגו מוזיאונים למכור פרטים מאוספיהם לצורך מימון הוצאותיהם. זאת, משעה שהמכון לא הציג ראיות המעידות על נסיבות הוצאת המכתב מהמכון או לסתירת טענות המשיב בדבר קיומו של נוהג כאמור. עוד ציין בית המשפט המחוזי, כי אפשרות זו מסתברת אף לאור העובדה שבוב כהן ז"ל, היה לפי עדותו של אדוארד רוזן, חבר בתנועה הרוויזיוניסטית ומקורב לראשיה. לפיכך, עולה הסבירות שבוב כהן ז"ל רכש כדן מהמוזיאון מסמכים בתחום התעניינותו.

16. באשר לעמידתו של המשיב בתנאי תקנת השוק במטלטלין קבע בית המשפט המחוזי, כי חרף הפער המשמעותי בין המחיר שבו נרכש המכתב (600 דולר) לבין המחיר שהתבקש עבורו במכירה הפומבית (100,000 דולר), מתקיימת בענייננו דרישת התמורה. זאת כיוון שערכו הממשי של המכתב "הושבח" לאחר הרכישה בזכות מחקרו של המשיב שאימת כי אכן מדובר במכתב אותנטי שכתב טרומפלדור, ומשעה שאין ודאות לכך שהמכתב אכן יימכר במכירה הפומבית במחיר המבוקש (סעיפים 35-38 לפסק הדין).

17. כמו כן קבע בית המשפט המחוזי, כי המשיב 2 רכש את המכתב בתום לב. באשר לתום הלב מבחינה סובייקטיבית קבע בית המשפט כי: "לאחר רכישת המכתב המשיב נקט בשורה של פעולות שחשפו את הימצאות המכתב ברשותו, כולל פניה למומחים העוסקים בתחום ואל הטוען לזכות עצמו, מכון ז'בוטינסקי. המשיב אף העמיד את המסמך למכירה פומבית, באופן החושף עצמו לעיני כל. התנהלות זו אינה מתיישבת כלל וכלל עם אפשרות שהמשיב סבר שיש פגם ולו קל ערך במעשיו או בקניין שרכש..." (סעיף 41 לפסק הדין).

18. באשר לתום הלב מבחינה אובייקטיבית קבע בית המשפט המחוזי, כי אמנם "על גבי המסמך הופיעה חותמת של מוזיאון בית"ר, וחותרת כזאת אכן עשויה לעורר שאלות בנוגע למקור המסמך. אך עם זאת, המשיב רכש את המכתב מאדם מוכר לו שהתקיימו ביניהם קשרי עבודה. הוא ידע כי מקור המכתב בעזבונו של בוב כהן, אף הוא אספן ידוע ומקצועי. כך שעל פני הדברים אין מדובר במקור מפוקפק או מעורר ספק." (סעיף 44 לפסק הדין) עוד ציין בית המשפט המחוזי, כי המשיב העיד כי בדק בגוגל ולא מצא תוצאות לחיפוש מוזיאון בית"ר ורק לאחר בדיקה מעמיקה יותר הגיע למכון ז'בוטינסקי, ואף העיד על קיומה של פרקטיקה של מכירה לגיטימית של מסמכים מאוספי מוזיאונים. לבסוף ציין בית המשפט המחוזי, כי "אמנם תום הלב נבחן במועד ביצוע עסקת הרכישה. אולם לא ניתן להתעלם מכך שהמשיב ערך בירורים במכון ז'בוטינסקי לאחר רכישת המכתב, והדבר לא עורר תמיהות או תגובה כלשהי מצידו של המכון..." (סעיף 45 לפסק הדין).

19. לצד זאת, בית המשפט נדרש לטענות שהובאו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה הקודם, תוך התמקדות בטענות הנוגעים לדיני הקניין התרבותי. במסגרת זו נקבע כי "המונח של קניין תרבותי עלה אמנם במספר פסקי דין והוכר כערך ראוי להגנה. אולם בפסקי הדין אליהם הפנה ב"כ היועץ המשפטי הוכרה זכות הקניין התרבותי כזכות משלימה לזכויות הקניין, ולא כזכות נוגדת העומדת בפני עצמה" (פסקה 48 לפסק הדין).

עוד ציין בית המשפט המחוזי, כי אף חוק הארכיונים מבחין בין חומר ארכיוני המצוי ברשותו ובניהולו של הגנז, מנהל ארכיון מדינת ישראל, לבין חומר ארכיוני המצוי בידיים פרטיות.

20. לבסוף, עמד בית המשפט המחוזי על מספר שיקולים נוספים שלפיהם בנסיבות המקרה דנן אין מקום להעדיף את האינטרס הציבורי על פני קניינו של המשיב. בכלל זה, צוין שמכון ז'בוטינסקי אשר ביקש לשלול את זכות הקניין של המשיב אינו רשות שלטונית כי אם גוף פרטי, הגם שלא כזה הפועל למטרות רווח. עוד צוין, כי חוק הארכיונים נחקק בשנת 1955 ואך בשנת 1958 הוכר המכון כארכיון ציבורי. לפיכך, ולאור קביעת בית המשפט המחוזי שלפיה אין כל ראיה לכך שהמכתב היה בחזקתו של מכון ז'בוטינסקי לאחר כניסתו של חוק הארכיונים לתוקף, קיים ספק בשאלת תחולת חוק הארכיונים במועד בו יצא המכתב מרשות מוזיאון בית"ר. עוד נקבע כי "אכן, אין ספק באשר לחשיבות ההיסטורית והתרבותית של יוסף טרומפלדור, פועלו והערך ההיסטורי שיש בשימור החומר הקשור אליו. ועם זאת, ספק אם מכתב בודד זה שכתב נמנה על אותם מסמכים יחידי סגולה, נכסי צאן ברזל של העם היהודי, המצדיקים שלילת הקניין והפקעתם מידי בעליהם לצורך החזקתם על ידי מכון ז'בוטינסקי."

21. לאור כל האמור, דחה בית המשפט המחוזי את תביעת המכון למתן סעד הצהרתי שלפיו הוא הבעלים של המכתב ולהשבתו לידי, משלא הוכח שהמכתב יצא מידי מכון ז'בוטינסקי בניגוד לדין, ומשנמצא כי הבעלות במכתב הועברה למשיב בהתאם לתנאי תקנת השוק במיטלטלין.

#### **ה. טענות המערער**

22. המכון סבור כי בית המשפט המחוזי טעה בקביעתו לפיה המכתב יצא מחזקתו כדין לפני שהוכרז כארכיון ציבורי, מסקנה המבוססת לטענת המכון על הטלת נטלים ראיתיים בלתי סבירים על המכון והתבססות על סברות לא מבוססות ובלתי מוכחות שהופרחו לאוויר על ידי המשיב. לטענת המכון, נקודת המוצא העובדתית עליה אין מחלוקת היא שהמכתב הוחזק בידי בעת שנקרא מוזיאון בית"ר, כנלמד מהחותמת המופיעה עליו. לטענת המכון לא היה מקום לאמץ את גרסת המשיב לפיה 'מנהל קודם של המכון מכר את המכתב לצורך מימון הוצאות המוזיאון במסגרת פרקטיקה שנטען שנהגה באותה עת'. לשיטתו, טענת המשיב וקביעת בית המשפט שאימצה אותה, מבוססת על סברה כללית שלא הוכחה, לא בדרך כלל ולא בעניינו של המכון, אינה תואמת את הגישה הנהוגה במכון, והיא לא נתמכה אף לא בראשית ראיה.

23. עוד טוען המכון, כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו לפיה יש להחיל בעניינו את תקנת השוק במיטלטלין ובקביעתו כי המשיב עמד בתנאיה. המכון טוען, כי נקבע בפסיקה שחוק הארכיונים הינו חוק מיוחד הדוחה תחולתן של הוראות חוק אחרות בעלות תחולה כללית, וכי איסור ההעברה הקבוע בחוק הארכיונים גובר על ההגנה המוקנית מכוח תקנת השוק במיטלטלין. עוד נטען, כי בחינת התנהלות המשיב בראי תנאי תקנת השוק, מעלה כי לא עלה בידי להוכיח כי הוא עונה לתנאי הגנת תקנת השוק. במסגרת זו ניתן דגש מיוחד בטיעוני המערער לכך שהמשיב לא הוכיח כי רכש את המכתב בתום לב, זאת לנוכח הודאתו כי לא ערך כל בדיקה ביחס למכתב עובר לרכישתו אף על פי שמוטבעת עליו חותמת מוזיאון בית"ר.

#### **ו. עמדת היועצת המשפטית לממשלה**

24. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה נפלו מספר שגיאות משפטיות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, באופן אשר מצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור בפסק הדין. זאת, בשים לב לדיני הקניין התרבותי ותכליות חוק הארכיונים אשר יש לבחון לאורם את שאלת הבעלות במכתב, נטלי הראייה, ותנאי תקנת השוק במיטלטלין. בחינת עניינים אלה מובילה למסקנה כי המשיב לא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח כי הוא הבעלים החוקי של המכתב, והכל כפי שיפורט להלן.

**ו.1. לאור דיני הקניין התרבותי ותכליות חוק הארכיונים, ולנוכח נסיבות המקרה הקונקרטי, נטל הראייה להוכחת אופן יציאת המכתב מידי מכון ז'בוטינסקי מוטל על המשיב**

25. ענף דיני הקניין התרבותי הוא ענף משפטי שהעיסוק בו התפתח בשנים האחרונות, ועוסק בזכויות הקניין על נכסי תרבות – חפצים ארכיאולוגיים, אתנוגרפיים והיסטוריים, יצירות אמנות וארכיטקטורה – בעלי ערך ייחודי המצדיק את שימורם (ע"א 8323/17 **מדינת ישראל נ' בעהם**, פסקה 33 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 20.5.2019)) (להלן: "**עניין בעהם**"). ביסוד ההסדרה המיוחדת של ההגנה על נכסי תרבות ניצבת ההנחה "כי שליטה וכוח ריבוני על אותם נכסי תרבות מוצדקים לנוכח המרכזיות והתפקיד המכונן של אותם נכסים בכל הנוגע למארג קשרי ההיסטוריה, התרבות והזהות של קבוצה מובחנת כגון עם, קהילה או מדינת לאום" (גיא פסח "בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון" **משפטים** מח 91, 113 (2019)).
26. כפי שהגדיר זאת בית המשפט העליון בעניין בעהם (פסקה 34): "דיני הקניין התרבותי עוסקים בשאלות כמו: האם יש לשמר מבנה באוהאוס מוזנח בתל-אביב ...; האם יש לשמור מסמכים או חפצים היסטוריים בארץ (ראו: עניין הארכיון המרכזי); כיצד יש להגן על נכסי תרבות במקרה של סכסוך מזוין בהתאם לאמנת האג 1954; ...וכן, האם נכס תרבותי מסוים מקומו בחזקתה של המדינה או בידיו של גורם פרטי. התשובות לשאלות אלה נגזרות בראש ובראשונה ממארג נורמות המסדירות את המגבלות והחובות בקשר לקניין תרבותי. במשפט הישראלי ניתן למנות בין נורמות פנימיות אלה את חוק הספרייה הלאומית, התשס"ח-2007; חוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983; חוק העתיקות, התשל"ח-1978; חוק בית העצמאות, התשס"ט-2009; וחוק הארכיונים".
27. סוגיה מרכזית בדיני הקניין התרבותי היא חובת ההשבה של נכסי תרבות. סוגיה זו מתעוררת לרוב במישור הבינלאומי – קרי, השבת נכסי תרבות למדינת מוצאם – אולם היא רלוונטית גם במישור המדינתי, ביחס לשאלת החזקתם של נכסי תרבות בידיים פרטיות, והטלת מגבלות על הבעלות וההחזקה בהם או על אפשרות העברתם בין פרטים (להרחבה ראו: John Henry Merryman, *The Retention of Cultural Property*, 21 (U.C Davis L. Rev. 477 (1988)).
28. כפועל יוצא מהאמור נקבע בפסיקה, כי טיוטות מגילת העצמאות הן חלק מהנכסים התרבותיים של מדינת ישראל, עדות לעברנו, חלק מהזהות הקולקטיבית שלנו, ומשכך קיים אינטרס ציבורי משמעותי להשבתן לידי המדינה, על אף השיהוי, כביכול, שננקט מצד המדינה (עניין בעהם, פסקה 35 לפסק דינו של השופט מינץ). בפסק הדין נקבע, שאין מקום לתת לתביעה לסגת מטעמי שיהוי בלבד נוכח הטעמים העומדים בבסיס תביעה לקניין תרבותי. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, יש לתת משקל לאינטרס הציבורי גם בבחינת נטלי הראייה ובבחינת קיומם של תנאי תקנת השוק ביחס לנכסי תרבות (ראו: ע"א 5664/93 **כנען נ' United States of America**, פ"ד נא(1) 114, 126 (1997) (להלן: "**עניין כנען**").
29. זאת ועוד, ישנן מגבלות וחובות שונות מכוח החוק והפסיקה, העשויות לחול על מי שבדין זכות קניינית בנכס תרבות. יפים לעניין זה דברי השופט מלצר בפסקה 9 לפסק דינו בע"א 9366/12 **Kultusgemeinde Wein נ' הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי** (נבו 3.6.2015) (להלן: "**עניין הארכיון המרכזי**"). "...יתר על כן, ההסתכלות על החומרים האמורים כאילו הם "נכסי תרבות לאומיים" מכתיבים אף הם את התוצאה אליה הגענו... **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 ההחזקה שהוסכמו לגביו, ככל שמדובר ב-"נכס תרבות לאומי" ככזה)**" [ההדגשה הוספה – הח"מ].
30. בענייננו, מכתבו של יוסף טרומפלדור מהווה נכס תרבותי. הן תוכן המסמך והן זהות מחברו קשורים בקשר הדוק לזהות הקולקטיבית-הלאומית, הציונית והישראלית. יצוין, כי נכס תרבותי לא נבחן לפני עצמו, אלא במסגרת ההקשר התרבותי והפיזי שבו נוצר ונשמר. דה-קונטקסטואליזציה של קניין תרבותי עשויה לפגוע בתרבות נתונה ובנוסף לפגום בעצם המעמד התרבותי של החפץ גופא, כמו גם בפוטנציאל המחקרי שלו (John Henry Merryman *The Public Interest in Cultural Property* 77 Cal. L. Rev. 339, 357-358 (1989); (John Henry Merryman, *Cultural property ethics*, 7 IJCP 21, pp. 27-29 (1998)).

31. המכתב של טרומפלדור נושא את חותמת מוזיאון בית"ר, שמו הקודם של המכון. מדובר במוסד המוקדש, בין היתר, לתיעוד ושימור העבר הצבאי של היישוב החדש, כאשר ראשי התיבות בית"ר הם "ברית יוסף טרומפלדור" באופן המשמר את מורשת טרומפלדור. זאב ז'בוטינסקי, אשר על שמו נקרא המכון כיום, היה חברו ושותפו של טרומפלדור בהקמת הגדודים העבריים. כמו כן, מכתב המענה למכתב מושה הערער מצוי אף הוא במכון. משכך, ההקשר הקונטקסטואלי של המסמך – מכתב של טרומפלדור לאב של חייל שנספה בקרב – מצדיק אף הוא את שמירתו באוסף מסוג זה, המעגנו בהקשר הנכון ומעניק לו את הנופך הרלוונטי.
32. לסיכום האמור עד כה, למכתבו של טרומפלדור ערך זהותי-לאומי, תרבותי והיסטורי. משכך קיים אינטרס ציבורי בהשבתו של המכתב לידי מכון ז'בוטינסקי, **הארכיון הציבורי המיועד לשימורם של מסמכים ארכיוניים מעין אלה**, שנקבע כי שם היה משכנו וכי לשם הוא הופקד מלכתחילה.
33. אף הוראות חוק הארכיונים תומכות בחשיבות השמירה על מסמכים ארכיוניים שהופקדו בארכיון ציבורי, ומניעת העברתם לידיים פרטיות. מראשית ימיה, ביקשה המדינה להסדיר את השמירה על כתבים בעלי חשיבות לאומית והיסטורית. מטעם זה, עוד בשנת 1955 חוקק חוק הארכיונים, במסגרתו נקבעו הסדרים לשמירתם, להוצאתם מן הארץ, ולביעורם של חומרים ארכיוניים, והוראות בעניין עיון הציבור בחומרים אלו. כמו כן, כלל החוק הוראות שעניינן פיקוח הגנז' על חומר ארכיוני ורישומו. לצד הסדרים אלו, החוק מסמך את הממשלה להכריז על ארכיון המנוהל על ידי מוסד ללא כוונת רווח ואשר עומד בתנאים שנקבעו בתקנות, כארכיון ציבורי (ראו: תקנות הארכיונים (תנאים לאישור ארכיונים ציבוריים והסדרים לניהולם), תשי"ח-1957 (תקנה 1) (להלן: "תקנות ארכיונים ציבוריים")).
34. במסגרת תיקון לחוק הארכיונים משנת 1981 (חוק הארכיונים (תיקון מספר 2), תשמ"א-1981, (להלן: "תיקון מספר 2")) נוספו לחוק הוראות שונות, ובהן רלוונטי לענייננו סעיף 14א בו נקבע כי:
- "(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 הגנז' ובתנאים שקבע."**
35. יוער, כי מן ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף עולה כי תחולתו מתפרשת אף על חומר שהוחזק בארכיון ציבורי עובר לכניסתו לתוקף. זאת, עת במסגרת ההצבעה על התיקון בקריאה שניה דחתה מליאת הכנסת הסתייגות שביקשה להגביל את תחולת החוק רק לחומרים שהופקדו בארכיון ציבורי לאחר כניסתו לתוקף (ד"כ 24.3.1981, 2267. ראו גם בג"ץ 7450/21 ששון נ' גנז' המדינה (נבו 27.12.2022) (להלן: "עניין ששון") בסעיף 20 לפסק דינו של כב' השופט עמית).
36. בדברי ההסבר לתיקון מספר 2 הוסבר, כי "להכרה בארכיון כארכיון ציבורי יש צד זכות וצד חובה". מצד אחד, ההכרה בארכיון כארכיון ציבורי מטילה על בעל הארכיון ומנהלו חובות שונות, אך מנגד מעשה ההכרה על הארכיון כציבורי משקף הכרה רשמית של המדינה באיכותו המקצועית של הארכיון ובאופי הציבורי של פעילותו, באופן אשר מקל על הארכיון הציבורי לקבל לרשותו חומר ארכיוני מאת תורמים ציבוריים ופרטיים (הצ"ח תש"מ, 219). ניכר, כי אף מחוקק המשנה ראה חשיבות בשמירה על מסמכים ארכיוניים בארכיונים ציבוריים, עת נקבע כי חומר שהופקד בארכיון שההכרה בו כארכיון ציבורי בוטלה, יועבר לגנז' המדינה או לארכיון ציבורי אחר (תקנה 11(ב) לתקנות ארכיונים ציבוריים).
37. עניינו הוראות, כי במסגרת סעיף 14א לחוק הארכיונים ובתקנות שהותקנו מכוחו, נקבע איסור על העברתו של חומר ארכיוני שהוחזק בארכיון ציבורי, שלא לידי ארכיון ציבורי אחר או בכפוף לאישור הגנז'. בעניין הארכיון המרכזי, נדרש בית המשפט הנכבד לשאלת היחס בין הוראות סעיף 14א לחוק הארכיונים לבין הוראות חוק כלליות אחרות ודיני הקניין הפרטי. בית המשפט העליון קבע, כי הוראות חוק הארכיונים מהוות דין מיוחד הגובר על הוראותיו הכלליות של חוק השכירות והשאלה, ומהוות "המסגרת הנורמטיבית

העליונה החולשת על נסיבותינו. זאת לאחר עריכת האיזונים הנדרשים בין סוגיית הבעלות לבין האינטרס הציבורי הקיים בחומר מעין זה" (שם, בפסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט הנדל).

38. כמו כן יצוין, כי בעניין ששון הזכיר כב' השופט עמית את קביעותיו של בית המשפט הנכבד בעניין הארכיון המרכזי, וציין כי: "השילוב של עניין בעהם ועניין וינה מצביע על כך שבתחרות בין דיני הקניין הרגילים לבין דיני הקניין התרבותי, ידו של האחרון על העליונה." באותו עניין נקבע כי: "יהיה על בית המשפט האזרחי להתחשב בדיני הקניין התרבותי; להתחשב בכך שהחזרת אוסף למפקידו, הוא חריג שבחריגים במאטריה המיוחדת של ארכיונים כפי שהוסבר לעיל; להתחשב בהלכת וינה, שם נקבע כי סעיף 14א לחוק הארכיונים הוא חוק מיוחד הדוחה את תחולת חוק השכירות והשאלה, תוך בחינת האפשרות כי סעיף זה דוחה גם את תחולת סעד ההשבה בדיני החוזים ודוחה חוקים אחרים כמו חוק השומרים או חוק המיטלטלין, התשל"א-1971..." (פסקה 23 לחוות דעתו). במאמר מוסגר יצוין, שעל פסק הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף (דנג"ץ 2764/23) אשר נדחתה בהחלטה מיום 1.11.2023.

39. הנה כי כן, הפסיקה הכירה בחשיבותם של נכסי התרבות, ובצורך לפרש את חוקי הקניין הכלליים בשים לב לדיני הקניין התרבותי במקרים המתאימים לכך. לאור האמור, בבואנו להכריע בשאלת האופן בו יצא המכתב מידי המכון, יש לבחון על מי מהצדדים מוטל נטל הראיה בנסיבות, ותוך מתן משקל לתכליות דיני הקניין התרבותי.

40. יוער, כי תנאי תקנת השוק במיטלטלין כפי שנקבעו בחוק הישראלי, כלל אינם עוסקים בשאלה כיצד יצא הנכס מחזקת הבעלים המקורי, ובפסיקה נקבע כי אין לבחון את התנהלותו בנסיבות העניין (ראו: עניין כנען, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן; דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 660, 632 (2003) (להלן: "דנ"א כנען"); איל זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 - פירוש לחוקי החוזים 690 (1987) (להלן: "זמיר")). לפיכך, אף הפסיקה הישראלית לא עסקה בשאלה על מי מוטל הנטל להוכיח כיצד יצא הנכס מידי בעליו המקוריים.

41. לעומת זאת, בדין האמריקאי, לדוגמה, רכישה או מכירה של נכסי תרבות מטילה חובת חקירה ובדיקה מעמיקות, ורכישה בתום לב ובתמורה של נכסי תרבות גנובים איננה מספקת הגנה נוסח תקנת השוק (ראו: Marilyn Phelan, Cultural Property, 34 INT'L L. 697, 704-705 (2000) (להלן: "Cultural Property"). לפיכך, במשפט האמריקאי ישנה חשיבות לבחינת הדרך בה יצא החפץ שבמחלוקת מידי בעליו המקוריים, וסוגיה זו נדונה אף בפסיקה האמריקאית. כך, בפסק הדין בעניין *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell*, 77 N.Y.2d 311 (1991), נקבע כי יש להטיל את הנטל לחקור את מקורה של יצירת אומנות על הרוכש הפוטנציאלי:

**"The better rule gives the owner relatively greater protection and places the burden of investigating the provenance of a work of art on the potential purchaser [...] We agree with the Appellate Division, for the reasons stated by that court, that the burden of proving that the painting was not stolen properly rests with the appellant Mrs. Lubell."** (pp. 320-321)

42. יוער, כי בשל היקף המסחר בנכסי תרבות בשוק האמריקאי, אף הספרות האמריקאית עוסקת בשאלת נטל הראייה ביחס לדרך יציאתם של נכסים אלו מבעליהם המקורי. כך, ציינה החוקרת מרילין פלאן במאמרה Cultural Property כי על אספנים לבצע חקר מוצאות עבור חפצי אמנות יקרי ערך ופריטי אספנות:

**"Collectors and their professional advisors must conduct due diligence investigations for valuable art objects and collectibles... Courts in New York, which is the center of the art and cultural property market in the United States,**



**have imposed an affirmative obligation upon buyers and collectors of cultural property to investigate the background of cultural property in their possession."**

43. כמו כן צוין שם, שאף על פי שלפי סעיף 22 U.S.C. 2459 (להלן: "חוק החסינות הפדרלי"), הקובע חסינות מתפיסה של כל יצירת אמנות תוך כדי תערוכה בכל מוזיאון, מכללה, אוניברסיטה, או ארגון תרבות ובמהלך הדרך אליה או ממנה, מחלקת המדינה דורשת מכל מי שמגיש בקשה בהתאם לחוק זה, להצהיר שהוא ערך בירור לגבי מקורם, או שרשרת הבעלויות, של החפצים המוצגים (דרישה דומה ניתן למצוא בסעיף 4 לחוק השאלת נכסי תרבות (הגבלת סמכות שיפוט), תשס"ז-2007. כמו כן ראו את דו"ח הצוות הבין משרדי להסדרת חקר מוצאות לנכסי תרבות שנגזלו בשואה ונמצאים בישראל, 18.04.23. <https://www.gov.il/BlobFolder/news/new-18-04-2023/he/reprot-2023.pdf>. עוד על המבקש חסינות מתפיסה מכוח חוק החסינות הפדרלי, לאשר שאינו יודע או שאין לו סיבה לחשוד כי ביחס לכל אחד מהחפצים המוצגים יש פוטנציאל לתביעות בעלות סותרות. כך גם מועצת המנהלים של איגוד המוזיאונים האמריקאי (AAM) קבעה הנחיות לפיהן המוזיאונים צריכים לחקור אודות המוצא של חפצים מהתקופה הנאצית לפני רכישתם עבור האוספים שלהם – בין אם מדובר ברכישה, במתנה, בירושה או בהחלפה. צוין, כי מוזיאונים צריכים ליצור קשר עם ארכיונים מבוססים, מאגרי מידע, סוחרי אמנות, בתי מכירות פומביות, תורמים, וחוקרים שעשויים לספק מידע אודות מוצאם של חפצים מהתקופה הנאצית.
44. אף במאמרה *Scope of Due Diligence Investigation in Obtaining Title to Valuable Artwork*, 23 SEATTLE U. L. REV. 631 (2000) פירטה החוקרת מרילין פלאן שיקולים רבים המצדיקים את חיובם של רוכשים פוטנציאליים לערוך בדיקות נאותות ליצירות אומנות.
45. בענייננו, כאמור, הצדדים חלוקים בשאלת האופן בו יצא המכתב מידי המכון. לטענת המכון, המכתב נגב ממנו והמכון הוא הבעלים החוקי של המכתב, ולטענת המשיב 2 המכון מכר את המכתב בעבר לצורך מימון פעילותו. אולם, המשיב 2 לא הביא כל ראיה או אסמכתא בדבר רכישת המכתב כדין מידי מוזיאון בית"ר או מכון ז'בוטינסקי על ידי מאן דהוא, ואפשרות זו הועלתה כהשערה בלבד. הן המשיב 2 והן מר רוזן לא ערכו בדיקות אודות שרשרת הבעלויות במכתב, כפי שמצופה במיוחד במקום בו מופיעה על גבי המכתב חותמת רשמית של ארכיון ציבורי. המשיב 2 טען בעלמא כי ייתכן שהמכתב יצא מרשות מוזיאון בית"ר לידיים פרטיות טרם חקיקת חוק הארכיונים וכי אין בחותמת המוזיאון על המכתב ללמד על בעלות המכון כיום, אולם כאמור, לא הובאה כל ראיה לטענה זו.
46. יודגש, כי הטענה בדבר מכירה לכאורה כדין הועלתה לראשונה כעדות סברה בשיחת הטלפון שהתקיימה בין המשיב 2 למנהל המכון (תמלול השיחה צורפה כנספח י"א לתצהיר מנהל המכון). בשיחה זו טען המשיב 2 בפני מנהל המכון כי: "לפניך כנראה, עוד פעם זה הכל דמיון שלי, לפניך היה מנהל שמכר את המכתב.... עוד פעם, כנראה מכר את המכתב לאספן בשם "בוב כהן" שהוא היה גר בארצות הברית בניו-ג'רזי, חוקי" (עמוד 11, שורות 4-1, לתמלול השיחה). אף בתצהירו טען המשיב 2 כי: "הסברה כי מכון ז'בוטינסקי אכן מכר פריטים היסטוריים בעבר אינה כה מופרכת כפי שמנסה לצייר אותה מכון ז'בוטינסקי" (סעיף 45 לתצהיר). הנה כי כן, המשיב 2 עצמו, מודה כי מדובר בסברה בלבד אשר לא הובאה כל ראיה לתמוך בה. בית המשפט המחוזי ציין כי "מר מיטנשיק לא יכול היה להעיד מידיעה אישית בעניין, ולא הובאו עדים אחרים מטעם המוזיאון ששללו אפשרות של הנהגת אותה פרקטיקה במוזיאון ז'בוטינסקי" (סעיף 28 לפסק הדין). אולם, אף המשיב 2 לא העיד דבר מידיעה אישית. מנהל המכון ציין מפורשות, שמכר כאמור "אינו מתיישב עם נהלי הארכיון" ואינו מתיישב עם "הדני"א של המקום" (סעיף 15 בפסק הדין). יתירה מכך, כבר בשיחת הטלפון ציין מנהל המכון, כי מכירה כאמור מנוגדת למסורת של מכון ז'בוטינסקי וכי יש "תמרור אדום לכל רעיון כזה של מכירה" (עמוד 11 שורה 27 לתמלול השיחה). מנהל המכון ציין גם כי "זהו משהו שנשמע כיהרג ובל יעבור" (עמוד 15, שורה 15 לתמלול השיחה).

47. כמו כן, המכון הציג צילום של המכתב שהועבר לידי ארכיון מכון "גנזים", ככל הנראה על ידי החוקרת שולמית לסקוב ז"ל (נספח י"א להמרצת הפתיחה), אשר פרסמה ביוגרפיה שכתבה על יוסף טרומפלדור בשנת 1972. על גבי צילום המכתב שבנדון צוין שם המכון, דבר המלמד בסבירות גבוהה כי מצלם המכתב או מי שמסר התצלום לידי מכון גנזים, עיין בו בעת שהמכתב היה ברשות המכון. כמו כן, הציג המכון מכתב מיום 22.10.1944 עליו חתומים ישראל ורפאל רוזוב, אחיה של אסתר עוזיאל לבית רוזוב, ארוסתו של טרומפלדור, במסגרתו צוין כי חגורת בד של טרומפלדור, אותה מסר לארוסתו, נשמרה על ידיה במשך שנים וכי היא נמסרה למוזיאון בית"ר "לשמירת נצח". מכתב זה מעיד על כוונותיה של עוזיאל אשר מסרה את חפציו וכתביו של טרומפלדור למוזיאון בית"ר, ומקטין את ההסתברות לכך שהמכון מכר את המכתב.

48. לאור האמור לעיל, ובשים לב לתכליות דיני הקניין התרבותי, לנסיבות המקרה הקונקרטיות, ולשילובן יחד, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, שגה בית המשפט המחוזי עת ביסס את קביעותיו על השערות של המשיב 2 בלבד, ומבלי שהובאו ראיות להוכחת השערה זו. המשיב 2 לא הוכיח כי הייתה קיימת פרקטיקה של מכירת מסמכים ארכיוניים על ידי ארכיונים ציבוריים בכלל, ועל ידי מכון ז'בוטינסקי בפרט. המשיב 2 לא הניח כל תשתית ראייתית לטענתו לפיה המכון אשר מתמחה ואמון על שמירה של כתבי טרומפלדור ימכור את המסמך היחיד המוכר לנו בו טרומפלדור כתב בעברית. זאת, שעה שלא הובאה ראשית ראיה לטענת המשיב בדבר מכירת המכתב על ידי המכון, ובשים לב לכך שמדובר במסמך אשר נחזה להיות מסמך ארכיוני אשר היה בחזקת ארכיון ציבורי, לנוכח החותמת המוטבעת עליו. לכן, יש לתת משקל אף לדיני הקניין התרבותי, ולתכלית הוראות חוק הארכיונים, והאינטרס הציבורי, בבואנו לקבוע על מי מוטל נטל הראיה להוכחת שרשרת הבעלויות במכתב, והאופן שבו הוא יצא מידי המכון. בענייננו, יש להטיל את נטל ההוכחה על המשיב 2, אשר ידע, קודם לרכישת המכתב, כי מדובר במכתב אשר היה בעבר בידי מוזיאון בית"ר, והיה באפשרותו לבדוק, קודם לרכישת המכתב, את שרשרת הבעלויות בו. הטענה לפיה המשיב 2 אשר ראה שישנה חותמת של ארכיון ציבורי על המכתב, יכול לטעון בעלמא, ללא כל ראיה או אפילו ראשית ראיה, שהמסמך "ככל הנראה" נמכר לפני שנים רבות, ובכך לפטור את עצמו מעמידה בתנאי תקנת השוק, אינה מתיישבת עם תכליותיה של תקנת השוק בראי דיני הקניין התרבותי.

## 2.1. תקנת השוק בראי דיני הקניין התרבותי וחוק הארכיונים

49. ההצדקה לתקנת השוק במיטלטלין מבוססת על מציאות מסחרית בה נערכות עסקאות רבות במהירות, בין צדדים שאינם מכירים זה את זה, אשר לא תתאפשרנה ככל שלא יינתן לקונה ביטחון בזכויותיו בנכס שרכש אף ללא בחינה מעמיקה (ע"א 716/72 רוזנשטיין נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז(2) 709, 713-712 (1973)).

50. טעם עיקרי לקביעתה של תקנת השוק במיטלטלין, הוא הצורך בקיומו של סחר מהיר ויעיל, טעם זה לא מתקיים בענף הסחר בחומרים ארכיוניים. זאת, משעה שקיים סיכון אינהרנטי ברכישת מסמכים מסוג זה, והדעת נותנת כי רוכשים בענף זה נוהגים ממילא לערוך בדיקות מקיפות מאלו הנהוגות במסגרת סחר יום יומי, הן ביחס לתוכן של חומרים אלו והערך ההיסטורי הגלום בהם והן ביחס למידת האותנטיות שלהם – בדיקות שפעמים רבות מחייבות מטבען בחינה של שרשרת ההחזקה בכתבים. בממכר מסוג זה, בו ממילא נוהגים רוכשים בזהירות רבה, נראה כי הטלת חובות בירור מוגברות במקרים בהם נחזה החומר ככזה שמקורו בארכיון ציבורי תביא לפגיעה קטנה באופן יחסי בחיי המסחר אשר תהיה מידתית ביחס לאינטרס הציבורי עליו היא מבקשת להגן.

51. שיקול משמעותי נוסף לעניין תחולתה של תקנת השוק, והנטל הראייתי המוטל על מי שטוענים מכוחה לזכות בחומרים ארכיוניים, עניינו בצורך שלא ליצור תמריץ לגניבות ולהלבנת בעלות על מסמכים שניטלו שלא כדין מארכיונים ציבוריים. ההגנה הניתנת לרוכש מכוח תקנת השוק והקלת הנטל הראייתי המוטל עליו, עשויה להקל על מכירת רכוש גנוב במקרים בהם קיימת עמימות ראייתית בנוגע לכשרות הבעלות בנכס, בידי

רוכשים החושדים או עוצמים את עיניהם. (Harold R. Weinberg, *Sales Law, Economics, and the* )  
(1980) 569, 577, 579 J. LEGAL Stud. 569, 577, 579). (Negotiability of Goods, 9 J. LEGAL Stud. 569, 577, 579).

52. לאור האמור, בבואנו לבחון את קיומם או העדרם של תנאי תקנת השוק במיטלטלין ביחס לחומרים ארכיוניים, יש לעשות זאת בראי האינטרס הציבורי במניעת ובמיגור תופעת גניבות מסמכים מארכיונים ציבוריים או מארכיון המדינה ושלוחותיו, מכירתם, והלבנתם תוך הסתמכות פסולה על מנגנון תקנת השוק מחד גיסא, ותכליות תקנת השוק במיטלטלין אשר לא מתקיימות במלואן במקרים אלו מאידך גיסא.

### **3.1. המשיב לא עמד בתנאי תקנת השוק ובפרט בחובת תום הלב ובדרישת התמורה**

53. תקנת השוק במיטלטלין מעוגנת בסעיף 34 לחוק המכר, הקובע כי: **"נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב"**.

54. כפי שפורט בעמדת היועץ המשפטי לממשלה הקודם שהוגשה לפני בית המשפט המחוזי, המשיב לא הביא די ראיות להוכחת עמידתו בתנאי תקנת השוק. כך למשל, מעדותו של רוזן עולה כי לא הוא היה הבעלים של המכתב אלא הוא היה מתווך בעסקה והמוכרים של המכתב הם יורשיו של בוב כהן ז"ל אשר אינם עוסקים במכר מסוג זה. עוד יצוין, כי אין כל עדות חיצונית ישירה לעסקת המכר בה נרכש המכתב מושא הערעור, שכן למר רוזן אין כל זיכרון קונקרטי ביחס למכירת המכתב הספציפי, והיחיד שהעיד אודות דרך מכירת המכתב היה המשיב עצמו. כמו כן, המשיב אף לא הוכיח כי עמד בתנאי תום הלב והתמורה, כפי שיפורט בהרחבה להלן.

### **3.1.1. חובת תום הלב**

55. בכל הנוגע לתום הלב הנדרש מהקונה המבקש ליהנות מתקנת השוק, מצופה מהקונה לפעול ביושר ובאמונה, ללא עורמה או עצימת עיניים מלראות עובדות גלויות לעין, אשר אמורות על פניו לעורר את חשדו של הקונה (ע"א 842/79 נס נ' גולדה, לו(1) 204 (1981)). תום הלב הנדרש מהקונה הינו סובייקטיבי ואינו נבחן בראי תום ליבו של האדם הסביר (זמיר, בעמודים 690 ; 703-704). משמעות מצב נפשי זה היא באמונתו של הקונה שהוא רוכש את הממכר ביושר מבעל הזכות בו. ככל שהקונה יודע או שהיה לו ספק שאכן כך הדבר, לא יראו בו כרוכש בתום לב, וכך גם במקרה שבו הקונה חשד אך נמנע מבירור חשדותיו תוך עצימת עיניים (ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' גיי סטנלי סונדרס, נו(6) 832, 852 (2002) (להלן: "עניין בעלי מקצוע"). מועד בחינת תום ליבו של הרוכש הוא עובר לכריתת החוזה ועד לאחר קבלת הנכס לידי והקניית הנכס בפועל (עניין בעלי מקצוע, בעמוד 847 ; זמיר, 705).

56. לא אחת, עשויים נתונים אובייקטיביים ללמד על תום ליבו הסובייקטיבי של הרוכש. כך, הימנעות מחקירה ודרישה ביחס לנסיבות ונתונים אשר מטבעם מעוררים חשד ביחס לזכויות המוכר בנכס תביא לשלילת תום הלב של הרוכש ושל הגנת תקנת השוק. כפי שהדגיש כב' השופט רובינשטיין בחוות דעתו בע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ (נב 4.8.2014): "ניתן להצדיק הצבת דרישה לבדיקת עסקת היסוד, גם מבלי להידרש בהכרח להחלת סטנדרט בדיקה אובייקטיבי על הנסיבות, וזאת באמצעות החובה המוטלת על הקונה, במסגרת תום הלב הסובייקטיבי, שלא לעצום עיניו למול נורות האזהרה הנקרות בדרכו: 'ברגע שנדלקת נורה אדומה' בראשו של הרוכש עקב נסיבות העניין או פרטים שונים שהוא מגלה במהלך בדיקתו, הוא לא ייחשב תם לב בלא בדיקה ראויה של מצב הזכויות של המוכר. כעוצמת צלצולי פעמון האזהרה כן עוצמת הבדיקה הנדרשת" (עניין סונדרס, בעמ' 840).

57. כאמור, בבחינת "פעמוני האזהרה" יש לתת משקל אף לתכליות חוק הארכיונים, ודיני הקניין התרבותי, ביחס לרוכש המבקש לרכוש זכויות מכוח תקנת השוק בחומר ארכיוני שנחזה כזה שהוצא מארכיון ציבורי. לאור תכליות אלו, ראוי לקבוע כי ניתן לראות באדם הרוכש חומר ארכיוני כמי שעמד בדרישת תום הלב,

בתנאי שהרוכש בירר באופן אקטיבי האם החומר הארכיוני אותו הוא מבקש לרכוש יצא כדין מהארכיון הציבורי בו נחזה שהוחזק. במקרים אלו, ככל שהרוכש נמנע מבידור נסיבות יציאת החומר הארכיוני מידי הארכיון הציבורי עובר לרכישתו או שהבירור נערך בצורה שאינה מספקת בנסיבות העניין, לרוב לא ניתן יהיה לראות בו כמי שרכש בעלות בחומר הארכיוני בתום לב כנדרש.

58. בנסיבות המקרה דנן, לא עלה בידי המשיב להוכיח שרכש את הזכויות במכתב מושא ההליך בתום לב. הופעת חותמת מוזיאון בית"ר על גב המכתב, אשר המשיב הודה כי היה מודע לקיומה בעת רכישת המכתב (עמוד 37, שורות 18-19 לפרוטוקול הדיון מיום 1.3.2021), הייתה צריכה לכל הפחות לעורר במשיב 2 חשד בנוגע לבעלות על המסמך ולכשרות העברתה לידי אדם פרטי. לפיכך, היה עליו לבדוק את מעמדו הקנייני של המכתב עובר לרכישת המכתב, והחותמת היא מעין "הערת אזהרה" לפיה מכתב זה הוחזק ב"מוזיאון בית"ר" וכי רוכש המכתב נדרש לעמוד על נסיבות העברתו לידיים פרטיות.

59. דברים אלה מקבלים משנה תוקף שעה שלטענת המשיב 2 (סעיף 8-11 לתצהיר העדות הראשית שלו; עמוד 13-15 לפרוטוקול ההוכחות), הוא עוסק באיסוף מסמכים וחפצים היסטוריים, השתתף במכירות פומביות ואף היה חלק מצוות ההקמה של מוזיאון יהדות אזרביג'אן, ולפיכך היה עליו לדעת אודות האיסור על הוצאת חומרים ארכיוניים ללא אישורים נדרשים. בכך יש להדגיש ביתר שאת את הפגם בהתנהלותו של המשיב 2 בעת רכישת המכתב, עת הודה בחקירתו כי לא ערך חקירות או בירורים כלשהם בנוגע למכתב לפני רכישתו (עמוד 33 לפרוטוקול הדיון מיום 1.3.2021, שורות 11-22).

60. לצד זאת, אף אם המשיב אכן ערך טרם הרכישה חיפוש ברשת אחר "מוזיאון בית"ר" אשר לא העלה כל זיקה למכון ז'בוטינסקי, לא ניתן לראות בפעולה זו בלבד משום מאמץ מספק מצידו של המשיב לברר כראוי את מצב הזכויות של המוכר בנכס. בנסיבות דנן, החלטת המשיב 2, אשר בקיא בתחום ויש להניח שידע על מגבלות העבירות של מסמכים ארכיוניים, לרכוש את המכתב, על אף (וכלל הנראה בשל) הופעת חותמת מוזיאון בית"ר על המכתב, מלמדת שהוא ביקש לעצום את עיניו מפני נורת האזהרה ביחס למעמדו הקנייני של המכתב, חרף ידיעתו המסתברת כי עשוי להיות גורם אחר הטוען לזכות בו, או כי קיימת בדין מגבלה על עבירותו. מסקנה זו מתחדדת ביתר שאת שעה שלאחר רכישת המכתב, ערך המשיב 2 בדיקה משמעותית יותר, וגילה בעקבות בדיקה זו כי המכתב אכן היה בעבר בידי של המכון. בראי התנהלות זו של המשיב 2 לא ניתן לראות בו כמי שרכש את המכתב בתום לב.

### 2.3.1 הדרישה לתשלום תמורה ממשית

61. הדרישה לתמורה ממשית עבור הממכר, היא דרישה "קריטית" לשם תחולת תקנת השוק (דנ"א כנען, פסקה 6, 8 לפסק דינו של חשין, פסקה 6 לפסק דינה של שטרסברג-כהן). התמורה הממשית תיבחן על רקע אפיון העסקה כעסקה רגילה וסבירה במישור הקנייני (שם, פסקה 9 לפסק דינו של חשין). הסיבה להחמרה בדרישת התמורה הינה, שבהיעדר תמורה ממשית, החלת תקנת שוק תפגע אנושות בבעלים שיפסיד כליל את זכויותיו הקנייניות בנכס, בעוד שהשבת הנכס לבעליו לא תסב לקונה נזק ממשי, שכן הוא לא שילם תמורה ממשית עבור הנכס (שם, פסקה 6 לפסק דינה של שטרסברג-כהן; ישראל צינגלאוב "תקנת השוק: התפתחותה של תקנה ופיתוחו של דין" משפטים 837, 878, 881-882 (2001)).

62. כמו כן, העדר תמורה ממשית מהווה אינדיקציה אובייקטיבית ביחס לתום לב הקונה (ע"א כנען, פסקה 19 לפסק דינה של שטרסברג-כהן). יודגש בהקשר זה, כי לפי עמדת הרוב בדנ"א כנען, יש לבחון את התמורה בבחינה אובייקטיבית ובדיעבד – קרי, באספקלריית שוויון הריאלי של הנכס בתנאי שוק, ולא כפי שנתפס בידי המוכר והקונה בעת ביצוע העסקה.

63. דרישת התמורה הממשית, אליה מצטרפת דרישה שהקונה כבר קיבל את הנכס לחזקתו, במסגרת התנאים לתחולת תקנת השוק, משקפים שיקולי תועלת ותעדוף עסקת המכר רק במקרים שבהם היא קרובה או שווה להפסד הכלכלי של הבעלים. משכך, דרישה זו מבקשת לשקלל ולבחון בדיעבד את ההפסד היחסי של כל צד.

דרישה זו מתיישבת עם שיקולי תועלת ועם שיקולי צדק. כך, רק במקרה שבו הקונה תם הלב קיבל את הנכס לחזקתו ושילם תמורה ריאלית עבורו, אין זה הוגן משיקולי צדק להטיל עליו את האחריות לעסקה, היות והפסדו משתווה להפסד הבעלים המקורי ( Menachem Mautner, *The Eternal Triangles of the Law: Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties*, 90 MICH. L. REV. 95, 120-122, 152 (1991)). הנה כי כן, דרישת הדין והפסיקה היא כי **יש לבחון את התמורה ששילם הקונה במבחן אובייקטיבי, גם בדיעבד, במטרה לקבוע האם התמורה ששולמה עבור הנכס היא "תמורה ממשית" ובהתאם לשווי השוק האובייקטיבי של הנכס.**

64. בענייננו, המשיב רכש את המכתב תמורת 600 דולרים, ומבקש למכור אותו במכירה פומבית תמורת סכום התחלתי של 100,000 דולרים. אכן, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, אין ודאות לכך שהמכתב אכן יימכר במכירה הפומבית במחיר המבוקש, אולם אף המשיב לא טען כי שווי הראלי של המכתב הוא 600 דולרים, ואין חולק על כך ששווי הראלי עולה על סכום זה עשרת מונים. בהקשר זה יצוין, כי קביעת בית המשפט המחוזי לפיה מדובר בתמורה סבירה אינה נסמכת על תשתית מקצועית כלשהי.

65. כמו כן, שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו לפיה מתקיימת בענייננו דרישת התמורה מכיוון שערכו הממשי של המכתב "הושבח" אך לאחר הרכישה, בזכות מחקרו של המשיב שאימת כי אכן מדובר במכתב אותנטי שכתב טרומפלדור. בעניין כנען, שעה שנרכשו התמונות איש לא ידע שמדובר בתמונות מקוריות של האומן ראובן רובין, ורק לאחר שהגברת כנען רכשה את התמונות, הסירה מהן את המסגרת, וניקתה אותן, התגלתה המדבקה של המוזיאון היהודי בניו יורק וחתומתו של האומן. בהמשך, פנתה גברת כנען למוזיאון ישראל כדי לבדוק האם אכן מדובר בתמונות מקוריות, ורק בעקבות חקירתה הובהר כי מדובר בתמונות מקוריות אשר שווין הראלי כה גבוה. בדומה, אף בענייננו, לאחר רכישת המכתב, המשיב ערך בדיקות אודות האותנטיות של המסמך. המשיב פנה למכון ז'בוטינסקי על מנת לבדוק האם מדובר במכתב אותנטי, ולאחר שגילה שאכן כך הדבר, ביקש למכור אותו במחירו הראלי. כמו בעניין כנען אף בענייננו, פעולותיו של המשיב לא היו אלו שגרמו להעלאת ערכו של המכתב, אלא אך גילו את שווי האמיתי.

66. אולם, בניגוד לעניין כנען, בענייננו חותמת המוזיאון היתה גלויה לכול, באופן אשר משליך אף על תום ליבו של המשיב, עת רכש את המכתב. בהקשר זה נקבע בפסיקה, כי במקרים שבהם מחיר העסקה נמוך משמעותית ממחיר השוק של הממכר או מהמחיר המקובל לנכסים מסוגו של הממכר, אף מאפייני הממכר עשויים לעורר חשד ביחס לעסקה (דנ"א כנען, בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן).

## ז. סיכום

67. כפי שפורט לעיל, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה יש לבחון את שאלת נטלי הראייה לגבי האופן בו יצא המכתב מידי המכון, ושאלת יישום תנאי תקנת השוק במיטלטלין, בראי דיני הקניין התרבותי והוראות חוק הארכיונים. המשיב לא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח כי הוא הבעלים של המכתב, לא הוכיח את טענתו לפיה המכתב נמכר ע"י המוזיאון בעבר, ולא הוכיח כי הוא עומד בתנאי תקנת השוק במיטלטלין. לאור האמור, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה יש לקבל את הערעור ולהורות על השבת מכתבו של יוסף טרומפלדור, אשר מהווה נכס תרבותי הקשור בתחייתו הלאומית של העם היהודי בארץ מכורתו, ונודעת לו חשיבות היסטורית, תרבותית, ולאומית מהמעלה הראשונה, לידי שווי של מכון ז'בוטינסקי.