

**עיריית תל אביב יפו**

ע"י ב"כ עוה"ד אורנה אחרק-פרלוק ו/או שירי אשכנזי ואח'  
מהשירות המשפטי של עיריית תל אביב-יפו  
\*\*\*\*\*

**העותרת**

**נגד**

**1. בית הדין הרבני הגדול ירושלים**

\*\*\*\*\*

**2. הוועד הציבורי לשימור ההקדשות בעיר תל אביב**

**3. שמואל סופיוב**

**4. שמואל גורדנר**

**5. יהודית כרמון**

\*\*\*\*\*

**6. יחידת הפיקוח על ההקדשות בבתי הדין הרבניים**

\*\*\*\*\*

**7. עמותת בית הכנסת תפארת צבי תל אביב**

\*\*\*\*\*

**8. אגודת בית הכנסת תפארת צבי**

\*\*\*\*\*

**המשיבים**

**עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה**

**ובקשה מטעם המשיבה 6 להימחק מן ההליך**

בהמשך להודעתה בדבר התייצבותה להליך מכוח סמכותה לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה להגיש את עמדתה בעתירה שבכותרת, שהוגשה נגד פסק-דין של בית הדין הרבני הגדול (כב' הדיינים הרבנים מ' עמוס, ש' שפירא, א' שינדלר) בתיק 1383993/1 **הוועד הציבורי לשימור ההקדשות בעיר תל אביב ואח' נגד עיריית תל אביב-יפו, יחידת הפיקוח על ההקדשות בבתי הדין הרבניים, ואח'** (31.7.2023) (להלן: "**פסק הדין**"), כדלקמן;

1. עניינה של העתירה בבקשת העותרת כי בית המשפט הנכבד יורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

"מדוע לא יבוטל פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול (כב' הדיינים הרב מיכאל עמוס, הרב שלמה שפירא, הרב אברהם שינדלר) מיום 31.7.23 בתיק 1383993/1 **הוועד הציבורי לשימור ההקדשות בעיר תל אביב ואח'**

**נ' עיריית תל אביב-יפו, יחידת הפיקוח על ההקדשות בבתי הדין הרבניים  
ואח'').**

2. בפתח הדברים יצוין, כי המשיבה 6 מבקשת להימחק מן ההליך באשר היא אינה צד רלוונטי הנדרש לשם בירורו. יובהר, כי לא מתבקש סעד כלפי המשיבה 6 במסגרת העתירה. בנסיבות אלו, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על מחיקת המשיבה 6 מן ההליך.
3. כפי שיובהר להלן, בהתאם לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק הנאמנות"), סמכות השיפוט ביחס לענייני נאמנות והקדשות נתונה, ככלל, לבית המשפט המחוזי, וזאת בהתאם לסעיף 37 לחוק הנאמנות.
4. ביחס להקדשות דתיים, בסעיף 41(א) לחוק הנאמנות נקבע חריג לפיו בית דין דתי מוסמך לדון בעניין יצירת הקדש ובעניין ניהולו הפנימי של הקדש, **ובלבד שמדובר בהקדש דתי שנוצר לפי הדין הדתי לפני בית דין דתי**.
5. באשר לזהות מקדיש הנכס, הקדשת הנכס נעשית **על ידי הבעלים של הנכס או מי מטעמו**, שכן אדם לא יכול להקדיש נכס שאינו בבעלותו.
6. אשר למקרה שלפנינו, העובדות המפורטות בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, ובכתבי בי-הדין של הצדדים, מלמדות כי לא קיים כתב הקדש שנערך לפני בית הדין הרבני ואף לא קיים ממצא פוזיטיבי אחר המלמד על הקמת הקדש דתי לפני בית הדין הרבני. בנסיבות אלו, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בית הדין הרבני אינו מוסמך להכריז על קיומו של הקדש בנכס ולמנות לו נאמנים.

**עיקרי העובדות העולות מפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול**

7. כעולה מפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, בשנת 1947 קיבלה מועצת עיריית תל אביב החלטה על הקמת בית כנסת "תפארת צבי" בשטח של העירייה ועל רישום בית הכנסת כהקדש דתי במשרדי הרבנות:

"מחליטים להרשות הקמת בנייני קבע, לכשיוגשו התכניות המתאימות, במקום הצריפים העומדים על מגרשים עירוניים, למוסדות אלה:

1. בית הכנסת בשכונת רמה;
2. בית הכנסת ברחוב הרמן כהן;
3. מעון לילדים של ארגון אמהות עובדות.

החוזים יובאו עוד לאשור המועצה.  
מקבלים לתשומת את הצעת מר פיטשון כי בתכנית הבנין של בית הכנסת יצוינו החלק המיועד למתפללים אשכנזים והחלק המיועד למתפללים ספרדים.  
מאשרים את הצעת מר פנקס כי שני בתי הכנסת הנ"ל יִרשמו במשרד הרבנות כהקדש דתי".

צילום החלטת מועצת העירייה מיום 10.2.1947 מצורף לעתירה כנספח ע/3.

8. יצוין כי בהחלטת מועצת העירייה אין הוראות בעניין זהות נאמני ההקדש או הוראות אחרות לגבי תנאי הנאמנות.

9. מפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול עולה, כי חרף החלטת מועצת העירייה, העירייה לא יישמה את ההחלטה ולא פנתה לבית הדין הרבני לצורך רישום בית הכנסת כהקדש דתי ולא ערכה כתב הקדש.

10. כעולה מפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, המקרקעין נמסרו בפועל לניהולה של אגודה עות'מנית הגם שלפי טענת העותרת, לא נחתם הסכם מסודר להקצאת המקרקעין בין העירייה לבין האגודה.

11. לטענת העותרת, בשנים האחרונות, היא פנתה אל מתפללי בית הכנסת בבקשה כי יסדירו את המשך פעילות בית הכנסת כדין באמצעות הגשת בקשה להקצאת מקרקעי בית הכנסת לגוף מלכ"רי (מוסד ללא כוונת רווח), על פי נוהל משרד הפנים מספר 5/2001 בעניין **"הקצאת קרקעות ומבנים ללא תמורה או בתמורה סמלית"** (להלן: **"נוהל משרד הפנים"**), ועל פי הנחיות העירייה. לטענת העירייה, כך נעשה גם במקרים דומים אחרים שבהם מדובר בבתי כנסת הפועלים על מקרקעי ציבור של העירייה (סעיפים 15-17 לעתירה).

12. בהמשך לכך, הן המשיבה 7 והן המשיבה 8 הגישו לעירייה בקשות להקצאת הנכס לצורך ניהול בית הכנסת, אך הטיפול בהן הוקפא בעקבות פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול (בסעיף 18 לעתירה).

13. מפסק הדין ומכתבי בי-הדין שהוגשו במסגרת ההליך עולה, כי החל משנת 2020 מתנהל סכסוך בבית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בין המשיבה 7 והמשיבה 8 במסגרתו טוענים כל אחד מהם כי הם הממשיכים של האגודה העות'מנית וכי בית הכנסת צריך להיות בניהולם (ת.א. 56348-11-20 **אגודת בית הכנסת תפארת צבי נ' רשם העמותות**). בהחלטה מיום 11.5.2023 קבע בית המשפט המחוזי כי "אין כל מקום לנהל הליך בין שני הגופים שלפני, לגבי נכס אשר רשום על שם בעל אחר, והוא עיריית ת"א כאשר הבעלים הרשום מכחיש את הזכות של שני הגופים, מדובר בהליך סרק", ובהמשך לכך הורה כי יש לברר את הסעדים "רק לאחר הכרעת עיריית ת"א לגבי הקצאת המקרקעין". על ההחלטה שלא לפסול על הסף את המשיבה 8 במסגרת ההחלטה להקצאת המקרקעין, הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון שנדחתה (רע"א 5260/23 **עמותת בית הכנסת תפארת צבי תל אביב נ' אגודת בית כנסת תפארת צבי ואח'**, מיום 21.8.2023).

14. כעולה מפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, בשנת 2021 הגיש צד שלישי, עמותה בשם "הוועד לשימור הקדשות בעיר תל אביב", המשיב 2 להליך דנן, יחד עם עוד שלושה

ממתפללי בית הכנסת, בקשה לבית הדין הרבני האזורי בתל אביב להכריז על בית הכנסת כהקדש דתי ולמנות לו נאמנים מקרב מתפללי בית הכנסת (תיק 1348758/1). כעולה מפסק הדין, המשיב 2 השית את בקשתו על החלטת מועצת העיר משנת 1974. העותרת לא הייתה צד להליך, אבל מסרה את עמדתה בכתב לבית הדין בה ציינה, בין היתר, כדלקמן: "בכל תיקי הנכס, ההיתרים ורישומי העירייה, העירייה ביצעה בדיקה מקיפה ומעמיקה ולא מצאה כל מסמך נוסף המפרט את הצעת מר פוקס ו/או מסביר את הנימוקים להצעה זו, או שיש בה כדי לקבוע את העקרונות והדרך לניהול או רישום ההקדש. כמו כן, לא נערך כל שטר או הוראה מחייבת אחרת או כל מסמך שקובע את ניהול ההקדש. לכן, אין כל נימוק ראוי ומשכנע לרשום את שני בתי הכנסת כהקדש דתי, הואיל והינם רשומים בבעלות העירייה כך ראוי שישאר" (נספח ע/8 לעתירה).

עמדתה של הממונה על ההקדשות בבתי הדין הרבניים, שנרשמה כמשיבה בהליך בבית הדין הרבני האזורי, ונמסרה במהלך הדיון לפניו, הייתה כי בהיעדר שטר הקדש או אינדיקציה שהיה הקדש, אין לבית הדין הרבני סמכות להכריע בסכסוך.

15. בהחלטה מיום 29.6.2022 דחה בית הדין הרבני האזורי את הבקשה להצהיר על בית הכנסת כהקדש דתי או לכוון בו הקדש דתי. בית הדין האזורי הפנה להחלטת בית הדין הרבני הגדול בבד"ר 810397/1 בג"ץ 5026/24 **ועד ראשי הרשויות הערבית נ' שר האוצר הקדש בית יהודה נ' המפקח על ההקדשות בבתי הדין הרבניים** (א' באב תשע"ז, 24.7.2017) בה נקבע כי סמכותו של בית הדין בעניין הקדשות תלויה "בקיומם של שני יסודות: (א) "ייסוד" ההקדש בפני בית הדין הרבני; (ב) "ייסוד שנעשה" לפי דיני ישראל". באשר למקרה שלפנינו, בית הדין הרבני האזורי קבע כי החלטת העירייה על כינון הקדש אינה שטר הקדש אלא החלטה כי יירשם בעתיד שטר הקדש, וכי כל עוד שטר כזה לא נרשם, לא נוצר ההקדש ולא ניתן לייסד הקדש:

"אין בהחלטת המועצה משום ייסוד הקדש, אלא ההחלטה היא אישור כי בית הכנסת "ירשמו במשרד הרבנות כהקדש דתי". משמע – ירשמו בעתיד.

... כל עוד שטר כזה לא נרשם, לא נוסד ההקדש ולא ניתן לייסד הקדש."

בסופה של ההחלטה, קרא בית הדין האזורי לעיריית תל אביב לעמוד מאחורי החלטתה לכוון הקדש:

"לעת חתימה נקבע שראוי שעיריית תל אביב תעמוד מאחרי החלטה היסטורית הנוגעת למעמדו של אחד מבתי הכנסת החשובים ביותר אשר בתחומה אשר קול רינה ותפילה נשמעים בו למעלה משבעים שנה. מכל מקום, בית הדין אינו הערכאה המוסמכת לאכוף על העירייה את החלטותיה".

החלטת בית הדין הרבני האזורי מיום 29.6.2022 צורפה לעתירה כנספח ע/2.

16. המשיב 2 הגיש ערעור על פסק הדין לבית הדין הרבני הגדול. בערעור נטען בין היתר כי החלטת העירייה כוננה הקדש דתי, בהתאם לדין הדתי ובהתאם לדיני ישראל. כך, נטען, כי דבר ההקדשה היה ידוע ומפורסם ומתפללי בית הכנסת הסתמכו עליו. כמו כן נטען כי "מעמד החלטת מועצת העירייה אינו נופל מ"שטר הקדש" (ולמעלמה ממנו) ועומד בהחלט בתנאי דבר המלך". לטענת המשיב 2 בערעור, הצורך ברישום ההקדש, כפי שנקבע בהחלטת המועצה, הוא "טכני לחלוטין".

צילום הערעור מטעם המשיב 2 מצורף לעתירה כנספח ע/11.

17. בתגובתה לערעור טענה העירייה כי בשל השנים הרבות שחלפו מאז החלטתה משנה 1947, חלה עליה התיישנות, ולגופו של עניין, כי ההחלטה לא כוננה הקדש אלא ביטאה כוונה לכוון הקדש, שלא מומשה בסופו של דבר. כמו כן הדגישה העירייה כי אין צורך בקיומו של הקדש לצורך קיומו של בית הכנסת, וכי בתי כנסת רבים בתחומה פועלים ללא רישום הקדש דתי. עוד טענה העירייה כי ההליך בבית הדין הרבני לא נועד אלא לעקוף את ההליך המנהלי הנדרש להקצאת מקרקעין על ידי העירייה, וכן לעקוף את ההליך בבית המשפט המחוזי בסכסוך שבין המשיבות 7 ו-8, המוזכר לעיל, בשאלת זהות התאגיד שבא במקום האגודה העות'ומנית שניהלה את בית הכנסת.

כעולה מפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, בטיעוניה המשלימים הוסיפה העירייה כי היא אינה מעוניינת בכינונו של ההקדש אלא בהסדר ההקצאה כפי שהוא קיים בכל בתי הכנסת. כמו כן, טענה העירייה, כי החלטת מועצת העירייה משנת 1947 אינה תקפה ואינה מחייבת, משלא בוצעה משך כמעט שבעים וחמש שנים. לטענת העירייה, בכוונתה להביא את הנושא לפני מועצת העירייה, וכי בהתאם להחלטת ועדת מקרקעין, תובא לפני המועצה המלצה לבטל את החלטתה משנת 1947.

צילום תגובת העירייה לערעור מצורף לעתירה כנספח ע/9.

18. עמדות יתר הצדדים נסקרו בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול ולא יורחב כאן על אודותיהן. בתמצית בלבד יצוין כי, עולה מפסק הדין שהמשיבה 7 סמכה את ידה על החלטת בית הדין הרבני האזורי; שהמשיבה 8 טענה כי העירייה התייחסה בפועל אל המקום כאל הקדש, גם אם לא נרשם ככזה, ולכן לבית הדין הרבני הסמכות להידרש לנושא ההקדש; ושהמשיבה 3 הפנתה בין היתר להליך התלוי ועומד בבית המשפט המחוזי אשר לו סמכות מקבילה להידרש לנושא.

19. כמו כן, כעולה מפסק הדין, הממונה ומנהלת יחידת הפיקוח על ההקדשות בהנהלת בתי הדין הרבניים חזרה בדיון על העמדה שהוצגה לפני בית הדין הרבני האזורי לפיה סמכות בית הדין רבני חלה רק כאשר ההקדש כונן לפני בית הדין.

## תמצית פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול

20. ביום 31.7.2023, קיבל בית הדין הרבני הגדול את הערעור (תיק 1383993/1) וקבע בפסק דינו כי החלטת העירייה משנת 1947 יצרה הקדש דתי בתקופה שבה הדין לא חייב כינון של הקדש דתי לפני בית הדין. לחלופין, קבע בית הדין הרבני הגדול, כי החלטת העירייה יצרה נאמנות במקרקעין למטרת בית כנסת וכי בית הדין הרבני מוסמך לתת נפקות משפטית לנאמנות זו.
21. בית הדין הרבני הגדול דחה את טענות הסף שהועלו לפניו על ידי הצדדים. בכלל זה נדרשו לטענת המשיבה 3 לפיה עניינו של ההקדש תלוי ועומד בבית המשפט המחוזי וקבע כי ההליך בבית המשפט עוסק בעיקר בשאלות מתחום דיני העמותות (מי הם ממשיכי האגודה, אם המשיבה 3 רשאית לשאת את השם "תפארת צבי", מה דינם של כספי התרומה שגובה המשיבה 3), שהן שאלות שונות מזו המונחת לפניו (בסעיף 14 לפסק הדין).
22. כמו כן, דחה בית הדין הרבני הגדול את טענת העירייה להתיישנות (בסעיף 16 לפסק הדין).
23. בפסק דינו, סקר בית הדין הרבני הגדול את עיקרי המשפט המנהלי החלים על פעולות העירייה בהקשר להקצאת מקרקעין. בהקשר זה הפנה בית הדין הרבני הגדול לחזקת התקינות המנהלית (בסעיף 17 לפסק הדין); לסמכותה של העירייה מכוח סעיף 188 לפקודת העיריות [נוסח חדש] לעשות פעולות שונות במקרקעין (בסעיף 18 לפסק הדין); ולחובות החלות על הקצאת מקרקעין בפטור ממכרז למוסדות ציבוריים הפועלים שלא למטרות רווח, בהתאם לפסיקה של בית המשפט הנכבד ולנהלי משרד הפנים (בסעיף 18 לפסק הדין). כמו כן הפנה בית הדין הרבני הגדול לתבחינים שקבעה עיריית תל-אביב להקצאת מקרקעין ללא תמורה או תמורה סמלית וכן הבהיר כי בנוהל משרד הפנים בעניין תבחיני העירייה מובהר כי אלה "אינם חלים רטרואקטיבית על הקצאות קרקע שאושרו כדין, על ידי הגורמים המנהליים המוסמכים, עד לכניסה לתוקף של הנוהל והתבחינים. עד אז חלים הכללים המנהליים והוראות חקוקות אחרות, שעל פיהם נהגו קודם לאותו מועד" (בסעיף 18 לפסק הדין).
24. בית הדין הרבני הגדול עמד על ההבחנה בין עסקה במקרקעין שיש בה משום הוצאתם מידי העירייה והעברתם לגוף פרטי לבין פעולה כמו העברת זכות שימוש בקרקע שאינה שוללת מתושבי העיר את פירות הקרקע וקבע, כי מתן רשות להקים בית כנסת בקרקע עירונית אינו מוציא את הקרקע מן השימוש הציבורי: "קביעת מטרת השימוש בקרקע, כשהיא לעצמה, אינה בגדר "הקצאת מקרקעין" "לטובת אחר", והיא אינה כלולה במשמעות הלשונית הברורה ואף לא בתכלית העומדת ביסוד סעיף 65(2) לפקודת העיריות וביסוד סעיף 18(ב) לפקודת העיריות [נוסח חדש] שהחליף את הסעיף המקורי" (בסעיף 19 לפסק הדין).

25. לאחר מכן הפנה בית הדין הרבני הגדול לסוגיה של יצירת נאמנות במקרקעין למטרת הקדש בית כנסת. תוך הפנייה להלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד, וקבע כי מוסד ההקדש נחשב "מקרה פרטי" של נאמנות (בג"ץ 7446/17 מאהר סרחאן נ' הפטורופוס הכללי והכונס הרשמי, פסקה 52 (פורסם, 21.11.2018)). אך כי, לחוק הנאמנות אין תחולה ביחס לניהולם הפנימי של הקדשות דתיות שנוצרו לפני בתי הדין הדתיים לפי הדין הדתי לפני תחילת החוק (ע"א 5407/91 אגודת ישיבת דרש פורת יוסף נ' שאולוף (פורסם, 20.6.1993)). ביחס להקדשות שנוצרו לפני בית הדין הרבני על פי הדין הדתי לפני חקיקת חוק הנאמנות, כל עניין הנוגע ליצירה או לניהול פנימי הוא בשיפוט בית הדין הרבני. זאת, בהתאם לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל 1922-1947 (להלן: "דבר המלך במועצה") בו נקבע, בסעיף 53, כי לבתי הדין הרבניים יהיה "שיפוט ייחודי בכל עניין הנוגע ליצירתו או להנהלתו הפנימית של ואקף או הקדש דתי שנוצרו לפני בית הדין הרבני לפי הדין הדתי" (בסעיף 20 לפסק הדין).

26. בהמשך קבע בית הדין הרבני הגדול כי נאמנות יכולה להיווצר בדרכים שונות, לרבות בדרך של הכרזה המלמדת על כוונתו וגמירות דעתו של בעל הזכויות בנכס ליצור בו נאמנות. באשר לדרישת הכתב בעת יצירה של הקדש, אשר הוא כאמור מקרה פרטי של נאמנות, בית הדין הרבני הגדול הפנה לסעיף 17 לחוק הנאמנות בו נקבע כי "הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת (להלן – הקדש) טעונה מסמך בכתב (בחוק זה – כתב הקדש) שבו מביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש וקובע מטרותיו, נכסיו ותנאיו...". על כן, קבע בית הדין הרבני הגדול, כי ביחס להקדש "דרישת הכתב היא אפוא דרישה קונסטרוקטיבית... לעומת זאת, נאמנות על פי חוזה יכולה להיווצר גם בעל פה או בהתנהגות."

בנוסף הוסיף בית הדין הרבני הגדול כי "בהעדר כתב הקדש, בית המשפט מוסמך להצהיר על קיומו [של] הקדש אם "נמצאו נכסים המשמשים הקדש" (בסעיף 20 לפסק הדין, בעמוד 27-28). דומה, כי בעניין זה נסמך בית הדין הרבני הגדול על סעיף 17(ג) לחוק הנאמנות.

27. בית הדין הרבני הבהיר, כי "לא כל נכס נאמנות הוא הקדש, ולא כל הקדש הוא הקדש דתי בשיפוט בית הדין הרבני". כעולה מפסק הדין, לשם יצירה של הקדש דתי נדרשת פעולה שתיחשב כינון הקדש לפני בית הדין על פי הדין הדתי. כמו כן קבע בית הדין הרבני הגדול, כי "הכינון בפני בית הדין יכול להיעשות באופנים שונים שעיקרם דקלרטיביים, אבל כינון ההקדש בבית הדין הוא תנאי ליצירתו החוקית... אישור בית הדין הדתי על קיומו של הקדש דתי הוא פסק דין דקלרטיבי-קונסטרוקטיבי. הצהרת בית הדין על קיום ההקדש הדתי היא המכוננת את ההקדש" (בסעיף 20 לפסק הדין).

28. או אז נדרש בית הדין הרבני הגדול לשאלת "מעמדו של נכס שבעליו הועידו אותו באופן ברור ומפורש, בדרך המלמדת על גמירות דעת, להקמת בית כנסת ולהיותו הקדש דתי בשיפוט בית הדין הרבני, אך בפועל טרם כונן בו הקדש בבית הדין?"

לשאלה זו השיב בית הדין הרבני הגדול כי "נכס שהפך נכס נאמנות למטרת בית כנסת במסגרת הקדש דתי שיכונן בית הדין הרבני, ממשיך להיות נכס נאמנות למטרה זו עד לכינונו כדין לפני בית הדין. יוצר הנאמנות אינו יכול לבטל את הנאמנות באופן חד צדדי ובמיוחד כך לאחר שנהני הנאמנות שינו את מצבם ובנו את בית הכנסת בהסתמך על הנאמנות שנוצרה... אף אם הנכס אינו הקדש דתי חוקי, הוא נכס נאמנות הממתין לכינונו כחוק כהקדש בפני בית הדין הרבני" (בסעיף 20 לפסק הדין).

29. בנוסף, נדרש בית הדין הרבני הגדול לשאלת סמכות השיפוט **בעת החלטת העירייה**, בשנת 1947. לעניין זה קבע בית הדין הרבני הגדול כי בזמן שניתנה החלטת העירייה, תקנות כנסת ישראל, 1927 היו בתוקף, וכי תקנות אלה הרחיבו את סמכות השיפוט והפיקוח של בתי הדין של העדה היהודית על הקדשות יהודים, מעבר להוראות סימון 53(3) לדבר המלך במועצה. בפרט הפנה, בית הדין הרבני הגדול לתקנה 6(1) לתקנות כנסת ישראל בה נקבע, כי לשכות הרבנות ישמשו כבית דין ותהיה להן הסמכות הבלעדית "לרשום הקדשות נכסים לצרכי צדקה שנעשו ע"י חברי כנסת ישראל עפ"י דיני ישראל".

כמו כן הפנה בית הדין הרבני הגדול לתקנה 10(ב) לתקנות כנסת ישראל בה נקבע, כי מועצת הרבנות הראשית ולשכות הרבנות רשאיות "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 בסיס הדברים האמורים קבע בית הדין הרבני הגדול את מסקנתו האופרטיבית ביחס לסמכות השיפוט של בית הדין הרבני הגדול: "פרשנות תכליתית של הוראת תקנה 10(ב) והוראת תקנה 6(1) בצירוף סימון 53(3) לדברי המלך מביאה למסקנה כי על אחת כמה וכמה – יוצר הקדש, שהוא בעצמו בעליו של נכס, אשר הורה לייסד הקדש באופן שהוא תקף לפי דיני ישראל ובד בבד הורה לרושמו בבית הדין הרבני – הרי זה הקדש דתי בשיפוט בית הדין הרבני" (בסעיף 21 לפסק הדין).

30. בית הדין הרבני נדרש לקביעה של בית המשפט הנכבד לפיה, בד בבד עם הקמת מדינת ישראל, פג תוקפן של תקנות כנסת ישראל (ע"פ 427/64 **משה יאיר נגד מדינת ישראל** פד"י יט(3), 408) (להלן: "**עניין יאיר**"), וקבע כי "בית המשפט לא התיימר לקבוע שביטולן של תקנות כנסת ישראל הביא לביטול רטרואקטיבי של הפעולות שנעשו לפי אותן תקנות טרם הקמת המדינה ואף לא בטרם מתן פסק הדין בפרשת יאיר. אין לפסק-דין בפרשת יאיר השלכות רטרואקטיביות על נפקויות שלא נדונו באותו פסק דין.... לא בטלו אפוא הנפקויות של תקנות כנסת ישראל לעניין פעולות משפטיות ומסודות משפטיים שנוצרו באותה תקופה" (בסעיף 21 לפסק הדין).

31. בית הדין הרבני הגדול אף נדרש לשאלה מי זכאי לפנות לבית הדין הרבני לצורך כינונו של הקדש. לעניין זה הוא קבע כי בדבר המלך במועצה לא הוגבלה סמכות השיפוט של בית הדין רק למקרים שבעל הנכס הוא המתייצב ומכונן את ההקדש בעצמו לפני בית הדין.



לעניין זה הפנה בית הדין הרבני הגדול לפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי בתיק רבני (תל אביב-יפו) 1347097/1 **עמותת וזאת לראיה מפעלי תרבות ותורה להנצחת והנחלת משנת הראי"ה קוק זצ"ל נ' הממונה על ההקדשות עו"ד רחל שקרגי** (1.6.2023). הקדש בית הרב [בסעיף 50], בו נקבע כי "יצירתו החוקית של ההקדש הדתי לפני בית הדין יכולה להיעשות על ידי בעל-הנכס-המקדיש, הנאמן, הנהנה ועל ידי כל מי שיוכר לבעל עניין בהקדש". כמו כן ציין בית הדין הרבני הגדול, בין היתר, כי "חוק הנאמנות לא הגביל את מיהות היוצר ולא את דרך יצירת ההקדש בבית הדין. היוצר יכול להיות בעל הנכס, נאמן, נהנה ובעל עניין בהקדש" (בסעיף 22 לפסק הדין).

32. לנוכח כל האמור, קבע בית הדין הרבני הגדול כי החלטת העירייה משנת 1947 יצרה נאמנות מפורשת במקרקעין למטרת בית הכנסת וכן קבעה שיכון בהם הקדש דתי בבית הדין הרבני.

באשר להיעדרם של מסמכי ההקדש קבע בית הדין הרבני הגדול כי מדובר בקושי מסוים, אך הוא אינו חזות הכל, וזאת משום שקיימות שתי חלופות חוקיות להכרעת הדין, כמפורט להלן.

33. **החלופה הראשונה:** בית הדין הרבני הגדול קבע כי החלטת העירייה משנת 1947 הכפיפה את מעמדו של הנכס לסמכות השיפוט של בית הדין, וזאת מכוח תקנות כנסת ישראל:

"החלטת העירייה בשנת 1947 לרשום את המקרקעין כהקדש דתי בבית הדין הרבני הכפיפה את מעמדו המשפטי של הנכס ואת בעלי הנכס לשיפוט בית הדין הרבני בהתאם להוראות תקנה 10(ב) והוראת תקנה 6(1) לתקנות כנסת ישראל המנדטוריות בצירוף סימן 53(3) לדברי המלך. כאמור לעיל, על פי הוראות אלו הורחבה סמכות בית הדין ביחס למי שקיבל על עצמו פיקוח ושיפוט של בית הדין בעניינו של הקדש, גם אם הכינון לא נעשה בפני בית הדין עצמו". לעניין זה עוד הוסבר כי "כאשר קיימת לבית הדין הרבני סמכות שיפוט מכוח הסכמת בעל-דין היא משתכללת אף מחוץ לכותלי בית הדין". אין צורך בהבעת הסכמה "פוזיטיבית" לסמכות השיפוט, והיא אינה צריכה להיות בכתב" (בסעיף 24 לפסק הדין).

על כן, קבע בית הדין הרבני הגדול על פי תקנות כנסת ישראל שהיו אז בתוקף, החלטת מועצת העירייה יצרה הקדש דתי בשיפוט בית הדין הרבני, אף שהכינון עצמו לא נעשה בתוך כותלי בית הדין: "על פי קונסטרוקציה משפטית זו, בית הכנסת תפארת צבי תל אביב הוא הקדש דתי חוקי, בשיפוט בית הדין הרבני, עוד מן התקופה שקדמה להקמת המדינה. מעמדו המשפטי של הנכס לא השתנה מאז".

ביחס לחלופה זו, קבע בית הדין הרבני כי פסק דין של בית הדין הרבני המצהיר על קיומו של הקדש דתי הוא פסק דין "בעניין הנוגע ליצירת הקדש דתי" בגדר סימן 53 לדברי המלך במועצה.

34. **החלופה השניה:** בית הדין הרבני הגדול קבע כי ניתן לכונן את ההקדש כיום. זאת משום שבית הכנסת הוא בראש ובראשונה נכס נאמנות למטרת הקדש דתי, כפי שנוצרה מכוח החלטת העירייה משנת 1947 וכי נאמנות זו שרירה וקיימת: "השנים הרבות שחלפו מאז הקמת בית הכנסת ופעילותו המתמשכת הם סימנים מובהקים כי מעמד המקרקעין כנכס נאמנות לא השתנה".

35. בהתאם לפסק הדין, נאמנות זו למטרת הקדש דתי שרירה וקיימת, על אף הודעת העירייה בטיעונים המשלימים שלה כי בכוונתה להביא הצעת החלטה לפני מועצת העירייה על פיה תבוטל ההחלטה משנת 1947: "ברם אותה החלטה מאפשרת להתחקות באופן ברור אחר מטרת הנאמנות ומאפיניה בעת שנוצרה. התיעוד מן העיתונות ההיסטורית תומך בכך. בין העירייה ובין מתפללי בית הכנסת נוצר חוזה נאמנות לפיו ישמשו המקרקעין הקדש לבית הכנסת. על סמך חוזה זה נאספו תרומות ונבנה בית הכנסת. יש לפנינו הן נהנים והן מטרה בהתאם לסעיף 1 לחוק הנאמנות. העירייה לא טענה שיש פגם המצדיק את ביטולו של חוזה הנאמנות, והוא גם לא בוטל. העירייה לא הניחה תשתית של ממש התומכת בטענה לפיה החלטתה משנת 1947 איננה בתוקף, וכביכול אינה מחייבת אותה. לכן אנו סבורים שלא יהיה בידי החלטה חדשה כדי לבטל באופן חד צדדי את מעמד המקרקעין כנכס הכפוף לנאמנות למטרת הקדש בית הכנסת. החלטת העירייה משנת 1947 השתכללה לכלל החלטה מחייבת על פי דין. החלטה שרירה וקיימת אינה ניתנת לביטול באופן חד-צדדי, ויש לתת נפקות לנאמנות הקיימת מני אז".

בית הדין הרבני הגדול קבע כי משעה שמתקיימים יחסי נאמנות ביחס לנכס, יכולים הנאמנים של הנכס, הם מתפללי בית הכנסת שערערו לפניו (והמשיבים 3-5 להליך דין), לפנות לבית הדין הרבני בבקשה לתת נפקות חוקית למעמדו של בית הכנסת ולכונן בו הקדש דתי, וכי בנסיבות אלו, לבית הדין הרבני סמכות לכונן את ההקדש הדתי: "בקשה לכונן הקדש דתי בנכס נאמנות מצויה בסמכות בית הדין הרבני כל עוד מתקיימים יחסי נאמנות בקשר לאותו נכס, אף אם חלף זמן רב מאוד מעת יצירת הנאמנות. בעל ענין בנכס יכול לפנות לבית הדין ולבקש לכונן הקדש דתי. בד בבד עם הכינון הרשמי, הפורמלי, של ההקדש בבית הדין, עוברת סמכות השיפוט בענייני היצירה והניהול הפנימי אל בית הדין. יצירתו החוקית של ההקדש הדתי בבית הדין יכולה להיעשות על ידי בעל-הנכס-המקדיש, הנאמן, הנהנה ועל ידי כל מי שיוכר לבעל עניין בהקדש. לכל אחד מהם קיים אינטרס חוקי מוצדק בנכס מכוח הנאמנות שנוצרה. כל עוד לא הפכה הנאמנות באופן מהותי להקדש ציבורי שהוצהר עליו לפי חוק הנאמנות, אין מניעה חוקית לכונן את הנאמנות להקדש דתי בבית הדין הרבני".

36. לנוכח האמור, ביחס לחלופה זו, קבע בית הדין הרבני הגדול כי הוא מכונן הקדש דתי בנכס וכן כי הוראות חוק הנאמנות לעניין יצירה וניהול פנימי לא יחולו עליו.

37. **בהמשך לכל זאת, קבע בית הדין הרבני הגדול כי בית הכנסת הוא הקדש דתי שניהולו הפנימי מצוי בסמכות בית הדין הרבני האזורי בתל אביב וכי ככזה הוא מוסמך למנות נאמנים להקדש בית הכנסת ולתת הוראות בענייני ניהולו הפנימי.**

### העתירה דן

38. על פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול הגישה העותרת, היא עיריית תל אביב-יפו, את העתירה דן. בעתירה, חזרה העירייה על טענותיה בדבר היעדר סמכות בית הדין הרבני לדון בבקשת המשיב 2, וזאת, משום שלא כונן הקדש בבית הכנסת לפני בית הדין הרבני. לטענת העותרת, בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול הורחבו סמכויות בית הדין הרבני לדון בהקדש שלא נוצר לפניו, ללא מקור או עיגון חוקי (סעיפים 31-41 לעתירה). עוד טענה העירייה כי מועצת העירייה רשאית לבטל את החלטתה על כינון הקדש דתי כל עוד לא הושלם הליך כינון ההקדש (סעיפים 42-47 לעתירה). לחלופין, טענה העירייה כי הסמכות לצקת תוכן לתנאי הנאמנות של ההקדש נתונה למועצת העירייה ולא לבית הדין הרבני (סעיפים 48-50 לעתירה), וכי הגשת ההליך לבית הדין הרבני היא ניסיון לעקוף את הליך הקצאת המקרקעין ואת ההליך בבית המשפט המחוזי (סעיפים 51-54 לעתירה).

### עמדת היועצת המשפטית לממשלה

39. עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי בית הדין הרבני נעדר סמכות לדון בהקדש אשר לא כונן לפניו.

40. חוק הנאמנות מסדיר את המסגרת החוקית הכללית ביחס ליחסי נאמנות. חלקו הראשון של החוק עוסק בנאמנות פרטית וחלקים נוספים בו עוסקים בנאמנות למטרות ציבוריות ובהקדש ציבורי.

41. לפי סעיף 1 לחוק הנאמנות "נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת". לפי סעיף 2 לחוק הנאמנות "נאמנות נוצרת על פי חוק, על פי חוזה עם נאמן או על פי כתב הקדש". יצוין, כי בהתאם להלכה פסוקה, בסעיף 2 לחוק הנאמנות לא נקבעה רשימה סגורה של דרכים ליצירת נאמנות.

לעניין זה ראו ע"א 5717/95 וינשטיין נ' עו"ד אפרים פוקס, פסקה 13 לפסק דינו של כב' השופט י' טירקל (מיום, 20.12.2000), בו נקבע כי "הדרכים שעל-פיהן נוצרת נאמנות לפי

סעיף 2 לחוק אינן אלא דרכים אופייניות כדי ליצור אותה, אולם אין בפירוט זה כדי לשלול דרכים אחרות." ראו גם: שלמה כרם **חוק הנאמנות, התשל"ט-1979** 139 (מהד' 4, 2004).

42. חוזה עם נאמן הוא הסכם בין יוצר הנאמנות, מקנה הנכס, לבין הנאמן שבו נקבעים תנאי הנאמנות שעל פיהם חייב הנאמן להחזיק ולפעול בנכס לטובת הנהנה או המטרה הציבורית. כך, "חובות הנאמן, סמכויותיו לפעול בנכס, זכויותיהם של צדדים אחרים, כל אלו מוסדרים על פי החוזה, ותוקפן המחייב נובע מחוקי החוזים." (שם, בעמוד 178).

43. נאמנות על פי הקדש, לעומת זאת, שונה במאפייניה מנאמנות הנוצרת במסגרת חוזה. כתב הקדש מתייחס בדרך כלל לפעולה חד צדדית של יוצר ההקדש שמקדיש את הנכס לטובת הנהנה או לטובת מטרה אחרת. כך, נאמנות על פי כתב הקדש אינה מיועדת, על פי מבנה, לשמש למטרות עסקיות וכן נעדר ממנה היסוד של איזון האינטרסים בין יוצר הנאמנות לבין הנהנה. (ראו שם, בעמוד 633-636 ; 661-662).

44. בסעיף 17(א) לחוק הנאמנות נקבע כי:

"הקדשת נכסים לטובת הנהנה או למטרה אחרת (להלן – הקדש) טעונה מסמך בכתב (בחוק זה – כתב הקדש) שבו מביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש וקובע מטרותיו, נכסיו ותנאיו, והמסמך הוא אחד מאלה:  
(1) כתב חתום בידי יוצר ההקדש בפני נוטריון;  
(2) צוואה של יוצר ההקדש, למעט צוואה בעל-פה;  
(3) הוראת תשלום לענין סעיף 147 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.

45. בסעיף 17(ב) לחוק הנאמנות נקבע כי "תחילתו של הקדש היא עם העברת השליטה בנכסיו ההקדש לידי הנאמן".

46. על אף האמור בסעיף 17(א) לחוק, בסעיף 17(ג) נקבע חריג לפיו אם נמצאו נכסים שמשמשים הקדש, אלא שאין לגביהם כתב הקדש, "רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הקדש ולהגדיר את מטרותיו, נכסיו, תנאיו ותחילתו". לשלמות התמונה יצויין, כי הוראה זו ממשיכה את הוראת סעיף 37 לפקודת ההקדשות לצרכי צדקה (1933).

על כן, בית המשפט המחוזי מוסמך, במקרים חריגים, להכריז על קיומו של הקדש אם מכלול הנסיבות מצביע על כך שהנכס הוקדש, גם בהעדר כתב הקדש, למשל אם נמצאת כתובת אבן שמתעדת את ההקדשה או בהתבסס על ראיות אחרות (ראו לעניין זה ע"א 6404/03 נאמני ההקדשות של העדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון נ' תומר שמעון כמוס, (נבו, 16.6.2005) פסקה 8-1 וכן ע"א 6613/06 נאמני ההקדשות של העדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון נ' כמוס (נבו, 16.6.2008)).

עם זאת, יודגש כי הסמכות לקבוע קיומו של הקדש מכח סעיף 17(ג) לחוק נתונה לבית המשפט המחוזי ולא לבתי הדין הדתיים, כפי שיפורט להלן.

47. סמכות השיפוט ביחס לענייני נאמנות והקדשות נתונה, ככלל, לבית המשפט המחוזי, זאת בהתאם לסעיף 37 לחוק הנאמנות בו נקבע כי "בית המשפט המוסמך לפי חוק זה – למעט הליכים לפי סעיף 31 – הוא בית המשפט המחוזי".

48. ביחס להקדשות דתיים, בסעיף 41(א) לחוק נקבע חריג לפיו בית דין דתי מוסמך לדון בעניין יצירת הקדש ובעניין ניהולו הפנימי של הקדש, ובלבד שמדובר בהקדש דתי שנוצר לפני בית דין דתי:

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

הוראה זו ממשיכה את ההוראות המופיעות בסימנים 52-54 לדבר המלך במועצה, אשר היה דבר החקיקה העיקרי שלפיו פעלו הקדשות דתיים בתקופה שבה התקבלה החלטת מועצת העירייה. בדומה לסעיף 41(א) לחוק הנאמנות, בסימן 53(3) לדבר המלך במועצה נקבע כי לבתי הדין הרבניים תהא סמכות לדון בכל עניין הנוגע ליצירתו או להנהלתו הפנימית של הקדש שנוצר לפני בית דין רבני לפני תחילתו של חוק הנאמנות:

"לבתי הדין הרבניים של העדה היהודית יהא ...  
(3) שיפוט ייחודי בכל עניין הנוגע ליצירתו או להנהלתו הפנימית של ווקף או הקדש דתי שנוצרו לפני בית הדין הרבני לפי הדין היהודי".

הוראה דומה קיימת בדבר המלך במועצה גם ביחס להקדשות דתיים שרעיים ונוצריים (ראו סימנים 52 ו-54(3) לדבר המלך במועצה).

49. מהחיקוקים האמורים עולה כי סמכות בית הדין הדתי ביחס להקדשות דתיים, נתונה לענייני "יצירה וניהול פנימי" של ההקדש ורק ביחס להקדשות שנוצרו לפני בית הדין הדתי לפי הדין הדתי.

50. אם כן, תנאי בסיסי לסמכות בית הדין הדתי הוא שההקדש כונן לפני בית הדין הדתי לפי הדין הדתי.

51. באשר לזהות מקדיש הנכס, הקדשת הנכס נעשית על ידי הבעלים של הנכס או מי מטעמו, שכן אדם לא יכול להקדיש נכס שאינו בבעלותו אלא בבעלות חברו (ראו שם, בעמוד 658): "יצירת ההקדש היא פעולה אישית ביותר, שכן משמעותה הפקעת נכסים מבעלות היוצר, או מבעלות יורשיו, בניגוד לדרכו של אדם, שהיא להפיק תועלת מנכסיו לעצמו ולהנחילם לאחר פטירתו לקרובים לו ביותר".

52. לענייננו, אין חולק כי אם העירייה הייתה משלימה את הקדשת הנכס, באמצעות התייצבות של נציג מטעמה לפני בית הדין הרבני, והיה נערך בבית הדין כתב הקדש בהתאם, בית הדין הרבני היה מוסמך לדון בענייני היצירה והניהול הפנימי של ההקדש.
53. עם זאת, בהסתמך על העובדות המפורטות בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, ובכתבי בי-הדין של הצדדים, ניתן ללמוד כי בענייננו לא נוצר הקדש לפני בית הדין הרבני. לכל הפחות ניתן לומר שהצדדים אינם חולקים על כך שאין ממצא פוזיטיבי המלמד שנציג מטעם העירייה הופיע לפני בית הדין כדי להקדיש את הנכס כהקדש דתי, ולא נמצא כתב הקדש שנערך לפני בית הדין הרבני.
54. בנסיבות אלו, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בית הדין הרבני נעדר סמכות לדון בהקדש אשר כאמור לא כונן לפניו.
55. מהי אם כן משמעותה של החלטת מועצת עיריית תל אביב משנת 1947? לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, קריאה לשונית של ההחלטה מלמדת על אודות **הכוונה** של העירייה לרשום את הנכס בעתיד כהקדש דתי. זאת, לאחר השלמת הליכים מנהליים שונים המפורטים בהחלטה, ובפרט חתימה על חוזה הרשאה ואשרורם במועצת העירייה וקביעת הזהות העדתית של בית הכנסת.
- אף העובדה כי בהחלטת המועצה לא נקבעו יסודות בסיסיים ומהותיים שנדרשים לצקת תוכן להקדש (זהות נאמני ההקדש ותנאיו) מלמדת שלא היתה כוונה לראות בו מסמך מכונן הקדש אלא ביטוי לכוונה לעשות זאת בעתיד, לאחר השלמת ההליכים הנדרשים.
56. אם כן, דומה כי החלטת מועצת העירייה משנת 1947 היא הצהרה על הכוונה ליצור הקדש דתי – הקדש שטרם הושלם כינונו.
57. לשלמות התמונה יצוין, כי טענות הנוגעות לאי מילוי אחר החלטת מועצת העירייה במשך שנים צריכות להתברר לפני בית המשפט המוסמך, ואין מקומן להתברר במסגרת הדין בבית הדין הרבני, שסמכותו מוגבלת כאמור לענייני יצירה וניהול פנימי של הקדשות שנוצרו לפני בית הדין.
58. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח המחלוקת בין הצדדים, לרבות הבעלים של הנכס, עיריית תל אביב, ביחס לבית הכנסת ושאלת קיומו של הקדש. אף אילו מדובר היה בהקדש שכוון לפני דין רבני, או אז הייתה לבית הדין סמכות שיפוט רק ביחס לענייני ניהול פנימי של הקדש. לעומת זאת, מחלוקת עם צד שלישי ביחס לזכויות בנכס, לרבות זכויותיו של נאמן לפעול בנכס, צריכה להתברר בהליך אזרחי.
59. הדברים נכונים גם באשר ליחס שבין דיני הנאמנות לבין דיני הקצאת מקרקעין על ידי רשות מקומית. הגם שבית הדין הרבני הגדול קבע כי מתן אפשרות לציבור ליהנות מפירות

של הקדשת הנכס אינה מעניקה זכויות בנכס, טענה זו מעוררת קושי שכן העברת זכויות בנכס בנאמנות מעבירה בפועל את זכויות השימוש בו (ראו בסעיף 17(ב) לחוק הנאמנות). לכן, העברה של נכס המקרקעין בנאמנות באמצעות הקדשתו עלולה להיות כלי לעקיפה של דיני הקצאת מקרקעין בשלטון המקומי.

60. עתה תובא התייחסות לנימוקי פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול.

#### א. החלופה הראשונה

61. בהתאם לחלופה הראשונה, בית הדין הרבני הגדול קבע כי החלטת העירייה משנת 1947 יצרה הקדש דתי בסמכות בית הדין עוד קודם לקום המדינה, בתקופה שבה הדין לא חייב כינון של הקדש דתי לפני בית דין דתי. לעניין סמכותו של בית הדין הרבני לדון בענייני ההקדש, בית הדין הרבני הגדול קבע, כי בהתאם לדין שהיה תקף באותו זמן, די היה בהסכמת רוב הנאמנים לעצם הפיקוח של בית הדין (תקנה 10(ב) לתקנות כנסת ישראל). בנסיבות אלו, בהתאם לחלופה הראשונה המוצגת בפסק הדין, בית הדין הרבני הגדול **הצהיר על קיומו של הקדש קיים** שנמצא, הלכה למעשה, תחת סמכות השיפוט שלו מעת היווצרותו, עוד קודם לקום המדינה.

62. חלופה ראשונה זו נסמכת אפוא על תקנות כנסת ישראל, ובפרט על תקנה 10(ב) לתקנות.

63. על רקע הדברים האמורים יוסבר, כי תקנות כנסת ישראל היוו מסגרת חוקית להתארגנות המוסדות הפנימיים של העדה היהודית שכללו ייסוד של רבנות ראשית, לשכות רבנות מקומית ועוד. בהתאם להלכה הפסוקה, עם קום המדינה חדלה "כנסת ישראל" כמשמעותה בעת שלטון המנדט, להתקיים, ונפסק כי תקנות אלו אינן בתוקף (ראו ע"פ 427/64 משה יאיר נגד מדינת ישראל, פד"י יט(3), 408 (1965); בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים פ"ד סא(1), 259). מרבית ההוראות שבתקנות כנסת ישראל הוחלפו בדברי חקיקה חדשים.

64. מכאן, שתקנות כנסת ישראל, עליהן נסמך בית הדין הרבני הגדול בחלופה הראשונה, אינן בתוקף מזה שנים רבות. בנסיבות אלו, נדרש משנה זהירות בגזירת מסקנות עובדתיות ומשפטיות מהן.

65. מעבר לכך, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, נפלו מספר שגיאות מובהקות בקביעות בית הדין הרבני הגדול ביחס לחלופה הראשונה.

66. ראשית, כמתואר לעיל, בסימן 53 לדבר המלך במועצתו נקבע כי לבתי הדין הרבניים תהיה סמכות שיפוט בכל עניין הנוגע ליצירתו או להנהלתו הפנימית של וואקף או הקדש דתי "שנוצרו לפני בית הדין הרבני לפי הדין הדתי". קביעת בית הדין הרבני הגדול כי בתקופה הרלוונטית, תקנות כנסת ישראל הרחיבו את סמכות בתי הדין הרבניים מעבר לגדרי

הסמכות שנקבעו בדבר המלך במועצה, כך שסמכות זו קמה גם ביחס להקדש דתי שלא נוצר לפני בית דין רבני, מעלה קושי משמעותי. זאת, משום שתקנות אינן יכולות להרחיב את גדרי הסמכות שנקבעו בהוראת דין שהיא במדרג נורמטיבי גבוה יותר.

לעניין זה ראו את פסק הדין בבג"ץ 59/58 ג'דאי נ' בית הדין הדתי של העדה היוונית קתולית, פ"ד יב 1812 (1958) בו נידון פסק דין של בית הדין הדתי של העדה היוונית-הקתולית אשר ראה עצמו מוסמך לדון בעניין הקדש שלא נוצר לפניו, בהסתמך על הוראת סעיף 3(ב) לפקודת בתי הדין האזרחיים והדתיים (שיפוט) ועל אף האמור בסימן 58(3) לדבר המלך במועצתו. בפסק הדין נקבע כי פקודה אשר חורגת מהוראת יסוד של דבר המלך במועצה, יש לראותה כבטלה: "אם בפועל סותר מעשה החקיקה שלו את האמור בדבר המלך, דבר המלך עדיף והוא דוחה את הפקודה" (שם, בעמוד 1817).

ראו גם: "העולה מן האמור, שסעיף 3(ב) של הפקודה הנ"ל, במידה שהוא מוסיף לבתי-הדין של העדות הנוצריות סמכות על סמכותם, כפי שנקבע בסעיף 54(III) של דבר המלך, יש לראותו כחורג מכוחו של המחוקק הארצישראלי, וכמחוסר תוקף מטעם זה" (שם, בעמוד 1819).

בעניין זה התייחס בית המשפט הנכבד גם למדרג הנורמטיבי של תקנות שחלו באותה עת באומרו כי: "כי אין להניח שמחוקק דבר המלך התכוון להשאיר פתח לשינוי סמכותם של בתי המשפט האזרחיים אף בדרך של תקנות, שהן בעלות דרגה נחותה בסולם הנורמות המשפטיות" (שם, בעמוד 1817).

בהמשך לכך, ראו גם את פסק הדין בבד"מ 5257/94 פודהורצר נ' קופרשטוק (1996), בו חזר בית המשפט העליון על הלכה זו: "גם לו סברתי שראוי לנו לשקול סטיה מהילכת בג"צ 59/58, לא הייתי נוטה לסטות מן ההלכה. מדובר בפסק דין יסודי ומנומק הסוקר את כל התפתחות בנושא היחס שבין פקודות המגדירות את סמכויות בתי הדין הדתיים לבין הוראות דבר המלך במועצה; איני רואה כל סיבה המחייבת אותנו כעת, בשנת 1996, לנבור מחדש בשאלו שענינן היחס שבין הוראותיהן של פקודות מנדטוריות לבין דבר המלך במועצה, נושא שהיה בו ענין בתקופת המנדט ובשנים הראשונות של הקמת המדינה, וכבר מזמן עבר עליו הכלח בפסיקתנו."

67. שנית, קריאה של תקנות כנסת ישראל מעלה מספר שאלות ביחס לפרשנותן, ולמצער, לאופן שבו נהוג היה לפרשן בתקופת המנדט. כך, בתקנה 6(1) נקבעה הסמכה בלעדית של לשכות הרבנות "לרשום הקדשות נכסים לצרכי צדקה שנעשו על ידי חברי כנסת ישראל על פי דיני ישראל". האם הרישום האמור היה, כבימינו, רישום קונסטטטיבי או שמא היה דקלרטיבי בלבד? בית הדין הרבני הגדול לא נדרש בפסק דינו לשאלה זו.

אף מבלי להכריע בשאלה האמורה, דומה, כי קריאה לשונית של תקנה 10(ב) (שבה נקבע, כאמור, כי מועצת הרבנות הראשית ולשכות הרבנות רשאיות "לפקח על הקדשות צדקה



יהודיים שרוב מנהליהם או נאמניהם מבקשים פיקוח כזה או מסכימים לו...") מלמדת כי היא מניחה את קיומו של הקדש יהודי (שלא היה מלכתחילה בסמכות בתי הדין הרבניים) ביחס אליו רוב המנהלים או הנאמנים שלו ביקשו לקבל על עצמם את סמכות בית הדין הרבני. דא עקא, השאלה העובדתית אם קיים או לא קיים הקדש דתי שנוצר עוד קודם להקמת המדינה, כלומר האם בכלל קיימת נאמנות, היא אינה שאלה המסורה לסמכות בית הדין הרבני.

68. שלישית, אף אם ניתן להבין מהחלטת העיריה משנת 1947 כי היה בכוונתה ליצור הקדש דתי שיהיה בסמכות בית הדין הרבני, כאמור לעיל, החלטה זו אינה מלמדת על יצירת ההקדש הדתי הלכה למעשה. כאמור, החלטת העירייה מתייחסת מפורשות להליכים משלימים הנדרשים לשם כך (חתימה על חוזי הרשאה ואשרור שלהם במועצת העירייה וקביעת הזהות העדתית של בית הכנסת). כמו כן, ההחלטה חסרה את הפרטים הבסיסיים המהותיים ביותר ביחס להקדש, שנוגעים לזהות נאמני ההקדש ותנאיו. מכאן, שלא ניתן לדבר על הקדש קיים הנמצא, מניה וביה, בסמכותו של בית הדין מכוח הסכמת מועצת העירייה לכך.

69. על כל האמור מבוקש להוסיף, כי עניינן של ההוראות בתקנות כנסת ישראל במקרה שבו הנאמנים הם שפונים לבית הדין ומסכימים לפיקוח של בית הדין הרבני, בעוד בענייננו, מעבר לכך שלא הוכח שנוצר הקדש, קיימת מחלוקת ביחס לזהות ה"נאמנים" ואף יש בכך כדי להשליך על ענייננו.

70. לנוכח כל האמור, לא ניתן לקבל את החלופה הראשונה המוצגת על ידי בית הדין הרבני הגדול הנסמכת, כאמור, על יישום של תקנות כנסת ישראל.

## **ב. החלופה השניה**

71. בהתאם לחלופה השניה המוצגת בפסק הדין, בית הדין הרבני הגדול קבע כי החלטת העירייה יצרה נאמנות במקרקעין למטרת בית כנסת וכי בית הדין מוסמך "לתת נפקות משפטית לנאמנות זו" ולכונן הקדש דתי.

72. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בקביעה זו נפלו מספר שגיאות יסודיות.

73. ראשית, כפי שפורט לעיל, בהתאם לחוק הנאמנות, רק בית משפט מחוזי מוסמך להצהיר על קיומו של הקדש או להכריע בשאלות שונות העולות בהקשר אליו. זאת, ככל שלא מדובר בהקדש דתי "שנוסד בפני בית דין דתי על פי הדין הדתי". על כן, עצם ההכרעה כי קיימים יחסי נאמנות ביחס לבית הכנסת אינו נתון לסמכותו של בית הדין הרבני. על אחת כמה וכמה לא מוסמך בית הדין הרבני הגדול "לתת נפקות משפטית לנאמנות זו", כדבריו, בדרך של יצירת הקדש דתי.

74. שנית, בית הדין הרבני הגדול אף שגה בקביעה לפיה הנאמנים יכולים לפנות לבית הדין הרבני ולבקש ליצור הקדש דתי בנכס. מעבר לעובדה שנימוק זה מניח את המבוקש – שקיימת נאמנות בנכס – הקביעה שמתקיימים יחסי נאמנות ביחס לנכס אינה הכרעה שבסמכותו של בית הדין הרבני, כל עוד הבעלים של הנכס לא הקדיש בעצמו את הנכס לפני בית הדין כאמור.


75. יובהר, כי ככל שבעל עניין מעוניין לטעון לקיומה של נאמנות ביחס לנכס, בין אם נאמנות לפי הסכם ובין אם נאמנות מכוח הקדש, הדרך לשם כך היא לפנות לבית המשפט המחוזי ולבקש שיצהיר על קיומה של נאמנות בנכס. לעניין זה, יופנה בית המשפט הנכבד פעם נוספת לסעיף 17(ג) לחוק הנאמנות שבו הוקנתה לבית המשפט המחוזי סמכות להכריז על קיומו של הקדש בנכס ככל שמצא כי הנכס משמש בפועל לטובת הקדש אלא שאין על כך כתב הקדש. במסגרת זו, בית המשפט המחוזי הוא הרשאי לקבוע את תנאי ההקדש, לרבות היותו הקדש דתי. סמכות זו, שיכולה להשפיע גם על זכויות של צדדים שלישיים בנכס, לא ניתנה בחוק לבתי הדין הדתיים אלא רק לבית המשפט המחוזי.

## סוף דבר

76. לאור האמור לעיל, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי בהיעדר אינדיקציה על כך שכוון הקדש לפני בית הדין הרבני על ידי העירייה או נציג מטעמה, הרי שבנסיבות העניין לא נוצר כלל הקדש ובית הדין הרבני אינו מוסמך להכריז על קיומו של הקדש בנכס ולמנות לו נאמנים. אכן, העובדה שהחלטת מועצת העירייה לא קוימה במשך שנים רבות, והעירייה לא פעלה לשנות את ההחלטה, מעוררת קושי. עם זאת, המקום להעלות טענות בעניין יישום החלטת העירייה הוא לפני הערכאות המשפטיות המוסמכות לכך.

היום, א' בחשון תשפ"ו  
23 באוקטובר 2025

  
אסתי אורנה, עו"ד  
סגנית במחלקת הבג"צים  
בפרקליטות המדינה

  
דניאל מארקס, עו"ד  
ממונה במחלקת הבג"צים  
בפרקליטות המדינה