

ארץ הקודש וההקדש*

קובי ביר (LL.M)

עורך דין ושחאי מקרקעין

חבוא

הדין בתקופת השלטון העות'מאני חילק את סוגי הקרקעות לחמשה סוגים. אדמות ה"מולק" שהנן אדמות בבעלות מלאה של היחיד¹, קרקעות מסוג "מירי" בהם זכות הבעלות הנה של המלכות (אך לעתים ליחיד זכויות החזקה בקרקע בתנאים מסוימים), קרקעות של הקדש – "ווקף", קרקעות שברשות הרבים הנקראות "אראצי מתרוכה" וקרקעות מתות "אראצי מואת"² – קרקעות עזובות, אדמות הפקר.³

קרקעות ההקדש בכלל, וקרקעות ההקדשות שנערכו בפני בתי הדין האסלאמיים בפרט ('ווקפים' או 'מוקפיות'), היוו תמיד פלח נכבד מכלל סוגי הקרקעות והזכויות בהן בתחומי ארץ ישראל. עוד מקדמא-דנא, נהגו בני אנוש להקדיש חלקים מרכושם למטרות דת, צדקה ועוד. כבר בספר ויקרא מצאנו: **"ואיש כי יקדש את ביתו קדש לה' והעריכו הכהן בין טוב ובין רע, כאשר יעריך אותו הכהן כן יקום"** (ויקרא כז, יד).³

בשיטות משפט רבות, קיים הסדר משפטי, המאפשר לאדם הפרטי להעמיד מרכושו לטובת הקהילה, החברה והציבור.⁴

משך השנים, בעיקר תחת השלטון העות'מאני, נהגו רבים מיושבי הארץ להקדיש מכלל נכסי הדלא נידי שברשותם. היו שעשו זאת ממנעים דתיים של צדקה, והיו שפעלו כך מסיבות פוליטיות-כלכליות (על מנת למנוע מהשלטון לעקל את נכסיהם).⁵ כך או כך, בתקופת השלטון העות'מאני הוצאו **"שטרות ווקף"**⁶ רבים.

מעניין הוא גם ההבדל במינוחים בין השפה העברית הדנה ב"הקדש" ובין המינוח

* מאמר זה, הנו פרק, הדין במהות ה"ווקף" מתוך ספר הנמצא כיום במהלך כתיבה, בנושא מקרקעי הכנסיות בארץ ישראל.

1 ראה מ. דוכן **"דיני קרקעות במדינת ישראל"** (מהדורה שניה) ירושלים 1952, עמ' 28. (להלן: **"דוכן"**)

2 סעיף 1 ל חוק הקרקעות העות'מאני משנת 1274 להג'ירה, 1858 לספירה.

3 על פסוק י"ב שם **"והעריך הכהן אותה בין טוב ובין רע, כערכך הכהן כן יהיה"** אומר רש"י בפירושו במקום: כי הערכת הכהן תבצע **"לשאר כל אדם הבא לקנותה מן ההקדש"**. פירוש, לאחר שנכס הוקדש, יוערך הנכס ע"י הכהן, ועל-פי הערכת זו יימכר לצד מעוניין. מצאנו, כי בימי קדם היה הכהן משמש כשומאי, ועל-פי הערכתו, היו נכסי ההקדש נמכרים לצד ג'.

4 ראה א. טננבוים וא. קפלן **"הקדשות בישראל – הדין הרצוי והמצוי"** שערי משפט א(1), הוד השרון, 1997 (67) (להלן: **"טננבוים 1997"**).

5 ד. זאבי, **"המאה העות'מאנית – מחוז ירולים במאה ה' 17"**, יד בן צבי, 1997, (144) (להלן: **"זאבי"**).

6 כן ראה א. גרנובסקי **"המשטר הקרקעי בארץ ישראל"** דביר תל-אביב 1949 (להלן: **"גרנובסקי-המשטר הקרקעי"**) (82, 51)

7 שטרות היוצרים "הקדש" על הקרקע.

האסלאמי הנוקט בלשון "ווקף" – שפירושו עצירה.

כאמור, בשפה העברית נוקטים אנו במונח "הקדש" הנגזר מהמילה "קדוש". אברהם אבן שושן במילונו⁷ מגדיר: "קדוש = נעלה ונשגב. כליל השלמות והטוהר". אולם מעדיף אני דווקא את הסבריו של הרב פנחס וולף לפרשת קדושים⁸ בהקדמתו לביאור הפרשה:⁹

"קדשים תהיו... ממליצים לנו לעסוק תמיד בחינוך עצמי, בהתאפקות ובהסתפקות במועט... ריסון עצמי הוא סודו של החינוך העצמי ושל החינוך לחיי חברה תקינים."

אם כן מצאנו, כי המינוח "הקדש" יפה לשפתנו. הוא מעיד על הפרשה של חלק מרכושנו לטובת החברה והכלל.

עתה נבחן את שורש המינוח "ווקף" (وقف) בשפה הערבית. ווקף = עצירה. עוצרים את הבעלות על הקרקע, ומעבירים את זכויות הבעלות לרשות עליונה או עבור "המטרה" לשמה מוקדשת הקרקע.¹⁰

בספרו "המשטר הקרקעי בארץ ישראל"¹¹ מסביר א. גרנובסקי (גרנות) כי המילה "ווקף" – עצור – מבטאת את עצירת שרשרת העברת הזכויות בקרקע ועצירת הסחירות שלה, שכן בהתאם לדין השרעי, מכוחו חוקק חוק הקרקעות העות'מאני, קרקעות הקדש ("מוקפיות") אינן סחירות ולא ניתן לרוכשן ו/או למוכרן.¹²

הסבר דומה סיפק בשעתו עורך הדין אברהם סוכובולסקי, אשר הסביר את ה"ווקף" כעצירת הבעלות על הקרקע, והפיכת הקרקע לקרקע ללא בעלים. "מרגע חתימת שטר הווקף נותרים למעשה רק הרכוש והמטרה לה הוקדש הנכס, ואילו הבעלות נמחקת כלא היתה."¹³

חיזוק לנ"ל גם נמצא בעובדה, כי בניגוד לתאגידים דוגמת עמותות וחברות, אין בחוק כל דרך חוקית לפירוק "הקדש"¹⁴ קרי: מרגע היווצרות ההקדש, נעצר המסחר בקרקע לעולמי עד, ומכאן ולהבא יוקדשו פירותיה למטרות ההקדש, ולמטרות אלו בלבד.

גם קרקעות ההקדש אינן מהוות מקשה אחת, והן נחלקות למספר סוגים. מטרתו של מאמר זה, לבחון את סוגי הקדש ה"ווקף" השונים, הדינים החלים עליהם והמשמעויות הנגזרות בעת בחינת ערכן של הזכויות במקרקעין אלו.

7 "המילון החדש" קרית ספר בע"מ, ירושלים 1988

8 "דיוקים על התורה", ירושלים 1974

9 ויקרא פרק י"ט פסוק א'.

10 מ. דביר, "רישום קרקעות בישראל", קריית ספר 1957 (להלן: "דביר"). מ. דוכן, "דיני קרקעות במדינת ישראל", מהדורה שנייה 1952. א. בן שמש "חוקי הקרקעות במדינת ישראל" מסדה רמת גן 1953 (להלן: "בן שמש"), א. סוכובולסקי, "קרקעות מנזר רטיסבון בירושלים", מלד"ן – תל אביב 1996.

11 "דביר" ת"א, 1949 (ראה עמוד 123 ואילך) (להלן: "גרנות המשטר הקרקעי")

12 על הגבלת העבירות בנכסי ווקף ראה: ח. זנדברג "הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל", האוניברסיטה העברית וקקל, ירושלים 2001 (114). (להלן: "זנדברג")

13 א. סוכובולסקי "קרקעות מנזר ראטיסבון בשכונת רחביה בירושלים" בעריכת ק. ביר, מלד"ן, תל-אביב, 1996.

14 ראה טננבוים 1997 (71).

כן יוטעם, כי עיקרו של מאמר זה עוסק בהקדשות דתיים מסוג "ווקף"¹⁵, אם כי בהתאם לדין בישראל כיום, ישנם גם הקדשות דתיים וחילוניים המתנהלים תחת פיקוחם של בתי הדין הדתיים ו/או רשם ההקדשות.^{16, 17}

כיום, אין ערך הקרקע נקבע ע"י כהן הדת, אלא שמאי המקרקעין הוא האמון על המלאכה. שומה עליו לדעת ולהכיר את חבילת הזכויות בנדל"ך לרבדיה, לרבות סוגיית קרקעות הווקף.

פיקוחו של הווקף בדיני חדינת ישראל

דבר המלך במועצה על ארץ ישראל 1922 עד 1947¹⁸ המשיך את רציפות הדין העות'מאני שקדם לשלטון המנדט הבריטי והחילו על תושבי ארץ ישראל גם תחת שלטון המנדט. לא זו אף זו, בסעיפים 52,53,54 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל, ניתנה סמכות שיפוט ייחודית לבתי הדין הדתיים, לדון בהקדשות דתיים.¹⁹ בהתאם לסעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט התש"ח – 1948 שחוקקה מועצת הזמן הזמנית נקבע:

"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."

מצאנו אם כן, כי חלקים נכבדים מהדין העות'מאני (וכפי שיבואר בהמשך – גם דינים הנוגעים לקרקעות הקדש) ממשיכים לחול גם בימינו אנו, שכן הדין העות'מאני נשאב לדין המנדטורי ויחד עימו נשאבו שניהם גם יחד לדין החל כיום במדינת ישראל בכפוף לשינויים שנערכו בהם עם השנים.

זאת ועוד, חוק המקרקעין תשכ"ט – 1969²⁰ בסעיפים 159-162, קובע כי:

"159. (א) הספר העשירי של המג'לה לא יחול על מקרקעין...."

160. בעניני מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922-1947.

161. מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק.

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

15 קרי: הקדשות אשר נעשו בתקופה העות'מאנית בפני בתי הדין השרעיים.

16 ראה בהמשך התיחסות לנ"ל.

17 כפי שיבואר לקמן, בעוד שבהקדש רגיל – אין ההקדש מהווה אישיות משפטית עצמאית ואין לראות בהקדש כבעל הזכויות במקרקעין, הרי ש"ווקף" הנו אישיות משפטית וסיווג מקרקעין כ"ווקף" מהווה סיווג מקרקעין לצד סוגי זכויות אחרות במקרקעין.

18 חא"י כרך ג' עמ' 2738

19 ראה גם פ. אלבק ור. פליישר "דיני מקרקעין בישראל" (78) הערה 60 (להלן: "אלבק").

20 ס"ח תשס"ח מס' 2172

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

(2) **בדין שהיה קיים ערב תחילתו בנוגע להתיישנות במקרקעין לא־מוסדרים."**

צא ולמד, למרות שמדינת ישראל חוקקה חוק מקרקעין מודרני, במסגרתו ביטלה את דיני הקרקעות העות'מאניים והמנדטוריים (כגון חלקים מהמג'לה וסימן 46 למלך במועצתו [לארץ ישראל]), היא הותירה את הדין החל על מקרקעי הקדש ו"ווקף" על כנו.²¹

יוטעם, כי בהתאם לחוק נכסי נפקדים תש"י – 1950, נכסי ווקף שמנהליהם או הנהנים מההקדש היו בתורת נפקדים, הוכרזו כנכסי נפקדים.²²

בתיקון מס' 3 לחוק האמור, משנת התשכ"ה – 1965 (תיקון מס' 3 שחרור נכסי הקדשות והשימוש בהם) הוסף סעיף 4(א) בו נקבע, כי לא רק זכות אכילת הפירות וההנאה מהקרקע²³ תועבר לידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים, אלא גם זכות הבעלות.²⁴

אומר הסעיף:

"(1א) (1) **היה נכס פלוני הקדש לפי כל דין תהא הבעלות בו מוקנית לאפוטרופוס, כשהיא חפשית מכל סייג, התנאה והגבלה כיוצא באלה שנקבעו בכל דין או בכל מסמך הנוגע להקדש או על פיהם, בין שנקבעו לפני ההקניה ובין לאחריה, אם בעל הנכס, או האדם שבידו החזקה או זכות הניהול של הנכס, או הנהנה מההקדש היו נפקדים; ההקניה היא מיום ' בכסלו תש"ט (12 בדצמבר 1948) או מיום שבו נעשה אחד מאלה לנפקד, הכל לפי המועד המאוחר;**"

לסיכום פרק זה יאמר, כי המחוקק הישראלי הותיר את ה"ווקף" כמעין זכות במקרקעין, לצד הבעלות, השכירות והחכירה, זיקת ההנאה, זכות הקדימה והמשכנתא, שהוגדרו בחוק המקרקעין האמור.

יחד עם זאת, בהתאם לחוק נכסי נפקדים, משהוכרזו מנהל הווקף ו/או הנהנים כנפקדים, פוקע סיווג זה של המקרקעין והם מוקנים לאפוטרופוס על נכסי נפקדים כמקרקעין משוחררים מכל סייג.

יצירת ה"ווקף"

במאמרנו זה, נדון בהקדש ה"ווקף" שהנו המוכר לנו יותר, בדיני המקרקעין הישראליים.²⁵ כפי שתואר בתחילת המאמר, ה"ווקף" הנו אחד מחמשת סיווגי המקרקעין בחוק

21 לעניין הותרת סיווג "ווקף" בדיני המקרקעין, חרף החלת חוק המקרקעין תשכ"ט-1969, ראה א. טננבוים, א. קפלן "מקרקעי הקדש יהודיים בישראל – מבוא היסטורי, חברתי ומשפטי", "מקרקעין" ב/6 2003 (להלן: "טננבוים 2003") (8) ובהערות שוליים 10.

22 ראה גם א. טננבוים 1997 (80).

23 ראה פירוט והרחבה בהמשך.

24 ראה י. רייטר "הווקף" בתוך "עיר בסבך – לקסיקון ירושלים בת זמננו" מכון ירושלים לחקר ארץ ישראל, ירושלים 2003 (260) (להלן: "רייטר").

25 ה"ווקף" כאמור הנו הקדש דתי, הגם כי בסוף המאמר נפנה למקורות בדבר הקדשות חילוניים.

הקרקעות העות'מאני.²⁶

מערכת ניהול הקרקעות ע"י סיווגם למקרקעי מלכות ומקרקעין פרטיים, לא היתה **"המצאה"** של השלטון התורכי. כבר בחומש בראשית קוראים אנו על יוסף, שהיה משנה לפרעה מלך מצרים, אשר לקח מהעם את אדמותיו והם בתמורה לזכות לעבד את הקרקע העלו מס למלכות.²⁷ עוד מתואר שם, כי אדמות הכוהנים נותרו בבעלותם הם ולא נלקחו ע"י המלכות. הנה מצאנו, כי כוהני מצרים החזיקו בקרקעותיהם בתורת **"מולק"**, בעוד יתר המצרים החזיקו בקרקעות בתורת **"מירי"** – קרי: אדמות מלכות המוחזקות בפועל ע"י העם בתמורה להעלאת מס.

עיקרה של מערכת ניהול קרקעות זו נוצרה, על מנת לגבות מסים מתושבי האימפריה, לצורך החזקת המערכת השלטונית והצבא.²⁸ מערכת היררכית שהחלה בסולטאן ועברה דרך פחות ומושלי פלכים ומחוזות, וירדה עד לאיכר הפלאח, עובד האדמה, אשר היה צריך להעלות מס בכדי לכלכל את כל שרשרת היררכיה.²⁹

מערכת זו פעלה בשני אופנים מקבילים. עד המאה ה-16, היתה השיטה העיקרית לגביית מסים באימפריה העות'מאנית שיטת ה**"תימאר"**. בשיטה זו, היה השליט מקנה למקורביו את הזכות לגבות מהחקלאים חלק מההכנסה הנובעת מהקרקע בתמורה לסיוע המקורבים בגביית המיסים ובמערכות המלחמה.³⁰

במאה ה-16, הפכה שלטת שיטת ה**"אלתזאם"**. בשיטה זו, הוחכרה מראש הזכות לגבות מיסים עתידיים מהקרקע במחוז מוגדר בתמורה לדמי חכירה ששילמו מושלי המחוזות לסולטאן מראש.³¹

אם נרצה, נוכל לתאר את שיטת ה**"אלתזאם"** כמעין שכלול של שיטת ה**"תימאר"**, ע"י מעין רכישה מהוונת מראש של הזכות לגבות מסים.

חשוב להטעים, כי תחת שלטון האימפריה העות'מאנית, היו מרבית הקרקעות רכוש של הסולטאן, והוא חילקם כראות עיניו.³² הסולטאן היה מחלק את הקרקעות ע"י כתיבת צווי **"ברעת"**³³ ולאחר מותו היה צורך בחידוש צווים אלו ע"י יורשו.³⁴

נשים לב, כי גם סוגי הקרקעות השונים – מוינו בהתאם לזכויות הבעלות ולאז דווקא בהתאם ליעודם.³⁵

26 לצד ה**"מולק"**, ה**"מירי"**, ה**"מתרוכה"** וה**"מאוות"**.

27 ראה בראשית מ"ז כ'.

28 ראה זאבי (141 ואילך).

29 ראה גם א. גרנות **"בשדות הבניין"** מוסד ביאליק, ירושלים, 1951. (להלן: **"גרנות בשדות הבניין"**) (16)

30 זאבי (141), כן ראה א. טננבוים 2003.

31 זאבי (145)

32 ראה זאבי (143) (158) (167)

33 כתב ה**"בורא"** – יוצר זכויות.

34 זאבי שם. כן ראה א. סוכובולסקי **"קרקעות מנזר ראטיסבון"**.

35 ראה גם דוכן (138)

ה"מולק" – שהנו קרקע בבעלות פרטית,³⁶ ה"מירי" – קרקע בבעלות הסולטאן³⁷ או המדינה, אשר ניתנה לפלוני לשם אחזקתה, "מתרוכה" – קרקעות בבעלות הציבור, "מאוות" – קרקע מתה (חסרת בעלים) ו"ווקף" – קרקע בעלות ההקדש.

שונה הדבר כיום, בו נקבעו בחוק המקרקעין "מקרקעי ייעוד" ו"מקרקעי ציבור" אשר מיונם הנו על-פי אופיים הציבורי של המקרקעין והשימוש בהם.³⁸

יצירת ה"ווקף" אפשרה בידי בעלי הרכוש, להבריא אותו ממערכת המיסוי, שכן בהתאם לדין השרעי, לא ניתן למכור מקרקעי "ווקף", וכך יכלו הבעלים להבטיח כי רכושם לא יעוקל לטובת המלכות.³⁹

בספרו "המשטר הקרקעי בארץ ישראל" כותב א. גרנובסקי:⁴⁰ "אותה סיבה – אי בטיחות הרכוש – היתה דוחפת את האיכרים לבקש חסותו של הכוח הכביר ביותר בעולם המוסלמי: דת מוחמד. לשם הגנתו על רכושם, שלא יפול לידי השולטן, חוכרי גביית המסים, או עריצים מכל המינים – היו בעלי הקרקע מוסרים את נכסיהם למסגדים או למוסדות דתיים אחרים, והופכים אותם להקדשות הווקף".

ובמקום אחר באותו הספר⁴¹ בתארו את היתרונות בהפיכת קרקע מאדמת "מירי" ל"מולק" הוא כותב: "בכוח היתר זה קיבלו הבעלים זכויות בלתי-מוגבלות על קרקעותיהם, ואף רשאים היו להכריז עליהם כעל רכוש הווקף, הכרזה זו שימשה לו, לבעל הקרקע, מגן על רכושו ועל רכוש יורשיו מפני מעשי שרירות מצד המדינה ושלטונותיה, שכן מעתה שמרו עליו התקנות התקיפות ביותר, מבחינה חוקית ודתית, שבמשפט המוסלמי – הן תקנות הנוגעות להקדשי ווקף".⁴²

כפי שיבואר בהמשך, ווקף ניתן היה ליצור גם לטובת בני משפחת המקדיש וצאצאיו, ולכן היווה הווקף מקלט מס נוח יחסית.

עוד ראוי לציין, כי הווקף נוצר עוד טרם הכרת התאגידיים המשפטיים המוכרים לנו כיום, והמהווים אישיות משפטית נפרדת.⁴³ הקדשת נכסים לטובת הווקף, ומינוי המקדיש למנהל נכסי ההקדש, אפשרה למעשה לבעל הרכוש להוציא את הרכוש תחת ידיו מחד, אך להמשיך ולנהלו ולפקח עליו מאידך (אם כי בגבולות מטרות ההקדש). בכך יצר הדין

36 "מולק" – מלשון המילה "מלך". קרי: בעל זכויות "מולק" נוהג במקרקעיו מנהג מלכים = בעלים.

37 "מירי" – קרקע של ה"אמיר" (מלשון: "אמירות", הסולטאן. ראה גם א. סוכובולסקי "אדם – אדמה משפט – שפה", ספר זיכרון לעו"ד א. סוכובולסקי, הגיגים 2001 (56).

38 ראה חוק המקרקעין תשכ"ט – 1969 פרק ח', סעיף 107 ואילך.

39 ראה זאבי (144) כן ראה טננבוים 2003 (9).

40 (51)

41 (82)

42 אם כי בספרו "בשדות הבניין" הוא מציין כי לעתים דווקא מוסדות הדת – אליהם פנו האיכרים ולהם הקדישו את רכושם מתוך כוונה להגן על הרכוש – השתלטו ו'בלעו' את רכוש האיכרים.

43 כגון: חברות, עמותות, אגודות שיתופיות. על היחס בין ההקדש ובין התאגידיים האחרים, ראה א. טננבוים 1997 (70).

מעין אישיות משפטית נפרדת.^{44 45}

לא זו אף זו, יצירת ווקף על נכס, מנעה את חלוקתו בעת פטירת בעליו והורשתו ליורשים רבים על דרך חלוקה בעין. בכך, נמנעה חלוקת שטחי קרקע לחלקות קטנות שאינן כלכליות. כן מנעה פעולה זו את הוצאת הנכס מידי המשפחה ע"י מכירה והבטחת הותרת הנכס לטובת הצאצאים.⁴⁶

יצירת ההקדש הנה בכתובת שטר "ווקפיה" שהנו שטר הנכתב בפני שופט דתי, ובו בעלי המקרקעין מקדישים את המקרקעין לאלוהים.⁴⁷ לאחר ששטר הווקפיה נחתם ואושר כדין, ניתן לרשום את הווקף בפנקסי המקרקעין.

תחת השלטון העות'מאני, הכיר השלטון רק בדין השרעי, ועל-כן גם מוסדות יהודיים ונוצרים ערכו את שטרי ה"ווקף" בפני הקאדי.⁴⁸ כפי שפורט לעיל⁴⁹ גם השלטון המנדטורי הותיר את הסמכות הייחודית הנושאת הקדשות דתיים בפני בתי הדין הדתיים.⁵⁰

סעיף 1739 של ה"מג'לה"⁵¹ קובע כי: **"אין נוהגין על פי שטר הקדש בלבד. אבל אם נמצא רשום בספרי הזכרונות של בתי המשפט, השמורים כדלעיל, נוהגים על-פיו"**.⁵²

רשם הקרקעות לא ירשום הקדש בפנקסי המקרקעין, אלא אם כן אישר את ההקדש תחילה ראש אגף רישום והסדר הקרקעות.⁵³

מהמקובץ עולה, כי בכדי ש"הווקף" יקבל תוקף, אין די בשטר ההקדש עצמו, אלא יש צורך לאשרו בפני הרשות המוסמכת, ורק אז גם יהא ניתן לרושמו בפנקסי המקרקעין.⁵⁴

קרי: הן המשפט העות'מאני והן דין הישראלי, דרשו עין בוחנת של בית המשפט העות'מאני ולחילופין ראש אגף רישום והסדר מקרקעין, לרישום מקרקעין כ"ווקף".

לעניין זה, שונה מעמד ה"ווקף" ממעמד הקדש רגיל.

בהתאם לחוק הנאמנות תשל"ט – 1979, סעיף 17, יכול בית המשפט להצהיר על קיומו

44 ראה גם א. סוכובולסקי, "קרקעות מנזר ראטיסבון בירושלים" מלד"ן, תל אביב 1996 (19) וכן א. טננבוים 1997 (75) וא. טננבוים 2003(8).

45 לעניין שאלת היות ה"ווקף" אישיות משפטית נפרדת, ראה להלן.

46 טננבוים 2003 (8-9)

47 דוכן (68)

48 שופט מוסלמי דתי.

49 בפרק "מיקומו של הווקף בדיני מדינת ישראל".

50 אם כי תחת השלטון המנדטורי, צומצמה סמכותו של בית הדין השרעי להקדשות דתיים מוסלמיים בלבד, ואילו סמכות יצירת הקדשות יהודיים ונוצרים חדשות העוברה לידי בתי הדין הדתיים איש איש לפי עדותו. ראה א. טננבוים 1997 (76) וכן ע"א (עליון) 27/49 לבנון נ' אלמליח, פ"ד ג' 68.

51 ה"מג'לה" הנו קודיפיקציה של חקיקה אזרחית, אותה ערך השלטון העות'מאני בשנת 1876. קודקס זה כולל את כלל החקיקה האזרחית לרבות דיני מקרקעין. הקובץ לא היווה דבר חקיקה חדש, אלא אך איסוף של הדין אשר היה קיים. אשר על-כן, חרף כתיבת המג'לה לאחר חוק הקרקעות העות'מאני (1858), עדין כפופה המג'לה לחוק זה, ואין בה כדי לשנותו. ראה אלבק (10).

52 ראה תרגום המג'לה ע"י ג. פרומקין מהדורה שלישית ירושלים, 1952.

53 דביר (44).

54 אם כי כפי שיפורט בהמשך (בפרק הדין באישיות המשפטית של הווקף) יובהר כי לעתים יוכר ווקף אף כאשר אין על כך רישום בפנקסי המקרקעין (לרבות המוסדרים).

של הקדש, גם בהעדר מסמך בכתב, ולהגדיר את מטרותיו ומועד תחילתו.⁵⁵

זאת ועוד, בע"א 477/88 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוניברסיטת תל-אביב, כתב נשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר: **"דרישת החוק אינה מתייחסת לכך שהמקדיש יביע את כוונתו ליצור הקדש במובנו הטכני פורמלי של המונח. די לעניין תחולת החוק, המקדיש יביע את כוונתו ליצור הקדש על פי משמעותו המהותית-תכנית, היינו, כי יורה על הקדשת נכסים לטובת נהנה או מטרה אחרת"**.⁵⁶

יחד עם זאת, בשונה מהדין העות'מאני, אשר מבחינתו **"ווקף"** הנו סוג של בעלות על מקרקעין,⁵⁷ הקדש בדין הישראלי אינו מהווה סוג של מקרקעין, אלא מטיל מגבלות בדבר ייעודו, החלות על הבעלים הרשומים הפועלים בנכס כנאמני ההקדש.

בתא (נצ') 509/93 נעמה נסייר ואח' נ' הפטריארך היווני אורתודוכסי ואח', דחה השופט נסים ממן את טענת התובעים⁵⁸ כי הפטריארך היווני אורתודוכסי מחזיק במקרקעין נשוא התביעה בתורת מנהל **"ווקף"**, בין היתר משום שלא עלה בידי התובעים להוכיח קיומו של שטר ווקפיה.⁵⁹ יחד עם זאת יוטעם, כי בהמרצה 1212/94 בתיק זה, פסק ביום 26.1.1994 השופט א. משאלי, כי רישום הפטריארך כבעלי המקרקעין הנו בתורת היותו נאמן עבור בני עדתו.

צא ולמד, עצם רישום מקרקעין על שם ראש העדה, אף בתורת נאמן, אינו הופך את המקרקעין ל**"ווקף"**.

יחד עם זאת, מצאנו כי לעתים בית המשפט כן יבחן את האפשרות להכיר במקרקעין כאלו ואחרים כ**"ווקף"**, חרף שאינם רשומים ככאלו.

בתא (ת"א) 224/77 (המ' 7385/80), הפטריארכיה היוונית האורתודוכסית של ירושלים נ' עיריית רמלה, סירב בית המשפט המחוזי להכיר בפטריארכיה כאישיות משפטית מוכרת.⁶⁰ יחד עם זאת, הציע כב' השופט וינוגרד לפטריארכיה, כי תתקן את כתב התביעה בכך שתגיש אותה כמנהלת ה**"ווקף"**. הנה מצאנו, כי בית המשפט היה מוכן להכיר ב**"ווקף"** כאישיות משפטית הזכאית לתבוע.⁶¹

55 אומנם, טרם הוכרע בפסיקה באם הכרזה זו הנה דקלרטיבית בלבד או שמא קונסטטיטיבית. ראה: ע"א 6406/03 נאמני ההקדשות של העדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון נ' תומר שמעון כמוס (להלן: **"פרשת כמוס"**) וכן הפ (תא) 523/03 עיריית פתח תקווה נ' עמותת נחלת ראובן ע"ש זרח ראובן ברוומן זצ"ל פתח תקווה (להלן: **"פרשת נחלת ראובן"**) בסעיף 13 לפס"ד.
56 שם עמ' 480.

57 לצד ה**"מולק"**, **"מירי"**, **"מתרוכה"** ו- **"מאוות"**.

58 בפסק הדין מיום 3.12.2002.

59 סעיפים 62-63 בעמ' 33 לפסק הדין.

60 באותו המקרה, תבעה הפטריארכיה את עיריית רמלה בעילות תביעה נזקיות. חלק מטענות ההגנה של העירייה היו, כי הפטריארכיה כלל איננה מוכרת כאישיות משפטית היכולה לתבוע.

61 לעניין זה ראה גם ע"א 272/81 הפטריארכיה היוונית אורתודוכסית של ירושלים נ' עיריית רמלה, בה בוטלה החלטת בית המשפט המחוזי שסירב להכיר בפטריארכיה כאישיות משפטית, והפטריארכיה הוכרה כאישיות משפטית עצמאית. ממילא התייתר הצורך לתקן את כתב התביעה. עוד לעניין זה ראה ק. ביר **"השמאי וצופן זה וינצ'י"** **"מקרקעין וערכם"** ביטאון לשכאט שמאי המקרקעין בישראל, חוברת 131, תל אביב 2009 (25).

ונשוב לעניין היווצרות ה"ווקף".

הקדש דתי, ייערך בפני בית דין דתי.

בית הדין הדתי, ה"מחקמה" היה מוציא תחת ידיו שטר "ווקף" בהתקיים שלושה תנאים:⁶² האחד, כי המקדיש אינו מוגבל בזכויותיו בנכס.⁶³ השני, כי ההקדשה הנה לתכלית חוקית. התנאי השלישי, הבעת רצון המקדיש להקדשת הרכוש.

בית הדין היוצר שטר "ווקף" ממנה לנכסי ההקדש מנהל ("מותואלי").⁶⁴

ה"ווקף" יכול ויהא לצרכים דתיים (כגון: לטובת מסגד, מנזר או כנסייה, בית כנסת, מוסדות חינוך, מוסדות בריאות וכיו"ב) ויכול שיהא למטרת הבטחת צאצאיו של יוצר ההקדש.⁶⁵

בספרו "המשטר הקרקעי בארץ ישראל",⁶⁶ מבחין גרנובסקי בין שלוש מטרות ליצירת הווקף:

א. **הקדשות למטרות דת.** כגון: נכסים הנמצאים בבעלות מסגדים ומשמשים למטרות פולחן, קברים של מלכים או אנשים מפורסמים, נכסים שנועדו להחזקת מסגדים או אנשי דת ופקידיהם, בתי ספר דתיים.

ב. **הקדשות למטרות הכלל.** כגון: אכסניות לשימוש שיירות, מוסדות למטרות רווחה וצדקה, בתי חולים, מוסדות בריאות חינוך ותרבות, בארות ומרחצאות לטובת הציבור, בתי עלמין, דרכים וגנים וכיו"ב.

ג. **הקדש משפחתי.** ווקף שמטרתו להבטיח את הנאת הדורות הבאים במשפחה מהקרקע.

"ווקף" שנועד לצורכי ציבור נקרא "ווקף ח'ירי" ואילו "ווקף" למטרות משפחתיות מכונה "ווקף ד'רי".⁶⁷ אמנם, בין שני סוגים אלו אין הבדלים משמעותיים, שכן בהתאם לדין השרעי, הדאגה לצורכי הצאצאים והמשפחה דינה כצדקה.⁶⁸

כאמור, מבחינת הדין השרעי, הנפקות היא אך בין הקדש "אמיתי" – "סחיחה" שנערך על אדמה מסוג "מולק" – בו הוקנו להקדש מלוא הזכויות לרבות הבעלות הערטילאית, ובין הקדש ש"אינו אמיתי" – ווקף ע'יר סחיחה".⁶⁹ ⁷⁰

62 א. טננבוים 1997(75).

63 כגון: על הקרקע להיות מסוג "מולק" קרי, בבעלותו הפרטית של המקדיש, ולא מסוג "מירי", בה מוגבלות זכויות המחזיק לזכויות החזקה ושימוש בלבד, אך ללא זכויות בעלות.

64 ראה גרנובסקי – המשטר הקרקעי (128), אלבק (79).

65 ראה גרנובסקי – המשטר הקרקעי (124,131) וכן זאבי (144).

66 עמ' 131.

67 ראה רייטר (260).

68 א. טננבוים 2003 (8).

69 גרנות בשדות הבניין (29).

70 על אלה ראה בהמשך.

ה"ווקף" כאישיות משפטית נפרדת וכבעלים במקרקעין

כאמור, ה"ווקף" מבטא את הקדשת הקרקע לאלוהים.⁷¹ עצם ההכרה בכוח עליון כבעל רכוש פירושה הנו, כי בהתאם לדין השרעי ניתן להכיר ברשות עליונה כאישיות משפטית היכולה בהתאם לדין להיות בעלת רכוש.

סעיף 4 לחוק הקרקעות העות'מאני קובע כי: **"קרקע מולק שהוקדשה בהתאם לדת, זכות הבעלות וזכות השימוש בקרקע כזו מסורות להקדש..."**⁷² קרי: ההקדש הנו האישיות המשפטית לו מסורה הבעלות על המקרקעין.⁷³

בהתאם לדין העות'מאני, הוכרו כ"**אישיות משפטית**" הגורמים הבאים:⁷⁴

המדינה (הממשל העות'מאני)⁷⁵, **העיריות** – אשר החזיקו קרקעות **"מתרוכה"**, ומוסדות ה"ווקף".

כאמור לעיל, תחת השלטון העות'מאני לא היו תאגידי דוגמת חברות, עמותות ואגודות שיתופיות, וגם כאשר נוסדו כאלו, עדין הן היו מנועות מלהיות בעלות רכוש.⁷⁶

מצאנו אם כן, כי ה"ווקף" היה למעשה הדרך היחידה להכרה באישיות יורידית (אישיות משפטית) שאיננה בשר ודם או השלטון רשאית להחזיק בקרקע.^{77 78}

אשר על-כן, מוסדות אשר רצו להחזיק בקרקע בתוקף היותם מוסד, עשו זאת על דרך של הקדש "ווקף", כגון כנסיות ומנזרים אשר לא הוכרו כאישיות משפטית נפרדת,⁷⁹ וכן מוסדות צדקה כספריות ציבוריות, אספקת מים לעוברי דרכים ועוד.⁸⁰

כאמור לעיל, בתא (ת"א) 224/77 (המ' 7385/80), הפטריארכיה היוונית האורתודוקסית של ירושלים נ' עיריית רמלה, הציע כב' השופט וינוגרד לפטריארכיה, כי תגיש תביעתה כמנהלת נכסי הווקף, וככזו, תזכה להכרה כאישיות משפטית.

ברע"א 46/94 אילה זקס אברמוב ואח' נ' הממונה על מרשם המקרקעין, כותב הנשיא אהרון ברק: **"...נהפוך הוא: הדעה המקובלת הינה, כי עד לתיקוני החקיקה ב-1973 ההקדש לצרכי צדקה (להבדיל מהווקף) לא הוכר כאישיות משפטית"** (ההדגשה אינה במקור – י.ב.).

אם כן נמצאנו למדים, כי הקדש מסוג "ווקף" מהווה אישיות משפטית מוכרת.

71 יש הרואים בווקף כרכוש השייך לאלוהים. יש המבארים את הווקף כשייך לכלל האומה המוסלמית או השלטון העות'מאני (בית אלמאל).

72 ראה בן שמש (32)

73 מובן כי הכוונה כאן להקדש אמיתי ("ווקף סחיחה") כפי שיבואר לקמן.

74 ראה דוכן (138-139).

75 המדינה באה בנעלי הסולטאן.

76 דוכן שם.

77 ראה בן שמש (241)

78 רק בשנת 1913 נחקק "חוק על החזקת קרקעות על ידי אישיות משפטית יורידית" משנת 1331 להג'ירה. ראה בן שמש (242) ודוכן (139)

79 ראה ק. ביר "השמאי וצופן זה וינצ'י" "מקרקעין וערכם" 131, ביטאון לשכת שמאי המקרקעין בישראל, תל-אביב 2009.

80 א. טננבוים 2003 (8).

סוגי "ווקף"

בהתאם לדין העות'מאני, קיימים שני סוגי ווקף, "ווקף סחיחה" = ווקף אמיתי ר' "ווקף עיר סחיחה" = הקדש שאינו אמיתי.⁸¹

בהקדש "ווקף" אמיתי, מקדישים הבעלים את מלוא המקרקעין, "גוף הקרקע". כידוע, ע"פ חוק הקרקעות העות'מאני ניתן היה להפריד בין זכות הבעלות הערטילאית על הקרקע – זכות ה"רקבה" ובין הזכות לבעלות על המחוברים, זכות ה"אינשאאט".⁸² הקדש "ווקף" אמיתי הנו אפוא הקדש החל הן על המחוברים ("אינשאאט") והן על זכות ה"רקבה", קרי על מלוא זכויותיו המקוריות של הבעלים.

הקדש "ווקף" אמיתי כולל את גוף הבעלות על הקרקע "רקבה" ואת זכות ההחזקה בקרקע ה"תאצרף".

בהקדש אמיתי, לא חלים החוקים האזרחיים, אלא הדין הדתי.⁸³ ומתנהלים לפי התנאים שהתנה המקדיש בעת ההקדשה.⁸⁴

לרוב, ניתן ליצור הקדש אמיתי רק על קרקעות מסוג "מולכ", שכן אם הקרקעות אינן בבעלות המחזיק בהן (כגון קרקעות "מירי" שהנן בבעלות המלכות),⁸⁵ כיצד יוכל המחזיק להקדיש את הבעלות הערטילאית אשר אינה ברשותו?⁸⁶

בקרקעות שהן הקדש "ווקף" אמיתי, לא ניתן למכור עוד את הקרקע, ולא ניתן להעבירה בכל דרך אחרת.⁸⁷ החכרת בתי הקדש תהא לתקופה מקסימאלית של שנה אחת, ושל מקרקעין אחרים עד 3 שנים.⁸⁸

כפי שפורט לעיל⁸⁹ "ווקף סחיחה" מהווה למעשה אישיות משפטית נפרדת.

לעומת ההקדש האמיתי, בהקדש שאינו אמיתי, מקבלת הנהלת ה"ווקף" לידיה רק את תזרים ההכנסות הנובע מהקרקע. גוף הקרקע עצמו וזכויות ה"רקבה" אינם נמסרים

81 דוכן (63), בן שמש (32), דביר (43), גרנובסקי - המשטר הקרקעי (132), גרנות - בשדות הבניין (29) כן ראה אלבק (199).

82 דוכן (174)

83 דוכן (63). חוק הקרקעות העות'מאני משנת 1274 להג'ירה (1858) קובע בסעיף 4: "... אין החוק האזרחי ודיני נכסי המלכות נוהגים בקרקעות ממין זה, אלא עושים בהם הכל רק על-פי תנאי המקדיש, לפיכך אין חוק הקרקעות נוהג בקרקעות הקדש ממין זה". בנוסף ראה גרנובסקי - המשטר הקרקעי (132).

84 בן שמש (32)

85 המלכות = כיום: המדינה.

86 לא ניתן להקדיש קרקעות מסוג "מתרוכה" ו"מאווט" שכן אלו קרקעות השייכות לשלטון. ראה א. טנגבוים 1997 (75). כן ראה בפסק דינו של כב' השופט נסים ממך מיום 3.12.2003, בתא (נצ') 509/93 האמור לעיל.

87 מ דביר "רישום קרקעות בישראל - הלכות ונוהל" "קריט ספר" ירושלים 1957 (להלן: "דביר")

88 היוצא מהכלל הנו, כאשר הנכס הרוסי, ואין בידי נאמני ההקדש לתקנו, או כאשר ההקדש אינו מניב הכנסות. אז ניתן לערוך חוזה "אלאג'רתיין" (חכירה מוסווית). באישור בית הדין השרעי.

89 בפרק "הווקף כאישיות משפטית נפרדת"

להנהלת ה"זוקף"⁹⁰. תזרים ההכנסות יכול לכלול את היבול השנתי, דמי החכרת הקרקע ודמי שכירות.

הקדש מעין זה ידוע גם בשמו "תחציצאת"⁹¹, קרי: הקדש בו רק הפירות הנובעים מהקרקע מוקדשים.⁹²

חוק הקרקות העותמאני משנת 1274 (1858) בסעיף 4 קובעי כי:⁹³

"קרקע הקדש מוקפה היא על שני מינים:

א. קרקע שבהיותה מולק גמור, הוקדשה בהתאם לחוק הדתי (שרעי), זכות הבעלות וכל הזכויות של שימוש ואכילת פירות על קרקע זו, שהיא הקדש גמור, שייכות למינסטר ההקדשות.

אין החוק האזרחי ודיני נכסי מלכות נוהגים בקרקעות ממין זה, אלא עושים בהם הכל רק על פי תנאי המקדיש, לפיכך אין חוק הקרקעות נוהג בקרקע הקדש ממין זה.

ב. קרקע שבהיותה נכסי המלכות בתור מירי, הוקדשה ע"י השולטנים, או שהקדישוה אחרים באישור המלכות. הקדש ממין זה הוא למעשה הקדש של אחדים ממסי המדינה, כמו מעשר ומסים אחרים שהובדלו כך והוקצו ע"י הממשלה לשם איזו תכלית. קרקע הקדש ממין זה אינה הקדש גמור. גוף הקרקע וזכות הבעלות על הקרקע שהוקדשה כך (ממין תח'ציצאת, שהמלכות מוותרת להקדש זכות במכס ובמעשר), שייכים, כמו אצל קרקעות מירי, לאוצר המלכות. ונוהגים בקרקע הקדש ממין זה בשלימותם כל אותם הדינים שנוהגים בקרקע מירי, אלא שבקרקע מירי מסי העברה וירושה ודמי הקרקעות הפנויות (הניתנות לאדם) משתלמים לאוצר הממשלה, ובקרקעות של הקדש ממין זה – כל הדמים והמיסים משתלמים לאוצר ההקדש.

התקנות האמורות להלן אצל אדמת מירי נוהגות גם באדמת הקדש שממין זה, לפיכך בכל פעם שחוק זה מדבר על הקדש, משמעותה קרקע שהוקדשה כך (הקדש תח'ציצאת, ויתור הכנסה).

ויש עוד מיני הקדש שזכות הבעלות על גוף הקרקע שייכת לאוצר הממשלה, והמעשר והמסים מקרקע זו גם כן נשארים בידי המלכות, ורק זכות השימוש ואכילת פירות הוקדשו לשם איזה צורך. או שזכות הבעלות על גוף הקרקע נשארת שייכת לאוצר הממשלה והמעשר והמסים, יחד עם זכות השימוש ואכילת פירות, הוקדשו לשם איזה צורך של הקדש. בקרקע הקדש כזו אין נוהגות תקנות החוק האזרחי בנוגע להעברה וירושה. היא או שנעבדת ומוחזקת ישירות בידי מנהלי ההקדש עצמם, או שההקדש מחכיר אותה ומשתמש בהכנסות בהתאם להוראות המקדיש."

90 דוכן (65)

91 גרנובסקי המשטר הקרקעי בארץ ישראל (133).

92 בן שמש (32)

93 תרגום חוק הקרקעות העותמאני מצוי בספרו של דוכן בעמ' 466.

אם כן מצאנו, כי בעוד שב"ווקף" אמיתי, מוקדש גוף הנכס לרבות הבעלות הערטילאית על הקרקע, הרי שבהקדש שאינו אמיתי, הבעלות הערטילאית נותרת בידי הבעלים ורק זרם ההכנסות הנובע מהקרקע מוקדש ל"ווקף"⁹⁴. אשר על-כן, הקדש שאינו אמיתי ניתן לערוך (באישור השלטון) גם על קרקעות מסוג מירי, בהם כזכור הבעלות הערטילאית בידי המלכות (הממשל), ואילו ה"ווקף" חל אך ורק על ההכנסות הנובעות, והנאת ה"ווקף" הנה רק מפירות הקרקע.

אם כן מצאנו, כי ה"ווקף" אשר אינו אמיתי נחלק לשלושה תת סוגים כדלקמן:⁹⁵

א. "ווקף" בו הבעלות נותרת בידי המלכות, הפירות ("התאצורף") בידי מחזיק הקרקע⁹⁶ ואילו ההקדש עצמו נהנה אך ורק מתשלומי המס שהיו אמורים להיות מופרשים לממשלה. קרי: למעשה מי שמוותר כאן על זכויות כל-שהן, זהו הממשל המוותר על הכנסותיו ממסים, לטובת הנהנים. אשר על-כן יצירת "ווקף" מסוג זה יכול ליצור רק השלטון ולא אדם פרטי.

ב. "ווקף" בו הבעלות הערטילאית נותרת בידי המלכות, ואילו ההקדש נהנה רק מאכילת הפירות. ה"ווקף" נחשב כמעין חוכר, ומשלם את המסים על הקרקע לממשל.

ג. "ווקף" בו נהנה ההקדש הן מאכילת הפירות והן מהפטור ממסים, ואילו למלכות יש רק את זכות הבעלות הערטילאית (ה"רקבה").

הכרסום ב"ווקף"

כפי שפורט לעיל, אין כל דרך חוקית לפירוק הקדש (לרבות "ווקף").⁹⁷

כאמור, פירוש המילה "ווקף" הנו לשון "עצירה". הקדשת המקרקעין עוצרת את שרשרת הבעלות, ואת הטרנזקציות והסחר במקרקעין. מגבלה זו, של איסור סחר במקרקעין "ווקף" גרמה לנזקים כבדים הן בשוק המקרקעין בכלל, והן למוסדות ה"ווקף" עצמם בפרט.⁹⁸ קרקעות רבות יצאו ממחזור העסקים, ועצרו את פיתוח הקרקעות.⁹⁹ בספרו "הקנין באשלאם ובישראל"¹⁰⁰ כותב א. מני: "התוצאה המעציבה כיום שהרבה נכסים, ויש שהם בתוך תוכו של הישוב ההולך ומתחדש, עומדים כאבן נגף: בנינים נופלים או נוטים לנפול באין מוצא".

ובספרו "תמורות אגראיות בישראל ובעולם"¹⁰¹ כותב אברהם גרנות¹⁰²: "הואקף אינו אלא משטר של 'יד-מתה', שלפיו יוצא הרכוש הקרקעי למעשה מן המחזור המשקי ...

94 תזרים ההכנסות הנובע: דמי חכירה או המסים והמעשר המועלים מהקרקע או שניהם גם יחד.

95 גרנובסקי - המשטר הקרקעי (133)

96 המחזיק בה בתורת "מירי".

97 ראה טננבוים 1997 (71).

98 גרנובסקי - המשטר הקרקעי (124), ח. זנדברג "הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל", האוניברסיטה העברית וקקל, ירושלים 2001 (115 בעיקר הערת שוליים 32). (להלן: "זנדברג")

99 גרנובסקי המשטר הקרקעי (126 ואילך).

100 רשימות עו"ד כרך א' תש"א - 1941.

101 הוצאת "דביר" תל-אביב 1954.

102 גרנובסקי.

התקנות וההגבלות, החלות על רכוש הואקף, מקפיאות קרקע בכפר ובעיר, מעכבות את פיתוחם וניצולם, ואין הם יכולים להביא תועלת מבחינה משקית וכספית.¹⁰³

נדגיש, כי בהתאם לדין השרעי, קשה היה להשיג אישור להרוס מבנה "ווקף", על מנת לבנותו מחדש, וכמעט ולא ניתן היה להשיג גם אישור למוכרו, ובכך להשתמש בכסף על מנת לחדש את הנבת הפירות מהרכוש.¹⁰⁴

הנ"ל הביא את השלטון העות'מאני לחפש דרכים כיצד לפתור בעיה זו.¹⁰⁵

כבר במאה ה-17, כאשר נקלעו מוסדות ה"ווקף" לקשיים כלכליים, הם השכירו בתים, בתי מלאכה, חנויות, חוות חקלאיות ושטחים מעובדים השייכים ל"ווקף", על מנת למלא את קופת המוסד הריקה, בכדי שזו תוכל להמשיך ולדאוג למוטבי ההקדש.¹⁰⁶ לעתים אף דיירי כפרים שלמים שהיו שייכים ל"ווקף", חכרו מהמותולי של הווקף את הכפר עצמו.¹⁰⁷

במהלך המאה ה-19, תיקן השלטון העות'מאני תקנות, על-פיהן ניתן היה לשעבד נכסי "ווקף" (שאיננו אמיתיים). הנ"ל איפשר למכור את נכסי ה"ווקף" אפילו עוד בחיי המקדיש, על מנת לכסות את חובותיו.¹⁰⁸

בסוף המאה ה-19, השלטון העות'מאני אף שם ידו על הקדשות למטרות חינוך, בטוענה כי מנהלי ה"ווקף" אינם מקיימים את התקנות הכרוכות בהקדש. השלטון היה גובה את ההכנסות מהקרקע ומעבירם לשלטונות החינוך במקום.¹⁰⁹

הפיתרון לכל הנ"ל נמצא באמצעות ההרשאה להחכיר את מקרקעי ה"ווקף", ע"י יצירת שטר "אלאיג'ארתיין" שמשמעותו: הותרת זכות הבעלות הערטילאית (ה"רקבה") בידי מנהלי ה"ווקף", אך מתן הרשאה למנהלי ה"ווקף", להחכרת זכות השימוש במקרקעין וההנאה מפירותיו ("תאצרוף").¹¹⁰ החוכר, רשאי היה לבנות ולנטוע על הקרקע ולנהוג בה מנהג בעלים, לרבות העברת זכותו לאחר.¹¹¹

פיתרון נוסף שנועד לפתור בעיה זו היה "מוקטעה" (או "אלאג'ארה אלזמין"). גם בשיטה זו, שילם החוכר דמי חכירה ראשוניים ודמי חכירה שנתיים (שנועדו להזכיר כי ה"רקבה" הנה של ההקדש) אך במקרה זה הועברו לבעלות החוכר הבניינים והמחוברים לקרקע אשר הפכו לקניינו הפרטי, ואילו הבעלות הערטילאית של ההקדש נותרת על גוף הקרקע בלבד.¹¹²

103 (275)

104 ראה טננבוים 1997 (74).

105 זנדברג (124), רייטר (260).

106 תיאור מאלף לנ"ל ראה בזאבי (153)

107 זאבי שם.

108 גרנובסקי - המשטר הקרקעי (130), גרנות בשדות הבניין (29), דביר (43) בהערת שוליים 24.

109 א. גרנות בשדות הבניין (30), טננבוים 2003 שם.

110 "אלאיג'ארתיין" או "אגרטיין" משמעו אגרה כפולה, כלומר, דמי חכירה ראשוניים גבוהים לקבלת החכירה, וכן דמי חכירה שנתיים נמוכים. חשיבות דמי החכירה השנתיים, גם אם הם נמוכים, הינם בעצם הכרת החוכר, כי זכות הבעלות הערטילאית על הנכס ה"רקבה" שייכת להקדש. דוכן (64-65) טננבוים 2003 (10).

111 דוכן שם.

112 דוכן שם.

הקדש דתי והקדש חילוני

כאמור, ראשיתו של מוסד ה"ווקף" הנו על-פי הדין ה"שרעי" המוסלמי, שהנו דין דתי בעיקרו. בזמן השלטון העות'מאני, היו ההקדשות נעשים בפני בית הדין השרעי בלבד. על-כן גם ניתנה בזמן המנדט סמכות השיפוט הייחודית בענייני "ווקף" לבתי הדין הדתיים¹¹³ אם כי לאו דווקא לבית הדין השרעי אלא גם לבתי דין דתיים אחרים.¹¹⁴

לעומת זאת, בזמן המנדט ניתן היה לערוך גם הקדש חילוני, וזאת על-פי "פקודת ההקדשות לצרכי צדקה" = "CHARITABLE TRUSTS ORDINANCE"¹¹⁵. פקודה זו לא הוחלה על הקדשות שנוצרו בפני בתי דין דתיים.¹¹⁶

קרי: כבר בזמן המנדט, נפתח מסלול נוסף להקדשות, אשר ניתק את הזיקה בין יצירת ההקדש ובין בית הדין הדתי.¹¹⁷

עם קום המדינה, נותרה הפקודה המנדטורית בתוקפה, וסמכויות הנציב העליון הועברו לידי שר המשפטים.¹¹⁸

בדין הישראלי ניתן לערוך הקדש חילוני באמצעות "חוק הנאמנות התשל"ט - 1979".¹¹⁹ החוק דן בנאמנויות לטובת הפרט¹²⁰ נאמנויות לטובת מטרה ציבורית¹²¹ וחברות לתועלת הציבור (חל"צ).¹²²

בנוסף, ניתן גם לערוך הקדשות דתיים בפני בתי הדין הדתיים המוכרים בדין הישראלי. דא-עקא, הקדשות אלו אינן מהוות אישיות משפטית עצמאית ונפרדת,¹²³ וכבעלי המקרקעין נרשמים נאמנים, בתוקף תפקידם ככאלה.

יחד עם זאת, לעניין מאמר זה, העדפתי להתמקד במוסד ה"ווקף" שהנו הקדש דתי, באשר שביליו אינם נהירים דיים ובאשר הוא מהווה אישיות משפטית בפני עצמה ומהווה סיווג משפטי ייחודי של מקרקעין.

בהערת אגב רק אעיר, כי לעתים גם מקרקעין הרשומים לכאורה על שם בעלים פרטיים,

113 ראה אלבק (78) הערה 60.

114 ראה לעיל "יצירת הווקף". כן ראה טננבוים 1997(77).

115 אלבק (79)

116 א. טננבוים 1997 (76) וראה שם גם (80).

117 במאמרם "הקדשות בישראל - הדין הרצוי והמצוי" (ראה טננבוים 1997) מציגים א. טננבוים וא. קפלן את ברירת הדין לגבי סמכות השיפוט לעניין הקדשות של יהודים ונוצרים שנעשו בפני בתי דין מוסלמיים טרם החלת דבר המלך במועצה 1922, בדבר סמכות בתי הדין הדתיים הנוספים. ראה שם עמ' 77 ואילך.

118 ראה א. טננבוים 1997 (79).

119 ראה טננבוים 1997 (69).

120 פרק ב' לחוק.

121 פרק ג' לחוק.

122 פרק ד' לחוק.

123 רע"א 46/94 אילה זקס אברמוב ואח' נ' הממונה על מרשם המקרקעין.

יוכרו כמקרקעי הקדש (אם כי לאו דווקא "ווקף").¹²⁴

לעתים חרף היות המקרקעין רשומים על שם בעלים פרטיים, תוכרנה זכויות החזקה במקרקעין כשייכות להקדש.¹²⁵ בהתאם לפסיקה, רישום הבעלות בפנקסי המקרקעין (לרבות פנקסי הזכויות – מקרקעין מוסדרים) איננו חזות הכל, וייתכן כי למרות היות המקרקעין רשומים בבעלות פלוני, הרי שזכויות החזקה תהינה בידי הקדש אלמוני.¹²⁶

אומר בית המשפט:

"אין בהכרח התנגשות בין הרישום הנובע מהליכי ההסדר ובין האפשרות להביא בפני בית המשפט, לאחר אותם הליכים, עתירה להצהיר על הקדש מכוח השימוש שנעשה במקרקעין לפני ואחרי שהוסדרו"^{127 128}

סיכום

מאמר זה הנו בבחינת **"אין הקומץ משביע את הארי"**.¹²⁹ אין במאמר זה, אלא בכדי לפתוח צוער קט לאולם / עולם מלא וגדוש של דיני משטר הקרקעות העות'מאני בכלל, ודיני **"ווקפים"** (או **"מוקפיות"**) והקדשות בפרט הנוגעים ומגיעים עד לימינו אנו. ואני, לא באתי אלא להציג את מעט מזעיר, על מנת שיהיו פרושים בפני הקורא עיקרי הדברים.

תם ולא נשלם.

124 אמנם אין בהכרח זו משום שינוי במעמד המקרקעין, שהרי אין המדובר ב"ווקף", אך עדין עשויות מגבלות ההקדש בדבר דרך ניהול ההקדש, לרדת לשורשי שווי המקרקעין.

125 ראה פרשת נחלת ראובן בסעיף 17 לפס"ד.

126 אם כי בניגוד לפסק הדין בפרשת נחלת ראובן, הרי שבהפ (נצ') 125/00 הרב מרדכי קפלן נ' רשם ההקדשות ואח' נקבע כי רישום הנכס על שם המדינה **"סותם למעשה את הגולל על האפשרות לקבוע כי הנכס הוא הקדש, שכן קביעה זו תסתור את הרישום"**.

127 פרשת כמוס.

128 יוער, כי בהפ (י-ם) 637/99 עמותת הוועד המרכזי לעולי (אנוסי) משהד איראן בישראל נ' ר מי מרגליות ואח', קבע כב' השופט עונוי חבש כי בעת התנגשות זכויות בעלות מול הקדש, כאשר עצם קיומו של ההקדש אינו מוכח דיו, יגברו זכויות הבעלות מכוח הרישום ובית המשפט ימנע מלהכריז על הקדש.

129 תלמוד בבלי ברכות דף ג' עמוד ב'. כן ראה סנהדרין דף ט"ז עמוד א'.

ביבליוגרפיה¹³⁰

ספרות

- פ. אלבק ור. פליישר "דיני מקרקעין בישראל", ירושלים – 2005
- ק. ביר "מודל לחישוב שווי זכויות חכירה על קרקעות כנסיה מנזר ראסטיבון בירושלים כמקרה מייצג" "מקרקעין וערכם" חוברת קי"ד-114, לשכת שמאי המקרקעין בישראל, תל-אביב 1996 (37)
- ק. ביר "חידוש והארכת חוזי חכירה על קרקע כנסייתית", "מקרקעין וערכם" חוברת קי"ט-119, לשכת שמאי המקרקעין בישראל, תל-אביב 1999 (43)
- ק. ביר, ד. בנדל "הערכת דמי חכירה שנתיים בקרקע פרטית (ועוד קצת על קרקעות כנסייתיות...)", "מקרקעין וערכם" חוברת 122 לשכת שמאי המקרקעין בישראל, תל-אביב 2002 (22)
- ק. ביר "השמאי וצופן דה-בינצ'י", "מקרקעין וערכם" חוברת¹³¹ לשכת שמאי המקרקעין בישראל, תל-אביב 2009 (25)
- ק. ביר "קרקעות מנזר ראטיסבון בירושלים", מלד"ן – תל אביב 1996
- א. בן שושן "המילון החדש" "קריית ספר בע"מ". ירושלים 1988
- א. בן שמש "חוקי הקרקעות במדינת ישראל" "מסדה" תל אביב 1953
- א. גרנובסקי (גרנות), "המשטר הקרקעי בארץ ישראל", דביר, תל אביב 1949
- א. גרנות (גרנובסקי) "בשדות הבניין", מוסד ביאליק, ירושלים 1951.
- א. גרנות (גרנובסקי) "תמורות אגראריות בישראל ובעולם", דביר, תל אביב 1954.
- מ. דביר "רישום קרקעות בישראל – הלכות ונוהל" "קריית ספר" ירושלים 1957
- מ. דוכן "דיני קרקעות במדינת ישראל" מהדורה שנייה ירושלים 1952
- פ. וולף "דיוקים על התורה", ירושלים 1974
- ד. זאבי, "המאה העות'מאנית – מחוז ירולים במאה ה-17", יד בן צבי ירושלים 1997
- ת. זנדברג "הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל" האונ' העברית וק.ל ירושלים 2000
- א. טננבוים, א. קפלן "הקדשות בישראל – הדין הרצוי והמצוי", שערי משפט א(1), הוד השרון, 1997
- א. טננבוים, א. קפלן "מקרקעי הקדש יהודיים בישראל – מבוא היסטורי, חברתי א. מני "הקנין באשלאם ובישראל", רשימות עו"ד כרך א', תש"א – 1941.

130 המספרים בסוגריים בסוף כל כותר מציינים את מספר העמוד.

א. סוכובולסקי "אדם - אדמה משפט - שפה", ספר זיכרון לעו"ד א. סוכובולסקי, הגיגים 2001

א. סוכובולסקי, "קרקעות מנזר ראטיסבון בירושלים", מלד"ן - תל אביב 1996

ג. פרומקין "מג'לה" מהדרה שלישית, ירושלים 1952

י. רייטר "הווקף" מתוך "עיר בסבך - לקסיקון ירושלים בת זמננו", מכון ירושלים לחקר ארץ ישראל, ירושלים 2003

חקיקה

חוק המקרקעין תשכ"ט - 1969 ס"ח תשס"ח, 2172

חוק הנאמנות תשל"ט - 1979 ס"ח 128, 941

חוק העמותות התש"ם - 1980, ס"ח 210, 983

חוק נכסי נפקדים תשי"י - 1950

פקודת סדרי שלטון ומשפט התש"ח - 1948

חקיקה מנדטורית

CHARITABLE TRUSTS ORDINANCE¹³¹

דבר המלך במועצתו על א"י, חא"י כרך ג' עמ' 2738

חקיקה עות'מאנית

חוק הקרקעות העות'מאני משנת 1274 להג'ירה (1858)

חוק האגודות העות'מאני משנת 1327 להג'ירה (1909)

חוק על החזקת קרקעות על ידי אישות יורידית משנת 1331 להג'ירה (1913)

פסקי דין בעליון

ע"א 27/49 לבנון נ' אלמליח, פ"ד ג' 68

עא 272/81 הפטריארכיה היוונית אורתודוכסית של ירושלים נ' עיריית רמלה

ע"א 477/88 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוניברסיטת תל-אביב

רע"א 46/94 אילה זקס אברמוב ואח' נ' הממונה על מרשם המקרקעין

ע"א 6406/03 נאמני ההקדשות של העדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון נ' תומר שמעון כמוס

פסקי דין במחוזי

131 חא"י כרך א' פרק י"ד, פקודה מסעיף 26.

תא (ת"א) 224/77 (המ' 7385/80), הפטריארכיה היוונית האורתודוכסית של ירושלים
נ' עיריית רמלה

תא (נצ') 509/93 בשארה ורור / נעמה סייר נ' הפטריארד היווני אורתודוכסי ואח'

המרצה 1212/93 מיום 26.1.1994

פסק הדין מיום 3.12.2003

הפ (י-ם) 637/99 עמותת הוועד המרכזי לעולי (אנוסי) משהד איראן בישראל נ' רמי
מרגליות ואח'

הפ (נצ') 125/00 הרב מרדכי קפלן נ' רשם ההקדשות ואח'

הפ (תא) 523/03 עיריית פתח תקווה נ' עמותת נחלת ראובן ע"ש זרח ראובן ברוומן זצ"ל
פתח תקווה

מקורות נוספים להרחבה

בד"מ 5257/94 פודהורצר נ' קופרשטוק

בגצ 59/58 ג'דאי נ' בית הדין של העדה היוונית קתולית המלכיתית

ע"א 5407/91 בש"א 189/93 אגודת ישיבת מדרש פורת יוסף נ' שואולוף (לעניין המצב
עד שנת 1979)