

לאן הולך הזיכרון? על תעתועי המשפט ודיני הקניין התרבותי

גיא פסח*

בתגובה קצרה זו על מאמרו של ליאורה בילסקי ורחל קלגסברון המחבר מבקש לעמוד על האופן שבו דיני הקניין התרבותי ומהלכי "השבה" (restitution), הנגזרים מדינים אלה, משמשים הלכה למעשה אמצעי לכינון ולשיקום זהות תרבותית וזהות של עמים ושל קהילות. כפרט תעמוד התגובה על ההיבטים הבאים: (א) מורכבות מוסד ההשבה התרבותית כמוסד הכולל מצד אחד אמצעי לכינון ולריפוי הזהות של עמים, של קהילות ושל קבוצות אתניות, אך מן הצד האחר עלול להוות אמצעי להרחבת מוטת השליטה התרבותית של המדינה; (ב) יחסי הגומלין שבין דיני הקניין התרבותי לבין הזיכרון הקולקטיבי של קבוצה. כלומר, הן הנכסים התרבותיים, העומדים ביסוד מהלכי השבה תרבותית, והן מהלכי ההשבה עצמם משפיעים על תפיסת ההווה, העבר והעתיד של יחידות ושל יחידים המהווים חלק מקבוצה, מקהילה או מציבור מסוים. כפועל יוצא – וכאן הדברים מתחברים למאמרו של בילסקי וקלגסברון – השבה תרבותית ומרכיבי הזיכרון הקולקטיבי הנגזרים ממנה הם גורם שדרכו ניתן מענה על פשע הג'נוסייד התרבותי הנדון במאמרו של בילסקי וקלגסברון. לבסוף תעמוד התגובה על הפנמת המשמעות והחשיבות של המשפט הפרטי כמרחב, אשר גם בו מוכרעות נפקויות הנוגעות לדיני הקניין התרבותי, למוסד ההשבה הקיים במסגרתו ולמרחב הזיכרון הקולקטיבי.

מבוא

- א. השבה תרבותית כאמצעי להרחיב את מוטת השליטה התרבותית של המדינה
 - ב. קוצר היד של דיני הקניין התרבותי ומוסד ההשבה כפי שגובש במסגרתם
 - ג. המשמעות והנפקות המשפטית של זיכרון קולקטיבי
 - ד. המשפט הפרטי כמרחב שבו מוכרעות נפקויות הנוגעות להשבה תרבותית ולמרחב הזיכרון הקולקטיבי
- הערה לסיום

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודות למיכל שורר-עופרי ולנוי ליון על הערות לגרסה מוקדמת. תודה לסתיו כהן על עזרה במחקר.

מבוא

מאמרו של ליאורה בילסקי ורחל קלגסברון¹ מספר סיפור, אשר טרם סופר, על האופן שבו יחידים וקהילות השמיעו קול ואף ביקשו לנקוט צעדים בני-אכיפה נגד הג'נוסייד התרבותי שבוצע בעמם ובקהילתם. המאמר המצוין ופורץ הדרך מדבר בעד עצמו ומופיע בגיליון זה, ולפיכך לא אחזור על תכניו. אציין רק בקליפת אגוז, כי המהלך הנקי של המאמר, דבר דבור על אופניו, כולל את השלבים הבאים: הכותבות מראות כיצד התופעה וההתרחשות של ג'נוסייד תרבותי הן בבחינת "נוכח נפקד" בעולם המשפט, ובפרט בהסדרה ובמענה המשפטי – בתחום המשפט הבינלאומי – על פשע הג'נוסייד. אמנת הג'נוסייד נעדרת לחלוטין כמעט התייחסות לפשע הג'נוסייד התרבותי, וכך גם התמודדותם של הטריבונל הפלילי בנירנברג ובית המשפט המחוזי בירושלים במשפט אייכמן.² רק בית המשפט הלאומי הפולני פיתח את פשע הג'נוסייד באופן המעמיד במרכז את הג'נוסייד התרבותי.³ מכאן ממשיכות כותבות המאמר ומדגימות, כיצד הפך המאבק על השבה תרבותית להיות המרחב המשפטי וזירת השיח הציבורי שדרכה גובשו תגובת הנגד והמענה על הג'נוסייד התרבותי.⁴ סיפור ההתארגנות היהודית להשבת אוצרות התרבות היהודית לאחר מלחמת העולם השנייה,⁵ כמו גם ההתארגנות הפולנית,⁶ מלמדים כיצד קוצר ידו של המשפט הפלילי – ולמעשה המשפט בכלל – הניע יוזמות ומהלכים קולקטיביים להשבה תרבותית, אשר לשיטת הכותבות נועדו ושימשו הן תגובת נגד והן אמצעי מרפא לג'נוסייד התרבותי שבוצע בעמים ובקהילות.⁷ כותבות המאמר מסיימות בדיון במקרה של ארכיון "עונג שבת" – ארכיון רינגלבלום, אשר באמצעותו הן מבקשות להמשיך ולנתח את מאבק ההשבה התרבותית תחת מנסרת דיני הקניין התרבותי. בכך הן מבקשות בין היתר להמחיש את נקודות המתח השונות אשר צצות ועולות אגב החלופות השונות – הסובייקטים הפוטנציאליים השונים להשבת נכסי התרבות שאברו.⁸

מהלך המאמר הוא חדשני, מעמיק ובעיקר מעשיר. נקודת החיבור וההזדהות שלי עם מהלך המאמר נובעת בעיקר מעיסוק מקביל בחלק מן הסוגיות ומן ההיבטים העולים במאמר. במאמר שפרסמתי זה מכבר⁹ ביקשתי להציג לראשונה את האופן שבו דיני הקניין התרבותי ומהלכי "השבה" (restitution), הנגזרים מדינים אלה, משמשים הלכה למעשה אמצעי לכינון

1 ראו ליאורה בילסקי ורחל קלגסברון "בין ג'נוסייד תרבותי להשבת תרבות: מבט השוואתי על המאבק היהודי והפולני לאחר מלחמת העולם השנייה" עיוני משפט מג 553 (2021).

2 שם, בעמ' 575-583, 588-595.

3 שם, בעמ' 585-588.

4 שם, בעמ' 597-601.

5 שם, בעמ' 608-612.

6 שם, בעמ' 602-608.

7 שם, בעמ' 600-602, 607.

8 שם, בעמ' 615-627.

9 ראו גיא פסח "בית המשפט והפוליטיקה של הזיכרון בעקבות ע"א 9336/12 Israelitische Kultusgemeinde Wien נ' הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי" משפטים מח 91, 92 (2018).

ולשיקום זהות תרבותית וזהות של עמים ושל קהילות.¹⁰ עוד ביקשתי להראות, כי הגם שבררך כלל מחלוקות בתחום דיני הקניין התרבותי נוטות להתמקד בדרישות השבה של מדינת לאום או של קהילה אתנית מובחנת אל מול גורם זר או גורם פרטי אשר מחזיק בידיו נכסי תרבות לא לו, ייתכנו גם נסיבות שבהן מוקד סכסוך השליטה על נכסי מורשת התרבות הוא בין שני גורמים אשר ניצבים כביכול מצידו האחד של המתרס.¹¹ כך היה במקרה (שבו דן מאמרי) של קהילת יהודי וינה והארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי, הנמצא בישראל תחת האכסניה של הספרייה הלאומית. על רקע זה ביקש המאמר להציע הבנה רחבה של המושג "מורשת תרבותית" ושל משמעות מהלכי "השבה" (restitution) באופן המכיל גם נסיבות של השבה לכינון ולשיקום זהות תרבותית וזהות קהילתית.¹²

מקור ההשראה והכוח של המהלך במאמרי בנושא קהילת יהודי וינה היה המושג והתופעה החברתית של "זיכרון קולקטיבי", כלומר דרכיהן של קבוצות לגבש תודעה משותפת בנוגע לעברן ולזהותן; בפרט שאבתי השראה מקשרי הגומלין שבין דיני הקניין התרבותי ומוסד ההשבה (restitution) שבמסגרתם לבין האופן שבו מעוצבים ומתגבשים מרכיבי זיכרון קולקטיבי של קהילה, של קבוצה או של לאום.¹³ עיקר טענתי שם היא, כי דיני הקניין התרבותי ומוסד ההשבה שבמסגרתם אינם עוסקים אך ורק ביחסים שבין מדינות לאום מוגדרות, אלא הם נתפסים ומשמשים גם כלי שתכליתו לכונן, לגבש, לשקף ולשמר זהות תרבותית של קהילות ושל קבוצות אתניות או תרבותיות מובחנות, לרבות אל מול מדינת הלאום שבה הן נמצאות.¹⁴ המאמר מוסיף וטוען, כי על רקע זה מארג השיקולים אשר ביסוד חובת ההשבה הוא כפול. חלקו האחד הם שיקולים המתמקדים בזיקות שבין נכסי התרבות

10 שם, בעמ' 113-118. מוקד הדיון במאמר היה פסק הדין של בית המשפט העליון בע"א 9336/12 שם, בעמ' 3.6.2015 (להלן: פרשת קהילת יהודי וינה), אשר במסגרתו נדונה השאלה, אם קהילת יהודי וינה זכאית לדרוש ולקבל חזרה מן הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי, הממוקם בירושלים, מסמכים היסטוריים וחומר ארכיוני של קהילת יהודי וינה אשר הופקדו בארכיון. בה בעת, מעבר להקשר הפרטני של ארכיון קהילת יהודי וינה, המאמר דן באופן כללי בהיבטים המוזכרים בגוף הטקסט. המונח "דיני הקניין התרבותי" מתייחס למארג של דינים, אשר עוסקים בעיקרם בשליטה מדינתית, בחובות השבה ושימור כמו גם במגבלות עבירות באשר לנכסי תרבות בעלי ייחודיות וערך היסטורי-אמנותי לקבוצה מובחנת דוגמת עם, קהילה או מדינת לאום. הם כוללים מארג של נורמות – בינלאומיות ומדינתיות – הקובעות מגבלות וחובות בנוגע לדרכי השימוש, לניצול ולעבירות של יצירות, של מסמכים ושל חפצי תרבות אותנטיים ובעלי ערך ייחודי המצדיק את שימורם. ביסוד הסדרת ההגנה על נכסי תרבות לאומיים ניצבת ההנחה, כי שליטה וכוח ריבונות על אותם נכסי תרבות הם מוצדקים נוכח המרכזיות ונוכח התפקיד המכונן של אותם נכסים בהקשר של מארג קשרי ההיסטוריה, התרבות והזהות של קבוצה מובחנת דוגמת עם, קהילה או מדינת לאום. מגבלות עבירות, שליטה מדינתית ודרישות השבה באשר לנכסי תרבות בעלי ייחודיות וזיקת זהות מובחנת נובעים ממערך דיני הקניין התרבותי ומעגנים אותו. ראו פסח, לעיל ה"ש 9, בעמ' 113-118.

11 שם, בעמ' 118-119.

12 שם.

13 שם, בעמ' 111-113, 118-124.

14 שם, בעמ' 115-116.

לבין הזהות הקבוצתית של הקהילה או המדינה, המהווה מקור לנכסי התרבות. חלקו האחר עוסק במשמעויות הנלוות לאקט ההשבה כ"עשיית צדק" אל מול הגורם המעוול וככיפור, ולו גם חלקי, על עוול היסטורי שנעשה. מזווית ראייה זו פעולת ההשבה אינה נובעת אך ורק מערכו ומחשיבותו של הנכס התרבותי, אלא היא גם בבחינת פעולה הנושאת משמעויות נוספות – הן מבחינת ההכרה של הצד המעוול באי-הצדק שנעשה והן מבחינת תחושת ה"תיקון" של העם, של המדינה או של הקהילה שהיו הקורבן לעוול ההיסטורי.¹⁵ מכאן עולות נקודות ההשקה שבין גישתי זו לבין המהלך אשר ננקט במאמרו של הכותבת. אומנם נקודת המוצא של כל אחד מן המאמרים היא שונה; מאמרו של בילסקי וקלגסברון החל את מסעו בסוגיית הג'נוסייד התרבותי, בעוד שמאמרי החל את מסעו בסוגיות מתחום המשפט הפרטי.¹⁶ עם זאת שני המאמרים מתמקדים בנפקויות ובכוח המכונן והמרפא של השבה תרבותית.

בתגובה קצרה זו אבקש לחבר את שתי נקודות המבט הללו ולהישען עליהן כדי להוסיף ולהרחיב על התזות המוצגות בשני המאמרים, תוך התייחסות להיבטים הבאים: (א) מורכבות ההשבה התרבותית, הכוללת מצד אחד אמצעי לכינון ולרפייה וזהות של עמים, של קהילות ושל קבוצות אתניות, ומן הצד האחר עלולה להיות אמצעי להרחבת מוטת השליטה התרבותית של המדינה; (ב) קוצר היד של דיני הקניין התרבותי ושל מוסד ההשבה כפי שהוא גובש במסגרתם; (ג) המשמעות והנפקות המשפטית של זיכרון קולקטיבי. כפי שיובהר בהמשך הדברים, השבה תרבותית היא למעשה מרכיב שהוא חלק מגיבוש, משימור או משינוי הזיכרון הקולקטיבי של קבוצה. משום כך הן הנכסים התרבותיים, העומדים ביסוד מהלכי ההשבה, והן מהלכי ההשבה התרבותית עצמה משפיעים על תפיסת ההווה, העבר והעתיד של יחידות ושל יחידים שהם חלק מקבוצה, מקהילה או מציבור מסוים. כפועל יוצא השבה תרבותית ומרכיבי הזיכרון הקולקטיבי הנגזרים ממנה הם גורם שבאמצעותו ניתן מענה על פשע הג'נוסייד התרבותי; (ד) הפנמת המשמעות והחשיבות של המשפט הפרטי כמרחב, אשר גם בו מוכרעות נפקויות הנוגעות לדיני הקניין התרבותי, למוסד ההשבה שבמסגרתו ולמרחב הזיכרון הקולקטיבי, והכול גם בהקשרים הנוגעים לדיני הקניין הרוחני.

א. השבה תרבותית כאמצעי להרחיב את מוטת השליטה התרבותית של המדינה

הכוח המכונן של השבה תרבותית מתפרס על מגוון רחב של נסיבות, לרבות כאלה אשר אינן בהכרח כרוכות בנסיבות הקיצון של ג'נוסייד תרבותי (נושא מאמרו של הכותבת). כך למשל, לאחרונה עסק בית המשפט העליון בשאלת הבעלות על טיוטות של הכרזת

15 שם, בעמ' 116-118.

16 עיקרו הוא פרשנות ס' 29(ב) לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971 בעניין השאלה שלא נקבע מועד לסיומה וס' 14 לחוק הארכיונים, התשט"ו-1955, המטיל מגבלות על העברת מסמכים מארכיון ציבורי. ביתר פירוט, במאמר נדונות ההשלכות של סעיפים אלה על השאלה, אם קהילת יהודי וינה הייתה זכאית לדרוש ולקבל חזרה מן הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי, הממוקם בירושלים, מסמכים היסטוריים וחומר ארכיוני של קהילת יהודי וינה אשר הופקדו בארכיון. ראו גם את הטקסט שליד ה"ש 32 להלן.

העצמאות¹⁷ וכן בשאלה, אם עיזובנו של מכס ברוד – לרבות מסמכים וכתבים של פרנץ קפקא אשר היו בחזקתו של מכס ברוד (הגם שלא היו בבעלותו) – צריך להיות בבעלות מדינת ישראל ומוסדותיה, דוגמת הספרייה הלאומית, או למצער בחזקתם ובניהולם.¹⁸ אלו

17 ע"א 8323/17 מדינת ישראל ואח' נ' בעהם ואח' (פורסם בנבו, 20.5.2019). פסק הדין עוסק בשאלת הבעלות על כמה טיוטות של הכרזת העצמאות ועל תזכירים הקשורים להן, אשר נכתבו בידי עו"ד יוסף בעהם והיו בחזקתו ולאחר מכן בחזקת ילדיו-יורשיו. עובר להצעתם למכירה פומבית ביוזמת היורשים, פנתה מדינת ישראל לבית המשפט בטענה כי מדובר במסמכים שהם בבעלות המדינה וכי יש להשיבם למדינה לצורך הפקדתם בגנוז המדינה. פסק הדין דן בשורה של שאלות פרשניות הנוגעות לחוק הארכיונים ולמהות מערכת היחסים ששררה בין מוסדות היישוב היהודי בטרם ההכרזה על מדינת ישראל לבין יוסף בעהם. פסק הדין גם עורר שאלות משפטיות מתחום דיני ההתיישנות ודיני השיהוי. בית המשפט העליון קבע, כי הבעלות על טיוטות הכרזת העצמאות היא של מדינת ישראל וכי יש להשיב למדינה את המסמכים לצורך הפקדתם בגנוז המדינה. בהחלטתו (שם, פס' 33-35) התייחס בית המשפט מפורשות לכך כי המטרייה הנורמטיבית הרחבה יותר, אשר לאורה יש לנקוט עמדה משפטית, היא דיני הקניין התרבותי ובמסגרתם העובדה כי טיוטות מגילת העצמאות הן חלק מנכסי התרבות של מדינת ישראל, היינו חלק מן הזוהרות הקולקטיבית של המדינה. משום כך סבר בית המשפט, כי האינטרס להשיב לבעלות המדינה ולחזקתה יש בו כדי להשליך על פרשנות השאלות המשפטיות השונות אשר בית המשפט נדרש להן.

18 ראו ע"מ 6251/15 הופה נ' קסוטו (פורסם בנבו, 7.8.2016). פסק הדין עסק בפרשנות צוואתו של הסופר מכס ברוד, ובכלל זה גם כתבים ומסמכים של פרנץ קפקא אשר היו בבעלותו או בחזקתו של מכס ברוד. בכל הנוגע לכתבים ולמסמכים, שהיוו חלק מעיזובנו של מכס ברוד, הורתה צוואתו של ברוד כי על אסתר הופה, מזכירתו והמוטבת של צוואתו, לדאוג לכך כי לאחר מותה – ואם היא לא עשתה הסדר אחר בחייה – הם יגיעו לידי הספרייה של האוניברסיטה העברית הלאומית או לאחד המוסדות האחרים המנויים בצוואה (ראו שם, פס' ז). הגם שפסק הדין וסכסוך הירושה עסקו בעיזובנו של מכס ברוד, הלכה למעשה סבב עיקר מוקד הדיון סביב השאלה מי צריך להיות המחזיק בכתבי קפקא ומסמכיו שהיו בחזקתו הפיזית של מכס ברוד ולאחר מכן הועברו לידי מזכירתו אסתר הופה, אשר מכרה חלק מהם וחלק אחר העבירה לכספות בישראל ובשווייץ (לתיאור הפרטים, ראו שם, פס' ב-יא). הנקודה החשובה לענייננו היא שבית המשפט העליון הכריע כי כתבים, טיוטות ומסמכים של קפקא אשר ברוד נטל לאחר מותו אינם יכולים להיחשב ככאלה שהם "בבעלותו וברשותו", ואין לראות בהם חלק מעיזובנו הספרותי של ברוד. משום כך, הלכה למעשה צוואתו של ברוד הנזכרת לעיל אינה חלה עליהם (שם, פס' נב-נג). בית המשפט הוסיף וקבע, כי "מטעמים מעשיים ובהיעדר טענת נגד של יורשי קפקא", חומרים אלה "יימסרו אף הם יחד עם שאר החומרים לספרייה הלאומית... תוצאה זו, לטעמי, באה גם בגרדי השכל הישר" (שם, פס' נג). במהלך זה קבע בית המשפט למעשה עמדה והכריע – במסגרת תיק שראשיתו וסופו בפרשנות צוואת מכס ברוד – באשר לנכסים (כתבי קפקא) שלפי בית המשפט עצמו לא היוו חלק מעיזובנו הספרותי של ברוד ושצוואתו של ברוד (המורה על מסירת מסמכי העיזובן לספרייה האוניברסיטה העברית) אינה חלה עליהם, תוך שהוא מורה למסור אותם לידי הספרייה הלאומית. נקודה זו הופכת מוקשית יותר על רקע העובדה כי זהותם של יורשי קפקא הייתה ידועה וכי חלק מהכתבים נמצאו בכספות בשווייץ, כך שהוראות חוק האפוסטרופוס הכללי, התשל"ח-1978 בדבר נכסים עזובים (ראו לעניין זה הגדרת "נכס עזוב" בסעיף 1 לחוק) אינן חלות עליהם.

אינן נסיבות שבהן ההשבה היא תגובת נגד לג'נוסייד תרבותי, ואולם הן עדיין פוסעות באותו המתווה שבו השליטה, הבעלות, החזקה והניהול של נכסי תרבות מהווים כלי לכינון ולעיתים גם לשימור זהות ואידאולוגיה.

זווית זו מלמדת על מורכבות מוסד ההשבה התרבותית, ובמידה מסוימת אף על קו הגבול הדק והמתעתע אשר בין השבה תרבותית כאמצעי מרפא לבין השבה תרבותית כמהלך מורכב יותר, לרבות מהלך העלול להדיר קבוצות, קהילות ופרטים מן היכולת להשתתף בעיצוב מרכיבי שיח וזהות תרבותיים הנובעים מן החזקה בנכסי תרבות. אני סבור כי ארכיון קהילת יהודי וינה, אשר מדינת ישראל ביקשה להמשיך ולהחזיק בו, הוא דוגמה מובהקת לנסיבות מן הסוג הזה. דרישתה של מדינת ישראל להמשיך ולהחזיק במסמכי הארכיון שיקפה במידה רבה דרישה לבסס את מעמדה של מדינת ישראל כמרכז היחיד של העם היהודי על כל קהילותיו.¹⁹ דרישה זו היוותה מרכיב שהוא חלק מתגובת הנגד לג'נוסייד התרבותי שבוצע ביהודים במלחמת העולם השנייה. ואולם כזו הייתה גם הדרישה של קהילת יהודי וינה לקבל חזרה לידיה את ארכיון הקהילה. אם כן, להשבה תרבותית, ואפילו כזו שהיא תגובת נגד לג'נוסייד תרבותי, אין בהכרח תמיד כוח מרפא. מחלוקות וסכסוכים פנימיים בין מדינת הלאום לבין קהילות ויחידים שבמסגרתה יכולים להיות כוח מפורר ומכלה, המערער עוד יותר את מה שהוחל בו בעת הג'נוסייד התרבותי, לפחות בכל הנוגע לקהילות וליחידים הניצבים אל מול מדינת לאום – המדינה שהרימה את עצמה מן העפר לאחר הג'נוסייד. כך למשל, במקרה של פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה, ההחלטה להותיר את ארכיון קהילת יהודי וינה עלולה למנוע מקהילת יהודי וינה לרפא ולבנות מחדש את זהותה, בין היתר כתגובה לג'נוסייד שבוצע בה בתקופת מלחמת העולם השנייה.

ואולם הייתי מרחיק לכת ואף מציע יותר מכך: כלי הקיבול של השבה תרבותית עלול אף לשמש כסות למהלכים, אשר תוצאתם הלכה למעשה היא שליטה תרבותית ריכוזית. דוגמה אחת לכך היא פסק הדין אשר עסק בעיזבוננו של מכס ברוד, לרבות השאלה בידי מי צריכים להיות כתבים ומסמכים של פרנץ קפקא, אשר היו בחזקת מכס ברוד ולאחר מכן בחזקת מזכירתו אסתר הופה.²⁰ בפסק הדין אין זכר לצמד המילים "השבה תרבותית". אלא שהרטוריקה של פסק הדין וחלקים ממנו משקפים – לפחות במשתמע – תפיסת השבה תרבותית, המבקשת לרפא את הג'נוסייד התרבותי אשר הנאצים ביקשו לבצע בתרבות היהודית.²¹ לא מפתיע אפוא, כי בפסק הדין אשר עסק בשאלות הבעלות על טיוטות מגילת העצמאות, הפנה בית המשפט העליון בדונו בידי הקניין התרבותי ובכלי ההשבה התרבותית לפסק הדין בעניין עיזבוננו של מכס ברוד, תוך שהוא כותב, כי דיני הקניין התרבותי עוסקים בשאלה "האם נכס תרבותי מסוים מקומו בחזקתה של המדינה או בידיו של גורם פרטי".²² בדיוק כפי שהיה בפרשת יהודי וינה, הגם שלא מפורשות, פסק הדין בפרשת עיזבוננו של מכס ברוד עשוי להתפרש כמכיל מרכיבים של השבה תרבותית (למדינת ישראל), בין היתר

19 ראו פסח, לעיל ה"ש 9, בעמ' 118-124.

20 ראו עניין הופה, לעיל ה"ש 18.

21 ראו שם, פס' נו.

22 ראו עניין בעהם, לעיל ה"ש 17, פס' 34.

כתגובת נגד לג'נוסייד התרבותי שבוצע ביהודים במלחמת העולם השנייה.²³ לפיכך לא במקרה התבטא כך דוד בלומברג, יושב ראש דירקטוריון הספרייה הלאומית, אשר הייתה צד להליך המשפטי, לאחריו: "לאחר שנחשפנו לכתביו של ברוד, לכתבים של קפקא, ובהם כאלו שמעולם לא פורסמו, למחברות לימודי העברית שלו ולמכתבים בהם קפקא התבטא בנושאים הקשורים ליישוב היהודי בארץ ישראל ולציונות, ברור לנו אפילו עוד יותר מבעבר – בחשיבות נוכחותם והטמעתם של השניים בתרבות הישראלית ובמערכת החינוך ושמקומם הוא בספרייה הלאומית של ישראל".²⁴

נשאלת אם כן השאלה, מהו קו הגבול שבין מהלכי השבה, אשר תכליתם היא תגובת נגד ראויה לג'נוסייד תרבותי, לבין מהלכי השבה, אשר מבקשים להרחיב את מוטת השליטה התרבותית של מדינה מעבר למוצדק. המקרה של כתבי קפקא הוא מקרה מובהק, שכן שאלת זיקתו למדינת ישראל ולעם היהודי היא לכל הפחות פתוחה לדיון.²⁵ יחדיו, פסקי הדין של בית המשפט העליון בפרשת קהילת יהודי וינה, עיזבונו של מכס ברוד (וכתבי קפקא שהיו בחזקתו) וטיוטות הכרזת העצמאות מלמדים על קו הגבול הדק שבין השבה תרבותית כאמצעי מרפא לבין השבה תרבותית כאמצעי להרחיב את מוטת השליטה התרבותית של המדינה. עלינו להיות מודעים אפוא לכוח הפוליטי של מהלכי השבה תרבותית, ובמובן זה להיות זהירים, מפוכחים וספקניים בנוגע למהלכי השבה תרבותית אשר מעורבים בהם מדינות וגופים שלטוניים. מהלך אשר מתחיל כתגובת נגד – אפילו מוצדקת – לג'נוסייד תרבותי, סופו עלול בציר זמן מתמשך להיות בניסיון לנכס בצורה ריכוזית שליטה על נכסי תרבות כאמצעי לכינון ולגיבוש כוח פוליטי ואידאולוגי חדש.

ב. קוצר היד של דיני הקניין התרבותי ומוסד ההשבה כפי שגובש במסגרתם

לדיני הקניין התרבותי ולמוסד ההשבה כפי שגובש במסגרתם יש נכון להיום תפקיד חלקי ומוגבל בנסיבות המערבות סכסוכי השבה תרבותית. הטעם המרכזי לכך הוא, שבסופו של דבר דיני הקניין התרבותי במתכונתם הנוכחית מציבים שתי גישות בינאריות, המוציאות זו את זו: הגישה הלאומית, התומכת בהשבה למדינת הלאום, והגישה הבינלאומית, אשר הלכה למעשה שוללת את יסוד ההשבה,²⁶ כלומר מתן מעמד למדינת הלאום או גישה אוניברסלית,

23 ראו פסח, לעיל ה"ש 9.

24 ראו "מהכספת בציריך לספרייה בירושלים: כתבי יד נדירים של קפקא" בלוג הספרייה הלאומית blog.nli.org.il/kafka-pr/ 7.8.2019.

25 ראו: Judith Butler, *Who Owns Kafka*, 33(5) LONDON REV. BOOKS 3 (2011).

26 ראו פסח, לעיל ה"ש 9, בעמ' 113-117; בילסקי וקלגסברון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 591. כאמור שם, על פי הגישה הבינלאומית (internationalist), התכלית והמטרות של דיני הקניין התרבותי הן גלובליות ונטולות זיקה וקשר הדוקים למדינת הלאום שהיא מקור נכסי התרבות. על פי גישה זו, הסובייקט המוגן הוא המשאב התרבותי כשלעצמו, בשל הערך הטמון בו ובשל חשיבות שימורו והנגשתו לאנושות באשר היא. על פי הגישה הבינלאומית, הכללים המשפטיים באשר לשימור נכסי תרבות בעלי ערך ייחודי והנגשתם צריכים לאפשר את שימורם ואת הנגשתם לציבור באמצעות הגופים המתאימים ביותר לנושא, ללא קשר ותלות באשר למיקומם הגיאוגרפי

אשר הלכה למעשה מפקיעה את יסוד ההשבה ומבקשת לאפשר סחר וחילוף חופשיים של נכסי תרבות בתנאי שוק חופשי. כותבות המאמר רומזות לנקודה זו בציינן כי ישנה אפשרות שלישית, והיא הכרה "בקהילת הקורבנות כישות טרנס-לאומית על-מדינתית, כמי שהקניין התרבותי שייך לה וכמי שגוברת על המדינה הטריטוריאלית".²⁷ במאמרי הצגתי גישה רחבה והוליסטית יותר, שלפיה "דיני הקניין התרבותי אינם עוסקים אך ורק ביחסים שבין מדינות לאום מוגדרות, אלא הם נתפסים ומשמשים גם ככלי שתכליתו כינון, גיבוש, שיקוף ושימור זהות תרבותית של קהילות וקבוצות אתניות או תרבותיות מובחנות, לרבות אל מול מדינת הלאום בה הם מצויים".²⁸ כותבות המאמר התמקדו במקרה הייחודי של "קהילת הקורבנות הטרנס-לאומית". הצעתי היא רחבה יותר, ומבקשת להבין כי דיני הקניין התרבותי יכולים וצריכים לעסוק גם במרכיבי הזהות התרבותית של קהילות ושל קבוצות אתניות או תרבותיות מורחבות, לרבות בנסיבות שבהן אין מדובר בהקשר הייחודי של ג'נוסייד וקהילת הקורבנות הטרנס-לאומית. עמדה זו שלי נשענה לא על המתכונת הקיימת של דיני הקניין התרבותי, אלא על מה שנתפס בעיניי כגישה הראויה יותר, אשר צריכה להנחות את עיצוב דיני הקניין התרבותי. לטעמי זוהי הגישה הראויה, משום שדיני הקניין התרבותי ראוי שיעסקו גם בנסיבות שבהן קשרי הזיקה בין נכסי תרבות לבין קבוצות מזהות הם כאלה המצדיקים שיינתן להם תוקף משפטי. אלה אינם בהכרח רק קשרי זיקה בין מדינת לאום לבין נכסי תרבות, אלא גם קשרי זיקה בין קהילות וקבוצות תרבותיות שונות לבין נכסי תרבות, בפרט בנסיבות שבהן מדינת לאום היא הפועלת לניתוק קשרי הזיקה הללו.

על רקע מאמרו של הכותבות, דומה כי רק מתחזק הצורך להפנים את קוצר היד של דיני הקניין התרבותי ואת אלמנט ההטיה אשר עשוי להיות טמון בהם. כעניין של דין מצוי "דיני הקניין התרבותי" אינם אלא "מארג של נורמות – בין-לאומיות ומדינתיות – הקובעות מגבלות וחובות ביחס לדרכי השימוש, הניצול והעבירות של יצירות, מסמכים וחפצי תרבות אותנטיים ובעלי ערך ייחודי המצדיק את שימורם, בעיקר, נכסי תרבות, בעלי ייחודיות וערך היסטורי-אנומתי, לקבוצה מובחנת דוגמת עם, קהילה או מדינת לאום".²⁹ הנקודה היא, כי במתכונתם זו דיני הקניין התרבותי כוללים רשימה סגורה של נכסים, כמו גם של מוטבים, הכפופים למשטר העבירות (וההשבה) הייחודי שהם קובעים. במובן זה מדובר במערך דינים הקובע רשימה סגורה של מוטבים הזכאים להשתתף בעיצוב הזיכרון הקולקטיבי – שלהם ושל אחרים – אגב טענה לקשרי זיקה לחפצי תרבות בעלי ערך ייחודי. באשר ל"כל יתר" נכסי התרבות – אלה שאינם חוסים תחת דיני הקניין התרבותי – מדובר בהסדר שלילי.

של גופים אלה – מחוץ או בתוך מדינת הלאום המקורית. על רקע זה הגישה הבינלאומית נוטה להתנגד להטלת מגבלות על ייצוא ועל סחר בנכסי תרבות אל מחוץ למדינת הלאום המקורית. מבחינת הדין המצוי, וליתר דיוק דיני הקניין התרבותי – אלו כשלעצמם מאמצים ומשקפים אך ורק את הגישה הלאומית, בעוד שהגישה הקרויה "הגישה הבינלאומית" היא למעשה גישה שהציע ג'ון הנרי מרימן מבלי שיש לה עיגון מפורש בדין הבינלאומי, בחקיקה או בפסיקה. לגישתו של מרימן, ראו John Henry Merryman, *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, 80 Am. J. Int'l L. 831 (1986).

27 ראו בילסקי וקלגסברון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 591.

28 ראו פסח, לעיל ה"ש 9, בעמ' 113-114.

29 שם, בעמ' 113.

לפיכך נכסים אלה, כמו גם המוטבים שלהם, לא יהיו זכאים למשטר משפטי דומה לזה הנקבע באמצעות מארג הנורמות של דיני הקניין התרבותי. כך למשל, אין בישראל "דיני קניין תרבותי" המונעים איסוף, סיחור ורכישת בעלות פרטית בחפצי תרבות ייחודיים השייכים לקהילות דוגמת הקהילה האתיופית, הבדואית או הפלסטינית, יהיה אשר יהיה הערך התרבותי שלהם עבור הקהילה.

המסר האידאולוגי של דיני הקניין התרבותי עלול אפוא להיות בסופו של דבר מסר משתיק, מסר המקצה את המשאב התרבותי ואת מוסד ההשבה – כבעל ערך סימבולי עם יסוד מכונן – לקבוצה סגורה של גופים, אשר עיקרה הוא מדינת הלאום. כל היתר אינם נהנים מדיני הקניין התרבותי ומיסוד ההשבה על המשמעויות הסימבוליות הנלוות אליהם. לחלופין, מן הגישה הבינלאומית, אשר הלכה למעשה שוללת יסוד של השבה, נגזרת עמדה המתעלמת מכל המשמעויות הנלוות ליסוד ההשבה – הן באשר למדינת הלאום והן באשר לקבוצות מובחנות אחרות המבקשות להישען על יסוד ההשבה כבסיס למשמעויות הסימבוליות שהוא יוצר. נקודה אחרונה זו מובילה אותי לממד שהוא לטעמי ממד-העל, המקרין על כלל מסגרת הדיון של השבת נכסי תרבות – המשמעות והנפקות המשפטית של זיכרון קולקטיבי.

ג. המשמעות והנפקות המשפטית של זיכרון קולקטיבי

המרכיבים השונים אשר נדונו עד כה צפויים להיות מובנים ומכילים יותר, אם הם ימוקמו בשדה השיח האמיתי שבו הם עוסקים – הוא המרכיב של "זיכרון קולקטיבי". המונח "זיכרון קולקטיבי" הוא מונח מתחום הסוציולוגיה, המתייחס לזיכרון העבר המשותף של קהילה, של קבוצה או של לאום, כפי שהוא מעוצב באמצעות רכיבים תרבותיים, סמליים ונורמטיביים הנותנים לו משמעות. ככלל הכוונה היא לנסיבות שבהן יש ליחידים שהם חלק מציבור מסוים הבנה, ידע, דימויים ותודעה משותפים באשר לעברם ובאשר לאירועים שהתרחשו בעבר זה.³⁰

השבה תרבותית היא למעשה מרכיב שהוא חלק מגיבוש, משימור או משינוי הזיכרון הקולקטיבי של קבוצה. הן הנכסים התרבותיים העומדים ביסוד מהלכי ההשבה והן מהלכי ההשבה התרבותית עצמה משפיעים על תפיסת ההווה, העבר והעתיד של יחידות ושל יחידים שהם חלק מקבוצה, מקהילה או מציבור מסוים. דומני כי זוהי אחת הסיבות, מדוע מהלכי ההשבה התרבותית המתוארים במאמרו של הכותבות שימשו תגובת נגד לג'נוסייד התרבותי. מהלכי ההשבה התרבותית היה בהם כדי להדגיש ולמעשה לצעוק את צעקת הפשע התרבותי שבוצע, ולו רק משום שפעולות ההשבה סיפרו גם את סיפור העוול הבלתי-נתפס שבוצע. נוסף על כך היה בהם כדי לכוון מחדש את הזהות הקהילתית אשר הג'נוסייד התרבותי ביקש לפורר.

השבה תרבותית היא אם כן יסוד שהוא חלק – משמעותי לעיתים – מגיבוש זיכרון קולקטיבי. אפשר אפילו לטעון יותר מכך; הזיכרון הקולקטיבי כשלעצמו אף הוא מרכיב

30 ראו Michal Shur-Ofry & Guy Pessach, *Robotic Collective Memory*, 97 WASH. U. L. REV. 975 (2020).

שבאמצעותו ניתן מענה על פשע הג'נוסייד התרבותי. כינון וגיוש הזיכרון באופן המתעד את הג'נוסייד התרבותי ובאותה העת גם מכונן מחדש את הזיכרון ואת הזהות של הקהילה או של העם שביקשו להכחיד, הוא כשלעצמו אמצעי נוסף להתמודדות עם פשע הג'נוסייד התרבותי. הצגת המרכיב של זיכרון קולקטיבי מבארת גם את תפקיד המשפט, משום שבין המשפט לבין זיכרון קולקטיבי ישנו יחס של השפעה הדדית. עיצוב המשפט מושפע מזיכרון קולקטיבי, מחד גיסא, ואילו נורמות וקביעות משפטיות משפיעות על מרכיבי הזיכרון הקולקטיבי של קהילה, של קבוצה או של לאום, מאידך גיסא.³¹ כך למשל, המשפט יושפע מן הזיכרון הקולקטיבי של קהילה או של לאום כאשר הוא מכריע מהם נכסי התרבות שיש בעניינם חובת שימור ואיסור על הוצאתם משטח המדינה. סעיף 1(2) לחוק הארכיונים כולל במסגרת ההגדרה של "חומר ארכיוני" חומרים "המצויים בכל מקום שהוא ושיש בהם ענין לחקר העבר, העם, המדינה או החברה, או שהם קשורים לזכרם או לפעולתם של אנשי שם", ואילו סעיף 16 לחוק קובע מגבלות בכל הנוגע להוצאת חומר ארכיוני אל מחוץ לישראל. ההכרעה מהו "חומר ארכיוני" לפי ההגדרה האמורה נגזרת בין היתר מן הזיכרון הקולקטיבי של האומה הישראלית ושל העם היהודי. נורמות וקביעות משפטיות מושפעות אף הן מזיכרון קולקטיבי של אומה, של קהילה או של קבוצה מובחנת. כך למשל, חקיקה העוסקת במרכזי הנצחה, דוגמת חוק המרכז להנצחת זכרו של יצחק רבין, התשנ"ז-1997 או החוק להנצחת זכרו של מנחם בגין, התשנ"ח-1998, מבוססים על תפיסת הזיכרון הקולקטיבי שביסודה גובשה חקיקה זו על החשיבות שהיא מייחסת להנצחת זכרם של יצחק רבין או של מנחם בגין. זאת ועוד, נורמות וקביעות משפטיות, המשפיעות על מרכיבי הזיכרון הקולקטיבי של קהילה, של קבוצה או של לאום, אינן בהכרח תחומות וגדורות לתחומי המשפט הבינלאומי, המשפט הפלילי או המשפט הציבורי. למעשה הן מתפרסות וחלות על כלל ענפי המשפט אשר יש בהם אלמנט מסדיר באשר לרכיבים תרבותיים וסמליים המשפיעים על הזיכרון הקולקטיבי. בכלל זה עשויים לבוא גם ענפי המשפט הפרטי, לרבות דיני הקניין הרוחני.

ד. המשפט הפרטי כמרחב שבו מוכרעות נפקויות הנוגעות להשבה תרבותית ולמרחב הזיכרון הקולקטיבי

ישום ופרשנות של כללים מתחום המשפט הפרטי צפויים להשפיע על אופן העיצוב של מרכיבי זיכרון קולקטיבי. אחת הסיבות לכך היא, כי כללי המשפט הפרטי הם בסופו של דבר זירה מרכזית, אשר בה נקבעים כללים בנוגע לבעלות, להחזקה, לסחר ולהשבה של נכסים פרטיים, ובכלל זה גם נכסי תרבות. הלכה למעשה, מחוץ למתחם הצר אשר בו ישנה הסדרה משפטית מפורשת של "דיני הקניין התרבותי", ענף המשפט הפרטי הוא הענף החל כברירת מחדל על כל יתר הנכסים התרבותיים, נכסים שאף להם צפויה להיות השפעה על עיצוב הזיכרון הקולקטיבי של יחידים, של קבוצות ושל קהילות. דוגמה מובהקת לכך היא כאמור פסק הדין בפרשת קהילת יהודי וינה.³² בפרשה זו קבעה פרשנות סעיף 29(ב) לחוק השכירות והשאילה הלכה למעשה אם ניתן, נכון וראוי להשיב לקהילת יהודי וינה

31 ראו פסח, לעיל ה"ש 9, בעמ' 112.

32 ראו פרשת קהילת יהודי וינה, לעיל ה"ש 10.

את המסמכים, אשר הושאלו לארכיון המרכזי בירושלים. קביעה זו היה בה כדי להשפיע במישרין על כינון הזהות והזיכרון הקולקטיבי של קהילת יהודי וינה.

דוגמה נוספת למרכזיות ענף המשפט הפרטי היא פסק הדין בנושא עיזבוננו של מכס ברוד.³³ אגב פרשנות צוואתו של מכס ברוד ואגב הכרעה בשאלה, אם היה נכון להאזן במכס ברוד בעלים של מסמכים ושל כתבים של פרנץ קפקא, אשר ברוד לקח מביתו של קפקא לאחר מותו והחזיק בהם,³⁴ קבע בית המשפט קביעה חשובה. בית המשפט הכריע למעשה, אם מסמכים וכתבים אלה צריכים להיות בבעלות הפרטית של יורשות אסתר הופה, מי שהייתה מזכירתו של מכס ברוד, או חלק מהקדש שינוהל בידי הספרייה הלאומית וכי לפיכך יש להעביר לחזקתה את המסמכים ואת הכתבים האמורים.³⁵ גם בהקשר זה, הזיכרון הקולקטיבי מן ההיבט של יכולתה של מדינת ישראל לנכס לעצמה את מורשתו התרבותית של פרנץ קפקא מושפע בסופו של דבר מיישום ומפרשנות של כללים מתחום המשפט הפרטי. תוכנה זו מעוררת את השאלות אם, כיצד, באלו נסיבות ובאיזו מתכונת היבטי הזיכרון הקולקטיבי ויסוד ההשבה התרבותית (על משמעויותיו הרבות והסותרות) צריכים להשפיע על אופן היישום והפרשנות של כללים מתחום המשפט הפרטי. אני סבור כי התשובה על השאלה הראשונה היא תשובה חיובית, בדיוק כפי שהיבטים ציבוריים אחרים, דוגמת זכויות יסוד, נקראים ומקרינים על ענף המשפט הפרטי. ואולם אין די בכך; חשוב לא פחות מהפנמת יסוד הזיכרון הקולקטיבי אל תוך ענף המשפט הפרטי הוא גם להיזהר ולהימנע מכך, שתחת כסות הניטרליות הלכאורית של ענף המשפט הפרטי בתי המשפט יקבלו הכרעות ערכיות ופוליטיות במרחב הזיכרון הקולקטיבי, מבלי שהיבטים אלו צפים ונדרונים במפורש.

הערה לסיום

ברצוני לסיים תגובה קצרה זו במעבר חד מן החפץ הפיזי האותנטי, שהוא היכל הקודש של דיני ההשבה התרבותית, לתחום הקניין הרוחני ודיני זכויות יוצרים בפרט. דיני הקניין התרבותי ובפרט יסוד ההשבה התרבותית מעמידים לנגד עיניהם את החפץ הפיזי האותנטי. זוהי האותנטיות של החפץ המוחשי ההיסטורי, אשר נתפסת כמגלמת ערכים ומטרות של ודאות, של אמת היסטורית, של אסתטיות ובמידה מסוימת אף של יחסים חברתיים הנבנים סביב תפיסתם של אנשים את הערך התרבותי וההיסטורי המגולם בחפץ התרבות הפיזי האותנטי בתור שכזה.³⁶ מרכיבים אלה הם שעומדים ביסוד ההיבטים וההשלכות השונות של ההשבה התרבותית על מרכיבי הזיכרון הקולקטיבי הגלומים בהם, כפי שפורטו קודם לכן. בה בעת, גם דיני זכויות יוצרים, העוסקים ביצירות מופשטות, צפויים להקרין ולהשליך על האופן שבו הזיכרון הקולקטיבי של יחידות, של קהילות ושל לאומים מתגבש. במאמר שפרופסור מיכל שור-עופרי ואני פרסמנו לאחרונה,³⁷ עמדנו על האופן שבו כוח השליטה –

33 ראו עניין הופה, לעיל ה"ש 18.

34 להבדיל מכתבים שברוד קיבל במתנה מקפקא עוד בחייו.

35 ראו ה"ש 18 לעיל ואת הניתוח האמור בה.

36 ראו פסח, לעיל ה"ש 9, בעמ' 125.

37 ראו Guy Pessach & Michal Shur-Ofry, *Copyright and the Holocaust*, 30 YALE J.L. & HUMAN. 121 (2018).

יסוד הבלעדיות של זכות היוצרים על יצירות אשר נוצרו בתקופת השואה הן בידי הנספוח והנספים והן בידי ראשי המשטר הנאצי – משמש הלכה למעשה גורם המשפיע על עיצוב הזיכרון הקולקטיבי של תקופת השואה, כמו גם על עיצוב זיכרון הג'נוסייד הפיזי והתרבותי אשר בוצע באותה התקופה.

הכוח – הנובע מזכות היוצרים – לשלוט על דרכי השימוש של יצירות תרבות, המוגנות באמצעות זכות יוצרים, אף הוא בבחינת כוח שליטה על אופני העיצוב ויציקת התוכן של הזיכרון הקולקטיבי באשר לתקופת השואה. כך למשל, ממשלת בוואריה השתמשה לאחר מלחמת העולם השנייה בבעלותה על זכויות היוצרים של "מיין קאמפף" כדי למנוע הפצה של האידאולוגיה הנאצית. באופן דומה אך הפוך השתמש היטלר קודם לפרוץ מלחמת העולם השנייה בבעלותו על זכויות היוצרים של "מיין קאמפף" כדי לשלוט על תרגום של הספר לשפות אחרות, דוגמת אנגלית וצרפתית, או לצנזרו, על מנת שהציבור באותן מדינות לא ייחשף למכלול ההיבטים של האידאולוגיה הנאצית ולכוונות ההתקפיות של גרמניה.³⁸ בשני המקרים – אומנם ממניעים הפוכים – זכות היוצרים שימשה אמצעי להשפיע על גבולות השיח הציבורי, באופן המקרין והמשליך גם על עיצוב ועל תוכני הזיכרון הקולקטיבי. ואולם בנוגע ליצירות של הנספוח והנספים, בהיעדר משטר ראוי של סייגים ושל חריגים לזכות היוצרים דוגמת הגנת השימוש ההוגן,³⁹ דיני זכויות יוצרים עלולים למנוע אפשרות לתעד, לשמר, להנגיש את יצירות הנספוח והנספים ולהשתמש בהן באופן המבטיח כי הזיכרון הקולקטיבי של השואה יהיה אותנטי, שלם, מלא ומפורט ככל שניתן. יתרה מזו, היכולת של צדדים שלישיים להשתמש ביצירות הנספוח והנספים עשויה לקרב יצירות ויוצרים מן ההווה לזיכרון הקולקטיבי של השואה, ולהבטיח כי הזיכרון יישאר חי, דינמי ורלוונטי גם עם חלוף הזמן.⁴⁰

האירוניה של הדברים היא, כי בנקודת הסיום הזו של תגובתי אנו פוגשים שוב את תעתועי המשפט. בהיעדר משטר משפטי ראוי של דיני זכויות יוצרים, בכל הנוגע לאפשרויות הגישה והשימוש ביצירות מוגנות מתקופת השואה ה"ג'נוסייד התרבותי" עלול לשוב ולצוץ מן האוב; הופעתו המחודשת עלולה להתרחש דווקא עקב זכות היוצרים – זכות הבעלות של הנספים עצמם או של יורשיהם – אשר יש בה כדי למנוע תיעוד ושימוש ביצירות הנספוח והנספים, לפחות עד למועד פקיעת הגנת זכות היוצרים.⁴¹

לאן הולך הזיכרון.

לאן ילך הזיכרון.

אם כן, הדברים תלויים ביכולת שלנו – של כולנו – להבין, כיצד ניתן וצריך לפרק את המשפט לגורמים ולהרכיב אותו מחדש תחת מנסרת תעתועי הזיכרון והשכחה.

38 שם, בעמ' 124-125, 127-129, 145-146, 154 ו-166.

39 שם, בעמ' 167-169 וכן בעמ' 154-160.

40 שם, בעמ' 168-169, 170-171. כמפורט שם, בשורה של נסיבות הגנת זכות היוצרים עלולה להמשיך ולחול אף לתקופה ארוכה משבעים שנים לאחר מות היוצר. לשון אחרת, יצירות הנספים והנספוח לא בהכרח נפלו לנחלת הכלל בחלוף שבעים שנים מתום השואה, וממילא לא כך הדברים באשר ליצירות של ניצולות ושל ניצולים ושל יוצרות ושל יוצרים נוספים שהמשיכו לחיות לאחר השואה.

41 ראו שם, בעמ' 140-144.