

לשכת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, ח' תשרי תשפ"א

14 אוקטובר 2021

מסי מסמך : 004-99-2021-023332

אל:

משתתפי הדיון

הנדון: סיכום דיון בראשות היועץ המשפטי לממשלה מיום 23.6.2021 בנושא הפיקוח על ההקדשות

הדתיים

ביום 23.6.2021 התקיים דיון בקשר עם הנושא שבנדון בראשות היועץ המשפטי לממשלה, ובהשתתפות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ניהול ותפקידים מיוחדים) ונציגים ממחלקתו, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי) ונציגים ממחלקתו, מנהל המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה, פרקליטים ממחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, נציגים מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי), סגנית ראש רשות התאגידים ונציגים נוספים מהרשות, היועץ משפטי של השיפוט הרבני ומנהלת יחידת הרישום והפיקוח על ההקדשות הדתיים.

רקע:

1. במשך שנים רבות, קיימת מחלוקת משפטית באשר לחלוקת הסמכויות בין בית הדין הרבני לבין רשם ההקדשות ברשות התאגידים (להלן: "רשם ההקדשות") בנושא הפיקוח על ההקדשות הדתיים. במסגרת ההתמודדות עם מחלוקת זו, נעשו מאמצים רבים לקידום הסכמות שתאפשרנה שיתוף פעולה בין הגופים. כך, בין היתר, התקיימו דיונים רבים בסוגיה במשך השנים בראשות המנהלים הכלליים של משרד המשפטים לדורותיהם, תוך שנעשו ניסיונות ליצירת מתווים לפתרון, ובכלל זה תכנית הרצה ("פילוט") לטיפול משותף. 2. הניסיונות ליצירת מתווים אלה ובהם תכנית ההרצה נועדו לתת מענה גם לביקורת שעלתה בדוחות מבקר המדינה בסוגיית הפיקוח על ההקדשות הדתיים. במסגרת תכנית ההרצה מונו בשנת 2014 שני בעלי תפקידים – בהנהלת בתי הדין הרבניים וברשם ההקדשות – שהיו אמורים לפעול בשיתוף פעולה ליצירת מתווה פיקוח משותף על ההקדשות הדתיים. למרות הניסיונות והמשאבים הרבים שהוקצו לטובת העניין, המתווה המשותף לא צלח ועל כן ביום 18.9.2016 נאלצה המנהלת הכללית של משרד המשפטים דאז, עורכת הדין אמי פלמור, להכריז, כי המתווה הניסיוני מיצה את עצמו, ולכן יש לפנות ליועץ המשפטי לממשלה להכרעה בשאלה המשפטית בעניין סמכות הפיקוח על הקדשות דתיות שנוצרו לפני בתי הדין הרבניים.
3. ואכן, ביום 5.2.2017 נעשתה פנייה ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה כי יכריע בשאלת הסמכות. לפנייה זו צורפה חוות דעת מטעם ייעוץ וחקיקה, שבה הובעה העמדה כי הסמכות לפקח על הקדשות דתיות נתונה לרשם ההקדשות, כמי שמקיים רגולציה על התחום כולו, וכתובע מכך שהוראות חוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן: "חוק הנאמנות") מחייבות אותו לעשות כן – גם ביחס להקדשות דתיות שנוצרו לפני תחילתו (להלן: "חוות הדעת משנת 2017").

4. בהמשך לפנייה האמורה הועברה הסוגיה להכרעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ניהול ותפקידים מיוחדים) דאז, עורך הדין אבי ליכט, אשר ניסה להגיע עם הצדדים להסכמות ביחס למתווה פשרה לפיקוח משותף; אולם, הצעת הפשרה לא התקבלה על ידי הצדדים. בהמשך הועברה הסוגיה פעם נוספת להכרעת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ניהול ותפקידים מיוחדים), עורך הדין רז נזרי, אשר קיים דיון בעניין ביום 6.11.2018. בדיון סוכם, כי יש לעשות ניסיון נוסף לקידום שיתוף פעולה ושיח מול הגורמים המקצועיים ברשם ההקדשות ובבית הדין הרבני.
5. למרות האמור, כעולה גם מפניית ראש רשות התאגידים אל המשנים ליועץ המשפטי לממשלה מיום 27.7.2020, שיתוף הפעולה בין הצדדים לא צלח. לפיכך, שב והתעורר הצורך להכריע בסוגיה המשפטית שבנדון, וביום 24.11.2020 נתכנס דיון נוסף בראשות עורך הדין נזרי. בדיון זה סוכם, כי הגורמים הרלבנטיים במחלקת ייעוץ וחקיקה יקיימו שיח פנימי משלים בכדי להגיע להכרעה משפטית בסוגיה, ובמידת הצורך, ככל שהדבר יתבקש על ידי מי מהצדדים, יובא העניין להכרעת היועץ המשפטי לממשלה (להלן: **"סיכום הדיון מיום 24.11.2020"**). בהמשך לכך, ביום 25.3.2021 נעשתה פנייה נוספת מטעם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), אל היועץ המשפטי לממשלה לשם הכרעה בסוגיה שבנדון, ונקבע הדיון נושא סיכום זה.

תיק (רבני גדול) 1310115/2 מדינת ישראל נ' הקדש בית חינוך יתומים לעדת ספרד בירושלים:

6. ביני לביני הובאה המחלוקת גם לפתחו של בית הדין הרבני בתל אביב. זאת, בהמשך לפנייה של רשם ההקדשות לשורה של הקדשות ציבוריים דתיים בבקשה להירשם בפנקס ההקדשות הציבוריים. נגד מכתב דרישה זה פנו נאמני הקדש בית חינוך יתומים לעדת ספרד בירושלים לבית הדין הרבני, בבקשה למתן סעד הצהרתי לפיו הפיקוח על פעילות ההקדש נתון לבית הדין, ולמתן החלטה כי הוראות חוק הנאמנות לעניין היצירה והניהול הפנימי של ההקדש אינן חלות על ההקדש, וכי אין עליו חובה לרשום את ההקדש בפנקס ההקדשות הציבוריים ולהגיש דיווחים לרשם.
7. אגב הניתוח של הדין הקיים פסק בית הדין הרבני, כי "סמכות הפיקוח של בית הדין על ניהול הקדש דתי כוללת את הסמכויות שניתנו בחוק הנאמנות לרשם ההקדשות לעניין רישום ופיקוח על הקדש ציבורי". על פסק דין זה הגישה המדינה, באמצעות פרקליטות המדינה, ערעור לבית הדין הרבני הגדול שעודנו תלוי ועומד. בית הדין עודכן על קיום הדיון בראשות היועץ המשפטי לממשלה נושא סיכום זה, ופרטי הסיכום יובאו לפני בית הדין במסגרת הודעת עדכון שתוגש בהקדם.
8. ביום 8.4.2021 נערך דיון בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), שהתכנס בין היתר על רקע ההליך התלוי ועומד. בדיון חזרו הצדדים על עמדתם ובסופו נקבע, כי אם מי מהצדדים מעוניין להוסיף טיעונים על האמור בכתבי בי-הדין שהוגשו, הוא יעשה כן בתוך שבוע ממועד אותו הדיון, על מנת שניתן יהיה לשקף ליועץ המשפטי לממשלה את העמדות המעודכנות לצורך הכרעתו בסוגיה. ביום 21.6.2021 הועברה התייחסותה של מנהלת יחידת הרישום והפיקוח על ההקדשות הדתיים, עורכת הדין רחל שקרגי, למצע לדיון ובה הובאו טענותיה העובדתיות בתגובה לטענות רשם ההקדשות. ביום 20.6.2021

העביר היועץ המשפטי של השיפוט הרבני, הרב שמעון יעקבי למשתתפי הדיון הערות על חוות הדעת משנת 2017 וערב הדיון, ביום 22.6.2021, הועברה גם טיוטת מאמר מטעמו.

9. לסיכום התיאור העובדתי של הדברים יצוין, כי לפני המשתתפים בדיון שבנדון, עמד מצד בו סוכמו עמדות הצדדים שכלל את הנספחים הבאים: חוות הדעת משנת 2017 (והערות הרב יעקבי אליה), סיכום הדיון מיום 24.11.2020, עמדת רשם ההקדשות, התייחסותה של עורכת הדין שקרגיי מיום 21.6.2021, עמדת בית הדין הרבני כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטת בית הדין הרבני בתל אביב בעניין הקדש בית חינוך יתומים לעדת ספרד בירושלים וטיוטת מאמרו של הרב יעקבי.

המסגרת הנורמטיבית:

10. הקדש מוגדר במסגרת סעיף 17(א) לחוק הנאמנות כ"הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת". פעילותם של כלל ההקדשות הציבוריים מוסדרת בחוק הנאמנות, בו נקבע, בין היתר, כי הקדש ציבורי הוא "נאמנות שמטרתה או אחת ממטרותיה היא קידומו של עניין ציבורי" (סעיף 26 לחוק הנאמנות) (להלן: "**הקדש ציבורי**"). לפי הגישה המקובלת, הקדש ציבורי שנוצר לפני בית דין דתי על פי הדין הדתי הוא מקרה פרטי של הקדש ציבורי (להלן: "**הקדש דתי**").

11. הוראות חוק הנאמנות ובכללן ההוראות הנוגעות לפיקוח חלות על כל "הקדש ציבורי", אלא שהשאלה הנשאלת היא האם הוראות אלו חלות גם על הקדש דתי. שאלה זו מתעצמת לנוכח העובדה שביחס להקדשות דתיות נקבעו בחוק הנאמנות הוראות מיוחדות העשויות להוות סייג לתחולה הכללית שלו. סעיף 41 לחוק הנאמנות קובע כדלקמן:

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

12. הוראה זו ממשיכה (בשינוי מסוים) את הוראות סימנים 52-53 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל 1922 עד 1947 (להלן: "**דבר המלך במועצתו**") לפיהן הסמכות לדון ביצירה ובניהול פנימי של הקדש דתי נתונה בידי בית הדין הדתי. לדוגמא:

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

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

13. בהקשר זה יצוין, כי בנוגע למעמדם של הקדשות דתיות מקובל להתייחס לשלוש תקופות מרכזיות:

א. **תקופת השלטון העות'מני** (להלן: "**תקופה א'**"): הדרך החוקית ליצירת הקדש בתקופה זו הייתה כינונו לפני בית הדין השרעי. באופן זה, כוננו הקדשות גם בידי מי שאינם מוסלמים. שאלת מעמדם של הקדשות של מי שאינם מוסלמים שכוננו לפני בית הדין השרעי לפני פרסום דבר המלך במועצתו נדונה בבד"מ 5257/94 **מרדכי פודהורצר נ' יצחק קופרשטוק** (להלן: "**עניין פודהורצר**") שם קבע בית המשפט העליון, כי הסמכות לדון בהקדשות אלה נתונה לבית המשפט המחוזי. משכך, ובהינתן שמוסכם

על כל הנוגעים בעניין כי הפיקוח על הקדשות אלה מתבצע כפיקוח על כל ההקדשות האזרחיים – על ידי רשם ההקדשות, אין לגביהם גם שאלה של סמכות פיקוח.

ב. **תקופת השלטון המנדטורי** (להלן: **"תקופה ב"**): בשנת 1922, עם תחילת השלטון המנדטורי בארץ ישראל, וחקיקת דבר המלך במועצתו, צומצמו סמכויות בתי הדין השרעיים לדיון ביצירה וניהול פנימי של הקדשות של בני הדת המוסלמית בלבד, וכן הוסמכו בתי הדין הדתיים של העדות המוכרות לדון ביצירה וניהול פנימי של הקדשות שכונו בידי בני עדתם.

במקביל, בשנת 1924, נחקקה פקודת ההקדשות לצרכי צדקה, אשר נועדה להסדיר את יצירתם של הקדשות שאינם דתיים, והסמכות לדון בעניינם ניתנה לבית המשפט האזרחי. בדברי ההקדמה לפקודה נאמר, כי זוהי "פקודה הבאה לקבוע הוראות להסדרת הקדשות לצרכי צדקה שנוסדו שלא לפי החוק הדתי". בנוסף, בסעיף 43 לפקודת ההקדשות לצרכי צדקה נקבע, כי "כל דבר האמור בפקודה הזאת לא יפגע בנכסים המוקדשים לצרכי צדקה והם נושא לווקף או להקדש דתי שנוצרו בפני בית משפט דתי על פי הוראות דבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922". בשנת 1973 תוקנה פקודת ההקדשות לצרכי צדקה, ונוספו לה הוראות המסדירות את הפיקוח על ההקדשות.

ג. **תקופת חוק הנאמנות** (להלן: **"תקופה ג"**): פקודת ההקדשות לצרכי צדקה בוטלה עם כניסתו לתוקף של חוק הנאמנות בשנת 1980. ביחס להקדשות "אזרחיים" נקבע, כי הוראות חוק הנאמנות יחולו גם על הקדשות שכונו לפני תחילתו לפי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה, כאשר ביחס להקדשות דתיים נקבעה הוראה מיוחדת, בסעיף 41, כאמור לעיל.

עוד נקבעו בסעיף 44 לחוק הנאמנות "הוראות מעבר":

"(א) הקדש שהיה קיים ערב תחילתו של חוק זה לפי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה יראוהו כהקדש ציבורי ויחולו עליו הוראות חוק זה מתחילת חוק זה; התאגדו נאמניו של הקדש כזה לפי סעיף 36 לאותה פקודה, ימשיכו להיות תאגיד כאמור שם.

(ב) מי שביהן ערב תחילת חוק זה כמפקח על ההקדשות, יראוהו כאילו נתמנה רשם לפי חוק זה, ופנקס ההקדשות ופנקס החברות לתועלת הציבור שהתנהלו ערב תחילת חוק זה יראו כמתנהלים לפי חוק זה."

14. יצוין, כי לאורך השנים נרשמו הקדשות דתיים בודדים בפנקס ההקדשות וכפועל יוצא מכך ננקטו על ידי רשם ההקדשות סמכויות פיקוח בעניינם, לפי הצורך. מרבית נאמני ההקדשות שנדונו לפני בתי הדין הרבניים לא פנו לרשום את ההקדש בהתאם לסעיף 26 לחוק הנאמנות, ומדיניות רשם ההקדשות בעבר ועד לאחרונה הייתה שלא להפעיל פיקוח אסדרתי כופה, כל עוד ישנם ניסיונות להגיע למתווה מוסכם בעניין.

15. לענייננו כעת, השאלה המשפטית המרכזית לגביה חלוקים הצדדים נעוצה בפרשנות הוראות סעיף 41(א) לחוק הנאמנות ובשאלה האם "פיקוח" על הקדשות דתיים נכלל בגדר המונח "יצירה וניהול פנימי".

עיקרי הדיון:

16. כאמור לעיל, עמדות הגורמים השונים הובאו באופן מפורט וכרקע לדיון וסוכמו במצע לדיון שהופץ למשתתפי הישיבה קודם למועד הדיון. על עמדות אלו חזרו המשתתפים גם במהלך הדיון.
17. לעמדת ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי) ורשם ההקדשות "פיקוח" אינו נכלל בגדרי המושג "ניהול פנימי" – הן לשונית והן מנימוקים נורמטיביים, ועל כן סמכות הפיקוח נתונה לרשם ההקדשות. עמדת בית הדין הרבני לעומת זאת היא, כי שאלות הפיקוח קשורות גם קשורות לניהול הפנימי מאחר שסמכות הפיקוח של בית הדין היא תולדת תפקידו השיפוטי-הלכתי בענייני ההקדשות.
18. לעמדת הרב יעקבי, על הפיקוח על הקדשות שנוצרו בתקופה ב' להיעשות על ידי בית הדין, וביחס להקדשות שנוצרו בתקופה ג' – על הפיקוח להיעשות על ידי בית הדין אם הוא קבע כך. ביחס להקדשות שנוצרו בתקופה א' – הרב יעקבי פירט את עמדתו שהוצגה במצע לדיון בעניין הטעות שנפלה לשיטתו בפסק הדין בעניין פודהורצר, שבעקבותיה הוא סבור, כי ניתן להסיק גם לגבי ההקדשות שנוצרו בתקופה א', כי סמכות הפיקוח תהא נתונה לבית הדין הרבני. עורכת הדין שקרג'י פירטה אודות פעולות הפיקוח המתבצעות בשיתוף עם בית הדין וההתקדמות הרבה שנעשתה בתחום בשנים האחרונות.
19. במהלך הדיון שבנדון, לבד מפירוט הטענות שהועלו על ידי הצדדים במצע לו, ולשאלת היועץ המשפטי לממשלה, נדרשו המשתתפים לטענת הרב יעקבי, כי סעיף 44(א) לחוק הנאמנות מהווה הסדר שלילי. היינו, כי חוק הנאמנות מחיל את הוראותיו, לרבות ההוראות לעניין רשם ההקדשות, רק על הקדשות שנוצרו בתקופה ב' לפי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה ולא כאלה שנוצרו לפני בתי הדין, ומכאן יש ללמוד כי ההקדשות שנוצרו לפני בתי הדין – אין הוראות הפיקוח חלות עליהם. בתשובה טענו נציגי ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי), כי סעיף 44(א) לחוק הנאמנות אינו מייצר הסדר שלילי וזאת, מאחר שהסעיף אינו סעיף תחולה, אלא סעיף של הוראת מעבר. הוראות מעבר קובעות את הצד האופרטיבי של יישום החוק, אך אין בהן כדי לקבוע מה הדין ביחס לגופים שאליהם לא התייחסו. משכך, גם הקדש דתי שנוצר קודם לחוק הנאמנות סר למרותו של החוק, ככל שאין המדובר בענייני יצירה וניהול פנימי שלו. זאת, בין היתר ולבד משלל הנימוקים שתוארו במצע, משום שעל פי סעיף 42 לחוק הנאמנות, אשר בו נקבעה תחולת החוק (וראו גם כותרת השוליים שלו) הוראות חוק הנאמנות תחולנה כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות אחרות לעניין הנדון בו. היות שאין הוראות חקוקות אחרות, ממילא חוק הנאמנות על הוראות הפיקוח שבו, חל על הקדשות כאמור.

היועץ המשפטי לממשלה סיכם את הדיון כלהלן:

20. היועץ המשפטי לממשלה החליט לקבל את עמדת יעוץ וחקיקה (משפט אזרחי) ורשם ההקדשות ביחס לכלל התקופות, לפיה מהפרשנות התכליתית של המונח יצירה וניהול המופיע בחקיקה הרלוונטית ניתן להסיק, כי הפיקוח על ההקדשות, על פי הדין הקיים,

מצוי בידי רשם ההקדשות, כמאסדר שהמחוקק מצא אותו אחראי לפיקוח על מוסד משפטי זה.¹



¹ לצד זאת, לאור הנימוקים שהעלה בדיון ובטיוטת המאמר שהעביר הרב יעקבי ביחס להקדשות שנוצרו **בתקופה א'**, נראה, כי נכון יהיה לשנות את המצב המשפטי הקיים לעניין חלוקת הסמכויות המהותית, כך שבית הדין הרבני הוא שיהיה בעל הסמכות להכריע בסכסוכים מהותיים אגב ענייני **יצירה וניהול פנימי**. הואיל שהקביעה, כי בהקדשות מתקופה א' סמכות הדיון המהותית ניתנה לבית המשפט האזרחי, נעשתה בהתאם לפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין פודהורצר, לא ניתן להורות כאמור אלא אך ורק לפי חקיקה מתאימה – וכך בדעת היועץ המשפטי לממשלה להמליץ לפני דרג קובעי המדיניות לפעול.