

# הקדשות בישראל - הדין הרצוי והמצוי

## אברהם טונבוים\* ואברהם קפלן\*\*

ההסדר המשפטי המכונה היום "הקדש ציבורי" מופיע בצורה זו או אחרת כמעט בכל שיטות המשפט הידועות, ומהווה מוסד ותיק בפרקטיקה המשפטית. עיקרו הוא הסדרה פורמלית וחוקית של הקדשת נכסים לטובת כלל הציבור, הנעשית על סמך נדיבותם של אנשים פרטיים.



הנכסים מוקדשים על ידי בעליהם המקוריים, "יוצר ההקדש" או "המקדיש", ומועברים לניהולם של נאמנים המקבלים על עצמם לשמר את הנכסים, לנהלם ולפתחם על מנת להשיג את מירב הפירות המיועדים למילוי מטרות ההקדש. מטרות ההקדש הציבורי הן מטרות בתחום החינוך, הבריאות, הסעד, הדת או מטרות דומות שהן לטובת כלל הציבור.

לדאבונו לא נעשה בישראל שימוש מספיק בו לטובת הציבור, וחבל. מבחינה מעשית, מדובר במערכות דינים החולשות על רכוש עתק<sup>1</sup>, כך שההתעלמות ממנו תמוהה עוד יותר. מטרתנו במאמר זה היא לסקור בקצרה את העקרונות התיאורטיים שמאחוריו, את המציאות הכלכלית-חברתית שברקעו, את ההיסטוריה המשפטית של המוסד בישראל, את הדינים החלים עליו כיום, את המצב הריאלי בפועל, ואת הכיוון שבו צריכה לדעתנו ללכת רפורמה בדיני ההקדש הציבורי. כפי שיובהר, לדעתנו דורשת טובת הציבור רפורמה משמעותית בדינים אלו ויפה שעה אחת קודם.

\* ד"ר אברהם טונבוים הוא שופט בבית-המשפט השלום בירושלים (תעבורה), ומרצה במכללת שערי משפט הוד-השרון.

\*\* אברהם קפלן משמש כרשם ההקדשות, משרד המשפטים.

1 רק קרנות ההקדשות המופקדים בבנקים מגיעות לסכום של כמיליארד וחצי שקלים. אם נקח בחשבון כי הרכוש העיקרי של ההקדשות מושקע בנכסי נדל"ן וכי קיימים הקדשות רבים שאינם רשומים, נגיע בהערכה שמרנית לסכומים גדולים פי כמה.



1. היחס בין נאמנות להקדש
2. היחס בין הקדש ציבורי לצורות איגוד משפטיות אחרות, העמותה והחברה לתועלת הציבור
3. צמיחת "המיגזר השלישי"
4. ההסטוריה המשפטית של מוסד ההקדש בישראל
  - (א) תקופת האימפריה העותומנית
  - (ב) תקופת המנדט הבריטי
    - (1) מתן סמכות לבתי דין רבניים
    - (2) פקודת ההקדשות לצרכי צדקה
    - (3) מעמדן המשפטי של הווקפיות היהודיות
    - (4) הילכת פודהורצר והשלכותיה
  - (ג) החקיקה הישראלית
    - (1) טרם חוק הנאמנות
    - (2) חוק הנאמנות תשל"ט - 1979
  - (ד) הקדשות לא יהודיים (מוסלמיים ונוצרים)
    - (1) הקדשות מוסלמיים (ווקף) במדינת ישראל
    - (2) הקדשות של העדות הנוצריות במדינת ישראל
  - (ה) סיכום ההיסטוריה המשפטית
5. המצב הריאלי של ההקדשות בישראל
6. הרפורמה הדרושה
  - (א) ההצמדה המלאכותית בין חוק הנאמנות לבין הקדשות ציבוריים
  - (ב) הרפורמה המוצעת
    - (1) אישיותו המשפטית של ההקדש
    - (2) שכר הנאמנים
    - (3) תיחום הסמכויות בין בתי המשפט לבתי-הדין
    - (4) פטורים ממיסוי
    - (5) ביקורת ציבורית יעילה
7. סיכום

## 1. היחס בין נאמנות להקדש

צדקה, וכדומה.

הקדש ציבורי מוגדר לכן בדרך כלל כנאמנות שבמסגרתה מיועדים נכסים לשמש כקרן קיימת שפירותיה מוקדשים לקידום נושאים בעלי אופי ציבורי. סביר להניח שקירבה זו היא הסיבה שנושא ההקדשות מוסדר במשפט הישראלי במסגרת חוק הנאמנות.<sup>5</sup>

חוק זה הוא חוק מסגרת הכולל הוראות לכל סוגי הנאמנויות. פרק א' של החוק עוסק בהוראות כלליות לכל סוגי הנאמנויות, אלו שנוצרו על פי חוק (כגון מנהלי עיזבון), או על פי הסכם נאמנות.<sup>6</sup> פרק ב' כולל הוראות לנאמנות על פי כתב הקדש והוא מתייחס לכל הנאמנויות מסוג זה כולל נאמנויות פרטיות.<sup>7</sup> פרק ג' דן בנושאים מיוחדים להקדשות ציבוריים. הקדש ציבורי לפי ההגדרה בחוק הוא "נאמנות שמטרתה או אחת ממטרותיה היא קידומו של עניין ציבורי"<sup>8</sup> פרק ד' לחוק הנאמנות דן ב"חברות לתועלת הציבור".<sup>9</sup>

הנכסים מוקדשים על ידי בעליהם המקוריים: "יוצר ההקדש" או "המקדיש" ומועברים לניהולם של חבר נאמנים האמורים לשמר את הנכסים, לנהלם ולפתחם על מנת להשיג את מירב הפירות המיועדים למילוי מטרות ההקדש.

ההקדש נתפס כיום כמקרה פרטי של המונח המשפטי הכללי הקרוי "נאמנות". הנאמנות היא מוסד משפטי ייחודי ולו מספר רכיבים שעיקריהם: (א) נכס; (ב) בעליו המקוריים של הנכס; (ג) אדם המורשה לפעול בנכס מטעם הבעלים (= "נאמן"); (ד) תנאים מוקדמים לפיהם רשאי הנאמן לפעול בנכס (= "מטרת הנאמנות"); (ה) הזכאים ליהנות מפירות פעולותיו של הנאמן בנכס (= "הנהנים"). הנאמן מקבל לידיו את השליטה בנכס ובלשון חוק הנאמנות, התשל"ט - 1979<sup>2</sup> (להלן: חוק הנאמנות): נוצרת "זיקה" בינו לבין הנכס.<sup>3</sup> הנאמן אינו רשאי לעשות בנכס ככל העולה על רוחו, הוא חייב לפעול בהתאם למטרת הנאמנות. הכוונה היא כי יפעיל את השליטה בנכס באופן המועיל ביותר לטובת הנהנים.<sup>4</sup>

חלק ניכר מן הפעילות הכלכלית בארץ ובעולם נעשה תחת ה"מטרייה" של הנאמנות. כאשר לקוח משליש כספים בידי עורך דין, עורך הדין מחזיק בכספי הלקוח כפיקדון תחת חובת הנאמנות של עוה"ד כלפי לקוחו, ועוד. נאמנויות אלה מוגדרות כפרטיות, דהיינו, הנהנים הינם אנשים פרטיים. אולם יכולות גם להיות נאמנויות שהנהנים בהם הם כלל הציבור, או חלק מוגדר ממנו כגון נאמנויות לטובת עניינים שונים, למטרות חינוך, תרבות,

2 חוק הנאמנות, התשל"ט - 1979 ס"ח 941, 128.

3 על משמעות המונח "זיקה" קיימת מחלוקת בין המלומדים: ש' כרם (להלן הערה 4) סבור כי זיקה משמעה שליטה מעשית בנכס ללא זכות בעלות בו. פרופ' וייסמן (להלן הערה 5) סבור כי זיקה משמעה הקניית הבעלות לנאמן.

4 ראה: ש' כרם, **חוק הנאמנות, תשל"ט - 1979** (מהדורה שלישית התשנ"ה) 3 - 12. (להלן: "כרם").

5 על כך נמתחה ביקורת בספרות המשפטית. ראה, למשל, י' ויסמן "אבני נגף בחוק הנאמנות" **עיוני משפט** ז (תש"ס) 282.

6 בפרק זה כבר נקבעו חובות נאמנות מחמירות של הנאמן כגון: חובת ההפרדה בין נכסי הנאמן לנכסי הנאמנות, חובת השקעת הכספים לשמירת ערכם, ניהול חשבונות נפרד ודיווח על פעולות.

7 נאמנות פרטית היא נאמנות שמטרתה אינה ציבורית אלא נועדה לסיפוק צרכיו של נהנה מוגדר. הדוגמה האופיינית לנאמנות מסוג זה היא נאמנות המיועדת להבטחת עתידו הכלכלי של חסוי (חולה נפש או ילד מפגר).

8 יש לציין כי בחוק הנוכחי אין הבדל בדרכי יצירתם של הקדשות פרטיים או ציבוריים. שניהם נוסדים על ידי אנשים פרטיים. ההבדל הוא במטרות ההקדש. הקדש פרטי הנהנים מפירותיו הם אנשים מוגדרים בשמם. נהני הקדש ציבורי מוגדרים על פי מיגזר אוכלוסיה ואינם ננקבים בשמות. כגון: סטודנטים באוניברסיטה, יתומי צה"ל, תלמידי ישיבות, ילדים נכים, וכד' או למוסדות שהם ציבוריים באופיים כגון בני חולים, משבשי זקנים, סמינרים למורים וכד'. לגבי הקדשות ציבוריים, נקבעו בחוק הסדרים מיוחדים לשמירת האינטרסים של הנהנים: חובת רישום בפנקס ההקדשות הציבוריים, פיקוח ציבורי על פעולות הנאמנים וחובת דיווח לרשם ההקדשות המפקח מטעם המדינה על פעולותיהם.

9 ראה דיון והסבר ב"חברה לתועלת הציבור" בסעיף 2 להלן.

השפלה בצפון אירופה, בהן ממומן חלק ניכר מן המוסדות להשכלה גבוהה ומוסדות הצדקה למיניהם על ידי נאמנויות ציבוריות (PUBLIC TRUSTS). נאמנויות אלו - הנמצאות תחת פיקוח ציבורי מחמיר - משחררות חלק ניכר מן המשאבים הממשלתיים מחד ומהוות מקור לא אכזב להזרמת הון מן החוץ מאידך<sup>10</sup>.

לפני התמקדותנו על ההקדש הציבורי, מן הראוי יהיה להכיר בקצרה את שני "קרוביו" המשפטיים שהם העמותה והחברה לתועלת הציבור. יחד עם "קרובים" אלו מהווה ההקדש הציבורי אחת משלוש האפשרויות הקיימות כיום בחוק הישראלי להתאגדות שאין מטרתה רווח (מלכ"ר)<sup>11</sup>.

ההסדר הנפוץ ביותר והידוע ביותר הוא הקמת עמותה על פי חוק העמותות, התש"מ - 1980<sup>12</sup>, והתיקונים שבאו בעקבותיו. היתרון הגדול ביותר בהסדר חוקי זה הוא אפשרות התאמתו למציאות משתנה. על פי החוק, כל שני בני אדם או יותר החפצים להתאגד כתאגיד למטרה חוקית שאיננה מכוונת לחלוקת רווחים ביניהם, רשאים לייסד עמותה. תקנון העמותה מהווה חוזה בין חבריה ומחייב הן את העמותה והן את החברים. יכולה העמותה בכל עת לשנות את מטרתה ואת תקנונה ברוב חברים (אלא אם כן נאמר אחרת בתקנון). על העמותה לדווח על פעולותיה, והביקורת עליה נתונה בידי רשם העמותות שמשרדו מסונף למשרד הפנים. האחראים ופועלים בשמה הם מוסדות העמותה שבעיקרם הם האסיפה הכללית (האמורה להתכנס אחת לשנה), הועד הפועל וועדת ביקורת שאמורה לפקח על פעולותיה. שוב, הנוחיות בשימוש בעמותה היא בעיקר בגמישות הניתנת לחברי העמותה ולהנהלתה לפעול במסגרת העמותה ולשנות את פעולותיה וכיוונה מפעם לפעם בהתאם לרצון החברים.<sup>13</sup>

הקדש נוסד במסמך חתום בידי המקדיש בו הוא מביע את רצונו ליצור הקדש ומגדיר את נכסיו, מטרתיו וחבר הנאמנים המיועד לנהלו. המסמך יכול שיהיה שטר הקדש - המיועד לייסוד הקדש בחיי המקדיש או צוואה בה נכללות הוראות לייסוד הקדש לאחר מות המקדיש. כמו כן ניתן לייסד הקדש באמצעות הסכם נאמנות הנכרת בין המקדיש לנאמן.

## 2. היחס בין הקדש ציבורי לצורות איגוד משפטיות אחרות, העמותה, והחברה לתועלת הציבור.

בעולם ובישראל קיימת קבוצה גדולה של מוסדות ללא כוונת רווח (מלכ"ר). מוסדות אלו מעסיקים אנשים רבים, מייצרים מוצרים לא מעטים, ובעלותם נמצא רכוש עצום. אלא שבניגוד לחברות פרטיות, המניעים והמטרות של מוסדות אלו אינם כלכליים. מטרתיהם הן ציבוריות אולם לא הרשויות השלטוניות הן הקובעות והמחליטות בהן אלא אזרחים פרטיים שעמדו ועומדים מאחריהם.

מדינות רבות וישראל בכללן, מעונינות לעודד פעולות צדקה או פעילות ציבורית מקבילה על ידי אותם מוסדות שאינם חלק מן המערכת השלטונית. העידוד להקמתם מתבטא, בין היתר, ביתרונות מיסוי, ובפיקוח מטעם המדינה על מנת לוודא מילוי המטרות הציבוריות.

המדינה עושה זאת משום שפעולותיהם של המלכ"רים משחררים את המדינה מחלק מהתחייבויותיה כלפי הציבור שאילמלא קמו ההקדשות - היו ממומנות מתקציבה. קיימות מדינות רבות, כגון בריטניה וארצות

10 ראה להלן בסעיף 3 את דיונונו על צמיחת "המיגור השלישי".

11 לציון שאין מטרתנו במאמר זה היא לתת מודרך שיסביר מהם היתרונות והחסרונות של כל התאגדות ומתי לבחור בה. ברור מאליי שלא זו המסגרת והמקום לכך. כוונתנו איננה לעמוד בפרוטרוט על כל הסדר חוקי אלא להסביר על קצה המזלג את העקרונות התיאורטיים שמאחוריו ואת מטרתו הבסיסית. וגם זו רק על מנת להסביר את הייחודיות של הקדש ציבורי יחסית להתאגדויות האחרות.

12 חוק העמותות, התש"מ - 1980, ס"ח 983, 210.

13 יש לציון כי לא כל עמותה זכאית למעמד של מלכ"ר. יש למשל עמותות שהתאגדו לצורך בנייה משותפת שתוויל את המחיר לכל חבר. אלו ואחרות הן מטרות לגיטימיות אולם לא בהכרח מטרות ציבוריות.

פטרונות לשאלות רבות עליהם עונה החל"ת. החברות בעמותה למשל היא אישית ואיננה ניתנת להעברה. בניגוד לגמישות הקיימת בהקצאת מניות והעברתן, אין בחוק כל דרך לפירוק הקדש, יחסי עובד-מעביד הם בעייתיים, יחסים עם ספקים אינם ברורים, ועוד.

החסרון הגדול בחברה לתועלת הציבור הינו העלות הגבוהה המלווה בכך. הפעלתה כרוכה בניהול יקר ומורכב. יש צורך בדירקטוריון, מנכ"ל, מנגנון לביצוע פעולות שוטפות, עו"ד ורו"ח, ועוד. מנגנון זה מתאים לכן בעיקר למוסדות בעלי היקף פעילות רחב ורק להם. אין כל הגיון משפטי ו/או כלכלי להקים בית-כנסת שכונתי ו/או קרן מילגות להנצחת קרוב בחברה לתועלת הציבור. מאידך גיסא, כשמדובר על הקמת מלכ"רים גדולים ונרחבים, זהו הפתרון ההגיוני.

ארגונים גדולים שאינם למטרת רווח בחרו לכן להתאגד כחברות לתועלת הציבור. קופת-חולים של ההסתדרות, מוזיאון ישראל בירושלים, האוניברסיטה הפתוחה, רשת "אורט" בישראל, מוזיאון "ארץ-ישראל" בתל-אביב, תיאטרון ירושלים, הם חלק קטן מהארגונים הרשומים כחברות לתועלת הציבור.<sup>14</sup>

למרות המטרות הציבוריות שיכולות להיות קיימות

הסדר נוסף ידוע פחות הוא "החברה לתועלת הציבור" (להלן: החל"ת) המוגדרת על פי סעיף 32 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג - 1983.<sup>14</sup>

זוהי חברה שמוקמת לשם קידום המסחר, האמנות, המדע, הדת, הצדקה או לכל מטרה מועילה אחרת. חברות אלו הן חברות שנוסדו ללא כוונת רווח (NON PROFIT COMPANIES) החברה נרשמת במשרדי רשם החברות לפי פקודת החברות, אולם בשל מטרותיה הציבוריות המצויינות בתזכיר החברה ובתקנותיה היא אינה נחשבת לחברה מסחרית רגילה, אלא לחברה שמטרותיה רווחיה מיועדים לתועלת הציבור בלבד. רווחי החברה אינם מחולקים בין בעלי המניות אלא מיועדים כולם אך ורק למימוש מטרותיה הציבוריות, וחלוקת הדיבידנדים לחברים אסורה. היא יכולה לבקש ולקבל פטור ממסים, ועליה לדווח שנתיים לרשם ההקדשות במשרד המשפטים כדי לוודא שפעולותיה מתבצעות כראוי. מכל בחינה אחרת, דין חברה לתועלת הציבור כדין חברה כלכלית רגילה. ישנם הליכים ברורים ומקובלים לניהול חשבונות, העסקת והחלפת עובדים, קבלת החלטות, וכו'. במלים אחרות, יש בה את כל האורגנים הדרושים לניהול כלכלי נכון של גוף גדול אף שאיננו עסקי בלבד.<sup>15</sup> מבחינה מעשית, עמותה ו/או הקדש ציבורי אינם כלים מתאימים לניהול גופים גדולים משום שאין בהם

14 פקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג - 1983, דמ"י התשמ"ד, 761.

15 קל לעמוד על יתרונות אלו כשרואים את מספר סעיפי החוק הרלוונטיים לכל גוף. בחוק העמותות התש"ס - 1980 (להלן "חוק העמותות") לאחר תיקונו האחרון בתשנ"ו ישנם רק כ-70 סעיפים קצרים ובחוק הנאמנות כולו רק 46 סעיפים. בפקודת החברות לעומת זאת ישנם כ-400 סעיפים מפורטים. אין ספק לכן שהמבנה המשפטי של חברה הוא גמיש ומכיל אפשרויות רבות יותר.

16 כהערת אגב נעיר כי מסיבות לא ידועות לנו, נמחקה לחלוטין בהצעת חוק החברות החדש שהוגשה לכנסת האפשרות להקים חברה לתועלת הציבור (הצעת חוק החברות, התשנ"ו - 1995, ה"ח 2432, 2). על פי ההצעה "תכלית החברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים" (סעיף 15). בדברי ההסבר לסעיף 30 גם נאמר בפירוט כי מעתה לא יהיה ניתן להקים חברה שמטרתה איננה עסקית. כדי לא לפגוע בחברות לתועלת הציבור שכבר קיימות קובע סעיף 428 להצעה כי על חברות שכבר שהוקמו לתועלת הציבור יחול הדין הישן. אין הסבר למהלך זה. על פי מה שידוע סברו מנסחי ההצעה כי מן הראוי שמערכת משפטית אחרת תחול על תאגידיים שאין מטרתם רווח כלכלי בלבד. יש להתפלא על גישה זו. מנסחי ההצעה עצמה קבעו כי הפילוסופיה העומדת ביסוד הרפורמה המוצעת היא האוטונומיה של הרצון הפרטי. הפרט חופשי להתאגד והוא צריך להיות חופשי לקבוע את תוכן התאגדותו. מזור מאוד לכן שזכותו של הפרט היא להתאגד על מנת להרוויח כסף אך לא כדי להשיג מטרות אחרות מועילות לחברה. האינטרס החברתי מחייב עידוד הקמתם של מוסדות חברתיים לא רווחיים. במקרים רבים, אם לא יהיו תורמים אישיים שיקימו בהתנדבות אירגונים אלו, תיפול המעמסה על כתפי המדינה. לעתים, אירגונים אלו כלל לא יקומו.

נדמה כי מנסחי הצעת חוק החברות לא היו ערים מספיק לתוצאות המעשיות של הצעתם ולקשיים שיעמדו בעתיד בפני אלו שירצו להקים גופים גדולים שלא למטרות רווח. כפי שהסברנו, האפשרויות האחרות הקיימות כיום להתאגדויות לא רווחיות אינן יעילות מספיק.

לדעתנו, מן הראוי להמשיך להשאיר בחוק את האפשרות להקמת חברה לתועלת הציבור. אם לא ייעשה כך, תפגע קשות וללא סיבה האפשרות להקמת תאגידיים שמטרתם ציבורית. תוצאה שיש להצטער עליה וסביר להניח שאיש לא מתכוון לה.

תחילה את הרקע הסוציולוגי והחברתי של מוסדות ללא כוונת רווח, שהקדש הוא סוג מיוחד שלהם. לענייננו, התופעה הברורה ביותר היא צמיחתו של מה שמכונה "המיגזר השלישי" במדינות המערב וישראל בכללן.

המונח "המיגזר השלישי" מתייחס למכלול האירגונים שאינם מתייחסים ל"מיגזר העסקי" או ל"מיגזר הציבורי". ישויות משפטיות (בעיקר חברות) שמטרתם היא הפקת רווחים כלכליים גרידא משתייכות למיגזר העסקי. אירגונים המוקמים על פי חוק או תקנות והכפופים להם מכונים "המיגזר הציבורי". רשות הנמלים, רכבת-ישראל, וכי הן דוגמאות לאירגונים סטטוטוריים המשתייכים למיגזר הציבורי. המיגזר השלישי מורכב מכל אותם אירגונים שאינם שייכים למיגזר העסקי ולמיגזר הציבורי ומכאן שמו.

לאירגונים הנמצאים תחת מטריה זו ישנם שמות רבים, התנדבותיים, פילנתרופים, למטרות צדקה, ללא מטרות רווח, וכו'. מבחינה טכנית, רבים מהם דומים לתאגידים ציבוריים מבחינת המבנה והניהול. דהיינו, קיימת הירארכיה ביורוקרטית, מנהלים מקצועיים, ועדות ביקורת, ועוד. אחרים דומים יותר לאירגונים עסקיים בהתייחס ליוזמתם הפיננסית, סיכונים הנלקחים על ידם, ושיקולי רווחיות העומדים בבסיסם. מקובל לאפיין את אירגוני המיגזר השלישי בכך שחלק משמעותי ביותר מקיומם ופעילותם הוא תוצאה של פעילות רצונית והתנדבותית. פעילות המתבטאת בתמיכה כספית ועבודת מתנדבים שבלעדיהם לא יוכל האירגון להתקיים. מכך נובע שחלק ממקורות הכנסתם הוא דמי חבר רצוניים, תרומות מפרטים ומתאגידים, ובקצרה, מהכנסות התלויות ברצונו הטוב של הציבור.

בשני העשורים האחרונים קיימת בעולם מעין מהפכה שקטה הקשורה למיגזר השלישי. מדובר בתהליך עולמי, שבמסגרתו גדל באופן משמעותי מספרם, אפיקי פעולתם,

בתכלית שלושת ההסדרים השונים, הרי ישנו הבדל מהותי בין ההקדש הציבורי לבין העמותה והחל"ת. הבדל זה נעוץ במקורות המימון של הגופים השונים. רוב העמותות והחברות לתועלת הציבור מסתמכות על תקציבים מממשלתיים/עירוניים לשם מימון רוב פעולותיהן. רק למיעוט מהן ישנו תקציב עצמי בעת הקמתן. לפעמים יש ועמותות קמות ונוסדות רק כדי שיוכלו להיות סמוכות על עטיני הקופה הציבורית. בנוסף לכך, מתחרות הללו על תרומות שונות מהארץ ומחו"ל לשם מימון פעולותיהם. מקור שגם הוא מוגבל.

כך למשל, בשנת 1991 היו מקורות המימון של החינוך הגבוה בישראל כדלהלן: כ-53% תמיכה ממשלתית ורשויות מקומיות, כ-13% תרומות, והשאר משכר לימוד וגביות שונות ע"י המוסדות.<sup>17</sup> כל המוסדות להשכלה גבוהה הם מלכ"רים אולם אין ספק כי ככל שירבו קרנות (המהווים הקדשות ציבוריים) שיתמכו בהם, כך גם ייטב לציבור בכללותו.

הקדשות ציבוריים לעומת זאת נוסדים בדרך כלל כאשר בבעלותם קרן ו/או נכס המניבים פירות אותם יש לחלק. על הנאמנים לדאוג לניהול תקין של הנכסים ולחלוקה הוגנת ובהתאם למטרות ההקדש, אולם אין הם צריכים לחשוש מכך שלא יהיה להם תקציב כנדרש. הקרן כמעט תמיד מגיעה מאנשים פרטים שנדבו מרכושם האישי לשם הקמתה. מבחינה זאת, האינטרס הציבורי צריך לעודד הקמת הקדשות ככל האפשר. אחרי ככלות הכול, לא מדובר בגופים שידרשו תקציבים והיו לנטל על הקהילה. להיפך, מדובר בגופים הרוצים ומעוניינים לחלק כספים, למטרות שהציבור זקוק להן.

### 3. צמיחת "המיגזר השלישי"

כל דיון בנושא ההקדשות יהיה חסר, אם לא נבדוק

17 לפירוט הנתונים ראה "מוסדות ללא כוונת רווח בישראל 1991" הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה פרסום מס' 1016, (ירושלים, 1996) עמ' 61 (להלן "מלכ"רים בישראל").

רותמים את הציבור לפעולה חיובית לעזרה עצמית; ועוד.<sup>21</sup>

מעמדו החזק של המיגור השלישי בישראל תואם גם את המסורת היהודית. אירגונים שמטרנם צדקה ודת הם מוסדות ותיקים ביותר בהיסטוריה של עם ישראל בכלל וארץ ישראל בפרט. אירגונים אלו הוקמו על ידי נבנים בודדים ועל ידי הקהילה בכללותה מתוך מטרה ליצור מוסדות דת וחסד לטובת בני דתם ולטובת נצרכים בכלל. בהתחשב בריבוי אירגוני הצדקה השונים שאפיינו את חיי היהודים בגלות, רק טבעי שגם בישראל יינתן ביטוי לכך.

מבלי להיכנס לפרטים על התיאוריות השונות, העובדות מוכיחות שהליך זה מצא את ביטויו גם בישראל.<sup>22</sup> בשנת 1980/1981 היה גודלו של המיגור השלישי כ- 8% מהתוצר הלאומי הגולמי (תל"ג).<sup>23</sup> בשנת 1991 היה גודלו של המיגור השלישי כ- 11.4%.<sup>24</sup>

גם אם נניח שחלק מההבדל נובע מכך שהמחקרים נעשו על ידי גופים שונים, ואולי בשיטות שונות במקצת, נראה שעלייה זו מבטאת את המצב האמיתי. סביר להניח על פי העבר, שהיקפו וחשיבותו זו של המיגור השלישי רק תגדל בעתיד, ובצדק.

#### 4. ההיסטוריה המשפטית של מוסד ההקדש בישראל

ההקדשות הם מוסד פילנתרופי ותיק בהיסטוריה של ארץ ישראל. המסגרת החוקית בה הוקמו הקדשות

והשפעותיהם של אירגוני המיגור השלישי. הליך שהיו שקראו לו "מהפכת ההתאגדויות העולמית" (THE GLOBAL ASSOCIATIONAL REVOLUTION).<sup>18</sup>

ישנן דיעות שונות על הסיבות להתפתחות זו. יש הרואים בה תוצאה של אידיאולוגיות ליברליות שערערו על ההנחה כי המדינה היא בעלת אחריות כוללת לרווחת תושביה. לפי תפיסות אלה ששורשיהם מופיעות עוד אצל סטיוארט מיל, המדינה איננה המכשיר הטוב והראוי לעזרה הדדית. יתירה מזו, ישנה חשיבות לכך שאנשים מן הישוב ולא רק המדינה יבצעו פעולות סיוע שכאלו אפילו תוכל המדינה לבצעם בצורה יעילה יותר.<sup>19</sup>

יש הטוענים כי הסיבה העיקרית היא כישלונן של השוק החופשי לספק את הנדרש. לטענתם, קבוצות אוכלוסייה מסוימות אינן מקבלות מענה נאות לצרכיהן ועל כן הן מקימות מסגרות עצמאיות לסיפוק שירותים. במלים פשוטות, המיגור השלישי בא לספק את מה שלא ניתן לספק במסגרת ציבורית ואין אפשרות כלכלית למכור במסגרת השוק.<sup>20</sup>

עלייתו של המיגור השלישי מתקבלת בברכה גם על ידי הוגי דיעות הרואים בו כתורם בנקודות שונות לחיים הדמוקרטיים במדינה המודרנית. אירגונים אלו מגבילים את עצמתה של המדינה על ידי מילוי תפקידים חברתיים; בהיותם קרובים לשטח, הם מאתרים צרכים אמיתיים, מעלים נושאים על סדר היום הציבורי, וקשובים למשאלות האזרחים; הם תורמים בפועל לצרכים ציבוריים; הם מעודדים השתתפות בחיים הציבוריים; הם

18. L.M. SALMON, & H.K. ANHEIER, THE EMERGING SECTOR: AN OVERVIEW (BALTIMOR, JOHNS HOPKINS UNIVERSITY, INSTITUTE FOR POLICY STUDIES 1994).

ראה גם את ספרו של Gelatt העומד על הצורך להתכונן מראש להתפתחות זו:

J.P. GELATT, MANAGING NONPROFIT ORGANIZATIONS IN THE 21st CENTURY (OXFORD PRESS 1992).

19 ראה לעניין זה ג. ס. מיל על החירות (תרגום אריה סימון) (מהדורה שלישית, תש"ם), עמ' 206-212.

20 B. WEISBORD, THE NONPROFIT ECONOMY, (CAMBRIDGE, HARVARD UNIVERSITY PRESS 1988)

21 ראה בענין זה: י. ישי תרומת המלכ"רים לדמוקרטיה בת זמננו במגזר השלישי גליון 10, יולי 1996, עמ' 5-4. (בי"מגזר השלישי זה שם העיתון).

22 סיכום קצר וממצה של הדיעות השונות (ע"י ב. גדרון) נמצא במלכ"רים בישראל עמ' 17-28.

23 ר. רוטר, נ. שמאי, פ. ווד, ד. גליקסברג מגזר ההתנדבות ומוסדות ללא כוונת רווח, (ירושלים. המרכז לחקר המדיניות החברתית, 1985).

24 מלכ"רים בישראל, עמ' 29.



3. **אל אראצ'י אל מתרוכה ("מתרוכה")** - מקרקעין ציבוריים שהיו רכוש הרבים או רכוש הכפר באופן בלתי מוגדר (כמו דרכים או בארות).

4. **אל אראצ'י אל מואת ("מואת")** - קרקע מופקרת ("מתה") שאיננה שייכת לאיש. על פי החוק היו קיימות הגדרות פורמליות לכך שהיו קשורות למרחק "השמיעה" מהכפר, ועוד.

5. **אל אראצ'י אל מוקופה ("ווקף")** - קרקע של הקדש. יש לזכור כי קרקעות אלו היו יכולות להיות מוקדשות לאנשים פרטיים ולא דווקא לציבור. דהיינו, ראובן מקדיש את הקרקע אך פירותיה הם לשימוש בני משפחתו עד עולם. על קרקע זו קיימים הגבלים שונים.

מלכתחילה הייתה מטרת הווקף הקמת מוסדות ציבוריים בהם היה צורך בתחילת הכיבוש המוסלמי. אלא שעם הזמן התברר יתרון אחר של סוג מקרקעין זה. היות ופורמליות המקרקעין שהוקדשו לווקף שייכים לאללה, הרי אפילו הסולטן לא יכל היה להחרים קרקע שהוכרה כווקף. כך קרה שאנשים רבים הקדישו את נכסיהם כשהפירות שמורים לבני משפחתם מתוך מטרה להגן עליהם מפני החרמת הרכוש.<sup>27</sup> נציין כי לפי הדין השרעי כמעט ואין אפשרות למכור הקדש וקשה מאוד גם להרוס מבנה הקדש ולבנותו מחדש. כתוצאה מכך הצטברו במהלך השנים מספר רב ועצום של ווקפיות שלא תמיד ניתן היה לפתחם כיאות.<sup>28</sup> דבר שגרם לדעת מומחים

בישראל חופפת את ההיסטוריה המדינית של ארץ ישראל ואת ההסדרים החוקיים שהיו רווחים כאן בתקופות שלטון שונות. אשר על כן אין כל אפשרות לדבר על מסגרת חוקית עקבית לאורך התקופה. יש לכן לסקור את התקופות השונות בהן נוצרו הקדשות ואת החוק שחל בכל תקופה ותקופה.

#### 4 (א) המצב בתקופת האימפריה העותומנית

המשפט העותומני בענייני מקרקעין היה נחשל למדי.<sup>25</sup> העיקרון המרכזי היה כי המקרקעין שייכים לשלטון (הסולטן) ושאר האנשים רק מחזיקים בהם זמנית. החוק הקובע היה חוק הקרקעות העותומני משנת 1274 להגירה (1858).<sup>26</sup> פורמלית הוכרו חמישה סוגי מקרקעין בסעיף 1 לחוק זה.

1. **אל-אראצ'י אל ממלוכה ("מולק")** - מקרקעין שנחשבו כקנינו המוחלט של הבעלים (כמו מיטלטלין). תיאורטית לא יכלו מקרקעין כאלו להיווצר אולם קרה שהסולטן העניק קרקעות לקציני צבא משוחררים או למקורבים אחרים.

2. **אל-אראצ'י אל אמיריה ("מירי")** - מקרקעין בהם קיימת לבעלים זכות אכילת פירות בלבד בעוד שהקרקע עצמה נשארה בבעלות הסולטן (האמיר-ומכאן השתבש השם ל"מירי"). על קרקע זו חלו מיגבלות שונות. לענייננו חשוב לדעת כי לא ניתן היה להקדיש מקרקעי מירי.

25 על חקי המקרקעין בתקופה העות'מאנית ראה: מ. דוכן **דיני קרקעות במדינת ישראל** (מהדורה ראשונה משנת תרפ"ה-1925 להלן "דוכן (מהדורה ראשונה)", מהדורה שניה ומורחבת משנת תשי"ג-1953 להלן "דוכן (מהדורה שניה)"). ראה גם א. ברשמש **חוקי הקרקעות במדינת ישראל** תשי"ג-1953. א. מני "הקנין באשלאם ובישראל" **רשימות עו"ד** (כרך א') (תשי"א). א. גרנובסקי **המשטר הקרקעי בארץ ישראל**, (תשי"ט).

26 תירגום החוק לעברית נמצא בסוף ספריהם של דוכן (שתי המהדורות), ובך-שמן. החוק עצמו לא התיימר ליצור הסדר משפטי חדש אלא לארגן ולבסס את המצב שהיה קיים בזמן חקיקתו. היוצא מכך הוא שלמרות שהחוק הוא מאמצע המאה התשע-עשרה, הוא משקף מבנה משפטי מוקדם הרבה יותר. על מקורו של חוק זה ראה א. סוכובולסקי "חוק הקרקעות העות'מאני" **קשת: ספרות, עיון, בקורת** מ"ח (קייץ תשי"ל-1970) עמ' 72. ראה גם:

Roderic Davison **Reform in the Ottoman Empire 1856-1876** (Princeton 1963)

27 על המניעים השונים ליצירת ווקף ראה ג. בר **מבוא לתולדות היחסים האגראריים במזרח התיכון 1800-1970** (תשל"ב) עמ' 75.

28 על פי **דוכן (מהדורה ראשונה)** לעיל הערה 25, עמ' 63, כשבעים וחמישה אחוזים מהקרקעות בעיבוד בטורקיה היו ווקפיות.



שונים לפגיעה בכלכלה.<sup>29</sup>

(ב) ההקדשה הינה לתכלית חוקית.

(ג) המקדיש הביע את רצונו להקדיש את הנכסים. הבעת הרצון יכולה לבוא לידי גילוי בכל אופן שהוא בלא צורך בדרישות פורמליות או פעולות חגיגיות. אי אפשר להקדיש נכס על תנאי ואין אפשרות לבטל הקדש לאחר הקדשתו.

על פי הדין השרעי, קיימים שני סוגי הקדשות: הקדש "אמיתי" והקדש "לא אמיתי" וזאת בהתאם לסווג הקרקע נשוא ההקדש:

הקדש "אמיתי" (=ווקף צחיחי') יכול להתייחס רק לקרקע מסוג "מולק" הנחשבת כרכושו המוחלט של המקדיש ולכן ביכולתו להקדישה.

הקדש "לא אמיתי" (=ווקף עיר צחיחי') הוא הקדש החל, בתנאים מסוימים, על קרקע מסוג "מירי". אין אפשרות להקדיש קרקעות מן הסוגים "מתורכה" או "מוואת".<sup>32</sup>

במסגרת זו נוצרו הקדשות יהודיים רבים שחלק ניכר מהם פעיל עד היום הזה. מסיבות ברורות, ההקדשות מרוכזות ב"ארבע ערי הקודש" - ירושלים, צפת, טבריה, וחברון. אלא שבנוסף לכך קיימים עוד הקדשות במקומות אחרים. במיוחד איזורים שאוכלסו על ידי יהודים עוד בתקופה העותומנית. כך למשל ישנם הקדשות באיזור יפו והשכונות הותיקות בתל-אביב (נווה-צדק ונווה שלום).

לסיכום ניתן לומר כי בתקופה העותומנית יכלו להיווצר הקדשות (גם על ידי מקדישים יהודים או נוצרים) אך ורק

קיימות בעיות נוספות בחוק הקרקעות העותומני שדחו יהודים לשימוש בהקדש כפתרון משפטי. הראשונה היא העובדה שחוק זה לא הכיר באישיות משפטית נפרדת משל אדם. בשל כך לא ניתן היה לרשום קרקע על שם חברה ו/או אגודה ו/או אירגון צדקה כלשהו אלא על שם אדם בלבד.<sup>30</sup> השניה היא כי לעתים לא ניתן היה לרשום קרקע אלא על שם אזרח עותומני. היהודים מצאו פתרונות שונים לבעיות אלו. יש שרשמו הקרקע על שם נאמנים (בד"כ רבני העיר) כאשר הנאמנים מפקידים לפעמים ערבות חתומה בביה"ד או בקונסוליה הרלוונטית.<sup>31</sup> השימוש בהקדשות לפני בית-הדין השרעי היה אחד הפתרונות לבעיות אלו.

בתקופה העותומנית הייתה רק דרך אחת מחייבת ליצירת הקדשות, והיא בפני בתי הדין השרעים על פי החוק השרעי (מה שקרוי "וואקף"). יש לציין שגם הקדשות פרטיים יכלו להיווצר ונוצרו במסגרת זו. גם הקדשות נוצריים נוסדו בפני ביה"ד השרעי משום שהשלטונות העותומניים הכירו רק בחוק השרעי כדין המחייב.

בעיקרון, הקדשה לפי דין זה, צריכה הייתה להיעשות בשטר הקדש, בפני השופט הדתי (=הקאדי) בצורה פורמלית. ההקדשות נרשמו בספרי ההקדשות וחלק מספרים אלו שרד עד היום הזה. התנאים המוקדמים להקדשת נכסים היו:

(א) המקדיש אינו מוגבל בזכויותיו, כלומר הנכסים הם מן הסוג שהחוק מתיר להקדישם;

29 בעיה זו התעוררה גם בישראל, מני, לעיל הערה 25, בעמ' 429, אומר על כך "התוצאה המעציבה כיום שהרבה הרבה נכסים, ויש שהם בתוך תוכו של הישוב ההולך ומתחדש, עומדים כאבן נגף: בנינים נופלים או נוטים לנפול באין מוצא". ראה גם גרנובסקי, לעיל הערה 25, שם, בעמ' 126-128. תוצאות אלו התעוררו בנסיבות דומות גם באנגליה וצרפת. ראה בעניין זה כרם, לעיל הערה 4, 10 הי"ש 12-14.

30 מצב זה שונה רק בשנת 1909 עם חקיקת חוק האגודות העותומאני משנת 1327 להגירה (1909) שעמד בתוקפו עד לחקיקת חוק העמותות. 31 מעבר לבעיות המשפטיות, היתה גם הבעיה המעשית של התנכלות פקידי השלטון הטורקי לרכישות קרקע על ידי יהודיים. ראה על בעיות משפטיות ומעשיות אלו: ל. דוכן-לנדוי **החברות הציוניות לרכישת קרקעות בארץ-ישראל 1897-1914** (הוצאת יד יצחק בן-צבי ירושלים תשי"מ) עמ' 13-50.

32 לדיני הווקף ראה: ש.ד. גויטיין וא. ברשמש **המשפט המוסלמי במדינת ישראל** (תשי"ח) 153-172. ראה גם מני, לעיל הערה 25, שם, בעמ' 427-437, דוכן לעיל הערה 25 (מהדורה שניה), עמ' 62-77, גרנובסקי, לעיל הערה 25, שם, בעמ' 123-134.



ס"ק (1) ו-(2) לעיל בוטלו ביום כ"ד באלול ה'תשי"ג - 4 בספטמבר 1953.<sup>34</sup> ס"ק (3) לא בוטל והוא משמש עד היום כבסיס החוקי ליצירת הקדשות דתיים על ידי בתי הדין הרבניים והשיפוט בעניינם.

בהודעה שפורסמה בעיתון הרשמי של ממשלת המנדט מיום 1.4.1921 הכירה ממשלת המנדט בבתי הדין שאושרו על ידי מועצת הרבנות הראשית לא"י כבתי-הדין הרבניים לצורך סעיף זה:

"ממשלת פלשתינה (א"י) תכיר במועצה (=מועצת הרבנות הראשית) ובכל בית דין שיתאשר על ידה כבמוסד בן הסמך האחד בכלל הנוגע למשפט היהודי."<sup>35</sup>

בהתאם לסמכות שהוענקה לבתי הדין הדתיים בסימן 53 לדבר המלך במועצה, נוסדו במשך השנים 1922 עד 1979 - מועד חקיקת חוק הנאמנות - מאות הקדשות בפני הרכבים מיוחדים של בתי הדין של הרבנות הראשית לא"י לפני קום המדינה ובפני בתי הדין הרבניים לאחר קום המדינה. הקדשות אלו מוקמים ומנוהלים על פי דיני ההלכה היהודית.

#### 4 (ב)2. פקודת ההקדשות לצורכי צדקה.

בשנת 1924 חוקקו הבריטים פקודה המאפשרת רישום הקדשות לצורכי צדקה בפני בית המשפט ("פקודת ההקדשות לצורכי צדקה" להלן "פקודת ההקדשות").<sup>36</sup> הפקודה לא הוחלה על הקדשות שנוסדו בפני בתי הדין הדתיים לפני תחולתה כך שאפשרויות ייסוד הקדש לפני בתי-דין לא השתנו.<sup>37</sup>

בנוסף לפקודה זו, נתקבלה בשנת 1947 פקודת ההקדשות לצורכי צדקה (הנאמן הציבורי) וכן תקנות לענייני צדקה (הנאמן הציבורי), 1947.<sup>38</sup> בפקודה זו ניתנו

כ"יוקף" על פי הדין השרעי והדין החל עליהם היה הדין השרעי (להלן "יוקפיות"). אפשרות זו בוטלה עם הכיבוש הבריטי וחקיקת דבר המלך במועצה שהסדיר גם את נושא ההקדשות ע"י יהודים.<sup>33</sup> יהודים רבים ניצלו אפשרות זאת במשך מאות שנים בתקופת השלטון העותומני, ובמיוחד בשלהי תקופה זו עם גדילת הישוב.

#### 4 (ב) תקופת המנדט הבריטי על ארץ ישראל:

##### 4 (ב) 1. מתן סמכות לבתי-דין רבניים.

עם כיבוש הארץ על ידי הבריטים, חוקק דבר המלך במועצה משנת 1922 שהגדיר את סמכותם של בתי הדין המוסלמיים, הנוצרים או היהודים. בדבר חקיקה זה הכירו שלטונות המנדט הבריטי לראשונה, בסמכותם של בתי דין דתיים לא מוסלמיים לנהל במסגרת החוק הדתי המיוחד לכל עדה דתית עניינים מסוימים, ביניהם נושא ההקדשות.

סימן 53 לדבר המלך במועצה, המתייחס לבתי-דין רבניים קובע:

"53. לבתי הדין הרבניים של העדה היהודית יהא:-

(1) שיפוט יחיד בענייני נישואין וגיטין ( . . . )

(2) שיפוט בכל עניין אחר של מצבם האישי של אותם אנשים ( . . . )

(3) שיפוט יחיד בכל עניין הנוגע ליצירתו או להנהלתו הפנימית של ווקף או הקדש דתי שנוסדו לפני בית דין רבני לפי דיני ישראל."

33 בית המשפט העליון, בע"א 27/49 לבנון נ' אלמליח, פ"ד ג 68 קבע, כי לבתי הדין השרעיים לא היתה סמכות לייסד הקדש שלא נוצר לטובת מוסלמים החל בתאריך פרסום דבר המלך במועצה.

34 חוק לביטול דינים שנושנו, התשמ"ד - 1984, ס"ח 1113, 94.

35 הכרה זו אושררה בסימן 74 לדבר המלך.

36 פקודת ההקדשות לצרכי צדקה, חא"י כרך א פרק י"ד, פקודה מסעיף 26.

37 ראה סעיף 43 לפקודה.

38 תקנות ענייני צדקה (הנאמן הציבורי), 1947, ע"ר 1947, תוסעיף 2 (ע) 795 .



אותה פקודה."

סעיף 3. לפקודת בתי הדין האזרחיים והדתיים קובע:

"אם לא הוגשה בקשה כזו או אם הוגשה ולא נתקבלה ע"י בית המשפט האזרחי

(א) ( . . )

(ב) משפט או מו"מ משפטי אחר בדבר הנהלת וקף כזה יובא בפני בית הדין של העדה הדתית שמקדיש הוקף השתייך לה; ( . . )".

העולה מאלה הוא כי לוקף שנעשה על ידי יהודים (כמו גם על ידי נוצרים) בפני ביה"ד השרעי ניתנו שמונה עשר חודש (בשנת 1926) כדי לבחור אחת משתי אפשרויות. ירצו, יוכלו האפוטרופסים (או המקדיש) להמירו להקדש לצרכי צדקה. לא ירצו, יחול עליו דינו של המקדיש. ברירת המחדל במקרה של חוסר פעולה היתה החלת סמכותו של ביה"ד של העדה אליה השתייך המקדיש.

מספר ווקפיות יהודיות אכן הגישו בקשות לבית-המשפט על מנת להחשב כהקדש לצרכי צדקה על פי הפקודה, והיום הם אכן תחת פיקוחו של בית-המשפט המחוזי בישראל.<sup>41</sup> אולם, רוב הווקפיות לא עשו זאת מתוך כוונה להיכלל תחת כנפיו של ביה"ד היהודי. לאור זאת ועל פי הוראות ס"ק (ב) לעיל, ראו עצמם בתי הדין הרבניים כמוסמכים לדון בכל עניני הווקפיות היהודיות שלא בקשו מביהמשי"פ להחשב כהקדש ע"פ פקודת ההקדשות. ואכן במשך שבעים השנה מאז חקיקת הפקודה דנו בתי-הדין הרבניים בווקפיות יהודיות על כל המשתמע מכך.

סמכויות נרחבות למדי לנאמן הציבורי לרשום הקדשות לצרכי צדקה ואף להשתתף בניהולן.<sup>39</sup>

העולה מזה הוא כי בתקופת המנדט הבריטי היו שני מסלולים מקבילים לייסוד הקדשות. דרך אחת הייתה לייסד הקדש על פי הדין הדתי. במקרה של יהודים הכוונה הייתה להקדש שיוקם וינהל על פי ההלכה היהודית (להלן "הקדש דתי"). דרך שנייה הייתה לייסד הקדש על פי פקודת ההקדשות והדין שיחול עליו יהיו הפקודות הרלוונטיות (להלן: "הקדש לצרכי צדקה").

#### 4 (ב) 3. מעמדן המשפטי של ה"ווקפיות" היהודיות.

נשאלת השאלה מה דינם של הקדשות לא מוסלמיות (יהודים ונוצרים) שנוצרו לפני בית-הדין השרעי לפני הכיבוש האנגלי. מהו הדין שיחול עליהם? ומיהו בית-המשפט/בית-הדין שידון בעניינם? האם יחול הדין השרעי או דינם האישי? אין בפקודת ההקדשות כל הוראות מעבר לגבי הקדשות אלו. חסרון זה של הוראות מעבר לגבי ה"ווקפיות" הלא מוסלמיות מולא בפקודת בתי הדין האזרחיים והדתיים (שיפוט) משנת 1925.<sup>40</sup> סעיף 2 לפקודה זו קובע את ההוראות הבאות:

"וקף לא מושלמי שנעשה בפני בית דין מושלמי לפני התפרסם דבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922, יוכל המקדיש של אותו וקף או ( . . ) רוב האפוטרופסים של הוקף ( . . ) לפנות לבית המשפט האזרחי תוך שמונה עשר חודש מהתאריך לעיל ( . . ) בבקשה להמיר את הוקף ולעשותו הקדש לצרכי צדקה ע"י הוראות פקודת ההקדשות לצרכי צדקה; ומשהוגשה הבקשה יוכל בית הדין להודיע שהרכוש יוחזק בתורת הקדש ע"י הוראות הפקודה דלעיל כאילו נוצר ההקדש ע"י הוראותיה של

39 כעיקרון, הנאמן הציבורי היה פקיד ממשלתי שיכל להצטרף לנאמנויות כנאמן נוסף ולבצע פעילויות שונות במידה ולא נמצאו נאמנים מתאימים.

40 פקודת בתי הדין האזרחיים והדתיים (שיפוט), חא"י כרך א' עמ' (ע) 134.

41 רוב הווקפיות היהודיות האשכנזיות היו בידי היישוב הישן. בזמן חקיקת הפקודה היה הרב הראשי ונשיא מועצת הרבנות הראשית הרב קוק. כמה מקנאי ירושלים סירבו לקבל על עצמם את ביה"ד שהוא ישב בראשו והעדיפו להירשם כהקדש חילוני. התוצאה היתה שכמה מהמוסדות הקיצוניים ביותר של אותה תקופה כגון בית היתומים "דיסקין" וכוללים שונים פועלים כיום במסגרת חוק הנאמנות הישראלי ולא תחת פיקוחו של בית-דין. ראה בעניין זה מ. פרידמן **חברה ודת - האורטודוקסיה הלא-ציונית בארץ-ישראל** (הוצאת יד יצחק ברצבי ירושלים, תשל"ח) עמ' 228-229.



#### 4 (ב) 4. הלכת פודהורצר והשלכותיה.

לאחרונה ממש (בתאריך 19.9.96) ניתנה, על ידי הדין המיוחד, החלטה בעלת תוצאות מעשיות מרחיקות לכת.<sup>42</sup> כפי שהזכרנו למעלה, מזה כשבעים שנה דנים בתי-הדין הרבניים בכל מה שקשור להקדשות שנעשו על ידי יהודיים לפני בתי-דין שרעיים בתקופה העיוותמאנית ("יוקפיות"). אולם בהחלטה זו קבע ביה"ד המיוחד כי בתי-הדין אינם מוסמכים לכך וכי המוסמך היחיד לכך הוא בית-המשפט המחוזי.

במקרה הנוכחי היתה מחלוקת בין ביה"ד הרבני לבין ביהמש"פ המחוזי בסמכות מי ההקדש ועל כן עברה השאלה להכרעתו של ביה"ד המיוחד<sup>43</sup>. בית-הדין המיוחד התבקש להכריע בשאלה האם שאלות המתייחסות לניהול הקדש שנוצר ע"י יהודי בפני ביה"ד שרעי מצויות בסמכותו של ביה"ד רבני או בסמכותם של בתי-משפט אזרחיים.

הועלתה טענה שמקורותיה עוד בתקופת המנדט הבריטי, לפיה, פקודת בתי-הדין האזרחיים והדתיים (שיפוט) חוקקה בחוסר סמכות משום שכל שינוי בסמכויותיהם של בתי-דין צריך להעשות על ידי דבר המלך במועצה ולא על ידי פקודה מנדטורית. טענה זו הועלתה בבדי"מ 441/43 לגבי הקדש שנוצר בשנת 1899 על ידי אזרח בריטי, חבר העדה המרוניטית ונדחתה על ידי אותנו בית-דין מיוחד. אלא שבשנת 1958 התקבלה טענה זו בבג"ץ 59/58<sup>45</sup> על ידי השופט לנדוי בענין בית דין של העדה היונית קתולית. שני שופטי בית המשפט העליון (כב' המשנה ש. לוי וי. זמיר) הסתמכו על בג"ץ זה וקבעו כי פקודת בתי-הדין האזרחיים והדתיים (שיפוט) בטלה כולה וממילא הסמכות על הקדשות יהודיים שנוצרו לפני

בי"ד שרעי נתונה לבית המשפט האזרחי ולא לבית-הדין הדתי.

דין ביה"ד הרבני הגדול (כב' הרב י. נדב) הסתמך על פסיקה מאוחרת יותר שנגעה בענין סמכותו של בית-הדין המיוחד,<sup>46</sup> ובנימוקים אחרים על מנת לקבוע כי הסמכות צריכה להשאר בידי בתי-הדין הרבניים. בדעת רוב של שני שופטי ביהמש"פ העליון מול דין ביה"ד הרבני הגדול הוחלט, כי הסמכות על הקדשות יהודיים שנוצרו לפני ביה"ד שרעי נתונה לבתי המשפט המחוזיים.

מבלי להיכנס למחלוקת המשפטיות המסובכות שבבסיס ההחלטה, מתעוררות שאלות פרקטיות חמורות. מזה 70 שנה דנים בתי הדין הרבניים ביוקפיות יהודיות שנוצרו בבתי דין שרעיים. לדעת הממעיטים מדובר במאות הקדשות ברחבי הארץ. בתי הדין מינו נאמנים, אישור פעולות מכירה וקנייה של מקרקעין, ועוד. נשאלת השאלה, מה דינם של כל פעולות אלו? אם נקבל, כי לבתי הדין הרבניים לא היתה מלכתחילה כל סמכות לדון בהקדשות אלו, מה הוא, איפא, תקפן של ההחלטות שניתנו ושל הפעולות שנעשו בעקבותיהן?

אם אכן ניתנו החלטות אלו בחוסר סמכות, הן בטלות למפרע ולכאורה יכול כל אדם לקרוא עליהם תגר.<sup>47</sup> יתירה מזו, האם מוסמכים האפטרופסים שמונו ע"י בתי הדין לפעול? האם לא תשתק ההחלטה את כל ההקדשים הקיימים ופועלים כיום?<sup>48</sup>

השופט לוי, בפ"ד פודהורצר, היה מודע לכך בהחלטתו וכתב: "הגעתי לתוצאה זו שלא ברצון, אנוס על

42 בדי"מ 5257/94 פודהורצר נ. קופרשטוק (טרס פורסם) (להלן: פ"ד פודהורצר).

43 סעיף 4 לפקודת בתי הדין האזרחיים והדתיים (שיפוט) מתייחס למקרים של חילוקי דעות בין בית המשפט לבתי הדין:

"נחלקו בית משפט דתי ובית משפט אזרחי בשאלה אם הענין הנידון הוא ענין של וקף בגדר שיפוט המיוחד של בית דין דתי, מעבירים את הענין לבית המשפט המיוחד שהזכר בסעיף 55 של דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922".

ביה"ד המיוחד המוקם על פי סעיף 55 לדבר המלך הנ"ל מורכב משני שופטי בית-המשפט העליון ומדיין מביה"ד הרבני הגדול.

44 10 PLR 535

45 בג"ץ 59/58 ג'דאי נ' בית הדין של העדה היונית-קתולית-המלכיתית, פ"ד י"ב (3) 1812.

46 ראה בעיקר ע"א 262/62 קינס נ' שטיין, פ"ד י"ז(4) 2637.

47 מבחינה תיאורטית, ניתן לבקש את ביטולה של כל עיסקת מקרקעין שנעשתה בהקדש כזה בשבעים השנה האחרונות. הבעייתיות גוברת כאשר מדובר במקרקעין לא מוסדרים.

48 יש לציין שלא ברור מפקס הדין איזה מערכת דינים יחיל ביהמש"פ על הקדשות כאלו. אנו מניחים שהכוונה היא שחוק הנאמנות יוחל עליהם למרות שאין הוא עקבי לדן שחל עליהם עד עתה.



הציבוריים הקיימים. הקדשות ציבוריים חדשים חייבים היו להירשם בפני אותו מפקח, לדווח לו אחת לשנה על מצבם, ולהשקיע את כספי ההקדשות אך ורק בהתאם לתקנות. בהתאם לתיקון לחוק אכן תוקנו תקנות ההקדשות לצרכי צדקה, התשל"ד-1974.<sup>55</sup> תקנות אלו מטילות חובות שונות של רישום הוצאות ותקבולים על הנאמנים. בין התקנות יש להדגיש את תקנות 5(א) ו-5(ב) הקובעות כי: 5.א. "כספי ההקדש שאינם נחוצים לצרכי השוטפים יושקעו ....

(1) בניירות ערך אשר הוצאו מטעם המדינה או ההמדינה ערבה לפרעונים

(2) בדרך שהורה בית-המשפט

5.ב. הנאמן ינהל באמצעות בנק כל השקעה לפי סעיף זה.

#### 4(ג) 2. חוק הנאמנות תשל"ט - 1979

חוק הנאמנות התשל"ט-1979 (להלן "חוק הנאמנות") בא בראש ובראשונה להנהיג בארץ את הנאמנות הפרטית למטרות משפחתיות מסחריות והאחרות, ולהסדיר מחדש את דיני ההקדשות לצרכי צדקה.<sup>56</sup> וכדברי כותביו, הוא מאמץ בעיקרו את הלכות הנאמנות של המשפט האנגלי.<sup>57</sup> הצעת החוק בוקרה בזמנו על ידי מלומדים שונים,<sup>58</sup> וכפי שנראה לקמן בפרק 6, אכן קיימת בעייתיות מרובה בהסדר הנוכחי. השפעה לא מתוכננת של חוק הנאמנות היתה צמצום סמכותם של בתי-הדין הרבניים. פקודת

פי הדין. לדידי, אין הבדל של ממש בין הטיפול בבית הדין הרבני בהקדשים שנערכו לפניו לפי סימן 3(53) לבין הקדשים שנערכו על ידי יהודים לפני בית דין שרעי לפני שנת 1922 שלא לטובת מוסלמים. שיקולים שבאינטגרטיביות של השיטה המשפטית מצדיקים שאותה ערכאה תדון בהקדשים משני הסוגים. מן הראוי שהמחוקק יתן את דעתו על עניין זה".<sup>49</sup>

#### 4(ג) החקיקה הישראלית 4(ג) 1 טרם חוק הנאמנות.

פרט להעברת סמכויות שנבעה מעצם הקמת המדינה, לא נעשו שינויים מהותיים בשנים הראשונות לקום המדינה, פקודת ההקדשות לצרכי צדקה נשארה בתוקף. סמכויות שהיו מוקנות לפני קום המדינה לנציב העליון הבריטי בפקודת ההקדשות לצרכי צדקה, הועברו ע"י הממשלה לשר המשפטים, החל ביום כ"ג באדר ב' תשי"ט - 2 באפריל 1959.<sup>50</sup> הסמכויות שהיו מוקנות, לפני קום המדינה לנציב העליון הבריטי בפקודת ההקדשות לצרכי צדקה (הנאמן הציבורי) הועברו לשר הסעד.<sup>51</sup> תפקיד הנאמן הציבורי עצמו הועבר למשרד המשפטים בשנת התשמ"א.<sup>52</sup>

פקודת ההקדשות לצרכי צדקה תוקנה באופן משמעותי בשנת 1973.<sup>53</sup> הסיבה המרכזית שבעטיה תוקנה הפקודה היתה הנסיון להעמקת הפיקוח והבקרה על הקדשות.<sup>54</sup> זאת משום שפקודת ההקדשות לא הכילה כל הוראות שאיפשרו רישום ופיקוח. לצורך כך מונה מפקח על ההקדשות שאמור היה לרשום ולפקח על כל ההקדשות

49 דברי השופט ש. לוי, בע" 11 פסקה 7 לפסק הדין המקורי (רי' הערה 42).

50 החלטת הממשלה פורסמה ב"פ מסעיף 658 תשי"ט עמ' 883.

51 בהחלטת הממשלה מיום 23.3.1959.

52 י"פ מסעיף 2702 התשמ"א, עמ' 1325.

53 חוק לתיקון פקודת ההקדשות לצרכי צדקה (מסעיף 2), תשל"ג-1973, ס"ח 712, 262.

54 בהצעת החוק נאמר "מצב ניהולם של ההקדשות המרובים הקיימים במדינה, לסוגיהם השונים, והפיקוח עליהם ועל הנאמנים המנהלים אותם, אינו משיבוע רצון. עיקרו של החוק המוצע לתקן מצב זה לענין הקדשות שפקודת ההקדשות לצרכי צדקה חלה עליהם" (הצי"ח 992 תשל"ב, עמ' 226).

55 תקנות ההקדשות לצרכי צדקה, התשל"ד, ק"ת 3136, עמ' 690.

56 החוק נכנס לתוקף ביום 3.2.1980 - ששה חדשים לאחר פירסומו ברשומות ס"ח 941 מיום 3.8.1979.

57 ראה בעניין זה המבוא להצעת החוק, הצי"ח 1146, כי בחשוון תשל"ה 5.11.1974 עמ' 22.

58 ראה ויסמן, לעיל הערה 5, והספרות המצויינת שם.



מטרתנו העיקרית במאמר זה היא ההקדשות שעליהם חל חוק הנאמנות, וכן הקדשות יהודיים בפני בית-הדין הרבניים. התפרסות להקדשות אחרים תחרוג ממסגרתו של מאמר זה ותדרוש עיון מעמיק לכשעצמו. בכל מקרה, מן הראוי לגעת בקצרה גם בהקדשות של לא יהודים בישראל, הקדשות שהיקף נכסיהם אינו מן הפחותים ואולי אף יותר מההקדשות היהודיים.

#### 4(ד) 1. הקדשות מוסלמיות (ווקף) במדינת ישראל.

נכסי ההקדשות המוסלמיות, שנוסדו בתקופה העותומנית או בתקופת המנדט על פי הוראות סימן 52 לדבר המלך במועצה, נוהלו על ידי נאמנים ("מותוליס") פרטיים או על ידי חברי ועדת ההקדשות הממשלתית שפעלה על יד המועצה המוסלמית העליונה. ברוב תקופת המנדט היו קיימות ועדות ווקף בערים ירושלים, יפו, עכו, שכם, חברון ועזה שמעליהם עמדה ועדת ווקף כללית. בשנת 1937, בעצם ימי המאורעות, נשללו מהמועצה המוסלמית ומועדת ההקדשות שליטה כל סמכויותיה והועברו לוועדה ממשלתית עליונה. מאז ועד קום המדינה נוהלו הווקפיות המוסלמיות על ידי ועדות מעורבות של פקידים בריטים ומוסלמיות.

עם קום המדינה, הוכרו כל הווקפיות המוסלמיות שנאמניהן הוכרו כנפקדים כנכסים נפקדים ע"פ חוק נכסי נפקדים תשי"ב-1950.<sup>61</sup> התוצאה הייתה שנכסים אלו הועברו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים הפועל במסגרת משרד האוצר. האפוטרופוס עצמו הגיע להסדר עם משרד הדתות כי האחרון ישמש כנציג לצורך ניהול רכוש הווקף העירוני וכי ההכנסות יופנו למימון שירותי דת לעדה המוסלמית. משרד הדתות מינה לכן ועדות נכבדים

ההקדשות לצרכי צדקה משנת 1924 לא התייחסו להקדשות דתיים כלל וקבעה במפורש כי האמור בפקודה לא יפגע בווקפים והקדשות דתיים שנוצרו על פי דבר המלך. העולה מזה הוא כי הקדשות שנוסדו בפני בית-דין דתי בין השנים 1922 עד ל-1979 היו בסמכותם הבלעדית של בתי הדין הרבניים שכן הן הוראות פקודת ההקדשות לצרכי צדקה והן הוראות חוק הנאמנות (הוראות המעבר שבסעיף 44(א) - לא חלות עליהם.<sup>59</sup>

אולם חוק הנאמנות יצר מצב משפטי חדש. סעיף 41(א) קובע:

"לגבי הקדש דתי שנוסד בפני בית דין דתי על פי הדין הדתי רשאי בית הדין הדתי להורות שהוראות חוק זה בענין יצירת הקדש ובענין ניהולו הפנימי לא יחולו עליו".

בית המשפט פירש סעיף זה כקובע כי סמכותם של בתי הדין הרבניים לאחר חקיקת חוק הנאמנות מוגבלת ליצירת ההקדש וניהולו הפנימי בלבד, כאשר במונח "ניהול פנימי" כלולות הסמכויות למנות ולפטר נאמנים וכן לפקח על פעולותיהם. אולם יתר הוראות החוק שאינן קשורות לניהול פנימי חלות על ההקדש הדתי. גם סמכות זאת מותנית בכך שביה"ד יורה כי הוראות חוק הנאמנות אינן חלות עליו, ואם כי הדבר נשאר בצריך עיון, קבע בית המשפט כי מועד ההוראה צריך להיות זמן יצירת ההקדש ולא מאוחר יותר. בנוסף קבע ביהמ"ש כי אין בסמכותו של ביה"ד הדתי לבטל הקדש, והדבר בסמכות בית המשפט המחוזי בלבד.<sup>60</sup>

#### 4(ד) הקדשות לא יהודיים (מוסלמיות ונוצריים)

59 ענין זה נדון בע"א 5407/91 בש"א 189/93 אגודת ישיבת מדרש פורת יוסף נ' שאולוף, פ"ד מ"ז (3) 265.

"בסעיף 44 (א) אין כל התייחסות להקדש דתי, ולכן... על הקדש זה חל הדין שהיה קיים לפני חקיקת חוק הנאמנות....)

אם כוונת המחוקק הייתה שונה, קרי להחיל את הוראות חוק הנאמנות על הקדשים דתיים שנוצרו טרם חקיקת החוק, חזקה עלו שהייתה נקבעת הוראת מעבר להקדשים אלו, כדוגמת הוראת המעבר הקבועה בסעיף 44 לחוק והמתייחסת, כאמור, להקדש שהיה קיים לפי הפקודה. משמע, מכלל הן משמיע לנו המחוקק את הלאו. (שם, מול ז').

60 ראה דברי השופט מלך בפסה"ד הנ"ל. "כאמור, לגבי הקדש דתי שנוסד לאחר החוק רשאי בית הדין הרבני להורות, כי הוראות הנאמנות לענין יצירתו וניהולו הפנימי של ההקדש לא יחולו עליו. משמע, כל יתר הוראות החוק חלות על ההקדש הדתי, ( . . . ) אם כי בית הדין רשאי להורות שההוראות לענין יצירתו וניהולו של ההקדש לא יחולו עליו." (עמ' 271 מול ז' 272 מול א').

61 זאת בהתאם לסעיפים 1,4, 9 לחוק נכסי נפקדים, תשי"ב-1950, ס"ח 37, 86.

מוסלמים שניהלו את הרכוש בפועל. מצב זה לא סיפק את האוכלוסייה הערבית שהמשיכה לדרוש להחזיר את ניהול הווקף למוסדות אוטונומיים. בנוסף, התעוררו מספר בעיות משפטיות לגבי סמכות האפוטרופוס ביחס לנכסי הווקפים שברשותו.<sup>62</sup>

#### 4(ד) 2. הקדשות של העדות הנוצריות בישראל.

כפי שהזכרנו בפרק 4 (ב) לעיל, סימן 54 לדבר המלך במועצה - לא בוטל והוא משמש עד היום כבסיס החוקי להקמתם וניהולם של הקדשות דתיות נוצריים. על פי סעיף 3 לסימן זה: 54. לבתי-הדין של העדות הנוצריות השונות יהא: ..... (III) "שיפוט יחיד בכל הנוגע ליצירתו או להנהלתו הפנימית של ווקף או הקדש דתי שנוסדו לפני בית הדין הדתי בהתאם לחוק הדתי של העדה, אם יש לה לאותה עדה חוק דתי." המצב החוקי והמינהלי של הקדשות אלו איננו ברור כיום. לא לכל עדה נוצרית יש חוק דתי המתייחס להקדשות או אף חוק דתי אחר המיוחד לה, לפיכך לא ברור לפי איזה חוק יידונו נושאי ההקדשות של אותה עדה דתית נוצרית. לא ברור גם מי מוסמך לטפל בענינים אלו מטעם כל עדה נוצרית וכן לא נקבע מי המפקח מטעם המדינה על הקדשות נוצריים. שוב, לאור מצב לא ברור זה, נראה שרצוי שתעשה בדיקה יסודית במצב הקיים ושינוי מהותי בכל דרכי ניהולם של הקדשות הנוצריות בישראל.

#### 4(ה) סיכום ההיסטוריה המשפטית

סקירת ההיסטוריה המשפטית מראה לנו כי קיים מיגוון רחב של הקדשות שנוצרו בתקופות שונות, על פי מערכות דינים אחרות, ובפני רשויות נפרדות. קיימים הקדשות יהודיים ונוצריים שנוצרו לפני בתי-הדין השרעיים, הקדשות שהוקמו לפני בתי-דין לפני קום המדינה, והקדשות שהוקמו אחרי קום המדינה. הקדשות שנוסדו לפני בית-המשפט האנגלי, והקדשות שנוסדו לפני חוק הנאמנות ואחריו. מערכות הדינים גם הן שונות. כשמדובר

בתוצאה מכך, חוקק חוק נכסי נפקדים (תיקון מסעיף 3) (שחרור נכסי הקדשות והשימוש בהם) תשכ"ה-1965 שהיווה שינוי משמעותי בנכסי הווקף.<sup>63</sup> רפורמה זו היתה בעלת שני רכיבים עיקריים. ראשית, הנכסים הוקנו בבעלות מלאה לאפוטרופוס שיכל להעבירם לועדי הנאמנים ללא שום הגבלה. בכך נפטרו הנכסים מההגבלות שהוטלו בדין המוסלמי על הווקפיות ומנעו את פיתוחם. שנית, הועדים הוכפפו לפיקוח הממשלה ולא לבית הדין השרעי. יש לציין כי החוק לא התייחס לנכסי ווקף שנאמניהם לא היו נפקדים. הללו המשיכו וממשיכים להתנהל על פי הדין השרעי לפני ביה"ד השרעי. בפועל אבל, רוב נכסי ההקדשות המוסלמים הוגדרו כ"נכסי נפקדים".

על פי חוק זה מינתה הממשלה חמישה ועדי נאמנים לנכסי ההקדשות המוסלמיים הנמצאים בשטח מדינת ישראל. ועדי הנאמנים פועלים ביפו, רמלה, לוד, חיפה ועכו. כל ועד נאמנים הוא תאגיד, כשיר לכל זכות וחובה משפטיות, אך הוא אינו רשאי להעביר בדרך כלשהי העברה של מקרקעין שיש בהם מסגד. עוד נקבע בחוק, כי על כל ועד נאמנים לנהל את הנכסים שברשותו ולהשתמש בהנסות למטרות הבאות: מתן סעד לעניים; חלוקת מילגות לתמידי בתי ספר; להכשרה מקצועית; לשירותי בריאות; ללימוד דת וקיום פולחן או מנהגים דתיים ולכל מטרה אחרת שאושרה על ידי הממשלה לצרכי התושבים המוסלמיים שבתחום פעולתו של הוועד.

בשנת 1975, התקין שר האוצר את תקנות נכסי נפקדים (ועדי נאמנים), ה"תשל"ה - 1975.<sup>64</sup> תקנות מפורטות אלו

62 על הווקף המוסלמי בישראל ועל הרפורמה בשנת 1965, ראה א. ליש "הווקף המוסלמי בישראל" המזרח החדש ט"ו (תשכ"ה-1965) 38-56. י. רייטר "הערכת הרפורמה במוסד ההקדש המוסלמי בישראל: הוקף בעכו" המזרח החדש ל"ב (תשמ"ט-1989) 21-45.

63 חוק נכסי נפקדים (שחרור נכסי הקדשות והשימוש בהם), תשכ"ה - 1965, ס"ח 445, עמ' 48.

64 תקנות נכסי נפקדים (ועד נאמנים), התשל"ה - 1975, ק"ת 3344, עמ' 1826.

65 ראה רייטר, לעיל הערה 62, שם, עמ' 44 והערות השוליים שם.



יהודיות).<sup>66</sup> כפי שהזכרנו, במסגרת זו נוצרו הקדשות יהודיים רבים שחלקם פעיל עד היום הזה. מסיבות ברורות, ההקדשות מרוכזים ב"ארבע ערי הקודש" - של היישוב הישן, ובעיקר בירושלים ובצפת. אלא שבנוסף לכך קיימים עוד הקדשות במקומות אחרים. במיוחד איזורים שאוכלסו על ידי יהודיים עוד בתקופה העותומנית. כך למשל ישנן הקדשות בעיר חברון, באיזור יפ, ובכמה מהמושבות הותיקות.

מספרם המדויק של הקדשות יהודים שנוצרו בפני ביה"ד השרעי עד לכיבוש האנגלי איננו ברור. במחקר ראשוני אחד, בביה"ד השרעי בירושלים, מצא הבודק כי בין השנים 1881-1889 הוקדשו 51 הקדשות יהודיים בבי"ד זה ומתוכם 48 למטרות ציבוריות כאשר 36 מהם בשכונות החדשות.<sup>67</sup> אם נקח בחשבון כי האוכלוסייה היהודית בכללותה גדלה רבות בשנים אלו הרי סביר להניח כי מדובר בכמה מאות הקדשות בירושלים לבדה שנעשו עוד בתקופה העותומנית.<sup>68</sup> יש לזכור שבאותה תקופה עלו יהודים רבים לירושלים כדי למצוא בה את מנוחתם. רבים מהם השאירו את רכושם או חלק גדול ממנו לכוללים (או "ועדים") שונים של העדות השונות והוא הפך להקדש.

**הקדשות שנוסדו בפני בתי הדין הרבניים:** לאחר הכיבוש האנגלי, נעשו עוד הקדשות רבים בפני בתי-הדין הרבניים. מספרם המדויק איננו ידוע אך מדובר גם פה במאות. עד היום ניתן לראות שלטים על מבנים רבים בירושלים האומרים כי פירות מהשכרת מבנים אלו אמורים להגיע למוסד פלוני-אלמוני. פירות הקדשות אלו היוו חלק חשוב מהכנסות המוסדות השונים.<sup>69</sup>

על הקדשות יהודיים בפני בית-דין הרי חלה עליהם ההלכה היהודית והם נדונים לפני בתי-הדין. כשמדובר על הקדשות ציבוריים הרי הסמכות היא בתי-משפט על פי חוק הנאמנות, אולם חלות עליהם תקנות המשתייכות עדיין לפקודה מנדטורית. וכמובן לאלה יש להוסיף הקדשות לא יהודיים שכל עדה ועדה דנה בהם לפי דיניה. פעמים רבות, כשמדובר על הקדשות "עתיקים", עובדות אלה כלל לא ידועות. בקצרה, השאלה "הפשטה" מיהו המוסמך לדון בעניני הקדש פלוני ומהו הדין החל עליו, רחוקה פעמים רבות מלהיות ברורה.

## 5. המצב הריאלי של הקדשות בישראל

ההיסטוריה המשפטית והשינויים הרבים גרמו למצב אי-וודאות. קיימים כיום הקדשות שנוצרו בזמן התורכים, הבריטים, ומדינת ישראל. חלקם נוצרו בפני בתי-דין וחלקם בפני בתי-משפט. כל זה גורם למצבי עירפול ואי-וודאות. בנוסף לכך, שתי מלחמות העולם, מלחמות העצמאות וששת הימים, גרמו לכך שמצבם וקיומם של הקדשות רבים אינם ידועים כלל. אם נשווה זאת למדינה כבריטניה, בה קיימים עד היום הקדשות שנוצרו בימי הביניים ללא שינוי, קל לראות את הבעיות. לכן, סקירה זו תהיה ראשונית בלבד מתוך ידיעה ברורה כי בשלב זה הנתונים הברורים אינם מדויקים.

**הקדשות יהודיים שנוסדו בפני בתי הדין השרעיים:** שאלה ראשונה הינה מהו מספרם ומה טיבם של הקדשות יהודיים שנוצרו בפני בתי-הדין השרעיים (ווקפיות

66 לענין הידקקותם של יהודים לבתי הדין השרעיים, ראה ספרם של א. כהן וא. סימון-פיקאלי, **יהודים בבית המשפט המוסלמי**, (הוצאת יד בן צבי ירושלים, תשנ"ג) ובמיוחד בעמ' 372 בו מובא הקדש יהודי שנוסד עוד בשנת 1561.

67 ראה בענין זה שפיצן "האישיות המשפטית והקדשים יהודיים בירושלים של סוף המאה התשע-עשרה" **קתדרה** 19 (ניסן תשמ"א) עמ' 82-73.

68 מערת קבר שמעון הצדיק שבירושלים, והשדה שלפניה ואחריה לדוגמא, הינם הקדש על שטח של כחמישה עשר דונם. השטח נקנה במשותף בשנת תרי"ו (1876) על ידי ראשי הכוללים האשכנזים והספרדים בירושלים ונרשם כווקף על שם ראשי העדה של אותו הזמן, חכם באשי אברהם אשכנזי, והרב מאיר אורבאך. השטח חולק ביניהם בשנת תרי"ט (1890) והיתה כוונה להקים שם שכונות מגורים, דבר שלא יצא לפועל עד ימינו אלו. השטח רשום עד היום כהקדש שנאמניו במשותף הם ועד עדת הספרדים בירושלים, והועד הכללי כנסת ישראל מצד האשכנזים. לפרטים על פרשה זו ראה י. בך-אריה **עיר בראי תקופה - ירושלים החדשה בראשיתה**, (הוצאת יד יצחק בן-צבי ירושלים תשמ"ח) עמ' 253-255.

69 כך למשל נמצא בתקנות ועד העדה הספרדית (משנת טבת תרפ"ג) על הכנסות העדה כי הן נובעות בין השאר "מהכנסות רכוש העדה, נכסי דלא נידי, ופירות הקדשות שלה". **תקנות ועד עדת הספרדים בירושלים**, (טבת תרפ"ג) 5.



שכאלו.<sup>70</sup>

חובת הרישום, לפי הוראות הפקודה הוחלו על הקדשות רק משנת 1973. החל בשנה זו ועד לתחולת חוק הנאמנות, נרשמו בפנקס ההקדשות 385 הקדשות.<sup>71</sup> על הקדשות אלו חלות הוראות המעבר שנקבעו בסעיף 44 (א) לחוק הנאמנות והם מטופלים כיום במסגרת הוראות חוק זה.

### הקדשות שנוסדו על פי הוראות חוק הנאמנות: קשה

לקבוע מסמרות בערכם של הקדשות ציבוריים, משום שהם שונים מאוד זה מזה מבחינת גודלם. המגילות הגנוזות למשל הן הקדשות וערכם הכספי הוא עצום. מצד שני קיימים גם הקדשות על סכומים קטנים של אלפי שקלים בלבד. כיום, הרי חלק גדול מהמקדישים מעדיף ליצור קרנות פיננסיות שמפירותיהם ייהנה הציבור. גם כיום ישנם כאלו המקדישים נכסי נדל"ן ונכסים מוחשיים אך בדרך כלל הללו נועדו לתכלית מסויימת כגון בתי-כנסת או אוספים מיוחדים במוזיאון.<sup>72</sup>

חלק מהקדשות מוקמים על ידי מקדישים בחייהם על פי כתב הקדש. אולם מבחינה מעשית, חלק גדול (ואולי רוב) מההקדשות הציבוריים נוסד על פי הוראות צוואה. אנשים רבים מורישים את עזבונם חלק ממנו לצורכי צדקה, וטבעי הוא שהם מעוניינים להנציח את עצמם או את קרוביהם על ידי הקמת קרן קבועה שמפירותיה יחולקו כספים בשמם לאחר מותם. שאיפה טבעית זו להנציח גורמת לכך שמספר ההקדשות רק גדל וימשיך לגדול בעתיד.

כיום רשומים בידי רשם ההקדשות כ- 1,500 הקדשות ציבוריים ועוד כ- 300 חברות לתועלת הציבור מתוכם כ- 1,000 הם קרנות פיננסיות ו- 800 חלקות נדל"ן שונים. היקף הקרנות הפיננסיות הרשומות מגיע ללמעלה מ- 1.5 מיליארד ש"ח.

כמעט תמיד כשמדובר בהקדשות מתקופה שעד קום המדינה הכוונה היא לנכסי דלא-ניידי. בחלק מהמקרים מדובר בנכסים ששימשו בעצמם לתכלית מוגדרת כגון בית-כנסת, ישיבה, מושב-זקנים וכו'. בחלק אחר מדובר בנכסים שפירותיהם שמשו לצרכי המוסד. בכל מקרה, נדמה שניתן לומר ללא היסוס כי מדובר על נכסים ואדמות השוות רכוש עתק. הסיבה להיות ההקדשות נכסי נדל"ן היא טכנית. ראשית, כפי שהראינו לא היתה דרך בתקופה העיוותמאנית לרשום מקרקעין שלא על שם אנשים פרטיים אלא כהקדשות. מעבר לכך, מי שרצה להנציח את זכרו לדורות ולהקים קרן קבועה שפירותיה ינתנו למוסדות צדקה שונים, היה חייב לעשות זאת בדרך של קניית מקרקעין והשכרתם. בתקופה זו (ולמעשה כמעט עד קום המדינה) לא היתה מערכת בנקאית פיננסית מתאימה שאיפשרה הקמת קרנות פיננסיות.

חוקי הגנת הדייר שחוקקו בתקופה זו, פגעו קשות בכל ההקדשות. היות ודובר היה בנכסים עתיקים, חלק גדול (אם לא רובם) מנכסי ההקדשות נמצאים בידי דיירים מוגנים. היות ולהקדש אין כספים משלו ואת הכנסותיו העביר למטרות צדקה וחסד, אין בדרך כלל כל מוטיבציה לפדות את הדירות התפוסות כפי שהיו עושים אנשים פרטיים. להקדשות אין גם תמיד את המנגנון לפקח על גביית דמי הניהול. לפי המקורות שבידינו ישנם מקומות אשר שייכים להקדשות אולם הדיירים אינם משלמים שכ"ד כיאות וקשה מאוד להקדשות להקים מנגנון על מנת לגבות סכומים קטנים שמגיעים מדיירים מוגנים.

### הקדשות שנוסדו על פי פקודת ההקדשות לצרכי

**צדקה:** כאשר מדובר בהקדשות חדשים יותר, הרי שבצד נכסי דלא ניידי, קיימים קרנות פיננסיים שמטרתם לתמוך בפירותיהם במטרה ציבורית זו או אחרת. כל הבנקים מחזיקים חברות נאמנות שבשליטתם לצורך נאמנויות והקדשות, שעיקר עיסוקם הוא בנכסים פיננסיים

70 מבחינת המוסדות הנתמכים, עדיף כמובן ליהנות מפירות קרן מאשר מהכנסות שכר-דירה ממבנה בגלל הפשטות שבכך. ישיבה הנאמנת על בניין מגורים ונהנית מפירותיו, חייבת לפקח על הניהול השוטף, להשכיר לדיירים, להכנס למשפטים, וכיוצא בזה. אם מדובר בקרן פיננסית המטופלת בבנק מסחרי, הרי הכל נעשה על ידי הבנק והישיבה נהנית מפירות בלבד.

71 על פי נתונים שהוצאו ממאגר רשם ההקדשות במשרד המשפטים.

72 ע"י רישום אוסף אמנותי כהקדש, "מעגן" המקדיש את מבנה האוסף וצורתו וע"י כך מבטיח כי המוזיאון מקבל התרומה לא ייעשה שינויים שאינם לרוחו.



מוסלמיים לנהל את הנכסים שברשותם ולהשתמש בהכנסותיהם לצרכי התושבים המוסלמיים. בבדיקה עלה, כי מטרות אלו הושגו באופן חלקי בלבד וחלק מועדי הנאמנים הזניחו את הרכוש המופקד בידיהם בעיקר מסגדים ובתי עלמין ( . . . ) קיים צורך לערוך בדיקת בית בכל הקשור לתיפקודו של ועד הנאמנים בתל אביב-יפו ולנקוט את כל הצעדים הארגוניים והאחרים המתחייבים מכך".

הגורמים לכישלונם של ועדי הנאמנים אינם ודאיים. לדעת רייטר הסיבות לכך הן בעיקרן פוליטיות. לועדי הנאמנים התמנו מקורבים לשלטון שעמדו תחת לחץ מתמיד להוכיח לציבור המוסלמי כי אינם כלי שרת בידי הממשלה. כתוצאה מכך נמנעו מביצוע פעולות שהיו לטובת ההקדש, אך יכלו לעורר תרעומת מצד הציבור המוסלמי. בעיקר פעולות הקשורות למכירת ו/או החכרת מקרקעין.<sup>78</sup>

לדעתנו, אחת הסיבות לכישלונות אלו היא חוסר ביקורת ציבורית הדוקה על פעולתם. פעילותם הלא ראויה של ועדי הנאמנים בהקדשות המוסלמיים היא דוגמה לאופן תיפקודם של הקדשות שאינם נמצאים תחת פיקוח ציבורי נאות.

**הקדשות נוצריים במדינת ישראל:** אין כל רישום של ההקדשות הנוצריות במדינת ישראל. לאיש אין כל ידיעה על מיקומם, היקפם, מי מטפל בהם למעשה, ומי הוא המוסמך לטפל בהם. בודאי שאין כל פיקוח ציבורי, לא מטעם המדינה ולא מטעם כל גוף אחר על הנעשה

למרות שחובת הרישום קיימת פורמלית עוד משנת 1973, ולמרות הסנקציות הפליליות הקיימות בחוק על נאמנים שאינם רשומים, הרי ההערכה היא כי קיימים עוד מאות הקדשות שאינם רשומים עדיין. חלקם הם עזבונות שלא נרשמו על ידי המנהלים (אולי בגלל חוסר ידיעה), חלקם הם הקדשות מהתקופה שלפני חובת הרישום, ויתכן גם שחלקם לא נרשם מסיבות השמורות עמם.

**הקדשות מוסלמיים במדינת ישראל:** בניגוד למצב בציבור היהודי, הרי מאז קום המדינה, לא נוסדו כמעט ווקפיות חדשות על ידי מוסלמים.<sup>73</sup> כך שיעקר השאלה היא לגבי ווקפיות מוסלמיות שנוסדו לפני 1948.<sup>74</sup> כאמור לעיל (סעיף 1ד4), מינתה ממשלת ישראל, בהתאם להוראות חוק נכסי נפקדים, ה"תשי"י - 1950 חמישה ועדי נאמנים לנכסי ההקדשות המוסלמיים שניכללו בתחום השיפוט של מדינת ישראל. הועדים מונו בערים תל אביב-יפו, רמלה, לוד, חיפה ועכו.

נכסי המקרקעין של ההקדשות - לא נרשמו על שם הועדים בלשכות רישום מקרקעין, וככל הנראה, אין רישום מרוכז ומסודר לגביהם.<sup>75</sup> נכסים אלה כוללים בעיקר מסגדים ובתי עלמין מוסלמיים. הכנסות הועדים<sup>76</sup> הסתכמו בשנת 1993 במליארד ועשרים וארבעה אלף ש"ח והוצאותיהם ב-963,000 ש"ח<sup>77</sup>

בסיכום הביקורת של מבקר המדינה נכתבו הדברים הבאים:

"לפי החוק, על ועדי הנאמנים לנכסי הקדשות

73 מלבד מזרח ירושלים. בניגוד לירידת כוחו של מוסד הווקף בעולם המוסלמי, הוא זוכה לעדנה מחדש במזרח ירושלים מאז חילופי השלטון בשנת 1967. על פי רייטר וליש התופעה נובעת כנראה משיקולים פוליטיים כאשר הווקף מהווה בסיס להתנגדות לשלטון הישראלי. ראה בענן זה: י. רייטר **הווקף בירושלים 1948-1990** (הוצאת מכון ירושלים לחקר ישראל 1991); א. ליש "הווקף המוסלמי בירושלים אחרי 1967 - נהנים ומנהלים" **המזרח החדש** ל"ד (תשנ"ב - 1992) 95-114.

74 גם כך מדובר על רכוש בסדר גדול עצום. ראה דוכן (מהדורה ראשונה) **לעיל** הערה 25, שם, בעמ' 33 הי"ש 4, וכן גרנובסקי, **לעיל** הערה 25, עמ' 134-149.

75 ראה **דו"ח מסעיף 45 של מבקר המדינה**, 1995, עמ' ק"נ.

76 פרט לנכסי ועד העיר תל אביב-יפו שהפסיק - למעשה את פעילותו. ראה **דו"ח 45 של מבקר המדינה**, שם, עמ' קנ"ב.

77 שם, עמ' קמ"ט.

78 ראה רייטר, **לעיל** הערה 62, עמ' 42-44.

ולהסדיר את המצב הקיים הזיק יותר מאשר הועיל, לכל הפחות בכל הנוגע להקדשות ציבוריים. ניתן לראות זאת בקלות כאשר בוחנים את היקף החוק. עם חקיקת חוק הנאמנות בוטלה לחלוטין פקודת ההקדשות לצרכי צדקה (סעיף 45 לחוק הנאמנות), אולם לא כל הסעיפים שבה עברו לחוק גופו. בפקודת ההקדשות לצרכי צדקה ישנם 42 סעיפים ארוכים ומפורטים שכולם מיוחדים להקדשות. בנוסף, קיימת היתה פקודת עניני צדקה (הנאמן הציבורי) בת 14 סעיפים. במקום שניהם נחקק חוק הנאמנות הכולל 44 סעיפים קצרים יחסית כאשר רק שבעה סעיפים בהם מתייחסים ישירות להקדשות בעוד שהשאר מדברים על נאמנות באופן כללי. כך למשל מופיעה הוראה בפקודת ההקדשות האוסרת על נאמנים להשכיר הקדש לתקופה של מעל שלוש שנים בלא רשות ביהמ"ש וקובעת כי השכרה זו בטלה ומבוטלת (סעיף 12). אין שריד להוראה זו בחוק הנאמנות.<sup>80</sup>

שאלות משפטיות בסיסיות הקשורות להקדש ציבורי אינן נפתרות בחוק. כך למשל אין שום התייחסות בחוק לשאלת אישיותו המשפטית של ההקדש. לשאלה זו ישנן נפקויות משפטיות רבות. האם הקדש ציבורי יכול להיות בעל נכסים? האם הוא יכול להעסיק עובדים? להתקשר בחוזה? האם קיימים עוד אורגנים מלבד הנאמנים? האם ניתן כלל לפרק הקדש אם לא? ועוד שאלות רבות אחרות.

שאלה זו התעוררה לאחרונה בנוגע למקדישה שבקשה לרשום נכס שהקדישה על שם ההקדש וסורבה על ידי רשם המקרקעין. רשם המקרקעין טען שהקדש איננו אישיות משפטית ועל כן לא ניתן לרשום על שמו נכסי מקרקעין.<sup>81</sup> ערעור על החלטת הרשם נדחה במחוזי וכן בביהמ"ש העליון שישיב בהרכב של שבעה שופטים. השופטים היו מודעים לבעייתיות של רישום הנכס על שם נאמנים, אלא שלדעתם לא היה מקום להכיר באישיות המשפטית בנוסח החוק הקיים. כבי' הנשיא ברק אף קבע כי "אשר להכרה מפורשת, זו נראית לי כרצויה. בכך תבואנה על פתרון בעיות קשות הקיימות כיום,

בהקדשות אלו. מאידך גיסא, ידוע כי לכנסיות השונות בישראל ישנו רכוש עצום ורב כשחלק מהמקרקעין שברשותם מהווה הקדשות.<sup>79</sup>

## 6. הרפורמה הדרושה

לדעתנו יש צורך דחוף לערוך רפורמה מקיפה בדיני הקדשות בישראל. בבסיס הרפורמה צריכה לעמוד ההנחה שעל החברה להמריץ ולחזק אירגונים שמטרתם היא קידום מטרת של לא למטרות רווח. האינטרס החברתי מחייב ודורש עידוד הקמתם של מוסדות רבים כאלו ככל האפשר. ברור מאליו שאם לא יהיו תורמים אישיים שיקימו בהתנדבות אירגונים אלו, בסופו של דבר תפול המעמסה על כתפי המדינה. בין אירגונים אלו, מעמד מיוחד צריך להינתן להקדשות משום שהללו לא לוקחים מאומה מהקופה הציבורית אלא נותנים בלבד.

רפורמה צריכה אבל לקחת בחשבון לא רק את האינטרס הציבורי בהקמת הקדשות, אלא גם גורמים אחרים. וביניהם, המצב המשפטי המסובך שנוח מקודם, של הרשויות המטפלות בהקדשות, ומצבם של ההקדשות בפועל.

### 6 (א) ההצמדה המלאכותית בין חוק הנאמנות לבין הקדשות ציבוריים.

שלב ראשון בכל רפורמה כזו יהיה לבדוק מדוע ההסדר הקיים איננו מתאים, ולו רק כדי להימנע מטעות כזו בעתיד. לדעתנו, "החטא הקדמון" והבעיה הראשונית הינה ההצמדה הלא מוצלחת של ההוראות המתייחסות להקדשות ציבוריים להסדרים הכלליים של חוק הנאמנות המתאימים לנאמנות כללית ולא תמיד להקדשות ציבוריים.

ישנה אירוניה מסויימת בכך שחוק זה שבא לשפר

79 ראה גרונבסקי, לעיל הערה 25, עמ' 150-157. ראה גם ר. שחם "יוקפים של נוצרים ויהודים בפני בתידין שרעיים בארץ ישראל בשלהי התקופה העות'מאנית" המזרח החדש לב (תשמ"ט-1989) עמ' 46-67.

80 הוראה זו משמעותית ביותר משום שישנם נכסי הקדש רבים שהושכרו/מושכרים בדמי מפתח.

81 רע"א 46/94 אילה זקס אברמוב ואח' נגד הממונה על מרשם המקרקעין, דינים עליון, מד 14 (פסה"ד ניתן בתאריך 13.5.96).



## 6(ב) 1. אישיותו המשפטית של ההקדש.

על פי הצעת חוק הנאמנות אכן היתה הנאמנות אמורה להיות ישות משפטית נפרדת. הצעה זו לא התקבלה משום שועדת חוק ומשפט חששה שבמקרה כזה יקל על אנשים להבריח נכסים על ידי חתימה על כתב נאמנות לטובתם.<sup>85</sup> בעיה זו של הברחת נכסים לא קיימת לגבי הקדש ציבורי משום שאין לו נהנים פרטיים ומשום שהוא רשום ונתון תחת פיקוח ציבורי. שוב, ההקדש הציבורי יצא נפגע בגלל הצמדתו המלאכותית לחוק הנאמנות.

אנו סבורים, כי יש להכיר בהקדש ציבורי כתאגיד כשר לכל זכות, חובה, ופעולה משפטית. כשרות זו כוללת בעלות על נכסים שאיננה קשורה לזהות הנאמן. בשינוי מן המצב הנוכחי בו נרשמים נכסי ההקדש על שם הנאמנים או נשארים על שם המקדיש (תוך ציון הערה) יירשמו נכסי מקרקעין של ההקדש על שם ההקדש. הנאמנים יוכלו גם לפתוח חשבון בנק על שם ההקדש, כך תיווצר גם הפרדה ברורה יותר בין נכסי הנאמן לנכסי ההקדש. גם זאת בשינוי המצב הנוכחי כאשר הנאמנים חייבים לפתוח חשבון בנק על שםם בציון הערת הנאמנות. בנוסף, הבעיות הקשורות לחתימת חוזים, העסקת עובדים, וכו', ימצאו את פתרונן ברגע שההקדש הציבורי יוכר כתאגיד משפטי. תפיסה כזו מקובלת בשיטות משפט שונות.<sup>86</sup>

## 6(ב) 2. שכר הנאמן.

על פי החוק הקיים, הנאמן איננו זכאי לקבל שכר זולת אם מילויים היה מעיסוקיו, או באישור בית-המשפט.<sup>87</sup> שוב, זהו אימוץ נוסף מהמשפט האנגלי, אימוץ שאיננו

והמתעוררות בשל היעדר הכרה באישיותו המשפטית של ההקדש. המשנה לנשיא השופט ש. לויין אף הגדיל בביקורתו וקבע כי:

"לעניין זה נתתי את דעתי גם לתגובת המשיב על פיה הוחל במשרד המשפטים במחקר במטרה לבדוק אפשרות של שינוי החוק על מנת להקנות כשירות משפטית להקדש הציבורי".<sup>82</sup>

בעיה נוספת אם כי טכנית במהותה, היא העדרן של תקנות מתאימות. על פי סעיפים 1,6,27,29-43 לחוק הנאמנות, רשאי שר המשפטים להתקין תקנות שיסדירו את אופן תיפעולו השוטף של החוק. כגון דרכי השקעה של כספי נאמנויות, פרטים שיופיע בדו"חות ההקדשות, ועוד. עד היום, לא תוקנו תקנות כלשהן על פי חוק הנאמנות והתקנות שבתוקף הן עדיין התקנות שתוקנו בשנת 1974 לפקודת ההקדשות לצרכי צדקה.<sup>83</sup>

## 6(ב) הרפורמה המוצעת.

לאור כל זאת נדמה לנו שכל רפורמה צריכה בראש ובראשונה לדאוג לחקיקת חוק מיוחד ומקיף להקדשות. חוק שהדגש בו יהיה על ההקדשות עצמם.<sup>84</sup> בחוק זה יש לקבוע הסדרים ברורים, מפורטים ומדויקים, שיקלו על יצירת, ניהול, ופיקוח על הקדשות. להלן מספר רעיונות להסדרים שלדעתנו צריכים להופיע בחוק. הללו נוגעים לאישיותו המשפטית של ההקדש, לשכר הנאמן, לחלוקת הסמכויות בין בתי-המשפט ובתי-הדין, למיסוי ההקדשות, ולפיקוח הציבורי עליהם:

82 שם עמ' 10. מקריאת דעתו ניתן להבין (אם כי הדבר לא נאמר במפורש) כי היות והעניין נמצא כעת בבדיקה לשם שינויו, אין אולי מקום להתערבות שיפוטית.

83 תקנות ההקדשות לצרכי צדקה, התשל"ד, ק"ת 3136, עמ' 690. תקנות אלו תוקנו אומנם עבור פקודת ההקדשות אלא שסעיף 23 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 קובע: "משבוטל חיקוק, בטלים עמו התקנות והמינויים שנעשו מכוחו; אולם מקום שהחיקוק המבטל קובע הוראות במקום המבוטלות - התקנות והמינויים שנעשו מכוח ההוראות המבוטלות יעמדו בתקפם עד שיבוטלו בתקנות ובמינויים מכוח החיקוק המבטל". לדעתנו נובע מכך כי התקנות שתוקנו בשנת 1974 תקפות עד אשר יתוקנו אחרות על ידי שר המשפטים.

84 מצב דומה קיים לגבי מנהל עיזבון. מנהל עיזבון הוא נאמן לצורך העיזבון אולם ישנם 42 סעיפים בחוק הירושה, תשכ"ה-1965 המסדירים במדויק את תפקידו וחובתו כמנהל עיזבון.

85 ראה לעניין זה כרם, לעיל הערה 4, עמ' 26-25.

86 כגון הווקף בעולם הערבי, או ה-STIFTUNG בגרמניה, שוויץ, וליכטנשטיין. ראה לעניין זה כרם לעיל הערה 4, עמ' 13.

87 סעיף 8 לחוק הנאמנות, ראה הדין בעניין זה אצל כרם, לעיל הערה 4, עמ' 245-246.

להתמנות כנאמנים וניתן יהיה לבחור את המתאימים ביותר. התשלום שישולם מנכסי ההקדש הוא שולי לעומת התועלת שתצמח מכך להקדש. בכל מקרה, מן הראוי יהיה לקבוע כי השכר שישולם לנאמני ההקדש יקבע בתקנות כך שממילא לא תהיה סכנה של ניצול ההקדש לרעה.

### 6 (ב) 3. תיחום הסמכויות בין בתי המשפט לבתי הדין.

צריכה להיות הסדרת סמכויות ברורה בעניני הקדשות. מן הראוי לקבוע בבירור מהן סמכויות בית המשפט ומהן סמכויות בתי הדין השונים. במספר פסקי-דין קבעו בתי המשפט, כי במקרים מסויימים קיימת להם סמכות מקבילה ואף צמצמו וכירסמו את סמכויותיהם של בתי-הדין (ראה דיונו בעניין בסעיף 4)ג(2). לדעתנו, מן הראוי כי הגבולות השונים יתוחמו אחת ולתמיד. תיקון שיש לעשותו מיידית (כפי המלצת המשנה לנשיא ביהמשי"פ העליון, השופט ש. לוי) הוא החזרת הסמכות לבתי-הדין הרבניים בכל מה שקשור להקדשות יהודיים שנעשו לפני בתי-הדין השרעיים (מה שכונה על ידינו "ווקפיות יהודיות"). מבלי לקבוע מסמרות לגבי הסמכויות, נראה שיש לתחם אותם ככל האפשר ולמנוע התנגשויות מיותרות. הטוב ביותר לדעתנו יהיה מתן אפשרות למקדש לבחור את הפורום הרצוי לו.

### 6 (ב) 4. פטורים ממיסוי.

כידוע, ישנה אנומליה מסויימת בין חוקי המיסוי לבין חוקי התאגידים. דהיינו, יכול גוף להיות חברה שלא

מתאים לדעתנו למצב בישראל. הנאמנות באנגליה נוצרה ומתאימה לחברה מעמדית בה ישנם בעלי-הון שאינם תלויים בעבודתם לצרכי פרנסה. במצב עובדתי כזה, יש היגיון בכך שנאמן אינו מקבל שכר. בהצעת החוק אף נאמר במפורש "מבחינה עקרונית נתפס התפקיד של נאמן כמינוי של כבוד שאין עמו שכר. הסעיף המוצע קובע את החריגים מכלל זה".<sup>88</sup>

למפרע, נומק כלל זה בנימוקים שונים וביניהם הנימוק כי אם יוכל הנאמן לקבל שכר, יוכלו להיווצר ניגודי אינטרסים בין רצונו להרבות את הכנסתו לבין דאגתו לנכסי הנאמנות. נימוק זה אינו נראה לנו כראוי. נאמן חב אחריות אישית לזקק שגרגר לנכסי הנאמנות. נאמן בהקדש ציבורי נושא גם באחריות פלילית לפעילויות שונות.<sup>89</sup> אין הרבה אנשים שיהיו מוכנים לשמש כנאמנים, לקחת על עצמם התחייבויות אישיות, ללא כל תגמול.

לנו נראה, כי אי מתן שכר יכול לגרום נזקים רבים יותר בזולזל ואדישות נאמנים בנכסי ההקדש.<sup>90</sup> או גרוע מזה, סירובם של אנשים מתאימים לשמש כנאמנים בגלל האחריות הרבה המוטלת עליהם. עדיף לדעתנו לקבל את ההסדר האמריקאי הקובע כי עקרונית נאמן זכאי לקבל שכר ראוי עבור עבודתו.<sup>91</sup> מתן שכר לנאמן גם מתאים להלכות המשפט העברי בנושא זה. על פי הלכות אלו ניתן לשלם לנאמן הן משכורת קבועה והן אחוזים מהנכסים. הכל בהתחשב בטובת ההקדש ולפי שיקול דעת מוחלט של ביה"ד.<sup>92</sup>

עלינו לשאוף למצב בו אנשים רבים ככל האפשר ירצו

88 הצעת חוק הנאמנות, הצי"ח 1146 כי בחשוון תשל"ה, עמ' 24.

89 ראה סעיפים 12(א), 30, 31 לחוק הנאמנות.

90 ראה בעניין זה:

T. FRANKEL "FIDUCIARY LAW" CAL. LAW REV. 795 (1983); R. COOTER & B.J. FREEDMAN,

AN ECONOMIC MODEL OF THE FIDUCIARY DUTY OF LOYALTY, TEL AVIV UNIVERSITY STUDIES IN LAW (1990) 297

91 ראה כרם לעיל הערה 4, עמ' 245-246 הדן בדיעות השונות בדבר תשלום שכר לנאמנים.

92 ראה לעניין זה הראשלי"צ מ. עוזיאל **שערי עוזיאל** (הוצאה חדשה תשנ"א, חלק א') עמ' קכ"ט (להלן "שערי עוזיאל").



בקנה אחד עם האינטרס הציבורי המעודד הקמת הקדשות וניהולם בדרך פשוטה ככל האפשר.

## 6 (ב) 5. ביקורת ציבורית יעילה.

הנקודה הקריטית ביותר בכל רפורמה שהיא קשורה לפיקוח הציבורי על פעולות הנאמנים ומצב ההקדש. שלוש בעיות עיקריות קיימות במוסדות המיגור השלישי בכלל ובהקדשות צבוריים בפרט; ניצול לצורך אישי, אדישות, ונסיונות להערמה על החוק. הבעיה הראשונה היא השתלטות גורמים המחפשים את טובתם האישית ולא את טובת הציבור. קרן המחלקת כספים לצורך "גמילות חסדים", יכולה באופן "מקרי" לחלק כספים לקרובי הנאמנים ולהם בלבד. בעיה זו הוכרה כבר במשפט העברי ובעקבותיה תקנו חכמים להשביע את האפוטרופסים בשעת סיום האפוטרופסות כי לא נטלו דבר לידם. זאת מפני שהאפוטרופסים חשודים תמיד לעכב בידם מהרכוש שבו טיפלו.<sup>93</sup> אם קיימים נהנים הם יכולים לפעמים להתנגד לכך. במידה ומדובר בהקדש ציבורי הרי זהות הנהנים איננה ברורה וקשה מאוד על כן לעקוב אחרי תופעה זו.<sup>94</sup>

בעיה שנייה הינה אדישות וניצול לא נאות של נכסי ההקדש. מבחינה מספרית נדמה שמקרים אלו רבים יותר. ישנם מוסדות לא מעטים שברשותם נכסים (בעיקר נדל"ן, אך גם קרנות) לא מעטים אולם אין הם מנצלים אותם כראוי. מוסדות חינוך, ובתי-חולים, אינם בדרך כלל המוסדות המתאימים לניהול נכסים.

הבעיה השלישית הינה נסיונות להשתמש בהתאגדויות משפטיות שנועדו למטרות ציבוריות על מנת להערים על החוק, בעיקר בנושאי-מיסוי. אפשרויות התימרון בנושאים אלו הם גדולות, וקיים חשש כי אנשים יקימו

למטרות רווח כי אם הקדש או עמותה, אולם הוא ישלם מס ככל אירגון רווחי רגיל. תופעה זו שמקורה בחקיקה לא הרמונית של נושאים אלה, מקשה ביותר על ההקדשות.

שלושת חוקי המס הרלוונטיים ביותר להקדשות הם מס הכנסה, מס שבח ומס רכוש, אולם אין פטור אוטומטי להקדש ציבורי ולכל מוסד אחר ללא כוונת רווח. בכל חוק קיימים קריטריונים עצמאיים לקבלת פטור ממס, קריטריונים שאינם חופפים את צורות ההתאגדות של הגופים הפונים לקבלת פטור. בעיה נוספת היא שכדי לקבל פטור כמלכ"ר יש צורך להשתמש בשירותיהם של יועצי מס ורואי חשבון. הסכום המתבקש על ידיהם הינו לפעמים חלק נכבד מרווחי ההקדש עצמו, במיוחד כשמדובר בהקדשות קטנים יחסית. ישנם מקרים רבים של נפטרים שהתירו קרנות קטנות (של אלפי שקלים בודדים) להנצחתם, ומעוניינים כי רק פירות הקרנות יחולקו. גם אם ירצו הנאמנים לכבד את רצון המנוחים, הרי הוצאות הרישום, יועצי-המס, הדיווח, וכו', יעלו על הכנסות ההקדש.

מן הראוי לקבוע כי כל הקדש הרשום כדין אצל רשם ההקדשות, ומדווח כראוי וכנדרש על הכנסותיו, יזכה בפטור ממס הכנסה, מס רכוש, ומס שבח. במקום לנדוד בין פקידי הממשלה השונים, יוכלו הנאמנים לטפל בכל ענייניהם במקום אחד. אין ספק שפטור זה יגרום לכך שהקדשות רבים ימהרו להירשם וידווחו כנדרש. הדבר גם יגרום לדעתנו לשינוי משמעותי בצורת הניהול וההשקחה השוטפת של ההקדשות.

רשויות המס יהיו רשאיות לערוך בדיקה נוספת של הבקשות לפטור (ואף רצוי שיעשו זאת). זאת על מנת למנוע ניצול לרעה של ההתאגדות אם היא מכוונת בעיקרה רק לשם קבלת פטור ממסים. פטור זה נראה לנו עומד

93 ראה **שערי עוזיאל** עמ' רכ' לפירוט הלכות שבועה זו. הנימוק לחשד על פי הגמרא (שבועות דף מ"ח עמ' ב') הוא "משום דמורו בה התירא", דהיינו, האפוטרופסים טורחים בשליחותם ומוציאים בכך צידוק להשתמש בנכסים לטובתם.

94 כבר העיר רייטר במחקרו על הווקף כי "הפגם העיקרי של מוסד הווקף בכל הזמנים הוא היעדר יכולת הפיקוח על המנותלים" (י. רייטר "הפיקוח על ניהול עניני הווקף המוסלמי בירושלים בתקופת המנדט הבריטי", המזרח החדש לד (תשנ"ב) 77, 94).

## 7. סיכום

ההקדש הציבורי מהווה כלי חשוב מקרב האמצעים העומדים בידי אנשים המבקשים לפעול באופן פרטי לקידומה של מטרה ציבורית. דיני ההקדשות בישראל כיום מהווים תרכובת מוזרה של שיטות משפט שונות השוכנות במקביל זו לזו, כאשר המצב המדויק מעורפל ולא ידוע למעשה לאיש. מעבר לאי הבהירות המשפטית, הרי המצב הנוכחי גורם לנוק גדול לכלל הציבור; הן בחוסר האפשרות להקים הקדשות ציבוריים חדשים בצורה נוחה, הן במצב חוקי שאיננו מאפשר מינוי נאמנים מוכשרים ומקצועיים, והן בחוסר פיקוח ציבורי על ההקדשות הקיימים. בקצרה, דיני ההקדשות בישראל במצבם כיום לוקים בחסר (בלשון המעטה). לדעתנו מן הראוי לפעול מהר ככל האפשר על מנת לשנותם כמות שניוניים אלה יתרכזו בעיקר בשני מישורים. הכיוון הראשון הוא בניית הסדר חוקי שיקל ויעזור בבניית והקמת הקדשות, והכיוון השני הוא הקמת פיקוח ציבורי הדוק ותקיף על ההקדשות ועל הנעשה בהם. תקוותנו היא שפרורמה זו תעשה במהירות, ויפה שעה אחת קודם.<sup>97</sup>

הקדשות/עמותות אך ורק כדי לנצל לרעה יתרונות מיסוי ואחרים.

יש לדעתנו לכן להתרכז בהגברת הפיקוח על ההקדשות, הן ההקדשות שבסמכות בית-המשפט המחוזי, והן ההקדשות שבסמכות בתי-הדין.<sup>95</sup> לצורך כך יש להגדיל את תקציבי היחידות העוסקות בכך, ואולי גם להעביר חלק מנטל הביקורת על ההקדשות עצמן, כפי שנעשה הדבר בעמותות.<sup>96</sup> מוצע גם להגדיר בחוק מפורשות סוגי פעולות שיש צורך באישור בימשי"פ/בי"ד מראש לביצוען (למשל מכירת נכסי נדל"ן). לגבי נכסים פיננאנסיים המהווים כיום את עיקר ההקדשות החדשים הנוצרים, נראה שיש לתקן תקנות ברורות לגבי הדרך בה ניתן להשקיע את הכסף כך שערכו יהיה מובטח. יתכן אולי ויש לדרוש מהקדשות לפרסם בפומבי את מאזן ופעולותיהם, על מנת שהציבור יוכל להגיב על הדברים. עלינו לזכור כי על ידי הגברת הפיקוח מובטחים תורמים כי תרומתם תגיע לידיים נאמנות והדבר בסופו של דבר משרת את אינטרס הציבור. שוב, אין לנו ספק כי ללא פיקוח ציבורי הדוק ותקיף על הנעשה בהקדשות, כל רפורמה נועדה לכישלון.

95 האחראים על הפיקוח כיום הם יחידת רשם ההקדשות במשרד המשפטים, והמפקח על ההקדשות בבתי-הדין הרבניים. יחידת רשם ההקדשות שבמשרד המשפטים אמורה לרשום את ההקדשות שנוסדו על פי חוק הנאמנות ולפקח עליהן. ביחידה זו מאגר מידע ממוחשב של קרוב ל-2,000 הקדשות וחברות לתועלת הציבור עליהם היא מפקחת. כל הקדש אמור לשלוח ליחידה דיווח שנתי המכיל פרטים על הכנסות והוצאות ההקדש ועל האופן שהוא ממלא את מטרותיו. על פי החוק, לרשם ההקדשות קיימת הסמכות לדרוש כל מסמך מכל נאמן ובידיו הסמכויות לפי סעיפים 9 עד 11 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט - 1968.

הממונה על הבקורת בהקדשות שנוסדו לפני בתי-הדין הרבניים הוא "המפקח על ההקדשות". על פי תקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל התשנ"ג. המפקח אמור לקבל עותק מכל שטר הקדש חדש, לפקח על ההקדשות, ולפנות לבי"ד בכל מקרה שימצא צורך לכך (תקנות קפ"י-קצ"א). על פי התקנות, המפקח יכול לבקש שכ"ט על בקורת זו אותו ישלמו ההקדשות עצמן. הדבר בא כנראה כדי למנוע בעיות תקציביות.

אשר להקדשות לא יהודיים, הרי כפי שהראינו למעלה לא קיימת עליהם כיום כל ביקורת, והמצב בוודאי מחייב שינוי.

96 ראה התיקון האחרון לחוק העמותות (תיקון מסעיף 3 התשנ"ו), ס"ח 1588, 276 אולם היה לדעתנו מקום לשינוי מקיף יותר מזה שנעשה.  
97 נמסר לנו כי בימים אלו ממש נבחנות הצעות שונות במשרד המשפטים לשינוי החוק הקיים. התקווה היא כי שינוי חקיקה זה יעשה במהירות האפשרית.