

בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון
Israelitische Kultusgemeinde Wien 9336/12 בעקבות ע"א
נ' הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי

מאת

גיא פסח*

בפסק דין משנת 2015 קבע בית המשפט העליון כי קהילת יהודי וינה אינה זכאית לדרוש שיושבו לה מן הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי, הממוקם בירושלים, מסמכים היסטוריים וחומר ארכיוני משל קהילת יהודי וינה, אשר הופקדו בארכיון. מסתמן שזהו פסק דין ראשון של בית המשפט העליון בישראל המתקשר, בין במישור ובין בעקיפין, עם מה שנהוג לכנות "דיני הקניין התרבותי". בדרך כלל, מחלוקות קניין תרבותי עוסקות בדרישות השבה מצד מדינת לאום או קהילה אתנית מובחנת, כלפי גורם זר או גורם פרטי המחזיקים בידיהם נכסי תרבות לא להם. ייחודיות עובדות המקרה, כמו גם ייחודו של פסק הדין, הם בכך שסכסוך השליטה על נכסי מורשת התרבות של קהילת יהודי וינה היה בין קהילת יהודי וינה ובין מדינת ישראל – שתי ישויות אשר כביכול מאוחדות בזיקתן למורשת העם היהודי וניצבות מצדו האחד של המתרס. בית המשפט העליון נקט עמדה פרשנית אשר ממנה משתמע כי חומרי הארכיון של קהילת יהודי וינה הם בבחינת "נכסי תרבות לאומיים" של מדינת ישראל. דרישת ההשבה מצד קהילת יהודי וינה נדחתה לא רק כעניין מעשי, אלא גם במובן הסמלי. תוצאת פסק הדין היא כי מסמכים היסטוריים המתעדים את קורות יהודי אוסטריה, יישארו מאוחסנים בארכיון ציבורי ישראלי בירושלים, ולא יוכלו להיות חלק ממרכז הנצחה וארכיב אשר קהילת יהודי וינה מבקשת להקים במקום מושבה. החלטת בית המשפט התעלמה מכך שהשבת המסמכים ההיסטוריים, ושיכונם בבית הקהילה היהודית בווינה, הם גם אקט סמלי לתקומת הקהילה, לציון המשכינותה ולהדגשת כוח ההישרדות שלה. פסק דינו של בית המשפט העליון התמקד, רובו ככולו, בהיבטים פורמליים ודוקטרינריים, בפרשנות וביישום של הוראות החוק הרלוונטיות, כמו גם בהיבטים הסכמיים הנוגעים למערכת היחסים שבין קהילת יהודי וינה ובין הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי. בכל הנוגע לאלה, פסק הדין הוא לא בהכרח מוטעה, אולם אף אם פסק הדין אינו שגוי מיסודו, בכל זאת ישנה משמעות לבחירותיו של בית המשפט מתוך קשת של אפשרויות משפטיות ומקורות היסטוריים, כולם קבילים. טענתי במאמר היא כי בחירותיו של בית המשפט, ובייחוד המכלול המצטבר שלהן, משקפים נרטיב מסוים מאוד בנוגע לתפיסות הזיכרון הקולקטיבי והקניין התרבותי של בית המשפט העליון. הנרטיב העולה מפסק הדין משקף תפיסה צרה במידת מה של המושג "מורשת תרבותית" ושל משמעות מהלכי "השבה" (restitution) כאמצעי לכינון ולשיקום של זהות תרבותית וזהות קהילתית. לפחות במידה מסוימת, תפיסת בית המשפט העליון מסתמנת כמקלישה את חובת ההגינות

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה למיכאל בירנהק, תומר ברודי, רון דודאי, סיגל הורוביץ, יהושע ויסמן, אדם חפרי, מרגית כהן, סיליה פסברג, אילן סבן ומיכל שור-עופרי על הערות לגרסה קודמת של המאמר.

וחובת הנאמנות המטפורית, אשר מדינת ישראל חבה לקהילות יהודיות אשר הפקידו בידה למשמרת את אוצרות התרבות ההיסטוריים שלהן. הקושי בפסק הדין הוא בכך שכינון מעמדם של נכסי התרבות הלאומיים של מדינת ישראל נעשה במחיר של פיתוח הזיקה והקשר בין קהילת יהודי וינה לאוצרות העבר של הקהילה, שלא לומר התעלמות מזיקה וקשר אלה. בכל אלה עוסק המאמר.

הקדמה. א. פסד הדין בפרשת קהילת יהודי וינה. 1. עובדות המקרה ופסק הדין של בית המשפט העליון; 2. ניתוח ביקורתי – דוקטרינרי ועובדתי. ב. בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון. 1. זיכרון קולקטיבי; 2. דיני הקניין התרבותי ומוסד ההשבה; 3. תפיסת הקניין התרבותי והזיכרון הקולקטיבי של בית המשפט העליון בפרשת קהילת יהודי וינה; 4. השלכות אפשריות של הדיגיטציה של תומרי ארכיון קהילת יהודי וינה. ג. סיכום.

הקדמה

“אין בנמצא כוח פוליטי בלא הכוח לשלוט בארכיון”¹

בפסק דין שניתן בשנת 2015,² קבע בית המשפט העליון כי קהילת יהודי וינה אינה זכאית לדרוש שיושבו לה מן הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי, הממוקם בירושלים, מסמכים היסטוריים וחומר ארכיוני משל קהילת יהודי וינה, אשר הופקדו בארכיון. מסתמן שזהו פסק דין ראשון של בית המשפט העליון בישראל המתקשר, בין במישרין ובין בעקיפין, עם מה שנהוג לכנות “דיני הקניין התרבותי” (Cultural Property Law). כמפורט בחלק ב' להלן, דיני הקניין התרבותי כוללים מארג של נורמות, בין-לאומיות ומדיניות, הקובעות מגבלות וחובות בנוגע לדרכי השימוש ביצירות, במסמכים ובחפצי תרבות אותנטיים ובעלי ערך ייחודי המצדיק את שימורם, ובנוגע לדרכי הניצול והעבירות שלהם. ייחודיות עובדות המקרה, כמו גם ייחודו של פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת קהילת יהודי וינה, הם בכך שסכסוך השליטה על נכסי מורשת התרבות של קהילת יהודי וינה היה בין קהילת יהודי וינה ובין מדינת ישראל – שתי ישויות השייכות לאותה קבוצה אתנית ואשר היינו משערים שהן מאוחדות בזיקתן למורשת העם היהודי. בדרך כלל, מחלוקות בתחום דיני הקניין התרבותי נוטות להתמקד בדרישות השבה מצד מדינת לאום או קהילה אתנית מובחנת, כלפי גורם זר או גורם פרטי המחזיקים בידיהם נכסי תרבות לא להם. עיקר הפרדיגמה של דיני הקניין התרבותי עוצבה בכל הנוגע לנסיבות שבהן נטילת נכסי תרבות התבצעה על ידי גורם זר, אשר ניצל את עמדת הכוח שלו, במקרים רבים ככובש.³

1 JACQUES DERRIDA, ARCHIVE FEVER: A FREUDIAN IMPRESSION 4 (Eric Prenowitz trans., ראו “there is no political power without the power to control the archive”) (1996).

2 ראו ע"א 9366/12 Israelitische Kultusgemeinde Wien נ' הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי (פורסם בנבו, 3.6.2015) (להלן: פרשת קהילת יהודי וינה). על פסק הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף שנדחתה ראו דנ"א 4580/15 Israelitische Kultusgemeinde Wien נ' הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי (פורסם בנבו, 24.9.2015) (להלן: דחיית הבקשה לדיון נוסף בפרשת קהילת יהודי וינה).

3 ראו למשל JAMES CUNO, WHO OWNS ANTIQUITY (2008); JHON T. MERRYMAN, IMPERIALISM, ART AND RESTITUTION (John H. Merryman ed., 2006) (להלן: MERRYMAN, IMPERIALISM).

הסכסוך שנדון בפסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה הוא אחר. מוקד סכסוך השליטה על נכסי מורשת התרבות היה בין שני גורמים הניצבים כביכול מצדו האחד של המתרס: קהילת יהודי וינה והארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי – שניהם גורמים המאחדים במחויבותם לכוון ולשמר היבטים הקשורים למורשת העם היהודי: קהילת יהודי וינה, במעגל מקומי יותר המתייחס להיסטוריה ולמורשת של יהודי וינה, ואילו הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי, מן הזווית של שימור וכינון של מורשת העם היהודי בכללותו, בישראל ומחוצה לה. בית המשפט העליון נקט עמדה פרשנית אשר ממנה משתמע כי חומרי הארכיון של קהילת יהודי וינה הם בבחינת "נכסי תרבות לאומיים" של מדינת ישראל.⁴ דרישת ההשבה מצד קהילת יהודי וינה נדחתה לא רק כעניין מעשי במישור המשפטי, אלא גם במובן הסמלי. תוצאת פסק הדין היא שמסמכים היסטוריים, המתעדים את קורות יהודי אוסטריה, יישארו מאוחסנים בארכיון ציבורי ישראלי, בירושלים, ולא יוכלו להוות חלק ממרכז הנצחה וארכיב אשר קהילת יהודי וינה מבקשת להקים במקום מושבה.

כמפורט בחלק ב' להלן, פסק הדין של בית המשפט העליון התעלם מכך שהשבת המסמכים ההיסטוריים, ושיכונם בבית הקהילה היהודית בווינה, הם גם אקט סמלי לתקומת הקהילה, לציון המשכיותה ולהדגשת כוח ההישרדות שלה.⁵ פסק דינו של בית המשפט העליון התמקד, רובו ככולו, בהיבטים פורמליים ודוקטרינרים, בפרשנות וביישום של הוראות החוק הרלוונטיות, כמו גם בהיבטים הסכמיים הנוגעים למערכת היחסים שבין קהילת יהודי וינה ובין הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי.⁶ אולם כפי שאטען, הכוח המניע שמתחת לרובד זה הוא תפיסה צרה במידת מה של המושג "מורשת תרבותית" ושל משמעות מהלכי "השבה" (restitution) כאמצעי לכינון ולשיקום של זהות תרבותית וזהות קהילתית.⁷

לפחות במידה מסוימת, תפיסה זו מקלישה את חובת ההגינות וחובת הנאמנות המטפורית, אשר מדינת ישראל חבה לקהילות יהודיות אשר הפקידו בידיה למשמרת את אוצרות התרבות ההיסטוריים שלהן. זו גם תפיסה אשר להבנתי לוקה ביישום הערכים שביסוד דיני הקניין התרבותי,⁸ ולכן אף פותחת פתח לביקורת אפשרית על בית המשפט בנוגע לפרשנות וליישום של סעיף 14א לחוק הארכיונים – סעיף המטיל הגבלות על העברת נכסים מארכיון ציבורי ואשר פרשנותו עמדה במוקד פסק הדין.⁹

4 ראו להלן פרק א.1.

5 לדיון מפורט ראו להלן פרק ב.

6 לסקירה מפורטת ראו להלן פרק א.1.

7 ראו להלן פרק ב.

8 לעניין זה ראו להלן פרק ב. כמפורט שם, מתעוררת השאלה אם ניתן להצדיק את פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה (לעיל ה"ש 2) על בסיס הגישה הבין-לאומית לדיני הקניין התרבותי (לפירוט גישה זו ראו להלן ה"ש 115–119 והטקסט הסמוך אליהן). כפי שאנמק שם, עמדתי היא כי אי-אפשר להצדיק בנקל בנסיבות המקרה את פסק הדין בהתבסס על הגישה הבין-לאומית לדיני הקניין התרבותי; זאת, הגם שראוי להביא בחשבון ולשכלל גישה זו כשבאים להכריע בידי מי צריכים להיות מוחזקים חומרי הארכיון של קהילת יהודי וינה.

9 ראו חוק הארכיונים, התשט"ו–1955 (ס' 14א לחוק הארכיונים קובע כי חומר ארכיוני שבארכיון ציבורי, לא יועבר ממנו אלא לגנן או לארכיון ציבורי אחר ולא יהיה ניתן לעיקול או לשעבוד. הסייג היחיד לכך מצוי בנסיבות שבהן ההעברה, העיקול או השעבוד נעשו בהסכמת הגנן ובתנאים שקבע).

כמפורט להלן,¹⁰ התכלית שביסוד מגבלת העבירות, אשר סעיף 14א לחוק הארכיונים קובע, היא אותה תכלית שמבססת את תביעת ההשבה מצד קהילת יהודי וינה – תכלית של תיעוד, שימור והנגשה של מסמכים ונכסים תרבותיים בעלי ערך ייחודי על ידי מי שיש להם קשרי זיקה מיוחדים לאותם מסמכים ונכסים תרבותיים. משום כך זיקת קהילת יהודי וינה לאותם מסמכים ונכסים תרבותיים מורה, כי היה ראוי לשקול אפשרות שמסמכים היסטוריים וחומר ארכיוני משל קהילת יהודי וינה, אשר הופקדו בארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי, יושבו לידי קהילת יהודי וינה, המקום שבו הקהילה שיקמה את עצמה וחזרו לידיה הכלים והיכולות לנהל ולשמר את נכסי התרבות שלה.

טענותי המרכזיות במאמר הן שפסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה אמנם איננו מוטעה מיסודו, אולם הוא לא היה מחויב המציאות ברמת היישום והפרשנות של הוראות הדין הישראלי. היה ניתן וראוי להגיע לתוצאה משפטית אחרת, המשיבה את המסמכים ההיסטוריים והחומר הארכיוני לקהילת יהודי וינה. בה בעת, הקושי המרכזי בפסק הדין טמון בכך שכינון מעמדם של נכסי התרבות הלאומיים של מדינת ישראל נעשה במחיר של פיתוח הזיקה והקשר בין קהילת יהודי וינה לאוצרות העבר של הקהילה, שלא לומר התעלמות מקשר וזיקה אלה. פסק הדין ניזון והושפע מתפיסות בדבר מעמדם של נכסי תרבות לאומיים ומן הצורך להקנותם למי שראוי שישמשו נאמנים של הציבור בנוגע לנכסים אלה. דא עקא שפסק הדין המיר את קהילת יהודי וינה – הנמען הנכון ובעל הזיקה לאותם נכסי תרבות אשר פסק הדין עסק בהם, במדינת ישראל ובארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי – ישויות אשר זיקתן והקשר ההיסטורי שלהן לאותם נכסי תרבות, הגם שהם קיימים, חלשים יותר מאלה של קהילת יהודי וינה. בטרם אפנה לגופם של דברים, אבקש להדגיש כי טענתי במאמר איננה שהיה "מניע סמוי", מודע, ביסוד החלטת בית המשפט, מבלי שהשופטים שיקפו אותו במישרין בהחלטתם. כמו כן כאמור, אינני מבקש לטעון כי פסק הדין שגוי מיסודו. טענתי עדינה יותר. היא נוגעת לכך שמתוך קשת של אפשרויות משפטיות ומקורות היסטוריים, כולם קבילים, בחירותיו של בית המשפט, ובייחוד המכלול המצטבר שלהן, משקפים נרטיב מסוים מאוד בנוגע לתפיסות הזיכרון הקולקטיבי והקניין התרבותי של בית המשפט העליון. בכך אבקש להתמקד, שכן חשיפת נרטיב פסק הדין מספקת הסבר הן לתוצאת פסק הדין הן לטענה מדוע היה ראוי, אולי, להגיע לתוצאה משפטית אחרת, המשיבה את המסמכים ההיסטוריים ואת החומר הארכיוני לקהילת יהודי וינה.

מהלך המאמר הוא כדלקמן: חלק א' מציג את פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה ומנתח באופן ביקורתי את היבטיו הדוקטרינריים של פסק הדין. חלק ב' בוחן ממבט רחב יותר את מהלכיו של בית המשפט כמהלכים המצויים בשדה הזיכרון הקולקטיבי והפוליטיקה של הזיכרון. טענתי המרכזית היא כי כדי להבין את דרישת ההשבה מצד קהילת יהודי וינה, כמו גם את עמדת בית המשפט העליון, יש לפנות למוסד ההשבה כפי שפותח בדיני הקניין התרבותי וכן לכתיבה ולמחקר בנושא "זיכרון קולקטיבי" כמושג מתחום הסוציולוגיה השופך אור על האופנים שבהם קבוצות מגבשות תודעה משותפת על עברן וזהותן. עיון בתחומים אלה מורה כי בחירותיו הפרשניות של בית המשפט העליון, מוטב לו

10 ראו להלן פרק א.2.(ב).

היו אחרות – כאלה המכבדות והנותנות משקל לייחודיות מעמדה של קהילת יהודי וינה כסובייקט שמתאים להשיב לידיו ולאפשר לו לשמר מסמכים וחומר ארכיוני הנוגעים לעברה של הקהילה. חלק ג' מסכם.¹¹

א. פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה

1. עובדות המקרה ופסק הדין של בית המשפט העליון

לאחר מלחמת העולם השנייה, מסמכים היסטוריים המתעדים את קורות יהודי אוסטריה מהמאה ה-17 ועד מלחמת העולם השנייה, הועברו על ידי קהילת יהודי וינה לארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי – ארכיון שהוכר בישראל כארכיון ציבורי¹² ושתחום התמחותו הוא מסמכים הקשורים לקהילות יהודיות ברחבי העולם. המסמכים הועברו בארבע פעימות בשנים 1952, 1966, 1971 ו-1978, על רקע מצבה הקשה של הקהילה היהודית באוסטריה לאחר השואה וחוסר היכולת של הקהילה המתפוררת והרעועה אז להבטיח את שמירתם במצב תקין.¹³ בחלוף השנים, לאחר שהשתקמה קהילת יהודי וינה ובנתה את עצמה מחדש, התגבש בקהילה פרויקט הנצחה, חינוך וזיכרון רחב ממדים. בשלב זה ביקשה קהילת יהודי וינה מן הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי להשיב לידיה את המסמכים שנמסרו לידי הארכיון. הארכיון המרכזי סירב. הנימוק הפורמלי לסירוב נשען על הוראת סעיף 14א לחוק הארכיונים, שלפיה חומר ארכיוני שבארכיון ציבורי לא יועבר ממנו אלא לגנזך או לארכיון ציבורי אחר, או בהסכמת גנו המדינה ובתנאים שקבע.

במהלך הדיון, שהתנהל בבית המשפט המחוזי, הסכימו הצדדים לפנות לגנו המדינה לצורך הפעלת סמכותו לפי סעיף 14א לחוק הארכיונים תוך שמירת טענותיהם האחרות.¹⁴ גנו המדינה החליט שלא לאשר את העברת המסמכים משני טעמים מצטברים:¹⁵ ראשית, לא השתכללו נסיבות המצדיקות את הפעלת סמכותו להורות על העברת חומר מארכיון ציבורי.¹⁶ שנית, וכחלק מטענה כללית זו, המסמכים ההיסטוריים הועברו לארכיון המרכזי "בכוונת מכוון בהשאלה לצמיתות".¹⁷ החלטת גנו המדינה הניחה, כהנחת מוצא, כי בנסיבות העובדתיות של המקרה, סעיף 14א לחוק הארכיונים חל על המסמכים ההיסטוריים שהועברו לארכיון המרכזי על ידי קהילת יהודי וינה, ומשום כך העברת החומר הארכיוני מן

11 אמנם פסק הדין מעורר שאלות רבות מתחומי כללי ברירת הדין ומשפט בין-לאומי פרטי, אולם המאמר אינו עוסק בהיבטים אלו. הנחת המוצא של הצדדים לדיון, כמו גם של בית המשפט, הייתה כי הוראות הדין הישראלי חלות על הסכסוך הנדון, וזו גם הנחת המוצא שלי לצורך הדיון.

12 ראו פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל.

13 שם, פס' 2–3 לפסק דינו של השופט הנדל.

14 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

15 הכרעה של גנו המדינה "בבקשה להעברת חומר ארכיון שבארכיון ציבורי – בעניין אוספי ארכיון הקהילה היהודית בווינה המופקדים בארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי" (15.10.2012) (להלן: החלטת גנו המדינה).

16 שם, פס' 9–10.

17 שם, פס' 7–8.

הארכיון המרכזי טעונה הסכמה של גנו המדינה. לנוכח החלטת גנו המדינה, בית המשפט המחוזי דחה על הסף את תביעת קהילת יהודי וינה להשבת המסמכים.¹⁸ בערעור שהוגש לבית המשפט העליון, טענה קהילת יהודי וינה כי היא הבעלים החוקי של המסמכים ההיסטוריים, אשר רק הושאלו לארכיון המרכזי.¹⁹ עוד טענה קהילת יהודי וינה כי סעיף 14א לחוק הארכיונים אינו חל בנסיבות שבהן הבעלים החוקי של מסמכים השאילם לארכיון ציבורי, ובנסיבות כגון אלו הוראת סעיף 29(ב) לחוק השכירות והשאילה, התשל"א-1971, היא שחלה,²⁰ והיא מאפשרת למשאל לסיים את השאלה, אשר לא נקבע מועד לסיומה, ובלבד שניתנה הודעה במועד סביר מראש.²¹ הארכיון המרכזי טען, מנגד, טענת שיהוי ולפיה "לא הייתה כל כוונה למי מהצדדים להחזיר את המסמכים ההיסטוריים לוניה" וכי למסמכים המדוברים יש חשיבות היסטורית ולאומית, מקומם בארכיון המרכזי והעברתם ממנו תפגע באינטרס הציבורי.²²

בית המשפט העליון דחה את ערעור קהילת יהודי וינה, ומפאת חשיבות נימוקי השופטים, אציין אותם בנפרד:

השופט הנדל קבע כי הימצאות חומר ארכיוני בארכיון ציבורי די בה להביא לתחולת סעיף 14א לחוק הארכיונים ובו האיסור להוציא חומרים מן הארכיון בהיעדר החלטת גנו המדינה המתירה זאת; זאת, אף אם מניחים כי הבעלות על המסמכים נותרה בידי קהילת יהודי וינה.²³ כמו כן עמדת השופט הנדל הייתה כי סעיף 14א לחוק הארכיונים הוא בבחינת דין פרטני הגובר על הוראותיו הכלליות של חוק השכירות והשאילה.²⁴ הנמקת השופט הנדל התמקדה במעמדו ובתפקידו של ארכיון ציבורי על פי דין – שימור וניהול ציבורי של חומרים בעלי ערך ארכיוני, ומשום כך עצם ההימצאות של חומר בארכיון ציבורי מהווה משוכה בפני הוצאתו מן הארכיון, אלא אם כן הורה גנו המדינה הוראה אחרת. הפקדת חומר ארכיוני בארכיון ציבורי היא צעד בלתי חוזר. תכלית הארכיון הציבורי, לשיטת השופט הנדל, היא "לשרת את האינטרס הציבורי, לרבות הזיקה בין מדינת ישראל המודרנית לבין ההיסטוריה של העם היהודי",²⁵ ומכאן גם נובע האיסור להוציא או להעביר חומרים המצויים בארכיון ציבורי. על הניתוח המשפטי האמור הוסיף השופט הנדל נימוק נוסף, ולפיו במקרה הנדון העובדות אף מלמדות שמדובר ב"השאלה לצמיתות", וגם מסיבה זו אין להורות על השבת המסמכים ההיסטוריים לקהילת יהודי וינה.²⁶ השופט הנדל הכיר במפורש בשליחות המיוחדת של הארכיון הציבורי בכל הנוגע לשמירת עדויות

18 ה"פ (מחוזי י-ם) 35776-04-11 Israelitische Kultusgemeinde Wien נ' הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.11.2012).
 19 פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.
 20 חוק השכירות והשאילה, התשל"א-1971.
 21 פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל.
 22 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.
 23 שם, פס' 6-8 לפסק דינו של השופט הנדל.
 24 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל.
 25 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.
 26 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל.

היסטוריות,²⁷ אולם גם באשר לעדויות היסטוריות אשר עניינן קהילת יהודי וינה, מקום ההפקדה הנכון, לשיטתו, הוא הארכיון המרכזי ולא מוסדות התיעוד והארכיב של קהילת יהודי וינה.

השופט רובינשטיין הצטרף לפסק דינו של השופט הנדל כשהוא מצטט מדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית אשר ביקשה להוסיף את סעיף 14 לחוק הארכיונים.²⁸ לפי דברי הסבר אלה, תכלית הוספת סעיף 14 הייתה למנוע מארכיונים ציבוריים להעביר חומרים שברשותם לידיים פרטיות, ובמישור הערכי – להגשים את הגישה שחומרים בעלי אופי ציבורי לאומי ראוי שיישמרו בארכיונים ציבוריים ולא יוצאו מהם. השופט רובינשטיין התמקד גם בנסיבות העובדתיות של המקרה ותמך אף הוא בעמדת גנו המדינה כי מתן החומרים לארכיון המרכזי על ידי קהילת יהודי וינה, הוא בבחינת "השאלת קבע". לתמיכה בעמדתו הוא ציטט ואימץ חלקים ניכרים מהחלטת גנו המדינה.²⁹ לדעת השופט רובינשטיין, בהתבסס על החלטת גנו המדינה, העובדות מלמדות כי מדובר ב"השאלת קבע", ורק בנסיבות יוצאות דופן המפקיד או המשאיל יכול להחזיר את החומרים לידי. בכל מקרה, הוראת סעיף 14 לחוק הארכיונים מורה כי הדבר דורש הסכמה מאת גנו המדינה. לצד הניתוח המשפטי הזה, השופט רובינשטיין הוסיף וציין כי בהותרת החומרים בארכיון המרכזי, "במישור ההיסטורי העמוק מצא הארכיון את ביתו הנכון" וכי "משעלה בידיו להקים בישראל את מרכז העולם היהודי יש לחזק אותו, לא לפזר את נכסיו".³⁰ במילים אחרות, עמדת השופט רובינשטיין הייתה כי לא רק מההיבטים המשפטיים הפורמליים כשלעצמם יש הצדקה לכך שהמסמכים והחומרים של קהילת יהודי וינה ישכנו בישראל בארכיון המרכזי, ולא בחזקת הקהילה.

השופט מלצר הצטרף בהסכמה לפסקי הדין של השופט הנדל והשופט רובינשטיין ואף הרחיב את ההנמקה לדחיית בקשת קהילת יהודי וינה, לרבות בנוגע לנימוקים אשר הוזכרו על ידי השופט הנדל ועל ידי השופט רובינשטיין. פסק דינו של השופט מלצר התמקד בארבעה מישורים: ראשית, חוק הארכיונים וסעיף 14 שבו מהווים דין מיוחד הדוחה את הוראות חוק השכירות השאלה, וגובר עליהן.³¹ שנית, במישור העובדתי השופט מלצר קבע כי בהעבירה את החומרים והמסמכים לארכיון המרכזי, כוונת קהילת יהודי וינה הייתה ל"השאלה מתמדת". השופט מלצר גרס כי המוסד המשפטי שבגדרו נמסרו המסמכים לארכיון המרכזי הוא המוסד של Permanent loan, אשר אותו הוא בחר להמיר במונח "השאלה מתמדת" ו"השאלה לצמיתות".³² לדעת השופט מלצר, בנסיבות כאלה קם השתק קנייני ואין המעניק רשאי לכפור ב"השאלה המתמדת" בהתבסס על חובת תום הלב החלה לפי הוראות חוק השכירות והשאלה. שלישית, השופט מלצר נסמך על הסכם לשיתוף

27 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל.

28 שם, פס' ד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

29 שם, פס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

30 שם, פס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

31 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר. כאמור, נימוק זה הופיע גם בפסק דינו של השופט הנדל (פס' 8 לפסק דינו), אלא שהשופט מלצר הרחיב, הדגיש ופירט ביחס לנימוק זה.

32 שם, פס' 3–5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

פעולה בין קהילת יהודי וינה, הארכיון המרכזי ומוזיאון השואה בווינגטון, אשר עסק ביוזמת סריקה ודיגיטציה של מסמכי הקהילה וחומריה.³³ לפי עמדת השופט מלצר, הסכם שיתוף הפעולה שהכיר בהפקדת החומרים בידי הארכיון המרכזי, שולל לפחות במשתמע את הוראת סעיף 29 לחוק השכירות השאילה המאפשרת למשאל לסיים שאילה, שלא הוסכם על תקופתה, תוך מתן הודעה לצד השני זמן סביר מראש. לבסוף, כנימוק רביעי, ציין השופט מלצר כי תפיסת המורשת והזיכרון הלאומיים מלמדת כי החומרים הם בבחינת "נכסי תרבות לאומיים", כשסיווג זה אף הוא משפיע על בחינת החלטת גנו המדינה שלא לאפשר את הוצאת החומרים מן הארכיון המרכזי.³⁴

אלה הם נימוקי שלושת שופטי בית המשפט העליון, וכולם נסמכו על החלטת גנו המדינה ואף אישרו אותה. אתעכב ואסקור אף את החלטת גנו המדינה, שכן נימוקי החלטה זו היוו מסד לפסק דינו של בית המשפט העליון, לרבות אותם היבטים בפסק הדין, אשר כמפורט להלן, ראויים לביקורת.

גנו המדינה סבר כי מסירת החומרים לארכיון המרכזי נעשתה ב"השאלה לצמיתות", ללא תנאים ובלי שהייתה כוונה כי האוסף יוחזר לווינה.³⁵ גנו המדינה ציין את טענת קהילת יהודי וינה כי בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה, הקהילה הייתה גוף מוחלש ועני שמסר את מסמכיו למשמרת בידי הארכיון המרכזי, אולם כעת משבנתה הקהילה את עצמה מחדש, היא מעוניינת להשיב לידיה את המסמכים. גנו המדינה דחה את הטענה וקבע כי לפי המקורות שהוא בדק, ראשי קהילת וינה התכוונו שהאוסף יעבור לצמיתות ובלא תנאים כלשהם.³⁶ גנו המדינה הוסיף וציין כי יש חשיבות והצדקה להותרת מסמכי קהילת יהודי וינה במדינת ישראל משום שאוסף המסמכים הוא "חלק ממורשת כלל-יהודית. הרחקתו מירושלים תשלח אותו לפריפריה של העולם היהודי".³⁷ עוד ציין גנו המדינה כי "עלה בידינו להקים בישראל את מרכז העולם היהודי. יש לחזק אותו, לא לפזר את נכסיו".³⁸ נימוק נוסף ואחרון של גנו המדינה התמקד ביכולת של קהילת יהודי וינה לשמר את המסמכים ההיסטוריים ולטפל בהם. גנו המדינה קבע כי קהילת יהודי וינה יכולה להציע תנאים פיזיים נאותים וצוות מקצועי המסוגל לטפל באוסף המסמכים, אך הוא סבר כי לארכיון המרכזי יתרון יחסי בהפיכת קטלוג המסמכים לממוחשב. לפי עמדת גנו המדינה, מדובר בנימוק נוסף המצדיק את הותרת המסמכים בידי הארכיון המרכזי.³⁹

2. ניתוח ביקורתי – דוקטרינרי ועובדתי

כמפורט בחלק ב' להלן, עיקר הקושי בפסק דינו של בית המשפט העליון, כמו גם עיקר הביקורת על פסק הדין, מצויים להבנתי בתפיסת הקניין התרבותי בפסיקת בית המשפט

33 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

34 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

35 ראו החלטת גנו המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 7–8.

36 שם.

37 שם, פס' 10.

38 שם.

39 שם, פס' 9.

העליון ובאיי-מתן משקל מספיק לקשר בין קהילת יהודי וינה לחומרי הארכיון; זאת, תוך גיבוש ואימוץ של תפיסה המבקשת לנכס למדינת ישראל מסמכים אשר זיקתם התרבותית וההיסטורית היא בראש ובראשונה לקהילת יהודי וינה. כדי להבין את מלוא משמעות פסק הדין, חשוב לעמוד על הקשיים בממצאים העובדתיים ובקביעות המשפטיות אשר בפסק הדין. כפי שאטען בחלק ב' להלן, קשיים אלה בעת ובעונה אחת משקפים את תפיסת הקניין התרבותי בפסיקת בית המשפט העליון, ונובעים ממנה. בטרם אפנה לגופם של דברים, אבקש להדגיש כי אינני טוען שהיה לבית המשפט "מניע סמוי", מודע, אשר ניצב ביסוד החלטתו מבלי שיובע, במישרין, בפסיקות השופטים. כמו כן אינני מבקש לטעון כי החלטת בית המשפט מוטעית בעליל. טענתי היא עדינה יותר ונוגעת לכך שמתוך קשת האפשרויות המשפטיות והמקורות ההיסטוריים, כולם קבילים, בחירותיו של בית המשפט, ובייחוד המכלול המצטבר שלהן, משקפים נרטיב מסוים מאוד באשר לתפיסות הזיכרון הקולקטיבי והקניין התרבותי של בית המשפט העליון. על כך אוסיף וארחיב בחלק ב' להלן.

(א) "השאלה לצמיתות" – האומנם?

הן גנו המדינה הן שופטי בית המשפט העליון הדגישו שיש לסווג את העברת המסמכים לידי הארכיון המרכזי כ"השאלה לצמיתות". קביעה זו נשענה על שני נימוקים מצטברים: הטענה שקיים מוסד משפטי של "השאלה לצמיתות" והקביעה כי זו הייתה כוונת הצדדים בנסיבות המקרה הנדון.

(1) קיומו של מוסד משפטי של "השאלה לצמיתות"

אשר לנימוק הראשון, גנו המדינה קבע כי את ההתקשרות בין הצדדים יש לסווג כ-*Permanente Leihgabe*.⁴⁰ הוא תרגם זאת למונח "השאלה לצמיתות" וכך גם סיווג את ההתקשרות המשפטית בין הצדדים. הגנו ציין כי מוסד משפטי מהסוג של "השאלה לצמיתות" שגור בהקשר של ארכיונים, ספריות ומוזיאונים והוסיף כי "השאלה לצמיתות תתקיים בדרך כלל כאשר המוסר מעוניין לשמור על זיקה כלשהי לנכס/לאוסף גם בידיעה שהוא לא יחזור לרשותו",⁴¹ וכי "בהסכמים מסוג זה של 'השאלה לצמיתות' כל הצדדים מבינים שמסירת האוסף היא בלתי-חוזרת, כפי שהמלה 'צמיתות' מלמדת".⁴² שופטי בית המשפט העליון אימצו קביעה זו, והשופט מלצר סקר ותיאר פרקטיקה משפטית של "השאלה מתמדת" ו"השאלה לצמיתות" כמוסד נפוץ בנהלים של ארכיונים ומוזיאונים הן במשפט המקובל הן במשפט הקונטיננטלי. עוד הוסיף שבמסגרת מוסד זה עשוי להיווצר מעין "השתק קנייני" המונע כפירה של המשאיל ב"השאלה המתמדת" מכוח חובת תום הלב, לרבות זו שבחוק השכירות והשאילה.⁴³

40 שם.

41 שם, פס' 7.

42 שם.

43 פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

(2) כוונת הצדדים

אשר לנימוק השני, גנו המדינה קבע כי כוונת הצדדים במקרה הנדון הייתה של "השאלה לצמיתות".⁴⁴ בהתבסס על ספרה של אווילין אדונקה,⁴⁵ קבע גנו המדינה כי ההתקשרות בין הצדדים הוגדרה על ידיהם "Permanente Leihgabe", ותרגם מונח זה ל"השאלה לצמיתות". גנו המדינה ציין כי לפי המקורות שהוא בדק, ראשי הקהילה התכוונו כי אוסף המסמכים יעבור לישראל לצמיתות ובלא תנאים "מתוך כוונה לחזק מרכזיותה התרבותית של ירושלים", ולכן "לא נקבעו תנאים להשבת האוסף שלא היה אמור לשוב".⁴⁶ קביעות עובדתיות אלה נסמכו על הספד שנשא נשיא הקהילה לזכרו של ספרן הקהילה, כמו גם על הטענה כי המצהירים מטעם קהילת יהודי וינה לא נכחו במהלך ההעברה הראשונה של החומרים ולכן אין לייחס משקל לתצהיריהם.⁴⁷ גנו המדינה אף דחה את מה שכינה "הנרטיב שביסוד בקשת הקהילה", שלפיו לאחר המלחמה הקהילה הייתה גוף מוחלש ועני שמסר את אוצרותיו לגוף חזק יותר עד בוא ימים טובים יותר, וכעת משהגיעו ימים טובים יותר, היא מבקשת להשיב את הפיקדון.⁴⁸

שופטי בית המשפט העליון המשיכו אף הם מהלך עובדתי זה. השופט רובינשטיין ציין כי אף שהקהילה ביקשה לשמר בידיה את זכות הבעלות, "האינדיקציות שבחומר לגבי מה שנעשה בשנות השישים מורות לעבר השאלת קבע, או כלשון הגנו – השאלה לצמיתות". השופט ציטט מתצהירו של פרופסור שמעון שוורצפוקס, מי שפעל מטעם הארכיון המרכזי, על מצב החומר ב-1966.⁴⁹ השופט מלצר הצטרף אף הוא לקביעות אלה והוסיף נימוק המתייחס להסכם שיתוף הפעולה שנחתם בשנת 2003 בין קהילת יהודי וינה, הארכיון המרכזי ומוזיאון השואה בווינגטון. ההסכם עסק בסריקה ובדיגיטציה של חומרי קהילת יהודי וינה, במימון מוזיאון השואה, וקבע תניות חוזיות לעניין זכות הבעלות של קהילת יהודי וינה והפקדת החומרים בידי הארכיון המרכזי.⁵⁰ לדעת השופט מלצר, תניות ההסכם שוללות במשתמע את תחולת הוראת סעיף 29 לחוק השכירות והשאלה,⁵¹ ואף מחזקות את הקביעה שלפחות כל עוד ההסכם בתוקף, קהילת יהודי וינה מנועה מלדרוש את השבת המסמכים לידיה. בתארו את ההסכם, ציין השופט מלצר כי מדובר בהסכם לתקופה בסיסית של שלושים שנה, עם אפשרויות חידוש לחמש שנים בכל פעם, ואופציות לסיום.⁵²

44 החלטת גנו המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 8.

45 ראו גם. ראו גם EVELYN ADUNKA, DIE VIERTHE GEMEINDE. DIE WIENER JUDEN IN DER ZEIT VON 1945 BIS HEUTE TASCHENBUCH (2000).

46 החלטת גנו המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 8.

47 שם.

48 שם.

49 פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

50 עותק מן ההסכם, אשר הוגש כראיה בהליך המשפטי, מצוי בידי המחבר. השופט (כתוארו אז) מלצר, שציטט מן ההסכם, לא ציין בפסק דינו כי ההסכם עסק בסריקה ובדיגיטציה של חומרי קהילת יהודי וינה, במימון מוזיאון השואה.

51 פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

52 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

(3) ניתוח ביקורתי

קביעות משפטיות ועובדתיות אלה של גנו המדינה ושל בית המשפט העליון מעוררות ספקות. אף אם הן נכונות חלקית, בכל זאת החלטת הגנו ופסק דינו של בית המשפט העליון התעלמו מאפשרויות אחרות, קבילות לא פחות. להלן אפרט את הדברים, ובהמשך⁵³ ישמש אותי ניתוח זה כדי לעמוד על תפיסת הקניין התרבותי והפוליטיקה של הזיכרון שביסוד מהלכים אלו.

בטרם אפנה לגופם של דברים, ראוי להדגיש כי בית המשפט העליון ציין כאמור במפורש בפסק דינו כי הפרשנות והיישום של הוראת סעיף 14א לחוק הארכיונים, בנסיבות המקרה, מספיקים כדי להגיע להכרעה שאין להשיב את חומרי הארכיון לידי קהילת יהודי וינה.⁵⁴ במובן זה דיון ביקורתי בקביעות בית המשפט באשר לקיומו של מוסד משפטי של "השאלה לצמיתות" ולישימות החלתו על מערכת היחסים החוזית אשר בין קהילת יהודי וינה ובין הארכיון המרכזי, אינו שולל את האדן הנוסף, אשר על בסיסו כשלעצמו ניתן להצדיק את פסק דינו של בית המשפט העליון – סעיף 14א לחוק הארכיונים. אולם בכל זאת ראוי להתעכב על דיונו של בית המשפט העליון בסוגיית קיומו של מוסד משפטי של "השאלה לצמיתות" ועל תחולתו בנסיבות המקרה הנדון, שכן דיון זה, התופס חלק נכבד מפסק הדין כמו גם מהחלטת גנו המדינה,⁵⁵ מעיד ומלמד על תפיסת הקניין התרבותי והזיכרון הקולקטיבי שבפסיקת בית המשפט העליון – סוגיה שאדון בה בחלק ב' להלן.

קיומו של מוסד משפטי של "השאלה לצמיתות" כאמור, הקביעה הראשונה נגעה לקיומו של מוסד משפטי מהסוג של "השאלה לצמיתות". ראשיתה של קביעה זו בתרגום לא מדויק של המונח *Permanente Leihgabe* לעברית והבחירה בצירוף "השאלה לצמיתות", אף שהתרגום הנכון והמדויק למונח הוא "השאלת קבע".⁵⁶ אין מדובר בטעות מילולית בתרגום גרידא, שכן יש הבדל בין מוסד משפטי מהסוג של "השאלת קבע" (אשר אכן קיים) ובין מוסד משפטי מהסוג של "השאלה לצמיתות", אשר כמפורט להלן כונן ונוצר לראשונה, בבחינת יש מאין, בהחלטת גנו המדינה ובפסק דינו של בית המשפט העליון.

בשונה מהחלטת גנו המדינה ובפסק דינו של בית המשפט העליון, טליה איינהורן עומדת על כך שהתרגום הנכון של המונח *Permanente Leihgabe* הוא "השאלת קבע" או "השאלה מתמדת".⁵⁷ איינהורן מציינת כי על פי הדין האוסטרי, מבחינים בין מתנה להשאלה.⁵⁸ במקרי השאלה שלא נקבעה בהם תקופת ההשאלה, ישנה חובה להשיב את החפץ המושאל

53 ראו להלן פרק ב.

54 פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 6 ו-8 לפסק דינו של השופט הנדל וכן פס' 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

55 שם, פס' ח'-א לפסק דינו של השופט רובינשטיין וכן פס' 3-9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר. ראו גם החלטת גנו המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 5-8 ו-11.

56 ראו טליה איינהורן "משמעות ההשאלה או ההפקדה של יצירות אמנות וקניינים תרבותיים בישראל" הון משפחתי א(3) 1, 24 (2015).

57 שם.

58 שם, בעמ' 23-24.

לבקשת המשאיל.⁵⁹ איינהורן מציינת כי לפי הספרות המשפטית הגרמנית, *Permanente Leihgabe* מאופיינת בכך שהחפץ נמסר לתקופה ארוכה, או לפרק זמן שלא נקבע מראש, אך המשאיל שומר הן על זכות הבעלות שלו הן על זכותו לתבוע את השבת הנכס בעתיד.⁶⁰ דיונה של איינהורן ממחיש את הקושי במהלך המשפטי של גנז המדינה ושל שופטי בית המשפט העליון: הוראת סעיף 29(ב) לחוק השכירות והשאילה מורה במפורש כי משלא הוסכם על תקופת השאילה, כל צד רשאי לסיים את השאילה על ידי מתן הודעה לצד השני זמן סביר מראש. לנוכח הוראה זו, הן גנז המדינה הן בית המשפט העליון נדרשו להישען על מקור משפטי אחר, כגון הוראות הדין הזר ומשפט משווה, כדי לבסס קיומו של מוסד משפטי חלופי הגובר על הוראת סעיף 29(ב) לחוק השכירות והשאילה או לפחות חל בד בבד עמה. דא עקא שכאמור לעיל, הקביעות של גנז המדינה ושל בית המשפט בעניין זה מסתמנות כנעדרות ביסוס ממשי. עיקרן וסופן בתרגום מילולי לא מדויק של המונח *Permanente Leihgabe*, מבלי שיש תימוכין ממשיים לקיומו של מוסד משפטי מהסוג של "השאלה לצמיתות" בשיטות משפט אחרות.⁶¹

קושי נוסף, דומה, מצוי בפסק דינו של השופט מלצר, אשר ביקש לבסס את קיומו של מוסד משפטי מהסוג של "השאלה מתמדת" על הנהוג ב"פרקטיקות של ארכיונים ומוזיאונים, הן במשפט המקובל והן במשפט הקונטיננטאלי".⁶² עיון בספרות המשפטית ובפסיקה בנושא זה, ובפרט זו המוזכרת ומצוטטת על ידי השופט מלצר, מלמד כי המוסד המשפטי הנהוג הוא מוסד של "השאלת קבע": השאלה לתקופה אשר לא נקבעה מראש, ובהיעדר הסכמה סותרת, למשאיל שמורה היכולת לדרוש את השבת הנכס המושאל. כך לדוגמה, מקור מרכזי, אשר עליו התבסס השופט מלצר, הוא הפרק בנושא *Permanent Loans*, בספרם של Malaro ו-Deangelis.⁶³ אולם עיון בפרק זה מלמד כי מוסד ההשאלה, בתחום הארכיונים והמוזיאונים, שונה במעט מזה המתואר על ידי השופט מלצר. *Deangelis* מתארים את המוסד של *Permanent Loans* כתלוי נסיבות, אשר אין לו הגדרה

59 שם.

60 שם, בעמ' 24.

61 על כך יש להוסיף כי ס' 26 לחוק השכירות והשאילה קובע כי "שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה". כעולה מסעיף זה, מהות השאילה היא הזכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, וסעיף 29 לחוק קובע כי אם לא הוסכם על תקופת השאילה, או שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, כל צד רשאי לסיים את השאילה על ידי מתן הודעה לצד השני זמן סביר מראש. אכן, ס' 2(ג) לחוק השכירות והשאילה קובע הן לעניין שכירות הן לעניין שאילה (על פי הוראת ס' 27 לחוק), כי הוראות החוק יחולו "באין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים", אולם דומה שאין בהוראות ס' 2(ג) לחוק כדי לשנות את מהות מוסד השאילה לפי חוק השכירות והשאילה. אינני חולק על כך שהוראת ס' 2(ג) לחוק מורה במפורש כי חופש החוזים של הצדדים להתקשרות מאפשר להם לקבוע מתכונות התקשרות שונות מאלה של מוסד השאילה, אולם אין בכל זאת כדי לבסס מוסד משפטי של "שאילה לצמיתות", המנוגד להוראות חוק השכירות והשאילה, כפי שמשמעת מפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2).

62 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

63 ראו MARIE C. MAALARO & ILDIKO POGANY DEAGELIS, A LEGAL PREMIER ON MANAGING MUSEUMS COLLECTION 282–286 (3rd ed. 2012).

ברורה, זולת העובדה שאין מדובר בהשאלה זמנית קצובה בזמן.⁶⁴ בדיונם הם מציינים במפורש כי המונח Permanent אין כוונתו "לצמיתות" או השאלה שהיא בבחינת Perpetual; זאת, כשתוכן "השאלת הקבע" נגזר מנסיבות המקרה ומהסכמות הצדדים.⁶⁵ עוד הם מציינים כי בדרך כלל השאלת קבע אינה בבחינת השאלה זמנית, תחומה בזמן, משום שהמשאיל ביקש להימנע מ"החלטה קשה" בלתי הפיכה, ואילו המוזיאון, מן הצד השני של המתרס, היה מעונין לקבל לידיו את חפץ האמנות.⁶⁶

מקורות נוספים, אשר עליהם הסתמך השופט מלצר, כגון ספרה של Anne Marrie Rhodes,⁶⁷ אף הם אינם מבטאים עמדה או אסמכתה כלשהן המלמדות על קיום מוסד משפטי מהסוג של "השאלה לצמיתות".⁶⁸ יתר על כן, כפי שאיינהורן מדגימה,⁶⁹ מתוך ניגוד לאמור בהחלטת גנז המדינה ובפסק דינו של השופט מלצר, ישנן דוגמאות למקרים שבהם דרישת השבה של המשאיל בנוגע להשאלת קבע (Permanent Loan), נאכפה על ידי בתי המשפט, אך אין בנמצא דוגמאות, פסיקה או כתיבה משפטית המלמדות על קיומו של מוסד משפטי מהסוג של "השאלה לצמיתות".

לבסוף, כאמור,⁷⁰ בהתבסס על קביעת קיומו של מוסד משפטי מהסוג של "השאלה לצמיתות", הוסיף ופסק השופט מלצר כי ממוסד משפטי זה נגזרים "השתק קנייני" ורישיון בלתי הדיר העומדים לרשות הארכיון המרכזי והמורים כי אין להיענות לדרישת השבת המסמכים שהושאלו. לצורך הדיון אניח כי גם לאחר חקיקת חוק השכירות והשאלה, ייתכנו נסיבות עובדתיות שבהן עקרון תום הלב מביא לידי תוצאות דומות לאלה של השתק קנייני ורישיון בלתי הדיר.⁷¹ אולם אף אם זה מצב הדברים, בכל זאת הקושי בפסק דינו של השופט מלצר טמון במהלך הלוגי של הנמקתו: השופט מלצר ביקש לבסס קיומו של השתק קנייני בהסתמך על מוסד משפטי (שאינו קיים) מהסוג של "השאלה לצמיתות"; כל זאת בה בעת

64 שם, בעמ' 282.

65 שם.

66 שם, בעמ' 283.

67 ANNE-MARIE RHODES, ART LAW & TRANSACTIONS 273–307 (2011).

68 ראו גם את פסק הדין (Georgia O'Keeffe Found. (Museum) v. Fisk Univ., 312 S.W.3d 1 (2009)), המוזכר בפס' 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2). פסק הדין מצוטט על ידי השופט מלצר לתמיכה בעמדה שגם אם חליפי המעניקים שינו את עמדתם, הרי אין מקום להיענות לבקשתם. דא עקא, שעיון בפסק הדין מלמד כי נסיבות פסק הדין היו אחרות לחלוטין. בנסיבות אותו מקרה האוניברסיטה אשר בה הופקדו פרטי אוסף אמנות, היא שביקשה לשנות את תנאי הסכם השאלה. בית המשפט קבע כי בעיקרון יש מקום לבחון טענה ל"קיום בקירוב" – Cy Pres – של הסכם ההשאלה, אולם בפסק דין מאוחר יותר קבע כי לגופם של דברים, בנסיבות אותו המקרה, אין מקום להחיל את הדוקטרינה של "קיום בקירוב". ראו גם In re Fisk Univ., 392 S.W.3d 582 (Tenn. Ct. App. 2011).

69 ראו איינהורן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 29–30 ובפרט המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 23.

70 פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 3–5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

71 ראו יהושע ויסמן דיני קניין – החזקה ושימוש 482–488 (2005) (ויסמן מכיר באפשרות שלצד חוק השכירות והשאלה, אולם אך ורק בנסיבות שאינן מהוות שאלה, ייתכנו נסיבות עובדתיות שבהן יוחל עיקרון משפטי מהסוג של השתק קנייני ורישיון בלתי הדיר).

שיצירת אותו מוסד משפטי כללי, בבחינת יש מאין, התבססה על הפניה לדוקטרינות תלויות נסיבות עובדתיות פרטניות מהסוג של השתק קנייני ורישיון בלתי הדיר.

כוונת הצדדים

קביעתם השנייה של גנז המדינה ושל בית המשפט העליון הייתה עובדתית ולפיה במקרה הנדון כוונת הצדדים הייתה ליישם ולאמץ את המוסד המשפטי של "השאלה לצמיתות". בעייתיות הקביעות של גנז המדינה ושל פסק דינו של בית המשפט העליון, בהיבט זה, נוגעת לכמה מישורים.

הן גנז המדינה הן השופט מלצר נשענו במידה ניכרת על ספרה של אווילין אדונקה בנושא תולדות קהילת יהודי וינה משנת 1945 ועד ימינו,⁷² כמקור שממנו ניתן ללמוד כי כוונת הצדדים הייתה שההשאלה תהיה לצמיתות. הישענות זו על ספרה של אדונקה בעייתית בשני מישורים: ראשית, כאמור לעיל המונח *Permanente Leihgabe*, אשר אדונקה משתמשת בו, מכוון להשאלה שאינה מוגבלת בזמן ולא להשאלה לצמיתות. שנית, כל הדוגמאות האחרות המובאות על ידי אדונקה והמצוטטות על ידי גנז המדינה נוגעות לנסיבות של מתנה (כשהמונח שאדונקה משתמשת בו הוא *Schenkung*), ורק בנוגע למקרה של קהילת יהודי וינה, אדונקה משתמשת במונח *Permanente Leihgabe*,⁷³ והדבר מלמד שאדונקה עצמה הבחינה בין שתי הקטגוריות, ודווקא במקרה של קהילת יהודי וינה לא ראתה מקרה של מתנה בלתי מוגבלת בזמן. יתרה מזו, הבחנה זו בין מתנה להשאלה בלתי מוגבלת בזמן, המצוינת בספרה של אדונקה, עשויה אף ללמד כי קהילת יהודי וינה עצמה הבחינה בין נסיבות של השאלה (אף כי לא תחומה בזמן) ובין נסיבות של מתנה בלתי חוזרת, ודווקא בנוגע לחומרי הארכיון שלה, נקטה את החלופה הראשונה.

שנית, הן גנז המדינה הן השופט רובינשטיין ביקשו ללמוד מאי-קביעתם של תנאים להשבת האוסף, כי כוונת הצדדים הייתה להשאלה לצמיתות,⁷⁴ אולם דומה שבנסיבות של השאלה בלתי מוגבלת בזמן, כלל ברירת המחל הוא הפוך: בהיעדר ראיות להסכמה סותרת, למשאל עומדת הזכות לסיים את ההשאלה ולדרוש השבה של הרכוש המושאל. יתרה מזו, וכפי שאינהורן מציין,⁷⁵ גם הסתמכות גנז המדינה,⁷⁶ ובעקבותיו השופט רובינשטיין,⁷⁷ על דברים אשר נאמרו בעת הלוויית ספרן קהילת יהודי וינה אברהם זינגר היא בעייתית: שלא כאמור בהחלטת גנז המדינה, תרגום מדויק של דברי ההספד לעברית אינו כולל עדות לכך שכוונת קהילת יהודי וינה הייתה שחומרי הארכיון של הקהילה

72 ראו ADUNKA, לעיל ה"ש 45. להישענות על ספרה של אדונקה ראו החלטת גנז המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 5-7; פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

73 ראו אינהורן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 26 וכן בעמ' 6. כאמור, המקורות עליהם הסתמכה אדונקה לא כללו את השימוש במונח *Permanente Leihgabe* (ADUNKA, לעיל ה"ש 45).

74 ראו החלטת גנז המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 8; פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

75 ראו אינהורן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 26-27.

76 ראו החלטת גנז המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 8.

77 ראו פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

ישתמרו בישראל "לנצח"⁷⁸ ובייחוד שהסתמכות על הספר בהלוויה כראיה לכוונת הצדדים, היא כשלעצמה מוקשית במידת מה.

באופן כללי יותר, החלטת גזו המדינה מתארת נרטיב שעל פיו פעולות הקהילה, לרבות מסירת הארכיון, נועדו לחזק את המדינה היהודית הצעירה.⁷⁹ קביעה זו של גזו המדינה, אשר אומצה בפסק דינו של בית המשפט העליון,⁸⁰ דחתה את עמדת קהילת יהודי וינה עצמה, ויותר מכך – את המורכבות והרב ממדיות של הדילמות וההיבטים השונים הנוגעים לשאלת שיקום אוצרות התרבות של קהילות יהודיות אשר שרדו את השואה, לרבות מיקומם הראוי של אוספים ששרדו. קביעות בית המשפט העליון וגזו המדינה בהקשר זה היו קביעות היסטוריות כלליות, ומהן נגזרה מסקנה שיפוטית עובדתית באשר ל"כוונת הצדדים" בכל הנוגע להשאלת חומרי הארכיון של קהילת יהודי וינה לארכיון המרכזי. בכל הנוגע לממד ההיסטורי הכללי, דומה שהתמונה מורכבת מזו שתוארה על ידי בית המשפט העליון וגזו המדינה. אפרט דבריי.

בספרו "גווילים נשרפים ואותיות פורחות"⁸¹ דב שידורסקי סוקר בהרחבה את מפעלי השיקום וההשבה של אוספים וחומרים ארכיוניים של קהילות יהודיות; כאלה ששרדו וכאלה שנכחדו במהלך השואה. בין היתר שידורסקי סוקר בהרחבה את מאמצי האוניברסיטה העברית ובית הספרים הלאומי להעביר לירושלים שרידי אוספים וספריות אשר שרדו את השואה.⁸² שידורסקי מציין כי מהלכים אלה לוו בדיונים, מחלוקות ועמדות למיניהם. רבים מן החברים בוועדי הקהילות מחוץ לישראל לא קיבלו את עמדת האוניברסיטה העברית בדבר "זכותו של העם היהודי בארץ ישראל על נכסי התרבות של הקהילות שחרבו", ואת טענתה כי מיקומם הראוי של האוספים הוא בירושלים.⁸³

צורכי הקהילות, ושאיפתן להשתקם מן החורבן שלאחר השואה, הביאו דווקא לעמדה המבקשת למקם את האוספים המושבים בקהילת המקור.⁸⁴ לענייננו חשוב לציין כי הדוגמה המובאת על ידי שידורסקי בהקשר זה היא של וילהלם קרל, יושב ראש הקהילה היהודית בווינה, אשר טען כי הלחצים החוזרים ונשנים על ועד קהילת יהודי וינה לזרז את העברת ספרייתה לירושלים, גורמים לחיסולה של קהילת יהודי וינה.⁸⁵

78 ראו איינהורן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 26–27.

79 ראו החלטת גזו המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 8 ("העברת הארכיון, אם כן, הייתה חלק ממגמה כללית ולא פעולה חריגה. העברה זו נועדה לחזק את המדינה היהודית הצעירה").

80 ראו פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

81 ראו דב שידורסקי גווילים נשרפים ואותיות פורחות (2008).

82 שם, בעמ' 291–202.

83 שם, בעמ' 288–287. עוד בנושא זה ראו עמית גיש אקס ליבריס – היסטוריה של גזל, שימור וניכוס בספרייה הלאומית בירושלים 31–77 (2014).

84 ראו שידורסקי, לעיל ה"ש 81, בעמ' 288–287.

85 שם, בעמ' 287. ראו גם גיש, לעיל ה"ש 83, בעמ' 75. (גיש כותב כיצד שלמה שונמי, שפעל מטעם הספרייה הלאומית והאוניברסיטה העברית לקבלת חזקה על נכסי תרבות מאירופה, דיווח על סירובם המתמשך של ראשי הקהילה היהודית בווינה להעביר לירושלים ספרים הנמצאים ברשותם, וכי מנהל הקהילה בווינה ציין במכתבו שהדבר מכניס "אווירה של ליקוידיציה לקהילת וינה"). דברים אלה גם מלמדים כי שלא כמשתמע מהחלטת גזו המדינה (לעיל ה"ש 15) ומפסק דינו של בית המשפט העליון

לרשות גזו המדינה ולרשות בית המשפט העליון לא עמדו ראיות וסימוכין עובדתיים, ישירים, חדים וברורים באשר לכוונת הצדדים בעת שנמסרו חומרי קהילת יהודי וינה לידי הארכיון המרכזי.⁸⁶ אולם דומה שאף אם לא היו ראיות כאמור (ודווקא משום שלא היו ראיות כאמור), ישנו קושי ניכר בקביעות החד-משמעית של גזו המדינה ושל בית המשפט העליון, שעל פיהן כוונת קהילת יהודי וינה הייתה שחומרי הארכיון של הקהילה יישמרו בישראל לנצח.

כאמור, קביעות אלה אינן עולות בקנה אחד עם עדויות היסטוריות אשר תועדו בהקשר זה באופן כללי ובמנותק מן הסכסוך הפרטני בין קהילת יהודי וינה ובין הארכיון המרכזי.⁸⁷ גזו המדינה ובית המשפט העליון לא נתנו משקל כלשהו לעדויות היסטוריות אלה, כמו גם לספרות הענפה העוסקת במורכבות וברבגוניות של העמדות, לרבות עמדות פנים-קהילתיות, באשר לשאלה אם נכון להותיר אוספי ספרים וחומרי ארכיון בקהילות המקור או להשיבם לשם, או שיש להעבירם לירושלים.⁸⁸ היה ניתן לקבל עמדה של גזו המדינה ושל בית המשפט העליון שלפיה אין בידיהם מידע וכלים כדי לקבוע מה הייתה "כוונת הצדדים", אולם משבחרו גזו המדינה ובית המשפט העליון לקבוע את "כוונת הצדדים" בהסתמך על ראיות היסטוריות כלליות, דומה שהיה נכון וראוי להתייחס למכלול המידע ההיסטורי הרלוונטי בהקשר זה, וכל המשתמע ממנו.

מקור נוסף אשר ממנו ביקש השופט מלצר ללמוד על כוונת הצדדים היה הסכם שיתוף הפעולה שנחתם בשנת 2003 בין קהילת יהודי וינה, הארכיון המרכזי ומוזיאון השואה בווינגטון.⁸⁹ ההסכם עסק בסריקה ובדיגיטציה של חומרי קהילת יהודי וינה, במימון

(פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2), ראשי הקהילה היהודית בווינה כן ראו חשיבות בכך שחומרי ארכיון ותרבות משל הקהילה יישארו בידיה וכי הדבר חיוני להמשך קיומה של הקהילה. 86 כאמור, הן גזו המדינה הן בית המשפט העליון הסתמכו על מקורות שניוניים כגון ספרה של אדווקה (לעיל ה"ש 45). גזו המדינה אף ציין כי לא היו לפניו ראיות המלמדות על כוונת הצדדים בעת ההעברה הראשונית של החומרים בראשית שנות החמישים (ראו החלטת גזו המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 8). הארכיון המרכזי הגיש בהליך תצהיר משל פרופ' שמעון שוורצפוקס, מי שהיה עובד הארכיון המרכזי ובשנת 1966 שליח הארכיון המרכזי באירופה, בין היתר כדי לטפל בהעברת יתרת ארכיון הקהילה היהודית בווינה לארכיון המרכזי. תצהיר זה, המצוטט על ידי השופט רובינשטיין (ראו פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין) מציין כי וילהלם קרל אישר בפני פרופ' שוורצפוקס "שהחומר הארכיוני הוא פקדון, אך פקדון שיישאר לעולמים בארץ". המעניין הוא כי לעומת האמור בתצהירו של פרופ' שוורצפוקס, כאמור לעיל בגוף הטקסט, העדויות ההיסטוריות מלמדות דווקא על עמדה אחרת ועל חששותיו של וילהלם קרל. אינני מבקש להכריע בין הגרסאות, אולם דומה שהדברים לפחות אינם חד-משמעיים, שלא כעולה מן האמור בפס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לעיל ה"ש 2), ובייחוד שיתרת המקורות המצוטטים על ידי השופט רובינשטיין בפס' ח' לפסק דינו מלמדים אך ורק על הסכמה להעביר את חומרי הארכיון ולא על כך שמדובר בהשאלה "שתישאר לעולמים בארץ".

87 ראו שידורסקי, לעיל ה"ש 81, בעמ' 287–288, ובפרט המקורות המוזכרים בה"ש 131 שם. ראו גם MICHAEL BRENNER, AFTER THE HOLOCAUST: REBUILDING JEWISH LIVES IN POSTWAR GERMANY (1997).

88 ראו שידורסקי, לעיל ה"ש 81, בעמ' 287–288.

89 ראו פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 6–7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר. כאמור לעיל בה"ש 50, השופט מלצר הפנה להסכם מבלי לציין את תכליתו ומהותו.

מוזיאון השואה, וקבע תניות חוזיות לעניין זכות הבעלות של קהילת יהודי וינה והפקדת החומרים בידי הארכיון המרכזי. השופט מלצר קבע כי תניות ההסכם שוללות במשתמע את תחולת הוראת סעיף 29 לחוק השכירות והשאילה,⁹⁰ ואף מחזקות את הקביעה שלפחות כל עוד ההסכם בתוקף, קהילת יהודי וינה מנועה מלדרוש את השבת המסמכים לידיה. בתארו את ההסכם ציין השופט מלצר כי מדובר בהסכם לתקופה בסיסית של שלושים שנה, עם אפשרויות חידוש לחמש שנים בכל פעם ואופציות לסיום.⁹¹

התייחסותו זו של השופט מלצר להסכם שיתוף הפעולה היא חלקית ואף מוטית מעט. היא התעלמה מכך שסעיף v(1) להסכם (הסעיף אשר ציין את תקופת ההסכם) קבע במפורש כי כל אחד מהצדדים רשאי לסיים את ההסכם בהודעה מראש של תשעים ימים. כמו כן התייחסותו של השופט מלצר לא הבליטה את סעיף II(1) להסכם, כמו גם את סעיף הפתיחה, ה-preamble, אשר בהם נקבע במפורש שקהילת יהודי וינה היא הבעלים החוקיים של חומרי הארכיון ואילו הארכיון הצייוני הוא הארכיון שבו מופקדים המסמכים (the depository archive), וזאת לצורכי מחקר.

מדובר אפוא בהסכם שבו הארכיון המרכזי הסכים (א) שקהילת יהודי וינה היא הבעלים החוקיים של חומרי הארכיון; (ב) שהארכיון המרכזי משמש אך ורק להפקדת המסמכים; (ג) לקהילת יהודי וינה הכוח המשפטי לסיים את ההסכם, לכל סעיפיו, בהודעה של תשעים ימים מראש. הסכם כזה אינו מסתמן כהסכם המלמד על כך שהצדדים ביקשו לשלול את תחולת הוראת סעיף 29 לחוק השכירות והשאילה. למצער, ההסכם מלמד כי קהילת יהודי וינה זכאית לדרוש להשיב את המסמכים לידיה בהודעה של תשעים ימים מראש. גם בהקשר זה אינני מבקש לטעון כי היו בנמצא ראיות חד־משמעיות לעניין מערכת היחסים שבין קהילת יהודי וינה ובין הארכיון המרכזי, כפי שהתקיימה במועד מסירת המסמכים. עם זאת אבקש לטעון⁹² כי אופן תיאור הדברים החלקי והסלקטיבי, לרבות בעניין הסכם שיתוף הפעולה, עשוי לנבוע מתפיסת קניין תרבותי וזיכרון קולקטיבי המצמצמת כדי נקודה אלמונית את מורשתה התרבותית של קהילת יהודי וינה, או למצער עשוי לשקפה.

(ב) סעיף 14א לחוק הארכיונים

הנדבך הנוסף, המצטבר, בהחלטת בית המשפט העליון התייחס לסעיף 14א לחוק הארכיונים, ולפיו נאסר להוציא חומר הנמצא בארכיון ציבורי, אלא בהסכמת גזר המדינה ובתנאים שקבע. בית המשפט העליון קבע כי הפקדת חומר ארכיוני בארכיון ציבורי היא בלתי חוזרת וכי בכך שחומר ארכיוני מצוי בארכיון ציבורי די להביא לתחולת סעיף 14א לחוק הארכיונים.⁹³ הגם שבית המשפט העליון לא דן בסוגיה זו במפורש בהחלטתו, השתמע ממנה כי נסיבות המקרה הנדון אינן מצדיקות, לדעתו, את הפעלת סמכות גזר המדינה לפי סעיף 14א(ב) לחוק הארכיונים, כלומר מתן הוראה המתירה, בתנאים, להוציא

90 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

91 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

92 לפירוט נוסף ראו חלק ב' להלן.

93 ראו פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל; פס' ד-ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

חומרים מארכיון ציבורי. כאמור, שופטי בית המשפט העליון ציטטו בהסכמה חלקים ניכרים מהחלטת גנז המדינה ואף נתנו לה תוקף.

לפחות מילולית, החלטת בית המשפט העליון בסוגיית סעיף 14 לחוק הארכיונים מתיישבת עם לשון הסעיף. אין מדובר בהחלטה אשר ניתן לסווגה כמוטעית. עם זאת, גם בהקשר זה לרשות בית המשפט העליון עמדו חלופות פרשניות אחרות, סבירות לא פחות. התעלמות מחלופות אלו מרמזת אף היא לתפיסת הקניין התרבותי בפסיקת בית המשפט העליון, כמו גם לתפיסת בית המשפט העליון את היות מדינת ישראל הנציגה הבלעדית של העם היהודי והאתר היחיד להתחדשותה של התרבות היהודית.⁹⁴

בכל הנוגע לפרשנות וליישום של סעיף 14 לחוק הארכיונים, כפי שציין השופט רובינשטיין תוך ציטוט מדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית,⁹⁵ תכלית הוספת סעיף 14 הייתה למנוע מארכיונים ציבוריים להעביר חומרים שברשותם לידיים פרטיות.

ואולם לא אלה היו נסיבות המקרה הנדון. קהילת יהודי וינה והארכיון המנוהל על ידיה אינם גוף פרטי. מדובר בגופים ציבוריים, אשר זיקתם לחומרים הארכיוניים הנדונים הייתה רבת משמעות הן בשל זכות הבעלות שלהם הן בגלל הקשר התרבותי הישיר בינם ובין חומרי הקהילה. הלכה למעשה, ארכיון קהילת יהודי וינה, אשר אליו התבקשה השבת החומרים, הוא ארכיון ציבורי במהותו, גם אם אינו מוכר כארכיון ציבורי לפי הוראות חוק הארכיונים.⁹⁶ במילים אחרות, ספק אם המקרה הנדון מתאים לנסיבות המובהקות של הוצאת חומר ארכיוני מארכיון ציבורי, אשר בגינת נחקק סעיף 14 לחוק הארכיונים.

על כך יש להוסיף כי לא ברור כלל ועיקר אם סעיף 14 לחוק הארכיונים צריך לחול בנסיבות שבהן צד שלישי, אשר הוא הבעלים החוקיים של חומר ארכיוני, משאיל חומרים לארכיון ציבורי, ובפרט בנסיבות שבהן הבעלות על החומרים נותרה בידי הגורם המשאיל. אלה הן נסיבות שבהן ארכיון ציבורי אינו פועל אך ורק בכובעו השלטוני, אלא מתקיימת מערכת יחסים חוזית, מתחום המשפט הפרטי, בינו ובין הגורם המשאיל.⁹⁷ בית המשפט העליון קבע כי הוראת סעיף 14 לחוק הארכיונים חלה אף אם מניחים כי הבעלות על

94 ראו להלן פרק ב.

95 ראו פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' ז' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

96 ראו הגדרת "ארכיון ציבורי" בס' 2 לחוק הארכיונים: "ארכיון ציבורי" – ארכיון שהוא בבעלותו או בהנהלתו של גוף שאין מטרתו הפקת רווחים, ואושר על ידי הממשלה, בהודעה שפורסמה ברשומות, כארכיון ציבורי".

97 ראו, באופן כללי, גבריאלה שלו חוזי רשות בישראל (1985); דפנה ברק-ארוז האחריות החוזית של רשויות המינהל (1991). אכן, לפי הדין ניתן להשתחרר מחוזים שלטוניים אם ישנה הצדקה ציבורית-שלטונית לעשות כן. ראו למשל ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506 (2000); ע"א 2064/02 תשלובת ה. אלוני בע"מ נ' עיריית נשר, פ"ד נט(1) 111 (2004); ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מ"י, פ"ד נט(5) 481 (2005). עם זאת, אין בייחודיותו של החוזה השלטוני כדי לגרוע מהטענה שככלל, ס' 14 לחוק הארכיונים אינו חל על חומר ארכיוני שנמסר לארכיון ציבורי כחלק ממערכת יחסים חוזית כגון השאלה, וכי מערכת היחסים החוזית, וכלליה הדיספוזיטיביים, לרבות ס' 29 לחוק השכירות והשאלה, גוברים על הוראת ס' 14 לחוק הארכיונים. כשאלה הם פני הדברים, הרי רק בנסיבות מיוחדות, אשר בהן ישנה הצדקה להשתחרר מן החוזה השלטוני, תוכל המדינה להתבסס על הוראת ס' 14 לחוק הארכיונים.

המסמכים נותרה בידי קהילת יהודי וינה.⁹⁸ זו קביעה מוקשית משום שניתן לפרש את סעיף 14 לחוק הארכיונים, ואת התיבה "חומר ארכיוני שבארכיון ציבורי", כמחייבים שהחומרים הארכיוניים יהיו בבעלות הארכיון הציבורי ולא רק בחזקתו. על אחת כמה וכמה כך הדבר אם מניחים כי בהקשר זה התקיימה מערכת יחסים חוזית בין קהילת יהודי וינה ובין הארכיון המרכזי, ובייחוד אם מביאים בחשבון שכל ארבע הפעילות של העברת המסמכים מווינה לירושלים, ומסירתם לארכיון המרכזי, קרו הרבה לפני חקיקת סעיף 14 לחוק הארכיונים בשנת 1981.⁹⁹

כשאלה הם פני הדברים, דומה שהוראת סעיף 14 לחוק הארכיונים אינה צריכה לחול על השאלה וולונטרית לארכיון ציבורי על ידי הבעלים של חומר ארכיוני, שהתבצעה טרם כניסתו לתוקף של סעיף 14 לחוק הארכיונים. יתרה מזו, אף אם מניחים כי סעיף 14 הוא בר תחולה, בכל זאת לא ברור מאליו אם הסעיף חל בנסיבות שבהן חומרים ארכיונים הושאלו לארכיון ציבורי באופן וולונטרי, לרבות לתקופה מוגבלת בזמן, על ידי מי שהוא הבעלים החוקי של חומרים ארכיונים כאמור. קביעה משפטית שכזאת משמעה איון, הלכה למעשה, של אפשרות השאלת אוספים וחומרים ארכיוניים לארכיונים ציבוריים ישראלים, שכן כל השאלה, משמעה היעדר יכולת השבה לגורם המשאיל. קביעה שכזאת מנוגדת לאינטרס הציבורי שיתאפשר לארכיונים ציבוריים לשאול חומרים כדי לתעד ולחשוף אותם בפני הציבור הישראלי.

לבסוף, סעיף 14א(ב) לחוק הארכיונים מותיר, כאמור, בידי גנו המדינה את הסמכות להעביר חומרים מארכיון ציבורי, בכפוף לתנאים שייקבעו על ידי הגנו. בית המשפט העליון לא נדרש כלל לאפשרות שבמקרה הנדון, אף אם סעיף 14 לחוק הארכיונים חל, ראוי לו לגנו המדינה להורות על השבת החומרים הארכיוניים לבעליהם החוקיים – קהילת יהודי וינה, בכפוף לקביעת תנאים כגון הותרת עותק דיגיטלי בידי הארכיון המרכזי.¹⁰⁰ בית המשפט העליון לא מצא לנכון לבחון את הסבירות והחוקיות של הפעלת סמכות גנו המדינה לפי סעיף 14 לחוק הארכיונים, לאור כללי המשפט המנהלי והביקורת השיפוטית על הפעלת סמכות שלטונית.¹⁰¹ זאת, אף שלפחות על פני הדברים, ישנם שני טיעונים אשר יכלו להצדיק את הפעלת סמכות הגנו לפי סעיף 14א(ב). ראשית, המצב המשפטי ועובדות המקרה מלמדים, כאמור, שמדובר בהשאלה של חומרי ארכיון על ידי הבעלים החוקי שלהם. אם כוונת הצדדים אכן לא הייתה להשאלה לצמיתות, או אז אלה נסיבות המצדיקות את הפעלת סמכות גנו המדינה לפי סעיף 14 לחוק הארכיונים. שנית, כפי שאפרט בחלק

98 ראו פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 6–8 לפסק דינו של השופט הנדל.

99 ראו ס' 14 לחוק הארכיונים, שהוסף בחוק הארכיונים (תיקון מס' 2), התשמ"א–1981, ס"ח 1014.

100 לעניין זה ראו את האמור להלן פרק ב, הטקסט ליד ה"ש 148–152.

101 ראו באופן כללי דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** 439 (2010). בעניינו, דומה שביקורת שיפוטית שכזאת הייתה צריכה להתמקד בסבירות החלטת גנו המדינה (לעיל ה"ש 15), לנוכח השיקולים השונים העומדים על הפרק (לסקירה ולדין בעילת הסבירות ראו גם מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", **משפטים** יב 102 (1982)). אינני מבקש לטעון כי החלטת הגנו והפעלת סמכותו לפי סעיף 14 לחוק הארכיונים היא על פניה בלתי סבירה בעליל, באופן המצדיק התערבות שיפוטית חד-משמעית בהחלטה. עם זאת אני סבור כי היעדר התייחסות כלשהי למידת סבירות החלטת הגנו מלמד על מגמתו הכללית של פסק הדין.

הבא, שיקולים מתחום דיני הקניין התרבותי, והמשמעות הערכית-מוסרית של השבת חומרי ארכיון לקהילת המוצא שלהם, עשויים אף הם להצדיק את השבת חומרי הארכיון לידי קהילת יהודי וינה. נמצא שהחלטת גנו המדינה, והימנעות בית המשפט העליון מלבחון אותה לפי כללי המשפט המנהלי, אף הן בבחינת נתון המעיד על מגמתו ונטייתו של בית המשפט העליון במקרה הנדון.

(ג) סיכום ביניים

התמקדותי בניתוח עובדות המקרה, כוונת הצדדים והמצב המשפטי הדוקטרינרי לפרטי פרטיהם איננה נובעת מן ההנחה או העמדה כי קביעותיהם המשפטיות והעובדתיות של גנו המדינה ושל בית המשפט העליון הן כולן מוטעות בעליל. עם זאת, מדובר בקביעות מוטלות בספק, ולמצער ניצבות לצדן חלופות נוספות, אחרות, קבילות לא פחות. הצטברותן של הקביעות של גנו המדינה ושל בית המשפט העליון משקפת עמדה עקרונית, ולפיה אין להשיב את חומרי הארכיון של קהילת יהודי וינה לידי הקהילה, ומקומם ההיסטורי והסמלי הראוי של חומרי הארכיון הוא בירושלים ולא בווינה.

כדי להגיע לתוצאה זו ולהצדיקה יצר בית המשפט העליון, הלכה למעשה ובבחינת יש מאין, מוסד משפטי אוקסימורוני של "השאלה לצמיתות", אף שאין לו מקבילות בשיטות משפט אחרות או עיגון בשיטת המשפט הישראלית. אמנם פרשנות ויישום של הוראת סעיף 14 לחוק הארכיונים הייתה מספיקה כדי להגיע לתוצאה הסופית אשר אליה הגיע בית המשפט העליון, אולם עובדה זו כשלעצמה אינה מפחיתה ממשמעות העמדות אשר נקט בית המשפט בנוגע לקיום מוסד משפטי של "השאלה לצמיתות". אין לפטור את התייחסותו המקיפה והתמקדותו של בית המשפט בסוגיה זו בהתייחסות אליה כאמרת אגב גרידא. מדובר בגישה מקיפה ומפורטת המשקפת עמדות מהותיות בנוגע לשאלה, בידי מי צריכים להימצא חומרי הארכיון של קהילת יהודי וינה, עד כדי יצירת אותו מוסד משפטי, יש מאין, של "השאלה לצמיתות", אשר כאמור אין לו מקבילות במדינות אחרות, וגם לא ביסוס משפטי בדין הישראלי.

זאת ועוד, כדי להגיע לתוצאה זו ולהצדיקה קבע בית המשפט העליון, כעניין עובדתי, כי כוונת קהילת יהודי וינה הייתה למסור את המסמכים לצמיתות; וזאת, אף שלא היו בנמצא ראיות המעידות על כך באופן חד-משמעי ואף שהחומרים ההיסטוריים בסוגיה זו רחוקים מלהעיד על כוונה שכזאת מצד קהילת יהודי וינה.

מטרתי בחלק הבא של המאמר היא לבחון את החלטת בית המשפט העליון על רקע הכוחות שהניעו, לדעתי, את ההחלטה: מיקום חומרי הארכיון של קהילת יהודי וינה בירושלים, בארכיון המרכזי, כבחירה פוליטית-לאומית שלפיה מדינת ישראל היא מרכז העולם היהודי, בחירה המצדיקה ניכוס נכסי תרבות יהודיים של קהילות יהודיות מחוץ למדינת ישראל. בחירה זו נעשתה מתוך התעלמות מן המשמעות המכוננת של פעולת ה"השבה" של אותם נכסי תרבות מבחינת אותן קהילות. משמעות פסק הדין היא כי חיזוק הזיקה בין מדינת ישראל המודרנית ובין ההיסטוריה של העם היהודי נעשה, הלכה למעשה, על ידי נטילה – ולו רעיונית – של נכסי תרבות של אותן קהילות, אשר להן מבקשת מדינת ישראל לשמש מרכז. אנסה להראות כי למהלך זה של בית המשפט העליון יש השלכות

מבחינת הזיכרון הקולקטיבי של קהילת יהודי וינה, ומשום כך מדובר במהלך מוקשה, בייחוד מנקודת הראות של דיני הקניין התרבותי והערכים המונחים ביסודם.¹⁰²

ב. בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון

קהילת יהודי וינה ביקשה להשיב לידיה מסמכים היסטוריים וחומרים ארכיוניים משל הקהילה שהופקדו בארכיון המרכזי. אין חולק כי ההפקדה נעשתה מרצון, ואין חולק כי תהיה אשר תהיה המחלוקת בין קהילת יהודי וינה ובין הארכיון המרכזי, בסופו של דבר מדובר בשני גורמים הנמצאים בצדו האחד של המתרס, למול המשטר המעוול הנאצי בתקופת השואה, אשר הביא להכחדה ולהתפוררות של קהילת יהודי וינה.

עם זאת, כדי להכיל ולהבין את דרישת ההשבה של קהילת יהודי וינה, כמו גם את עמדת בית המשפט העליון, ניתן להיעזר במוסד ההשבה כפי שפותח בדיני הקניין התרבותי ובתחומי משפט נוספים כגון צדק מעברי,¹⁰³ לא משום שהארכיון המרכזי ודומיו חבים חובת השבה לפי דינים אלו, אלא משום שכמפורט להלן, כינון משמעויות ונפקויות להליך של השבה לקהילת יהודי וינה לא בהכרח תלוי בזהות ובמאפיינים של הגורם המשיב. מקור נוסף אשר יכול לסייע בהקשר זה הוא הכתיבה והמחקר על "זיכרון קולקטיבי" כמושג מתחום הסוציולוגיה, השופך אור על האופנים שבהם קבוצות מגבשות תודעה משותפת בנוגע לעברן ולזהותן. אנסה להראות כי ישנם קשרי גומלין בין דיני הקניין התרבותי למוסד ההשבה, ובינם ובין האופן שבו מעוצבים ומתגבשים מרכיבי זיכרון קולקטיבי של קהילה, קבוצה או לאום. עוד אבקש לטעון כי מסגרת עיונית זו רלוונטית להבנת המשמעויות, ההשלכות והקשיים שבפסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה, כמו גם בנרטיב שביסוד פסק הדין. אפתח בסקירה קצרה של המונח "זיכרון קולקטיבי" ושל דיני הקניין התרבותי, לרבות משמעות המושג "השבה" בדיני הקניין התרבותי. משם אמשך לפרשת קהילת יהודי וינה.

1. זיכרון קולקטיבי

המונח "זיכרון קולקטיבי" לקוח מתחום הסוציולוגיה ומתייחס לזיכרון העבר המשותף של קהילה, קבוצה או לאום כפי שהוא מעוצב באמצעות רכיבים תרבותיים, סמליים

102 יתרה מזו, ייתכנו שיקולים נוספים, למשל תועלתיים, אשר אף הם מטילים ספק בנכונות ההכרעה של בית המשפט העליון (פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2). כך לדוגמה, ההחלטה שלא להורות על השבת חומרי הארכיון לקהילת יהודי וינה עשויה להרתיע קהילות וגורמים נוספים מלהשאל חומרים לארכיונים ציבוריים בישראל. מאמרי אינו מתיימר לדון בשיקולים תועלתיים מסוג זה.

103 המונח "צדק מעברי" – Transitional Justice, מתייחס למערך דינים, גישות נורמטיביות ופרקטיקות – משפטיות ואחרות – המיועד לסייע לחברות אשר סבלו מעוול היסטורי ניכר, לרבות אלימות לסוגיה, לאורך זמן. המטרה היא לספק כלים המאפשרים התמודדות עם תוצאות העבר ומעבר לתנאים יציבים של חיים משותפים. מנגנוני צדק מעברי יכולים לכלול, בין היתר, תהליכי גילוי אמת, הכרה, לקיחת אחריות, התנצלות, פיצוי, שיקום, משפטים פליליים, רפורמות חוקתיות ומוסדיות, ומנגנוני אמת ופיוס קהילתיים. למותר לציין כי טווח הכיסוי, התכליות והכלים של צדק מעברי רחבים הרבה יותר מן ההיבט הצר והנקודתי של השבה, אשר בו אני דן במאמר. לסקירה כללית של תחום הצדק המעברי, ראו Ruti Teitel, *Transitional Justice* (2000).

ונורמטיביים הנותנים לו משמעות.¹⁰⁴ ככלל, הכוונה לנסיבות שבהן ליחידים המהווים חלק מציבור מסוים יש הבנה, ידע, דימויים ותודעה משותפים בנוגע לעברם ולאירועים שהתרחשו בו.¹⁰⁵ הגם שזיכרון קולקטיבי מגולם בתודעת אותה קבוצה, ובשיח המתקיים במסגרתה, ישנה מערכת של ייצוגים ואמצעים סמליים המכוננת, מעצבת ומשמרת את הזיכרון הקולקטיבי המשותף, ובהם טקסים, ימי זיכרון, סרטים, צילומים ועוד.¹⁰⁶

המושג זיכרון קולקטיבי מניח כי קבוצות וקהילות מפתחות זיכרון של עברן באופן המעצב ומשמר מרכיבים כגון דימוי עצמי של קהילה ותפיסת הזהות שלה, ומרכיבים אלה עוברים בתוך הקבוצה לאורך זמן. במובן זה, הזיכרון הקולקטיבי משפיע על היחסים בתוך הקבוצה, כמו גם על היחסים שבין הקבוצה ובין קבוצות, קהילות ולאומים אחרים.¹⁰⁷ תהליכים ותוצרים של זיכרון קולקטיבי יכולים לשמש קבוצה חברתית במגוון תחומים, לרבות התחום החברתי (הגדרת שייכות לקבוצה); התחום הפוליטי (שימוש במרכיבי זיכרון ושכחה כמשאב בביסוס כוח פוליטי וקידום אידיאולוגיות מסוימות) והתחום התרבותי (זיהוי מרכיבי התרבות של הקבוצה וערכיה).¹⁰⁸ במכלול המישורים הללו, זיכרון קולקטיבי הוא במידה רבה תוצר של יחסי כוחות בין קבוצות מתחרות המבקשות, כל אחת בדרכה, לעצב את הנרטיבים אשר יעצבו את תודעת החברה ולהשפיע עליהם. פרשנות העבר היא אמצעי לגיבוש כוח פוליטי עכשווי, ולפיכך במובן זה, תהליכי עיצוב תודעת העבר קשורים ליחסי כוחות פוליטיים בהווה וברווחים בהם.¹⁰⁹

נהוג לסבור כי בין המשפט ובין זיכרון קולקטיבי יש יחס השפעה הדדי. עיצוב המשפט מושפע מזיכרון קולקטיבי, מחד גיסא, ואילו נורמות וקביעות משפטיות משפיעות על מרכיבי הזיכרון הקולקטיבי של קהילה, קבוצה או לאום, מאידך גיסא.¹¹⁰ כעת אנסה להראות כי כחלק ממסגרת כללית זו, דיני הקניין התרבותי ומוסד ההשבה שבהם מסתמנים כמערך דינים הקשור במישרין לתהליכי זיכרון קולקטיבי. בסעיף המשנה הבא אעסוק בדיני

104 לדיון בנושא מהותו ומשמעותו של "זיכרון קולקטיבי" ראו למשל פייר נורה "בין זיכרון להיסטוריה: על הבעיה של המקום" זמנים 45, 4 (1993); Barbara A. Misztal, *Durkheim on Collective Memory*, 3(2) J. CLA. SOC. 123 (2003); MAURICE HALBWACHS, ON COLLECTIVE MEMORY (1992).

105 ראו יואב גלבר *היסטוריה, זיכרון ותעמולה* 297–299 (2007).
106 ראו Jeffrey K. Olick & Joyce Robbins, *Social Memory Studies: From "Collective Memory" to the Historical Sociology of Mnemonic Practices*, 24 ANN. REV. SOC. 105, 106 (1998).

107 ראו Ross Poole, *Memory, History and the Claims of the Past*, 1 MEMORY STUDIES, 149 (2008); Jeffrey K. Olick, *Collective Memory: The Two Cultures*, 17 SOCIOLOGICAL THEORY 333 (1999).

108 Barbie Zelizer, *Reading the Past Against the Grain: the Shape of Memory Studies*, 12 ANN. REV. SOC. 214, 226–228 (1995).

109 Yael Zerubavel, *Recovered Roots: Collective Memory and the Making Of Israeli National Tradition* 11 (1995).

110 Joachim J. Savelsberg, Ryan D. King, *Law & Collective Memory*, 3 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 189 (2007). כך למשל, זיכרון קולקטיבי בנוגע לשואה עשוי להיות מושפע מכללי האחריות המשפטית ללשון הרע או להכחשת שואה – דינים הקובעים את גבולות המותר והאסור באשר למה ש"ניתן לומר" על תקופת השואה והתרחשויות בה.

הקניין התרבותי ובזיקה שבינם ובין תהליכי זיכרון קולקטיבי. לאחר מכן אשוב לפרשת קהילת יהודי וינה.

2. דיני הקניין התרבותי ומוסד ההשבה

בצד המונח זיכרון קולקטיבי, למשמעויותיו כפי שנסקרו לעיל, בתחום הסוציולוגיה, המשפט הכיר בענף דיני הקניין התרבותי ופיתח אותו. כמפורט להלן, ענף דיני הקניין התרבותי הוא ענף משפטי אשר כלליו ומרכיביו משפיעים, בין במישורין ובין בעקיפין, על האופן שבו יסודות ורכיבים של זיכרון קולקטיבי מתגבשים. דיני הקניין התרבותי עוסקים בעיקרם בשליטה מדינתית, בחובות השבה ושימור, כמו גם במגבלות עבירות, בכל הנוגע לנכסי תרבות בעלי ייחודיות וערך היסטורי-אמנותי לקבוצה מובחנת כגון עם, קהילה או מדינת לאום.¹¹¹ הם כוללים מארג של נורמות – בין-לאומיות ומדינתיות – הקובעות מגבלות וחובות באשר לדרכי השימוש ביצירות, במסמכים ובחפצי תרבות אותנטיים ובעלי ערך ייחודי המצדיק את שימורם, ניצולם ועבירותם.¹¹² ביסוד הסדרת ההגנה על נכסי תרבות לאומיים 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. מגבלות עבירות, שליטה מדינתית ודרישות השבה¹¹³ בנוגע לנכסי תרבות בעלי ייחודיות וזיקת זהות מובחנת, נובעות ממערך דיני הקניין התרבותי ומעגנות אותם.

כחלק ממסגרת כללית זו, דיני הקניין התרבותי לא רק עוסקים ביחסים שבין מדינות לאום מוגדרות, אלא הם גם משמשים כלי שתכליתו כינון, גיבוש, שיקוף ושימור של זהותן

111 לסקירה והדגמה ראו IRINI A. STAMATOUDI, CULTURAL PROPERTY LAW AND RESTITUTION 14–19 (2011).

112 ראו JOHN H. MERRYMAN & ALBERT E. ELSER, LAW ETHICS AND THE VISUAL ARTS 161–304 (4th ed. 2002); John H. Merryman, *The Public Interest in Cultural Property*, 77 CAL. L. REV. 339, 355 (1989); Frank G. Fechner, *The Fundamental Aims of Cultural Property Law*, 7 INT'L. J. CULT. PROP. 376 (1998); Patty Gerstenblith, *Identity and Cultural Property: The Protection of Cultural Property in the United States*, 75 B.U.L. REV. 559 (1995). ראו בדין הישראלי את דברי החקיקה האלה: חוק הספרייה הלאומית, התשס"ח–2007; חוק הארכיונים; חוק המוזיאונים, התשמ"ג–1983; חוק העתיקות, התשל"ח–1978. כן ראו האמנות הבין-לאומיות והדירקטיבות האלה: Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of May. 14, 1954; the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property of November 14, 1970; the UNESCO Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, Nov. 16, 1972, UNESCO Doc. 17/C/106 (1972); UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Oct. 17, 2003; Council Directive 93/7 of 15 March 1993 on the Return of Cultural Objects Unlawfully Removed from the Territory of a Member State, 1993 O.J. (L074) 74; UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, June. 24, 1995, art. 3(2), 34 I.L.M. 1330.

113 לסקירת מגבלות אלו ראו למשל JOHN H. MERRYMAN, THINKING ABOUT THE ELGIN MARBLES – ESSAYS ON CULTURAL PROPERTY, ART AND LAW 170–206 (2nd ed. 2000).

התרבותית של קהילות וקבוצות אתניות או תרבותיות מובחנות, לרבות אל מול מדינת הלאום שבה הם חלים.¹¹⁴ במובן זה, טווח ההשתרעות של דיני הקניין התרבותי הוא מורכב. בחלק מן המקרים דיני הקניין התרבותי עוסקים בכינון זהות לאומית כלפי כולי עלמא, בגיבושה ובהגנה עליה. בחלק אחר מן המקרים דיני הקניין התרבותי עוסקים בכינון זהות תרבותית של קהילה או קבוצה אתנית, בגיבושה ובהגנה עליה אל מול זהות לאומית רחבה יותר (ואחרת) בטריטוריה ובגישות המדינתית אשר בתוכה שוכנת אותה קהילה מסוימת הטוענת להגנה על נכסי קניין תרבותי משל עצמה.¹¹⁵

הבסיס העיוני והצידיקים למערך דיני הקניין התרבותי הם מורכבים. Merryman, התיאורטיקן המרכזי של דיני הקניין התרבותי, מציין שלוש תכליות מרכזיות לדיני הקניין התרבותי: אמת, זיכרון והמשמעות המשותפת של חומרי תרבות לקבוצה, לקהילה או ללאום, כמו גם ליחידים בתוכה.¹¹⁶ Merryman אף מציין שתי גישות מרכזיות, מנוגדות לשיטתו, לדיני הקניין התרבותי: הגישה הלאומית (nationalist) והגישה הבינ-לאומית (internationalist).¹¹⁷ הגישה הלאומית מדגישה את הקשר שבין נכסי התרבות, אשר הם נושאי דיני הקניין התרבותי, ובין מדינת הלאום, אשר היא המקור (source) של אותם נכסי תרבות. על פי גישה זו, אחת התכליות המרכזיות של דיני הקניין התרבותי היא להקנות למדינת המקור זכות וכוח למנוע יציאה של נכסי תרבות "לאומיים" אל מחוץ לגבולות מדינת המקור, וזאת בשל קשרי הזיקה שבין המשאב התרבותי ובין הקבוצה המוגנת על ידי דיני הקניין התרבותי. הגישה הלאומית אף מצדיקה דרישות השבה בנוגע לנכסי תרבות אשר יש להם זיקה ייחודית לקבוצה מובחנת, כגון מדינת המקור, ואשר הוצאו ונלקחו ממדינת המקור.¹¹⁸

על פי הגישה הבינ-לאומית, התכלית והמטרות של דיני הקניין התרבותי הן גלובליות ונטולות זיקה וקשר הדוקים למדינת הלאום, אשר היא מקור נכסי התרבות. לפי גישה זו, הסובייקט המוגן הוא המשאב התרבותי, כשלעצמו, בשל הערך הטמון בו ובשל חשיבות שימורו והנגשתו לאנושות באשר היא. הגישה הבינ-לאומית גורסת שהכללים המשפטיים באשר לשימור ולהנגשה של נכסי תרבות בעלי ערך ייחודי, צריכים לאפשר את שימורם והנגשתם לציבור על ידי הגופים המתאימים ביותר לנושא, ללא תלות במיקומם הגיאוגרפי

114 Gerstenblith, לעיל ה"ש 112; Naomi Mezey, *The Paradoxes of Cultural Property*, 107 COLUM. L. REV 2004, 2014–2018 (2007).

115 ראו שם, בעמ' 2005. Mezey עומדת גם על המתח והסתירה הפנימית בכך שדיני הקניין התרבותי אמורים לקדם ערכים מהסוג של זהות עצמית, זהות קהילתית וזיקה תרבותית, ואילו הממד הקנייני וכוח הריבונות, הנלווים לדיני הקניין התרבותי, יוצרים מארג נורמות מקבע ומגביל בנוגע ליכולתם של יחידים וקבוצות להשתמש בקשרי זיקה תרבותיים דינמיים בנוגע לאותם נכסי תרבות ולבסס קשרים אלה.

116 Merryman, *The Public Interest*, לעיל ה"ש 112, בעמ' 345–349.

117 לדיון בשתי הגישות ולהדגמתן ראו John H. Merryman, *Thinking about the Elgin Marbles*, 83 MICH. L. REV. 1881 (1985) (להלן: Merryman, *Thinking about the Elgin Marbles*).

118 James Nafziger, *The New International Legal Framework for the Return, Restitution or Forfeiture of Cultural Property*, 15 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 789 (1983); *A Brief History of the Creation by UNESCO of an Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Country of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation*, 31 MUSEUM 59 (1979).

של גופים אלה מחוץ למדינת הלאום המקורית או בתוכה. על רקע זה, הגישה הבין-לאומית נוטה להתנגד להטלת מגבלות ייצוא ומגבלות סחר בנכסי תרבות אל מחוץ למדינת הלאום המקורית "בשם דיני הקניין התרבותי". כמו כן, על פי מהותה והרציונל שביסודה, גם חובות השבה למדינת המקור אינן ניתנות להצדקה בנקל מכוח דיני הקניין התרבותי.¹¹⁹

Merryman נוטה לתאר, במידה רבה של היגיון, את שתי הגישות הללו כמנוגדות וכמתחרות:¹²⁰ האחת מדגישה את הקשר שבין המשאב התרבותי למדינת המקור שלו, והשנייה מדגישה את הערך האינטריוני הטמון במשאב התרבותי כלפי כולי עלמא, במנותק מן הזיקה אל קבוצה מזוהה עם אותו משאב תרבותי, ואף באופן הגובר עליה. חשוב בכל זאת להדגיש כי בצד המתח ופוטנציאל העימות בין שתי הגישות, ייתכנו נסיבות שבהן גם למדינת המקור, הנשענת על הגישה הלאומית לדיני הקניין התרבותי, יהיו למעשה הכלים והיכולות לממש את התכליות והערכים של הגישה הבין-לאומית.¹²¹ במילים אחרות, ייתכנו נסיבות שבהן גם למדינת המקור יהיו כלים לשמר ולהנגיש חפצי תרבות בעלי ערך ייחודי לקהל הרחב באשר הוא. בנסיבות כאלה, אף מי שתומך בגישה הבין-לאומית נדרש לשאלה אם לפחות כשיקול מסדר שני, יש לתת משקל לשיקולים שביסוד הגישה הלאומית.

לטעמי, השיקולים שביסוד מה שנהוג לכנות "הגישה הלאומית", הם שיקולים ראויים ככל שהם מדגישים את הקשר שבין קבוצה מובחנת ובין נכסי תרבות מסוימים ואת החשיבות של אותם נכסי תרבות להבניית מרכיבי הזהות הקולקטיבית של אותה קבוצה מובחנת. בד בבד, ובמצטבר, סבורני כי ברוח הגישה הבין-לאומית, הערך הגלום בנכסי תרבות עשוי להיות אוניברסלי, ומשום כך שימור והנגשה של אותם נכסי תרבות ראוי שיעשו באופן ובתנאים המבטיחים כי החברה האנושית בכללותה תוכל ליהנות מגישה לאותם נכסי תרבות ומחשיפתם. לפי עמדתי זו, שתי הגישות מצדדות בשיקולים שונים ומצטברים, וכולם בעלי חשיבות, אף אם במקרים מסוימים ישנם מתח ועימות ביניהם. אינני מבקש להכריע במאמר זה, מה צריך להיות מצב הדברים בנסיבות שבהן ישנו עימות חזיתי בין הגישה הלאומית לגישה הבין-לאומית, אולם במקרים שבהם למדינת הלאום, או לקבוצה תרבותית מובחנת, ישנם הכלים והיכולות להגשים את התכליות והערכים של הגישה הבין-לאומית, או אז יש מקום לדעתי לתת משקל לקשר שבין אותה קבוצה מובחנת

119 ביטוי נוסף לגישה הבינלאומית מצוי גם בתפיסה כלכלית ליברטניאנית של דיני הקניין התרבותי, ולפיה, אף אם מקבלים את התכליות והערכים, שביסוד דיני הקניין התרבותי, הרי שמגבלות העבירות ומגבלות השימוש, המוטלות באמצעות דיני הקניין התרבותי, אינן משיגות את מטרתן, זאת, בעוד שדיני הקניין הפרטי הרגילים והפיכתם של נכסי תרבות לנכסים עבריים וסחירים צפויה להשיא את אפשרויות שימורם והנגשתם לאורך זמן. ראו: Eric A. Posner, *The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations*, 8 CHI. J. INT'L L. 213 (2007).

120 ראו Merryman, *The Public Interest in Cultural Property*, לעיל ה"ש 112, בעמ' 349–345.
121 כך לדוגמה ישנו הבדל בין דרישת השבה של נכסי קניין תרבותי על ידי מדינת לאום שבה קיימת סכנה ממשית לשרידותם ולמצער להמשך שימורם והנגשתם לציבור (למשל באזורים דוגמת סוריה עובר למאבקי הלוחמה הפנימיים המתרחשים בהם) לבין דרישת השבה של נכסי קניין תרבותי על ידי מדינת לאום אשר יש לה את הכלים, המשאבים והמחויבות להמשך שימור נכסי קניין תרבותי והנגשתם לציבור הרחב (למשל בהקשר של נכסי קניין תרבותי, אשר הוצאו מסין שלא כדין ואשר ביחס אליהם סין מבססת דרישת השבה).

ובין נכסי תרבות מסוימים החשובים להבניית מרכיבי הזהות הקולקטיבית של אותה קבוצה מובחנת.

כך או כך, בצד המחלוקת בין הגישה הלאומית לגישה הבינ-לאומית, וכעניין מעשי, לחובת ההשבה של נכסי תרבות שנלקחו שלא כדין, מקום מרכזי במערך דיני הקניין התרבותי.¹²² מחלוקות וסכסוכים בתחום דיני הקניין התרבותי נוטים להתמקד בדרישות השבה של מדינת לאום, או של קהילה אתנית מובחנת, מגורם זר או מגורם פרטי המחזיקים בידיהם נכסי תרבות לא להם. חלק ניכר מן הפרדיגמה של דיני הקניין התרבותי עוצב בנוגע לנסיבות של נטילת נכסי תרבות על ידי גורם זר, אשר ניצל את עמדת הכוח שלו, במקרים רבים ככובש.¹²³ חובת ההשבה עשויה לחול הן בנוגע לנכסי תרבות שנבזזו (למשל על ידי צד כובש) הן באשר לנכסי תרבות ייחודיים שהוצאו ממדינה תוך הפרת מגבלות מדינתיות בעניין הוצאתם של קניינים תרבותיים.¹²⁴

מארג השיקולים שביסוד חובת ההשבה הוא דואלי. חלקם מתמקדים בזיקות שבין אותם נכסי תרבות ובין הזהות הקבוצתית של הקהילה או המדינה המהוות מקור לאותם נכסי תרבות.¹²⁵ חלקם עוסקים במשמעויות הנלוות לאקט ההשבה כ"עשיית צדק" כלפי הגורם המעוול וככיפור, ולו חלקי, על עוול היסטורי שנעשה.¹²⁶ מנקודת ראות זו, פעולת ההשבה לא רק נובעת מערכו ומחשיבותו של הנכס התרבותי, אלא יש לה משמעויות נוספות הן מבחינת ההכרה של הצד המעוול בחוסר הצדק שנעשה והן מבחינת תחושת ה"תיקון" של העם, המדינה או הקהילה שהיו הקורבן לעוול ההיסטורי.¹²⁷

קטגוריית השיקולים השנייה שתוארה לעיל, אינה ממוקמת רק בענף דיני הקניין התרבותי המובהק. קטגוריית שיקולים זו משויכת גם למהלכי השבה בעת התמודדות עם נסיבות של "צדק מעברי"; דהיינו כאשר חובת ההשבה היא חלק ממערך רחב יותר של התמודדות מצד מדינות ולאומים עם עוול היסטורי.¹²⁸ בהקשרים כאלה, היקף הנסיבות והנכסים, אשר בעניינם חלה חובת השבה, עשוי להיות רחב מהיקף נכסי התרבות הייחודיים המוגנים על ידי דיני הקניין התרבותי. אשר לקטגוריה זו, המוקד אינו רק נכסים תרבותיים בעלי ערך ייחודי, אלא גם נפקויות כלליות יותר של השבה כתיקון עוול היסטורי. משום כך

122 ראו STAMATOUDI, לעיל ה"ש 111, בעמ' 14–19. כן ראו האמנות הבינ-לאומיות המצוינות לעיל בה"ש 112.

123 ראו למשל CUNO, לעיל ה"ש 3; MERRYMAN, IMPERIALISM, לעיל ה"ש 3.

124 שם. ראו גם John H. Merryman, *Introduction*, בתוך MERRYMAN, IMPERIALISM, שם, 1; John H. Merryman, *The Retention of Cultural Property*, 21 U.C. DAVIS L. REV. 477 (1988).

125 ראו Merryman, *Thinking about the Elgin Marbles*, לעיל ה"ש 117, בעמ' 1910–1916.

126 ראו ELAZAR BARKAN, *THE GUILT OF NATIONS* 308–349 (2000).

127 שם. ראו גם STAMATOUDI, לעיל ה"ש 111, בעמ' 33; Thérèse O'Donnell, *The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm of the Raft of the Medusa?*, 22 EUR. J. INT'L L. 49, 54–59 (2011).

128 ראו Elazar Barkan, *Amending Historical Injustices: The Restitution of Cultural Property, An Overview*, in CLAIMING THE STONES/NAMING THE BONES: CULTURAL PROPERTY AND THE NEGOTIATION OF NATIONAL AND ETHNIC IDENTITY 16, 22 (Elazar Barkan & Ronald Bush eds., 2002). (להלן: Barkan, *Amending Historical Injustices*). ראו גם O'Donnell, לעיל ה"ש 127.

השבה עשויה להתקיים גם בנוגע לנכסים נטולי ערך ייחודי כגון כספים, קרקעות וכיוצא באלה.¹²⁹

כעניין מעשי, שני התחומים ושתי קטגוריות ההשבה עשויים להתערבב זה בזה, מבלי שיהיה ניתן להפריד ביניהם לחלוטין. דוגמה אחת לכך היא ממלחמת העולם השנייה והשוואה. במהלך מלחמת העולם השנייה נבזזו, נשדדו ונגזלו נכסי תרבות יהודיים בממדים חסרי תקדים על ידי גרמניה הנאצית, ונכסים אלה במקרים רבים הגיעו לידי צדדים שלישיים. חובת השבה ומהלכי השבה, בהקשר זה, מערבים מארג סוגי נכסים ושיקולים; חלקם קשורים לדיני הקניין התרבותי (למשל, נכסים בעלי ערך תרבותי ייחודי לעם היהודי, או לקהילה מסוימת בתוכו) וחלקם קשורים לתפיסות רחבות יותר של משמעות מהלכי ה"השבה" בהקשרים של עוול היסטורי ופשעים נגד האנושות.¹³⁰

סקירה זו של תכליות דיני הקניין התרבותי ומוסד ההשבה, כפי שהוא קיים במסגרתם, מלמדת כי מדובר במערכת דינים שיש לה השפעה ישירה על האופן שבו מעוצב הזיכרון הקולקטיבי של קבוצה, קהילה או לאום. נכסי התרבות, נושא דיני הקניין התרבותי, הם ייצוגים ואמצעים סמליים המכוננים והמעצבים מרכיבים של זיכרון קולקטיבי משותף. יתרה מזו, עצם ההיפרדות מאותם נכסי תרבות, דרישת השבה בנוגע להם, כמו גם מימושה וקבלת החזקה בנכסי התרבות, נושאי דרישת ההשבה, או לחלופין אי-מימושה, הם כולם מרכיבים המעצבים את הזיכרון הקולקטיבי של הקבוצה, הקהילה או הלאום והמשפיעים עליהם. ההכרעות וסדרי ההעדפות המותווים בדיני הקניין התרבותי, ומוסד ההשבה המהווה חלק מהם, משקפים מרכיבים של זיכרון קולקטיבי כמו גם תפיסות ואידאולוגיות מתחרות בנוגע לעבר, או למצער משפיעים עליהם.

לדיני הקניין התרבותי, כפי שתוארו לעיל, למרכיביהם, אין תחולה פורמלית בהקשר של פרשת קהילת יהודי וינה. כעולה מהחלטת בית המשפט העליון, התשתית הנורמטיבית בנסיבות המקרה הנדון התמצתה בהוראת סעיף 14א לחוק הארכיונים¹³¹ ובדינים מתחום

129 שם. ראו גם Leora Bilsky, *Transnational Holocaust Litigation*, 23 EUR. J. INT'L L. 349, 353–359 (2012). סוקרת את הסוגיה של תביעות השבה לסוגיהן בהקשר של השואה, שבו חלק ניכר מתביעות ההשבה היו תביעות מוניטריות או תביעות להשבת סוגי נכסים אחרים נטולי ערך או זיקה תרבותיים ייחודיים.

130 ראו Barkan, *Amending Historical Injustices*, לעיל ה"ש 128, בעמ' 88–111, 142–156 (המתמקד בסקירות של נסיבות ומצבים של השבה שאינם נוגעים לנכסי תרבות ייחודיים ובעלי זיקה לקהילה יהודית או לעם היהודי). ראו גם Alison Hornstein, *A Strange Case of Holocaust Art: the Historical and Cultural Property Debate Over. Who "Owns" Bruno Schulz*, 1 COLUM. J. E. EUR. L. 142 (2007). סוקרת את סיפור הבאתם של "ציורים אבודים" של ברוננו שולץ ל"יד ושם", ודנה בו בין היתר לנוכח הטענה כי "יד ושם" הוא המקום הראוי להנצחת זכרו של הצייר היהודי ברוננו שולץ, שנרצח על ידי קצין אס-אס בגלל היותו יהודי). ראו גם יוסי מלמן "ציורים אבודים של ברוננו שולץ הובאו לישראל" הארץ – כללי (30.5.2001) www.haaretz.co.il/misc/1.704941.

131 אכן, ניתן לטעון כי הוראת ס' 14א לחוק הארכיונים היא במהותה חלק מדיני הקניין התרבותי, שכן כל תכליתה היא להבטיח שלא יוצאו חומרים מארכיון ציבורי בישראל, וזאת בשל הערך התרבותי הגלום בהם (ראו בדומה פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 15, פס' 4: "מטרת סעיף 14א לחוק הארכיונים היא לחזק את יציבות המערכת הארכיונית: מה שנכנס למכלול המורשת לא ייצא משם, בלעדי אם הרשות הממלכתית

המשפט הפרטי ובכללם הוראות חוק השכירות והשאלה ודיני החוזים הכלליים. עם זאת, דומני שיש חשיבות להבנת המשמעות של "זיכרון קולקטיבי", של דיני הקניין התרבותי ושל הממשק ביניהם, כאשר ניגשים לבחון באופן ביקורתי את פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה ואת ההכרעות המשפטיות שבו. גם אם לא הייתה לדיני הקניין התרבותי תחולה פורמלית בנסיבות המקרה הנדון, דינים אלה מהווים מקור רעיוני והיה ראוי להישען על השיקולים והתכליות שביסודם. אפרט להלן את דבריי.

3. תפיסת הקניין התרבותי והזיכרון הקולקטיבי של בית המשפט העליון בפרשת קהילת יהודי וינה

בהקשר של פרשת קהילת יהודי וינה דרישת ההשבה של חומרי הארכיון נבעה מכך שבעיני קהילת יהודי וינה, לחומרי הארכיון של הקהילה היה ערך תרבותי ייחודי המתעד והמשקף את ההיסטוריה והעבר של הקהילה. אמנם אין מדובר בחומרי תרבות בעלי ערך אמנותי ייחודי, אולם לקהילה, מסמכי הארכיון הם בבחינת "קפסולות" של זיכרון קולקטיבי באשר לעברה של הקהילה כמו גם המשכיותה

יתרה מזו, מנקודת מבטה של קהילת יהודי וינה, השבת חומרי הארכיון לחזקתה של הקהילה היא גם מהלך "מתקן" המשיב מטפורית את הקהילה ומוסדותיה למצב שהיה קיים לפני מלחמת העולם השנייה. השבת המצב לקדמותו, בהקשר זה, היא גם מהלך סמלי להמחשת שרידותה של הקהילה, כוחה לשקם את עצמה והמשכיותה חרף העוול ההיסטורי ומוראות המלחמה. כינון מחודש של זהות הקהילה כקהילה מתחדשת המשקמת את עצמה, כמו גם גיבוש ועיצוב של תחושת הזהות של הקהילה, כרוכים אפוא בהשבת חומרי הארכיון לידי הקהילה.¹³² אלה הם כולם שיקולים הנוגעים לתכליות דיני הקניין התרבותי.

אכן, פרשת קהילת יהודי וינה מעוררת את סוגיית ההשבה בנסיבות ייחודיות מאוד. אלה אינן הנסיבות הרגילות של דרישת השבה בהקשרים של דיני הקניין התרבותי ושל צדק מעברי. ראשית, הנכסים, נושא דרישת ההשבה, הגיעו לידי המחזיק בהם כדין. קיומו של סכסוך מתחום המשפט האזרחי, אין בו כדי לקעקע את הלגיטימיות של עצם ההחזקה בנכסים. שנית, במבט כולל, המחזיק בנכסים – הארכיון המרכזי – מחויב לשמר ולכונן את מורשת העם היהודי בכללותו, לרבות בדרך של מהלכים להשבת חומרים ונכסי תרבות יהודיים שנבזזו ונגזלו בתקופת השואה. שלישית, בשונה מנסיבות אחרות של מהלכי השבה על רקע שיקולי צדק מעברי, במקרה הנדון מדינת ישראל והארכיון המרכזי אינם בבחינת הגורם המעוול, ולא זו בלבד אלא שהם חלק מן הקבוצה האתנית הכוללת, אשר כלפיה בוצעו מעשי העוול והפשעים נגד האנושות. במילים אחרות, ככל שהדברים עוסקים בזיכרון קולקטיבי, דרישת המשך ההחזקה מצד הארכיון המרכזי נשענה אף היא על משמעויות

המוסמכת – גנו המדינה – אישר שניתן לגרוע תיעוד מסוים מן המכלול". עם זאת, כפי שאבקש להראות להלן, אופן הפרשנות וההחלה של ס' 14 לחוק הארכיונים, כפי שנעשו על ידי בית המשפט העליון, אינו עולה בקנה אחד עם התכליות וההשלכות של דיני הקניין התרבותי, כפי שנסקרו לעיל.

¹³² לקשר בין מהלכי השבה ובין גיבוש מחודש של זהות על ידי קהילה ראו גם Barkan, *Amending Historical Injustices*, לעיל ה"ש 128.

סמליות ראויות הנוגעות לקשר בין ריכוז אוצרות התרבות של קהילות התפוצות בישראל ובין גיבוש מעמדה של מדינת ישראל כמרכז העם היהודי לנצח נצחים.

ריבוי משמעויות זה בנוגע להיבטי הזיכרון הקולקטיבי הכרוכים בחומרי הארכיון של קהילת יהודי וינה, כמו גם פוטנציאל העימות בין דרישות מתחרות באשר לחזקה בחומרי הארכיון, אין בהם כדי לשנות את המשמעויות של השבת חומרי הארכיון מנקודת מבטה של קהילת יהודי וינה. מבחינת קהילת יהודי וינה, הערכים והמשמעויות של מהלך ההשבה, כפי שנסקרו קודם לכן, מתקיימים אף אם במעגל החיצוני הגורם המשיב – מדינת ישראל – ניצב מאותו צד של המתרס, ואף אם להמשך ההחזקה בחומרי הארכיון על ידי הארכיון המרכזי יש משמעות סמלית, לגיטימית וראויה בנוגע לזיכרון הקולקטיבי של מדינת ישראל. מימוש התכליות והערכים שביסוד מהלכי ההשבה, מנקודת מבטה של קהילת יהודי וינה, לא בהכרח תלוי רק בזהות הגורם המשיב ובדרגת האשם או המעורבות שלו, בעוול ההיסטורי כמו גם באופן שבו הנכסים הגיעו לידיהם.¹³³ אכן, כל אלה הם שיקולים שעשויים להשפיע על עוצמתו והצדקתו של מהלך השבה למול שיקולים נוגדים, אולם הם כשלעצמם תכליות וערכים שעשויים להתקיים אף אם הגורם המשיב אינו "מוכתם" בעוול ההיסטורי הקשור למהלך ההשבה. יתרה מזו, התכלית והערך של השבת חומרי הארכיון לקהילת יהודי וינה עשויים להתקיים אף אם בד בבד יש ערך בריכוז חומרי תרבות יהודיים בישראל.

בהכרעתו, דחה בית המשפט העליון את דרישת ההשבה של קהילת יהודי וינה תוך שהוא מבכר את דרישת החזקה של מדינת ישראל, משום ש"ישראל היא מרכז העולם היהודי שיש לחזק אותו ולא לפזר את נכסיו".¹³⁴ אלא שסירוב כאמור מניח שלארכיון המרכזי ולמדינת ישראל אין ולא צריכה להיות מחויבות – ולו גם רעיונית וסמלית – למהלכי השבה מצד קהילת יהודי וינה. על כך אני מבקש לחלוק. אינני מבקש להמעיט מהערך ומהחשיבות של כינון מדינת ישראל כמרכז העם היהודי וככלי קיבול לשימור מורשת ואוצרות תרבות של העם היהודי, ולכפור בזיקת הארכיון המרכזי לחומרי העבר של קהילת יהודי וינה. עם זאת אני מבקש לטעון כי בית המשפט העליון היה יכול וצריך לשקול את התכליות וערך ההשבה מבחינת קהילת יהודי וינה, ואף לתת להם עדיפות, שכן לה הזיקה, הקשר ההיסטורי, התרבותי והמוסרי ההדוקים יותר לחומרי הארכיון.

133 ראו גם את מסמך "עקרונות האומות המאוחדות בדבר הזכות לסעד ותיקון של קורבנות הפרות חמורות": Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, available at: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>. כעולה ממסמך זה, המגמה העכשווית בתחום המשפט הבין-לאומי בנוגע לקורבנות הפרות חמורות של זכויות אדם ומשפט בין-לאומי הומניטרי, היא תיקון – reparation, במנותק מדרישה לביסוס אשמתה או חבותה של מדינת הקורבן. בכך, מסמך העקרונות מעורר מדינות לתקן את העוול ההיסטורי אף אם הגורם המעוול אינו יכול לספק את התיקון (ס' 16 למסמך העקרונות) ומכל מקום מחייב מדינות לספק סעד ללא קשר לזהות המעוול (ס' 3, פס' c למסמך העקרונות). אכן, מסמך העקרונות עוסק בנסיבות שונות בעליל מנסיבות המקרה של קהילת יהודי וינה. עם זאת, מסמך העקרונות מלמד כי בהקשרים הנוגעים לנסיבות של צדק מעברי, מהלכי השבה, כחלק מתיקון עוול היסטורי, אינם מותנים בדרישת יסוד אשם. מן הצד הנדרש להשיב.

134 ראו פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

כפי שהראיתי בחלקים הקודמים של המאמר, התשתית העובדתית והתשתית המשפטית בנסיבות המקרה יכלו לבסס קביעה משפטית שלפיה יש להשיב את חומרי הארכיון לקהילת יהודי וינה. פסק דינו של בית המשפט העליון אינו ממוקם אפוא בשדה המשפטי בלבד. הוא ממוקם גם בשדה הזיכרון הקולקטיבי והוא מצמצם ומפחית ממשקל ערך ההמשכיות והכינון המחודש של קהילת יהודי וינה. במובן זה, להכרעה המשפטית של בית המשפט העליון בפרשת קהילת יהודי וינה, בדבר היעדר זכאות של הקהילה להשיב לידיה את חומרי הארכיון של הקהילה, השפעה על הזיכרון המשותף של הקהילה כמי שהייתה מוכנה לוותר על "חוט העבר" של הקהילה וכמי שלא הצליחה לשקם את עצמה מתוך תודעה וציר של המשכיות היסטורית.

קביעות ואמירות שעל פיהן "ראשי קהילת וינה התכוננו שהאוסף יעבור לצמיתות ובלא תנאים כלשהם"¹³⁵ כי "במישור ההיסטורי העמוק מצא הארכיון את ביתו הנכון"¹³⁶ כי "משעלה בידינו להקים בישראל את מרכז העולם היהודי יש לחזק אותו, לא לפזר את נכסיו"¹³⁷ וכי יש להותיר את אוסף המסמכים בישראל משום שהוא "חלק ממורשת כלל-יהודית והרחקתו מירושלים תשלח אותו לפריפריה של העולם היהודי"¹³⁸ הן כולן קביעות ואמירות אשר יש להן השפעה על עיצוב הזיכרון הקולקטיבי של קהילת יהודי וינה עצמה, כמו גם על הזיכרון הקולקטיבי של ישראל וצדדים שלישיים בנוגע לקהילת יהודי וינה, והכול במגמה אחת: לשים במרכז זיכרון קולקטיבי לאומי המוחזק והמנוהל על ידי מדינת ישראל ולהסיט לשוליים את הזיכרון הקולקטיבי הפרטני של קהילת יהודי וינה.

אלה אינן קביעות משפטיות גרידא. אלה הן קביעות פוליטיות המבקשות לרכז חומרי זיכרון בידי מדינת ישראל, גם במחיר דילול והקלשה של הערך והחשיבות של מהלך השבת חומרי הארכיון לקהילת יהודי וינה, עם כל המשמעויות הסמליות הנלוות למהלך שכזה. דומה שהממד הפוליטי של פסק הדין עוסק במתח שבין תפיסה המכירה בקיומה של זהות יהודית קהילתית נפרדת, כמו גם בקיומו של עבר יהודי מחוץ למדינת ישראל, ומכבדת אותם, ובין תפיסה המבקשת לראות במדינת ישראל נציגה בלעדית של העם היהודי ואתר יחיד לשימור ולהתחדשות של התרבות היהודית. המתח בין שתי תפיסות אלו משקף גם מתח בין נרטיב ציוני מדיני-טריטוריאלי, שעל פיו חידוש החיים היהודיים באירופה אינו מתיישב עם המסקנה ההיסטורית הנגזרת מחורבן יהדות אירופה, ובין נרטיב המכיר בכוח הכינון המחודש של קהילות יהודיות בעלות זהות עצמאית מחוץ למדינת ישראל.¹³⁹

פרשת קהילת יהודי וינה איננה הייצוג הראשון למתחים אלו. הם קיבלו ביטוי לכל אורך השנים במפעלי השיקום וההשבה של אוספים וחומרים ארכיוניים משל קהילות יהודיות – אלה ששרדו ואלה שנכחדו במהלך השואה.¹⁴⁰ דרישת האוניברסיטה העברית ובית הספרים

135 ראו החלטת גנו המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 7–8.

136 ראו פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

137 שם.

138 ראו החלטת גנו המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 10.

139 ראו נעימה ברזל "חיים יהודיים בגרמניה: הסוכנות היהודית ומדינת ישראל מול התחדשות החיים היהודיים בגרמניה 1945–1953" יהדות זמננו ח 99 (1993).

140 ראו גיש, לעיל ה"ש 83, בעמ' 31–77, ובפרט בעמ' 36–37, 76–77.

הלאומי, לאחר קום המדינה, כי לעם היהודי בארץ ישראל תהא זכות על נכסי התרבות של הקהילות שחרבו, שיקפה תפיסה ציונית לאומית השוללת את קיומה של זהות יהודית קהילתית עם כוח המשכיות, ומשום כך גם שוללת את זכות הקהילה להשיב לידיה את נכסי התרבות שלה.¹⁴¹ לפי תפיסה זו, אין מקום לזהות יהודית מחוץ לזהות הציונית, ומשום כך נכסי תרבות בעלי ערך וחשיבות לזהות היהודית, מקומם אך ורק במדינת ישראל. העברת נכסי הרוח היהודיים לירושלים הייתה שיקוף של דרישת הבלעדיות של התפיסה הציונית כנציגתו הבלעדית של העם היהודי וכאתר התחדשותה של התרבות היהודית.¹⁴² מנקודת הראות הציונית המדינית והטריטוריאלית, חידוש החיים היהודיים באירופה היה מנוגד למסקנה ההיסטורית הנגזרת מחורבן יהדות אירופה.

על רקע זה ניתן, לדעתי, לחלץ מהקביעות ומהתבטאויות של השופטים, שצוטטו לעיל,¹⁴³ תפיסה ציונית לאומית טריטוריאלית בנוגע לנכסי תרבות בעלי זיקה לזהות יהודית קהילתית מחוץ לישראל. תפיסה זו שוללת את לגיטימיות הגולה באשר היא.¹⁴⁴ אינני מבקש לייחס לבית המשפט העליון מניע פוליטי נסתר, אשר עמד כביכול לנגד עיני השופטים בהכרעהם ובכותבם את פסק הדין. טענתי היא כי המכלול המצטבר של הקביעות העובדתיות והמשפטיות של בית המשפט, בצירוף התבטאויות שהן חלק מפסק הדין, משקפים נרטיב אשר היה קשוב לתפקיד של מדינת ישראל בגיבוש זהות ועבר יהודיים, אך אינו נותן משקל מספיק לכך שלקהילת יהודי וינה יש זהות, עבר ומרכיבי זיכרון קולקטיבי משלה, המבקשים להיות חי הנושא את עצמו.

תשומת לב יתרה של בית המשפט לתובנות מתחומי הזיכרון הקולקטיבי ומדיני הקניין התרבותי, כפי שנסקרו לעיל,¹⁴⁵ הייתה עשויה להביאו להכרעה אחרת, וזאת משני היבטים: האחד מתוך מודעות לכך שהכרעה שיפוטית, לשלילה או לחיוב, בדבר השבת חומרי הארכיון לקהילת יהודי וינה משפיעה על הזיכרון הקולקטיבי של קהילת יהודי וינה, והשני מתוך מודעות לכך שבשים לב לקשת האפשרויות המשפטיות הלגיטימיות אשר עמדו לפני בית המשפט, היה ראוי לתת משקל בהכרעה השיפוטית גם לשיקולים שביסוד דרישת ההשבה מצד קהילת יהודי וינה.¹⁴⁶

141 שם, בעמ' 37–39.

142 שם.

143 ראו לעיל ה"ש 135–138 והטקסט הצמוד אליהן.

144 ראו גם אמנון רז-קרקוצקין "גלות בתוך ריבונות – לביקורת "שלילת הגלות" בתרבות הישראלית" **תיאוריה וביקורת** ד 23, 23–55 (1993); אמנון רז-קרקוצקין "גלות בתוך ריבונות – לביקורת "שלילת הגלות" בתרבות הישראלית" **תיאוריה וביקורת** ה 113, 113–132 (1994).

145 ראו לעיל ה"ש 104–130 והטקסט הצמוד אליהן.

146 אדגיש כי בסיום החלטתו של השופט הנדל (פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2, פס' 11 לפסק דינו), ציין השופט הנדל: "נדמה כי אין מחלוקת בין הצדדים כי השמירה על ההיסטוריה איננה בגדר תחביב או קוריוז. ההיסטוריה באה להעניק לימינו אנו – הקשר, 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 [...] 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

כך למשל, במקרים כאלה ראוי להבחין בין קהילות שנכחדו ובין קהילות חיות המבקשות להתחדש. אשר לחומרי תרבות של קהילות שנכחדו, יש טעם בתפיסה הרואה בישראל מרכז העם היהודי, אשר בו צריכים להיות מרוכזים נכסי התרבות של העם היהודי. אשר לחומרי תרבות של קהילות יהודיות מחוץ לישראל המבקשות להתחדש ולהשתקם, מצב הדברים מורכב יותר. לעמדותי, אינטרס ההשבה הפרטני של קהילת יהודי וינה ראוי שיגבר על הערך שברכיזו חומרי תרבות בידי מדינת ישראל. אמנם קהילת יהודי וינה הנוכחית היא קהילה מתחדשת, וכמעט לא נותרו בה צאצאים לקהילה שהייתה קיימת לפני השואה,¹⁴⁷ אולם לעניות דעתי זה איננו לב העניין, שכן המעמד המכונן של השבת חומרי תרבות לקהילה אינו נגזר אך ורק מרצף הדורות של חברי הקהילה ומממדו הכמותי. לקהילה יש ערך, מעמד וקיום נפרד מזה של ציבור היחידים המרכיבים אותה. יתרה מזו, להמשכיות הקהילה ולהתחדשותה יש משמעות סמלית החורגת מסך היחידות והיחידים המרכיבים את הקהילה. מוסד הארכיון מאפשר לקהילה המשכיות של זיכרון וזהות הן ברמה המעשית הן ברמה הסמלית. להשבת חומרי הארכיון ולמיקומם בארכיון שבווינה משמעות סמלית המהווה מסד לביסוס הקהילה ולהמשכיותה.

עמדותי אלה אכן ניתנות להצדקה ביתר קלות אם נקודת המוצא לדיון היא הגישה הלאומית לדיני הקניין התרבותי. אינני מתעלם מכך שלכאורה משקל אינטרס ההשבה של קהילת יהודי וינה נחלש אם נקודת המוצא לדיון היא הגישה הבין-לאומית לדיני הקניין התרבותי. כאמור, על פי הגישה הבין-לאומית, התכלית והמטרות של דיני הקניין התרבותי הן גלובליות ונטולות קשר הדוק לקבוצה אשר לה קשרי זיקה ייחודיים לנכסי התרבות. על פי הגישה הבין-לאומית, ההגנה על המשאב התרבותי היא בשל הערך הטמון בו ובשל חשיבות שימורו והנגשתו לאנושות באשר היא, ומשום כך גם חובת השבה לקבוצת המקור איננה ניתנת להצדקה בנקל מכוח דיני הקניין התרבותי. על רקע זה, לכאורה היה ניתן לטעון

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.

לטעמי, אמירות אלה של השופט הנדל רק מחזקות את עוצמת הביקורת על פסק הדין, לפחות במשתמע, בשני היבטים. ראשית, השופט הנדל היה מודע, לפחות חלקית ובמשתמע, לממד ההשפעה של פסק הדין על היבטים של זיכרון קולקטיבי (אמנם השופט הנדל נקט את המונח "היסטוריה", אך התייחס ל"הקשר" ו"הדרך לעתיד" שההיסטוריה מקנה, כמו גם לאופן שבו ה"היסטוריה" "מעצבת ומגדירה"). שנית, השופט הנדל אף ציין את ה"היסטוריה הייחודית והנפלאה של יהדות אוסטריה במשך הדורות". כל אלו לא הניעו את השופט הנדל להעניק משקל ממשי כלשהו בהחלטתו השיפוטית לדרישת ההשבה ולמרכיב הזיכרון הקולקטיבי של קהילת יהודי וינה. את אלו השאיר השופט הנדל להצעתו הלא מחייבת בדבר "שיתוף פעולה בין הצדדים", בכל הקשור ל"שימוש והשמירה על המסמכים ההיסטוריים". במילים אחרות, השופט הנדל ביכר את הארכיון המרכזי בכל הנוגע לקביעת זכות ההחזקה בחומרי הארכיון של קהילת יהודי וינה, ואילו האינטרסים של קהילת יהודי וינה, הגם שהוזכרו לפחות במשתמע, נדחקו לאמרת אגב שכל נפקותה היא "קריאה" לא מחייבת לצדדים לשתף פעולה ביניהם.

¹⁴⁷ ראו החלטת גנז המדינה, לעיל ה"ש 15, פס' 8 (גנז המדינה מציין כי "בתום המלחמה היו בעיר כמה מאות יהודים. בבחירות הראשונות של הקהילה המשתקמת ב-1946 השתתפו כ-4,000 בוחרים, והמספר גדל רק במעט בשנים הבאות. אם בשנים הראשונות לאחר המלחמה חיו בעיר כ-5% מן היהודים שחיו בה קודם, משמעות הדבר שעל כל יהודי שהיה שם. נעדרו עשרים").

כי פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה לא זו בלבד שאינו מתנכר לתכליות דיני הקניין התרבותי, אלא שהוא עולה בקנה אחד עמן ואולי אף מתחייב מהגישה הבין-לאומית לדיני הקניין התרבותי, בייחוד אם מניחים כי הארכיון המרכזי הוא המקום המתאים ביותר להגשמת תכליות השימור וההנגשה שביסוד דיני הקניין התרבותי.¹⁴⁸

על פני הדברים, התמקדות בגישה הבין-לאומית לדיני הקניין התרבותי אכן עשויה להחליש את הביקורת כלפי פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה, אולם במבט מדוקדק יותר, דומני שאין בגישה הבין-לאומית כדי להמעט ממשקל הביקורת על פסק הדין, וזאת מכמה נימוקים.

ראשית, הנמקת פסק הדין, לרבדיה ולהתבטאויותיה, לא ציינה מרכיבים ושיקולים משל הגישה הבין-לאומית. גישה זו לא נזכרה על ידי בית המשפט, ולכן קשה לראות בה את הכוח המניע שביסוד פסק הדין. כאמור לעיל, התבטאויות בית המשפט בפסק הדין נוטות לשקף דווקא נטייה לגישה הלאומית, אם כי גישה הרואה את הקולקטיב הלאומי הנמצא במדינת ישראל, כבעל זיקה לנכסי התרבות של העם היהודי באשר הוא: בישראל או בגולה.¹⁴⁹ לפיכך אף אם הייתה בנסיבות המקרה ישימות למרכיבים ולשיקולים משל הגישה הבין-לאומית, לא היה בכך כדי להמעט ממשמעות הנרטיב העולה מפסק הדין, כפי שתואר קודם לכן.

148 ראו לעניין זה שם, פס' 11–12. (גנו המדינה ציין כי "לארכיון המרכזי בירושלים ולקהילה האקדמית בירושלים יש ידע ועומק תרבותי בנוגע לאוסף שחסר לקהילת וינה; לארכיון המרכזי יש יתרון מובהק בבניית קטלוג ממוחשב על פני הקהילה. החלטה להעביר את האוסף מן הארכיון אל הקהילה משמעה הרעה משמעותית ביכולת לתת את התייעוד בידי מי שמבקשים אותו" (פס' 9 להחלטת גנו המדינה), וכי "יש בארץ עושר של תיעוד מכל רחבי העולם היהודי, יש קהילה אקדמית תוססת הנעזרת באוספים ומעשירה את התובנות שלנו על עברנו, חוקרים מרחבי העולם מתכנסים תכופות בארץ, יש שיתוף פעולה בין המוסדות השונים והעשרה הדדית. חוקר המגיע לישראל מוצא הן את האוספים והן את המלומדים שיודעים עליהם ועל הנושאים שמצויים בהם. גנו המדינה, העומד בראש המערכת הארכיונית במדינת ישראל, אמון על שמירתו ושימורו של החומר הארכיוני במדינת ישראל לרווחת הציבור בישראל, לטובת המחקר ולמען הדורות הבאים" (פס' 10 להחלטת גנו המדינה).

עם זאת חשוב לציין כי קריאה מדוקדקת של החלטת גנו המדינה בהקשר זה מלמדת כי הפערים ביכולות השימור וההנגשה בין הארכיון המרכזי לארכיון קהילת יהודי וינה אינם כה רבי משמעות. גנו המדינה ציין שלושה תנאים מרכזיים שעל פיהם יש לבחון את יכולות ההנגשה והשימור של ארכיון קהילת יהודי וינה: קיומם של תנאים פיזיים הולמים לקליטת חומרי הארכיון ולהחזקתם, קיומו של צוות מקצועי קבוע לטיפול באוספים ולתפעולם, ויכולת להנגיש את התייעוד לקהל הרחב (פס' 9–10 להחלטת גנו המדינה). הגנו ציין כי ארכיון קהילת יהודי וינה ממלא את שני התנאים הראשונים, ואילו בנוגע לתנאי השלישי ציין כי הגם שלארכיון קהילת יהודי וינה יש תכניות להנגיש את התייעוד לקהל רחב, "שלארכיון המרכזי בירושלים ולקהילה האקדמית בירושלים יש ידע ועומק תרבותי בנוגע לאוסף שחסר לקהילת וינה; לארכיון המרכזי יש יתרון מובהק בבניית קטלוג ממוחשב על פני הקהילה" (פס' 10 להחלטת גנו המדינה). אף אם מקבלים את קביעות הגנו בהקשר זה, דומה כי הפערים ביכולות בין הארכיון המרכזי ובין ארכיון קהילת יהודי וינה אינם נמצאים בתחום המקרים שעל בסיסם הגישה הבין-לאומית מצדיקה מיקום של נכסי תרבות במנותק מן הקבוצה הייחודית, אשר לה קשרי זיקה לנכס התרבות, משיקולי שימור וגישה. אין מדובר במקרה שבו הותרת נכס התרבות בידי מדינת הלאום, או בידי הקבוצה הייחודית, צפויה להביא להכחדתו, אי-שימורו או מניעת גישה אליו. ההבדלים, אשר עליהם עמד גנו המדינה, מסתמנים יותר כניואנסים אשר ספק אם יש בהם כדי לדחוק את אינטרס ההשבה וכל הכרוך בו.

149 ראו לעיל ה"ש 147–148 והטקסט הסמוך להן.

שנית, וזה לטעמי העיקר, כפי שכבר צוין, שתי הגישות – הגישה הלאומית והגישה הבין-לאומית – לא תמיד בהכרח מוציאות זו את זו. ייתכנו נסיבות שבהן גם למדינת המקור אמצעים וכלים לממש את ערכי השימור התרבותי וההנגשה לציבור הרחב, המונחים ביסוד הגישה הבין-לאומית. בדומה, ניתן לנקוט עמדה שלפיה הן השיקולים שביסוד הגישה הלאומית הן השיקולים שביסוד הגישה הבין-לאומית הם שיקולים ראויים ויכולים לדור זה לצד זה. עם זאת, במקרים מסוימים של עימות יהיה צריך להכריע איזה שיקול גובר.¹⁵⁰ במובן זה, רלוונטיות של שיקולים הנוגעים לגישה הבין-לאומית, אין בה, כשלעצמה, כדי לשלול את האפשרות לתת משקל בנסיבות מקרה נתון לדרישת ההשבה של קבוצה מובחנת כגון קהילת יהודי וינה ולתכליות ולשיקולים שביסוד דרישת ההשבה, אם יש בידי אותה קבוצה מובחנת כלים ויכולות להגשים את תכליות הגישה הבין-לאומית. ודומה כי זה אכן היה המצב בנסיבות המקרה הנדון.

אף בשים לב לדברי גנז המדינה בדבר יתרונות מסוימים שיש לארכיון המרכזי בבניית קטלוג ממוחשב של חומרי הארכיון, המשאבים והיכולות של הארכיון המתגבש של קהילת יהודי וינה לא הצדיקו, גם על פי הגישה הבין-לאומית, הכרעה שלפיה חומרי הארכיון צריכים להישאר ברשות הארכיון המרכזי. החלטת הגנז עצמה הכירה בכך שהארכיון המתגבש של קהילת יהודי וינה מציע תנאים פיזיים הולמים לקליטת חומרי הארכיון ושיש לו צוות מקצועי קבוע לטיפול באוספים ולתפעולם.¹⁵¹ על פני הדברים, השבת חומרי הארכיון לידי קהילת יהודי וינה לא הייתה צפויה לנגוד את עיקרי הגישה הבין-לאומית, שכן גם בידי קהילת יהודי וינה היו הכלים, המשאבים והכוונות להגשים את תכליות השימור וההנגשה לציבור שביסוד הגישה הבין-לאומית לדיני הקניין התרבותי. בשים לב לכך, ואם נותנים משקל לאינטרס של קהילת יהודי וינה, ספק אם נכון לקבוע כי על פי הגישה הבין-לאומית, חומרי הארכיון צריכים להישאר בידי הארכיון המרכזי. כעולה מהחלטת גנז המדינה, גם לארכיון קהילת יהודי וינה היו תנאים ויכולות לשמר ולהנגיש את חומרי הארכיון, אף אם במועד כתיבת ההחלטה, יכולות הקטלוג הממוחשב שלו היו נחותות מאלו של הארכיון המרכזי. עמדה זו מקבלת משנה תוקף בשים לב לכך שאת יתרונות היחסי בבניית קטלוג ממוחשב ובמחקר הארכיון המרכזי היה יכול לממש גם באמצעות יצירת עותקים דיגיטליים של חומרי הארכיון, הליך שהיה מוסכם על קהילת יהודי וינה. ארחיב מעט בנקודה אחרונה זו ולאחר מכן אפנה לסכם.

4. השלכות אפשריות של הדיגיטציה של חומרי ארכיון קהילת יהודי וינה

פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה ניתן בתקופה המספקת בנקל טכנולוגיות המאפשרות פתרונות מהסוג של הפקת עותקים דיגיטליים של חומרי הארכיון והשאתם במדינת ישראל בד בבד עם השבת חומרי הארכיון המקוריים לקהילת יהודי וינה.¹⁵² חוק הארכיונים אף

¹⁵⁰ ראו לעיל ה"ש 120–122 והטקסט הסמוך להן.

¹⁵¹ ראו לעיל ה"ש 147.

¹⁵² לדיון בנושא שימור תרבותי בסביבה דיגיטלית והמעבר משימור פיזי של חומרי תרבות אותנטיים לשימור באמצעות עותקים דיגיטליים, ראו גיא פסח "משפט, זיכרון ושכחה בעידן השעתוק הדיגיטלי" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיה מידע 361 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

מסמך את גנז המדינה להותיר בידיו עותקים כאמור טרם הוצאת חומר ארכיוני משטח מדינת ישראל.¹⁵³

בהחלטת ביניים אשר ביקשה לפשר בין הצדדים, הציע בית המשפט העליון אפשרות של סריקת חומרי הארכיון והפקת עותקים דיגיטליים מהם. על פי הצעת בית המשפט העליון, חומרי הארכיון המקוריים היו אמורים להיות בידיו הארכיון המרכזי בישראל, בעוד קהילת יהודי וינה תקבל את העותקים הדיגיטליים.¹⁵⁴

ייצוגים דיגיטליים יכולים לעתים לשמש תחליף המגשים את אפשרויות הגישה לחפץ התרבות המקורי עם הערך הגלום בכך, ואת חשיפתו, כמעט במלואם. יתרה מזו, מאגרי נתונים של ייצוגים דיגיטליים מאפשרים גישה קלה ובעלות נמוכה לחומרי תרבות, גישה שהיקפה ואפשרויות האחזור הטמונות בה עולות לאין ערוך על יכולות הגישה וההיחשפות של אדם לחומרי תרבות מקוריים ואוטנטיים.¹⁵⁵ עם זאת, אותנטיות החפץ המוחשי נתפסת כמגלמת ערכים ומטרות של ודאות, של אמת היסטורית, של אסתטיות, ובמידה מסוימת אף של יחסים חברתיים הנבנים סביב תפיסת הערך התרבותי וההיסטורי המגולם בחפץ התרבות הפיזי האוטנטי עצמו.¹⁵⁶

בשים לב לכך, דומה שמכלול השיקולים שביסוד דיני הקניין התרבותי היה צריך להביא לידי הצעה מנוגדת לזו שהוצעה על ידי בית המשפט העליון, דהיינו כי חומרי הארכיון המקוריים יושבו לידי קהילת יהודי וינה, ואילו בידיו הארכיון המרכזי ייוותרו עותקים דיגיטליים של חומרי הארכיון.

פתרון שכזה היה מאפשר לכבד ולהגשים את השיקולים שביסוד דרישת ההשבה מצד קהילת יהודי וינה ובמקביל לנצל את היתרון היחסי של הארכיון המרכזי בבניית קטלוג ממוחשב של חומרי הארכיון, אשר אותו היה ניתן, גם כן, להעמיד לרשות ארכיון קהילת יהודי וינה. במילים אחרות, בית המשפט העליון עצמו עמד על קיומו של פתרון מעשי (דיגיטציה), אשר היה מאפשר ליישב את המתח בין הגישה הלאומית לגישה הבינלאומית (ככל שמתח שכזה אכן היה קיים בנסיבות המקרה) ולהגשים בעת ובעונה אחת את הערכים של השבת חומרי הארכיון, שימורם והנגשתם.

ברם, גם בנקודה זו, בהציעו כי קהילת יהודי וינה תסתפק בעותקים דיגיטליים של חומרי הארכיון, תוך הותרת העותקים הפיזיים המקוריים בידיו מדינת ישראל, נקט בית המשפט עמדה המשקפת תפיסה שלפיה המשמעויות הפולחניות והסמכותיות הנלוות לשליטה בחומרי המקור האוטנטיים, צריכות להיות בידיו מדינת ישראל ולא בידיו קהילת יהודי וינה. גם בהיבט זה יש אפוא שיקוף לתפיסה טריטוריאלית המבקשת לנכס ולמקם את חומרי

153 ראו ס' 16 לחוק הארכיונים.

154 ראו החלטה מיום 31.3.2014, במסגרת ההליך בעניין פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 2.

155 ראו פסח, לעיל ה"ש 152, בעמ' 367–369.

156 שם, בעמ' 369–370. ראו גם John H. Merryman, *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, 80 AM. J. ;INT'L L. 831 (1986); WALTER BENJAMIN, *ILLUMINATIONS* (Hannah Arendt ed., Harry Zohn trans., 1968) (במסה "יצירת האמנות בעידן השעתוק הטכני" טען Benjamin כי בעידן השעתוק הטכני יצירת האמנות מאבדת מהילתה, ממעמדה הפולחני ומן הסמכותיות שלה. מכך משתמעת גם הייחודיות של החפץ המוחשי האוטנטי ושל השליטה בו).

הארכיון במדינת ישראל, בהתעלם מן הזיקה הטריטוריאלית האוטנטית של חומרי הארכיון לווינה.

ג. סיכום

פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה מאגד מקבץ של נימוקים משפטיים וקביעות עובדתיות המסבירים מדוע מסמכים היסטוריים וחומר ארכיוני משל קהילת יהודי וינה צריכים לשכון ולהיות מוחזקים בגבעת רם שבירושלים, ולא בבית קהילת יהודי וינה אשר בווינה. בחינה מדוקדקת של פסק הדין מלמדת על שבירות המסוימת של הנימוקים המשפטיים והקביעות העובדתיות אשר בית המשפט העליון נסמך עליהם, כמו גם על התעלמות מחלופות אחרות, קבילות לא פחות, אשר היה ראוי לבחון, הן במישור המשפטי הן במישור העובדתי.

טענתי המרכזית במאמר הייתה כי בקביעות הללו מסתמן נרטיב המבקש לרכז בידי מדינת ישראל את ההחזקה והשליטה בחומרי תרבות והיסטוריה של קהילות יהודיות זרות. הלכה למעשה, פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה הקנה למדינת ישראל מרכיבים מכוננים בזיכרון הקולקטיבי ובזהות של קהילת יהודי וינה. הקושי המרכזי בעמדה זו הוא שכינון מעמדם של נכסי התרבות הלאומיים של מדינת ישראל, כמו גם הסירוב להשיב את חומרי הארכיון לידי קהילת יהודי וינה, נעשו במחיר של גריעה מן הזיקה והקשר בין קהילת יהודי וינה ובין אוצרות העבר של הקהילה, שלא לומר התעלמות מהם. לפחות במידת מה, תפיסת בית המשפט העליון מקלישה את הערכים, התכליות והמשמעות של השבת חומרי הארכיון לידי הקהילה, אשר לה הם שייכים ואשר את עברה הם מגלמים.

כעולה מן המאמר, עיון בתופעה החברתית של זיכרון קולקטיבי, כמו גם בידי הקניין התרבותי ובתכליות שביסודם, מספק ארגז כלים יעיל לפענוח השלכות פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה ולאתור הכוחות המניעים את פסק הדין. הן התופעה של זיכרון קולקטיבי והן דיני הקניין התרבותי מסבירים את הקשר בין מוסד ההשבה של נכסי תרבות ובין האופן שבו מעוצבים ומתגבשים מרכיבי זיכרון קולקטיבי של קהילה, קבוצה או לאום. הבנת הקשר בין דיני הקניין התרבותי ובין זיכרון קולקטיבי מבהירה את הממד הפוליטי של דיני הקניין התרבותי כדינים המקנים כוח השפעה על תפיסת העבר וכפועל יוצא – גם על תפיסת ההווה.¹⁵⁷ הלקח הנלמד מפסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה הוא כי תובנה זו ישימה גם לעניין הפרשנות והיישום של כללים מתחום המשפט הפרטי במקרים שבהם ההכרעה השיפוטית משפיעה על אופן העיצוב של מרכיבי זיכרון קולקטיבי. תוצאת פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה היא לא בהכרח תוצאה שגויה מבחינה משפטית, אולם לטעמי, זה אינו עיקרו של דבר. העיקר הוא להבין שהכוח לשלוט בארכיון הוא כוח פוליטי, ולכן פסק דינו של בית המשפט העליון, אשר העניק לארכיון המרכזי בישראל את הכוח לשלוט בזיכרון הקולקטיבי ובזהות של קהילת יהודי וינה, גם הוא פוליטי ביסודו.

157 ראו CUNO, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9; Merryman, *The Public Interest in Cultural Property*, לעיל ה"ש 112, בעמ' 351–353.