

אדם חפרי, פירוש לסעיפים 1 ו-2 לחוק הנאמנות

מהות הנאמנות

- א. זיקה לנכס מהי?
- ב. הרכוש הכפוף לנאמנות
- ג. החובה המוטלת על הנאמן: חובה ולא רשות
- ד. תוכנה של חובת הנאמן: להחזיק בנכס או לפעול בו
- ה. מטרת הנאמנות: לטובת נהנה או למטרה אחרת
- ו. נהנה מיהו?
- ז. אפיון זכויות הנהנה
- ח. האם הנהנה הוא הבעלים האמיתי של הרכוש הכפוף לנאמנות?
- ט. הסעיף בהצעת חוק דיני ממונות

1. נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת.

א. זיקה לנכס מהי?

§ 1 הנאמנות שחוק הנאמנות עוסק בה היא מערכת יחסים בין אישיות משפטיות, ואינה אישיות משפטית.¹ בכך דומה הנאמנות לחוזה, שאף הוא מערכת יחסים במשפט, ולא לתאגיד, המהווה אישיות משפטית. קולמוסים נשתברו בשאלה איזו היא הזיקה לנכס הנדרשת כדי שמערכת יחסים משפטית תוגדר כנאמנות.² כיום ברור כי כמו במשפט העברי,³ כך גם במשפט הישראלי זיקות מסוגים שונים

¹ כרם, § 31, בעמ' 97.

² שני בעלי הדעה העיקריים בספרות המשפטית היו פרופ' יהושע ויסמן ועו"ד שלמה כרם. פרופ' ויסמן סבר כי הוויתור על הדרישה כי הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות תועבר לנאמן הוא ויתור על "עיקר העיקרים שבנאמנות", וכי ראוי לפרש את החוק, על אף נוסחו, כאילו דרש העברה כזו: יהושע ויסמן "אבני נגף בחוק הנאמנות" עיוני משפט ז' 282, 286 (1980). עו"ד כרם סבר כי "חוק הנאמנות אינו מגביל את טיבן של זיקות אפשריות לנכס": כרם, § 33, בעמ' 100, וכן כי "העברת בעלות בנכס אל נאמן היא צעד אפשרי לתחילת נאמנות – לא צעד הכרחי, גם כשעל הנאמן לפעול בנכס. כך, למשל, אם נדרש נאמן למכור נכס, די לעתים במתן הרשאה לנאמן פעול כשלוח כדי שיוכל למלא את חובתו" (כרם, § 84, בעמ' 189).

³ למשפט העברי בסוגיה זו ראו אונגר, בעמ' 23.

עשויות להספיק. כך נפסק פעמים רבות בבית-המשפט העליון,⁴ וכך פסקו גם הערכאות שמתחתיו.⁵ הזיקה יכולה ללבוש את דמותה של אחת מזכויות הקניין שהמשפט הישראלי מכיר בהן, ביניהן בעלות, שכירות וחכירה, משכון וזיקת הנאה. הזיקה יכולה גם שלא ללבוש דמות של זכות קניין: כך הוא כאשר הזיקה באה לידי ביטוי בחיוב המושת על נאמן, או בכוח הניתן לו לפעול, בכלל או בדרך מסוימת, בנכס שזכויות הקניין בו מצויות בידי אחרים. במקרים אחרים, זיקת הנאמן לנכסים הכפופים לנאמנות היא זכות שביושר: כך במקרה של שרשרת נאמנויות, שבמסגרתה מחזיק או פועל פלוני בנכס כנאמן עבור אלמוני, המחזיק או פועל בהנאתו מהנכס, היא זכותו שביושר בנכס, כנאמן על הזכות עבור פלמוני: הנכס הכפוף לנאמנות השניה בשרשרת הוא זכות שביושר. אף שיש שנאמנות נוצרת על-ידי העברתן לנאמן של הזכויות המוכפפות לה, חוק הנאמנות אינו מחייב יצירת נאמנויות בדרך זו דווקא. המחוקק בחר בגישה שאינה מחייבת הקצאה מסוימת כלשהי של הזכויות המוכפפות לנאמנות בין שלושת השחקנים שבמודל הנאמנות הקלסי – יוצר, נאמן ונהנה. המחוקק בחר לתאר את תוכנה של הזיקה, ולא את צורתה המשפטית. הזיקה הנדרשת מחייבת את הנאמן להחזיק בנכס או לפעול בו, ואילו באשר למתווה המשפטית של הזיקה בחר המחוקק לשתוק.

המחוקק בחר בגישה מתירנית זו בכוונה: כל הטיוטות הרבות של חוק הנאמנות, חוץ מטיוטת-ביניים אחת, הגדירו את הנאמנות באופן שאינו מתנה יצירת נאמנות בהעברתן לנאמן של הזכויות המוכפפות לה, וגם הנוסח הסופי אינו מכיל התניה כזו.⁶ בגישה מרחיבה זו בחר חיים כהן, שכתב את

⁴ בע"מ 7033/13 פלוני ואח' פלוני ואח', פ"ס 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.9.2016). "זיקת נאמנות, כנדרש בחוק ... נוצרת רק כאשר מוקנית לנאמן מידת שליטה מסוימת בנכס, המקנה לו את היכולת לבצע בו פעולות פיזיות או משפטיות"; ע"א 2976/12 בראל נ' קאופמן, פ"ס 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.11.2014). ("הזיקה איננה דורשת בהכרח בעלות"; נפסק כי בראל, מורשה החתימה היחיד בחשבון בנק של חברה, היה נאמן על הכספים שהופקדו בו); ע"א 3615/11 וגנר נ' עבדי, פ"ס 29 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 22.6.2014). ("הזיקה של הנאמן לנכס, על פי פשוטה, אינה דורשת בעלות [...] כך או כך, לא עולה כלל חד משמעית לגבי הבעלות בנכס הנאמנות. הם עשויים להיות בבעלות הנהנה, למשל כאשר הנאמן הוא גם אפוטרופוס של הנהנה, ויתכן שהבעלות בנכס תוקנה לנאמן"); ע"א 5955/09 אמסטר נ' טאובר-טוב, פ"ד סה(1) 532, פ"ס 6 לפסק-הדין (2011) ("כיום, נדמה כי עמדת הפסיקה של בית משפט זה היא שזיקה אין פירושה בהכרח בעלות בנכס הנאמנות"); ע"א 6406/03 נאמני ההקדשות של העדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון נ' כמוס, פ"ס 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.6.2005) ("יעל פי חוק הנאמנות תחילת ההקדש, כל הקדש, מותנית בהעברת השליטה בנכס ההקדש לידי הנאמן [...] אך אין הכרח כי הבעלות בנכס תועבר אף היא ותצא מידי יוצר ההקדש"); ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי, פ"ד נה(1) 88, 124-125 (1999) (השי חשין: "דעתי היא – וזו, כמסתבר, דעת הרוב – כי הנאמנות שבחוק הנאמנות אינה Trust של המשפט האנגלי, ואשר על-כן אין הכרח לקיומה של נאמנות שהנאמן יקנה בעלות בנכס הנאמנות. אין כל כוונה אפריורית לפרש את מושג הזיקה כזיקת-בעלות דווקא – נהפוך הוא: צמצום המושג 'זיקה' לבעלות דווקא אינו נדרש כלל מן החוק – ודומני כי דווקא הרחבת מושג הזיקה הינה רצויה ומבורכת"); וראו עוד, שם, בעמ' 129 ("מוסד הנאמנות חי במקומותיו מאות בשנים, ובמהלך הדורות דבקו בו הלכות שאינן בהכרח ממהותם של דברים. הירשנותו לאותן הלכות יכולה אך שתקשה עלינו, וכשאני לעצמי אמליץ להתרחק מהן"). ראו גם מיגל דויטש קניין כרך ד 25.28 (2007) ("ההדעה שלטת עתה בבית המשפט העליון היא כי אין הכרח בהעברת בעלות כאמור").

⁵ תלהמ (י-ם) 24563-05-16 ז.ע.ל. נ' ר.ב., פ"ס 46 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.7.2019); ת"א (מחוזי ת"א) 21467-02-14 רוזנטל נ' שטבהולץ ואח', פ"ס 15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.1.2019). ("יכלל הנוגע לרכיב הזיקה, הרי שנקבע בפסיקה כי הזיקה אינה דורשת בהכרח בעלות אלא שדי בזיקה פונקציונאלית הנדרשת לצורך קיום מטרות הנאמנות"; בהמשך לכך, בפסקה 17 קובע בית המשפט כי הפקדת יפיו כח למכור נכס בידי עו"ד שטבהולץ הפכה אותו לנאמן על הנכס); תמ"ש (י-ם) 41842-11-16 ש.נ.מ. ואח', פ"ס 41 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 15.8.2018); ה"פ (מחוזי חי') 9152-05-16 ויצמן נ' חברת חלקה 51 בוש 7060 בע"מ, פ"ס 22 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.4.2017). ("נאמנות הינה הקניית שליטה בנכס לאדם או לתאגיד, באמצעות הקניית בעלות בנכס לנאמן או על ידי מתן הרשאה לנאמן לפעול בנכס"); ת"א (מחוזי י-ם) 31657-04-13 פלוני נ' לאומית שרותי בריאות, פ"ס 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.2.2016); פ"ד (י-ם) 42153-05-14 (מס' 29) Business Systems Consultants Ltd נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ, פ"ס 23 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.1.2016); תמש (ת"א) 21810-09 ש' נ' ב' (פורסם בנבו, 21.4.2013); תמ"ש (משפחה י-ם) 7343/04 נ.ג. נ' ס.ג., עמ' 27 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 31.10.2011) ("ישנן שתי דרכים עיקריות להקניית שליטה בנכס לצורך פעולת הנאמן: האחת, על ידי הקניית בעלות בנכס לנאמן, והשנייה, על ידי מתן הרשאה לפעול בנכס"); ת"א (מחוזי ת"א) 2112/06 טייג נ' בר דוד, פ"ס 4 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.09.2009) ("הזיקה לנכס, יכולה להתבטא גם במתן בעלות לנאמן בנכס מסויים"); ב"ש"א (מחוזי ירושלים) 3738/08 הופמן נ' כונס הנכסים הרשמי – מחוז ירושלים, פ"ס 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.6.2009); ה"פ (מחוזי ת"א) 548/06 ארנון נ' פיוטרקובסקי, פרק ב(1) לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.3.2009). ("חוק הנאמנות אינו מגביל את טיבן של הזיקות האפשריות לנכס. קיימות שתי דרכים עיקריות להקניית שליטה בנכס לצורך פעולת הנאמן: הקניית בעלות בנכס לנאמן ומתן הרשאה לפעול בנכס"); ה"פ (מחוזי י-ם) 4283/05 עמרם נ' צחי, פ"ס 31 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.3.08) ("נאמנות היא הקניית שליטה לנאמן בנכס של אדם, על מנת שיפעל בנכס לטובת מי שזכאי ליהנות ממנו"); ת"א (שלום נצרת) 5295/03 ורזוב נ' "יציאת אירופה החדשה", פ"ס 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.8.2006); ע"א (י-ם) 192/90 פישר ואח' נ' הממונה על מרשם המקרקעין (לא פורסם); המי (מחוזי ת"א) 12844/86 אל-על נ' בלס, פ"מ תשמ"ט(1) 45, 50 (1986) ("ההגדרה קובעת כי זו זיקה לנכס (אין שימוש במילה בעלות) וההגדרה מסבירה כי חובת הנאמן היא להחזיק בנכס או לפעול בו. אם היה הנאמן הבעלים לכאורה, לשם מה התוספת של החזקה? הרי הבעלות נושאת עימה לכאורה את זכויות החזקה. דווקא מתוך הגדרה זו אתה למד שאין לנאמן בעלות בנכס").

⁶ עמדה זו אומצה כבר בטיטה הראשונה להצעת החוק, שנכתבה על-ידי שופט בית המשפט העליון חיים כהן בראשית 1962. לפי סעיף 1 לטיטה זו, "החב בהחזקתו או בשמירתו של נכס, או בפעולה פלונית בנכס או בכל עשייה בו, לטובת אדם אחר,

הטייטה הראשונה של הצעת החוק, ודגל גם מאיר שמגר, שתרגם לעבודה על החוק בתפקידו כיועץ המשפטי לממשלה.⁷ משעה שאומצה בשנית הגישה המרחיבה למוסד הנאמנות בהמשך לעמדת שמגר, לא שונתה עוד עד תום הליך החקיקה. המעורבים בהליך בחרו שלא להתנות יצירת נאמנות בהעברתן לנאמן של הזכויות המוכפפות לה משתי סיבות. ראשית, ביקשו להתאים את גרסתו הישראלית של מוסד הנאמנות למשפט הפרטי הישראלי, שעוצב בשנות השישים והשבעים של המאה העשרים בהשראת מסורת המשפט הקונטיננטלית.⁸ כך למשל, ביקשו המעורבים בתהליך החקיקה לנסח את סעיפי החוק העוסקים בנאמן בדומה לסעיפי חוק הירושה העוסקים במנהל העזבון ולסעיפי חוק הכשרות המשפטית העוסקים באפוטרופסים – שני תפקידים שאינם מזכים את ממלאיהם בבעלות או בזכות קניין אחרת בנכסי העיזבון ובנכסי מי שמונה לו אפוטרופוס, בהתאמה.⁹ עוד ביקשו לעקוף את הבעייתיות שמעוררות, לאור הקביעה שבסעיף 161 לחוק המקרקעין כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק",¹⁰ הזכויות שביושר שבהן מחזיק נהנה לפי נאמנות, כל עוד הבעלות בזכויות שהוכפפו לנאמנות לא הועברה אליו. זכויות שביושר הן זכויות שאינן לפי חוק, וכותרתו של סעיף 161 היא "שליטת זכויות שביושר". כדי לעקוף קושי זה, ביקשו חלק מהמעורבים בהליך החקיקה לאפשר יצירת נאמנות על-דרך העברה של הזכויות המוכפפות לה ישירות מן היוצר לנהנה, ומתן ייפוי כוח מתאים לנאמן. כאשר יוצרים נאמנות בדרך זו מקבל הנהנה בעלות בזכויות הכפופות לנאמנות. בעלות נזכרת בחוק המקרקעין¹¹ והיא לכן זכות לפי חוק. סיבה נוספת להימנעות המחוקק מהתניית היצירה של נאמנות בהעברתן לנאמן של הזכויות המוכפפות לה היא שחלק גדול מן המעורבים בהליך החקיקה סברו שחשוב שהחוק יחול על הפרקטיקות הנאמנותיות שיושבי הארץ דאז קיימו בפועל. רוב-רובן של אלה לא היו כרוכות בהעברתן לנאמן של הזכויות המוכפפות לנאמנות: כך הוא, למשל, לעניין מי שתפסו המעורבים בהליך החקיקה כנאמנים מכוח חוק, כגון אפוטרופסים, כונסי נכסים, מפרקי חברות ומנהלי עזבונות.¹²

הוא נאמן לגבי הנכס האמור; לחבות זאת ייקרא נאמנות [...] עותקים של הטייטה נמצאים בארכיון המדינה (להלן: אמ"י), תיק גל-21349/1. היותו של כהן מחבר הטייטה הראשונה עולה ממסמכים רבים בתיק זה; ראו למשל מכתב מחיים כהן, שופט בית המשפט העליון, לדב יוסף, שר המשפטים (29.5.1964). מן החומר שבתיק נראה כי דב יוסף הוא שיוס את חקיקת חוק הנאמנות, ולא מקרי הוא שהטיפול בחוק החל כמעט מיד עם תחילת כהונתו כשר המשפטים ב-2.11.1961. לאחר הבחירות לכנסת החמישית. יוסף מינה את כהן לראש "ועדה לבדיקת חוק ההקדשות והנאמנות": ראו, באותו תיק, מכתב מדב יוסף, שר המשפטים, לחיים כהן, שופט בית המשפט העליון (29.1.1962). הטייטות השנייה והשלישית שימרו, בשינויי נוסח, את ההגדרה המרחיבה למוסד הנאמנות, שהופיעה כבר בטייטה הראשונה; שתייהן מצויות באמ"י, תיק גל-21349/1. הטייטה השנייה, שהגיש השופט כהן לשר יוסף ב-29.5.1964, היתה פרי עבודתה של ועדה בראשותו של כהן. חברי הוועדה, מלבדו, היו ד"ר מנחם אלון, השופט אשר לנדא מבית המשפט המחוזי בירושלים והנרי לזרוס. לאחר מותו הפתאומי של לזרוס במהלך עבודת הוועדה החליפה אותו עו"ד קתרין לוטי ממשרד ש. הורוביץ. הטייטה השלישית, מיום 18.4.1965, נכתבה כנראה בידי פנחס (פיטר) אלמן לבדו. זיהוי אלמן כמחבר טייטה זו עולה ממכתב ממאיר גולדמן, סגן פרקליט המדינה, למרטין גלס, הממונה על החקיקה (24.12.1967), וכן ממכתב מפנחס אלמן למאיר שמגר, היועץ המשפטי לממשלה, (14.3.1972). שני המכתבים בתיק גל-21349/10. טייטה המוכתרת "חוק הנאמנות – טייטה רביעית", שעובדה ב-1965 בידי ועדה מקרב עובדי משרד המשפטים, שמנתה את אורי ידן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), מרטין גלס, נעמי סלומון, פנחס אלמן ומ' שלגי, נסוגה מן העמדה המרחיבה לעמדה שלפיה על נאמן להיות בעלי הנכסים הכפופים לנאמנות. טייטה זו מצויה באמ"י, תיק גל-21349/10. בטייטה החמישית להצעת החוק, שעובדה בשנים 1970–1972 בידי ועדה נוספת מקרב עובדי המשרד, שמנתה את פנחס אלמן, מאיר גולדמן, אליעזר דמביץ וגי אדלר, חזרו המנסחים ואימצו את תפיסת מוסד הנאמנות הכוללת בגדרו כל מצב שבו אדם חייב להחזיק ברכוש או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת. שינוי זה התרחש ככל הנראה בעקבות מכתב ששלח שמגר לאלמן ב-7.6.1970. במכתבו הציע שמגר לשנות את נוסח ס' 1 לטייטה באופן שהנאמנות תוגדר "חבות המחייבת אדם המחזיק בנכס בדרך של בעלות או הרשאה, או בכל דרך חוקית אחרת להחזיק בנכס או לפעול בו לטובת אדם אחר". סעיף 1 לטייטה שפורסמה בכתב העת **רואה החשבון** כג 197 (1972/73), כמו גם **בהפרקליט** ח 262 (1972/73), קבע כי "נאמנות היא זיקה בין בני אדם שלפיה אחד מהם חייב להחזיק או לפעול בנכס לטובת זולתו". ולבסוף, בסעיף 1 להצעת החוק שאושרה בקריאה ראשונה הוגדרה הנאמנות כ"זיקה משפטית, שעל-פיה מחוייב נאמן להחזיק או לפעול בנכס לטובת נהנה או למטרה אחרת": הצעת חוק הנאמנות, התשל"ה-1974, ה"ח 23.

⁷ ראו הפניות בהערה הקודמת.

⁸ בין המחזיקים בעמדה זו היו מאיר ארן, אז היועץ המשפטי במשרד ראש הממשלה (ראו למשל מכתבו לשמגר מיום 3.5.1972, אמ"י, תיק גל-21349/10) ואורי ידן. ידן העדיף את ההגדרה הרחבה למוסד הנאמנות, משום שחשש, כחסיד קירוב שיטת המשפט הישראלית לשיטות המשפט של הקונטיננט האירופי, כי ניסיון לאמץ הגדרה מדויקת יותר יביא לאימוץ הפתרון האנגלי (ראיון שערכתי עם איילה פרוקצ'יה, שהיתה אז עוזרת ליועץ המשפטי לממשלה, ב-10 ביולי 2011).

⁹ סעיפי חוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63, העוסקים במנהל העזבון הם ס' 78–120. סעיפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120, העוסקים באפוטרופסים הם ס' 33–67.

¹⁰ חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 259.

¹¹ שם, ס' 2.

¹² בעמדה זו החזיקו, בין השאר, עו"ד שלמה כרם, שהשתתף, כנציג לשכת עורכי הדין, בכל ישיבות ועדת החוקה, חוק ומשפט שעסקו בניסוח החוק וישיבות ועדת המשנה שלה שהוקמה במיוחד לשם ניסוחו (פרוטוקול ישיבה מס' 38 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 2-3 (16.1.1978); פרוטוקול ישיבה מס' 44 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 9-10 (8.2.1978); פרוטוקול ישיבה מס' 9 של ועדת משנה לענין חוק הנאמנות, הכנסת ה-9, 3 (11.1.1979)), אורי ידן (פרוטוקול

§ 2 עיון בשיטות משפט אחרות מלמד כי גם בהן מקובלים מודלים שונים של נאמנות, ואף שיצירת נאמנות על-ידי העברת הזכויות המוכפפות לה לנאמן היא דרך מרכזית ומקובלת ליצור נאמנות, קיימות גם דרכים אחרות. באנגליה נחלקות דעותיהם של מחברי הספרים העיקריים בדיני הנאמנות בשאלה אם העברת זכויות כאמור היא הדרך היחידה ליצור נאמנות, או שייטכנו דרכים אחרות. מחברי המהדורה העדכנית של Underhill and Hayton: Law of Trusts and Trustees, שלושה אקדמאים מבכירי המומחים בדיני הנאמנות, סבורים כי נאמן הוא תמיד בעליהם של הנכסים הכפופים לנאמנות:

A trust is an equitable fiduciary obligation, **binding a person (called a trustee) to deal with property (called trust property) owned and controlled by him** as a separate fund, distinct from his own private property, for the benefit of persons (called beneficiaries or, in old cases, *cestuis que trust*), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation.¹³ [הדגש שלי, א.ח.ו.]

ואילו הגדרת מוסד הנאמנות של מחברי המהדורה העדכנית של Lewin on Trusts, שלושה עורכי-דין ידועים ומצליחים המתמחים בנאמנויות, אינה כה חד-משמעית:

The typical case of a trust is one in which the legal owner of property is constrained by a court of equity so to deal with it as to give effect to the equitable rights of another, but there is no really satisfactory definition.¹⁴ [הדגש שלי, א.ח.ו.]

Paolo Panico, אחד המלומדים המובילים במחקר ההשוואתי של דיני הנאמנות, סבור כי משטר הנאמנות הישראלי דומה לזה האנגלי דווקא בכך שאינו מתנה יצירת נאמנות בהקנייתה של זכות מסוימת כלשהי לנאמן בנכסים הכפופים לנאמנות. לדבריו, "the Israeli Trusts Law 1979 ... follows the traditional English approach under which a trust is essentially 'a relationship to any property'¹⁵ ואכן, בשיטות המשפט שהתפתחו על בסיס מסורת המשפט האנגלית ניכר שימוש חפשי במונח "נאמנות". אחת הדוגמות לשימוש חפשי זה היא הנטייה להשתמש בכינוי "נאמנות" גם כדי לציין מערכות יחסי אמון שבהן מי שחב חובת אמון אינו בעל הנכסים שלגביהם הוא חב אמון. כך למשל, בפרשה אחת שנדונה בפני בית-המשפט העליון של קולומביה הבריטית, אחד ממחוזותיה של קנדה, נתנו זוג תושבי מאוריציוס, שהפקידו בשמם-שלהם כסף בבנק קנדי, ייפוי כוח לתושב קנדה להשתמש בכסף שהפקידו כדי לרכוש בשמם מקרקעין בקנדה. מיופה-הכוח השתמש בכסף כדי לקנות מלון. הזכויות במלון נרשמו על שם הזוג וחברה שבשליטת מיופה-הכוח, בחלקים שווים. בית המשפט קבע כי מערך היחסים בין הצדדים "was such as to create a fiduciary relationship between [the parties, A.H.W.]. The hotel purchase ... was in breach of that trust as to the half interest of [the controlled company, A.H.W.]"¹⁶ בית-המשפט כינה את מערך היחסים "נאמנות" אף שהרכוש הכפוף לה, הסכום שהפקיד הזוג בחשבון בנק על שמו, ושבהמשך שולם כחלק מהתמורה עבור רכישת המלון, לא היה בשום שלב בבעלות הנאמן, והזיקה בין הנאמן לבין הרכוש התמצתה בייפוי-הכוח שניתן לנאמן.

בחינה של משטרי הנאמנות ברחבי העולם מלמדת כי חוק הנאמנות שייך לקבוצה של חיקוקים קודיפיקטיביים או מעין-קודיפיקטיביים בנושאי נאמנות המגדירים את מוסד הנאמנות בלא לדרוש כי כדי שמערך יחסים יוכר כנאמנות, על זכויות הקניין המוכפפות לנאמנות להיות מועברות לנאמן. אזכיר חמישה חיקוקים מחוץ לישראל השייכים לקבוצה זו; כולם מאוחרים לחוק הנאמנות הישראלי. חוק הנאמנות החדש של ניו-זילנד, שנחקק ב-2019 לאחר תהליך ניסוח והיוועצות מורכב בן כעשר שנים, מגדיר את הנאמנות המפורשת (נאמנות מתוכננת מראש, להבדיל מנאמנויות המוכרות ככאלה

ישיבה מס' 51 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 10 (6.3.1978), אהרן ברק, שהחליף את שמגר כיועץ המשפטי לממשלה (פרוטוקול ישיבה מס' 69 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 2) ומשה שחל (פרוטוקול ישיבה מס' 130 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 4 (6.6.1979)).

¹³ Underhill, § 1.1(1), at p. 3

¹⁴ Lewin, § 1-001, at p. 2

¹⁵ Paolo Panico, *International Trust Laws*, 2nd ed. (Oxford 2017) § 13.137, at p. 745

¹⁶ Tim v. Lai (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 245 (B.C.S.C.) [74]

רטרוספקטיבית על-ידי בית המשפט) כמעריך יחסי אמון שבמסגרתו הנאמן מחזיק או פועל ברכוש לטובת נהנה או למטרה מותרת:

The characteristics of an express trust are as follows:

- (a) it is a fiduciary relationship in which a trustee holds or deals with trust property for the benefit of the beneficiaries or for a permitted purpose; and
- (b) the trustee is accountable for the way the trustee carries out the duties imposed on the trustee by law.¹⁷

כמו הגדרות הנאמנות שבחוקי הנאמנות של ישראל וניו-זילנד, ההגדרה שבחוק הנאמנות של הרפובליקה העממית של סין אינה מחייבת הקצאה מסוימת כלשהי של הזכויות הכפופות לנאמנות בין הצדדים לה:

[F]or purposes of this Law, trust refers to that the settlor, based on his faith in trustee, entrusts his property rights to the trustee and allows the trustee to, according to the will of the settlor and in the name of the trustee, administer or dispose of such property in the interest of a beneficiary or for any intended purposes.¹⁸

לדעת רוב הפרשנים שעסקו בסעיף זה, כמו גם לדעת בתי המשפט הסיניים שפירשו אותו, הסעיף אינו מתנה את יצירתן של נאמנויות בהעברתה לנאמן של הבעלות ברכוש הכפוף לנאמנות. משמעות פועל המפתח entrusts עמומה, אך אין מדובר בדרישה כי היוצר יעביר את הזכויות שברצונו לכפוף לנאמנות לנאמן.¹⁹ החקיקה האזרחית הסינית משתמשת באותו פועל לתיאור יצירתה של שליחות.²⁰ בניגוד לחוקי הנאמנות של ישראל, ניו-זילנד וסין, שאינם נוקטים כל עמדה באשר להקצאת הזכויות המוכפפות לנאמנות בין הצדדים לה, חוק הנאמנות של דרום אפריקה מתייחס לשאלה זו ומאפשר ליוצרי נאמנויות לבחור בין העברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן לבין העברתה לנהנה. במקרה שהבעלות בנכסים מועברת ישירות מהיוצר לנהנה, מקבל הנאמן כוח וסמכות לנהל את הנכסים בשביל הנהנה.²¹ פרק הנאמנות שבקודקס האזרחי של הפדרציה הרוסית אוסר במפורש על העברת הבעלות ברכוש הכפוף לנאמנות לנאמן. כמו משטר הנאמנות הסיני, גם המשטר הרוסי, שנכנס לתוקפו ב-1996, מבוסס על הבחנה בין "העברה בנאמנות", שמשמעה העברת הנכסים הכפופים לנאמנות לניהולו של נאמן, להעברת הבעלות בנכסים הללו.²² ולבסוף, משטר הנאמנות של פרובינציית

¹⁷ Trusts Act 2019, s. 13 (NZ)

¹⁸ Zhōngguó rénmin gònghéguó de xìntuō fǎ (中國人民共和國的信託法) [Trust Law of the People's Republic of China], (promulgated by Order No. 50, Apr. 28, 2001, effective Oct. 1, 2001) § 2 (China), translated in http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/10/content_1383444.htm

¹⁹ שני פסקי הדין העיקריים בנושא הם Yanxin Co. Ltd. v. Huabao Trust & Inv. Co. Ltd., (Shanghai High People's Ct. Mar. 16, 2005) (China); Beijing Haidian Sci. & Tech. Dev. Co. Ltd. v. Shenzhen Xinhua Jinyuan Touzi Frances Foster, :וראו בספרות. Fazhan Youxian Gongsì, (Chongqing High People's Ct. Mar. 19, 2007) (China) LUSINA HO, TRUST LAW IN CHINA ;American Trust Law in a Chinese Mirror, 95 MINN. L. REV. 602 (2010) Lusina Ho, *Trust Laws in China: History, Ambiguity and Beneficiary's Rights*, in RE- ;65–66 (2003) Rebecca Lee, ;IMAGINING THE TRUST: TRUSTS IN THE CIVIL LAW 183 (Lionel Smith ed., 2012) *Conceptualizing the Chinese Trust*, 58 INT'L & COMP. L. Q. 655 (2009); Donovan Waters, *The Future of the Trust – Part I*, 13 J. INT'L TR. & CORP. PLAN. 179, 219–222 (2006)

²⁰ Zhōnghuá rénmin gònghéguó mínfǎ tōngzè(中华人民共和国民法通则) [General Principles of Civil Law of China], (promulgated by Order No. 37, Apr. 12, 1986, effective Jan. 1, 1987) §§ 64, 65 (China) Edwin Cameron & Marius Johannes de Waal, ;Trust Property Control Act 57 of 1998 § 1 (S. Afr.)²¹

²¹ *Honoré's South African Law Of Trusts*, 5th ed. (Capetown 2002) 272–277

²² GRAZHDANSKII KODEKS ROSSIISKOI FEDERATSII [GK RF] [Civil Code] art. 1012 (Russ.), translated in Bernard Dutoit, *Russian Civil Legislation 484* (William E. Butler ed. & trans., 1999) *Civil Law Between Remnants of the Past and Flavor of the Present*, in PRIVATE AND CIVIL LAW IN THE RUSSIAN FEDERATION 181, 185–195 (William B. Simons ed., 2009)

קוויבק בקנדה, שנקבע בקודקס האזרחי שלה משנת 1991, קובע כי לאף אחד מן הצדדים לנאמנות – היוצר, הנאמן והנהנה – אין זכות קניין כלשהי בנכסים הכפופים לה:

[T]he trust patrimony [...] constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right.²³

מנסחי הקודקס האזרחי של קוויבק פתרו את הסתירה שבין מודל הנאמנות שלפיו הנאמן הוא בעל הרכוש הכפוף לנאמנות לפי חלק אחד של שיטת המשפט (זה המכונה Common Law), ואילו הנהנה הוא בעלי הרכוש לפי חלק אחר של השיטה (זה המכונה Equity), לבין התפיסה הקונטיננטלית שלפיה הבעלות בנכסים אינה ניתנת לחלוקה,²⁴ על-ידי יצירת מודל נאמנות שלפיו אף לאחד משלושת קוטבי מערכת היחסים הנאמנותית אין זכות קניין כלשהי בנכסים הכפופים לנאמנות. אם הנאמנות כוללת זכויות בנכסים הטעונות רישום, הן תירשמה על שם הנאמן כדי להקל עליו לנהל את הנאמנות, אך אין בכך כדי להקנות לנאמן זכות קניין כלשהי בזכויות אלה או בנכסים הכפופים להן. לפי מודל זה, לזכויות בנכסים הכפופים לנאמנות אין בעלים. מודל הנאמנות הקוויבקי אומץ מאז חקיקתו בשיטות המשפט של אורוגוואי,²⁵ ושל צ'כיה.²⁶

§ 3 בשים לב לגיוון של מודלי הנאמנות המקובלים בשיטות משפט שונות מחוץ לישראל, נראה לי כי גם מבחינת הדין הראוי, אין סיבה להגביל את המשתמשים במשטר הנאמנות הישראלי למודל הנאמנות שבמסגרתו מחזיק הנאמן בבעלותו את הנכסים הכפופים לנאמנות. זאת משלוש סיבות.

ראשית, האפשרות, הקיימת בדין הקיים, ליצור נאמנות תוך הענקתם לנאמן של שליטה או כוח-פעולה בלבד בנכסים הכפופים לה, ולא של הבעלות בהם, עשויה לצמצם את הסיכון להפרת חובות ולמעילה באמון על-ידי נאמנים. זאת משום שצדדים חיצוניים לנאמנות, מולם מבקש נאמן לבצע פעולה המפרה את חובותיו לפי הנאמנות, כגון מכירת נכס נאמנות המפרה חובות אלה, עשויים להימנע מליטול חלק בהפרה המתוכננת אם יגלו שהנכס אינו בבעלות הנאמן. גילוי עובדה זאת עשוי להניע את הצדדים החיצוניים האמורים לבדוק מול הנאמן אם הוא רשאי לבצע את הפעולה המתוכננת.

שנית, החלת דין הנאמנות על מי שיש להם זיקה לנכסים ושעליהם להחזיק או לפעול בנכסים הללו לטובת נהנים או למטרה אחרת, אף שאינם בעלי הנכסים הללו – כגון נושאי משרה בתאגיד (לעניין נכסי התאגיד), מנהלי עיזבון (לעניין תכולת העיזבון), אפוטרופסים לרכוש (לעניין נכסי האדם שמונה לו אפוטרופוס), נאמנים בהליכי חדלות פירעון של יחידים ותאגידים (לעניין נכסי חדל הפירעון), וחברות מנהלות של קרנות להשקעות משותפות בנאמנות (לעניין הנכסים המנוהלים בקרן) – הופכת את דין הנאמנות למקור דין כללי שחובות האמון, השמירה, הפעולה, השקידה והפיתוח של כל בעלי התפקידים שמנתי לעיל נובעות ממנו. אכן, על אוכלוסיות אלה חלים דינים מיוחדים המבטאים את חובותיהן,²⁷ ולפי סעיף 42 לחוק הנאמנות יש להעדיף דינים אלה על דין הנאמנות הכללי. אולם ראוי להתמודד עם שאלות משפטיות הנוגעות לאוכלוסיות הללו, שאינן מוסדרות בדינים המיוחדים, על-ידי שימוש בהוראות חוק זה. בין הוראות חוק הנאמנות המוספות למשטרי האחריות המיוחדים החלים על

²³ JOHN CLAXTON, Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1261 (Can.); Madeleine Cantin-Cumyn, *La Fiducie*, Waters, 1409-1444; STUDIES ON THE QUEBEC LAW OF TRUST (2005); *un Nouveau Sujet de Droit?*, in MÉLANGES ERNEST CAPARROS 129-143 (Jacques Beaulne ed., 2002); Donovan W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, 252 RECUEIL DES COURS Yaëll Emerich, *The Civil Law Trust: a Modality of Ownership or an Interlude*; 113, 396-407, 429-432 (1995). *in Ownership?*, in THE WORLDS OF THE TRUST 21, 30-39 (Lionel Smith ed., 2013).

²⁴ Peter Birks, *The Roman Law Concept of Dominium and the Idea of Absolute Ownership*, 1985 ACTA JURIDICA 1 (1985).

²⁵ Ley de Fideicomiso, No. 17.703, Octubre 27, 2003, 26.375 DIARIO OFICIAL [D.O.] 223-A (Uru.). Leslie Turano, *Uruguay's Fideicomiso*, 19 TOLLEY'S TR. L. INT'L 149 (2005).

²⁶ Tomáš Richter, *National Report for the Czech Republic*, 59, 65-70 (S.C.J.J. Kortmann et al. eds., 2009).

²⁷ ראו, בהתאמה, ס' 252-257 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189; ס' 78-120 לחוק הירושה; ס' 33-67 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018, ס"ח 310; חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, ס"ח 308.

האוכלוסיות הנזכרות לעיל ניתן למנות את איסור ניגוד העניינים המפורט שבסעיף 13 לחוק, שאין דומה לו בחקיקה המיוחדת החלה על האוכלוסיות האמורות.

שלישית, מודל הנאמנות רחב-התחולה שבסעיף 1 לחוק מקיים את עקרון ההרמוניה החקיקתית בכך שהוא הולם את השימוש במוסד הנאמנות בחוק השליחות. אף שסעיף 8 לחוק השליחות מכוון, בהוראתו כי שלוח "חייב ... לנהוג כלפי השולח בנאמנות", לחובת האמון של השלוח ולא למוסד הנאמנות,²⁸ סעיף 10 לחוק השליחות מכוון למוסד זה בקבעו כי "כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח".²⁹ היות שנכסים באים לידי שלוחים עקב השליחות בדרכים רבות שאינן כרוכות בהעברת הבעלות בהם מהשולח או מאחרים לשלוח, נראה כי מחוקק חוק השליחות נתן למוסד הנאמנות מובן המקיף גם החזקה ושליטה בנכסים שלא אגב בעלות בהם. מתן מובן דומה למוסד הנאמנות שבסעיף 1 לחוק הנאמנות מעצים את הקוהרנטיות שבחקיקה ואת ההרמוניה הנורמטיבית.³⁰

ב. הרכוש הכפוף לנאמנות

§ 4 על מנת שתקום נאמנות נדרשת זיקה לנכס, וכדי שתקום זיקה מעין זו, יש צורך בקיום נכס שאליו מתייחסת הזיקה. נכס זה יכול להיות בלתי-מוחשי, כגון זכות על-פי דין או על-פי חוזה; כך בפרשת **רובינסקי נ' מנור** הוכפפה לנאמנות זכות לקבוע את המועד שבו ייחתם חוזה מכר מקרקעין.³¹ הנכס הכפוף לנאמנות עשוי להניב הכנסה, לפשוט וללבוש צורה במהלך חייה; כמאמר סעיף 3(א) לחוק, "פירותיהם ותמורהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות".

מדי פעם עולה בפסיקה השאלה עד כמה צריכים הנכסים הכפופים לנאמנות להיות מסוימים וברורים, והאם העדר מסוימות של הנכסים הללו משמעו כי לא נוצרה נאמנות. אף שכרם סבר כי "זיקה לנכס משמעה זיקה גם למכלול בלתי-מוגדר של נכסים",³² ההלכה לא גרסה כך. הנשיא שמגר פסק בפרשת **החברה לפיתוח קריית נורדאו** כי "נדרש ... כי נכס הנאמנות יהיה מסוים וברור".³³ אף שפרשה זו נדונה לפי הדין שקדם לכניסת חוק הנאמנות לתקפו, החוק לא שינה את הדין באשר למידת המסוימות הנדרשת של הנכס הכפוף לנאמנות. בפרשת **ריקושט נ' המשביר הישן** קבע בית-המשפט כי ספק אם ניתן להחיל נאמנות על כספים בלתי ספציפיים.³⁴ בדומה, בפרשת **שטיחים בסנטר נ' פלמר וגזית**, שם עירבבה חברת Ace כספים שהתקבלו מלקוחות עבור מוצרי "שטיחים בסנטר" עם כספים אחרים, קבע בית המשפט כי "כל עוד לא הוגדרו כספי הנאמנות שיש להחזיקם בנאמנות, לא יכלה להיווצר בהם נאמנות".³⁵ גם בפרשת **בר נ' עפרון** קבע בית-המשפט כי בהסכם שלפיו התובע יקבל מניות בחברה שטרם הוקמה במועד ההסכם לא נוצרה נאמנות, שהרי במועד זה המניות הרלבנטיות לא היו בנמצא. בהסכמת הנתבעים לתת לתובע מניות בעתיד לא היה כדי ליצור זיקה לנכס המספיקה ליצירת נאמנות.³⁶ נראה כי התוצאה של היעדר מסוימות של הנכסים הכפופים לנאמנות זהה בדיננו לזו שבמסורת המשפט המקובל: בהעדר מסוימות לא נוצרת נאמנות.³⁷

יוצא דופן פסק-הדין בפרשת **טי.ג'י.טי. הנדסה נ' י. צדקה ניהול ואחזקות**, שממנו עולה כי מי שאמור, לפי הסכם, להתמנות כנאמן, חב חובות אמון, זהירות וחובות נוספות לנהנים-לעתיד גם קודם ליצירת זיקה בינו לבין הרכוש האמור להיכפף לנאמנות. באותה פרשה התחייבה חברת י. צדקה שעורך-דינה ישמש כנאמן על הבטוחות שהתחייבה לתת ליעקב טל, שהלווה לה כספים. בטוחות אלה כללו את הכספים שהחברה עמדה להפיק ממכירה והשכרה של משרדים. עורך-הדין אישר התחייבות זו במכתב ששלח לטל. בפועל לא הגיעו כספים כלשהם לידי עורך-הדין. בית-המשפט פסק כי אף שלא רבצה על עורך-הדין חובה לדאוג לכך שכספי הבטוחה יגיעו לידי, חלו עליו חובות לפי חוק הנאמנות: החובה לפי

²⁸ כך סבר ברק: אהרן ברק, **חוק השליחות** (מהדורה שניה, 1996) § 740, בעמ' 1034-1036; § 748, בעמ' 1042-1043.
²⁹ כך סברו הנשיא שמגר (ע"א 84/80 **קאסם נ' קאסם**, פ"ד (3) 60, 86 (1983); הנשיא וינוגרד (ה"פ (ת"א) 48/84 **עירית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ**, פ"מ תשמ"ה (2) 225, 245 (1984); וכן ברק, **חוק השליחות**, לעיל ה"ש 28, §§ 822-826, בעמ' 1116-1124.

³⁰ לדיון מורחב ברציונותו של מודל הנאמנות הרחב שבס' 1 לחוק ראו **חפרי-וינוגרדוב**, בעמ' 456-466.
³¹ ת"א (שלום צפת) 42633-03-10 **רובינסקי נ' מנור** (פורסם בנבו, 5.8.2015). גם כרם סבר כי המונח "נכס" בחוק הנאמנות כולל נכסים מוחשיים, נכסים בלתי מוחשיים וזכויות אחרות (**כרם**), § 33, בעמ' 101, וגישתו אומצה בת"א (מחוזי ת"א) 39665-11-11 **דרבי תמ"א 38 בע"מ נ' בן יאיר עוקב יזמות בע"מ**, פס" 6 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 3.11.2013).

³² **כרם**, § 33, בעמ' 104.

³³ ע"א 414/87 **פקיד שומה למפעלים גדולים נ' חברה לפיתוח קריית נורדאו בע"מ**, פ"ד (5) 387, 391 (1992).

³⁴ פש"ר (מחוזי ת"א) 1153/02 **ריקושט 3000 בע"מ נ' המשביר הישן בע"מ בפירוק זמני** (פורסם בנבו, 17.1.05).

³⁵ פ"ק (מחוזי מ"ר) 34468-01-12 **שטיחים בסנטר ב.ש. בע"מ נ' פלמר וגזית**, פס" 7.5 להחלטה (פורסם בנבו, 6.8.2012).

³⁶ ת"א (מחוזי ת"א) 2102-06 **בר נ' עפרון**, עמ' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.08.2010).

³⁷ לדיון בדרישה המכונה בשיטות המשפט בשפה האנגלית *certainty of subject matter*, ראו *Underhill*, § 2; *Lewin*, § 2-041 - 2-034; לדיון האמריקני, ראו *Scott*, § 10.3; לדיון הקנדי, ראו *Waters*, בעמ' 159-166.

סעיף 7 לחוק למסור מידע לנהנה, וחובות השמירה, הזהירות, האמונה והשקידה לפי סעיף 10 לחוק. בית-המשפט קבע כי חובת האמון שעורך-הדין חב לנהנה (לעתיד?) קמה מכוח "מערכת יחסים של אמון שנוצרה בין הצדדים, בעצם הכנסתו של [עורך הדין, א.ח.], בהסכמתו, כנאמן בין הצדדים".³⁸ במבט ראשון, פסק-הדין מתמיה, שהרי קודם להגעת הכספים הרלבנטיים לידי עורך-הדין לא התקיימה זיקה בינו לבינם, ואם כך, לא התקיימה נאמנות, וחובות לפי חוק הנאמנות לא חלו על עורך-הדין. אף אם בין הנאמן-לעתיד לבין הנהנה-לעתיד התקיימה, כפי שגרס בית-המשפט, מערכת של יחסי אמון גם קודם ליצירת הנאמנות המתוכננת, שלא נוצרה לבסוף, יחסי אמון גרידא, בלא זיקה לנכס, אינם מקימים יחסי נאמנות. ניתן להסביר את עמדת בית-המשפט שלפיה המערכת ההסכמית עצמה "הכניסה", כלשונו, את עורך הדין כנאמן בין הצדדים, ולא כחב אמון.³⁹ בלבד, על-ידי הדוקטרינה המכונה במשפט האנגלי trust of a promise: לשיטה זו, עצם התחייבותה של חברת י. צדקה להכפיף לנאמנות כספים שטרם הגיעו לידיה או לידי הנאמן הייתה היא-עצמה נכס, שדי בזיקת הנאמן אליו ובחובת הנאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת כדי להקים נאמנות.⁴⁰

ג. החובה המוטלת על הנאמן: חובה ולא רשות

§ 5 כדי שמערכת יחסים תוכר כנאמנות יש צורך בהשתתפות חובה על הנאמן. זיקה לנכס וכוח לפעול בו אינם יוצרים נאמנות בהעדר חובה להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת. זאת ברור האבחנה בין נאמנות לכוח שאין חובה בצדו (power ו-trust, בהתאמה), המקובלת במסורת המשפט המקובל: נאמנות היא כוח, שחובה בצדו, לעשות בנכס.⁴¹ כדברי כרם, "תנאי להיווצרותה של נאמנות הוא, שעל הנאמן חלה חובה לפעול למימוש מטרת הנאמנות".⁴²

בפרשת **בציא נ' זוהר** הדגישו בתי-המשפט המחוזי והעליון כי כדי לקבוע שחלה על אדם, שנטל על עצמו בחוזה לפעול כנאמן, חובה מסוימת, יש להוכיח שהוא קיבל על עצמו חובה זו במפורש. כדברי בית-המשפט המחוזי, "אי אפשר להטיל בהבל פה, התחייבות על נאמן... אין הנאמן חייב לדאוג לביצוע של פעולה מסוימת אם לא נטל עליו במפורש ובכתב דאגה זו".⁴³ אין הדבר כך. גם כאשר נוצרת נאמנות בחוזה שנכרת עם נאמן, חובות הנאמן אינן מוגבלות לאלה שנטל על עצמו במפורש. לכל הפחות, חלות על נאמנים, ובכללם כאלה שנטלו תפקיד זה על עצמם בחוזה, חובות מכוח חוק הנאמנות, גם אם לא נטלו חובות אלה על עצמם במפורש ובכתב. עם חובות אלה נמנות החובה לפי סעיף 3(ג) לחוק להחזיק את נכסי הנאמנות בנפרד מנכסים אחרים או בדרך המאפשרת להבחין ביניהם, החובה לפי סעיף 6 להחזיק או להשקיע את כספי הנאמנות שאינם דרושים לצרכיה השוטפים כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות, וחובות נוספות. יתר על כן, היות שנאמנות הנוצרת בחוזה ניתן ליצור גם בהתנהגות,⁴⁴ ברי שנאמן יכול להתחייב לבצע פעולות שונות, כנדרש מתפקידו, גם שלא במפורש ושלא בכתב. חלק מחובות הנאמן לפי חוק הנאמנות, כולל החובות לפי סעיפים 3(ג) ו-6, ניתנות אמנם, לפי ס' 11 לחוק, להתניה בכתב הנאמנות; אך בהעדר התניה מפורשת חלות על כל נאמן כל החובות המוטלות על נאמנים בחוק, גם אם לא נטל אותן על עצמו במפורש ובכתב.

ד. תוכנה של חובת הנאמן: להחזיק בנכס או לפעול בו

§ 6 נאמן חייב להחזיק או לפעול בנכס שאליו יש לו זיקה. לעניין החלופה הראשונה, "להחזיק בנכס", נפסק כי החזקה מבטאת שליטה כלשהי בנכס, כגון היכולת להעבירו לאחרים או לשלול מהם

³⁸ ת"א (מחוזי י-ם) 5112/03 טי. ג'י.סי הנדסה בע"מ נ' י. צדקה ניהול ואחזקות בע"מ, פס' 41 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 23.05.2006).

³⁹ "חב אמון" הוא מי שחייב חובת אמון. נאמנים חייבים חובת אמון, אך גם רבים שאינם נאמנים חייבים חובה כזו. מכאן שקבוצת חבי האמון גדולה מקבוצת הנאמנים. המושג נטבע בהצעת חוק דיני ממונות, ס' 434.

⁴⁰ לדוקטרינת trust of a promise במשפט האנגלי ראו *Fletcher v Fletcher* (1844) 4 Hare 67; *Don King v Warren* 2 All ER 608, per Lightman J; affirmed [2000] Ch 291 § 9-119 – 9-73; Lewin § 4-017 – 4-013.

⁴¹ ראו דיון באבחנה זו אצל Underhill § 1.77 – 1.66, Waters; בעמ' 97-108.

⁴² כרם, § 34, בעמ' 105.

⁴³ המ' (מחוזי ת"א) 2189/85 **בציא נ' זוהר** (לא פורסם), מצוטט בתוך ע"א 456/85 **בציא נ' זוהר**, פס' 3 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 24.6.1987).

⁴⁴ ראו ע"א 3829/91 **וואלס נ' גת**, פ"ד מח(1) 801, 812-813 (1994); ע"א (מחוזי מר') 21029-10-11 **דוד נ' בר מור יזמים בע"מ**, פס' 45 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 7.3.2012).

את ההחזקה.⁴⁵ כרם הוסיף כי מדובר כמובן גם בהחזקה פיסית, וגם בהחזקה בזכויות במשפט.⁴⁶ כדי שתקום נאמנות, על החזקת הנאמן בנכס להיות מלווה בחובת נאמנות. לעניין החלופה השנייה, "לפעול בנכס", נפסק כי נדרש שלנאמן יהיה כוח לפעול בנכס, לבצע בו פעולות משפטיות או פעולות אחרות הדרושות לנאמן כדי למלא את חובותיו כנאמן.⁴⁷ עולה מן הדברים כי הדין הישראלי, שאינו מגביל את מוסד הנאמנות למצבים שבהם הזכויות הכפופות לה הן בבעלות הנאמן, אף אינו דורש שנאמן יחזיק בזכויות אלה מבחינה משפטית, או שיחזיק, פיסית, בנכס מוחשי הכפוף לנאמנות. די בכך שנאמן רשאי לפעול בנכס, פיסית או משפטית – גם אם הנכס מוחזק בידי אחר ובעליו הוא אדם שלישי.

להלן מספר דוגמות של חובות העשויות להיות מושתות על נאמנים, שכל אחת מהן מקיימת את דרישת החוק בדבר חובה להחזיק בנכס או לפעול בו. נאמן עשוי להיות מחויב להחזיק בנכס עד שהנהנה יבקש מהנאמן להעביר את הנכס לנהנה.⁴⁸ הוא עשוי להיות מחויב לממן פעילות מסוימת של הנהנה, כגון לימודים אקדמיים, על-ידי כספים בהם הוא, או אחר, מחזיקים. הוא עשוי להיות מחויב להעביר כספים או נכסים לנהנה, בקצב מסוים או בתלות באירועים מסוימים, כגון נישואי הנהנה. הוא עשוי להיות מחויב לאפשר לנהנה להשתמש בנכס הכפוף לנאמנות, כגון לגור בדירה הכפופה לנאמנות. הוא עשוי להיות מחויב להקים בניין על מגרש, כאשר גם המגרש וגם הכספים שבהם רשאי הנאמן להשתמש כדי להקים את הבניין אינם בבעלותו.⁴⁹ הוא עשוי להיות מחויב להשקיע כספים הכפופים לנאמנות, המוחזקים על-ידו או על-ידי אחר, לשם עשיית פירות, או למטרה אחרת, כגון השקעה דווקא בענף מסוים, למרות שתוחלת ההשקעה בענף זה קטנה מתוחלתן של דרכי השקעה אחרות. הוא עשוי גם להיות מחויב להקצות כספים שמחזיק אחר לנהנים. שתי הדוגמות האחרונות מתארות מצב המכונה בארצות-הברית *directed trust*. במצב זה מופצל תפקיד הנאמן הקלאסי, המחזיק בנכסים הכפופים לנאמנות ונהנה משיקול דעת עצמאי, לשניים: לחב אמן המכונה *protector* (מגן) או *director* (מנהל), המחליט למי להקצות כספים, אף שאינו מחזיק בהם, ולחב אמן שני, המכונה נאמן, המחזיק בכספים ומשתמש בהם לפי הנחיות חב האמן הראשון. בדין הישראלי יחשבו לנאמנים גם המגן/מנהל, המוסמך לפעול בכספים, אף שאינו מחזיק בהם, וגם הנאמן, המחזיק בכספים, אף ששימושו בהם מודרך על-ידי המגן/מנהל, שלו חייב הנאמן לציית.⁵⁰

דרך אחת לסיווג החובות המושתות על נאמנים היא על-ידי הבחנה בין **נאמנויות פסיביות**, המחייבות את הנאמנים רק להחזיק את נכסי הנאמנות, לבין **נאמנויות אקטיביות**, הכוללות חובות אחרות או נוספות, כגון להשקיע את הנכסים או לסחור בהם על מנת להשיא את ערכם, להחליט כיצד לחלק את הנכסים ופירותיהם בין מועמדים שונים להנאה, וכיוצא באלה. נאמנויות שאינן מוקמות בכוונת מכוון, אלא "מתגלות" במבט-לאחור על-ידי בית-המשפט, כגון נאמנויות-תוצאה (*resulting trusts*) ונאמנויות קונסטרוקטיביות (*constructive trusts*), הן לרוב פסיביות: חובות הנאמן לפיהן מוגבלות ההחזקה בנכסים הכפופים להן ולהעברתם לפי הוראות הנהנה או בית-המשפט.⁵¹

ה. מטרת הנאמנות: לטובת נהנה או למטרה אחרת

§ 7 על נאמן להחזיק או לפעול בנכס שאליו יש לו זיקה לא לטובתו-שלו, אלא לטובת נהנה או למטרה אחרת. עם זאת, בניגוד להקדש לפי פרק ב' לחוק, בנאמנות לפי פרק א' אין מניעה שנאמן יהיה גם נהנה, כל עוד אין הוא הנאמן היחיד והנהנה היחיד. ככל שאדם או ישות משפטית הם הנאמן היחיד והנהנה היחיד, לא תיווצר נאמנות, בשל העדר ההפרדה בין כוח העשייה ברכוש הכפוף לנאמנות לבין הזכות ליהנות מרכוש זה.⁵² לעומת זאת, מצב שבו שניים או יותר הם, במקביל, הנאמנים בנאמנות

⁴⁵ פרשת **דרבי**, לעיל ה"ש 31.

⁴⁶ **כרם**, § 40, בעמ' 116.

⁴⁷ פרשת **דרבי**, לעיל ה"ש 31.

⁴⁸ יש שיראו במערכת יחסים כזו שמירה ולא נאמנות. כרם סבר כי ככל האמור בנכסים מוחשיים, "אם המטרה היא אחסון והבטחה גרידא – אין צורך בשירותי נאמן. לשירותי נאמן ייזקקו רק לצורך ביצוע פעולה בנכסים שיש עמה תוצאות משפטיות": **כרם**, § 101, בעמ' 222. הדברים צוטטו בהסכמה בפסק-הדין בפרשת **וויזוב**, לעיל ה"ש 5, פס' 16 לפסק-הדין.

⁴⁹ דוגמא זו לקוחה מתוך **כרם**, § 42, בעמ' 119-120.

⁵⁰ דיני ה-*directed trust* מוסדרים בארצות-הברית ב-UNIFORM DIRECTED TRUSTS ACT (2017). בדין האמריקני לא נחשב המגן/מנהל לנאמן. מגן נאמנות מוגדר בדין הישראלי רק בס' 175 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] התשכ"א-1961, כ"מי שלפי מסמכי הנאמנות יש לו סמכות למנות את הנאמן או לפטרו, לתת לנאמן הוראות, או שאישורו נדרש לפעולות של הנאמן".

⁵¹ לסיווג נאמנויות לאקטיביות ופסיביות ראו *1 Scott*, § 3.4, בעמ' 161-174.

⁵² ראו כלל זה בדין הזר: UNIFORM TRUST CODE § 402(a)(5) (2000) (הסעיף אומץ ונחקק בדיני רוב מדינות ארצות הברית); *2 Scott*, § 11.2; *Underhill*, § 14.4 (הדין האנגלי).

והנהנים לפיה, אינו מונע יצירת נאמנות: כל אחד מהם חייב לעשות ברכוש הכפוף לנאמנות עבור כל הנהנים, ולא רק עבורו-עצמו.⁵³

נאמן אמור לפעול לטובת נהנה, להבדיל מלפי הוראותיו.⁵⁴ שלוח פועל לפי הוראות השולח, ואילו נאמן פועל, אם לא נקבע אחרת בכתב הנאמנות, לפי שיקול דעתו העצמאי, בכפוף לחובותיו, להוראות כתב הנאמנות ולטובת הנהנים. בפרשת **זיימן נ' קומרון** קבעה השופטת פרוקצ'יה כי גם כאשר כתב הנאמנות – באותו מקרה, חוזה הנאמנות – מורה לנאמן לציית להוראות הנהנה, "תניה חוזית זו מחייבת את הנאמן ככל שהיא מתיישבת עם טובת הנאמנות. מקום שהיא סותרת אותה, על הנאמן להתעלם מהוראות הנהנה ולפעול על-פי מיטב שיקול דעתו בדאגה להשגת מטרת הנאמנות".⁵⁵ מטרתה של נאמנות שיש לה נהנה מסוים, ושמשום כך אינה בגדר "נאמנות מטרה" (purpose trust), היא טובת הנהנה או הנהנים. לדבריה, "כפיפות הנאמן להוראות הנהנית נועדה להשיג תכלית לפיה הנאמן, בפעולתו בענייני הנאמנות, יתייחס לעמדתה ככל שהיא עשויה להיות רלבנטית לקידום תועלת הנאמנות. ככל שהוראות אלה מתיישבות עם טובת הנאמנות, יש לתת להן משקל ולהתחשב בהן. מקום שהן סותרות את טובת הנאמנות ואינן מקדמות את מטרותיה, הנאמן אינו כפוף להן, וחובתו מכח הדין גוברת לפעול באורח עצמאי, באמונה ובשקיפה, כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות".⁵⁶ בפרשה אחרת נפסק כי מטרתה של נאמנות שבמסגרתה התחייבו הנאמנים לפעול לפי הוראות הנהנים היא "השאלת שמו" של הנאמן, כדי להסתיר את זהות הנהנה.⁵⁷ בפרשה שלישית נפסק שייפוי כוח המסמיכים אדם לפעול בשמו ובעבורו של אדם אחר, בכפוף לכך שכל פעולה של מיופה הכוח כפופה לאישורו של מייפה הכוח, אינם יוצרים יחסי נאמנות.⁵⁸ ואכן, התנהלות כזו הולמת שליחות ולא נאמנות.

יש השוגים לחשוב כי כדי שתיווצר נאמנות נדרשת ודאות כי הנאמן מחזיק את נכסי הנאמנות דווקא עבור נהנה מסוים, כך שבתום תקופת הנאמנות יעביר את הנכסים דווקא לנהנה זה. בפרשת **נכסי זיסאפל נ' מנהל מקרקעי ישראל** פסק בית-המשפט המחוזי כי הסכמה אליה הגיעו הצדדים, שלפיה יחזיק המנהל בשטח מסוים כל עוד נמשכים הליכי שינוי הייעוד שיזמה התובעת בשטח אחר, ורק אם ייכשלו הליכים אלה, יעביר המנהל זכויות בשטח הראשון לתובעת, כנגד תשלום דמי הסכמה, לא יצרה נאמנות על שטח זה, בין היתר משום שלאורך כל מערכת יחסי הצדדים לא הייתה ודאות כי הזכויות בשטח זה יוקנו לחברה, ובהעדר ודאות כזו "לא ניתן לקבוע כי החזקת רמ"י בשטח ... נעשתה עבור החברה" (ההדגשה במקור).⁵⁹ אין הדבר כך. אף שכדי ליצור נאמנות נדרש כי הנאמן יהא חייב לפעול בנכס לטובת נהנה או למטרה אחרת, אין להסיק מדרישה זו שלא ניתן ליצור נאמנויות שזכויות הנהנים לפיהן מותנות. אין כל קושי ליצור נאמנות שהנאמן לפיה, כבמקרה **זיסאפל**, מחזיק בזכויות הכפופות לה, ואם יתקיים תנאי, יחזיק בהן עבור נהנה פלוני. זוהי נאמנות עבור שני נהנים: הנאמן מחזיק בזכויות הכפופות לנאמנות עבור עצמו, ואם יתקיים התנאי, יחזיק בהן עבור נהנה אחר.

§ 8 במשפט הישראלי ניתן ליצור נאמנות לא רק לטובת נהנה, אלא גם למטרה אחרת. הכוונה לכל מטרה חוקית. ההיתר שבמשפטנו ליצור נאמנות לכל מטרה חוקית היה, כשנחקק חוק הנאמנות בשנת 1979, חידוש עולמי, שכן בדיני הנאמנות המסורתיים שבשיטות המשפט המקובל הותר ליצור נאמנות רק לטובת נהנה, לצרכי צדקה, לשם הקמה ותחזוק של קברים ומצבות, לטיפול בבעלי-החיים של היוצר, ולעידוד ציד שועלים.⁶⁰ מאז 1979 הצטרפו שיטות משפט רבות למשפט הישראלי בהתרת

⁵³ ראו Scott § 2, 11.2.5.

⁵⁴ ראו דיון בדרכים בהן נהנה רשאי להתערב בנייהול הנאמנות, § 12 להלן.

⁵⁵ ע"א 9225/01 **זיימן נ' קומרון**, פ"ד סב(1) 260, 281 (2006).

⁵⁶ פרשת **זיימן**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 285.

⁵⁷ ת"פ (מחוזי ת"א) 217/97 **מדינת ישראל נ' דותן** (פורסם בנבו, 30.05.2002).

⁵⁸ ת"א (שלום ת"א) 1472-03-11 **מריליוס נ' ברק** (פורסם בנבו, 6.2.2012). החלטת ביניים זו, לפיה לא התקיימו בין הצדדים יחסי נאמנות (ראו סעיף 13 להחלטה), סתרה את הסכמת הצדדים, הנוכרת בהחלטה, כי אכן התקיימו ביניהם יחסים כאלה (ראו, לעמדת התובע/המשיב, סעיף 1 להחלטה, ולעמדת הנתבע/המבקש, סעיף 7 להחלטה). פסק-הדין בתובענה קבע כי התקיימו בין הצדדים יחסי נאמנות: ת"א (שלום ת"א) 1472-03-11 **מריליוס נ' ברק** (פורסם בנבו, 5.1.2020).

⁵⁹ ת"א (מחוזי מ"ר) 36116-06-10 **נכסי נאוה ויהודה זיסאפל בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פס"ג(38) לפסק-הדין (פורסם בנבו, 20.5.2015).

⁶⁰ ראו דיון אצל Lewin, Waters; 4-047 §§, בעמ' 667, 672. משעה שציד שועלים תוך היעזרות בכלבים, שלא למטרת אכילת בשר השועלים, נקבע באנגליה כעבירה פלילית (1) s 1, Hunting Act 2004, וראו גם את הסעיף הראשון ל-Schedule 1 לחוק זה), נראה כי נאמנויות לעידוד ציד כזה שוב אינן מותרות או ברות-אכיפה בדין האנגלי.

נאמנויות-מטרה (purpose trusts), הן נאמנויות שאין להן נהנים מסוימים, לכל מטרה או מטרות חוקיות ומסוימות, אף אם אינן בגדר צרכי צדקה.⁶¹ בפסיקה דוגמות למטרות שונות, שאינן בגדר צרכי צדקה, שלשם קידומן נוצרו נאמנויות. כך בפרשת **וינשטיין נ' פוקס** יצר בית-המשפט עצמו נאמנות להגשמת מטרה שקבע מצווה בצוואתו: יצירת תמריץ רכושי שיעודד את בני-משפחת המצווה לעלות ארצה, על-ידי קביעה כי כל עוד יישארו תושבי חוץ, יוכלו ליהנות מן הנכסים הכפופים לנאמנות רק בארץ, אך אם יתיקו מושבם ארצה, יוכלו ליהנות מאותם נכסים בכל מקום שירצו.⁶² בפרשת **פבליקוב נ' טויס** נפסק, בעקבות הלכות קודמות, כי בית-משפט לערעורים שבקופתו הפקיד מערער כספים שנפסקו בערכאה קמא לטובת המשיב, כתנאי לעיכוב ביצוע פסק-הדין קמא, מחזיק בכספים אלה כנאמן לשם ביצוע התשלום למשיב במקרה שהערעור יידחה.⁶³ בפרשת **גלעדי נ' אקולין שיקום נזקים** נוצרה נאמנות לצורך תשלום חוב מס שבח שיווצר עקב העברת זכויות במקרקעין למלווה, שמימש משכנתא שקיבל עליהם.⁶⁴ בפרשת **נחלה נ' המוטטרנות היוונית הקתולית** יצרו המוטטרנות והורי התלמידים הלומדים בבית-ספר שנבנה על קרקע של המוטטרנות נאמנות שאליה הוזרמו כספים ששילמו ההורים למימון בניית מבנה חדש לבית-הספר, במטרה לוודא שהכספים ישמשו אך ורק למטרה הייעודה.⁶⁵

בשלושת המקרים הראשונים ניתן היה לראות את הנאמנויות כנאמנויות עבור נהנים – בני משפחת המצווה בפרשת **וינשטיין**, הזוכה בערכאה קמא בפרשת **פבליקוב**, והמלווה בפרשת **גלעדי** – ולא כנאמנות-מטרה. הנאמנות בפרשת **נחלה** נראית כנאמנות-מטרה טהורה, שהרי מימוש מטרתה – השימוש בכספים ששילמו ההורים רק למימון בניית מבנה בית-הספר החדש – היה עתיד להועיל לקבוצה גדולה ובלתי-מסוימת של בני אדם, ביניהם התלמידים העתידיים ללמוד במבנה החדש במשך השנים. רבים מתלמידים אלה לא היו ניתנים לזיהוי בעת יצירת הנאמנות. למעשה נראית נאמנות זו כנאמנות לצרכי צדקה, שהרי מטרת חינוכיות הן עניין מובהק של צדקה, ובלשונו של חוק הנאמנות "עניין ציבורי".⁶⁶ ניתן לחשוב גם על נאמנויות-מטרה שלא ניתן לפרש כנאמנויות לטובת נהנים, וגם לא כנאמנויות-מטרה לצרכי צדקה: טלו למשל נאמנות לקידום מטרה פוליטית מסוימת ונאמנות לשם החזקת נכסים מסוימים.

ההיתר שבדין הישראלי ליצירת נאמנויות לכל מטרה חוקית אינו חף מקשיים. אזכיר שני קשיים שבהיתר זה. קושי אחד היה ביסוד הסתייגותן המסורתית של שיטות המשפט המקובל מנאמנויות לטובת מטרה שאינה עניין שבצדקה. הסתייגות זו היתה מבוססת על התייחסות דיני הנאמנות המסורתיים שבשיטות אלה לנהנים כמי שצפויים לפקח על תפקוד הנאמן. כוחם של הנהנים לפקח על הנאמן נתפס בדינים אלה כנובע מן ההנאה שהוקצתה להם ברכוש הכפוף לנאמנות: ככוחו של בעל קניין לפקח על הנעשה בקניינו. לשיטה זו, בנאמנות-מטרה, שאין בה נהנים, איש אינו צפוי לפקח על תפקוד הנאמן, והאחרון יוכל לעשות ברכוש הכפוף לנאמנות כבשלו. יוצאות דופן לכלל זה נאמנויות לצרכי צדקה: בשל האינטרס הציבורי בהקדשת רכוש פרטי למטרות המוגדרות כצרכי צדקה, הפקידו דיני הנאמנות המסורתיים של המשפט המקובל את אכיפתן של נאמנויות אלה בידי המדינה, על-ידי משרד המשפטים שלה. אכיפה של נאמנויות-מטרה שלא לצרכי צדקה לא נתפסה בדינים הללו כמצדיקה השקעת תשומות ציבוריות. על כן, בהיעדר גורם פרטי או ציבורי הצפוי והכשיר לאכוף אותן,

⁶¹ ראו, למשל, UNIFORM TRUST CODE § 409 (2000) (ארצות הברית); הסעיף אומץ ונחקק בדיני רוב מדינות ארצות הברית; Trusts (Special Provisions) Act 1989, s. 13 (ברמודה); Trustee Ordinance 1961, ss. 84-84A (איי הבתולה הבריטיים); סעיף 84 נוסף ב-Trustee (Amendment) Act 1993, וסעיף 84A ב-Trustee (Amendment) Act, 2003; International Trusts Order 2000, s. 69 (ברוניי).

⁶² ע"א 5717/95 **וינשטיין נ' פוקס**, פ"ד נד(5) 792, 806, 808 (2000).

⁶³ רע"א 5156/18 **פבליקוב נ' טויס - מנהל מיוחד** (פורסם בנבו, 6.11.2018). ראו החלטות דומות: בש"פ 4972/07 **פואז נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 20.3.2008); בש"א (מחוזי ת"א) 23428/08 **פלדמן נ' ברגרזון** (פורסם בנבו, 9.3.2009).

⁶⁴ ת"א (שלום ת"א) 181894/02 **גלעדי נ' אקולין שיקום נזקים 1994 בע"מ** (פורסם בנבו, 20.02.2005).

⁶⁵ ת"א (מחוזי חי') 40644-06-10 **נחלה נ' המוטטרנות היוונית הקתולית** (פורסם בנבו, 21.07.2010).

⁶⁶ חוק הנאמנות מונה את העניינים הנחשבים "ציבוריים" דווקא בסעיף 16, המורה מה יעשה בית-המשפט בנכסים הכפופים לנאמנות שנתבטלה. אף שסעיף 16 אינו מורה במפורש כי המטרות המנויות בו נחשבות ל"עניינים ציבוריים", ברי שכן הוא, והדבר עולה גם מהערתו של כרם כי מקורו של סעיף 16 לחוק בסעיף 32 להצעת החוק, שנכלל בפרק שבהצעה שעסק בנאמנויות שמטרותיהן "תועלת הציבור או קידומו של עניין ציבורי". לדבריו, "הרשימה המפורטת של המטרות הציבוריות" שבסעיף 16 לחוק אמורה היתה, לפי הצעת החוק, "לספק לבית-המשפט הצעות חלופות להעברת נכסי נאמנות למטרה ציבורית": כרם, § 300, בעמ' 626, הערה 27. המטרה הראשונה הנזכרת בסעיף 16 היא "חינוך".

אסרו על קיומן.⁶⁷ המשפט הישראלי ניסה להתמודד עם בעיית המחסור במפקחים על נאמנים לפי נאמנויות-מטרה שלא לצרכי צדקה על-ידי הרחבה גדולה - בהשוואה לדין הנאמנות המסורתית שבשיטות המשפט בשפה האנגלית - של קבוצת הרשאים לפנות לבית-המשפט בהליכים לפי חוק הנאמנות. סעיף 39 לחוק הנאמנות מקנה זכות לפנות לבית-המשפט בכל עניין לפי החוק לא רק לנאמנים ולנהנים, אלא גם ליוצרי נאמנויות, ל"אדם אחר שמעוניין בדבר" ולבאי-כוח המדינה. ספק אם הרחבה זו מסלקת את החשש להיעדר פיקוח בפועל על נאמנים לפי נאמנויות-מטרה שלא לצרכי צדקה. יוצרי נאמנות חדלים מפיקוח לכל המאוחר במותם, וגם בחייהם, אין הם נהנים, לפי דין הנאמנות המחדלי שבחוק, מזכויות לקבל מידע אודות הנאמנות וניהולה מעין אלה העומדות לנהנים לפי סעיף 7 לחוק. בהיעדר מידע, ספק אם יוצרים ינצלו את כוחם לפי החוק לפנות לבית-המשפט בכל עניין לפי חוק הנאמנות. אשר ל"אדם אחר שמעוניין בדבר" ולבאי-כוח המדינה, בהיעדר מרשם וחובת רישום לנאמנויות שאינן הקדשים ציבוריים, יש סיכון שאלה לא יהיו מודעים לקיומן של לפחות חלק מנאמנויות-המטרה שלא לצרכי צדקה, ולכן לא ישתמשו בכוחם להביא עניינים לפי חוק הנאמנות בפני בית-המשפט. גם אם גורמים מעוניינים או באי-הכוח של המדינה יהיו מודעים לקיומה של נאמנות-מטרה כלשהי, ייתכן כי לא יחקרו לעניין המתרחש במסגרתה. במצב הקיים, הפיקוח על נאמנים הפעילים במסגרת נאמנויות-מטרה שלא לצרכי צדקה תלוי בהתניה פרטית בכתבי נאמנות. אחד הפתרונות האפשריים הוא מינוי, בכתב הנאמנות, של אדם או ארגון פרטי או ממשלתי כמגן נאמנות, שיוסמך לפטר ולמנות נאמנים, שפעולות הנאמן בתפקידו יותנו באישורו, ושהנאמן יחויב לדווח לו מדי שנה על מצב הרכוש הכפוף לנאמנות ועל פעולותיו לאורך השנה.

קושי שני שבעמדתו המתירנית של הדין הישראלי לעניין יצירת נאמנויות-מטרה, שלא לצרכי צדקה, נובע מכך שכפי שהעיר כרם, "אין בחוק קביעה בדבר מידת הפירוט הנדרשת לתיאור המטרה. לכאורה די בהגדרה כללית ביותר של המטרה בתנאי הנאמנות".⁶⁸ בכך דומה המשפט הישראלי למשפט העברי, שבו ניתן ליצור נאמנות למטרה המתוארת באופן כללי ובלתי-מפורט, כגון "לדברים טובים".⁶⁹ כפי שהמשיך כרם והעיר, נאמנות למטרה המתוארת ברמת הפשטה גבוהה וללא פירוט כלשהו מוסרת לנאמן שיקול דעת רחב ביותר באשר לדרך להגשמת מטרה זו. במצב כזה הנאמן עלול להוציא את הכספים שהוכפפו לנאמנות או להשתמש בנכסים שהוכפפו לה בדרך שלא הייתה מתקבלת על דעתו של היוצר, ואף בדרך שאינה סבירה מבחינה אובייקטיבית; ואף אם יימצא מי שיביא את תפקודו של הנאמן בפני בית-המשפט, עלול התובע לגלות כי הניסוח הכוללני והמופשט של מטרת הנאמנות אינו מאפשר לבית-המשפט לבקר באורח אפקטיבי את תפקוד הנאמן.⁷⁰

ו. נהנה מיהו?

§ 9 דין הנאמנות בישראל אינו מטיל מגבלות על זהות הנהנים לפי נאמנות. בתי-המשפט קבעו כי "ככל שמדובר ברכישת מעמד של נהנה על-פי נאמנות, אין הדין בישראל מחייב כי הנהנה יהיה בעל אישיות משפטית במועד יצירתה, ולא זו בלבד אלא שהנהנה אפילו אינו חייב להיות ידוע או קיים באותה עת".⁷¹ עוד נקבע כי היות חשבון בנק חשבון נאמנות אינה מותנית בקביעת נהנה ספציפי מהחשבון, וכי חוק הנאמנות אינו דורש נקיבה בשם הנהנה, ומתיר נאמנויות שהנהנים מהן יזוהו בעתיד, זמן רב לאחר יצירת הנאמנות, לפי התאמתם לתכונה או למאפיין מסוימים, או לפי עמידתם בתנאי כלשהו.⁷² מותרות, למשל, יצירת נאמנות על-ידי אדם שאין לו ילדים במועד יצירתה, לטובת נכדיו, וכן יצירת נאמנות על-ידי אותו אדם, באותו מועד, לטובת אלה מבין נכדיו שיסיימו לימודי משפטים בהצלחה. כרם מסביר כי הנאת נהנה עשויה להיות מותנית בתנאי מתלה או מפסיק, וכי היא עשויה גם להתמצות, כאשר פלוני קיבל את מלוא ההנאה שהוקצתה לו מהנכסים הכפופים לנאמנות.⁷³

⁶⁷ לתפישה מסורתית זו ראו Paul Matthews, *The New Trust: Obligations without Rights?*, in *TRENDS IN CONTEMPORARY TRUST LAW 1* (A. J. Oakley ed., 1996).

⁶⁸ כרם, § 53, בעמ' 129.

⁶⁹ אונגר, בעמ' 45.

⁷⁰ כרם, § 53, בעמ' 129.

⁷¹ ה"פ (מחוזי ת"א) 1285/03 *אוצר התיישבות היהודים בע"מ נ' ההסתדרות הציונית העולמית*, פס' 70 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 26.04.2007).

⁷² ה"פ (שלום חי) 60657-07-13 *וולר נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ* (פורסם בנבו, 21.12.2013).

⁷³ כרם, § 48, בעמ' 125-126.

במשפט האנגלי נדרש כי בנאמנות, שלא לצרכי צדקה, שהנהנים לפיה מתוארים בה כחברים בקבוצה מסוימת, והיוצר אינו נוקב בשמותיהם, יהיו גבולותיה של הקבוצה מסוימים דים כדי שהנאמנים יוכלו להכריע, לעניין כל אדם ואדם, אם נמנה הוא על חברי הקבוצה, אם לאו.⁷⁴ נאמנויות לצרכי צדקה אינן כפופות באנגליה לדרישה של מסוימות נהנים כלל.⁷⁵ בדין הישראלי, לעומת זאת, אין תיאור הנהנים לפי נאמנות, בין אם פרטית ובין אם לצרכי צדקה, כפוף לדרישת מסוימות כלשהי. בתי-המשפט קבעו, לעניין מסוימות הנהנים, כי "מסוימות ההוראה [שבמסמך בו נוצר הקדש, א.ח.ו.] אינה תנאי ליצירת הקדש",⁷⁶ ונראה שכיוונו בכך לא רק להקדשים לפי פרק ב' לחוק הנאמנות, שהם נאמנויות שנוצרו בפעולות משפטיות חד-צדדיות מסוגים מסוימים,⁷⁷ אלא לנאמנויות בכלל, תהא הדרך שבה נוצרו אשר תהא.

גישתו המתירנית של המשפט הישראלי ביחס לנאמנויות-מטרה שאין להן נהנים מסוימים וביחס לכשרות להנאה לפי נאמנות, משמיעה כפי הנראה כי ניתן ליצור גם נאמנויות עבור בעלי-חיים, שאין להם אישיות משפטית.⁷⁸ במדינות רבות בארצות הברית נחקקה חקיקה מיוחדת לשם התרת נאמנויות כאלה,⁷⁹ ואילו בישראל הן מותרות מכוח הגדרת הנאמנות הכללית שבסעיף 1 לחוק, המתירה נאמנויות לכל מטרה חוקית, גם אם אין להן נהנים בעלי כשרות או אישיות משפטית.

§ 10 בתי-המשפט הרבו לדון בשאלה, מיהו הנהנה בנאמנות הנוצרת בחוזה מכר מקרקעין רבים, שלפיה משלם הקונה את המחיר לנאמן, שהוא לא פעם אחד או יותר מבאי כוח הצדדים, ונאמן זה מורשה להעביר את הכספים שבידו למוכר רק לאחר העברת מסמכי העסקה לקונה, המאפשרים לאחרון להעביר את הזכויות במקרקעין על שמו במרשם המקרקעין. בפרשת **מילר נ' רורליך** פסק בית-המשפט העליון, מפי השופטת בן-פורת, כי הנהנה בנאמנות זו הוא המוכר, העתיד לקבל לידי את הרכוש הכפוף לנאמנות, ולכן המוכר הוא שצריך לשאת בנזק שנגרם כשהנאמן נעלם עם הכספים ששילם הקונה, ולמרות ההיעלמות, תשלום המחיר במלואו על-ידי הקונה לידי הנאמן שנעלם מזכה את הקונה בהעברת הזכויות בדירה לידיו.⁸⁰ עם זאת, ההלכה העיקרית בנושא, שאותה מרבים בתי-המשפט לצטט וליישם, נפסקה דווקא בבית-המשפט המחוזי, בפרשת **בן שמעון נ' סקאללה**. בפסק דין זה אבחן בית-המשפט את פרשת **מילר** ולא ראה עצמו מחויב ליישם את שנפסק בה. לפי הלכת **בן שמעון**, "בהעדר נסיבות מיוחדות או קשר בין הנאמן לאחד הצדדים, יש לראות בנאמן שבידו מפקידים קוני נכס את כספי התמורה לשם הבטחת קיומו של חוזה המכר וקבלת הנכס לידיהם משום נאמן לטובת שני הצדדים, ושניהם הנהנים מהנאמנות, וזאת בהעדר ראייה לכך שהצדדים ביקשו לסטות מנקודת מוצא זו".⁸¹ בית-המשפט קבע עוד ש"תכלית הנאמנות היתה להבטיח את זכויות שני הצדדים: את המוכרים – שהתמורה שהם זכאים לה עבור הנכס תימצא בעין, ותוכל לשמש לסילוק המשכנתא אם יתעורר צורך בכך, ובהגיע המועד יקבלו את התמורה לידיהם; בה בעת באה הנאמנות להבטיח את המשיב [הקונה, א.ח.ו.] שתמורת תשלום המחיר יקבל את החזקה בדירה, ואת רישומה בשמו כשהיא נקייה מהמשכנתא".⁸² לפיכך חילק בית-המשפט את הנזק שנגרם כתוצאה מהיעלמות הנאמן ועמו כספי

⁷⁴ כלל זה נקבע במשפט האנגלי בפסק דינו של הלורד וילברפורס בפרשת *MacPhail v Doulton* [1970] 2 All ER 228, ונדון שוב בפסק-הדין *Re Baden's Deed Trusts (No 2)* [1972] 2 All ER 1304, בעמ' 238-270. ראו *Moffat*, בעמ' 908-909.

⁷⁵ עז (מחוזי י-ם) 452/96 **בעניין עזבון המנוחה קלרה הרצל ז"ל**, פס' 20 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.6.1997). הדברים צוטטו בהסכמה בפרשת **לישיצקי**, לעיל הי"ש 4, בעמ' 128.

⁷⁶ הפעולות המשפטיות הרלבנטיות מנויות בס' 17(א) לחוק הנאמנות.

⁷⁷ נאמנות כזו יצרה, למשל, ליאונה הלמסלי, בעלת בתי-מלון אמריקנית, שהורישה 12 מליון דולר לנאמנים שמינתה, כדי שישתמשו בהם לאספקת צרכיה של כלבתה, Trouble, לאחר לכתה של הלמסלי. ראו *Last Will and Testament of Leona M. Helmsley, Article 1(F)* (February 18, 2020), <https://tinyurl.com/2yobeq>.

⁷⁸ ראו ב"חקיקה האחידה" האמריקנית: "[A] trust for the care of a designated domestic or pet animal is valid." Unif. Trust Code § 408(a) ("A trust may be created to provide for the care of an animal alive during the settlor's lifetime."); וראו דיון אצל Scott, § 12.11.3, ורשימה של חוקים שחוקקו מדינות ארה"ב השונות, המתירים נאמנויות לטובת בעלי-חיים במגבלות שונות, בהערת שוליים 4 שם.

⁷⁹ ע"א 237/83 **מילר נ' רורליך**, פ"ד מ(2) 468 (1986). הנאמנות שבית-המשפט העליון עסק בה בע"א 6426/98 **קייקוב נ' טל**, פ"ד נו(3) 790 (2002), לא נוצרה בחוזה מכר מקרקעין, אף שחוזה כזה נכרת בפרשה שדונה שם, אלא אגב התנהלות של באי-כוח המוכר והקונה, שסתרה את החוזה בין הצדדים.

⁸⁰ ע"א (מחוזי ת"א) 1071/04 **בן שמעון נ' סקאללה**, פס' 5(ט) לפסק-הדין (פורסם בנבו, 10.9.2006).

⁸¹ ע"א 5(יב) לפסק-הדין. הלכת **בן שמעון** יושמה בתי"א (שלום ת"א) 57728/04 **אברהם עזריאל נ' ברוכים אליחי בע"מ** (פורסם בנבו, 25.09.2006); ת"א (מחוזי חי') 43823-05-12 **סאיג נ' בניאימלק** (פורסם בנבו, 30.7.2014); ת"א (מחוזי

תמורת הדירה בין המוכר והקונה, שווה בשווה.⁸³ גישה שלישית לשאלת זהות הנהנה בנאמנות על המחיר הנוצרת בחוזי מכר מקרקעין רבים השמיע השופט עמית בפרשת **אלעזר נ' עיריית הוד השרון**. הצדדים בפרשה זו נחלקו בשאלת מיהות החייב בתשלום היטל השבחה על מקרקעין שנמכרו, לאחר שהמוכר הגיע לחדלות פרעון מבלי ששילם את ההיטל. השופט עמית כתב, בדעת יחיד, כי "הנהנית מהנאמנות היא הקונה, אשר כספי הנאמנות מבטיחים את תשלום ההיטל ובכך מבטיחים את זכותה להעביר את המקרקעין על שמה".⁸⁴ השופט עמית שלל במפורש השקפה לפיה גם המוכר הוא נהנה מנאמנות מסוג זה, משום ש"זכותו של המוכר לקבל את כספי הנאמנות קמה ומתגבשת רק בהתקיימותם של התנאים שהצדדים קבעו בהסכם",⁸⁵ כמו גם משום שהכרה במוכר כנהנה תפגע ב"אפקטיביות הנאמנות כאמצעי של הקונה להתגונן מפני פשיטת רגל אפשרית של המוכר, שכן נושיו של נהנה יכולים לרדת לנכסי הנאמנות".⁸⁶ יתר חברי המותב הותירו את ההכרעה בנושא לעת מצוא.⁸⁷ ניתוחו של בית-המשפט בפרשת **בן שמעון** את הנאמנות השגרתית על המחיר בעסקת מקרקעין מושך את הלב, אך ספק אם ניתן להצדיק ניתוח זה מבחינה אנליטית: במובן הקנייני, הנהנה בנאמנות על המחיר הוא המוכר, שהכספים המופקדים בידי הנאמן אמורים, אם תושלם העסקה, להיות מועברים לידיו. המוכר נהנה גם במקרה שהנאמן אמור לשלם מתוך הכספים המופקדים בידי את המסים החלים על העסקה, או את הסכום הדרוש לסילוק משכנתא הרשומה על הנכס, שהרי החובה לביצוע תשלומים אלה חלה על המוכר. הקונה נהנה, במובן הלשוני הפשוט של המלה, מכך שהמחיר אינו משולם ישירות למוכר, ויועבר אליו רק כנגד העברת "מסמכי העסקה" לקונה. אך אם התנאה כזו הופכת את מי שהיא משרתת את האינטרס שלו לנהנה במובן המשפטי שמדיני הנאמנות, אז כל יוצר נאמנות, שהתנה את הנאת הנהנה בתנאי מסוים המועיל ליוצר, ייחשב גם לנהנה באותה נאמנות, מבלי שרכוש כלשהו הכפוף לנאמנות יזרום מידי הנאמן לידיו. אין הדבר כך: רק מי שהרכוש שהנאמן מחזיק או פועל בו אמור להגיע לידיו ייחשב לנהנה. מסיבה זו, נכון דווקא ניתוחה של השופטת בן-פורת בפרשת **מילר**: המוכר, והוא לבדו, הוא הנהנה מן הנאמנות השגרתית על המחיר בעסקת מקרקעין. גם את גישת השופט עמית בפסק-הדין בפרשת **אלעזר**, שפסק-דין **מילר** אינו נזכר בו, קשה לקבל. העובדה שהנאת המוכר מן הנאמנות על המחיר מותנית בהעברת מסמכי העסקה לקונה, לאחר סילוק המסים והחובות החלים על המקרקעין, אינה מוציאה את המוכר מגדר נהנה, שהרי הנאתם של נהנים רבים לפי נאמנויות היא מותנית, ואין בכך כדי להוציאם מגדר נהנים. באשר לשני שיקולי המדיניות שהשופט עמית הזכיר לתמיכה בעמדתו, התועלת לקונה שביחוד כספי נאמנות לתשלום ההיטלים, המסים והחובות החלים על המקרקעין יכולה אולי לתמוך בגישה שבפרשת **בן שמעון** לפיה שני הצדדים לעסקה הם נהנים, אך גישה זו נשללת, בתורה, על-ידי הניתוח האנליטי שלעיל. בהיות המוכר נהנה לפי הנאמנות על המחיר, נושיו אכן יכולים לרדת להנאתו בנאמנות (ולא לנכסים הכפופים לה).⁸⁸ הקונה זקוק להגנה בעיקר מפני נסיונות של נושי המוכר לרדת למקרקעין עצמם, ודיני הנאמנות מציעים לו מידה של הגנה כזו על-ידי הנאמנות הקונסטרוקטיבית הקמה לטובת רוכש מקרקעין ששילם את מלוא המחיר, שתיזון בפרק השני.⁸⁹

מבט-על על היבטיו של סעיף 1 לחוק שנדונו עד הנה מלמד כי גישת המשפט הישראלי למוסד הנאמנות מתיימרת. החוק אינו דורש כי לשם יצירת נאמנות יועברו הזכויות בנכסים הכפופות לה לנאמן, מתיר יצירת נאמנות שבמסגרתה זכויות אלה נותרות בידי היוצר או מועברות ישירות לנהנה אגב מינוי הנאמן, אינו דורש תיאור כלשהו של הנהנים בכתב הנאמנות, ולו ברמה מינימלית של מסוימות, ומתיר יצירת נאמנויות לכל מטרה חוקית, אף אם אין להן נהנים מסוימים. בעוד שכפי שראינו למעלה, להיתר ליצירת נאמנות בלא העברת הזכויות המוכפפות לה לנאמן יתרונות משמעותיים, להיתר ליצירת נאמנויות מטרה לכל מטרה חוקית ולהיעדר דרישה למסוימות של הנהנים יש חסרונות משמעותיים,

(י-ם) 46886-07-15 **מטלר נ' רזון** (פורסם בנבו, 8.12.2016); ת"א (שלום נתן) 4619-05-14 **שועלי נ' הקקיאן** (פורסם בנבו, 23.10.2017). בית-המשפט הכריע כי שני הצדדים לעסקת מכר מקרקעין רגילה הם נהנים בנאמנות המוקמת במסגרת עסקה כזו גם בת"א (מחוזי מ"ר) 26907-04-11 **דניאלס נ' רסקין** (פורסם בנבו, 19.12.2013) ובפר"ק (מחוזי י-ם) 6058/09 **אהרוני נ' עו"ד אסף בוטח, מנהל מיוחד ראשונה 7 בע"מ** (פורסם בנבו, 2.10.2011).

⁸³ **בן שמעון**, לעיל ה"ש 81, פס' 6 לפסק-הדין.

⁸⁴ ע"א 4260/15 **אלעזר נ' עיריית הוד השרון**, פס' 39 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 11.4.2018).

⁸⁵ **שם**, פס' 41 לפסק-הדין.

⁸⁶ **שם**, פס' 40 לפסק-הדין.

⁸⁷ **שם**, חוות-דעתה של השופטת ברון ופס' 1 לחוות-דעתו של השופט אלרון.

⁸⁸ ס' 3(ב) לחוק הנאמנות מורה כי "אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות". ראו דיון בפרק 3, § XX.

⁸⁹ ראו דיון בפרק 2, § 7, טקסט להערה 47.

בעיקר בהיעדר פיקוח או רגולציה מדינתיים על נאמנים לפי נאמנויות פרטיות (לפי פרק א' לחוק) והקדשים פרטיים (לפי פרק ב' לחוק). בהעדר נהנים מסוימים בכלל, או במצב שבו הנאמן טרם בחר נהנים, וכתב הנאמנות אינו מגביל את הנאמן בבחירתם, ובהיעדר יוצר או מגן נאמנות החשופים למידע אודות התנהלות הנאמן ומוסמכים לפנות לבית-המשפט לתיקון פגמים בהתנהלות זו, ספק אם הפרות חובה מצד הנאמן יובאו בפני מערכת אכיפת החוק ויתוקנו. כך עלולים נאמנים לכרות עסקאות בניגוד עניינים ברכוש הכפוף לנאמנות, ואף ליטול כספים ונכסים הכפופים לנאמנות לכיסם.

ז. אפיון זכויות הנהנה

§ 11 אס אין מדובר ב"נאמנות מטרה", נאמן חייב להחזיק או לפעול בנכס לטובת נהנה, יחיד או רבים. אולם חוק הנאמנות אינו קובע דבר לגבי המהות והמאפיינים של זכויות הנהנה.⁹⁰ החוק עוסק בעיקר בחובות המושטות על הנאמן עקב הנאמנות, ולעניין אחת מהן – חובת הנאמן לפי סעיף 7 לתת לנהנים דין-וחשבון על ענייני הנאמנות וידיעות נוספות לפי דרישתם הסבירה – החוק אף מורה במפורש כי הנאמן חב חובה זו לנהנים דווקא. ההתייחסות המפורשת היחידה בחוק לזכויות נהנים היא ההתייחסות בסעיף 20 ל"זכותו של נהנה על פי הקדש". זו מתייחסת רק לנהנים לפי הקדשים שפרק ב' לחוק חל עליהם, ולא לנהנים לפי נאמנויות שלא נוצרו בכתב הקדש, כגון נאמנויות שנוצרו בחוזה. סעיף 20 גם אינו מתייחס למהותן של זכויות הנהנה, אלא רק לאפשרות להמחותן, לשעבדן או לעקלן. נמצא שחוק הנאמנות הותיר לפיתוח פסיקתי את שאלת מהות זכויות הנהנה. כך, למשל, החוק אינו מורה אם לנהנה יש זכויות קניין בנכסי הנאמנות או אך זכויות אישיות כלפי הנאמן וצדדים מסוימים אחרים, כגון מי שקיבלו לידיהם נכסים הכפופים לנאמנות או שסיעו לנאמן להפר את חובותיו. הפסיקה טרם אפיינה את זכויות הנהנה לפי נאמנות הכפופה לדין הישראלי בכל מקרה ומקרה. היא התמקדה באפיון זכויות הנהנה לפי נאמנויות מסוגים ובהקשרים מסוימים.

בית-המשפט העליון התחיל באפיון זכויות הנהנה דווקא לעניין הנאמנות הקונסטרוקטיבית, כלי תרופתי המופעל בדרך כלל בהקשרים עובדתיים שאינם כוללים נאמנות יזומה. באורח טיפוסית, הצדדים לנאמנות קונסטרוקטיבית אינם יודעים על קיומה, עד לקביעת בית-המשפט כי נאמנות כזו אכן קמה. בפרשת **צימבלר נ' תורג'מן הכיר** בית-המשפט ב"נאמנות קונסטרוקטיבית תוצרת הארץ",⁹¹ וקבע כי הלכת **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב**, שלפיה התחייבות להקניית זכות בנכס מקרקעין מעניקה לקונה זכות שבישור בנכס, שאופיה מעין-קנייני, חלה בכל עסקת מכר מקרקעין.⁹² עולה מן הדברים כי קונה נכס מקרקעין שזכותו טרם נרשמה הוא נהנה לפי נאמנות קונסטרוקטיבית שקמה מעצם עשיית חוזה המכר, וכי לנהנה לפי נאמנות כזו זכות שבישור, שאופייה מעין-קנייני, בנכס הנמכר, הוא הנכס הכפוף לנאמנות. בית-המשפט הדגיש כי "ההסדרים שיחולו על הנאמנות הקונסטרוקטיבית הישראלית ... אינם חייבים לחפוף לגמרי את ההסדרים החלים על הנאמנות הרגילה, מכוח חוק הנאמנות."⁹³ משמעות אפיון זכותו-שבישור של הקונה בנכס המקרקעין שקנה כ"מעין קניינית" אינה ברורה, ואולם ברור כי זכות זו אינה יכולה להיות "זכות במקרקעין" לפי חוק המקרקעין, שהרי סעיף 161 לחוק זה, המוכתר בכותרת "שלילת זכויות שבישור", קבע כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". "זכויות שבישור" אינן מוזכרות בחוק המקרקעין, לבד מבכותרת לסעיף 161, או בחוק הנאמנות. הן מוזכרות בדברי חקיקה אחדים אגב אורחא, בהוראות-חוק המניחות את קיומן ואינן מצהירות עליו או יוצרות אותו.⁹⁴ "זכויות שבישור" אינן, לכן, זכויות לפי חוק.

בפסק-הדין בפרשת **אמסטר נ' טאובר-טוב** הרחיב בית-המשפט את תחולת ההלכה שלפיה נהנים לפי נאמנות הם בעלי זכויות שבישור בנכסים הכפופים לה מעבר לנאמנות הקונסטרוקטיבית

⁹⁰ כך סבר גם **כרם**, § 46, בעמ' 124, § 117, בעמ' 274, ו-§ 122, בעמ' 282.

⁹¹ ע"א 1559/99 **צימבלר נ' תורג'מן**, פ"ד נז(5) 49, 64 (2003).

⁹² ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב**, פ"ד נג(4) 199, 245–247 (1999). הלכה זו חלה במקורה רק לעניין תחרות זכויות בין קונה של נכס מקרקעין, שזכותו בנכס לא נרשמה, לבין נושה של המוכר שהטיל עיקול על הנכס. לדיון בהלכת **בנק אוצר החייל** ראו, למשל, מיגל דויטש "נפילתה (!) ועלייתה של הזכות שבישור במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" **עיוני משפט** כד 313 (2000).

⁹³ **צימבלר**, לעיל ה"ש 91, בעמ' 75.

⁹⁴ זכויות שבישור מוזכרות בחוקים הבאים: בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307, ס' 175(ג), ו-187 ו-194 (בכל המקרים, בהקשר זכותם של בעלי זכויות מסוימים, ובכללם בעלי זכויות שבישור, לשיכון חלופי סביר); בפקודת מס הכנסה, לעיל ה"ש 50, ס' 88 ו-104 (בשני המקרים ממועטות זכויות חזקה שבישור במקרקעין, המשמשים למגורים, מהגדרת "נכס"); בחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה) התשכ"ג-1963, ס"ח 156, ס' 1, ו-16(ו) ו-37(3) (בהקשרים שונים, תוך שהמחוקק מניח את קיומן של זכויות שבישור); ובס' 7(ב) לחוק המפלגות (תיקון מס' 4) התשנ"ה-1995, ס"ח 190 (הוראת מעבר המחייבת מפלגות להגיש הודעה בדבר נכסיהן, כולל זכויות שבישור).

הקמה עם כריתת חוזה מכר מקרקעין, כך שתחול גם על נאמנות רצונית. בפסק-דין זה נקבע כי "הנאמנות ההסכמית שבין הצדדים מנביעה זכויות שביישר לנהנים כלפי הנכס."⁹⁵ הלכה זו חלה רק על נאמנות "הסכמית", שנוצרה בחוזה. פסק הדין עסק בנאמנות על מקרקעין, וניתן, לכן, לפרש את ההלכה שנקבעה בו כחלה רק על נאמנויות שהרכוש הכפוף להן הוא מקרקעין. בפרשת **עיריית חיפה נ' קצ"א** שב בית-המשפט והרחיב את תחולת הלכה זו, בקבעו כי "לנהנה בנאמנות במקרקעין "זכות שביישר", שעליה נאמר שהיא זכות מעין קניינית במקרקעין."⁹⁶ הלכת **עיריית חיפה** חלה, ככל הנראה, על כל נאמנות במקרקעין, בין אם נוצרה בחוזה, בכתב הקדש, בחוק, או בדרך אחרת.

זכויות הנהנה לפי נאמנות שאינה במקרקעין טרם אופיינו במשפט הישראלי. המשפט המשווה מלמד כי לתפיסה שלפיה לנהנים לפי נאמנות זכויות שביישר בנכסים הכפופים לנאמנות יש חלופות. בחלק משיטות המשפט הממזגות, כמו המשפט הישראלי, היבטים ממסורת המשפט המקובל והיבטים ממסורת המשפט הרומית-קונטיננטלית, וביניהן השיטה הסקוטית וזו של קוֹנְק, נהוגים מודלי נאמנות אחרים, שאינם מקצים לנהנים לפי נאמנות זכויות כלשהן בנכסים הכפופים לנאמנות, אלא זכויות אישיות בלבד כלפי הנאמנים וכלפי צדדים רלבנטיים אחרים, כגון אלה שנכסים הכפופים לנאמנות הגיעו לידיהם ואלה שסייעו לנאמן להפר חובה.⁹⁷ גם שיטת המשפט ההודית בחרה במודל נאמנות שאינו מקצה לנהנים לפי נאמנויות זכויות שביישר בנכסים הכפופים לנאמנות.⁹⁸ כל שיטות המשפט הרבות המבוססות בעיקר על מסורת המשפט הקונטיננטלית שאימצו לתוכן את מוסד הנאמנות במהלך המאות העשרים והעשרים ואחת בחרו גם הן במודלי נאמנות מסוג זה.⁹⁹ זכויות הנהנים לפי מודלי נאמנות אלה כוללות: (1) זכות נגד הנאמן לאכוף את חובותיו לפי הדין ולפי כתב הנאמנות, (2) זכות נגד הנאמן וצדדים רלבנטיים אחרים לפיצוי על נזק שנגרם לנכסי הנאמנות עקב הפרות חובה מצדם, (3) זכות לכך שנושי היוצר והנאמן (שלא בתפקידו ככזה) לא יוכלו לגבות את שהיוצר והנאמן חייבים להם מתוך הרכוש הכפוף לנאמנות, (4) זכות לעקוב אחר הנכסים הכפופים לנאמנות, יהיה אשר יהיה בעליהם, כל עוד לא רכש אותם בתמורה, בתום לב, ובהעדר ידיעה, סובייקטיבית או אובייקטיבית, על כפיפותם לנאמנות.¹⁰⁰ מלומדים אנגלים וקנדים טענו בשנים האחרונות כי גם את מודל הנאמנות האנגלי עצמו לא נכון להבין כאילו לנהנה יש לפיו זכויות שביישר בנכסים הכפופים לנאמנות. הרעיון המסורתי של "זכויות קניין שביישר" לא היה מעולם, לדבריהם, אלא מטפורה לא מוצלחת, וראוי להחליפו בתיאור ישיר יותר ומטעה פחות של הזכויות שמודל הנאמנות האנגלי מקנה לנהנים. כך טען ליונל סמית,¹⁰¹ מחשובי החוקרים בידי הנאמנות, כי לפי המודל המסורתי עצמו, לנהנים זכויות בזכויות הנאמנים בנכסים הכפופים לנאמנות, ולא זכויות בנכסים אלה עצמם.¹⁰¹ בדומה לזה טענו מקפרלן וסטיבנס כי לנהנים זכויות כנגד זכויות הנאמן בנכסים הכפופים לנאמנות.¹⁰²

עם כל זאת, משעה שזכויות הנהנה בנכסי נאמנות שהם מקרקעין אופיינו במשפט הישראלי כזכויות שביישר, נראה שאין מנוס מלהניח שזה טיב זכויות הנהנה במשפטנו גם כאשר הרכוש הכפוף לנאמנות הוא מיטלטלין. לא סביר שמהותן האנליטית של זכויות הנהנה תשתנה לפי סוג הנכס הכפוף לנאמנות, מה גם שנאמנים רבים מחזיקים מקרקעין ומיטלטלין בכפוף לאותה נאמנות, או משנים, במהלך חייה של נאמנות, את הנכסים הכפופים לה ממקרקעין למיטלטלין ולהפך. שאלה אחרת היא מה התועלת שבכינוי "זכויות שביישר", ומה הוא מוסיף, אם בכלל, למנְה פשוטה של זכויות הנהנה,

⁹⁵ אמסטר נ' טאובר-טוב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 546.

⁹⁶ ע"א 3137/15 **עיריית חיפה נ' קצ"א והכשרת היישוב**, פס' 10 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 21.5.2018).

⁹⁷ לדין הסקוטי ראו George Gretton, *Trusts without Equity*, 49 INT'L AND COMP L Q 599 (2000). לדין של קוובק

ראו Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, §§ 1260-1298; וראו המקורות הנזכרים לעיל ה"ש 23.

⁹⁸ ראו Indian Trusts Act, No. 2 of 1882, INDIA CODE (1993), vol. 8, § 3.

⁹⁹ ראו, למשל, את דין הנאמנות הצרפתי: François Barrière, *The*

French Fiducie, or the Chaotic Awakening of a Sleeping Beauty, in RE-IMAGINING THE TRUST: TRUSTS IN

Shintaku-hō [Trust Act], Law No. 108; את דין הנאמנות היפני: THE CIVIL LAW 222 (Lionel Smith ed. 2012)

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN arts. 1666-; ואת דין הנאמנות של ארגנטינה: of 2006, art. 3 (Japan)

1707 (Arg.).

¹⁰⁰ ראו דיון אצל Tony Honoré, *Trusts: The Inessential*, in RATIONALIZING PROPERTY, EQUITY AND TRUSTS

(Joshua Getzler ed., 2003).

¹⁰¹ Lionel Smith, *Trust and Patrimony*, 38 REVUE GÉNÉRALE DE DROIT 379, 391-392 (2008)

¹⁰² BEN McFarlane & Robert Stevens, *The Nature of Equitable Property*, 4 J. EQUITY 1 (2010). וראו גם

MCFARLANE, *THE STRUCTURE OF PROPERTY LAW* 24-32 (2008). ארבעת המשפטים האחרונים בפסקה זו מבוססים

על **חפרי-וינוגרדוב**, בעמ' 452, הערה 66.

כזו המופיעה בפסקה הקודמת. אין ספק כי למרות שבת-המשפט בחרו לכנות את זכויות הנהנה לפי נאמנות הכפופה לדין הנאמנות הישראלי בכינוי האנגלי המסורתי "זכויות שביושר", תפריט הזכויות, הכוחות והחסינויות שהדין הישראלי מקנה לנהנים לפי נאמנות אינו זהה לזה שהדין האנגלי המסורתי הקנה להם. במובן זה אכן מדובר ב"זכויות שביושר תוצרת ישראל", אך הקביעה בפסק-הדין בפרשת **בנק אוצר החייל** כי "חוק הנאמנות ... יצר מערך שלם של דיני יושר מ"תוצרת ישראל" ... בצלמם ובדמותם של דיני היושר האנגליים" אינה נכונה.¹⁰³ חוק הנאמנות עצמו כמעט ואינו עוסק במהותן ובמאפייניהן של זכויות הנהנה, ואילו הפסיקה, הגם שאימצה את מטבע הלשון "זכויות שביושר", סטתה מן הדין האנגלי בנושא. כך למשל, בפרשת **עיריית חיפה** סבר בית המשפט כי בכך שלנהנה זכות שביושר די "כדי לבסס יריבות בין הנהנה לבין מי שמחזיק שלא כדין במקרקעין".¹⁰⁴ בדין האנגלי, לעומת זאת, לנהנים, אף שיש שהם מכונים "בעלים שביושר" של הרכוש הכפוף לנאמנות, אין יריבות ישירה מול מי שמחזיק שלא כדין ברכוש הכפוף לנאמנות. רק לנאמן, כבעלים שבדין של הרכוש הכפוף לנאמנות, זכות לתבוע מחזיקים שלא כדין ברכוש זה.¹⁰⁵ ישנם פסקי-דין ישראליים העוקבים אחר פרט זה שבדין האנגלי: כך בפרשת **בזק נ' חמו** קבע בית-המשפט המחוזי כי נהנה במניות חברה אינו רשאי להגיש תביעה נגזרת בשם החברה.¹⁰⁶

ככל שהנאמנות נוצרה לא על-ידי העברת הזכויות בנכסים הכפופות לה לנאמן, אלא על-ידי העברתן מהיוצר ישירות לנהנה, הנהנה יחזיק בזכויות שהועברו אליו, וכן בזכויות שנותנים לו הדין וכתב הנאמנות לפקח על הנאמן, כגון על-ידי קבלת מידע לפי סעיף 7 לחוק ועל-ידי הגשת הליכים משפטיים נגד הנאמן. ככל שהזכויות בנכסים הכפופות לנאמנות נותרות, למרות יצירתה, בידי היוצר, לנהנה יהיו זכויות אישיות נגד הנאמן: זכות לכך שיבצע את תפקידו לפי הוראות חוק הנאמנות וכתב הנאמנות או ההקדש, זכות לפיצוי במקרה של נזק, וכל זכות אחרת העומדת לנהנה כלפי הנאמן על-פי דין, לבד מזכויות שאינן רלבנטיות במקרה בו הנאמן אינו בעלי הרכוש הכפוף לנאמנות. לנהנה יהיו גם זכויות נגד היוצר, ובעיקר זכות לכך שהיוצר, כבעלי הרכוש הכפוף לנאמנות, ישתף פעולה עם פעולות שהנאמן נוקט למימוש תפקידו ולא יכשיל אותן. בשני המקרים, עשוי הנהנה להזדקק גם לזכויות נגד מי שאינם צד לנאמנות, כגון מי שסייע לנאמן להפר את חובת הנאמנות.

§ 12 דיני הנאמנות מאפשרים לנהנה להתערב בה בדרכים מסוימות בלבד. הנשיא שמגר פירט בפסק-הדין בפרשת **וואלס נ' גת** כי "הכלל הוא כי לנהנה אין זכות או כוח להתערב בדרך הניהול של הנכס. הוא רשאי לייצג לנאמן ולהפנות את תשומת לבו להזדמנויות עסקיות ולדרכי פעולה אפשריות, אך אין לו שליטה או חלק בקבלת ההחלטות ובביצוען".¹⁰⁷ בית-המשפט המחוזי הוסיף כי לשם יצירת נאמנות אין צורך בהסכמת הנהנה או אפילו במודעותו.¹⁰⁸ מנגד, בפסק-דינו בפרשת **ויצמן נ' חברת חלקה 51** קבע בית-המשפט המחוזי כי "הנאמנות יכולה לבוא לידי סיום, בטרם מומשה מטרת הנאמנות, בהסכמת כלל הנהנים".¹⁰⁹ קביעה זו דומה לכלל המיוחס במשפט האנגלי לפסק-הדין שניתן בפרשת *Saunders v Vautier*,¹¹⁰ שלפיו אם כל הנהנים לפי נאמנות בגירים ובעלי כשרות משפטית, ביכולתם להביאה לקיצה בהסכמת כולם, וזאת גם לפני המועד שקבע לכך היוצר, וגם אם חיסולה המוקדם מסכל את מטרתה. כך למשל, אם היוצר קבע שהנאמן יחלק לנהנים את נכסי הנאמנות רק כשימלאו לכל אחד מהם 35 שנה, משום שסבר שאם הרכוש יגיע לידיהם בעודם צעירים יותר, לא ישתמשו בו שימוש מיטבי, יכולים הנהנים – אם לכולם מלאו 18 שנה ואיש מהם אינו פסול דין – להורות לנאמן להעביר להם את הרכוש מיידית, או להעבירו לגורם אחר כלשהו, ועל הנאמן לציית להוראתם, אף שיש בכך כדי לעשות בדיוק את שהנאמנות נועדה למנוע.¹¹¹ מובן שכוח נהנים שכולם בגירים וכשרים

¹⁰³ **בנק אוצר החייל**, לעיל ה"ש 92, בעמ' 281.

¹⁰⁴ **עיריית חיפה**, לעיל ה"ש 96, פס' 10 לפסק-הדין.

¹⁰⁵ ראו Underhill, §§ 68.1, 68.4.

¹⁰⁶ תני"ג (מחוזי ת"א) 11-11-2008 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' חמו** (פורסם בנבו, 14.6.2012).

¹⁰⁷ **וואלס נ' גת**, לעיל ה"ש 44, בעמ' 814.

¹⁰⁸ ע"י"א (מחוזי ת"א) 2911/00 **שפיר נ' וקנין** (פורסם בנבו, 17.06.2001).

¹⁰⁹ **ויצמן נ' חברת חלקה 51**, לעיל ה"ש 5, פס' 23 לפסק-הדין. ניתן לפרש משפט זה כחל רק במקרה בו יוצרי נאמנות הם

גם הנהנים, כפי שאירע באותה פרשה.

¹¹⁰ *Saunders v. Vautier*, (1841), Cr. & Ph. 240; 41 E.R. 482 (Ch.)

¹¹¹ Paul Matthews, *Stephenson v Barclays Bank Trust Co Ltd* [1975] 1 All ER 625, 637. ראו דיון בכלל זה אצל

The Comparative Importance of the Rule in Saunders v Vautier, 122 LQR 266 (2006); וראו עמדת-הנגד התקיפה

של ג'ון לנגביין: John H. Langbein, *Why the Rule in Saunders v Vautier is Wrong*, in EQUITY AND

משפטית להביא את הנאמנות לקיצה בכל עת מעניק להם השפעה רבה על הנאמן, בפרט ככל שזה אינו מעוניין בחיסולה המוקדם של הנאמנות, למשל משום שהוא מושך ממנה שכר בגין מילוי התפקיד. נאמן עשוי להיענות לבקשות מצד נהנים, אף שאין לו חובה לעשות כן, ביודעו שאם יסרב, תובא הנאמנות לקיצה בטרם עת. היות שנאמנים חייבים להשתמש בכוחם לטובת הנהנים, ולא לפי הוראות הנהנים,¹¹² עלול לחץ שמפעילים נהנים על נאמן, תוך איום גלוי או מרומז להביא את הנאמנות לקיצה בהקדם ככל שהנאמן לא ייענה לדרישותיהם, לקלוע נאמן למצב לא נוח, ככל שהצעדים שהנהנים דורשים מהנאמן לנקוט אינם עולים, לדעתו, בקנה אחד עם טובתם. תרופתו של נאמן שנקלע למצב כזה היא בפנייה לבית-המשפט בבקשה למתן הוראות לפי סעיף 12(ג) לחוק.¹¹³

לעניין כוח הנהנים להקדים את מועד הסיום של הנאמנות, נוקט המשפט הישראלי עמדת ביניים בין הדין האנגלי לדין של מדינות ארצות הברית. בדיני מדינות ארצות הברית, לא יוכלו הנהנים, גם אם כולם בגירים, בעלי כשרות משפטית, ומסכימים לכך, להביא את הנאמנות לקיצה לפני המועד שקבע לכך היוצר, אם הדבר סותר מטרה מהותית של הנאמנות.¹¹⁴ בדין האנגלי, לעומת זאת, גם אם יוצר נתן לנאמן כוח לחלק את הרכוש הכפוף לנאמנות לפי שיקול דעתו בין מועמדים להנאה, שכולם בגירים וכשרים משפטית, יוכלו המועמדים, בהסכמה כללית, להורות לנאמן לחלק להם את הרכוש מיידית, גם אם חלוקה מיידית סותרת את עמדתו של הנאמן.¹¹⁵ הדין האנגלי קובע גם שנהנה לפי נאמנות שיש בה נהנים נוספים או מועמדים להנאה, הזכאי באופן בלתי מותנה לחלק יחסי מהרכוש הכפוף לנאמנות (למשל חצי או רבע), והוא בגיר וכשר משפטית, אך אמור, לפי הנאמנות, לקבל את חלקו ברכוש לידיו רק בעתיד, זכאי לדרוש מהנאמן להעביר לו מיידית את חלקו היחסי בכל אחד מהנכסים הכפופים לנאמנות הזמינים לחלוקה מיידית, כמו כסף. באשר לנכסים כפופים לנאמנות שאינם זמינים לחלוקה מיידית, כגון מקרקעין, יוכל נהנה כאמור לדרוש מן הנאמנים חלוקה מיידית של חלקו היחסי בכל אחד מהנכסים רק לאחר שיונזלו.¹¹⁶ עם זאת, יוצרי נאמנויות הכפופות לדין האנגלי יכולים למנוע מראש את הבאת הנאמנות לסופה שלא בהתאם להוראותיהם על-ידי הקצאת חלקים בהנאה מהנאמנות לנהנים שלא ישתפו פעולה עם ניסיון להבאתה לקצה מוקדם מהמתוכנן, כגון היוצר או הנאמן עצמם, או לנהנים קטינים, שטרם נולדו או שזהותם אינה ידועה, כגון על-ידי הקצאת חלק בהנאה ליורשיו על פי דין של פלוני הצעיר לימים, שזהותם לא תתברר עד מותו.¹¹⁷ זכויות הנאה המוקצות לנהנים בגירים וכשרים משפטית, או למי שיהפכו להיות כאלה תוך-כדי חיה המתוכננים של הנאמנות, יש להתנות בתנאים: כל התנאה תמנע מכל נהנה בגיר וכשר משפטית למשוך, לבדו, את חלקו מתוך הנכסים הכפופים לנאמנות קודם למועד שנקבע לכך.

את הדין הראוי בשאלת כוח הנהנים להביא נאמנות לסיומה לפני המועד שהיוצר קבע לכך, ולקבל את הרכוש הכפוף לה לידיהם שלא בכפוף לתנאים שקבע להנאתם, יש לקבוע בשים לב לשני שיקולים סותרים. מחד גיסא, דין הנותן תוקף להתניות שיצר יוצרי נאמנויות ומונע את עקיפתן עשוי לדרבן יצירה של נאמנויות שזכויות ההנאה לפיהן מותנות. יצירת נאמנויות שזכויות הנאה לפיהן מותנות בהשגת יעדי חיים כגון נישואין, השכלה גבוהה או הצלחה תעסוקתית, או אף בהימנעות מהתנהגויות שליליות, עשויה לתרום להעלאת נהנים על דרך הישר. מאידך גיסא, מתן תוקף להתניות שבכתבי נאמנות עלול לכפות את העדפותיו של היוצר על נהנים בעלי העדפות ואמונות שונות משלו. התכניות וההעדפות של היוצר, שלעידוד הגשמתן התנה את ההנאה לפי הנאמנות בתנאים, עלולות גם

ADMINISTRATION 189 (P.G. Turner ed. 2016). ביצוע חלוקה מוקדמת של הרכוש הכפוף לנאמנות בשל הפעלת כוח הנהנים לדרוש חלוקה כזו לפי הכלל המיוחס לפרשת Saunders כפוף בדין האנגלי לזכות הנאמן לקבל בטוחה מתוך הרכוש הכפוף לנאמנות, או בטוחה חלופית, כנגד תביעות העלולות להיות מופנות כנגדו בשל תפקודו כנאמן. ראו Underhill § 66.19.

¹¹² ראו זיימן נ' קומרן, לעיל ה"ש 55.

¹¹³ ראו הדיון בס' 12(ג) להלן.

¹¹⁴ ראו ס' 411-412 ל-UNIFORM TRUST CODE (2000), וס' 65-66 ל-RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS (2003). הכלל האמריקני נקבע לראשונה בפסק-הדין Clafin v. Clafin, 20 N.E. 455 (D. Mass. 1889). ראו דיון בשוני שבין הדין האנגלי לזה האמריקני בסוגיה זו אצל Joshua Getzler, *Transplantation and Mutation in Anglo-American Trust Law*, 10 THEO. INQ. L. 355, 367-375 (2009).

¹¹⁵ Underhill; Re Smith [1928] Ch 915 § 66.1.

¹¹⁶ Stephenson v Barclays Bank, לעיל ה"ש 111, בעמ' 637.

¹¹⁷ Getzler, לעיל ה"ש 114, בעמ' 371-372.

להפוך ללא-רלבנטיות, וככל שהנאמנות נוצרה בכתב הקדש ותכניות היוצר עודן ניתנות להגשמה, בית- המשפט לא ישנה את כתב ההקדש ככל שהשינוי המוצע אינו תואם את אומד דעתו של היוצר.¹¹⁸

ת. האם הנהנה הוא הבעלים האמיתי של הנכסים הכפופים לנאמנות?

§ 13 מפסקי-דין לא מעטים עולה סברה שלפיה הנהנה, ולא הנאמן, הוא-הוא ה"בעלים האמיתי" של הנכסים הכפופים לנאמנות. כך הסביר בית-המשפט העליון בפרשת **וגר נ' עבדי** כי "הכספים שבחשבון הנאמנות אינם שייכים לנאמן".¹¹⁹ בפרשת **גורבן** הניח בית-המשפט כי נאמן אינו בעלי הנכסים הכפופים לנאמנות, באמרו כי "ללא אמון לא תיכון נאמנות, שכן בהענקת שליטה בנכסים לאדם שאינו בעליהם קיים סיכון רב".¹²⁰ בפרשות **עמרה נ' אביתר** ו**כהן נ' יקיר** קרא בית-המשפט המחוזי לנהנה "הבעלים האמיתי".¹²¹ תפיסה דומה ניכרה בפסק-דין של בית-המשפט המחוזי בפרשת **הסל נ' אמיתי**, שם טען תובע שאמו החזיקה בדירה בנאמנות עבורו. העובדה שהאם הורשעה בעבירה בקשר לביצוע לא חוקי של עבודות שיפוצים בדירה נתפסה כראיה לאי-קיום הנאמנות הנתענת, משום שלתפיסת בית המשפט, נאמן אינו הבעלים האמיתי של הרכוש הכפוף לנאמנות, ולכן לא הוא האחראי לעבירות שנעברו בו.¹²² תפיסה דומה הופיעה גם בפסקי-דין אחדים של בתי-משפט השלום. כך בפרשת **שורץ נ' ועדת התכנון והבניה רמת השרון** קבע בית-משפט השלום כי נהנה רשאי לערער על החלטת הוועדה בעניין היטל השבחה, שכן "הנהנה הוא בעל הזכויות בנכס",¹²³ ובפרשת **מדינת ישראל נ' אברהם** קבע בית המשפט כי אף שהנאשם היה בעלים בנאמנות של נכס בו בוצעו עבודות בנייה ללא היתר, לא הוכח כי היה "הבעלים בנכס ממש".¹²⁴ גם בספרו של כרם ניתן למצוא התייחסויות המשקפות גישה דומה למוסד הנאמנות. לדבריו, "יהיה תיאורה של זכות הנאמן בנכס אשר יהיה – בעלות, חכירה, שיעבוד וכיוצא בזה – מבחינת חבות הנאמן, בתור נאמן, אין הוא אלא מחזיק בנכס, "מחזיק" ולא בעלים".¹²⁵ ועוד, "נכס נאמנות אינו נכס של הנאמן, מבחינות מסוימות, גם כשהוא בבעלותו".¹²⁶ האם גישה זו למוסד הנאמנות, המתייחסת בספקנות לבעלות הנאמן בנכסים הכפופים לה, ראויה?

התשובה לשאלה זו תלויה במספר מאפיינים של כל נאמנות. היא תלויה בהקצאת הזכויות בנכסים הכפופים לנאמנות: אם היוצר מקים נאמנות על-ידי העברת זכויות אלה ישירות לנהנה, תוך מתן כוח לנאמן להחזיק ו/או לפעול בנכסים, שאין זכות קניין בצדו, אזי הנהנה הוא אכן בעלי אותן זכויות. ככל שנאמנות מוקמת על-ידי העברת הזכויות בנכסים הכפופים לה לנאמן, נכון לראות את הנהנה כ"בעלים האמיתי" של זכויות אלה רק במקרים בהם הנאמנות שוללת את הכוח העצמאי שדין הנאמנות מעניק לנאמן לעשות באותן זכויות, ומטילה עליו חובות מצומצמות בלבד. ככל שנאמנות מצווה על הנאמן לפי הוראות הנהנה, וככל שחובות הנאמן מצומצמות להחזקה פסיבית בזכויות שהוקנו לו, והעברתן לנהנה לכשזה יבקש זאת (כנהוג בנאמנויות המכוונות במשפט המקובל bare trusts או nomineeships), ייתכן שתפיסה של הנהנה כ"בעלים האמיתי" של אותן זכויות משקפת את המצב. אך ככל שחובות נאמן כוללות יותר מהחזקה פסיבית של הזכויות שהוקנו לו, קשה לראות את הנהנה כ"בעלים האמיתי" של זכויות אלה. אפילו אם נאמן מצווה רק לשמור על הנכסים שהוקנו לו ולחלקם לנהנים מסוימים במועדים שקבע היוצר, קשה לראות את הנהנה כבעלים של אותן זכויות לפני מועדים אלה. לא כל שכן שאין לראות את הנהנה כבעל הזכויות הכפופות לנאמנות כאשר הנאמן מפעיל שיקול דעת בביצוע תפקידו. יש שיוצר מקנה לנאמן שיקול דעת במפורש, כגון כאשר הוא מורה לנאמן לחלק זכויות שהקנה לו בין מועמדים להנאה לפי שיקול דעתו של הנאמן. אך גם בהעדר הוראה מפורשת להפעיל שיקול דעת, הציות לחובות שמטיל הדין על הנאמן, כגון החובה לפי סעיף 6 לחוק "להחזיק או

¹¹⁸ ס' 23 לחוק.

¹¹⁹ **וגר נ' עבדי**, לעיל ה"ש 4, פס' 25 לחוות-דעתו של השופט הנדל, בעמ' 48 לפסק-הדין.

¹²⁰ ע"א 1631/02 **גורבן נ' עמותת תשובה יצחק לפתרון מצוקת הדיור**, פס' 9 לפסק הדין של השופט לוי (פורסם בנבו, 31.7.2003).

¹²¹ ת"א (מחוזי חי') 25424-01-17 **עמרה נ' אביתר**, פס' 51 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 6.6.2017); ת"א (מחוזי חי') 375-12-16 **כהן נ' יקיר** (פורסם בנבו, 30.8.2018).

¹²² ת"א (מחוזי חי') 672-08 **הסל נ' אמיתי** (פורסם בנבו, 19.09.2010).

¹²³ ב"ש"א (שלום ת"א) 152100/05 **שורץ נ' ועדת התכנון והבניה רמת השרון**, עמ' 4 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 24.07.2006).

¹²⁴ ת"א (שלום ת"א) 8451/09 **מדינת ישראל נ' אברהם**, פס' 10 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 28.10.2012).

¹²⁵ **כרם**, § 40, בעמ' 117.

¹²⁶ **שם**, § 116, בעמ' 271.

להשקיע [את] ... כספי הנאמנות שאינם דרושים לצרכיה השוטפים ... כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות" דורש ממנו להפעיל את שיקול דעתו.¹²⁷

אף שהוראת סעיף 3(ב) לחוק לפיה "אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות" מונעת, לפי פירושה המקובל, מנושי הנאמן שנשייתם בו אינה נובעת מפעילותו כנאמן או מבעלותו או החזקתו בנכסים הכפופים לנאמנות לגבות את שהוא חייב להם מתוך הנכסים הללו,¹²⁸ אין להסיק מכך, כפי שהסיק כרם, ש"נכס נאמנות אינו נכס של הנאמן, מבחינות מסוימות, גם כשהוא בבעלותו".¹²⁹ ניתן לסבור כי נאמנות שבמסגרתה מוקנית הבעלות בזכויות הכפופות לה לנאמן יוצרת הפרדה בין מסות נכסים שונות, שכולן בבעלותו: אחת המסות זמינה לנושיו שנשייתם בו אינה נובעת מפעילותו כנאמן או מבעלותו או מהחזקתו בנכסים הכפופים לנאמנות, ואילו מסה אחרת זמינה רק לנהנים, לפי הוראות כתב הנאמנות, וכן למי שנשייתם בנאמן נובעת מפעילותו כנאמן במסגרת נאמנות מסוימת או מבעלותו או החזקתו בנכסים שבאותה מסה. ועוד, בעלות בנכסים אינה משמיעה בהכרח כוח בלתי-מוגבל לעשות בהם כרצון הבעלים. כך הדבר במקרה של נכס הכפוף לזיקת הנאה או המושכר לאדם אחר, וכך גם במקרה של נכס נאמנות שהנאמן הוא בעליו. לכן אין כפיפותו של נאמן להוראות היוצר והדין מעידה על כך שבעלותו בנכסים הכפופים לנאמנות אינה בעלות "באמת". אין צורך לאמץ את המטפורה האנגלית הנושנה, שלפיה הנאמן הוא בעליהם בדין של הנכסים הכפופים לנאמנות והנהנה הוא בעליהם ביושר, על-מנת לסבור כי כפיפות הנאמן לחובות לפי דין ולפי כתב הנאמנות אינה מוציאה את בעלותו בזכויות שהוכפפו לנאמנות, אם הוקנתה לו בעלות כזו. התעלמות מבעלות נאמן בזכויות שהוכפפו לנאמנות יכולה להיות אסטרטגיה שימושית להגשמת מטרות שמחוץ לדיני הנאמנות. כך למשל, ניתן להתעלם מבעלות הנאמן בזכויות הללו, ולייחס את הבעלות בהן ליוצר, לנהנה או לאחרים, לצורך הכשלתם של תכנוני מס וניסיונות להערמה על נושים, ילדים ובני-זוג לשעבר, הכרוכים ביצירת נאמנות והעברת הבעלות בזכויות הכפופות לה לנאמן. התעלמות כזו שימושית ככלי אנטי-תכנוני לשם הגשמת מטרות דיני המס, דיני חייבים ונושים או דיני המשפחה. אין הצדקה לנקוט התעלמות כזו לצורך עצם פרשנותו העקרונית של מוסד הנאמנות.

ט. הסעיף בהצעת חוק דיני ממונות

§ 14 בהצעת חוק דיני ממונות מוצע להחליף את נוסח הסעיף הקיים בנוסח שלפיו "נאמן הוא בעלים של נכס, החייב לפעול לגביו לטובת אדם (בפרק זה – הנהנה) או למטרה אחרת".¹³⁰ לפי דברי ההסבר, "ההגדרה של נאמנות שונתה כדי להבהיר שהבעלות בנכס נושא הנאמנות היא של הנאמן". לאור היתרונות, שנדונו למעלה, של ההיתר שבנוסחו הקיים של הסעיף ליצירת נאמנות תוך שהיוצר שומר את הזכויות המוכפפות לה בבעלותו או מעביר אותן ישירות לנהנה, נראה כי אין מקום ל"הבהרה" זו, שהיא למעשה שינוי משמעותי בדין, שלא לטובה. מנגד אין הנוסח המוצע מתקן את שתי הבעיות שבנוסח הקיים: ההיתר הבעייתי לנאמנות לכל מטרה חוקית, והעדר דרישה כלשהי למסוימות של הנהנים.

¹²⁷ ראו הדיון בסי' 6 להלן.

¹²⁸ אמסטר נ' טאובר-טוב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 542.

¹²⁹ כרם, § 116, בעמ' 271. ראו הדיון בסי' 3(ב) להלן.

¹³⁰ הצעת חוק דיני ממונות, סי' 563.

יצירה

א. כיצד יוצרים נאמנות?

ב. כיצד מזהים נאמנות משתמעת?

ג. האם יש צורך בכתב בחוזה נאמנות על מקרקעין?

ד. מתי מתחילה נאמנות?

ה. הסעיף בהצעת חוק דיני ממונות

2. נאמנות נוצרת על פי חוק, על פי חוזה עם נאמן או על פי כתב הקדש.

א. כיצד יוצרים נאמנות?

§ 1 המשפט הישראלי מתיר יצירת נאמנות בדרכים רבות ושונות. סעיף 2 לחוק הנאמנות מונה שלוש דרכים ליצירתה: על פי חוק, על פי חוזה עם נאמן ועל פי כתב הקדש. ניתן היה לפרש סעיף זה כאילו הדרכים המנויות בו הן הדרכים המותרות היחידות ליצירת נאמנות, אך בפסק-דין **וינשטיין נ' פוקס** קבע בית המשפט העליון כי סעיף 2 מזכיר אך דרכים אופייניות ליצירת נאמנות, ואין בו כדי לשלול יצירת נאמנות בדרכים אחרות. לשיטת בית המשפט, אם ניתן לאתר יחס המאפיין נאמנות לפי סעיף 1 לחוק – זיקה של נאמן לנכס וחובה להחזיק או לפעול בו – הרי שקיימת נאמנות, ואין נפקא מינה כיצד נוצרה. הוראות חוק הנאמנות יחולו על כל יחס משפטי המקיים זיקה של נאמן לנכס וחובה להחזיק או לפעול בו, תהא אשר תהא הדרך בה נוצר. התשובה לשאלה אם נוצרה נאמנות תלויה בתוכן היחס המשפטי שנוצר, ולא בדרך יצירתו.¹³¹ בפסקאות הבאות נעסוק באחדות מן הדרכים שבהן יוצרים נאמנות.

§ 2 **יצירת נאמנות בחוק**. חוקים רבים מורים כי יחידים או גופים מסוימים, או הממלאים תפקידים מסוימים, הם בגדר נאמנים, אף שלא מונו כנאמנים במפורש בכתב הקדש, בחוזה נאמנות או בדרך אחרת. כך, בין השאר, מורה סעיף 10 לחוק השליחות כי "כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח";¹³² סעיף 3 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) מורה כי "חברה מנהלת [חברה שקיבלה רישיון לעיסוק בניהול קופות גמל, א.ח.ו.] תשמש נאמן על נכסי קופות הגמל שבניהולה, לטובת העמיתים";¹³³ וסעיף 7 לחוק האפוטרופוס הכללי מורה כי האפוטרופוס הכללי מוסמך מכוח החוק לנהל נכסים ששוויים נמוך מסכום מסוים, ללא צו ניהול שנתן שופט.¹³⁴ בשני המקרים הראשונים מורה החוק במפורש כי שלוח שבא לידי נכס עקב השליחות וחברה המנהלת קופות גמל, בהתאמה, הם נאמנים, ואילו במקרה השלישי אופיו הנאמנותי של תפקיד האפוטרופוס הכללי עולה מהחוק, מבלי שהחוק מכנה אותו נאמן במפורש.

סעיף 42 לחוק הנאמנות מורה כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון". מכאן שכאשר מצב נאמנותי מסוים מוסדר בחוק מלבד חוק הנאמנות, כגון שלושת המצבים שזכרו בפסקה הקודמת, גוברות הוראותיו של חוק זה על הוראות חוק הנאמנות. אך ככל שהחוק המיוחד אינו מסדיר, לענין המצב הנאמנותי המוסדר בו, שאלה מסוימת המוסדרת בחוק הנאמנות, תחול ההוראה שבחוק הנאמנות גם על המצב הנאמנותי המוסדר בחוק המיוחד.¹³⁵

¹³¹ ע"א 5717/95 **וינשטיין נ' פוקס**, פ"ד נד(5) 792, 804-803 (2000). הלכת **וינשטיין** יושמה בפסקי-דין רבים, ביניהם ת"א (מחוזי י-ם) 1122/97 **דיוור וקייט בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל** (פורסם בנבו, 20.04.2004); ת"א (מחוזי ת"א) 1267/09 **קאופמן נ' בראל** (פורסם בנבו, 21.2.2012); וע"א (מחוזי מ"ר) 21029-10-11 **דוד נ' בר מור יזמים בע"מ** (פורסם בנבו, 7.3.2012).

¹³² חוק השליחות, התשכ"ה-1965, ס"ח 220. ראו דיון בח"א (חוזים אחידים י-ם) 201-09 **חברת ניו ספורט ומרקטינג בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסי' 18 לפסק-הדין (18.10.2012).

¹³³ חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005, ס"ח 889.

¹³⁴ חוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978, ס"ח 61.

¹³⁵ כך סבר גם **כרם**: § 57, בעמ' 142.

§ 3 **יצירת נאמנות בחוזה**. נאמנויות רבות נוצרות בחוזה. ביניהן, למשל, מינוי עורך-דין לייצג אדם בעניין נכס או כספים. כאשר יחסי הייצוג שבין עורך-דין ללקוחו מתייחסים לנכס או לכסף, חובת האמון שחב עורך-דין לכל לקוח לפי סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, המורה כי "במילוי תפקידיו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות",¹³⁶ משודרגת לחובת נאמנות ומעמד של נאמן.¹³⁷ גם עובד הנדרש לפעול בנכסי המעסיק או להחזיק בהם הוא נאמן לפי חוזה: חוזה העבודה שלו, אישי או קיבוצי.¹³⁸ הנאמנות שלפיה מחזיקה חברה לרישומים במניות הרשומות על שמה במרשם בעלי המניות של חברה אחרת, עבור חברי הבורסה שעל-ידם סוחרים לקוחותיהם של אותם חברי בורסה במניות המוחזקות, גם היא נאמנות לפי חוזה.¹³⁹ הוא הדין בנאמנות על המחיר, הנוצרת בחוזה מכר מקרקעין רבים.¹⁴⁰

חוק הנאמנות קובע כי ניתן ליצור נאמנות, בין היתר, בחוזה, אך אינו מכיל הסדר מיוחד לדיני חוזה הנאמנות. הכללים שבפרקים ב' ו' ג' לחוק הנאמנות חלים רק על נאמנות שנוצרה בכתב הקדש, והכללים שביתר פרקי החוק, פרקים א' ו'ה', חלים על כל נאמנות, ללא תלות בדרך יצירתה. אף שניתן לראות את חוזה הנאמנות כסוג של חוזה מיוחד, בדומה לחוזה הקבלנות, חוזה השכירות, חוזה המכר וסוגי חוזים נוספים שהוסדרו בדברי חקיקה מיוחדים, המשפט הישראלי לא פיתח גוף דין מיוחד המסדיר את חוזה הנאמנות. חוזה נאמנות כפופים, לכן, להוראות שבפרקים א' ו'ה' לחוק הנאמנות ולדיני החוזים הכלליים. לפיכך, הדין אינו מגביל עשיית חוזה נאמנות בדרישות צורניות כלשהן. חוזה נאמנות יכול שיעשה בעל-פה, בכתב או בצורה אחרת.¹⁴¹ הוא יכול גם להיעשות בהתנהגות.¹⁴² יכול גם שהצעה תיעשה בדרך מסוימת והקיבול בדרך אחרת.¹⁴³ כך, למשל, בית-המשפט העליון פסק כי קיבול הצעה לכריתת חוזה נאמנות על ידי נאמן אינו חייב להתבצע באמצעות הודעת קיבול מפורשת. די בכך שהנאמן יעשה מעשה לביצוע החוזה או ינהג בצורה המעידה שקיבל עליו את חובת הנאמנות.¹⁴⁴

סעיף 2 מזכיר כאחת הדרכים שבהן ניתן ליצור נאמנות חוזה עם נאמן, כלומר חוזה שהנאמן הוא צד לו. אך הדרכים ליצירת נאמנות הנזכרות במפורש בסעיף 2 אינן, כאמור, בגדר רשימה סגורה, ויעיד על כך הנהוג המקובל ליצור נאמנות גם בחוזה שהנאמן אינו צד לו. כך, הנאמנות הנוצרת בחוזה מכר מקרקעין רבים, שבמסגרתה ממונה או ממונים אחד או יותר מבאי כוח הצדדים כנאמן על המחיר שמשלם הקונה, נוצרת מבלי שבאי כוח הצדדים הם בעצמם צדדים לחוזה. נאמנות זו אינה נוצרת על-ידי חוזה עם נאמן, אלא על-פי חוזה שבמסגרתו ממונה נאמן, שאינו צד לחוזה. הסכמת הנאמן המיועד אינה תנאי למינויו ולהקנייתם לו של זכויות וכוחות, כשם שאפשר לעשות ייפוי כוח ללא הסכמת השלוח וכשם שאפשר, ככלל, לעשות חוזים לטובת אדם שלישי. מאידך, כדברי כרם, "כאשר אדם הוא נאמן על פי חוזה שומה עליו להיות צד לחוזה כדי לחוב על פיו".¹⁴⁵ כאשר ממונה אדם כנאמן בחוזה שלא היה צד לו, הוא יכול שלא לקבל עליו את התפקיד. רק אם החליט לקבלו, החלטה המצרפת אותו, במאוחר, כצד לחוזה הנאמנות, יחולו עליו החובות והאחריות הכרוכות בתפקיד.

§ 4 **יצירת נאמנות בכתב הקדש**. חוק הנאמנות מכנה שלושה סוגים של מסמכים, שבכל אחד מהם ניתן ליצור נאמנות, בכינוי "כתב הקדש": כתב חתום בידי יוצר ההקדש בפני נוטריון, צוואה של יוצר ההקדש, למעט צוואה בעל-פה, והוראת תשלום המופנית לחברת ביטוח, חברה מנהלת של קופת גמל או גוף מוסדי אחר, ומורה להם לשלם, עם מותו של אדם, את תגמולי הביטוח או הכספים שגוף מוסדי מנהל עבור נותן ההוראה, כולם או חלקם, לנהנה מסוים או נהנים מסוימים.¹⁴⁶ המשותף

¹³⁶ חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, ס"ח 178. ראו גם ס' 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) התשמ"ו-1986.

¹³⁷ ראו למשל ה"פ (מחוזי מר') 9680-05-10 **מדר נ' זכריה** (פורסם בנבו, 5.4.2012).

¹³⁸ **כרם**, § 102, בעמ' 223-224.

¹³⁹ **שם**, § 106, בעמ' 231-232.

¹⁴⁰ ראו הדין בפרק 1, § 10.

¹⁴¹ בע"מ 7033/15 **פלוני נ' פלוני**, פס" 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.9.2016).

¹⁴² ע"א 3829/91 **וואלס נ' גת**, פ"ד מח(1) 801, 812-813 (1994); פרשת **פלוני**, לעיל ה"ש 11, פס" 6 לפסק-הדין; פ"ר"ק (מחוזי ח"י) 51003-11-12 **החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ נ' קל בנין בע"מ**, פס" 7 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 28.11.2013); וראו גם **כרם**, § 79, בעמ' 184.

¹⁴³ ראו ס' 6(א) לחוק החוזים (חלק כללי), ה'תשל"ג-1973, ס"ח 118.

¹⁴⁴ פרשת **פלוני**, לעיל ה"ש 11, פס" 6 לפסק-הדין; וראו אצל **כרם**, § 79, בעמ' 184.

¹⁴⁵ **כרם**, § 81, בעמ' 186. הדברים צוטטו בת"א (שלום ת"א) 107301/99 **אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' אברתורס**

תיירות ונסיעות (1970) בע"מ (פורסם בנבו, 20.12.2003).

¹⁴⁶ סעיף 17(א) לחוק, המפנה, בסעיף-קטן (א)3, לסעיף 147 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63.

למסמכים המכונים "כתב הקדש" הוא היותם פעולות משפטיות הנקטות על-ידי יוצר הנאמנות באופן חד-צדדי. נאמנות לפי כתב-הקדש נוצרת, אם כן, "על ידי פעולתו החד צדדית של יוצר הנאמנות".¹⁴⁷ כפי שהעיר ויסמן, המחוקק נטל את הביטוי "הקדש", שקודם לכניסת חוק הנאמנות לתקפו יוחסה לו משמעות של נאמנות שמטרתה ציבורית, ונתן לו משמעות שונה.¹⁴⁸

הנאמנות הנוצרת בכתב הקדש מוסדרת בחוק הנאמנות הסדר מפורט ושלם יותר מיתר הנאמנויות: פרק ב' לחוק, הכולל את סעיפים 17–24, מוקדש כולו לדין החל רק על נאמנויות לפי כתב הקדש. פרק ג' לחוק, הכולל את סעיפים 25–31, מוקדש כולו לדין החל רק על נאמנויות לפי כתב הקדש שנוצרו גם או רק למטרת קידומו של עניין ציבורי. נעסוק בדין החל על נאמנויות הנוצרות בכתב הקדש לסוגיהם בפרקי הספר העוסקים בסעיפים אלה.

§ 5 **יצירת נאמנות בהקדש דתי.** המשפט הישראלי מכיר גם בהקדשים שנוצרו לפי הדינים הדתיים של שתי-עשרה מהעדות המוכרות בישראל: העדה היהודית,¹⁴⁹ העדה המוסלמית,¹⁵⁰ העדה הדרוזית,¹⁵¹ ותשע העדות הנוצריות המנויות בתוספת השניה לדבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל, 1922–1947.¹⁵² המשפט העברי, הנותן למונח "הקדש" משמעות של נאמנות לצרכי צדקה, מאפשר יצירת הקדש בעל פה,¹⁵³ ובכלל זה בצוואה בעל פה.¹⁵⁴ לדעת חלק מהחכמים, גם כוונה פנימית להקדיש נכס, שלא זכתה לכל ביטוי בעל-פה או בכתב, מחייבת את המתכוון.¹⁵⁵ המשפט העברי מאפשר גם יצירת נאמנות בתקנת חכמים.¹⁵⁶

§ 6 **יצירת נאמנות בהחלטה שיפוטית.** בפסק-דינו בפרשת **וינשטיין** קבע בית המשפט העליון כי ניתן ליצור נאמנות גם בהחלטה שיפוטית.¹⁵⁷ הנאמנות שנוצרה בפרשה זו נועדה לאפשר את הגשמת כוונתו של מצווה שלא יצר נאמנות במפורש. המצווה התנה את הנאת היורשים מעזבונו בתנאי שהרכוש ופירותיו יישארו תמיד בישראל, והיורשים, תושבי חוץ, יוכלו ליהנות מן הרכוש ומפירותיו רק בישראל, אלא אם כן יעלו לישראל, שאז יוכלו ליהנות מן הרכוש הנאה חופשית. המצווה מינה עורך דין כמנהל עזבונו ולא הזכיר בצוואתו את מוסד הנאמנות. אך הגשמת התנאי שקבע להנאת היורשים דרשה את ניהול העיזבון בנאמנות: מטרתו של ניהול עזבונו רגיל היא חלוקה מהירה של העיזבון, ואילו במקרה דנן, חלוקת העיזבון ליורשים, כולם תושבי חוץ, הייתה מסכלת את קיום התנאי שקבע המצווה. לפי הצעת האפוטרופוס הכללי, ובהסכמת מנהל העיזבון והיורשים, הורה אפוא בית-המשפט המחוזי על העברת נכסי העיזבון לנאמנות ועל שחרור עורך הדין מתפקידו כמנהל העיזבון ומינויו כנאמן.¹⁵⁸

את הנאמנויות הבאות לראשונה לידי ביטוי מפורש בהחלטה שיפוטית המצהירה על קיומן ניתן לסווג לארבעה סוגים: **מפורשות, משתמעות, תוצאתיות וקונסטרוקטיביות.** נאמנויות **מפורשות** הנוצרות בהחלטה שיפוטית נוצרות בה לראשונה, מבלי שמאן דהוא התכוון ליצור אותן קודם לאותה החלטה. דוגמא לנאמנות כזו היא הנאמנות הנוצרת בפסק-דין שבו זכו הורים בתביעה בעילה של "הולדה בעוולה", על הפיצוי הממוני שנפסק להם בשל הנזק לילוד. בית המשפט קבע כי אף אם כספי הפיצויים נפסקו לטובת ההורים, הם מחזיקים בכספי הפיצויים כנאמנים עבור ילדם.¹⁵⁹ הנאמנות

¹⁴⁷ פרשת **פלוגי**, לעיל ה"ש 11, פס' 9 לפסק-הדין.

¹⁴⁸ יהושע ויסמן "אבני נגף בחוק הנאמנות" **עיני משפט** ז 282, 303 ה"ש 90 (1980).

¹⁴⁹ ס' 53(III) לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947, חא"י ג' 2738.

¹⁵⁰ ס' 52 לדבר המלך במועצה, לעיל ה"ש 19.

¹⁵¹ ס' 4 לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג-1962, ס"ח 20.

¹⁵² ס' 54(III) לדבר המלך במועצה, לעיל ה"ש 19. העדות המנויות בתוספת השניה הן העדה המזרחית (אורתודוקסית), העדה הלטינית (קתולית), העדה הגריגוריאנית-הארמנית, העדה הארמנית (קתולית), העדה הסורית (קתולית), העדה הכשדית (אוניאטית), העדה היוונית-הקתולית המלכיתית, העדה המרונית והעדה הסורית-אורתודוקסית.

¹⁵³ **אונגר**, בעמ' 434.

¹⁵⁴ **שם**, בעמ' 460.

¹⁵⁵ **שם**, בעמ' 437-436.

¹⁵⁶ **שם**, בעמ' 61-60. תקנת חכמים היא החלטה של חכמי הלכה, שיש לה תוקף נורמטיבי עבור קהילה מסוימת. תקנות חכמים הן אחד ממקורות הדין במשפט העברי, ויש המקבילים אותן לחקיקה שבשיטות משפט מדינתיות. לדיון בתקנות חכמים ראו מנחם אלון **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** חלק שני 403-402 (התשל"ג).

¹⁵⁷ פרשת **וינשטיין**, לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק-הדין ("יש לקבוע אפוא כי הנאמנות הנדונה נוצרה על-פי צו של בית-המשפט...").

¹⁵⁸ פרשת **וינשטיין**, לעיל ה"ש 1, פס' 1-2 לפסק-הדין. החלטת בית-המשפט המחוזי ניתנה בתיק עזבונו (מחוזי ת"א) 2823/77 **וינשטיין נ' פוקס** (לא פורסם, 12.2.1987). אחד היורשים, מר אלן וינשטיין, עלה לישראל בשנת 2015. שנה לאחר מכן אישר בית-המשפט את חלוקת חלקו היחסי של מר וינשטיין בנכסים הכפופים בנאמנות לידיו, לאחר שעמד בתנאים שקבע היוצר לחלוקה כזו: ה"פ (מחוזי ת"א) 22769/98 **פוקס נ' כץ ואח'** (פורסם בנבו, 4.8.2016).

¹⁵⁹ ת"א (מחוזי י-ם) 13-04-31657 **פלוגי נ' לאומית שרותי בריאות**, פס' 17 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 24.2.2016).

שנוצרה בפרשת **וינשטיין** היתה **משתמעת**, היינו, נוצרה על-ידי יוצר ולא על-ידי בית-המשפט, אך לא מצאה לה ביטוי מפורש, ובעיקר לא זוהתה במפורש כנאמנות, עד שבית-המשפט הצהיר על היותה כזו. המצווה כיוון ליצירת נאמנות, אף שלא הורה כך במפורש בצוואתו. אף שבית המשפט העליון קבע שהנאמנות בפרשה זו נוצרה על-ידי בית-המשפט המחוזי, היא נוצרה בפועל על-ידי המצווה, ובית המשפט בהחלטתו אך ניסחה מחדש ונתן לה תוקף שיפוטי. על נאמנות **תוצאה** מכריז בית-המשפט בהסתמך על חזקה, הניתנת לסתירה, בדבר כוונת היוצר. הנאמנות התוצאתית המוכרת במשפט הישראלי נובעת מהקניית נכס או כסף בשווי משמעותי, ללא תמורה, לאדם שאינו ילדו של המקנה,¹⁶⁰ או ממתן מימון לרכישת זכויות בנכס על-ידי אדם שאינו הורהו של מקבל הזכויות, שוב בלא שהמממן מקבל תמורה כלשהי. בשני המקרים קמה חזקה שלפיה המקבל מחזיק בנכס או בכסף בנאמנות עבור המקנה שלא בתמורה או המממן את הרכישה. חזקה זו מבוססת על הנחות בדבר כוונת המקנה או המממן. ניתן אפוא לומר כי ההבדל בין נאמנות מפורשת (שנוצרה על-ידי יוצר, ולא על-ידי בית-המשפט), נאמנות משתמעת ונאמנות תוצאה הוא בעיקרו ראייתי. קיומה של נאמנות מפורשת מוכח מתוך הראיות המפורשות המעידות על כך, כגון כתב נאמנות חד צדדי או חוזה נאמנות, בעוד שקיום נאמנות משתמעת יש להוכיח בראיות אחרות, והחזקה בדבר קיום נאמנות תוצאה קמה על-בסיס מערך נסיבות עובדתי שאינו כולל ראיות ליצירת נאמנות.¹⁶¹

7 § נאמנות קונסטרוקטיבית. בניגוד לנאמנות המשתמעת ולנאמנות התוצאה, נאמנות קונסטרוקטיבית מזוהה על-ידי בית-המשפט המצהיר עליה, בלא שמי מהצדדים לה התכוון ליצור אותה. נאמנות קונסטרוקטיבית היא כלי המשמש את בתי-המשפט לפסיקת סעד שיביא לתוצאה צודקת: כדי להצדיק צו שיפוטי המורה לפלוני להעביר כסף או נכס לאלמוני, קובע בית המשפט שפלוני מחזיק בכסף או בנכס כנאמן עבור אלמוני, אף שאיש לא התכוון מעולם ליצור נאמנות כזו. בתי המשפט מצהירים על קיומן של נאמנויות קונסטרוקטיביות בעיקר על-יסוד תשתיות עובדתיות שאינן כוללות שימוש מכונן במוסד הנאמנות. אף שבת-המשפט בארץ קלטו את מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית מן הדין האנגלי בתקופה שלפני חקיקת חוק המקרקעין,¹⁶² קיומו של מוסד זה במשפט הישראלי הושם בספק, לפחות בכל הנוגע לזכויות במקרקעין, עקב חקיקת ס' 161 לחוק המקרקעין, שכוותרו "שליטת זכויות שביושר", המורה כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". שום חוק אינו נותן לבתי-המשפט סמכות להצהיר על קיום נאמנויות קונסטרוקטיביות, המקנות, ככל נאמנות, זכויות שביושר לנהנים לפיהן. רק בפרשת **צימבלר נ' תורג'מן** הכיר בית-המשפט העליון במפורש ב"נאמנות קונסטרוקטיבית תוצרת הארץ",¹⁶³ וקבע כי "ההסדרים שיחולו על הנאמנות הקונסטרוקטיבית הישראלית ... אינם חייבים לתפוף לגמרי את ההסדרים החלים על הנאמנות הרגילה, מכוח חוק הנאמנות."¹⁶⁴ בפרשה אחרת נקבע כי סעיף 2 לחוק הנאמנות, שאינו מזכיר יצירת נאמנות על-ידי בית-משפט כאחת הדרכים שבהן נוצרת נאמנות, אינו שולל את יצירתה של נאמנות קונסטרוקטיבית לפי הדין בישראל.¹⁶⁵ סברתו של שלמה כרם כי הדין הישראלי אינו מקנה לבתי-המשפט סמכות ליצור נאמנות, ולכן אין אפשרות להכיר בנאמנות קונסטרוקטיבית בדין הישראלי, שוב אינה יכולה לעמוד מאז נקבע בפרשת **וינשטיין** שלבתי המשפט סמכות ליצור נאמנות בפסק-דין.¹⁶⁶

¹⁶⁰ ראו פרשת **פלוגי**, לעיל ה"ש 11, בפס' 6 לפסק-הדין: "ניתן לומר שכאשר אדם מעביר נכס לזולתו ללא תמורה, וכאשר ההעברה אינה מיועדת לשמש מתנה, חזקה שהצדדים הסכימו ביניהם כי הנעבר יחזיק בנכס כנאמן עבור המעביר או עבור מי שהמעביר קבע כנהנה". ראו גם **כרם**, § 97, בעמ' 206.

¹⁶¹ בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל מכונה נאמנות התוצאה הקמה כשאדם מממן רכישת נכס עבור אחר, ללא תמורה, *purchase money resulting trust*; ראו דיון אצל Lewin, 9-085 – 9-090 (הדין האנגלי); Ong, בעמ' 462-477 (הדין האוסטרלי); Scott, 5, בפרק 43 (הדין האמריקני). לדיון בנאמנות התוצאה הקמה כשאדם מקנה נכס או כסף בשווי משמעותי, ללא תמורה, לאדם שאינו ילדו של המקנה, ראו Lewin, 9-001 – 9-049 (הדין האנגלי); Waters, בעמ' 401-411 (הדין הקנדי); Ong, בעמ' 454-461 (הדין האוסטרלי). בשיטות משפט אלה קיים סוג נוסף של נאמנות תוצאה, שקמה כאשר חלק מן ההנאה בזכויות הכפופות לנאמנות לא הוקצה כלל על-ידי היוצר, או, במקרה שניתן לנאמן כוח להקצות הנאה בזכויות הללו, על-ידי הנאמן. במקרים אלה קמה חזקה לפיה הנאמן מחזיק את החלק שלא הוקצה בהנאה מן הזכויות הכפופות לנאמנות בנאמנות עבור היוצר, עזבונו או יורשיו. ראו דיון אצל Lewin, בפרק 8 (הדין האנגלי); Waters, בעמ' 446-460 (הדין הקנדי); Ong, בעמ' 495-501 (הדין האוסטרלי); Scott, 5, בפרק 42 (הדין האמריקני).

¹⁶² ראו הדיון אצל **כרם**, § 114, בעמ' 257-259.
¹⁶³ ע"א 1559/99 **צימבלר נ' תורג'מן**, פ"ד נז(5) 49, 64 (2003).

¹⁶⁴ **צימבלר**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 65.

¹⁶⁵ ת"א (מחוזי י-ם) 1157/98 **בוגלר נ' בנין**, פס' 8 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 16.05.1999). עמדה דומה הובעה על-ידי נילי כהן: נילי כהן "חוזה של קטינה לרכישת דירה" **הפרקליט** מא 161, 173 (1993); נילי כהן **התערבות ביחסים חוזיים** 59-56 (תשמ"ב).

¹⁶⁶ לעמדת כרם ראו **כרם**, § 114, בעמ' 264-265.

הנאמנות הקונסטרוקטיבית שונה מאוד מן הנאמנות שיסודה ברצון היוצר, בין אם האחרונה מוכחת בבית-המשפט כנאמנות מפורשת, משתמעת או תוצאתית. הנאמנות הרצונית היא לעתים קרובות מבנה משפטי היוצר מערכת יחסים מורכבת בין כמה וכמה צדדים, ומתוכנן בקפידה על-מנת שיאריך ימים. הנאמנות הקונסטרוקטיבית, לעומת זאת, היא בדרך כלל צידוק משפטי לסעד נקודתי, שנפסק כדי לתקן טעות, מחדל, עבירה או עוולה ספציפיים. משעה שקיום נאמנות קונסטרוקטיבית הוברר בהחלטה שיפוטית, צפויה הנאמנות, שיסודה בבעלות פלוני בזכויות שראוי שתהינה בבעלותו של אלמוני, להתחסל בהקדם, על-ידי שביית-המשפט יצווה על פלוני להעביר את הזכויות לאלמוני ופלוני יעשה כן. בהתאם, הדין החל על הנאמנות הקונסטרוקטיבית שונה מזה החל על הנאמנות הרצונית. חובתו העיקרית של נאמן לפי נאמנות קונסטרוקטיבית היא העברת הנכסים הכפופים לה לפי הוראות הנהנה או בית-המשפט. נאמנים לפי נאמנות רצונית, לעומת זאת, מצויים במקרים רבים לשמור את הנכסים הכפופים לה בידיהם משך זמן רב ולהעביר רק את ההכנסה המופקת מהם לנהנים, ואף מצויים לא פעם לבחור בעצמם את הנהנים. חלק מן הכללים החלים על נאמנות רצונית חלים גם על נאמנות קונסטרוקטיבית: נאמן קונסטרוקטיבי חייב לשמור על הנכסים ועל ערכם כל עוד הם בידיו, ואף "להחזיק" או להשקיע[ם] כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות".¹⁶⁷ אם הנאמן הקונסטרוקטיבי העביר את הנכסים הכפופים לנאמנות לאדם זולת הנהנה, עשוי הנהנה להיות זכאי לצו שיפוטי המבטל את ההעברה ומחיל על מקבל הנכסים אחריות וחובות כשל נאמן, בכפוף לתנאים הקבועים בסעיף 14 לחוק הנאמנות. אם הנאמן הקונסטרוקטיבי הפר איזו מחובותיו כנאמן, זכאי הנהנה הקונסטרוקטיבי, ככל נהנה, לפיצוי על הנזק שנגרם לו עקב ההפרה לפי סעיף 12 לחוק הנאמנות, פיצוי שעל הנאמן לשלם מכיס העושר האישי שלו, ולשלילת הרווח שעשה הנאמן מן ההפרה.¹⁶⁸ נושיו של הנאמן הקונסטרוקטיבי, ובכללם ניזוקים שזכו בפסק-דין נגדו, שלא כנאמן, רשויות המדינה ובני-זוג, לא יוכלו לגבות את שהוא חב להם מתוך הנכסים שהוא מחזיק בכפוף לנאמנות.¹⁶⁹ לכן טענות בדבר קיומה של נאמנות קונסטרוקטיבית עולות לעתים קרובות כאשר הנאמן-שלפי-הטענה מצוי בחדלות פירעון.¹⁷⁰

בשיטות המשפט המבוססות על המשפט המקובל משמשת הנאמנות הקונסטרוקטיבית לפתרון שורה ארוכה של מצבים שבהם פלוני עשה עושר ולא במשפט. כך למשל, נכסים וכספים שאדם החב אמונו, כגון נאמן, אפוטרופוס, נושא משרה בתאגיד או שלוח, מפיק מהפרת חובת האמון, כגון מנטילתה לעצמו של הזדמנות עסקית שצריך היה לנסות ולנצל עבור מי שהמפר חב לו אמונו, מוכפפים בשיטות משפט אלה לנאמנות קונסטרוקטיבית עבור מי שהמפר חב לו חובה זו.¹⁷¹ גם נכסים וכספים שאדם הממלא תפקיד הכרוך בחובת אמון מפיק משימוש לתועלתו האישית במידע שהגיע לידיעתו אגב מילוי תפקידו מוכפפים בשיטות משפט אלה לנאמנות קונסטרוקטיבית עבור נמען החובה.¹⁷² כך הוא גם מקום שאדם מפיק נכסים וכספים מהפרה של חובת סודיות.¹⁷³ הוא הדין במקרה שבו אדם החב אמונו מקבל שוחד אגב מילוי תפקידו, או עמלה סודית שאינו מגלה את דבר קבלתה למי שהוא חב לו אמונו. במקרה ידוע, נפסק כי ממונה על התביעה הפלילית בהונג קונג שקיבל שוחד כדי שיימנע מהגשת כתב אישום מחזיק במקרקעין שקנה בכספי השוחד בנאמנות עבור ממשלת הונג קונג.¹⁷⁴ נאמנות קונסטרוקטיבית קמה בחלק משיטות משפט אלה גם כאשר אדם רכש נכס תוך שהוא ואדם אחר, כגון בן זוגו, מתכוונים שכל אחד מהם יקבל זכות הנאה בנכס, ואותו אחר פעל באופן שגרם לו הפסד תוך הסתמכות על אמונה

¹⁶⁷ ס' 6 לחוק הנאמנות.

¹⁶⁸ בת"א (שלוש עכו) 21214-01-13 ג'רייס נ' חאזן (פורסם בנבו, 27.8.2014) נפסק, בפסקה 34 להחלטה, כי "שעה שמופרת חובת הנאמנות, גם אם יסודותיה בדיני היושר [כלומר, בנאמנות קונסטרוקטיבית, א.ח.ו.] ולא בחוק, פרושים בפני המשיב כל הסעדים האפשריים עפ"י דין" ולא אך סעד האכיפה. בית-המשפט המחוזי דחה בקשת רשות ערעור שהוגשה על החלטה בית-משפט השלום: רע"א (מחוזי חי') 18667-09-14 ג'רייס נ' חאזן (פורסם בנבו, 3.11.2014).

¹⁶⁹ ס' 3(ב) לחוק הנאמנות.

¹⁷⁰ ראו למשל ע"א 654/82 סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' חיות, פ"ד (לט) 803 (1985); ע"א 371/89 פורד נ' חיים שכתר חברה לבנין והשקעות בע"מ (בפירוק), פ"ד (מ) 149 (1992).

¹⁷¹ Soulos v. Korkontzilas, [1997] 2 S.C.R. 217 (הדין הקנדי).

¹⁷² Boardman v. Phipps [1967] 2 A.C. (H.L.) 46 (appeal taken from Eng.) (הדין האנגלי, וראו הדין בפסק-דין זה בתוך Underhill §§ 27-87 – 27-96).

¹⁷³ International Corona Resources v. LAC Minerals [1989] 2 S.C.R. 574 (הדין הקנדי). הדין האנגלי אינו משיט נאמנות קונסטרוקטיבית במקרים כאלה: Underhill §§ 29.7-29.8.

¹⁷⁴ Attorney General for Hong Kong v. Reid [1993] UKPC 2, [1994] AC 324 (appeal taken from New Zealand).

לדין העדכני בנושא ראו, באנגליה, FHR European Ventures LLP v. Cedar Capital Partners LLC [2014] UKSC 45, [2015] AC 250.

שבפעולתו קנה לו הנאה בנכס. דוקטרינה זו מכונה *common intention constructive trust*.¹⁷⁵ הפסיקה בשיטות המשפט האמורות משיתה נאמנות קונסטרוקטיבית במקרים רבים נוספים. שיטות המשפט הללו נחלקות לא פעם בשאלה אם מערך נסיבות מסוים מצדיק השתת נאמנות קונסטרוקטיבית, או שבעלי זכות התביעה שבו ייאלצו להסתפק בעילת תביעה אישית נגד מפר החובה, שאין עמה זכות להנאה מנכס מסוים ועדיפות על נושי הנתבע אם הפך חדל פירעון. הפסיקה בנושא סבוכה ומשתנה תדיר, והמחלוקות רבות.¹⁷⁶

השימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית במשפט הישראלי מצומצם יותר מהשימוש בה בשיטות המשפט המבוססות על מסורת המשפט המקובל. שימושנו בדוקטרינה זו ממוקד באכיפת חוזהי מכר מקרקעין. בפרשת **צימבלר** נפסק כי "למצער בהתקיים מצב שבו המחלוקת מתמקדת בין הצדדים הישירים לעיסקת המכר, או בין חליפיהם, וכשהרוכש מוכיח כי שילם את מלוא התמורה בעד הזכות הנרכשת, הזכות-שביישר שקמה לרוכש להירשם כבעלים מטילה על המוכר (או על חליפו) חובת נאמנות להעביר לרוכש את הזכות הרשומה בנכס."¹⁷⁷ בפרשה אחרת נפסק כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית המושתת על מוכר מקרקעין לשם אכיפת חוזה המכר תחל רק במועד שבו זכאי הרוכש לפי חוזה המכר לקבל לידי את החזקה במקרקעין שנמכרו.¹⁷⁸

בפסק-דינו בפרשת **פלוני נ' לאומית שירותי בריאות** קבע השופט רם וינוגרד בבית-המשפט המחוזי בירושלים כי לאור חסרונותיה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית, שעיקרם חוסר הבהירות המתמשך במשפט המשווה באשר ל"מהותה והיקף התפרשותה", אין להרחיב את תחולתה במשפט הישראלי ממקרים שבהם מתבקשת אכיפת חוזהי מכר מקרקעין למקרים אחרים. לגישת בית המשפט, "ספק רב אם יש מקום לאמץ תורה משפטית זו, שנולדה על רקע צורך שנבע מחוסר בכלים משפטיים אחרים, לתוך שיטה משפטית המספקת כלים שיעילותם אינה פחותה, תחולתם ישירה יותר והיקפם ברור למדי". בית המשפט הוסיף כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית "אינה יציר טבעי של המשפט הישראלי" וכי "החלתה תגרור קיום דיונים רבים בנוגע להיקפה ומהותה". לכן קבע בית-המשפט כי פיצוי ממוני המשתלם לידי הורים שזכו בתביעה בעילת "הולדה בעולה" יועבר לנאמנות מפורשת המוקמת בפסק-הדין, ולא ייחשב לכפוף לנאמנות קונסטרוקטיבית.¹⁷⁹

§ 8 כמו בעיני השופט וינוגרד, גם בעיני עמימותו של הדין באשר לנאמנות הקונסטרוקטיבית היא שיקול כנגד יישום כלי משפטי זה במערכי נסיבות נוספים. אך גם החלופה שבית-המשפט העדיף, יצירת הנאמנות בפסק-דין, יוצרת אי-ודאות בשאלות באילו מערכי נסיבות יראו בתי המשפט לנכון להשית נאמנויות ואילו תנאים יקבעו להן. יצירת הנאמנות בפרשת **פלוני** התבקשה, משום שהפיצוי הממוני שהשתלם להורים מקופת החולים נועד להבטיח את רווחת היילוד, וברור היה שיש להגן על הכסף מפני נושי ההורים ומפני שימוש "לא אחראי או לא מיטבי" של ההורים בכסף.¹⁸⁰ במקרים רבים שבהם מוטלת בשיטות המשפט המבוססות על מסורת המשפט המקובל נאמנות קונסטרוקטיבית, הצידוק להעדפת מי שהשתתה הופכת לנהנה על נושיו האחרים של הנאמן הקונסטרוקטיבי ברור פחות. חלק מהמצבים הנפתרים בשיטות משפט המבוססות על מסורת המשפט המקובל דרך נאמנות קונסטרוקטיבית נפתרים במשפט הישראלי בחקיקה. כך למשל, חלוקת רכושם של בני זוג שנפרדו מוסדרת בישראל בחוק יחסי ממון בין בני זוג,¹⁸¹ חלף הסדרתה על-ידי דוקטרינת ה- *common*

¹⁷⁵ Lewin, §§ 9-062 – 9-078 (הדין האנגלי); Ong, בעמ' 644-627 (הדין האוסטרלי).

¹⁷⁶ לדיון מחקרי בנאמנויות קונסטרוקטיביות בשיטות משפט המבוססות על מסורת המשפט המקובל ראו, למשל, Anthony Duggan, *Constructive Trusts from a Law and Economics Perspective*, 55 U TORONTO L.J. 217; Lionel Smith, *Philosophical Foundations of Proprietary Remedies*, in PHILOSOPHICAL (2005); YING KHAI LIEW, FOUNDATIONS OF UNJUST ENRICHMENT 281 (R. Chambers et al eds., 2009); Daniel Reynolds, *What are the Duties of Constructive Trustees?*, 41 U. OF NEW SOUTH WALES L.J. 1297 (2018).

¹⁷⁷ **צימבלר**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 66. במשפט האנגלי נוצרת הנאמנות הקונסטרוקטיבית על הנכס לטובת הקונה כבר עם עשיית החוזה: *Lysaght v. Edwards* (1876) 2 Ch D 499; *Oughtred v. Inland Revenue Commissioners* [1960] A.C. (H.L.) 206 (appeal taken from Eng.). ראו הדיון בסוג זה של נאמנות קונסטרוקטיבית בתוך Underhill, § 31.

¹⁷⁸ פר"ק (מחוזי מר') 25351-01-12 **התחנה המרכזית החדשה בתל-אביב בע"מ נ' קמיל**, פס' 48 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 28.5.2015).

¹⁷⁹ **פלוני נ' לאומית שירותי בריאות**, לעיל ה"ש 29, פס' 17 לפסק-הדין.

¹⁸⁰ שם, פס' 6 לפסק-הדין.

¹⁸¹ חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, ס"ח 267.

intention constructive trust עתירת הקשיים. סעיף 10 לחוק השליחות, המשיחית את דיני הנאמנות על שלוח שבא לידו נכס עקב השליחות, מייתר דיון בשאלה אם ראוי להשית נאמנות קונסטרוקטיבית על שלוחים. התרופות הזמינות לחברה שנושא משרה בה הפר את חובת האמון שלו כלפיה מנויות בסעיף 256 לחוק החברות.¹⁸² נאמנות קונסטרוקטיבית אינה נזכרת בסעיף זה, והתרופות הנזכרות בו זמינות לחברה בלא צורך בהשחת נאמנות קונסטרוקטיבית על נושא המשרה המפר. הסיכון שנוצר במקרה של צוואות הדדיות, כי המצווה שנתר בחיים אחרון ייטול את שהמצווה שנפטרה ראשון ציווה לו, אך ישנה את צוואתו שלו, מטופל בשיטות משפט המבוססות על מסורת המשפט המקובל דרך השחת נאמנות קונסטרוקטיבית על המצווה שנתר בחיים,¹⁸³ ובישראל באמצעות סעיף 8א לחוק הירושה.

מערכי נסיבות שנפתרים במסורת המשפט המקובל על-ידי השחת נאמנות קונסטרוקטיבית על מי שאינם נתפשים כנאמנים קודם להשחתה, ושאינם מוסדרים בישראל בחקיקה מיוחדת, עשויים ליפול במשפט הישראלי בגדר חוק הנאמנות. היות שמערכי נסיבות כאלה אינם בגדר הקדשים, יחולו עליהם פרקים א' וה' לחוק. בפרקים אלה הוראות המקנות לנהנים סעדים חד-משמעיים ורבי עוצמה. כך לפי סעיף 12, ניתן לקבל פיצוי על נזק שגרם נאמן "לנכסי הנאמנות או לנהנים עקב הפרת חובתו כנאמן". לפי סעיף 13(ה), פעולה של נאמן הלוקה בניגוד עניינים בין עניינו של הנהנה לבין עניינו של הנאמן או קרובו היא בטלה אם נעשתה בלי אישור בית המשפט. לפי סעיף 15, "ריווח שהפיק נאמן שלא כדון עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות". ולפי סעיף 14, אם נאמן ביצע פעולה מול צד חיצוני לנאמנות שהפרה את חובותיו כנאמן "והצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה, או שנעשתה ללא תמורה, רשאי בית המשפט לבטלה ועל הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן". נוסף לכל אלה, רכוש הכפוף לנאמנות חסין כמובן מפני נושיו ה"פריטיים" של הנאמן, הם נושיו שנשייתם בו לא נוצרה במסגרת פעילותו בתפקיד זה.¹⁸⁴

לכאורה, מה לי אם אדם שעשה עושר ולא במשפט מוגדר כנאמן מכוח השחת נאמנות קונסטרוקטיבית ומה לי אם הוא מוגדר כנאמן מכוח חוק הנאמנות? אולם נראה כי השחת הנאמנות מכוח החוק יוצרת דין בהיר וודאי יותר מזה הנוצר כשהיא מושתת על דרך הנאמנות הקונסטרוקטיבית. בעוד שתחום תחולתה של דוקטרינת הנאמנות הקונסטרוקטיבית אינו נגזר מתוכה, ושיטות משפט שונות תחמו אותו במקומות שונים, ואף משנות את תחומו מדי פעם, תחום תחולתו של חוק הנאמנות ברור יחסית: החוק חל בכל מקרה שבו יש לאדם זיקה לנכס והוא חייב להחזיק או לפעול בנכס לטובת נהנה או למטרה אחרת.¹⁸⁵ ובעוד שנפקויות הנאמנות לפי חוק הנאמנות קבועות בחוק, הנפקויות של נאמנות קונסטרוקטיבית משתנות בשיטות המשפט המרבות להשתמש בדוקטרינה זו בין מצבים שונים בהם הוחלה, ובין שיטה אחת למשנה.

ב. כיצד מזהים נאמנות משתמעת?

§ 9 היות שניתן ליצור נאמנות בעל פה, בהתנהגות, ואף במשתמע, יש שהשאלה אם נוצרה נאמנות מועלית כאשר ראיות המצביעות חד-משמעית על יצירת נאמנות, כגון כתב נאמנות או עדות בדבר יצירתה, אינן זמינות. בתי-המשפט הסיקו קיום נאמנות מתוך האותות העובדתיים הבאים: (א) רישום הזכויות בנכס, הכפופות לנאמנות, על-שם הנאמן הנטען, שעה שגם לאחרים זכויות, שאינן רשומות, בנכס זה. הפער בין הזכויות הרשומות לבין מכלול הזכויות נתפס כמעיד על קיום נאמנות בנכס הרלבנטי.¹⁸⁶ (ב) מתן כוח לאדם לעשות בנכסים הכפופים לנאמנות את כל אשר בעלים-שלא-בנאמנות יכול לעשות בהם, בכפוף להוראות היוצר ולחובות מקבל הכוח לנהנים.¹⁸⁷ (ג) ניהול נכס בפועל על-ידי הנאמן הנטען, המפעיל את שיקול דעתו עצמאית ואינו כפוף להוראותיו או לאישורו של איש.¹⁸⁸ (ד)

¹⁸² חוק החברות, התשע"ט-1999, ס"ח 189.

¹⁸³ Underhill 30.54-30.73 §§, (הדין האנגלי); Waters, בעמ' 542-557 (הדין הקנדי).

¹⁸⁴ ס' 3(ב) לחוק הנאמנות.

¹⁸⁵ ס' 1 לחוק הנאמנות.

¹⁸⁶ פרשת וואלס, לעיל ה"ש 12, פס' 6 לפסק-הדין, בעמ' 808.

¹⁸⁷ שם, פס' 6 לפסק-הדין, בעמ' 809.

¹⁸⁸ שם. בפרקטיקה נהוג לעתים למנות, נוסף לנאמן, גם "מגן נאמנות" (protector) או "מנהל נאמנות" (trust director), שהנאמן כפוף להנחיותיו או לאישורו בתחומים שונים. ראו דיון אצל ANDREW HOLDEN, TRUST PROTECTORS (2011). מינוי מגן או מנהל נאמנות מצמצם את חופש הפעולה של הנאמן. לכן ראו לנכון מנסחי ה-Uniform Directed Trust Act בארצות הברית לצמצם את אחריותם של נאמנים הכפופים למגן או מנהל לתוצאות התנהלותם בתפקיד, וקבעו בסעיף 9 לחוק האחד שניסחו כי נאמנים הכפופים כאמור, הנוקטים בפעולה סבירה כדי לציית לפעולתו או מחדלו של מגן או מנהל נאמנות מכוח הסמכות שניתנה לו, אינם אחראים לתוצאות הפעולה שנקטו, לבד במבמקרה בו הציות מהווה התנהגות מכוונת

פניות הנהנים הנטענים אל הנאמן הנטען, המכירות בו כאחראי על הנכס.¹⁸⁹ (ה) נשיאת הנהנה הנטען בתשלומים הקשורים בניהול הנכס הכפוף לנאמנות,¹⁹⁰ או במחיר הנכס עם רכישתו, ולקיימת חלק פעיל מצדו בהליכים לקניית הנכס.¹⁹¹ (ו) מצב שבו הנהנה הנטען נהג מנהג בעלים בנכס הכפוף לנאמנות הנטענת, אף שלא היה בעליו, ולמשל, שכר מתווך כדי למכור או להשכיר את הנכס.¹⁹²

לעתים הסיקו בתי-המשפט שלא נוצרה נאמנות, על בסיס ממצאים עובדתיים שאינם מצדיקים מסקנה כזו. כך במקרה אחד סבר בית המשפט כי קיום נאמנות לא הוכח, משום שהטוען לקיומה לא הזכיר סיבה משכנעת לשימוש במוסד הנאמנות; משום שהצדדים לנאמנות הנטענת הפקידו את המסמכים שעשו בידי עורך-דין ולא בידי הנהנית הנטענת; ומשום שלא ניתנו לנאמן הנטען הוראות כיצד לנהוג.¹⁹³ במקרה אחר הסיק בית-המשפט שלא נוצרה נאמנות, משום שהנאמן הנטען לא רשם במרשם הזכויות במקרקעין הערה בדבר קיום הנאמנות, הצהיר כי הוא בעלי הנכס הרלבנטי, שיעבד נכס זה לצדדים חיצוניים לנאמנות ואף חתם על יפוי כוח למכירתו.¹⁹⁴ אף אחד מנימוקים אלה אינו מצדיק מסקנה כי לא קמה נאמנות. הטוען כי נוצרה נאמנות אינו צריך להראות שהיתה סיבה ליצור אותה, מלבד רצון היוצר לעשות כן. אף שהנהנה זכאי בדרך כלל לראות את המסמכים שבהם מופיעים תנאי הנאמנות, ככל שנעשו מסמכים כאלה,¹⁹⁵ הפקדת מסמכים המעידים על יצירת נאמנות בידי איש מקצוע ואי מסירתם לנהנה אינם מעידים שלא נוצרה נאמנות. נאמנויות רבות נוצרות בלא שניתנות לנאמן הוראות מפורטות באשר לדרך שבה עליו להשתמש בכוח שניתן לו לעשות בנכסים שהוכפפו לנאמנות, ואי-מתן הוראות כאלה אינו ראייה לכך שלא נוצרה נאמנות. המשפט הישראלי אינו מחייב יוצרי נאמנות או נאמנים לרשום במרשמים שבהם נרשמות זכויות הכפופות לנאמנות הערות בדבר קיומה, ואינו מתנה את ההכרה בה ברישום הערות כאלה.¹⁹⁶ הקניית הזכויות הכפופות לנאמנות, כגון זכות הבעלות בנכס כלשהו, לנאמן, או שמירת הזכויות הללו בידי של יוצר המכריז על עצמו נאמן עליהן, הן דרכים מקובלות ליצירת נאמנות. אין בהקניית זכויות לנאמן נטען ראייה לכך שאינו נאמן, וגם הצהרתו כי הוא בעלי אותן זכויות אינה ראייה לכך. כאשר הזכויות הכפופות לנאמנות מוקנות לנאמן, יוכל זה, בדרך כלל, לשעבדן, למכרן ולעשות יפוי-כוח מתאימים לביצוע עסקאות אלה. בכוחו של נאמן נטען לעשות עסקאות כאלה בנכסים הכפופים לנאמנות ובכך שעשה בהם עסקאות כאלה בפועל אין ראייה לכך שהנאמנות הנטענת לא נוצרה.

§ 10 הפסיקה הישראלית בדיני הנאמנות מכילה מקרים שבהם סיווגו בתי המשפט נאמנויות משתמעות, בטעות, כנאמנויות קונסטרוקטיביות. כך, בפרשת **הופמן נ' יפה** היה יפה הבעלים הרשום של החלקה שבמחלוקת, אך יורשי הופמן וריגר הצליחו להוכיח שהחזיק כשני שלישים ממנה בנאמנות עבור מורישיהם, כשליש עבור ריגר וכשליש נוסף עבור האחים הופמן. הוכח כי יפה, ריגר והאחים הופמן השתתפו כולם בעלות הרכישה של חלקה היסטורית, שממנה נגזרה החלקה שבמחלוקת, וכי נשאו בעלות של פיתוח החלקה בחלקים שווים. עוד הוכח כי יפה, ריגר והופמן התנהלו שנים רבות כבעלים במשותף של החלקה והבניין שהוקם עליה, תוך שדווקא ריגר והופמן הם שנשאו תקופות ארוכות בנטל ניהול הבניין, וכי דמי השכירות שהתקבלו עבור החנויות שנוהלו בבניין חולקו שווה בשווה בין שלושתם. יפה אף הצהיר מפורשות כי לריגר והופמן שלישי, כל אחד, בנכס. העובדה שהנאמנות לא באה לידי ביטוי ברישום זכויות על שם הנהנים או ברישום הערה על אודותיה במרשם המקרקעין אִפשרה ליורשי יפה

ובלתי הולמת (UNIF. DIRECTED TRUST ACT § 9 (2017)). ראו דיון אצל John D. Morley & Robert H. Sitkoff, *Making Directed Trusts Work: The Uniform Directed Trust Act*, 44 ACTEC L.J. 3, 38-47 (2019).

¹⁸⁹ פרשת **וואלס**, לעיל ה"ש 12, פס' 11 לפסק-הדין, בעמ' 812.

¹⁹⁰ תמ"ש (משפחה ת"א) 28325-10-14 **עזבון ר. ר. נ' ד. מ.**, פס' 67 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 1.5.2016).

¹⁹¹ תמ"ש (משפחה ת"א) 51252-04-15 **מ. ג. נ' נ. ג.**, פס' 10 (א) לפסק-הדין (פורסם בנבו, 12.2.2017).

¹⁹² פרשת **עזבון ר. ר.**, לעיל ה"ש 60, פס' 64, 67, 74-78 לפסק-הדין. אות עובדתי זה, כמו קודמו, מעיד על קיום נאמנות מסוג "שם מושאלי", במסגרתה פועל הנהנה בנכס, אף שאינו בעליו.

¹⁹³ ה"פ (מחוזי ת"א) 8024-12-09 **סודאי נ' בילבסקי**, פס' 17-14 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 25.1.2012).

¹⁹⁴ ה"פ (מחוזי מ"ר) 43763-02-12 **קזקוב נ' כהן**, פס' 17 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 10.6.2013).

¹⁹⁵ ראו את פסק-דינה של מועצת המלך בפרשת Schmidt v. Rosewood Trust Ltd., [2003] 2 A.C. 709 (P.C.) (appeal) taken from the Isle of Man, Breakspear v. Ackland, [2008] EWHC 220 בפרשת, וכן, בדין האנגלי, את פסק הדין בפרשת

(Ch), [2009] Ch 32 (Eng.).

¹⁹⁶ ס' 4 לחוק הנאמנות מורה כי "היה בנכסי הנאמנות נכס שפעולות בו טעונות רישום בפקס המתנהל על-פי חוק, **רשאי** (הדגשה שלי, א.ח.ו.) הנאמן להודיע על קיום הנאמנות לממונה על הפנקס, והממונה ירשום בו הערה מתאימה."

להכחיש אותה. בית-המשפט העליון קבע כי קמה לטובת הופמן וריגר נאמנות קונסטרוקטיבית.¹⁹⁷ עוד קבע כי קמה לטובתם "חזקת הנאמנות", הלא היא נאמנות תוצאה, היות ששילמו חלק ממחיר החלקה אך הזכויות שנרכשו נרשמו על שם יפה בלבד.¹⁹⁸ מן הראיות שפרש בית המשפט בפקס דינו עולה שאף שהשותפים לא השתמשו במונח "נאמנות", הם התכוונו ליצור מערכת יחסים שאותה מכנה המשפט נאמנות. קיום כוונה ליצור נאמנות שולל הגדרת נאמנות זו כקונסטרוקטיבית, וקיום ראיות לכוונה כזו מייתר את השימוש ב"חזקת הנאמנות", שהרי בהיתן ראיות אין צורך בחזקות שנועדו להשלים פערים ראיתיים. הנאמנות שיצרו השותפים בפרשת הופמן היתה מכוונת, ובהעדר שימוש במונח "נאמנות", מדובר בנאמנות משתמעת.

במקרה אחר קבע בית-המשפט המחוזי שהוכח בפניו שאם רכשה דירה עבור בנה, שעליו מונתה כאפוטרופה גם בבגרותו עקב מצבו הנפשי, ובחרה לרשום את הזכויות בדירה על שמה.¹⁹⁹ גם במקרה זה מדובר היה, כפי שקבע בית המשפט, בנאמנות משתמעת: האם התכוונה ליצור נאמנות, ויצרה אותה, אך ללא כתב נאמנות או שימוש במושג "נאמנות". במקביל, קבע בית-המשפט שמדובר היה גם בנאמנות קונסטרוקטיבית,²⁰⁰ אף שברור שלא כך היה: כאשר מוכחת כוונה ליצור נאמנות, המדובר בנאמנות מפורשת, וככל שהצדדים לנאמנות לא השתמשו במושג "נאמנות", בנאמנות משתמעת. אין צורך בהשתתף נאמנות קונסטרוקטיבית על מי שהוכח שיצר נאמנות מכוונת.

השימוש ללא צורך בדוקטרינת הנאמנות הקונסטרוקטיבית במקרים שבהם נוצרה נאמנות מכוונת נובע ככל הנראה מבולטותו הרבה יחסית בפסיקה של הדיון בזכויות שביורר הצומחות לרוכש מקרקעין, ומכך שהדיון הפסיקטי בנאמנויות מפורשות ומשתמעות ובחוק הנאמנות היה מצומצם יחסית עד מפנה המאה העשרים ואחת. לאור השוני, שנדון למעלה, בין נאמנויות מכוונות וקונסטרוקטיביות, כגון לעניין אורך חיי הנאמנות וחובות הנאמן לפיה, נראה שיש מקום להקפיד יותר על סיווג נכון של נאמנויות.

ג. האם יש צורך בכתב בחוזה נאמנות על מקרקעין?

§ 11 לפי הפסיקה, ניתן ליצור נאמנות שהרכוש הכפוף לה הוא מקרקעין בחוזה שבעל פה, בלא מסמך בכתב, ואף בהתנהגות. בפרשת ועד חברת עולי משהד (אירן) ירושלים נ' הועד המרכזי לעולי (אנוסי) משהד אירן בישראל קבע בית-המשפט העליון כי "ככל שביחסי נאמנות לצורך השאלת שם עסקינן נראה כי החוזה עם הנאמן שבו מדבר סעיף 2 לחוק אינו חייב להיערך בכתב גם מקום שבו הנאמנות סבה סביב רכישת נכס מקרקעין על-ידי הנאמן עבור הנהנה ורישומו על שם הנאמן. זאת להבדיל מן ההתחייבות לעשות עסקה במקרקעין שתיערך בין המוכר לנאמן (עבור הנהנה), הטעונה מסמך בכתב מכוח סעיף 8 לחוק המקרקעין".²⁰¹ קביעה זו חלה רק על נאמנות "לצורך השאלת שם", כגון הנאמנות שבאותה פרשה, אשר במסגרתה נרשם הקדש מקרקעין של עדת יוצאי משהד בירושלים על שם אחד מנכבדי העדה הירושלמים, משום שהדין העות'מני, שהיה בתקפו אותה עת, לא איפשר רישום זכויות במקרקעין על שם נתינים זרים, חברות, או אגודות פרטיות.²⁰² אך בתי המשפט המחוזיים ובתי-המשפט לענייני משפחה פסקו פעמים רבות כי ניתן ליצור נאמנות על מקרקעין בחוזה שבעל פה, בלא כתב כלל, ואף במשתמע, מבלי להגביל קביעה זו לנאמנויות "לצורך השאלת שם".²⁰³ אף שיש

¹⁹⁷ ע"א 9555/10 הופמן נ' יפה, פסי' 46 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.7.2013).

¹⁹⁸ פרשת הופמן, לעיל ה"ש 67, פסי' 28 לפסק הדין.

¹⁹⁹ עמ"ש (מחוזי מ"ר) 33854-09-14 א.ע.נ' ש.ע, פסי' 23, 34 לחוות-דעתו של השופט ויצמן; פסי' 6 לחוות-דעתה של השופטת עובדיה (פורסם בנבו, 28.6.2015).

²⁰⁰ עמ"ש 33854-09-14, לעיל ה"ש 69, פסי' 22 לחוות-דעתו של השופט ויצמן.

²⁰¹ ע"א 8168/09, 9156/09 ועד חברת עולי משהד (אירן) ירושלים נ' הועד המרכזי לעולי (אנוסי) משהד אירן בישראל, פסי' 18 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 23.10.2012).

²⁰² פרשת עולי משהד, לעיל ה"ש 71, פסי' 19 לפסק-הדין, וראו המקורות המובאים שם לעניין השימוש בשמות מושאלים.
²⁰³ ראו למשל, בבתי-המשפט המחוזיים, ת"א (מחוזי ת"א) 1123-08 כהן נ' אבגי (פורסם בנבו, 18.7.2013), שם נקבע, בפסי' 11 לפסק-הדין, כי "לעניין דרישת הכתב מקום שמדובר בעסקה שבמקרקעין, כמצוות סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 – נקבע זה מכבר בפסיקה כי דרישת הכתב אינה חלה על חוזה הנאמנות"; ת"א (מחוזי חי"י) 25424-01-17 עמרה נ' אביתר (פורסם בנבו, 6.6.2017), שם נקבע, בפסי' 52 לפסק-הדין, כי "בהתאם לגישה הרווחת הסכם נאמנות גם בגין זכויות במקרקעין, כפי ענייננו, יכול ויערך בע"פ"; ת"א (מחוזי מ"ר) 1602-08-07 נוטוביץ' נ' גנץ, פסי' 8 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 24.08.2009); ת"א (מחוזי ת"א) 1298/06 האגודה למען המכבי בנס ציונה נ' סמל (פורסם בנבו, 15.6.2009); ת"א (מחוזי ת"א) 2112/06 טייג נ' בר דוד, פסי' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.09.2009): "נאמנות יכולה להיווצר גם אם אין הסכם נאמנות בכתב וגם אם נשוא הנאמנות הוא מקרקעין. אמנם עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב... אך דרישה כזו אינה קיימת לצורך יצירת הסכם נאמנות או ליצירת נאמנות על פי חוק הנאמנות, גם אם מדובר בנאמנות שהיא זיקה לנכס מקרקעין"; ת"א (מחוזי חי"י) 672/08 הסל נ' אמיתי, פסי' 25 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 19.09.2010); עמ"ש (חי"י) 31419-03-

מקרים בהם נפסק אחרת, כי חוזה נאמנות על מקרקעין טעון הסכם בכתב,²⁰⁴ דעת הרוב היא כי אין צורך בכתב כדי לעשות חוזה נאמנות על מקרקעין.

נראה שהסברה כי חוזה נאמנות על מקרקעין אינו טעון כתב ראשיתה בפסק-דינו של בית המשפט העליון בפרשת **וואלס נ' גת**, שם הכיר בית-המשפט בנאמנות משתמעת על מקרקעין.²⁰⁵ נאמנות משתמעת אינה באה לידי ביטוי במסמך בכתב; לו באה לידי ביטוי במסמך כזה, היא הייתה מפורשת. גם הנאמנויות הקונסטרוקטיביות הקמות לטובת רוכש מקרקעין שזכותו לא נרשמה קמות בהיעדר מסמך בכתב, שהרי נאמנות קונסטרוקטיבית, מעצם טבעה, לא הוקמה במכוון על-ידי איש, ואינה באה לידי ביטוי בראיות כלשהן. כל עוד מדובר בנאמנויות משתמעות או קונסטרוקטיביות, ההכרה בהן מחייבת את החרגתן מדרישת הכתב שחוק המקרקעין משית על התחייבות לעשות עסקה במקרקעין.²⁰⁶ אך נראה שבולטות הרבה של פסק-הדין בעניין **וואלס**, המצוטט ברבים מפסקי-הדין שעסקו בשאלת דרישת הכתב בהקשר הנאמנות, והיעדר הבחנה ברורה בין הדין ההולם נאמנויות משתמעות וקונסטרוקטיביות לזה ההולם נאמנויות מפורשות, הביאו רבים מבתי-המשפט להחריג מדרישת הכתב האמורה גם נאמנויות מפורשות הנוצרות בחוזה. ספק אם ראוי, מן הבחינה הפוזיטיבית, להסיק מפסק-הדין בעניין **וואלס** הלכה כי חוזה שבו נוצרת נאמנות מפורשת, שנועדה לחול על מקרקעין, אינו כפוף לדרישת הכתב. ספק גם אם ראוי להסיק הלכה כזו מפסק-הדין בעניין **עולי משהד**, שהרי הנאמנות שנדונה שם לא נוצרה בחוזה: מדובר היה בהקדש שנוצר לקידומו של עניין ציבורי. דבר ההקדש אף בא לידי ביטוי מפורש בכתובות החקוקות בקירות הנכס הרלבנטי, שנראה שיש לראותן כסוג של כתב.²⁰⁷ האם יש בסיס אחר בדין הפוזיטיבי לגישת הפסיקה, שלפיה חוזה נאמנות על מקרקעין אינו טעון כתב? ניתן לראות גישה זו כנכונה אם מבחינים בין הקנית רכוש לנאמן, כדי שיחזיק בו בכפוף לנאמנות, לבין עצם הוראת יוצר לנאמן להחזיק את הרכוש הכפוף לנאמנות בנאמנות עבור הנהנה, והתחייבות הנאמן לעשות כן. ככל שהרכוש המוכפף לנאמנות הוא זכות במקרקעין, הקנינו מיוצר לנאמן, ככל שאינה נעשית לפי צוואה, היא עסקה במקרקעין, המוגדרת בסעיף 6 לחוק המקרקעין כ"הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה". לכן כפופה ההסכמה החוזית לבצע הקניה זו להוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין, שלפיה "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". אך היות שהמשפט הישראלי רואה את זכותו של נהנה לפי נאמנות, שהרכוש הכפוף לה הוא מקרקעין, כ"זכות שביושר",²⁰⁸ וזכות זו אינה מעוגנת בחוק כלשהו, היא גם אינה זכות במקרקעין, כמשמעות מושג זה בחוק המקרקעין. זאת משום שסעיף 161 לחוק זה קובע כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק".²⁰⁹ נראה לכן שהקניית זכות שביושר במקרקעין לנהנה, שהיא תוצאת ההסכמה החוזית בין היוצר לנאמן, שלפיה הנאמן יחזיק את המקרקעין הכפופים לנאמנות בנאמנות עבור הנהנה, אינה בגדר עסקה במקרקעין, כמשמעות מושג זה

16 **פלוני נ' אלמוני**, פסי' 48 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 21.3.2018) ("נאמנות אינה עסקה במקרקעין המחייבת כתב מכח סעיף 8 לחוק המקרקעין"). בבתי-המשפט לענייני משפחה ראו תמ"ש (משפחה נצ') 2057-03-12 **מ.מ.ב. נ' ז.כ.** (פורסם בנבו, 2.1.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 54911-01-11 **י.ס' נ' א' ס'** (פורסם בנבו, 28.3.2013); תמ"ש (משפחה ת"א) 21810-09 **ש' נ' ב' ב'** (פורסם בנבו, 21.4.2013); תמ"ש (משפחה טב') 7230-06-09 **ח.מ. נ' ר.מ.** (פורסם בנבו, 9.9.2012); תמ"ש (משפחה י-ם) 2853/04 **פלונית נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 27.2.2011); תמ"ש (משפחה ת"א) 27030/01 **נ.צ. נ' א.י.** (פורסם בנבו, 1.2.2007); תמ"ש (משפחה ת"א) 32501/05 **ע. ב. נ' ג.ו.** (פורסם בנבו, 21.02.2010); תמ"ש (משפחה ראשלי"צ) 48540-05-12 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 1.10.2013); תמ"ש (משפחה חד') 17743-04-12 **ע.ר. נ' ע.ת.** (פורסם בנבו, 16.6.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 1074-11-12 **ר' ע' נ' ר' פ'** (פורסם בנבו, 11.8.2016); תמ"ש (משפחה ת"א) 19831-04-10 **ג' נ' פ'** (פורסם בנבו, 7.7.2013); תמ"ש 40249-01-13 (משפחה ב"ש) **פלוני נ' אלמונית**, פסי' 15 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.4.2014); תמ"ש (משפחה י-ם) 41842-11-16 **א.ש. נ' מ.ו. ואח'**, פסי' 42 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 15.8.2018); **תלהמ (משפחה י-ם) 24563-05-16 ע.ל. נ' ר.ב.** (פורסם בנבו, 30.7.2019).

²⁰⁴ ת"א (מחוזי י-ם) 1325/99 **סלמה נ' עו"ד עצמון**, פסי' 41 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 6.2.2007); ת"א (מחוזי חי') 18966-06-11 **וטורי נ' הוד נהדר בע"מ**, פסי' 4.6 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 1.10.2011) ("יעל חוזה נאמנות שעניינו עסקת מקרקעין למלא אחר דרישותיו של חוק המקרקעין בענין צורת החוזה, דהיינו דרישת הכתב"); ת"א (מחוזי חי') 5000-06-09 **אגבריה נ' אגבריה**, פסי' 7 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 15.8.2012) ("הגם שעפ"י חוק הנאמנות ... זו יכולה להיווצר גם בע"פ, הרי שכשמדובר בעסקה במקרקעין, גובר הדין המיוחד, ונדרש מסמך בכתב ליצירת העסקה, רכישת מקרקעין עבור הנהנה"); תמ"ש (ת"א) 32481/04 **ש.ד. נ' א.ב.**, פסי' 21 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 18.12.2007); תמ"ש (ת"א) 26700/05 **ר. (ש.) א. נ' ג. א.**, פסי' 31 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 29.1.2008); ת"ע (משפחה ת"א) 7410/01 **עזבון המנוחים קופמן נ' קופמן**, פסי' 74 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 30.04.2009).

²⁰⁵ פרשת **וואלס**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 812-813.

²⁰⁶ ס' 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 259.

²⁰⁷ אחת הכתובות מצוטטת בפרשת **עולי משהד**, לעיל ה"ש 71, פסי' 2 לפסק-הדין.

²⁰⁸ ע"א 5955/09 **אמסטר נ' טאובר-טוב**, פ"ד סה(1) 532, בעמ' 546 (2011); ע"א 3137/15 **עיריית חיפה נ' קצ"א והכשרת היישוב**, פסי' 10 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 21.5.2018).

²⁰⁹ ראו דיון בפרק 1, § 11.

בחוק המקרקעין. עולה מכך שחווה בין יוצר לנאמן המכיל הסכמה חוזית כזו, ואינו מתייחס להקניית הרכוש הכפוף לנאמנות מהיוצר לנאמן, אינו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, ואינו טעון מסמך בכתב.²¹⁰ לעומת זאת, כאשר אותו חווה מכיל גם התחייבות של היוצר להעביר זכויות במקרקעין לנאמן, כדי שיחזיק בהן בכפוף לנאמנות, טעון החווה מסמך בכתב. ואילו במקרה שיוצר מכריז נאמנות על זכויות במקרקעין שכבר היו שלו קודם להכרזה, ומשנה את אופי החזקתו בזכויות אלה מבעלות לטובתו-שלו לבעלות בנאמנות, ההצהרה אינה מצריכה מסמך בכתב. גם מקום שיוצר אינו מעביר לנאמן את הזכויות במקרקעין שהוא כופף לנאמנות, אלא אך מקנה לנאמן את החזקה בזכויות אלה, או שליטה בהן שדי בה כדי לפעול בהן לפי הוראות היוצר, אין חווה הנאמנות מצריך מסמך בכתב. אין די באמור בפסקה זו כדי להצדיק את גישת בתי-המשפט המחוזיים ובתי-המשפט לענייני משפחה, שפסקו לא פעם כי ניתן לעשות חווה נאמנות בעל-פה גם אם הרכוש הכפוף לנאמנות כולל מקרקעין, מבלי שהבחינו בין הקניית הרכוש על-ידי היוצר לנאמן לבין ההסכמה שביניהם לפיה יחזיק הנאמן את הרכוש שקיבל בכפוף לנאמנות.²¹¹ נראה, אם כן, כי ראוי לבתי-המשפט לסייג את גישתם, ולהבהיר כי רק ההסכמה בין היוצר לנאמן באשר לקיום הנאמנות ותנאיה פטורה מדרישת הכתב, ואילו העברת הנכסים המוכפפים לנאמנות מהיוצר לנאמן כפופה לדרישה זו. גם ההבחנה שבפסק-הדין בעניין **עולי משהד** בין חווה נאמנות שנועד "לצורך השאלת שם", שאינו כפוף לדרישת כתב גם אם הנכסים עליהם אמורה הנאמנות לחול כוללים מקרקעין, לבין חווה נאמנות למטרה אחרת, הכפוף לדרישה כזו, בעייתית: לנאמנויות רבות מטרות מעורבות, מטרות משתנות, או מטרות שאינן ברורות גם ליוצר ולנאמן עצמם. ככל שלא הועלו על הכתב, מטרותיה של נאמנות קשות לזיהוי ולהוכחה. הכלל שהוצע בפרשת **עולי משהד** עלול להביא צדדים לנאמנות לטעון שמטרותיה התמצו בהשאלת שם, או חרגו מהשאלה כזו, על מנת לכפוף את הנאמנות לדרישת כתב או לפטור את הנאמנות ממנה, כל צד ועניינו. גישת הפסיקה, לפיה שום חווה נאמנות אינו טעון כתב, בין אם הרכוש הכפוף לנאמנות כולל מקרקעין ובין אם לאו, נראית גם, במבט ראשון, כסותרת את חוק המתנה. חוק זה רואה גם מתנה על תנאי, המחייבת את מקבלה לעשות מעשה בדבר-המתנה לטובת צד שלישי, ככפופה להוראותיו,²¹² ומורה בסעיף 5 בו כי "התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב". ניתן ליישב את הגישה האמורה שבפסיקה עם חוק המתנה באחת משתי דרכים. דרך **אחת** היא להניח, לאור ההבדלים בין דיני המתנה ודין הנאמנות, כי אף שמערכי נסיבות עובדתיים מסוימים עשויים להיחשב גם כמתנה וגם כנאמנות, שני מוסדות משפט אלה הם חלופות, ותחולתם אינה מצטברת. ההבדלים בין דיני המתנה ודין הנאמנות משמעותיים: כך למשל, נכסים שניתנו במתנה זמינים לנושי המקבל, גם אם המקבל חויב לעשות בנכסים אלה לטובת צד שלישי, ואילו נכסים הכפופים לנאמנות אינם זמינים לנושי הנאמן שנשייתם בו לא נוצרה עקב פעילותו כנאמן לפי אותה נאמנות.²¹³ דרך **שניה** היא להניח כי סעיף 5 לחוק המתנה חל על התחייבות היוצר להקנות לנאמן את הרכוש העתיד להיכפף לנאמנות, אך לא על ההסכמה החוזית שביניהם, שלפיה הנאמן יחזיק את המקרקעין בנאמנות עבור הנהנה. ניתן גם לגרוס כי במקרים בהם מותנה בחווה נאמנות כי נהנה מסוים, או שייקבע בעתיד, יקבל הנאה בנכסים הכפופים לה, גם ההסכמה החוזית בין היוצר לנאמן באשר להקצאת הנאה זו היא בגדר התחייבות לתת מתנה בעתיד, וככזו היא כפופה לדרישת הכתב שבחוק המתנה. טיעון אחרון זה אינו תקף לעניין תנאים בחוזי נאמנות המתירים לנאמן לחלק הנאה לנהנים, אך אינם מחייבים אותו לעשות כן. ככל שחווה נאמנות מחייב נאמן לחלק הנאה לנהנים, הוא כפוף לדרישת הכתב שבחוק המתנה, אלא אם תאמר שנאמנויות אינן כפופות לחוק זה כלל, בשל ההבדלים בין שני מוסדות משפטיים אלה. גם בהקשר זה, טוב היו בתי המשפט עושים אם היו מתייחסים במפורש לבעיית הממשק בין גישתם המקלה לדרישות הצורה החלות על חוזי נאמנות לבין הוראות חוק המתנה.

²¹⁰ גם כרם סבר (S 108, בעמ' 235), עוד קודם שזכויות נהנה לפי נאמנות מפורשת במקרקעין אופיינו, בפסקי-הדין בפרשות **אמסטור ועיריית חיפה**, לעיל ה"ש 79, כזכויות שביישר, שלנהנה לפי נאמנות אין זכויות בנכסים הכפופים לנאמנות, ולכן חווה נאמנות אינו "עסקה במקרקעין", והדרישה שבס' 8 לחוק המקרקעין אינה חלה על חווה נאמנות. במקום אחר סבר ש"כאשר צורה מסוימת לחווה היא תנאי לתוקפו של החווה משום היבטים מסוימים שבו, תחול דרישה זו גם על חווה הנאמנות המעורב באותו חווה": **כרם**, S 79, בעמ' 184. גם קביעה זו עולה בקנה אחד עם התפיסה שבטקסט, ככל שבמונח "חווה הנאמנות" הכוונה היא להסכמה החוזית בין היוצר לנאמן לפיה הנאמן יחזיק את הרכוש הכפוף לנאמנות בנאמנות עבור הנהנה, ואילו הסכמה לפיה היוצר יעביר לנאמן זכויות בנכס או נכסים, אותן יחזיק הנאמן בכפוף לאותה נאמנות, נתפסת כחווה אחר, המעורב בחווה הנאמנות, ושכתב הוא תנאי לתקפו.

²¹¹ ראו הפניות לעיל ה"ש 73.

²¹² ס' 4 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968, ס"ח 102.

²¹³ ס' 3(ב) לחוק הנאמנות; בחוק המתנה אין הוראה מקבילה.

§ 12 גישת הפסיקה, הפוטרת מדרישת הכתב חוזה נאמנות על מקרקעין, בצירוף העדרה מן המשפט הישראלי של חובה לרשום הערה על קיום הנאמנות במרשם בו רשומות זכויות הכפופות לה,²¹⁴ מאפשר יצירת נאמנויות במקרקעין, כמו בכל נכס אחר, בהעדר תיעוד כתוב כלשהו של קיום הנאמנות. מצב משפטי זה מאפשר יצירת זכויות הנאה בנכסים שאיש לבד מן הצדדים לחוזה הנאמנות, שהם בדרך כלל היוצר והנאמן, אינו מודע לקיומן. מצב זה מכביד על הוכחת קיום הנאמנות, ועלול להגדיל את הסיכון שנאמנים יכפרו בקיומה ויטענו שהזכויות שהוקנו להם בכפוף לה שייכות להם שלא בכפוף לנאמנות כלשהי, כמו גם את הסיכון להתגלעות מחלוקות אחרות. הוא עלול גם לאפשר הערמה על נושי היוצר, ובכללם מי שהיוצר הזיק להם וזכו בפסק-דין נגדו, רשויות המדינה ובני-זוג בהווה ולשעבר: היוצר עשוי לבצע העברת זכויות הנחזית כמתנה, תרומה או העברה בתמורה, כאשר הנעבר מתחייב להחזיק את הזכויות שהועברו בנאמנות עבור היוצר עצמו, לפי הוראות היוצר, או עבור צדדים שלישיים, אך להתחייבות זו אין כל תיעוד בכתב. צדדים שלישיים המקבלים נכסים וכספים הכפופים לנאמנות עשויים להתחייב מצדם, ללא תיעוד, להעביר את מה שיקבלו מהנאמן ליוצר או לפי הוראותיו, או להועיל ליוצר בדרך אחרת, כגון על-ידי אספקת טובין, שירותים או אשראי. בדרכים אלה עלול היוצר לשמור לעצמו הנאה מן הנכסים שהעביר לאחר, תוך שנושיו משוכנעים שנכסים אלה אינם כפופים עוד לנשייתם, ואינם מודעים להנאה ששמר היוצר לעצמו. האפשרות ליצור נאמנות במקרקעין ללא כתב עלולה גם להביא ליצירת נאמנויות על זכויות במקרקעין, ששוויין משמעותי, בלא הפעלת שיקול דעת הולם.

עיון במשפט המשווה מלמד כי עמדת הפסיקה הישראלית, שלפיה ניתן ליצור חוזה נאמנות על מקרקעין ללא כתב, חריגה. במדינות המשפט המקובל נדרש כתב כדי ליצור נאמנות על מקרקעין: באנגליה נהוגה עדיין הוראה שמקורה בסעיף 7 ל-Statute of Frauds מ-1677, שלפיה יצירת נאמנות מפורשת על מקרקעין צריכה להיות מתועדת בכתב החתום על-ידי אדם הכשיר ליצור אותה, או בצוואתו, אף שאין דרישה שתיווצר בכתב.²¹⁵ הוראות דומות נחקקו במדינות אחרות.²¹⁶ במדינות רבות בעולם המשפט המקובל מורה החקיקה בפשטות כי נאמנות במקרקעין ניתן ליצור רק בכתב החתום בידי היוצר או נציגו שהוסמך לכך בכתב.²¹⁷ הכרת רבות ממדינות המשפט המקובל בנאמנויות משתמעות במקרקעין מרוקנת מתוכן את דרישת הכתב האמורה.²¹⁸ במדינות ששיטות המשפט שלהן מבוססות על מסורת המשפט הקונטיננטלית נדרש כתב כדי ליצור כל נאמנות שהיא, יהיה אשר יהיה הרכוש הכפוף לה.²¹⁹ מדינות offshore מסוימות, המעצבות את דיני הנאמנות שלהן על מנת שמי שאינם תושביהן יחילו דינים אלה על נאמנויות שאותן הם יוצרים או מנהלים, ונוטות משום כך לדין מתירני, דורשות רק כי נאמנויות על מקרקעין המצויים בתחומה של המדינה המחוקקת יבואו לידי ביטוי במסמך כתוב כלשהו.²²⁰ עמדתה הנוכחית של הפסיקה הישראלית מתירנית אף יותר מהדין במדינות מתירניות אלה.

²¹⁴ סי' 4 לחוק הנאמנות.

²¹⁵ ראו כיום (Eng.) 53(b) §, 15 & 16 Geo. 5, c. 20, Law of Property Act, 1925. מקורה של הוראה זו ב-Statute of Frauds, 1677, 29 Cha. 2, c. 3, § 7. סעיף-קטן (c) 53 קובע כי המחאת זכות שביישר לפי נאמנות חייבת להתבצע בכתב ובחתימת הממחה או נציגו שהוסמך בכתב, או בצוואת הממחה. סעיף-קטן (d) 53 מורה כי אין בהוראות הסעיף כדי לפגוע ביצירתן או פעולתן של נאמנויות משתמעות, תוצאתיות וקונסטרוקטיביות. ראו גם Scott, § 6.2.

²¹⁶ ראו למשל § 4-59-10 ARK. CODE ANN. (ארקנסו); Cal. Probate Code § 15206 (West 2020) (קליפורניה); FLA. STAT. § 689.05 (פלורידה).

²¹⁷ ראו למשל § 19-3B-1301 ALA. CODE (אלבמה); § 09.25.010 ALASKA STAT. (אלסקה); Civil Law (Property Act) D.C. CODE § 8- (קולורדו); § 38-10-106 COLO. REV. STAT. (קולורדו); § 201(2) ACT) 2006 (טריטורית הבירה האוסטרלית); § 3503 (מחוז וושינגטון הבירה).

²¹⁸ ראו למשל § 53(d) §, 15 & 16 Geo. 5, c. 20, Law of Property Act, 1925, (אנגליה), הנדון לעיל ה"ש 85; Conveyancing and Property Ordinance, (1984) Cap. 219, § 5(2) (הונג קונג); הוראות דומות מצויות בחקיקה של מחוזות אוסטרליה השונים, של ניו-זילנד, של סינגפור ושל מדינות נוספות.

²¹⁹ ראו למשל § 969, 1669 Código Civil y Comercial de la Nación, (ארגנטינה); § Código de Comercio, 1411 (בוליביה); Zhōngguó rénmin gònghéguó de xintuō fǎ (中國人); § 1228 Código de Comercio, (קולומביה); Ley 189-11 Para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana [Law for the Development of the Mortgage Market and the Trust in the Dominican Republic], § 51 (הרפובליקה הדומיניקנית); Dubai International Financial Center Trusts Law 2018, § 33(2) (המרכז הפיננסי הבינלאומי של דובאי); Samokalako Kodeksi (בליז); § 727 Civil Code] 2007 (גיאוורגיה).

²²⁰ ראו למשל § 5(4) Belize, Trusts Act, 1992, c. 5, (בליז); § 4(4) Anguilla, Trusts Act, 2014, c. 3, (אנגילה).

אני סבור כי ראוי לתקן את הדין כך שיקבע כי חוזה נאמנות על מקרקעין יש לעשות בכתב, וכי אין מכירים בנאמנויות משתמעות על מקרקעין. אין לפגוע בדין המכיר בנאמנויות תוצאה ובנאמנויות קונסטרוקטיביות במקרקעין. אף שזכותו שבישור של נהנה לפי נאמנות על מקרקעין אינה בגדר "זכות במקרקעין" על פי דין, חוזה נאמנות על מקרקעין עשוי לזהות את בעליהן העתידיים של זכויות במקרקעין. מצב שבו זהות בעלים עתידיים כאלה נקבעה, אך לא באה לידי ביטוי כתוב, עלול, בהינתן הערך הכספי הגבוה של מקרקעין בישראל, להרבות סכסוכים והליכים משפטיים. מצב שבו פלוני מחזיק בזכויות במקרקעין כנאמן, אך היותו נאמן אינה מתועדת במסמך כתוב כלשהו, עלול, כאמור למעלה, גם לאפשר הכחשה מצד הנאמן של מעמדו ככזה והערמה מצד היוצר על נושיו. גם כאשר נמסר לנאמן כוח להקצות זכויות במקרקעין הכפופים לנאמנות והנאמן טרם השתמש בו, כך שהנהנים העתידיים מזכויות אלה טרם נקבעו, קיום כוח הקצאה כזה עשוי לשנות את התמריצים הפועלים על המועמדים להנאה מן הקצה אל הקצה. ככל שהיוצר הורה לנאמן להתחשב, בהפעלת כוח ההקצאה שנמסר לו, במאפיינים מסוימים של המועמדים להנאה, עשויים המועמדים, אם ידעו על הנאמנות וההוראה האמורה, להשתדל לרכוש להם מאפיינים אלה, כגון השכלה גבוהה, קריירה או צאצאים. היות זכויות הנאמן במקרקעין כפופות לנאמנות משנה גם את מצבם של נושיו שלא במסגרת הנאמנות, בני- ובנות זוגו של הנאמן ויורשיו או המקווים לרשתו. אכן, לעתים יש ליוצרי נאמנות סיבות לשמור את יצירתה בסוד. כך הוא, למשל, כאשר יוצר הנאמנות מקצה הנאה לפלוני ולא לאלמוני והדבר עלול ליצור סכסוך ביניהם ובין אלמוני ליוצר. אולם הדרישה שחוזה נאמנות על מקרקעין ייעשה בכתב אינה מחייבת את חשיפת החוזה בפני מי שאינם צדדים לו.

ייתכן שהשיקולים שהבאתי כאן מצדיקים דרישה כי כל נאמנות שאינה תוצאתית או קונסטרוקטיבית, יהיה אשר יהיה הרכוש הכפוף לה, תיווצר בכתב, כמקובל בשיטות המשפט המבוססות על המסורת הקונטיננטלית. המלצתי להתנות בדרישת כתב יצירת נאמנויות על מקרקעין בלבד מבטאת את נטיית משפטנו להשית דרישות כתב רבות יותר על הקצאות של זכויות במקרקעין מאשר על הקצאות של זכויות בנכסים אחרים.

ד. מתי מתחילה נאמנות?

§ 13 לשאלה מתי נכנסת נאמנות לתקפה עשויה להיות חשיבות רבה. מועד תחילתה של נאמנות הוא מועד תחילתן של חובות הנאמן, כגון חובות השמירה, הניהול והפיתוח של נכסי הנאמנות לפי סעיף 10 לחוק, החובה לפעול להשגת מטרת הנאמנות לפי אותו סעיף, וחובות ניהול החשבונות ומתן הדיווח על ענייני הנאמנות לנהנים לפי סעיף 7 לחוק. מועד תחילתה של נאמנות אינו מובן מאליו. זמן רב עשוי לחלוף, למשל, בין מועד עשיית חוזה הנאמנות או כתב ההקדש לבין מועד העברת הנכסים המוכפפים לנאמנות או להקדש לידי הנאמן. בשיטות משפט אחרות ישנן שתי גישות עיקריות לעניין מועד תחילת נאמנות. בשיטות המשפט המבוססות על המסורת הקונטיננטלית מקובל לקבוע את תחילת הנאמנות במועד עשיית כתב הנאמנות: כך עשו, למשל, המחוקקים הסיני והיפני.²²¹ גם המחוקק הצרפתי, המכיר רק בנאמנות הנוצרת בחוק ובזו הנוצרת בחוזה, קבע כי נאמנות הנוצרת בחוזה מתחילה עם כריתת החוזה, כלומר כשנדע למציע על הקיבול.²²² בשיטות המשפט המקובל מתחילה נאמנות עם הכרזת היוצר עליה, ככל שהכריז כי יחזיק בעצמו בנכסים הכפופים לנאמנות כנאמן ונכסים אלה כבר היו בבעלותו בעת ההכרזה; אך ככל שהיוצר הכריז כי יעביר את הנכסים הללו לאחר, שיכהן כנאמן, מתחילה הנאמנות רק עם העברת הנכסים לאותו אחר.²²³

²²¹ חוק הנאמנות הסיני, לעיל ה"ש 89, בס' 8; § 4(1) of 2006, Law No. 108 of 2006, Shintaku-hō (信託法) [Trust Act]. (יפן). המחוקק היפני קבע הוראה נפרדת לעניין תחילתו של כל סוג נאמנות, תוך שהוא מסווג נאמנויות לפי דרך יצירתן: נאמנות הנוצרת בחוזה מתחילה עם עשיית החוזה, נאמנות הנוצרת בצוואה מתחילה כשהצוואה נכנסת לתקפה (שם, ס' 4(2)), נאמנות הנוצרת בפני נוטריון מתחילה כשהנוטריון מאמת את המסמך (שם, ס' 4(3)(i)), ונאמנות הנוצרת במסמך אחר מתחילה כשניתנת הודעה אודות יצירת הנאמנות ותוכנה, במסמך נושא תאריך, לאחד לפחות מן הנהנים לפיה (שם, ס' 4(3)(ii)). סעיף-קטן 414 קובע שכשכתב נאמנות קובע במפורש את זמן תחילתה, או מתנה את תחילתה בקיום תנאי, הנאמנות תתחיל בזמן הנקוב בו או עם קיום התנאי. ראה דיון אודות מועד תחילת נאמנות הנוצרת בחוזה בדין היפני, הטייוואני והדרום קוריאני אצל Ying-Chieh Wu, *Trusts Reimagined: The Transplantation and Evolution of Trust* (forthcoming), *Law in Northeast Asia*, AMERICAN J. COMP. L. 1, 12 (2020).

²²² § 2012 CODE CIVIL, (הדרכים המוכרות ליצירת נאמנות), 1121 (מועד כריתת חוזה) (צרפת).

²²³ ראו למשל Underhill § 9.1, 9.15 (הדין האנגלי); Scott § 3.1, 5.2 (הדין האמריקני).

בדין הישראלי נקבע מועד תחילה לנאמנויות משני סוגים: לעניין הקדשים נקבע בסעיף 17(ב) לחוק הנאמנות כי "תחילתו של הקדש היא עם העברת השליטה בנכסי ההקדש לידי הנאמן", ולעניין הנאמנות הקונסטרוקטיבית הקמה על זכויות במקרקעין אגב מכירתן נקבע בפרשת **צימבלר** כי תקום רק עם תשלום מלוא המחיר על-ידי הקונה.²²⁴ אין במשפטנו הכרעה מפורשת לעניין מועד תחילתן של נאמנויות הנוצרות בחוק, בפסק-דין ובחווזה, ככל שהדבר לא נקבע מפורשות בחוק, בפסק-הדין או בחווזה שיצר אותן. כרם סבר כי "כריתת חווזה, שנושאו עסקת-נאמנות, יוצרת רק מערכת של התחייבויות הדדיות. כל עוד לא ניתן לנאמן להחזיק או לפעול בנכס, לפנינו רק חווזה אשר על-פיו עשויה להיווצר נאמנות. זיקת נאמנות נוצרת בשעה שלנאמן ניתן להחזיק או לפעול בנכס. כדי שתחל הנאמנות, יש להקנות לנאמן אותה מידת שליטה בנכס, הדרושה למילוי תפקידיו".²²⁵ השקפה זו הולמת את הדין בשיטות המשפט המקובל. היא גם עולה בקנה אחד עם דיני המכר שלנו, שלפיהם הבעלות בממכר עוברת, כברירת מחדל, רק במסירתו.²²⁶

ואכן, דומה שלשון הגדרת הנאמנות שבסעיף 1 לחוק הנאמנות מחייבת השקפה שלפיה נאמנות מתחילה רק כשנוצרת זיקה בין הנאמן לבין הנכסים המוכפפים לנאמנות. אם "נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו", קשה לטעון שהנאמנות מתחילה בטרם נוצרה זיקה בין הנאמן לבין הנכס הרלבנטי. גם מבחינה מהותית, אין זה ראוי לכפוף את הנאמן לחובות הממוקדות בשמירה על הנכס, בפיתוחו, בהשאת ערכו ובעשייה בו לטובת הנהנים או מטרת הנאמנות כל עוד לא הוקנתה לנאמן זיקה באותו נכס. כשיש צורך להחיל חובות של נאמן על מי שהתחייב בחווזה להיות נאמן, אף שטרם נוצרה זיקה בין המתחייב לבין נכסי הנאמנות העתידה, ניתן להשתמש בדוקטרינה המכונה במשפט האנגלי trust of a promise. לפי דוקטרינה זו, התחייבות היוצר בחווזה הנאמנות ליצור זיקה בין הנאמן העתידי לבין נכסי הנאמנות העתידה היא-עצמה נכס, שלנאמן זיקה מספקת אליו כדי לכפוף אותו לחובות של נאמן החל ממועד כריתת החווזה.²²⁷

ה. הסעיף בהצעת חוק דיני ממונות

§ 14 בהצעת חוק דיני ממונות מוצע להחליף את נוסח הסעיף הקיים בנוסח הבא: "נאמנות נוצרת על פי דין, על פי חווזה עם הנאמן או על פי כתב נאמנות חד-צדדי שבהם מביע יוצר הנאמנות את רצונו ליצור נאמנות, וקובע את נכסיה, מטרותיה ותנאיה".²²⁸ בנוסח המוצע מספר שינויים בהשוואה לנוסח הקיים. ראשית, ההתייחסות שבחוק הקיים ליצירת נאמנות בחוק הוחלפה בהתייחסות ליצירת נאמנות בדין. לפי דברי ההסבר להצעה, "המילה 'חוק' שבסעיף 2 לחוק הנאמנות הוחלפה במילה 'דין' כדי להבהיר כי פרק הנאמנות מיועד לחול גם על נאמנות קונסטרוקטיבית". שינוי זה ראוי בעיני, משום שבהחלת פרק הנאמנות שבהצעת החוק על נאמנות קונסטרוקטיבית יש כדי לצמצם את אי-הוודאות המאפיינת את הדין החל על נאמנויות מסוג זה. שנית, מחליפה הצעת החוק את המונח "כתב הקדש" שבחוק הנאמנות במונח "כתב נאמנות חד-צדדי". גם הצעה זו ראויה, משום שהמובן שניתן בחוק הנאמנות למונח "כתב הקדש" – כתב חתום בידי יוצר ההקדש בפני נוטריון, צוואה של יוצר ההקדש, למעט צוואה בעל-פה, והוראה לגוף מוסדי לשלם, עם מותו של אדם, את תגמולי הביטוח או הכספים שגוף מוסדי מנהל עבור נותן ההוראה, לנהנה מסוים או לנהנים מסוימים – הקשה על הבנת החוק והשימוש בו. בד בבד, יש להצר על כך שהנוסח המוצע מוסיף לדבר על "חווזה עם הנאמן", אף שכפי שהערתי, ניתן ומקובל ליצור נאמנות גם בחווזה שהנאמן העתידי אינו צד לו.²²⁹

סעיף אחר בהצעה מורה כי הוראות פרק המתנה שבה "יחולו, בשינויים המחויבים, על כל חווזה בלא תמורה".²³⁰ היות שפרק המתנה בהצעה משמר, בניסוח שונה, את הוראת סעיף 5 לחוק המתנה

²²⁴ **צימבלר**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 66. בדין האנגלי נקבע, לעומת זאת, כי נאמנות זו קמה מיד עם עשיית חווזה המכר: 31.1 s, Underhill.

²²⁵ **כרם**, § 84, בעמ' 189.

²²⁶ ס' 33 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, ס"ח 98.

²²⁷ לדיון בדוקטרינה זו ראו פרק 1, ה"ש 40, המקורות הנזכרים בה והטקסט להערה זו.

²²⁸ הצעת חוק דיני ממונות, ס' 564.

²²⁹ ראו § 2 למעלה, בטקסט לה"ש 15.

²³⁰ הצעת חוק דיני ממונות, ס' 177.

לפיה "התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב",²³¹ נראה כי אם תהפוך ההצעה לחוק, יהיו חוזי נאמנות כפופים לדרישת כתב, אלא אם השוני שבין מתנות לנאמנויות ייראה כמחייב את החרגת האחרונות מדרישה זו. דרישת הכתב שבדיני המתנה לא תחול על חוזי נאמנות שהנהנה לפיהם נותן תמורה. לאור הכרת הפסיקה בסודיות כתכלית של מוסד הנאמנות,²³² ייתכן כי חוזי נאמנות אכן יוחרגו מדרישת הכתב החלה על חוזי מתנה. אך לאור שיקולי המדיניות שנדונו לעיל,²³³ המחייבים הכפפת חוזי נאמנות לדרישת כתב, ראוי להימנע מהחרגה זו.

²³¹ שם, ס' 181, המורה כי "התחייבות להקניית מתנה טעונה כתב המשקף את גמירת דעתו של המתחייב להקניית המתנה".
²³² ע"א 5955/09 אמסטר נ' טאובר-טוב, פ"ד סה(1) 532, 555 (2011) ("פומביות המרשם אינה הכרח בדיני הנאמנות ואף עשויה לפגוע במוסד. למשל, עצם ההסכמה היא שיש צד אחד, אשר כלפי חוץ מהווה "בעלים", וצד אחר אשר כלפי פנים הוא-הוא בעל זכות הקניין. כפיית הוראה של פומביות ההסדר בין השניים עלולה לפגוע בתכליתו של חוזה הנאמנות ובמטרותיו").
²³³ ראו § 12 לעיל.