

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

תיק 810397/1

ב"ה

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

לפני כבוד הדיינים:

הרב אליהו הישריק, הרב יצחק אלמליח, הרב מיכאל עמוס

המערערים: 1. הקדש בית יהודה

2. יהודה נובוסלסקי

3. יחיאל קיסינג

4. איגור ברט

5. אלעד זעירא

6. דוד אנגלהרט

(מערערים 1-6 ע"י ב"כ עו"ד נפתלי ורצברגר)

7. זאב פרלשטיין ז"ל

8. זאב נובוסלסקי ז"ל

נגד

המשיבים: 1. המפקח על ההקדשות בבתי הדין הרבניים

2. היועץ המשפטי לממשלה

3. הא.ש.ד. ניהול וייזום נדל"ן בע"מ

4. תלמוד תורה והישיבה הגדולה

עץ חיים בירושלים

5. הרב צבי אריה טוקצינסקי

6. הרב נתנאל לינדר

(ע"י ב"כ עו"ד משה גולן)

(ע"י מנהל החברה הרב ירוחם פישל אדלר)

(באמצעות נציגיו – משיבים 5-6)

(משיבים 4-6 ע"י ב"כ עו"ד דוד טולידאנו)

(ע"י ב"כ עו"ד שלמה מליק)

7. הרב נפתלי חדש

8. הרב אהרן נשר (אדלר) ת"ז

9. רשם ההקדשות

(ע"י ב"כ עו"ד מנחם כהן)

10. הקדש כולל הורודנא

הנדון: דרכי כינון הקדש דתי וסמכות בית הדין לפקח על ניהולו

### פסק דין

עניינו של הערעור שלפנינו הוא בהקדש "בית יהודה" – בית כנסת השוכן בשכונת "בית יעקב" בעיבורה של שכונת "מחנה יהודה" בירושלים – האם הוא הקדש צדקה ציבורי אזרחי אשר הפיקוח על הניהול הפנימי שלו מצוי בשיפוט בית המשפט המחוזי כטענת המערערים, או הוא הקדש דתי רבני שנוסד לפני בית דין רבני אשר הפיקוח על הניהול הפנימי שלו מצוי בשיפוט הייחודי של בית הדין הרבני כטענת רוב המשיבים?

הליכי בית הדין האזורי ב'מהדורא קמא'

חברת הא.ש.ד. יזום וניהול נדל"ן בע"מ (להלן גם: חברת האשד) פתחה את ההליך מושא הערעור בבקשה שהגישה לבית הדין האזורי ביום ב' בשבט תשס"ח (9.1.2008) בתיק 1-44-900010475 (עם

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

המעבר לתיקים ממוחשבים ולשיטת מספור חדשה נטמע תיק זה בתיק 739423/1 ונסרק לתוכו). על פני הבקשה נרשם כי היא מוגשת בשם המפקח על ההקדשות בבתי הדין הרבניים. בקשתה של חברת האשד הוגשה בטופס סטנדרטי ששימש אותה, כפי הנראה, בפניותיה לבית הדין. נרשם שם כי:

"לפי המידע המצוי בידינו, הרי שעל ההקדש (או תמורתו) הנ"ל, אין נאמנים שמונו חוקית או נאמנים הקודמים נפטרו. מהראוי למנות נאמנים להקדש הנ"ל לפי שיקול דעת בית הדין. רצ"ב מסמכים המורים על קיום ההקדש."

מנהל חברת האשד, הרב פישל אדלר, הסביר לפני בית הדין ביום י"ב שבט תשס"ח (20.1.2008) את בקשתו:

"יש שטר הקדש בבית הדין משנת תש"ב. אני אבקש לציין שמספר בגוש והחלקה שונה, החלקה לא הייתה מוסדרת ואחר כך נרשמה בטאבו בשנת 73 במסגרת הסדר מקרקעין במספרים אחרים. בשנת תשכ"ו נפטר אפוטרופוס ומינו אחר תחתיו. בשנת תשל"ג בהסכמה הועברה האפוטרופוסות לכולל הורודנא. לכולל הורודנא היו זכויות, לפחות לטענתם, בייסוד ההקדש.

משנת תשל"ג אין פעילות בתיקי בית הדין ומהבדיקה שלי בשטח אין הכנסות מהנכס. המגרש מחולק לארבעה חלקים חלק אחד מגרש פנוי [חצר]; השני מחזיקים ישיבת חברון [כולל אברכים]; חלק שלישי בית כנסת עתיק יומין עם קירות בעובי מטר וחצי – הוא סגור כל ימות השבוע, בשבתות הוא פתוח – אני ביקרתי שם בשבת וראיתי תפילות, יש שבעה מתפללים קבועים ושלושה בחורים שמשלימים מניין בתשלום; חלק רביעי היה בעבר היה הרב אברהם אדלר (נשר) שהיה ראש מחלקת הכשרות של הרבנות הראשית שהפעיל שם כולל בעלי בתים פנסיונרים, והיום נכדו מחזיק בו כמחסן ספרים. כל המבנה הוא חד-קומתי, כלומר שהמבנה מחולק לשלשה חלקים [...] בת"ת עץ חיים אמרו לי שהם גם מבקשים להיות נוכחים בדיון."

בית הדין האזורי החליט באותו יום לקבוע דיון ולהזמין אליו את נאמני כולל הורודנא וכן נציג מטעם ת"ת עץ חיים.

עו"ד מנחם כהן הודיע ביום ו' באדר א' תשס"ח (12.2.2008) בשם הקדש כולל הורודנא כי אין להקדש זה שום עניין בהקדש בית יהודה –

"והאפוטרופוסים הנוכחיים של כולל הורודנא כלל אינם יודעים מאומה על הקשר של כולל הורודנא להקדש הנ"ל [...] ואם לדעת בית הדין מגיעים לכולל הורודנא כספים כלשהם מהנכס הנ"ל, מתבקש כב' בית הדין להורות לאפוטרופוס שימונה להעבירם."

ביום כ"א באדר א' תשס"ח (2.3.2008) הודיעה חברת האשד לבית הדין האזורי כי על פי תדפיס של רשם ההקדשות נרשם הקדש בית הכנסת בית יהודה בפנקסיו ביום ז' בטבת תש"ס (16.12.1999) ולו ארבעה אפוטרופוסים: זאב פרלשטיין, זאב נובוסלסקי, דוד אפרים סוחבולסקי ויצחק שפירא. בית הדין החליט להזמין לדיון.

ביום כ"ז אדר ב' תשס"ח (3.4.2008) התייצבו זאב נובוסלסקי ויצחק שפירא לדיון בבית הדין. זאב נובוסלסקי אמר כי מר סוחבולסקי נפטר וכי יש לו ייפוי כוח לדבר אף בשמו של זאב פרלשטיין. הוא הסביר לבית הדין באריכות על הקדש בית יהודה והקדש גראף וציין כי הוא זוכר שהיה במקום ת"ת של עץ חיים, והיה זה לפני שמונה לנאמן על ההקדש.

דיון נוסף התקיים בבית הדין ביום ד' באלול תשס"ח (4.9.2008) בנוכחות הרב פישל אדלר – נציג חברת האשד – וזאב נובוסלסקי. בית הדין בדק את ניהול ההקדש ואת הדרכים לניצול יעיל של נכסי ההקדש בהתאם למטרותיו. בסופו של הדיון הוחלט לקיים דיון נוסף ולהזמין אליו את נציג

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ת"ת עץ חיים, הרב יוסף טוקצינסקי. כן הורה בית הדין לזאב נובוסלסקי להגיש לבית הדין עד שלושה שמות של מתפללי בית הכנסת המוכנים להתמנות לאפוטרופוסים.

ביום כ"ו במרחשוון תשס"ט (24.11.2008) הגיש הרב נפתלי חדש בקשה להתמנות לנאמן הקדש בית יהודה. בבקשה מסביר הרב נפתלי חדש כי הוא משמש ראש ישיבה של "ישיבת בית מדרש לתורה ירושלים". בית מדרש לתורה בראשותו משתמש זה ארבעים וחמש שנה ברשות במבנה השייך לבית הכנסת בית יהודה:

"בתחילת שנת תשכ"ד למדנו בבית הכנסת עצמו עד שנת תשל"ד שגבאי בית הכנסת ערכו שיפוצים בבית הכנסת, ואנו נכנסנו ללמוד בחדרים שליד בית הכנסת ונמצאים שם עד היום. עיקר הפעילות של בית הכנסת מתקיים על ידינו בצורה הטובה ביותר, ולכך ראוי הוא למנות אותי או נציג מבית מדרשנו לנאמנים."

לבקשה נפתח תיק שמספרו 1-44-580017630 (עם המעבר לתיקים ממוחשבים ומספור חדש הפך התיק לתיק מס' 746753/1). הדיון בבקשה אוחד עם הדיון בבקשת חברת האשד למינוי נאמנים להקדש בית יהודה.

דיון אינטנסיבי בנושא התקיים ביום ג' בכסלו תשס"ט (30.11.2008) בנוכחות זאב נובוסלסקי; הרב פישל אדלר, נציג חברת האשד; הרב צבי אריה טוקצינסקי והרב יוסף טוקצינסקי, נציגי עץ חיים; ב"כ עץ חיים, עו"ד יוסי שחור; והרב נפתלי חדש, נציג "ישיבת בית מדרש לתורה". בסיום הדיון החליט בית הדין לקיים דיון נוסף והורה לזאב נובוסלסקי להביא לדיון את המועמדים מטעם בית הכנסת למינוי לנאמנים וכן לגבש את עמדתם לצירופם של נציגי "עץ חיים" ונציג כולל "בית מדרש לתורה" כאפוטרופוסים להקדש.

רק בשלב זה ולקראת הדיון הנוסף התקבלה בבית הדין האזורי ביום 21.12.2008 הודעת נאמני ההקדש, זאב פרלשטיין, זאב נובוסלסקי ויצחק שפירא כי אין לבית הדין הרבני כל סמכות לדון בענייני ההקדש לרבות מינוי נאמנים, מאחר שההקדש הוא הקדש ציבורי שנרשם לפי החלטת בית המשפט המחוזי המנדטורי מיום 15.3.1944 בתיק 58/44.

בהחלטה מפורטת ומנומקת מיום ג' בטבת תשס"ט (30.12.2008) דחה בית הדין האזורי את טענת חוסר הסמכות וקבע כי הוא מוסמך לפקח על ההקדש (להלן – החלטת הסמכות). וכך כתב בית הדין האזורי (הדיינים הרב ישראל יפרח – אב"ד, הרב יוסף הייזלר והרב אברהם שיינפלד) בהחלטת הסמכות:

א. ביום כ"ד תמוז תש"ב (9.7.1942) אישר בית הדין הרבני בירושלים בראשות הרה"ג חזקיה שבתי זצ"ל (בתיק 6/4/702) שטר הקדש על הנכס הידוע כגוש 73 חלקה 17 בשכונת בית יעקב ירושלים, ועל בית הכנסת בית יהודה שהיה עליו. עוד קבע בית הדין, שההקדש הוא הקדש דתי לתפילה ולימוד קודש לתינוקות של בית רבן, לא ימכר ולא יגאל לעולם. וכן שניהול ההקדש יהיה על ידי ר' טוביה סלומון ור' שמריה אשכנזי, ולאחר אריכות ימיהם ינוהל על ידי אפוטרופוסים שימונו על ידי בית הדין. (שטר ההקדש נמצא בתיק בית הדין והעתקו מצורף להחלטה זו).

אין חולק ששטר הקדש זה קדם בשנתיים ימים להחלטת בית המשפט למנות נאמנים להקדש. וממילא לא הייתה אפשרות לפנות לבית המשפט בעניין זה, והוא נעשה שלא כחוק ושלא בדיעת בית הדין, וכמו שנראה להלן, גם שלא בדיעת בית המשפט.

בוודאי שפעולה לא חוקית זאת אין בכוחה להפקיע את הסמכויות החוקיות של בית הדין כמפקח על ההקדש.

ב. יתר על כן, עוד ביום י"ח לחודש טבת שנת תרפ"ח (11.1.1928) מינה בית הדין של הרבנות הראשית בירושלים בראשות הרה"ג צ' פ' פראנק זצ"ל,

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אפוטרופוסים על ההקדש, את ר' טוביה סלומון ור' שמריה אשכנזי. וקבע, 'שהכל יעשה בהשגחת הרבנות הראשית לא"י שלפניה על האפוטרופוסים הנ"ל להמציא דו"ח בכל שנה ושנה'.

בתקנות כנסת ישראל שנכנסו לתוקף ביום 1.1.1928, ובסעיף 10 נאמר:

'מועצת הרבנות הראשית ולשכות הרבנות רשאיות –

[...]

(ב) לפקח על הקדשות צדקה יהודיים שרוב מנהליהם או נאמניהם מבקשים פיקוח כזה או מסכימים לו ולתכלית זו הרשות בידן למנות ועדות שחבריהן, כולם או מקצתם, יהיו אנשים שאינם רבנים'.

על פי תקנות כנסת ישראל, מועצת הרבנות הראשית משמשת כבית דין לערעורים ולשכות הרבנות משמשות כבית דין מקומי מדרגה ראשונה. משמעות הוראת ס"ק (ב) הנ"ל היא כי פיקוח של בתי הדין הרבניים על הקדשות יהודיים יתקיים לא רק כאשר ההקדש נוצר בפני בית דין רבני, אלא גם כאשר רוב מנהלי או נאמני ההקדש מסכימים לכך.

לפנינו, אפוא, מקור העומד בזכות עצמו, לסמכות בתי הדין הרבניים לפקח על הקדשות יהודיים שנוסדו בפני בתי הדין השרעיים בתקופה העות'מאנית, וכן על הקדשות שנוצרו בתקופת המנדט שלא בפני בית דין רבני.

כל פסקי הדין של בית המשפט העליון שעסקו בהיקף סמכותם של בתי הדין הרבניים ביחס להקדשות דתיים יהודיים שנוסדו שלא בפני בתי הדין הרבניים – לרבות בד"מ 5257/94 מרדכי פודהורצר נ' יצחק קופרשטוק – לא עסקו במשמעות של הוראת תקנות כנסת ישראל שצוטטה לעיל.

יש לציין עוד כי סעיף 28(א) לחוק הדיינים, התשט"ו – 1955 קובע כי 'תקנות כנסת ישראל ותקנות הבחירות שהותקנו על פיהן, לא יחולו על מינוי דיינים'. ניתן להסיק מכך, שהוראות אחרות של תקנות כנסת ישראל נשארות בתוקפן.

אמנם, 'כנסת ישראל' כמשמעותה באותן תקנות אינה קיימת כיום, אך הפעולות המשפטיות שנעשו באותה עת הינן בנות תוקף גם לאחר הקמת מדינת ישראל (למשל: אין חולק כי הקדש שנוגן בפני בית דין רבני של כנסת ישראל, נמצא בסמכות בתי הדין הרבניים).

כך פסק בית הדין האזורי ירושלים ביום ב' סיון תשכ"ד (תיק 1410/תשט"ז, יחיאל גולדברג נ' יצחק קופרשטוק בעניין הקדש סוהצבסקי; ישבו בדין הרה"ג ס' ח' עבדי זצ"ל, הרה"ג א' שפירא זצ"ל והרב יוסף כהן זצ"ל), שביסס את סמכות בית הדין על הקדשות שנוסדו בבי"ד שרעי גם על תקנות כנסת ישראל הנ"ל.

לאור האמור, אין ספק שכאשר התייצבו האפוטרופוסים של הקדש 'בית יהודה' בשנת תרפ"ח בפני הגרצ"פ פראנק זצ"ל, וביקשו מבית הדין הרבני שפעל כדין במסגרת תקנות "כנסת ישראל" למנות אפוטרופוסים להקדש, הם קיבלו על עצמם והכפילו את ההקדש לסמכות בית הדין הרבני כחוק. כאמור בתקנות 'כנסת ישראל', די אפילו ברוב הנאמנים ואין צורך בכלום לקניית הסמכות, ואילו כאן באו כולם, ומכאן ואילך היה זה בית הדין הרבני שמינה את האפוטרופוסים על ההקדש, וקיבל את הדוחות הכספיים שלו.

ג. מתוך החלטת בית המשפט מיום 15.3.1944 ניתן לראות בבירור, שהאנשים שהופיעו בפניו יחד עם ב"כ כלל לא ביקשו המרת הקדש דתי שרעי להקדש ציבורי. הם לא גילו לבית המשפט בכלל שהיה הקדש שרעי, וגם לא גילו לו שנתיים קודם לכן, שהם ביקשו מבית הדין לאשר את שטר ההקדש ולמנות נאמנים. אין אנו יודעים מה היו השיקולים שלהם לפנות לבית המשפט לאחר

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אישור שטר ההקדש בבית הדין, מכל מקום ברור שהייתה כאן הטעיה והסתרת האמת מבית המשפט.

הואיל והדיון בבית המשפט התקיים במעמד שני צדדים שהיו בעלי אינטרס שווה, לא היה מי שיגלה את אוננו של בית המשפט בדבר מה שהוסתר ממנו.

מכל מקום, ברור שפעולות בלתי חוקיות אינן יכולות לקבוע עובדות בדבר סמכויות בית הדין.

גם בבקשתם הנוכחית מתעלמים המבקשים משטר ההקדש ומהחלטה בשנת תרפ"ח, ומטעים בכך את כל הגורמים שהבקשה נשלחה אליהם, לרבות עו"ד נירה דוראני היועץ המשפטי לרשם הקדשות.

ד. לאור האמור הסמכות לפקח על ההקדש היא לבית הדין הרבני, והדיון יתקיים במועדו.

### הליך הערעור בבית הדין הגדול

על החלטת הסמכות הגישו הנאמנים זאב פרלשטיין וזאב נובוסלסקי בקשת רשות ערעור לבית הדין הגדול בתיק שלפנינו. הרשות ניתנה והליכי בית הדין האזורי עוכבו (החלטה מיום כ"ב בטבת תשס"ט (18.1.2009)). היועץ המשפטי לממשלה ביקש להצטרף כצד לערעור, ובקשתו נענתה בחיוב. עו"ד אלעד פרסקי, סגן בכיר לפרקליט המדינה, הגיש כתבי טענות בשם היועץ המשפטי לממשלה ותמך בעמדת המערערים. לאחר דיון שהתקיים ביום ט"ז באייר תשס"ט (10.5.2009) נקבע כי המערערים בתיק יהיו נאמני ההקדש, ומנגד – המשיבים יהיו המפקח על ההקדשות, היועץ המשפטי לממשלה, חברת האשד ותלמוד תורה עץ חיים.

במהלך בירור טענות הערעור טענו חלק מהצדדים כי בית הדין האזורי נסמך בין היתר על מינוי אפוטרופוסים שעשה בשנת תרפ"ח על הקדש (גראף) שנוצר במקור בפני בית הדין השרעי וכונן מחדש בפני בית הדין הרבני על פי בקשת אפוטרופוסיו. אך מתברר כי הקדש בית יהודה והקדש גראף הם שני הקדשות שונים ומצויים בשתי חלקות שונות בגוש 30073. נטען כי הקדש גראף הוא אמנם הקדש שכונן בפני בית הדין השרעי בשנת 1885 בעוד הקדש בית יהודה (שחברת האשד כינתה אותו "הקדש סלומון-אשכנזי") כונן לראשונה בשנת 1942 על ידי האפוטרופוסים טוביה סלומון ושמריה אשכנזי בפני בית הדין הרבני, וכעבור כשנתיים – בבית המשפט המחוזי המנדטורי. לאור זאת ביקשו ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, חברת האשד ונציגי ת"ת עץ חיים – כל אחד מהם בנפרד – כי העניין יוחזר לבירור נוסף בבית הדין האזורי. בית הדין הגדול נעתר לבקשה בהחלטה מיום א' בסיוון התשע"א (3.6.2011). עם זאת, הערעור על החלטת הסמכות נשאר תלוי ועומד.

(נעיר כי מטעמי נוחות נשתמש גם להלן באזכור השנה 1885, כפי שננקט עד כה ברוב כתבי הטענות והתגובות וכנ"ל, אף כי נתון זה אינו מדויק).

לפנינו שני תרגומים לפסק דינו של בית הדין השרעי המאשר את ההקדש שיכונה להלן "הקדש גראף" – (א) תרגום ישן שעליו חתום יחזקאל שבת, רשם התביעות (נושא את התאריך 18.1.1940), להלן גם: "שבת"; (ב) תרגום חדש של גב' אלישבע בן שמעון (סימון) פיקאלי – מומחית לתרגום תעודות, מסמכים ושטרות וואקף מתקופת השלטון העות'מאני (בין היתר השתתפה בפרויקט הסג'ל – חקר תעודות בית הדין המוסלמי בירושלים בתקופה העות'מאנית, יד יצחק בן צבי, ירושלים ובהוצאה לאור של ארבעה כרכים בשם "יהודים בבית המשפט המוסלמי" ובהם תרגום וסיכום של תעודות רבות על יהודי העיר בתקופה זו, כולל שטרי הקדש), להלן גם: בן שמעון פיקאלי.

לפי תרגומו של "שבת" פסק הדין נושא את התאריך 23 ד' אל'קעדה שנת 1301 להג'רה – תאריך ש"תרגומו" הוא כ"ד באלול תרמ"ד – 14.9.1884.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

בתרגומה של בן שמעון פיקאלי תאריך חתימתו של פסק הדין אינו 23 ד' אל'קעדה אלא 13 ד' אל'קעדה, דהיינו י"ד באלול תרמ"ד – 4.9.1884 מועד זה תואם גם את הנקוב בשטר ההקדש עצמו – "13 לחודש זי [ד'ר] אלקאעדה שנת 1301", מסתבר אפוא, ולהלן נעיר על כך עוד, שהמועד הנקוב בתרגום זה הוא המדויק יותר.)

### הליכי בית הדין האזורי ב'מהדורא בתרא'

בהתאם להחלטת בית הדין הגדול קיים בית הדין האזורי דיון ביום כ"ה במרחשוון תשע"ב (22.11.2011) ובו שמע את עמדות הצדדים ביחס לשאלת הזהות בין הקדש גראף להקדש בית יהודה. מר נובוסלסקי נאמן ההקדש העיד בפני בית הדין כי מדובר בשני הקדשות שונים. הרב פישל אדלר, מנהל חברת האשד תמך בדברים. בית הדין האזורי (הדיינים הרב ישראל יפרח – אב"ד, הרב מאיר יששכר מאזוז והרב יוסף גולדברג) עיין במסמכים שהיו לפניו וקבע בהחלטתו מן המועד הנ"ל כי אין קשר בין ייסוד הקדש גראף להקדש בית יהודה, ולפיכך הגיע למסקנה כי הקדש בית יהודה הוקדש לראשונה בפני בית הדין הרבני:

"התקיים דיון והוצגו מסמכים, שמענו ארוכות מנאמן בית יהודה, זאב נובוסלסקי שהוא מכהן למעלה משישים שנה כנאמן בית יהודה, והוא מתאר בפרוטרוט שהקדש גראף אין לו שייכות להקדש בית יהודה. אלו הם שני בניינים רחוקים מזה ואין להם שום קשר.

לדבריו: 'מי שניהל את הקדש גראף ראה שאנו מנהלים את הקדש בית יהודה כראוי, בקשו ששניים מהגבאים ינהלו גם את הקדש "גראף" וכך נוצר הקשר, לאחר מספר שנים אחרי שהרב אדלר נפטר, פנינו להרב רוזנטל מהקדש הורודנא שינהל אותו, ומאז כולל הורודנא מנהל את הקדש גראף'.

ואכן מעיון במסמכים אנו מאשרים את דברי הנאמן זאב נובוסלסקי: בהקדש גראף היה המקדיש משה בן אריה ליב שנפטר בשנת תרמ"ד.

בשטר ההקדש מיום י"ח טבת תרפ"ח מציינים שהוקדש בשנת [צ"ל: בחודש] אלקעדה [שנת] 1301 למספרם ע"י משה גראף לטובת האורחים האשכנזים ולא מופיע שהיה בבניין הזה בית כנסת, ומטרתו אך ורק לעולים העניים העולים לירושלים והם מינו את טוביה סלומון, שמריה אשכנזי, יוסף קבטינסקי.

ואילו בשטר ההקדש מיום כ"ד תמוז תש"ב (1942) מדובר בחצר הרשומה מיום היבנותה כבית כנסת "בית יהודה", והנאמנים טוביה סלומון ושמריהו אשכנזי הצהירו בפני הראשון לציון הרב שבתי חזקיה שהמקום משמש בית כנסת ובחלק בית תלמוד תורה לתינוקות של בית רבן, והוקדש מזמן, רק שאין להם רישום, ולפיכך מבקשים להקדישה הקדש עולם.

יוצא שהקדש גראף משמש להכנסת אורחים, ואילו בית יהודה – בית כנסת ותלמוד תורה. וכן הקדש גראף שטחו קטן לפי השטר 229 דראע (אמה) וכן קומה אחת [צ"ל: שתי קומות], ואילו הקדש בית יהודה מונה שבעה חדרים ובשתי קומות [צ"ל: קומה אחת] ולפי הרשומות שטחו 577 מ"ר, וכן שני הבניינים נמצאים בחלקות שונות, וברחובות שונים. לאור הנ"ל החלטנו:

הקדש בית יהודה והקדש גראף הם הקדשות שונים ואין שום קשר ביניהם מלבד שמספר שנים היו אותם נאמנים שניהלו את שני ההקדשות. עתה הקדש גראף מטופל ע"י כולל הורודנא."

בהמשך, הודיעה חברת האשד (בקשה מיום א' באייר תשע"ב – 23.4.2012 בתיק 860613/2) על פטירת נאמן ההקדש זאב נובוסלסקי ז"ל וביקשה למנות את הרב נתנאל לינדר ואת הרב צבי אריה טוקצינסקי לנאמני ההקדש. ביום ג' באייר התשע"ב (25.4.2012) נעתר בית הדין האזורי לבקשה.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

בהחלטה מיום כ"ד באייר התשע"ב (16.5.2012) מינה בית הדין האזורי (כתיק 892302/1) את הרב נפתלי חדש לנאמן בהקדש בית יהודה בנוסף לנאמנים הרב לינדר והרב טוקצינסקי.

ביום ט"ו בסיוון תשע"ב (5.6.2012) הגיש עו"ד נפתלי ורצברג בשם הקדש בית יהודה בקשה (כתיק 897989/1) לביטול מינוי הנאמנים הרב נפתלי חדש, הרב נתנאל לינדר והרב צבי אריה טוקצינסקי. בבקשה נטען כי אין לבית הדין סמכות לדון בעניינו של ההקדש כי הוגשה בקשה למינוי נאמנים נוספים לבית המשפט המחוזי וכי הבקשות שהוגשו לבית הדין הם ניסיון להשתלטות חרדית על בית הכנסת. בהחלטה מיום ט"ז בסיוון התשע"ב (6.6.2012) דחה בית הדין את הבקשה לביטול המינויים ומינה את מר יהודה נובוסלסקי לנאמן נוסף על הקדש בית יהודה.

### העתירה לבג"ץ

ביום י"א בתמוז תשע"ג (19.6.2013) הגישו המערערים בתיק שלפנינו עתירה לבג"ץ (בג"ץ 4817/12 הקדש בית יהודה נ' בית הדין הרבני האזורי), ובה ביקשו שייקבע כי הפיקוח על הקדש בית יהודה אינו מצוי בסמכות בית הדין הרבני ועל כן יש לבטל את מינויי הנאמנים שעשה בית הדין על הקדש בית יהודה. בהחלטה מיום י"א בתמוז תשע"ג (19.6.2013) קבע בית המשפט העליון בהסכמת הצדדים כי בטרם יידרש בג"ץ לעניין יש להביא את המחלוקת להכרעת בית הדין הגדול בתיק הערעור שלפנינו (810397/1), וכי הצדדים יהיו רשאים להגיש כתבי טענות לתיק בית הדין הגדול. כמו כן הוסכם בין הצדדים בדיון שהתקיים לפני בג"ץ כי הטיעונים לפני בית הדין הגדול יישמעו באמצעות הכתב, ובית הדין הוא שיחליט אם יש צורך בקיום דיון חזיתי באולם בית הדין הגדול. בהתאם לכך הוגשו אלינו כתבי טענות רבים, ובנסיבות לא מצאנו כי יש צורך בדיון נוסף בעל-פה באולם בית הדין הגדול.

### הליך משפטי שני בבית הדין הגדול

בהתאם להחלטת בג"ץ כי ערעור הנאמנים ישוב וידון בבית הדין הרבני הגדול, הגישו המערערים 1 – 6 כתב ערעור לבית הדין הגדול ובו הם מערערים על פסקי הדין שניתנו ושבהם נקבע כי מדובר בהקדש דתי וכי סמכות הדיון נתונה לבית הדין הרבני.

בהתאם להחלטת בית הדין הגדול מיום ח' באב תשע"ג (15.7.13) צורפו למשיבים בעתירה, הרב נפתלי חדש, הרב לינדר, הרב טוקצינסקי, רשם ההקדשות, והרב אהרן נשר (אדלר).

בהתאם להחלטה זו אף הגישו כל הצדדים ולרבות היועץ המשפטי לממשלה את טענותיהם לבית הדין.

### פסקי הדין מושאי הערעור

מדובר כאמור בשני פסקי דין שניתנו בבית הדין האזורי.

**בפסק הדין הראשון** יצא בית הדין מתוך הנחה כי מדובר בהקדש שנעשה במקורו בפני בית הדין השרעי ואשר כונן מחדש בשנת תש"ב (1942) בפני בית הדין הרבני, וכי שנתיים לאחר מכן התבקש בית המשפט המנדטורי המחוזי בירושלים להכריז על בית הכנסת בית יהודה בתור הקדש ציבורי למטרות צדקה ובית המשפט אכן נעתר לבקשה זו.

בית הדין קבע כי:

א. בית הדין יכול, על פי בקשה והסמכה של רוב הנאמנים, לרכוש סמכות לגבי הקדש גם אם במקור נוצר ההקדש בפני בית הדין השרעי.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

סמכות זו יכולה להיווצר הן מכוח הקדש שנעשה בפני בית הדין והן מחמת תקנות כנסת ישראל מח' בטבת תרפ"ח (1.1.1928) ואשר נאמר בהן כי –

“מועצת הרבנות הראשית ולשכות הרבנות רשאיות –

[...]

(ב) לפקח על הקדשות צדקה יהודיים שרוב מנהליהם או נאמניהם מבקשים פיקוח כזה או מסכימים לו ולתכלית זו הרשות בידן למנות ועדות שחבריהן, כולם או מקצתם, יהיו אנשים שאינם רבנים.”

כך קבע בית הדין כי יש בתקנות אלו משום מקור עצמאי לסמכות בתי הדין כאשר אף הקדש שנוצר שלא בפני בית הדין יוכל לעבור לסמכותו הבלעדית של בית הדין על ידי בקשת הנאמנים כי זה יפקח על התנהלות ההקדש.

ב. מאחר שבנידון שבפניו קנה בית הדין את הסמכות כדין – בית הדין מציין הן את שטר ההקדש שנעשה בפני בית הדין בשנת 1942, והן את כתב מינוי אפוטרופוסים שנעשה בפני בית הדין בשנת 1928 – פסק הדין שניתן בבית המשפט על יסוד הקדש בשנת 1944 אינו תקף מאחר שמדובר בהקדש שנוצר כבר בבית הדין. למעשה בית הדין קובע כי לכאורה הפנייה לבית המשפט נעשתה תוך הטעיה וללא שהובהר לבית המשפט המנדטורי כי כבר נוצר הקדש במקום על ידי בית הדין הרבני.

כאמור, בפסק הדין השני קבע בית הדין כי חלק מהנתונים האמורים אינם נכונים, וכך בפסק הדין השני נאמר על ידי בית הדין כי –

א. הקדש בית יהודה מעולם לא הוקדש בפני בית הדין השרעי;

ב. על פי זה, ההקדש הראשון והמקורי נעשה בפני בית הדין הרבני.

בכפוף לקביעות אלו לא ראה בית הדין לנכון לשנות ממסקנת פסק הדין הראשון שכן ברור כי קביעה זו רק מחזקת ומאלימה את סמכותו של בית הדין הרבני לגבי ההקדש.

הנחה זו מבססת בית הדין האזורי על כמה טעמים ובעיקר על עדותו של הנאמן מר נובוסלסקי ועל השוואה בין הנתונים שהוזכרו בשטר ההקדש בפני בית הדין השרעי לבין נתוני הקדש בית יהודה.

כך השווה בית הדין: בין מטרות ההקדש האמורות בשטר ההקדש שנעשה בפני בית הדין השרעי – הכנסת אורחים – לבין מטרת הקדש בית יהודה שהוא בית כנסת; בין הנתונים הפיזיים של ההקדשות – ההקדש האמור בבית הדין השרעי מתייחס לשטח של 229.5 ד'ראע – אמה (כ־130 מ"ר). ד'ראע היא שמן של מידות אורך שונות ששימשו בהקשרים שונים באימפריה העות'מאנית. לענייננו חשוב כי הד'ראע ששימשה כמידת קרקע היא כ־75 ס"מ (ראו ישעיהו פרס, ארץ־ישראל – ספר המסעות; הוצאת בנימין הרץ – ירושלים, ברלין, וינה; תרפ"א – 1921; עמ' 8. ראו גם בערך zirah באתר שבו ציינו 75.8 ס"מ לעניין מידה זו בקרקע חקלאית, אם כי ההתייחסות היא למידה שנהג בלבנון, במאה ה־20, ולא דווקא בכל רחבי האימפריה העות'מאנית ובדגש על א"י ובמאה ה־19). בענייננו מדובר במידת שטח ולא במידת אורך, אם הד'ראע היא כ־75 ס"מ הרי שד'ראע מרובעת היא כ־0.5625 מ"ר ו־229.5 ד'ראע מרובעות הן מעט יותר מ־129 מ"ר [בחישוב לפי ד'ראע = 75.8 ס"מ, מתקבלת התוצאה של כמעט 132 מ"ר] ולעומתו שטח בית יהודה עומד על כ־577 מ"ר ובין נתוני מיקום ההקדשות שאינם מתיישבים זה עם זה.

בית הדין הגיע למסקנה כי מדובר בשני הקדשות שונים, ומכאן ששטר הווקפיה שהתקיים בפני בית הדין השרעי אינו נוגע להקדש בית יהודה.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

טיעוני בעלי הדין בערעור

### טיעוני המערערים

המערערים, באמצעות בא כוחם עו"ד ורצברגר, מסרו כי הם מצטרפים לטיעוני המשפטיים של היועץ המשפטי לממשלה, ואלו יפורטו להלן. כמו כן טוענים הם נגד פסקי הדין של בית הדין האזורי כדלקמן:

א. טעה בית הדין בכך שהחליט לאמץ את עדותו של מר זאב נובוסלסקי הקשיש כי שטר ההקדש הרעוי אינו מתייחס להקדש בית יהודה. לא הוכח כי מדובר בשני הקדשות שונים, והמסמכים שהונחו בפני בית הדין מעלים תהייה לגבי קביעה זו. המערערים מעלים השערה כי בית הכנסת נוצר מתחילתו בפני בית הדין הרעוי בתוך הקדש גראף כאשר לאחר זמן קיבל חלקו את השם בית יהודה, סימוכין לכך מוצאים הם במכתב שנשלח על ידי הרב צבי פסח פרנק בשנת תרצ"ט ובו מתייחס הוא לשתי חלקות שונות השייכות להקדש בית יהודה.

המערערים מוצאים סתירה בין שטר מינוי אפוטרופוסים משנת תרפ"ח לבין שטר ההקדש שנעשה בשנת תש"ב, שהרי אם מונו אפוטרופוסים להקדש, משמע שמדובר בהקדש קיים ומה מקום יש לחזור ולהקדישו. לפיכך המסקנה לשיטתם היא כי שטר הקדש זה אינו תקף.

מכל מקום מאחר שמדובר בהקדש שרעי, לשיטתם, הרי שלא יכול היה בית הדין לקנות סמכות ביחס אליו, והסמכות היא, כאמור, של בית המשפט.

ב. טעה בית הדין בכך שמינה נאמנים אשר אינם קשורים לקהילה המקומית. מדובר בניסיון השתלטות על בית הכנסת על ידי גורמים מהזרם החרדי אשר אינם קשורים למתפללים דהיום או לציבור המתפללים שהיה בעבר. לראיה הם מביאים ספר זיכרונות אשר מתאר את התנהלות בית הכנסת לפני שנים רבות וכאשר מתוך הדברים עולה כי ציבור המתפללים לא נמנה בהכרח עם זרם חרדי כזה או אחר.

ג. המערערים מתנגדים למעורבותה של חברת האשד ולמעמדו של "עץ חיים" כמשיב. העובדה כי "עץ חיים" ניהל בעבר הרחוק לימודים במקום אינה מקנה שום זכות או מעמד בהקדש היום.

### טיעוני ב"כ היועץ המשפטי לממשלה

בא כוח היועץ המשפטי לממשלה מקבל את ההנחה כי הקדש בית יהודה אינו הקדש גראף, וכל אחד מהם מצוי בחלקת קרקע שונה. למרות זאת, לדעתו הסמכות נתונה היא לבית המשפט המחוזי מנימוקים אלה:

(א) סביר להניח כי הקדש בית יהודה נוצר קודם לשנת 1921 – המועד שבו קיבלו בתי הדין הרבניים סמכות שיפוט לעניין הקדשות שנוצרו לפני בית דין רבני – שהרי בית הכנסת פעיל כבר משנת 1880, ועוד: הנאמנים אשר אמרו לבית הדין בשנת 1942 כי הנכס רשום על שמם במשרדי מס רכוש "והואיל ובחליפת הזמנים לא נשארה רשימה רשמית על הקדשתה של החצר הזאת בדרך פורמלית". קשה להניח שאם הייתה אסמכתה להקדשה כזו, לא היו מוצאים לה זכר. מכל מקום, הטוען כי הקדש נעשה בפני בית דין רבני עליו הנטל להוכיח זאת.

(ב) אין משמעות להקדש שנעשה בשנת 1942 בפני בית הדין הרבני מאחר שאשכנזי וסלומון בהיותם נאמני ההקדש ולא יוצריו – לא היו יכולים להקדישו. רק בעל הנכס יכול להקדיש בשנית הקדש שנוסד קודם לכן בבית דין שרעי.

(ג) שגה בית הדין האזורי במשמעות שנתן לתוקפן של תקנות כנסת ישראל מח' בטבת תרפ"ח (1.1.1928). תקנות אלו – פג תוקפן במועד הקמת מדינת ישראל, ומשכך סמכותו של בית הדין נגזרת רק מסעיף 53 לדבר המלך במועצתו ואשר לפיו יש לבית הדין סמכות רק לגבי הקדש אשר נוצר בפני

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

בית דין רבני. כמו כן: בתי הדין דהיום אינם מבחינה מוסדית "לשכות רבנות" ששימשו בתי דין רבניים מדרגה ראשונה לפי תקנות כנסת ישראל, ולכן אין רלוונטיות לסעיף 9(2) לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (תיקון), 1939, שאשרר את תוקפן של תקנות כנסת ישראל. לפיכך שגה בית הדין האזורי בהחלטת הסמכות, עת ביקש להשוות בין סמכותם של בתי הדין הרבניים דהאידינא לטפל בהקדש דתי לבין הסמכות שהוענקה בסעיף 10 לתקנות כנסת ישראל ללשכות הרבנות "לפקח על הקדשות צדקה יהודים שרוב מנהליהם או נאמניהם מבקשים פיקוח כזה או מסכימים לו". מעת שאבד הכלח על תקנות כנסת ישראל ומעת שכוננו מוסדות חליפיים אין עוד רלוונטיות לסמכויות שהוענקו מכוח תקנות אלו.

(ד) גם אם נאמר כי לנאמנים היו הכוח והסמכות, על פי תקנות כנסת ישראל, לפנות לבית הדין ולבקשו לפקח על ההקדש שלא נוסד לפניו, הרי שבמקרה שלפנינו פנו אותם נאמנים שנתיים לאחר מכן לבית המשפט והעבירו אליו את הפיקוח, בבחינת "הפה שאסר הוא הפה שהתיר".

### טיעוני חברת האשד, ת"ת עץ חיים, הרב טוקצינסקי והרב לינדר

על פי בקשת חברת האשד מונו נציגי תלמוד תורה עץ חיים – הרב טוקצינסקי והרב לינדר – לנאמני ההקדש לאחר פטירת הנאמן זאב נובוסלסקי ז"ל. עו"ד דוד טולידאנו הגיש כתב טענות בשם כל אלו. להלן תמצית הטענות:

(א) הקדש בית הכנסת בית יהודה הוקדש לראשונה בפני בית הדין הרבני על ידי סלומון ואשכנזי ע"פ שטר הקדש מיום כ"ד בתמוז תש"ב. סלומון ואשכנזי לא היו הבעלים של הנכס, אלא הוא היה רשום על שמם בנאמנות. בקשתם הייתה במפורש לייסד הקדש דתי. מתוך בקשתם אפשר להיווכח כי הקדש בית יהודה, בשונה מהקדש גראף, מעולם לא הוקדש בבית דין שרעי או בערכאה אחרת לפני שנת 1942. מסמכי ההקדש אותנטיים ונכונים, והם מצויים בתיקי בית הדין הרבני האזורי בירושלים.

(ב) השאלה העיקרית הטעונה הכרעה היא אם נאמנים הרשומים כבעלים של נכס רשאים להקדיש נכס, ועל כך יש להשיב בחיוב: א. הלכה ידועה היא – בירושלמי מסכת תרומות – "גזבר כבעלים"; ב. הלכה זו אושרה בעשרות פסקי דין במהלך השנים: ראו הרב יחיאל פישל אדלר (עורך), בשערי בית הדין, אוסף פסקי דין הקדשות (כרך א עמ' 266, 267; כרך ב, עמ' 403–406 ועמ' 440).

(ג) יש לדחות את טענת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", וכי לאחר שהוקדש יכולים האפוטרופוסים לחזור ולהעניק סמכויות לבית המשפט, ולהמיר את ההקדש להקדש אזרחי, שכן דומה הדבר לאדם שמכר נכס וחוזר ומעניקו לאדם אחר.

### טיעוני הרב נפתלי חדש

הרב נפתלי חדש מונה לאחד מנאמני ההקדש, ומינוי זה נתקף בערעור שלפנינו. לדברי הרב חדש, ברור על סמך מסמכי התיק כי הקדש בית יהודה והקדש גראף הם שני הקדשות שונים. הפעם הראשונה שמופיע בה נושא הקדש בית הכנסת הוא המסמך משנת 1942 שביקשו בו נאמני ההקדש אשכנזי וסלומון לקבוע באופן פורמלי את מעמד בית הכנסת וחדרי הספח כהקדש דתי, במכתבם אל בית הדין ירושלים של הרבנות הראשית לארץ ישראל. בית הדין בראשות הגאון רבי חזקיה שבתי זצ"ל נעתר לכך, ומסמכי ההקדש הם מסמכים אותנטיים ועל פיהם יש להכריע בסוגיה.

הרב חדש סבור כי יש לדחות את טענת היועץ המשפטי לממשלה כי מאחר שהמקדישים היו אפוטרופוסים בלבד, לא היה בידם ליצור הקדש. לדבריו, נאמנים יכולים ליצור פעולות משפטיות ומעשים כן בכל יום שפעולות נעשות בידי נאמנים מכוח האצלת סמכויות.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

באשר לטענות המערערים לעניין אמתות המסמכים משנת 1942, המקום לבירור זה הוא בבית הדין האזורי ולא בבית הדין הגדול הדין בערעור.

### טיעוני הרב אהרן נשר (אדלר)

הרב נשר אינו נמנה בין נאמני ההקדש. לדבריו הוא דור שלישי לרבנים במתחם ההקדש. סבו הרב אברהם אדלר זצ"ל מונה לרב שכונת בית יעקב ולרב בית הכנסת בית יהודה על ידי הרב הראשי לארץ ישראל, הרב אברהם יצחק הכהן קוק זצ"ל. הוא התגורר עד יומו האחרון בדירה בהקדש גראף, דירה שנמסרה למגוריו על ידי גבאי בית הכנסת בעת שניהלו את הקדש גראף. לאחר פטירת הרב אברהם נשר המשיך קול התורה להדהד בבית הכנסת על ידי בנו הרב דוד נשר זצ"ל, שניהן במשך השנים כרבה הראשון של העיר בית שאן, רב העיר באר שבע ומנהל המחלקה לרבנות במשרד הדתות, בתפקידו האחרון כיהן כראש מחלקת הכשרות ברבנות הראשית לישראל. לדברי הרב אהרן נשר, הוא עצמו קיבל בשעתו מינוי לרב ההקדש והתושבים, תוך שהוא ממלא את מקום אבותיו, שלמדו, לימדו, הורו והתפללו בבית הכנסת ופעלו במתחם ההקדש.

הרב נשר סבור כי טעה בית הדין האזורי בקביעתו כי הקדש בית יהודה והקדש גראף שני הקדשות הם. עם זאת הוא סבור מדובר בהקדש דתי ולבית הדין סמכות לעניין ההקדש. לדבריו, גבאי בית הכנסת פנו בשעתו אל מנהלי כולל הורדנא דאז, ועשו עמם עסקה: הם העבירו את שטח הקדש גראף לרשותם של מנהלי הקדש הורדנא תמורת חמש מאות ל"י, ובתמורה שהתקבלה ציפו גבאי בית הכנסת את קירותיו בשיש.

הרב נשר תוהה על מעמדה של חברת האשד בדיונים ומותח ביקורת על התנהלותה בדיונים. לדבריו, מינוי חברה זו לאיתור הקדשות היה לתקופה קצובה ולא הוארך.

הרב נשר דוחה את טענות המערערים ביחס לניסיון השתלטות חרדית על בית הכנסת. לדבריו, רבני בית הכנסת מאז ומעולם, בעלי התפילה בעבר, בעל הקורא עד היום הזה, בחורי הישיבה הנקראים להשלים מניין בשבתות – נמנים עם הציבור החרדי. אך אף על פי כן, מעולם לא התעוררה מחלוקת בין מתפללי בית הכנסת לבין הציבור הדתי, החרדי או בני עדות שונות, ושעריה היו פתוחים תמיד לכל מתפלל מכל גווי הציבור היהודי בלי הבדל השקפה או עדה. בית הכנסת תמיד התנהל כבית כנסת עם גוון חרדי אשר דלתותיו פתוחות בפני המתפללים מכל גוון שהוא.

הרב נשר מדווח כי בית הכנסת בית יהודה לא היה פעיל בימות החול כלל מאז מלחמת המפרץ בשנת 1991, וגם קודם התקיימו בו מניין בדוחק לתפילת שחרית בלבד. רק בשבתות התקיימו מניינים בבית הכנסת, כשתורם שילם מכספו לכמה אנשים כדי שיבואו להשלים מניין. לדברי הרב נשר, הוא עצמו התבקש לא אחת להביא את ילדיו ואת חבריהם כדי להשלים מניין. הרב נשר מציין כי חידוש פניו של בית הכנסת והקמת כולל אברכים שבו החל לאחר חג הפסח של שנת תשע"ב, לאחר פטירת הנאמן ז"ל ובוטרו מונו נאמנים חדשים להקדש. הרב נשר אינו מקבל את טענת המערערים כי ההקדש נוהל כסדרו במשך עשרות שנים. לטענתו, היה זה "שלטון יחיד" ומעולם לא התקיימו ישיבות של נאמני ההקדש, ורק בשנים האחרונות הוגשו דו"חות ואף הללו – בנוגע לבית הכנסת בלבד ולא ביחס לאגפיו האחרים של ההקדש שנוהלו בנפרד מבית הכנסת.

לסיכום, הרב נשר טוען שאינו מתנגד לכל החלטה שתתקבל בשאלת הערכאה המוסמכת לפקח על ניהול ההקדש, אלא שהוא מבקש שתישמר זכותו להופיע ולהביע את עמדתו, המובעת מתוך ראיית טובת ההקדש ושמירת מטרותיו, תוך שמירת עצמאות בית הכנסת והיכולת להמשיך בקיום שיעורי תורה והפצת תורה לרבים במתחם בית הכנסת.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

**בקשת ב"כ היועץ המשפטי מיום ה' בטבת תשע"ד (8.12.13)**

טרם נתייחס לגופם של דברים יש מקום לציין את בקשתו של היועץ המשפטי לממשלה להחזיר את הדיונים לבית הדין האזורי. בקשה זו נסמכת על טענת הרב נשר בדבר חומר חדש שברצונו להגיש לתיק, בפועל לא הוגש החומר, ומאחר שמדובר בתיק אשר נמשך כבר זמן רב מדי אין אנו מוצאים טעם מספיק לקיים סבב דיונים נוסף בבית הדין האזורי.

**דו"ח ועמדת המפקח על ההקדשות מיום כ"ה בתשרי תשע"ו (8.10.2015)**

ביום י"ח באדר התשע"ה (9.3.2015) מינה כבוד הראשון לציין ונשיא בית הדין הרבני הגדול הרה"ג יצחק יוסף שליט"א בהתאם לתקנה ק"צ(1) לתקנות הדיון את עו"ד רפאל אסרף למפקח על ההקדשות (י"פ 7008, עמ' 4279) (להלן: המפקח על ההקדשות או המפקח). בשל חשיבות העניין והצורך להגיע לחקר האמת ולהוציא דין צדק, ביקש בית הדין ביום ד' בניסן תשע"ה (24.3.2015) מהמפקח על ההקדשות להגיש דו"ח על ההקדש והפעילויות המתקיימות בו, ולשם כך אפשר לו להיפגש עם מי שימצא לנכון ולקיים את כל הבירורים הנחוצים לדעתו. כמו כן, בית הדין הורה למפקח כי הוא רשאי, אם ימצא לנכון, להגיש עמדה במחלוקות שלפנינו, כולן או חלקן.

ביום כ"ה בתשרי תשע"ו (8.10.2015) הומצאו לתיק דו"ח ועמדת המפקח על ההקדשות. בדו"ח פירט המפקח את פעולותיו כאשר בין היתר ציין כי ערך סיורים ובדק את שטח ההקדש. בנוסף ציין כי קיים פגישות עם נציגי המחזיקים השונים בנכס במשרדו ובשטח ההקדש עצמו. על הנציגים עמם נפגש המפקח נמנו מר דוד אנגלהרט – נציג המערערים, הרב נפתלי חדש והרב אהרן נשר.

בעמדתו התייחס המפקח לשאלות המשפטיות הנוגעות לסמכותו העניינית של בית הדין הרבני בנוגע להקדש מושא הליך זה ולטענות ב"כ היועץ המשפטי לממשלה. בין היתר שלל את טענת הסברה שהעלה ב"כ היועץ המשפטי לממשלה ולפיה סביר להניח כי הקדש בית יהודה נוצר קודם לשנת 1921 – המועד שבו קיבלו בתי הדין הרבניים סמכות שיפוט לעניין הקדשות שנוצרו לפני בית דין רבני – מאחר שבית הכנסת פעיל כבר משנת 1880, ועל בסיס דברי הנאמנים אשר אמרו לבית הדין בשנת 1942 כי הנכס רשום על שמם במשרדי מס רכוש "והואיל ובחליפת הזמנים לא נשארה רשימה רשמית על הקדשתה של החצר הזאת בדרך פורמלית".

כמו כן, על בסיס אסמכתאות משפטיות המפקח שלל את דעתו של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה אשר לטענתו כינון הקדש מחדש ייעשה רק על ידי המקדיש בעצמו, וכן בנוגע לסוגיית תוקפן של תקנות כנסת ישראל מח' בטבת תרפ"ח (1.1.1928) וסמכות בתי הדין הרבניים ביחס לסמכות לשכות הרבנות ובנוגע לפניית הנאמנים לבית המשפט כשנתיים לאחר שפנו לבית הדין הרבני וראייתה כהעברת הפיקוח אליו בבחינת "הפה שאסר הוא הפה שהתיר".

בסופו של דבר הסיק המפקח כי הסמכות העניינית לדון בכל הנוגע לניהולו הפנימי של ההקדש מושא הליך זה מסורה באופן בלעדי לבית הדין הרבני.

ביום ח' בכסלו תשע"ו (20.11.2015) החליט בית הדין להעביר את עמדת המפקח לתגובת המערערים תוך 14 יום וכן להעביר העתק לכל המשיבים – להתייחסותם תוך 14 יום (צוין כי הנ"ל כולל ימי פגרה).

**תגובת עו"ד מנחם כהן – ב"כ משיב 10 – מיום 1.12.2015**

ביום י"ז בכסלו תשע"ו (29.11.2015) התקבלה לתיק תגובת עו"ד מנחם כהן – ב"כ כולל הורודנא, משיב מספר 10 – כי אין לו עניין בהקדש בית יהודה. למען הסר ספק, טען כפי שאף העלה בתגובתו מיום י"ח באייר תשע"ד (18.5.2014) כי אין כל קשר בין הקדש בית יהודה המתייחס לנכס הידוע

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

כגוש 30073 חלקה 39 והנמצא ברחוב אבישר לבין הנכס הנמצא בצד השני של רחוב אבישר פינת רחובות בית יעקב ויפו, הידוע כגוש 30073 חלקה 33, השייך להקדש כולל הורודנא. לפיכך, ביקש לחדול מלראותו כצד בתיק. עם זאת, הודיע כי הוא מסכים למסקנות המפקח על ההקדשות שהסמכות לדון בעניין ההקדש מושא ערעור זה נתונה לבית הדין הרבני.

**תגובת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה – עו"ד משה גולן מיום 27.12.2015 (לאחר בקשת ארכה)**  
ביום י"ח בכסלו תשע"ו (30.11.2015) הוגשה בקשה מטעם ב"כ היועץ המשפטי לממשלה ורשם ההקדשות להארכת מועד להגשת תגובה עד ליום ח' בטבת תשע"ו (20.12.2015), ובית הדין נעתר למבוקש.

ביום ב' בטבת תשע"ו (14.12.2015) הוגשה בקשה נוספת מטעם ב"כ היועץ המשפטי לממשלה ורשם ההקדשות להארכת מועד נוספת להגשת התגובה עד ליום ט"ו בטבת תשע"ו (27.12.2015), ובית הדין נעתר גם לבקשה זו.

ואכן ביום ט"ו בטבת תשע"ו (27.12.2015) הומצאה לתיק התייחסות מטעם ב"כ היועץ המשפטי לממשלה ורשם ההקדשות – עו"ד משה גולן.

בהתייחסותו סובר ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי הקדש בית יהודה הוא הקדש ציבורי שנרשם כדין בפנקס ההקדשות הציבוריים, וכי שאלת זהות נכס ההקדש צריכה להתברר בפני בית המשפט המחוזי, הן מפאת היותו הערכאה המוסמכת על פי דין והן מפאת עיקרון כיבוד הערכאות נוכח פסיקה מפורשת וחלוטה שניתנה על ידו בעניין.

בנוגע להחלטת בית הדין האזורי טען כי שגה בית הדין בקביעתו כי יש בפנייה של הנאמנים לבית המשפט המחוזי משום הטעיה המאפשרת לבית הדין לקנות סמכות לדון בהקדש הנ"ל, מאחר שנראה כי מסמכי ההליך לא נבדקו, ומכאן שלא נוכל לקבוע מסמרות בשאלה מה היו הנתונים שניצבו בפני בית המשפט המחוזי בעת שהחליט להשתמש בסמכותו לפי פקודת ההקדשות. בנוסף לכך, לטענתו אי אפשר להתעלם מפסק דין חלוט שיצא תחת ידו של בית המשפט המחוזי.

עוד טען כי לטענת המערערים, שטר ההקדש – הקדש גראף – משנת 1885 מתייחס לשני נכסים נפרדים בהתאם לשני קושאנים נפרדים, כאשר לגבי אחד מהם השתרש ברבות השנים השם "בית יהודה", ואין לקבוע לפי התשתית הראייתית הקיימת – המסמכים שהונחו בפני בית הדין – שאכן עסקינן בשני הקדשות שונים.

לחיזוק עמדתו טען כי בית הדין התייחס לייעוד המבנים ומצא שיש הבדל בין הייעוד המצוין בשטר הקדש גראף – הכנסת אורחים, לזה של הקדש בית יהודה, לגביו נאמר שהוא משמש בית הכנסת ותלמוד תורה. אולם במסמך שהוציאה הרבנות מתחת ידה בשנת 1928 נאמר:

"היות ובשכונת בית יעקב נמצא בית בין שתי דיוטות ומגרש שלפי הווקפיה מיום [...] 1301 הוקדש על ידי בעליו ה' משה בן אריה גראף לטובת בית המדרש של השכונה שבשטר הווקפיה נקרא הבית הגדול לאורחים אשכנזים."

ממסמך זה העלה שהנכס שיועד על ידי משה גראף בשנת 1885 לטובת אירוח אביונים, שימש כבר בשנת 1928 כבית מדרש, אשר על כן, לדעתו, אין ללמוד כי שוני המטרות מצביע שמדובר בהקדשות שונים, כנטען בעמדת המפקח על ההקדשות.

בנוסף, ציין כי מעצם לשון ונוסח פניית הנאמנים לבית הדין בשנת 1942: "והואיל וחצר זו מכילה ששה חדרים ששנים מהם קדושים זה שישים שנה כבית תפילה לגברים ונשים [...]" אפשר ללמוד כי הקדש בית יהודה הוא למעשה הקדש שנוסד כשישים שנה טרם נעשתה הפנייה לרבנות (דהיינו בשנות השמונים של המאה ה'19, וככל הנראה הכוונה היא לשטר הקדש גראף משנת 1885).

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

עוד הוסיף לטענתו כי נאמני ההקדש אינם יכולים לכונן מחדש הקדש קיים, וכי כינון מחדש של הקדש יכול להיעשות רק על ידי התייצבות המקדיש בפני בית הדין הדתי בהיותו בעליו של נכס ההקדש.

באשר לתקנות כנסת ישראל חזר על עמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה מיום י"א באייר תשס"ט (5.5.2009) שאין להן כל תוקף ובטלות מעיקרא הן מאחר שהן סותרות את דבר המלך במועצתו לא"י 1922, והן מאחר שהן חורגות מהוראות פקודת העדות הדתיות (ארגון) משנת 1926 שמכוונות הותקנו, ולפיכך נעדרות כל תוקף. גם לו היה תוקף לתקנות הרי שתקנות אלה אבד עליהן הכלח בעת הקמת מדינת ישראל והן אינן מהוות מקור סמכות עבור בית הדין הרבני.

ביום י"ח בטבת תשע"ו (30.12.2015) החליט בית הדין להעביר את תגובת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה לתגובת הצדדים.

### תגובת והודעת עו"ד מנחם כהן – ב"כ משיב 10 – מיום כ"ו בטבת תשע"ו (7.1.2016)

ביום כ"ו בטבת תשע"ו (7.1.2016) התקבלה תגובת עו"ד מנחם כהן – ב"כ משיב 10 אשר הודיע כי הוא עומד על טיעוניו כפי שכבר הוגשו בתיק זה מיום י"ח באייר תשע"ד (18.5.2014) ומיום י"ז בכסלו תשע"ו (29.11.2015), אלא כדי שלא תצא טעות או תקלה, הוא מבקש בין היתר להבהיר את עמדתם של נאמני הקדש כולל הורודנא כי הדיון סביב נכס ההקדש מושא תיק זה נכון רק לגבי הנכס הנמצא בחלקה 39 בלבד ולא בשום נכס אחר הנמצא בסמוך לו, וודאי שלא בנוגע לנכס השייך לכולל הורודנא, והנמצא בין היתר בחלקות 33 ו' 34.

עוד הוסיף והבהיר כי למיטב ידיעת נאמני הקדש כולל הורודנא נכס ההקדש מושא תיק זה כולל נכס בקומה אחת הבנוי בצורת ח' וגם אם לדעת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה יש זהות מוחלטת או חלקית בין הקדש בית יהודה להקדש גראף, הרי שלדעתו אין הוא כולל שום מבנה בעל שתי קומות ולא שני נכסים כפי שמצוין בסעיף 24 א' ו' ב' לעמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה.

ביום ח' בשבט תשע"ו (18.1.2016) נתן בית הדין החלטה נוספת בתיק, ולפיה יש להעביר את תגובת (הודעת) עו"ד מנחם כהן – ב"כ משיב 10 – לכל המעורבים בתיק לרבות ב"כ היועץ המשפטי לממשלה להתייחסות תוך עשרה ימים. לפני משורת הדין התבקשו יתר המשיבים שטרם הגיבו (להודעת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה) לרבות המפקח על ההקדשות להגיב תוך עשרה ימים כמתחייב מהחלטת בית הדין מיום י"ח בטבת תשע"ו (30.12.2015).

### תגובת חברת האשד – משיב 3 – מיום ט"ז בשבט תשע"ו (26.1.2016) לאמור בעמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה

ביום ט"ז בשבט תשע"ו (26.1.2016) התקבלה תגובת המשיב 3 – הרב ירוחם פישל אדלר בשם חברת האשד ניהול ויזום נדל"ן בע"מ – לאמור בעמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, ולפיה אין ספק כי הקדש גראף והקדש בית יהודה הם שני הקדשות שונים זה מזה הן בשל מיקום ההקדש, גודל שטחו וצורת תבנית בניין ההקדש, והן בשל שם המקדישים, מטרות ההקדש ומועד כינון ההקדש.

בנוסף לכך התייחס המשיב 3 לטענותיו של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה המצוינות בסעיף 24 על סעיפי המשנה, ולפיו מתוך עיון בפסק הדין של הרבנות הראשית מיום י"ג שבט תש"ו, שניתן ע"י חלק מהדיינים שחתמו על פסק הדין משנת תרפ"ח–1928, וכן ממסמכים נוספים שהוגשו בזמנו לבית הדין עולה בבירור כי הייתה טעות או הטעיה שבית הדין נתן דעתו עליה וקבע כי הקדש גראף אינו מיועד לטובת בית הכנסת של שכונת בית יעקב וכי ההודעה שנמסרה אז לרבנות כי ההקדש סודר בזמנו לטובת בית הכנסת היא בלתי נכונה.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

כמו כן, התייחס המשיב 3 לאמור בסעיף 24 א' וב' בעמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, ולטענתו קיימים תקדימים רבים שאדם רכש חלקים מנכס אחד בשני מועדים שונים על פי שני קושאנים כדוגמה נכס שהיה שייך לשני אנשים שונים שמכרו את חלקם בזמנים שונים. משכך, מסקנת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי מלכתחילה התייחס הקדש גראף לשני נכסים שונים בהתאם לשני קושאנים נפרדים היא שגויה בתכלית.

### התייחסות המפקח על ההקדשות מיום י"ז בשבט תשע"ו (27.1.2016) לתגובת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה

ביום י"ז בשבט תשע"ו (27.1.2016) התקבלה התייחסות המפקח על ההקדשות בבתי הדין הרבניים לתגובת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה. כהוספה לעמדתו מיום כ"ה בתשרי תשע"ו (8.10.2015) טען לחוסר אחידות בין הזרועות השונות בפרקליטות המדינה ונציגי היועץ המשפטי לממשלה, וזאת בשל שאלות משפטיות זהות אשר הועלו בהליך שבפנינו ואשר נדונו והוכרעו לא מכבר בבית המשפט המחוזי בירושלים בה"פ 15-02-11405 קנפולר נ' ברגמן, בפני כב' השופט רם וינוגרד (להלן: פרשת ברגמן), כמו למשל בנוגע לשאלה אם כינון מחדש של הקדש נושן מעניק סמכות ייחודית לבית הדין הרבני וכן בנוגע לשאלה אם הקדש דתי יכול שיכונן מחדש דווקא באמצעות המקדיש או אפילו באמצעות אחרים שלא בנוכחותו ואף לאחר פטירת המוריש.

להתייחסותו צירף המפקח על ההקדשות את עמדת רשות התאגידיים וכן את עמדתו (עמדת יחידת הרישום והפיקוח) בפרשת ברגמן ופסק דינו של בית המשפט המחוזי. המפקח על ההקדשות הצביע על כך שלאחר דין ודברים אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה – מר ארז קמניץ, עמדת המדינה שהוגשה לבית המשפט המחוזי הייתה על בסיס המידע שהוצג במסגרת הבקשה, ומאחר שלא הוכח קיומו של הקדש נושן, כאשר מנגד הוצגה ראיה כי ההקדש נוצר בפני בית הדין הרבני בשנת 1952, לפיכך, ניהולו הפנימי נמצא בסמכות בית הדין הרבני.

### תגובת עו"ד מנחם כהן – ב"כ משיב 10 – מיום כ"ב בשבט תשע"ו (1.2.2016), הבהרות והדגשים

ביום כ"ב בשבט תשע"ו 1.2.2016 הומצאה לתיק תגובת ב"כ משיב 10 בה עמד על הבהרות ועל הדגשים לנוכח תגובת משיב 3 – חברת האשד ניהול ויזום נדל"ן בע"מ, ובין היתר ביקש לציין כי לא ידע שחלק מהנכס בחלקה 33 שבניהול כולל הורודנא הוא הקדש גראף וכמפורט בהחלטת בית הדין של הרבנות הראשית (בראשות הרב צבי פסח פרנק זצ"ל) מיום י"ג שבט תש"ו, והאפוטרופוסים שלו יהיו אפוטרופוסים כולל הורודנא. משכך, משיב 10 מתנגד לכל שינוי ודיון בעניינו של הקדש גראף שמשום מה השתרבב להקדש בית יהודה. עוד ביקש להדגיש כי עמדתו של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה מוטעית שכן הוא חיבר בין שני ההקדשות שכאמור אין כל קשר ביניהם לא ענייני ולא מבחינת הנכסים שעליהם הם חלים.

עוד הוסיף שכל האמור בתגובות של כולל הורודנא על אי-התערבות בהליכים ובהחלטות בית הדין מתייחס להקדש בית יהודה בלבד ולא להקדש גראף שכן ברור לאור החומר שהגיש משיב 3 כי הקדש גראף מנוהל שנים רבות ע"י כולל הורודנא ואין מקום לדון לגביו או לעשות בו כל שינוי. נציין כי על הבהרות אלו חזר ב"כ המשיב 10 בבקשותיו מיום י"ח באייר תשע"ו (26.5.2016) ומיום ד' באלול תשע"ו (7.9.2016).

ביום י"ד באייר תשע"ו (22.5.2016) הוגשה מטעם המפקח על ההקדשות בקשה למתן צו ללשכת רישום המקרקעין, רשות המיסים ומיסוי מקרקעין ורשות מקרקעי ישראל שיורה לאלו לבצע את מלוא הבדיקות הנדרשות לצורך קבלת מידע הנוגע לכלל הנכסים והשמות לפי הפרמטרים שצוינו בבקשה (נכסים ושמות הקשורים להקדש גראף והקדש בית יהודה ואפוטרופוסים ההקדשות). בית הדין נעתר לבקשה. בשל הודעת פרקליטות המדינה (אזרחי) ותגובת הלשכה לרישום מקרקעין לצו

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

שהתקבלו על אודות הקושי באיתור הנכסים ותשלום אגרה תוקן הצו ועודכנו פרטי הגושים והחלקות הרלוונטיים לבדיקה.

ביום י"א באלול תשע"ו (14.9.2016) התקבלה הודעת מטעם המפקח על ההקדשות ואליה צירף המפקח חוות דעת מומחה – תרגום שטר הקדש "משה גראף" מתקופת השלטון העות'מאני. חוות הדעת והתרגום שטר ההקדש נערכה ע"י הגב' אלישבע בן שמעון (סימון) פיקאלי – מומחית לתרגום תעודות (ר' לעיל, כאמור לעיל בפנינו גם תרגום נוסף, ישן, של י" שבת).

מתרגום שטר ההקדש אשר צורף לתיק עולה כי ביום ה' בניסן תרמ"ד הקדיש משה גראף את נכס ההקדש "משה גראף" בפני בית הדין השרעי:

"את כל החדר התחתון והחדר העליון הרוכב עליו וכן חלקת האדמה הנמצאת מולה שגודלה על פי הטאבו הוא 229.5 אמות. הם הנמצאים מחוץ לשער יפו מצד מערב ליד המצודה השנייה בשכונת בית יעקב [...]"

עוד עולה כי שטר ההקדש אינו נוגע כלל להקדש בית יהודה, כפי שסבר בית הדין קמא כי הנתונים שהוזכרו בשטר ההקדש של "משה גראף" בפני בית הדין השרעי שונים מהנתונים של הקדש בית יהודה הן בנוגע למטרות ההקדש והן לגבי הנתונים הפיזיים (השונים) של שני ההקדשות כפי שנפרט להלן.

ביום י"ח בכסלו תשע"ז (18.12.2016) העביר בית הדין הגדול את חוות הדעת ותרגום שטר ההקדש להתייחסות הצדדים. חשוב לציין שנכון למועד כתיבת פסק הדין לא טרח אף צד להמציא את תגובתו, וזאת למעט עו"ד מנחם כהן – ב"כ הקדש כולל הורודנא ששב על ההבחנה בין נכסי כולל הורודנא לנכסי הקדש גראף.

### דיון והכרעה

#### רקע היסטורי

בשנות השישים והשבעים של המאה התשע־עשרה (למניינם) הרחיבה ירושלים את גבולותיה מעבר לחומות העיר העתיקה. שכונת "בית יעקב" הייתה התשיעית במניין השכונות היהודיות שנבנו מחוץ לחומות ירושלים העתיקה. אנשי היישוב הישן הקימוה עוד לפני גל "העלייה הראשונה", שפקדה את ארץ ישראל משנת תרמ"ב (1881) עד שנת תרס"ד (1904). השכונה נושקת לרחוב יפו ולרחוב בית יעקב, וברבות הימים נבלעה בשוק מחנה יהודה.

את הקרקע לשכונה, שטח של 44,000 אמות רבועות, רכש ר' משה גראף מבריינסק במחיר חמש־מאות "נפוליאונים זהב". ר' משה גראף היה מעסקני כולל הורודנא מעדת הפרושים. כולל זה איגד בירושלים את יוצאי פולין הרוסית. בעלותו לירושלים הביא עמו ר' משה גראף סכום כסף גדול שאפשר לו לוותר על כספי החלוקה, להתקיים בכבוד ולסייע בהתנדבות בפעולות למען הציבור. ר' משה גראף עם אנשי ציבור אחרים, שמרביתם נמנו עם ראשוני שכונת מאה שערים, התאגדו ב"חברת הרחבת הבונים", והיו בשנת תרל"ה (1875) לגרעין המייסד של השכונה החדשה. השכונה נקראה "בית יעקב" על שם שבעים הבתים שרצו המייסדים לבנות בה, על פי הפסוק "כל הנפש לבית יעקב הבאה מצרימה – שבעים" (בראשית מו כז). כנהוג בהתאגדויות לבניין בתים באותה עת נקבע לשכונה תקנון המפרט את הסדרי ההתיישבות במקום. בראש גיליון התקנון התנוסס הפסוק "בית יעקב לנו ונלכה באור ה'" (ישעיה ב ה). בין היתר, נקבע בתקנון שהחברה תבנה בכל שנה עשרה בתים ואת בורות המים הנצרכים להם. בחודש סיוון תרל"ט (1879) נעשתה הגרלה בין חברי האגודה, ועל פיה נקבע אכלוס הבתים שהושלמו.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

פרטים על הסדרי הקניין אפשר למצוא ב"שטר החלטה" של אחד הזוכים בהגרלה, הרב זבולון חרל"פ, המעיד על תנאי קניינו והוא שמור בארכיון העיר ירושלים. בגורלו של הרב חרל"פ עלתה חלקת השדה מספר 9 בנחלת בית יעקב על דרך יפו. גודל החלקה היה שלוש מאות שמונים ושמונה אמות, וגם חלק ניתן לו, אחד מתוך מאה וארבעים חלקים, בבור המים השכונתי ובבית הכנסת של השכונה (נירית של כליפא נחלאות בלב עיר, יד יצחק בן צבי, 2003 [להלן – שלו, נחלאות], 102–104; יעקב גליס שכונות בירושלים, ספריית ראשונים, 1961, 57–60; בנימין קלוגר ירושלים שכונות סביב לה, ירושלים, תשל"ט, 42–44; יהושע בן אריה עיר בראי תקופה – ירושלים החדשה בראשיתה, ירושלים, יד יצחק בן צבי, תשל"ט, 1979 [להלן – בן אריה, עיר בראי התקופה], 163–168; יהושע בן אריה, ירושלים היהודית החדשה בתקופת המנדט, ירושלים, יד יצחק בן צבי, 2011 [להלן – בן אריה, ירושלים היהודית], עמ' 558–559, 567–569, 612–614).

שטר הקניין של הרב זבולון חרל"פ מצוי על פני טופס מודפס, שגרתו למראה בהתאם לאופי התקופה, המלמד כי שימש גם את יתר רוכשי החלקות באותה עת. ב"שטר החלטה" מצויות השלמות בכתב יד שנועדו לזהות את הרוכש ואת חלקת הקרקע, חתימות של הנוכחים במעמד וחתימות קיום של בית דין צדק של שלושה דיינים. שטר קניין משנת תרל"ט בטופס זהה – על רכישת קרקע בשכונת בית יעקב לזכותו של "הינוקא קדישא", אדמו"ר חסידות סטולין, הרב ר' ישראל בהרה"צ ר' אשר פערלאוו [=פרלוב] – מצוי בקובץ "בית אהרן וישראל" (קובץ ה (לה), סיוון–תמוז תשנ"א, עמ' קלח (תשנח)).

ב"שטר החלטה" שחתם כל מתיישב בשכונה החדשה נכתב כי לכל תושב הוקנה "חלק אחד ממאה וארבעים בבהכ"נ [בבית הכנסת] אשר בשדה בחברה הנ"ל". כלומר, הקרקע לבית הכנסת מומנה למעשה על ידי תושבי השכונה, כחלק מההקצאות הנדרשות לצרכי ציבור. עוד עולה מ"שטר ההחלטה", הן מדרך ניסוחו והן ממילותיו המפורשות, כי תושבי השכונה היו חפצים במשטר של דין תורה המופעל בבתי הדין הרבניים מקדמת דנא ועד ימינו, ובהתאם לכך אושרו שטרי ההחלטה לפני בית הדין הרבני הקהילתי שהיה קיים בשנת תרל"ט (1879). לנקודה זו יש נפקות לעניין אומד דעתם ורצונם של מקדישי בית הכנסת לייסד הקדש דתי לפני בית דין רבני. על כך ידובר בהמשך.

תכנית השכונה כללה מגרש לבית מדרש, ועם ייסודה החלו בבניינו. את החלק הארי לבניין בית המדרש תרם הרב יהודה אריה לויטס, רב ישיב שהיה שו"ב [=שוחט ובודק] בעיר פּרַמְיַנְגְהָם באנגליה, ועל כן נקרא בית המדרש על שמו "בית יהודה". וכך מדווח כבר בזמן אמת, בשנת תרל"ז, ר' יוסף ריבלין – מראשי הקהילה היהודית בירושלים במאה התשע־עשרה, ואחת הדמויות הבולטות במיזם היציאה מהחומות:

גם בשדה חברת 'בית יעקב' בונים בית המדרש גדול ומפואר, והישיב הרב יהודא אריה לויטוס נ"י, שהיה שו"ב בעיר בירמינגהאם במדינת ענגלאנד, והוא היום בן שבע ושמונים שנה, נדב עשרת אלפים גרוש, אשר גוף הבנין יבנה מכספו, יאריך ה' ימיו ויזכהו להביא נדבה לבנין בית בחירתנו במהרה בימינו.

והראוי לתודה ולברכה, הנכבד היקר הרב מ' משה גראף נ"י מבריינסק, אחד מממוני כוללות הפרושים הי"ו (שאינו מקבל כל חלוקה ומתפרנס מתבואות כספו אשר הביא עמו אל הקדש), כי הוא ירה אבן פנת החברה 'בית יעקב', ועמל בכל כחו בבנינה ובהרחבת ישוב המקום ההוא, העומד רחוק מן העיר יתר מכל החברות. וממעמקי הלב נברכנו כי ה' יגמור בעדו לטוב לבצע בנין בית המדרש עם בתי החברה אשר עניי עמינו ישכנו במ.

(יוסף ריבלין, "בית יעקב" ו"מאה שערים", יהודה וירושלם, א, תרל"ז; יהודה וירושלם עתונו של ר' יואל משה שאלאמאן תרל"ז–תרל"ח, נסדר מחדש בצירוף הערות ומבוא מאת ג' קרסל, מוסד הרב קוק, תשט"ו, עמ' 131; מצוי כעת גם ב').

בדומה לכך מדווח הרב משה נחמן כהניו (כהנוב), מראשי ישיבת עץ חיים בעת הקמתה:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

"בערך מהלך ששה ריס 'מאבן ישראל' ישר על דרך יפו, שם החברה 'בית יעקב' במורד ההר נתיסדה גם כן שנת הנ"ל [תרל"ה] משבעים איש, על כן שם העיר והחברה 'בית יעקב' ככל הנפש ליעקב. עד כעת נבנו שם עשרים בתים. בור גדול. בהמ"ד [בית המדרש] גדול ומהודר ומפואר. החברה הזאת, אם כי ראשיה נכבדים וזריזים. עכ"ז [עם כל זה] מתנהגת בכבודות. בני החברה רובם ככולם עניים מרודים ואין בכחם וביכולתם לשלם כפי העולה על כל אחד ואחד. ואף על הבתים שבנו הוכרחו הראשים ללות סך מסוים. יהי נא ה' בעזרם לבצע את אשר החלו. בכל אשר יפנו יצליחו, וכגפן יפריחו" (הרב משה נחמן כהניו, שאלו שלום ירושלים, ירושלים, תרל"ח, 52-53; אתר ישיבת עץ חיים).

הגאוגרף וההיסטוריון פרופ' יהושע בן-אריה כותב:

"על התפתחות נוספת בשכונת בית-יעקב מוסר בן יהודה לשנת תרמ"ד (1884):

'והחברה [...] "בית-יעקב" [...] קנתה אדמה ממערב לאבן ישראל רחוק מהעיר כי מחיר האדמה אצל העיר עלה הרבה מאד. אפס בגלל המרחק מהעיר לא יכלה החברה הזאת לעמוד עוד ותבוא בצרה גדולה עד בא הר"ר ישראל הורביץ ממונה לכולל הורדנו ותהי עצתו כי יקנה כולל הורדנו מהחברה כעשרה בתים לתתם לעניי הכולל הזה לגור בהם שש שנים, שש שנים חנם. ותעש עצת הר"ר ישראל הורביץ ויקן כולל הורדנו את הבתים ויבנו ב"בית-יעקב" כל צרכי ישוב בית תפלה ותנור, ויתחזק הישוב גם במקום הזה'.

על מיקומה המבודד של שכונת בית-יעקב בראשיתה מספר אחד המקורות:

'השכונה הזאת היתה בשנת הווסדה, שנת תרל"ז, רחוקה יותר מדי מן העיר. הסביבה – מדבר שממה, סלעי מגור ושיני סלעים. הבאים מיפו עברו בה רכובים על חמור, סוס ופרד [...] מרכולת וסחורה הביאו אז על דבשת גמלים [...] ודווקא במקום הזה אמרו הבונים, אגורת "הרחבת הבונים", לסלול דרך לכל עובר ושב, ולבנות בו שכונת יהודים, ויקראו לה 'בית-יעקב'."

(בן-אריה, עיר בראי התקופה, 166)

בגלל בידודה עמדו תושבי השכונה בשנותיה הראשונות על המשמר מפני גנבים ביום ומפני שודדים בלילה:

"גרי שכונת בית יעקב אשר היו הרחוקים ביותר מהעיר העתיקה עמדו על המשמר מפני גנבים ביום ומפני שודדים בלילה. באחד הלילות התנפלו אנשי ליפתא על השכונה, הצעקות והקריאות לעזרה הגיעו ונשמעו בשכונת מזכרת משה הקרובה ביותר אליה. שמע רבי שלום, סופר במזכרת משה את הצעקות, ניגש לארוננו, הוציא שופרו ותקע בו תקיעה, תרועה ותקיעה גדולה. שמעו הערבים את הקולות המוזרים שלא שמעום מעודם, נדהמו וברחו על נפשם." (ישעיהו פרס, מאה שנה בירושלים – מזכרונות איש ירושלים, ירושלים, 1964)

בית הכנסת מצוי במרכז של השכונה, על פני חלקת קרקע הגובלת ברח' אבישר 7 מצד צפון וברח' הדקל 4 מצד דרום. כתובת אבן ישנה הקבועה מעל הפתח של בית הכנסת מעידה על בניינו:

"לזכר עולם יהיה בהיכל ה' הזה בית יהודא אשר על בנין בית הכנסת הזה נתן הישיש מוה"ר יהודא ליב ב"ר חיים לעוויטעס ז"ל שהיה שו"ב בק"ק בירגמינגהם במדינת בריטניה נדבה בשנת תרל"ז סך עשרת אלפים גרוש ובשנת תרמ"א אלף גרוש ולזה יקרא בשם ביהכ"נ בית יהודא עד עולם על שמו וזכרו. ואסור לשום איש לשנות. ויקויים הכל כפי הכתוב שנתנו לו אנשי בית יעקב והמתפללים בביהכ"נ הזה ושהאבן הזאת תהי קבוע על כותל ביהכ"נ הזה עד ביאת הגואל ב"ב אמן." (הובא אצל שלו, נחלאות, 105).

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לריחוקה של השכונה מירושלים העתיקה ומיתר השכונות החדשות הייתה נפקות הלכתית בשנים הראשונות לייסודה. בפעם הראשונה מאז הקמת השכונות מחוץ לחומות העיר העתיקה עלתה לדיון שאלת קריאת המגילה בפורים – האם יקראו אותה דרי השכונה בט"ו באדר כמו בירושלים שבין החומות, או שמא בי"ד באדר כמו בערי הפרושים. הרה"ג יחיאל מיכל טוקצינסקי מייחד בספרו **עיר הקדש והמקדש** (חלק שלישי, ירושלים תשכ"ט [להלן – עיר הקודש והמקדש]) פרק גדול ורחב (פרק כז) ל"קונטרס קריאת המגילה והפורים בירושלים החדשה". הרב טוקצינסקי מציין כי שאלת קריאת המגילה בשכונות ירושלים החדשה הייתה נושא למשא ומתן הלכתי בין רבני ירושלים וגדוליה:

"קרוב ליוכל וחצי שנים, מאז נבנתה שכונת 'בית יעקב' במערב העיר בשנת תרל"ח. בשנים הראשונות לבנייה קראו שם בי"ד בברכה ובט"ו בלא ברכה [...] ואחר כך החלו גם שם לקרות רק בט"ו" (עיר הקודש והמקדש, שפ-שפא).

הרב טוקצינסקי דן גם על גט שמצא ב"נרתיק הגיטין" של הגאון רבי שמואל סלנט זצ"ל מרא דקרתא דירושלים, אשר נכתב בשנת תרמ"ד בשכונת בית יעקב. בגט נכתב: "כאן במתא דמקריא בית יעקב דיתבא על מי בור הסמוכה למתא ירושלם דיתבא על מי שלח ומי בורות". הרב טוקצינסקי משער שמן הסתם היה מדובר בגט שכיב מרע, שלא היה אפשר לסדר את הגט במקום הרגיל בבית הוועד שבחצר רבי יהודה החסיד הסמוכה לבית הרב סלנט, "ומשום שהיתה כנראה שכונה זו רחוקה יותר מעיבור העיר ובתוך תחום העיר כי על כן כתבו 'מתא בית יעקב הסמוכה לירושלם'". הרב טוקצינסקי מבחין בין שכונת בית יעקב – בשנים הראשונות לייסודה – לשכונות אחרות, כמו שכונת מאה שערים, שהיו מצויות כבר אז בתוך עיבור העיר אף שהן מחוץ לחומות, שנהגו לכתוב בגט רק "מתא ירושלם דיתבא על מי שלח ומי בורות" כמו שכונת בית יעקב בתוככי ירושלים העתיקה (עיר הקודש והמקדש, שיח-שיט). שכונות חדשות שקמו ומילאו את שטחי האדמה השוממים שבין בית יעקב לעיר העתיקה הכריעו לבסוף את הכף, ובית יעקב, כמו שכונות חדשות אחרות, נכללה בתחום ירושלים (עיר הקודש והמקדש, שיא; שלו, נחלאות, 109).

ב"כ המערערים מציין בכתב הטענות שנסרק לתיק בית הדין הגדול ביום י' בניסן תשע"ד (10.4.2014) כי:

"עצמאות בית הכנסת בית יהודה מול עמדת רבניה החרדים של ירושלים באה לידי ביטוי בימיו הראשונים של בית הכנסת בדבר קיום קריאת המגילה ביום ט"ו כבירושלים שבין החומות."

לטענה זו אין בסיס. כפי שאפשר להיווכח בעליל מסקירת הסוגיה בספר **עיר הקודש והמקדש**, הוויכוח בין הרבנים הפוסקים שעסקו בשאלת יום קריאת המגילה בשכונת בית יעקב הוא ויכוח הלכתי טהור בשאלת התפשטות עיר שיש לה חומה, דין "סמוך לדרך" ושיקולים פנים-הלכתיים נוספים, ואין לו נגיעה כלל ועיקר למידת היותו של הרב הפוסק "ציוני" במשמעות הפוליטית של מונח זה. (ראו עוד: הרב יהודה זולדן מגילה במוקפות חומה: מקרא מגילה בירושלים ובערי ארץ ישראל המוקפות חומה מימות יהושע בן נון, יפה נוף, 2012; ראובן גפני, בית תפילה: בתי כנסת חבויים בלב ירושלים: ימין משה, מחנה ישראל, נחלת שבעה, אבן ישראל, יד יצחק בן-צבי, 2008).

כרב בית הכנסת והשכונה שירת במשך כארבעים שנה הרב ר' אברהם אדלר זצ"ל, שביתו היה ממוקם מול בית הכנסת (זכריה שבתי, **ירושלים של משה**, אריאל, 2003, 69). על פי רשימות דברי הימים, האמן הירושלמי ר' יצחק ב"ק צייר בתחילת שנות הארבעים של המאה התשע-עשרה ציורי מקום קדוש על כל אחד מארבעת קירות בית הכנסת בית יהודה: הכותל המערבי, קבר רחל, קבר שמעון בר יוחאי וקבר ר' מאיר בעל הנס. התמונות צוירו בחלק העליון של הקיר, ומחבר ביניהן עיטור דמוי וילון. היה זה אחד מבתי הכנסת הראשונים מתוך כשמונה עשר שצייר ב"ק, אשר ציוריו המרהיבים ב'שיבה הגדולה' במאה שערים היו גולת הכותרת ליצירותיו (שלו, נחלאות, 106; אריאלה אמר, "הבט נא

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

השמימה"; ציורי הקיר ב'שיבה הגדולה מאה שערים" בתוך: (עורכים: גבריאל ברקאי ואלי שילר) **אריאל: כתב עת לידיעת ארץ ישראל, גיליון 176**, ירושלים, הוצאת ספרים אריאל, תשס"ז – 2006, 6, 12).

על ייסוד שכונת בית יעקב (ועל מאפייני המשתכנים ופה ושם גם על בית הכנסת בית יהודה) ראו עוד: פנחס גרייבסקי, מגנזי ירושלים, חוברת קכה, **בשעריך ירושלים הבנויה** (תרצ"ז), ג-ד; פנחס גרייבסקי, **ספר היישוב** (תרצ"ט), עמ' 25, 92, 97; פנחס גרייבסקי, יובל לשכונת בית יעקב, זכרון לחובבים הראשונים, ד, תרפ"ז 8; יוסף יואל ריבלין, **מאה שערים**, ההסתדרות הציונית בסיוע מוסד הרב קוק, 1947, עמ' 15; יצחק שפירא **ירושלים מחוץ לחומה**, הוצאת הספרים הארץ-ישראלית, תש"ח, 94; שלמה זלמן ריבלין, **מדרש שלמה**, מגילת יוסף, 22–23; א' ר' מלאכי, ירושלים החדשה בשנת תרל"ו, בתוך **חורב מוקדש לתולדות ישראל וספרותו**, אברהם ווייס עורך, כרך יב, תשרי תשיז, ניו יורק, 245, 247; יצחק בן-צבי, **ארץ-ישראל ויישובה בימי השלטון העות'מאני**, מוסד ביאליק, תשט"ו, 367; ישעיהו פרס, **מחקרים בידיעת הארץ וטופוגרפיה מקראית**, קריית ספר, 1961, עמ' 48; אליעזר רפאל מלאכי, **פרקים בתולדות הישוב הישן**, הקיבוץ המאוחד, 1971, עמ' 127, 129, 131; נתן שור, **תולדות ירושלים**, כרך 3, דביר, 1987, עמ' 724; בן-ציון גת, **הישוב היהודי בארץ ישראל בשנות הת"ר – התרמ"א (1840 – 1881)**, אגודת שוחרי הגימנסיה העברית, 1962, עמ' 298; יורם צפירי, **ירושלים**, יד יצחק בן-צבי, 1980, עמ' 242.

על ייסוד חברת גמ"ח לטובת לומדי כולל הורודנא בבית המדרש בית יהודה בשכונת בית יעקב ראו תעודת הגאון רבי שמואל סלאנט, תעודת בד"ץ מקהלת האשכנזים ורבני ירושלים בעיתון **החבצלת** מיום כ"ד באב ה'תרמ"א (19.8.1881).

על אישי שכונת בית יעקב, ראשוני היישוב, שהוזכרו במסמכים המצויים בתיקים היסטוריים של בית הדין הרבני בירושלים, מסמכים שיידונו בפסק דין זה ראו, למשל, דוד תדהר, **אנציקלופדיה לחלוצי הישוב ובניו**, כרכים 1–16.

תיאור מרתק על שכונת בית יעקב ובית הכנסת בית יהודה, במיוחד בשנות הארבעים והחמישים למאה הקודמת, אך קישורם לשנות הייסוד של השכונה ובית הכנסת, וכן תצלומים של בית הכנסת ושל אבני זיכרון המצויים על קירותיו, ראו: ד"ר אריה גילאי, **בתי הכנסת בשכונת בית יעקב**, **ספר תולדות המשפחה**, ירושלים 2004, (אתר תולדות המשפחה: [להלן – גילאי, אתר תולדות המשפחה])

מעיון בכתבי הטענות ובכל החומר שבתיקי בית הדין לרבות דוח הבדיקה שערך המפקח על ההקדשות בשטח ההקדש, בית הדין ער ומודע לקיום התפילות בבית הכנסת, ללימודי התורה במסגרת הכולל ולשיעורים המתקיימים במהלך ימות השבוע בשטחו של בית הכנסת.

כמו כן בית הדין מודע לקול התורה הנשמע במהלך ימות השבוע לרבות בימי שישי בחדרים המזרחיים הסמוכים לבית הכנסת שם שוהים אברכים ותלמידי חכמים במסגרת כולל שליד ישיבת "בית מדרש לתורה ירושלים" השוהה במקום זה כארבעים וחמש שנה בנשיאותו של הרב נפתלי חדש.

### הקדש 'בית יהודה' והקדש 'גראף' – נתונים עובדתיים

האם הקדש בית יהודה הוא הקדש גראף או כלול בהקדש גראף? אם התשובה חיובית – מדובר בהקדש אשר נוסד במקור בפני בית הדין השרעי, ואז נצטרך להידרש לשאלת האפשרות לכונן מחדש לפני בית דין רבני הקדש שנוצר במקור לפני בית הדין השרעי. לעומת זאת אם התשובה שלילית – המקור הראשון שיש לנו ליצירת ההקדש הוא דווקא שטר ההקדש שנוצר בפני בית הדין הרבני. כאמור בית הדין האזורי הכריע כי מדובר בשני הקדשות שונים ועל קביעה זו הוגש, בין השאר, הערעור לפנינו.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לכירור עניין זה נשווה בין הידוע לנו לגבי הקדש גראף ובין הידוע לנו לגבי הקדש בית יהודה.

משה גראף היה מיוזמי ומקימי שכונת בית יעקב אשר החלה להיבנות בירושלים בשנת תרל"ז (1877), הוא פעל רבות למען הקמת שכונה זו הנמצאת במקביל לאזור שוק מחנה יהודה ובצמוד לרחוב יפו דהיום. פעילות זו הייתה הן בהקמת השכונה וביסוסה והן בדאגה למוסדות ציבור ראויים כמו בית הכנסת השכונתי ששיכן בתוכו גם את תלמוד התורה המקומי. משה גראף נפטר בשנת תרמ"ד.

הרקע ההיסטורי שהבאנו לעיל, רקע המבוסס על מקורות היסטוריים וספרותיים שמצאנו אותם למחימנים, מלמד באופן חד וברור כי לא תיתכן זהות בין הקדש בית יהודה והקדש גראף. הקדש בית יהודה מצוי על מקרקעין שהקצו מייסדי השכונה והתושבים עצמם לצורך בית כנסת ותלמוד תורה, ובניין בית הכנסת הוקם בעיקרו מתרומה שנתן הרב יהודה לייב לוויטס. לעומת זאת, הקדש גראף שנוצר כוואקף לפני בית הדין השרעי כלל נכסים שהיו בבעלותו הפרטית של הרב משה גראף והוקדשו לצרכי ציבור. הדברים עולים במפורש הן מתוכן שטר הוואקף והן מן המסמך הנושא כותרת "העתקה" – נאזכר אותו שוב בהמשך – ובו מובאת העתק צוואתו של הרב משה גראף. מסמך זה אושר וקיים בידי בית הדין בראשות הרה"ג צבי פסח פרנק.

במאמר מוסגר נציין כי בתרגומו של י' שבת לפסק דינו של בית הדין השרעי המאשר את ההקדש נאמר "כי הנפטר משה אגראף שנפטר בתאריך 5 ניסן שנת 5644 עברי המקביל ל־5 ג'ומאדא השני מאותה שנה הודה משה גראף הנ"ל והוא בקו הבריאות כי הוא הקדיש [...]..." (ההדגשה אינה במקור).

נקל להבחין שתרגום זה ("הנפטר [...] שנפטר") לקוי. האמור בו (כמילים שהודגשו לעיל) אף אינו הולם את המשך הדברים שלפיו הנ"ל הקדיש את שהקדיש במועד זה, וזאת כפי שנאמר גם בציטוט דלעיל וגם בהמשך הדברים בהיותו "בקו הבריאות", היינו: אין מדובר בהקדשה הסמוכה לפטירתו וכצוואת שכיב מרע. זאת ועוד, כפי שהזכרנו לעיל, פסק הדין נושא את התאריך 23 ד' אל־קעדה שנת 1301 להג'רה – תאריך ש"תרגומו" הוא כ"ד באלול תרמ"ד – 14.9.1884. ובתחילתו מצוין כי משה גראף נפטר ארבעה חודשים קודם לכן. לכן אין לקבל תרגום זה ויש לבקר על פניו את תרגומה של בן שמעון פיקאלי "כי המנוח משה גרף הנזכר אישר והודה בתאריך 5 בניסן [...]..." (ושמא גם בתרגום הראשון אין אלא טעות הקלדה שבה הפך "הנזכר" או "שנזכר" ל"שנפטר").

לפי תרגומה של בן שמעון פיקאלי, וכפי שהוזכר לעיל, גם תאריך חתימתו של פסק הדין אינו 23 ד' אל־קעדה אלא 13 ד' אל־קעדה, מועד התואם גם את הנקוב בשטר ההקדש עצמו, והזהה ל"ד באלול תרמ"ד – 4.9.1884. כאמור, על פי פסק הדין משה גראף נפטר ארבעה חודשים קודם לכן, ואכן במסמך שכותרתו "העתקה" – שיוזכר להלן – מצוין מועד פטירתו י"ב באייר – ארבעה חודשים ויומיים (לפי התאריך העברי והתאריך המוסלמי) לפני מועד פסק הדין. לאור האמור נראה כי גם כאן תרגומה של בן שמעון פיקאלי מדויק יותר, ומסתבר מכל מקום כי הטעות (בין שהיא של י' שבת כהשערותנו ובין שהיא של בן שמעון פיקאלי ואם אינה טעות הקלדה גרידא) נובעת מקריאה שגויה של המסמך – מסמך שגם במועד התרגום של י' שבת היה כבר כבן 65 והכתוב בכתב יד, נתונים העושים אותו מועד לטשטוש – והנובעת מההבדל, בקו קטן בלבד, בין הספרה הערבית 1 – 1 (במספר 13 – 13) לספרה הערבית 2 – 2 (במספר 23 – 23).

לאחר פטירתו של משה גראף הגיע אחיו לבית הדין השרעי בירושלים ותבע – בשמו ובשם שני אחיו הנוספים, יורשי המנוח – את המחזיק בנכסיו שטען כי המנוח הקדיש את הנכסים ומינה אותו לנאמן עליהם. לטענתו סייעו שני עדים שהעידו כי משה גראף הקדיש בה' ניסן תרמ"ד את "הבית התחתון והעליון הקיים עליו וחלקת האדמה הנמצאת מולם [...]..." לטובת "הארכת הנוסעים" [הכנסת אורחים] מהאשכנזים [...]..." (הציטוטים מתרגומו של י' שבת, בתרגומה של בן שמעון פיקאלי "חדר" במקום "בית" וכדומה). וכן שאם בית זה ייהרס או שאורחים יפסיקו להגיע אליו – יהיה ההקדש לטובת

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

עניי היהודים האשכנזים בירושלים (ואם לא יהיו כאלה – עניי יהודים בכלל, בירושלים, ואם גם כאלה לא יימצאו – לעניי ירושלים בכלל וכו'). טענת הנתבע ועדותם של העדים התקבלה ופסק הדין אישר את ההקדש (ייתכן שהמשפט כולו היה "משפט מדומה"; להלן נסקור את ההליכים שנהגו בבתי הדין השרעיים שבמסגרתם הדרך לאישורו של הקדש הייתה באמצעות תביעה מדומה נגדו ופסק דין לטובתו).

הנתונים הפיזיים שצוינו בשטר ההקדש הם: בית דוֹקומתי וחלקת אדמה בגודל 229.5 אמות – דרעא (כ־130 מ"ר, ראה לעיל), גבולות ההקדש הם דרך יפו מצד צפון, אדמת החברה מצד דרום, ובתים אחרים במזרח ומערב.

השוואה בין נתונים אלו לבין נתוני הקדש בית יהודה כפי שהם מופיעים לפנינו מלמדת, כפי שקבע בית הדין האזורי, כי אין מדובר באותו מקום ובאותו הקדש. כך השוואת שטח הקדש גראף – כ־130 מ"ר לעומת שטח של כ־620 מ"ר בהקדש בית יהודה (שטח זה צוין בשטר הטאבו המקורי והיום עומד על שטח של כ־577 מ"ר).

כך גם מיקומו של השטח: הקדש גראף גובל בצפון בדרך יפו לעומת הקדש בית יהודה שאינו גובל ברחוב יפו כלל.

כך גם ייעודו של הקדש גראף שהוא לצורך הכנסת אורחים בניגוד לבית יהודה אשר נוצר כבית כנסת ומעולם לא היה לו שום ייעוד שונה.

כאמור לעיל, משטר ההקדש השרעי עולה כי הרב משה גראף הקדיש את נכסיו שלו שהיו בבעלותו הפרטית, בעוד שהקדש בית יהודה כולל מקרקעין שיועדו מלכתחילה ע"י מקימי השכונה ותושביה לבית כנסת ותלמוד תורה ובניין בית הכנסת עצמו נבנה בעיקרו מכספו של תורם, הרב יהודה לייב לוויטס.

לעניין זה מאמצים אנו גם את עמדת בית הדין האזורי שקיבל כמהימנה את עדותו של התובע עצמו, מר נובוסלסקי, אשר העיד בבית הדין האזורי כי מדובר בשני הקדשות שונים, וכך הם דבריו לפרוטוקול מיום כ"ה במרחשוון תשע"ב (22.11.2012):

"זאב: לא, הם מזמן לא בחיים, והקדש גראף זה בחלקה אחרת מהקדש בית יהודה. אני מכיר את הנושא, אני שייך להקדש בית יהודה שהוא גוש 73 חלקה 17. באותו רחוב הייתה חלקה 13, היה גר יהודי בשם גראף, כל הבתים היה שייך לכולל הורדנא, היהודי גראף הוריש בחייו לכולל הורדנא. הוא [לא ברור מי הוא "הוא"], ייתכן שדברי מר נובוסלסקי היו מקוטעים] ראה שאנו מסודרים שאנו נאמנים טובים הוא ביקש שאנו נהיה גבאים אמרנו לו שאנו לא צריכים את הכאב ראש הזה, ובסוף הוא ביקש הרבה ומיננו שני אנשים שיהיו גבאים על גראף. באו מכולל הורדנא ואמרו לנו: 'למה לקחתם רכוש שלנו?' באותו זמן הגיע זקן בשם הרב אדלר, הסבא של נשר, וחיפש פרנסה ושאל אם רוצים רב. אמרו לו: 'אין כסף' ונתנו לו בתמורה לגור בדירה של גראף חנינם, והוא גר שם עד שנפטר, אחריו הבית היה רֶק. בא הרב רוזנטל מכולל הורדנא אמרנו לו: תיקח את זה, הממונים של הבית הכנסת הזאת נפטרו. הרב רוזנטל מכולל הורדנא לקח את זה והשכיר את זה. יש שם שבע חדרים והשכיר את זה, יש שתי קומות. אנו לא צריכים את זה, בעירייה הקדש גראף לא מופיע על שם הקדש בית יהודה."

על פי דברים אלו אי אפשר לקבל את טענת המערערים דהיום כי לא הוכח שמדובר בשני הקדשות שונים. מערערים אלו בעצם נכנסו בנעליו של מר נובוסלסקי וברור כי אינם יכולים לסתור את דבריו ולטעון להיפך, ודאי אינם יכולים להעלות השערות אשר אין להם סימוכין.

למעלה מהצורך נציין כי בית הדין ביקש מצוות בית הדין לאתר תיקים נוספים בעניין הקדש גראף. ואכן הגיעו לידינו התיקים והם נסרקו לתיק בית הדין הרבני הגדול וניתנה לכל בעלי הדין הזדמנות לעיין בהם ולהעיר את הערותיהם. מעיון בתיקים אלו מתבהרות נקודות אלה:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

(1) הקדש גראף כאמור הוקדש בפני בית הדין השרעי בשנת 1885, וזאת לטובת "הבית הגדול להכנסת אורחים".

(2) ב"ח בטבת תרפ"ח (11.1.1928) מינה בית הדין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (הרבנים: פראנק, פילוסוף וברנשטיין, תיק 5/195) אפוטרופוסים להקדש גראף.

(3) ב"י באייר תרצ"ה (13.5.1935) נחתם מסמך תחת כותרת "העתקה". מסמך זה בחלקו מתאר את שבחיו של משה גראף ואת פועלו ובחלקו השני יש בו משום העתק צוואתו של משה גראף אשר נמצא בפנקסי הקהל, על מסמך זה חתומים הרבנים פראנק, הורוויץ וראם.

(4) ב"ג בשבט תש"ו (15.1.1946) ניתן פסק דין – "מנוי אפוטרופוסים להקדש" בבית הדין שע"י הרבנות הראשית לארץ ישראל (הרבנים: פראנק, שבתי וקלמס, תיק 5/195) שבו התקבלה, לאחר דיון, טענת מנהלי כולל הורודנא כי, לפי שטר הווקפיה מיום 13 לזי אל־קאעדה [ד"ו אל־קעדה] שנת 1301 הג'ריה [=להג'ריה], ההקדש (ביתו של המנוח ר' משה בן אריה גראף) נעשה לטובת בית הכנסת אורחים שהיה נמצא בזמנו של המקדיש בשכונה בית יעקב ולא לבית המדרש ובשל כך ביטל בית הדין את "כתב מנוי האפוטרופוסות שיצא מאותו בית דין ביום י"ח לחודש טבת תרפ"ח (11.1.1928) "שניתן על יסוד טעות כאילו בשטר הווקפיה היה כתוב שההקדש לטובת בית הכנסת של שכונת בית יעקב, והתברר כעת שהדבר אינו כן".

עוד עולה מאותו שטר שבית הדין החליט ש"כעת אחרי סגירתו של הבית הגדול לאורחים האשכנזים שייך" – ההקדש – "לעניים האשכנזים". "היות והמקדיש היה ממונה של כולל הורודנא בירושלים" אמדו בית הדין את דעתו, כאמור שם: "שהתכוון לעניי הכולל הזה ולכן מחליטים שהקדש זה שייך לעניי הכולל הנז' והנהלתו תהיה בידי האפוטרופוסים הממונים על ידינו להנהלת הקדשות כולל זה".

מנתוני הבית נראה כי צדק הרב פישל אדלר בטיעוניהם המשלימים שהגיש לבית הדין ב"ג באב תשס"ט (3.8.2009) ובתגובתו מיום ט"ז בשבט תשע"ו (26.1.2016) שבהם הצביע על מקומו של הקדש גראף על פי השוואה לשטח המגרש.

### הקדש בית יהודה

כאמור, את בית הכנסת בית יהודה בנה בשנת תרל"ז (1877) ר' משה גראף וזאת על ידי תרומה שקיבל לכך מאת ר' יהודה לויטס על שמו נקרא בית הכנסת. מעדות הנאמנים בפני בית הדין וכמוהו מהחומר שהגישו המערערים (ראה בפירוט "נחלאות בלב ירושלים" נירית של כליפא בהוצאת יד בן צבי צורף לערעור כנספח ח) עולה כי בית הכנסת שימש לייעודו בצורה רציפה מעת ייסודו ועד למועד הייסוד הרשמי של ההקדש לראשונה בשנת תש"ב לפני בית הדין הרבני בירושלים.

בשנת תש"ב הופיעו ה"ה סלומון ואשכנזי לפני בית הדין של הרבנות הראשית וביקשו לתת תוקף חוקי למעמד ההקדש. וכך לשון הבקשה שהוגשה על ידם לבית הדין:

"הואיל ובשכונת בית יעקב ירושלים נמצאת חצר הרשומה בשמינו בספרי מס רכוש עירוני של מושל מחוז ירושלים, חלקה מספר 17 גוש 73.

והואיל וחצר זו מכילה ששה חדרים ששניים מהם קדושים זה ששים שנה כבית תפילה לגברים ונשים לק"ק של גרי השכונה והסביבה הנודע בשם בית הכנסת 'בית יהודה' והחדרים האחרים משמשים לבית לימוד קודש לתינוקות של בית רבן.

והואיל ובחליפת הזמנים לא נשארה רשימה רשמית על הקדשתה של החצר הזאת בדרך פורמלית.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

והואיל ואופיו של הנכס הזה בתור הקדש איננו מוטל בספק וכל עיקר שייכותנו לנכס הזה הוא רק כמנהלי הקדש ואפוטרופוסים עליו שבדרך הזה נהלנוהו בכל הזמנים.

לכן הננו לבקשכם לתת תוקף חקי לקדושתו של הנכס הזה ולהכרתו בתור הקדש דתי בהתאם לדתוה"ק ולמנות אותנו כאפוטרופוסים עליו.

בית הדין נענה לבקשה והכריז על בית הכנסת בתור הקדש דתי וכך לשון שטר ההקדש מתאריך כ"ד תמוז תש"ב:

"הואיל ובשכונת בית יעקב ירושלם נמצאת חצר הרשומה לשם ה"ה ר' טוביה סלומון ור' שמריה אשכנזי בספרי מס רכוש עירוני של מחוז ירושלם, חלקה מספר 17 גוש 73.

והואיל והחצר הזאת משמשת מאז הבנותה בחלקה בית הכנסת בשם 'בית יהודה' ובחלקה בית לימוד קודש לתינוקות של בית רבן.

והואיל והבעלים הרשומים הנז' בהתאם לזה בקשו לעשותה הקדש דתי עולם לתעודתו הנז'.

לכן הננו מחליטים ומקימים שהחצר הנז' הוא הקדש עולם לא להמכר ולא להגאל כי אם לשמש כמאז ומתמיד לבית תפילה לגברים ולנשים לקהלת הקודש של גרי השכונה בית יעקב והסביבה הנודע בשם בית כנסת "בית יהודה" ולבית לימוד קודש לתינוקות של בית רבן.

הנהלת הקדש זה תהי' על ידי המבקשים ואחרי אריכות ימיהם ושנותיהם ע"י אפוטרופוסים שימונו על ידינו.

על שטר זה חתומים הרבנים חזקיה שבת, יעקב קלמס ויוסף מ' הלוי.

כשנתיים לאחר מכן, במרץ 1944, פנה מר חיים צבי גרינברג לבית המשפט המחוזי המנדטורי בבקשה להכרזת קרקעות בית הכנסת בתור הקדש צדקה, כמשיבים הופיעו ה"ה אשכנזי וסלומון, גבאי ההקדש.

לאחר שמיעת ב"כ הצדדים הורה השופט מר בודילי על הכרזת הקדש צדקה בנכס בית הכנסת. להלן פסק הדין שניתן בירושלים על ידי השופט בודילי:

NATURE OF APPLICATION: Application for declaring property parcel no. 17 block 73, Jerusalem to be a Charitable Trust, according to section 37(1) of the Charitable Trusts Ordinance.

### ORDER

Upon reading the application filed by advocate M. Gratch on behalf of the applicant and the affidavit in support thereof, and upon hearing the advocates of both parties it is hereby ordered and declared that the property, site and buildings thereon, as shown in the plan marked 'A', which is situated in the Beth-Yaacov quarter, Jerusalem, the boundaries of which are North, West and South – Roads; east – Kokia and which is registrared in the Registers of the Urban Property tax, Jeruslarn, as parcel 17 in Block 73, is a Charitable Trust in accordance with the provisions of the Charitable Trusts Ordinance, for the purpose of a synagogue under the name 'Beth-Yehuda', and a school for religious teachings for the benefit of the jewish Ashkenazic inhabitants of Beth-Yaacov quarter and neighborhood and that it be so registered in the registers of the Land Registry, Jerusalem.

It is further ordered that Messrs Shmariah Ashkenazi, Tuvia Salomon and haim Zvi Grinberg, Moshe Ashkenazi and Shimon Avrahmi be appointed



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

trustees, who shall act by majority of votes, and that any vacant office of a trustee shall be filled the remaining trustees.

Given this 15th day of March, 1944.

(→) R.B. Bodilly – President

להלן תרגום המסמך האמור (תרגום חופשי):

**מהות הבקשה:** בקשה להכרזת הנכס הידוע בתור מספר 17 בגוש 73 ירושלים כהקדש צדקה על פי סעיף 37(1) לפקודת ההקדשות לצרכי צדקה.

צו

לאחר קריאת הבקשה שהוגשה על ידי עו"ד מ' גראטש בשמו של המבקש ותצהיר התמיכה בבקשה, ולאחר שמיעת באי כוח שני הצדדים, מצוה ומוצהר בזאת כי הנכס, האתר והבניינים אשר עליו, כפי שמוצג בתכנית המסומנת "A", הממוקמת ברובע בית-יעקב, ירושלים, ואשר גבולותיו הם צפון, מערב ודרום – דרכים, במזרח – קוקיא, והרשום בפנקסים של מס הרכוש העירוני, ירושלים, כחלקה 17 בגוש 73, הוא הקדש צדקה בהתאם להוראות פקודת ההקדשות לצרכי צדקה, למטרת בית הכנסת בשם "בית-יהודה" ובית ספר ללימודים דתיים לטובת התושבים היהודים האשכנזים של רובע ושכונת בית-יעקב, ויש לרשום את הנכס בהתאם לאמור במרשם המקרקעין בירושלים.

בנוסף לכך מצוה בזאת כי האדונים שמריה אשכנזי, טוביה סלומון וחיים צבי גרינברג, משה אשכנזי ושמעון אברהמי ימונו לנאמנים, שיפעלו על פי רוב קולות, וכי אם יתפנה מקומו של אחד הנאמנים יתמלא מקומו על ידי הנאמנים הנותרים.

ניתן היום 15 מרץ 1944.

(→) ר' ב' בודילי – נשיא

על סמך החלטה זו של בית המשפט נרשם הנכס בתאריך ו' באייר תש"ה (19.4.1945) בספרי האחוזה על שם נאמני ההקדש לטובת שימוש כבית כנסת ובית ספר ללימודים דתיים.

בשנת 1982 פנה הרב דוד נשר לבית הדין וביקש למנותו אפוטרופוס על הקדש בית יהודה, בבקשה הוא מציין כי ככל הידוע לו אין אפוטרופוסים על הנכס.

בית הדין ביקש לקבל את תיקי רישום ההקדש מבית המשפט. על פי החומר שבידינו אין תיעוד על קבלת החומר המבוקש, וההליך התמסס ונזנח.

ככל הנראה בשנת 1999 פנו גבאי בית הכנסת לבית המשפט וביקשו למנות אפוטרופוסים להקדש. ככל הידוע נענה בית המשפט לבקשה ואכן מונו אפוטרופוסים ובהם מר זאב נובוסלסקי, אחד המערערים שבפנינו.

כמו כן הוגשה בקשה מטעם הקדש "בית הכנסת בית יהודה" לבית המשפט המחוזי במסגרת הליך ה"פ 12-05-10384 למנות את יהודה נובוסלסקי, איגור ברט, אלעד זעירא, דוד אנגלהרט ויחיאל קיסנינג כאפוטרופוסים חדשים להקדש.

כאמור לעיל, לאור העובדות והמסמכים שנפרסו לפנינו ולרבות לאור דברי המערער עצמו – מר זאב נובוסלסקי – אנו מאמצים את קביעתו העובדתית של בית דין קמא שמדובר בשני הקדשות שונים. סקרנו את ההיסטוריה של כל אחד משני ההקדשות – נתוני השטח, מטרות והליכי יצירת ההקדש והתדיינויות המשפטיות.

מכאן נפנה לברר מהו מקור סמכותו של בית הדין הרבני לכוון את הקדש בית יהודה הקדש דתי, ונדרן בשאלות המשפטיות שהועלו בטיעוני הצדדים במהלך ניהול התיק. לאחר דיון בשאלות המשפטיות נשוב לפתרון הסבך בערעור שלפנינו.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

### השאלות המשפטיות המרכזיות הטעונות ברור

1. מהו מקור הסמכות של בית הדין הרבני לכונן הקדש דתי ולדון בנושאים הנוגעים ליצירתו או הנהלתו הפנימית של ההקדש? כיצד יוצרים הקדש על פי הדין הדתי?
2. מה תוקפן המשפטי של תקנות כנסת ישראל מח' בטבת תרפ"ח (1.1.1928), ומה מעמדן של מועצת הרבנות הראשית ולשכות הרבנות ששימשו בתי דין רבניים מדרגה ראשונה לפי תקנות כנסת ישראל?
3. האם היה בכוח הנאמנים-האפוטרופוסים לכונן את ההקדש? במילים אחרות: האם היה די בהתייצבותם של ה"ה טוביה סלומון ושמריה אשכנזי, אפוטרופוסי ההקדש, בפני בית הדין בראשותו של הגרצ"פ פראנק זצ"ל, כאשר ביקשו מבית הדין למנות אפוטרופוסים, כדי לקבל על עצמם ולהכפיף את ההקדש לסמכות בית הדין הרבני? האם יכול בית הדין הרבני לכונן או ליצור הקדש דתי על פי הדין הדתי על ידי שליח ושלא בנוכחות המקדיש עצמו בפניו?
4. האם היה בפניית האפוטרופוסים לבית המשפט המחוזי המנדטורי בשנת 1944, כדי לאיין את סמכות בית הדין הרבני? מה מעמדם המשפטי של קביעותיו בנוגע להקדש, ורישום ההקדש כהקדש ציבורי ברשות התאגידיים ואצל רשם המקרקעין (טאבו) והשפעתו על סמכות בית הדין הרבני?

### כינון הקדשות דתיים

הדין המסדיר כיום את סוגיית ההקדשות ובכלל זה הקדשות דתיים הוא חוק הנאמנות תשל"ט–1979 (להלן: חוק הנאמנות).

סעיף 44(א) לחוק הנאמנות קובע כי הקדש שהיה קיים ערב תחילתו של החוק לפי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה יראוהו כהקדש ציבורי ויחולו עליו הוראות החוק. משאין הוראה דומה לגבי הקדשות דתיים שהוקמו לפני חוק הנאמנות, ממילא חל על הקדשות דתיים אלו הדין אשר היה קיים לפני חקיקת חוק הנאמנות.

כיוון שבעניין דנא עסקינן בהקדש דתי שנוסד בפני בית הדין הרבני בשנת 1942, לפני כניסתו לתוקף של חוק הנאמנות, הסמכות הייחודית לדון בנושאים הנוגעים ליצירתו או הנהלתו הפנימית של ההקדש הדתי נתונה רק לבית הדין הרבני, וזאת מכוח הוראות סימן 53(3) לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922–1947 (להלן: "סימן 53(3) לדבר המלך").

(וראו: ע"א 5407/91, בש"א 189/93 אגודת ישיבת מדרש פורת יוסף נ' שאולוף, פ"ד מז(3) 265, 270; ע"א 5444/95 עמותת בני מוטרנות הגליל נ' הארכיבישוף סלום, פ"ד נא(4) 811, 824–825 (1997); ע"א 11593/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' הקדש העדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון (17.10.2006, לא פורסם), פסקה 8 לפסק הדין; בורוכוב נ' הרב אליהו בקשי דורון, תק"מח 99 (1) 3168 (להלן: "בורוכוב"), עמ' 3169).

נוסחו של סימן 53(3) לדבר המלך קובע כי סמכותו של בית הדין הרבני היא "בכל עניין הנוגע ליצירתו או להנהלתו הפנימית של ווקף או הקדש דתי, שנוסדו בפני בית דין רבני לפי דיני ישראל". סמכותו של בית הדין הרבני תלויה אפוא בקיומם של שני יסודות: (א) "ייסוד" ההקדש בפני בית הדין הרבני; (ב) ייסוד שנעשה "לפי דיני ישראל".

החל מחקיקת דבר המלך הנ"ל אין סמכות השיפוט של בית הדין הרבני תלויה בדרך שבה מקימים הקדש בדין השרעי ואף לא בדין האנגלי. ייתכן – אף שאין לומר שזה המצב בענייננו – שהקדש אינו תקף לפי אחד מדינים אלו, אך הוא בר תוקף לפי דיני ישראל. המונח הקדש לעניין בית הדין הרבני מתפרש על פי גדרו דין תורה. כדברי הנשיא זמורה לעניין פרשנות מונחי המעמד האישי בדבר המלך:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

"אין להניח שהמחוקק רצה להכניס את דיני העדות השונות כולן כאחת לתוך המסגרת של המונחים האנגליים על דקדוקיהם. מסגרת כזאת היתה מיטת סדום לדיני העדות למיניהן..."

"לפי דעתי יש משקל רב לסברה שעלינו לפרש את מונחי המעמד האישי לפי דיני העדות השונות, דווקא משום שהמחוקק רצה, כנזכר לעיל, לשמור את המצב הקיים..." (ע"א 376/46 רוזנבוים נ' רוזנבוים, פסקים עליון ב 5).

בדרך דומה הילך בית הדין המיוחד בתקופת המנדט הבריטי בפסק דין בתיק בד"ם 3/45 ברנוביץ נ' ברנוביץ, וקטע מדבריו צוטט בפסק דין בביד"ם 1/49 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פסקים ז 1046, 1027:

"בדרך כלל יש לתת לביטויים שזכרם בא בדבר המלך במועצה את מובנם האנגלי, אך לכלל זה קיים הסייג המקובל, שאם הדבק הדברים מורה אחרת, מחובתנו לסטות מהמובן האנגלי הצר של המונח."

עוד ראוי לצטט לענייננו את דברי השופט אגרנט בביד"ם 1/49 הנ"ל (שם, עמ' 1048):

"ולבסוף, קיימת דעה חשובה האומרת כי את ההגדרה של המונח 'ווקף', הנזכר בסעיפים האמורים של דבר המלך הנ"ל, יש לשאוב מתוך המקור של המשפט המוסלמי, בו נוצר והתפתח מוסד זה (ויטה, ע' 29). אכן, אין בדעתנו לקבוע מסמרות בנדון זה, אלא רצוננו רק לציין, כי השיפוט במונח 'ווקף' דוקא על-ידי המחוקק באותם הסעיפים, אינו מאפשר פניה למשפט האנגלי, על כל פנים, לשם קביעת מהותו של המושג הזה."

דבר המלך הנ"ל מצרף לפונדק אחד שני מונחים "ווקף" ו"הקדש דתי". ברי שכוונת המחוקק הייתה להרחיב את סמכות בית הדין הרבני: לא רק ווקף המצוי בגדרי מונח זה לפי הדין השרעי שקדם לדין האנגלי בארץ ישראל, אלא גם הקדש דתי לפני גדרי המונח בדין הדתי היהודי (וראו והשוו לעניין החלת דוקטרינת "האישיות המשפטית" לפי הדין הדתי על הקדש דתי: ע"א 2364/04 יאלי הרן נ' הקדש קרן המנוח יצחק גבריאלוביץ ז"ל (2010)).

לאור דברים אלו נדון על דרך ייסוד הקדש על פי הדין הדתי. נראה כי הייסוד לפני בית הדין הדתי על פי הוראת דבר המלך משמעה ייסוד דקלרטיבי של מוסד שיצירתו הקונסטטיטויטיבית יכולה להיעשות עוד קודם, מחוץ לכותלי בית הדין הדתי.

### יצירת וואקף על פי הדין השרעי

שטרי הווקפים נוסחו באופן שבו מועלות כביכול טענות כנגד ההקדשה, הקאדי – השופט בבית הדין השרעי מכריז כי – כביכול – נבדקו, התבררו על ידי ונדחו כל הטענות ולפיכך הוא מכריע כי ההקדש שריר וקיים.

ברקע עומדת מחלוקת ישנה בין המשפטנים המוסלמים הקדומים. האימאם אבו־חנפה גרס כי ה"ווקף" נותר בבעלותו של המקדיש אלא שהלה הטיל על עצמו מגבלות ומעצורים ביחס לזכויות מסוימות או לשימושים שיעשה בנכס. (משמעותה המקורית של המילה "ווקף" היא עצירה. המקבילה הקרובה ביותר לגרסה זו של "ווקף" בדין העברי היא ה"קונם"). לפיכך בנסיבות מסוימות יוכל גם לחזור בו מההקדש.

לעומתו תלמידיו והאימאמים שאחריו – מוחמד השיבאני ואבו־יוסף – גרסו כי ה"ווקף" הופך להיות רכוש הא-ל, אין למקדיש רשות בו יותר ואין לו אפשרות לטעון כנגד ההקדש ולחזור בו ממנו.

נוסחם המתואר של שטרי הווקף נועד – ובחלקם הדבר אף מוזכר במפורש – להכריע במחלוקת זו, לתת גושפנקה סופית להקדש ולמנוע העלאת טענות כנגדו או את האפשרות שהמקדיש יחזור בו.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

(ראו: אמנון כהן (בהשתתפות אלישבע בן שמעון פיקאלי ואיל ג'ינאו) יהודים בבית המשפט המוסלמי – חברה, כלכלה וארגון קהילתי בירושלים העות'מאנית – המאה ה-19 חלק רביעי: הקדשים, 446 (יד יצחק בן צבי, תשס"ג–2003); עודד פרי "תמורות פוליטיות כגורמים בייסוד אוקאף בירושלים של סוף המאה הי"ח" קתדרה 21, 73, 78 וה"ש 10 (תשרי תשמ"ב – אוקטובר 1981); אברהם טננבוים ואברהם קפלן "מקרקעי הקדש היהודיים בישראל – מבוא היסטורי, חברתי ומשפטי" מקרקעין ב/6, 3, 9 (נובמבר 2003); אריה שפיצן "האישיות המשפטית והקדשים היהודיים בירושלים של סוף המאה התשע-עשרה" קתדרה 19, 73, 76 (ניסן תשמ"א – אפריל 1981).

המתכונת השיטתית של יצירת ווקף, כמתואר בספרות המשפטית, מלמדת כי הווקף נוצר בדרך כלל בעל-פה, באמירה, באמצעות דברי המקדיש מחוץ לכותלי בית הדין השרעי, ובשלב שני כדי להסיר מחלוקת על תקפות הווקף מובא העניין לפני בית הדין השרעי, ופסק הדין השרעי נותן תוקף סופי לווקף, בבחינת "מעשה בית דין" שאין אחריו ולא כלום. פסק הדין הוא דקלרטיבי. לא הוא היוצר את הווקף. אין מניעה כי יוכח לפני בית הדין השרעי כי פלוני הקדיש ווקף בדרך המלמדת על כך, דרך שהיא בת תוקף לפי הדין השרעי, זמן רב לפני שההוכחות על כך הובאו לבית הדין השרעי. פסק הדין השרעי שפסק בדין ודברים שבין הנוגעים בדבר הוא שטר הווקף ואין הוא ניתן לערעור עוד.

מעניין לציין את תיאור אופן ההקדשה בבתי הדין השרעיים המצוי דווקא בספרות ההלכתית היהודית. בשו"ת אבקת רוכל (סימן עב) מתוארת דרך יצירת הווקף בתקופתו. בדברים נכלל מידע רב ערך גם בדבר דרישות החוק העות'ומאני-שרעי, לפחות באותה תקופה (לפני כ-450 שנה):

שאלה: יעקב [...] הלך בערכאות הגויים אל השופט הגדול שופט העיר הממונה ברשות המלך יר"ה ועשה כל הבתים שלו וואקוף [=ווקף, הקדש] [...] וציווה השופט לסופר שלו לכתוב שטר הוואקוף [...] וכתבה הסופר וחתם בה השופט הגדול הממונה ברשות המלך גם השופט הקטן גם הסופר שלהם ונתנו שטרי הוואקוף [...] ועל זה עשה שטר הוואקוף בבית השופט בערכאות של גויים [=במקרה זה בית הדין השרעי] כדי שיהיה התנאי חזק [...]

תשובה: [...] בכאן יש תועלת למלך ירום הודו ואין צריך לומר כאשר דבר מלך שלטון [=חוק] ששום אדם לא יעשה שטר אלא בערכאות של גויים [...] הנהיג המלך שלא יעשו שטר אלא לפני הערכאות [...] ואין ספק ששטר הוואקוף הוא דבר מלך שלטון נהוג מאמרו שלא יעשה ולא יכתוב שום אדם שטר הוואקוף אלא ברשות השופט הממונה ברשות המלך ירום הודו. ואפילו ליכתב השטר וואקוף על ידי היותו שלא ברשות השופט ולהביאו לשופט לקיימו קפדי הרבה [...] חוק משפט המלך כך הוא שכל מי שרוצה לעשות שטר וואקוף הולך בערכאות מקום שהשופט יושב לשם לדון ושם לפני השופט מדבר דבריו שרוצה לעשות הוואקוף ואז השופט מצוה לסופר שלו לכתוב שטר הוואקוף ואחר כך חותמים אותו השופט הגדול והשופט הקטן והסופר. ומי הוא זה ואי זה הוא אשר יעבור על זה לכתוב בינו לבין עצמו על פי בעליו שום שטר וואקוף להביאו אחר כך לפני השופט לחתום אותו ולא על שטר וואקוף בלבד קפדי אלא אפילו על כל השטרות קפדי ומעשים בכל יום אם ימצאו שום שטר עשוי מיד שום אדם חוץ מהמחקימי [=מחכמה, בית הדין השרעי] חותכים ידי הסופר אשר כתבו מפני שחוק המלך הוא שלא יעשה הסיג'ל [=פרוטוקול] אלא השופט של העיר [...]

וראה גם: חיים גרבר "היהודים ומוסד ההקדש המוסלמי (וקף) באימפריה העות'מאנית" ספונות – מחקרים ומקורות לתולדות קהילות ישראל במזרח – סדרה חדשה ספר שני (ז) 105, 117 (מכון בן צבי לחקר קהילות ישראל במזרח, תשמ"ג).

ודוק: שטרות, ושטר ההקדש בכללם, נדרשים להיכתב מלכתחילה בבית הדין השרעי עצמו, על ידי הסופר של בית הדין ובהוראתם ובחתימתם של השופטים. החוק הקפיד על עשיית השטר דווקא בדרך זו והפרת הוראה זו של החוק – אף אם כותב השטר הביאו לאחר מכן לאישורו של בית הדין השרעי – גררה ענישה כבדה. אין ללמוד מהדברים שכתבת השטר בבית הדין היא קונסטטטיטויבית.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

כתיבת שטרות הביאה הכנסות לאוצר המלך בשל האגרות הקשורות בכך. ההקפדה על כתיבתם בבית הדין מנעה זיופים. אך השטר עצמו לא יצא מגדר שטר המצהיר על מצב משפטי ואין הוא שטר היוצר את המציאות עצמה. בקשה להכריז את קיום וואקף יכולה להיות מובאת לבית הדין השרעי בידי מעוניין בדבר, ואם הוכח לפניו כי נוצר וואקף יכריז על כך בית הדין השרעי ויכתוב שטר וואקף. בהתנהלותו זו של בית הדין השרעי אין הוא יוצר את ההקדש אלא רק מצהיר על קיומו (טננבוים וקפלן, שם, בהערת שוליים 13).

### ההקדש בדיני ישראל – אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט בצדקה ובבית הכנסת

בהקדש דת' יהודי בולט הדבר כי בית הדין אינו יוצר את ההקדש אלא מוודא את יצירתו כדין ומאשר זאת. "הקדש" – במובנו ההלכתי המקורי היינו מה שהוקדש לצרכי קרבנות או לבדק הבית של בית המקדש – נוצר על ידי דיבורו של המקדיש ללא צורך בכל פעולה נוספת. "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט".

בהקדש צדקה נחלקו הראשונים אם גם בו "אמירתו כמסירתו":

רוב הראשונים נקטו שאף בצדקה האמירה כמוה כמסירה (תשובות הגאונים (הרכבי) סימן רס; רי"ף בבא קמא דף יח ע"ב מדפי הרי"ף; שו"ת הר"י מיגאש סימן קנג; תוספות בבא קמא דף לו ע"ב דיבור המתחיל "יד"; רשב"א נדרים דף כט ע"ב; ריטב"א קידושין כח ע"ב בשם רבו וכן הובא גם בנימוקי יוסף [בתוך שיטת הקדמונים] בשמו – שם דף עו ע"ב; בית הבחירה [המאירי] נדרים דף כט ע"ב בשם קצת מפרשים; משמעות הרא"ש בבא קמא פרק ד סימן ג ובתשובותיו כלל יג – שאומרים "אמירתו כמסירתו" אם אינו "דבר שלא בא לעולם"; ר"ן בנדרים דף כט ע"א דיבור המתחיל [מדף כח ע"ב] "וכתב הרשב"א" בשם הרשב"א, ובקידושין דף יא ע"ב מדפי הרי"ף; פסקי רקנטי סימן נג בשם רבנו טוביה ובשם האשכול [ואפשר שגם ה"ש אומרים] שהביא שם מודים בזה אלא שנחלקו לענין כפייה לקיים דבריו ומהטעם שכתבו שמועילה בזה "שאלה" כבנדר וזו אכן מועילה אף בהקדש גמור עד שיגיע ליד גזבר – ועיין תוספות פסחים דף מו ע"ב דיבור המתחיל "הואיל"; רשב"א: גטין דף ט ע"א, בבא בתרא קע"ד ע"ב ובשו"ת חלק א סימן תרנו; ריטב"א: מכות דף כב ע"א, בבא בתרא נז ע"א – הובא בשיטה מקובצת שם; נימוקי יוסף [בתוך שיטת הקדמונים] בשמו – קידושין דף כח ע"ב; מהרי"ט אלגאזי הלכות בכורות פרק ד אות לה, א והלכות חלה אות י, ג; שו"ת רבי בצלאל אשכנזי סימן טו; ש"ך חושן משפט סימן רנה ס"ק ו]; טור יורה דעה סימן רנה; שו"ת מהרי"ל החדשות סימן קט).

וכך מפורש גם לענין הקדשות לצרכי בית הכנסת (שו"ת רי"ף סימן רמז ותשובת רב נטרונאי גאון [מהדורת ברודי-אופק] יורה דעה סימן רנו, הובאה בתשובות מימוניות הפלאה סימן ה – לענין הקדש לצרכי הישיבה – "מתבתא". ועיין עוד בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג [דפוס פראג סימן תצג, מובא גם הוא בהגהות מימוניות שם] שנראה מדבריו שגם בהקדשות שבזמן הזה – כהקדשות לצדקה או לבית הכנסת, שמסתבר שבהם עוסקת השאלה אף שאין הדבר מפורש בה – האמירה כמסירה).

אמנם יש שחלקו על כך (בעל המאור בבא קמא דף יח ע"ב מדפי הרי"ף בשם רב האי גאון; שו"ת רשב"א חלק א סימן תקסג [וסותר לדברי עצמו בנדרים ודברי הר"ן בשמו ועיין תומים סימן סו ס"ק ב ושו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סימן קמד שעמדו בזה]; ועיין פסקי רקנטי הנ"ל בשם "יש אומרים" [אך כאמור, אפשר שלא נחלקו אלא רק לענין כפייה]).

אך מכל מקום רוב הראשונים, כאמור, נקטו שאמירה כמסירה, ועיין שו"ת רדב"ז (החדשות סימן סז) שכתב על דברי הרשב"א: "דע דיחיד הוא בסברא זאת וכל גאוני עולם חולקים עליו וסברי דבאמירה בלבד קנו העניים" (וכאמור – גם ברשב"א עצמו יש לכאורה סתירות בענין). כך עולה אף מדברי השולחן ערוך ומפורש בדברי הרמ"א ביוורה דעה (סימן רנח סעיף יג) וכן משמעות הרמ"א בחושן משפט (סימן רז סעיף יט) שמשווה צדקה להקדש.

ועיין עוד בטור חושן משפט (סימן קכה וסימן רמג) שנקט לענין צדקה "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט". הבית יוסף העיר עליו וכתב שעני – הדיוט הוא ולא "גבוה" (ועיין בתומים הנ"ל שהביא גם מזה ראייה שלכאורה דעת הבית יוסף שאין אומרים בצדקה "אמירתו כמסירתו"), אך הדרשיה (סימן רמג אות ב) חלק עליו וכתב שצדקה בכלל "גבוה" וחזר על דבריו בסמ"ע (סימן קכה ס"ק כה) וציין אף לדברי

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הטור ולדברי השולחן ערוך עצמו ביורה דעה (סימן רנח, [אלא שהביא ראייה מסעיף ו – שמשגגו המעות לידי גבאי אין המקדיש יכול לחזור בו, וראיה זו אפשר לדחותה שגם אם חיובו הוא רק כנדר מכל מקום כשהגיע ליד הגבאי – זכה לעניים והיא "מסירה" ממש. אכן מדברי השולחן ערוך עצמו שם בסעיף יג שמיוסדים על ההנחה שאומרים בצדקה "אמירה כמסירה" כפי שהביא הרמ"א שם ואכן כך מבואר שם בבית יוסף – יש לכאורה ראייה, וכנ"ל].

נמצאנו למדים שלדעת רוב הראשונים די באמירה כדי ליצור קניין לטובת העניים וכמותה גם דין הקדשה לבית הכנסת. כך היא גם הכרעת הטור והרמ"א להלכה. אף מדברי הבית יוסף והכרעתו בשולחן ערוך לפחות בכמה מהמקומות נראה כך, אף אם מדבריו במקומות אחרים לא משמע כן, ועיין גם במשפטי עוזיאל (ד – חושן משפט סימן לד (ב)) שנקט בדעת השולחן ערוך שאמירה בצדקה כמסירה (ונקט עוד שכשהקדיש לטובת עניים מסוימים אף הרשב"א מודה בזה). הבנה זו בדעת מרן בעל הבית יוסף והשולחן ערוך מסתייעת גם מדבריו בשו"ת אבקת רוכל (סימן פג) – שם נקט שאמירה לצדקה מחייבת אף את יורשי האומר, והובאו דבריו גם בשו"ת הרמ"א (סימן מז) ומדברי הרמ"א (שם סימן מח) מבואר שהבין בדבריו שנקט שאמירה כמסירה בצדקה אף ששם דובר מאמירה שאינה על חפץ מסוים אלא התחייבות לתת צדקה. אמנם הרמ"א עצמו חולק בדבר וסובר שבאופן זה אינו אלא נדר ולא קניין ולפיכך אחר מות אותו אדם אין יורשיו חייבים לשלם, אך מכל מקום ברור מהדברים שהן דעת עצמו והן הבנתו בדברי הבית יוסף היא שעל דרך כלל אמירה לצדקה – כמסירה. וכן נקטו להלכה הסמ"ע (כנ"ל) והש"ך (חושן משפט סימן סו ס"ק ב).

ועיין שו"ת רמ"ע מפאנו (סימן קג) שנקט גם הוא להלכה "אמירתו כמסירתו" אף "בהקדש עניים", אך נקט את העמדה שאינה רואה בכך "מסירה" גמורה – קניין ולמצער, כשאין מדובר בחפץ מסוים, שיעבוד נכסים – גם ביחס ליורשי המקדיש – אף אם הלה לא הספיק להעביר בחייו את ההקדש לידי העניים – אלא כשלילת אפשרותו של המקדיש עצמו לחזור בו, ללא שהדבר יחייב את יורשיו.

עוד עיין בקצות החושן שבדבריו נמצאו לכאורה סתירות: במקום אחד (סימן פז ס"ק כא) הכריע שאמירה כמסירה ואמנם באומר "סלע זו לצדקה" יכול להחליפה באחרת אבל מכל מקום חייב לתת לאותו עני שאמר שיתן לו, ואילו במשנהו (סימן ריב ס"ק ד) כתב שרוב הפוסקים סוברים שאמירה אינה כמסירה ומתירים לשנות מעני לעני. אמנם, שם לכאורה רק נאמר שאינו בגדר "קניין" אך מאידך ברור שההקדש חל שהרי יכול רק לשנות לעני אחר, אבל אינו יכול לחזור בו מעצם ההקדש וחייב לתת הכסף לעני. ובדעת הקצות עיין בדבריו עוד סי' סו ס"ק ב וסי' קכז ס"ק א.

ועיין בית יצחק (יורה דעה חלק ב סימן פב אות יג) שעמד בסתירה זו, ומכל מקום לעיקר הדין העלה שאמירה לצדקה כמסירה, ובין הדברים ציין גם לראיה מדברי הרמ"א ביורה דעה (סימן רנח סעיף יג). ועיין עוד מה שנדחק שם בדברי הרמ"א בתשובה (סימן מח הנ"ל) שלכאורה נראה מהם – כמו שכתב הבית יצחק (שם אות א) – שנקט שאין האמירה כמסירה והבין כך גם בדעת הרי"ף.

הבית יצחק עצמו כתב מכל מקום שיש להבין בדעת הרי"ף שאמירה כמסירה וכמו שכתב המחנה אפרים (הלכות צדקה סימן ב) בדעתו.

עוד עיין במחנה אפרים (הלכות צדקה שם ד"ה "ולעד") ושו"ת מהרי"ט (חלק א סימן כב) שעל פי דבריהם יש לומר שכאשר ההקדש אינו סתמי "לעניים" אלא לטובת נהנים מסוימים יש לו תוצאות קנייניות לכולי עלמא.

כך לשיטתם בהקדש דנן, למשל, שיועד למטרות ונהנים מוגדרים – [...] לבית תפילה לגברים ולנשים לק"ק של גרי השכונה והסביבה והחדרים האחרים לבית לימוד קודש לתינוקות של בית רבן – יש לדון שההקדשה פעלה תוצאות קנייניות והגבילה את זכויותיהם של הבעלים, אף אליבא דאותם ראשונים הסוברים שבצדקה גרידא אין האמירה כמסירה.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

נוסיף גם כי לדעת רבים מן הפוסקים, אף אם אין מקבלים את השיטה שהקדשת נכס מעבירה את הבעלות מידי המקדיש לנהנים, בכל אופן, אם מדובר שהוקדש נכס מסוים הוא נחשב כמוקצה המיועד לקיום מצוות צדקה – ראו: שו"ת עונג יום טוב (חושן משפט סימן קיז); נתיבות המשפט (סימן רנ"ס"ק ד); שו"ת קול מבשר (חלק א סימן לב אות ו); שו"ת חלקת יואב (יורה דעה סימן כא); שו"ת אבני נזר (יורה דעה סימן שו אות ה).

בהקדש מעין זה יש חיוב משפטי על המקדיש (חיוב אישי) להעביר את הנכס לידי הנהנים ומבחינה מסוימת תוצאותיו המשפטיות דומות לתוצאותיה של הקדשה המעבירה את זכות הקניין לידי הנהנים.

יתרה מכך, כשם שהקדשה המעבירה את זכות הקניין בנכסי ההקדש לנהנים מחייבת אף את יורשי המקדיש להעביר להם את נכסי ההקדש כך גם הקצאת נכס למטרות ההקדש מחייבת את יורשיו של המקדיש להעביר את הנכס למטרות הצדקה שלטובתן הוא הוקדש. (ראו: שו"ת עונג יום טוב, שם; נתיבות המשפט, שם; שו"ת חלקת יואב, שם; שו"ת אבני נזר, שם).

גם לשיטות שהקדש לצרכי צדקה או בית הכנסת אינו זכאי למעמד הקנייני הייחודי שבו האמירה כמוה כמסירה וקניין, ברור לחלוטין שאין כוחו של ההקדש גרוע מכוח ההדיוט ואף אין אמירתו להקדש כמסירתו להדיוט ודאי שמסירתו להקדש כמסירתו להדיוט היא ומשעשה המקדיש את פעולת הקניין שדי בה על פי ההלכה להקנאה להדיוט (היינו הגבהה של החפץ הנקנה על ידי הקונה או על ידי אדם אחר עבורו או מסירת החפץ לידי – כשמדובר במטלטלין או מסירת שטר קניין לידי או ביצוע פעולת "חזקה" – כשמדובר במקרקעין) יוצרת פעולה זו קניין גם במקרה של הקדש לצדקה או לבית הכנסת וכדומה.

על כל פנים, אין צורך בבית דין כדי שלהקדשה – באמצעות אמירה או פעולת קניין – יהיה תוקף משפטי הלכתי. תפקידו של בית הדין מסתכם בוידוא עשיית הפעולות הנדרשות (או האמירה) כדין, תיעודן ופיקוח על שמירת נכסי ההקדש, פיתוחם ושמירת ייעודיהם – לאחר מכן.

### הקדש על ידי אפוטרופוס או שליח

על פי דין תורה גם אפוטרופוס על נכסים יכול ליצור הקדש. אכן, בדבר היסוד המשפטי שממנו שואב האפוטרופוס את סמכויותיו חלוקות הדעות.

לדעת חלק מהראשונים כוחו של האפוטרופוס נובע מדין "זכין לאדם שלא בפניו" שלדעת רבים הוא ענף של דיני השליחות – ראו: רמב"ן (חידושי הרמב"ן גטין נב ע"א); חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א, גטין שם ד"ה "יתומים שסמכו") בשם הרא"ה; חידושי הר"ן (גטין שם ד"ה "ומוכרין"); פד"ר (ב, עמ' 178–187).

ולעומת זאת: דעת הרשב"א שסמכויות האפוטרופוס אינן סמכויות ייצוג גרידא אלא הן כסמכויותיו של הבעלים (חידושי הרשב"א בבא קמא קיב ע"א, ד"ה "והיכא שאית להו" שסובר שאפוטרופוסים כבעלים נינהו ומדבריו נראה שסמכויות האפוטרופוס אינן סמכויות ייצוג גרידא אלא הן כסמכויותיו של הבעלים); וראו גם שו"ת עין יצחק (חלק א אבן העזר סימן עט). וכך היא הפסיקה הנהוגה בבתי הדין: ראו שערי עוזיאל – הלכות אפוטרופוסות (ירושלים תשנ"א, מבוא פרק ב, אות ב עמ' 26) וכן הסיק בית הדין האזורי ת"א יפו בתיק 2011/כא (פד"ר ה עמ' 82 בעמ' 91).

עם זאת, כך או כך, באשר להקדשת נכס – על פי ההלכה אפשר לעשותה על ידי שליח.

ראו: מחנה אפרים (הלכות שלוחין סימן ז); בית מאיר (אבן העזר סימן קכ סעיף ד); חידושי רבי עקיבא איגר (גטין לב ע"א ד"ה "וביותר"); אמרי בינה (יורה דעה, דיני נדרים סימן כו); שו"ת שואל ומשיב (מהדורא קמא חלק ג סימן קצה); שו"ת נודע ביהודה (מהדורא תניינא יורה דעה סימן קמז) ושו"ת שיבת ציון (סימנים צד–צה).

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

עוד לעניין זה ראו: י' אונגר, נאמנות בנכסים – חוק לישראל (ירושלים תש"ע, עמ' 440).

וראו עוד: רא"ש (תענית פרק א סימן יג); מרדכי (בבא בתרא סימן תצא) בשם תשובת גאון; בית הבחירה (שבועות כו ע"ב ד"ה "אף על פי"); שיטה מקובצת (נדרים ז ע"א ד"ה "אין יד לצדקה") בשם רא"ם; שו"ת מהרי"ק (שורש קסא); שולחן ערוך (חושן משפט סימן ריב סעיף ח) ובשו"ת דעת כהן (סימן קל) ושו"ת יחוה דעת (חלק ו סימן נב) שלמדו שהשולחן ערוך (שם) הכריע כדעה הראשונה; רמ"א (בשולחן ערוך – יורה דעה סימן רנח סעיף יג וחושן משפט סימן ריב סעיף ח – הנ"ל); שו"ת חוות יאיר (סימן נט); שו"ת מהרשד"ם (יורה דעה סימן קנח); שו"ת אבני נזר (יורה דעה סימן שו אות ה); ערוך השולחן (יורה דעה סימן רנח סעיף לט וחושן משפט סימן ריב סעיף י); משנה ברורה (סימן תקסב ס"ק לא) ושו"ת דעת כהן (סימן קל – הנ"ל וסימן קלד).

בענייננו, כאשר מדובר בהקדש למטרת בית תפילה, כבר קבע המהרי"ק (שו"ת מהרי"ק שורש קסא ענף ז) כאשר אדם הקדיש מנכסיו לטובת בית כנסת, שגם לדעה שהקדש צדקה במחשבה אינה חלה, הקדשה במחשבה לטובת בית כנסת חלה, שהרי בית כנסת מכונה "מקדש מעט" ובזה הוא דומה להקדש לבית המקדש.

יתרה מכך, הריטב"א (בשו"ת הריטב"א סימן לד) מכיר ביכולתו של המקדיש להשאיר בידי הנאמן את ההחלטה מה לעשות בנכסי ההקדש, ואף מכיר ביכולתו של הנאמן להשתמש בנכסי ההקדש הן לרכישת ספר תורה והן למטרות צדקה. כמו כן, ראו בדברי רבי עקיבא איגר (בשו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא סימן קמו), שדן בהקדש שיוצרו ציווה את נאמניו להשתמש בנכסיו לדברים טובים, ולא מצא פסול ביצירת הקדש בדרך זו.

זאת היא הפסיקה הנקוטה והמושרשת בבתי הדין לדורותיהם, ונביא כמה דוגמאות:

א. ראו בספר שערי בית הדין (כרך ב בעמ' 278–280), קטע מפסק דין של בית הדין הרבני ירושלים (בתיק מספר 3267) לפיו אפשר להקדיש גם על ידי שליח ומציינים שהקדשות רבים אושרו בבית הדין על ידי שלוחים לפעמים גם לאחר פטירת המקדיש.

ב. עוד הובא שם (כרך א עמ' 266) קטע מתוך פנקס בית הדין בעיר הקודש צפת בנכס שנרשם בטאבו ע"ש אדם פרטי בשם מושאל לפי שהמקדיש היה נתין זר ולא היה ניתן לרושמו בטאבו על פי החוק העות'מאני, קבע בית הדין שמאחר שהנכס שימש הקדש, בסמכותו להכריז עליו ולהורות לטאבו לרושמו כהקדש אף על פי שבעליו לא הופיע בפניו.

ג. וכן הביא (בעמ' 267) מתוך פנקס בית הדין של הרבנות הראשית בירושלים שהורה בית הדין לנתבע שהחזיק הקדש רשום על שמו להעביר את הנכס ע"ש ההקדש בטאבו.

ד. וכן (בכרך ד עמ' 440–441): פסק דין נוסף שנתן בית הדין הרבני ירושלים (תיק מס' 721984/2, בשיטת המספור הישנה – מס' 1-44-580054989). בית הדין חזר ואישר פסק דין קודם המאשר הקדש וקבע כי אכן ההקדש אשר הוקדש הוא בתוקף שריר וקיים אף על פי שהמקדיש היה מנהל עמותה.

### הקדש דתי על פי הוראות דבר המלך במועצה

מלשונו של דבר המלך במועצה אפשר ללמוד כי גם הקדשות שכפפו עצמם לשיפוטו של בית הדין הרבני במועד מאוחר ליצירתם לראשונה עשויים להיכנס לגדרי סמכות בית הדין הרבני. ראו לעניין זה את דברי פרופ' יעקב מירון במאמרו "השיפוט בענייני הקדשות" (בעקבות ביד"מ 5257/94 פודהורצר נ' קופרשטוק) (הפרקליט מה, חוברת א עמ' 208), בו הבהיר שלמעשה ב"נוסח הקיים" של סימן 53(3) לדבר המלך (להבדיל מ"הנוסח המדומה" העולה לכאורה מביד"מ פודהורצר שעל אודותיו נסובו דברי פרופ' מירון שם, וכפי העשוי להשתמע, כאמור, מתרגומו העברי של דבר המלך) מדובר על:



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

*"Wakf or religious endowment constituted before the Rabbinical Court according to Jewish Law."*

ניסוח זה הוא רחב יותר וההרחבה כוללת גם הקדשות כמו הקדש שנדרן בביד"מ הנ"ל, שנוצר כאמור בתקופת האימפריה העות'מנית. פרופ' מירון מבהיר שם כי "המונח constituted בנוסח הקיים סימן 53(3) מכיר בסמכותו של בית הדין הרבני לגבי הקדשות שכפפו את עצמם לשיפוטו, לאו דווקא בזמן היווצרותם אלא גם בכל מועד מאוחר יותר" (ההדגשה אינה במקור).

נעיר כבר כאן כי במקרה דנן אין צורך להסתמך על פרשנות זו לצורך קביעת סמכות בית הדין הרבני. במקרה דנן אין שום בסיס עובדתי לקביעה כי הקדש בית יהודה נוצר בדרך חוקית כלשהי – לא לפני בית דין שרעי ולא לפני בית המשפט המחוזי או בדרך אחרת שהייתה תקפה לפי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה – לפני שההקדש נוצר לראשונה לפני בית הדין הרבני.

משקבענו שההקדש מושא ערעור זה נוסד לראשונה בפני בית הדין הרבני בשנת 1942, הרי שבהתאם לחוק הנאמנות וסימן 53(3) לדבר המלך, אין ספק כי ניהולו הפנימי של ההקדש מצוי בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני.

בהקשר זה נציין כי הבסיס החוקי לקיומם של בתי הדין הדתיים של העדה היהודית עד לשנת 1928 היה הודעה שהתפרסמה בעיתון הרשמי מיום 1.4.1921, וזו לשונה:

"ממשלת פלשתינה (א"י) תכיר במועצה (מועצת הרבנות הראשית) ובכל בית דין שיתאשר על ידה כמוסד בן הסמך האחד בכל הנוגע למשפט ישראל, היא תוציא לפועל באמצעות בתי המשפט האזרחיים הממשלתיים את כל פסקי הדין שיינתנו על ידי בית הדין של המועצה (הן על ידי בית הדין של אינסטנץ ראשון והן על ידי בית דין לערעורים) וכן גם תוציא לפועל את כל פסקי הדין שינתנו על ידי אחד מבתי הדינים בפלשתינה (א"י) המאושרים על ידי המועצה."

הודעה זו אושרה על ידי סימן 74 לדבר המלך במועצתו, ונצטט את לשונה:

"ההודעות, הפקודות, הצווים, תקנות הדין ודברי חקיקה אחרים שהוצאו או נעשו על ידי הנציב העליון או על ידי כל מחלקה ממחלקות ממשלת פלשתינה ביום 1 ביולי 1920 או אחריו, ייחשבו כבעלי תוקף מאז ומתמיד ויהא להם תוקף מלא. כל הפעולות שנעשו מכוחם וכל האיסורים הכלולים בהם יחשבו כתקפים."

על פי הודעה זו הכיר בית המשפט העליון בע"א 27/49 (מרדכי לבנון נ' אברהם אלמליח, פ"ד ג 68, 79–78, להלן: פרשת לבנון או עניין לבנון) בסמכותם של בתי הדין הרבניים ליצור ולכונן הקדש דתי, ואף הכיר בית המשפט העליון בבית הדין הדתי של העדה הספרדית כאחד מבתי הדין המוכרים המוסמכים של העדה היהודית לפחות עד לשנת 1928 (שעה שפורסמו תקנות כנסת ישראל).

בהקשר זה נציין גם את דבריו של הרב י' נדב דייך בית הדין הגדול (בדימוס) וחבר בית הדין המיוחד בביד"מ 5257/94 (מרדכי פודהורצר נ' יצחק קופרשטוק, להלן ולעיל: "פודהורצר"):

"כל דברי החקיקה שניתן להם תשריר על ידי סימן זה לדבר המלך הינם בתוקף גם כיום בהתאם לאמור בחוק לביטול דינים, התשמ"ד–1984, וזאת על פי סעיף 2(א)(1) לחוק הקובע כי:

'סעיף 1 לא יתפרש כאילו בא לבטל:

(1) תשריר שניתן למעשה חקיקה בדין שבוטל.'

הדין שבוטל כולל גם את סימן 74 לדבר המלך ועל פי האמור בסעיף 1 לחוק ובסעיף 16(3) לתוספת של החוק, הביטול הוא רטרואקטיבי החל מה' באייר תש"ח (14.5.1948).

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אולם, כאמור בסעיף 2(א)(1) הנ"ל, ביטול זה "לא יתפרש כאילו בא לבטל תשריר למעשה חקיקה ואין ספק שסימן 74 הנ"ל מכיל תשריר כזה לגבי ההודעה מיום 1.4.1921 הנ"ל".

**תקנות כנסת ישראל – מקור חוקי לסמכות בית הדין הרבני לפקח על הקדשות יהודיים**  
מקור נוסף לסמכות בתי הדין הרבניים לכונן ולפקח על הקדשות שנוסדו בטרם קום המדינה הוא תקנות כנסת ישראל, וכפי שנפרט להלן.

בשנת 1926 התקין הנציב העליון בפלשתינה (א"י) את פקודת העדות הדתיות (ארגון), שם נקבע כי לנציב העליון הסמכות להתקין תקנות לכל עדה דתית שתוכרו ככזו.

בהתאם לסמכותו זו, התקין הנציב העליון בשנת 1927 את "תקנות כנסת ישראל" (להלן: התקנות). ההקדמה לתקנות אלו פותחת במילים הבאות:

"הואיל וסימן 53 של דבר המלך במועצתו מכיר בקיום עדה יהודית בפלשתינה (א"י) והואיל והוגשה בקשה על ידי העדה היהודית להתקנת תקנות לפי סעיף 2 של פקודת העדות הדתיות 1926, שתקבענה הוראות לארגונה כעדה דתית והכרתה בתור שכזאת על ידי ממשלת פלשתינה (א"י) [...]"

תקנות כנסת ישראל נכנסו לתוקף ביום ח' בטבת תרפ"ח (1.1.1928), והסדירו, בין היתר, גם את עניין סמכות השיפוט והפיקוח על הקדשות יהודיים.

בסעיף 6(1) לתקנות נקבע כי לשכות הרבנות יישמשו כבית דין מדרגה ראשונה, ותהיה להן הסמכות הבלעדית לרשום הקדשות נכסים לצרכי צדקה שנעשו על ידי חברי כנסת ישראל.

ובסעיף 10 נקבע כדלהלן:

"מועצת הרבנות הראשית ולשכות הרבנות רשאיות –

[...]

(ב) לפקח על הקדשות צדקה יהודיים שרוב מנהליהם או נאמניהם מבקשים פיקוח כזה או מסכימים לו ולתכלית זו הרשות בידן למנות ועדות שחבריהן, כולם או מקצתם, יהיו אנשים שאינם רבנים."

על פי תקנות כנסת ישראל, מועצת הרבנות הראשית משמשת כבית דין לערעורים ולשכות הרבנות משמשות כבית דין מקומי מדרגה ראשונה. משמעות הוראת ס"ק (ב) הנ"ל היא כי פיקוח של בתי הדין הרבניים על הקדשות יהודיים יתקיים לא רק כאשר ההקדש נוסד בפני בית דין רבני, אלא גם כאשר רוב מנהלי או נאמני ההקדש מסכימים לכך.

בתאריך ז' בסיוון תרצ"ט – 25.5.1939, חוקק המחוקק המנדטורי בהתאם לסמכות שהוענקה לו מאת "הוד מלכותו" – מלך אנגליה, תיקון ל"דבר המלך במועצתה על פלשתינה (א"י) (תקון) 1939". נקבע שם בסעיף 9 (2) כדלהלן:

"כדי להסיר כל ספק מכריזים בזה, כי למרות כל דבר הכלול בדבר המלך העיקרי או תקון מתקוניו או בכל תקנה האומרים את ההיפך, הרי פקודת המרת העדה הדתית, ופקודת העדות הדתיות (ארגון) והתקנות שהותקנו על פיה, הוחקו כחוק."

מצאנו לציין בנקודה זו כי בהתאם לחלוקת הסמכויות שהיו בתקופת המנדט על ארץ ישראל, סמכותו של המחוקק המנדטורי בדבר המלך מקבילה לסמכותה של הכנסת כיום, כלומר היה ביכולתו לחוקק כל דבר חקיקה במעמד של דבר חקיקה ראשי. לעומתו, סמכותו של הנציב העליון מוגבלת יותר, וזו הייתה מקבילה בדרך כלל לסמכותו של שר המוסמך להתקין תקנות בהתאם להרשאה המוענקת לו בחוק.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

מן האמור עולה כי תיקונו של דבר המלך בשנת 1939 העניק לתקנות כנסת ישראל של העדה היהודית את האשרור החוקי. גם אם היה ספק בכך טרם התיקון האמור, אין ולא יכול להיות כל ספק כי לאחר התיקון האמור כל שנאמר בתקנות כנסת ישראל נעשה ונחקק כחוק.

עוד נדגיש כי סעיף 10 לתקנות כנסת ישראל, שאושרו כאמור בדבר מלך מפורש בשנת 1939, הסדיר את סמכותה של מועצת הרבנות הראשית ולשכותיה, לפקח על הקדשות צדקה יהודיים, אף אם אלו לא כוננו בפני בית דין רבני, שכן בסעיף זה – בשונה מסעיף 6 לתקנות – לא נקבע או נאמר התנאי האמור בסעיף 53(3) לדבר המלך, שלפיו לבית הדין סמכות לפקח על הקדשות, אך במקרה שבו כונן ההקדש בפני בית הדין הרבני לפי דיני ישראל. התנאי לסמכות הפיקוח של בית הדין כאמור בתקנה 10, הוא אך העובדה שרוב מנהלי או נאמני ההקדש מבקשים פיקוח כזה או מסכימים לו.

לפנינו אפוא עוד מקור נורמטיבי, העומד בזכות עצמו, לסמכות בתי הדין הרבניים לפקח על הקדשות יהודיים אף שנוסדו במקור בפני בתי הדין הרבניים בתקופה העות'מאנית, או על הקדשות שנוצרו בתקופת המנדט שלא בפני בית דין רבני כאשר רוב מנהלי או נאמני ההקדש מבקשים פיקוח כזה או מסכימים לו.

פסקי הדין של בית המשפט העליון שעסקו בהיקף סמכותם של בתי הדין הרבניים ביחס להקדשות דתיים יהודיים, שנוסדו שלא בפני בתי הדין הרבניים – לרבות בעניין פודהורצר – לא עסקו במשמעותה של הוראת 10 לתקנות כנסת ישראל הנ"ל.

אמנם נכון הוא, וכפי שטענו המערערים וב"כ היועץ המשפטי לממשלה, ש"כנסת ישראל" כמשמעותה באותן תקנות אינה קיימת כיום, אך אין לכך נפקות לענייננו שכן הפעולות המשפטיות שנעשו והיו חוקיות באותה עת הן בנות תוקף גם לאחר הקמת מדינת ישראל (למשל אין חולק כי הקדש שכוון בפני בית דין רבני של כנסת ישראל, נמצא בסמכות בתי הדין הרבניים).

יתרה מכך, בית המשפט העליון (ע"פ 427/64 משה יאיר נגד מדינת ישראל, פד"י י"ט(3), 408), אשר קבע כי תוקפן של תקנות כנסת ישראל פג בד בבד עם הקמתה של מדינת ישראל, לא התיימר לקבוע שביטולן של תקנות כנסת ישראל הביא לביטול רטרואקטיבי של כל פעולות בתי הדין טרם הקמת המדינה. וכך נאמר (שם) מפי כב' השופט לנדוי:

"[...] מתוך פסיקת בית המשפט הזה כבר הזכרתי את ע"א 98/47, [4], הלו נגד הלו, ובג"צ 8/48, גליקסברג נגד יו"ר משרד ההוצאה לפועל, [3], בשניהם נדונו עניינים שתחילתם היתה עוד מלפני קום המדינה, ועל כן נשאר שם בית המשפט עדיין נאמן למושג החברות בכנסת ישראל במובנו הדווקני."

לאמור: הליכים שהחלו ואף תמו בעוד התקנות בתוקפן ואף אלו שהחלו באותה עת והשתרעו מעבר לה – אל התקופה שמקום המדינה ואילך, לכשפקעו התקנות ופקע עצם מושג החברות בכנסת ישראל – לא בטלו הנפקויות של החברות בה ביחס להליכים אלה. מאותו טעם עצמו לא בטלו הנפקויות של תקנותיה של כנסת ישראל ובכללן הסמכות שהעניקו לבתי הדין בהתייחס למי שהיו חברי כנסת ישראל, ביחס לתקופה שבה התקיימה "כנסת ישראל" ככל שהדבר נוגע להליכים שהתקיימו באותה תקופה. כנגזרת של האמור עולה אפוא המסקנה ההכרחית כי החלטות שניתנו על ידי בית הדין הרבני טרם הקמת המדינה שרירות, תקפות וקיימות, גם לאחר ביטולן של תקנות כנסת ישראל.

בהקשר זה נזכיר שכך פסק בית הדין האזורי ירושלים ביום ב' בסיוון תשכ"ד (תיק 1410/תשט"ז, יחיאל גולדברג נ' יצחק קופרשטוק בעניין הקדש סוחצבסקי; ישבו בדין הרה"ג סלמן חוגי עבדי זצ"ל, הרה"ג אברהם שפירא זצ"ל והרה"ג יוסף כהן זצ"ל) אשר ביסס את סמכות בית הדין על הקדשות שנוסדו בבי"ד שרעי גם על תקנות כנסת ישראל הנ"ל.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לאור האמור, פשוט וברור כי הטיעון של ב"כ היועץ המשפטי בנוגע למעמדן המשפטי של תקנות כנסת ישראל נשלל מכול וכול, ואינו יכול לעמוד שהרי הוא בסתירה לאמור בסעיף 9(2) לתיקון "דבר המלך במועצתה על פלשתינה (א"י) (תקון) 1939".

עוד נציין כי סעיף 28(א) לחוק הדיינים, התשט"ו-1955 קובע כי "תקנות כנסת ישראל ותקנות הבחירות שהותקנו על פיהן, לא יחולו על מינוי דיינים". ניתן להסיק מכך שהוראות אחרות של תקנות כנסת ישראל נשארות בתוקפן.

חיזוק לדעתנו – לקביעה כי הפעולות המשפטיות שנעשו אף בנוגע להקדשות דתיים הן בנות תוקף גם לאחר הקמת מדינת ישראל – עולה מהוראת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח – 1948:

"המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה."

וכן מסעיף 17 לפקודה הנ"ל:

"כל עוד לא ניתן חוק חדש בענין בתי המשפט, יוסיפו בתי המשפט, אשר בשטח המדינה לפעול במסגרת הסמכויות שמעניק להם החוק."

יש ללמוד לענייננו גם מחוק בתי הדין הרבניים (אישור מינויים), תשי"ב-1952 אשר הסמיך ואשרר רטוראקטיבית את בתי הדין הרבניים המפורטים בתוספת הראשונה ואת הרבנים המפורטים בתוספת השנייה לחוק כבתי דין וכרבנים שמונו כדין. לפני הקמת המדינה נבחרו הדיינים חברי בתי דין בהתאם לתקנות הקובעות את שיטת הבחירות או המינויים של מועצת הרבנות הראשית, לשכות הרבנות ורבני הקהילות לפי סעיף 9(1) לתקנות כנסת ישראל, 1928. אלא שעם קום המדינה והפסקת פעולות הוועד הלאומי והקהילות לא נהגו למעשה במינוי דיינים בהתאם לתקנות הנ"ל ולכן היה צורך בחוק בתי הדין הרבניים (אישור מינויים), תשי"ב – 1952, שלפיו רואים את הדיינים שכינה ביום פרסום החוק ואשר לא נבחרו בהתאם לתקנות הנ"ל, כאילו נבחרו או נתמנו כחוק.

פועל יוצא מכך הוא כי סמכויות בית הדין הרבני ומעמדו המשפטי לא פקעו עם הקמת מדינת ישראל.

(על מעמד הרבנות הראשית כבית דין דתי במשמעותו החוקית של סימן 53(3) לדבר המלך, ראה גם פסק הדין של השופטת יפה הכט, ה"פ (ירושלים) 315/97 שלום בורוכוב נ' הראשון לציון כב' הרב אליהו בקשי דורון שליט"א מיום ל' בשבט תשנ"ט (פורסם בנבו, 16.2.1999) שבו היא דוחה את טענות המבקש כנגד סמכות בית הדין.)

בענייננו, בעת יסוד הקדש בית הכנסת "בית יהודה" בפני מוסד הרבנות הראשית, בתאריך כ"ד תמוז תש"ב (11.7.1942), הופיעו האפוטרופוסים טוביה סלומון ושמריה אשכנזי ביום כ"ד תמוז תש"ב בפני בית הדין שבראשות הרה"ג חזקיה שבת זצ"ל, שהיה בית דין דתי מוכר ומוסמך של העדה היהודית נוכח האמור לעיל כי באותה עת הכיר המנדט (הממשלה הבריטית) במוסד מועצת הרבנות הראשית כבר סמכא בכל הנוגע לדין הדתי (היהודי), ואף ניתנה למועצה הסמכות לאשר בתי דין על ידה כמוסד בן הסמך האחד בכל הנוגע למשפט ישראל.

לפיכך, אנו סבורים שבית הדין היה מוסמך ליצור, לאשר או לכונן את ההקדש (לרבות כינון מחדש וכדלהלן) מכוח הסמכות שניתנה לו לפי תקנה 10 לתקנות כנסת ישראל בנוסף לסמכות שהוקנתה לו לפי סימן 53(3) לדבר המלך.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

כינונו מחדש של הקדש שכונן תחילה בפני בית הדין השרעי

למעלה מן הדרוש נוסף ונאמר כי אף אם היה מקום לקבל טיעוני המערערים וב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי ההקדש מושא ערעור זה כונן תחילה בפני בית הדין השרעי (בשנת 1885) ולא עסקינן בשני הקדשות שונים, עדיין אנו סבורים שאין לשנות מקביעת בית הדין קמא שלפיה הסמכות לדון ביצירתו ובענייניו הפנימיים של ההקדש נתונה לבית הדין הרבני גם אם יוצר ההקדש לא פנה בעצמו בבקשה לכונן מחדש את ההקדש.

כבר עסקנו למעלה בשאלת מעמדו של הקדש דתי שאינו מוסלמי שנוצר בפני בית הדין השרעי לפני שנת 1922 ולפיכך אין דבר המלך במועצה חל עליו, והוא לא הועבר לבית המשפט האזרחי בהתאם לסעיף 2 לפקודת בתי הדין האזרחיים והדתיים (שיפוט), ולא הוגש בעניינו באותה עת "משפט או מו"מ משפטי" בדבר ייסודו או תוקפו – שהיה עליו להידון בפני בית המשפט מכוחו של סעיף 3(א) לפקודה – האם בית הדין הדתי יכול לכוננו מחדש כפי שהוא יכול לכונן הקדש דתי חדש, שלא נוצר בפני בית הדין השרעי, מכוחו של דבר המלך במועצה, או שמא אין כינון אחר כינון?

לשם מענה לשאלה זו עסקנו בהרחבה בעניין מהותו של ההקדש הדתי ומהות תפקידו של בית הדין כמי שמכונן אותו: האם ההקדש נוצר – במהותו – תמיד עוד טרם שהגיע העניין לפתחו של בית הדין ותפקידו של בית הדין בהקשר של כינון ההקדש הוא רק לאשרו ולקבוע בו מסמרות (בדומה לתפקידו של בית דין למשל ב"קיום שטרות", בהנפקת "מעשה בית דין" על גירושין או "אישור נישואין" כשהללו נזקקים לאישורו, ועוד) או שמא לבית הדין חלק פעיל ביצירת ההקדש (בדומה לתפקידו של בית הדין הדתי בחליצה או בגיור)?

הבהרנו הבהר היטב כי על פי הדין הדתי אין חובה לכונן הקדש דווקא לפני בית הדין כדי שיהיה הקדש תקף. בית הדין רשאי לאשרר פעולת הקדשה שנעשתה שלא בפניו (על ידי המקדיש). לפיכך משמעות הקביעה בדבר המלך כי יש לבית הדין סמכות שיפוט ייחודית ביחס ל"ווקף או הקדש דתי שנוצרו לפני בית הדין הרבני לפי הדין היהודי" היא כי לבית הדין מוקנית סמכות ביחס לכל הקדש דתי שהובא לפניו – ולא דווקא על ידי המקדיש עצמו – כדי שיכריע ויאשר את דבר קיומו ותוקפו לפי הדין היהודי והוא אכן הכריע כי על פי דין זה נוצר הקדש דתי. הכרזת בית הדין על ייסוד ההקדש היא מעשה הכינון הנדרש על פי הוראת דבר המלך כדי להקנות שיפוט לבית הדין הדתי. פשיטא שעל פי דבר המלך במועצה הקדש בר תוקף על פי הדין הדתי שיצר המקדיש בינו לבין עצמו ועניינו הובא לאישור בית הדין הדתי והוא אישרו, משכלל את סמכות השיפוט של בית הדין הדתי בעניין יצירתו וניהולו הפנימי.

לפיכך אין לסייג את סמכותו של בית הדין רק למקרים שבהם בית הדין מכונן הקדש דתי חדש מתחילת יצירתו הדתית. סמכותו של בית הדין להמשיך ולדון בניהול ענייני ההקדש אינה נובעת מיצירתו בבית הדין אלא מן ההכרזה הדקלרטיבית של בית הדין, מעצם העובדה שמדובר בהקדש דתי שנוצר לפי הדין הדתי היהודי ושעובדה זו עצמה אכן אושרה על ידי בית דין זה.

### התייצבות האפוטרופוסים בבית הדין הרבני

קיימים הבדלים בין ההקדש הדתי היהודי לזה המוסלמי (גרבר, שם, בעמ' 107). אולם דומים הם לעניין מעמדו של פסק הדין המאשר את יצירת ההקדש או הווקף. כאשר המחוקק הבריטי קובע כי הקדש או ווקף שנוסד לפני בית הדין הדתי יהיה בשיפוטו, אין כוונתו לשלול את סמכות בית הדין הדתי לתת פסק דין הצהרתי הקובע כי הקדש דתי פלוני נוסד על פי הדין הדתי והריהו בסמכות השיפוט של בית הדין הדתי. המחוקק הבריטי הסמיך את בתי הדין הדתיים ליצור הקדשות דתיים על פי דרכם. בית הדין הרבני אינו מכונן את ההקדש אלא מאשר את כינונו בהתאם לדין תורה (וכלשון דבר המלך במועצה: "לפי הדין היהודי"). משכך, דעתנו היא שאין מניעה ש"כינון" זה ייעשה – ככל שנוצר

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

צורך בכך לשם אישור מעמדו של ההקדש, תיעודו והפיקוח עליו – אף אם ההקדש כבר קיים ו"מכונן" גם במצבים בהם יוצר ההקדש לא פנה בעצמו ולא נפל פגם בכינון הראשוני שהרי זה למעשה לעולם זהו טיבו של "כינון" הקדש על ידי בית הדין.

ברי כי כאשר התייצבו אפוטרופוסי ההקדש – טוביה סלומון ושמריה אשכנזי – וביקשו מבית הדין שפעל כדין במסגרת תקנות כנסת ישראל בט"ו תמוז תש"ב לתת תוקף חוקי לקדושתו של הנכס בתור הקדש דתי ולהוציא שטר הקדש רשמי בהתאם לדת והחוק ולמנותם כאפוטרופוסי ההקדש – "[...] בקשו לעשותה הקדש דתי עולם [...]" – קיבלו הם על עצמם והכפיפו את ההקדש לסמכות בית הדין הרבני.

כאמור בתקנות 'כנסת ישראל' די אפילו ברוב הנאמנים, ואין צורך בכולם (כבמקרה דנן שבו הופיעו כולם), לקניית הסמכות, ומכאן ואילך היה זה בית הדין הרבני שמינה את האפוטרופוסים על ההקדש ופיקח על ניהולו ומטרותיו.

ואכן ביום כ"ד תמוז תש"ב (9.7.1942) אישר בית הדין הרבני בירושלים בראשות הרה"ג חזקיה שבת זצ"ל (בתיק 6/4/702) שטר הקדש על הנכס הידוע כגוש 73 חלקה 17 בשכונת בית יעקב ירושלים, ועל בית הכנסת "בית יהודה" שעליו. עוד קבע בית הדין שההקדש הוא הקדש דתי לתפילה ולימוד קודש לתינוקות של בית רבן, לא ימכר ולא ייגאל לעולם. וכן שניהול ההקדש יהיה על ידי ר' טוביה סלומון ור' שמריה אשכנזי, ולאחר אריכות ימיהם – על ידי אפוטרופוסים שימונו על ידי בית הדין.

לאור עובדות אלה, טענת המערערים וב"כ היועץ המשפטי לממשלה – שלפיה בית הדין הרבני משולל סמכות לדון ביצירתו ובענייניו הפנימיים של ההקדש בשל ייסוד ההקדש ויצירתו בפני בית הדין השרעי – משוללת יסוד ויש לדחותה מכול וכול, שכן בהופעת האפוטרופוסים לפני בית הדין וההודאה בקיום ואישור ההקדש יש בהם כדי לייסדו מחדש, וזאת אף אם היה פסול או מחוסר סמכות קודם לכן.

דעתנו נתמכת בפסיקת בתי המשפט ולרבות בפסיקת בית המשפט העליון. זאת כפי שקבע השופט זילברג בע"א 27/49 (לבנון נ' אלמליח, פ"ד ג 68, 82–80 (1950)), שגם הקדשות שלא נוצרו בהתאם לתנאים הנדרשים על פי דין להקמתם, ניתנים לריפוי ולהקמה מחדש גם שלא על ידי המקדיש עצמו, וכפי שנאמר שם (בעמודים 81–82):

"ספק גדול אם אנו רשאים להרהר אחרי כשרותו החוקית הדתית של ההקדש, לאחר שהסמכות הדתית העליונה של הארץ והיא הרבנות הראשית לא"י ראתה את ההקדש כשר לפניו ואישרה אותו לפי כל תנאיו".

ובהמשך:

"עצם העובדה כי הרבנים הראשיים אישרו את ההקדש, מוכיחה למדי כי הם הכריעו, הלכה למעשה, כדעת המכשירים, ושוב אין מקום לומר, כי ההקדש לא נעשה על פי דיני ישראל במובן סימן 53(3)".

בנוסף אנו למדים מלשונו הברורה של כב' השופט זילברג בפסק הדין הנ"ל (בעמ' 80 מול אותיות

א, ב):

"למלים אחרונות אלה יש ערך מכריע. המקדיש או הרב, קיים שנית את ההקדש, זאת אומרת: ייסדו והיקנה לו תוקף מחדש, והפעם לא לפי החוק השרעי, אלא על פי דיני ישראל, כי מבחינת החוק השרעי היה ההקדש 'מקויים' מכבר." (ההדגשות הוספו).

עולה מהדברים כי גם כב' השופט זילברג לא ראה לנכון לקבוע כי פעולת ההקדשה תעשה רק על ידי המקדיש בעצמו ומשכך לא מצא טעם לחלק בין זהות המקדיש "המקדיש או הרב". המסקנה

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

היא שמבחינת כב' השופט זילברג אישור ההקדש יכול היה להיעשות גם על ידי "הרב" ללא שהמקדיש הופיע בפניו. מכאן אנו למדים בבירור שוודאי יש בכוח האפוטרופוסים הבאים מכוח ובשם המקדיש להופיע בפני בית הדין הרבני וליצור או לכונן מחדש הקדש נוסף לפי הדין הדתי היהודי.

כחוזק ואסמכתה נוספת לדעתנו זו, נצטט מהדברים שנאמרו מפי הגר"י נדב שליט"א (ביד"מ 5257/94 פודהורצר נ' קופרשטוק, פסקה 17 לפסק הדין):

"העדר המסמכים על הופעת המקדיש או האפוטרופוסים שמונו על ידו בבית הדין, לפני שנת תשכ"ב, אין בו כדי להעיד שענין ההקדש לא בא קודם לכן לדיון בפני בית דין רבני מוסמך." (ההדגשות הוספו).

מהעיון באותו פסק הדין עולה שאף עמיתיו (כב' השופטים ש' לוי וי' וזמיר) לא חלקו עליו בענין זה מן הבחינה הנורמטיבית, כי אם מן הבחינה הקונקרטית, שכן לדעת הרוב, לא הייתה כל ראייה שממנה נוכל ללמוד שההקדש אושר מחדש על ידי בית דין רבני, ומשכך, לא הוכח שנעשתה הכפפה וקבלת סמכות בית הדין הרבני:

"[...] במקרה שלפנינו אין כל ראייה שממנה ניתן להעלות שההקדש נשוא הדיון לפנינו אושר מחדש על ידי בית דין רבני. אמנם בעלי הדין התדיינו בעבר לפניו, ולא פעם אחת, אך בענין זה של סמכות אין הסכמה מועילה, שהרי מדובר בסמכותו הפונקציונלית של בית הדין. לא זו אף זאת, טענות בדבר חוסר סמכות עלו חדשות לבקרים לפני בית הדין הרבני ונדחו (ראה למשל החלטתו המנומקת של בית הדין האזורי בירושלים (נספח ה' לסכומי המבקש))." (ההדגשות הוספו).

מדברים אלו אנו מסיקים שלו הוכח שהיה כינון מחדש או אישור להקדש על ידי בית הדין הרבני, כמו במקרה שבפנינו – בין על ידי המקדיש ובין על ידי האפוטרופוסים – גם שופטי הרוב היו בדעה אחת כי העניין בא בגדר סימן 53(3) לדבר המלך והסמכות היא לבית הדין הרבני, וזאת אף על פי שבנסיבות פסק הדין נכס ההקדש הוקדש קודם לכן בפני בית הדין השרעי.

מסקנה זו עולה במפורש מדברי כב' השופט לוי: "במקרה שלפנינו אין כל ראייה שממנה ניתן להעלות שההקדש נשוא הדיון לפנינו אושר מחדש על ידי בית דין רבני" – משמע שגם לדעת בית המשפט ברור שכאשר ישנה ראייה המלמדת שההקדש אושר מחדש, הסמכות לדון תהא לבית הדין הרבני בלא תלות בשאלה מי הופיע בפני בית הדין – המקדיש עצמו או אפוטרופוס ההקדש.

דעתנו היא שלפי סימן 53(3) לדבר המלך כדי להסמיך את בית הדין הרבני לכונן הקדש דתי די כי גורם בעל שייכות להקדש יופיע בפני בית הדין הרבני, ובית הדין ישתכנע כי קיימת אינדיקציה בדבר אומד דעתו של יוצר ההקדש לכונן את ההקדש כהקדש דתי-יהודי. ההופעה בפני בית הדין היא אפוא הכפפה (בלעז: submission) של ההקדש לבית הדין הרבני, ודי בכך כדי להקנות לו סמכות שיפוט.

אבחנה זו נאמרה במפורש בפסק דינו של בית המשפט המחוזי (ירושלים, ה"פ 1289/02 עו"ד מולכו יצחק נ' אלון מוסאיוף, עמוד 56 לפסק הדין):

"המקרה שלפנינו שונה מפסקי הדין כאמל ופודהורצר בשניים: ראשית, הלכות כאמל ופודהורצר דנו במצבים בהם ההקדש לא נוסד מחדש על ידי בית הדין הדתי. בפסק דין פודהורצר אבחן בית המשפט במפורש את הנסיבות שלפניו מפסק דין לבנון, וקבע כי "במקרה שלפנינו אין כל ראייה שממנה ניתן להעלות שההקדש נשוא הדיון לפנינו אושר מחדש על ידי בית דין רבני" (פודהורצר, בעמ' 1228). אולם, אין צורך להכריע בשאלה זו היות ובמקרה שלפנינו, אליבא דמתנגדי ההקדש, אין מדובר בהקדש שנוצר בפני בית דין אחר, אלא בהקדש שנוצר לכאורה לפי הדין הדתי, ללא סמכות." (ההדגשות הוספו).

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

העדר הבחנה בין יצירת המקדיש ובין יצירת האפוטרופסים מצויה גם בע"א 11593/05 (היועץ המשפטי לממשלה נ' הקדש העדה הספרדית בעיה"ק צפת מירון (פורסם בנבו, 17.10.2006), עמ' 10 לפסק הדין) כדלהלן;

"יצוין עם זאת כי בית משפט זה הכיר בכך שכאשר מדובר בהקדש שנוסד במקור בפני בית דין שרעי וכונן מחדש בפני בית הדין הדתי של העדה הנוגעת בדבר קונה אותו בית דין סמכות לדון בענייני ההקדש כאילו ההקדש נוסד מלכתחילה בפניו (ראו ע"א 27/49 לבנון נ' אלמליח פ"ד ג' 68 פרשת בני מוטרנות הגליל בע' 825–826)".

בדומה לכך פסק לאחרונה בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט רם וינוגרד בה"פ 11405-02-15). באותו מקרה פנו חברי הוועד הפועל של שכונת בית ישראל – נציגי ועד השכונה – לבית הדין הרבני בירושלים וביקשו להקדיש את הנכסים ובהם בתי הכנסת ללא התייצבותו של המקדיש בפני בית הדין. בית המשפט קבע כי בית הדין הרבני המוסמך כונן את ההקדש בהחלטתו משנת 1952, ולפיכך לו הסמכות הייחודית לדון בניהולו של ההקדש על נגזרותיו.

בית המשפט המחוזי, על בסיס פסיקת בית המשפט העליון, אימץ את הכלל ואת דרך המלך, לפיו הקדש שנוסד במקור בפני בית דין שרעי וכונן מחדש בפני בית הדין הדתי של העדה הרלוונטית – קונה אותו בית דין דתי סמכות לדון בענייני ההקדש. וראו בסעיף 5 לפסק הדין:

"אף שבתחילת הדרך סברה הפסיקה כי בית הדין הרבני קנה סמכות לדון גם בהקדשות שנוצרו על ידי יהודים לפני בית הדין השרעי, שעה שדרך יצירה זו נכפתה עליהם בשל המצב המשפטי שחל תחת השלטון העות'מאני, נקבע בסופו של יום שלא כך הוא הדין.

לעניין זה נקבע כי כאשר מדובר בהקדש דתי לא מוסלמי שכונן בפני בית דין שרעי, הסמכות לדון בענייני ההקדש נתונה לבית המשפט המחוזי, בהתאם להוראות סעיפים 37 ו-17(ג) לחוק הנאמנות, ולא לבית הדין הדתי של העדה אליה השתייך יוצר ההקדש (בג"ץ 59/58 ג'דאי נ' בית הדין הדתי של העדה היוונית קתולית, פ"ד יב 1812 (1958); דעת הרוב בבד"מ 5257/94 פודהורצר נ' קופרשטוק, [פורסם בנבו] מיום 19.9.96; ע"א 5444/95 עמותת בני מוטרנות הגליל נ' הארכיבישוף שלום, פ"ד נא(4) 811 (1997), להלן: הלכת עמותת בני מוטרנות הגליל; ע"א 11593/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' הקדש העדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון, [פורסם בנבו] מיום 17.10.06, להלן: הלכת הקדש העדה הספרדית).

עם זאת, נקבע כי כאשר מדובר בהקדש שנוסד במקור בפני בית דין שרעי וכונן מחדש בפני בית הדין הדתי של העדה הנוגעת בדבר, קונה אותו בית דין דתי סמכות לדון בענייני ההקדש כאילו ההקדש נוסד מלכתחילה בפניו (הלכת הקדש העדה הספרדית, בפסקה 8 לפסק הדין; וראו גם ע"א 27/49 לבנון נ' אלמליח, פ"ד ג' 68, 80–82 (1950), להלן: הלכת לבנון; הלכת עמותת בני מוטרנות, בעמ' 825–826 [...]) (ההדגשות הוספו).

על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"א 234/16 ברוך יששכר קנפולר נ' אברהם ברגמן ואח'), והוא עודנו תלוי ועומד.

לאור האמור גם אם נלך בדרכם של המערערים (ללא שאישו טענתם וביססו אותה בראיות או אסמכתאות), שבמקרה דנן מדובר בהקדש אחד ובנכס אחד אשר נוסד בתחילה לפני בית הדין השרעי, עדיין אין מקום לשנות מקביעת בית הדין קמא משום שלדעתנו בהופעתם של אפוטרופוסים ההקדש ה"ה אשכנזי וסלומון בשנת 1942 בפני בית הדין ואישור בית הדין את ההקדש הביאו השניים לכינון מחדש של ההקדש ולהכרה בסמכותו העניינית של בית הדין בניהולו.

למעלה מן הדרוש נוסף שוב כי הטענה שבית הדין לא יכול היה לכונן את ההקדש בשנת תש"ב (1942) שכן ההקדש כבר היה קיים לא נסמכה על שטר הקדש קודם שהובא בפנינו אלא על השערה



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

המשתמעת מעובדת קיומו של בית הכנסת כבר בשנת תר"מ (1880) או קודם לכן ועל הטענה שכבר בשנת תרפ"ח (1928) מונו על ידי בית הדין עצמו נאמנים להקדש גראף.

אין די בכך כדי לבסס ממצא שהקדש בית יהודה נוסד כבר בתקופה העות'מאנית בפני בית הדין השרעי. אולם לא נטען מעולם כי הוגשה לבית המשפט בקשה להפיכת הקדש זה להקדש לצרכי צדקה (הקדש "ציבורי") במועד הנקוב בפקודה, לא כל שכן שלא נטען ועל אחת כמה וכמה שלא התבססה טענה לפיה בקשה כזו אכן נתקבלה.

יתר על כן, בשנת 1944 הוגשה לבית המשפט בקשה לכונן הקדש ציבורי בנכסי הקדש בית יהודה והאפוטרופסים שמינה בית הדין היו צדדים לאותו תיק. עובדה זו מעידה כי עד אז לא הוגשה או למצער לא התקבלה בקשה כזו, שהרי אם התקבלה היה הקדש זה כבר רשום כהקדש ציבורי והסמכות בעניינו כבר הייתה נתונה לבית המשפט ומה טעם ותועלת הייתה בפנייה זו.

זאת ועוד: על פי החוק השרעי ד'מים – מי שאינם מוסלמים – רשאים להקדיש לטובת מטרות צדקה שונות, אף אם הללו ייעודו בפירוש לבני עמם ודתם, אך הם מנועים מעשיית הקדש לטובת מטרות דתיות מובהקות של דתותיהם. חוק זה מנע להלכה יצירת הקדשות לטובת בתי כנסת ולפחות הקשה עליה למעשה (כהן, שם בעמ' 447; גרבר, שם בעמ' 105 ובעמ' 120). לפיכך, ייסוד ואקף לבית כנסת בפני בית דין שרעי בתקופה העות'מאנית זקוק לראיות חזקות ובעלות משקל של ממש.

ניתן לשער כי אם היה בנמצא שטר הקדש בעניינו של בית כנסת שנעשה בפני בית הדין השרעי לא כלל שטר זה את ייעודו האמתי של ההקדש – בית כנסת – במטרותיו המפורשות. אפשר שעל פי השטר נועד ההקדש למטרות צדקה, ואם אכן נקבל את הטענה שהקדש זה נכרך בצורה זו או אחרת עם הקדש גראף – ייתכן שביסוד הדבר עמדה העובדה שהקדש גראף אכן יועד למטרות כאלה (הכנסת אורחים) וכריכת הקדש בית יהודה עמו הייתה הסוואת ייעודו האמתי – מה שאולי הוליד את אי־הבהירות באשר ליחס בין שני הקדשות אלה או למצער סייע להיווצרותה של אי־בהירות זו.

בנסיבות כאלה ודאי שהיה מקום וטעם לכונן את ההקדש מחדש, בפני בית הדין הרבני, כשהפעם ייבדל מהקדש גראף – אם מלכתחילה נכללו שניהם כהקדש אחד, והפעם יוגדרו מטרותיו כראוי – אם כונן מלכתחילה בכרוך עם הקדש גראף בפני בית הדין השרעי תוך העלמת ייעודו האמתי.

כאמור, דברים אלו הם בבחינת למעלה מן הצורך, מאחר שברור לנו שאין שום בסיס עובדתי לטענה שהקדש בית יהודה הוא חלק מהקדש גראף.

### אומד דעתו של המקדיש

על האמור אנו מוצאים לנכון להוסיף ולהבהיר: כאשר עסקינן בהקדש דתי יש לילך אחר אומד דעתו של המקדיש – כחלק מתנאי לקיומו של ההקדש – כי הסמכות לגבי ההקדש תהא מסורה לבית הדין הדתי. הנחת המוצא היא שהקדש דתי שנוסד לפי הדין הדתי, נהנה מחזקה יסודית, לפיה התכוון המקדיש להחיל את הדין הדתי וכי כל ענייניו (למעט אם נאמר אחרת) יידונו בסמכותו של בית הדין הדתי.

אין חולק כי בתקופה העות'מאנית הייתה רק דרך אחת מחייבת ליצירת הקדשות, והיא בפני בתי הדין השרעים על פי החוק השרעי, והקדשות יכלו להיווצר ונוצרו במסגרת זו. לכן גם הקדשות נוצריים נוסדו בפני בית הדין השרעי משום שהשלטונות העות'מאניים הכירו רק בחוק השרעי כדין המחייב, ובמסגרת זו נוצרו הקדשות יהודיים רבים שחלק ניכר מהם פעיל עד היום הזה.

במילים אחרות: בתקופה העות'מאנית יכלו להיווצר הקדשות גם על ידי מקדישים יהודים או נוצרים רק כ"ווקף" על פי הדין השרעי והדין החל עליהם היה הדין השרעי. דרך יצירת ההקדש נכפתה על המקדישים כאנוסים על פי הדיבור בשל המצב המשפטי שחל תחת השלטון העות'מאני.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אפשרות זו בוטלה עם הכיבוש הבריטי וחקיקת דבר המלך במועצה שהסדיר את נושא ההקדשות היהודיים. אולם עד אז יהודים רבים נאלצו להקדיש נכסיהם בפני בית הדין השרעי.

משכך, ולאור המצב המשפטי שנהג עד לתקופת המנדט, דעתנו כי אי אפשר ללמוד על אומד דעתו ורצונו של המקדיש להקניית סמכות לערכאות האזרחיות והחלת הדין האזרחי מעצם העובדה שהופיע בפני בית הדין השרעי, משני טעמים: הראשון – כי לא ניתנה לו ברירה או בחירה לקביעת הסמכות והחלת הדין. השני – כי באותה תקופה לא היה מעמד נורמטיבי לבית המשפט המחוזי. יתרה מכך, גם לא היה לו למקדיש לצפות שבשל הופעתו ויצירת ההקדש בפני בית הדין השרעי יקנה הוא בכך סמכות נמשכת לערכאה אזרחית – לבית המשפט המחוזי ולדין האזרחי.

נכון הוא שבגלל הוואקום המשפטי שנוצר נקבע כי הסמכות לדון בענייניו של הקדש שכוונן בפני בית הדין השרעי נתונה לבית המשפט המחוזי. אולם קביעה זו אינה חלה אם קודם לדין לפני בית המשפט המחוזי כבר כונן ההקדש מחדש לפני בית הדין הרבני. הרי ברור שמכוח המציאות המשפטית שהייתה באותה תקופה, נאלצו מקדישים יהודיים ובהם בדרך כלל – על פי אורחות חיו של היישוב דאז – שומרי תורה ומצוות, להופיע בלית ברירה בפני בית הדין השרעי, כשברור שאם הייתה ניתנת להם האפשרות, מלכתחילה, היו מעדיפים לכוון את ההקדש לפי דיני ישראל בפני בית הדין הרבני.

את הרציונל שבבסיס דברינו ניתן ללמוד, בין היתר, מהאמור בסעיף 9 לכתב המנדט על ארץ ישראל (ניתן על ידי מועצת חבר-הלאומים בלונדון ביום 24.7.1922) – הגדרת הסמכויות, זכות הפיקוח והביצוע שהיו נתונות למעצמת המנדט במסגרת ביצוע הוראותיו של סעיף 22 לאמנת היסוד של חבר הלאומים (סעיף קטן 8), אשר קבע, מתוך הבנה מלאה, כי יש להבטיח ולשמור על כיבודו של המעמד האישי והזכויות האזרחיות והדתיות של העדות בארץ ישראל, וכן כי הפיקוח על הקדשים (וואקפים) וניהולם יופעל בהתאם לדת הדתי של המקדיש:

”המעצמה המנדטורית תהיה אחראית לדאוג לכך כי בארץ ישראל תקבע שיטה משפטית אשר תבטיח לנתינים זרים, כמוהם כלבני המדינה, את הביטחון המלא של זכויותיהם. כן יובטחו כיבודו של המעמד האישי של העמים השונים והעדות השונות וזכויותיהם הדתיות, ובמיוחד הפיקוח על הקדשים (ואקפים) והאדמיניסטרציה שלהם יופעלו בהתאם למשפטם הדתי של מקדישי ההקדש.”

לאחר הכיבוש הבריטי חלו, כמובן, שינויים משמעותיים במצב המשפטי והחברתי, ובין היתר, והחשוב לענייננו האפשרות שניתנה בדבר המלך במועצתו, לכל עדה לייסד הקדשות בבית הדין האישי שלה ודווקא שלה, ועל ידי כך נוצרה אפשרות גם ליהודים לייסד הקדשות בפני בתי הדין של הרבנות הראשית, שהוכרה כגוף הדתי המייצג של העדה היהודי.

בנוסף לכך חוקקו הבריטים שתי פקודות משמעותיות: בג' בתשרי תרפ"ה (1.10.1924) חוקקו את הפקודה הראשונה, המאפשרת רישום הקדשות לצרכי צדקה בפני בית המשפט המחוזי והנקראת ”פקודת הקדשות לצרכי צדקה”. פקודה זו אפשרה להקים הקדשות במסגרת אזרחית, ללא תלות בחוק דתי כלשהו.

הפקודה השנייה – שנחקקה בה' באדר תרפ"ה (1.3.1925) – היא ”פקודת בתי הדין האזרחיים והדתיים (שיפוט)” אשר דנה בווקפים לא-מוסלמיים, שנוסדו לפני בית הדין השרעי, ובשאלה מי ידון בהם כעת לאחר הכיבוש הבריטי. במסגרת פקודה זו ניתן פרק זמן של שמונה עשר חודשים לכל אותם ווקפים יהודיים (וכמובן גם לווקפים לא-מוסלמיים אחרים). שאז אם רצו האפוטרופוסים, יכולים היו לבקש להירשם כהקדש אזרחי ואז הסמכות לדון בעניינם תהיה נתונה לבית המשפט המחוזי. ואם לא יעשו דבר, תהיה הסמכות לדון בעניינם נתונה לבית הדין של העדה הרלוונטית.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ואכן מספר מועט של וואקפים יהודיים (כמה מ"קנאי ירושלים") ניצלו את ההזדמנות להירשם כהקדשים אזרחיים, וזאת מאחר שסירבו לקבל על עצמם את בית הדין הרבני שבראשו ישב הראי"ה קוק זצ"ל, אולם רוב הווקפים לא עשו זאת מתוך כוונה מדעת להיכלל תחת כנפיו וסמכותו של בית הדין היהודי הרבני.

נציין כי לפי סעיף 2 לפקודה זו הבקשה להמיר את הווקף ולעשותו הקדש לצרכי צדקה על פי הוראות פקודת ההקדשות לצרכי צדקה יכלה להיעשות על ידי המקדיש של אותו ווקף או רוב האפוטרופסים של הווקף.

אמנם נפסק כי הפקודה בטלה, עם זאת, היא יכולה לשמש לנו מקור השראה לבחינת אומד דעתו של המקדיש, לפיו כאשר ניתנה האפשרות והוכרה סמכותו של בית הדין הרבני (במסגרת ההכרה במועצת הרבנות הראשית ובכל בית דין שיתאשר על ידה) העדיפו בני היישוב באותה תקופה לקבל סמכותו של בית הדין הרבני והדין הדתי על פני רישום ההקדש כהקדש אזרחי שנתון כיום לסמכות בית המשפט המחוזי. במשך עשרות רבות של שנים ועד לפסק הדין של בית הדין המיוחד בפרשת פודהוצר מקובלת הייתה הדעת המשפטית כי בית הדין מוסמך לדון מיניה וביה בענייני הניהול הפנימי של הקדשות יהודיים שנוסדו לפני בית הדין השרעי ולא נתכוננו מחדש כהקדשות אזרחיים – מתוך הבנה פשוטה שיש בכך בין היתר ביטוי לאומד דעתו של המקדיש.

כתימוכין לעמדתנו נשוב ונפנה אל האמור בפסק הדין בה"פ (ירושלים) 1289/02 (עו"ד יצחק מולכו נ' אלון מוסאיוף (פורסם בנבו, 25.7.2006), סעיף 34 לפסק הדין) בהתייחס לדחיית טענת מתנגדי ההקדש כי בעניין לבנון, וכמוהו מקרים נוספים שבהם הכיר בית המשפט באישור הקדש כייסוד מחדש, המקדיש עצמו הופיע בפני בית הדין וייסד את ההקדש מחדש, ואילו במקרה שדון שם בפסה"ד הנהנים הם שביקשו את אישור הצוואה:

"[...] אין אני מקבל טענה זו, שכן יש בכך לרוקן מתוכן כל אפשרות של אישור הקדש באמצעות צוואה במקרים בהם קיים פגם צורני בהקדשה, או לחילופין תיקון פגמים בהקדשה שניתנה בחיים, לאחר מותו של המקדיש. גישה זו סותרת את הכלל בדבר קיום אומד דעתו של המצווה.

חיצוק לגישה זו ניתן ללמוד מסעיף 2 לפקודת בתי הדין האזרחיים והדתיים (שיפוט) (להלן: "פקודת בתי הדין"), המתייחס לווקפים בלתי מושלמים שנעשו בפני בית הדין המוסלמי הדתי לפני חקיקת דבר המלך. הסעיף הקנה שמונה עשר חודשים כדי לבחור באחת משתי האפשרויות: להמיר את ההקדש לצרכי צדקה (על פי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה), ואם לא המירו, יחול עליו הדין האישי של המקדיש. הסעיף קובע במפורש כי המרה כאמור יכולה להתבצע על ידי המקדיש של אותו ווקף, ואם מת, על ידי האפוטרופוס על הווקף." (ההדגשות הוספו).

מאחר שהקדש דנן (וכמוהו הקדשות נוספים) כונן בפני בית הדין הרבני טרם הוחק חוק הנאמנות, תשל"ט–1979, אנו סבורים כי מדובר בהקדש שנוצר לפני בית הדין הדתי על פי הדין הדתי. והסמכות לדון בענייניו ובכל הנוגע ליצירתו וניהולו הפנימי של ההקדש לרבות בשאלות הנוגעות בתוקפו ויצירתו, היא לבית הדין הרבני ולא לבית המשפט האזרחי.

**ייסוד ההקדש בפני בית הדין הרבני על ידי האפוטרופוסים או בפניית יוצר ההקדש עצמו?**

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה ביקש לאבחן את המקרה שבפנינו מהאמור בעניין לבנון מאחר שבענייניו האפוטרופוסים הם שביקשו ליצור את ההקדש, ולא המקדיש עצמו, בשונה מעניין לבנון – שם הופיע המקדיש בעצמו בפני בית הדין וייסד את ההקדש מחדש.

אין אנו מקבלים טענה זו מאחר שהפסיקה (ההלכתית והאזרחית כאחד) הכירה בכינון מחדש של ההקדש גם במצבים שבהם המקדיש עצמו לא פנה בבקשה לכינון מחדש של ההקדש וגם לא נפל כל

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

פגם בכינון הראשוני. נקבע כי די, כמו במקרה שלפנינו, בפניית אפוטרופוסיה ההקדש אשר הכפיפו את ההקדש וקיבלו על עצמם את סמכותו של בית הדין הרבני לאחר שבית הדין בחן את אופי מטרות ההקדש, הראיות ואומד דעתו של יוצר ההקדש לכוונן הקדש דתי, הגם שלא הופיע בפניו.

נכון הוא שהאפוטרופוסים הם אלה שהופיעו בפני בית הדין וביקשו לרשום את ההקדש ולתת לו תוקף חוקי כהקדש דתי ולמנות אותם כאפוטרופוסים. אולם אין בעובדה זו כדי לפגוע במעמדו של ההקדש ולשלול את סמכותו של בית הדין לדון בענייניו. נסביר את הדברים הן בראי המשפט העברי והן בראי המשפט האזרחי.

מר טוביה סלומון ומר שמריה אשכנזי היו פרנסי השכונה והיו רשומים בספרי מס רכוש עירוני של מושל מחוז ירושלים על החלקה של ההקדש. הם היו שלוחי תושבי השכונה שהקצו את המגרש לבית כנסת, ולאחר מכן מונו כאפוטרופוסים על ההקדש מכוח שטר ההקדש.

כאפוטרופוסיה ההקדש ומנהליו, בכוחם היה לעשות פעולות משפטיות המזכות והמחייבות את שולחם. ובענייניו היה בכוחם של האפוטרופוסים להתייצב בפני בית הדין הרבני לרשום את ההקדש ולתת לו תוקף חוקי כהקדש דתי, לאחר שהציבו בפני בית הדין נתונים עובדתיים כי בית הכנסת שימש ליעודו בצורה רציפה מעת יסודו וכי הוכח לבית הדין כי אופיו של הנכס בתור הקדש איננו מוטל בספק.

גם מהעיון בפסיקה האזרחית אנו למדים כי קיימת אפשרות להכיר בכינון מחדש של הקדש גם במצבים שבהם יוצר ההקדש לא פנה בעצמו בבקשה לכוונן מחדש את ההקדש ולא נפל כל פגם בכינון הראשוני של דבר, והמסקנה המתבקשת היא אחת ויחידה – הן מבחינת ההלכה והן בראי הפסיקה האזרחית – כי אפשר ליצור הקדש או לכוונן מחדש הקדש נושן אף שלא בנוכחות המקדיש ואף להותיר בידי הנאמנים את קביעת מטרותיו של ההקדש.

כאסמכתה לדברינו נפנה לאמור בע"א 5444/95 (4) 811, עמ' 825–826). שם דן בית המשפט בנכסי הכנסייה וקבע כי יש בדרך שבה הלך בית הדין הכנסייתי משום יצירת הקדש מחדש אף על פי שיש אפשרות כי נכסי הכנסייה כוללים גם נכסים שהוקדשו לה בפני בית הדין השרעי. ושם (כב' השופטת, כתארה אז, בייניש, בעמוד 825):

”נוכח קביעת השופט קמא, אשר לא ראיתי יסוד להתערב בה, כי שלוש ההחלטות הנדונות נעשו בהתאם לדין הדתי, אכן מסורה הסמכות בעניינם לבית הדין הדתי, ובלבד שההקדשות אכן נוסדו בפני בית הדין של העדה, ועניינם של המערערים נוגע לניהול הפנימי של ההקדש.” (ההדגשות הוספו).

ובהמשך:

”באשר לאותם הקדשות שהוכח כי בית הדין הדתי הכריז עליהם, טוענים המערערים עוד, כי אין מדובר בהקדשות שנוצרו בפני בית הדין הדתי של העדה, אלא בהקדשות מהתקופה העות'מאנית אשר נוצרו בפני בית הדין השרעי כפי שהיה מקובל באותה תקופה, ומטעם זה, לפי הטענה, הסמכות לדון בכל הנוגע להם אינה לבית הדין הדתי של העדה.”

ולאחר מכן הסיק בית המשפט וקבע:

”לכאורה, קיימת אפשרות כי נכסי הכנסייה, שנמסרו לה בתקופות שונות ממקורות שונים, כוללים גם נכסים שהוקדשו לה בפני בית הדין השרעי. אלא שבעניין שלפנינו הוכח כי שלוש ההחלטות ביחס להקדשות הנזכרים ניתנו בפני בית הדין הדתי של העדה. בית הדין אמנם נקט לשון המרמזת על “אישור ווקף” ולא על יצירתו מלכתחילה, אולם גם אם כך הדבר, הרי יש בדרך זו שבה הלך בית הדין משום יצירה מחדש של ההקדשות. ההכרזה המאשרת נעשתה בטרם הוחק חוק הנאמנות, ובאופן שיש בו כדי להקנות לבית הדין את הסמכות

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הקבועה בסימן 54(3) לדבר המלך (וראו לעניין זה ע"א 27/49 לבנון נ' אלמליח [7], וכן בד"מ 5257/94 הנ"ל [6])." (ההדגשות הוספו).

מקביעתו המפורשת של בית המשפט אנו למדים כי אף אם היה מוכח שהנכסים כוננו קודם לכן בפני בית הדין השרעי, משניתנו שלוש ההחלטות ביחס להקדשות אלו על ידי בית הדין הדתי של העדה "יש בדרך זו שבה הלך בית הדין משום יצירה מחדש של ההקדשות", וזאת מן הסיבה כי ההכרזה המאשרת בגוף כל החלטה שניתנה נעשתה בטרם הוחק חוק הנאמנות, באופן שיש בה כדי להקנות לבית הדין את הסמכות הקבועה בסימן 54(3) לדבר המלך.

ברי כי הפרש השנים שבין סיום סמכות בית הדין השרעי לכונן הקדש כנסייתי ובין מועדי "אישור הווקף" בפני בית הדין של העדה מלמד כי לא עסקינן בהופעת המקדיש עצמו אלא רק באורגן מטעם ההקדש.

אם בנסיבות שבפסק דין הנ"ל (בני מוטרונו הגליל) סבר בית המשפט כי יש בהחלטות בית הדין הכנסייתי משום יצירה מחדש של ההקדש כדי להקנות סמכות לבית הדין הדתי לפי דבר המלך, ללא שהופיע המקדיש בפני בית הדין הדתי (הכנסייתי), נוכל ללמוד לנסיבות המקרה שבפנינו (וכך לגבי שאר הקדשות דתיים) שדי בהופעת אפוטרופוזי ההקדש בפני בית הדין הרבני והבקשה שהגישו כדי לכונן מחדש את ההקדש בפני בית הדין הרבני (לשיטת המערער) לפי הקבוע בסימן 53(3) לדבר המלך, ולמצער כדי ליצור הקדש דתי.

כך גם בספרו של המלומד ש' כרם, פירוש לחוק הנאמנות תשל"ט – 1979 (מהדורה רביעית, 2004) (להלן: כרם), לאחר שהביא ציטוט מפסק דין הנ"ל, נאמר בזו הלשון (עמוד 675 ה"ש 212):

"ההחלטות של בית הדין הדתי נועדו לגרום לכך שנכסים שהיו בשימוש הכנסייה, אך לא בבעלותה יועברו לבעלותה. מעצם אופיין הגורף של ההחלטות נראו שכלל לא הוזמנו לדיון התורמים או יורשיהם. למרות זאת נראו שלא נמצא עורר על נכונות הצעד של העברת אותם נכסים לבעלות הכנסייה, בכל אותן עשרות שנים שחלפו מאז ניתנה כל החלטה ועד מועד הדיון בהחלטות אלו באמצע שנות ה־90, על יד בית המשפט העליון." (ההדגשות הוספו).

בהקשר זה ראו והשוו לאמור במסגרת פסק הדין של בית המשפט העליון (ע"א 9605/09 ד"ר אמין מוחמד אמין אל-ח'טיב ואח' נ' משרד הווקף המוסלמי בירושלים (התפרסם בנבו, 27.10.2011)) שבו דחה בית המשפט העליון את הערעור על בית המשפט קמא אשר קבע כי הנכס הוא הקדש (ווקף) על סמך ראיות שבאו לפני בית הדין השרעי ללא שהופיע המקדיש בפניו ואף שהיה לאחר פטירתו.

באותו עניין קבע בית המשפט המחוזי:

"[...] כי בית הדין השרעי היה מוסמך לקבוע כי הנכס הוא הקדש, וקביעתו בעינה עומדת לאחר שאושרה בבית הדין השרעי המוסמך בירושלים. אולם אף בהנחה שבית הדין השרעי לא היה מוסמך לקבוע כך, ברי כי מדובר בנכס שהוקדש. כך עולה מחומר הראיות שהוצג בבית המשפט, ובעיקר טענות מנהלי ההקדש בבית הדין השרעי, וכן טענות של המערערים עצמם בעדויותיהם ובסיכומיהם. הואיל ובית הדין השרעי היה מוסמך לקבוע כי הנכס הוקדש וקביעתו בעינה עומדת, דין תביעת הבעלות להידחות, ואף התייתר הצורך לדון במעמדו של אישור ההקדש שהוגש."

בית המשפט העליון (כב' השופטים א' חיות, ע' פולגמן וי' עמית) לא מצא יסוד להתערב בקביעה מבוססת זו, והוסיף בית המשפט: "די אם נציין בהקשר זה כי שני מנהלי ההקדש מונו במועדים שונים ולבקשתם, לאחר שהכירו בתוקף ההקדש [...]"

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הרי לנו אמירות מפורשות של בית המשפט העליון, לפיהן בית הדין הדתי מוסמך לאשר או להצהיר כי הנכס "הקדש דתי" ולמצער רשאי לקבוע כן על סמך חומר הראיות, טענות או עדויות שהיו בפניו.

משנקבע בפסיקה, כי ההחלטות או האישורים שניתנו על ידי בית הדין הדתי מהווים יצירה או כינון מחדש של ההקדש, ומשאין חולק כי אלה ניתנו בענייננו בטרם הוחק חוק הנאמנות, תשל"ט – 1979, יש לומר שבענייננו מדובר בהקדש שנוצר לפני בית הדין הדתי על פי הדין הדתי לפני קום המדינה, ומשכך ללא ספק בהופעת הנאמנים היה כדי למסד את ההקדש מכוח סימן 53(3) לדבר המלך ואף מכוח תקנות כנסת ישראל.

עוד נפנה לדברים שהבאנו לעיל מפסק דין של בית המשפט המחוזי בירושלים (ה"פ (ירושלים) 1289/02 ע"ד יצחק מולכו נ' אלון מוסאיוף (פורסם בנבו, 25.7.2006), להלן: "עו"ד מולכו") שבו קבע בית המשפט שאין לקבל את הטענה שהמקדיש צריך להופיע בעצמו בפני בית הדין, שכן אם נקבל גישה זו נרוקן מתוכן כל אפשרות הקדש באמצעות צוואה במקרה שקיים פגם צורני בהקדשה או תיקון פגמים בהקדשה שניתנה בחיים לאחר מותו של המקדיש. קבלת גישה זו תסתור את הכלל בדבר קיום אומד דעתו של המצווה.

כאסמכתה נוספת לדברינו נציין את פסק דינו של בית הדין הרבני (בתיק (אזורי ת"א) 350395/1, מס' תיק ישן 900007328641) אשר עסק בעניין סמכות בית הדין לדון בעניין הקדש דתי שנוסד בפני בית דין שרעי, ובין שאר קביעותיו שבפסק הדין קבע כי לפי תקנות "כנסת ישראל" אין צורך בנוכחות המקדיש (ודאי לאחר מותו), ודי אפילו בנוכחותם של רוב הנאמנים, ואין צורך בכולם, כדי להכפיף הקדש שנוסד בפני בית דין שרעי לבית הדין הדתי.

כחיזוק לקביעתו הביא בית הדין מדבריו של בית המשפט המחוזי בת"א, במשפט שהתנהל בין נאמני הקדש 'שערי תורה' ובין מנהל מקרקעי ישראל, בפסק הדין (שניתן ביום כ"א באדר תשס"ז – 11.3.2007 במסגרת תיק (ת"א) 1020/01 בש"א 3472/07), הפנתה כב' השופטת ר' רונן תחילה לאמור בפסיקת בית המשפט העליון (ע"א 11593/05 היועץ המשפטי נ' הקדש העדה הספרדית) שבה נאמר כי כאשר מדובר בהקדש שנוסד במקור בפני בית דין שרעי וכונן מחדש בפני בית הדין הדתי של העדה הנוגעת בדבר, קונה אותו בית דין סמכות לדון בענייני ההקדש כאילו נוסד מלכתחילה בפניו, והוסיפה לנידון שהיה בפניה, כהאי לישראל:

**"אני סבורה כי מאחר שבית הדין שינה את התנאים המקוריים של ההקדש, הרי שהמבקשים הוכיחו כי אין מדובר בפעולה של אישור גרידא, אלא בפעולה של כינון מחדש [...] שינוי כזה מעיד על כך שבית הדין לא הסתפק באישור ההקדש על תנאיו המקוריים, אלא הוא ראה עצמו כפי שמכונן את ההקדש מחדש, לכן לאור האמור – היה בית הדין הרבני מוסמך לדון בענייני ההקדש לאחר שכונן אותו מחדש, ומינוי הנאמנים על ידיו היה לכן – כדין. מכאן שאין מקום וצורך כי בית המשפט המחוזי ישוב וימנה את הנאמנים." (ההדגשות הוספו).**

על פסק דינו של בית הדין הרבני (אזורי ת"א, תיק 350395/1 הנ"ל), הוגש ערעור לבית הדין הגדול (תיק (רבני גדול) 809043/1 – מס' תיק ישן 900031883441, עמותת 'ראש יהודי' נ' הקדש שערי תורה) והוא נדחה בפסק דין מיום ב' בשבט התש"ע (17.1.2010). לאחר מכן הוגשה עתירה לבית המשפט העליון (בג"ץ 7228/08 ראש יהודי ע"ר נ' בית הדין הרבני והאזורי תל אביב) והיא נמחקה ביום ו' בשבט התש"ע (21.1.2010), לאחר שהעותרת חזרה בה מהעתירה בעקבות המלצת בית המשפט (ישבו בדיון הרכב כב' השופטים: א' גרוניס, א' רובינשטיין ונ' הנדל).

עוד נבקש להבהיר כאשר מדובר בנכס הקדש שלא כונן בפני גוף רשמי (כפי שהגענו למסקנה בנוגע להקדש מושא ערעור זה), פשוט וברור שעד לחקיקת חוק הנאמנות, בית הדין הדתי של אותה עדה

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

רשאי היה לכונן או להצהיר על קיומו של הנכס כ"הקדש דתי" לפי בקשת נאמנים או מיופי כוח של המקדיש.

כיום לפי חוק הנאמנות אין צורך בהופעה אישית של המקדיש ורשאי בית המשפט להצהיר על קיום ההקדש ולהגדיר מטרותיו גם ללא כתב הקדש, וזאת מכוח הוראת סעיף 17(ג) לחוק הנאמנות:

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

וראה אצל ש' כרם בעמ' 674 כי ההסדר שבסעיף 17(ג) לחוק הנאמנות מקביל להסדר שקדם לו בסעיף 37 לפקודת ההקדשות, אשר דן במצב בו לא נוצר "הקדש פורמלי", ועדיין בית המשפט רשאי להצהיר הצהרה מכוננת (קונסטטיטויבית) על קיומו של ההקדש אם נתקיימו הנסיבות והתנאים כפי שקובע המחוקק בכל אחד מחיקוקים אלו, כגון שהבעלים המקורי גילה דעתו, על ידי מעשים שהוכחו לבית המשפט, שבעצם הנכס אמור היה להיות מועבר לגורם שיתפעל אותו למטרה שבעל הנכס קבע, אלא שהדבר לא נעשה בשעתו מסיבה כלשהי.

וראה בדבריו של בית המשפט שם בסעיף הנזכר על בסיס סעיף 17(ג) לחוק הנאמנות, כי חסר פורמלי בהקמת הקדש, אינו סותם את הגולל על אפשרות הקמתו, מן הטעם שאפשרות זו הייתה מוכרת על ידי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה והיא מוכרת כיום גם במסגרת חוק הנאמנות ([http://www.nevo.co.il/law/html/law01/302\\_001.htm](http://www.nevo.co.il/law/html/law01/302_001.htm) ראה בה"פ (ירושלים) 491/94 האפוטרופוס הכללי נ' ד"ר עקיבא, תק-מח 97 (1) 2066, 2067).

כדוגמה לכך נציין שבתקופה העות'מאנית, למשל, הקדשת נכס למטרה ציבורית והעברת הבעלות בנכס אל גורם שיפעיל אותו, אפשר היה לבצעה בדרך תקינה מבחינה חוקית, רק על ידי אישור הפעולה בפני בית הדין שרעי כוואקף. לא־מוסלמים נמנעו במקרים רבים מלהשתמש באפשרות זו. אולם הדבר לא מנע מהמקדישים להעמיד בפועל נכסים לרשות אותו גוף ציבורי או דתי שאמור היה להשתמש בהם אם כנאמנים או כמי שקיבלו את הנכס כתרומה.

במצב משפטי זה, אין מניעה כי נכס הקדש שלא נוסד באותה תקופה בפני גוף רשמי מוסמך, שבית הדין הדתי יהיה רשאי להכריז על קיומו כהקדש דתי ולהגדיר מטרותיו ותנאיו. וזאת לאחר שבית הדין יבחן את אופי מטרות ההקדש ואת גמירות דעתו של המקדיש לכונן הקדש דתי, הגם שלא הופיע בפניו, אם מכוח ראיות או עדויות שהוצגו בפניו כדי להוציא את רעיון ההקדש מן הכוח אל הפועל, אם בשל הופעת הנאמנים אשר הצביעו על השימוש שהיו נוהגים להשתמש בנכס, כאשר סופו מעיד על תחילתו.

סמכות זו ועצם הופעתם של הנאמנים בפני בית הדין כדי למסד את ההקדש היא על פי חוק מכוח סימן 53(3) לדבר המלך ובטרם קום המדינה אף מכוח תקנות כנסת ישראל.

### הטענה שהקדש גראף שימש בית כנסת טרם תרפ"ח (1928) והוא והקדש בית יהודה – חד הם

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה והמערערים טענו בכתבי טענותיהם כי מהחלטת בית הדין מיום י"ח בטבת תרפ"ח (11.1.1928) שבה מינה בית הדין של הרבנות הראשית לארץ ישראל בירושלים בראשות הרה"ג צ' פ' פראנק זצ"ל אפוטרופוסים על ההקדש – ר' טוביה סלומון (במקור – בהחלטה – נכתב: סלמן) ור' שמריה אשכנזי – וקבע "שהכל יעשה בהשגחת הרבנות הראשית לא"י שלפניה על האפוטרופוסים הנ"ל להמציא דו"ח בכל שנה ושנה". עולה שהנכס שיועד על ידי משה גראף בשנת 1885 לטובת אירוח עניים אשכנזים שימש כבר בשנת תרפ"ח (1928) כבית מדרש. מכאן הסיקו שאין ללמוד משינוי המטרות שמדובר בהקדשות שונים. עוד הסיקו כי מאחר שקיימת זהות בין האפוטרופוסים אשר ביקשו להירשם בהקדש בית יהודה לאלה אשר מונו בשנת תרפ"ח (1928) ולנוכח הדמיון במטרת ההקדשות נראה שמדובר באותו הקדש, קרי הקדש גראף.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

דעתנו אינה עמו. למעלה כבר הראינו לדעת בצורה ברורה שאין זהות בין שני ההקדשות. זאת ועוד: ביום י"ג בשבט תש"ו (1946) נתן בית הדין בראשות הרב צ' פ' פראנק זצ"ל – אשר חתם גם על מינוי האפוטרופוסים משנת תרפ"ח (1928) – החלטה שכותרתה "מינוי אפוטרופוסים להקדש" ושממנה (וכן ממסמכים שהוגשו לבית הדין בזמנו – למשל, המסמכים שהגישו מנהלי כולל הורודנא) עולה, וכלשונה, כי "כתב מינוי האפוטרופוסות שיצא מאתנו [=מבית דין] ביום י"ח לחודש טבת תרפ"ח שנתן על יסוד טעות כאלו בשטר הווקפיה היה כתוב שההקדש לטובת בית הפקסות של שכונת בית יעקב והתברר כעת שהדבר אינו כן" אלא מדובר בהקדש המקורי – הקדש גראף.

בשל כך הוחלט כי ההקדש (דהיינו הקדש גראף) "נעשה לטובת בית הפקסות אורחים שהיה נמצא בזמנו של המקדיש" – ולא לטובת בית הכנסת של שכונת בית יעקב – "והיות וכבר נסגר הבית הזה [...] ההקדש כעת אחרי סגירתו של הבית הגדול לאורחים האשכנזים שייך לעניים האשכנזים" ו"היות והמקדיש היה ממונה של כולל הורודנא בירושלים, אנו [=בית הדין] אומדים דעתו שהתכוון לעניי הכולל הזה". ולכן החליטו: "שההקדש שייך לעניי הכולל הנו", והנהלתו תהיה בידי האפוטרופוסים הממונים על ידינו [=ע"י בית הדין] להנהלת הקדשות כולל זה.

משכך, אנו בדעה כי מלבד השינוי בתיאורי הנכס, גם השינוי במטרות ההקדש – בעוד הקדש גראף משמש להכנסת אורחים ואילו הקדש בית יהודה משמש לבית הכנסת ולימוד תינוקות של בית רבן – הוא ראיה שמדובר בשני הקדשות שונים.

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בשל הזהות הקיימת בין מי שמונו כאפוטרופוסים (ה"ה סלומון ואשכנזי) לאותו הקדש אשר הוגדר "הבית הגדול לאורחים אשכנזים" בכתב המינוי מתרפ"ח (1928) בשכונת בית יעקב לבין מי שהוגדרו כבעלים הרשומים אשר ביקשו את רישום ההקדש על בית הכנסת "בית יהודה" בשנת תש"ב (1942) ובקשתם נתקבלה בשטר ההקדש ולנוכח זהות בין האפוטרופוסים אשר מונו בכתב המינוי משנת תרפ"ח (1928) וכן לנוכח הדמיון במטרת ההקדש (לטענתו), נראה שעסקינן באותו הקדש (ראו מסקנות ב"כ היועץ המשפטי לממשלה בכתב טיעוניו מיום י"ב באב תשס"ט – 2.8.2009 ומיום ה' באלול תשע"ג – 11.8.2013).

אנו נכונים לקבל את מסקנת הביניים של ב"כ היועץ המשפטי כי לנוכח הזהות בין שם המקדיש, תיאור הנכס המוקדש ומטרת ההקדש ותאריך הווקפיה שעליה מדבר כתב המינוי מיום י"ח לחודש טבת שנת תרפ"ח – (11.1.1928) יש להסיק כי אכן כתב מינוי זה עוסק בשטר ההקדש של הקדש גראף.

אולם דעתנו היא כי קיים ניתוק בשרשרת המסקנה העובדתית האמורה בעמדתו של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה:

לאור האמור בהחלטת בית הדין משנת תש"ו (1946) אין כל קשר בין כתב המינוי משנת תרפ"ח (1928) לבין שטר ההקדש המתייחס להקדש בית יהודה: הקדש בית יהודה אינו ההקדש נשוא כתב ההקדש המקורי משנת 1885 ואף אינו נשוא כתב המינוי משנת תרפ"ח (1928).

די באמור כדי להוכיח כי אין קשר בין שטר הקדש "משה גראף" משנת 1885 לבין הקדש בית יהודה משנת תש"ב (1942).

בנקודה זו נשוב ונציין שאין ספק כי בפנייה לבית הדין בהצעה למנות את האפוטרופוסים ה"ה ט' סלמן וש' אשכנזי וי' קבטינסקי לאפוטרופסי "הקדש גראף", וכאשר התייצבו הנ"ל בפני בית הדין (בראשות הגרצ"פ פראנק זצ"ל) ומונו כאפוטרופוסים של ההקדש ביום י"ח לחודש טבת שנת תרפ"ח – (11.1.1928), פעל בית הדין הרבני כדין במסגרת תקנות "כנסת ישראל", ובפועלם של אפוטרופסי ההקדש קיבלו על עצמם והכפיפו גם את הקדש גראף לסמכות בית הדין הרבני כחוק כאמור בתקנות 'כנסת ישראל' אף על פי שכונן תחילה בפני בית הדין השרעי.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

די אפילו ברוב הנאמנים, ואין צורך בכולם (ועל אחת כמה וכמה במקרה כמקרה דנן שבו אכן הופיעו כולם), לקניית הסמכות, ומכאן ואילך היה זה בית הדין הרבני שמינה את האפוטרופוסים על ההקדש ופיקח על ניהולו ומטרותיו.

לכן, גם לו היה הקדש "בית יהודה" זהה להקדש גראף וגם לו כונן – עמו או בנפרד ממנו – לא בתש"ב אלא בתקופה העות'מאנית (ב'1885) בפני בית הדין השרעי, די היה בפעולות שנעשו בתרפ"ח (1928) כדי להכפיפו לסמכות בית הדין וכדי להיחשב ככינונו מחדש וכפי שסבר בית הדין האזורי מעיקרא, אלא שכאמור אנו סומכים את ידינו – לאחר בחינת הטענות וחומר הראיות – על מסקנתו של בית הדין האזורי שלפיה אין זהות בין השניים ולכן גם לאיך גיסא – אף לו קיבלנו את העמדה שלפיה הקדש גראף שנוצר בפני בית הדין השרעי לא כונן מחדש ולא הוכפף לסמכות בית הדין הרבני, עדיין הייתה עומדת בעינה המסקנה שהקדש בית יהודה חוסה בצל כנפי סמכותו של בית הדין.

**רישום הקדש "בית יהודה" כהקדש ציבורי ברשות התאגידים ואצל רשם המקרקעין (טאבו) והשפעתו על סמכות בית הדין הרבני**

גם בנוגע לרישום הקדש "בית יהודה" כהקדש הציבורי אצל רשם התאגידים ורשם המקרקעין (טאבו) סבור בית הדין כי אינו סיבה שיכולה להביא לשינוי ממסקנתו ומקביעת בית הדין קמא, כי הסמכות לדון ביצירתו ובענייניו הפנימיים של ההקדש היא לבית הדין הרבני וכפי שנפרט להלן.

לאור קביעתנו לעיל שייסוד ההקדש הציבורי ויצירתו על ידי בית המשפט המחוזי נעשה שלא בסמכות וחסר כל תוקף משפטי, משכך מתבקשת המסקנה המשפטית שגם ברישום ההקדש במרשם התאגידים ואצל רשם המקרקעין אין להועיל, בבחינת נפל היסוד – נפל הבניין. אם יסוד ההקדש פגום בשל חוסר סמכות וחסר משמעות משפטית גם לרישום שנובע ממנו אין כל נפקות.

כמו כן נוסף כי רישום ההקדש כהקדש ציבורי אצל רשם התאגידים ורשם המקרקעין הוא דקלרטיבי בלבד. מטרת הרישום היא להביא לידיעת הציבור את דבר קיומו, מטרותיו ונכסיו של ההקדש ואין לו השלכות על מהותה של הנאמנות על פיה נוצר ההקדש. משנרשם שטר הקדש על ידי בית הדין הרבני בשנת 1942, שנתיים קודם להופעת האפוטרופוסים בפני בית המשפט המחוזי המנדטורי, הרי שלא נותרו בידם זכויות בנכס האמור.

בסעיף 14 לפסה"ד בעניין לבנון קבע בית המשפט כי רישום ההקדש בספרי האחוזה אינו קונסטיטוטיובי, ולא הנייר שהוגש למשרד ספרי האחוזה הוא הקובע את כשרות הפעולה, אלא המסמך המקורי באשר הוא שם, וכהאי לישנא:

"גם טענה זו אינה מתקבלת על דעת. ראשית: לא הובאה לפנינו כל אסמכתא לכך, כי רישום ההקדש (לגבי נכסי דלא נידי) הוא באמת קונסטיטוטיובי, וכי הוא היוצר את עצם ההקדש. שנית – וזה העיקר: הוקפיה שהוגשה למשרד ספרי האחוזה כללה, כאשר נקבע על-ידי השופט המלומד של בית המשפט המחוזי, גם את פסק דינו של הרב פאפו, וכפי שאנו רואים מתוך התיק, מודבק העתק הפסק, כנספח, בגוף העתקה של הוקפיה, ולכן העדר זכרה ברישום אינו לא מעלה ולא מוריד, ואין בידו לפסול את עצם הרישום.

נקוט כלל זה בידך: לא הנייר שהוגש למשרד ספרי האחוזה הוא הקובע את כשרות הפעולה, אלא המסמך המקורי באשר הוא שם, ואם מסמך זה, כשהוא לעצמו, יכול לשמש בסיס לעיסקה (טרנסקציה) שנרשמה אין כל חשיבות לתיאור שניתן לו בספרי האחוזה."

משהוכח שהנייר המקורי הוא שטר הקדש דתי שנעשה בפני בית הדין הרבני על פי הדין הדתי, מתבקשת המסקנה שאין כל חשיבות לרישום ההקדש הציבורי אצל רשמי התאגידים והמקרקעין.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לפיכך, אנו דוחים את טענת המערערים וב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי רישום ברשם ההקדש אצל רשם התאגידיים ובשם המקרקעין כהקדש ציבורי שולל מבית הדין הרבני את הסמכות לדון ביצירתו של ההקדש ובענייניו הפנימיים.

### ההליכים בבית המשפט המחוזי המנדטורי – שלא בסמכות ושלא על פי דין

גם באשר לטענת המערערים וב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי אין לבית הדין סמכות לדון בענייניו של ההקדש משום שבשנת 1944 פנו אותם האפוטרופוסים לבית המשפט המחוזי וביקשו שענייני ההקדש ינוהלו בפניו, וכך ה"פה" אשר ביקש את ניהול העניינים בפני בית הדין הרבני דאז הוא ה"פה" אשר העביר את ניהול העניינים לבית המשפט המחוזי – דעתנו היא שאין בה ממש הן בבחינת המשפט האזרחי והן מהפך ההלכתי.

כבר בראשית פרק זה נקדים ונאמר כי מהימנותו של המסמך, נספח ה' לכתב הערעור (צו בית המשפט המחוזי מיום 15.3.1944), מוטלת בספק.

בית הדין בהחלטתו מיום ח' באב תשע"ג (15.7.2013) ביקש מארכיון המדינה לקבל צילום של תיק בית המשפט המחוזי המנדטורי בירושלים שמספרו 68/44 (או תיק 58/44) במסגרתו ניתן צו בית המשפט המחוזי שהוא נספח ה' לערעור בתיק בית הדין הגדול.

בהמשך לכך, בית הדין ביקש מהלשכה המשפטית בהנהלת בתי הדין לתאם את המצאת צילום התיק לבית הדין. למרבה הצער התקבל מכתבו של היועץ המשפטי לשיפוט רבני (כתוארו אז) עו"ד הרב שמעון יעקבי שבו נאמר כי הן תיק 68/44 והן תיק 58/44 נושאים שמות שונים מן השמות המופיעים בצו שהוא נספח ה' הנ"ל, ונושאים התיקים שמות שונים לחלוטין מן העניין נספח ה' וללא כל קשר אליו. עוד הוסיף שאף בהזמנת מכלים שמספרם 732, 733 ו-735 לא נמצא דבר.

ביום י"ד באלול תשע"ג (20.8.2013) ניתנה החלטה ולפיה בבדיקה בארכיון המדינה נמצא כי תיקי בית המשפט המחוזי המנדטורי שמספרם 68/44, 58/44 נושאים שמות שונים לחלוטין משמות הצדדים נשוא נספח ה' לכתב הערעור ותוכן התיקים אינו קשור לענייננו.

בגוף ההחלטה הנ"ל התבקשו ב"כ היועץ המשפטי ורשם ההקדשות לפעול בדחיפות ועד ליום ד' בתשרי תשע"ד (8.9.2013) להמציא לבית הדין את צילום התיק נשוא נספח ה' האמור.

ביום ה' בתשרי תשע"ד (9.9.2013) התקבלה לתיק הודעתו של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי מבירור בארכיון עולה כי תיקים אלו אינם מצויים.

לאור ממצאים אלו מעלה בית הדין ספק ותהיות בהימנותו של המסמך האמור (נספח ה' לכתב הערעור) והאותנטיות שלו.

כמו כן, מתוך המסמך האמור (החלטת בית המשפט המחוזי מיום 15.3.1944) נוכל לראות בבירור שהאנשים שהופיעו עם ב"כ כלל לא ביקשו המרת הקדש דתי להקדש ציבורי. הם לא גילו לבית המשפט ששנתיים קודם לכן הופיעו בפני בית הדין הרבני וייסדו הקדש דתי על פי הדין הדתי בהתאם לשטר ההקדש. לא ברור לבית הדין מה היו שיקוליהם לפנות לבית המשפט מכל מקום ברור שהייתה הטעיה והסתרת האמת הצרופה.

משקבענו כי ההקדש נוסד על ידי בית הדין הרבני בשנת תש"ב (1942), אין חולק ששטר הקדש זה קדם בשנתיים ימים להחלטת בית המשפט המחוזי למנות נאמנים להקדש. ממילא לא הייתה אפשרות וסמכות לנאמני ההקדש לפנות לבית המשפט בעניין זה, והפנייה הייתה בלתי חוקית ושלא בידיעת בית הדין הרבני.

ברי הוא כי פעולות בלתי חוקיות אלו אין בכוחן להפקיע את הסמכויות החוקיות של בית הדין בנוגע לניהולו הפנימי של ההקדש, לרבות מינוי נאמנים מטעמו לפי שיקול דעתו.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

מאחר שההקדש הציבורי שנרשם לפי החלטת בית המשפט המחוזי המנדטורי מיום 15.3.1944 בתיק 58/44 נעשה שלא כחוק ובחוסר סמכות, הרי משבחינה חוקית טהורה הוא בטל מעיקרו.

כלל ידוע הוא שכל פסק דין אשר ניתן על ידי בית המשפט או בית דין בעניין אשר אינו במסגרת סמכותו העניינית – בטל מעיקרו, ומשמעות הדבר היא כי אין לו כל תוקף משפטי וקביעותיו העובדתיות אינן מחייבות (ראו: ע"א 255/89 פרדו נ' מ"י, פ"ד מו(5) 641).

בסעיף 6 לפסק הדין בע"פ 476/78, 560/78, 31/79 (ביטון נ' מדינת ישראל) נאמר:

"כלל גדול הוא, כי מקום בו נוטל בית משפט סמכות שאינה קנויה על פי דין, החלטתו היא כאין וכאפס ובטלה מעיקרה, וכל אימת שיידרשו לביצועו של פסק הדין, תהיה כל רשות שיפוטית מוסמכת להצהיר על בטלותו, כל בית משפט שלפניו תועלה טענת הבטלות בשל העדר סמכות, יהיה חייב לדון בה ויהיה עליו להתעלם מן ההחלטה אשר כמוה כאין וכאפס".

ובע"א 680/84 (אלי שני נ' יעל שני, פ"ד לט (2) 444, בעמ' 447) בסעיף 6 לפסק הדין של בית המשפט העליון נאמר:

"צו שניתן מחוסר סמכות, הוא בטל מעיקרו. לא הייתה מניעה, לכן, שבית המשפט המחוזי יתקוף אותו בעקיפין. צו כזה אין צורך לתקפו בהתקפה ישירה בבג"ץ".

וכן בספרה של ד"ר נינה זלצמן "מעשה בית דין בהליך אזרחי" (עמ' 201) נאמר:

"הכלל הוא שרק פסק דין סופי שנתן בית משפט בסמכות כדין, יכול להוות מעשה בית דין. כאשר היה בית המשפט חסר סמכות לפסוק בתובענה שהובאה לפניו, בטל פסק הדין מעיקרא ואין בכוחו למנוע התדיינות נוספת בין בעלי הדין בגין אותה עילת תביעה או בשל אותה פלוגתא".

זאת ועוד, אף שמר חיים צבי גרינברג הגיש הבקשה לבית המשפט המחוזי המנדטורי להכרזת קרקעות בית הכנסת בתור הקדש צדקה, וכמשיבים הופיעו ה"ה אשכנזי וסלמון גבאי ההקדש, דעתנו היא שאין הסכמת צדדים אלה להקנות סמכות לבית המשפט מועילה דבר, שכן צדדים לדיון אינם יכולים להתנות על קיום סמכות עניינית וההסכם ביניהם אינו תופס (ראו: בג"ץ 507/85 תמימי נ' שר הביטחון, פ"ד מ(2) 505).

וכבר אמר בית המשפט העליון (בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הגדול ואח', פ"ד סא (1) 259) שאין בידי ערכאת השיפוט אלא מה שהחוק שהקימה הקנה לה, והסכמת הצדדים להקנות סמכות שלא ניתנה בחוק אינה מצויה בגדר סמכותה של הערכאה המשפטית. ונצטט מהאמור שם בסעיף 15 לפסק הדין;

"מערכת השיפוט הממלכתית בישראל, וערכאות השיפוט לסוגיהן, יונקות את סמכויותיהן מן החוק. החוק הוא שמקים אותן, הוא שתוחם את גדרן ופעולתן, והוא שמגדיר את תחום סמכויותיהן הענייניות והמקומיות. כך הוא לגבי ערכאות השיפוט האזרחיות; כך הוא לגבי מערכות השיפוט המיוחדות, ובתוכן מערכת בתי הדין של העדות הדתיות בישראל. בכלל אלה מצוי גם בית הדין הרבני בישראל.

בהגדרו את סמכויותיהן של ערכאות השיפוט השונות בישראל התכוון החוק לא רק לקבוע מה יהיה תחום תפקידה ואחריותה של המערכת על זרועותיה השונות. הוא ביקש, בה בעת, גם לשלול את כוחה של ערכאה שיפוטית לדון ולהכריע בעניין שלא הופקד בידיה מכוח החוק ואינו מצוי בתחום כוחותיה הטבעיים.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

להגדרת סמכויותיהן של ערכאות השיפוט יש מימד כפול, חיובי ושלילי: היא מהווה מקור סמכות ואחריות מצד אחד, והיא שוללת, בה בעת, הפעלת סמכות וכוח שלא הוקנו כאמור.

אין בידי ערכאת השיפוט אלא מה שהחוק שהקימה הקנה לה, וככל שמוטלת עליה אחריות להכריע במחלוקת במסגרת הסמכות שהוקנתה לה, כך חלה עליה חובה הנגזרת מן החוק ומתפישת הממשל הדמוקרטי שלא לדון ולא להכריע בעניין המצוי מחוץ לסמכותה על פי חוק.

תנאי מוקדם ומחייב לפעילותה התקינה של מערכת שיפוט הוא בהגדרה ברורה וממצה של מסגרת הסמכויות וחלוקת התפקידים המוטלים על ערכאותיה השונות. בלא הגדרת סמכויות ממצהו ייחודית, מיטשטש המבנה המערכתי שניבנה על פי החוק, ויציבות תפקודו אינה מובטחת. ההרמוניה הנדרשת בתחום פעולתן של זרועות השיפוט השונות, ומערכת היחסים ביניהן, נפגמת; משתבשת הקצאת המשאבים המקצועיים, המינהליים והתקציביים לערכאות השונות, העלולה לפגוע פגיעה ישירה ביעילותה של המערכת השיפוטית וברמת הביצוע של התפקיד השיפוטי. מתערפל ייחודה של האחריות המוטלת על השופט, המחייבת קיומה של מסגרת סמכות ברורה, שבצידה אחריות וחובת הכרעה. וכך, הכרה בכוחה של ערכאת שיפוט לפסוק בעניינים שלא הועברו לסמכותה ולאחריותה על פי הדין, עלולה לשבש באורח מהותי את האיזון הפנימי הנדרש במבנה מערכת השפיטה, ולפגוע פגיעה קשה במעמדה ובתפקודה.

פועל יוצא מדברים אלה הוא כי סמכות ערכאת שיפוט, באשר היא, אזרחית או דתית, נקנית מכוח הדין, ואין היא נושאת כוח לשאוב את מקורה מהסכמת הצדדים, אלא מקום שהחוק עצמו ראה להכיר בהסכמה כזו, בנסיבות מסוימות, כמקור לסמכות הכרעה. כך, לדוגמה, הבחין החוק, לעניין תוקפה של הסכמת הצדדים, בין חלוקת סמכויות עניינית לחלוקת סמכויות מקומית בין ערכאות שיפוט. הוא נכון להכיר, בתנאים מסוימים, בהסכמת הצדדים כמקור מוכר לשינוי סמכות מקומית שנקבעה. בתקנה 5 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984, נקבע כי בהינתן קיומו של הסכם בין בעלי דין על מקום שיפוט, תוגש התובענה לבית המשפט שבאזור שיפוטו מצוי אותו מקום. הגמישות היחסית בענייני הסמכות המקומית, והנכונות להכיר בהסכמת הצדדים כמקור לסמכות כזו, נובעות כל כולן מהחוק, ושואבות כוחן מהוראותיו. לא כך הוא לגבי הסמכות העניינית. דרך כלל, אין החוק מכיר בכוחה של הסכמת בעלי הדין לשנות מכללי הסמכות העניינית, כפי שעוצבו בחקיקת המדינה.

לאור האמור, ומאחר שההקדש דנן נוסד כהקדש דתי בפני בית הדין הרבני כשנתיים קודם לפניית האפוטרופוסים לבית המשפט המחוזי המנדטורי (בשנת 1942), אנו סבורים שלא היה בידי בית המשפט הסמכות לדון ביצירת הקדש ומינוי הנאמנים. משפעל שלא כחוק ובחוסר סמכות כל קביעותיו בנוגע להקדש אינן מחייבות ובטלות מעיקרן.

יצוין כי קביעה זו מתייחסת גם להחלטת בית המשפט המחוזי בירושלים במסגרת הליך ה"פ" 12-05-102384, העוסק בדבר מינוי נאמנים חדשים להקדש מושא ערעור זה.

יובהר שאין בית הדין בא להטיל אשמה חלילה בערכאות המשפטיות – בית המשפט המחוזי המנדטורי (דאז) ובית המשפט המחוזי בירושלים דהיום – בגין נטילת סמכות שלא כדין ופגיעה בעיקרון כיבוד ערכאות. לא זו כוונתנו, שכן העובדה שההקדש נוסד תחילה בפני בית הדין הרבני לא הובאה לידיעתו של בית המשפט טרם דן בעניינו והחליט בצו בדבר ההקדש הציבורי או מינוי נאמנים חדשים.

לא ברור לבית דין מי הניע ומה הביא את הנאמנים להופיע בפני בית המשפט המחוזי המנדטורי בשנת 1944 ולכונן בפניו הקדש ציבורי בה בעת שעל החלקה והבית שעליו בית הכנסת 'בית יהודה'

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

חל כבר הקדש דתי וכמפורט בשטר ההקדש, אך תהא התשובה לשאלה זו אשר תהא – אין במעשיהם של הנאמנים, שנעשו שלא כדין, כדי להעתיק את הסמכות בענייניו של ההקדש מבית הדין אל בית המשפט, ואין במניעיהם – ויהיו אשר יהיו – כדי למנוע את בטלותן של ההחלטות שניתנו שלא בסמכות ועל יסוד הטעייתו של בית המשפט.

וראו והשוו לאשר נפסק בע"א 11593/05 (היועץ המשפטי לממשלה נ' הקדש העדה הספרדית בעיה"ק צפת מירון (17.10.2006), פסקה 10 לפסק הדין) לעניין הקדש שנדון במשך עשרות שנים בבית דין רבני והמדינה אף הייתה צד לאותם הליכים:

"אף אם בית הדין הרבני דן בפועל בניהול ההקדש אין זה מצביע על כך שההקדש כונן במקור בפני בית דין רבני. אף בכך שהמדינה לא העלתה כל טענה בדבר העדר סמכות של בית הדין הרבני אין כדי להועיל למשיבים 10-12, שכן הסכמת הצדדים אינה יכולה להקנות לערכאה שיפוטית סמכות לדון בהליך שאין לאותה ערכאה סמכות עניינית לגביו (ראו: בג"ץ 6103/93 ט' לוי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(4) 591, 617; רע"א 4991/03 ג'חיל נ' לוי, פ"ד נז(5) 558, 556). על כן ככל שניתן להסיק מהיותה של המדינה צד להליכים בבית הדין הרבני על הסכמתה לכך שבית דין הרבני מוסמך לדון בענייני ההקדש, הרי אין די בהסכמה זו כדי להקנות סמכות לבית הדין הרבני, כל עוד לא הוכח שההקדש אמנם כונן מלכתחילה בפני בית דין רבני."

לענייניו אפשר לומר כי משעה שהתברר כי ההתדיינות בענייניו של הקדש בית יהודה לפני בית המשפט המחוזי בטעות יסודה, מן הדין להחזיר עטרה ליושנה ולקיים את סמכות בית הדין הרבני בענייניו של הקדש זה.

נוסף ונטעים את הדברים גם מההיבט ההלכתי:

מאחר שההקדש הוקדש תחילה כהקדש דתי בפני בית הדין הרבני הרי שבהתאם להלכה וכפי שהוסבר לעיל בהרחבה (בפרק שכותרתו "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט או הקדש לבית הכנסת") "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט" (קידושין כח ע"ב) ולאמירה זו ישנן השלכות ותוצאות קנייניות, וכפי שהובהר לעיל (שם) מלבד התשתית ההלכתית הרחבה שיש לקביעה זו גם במשמעויותיה הגורפות והרחבות ביותר, קיימת גם תשתית איתנה למסקנה שלפיה אף לשיטת המצמצמות את תחולתו של כלל זה ביחס ל"הקדש צדקה" עדיין כאשר ההקדש הוא לטובת נהנים מסוימים וכבנידון דידן וכן כאשר הוקדש נכס מסוים (ואין ההקדש רק התחייבות כספית לצדקה) – שוב, כבנידון דידן – יש להקדשה תוצאות קנייניות ומכוחה הוגבלו זכויותיהם של הבעלים – המקדישים ושל הנאמנים.

כלומר: משהופיעו האפוטרופוסים ה"ה סלומון ואשכנזי בפני בית הדין הרבני לרישום ההקדש (כפי שמפורט במכתב לבית הדין ובשטר ההקדש, נכס בשכונת בית יעקב ירושלים הידוע כחלקה מספר 17 בגוש 73, וכפי שמפורט עוד תוך אזכור קיומם של שישה חדרים כאשר שניים משמשים לבית תפילה והאחרים לבית לימוד לתינוקות של בית רבן) פעלו בכך פעולות קנייניות בנוגע לזכויות בנכס, והעבירו מבחינה משפטית את הזכויות בנכס לידי ההקדש. משכך הוגבלו מבחינה קניינית ולא יכלו להופיע ולערוך שינויים בנכס ההקדש או בסוגו בפני בית המשפט המחוזי המנדטורי.

למעלה מן הצורך ולמען הסר ספק נחדד את הדברים:

כאמור לעיל גם לו היה הקדש "בית יהודה" זהה להקדש גראף וגם לו כונן – עמו או בנפרד ממנו – בפני בית הדין השרעי, די היה בפעולות שנעשו בתרפ"ח (1928) כדי להכפיפו לסמכות בית הדין וכדי להיחשב ככינונו מחדש (וכפי שסבר בית הדין האזורי בתחילה), אלא שסבורים אנו כי הוכח והתברר (כמסקנתו של בית הדין האזורי) שאין זהות בין השניים ולכן אף לו קיבלנו את העמדה שלפיה הקדש גראף שנוצר בפני בית הדין השרעי לא כונן מחדש ולא הוכפף לסמכות בית הדין הרבני,

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

עדיין הייתה עומדת בעינה המסקנה בדבר חסיונו של הקדש בית יהודה בצל כנפי סמכותו של בית הדין.

קביעתנו כאן כי משנעשה ההקדש להקדש דתי והוכפף לבית הדין הרבני, שוב לא היו אפוטרופוסיו או אחרים יכולים להפכו להקדש ציבורי או לפעול פעולות קנייניות או משפטיות שלא על דעת בית הדין ובכלל זה – לא היו יכולים להוציאו מסמכות בית הדין ולהכפיפו לבית המשפט, אינה תלויה בשאלה מכוח מה הוכפף ההקדש לסמכות בית הדין והיה להקדש דתי:

לאמור, לא סוף דבר אם נוצר הקדש מתחילה בפני בית הדין, כהקדש דתי – וכאמור כך הם פני הדברים לדעתנו בענייניו של הקדש בית יהודה – שאין יכולת לפעול כנ"ל שלא על דעת בית הדין, אלא אף אם נוצר ההקדש תחילה שלא בפני בית הדין הרבני כי אם בבית הדין השרעי ורק אחר כך כונן מחדש בבית הדין – גם אז אין מקום לאמירת "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", לא במישור ההלכתי ואף לא בזה המשפטי־אזרחי, שכן המחוקק המנדטורי יצר את האפשרות להכפפת ההקדש שנוצר שלא בפני בית הדין הרבני – לסמכותו של בית הדין, וכפי שהוסבר לעיל באריכות, אך לא יצר מסלול הפוך.

כך גם נקבע במפורש בסעיף 43 לפקודת ההקדשות לצרכי צדקה, 1924: "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". לא למותר לציין כי הכותרת לסעיף זה היא: "אין הפקודה חלה על וקף או הקדשות דתיים". דברים אלו משתלבים עם האמור במבוא לפקודה זו: "והואיל ורצוי לקבוע הוראות להסדרת ההקדשות לצרכי צדקה שהקדישום בפלשתינה (א"י) שלא לפי החוק הדתי". כלומר, פקודה זו אינה יכולה לחול על נכס שהוא נושא להקדש דתי.

המסקנה העולה היא שהן בראי המשפט האזרחי והן מבחינת המשפט העברי, ההקדש מושא ערעור זה הוא הקדש דתי בכל הנוגע ליצירתו וניהולו הפנימי של ההקדש והסמכות היא לבית הדין הרבני על פי הדין הדתי. משכך, לא היה בידי בית המשפט המחוזי המנדטורי הסמכות לדון ביצירת הקדש ציבורי ומינוי הנאמנים.

### שטר ההקדש הדתי מיום כ"ד תמוז תש"ב (9.7.1942) – ללא תנאי חזרה או ביטול

כחוזק וראיה לאמור לעיל נציין כי משטר ההקדש שנעשה בפני בית הדין הרבני בשנת 1942 עולה כי המקדישים – האפוטרופוסים ה"ה סלומון ואשכנזי – לא הותירו בידם את האפשרות לשנות את תנאי ההקדש או לבטלו. לפיכך לא הייתה להם אפשרות להקדיש שוב את הנכס במועד מאוחר יותר (בשנת 1944) כהקדש ציבורי בפני בית המשפט המחוזי – לא זו בלבד על פי הדין הדתי שעל פיו נוצר ההקדש אלא אף אליבא דחוק הנאמנות (לו היה זה קיים באותה עת ולו חל על הקדש זה).

סעיף 18 (ב) לחוק הנאמנות קובע כי:

"אחרי תחילת ההקדש אין יוצרו רשאי לשנות את תנאיו, לגרוע מנכסיו או לבטלו, אלא אם שמר לעצמו זכות לכך בכתב ההקדש או שבאו על כך הסכמת הנהנים או אישור בית המשפט."

הרציונל העומד מאחורי סעיף זה הוא הוא העומד גם מאחורי האמור בדברינו, ולמותר להבהיר כי בענייננו מתחייב לא אישורו של בית המשפט אלא של בית הדין. כללו של דבר: לאחר תחילת ההקדש ובהינתן שהמקדיש לא שייר לעצמו זכות זו – אין המקדיש יכול לשנותו אלא בהסכמת הנהנים או אישור הערכאה שאליה כפוף ההקדש.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

תוקפו של ההקדש, יצירתו והנהלתו הפנימית בסמכותו של בית הדין הרבני

לקראת סיומו של מסע זה ולמען הסר כל ספק, יצוין כי אין מקום לתמוה על כך שבית הדין דן ומנהל הליכים משפטיים בעניין ההקדש מושא ערעור זה בו בשעה שמועלות טענות לכאורה, המעוררות שאלה אם קיים הקדש דתי כלל, שכן ברור הוא לבית הדין שמבחינה משפטית דיון בתוקפו וביצירתו של ההקדש הוא בסמכותו הבלעדית של בית הדין הרבני.

בהקשר זה יצוין כי בית המשפט בעניין עו"ד מולכו הכריע כבר, כי תוקפו של הקדש הוא עניין הנוגע ליצירתו או הנהלתו הפנימית.

וראו ציטוט דברי בית המשפט בסעיף 29 לפסק דין הנ"ל:

"השאלה היא, האם תוקפו של הקדש הוא עניין הנוגע ליצירתו או הנהלתו הפנימית, ונראה כי התשובה לכך היא חיובית. אם הקדש נוצר לפני בית דין דתי לפי דין דתי, שאלות הנובעות מיצירתו יידונו בפני בית הדין הדתי, גם אם הן מתעוררות לאחר קיומו של ההקדש. לעניין זה ר' ה"פ (נצרת) 531/97 הקדש העדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון באמצעות האפוטרופסים נ' רשם ההקדשות ואח', תק-מח 2005 (4) 661, 665, בו נדונה בקשה להצהיר על קיומו של הקדש על פי סעיף 17(ג) לחוק הנאמנות. בית המשפט קבע כי ככל שמדובר בהקדש שנוצר לפני בית הדין הדתי על פי הדין הדתי, הסמכות להצהיר על קיומו של הקדש נתונה לבית הדין הדתי. הטוען לסמכותו של בית הדין הרבני צריך להוכיח כי ההקדש נוצר לפני בית הדין הדתי על פי הדין הדתי. כך למשל, בעניין בורוכוב כחן בית המשפט האם נשיאות הרבנות הראשית לישראל שימשה בית דין רבני באותה תקופה (פסק דין בורוכוב, בעמ' 3170).

וכן ראו בבג"ץ 293/52 (ע' עמיצור נ' יו"ר ההוצל"פ, בית המשפט מחוזי ת"א ואח', השופט זילברג, בסוף סעיף 6 לפסק הדין) כדלהלן;

"אף אתה ענה לו: יהא אשר יהא על סמכות בית הדין לדון ולהחליט בענין, הוא, על כל פנים, מוסמך לברר את העובדות הקובעות את עצם סמכותו (ראה בג"ץ 50/46 (1946), אל"ר 594, בע' 595, (2)). נמצא כי לפחות בנקודה זו – לגבי עצם קבלת ההודאה – אין לטעון נגדו טענת חוסר סמכות."

ועל כך נוסף את שצינו לעיל כי לאחרונה בבג"ץ 1173/17 (פנינת המיתרים בע"מ נ' בית הדין הרבני האזורי י-ם ואח' (פורסם בנבו, 16.2.2017)) נאמר ע"י בית המשפט (כב' השופט נ' הנדל):

"אין כל מניעה שבית הדין הרבני ידון בשאלת סמכותו העניינית (בג"ץ 673/89 שולמית משולם נ' בית הדין הרבני הגדול, מה(5) 594, 598 (1991); בג"ץ 89/86 שולמית משולם נ' בית הדין הרבני האזורי (06.03.1986))." (ההדגשות הוספו).

לאור האמור משהועלו טענות שונות נגד סמכות בית הדין לדון בתוקפו של ההקדש סבור בית הדין שיש לדחותם מכול וכול.

בנקודה זו בית הדין מוצא לנכון להבהיר כי ניהולו הפנימי של ההקדש כולל בין היתר מתן הוראות לביצוע היעיל של ההקדש ומטרותיו, מינוי נאמנים, פיטורי נאמנים, מתן הוראות לנאמנים מפורטים להעביר את כלל הנכסים, ספרי חשבונות ויתר מסמכים שברשותם אל נאמנים חדשים שמונו (ראו: ע"א 256/71 אל סמאר נ' אלעלמי, פ"ד כו(1) 505; ע"א 27/49 מרדכי לבנון נ' אברהם אלמליח, פ"ד ג 68; בג"ץ 231/57 ועד עדת הספרדים ירושלים נ' יו"ר ההוצל"פ, פ"ד יב(640)).

משכך, ברור ונהיר, כי הרכב נאמני ההקדש ומינוי האפוטרופוסים על נכסי ההקדש הוא בתחום הניהול הפנימי של ההקדש ונתון לסמכותו הייחודית והבלעדית של בית הדין הרבני (ראה ע"א 27/49 הנ"ל בעמ' 82).

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

עוד ראה לעניין זה בספרו של ש' כרם, **חוק הנאמנות**, תשל"ט–1979 (מהדורה רביעית, 2004, בעמ' 832) כי בגדר הניהול הפנימי רשאים נאמנים להקדש דתי לבקש מבית הדין הוראות כיצד לפעול או לברר זכויות וחובות של נהנים או של צד ג', וכמו כן, יכריע בית הדין במחלוקת שבין נאמנים בדבר דרך פעולתם.

כאסמכתה לדבריו ציין לע"א 5444/95 (עמותת בני מוטרונת הגליל נ' הארכיבישוף מקסימוס סלום, פ"ד נא(4) 811). שם קבע בית המשפט כי השאלה מה יסווג כניהול פנימי אינה תלויה בהכרח בזהות הצדדים אלא במהות העניין, וראה שם (בעמוד 826) כי בית הדין הדתי יכריע במחלוקת בין נאמנים בדבר דרך פעולתם וכדברי בית המשפט (שם):

"ככלל, ניהול החשבונות ומסירתם לנהנים הם חלק מפעולות שעל נאמן לבצע כחלק מהניהול של ההקדש [...] בעניין שלפנינו טענו המערערים כי הסעד המבוקש אינו נוגע לניהול הפנימי כיוון שמדובר בשמירה על ההקדשות מפני חיסולם [...] מכירת נכס מנכסי ההקדש לא בהכרח מצביעה על חיסולו של ההקדש ועומדת בעינה האפשרות כי התמורה שהתקבלה עשויה לשמש את המטרה שלשמה הוקדש הנכס במקור. ייתכן כי שונה הדבר אם יוכח שהנאמן ביצע עיסקה עם צד ג' תוך הפרת חובתו להקדש, ובניגוד למטרותיו של ההקדש במגמה לחסלו. בנסיבות כאלה, סעדים שיתבקשו בקשר לעיסקה כזו לא ייחשבו כחלק מהניהול הפנימי. אלא שהמערערים עתרו לסעד כללי של מתן חשבונות ולא לסעד הכרוך בעיסקה הנדונה שניסיבותיה לא הוכחו כלל."

המסקנה העולה כי במקרה כשלפנינו שבו עניין לנו בהקדש שנוצר בשנת תש"ב (1942) בפני בית הדין הרבני על פי הדין הדתי, ללא תנאי חזרה או אפשרות לבטלו. הסמכות לדון בכל הנוגע ליצירתו וניהולו הפנימי של ההקדש לרבות בנוגע לשאלות בתוקפו ויצירתו, גם אם מתעוררות לאחר קיומו של ההקדש הציבורי (אם בכלל), היא ללא ספק לבית הדין הרבני ומשכך יש לנהוג על פי החלטותיו בעניין ההקדש ומינוי הנאמנים.

### לקראת הכרעה

חברת האשד פתחה את ההליך מושא הערעור. על פני הבקשה שהגישה נרשם כי היא מוגשת בשם המפקח על ההקדשות בבתי הדין הרבניים. בכריכת התיק נרשם כי הוא נפתח על ידי חברת האשד בפטור מאגרה בהיותם "ממונים מטעם ההנהלה". וזאת לדעת כי חברת האשד זכתה על פי החלטת ועדת מכרזים של הנהלת בתי הדין מיום י"ז במרחשוון תשס"ה (1.11.2004) ב"מכרז 11/סב – איתור הקדשות נטושים ושיקומם", ופעלה בזמנו מטעם המפקח על ההקדשות. אך במהלך ההתדיינות בערעור התברר על פי מסמכי המכרז שצורפו לתיק בית הדין הרבני הגדול, כי תקופת ההתקשרות לפי המכרז היא שנה אחת עם אופציה להארכה. חברת האשד לא צירפה אסמכתה כי ההתקשרות הייתה בתוקף במועד פתיחת התיק בבית הדין האזורי. על פי החומר שלפנינו בתיק ערעור זה, הסכם התקשרות עמה הוארך רק עד לתאריך י' בטבת תשס"ז (31.12.2006). משכך, לא ברור לנו מכוח מה ובאיזה מעמד הופיע הרב ירוחם פישל אדלר ופתח את ההליך מושא תיק ערעור זה. נראה שהימרה לפתוח את ההליך בשם המפקח על ההקדשות היא בלא בסיס משפטי.

מהחומר שהוגש במסגרת הליכי הערעור עלה כי קיים קשר משפחתי בין גב' צפורה שחור אשר לה שלישי ממניות חברת הא.ש.ד. לבין מי שהיה ב"כ מוסדות עץ חיים ואף בזמנים מסוימים נאמן בהקדש עץ חיים – בעלה – עו"ד יוסף שחור. קשר זה מעלה כבר על פני הדברים בעיה של ניגוד עניינים ופגם של ממש בהגשת הבקשה של חברת הא.ש.ד. לבית הדין עוד החל בראשיתו של ההליך ביום ב' שבט תשס"ח (9.1.2008), כשנתיים לאחר תום תקופת ההתקשרות הראשונה. ביקשנו על כך הסברים אך לא קיבלנו תשובות מספקות.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

טיפול חברת הא.ש.ד. בניהול התיק ותשובת מוסדות "עץ חיים" ללא הפניית תשומת לב בית הדין לקרבה המשפחתית שבין בעלת שלישי ממניות החברה ובין בא כוחם של מוסדות "עץ חיים" דאז מעורר תמיהה רבתי. אי אפשר ליטול אצטלה של דאגה למילוי מטרותיו של הקדש כאשר פועלים בניגוד עניינים מובהק. דרך פעולה זו מעלה חשד להתנהלות אינטרסנטית שלא בתום לב. אנו מביעים את מורת רוחנו מהתנהלותם בלתי־ראויה זו.

למרות זאת, משעלה העניין בפני בית הדין האזורי ומאחר שהמחלוקת בעניין הקדש "בית יהודה" עלתה גם בעבר, ובית הדין הוא הוא אביהם של הקדשות – סברנו שיש להכריע במחלוקת רבת השנים לגופו של עניין.

### מוסדות "עץ חיים" והקדש "בית יהודה"

הקדש ת"ת "עץ חיים" ואפוטרופסיו הם משיבים בתיק ערעור זה. מה מעמדם וזכויותיהם בהקדש בית יהודה?

אכן במשך כמה שנים ניהלו מוסדות "עץ חיים" תלמוד תורה לתינוקות של בית רבן בחלק משטח ההקדש. שימושם בנכס היה מכוח רשות של נאמני ההקדש ולשם מילוי מטרותיו. עם זאת, לא הובאה בפני בית הדין כל אסמכתה או ראיה כלשהי כי למוסדות "עץ חיים" זכות חוזית או קניינית בנכס ההקדש או בחלקו.

בית הדין חוזר בזאת על האמור בהחלטה מיום כ"ב בניסן תשע"ד (22.4.2014) כי צורפה אסמכתה בדמות פסק דין מיום כ"ד תמוז תרפ"ג בו ישנה התייחסות לת"ת "עץ חיים" ולשבעת החדרים אשר בשכונת בית יעקב הידועים בשם משכן ישראל, אך בית הדין סבור שאין בכך אסמכתה חד־משמעית כי מדובר בבית הכנסת "בית יהודה".

כמו כן, קשה להניח כי ת"ת "עץ חיים" המשיך לקיים מוסד נפרד לתלמוד תורה בשכונת בית יעקב בשנת 1910 מעת שחנך את הבניין ההיסטורי של "עץ חיים" ברחוב יפו הסמוך.

עד עתה ונכון למועד כתיבת פסק הדין לא הומצאה לבית הדין כל אסמכתה משפטית משכנעת בדבר זכויות כלשהן שיש למוסדות "עץ חיים" בייחס לשטח ההקדש.

דרך ההתנהלות של הקדש עץ חיים ואפוטרופסיו עם חברת האשד כאמור לעיל, מחזקת את ההסתיונות ממינויים לאפוטרופסים בהקדש בית יהודה.

לפיכך, הערעור על מינוי נאמני הקדש עץ חיים לנאמנים בהקדש בית יהודה – מתקבל. מינוי המשיבים 4, 5 ו-6 – תלמוד תורה והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים, הרב צבי אריה טוקצינסקי והרב נתנאל לינדר – לאפוטרופסים בהקדש בית יהודה, בטל.

### מעמדו של המשיב 7, הרב נפתלי חדש

המשיב 7 מקיים זה עשרות רבות בשנים כולל אברכים בחלק מהקדש בית יהודה. אמנם הכולל החל את פעילותו במקום במעמד של בר-רשות, אולם נראה כי הוא מקיים בהתמדה הראויה להערכה חלק מן המטרות היסודיות של ההקדש – תלמוד תורה.

לפיכך, לא מצאנו עילה להתערב בהחלטת בית הדין האזורי שראה בנסיבות העניין למנותו אפוטרופוס בהקדש.

### מעמדו של המשיב 8, הרב אהרן נשר (אדלר)

קראנו בעניין את עמדת המשיב 8. מעבר לסקירה העובדתית המעניינת לא מצאנו שיש לו מעמד בהקדש או זכויות כלפי ההקדש. הוא לא היה צד בבית הדין האזורי. מן החומר עולה כי הוא מחזיק

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

בפועל שטח מן ההקדש, ולא ברור מה הבסיס לכך. אפוטרופסי ההקדש רשאים לנהל הליך לעניין זה בבית הדין האזורי, ועליהם לדאוג שכל שטחי ההקדש יופעלו בהתאם למטרותיו.

### מסקנות

כאמור, אנו מסכימים עם הקביעה העובדתית של בית הדין האזורי שהקדש גראף והקדש בית יהודה הם שני הקדשות שונים, ומצאנו כי הקדש בית יהודה הוא הקדש דתי אשר נוסד כדין בפני בית הדין הרבני על פי הדין הדתי.

לפיכך, בית הדין הרבני הוא המוסמך לדון ולפקח בכל הנוגע ליצירתו ולניהולו הפנימי לרבות מינוי נאמנים-אפוטרופוסים.

לאור האמור מוחלט:

- א. בית הדין דוחה את הערעור לעניין סמכות בית הדין הרבני.
- ב. הערעור לעניין מינוי המשיבים 4, 5 ו-6 לנאמנים – מתקבל. המינוי בטל.
- ג. הערעור לעניין מינוי המשיב 7 לנאמן – נדחה.
- ד. פסק הדין מותר לפרסום.

ניתן ביום א' באב התשע"ז (24/07/2017).

הרב מיכאל עמוס

הרב יצחק אלמליח

הרב אליהו הישיריק