**בבית המשפט העליון**

**רשות ערעור אזרחי מס' 46/94**

**השופטים: כבוד הנשיא א' ברק,**

**כבוד המשנה לנשיא ש' לוין,**

**כבוד השופט ת' אור,**

**כבוד השופט א' מצא,**

**כבוד השופט י' קדמי,**

**כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן,**

**כבוד השופטת ד' דורנר**

**המערערים: 1. אילה זקס אברמוב**

**2. הקדש בית אילה**

**3. האוניברסיטה הפתוחה**

ע"י ב"כ עו"ד נ' וייל

# נ ג ד

**המשיב: הממונה על מרשם המקרקעין**

ע"י ב"כ עו"ד מ' גולן, סגן בכיר לפרקליט המדינה

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו **(השופטת מ' פורת)** מיום 20.12.93 בע"א 504/93.

**פסק-דין**

**הנשיא א' ברק:** האם ניתן לרשום בפנקס המקרקעין נכס על שם הקדש ציבורי – זו השאלה המתעוררת בערעור זה.

**העובדות**

1. המערערת 1 (להלן – המערערת) היא חוכרת לדורות של נכס מקרקעין. היא רשומה כחוכרת לדורות בפנקסי המקרקעין. היא יצרה הקדש ציבורי, ההקדש כולל את נכס המקרקעין. המערערת ביקשה לרשום את ההקדש הציבורי כבעל זכות החכירה בפנקסי המקרקעין. רשם המקרקעין דחה את הבקשה. ערר לממונה על המרשם נדחה. על החלטת הממונה הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי. הערעור נדחה. נפסק (מפי **השופטת מ' פורת**) כי הקדש ציבורי אינו תאגיד מכוח הדין, שכן חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, לא הכיר בו כבתאגיד. מכאן הערעור – לאחר קבלת רשות – שלפנינו.

**הטענות**

2. טענתה של המערערת הינה, כי הקדש ציבורי הינו אישיות משפטית במשפט הישראלי. על-כן ניתן לרשום בשמו נכסים בפנקסי המקרקעין. אישיותו המשפטית של ההקדש משתמעת מהוראות חוק הנאמנות. זוהי אישיות משפטית בעלת כשרות מוגבלת. בגדרי הכשרות נכלל כוחה להיות בעלים של נכסים. המערערת מציינת, כי בפועל נרשמו מקרקעין על שם הקדש שכונן מכוח פקודת ההקדשות לצרכי צדקה. לדעת המערערת, הכרה באישיותו המשפטית של ההקדש משקפת לא רק את המשפט המצוי אלא גם את המשפט הרצוי. בהקשר זה מפנה המערערת לקשיים מעשיים שונים המתעוררים שעה שהנכס נרשם על שם הנאמן.

3. עמדת המשיב הינה, כי הקדש ציבורי אינו אלא סוג של נאמנות. זו מהווה יחס משפטי בין נאמן לנהנה. אין נוצרת באמצעותה אישיות משפטית עצמאית. על-כן, הקדש ציבורי אינו אישיות משפטית. לטענת המשיב, גם הקדש ציבורי לפי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה לא הוכר כאישיות משפטית. עם זאת, הוא מסכים כי במספר מקרים נרשמו מתוך טעות נכסים על שם הקדשות לצורכי צדקה. אשר למשפט הרצוי, ייתכן שיש מקום להכרה בהקדש ציבורי כבאישיות משפטית, אך דבר זה צריך להיעשות במפורש בדבר חקיקה.

**על האישיות המשפטית**

4. אישיות משפטית היא תופעה אשר הדין מעניק לה כשרות לזכויות ולחובות (במובן הרחב) (**ע"א 98/80 נציגות הבית המשותף רחוב רבי עקיבא 77 לוד נ' קדמת לוד בע"מ ואח', פ"ד לו (2) 21**)**.** "בכל מקרה בו מכיר הדין בהסדר נורמטיבי כנושא זכויות וחובות קיים תאגיד בעל סובייקטיביות וכשירות בדין" (**ג' פרוקצ'יה, התאגיד מהותו ויצירתו (מפרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, תשכ"ה) 41**). כשרות זו יכולה להיות כללית או מוגבלת (ראה **י' כהן, דיני חברות (בורסי, כרך א, 1988) 147**). הכשרות היא כללית, כאשר לאותה אישיות משפטית מוענק הכוח הפוטנציאלי להיות בעלים של כל זכות, שמטבע הדברים אישיות שכמותה עשויה להיות בעליה. על-כן, בן-אדם וחברה המתאגדת על-פי פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, הם אישיות משפטית בעל כשרות כללית. הכשרות היא מוגבלת כאשר לאותה אישיות משפטית מוענק הכוח הפוטנציאלי להיות בעלים של זכויות מסוימות, הנופלות מקשת הזכויות הכלליות שאותו גוף מסוגל להיות בעל כשרות לבצען. כך, למשל, נציגות של בית משותף כשרותה מוגבלת לייצוג הדיירים בעניינים שחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, הסמיך אותה לטפל בהם (**ע"א 98/80 הנ"ל**). בדומה, ועדה מקומית המוקמת על-פי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, היא אישיות משפטית בעלת כשרות מוגבלת (ראה **ע"א 324/82 עיריית בני-ברק ואח' נ' רוטברד ואח', פ"ד מה (4) 102, בעמ' 128**).

5. הדין מכיר בתופעה כאישיות משפטית במפורש או במשתמע. ההכרה היא מפורשת, כאשר הוראת חוק קובעת כי תופעה פלונית היא אישיות משפטית. כך, למשל, קובעת פקודת החברות [נוסח חדש], כי מיום ההאגד שצוין בתעודת ההאגד "תהיה החברה תאגיד, כשר לכל זכות, חובה ופעולה משפטית" (סעיף 22). בדומה קובע חוק רשות שדות התעופה, תשל"ז-1977, כי "הרשות היא תאגיד, כשר לכל חובה, זכות ופעולה משפטית" (סעיף 3). ההכרה בתופעה כאישיות משפטית היא משתמעת שעה שפירושן של מכלול ההוראות החקוקות על-פי תכליתן מוביל למסקנה כי אותה תופעה הוכרה (מכללא, במשתמע) כאישיות משפטית. כך, למשל, מדינת ישראל היא אישיות משפטית במשפט הפרטי, וזאת חרף היעדרה של הוראה מפורשת בעניין זה (ראה: **בג"צ 311/60 י' מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פ"ד טו 1989; בג"צ 194/56 מירופ נ' מנהל אגף השיכון, משרד-העבודה ואח', פ"ד יא 659**). אכן, אין זה נדרש כי ההכרה באישיותה המשפטית של תופעה במשפט תיעשה בדרך מפורשת. ההכרה יכולה להיות משתמעת. עמד על כך **הנשיא י' כהן** בציינו:

**"הכרתו של המחוקק, שגוף מסוים יכול להיות נושא לזכויות ולחובות, אינה חייבת להינתן במפורש, אלא היא יכולה להינתן גם במשתמע בדרכים שונות וביניהן הוראות בחיקוקים, שמהן נראה מכללא, שהכרה כזו ניתנה על-ידי המקוקק"** (**ע"א 272/81, בר"ע 97/81 הפטריארכיה היוונית האורתודוכסית של ירושלים נ' עיריית רמלה, פ"ד ל (3) 670, בעמ' 675**).

ודוק: אין זה מספיק שפירושה של הוראת חוק פלונית מוביל למסקנה כי אותה הוראה מתיישבת עם האפשרות כי תופעה מסוימת מהווה אישיות משפטית. כדי שלתופעה מסוימת יוקנה האופי של אישיות משפטית, בהיעדר הוראה מפורשת, נדרש כי הוראת החוק, על-פי פירושה הראוי, מקנה לאותה תופעה, במשתמע, מעמד של אישיות משפטית. נדרשת מסקנה פרשנית, כי דבר היותה של אותה תופעה אישיות משפטית כתוב בדיו בלתי נראית, ועל-כן מתבקש מבין השורות. נדרש אפוא, כי אותה הוראת חוק תהווה את המקור המשפטי – היא עצמה, או יחד עם הוראות אחרות – לאישיותה המשפטית של אותה תופעה. נדרש אפוא, כי אותן הוראות חוק הן היוצרות את האישיות המשפטית. בהכרה בקיומה (ממקור אחר) של האישיות המשפטית לא די. כמובן, לעניין האדם, בשר ודם, האקט הפיזי של הלידה מביא עמו את יצירת האישיות המשפטית. דבר זה נובע מתפיסות היסוד של החברה והמשפט, שלפיהן אנו נולדים לחירות, כבעלי זכויות וחובות. לא כן לעניין אישיות משפטית שאינה אדם. זו אינה נוצרת על-ידי פעולה פיזית, אלא על-ידי פעולה משפטית (בדרך כלל, רישום במרשם פורמאלי), אשר מוכרת (במפורש או במשתמע) כיוצרת אישיות משפטית ("מלאכותית", שאינה אדם). נדרש אפוא אקט של הכרה של שיטת המשפט באותה תופעה כבאישיות משפטית. הכרה זו צריכה להיות אפוא תכליתה של הוראת החוק, ובהיעדר הוראה מפורשת, היא יכולה להשתמע (ראה **ע"א 337/80 מנהל מס שבח מקרקעין נ' ש' קופטש ואח', פ"ד לז (2) 538, בעמ' 546**). אכן, אישיות משפטית (שאינה אדם) היא יציר הדין. אין היא יציר הטבע. על-כן, הכרה בתופעה מסוימת כבאישיות משפטית – הנבדלת מאישיותם המשפטית של בני האדם הפועלים במסגרתה – מחייבת קיומה של הוראת חוק המכירה באותה תופעה, במפורש או במשתמע, כבאישיות משפטית. לא די בכך שהוראת חוק ניטראלית כלפי אפשרות החלתה על אישיות משפטית (שאינה אדם). המבקש לתלות באותה הוראת חוק הכרה באישיות המשפטית צריך להצביע על כך כי אותה הוראה, על-פי תכליתה, היא היוצרת (במשתמע) את האישיות המשפטית.

6. אכן, מערכת יחסים משפטית משתנה לבלי הכר, כאשר נקשרת אליה אישיות משפטית. אותה אישיות משפטית כשירה לזכויות ולחובות, אם במקום היחסים הקיימים ואם בנוסף להם. זכויות וחובות של צדדים שונים משתנות. לדבר השפעה לא רק על צדדים קרובים אלא גם על צדדים שלישיים. טול את ההקדש הציבורי. אם הוא מהווה אישיות משפטית, משמעות הדבר, בין השאר, כי ההקדש (ולא הנאמן, למשל) הוא הבעלים של נכסי ההקדש; כי חוזה שנכרת על-ידי הנאמן בשם ההקדש עם צד שלישי מחייב את ההקדש (ולא את הנאמן); כי עוולה שמבצע הנאמן בענייני ההקדש מחייבת לא רק את הנאמן אלא גם את ההקדש; כי בין ההקדש לבין הנאמן נרקמים יחסים משפטיים שאת אופיים יש לקבוע. אכן, ככל שכשרותו המשפטית של ההקדש היא כללית יותר, כן מתרחבות ההשלכות במשפט של ההכרה בו כבאישיות משפטית. בשל השלכות אלו מתבקשת זהירות רבה שעה שבית המשפט מגיע למסקנה הפרשנית, כי מכוח הוראותיה המשתמעות של החקיקה הוכרה תופעה כאישיות משפטית. אכן, כמו כל הכרעה שיפוטית אשר לה השלכות כלפי כולי עלמא (*erga omnes*) – כגון הכרה בסטטוס חדש – כן גם הכרה שיפוטית בתופעה כבאישיות משפטית מחייבת בחניה שיפוטית קפדנית, שאם לא כן עלולים יחסי המשפט להשתבש, וזכויות (מוקנות) עלולות להיפגע.

**על ההקדש הציבורי כאישיות משפטית**

7. חוק הנאמנות אינו כולל הוראה מפורשת הקובעת כי הקדש ציבורי הוא אישיות משפטית ("תאגיד"). השאלה הניצבת לפנינו הינה, אם אישיותו המשפטית של ההקדש הציבורי משתמעת ("מכללא") ממכלול ההוראות החקוקות בישראל. בהיעדר הוראות (משתמעות) בדין הכללי, ההוראות היחידות שיש לקחתן בחשבון הן אלו של חוק הנאמנות עצמו. בעניין זה הופנתה תשומת לבנו להוראות הבאות של חוק הנאמנות, שמהן הסיקה באת-כוח המערערת, במשתמע, את דבר אישיותו המשפטית של ההקדש הציבורי:

(א) סעיף 17 לחוק הנאמנות קובע את דבר יצירתו של הקדש על-פי כתב הקדש. נקבע בחוק הנאמנות (סעיף 17(ב)) כי "תחילתו של הקדש היא עם העברת השליטה בנכסי ההקדש לידי הנאמן". באת-כוח המערערת למדה מכאן, כי השליטה בנכסי ההקדש, ולא הבעלות בהם, עוברת לנאמן. נמצא, כי הבעלות יכול שתעבור להקדש עצמו.

(ב) מספר הוראות מפנות אל "נכסי ההקדש" (ראה, למשל, סעיפים 17(א), 17(ב), 17(ג), 18, 19(ב), 24 ו-26(ב) לחוק הנאמנות). נמצא, כי להקדש נכסים שבבעלותו.

(ג) ממספר הוראות בחוק הנאמנות מתבקשת המסקנה, כי קיומו של הקדש אינו מותנה בקיומו של נאמן (ראה, למשל, סעיפים 22(ג), 24 ו-31 לחוק הנאמנות). נמצא, כי יש להקדש קיום משלו.

(ד) מספר הוראות בחוק הנאמנות, העוסקות בהקדש הציבורי, דומות להוראות הכלולות בחיקוקים המתייחסים לתאגידים. כך, למשל, חוק הנאמנות מורה על מינוי רשם הקדשות (סעיף 25) בדומה למינוי רשם חברות, רשם עמותות, רשם שותפויות ורשם אגודות שיתופיות. בדומה, חוק הנאמנות מטיל על נאמן של הקדש ציבורי חובת הודעה ודיווח לרשם ההקדשות (סעיף 26(א)) בדומה לחובה הקיימת לגבי חברות ועמותות. גם רישום ההקדש הציבורי בפנקס ההקדשות הציבוריים מקביל לרישומים המתנהלים על-ידי רשם החברות ועל-ידי רשם העמותות. זאת ועוד: חוק הנאמנות מקנה לרשם ההקדשות סמכות לפתוח בחקירה בעניינו של הקדש ציבורי (סעיף 30), בדומה לניהול חקירה בענייני חברה ועמותה.

(ה) חוק הנאמנות (סעיף 18) קובע כי ניתן להוסיף נכסים לנכסי ההקדש. תוספת זו מניחה התקשרות עם ההקדש. נמצא, כי ההקדש מהווה אישיות משפטית.

(ו) חוק הנאמנות קובע (סעיף 44) כי הקדש שהיה קיים ערב תחילתו של חוק הנאמנות לפי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה, יראוהו כהקדש ציבורי, ויחולו עליו הוראות חוק הנאמנות. לטענת באת-כוח המערערת, הקדש על-פי הפקודה – בעקבות תיקון הפקודה בחוק לתיקון פקודת ההקדשות לצרכי צדקה (מס' 2), תשל"ג-1973, והוספת סעיף 25א – היווה אישיות משפטית, וממילא הוא ממשיך להיות גם כיום, כהקדש ציבורי, אישיות משפטית.

8. ההוראות בחוק הנאמנות שבאת-כוח המערערת מפנה אליהן מתיישבות עם היותו של הקדש ציבורי אישיות משפטית. עם זאת, אין הן קובעות במשתמע את דבר אישיותו המשפטית של ההקדש הציבורי. מי שמעיין בהוראות אלו, אינו בא לידי המסקנה כי חוק הנאמנות קובע (במשתמע) כי הקדש ציבורי הוא אישיות משפטית. כשם שהוראות אלו מתיישבות עם היותו של הקדש ציבורי אישיות משפטית, כן מתיישבות הן עם האפשרות שהקדש אינו אישיות משפטית. כך, למשל, הקביעה (בסעיף 17 לחוק הנאמנות) כי תחילתו של ההקדש היא עם העברת השליטה בנכסי ההקדש לידי נאמן, אינה מובילה בהכרח למסקנה כי הבעלות בנכסי ההקדש יכולה להיות בידי ההקדש עצמו. באותה מידה ניתן לפרש הוראה זו כמניחה כי לא חל כל שינוי בבעלות בנכסי ההקדש. אכן, הביטוי "נכסי ההקדש" – שבאת-כוח המערערת סומכת עליו – בא לציין נכסים מוקדשים, ואינו מתפרש בהכרח כנכסים שמצויים בבעלות ההקדש. אכן, כל ההוראות של חוק הנאמנות מתיישבות עם הפירוש שלפיו ההקדש הציבורי אינו אישיות משפטית, כשם שהן מתיישבות עם הפירוש שלפיו ההקדש הציבורי מהווה אישיות משפטית. על כל פנים, אין לפרש את הוראות חוק הנאמנות כמקימות, הן עצמן, את אישיותו המשפטית של ההקדש הציבורי. שכן זאת יש לזכור: כדי שנקבע כי הקדש ציבורי הוא אישיות משפטית, אין זה מספיק כי קביעה זו מתיישבת עם חוק הנאמנות. יש להראות כי קביעה זו משתמעת ("מכללא") מתוך חוק הנאמנות. אכן, יש להראות כי אף שחוק הנאמנות לא קובע במפורש שהקדש הוא אישיות משפטית, הוא קובע זאת במשתמע. יש להראות אפוא כי חוק הנאמנות הוא המקור לאישיותו המשפטית של ההקדש. ב"נטל" זה לא עמדה המערערת. כל שעלה בידה להראות הוא, כי אם ייקבע שההקדש הוא אישיות משפטית, לא יהיה בכך כדי לסתור את הוראות חוק הנאמנות. הנני מוכן אפוא להניח כי חוק הנאמנות אינו שולל את אישיותו המשפטית של ההקדש הציבורי. אך בכך לא די. כפי שראינו, כדי שתופעה תוכר במשתמע כאישיות משפטית יש להראות כי הפרשנות של דבר החקיקה – בענייננו חוק הנאמנות – מובילה למסקנה, כי חרף היעדר הוראה מפורשת בעניין אישיותה המשפטית של תופעה במשפט, הדבר משתמע מתוך הוראות החוק. הסדר משתמע שכזה אינו עולה מחוק הנאמנות. הוא גם לא עלה מפקודת ההקדשות לצרכי צדקה. נהפוך הוא: הדעה המקובלת הינה, כי עד לתיקוני החקיקה ב-1973 ההקדש לצרכי צדקה (להבדיל מהווקף) לא הוכר כאישיות משפטית (ראה, למשל, **ג' פרוקצ'יה, "מהות האישיות המשפטית" הפרקליט טז (תש"ך) 330, 334**). אינני סבור כי התיקון בפקודה שנעשה בחוק לתיקון פקודת ההקדשות לצרכי צדקה (מס' 2), שינה מצב משפטי זה.

9. הגעתי אפוא למסקנה, כי חוק הנאמנות אינו מהווה מקור משפטי להכרה במשתמע באישיותו המשפטית של ההקדש הציבורי. מסקנה זו נראית לי לא רק כמשקפת את הדין המצוי, אלא גם את הדין הרצוי. אכן, מוכן אני להניח כי רצוי הוא להכיר בהקדש הציבורי כבאישיות משפטית. אך הכרה זו ראוי לה שתבוא מדבר חקיקה מפורש. כאשר המחוקק ייתן דעתו במפורש לאישיותו המשפטית של ההקדש, הוא ייתן גם פתרון למערכת מורכבת של שאלות המתבקשות מקיומה של האישיות המשפטית. בהיעדר הוראה מפורשת בחוק לעניין האישיות המשפטית, ממילא חסר גם הסדר לפתרונן של שאלות נוספות אלו. אזכיר כמה מהן: **ראשית**, מהו הרגע שבו נוצרת האישיות המשפטית של ההקדש הציבורי (השווה הקושיה ב**ע"א 207/74 *The Russian Ecclesiastical Mission in Jerusalem* נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד כט (1) 836**? מהו היקף הכשרות המשפטית של ההקדש הציבורי? האם הוא בעל כשרות כללית או מוגבלת, ואם הכשרות היא מוגבלת, מהם גבולותיה? האם יש להקדש הציבורי – בנוסף לכשרותו להיות בעלים של נכסים – גם הכשרות להעסיק עובדים, ולמשוך שטרות? האם הוא יכול להשקיע בנכסים? האם הוא אחראי בנזיקין ובפלילים? **שנית,** מי הם האורגנים של ההקדש? האם רק הנאמנים הם האורגנים? מי מפקח על פעולות הנאמנים? האם מוטלת על אישיות זו החובה למנות רואה חשבון או ועדת ביקורת? מהן חובות הדיווח שלה? **שלישית,** מה קורה כאשר ההקדש הוא חדל פירעון? כיצד ניתן לפרק אותו? **רביעית,** מה מעמדו של ההקדש על-פי כתב הקדש ("הקדש פרטי")? האם גם הוא מהווה אישיות משפטית? רצוי הוא כי על שאלות אלה ואחרות תינתן תשובה בהוראות החוק, ותשובה כזו תבוא כאשר הכרה באישיותו המשפטית של ההקדש תיעשה במפורש בחוק הנאמנות. כאשר דבר זה יעשה, ניתן יהיה להתאים הוראות חוק הנאמנות לתופעה החדשה. כך, למשל, יהא מקום לשקול מחדש את הוראת סעיף 17(ב) לחוק הנאמנות, שלפיה "תחילתו של הקדש היא עם העברת השליטה בנכסי ההקדש לידי הנאמן". דומה כי "תחילתו של הקדש" תהא עם התאגדותו, בלא קשר לשליטת הנאמן. כן יהא מקום לשנות מהוראות חוק הנאמנות (סעיף 26), שלפיהן מוטלת על נאמן בהקדש ציבורי חובה להודיע תוך שלושה חודשים מן היום שהיה לנאמן על קיום ההקדש ועל פרטים שונים הקשורים להקדש. יש להניח כי הודעה על פרטים אלה תקדם להאגד עצמו.

10. בטרם אסיים, ברצוני להעיר שתי הערות אלה: **ראשית,** אין להסיק מדבריי כי אין זה רצוי שהקדש ציבורי יהא אישיות משפטית. כל שציינתי הוא שאין זה רצוי להכיר באישיותו המשפטית של ההקדש במשתמע. אשר להכרה מפורשת, זו נראית לי כרצויה. בכך תבואנה על פתרונן בעיות קשות הקיימות כיום, והמתעוררות בשל היעדר הכרה באישיותו המשפטית של ההקדש. כך, למשל, לעתים קרובות נפטרים הנאמנים של ההקדש הציבורי. הדבר מעורר קשיים באשר לניהולו של ההקדש. כאשר נכסי ההקדש רשומים הלכה למעשה על שם הנאמן, עלולות להתרחש תקלות עם פטירת הנאמן, או כאשר אין במרשם הערה על קיום הנאמנות (ראה סעיף 4 לחוק הנאמנות, וכן תקנה 30א(א) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תש"ל-1969, כפי שהוספה בתקנות המקרקעין (ניהול ורישום) (תיקון), תשנ"ד-1994), והנכסים נמכרים לקונה בתמורה הרוכש אותם בתום-לב. כמובן, ניתן כבר כיום לפתור חלק מהקשיים על-ידי הקמתה של "חברה לתועלת הציבור" (סעיף 32 לחוק הנאמנות). עם זאת, אין בכוחו של הסדר זה לפתור את כל הקשיים, ודומה שהכרה מפורשת באישיות המשפטית של ההקדש הציבורי (בדומה ל-Stiftung הקונטיננטלי: ראה **ש' כרם, חוק הנאמנות, תשל"ט-1979 (ח.ש.ל., מהדורה 3, תשנ"ה) 14**) היא הרצויה ביותר. **שנית,** אין להסיק מדבריי כי בנאמנות הרגילה הנאמן אינו הבעלים של נכסי הנאמנות. שאלה זו אינה מתעוררת לפנינו. היא הושארה בצריך עיון בפסיקה (ראה **ע"א 654/82 סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' עו"ד ח' ד' חיות ואח', פ"ד לט (3) 803, בעמ' 808**). קיימים לגביה חילוקי דעות בספרות (ראה: **י' ויסמן, "אבני נגף בחוק הנאמנות" עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"מ) 282**; כרם, **בספרו הנ"ל,** בעמ' 70; **ג' פרוקצ'יה, "השלוח כנאמן" הפרקליט לד (תשמ"ב) 479**). חילוקי דעות אלה אינם מתמקדים בשאלת האישיות המשפטית, שכן אליבא דכולם הנאמן הוא אישיות משפטית, ולו הכשרות להיות הבעל של נכסי הנאמנות. חילוקי הדעות מתמקדים בשאלה אם נאמנות היא אך "יחס" בין נאמן לנהנה ב"זיקה" (שאינה קניינית) לנכס, או שמא הנאמנות היא "קניינית", באופן שהנאמן הוא בעל הנכסים, ולנהנה "זיקה" להם. כאמור, מבקש אני להשאיר מחלוקת זו בצריך עיון.

11. סיכומו של דבר: חוק הנאמנות אינו מקים – לא במפורש ולא במשתמע – את ההקדש הציבורי כאישיות משפטית. נכסי ההקדש הם קניינם של אותו אדם או תאגיד, אשר על-פי הדין הכללי הם בעלי זכויות בו. בענייננו, זכותה חכירה לדורות היא בידי המערערת, וזכותה זו רשומה בפנקס המקרקעין. אין ביצירת ההקדש הציבורי משום שינוי בזכויות החכירה, ואין מקום לרשום את ההקדש הציבורי כבעל זכות החכירה לדורות.

הערעור נדחה.

**השופט ת' אור:** אני מסכים**.**

**השופט י' קדמי:** אני מסכים**.**

**השופטת ד' דורנר:** אני מסכימה**.**

**השופטת ט' שטרסברג-כהן:** אני מצטרפת לדעתו של חברי, **הנשיא ברק**, על ההנמקה, ההמלצה והתוצאות שאליהן הגיע.

**השופט א' מצא:** אני מסכים לתוצאה שאליה הגיע חברי, **הנשיא ברק**, וכן לרוב טעמיו. בשתי נקודות, שאף אחת מהן שוב אינה דרושה להכרעה, ראייתי שונה במקצת: בדבר הדין המצוי ובדבר הדין הרצוי. אתייחס בקצרה לשני העניינים.

2. תחילה, לדין המצוי.

**הנשיא** קובע, כי "ההוראות בחוק הנאמנות שבאת-כוח המערערת מפנה אליהן מתיישבות עם היותו של הקדש ציבורי אישיות משפטית" (פיסקה 8 לפסק-דינו). אך להלן **(שם)** הוא מוסיף, כי "כשם שהוראות אלה מתיישבות עם היותו של הקדש ציבורי אישיות משפטית, כן מתיישבות הן עם האפשרות שהקדש אינו אישיות משפטית". במצב דברים ניטראלי זה מסתפק **הנשיא** בהנחה "כי חוק הנאמנות אינו שולל את אישיותו המשפטית של ההקדש הציבורי". את הכרעתו בערעור מבסס **הנשיא** על הקביעה, שהמערערת לא הצליחה להראות כי חוק הנאמנות מכיר, במשתמע, בהיותו של ההקדש אישיות משפטית.

אני מסכים כי דרך הכרעה זו היא אפשרית: אם כדי להצליח בערעורה מוטל על המערערת לדלג מעל שתי משוכות, ומתברר שאת המשוכה השנייה אין היא עוברת, ניתן להניח לזכותה כי עברה את המשוכה הראשונה. כך, דומני, נוטה בית המשפט לעשות כשהוא מבקש להכריע בעניין שלפניו תוך עקיפתה של סוגיה קשה שאת ההכרעה בה מוטב להניח לעת מצוא. כשלעצמי, איני סמוך ובטוח שאלה הם פני הדברים בענייננו. דומה שהשאלה הראשונה, ש**הנשיא** נמנע מלהכריע בה, היא קלה יותר להכרעה מן השאלה שבה מיקד הנשיא את הכרעתו. אל ישתמע מדבריי, כי אני חולק על צדקת הנימוקים, שעל יסודם קובע **הנשיא** שחוק הנאמנות אינו ניתן להתפרש כמכיר, במשתמע, בהיותו של ההקדש אישיות משפטית. עם זאת הנני מבכר לבסס את ההכרעה בערעור על יסודה של השאלה הראשונה, שבעיניי היא קלה ופשוטה יותר.

3. דעתי היא, כי חוק הנאמנות אינו ניטראלי כלפי האפשרות שהקדש ציבורי יוכר כאישיות משפטית. אני סבור כי חוק הנאמנות שולל אפשרות זו. אישיות משפטית היא תופעה שיש לה כשרות משפטית. כשרות משפטית היא היכולת להימצא במצב משפטי של זכות, חובה, חירות, כוח, כפיפות או חסינות. לאישיות משפטית יכולה להיות כשרות משפטית בתחום אחד או בתחומים שונים, אך תופעה שאין לה כל כשרות משפטית אינה אישיות משפטית. כלום להקדש ציבורי יש כשרות משפטית בתחום כלשהו? התשובה לשאלה זו היא, בהכרח, שלילית.

חוק הנאמנות מגדיר הקדש ציבורי כ"...נאמנות שמטרתה או אחת ממטרותיה היא קידומו של ענין ציבורי..." (סעיף 26(א) לחוק). מכאן שהקדש ציבורי הוא סוג של נאמנות. נאמנות מוגדרת בחוק כ"...זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת". כלומר, הנאמנות אינה אלא "זיקה". משמע: יחס משפטי. וליחס משפטי אין כשרות משפטית: הוא אינו יכול להימצא במצב משפטי של זכות, חובה, חירות, כוח, כפיפות או חסינות. ותופעה שאין לה כל כשרות משפטית אינה יכולה להיות אישיות משפטית.

**הנשיא** נוטה, כמדומה, לקבל כי "ההוראות בחוק הנאמנות שבאת-כוח המערערת מפנה אליהן מתיישבות עם היותו של הקדש ציבורי אישיות משפטית". ובכמה מהוראות חוק הנאמנות שאותן מזכיר **הנשיא** (בפיסקה 7 לפסק-דינו) יש, אמנם, סממנים התומכים בכך. אלא שקריאת ההוראות הללו בכפיפות להגדרת "הקדש ציבורי" שבסעיף 26(א) לחוק תפיג התרשמות זו. אכן, חוק הנאמנות כולל הוראות העוסקות בנכסי ההקדש וברשויות המסדירות את רישומם של הקדשות, הפיקוח עליהם והחקירה בענייניהם. אך אף אחת מן ההוראות הללו אינה עוסקת בהקדש הציבורי, או ב"נכסי ההקדש", כבנושא של זכויות וחובות. ההקדש, גם בהקשרים שבהם הוא נדון בהוראות האמורות, אינו חורג ממהותו המוגדרת: נאמנות שמטרתה להגן על "נכסי ההקדש", בעוד הנכסים אינם אלא מושא לחובות ולזכויות, לא של ההקדש אלא של אחרים: הנאמן והנהנה. נמצא כי אף באחת מהוראות חוק הנאמנות שבאת-כוח המערערת ניסתה למצוא בהן עוגן לעמדתה, אין כדי לסתור את נקודת המוצא: להקדש הציבורי – בתורת שכזה – אין כל כשרות משפטית, ובהיעדר כשרות משפטית, ההקדש אינו יכול להיות אישיות משפטית.

זאת ועוד: מקובלנו שלאישיות משפטית יש "אישיות". כיציר משפטי אין לה אמנם גוף, אך יש לה "דמות הגוף" שבזכותה היא מזוהה, ונקל כך לזהותה, כתופעה שיש לה קיום משפטי נפרד ועצמאי. כך הדבר באישיות משפטית שההכרה בקיומה נובעת מחוק מפורש (כחברה רשומה, או תאגיד סטטוטורי). וכך הוא גם באישיות משפטית שההכרה בה ככזאת מתחייבת "דה-פקטו", מהיותה בעלת כשרות משפטית; בין כשרות משפטית רחבה (כשל מדינת ישראל, במעמדה המוכר כאישיות משפטית במשפט הפרטי) ובין מצומצמת (כשל ועדה מקומית לתכנון ולבנייה, נציגות של בית משותף וכדומה). נאמנות, בהיותה "זיקה" גרידא, היא נטולת גוף ואין לה דמות הגוף. לא זה בלבד שהחוק אינו מכיר באישיותה הנפרדת, אלא שבהיעדר כשרות משפטית כלשהי גם אין כל אפשרות לזהותה כ"אישיות משפטית דה-פקטו".

4. ומכאן, לדין הרצוי.

חברי, **הנשיא**, מציין, כי הכרה מפורשת של המחוקק באישיותו המשפטית של ההקדש הציבורי נראית לו רצויה. אני, בכל הכבוד, מפקפק אם ראוי לחזק את ידי המחוקק כי ילך דווקא בדרך זו. אמנם נכון, כי הדין כמות שהוא איננו מספק תשובות למקרים מיוחדים. מקובל עליי כי רישום נכסי המקרקעין נושא ההקדש בבעלותו של הנאמן טומן בעיות קשות. פטירת הנאמן או אובדן כשירותו למלא את תפקידו יכבידו על המשך ניהולם של הנכסים לטובת המשטרה שלשמה הוקדשו. ברם, החשש העיקרי הוא, שבהיעדר הערה במרשם על קיומה של הנאמנות, עלול נאמן (תוך מעילה בנאמנותו), ועלולים יורשיו (מדעת או שלא מדעת), להעביר את הנכסים לצד שלישי שירכוש אותם בתום-לב. אך כדי לספק פתרון לבעיות מיוחדות כאלה אין כל צורך להכיר בהקדש הציבורי כבאישיות משפטית. הכרה כזאת אפשר שתעורר בעיות אחרות, שההקדש הציבורי אינו נדרש ואינו מצופה להתמודד עמן. חברי, **הנשיא** (בפיסקה 9 לפסק-דינו), מונה שורה של בעיות שההכרה בהקדש הציבורי כבאישיות משפטית תביא בכנפיה. בצדק הוא מניח, שאם ימצא המחוקק להכיר בהקדש הציבורי כבאישיות משפטית, יהיה עליו גם ליתן פתרון למערכת מורכבת של שאלות שתתבקשנה מקיומה של האישיות המשפטית.

נראה לי כי תיקון החקיקה, שראוי ליתן עליו את הדעת, די לו שיתייחס לבעיות המיוחדות שמעורר ההסדר הקיים: רישום נכסי מקרקעין מוקדשים בשמו של הנאמן. יצוין כי בעיות אלו עשויות להתעורר בכל הקדש של נכסי מקרקעין, ואין הן מיוחדות להקדש ציבורי דווקא. לכן מוטב שתיקון ההסדר הקיים יתייחס לשיטת הרישום של נכסי מקרקעין מוקדשים, בלי לעסוק בהגדרתו ובמהותו של ההקדש. כיוון ששורש הרע הוא ברישום נכסים כאלה בשמו של הנאמן, מן הראוי לבטל הסדר זה. כיצד אפוא יירשמו הנכסים? ההסדר הנאות, לדעתי, הוא שהנכסים (בין בהקדש רגיל ובין בהקדש ציבורי) יישארו רשומים בבעלות המקדיש (או עיזבונו), אך תירשם לגביהם הערה, שתכלול פרטים אלה: המועד והדרך בו נוצר ההקדש (בהתאם לסעיף 17 לחוק הנאמנות); שם הנהנה, הגדרת המטרה או העניין הציבורי שלטובתם נעשה; וכן שם הנאמן, מועד מינויו ואופן המינוי. אך, בשונה מן ההסדר הקיים, רישום זה יהיה בעל אופי קונסטיטוטיבי ויהווה תנאי מוקדם לתחולתו התקפה של ההקדש באותם מקרקעין. אם כך ייעשה, תימנע הסכנה של פער בין מצב הזכויות האמיתי לבין מה שמשתקף מן המרשם. גם החלפת נאמן תהא טעונה רישום הערה בפנקס המקרקעין, וסמכותו של הנאמן החדש לפעול באותם מקרקעין תקום בידו רק מעת ביצוע הרישום. גיבוש הסדר ברוח המוצע יצריך השלמות בנושאים שונים: עדכון הרישום עם פטירתו של המקדיש, הגדרת מעמדו הנפרד של הנכס המוקדש מכלל נכסי העיזבון האחרים, תיקונים ועדכונים בשם הנהנה או המטרה, ועוד כיוצא באלה. אך אף אחד מאלה לא ייצור פתח לתקלות נוספות, מעבר לקשיים זמניים. העיקר יהיה בכך שמרשם המקרקעין ישקף לאשורו את מצב הזכויות בנכס מוקדש.

לסיכום: משהוברר כי שורש הקשיים שמעורר המצב הקיים טמון בשיטת הרישום של נכסי מקרקעין מוקדשים, ייטיב, לדעתי, עם המחוקק לעשות אם ישקוד על גיבוש הסדר אשר יתמקד בשיטת הרישום. דרך זו עדיפה על פני הכרה חקיקתית בהקדש ציבורי (או בהקדש בכלל) כבאישיות משפטית. הכרה רחבה מעין זו לא זה בלבד שתיצור מושג של נאמנות מסוג חדש, לצדה של הנאמנות המוכרת, אלא גם תחייב – וכמדומה שלא לצורך – מתן פתרון חקיקתי לסוגיות מורכבות רבות.

5. בנתון להערות אלו הנני מצטרף לפסק-דינו של חברי, **הנשיא**.

**המשנה לנשיא ש' לוין:** 1. שותף אני לגישתו של חברי הנכבד, **הנשיא,** כי בחוק הנאמנות קיימות הוראות המתיישבות עם היותו של הקדש ציבורי אישיות משפטית. כשלעצמי – כך נראה לי – אפשרי היה להסיק מהוראות אלו קיומה במשתמע של אישיות משפטית, כפי שאפשר היה להסיק גם את ההפך מהוראות אחרות הכלולות בחוק האמור. אף אם תמצי לומר שאין מדובר באישיות משפטית "מלאה", יכול שיהיה מדובר באישיות משפטית בעלת כשירות מוגבלת, לצורך הרישום בלבד, ובתיאוריה אפשרי הוא שגם "ישות" שאינה גוף משפטי תירשם במרשם המקרקעין (וזהו המסלול שבגדרו הגיע אלינו תיק זה לדיון). אכן, הפסיקה כבר הכירה בעבר אף בכשירותם של גופים שאינם תאגידים לפעולות מסוימות, ובקיומם של גופים משפטיים אחרים אף-על-פי שהיקף פעולתם ודרכי פירוקם לא הוסדרו בדין, ראה **ע"א 272/81** והאסמכתאות הנזכרות בו.

2. ששת חבריי סבורים שדין הערעור להידחות, ולאחר שיקול הגעתי למסקנה שלא לחלוק על עמדתם. לעניין זה נתתי את דעתי גם לתגובת המשיב שעל פיה הוחל במשרד המשפטים במחקר במטרה לבדוק אפשרות של שינוי החוק על-מנת להקנות כשירות משפטית להקדש הציבורי, ולאחר שיקול, איני רואה תועלת רבה בהענקת היתר לרישום הקדש ציבורי במרשם המקרקעין בלי שניתנה לו כשירות לפעול גם בעניינים אחרים, שלא הוסדרו בדין.

בנסיבות אלו החלטתי, אם כי בהיסוס, שלא לחלוק על חבריי הנכבדים ולהצטרף לפסק-דינו של **הנשיא.**

הוחלט כאמור בפסק-דינו של **הנשיא**.

ניתן היום, כ"ד באייר תשנ"ו (13.5.96).