



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8323/17

לפני: כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט ד' מינץ  
כבוד השופטת י' וילנר

המערערים: 1. מדינת ישראל  
2. היועץ המשפטי לממשלה

נגד

המשיבים: 1. דניאל יוסף בעהם  
2. רפאל בעהם  
3. קדם בית מכירות פומביות

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
(השופטת ת' בזק-רפפורט) בת"א 058927-11-15 מיום  
13.8.2017

תאריך הישיבה: י"ד בכסלו התשע"ט (22.11.2018)  
בשם המערערים: עו"ד ישראל בלום; עו"ד אפרת ברנר;  
עו"ד ברק מימון  
בשם המשיבים: עו"ד רון בעהם; עו"ד רונן קצף;  
עו"ד עידו בקרוביץ'

### פסק-דין

השופט ד' מינץ:

בערב שבת, ה' באייר תש"ח התכנסה מועצת העם בשעה 16:00 במוזיאון תל אביב למעמד ההכרזה על הקמתה של מדינת ישראל. במסגרת הישיבה הקריא יושב ראש מנהלת העם, דוד בן-גוריון, את נוסח הכרזת העצמאות ובסיומה חתמו הנוכחים על המגילה. למן אותו מועד, התקבעה הכרזת העצמאות כטקסט מכונן, כ"אני מאמין" של מדינת ישראל. הכרזת העצמאות נתפסת בציבוריות הישראלית כ"מגילת העצמאות" שלנו, שהיא הן תעודת הלידה והן תעודת הזהות של המדינה כיחידה מדינית, ריבונית

ועצמאית" (הנשיא (בדימ') מ' שמגר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 309 (1995)).

הערעור שלפנינו אינו עוסק בנוסח הסופי של הכרזת העצמאות, כי אם בטיוטות המוקדמות שלה ובעוסקים במלאכת כתיבתה. האם מקומן של הטיוטות המוקדמות של הכרזת העצמאות בגנזך המדינה או שיש להותירן בידי יורשיו של מחברן, עו"ד מרדכי בעהם? זו בתמצית השאלה הניצבת לפנינו.

רקע עובדתי ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

1. לאחר הכרזת העצמאות והקמת המדינה, אביהם של משיבים 1 ו-2, עו"ד מרדכי בעהם (להלן: בעהם), עבד תקופה מסוימת במשרד המשפטים. בנוסף, עובר להקמת המדינה, במהלך חודש אפריל 1948, במסגרת המחלקה המשפטית במנהלת העם, כתב בעהם מספר טיוטות להכרזת העצמאות, שלאחר מכן שימשו כבסיס לנוסח הסופי של ההכרזה. הטיוטות והתזכירים של בעהם נשתמרו בידי בני משפחתו לאורך השנים.

2. בחודש נובמבר 2015 פרסם משיב 3, בית מכירות פומביות (להלן: בית המכירות), קטלוג בו הוצעו למכירה מספר מסמכים של בעהם תחת הכותרת "הטיוטות הראשונות של מגילת העצמאות – כתובות בידי בעהם". המסמכים שהוצעו למכירה כללו את "טיוטת הפסוקים", אליה העתיק בעהם מקורות שסבר כי הם ראויים לשמש בסיס להכרזת העצמאות; "הטיוטה האנגלית" של הכרזת העצמאות; "הטיוטה העברית", שלושה עמודים בכתב ידו של בעהם הנושאים את הכותרת "הצהרה בדבר מדינה יהודית"; "ההצעה הראשונה", הגרסה המודפסת של הטיוטה העברית; "תזכורת בעהם", במסגרתה כלל בעהם הסברים לנוסח המוצע להכרזת העצמאות. בסך הכל נכללו בקטלוג חמישה מסמכים שנכתבו על ידי בעהם (להלן: טיוטות בעהם או הטיוטות או המסמכים).

3. בעקבות פרסום הקטלוג והידיעה כי בית המכירות מתעתד למכור את הטיוטות במכירה פומבית הגישה המדינה את התביעה מושא הערעור דנא. במסגרת התביעה ביקשה המדינה כי ייאסר על המשיבים לערוך כל דיספוזיציה בטיוטות ולהורות על השבתן לרשות המדינה לשם הפקדתן בגנזך המדינה. המדינה טענה כי הטיוטות חוברו במסגרת עבודתו של בעהם עבור מנהלת העם והמדינה שבדרך. משכך, משיבים 1 ו-2 היו מנועים מלהציע את המסמכים למכירה והיה עליהם להפקידם בגנזך המדינה. מנגד, המשיבים טענו כי אביהם החל לעבוד במשרד המשפטים רק לאחר קום המדינה ועבודתו במסגרת המחלקה המשפטית במנהלת העם נעשתה בהתנדבות, כאדם פרטי. על כן,

המסמכים הם קניינו האישי ולא קניינה של המדינה. עוד טענו כי עילת התביעה התיישנה ואף אם לא התיישנה היא לוקה בשיהוי קיצוני המצדיק את דחייתה.

4. לאחר שמגעים לפשרה בין הצדדים לא צלחו, דן בית המשפט המחוזי בתביעת המדינה ודחה אותה. בהכרעתו קבע בית המשפט, כי הוראות חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות) אמנם לא חלות על התביעה והיא לא התיישנה, אך נוכח השיהוי בן עשרות השנים בהגשתה יש לדחותה. פרק הזמן הממושך שחלף ממועד התגבשות עילת התביעה ועד למועד הגשת התביעה הביא לשינוי לרעה במצבם של המשיבים, שכן המעורבים בדבר נפטרו ונמנעה מהם היכולת להציג ראיות קבילות בהליך משפטי על אודות העובדות הנחוצות להגנתם. מעבר לכך, עילת התביעה התגבשה עשרות שנים לפני הגשת התביעה, אך אף גורם לא פנה לבעהם בקשר למסמכים, למרות שדבר קיומם לא הוסתר בסוד. התנהלות זו עולה כדי זניחת זכות התביעה על ידי המדינה. בית המשפט לא חלק על כך שקיים אינטרס ציבורי בהגשת התביעה, נוכח חשיבותם ההיסטורית של המסמכים. אולם נוכח הסכמתם של המשיבים לתנאים מסויימים – שהמסמכים יימכרו רק לגורם שיתחייב שלא להוציאם דרך קבע מגבולות ישראל ולא יעבירם, בתמורה או שלא בתמורה, אלא למוסד ציבורי בישראל, וכי המדינה תוכל לבצע כל פעולה סבירה שתבקש לעשות במסמכים על מנת לייצר העתקים – סבר בית המשפט כי האינטרס הציבורי נסוג אל מול השיהוי בהגשת התביעה והפגיעה בהגנתם של המשיבים שנבעה כתוצאה משיהוי זה.

5. מעבר לכך ולמעלה מן הצורך, הכריע בית המשפט גם בתביעת המדינה לגופה. לצורך כך בחן האם הוכיחה המדינה כי בעהם היה עובד המחלקה המשפטית במנהלת העם במועדים הרלוונטיים והאם הייתה הסכמה משתמעת כי מסמכים אשר ייווצרו על ידיו יישמרו בידי המחלקה המשפטית. ראשית, באשר ל"טיוטת הפסוקים" ו"הטיוטה האנגלית" קבע בית המשפט כי אף לו הוכיחה המדינה כי בעת כתיבת המסמכים היה בעהם עובד המחלקה המשפטית, לא היה בכך די כדי ללמד על בעלות המדינה בהם. שכן, שני מסמכים אלה נכתבו בביתו של בעהם, מחוץ לשעות העבודה, ואין להניח כי קיימת הסכמה מכללל שמסמכים מסוג זה יימסרו למקום העבודה. באשר ליתר המסמכים ולשאלת מעמדו של בעהם באותו עת, דחה בית המשפט את טענת המשיבים כי הראיות עליהן הסתמכה המדינה להוכחת עילת התביעה – חוות דעתו של פרופ' יורם שחר הדן בגלגוליה של הכרזת העצמאות, מסמכים מארכיון המדינה ויומנו האישי של אורי ידן (רודולף הינסהיימר), ממקימי משרד המשפטים וראש מחלקת החקיקה הראשון לאחר קום המדינה, אשר תיעד את תקופת ההקמה – אינן קבילות וכי לא הוכח דבר ביחס למסמכים. עם זאת, נקבע כי המדינה לא הוכיחה די הצורך את עילת תביעתה. כך, לא

הצליחה המדינה להוכיח מתי הוטלה על בעהם המשימה לנסח את הכרזת העצמאות; מה הייתה המסגרת המשפטית בה הוטלה עליו המשימה – כמתנדב או כעובד, ומה היו ההסכמות בינו לבין המחלקה המשפטית, אם היו, כאשר הוטלה עליו מלאכת הניסוח. על כן, מצא בית המשפט כי מעבר לשיהוי בו לקתה תביעת המדינה, לא עלה בידיה להוכיח את עילת התביעה לגופו של עניין.

#### תמצית טענות הצדדים

6. המדינה טוענת בערעורה כי תוצאת פסק דינו של בית המשפט המחוזי מהווה פגיעה משמעותית באינטרס הציבורי בשימור נכסי תרבות לאומיים. לגופם של דברים, טוענת המדינה כי המסמכים נוצרו על ידי בעהם עבור ומטעם מנהלת העם, בין אם היה מקום לסווגו כעובד מנהלת העם או כמתנדב. בהקשר זה, מצביעה המדינה על ראיות רבות שמהן התעלם בית המשפט המחוזי לשיטתה. זכותה של המדינה במסמכים נלמדת גם מדיני השליחות, שכן בעהם ניסח את הטיוטות בשליחותו של מחזיק תיק המשפטים במנהלת העם, מר פליכס רוזנבליט (לימים מר פנחס רוזן, שר המשפטים הראשון של מדינת ישראל) (להלן: רפ"ו). מעבר לכך, מכלול הראיות והנסיבות מלמד כי בין בעהם למדינה שבדרך התקיימו יחסים חוזיים, בין אם במפורש ובין אם מכללא, אשר כללו תנאי מפורש או משתמע לפיו תוצרי עבודתו של בעהם יישמרו ברשות המדינה. על כן, המסמכים הם קניינה של המדינה, ומקומם של המסמכים אפוא בארכיון המדינה, בהתאם להוראות חוק הארכיונים, התשט"ו-1955 (להלן: חוק הארכיונים).

7. לעניין השיהוי שחל בהגשת התביעה, נטען כי תחולתו של השיהוי במשפט האזרחי מוגבלת למקרים נדירים וחריגים ולבית המשפט שיקול דעת רחב במסגרתו עליו להתחשב גם באינטרס הציבורי. המקרה דנא אינו המקרה המתאים לדחיית תביעת המדינה מחמת שיהוי. באופן פרטני גרסה המדינה כי המשיבים לא הוכיחו את יסודות השיהוי: זניחת התביעה על ידי התובע ושינוי מצבו של הנתבע לרעה. לעניין הידיעה הנדרשת להתגבשות עילת השיהוי, נטען כי הגורמים המוסמכים והרלוונטיים במדינה לא ידעו על החזקתו של בעהם במסמכים במשך שנים ארוכות. על כן, חלוף הזמן ממועד יצירת המסמכים ועד למועד הגשת התביעה אינו נתון רלוונטי לעניין טענת השיהוי. אף אם מי מטעם המדינה ידע על החזקת המסמכים על ידי בעהם לאורך השנים, הרי שיש לראות בהחזקה זו כנאמנות או שמירה בלבד, אשר באה אל קיצה כאשר משיבים 1 ו-2 ביקשו למכור את המסמכים במכירה פומבית. כאשר לשינוי מצב לרעה, לא הוכיחו המשיבים כי שינוי מצבם לרעה ופטירתם של הגורמים הרלוונטיים, וביניהם אביהם, היא שינוי מצב אובייקטיבי, שאינו תוצאה ישירה או עקיפה של התנהלות המדינה.

8. מנגד, המשיבים מחרים מחזיקים אחר תוצאת פסק דינו של בית המשפט המחוזי למרות שלטענתם שגה בדרך הנמקתו. המשיבים שבים וטוענים כי החומרים אותם הביאה המדינה כראיות אינם קבילים וממילא מהימנותם לא הוכחה. למעלה מכך, מהמסמכים שהוצגו לפני בית המשפט המחוזי עולה כי בעהם התנדב במחלקתו של רוזן ולא שימש בה כעובד. באשר לניסוח המסמכים, המשיבים טוענים כי לא עלה בידי המדינה להוכיח שהמסמכים נוסחו על ידי בעהם בהנחייתו של רוזן. מעבר לכך, התביעה הוגשה בשיהוי ובחלוף תקופת ההתיישנות. באשר להתיישנות התביעה, בניגוד לסיווג בית המשפט של התביעה כתביעה ל"ביצוע בעין" הרי שהסעד המבוקש היה למעשה צו מניעה קבוע או צו עשה. על כן, התביעה כבר התיישנה במועד בו הוגשה.

#### דיון והכרעה

9. לאחר עיון בטענות הצדדים ושמיעתם בדיון לפנינו, עמדתי היא כי יש לקבל את ערעור המדינה וכך אציע לחבריי לעשות. דרך הילוכי תהייה כדלקמן: תחילה, הכרעה במחלוקת גופא. קרי, האם מקומן של הטיוטות בגנוז המדינה או שמא יש להותירן בידיהם של המשיבים; לאחר מכן, תידון השאלה האם התביעה התיישנה במועד הגשתה; לבסוף, תידון השאלה האם חל שיהוי בהגשת התביעה.

#### המסגרת הנורמטיבית

10. דבר החקיקה הרלוונטי לענייננו הוא חוק הארכיונים והתקנות שהותקנו מכוחו. תכליתו של חוק הארכיונים היא שמירה ופיקוח על חומר ארכיוני והסדרת אופן הטיפול בו (ע"א 9366/12 Israelische Kultusgemeinde Wein 'J הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי, פסקה 7 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (3.6.2015) (להלן: עניין הארכיון המרכזי)). בסעיף 1 לחוק הארכיונים מוגדר "חומר ארכיוני", בין היתר, כ"כל כתב על גבי נייר או על גבי חומר אחר וכל תרשים, דיאגרמה, מפה, ציור, תו, תיק, תצלום, סרט תקליט וכיוצא באלה – המצויים בכל מקום שהוא ושיש בהם ענין לחקר העבר, העם, המדינה או החברה, או שהם קשורים לזכרם או לפעולתם של אנשי שם". אין חולק כי טיוטות בעהם הן בגדר "חומר ארכיוני".

11. בהתאם לכך, סעיף 4(א) לחוק הארכיונים קובע כי בגנוז המדינה יופקד "כל חומר ארכיוני של מוסדות ממלכתיים שקדמו להקמת מדינת ישראל...". זהו הסעיף בחוק הארכיונים המסדיר את שייעשה בחומר ארכיוני ממלכתי-ציבורי. לעומתו, סעיפים 8 ו-9 לחוק הארכיונים עוסקים בחומר ארכיוני פרטי. בסעיפים אלה נקבע, בין היתר, כי הגנוז ינהל פנקס חומר ארכיוני הנמצא בידי בעלים פרטיים וכי הוא רשאי לדרוש מכל אדם

ידיעות על חומר ארכיוני הנמצא בבעלותו או בהחזקתו (סעיפים 8(א) ו-9(א)). אולם השימוש של הגנז בחומר ארכיוני פרטי לא ייעשה "אלא ברשות הבעלים ובעל זכות היוצרים" (סעיף 9(ב)).

12. על מנת להכריע בשאלה האם יש להפקיד את המסמכים בארכיון המדינה, כדרישת המדינה, או שמא הזכויות בהם נתונות למשיבים ועל כן ביכולתם למכרם, יש להידרש בין היתר לנסיבות עריכת המסמכים. ההכרעה בשאלה זו דורשת על כן הכרעות בשאלות היסטוריות כשם שהיא דורשת הכרעות בשאלות שבמשפט. עם זאת, יודגש כי ככלל מוטב לו לבית המשפט להדיר רגליו מן השדה ההיסטורי (ראו: רע"א 2334/18 עפרוני נ' הרשות לזכויות ניצולי שואה במשרד האוצר (10.3.2019) (להלן: עניין עפרוני); ע"א 323/98 שרון נ' בנימון, פ"ד נו(3) 245 (2002) (להלן: עניין שרון); ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב 2017 (1958); לדיון ביחס בין היסטוריה לשפיטה, ראו: דפנה ברק-ארז "היסטוריה של הצדקה" עיוני משפט מא 113 (2018); Daphne Barak-Erez, *Collective Memory and Judicial Legitimacy: The Historical* ; (2001) *Narrative of the Israeli Supreme Court*, 16 Can. J.L. & Soc. 93; ליאורה בילסקי וחמדה גור-אריה "'בזכות המבוכה' – היודנרט במבוך המשפט, הזיכרון והפוליטיקה" משפט וממשל יב 33, 37-43 (תש"ע)). יתר על כן, גם כאשר אין מנוס מכניסה לשדה ההסטורי, על בית המשפט לעשות כן בזהירות, תוך מודעות לקושי המובנה בניסיון לברר סוגיות היסטוריות בבית המשפט. זאת שכן, בניגוד להיסטוריונים, בית המשפט כפוף לכללי הפרוצדורה ולדרך בירורן של עובדות וראיות בהליך משפטי ועליו להגביל את הכרעתו למה שניתן להסיק מן הראיות המובאות לפניו. על כן, אל לו לבית המשפט להכריע בדבר האמת ההיסטורית לאשורה או במלוא היקפה (עניין שרון, עמ' 259; עניין עפרוני, פסקה 29). ברם, במקרה זה משעה שהליכי הגישור, עליהם המלצנו, לפני הנשיא (בדימ') א' גרוניס לא צלחו, אין אנו פטורים מהכרעה ומהתייחסות גם לשאלות ההיסטוריות שמתעוררות בענייננו.

תחילה אפוא לתפקידו של בעהם במחלקת המשפטים.

תפקידו של בעהם במחלקת המשפטים

13. בעהם נולד באוקראינה בשנת 1915, בן למרים ולעו"ד יהודה. זמן קצר לאחר סיום מלחמת העולם הראשונה עברה משפחת בעהם לברלין ובשנת 1924 עלתה לארץ ישראל המנדטורית. לאחר זמן קצר בירושלים, פתח האב יהודה משרד עורכי דין בתל אביב וזכה להצלחה והכרה בקרב הקהילה המשפטית. מרדכי הצעיר נשלח לאנגליה ללמוד משפטים ובסיום לימודיו שב לארץ, החל לעבוד במשרד המשפטים המנדטורי

בשנת 1941, ובשנת 1945 עבר לעבוד במשרדו של אביו, יהודה. בתקופה הרלוונטית לעניינינו, בחודשים אפריל-מאי 1948, שימש האב כחבר המועצה המשפטית, אחת מוועדות המשנה של "ועדת המצב" של המדינה שבדרך (עליה ידובר להלן) וכיו"ר אחת מוועדות המשנה שלה – הוועדה בעניין חוקי השלטון המקומי (וראו לעניין המועצה המשפטית: יהודית קרפ "המועצה המשפטית: ראשית עלילות חקיקה" 209, 222 ספד אורי ידן (תש"ן, עורכים אהרן ברק וטנה שפניץ) (להלן: ראשית עלילות חקיקה ו-190 אורי ידן, בהתאמה)).

14. אין מחלוקת בין הצדדים כי מיד לאחר הכרזת העצמאות החל בעהם לעבוד במשרד המשפטים. המחלוקת העובדתית והמשפטית בין הצדדים בדיון שהתקיים בבית המשפט המחוזי התמקדה בשאלת המעמד של בעהם בטרם העסקתו במשרד המשפטים. קרי, האם בעהם הועסק בעת כתיבת המסמכים במחלקה המשפטית של מנהלת העם או שמא שימש כמתנדב בלבד. אלא שלעמדתו, מסגרת ניתוח זו אינה מתחשבת דיו בזמן ובמקום בו נכתבו הטיוטות ואינה מספיקה על מנת להכריע בשאלת הבעלות במסמכים.

15. הנה כי כן, הימים הם ימי מלחמה. בכ"ט בנובמבר 1947 הצביע האו"ם בעד תכנית חלוקת ארץ ישראל. מיד לאחר מכן החלו לתקוף כוחות ערביים בלתי סדירים את היישוב היהודי. ירושלים, בה פעלו חלק ניכר ממוסדות היישוב, הייתה נתונה לסירוגין במצור. אורי ידן היטיב לתאר את תחושת חוסר הוודאות ביומנו, שהוגש לבית המשפט המחוזי כנספח לתצהירו של גנו המדינה מטעמה (להלן: יומן ידן) (יומנו של ידן פורסם בספר לזכרו: אורי ידן "יומן אורי ידן" 17 ספד אורי ידן):

"כל הארץ בלהבות. הארצות השכנות מאיימות ושולחות צבא וכנופיות, האנגלים מאיימים, מרעישים עמדות יהודיות בתותחים, מופיעים בו בזמן בתור מתווכים וממשיכים בו בזמן לחסל את האדמיניסטרציה... באוירה זו אני נגש לעבודת השבועיים האחרונים לפני ה-15 במאי, וגם בשדה עבודתי – הכל גועש, משתנה מדי יום ומדי רגע, שום דבר אינו מוחלט וברור כי הכל עדיין במצב של התהוות וגשוש" (שם, עמ' 19).

באותה תקופה גם עוצבו מוסדות המדינה שבדרך. בנסיבות המפורטות לעיל ומטבע הדברים, הקמת משרדי הממשלה, מערך התפקידים והמוסדות הדרושים למדינה שבדרך לא נעשתה תמיד בצורה סדורה ושיטתית.

16. כאן המקום להסבר קצר על אודות מוסדות הישוב השונים באותה עת. לאחר החלטת האו"ם על תכנית החלוקה, הנהלת הוועד הלאומי והנהלת הסוכנות היהודית הקימו במשותף את "ועדת המצב", אשר נועדה לשמש מוסד מעבר בין הארגונים של טרום המדינה לבין גופי המדינה שבדרך ועל מנת לפקח על ההכנות להקמת המדינה. לוועדת המצב היו מספר ועדות משנה, ביניהן המועצה המשפטית (ועדת משנה ה'). אביו של בעהם, עו"ד יהודה בעהם, נמנה כאמור על חברי המועצה המשפטית. פורמלית, ועדת המצב פעלה החל מנובמבר 1947 עד להכרזת העצמאות ביום 14.5.1948. אולם למעשה, מנהלת העם, שהוקמה על פי החלטה של הוועד הפועל הציוני מיום 12.4.1948 לקראת הכרזת המדינה, החליפה את ועדת המצב. בין היתר, קמה במנהלת העם מחלקה משפטית, שחלק מעובדי המועצה המשפטית, ביניהם ידין, עברו לעבוד בה (ראו: זאב שרף שלושה ימים 180 (1959) (להלן: שלושה ימים); ראשית עלילות חקיקה, עמ' 215-216).

17. פרוטוקול ישיבתה הראשונה של מנהלת העם מיום 18.4.1948 מלמד על הכפילות בין המוסדות השונים והאנדרלמוסיה ששררה לעיתים. כך פתח דוד בן-גוריון את הישיבה:

"הרשו לי לקדם אתכם בברכה מטעם הנהלת הסוכנות היהודית, אולי גם מטעם הוועד הלאומי, שני המוסדות אשר הם היו המייסדים של המוסד הזה, אשר לבסוף הוועד הפועל הציוני נתן לו אישור מלא והבטיח לו את תמיכתה של התנועה הציונית. לפי ההחלטה תהיה למוסד זה הסמכות היחידה בכל העניינים שהוא מוסמך לטפל בהם, זה כולל בין השאר בטחון, תחבורה, אספקה, משטרה, מסחר ותעשייה, עבודה, עבודות ציבוריות, כוח אדם, חקלאות, עליה וכו'. המוסד הזה עצמו יחליט, אם הוא יעביר אליו את החינוך והבריאות מהוועד הלאומי, או מתוך נימוקים שונים ישאיר לעת עתה, עד ההקמה הפורמאלית של המדינה, כמו עד עכשיו בידי הוועד הלאומי ... יש מוסד רחב יותר – ה"לז", זה אחד הדברים שיצטרכו לתת לו שם, גם למוסד זה יצטרכו לתת שם עד ה-16.5 ... מוסד זה [מנהלת העם – ד.מ.] צריך לטפל בעניינים מתוך הידיעה שהמוסדות הקודמים קיימים" (עמ' 4-5 לפרוטוקול הישיבה מיום 18.4.1948. מתוך סטנוגרמת הישיבה הראשונה, אשר פורסמה באתר ארכיון המדינה: <http://www.archives.gov.il/archives/#/Arc:hive/0b0717068031be30/File/0b071706853e7b2e>).

יצוין, כי באותה ישיבה ראשונה נערכה חלוקת תפקידים בין חברי המנהלת והוחלט להפקיד את תחום המשפטים בידי רוזן. בהמשך, בישיבתה השלישית של מנהלת העם ביום 25.4.1948 הציע מר זאב שרף, ששימש כמזכיר מנהלת העם ולאחר מכן מזכיר



הממשלה הראשון, כי כל המוסדות שהוקמו על ידי הסוכנות היהודית והוועד הלאומי יועברו לידי מנהלת העם. מדברים אלה ניתן ללמוד על חוסר הסדר ששרר באותה עת בקרב מוסדות הנהלת היישוב ועל אודות תחושת התכיפות ששררה ולא אפשרה הקמה סדורה של מוסדות המדינה שבדרך.

18. בנסיבות אלה, מסופקני אם מנהיגי היישוב ומי שמונו לעמוד בראש מוסדות המדינה שבדרך דקדקו דקדוקי עניות בשאלת סטטוס העוסקים במלאכת הקמת המדינה ומוסדותיה. סביר להניח כי היה "גיוס כללי" בקרב חברי היישוב, כאשר כל מי שיכל תרם, מי בארגוני המחותר ומי בסיוע בהקמתם של מוסדות המדינה שבדרך. בנסיבות אלה, בחינת הסטטוס של בעהם במשקפי דיני העבודה של שנת 2017 – מועד מתן פסק הדין – היא, כאמור, במידה רבה, אנכרוניסטית. תיאורו של ידין ביומנו על אודות עבודתו במחלקה המשפטית, המלמד על דואליות בין עבודתו הפרטית לבין עבודתו הציבורית, תומך אף הוא בעמדה זו:

"את העבודה במשרדי הפרטי אני מזניח כמעט לגמרי. אין זה נכון כל עיקר, אך איך אוכל להתעסק בכל מיני ענינים קטנים ושוטפים של פלוני-אלמוני כשעבודה זו בוערת ודורשת את האיש כולו" (יומן ידין, עמ' 20).

הנה כי כן, אף ידין, אשר אין חולק כי מילא תפקיד מרכזי בהקמת משרד המשפטים בתקופה הרלוונטית לא היה "עובד" במחלקה המשפטית אלא שימש בתפקיד לצד עבודתו הפרטית.

19. גם מפרוטוקול הישיבה השנייה של מנהלת העם מיום 21.4.1948 במסגרתה נקבע כי חברי המנהלת "מוסרים למנהלי המחלקות למנות יחד עם המזכיר את העובדים הטכניים ועוד עובדים לפי ההכרח הדחוף ביותר. המנויים – זמניים ועל הזמניות יודיעו לכל עובד בכתב" (ההדגשה הוספה – ד.מ.), אנו למדים כי מה שאינו "לפי ההכרח הדחוף ביותר" נדחה למועד מאוחר יותר. בנסיבות אלה סביר להניח כי כל השאלות הטפלות לעיקר – וביניהן שאלת אופן העסקתם של העוסקים במלאכת ניסוח ההכרזה ובהקמת מחלקת המשפטים – תפסו מקום משני. השאלה שעלינו לבחון אינה אפוא שאלת מעמדו של בעהם בראי דיני העבודה, אלא האם הצליחה המדינה להוכיח במאזן ההסתברויות כי במועד ניסוח הטיוטות להכרזה החל בעהם לפעול מטעם רוזן והמחלקה המשפטית, ולא על דעת עצמו עבור עצמו.

20. לעמדת, התשובה לכך חיובית. אמנם, לא עלה בידי המדינה להציג מסמך כתוב מאת רוזן או מי מטעמו המורה לבעהם להתחיל בניסוחה של הכרזת העצמאות. ואולם, תעודות היסטוריות שונות, שהוגשו מטעם שני הצדדים, מעידות על קשריו של בעהם למחלקה המשפטית ועל התפקיד שמילא בה. כך, מכתב מרוזן הממוען למרכז המפקד לשרות העם מיום 6.5.1948, זמן לא רב לאחר כתיבת הטיוטות, במסגרתו מצוין כי "מר מרדכי בעהם, עו"ד, עובד בתורת מתנדב במחלקתי" (נספח א' למוצגי המדינה), תומך בגרסת המדינה לפיה בעהם עבד בשירות המחלקה המשפטית – ואין זה משנה כאמור אם העבודה התבצעה בהתנדבות או בשכר באותה תקופה – כבר במהלך חודש אפריל. תימוכין נוספים לגרסת המדינה הוא מזכר מיום 9.5.1948 מאת בעהם, ידין והנרי (צבי) בקר – אף הוא ממקימי משרד המשפטים אשר מונה לאחר קום המדינה ליועץ המשפטי לממשלה בפועל לזמן קצר ולאחר מכן לסגנו של היועץ הראשון יעקב שמשון שפירא – המופנה לרוזן ומתייחס לטיוטת ההכרזה לאחר עיבודה על ידי צבי ברנזון, היועץ המשפטי להסתדרות דאז ולימים שופט בבית משפט זה, והערותיהם לטיוטת ברנזון (נספח 22 לתצהיר ד"ר לזוביק). בנסיבות אלה, קשה לקבל גרסה לפיה כתיבת הטיוטות החלה כיוזמה פרטית של בעהם ושולבה תוך ימים בעבודתה של המחלקה המשפטית (ראו גם: שלושה ימים, עמ' 100-106).

21. למעשה, גם מכתבו של בעהם עצמו בשנת 1968 לזאב שרף, שהיה באותה עת שר התעשייה והמסחר, אותו הביאו המשיבים לחיזוק עמדתם (נספח א' לתצהירו של ד"ר רפאל בעהם) תומך בגרסה לפיה כתיבת הטיוטות התבצעה עבור המחלקה המשפטית ובהנחייתו של רוזן. במכתב זה כתב בעהם לשרף כך:

"לרגל יום העצמאות ה-20 הוצאתי מן הכספת את המסמכים השמורים אצלי מהתקופה שקדמה להכרזת העצמאות, ובתוכם – הטיוטה הראשונה של ההכרזה שהכינותי בשעתו. בקשר לכך, נזכרתי בשיחתנו לפני מספר שנים, בה הבטחתי להמציא לך תצלום של טיוטה זו, ואני שמח עתה לקיים את הבטחתי.

בהתאם לכך אני מצרף שני תצלומים: האחד – תצלום הטיוטה בכתב ידי, שהוכנה על ידי במחצית הראשונה של אפריל 1948, ואשר לאחר שתוקנה תוך דיון ביני לבין אורי ידין (היינסהיימר) הודפסה במכונת כתיבה ביום 27.4.48. המילים בראש העמוד "סודי, הצעה ראשונה, 27.4.1948" הן בכתב ידו של ידין...".

בעהם טען אמנם כי החל בהכנת הטיוטה העברית במחצית הראשונה של חודש אפריל, אולם עולה ממכתבו כי היא תוקנה תוך דו-שיח בינו לבין ידין וכי את התאריך

הוסיף ידין בכתב ידו. אם כן, אף אם מלאכת הכתיבה החלה בתאריך מוקדם יותר, עולה כי הנוסח הסופי של הטיוטה העברית גובש בשיתוף פעולה עם ידין והעבודה עליה הסתיימה ב-27.4.1948. מכתב זה של בעהם לשרף מהווה חיזוק משמעותי לעמדת המדינה, שכן במסגרת המכתב בעהם "מסיח לפי תומו" ומעיד על הקשר שלו למחלקה המשפטית ועל נסיבות ניסוח הטיוטות (להרחבה על כלל זה במשפט העברי, ראו: ע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (11.11.2012)).

22. על כן, אף אם נקבל אפוא את גרסת בעהם בשלמותה לפיה הגרסה בכתב ידו נוסחה במהלך המחצית הראשונה של חודש אפריל, עולה כי היא לא הייתה פרי יוזמה פרטית, המנותקת מעבודתה של המחלקה המשפטית. די באמור להוביל למסקנה כי המסמכים היו שייכים ל"מוסד ממלכתי שקדם להקמת המדינה" ומקומם בגנוז המדינה, בהתאם להוראת סעיף 4(א) לחוק הארכיונים. ואדגיש, אינני מקבל את ההבחנה שערך בית המשפט המחוזי בין המסמכים השונים. שכן אף אם חלקם נכתבו בביתו הפרטי של בעהם ומהווים חומר גולמי יותר, אין בכך די להפכם לקניינו הפרטי. מהחומרים ההיסטוריים ומהראיות שהוגשו לבית המשפט המחוזי עולה כי המסמכים כולם נכתבו כחלק מפעילותו של בעהם במחלקה המשפטית. המקום הגאוגרפי בו התבצעה העבודה על המסמכים או המועד המדויק שבו נכתבו הטיוטות, אין בהם כדי לשנות ממסקנה זו, בפרט בנסיבות התקופה הסוערת שתוארה לעיל.

23. למעלה מן הצורך, אציין כי הגרסה לפיה בעהם היווה חלק מהמחלקה המשפטית כבר בעת כתיבת הטיוטות מתיישבת גם עם רשומות ביומנו של ידין. כבר ברשומה הראשונה ביומנו הזכיר ידין את בעהם:

"יוסף שעמד עד כה בראש העבודה המשפטית, נשאר בירושלים ועומד לנסוע ללייק סוקסס. הוא לא נכנס ל'ל'ז' וממילא אינו נמנה על ה'י'ג'. הרמן כהן, שבתאי רוזן וויטא, שאיתם ישבתי על המדוכה במשך כל השבועות האלה, נשאר לפי שעה בירושלים ... נמצא שכמעט כל העבודה שנעשתה בחדשים האחרונים, צריך להתחיל אותה מחדש בזמן הקצר שעדיין נשאר בידינו. כי הנה – איש חדש, רוזנבליט, נכנס לקבוצת השלשה-עשר ותיק המשפטים הוטל עליו. הוא חדש לגמרי ולא השתתף בעבודות ההכנה הקודמות. ואני נשארתי היחיד שמתמצא במקצת בסבך השאלות והבעיות. טוב שבעהם הצעיר הצטרף לחבורה, אנו עובדים יחד ומבינים זה את זה בקלות" (יומן ידין, רשומה מיום 29.4.1948, עמ' 16-17).

בהמשך אף ציין ידין כי "בעהם מכין תכנית למבנה המחלקה" (רשומה מיום 7.5.1948, עמ' 21) וכי "בעהם מסדר את התיקים ורוצה להכניס את העבודה מראשיתה למסלול משרדי ממשלתי" (רשומה מיום 3.5.1948, עמ' 19). בהמשך יומנו גם מתאר ידין כיצד העביר בעהם את מחלקת המשפטים – "ערמת תיקים, קופסה של מהדקים..." – משרדו של עו"ד מנחם דונקלבלום, נשיא הסתדרות עורכי הדין היהודיים בארץ-ישראל באותה עת ואחד מחמשת השופטים הראשונים של בית המשפט העליון, לבית בשרונה (רשומה מיום 12.5.1948, עמ' 24).

24. אכן, במסגרת ההליך לפנינו ובהליך לפני בית המשפט המחוזי טענו המשיבים נגד אופן הגשתו של יומן ידין כראיה ולגבי ערכו הראייתי. דומני כי אכן קיים קושי מסויים בהגשתו של יומן אישי כאשר כותב היומן אינו יכול להעיד ולהיחקר על אודותיו. על כן, כאמור דבריו של ידין בקשר לבעהם הובאו אך למעלה מן הצורך. יחד עם זאת אציין כי יומנו של ידין, אשר התגלה לאחר מותו, מהווה עדות כתובה המתארת בזמן אמת את אופן קרות הדברים מנקודת מבטו, ואיך שהאירועים נתפסו על ידיו. זאת כאשר אין ספק ששאלת זכויותיו של בעהם במסמכים לא הייתה רלוונטית בעת הכתיבה ולא השפיעה על תוכנו. מעבר לכך, מכתבו של בעהם לשרף, תומך בתוכן דבריו של ידין (והשוו: ע"פ 728/84 חרמון נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 617, 630 (1987); ע"פ 4004/93 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 133 (1996)). בהערת אגב אציין כי המשיבים עצמם השליכו יהבם כאמור על מכתבו של בעהם לשרף, שגם קבילותו מוטלת בספק, ובנסיבות התיק בכללותו עולה כי שני הצדדים ויתרו, במידה זו או אחרת, על כללי הראיות הנוקשים (ראו: ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446 (1988); טליה פישר "דיני הראיות בראי התיאוריה" עיוני משפט לט 107, 109-112 (2016)). בכל מקרה, קשה לאחוז את החבל משני קצותיו על דרך "תאחז בזה וגם מזה אל תנח את ירך" (קהלת ז 18). אם ניתן להסתמך על התיעוד ההיסטורי כפי שבא לידי ביטוי במכתבו של בעהם, באותו אופן ניתן גם ניתן להסתמך על רישומיו של ידין. כל זאת כאמור, למעלה מהצורך.

25. מחומר הראיות הכולל עולה אפוא כי הטיוטות נכתבו כחלק מתפקידו של בעהם במחלקה המשפטית, ככל הנראה בהנחייתו של רוזן. העובדה שהכנת הטיוטות התבצעה בתקופת בין השמשות – בין תום השלטון המנדטורי לבין הקמת מדינת ישראל – אין משמעה כי בעהם ויורשיו זוכים מן ההפקר ואין להחיל על תוצרי פועלו – טיוטות ההכרזה – כללי מנהל תקין, אשר לימים גם עוגנו בכללי תקנון שירות המדינה ("התקשי"ר", וראו לעניין זה כללים 62.141, 62.142 (א) לתקשי"ר).

26. על כן אפוא מכיוון שהמסמכים נוצרו מתוקף פועלו של בעהם מטעם מוסדות המדינה שבדרך, כל הזכויות במסמכים לפי סעיף 4(א) לחוק הארכיונים הן של המדינה ומקומן בגנוז המדינה. אולם כאמור, קביעה זו אינה מכריעה את גורל הערעור, שכן בית המשפט המחוזי דחה את התביעה בראש ובראשונה בשל השיהוי שנפל בהגשתה.

התיישנות בהגשת התביעה

27. טרם הדיון בסוגיית השיהוי יש להסיר מן הדרך את טענת המשיבים כי תביעת המדינה התיישנה. בית המשפט המחוזי קבע כאמור כי הוראות חוק ההתיישנות אינן חלות על התביעה מכיוון שעילת התביעה התגבשה עם חקיקת חוק הארכיונים בשנת 1955 ואילו חוק ההתיישנות חוקק רק בשנת 1958. מכיוון שהסעד שהתבקש במסגרת התביעה היה ביצוע בעין ומכיוון שעל פי הדין שקדם לחקיקתו של חוק ההתיישנות, על תביעה מסוג זה לא חלה התיישנות, בהתאם לסעיף 29(ד) לחוק ההתיישנות גם לאחר חקיקתו לא חלה על התביעה התיישנות. אכן במסגרת תשובתם לערעור טענו המשיבים כי הסעד המבוקש בתביעה היה צו עשה ולא ביצוע בעין, ועל כן התביעה התיישנה. אולם אף אם יש ממש בטענה זו, אין בה כדי לסייע למשיבים. המשיבים לא הצביעו על תקופת ההתיישנות של תביעה מסוג זה על פי המג'לה, שהוא הדין שחל עובר לחקיקת חוק ההתיישנות.

28. עיון במג'לה אף מגלה כי לא בכדי אין התייחסות מפורשת לתקופת ההתיישנות לשיטת המשיבים, מכיוון שבמג'לה אין התייחסות לתביעת השבה מסוג זה. כך, סעיף 1660 למג'לה (על פי תרגום פרומקין, 1928) קובע:

”תביעות חוב ופקדון ונחלת מִלְךְ וירושה, ותביעות מהקדש מעין דמי-קצבה, שליטה על פי שכירות-כפולה, ממונות-מותנית, ופירות שאינן נוגעות בעצם ההקדש, ותביעות שאינן נוגעות לצבור – הרי לאחר שעברו עליהן חמש-עשרה שנה, שוב אין נזקקים להן.”

הוראות התיישנות נוספות במג'לה, כדוגמת סעיף 1661 העוסק בתקופת ההתיישנות בנכסי הקדש וסעיף 1675 העוסק בתקופת ההתיישנות בקרקעות ציבור, אינן מתאימות לתביעה שלפנינו. עולה אפוא כי במג'לה אין כל התייחסות לתקופת ההתיישנות בתביעות כדוגמת תביעת המדינה. בנסיבות אלה, יש לשים אפוא את הדגש על שאלת השיהוי ולא על שאלת ההתיישנות (ראו: ע"א 167/51 ברסקי נ' סגל, פ"ד ט 19 (1955)). על כן, על אף פרק הזמן הניכר שחלף ממועד גיבוש עילת התביעה, לא ניתן לומר כי התביעה התיישנה במועד הגשתה.

## ומכאן לשיהוי בהגשת התביעה.

שיהוי בהגשת התביעה

29. בית משפט זה קבע זה מכבר כי לצד הסדרי ההתיישנות הסטטוטוריים יש מקום להחיל גם את דיני השיהוי שמקורם במשפט המנהלי אף במשפט האזרחי, כך שתקופת ההתיישנות קובעת רק את "הגבול העליון" לנקיטה בהליכים משפטיים (ראו: ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והשיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433 (2003) (להלן: עניין תלמוד תורה)). בענייננו כאמור, אין תקופת ההתיישנות סטטוטורית על עילת התביעה ועל כן יש לפנות לדיני השיהוי. בפסיקה נקבעו שני תנאים הכרחיים להתגבשותו של שיהוי במשפט האזרחי: הראשון, כי השיהוי בהגשת התביעה מבטא את ויתורו של התובע על זכותו; השני, כי בעקבות השיהוי הורע מצבו של הנתבע. לעיתים התייחסה הפסיקה לתנאי שלישי שעניינו כי השיהוי נגרם עקב חוסר תום-לבו של התובע (ראו: ע"א 7853/02 דוידי נ' חברת מצפה אבו טוב בע"מ, פ"ד נח(5) 681, 693 (2004)). בכל מקרה, גם בהתקיים תנאים אלה, לבית המשפט עדיין מסור שיקול דעת להכריע בדבר המשמעות שראוי להעניק לטענת השיהוי במקרה הספציפי שלפניו (ראו: ע"א 6182/14 אינבסטלום הולדינגס בע"מ נ' ספריית יפת בע"מ, פסקה 13 (3.5.2016)). בהקשר זה יש לקחת בחשבון, בין היתר, את האינטרסים ההדדיים של בעלי הדין. כן נשקלת מהות התביעה והסעד המבוקש במסגרתה (ראו: ע"א 2576/03 וינברג נ' האפורופוס לנכסי נפקדים, פסקה 19 (21.2.2007)). מכל מקום, דוקטרינת השיהוי מוגבלת למקרים חריגים ונדירים, והנטל הכבד להוכחתה מוטל על הנתבע (ראו: ע"א 9839/17 הביטאט בע"מ נ' CAFOM, פסקה 33 (17.12.2018)).

בענייננו קבע בית המשפט המחוזי כי אכן נפל שיהוי בהגשת התביעה ועל כן יש מקום לדחותה. דעתי שונה.

30. ראשית, אינני סבור כי הזמן הרב שחלף ממועד התגבשות עילת התביעה ועד למועד הגשתה בפועל עולים כדי מצג מצד המדינה שזנחה את זכויותיה. לעניין זה, מכתבו של בעהם לשרף, שר התעשייה והמסחר דאז, אינו מלמד על זניחת זכות התביעה על ידי המדינה, כפי שטוענים המשיבים. היחידה האחראית על יישומו של חוק הארכיונים היא ארכיון המדינה, שבראשה עומד גנז המדינה. אין לצפות כי שר התעשייה והמסחר יפעל ליישומו של חוק הארכיונים. לא דומה ידיעתו של גורם רלוונטי בשירות המדינה, כדוגמת הגנז או מי מטעמו, לידיעתו של מאן שהוא שאינו אמון על הנושא. משעה שהמשיבים לא הביאו ראיות המלמדות על ידיעת הגורמים הרלוונטיים בדבר החזקת הטיוטות בידי בעהם ומשפחתו, אין בחלוף הזמן לבדו כדי להעיד על זניחת זכות

התביעה (השוו: עניין תלמוד תורה, עמ' 446; ע"א 4352/15 קורן נ' ער"ד אורן הראל, פסקה 3 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (2.8.2017)).

31. במסגרת זו נראה כי גם לא נגרם למשיבים נזק בהגשת התביעה במועד שבו הוגשה. כאמור לעיל, נקודת המוצא היא שגרסתם של המשיבים לפיה בעהם אך "התנדב" לערוך את הטיוטות, היא גרסה מסתברת. על כן, הגשת התביעה לאחר שבעהם וכל המעורבים האחרים בהכנת המסמכים הלכו זה מכבר לעולמם לא גרמה למשיבים נזק כלשהו, הואיל ואף אם היה בעהם וחבריו מתייצבים על דוכן העדים, לא היה בעדותם כדי להוסיף משקל לגרסה שנתקבלה ממילא.

32. לא נעלמה מעיני טענות המשיבים כי ייתכן ובעהם פעל מיזמתו שלו ולא ביזמת חברי המחלקה המשפטית וכי בכך שהמדינה השתתתה בהגשת תביעתה, היא הובילה למצב שבו בעהם ואלו שיכלו לתמוך בגרסה זו, הלכו זה מכבר לעולמם. ברם, לא זו בלבד שגרסה זו אינה מסתברת כלל לנוכח הראיות האחרות שהוגשו לבית המשפט, אלא שהיא אינה עולה עם שורת ההיגיון. יש לזכור כי טענת שיהוי דורשת איזון בין האינטרסים השונים של הצדדים להליך ובמקרה זה של הציבור בכללותו. עולה בענייננו כי האינטרסים של המשיבים לא נפגעו בצורה ממשיתת. זאת לעומת קיום אינטרס ציבורי רב בהשבת הטיוטות לידיה של המדינה, אשר פעלה בתום לב וללא כוונת זדון במועד הגשת התביעה.

33. מעבר לתשתית הנורמטיבית הצרה שהתוויתי לעיל – חוק הארכיונים – המסגרת הנורמטיבית הכללית לדיון לפנינו היא דיני הקניין התרבותי ואת שאלת האינטרס הציבורי בענייננו יש לבחון באמצעות דינים אלו. ענף דיני הקניין התרבותי הוא ענף משפטי שהעיסוק בו התפתח בעשורים האחרונים, ועוסק בזכויות הקניין על נכסי תרבות – חפצים ארכיאולוגיים, אתנוגרפיים והיסטוריים, יצירות אמנות וארכיטקטורה – שהינם בעלי ערך ייחודי המצדיק את שימורם, ניצולם ועבירותם. מעבר להגדרה רחבה זו, נכסי תרבות מובנים כ- "ייצוגים ואמצעים סמליים המכוננים והמעצבים מרכיבים של זיכרון קולקטיבי משותף" (גיא פסח "בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון: בעקבות ע"א Israelitische Kultusgemeinde Wein 9336/12 נ' הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי" משפטים מח 91, 117 (2018) (להלן: בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון); ראו גם: John Henry Merryman, *The Public Interest in Cultural Property*, 77 Calif. L. Rev. (1989) 339, 341; לעמדה המתנגדת למשטר משפטי מיוחד או התייחסות שונה לקניין תרבותי, ראו: Eric A. Posner, *The International Protection of Cultural Property: Some*

ההגנה על נכסי תרבות ניצבת ההנחה "כי שליטה וכוח ריבוני על אותם נכסי תרבות מוצדקים לנוכח המרכזיות והתפקיד המכונן של אותם נכסים בכל הנוגע למארג קשרי ההיסטוריה, התרבות והזהות של קבוצה מובחנת כגון עם, קהילה או מדינת לאום" (בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון, עמ' 113).

34. דיני הקניין התרבותי עוסקים בשאלות כמו: האם יש לשמר מבנה באוהאוס מוזנח בתל-אביב (שימורם של מבנים מוסדר בתוספת הרביעית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965); האם יש לשמור מסמכים או חפצים היסטוריים בארץ (ראו: עניין הארכיון המרכזי); כיצד יש להגן על נכסי תרבות במקרה של סכסוך מזוין בהתאם לאמנת האג 1954; וכבענייננו, האם נכס תרבותי מסויים מקומו בחזקתה של המדינה או בידיו של גורם פרטי (ראו: בע"מ 6251/15 הופה נ' קסוטו (7.8.2016)). התשובות לשאלות אלה נגזרות בראש ובראשונה ממארג נורמות המסדירות את המגבלות והחובות בקשר לקניין תרבותי. במשפט הישראלי ניתן למנות בין נורמות פנימיות אלה את חוק הספרייה הלאומית, התשס"ח-2007; חוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983; חוק העתיקות, התשל"ח-1978; חוק בית העצמאות, התשס"ט-2009; וחוק הארכיונים (בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון, עמ' 113). אולם במסגרת פרשנות דברי החקיקה, אף עשויות להישקל תכליות דיני הקניין התרבותי, שעליהן נמנות, בין היתר, "אמת, זיכרון והמשמעות המשותפת המיוחסת לחומרי התרבות על ידי הקבוצה, הקהילה או הלאום" (בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון, עמ' 114).

35. טיוטות בעהם להכרזת העצמאות הן חלק מהנכסים התרבותיים של מדינת ישראל, עדות לעברנו, חלק מהזהות הקולקטיבית שלנו. סוגיה מרכזית בדיני הקניין התרבותי היא חובת ההשבה של נכסי תרבות. סוגיה זו מתעוררת לרוב במישור הבינלאומי – קרי, השבת נכסי תרבות למדינת מוצאם – אולם היא רלוונטית גם למישור המדינתי ולשאלת החזקתם של נכסי תרבות בידיים פרטיות. במישור המדינתי חובת ההשבה יכולה להתבטא בהטלת מגבלות על החזקת נכסי תרבות בידיים פרטיות והשבתם לידי המדינה, במקרים המתאימים (להרחבה ראו: John Henry Merryman, *The Retention of Cultural Property*, 21 U.C Davis L. Rev. 477 (1988)). על כן, אין ספק כי קיים אינטרס ציבורי משמעותי בהשבת המסמכים לחזקתה של המדינה. יפים בהקשר זה דבריו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין הארכיון המרכזי:

"העם היהודי הוא עם הזיכרון. הנביא ירמיהו אומר: הבן יקיר לי אפרים אם ילד שעשועים כי מדי דברי בו אזכרנו



עוד' (ל"א, י"ט). הדעת נותנת כי הזיכרון הנמשך, הנשמר בקפידה, הוא מיסודות קיומו של העם בגלגוליו בארצו ובגלות, בתלאות ההיסטוריה ... מדינת ישראל, ביטוי לחזון הדורות, השתיתה את יסודותיה על אבני זיכרון' (ברשימה "זכור את אשר עשה לך עמלק" – העם היהודי והזיכרון" ספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003)) ... הארכיונים הם שומרי הזיכרון, והפתיח להכרות העצמאות מתעד את מושאי הזיכרון: 'בארץ ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו ... לאחר שהוגלה העם מארצו בכוח הזרוע, שמר לה אמונים בכל ארצות פזוריו ... מתוך קשר היסטורי ומסורתי זה חתרו היהודים בכל דור לשוב ולהיאחז במולדתם העתיקה'. יהי שומר הזיכרון דנא במקום הראוי לו ..." (פסקה י"ט לחוות דעתו).

בפרספקטיבה זו יש לבחון האם יש כלל מקום לעשות שימוש בדוקטרינת השיהוי במקרה דנא. טענת שיהוי אינה נבחנת בחלל ריק. כך, תביעה לא תיחסם בשל טענת שיהוי כאשר שיקול הדעת השיפוטי מוביל לכך מטעמים של מאזן הצדק בין הצדדים והשגת תכליות שבאינטרס הציבורי (עניין תלמוד תורה, עמ' 448). במסגרת שיקול הדעת האמור יש ליתן גם משקל לרבדים שונים של האינטרס הציבורי, בהתחשב בין היתר, בעוצמת הקשר בינו לבין לעילת התביעה. ככלל, ככל שמדובר בתביעה שבבסיסה זכות בעלת משקל משמעותי יותר, כך יטה בית המשפט שלא למנוע את בירורה אך מחמת שינוי שנפל בהגשתה (ראו למשל: ע"א 5574/09 קזל נ' קרן קיימת לישראל, פסקה 23 (16.11.2011)).

כאמור לעיל, נראה כי בענייננו מדובר במקרה מובהק אשר בו התביעה קשורה בטבורה לאינטרס ציבורי בעל משמעות רחבה וייחודית, אשר לא ניתן לאפשר לו לסגת מטעמי שיהוי בלבד.

כאמור אפוא, אם תשמע דעתי יתקבל ערעור המדינה. בנסיבות העניין, לא הייתי עושה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה לחוות דעתו המקיפה והמעניינת של חברי השופט ד' מין.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

האירוניה היא כי המשפט נדרש, ברגיל, לקבוע ממצאים עובדתיים, דהיינו "מה קרה". השופט מתבונן לאחור כדי לשחזר את סיפור המעשה. אך קיים שוני בין סכסוך הפרט ובין סכסוך היסטורי של עם. אף אם עסקינן באותם כללים משפטיים, ללא הנחות לצד זה או אחר, די להזכיר את הקושי בקביעת העובדות. לא אירוע נקודתי אלא מהלכים מכווננים, רובד על רובד זווית על זווית, שמהווים חלק מתרבותו של עם. מהלכים אלה מנותחים היטב ולא על דרך פה אחד, או אפילו קביעת רוב, אלא על ידי מומחים לדבר – היסטוריונים.

כך ישנו פער בין הקניין הפרטי לקניין התרבותי. אנו מצויים על התפר שבין אלו ואלו. לגישתי, חשוב להדגיש כי ברמת הקניין הפרטי, שרלוונטי לסכסוך דנן – עסקינן בשיהוי "אזרחי". בהקשר זה נגרם נזק ראייתי, אך מהתיעוד שהוצג בהליך, לרבות דבריו של עו"ד בעהם המנוח עצמו, כמשיח לפי תומו, עולה כי הנזק אינו בעצמה חזקה מספיק כדי להטות את הכף גם במבחני המשפט האזרחי.

הניתוח של האתמול דורש ראייה רחבה, לא רק לשם הבנת מעשה היחיד והיחידים, אלא – ואולי בעיקר – זרם התקופה בזירה הציבורית של הימים ההם. מוטב להימנע מפסיקות כגון דא. עדיף שההיסטוריה תשפוט את ההיסטוריה. אך בענייננו הצדדים לא הגיעו להסדר, הליך הגישור לפני הנשיא (בדימ') א' גרוניס לא צלח, חרף מאמציו, והצדדים ביקשו את פסיקת בית המשפט. זוהי זכות של כל צד. לדעתי, חברי השופט מינץ התייחס ברגישות ובאופן סדור לשיקולים הייחודיים של תביעה זו. הנני מצטרף לדעתו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מינץ.

ניתן היום, ט"ו באייר התשע"ט (20.5.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט