

בעניין שבין:

המבקש:

מכון ז'בוטינסקי בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד משה מזור ו/או אושר רובינגר

ממשרד גולדפרב-זליגמן ושות', עורכי דין

מרחוב יגאל אלון 98, תל אביב, 6789141

טלפון: 03-7101666; פקס: 03-7101618

כתובת דוא"ל: Osher.Rubinger@goldfarb.com

- נ ג ד -

1. בית המכירות King David Auction Ltd, ח.פ.

515795367

מרחוב הנשיא השישי 22, ירושלים 9438457

טלפון: 1-700-501191; פקס: 02-659496

2. זוהר שלומוב

ע"י עוה"ד תומר רייף ו/או שרון פאלקוב

ממשרד זיסמן, אהרונים, גייר ושות', עורכי דין

משדרות רוטשילד 41, בית ציון, תל אביב 6578401

טלפון: 03-7955555; פקס: 03-7955591

כתובת דוא"ל: tomerr@zag-law.co.il

המשיבים:

ובעניין:

מתייצב להליך:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

מרחוב מח"ל 7, ירושלים 9149301

טלפון: 073-3928003; פקס: 02-6468053

כתובת דוא"ל: ez-jer@justice.gov.il

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך מכוח הסמכות שהוענקה לו בהתאם לסעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] מוגשת בזאת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהמרצת הפתיחה שבנדון.

'מכתב י' טרומפלדור' מושא ההליך (כפי שיתואר גם להלן) הוא "נכס בעל אופי ציבורי-לאומי", ונודעת לו חשיבות היסטורית ולאומית מהמעלה הראשונה. המכתב, הכתוב בכתב-ידו של יוסף טרומפלדור, נשלח בדצמבר 1915 לאב ששכל את בנו, בנימין וורטהיימר 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. לא יכול להיות חולק כי מכתבו של יוסף טרומפלדור מהווה נכס תרבותי בדמות מסמך היסטורי הקשור בתחייתו הלאומית של העם היהודי בארץ מכורתו. הן תוכן המסמך והן זהות מחברו קשורים בקשר הדוק לזהות הקולקטיבית-הלאומית, הציונית והישראלית. לפיכך, ובאופן בלתי נמנע, גורל המכתב הוא "עניין ציבורי" הכרוך ב"זכויות של הציבור".

עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שהמכתב מהווה מקור היסטורי ראשוני, הכרוך באחת הדמויות המרכזיות במסכת תולדות התחייה הלאומית של עם ישראל וכוח המגן העברי, שחותמת "מוזיאון בית"ר" על גבי המכתב מלמדת שהיה בבעלות ארכיון ציבורי כאמור בחוק הארכיונים, התשט"ו-1955 (להלן: "חוק הארכיונים"), ונאמנה עליו הצהרת מכון ז'בוטינסקי שהמכתב הוצא מהארכיון שלא כדין.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אין לאפשר מסחר בחומרים ארכיונים ישראלים עליהם מוטבעת חתימת הארכיון, וכי יש לקבוע כנקודת מוצא משפטית ועובדתית שלא מתקיימת בעניינם תקנת השוק.

היועץ המשפטי לממשלה הוא מייצג האינטרס הציבורי, ובמסגרת תפקידו וחובתו זו מבטאת העמדה שבנדון את דאגתו לאינטרס הציבורי בשימור נכסי התרבות של העם היהודי לדורותיו. לפיכך, מתייצב היועץ המשפטי לממשלה בחזית ההליך שבנדון, ומביא לפני בית המשפט הנכבד את עמדתו הסדורה בעניינים שעל הפרק, בין היתר, בשאלת הבעלות הנכונה והראויה של המכתב – בידי מכון ז'בוטינסקי.

א. פתח דבר

1. עניין התובענה שבכותרת בתביעת מכון ז'בוטינסקי בישראל (להלן: "המכון" או "מכון ז'בוטינסקי"), נגד בית המכירות King David Auction Ltd (להלן: "בית המכירות"), ונגד מר זוהר שלומוב (להלן: "מר שלומוב" או "המשיב 2"), שצורף כמשיב לתובענה בהחלטת בית המשפט מיום 25.6.2019.

2. התובענה עוסקת במכתב, שכתב יוסף טרומפלדור בחודש דצמבר 1915 לאבי החייל בנימין וורטהיימר ששירת בגדוד נהגי הפרדות בצבא הבריטי, ונפל בקרב על גליפולי (להלן: "המכתב"). המכתב הוצע למכירה פומבית על ידי מר שלומוב באמצעות בית המכירות, במחיר פתיחה של 100,000 דולר ארצות-הברית. עיקר ההליך המשפטי מתנהל בימים אלה מול מר שלומוב, בשל טענותיו בדבר רכישת המכתב כדין. ישיבת ההוכחות התנהלה ביום 3.3.2021, ובית המשפט הנכבד הורה למכון ז'בוטינסקי להגיש את סיכומיו עד ליום 17.5.2021 ולמר שלומוב להגיש את סיכומיו עד ליום 18.7.2021.

3. הסעד המבוקש בידי מכון ז'בוטינסקי הינו הצהרתי, הקובע כי המכון הוא הבעלים הבלעדי של המכתב. כמו כן, מתבקש בית המשפט להורות על השבת המכתב לידי המכון.

4. בד בבד עם הגשת התובענה, הגיש המכון בקשה לצו מניעה שיורה על עצירת מכירת המכתב במסגרת המכירה הפומבית שתוכננה ליום 24.6.2019 וכן שיורה על הימנעות מביצוע כל פעולה נוספת במכתב.

5. ביום 23.6.2019 ניתן צו ארעי שהפך לאחר מכן לצו מניעה זמני בהסכמת הצדדים, העומד בתוקף כלפי שני המשיבים בהליך, עד לסיום ההליך העיקרי או עד החלטה אחרת.

6. בחודש ספטמבר 2019 הוגשו כתבי התשובה להמרצת הפתיחה ובחודשים אפריל-מאי 2020 הוגשו תצהירי עדות ראשית מטעם הצדדים. כאמור לעיל, דיון ההוכחות בהליך התקיים ביום 3.3.2021.

7. ביום 3.9.2020 פנה מכון ז'בוטינסקי ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה שישקול את התייצבותו להליך דן.

8. לאחר בחינה ועיון בכלל החומרים והמסמכים שהוגשו במסגרת ההליך דן וכן במסמכים נוספים, החליט היועץ המשפטי לממשלה להתייצב להליך זה ולהביע עמדתו בשאלת הבעלות במכתב.

9. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שתואר בהרחבה להלן, בעלות מכון ז'בוטינסקי במכתב אינה מוטלת בספק. עוד סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי המשיב 2 אינו זכאי להגנת תקנת השוק במקרה דנן, היות שאינו עומד בתנאים בסיסיים הדרושים לצורך החלת ההגנה, וביניהם דרישה לתשלום תמורה ממשית; תום לב; וקניית הנכס ממי שעוסק בממכר נכסים מסוג זה.

10. לחלופין ישנם שיקולי מדיניות ושיקולים משפטיים נוספים המצדיקים את העברת המכתב לידי מכון ז'בוטינסקי, וביניהם דיני הקניין התרבותי; כללי המשפט ביחס לנורמות מתנגשות הקובעים כי דין ספציפי ומאוחר גובר על דין כללי ומוקדם; והרצון למנוע ניצול לרעה של תקנת השוק לנוכח חשש מבוסס – כבעניינו – כאשר מדובר ברכוש גנוב או שהוצא מרשות בעליו שלא כדין.

ב. טענות הצדדים ותיאור המחלוקת מושא התובענה

11. לטענת המכון, הוא הבעלים החוקי של המכתב והמכתב נגנב ממנו במועד לא ידוע. להוכחת טענתו, מציג המכון מספר ראיות: הראשונה, מכתב האב השכול שנשלח לטרומפלדור מצוי בבעלות המכון; השנייה, על גבי תצלום המכתב, כפי שהוצע למכירה מטעם בית המכירות, נמצאת חותמת של מוזיאון בית"ר, שהוא שמו הקודם של מכון ז'בוטינסקי, עד לשנת 1947; השלישית, קיומו של צילום של העתק המכתב בידי החוקרת לסקוב במסגרת עבודתה על ספר משנת 1972 והופעת הכיתוב "מכון ז'בוטינסקי" על העתק המכתב.

12. כמו כן, טוען המכון, כי עסקת המכר של המכתב שנערכה בין המשיב 2 לבין בית המכירות התבצעה חוסר בתום לב מהותי. זאת, היות שבפנייתו של המשיב 2 לעובדי המכון בחודש אוגוסט 2019, המשיב 2 לא הציג בפניהם את המכתב המקורי וניסה לברר אודות אותנטיות המכתב שברשותו בדרכים עקלקלות. עוד צוין, כי היותו של המכתב חומר ארכיוני מובהק, הנושא חותמת מוזיאון, מדגישה את חוסר תום לבו של מר שלומוב בביצוע עסקת המכר.

13. משכך, המכון הוא הבעלים החוקי של המכתב. לטענתו, מעולם לא הוצע מכתב ממין זה למכירה בידי המכון. יתרה מזאת, היות שהמכון הוכר עוד בשנת 1958 כארכיון ציבורי, חל עליו חוק הארכיונים. המכתב מושא התובענה הינו בעל ערך היסטורי רב לתולדות התחייה הלאומית והיישוב היהודי. לפיכך, לעמדת המכון, לאור הפסיקה בנושא קניין תרבותי יש להורות כי המכתב יושב לידיים ציבוריות, ויש אינטרס ציבורי עליון בהשבת המכתב לחזקתו.

14. המשיב 2, מנגד, טוען כי המכון, בהיותו יוזם ההליך המשפטי, לא עמד בנטל הוכחת בעלותו במכתב או שהמכתב יצא מחזקתו שלא כדין. לחלופין, טוען המשיב 2 כי רכש את המכתב בתום לב ובתמורה, וכי הוא עומד בתנאיה של תקנת השוק במיטלטלין ומשכך הוא זכאי להגנתה מכוח סעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: "חוק המכר"). משכך, לטענתו, דין התובענה נגדו להידחות.

15. לדברי מר שלומוב, מכון ז'בוטינסקי לא עמד בנטל הוכחת בעלותו במכתב, היות שהימצאות החותמת של מוזיאון בית"ר לא מלמדת על בעלות נוכחית של המכון על המכתב. זאת, שכן חותמת מוזיאון בית"ר נמצאת גם על מסמכים נוספים המצויים למכירה ברחבי העולם. כמו כן, העובדה שעל המכתב יש חותמת של מוזיאון בית"ר ולא של מכון ז'בוטינסקי עשויה ללמד כי, לכל היותר, המכתב היה מצוי בידי המוזיאון ממועד הקמתו ועד לשנת 1947 ותו לא.

16. עוד טוען המשיב 2, כי היעדרה של חותמת מטעם המכון מלמדת כי המכתב לא היה בבעלותו. לדידו, יש יסוד סביר להניח, שהמכתב נמכר בידי המוזיאון או המכון או יצא מחזקתם עובר לשנת חקיקת הוראות חוק הארכיונים, משמע טרם נקבע האיסור על מכירת חומרים ציבוריים. בנוסף, לטענתו, המכון לא הביא ראיות להימצאות המכתב בחזקתו בעבר. משכך, המשיב 2 מסיק כי קיימת הסתברות גבוהה שהמכתב ממילא לא היה מעולם בחזקת המכון.

17. לחלופין, לטענת המשיב 2, הוא זכאי להגנת תקנת השוק, היות שהוא רכש את המכתב כדין ממר רוזן, אזרח ארצות הברית שהוא אספן ובעלים של בית המכירות House of Zion. בית מכירות זה מתמחה במכירת פריטי יודאיקה, בולים, גלויות דואר מהתקופה המנדטורית ומעברה של מדינת ישראל והתנועה הציונית ולכאורה גם מסמכים היסטוריים הקשורים לתולדות העם היהודי ומדינת ישראל.

18. עוד טען המשיב 2, כי הוא מכר-עסקי של מר רוזן מזה שנים רבות. לדבריו, הוא רכש את המכתב במסגרת חוזה מכר מאדם העוסק בממכר חפצים מסוג הנכס שבנדון, במסגרת מהלך עסקי הרגיל וכמנהג השוק ולאור היכרות רבת שנים עמו. בנוסף, לדבריו, הוא רכש את המכתב בתמורה, היות ששילם עבורו 600 דולר ארצות-הברית. הפער בין מחיר הרכישה למחיר המכירה ההתחלתי שאותו הוא דורש נובע, לטענתו, מדינמיות תחום המכירות הפומביות של פריטים היסטוריים מסוג זה. כמו כן, לטענתו, הוא ביצע את העסקה בתום לב, ועל כך מעידה הגעתו הפיזית למכון על מנת לערוך בירור על המכתב שאותו רכש. אינדיקציה נוספת לתום ליבו היא, לטענתו, קבלתו המיידית והמוחלטת על עצמו את צו המניעה, שביקש המכון להחיל ביחס למכתב. עוד נטען על ידי המשיב 2, כי למרות שהיה באפשרותו למכור את המכתב מחוץ למדינת ישראל ובסתר, הוא ביחר למכרו במסגרת מכירה פומבית בירושלים, כשנה לאחר שרכש את המכתב. בנוסף, לדבריו, לנוכח העובדה שמדובר במכתב שנכתב בידי אדם פרטי, לא עלה בליבו החשד שמא מדובר במסמך שהוצא שלא כדין מארכיון ציבורי.

ג. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

19. היועץ המשפטי לממשלה החליט להתייצב להליך זה לנוכח העובדה שהמכתב מושא התובענה מהווה פריט מקורי שהוא מקור היסטורי ראשוני, הכרוך בתולדות אחת הדמויות המרכזיות במסכת תולדות התחייה הלאומית של העם היהודי וכוח המגן העברי.

20. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי מכון ז'בוטינסקי הינו הבעלים המקורי של המכתב.

21. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי המשיב 2 אינו חוסה תחת הגנת תקנת השוק שכן אין לאפשר מסחר בחומרים ארכיוניים ישראלים עליהם מוטבעת חתימת הארכיון. באופן גורף אין להניח כי מתקיימת בעניינם תקנת השוק. זאת ועוד, המשיב 2 אינו עומד ביתר דרישות הסף המצטברות הדרושות לתחולת הגנה זו, ובפרט דרישות תום הלב והתמורה.

22. לחלופין, ככל שתוכר תחולת תקנת השוק על המשיב 2 – מצב אליו מתנגד היועץ המשפטי לממשלה מכל הטעמים שתוארו לעיל ויפורטו להלן – עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי המכתב הינו נכס תרבותי וחומר ארכיוני. משכך, ובהתאם לאמור בחוק הארכיונים, לא ניתן להוציא חומר ארכיוני מארכיון ציבורי ולהעבירו לידיים פרטיות, אלא באישור גנות המדינה. היות שמדובר בנורמה ספציפית העוסקת בסוג מסוים של נכסים – חומרים ארכיוניים, ולנוכח העובדה שהתיקון אודות איסור העברת חומר ארכיוני מארכיון ציבורי לידיים פרטיות תוקן לאחר חקיקת חוק המכר, עמדת היועץ היא כי חלים בענייננו כללי ההכרעה בין נורמות משפטיות מתנגשות – התגברות נורמה מאוחרת על פני המוקדמת והתגברות נורמה ספציפית על פני נורמה כללית. לפיכך, במקרה דנן הוראות חוק הארכיונים גוברות על תקנת השוק.

23. עמדת היועץ היא כי גם לנוכח דיני הקניין התרבותי, כפי שנפסקו בפסיקות בית המשפט העליון בתובענות שעסקו בקניין תרבותי ביחס לבעלות על מסמכים שנתפסו כנכסים תרבותיים חשובים הכרוכים בעברו של העם היהודי ומדינת ישראל, יש להשיב את המכתב לחזקת מכון ז'בוטינסקי ולקבוע כי הוא בעליו הבלעדי.

24. להלן תפורט עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהרחבה.

1. יש להכיר בבעלותו המקורית של מכון ז'בוטינסקי על המכתב

25. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי הבעלות המקורית במכתב היא של מכון ז'בוטינסקי, וכי כלל הראיות מטות את מאזן ההסתברויות לטובתו, כעולה מהראיות שהוצגו בידי הצדדים בכתבי טענותיהם וכנספחים לתצהירי העדות הראשית שהוגשו, וכן מעיון בפרוטוקול דיון ההוכחות שהתקיים ביום 3.3.2021.

26. כידוע, נטל ההוכחה בהליך אזרחי רובץ לפתחו של התובע (ע"א 2032/06 אמנון האגי נ' עזבון המנוח סלמאן יוסף זיאן, פסי' 41 לפסק דינו של דנציגר וההפניות שם (פורסם בנבו, 1.2.2009)). עמידה בנטל ההוכחה משמעה הצלחת בעל דין לגבור על גרסת הצד שכנגד במאזן הסתברויות (ר', לדוגמה: ע"א 7187/12 עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל, פסקה פ"ד לפסק הדין (פורסם בנבו, 17.8.2014); ע"א 3212/03 יצחק נהרי נ' דולב חברה לביטוח, פסי' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.11.2005)). קרי, יש לשכנע את בית המשפט בכך שתזת בעל הדין גוברת לפחות ביחס של 51% על תזת הצד שכנגד, והדברים ידועים.

27. כבר בפתח הטיעון יצוין, כי המשיב 2 לא הציג כל אסמכתא המעידה כי רכש ממר רוזן דווקא את המכתב שבנידון. כמו כן, הן המשיב 2 והן מר רוזן לא הציגו אסמכתא בדבר עריכת בדיקות אודות שרשרת הבעלויות במכתב ("חקר מוצאות"), כפי שנדרש במיוחד במקום בו מופיעה על גבי המכתב חותמת רשמית של ארכיון ציבורי. כמו כן, לא הומצאו אסמכתאות בדבר רכישת המכתב כדין או

בדבר עצם הימצאות המכתב באוסף של מר רוזן. בנוסף, לא הוצגה אסמכתא בדבר מאמצים שנעשו לשם קביעת אותנטיות המכתב והתחקות אחר קורותיו.

28. ההצהרה על קשרים מסחריים ארוכי טווח ורוויי אמון בין המשיב 2 לבין מר רוזן ובין מר רוזן לבין מר כהן, שממנו נרכש המכתב לכאורה, אינם מספקים לשם הוכחת טענותיו של המשיב 2.

29. כאמור, המשיב 2 ומר רוזן לא ציינו בתצהיריהם כי נערכה בדיקה מעמיקה ביחס לשרשרת הבעלות של המכתב. בפועל, נטען, כי מר רוזן סמך על הבדיקות שערך מר כהן ביחס למקור הפריטים באוספיו, אך לא הוצג כל ממצא המאמת זאת, לא כל שכן ביחס למכתב שבנדון. יתרה מזאת, בקבלה מיום 30.5.2018, עבור רכישת המכתב שבנדון בידי המשיב 2 מרוזן, אין כל ראיה כי אכן מדובר במכתב דנן, אלא כתוב כי מדובר ברכישת מכתב של טרומפלדור בעברית (נספח 3 לתצהירו של המשיב 2). הא ותו לא.

30. 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. זאת, מבלי לתמוך טענותיו אלה בראיות מספיקות. כמו כן, טען המשיב 2, כי בספרה של לסקוב משנת 1972 אין הפניה למכון ז'בוטינסקי כמקור המכתב מושא התובענה. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה אין בכך כדי להוכיח דבר שכן ייתכן והערת השוליים הרלוונטית הושמטה מהספר בטעות, וייתכן כי המחברת החליטה להפנות לסיפור שפורסם ביחס למכתב בעיתון "הארץ" בלבד. על כל פנים, לא ניתן להסיק מכך בביטחון כי המכתב לא נמצא בחזקת המכון בעת כתיבת הספר, כפי שמנסה להסיק המשיב 2.

31. בהקשר זה יצוין, כי 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 גב 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.

32. יתרה מזאת, לפני היועץ המשפטי לממשלה הוצג מכתב מטעם גב' הילה צור, ארכיונאית ראשית מטעם מכון גנזים, מיום 21.10.2020. כפי שעולה ממכתב זה, צילום המכתב של יוסף טרומפלדור משנת 1915 הגיע לידי מכון גנזים על ידי החוקרת שולמית לסקוב במהלך שנת 2013. עוד צוין במכתבה של הגב' צור, כי מקור המכתב דנן הינו בארכיון ז'בוטינסקי, וכי כך הדבר מופיע בקטלוג הרשומות של מכון "גנזים". בקטלוג הממוחשב מצוין תחת השורה "תיאור המסמך", כי "מקור המסמך בארכיון ז'בוטינסקי".

העתק מכתב הגב' הילה צור הכולל תצלום מסך מקטלוג מכון גנזים מצורף בזאת ומסומן **נספח ע1**.

33. בהמשך לכך, הציג המכון אסמכתאות רבות, שמצביעות על בעלותו החוקית על המכתב, וביניהן:

הופעת חותמת מוזיאון בית"ר על צילום המכתב דנן בעת הצגתו למכירה הפומבית בידי המשיב 2. הדבר מהווה, לכל הפחות, אינדיקציה סבירה לאפשרות לפיה המכון הוא בעליו של המכתב – בפרט

בהעדר ראיה ליציאת המכתב מחזקת מוזיאון בית"ר ומידי מכון ז'בוטינסקי כדין (שהנו כזכור אותו מוסד לאחר החלפת שמו של מוזיאון בית"ר בשנת 1947).

יתרה מכך, לאור אופיו ואופי פעילותו הציבורי של מכון ז'בוטינסקי, קשה עד מאוד להניח כי המכון ימכור מיוזמתו את המכתב או כל נכס ציבורי אחר המופקד אצלו.

בנוסף, צילום מכתב האב השכול לטרומפלדור (נספח ז לכתב המרצת הפתיחה) מחזק את ההנחה בדבר בעלות המכון על מכתב המענה שכתב טרומפלדור, שהרי מסמכים אלה קשורים אחד בשני קשר הדוק. אילו אחד המכתבים היה נמכר ביוזעין לגורם פרטי, נשאלת השאלה מדוע לא נמכרו שני המכתבים בצוותא. מכל מקום, ברור שמהבחינה הלאומית קיימת חשיבות ממשית ומוגברת למכתב המענה שכתב טרומפלדור ואף קיים אינטרס ציבורי בשימור שני מכתבים אלו תחת אותה קורת גג, זה לצד זה. עובדה זו הופכת את מכירתו, לכאורה, של מכתב טרומפלדור תוך השארת מכתב האב בארכיון, לבלתי סבירה.

חלופת המכתבים בין טרומפלדור לארוסתו שהועברו למכון על ידי ארוסת טרומפלדור, הגברת אסתר (פירה) עוזיאל לבית רוזוב (נספח ח להמרצת הפתיחה); וכן העתק מסמך נוסף המעיד כי חפציו האישיים של טרומפלדור הועברו למכון על ידי ארוסתו, "לשמירת נצח" (נספח ט להמרצת הפתיחה); יומן עבודה המתעד, בזמן אמת, את סידור מכתביו של טרומפלדור במוזיאון בית"ר על ידי עובדת המקום, הגב' חנה בורוכוב בשנת 1947 (נספח י להמרצת הפתיחה).

מסמכים אלה מחזקים את טענת המכון, כי מכתבים וחפצים אישיים של טרומפלדור אכן הופקדו במוזיאון בית"ר על ידי ארוסתו. הדבר מעלה משמעותית את הסבירות שהמכתב שעליו מוטבעת חותמת מוזיאון בית"ר, אכן היה בבעלות המכון.

34. אסמכתאות אלה, בתוספת העובדה שלא הוצגה אסמכתא המעידה על מכירת המכתב לידיים פרטיות על ידי מוזיאון בית"ר, וכן בשים לב לכך שממילא מכירה של נכס ציבורי מסוג זה על ידי המוזיאון אינה מסתברת כשלעצמה, מעלות ביתר שאת את החשד, שהמכתב הוצא מרשות המכון שלא כדין ושלא ברשות.

35. לנוכח האמור לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי המכון עמד בנטל ההוכחה הדרוש במסגרת ההליך האזרחי ועל כן יש לקבוע כי הוא אכן הבעלים של המכתב.

2.ג. אין למשיב 2 הגנה מכוח תקנת השוק

36. לטענת המשיב 2, חלה בעניינו הגנת תקנת השוק וזאת עקב רכישת המכתב כדין. היועץ המשפטי לממשלה סבור שיש לדחות טענה זו, שכן המשיב 2 לא עומד בתנאים המצטברים להחלת הגנת תקנת השוק בעניינו, מהטעמים שיוסברו בהרחבה להלן.

2.ג.1. תקנת השוק – המסגרת הנורמטיבית

37. תקנת השוק ביחס למיטלטלין נקבעה בסעיף 34 לחוק המכר, שבו נקבע 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".

38. בכל הנוגע לתקנת השוק מתמקדת הפסיקה בקונה ולא במוכר ובהתנהלותו. בהתאם, לא נבחנים האופן או הדרך שבה יצא הנכס מחזקת הבעלים המקורי ואין לבחון את התנהלותו בנסיבות העניין (ע"א 5664/93 כנען נ' USA; פורסם בנבו, מיום 13.4.1997; פס' 16 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן; להלן: "עניין ע"א כנען").

39. בנוסף, תקנת השוק לא עוסקת בנסיבות שבהן יצא הנכס משליטת הבעלים המקוריים (איל זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 - פירוש לחוקי החוזים 687 (1987) (להלן: "זמיר")). לכן, גם אין זה משנה האם הנכס אבד לבעלים המקורי עקב גניבה, למשל. יפים לעניין זה דברי בית המשפט בעניין רע"א 1096/97 עטיה אבו ג'ובה נ' פימן בע"מ (להלן: "עניין אבו ג'ובה"), (נג' 481 (1999):

"תקנת השוק דנה בקונפליקט שבין רוכש נכס בתום-לב ובין אדם שמכירת אותו נכס פוגעת בזכויות שיש לו לגביו. תקנת השוק מתמקדת בקונה ובנסיבות שבהן רכש הקונה את הנכס ולא בנסיבות שבהן יצא הנכס משליטת הבעלים המקוריים (פרופ' א' זמיר "חוק המכר, תשכ"ח-1968" פירוש לחוקי החוזים [17], בעמ' 690-691). תוצאת תקנת השוק היא כי ללא קשר לנסיבות שבהן הגיע הנכס לידי המוכר, רוכש הקונה בתנאי תקנת השוק בעלות שלמה בנכס, כשהוא נקי מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת. זכות הקניין הנרכשת בדרך זו ואשר תקפה לגבי כולי עלמא, מפקיעה את זכויות הבעלים המקורי על הנכס וגוברת על זכות השעבוד שהייתה לו לגביו [...] " (ההדגשה הוספה – הח"מ).

40. בספרות ובפסיקה פורטו שישה תנאים מצטברים לתחולת תקנת השוק (לדוגמה: בע"א 5664/93 כנען נ' USA ובדנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית (להלן: "דנ"א כנען")):

א. נכרת חוזה מכר;

ב. מדובר בנכס נד (מיטלטלין מוחשיים, להוציא זכויות) (ע"א 4052/19 מ.ש.מ. לבניין בע"מ נ' תדביק בע"מ, פס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.9.2020)). תחת הגדרה זו נכללים גם מיטלטלין שהיו שייכים למדינה, להוציא מקרי בעלות במשותף (זמיר, 692-693);

ג. הנכס נקנה ממוכר העוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר;

ד. המכירה היא במהלך העסקים הרגיל;

ה. הקונה קיבל לחזקתו את הנכס בתשלום תמורה;

ו. תום לב הקונה.

41. תנאים אלה נתפסים כתנאים מצטברים ולכן הכרחיים (דנ"א כנען, פס' 11 לפסק דינו של אור); ע"א (מחוזי תל אביב-יפו) 3059/05 אברהמי לאה נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פס' 6-7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.2.2008)).

42. יובהר, כי התנאי הראשון, קיומו של חוזה מכר, מהווה תנאי סף ועוסק בדרך ביצוע העסקה. התנאי השני מייחד את תקנת השוק ביחס לקטגוריה מסוימת של נכסים, ואילו ארבעת התנאים האחרים מתייחסים לנסיבות העסקה (דנ"א כנען, שם).
43. היועץ המשפטי לממשלה יציג בקצרה את ההלכות שנקבעו בפסיקה ביחס לארבעת התנאים הנוספים, ובהמשך יראה מדוע תנאים אלה אינם מתקיימים בעניינו של המשיב 2, באופן שלא מוקנית לו הגנת תקנת השוק.
44. הנכס נקנה ממוכר העוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר: לפי הפסיקה, יש לפרש תנאי זה ברף הדרישה הגבוה ביותר שניתן, באופן שיביא לידי ביטוי את האיזון הראוי בין זכויות הבעלים המקורי לבין הפקעת זכויותיו לטובת שמירה על דינמיקת המסחר (עניין ע"א כנען, פס' 20 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן). זהו מבחן אובייקטיבי לתום לב, הבוחן האם הנכס נקנה ב"סביבתו הטבעית במסגרת חיי המסחר" (שם, פס' 23). לכן, יש לבחון את שאלת עיסוק המוכר במכירת נכסים מאותו סוג לאור מהותו האמיתית של הנכס, וזאת גם במקרה שבו הן המוכר והן הקונה טועים ביחס לכך (דנ"א כנען, פס' 6 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן). במקביל, ספקטרום הפרשנות למונח "סוג" יהיה תלוי בנסיבות העניין, למשל באופי הסחורה או בדרגת ייחודיות או מומחיות המוכר וסחורותיו (זמיר, 697).
45. דרישת התמורה: מדובר בדרישה **לתמורה ממשית** עבור הממכר, וזוהי דרישה "קריטית" לשם תחולת תקנת השוק (דנ"א כנען, פס' 6, 8 לפסק דינו של כב' השופט חשין, פס' 6 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן). התמורה הממשית תיבחן על רקע אפיון העסקה כעסקה רגילה וסבירה במישור הקנייני (שם, פס' 9 לפסק דינו של כב' השופט 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 ממש, שכן הוא לא שילם תמורה ממשית עבור הנכס (שם, פס' 6 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן; ישראל צינגלאוב "תקנת השוק: התפתחותה של תקנה ופיתוחו של דין" משפטים 837, 878, 881-882 (תשס"א) (להלן: "צינגלאוב")).
46. כמו כן, העדר תמורה ממשית מהווה אינדיקציה אובייקטיבית ביחס לתום לב הקונה (עניין ע"א כנען, פס' 19 לפסק דינה של כב' השופטת 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 (להלן: "שקילות התמורות").
47. דרישת שקילות התמורות, אליה מצטרפת הדרישה שהקונה כבר קיבל את הנכס לחזקתו, במסגרת התנאים לתחולת תקנת השוק, משקפת שיקולי תועלת ותעדוף עסקת המכר רק במקרים בהם התמורה 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*) (1991) in *Conflicts Involving Remote Parties*, 90 MICH. L. REV. 95, 120-122, 152 (להלן: "מאוטנר").

48. בשורה התחתונה, 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.

49. דרישת תום הלב של הקונה: בע"א 842/79 משה נס נ' נחום גולדה, לו(1) 204 (1981) נקבע, בכל הנוגע לתום הלב של הקונה, שאין דורשים מהקונה לנהוג "במידת חסידות", אולם מצופה מהקונה לפעול ביושר ובאמונה, ללא עורמה או עצימת עיניים מלראות עובדות גלויות לעין, אשר אמורות על פניו לעורר את חשדו של הקונה:

"...ס' 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, קובע, כי מי שקנה נכס נד ממי שעסק במכירת נכסים מסוגו של הנמכר, והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות אליו כשהיא נקייה, ובלבד שקנה וקיבל את הנכס לחזקתו בתום-לב. זאת אפילו המוכר לא היה בעל הממכר, ולא היה זכאי להעבירו. באמרנו "תום-לב", לעניין זה, די בכך שאותו צד ג' נהג באותה עסקה ובהתקשרותו החוזית ביושר ובאמונה - ללא ערמה או עצימת עיניים מלראות עובדות גלויות לעין, העשויות להעמידו על המשמר. אין דורשים ממנו לחקור ולדרוש בנסתר, שמא כך יחשוף ויגלה עובדות חשובות, המשנות פני הדברים ושאינן על פני השטח. לא נדרשת ממנו "מידת חסידות". זו הגישה בנושא מכר מטלטלין, וזה הדין... ההיגיון שבכך, שאם נחמיר במידת תום הלב הנדרשת, נימצא פוגעים בחיי המסחר השוטפים, שהם דם התמצית של כלכלה חיה ותוססת. שהרי תמיד יקנן בלב המתקשר החשש, שמא אין למוכר זכות הקניין בנכס, שמא לא חקר ודרש מספיק ואז, וליתר זהירות וביטחון, יימנע מלהתקשר..." [ההדגשה הוספה – הח"מ].

50. תום הלב הנדרש מהקונה הוא סובייקטיבי ולא ייבחן תחת מבחן "האדם הסביר" (זמיר, 703-704). משמעו מצב נפשי המתבטא באמונתו של הקונה שהוא רוכש את הממכר ביושר מבעל הזכות בו. ככל שהקונה ידע או שהיה לו ספק שכך הדבר, תום הלב לא מתקיים. במקרה שבו הקונה חשד אך נמנע מלברר, מדובר בעצימת עיניים (ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' ג"י סטנלי טונדרס, פס' 2-3 לפסק דינו של ברק, נו(6) 832 (2002)).

51. משכך, כאשר ישנו פער מובחן בין שווי הנכס הנמכר בשוק לבין התמורה הנדרשת מהקונה, בעוד שהקונה יודע את טיב הנכס, הדבר מצביע על חוסר תום לב. כאשר הקונה מצוי בעצימת עיניים, יש בכך כדי להעיד על חוסר תום לב (דנ"א כנען, פס' 13 לפסק דינו של אור).

52. יתרה מכך, נקבע בפסיקה כי עצימת עיניים מצד הקונה, דינה כידיעה של ממש ביחס לעובדות העשויות לעורר חשד ביחס לעסקת המכר שבנידון (עניין אבו ג'ובה, פסיקת גולדברג, עמ' 500

לפסק הדין; זמיר, 704). כלומר, הקונה אינו רשאי להשלים את העסקה וליהנות מתקנת השוק במצב בו ידע או חשד (או לפחות היה עליו לדעת או לחשוד), כי השלמת העסקה אינה כדין ונוגדת את זכויותיו של צד שלישי (זמיר, 706).

53. על אף האופי הסובייקטיבי של דרישת תום הלב בתקנת השוק, יש להוכיחה גם באמצעות אינדיקציות אובייקטיביות הקשורות בעסקה, למשל גובה התמורה וצורת התשלום. במקרים שבהם מחיר העסקה נמוך משמעותית ממחיר השוק של הממכר או מהמחיר המקובל לנכסים מסוגו של הממכר, מאפייני הממכר עשויים לעורר חשד ביחס לעסקה. כך גם התנהגות הקונה, ובפרט כזה הנמנע מחקירה ודרישה כאשר הנסיבות מעוררות חשד ביחס לזכויות הקנייניות של המוכר, עשויה להוות אינדיקציה אובייקטיבית לאי קיומה של דרישת תום הלב (ע"א 863/76 חברת המלח לישראל בע"מ נ' נתיבי ישראל חברה להובלה בע"מ, לב(2) 696, 699-700 (1978); ע"א 352/71 החברה המרכזית לניירות ערך בע"מ נ' יעקב אנגלר, כו(1) 678, 681-682 (1972); זמיר, 708-707).

54. גם הימנעות מחקירה ודרישה לבירור מלוא עובדות העסקה כתוצאה מחוסר אכפתיות של הקונה לגבי הבעלות בנכס, עשויה לפגוע בתום הלב של הקונה (ע"א 448/74 אוטו בלה שותפות למסחר בכלי רכב נ' לקי דרייב בע"מ, ל(2) 207, 216 (1976)). כך למשל, במקרים בהם מדובר ברכישת סחורה או נכסים שהגיעו ממקורות עלומים, יפסלו המבחנים האובייקטיביים את תום לבו הסובייקטיבי של הקונה (דנ"א כנען, פס' 6 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן).

55. זאת ועוד, אף בהקשר של תקנת השוק במשכונות (מכוח סעיף 5 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967), נקבע כי תום הלב של הנושה – מקבל המשכון, כולל מעין חובת זהירות, המטילה עליו, מלבד תום לב סובייקטיבי, אף חובה לברר, לבחון ולדעת האם הממשכן אינו הבעלים של המשכון בנסיבות העניין (ע"א 7916/13 ג'ונתן ג'אביט נ' עו"ד ור"ח סיגל רוזן רכב, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 18.6.2014)) (להלן: "עניין ג'אביט"). פסיקה זו הרחיבה למעשה את הדרישות ביחס להתנהלות תמת לב של הקונה.

56. כמו כן, בסוגיית סחר בעתיקות קבעה הפסיקה שרכישה מסוחרי עתיקות מורשים עשויה לבטל חשד סביר בדבר סחר בעתיקות גנובות. זאת, בהיקש לסעיף 34 לחוק המכר ולבחינת תום לב הקונה (ת"פ (מחוזי י-ם) 482-04 מדינת ישראל נ' עודד גולן, פס' 1213 להכרעת הדין (פורסם בנבו, 14.3.2012)).

57. זאת ועוד, בהחלטת בית משפט השלום בתיק ב"ש (שלום ת"א) 3976/02 פרק פמ"א נ' ביל גרוס, עמ' 7 להחלטה (פורסם בנבו, 29.1.2003) (להלן: "עניין ביל גרוס"), נקבע, כי תקנת השוק חלה על רוכש פריטי יודאיקה ביחס ל"טס" גנוב שרכש. מסקנתו של בית המשפט נשענה על הקריטריונים הבאים: הנוהג המסחרי בין סוחרי יודאיקה על בסיס קשרי האמון החלים ביניהם; התנהלות המשיב לאור הנוהג; בירורי המשיב לגבי אופי הסוחר שממנו נקנה ה"טס" ועיסוקו; בירורו והתחקותו אודות ה"טס" שקנה; ופעולותיו מול הסוחר לאחר שעלו בו חשדות לגבי האפשרות כי ה"טס" גנוב. לאחר בחינת האינדיקציות האובייקטיביות הללו, קבע בית המשפט, כי התקיימה במשיב דרישת תום הלב הסובייקטיבית.

58. הנה כי כן, ניתן לראות כי בפסיקה **נבחן תום הלב הסובייקטיבי לפי אינדיקציות אובייקטיביות התלויות בהקשר המסחרי הנתון**. אינדיקציות אובייקטיביות אלו, הן שקובעות האם התנהלות הקונה עלתה כדי עצימת עיניים או האם היה לקונה בסיס להיווצרות חשד סביר בשלבי המכירה.

59. כאן המקום להדגיש, כי נטל הוכחת תום הלב ועמידה בתנאי תקנת השוק מוטלים על הקונה, ללא קשר להיותו תובע או נתבע במסגרת הליך משפטי (בש"פ 2671/01 שלמה (סולי) סיני נ' ד'אן מילדה נה(4) 176, פס' 32 להחלטה (2001), בו ציין בית המשפט כי לא השתכנע "כי העורר הצליח להרים את נטל הראיה לכאורה המוטל עליו בטענת הגנה זו [ר"ל הגנת תקנת השוק]"; ראו גם בע"א 863/76 חברת המלח לישראל בע"מ נ' נתיבי ישראל חברה להובלה בע"מ, לב(2) 696, 699 (1978) בו נקבע בקשר עם סעיף 34 לחוק המכר, כי בשאלה אם "הקונה קנה וגם קיבל את החזקה בנכס בתום לב", "חובת הראיה בשאלה זו חלה על חברת המלח שהיא הקונה המסתמך על הוראות סעיף זה [...]"; וכן ראו זמיר בעמודים 708-709, בהם מצוין כי "נטל השכנוע לקיומו של תום לב מוטל על הקונה").

60. עוד קבעה הפסיקה, כי מועד בחינת תום לב הקונה הוא עובר לכריתת החוזה ועד לאחר קבלת הנכס לידי והקניית הנכס בפועל (זמיר, 705; ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' ג"י סטנלי סונדרס, פס' 6 לפסק דינו של טירקל נ(6) 832 (2002)). אליבא דזמיר, אין תשובה חד משמעית לשאלה, האם תום הלב של הקונה נדרש גם במקרה שבו העברת הזכויות לקונה מאוחרת למועד מסירת הנכס לידי (זמיר, 710-711).

ג.2.2. מן הכלל אל הפרט – תנאי תקנת השוק אינם חלים בעניינו של המשיב 2 ועל כן הוא אינו זכאי ליהנות מהגנת תקנת השוק במקרה הנדון

61. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בהינתן התיאור המשפטי האמור לעיל ביחס לתקנת השוק, ולמקרא כתבי הטענות שהגישו הצדדים (המרצת הפתיחה על נספחיה, כתב התשובה על נספחיו, תצהירי עדות ראשית של הצדדים), ועיון בפרוטוקול דיון ההוכחות מיום 3.3.2021, עולה, כי **לא מתקיימות במשיב 2 הדרישות להחלת תקנת השוק כפי שנקבעו בפסיקה, ובפרט הדרישות לתשלום תמורה ממשית ותום לב**.

62. בפתח הדברים יצוין, כי דין טענות המשיב 2 נגד מכון ז'בוטינסקי, בכל הקשור להתנהלות המכון ביחס למכתב – להידחות. זאת, שכן כפי שהוסבר לעיל, התנהלות הבעלים המקורי בעת בחינת תחולת תקנת השוק אינה רלוונטית, שכן התקנה בוחנת את התנהלות הקונה בלבד.

63. דרישת תשלום התמורה: בהתאם לחשבונית מיום 30.5.2018 שצירף המשיב 2 לתצהירו (נספח 4 לתצהירו), רכש המשיב 2 את המכתב בעבור 600 דולר ארצות הברית, ואילו המחיר ההתחלתי של המכתב במסגרת המכירה הפומבית, שיועדה ליום 24.6.2019, עמד על 100,000 דולר (כעולה מסעיפים 59-63 לתצהירו של המשיב 2; מסעיף 14 לתצהירו של הסוחר, מר רוזן, המובא כנספח לתצהירו של המשיב 2; ומעמוד 26, שורות 10-12 לדיון ההוכחות). דרישת הפסיקה, כמפורט לעיל, היא, כי התמורה ששולמה עבור הנכס תהיה "תמורה ממשית" וריאלית, ולמעשה הדרישה הינה

ל"שקילות התמורות". דהיינו, קרבה בין התמורה ששולמה בידי הקונה לבין הערך הריאלי של הנכס. במקרה דנן, לא יכול להיות ספק שלא מתקיימת דרישת שקילות התמורות כאשר **המכתב מוצע למכירה במחיר התחלתי הגבוה כמעט פי 170 מהתמורה ששולמה עבורו**.

64. יתרה מכך, ועל כך עוד יורחב להלן, נראה כי ההפרש בין המחיר בו נקנה המכתב על ידי המשיב 2 ובין המחיר ההתחלתי בו הוצע המכתב למכירה פומבית, יש גם בו כשלעצמו כדי להעיד על חוסר תום לב המשיב 2.

65. משכך, על בסיס הלכת דנ"א כנען, המשיב 2 לא עמד בדרישת התמורה.

66. המשיב 2 התנהל בחוסר תום לב, תוך עצימת עיניים מובהקת: לא יכול להיות ספק, כי הופעת החותמת של מוזיאון בית"ר, גלגולו הקודם של מכון ז'בוטינסקי, על גב המכתב הייתה צריכה לכל הפחות לעורר את חשד המשיב 2 בנוגע לבעלות על המסמך. יתרה מכך, נראה כי חשד מעין זה אף התעורר בפועל אצל המשיב 2, שכן הוא אף ערך ביקור במכון ז'בוטינסקי (שלא הוכחש על ידי המכון), לאחר רכישת המכתב, בניסיון לברר על אודות המכתב (עמודים 32-33 לפרוטוקול דיון ההוכחות).

67. בנוסף, לטענת המשיב 2 (ס' 8-11 לתצהיר העדות הראשית שלו; עמ' 13-15 לפרוטוקול ההוכחות), הוא עוסק באיסוף מסמכים וחפצים היסטוריים, השתתף במכירות פומביות ואף היווה חלק מצוות ההקמה של מוזיאון יהדות אזרביג'אן. לאור הצהרת המשיב 2, חזקה עליו, כאספן וכאדם העוסק שנים רבות במכירת מסמכים היסטוריים ורכישתם והיותו אדם שומר חוק, שהוא מודע להוראות חוק הארכיונים ולמגבלות המוטלות על הוצאת חומרים הנמצאים בארכיון ציבורי לידיים פרטיות.

68. משכך, לאור קיומה של חותמת מוזיאון בית"ר על המכתב שבנדון – אשר המשיב 2 היה מודע לקיומה בעת רכישת המכתב (עמוד 37, שורות 18-19 לפרוטוקול הדיון), וביתר שאת לנוכח היכרותו הנטענת של המשיב 2 עם תחום האספנות והדין – היה על המשיב 2 לבדוק את מעמדו הקנייני של המכתב באופן מקיף ולהציג אסמכתאות לבירורים שערך, עובר לרכישת המכתב. דא עקא, המשיב 2 לא הציג אסמכתא לבירורים שערך עובר לרכישתו את המכתב. יתרה מכך, המשיב 2 הודה **בחקירתו הנגדית כי לא ערך חקירות או בירורים בנוגע למכתב לפני רכישתו** (עמוד 33, שורות 11-22).

69. יתרה מכך, לטענת המשיב 2 בתצהירו, הוא עדכן את עובדי המכון על כך שהוא מחזיק במכתב המקורי והללו לא הביעו כל תרעומת או פליאה ביחס לכך. עוד ציין המשיב 2 בתצהירו, כי "חקרתי וביררתי אודות המכתב במשך זמן רב, בין היתר מול מכון ז'בוטינסקי..." (סעיף 22 לתצהיר). עם זאת, במסגרת חקירתו בבית המשפט, טען המשיב 2, כי למעשה הוא התחיל לחקור אחר המכתב רק לאחר שהוגשה התביעה לבית המשפט (עמוד 27, שורה 19 לפרוטוקול הדיון). מכאן שנראה שגרסאותיו של המשיב 2 משתנות באופן תכוף ואינן קוהרנטיות.

במאמר מוסגר אף יובהר, כי ברור ששיחה עם עובדי מכון ז'בוטינסקי, לאחר קניית המכתב, אינה יכולה להתגבר על אי עמידה בתקנת השוק בנסיבות העניין, ומכל מקום המשיב 2 לא הוכיח כי גילה לעובדי המוזיאון שהמסמך המקורי נמצא בידיו.

70. עוד יצוין, כי במסגרת חקירת המשיב 2 בדיון ההוכחות, הודה למעשה המשיב 2 כי הוא מכיר בכך שהמכתב היה בעברו בבעלות מוזיאון בית"ר (עמוד 27, שורות 12-15 לפרוטוקול דיון ההוכחות).
71. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, התנהלותו של המשיב 2, שתוארה לעיל, מבטאת עצימת עיניים ועולה כדי חוסר תום לב מצד המשיב 2 ביחס למכתב שנרכש על ידו. משכך, המשיב 2 לא עמד בנטל הוכחת תום הלב, כנדרש בפסיקה.
72. רכישת הנכס מ"מי שעווסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר": לטענת המשיב 2 הוא רכש את המכתב מסוחר בשם אדוארד רוזן. בתצהירו, מעיד מר רוזן כי עסקו, "בית ציון" הוא בית ממכר המתמחה בתשמישי קדושה, בולים, מסמכים היסטוריים וכו' (סעיף 3 לתצהירו; עמוד 45, שורות 1-2; עמוד 46, שורה 6 לפרוטוקול הדיון). מצילומי מסך של האתר של עסקו, שצורפו כנספח לתצהירו של רוזן, עולה כי מוקד העסק הינו איסוף וממכר של גלויות ובולים מארץ ישראל על תקופותיה. קרי, אין כל ראיה המצביעה על כך שמר רוזן עוסק במכירת מסמכים היסטוריים. עניין זה, כשלעצמו, מעלה שאלה בדבר היותו של מר רוזן סוחר העוסק במכירת מסמכים היסטוריים.
73. עוד יצוין, כי מעיון בחקירתו הנגדית של מר אדוארד רוזן, עולה ספק האם מלכתחילה המשיב 2 רכש את המכתב ממר רוזן ישירות, או שמא מר רוזן היה "מתווך" בעסקה, במסגרתה נרכש המכתב ישירות על ידי המשיב 2 ממנהל העיזבון של מר בוב כהן. יובהר כי מנהל העיזבון של מר כהן, אחיינו, הוא מהנדס ואינו אספן (עמודים 41-44, שורה 2, לפרוטוקול הדיון).
- הנה כי כן, ממילא ישנו ספק משמעותי ומהותי האם המשיב 2 אכן רכש את הנכס מ"מי שעווסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר".
74. יתרה מכך, מהקבלה שצורפה לכאורה עבור רכישת המכתב שבנידון (נספח 4 לתצהיר המשיב 2), כלל לא ניתן להסיק כי אכן מדובר במכתב מושא הליך. מדובר בקבלה בכתב יד באנגלית, אשר מצוין בה כי שולמו 600 דולר ארצות הברית עבור מכתב של טרומפלדור בעברית. הא ותו לא. לא זו אף זו, מר רוזן בחקירתו הנגדית הודה, כי ייתכן והוא כלל לא מכר את המכתב מושא הליך זה למר שלומוב (עמוד 48, שורות 12-20 לפרוטוקול הדיון).
75. לאור המתואר לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי אין להחיל במקרה דנן את תקנת השוק על עניינו של המשיב 2. זאת, היות והמשיב 2 אינו עומד בתנאים המצטברים שנקבעו בפסיקה על מנת ליהנות מהגנתה של תקנת השוק.

4. דיני הקניין התרבותי מצדיקים את השבת המכתב לידי מכון ז'בוטינסקי

1.4.1. קניין תרבותי - מבוא

76. קניין תרבותי הינו ספירה נורמטיבית, העוסקת באובייקטים המהווים חלק מתרבות נתונה. אין מדובר ברשימה סגורה של נכסים והיא כוללת, לדוגמה, ממצאים ארכיאולוגיים ואדריכליים, יצירות אמנות, מסמכים היסטוריים, מסמכים בעלי עניין מיוחד המצדיקים את האינטרס הציבורי

בשימורם וכו' (John Henry Merryman *The Public Interest in Cultural Property* 77 Cal. L. Rev. 339, 341 (1989) (להלן: "מרימן, אינטרס ציבורי")).

77. לאור האופי הסימבולי, התפקידים הריטואליים והשפעות נכסי תרבות על המשתמשים בהם במגוון מישורים, לקניין התרבותי ישנה תרומה מכרעת לזיכרון ולזהות הקולקטיביים של החברה. הסיבות לכך הן מגוונות: קניין תרבותי הוא בעל ערך כלכלי חשוב למדינה ולחברה, מאחר שמוצגים ארכיוניים, יצירות אמנות וכו' מושכים תיירות ומהווים בסיס להשקעה וטיפוח ציבוריים (מרימן, אינטרס ציבורי, 355).

קניין תרבותי בעל ערך קריטי ללימוד עברה של תרבות נתונה וביסוס הזהות הקולקטיבית בהווה. כלומר, נכסי תרבות מייצגים המשכיות, ושימורם מייצג התמודדות קולקטיבית-תרבותית עם אובדן, שכחה וסופיות (שם, 353; גיא פסח "בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון" משפטים מח 91, 116-177 (תשע"ט)) (להלן: "פסח").

לקניין התרבותי השפעה על עיצוב זהות לאומית, והוא מסייע לגיבוש אחדות לאומית ובנייה וחיזוקה של מדינת הלאום.

78. קניין תרבותי קשור בקשר גורדי לערכים מוסריים וקולקטיביים. שימור האובייקט התרבותי המקורי תורם לא רק לידע אודות העבר, אלא מעגן את עצם היחס של החברה לעברה ולהכרה באמתותה. הכרה בעבר משמשת כגשר להכרה בערכי האמת של התרבות בהווה, ובכך מעגנת את ערך האמת התרבותי (מרימן, אינטרס ציבורי 346, 359).

79. הואיל ונכסי תרבות מהווים הגשמה והמחשה של תרבויות ומשקפים את לוז הווייתן וזהותן, מדובר, למעשה, בנכסים שהינם תוצר ועניין של קולקטיבים והזדהות פרטים במסגרת שייכותם לקולקטיב ולתרבותו.

80. ענף דיני הקניין התרבותי הוא ענף משפטי שהעיסוק בו התפתח בעשורים האחרונים, ועוסק בזכויות הקניין על נכסי תרבות – חפצים ארכיאולוגיים, אתנוגרפיים והיסטוריים, יצירות אמנות וארכיטקטורה – שהינם בעלי ערך ייחודי המצדיק את שימורם, ניצולם ועבירותם (ע"א 8323/17 מדינת ישראל נ' דניאל יוסף בעהם, פס' 33 לפסק דינו של כב' השופט מינץ (פורסם בנבו, 20.05.2019)) (להלן: "עניין בעהם").

81. מעבר להגדרה רחבה זו, נכסי תרבות מובנים כ- "ייצוגים ואמצעים סמליים המכוננים והמעצבים מרכיבים של זיכרון קולקטיבי משותף" (גיא פסח "בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון: בעקבות ע"א 9336/12 Israelitische Kultusgemeinde Wein נ' הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי" משפטים מח 91, 117 (2018) (להלן: "בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון"; ו-"עניין הארכיון המרכזי"); ראו גם: John Henry Merryman, *The Public Interest in Cultural Property*, 77 Calif. L. Rev. 339, 341 (1989); לעמדה המתנגדת למשטר משפטי מיוחד או התייחסות שונה

לקניין תרבותי, ראו: Eric A. Posner, The International Protection of Cultural Property: (Some Skeptical Observations, 8 Chi. J. Int'l L. 213 (2007).

82. 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" (בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון, עמוד 113).

83. דיני הקניין התרבותי משלבים בתוכם סוגיות משפטיות הכרוכות בדיני קניין, חוזים, משפט בינלאומי, משפט מנהלי וכו'. בפרט מתחדדות סוגיות אלה במחלוקות הקשורות להשבה של נכסים תרבותיים למדינות או קבוצות אתנו-תרבותיות מגורמים זרים או פרטיים, שהנכסים התגלגלו לידיהם בדרך זו או אחרת (פסח, עמודים 92, 117).

84. כפי שצוין בפסקה 34 לפסק דינו של כב' השופט מינץ בעניין בעלהם, דיני הקניין התרבותי עוסקים בשאלות כמו: האם יש לשמר מבנה באוהאוס מוזנח בתל-אביב; האם יש לשמור מסמכים או חפצים היסטוריים בארץ (להלן: "עניין הארכיון המרכזי"); כיצד יש להגן על נכסי תרבות במקרה של סכסוך מזוין בהתאם לאמנת האג 1954; ובענייננו, האם נכס תרבותי מסוים מקומו לשוב לחזקת הארכיון הציבורי שהחזיק בו או להיות בבעלות גורם פרטי (ראו: בע"מ 6251/15 הופה נ' קסוטו (פורסם בנבו, 7.8.2016)).

85. התשובות לשאלות אלו נגזרות בראש ובראשונה ממארג נורמות המסדירות את המגבלות והחובות בקשר לקניין תרבותי. במשפט הישראלי ניתן למנות בין נורמות פנימיות אלו 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 (בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון, עמוד 113). אולם, במסגרת פרשנות דברי החקיקה, עשויות להישקל גם תכליות דיני הקניין התרבותי, שעליהן נמנות, בין היתר, "אמת, זיכרון והמשמעות המשותפת המיוחסת לחומרי התרבות על ידי הקבוצה, הקהילה או הלאום" (שם, עמ' 114).

86. 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 למישור המדינתי ולשאלת החזקתם של נכסי תרבות בידיים פרטיות. במישור המדינתי חובת ההשבה יכולה להתבטא בהטלת מגבלות על החזקת נכסי תרבות בידיים פרטיות והשבתם לידי המדינה, במקרים המתאימים (להרחבה ראו: John Henry Merryman, The Retention of Cultural Property, 21 U.C Davis L. Rev. 477 (1988)).

87. על כן, אין ספק כי קיים אינטרס ציבורי משמעותי בהשבת המסמכים לחזקתה של המדינה באמצעות הארכיון הציבורי שהוא במקרה דנן מכון ז'בוטינסקי. יפים בהקשר זה דברי המשנה לנשיאה (דאז) א' רובינשטיין בעניין הארכיון המרכזי:

"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))

...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 ולהיאחז במולדתם העתיקה'.

יהי שומר הזיכרון דנא במקום הראוי לו..." (פסקה י"ט לחוות דעתו).

88. כפועל יוצא מהאמור, נקבע למשל בפסיקה כי לטיטות מגילת העצמאות ערך זהותי-לאומי, תרבותי והיסטורי בולט, ומשכך קיים אינטרס ציבורי משמעותי להשבתן לידי המדינה, על אף השיהוי, כביכול, שננקט מצד המדינה (עניין בעה"ס, פס' 35 לפסק דינו של כב' השופט מינץ). בפסק הדין בעניין בעה"ס ישנן אמירות שמסבירות מדוע יש לדחות את טענת השיהוי שהועלתה מצד המשיבים שם. מעבר לכך נקבע שאין מקום לתת לתביעה לסגת מטעמי שיהוי בלבד לנוכח הטעמים העומדים בבסיס תביעה לקניין תרבותי.

89. האינטרס הציבורי הוא אחד ההיבטים אותם יש לקחת בחשבון עת נבחן קיומה של תקנת השוק (ר' ע"א כנען, סע' 11 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן).

90. זאת ועוד, ישנן מגבלות וחובות שונות מכוח החוק והפסיקה, העשויות לחול על בעלים של קניין תרבותי. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מלצר בפסקה 9 לפסק דינו בעניין הארכיון המרכזי:

"...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 ויקום רצונו המקורי של הבעלים, או המעניק, ככל שהוא מכון 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 ההחזקה שהוסכמו לגביו, ככל שמדובר ב-"נכס תרבות לאומי" ככזה)" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

91. כמו כן, ראו לעניין זה את ההיקש שנערך בפסיקה בין האיסור על הוצאת עתיקות מישראל מכוח חוק העתיקות לבין חומר ארכיוני, מבחינת המהות הערכית של חשיבות האופי הציבורי-לאומי של חומר מסוג זה (עניין הארכיון המרכזי, פס' ז' לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין).

92. הנה כי כן, בהלימה לעקרונות דיני הקניין התרבותי, הפסיקה בישראל מצדדת בהדגשת האספקט הלאומי של נכסים תרבותיים ומצדיקה את שמירתם של נכסים תרבותיים בידי המדינה או בידי ארכיון ציבורי בישראל (ראו עניין בעה"ס; עניין הארכיון המרכזי; פסח, עמודים 122-123).

93. במאמר מוסגר יצוין, כי בדין האמריקאי, לדוגמה, רכישה או מכירה של נכסים השייכים לקטגוריית הקניין התרבותי מטילה חובת חקירה ובדיקה מעמיקות הן על המוכר והן על הקונה בעסקאות מכר, ורכישה בתום לב ובתמורה של נכסי תרבות גנובים איננה מספקת הגנה נוסח תקנת השוק (Marilyn Phelan, Cultural Property, 34 INT'L L. 697, 704-705 (2000); מאוטנר, 152).

94. בענייננו, לא יכול להיות חולק כי מכתבו של יוסף טרומפלדור מהווה נכס תרבותי בדמות מסמך היסטורי הקשור בתחייתו הלאומית של העם היהודי בארץ מכורתו. הן תוכן המסמך והן זהות מחברו קשורים בקשר הדוק לזהות הקולקטיבית-הלאומית, הציונית והישראלית.

95. **אין ספק כי קיים אינטרס ציבורי משמעותי בהשבת המכתב לחזקתה של המדינה, באמצעות מכון ז'בוטינסקי שהנו ארכיון ציבורי**, הפועל מאז היווסדו במטרה לאסוף, לשמור ולהציג תעודות, פרסומים ותצלומים הקשורים בזאב ז'בוטינסקי ובתנועה הרוויזיוניסטית. כן משמש המכון כארכיון של הצה"ר, תנועת החרות, גח"ל, הליכוד, תנועת הנוער בית"ר בארץ ובתפוצות, מחתרות האצ"ל, לח"י וברית הבריונים, הע"ל, העפלת "אף על פי", מח"ל, התנועה הלאומית בשואה ובגבורה, ועוד.

96. כאן אף המקום לציין כי נכס תרבותי לא נבחן בפני עצמו, אלא במסגרת ההקשר התרבותי והפיזי שבו נוצר ונשמר ובפרט ביחס למיקומו (בתוך מקדש, מוזיאון המוקדש לתרבות מסוימת או היותו חלק מאוסף מוצגים). דה-קונטקסטואליזציה של קניין תרבותי עשויה לפגוע בתרבות נתונה ובנוסף לפגום בעצם המעמד התרבותי של החפץ גופא, כמו גם בפוטנציאל החינוכי והמחקרי שלו (מרדמן, אינטרס ציבורי, 357-358; John Henry Merryman, *Cultural property ethics*, 7 IJCP 21, (1998) pp. 27-29).

97. במקרה דנן, המכתב של טרומפלדור נושא את חותמת מוזיאון בית"ר, שמו הקודם של מכון ז'בוטינסקי. מדובר במוסד המוקדש, בין היתר, לתיעוד ושימור העבר הצבאי של היישוב החדש על ארגונו הצבאיים. היועץ המשפטי לממשלה יוסיף ויצוין שראשי התיבות בית"ר הם "ברית יוסף טרומפלדור" באופן המשמר את טרומפלדור עצמו. זאב ז'בוטינסקי עצמו, על שמו נקרא המכון כיום, היה חברו ושותפו של טרומפלדור בהקמת הגדודים העבריים. משכך, **הקשר הקונטקסטואלי של המסמך – מכתב של טרומפלדור לאב של חייל שנספה בקרב – מחייב את שמירתו באוסף מסוג זה, המעגנו בהקשר הנכון ומעניק לו את הנופך הרלוונטי**.

98. לסיכום האמור עד כה, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי למכתבו של טרומפלדור ערך זהותי-לאומי, תרבותי והיסטורי בולט. משכך קיים אינטרס ציבורי משמעותי להשבתו של המכתב לידי מכון ז'בוטינסקי, שהנו ארכיון ציבורי המתאים ומיועד לשימורים נכסי תרבות חשובים מעין אלה.

5.ג. שיקולים נוספים המצדיקים אי החלת תקנת השוק במקרה הנדון

99. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, טיב הנכס – קניין תרבותי – מקרין על הפרשנות הראויה של התנאים בתקנת השוק לפי סעיף 34 לחוק המכר (ובפרט על תנאי תום הלב). בנוסף, סבור היועץ

המשפטי לממשלה, כי ישנם שיקולי מדיניות נוספים המצדיקים את אי החלת תקנת השוק בנסיבות המקרה דנן ואת העברת המכתב לארכיון ציבורי במדינת ישראל.

100. בפתח הדברים יובהר, כי תקנות השוק השונות המצויות בדין הישראלי מאזנות למעשה בין זכויות הבעלים המקורי לבין הקונה, והן תלויות בהקשר כלכלי וחברתי רחב יותר. הסדרים נוסח תקנות השוק משתנים בין שיטות משפט שונות, בין תקופות, לפי סוגי הנכסים, ומושפעים מאופי החברה והמבנה הכלכלי שלה וכדי (דנ"א כנען, פס' 4 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן; איל זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 - פירוש לחוקי החוזים 681-683 (1987); מאוטנר, 122).

101. שיקול משמעותי לעניין החלת תקנת השוק, ואשר רלוונטי במיוחד לענייננו, הוא מניעת עידוד גניבות והלבנת בעלות על מסמכים שניטלו שלא כדין מארכיונים ציבוריים לרבות ארכיון המדינה על שלוחותיו. האיזון ייעשה באמצעות הערכת השפעת תקנת השוק על עידוד הגניבות בחברה נתונה וביחס לשאלה מיהו "המונע הזול" במסגרתה (זמיר, 682; ברק מדינה "העדפת הקונה בתמורה ובתום לב במצבי תחרות מול הבעלים המקורי לשם עידוד השקעה בהשגת מידע" (להלן: "מדינה") המשפט ה' 117, 121 (תשס"א)).

102. על כן, על תקנת השוק להתקיים במצבים שבהם היא נועדה לחול באופן טבעי, ולא במקרים המעלים חשד (או שלכל הפחות היו צריכים להעלות חשד), כי מדובר ברכש של סחורה גנובה או שיצאה מרשות בעליה שלא כדין.

103. בדומה, בפסק הדין בעניין ביל גרוס, נקבע כי על מנת לזכות בתקנת השוק, לא די בקשרים מסחריים רווי אמון בין הצדדים, אלא נדרשת בחינה מעמיקה יותר של הנכס הנרכש. דהיינו, יש לבחון את התנהלות הקונה ביחס לעריכת בירור מעמיק אודות הנכס הנרכש, בעליו הקודמים ואופי פעולתו ביחס לחשדות אפשריים להיות הנכס גנוב.

104. בענייננו, המכתב מושא ההליך חתום בחותמת של מוזיאון בית"ר, והמכון טוען כי המכתב היה ברשותו ונגנב ממנו בנסיבות עלומות. לצד זאת, נראה, כי המכתב נמכר למשיב 2 על ידי מי שעסקו לא מתמקד במכירת מסמכים היסטוריים כדוגמת המכתב. השילוב של נתונים אלה, מעלה ספק האם נכון לאור שיקולי המדיניות שנמנו לעיל להחיל את תקנת השוק בנסיבות העניין.

105. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, החלת תקנת השוק בעסקאות ממין זה, **דהיינו כאשר ישנו מקום לחשד משמעותי שמדובר בנכס שנלקח שלא כדין**, עשויה לעודד מכירת מסמכים גנובים מארכיונים ולהסב נזק בלתי הפיך לאינטרס הציבורי, בדגש על חשיבות הקניין התרבותי.

106. יש לציין, כי על מנת לאזן בין דינמיקת חיי המסחר מחד גיסא, ובין הגנה על אינטרס הבעלים המקורי או אינטרס ציבורי מאידך גיסא, יש להטיל על הקונה תם הלב תמריץ למנוע עסקאות להלבנת גניבות, עד לגבול מסוים, שמא רף ההוכחה יהיה נוקשה מדי ויוביל לכשלי שוק. זאת, על ידי מתן אפשרות לקונה לזכות בהגנת השוק, במידה ויעמוד ברף פעולות סביר מכוח היותו המונע הזול.

107. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שתוארה לעיל בהרחבה בפרקים הקודמים בתגובה זו, המשיב 2 לא עמד באותו "רף פעולות סביר" שהיה עליו לעמוד בו לצורך בירור ווידוא שהמכתב המדובר אינו רכוש גנוב. ההפך הוא הנכון, מאופן הצגת הדברים במסגרת טענות הצדדים נראה, כי **כבר בזמן ביצוע העסקה היו די ראיות שהיה עליהן לעורר את חשדו של המשיב 2 ביחס למכתב, בראשן עצם קיומה של חותמת מוזיאון בית"ר על המכתב, אולם הוא בחר לעצום את עיניו ולהתעלם מקיומן.**
108. כמו כן, ההצהרה על קשרים מסחריים ארוכי טווח ורוויי אמון בין המשיב 2 לבין מר רוזן ובין מר רוזן לבין מר בוב כהן (שממנו רכש מר רוזן את המכתב לכאורה), אינם מספקים. **המשיב 2 ומר רוזן לא ציינו בתצהיריהם כי נערכה בדיקה מעמיקה ביחס לשרשרת הבעלות של המכתב.** כל שנטען הוא כי רוזן סמך על כהן מבחינת בדיקותיו של הלה את מקור הפריטים באוספיו, אך לא הוצג כל ממצא המאמת זאת, לא כל שכן ביחס למכתב שבנידון. יתרה מכך, גם הקבלה המוצגת מיום 30.5.2018, אינה יכולה להוות ראיה כי אכן מדובר ברכישת המכתב מושה ההליך, שכן כל שכתוב בה הוא שמדובר ברכישת מכתב של טרומפלדור בעברית (נספח 4 לתצהירו של המשיב 2). הא ותו לא.
109. משכך, גם משיקולים של הטלת האחריות על "המונע הזול", הוא הקונה, יש לגלגל לפתחו במקרה דנן את האחריות לרכישת מוצג מוזיאוני גנוב.
110. לסיכום עניין זה, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי **האינטרס הציבורי במיגור תופעת גניבות מסמכי ארכיונים ציבוריים לרבות מארכיון המדינה על שלוחותיו, מכירתם והלבנתם תוך הסתמכות פסולה על מנגנון תקנת השוק, מחייב שלא להחיל במקרה דנן את תקנת השוק על המשיב 2.** המשיב 2 בחר לעצום עיניו מהראיות שהיה בהן כדי לעורר את חשדו כי מדובר במכתב גנוב, ולא הציג אף אסמכתא לבדיקות שערך הוא או מי מטעמו ביחס למכתב, למעט הצהרות בעלמא.
111. עצימת עיניים זו, מעבר להיותה אינדיקציה לחוסר תום ליבו של המשיב 2 באופן שממילא שולל את תחולת הגנת השוק בעניינו, אף מדגימה כיצד החלת תקנת השוק בנסיבות כגון דא עשויה לחזק את תופעת הלבנת חפצים גנובים על חשבון המחקר, עיצוב הזיכרון הקולקטיבי של החברה והאינטרס הלאומי.
112. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה מצב זה מצדיק שלא להחיל את תקנת השוק בענייננו, עקב שיקולי המדיניות שתוארו לעיל.

סיכום

113. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי מכתב של יוסף טרומפלדור הינו אוצר בעל אופי ציבורי-לאומי, ומשעה שהפך לקניינו של ארכיון ציבורי אין הוא עוד רכוש הפרטי של איש. למדינת ישראל אינטרס עליון בשמירה על מורשתה התרבותית וההיסטורית. המדינה רואה בשמירה זו חלק בלתי נפרד מנאמנותה כלפי הציבור, העם היהודי והדורות הבאים.

114. המכתב מושא ההליך נושא אופי "ציבורי-לאומי", וככזה יש לדאוג כי הוא יוותר בידי הארכיונים הציבוריים של העם ולא בידי הפרט. במקרה דנן, לאור כל האמור והמפורט עד כה, היועץ המשפטי סבור כי הוכח במאזן ההסתברויות החל בהליך האזרחי כי מכון ז'בוטינסקי הינו הבעלים החוקי של המכתב וכי על המכתב מושא התובענה להיות מופקד במכון, שהנו ארכיון ציבורי, וזאת לצורך מימוש האינטרס הציבורי הגלום בו, ולטובת כלל אזרחי המדינה והדורות הבאים.