|  |
| --- |
| **בית המשפט המחוזי מרכז-לוד** |
| **ת"א 39470-02-23 מרכז רפואי שערי צדק ואח' נ' מדינת ישראל - משרד המשפטים - רשם ההקדשות**    תיק חיצוני: |

**לפני כבוד השופט** **אבי גורמן**

**תובעות 1. מרכז רפואי שערי צדק (ע"ר)**

**2. מוסדות חינוך וחסד מיסודו של בית היתומים הגדול דיסקין בירושלים (ע"ר)**

**3. שערי חסד גמילות חסדים הכללי (ע"ר)**

**ע"י ב"כ עוה"ד יואב הירש ואוהד דיאמנט**

**נגד**

**נתבעת מדינת ישראל - משרד המשפטים - רשם ההקדשות**

**ע"י ב"כ עוה"ד יעל קלטניק**

**פרקליטות מחוז מרכז - אזרחי**

**פסק דין**

לפניי תביעה שהגישו 3 עמותות: מרכז רפואי שערי צדק (ע"ר), מוסדות חינוך וחסד מיסודו של בית מחסה ליתומים הגדול דיסקין ירושלים (ע"ר) וחברת שערי חסד גמילות חסדים כללי (ע"ר) (להלן: "**התובעות**"), כנגד מדינת ישראל – משרד המשפטים – יחידת רשם ההקדשות (להלן: "**הנתבעת**").

הרקע להגשת התביעה נעוץ ברישום הקדש על ידי הנתבעת, על מקרקעין הרשומים מזה שנים ארוכות בבעלות התובעות.

במסגרת התביעה התבקשו שני סעדים עיקריים:

1. צו עשה המורה לנתבעת למחוק מפנקס ההקדשות הציבוריים (להלן: "**פנקס ההקדשות**") את הקדש מס' 590041927 - אשר נרשם ביוזמת הנתבעת ביום 27.6.22, וכן להורות לנתבעת ולרשם המקרקעין (אשר מלכתחילה הוגשה התביעה אף כנגדו, ובהסכמת התובעות נמחק בהמשך ההליך) למחוק הערות שנרשמו לפי [תקנה 30(א)](http://www.nevo.co.il/law/91192/30.a) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התשע"ב-2011 ביחס למקרקעין בפתח תקווה הרשומים במרשם המקרקעין בבעלות התובעות (להלן: "**הנכסים**").
2. סעד מסוג פסק דין הצהרתי, המצהיר כי התובעות הן בעלות מלוא הזכויות בנכסים ובפירותיהם, וכי מדובר בבעלות פרטית, ולא בהקדש ציבורי (או הקדש אחר).

בסוף התביעה (בסעיף 69) התבקש בית המשפט לחילופין להורות לנתבעת לשנות את רישום ההקדש כך שלא יחול על הנכסים עצמם אלא אך על פירותיהם, ובכל מקרה להסיר את ההערות שרשמה הנתבעת בעניין ההקדש במרשם המקרקעין.

מחלוקת זו בין הצדדים היא חלק מפרשייה רחבה, אשר עניינה במקרקעין שנרכשו לפני קרוב למאה שנים, ואשר אופן ניהולם על ידי התובעות וחלוקת פירותיהם, נדונה בבתי המשפט בשנים האחרונות במספר הליכים, אשר העיקרי בהם – [ע"א 6178/21](http://www.nevo.co.il/case/27924831) **מרכז רפואי שערי צדק ואח' נ' רונן מטרי עו"ד ואח'** [נבו] (14.2.22) (להלן: "**פסק הדין**") – אשר המחלוקת בתביעה כאן נוגעת במידה רבה לאופן יישומו ולפעולות הנתבעת אשר באו בעקבותיו.

**רקע ועיקרי העובדות**:

1. בבעלות המנוח, ישעיהו פרלמוטר ז"ל (להלן: "**פרלמוטר**" או "**המנוח**") היו מספר נכסי נדל"ן בפתח תקווה, בהם ברחוב הרמן שפירא 22 (גוש 6382 חלקה 50) וברחוב העליה השניה 2 (גוש 6379 חלקה 1) (להלן: "**הנכסים**" או "**המקרקעין**").

המנוח נפטר ביום 16.12.31, כשהוא מותיר אחריו את אלמנתו – הגב' חיה רבקה פרלמוטר (להלן: "**האלמנה**").

1. הנכסים נשוא המחלוקת הם מקרקעין מסוג "מירי", אשר בהתאם לדיני המקרקעין העות'מאניים שחלו באותה העת, לא ניתן היה להעבירם בדרך של צוואה אלא בדרך של ירושה על פי דין. רצונו של המנוח להעביר בחייו את הנכסים לתובעות לא עלה בידו (ס' 36 לפסק הדין), ולפיכך השתלשלו הדברים בדרך שתתואר בהמשך.
2. עניינם של הנכסים, כפי שנקבע בפסק הדין (פס' 20 ואילך), הוסדר במשולב בשלושה מסמכים עיקריים:
3. צוואת המנוח;
4. הסכם העברת המקרקעין – בין האלמנה לאפוטרופוסים שמונו בצוואה;
5. צו בית המשפט המנדטורי.

בשים לב לכך שפסק הדין - אשר ניתן בבית המשפט העליון, כל הצדדים כאן היו צדדים לו ואשר עסק בנכסים נשוא המחלוקת כאן - הוא פסק דין חלוט, פועלם של שלושת המסמכים הללו יתואר להלן בקצרה באופן שנקבע בפסק הדין (עליו אין הצדדים יכולים לחלוק והם אף לא ביקשו לעשות כן). לצד זה אציין כבר כעת, כי הצדדים חלוקים על פרשנות פסק הדין, ובמקום בו עניין זה יהיה רלוונטי – הדברים יודגשו ויובהרו.

להשלמת התמונה אוסיף כי במסגרת פסק הדין נדחתה פרשנות התובעות לחלק מהאמור במסכמים אלה (בשים לב לכך שמדובר בפסק דין חלוט של בית המשפט העליון, איני מוצא להאריך בתיאור פרשנות דחויה זו, והיא תוצג להלן בהמשך – רק במידת הנדרש להקשר הדברים).

1. צוואת המנוח כללה הוראות שונות, הכוללות הנחיות כיצד יש לנהוג בעת שאלמנתו בחיים ולאחר פטירתה, וכן עניינים נוספים. לעניינינו חשובים הדברים הבאים:
2. המנוח הורה כי לאחר פטירת אשתו כלל פירות נכסי עזבונו, ובכלל זה פירות הנכסים מושא הדיון כאן, יחולקו למוסדות בשמם נקב במסגרת צוואתו.
3. המנוח מינה אפוטרופוסים לניהול נכסיו – בדרך של הוראה ולפיה כל אחד מקרב הנהלת שלושת המוסדות שלהלן – בית מחסה ליתומים הגדול דיסקין בירושלים (התובעת 2), בית החולים שערי צדק (התובעת 1) ואגודת ישראל בירושלים (אשר הנתבעת סבורה, כפי שיוזכר עוד להלן, כי התובעת 3 היא שבאה בנעליה) – תמנה אפוטרופוס מטעמה (להלן: "**האפוטרופוסים**"), ואלה ינהלו את העיזבון ויגשימו את הוראות הצוואה.
4. כלל נכסי העיזבון, ובכלל זה הנכסים מושא התביעה כאן, יועברו לשמם להחזקתם ולרשותם של האפוטרופוסים, אשר ינהלו אותם באופן שיגשים את הוראות הצוואה.
5. הגשמת צוואתו של המנוח נתקלה בקשיים, וזאת לנוכח היות המקרקעין מסוג מירי – אותם לא ניתן היה להעביר על שם האפוטרופוסים כפי שהורתה הצוואה (ס' 29-28 לפסק הדין). לנוכח קשיים אלה, יש להבין את המשך השתלשלות העניינים.
6. לאחר פטירת המנוח הגישה האלמנה בקשה לקבלת "תעודת ירושה" על הנכסים, וכן התנגדות לקיום הצוואה (נספח 4 לכתב התביעה). בעקבות כך, בית המשפט המחוזי בירושלים הוציא ביום 12.2.1932 צו ירושה הקובע כי האלמנה היא היורשת של הנכסים (נספח 5 לכתב התביעה).
7. כדי להגשים את רצון המנוח בצוואה – מחד, ותוך שהאלמנה דואגת לזכויותיה – מאידך, נחתם ביום 17.6.1932 הסכם בין האלמנה לבין האפוטרופוסים. במסגרת ההסכם נקבעו דמי שכירות מהנכסים להם תהיה זכאית האלמנה למשך חייה, ולעניינינו חשובים בעיקר העניינים הבאים שנקבעו בהסכם זה:
8. הנכסים הועברו על שם האפוטרופוסים.
9. האפוטרופוסים ינהגו בנכסים בהתאם לצוואה ויחלקו את פירות הנכסים כפי שנקבע במסגרתה (ס' 31-30 לפסק הדין).
10. הצדדים להסכם בין האלמנה לבין האפוטרופוסים פנו לבית המשפט המנדטורי וקיבלו בהתאם לבקשתם צו אשר ניתן ביום 17.6.1932 – בו נקבע כדלקמן:

**“Ordered that the agreement between the parties ‘A.B.I’ *conditions of which are agreed to be taken and read together with the will* which is hereby confirmed. All parties appear and agree”.**

(ההדגשות, כאן ולהלן – אינן במקור)

מכך הוסק בפסק הדין (ס' 33-32) כי מטרת הצו הייתה להבהיר כי יש לקרוא יחדיו את הוראות צוואת המנוח וההסכם שנערך בין האלמנה לאפוטרופוסים, וזאת כדי להתגבר על קשיים שנבעו מהוראות הדין שחלו באותה העת (לעניין קרקעות מסוג מירי) – ותוך הבטחה כי הוראות צוואת המנוח לעניין חלוקת פירות הנכסים - יוגשמו.

1. עד כאן לגבי מערכת המסמכים שנרקמה בשנות ה-30 של המאה הקודמת, כפי שזו פורשה בפסק הדין. ומכאן – לתיאור השתלשלות העניינים אשר הביאה למתן פסק הדין ולעניינים שבאו בעקבותיו ושבמוקד התביעה שלפניי.
2. במשך שנים, התובעות – באמצעות האפוטרופוסים חילקו את פירות הנכסים למוסדות שונים, בהתאם להוראות הצוואה (ראו ס' 34 לפסק הדין). אלא שהחל משנת 2018 חדלו התובעות מלבצע את החלוקה, וזאת בטענה כי חלוקה זו אינה מחויבת.
3. כתוצאה מהפסקת החלוקה, הוגשה תביעה נגד התובעות בשם אחד המוסדות אשר עד לשנת 2018 קיבל מפירות הנכסים - ע"י המנהל המיוחד של עמותת תלמוד תורה הכללי והישיבה עץ-חיים (בפירוק), במסגרת תיק [פר"ק 1363-03-18](http://www.nevo.co.il/case/23753132) [נבו] – להמשיך ולקבל את חלקה בפירות הנכסים (להלן: "**תביעת עץ החיים**").

במסגרת פסק הדין שניתן ביום 28.7.21 בתביעה זו בבית המשפט המחוזי בירושלים ע"י כבוד הש' א' דורות, נקבע כי הפסקת חלוקת הפירות הייתה שלא כדין, וכן בנוסף (בהערה המצויה בסעיף 19 לפסק הדין) – כי נכון לקבוע כי נוצר הקדש ציבורי אשר המוסדות הנזכרים בצוואת המנוח (ובניהם עץ החיים – התובעת שם) הם הנהנים הזכאים ליהנות מפרותיו.

כנגד פסק דין זה הגישו התובעות ערעור לבית המשפט העליון - הוא "**פסק הדין**" שמסקנותיו העיקריות תוארו לעיל.

במסגרת הערעור טענו המערערות (הן כאמור "התובעות" כאן) כי יש לבטל את פסק הדין של בית המשפט המחוזי ולקבוע כי הן אינן חייבות לחלק את פירות הנכסים למוסדות המנויים בצוואה. כמו כן טענו התובעות כי הקביעה בסעיף 19 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי כי נוצר הקדש ציבורי מוטעית וכי מדובר בקביעה שכלל לא התבקשה על ידי התובעת בתביעת עץ החיים – ואף מטעם זה יש לבטלה.

בית המשפט העליון דחה את עיקר הערעור והשית על התובעות תשלום הוצאות. בחלקו הארי של פסק הדין, בית המשפט העליון ניתח את צוואת המנוח, ההסכם בין האלמנה לאפוטרופוסים וצו בית המשפט המנדטורי – וקבע כי חלה מכוח מסמכים אלה כי חובה על התובעות לחלק את פירות הנכסים למוסדות הנזכרים בצוואה ובשיעור שנקבע בה.

1. בשולי פסק הדין (של בית המשפט העליון), בסעיף 38 לו, התייחס כבוד השופט ד' מינץ בפסק הדין לאמרת בית המשפט המחוזי בדבר קיומו של הקדש ציבורי – כדלקמן:

**בהתאם לאמור מתייתר הצורך לדון בעניין קיומו של הקדש ציבורי אשר העמותה זכאית ליהנות מפירותיו. סוגיה זו מעוררת לא מעט שאלות שאין מקום להידרש להן במסגרת זו, כגון תחולתו של** [**חוק הנאמנות**](http://www.nevo.co.il/law/72996)**, התשל"ט-1979 על המקרה דנן; התקיימותם של התנאים להצהרה על קיום הקדש לפי סעיף 17(ג) לחוק הנאמנות (והשוו:** [**ע"א 6613/06**](http://www.nevo.co.il/case/6064271) **נאמני ההקדשות של העדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון ע"י המנהל הרב שלמה שלוש נ' כמוס, פסקה 10 [פורסם בנבו] (16.6.2008)); תחולתה של פקודת ההקדשות לצרכי צדקה אשר קדמה לחוק הנאמנות, ובכלל זה סעיף 37 לאותה פקודה על המקרה; היחס בין שתי הוראות החקיקה (וראו:** [**ע"א 8168/09**](http://www.nevo.co.il/case/6106577) **ועד חברת עולי משהד (אירן) ירושלים נ' הועד המרכזי לעולי (אנוסי) משהד אירן בישראל, פסקה 18 [פורסם בנבו] (23.10.2012);** [**ע"א 5533/98**](http://www.nevo.co.il/case/6017422) **אגודת ישיבת השרון הרצליה-רמת השרון נ' סגל, פ"ד נד(4) 538, 550 (2000)); והאפשרות ליצור הקדש על מקרקעין מסוג מירי במסגרת צוואה. די במתווה ההסכמי הקיים בין הצדדים להוביל למסקנה שהעמותה זכאית לקבלת פירות העיזבון.**

כבר כעת יאמר כי הצדדים חלוקים בשאלה כיצד להבין פסקה זו: המערערת סבורה כי נקבע בה כי לא נוצר הקדש, ואילו הנתבעת סבורה כי עניין זה כלל לא הוכרע בפסקה הנ"ל – וכל שנקבע בה הוא כי בכל הנוגע לשאלת חלוקת פירות הנכסים – אשר היא שעמדה במוקד פסק הדין, הרי שזו מחויבת אף ללא הקביעה כי נוצר הקדש, ולפיכך בית המשפט לא נדרש להכריע בשאלה זו.

1. בעקבות פסק הדין, סברה הנתבעת כי יש מקום לרשום הקדש ציבורי ביחס לנכסים. היא פנתה בעניין זה אל התובעות, במכתב מיום 1.5.25, בבקשה כי בהתאם להוראות [סעיף 26](http://www.nevo.co.il/law/72996/26) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996) – התובעות ימלאו טופס במסגרתו יבקשו את רישום ההקדש.

התובעות השיבו במכתב ששלחו לנתבעת ביום 18.5.25, ובו טענו, בין השאר, כי לאור פסק הדין – אין מקום לרישום הקדש.

ביום 27.6.22 רשמה הנתבעת בפנקס ההקדשות את ההקדש, וכן רשמה הערות במרשם המקרקעין אודות הקדש זה. רישומים אלה נעשו על אף המכתב ששלחו התובעות ומבלי שנשלח קודם לכן מענה למכתב זה.

ביום 19.9.22 שלחה הנתבעת מכתב אל התובעות, במסגרתו דחתה את טענותיהם והודיעה על הרישומים שערכה.

בהתאם לבקשת התובעות, נערכה ביום 1.12.22 פגישה בין הצדדים. בעקבות הפגישה, שלחו התובעות ביום 14.12.22 מכתב אל הנתבעת, במסגרתו שבו ושטחו את טענותיהן.

ביום 12.1.23 נשלחה תשובת הנתבעת, השבה ודוחה את טענות התובעות. בעקבות מכתב זה ומשנוכחו לדבריהן התובעות כי לא יעלה בידן להגיע להסכמות עם הנתבעת – הוגשה התביעה.

1. במסגרת קדם משפט שנערך נקבע התיק להגשת תצהירים ולשמיעת ראיות, אולם סמוך למועדים שנקבעו הגישו הצדדים בקשה מוסכמת לפיה לא יוגשו תצהירים ולא יתקיים הליך שמיעת ראיות – אותם מצאו הצדדים כבלתי נחוצים בנסיבות העניין בהן המחלוקות הן משפטיות באופיין, וכי חלף כך יגישו הצדדים סיכומים של טענותיהן – וכך נעשה.
2. סברתי כי יש מקום לנסות ולהביא את הצדדים להסכמות והצדדים אף עשו ביניהם ניסיונות לבוא בדברים ולהגיע למתכונת מוסכמת - אודות המחלוקת בתביעה כאן ואף בעניינים נוספים השנויים ביניהם במחלוקת, אלא שהדבר בסופו של יום לא צלח.

לצד זה ובעקבות שיח זה והדיון שנערך, הודיעה הנתבעת כי היא תסכים לשנות את נוסח ההערה שנרשמה במרשם המקרקעין – באופן שיהיה ברור ממנה כי ההקדש הנו על פירות הנכסים (ולא על הבעלות בנכסים עצמם).

1. להשלמת התמונה יוזכר הליך נוסף שציינו הצדדים ושהתנהל בבית המשפט המחוזי בתל-אביב ([ת"א 42966-09-20](http://www.nevo.co.il/case/27013946)) [נבו] - בין הצדדים וגורמים נוספים, במסגרתו נדרשו התובעות ואלה שמונו מטעמן כאפוטרופוסים ומנהלים – למסור דוחות וחשבונות אודות פירות הנכסים ואופן חלוקתם, לעמותת בית הכנסת שונה הלכות (ע"ר) (להלן: "**עמותת שונה הלכות**") – אשר אף היא בין המוסדות שנמנו בצוואת המנוח כזכאית לקבל חלק מפירות הנכסים.

בפסק הדין שניתן ביום 15.622 על ידי כבוד הש' נ' שילה, התקבלה התביעה ותוך שנמתחה על התובעות דנן (וייתר הנתבעים שם) ביקורת - נקבע כי חובה עליהן להציג את הדוחות החשבונות והמסמכים שהתבקשו במסגרת התביעה.

ערעור שהוגש לבית המשפט העליון ([ע"א 6090/22](http://www.nevo.co.il/case/28937671)), [נבו], נדחה בהסכמה, לאחר ששמעו את המלצת בית המשפט.

**עיקרי טענות הצדדים**

1. תמצית טענות התובעות:
2. בפסק הדין, בפס' 38, קבע בית המשפט העליון כי אין המדובר בהקדש ציבורי. לאור זאת, רישום ההקדש הציבורי על ידי הנתבעת, היא פעולה העומדת בניגוד לפסיקת בית המשפט.

בפסקה זו בפסק הדין, הפך בית המשפט העליון את פסיקת בית המשפט המחוזי – ולמעשה קבע כי אין המדובר בהקדש ציבורי או בהקדש מכל סוג אחר.

1. מה שעולה מפסק הדין הוא כי בעלותן של התובעות בנכסים ובפירותיהם הינה בעלות קניינית רגילה, חפה מכל סייג, למעט כפיפות להוראה הסכמית, שמכוחה עליהם להפריש נתח מפירות הנכסים, ככל ויהיו. הא ותו לא.

אם הנתבעת סברה אחרת, היה עליה לפנות בבקשת הבהרה לבית המשפט העליון, שיבהיר את פסק דינו, ולא לפעול מיוזמתה לרישום ההקדש. בנוסף, דרך התנהלות הנתבעת לא הייתה תקינה, שכן בעוד הצדדים מקיימים שיח ביניהם, פנתה הנתבעת ורשמה את ההקדש ואת ההערות במרשם המקרקעין. מדובר בהתנהלות שאינה ראויה.

רישום ההקדש נוגד כאמור את פסק הדין, ובנוסף וכפי שיובהר מיד ואף אם לא היה ניתן פסק הדין – הוא אינו אפשרי לפי הדין.

1. על פי דין, לא ניתן, בשום דרך וצורה, להכריז על הנכסים, שהם מקרקעין מסוג מירי, כעל הקדש.

הנתבעת מתעלמת לא רק מהדברים שנכתבו בפס' 38 לפסק הדין – ומהקשיים המשפטיים שצוינו שם, אלא אף מהוראותיו של סעיף [43](http://www.nevo.co.il/law/131307/43) לפקודת ההקדשות לצרכי צדקה (להלן: "**פקודת ההקדשות**") – אשר היא שחלה במועד בו לדברי הנתבעת נוצר ההקדש, ולפיהם לא ניתן ליצור הקדש על מקרקעי מירי.

מדובר במקרקעי מירי שהועברו בירושה על פי דין לאלמנה, ושהאלמנה העבירה אותם במסגרת ההסכם אל התובעות. מדובר בבעלות רגילה, ולא בהקדש – אשר כלל לא יכול היה להיווצר על מקרקעי מירי.

סעיף 43 לפקודת ההקדשות קובע הוראה ברורה, לפיה אין להקדיש קרקע מסוג מירי. אין בכך שהנתבעת בחרה לפעול כביכול מכוח [סעיף 17(א)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.a) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996), התשל"ט-1979 (להלן: "**חוק הנאמנות**") [ולא מכוח [סעיף 17(ג)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.c) לחוק הנאמנות – אליו התייחס כב' הש' מינץ בפס' 38 לפסק הדין] כדי לשנות בהקשר זה, שכן הוראתו של [סעיף 43](http://www.nevo.co.il/law/131307/43) לפקודת ההקדשות חלה באופן כללי וגורף – וממילא אין מקום לטענה כי נוצר בשעתו הקדש על מקרקעי מירי. בית המשפט המנדטורי לא ציין כי נוצר הקדש, ואין בסיס אפוא להנחה כי כך היה – כאשר כאמור הדבר אינו אפשרי לאור הוראות [סעיף 43](http://www.nevo.co.il/law/131307/43) לפקודת ההקדשות.

התובעות היפנו בהקשר זה לכתבי מלומדים, מהם עלה כי לא ניתן להקדיש מקרקעין מסוג מירי – אלא אם ניתן צו מאת השולטן המעביר את המקרקעין מסוג מירי לסוג מולכ – אותם ניתן היה להקדיש. צו כאמור לא ניתן, ולפיכך נותר המצב המשפטי לפיו לא ניתן היה להקדיש את הנכסים.

1. התובעות הזכירו כי הנתבעת אינה טוענת כי פעלה מכוח הוראות [סעיף 17(ג)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.c) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996) והיא לא ביקשה מבית המשפט להחילו, ולכן אין כל טעם או מקום לבחון את האפשרות להחלת סעיף זה.
2. התובעת 3, חברת שערי חסד גמילות חסדים כללי (ע"ר) (להלן: "**שערי חסד**" או "**התובעת 3**") כלל אינה נזכרת בצוואה של המנוח (בסעיף ז' לצוואה, שם נזכרו האפוטרופוסים), ולכן לא היה מקום לרשום נאמן מטעמה בפנקס ההקדשות. מדובר בפגם בתעודת ההקדש, כפי שיצרה הנתבעת.
3. להשלמת התמונה אציין כי בפי התובעות היו טענות ביחס לאופן רישום ההערות במרשם המקרקעין, מהן נראה כי ההקדש נרשם על הבעלות במקרקעין ולא על פירותיהם בלבד – וזאת על אף שגם לשיטת הנתבעת ההקדש צריך לחול על פירות הנכסים בלבד.

כאמור לעיל, הנתבעת הודיעה לבית המשפט כי לא תתנגד לתיקון נוסח ההערות, כך שיהיה ברור כי ההקדש חל על פירות הנכסים בלבד.

1. תמצית טענות הנתבעת:
2. בניגוד לטענות התובעות, בפס' 38 לפסק הדין לא נקבע כי אין המדובר בהקדש ציבורי, אלא רק כי לא היה מקום להכריע בעניין זה – כאשר המחלוקת שהייתה בין הצדדים (בעקבות הפסקת חלוקת פירות הנכסים למוסדות הנזכרים בצוואת המנוח) יכולה להיות מוכרעת באופן ברור לחובת התובעות - אף ללא קביעה בשאלת קיומו של הקדש.
3. בפס' 38 לפסק הדין התייחס בית המשפט לקשיים הנובעים מהחלת הוראת [סעיף 17(ג)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.c) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996), בעוד שהחלטת הנתבעת (אשר ניתנה לאחר פסק הדין) התבססה על יישום [סעיף 17(א)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.a) לחוק הנאמנות – סעיף העוסק בזיהוי נאמנות שכבר קמה בעבר מכוח כתב הקדש.

עיון בצוואת המנוח, בהסכם בין האלמנה לאפוטרופוסים והעובדה כי לשניים הללו ניתן תוקף בצו בית המשפט המנדטורי – אשר הורה כי אלה יקראו יחדיו, מלמדים כי התקיימו התנאים המהותיים היוצרים הקדש ציבורי על פירות הנכסים. בנסיבות אלה, מתקיימים תנאי [סעיף 17(א)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.a) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996), ולאור זאת בצדק רשמה הנתבעת את ההקדש בפנקס ההקדשות הציבוריים.

1. בניגוד לדברי התובעות, הנאמנות אינה על המקרקעין אלא על פירותיהם – ואין ולא הייתה כל מניעה ליצירת הקדש על פירות מקרקעי מירי.
2. התובעת 3, שערי חסד, נקבעה על ידי אגודת ישראל כמחליפתה, ולכן משאגודת בישראל צוינה כנאמן בצוואת המנוח – התובעת 3 באה בנעליה. על החלפה זו ניתן ללמוד מכך שבצוואה אמנם נזכרת אגודת ישראל, אולם כבר בהסכם עם האלמנה – הנתבעת 3 באה במקומה של אגודת ישראל כמי שהחלק היחסי בנכסים יועבר על שמה והיא שחתמה על ההסכם חלף אגודת ישראל. בסעיף ז' לצוואה נקבעה האפשרות להחלפת האפוטרופוסים, ונראה כי זה שאירע.
3. רישום ההערות במרשם המקרקעין היה נחוץ, וזאת לנוכח כוונת התובעות למכור את הנכסים, תוך שהן מתנערות מהוראות הצוואה המחייבות כי תמורת הנכסים תשמש למטרות הצוואה – היינו לחלוקת הרווחים לנהנים שנקבעו בצוואה (ולא לתובעות בלבד). הצורך בהבטחת המטרות הציבוריות הניצבות במוקד צוואת המנוח וההסכם עם האלמנה, הם שחייבו את רישום ההקדש ורישום ההערות במרשם המקרקעין [בהקשר זה אציין כי התובעות ציינו בס' 20 לכתב התשובה שהגישו, כי מראש ציינו בפני הנתבעת כי לא יתנגדו להפקדת התמורה אשר תיוותר לאחר חלוקתה בהתאם למפתח שנקבע בצוואת המנוח, בנאמנות, עד שבית משפט אליו תוגש פנייה – יורה כיצד לנהוג].

**דיון והכרעה**

1. אקדים אחרית לראשית ואומר כי מצאתי כי דין התביעה להידחות.

בהמשך תנומק מסקנה זו בהרחבה, אולם ראש לכל אבקש בקצרה לשוב ולמקד את המחלוקת – כפי שהוצבה בידי הצדדים:

הנתבעת קבעה כי רישום ההקדש נעשה מכוח [סעיף 17(א)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.a) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996) – היינו רישום הקדש אשר נוצר כבר בעבר מכוח כתב הקדש. לדברי הנתבעת, נכסי ההקדש - "הם הפירות וההכנסות המתקבלות מנכסי המקרקעין, ולא המקרקעין עצמם" (סעיף 65 לסיכומי הנתבעת). הבחנה זו בין פירות הנכסים לבין הנכסים עצמם, פותרת לדברי הנתבעת את הקושי ששרר באותה העת בהקדשת מקרקעין מסוג מירי (סעיף 32 לכתב ההגנה; סעיף 66 לסיכומי הנתבעת).

התובעות מנגד טענו כי יש לקבל את התביעה ולקבוע כי "הנכסים – לרבות פירותיהם – אינם "הקדש ציבורי", כי אם נכסיהם הפרטיים בהחלט של התובעים" (סעיף 10 לסכומי התשובה מטעם התובעות).

מיקוד זה נועד להבהיר מראש, כי אין בכוונתי לבחון את תחולתו של [סעיף 17(ג)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.c) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996) וכן לא את תחולת ההקדש על המקרקעין עצמם אלא על פירותיהם – וזאת בהתאם למסגרת הטיעון שהציבה הנתבעת.

1. בראשית הדברים אבקש להסיר מעל הפרק את טענת התובעות כי כבוד השופט מינץ בפס' 38 לפסק הדין, פס' 38, קבע כי לא חל במקרה כאן הקדש.

טענה זו אינה נכונה, שכן עיון פשוט בדברים מלמד כי כל שנקבע הוא כי אין צורך – לעניין המחלוקת שנדונה שם, להכריע בשאלת קיומו של הקדש. וכך קבע שם כב' השופט מינץ:

**בהתאם לאמור מתייתר הצורך לדון בעניין קיומו של הקדש ציבורי אשר העמותה זכאית ליהנות מפירותיו. סוגיה זו מעוררת לא מעט שאלות שאין מקום להידרש להן במסגרת זו, כגון ... די במתווה ההסכמי הקיים בין הצדדים להוביל למסקנה שהעמותה זכאית לקבלת פירות העיזבון.**

מדברים אלה עולה באופן ברור כי כבוד השופט לא ביקש להכריע בשאלת קיומו של הקדש, אלא רק קבע כי עניין זה אינו דורש הכרעה לצורך בירור העניינים שהיו שנויים במחלוקת בין הצדדים לתביעה שם (חובת התובעות לשוב ולחלק את פירות הנכסים למוסדות שנקבעו בצוואת המנוח, ולהציג דוחות אגב כך). שאלת קיומו של הקדש הוזכרה אגב אורחא בפסק הדין של כב' המותב בבית המשפט המחוזי, והתובעות (הן המערערות בהליך שם) טענו כי קביעה זו לא התבקשה במסגרת כתב התביעה. בנסיבות אלה ומשמצא ההכרעה במחלוקת אינה דורשת זאת – קבע כבוד המותב בבית המשפט העליון את שנקבע בפס' 38 – כנ"ל.

הטענה כאילו הנתבעת פעלה בניגוד לקביעה מפורשת בפסק הדין כאשר החליטה על רישום הקדש, אינה משקפת אפוא נכונה את תמונת הדברים.

1. לאחר שטענה זו הוסרה מעל הפרק, אפנה לתיאור המסגרת הנורמטיבית וליישומה על נסיבות המקרה.

המסגרת הנורמטיבית

1. [סעיף 17](http://www.nevo.co.il/law/72996/17) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996) – אשר כותרתו "יצירה ותחילה של הקדש" - קובע:

**(א) הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת (להלן – הקדש) טעונה מסמך בכתב (בחוק זה – כתב הקדש) שבו מביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש וקובע מטרותיו, נכסיו ותנאיו, והמסמך הוא אחד מאלה:**

**(1) כתב חתום בידי יוצר ההקדש בפני נוטריון;**

**(2) צוואה של יוצר ההקדש, למעט צוואה בעל-פה;**

**(3) הוראת תשלום לענין סעיף 147 ל**[**חוק הירושה**](http://www.nevo.co.il/law/72178)**, תשכ"ה-1965.**

**(ב) תחילתו של הקדש היא עם העברת השליטה בנכסי ההקדש לידי הנאמן.**

**(ג) נמצאו נכסים המשמשים הקדש, אלא שאין על כך כתב הקדש, רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הקדש ולהגדיר מטרותיו, נכסיו, תנאיו ותחילתו.**

[סעיף 17(ג)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.c) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996) עוסק במקרה בו - " **נמצאו נכסים המשמשים הקדש, אין על כך כתב הקדש**", והוא מסמיך את בית המשפט לפעול ולמלא במקרים המתאימים חסר זה.

אלא שכאמור, הנתבעת סבורה כי במקרה שלנו כאן – חל [סעיף 17(א)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.a) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996) – ומכוחו היא רשמה את ההקדש, וזאת מכוון שבמקרה כאן, כך טוענת הנתבעת – היו מסמכים בכתב והם המהווים יחדיו את כתב ההקדש. מסמכים אלה כוללים את צוואת המנוח, ההסכם עם האלמנה וצו בית המשפט המנדטורי – אשר קבע כי שני המסמכים הקודמים (הצוואה וההסכם) יקראו יחדיו.

1. באותה העת בה נוצרו המסמכים הנ"ל (הצוואה, ההסכם והצו של בית המשפט המנדטורי בעניינם), חלה פקודת ההקדשות – אשר נחקקה בשנת 1924.

[סעיף 3(1)(א)](http://www.nevo.co.il/law/131307/3.1.a) לפקודת ההקדשות – הוא מקבילו של [סעיף 17(א)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.a) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996), קבע כדלקמן:

**שום הקדש ביחס לנכסי מקרקעים לא יהא בר תוקף אלא אם כן הכריזו עליו המקדיש או הנאמן בצוואתם האחרונה או בכתב אחר שאינו צואה, שנחתמו ע"י המקדיש או הנאמן וקויימו בפני נוטריון.**

בדומה להוראת [סעיף 17(א)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.a) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996), קודמו – [סעיף 3(1)(א)](http://www.nevo.co.il/law/131307/3.1.a) לפקודת ההקדשות דרש אף הוא כי הקדש ביחס למקרקעין ייווצר בכתב – בצוואה או בכתב אחר שנחתם על ידי המקדיש או הנאמן ואשר קוים בפני נוטריון.

1. פקודת ההקדשות בוטלה עם כניסתו לתוקף, בשנת 1980, של [חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996). [סעיף 44](http://www.nevo.co.il/law/72996/44) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996) קבע, בחלקו הרלוונטי לנו, הוראת מעבר כדלקמן:

**הקדש שהיה קיים ערב תחילתו של חוק זה לפי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה יראוהו כהקדש ציבורי ויחולו עליו הוראות חוק זה מתחילת חוק זה;**

שלמה כרם, [חוק הנאמנות, התשל"ט-1979](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/602) (מהדורה 4, 2004) (להלן: "**כרם – חוק הנאמנות**"), עמ' 840, כותב לעניין פרשנות [סעיף 44](http://www.nevo.co.il/law/72996/44) לחוק הנאמנות, אודות אופן יצירת הקדש לפי פקודת ההקדשות:

**בהתאם לפקודה ניתן היה ליצור הקדש לצורכי צדקה באחת הדרכים הבאות:**

**א. בין חיים - על ידי כתב שחתם עליו המקדיש וקוים בפני נוטריון**

**ב. מחמת מיתה, על ידי צוואה;**

**ג. על ידי הכרזת בית המשפט שנוצר הקדש.**

**שלוש הדרכים הללו הן בין הדרכים ליצירת הקדש לפי פרק ב׳ של החוק לכן מבחינת צורה - הקדש לפי הפקודה תואם את כתב ההקדש לפי** [**חוק הנאמנות**](http://www.nevo.co.il/law/72996)**.**

[בכל הנוגע ליישומה של הוראת המעבר [שבסעיף 44(א)](http://www.nevo.co.il/law/72996/44.a) הנ"ל בהתייחס להוראות [סעיף 17(ג)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.c) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996) ומקבילו בפקודת ההקדשות – [סעיף 37](http://www.nevo.co.il/law/131307/37) לפקודה, ראו: [ע"א 8168/09](http://www.nevo.co.il/case/6106577) **ועד חברת עולי משהד (אירן) ירושלים נ' הוועד המרכזי לעולי (אנוסי) משהד אירן בישראל** [נבו] (23.10.12); [ע"א 5533/98](http://www.nevo.co.il/case/6017422) **אגודת ישיבת השרון הרצליה-רמת השרון נ' שמואל סגל** [נבו] (11.9.00)]

לעניינינו – [סעיף 17(א)](http://www.nevo.co.il/law/72996/17.a) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996) ומקבילו [סעיף 3(1)(א)](http://www.nevo.co.il/law/131307/3.1.a) לפקודת ההקדשות - יש אפוא לבחון האם אכן נוצר בשעתו הקדש כפי שקבעה הנתבעת.

בחינה זו תכלול שני היבטים: האחד כללי – סקירת העניינים שיש לבדוק לצורך בחינה האם נוצר נוצר הקדש, והשני בו התייחסות לטענה הספציפית שבפי התובעות – כי הקדש שכזה לא יכול היה להיווצר שכן לא ניתן היה ליצור הקדש על מקרקעין מסוג מירי. להלן אתייחס לשני היבטים אלה – כסדרם הנ"ל.

1. העניינים הנוספים שיש לבחון לצורך קביעה האם נוצר הקדש:

אין בפי הנתבעת טענה כי הצו של בית המשפט המנדטורי הכריז על קיומו של הקדש. אין אף טענה כי המונח הקדש, הופיע באופן מפורש בצוואה או בהסכם שנחתם עם האלמנה. אלא שכפי שנקבע בפסיקה, מה שקובע אינו שימוש בביטוי כזה או אחר, אלא תוכן הדברים שנקבעו. כאשר תוכן זה מבטא הקמת הקדש – הרי שיש להכיר בהקדש שנוצר.

כך, ב[ע"א 477/88](http://www.nevo.co.il/case/17936773) **היועץ המשפטי לממשלה נ' אוניברסיטת תל אביב** [נבו] (1.5.90) נקבע כי גם כאשר יוצר ההקדש קבע במפורש בצוואתו כי זו לא תיצור הקדש, הרי שלאור אופיין הקוגנטי של הוראות החוק בהקשר זה – אם תוכן הצוואה הוא כזה שבפועל יצר הקדש – יש להכיר בהקדש זה:

**המשיבים טוענים, כי לא ייתכן לומר שהמצווה הביע בצוואה את כוונתו ליצור הקדש, כדרישת החוק, כאשר בצוואה מובעת במפורש הכוונה ההפוכה, שהרי נאמר שם, כי הקרן לא תהיה בבחינת הקדש כמשמעותו של זה ב**[**חוק הנאמנות**](http://www.nevo.co.il/law/72996)**.**

**טענה זו אינה מקובל עלי. דרישת החוק איננה מתייחסת לכך שיוצר ההקדש יביע את רצונו ליצור הקדש במובנו הטכני-פורמאלי של המונח; די, לעניין תחולת החוק, שהמקדיש יביע את כוונתו ליצור הקדש על-פי משמעותו המהותית-תוכנית, היינו, כי יורה על "הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת...", כפי שמוגדר ברישא לסעיף 17(א). הפועל היוצא המשפטי נובע אוטומטית מיצירת המסגרת העובדתית הנושאת את התכונות שהחוק מתייחס אליהן. המנוח הורה בצוואתו על יצירת קרן, שנכסיה יוקדשו לחלוקת מילגות לסטודנטים, ובכך עונה ההוראה שבצוואה על דרישת החוק.**

יש אפוא לבחון את התוכן המהותי של הוראות שנקבעו, ולהכיר בכך שנוצר הקדש – במקרה המתאים, גם אם לא נכתב במפורש כי הכוונה היא ליצור הקדש.

1. ש' כרם עמד על רכיבים שקיומם מצביע על יצירת כתב הקדש (כרם – נאמנות, עמ' 640):

**כתב-הקדש הוא פעולה חד-צדדית מצד יוצר ההקדש, הטעונה מסמך בכתב. על כתב-ההקדש לכלול את היסודות הבאים:**

1. **הבעת כוונתו של יוצר ליצור נאמנות. אין המחוקק דורש ביטוי מסוים של הכוונה, או את השימוש במונחים, כגון הקדש או נאמנות. די אם הכוונה הובעה בצורה ברורה לפי תוכן המסמך.**
2. **קביעת מטרות ההקדש, כולל מי הם הנהנים או מהן המטרות שלשמן תפעל הנאמנות.**
3. **קביעת נכסי ההקדש. הקביעה יכולה להתבצע על-ידי ציון או תיאור הנכם. היא עשויה להיות גם קביעה של סכום-כםף, או של חלק מנכסים. היא יכולה לעסוק בנכם קיים או בנכס שטרם בא לעולם. לעניין זה קביעת נכס משמעה הגדרה מספקת של הנכם לשם מימוש כתב- ההקדש. נראה שיש להבין את הביטוי ״נכסי ההקדש״ כביטוי נרדף לביטוי ״נכסי הנאמנות״, המופיע בפרקים אחרים של** [**חוק הנאמנות**](http://www.nevo.co.il/law/72996)**. נכסי ההקדש משמעם אפוא נכסי נאמנות שנוצרה על-פי כתב-ההקדש.**
4. **קביעת תנאי ההקדש, לרבות הקביעה באילו תנאים יש להעביר נכסים או טובות־הנאה אחרות, למי, מהי תקופת קיומו של ההקדש, התנאים לסיומו וכדומה. תנאי ההקדש עניינם גם זכויותיהם וחובותיהם של הנהנים, הנאמן וכן היוצר.**

**תנאי שאין חובה לכללו בכתב-ההקדש, ואולם בלעדיו לא תקום נאמנות, הוא מינוי נאמן.**

כמובן, כאשר לא נאמר במפורש כי יש כוונה ליצור הקדש, יש לבחון את התמונה הכללית העולה מהמסמך/מסמכים הרלוונטיים, כדי לבחון כי אלה אכן יצרו הקדש.

1. יצירת הקדש על מקרקעין מסוג מירי:

טענתן המרכזית של התובעות, היא כי לא ניתן היה להקים הקדש על מקרקעין מסוג מירי. טענה זו מבוססת על הוראות [סעיף 43](http://www.nevo.co.il/law/131307/43) לפקודת ההקדשות, אשר כותרתו – "**אין הפקודה חלה על וקף או הקדשות דתיים**", הקובע:

**כל דבר האמור בפקודה הזאת לא יפגע בנכסים המוקדשים לצרכי צדקה והם נושא לווקף או להקדש דתי שנוצרו בפני בית משפט דתי עפ"י הוראות דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) 1922, ולא יפורש כמקנה תוקף להקדש קרקע מירי לצרכי צדקה.**

הוראה זו – היינו הסיפא של [סעיף 43](http://www.nevo.co.il/law/131307/43), לפיה – "כל דבר האמור בפקודה הזאת ... לא יפורש כמקנה תוקף להקדש קרקע מירי לצרכי צדקה", מהווה לדעת התובעות מחסום, אשר אינו מאפשר לאשר את קביעת הנתבעת כי על המקרקעין חל הקדש.

התובעות הזכירו את הדברים מספרו של המלומד [מ' דוכן, דיני קרקעות](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/634)  (מהדורה שנייה, התשי"ג) (להלן: "**דוכן - קרקעות**") עמ' 63:

**"תקנות בדבר הקדש אמיתי הן בספרי הדת (שרעי) כלל ידוע הוא שקרקע מירי אי אפשר להקדיש בתור הקדש אמיתי. הקדש אמיתי אפשר לעשות רק קרקע מולכ. כדי להקדיש קרקע מירי בתור הקדש אמיתי, יש לקבל צו מיוחד מאת השולטן, שבו מעביר השולטן את הקרקע מסוג מירי לסוג מולכ, כפי שביארתי לעיל".**

מכל האמור מסיקות התובעות כי לא ניתן היה כלל להקדיש מקרקעין מסוג מירי – לא את המקרקעין ולא את פירותיהם.

אני סבור כי מסקנה זו אינה מדויקת, והיא אף עוצמת עיניה מנוסח דבריו של דוכן ושל אחרים (לרבות פסקי דין שיוזכרו בהמשך) – אשר הבחינו ביחס למקרקעין מסוג מירי – בין הקדש שלא ניתן היה ליצור ובין סוג של הקדש שניתן היה ליצור גם על מקרקעין מסוג מירי. עוד אציין כבר כעת, כי הפרשנות שמציעה התובעת להוראת [סעיף 43](http://www.nevo.co.il/law/131307/43) לפקודת ההקדשות, מתעלמת ממסגרתה של ההוראה – העוסקת בהקדשות דתיים, אשר כפי שציין דוכן – "תקנות בדבר הקדש אמיתי הן בספרי הדת (שרעי)" והן שאסרו "הקדש אמיתי" של מקרקעי מירי – היינו הקדש במסגרתו מוקדשת אף הבעלות על המקרקעין - והקדש מסוג זה בלבד.

אפרט להלן את הדברים, תוך שאקדים להם מעט דברי רקע כלליים יותר אודות קרקע מסוג מירי.

1. סעיף 1 לחוק הקרקעות העות'מאני 1274 (1858 ללוח הגרגוריאני) הגדיר חמישה סוגי קרקעות. מתוך סוגים אלה, רלוונטיים לנו הסוגים "מולכ" ו-"מירי".

קרקע מסוג מולכ הייתה קרקע פרטית, שהיא קניינו הפרטי המלא של אדם. לעומת זאת קרקע מסוג מירי הם נכסי מלכות, השייכים לאוצר המדינה (המילה "מירי" היא קיצור של הביטוי "האמיר" – הסולטן) כאשר למחזיק בהם זכות שימוש בלבד.

כידוע, [סעיף 152](http://www.nevo.co.il/law/72897/152) ל[חוק המקרקעין](http://www.nevo.co.il/law/72897), התשכ"ט-1969 (להלן: "**חוק המקרקעין**") ביטל את סיווגי המקרקעין שהיו קיימים בדין העותומני:

**סיווג המקרקעין לסוגים שונים שהיה קיים ערב תחילתו של חוק זה מכוח החקיקה העותמנית – בטל.**

[סעיף 153](http://www.nevo.co.il/law/72897/153) ל[חוק המקרקעין](http://www.nevo.co.il/law/72897) קבע ביחס למקרקעין מסוג מירי:

**מקרקעין שערב תחילתו של חוק זה נמנו עם הסוג "מירי", הבעלות בהם תהיה בעלות מלאה בהתאם להוראות חוק זה**.

אלא שלמרות ביטול סיווג המקרקעין – כאמור לעיל, [סעיף 162](http://www.nevo.co.il/law/72897/162) ל[חוק המקרקעין](http://www.nevo.co.il/law/72897) קבע (בחלקו הרלוונטי לנו):

**על אף האמור בסעיפים 152 ו-158 עד 161, אין בהוראות חוק זה כדי לבטל או להביא שינוי –**

**(1) בדין המיוחד שהיה קיים ערב תחילתו בנוגע למקרקעין מסוג מוקופה ולהקדשות;**

מעבר לכך, כזכור – עמדת הנתבעת היא כי ההקדש מושא הדיון כאן נוצר שנים רבות לפני חקיקת [חוק המקרקעין](http://www.nevo.co.il/law/72897), כך שיש בכל מקרה לבחון את המצב המשפטי ששרר אז – ביחס למקרקעין מסוג מירי – ולכן נשוב לאותן שנים ולשתי האפשרויות השונות שעמדו בפני מי שביקש להקדישם.

בית המשפט העליון ב[ע"א 8954/06](http://www.nevo.co.il/case/6001809) **ווקף מוחמד ואברהים עבדלרבו מעו נ' האפוטרופוס הכללי** [נבו] (26.9.10) (להלן: "**עניין עבדלרבו**") פס' 114, סקר סוגיה זו - כדלקמן:

**ההבדל המשפטי העיקרי בין מקרקעין מסוג מולכּ למקרקעין מסוג מירי הוא לעניין היקף הבעלות. בעוד שבמקרקעין מסוג מולכּ יש זכות בעלות מלאה, הן על הקרקע והן על המחוברים, לבעלים של מקרקעין מסוג מירי יש רק את זכות השימוש ואכילת פירות (ראו: דוכן, לעיל, בעמ' 44-43). זאת ועוד, מקרקעין מסוג מירי לא ניתן להקדיש בתור "הקדש אמיתי" (או "ווקף אמיתי"). "הקדש אמיתי" אפשרי רק במקרקעין מסוג מולכּ. כדי להקדיש מקרקעין מסוג מירי בתור "הקדש אמיתי" יש צורך לקבל צו מיוחד מאת הסולטאן, שבו מעביר הסולטאן את המקרקעין מסוג מירי לסוג מולכּ [ראו: עניין לוי, לעיל, בעמ' 238; דוכן, לעיל, בעמ' 63;** [**אברהם טננבוים ואברהם קפלן "הקדשות בישראל – הדין הרצוי והמצוי"**](http://www.nevo.co.il/safrut/book/8157) **שערי משפט א(1) 75 (תשנ"ז)]. ב"ווקף שאינו אמיתי" מאחר ומדובר בקרקע מסוג מירי הבעלות אינה עוברת להקדש והזכות שיש בידיו הינה זכות השימוש ואכילת הפירות. ב"ווקף אמיתי", בקרקע מסוג מולכּ עוברת הבעלות בקרקע להקדש [ראו: אליהו** [**כהן התיישנות והסדר במקרקעין**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2664) **82 (1984)].**

היגיון הדברים פשוט: אדם יכול להקדיש את מה ששייך לו, אך לא את מה שאינו שייך לו. בקרקע מסוג מירי, יש לבעל המקרקעין רק את זכות השימוש ואכילת הפירות. ולכן היו פתוחות בפניו שתי אפשרויות אם ביקש להקדיש את המקרקעין:

1. לפנות אל הסולטאן ולבקש כי זה יעביר את המקרקעין מסיווג מירי לסיווג מולכ, ואז לבצע "הקדש אמיתי" ומלא – בו תועבר הבעלות בקרקע להקדש.
2. לבצע "הקדש לא אמיתי" ("ווקף לא אמיתי") של מקרקעי המירי שבידיו, כאשר אי-האמיתיות פירושה כי מה שמועבר להקדש זה פירות הנכסים וזכות השימוש בהם – היינו מה שבידי המקדיש קרקע מסוג מירי (ולא זכות הבעלות אשר אינה בידיו).

תמונת דברים זו באה לידי ביטוי ברור לא רק בפסק הדין בעניין עבדלרבו, אלא בפסיקה ענפה נוספת, וכן בכתבי מלומדים אשר עסקו במצב המשפטי באותה העת. אציג להלן כמה ממקורות אלה.

דוכן – קרקעות, עמ' 66-65:

**אחרי הביאורים הכלליים האלה נעבור למין ״וקף״ בקרקעות, שקוראים לו ״וקף לא אמיתי״ או ״קרקעות מוקופה״. הן אותן הקרקעות ממין מירי, שהקדישו השולטנים או אנשים פרטיים ברשות השולטנים קרקעות מירי שהיו בידיהם, לשם תכליתות דתיות, תרבותיות או לשם צדקה. אצל ״מוקופה״ אין נמסרת להקדש לא הקרקע ב גופה ולא ה״רקבה״, שהיא אינה בידי המקדיש. אלא ההכנסה שהקרקע מביאה. כלומר— ההכנסה מוקדשת לתכלית מסויימת. רוב קרקעות ״מוקופה״ והקדשות בארץ־ישראל הן ממין זה. קוראים להם בשם ״מוקופה״ או ״וקף לא אמיתי״, מפני שעל־פי חוקי הדת רשאי רק בעל גוף הקרקע להקדיש קרקע בתור הקדש אמיתי — ״וקף סחיהה״. כלל זה אנו מוצאים בס' 121 מחק הקרקעות, שעל־פיו אין אדם רשאי להקדיש קרקע מירי בתור הקדש אמיתי — אלה** [אולי צריך היה להיות "אלא" ולהוסיף "אם" – א.ג] **הנכסים היו בידו בתור נכסי מולכ. במקרה, שאנו עוסקים בו, המקדיש אינו בעל גוף הקרקע, אלא בעל זכות השימוש ואכילת פירות, ואם אין בידו ״הדומיניום־פלנום״ אינו רשאי גם להקדיש אותו, בתוקף הכלל המשפטי, שאין אדם רשאי למסור לזולת זכויות יותר ממה שיש לו. אם מקדישים קרקע מירי בתור ״מוקופה״, מקדישים רק את זכות השימוש ואכילת פירות, או במלים אחרות את ההכנסה.**

אציין כי אף בחלק אחר שצוטט בידי התובעת ושהובא לעיל בסעיף הקודם, כל שנתכתב הוא כי קרקע מסוג מירי לא ניתן היה להקדיש "הקדש אמיתי", והדברים עולים בקנה אחד עם האמור לעיל – כי הקדש לא אמיתי ניתן והוקדש בקרקעות מירי – ביחס למה שהיה בידי הבעלים – זכות שימוש ואכילת פירות.

תמונה דומה תוארה בספרם של פליאה אלבק ורן פליישר,[דיני מקרקעין בישראל](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2129), תשס"ה-2005 (להלן: "**אלבק-פליישר**"). בעמ' 83 מציינים אלבק-פליישר כי סעיף 4 לחוק הקרקעות העותומני אפשר הקדש פירות מקרקעי מירי, הקדש שנחשב "לא אמיתי", והם מביאים כדוגמה לגבי הקדש שכזה ביחס לבית הכנסת הגדול בתל אביב (שם, בעמ' 84-83):

**"להלן המשכו של סעיף 4 של חוק הקרקעות העותומני:**

**"ויש עוד מיני הקדש שזכות הבעלות על גוף הקרקע שייכת לאוצר הממשלה, והמעשר והמיסים מקרקע זוגם כן נשארים בידי המלכות, ורק זכות השימוש ואכילת הפירות הוקדשו לשם איזה צורך"**

**זה בעצם המקרה שבעל הזכות לשימוש והחזקה בקרקע מירי, התצרוף – מקדיש את תצרוף שלו, למשל להקדש לטובת בית הכנסת הגדול בתל אביב. בכל הגרעין הראשון של העיר תל אביב, הקרקע היא מירי ... אם רצה להקדיש את הבית לבית כנסת – הוא למעשה יכול היה להקדיש רק את זכות השימוש ואכילת הפירות לבית הכנסת. במקרה כזה ייתכן שנמצא רישום "סוג הקרקע: מירי. שם הבעלים: הקדש בית הכנסת הגדול בתל אביב". רק אם המקדיש קיבל אישור המדינה להפיכת הקרקע ממירי למולכ, כפי שההסברתי קודם, ואז כשהפכה כבר למולכ הקדיש אותה לבית הכנסת, הרישום בעמודת הבעלות יהיה אותו דבר, כמו קודם, אבל בעמודת סוג הקרקע יהיה רשום וקף."**

ושוב, הבחנה זו בין שני סוגי ההקדשים: "הקדש אמיתי" הניתן להתבצע רק על קרקע מולכ, ואילו "הקדש לא אמיתי" אשר יכול היה להתבצע על קרקע מסוג מירי – ביחס לזכות השימוש ואכילת הפירות – נזכרה ב[ת"א 7223/05](http://www.nevo.co.il/case/448245) (מחוזי, י-ם) **ד"ר אמין מוחמד אמין אלח'טיב נ' משרד הווקף המוסלמי בירושלים** [נבו] (2.8.09):

**קרקע "ווקף" או "מוקופה" הינה קרקע שהוקדשה, משמע – נכסים שהוקדשו לאלוהים. (המילה "מוקופה" באה מן השורש "ווקף" שפירושו בערבית – להעמיד, לעצור, לעכב, ובהקשר להקדשת קרקעות פירושה לעכב את המהלך החוקי הרגיל של המשא ומתן בקרקע על ידי איסור ניצולה לטובת הפרט וההקדשה של טובת ההנאה ממנה למטרה ידועה – בן שמש, שם, בעמ' 33). נכסים שהוקדשו בתור "ווקף" יוצאים מגדר נכסי הבעלים הפרטי שהיו שייכים לו קודם שהוקדשו, או שרשותו בהם מוגבלת. ניתן להבחין, בעיקרון, בין שני סוגים של הקדשות: הסוג הראשון הוא הקדש קרקע מולכ. במקרה זה מעביר המקדיש להנהלת ה"ווקף" את גוף הקרקע עם זכות הבעלות, "הרקבה", וגם את זכות השימוש בה. "ווקף" מסוג זה נקרא "ווקף סחיחה", "הקדש אמיתי", או "הקדש שלם". הסוג השני של "ווקף" הוא הקדש "ווקף ע'יר סחיחה", היינו "הקדש לא אמיתי", או "הקדש יוצא מן הכלל" או "הקדש לא שלם". הקדש מהסוג השני יכול להיעשות מקרקע מסוג מירי שאז מקדישים מהקרקע רק את זכות השימוש ואכילת הפירות או את ההכנסה ממנה ("תכסיסאת").**

[לפסיקה נוספת בה נזכרה הבחנה זו, ראו לדוגמה: [ע"א (י-ם) 8086-03-20](http://www.nevo.co.il/case/26512546) **ג'אח רג'בי נ' אברהם שפרמן** [נבו] (11.7.24); [ת"א (י-ם) 5083/03](http://www.nevo.co.il/case/2234126) **מוסא אבו רקושה נ' אסעד עלי פריתך** [נבו] (16.6.08); [ע"ש (י-ם) 2/97](http://www.nevo.co.il/case/702797) **הקדש ווקף מחמד ואברהים עבד רבו נ' האפוטרופוס הכללי – ירושלים** [נבו] (13.9.06); לתמונה דומה – המכירה באפשרות להקדיש נכסי מירי בהקדש "לא אמיתי", ראו גם: [א' טננבוים וא' קפלן, הקדשות בישראל – הדין הרצוי והמצוי](http://www.nevo.co.il/safrut/book/8157), שערי משפט א1 (תשנ"ז) עמ' 75]

אוסיף ואציין כי אף בתי דין רבניים דנו לא אחת בשאלה האם ניתן היה להקדיש מקרקעין מסוג מירי, ומסקנתם החוזרת ונשנית היא כי ניתן היה לבצע הקדש אשר כונה כאמור "לא אמיתי" - והיינו הקדש המקרקעין לעניין זכות השימוש ואכילת הפירות או ההכנסות מהן. בהקשר זה, ראו לדוגמה [בד"ר (ת"א) 1098800](http://www.nevo.co.il/case/33392020)  **הממונה על ההקדשות בבתי הדין הרבניים נ' הרב צבי אריה טוקצ'נסקי** [נבו] (14.08.23) הקובע לאחר סקירת מקורות שונים:

**מן האמור עולה כי גם הקדש על קרקע מירי הוא הקדש תקף לכל דבר ועניין, אלא שההקדש הוא על זכות השימוש ועל אכילת הפירות בלבד, ולא על עצם הבעלות הערטילאית בקרקע ...**

לקביעה דומה, ראו [בד"ר (הגדול)](http://www.nevo.co.il/case/33392021)  **פנינת המיתרים בע"מ נ' עו"ד רונן מטרי** [נבו] (16.12.24), שם עמ' 52-51, לאחר שכב' בית הדין אישר כי ניתן היה לבצע "הקדש פירות" של מקרקעי מירי (שם בעמ' 46), מתואר הניסיון לבצע "הקדש אמיתי" באמצעות שינוי סיווג המקרקעין – ומשזה לא צלח, כינון הקדש פירות על מקרקעי מירי:

**רבני עץ חיים לא הצליחו לשנות את סיווג הקרקע למולק ולכונן הקדש על הבעלות בקרקע, אולם היה אפשר לכונן "הקדש פירות" על השימוש בקרקע מירי ועל ההכנסות מנכסי השכונה.**

בית הדין מגיע אף הוא למסקנה כי כונן הקדש פירות על קרקע מירי, וכי לא הייתה כל מניעה לעשות כן. הקורא שם יוכל לראות לא רק קביעה משפטית, אלא תיאור התנהלות הצדדים באותן שנים, באופן המלמד באופן ברור כי בזמן אמת הללו הכירו בכך כי ניתן היה להקדיש מקרקעי מירי לפירותיהם.

1. העולה מכל האמור כי טענת התובעות כי לא ניתן להקדיש מקרקעי מירי - לפירותיהם, נסתרת באופן ברור בשורה ארוכה של מקורות. כפי שעולה באופן ברור מכל המקורות הנ"ל, ניתן היה להקדיש מקרקעי מירי לפירותיהם, כך שההקדש חל על זכות השימוש במקרקעין ועל הזכות להכנסה הנובעת מהן – היינו פירותיהם (אך לא על הבעלות במקרקעין, שלא הייתה נתונה בידי המחזיק בקרקע מסוג מירי).
2. פרשנות מצמצמת [לסעיף 43](http://www.nevo.co.il/law/131307/43) לפקודת ההקדשות, בכל הנוגע להוראתו ביחס למקרקעי מירי, ניתנה כבר בפסיקה ותיקה של בית המשפט העליון – [ע"א 62 /161־162](http://www.nevo.co.il/case/17912589)  **הקדש אטלינגר ואח' נ' מדינת ישראל ואח' [נבו]** (31.1.63) (להלן: "**עניין אטלינגר**") בפסק דינו של כבוד הש' (כתוארו דאז) לנדוי.

ראשית, בית המשפט עמד שם על כך כי יש לקבוע כי בתרגומו של [סעיף 43](http://www.nevo.co.il/law/131307/43) לפקודת ההקדשות מאנגלית לעברית – נפלה טעות, וכי בהתאם לנוסח המחייב ההתייחסות היא רק להקדש במסגרת צוואה ולא להקדש מחיים – עליו לא חלה כל מגבלה. יתירה מזו, מהמשך הדברים ניכר כי בית המשפט סבור כי בשים לשינויים המהותיים שחלו – ממגמותיו של המשפט המוסלמי לאלה של פקודת ההקדשות ומצבנו המודרני כיום, אין טעם באימוץ פרשנות מרחיבה לאותן מגבלות. וכך, בפס' 8 לעניין אטלינגר, נקבע:

**האם מחייב הקשר הדברים לתת למונח ״מקרקעין״ בפקודה הנדונה פירוש יותר מצמצם, המוציא ממנו קרקע מסוג מירי ? טעמם של אלה הסוברים כך נובע מן הגזירה־ השווה שהם לומדים מענין הפיכת מירי לזקף. אולם למרות הדמיון השטחי בין מוסד הוקף של המשפט העתמאני, שמקורו במשפט הדתי המושלמי, ובין הנאמנות לצרכי צדקה של דיני היושר האנגליים, צמח המוסד האנגלי על קרקע שונה לגמרי, וברורה כוונת המחוקק המנדטורי לפתוח דף חדש בפקודה משנת 1924. כוונה זו מופיעה מיד בכותרת לפקודה, בה נאמר כי ״רצוי לקבוע הוראות להסדרת נאמנויות לצרכי צדקה המוקמות בארץ־ישראל ־ שלא בהתאם למשפט הדתי׳׳. ואם נשאל מה גרם בשעתו לאיסור על הפיכת מירי לוקף לפי המשפט העתמאני, ניווכח לדעת שבטעמי האיסור ההוא אין כדי לחייב איסור דומה לגבי המוסד החדש של נאמנות לצרכי צדקה. הלא שני טעמים מעשיים היו לאיסור זה: ראשית, החשש שעל־ידי הפיכת מירי לוקף יאבדו לאוצר המדינה הכנסותיו מאדמת המירי. טעם זה בטל עם הנהגת חקיקת המיסוי המנדטורית, ובמיוחד פקודות מס הרכוש החקלאי משנת 1935 ומשנת 1942 שלא הבדילו עוד בין קרקע מולכ ומירי לצורך הטלת המס ... . הטעם השני הוא אוניברסלי ואינו מיוחד לדברי החקיקה הספציפיים בהם אנו עוסקים: כי טובת הציבור דורשת שלא להוציא קרקעות נרחבות מן המחזור ולהקפיאן ב״יד מתה״. אך משקלו של טעם זה מתבטל כליל לאור הסעיף 39 של הפקודה ... .**

**ואשר לטעם הפורמלי, שאין בידי בעל המירי הבעלות המלאה על הקרקע, הרי עוד בסעיף 5 של חוק העברת נכסי־דלא־ניידי, הזמני, העתמאני, משנת 1331 ניתנה לו למעשה זכות השליטה המלאה על הקרקע בחייו. מאז עוד גברה מגמת המחוקק להשוות את דיני המירי והמולכ לחלוטין, חוץ מבענין ההורשה. כפי שניסיתי להראות, אין טעם לקיים את ההבחנה המלאכותית בין סוגי הקרקע בהקדשת מקרקעין לפי הפקודה, והוראות החוק אינן מחייבות הבחנה זו, סגן פרקליט המדינה הודיע לנו שבמקרים נאותים נוהג שר-המשפטים להשתמש בסמכותו לפי סימן 16א של דבר־המלך־במועצה, ולהפוך קרקע מירי למולב, כדי לאפשר לבעל הקרקע להקדישה בחייו לפי הפקודה. לדעתי אין צורך ללכת בדרך עקיפין זו, כי בעל קרקע מסוג מירי חפשי לעשותו בחייו הקדש לפי הפקודה, וסוג הקרקע אינו משתנה על־ידי כך.**

מהדברים עולה כי קרקע מירי ניתן להקדיש מחיים, באופן מלא וללא מגבלות (היינו את גוף המקרקעין ופירותיהם), בדיוק כפי קרקע מולכ וללא שיהיה צורך בשינויה לקרקע מולכ. יש לתת את הדעת לכך שמדובר בהרחבה של ממש, החורגת מהתיאור עד כה אשר הכיר רק בהקדש מקרקעי מירי לפירותיהם – אשר כונה "הקדש לא אמיתי". בפסק הדין בעניין אטלינגר, בית המשפט מכיר באפשרות להקדיש קרקע מסוג מירי בהקדש אמיתי (כאילו הייתה קרקע מולכ) – כאשר מדובר בהקדש מחיים.

במקרה שלפנינו עסקינן הן בפעולה שנעשתה בצוואה והן בפעולה שגובתה לאחר מכן בהסכם מחיים עם האלמנה – אשר שניהם קיבלו תוקף בהחלטת בית המשפט המנדטורי.

לאור זאת, ייתכן שלאור פסק דין בעניין אטלינגר, סלולה הדרך להכרה בהקדש רחב יותר מזה שטענה לו הנתבעת. אלא שכאמור ולאור הטענות שבחרה הנתבעת להציג, עסקינן בהקדש פירות המקרקעין – הקדש אשר כפי שראינו ניתן היה לכל הדעות ליצור באותה תקופה.

1. למען הזהירות אוסיף כי כפי שניתן לראות בפסק הדין בעניין אטלינגר (פס' 7-6, אשר לא צוטטו לעיל), מדובר בסוגיה סבוכה, אשר כבר בתקופת המנדט - ניתנו בעניינה פסקי דין סותרים [כאשר כבוד המותב הנכבד בעניין אטלינגר, קבע כי הפסיקה הנכונה היא זו המרחיבה את סמכות ההקדשה של מקרקעי מירי]. במקרה כאן, נוכח טענות הצדדים ומסגרת המחלוקת שהם בחרו להציב – די באמור עד כה כדי לשלול את טענות התובעות, אשר עליהן הנטל כמובן להוכיח את תביעתן. התובעות טענו כי לא ניתן היה להקדיש פירות נכסי מקרקעי מירי, והוכח כי לא כך הוא וכי בפועל נהג הקדש מקרקעי מירי לפירותיהם. בשים לב לכך שהנתבעת הסתפקה בטענה כי עסקינן בהקדש על פירות הנכסים, די בשלילת טענת הנתבעות, ואין צורך בבחינה רחבה יותר – לה לא הציגו הצדדים תשתית משפטית של ממש (והיא כאמור, לנוכח בחירת הצדדים בהגדרת מחלוקתם, אינה נדרשת).

לאור זאת, לא ארחיב במה שאינו נדרש, ואסתפק רק בקביעה לפיה לא חלה מגבלה על הקדש מקרקעי מירי לפירותיהם – וזאת בניגוד לטענות התובעות. קביעה זו מתיישבת היטב עם לשון [סעיף 43](http://www.nevo.co.il/law/131307/43), אשר כרך את המגבלה על הקדש מקרקעי מירי, בהקשר של הקדשות דתיים – שם דובר במה שכונה "הקדש אמיתי" בו הועברה הבעלות על המקרקעין. הוראה זו אינה חלה על הקדש המתייחס לזכות לפירות המקרקעין ולא לבעלות הערטילאית.

1. לסיום פרק זה אשוב אל פסק הדין בו פתחתי, פסק הדין בעניין עבדלרבו. כזכור, בית המשפט ציין שם כי מיני אז, ניתן היה להקדיש מקרקעין מסוג מירי בהקדש אשר בהתאם למשפט המוסלמי כונה – "לא אמיתי", שכן הוא חל רק על פירות המקרקעין ולא על הבעלות הערטילאית.

בהקשר זה אוסיף ואביא מדברי פסק הדין בעניין עבדלרבו, שם (בפס' 117) ציין כב' בית המשפט כי למעשה חלק ניכר מאוד מההקדשות בארץ ישראל באותה העת, היו מסוג זה – הקדש "לא אמיתי" על אדמות מירי:

**"... יוער כדוגמא כי בספרו של דוכן נרשם כי רוב ההקדשות בארץ ישראל היו מסוג "ווקף לא אמיתי" (ראו: דוכן, לעיל, בעמ' 65) וכי רוב הקרקעות בארץ ישראל הן מסוג מירי (ראו: דוכן, לעיל, בעמ' 28). עוד יוער, כי גם המומחה מטעם המשיבים טען כי "95% מקרקעות מדינת ישראל היו בתקופת התורכים מסוג 'מירי' ... ."**

אכן, הקדש "לא אמיתי" זה אינו ווקף לכל דבר ועניין (ולכך יש כמובן השלכות שונות, שאינן מעניינינו כאן), אולם בשים לב לכך שמדובר בחלק ניכר (מאוד) מההקדשות שנעשו בארץ ואשר יש להניח כי רבים מהם קיימים עד היום – הרי שכפי שקבע כבוד השופט לנדוי בעניין אטלינגר, אין זה נכון לעניין המשפט האזרחי הנוהג, להיתלות בהקשר מסוים של הגדרות שמקורן במשפט המוסלמי – תוך אימוץ פרשנות מרחיבה של סייגים שנקבעו בהקשרם, ולהתעלם ממה שנהג בפועל בכל הנוגע להקדש פירות נכסי מירי – ובכך אף לצמצם ולפגוע באינטרס הציבורי בפיקוח ראוי על הקדשות אלה.

**מן הכלל אל הפרט**

1. כאמור לעיל, בצו שניתן על ידי בית המשפט המנדטורי נקבע כי יש לקרוא יחדיו את ההסכם עם האלמנה וצוואת המנוח. עיון במסמכים אלה אינו מותיר בעיניי כל ספק כי יוצריהם ביקשו ליצור הקדש – לכל הפחות של פירות הנכסים.
2. הצוואה מנתה רשימה של מוסדות – אשר כל פירות כלל הנכסים יחולקו ביניהם, בהתאם לשיעור שנקבע בצוואה. כפי שנקבע בפסק הדין של בית המשפט העליון, נכסים אלה כוללים באופן ברור את הקרקעות מסוג מירי – שעניינן נדון כאן.

הצוואה כללה התייחסות שונה לאופן החלוקה של פירות כלל הנכסים - כאשר אשת המנוח ("האלמנה") תהא בין החיים (בסעיף ג לצוואה), ואופן החלוקה לאחר פטירתה. בסעיף ד לצוואה, המתייחס לחלוקת פירות הנכסים לאחר שאף אלמנתו לא תהא בין החיים – נקבע:

**"שאחרי פטירתי במקרה שאשתי מרת חיה רבקה פרלמוטר הידועה ג"כ בתור אוה רבקה פערל תפטר לפני, או אחרי פטירת אשתי הנ"ל במקרה שליהפך, יחולקו כל הפרות מההכנסות אחרי סלוק כל החובות וההוצאות הנזכרות בסעיף ג, ככה:**

1. **...**

**...**

1. **... .** "

המנוח מנה שם 17 מוסדות, בתי יתומים, מושבי זקנים, תלמודי תורה, בתי חולים וכיוצא באלה מוסדות, לגביהם קבע כי להם יחולקו (בשיעורים שונים שקבע) פירות כלל נכסיו. בסעיפים שם, הוראות שונות נוספות, בהתייחס למצבים כאלה ואחרים שיתרחשו (או לא) בעתיד, והאופן בו יש לנהוג בהתאם.

בהמשך סעיף ד לצוואה (בסעיף קטן ז) נקבעו שני מועדים ברורים לחלוקת פירות הנכסים מידי שנה:

**חלוקת הפרות וההכנסות למוסדות תסודר ע"י האפוטרופוסים הנזכרים לקמן חציים ביום היאהרצהייט שלי וחציים ביום היאהרצהייט של אשתי שנה שנה.**

בהמשך הצוואה, בסעיפים ו-ז, קבע המנוח את מינוי האפוטרופוסים – אשר תפקידם הוא הוצאה לפועל של מטרות הצוואה – חלוקת פירות הנכסים לנהנים שנקבעו, בשיעור שנקבע ובמועדים שנקבעו. את כל רכושו של המנוח, ציווה כי יעבור לאפוטרופוסים – וזאת באופן ברור וחד משמעי – לשם הגשמת הצוואה והוראותיה:

**אני מצוה שתומ"י לאחר פטירתי מן העולם יעבור כל עזבוני בנכסי דניידי ובנכסי דלא ניידי ... לשמן ולחזקתם ולרשותם של האפוטרופוסים שיוזכרו להלן ...**

**ההנהלה הרשמית של בית מחסה ליתומים הגדול דיסקין בירושלים,**

**וההנהלה הרשמית של בית החולים הכללי לבני ישראל שערי צדק בירושלים,**

**וההנהלה הרשמית של אגודת ישראל בירושלים,**

**שימנו כל אחד מהנהלות המוסדות הנ"ל אפוטרופוס אחד להוציא לפועל את כל האמור לעיל ... כולם כאחד או שנים מהם יטפלו בהנהלת כל העזבון בהגשמת תנאי צוואתי זו ... בתנאי שישמרו על סדר חלוקת הפרות וההכנסות שתהיה ברוח צוואתי ... .**

דומני כי תמונת הדברים ברורה: המנוח ממנה אפוטרופוסים לניהול הנכסים, סמכויותיהם רחבות, אולם מודגש שוב ושוב כי חובתם להגשים את הוראות הצוואה ומטרותיה – חלוקת פירות ההכנסות במתכונת שקבע המנוח.

בשים לב לכך שדובר בנכסים משמעותיים, הצפויים להיות מנוהלים פרק זמן ארוך, נקבע בהמשך הצוואה שם כי יש בסמכות האפוטרופוסים אף להחליט על מכירת הנכסים – אולם שוב בכפוף לתנאי ברור ולפיו התמורה תשתמש למטרות הברורות שפורטו בצוואה:

**האפוטרופוסים הנ"ל רשאים גם למכור, להחליף, למשכן ולהשכיר את העזבון כולו או מקצתו לפי שירצו ובאותם תנאים שימצאו לנכון, אבל בתנאי שהפרות מתמורת העזבון תשמשנה למטרות המפורטות בצוואתי זאת.**

מטרות הצוואה פורטו באופן ברור והן כוללות בעיקר את חלוקת פירות הנכסים, פעמיים מידי שנה, למוסדות שנמנו ובשיעור שנקבע.

בסעיף ז.2. קבעה הצוואה את האפשרות להחלפת מי מהאפוטרופוסים, והדרך בה יעשה הדבר.

1. כפי שנקבע בפסק הדין – וכפי שעולה באופן ברור מההסכם עם האלמנה, בשים לב לכך שדובר במקרקעי מירי, הייתה בעיה בהעברתם לאפוטרופוסים, שכן על פי הדין היורשת הייתה האלמנה. לאור זאת וכדי להוציא לפועל את הוראות הצוואה – תוך הגעה להסכם עם האלמנה, נחתם ההסכם עם האלמנה.

עיון בהסכם מלמד כי האפוטרופוסים התחייבו שוב ושוב (עמ' 1 להסכם), כי:

**"יוציאו לפעל את כל האמור בצואה הנ"ל.**"

הבעיה שנוצרה, לאור התנגדות האלמנה לצוואה ובשים לדין שחל על הורשת מקרקעי מירי, הייתה (עמ' 1, שם):

**"בנוגע להוראות הצואה בקשר עם הכנסות הנכסי דלא ניידי ממירי של המנוח ... ".**

לאחר שהגיעו הצדדים להסכמות שגובשו בהסכם, הסכימה האלמנה להעביר את הנכסים ע"ש האפוטרופוסים כפי שנקבע בצוואה ולהסיר את התנגדותה לצוואה – ובכך למעשה הצטרפה אף היא במסגרת חתימתה על ההסכם, להוראה לאפוטרופוסים לפעול בהתאם להוראות הצוואה – היינו כאמור ובעיקר לחלק את פירות הנכסים מידי שנה כפי שנקבע בצוואה (אשר זוהי למעשה ההוראה האופרטיבית המשמעותית וארוכת הטווח הגלומה בצוואה וממילא אף בהסכם – המורה לפעול על פיה).

1. כאמור לעיל, הצדדים פנו אל בית הדין המנדטורי, וזה הורה, בהתאם לבקשתם ותוך שהוא נותן תוקף להסכם – כי ההסכם והצוואה יקרו יחדיו:
2. **“Ordered that the agreement between the parties ‘A.B.I’ *conditions of which are agreed to be taken and read together with the will* which is hereby confirmed. All parties appear and agree”.**

הבאתי שוב את ההחלטה הקצרה, מפאת חשיבות הדברים. הצדדים ביקשו כי ההסכם והצוואה – והתנאים שנקבעו בהם, יקראו יחדיו. משמעות הדבר היא כי האלמנה והצדדים ראו בהסכם ככזה שבא ליישם את הצוואה ולהביא למימוש הוראותיה.

משמעות הדבר היא כי יש לראות את האלמנה כמי שמצווה בעצמה מחיים את האפוטרופוסים, לפעול לחלוקת פירות הנכסים כפי שפורט בצוואה.

1. לפנינו הקדש ששניים פעלו להיווצרותו – המנוח בצוואתו והאלמנה במסגרת ההסכם (אשר הורתה כי יקרא יחד עם הצוואה). כפי שצוין לעיל, המלומד ש' כרם מנה ארבעה יסודות אשר צריכים להיכלל בכתב הקדש – כולם כלולים בשני המסמכים אשר הצו המנדטורי קבע כי יקראו יחדיו:
2. הבעת כוונתו של היוצר ליצירת הקדש: אין צורך בציון המונח הקדש, ודי בכך כי זו המשמעות המהותית של ההוראות שניתנו – הקדשת הנכסים לטובת חלוקת פירותיהם לידי המוסדות שפורטו בצוואה ובשיעור שנקבע.
3. קביעת מטרות ההקדש: זו פורטה באופן ברור – חלוקת פירות הנכסים פעמיים בשנה, כנ"ל.
4. קביעת נכסי ההקדש: אין מחלוקת כי אלה פורטו בצוואה ובהסכם.
5. קביעת תנאי ההקדש: יש בצוואה וממילא אף בהסכם המפנה להוראותיה, הנחיות מפורטות אודות אופן החלוקה, מועדיה וכיצד יש לפעול בנסיבות שונות.

בצדק ציינה הנתבעת כי מינוי אפוטרופוסים, לניהול נכסים בעלי ערך כלכלי ניכר ואשר מניב הכנסות זה עשרות רבות של שנים, עולה בקנה אחד עם הקמת נאמנות מסוג הקדש. כי יש להוסיף כי העובדה כי בפועל חולקו הפירות זה שנים, אף היא מאששת קביעה זו. אף פסקי הדין שניתנו בשנים האחרונות בעניינן של התובעות ואשר חייבו אותן להמשיך ולחלק את ההכנסות ולתת דוחות אודות כך, אף הם מתיישבים עם ההנחה בדבר קיומו של הקדש. אלא שכאמור מעבר לכך – וכאן העיקר, הדברים עולים מהמסמכים אשר כוננו את ההקדש – כמפורט לעיל.

1. בשים לב לכך שהנתבעת הבהירה, שוב ושוב, כי מקובל עליה כי ההקדש חל על פירות הנכסים, איני נדרש להכריע האם לאור פסק הדין בעניין הקדש אטלינגר, היה מקום להורות על תחולה רחבה יותר המתייחסת אף למקרקעין עצמם. די בקביעה כי אלה הוקדשו לפירותיהם, כפי שקבעה הנתבעת.

כפי שראינו, פירות מקרקעי מירי הוקדשו באותה העת, וכתב ההקדש שלפנינו – בין אם נראה אותו בצוואה, בהסכם המפנה לצוואה או בשני המסמכים יחדיו אשר אושרו בצו המנדטורי, יצרו הקדש על פירות הנכסים.

כאמור לעיל, הנתבעת לא ביקשה כי לחלופין תיקבע תחולת ההקדש מכוח [סעיף 37](http://www.nevo.co.il/law/72996/37) ל[חוק הנאמנות](http://www.nevo.co.il/law/72996). ייתכן כי היה נכון יותר לו הייתה מבקשת למען הזהירות אף קביעה כאמור, אולם משבחרה שלא לעשות כן (על אף שתשומת ליבה הופנתה לכך) – לא אדרש לעניין זה, ודי כאמור באמור לעיל כדי לדחות את התביעה.

ושוב וכפי שראינו, מקרקעין מסוג מירי הוקדשו בתקופה הרלוונטית לפירותיהם, וכך יש לקבוע כי עשו המנוח ומאוחר יותר אף האלמנה – תוך העברת הנכסים על שם האפוטרופוסים (דבר שהיה נחוץ לשם ניהול הנכסים לצורך יישום חלוקת פירות הנכסים לאורך שנים).

1. אוסיף, כי לא מצאתי ממש בטענות התובעות אודות דרך התנהלות הנתבעת, בכל הנוגע לרישום ההקדש. רישום זה נעשה לאחר שנשמעו טענות התובעות, ואיני סבור כי הייתה חובה על הנתבעת להודיע על החלטתה קודם לביצוע הרישום. גם אם טוב יותר לו עשתה כן, הרי שאין בכך כדי לשנות מתוצאת הדברים אליה הגעתי, וזאת בשים לב לכך שמאוחר יותר ניתנה שוב הזדמנות לתובעות לשטוח את טענותיהן, ואף בשים לב לאפשרות המלאה שהייתה בידן לעשות כן בהליך הנוכחי. כמו כן, איני סבור כי היה על הנתבעת לפנות לבית המשפט העליון בבקשה כי יבהיר את פסק הדין, שכן איני סבור כי הבהרה שכזו נדרשה.
2. לאור האמור, בקשת התובעות להורות על ביטול ההקדש – נדחית.
3. התובעות הלינו על רישום ההערות במרשם המקרקעין אודות ההקדש. איני מוצא לקבל את טענות התובעות, שכן אני סבור כי יש אינטרס ציבורי ברור ומובהק כי מרשם המקרקעין ישקף את קיום ההקדש. בשים לב לאופי המיוחד (והחריג) של ההפרדה בין הבעלות הערטילאית לבין פירות הנכסים, אשר מקורה ההיסטורי בסיווג המקרקעין כקרקע מסוג מירי, יש מקום לרישום הערה מסוג זה במרשם המקרקעין.

לצד זה, הנתבעת אזכיר כי הודיעה כי הסכימה לתקן את אופן הרישום במרשם המקרקעין, כך שיהיה ברור כי מדובר בהקדש החל על פירות הנכסים. לאור זאת הסכימה הנתבעת (ראו פרוטוקול הדיון מיום 11.3.25) כי הנוסח ישונה וכי יירשם: "הקדש 590041927 מיום 29.6.22 לפיו פירות ההקדש יועברו למטרות הציבוריות שנקבעו בכתב ההקדש".

* הנתבעת תפעל בהתאם לכך ותתקן את הרישום בהתאם.

1. התובעות ביקשו כסעד שני, כי בית המשפט יורה בפסק דין הצהרתי כי הן בעלות מלוא הזכויות בנכסים ובפירותיהם, וכי מדובר בבעלות פרטית, ולא בהקדש ציבורי (או הקדש אחר).

אף בקשה זו נדחית. כאמור לעיל, אני מוצא כי כוונת המנוח והאלמנה הייתה למנות את התובעות כאפוטרופוסים בלבד, לשם חלוקת פירות הנכסים לנהנים מידי שנה בשנה. מעמדן אפוא הוא בעל גוון טכני גרידא, כנאמנים בהקדש הציבורי שנוצר. רישום הנכסים על שמם נעשה למטרה זו בלבד, אופן עיצובו הושפע מקשיים טכניים שמקורן בחוק העותומני ובכל מקרה מדובר ב'בעלות' ערטילאית גרידא – כאשר כלל הנכסים מיועדים לטובת הנהנים שנקבעו ולטובתם בלבד.

1. התובעת 3: בשולי הדברים הלינו התובעות על רישום נאמן מקרב הנתבעת 3, וזאת בשים לב כי שמה לא נזכר בצוואה כאחד האפוטרופוסים.

הנתבעת מנגד ציינה כי בצוואה נזכרת אגודת ישראל, וכי זו אינה מופיעה בהסכם עם האלמנה ותחתיה מופיעה התובעת 3. לאור זאת נראה כי בהתאם למנגנון שנקבע בצוואה, התובעת 3 החליפה את אגודת ישראל.

אני מוצא לדחות את טענות התובעות אף בהקשר זה. התובעות הן היודעות היטב את שאירע במרוצת השנים הארוכות, ואת פשר ההחלפה בין אגודת ישראל לתובעת 3 בהסכם עם האלמנה. בנסיבות אלה, לו חפצו בכך, יכלו התובעות לשפוך אור על שאירע. משבחרו שלא לעשות כן ובשים לב כי אף בהליכים האחרים מופיעה התובעת 3 לצדן של שתי התובעות 1 ו-2, איני מוצא כי עלה בידי התובעות להוכיח כי יש מקום להתערב ברישום הנאמנים כפי שקבעה הנתבעת.

1. בתביעה התבקש סעד של פיצול סעדים. הנתבעת ציינה בצדק כי התובעות זנחו סעד זה, והן אף לא טרחו במסגרת סיכומי התגובה שהגישו להכחיש את הדברים. לפיכך אף בקשה זו נדחית.

**סוף דבר**

1. התביעה נדחית.
2. בהתאם להסכמת הנתבעת, רישום ההערות במרשם המקרקעין יתוקן – כאמור לעיל.
3. התובעות יישאו בהוצאות הנתבעת בסך 50,000 ₪. סכום זה ישולם תוך 30 ימים, שאם לא כן יישא הפרשי הצמדה וריבית מהיום.

המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים.

5129371

54678313

ניתן היום, כ"ט ניסן תשפ"ה, 27 אפריל 2025, בהעדר הצדדים.