

דין הנאמנות בישראל: מאבני נגף לאבני חן?

מאת

אדם חפרי-וינוגרדוב*

משטר הנאמנות הישראלי שלפי חוק הנאמנות היה, בעת שנחקק, חריג בקרב משטרי הנאמנות בעולם. בניגוד לרובם המכריע של משטרים אלה, החוק התיר יצירתה של נאמנות ללא העברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות; לא הגביל את משך הנאמנות; יצר שני משטרי נאמנות שונים, שתחולת אחד מהם תלויה בדרך יצירת הנאמנות; וקבע נורמה מחדלית לפיה זכותו של נהנה על פי אחד ממשטרים אלה אינה ניתנת להמחאה, לשעבוד או לעיקול. בחוק הוטחה ביקורת חריפה, ובהצעת חוק דיני ממונות מוצע למחוק את רוב היבטי משטר הנאמנות הישראלי שהפכו אותו לחריג בין-לאומי. אך הצעה זו מקודמת באטיות רבה, ובינתיים עבר גל גדול של שינויים על משטרי הנאמנות שבשיטות משפט אחרות, שקירב רבות מהן דווקא לאותם היבטים של משטר הנאמנות הישראלי שעליהם נמתחה בארץ ביקורת חריפה ושאותם מוצע בהצעת חוק דיני ממונות לנטוש. המאמר בוחן מחדש את היבטיו יוצאי הדופן של משטר הנאמנות הישראלי הקיים ובודק אם אכן מדובר ב"אבני נגף", כפי שכינה אותם יהושע ויסמן, או שמא היבטים אלה הם דווקא אבני חן בכתרו של המשפט הישראלי. אני מסיק כי יש מקום להכניס במשטר הנאמנות הישראלי שינויים ניכרים.

מבוא. א. נאמנות ללא העברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן. 1. החידוש העולמי שבסעיף 1 לחוק והגורמים לו; 2. עלייתה העולמית של הנאמנות ללא העברת הבעלות מאז 1979; 3. האם ראוי להוסיף ולאפשר נאמנות בלא העברת בעלות? ב. היעדר הגבלה על משך הנאמנות. 1. הכלל נגד הנצחיות בדין הישראלי; 2. שקיעת הכלל בשיטות משפט זרות וסיבותיה; 3. הגבלת משך הנאמנות בישראל: כיוונים לעתיד; ג. דיני תחרות בהקשר הנאמנות: בין נהנים, רוכשים ונושים. 1. פשוטו של חוק; 2. תחרות בין הנהנה לנושה פרטי של הנאמן; 3. תחרות בין הנאמן, הנהנה ונושה הנאמן במסגרת פעילותו כנאמן; 4. תחרות בין הנהנה לרוכש רכוש הכפוף לנאמנות מהנאמן; ד. נאמנויות שימור נכסים (Asset Protection Trusts): הנאמנות כמסחור מפני נושים. ה. ברירת הדין בנאמנויות. ו. סיכום.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. בכתבת מאמר זה השתמשתי במענק מחקר אישי מס' 333/10 של הקרן הלאומית למדע. אני מודה לשלמה כרם, למיכאל שייך ולאילה פרוקצ'יה על שהעניקו לי ראיונות. על הערות מחכימות, תודה לחנוך דגן, ליהושע ויסמן, לסיליה וסרשטיין-פסברג, לאיל זמיר, לחיים זנדברג, לרונית לוי-שנור, לדפנה לוינסון-זמיר, לרוני נאור-חפרי, לאסף פוזנר, לשלי קרייצר-לוי, למיכל שור-עופרי ולמשתתפי הסדנה למשפט פרטי ומסחרי בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית והכנס החמישי של האגודה הישראלית למשפט פרטי. אני מודה לשלומי בלבן, ליעל וקסמן, לשי בלץ, לעמוס ויצמן ולגדי וייס על עזרה במחקר, וכן לעורך כתב העת משפטים, אור יהלום, ולחברי המערכת, על העבודה שהשקיעו ועל הערותיהם החשובות.

מבוא

הנאמנות היא צורה משפטית שלפיה יוצר מעביר נכס לניהולו או להחזקתו של נאמן, עבור נהנה או למטרה אחרת. כמו לחוזה, לנאמנות שימושים בכל תחומי החיים. משתמשים בה כדי לחלק זכויות ברכוש משפחה בין בני משפחה שונים, בזה אחר זה או בד בבד; כדי לצמצם את נטל המס שלו כפוף רכושם של יחיד או קבוצה; כדי להקדיש כספים ונכסים לצורכי צדקה, כגון בריאות הציבור, דת, חינוך וצמצום העוני; כדי לתמוך בבני משפחה חסרי ישע, חסרי כשרות משפטית או שאינם מסוגלים להתנהל עצמאית מבחינה כלכלית; כדי להחזיק בכספים במהלך ביצוע חוזה; כדי להחזיק בנטוה שנתן לונה למלווה יחיד או לרוכשי איגרות חוב שהוציא; כדי להרחיק רכוש מהישג ידם של נושים; כתחליף לתאגיד או כחלק ממבנה החזקות הכולל נאמנות ותאגיד; לשם כינוס נכסי פושט רגל וחלוקתם, או ככלי חלופי להליך פשיטת הרגל; כדי להפריד את רכוש לקוחותיו של בעל מקצוע, כגון עורך דין, מרכושו הפרטי; ככלי לניהול השקעות, בין של משקיע בודד ובין של משקיעים רבים, שכספים שהשקיעו מנוהלים יחד כקרן פנסיה, קרן להשקעות משותפות בנאמנות, קופת גמל או קרן אחרת; כדרך המקובלת להחזקת מניות, הרשומות במרשם בעלי המניות על שם חברה לרישומים, המחזיקה בהן בנאמנות עבור המשקיעים, המכונים "בעלי המניות"; כמנגנון להפעלת זכויות ההצבעה של "בעלי המניות", ועוד ועוד.

משטר הנאמנות הישראלי שלפי חוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות או החוק) היה, בעת שנחקק, חריג בקרב משטרי הנאמנות בעולם. בניגוד לרובם המכריע של משטרים אלה, החוק התיר יצירתה של נאמנות ללא העברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן;¹ לא הגביל את משך הנאמנות;² יצר שני משטרי נאמנות שונים שתחולת אחד מהם תלויה בדרך יצירת הנאמנות;³ וקבע נורמה מחדלית שלפיה זכותו של נהנה על פי אחד ממשטרים אלה אינה ניתנת להמחאה, לשעבוד או לעיקול.⁴

בכירים בקהילות המשפטית והבנקאית בארץ הטיחו בחוק ביקורת חריפה עוד במהלך הליכי החקיקה.⁵ זאב צלטנר, למשל, טען כי הצעת החוק אינה מגנה דיה על הנושאים ונותנים עם נאמנים מפני ההשלכות של היות הנכס מושא העסקה כפוף לנאמנות.⁶ עוד טען כי משעה שזכות תביעה לאכיפת החוזה הוענקה בחוק החוזים (חלק כללי) לנהנים לפי חוזה שלא היו צד לכריתתו,⁷ והקשרים ספציפיים שבהם נעשה שימוש בנאמנויות, כגון ההשקעה

- 1 ס' 1 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות או החוק); ראו דיון להלן בפרק א.
- 2 ראו דיון להלן בפרק ב.
- 3 משטר הנאמנות שבפרק א לחוק חל על כל נאמנות שהחוק חל עליה, ואילו זה שבפרק ב לחוק חל רק על נאמנות הנוצרת על פי כתב הקדש. ראו דיון להלן בה"ש 237 ובטקסט הצמוד לה.
- 4 ס' 20 לחוק הנאמנות; ראו להלן דיון בפרק ד.
- 5 תהליך הניסוח והחקיקה נמשך למעלה משבע-עשרה שנה (1962-1979). ראו להלן דיון בה"ש 40-60 ובטקסט הצמוד להן.
- 6 Ze'ev Zeltner, *The Trusts Bill, 1974*, 2 TEL AVIV U. STUD. L. 88, 90-91 (1976)
- 7 ס' 34-38 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

בקורות נאמנות וההחזקה באגרות חוב, הוסדרו בדברי חקיקה ספציפיים,⁸ אין עוד צורך בקליטת דיני הנאמנות הכלליים בשיטת המשפט הישראלית.⁹ כמו צלטנר, גם זאב ברוכשטיין מאיגוד הבנקים תמה על בחירת מנסחי הצעת החוק שלא לדרוש כי הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות תועבר לנאמן.¹⁰ החוק נתקל בכיקורת עזה גם לאחר חקיקתו. ראש למבקרים היה יהושע ויסמן. במאמרו החשוב, "אבני נגף בחוק הנאמנות", סבר ויסמן 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.¹¹ עוד טען ויסמן כי אי-הגבלת משך הנאמנות מזיקה;¹² כי החוק מכיל סתירות בשאלת פתרון תחרות זכויות בין נהנה לבין מי שרכש נכס נאמנות מאת נאמן שהפר את תנאי הנאמנות או חובה הנובעת ממנה¹³ וכי ההגנה שהחוק פורס על זכותו של נהנה לפי נאמנות שנוצרה בכתב הקדש באמצעות חיסונה מפני נושיו, מוגזמת ביותר בהיקפה.¹⁴

הביקורת החריפה שנמתחה על משטר הנאמנות הישראלי, ובעיקר זו של ויסמן, מצאה לה ביטוי בפרק הנאמנות שבהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011 (להלן: הצעת הקודקס), האמורה להחליף שורה של חוקים במשפט הפרטי ובהם חוק הנאמנות.¹⁵ אם תהפוך הצעת הקודקס לחוק, יחול במשטר הנאמנות הישראלי שינוי רב-ממדי, ורוב היבטי המשטר שהפכו אותו לחריג בין-לאומי עם חקיקת חוק הנאמנות ב-1979 ישונו או יימחקו. לפי הצעת הקודקס, נאמן יהיה חייב להיות בעלי הנכסים הכפופים לנאמנות שבניהולו;¹⁶ משך הנאמנות יוגבל למקסימום של מאה שנים מאז יצירת הנאמנות או מות היוצר;¹⁷ שני משטרי הנאמנות השונים שבחוק יאוחדו; הסתירה שבחוק לעניין תחרות זכויות בין נהנה לבין רוכש נכס הכפוף לנאמנות מנאמן מפר תתוקן;¹⁸ והמגבלה על כוח נושיו של נהנה לעקל את זכויותיו שלפי הנאמנות תבוטל.¹⁹

- 8 בזמן שפרסם צלטנר את מאמרו היו אלה חוק להשקעות משותפות בנאמנות, התשכ"א–1961 וס' 123(4), 124 ו-128 לפקודת החברות, חא"י כב 155. כיום הוחלפו חיקוקים אלה בחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד–1994, ו-ס' 35א–235 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968, בהתאמה.
- 9 Zeltner, לעיל ה"ש 6, בעמ' 93–95.
- 10 שם, בעמ' 88; זאב ברוכשטיין "הצעת חוק הנאמנות, תשל"ה–1974 והשפעתה על מערכת הבנקאות בישראל" רבעון לבנקאות 18, 63, 64–65 (1977).
- 11 יהושע ויסמן "אבני נגף בחוק הנאמנות" עיוני משפט ז 282, 286 (1980).
- 12 שם, בעמ' 289–295.
- 13 שם, בעמ' 299–303.
- 14 שם, בעמ' 303–314.
- 15 ס' 563–593 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח הממשלה 712 (להלן: הצעת הקודקס).
- 16 שם, בס' 563 "נאמן הוא בעלים של נכס, החייב לפעול לגביו לטובת אדם (בפרק זה – הנהנה) או למטרה אחרת".
- 17 שם, בס' 588 (ב) ("חלפו מאה שנים ממועד יצירתה של נאמנות, ובנאמנות שנוצרה כאמור בסעיף 565(2) או (3) [בצוואה, או על ידי מתן הוראה למבטח או חברה מנהלת – אח"ן] – ממועד פטירתו של יוצר הנאמנות, בטלה הנאמנות").
- 18 במחיקתם של ס' 5 ו-14 לחוק, הסותרים זה את זה, והחלפתם בהסדר שבס' 511(א) בצירוף ס' 511(ג)(2) להצעת הקודקס, לעיל ה"ש 15. ראו דיון להלן בפרק ג.
- 19 ס' 582 להצעת הקודקס, לעיל ה"ש 15, קובע נורמה מחדלית שלפיה זכותו של נהנה אינה ניתנת להמחאה או לשעבוד אך אינו אומר דבר על עיקול הזכות.

היזמה שבהצעת הקודקס לשינוי רחב היקף במשטר הנאמנות הישראלי, המקודמת לאטה,²⁰ משקפת עמדה שלפיה היבטיו יוצאי הדופן של משטר זה אינם מקובלים ואינם מוצדקים. אך בעוד המחוקק הישראלי מתמהמה, עבר גל גדול של שינויים על דיני הנאמנות שבשיטות משפט אחרות, שקירב רבות מהן דווקא לאותם היבטים של משטר הנאמנות הישראלי שנתפסו ב-1979, כמו גם בעיני מעצבי פרק הנאמנות שבהצעת הקודקס, כיוצאי דופן שלא לטובה.²¹ שש שיטות משפט זרות הצטרפו לשיטה הישראלית בהתירן יצירת נאמנות ללא העברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן.²² שיטות משפט רבות אחרות, המחייבות את הנאמן להיות בעלי הנכסים הכפופים לנאמנות, מתירות כיום ליוצר הנאמנות לשמור לעצמו כוח כה רב לכונן את מעשי הנאמן ולשלוט ברכוש הכפוף לנאמנות, עד שמעמדו המעשי של יוצר כזה אינו שונה הרבה ממעמד בעלים.²³ עשרות שיטות משפט ברחבי העולם, כולל אלה של רוב מדינות ארצות הברית, ביטלו את ההגבלות שנהגו בהן על משך הנאמנות או האריכו את המשך המרבי המותר למאות שנים.²⁴ עשרות שיטות משפט גם תיקנו את דיניהן לעניין שריון זכויות הנהנה בפני נושיו, אך בכיוון ההפוך לזה המוצע בהצעת הקודקס: האיסור על שריון כזה במקרה שבו הנהנה הוא יוצר הנאמנות בוטל.²⁵

השינויים הגורפים בדיני הנאמנות בעולם, בכיוון שונה מאוד מזה של השינויים המוצעים בהצעת הקודקס, יוצרים צורך בדיון מחודש ביחודו של משטר הנאמנות הישראלי הקיים ובשינויים המוצעים כעת. הכנסת שינויים בדין זר כלשהו אינה, כמובן, כשלעצמה טעם נורמטיבי המורה כי נכון לעצב את דין הנאמנות הישראלי כך או אחרת. אך למעשה, המחוקק הישראלי נוהג לחוקק על יסוד מודעות לדרכים שבהן מוסדרות הסוגיות שבהן הוא עוסק בשיטות משפט אחרות; כך בכלל וכך בדיני הנאמנות. ההיסטוריה החקיקתית של משטר הנאמנות הישראלי הקיים, כמו גם זו של היזמה שבהצעת הקודקס לערוך במשטר זה שינוי רב-ממדי, מלמדות כי יוצרי המשטר וההצעה לתקנו ביססו את עמדותיהם בין היתר על המידע שהיה ברשותם באשר לתוכני משטרי נאמנות זרים בזמנים שבהם גובשו המשטר וההצעה.²⁶ היזמה שבהצעת הקודקס לשינוי משטר הנאמנות הישראלי מבוססת בין היתר על חריגותם של כמה מהיבטיו לעומת משטרי נאמנות זרים, כמצבם לפני למעלה משלושים שנה. השינויים העמוקים שנערכו מאז במשטרי נאמנות זרים רבים מצריכים אפוא עיון חוזר במשטר הקיים ובשינויים שמוצע להכניס בו. טעם נוסף

20 פרק הנאמנות שבהצעת הקודקס עוצב בסדרת ישיבות של "ועדת הקודיפיקציה" שהתקיימו בין ה-16.1.94 ל-16.6.98. הצעת הקודקס אושרה בקריאה ראשונה ביוני 2011. ועדת החוקה, חוק ומשפט קיימה כמה ישיבות בנושא בין נובמבר 2011 למאי 2012. מאז לא התקיימו ישיבות בנושא.

21 לדיון בגל השינויים ראו מאמרי Adam Hofri-Winogradow, *The Stripping of the Trust: from Evolutionary Scripts to Distributive Results*, 75 OHIO ST. L.J. 529 (2014); Adam Hofri-Winogradow, *The Stripping of the Trust: a Study in Legal Evolution*, 65 U. TORONTO L.J. 1 (2015).

22 ראו דיון להלן בפרק א.2.

23 ראו להלן טקסט נלווה לה"ש 75-76.

24 ראו דיון להלן בפרק ב.2.

25 ראו דיון להלן בפרק ד.

26 ראו הדיון בהיסטוריה החקיקתית להלן, בעיקר בפרקים א.1 ו-ד.

לשוב ולעיין במשטר הנאמנות הישראלי על רקע השינויים בדיני הנאמנות בעולם נעוץ בכך שיוצרי נאמנות נהנים כיום מחופש בחירה כמעט מלא של הדין שיחול על נאמנות שיצרו.²⁷ שינויים בתוכני דיני הנאמנות שבשיטות משפט זרות עשויים אפוא להשפיע על מידת השימוש בפועל במשטר הנאמנות הישראלי. מסיבות אלה הולידו השינויים בסביבתו הנורמטיבית של משטר הנאמנות הישראלי צורך בבדיקה חוזרת: האומנם ראוי גם כיום להתייחס להיבטי המשטר, שהיו יוצאי דופן בעת חקיקת חוק הנאמנות, כאל אבני נגף שיש לסלק? או שמא מדובר באבני חן שיש לשמר, כולן או חלקן?

המאמר הנוכחי יוקדש לבירור שאלה זו ולהתוויית פתרונות ראויים לסוגיות הרלוונטיות. אלך בעקבות מאמרו הקלסי של פרופ' ויסמן: אעסוק בעיקר בנושאים שבהם עסק, ובאותו סדר. לעניין כל נושא ונושא, אציג את הבעיה, אתאר את ההתפתחויות הרלוונטיות בארץ ובעולם מאז חקיקת החוק ואסיים בדיון נורמטיבי בפתרון הרצוי. פרק א יעסוק באפשרות שיצר החוק ליצור נאמנות מבלי להעביר את הבעלות ברכוש הכפוף לנאמנות לנאמן. לאחר דיון בהתקבלותו של מודל נאמנות חדשני זה בשש שיטות משפט נוספות מאז 1979 אציע כי בניגוד למוצע בהצעת הקודקס, לא רק שראוי לשמר את האפשרות האמורה, אלא אף יש לתקן את הדין כדי לעודד את השימוש בה בפועל. פרק ב יעסוק בהיעדרה של הגבלה על משך הנאמנות מן החוק. אדון בדעיכתו של "הכלל נגד הנצחיות" (The Rule Against Perpetuities), שאסר בעבר על קיום נאמנויות האמורות להתקיים יותר מכמאה שנים, בשיטות משפט רבות בעולם, ובסיבות לדעיכה זו. לאחר דיון נורמטיבי בנושא אסיק כי יש לקבוע כי משכן של נאמנויות יוגבל למאה ושישים שנים מאז יצירת הנאמנות, לבד ממשכן של נאמנויות לצורכי צדקה, שלא יוגבל. פרק ג יעסוק בדיון הישראלי באשר לשלוש תחרויות זכויות: זו שבין נהנים לנושיו ה"פרטיים" של הנאמן, שמקור נשייתם אינו קשור לנאמנות; זו שבין נהנים לנושיו הנאמן בעקבות פעילותו כנאמן; וזו שבין נהנים לרוכשים של נכסי נאמנות מנאמנים מפרים. לאחר תיאור הסתירות שבחוק בהקשר זה, חולשתה היחסית של הגנת החוק על הנהנה והתמורה המסוימת בדיון הישראלי בשנים האחרונות, שהגבירה הגנה זו, אציע, על סמך דיון נורמטיבי, פתרונות ראויים לשלוש התחרויות. פרק ד יעסוק בהוראת החוק המשריינת, כבררת מחדל, את זכויות הנהנים, ובכללם נהנה שגם יצר את הנאמנות, מפני נושיהם. לאחר דיון במקורותיה של הוראה זו אתאר את הופעתן של הוראות דומות בשיטות משפט רבות מאז חקיקת חוק הנאמנות, אדון ברציותו של שריון כזה ואציע להגבילו. פרק ה יעסוק באפשרות שאף אם ההסדרים שהצעתי ישולבו במשטר הנאמנות הישראלי, יוצרי נאמנויות ונהנים יתחמקו מהם באמצעות החלת משטרי נאמנות זרים על נאמנויות שיצרו ובאמצעות הנאה מנאמנויות שלפי דינים זרים. אציע כי ניסיונות התחמקות כאלה יסוכלו באמצעות אי-הכרה בתחולת אותם היבטים של הדין שנבחר הסותרים הוראות כופות שבדין הישראלי או את תקנת הציבור הישראלית. לבסוף, אסכם את מסקנותי.²⁸

27 ראו דיון להלן בה"ש 109.

28 בחוק הנאמנות ובהצעת הקודקס שני היבטים נוספים, לפחות, הסוטים מדיני הנאמנות האנגליים-אמריקניים הקלסיים: האפשרות הניתנת ליוצר להשפיע על הנאמן ועל הנכסים הכפופים לנאמנות גם לאחר תחילתה והאפשרות ליצור נאמנויות מטרה (Purpose Trusts), שאין בהן נהנים

א. נאמנות ללא העברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן

1. החידוש העולמי שבסעיף 1 לחוק והגורמים לו

מנקודת מבט השוואתית, החידוש העיקרי שבחוק מצוי בהגדרת הנאמנות שבסעיף 1 בו כ"זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת"²⁹. עיקר החידוש שבהגדרה זו הוא במה שאין בה: לא נדרש כי על מנת ליצור נאמנות מפורשת (Express trust) יעביר יוצר הנאמנות את הבעלות ברכוש הכפוף לנאמנות לנאמן, או כי הנאמן יהפוך, בדרך אחרת כלשהי, לבעלי הרכוש הכפוף לנאמנות.³⁰ דרישה כזו היתה

מזוהים, גם למטרות שאינן בגדר צורכי צדקה. ויסמן לא דן בנושאים אלה, וגם אני אדחה את הדין בהם להודמנות אחרת.

29 ס' 1 לחוק הנאמנות.

30 ראו ע"א 2976/12 בר אל נ' קאופמן, פס' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.11.2014) ("הזיקה איננה דורשת בהכרח בעלות"); ע"א 3521/11, 3615/11 וגנר נ' עבדי, פס' 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 משמעי לגבי הבעלות בנכסי 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, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.7.2011) ("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, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.6.2005) ("על 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 1631/02 גורבן נ' עמדתת חשובה יצחק לפתרון מצוקת הדיור, פס' 9 לפסק הדין של השופט לוי (פורסם בנבו, 31.7.2003) ("ללא אמן לא תיכון נאמנות, שכן בהענקת שליטה בנכסים לאדם שאינו בעליהם קיים סיכון רב"); ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לשיצקי, פ"ד נה(1) 88, 124-125 (1999) (השופט חשין: "דעתי היא – וזו, כמסתבר, דעת הרוב – כי הנאמנות שבחוק הנאמנות אינה ה-Trust של המשפט האנגלי, אשר-על-כן אין הכרח לקיומה של נאמנות שהנאמן יקנה בעלות בנכסי הנאמנות. אין כל כורח אפריורי לפרש את מושג ה'זיקה' כזיקת-בעלות דווקא – נהפוך הוא: צמצום המושג 'זיקה' לבעלות דווקא אינו נדרש כלל מן החוק – ודומני כי דווקא הרחבת מושג ה'זיקה' הינה רצויה ומבורכת"). ראו עוד שם, בעמ' 129 ("מוסד הנאמנות חי במקומותיו מאות בשנים, ובמהלך הדורות דבקו בו הלכות שאינן בהכרח ממהותם של דברים. הדרשותנו לאותן הלכות יכולה אך שתקשה עלינו, וכשאני לעצמי אמליץ להתרחק מהן"); המ' (מחוזי ת"א) 12844/86 אל-על נ' בלס, פ"מ התשמ"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"); 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 פעולות הנאמן: הקניית בעלות בנכס לנאמן ומתן הרשאה לפעול בנכס"); ה"פ (מחוזי י-ם) 4283/05 עמרם נ' צחי, פס' 31 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.3.2008) ("נאמנות היא הקניית שליטה לנאמן בנכס של אדם, על מנת שיפעל בנכס לטובת מי שזכאי ליהנות ממנו"). ראו גם מיגל דויטש קניין כרך ד § 25.2 (2007) ("הדיעה השלטת עתה בבית המשפט העליון היא כי אין הכרח בהעברת בעלות כאמור"). דעה זו התבררה בהדרגה, בשנים האחרונות; לפני כחמש-עשרה שנה עוד היה דניאל פרידמן יכול לכתוב כי "הנקודה [האם נדרש, לפי חוק הנאמנות, כי כדי ליצור נאמנות, תעבור הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן – אח"ו] אינה ברורה" (דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א

ועודנה חלק מדיני הנאמנות האנגליים והאמריקניים.³¹ היא מופיעה גם במשטרי הנאמנות שבשיטות משפט אחרות השייכות למשפחת המשפט המקובל (כגון אלה של הפרובינציות השונות שבפדרציות האוסטרלית והקנדית, לבד מקוויבק, וזה של ניו זילנד)³², ואפילו ברוב משטרי הנאמנות שבשיטות משפט השייכות למשפחת המשפט הקונטיננטלי (כגון משטרי הנאמנות של צרפת, מקסיקו, יפן וארגנטינה)³³ ולמשפחת השיטות המערביות (כגון משטרי הנאמנות של הודו, סקוטלנד, לואיזיאנה וסרי לנקה).³⁴ אף ששיטות המשפט הגרמנית, ההולנדית והדרום-אפריקנית אפשרו כבר לפני 1979 יצירת מוסדות המקבילים, מבחינה תפקודית, לסוגים מסוימים של נאמנות מבלי שמנהל הרכוש יהיה בעלי הרכוש המנוהל,³⁵

536–535, ה"ש 14 וטקסט נלווה (מהדורה שנייה, 1998)). השוו עמדתו של שלמה כרם, שלפיה ברור כי העברת הבעלות אפשרית אך אינה נדרשת: שלמה כרם חוק הנאמנות, התשל"ט–1979 37–41, 100–103 (מהדורה רביעית, 2004).

31 אנגליה: Knight v. Knight, (1840) 3 Beav 148, 173 (Eng.); Milroy v. Lord, (1862) 4 De GF&J 264, 274 (Eng.) ארצות הברית: RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 10(a-b) (2003) (להלן: משטרי הנאמנות (U.T.C.); UNIF. TRUST CODE § 401(1) (amended 2005) (להלן: U.T.C.). משטרי הנאמנות שבשיטות משפט אלה, כמו משטרי הנאמנות שבשיטות משפט אחרות המבוססות על מסורת המשפט המקובל (כדוגמת אלה הנזכרים בהערה הבאה), מכירים ביצירת נאמנות רצונית בשתי דרכים: העברת הרכוש הכפוף לנאמנות מן היוצר לנאמן והכרות היוצר כי מנקודת זמן מסוימת ואילך יחזיק ברכוש מסוים כנאמן ולא כבעלים-לטובת-עצמו (איני מתייחס כאן ל"יצירת" נאמנות בידי בתי משפט, המגדירים מערכות יחסים כ"נאמנויות קונסטרוקטיביות" כדי לזכות את מי שהפכו מתוקף הגדרה זו לנהנים, לתרופות שדיני הנאמנות מקנים לנהנים). אף שבמקרה השני, הקרוי "הצהרת נאמנות" (Declaration of Trust), אין מתרחשת העברה של הבעלות ברכוש הכפוף לנאמנות מן היוצר לאדם או לגוף אחר, נוצר גם במקרה זה מצב שבו הנאמן הוא בעלי הרכוש. לדיון ביצירת נאמנות על דרך ההצהרה ראו ס' 401(2) ל-U.T.C., שם; ס' 10(c) ל-RESTATEMENT, שם; AUSTIN WAKEMAN SCOTT & MARK ASCHER, SCOTT AND ASCHER ON TRUSTS 140–142 (5th ed. 2010). ראו גם PAOLO PANICO, INTERNATIONAL TRUST LAWS 16–27 (2010).

32 אוסטרליה: SAMANTHA HEPBURN, PRINCIPLES OF EQUITY AND TRUSTS 266 (2nd ed. 2001); קנדה: DONOVAN WATERS, MARK GILLEN & LIONEL SMITH, WATERS' LAW OF TRUSTS IN NEW ZEALAND LAW (להלן: WATERS' LAW OF TRUSTS); ניו-זילנד: COMMISSION, REVIEW OF THE LAW OF TRUSTS: A TRUSTS ACT FOR NEW ZEALAND, Report No. 130 at 92 (2013) (להלן: ניו זילנד, דוח הוועדה).

33 צרפת: CODE CIVIL [C. CIV.] art. 2011 (Fr.) (להלן: הקודקס האזרחי הצרפתי); מקסיקו: Ley General de Titulos y Operaciones de Crédito [LGTOC] [General Law for Securities and Credit Operations], Diario Oficial de la Federación [DO], 27 de Agosto de 1932, § 381 (Mex.); (להלן: חוק הנאמנות היפני); Shintaku-hō [Trust Act], Law No. 108 of 2006, art. 3 (Japan); ארגנטינה: Law No. 24441, Jan. 9, 1995, [LV-A] A.D.L.A. 296, § 1 (Arg.).

34 הודו: Indian Trusts Act, No. 2 of 1882, INDIA CODE (1993), vol. 8, § 3 (להלן: חוק הנאמנות ההודי); סקוטלנד: SCOTTISH LAW COMMISSION, DISCUSSION PAPER ON THE NATURE AND THE CONSTITUTION OF TRUSTS, § 2.3 (2006); לואיזיאנה: LA. REV. STAT. ANN. § 9:1731 (2011); סרי-לנקה: Sri Ceylon Trusts Ordinance, 3 LEGIS. ENACTMENTS OF CEYLON 87, § 6 (1956) (Lanka).

35 Unechte Treuhand שברדין הגרמני הוא מבנה נאמנותי המבוסס על הותרת הבעלות בנכסים על שם היוצר, שהוא בדרך כלל, בהקשר ניהול ההשקעות האופייני לשימוש ב-Treuhand, גם הנהנה. ראו Dieter Krimphove, National Report for Germany, in TOWARDS AN EU DIRECTIVE ON PROTECTED FUNDS 115, 116–117 (S.C.J.J. Kortmann et al. eds., 2009). הולנד: במסגרת מוסד

מנסחי חוק הנאמנות הישראלי יצרו את משטר הנאמנות החקוק הראשון בעולם שאפשר יצירת נאמנות מבלי שהנאמן יהיה בעלי הרכוש הכפוף לנאמנות.³⁶ פרק א לחוק הנאמנות חל אפוא בכל מצב שבו אדם חייב להחזיק ברכוש או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת, בין שהוא בעליו, בין שהוא מחזיק בו בלא בעלות או שאינו מחזיק בו כלל, תוך שהוא חב אמון לעניין חיובים אלה.³⁷ ההסדר שבחוק הוא דין כללי המסדיר חיובי אמון הנוגעים לרכוש וחל גם בהקשרים רבים שאינם נתפסים בשיטות משפט אחרות כמקרי נאמנות, כגון מצבים של ניהול עיזבון, אפוטרופוסות, פשיטת רגל, פירוק או הבראת חברה ויחסי בנקים ועורכי דין עם לקוחותיהם. במקרים כאלה חל ההסדר שבחוק הנאמנות כהסדר משלים להסדרים מפורטים יותר המצויים בדברי חקיקה אחרים.³⁸ כיצד ומדוע אימץ המשפט הישראלי עמדה שהיתה, בעת אימוצה, כמעט חסרת תקדים ושארף שהפכה מאז לפופולרית מעט יותר, היא עדיין עמדת מיעוט מובהקת? מחקר ארכיוני וראיונות שערכת העלו כי עמדה זו אומצה כבר בטיטה הראשונה להצעת החוק, שנכתבה על ידי שופט בית המשפט העליון חיים כהן בראשית 1962.³⁹ אף שהטיטה הרביעית להצעת החוק, שעובדה ב-1965 בידי ועדה מקרב עובדי משרד המשפטים, נסוגה מן העמדה

ה-Bewind, הבעלות בנכסים מועברת ישירות מהיוצר לנהנה, אך ה-Bewindvoerder, הנאמן, נהנה מזכות ייחודית לנהלם ולהעבירם. ראו S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen, *National Report for the Netherlands*, in *PRINCIPLES OF EUROPEAN TRUST LAW* 195, 199–200 (David J. Hayton et al. eds., 1999). מוסד ה-Bewind מקובל גם בדרום-אפריקה; ראו *Trust Property Control Act, 57 of 1998* (S. Afr.) EDWIN CAMERON & MARIUS JOHANNES DE WAAL, *HONORÉ'S SOUTH AFRICAN LAW OF TRUSTS* (להלן: CAMERON & DE WAAL) 272–277 (5th ed. 2002).

36 יש מבין המומחים לדיני הנאמנות בעולם שהבחינו בחדשנות עמדתו של המשפט הישראלי בנושא. ראו MAURIZIO LUPOI, *TRUSTS: A COMPARATIVE STUDY* 279, 305 n. 228, 334 (Simon Dix trans., 2000); Donovan W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, 252 (Waters, *Institution*: להלן: RECUEIL DES COURS 113, 376–378 (1995).

37 לפי ס' 11 לחוק, אי אפשר להתנות על ס' 10(ב), הקובע את חובת האמון של הנאמן.

38 לפי ס' 42 לחוק, "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון". ראו כרם, לעיל ה"ש 30, בעמ' 142–143. השוו ס' 5 ל-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31 ("the following are not trusts: [...] (b) decedents' estates; (c) guardianships and conservatorships; (d) receiverships and bankruptcy trusteeships; [...]").

39 לפי ס' 1 לטיטה זו, "החב בהחזקתו או בשמירתו של נכס, או בפעולה פלונית בנכס או בכל עשייה בו, לטובת אדם אחר, הוא נאמן לגבי הנכס האמור; לחבות זאת ייקרא נאמנות [...]". עותקים של הטיטה נמצאים בארכיון המדינה (להלן: אמ"י), תיק גל-21349/1. היותו של כהן מחבר הטיטה 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 שיוזם 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 הקדשות והנאמנויות": ראו, באותו תיק, מכתב מדב יוסף, שר המשפטים, לחיים כהן, שופט בית המשפט העליון (29.1.1962). על הטיטה הראשונה להצעת החוק למדתי ממחקר שערכה שלי קרייצר-לוי. במחקר הטיטות הראשונות סייעה לי יעל וקסמן.

המרחיבה לעמדה שלפיה על נאמן להיות בעלי הנכסים הכפופים לנאמנות,⁴⁰ הציע ב-1970 היועץ המשפטי לממשלה מאיר שמגר לחזור ולאמץ את תפיסת מוסד הנאמנות הכוללת בגדרו כל מצב שבו אדם חייב להחזיק ברכוש או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת, ותפיסה זו שולבה מחדש בטיוטה החמישית להצעת החוק, שעובדה בשנים 1970–1972 בידי ועדה נוספת מקרב עובדי המשרד.⁴¹ תפיסה זו שרדה את יתר שלבי תהליך החקיקה הממושך והמורכב בעיקר משתי סיבות:

ראשית, היו בין המעורבים בתהליך מי שתמכו בתפיסה האמורה בהתלהבות, בעיקר מאיר ארן, היועץ המשפטי במשרד ראש הממשלה,⁴² ושלמה כרם, מי שהיה מנכ"ל חברת הנאמנות של בנק הפועלים בשנים 1974–1976 ואשר שימש מאוחר יותר כנציג לשכת עורכי הדין בתהליך עבודתה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת על הכנת הצעת החוק לקריאות שנייה ושלישית.⁴³ שנית, מן החומר הארכיוני עולה כי חלק מן המשתתפים האחרים בתהליך החקיקה לא תמיד הבינו לאשורו את החידוש המשפטי שיצרו. כך למשל ח"כ יצחק ברמן, שכיהן כיו"ר ועדת המשנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט להכנת הצעת

40 טיוטה המוכתרת "חוק הנאמנות – טיוטה רביעית" מצויה באמ"י, תיק גל-21349/10. הוועדה שניסחה טיוטה זו מנתה את אורי ידן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה); מרטין גלס, הממונה על החקיקה; נעמי סלומון; פנחס (פיטר) אלמן ומ' שלגי. הטיוטות השנייה והשלישית שימרו, בשינויי נוסח, את ההגדרה המרחיבה למוסד הנאמנות, שהופיעה כבר בטיוטה הראשונה; שתייהן מצויות באמ"י, תיק גל-21349/10, לעיל ה"ש 39. הטיוטה השנייה, שהגיש השופט כהן לשר יוסף ב-29.5.1964, הייתה 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. הטיוטה השלישית, מיום 18.4.1965, נכתבה כנראה בידי פנחס אלמן לבדו. זיהוי אלמן כמחבר טיוטה 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.

41 ב-7.6.1970 שלח שמגר לאלמן רשימה של שינויים מוצעים לטיוטה הרביעית. רשימת השינויים ומכתב נלווה מצויים שם. שמגר הציע לשנות את נוסח ס' 1 לטיוטה 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". הוועדה מנתה את פנחס אלמן, מאיר גולדמן, אליעזר דמביץ וג' אדלר. אלמן שלח לשמגר את הטיוטה שערכה הוועדה ב-14.3.1972; מכתבו ונוסח הטיוטה (להלן: טיוטת 1972) מצויים שם.

42 ראו למשל מכתב ממאיר ארן למאיר שמגר, היועץ המשפטי לממשלה (3.5.1972). המכתב, שנשלח בתגובה לפניית שמגר מיום 9.4.1972 למזכיר הממשלה, לשופטים וליועצים המשפטיים למשרדי הממשלה בבקשה כי ישלחו לו את התייחסויותיהם לטיוטת 1972, מצוי גם הוא, כמו פנייתו של שמגר, בתיק גל-21349/10, לעיל ה"ש 40. מבין התייחסויות הרבות להיבטיה השונים של הצעת החוק במהלך שבע-עשרה שנות תהליך החקיקה, מגלה מכתבו של ארן רמה גבוהה במיוחד של הבנה בדיני הנאמנות.

43 ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת משנה מיוחדת שהוקמה לדיון בהצעת חוק הנאמנות (להלן: ועדת המשנה) קיימו שמונה-עשרה ישיבות בנושא, בין ינואר 1978 ליולי 1979. ועדת המשנה מנתה את ח"כ יצחק ברמן (יו"ר), מרדכי וירשובסקי, משה שחל ושולמית אלוני. כרם, שגויס כנציג הלשכה לתהליך חקיקת חוק הנאמנות על ידי גבריאל קלינג, נכח כמעט בכל הישיבות וקידם בהתמדה את תפיסתו את מוסד הנאמנות ככולל כל מערכת של יחסי אמון באשר לרכוש. המידע על מעורבותו של כרם בשלבים המאוחרים של תהליך החקיקה מבוסס על תיק החקיקה בנושא, שבארכיון הכנסת, וכן על ריאיון עם שלמה כרם (1.5.2011).

החוק, הבין היטב במהלך עבודתה של ועדת המשנה בראשותו כי הצעת החוק חלה גם על מקרים שבהם היוצר מעביר את השליטה ברכוש הכפוף לנאמנות, אך לא את הבעלות עליו, לנאמן.⁴⁴ אך מאוחר יותר, כשהציג את הצעת החוק בפני מליאת הוועדה, הסביר כי "הנאמן הוא האדם שכלפי חוץ הוא הבעלים",⁴⁵ קביעה ההולמת את מוסד הנאמנות האנגלי-אמריקני הקלסי אך לא את ההצעה שעמדה בפני הוועדה. כשהציג את הצעת החוק בפני מליאת הכנסת לקריאה שנייה, שב ח"כ ברמן והציג את מוסד הנאמנות כמבוסס על רישום רכוש על שם הנאמן, אף שתיאור זה של המוסד לא הלם את ההצעה שעמדה בפני הכנסת.⁴⁶ התומכים בתפיסה הרחבה של מוסד הנאמנות העלו שני נימוקים עיקריים לגישתם: האחד היה שקליטת מוסד הנאמנות, ששורשיו אנגליים, במשפט הפרטי הישראלי, שעוצב בשנות השישים והשבעים בהשראת מסורת המשפט הקונטיננטלית, חייבה הכנסת שינויים מתאימים במודל האנגלי המקורי כדי שיהלום את סביבתו החדשה. במיוחד התחייבו שינויים כאלה מהוראת סעיף 161 לחוק המקרקעין,⁴⁷ שלפיה "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק", שהרי מודל הנאמנות האנגלי העניק לנהנים זכויות שביושר בנכסים הכפופים לנאמנות, שלא מכוח חוק.⁴⁸ את הקושי שיצר סעיף 161 ניתן לפתור בקלות בשתי דרכים: האחת קביעת הוראה חקוקה המעניקה לנהנים זכויות שביושר בנכסים הכפופים לנאמנות, והשנייה אימוץ מודל הנאמנות המאפיין את משטרי הנאמנות שבשיטות משפט מעורבות אחרות, כגון אלה של סקוטלנד והודו, ואת אלה שבשיטות משפט המבוססות בעיקר על מסורת המשפט הקונטיננטלית, כגון השיטה היפנית, שלפיו זכויות

44 פרוטוקול ישיבה מס' 4 של ועדת משנה לענין חוק הנאמנות, הכנסת ה-9, 4 (23.11.1978) (ברמן הזכיר במפורש מקרה שבו היוצר מעביר, עם יצירת הנאמנות, את הבעלות בנכס לנהנה אך מותר את השליטה בו בידי הנאמן כמקרה הנופל בגדר החוק, ואף ציין כי "המבחן החשוב ביותר הוא השליטה").

45 פרוטוקול ישיבה מס' 126 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 12 (23.5.1979).

46 ד"כ 86, 3702-3701 (התשל"ט). בלבול מסוג אחר התרחש מוקדם יותר בתהליך עיבוד החוק. טיוטת 1972 פורסמה בכתב העת רואה החשבון כג 197 (התשל"ג), כמו גם בהפרקליט כח 262 (התשל"ב). בכתב העת רואה החשבון צורפו לטייטה דברי הסבר פרי עטו של שמגר, שמקורם הברור הוא בנוסח מכתבו של שמגר מיום 9.4.1972, לעיל ה"ש 42. דברי ההסבר התייחסו למוסד הנאמנות ככרוך בבעלות הנאמן בנכסים הכפופים לנאמנות והבחינו בחדות בינו לבין מוסד יחסי האמון, ולדוגמה אלה שבין שולח לשלוח מכוח ס' 10 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, שלפיו "כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח". עולה מן הדברים כי הצעת חוק הנאמנות עוסקת במוסד הראשון ולא בשני, אך ס' 1 לטיוטת 1972 עצמה קבע כי "נאמנות היא זיקה בין בני אדם שלפיה אחד מהם חייב להחזיק או לפעול בנכס לטובת זולתו". נראה כי שמגר לקח את ההבחנה הברורה בין הנאמנות לבין יחסי האמון, המופיעה בדברי ההסבר, מן המכתב ששלח אליו אלמן ב-14.3.1972, לעיל ה"ש 40.

47 ס' 161 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

48 מנסחי חוק הנאמנות שמו את לבם גם לבר"ע 178/70 בוקר נ' החברה האנגלו-ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121, 123-124 (1971), שם נקבע כי דיני זכויות שביושר אינם חלים עוד בישראל בענייני מקרקעין לאחר כניסת חוק המקרקעין לתוקפו. הם לא חזו את הנסיגה העתידה לבוא בע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, 245-247 (1999), שם גילה בית המשפט העליון כי לצד האיסור הברור שבחוק קיימות בכל זאת "זכויות שביושר תוצרת ישראל", אפילו במקרקעין.

הנהנה הן אישיות כנגד הנאמן וצדדים שלישיים מסוימים ואינן זכויות בנכס כלשהו.⁴⁹ המחוקק הישראלי בחר בפתרון שלישי: ויתור על הדרישה כי נאמן יהיה בעלי הרכוש הכפוף לנאמנות, שאפשר מצבים שבהם הנהנה הוא בעל הרכוש.⁵⁰ הפתרון שנבחר מבטא את השקפת ארן שלפיה את סעיפי החוק העוסקים בנאמן יש לעצב ולנסח בדומה לסעיפי חוק הירושה העוסקים במנהל העיזבון ולסעיפי חוק הכשרות המשפטית העוסקים באפוטרופסים – שני תפקידים שאינם מזכים את ממלאיהם בבעלות ברכוש.⁵¹

הנימוק השני שהעלו המצדדים בתפיסה הרחבה של מוסד הנאמנות היה שיש טעם בחקיקת החוק בנושא רק אם אוכלוסיית הארץ אכן מקיימת פרקטיקות שעליהן אמור החוק לחול. טיעון זה העלה בעיקר כרם, שהדגיש בישיבה אחר ישיבה של ועדת החוקה וועדת המשנה שלה לעניין חוק הנאמנות כי למעשה רוב השימוש בארץ במבנים נאמנותיים אינו נעשה בהקשר הנאמנות המשפטית, מוקדם המסורתי של דיני הנאמנות האנגליים והאמריקניים. כרם סבר כי אם החוק אמור לחול רק על "הסידור המשפחתי [...]" כאשר [הנאמנות נוצרת בשביל – אח"כ] בן שאינו שפוי או פזרן", החוק מיותר, משום שנאמנויות שכאלה היו נדירות בישראל של שנות השבעים.⁵² רוב השימוש בנאמנות בישראל נעשה אז, לדברי כרם, בהקשרים מסחריים, כגון רישום מניות על שם חברה לרישומים, השקעות בקרנות להשקעות משותפות בנאמנות,⁵³ העברת נכס-משכון לנאמן ונאמנות לתקופת המשא ומתן לגיבוש עסקה מסחרית, וכן בהקשרים כגון חשבונות הפקדון של עורכי דין, החזקת כספים בנאמנות בידי גזברי מפלגות והשארת כספים אצל שכניו של אדם כדי שישתמשו בהם על מנת לספק את צורכי ילדיו במהלך נסיעתו.⁵⁴ הקשרים נוספים שעליהם היה החוק אמור לחול, הדגיש כרם, הם הקשרי הנאמנים מכוח חוק, כגון אפוטרופסים,

49 לדיון בהיבט זה של דיני הנאמנות הסקטיים ראו George L. Gretton, *Trusts Without Equity*, 49 INT'L & COMP. L.Q. 599, 619–620 (2000); לדין ההודי ראו חוק הנאמנות ההודי, לעיל ה"ש 34, שם; לדין היפני ראו ס' 72(7) לחוק הנאמנות היפני, לעיל ה"ש 33.

50 ניתן לגרוס כי המחוקק הישראלי בחר גם בפתרון השני, שהרי שום היבט של חוק הנאמנות אינו מעלה כי לנהנים זכויות ברכוש הכפוף לנאמנות, להבדיל מזכויות אישיות מול הנאמן ואחרים מסוימים.

51 ארן הביע השקפה זו במכתבו לשמגר מיום 3.5.1972, לעיל ה"ש 42. סעיפי חוק הירושה, התשכ"ה–1965, העוסקים במנהל העיזבון הם ס' 78–96. סעיפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962, העוסקים באפוטרופסים הם ס' 35–65. בריאיון שנערך ב-10 ביולי 2011 מסרה לי איילה פרוקצ'יה, שהייתה אז עוזרת ליועץ המשפטי לממשלה, כי גם אורי ידין העדיף את ההגדרה הרחבה למוסד הנאמנות, משום שחשש, כחסיד קירוב שיטת המשפט הישראלית לשיטות המשפט של הקונטיננטל האירופי, כי ניסיון לאמץ הגדרה מדויקת יותר יביא לאימוץ הפתרון האנגלי.

52 פרוטוקול ישיבה מס' 44 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 10 (8.2.1978). (להלן: ישיבת 8.2.1978). למעשה, כבר בטיוטה הראשונה להצעת החוק, שכתב חיים כהן ב-1962, הוגדרה הנאמנות הגדרה רחבה דיה כדי לחול על כל ההקשרים שהזכיר כרם; ראו ציטוט הגדרה זו לעיל בה"ש 39. ב"הצעה הכחולה" 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.

53 ישיבת 8.2.1978, לעיל ה"ש 52, בעמ' 9.

54 כרם מנה הקשרים אלה בפרוטוקול ישיבה מס' 38 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 2 (16.1.1978) וטען כי "ההצעה הכחולה" של 1974 "צרה מאוד ולא היתה נותנת פתרון לאף אחת מהדוגמאות שהבאתי" (שם, בעמ' 3). לאור ההגדרה שבהצעת החוק, לעיל ה"ש 52, ספק אם צדק.

כונסי נכסים, מפרקי חברות ומנהלי עיזבונות, שאינם חייבים להחזיק בנכסי החסוי, החייב, החברה המתפרקת והעוזבון (בהתאמה), אלא לפעול בהם בלבד.⁵⁵ כרם טען כי היות שבחוק יש טעם בעיקר אם יחול על מצבים רבים ושונים אלה, על הגדרת הנאמנות שבו להיות רחבה מספיק כדי שאכן יחול על כולם.⁵⁶ לגישתו זו של כרם הסכימו גם בכירים במשרד המשפטים, כגון אורי ידין⁵⁷ ואהרן ברק, אז היועץ המשפטי לממשלה,⁵⁸ וכן חברי כנסת כמו משה שחל.⁵⁹

2. עלייתה העולמית של הנאמנות ללא העברת הבעלות מאז 1979

סקירת משטרי הנאמנות הקיימים ברחבי העולם מגלה כי מאז חקיקת החוק הפך מודל הנאמנות שבלא העברת בעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן לנפוץ משהיה. שש שיטות משפט חוקקו מאז משטרי נאמנות המאפשרים יצירת נאמנות מבלי להעביר את הבעלות בנכסים הכפופים לה לנאמן. הקרוב מכולם לחוק הנאמנות הוא משטר הנאמנות של סין העממית. חוק הנאמנות הסיני מ-2001 קובע, בתרגומו הרשמי לאנגלית, כי:

[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.⁶⁰

- 55 פרוטוקול ישיבה מס' 9 של ועדת משנה לענין חוק הנאמנות, הכנסת ה-9, 3 (11.1.1979).
- 56 פרוטוקול ישיבה מס' 38 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 2 (16.1.1978); ישיבת 8.2.1978, לעיל ה"ש 52, בעמ' 10. לימים פיתח כרם טיעון שלם יותר לעניין הסיבות להרחבת מוסד הנאמנות, כך שיצירת נאמנות לא תותנה בהעברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן; ראו כרם, לעיל ה"ש 30, בעמ' 7-11.
- 57 בישיבת 8.2.1978, לעיל ה"ש 52, בעמ' 10, עוד התנגד ידין לעמדת כרם וטען כי זו "עושה מנאמנות בנין של עד מאה קומות". בישיבת הוועדה מיום 6.3.1978 (פרוטוקול ישיבה מס' 51 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 10 (6.3.1978)) כבר הסכים ידין כי הצעה אינה נותנת ביטוי מספיק לנאמנות הלא פורמלית, שדווקא היא הנפוצה בפועל.
- 58 ברק נכח בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 19.6.1978 והביע תמיכה בהרחבתה של תחולת "מרבית הוראות החוק" על "תופעות רבות שהן בעיקרן תופעות נאמנות" (פרוטוקול ישיבה מס' 69 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 2 (19.6.1978)).
- 59 בישיבת ועדת החוקה מיום 6.6.1979 הגדירו, בעמ' 4 לפרוטוקול, עו"ד כרם וח"כ שחל כנאמן בעל מגרש למכירת מכוניות המשמש כמתווך המקבל עמלת תיווך ולא את הבעלות ברכב, העוברת ישירות מן המוכר לקונה. שחל סייג את תיווגו של המתווך כנאמן במילים "במידה מסוימת" (פרוטוקול ישיבה מס' 130 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 4 (6.6.1979)).
- 60 Zhōngguó rénmin gònghéguó de xìntrū 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.

לדעת רוב הפרשנים הרבים 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 זכויותיו ברכוש הכפוף לנאמנות לנאמן.⁶¹ החקיקה האזרחית הסינית משתמשת באותו פועל לתיאור יצירתה של שליחות.⁶² כמו חוק הנאמנות, החוק הסיני אינו קובע מסמרות באשר להקצאת הזכויות ברכוש הכפוף לנאמנות בין קוטבי מערכת היחסים הנאמנותית – יוצר, נאמן ונהנה – אלא מתיר את הקצאתן לכל אחד מן השלושה. אחת הסיבות לבחירת הסינים במודל נאמנות זה היתה חשש כי אם תותנה יצירת נאמנות בהעברת הבעלות בנכסים מן היוצר לנאמן, לא ירבו תושבי סין ליצור נאמנויות על פי החוק, שכן בתרבות הסינית קיים מעצור פסיכולוגי בפני העברת הבעלות בנכסיו של אדם לאחר.⁶³ בהיר יותר מן החקיקה הסינית והישראלית הוא פרק הנאמנות שבקודקס האזרחי של הפדרציה הרוסית, האוסר 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:

[A]rticle 1012. Contract of Trust Management of Property.

1. [...] The transfer of property to trust management shall not entail the transfer of the right of ownership thereto to the trustee manager.
2. In effectuating trust management of property, the trustee manager shall have the right to perform with respect to this property in accordance with the contract of trust management any legal and factual actions in the interests of the beneficiary. [...]

61 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 Fazhan Youxian Gongsì, (Chongqing High People's Ct. Mar. 19, 2007) (China) וראו בספרות: Frances Foster, *American Trust Law in a Chinese Mirror*, 95 (2007); LUSINA HO, TRUST LAW IN CHINA 65–66 (2003); MINN. L. REV. 602 (2010); Lusina Ho, *Trust Laws in China: History, Ambiguity and Beneficiary's Rights*, (TRUST LAW in RE-IMAGINING THE TRUST: TRUSTS IN THE CIVIL LAW 183 (Lionel Smith ed., 2012); Rebecca Lee, *Conceptualizing the Chinese Trust*, 58 INT'L & COMP. L. Q. 655; (Ho, *History* (2009); Donovan Waters, *The Future of the Trust – Part I*, 13 J. INT'L TR. & CORP. PLAN. 179, 219–222 (2006).

62 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)

63 Ho, TRUST LAW, לעיל ה"ש 61, בעמ' 67, המצטטת את פרופ' ג'יאנג פינג, יו"ר הוועדה המנסחת.

3. Transactions with property transferred to trust management the trustee manager shall conclude in his own name, indicating in so doing that he acts as such manager.⁶⁴

משטר הנאמנות של מחוז קוויבק בקנדה גם הוא אינו דורש כי הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות תועבר לנאמן. לפי הקודקס האזרחי של קוויבק מ-1994:

[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.⁶⁵

מנסחי הקודקס האזרחי של קוויבק פתרו את הסתירה שבין מודל הנאמנות האנגלי, שלפיו הנאמן הוא בעלי 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),⁶⁶ לבין התפיסה הקונטיננטלית שלפיה הבעלות בנכסים אינה ניתנת לחלוקה,⁶⁷ ביצירת מודל נאמנות שלפיו אף לאחד משלושת קוטבי מערכת היחסים הנאמנותית אין זכות קניין כלשהי בנכסים הכפופים לנאמנות. אם הנאמנות כוללת זכויות בנכסים הטעונות

GRAZHDANSKII KODEKS ROSSIISKOI FEDERATSII [GK RF] [Civil Code] art. 1012 (Russ.), 64
translated in RUSSIAN CIVIL LEGISLATION 484 (William E. Butler ed. & trans., 1999)
 Bernard Dutoit, *Russian 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)

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1261 (Can.) 65
 JOHN CLAXTON, *STUDIES ON THE QUEBEC LAW OF TRUST*: דיון במודל הנאמנות הקוויבקי: Madeleine Cantin-Cumyn, ; 1444–1409 בעמ' 32, לעיל ה"ש 36, Waters' LAW OF TRUSTS; (2005) *La Fiducie, un Nouveau Sujet de Droit?*, in MÉLANGES ERNEST CAPARROS 129 (Jacques Yaëll Emerich, ; 432–429, 407–396 בעמ' 36, לעיל ה"ש 36, Waters, *Institution*; Beaulne ed., 2002) *The Civil Law Trust: a Modality of Ownership or an Interlude in Ownership?*, in THE WORLDS OF THE TRUST 21, 30–39 (Lionel Smith ed., 2013) (הספר להלן: TRUST).

66 מלומדים אנגלים וקנדים טוענים בשנים האחרונות כי גם את מודל הנאמנות האנגלי עצמו – המקובל, בשינויים מסוימים, בכל הפרובינציות הקנדיות לבד מקוויבק, בכל הפרובינציות האוסטרליות ובניו זילנד, וכן, בשינויים ניכרים יותר, בכל מדינות ארצות הברית לבד מלואיזיאנה ובשיטות משפט אחרות של טריטוריות שהיו בעבר, או עודן כיום, חלק מהאימפריה הבריטית – לא נכון להבין כך. הרעיון המסורתי של "זכויות קניין שביושר" לא היה מעולם, לדבריהם, אלא מטפורה לא מוצלחת, וראוי להחליפו בתיאור ישיר יותר ומטעה פחות של הזכויות שמודל הנאמנות המסורתי מקנה לנהנים. כך טען Smith כי לפי המודל המסורתי עצמו, לנהנים זכויות בזכויות הנאמנים בנכסים הכפופים לנאמנות, ולא זכויות קניין בנכסים עצמם: Lionel Smith, *Trust and Patrimony*, 38 *REVUE GÉNÉRALE DE DROIT*: 379, 391–392 (2008) (להלן: Smith, *Trust and Patrimony*). בדומה לזה טענו McFarlane & Robert Stevens כי לנהנים זכויות כנגד זכויות הנאמן בנכסים הכפופים לנאמנות: Ben McFarlane & Robert Stevens, *The Nature of Equitable Property*, 4 *J. EQUITY* 1 (2010) (להלן: Stevens, *The Nature of Equitable Property*). ראו גם McFarlane, *The Structure of Property Law* 24–32 (2008).

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

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 אורוגואי⁶⁸ ושל צ'כיה.⁶⁹

שיטת משפט נוספת שאימצה בחקיקה, מאז 1979, משטר נאמנות המאפשר יצירת נאמנות בלא העברת בעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן היא זו של דרום-אפריקה, שם אומץ מודל דואלי, המאפשר 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.⁷⁰ מודל נאמנות נוסף שאינו כולל דרישה כי הנאמן יהיה בעלי הנכסים הכפופים לנאמנות הופיע ב-1985, אז פורסמה אמנת האג על הדין החל על נאמנויות ועל ההכרה בהן. האמנה, שנכנסה לתוקף ב-1992, מגדירה את מוסד הנאמנות כך:

[T]he legal relationships created – *inter vivos* or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.⁷¹

אף שהאמנה מפרטת בהמשך כי אחד מ"מאפייני" (Characteristics) הנאמנות הוא "title to the trust assets stand[ing] in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee"⁷², היא אינה דורשת, כתנאי לתחולתה, כי הנאמן יהיה בעלי הרכוש הכפוף לנאמנות ומסתפקת בכך שהרכוש יהיה "בשליטת" הנאמן.⁷³ חלק משש שיטות המשפט שהצטרפו מאז 1979 לשיטה הישראלית בהציען משטרי נאמנות שאינם מצייבים את העברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן כתנאי הכרחי ליצירת נאמנות הן חשובות. סין היא כידוע מעצמה עולמית הצוברת כוח בהדרגה, ובין היתר בתחומים הכלכלי והעסקי. האצת הפעילות הכלכלית בסין מעצימה גם את חשיבות

Ley de Fideicomiso, No. 17.703, Octubre 27, 2003, 26.375 DIARIO OFICIAL [D.O.] 223-A 68
(Uru.). וראו דיון אצל Leslie Turano, *Uruguay's Fideicomiso*, 19 TOLLEY'S TR. L. INT'L 149 (2005).

Tomáš Richter, *National* אצל Občanský Zákoník 89/2012 Sb., §§ 1448–1474 (Czech) 69
Report for the Czech Republic, in TOWARDS AN EU DIRECTIVE ON PROTECTED FUNDS 59,
65–70 (S.C.J.J. Kortmann et al. eds., 2009).

ס' 1 לחוק הנאמנות של דרום-אפריקה, לעיל ה"ש 35; CAMERON & DE WAAL, לעיל ה"ש 35, 277–272.

Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition art. 2, July 1, 1985, 71
available at <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt30en.pdf> (להלן: אמנת האג). שם.

73 כמו הגדרת הנאמנות שבחוק הנאמנות, גם זו שבאמנה ספגה ביקורת רבה מצד מלומדים. ראו למשל את ביקורתו העוקצנית של LUPOI, לעיל ה"ש 36, בעמ' 327–367, וכן את זו שב-PRINCIPLES OF EUROPEAN TRUST LAW 38–40 (David Hayton et al. eds., 1999). יוער שהגדרת הנאמנות שבחוק אף מתירנית מזו שבאמנה: האמנה דורשת כי רכוש הנאמנות יועמד בשליטת הנאמן, ואילו לפי החוק, גם מערכת יחסים שבמסגרתה נאמן פועל בנכס מבלי שהוא שולט בו או מחזיק בו, לנאמנות תיחשב.

חלקה של שיטת המשפט הסינית העוסק במשפט הפרטי והמסחרי. גם שיטות המשפט של רוסיה ומחוז קוויבק בקנדה הן שיטות משפט מרכזיות, שהתפתחותן המואצת בעשרות השנים האחרונות משכה אליהן תשומת לב רבה מצד משפטנים ומלומדי משפט. אך רובם המכריע של משטרי הנאמנות בעולם עדיין אינם מאפשרים יצירת נאמנות בלא העברת הבעלות בנכסים הכפופים לה לנאמן. העברה זו היא דרישת יסוד של מודל הנאמנות האנגלי-אמריקני המסורתי. כל שיטות המשפט המאפשרות כיום יצירת נאמנות ללא העברת בעלות בנכסים לנאמן, לבד מן השיטה הקוויבקית, החליטו לאפשר זאת אגב קליטתו הראשונית של מוסד הנאמנות לתוכן. קליטה ראשונית של מוסד משפטי היא שעת כושר לפיתוחן של גרסאות מיוחדות למוסד הנתון כדי להתאימו לשיטת המשפט שלתוכה נקלט. לעומת זאת, משעה שמוסד משפטי נקלט או התפתח בשיטה מסוימת, ובעיקר משעה שנוצרה במדינה מסוימת פרקטיקה המשתמשת במוסד שבשיטה המקומית, הכנסתם בו של שינויים יסודיים הופכת קשה מאוד, בהיעדר תמריץ כלכלי מובהק לביצוע שינויים אלה.⁷⁴

במבט ראשון, אפוא, הוויתור על הדרישה כי הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות תועבר לנאמן הוא עדיין נחלתו של מיעוט קטן של שיטות משפט. מבט שני מגלה כי חלק ניכר משיטות המשפט שעדיין עומדות על הדרישה האמורה שינו בעשרים השנה האחרונות את משטרי הנאמנות שלהן באופן שיתירו ליוצר הנאמנות לשמור בידיו כוח ניכר לשלוט בנאמן וברכוש שהועבר אליו, גם לאחר העברת הבעלות לנאמן. זאת בניגוד למודל הנאמנות המסורתי שלפיו עם תחילת הנאמנות היוצר מאבד את שליטתו בנכסים הכפופים לנאמנות ובנאמן. תוצאתם המעשית של שינויים אלה אינה שונה הרבה מזו של ויתור על הדרישה כי יוצר שאינו מכריז על עצמו נאמן יעביר את הבעלות בנכסים לנאמן. שינויים אלה באו לידי ביטוי בשתי התפתחויות חשובות בדיני הנאמנות. האחת היא תיקוני חקיקה בשיטות משפט רבות המתירים ליוצר במפורש לשמור בידו שליטה משמעותית בנכסים הכפופים לנאמנות ובנאמן.⁷⁵ ההתפתחות השניה היא הופעתו של שחקן חדש על מגרש המשחקים הנאמנותי:

74 למקרים שבהם הביא תמריץ כלכלי מובהק לעיקרתם של מושכלות יסוד של דיני הנאמנות משיטות משפט המכילות את מוסד הנאמנות זה מאות שנים ראו להלן פרקים ב.2 ו-ד.

75 ראו לדוגמה את רשימת הכוחות שיוצר נאמנות ראשי לשמור בידיו לאחר יצירתה, או להעניק לאחר (שאינו הנאמן), מבלי להביא לבטלות הנאמנות, ב-15 § 2007, (Guernsey) Law Trusts (להלן: חוק הנאמנות של גרנזי). וראו רשימות דומות בשיטות משפט אחרות: Nevis International Exempt Trust Ordinance, 1994, § 47 (St. Kitts & Nevis) (להלן: חוק הנאמנות הבינ-לאומיות של האי נויס); Trustee Ordinance, 1961, § 2(4) (Br. Virgin Is.) (להלן: חוק הנאמנות של איי הבתולה הבריטיים); Trusts (Jersey) Law 1984, § 9A (להלן: חוק הנאמנות של ג'רזי); Trusts Law (2009 Revision), §§ 3, 81(2) (Bah.) (להלן: חוק הנאמנות של איי קיימן); Trustee Act, 1998, §§ 13-15 (Cayman Is.) (להלן: חוק הנאמנות של איי קוק). לספרות הדנה בשימור שליטת היוצר בנכסים הכפופים לנאמנות ובנאמן לאחר יצירת הנאמנות ראו PANICO, לעיל ה"ש 31, ב-1.72-1.213 §§; (David Hayton ed., 3rd ed. ; THE INTERNATIONAL TRUST 597-614 (להלן: INTERNATIONAL TRUST: THE LAW); (INTERNATIONAL TRUST OF TRUSTS §§ 2.31-2.54, 16 (2nd ed. 2010) ; SCOTT & ASCHER, OF TRUSTS §§ 2.31-2.54, 16 (2nd ed. 2010) ; בפס' 8.2, 16.5-16.7, 35 ; ס' 25 ל-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31, כולל ה-Comments וזה Reporter's Notes ; JAMES WADHAM, WILLOUGHBY'S MISPLACED TRUST 1-17 (2nd ed. 2002). וראו פסיקה בנושא:

מגן הנאמנות (Trust protector), המחזיק בדרך כלל בכוחות המאפשרים שליטה בנאמן, כגון כוח לפסול את החלטותיו או התניה של כניסת החלטות הנאמן לתוקף באישור המגן. מגן הנאמנות הוא לעתים קרובות היוצר עצמו או איש אמונו הקרוב, והוא משמש דרך לפקח על הנאמן ולרסנו.⁷⁶ במקרים שבהם הנאמן מרוחק גאוגרפית מן היוצר, נוטה האחרון לבחור במגן נאמנות הממוקם קרוב בהרבה. משהופיעו תניות שימור השליטה ומגני הנאמנות בפרקטיקה הנאמנותית, מיהרו שיטות משפט רבות, המבקשות למשוך משתמשים, לתקן את דיניהן כך שיִרשו חידושים אלה במפורש.

חידושים אלה הופיעו בתגובה להתעצמות חששם של חלק מהמקימים נאמנויות באמצעות העברת הבעלות בנכסים הכפופים להן לנאמן מפני השלכות הפְּרָדָה המוחלטת מזכויותיהם ברכוש. עלייתם של חששות כאלה מוסברת בשינוי, במאה השנים האחרונות, במידת הקרבה של הנאמן הטיפוסי ליוצר הנאמנות ולנהנים. באנגליה או בארצות הברית של המאה התשע-עשרה היה הנאמן הטיפוסי קרוב משפחה של היוצר ושל הנהנים, שותף עסקי ותיק של היוצר או עורך דין שהיוצר ומשפחתו ניהלו עמו מערכת יחסים ארוכת שנים.⁷⁷ כיום, לעומת זאת, יוצרים רבים מעדיפים להשתמש, כנאמנים, בחברות נאמנות שמושכן בצדו האחר של כדור הארץ. העברת הבעלות בנכסים לנאמן זר ומרוחק משרתת, במקרים רבים, היטב את מטרתה: הוצאת הנכסים הכפופים לנאמנות ממסת נכסי היוצר או הנהנים הכפופים למס במדינות התושבות שלהם, או שרשויות מדינות אלה מסוגלות לגבות מתוכם מס בפועל;⁷⁸ הכפופים לחובות היוצר והנהנים ונגישים לנושיהם; הכפופים לזכויות יורשי היוצר והנהנים לפי משטרי ירושה כפויה ולזכויות בני או בנות זוגם לפי דיני המשפחה החלים עליהם. אך הבחירה בנאמן מרוחק גם מעצימה את החשש מפני הפרת חובה מצדו,

Antle v. The Queen, [2010] F.C.A 280 (Can.); Re the AQ Revocable Trust, [2010] 13 ITEL R 260 (Berm.)

76 לדיון במגני נאמנות ראו למשל (2011) ANDREW HOLDEN, TRUST PROTECTORS INTERNATIONAL ; TRUST לעיל ה"ש 75, בעמ' 195–212, PANICO, לעיל ה"ש 31, בעמ' 405–445, Anthony Duckworth, *Protectors—Fish or Fowl?*, 4 PRIVATE CLIENT BUS. 169, 245, 328 (1996) פורסם בשלושה חלקים); Donovan W.M. Waters, *The Protector: New Wine in Old Bottles?*, in TRENDS IN CONTEMPORARY TRUST LAW 63 (A.J. Oakley ed., 1996); Stewart E. Sterk, *Trust Protectors, Agency Costs, and Fiduciary Duty*, 27 CARDOZO L. REV. 2761 (2006); Gregory S. Alexander, *Trust Protectors: Who Will Watch the Watchmen?*, 27 CARDOZO L. REV. 2807, 2807–2812 (2006); Alexander A. Bove Jr., *The Case against the Trust Protector*, 37 ACTEC 154–141. בס' 75 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] מופיעה הגדרה של מגן הנאמנות לצורכי משטר מיסוי הנאמנויות הישראלי. הסעיף מגדיר כך: "מגן הנאמנות (Protector) – מי שלפי מסמכי הנאמנות יש לו סמכות למנות את הנאמן או לפטרו, לתת לנאמן הוראות, או שאישורו נדרש לפעולות של הנאמן".

77 לדיון בפרקטיקה הנאמנותית באנגליה של המאה התשע-עשרה ראו CHANTAL STEBBINGS, *THE PRIVATE TRUSTEE IN VICTORIAN ENGLAND* (2002).

78 העברת הבעלות בנכסים לנאמן שאינו תושב מדינת התושבות של היוצר או הנהנה אינה משפיעה על חבויות המס של האחרונים לפי משטר מיסוי הנאמנויות הישראלי, הקבוע בס' 75–75 לפקודת מס הכנסה. אך משטר מיסוי הנאמנויות הישראלי הוא חריג בין משטרי מיסוי הנאמנויות ברחבי העולם, ממש כפי שמשטר הנאמנות הישראלי הוא חריג בין משטרי הנאמנות. דיון מפורט בייחודו של משטר מיסוי הנאמנויות הישראלי חורג מתחומו של מאמר זה. ככוונתי לקיימו בעתיד.

כגון גנבת הנכסים. גם שיטות משפט שעדיין מתנות יצירת נאמנות בהעברת זכויות היוצר בנכסים הכפופים לה לנאמן מגלות אפוא במקרים רבים התחשבות גוברת והולכת בחששם של יוצרים מפני הסיכון שבהעברה כזו ומאפשרות להם לשמור בידיהם, בדרכים שונות, כוח שליטה בנאמן המקרב אותם למעמד הבעלים.

בשנים האחרונות החלו גם כמה מלומדים המתמחים בדיני הנאמנות להודות כי העברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן אינה תנאי בל יעבור ליצירת נאמנות, וכי גם מודלי נאמנות אחרים מתקבלים, עקרונית, על הדעת. טוני אונורה (Honoré) כתב כי הנכסים הכפופים לנאמנות חייבים להיות כיס עושר נפרד, הנגיש רק לנהנים ולנושי הנאמנות – מי שנשייתם צמחה מתוך פעולה מול כיס עושר זה, ולמשל מי שהנאמן כרת עמו חוזה להספקת שירותים לנכס הכפוף לנאמנות או מי שסוס המוחזק בנאמנות בעט בו וגרם לו נזק. הנכסים הכפופים לנאמנות חייבים, לשיטת אונורה, שלא להיות נגישים לנושיהם הפרטיים של היוצר, של הנאמן ושל הנהנה, לא כרגיל ולא בפשיטת רגלם או בפירוקם.⁷⁹ בכפוף לדרישת יסוד זו, ניתן לדעתו להקצות את הבעלות הפורמלית בנכסים הכפופים לנאמנות לכל אחד משלושת הקטבים לה. הנאמן חייב ליהנות מכוח לנהל את הנכסים ולחלקם (לפי הוראות היוצר, העשויות להותיר הכרעות רבות לשיקול דעתו של הנאמן), אך אין הכרח שייהנה גם מן הבעלות הפורמלית בנכסים. הלא גם במקרה שבו הנאמן הוא בעלי הנכסים, הוא מחזיק בהם ככיס עושר נפרד מרכושו שאינו מוחזק בנאמנות.⁸⁰ גם קן ריד (Kenneth Reid) הסקוטי, לוזינה הו (Lusina Ho) ורפקה לי (Rebecca Lee) מהונג קונג, לוק תנו (Luc Thévenoz) השווייצרי וגרג אלכסנדר (Gregory Alexander) האמריקני הודו כי אין הכרח עקרוני שהנאמן יהיה בעלי הנכסים הכפופים לנאמנות.⁸¹

3. האם ראוי להוסיף ולאפשר נאמנות בלא העברת בעלות?

לאור התרבותם, מאז נחקק חוק הנאמנות, של משטרי הנאמנות המתירים יצירת נאמנות בלא העברת הבעלות בנכסים הכפופים לה לנאמן, כמו גם התקבלותה האטית של אפשרות זו על דעת מלומדים, מתגלה הגדרת הנאמנות בסעיף 1 לחוק כמי שהקדימה כמעט כל שיטת

79 באשר לנושיו הפרטיים של הנאמן, דעתי שונה. ראו להלן בפרק ג.2.

80 Tony Honoré, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions* 7 (Univ. of Oxford Legal Research Paper Series, Working Paper No. 27/2008), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1270179; Tony Honoré, *Trusts: The Inessential*, in RATIONALIZING PROPERTY, EQUITY AND TRUSTS 7, 9 (Joshua Getzler ed., 2003).

81 Kenneth G.C. Reid, *Conceptualising the Chinese Trust: Some Thoughts from Europe*, in TOWARDS A CHINESE CIVIL CODE: HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 209, 217 (Remco van Rhee & Lei Chen eds., 2012); Lusina Ho et al., *Trust Law in China: A Critical Evaluation of its Conceptual Foundation*, in TRUST LAW IN ASIAN CIVIL LAW JURISDICTIONS 80, 85–86 (Lusina Ho & Rebecca Lee eds., 2013); Luc Thévenoz, *Trusts: The Rise of a Global Legal Concept*, in EUROPEAN PRIVATE LAW: A HANDBOOK (Mauro Bussani & Franz Werro Eds., 2009); Gregory Alexander, *The Dilution of the Trust*, in THE WORLDS OF THE TRUST WORLDS OF THE ; 199 בעמ' 61, לעיל ה"ש ; Ho, *History* ; 305, 312 (Lionel Smith ed., 2013); TRUST, לעיל ה"ש 65, בעמ' 1, 4–7, Lee ; לעיל ה"ש 61, בעמ' 659–662.

משפט אחרת בזיהוי כיוון התפתחותו העכשווי של דין הנאמנות. אך בחלוציות כשלעצמה אין ערך; חידושים רבים במשפט הם חידושים מזיקים, שטוב לו לא היו מתחדשים.⁸² הייתכן שהרחבת תחומו של מוסד הנאמנות בסעיף 1 לחוק אינה בגדר עקירת "עיקר העיקרים שבנאמנות"⁸³ אלא היא חידוש ראוי ומועיל? לשם בירור שאלה זו אבחן את הטיעונים השונים שהועלו בספרות להצדקת הגבלתו של מוסד הנאמנות למתווה הכרוך בהעברת הבעלות בנכסים הכפופים לה לנאמן. טיעונים אלה הם בחלקם פורמליים, בחלקם מהותיים ובחלקם אמפיריים. בהמשך אבחן את הטיעונים התומכים בהרחבת מוסד הנאמנות, כך שיקיף גם מודלים המקצים את הבעלות בנכסים ליוצר או לנהנה. הטיעונים הפורמליים המצדדים בהגבלת מוסד הנאמנות למתווה המסורתי הם שלושה. האחד הוא כי "נאמנות" משמעה משטר הנאמנות הקלסי שלפי שיטת המשפט המבוססת על מסורת המשפט המקובל; זו הנאמנות ואין בלתה, וכינון של צורות אחרות במשפט בשם "נאמנות" הוא בגדר טעות קטגוריה. ויסמן כתב כי "בדיקה של הספרות המקצועית בסוגיית הנאמנות האנגלו-אמריקאית תעמיד אותנו על כך שרעת הכל היא כי קניינו של הנאמן בנכס הנאמנות הוא מתכונות היסוד של הנאמנות".⁸⁴ קניינו של הנאמן בנכס הנאמנות הוא אכן תכונות יסוד של מודל הנאמנות הקלסי שלפי המשפט האנגלי ולפי שיטת משפט אחרות המבוססות על מסורת המשפט המקובל. אך ספק אם נכון להעריך היבטים של משטרי הנאמנות שבשיטות משפט שאינן מבוססות רק על מסורת משפט זו לפי מידת

82 ראו לדוגמה את ההתפתחויות הנדונות להלן בפרק ד.

83 ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 286.

84 שם. ויסמן טען, בהתבסס על ההיסטוריה החקיקתית של חוק הנאמנות, כי המחוקק התכוון לאמץ במשפטנו את מודל הנאמנות המבוסס על בעלות הנאמן בנכסים הכפופים לנאמנות. מבדיקת החומר הארכיוני בנושא עולה כי ככל הנראה לא כך היה. להלן אדון בשלושה תימוכין שהביא ויסמן לעמדתו: (א) לתמיכה בגישתו כי את ס' 1 לחוק יש לפרש כדורש את הקניית הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן כתב ויסמן (שם, בעמ' 287) כי בהצעה שפורסמה ברואה החשבון (לעיל ה"ש 46) "שבו ונקטו בעמדה המסורתית כי לנאמן מוקנית הבעלות על נכסי הנאמנות". ואולם, אין הדבר כך. ס' 1 להצעה זו קבע כי "נאמנות היא זיקה בין בני אדם שלפיה אחד מהם חייב להחזיק או לפעול בנכס לטובת זולתו". נראה כי ויסמן הוטעה על ידי דברי ההסבר לאותה הצעה, בחתימת שמגר, הסותרים, לעניין בעלות הנאמן בנכסים הכפופים לנאמנות, את תוכן הצעה (ראו לעיל דיון בסתירה זו בה"ש 46). (ב) ויסמן הסתמך גם על הדרך שבה הציג ח"כ יצחק ברמן את הצעת החוק בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט ובפני מליאת הכנסת. אך הסברו של ברמן לא הולם את ההצעה שהציג (ראו לעיל בטקסט הנלווה לה"ש 46). (ג) עוד הסתמך ויסמן על טענה כי לשינוי שחולל ס' 1 לחוק בדיני הנאמנות לא קדמו דיונים מעמיקים. לטענתו, "בדיקת שלבי ההכנה של החוק מלמדת כי לא היתה למנסחיו עמדה מגובשת בשאלת זכויותיו של הנאמן בנכסי הנאמנות" (ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 286). ויסמן סבר כי תהליך החקיקה כלל כמה תפניות, מן הגישה המסורתית אל זו החדשנית ובחזרה. אך מקריאת החומר ששרד מתהליך החקיקה, מן הטיוטה הראשונה שכתב השופט כהן עד לאישור החוק בכנסת בקריאות שנייה ושלישית, נראה כי אף שהתמודדותם של חברי הכנסת חברי ועדת החוקה עם הנושא אכן לא היתה שיטתית או מעמיקה, המשפטנים שעסקו בו הקדישו לעניין תשומת לב מעמיקה יותר. רוב מי שהקדישו מחשבה רצינית לנושא – חיים כהן, מאיר ארן, מאיר שמגר, אהרן ברק, אורי ידין ושלמה כרם – תמכו בגישה החדשנית, מי לאורך כל הדרך ומי בסופו של דבר. כל הטיטות העיקריות של הצעת החוק, לבר מן הרביעית, משקפות גישה זו. את ההחלטה המכרעת להעדיפה קיבל שמגר (ראו דיון לעיל בה"ש 41 ובטקסט הסמוך לה).

נאמנותם למודלים הקלסיים שבה. תהליך התקבלותו של מוסד הנאמנות בשיטות משפט שאינן מבוססות רק על מסורת המשפט המקובל נמשך כבר כמה מאות שנים, למן התקבלות המוסד בשיטה הסקוטית במאה השבע-עשרה,⁸⁵ והואץ מאוד במאה העשרים. כיום מוסד הנאמנות הוא חלק מעשרות רבות של שיטות משפט שאינן מבוססות רק על מסורת המשפט המקובל.⁸⁶ באמצען מוסד זה הכניסו שיטות אלה, ובהן השיטה הישראלית, שינויים רבים במודל הקלסי שמן המשפט המקובל. היות שהשינויים הוכנסו במכוון, ברי כי לשיטת המחוקק הישראלי, כמו גם עשרות מחוקקים אחרים ברחבי העולם, הדמיון או השוני שבין משטר נאמנות פלוני, או היבט מסוים שבו, לבין מודל הנאמנות הקלסי שבמשפט המקובל אינם כשלעצמם מעלים או מורידים לעניין ראויותו של אותו משטר או היבט.

טיעון פורמלי שני הוא כי אם ניתן ליצור נאמנות בלא העברת הבעלות בנכסים הכפופים לה לנאמן, לכאורה לא ברור מה בין הנאמנות לבין מוסד השליחות. לטיעון זה ניתן להשיב בשניים. ראשית, בין הנאמנות לשליחות הבדלים שאינם קשורים בהקצאת הבעלות בנכסים הכפופים להסדרים אלה או מושפעים מהם בין המשתתפים בהם. בפרשת זיימן עמדה השופטת פרוקצ'יה על שני הבדלים שכאלה: (א) יחסי נאמנות מתמקדים בזיקה לנכס, אותו מנהל הנאמן לטובת נהנים או למטרה אחרת ושאותו הוא עתיד לחלק לנהנים או לנצל לשם המטרה האחרת, ואילו שולח רשאי לעשות שלוח לכל פעולה משפטית שניתן לבצעה כלפי צד שלישי, אף אם אינה קשורה לנכס, "חוץ מפעולה שלפי מהותה או על פי דין יש לבצעה אישית";⁸⁷ (ב) היקף כוחו של השלוח מותנה בהיקף ההרשאה מידי השולח ובהוראותיו, ואילו כוחו של הנאמן לנהל את הנכסים הכפופים לנאמנות ולעשות בהם לטובת הנהנה או למטרה אחרת אינו, עקרונית, מוגבל. השליחות החוזרת היא ברירת המחדל בשליחות, ואילו בדיני הנאמנות המחדליים אין היוצר נהנה מכוח לבטל את הנאמנות. אף שלמעשה יוצרים נוהגים לעתים להגביל את כוח הניהול של נאמנים ולהנחות אותם בניהול הנכסים הכפופים לנאמנות ובחלוקתם, הרי שבררת המחדל בדין הנאמנות המודרני היא שלנאמן כוח לעשות בנכסים הכפופים לנאמנות כאילו היה בעליהם – גם אם אינו בעליהם למעשה – ואילו בררת המחדל בשליחות הפוכה: לשלוח אין כוח כלל לבד מזה שהקנה לו השולח. נאמן עשוי להשתמש בכוחו בדרך המיטיבה, לדעתו, עם הנהנה, גם אם הנהנה עצמו סבור כי על הנאמן לפעול אחרת ומפציר בנאמן לפעול בדרך אחרת זו. פעולת נאמן שהנהנה מתנגד לה עשויה, אם היא סבירה ומבטאת נאמנות, במובן היום-יומי של המילה, לטובת הנהנה, שלא להוות הפרה של חובות הנאמן.⁸⁸ בפרשת וואלס עמד הנשיא שמגר על הבדל נוסף בין נאמנות לשליחות: "שלוח המבצע עוולה בנוזיקין עשוי לחייב את השולח באחריות שילוחית למעשהו", ואילו נאמן המבצע במסגרת מילוי תפקידו עוולה בנוזיקין כלפי מי שאינו צד

85 ראו לדוגמה הדין אצל George L. Gretton, *Scotland: The Evolution of the Trust in a Semi-Civilian System*, in ITINERA FIDUCIAE: TRUST AND TREUHAND IN HISTORICAL PERSPECTIVE 507 (Richard Helmholz & Reinhard Zimmermann eds., 1998).

86 ראו המקורות המצוינים בה"ש 33–35, 49, 60–65, 68–70, 80–81 לעיל.

87 ס' 1(ב) לחוק השליחות.

88 ע"א 9225/01 זיימן נ' קומרן, פס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנוב, 13.12.2006); MING-WAI LAU, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TRUSTS: TOWARDS A PROPERTY-BASED APPROACH 54 n. 44 (2011).

לנאמנות אינו מחייב את הנהנה באחריות כלפי הניזוק כמעט לעולם.⁸⁹ כללית, לפי חוק השליחות, "שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי הענין, את השולח",⁹⁰ ואילו נאמנו של אדם אינו כמותו: פעולת הנאמן, ידיעתו וכוונתו מחייבות ומזכות את הרכוש הכפוף לנאמנות או את רכושו הפרטי של הנאמן אך לא את רכוש הנהנה (לבד מעל דרך התוספת או הגריעה מהרכוש הכפוף לנאמנות, שלנהנה זכות לפיה). אם להתמקד בדוגמת האחריות בנזיקין, לפי דיני הנאמנות הקלסיים שבמשפט המקובל, כיס העושר החייב בפיצוי מי שניזוק מפעולת הנאמן או מהרכוש הכפוף לנאמנות, כגון מסוס שבעט, הוא כיס העושר הפרטי של הנאמן, אם כי במקרים רבים יוכל הנאמן לשפות עצמו מתוך הרכוש הכפוף לנאמנות.⁹¹ לפי דיני הנאמנות העכשוויים שבשיטות משפט רבות, כגון ה־Uniform Trust Code האמריקני, שאומץ בדיני רוב מדינות ארצות הברית, בהיעדר אי-גילוי של קיום הנאמנות או אשם מצד הנאמן, הרכוש הכפוף לנאמנות הוא כיס העושר החייב, ישירות, בפיצוי הניזוק.⁹² הברדל רביעי בין השליחות לנאמנות, שלא נזכר בפסיקתנו, הוא שמערכת היחסים הפנימית לשליחות היא דו-קוטבית: מול השלוח עומד השולח, לו הכוח להקצות לשלוח את כוחו, והוא גם שיישא בדרך כלל בתוצאות פעילות השלוח. לעומת זאת מערכת היחסים הפנימית לנאמנות היא תלת-קוטבית: היוצר הוא שמטיל על הנאמן את משימתו, מורה לו כיצד לנהל את הרכוש הכפוף לנאמנות, מזהה את הנהנים או את מטרת הנאמנות ומגביל, אם רצונו בכך, את כוח הנאמן לעשות ברכוש כאילו היה בעליו, אך מי שיישא בתוצאות פעילות הנאמן הוא הנהנה. אף שבניגוד לדין הנאמנות המסורתי שבמשפט המקובל, משטר הנאמנות הישראלי מקצה גם ליוצר כוח

89 ע"א 3829/91 וואלס נ' גת, פ"ד מח(1) 801, 808 (1994).

90 ס' 2 לחוק השליחות.

91 לגישה המסורתית ראו Kalev J. Crossland, *Unsecured Creditors and the 'Uncorporation': Issues with Trading Trusts Post Global Financial Crisis*, 17 TR. & TRUSTEES 185 (2011); Paul Heath, *Bringing Trading Trusts into the Company Line*, 16 TR. & TRUSTEES 690 (2010); Smith, ; Lionel Smith, *Scottish Trusts in the Common Law*, 17 EDINBURGH L. REV. 283 (2013).
Trust and Patrimony, לעיל ה"ש 66, בעמ' 386–390.

92 לפתרון המודרני ראו, בארצות הברית, ס' 10 ל-U.T.C., לעיל ה"ש 31; ס' 106–105 ל-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31 (בסימן 105, comment c, הפניות לחקיקה של מדינות ארצות הברית שאימצו, עד פרסום הכרך הרביעי לריסטייטמנט ב-2012, את עיקרו של ה־Code); UNIF. PROBATE CODE (1969); § 306–307 (amended 2008). מחוץ לארצות הברית ראו למשל ס' 32 לחוק הנאמנות של ג'רוי, לעיל ה"ש 75; וראו גם ס' 97–98 לחוק הנאמנות של איי הבתולה הבריטיים, לעיל ה"ש 75, שם הדין מאפשר ליוצרי נאמנות בחירה בין הפתרון המסורתי לפתרון המודרני בשאלת חבות הנאמן לנושיו אגב פעילותו כנאמן. ראו דיון אצל SCOTT & ASCHER, לעיל ה"ש 31, ב-26; § GEORGE GLEASON BOGERT, AMY MORRIS HESS & GEORGE TAYLOR BOGERT, *THE LAW OF TRUSTS AND TRUSTEES: A TREATISE COVERING THE LAW RELATING TO TRUSTS AND ALLIED SUBJECTS AFFECTING TRUST CREATION AND ADMINISTRATION* §§ 712–716, 732, 735 (Thomson/West, 2nd and 3rd Henry Hansmann & Ugo Mattei, *The*; ed. 2011) PANICO; לעיל ה"ש 31, בעמ' 253–261; *Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 73 N.Y.U. L. REV. 434, 459–461 (1998).

לפנות לבית המשפט בקשר לנאמנות,⁹³ הרי שבמקרים רבים יהיה הנהגה, כמי שיישא בתוצאות פעילות הנאמן, הצד העיקרי לנאמנות שעניינו בתוצאותיה יביא אותו לפנות בפועל לבית המשפט או למנגנון יישוב סכסוכים אחר שנקבע בכתב הנאמנות, כדי לאכוף על הנאמן את חובותיו או את אחריותו. כך במיוחד במקרה של נאמנות ארוכת טווח שיוצרה כבר נפטר. הפיצול בין יוצר הנאמנות לנהנה מקנה לנאמן הרבה מעצמתו המעשית, הגדולה מזו של השלוח, העומד מול מי שהקנה לו את כוחו, יישא בתוצאות פעולתו ונהנה מכוח לאכוף עליו את חובותיו.⁹⁴ שנית, אין להכחיש כי בין השליחות לנאמנות "יש נקודות דמיון והשקה רבות".⁹⁵ אוצר המושגים והצורות שבמשפט הפרטי אינו בגדר סכמה סיווגית נקייה, שאף אחת מן התופעות שהיא מכילה אינה חופפת תופעה אחרת. ניקיון סיווגי כשלעצמו אינו ערך המצדיק עמדה כלשהי באשר לתחום תחולת מוסד כלשהו במשפט. עם זאת, אם החפיפה של משטר הנאמנות הישראלי, המרחיב את תחומו של מוסד הנאמנות, את משטר השליחות הישראלי יוצרת מצבים קונקרטיים שבהם לא ברור איזה מבין שני המשטרים מסדיר את המצב, אף שכל אחד מהם פותר שאלות זהות בדרכים שונות, החפיפה משיתה עלויות על המשתמשים בדין.⁹⁶

טיעון פורמלי שלישי הוא כי חיקוק אחר מגדיר את הנאמנות תוך שהוא דורש כי בעלות בנכסים הכפופים לה תוקנה לנאמן, ומטעמי הרמוניה נורמטיבית ראוי לפרש גם את ההגדרה שבחוק הנאמנות בדרך זו.⁹⁷ אף שחוק השקעות משותפות בנאמנות קובע כי "הסכם הקרן ייעשה בין חברה שאושרה כנאמן [...] שיוקנו לה נכסי הקרן [...] לבין חברה אחרת",⁹⁸ וכן כי "נכסי הקרן יהיו מוקנים לנאמן לטובת בעלי היחידות",⁹⁹ איני סבור שמשום כך יש להגביל את מוסד הנאמנות שלפי חוק הנאמנות הכללי למצבים שבהם מוקנית לנאמן בעלות ברכוש הכפוף לנאמנות. ראשית, חוק השקעות משותפות בנאמנות הוא חוק מיוחד, העוסק בהקשר מסוים שבו נעשה שימוש במוסד הנאמנות: הקשר ההשקעות המשותפות ב"קרנות נאמנות". חוק הנאמנות, לעומתו, הוא חוק כללי, החל בכלל ההקשרים המגוונים שבהם נעשה שימוש במוסד זה. חוק מיוחד וצר תחולה אמנם גובר על חוק כללי ורחב תחולה בתחום תחולתו של החוק המיוחד, אך אין הצדקה לפרש את החוק הכללי מחוץ לתחום

93 ראו ס' 23(א) ו-39 לחוק הנאמנות. במשטר הנאמנות הקלסי שלפי המשפט המקובל היה הנהנה הצד היחיד לנאמנות שנהנה מן הכוח לפנות לבית המשפט כדי לאכוף על הנאמן את קיום חובותיו או את אחריותו. לאחר יצירת הנאמנות והעברת הרכוש הכפוף לה לנאמן, לא נותר ליוצר, במשטר הנאמנות הקלסי, כל כוח להשפיע על פעולת הנאמן, על הנאת הנהנה או להתערב בהן.

94 לחובות השלוח ראו ס' 8 לחוק השליחות; לזכויות העומדות לשולח כנגד השלוח ראו שם, ס' 10; לתרופות העומדות לשולח כנגד השלוח ראו שם, ס' 9(א).

95 עניין זיימן, לעיל ה"ש 88, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

96 כך למשל, במקרה שבו נתן ראובן לשמעון כוח לפעול בנכס ולא הגדיר במפורש את מערכת היחסים שיצר כנאמנות או כשליחות, ושמעון מכר את הנכס ללוי, תוך הפרת ההוראות שנתן לו ראובן, תקשה ההבחנה המעורפלת שבדינינו בין הנאמנות לשליחות לדעת אם כדי לגבור על ראובן, על לוי לפעול בתנאי תקנת השוק, כנדרש במקרה של שליחות, או שדי ללוי לעמוד בתנאי ס' 14 לחוק הנאמנות. אני מודה לדפנה לוינסון-זמיר על הערה זו. לדיון בתחרויות זכויות בהקשר הנאמנות ראו להלן בפרק ג.

97 ויסמן, לעיל ה"ש 11, העלה טיעון זה בעמ' 287-288.

98 ס' 4 לחוק השקעות משותפות בנאמנות.

99 שם, ס' 76.

תחולתו של החוק המיוחד באופן שהפרשנות הניתנת למושג היסוד שבחוק הכללי תהלוך את הפירוש שניתן לו כהופעתו בחוק המיוחד. שנית, חיקוק מיוחד אחר, פקודת מס הכנסה, מגדיר "נאמן" ו"נאמנות" לצורכי מס ואינו דורש כי הנאמן יהיה בעלי הרכוש הכפוף לנאמנות, אלא אך כי יחזיק בו. הפקודה מגדירה "נאמן": "אדם שהוקנו לו נכסים או הכנסות מנכסים, או שהוא מחזיק בנכסים בנאמנות", ו"נאמנות": "הסדר שעל פיו מחזיק נאמן בנכסי הנאמן לטובת נהנה"¹⁰⁰. אם כן, אף ערך ההרמוניה הנורמטיבית אינו דורש כי מושג הנאמנות שבחוק הנאמנות יצומצם למצבים שבהם מוקנית לנאמן בעלות בנכסים הכפופים לנאמנות; מה גם שהסדר מיסוי הנאמנות שבפקודת מס הכנסה הוא המאוחר שבשלושת החיקוקים.¹⁰¹

הטיעונים המהותיים בזכות הגבלת מוסד הנאמנות למצבים שבהם מוקנית לנאמן בעלות בנכסים הכפופים לנאמנות הם שלושה: האחד הוא כי נאמן שאינו בעלי הנכסים הללו ייאליץ להוכיח למי שירצה לעשות עמו או דרכו עסקאות בנכסים (למשל קונים פוטנציאליים או הבנק שבו מופקדים הנכסים הכפופים לנאמנות) כי הוסמך על ידי הבעלים לבצען, ולכן עלויות העסקה שבהן יישא הרכוש הכפוף לנאמנות במקרה כזה גבוהות מאלה שבהן יישא הרכוש במקרה שהנאמן הוא בעלי הרכוש.¹⁰² ספק אם יש ממש בטיעון זה. במציאות ימינו המבקש לעשות עסקה שבמוקדה נכס שהוא אינו שולט בו (למשל לקנות את הנכס או לקבל משכנתה על הנכס) דורש בדרך כלל מן הצד השולט בנכס, כתנאי לעשיית העסקה, להציג לפניו ראיה משכנעת לכוחו לעשות בנכס את העסקה. הנטל או העלות שבהצגת מסמך המלמד על בעלות בנכס אינם קטנים בהרבה, אם בכלל, מן הנטל או מהעלות שבהצגת מסמך המעיד על כוחו של הנאמן-שאינו-בעלים לעשות בנכס את העסקה, כגון כתב הנאמנות המעניק לו כוח זה, או ייפוי כוח נפרד. טיעון מהותי שני הוא כי דין הנאמנות מורה כי מותו של נאמן, אבדן כשרותו, פשיטת רגלו, פירוקו או התפטרותו אינם מביאים נאמנות לקצה מקום שהיא אמורה, לפי תנאיה, להוסיף ולהתקיים, ואם אין בכתב הנאמנות הוראות באשר למינוי נאמן חלופי, ימנה בית המשפט נאמן כזה,¹⁰³ אך הדין אינו מכיל הוראות באשר להשלכות מותו, אבדן כשרותו, פשיטת רגלו או פירוקו של יוצר או של נהנה שהיה, לאחר תחילת הנאמנות, בעל הנכסים הכפופים לה, על הקצאת הבעלות בנכסים אלה.¹⁰⁴ אף שבשל חדשנותה של האפשרות ליצירת נאמנות מבלי להעביר את הבעלות בנכסים הכפופים

100 ס' 75 לפקודת מס הכנסה.

101 הסדר מיסוי הנאמנות המשוכלל המופיע כיום בפקודת מס הכנסה הוכנס בה בס' 17 לפקודת מס הכנסה (תיקון מס' 147), התשס"ה-2005, ס"ח תשס"ה 2023. תיקונים חשובים הוכנסו בהסדר זה בחוק לשינוי סדרי עדיפויות לאומיים (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנים 2013 ו-2014), התשע"ג-2013, ס"ח 2405, ס' 40(5)-(18), שהם תיקון 197 לפקודה.

102 לטענה זו, בלא המינוח מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט, ראו Ho, *History*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 200.

103 ראו בישראל ס' 21(ב) לחוק הנאמנות. באנגליה ראו Trustee Act, 1925, 15 & 16 Geo. 5, c. 19, §§ 36-41 (להלן: Trustee Act, 1925); THOMAS & HUDSON, לעיל ה"ש 75, ב- §§ 22.82-22.38; בארצות הברית ראו ס' 31 ל-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31 ("Trust does not fail for (lack of trustee)"); ס' 704 ל-U.T.C., לעיל ה"ש 31 (המזכיר גם אפשרות שלפיה הנהנים בנאמנות ימנו נאמן חלופי).

104 Reid, לעיל ה"ש 81, בעמ' 219.

לה לנאמן רוב, אם לא כל, שיטות המשפט אינן מכילות הוראות באשר להקצאת הבעלות בנכסים הללו לאחר מותו, אבדן כשרותו, פשיטת רגלו, פירוקו או ויתור על הבעלות מצד יוצר או נהנה שהיה, לאחר יצירת הנאמנות ולפני חלוקת הנכסים לנהנים, בעל הנכסים, ניתן למלא חסר זה בכתב הנאמנות, בפסיקה או בחקיקה. להלן הצעות להסדרים מתאימים. במקרה של מות הבעלים הבעלות ברכוש הכפוף לנאמנות תעבור ליורשיו, וגם הם, כמו מורישם, יהיו כפופים להוראות כתב הנאמנות. במקרי אבדן כשרות, פשיטת רגל או פירוק של הבעלים, נראה כי בעלי התפקיד המתמנים במקרים כאלה – אפוטרופסים, נאמנים בפשיטת רגל ומפרקים – ידאגו למינוי בעלים חלופי, על ידי התייעצות עם הנאמן ועם הנהנים, או בקשת הוראות מבית המשפט. במקרה של ויתור הבעלים על הבעלות בנכסים, יפנה הנאמן לבית המשפט בבקשה למתן הוראות. טיעון מהותי שלישי הוא כי לבעלי הרכוש הכפוף לנאמנות כוח ניכר לעשות כרצונם ברכוש זה, להטעות את מי שאינם צדדים לנאמנות ואינם יודעים כי הרכוש כפוף לנאמנות ובכך לפגוע בצדדים חיצוניים אלה ובנהנים. לעומת כוחם של נאמנים לעשות כרצונם ברכוש הכפוף לנאמנות, המוגבל בחובתם "לנהוג באמונה ובשקידה"¹⁰⁵ במילוי התפקיד, כוחם של בעלים שאינם נאמנים לעשות כן אינו מוגבל בחובות דומות.¹⁰⁶ גם קושי זה ניתן לפתרון בהתנאה מתאימה בכתב הנאמנות, בהלכה שיפוטית או בתיקון חקיקה, שלפיהם גם בעלים-שאינו-נאמן של רכוש הכפוף לנאמנות חייב שלא לנצל את זכותו ברכוש תוך הפרת תנאי הנאמנות או גרימת נזק לנהנים. עוד ניתן לחייב בעלים כזה לשתף פעולה עם הנאמן, כנדרש לשם הגשמת תנאי הנאמנות ומטרתיה. ניתן אף לקבוע בכתב הנאמנות, בפסק דין או בחוק כי בעלים-שאינו-נאמן של רכוש הכפוף לנאמנות חסר את הכוח לשלוט בנכסים ולהקנות זכויות בהם לאחרים. אף שבעלות החסרה כוח זה היא בעלות "על הנייר" בלבד, הרי שפיצול הזכויות והכוחות שמהם נהנים בעלים מחוץ להקשר הנאמנות בין כמה גורמים הוא רכיב מרכזי בקוד הגנטי של מוסד הנאמנות. מודל הנאמנות המסורתי שבמשפט המקובל כרוך בפיצול כזה: הכוח לשלוט בנכסים מוקצה לנאמן, ואילו ההנאה מהם – לנהנה. בהמשך לפיצול היסטורי זה ניתן במקרה שבו הבעלות הפורמלית תוקצה, בהקשר הנאמנות, לבעלים-שאינו-נאמן, לחלק את הכוחות והזכויות של בעלים-שמחוץ-להקשר-הנאמנות לשלושה: הבעלות הפורמלית תוקצה לבעלים, הכוח לשלוט בנכסים לנאמן, וההנאה מהם – לנהנה. בפיצול כזה יש כדי להגביל את יכולת הבעלים לפגוע בצדדים חיצוניים ובנהנים תוך הסתמכות על בעלותו. אף שגם בעלות "על הנייר" לבדה יוצרת פוטנציאל לפגיעות כאלה, אם הכוח לשלוט בנכסים יישלל במפורש, בכתב הנאמנות, מבעלים שאינו נאמן, יוכלו צדדים חיצוניים לגלות כי הבעלים אינו נהנה מכוח זה על ידי קריאת כתב הנאמנות. אם זכויות בנכסים הכפופים לנאמנות כפופות לרישום במרשם זכויות פומבי, וכן במקרה שבו הנכסים מופקדים אצל גורם מנהל, כגון בנק או מנהל תיקים, יוכל הרשם או הגורם המנהל לציין לצד שם הבעלים כי בעלותו של זה כפופה לנאמנות ואינה כוללת כוח לשלוט בנכסים. ציון כזה ישפר את יכולתם של צדדים חיצוניים לנאמנות לדעת כי בעלי הנכסים אינו מוסמך לעשות בהם עסקאות או להעבירם.

105 ס' 10(ב) לחוק הנאמנות.

106 Reid, לעיל ה"ש 81, בעמ' 218–219, Ho, History, לעיל ה"ש 61, בעמ' 200–201.

טיעון אמפירי התומך בהגבלת מוסד הנאמנות למתווה המסורתי שלפיו מוקנית לנאמן בעלות בנכסים הכפופים לנאמנות הוא כי הרחבת מוסד זה למתווים נוספים יוצרת בלבול בקרב קהילת צרכני המשפט ומביאה את חלקם להעדיף משטרי נאמנות זרים על משטר הנאמנות המקומי. אלה המשתמשים במשטר המקומי יוצרים נאמנויות באמצעות העברת הבעלות בנכסים לנאמן, ואינם משתמשים באפשרויות האחרות שמשטר זה פותח בפניהם. לטיעון זה תימוכין מסוימים. בשתי המדינות שבהן ניתן למשתמשים בנאמנות חופש להקצות את הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות כרצונם בין הקטבים לה – סין וישראל – נוצרות רוב הנאמנויות בדרך המסורתית, בהעברת הבעלות בנכסים לנאמן.¹⁰⁷ בישראל סברו, משך שנים, לפחות חלק מהעוסקים בניסוח כתבי נאמנות ובמתן שירותי נאמנות, כי חוק הנאמנות אינו מתאים כדין שיחול על נאמנויות שמורכבותן עולה על זו של נאמנות פשוטה לצורכי צדקה או להספקת צרכיו של בן משפחה מוגבל.¹⁰⁸ בשל הנורמה הבין-לאומית שלפיה יוצר נאמנות חופשי לבחור את הדין שיחול על הנאמנות,¹⁰⁹ התרשמות שכוזו עלולה להביא יוצרים לבחור בדין זר חלף הדין המקומי. בישראל אכן העדיפו חלק מן העוסקים בניסוח כתבי נאמנות להחיל משטרי נאמנות זרים על הנאמנויות שניסחו, גם כאשר יוצרי הנאמנות והנהנים ישראלים.¹¹⁰

107 סין: Ho, History, לעיל ה"ש 61, בעמ' 202. לעניין ישראל מבוססת קביעה זו על הכרת המחבר את הפרקטיקה בתחום.

108 ראו דברים שכתב אלון קפלן, מראשוני עורכי הדין הישראלים שייסוד וניהול נאמנויות עמדו במרכז עבודתם: Alon Kaplan et al., *Israel Launches Trust Tax Amnesty*, 10.5 TR. & TRUSTEES 21 (2004); Alon Kaplan, *The Use of Trusts and Offshore Structures in Israel and Major Changes* in *Israeli International Taxation*, 8.9 TR. & TRUSTEES 14 (2002) (להלן: Kaplan, *The Use of Trusts*). דברים דומים נאמרו לי בריאיון עם עו"ד מיכאל שיין (12.5.2011).

109 נורמה זו מעוגנת בס' 6 לאמנת האג, לעיל ה"ש 71; וראו פרשנות אצל JONATHAN HARRIS, THE HAGUE TRUSTS CONVENTION: SCOPE, APPLICATION AND PRELIMINARY ISSUES 166–214 (2002). אף שרוב מדינות העולם אינן צד לאמנה זו, הנורמה שלפיה יוצר הנאמנות ומי שמנסחים בשבילו את כתב הנאמנות חופשיים לבחור כל שיטת משפט שירצו כדין שיחול על הנאמנות, מקובלת בקרב העוסקים בתחום בארץ ובעולם כבר עשרות שנים.

110 הסיבות להתרשמותם השלילית של חלק מהעוסקים בתחום בארץ מאיכותו של חוק הנאמנות המקומי אינן תמיד ברורות. כשהם מתייחסים לנושא, מזכירים חלקם, כבעיה עיקרית, את המגבלות שחוק הירושה מטיל, לכאורה, על משך נאמנות הכפופה לדין הישראלי. ראו למשל Kaplan, *The Use of Trusts*, לעיל ה"ש 108, וראו להלן בפרק ב.1 דיון במגבלות אלה, ומסקנה שלפיה הן ניתנות לעקיפה. נראה כי הסיבות-שלמעשה לדלילות שימושם של חלק מהעוסקים בתחום בארץ בדין הישראלי כדין החל על הנאמנויות שליצירתן הם שותפים, הן כדלקמן: (א) בטרם נחקק חוק הנאמנות לא הייתה עמדת הדין הישראלי באשר לעצם אפשרות הקמתן של נאמנויות מתנתיות פרטיות ברורה, ובתגובה לכך התרגלו העוסקים בתחום להחיל על הנאמנויות המתנתיות הפרטיות שיצרו דינים זרים. לעתים נעשה שימוש בשיטות משפט של מדינות Offshore שדיני הנאמנות שלהן מבוססים על מסורת המשפט המקובל, כגון ג'רזי, גרנזי, גיברלטר ומלטה; פעמים אחרות נעשה שימוש לא בנאמנות אלא במוסדות מקבילים מבחינה תפקודית שבשיטות משפט המבוססות בעיקר על מסורת המשפט הקונטיננטלית, כגון ה-Anstalt וה-Stiftung שלפי דיני ליכטנשטיין. הרגלים אלה נותרו בעינם גם לאחר חקיקת חוק הנאמנות והביאו את המורגלים בהם שלא להחיל את החוק על הנאמנויות שליצירתן היו שותפים; (ב) ייתכן גם כי השימוש בשיטות משפט זרות מושך לקוחות על ידי יצירת רושם, מוצדק או אחר, של פוטנציאל משופר להסתרת הנאמנויות והרכוש הכפוף להן מרשויות המדינה בכלל ומרשויות המס

לסיכום הדיון עד כאן, שניים מן הטיעונים הפורמליים נגד ערעור הדרישה כי הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות תוקצה לנאמן אין בהם ממש, ואילו הטיעונים המהותיים והטיעון האמפירי מראים כי החדרת מודלי נאמנות הנמנעים מדרישה זו לדין ולפרקטיקה מחייבת תהליך של לימוד והתאמה מצד העוסקים בתחום. תיקוני חקיקה והשלמות חקיקה, נוסף על עצם ההצהרה כי מודלי נאמנות חדשניים כאלה מותרים, יוכלו להקל מאוד את השימוש במודלים הללו. אף שתהליך כזה של לימוד והתאמה בדין ובפרקטיקה הוא אפשרי, יש לו עלויות. גם לחפיפה שהדין הקיים יוצר בין מוסדות הנאמנות והשליחות יש עלויות, שכן היא מרבה את המקרים שבהם יקשה לקבוע אם דיני הנאמנות או דיני השליחות חלים על מקרה נתון.¹¹¹ נראה אפוא כי ראוי להתיר מודלי נאמנות שלפיהם הנאמן אינו בעלי הנכסים הכפופים לנאמנות רק אם יתרונוטיהם של מודלים אלה גדולים מן העלויות הללו.

היתרון העיקרי של ההרחבה האמורה של מוסד הנאמנות נעוץ בפוטנציאל שבה לצמצום האפקטיביות של המוסד ככלי למילוט נכסי חייבים מנושיהם ולתכנון מס הפוגע בהכנסות המדינה. נאמנויות הן כלי מרכזי המשמש למטרות אלה, בעיקר משום שיצירתן כרוכה, לפי המודל המסורתי, בהעברת הבעלות בנכסים הכפופים להן לנאמן. חייבים המבקשים לצמצם את מסת הנכסים הנגישה לנושיהם ונישומים המבקשים לצמצם את חבות המס שלהם או להקשות על רשויות המס לגבותה, מקימים לא פעם נאמנות כדי להוציא מבעלותם את הנכסים שבהם הם שולטים ושמפְּרָקֵם הם נהנים. מוסד הנאמנות מאפשר ליוצר להעביר את הבעלות בנכסיו לאחר, ובד בבד לשמור לעצמו זכות הנאה בנכסים אלה, ודאית או מותנית, מידית או עתידית, ישירה או עקיפה. לעתים היוצר אף שומר לעצמו מידה של שליטה בנכסים המועברים לבעלות הנאמן. גביית חובות, ובכללם חובות מס, מתוך נכסים שאינם בבעלות החייב או הנישום יקרה ומורכבת מגבייתם מתוך נכסיו. גביית חובות של יוצר או נהנה מתוך כספים או נכסים המצויים בבעלות נאמן כרוכה בהליכים משפטיים מורכבים ויקרים מאלה הנחוצים כדי לגבות חובות של יוצר או נהנה מתוך נכסים המצויים בבעלותם. על הנושה להוכיח כי לחייב זכות להנות מנכסים המצויים בבעלות הנאמן, וכי זכות זו חשובה לנשייתו. לחלופין יוכל לנסות להוכיח כי העברת הנכסים לבעלות הנאמן היא בגדר הענקת מרמה לפי דיני פשיטת הרגל, שדינה בטלות,¹¹² או כי חוזה הנאמנות הוא

בפרט, מבני זוג ומנושים ישראלים אחרים; (ג) אחת הסיבות לדלילות השימוש בחוק הנאמנות היא הביקורת הרבה שהוטחה בו (ראו לדוגמה הדיון לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 5-14); (ד) בחוק הנאמנות אכן נפלו שגגות שיש בהן כדי להרתיע מפני השימוש בו. ראו למשל את הסתירה שבין ס' 3(ב), 5 ו-14 לחוק, הנדונה בפרק 1.1. להלן; (ה) לבסוף, ייתכן כי סטייתו המפורשת של משטר הנאמנות שבחוק ממודל הנאמנות המסורתי שבמשפט המקובל יוצרת רושם בקרב נותני שירותי נאמנות מסוימים כי המוסד המוסדר בחוק אינו זה שהם מבקשים להציע ללקוחותיהם, וכן בלבול באשר לתכונותיו של המוסד המוסדר בחוק ולהשלכות השימוש בו.

111 ראו לעיל דיון בה"ש 96.

112 דיני פשיטת רגל מאפשרים לבטל הענקות מסוימות שעשה פושט הרגל לפני שנעשה פושט רגל: ס' 96 לפקודת פשיטת רגל [נוסח חדש], התש"ם-1980. לניתוח ראו ע"א 5709/99 לוינ' ג' שילר, פ"ד נה(4) 925 (2001).

חוזה למראית עין או חוזה פסול, שגם דינם בטלות.¹¹³ הקושי שבהוכחת טענות כאלה עלול להניע נושים להתפשר על גביית פחות ממלוא נשייתם. הוא עלול גם לאפשר, בפועל, קיטון בתשלום ובגביית המס. הרחבת מוסד הנאמנות באופן שהקמת נאמנות לא תחייב עוד את העברת הבעלות בנכסים הכפופים לה לנאמן תועיל לנושי מי שיהיה בעלי הנכסים, בין שיהיה היוצר ובין שיהיה הנהנה, כמו גם לרשויות המס הרלוונטיות, אם יוצרי נאמנות יתומצו שלא לבחור במודל הכרוך בהעברת הבעלות לנאמן, או שהדין יתוקן באופן שהבחירה במודל מסורתי זה לא תועיל עוד למילוט נכסי היוצר או הנהנה מנושיהם ולהקטנת נטל המס שבו יישאו. שהרי אם מודל זה יוסיף להועיל למטרות אלה, ויוצרי נאמנות לא יתומצו די הצורך שלא לבחור בו, ימשיכו המעוניינים למלט נכסים מנושים או למזער את נטל המס שבו יישאו לבחור בו על אף הרחבת מוסד הנאמנות.

מן הניתוח שלעיל עולה כי יתרונו העיקרי של מודל הנאמנות שאינו עומד על העברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לנאמן אינו בא כיום לידי ביטוי בחיי המעשה. יוצרי נאמנות המחילים את משטר הנאמנות הישראלי על הנאמנות שיצרו אינם מרבים להשתמש, אם בכלל, במודל הנאמנות שבלא העברת הבעלות לנאמן. כל עוד משטר הנאמנות הישראלי מאפשר יצירת נאמנות לפי המודל המסורתי, המבקשים למלט נכסים מנושיהם או לצמצם את חבות המס שלהם באמצעות שימוש בנאמנות ישתמשו בו ולא במודלים האחרים שהמשטר מאפשר. כדי להקל את השימוש במודלים אחרונים אלה יש צורך, כאמור, בתיקוני חקיקה או בהלכות פסוקות שישלימו את החללים הנורמטיביים שבהם. ההשלמה הנורמטיבית הדרושה יכולה להתבצע גם בכתבי נאמנות ובחוזי נאמנות, כעניין של פרקטיקה נוהגת. אך כדי שכך יקרה, צריכה להיווצר פרקטיקה המשתמשת במודלי הנאמנות החדשניים שמשטר הנאמנות הישראלי מאפשר. בהתחשב בעלויות יצירתה של פרקטיקה כזו מנקודות מבטם של יוצרי נאמנויות והנהנים לפיהן, של מנסחי כתבי נאמנות וחוזי נאמנות ושל המכהנים כנאמנים, היא תיווצר ככל הנראה רק אם הדין יתוקן באופן שיוצרי נאמנות ונותני שירותי נאמנות יתומצו שלא לבחור במודל הנאמנות המסורתי.

דיוני עד כאן ממחיש את יתרונו של הפתרון בו בחרו מנסחי הצעת הקודקס: אימוץ מודל הנאמנות המסורתי כדרך היחידה ליצור נאמנות. פתרון זה מיתר את המאמץ החקיקתי, השיפוטי או המקצועי הנדרש לשם השמשת מודלי הנאמנות האחרים שמשטר הנאמנות הישראלי הקיים מאפשר, ויצירתה בפועל של פרקטיקה המשתמשת בהם. הוא יחסוך גם את עלויות החפיפה של משטר הנאמנות הישראלי הקיים את משטר השליחות הישראלי. מנגד, הפתרון האמור מבטא השלמה עם מחירו הכבד של השימוש במודל הנאמנות המסורתי: החובות והמסים שאינם נגבים בשל השימוש בו. כל חוב שאינו נגבה פוגע בעקרון הצדק המתקן. הוא פוגע גם בעקרון הצדק החלוקתי: מודעות נותני האשראי לאפשרות שיתקלו בקשיי גבייה בשל שימושם של חייבים בנאמנות עלולה להביאם להפנים את הסיכון שכך יקרה לתוך מחיר האשראי שידרשו. ייקור האשראי יפגע גם בלוים שאינם משתמשים בנאמנויות. היות שהשימוש בנאמנויות מאפיין חייבים מתוחכמים יחסית, יש בו כדי להעביר ערך מחייבים שאינם מתוחכמים ושאינם משתמשים בנאמנויות,

113 ס' 30–31 לחוק החוזים (חלק כללי).

העלולים להיתקל במחירי האשראי הגבוהים שקבעו נותני האשראי בתגובה לסיכון שבשימוש בנאמנויות, לחייבים המתחכמים יחסית הנעזרים בנאמנויות כדי למלט נכסים מנושיהם. גם הקיטון בגביית המסים הנובע מתכנון מס על ידי שימוש בנאמנויות פוגע בעקרון הצדק החלוקתי: הוא מאלץ את רוב האוכלוסייה, שאינה מצמצמת את נטל המס האפקטיבי המוטל עליה או נגבה ממנה על ידי תכנון מס, לשאת בנטל מס כבד מזה שהיתה נושאת לולא צמצמו המתכננים את מסייהם בהצלחה את נטל המס המוטל עליהם או נגבה מהם, להסתפק בכמות קטנה יותר של שירותים ציבוריים, או שניהם כאחד.

את ההתלבטות בין משטר הנאמנות הישראלי הקיים לבין החזרה, בהצעת הקודקס, למודל הנאמנות המסורתי כמודל המותר היחיד יש לפתור על ידי השוואת מחירה ותועלתה של כל אחת משתי האפשרויות. על מנת לממש את יתרונו הפוטנציאלי של המשטר הקיים – צמצום שימושיותו של מוסד הנאמנות ככלי למילוט נכסי חייבים מנושיהם ולתכנון מס הפוגע בהכנסות המדינה – יש צורך ביצירתו של דין חדש ושל פרקטיקה נוהגת חדשה. ליצירתם של אלה יש עלויות, ובהן יישאו בעיקר נותני שירותי הנאמנות, ובעקיפין, לקוחותיהם. גם החפיפה המסוימת שיוצר משטר הנאמנות הקיים בין הנאמנות לשליחות יוצרת עלויות, שבהן נושאים בעיקר המשתמשים במוסדות משפטיים אלה. מנגד, החזרה למודל הנאמנות המסורתי כמודל הנאמנות המותר היחיד תייתר את יצירתם של דין ופרקטיקה חדשים, כמו גם את עלויות החפיפה שבין השליחות למשטר הנאמנות הישראלי הקיים – במחיר המשך השימוש בנאמנויות ככלי למילוט נכסים מנושיהם ולצמצום נטל המס החל על המשתמשים או נגבה מהם. מחיר אחרון זה משלם בעיקר החלק בציבור שאינו משתמש בנאמנויות לשם מילוט נכסים ותכנון מס. היות שהשימוש בנאמנויות למטרות הללו נפוץ בקרב השכבות המבוססות יחסית יותר משהוא נפוץ בקרב השכבות המבוססות פחות, נראה כי הנושאים במחירו של שימוש זה מרוכזים בשכבות המבוססות פחות.

על בסיס הדיון לעיל נראה כי ראוי יותר לשמר את האפשרות שיוצר משטר הנאמנות הישראלי הקיים ליצור נאמנות מבלי להעביר את הבעלות בנכסים הכפופים לה לנאמן, מאשר לוותר על אפשרות זו, כמוצע בהצעת הקודקס, ולבחור במודל הנאמנות המסורתי כמודל המותר היחיד. אף שכדי ליהנות מיתרונותיהם של מודלי הנאמנות החלופיים שמאפשר המשטר הקיים יש צורך בפיתוח דין חדש ופרקטיקה חדשה, עדיפים נשיאת המשתמשים בנאמנויות בעלותו של פיתוח כזה והמשך נשיאת המשתמשים בנאמנות ובשליחות בעלויות החפיפה שביניהן על נשיאת הציבור שאינו משתמש בנאמנויות בעלות השימוש בנאמנויות למילוט נכסיהם של חייבים מבוססים מנושיהם וצמצום נטל המס שבו נושאים נישומים מבוססים. יש לקדם את התיקונים בדין הנאמנות ובדינים אחרים הדרושים למניעת השימוש במודל הנאמנות המסורתי למטרות הפוגעניות האמורות: ראשית, יש לתמרץ יוצרי נאמנות ונותני שירותי נאמנות שלא לבחור במודל הנאמנות המסורתי, או לתקן את הדין באופן שהבחירה במודל זה לא תועיל עוד למטרות הללו. שנית, ובמקביל, יש להשלים את החסרים הנורמטיביים שבמודלי הנאמנות החלופיים שהדין הישראלי מאפשר, כדי להקל על השימוש בהם.

ב. היעדר הגבלה על משך הנאמנות

1. הכלל נגד הנצחיות בדין הישראלי

משטרי נאמנות המבוססים על מודל הנאמנות המסורתי שבמסורת המשפט המקובל פעלו בדרך כלל בעבר, וחלקם עדיין פועלים כיום, בצלן של הגבלות על משך המרבי של נאמנויות. החשובה שבמגבלות אלה כונתה, בשיטות המשפט המבוססות על מסורת משפט זו, "הכלל נגד הנצחיות" (The Rule Against Perpetuities). בצורתו המסורתית לא קבע הכלל תקרת משך מרבית לנאמנויות, קרי תקופה מרבית שבסופה חייב הנאמן לחלק את הנכסים שנותרו בנאמנות לנהנים ובכך להביא את הנאמנות לקצה. הכלל המסורתי חל על זכויות בנכסים אם הם כפופים לנאמנות ואם לאו. הוא מוקד באפשרות שמשום שמתווים רבים להקצאת זכויות בנכסים הקצו זכויות לבני דורות עתידיים שזהותם לא היתה ידועה בעת יצירת המתווה (כגון "הצעיר בין נכדי שיהיו בחיים במות בני"), זהותם של בעלי זכויות בנכסים תישאר לא ידועה לתקופה ארוכה. הכלל המסורתי קבע כי על זהותו של בעל זכות בנכס להתברר סופית עד תום 21 שנה לאחר מותו של אדם מסוים שהיה בחיים בעת יצירת הנאמנות (או, מחוץ להקשר הנאמנות, בעת קביעת מתווה ההקצאה). האדם שאורך חייו קבע את משך "תקופת הנצחיות" (The perpetuity period) נבחר על ידי מנסחי הנאמנות בעת יצירתה. מנסחים רבים ביקשו לקבוע תקופת נצחיות ארוכה ככל האפשר ובחרו כמי שאורך חייו יקבע את משך תקופת הנצחיות (Measuring life) במי שהיה צעיר מאוד בעת יצירת הנאמנות. בהתחשב באורך החיים הממוצע בימינו ובהינתן בחירה ב־Measuring life כאמור, תקופת הנצחיות שלפי הכלל נגד הנצחיות תימשך כמאה שנים ואף יותר.

לפי הכלל המסורתי, זכות הנאה לפי נאמנות שייכתן שזהותו של הזוכה בה לא תתברר עד תום תקופת הנצחיות, בטלה. אף שהכלל המסורתי לא קבע תקרת משך מרבית מפורשת לנאמנויות, הוא הגביל את משך בעקיפין, משום שיצירת נאמנויות לתקופות ארוכות והקצאתן מראש של זכויות לפיהן למי שטרם נולדו בעת יצירתן כרוכות בהכרח בהקצאת זכויות שזהות הזוכים בהן תתברר סופית רק כעבור תקופה ארוכה. הטעמים לכלל המסורתי היו שלושה: טעם אחד נבע מן ההקשר הפאודלי של ההחזקה במקרקעין באנגליה עד 1645. כל בעל זכויות במקרקעין החזיק אז בזכויותיו "מאת" (Of) אדון פאודלי, שהעניק לו אותן תמורת שירותים, תשלומים וזכויות שונות. המועד לתשלום או ביצוע חלק גדול מזכויות האדון היה עם ירושת הזכות במקרקעין על ידי יורשיו על פי דין של בעליהן הקודם. יצירת הקצאות מקרקעין רב־דוריות, לרוב במסגרת נאמנות, יצרה מצב שבו עברו הזכויות במקרקעין מדור לדור לפי תכנית ההקצאה, ולא על פי דין, ודחתה את המועד למימוש זכויות האדון עד תום התכנית. הכלל המסורתי נועד לשים גבול למשך דחייה זו. טעם שני לכלל המסורתי היה נעוץ ברתיעה מ"שלטון היד המתה", מצב שבו היקף, הרכב והקצאת הזכויות בנכסים שמהן נהנים בני דור נתון נקבעים בידי בני הדורות הקודמים. היות שגם המצווה או יוצר הנאמנות מרחיק הראות ביותר יתקשה לחזות את צורכי צאצא־צאצאיו ואת הנסיבות שישררו עשרות ומאות שנים לאחר יצירת הנאמנות, עלולות הקצאות נכסים שנקבעו זמן רב מראש שלא להלום את צורכי הזוכים לפיהן ולהביא לבזבוז ולמחסור בר־זמנית. טעם שלישי לכלל המסורתי נבע מהרצון להגביל את פרק הזמן שלמשכו נכסים

יקרי ערך, בעיקר מקרקעין, הוחזקו בידי משפחה או ארגון מסוים והוצאו מן המסחר. עד המאה התשע-עשרה היתה שלילת כוחם של בני המשפחה המחזיקים במקרקעין המשפחתיים למכרם מטרה מרכזית ליצירת נאמנויות באנגליה ובמושבותיה. הנאמנות המשפחתית תפקדה אז כמנגנון המבטא ומקדם את האינטרס המשפחתי ארוך הטווח בשימור נכסי המשפחה, ומגן עליו מפני האינטרסים קצרי הטווח של בני המשפחה עצמם, שהיו לא פעם מעוניינים בהנזלת נכסי המשפחה למימון צרכים או חשקים אישיים. הזכויות בנכסים שניתנו אז לנאמן ולנהנים היו מוגבלות ולא כללו את הכוח למכור את המקרקעין. בעקבות זאת הוצאו המקרקעין שהוכפפו לנאמנויות מן השוק במקרקעין לפרק זמן ארוך.¹¹⁴

ובישראל? ההסדר הקיים באשר למשכן של נאמנויות לפי הדין הישראלי מורכב ומטעה. חוק הנאמנות שותק בנושא.¹¹⁵ שום נורמה במשפט הישראלי אינה מגבילה את משכן של נאמנויות במישרין. עם זאת בחוק הירושה כמה הוראות ששילובן יחד יוצר, במבט ראשון, הגבלה עקיפה על משך נאמנויות הנוצרות לפי הדין הישראלי.¹¹⁶ סעיף 8(ב) לחוק הירושה

114 על הכלל נגד הנצחיות בשיטות המשפט של אנגליה ומושבותיה-לשעבר ראו, JOHN CHIPMAN GRAY, THE RULE AGAINST PERPETUITIES (Roland Gray ed., 4th ed. 1942). הכלל המסורתי נקבע ועוצב בהדרגה בשורה של פסקי דין אנגליים, שהידועים בהם הם 3 [1682] The Duke of Norfolk's Case, Chan. Cas. 1, 22 Eng. Rep. 931; Cadell v. Palmer, [1833] 1 Cl. & Fin. 372, 6 Eng. Rep. 936 D.E.C. Yale, Introduction, in LORD NOTTINGHAM'S (H.L.). לתולדות פיתוח הכלל המסורתי ראו CHANCERY CASES, LXXIII-XCI (73 Selden Soc., 1957). וראו דיונו של ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 291-293, בטעמים לכלל, והדיון הקצר אצל שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך א 372 (1992). לדיון בחסרונות שלטון היד המתה ראו גם Jesse Dukeminier & James E. Krier, The LAU; Rise of the Perpetual Trust, 50 UCLA L. Rev. 1303, 1321-1327 (2003), לעיל ה"ש 88, בעמ' 171-172.

115 כמה מן הטיטוטות המוקדמות לחוק כללו מגבלה על משך הנאמנות. ברשימת השינויים שהציע שמגר ב-7.6.1970 (לעיל ה"ש 41) מופיעה בסעיף 7 תקופת נצחות בת 50 שנה. תקופה זו מופיעה גם בס' 11 לטיטוט 1972, לעיל ה"ש 41. אחד התיקונים שהציע איגוד הבנקים לטיטוט זו היה הארכת תקופת הנצחות ל-80 שנה (ראו מכתבו של 'בן-יוסף, מנכ"ל איגוד הבנקים, למאיר שמגר, היועץ המשפטי לממשלה, מיום 22.4.1972, המצוי בתיק גל-21349/10, לעיל ה"ש 40). למרות הצעה זו אושרה תקופת הנצחות של 50 שנה בישיבת ועדת החקיקה המשרדית במשרד המשפטים מיום 13.4.1973 (ראו מסקנות הישיבה באמ"י, תיק גל-21349/11). אך בטיטוט הבאה של הצעת החוק, הצעת החוק ה"כחולה" שאושרה בקריאה ראשונה בכנסת, שוב אין מופיעה מגבלה כלשהי על משך הנאמנות.

116 אי-ההתאמה שבין חוק הנאמנות לבין חיקוקים אחרים שמתחום המשפט האזרחי, בעיקר חוק הירושה, היא אחת הסיבות לכך שרוב השימוש בפועל בנאמנות שלפי הדין הישראלי היה עד כה במסגרת עסקאות מסחריות והחזקה בניירות ערך. כך קרה שאף שחוק הנאמנות, לפי לשונו, אינו מגביל את השימוש בנאמנויות להקשרים מעשיים מסוימים דווקא, השימוש במשטר הנאמנות הישראלי הלכה למעשה דומה לשימוש באותם משטרי נאמנות "קונטיננטליים" המאפשרים, לפי לשונם, שימוש בנאמנות בהקשרים מסחריים ופיננסיים בלבד ולא בהקשר הנאמנות המתנתית (Donative Trust) או המשפחתית, שבו נעשה בעבר רוב השימוש בנאמנות בשיטות משפט המבוססות על מסורת המשפט המקובל. כך אוסר משטר הנאמנות הצרפתי על השימוש בנאמנות בהקשרים מתנתיים. ס' 2013 לקודקס האזרחי הצרפתי, לעיל ה"ש 33, קובע: "Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public" ("חווה נאמנות המבטא כוונה לתת מתנה לנהנה בטל, כעניין של תקנת הציבור"). להגבלת משטרי נאמנות "קונטיננטליים" אחרים להקשרי מסחר והשקעות ראו NICOLAS MALUMIAN, TRUSTS IN LATIN AMERICA 24-25 (2009).

קובע כי "מתנה שאדם נותן על מנת שתוקנה למקבל רק לאחר מותו של הנותן, אינה בת-תוקף אלא אם נעשתה בצוואה לפי הוראות חוק זה"¹¹⁷. נאמנויות רבות מקצות לנהנים לפיהן, כולם או חלקם, זכויות שייהנו מהן רק לאחר מות היוצר. בהנחה שה"מקבל" שלפי סעיף 8(ב) הוא הנהנה, הרי שאי אפשר ליצור נאמנות שנהנים לפיה, כולם או חלקם, ייהנו מזכויות למן מות היוצר או מנקודת זמן מאוחרת יותר, אלא בצוואה.¹¹⁸ מצווים לפי הדין הישראלי כפופים למגבלה שבסעיפים 3(א) ו-3(ב) לחוק הירושה, שלפיהם כשרים לרשת רק מי שהיו בחיים במות המוריש, או נולדו תוך 300 יום לאחר מכן. עולה מן הדברים כי אי אפשר להקצות זכויות לפי נאמנות שנוצרה לפי הדין הישראלי למי שטרם נולד תוך 300 יום לאחר מות היוצר. לכלל זה חריג אחד, ולפיו ניתן להוריש זכות לשני יורשים בזה אחר זה, ונדרש כי השני שבהם יהיה כשר לרשת "בשעת זכייתו", כלומר עם תום זכייתו של הראשון; לא נדרש כי יהיה כשר לרשת עם מות המוריש.¹¹⁹ אם כן, משכן של נאמנויות המוקמות לפי דינינו מוגבל למעשה לימי חייו של היוצר בצירוף ימי חייו של אדם שנולד לכל היאוחר תוך 300 יום לאחר מות היוצר וימי חייו של אדם נוסף שהיה בחיים במות היורש הראשון. הנאתו של הנהנה השני אינה מובטחת, שכן החוק מתיר לראשון "לעשות במה שקיבל כבתוך שלו", ובכלל זה לכלות את הנכס שבו הוקצו לנהנה השני זכויות, בכל דרך לבד מ"על-ידי צוואה".¹²⁰

מלשון חוק הירושה עולה אפוא כי שיטתנו המשפטית מגבילה את משכן של נאמנויות שעליהן היא חלה. אך נראה כי מגבלה זו מרוקנת למעשה מתוכן, בארבע דרכים. דרך אחת מתאפשרת באמצעות פרשנות סעיף 8(ב) לחוק הירושה כך ש"המקבל" הוא הנאמן, ולא הנהנה. לפי פרשנות זו, ניתן ליצור נאמנות בחיי היוצר (Inter Vivos Trust) ולהקצות לפיה זכויות לדור אחר דור של נהנים שהנאתם מהן תחל לאחר מות היוצר, ללא מגבלה כלשהי על משך הנאמנות, והות הנהנים או מועד הולדתם.¹²¹ דרך שניה מאפשרת יצירת נאמנות שלא בכפוף להגבלה כלשהי על משכה, אף אם קוראים את המונח "המקבל" שבסעיף 8(ב) כמכוון לנהנה ולא לנאמן: ניתן לפרש את הפועל "שתוקנה" כמכוון להקצאת הזכות שעל פי הנאמנות ולא לתחילת ההנאה בפועל. לפי פרשנות זו, לא חלה כל מגבלת משך על נאמנות הנוצרת בחיי היוצר כל עוד זכויות הנהנים לפיה מוקצות להם בחייו, אף אם נהנים אלה,

117 לדין ביקורתי בהוראה זו ראו רונן קריטנשטיין "מתנה מחמת מיתה – עיון מחדש" הפרקליט מט 403 (2007).

118 ראו שלי קרייצר-לוי "אי-הכרה בחוזי ירושה – האמנם כלל חסר-ערך?" חוקים ד 5, 25–26, ה"ש 99 (2012).

119 ס' 42(ג) לחוק הירושה; וראו פרשנות בע"א 172/78 נייזיני נ' קורץ, פ"ד לג(2) 22 (1979).
120 ס' 42(ב) לחוק הירושה; וראו פרשנות בע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מונ(4) 330 (1992). ההוראות כי על היורש השני להיות כשר לרשת "בשעת זכייתו", וכי היורש הראשון רשאי "לעשות במה שקיבל כבתוך שלו" הן דין מחדלי, שניתן להתנות עליו בצוואה (ס' 53 לחוק הירושה). אותו סעיף קובע כי הגבלת תכניות הקצאה ליורש אחר יורש לשני יורשים או למספר גדול יותר של יורשים שהיו כולם בחיים בשעת עשיית הצוואה, הקבועה שם, בס' 42(ד), היא דין קוגנטי.

121 ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 290, קרא כך את ס' 8(ב) לחוק הירושה. שילה ראה בקונסטרוקציה שלפיה הנאמן הוא היורש דרך לעקיפת המגבלה בס' 3(א) לחוק הירושה על מיהות הכשרים לרשת, כך שבאמצעות נאמנות ניתן להוריש גם למי שיוולדו יותר מ-300 יום לאחר מות המוריש (ראו שילה, לעיל ה"ש 114, בעמ' 49–50). לעניין עקיפת ס' 8(ב) לחוק ראו גם שם, בעמ' 102, 373–375.

חלקם או כולם, לא ייולדו, והנאתם מן הזכויות שהוקצו להם לא תחל אלא לאחר מות היוצר, ואף שנים רבות לאחר מותו. דרך שלישית לעקיפת המגבלה שבדינינו על משך הנאמנות יצר בית המשפט העליון בפרשת קוגלמס, שם קבע השופט חיים כהן כי הוראת צוואה המקימה קרן שאת פרותיה יקבלו צאצאי המוריש לדורותיהם אינה בגדר הפרה של מגבלות החוק על יצירת הקצאות-הנאה רב-דוריות, שכן הזוכה לפי הצוואה היא הקרן ולא הנהנים מפרותיה.¹²² "קרן" כזו היא נאמנות המוקמת בצוואה (Testamentary trust). ולבסוף, דרך רביעית לעקיפת המגבלה שבסעיף 8(ב) יכול שתימצא בדבריו הנחרצים של השופט חשין בפרשת לישיצקי, שלפיהם "ככלל, בהימצא לנו כי הוראת-חוק שבחוק הירושה אינה מתיישבת עם הוראת-חוק שבחוק הנאמנות, ידו של חוק הנאמנות תהא על העליונה. כך דין, גם בשל היותו של חוק הנאמנות חוק מאוחר וגם בשל היותו חוק מיוחד".¹²³ אם יש לפרש את היעדרה של הגבלה על משך הנאמנות מחוק הנאמנות כהסדר שלילי ולא כחסר גרידא, הרי שמדברים אלה עולה לכאורה כי ההיתר שבחוק הנאמנות ליצירת נאמנויות שמשכן אינו מוגבל גובר על המגבלות שבחוק הירושה. נראה אפוא כי שיטתנו המשפטית אינה מגבילה למעשה כלל את משך הנאמנויות הנוצרות לפי משטר הנאמנות הישראלי. כפי שאראה מיד, כמו לעניין הרחבת מוסד הנאמנות אל מעבר למודל שלפיו הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות מועברת לנאמן, כך גם לעניין שחרור הנאמנות ממגבלות כלשהן על משכה, הטרים המחוקק הישראלי של 1979 גל גדול של שינויים בדיני הנאמנות בעולם.

2. שקיעת הכלל בשיטות משפט זרות וסיבותיה

ב־1980 כתב ויסמן כך:

בקרוב שיטות המשפט השונות רווחת המגמה למנוע מאת מי שהיה לבעל של נכס מלנצל את מעמדו הזמני כבעלים על ידי קביעת עתידו של הנכס לצמיתות. העמדה המקובלת היא כי אין להתיר לבעל הנוכחי של נכס לשלוט, מקברו כביכול, בדורות הבאים, על ידי קביעה מי יזכה בנכס בכל דור ודור. תחום הזמן שבמסגרתו מכבדים את רצונו של בעל נכס ונותנים תוקף להוראותיו עשוי שישתנה ממדינה למדינה, אך בדרך כל לא תעלה התקופה על שני דורות. לאחר תקופה זו מתמרקת הבעלות בנכס מכל הגבלה שהוצמדה לה.¹²⁴

בשעה שנכתבו היו דברים אלה תיאור מדויק של המציאות המשפטית בעולם. על רקע זה נראָה היעדרה של הגבלה על משך הנאמנות מחוק הנאמנות הישראלי כחריג לא מוסבר. מאז נכתבו הדברים לא תוקן היבט זה בחוק הנאמנות. דווקא המציאות המשפטית בעולם היא שהשתנתה: יותר מארבעים שיטות משפט ביטלו מאז את הכלל נגד הנצחויות או

122 ע"א 9/74 אינז'ל נ' קוגלמס, פ"ד כט(1) 663 (1974). המגבלות העיקריות שבדינינו על הקצאות-הנאה רב-דוריות הן אלה הקבועות בס' 42(ב) ו-ד) לחוק הירושה.

123 ראו עניין לישיצקי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 120. וראו דין אצל כרם, לעיל ה"ש 30, בעמ' 644-645.

124 לעיל ה"ש 11, בעמ' 289.

האריכו את תקופת הנצחות המרבית המותרת לכמה מאות שנים. כך קרה מאז 1980 במחוזות מניטובה, ססקצ'וואן ונובה סקושה בקנדה, באירלנד, במחוז הדרומי של אוסטרליה, בגרזי, בגרנזי, בברמודה, באיי הבתולה הבריטיים, באיי טורקס וקייקוס, באנגילה, באיי קוק, ברוני, במרכז הפיננסי הבין-לאומי של דובאי (שלו שיטת משפט משלו, הנבדלת מדיניה של דובאי) וב-29 ממדינותיה של ארצות הברית.¹²⁵ שקיעת הכלל בארצות הברית נגרמה בשל היבטים של חקיקת המס האמריקנית הפדרלית משנת 1986.¹²⁶ חקיקה זו הוסיפה למס העיזבון ולמס המתנות הפדרליים הנהוגים בארצות הברית זה מכבר את "מס ההעברות בקפיצת הדור" (Generation Skipping Transfer Tax); להלן: מס הקפיצה).¹²⁷ מס זה בא לרפא את ההפליה שבין המעבירים רכוש מדור לדור הבא אחריו – כגון סב לאב ואב לבנו – לבין המעבירים רכוש תוך "קפיצת דור", ולדוגמה מסב ישירות לנכד. היות שמסי העיזבון והמתנה חלים על כל העברה, העברת רכוש תוך "קפיצת דור" חוסכת מס באמצעות הקטנת מספר ההעברות. מס הקפיצה מתקן את ההפליה לטובתם של מעבירי הרכוש תוך קפיצת דור באמצעות הטלת מס נוסף בשיעור זהה לשיעור המרכי של מס העיזבון, כיום 40%¹²⁸ על העברות קפיצה. המחוקק האמריקני פטר ממס הקפיצה העברות קפיצה שסכומן מוגבל בתקרה. התקרה, שהיתה מיליון דולר עם החקיקה ב-1986,¹²⁹ הלכה וגבהה במרוצת השנים והגיעה ל-5,340,000 דולר ב-2014.¹³⁰ שימוש

125 להלן הפניות לחקיקה המתקנת מחוץ לארצות הברית. מניטובה: Perpetuities and Accumulations Trustee Act, 2009, S.S., T-23.01, § 58; ססקצ'וואן: Act, C.C.S.M., c. P33, § 3 (Can. Man.); נובה סקושה: (Can. Sask.); אירלנד: Perpetuities Act, S.N.S. 2011, c. 42, § 3 (Can. N.S.); דרום אוסטרליה: Law and Conveyancing Law Reform Act 2009 (Act No. 27/2009) § 16(d) (Ir); אוסטרליה: Property Act 1936 (SA) s 61 (Austl.) amended by the Law of Property (Perpetuities and Accumulations) Amendment Act 1996 § 4 (Austl. SA); גרזי: s' 15 לחוק הנאמנות של גרזי, לעיל ה"ש 75; גרנזי: s' 16 לחוק הנאמנות של גרנזי, לעיל ה"ש 75; ברמודה: Perpetuities and Accumulations Act 2009, § 3 (Berm.); מגביל את תחולת הכלל נגד הנצחויות לזכויות במקרקעין בברמודה); איי הבתולה הבריטיים: Trustee Ordinance 1961 (Br. Virgin Is.), amended by Trustee Ordinance 2013, § 68(1) (Br. Virgin Is.); מאפשר ליוצרי נאמנות לקבוע תקופות נצחות של עד 360 שנה); איי טורקס וקייקוס: The Trusts Ordinance, 1990, § 14(2) (Turks & Caicos Is.); אנגילה: Trusts Act, R.S. Anguilla, c. T70, § 5(2); ברוני: International Trusts Order, 2000, § 99 (Brunei); פקודת הנאמנויות הבינלאומיות של ברוני); המרכז הפיננסי הבין-לאומי של דובאי: Trust Law 2005, § 28 (D.I.F.C.); לחקיקה שביטלה את הכלל נגד הנצחויות או האריכה מאוד את תקופת הנצחות המותרת ברוב מדינות ארצות הברית ראו הפניה להלן בה"ש 132.

126 הכוונה ל- I.R.C. (1986) (להלן: I.R.C.).
127 ההוראות בדבר מס הקפיצה מופיעות בפרק 13 של חקיקת המס האמריקאית; ראו s' 2601–2663 ל- I.R.C., שם. ראו גם דיון אצל BORIS BITTKER & LAWRENCE LOKKEN, FEDERAL TAXATION OF INCOME, ESTATES AND GIFTS ¶ 133 (Thomson/RIA, 2013).

128 לשיעורי מס העיזבון הפדרלי ראו s' 2001(c) ל- I.R.C., לעיל ה"ש 126; לשיעור מס הקפיצה ראו שם, s' 2641.

129 Robert H. Sitkoff & Max M. Schanzenbach, *Jurisdictional Competition for Trust Funds: An Empirical Analysis of Perpetuities and Taxes*, 115 YALE L.J. 356, 371 (2005).

130 ראו s' 2631(c) ל- I.R.C., לעיל ה"ש 126, המפנה ל- s' 2010(c)(3); לעדכון סכום הפטור ל-2014 ראו הנחיות משרד האוצר האמריקני § 3.32 I.R.B. 2013-47 § 3.32 Rev. Proc. 2013-35, I.R.B. 2013-47.

בנאמנות מעצים את התועלת שבפטור: אם הסכום הפטור המרבי או סכום קטן יותר אינו מועבר ישירות למקבל אלא לנאמן עבור סדרה של נהנים בזה אחרי זה, הקרן וכל שבח שנצבר עליה יהיו פטורים ממס הקפיצה כל עוד הקרן מוחזקת בנאמנות ואינה מחולקת.¹³¹ העברת הסכום הפטור לנאמנות פוטרת את משפחת היוצר לדורותיה לא מתשלום חדר-פעמי של מס הקפיצה אלא מכל תשלומי מסי העיזבון, המתנה והקפיצה שהיו נגבים אם היה הסכום המועבר עובר מדור לדור, שלא בנאמנות, לכל אורך תקופת קיום הנאמנות. מצב משפטי זה הפך את משך הנאמנות למשתנה הקובע את תקרת הפטור האפקטיבית: ככל שהדין מאפשר קיום הנאמנות לתקופה ארוכה יותר, כך יגדל חסכון המס האפשרי, באמצעות הפטרת משפחת היוצר לדורותיה מחיובים רבים יותר במסי עיזבון, מתנה וקפיצה, כמו גם ביצירת אפשרות לצבירת שבח רב יותר, בפטור ממס, על הקרן. כך קרה שמשכה המרבי המותר של נאמנות הפך למוקד תחרות דינים בין מדינות ארצות הברית השונות. מדינות שונות החלו מבטלות את הכלל נגד הנצחיות ומתירות נאמנויות האמורות להתקיים לנצח, או מאריכות את תקופת הנצחות המותרת לכמה מאות שנים.¹³² יוזמיהם של שינויי חקיקה אלה היו בדרך כלל נותני שירותי נאמנות – עורכי דין, רואי חשבון, בנקאים ואחרים – תושבי כל מדינה ומדינה. אלה שכנעו את המחוקקים שבכל אחת מן המדינות לבטל או לרופף את המגבלה העתיקה על משך נאמנויות על מנת שדיני המדינה יאפשרו ליוצרי נאמנות וצאצאיהם חיסכון מס רב ככל האפשר, וכך יימשכו יוצרים לבחור בדין המדינה כדין החל על הנאמנות שיצרו. בשינוי חקיקה כזה יש תועלת לנותני שירותי נאמנות, משום שיוצר נאמנות הבוחר בדין מדינה מסוימת כדין החל על הנאמנות נדרש בדרך כלל, לפי המשפט הביין-לאומי הפרטי של מדינת התושבות שלו, של מדינת הדין החל על הנאמנות או של שתיהן גם יחד, ליצור זיקות בין הנאמנות לבין המדינה שדיניה חלים על הנאמנות, כדי שבית משפט שבפניו תבוא הנאמנות יכיר בבחירת הדין כתקפה ולא יבקש להחיל על הנאמנות, למשל, את דין מדינת התושבות של היוצר. דרך מרכזית ליצירת זיקה בין הנאמנות לבין המדינה שדיניה חלים על הנאמנות היא העברת הרכוש הכפוף לנאמנות לניהול בידי נותני שירותי נאמנות תושבי אותה מדינה. הכנסתם של נותני שירותי נאמנות נגזרת ברוב המקרים משווי הרכוש הכפוף לנאמנויות שהם מנהלים. מכאן לחצם על מחוקקים במדינות השונות לשנות את דיני הנאמנות של כל מדינה כדי שימשכו יוצרים

131 ניתן להיטיב עם הנהנים מבלי לחלק להם את הרכוש הכפוף לנאמנות. כך למשל חלף חלוקת כסף לנהנית על מנת לאפשר לה לרכוש דירה, יוכל הנאמן לרכוש דירה ולאפשר לנהנית להשתמש בה, תוך שמירת הדירה כחלק מהרכוש הכפוף לנאמנות. ראו RAY D. MADOFF, IMMORTALITY AND THE LAW: THE RISING POWER OF THE AMERICAN DEAD 83 (2010); Mark L. Ascher, *Book Review: But I Thought the Earth Belonged to the Living*, 89 TEX. L. REV. 1149, 1165 (2011).

132 בין המדינות שביטלו את הכלל נגד הנצחיות והמתירות נאמנויות-נצח (Perpetual Trusts): אלסקה, דלוור (רק לעניין מיטלטלין; נאמנות של מקרקעין מוגבלת ל-110 שנה), איידהו, מישיגן, מיין, אילינוי, מרילנד, וירג'יניה, ניו ג'רזי, פנסילוניה ועוד. בין המדינות שלא ביטלו את הכלל אך קבעו תקופות נצחות מרביות מותרות של מאות שנים: פלורידה, אלבמה וטנסי (360 שנה), נבדה (365 שנה), יוטה ווימינג (1000 שנה). ראו *Dynasty Trust States*, LAW OFFICE OF OSHINS & ASSOCIATES, ראו <http://www.oshins.com/dynastytruststates.html> (last visited Feb. 1, 2015); וראו הפניות לחקיקה הרלוונטית במדינות השונות, שם.

שאינם תושביה להחיל את דיניה על נאמנויות שיצרו. רבות ממדינות ארצות הברית ששינו את דיני הנאמנות שלהן דרמטית כדי למשוך יוצרים שאינם תושביהן להחיל את דיניהן על נאמנויות שיצרו הן מדינות שבהן מעט אוכלוסיה בכלל ומעט אוכלוסיה בעלת הון בפרט, כגון דקוטה הדרומית, ויומינג, אידהו או אלסקה. כמו מדינות ה-Offshore מחוץ לארצות הברית, כגון איי הבתולה הבריטיים, איי טורקס וקייקוס, אנטגיגואה וברבדוה ואיי קוק, מדינות ארצות הברית העניות ומעוטות האוכלוסייה מקיימות בתחומן מספר גדול יותר של נותני שירותים משפטיים ופיננסיים מזה הדרוש לתושביהן, על ידי כך שנותני שירותים אלה מציעים אותם לתושבי חוץ.¹³³

3. הגבלת משך הנאמנות בישראל: כיוונים לעתיד

לפי הצעת הקודקס, משכה המרבי של נאמנות שלפי משטר הנאמנות הישראלי יהיה מאה שנים מאז יצירתה, וכשהחלה עם מות היוצר – מאה שנים לאחר המוות.¹³⁴ נאמנות האמורה, לפי לשונה, להימשך יותר מתקופה זו לא תהיה בטלה מעיקרא, כפי שהורה הכלל המסורתי נגד הנצחויות לעניין הקצאות-הנאה שהפרו אותו. נאמנות כזו תבטל, ולמעשה תסתיים, בסוף תקופת הנצחות המותרת אף שפתרון זה סותר את לשונה. הנכסים שנתרו כפופים לה בעת סיומה יחולקו לפי הוראות כתב הנאמנות בעניין חלוקת הנכסים עם סיום הנאמנות. בהיעדר הוראות כאלה יחולקו הנכסים בין מי שיהיו הנהנים בסוף תקופת הנצחות המותרת.¹³⁵

האם פתרון זה ראוי? אדון בשאלה זו באמצעות בחינת ההצדקות הנורמטיביות להגבלת משך הנאמנות, בחינת ההצדקות הנורמטיביות לאי-הגבלתו ואיזון השיקולים שמשני העברים. אתחיל בהצדקות להגבלת משך הנאמנות שעליהן עמד ויסמן, ואוסף עליהן הצדקות אחרות הנזכרות בספרות העדכנית בנושא. שלוש ההצדקות הראשונות ממוקדות באי-יעילותן של נאמנויות בכלל, ההולכת ומחריפה, לפי ההצדקות הללו, ככל שמשך הנאמנות מתארך. ההצדקה הראשונה להגבלת משך הנאמנות שאותה הזכיר ויסמן היא שנאמנות ארוכת טווח מוציאה את הנכסים הכפופים לה מן המחזור. כפי שציין ויסמן וציינו אחרים, כוחה של הצדקה זו תש בשל הכוח המוענק כיום לנאמנים בכתבי נאמנות סטנדרטיים שבשימושם של נותני שירותי נאמנות מקצועיים, כמו גם בחיקוקים המעניקים

133 לתיאור תהליך שקיעתו של הכלל נגד הנצחויות בארצות הברית והגורמים לו ראו למשל Joshua C. Tate, *Perpetual Trusts and the Settlor's Intent*, 53 U. KAN. L. REV. 595, 602–605 (2005); LAWRENCE M. FRIEDMAN, *DEAD HANDS: A SOCIAL HISTORY OF WILLS, TRUSTS, AND INHERITANCE LAW* 125–136 (2009); Grayson P. McCouch, *Who Killed the Rule Against Perpetuities*, 40 PEPP. L. REV. 1291 (2013); RESTATEMENT (THIRD) OF PROP.: WILLS AND DONATIVE TRANSFERS, § 27, Introductory Note, text accompanying n. 21–50 (2011) (להלן: *RESTATEMENT (THIRD) OF PROP.*); Dukeminier & Krier, לעיל ה"ש 114, בעמ' 1311–1316; Sitkoff & Schanzenbach, לעיל ה"ש 129, בעמ' 370–378; MADOFF, לעיל ה"ש 131, בעמ' 76–85; Stewart E. Sterk, *Jurisdictional Competition to Abolish the Rule against Perpetuities: R.I.P.* (Sterk, *Jurisdictional* for the R.A.P., 24 CARDOZO L. REV. 2097, 2100–2105 (2003) (להלן: *Jurisdictional*).

134 ס' 588 (ב) להצעת הקודקס, לעיל ה"ש 15.

135 ש, ס' 589 (ב).

לנאמנים כוחות מחדליים, למכור את הנכסים הכפופים לנאמנות. נאמנים בני זמננו אינם אמורים עוד, בדרך כלל, לנהל ולחלק נכסים מסוימים דווקא. דין הנאמנות בן זמננו רואה ברכוש הכפוף לנאמנות צבר מופשט של ערך שאותו חייבים הנאמנים לנהל, לטפח ולחלק לטובת הנהנים, ולפי הוראות היוצר. ככל שערכו של נכס מסוים הכפוף לנאמנות ימוקסם דווקא אם יימכר למי שאינו נהנה לפי אותה נאמנות, חייב הנאמן, על מנת למקסם את הערך הכפוף לנאמנות, למכור את הנכס למי שישלם את המחיר הגבוה ביותר עבור הנכס.¹³⁶ ההצדקה השנייה שהעלה ויסמן להגבלת משך הנאמנות היא שתנאי הנאמנות והדין מגבילים נאמנים בהשקעת כספי הנאמנות. על מנת להגן על הנהנים מפני שחיקה בערך הנאתם, חייב דין הנאמנות בעבר את הנאמנים להשקיע כספי נאמנות בהשקעות סולידיות בלבד. לעתים השקעות כאלה אינן ממקסמות את התועלת החברתית שבכספי הנאמנות: במקרים רבים היו אלה מועילים יותר לחברה בכללה לו היו מושקעים בהשקעות עתירות סיכון וסיכוי.¹³⁷ כוחה של הצדקה זו בישראל תלוי בפירוש שניתן להוראת סעיף 6 לחוק הנאמנות, שלפיה נאמן חייב "להחזיק או להשקיע [את כספי הנאמנות, אח"ו] כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות".¹³⁸ בתי המשפט פירשו הוראה זו כמחייבת נאמן להשקיע את כספי הנאמנות ב"השקעה שאין עמה סיכון מיותר, המבטיחה באורח סביר מימוש במועד ובתשואה ראויה".¹³⁹ פרשנות זו אינה מקדמת את הדיון, שהרי אין היא מבהירה איזה סיכון הוא מיותר, איזו תשואה היא ראויה, ואיזו מידת הבטחה של מימוש במועד ובתשואה ראויה היא סבירה. מאז כתב ויסמן את מאמרו הסירו שיטות המשפט של מדינות ארצות הברית, של רוב מחוזות הפדרציות הקנדית והאוסטרלית, השיטה הניו זילנדית והשיטה האנגלית את המגבלות שהטילו בעבר על השקעת כספי נאמנות.¹⁴⁰ כיום רשאים

136 ראו חיקוקים שלפיהם לנאמן כוח לעשות ברכוש הכפוף לנאמנות כאילו היה בעליו שלא בנאמנות, ובכלל זה למכור: ס' 10(a) לחוק הנאמנות ("נאמן חייב לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם ולפעול להשגת מטרת הנאמנות, ומוסמך הוא לעשות כל הדרוש למילוי תפקידיו"); ס' 815–816 ל-U.T.C., לעיל ה"ש 31: "A trustee, without authorization by the court, may exercise: (2)(A) all powers over the trust property which an unmarried competent owner has over individually owned property; [...] a trustee may: [...] (2) acquire or sell property, for cash or on credit, at public or private sale"; RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31. וראו דיון אצל ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 291; Dukeminier & Krier, לעיל ה"ש 114, בעמ' 1321–1319; Adam J. Hirsch & William K.S. Wang, A Jurisdictional Theory of the Dead Hand, 68 IND. L.J. 1, 55 (1992); Eric Rakowski, *The Future Reach of the Disembodied Will*, 4 POL. PHIL. & ECON. 91, 104–105 (2005).

137 ראו ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 291–292.

138 הצעת הקודקס (לעיל ה"ש 15) אינה משנה מחוק הנאמנות בנקודה זו (ראו שם, בס' 576(g)).

139 המ' (מחוזי י-ם) 1968/93 פלונית נ' מזובר 6 (פורסם בנבו, 28.2.2000).

140 לדין האמריקני העדכני ראו (UNIF. LAW COMM'N. 1994) Uniform Prudent Investor Act, שגרסאות שלו נחקקו כמעט בכל מדינות ארצות הברית; ס' 90 ל-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31; John H. Langbein, *The Uniform Prudent Investor Act and the Future of Trust Investing*, 81 IOWA L. REV. 641 (1995–1996). לדין הקנדי ראו WATERS' LAW OF TRUSTS, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1023–1003, וכן Table of Statutory Provisions Regarding Trustee Investment Powers in the Common Law Provinces and the Territories, שם, בעמ' 1487. לדין האוסטרלי ראו PANICO, לעיל ה"ש 31, ב-2.47 §; לדין הניו זילנדי ראו שם, ב-2.44 §; לדין האנגלי ראו § 29, c. 2000, Trustee Act 2000.

נאמנים, לפי שיטות משפט אלה, להשקיע כספי נאמנות בכל דרך שהיא, תוך שימת לב לפרופיל הסיכון של תיק ההשקעות כולו (ולא של כל רכיב ורכיב שבו, כבעבר) לאור טובת הנהנים וצורכיהם. היות שדין הנאמנות שוב אינו מטה את אסטרטגיות ההשקעה של נאמנים בכיוון הסולידרי, החזקת כספים בנאמנות שוב אינה פוגעת בתועלת החברתית שמניבים הכספים בהשוואה להשקעתם שלא במסגרת נאמנות.¹⁴¹ בהנחה שסעיף 6 לחוק הנאמנות יפורש, כיום, באופן שלא יגביל נאמנים בהשקעת כספי הנאמנות, נראה כי הצדקה השנייה להגבלת משך הנאמנות שהזכיר ויסמן שוב אינה עומדת. הצדקה שלישית להגבלת משך הנאמנות שהזכיר ויסמן, הממוקדת גם היא בהפסד התועלת שיוצר, לפי הטענה, ניהול נכסים במסגרת נאמנות בהשוואה לניהולם מחוץ למסגרת זו, היא שמשום שחלק מן ההנאה מן הרכוש הכפוף לנאמנות מוקצה במקרים רבים לנהנים עתידיים שזמן הנאתם טרם הגיע, הקרן או חלקה אינם ניתנים לניצול עד שיגיע זמן הנאתם.¹⁴² מצב זה יוצר פוטנציאל ברור לניצול תת-מיטבי של הרכוש, שכן בטרם תחילת זמן הנאתו של נהנה עתידי פלוני עלול להיווצר צורך בשימוש בערך המוקצה והנשמר בשבילו (להלן: הצורך הסותר). הקצאת ערך זה לאותו נהנה בזמן שנקבע מראש להנאתו עלולה להיות מועילה פחות מניצולו לשם הצורך הסותר. דיני הנאמנות האנגליים מכילים שני פתרונות חלקיים לבעיה זו; אף אחד מהם אינו פותר את הבעיה כולה. האחד הוא כוחם של נאמנים להקדים את מועד הנאתם של נהנים מן ההנאה שהוקצתה להם ברכוש הכפוף לנאמנות למועד קודם לזה שנקבע מראש בתכנית ההקצאה שבכתב הנאמנות. כוח כזה מוענק לנאמנים לעתים קרובות בכתבי נאמנות. חקיקה אנגלית משנת 1925 הקנתה לנאמנים כוח לחלק לכל נהנה עד למחצית הסכום המוקצה לו בכתב הנאמנות לפני המועד שנקבע מראש לתחילת הנאתו.¹⁴³ זה עשורת שנים שכוח זה, המכונה "כוח ההקדמה" של הנאמנים (power of advancement), מורחב בדרך כלל בכתבי נאמנות כך שיוכלו להקצות לכל נהנה את מלוא הסכום המוקצה לו בכתב הנאמנות לפני המועד שנקבע מראש לתחילת הנאתו.¹⁴⁴ ב-2014 תוקן החוק באופן שיאפשר לנאמנים לחלק לכל נהנה את מלוא הסכום שהוקצה לו בכתב הנאמנות לפני המועד שנקבע מראש לתחילת הנאתו אף מבלי להתנות על ההסדר החקוק.¹⁴⁵ לעתים אף ניתן לנאמנים בכתבי נאמנות כוח להקצות כל סכום מתוך הרכוש הכפוף לנאמנות לכל

"A trustee may make any kind of investment that he could make if he כי (Eng.) 3(1), הקובע כי

„were absolutely entitled to the assets of the trust”

141 ראו Hirsch & Wang, לעיל ה"ש 136, בעמ' 27-33.

142 ראו ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 292.

143 ס' 32 ל-Trustee Act, 1925, לעיל ה"ש 103.

144 ראו למשל SOC'Y OF TRUST AND ESTATE PRACTITIONERS, STEP STANDARD PROVISIONS (ENGLAND AND WALES) § 5(2) (2nd ed. 2011), available at http://www.step.org/sites/default/files/Comms/reports/STEP_Standard_Provisions.pdf

Trustee Act, 1925, *supra* note 103, amended by Inheritance and Trustees' Powers Act 2014, c. 145

.14, § 9(3)(b) (Eng.)

נהנה, בכל זמן שהוא.¹⁴⁶ "כוח ההקדמה" פותר את בעיית הפסד התועלת שבדחיית מועד ההנאה מהרכוש הכפוף לנאמנות, כולו או חלקו, לעתיד, אם הצורך הסותר מתעורר אצל מי שהוקצתה לו הנאה לפי כתב הנאמנות. במקרה שהצורך הסותר, שמשקלו עדיף על משקל הנאתו הצפויה של נהנה עתידי, מתעורר אצל מי שלא הוקצתה לו כל הנאה מהרכוש, יש צורך, כדי שהרכוש הכפוף לנאמנות ינוצל ביעילות מיטבית, לשנות את תנאיה או להביא לסיימה במועד מוקדם מהמתוכנן. בדין האנגלי מוסמכים הנהנים, כאשר כולם בגירים ובעלי כשרות, להביא בהסכמה (אך ללא צורך בהסכמת הנאמן) את הנאמנות לסופה או להכניס בה כל שינוי.¹⁴⁷ כאשר לא כל הנהנים בגירים ובעלי כשרות, כפי שקורה לא פעם בנאמנויות שהנאה לפיהן מוקצת לנהנים עתידיים, מוסמך בית המשפט להסכים לשינוי תנאי הנאמנות, או להבאתה לקצה לפני המועד שנקבע לכך, בשם נהנים שאינם כשרים להסכים לכך בעצמם, ולמשל מי שטרם נולדו.¹⁴⁸ היות שבית המשפט מנצל סמכות זו רק לטובת הנהנים, נמצא כי אין בדין האנגלי כלי המאפשר, לפני המועד שנקבע מראש לסיום הנאמנות, הקצאת הנאה מרכוש הכפוף לה למי שאינו אמור, לפי תנאיה, ליהנות ממנו, כאשר הנהנים אינם מעוניינים בכך. זאת גם אם הקצאה כזו מועילה יותר מן השימוש שנועד לרכוש לפי תנאי הנאמנות. גם הדין האמריקני אינו מאפשר זאת.¹⁴⁹ כך הוא, כפי שהראה ויסמן, גם בדין הישראלי: חוק הנאמנות מאפשר ליוצר הקדש לשנות את תנאיו, לגרוע מנכסיו או לבטלו אם שמר לעצמו זכות לכך בכתב ההקדש, בהסכמת הנהנים או באישור בית המשפט.¹⁵⁰ שלא ביזמת היוצר, מוסמך בית המשפט לשנות הוראה מהוראות כתב הקדש או לבטלה אם ראה שחל שינוי ניכר בנסיבות המצדיק לעשות כן, ושהדבר תואם את אומד דעתו של היוצר,¹⁵¹ וכן הוא מוסמך לבטל את ההקדש אם מטרותיו הושגו או שאינן ניתנות להגשמה.¹⁵² נמצא אפוא כי בית המשפט אינו מוסמך לבטל הקדש אם מטרות ההקדש טרם הושגו והן ניתנות להגשמה, וכן כי אינו מוסמך לשנות הוראה שבכתב ההקדש

146 ראו למשל כוחות ההקדמה שבנוסחי כתבי הנאמנות לדוגמה המובאים בסוף ספרם של JAMES KESSLER & LEON SARTIN, DRAFTING TRUSTS AND WILL TRUSTS 513, 518, 529, 534, 539, 544, 550, 556, 562, 570, 576 (11th ed. 2012).

147 כלל זה מיוחס בדרך כלל לפסקי הדין שניתנו בתיק *Saunders v. Vautier*, (1841), Cr. & Ph. 240; 41 E.R. 482 (Ch.), אך למעשה פותח בפסקי דין מאוחרים יותר. ראו דיון אצל Joshua Getzler, *Transplantation and Mutation in Anglo-American Trust Law*, 10 THEO. INQ. L. 355, 367–373 (2009).

148 Variation of Trusts Act 1958, 6 & 7 Eliz. 2, c. 53, § 1 (Eng.).

149 הדין האמריקני אף אינו מאפשר לנהנים להביא, בהסכמה, לסיום הנאמנות קודם למועד שנקבע לסיימה בכתב הנאמנות, אם סיומה המוקדם אינו עולה בקנה אחד עם מטרה מהותית (Material Purpose) של הנאמנות. ראו ס' 411–412 ל-U.T.C., לעיל ה"ש 31; ס' 65–66 ל-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31. הכלל האמריקני נקבע לראשונה בפסק הדין *Claffin v. Claffin*, 20 N.E. 455 (D. Mass. 1889); ראו דיון אצל Getzler, לעיל ה"ש 147, בעמ' 374–375. ראו עוד Gregory S. Alexander, *The Dead Hand and the Law of Trusts in the Nineteenth Century*, 37 STAN. L. REV. 1189 (1985); Gregory S. Alexander, *The Transformation of Trusts as a Legal Category, 1800–1914*, 5 L. & HIST. REV. 303 (1987).

150 ס' 18(ב) לחוק הנאמנות.

151 שם, ס' 23(א).

152 שם, ס' 23(ב); ראו דיון אצל ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 294–295.

או לבטלה אם המשך קיום ההקדש בהינתן אותה הוראה, כנוסחה הקיים, תואם את אומד דעתו של היוצר יותר מן השינוי או הביטול המוצע. דין הנאמנות המחדלי עלול אפוא להביא לניצול תת־מיטבי של הרכוש הכפוף לנאמנות: גם בהינתן שימוש חלופי ברכוש זה, המועיל יותר מן השימוש שלו הוקצה הרכוש לפי תנאי הנאמנות, אי אפשר, במקרים לא מעטים, לשנות את השימוש שנקבע מראש ולהסיט את הרכוש לשימוש המועיל יותר. כמסקנת ביניים, נראה כי חיסרון זה שבדין הנאמנות המחדלי אכן עשוי להצדיק הגבלה על משך הנאמנות. הגבלה כזו משקפת איזון בין מתן תוקף לרצון היוצר ולא־ינטרסים של הנהנים לבין החשש שהרכוש המנוהל בשביל הנהנים היה בו כדי להביא תועלת רבה יותר דווקא למי שלא ייהנו ממנו. הצורך במגבלה כזו בדין הישראלי אף רב מזה שבדין האנגלי, משום שבניגוד לדין האנגלי, הדין הישראלי אינו מאפשר לנהנים להביא, בהסכמת כל הנהנים אך בלא הסכמת היוצר, לסיום הנאמנות לפני המועד שנקבע לכך אם מטרת הנאמנות טרם הושגו והן ניתנות להגשמה. הדין הישראלי גם אינו מאפשר לנהנים להכניס בנאמנות שינוי שלא בהסכמת היוצר או לפי אומד דעתו.

ויסמן הזכיר שתי הצדקות נוספות להגבלת משך הנאמנות. הצדקה רביעית היא כי בחלוף הזמן שינויי נסיבות עלולים לגרום לכך שקיום הנאמנות לפי תנאיה לא יגשים עוד אף את כוונותיו של היוצר. כך למשל נאמנות המורה לנאמן לשרת את צורכי אותם מבין צאצאי היוצר שיחפצו בקריירה משפטית באמצעות מימון לימודיהם בבתי ספר אמריקניים מובילים למשפטים שוב לא תממש את כוונות היוצר אם בעתיד ייחשבו דווקא בתי הספר הישראליים למשפטים למובילים העולמיים בתחום ולטובים בהרבה ממתחריהם האמריקניים. הגבלת משך הנאמנות תפתור קושי זה על ידי שחרור הרכוש הכפוף לנאמנות מן ההוראות ששוב אינן משרתות כראוי את המניע שהביא את היוצר ליצור את הנאמנות.¹⁵³ אך למעשה הדין הישראלי מאפשר את שינוין של הוראות כאלה כדי שהנאמנות בנוסחה החדש תגשים את כוונות היוצר בנסיבות החדשות שנוצרו מבלי להביא את הנאמנות לקצה: כאמור, ליצר הקדש כוח לשנות את תנאיו, לגרוע מנכסיו או לבטלו אם שמר לעצמו זכות לכך בכתב ההקדש, בהסכמת הנהנים או באישור בית המשפט.¹⁵⁴ הדין מאפשר גם לנהנים לבקש מבית המשפט לשנות הוראה מהוראות כתב הקדש או לבטלה, ובית המשפט ייעתר לבקשתם אם ראה שחל שינוי ניכר בנסיבות המצדיק לעשות כן ושהדבר תואם את אומד דעתו של היוצר.¹⁵⁵ עוד רשאים הנהנים לבקש מבית המשפט לבטל את ההקדש, ובית המשפט ייעתר לבקשתם אם יראה שהמטרות שהתווה היוצר הושגו, או שאינן ניתנות להגשמה.¹⁵⁶ עולה מן הדברים כי האפשרות ששינויי נסיבות יביאו את הוראות הנאמנות שלא לשרת עוד את כוונות היוצר אינה מצדיקה, בדין הישראלי, את הגבלת משך הנאמנות. הצדקה חמישית להגבלת משך הנאמנות היא מניעת שלטון היד המתה בחיים. יש שטענו כי גם אם הדין מאפשר הכנסת שינויים באותן מהוראותיה של נאמנות ותיקה ששוב אינן מועילות, או ששוב אינן משרתות את כוונות היוצר, ראוי לאפשר לבני כל דור לכוון את

153 שם, בעמ' 292; Hirsch & Wang, לעיל ה"ש 136, בעמ' 24–26.

154 ס' 18(ב) לחוק הנאמנות.

155 שם, ס' 23(א).

156 שם, ס' 23(ב).

השימוש שייעשה בימי חייהם במשאבים העומדים לרשות המין האנושי, ואין הצדקה לכפות על בני דור מסוים לעשות כן רק בכפוף למסגרת הקצאה שקבעו בני דור קודם.¹⁵⁷ לטענה זו ניתן להשיב בשניים: טענת נגד אחת היא שהפרקטיקה הנאמנותית מאפשרת מתן כוח הכוונה רב לבני הדורות שלאחר היוצר גם במסגרת נאמנות ומבלי להגביל את משכה. כך למשל ניתן לתת לנהנה אחד או יותר כוח להחליט על סיום הנאמנות לאלתר או על הקצאת הרכוש הכפוף לנאמנות, מיד או בעתיד, תוך סטייה מתכנית ההקצאה שקבע היוצר.¹⁵⁸ מתן "כוח הקצאה" (Power of appointment) שכזה לנהנים מחלק את הכוח להקצות זכויות בנכסים הכפופים לנאמנות בין בני דורות שונים. יש בו כדי להפחית ממשקל הטענה כי נאמנויות ארוכות טווח מחלקות כוח זה בין הדורות חלוקה לא שוויונית ולא מוצדקת. טענת נגד אחרת העלו הירש (Hirsch) וואנג (Wang) והיא שבימינו, שבהם ההון הניתן להקצאה אינו מוגבל לצבר קבוע של מקרקעין, וכל דור יוצר לו הון חדש, כוחו של דור נתון ליצור תכנית הקצאה של הון שיצר בעצמו לטווח זמן לא מוגבל אינו שולל מן הדורות הבאים אחריו את הכוח ליצור תכניות כאלה בעצמם לעניין הון שיצרו הם, וממקסם את התמריץ של כל דור ודור לעבוד וליצור ערך.¹⁵⁹ אני סבור כי בטענות הנגד הללו יש תשובה טובה לחשש כי אי-הגבלת משכן של נאמנויות תביא לחלוקה לא שוויונית של הכוח להקצות הנאה מרכוש לטובת בני דורות מוקדמים ועל חשבון צאצאיהם. להצדקות שהזכיר ויסמן להגבלת משך הנאמנות ניתן להוסיף שתיים שהעלו אחרים. הצדקה ישית היא שבמקרה השכיח של נאמנות שהנהנים לפיה הם צאצאי היוצר, נאמנות שמשכה אינו מוגבל תביא לגידול בטור גאומטרי של קבוצת הנהנים (במקרה שעל הנאמן לחלק את ההכנסה הנצמחת על הרכוש הכפוף לנאמנות, או את כל או חלק מהרכוש עצמו, בין כל צאצאי היוצר בני דור מסוים או החיים במועד מסוים) או המועמדים להנאה (במקרה שניתן לנאמן חופש הקצאה של ההכנסה או הרכוש בין הצאצאים הללו). אם יוטל על הנאמן לחלק את ההכנסה או הרכוש בין כל הנהנים בני דורות מאוחרים, שווי הנאתו של כל נהנה יהיה קטן. אם יוטל על הנאמן לבחור מבין צאצאי היוצר בני דורות מאוחרים, שמספרם יכול להגיע לעשרות או מאות אלפים, מספר מצומצם של נהנים, ולחלק ביניהם את ההכנסה או הרכוש, עלויות ניהול הנאמנות, שאותן יכסה הנאמן מתוך הרכוש הכפוף לה, עלולות לצרוך חלק גדול והולך מן הרכוש. לפי הדין, על נאמן שניתן לו שיקול דעת בבחירת הנהנים לשיקול בדעתו, "באמונה ובשקידה",¹⁶⁰ למי מבין המועמדים להנאה ראוי לחלק מן ההכנסה או הרכוש. על הנאמן להפעיל את שיקול דעתו על סמך מידע מספיק. לשם כך יהיה עליו לאסוף מידע רב על כל אחד מהמועמדים, כגון היקף הצרכים והמקורות הכספיים שמלבר

157 ראו דיון לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 114; וכן אצל ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 292.

158 ראו Michael Vincent, *Computer-Managed Perpetual Trusts*, 51 JURIMETRICS 399, 421-422 (2011).

159 Hirsch & Wang, לעיל ה"ש 136, בעמ' 16-18.

160 ס' 10(ב) לחוק הנאמנות קובע כי "במילוי תפקידיו חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות".

לנאמנות של כל אחד מהם וכן על תוצאות המס של חלוקת סכום נתון לכל אחד מהם.¹⁶¹ גם לטענה זו ניתן לענות בשניים: ראשית, גידול קבוצת הנהנים או המועמדים להנאה בטור גאומטרי אינו ודאי. אסונות טבע קטלניים, מגפות, מלחמות קטלניות, חקיקה אפשרית המגבילה ילודה והעדפות של בני משפחה למעט בילודה או להימנע ממנה עלולים למנוע אותו. שנית, נראה כי הטכנולוגיה המתפתחת הולכת והופכת ניהול נאמנות שלה עשרות ומאות אלפי נהנים או מועמדים להנאה לאפשרי, ואף הולכת ומוזילה אותו. כך למשל ניתן לחייב את הנהנים או המועמדים להנאה לפי נאמנות כזו להזין פרטים הרלוונטיים להפעלת שיקול הדעת של הנאמנים לתוך אתר אינטרנט. תוכנה מיוחדת תוכל להפעיל את שיקול הדעת הנדרש לפי הנחיות שיסופקו לה ולבחור נהנים, או לקבוע כמה כסף יחולק לכל נהנה, על סמך הפרטים שיספקו הנהנים ועל סמך מידעים נוספים שהתוכנה תאתר במקורות אחרים.¹⁶² ניתן יהיה, למשל, להנחות את התוכנה לחלק את רכוש הנאמנות באופן שהפרש בין הכנסות כל אחד מהמועמדים להנאה מן הנאמנות וממקורות אחרים לסכומים שיידרשו להם למימון רמת חיים מוגדרת ימוזער. הנחיה כזו תביא להעדפת מועמדים להנאה שהכנסתם ממקורות שמלבר לנאמנות קטנה בהרבה מן ההכנסה הדרושה להם למימון רמת החיים האמורה. ולבסוף, הצדקה שביעית להגבלת משך הנאמנות היא מניעת ריכוז הון בידי משפחות או קבוצות אוכלוסיה על ידי שמבנים נאמנותיים מונעים מבני המשפחה או הקבוצה, דור אחרי דור, מלהוציא את כספיהם, להתרושש ובכך להביא לקיטון באי-השוויון הכלכלי בחברה. במדינות שבהן מוטלים מסי עיזבון, ירושה ומתנה, כגון ארצות הברית ובריטניה, משרתים מסים אלה, במידה משתנה של הצלחה, את המלחמה בריכוז ההון ובדינמיקה של העמקת אי-השוויון הכלכלי ויצירת אריסטוקרטיה הונית.¹⁶³ כשנאמנויות משמשות למזעור נטל מסי העיזבון, הירושה והמתנה המושת על רכוש המשפחה או הקבוצה, הגבלת משכן מקדמת את המלחמה בריכוז ההון כאמור. אך הדין הישראלי אינו מטיל כיום מסי עיזבון, ירושה או מתנה, ומתנות לקרוב, כמו גם מתנות בתום לב ליחיד אחר שהוא תושב ישראל, פטורות אף ממס רווחי הון;¹⁶⁴ בכך מוטה הדין הישראלי לטובת שושלות ההון יותר, למשל, מן הדין האמריקני או הבריטי.¹⁶⁵ בשל יחסו

161 ראו הטקסט הסמוך לה"ש 21–36 ב-RESTATEMENT (THIRD) OF PROP., לעיל ה"ש 133; Note, *Dynasty Trusts and the Rule Against Perpetuities*, 116 HARV. L. REV. 2588, 2599 (2003)

Hirsch & Wang, לעיל ה"ש 136, בעמ' 53.

162 ראו Vincent, לעיל ה"ש 158, בעמ' 435.

163 לחשש שיצירת פטורים ודרכים לעקוף מסים אלה מקדמת כיום את יצירתה של אריסטוקרטיה אמריקנית ראו MADOFF, לעיל ה"ש 131, בעמ' 68–70, 154–155; RONALD CHESTER, FROM HERE TO ETERNITY? PROPERTY AND THE DEAD HAND 21, 39, 74, 115 (2007).

164 ס' 97(א) לפקודת מס הכנסה קובע כי "ריווח הון יהיה פטור ממס אם הוא נובע [...] (5) [מ]מתנה לקרוב וכן מתנה ליחיד אחר אם שוכנע פקיד השומה כי המתנה ניתנה בתום לב ובלבד שמקבל המתנה אינו תושב חרוץ".

165 בעבר נהג, כידוע, בישראל מס עיזבון. המס בוטל ב-1981: חוק מס עיזבון (ביטול), התשמ"א-1981, ס"ח התשמ"א 1015. מס מתנות לא נהג בארץ מעולם. לדיון ראו Daphna Hacker, *Intergenerational Wealth Transfer and the Need to Revive and Metamorphose the Israeli Estate Tax*, 8 LAW & ETHICS HUM. RTS. 59 (2014).

המקל של משטר המס הישראלי להעברות הון בין-דוריות, ספק אם הגבלת משך הנאמנות שלפי משטר הנאמנות הישראלי תשרת את המלחמה בריכוז ההון.

רק אחת מבין שבע ההצדקות להגבלת משך הנאמנות עומדת, אפוא, במבחן הביקורת: הטיעון שלפיו הכפפת רכוש לנאמנות עלולה להביא לניצול תת-מיטבי של הרכוש, שכן גם אם קיים שימוש חלופי לרכוש זה, המועיל יותר מן השימוש שלו הוקצה הרכוש לפי תנאי הנאמנות, במקרים לא מעטים, לפי הדין הישראלי, אי אפשר לשנות את השימוש שנקבע מראש ולהסיט את הרכוש לשימוש המועיל יותר. טיעון זה יש לשקול מול ההצדקה הנורמטיבית העיקרית לאי-הגבלת משך הנאמנות: יש פרטים המעוניינים להקצות את ההנאה מרכושם לטווח זמן ארוך מאוד. האפשרות לעשות כן תגרום להם הנאה, ושלייתה תגרום להם סבל. ניתן, עקרונית, לתקן את הדין מבלי להגביל את משכן המותר של נאמנויות, כך שבמקרה שיזוהה שימוש אפשרי בנכסים הכפופים לנאמנות המועיל יותר מן השימוש בנכסים אלה שלפי כתב הנאמנות, יוסמך בית המשפט לשנות את הנאמנות או תנאי מתנאיה או לבטלם באופן שיהיה ניתן להשתמש ברכוש הכפוף לה בדרך המועילה יותר, גם אם מטרתיה טרם הושגו, הן ניתנות להגשמה והשימוש ברכוש הכפוף לה לפי הוראות כתב הנאמנות הולם את אומד דעתו של היוצר יותר מן השימוש החלופי המוצע. ככל שסביר להניח כי מאן דהוא יפנה לבית המשפט בבקשה להפעיל סמכות זו במקרים שבהם הפעלתה תהא מוצדקת, נראה כי בהינתן תיקון זה בדין, לא תיוותר הצדקה להגבלת משך הנאמנות. אך ספק אם הנחה זו סבירה, שהרי קיומן של רוב הנאמנויות אינו מן המפורסמות. נהנים רבים אינם מודעים כלל לקיום הנאמנות שהם נהנים לפיה ולזכויות ההנאה שלהם לפיה. בהיעדר מודעות כזו לא יפנו לבית המשפט בבקשה כי יפעיל את הסמכות האפשרית שהתוית כאן. גרוע מכך, במקרים רבים מי שלו היו מודעים לקיומה של נאמנות פלונית היו פונים לבית המשפט ומבקשים כי יפעיל את סמכותו האמורה, אינם נהנים כלל לפי אותה נאמנות. מי שאינם נהנים יודעים על קיום הנאמנות לעתים רחוקות עוד יותר מן הנהנים לפיה. בהיעדר ניטור מתמיד של נאמנויות ושל היעילות היחסית של הקצאת ההנאה ברכוש הכפוף להן לפי כתבי הנאמנות מחד ושל שימושים חלופיים באותו רכוש מאידך, ועל אחת כמה וכמה בהיעדר התיקון האמור בדין, נראה כי הגבלה כלשהי על משך הנאמנות ראויה. בהיעדרה, תביא האפשרות ליצירת נאמנויות שיתקיימו לטווח זמן ארוך מאוד, ואף לנצח, לשימוש תת-מיטבי ברכוש שיוכפף לנאמנויות כאלה. הגבלת משך הנאמנות אינה מבטאת חוסר רגישות לצורך בכיבוד רצונו של יוצר הנאמנות להקצות מרכושו לנהנים מסוימים דווקא. המשקל הניתן לרצון זה בא לידי ביטוי באכיפתן של נאמנויות לתקופת הזמן שעד תקרת המשך המותרת. הגבלת משך הזמן שבו תיאכף גם נאמנות המקצה הנאה מרכוש בדרך היעילה פחות מדרכים אחרות שבהן היה ניתן להקצותה, כגון נאמנות המקצה רכוש לנהנה שיש לו רכוש די והותר, לו ולתלוייו, ממקורות אחרים, מביעה איזון בין כיבוד רצון היוצר וזכותו לעשות בקניינו כרצונו לבין הפגיעה החברתית שבניצול תת-מיטבי של רכוש. העובדה שגם שיטות המשפט שעדיין מטילות מגבלות משך על נאמנויות קובעות מגבלות של כמאה שנים לכל הפחות, ממחישה את המשקל שנותנות גם שיטות אלה לכיבוד רצונו של היוצר.

מהו אפוא המשך המותר המרבי הראוי? דיון בשאלה זו נערך בשנים האחרונות בשיטות משפט רבות. לצד השיטות שבחרו להסיר כליל את המגבלות שנהגו בהן בעבר על משך הנאמנות, או לקבוע משך מותר מרבי של מאות שנים ויותר כדי למשוך יוצרי נאמנות לבחור בהן כדין החל על נאמנויות שיצרו,¹⁶⁶ בחרו שיטות משפט לא מעטות לקבוע משך מותר מרבי הדומה לזה שהתאפשר בפועל לפי הכלל המסורתי נגד הנצחויות (כמאה שנים) וכן לזה שלפי הצעת הקודקס (מאה שנים). באנגליה הוארך ב-2009 המשך המותר המרבי ל-125 שנה.¹⁶⁷ בצרפת נקבע ב-2008 המשך המותר המרבי של נאמנות המוקמת לפי הדין הצרפתי ל-99 שנה.¹⁶⁸ בניו זילנד הציעה לאחרונה ה-Law Commission משך מותר מרבי של 150 שנה.¹⁶⁹ בארצות הברית הציעה לאחרונה ה-American Law Institute גרסה חדשה של הכלל נגד הנצחויות, שלפיה תסתיים תקופת הנצחות עם מותו של האחרון שנותר בחיים מבין המעביר והמקבלים שאינם צעירים ממנו ביותר משני דורות.¹⁷⁰ בקוויבק אין מוטלת מגבלת משך על נאמנויות המוקמות בהקשר עסקי, בהקשר ההשקעות ובהקשר הפנסיוני.¹⁷¹ נאמנויות פרטיות אחרות מוגבלות שם לשני נהנים, לכל היותר, שיהנו זה לאחר זה מן ההכנסה הנצמחת על הרכוש הכפוף לנאמנות, ולנהנה שיהנה, אחריהם, מן הרכוש עצמו. על זכות ההנאה של הנהנה הראשון מן הפירות להתחיל לא יותר ממאה שנים לאחר יצירת הנאמנות. הנהנים שאחריו חייבים להיות כשרים ליהנות בחלוף מאה שנים מיצירת הנאמנות, גם אם זכויות ההנאה שלהם יתחילו מאוחר יותר. אישיות משפטית מלאכותית לא תוכל ליהנות מנאמנות במשך יותר ממאה שנים.¹⁷² המשך המותר המרבי המוצע בהצעת הקודקס – מאה שנים – דומה אפוא לזה המקובל בשיטות משפט חשובות בעולם שערכו בשנים האחרונות דיון רציני בשאלת משכן הרצוי של נאמנויות, מבלי שהדיון יוטה לכיוון הסרת המגבלות על המשך או הרפייתן בשאיפה למשוך משתמשים זרים אל משטר הנאמנות המקומי.

מציאת נקודת איזון נורמטיבית, הנאמדת בשנים, בין שיקול השמת הרכוש לשימושים מועילים לבין שיקול הגשמת רצונם של יוצרי נאמנויות האמורות, לפי נוסחון, להתקיים זמן רב מאוד או לנצח, אינה פשוטה. כשמדובר בנאמנויות מתנתיות פרטיות, ראוי להבחין בין הקצאות הנאה לנהנים שהיו מוכרים ליוצר לבין הקצאות הנאה לאחרים. הקצאת הנאה לאדם או גוף המוכר למקצה מבטאת לא רק את חירות הקניין של המקצה אלא גם רגשות אחרים שאותם מבטא המקצה בהקצאת קניינו, כגון אהבה, קרבה או הערכה לבני משפחה, לידידים או לארגונים. לעומת זאת, הקצאת הנאה לאדם או גוף שאינו מוכר למקצה, ושהמקצה אינו יודע עליו דבר, מבטאת בעיקר את כוח ההקצאה של בעל הקניין. לרגשות של אהבה, קרבה והערכה יש משקל נורמטיבי משלהם. במקרה של הקצאת רכוש לנהנים

166 ראו דיון לעיל בפרק ב.2.

167 Perpetuities and Accumulations Act 2009, c. 18, § 5 (Eng.).

168 ס' 2018 לקודקס האזרחי הצרפתי, לעיל ה"ש 33.

169 ניו זילנד, דוח הוועדה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 218, R49(2).

170 ראו ס' 27.1 ל-RESTATEMENT (THIRD) OF PROP., לעיל ה"ש 133.

171 ס' 1273 לקודקס האזרחי של קוויבק, לעיל ה"ש 65.

172 שם, ס' 1272.

שהיו מוכרים למקצה, מצטרף משקל זה למשקלו הנורמטיבי של רצון המקצה, ואותם יש לאזן עם הצורך בהשמת רכוש לשימושים מועילים. במקרה של הקצאת רכוש לנהנים שלא היו מוכרים למקצה, ניצב רצון המקצה לבדו על כף המאזניים הנורמטיביות מול הצורך בהשמה מועילה של רכוש. נראה אפוא כי בשל משקלה הנורמטיבי העדיף של הקצאת הנאה לנהנים שאותם הכיר המקצה, לעומת משקלה של הקצאת הנאה לנהנים שאותם לא הכיר, ראוי לקבוע את המשך המותר המרבי של נאמנויות מתנתיות פרטיות בנקודת הזמן המשוערת שבה יכלו הנהנים שאותם הכיר היוצר מן הנאמנות. עם חלוף הזמן מאז יצירתה של נאמנות מתנתית פרטית ארוכת טווח יחליפו דורות של נהנים זה את זה, ובסופו של דבר לא ייוותרו בקרב הנהנים פרטים או גופים שהיו מוכרים למקצה. בהגיע נקודת זמן זו, יכריע שיקול השמתו היעילה של הרכוש את שיקול המשך ביצוע תכניתו של היוצר להוסיף ולהקצות הנאה מן הרכוש, בכפוף לנאמנות, לנהנים שלא הכיר. פרק הזמן שבין יצירתה של נאמנות מתנתית פרטית ארוכת טווח לבין נקודת הזמן שבה לא ייוותרו נהנים שהיו מוכרים למקצה משתנה ממקרה למקרה. נאמנות הנוצרת עם מות היוצר תהיה "צעירה" יותר בהגיע נקודת הזמן האמורה מאשר נאמנות שיצר היוצר בחייו, בגיל צעיר יחסית. במקרה קיצוני שבו נוצרה נאמנות על ידי יוצר בן עשרים, נהנה שהיה תינוק, והיה מוכר ליוצר, כשמת היוצר בגיל תשעים, עשוי למות גם הוא בגיל תשעים, אז ימלאו לנאמנות מאה ושישים שנה.¹⁷³ לאור דוגמה קיצונית זו נראה כי במלאות לנאמנות מאה ושישים שנה לכל היותר, לא ייוותרו בה, ברוב המכריע של המקרים, נהנים שהיוצר הכירם. נראה אפוא כי ראוי לקבוע את המשך המותר המרבי של נאמנויות מתנתיות פרטיות המוקמות בכפוף למשטר הנאמנות הישראלי על מאה ושישים שנה. כמוצע בהצעת הקודקס לעניין תקופת המשך המרבי הקצרה יותר המוצעת שם,¹⁷⁴ נאמנות האמורה, לפי לשונה, להימשך יותר ממאה ושישים שנה תתבטל, ולמעשה תסתיים, בסוף תקופת הנצחות המותרת. הנכסים שנותרו כפופים לה בעת סיומה יחולקו לפי הוראות כתב הנאמנות לעניין חלוקת הנכסים עם סיום הנאמנות. בהיעדר הוראות כאלה, יחולקו הנכסים בין מי שיהיו הנהנים בסוף תקופת הנצחות המותרת.

ומה באשר לנאמנויות שאינן מתנתיות פרטיות? נאמנויות המוקמות ככלי לביצוע עסקה או פרויקט ונאמנויות לצורכי השקעה מוקמות בדרך כלל לטווח זמן של כמה עשרות שנים לכל היותר. כדי שלא לאפשר התחמקות ממגבלת המשך המוטלת על נאמנויות מתנתיות פרטיות באמצעות הסוואתן של אלה כנאמנויות עסקיות או נאמנויות השקעה, מוצע להחיל את המגבלה האמורה גם על נאמנויות אחרונות אלה. יוצרי נאמנויות עסקיות ונאמנויות השקעה המעוניינים ליצור מסגרת לפעילות עסקית או לפעילות השקעה שתתקיים יותר ממאה ושישים שנה יכולים להקים חברה, שהדין אינו קובע לה אורך חיים מרבי, חלף

173 הנחת תוחלת החיים של תשעים שנה היא נדיבה יחסית: תוחלת החיים הממוצעת בישראל היתה בשנת 2012 79.9 שנה לגברים ו-83.6 שנה לנשים. ראו "תמותה ותוחלת חיים" אתר הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה www.cbs.gov.il/reader/cw_usr_view_SHTML?ID=580. בחרתי בהנחה נדיבה זו כדי לזהות את נקודת הזמן שבה סביר מאוד כי לא ייוותרו עוד נהנים שהיו מוכרים ליוצר. אם תוחלת החיים הממוצעת תתארך או תתקצר בעתיד, ניתן יהיה להתאים את המשך המותר המרבי המוצע כאן.

174 ס' 589 (ב) להצעת הקודקס, לעיל ה"ש 15.

השימוש בנאמנות. מקרה שונה הוא זה של נאמנויות מתנתיות שאינן פרטיות – נאמנויות לצורכי צדקה, שאותן מכנה חוק הנאמנות הקדשות ציבוריים.¹⁷⁵ מטרתיהן הספציפיות של נאמנויות לצורכי צדקה נגזרות בדרך כלל ממטרות על ציבוריות כגון סיוע לעניים, חינוך, בריאות, דת וסיעוד. אלה מטרות יעילות דיין כדי שהמדינה תפעל להגשמתן ותממן את פעולותיה באמצעות גביית מסים ולקיחת הלוואות. כל סכום שיחידים מקצים מרצונם למטרות אלה באמצעות יצירת נאמנויות לצורכי צדקה מאפשר הגעה לכל רמה נתונה של טיפול במטרות הללו תוך הפחתת המסים שיש לגבות בכפייה או הקטנת החוב הציבורי העתידי של המדינה. משום שנאמנויות לצורכי צדקה מקטינות את נטל הטיפול במטרות הללו המושת על תקציב המדינה, מקובל, וגם ראוי, לעודד את יצירתן של נאמנויות כאלה על ידי הענקת הקלות שונות שבדין. במקרה השכיח למדי שבו יוצר נאמנות לצורכי צדקה מעוניין שזו תתקיים פרק זמן ארוך מאוד, או לנצח, אין סיבה שלא לאפשר זאת.¹⁷⁶ סביר להניח כי מטרות ציבוריות כאמור יוסיפו לדרוש טיפול גם בעתיד הרחוק, וכי קיומן של קרנות פרטיות הנושאות בחלק מעלותו של טיפול זה יוסיף גם אז להקל את נטל המימון שכלל הציבור נושא בו דרך מערכת המס והחוב הציבורי. במקרים כאלה, שיקול השמת הרכוש למטרות מועילות ושיקול הגשמת רצון היוצר תומכים שניהם בכיבוד רצונו של היוצר לעניין משך הנאמנות. שיקול הכרת היוצר את הנהנים אינו רלוונטי לנאמנויות לצורכי צדקה: מטרתן של נאמנויות כאלה אינה להיטיב עם נהנים המוכרים ליוצר, אלא לשרת מטרות ציבוריות. ואכן, הנהנים מנאמנויות כאלה, ובכללם הנהנים מהן מיד לאחר יצירתן, אינם, במקרים רבים, מוכרים ליוצר. התרתן של נאמנויות לצורכי צדקה האמורות להתקיים מאות שנים מעצימה כמובן את האפשרות שצורכי הצדקה שהצדיקו, בעיני היוצר, את יצירת הנאמנות יהפכו בחלוף השנים לטריוויאליים או לא רלוונטיים, או שבני דורות עתידיים יראו צרכים אלה כחשובים פחות מאחרים. מסיבה זו הדין המיוחד החל על נאמנויות לצורכי צדקה מאפשר, באמצעות הדוקטרינה של ביצוע בקירוב (Cy-Près), את שינוי המטרה הציבורית הספציפית שאותה משרתת הנאמנות, כל עוד הצורך החלופי שלטיפול בו יוקדש ההון המצוי בה שייך, כללית, לאותו סוג של מטרות ציבוריות כמו הצורך שלסיפקו הוקדשה הנאמנות במקורה.¹⁷⁷ לדוגמה, נאמנות שנוצרה כדי לממן את המאבק באנאלפביות ניתן להסב, עם סיומו המוצלח של מאבק זה, למימון העשרה בחינוך

175 הסדר "רזה" וחסר של דיני ההקדשות הציבוריים מופיע בפרק ג לחוק. בעבר נהג בישראל הסדר עשיר ומלא יותר של דינים אלה, ירושת המנדט הבריטי, אך הוא בוטל בס' 45 לחוק הנאמנות. ראו פקודת ההקדשות לצורכי צדקה, התרפ"ה-1924, חא"י א 107.

176 גם בשיטות משפט זרות המטילות מגבלת משך על נאמנויות, מוחרגות נאמנויות לצורכי צדקה ממגבלה זו. לדין בארצות הברית ראו ס' 27.3(5) ל-RESTATEMENT (THIRD) OF PROP., לעיל ה"ש 133. לדין באנגליה ראו GRAHAM MOFFAT ET AL., TRUSTS LAW: TEXT AND MATERIALS 941-943 (5th ed. 2009).

177 לדוקטרינה זו ראו למשל ע"א 490/99 הקדש מנחם ובלומה אטינגר קרן צדקה לזכרם על-ידי נאמני ההקדש נ' אבן-טוב, פ"ד נז(5) 145, 159-160 (2003); ה"פ (מחוזי חיפה) 7075-02-11 מירובסקי נ' אבוטבול ז"ל (המנוחה) (פורסם בנוב; 26.7.2011); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF; (26.7.2011); LAW § 18.3, at 696 (8th ed. 2011).

היסודי. מן הסיבות האמורות, ראוי לאפשר את יצירתן של נאמנויות לצורכי צדקה לתקופה לא מוגבלת.

ג. דיני תחרות בהקשר הנאמנות: בין נהנים, רוכשים ונושים

הצדדים לנאמנות ומסכיבה רבים. בהם היוצר, הנאמן, הנהנה, מגן הנאמנות, מי שמונה לאכוף על הנאמן את חובותיו בלא שהוקצתה לו זכות הנאה (בעלי תפקיד כאלה מכונים Enforcers),¹⁷⁸ מי שמונה למנות נאמנים או מגנים (בעלי תפקיד כאלה מכונים Appointors) ובעלי תפקיד נוספים, כיד הדמיון הטובה על מנסחי כתבי נאמנות. כל אחד מצדדים אלה יכול להקיף מספר לא מוגבל של פרטים או ישויות, יחד או אלה לאחר אלה. לכל אחד מהם נושים משלו, וגם לכיס העושר הנפרד של הנאמנות נושים משלו. כל אחד מהם עשוי גם להעביר את זכויותיו וכוחותיו שלפי כתב הנאמנות או הדין לאחרים, בתמורה או שלא בתמורה. מספרם הגדול של הצדדים לנאמנות ואלה שמסכיבה יוצר פוטנציאל עשיר להתנגשויות ולתחרויות זכויות. קוצר היריעה של מאמר זה אינו מאפשר דיון בכל סוגי תחרויות הזכויות המתרחשים בהקשר הנאמנות. לאחר שאדון בפשוטו של חוק הנאמנות באשר להגנה על זכויות הנהנה מפני מתחרים שונים, אעסוק ביתר הרחבה בשלושה מקרים של תחרות כזו: בין הנהנה לנושה פרטי של הנאמן (מי שנשייתו אינה נובעת מפעולות הנאמן בכושרו ככזה); בין הנאמן לנהנה ולנושה הנאמן במסגרת פעילותו כנאמן; ובין הנהנה לרוכש רכוש הכפוף לנאמנות מהנאמן כאשר המכר הוא הפרה של חובות הנאמן.

1. פשוטו של חוק

שלושה מסעיפי החוק עוסקים בתחרויות זכויות שסביב הרכוש הכפוף לנאמנות. הסעיפים הללו אינם ברורים, ואף סותרים זה את זה. סעיף 3(ב) קובע כי "אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות". לכאורה, מסדיר הסעיף את תחרות הזכויות בין נהנים לבין נושי הנאמן וקובע כי חובות "הנובעים מפעולות הנאמנות" ניתן לגבות מתוך הנכסים הכפופים לה, ולמשל באמצעות עיקולם ומכירתם, אף שגבייה כזו תפגע בערך השמור לנהנים. אף שהביטוי "חובות המוטלים על" הנכסים הכפופים לנאמנות אינו ברור, קריאה אפשרית של הסעיף תמצא בו את התפיסה שלפיה הנכסים הכפופים לנאמנות אינם נגישים למי שנשייתו נגד הנאמן אינה נובעת מפעולות הנאמן בכושרו ככזה. לפי עיקרון זה, את חובותיו של הנאמן למי שהעניק לנאמנות שירותי השקעות, למי שתיקן את חלונותיו של בניין הכפוף לנאמנות ולמי שסוס הכפוף לנאמנות בעט בו והזיק לו, ניתן לגבות מתוך הרכוש הכפוף לנאמנות. לעומת זאת, חובות וחייבים המוטלים על הנאמן שאינם תוצאה של פעולותיו בכושרו ככזה, כגון חיוב מזונות המוטל עליו, חיוב לפצות נהג שברכבו פגע או חיוב המע"מ המוטל עליו בשל רכישת חפסת סיגריות, לא יוכל הנאמן לסלק מתוך רכוש הנאמנות.

178 ראו למשל ס' 100–102 לחוק הנאמנות של איי קיימן, לעיל ה"ש 75.

לאחר הקביעה בסעיף 4 כי אם "היה בנכסי הנאמנות נכס שפעולות בו טעונות רישום בפנקס המתנהל על-פי חוק", רשאי הנאמן לדאוג לרישומה באותו פנקס של הערה בדבר קיום הנאמנות, מוסיף סעיף 5 כי "כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי שידע או שהיה עליו לדעת עליה, ומשנרשמה הערה לפי סעיף 4 – כלפי כל העולם". סעיף 5 אינו ברור, אך סביר לפרשו כקובע סדר עדיפויות בין הנהנים, שאותם משרת "כוחה של [הנאמנות]" לבין בעלי אינטרסים נוגדים, כגון נושי הנאמן ומי שרכשו זכות בנכס הכפוף לנאמנות או זכות אישית כנגד הנאמן לגבי נכס כזה. לפי סעיף זה, אף שהנאמן אינו חייב לרשום הערה בדבר קיום הנאמנות בפנקסים שבהם רשומות זכויותיו בנכסים הכפופים לנאמנות, ואף שבאשר לסוגי נכסים רבים אין מתנהל כלל מרשם זכויות רשמי, הרי שאם לא רשם הנאמן הערה כאמור באשר לזכויותיו בנכס פלוני, יהיו זכויותיהם של נושי הנאמן ומי שרכשו או התחייבו לרכוש ממנו זכות באותו נכס כפופות לזכויות הנהנים לפי הנאמנות רק אם ידעו הנושים או הרוכשים על הנאמנות, או שהיה עליהם לדעת עליה. ההגנה שמעניק סעיף 5 לזכויות הנהנים חלשה: בלא רישום הערה בדבר קיום הנאמנות יוכל צד מתחרה תם לב (כלומר מי שלא ידע ולא היה עליו לדעת על הנאמנות) לגבור על הנהנה גם אם לא נתן תמורה. אם סעיף 5 חל על תחרות הזכויות בין הנהנה לנושי הנאמן, הוא סותר את סעיף 3(ב): לפי סעיף 5, נושה "פרטי" של הנאמן יוכל, אם לא ידע ולא היה צריך לדעת על הנאמנות, ולא נרשמה הערה בדבר כפיפות זכויות הנאמן בנכסים לנאמנות, לגבות את חובו מתוך הנכסים הכפופים לנאמנות.¹⁷⁹ לפי סעיף 3(ב), חסינים הנכסים הללו מפני נושיו הפרטיים של הנאמן, בין שידעו על הנאמנות, בין שהיו צריכים לדעת עליה ובין שלא, גם אם לא נרשמה כל הערה בדבר קיום הנאמנות. סכנתה של סתירה זו הביאה כותבים מספר לפרש את סעיף 5 כמסדיר אך את תחרות הזכויות שבין הנהנה לבין מי שרכש זכות בנכס הכפוף לנאמנות, כך שהתחרות בין הנהנה לבין נושי הנאמן מוסדרת רק בסעיף 3(ב).¹⁸⁰ אך הגבלת תחולתו של סעיף 5 לתחרות הזכויות בין הנהנה למי שרכש זכות בנכס הכפוף לנאמנות אינה שמה קץ לקשיים שמעורר הסעיף. לפי פשוטו (הלא סביר) של סעיף 5, הנאמן יכול לתת את הרכוש הכפוף לנאמנות במתנה למי שאינו נהנה, ואם המקבל תם לב, הוא יגבר על הנהנה. ההגנה שפורס סעיף זה על הנהנה מפני רוכשי זכויות בנכסים הכפופים לנאמנות חלשה, למשל, מן ההגנה שמעניק הדין הישראלי למתחייב לרכוש זכות במקרקעין או במיטלטלין מפני רוכש מתחרה של אותה זכות: רוכש שני יגבר על הראשון רק אם זכותו של הראשון טרם נרשמה (במקרקעין) או התקבלה אצלו (במיטלטלין), ואילו זכותו של השני נרשמה או התקבלה

179 גישה אחרת הציע חיים זנדברג. להצעתו, ניתן לקרוא את ס' 5 כאילו אינו קובע הסדר שלילי שלפיו בהיעדר רישום הערה בדבר קיום הנאמנות, יגבר נושה של הנאמן שלא ידע ולא היה עליו לדעת על הנאמנות על הנהנה. לפי קריאה זו של הסעיף, אין הוא חוסם את העדפת הנהנה על נושה הנאמן שלא ידע ולא היה צריך לדעת על הנאמנות, גם בלא רישום הערה, אם קיים מקור אחר בדין, מלבד לס' 5, להעדפה זו, כגון ס' 3(ב). ראו מכתב מאת חיים זנדברג למחבר (10.3.2014) (עותק שמור בידי המחבר).
180 ראו נילי כהן "חווה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר" הפרקליט מא 161, 178–179 (1993); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 547, ה"ש 64 (מהדורה שנייה, 1998); שם, כרך ב 1092, ה"ש 141; כרם, לעיל ה"ש 30, בעמ' 144–145. לדעה כי ס' 5 לחוק הנאמנות עוסק, כמו ס' 3(ב), בתחרות הזכויות בין נהנה לבין נושי הנאמן ראו דויטש, לעיל ה"ש 30, כרך א 138, ה"ש 39 (1997).

(בהתאמה), והשני נתן תמורה ופעל בתום לב שנשמר בטרתו עד מועד רישום הזכות או קבלתה, כולל.¹⁸¹

נראה כי חולשת ההגנה שפורס סעיף 5 על נהנים אינה מבטאת תפיסה נורמטיבית כלשהי. היא מבטאת רק את תהליך הניסוח והחקיקה רב-התהפוכות של החוק. גם טיוטת הצעת החוק מ-1972 וגם הצעת החוק מ-1974 קבעו כי במקרה שהרכוש הכפוף לנאמנות כולל נכס שמתנהל בעניינו מרשם זכויות רשמי, חייב הנאמן לרשום במרשם הערה בדבר קיום הנאמנות.¹⁸² כשקיימת חובת רישום, יוצרת ההוראה כי משנרשמה הערה בדבר קיום הנאמנות, יהיה "כוחה של נאמנות יפה [...] כלפי כל העולם" הגנה רבת עצמה על זכויות הנהנה בכל הנוגע לנכסים שקיים בעניינם מרשם זכויות רשמי. הוראות כאלה הופיעו בטיטות 1972 ו-1974¹⁸³ ושרדו גם בנוסחו הסופי של החוק, ואילו חובת הרישום הומרה ברשות. תמורה זו מבטאת התקרבות למודל הנאמנות שבשיטות משפט המבוססות בעיקר על מסורת המשפט המקובל. בשיטות אלה, כגון השיטה האנגלית ושיטות המשפט של מדינות ארצות הברית, הנאמנות היא אחד המבנים המשפטיים הסודיים ביותר: בניגוד לדין החל על חברות ותאגידים אחרים, לא עצם עובדת קיום הנאמנות, לא זהות היוצר ולא זהות הנהנים טעונות רישום כלשהו על מנת שיוקנה תוקף לנאמנות.¹⁸⁴ אין "מרשם נאמנויות". באנגליה נאסר במפורש בחוק החברות מ-2006 לרשום במרשם בעלי המניות את העובדה שהבעלים הרשום של מניה מחזיק בה כנאמן.¹⁸⁵ משטר רישום הזכויות במקרקעין האנגלי מ-2002 אוסר על הרשם לרשום הערה שלפיה הבעלים הרשום של זכות במקרקעין מחזיק בה כנאמן.¹⁸⁶ בארצות הברית רשאים כיום נאמנים להחזיק במניות כנכס הכפוף לנאמנות מבלי לציין את עובדת הכפיפות במרשם בעלי המניות.¹⁸⁷ משטרי נאמנות קונטיננטליים, כגון זה הצרפתי, מטילים, לעומת זאת, חובה לרשום פרטים רבים אודות הנאמנות והצדדים לה כתנאי למתן תוקף לנאמנות.¹⁸⁸ נראה כי בניגוד לטיטות 1972 ו-1974, שביטאו רצון להגן על אמינותם של מרשמי הזכויות ועל הצדדים השלישיים המסתמכים עליהם, נוסח

181 ראו ס' 9 לחוק המקרקעין; ס' 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971.

182 ראו ס' 12 לטיטות 1972, לעיל ה"ש 41; ס' 7(א) להצעת חוק הנאמנות.

183 ראו ס' 42(ב) לטיטות 1972, לעיל ה"ש 41; ס' 7(ב) להצעת חוק הנאמנות.

184 בארצות הברית, ראו הערה b לס' 16 ל-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31.

185 Companies Act 2006, c. 46, s. 126 (Eng.).

186 Land Registration Act 2002, c. 9, s. 33 (Eng.).

187 John Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 YALE L. J. 625, 642 (1995).

בטקסט לה"ש 81 והפניות בהערה זו.

188 ראו ס' 2019 לקודקס האזרחי הצרפתי, לעיל ה"ש 33, הקובע כי חוזה נאמנות וכל שינוי בו יהיו בטלים אלא אם נרשמו, תוך חודש מתאריך עשייתם, במשרדי פקיד השומה של מקום מושבו של הנאמן, ובמקרה שבו הנאמן אינו תושב צרפת – במשרדי פקיד השומה לתושבי חוץ. ס' 2020 שם קובע כי יוקם גם מרשם לאומי נפרד של נאמנויות (המרשם הוקם בצו מיום ה-2 במרץ 2010). היות שס' 2018 שם קובע כי חוזה נאמנות יהיה בטל אם לא יצוינו בו פרטים רבים על הנאמנות, כולל זהות היוצר, הנאמן והנהנה, הנכסים הכפופים לנאמנות, משכה המתוכנן של הנאמנות ומטרתה, וס' 2012 שם קובע כי אי אפשר ליצור נאמנות בפעולה משפטית חד-צדדית, עולה מן המקובץ כי פרטים כאמור באשר לכל נאמנות תקפה יירשמו במשרדי פקיד השומה הרלוונטי, שיעביר אותם למרשם הנאמנויות.

החוק שהתקבל אימץ, חלקית, את מודל הנאמנות הסודית של המשפט המקובל.¹⁸⁹ אך אימוץ אחרון זה לא היה מלא, וחולשת ההגנה שפורס סעיף 5 על זכויותיהם של נהנים לפי נאמנות שקיומה לא נרשם מבטאת זאת.

גם סעיף 14 לחוק מסדיר את תחרות הזכויות שבין הנהנה לרוכש זכות בנכס הכפוף לנאמנות. הסעיף קובע כי "פעולה שנעשתה בהפרת חובת הנאמנות 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; ידיעה על קיום הנאמנות, אין בה בלבד משום ידיעה על הפרת חובת הנאמנות". כפי שהעירו אחרים, הסדרת תחרות הזכויות שבין הנהנה לרוכש זכות בנכס הכפוף לנאמנות בסעיף זה סותרת את הסדרת אותה תחרות עצמה בסעיף 5. סעיף 5 אינו דורש מן הרוכש לתת תמורה כדי שיגבר על הנהנה, ואילו סעיף 14 מאפשר לבית המשפט, במקרה שבו פעולה מן הסוג האמור בסעיף נעשתה ללא תמורה, לקבוע את בטלותה של פעולה זו. במקרה שהרוכש ידע על הנאמנות או היה עליו לדעת עליה, כלומר במקרה שבו נעדר הרוכש תום לב, קובע סעיף 5 כלל ברור כי זכויות הנהנה יועדפו על זכויות הרוכש, ואילו סעיף 14 מעניק שיקול דעת לבית המשפט בפתרון תחרות הזכויות.¹⁹⁰

189 יתרוונתיו וחסרוונתיו של מודל זה הומחשו בפרשה העובדתית שבעניין פיוטרקובסקי, לעיל ה"ש 30. באותה פרשה החזיק פיוטרקובסקי ב-1% ממניות סלקום כנאמן בשביל ארנון. ארנון יזם את הנאמנות, כדי שהמניות לא יירשמו על שמו, וכך לא יפלו במסת הנכסים שעמדה להתחלק, בשעת הקצאת המניות, בינו לבין אשתו, מולה היה נתון בהליכי גירושין (ראו פס' 19 לפסק הדין). המערך החוזי שבפרשה כלל איסורים על העברת מניות ממי שהוקצו לו (כדוגמת הנאמן פיוטרקובסקי), זכויות סירוב ראשונות של בעלי המניות הקיימים, שארנון לא היה אחד מהם, במקרה שבעל מניות מעוניין להעביר את מניותיו, ואיסורים נוספים; את כולם עקפו בעלי הדין על ידי יצירת הנאמנות. תכלית חלק מהנורמות שהופרו הייתה גילוי זהות בעלי המניות, כולל לרשויות שונות, כגון רשויות המס ומשרד התקשורת. העובדה שבית המשפט אכף את הנאמנות למרות הפרת נורמות אלה בידי בעלי הדין, ממחישה יפה את שימושיות מוסד הנאמנות ככלי להסתרת זכויות ברוכש ולעקיפת נורמות שבדין שאין יוזמי הנאמנות מעוניינים לציית להן. הצד ההופכי של יתרוונת הסודיות מבחינת הנהנה היא הסכנה שהנאמן יתנער מן הנאמנות ויטען כי לא היו דברים מעולם, וכי הנכסים אינם נכסי נאמנות. כך ניסה פיוטרקובסקי לעשות, אך בית המשפט המחוזי בתל אביב דחה את טענותיו. ערעור שהוגש לבית המשפט העליון נדחה בלא הנמקה, לאחר שבית המשפט הציע למערער לחזור בו מן הערעור וזה הסכים לעשות כן (ע"א 2734/09 פיוטרקובסקי נ' ארנון (פורסם בנבו, 20.06.2010)). למקרה נוסף שבו העביר יוצר רכוש לנאמנות כדי להוציא מהישג ידה של אשתו, שהיה נתון בהליכי גירושין ממנה, ונתקל מאוחר יותר בטענת הנאמנה כי ההעברה לא היתה בנאמנות ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 38320/08 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 18.11.2011).

190 למקרה של תחרות נהנה-רוכש, שבו אף שהרוכשים ידעו על הנאמנות החליט בית המשפט שלא לבטל את העסקה, משום שצד מניעה שמנע את ביצועה בוטל בשל אי-הפקדת ערובה כספית על ידי הנהנים ואילו הרוכשים שינו את מצבם לרעה, והטיל על הרוכשים, באופן סולידרי עם הנאמנת, לפצות את הנהנים בסכום התמורה שנתקבלה עבור המכר, כשהוא צמוד ונושא ריבית, ראו תמ"ש (משפחה נצ') 3775-04 א.ר.ב. נ' א.ב., פס' 128-133 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.9.2013). מקרה זה ניתן להשוות למקרה אחר, שבו הרוכש שילם כסף תמורת הממכר אך לא שינה מצבו לרעה מלבד זאת, ובית המשפט פסק כי העסקה בטלה לפי ס' 13 לחוק הנאמנות, האוסר על נאמן "לרכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל זכות בו", וכי גם לפי ס' 14 יש מקום לבטלה, אך הביטול הותנה בהשבת התמורה שנתן הרוכש (עניין עמרם, לעיל ה"ש 30, פס' 50-51). לדיון במקרי תחרות נהנה-רוכש שבהם אין הצדקה לביטול הפעולה ראו גם כרם, לעיל ה"ש 30, בעמ' 283.

ועוד, בסעיף 5 נקבע כי כדי שגיבר על הנהגה, על הרוכש שלא לדעת על קיום הנאמנות כלל, ושלא להיות מוחזק כמי שהיה עליו לדעת עליה, ואילו סעיף 14 מורה כי רוכש שנתן תמורה וידע, או שהיה עליו לדעת, על קיום הנאמנות אך לא ידע ולא היה עליו לדעת כי העסקה שעשה עמו הנאמן הפרה חובה המוטלת על זה לפי הנאמנות, ירכוש את הזכות כשהיא ממורקת מזכויות הנהגה. מן הדברים עולה כי לפי סעיף 5 על רוכש זכות בנכס הכפוף לנאמנות לעשות, כתנאי לזכייתו בתחרות מול הנהגה, כל שביכולתו כדי לבדוק את ניקיון הזכות הנמכרת, ואילו לפי סעיף 14 רשאי גם רוכש זכות היודע כי הזכות כפופה לנאמנות להניח כי מכר הזכות אינו מפר את חובות הנאמן.¹⁹¹

עמימותם של הסעיפים 3(ב), 5 ו-14 והסתירות שביניהם אינן מקלות על המבקשים להבין את ההסדר שבחוק באשר לתחרות הזכויות שבין הנהנים לנושי הנאמן ולזו שבין הנהנים לרוכשי זכות בנכס הכפוף לנאמנות. באשר לתחרות האחרונה, לא סעיף 5 ולא סעיף 14 נותנים לנהגה הגנה המשתווה בעצמתה לזו שנותנת לו שיטות המשפט המבוססות בעיקר על מסורת המשפט המקובל: אלה מעדיפות את זכויות הנהגה על זכויותיו של כל רוכש לבד ממי שקנה זכות בנכס הכפוף לנאמנות בתום לב ובתמורה, וידיעת הרוכש על קיום הנאמנות – לא רק ידיעה על הפרתה – שוללת את תום לבו.¹⁹² קריאה אפשרית של סעיף 3(ב) מעלה, כאמור, הגנה חזקה על הנהנים מפני נושיו הפרטיים של הנאמן, אך כפי שנראה כעת, הסתירה בין סעיף 3(ב) לסעיף 5 הביאה את בית המשפט העליון, עד לאחרונה, לקרוא את החוק קריאה המרופפת הגנה זו.

2. תחרות בין הנהגה לנושה פרטי של הנאמן

חיסונו של הרוכש הכפוף לנאמנות מפני נושיו הפרטיים של הנאמן הוא מאפיין חשוב של הנאמנות. יש מלומדים הרואים בהגנה זו את המאפיין העיקרי המייחד מוסד משפטי זה.¹⁹³ הגנה זו, ועמה ההגנה מפני נושי היוצר, היא ההופכת את רכוש הנאמנות לכיס עושר עצמאי, המוקדש לנהנים ולמטרות שהתווה היוצר. אך על אף חשיבותה של הגנה זו, קבע בית המשפט העליון בשני פסקי דין קצרים, חיות (1985) ופורד (1992), כי לאור הוראת סעיף 5 לחוק צריך נושה פרטי של הנאמן לדעת, סובייקטיבית או אובייקטיבית, על קיום הנאמנות כדי שזכות הנהגה לפי הנאמנות תגבר על זו של הנושה אף שלא נרשמה הערה בדבר קיום הנאמנות.¹⁹⁴ בהינתן הפרקטיקה של אי-רישום הערות בדבר קיום נאמנות, התלתה פסיקה זו את ההגנה על זכויות הנהגה מפני נושיו הפרטיים של הנאמן בהשקפת בית המשפט באשר למה שכל נושה היה צריך לדעת. בכך הפכה את ההגנה על זכויות הנהגה מפני נושיו הפרטיים של הנאמן בדין הישראלי לחלשה מהמקובל במשטרי נאמנות אחרים. הקו שנקט

191 ראו דיון אצל ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 299–303; כרם, לעיל ה"ש 30, בעמ' 278; דויטש, לעיל ה"ש 30, כרך ד § 25.31.

192 לדין האנגלי ראו THOMAS & HUDSON, לעיל ה"ש 75, ב-33.111 §; לדין האמריקני ראו BOGERT, HESS & BOGERT, לעיל ה"ש 92, ב-881 § ואילך.

193 Hansmann & Mattei, לעיל ה"ש 92, בעמ' 438.

194 ע"א 654/82 סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' חיות, פ"ד לט (3) 803, 808–809 (1985); ע"א 371/89 פורד נ' חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ (בפירוק), פ"ד מו (1) 149 (1992).

בית המשפט בשני המקרים הללו ביטא את הקשרם: בשני המקרים מדובר היה במצבים של חדלות פירעון (פשיטת רגל של יחיד בחיות ופירוק חברה בפורד), ובטענה של אחד הטוענים לזכות בנכסי חדל-הפירעון כי זכותו אינה נשייה חיובית (אובליגטורית) רגילה אלא זכות הנאה לפי נאמנות על פי דין (קונסטרוקטיבית), ולכן הוא זכאי למלוא נשייתו ויש להוציאה ממסת הנכסים שתתחלק בין הנושים הרגילים. טענת הנאמנות הקונסטרוקטיבית משמשת מימים ימימה נושים של חייבים חדל-פירעון המעוניינים לייחד להם נכס או ערך בשווי נשייתם מתוך מסת נכסי החייב. קבלת טענה כזו פוגעת קשות בשאר נושי החייב ובעקרון שוויון הנושים בחדלות-פירעונו של החייב. לכן שואפים בתי המשפט למעט בקבלתן של טענות כאלה. אחת הדרכים לעשות זאת, בהתחשב בסעיף 5 לחוק הנאמנות, היא זו שנבחרה בפרשות חיות ופורד: קביעה כי גם אם נניח שנאמנות קונסטרוקטיבית אכן קמה, קדימות זכות הנהנה בנכסי החייב לזו של יתר הנושים תלויה בכך שהנושים המתחרים בו ידעו או היו צריכים לדעת על קיום הנאמנות.

בהלכת פורד הוטחה ביקורת רבה. לטענת המבקרים, שביקשו לפרש את חוק הנאמנות פירוש שיהלום את המקובל במשטרי נאמנות זרים, אין עניינו של סעיף 5 לחוק בתחרות שבין נהנה לנושיו הפרטיים של הנאמן, ונהנה יגבר על נושים אלה אף בלא רישום הערה בדבר הנאמנות ובלא ידיעתם, הסובייקטיבית או האובייקטיבית, בדבר קיומה.¹⁹⁵ הביקורת השתלבה היטב בנטייתו המחדשת של המשפט הישראלי, למן סוף העשור האחרון של המאה העשרים, להגן על זכויות שביושר. בפרשת אהרונוב נפסק כי למי שלטובתו התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין צומחת זכות שביושר בנכס שבעניינו ניתנה לו ההתחייבות, הגוברת על עיקול שהטיל נושה של המוכר על כלל נכסי החייב-המתחייב.¹⁹⁶ המצב שבו מי שלטובתו התחייבות למכר הנכס גובר על נושה של המוכר, ואילו נהנה לפי נאמנות לא רשומה מפסיד לנושה פרטי של הנאמן שלא ידע ולא היה צריך לדעת על קיום הנאמנות, שיקף הגנה חלשה יחסית על זכויות נהנים. הביקורת על הלכת פורד הוסיפה להתעצם לאורך העשור הראשון של המאה העשרים ואחת,¹⁹⁷ וב-2011 שונתה לבסוף

195 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 180. כהן, שם, הוסיפה כי היות שנאמנות קונסטרוקטיבית מוגדרת ככזו רק בעת הדין בבית המשפט, הכפפת תוקפה לדרישת רישום הערה בדבר קיום הנאמנות תגרום לה לסגת בפני כל מתחרה. מיגל דויטש סבר לעומתה כי "גם לגבי נאמנות קונסטרוקטיבית הנהנה זכאי לדרוש רישום, והוא יכול לפעול לאכיפתה של זכות זו" (דויטש, לעיל ה"ש 30, כרך א 137-138). שלמה כרם העיר כי מאז חקיקת חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, תקנותיו והצווים שהוצאו לפיו, קיים רישום של רוב זכויות ההנאה שלפי נאמנויות (כרם, לעיל ה"ש 30, בעמ' 136): חוק זה מחייב נותני שירותים פיננסיים – תאגיד בנקאי, חבר בורסה, מנהל תיקים, מבטח וקופת גמל – לוודא לגבי כל חשבון המתנהל אצלם אם בעל החשבון מחזיק את הנכסים שבחשבון בשביל עצמו, בשביל נהנה אחר או למטרה אחרת. על נותן השירותים לשמור אצלו את הנתונים באשר לזהות הנהנה מכל חשבון. היות שרוב הנכסים הכפופים לנאמנויות מוחזקים בידי נותני שירותים כאמור, דרך אחת ליישב את הלכת פורד (לעיל ה"ש 194) עם רמה סבירה של הגנה על זכויות הנהנה היא להניח כי הרישום לפי חוק איסור הלבנת הון, תקנותיו והצווים לפיו הוא בגדר "הערה" לפי ס' 4 לחוק הנאמנות.

196 עניין אהרונוב, לעיל ה"ש 48, בעמ' 240. ראו גם פרשנות אצל חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 219-236 (2005).

197 ראו למשל את השינוי בדעתו של פרופ' מיגל דויטש. ב-1997, לפני הלכת אהרונוב, סבר דויטש כי התניית ההגנה על זכויות הנהנה מול נושה פרטי של המוכר ברישום הערה בדבר קיום הנאמנות היא

הלכת פורד בפסק הדין בפרשת אמסטר, שם נקבע כי זכויות הנהנים בנכס מקרקעין הכפוף לנאמנות גוברות על זכויות נושיו הפרטיים של הנאמן, אף שהנאמן היה נתון בפשיטת רגל, העובדה שהוא החזיק במקרקעין הרשומים על שמו בכפוף לנאמנות לא נרשמה מעולם, ונושיו הפרטיים לא ידעו ולא היו צריכים לדעת שהוא מחזיק במקרקעין בנאמנות. עוד נקבע כי אי-רישום הערת אזהרה בדבר היות בעלות פושט הרגל במקרקעין בעלות בנאמנות אינו בגדר חוסר תום לב.¹⁹⁸ בית המשפט נימק את ההלכה החדשה באמרו שאופייה המוכמן של זכות הנהנה הוא מעיקרי הנאמנות ומתכליתה. על מנת לתת ביטוי לתכלית זו, אין להתנות את עדיפות זכות הנהנה על זכויות נושיו הפרטיים של הנאמן ברישום הערה בדבר קיום הנאמנות.¹⁹⁹ נראה שבית המשפט הושפע גם מן הביקורת הרבה שנמתחה על הלכת פורד בספרות, מתחייתן של הזכויות שביושר במשפטנו החל בהלכת אהרונוב, וכן מן העובדה שבניגוד למקרים שנדונו בפרשות חיות ופורד, המקרה שנדון בפרשת אמסטר היה מקרה של נאמנות רצונית ומפורשת (Express Trust) ולא של נאמנות קונסטרוקטיבית. קל יותר להשלים עם הפגיעה בשוויון הנושים הכרוכה בהגנה על זכויות הנהנה בחדלות פירעונו של הנאמן כאשר הנאמנות נוצרה בטרם הפך זה חדל פירעון וללא קשר לחדלות פירעונו, ולא כפיקציה שכל הורתה היא בניסיון להשיג העדפה בפשיטת רגל או פירוק. העדפת זכויות הנהנה הניכרת בהלכת אמסטר באה לידי ביטוי גם בהצעת הקודקס. זו חוזרת על סעיף 3(ב) לחוק, בשינויי נוסח, בסעיף 568 שבה, ואילו לסעיף 5 לחוק אין בה זכר. בתחרות שבין זכאי – ובכלל זה נהנה – לבין נושה של המוכר עוסק גם סעיף 512 להצעה:

512. (א) התחייב אדם להקנות זכות בנכס לאדם אחר או שהוא חייב בכך על פי דין, ובטרם הוקנתה הזכות לזכאי הוטל עיקול על הנכס הנוגד את זכותו של הזכאי, זכותו של הזכאי עדיפה.

מוצדקת באשר לכל סוגי הנאמנות (ראו דויטש, לעיל ה"ש 30, כרך א 137–138), ואילו ב-2005 כבר סבר כי הדרישה בהלכת פורד לפומביות כתנאי לעדיפות הנהנה על נושיו הפרטיים של המוכר אינה מוצדקת במקרים של נאמנות קונסטרוקטיבית, אף שהיא מוצדקת במקרים של "נאמנות הסכמית" (מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי כרך א 539–540 (2005)). ב-2007 כתב כי כאשר הנאמן בר-פירעון, ראוי להגן על זכות הנהנה מול נושה פרטי של הנאמן לא פחות מכפי שמגנים, לפי אהרונוב, על זכויות רוכש רגיל מול נושה של המוכר. עם זאת סבר כי כאשר הנאמן בפשיטת רגל או פירוק, העדפת זכות הנהנה על זכויות נושי הנאמן צריכה להיות מוגבלת למצבים בהם הנאמנות רשומה (דויטש, לעיל ה"ש 30, כרך ד § § 25.22, 25.25). ראו גם דעתו של שלום לרנר, הסובר בספרו קיזוז חיובים (2009), בעמ' 117, כי זכויות הנהנה צריכות להיות מוגנות מפני נושה פרטי של הנאמן.

198 עניין אמסטר, לעיל ה"ש 30, פס' 7–13. בדומה קבע בית המשפט המחוזי בפסק דינו באותה פרשה (בש"א 3783/08, 3784/08 הופמן נ' כונס הנכסים הרשמי – מחוז ירושלים, פס' 36 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.6.09)): "הנה כי כן, משהונחה 'הלכת פורד' בצריך עיון, הערותיו של פרופ' מ' דויטש ועמדתו של עו"ד שלמה כרם, ובהינתן שישנה מגמה בקודקס לבטל את סעיף 5 לחוק הנאמנות, באתי למסקנה כי אין הלימה בין הרציונל של דיני הנאמנות, העולה מסעיפים 1–3 לחוק, לבין סעיף 5 לחוק. לפיכך, עמדתי היא כי אין להכפיף את הוראת סעיף 3(ב) לחוק להוראת סעיף 5 לחוק, ויש לקבוע כי כאשר מוכח כי מדובר בנאמנות אמת, אזי זכותו של הנהנה תגבר על זכותו של נושה כספי של נאמן בחדלות פירעון".

199 ראו עניין אמסטר, לעיל ה"ש 30, פס' 10 לפסק הדין.

האם העדפת זכויות הנהנה שבהלכת אמסטר ובהצעת הקודקס ראויה? כל עוד לא הפכה הצעת הקודקס לחוק, אין משפטן ישראלי מחויב לנקוט בהעדפה זו משום גזרת המחוקק. עמימותו הרבה של סעיף החוק הרלוונטי כיום – סעיף 3(ב) – מאפשרת חופש פרשני ניכר בשאלה זו. כך למשל המבקשים לכפוף את זכויות הנהנה לאלה של נושיו הפרטיים של הנאמן יוכלו לטעון כי הביטוי "חובות המוטלים עליהם" שבסעיף זה מקיף גם חובות פרטיים של הנאמן, שלשם גבייתם הוטל עיקול על נכסים הכפופים לנאמנות. בשיטות משפט אחרות מגוון גדול של פתרונות לתחרות זכויות זו, מן האיסור האנגלי על רישום הערות בדבר עצם קיומה של הנאמנות ועד לעמדה הצרפתית המורה כי בלא רישום מפורט של פרטים רבים אודות הנאמנות במשרדי פקיד השומה, הנאמנות בטלה. על ההכרעה בין הפתרונות האפשריים לבטא איזון נורמטיבי בין האינטרסים הרלוונטיים: אינטרס הנושה במידע מדויק על שווי נכסי הנאמן-החייב ובהחזר ההלוואה, ואינטרס היוצר והנהנה בסודיות תכנית ההקצאה שיצר היוצר ובביצועה של תכנית זו.

באיתור האיזון בין אינטרסים אלה אלך בנתיב שפילסו נילי כהן, מנחם מאוטנר וחנוך דגן ושאוּמץ בבית המשפט העליון, ואבדוק, ראשית, מי מבין המתחרים הוא מונע הנזק הזול, ושנית, מי מהם יפגע פגיעה קשה יותר אם יפסיד בתחרות (שאלת "מאזן המצוקה").²⁰⁰ נראה כי ברוב ההקשרים שבהם נעשה שימוש בנאמנויות, יוצר הנאמנות, הנאמן או הנהנה יכולים למנוע "תאונה משפטית" אפשרית בין הנהנה לבין נושיו הפרטיים של הנאמן ביתר קלות ובעלות נמוכה יותר מאשר נושים אלה. הצדדים לנאמנות יוכלו להבהיר לנושיו הפרטיים של הנאמן, הקיימים והעתידיים, כי הנכסים הכפופים לנאמנות אינם כפופים לנשייתם, בשתי דרכים עיקריות: האחת היא רישום הערה בדבר קיום הנאמנות במרשמים מתאימים; השנייה היא יצירת הפרדה ברורה בין נכסים הכפופים לנאמנות שמחזיק הנאמן לבין ה"נוסטרו" שלו. הדרך השנייה תהיה שימושית במקרים שבהם לא קיים מרשם של זכויות בנכסים מסוג מסוים, המוחזקות בנאמנות. הפרדה כיצד? פרטים המחזיקים בנאמנות כסף או נכסים פיננסיים יוכלו להפקידם בחשבון בנק ששם בעליו, הזכאי לתרה שבו, "פלוגי בנאמנות בשביל אלמוני". מיטלטלין מוחשיים שאין מרשם של הזכויות בהם יוחזקו בהפרדה פיזית מנכסיו הפרטיים של הנאמן, כגון במחסן נפרד. חברות המציעות שירותי נאמנות יכוננו כולן "חברת נאמנות" ולא יחזיקו כלל בנכסים שאינם נכסי

200 לדיון בטכניקת איזון האינטרסים בה אני משתמש ראו דגן, לעיל ה"ש 196, בעמ' 207–216; Menachem Mautner, *The Eternal Triangles of the Law: Towards a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties*, 90 MICH. L. REV. 95, 99–106 (1991); מנחם מאוטנר, "ייוצרי סיכונים ו'נקלעי סיכונים' – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים טז 92 (1986); מנחם מאוטנר, "עסקאות נוגדות ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה" הפרקליט מ 521, 524–525 (1992); מנחם מאוטנר "תחרות זכויות": השפעת החוק, נפתולי הפסיקה, ויחסי האקדמיה ובית המשפט" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 331 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008). כבר נילי כהן התייחסה לרלוונטיות של שאלת מונע הנזק הזול ושאלת מאזן המצוקה להכרעה בתחרויות, במאמרה "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים" הפרקליט לה 215, 242 (1983). לאימוץ בית המשפט העליון את טכניקת איזון האינטרסים האמורה ראו ע"א 3180/05 זריק נ' גרייס, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 29.4.2007).

נאמנות.²⁰¹ צורכיהן הפרטיים של חברות כאלה, כגון שכר העובדים בהן, יסופקו על ידי חברות קשורות שלא יהיו חברות נאמנות. מורכבים במיוחד מקרים שבהם נטל הרישום או ההפרדה עלול להיות כבד, כגון המקרה של נאמנים מוסדיים המבצעים מסחר יום-יומי ער בנכסי נאמנות, במסגרתו נכסים שונים נכנסים לתחומן של נאמנויות שונות ויוצאים ממנו בתדירות גבוהה. היות שהמסחר בניירות ערך מתבצע כיום על ידי מערכות ממוחשבות, ראוי שמפעילי המערכות הללו יקנו להן יכולת לרשום, למחוק ולקרוא, במהירות, הערות בדבר היות נכסים כפופים לנאמנות.

הצדדים לנאמנות הם מונעי הנזק הזולים בתחרות בין הנהנה לבין נושיו הפרטיים של הנאמן לא רק באשר לנאמנויות מפורשות. גם במקרים רבים של נאמנות קונסטרוקטיבית, כגון זו הקמה, לטענת אחדים, לטובת המתחייב לרכוש נכס, וכל הרוכש/נהנה לרשום בקלות ובזול הערה שתקנה לזכאותו פומביות, כגון הערת אזהרה במקרקעין. מנגד, בהיעדר רישום בדבר קיום הנאמנות או הפרדה ברורה בין הנכסים הכפופים לנאמנות לנכסיו הפרטיים של הנאמן, נראה כי יקשה על נושה פרטי של הנאמן לגלות, לעניין כל נכס שהנאמן מחזיק בו, אם הנכס מוחזק בנאמנות, ובכך למנוע את "התאונה המשפטית". הנושה יוכל, אמנם, לבדוק את מרשמי הזכויות שבהם רשומות זכויות החייב, לבדוק את היקף נכסיו המופקדים אצל נותני שירותים פיננסיים שונים ואם רשום אצלם כי נכסים אלה כפופים לנאמנות, לדרוש מן החייב לפרט בכתב את מכלול נכסיו וכן לדרוש ממנו התחייבות כי הנכסים הרלוונטיים נקיים מכל זכות או אינטרס של צד שלישי. אך כל הבדיקות הללו לא יועילו במקרה שהנאמן, היוצר או הנהנה מעוניינים להסתיר את דבר קיום הנאמנות, ולכן קיומה לא יופיע בשום מרשם, לא יהיה ידוע לשום נותן שירותים פיננסיים, והנאמן, לכשיישאל, לא יגלה לנושה את האמת. נראה אפוא כי מבחן מונע הנזק הזול מורה כי ראוי להתנות את תוקפה של נאמנות אל מול נושיו הפרטיים של הנאמן ברישום הערה באשר לקיום הנאמנות, ובמקרה שלא נרשמה, לאפשר לנושה פרטי שלא ידע ולא צריך היה לדעת על קיום הנאמנות, לגבות את נשייתו מתוך הנכסים הכפופים לנאמנות, ככל שנכסיו הפרטיים של הנאמן לא יספיקו לכסותה. לא נראה כי קביעת כלל כאמור תסכן את היתרונות שבסודיותה של הקצאת הזכויות שלפי הנאמנות, שלהם ייחס בית המשפט בפרשת אמסטר משקל רב. נכון כי יוצרים רבים מעוניינים לשמור את פרטי תכנית ההקצאה שיצרו בסוד. זאת על מנת שהמועמדים השונים להקצאת הנאה (למשל צאצאי היוצר) יוסיפו לכרכר סביב היוצר ולהיות נכונים לספק לו תמיכה ושירותים שונים,²⁰² וכן, במקרים מסוימים, כדי להסתיר מן המתעניינים היבטים שונים בחיי היוצר, כמו קיומם של ילדים שמחוץ לנישואין, שהוקצתה להם הנאה מרכוש הנאמנות. רישום הערה בדבר עצם קיום הנאמנות שלא תכלול

201 על מידה מסוימת של הפרדה מצוּנה הנאמן בס' 3(ג) לחוק הנאמנות, הקובע כי "הנאמן חייב להחזיק את נכסי הנאמנות בנפרד מנכסים אחרים או בדרך המאפשרת להבחין ביניהם".

202 ראו את השימוש שעשו קשישים בניו ג'רזי, בסוף המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים, בכוח ההקצאה שבידם באשר לרכושם כדי להביא בני משפחה וידידים לתמוך בהם בזקנתם: HENDRIK HARTOG, SOMEDAY ALL THIS WILL BE YOURS: A HISTORY OF INHERITANCE AND OLD AGE (2012). כרכורי המועמדים להנאה סביב הקשיש בעל כוח ההקצאה זכו גם לטיפול ספרותי, במחזהו של בן ג'ונסון, Volpone, מראשית המאה השבע-עשרה.

פרטים באשר לזהות הנהנים על פיה, ובמקרים אחרים, החזקת הנכסים הכפופים לנאמנות בהפרדה מובהקת מנכסים שאינם כפופים לנאמנות, שתביא לכך שנושיו הפרטיים של הנאמן ידעו או יהיו צריכים לדעת כי נכסים אלה לא יהיו נגישים להם, לא יפגעו בסודיות החשובה ליוצרים, תוך שהם ממזערים ביעילות את סיכויי התרחשותה של תאונה משפטית. אך מבחן מונע הנזק הזול הוא רק אחד משני המבחנים הרלוונטיים. באשר למאזן המצוקה, אף שכל אחד מן הצדדים לתחרות ייפגע אם יפסיד בה, וכאשר בנאמנות מתנתית מדובר, רק אחד משני המתחרים – הנושה – נתן תמורה, נראה כי במקרים רבים הנהנה הוא שישפוג פגיעה קשה יותר, יחסית להיקף הכולל של הונן, אם יפסיד בתחרות. כך הוא במקרה השכיח של עסקת מכר מקרקעין שהדירה הנמכרת במסגרתה היא חלק גדול מהונו של כל אחד מהצדדים לה. כך הוא גם במקרים רבים של נאמנות משפחתית מפורשת, שהרי נהנים לפי נאמנות כזו מסתמכים לא פעם על הנאתם ממנה כמקור המחיה העיקרי שלהם. על אחת כמה וכמה כך הוא במקרים של נאמנויות לטובת נזקקים, למשל חסרי כשרות משפטית ומי ששכלו בן משפחה שדאג לפרנסתם. אוכלוסיית המלווים, מנגד, מכילה, על אף אופיה ההטרונגי, רכיב ניכר של מלווים מקצועיים, עתירי הון, המסוגלים לספוג מידה לא קטנה של חובות רעים ומסופקים, מה גם שחובות כאלה ניתנים לניכוי מהכנסתו החייבת של נישום לצורכי מס הכנסה.²⁰³

עולה מן האמור כי הלכת אמסטר, שבה נקבע כי נהנה יגבר על נושיו הפרטיים של נאמן גם אם אלה לא ידעו ולא היו צריכים לדעת כי הנכס שבמחלוקת כפוף לנאמנות, ואפילו בפשיטת רגלו של הנאמן, לא פתרה תחרות זו פתרון אופטימלי. הלכה זו לא נתנה משקל מספיק להיות הצדדים הפנימיים לנאמנות, ברוב המקרים, מונעי הנזק הזולים בתחרות הזכויות שבה עסקינן. היא לא נתנה משקל מספיק גם לעובדה שכאשר בנאמנות מתנתית מדובר, רק אחד משני המתחרים – הנושה – נתן תמורה. ראוי אפוא לשנות הלכה זו ולקבוע כלל הקרוב להלכת פורד, שלפיה נושה פרטי של הנאמן שלא ידע ולא היה צריך לדעת על קיום הנאמנות יגבר על הנהנה, יותר משהוא קרוב להלכת אמסטר. אך הלכת פורד, מצדה, לא נתנה משקל מספיק לתוצאת מאזן המצוקה בין הצדדים המתחרים, שלפיה ייפגע במקרים רבים הנהנה, אם יפסיד בתחרות, פגיעה שמשקלה ביחס לכלל הונו יהיה גדול בהרבה ממשקל הפגיעה שתיגרם לנושה, אם יפסיד הוא בתחרות, ביחס לכלל הונו שלו. ראוי אפוא להתנות את זכיית הנושה בתחרות בכמה תנאים נוספים, שלא הופיעו בהלכת פורד ושייתנו ביטוי דוקטרינרי לתוצאה האמורה של מאזן המצוקה בין הצדדים. ראשית, הנושה יוכל לגבות מתוך הנכסים הכפופים לנאמנות רק את אותו חלק מן החוב שנכסיו הפרטיים של הנאמן לא יספיקו לכסות. שנית, כדי לזכות בתחרות יידרש הנושה להוכיח כי ביצירת יחסי החיוב בינו לבין הנאמן הסתמך, כעניין שבעובדה, על כל נכס הכפוף לנאמנות שלתוכו ברצונו לרדת, וכי הסתמכות זו היתה סבירה בנסיבות העניין. כדי לעמוד בדרישת הסבירות יידרש הנושה להוכיח כי הנאמן התחייב בפניו כי הנכסים הרלוונטיים נקיים מכל זכות או אינטרס של צד שלישי. ניתן להתייחס לנושה שלא קיבל מהנאמן התחייבות כזו גם כמי ש"צריך היה לדעת" על קיום הנאמנות. ההתחשבות, בפתרון הדוקטרינרי של התחרות,

203 ראו ס' 17(4) לפקודת מס הכנסה.

בשאלת הסתמכות הנושה על כל נכס ונכס משקפת את השפעתה של הסתמכות זו על תוצאת מאזן המצוקה בין הצדדים: נושה שהביא בחשבון נכס נאמנות פלוני בהעריכו את יכולת הפירעון של החייב ייטה לתת לחייב אשראי רב משייתן לו נושה שלא הביא בחשבון את אותו נכס. אי לכך, זכיית הנהנה בתחרות תפגע, במקרים רבים, בנושה שהסתמך על היות נכס מסוים כפוף לנשייתו קשה יותר משתפגע בנושה שלא הסתמך על כך. שלישית, יידרש הנושה להראות כי ביקש וקיבל מן הנאמן משכון בכל נכס הכפוף לנאמנות שלתוכו ירצה לרדת. דרישה זו ניתנת לעיגון בלשונו של סעיף 3(ב) לחוק, שלפיה "אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם", וכן בלשונו הדומה של סעיף 568 להצעת הקודקס, שלפיה "נושי הנאמן אינם זכאים להיפרע מנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים בקשר לנכסים אלה".

סעיף 512(א) להצעת הקודקס, שצוטט לעיל, אינו מתיישב עם הכלל שהצעתי לפתרון התחרות בין הנהנה לבין נושה פרטי של הנאמן. נראה כי אם יתקבל הכלל שהצעתי, יהיה צורך לתקן את סעיף 568 באופן שיקבע את הכלל האמור במלואו ולא אך רכיב אחד שבו. ראוי לתקן גם את סעיף 4 לחוק הקיים ואת סעיף 575 להצעת הקודקס, כך שנאמן המחזיק בנכס נאמנות שמתנהל לעניינו מרשם לפי חוק יחויב לרשום במרשם הערה כי זכויותיו בנכס מוחזקות בנאמנות ולא יהיה אך רשאי לעשות כן. מניעתן של "תאונות משפטיות" חשובה לא פחות, ואולי יותר, מפתרון הראוי.

יש גם מקרים שבהם ניגוד אינטרסים או ניגוד רצונות בין הצדדים הפנימיים לנאמנות יוצר מצב שבו הנהנה אינו מונע הנזק הזול. כך הוא למשל במקרה שבו הזכויות בנכס משפחתי עיקרי, בדרך כלל מקרקעין, רשומות על שם אחד מבני הזוג, ובן הזוג הרשום אינו מעוניין לרשום את זכותו של בן זוגו כבעלים במשותף. במצב כזה עלול בן הזוג שאינו רשום לספוג נזק ניכר, לא תמיד כלכלי בטיבו, אם ידרוש מבן זוגו להירשם כבעלים במשותף. מקרים כאלה יוצרים סיכון רב גם להטעיית נושיו הפרטיים של בן הזוג הרשום, העלולים לחשוב כי החייב הוא בעלים בלעדי בנכס, ובכל זאת לא ראוי במקרים כאלה להטיל על בן הזוג שאינו רשום את עלות התאונה המשפטית. מאזן המצוקה נוטה במקרים כאלה במובהק לכיוונו של בן הזוג שאינו רשום. מונע הנזק הזול הוא בן הזוג הרשום, אך זה מסרב לנקוט את הפעולה הפשוטה שהיתה מונעת את הנזק. במקרים כאלה ראוי כי גם נושה פרטי העומד בכל התנאים שהצעתי לזכיית הנושה בתחרות עם הנהנה יפסיד בתחרות. כדי שלא לערפל את הכלל שהצעתי, ראוי לפתור מקרים כאלה בהסתמך על דוקטרינת ה"זכויות שביושר" לפי הלכת אהרונוב ולא על נאמנות קונסטרוקטיבית. כך, מחד, ינצח בן הזוג שאינו רשום גם נושה העומד בכל התנאים שהצעתי, ומאידך, תוצאתו העקרונית של איוון האינטרסים שבין הנהנה לנושיו הפרטיים של הנאמן תיוותר חד-משמעית.

הכלל עליו המלצתי ניתן גם לעיגון בפסיקה שמלבר לדיני הנאמנות. הוא מתיישב עם ההלכה שנקבעה בפרשת לאניאדו,²⁰⁴ שלפיה בתחרות שבין מקבל התחייבות למתנה לבין נושה של הנותן שהטיל עיקול על נכס הכפוף למתנה, יגבר הנושה אלא אם הוכיח מקבל ההתחייבות את תום לבו של הנותן ויסיר כל חשש כי המתנה נועדה להברחת הנכס מנושיו

204 ע"א 11502/05 לאניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ, פס' 9 לפסק דינו של השופט אלון (פורסם בנבו, 24.2.08).

הנותן או למטרה לא ראויה אחרת. הכלל שבהלכת לאניאדו מבטא העדפה מובהקת של הנושה על מקבל ההתחייבות למתנה. הגנתו של הדין על הסתמכותו של מקבל התחייבות למתנה, הזוכה במתנת חנם, פחותה מהגנתו על הסתמכותו של רוכש שנתן תמורה. אמנם גם הנינים לפי נאמנויות מתנתיות זוכים במתנות חנם, אך הכלל שעליו המלצתי חל גם על נאמנויות שאינן מתנתיות, שבמסגרת רבות מהן נותן הנהנה תמורה, בין משום שהוא גם יוצר הנאמנות או אחד מיוצריה, ובין משום שהוא נותן תמורה מחוץ, ובמקביל, לנאמנות. בהתאמה, הכלל שעליו המלצתי מבטא העדפה מתונה בהרבה של הנושה לעומת הלכת לאניאדו. החרגי שבהלכת לאניאדו אינו מתאים כלל להקשר שבו עסקינן: תום לבו של היוצר וכוונותיו לעניין נושיו־שלו אינם בדרך כלל רלוונטיים לתחרות בין נהנה לנושיו הפרטיים של הנאמן (לכד מבמקרה שבו היוצר הוא גם הנאמן). הכלל שהצעתי, שלפיו נושה פרטי של הנאמן שידע או צריך היה לדעת על כפיפות נכס לנאמנות יפסיד לנהנה בתחרות על נכס זה, מבטא הרחבה של הלכת גנו,²⁰⁵ שלפיה במצב של עסקאות נוגדות זכיית הרוכש הראשון (בהקשרנו: הנהנה) בתחרות, לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין, מותנית עקרונית בכך ש"יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה".²⁰⁶ הכלל משקף גם דברים שכתבה, לעניין התחרות בין מקבל התחייבות למתנה לבין נושה של הנותן, השופטת פרוקצ'יה בפרשת חיג'אזי.²⁰⁷ ההלכה שנקבעה בפרשת גדי,²⁰⁸ שעסקה בתחרות בין המתחייב לרוכש נכס לבין נושה של המוכר וקבעה כי גם כשהמתחייב לרוכש לא רשם הערת אזהרה בדבר זכותו, אף שיכול היה לעשות כן, תעמוד לו עדיפות על הנושה, מבטאת את הקוטב הנגדי להלכת לאניאדו: המתחייב לרוכש נותן תמורה, מקבל ההתחייבות למתנה זוכה במתנת חנם, ואילו הנינים לעתים נותנים תמורה ולעתים זוכים במתנות חנם. בהתאמה, הכלל שעליו המלצתי להסדרת תחרות הזכויות בין נהנה לנושה פרטי של הנאמן מבטא מידת הגנה על זכויות הנהנה הקטנה ממידת ההגנה שהלכת גדי פורסת על המתחייב לרוכש נכס וגדולה ממידת ההגנה שהלכת לאניאדו פורסת על מקבל ההתחייבות למתנה.

3. תחרות בין הנאמן, הנהנה ונושה הנאמן במסגרת פעילותו כנאמן

גם כאשר הנאמן מתחייב לנושה – חוזי, נזיקי או אחר – במסגרת פעילותו כנאמן, נוצר סיכון ליצירת תחרות זכויות. סיכון זה אינו מתממש כל עוד היתרה שבכיס העושר הכפוף לנאמנות מספיקה לכיסוי ההתחייבויות לנושי הנאמן במסגרת פעילותו כנאמן: מן הקביעה בסעיף 3(ב) לחוק הנאמנות כי ניתן "לרדת לנכסי הנאמנות [...] בשל חובות [...] הנובעים מפעולות הנאמנות", כמו גם מן הקביעה הדומה בסעיף 568 להצעת הקודקס כי "נושי הנאמן [...] זכאים להיפרע מנכסי הנאמנות [...] בשל חובות [...] הנובעים מפעולות הנאמנות", עולה כי זכויות הנהנה בכיס העושר הכפוף לנאמנות כפופות להתחייבויות שנוצרו בכיס עושר זה. לפיכך, ערך המועבר מכיס עושר זה לנושה הנאמן במסגרת פעילותו כנאמן אינו נגרע מן הערך המגיע לנהנה. עם עליית ההתחייבויות שבכיס העושר הכפוף

205 ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003).

206 שם, בעמ' 404.

207 ע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי, פ"ד נה(4) 764, 730 (2001).

208 ע"א 790/97 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' גדי, פ"ד נט(3) 697 (2004).

לנאמנות על הנכסים שבו, נוצרת תחרות בין הנהנה לנאמן ולנושה הנאמן במסגרת פעילותו כנאמן. משום שכיס העושר של הנאמנות אינו בגדר אישיות משפטית נפרדת, תחרות הזכויות הנוצרת בהגיעו לחדלות פירעון אינה מוסדרת בדיני פשיטת הרגל,²⁰⁹ ועל דיני הנאמנות לתת לה פתרון.

ניתוח התחרות בין הנהנה לנאמן ולנושה הנאמן במסגרת פעילותו כנאמן מוביל למסקנה כי על הנאמן להפסיד בתחרות. הנאמן הוא מונע הנזק הזול מבין הצדדים המתחרים: כאשר הנאמן רוכש שירותים או טובין בשביל הנאמנות, אין קל עבורו מלהודיע לצד שכנגד כי הוא פועל כנאמן ולהבהיר לו כי כתוצאה מכך, לא יהיה כיס העושר הפרטי של הנאמן נגיש לספק. באשר לנזק שנגרם על ידי רכוש הנאמנות, ראוי להטיל חובת זהירות על הנאמן, שהוא בדרך כלל בעלי הרכוש או מחזיק בו: כך ראוי לחייב את הנאמן לרסן סוס המוחזק בנאמנות כך שלא יבעט, לתחזק דירות מגורים המוחזקות בנאמנות כך שלשוכרים לא ייגרם נזק וכדומה. ובאשר לחיובים אחרים בגין הנכסים הכפופים לנאמנות, כגון מסים המוטלים עליהם, ככל שניתן למזער את ה"נזק" שבחיובים אלה, למשל על ידי תכנון מס מתאים, הרי שהנאמן הוא הצד המתאים לעשות זאת, בשל שליטתו בנכסים ובשל היות הידע הנדרש לשם כך זמין לנאמנים רבים יותר משהוא זמין לנהנים.

באשר למאזן המצוקה, כאשר מדובר בנשייה שהיא תוצאה של פעילות הנאמן במסגרת תפקידו, נראה כי ככלל, הנושה, הפועל לרוב בתום לב ושנתן תמורה, ייפגע יותר אם החוב לא יכוסה במלואו, מכפי שהנאמן ייפגע אם יתרת החוב, שנותרה לגבייה לאחר מיצוי כיס העושר הכפוף לנאמנות, תוטל על כיס העושר הפרטי שלו. נאמנים רבים הם גופים מוסדיים חזקים, בעלי הון פרטי ניכר. הם יכולים גם לבטח עצמם מפני מקרים שבהם תוטל חבות הקשורה לנאמנות על רכושם הפרטי. במקרה של נאמן שאינו מחזיק רכוש שלא בנאמנות, תוטל יתרת נשייתם של הנושים שבמסגרת פעילותו כנאמן, שנותרה לגבייה לאחר מיצוי כיס העושר הכפוף לנאמנות, על כיס העושר שמתוכו מסופקים צרכיו הפרטיים של הנאמן, כגון חברה קשורה שממנה משתלם שכר עובדי הנאמן. עולה מן הדברים כי ראוי לכסות את יתרת החוב לנושה הנאמן במסגרת פעילותו כנאמן, שאי אפשר לכסותה מתוך כיס העושר של הנאמנות, מתוך כיס העושר הפרטי של הנאמן.

4. תחרות בין הנהנה לרוכש רכוש הכפוף לנאמנות מהנאמן

התחרות האחרונה שבה אדון היא זו שבין הנהנה לרוכש רכוש הכפוף לנאמנות מהנאמן, כאשר עסקת המכר מהווה הפרה של חובות הנאמן. אין להפריז בחשיבותה של תחרות זו. תחרויות כאלה מתעוררות רק בנאמנויות מסוימות: אלה המחייבות את הנאמן להעביר לנהנה נכס מסוים. היות שבעבר היו רוב הנאמנויות כאלה, יוחסה לתחרות זכויות זו חשיבות רבה. כיום, לעומת זאת, נאמנויות רבות הן צְבָרִים של ערך הפושט ולובש צורה; הנאמן מוסמך למכור את הנכסים הכפופים לנאמנות, וזכויות הנהנה נעתקות מן הנכס

209 כיס העושר של הנאמנות אינו "אדם בן שמונה עשרה שנה ומעלה", שרק הוא בגדר חייב לפי ס' 2 לפקודת פשיטת הרגל.

הנמכר לתמורה שנתן הרוכש בעדו.²¹⁰ בנאמנויות מסוג זה עסקאות מכר שכורת הנאמן אינן נוגדות כלל את זכויות הנהנה, וממילא אין מתעוררת תחרות זכויות. מכל מקום, בהסדר העמום ורב הסתירות שקובע חוק הנאמנות להסדרת תחרות זו דנתי לעיל. ברי כי הסדר זה טעון שינוי. הצעת הקודקס כופפת גם תחרות זו לדיני תחרות הזכויות הכלליים שבה, המורים כדלקמן:

- 511 (א). התחייב אדם להקנות זכות בנכס, או שהוא חייב בכך על-פי דין, ובטרם הוקנתה הזכות לזכאי (בסעיף זה – הזכאי הראשון) התחייב כלפי אדם אחר (בסעיף זה – הזכאי השני) לעסקה נוגדת, זכותו של הזכאי הראשון עדיפה, ואולם אם רכש הזכאי השני את הזכות בעודו תם לב ובתמורה – זכותו עדיפה.
- (ב). על-אף הוראות סעיף קטן (א), היה הנכס נושא ההתחייבויות מקרקעין, והזכאי הראשון התרשל באי-רישום הערת אזהרה לטובתו בשל ההתחייבות בפנקסי המקרקעין, תהיה זכותו של הזכאי השני עדיפה אם נתן תמורה בעד ההתחייבות ונרשמה הערת אזהרה לטובתו בפנקסי המקרקעין בעודו תם לב.
- (ג) הוראות סעיף זה יחולו, בשינויים המחויבים, גם בכל אחד מאלה: [...]
- (2) כאשר ההתחייבות כלפי הזכאי השני ניתנה תוך הפרה של חיוב המוטל על נאמן כלפי הנהנה לפי תנאי הנאמנות.

לפי הסדר זה, יגבר הנהנה על כל רוכש לבד ממי שרכש את הזכות בתום לב ובתמורה בטרם הוקנתה לנהנה. בהקשר זה סביר לפרש את דרישת תום הלב כדורשת, ברוח החוק הקיים, כי הרוכש לא ידע, סובייקטיבית או אובייקטיבית, על קיום הנאמנות. לחלופין, אם ידע הרוכש על קיום הנאמנות, נדרש כי יבדוק את תנאיה ויודא כי העסקה המוצעת אינה מפרה אותם. בהקשר המקרקעין, יזכה הרוכש שנתן תמורה, לא ידע על קיום הנאמנות ולא צריך היה לדעת עליה, אם לא נרשמה הערת אזהרה בדבר קיום הנאמנות, ואילו הרוכש רשם הערת אזהרה לטובתו – גם אם לאחר רישומה, וקודם להעברת הזכות הנמכרת על שמו, נשלל תום לבו של הרוכש, למשל משום שגילה את דבר קיום הנאמנות, או את העובדה שעסקת המכר היתה הפרה של חובות הנאמן לפי הנאמנות. האם הסדר זה ראוי?

ננתח תחרות זכויות זו כפי שניתחנו את קודמותיה. מונעי הנזק הזולים הם, כרגיל בהקשרי נאמנות, הצדדים הפנימיים לנאמנות, שיכולים, בקלות ובזול, להקפיד שתירשם הערה במרשם מתאים בדבר קיום הנאמנות, ובהיעדר אפשרות לרשום הערה כאמור, להקפיד שנכסי נאמנות יוחזקו באופן שרוכשים יוכלו לזהות בקלות כי מדובר בנכס נאמנות. דרך אחת לעשות זאת היא לכנות את הנאמן המחזיק בנכס "חברת נאמנות" או "נאמן" ולדאוג שכינוי זה יגיע לידיעת כל העושים עסקאות עם הנאמן. שאלת מאזן המצוקה ברורה פחות. אם הרוכש נתן תמורה בת ערך, תביא זכיית הרוכש בתחרות להכפפת תמורה זו לנאמנות, ואילו זכיית הנהנה תביא להשבה הדדית של התמורות. אם הרוכש לא נתן תמורה כאמור, תגרום זכיית הרוכש בתחרות נזק רב לנהנה, ואילו זכיית הנהנה לא תגרום נזק

210 לשינוי זה בעולם הנאמנות ראו John Langbein, *Rise of the Management Trust*, 143 TR. & EST. 52 (2004).

משמעותי לרוכש. במצב זה יש ליישב את התחרות כאמור בהצעת הקודקס: ראוי שהנהנה יזכה בתחרות עם כל רוכש לכד מן הרוכש בתום לב ובתמורה, תוך פירוש דרישת תום הלב כדרישה שהרוכש לא ידע ולא היה צריך לדעת על קיום הנאמנות.²¹¹ במקרה שזכיית רוכש בתום לב ובתמורה תגרום לנהנה הפסד שלא יכוסה על ידי הכפפת התמורה שנתן הרוכש לנאמנות, ראוי להטיל על הנאמן, שגרום לתאונה המשפטית ויכול היה למנוע בקלות, להעביר לכיס העושר של הנאמנות ערך בשיעור ההפסד שנותר.²¹²

ד. נאמנויות שימור נכסים (Asset Protection Trusts): הנאמנות כמסתור מפני נושים

אחת מהוראות חוק הנאמנות שהוטחה בה ביקורת חריפה היא הוראת סעיף 20 לחוק, שלפיה "זכותו של נהנה על פי הקדש אינה ניתנת להמחאה, לשעבוד או לעיקול, זולת אם הותרו בכתב ההקדש או שבית המשפט התירם לסיפוק של מזונות או של מסים המגיעים מן הנהנה או – בנסיבות מיוחדות – לסיפוק חובות אחרים המגיעים ממנו". ההוראה מאפשרת, בלשונו של ויסמן, שימוש בנאמנות, וליתר דיוק בהקדש לפי פרק ב לחוק, הלא הוא נאמנות רצונית הנוצרת בפעולה משפטית חד-צדדית, כ"מסתור מפני נושים". היא מאפשרת ליוצר נאמנות להקנות לנהנה, בין שהוא היוצר או אדם אחר, הנאה מנכסים שאותה לא יוכל הנהנה להעביר לאחר ושנהנית גם מחסינות חלקית מפני נושים: אם לא התנה היוצר בכתב הנאמנות על החסינות שבחוק, יוכלו נושי הנהנה לגבות את המגיע להם מתוך זכויותיו שלפי ההקדש רק על פי החלטה שיפוטית. ועוד: החוק קובע כי על בית המשפט לאפשר לנושים שאינם אשתו או ילדו של הנהנה או רשויות המס לגבות את המגיע להם מתוך זכויות הנהנה לפי ההקדש רק "בנסיבות מיוחדות". משמעות הדבר היא כי מלווה רגיל לנהנה, הצד-שכנגד לעסקה שעשה הנהנה, ואפילו מי שהנהנה חייב לפצותו על נזק שגרם לו, לא יוכלו ככל הנראה לגבות את המגיע להם מתוך זכויותיו שלפי ההקדש גם אם היקפן עולה בהרבה על צרכיו ועל צורכי התלויים בו, ואין לו רכוש אחר, הנגיש לנושים אלה.²¹³

אף שהפוטנציאל של מוסד הנאמנות כמסתור מפני נושים קיים, כפי שנראה מיד, גם במשטרי נאמנות אחרים, משטר הנאמנות הישראלי מרחיק לכת מאחרים, בכך שהוא מציע לנהנה לפי הקדש חסינות מחדלית, שאין צורך לבחור בה במפורש, ומחיל אותה גם על נאמנויות שנוצרו בידי אדם לטובת עצמו. אמנם מאז סוף המאה התשע-עשרה מתיר הדין של רבות ממדינות ארצות הברית את "נאמנות הבזבזן" (Spendthrift Trust), נאמנות שיוצר

211 באשר לרוכש שלא קנה בתום לב ובתמורה ראו עמיר ליכט דיני אמונאות § 312–313 (2013).

212 השוו לקביעת דגן, לעיל ה"ש 196, בעמ' 274, כי "האינטרס האישיותי במשאב" הוא "ההפסד האחד שתמיד נותר ממצבי תחרות לגבי מטלטלין". במסגרת נאמנות ראוי שהנהנה, החשוף למחדליו של הנאמן, ייהנה מפיצוי מלא על הפסד שנגרם לו עקב "תאונה משפטית" שאותה יכול היה הנאמן למנוע בקלות.

213 כרם, לעיל ה"ש 30, בעמ' 706–707, פירש את ההגנה שפורס ס' 20 על זכויות הנהנה לפי הקדש מפני נושיו בהרחבה: לשיטתו, סמכות בית המשפט להתיר המחאה, שעבוד או עיקול, אף שלא הותרו בכתב ההקדש, מתייחסת רק לסכומים שהזמן שייעד היוצר (או שבחר הנאמן, אם ניתן לו שיקול דעת בנקודה זו) לתשלומם לנהנה הגיע.

אדם לטובת אחר, שזכותו של הנהנה לפיה אינה עבירה, לא מרצונו של הנהנה ולא ביזמת נושיו.²¹⁴ אך עד 1997 לא התירה אף מדינה בארצות הברית לאדם ליצור נאמנות בזבזן לטובת עצמו.²¹⁵ יתר על כן, משטרי נאמנויות הבזבזן האמריקניים, לבד מאחד, אינם מחדליים: על היוצר להגדיר במפורש את זכויות הנהנים כלא-עבירות. רק הדין של מדינת ניו יורק קובע כי זכותו של כל נהנה לפי נאמנות תהיה לא-עבירה כאמור, אלא אם נקבע אחרת בכתב הנאמנות; אך דין זה אינו מתיר ליוצר ליצור נאמנות בזבזן לטובת עצמו.²¹⁶ בדין האנגלי מקובלת, חלף נאמנויות הבזבזן, אסטרטגיה מורכבת יותר לשריון זכותו של הנהנה לפי נאמנות מפני נושיו, המכונה "נאמנות מגן" (Protective Trust). אם בחר היוצר לשריין את זכותו של הנהנה מסוים לפי אסטרטגיה זו, הזכות לא תוגדר אמנם מראש כלא-עבירה, אך כל ניסיון להעבירה, ביזמת הנהנה או ביזמת נושיו, יביא אוטומטית לסיומה של הזכות ולהופעתה של זכאות חלופית לאותו זרם הכנסה, שהקצאתה בין הנהנה/ית, בן או בת זוגו/ה וצאצאי הנהנה/ית (או בהיעדר בן זוג וצאצאים, בין הנהנה/ית ומי שאמורים ליהנות מאותו זרם הכנסה או מהכנס שעליו נצמח, לאחר מותו) תהיה לפי שיקול דעתם של הנאמנים. לפי הנאמנות החלופית שבשיקול דעת לא תהיה עוד לנהנה זכות מובטחת בזרם ההכנסה, שאותה יוכלו נושיו לעקל, אלא רק תקווה שהנאמן יבחר להקצות לו הנאה מתוכו.²¹⁷

ב-1979 הייתה אפוא מידת ההגנה שפרס משטר הנאמנות הישראלי על נהנים מפני נושיהם גדולה מזו שהעניק להם כל משטר נאמנות אחר. מאז צמצמו, כפי שנראה, משטרי נאמנות זרים רבים את הפער והעצימו את מידת ההגנה שהם מעניקים לנהנים מפני נושיהם; אך משטר הנאמנות הישראלי בולט גם כיום כמשטר המקנה לנהנים מידה גדולה במיוחד של הגנה כזו. בחירתם של מנסחי חוק הנאמנות בפתרון זה נוצרה בהדרגה, במהלך תהליך הניסוח הממושך של החוק. הטיוטות הראשונות, עד וכולל טיוטת 1972, נתנו לנושי הנהנה גישה לזכויותיו לפי הנאמנות.²¹⁸ בישיבת ועדת החקיקה המשרדית במשרד המשפטים

214 ראו ס' 58(1) ל-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31; ס' 502 ל-U.T.C., לעיל ה"ש 31; SCOTT & ASCHER, CHARLES E. § 15.2; 31, ב-15.2; BOGERT, HESS & BOGERT, לעיל ה"ש 92, ב-222; § 5.3.3.3(c) (LORING AND ROUNDS: A TRUSTEE'S HANDBOOK § 5.3.3.3(c) (LORING: להלן: LORING), 2014).

215 ראו דיון בשינויו של מצב זה מאז 1997 בטקסט הסמוך להערות 241-243 להלן.

216 N.Y. EST., POWERS AND TRUSTS LAW § 7-3.4; N.Y. C.P.L.R. § 5205(c) (McKinney 2013).
217 ראו הגדרת מנגנון "נאמנות המגן" בס' 33 ל-Trustee Act, 1925, לעיל ה"ש 103. האיסור על "נאמנויות הבזבזן" בדין האנגלי והתרתן בדין האמריקני מבטאים את בחירת דין הנאמנות האמריקני, בסוף המאה התשע-עשרה, במדיניות משפטית המגנה על חייבים יותר מזו שבדין האנגלי; לדיון ראו Getzler, לעיל ה"ש 147, בעמ' 358-361. הדין האמריקני מתיר גם "נאמנויות מגן": ראו ס' 57 ל-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31; LORING, לעיל ה"ש 214, ב-5.3.3.3(b) §.

218 ראו למשל ס' 52 לטיוטה הראשונה מ-1962, לעיל ה"ש 39, וס' 44 לטיוטה הרביעית מ-1965, לעיל ה"ש 40. ס' 43 לטיוטת 1972, לעיל ה"ש 41, קבע כי "נושה של נהנה רשאי לנקוט הליכי הוצאה לפועל כלפי נכס שבידי נאמן למימושה של – (1) זכות בקרן הנאמנות או בפירותיה, העתידה להיות בשליטתו המלאה של הנהנה; (2) זכות כאמור ששליטתו של הנהנה בה הוגבלה לפי כתב הנאמנות, ובלבד שיישאר לרשות הנהנה כדי מחייתו ומחיית התלויים בו, הכל כפי שיקבע בית המשפט; (3) כל זכות בנאמנות של נהנה שבעצמו יצר את הנאמנות".

ב-26 ביולי 1973 הודגש כי ציפייה גרידא של נהנה, שטרם התגבשה לזכות, כבמקרהו של כל אחד מהמועמדים שנאמן הוסמך לחלק ביניהם, לפי שיקול דעתו, את הנכסים הכפופים לנאמנות או את ההכנסה הנצמחת עליהם, לא תעבור בירושה, לא תינתן למשכון או לעיקול ולא תעבור, בפשיטת רגלו של המועמד, לנאמנו בפשיטת רגל.²¹⁹ מאיר ארן, שמילא תפקיד-מפתח בעבודתה של ועדה זו על הצעת חוק הנאמנות, הסביר כי הוועדה סברה שעל זכויות הנאה שהתגבשו להיות נגישות לנושי הנהנה, משום שהחוק עתיד לחול על נאמנויות הנוצרות בהקשרים משפחתיים ומסחריים כאחד, ובהקשר האחרון אין הצדקה לזכויות שהתגבשו לא יהיו נגישות לנושים.²²⁰ עמדה זו באה לידי ביטוי בהצעת החוק מ-1974, שבה נקבע כי "זכותו של נהנה על-פי הנאמנות אינה ניתנת להעברה, לשעבוד או לעיקול כל עוד לא התגבשה, למעט העברה או שעבוד שהותרו בכתב הנאמנות או בהחלטת בית-המשפט".²²¹ מן ההצעה עולה כי נושיו של מועמד להנאה לא יוכלו לעקל את מועמדותו להנאה, ואולם לאחר שהתגבשה זכותו בעקבות החלטת הנאמן להקצות לו חלק מן הנכסים או מן ההכנסה הנצמחת עליהם, תהיה זכות זו חשופה לעיקול גם אם החלק שהוקצה טרם חולק לנהנה. בהמשך תהליך החקיקה הביאו חילופי הדברים בין המעורבים בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעת חוק הנאמנות לנסיגה מעמדה זו לעמדה המתירנית המופיעה בנוסח שהפך לחוק. הנסיגה החלה בהצעה שהגישה לשכת עורכי הדין לוועדה, ולפיה בנאמנויות המוקמות בהקשר משפחתי לא תהיה זכות הנהנה ניתנת להעברה, לשעבוד או לעיקול "גם אם התגבשה, אם נקבע כן בכתב הנאמנות, אולם רשאי בית המשפט – תוך התחשבות במשאלות יוצר הנאמנות, באומד דעתו ובצרכי הנהנה, להורות כי זכותו של נהנה, כאשר תתגבש, תשמש בחלקה לתשלום מזונות לתלויים בנהנה [...] לפרעון חוב מיסים של הנהנה או לפרעון חוב פסוק המוטל על הנהנה ואשר עילתו בנוזיקין ואינה נובעת מחוזה".²²² בהמשך להצעת הלשכה הציע אורי ידין למחוק לגמרי את הגבלת שריון זכויות הנהנה לשלב שבו עדיין לא התגבשו. לדבריו, בחיי המעשה לא ברור לעתים מתי בדיוק הן מתגבשות, וגם עניינית יש מקום לשריון כזה כל עוד הנהנה לא קיבל בפועל את הנכסים או את הכסף שלו הוא זכאי.²²³ בתגובה הציע שלמה כרם שלעניין נאמנויות מסחריות יקבע החוק חזקה שלפיה זכויות נהנים ניתנות להעברה, לשעבוד ולעיקול אלא אם נקבע אחרת בכתב הנאמנות, ואילו לעניין נאמנויות משפחתיות, ובעיקר אלה שנועדו לסיפוק צורכיהם של בני משפחה מוגבלים או שאינם מסוגלים לדאוג לענייניהם, תיקבע חזקה הפוכה.²²⁴ הצעה זו נתקלה בטיעונו של משה שחל כי הצורך להתנות במפורש על החוק כדי לחסן את זכויות הנהנה מעיקול יביא לכך שרבים שייצרו נאמנות כדי להקנות רכוש לנהנים ימצאו מקנים אותו לנושיהם, בניגוד לכוונתם. בתגובה לטיעון זה משך כרם

219 ראו סיכום הישיבה בתיק גל-21349/11, לעיל ה"ש 115.

220 פרוטוקול ישיבה מס' 45 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 7 (13.2.1978).

221 ס' 4 להצעת חוק הנאמנות.

222 ראו התיקון המוצע לס' 4 להצעת חוק הנאמנות ברשימת התיקונים שהגישה לשכת עורכי הדין לנוסח שעבר בקריאה ראשונה. הרשימה מצויה בתיק החקיקה של החוק בארכיון הכנסת.

223 פרוטוקול ישיבה מס' 45 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 5 (13.2.1978).

224 שם, בעמ' 6-7.

את הצעתו לקבוע חזקה כי באשר לנאמנויות מסחריות יהיו זכויות הנהנים נגישות לנושיהם.²²⁵ כך, בתהליך של דינמיקה קבוצתית, נוצרה העמדה המתירנית שבסעיף 20 לחוק.

כרם, ידין, ארן ושאר המעורבים אפשרו תהליך זה משום שתפסו את ההוראה המשריינת את זכויות הנהנה מפני נושיו כמגנה על נהנים מוגבלים, או שאינם מסוגלים להתנהלות כלכלית נכונה, מפני העלולים לנצל את חולשתם ומפני נטייתם שלהם להפעיל שיקול דעת פגום.²²⁶ עוד בטרם חקיקת חוק הנאמנות היו בדין הישראלי כמה הסדרי אי-עבירות ששריינו זכויות מסוימות של חברי קבוצות, שהדין ראה כפגיעות במיוחד, מפני נושיהם. כפי שציין ויסמן, ההוראות בחוק ההוצאה לפועל ובפקודת פשיטת הרגל המשריינות מפני עיקול אחדים מנכסי החייב, כגון כלי בית²²⁷ וכלי עבודה חיוניים,²²⁸ מזונות המגיעים לחייב מצד שלישי²²⁹ ואדמה חקלאית הדרושה למחיית החייב ובני משפחתו הגרים עמו,²³⁰ שייכות לקבוצת הסדרים זו. כך גם ההסדרים המשריינים סכום מסוים מתוך שכר העבודה החודשי של החייב ומתוך קצבאות שמשלמים לו מעביד או קופת גמל,²³¹ סכומים שהופרשו בשביל החייב כפיצויי פיטורים,²³² ואת זכויות החייב לגמלת כסף מהמוסד לביטוח לאומי.²³³ הסדר נוסף מסוג זה, שקדם גם הוא לחוק הנאמנות, בהקשר סמוך להקשר הנאמנות המשפחתית, הוא הוראת חוק הירושה הקובעת כי זכות למזונות מן העיזבון לפי אותו חוק "אינה ניתנת להעברה, לשעבוד או לעיקול ואינה עוברת בירושה".²³⁴ מאז חקיקת חוק הנאמנות נוספו לספר החוקים כמה הסדרים נוספים מסוג זה.²³⁵

בניגוד לרוב ההסדרים שנזכרו בפסקה הקודמת, שריון זכות הנהנה מפני נושיו בסעיף 20 לחוק אינו מוגבל לזכויות הדרושות למחיית הנהנה ותלויו. הוא אף כלל אינו מוגבל לנאמנויות משפחתיות.²³⁶ המחוקק הגביל את תחולת ההוראה המשריינת לנאמנויות הנוצרות בפעולה משפטית חד-צדדית, המכוננת בחוק "הקדש". אך ההבחנה בין נאמנויות

225 שם, בעמ' 9.

226 על כך עמד כבר ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 313–314.

227 ס' 22(א)(2) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז–1967. ראו גם ס' 86(2) לפקודת פשיטת הרגל.

228 ס' 22(א)(4) לחוק ההוצאה לפועל; ס' 86(4) לפקודת פשיטת הרגל.

229 ס' 50(א)(2) לחוק ההוצאה לפועל. ראו גם ס' 14 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט–1959, ס"ח 2.

230 ס' 39 לחוק ההוצאה לפועל.

231 ס' 8(א) ו-8(ה) לחוק הגנת השכר, התשי"ח–1958.

232 ס' 26 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג–1963.

233 ס' 303 ו-311 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995. ראו גם ס' 185 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. את ההסדרים שנזכרו בשבע ההערות האחרונות הזכיר ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 304 למאמרו.

234 ס' 65(ג) לחוק הירושה.

235 כמה מהם קובצו בחוק איסור עיקול דמי ליווי לעיוור ותגמולים אחרים (תיקוני חקיקה), התשע"ב–2012, ס"ח 2335.

236 זאת בניגוד להערת כרם שלפיה "ההנחה היא כי כתב-הקדש, שאינו מיועד למטרות בעלות אופי ציבורי, נועד בדרך-כלל למטרות משפחתיות של יוצר ההקדש" (כרם, לעיל ה"ש 30, בעמ' 704).

הנוצרות בפעולה משפטית חד-צדדית לאלה הנוצרות בחוזה או בדרך אחרת אינה הולמת כלל את ההבחנה בין נאמנויות הנוצרות בהקשר משפחתי לבין אלה הנוצרות בהקשר מסחרי או השקעתי. היא גם אינה הולמת את ההבחנה בין נאמנויות לטובת נהנים נזקקים, שראוי לדין להעמיד להם הגנה מיוחדת, לבין נאמנויות לטובת אחרים. קיימות נאמנויות משפחתיות ונאמנויות לטובת נהנים נזקקים שנוצרו בחוזה וכן נאמנויות-עסקה ונאמנויות-השקעה שנוצרו בפעולה משפטית חד-צדדית: אמנם בנאמנות-עסקה ובנאמנות-השקעה ייתנו, בדרך כלל, כל הצדדים תמורה, אך לאו דווקא בעת ובעונה אחת או באותו מסמך. גם נאמנויות מסוגים אלה יכולות להיווצר בפעולה משפטית חד-צדדית של העברה ויצירת נאמנות, כאשר הצד שלא ביצע את הפעולה ייתן תמורה בהקשר אחר, במסמך אחר, בנקודת זמן אחרת או דרך צד שלישי.²³⁷

הניתן להצדיק בדרך כלשהי את הוראת סעיף 20? ויסמן סבר שלא. ראשית, הסביר כי אם שריון זכויות הנהנה מיועד להגן עליו מפני נצלנים ומפני חוסר יכולתו שלו לכוון כראוי את התנהלות הכלכלית, יש להגביל את שווי ההנאה המשוריינת בתקרה. לא ראוי להעדיף נהנים לפי הקדש או נאמנות אחרת על חייבים פגיעים אחרים בכך שחייב פגיע רגיל יזכה להגנות שבחוק ההוצאה לפועל, בפקודת פשיטת רגל, בחוק הגנת השכר ובחיקוקים נוספים המגנים רק על הנכסים הדרושים למחיית החייב ותלויו, ואילו חייב שהוא נהנה יזכה להגנה לא מוגבלת בסכום. שנית, טען ויסמן כי בהתחשב בסודיות המאפיינת נאמנויות רבות, לא ראוי להטיל על הנושה חובה לבדוק אם החייב, השולט בפועל בנכס מסוים, הוא בעליו, נהנה לפי נאמנות או נהנה לפי הקדש. שלישי, הוסיף ויסמן כי העובדה שמשעה שזכאות פלונית חולקה לנהנה בפועל יוכל הנושה לשים עליה את ידו אינה מצדיקה את חיסונו של זכאויות שהתגבשו אך טרם חולקו: הלא גם לחייבים שאינם נהנים נוח שנושיהם יוכלו לגבות את החוב מתוך נכסיהם רק באיחור, ובכל זאת מקנה הדין לנושה כוח להביא לפירעון מידי של החוב באמצעות עיקול ומכירת נכסי החייב.²³⁸ טיעונים אלה של ויסמן לא נס

237 כאחרים, גם אני סבור כי ייחודן של רבות מההוראות שבחוק הנאמנות, העשויות (ולעתים עלולות) להיות נחוצות למעשה להפעלתה של כל נאמנות, תהא הדרך שבה נוצרה אשר תהא, לנאמנויות שנוצרו בפעולה משפטית חד-צדדית בלבד, הוא שגנה שיש לתקנה. גם במהלך חייהן של נאמנויות שנוצרו בחוזה, לפי חוק, או בדרך אחרת עשוי להיווצר רצון או צורך בהוספת נכסים לנאמנות לפי ס' 18(א) לחוק, בבקשת הוראות מבית המשפט לפי ס' 19(א) לחוק, בהתפטרות נאמן לפי ס' 22(א) לחוק, בפיטוריו בידי בית המשפט לפי ס' 22(ג) לחוק, במינוי נאמן בידי בית המשפט לפי ס' 21(ב) לחוק, בשינוי או בביטולה של הוראה מהוראות כתב הנאמנות (ס' 23(א)) או כתב הנאמנות כולו (ס' 23(ב)) בידי בית המשפט, ובכך שהנאמן הציבורי ינקוט אמצעים לשמירת הנכסים הכפופים לנאמנות וזכויות הנהנים לפי ס' 24 לחוק. ראו, לעמדה דומה, דויטש, לעיל ה"ש 30, כרך ד § 13–12.25. לעמדה כי הוראות פרק ב לחוק הקיים אינן חלות על נאמנות שלא נוצרה בכתב הקדש ראו כרם, לעיל ה"ש 30, בעמ' 139, 661–662. בהצעת הקודקס אכן מורחב תחום תחולתן של הוראות אלה באופן שתחולנה על כל הנאמנויות הנוצרות בכפוף למשטר הנאמנות הישראלי.

238 ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 308–311. גם דויטש, לעיל ה"ש 30, כרך ד § 25.7, סבר כי בניגוד למצב לעניין העברות רצוניות, הרי "באשר לעיקול, אין השיקולים [התומכים בכלל של חוסר עבירות – אח"י] מצדיקים פגיעה ביכולת הגבייה של נושים".

לחם.²³⁹ מנגד, תמונת המציאות, שגם עליה סמך את מסקנותיו, השתנתה במידה רבה מאז 1980. כך, לדברי ויסמן:

הערכת הנימוקים בעד וכנגד השימוש בנאמנות כבמסגרת מפני נושים הובילה בימינו לנטייה גוברת להגבלת השימוש במוסד הזה. השיקולים החברתיים, המבליטים את השלילה שבמוסד ה־spendthrift trust מכריעים יותר ויותר את הכף כנגד השיקולים המעוגנים בתפיסת העולם האינדיבידואליסטית, שהיתה רווחת במאה ה־19, ושבהתבסס עליה קנה לו המוסד הזה אחיזה.²⁴⁰

כך ב־1980; לא כך בימינו. כמו מודל הנאמנות שבלא העברת הבעלות בזכויות הכפופות לה לנאמן שבסעיף 1 לחוק, כך גם ההגנה על זכויות הנהנה, כולל נהנה שגם יצר את הנאמנות, מפני נושיו שבסעיף 20 לחוק הטרימה גל עולמי גדול של שינויים בדיני הנאמנות, שאפשרו גם ליוצר הנאמנות להשתמש בה כבמסגרת מפני נושים. כמה שנים אחרי 1980 החלו מדינות Offshore שונות, כגון פליז, איי קיימן, איי הבהאמה ואיי קוק, להציע למי שאינם תושביהן מוצר משפטי בשם "נאמנויות שימור נכסים" (Asset Protection Trusts).²⁴¹ נאמנויות אלה הן נאמנויות בזבזן שיוצר אדם לטובת עצמו. נאמנויות שימור הנכסים נחלו הצלחה רבה בקרב יוצרים אמריקנים שביקשו להגן על נכסיהם מפני נושים.²⁴² הצלחה זו הביאה 16 ממדינות ארצות הברית להשמיט מדיניהן את האיסור המסורתי על יצירת נאמנויות בזבזן לטובת היוצר, על מנת לאפשר לנותני שירותי הנאמנות הפועלים בהן

239 כרם, לעיל ה"ש 30, בעמ' 707, ביקש להוציא את הסעיף מפרוטו: לשיטתו, כאשר היוצר הוא גם הנהנה, "יש בדרך-כלל להתיר פרעון חובות מתוך הסכומים המגיעים מהנאמן [...] לעומת זאת, כאשר יצר את ההקדש קרוב-משפחה לשם תמיכה בנהנה [...] בדרך-כלל יש להעדיף את עניינו של הנהנה על נושיו". עוד סבר כי אם יוכח שליוצר שהוא גם הנהנה שליטה בפועל בנכסים הכפופים לנאמנות, יראה בית המשפט בנאמנות הסדר פיקטיבי וייתן לנושים גישה לנכסים: שם, בעמ' 705. ספק אם ראוי לקבוע ראשית הסדר חקוק בעייתי ואז לנסות ולשפרו על ידי פרשנות המוציאה אותו מפרוטו והסתמכות על נכונותם המקורה של בתי משפט להבחין בין שימושים תמי לב בהסדר לבין שימושים פיקטיביים.

240 ויסמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 311–312.

241 ראו למשל Belize Trusts Act, 1992, §§ 7(6), 12(4); Fraudulent Dispositions Law, 1989 (Act No. 1 of 1991) (Bah.); Fraudulent Dispositions Act, 1991 (Act No. 1 of 1991) (Cayman Is.); s' 13–a13 לחוק הנאמנות של איי קוק, לעיל ה"ש 75. ראו דיון אצל Stewart Sterk, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom?*, 85 CORNELL L. REV. 1035, 1047–1051 (2000) (להלן: Sterk, PANICO); לעיל ה"ש 31, ב־11.94–11.21 §§; Alastair Hudson, *Asset Protection Trusts*, in WADHAM; THE INTERNATIONAL TRUST 345, 345–552 (David Hayton ed., 3rd ed. 2011) לעיל ה"ש 75, בעמ' 183–155. להסבר מפורט של הדרך שבה נאמנויות שימור נכסים מגנות על היוצר-נהנה מפני נושיו ראו Lynn M. LoPucki, *The Death of Liability*, 106 YALE L. J. 1, 32–38 (1996). לדיון כללי בהשפעתן של מדינות Offshore ושל שימושם של בעלי הון ונותני שירותים תושבי מדינות Onshore בשירותים המוצעים בהן על חלוקת העושר בעולם ראו NICHOLAS SHAXSON, TREASURE ISLANDS (2011).

242 John K Eason, *Home from the Islands: Domestic Asset Protection Trust Alternatives Impact Traditional Estate and Gift Tax Planning Considerations*, 52 FLA. L. REV. 41, 42, 52 (2000) (להלן: Eason, Home).

להתחרות באלה הפועלים במדינות ה-Offshore בהשבעת הביקוש לנאמנויות שימור נכסים.²⁴³

האם ראוי לשנות את מסקנותיו של ויסמן לעניין סעיף 20 לחוק, שיצר את משטר נאמנות שימור הנכסים הראשון בעולם? ניתן להעלות כמה טיעונים המצדדים בקיום סוג זה של נאמנות בכלל או בקיומו בישראל. טיעון אחד הוא שנאמנויות אלה הופיעו כתגובת נגד לנכונותם של תובעים לתבוע ושל בתי משפט להעניק פיצויים ממוניים בסכומי עתק בגין מערכי נסיבות שלא היו מביאים בעבר לפסיקת פיצוי, או אף להגשת תובענה.²⁴⁴ בהתחשב בשינוי בסביבה הנורמטיבית, היוצר סיכון מוגבר להונו של אדם, ראויה, לפי טיעון זה, התפתחותן של הגנות מרחיקות לכת מבעבר על אותו הון.²⁴⁵ ואולם, טיעון זה מניח את המבוקש: ראשית, הטענה האמפירית כי מידת הסיכון הנשקף להונו של אדם מהטלת חבויות במשפט גדולה כיום מבעבר טעונה הוכחה. יש לברוק אותה לעניין כל שיטת משפט בנפרד. שנית, בהנחה כי טענה אמפירית זו נכונה, רק ההנחה הנוספת כי העלייה במידת הסיכון הנשקף להונו של אדם מהטלת חבויות במשפט אינה ראויה תיצור הצדקה לפיתוח הגנות מרחיקות לכת מבעבר על אותו הון. גם הנחה זו דורשת הוכחה. היות שטיעונים באשר למידת הסיכון שראוי שיישקף להונו של אדם מסוגים שונים של תובעים פוטנציאליים נוטים לשקף את שיוכו של הטוען – אם בזכות עצמו ואם כבא כוחו של אחר – למחנה התובעים הפוטנציאליים או הנתבעים הפוטנציאליים, ספק אם ניתן להוכיח שהעלייה במידת הסיכון הנשקף להונו של אדם מהטלת חבויות במשפט, אם היתה כזו, אינה ראויה. בהיעדר הוכחה כזו, העלייה ברמת הסיכון אינה יכולה להצדיק את התפתחות נאמנויות שימור הנכסים. טיעון שני הוא שכעת שנאמנויות שימור נכסים הן חידוץ נפרץ בשיטות משפט שונות ברחבי העולם, ביטול האפשרות ליצור נאמנות כזו לפי הדין הישראלי יביא יוצרי נאמנות להשתמש במשטרי נאמנות זרים חלף המשטר המקומי. ביטול

243 לרשימה של מדינות ארצות הברית המאפשרות "נאמנויות שימור נכסים" (המעודכנת לאפריל 2014) ולהשוואה בסיסית של המשטרים המוצעים בהן ראו David G Shaftel, *ACTEC Comparison of the Domestic Asset Protection Trust Statutes*, ACTEC, <http://www.actec.org/assets/1/6/Shaftel-Comparison-of-the-Domestic-Asset-Protection-Trust-Statutes.pdf>. לניתוח מנגנון הכלכלה הפוליטית שהביא מדינות אלה לאפשר "נאמנויות שימור נכסים" ראו Sitkoff & Schanzenbach, לעיל ה"ש 129, בעמ' 383–380. לדין ראו Eason, *Home*, לעיל ה"ש 242; Sterk, *Asset*, לעיל ה"ש 241, בעמ' 1055–1051; John K Eason, *Policy, Logic, and Persuasion in the Evolving Realm of Trust*; Adam J Hirsch, *Fear Not the Asset*; *Asset Protection*, 27 CARDOZO L. REV. 2621 (2006) (להלן: Hirsch, *Fear Not*). לא ברור כלל אם בתי המשפט של מדינות ארצות הברית השונות ובתי המשפט הפדרליים יכבדו נאמנויות שימור נכסים ולא יאפשרו לנושי היוצר-נהנה גישה לנכסים שהעביר לנאמן לפי נאמנות כזו. כך נכשלה נאמנות כזו, שהוקמה לפי דיני איי קוק ותוך שימוש בחברת נאמנות תושבת האיים כנאמן, בפרשה הידועה של *Federal Trade Commission v. Affordable Media LLC*, 179 F.3d 1228 (9th Cir. 1999). לכישלון דומה של נאמנות שימור נכסים שהקים, לפי דיני אלסקה, קבלן בניין תושב מדינת וושינגטון ראו *Waldron v. Huber (In re Huber)*, 2013 WL 2154218 (Bankr. W.D. Wa. 2013).

244 ראו ראיות אנקדוטליות לקיומה של נכונות כזו אצל Eason, *Home*, לעיל ה"ש 242, בעמ' 45–46.

245 ראו דיון בטיעון זה אצל Henry J. Lischer, Jr., *Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to Liability?*, 35 REAL PROP. PROB & TR. J. 479, 526–529 (2000).

כזה לא ישפר את מצבם של נושי אותם יוצרים לעומת המצב בו היו נתונים לולא הביטול. תוצאתו העיקרית תהא הסטת ההכנסה שהיתה נצמחת לנותני שירותי נאמנות ישראלים למתחריהם בחו"ל, והסטת המס הנגבה על הכנסה זו מרשות המסים הישראלית למקבילותיה בחו"ל. דחיפת יוצרים להשתמש במשטרי נאמנות ובנותני שירותי נאמנות זרים תפגע בהכנסות המדינה גם משום שנותני שירותי נאמנות ישראלים מקפידים על דיווח ותשלום לרשות המסים הישראלית בגין ההכנסה הנצמחת על הנכסים הכפופים לנאמנות יותר משמתחריהם בחו"ל מקפידים על כך.²⁴⁶ טיעון זה חזק מקודמו, אך גם בו יש פגמים לא מבוטלים. הטענה כי ביטול האפשרות ליצור נאמנות שימור נכסים לפי הדין הישראלי יגרום ליוצרי נאמנות להעדיף משטרי נאמנות ונותני שירותי נאמנות זרים טעונה הוכחה; מה גם שקיום אפשרות ליצור נאמנות שימור נכסים לפי הדין הישראלי לא מנע מיוצרי נאמנות ישראלים להשתמש במשטרי נאמנות ונותני שירותי נאמנות זרים.²⁴⁷ ועוד, כפי שנראה בפרק ה' למאמר זה, משעה שהמשפט הישראלי לא יאפשר עוד יצירת נאמנויות בזבזן ונאמנויות שימור נכסים אלא בכפוף למגבלות, הוא יוכל גם להפוך את היוקקותם של ישראלים לנאמנויות שכאלה שהוקמו לפי שיטות משפט אחרות ללא אפקטיביות, על ידי כלים מתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי. טיעון שלישי שנועד להקים תימוכין למשטר נאמנות שימור הנכסים הישראלי הוא שבכל הנוגע לנושים מרצון, אין לסנדל את השווקים באשראי, בנכסים ובסחורות: מלווים ומוכרים המעוניינים להלוות או למכור ללווים ולקונים, בהתאמה, שהם נהנים לפי נאמנויות שימור נכסים, יוכלו לתמחר את ההלוואה או את המכר לפי הסיכון שבעסקה עם נהנה כאמור. תוספת הסיכון שבנאמנות שימור הנכסים תבוא לידי ביטוי בשיעור הריבית שידרוש המלווה, במחיר שידרוש המוכר ובכטוחות שידרשו שניהם.²⁴⁸ גם בטיעון זה פגמים רבים. ראשית, הטיעון אינו מצדיק את אכיפתה של נאמנות שימור הנכסים כנגד מי שנשייתם בנהנה נוצרה לפני יצירת הנאמנות.²⁴⁹ אך גם לעניין נושים מרצון שנשייתם נוצרה לאחר יצירת הנאמנות, מלווים ומוכרים פוטנציאליים עלולים שלא לדעת על היות הלווה או הקונה נהנה לפי נאמנות שימור נכסים. גם נאמנות שאינה מחסנת את זכויות הנהנה לפיה מפני נושיו עלולה להטעות מלווים ומוכרים פוטנציאליים שלא ידעו שהנהנה אינו בעלי הרכוש שבו, או בפרותיו, הוא נחזה כמחזיק ושולט: כך למשל במקרה שבו המשכורת שמשלם מעסיקו של נהנה משתלמת מהמעסיק לנאמן, הנהנה משיקול דעת מוחלט לעניין חלוקתה לנהנה. שריון זכויות הנהנה מפני נושיו מעצים את חומרת ההטעיה האפשרית.²⁵⁰ טיעון רביעי המצדד במשטר נאמנות שימור

246 סברה אמפירית זו מקובלת בקרב נותני שירותי הנאמנות בארץ. ראו גרעין לטיעון דומה בהקשר האמריקני אצל Eason, Home, לעיל ה"ש 242, בעמ' 53.
247 ראו לעיל ה"ש 108–110 וטקסט נלווה.

248 ראו דיון בטיעון זה אצל Lischer, לעיל ה"ש 245, בעמ' 530–531.

249 להבחנה, לעניין הלגיטימיות של נאמנויות שימור נכסים וההצדקה לכיבודן, בין נושי הנהנה שנשייתם נוצרה לפני יצירת הנאמנות לנושי הנהנה שנשייתם נוצרה לאחר יצירת הנאמנות ראו Gideon Rothschild, Daniel S. Rubin & Jonathan G. Blattmachr, *Self-Settled Spendthrift Trusts: Should a Few Bad Apples Spoil the Bunch?*, 32 VAND. J. TRANSNAT'L L. 763, 774–778 (1999).

250 לטיעון כי בעיית ההטעיה האפשרית של מלווים ומוכרים אינה קיימת ראו Hirsch, *Fear Not*, לעיל ה"ש 243, בעמ' 2688–2689, הטוען שהיות שיצירת נאמנות מותנית בהעברת הזכות הכפופה לנאמנות

הנכסים הוא שנאמנות מסוג זה היא דרך יעילה ליוצר למנוע מעצמו להתרושש, על ידי פגיעה יזומה ביכולתו לקנות נכסים ולקבל אשראי: ככל שמוכרים ומלווים פוטנציאליים ליוצר-נהנה ידעו על מגבלת העבירות שלה כפופה הנאתו לפי הנאמנות, הם ייקרו את ההלוואה או המחיר הנדרש עבור הממכר, ידרשו בטוחות, ואולי אף יסרבו לעשות עסקה עם הנהנה. יצירת נאמנות שימור נכסים פוגעת אפוא ביכולת הנהנה לקבל עליו חובות, ועשויה לשמש כלי לריסון נטייה לפזרנות.²⁵¹ אך ספק אם הסברה שקיום נאמנות שימור נכסים, שאותו מגלה הנהנה לכל מי שהוא מבקש לעשות עמו עסקה בהיקף גדול, יפגע ביכולת הנהנה להיכנס לחובות, מצדיקה משטר "שימור נכסים" מחדלי, כזה הקבוע בסעיף 20 לחוק. חייבים פוטנציאליים יכולים לרסן עצמם מרכישות ומנטילת הלוואות בדרכים חלופיות שאין בהן פגיעה באחרים, כגון מתן חלק מרכושם במתנה או קביעת הפרשה חודשית קבועה לחיסכון. ולבסוף, לפי טיעון חמישי, התרת נאמנויות שימור נכסים תעודד חיסכון והשקעות. היות שכספים שהנאמן מחלק לנהנה נגישים לנושי האחרון, נאמני נאמנויות כאלה נוטים להימנע מחלוקות ומותירים את הערך הכפוף לנאמנות מושקע.²⁵² ספק אם עידוד החיסכון רצוי כמדיניות קבועה הבאה לידי ביטוי בכללים שבמשפט הפרטי: בעתות של האטה כלכלית יש צורך דווקא בדיכוי החיסכון, לפחות מנקודת ראות חברתית כוללת, אך גם אם נניח שעידוד החיסכון הוא תמיד רצוי, הרי ניתן לעודדו בדרכים אחרות, שאין בהן פוטנציאל להטעיית העומדים לעשות עסקה עם החוסך, כגון תשלום ריבית לחוסך והטלת שיעור מס על ריבית זו הנמוך מזה המוטל על הכנסת עבודה. ספק אם המשקל שיש לתת לעידוד החיסכון כה כבד עד שיש בו כדי להצדיק, נוסף על האמצעים האחרים הננקטים למטרה זו, יצירת משטר מחדלי של שריון זכות הנהנה מפני נושיו. עליית משטרי נאמנויות שימור הנכסים בעולם מרבה גם את הטיעונים נגד קיום משטר זה במשפט הישראלי. משעה שמשטרים כאלה הופיעו בשיטות משפט אחרות, סביר כי יהיו חייבים ישראלים שיבקשו להשתמש בהם. לכשיבואו חייבים אלה ונושיהם בפני שופט, עשויים הנושים לטעון, על מנת לנסות ולקבל הצהרה שיפוטית כי הנאמנות בטלה, או שניתן להתעלם משריון זכויות הנהנה לפיה, כי השימוש בנאמנות שימור הנכסים סותר את תקנת

מהיוצר לנאמן, והנאמן מחויב להפריד בין רכושו הפרטי לבין הרכוש הכפוף לנאמנות, אין מקום לחשש שמלווים או מוכרים יוטעו לחשוב שרכוש שזכות ההנאה של החייב/קונה בו כפופה לנאמנות שימור נכסים, הוא בבעלותו המלאה של החייב/קונה. ספק אם הצדק עמו. ראשית, בשיטות משפט כמו השיטה הישראלית יצירת נאמנות אינה מותנית בהעברת הזכות הכפופה לנאמנות מהיוצר לנאמן (גם אם סביר שבהקשר נאמנויות שימור הנכסים יעדיפו רוב היוצרים להעביר את הזכות לנאמן). שנית, סוגים רבים של מיטלטלין אינם כפופים למשטר רישום זכויות, ומלווים כמו גם מוכרים מתבססים על מצג של שליטת המחזיק בנכס כראיה ליכולתם לרדת לנכס בעת הצורך. שלישיית, גם אם קיים מרשם זכויות, ספק אם בהקשר נאמנות שימור הנכסים ראוי להטיל על המלווה/מוכר את חובת העיון בו. בהקשר זה, הצדדים הפנימיים לנאמנות, ובהם הנהנה, הם בדרך כלל מונעי הנזק הזולים. לכן ראוי להטיל על הנהנה חובת גילוי של היות זכותו משוריינת, חלק הטלתה של חובת עיון במרשם על המלווה/מוכר. כך טען כבר ויסמן (ראו לעיל טקסט הסמוך לה"ש 238).

251 ראו דיון אצל Adam J Hirsch, *Spendthrift Trusts and Public Policy: Economic and Cognitive Perspectives*, 73 WASH. U. L. Q. 1, 86-92 (1995).

252 Robert T. Danforth, *Rethinking the Law of Creditors' Rights in Trusts*, 53 HASTINGS L.J. 287, 362 (2002).

הציבור הישראלי, או כי יש לקבוע את זכויות הנושה והחייב לא לפי שיטת המשפט הזרה שהוחלה על הנאמנות אלא לפי השיטה הישראלית, הקשורה לחייב בזיקות רבות יותר.²⁵³ כל עוד כולל המשפט הישראלי עצמו משטר מחדלי של נאמנות שימור נכסים, ספק אם טענות כאלה יועילו.

לסיכום הדיון הנורמטיבי בראויות שימורו של משטר נאמנות שימור הנכסים שלפי סעיף 20 לחוק, אעמית את הטיעונים, את הערכים ואת האינטרסים המצדדים בשימורו עם הטיעונים, הערכים והאינטרסים המצדדים בהגבלתו או בחיסולו. הטיעונים, הערכים והאינטרסים המצדדים בשימור משטר זה, שניתן לייחס להם מידה של תוקף גם לאחר הדיון הביקורתי שערכתי בהם לעיל, הם כדלקמן. ראשית, שימור משטר נאמנות שימור הנכסים הישראלי יקדם את חירות היוצר להשתמש ברכושו כרצונו. שנית, שימורו של משטר זה עשוי למשוך משתמשים המבקשים למלט את נכסיהם מנושיהם להשתמש במשטר הנאמנות הישראלי. סביר כי התעצמות המודעות למשטר נאמנות זה תרבה ביקוש לשירותיהם של נותני שירותי נאמנות ישראלים, הנהנים מגישה נוחה יותר לדין הישראלי ממתחריהם הזרים. גידול בביקוש כאמור יחזק את מגזרי השירותים המשפטיים והפיננסיים במשק הישראלי וירבה גם הכנסות ממסים על הכנסותיהם של נותני שירותי אלה. אמנם, השימוש במשטר הנאמנות הישראלי כדין החל על נאמנויות מתנתיות מתוחכמות היה עד כה מועט יחסית,²⁵⁴ אך הדעת נותנת שהתרבותם בשנים האחרונות של פסקי דין של בתי משפט ישראליים האוכפים נאמנויות שנוצרו לפי משטר הנאמנות הישראלי²⁵⁵ ומגנים על נהנים לפיהן מפני נושי הנאמן,²⁵⁶ והתעצמות העיסוק בדיני הנאמנות והכרתם בקרב משפטנים, רואי חשבון ובעלי מקצוע רלוונטיים אחרים בישראל בשנים האחרונות²⁵⁷ יביאו להתעצמות השימוש במשטר נאמנות זה. על אחת כמה וכמה שכך אם יקודם משטר הנאמנות הישראלי בעולם כמוצר יצוא, תוך הדגשת מאפייניו הייחודיים, העשויים למשוך יוצרים זרים פוטנציאליים להחילו על נאמנויות שייצרו, כגון משטר נאמנות שימור הנכסים המחדלי שבו. שלישית, ייתכנו מערכי נסיבות שבהם קיום נאמנות שימור נכסים, שהנהנים לפיה מחויבים לגלות את עובדת קיומה למי שעמו הם עומדים לעשות עסקה, יביא להתגבשותן של עסקאות יעילות: הנושאים ונותנים עם הנהנים יתמחרו את העסקה לפי הסיכון שנאמנות שימור הנכסים יוצרת, ויביאו לכריתתן רק של אותן עסקאות הממקסמות את תועלתם של שני הצדדים להן גם במחיר זה.

253 ראו היקש אמריקני לטענה זו אצל Eason, Home, לעיל ה"ש 242, בעמ' 101–104.

254 ראו לעיל דיון בטקסט הסמוך לה"ש 110.

255 ראו פסקי הדין בעניין כמוס, גורבן, לישיצקי וקאופמן, לעיל ה"ש 30.

256 ראו עניין אמסטר, לעיל ה"ש 30.

257 בסניף הישראלי של ה-Society of Trust and Estate Practitioners (STEP) כמאה חברים, ובכינוסים השנתיים של הסניף משתתפים למעלה משלוש מאות בעלי מקצוע. ראו את רשימת החברים בתוך SOCIETY OF TRUST AND ESTATE PRACTITIONERS, STEP DIRECTORY AND YEARBOOK 2014 (2014) 408–410. לעומת זאת עד לפני כעשרים שנה מספרם של בעלי המקצוע תושבי ישראל שבקאותם בדין ובפרקטיקה הנאמנותית אפשרה להם לנסח נאמנות מורכבת או לכהן בה כנאמנים היה קטן.

הטיעונים, הערכים והאינטרסים המצדדים בהגבלתו או בחיסולו של משטר נאמנות שימור הנכסים הישראלי הם כדלקמן: ראשית, זמינותו של משטר נאמנויות שימור נכסים, ואף של משטר נאמנות בזבזן שאינו מאפשר ליוצר לחסן את זכויות ההנאה שלו עצמו מפני נושיו, מאפשרת לנהנים לפי משטרים אלה הפרת חוזים בלא פיצוי, גרימת נזק בלא פיצוי, הימנעות בוטה מתשלום מס ואף ביצוע עבירות והתעלמות מהוראות רשויות המנהל תוך התחמקות מן הסנקציות הכספיות שבמשפט הפלילי ובמשפט המנהלי, והכל בעודם נהנים ממשאבים שיד נושיהם קצרה מהגיע עדיהם. אם לבחור בדוגמה קיצונית, נאמנויות בזבזן ושימור נכסים עלולות לאפשר מצב שבו נהנה, הזכאי לסכומי כסף גדולים לפי נאמנות כזו, יגרום נזק קשה (כגון פגיעת גוף) לאדם קשה-יום ויוכל להימנע מלפצות את הניזוק על נזקו תוך שהמזיק מוסיף לחיות ברמת חיים גבוהה. נאמנויות כאלה פוגעות באפקטיביות של חלק גדול מן הנורמות האוסרות ומטילות האחריות שבשיטת המשפט. שנית, נאמנויות בזבזן ושימור נכסים יוצרות הפליה בין חייבים שהם נהנים לפי נאמנויות כאלה לבין חייבים אחרים. בעוד שהיקף הרכוש שבידי האחרונים, המשוויין מפני נושיהם, מוגבל בחקיקה, הרי שמשטר נאמנות שימור הנכסים הישראלי הקיים אינו מגביל את היקף הרכוש שאותו ניתן להכפיף לנאמנות שכזו. מטבע הדברים, נהנים לפי נאמנויות בזבזן ונאמנויות שימור נכסים משתייכים בדרך כלל לשכבות החברתיות-כלכליות המבוססות. זמינותן של נאמנויות כאלה מאפשרת את העמקת הפער בין שכבות אלה לשכבות שמתחתיהן. שלישיית, בשל הסודיות המאפיינת נאמנויות רבות, טמון בנאמנויות בכלל סיכון לא מבוטל להטעיית הצדדים שעמם נהנים עושים עסקאות. רכוש שהנהנה נחזה להיות בעליו עלול להיות למעשה כפוף לנאמנות שהנאמן שבה רשאי להקצות או שלא להקצות לנהנה הנאה ממנו. נהנה הנחזה כבעלי הרכוש היום עלול שלא לזכות עוד בכל הנאה ממנו מחר. שילובן של תניות בזבזן או שימור נכסים בנאמנויות מעצים – בהיעדר חובת גילוי המוטלת על הנהנה – את תוחלת הסיכון שבו נושאים הצדדים העושים עמו עסקאות.

איזון בין הטיעונים, הערכים והאינטרסים שמשני צדי המתרחס מעלה כי עצמת הטיעונים המצדדים בהגבלתו או בחיסולו של משטר נאמנות שימור הנכסים הישראלי עולה בהרבה על עצמת הטיעונים המצדדים בשימורו של משטר זה. נאמנויות בזבזן ושימור נכסים מאיימות על האפקטיביות של רבות מן הנורמות המונעות, המענישות, המרסנות ומטילות האחריות שבשיטת המשפט. נאמנויות כאלה מציעות דרך להשגת פטור מתחולתן האפקטיבית של הנורמות הללו דווקא לשכבות המבוססות, ובכך יוצרות דרך להעמקת אי-השוויון החברתי-כלכלי השורר בחברה הישראלית.²⁵⁸ מול פגמים עמוקים שכאלה נראה משקלה הנורמטיבי של האפשרות שריסונו של משטר נאמנות שימור הנכסים הישראלי ישלול מיוצרים מסוימים את האפשרות לממש את תכניהם למלט את נכסיהם, או נכסי אחרים, מנושיהם – קלוש. האפשרות שמשטר נאמנות שימור הנכסים הישראלי, שלא זכה עד כה לשימוש רב בידי יוצרי נאמנות זרים, יזכה לשימוש כזה בעתיד עקב שיווק נמרץ, עשויה להצדיק את שימורו של המשטר תוך הגבלתו לשימושם של יוצרים זרים בלבד

258 לנתונים סטטיסטיים בדבר אי-השוויון האמור ראו: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה פני החברה בישראל, דו"ח מס' 6: ישראל מאין ולאן? 87-88 (אוקטובר 2013).

בשביל נהנים זרים בלבד, כמקובל במדינות Offshore שונות.²⁵⁹ אך שימור המשטר הקיים תוך הגבלה כאמור סותר מצדו את השאיפה שלא לפגוע בציותם של תושבי מדינות זרות לדין החל עליהם בכלל ולדיני המס החלים עליהם בפרט. בהתחשב במגרעותיו הלא מבוטלות של משטר נאמנות שימור הנכסים הישראלי, האפשרות שגילוי קיומן של נאמנויות שימור נכסים לצדדים שעמם נהנים לפי נאמנויות כאלה עומדים לכרות עסקאות יביא לכריתתן של עסקאות יעילות מסוימות מצדיקה, אולי, את שימורו של משטר נאמנות שימור נכסים רזה ומוגבל בהרבה מזה הקיים. היא אינה מצדיקה את שימורו של משטר נאמנות שימור הנכסים הרחב והמתירני הקיים בישראל.

מן הדיון לעיל עולה כי נאמנות שימור הנכסים המחללית שבחוק הנאמנות אינה יכולה לעמוד. הצעת הקודקס קובעת נורמה מחללית שלפיה "זכותו של נהנה אינה ניתנת להמחאה או לשעבוד אלא באישור בית משפט או אם הותר הדבר בתנאי הנאמנות".²⁶⁰ ההצעה אינה אומרת דבר לעניין האפשרות לעקל זכות זו. עמדת ההצעה היא עמדת ביניים: היא מגנה על זכות הנהנה, ובכלל זה נהנה שגם יצר את הנאמנות, מפני נושיו, על ידי התניית ההעברה הרצונית של הזכות באישור בית המשפט, בכפוף להתניה סותרת בכתב הנאמנות. העברה שאינה רצונית של הזכות אינה מוגבלת מן הדין, אך נראה כי הדין המוצע מתיר קביעה בכתב הנאמנות כי נושי הנהנה לא יוכלו לעקל את זכותו או לגבות מתוכה את חובם בכל דרך אחרת. ניתן לחשוב על פתרונות חלופיים רבים. פתרון אחד הוא בטלותה של כל נאמנות שזכות נהנה לפיה אינה ניתנת להעברה, לשעבוד או לעיקול. היות שאם היו בנאמנות נהנים מלבד החייב, חזרת הזכויות שהיו כפופות לנאמנות ליוצר, כאילו לא היתה הנאמנות מעולם, תפגע בהם, ראוי לקבוע שהזכויות הללו יחולקו, כתוצאה מן הבטלות, בין מי שהיו נהנים לפי הנאמנות, לפי חלקיהם בהנאה, אך שלא בכפוף לנאמנות. אם חלקי הנהנים השונים בהנאה לא נקבעו במפורש אלא היו כפופים לשיקול דעתו של הנאמן, תחולק ההנאה, שלא בכפוף לנאמנות, בין המועמדים להנאה שווה בשווה. השוני שבין תוצאה זו לבין הרצוי ליוצר עשוי להרתיע יוצרים פוטנציאליים מיצירת נאמנויות בזבזן בכלל ונאמנויות שימור נכסים בפרט. פתרון אפשרי אחר יעניק לנושים כוח לעקל את הסכום המרבי שהנאמן מוסמך לחלק לחייב, בכפוף לחובות הנאמן למועמדים האחרים להנאה מאותה נאמנות.²⁶¹ הסיפה לפתרון זה חשובה, למשל, במקרה שבו הנאמן אמנם מוסמך לחלק את מלוא הערך הכפוף לנאמנות לכל אחד מן המועמדים להנאה, ובכללם החייב, אך

259 למשטרי נאמנות מתירניים הזמינים רק ליוצרים שאינם תושבי המדינה שחוקקה את המשטר, ראו למשל את המשטר הקבוע בפקודת הנאמנויות הבין-לאומיות של האי נויס (לעיל ה"ש 75) ואת זה הקבוע בחוק הנאמנות של איי קוק (לעיל ה"ש 75), וכן את פקודת הנאמנויות הבין-לאומיות של ברוני (לעיל ה"ש 125).

260 ס' 582 להצעת הקודקס, לעיל ה"ש 15.

261 זה הכלל האמריקני המסורתי למקרי נאמנות בשיקול דעת שיוצרה הוא גם נהנה לפיה, לברו או עם אחרים; ראו הערה f לס' 60 ל-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31, וה-reporter's notes שם; ס' 505(a)(2) ל-U.T.C., לעיל ה"ש 31.

לאור כוונות היוצר או בשל צורכי הנהנים שמלבד החייב, חלוקת מלוא הערך לחייב אינה סבירה ותהיה בגדר הפרת חובות שהנאמן חב למועמדים האחרים להנאה.²⁶²

בספרות הוצעו פתרונות רבים אחרים לבעייתיות שבנאמנויות שימור הנכסים. הירש הציע פתרונות הממוקדים בהקשר פשיטת הרגל: אפשר שיצירת נאמנות שימור נכסים תהיה בגדר הענקה שלא בתמורה לצורך דיני ביטול הענקות, ולכן תהיה בטלה כלפי נאמנו של היוצר בפשיטת רגל.²⁶³ אפשר גם שנהנים לפי נאמנות שימור נכסים, ששווי הנאתם עולה על רף מסוים, לא יוכלו לזכות להפטר בפשיטת רגל, על יסוד ההנחה כי בשל זכאותם אינם זקוקים להפטר כזה ויוכלו לעמוד בחובותיהם.²⁶⁴ דנפורת' (Danforth) הציע פתרונות נוספים: אפשר להגביל בתקרה את הסכום שניתן לשריין מפני נושים על ידי נאמנויות שימור נכסים. התקרה יכולה לנקוב בסכום או בשיעור מסוים מתוך נכסי היוצר. ניתן גם לקשור את התקרה לצורכי המחיה של היוצר ותלויו. אפשר להחריג סוגי נושים מסוימים מן השריון, החרגה מוחלטת שאינה תלויה, בניגוד לחריג שבסעיף 20 הקיים, בהחלטה שיפוטית. בין סוגי הנושים הראויים להחרגה לא רק ילדים ובני זוג שהנהנה חב להם מזונות ורשויות המס, אלא גם מי שהנהנה חייב להם פיצוי על נזק שגרם להם. ניתן, לבסוף, להתנות את האפקטיביות של נאמנויות שימור נכסים גם בגילויין למלווה/מוכר לנהנה עובר לחתימת הסכם ההלוואה/מכר, תוך הטלת נטל ההוכחה שאכן היה גילויין על הלווה/קונה.²⁶⁵

אני סבור כי מתוצאת האיזון שערכתי בין השיקולים התומכים בשימור נאמנות שימור הנכסים הישראלית לבין השיקולים התומכים בהגבלתה או בחיסולה עולה כי לפחות לעניין נאמנויות שאחד או יותר מן היוצרים או הנהנים לפיהן הוא תושב ישראל, יש לבחור בפתרון המגביל יצירת נאמנויות בזבזן ונאמנויות שימור נכסים יותר מזה שאומץ בהצעת הקודקס. היות שהנהנים לפי נאמנויות כאלה, ולא מי שעומדים לכרות עמם עסקאות, הם מונעי הנזק הזולים בהקשר זה, ראוי להטיל על הנהנים לפי נאמנויות בזבזן ונאמנויות שימור נכסים חובה לגלות את דבר הנאמנות, את דבר השריון שממנו הם נהנים ואת היקף הנכסים הכפופים לו לצדדים שעמם הם עושים עסקאות ששוויין מעל סכום מינימלי מסוים. בהיעדר גילויין כזה, לא ייתן תוקף להוראה המשריינת שבכתב הנאמנות. בה בעת ראוי גם להגביל את הסכום שניתן להקצות לנהנה יחיד בנאמנויות מסוגים אלה בתקרת סכום, ולקבוע כי הזכאויות המשוריינות מפני נושיו של אדם לפי חוקים כגון פקודת פשיטת רגל, חוק ההוצאה לפועל וחוק הגנת השכר יקוזזו, במקרה שהנהנה משתמש בהן, מן הסכום המרבי שיותר לשריין בנאמנות בזבזן או שימור נכסים. את התקרה יש לקבוע ברמה שתאפשר לנהנה-החייב ולתלויו, לכל היותר, את רמת החיים הממוצעת בישראל, נכון להרכב קבוצת תלויו של הנהנה ולזמן הרלוונטי. חובות מזונות, נזיקין, מסים ותשלומים אחרים לרשויות יוחרגו מן השריון בלא צורך בהכרעה שיפוטית.

262 ראו דיון אצל Danforth, לעיל ה"ש 252, בעמ' 290–306. לחובת הנאמן שלא לשאת פנים בין הנהנים ראו ס' 60 ל-RESTATEMENT, לעיל ה"ש 31.

263 להצעה זו ראו Hirsch, *Fear Not*, לעיל ה"ש 243, בעמ' 2690. וראו בארץ ס' 96 לפקודת פשיטת רגל.

264 Hirsch, *Fear Not*, לעיל ה"ש 243, בעמ' 2706.

265 Danforth, לעיל ה"ש 252, בעמ' 364–366. בעמ' 366 מציע Danforth הטלת Public Notice Requirement על יוצרי נאמנויות שימור נכסים.

הטלת מגבלות אלה תשנה את מערך התמריצים שמשטר נאמנויות הבזבזן ושימור הנכסים הישראלי יוצר. בכפוף למגבלות אלה, נאמנויות כאלה לא יועילו עוד למילוט הון והכנסה גדולים מנושיו של אדם. הן לא יאפשרו עוד את הטעייתם של הצדדים שכנגד לעסקאות מכר או אשראי. הן לא יאפשרו עוד את הפרתן של חובות שמדיני החוזים, הנזיקין והעונשין ומן הדין המנהלי מבלי שהנהנה יישא באחריות ובחובות שדינים אלה מטילים על מפרים ועבריינים. היות שבכפוף למגבלות שהצעת, נאמנויות כאמור לא יועילו עוד למטרות אלה, הן גם יחדלו מליצור תמריצים להפרות ולביצוע עוולות ועבירות. המגבלות הללו יעצבו מחדש את משטר נאמנויות הבזבזן ושימור הנכסים הישראלי ככלי המאפשר רק הרחבה מסוימת של היקף הנכסים שהחקיקה שמלבר לדיני הנאמנות משריינת מפני נושיו של אדם. גם בלבשו החדש, יוסיף המשטר לתמרץ, במידה מסוימת, נהנים לפיו שלא לנקוט את מידת הזהירות בהתנהלותם הכלכלית שייתכן שהיו נוקטים לו לא היו נהנים לפי נאמנות בזבזן או שימור נכסים. אם יהפוך המשטר לידוע ופופולרי, ובהתחשב בחובת הגילוי שתוטל על נהנים לפי נאמנויות כאמור, סביר כי נותני אשראי ומוכרי טובין ושירותים יפתחו תעריפים מיוחדים שיוצעו לנהנים כאלה ויגלמו את תוספת הסיכון שהנאתם לפי נאמנות בזבזן או שימור נכסים תטיל על הנושים. משטר נאמנות הבזבזן ושימור הנכסים הישראלי בלבשו החדש יביא אפוא לפיצול השווקים באשראי, טובין ושירותים לשני מסלולים: מסלול זול הכרוך ברמה נמוכה יחסית של הגנה על נכסי החייב ומסלול יקר המבטיח רמה גבוהה יותר של הגנה כזו. הבחירה בין המסלולים תיעשה בעצם ההחלטה ליצור נאמנות בזבזן או שימור נכסים. בלבשו זה לא יהיה עוד במשטר כדי לגרום נזק, ואף ייתכן כי תהא בו תועלת מסוימת: בשל מחירה של הבחירה במסלול ההגנה המוגברת, סביר כי יוצר יבחר ליצור נאמנות בזבזן או שימור נכסים רק במקרים שבהם בחירה כזו תהא רציונלית גם בהתחשב במחירה, למשל כאשר היוצר או נהנה אחר עומד בפני מהלך שיש בו סיכון כלכלי ניכר, וכאשר הנהנה מתאפיין בנטייה להסתכנות כלכלית מופרזת.

ה. ברירת הדין בנאמנויות

על המלצותי בפרקיו הקודמים של מאמר זה מעיב צל – הנורמה הבין-לאומית שלפיה יוצר נאמנות חופשי לבחור את הדין שיחול על הנאמנות.²⁶⁶ בהינתן נורמה זו, הרי שאף אם המלצותי יאומצו בחוק כחלק ממשטר הנאמנות הישראלי, על פני הדברים יוכלו יוצרי נאמנות ישראלים שיעדיפו שלא לציית למדיניות המשפטית הבאה לידי ביטוי בהמלצותי, לבחור בשיטת משפט אחרת כדין החל על הנאמנות שיצרו. נהנים ישראלים לפי נאמנויות בזבזן ושימור נכסים שלא הוקמו לפי הדין הישראלי יוכלו ליהנות משריון זכויותיהם שלא בכפוף למגבלות שעליהן המלצתי.

פתרון לבעיות אלה מציעה אמנת האג על הדין החל על נאמנויות ועל ההכרה בהן.²⁶⁷ אף שישראל אינה צד לאמנה זו, האמנה משקפת את הדין המודרני באשר לברירת הדין

266 לנורמה זו ראו לעיל ה"ש 109 וטקסט נלווה.

267 אמנת האג, לעיל ה"ש 71.

בנאמנויות, וחשוב מכך, היא מכילה נורמות שיש בהן כדי לפתור את הפוטנציאל הבעייתי שבחופש הבחירה של היוצר את הדין שיחול על הנאמנות, למשל על ידי פיתוח הדין הישראלי לעניין ברירת הדין בנאמנויות ברוח הנורמות הללו. סעיפים 15, 16, 18 ו-19 לאמנה מורים כדלקמן:

15. The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act [...]

16. The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws.

18. The provisions of the Convention may be disregarded when their application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

19. Nothing in the Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters.²⁶⁸

ברוח הוראות אלה יוכל בית משפט ישראלי שבאה לפניו נאמנות שהקים – שלא בכפוף לשיטת המשפט הישראלית – אזרח או תושב ישראל, קרובו (במובן המשפחתי או העסקי) של אזרח או תושב כאמור או ישות משפטית הנשלטת בידי מי מהם במישרין או בעקיפין, שלא להכיר בתחולת הדין שבחר היוצר לעניין שאלות שהסדרתן בדין הישראלי נתפסת כעניין כופה או כעניין של תקנת הציבור. הגידול הכמותי בשימוש בנאמנויות שלפי שיטות משפט זרות בידי נותני שירותי נאמנות ישראלים, ובעיקר השילוב בינו לבין הקשחת משטר מיסוי הנאמנויות הישראלי ב-2005 וההקשחה הנוספת ב-2013,²⁶⁹ מגדילים את הסיכוי שנאמנויות לפי שיטות משפט זרות יידונו בבתי המשפט בארץ לעתים קרובות יותר מאשר בעבר ויזמנו לבתי המשפט הזדמנויות ליישם את הפתרון שהצעת.²⁷⁰

השאלה באילו הוראות שבדין הישראלי יש לראות, לעניין ההכרה בתחולת דין זר על נאמנות, עניין כופה או עניין של תקנת הציבור, חורגת מתחומם של דיני הנאמנות וכן מתחומו של מאמר זה. כך למשל יש להניח כי הוראות הדין המורות על חלוקת הרכוש המשותף של בני זוג עם פגיעת הנישואין ועל הכללת "נכס שבן זוג הוציא או התחייב

268 גם ס' 13 לאמנה עשוי להועיל. הוא מורה: "No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved". לדין בסעיפים 13, 15-16 ו-18-19 לאמנה ראו למשל LORD COLLINS OF MAPESBURY ET AL, DICEY, MORRIS ; AND COLLINS ON THE CONFLICT OF LAWS §§ 29-029-29-036, 29-058 (15th ed. 2012); HARRIS, לעיל ה"ש 109, בעמ' 341-353, 353-355, 386-390, 401-401. לעיל ה"ש 101.

270 ראו ניצנים ראשונים: ת"א 1327/96 LNL REG TRUST נ' לוי (פורסם בנבו, 2.1.2008); עמ"ה 55419-01-12 שטינמן נ' פקיד שומה גוש דן (פורסם בנבו, 13.10.2013).

להוציא מרשותו בכוונה לסכל זכותו של בן זוגו" בבסיס האיזון, ייתפסו ככופות.²⁷¹ ככל האמור בתיקונים שהצעתי במשטר הנאמנות הישראלי, הרי שאם יתקבלו על דעת המחוקק, למשל, המגבלות שהצעתי על הכוח ליצור נאמנויות בזבזן ונאמנויות שימור נכסים, יוכלו בתי המשפט למנוע את עקיפתן על ידי החלתו של דין זר המאפשר יצירת נאמנויות כאלה שלא בכפוף לאותן מגבלות על ידי אי-הכרה בתחולת אותם היבטים של דין זר שנבחר הסותרים את המגבלות שבדין הישראלי. טכניקה הגנתית זו תוכל לסייע גם במקרים שבהם אזרח או תושב ישראל, קרובו או ישות משפטית הנשלטת בידי מי מהם הוא נהנה לפי נאמנות בזבזן או לפי נאמנות שימור נכסים שלא הוקמה בידי גורם ישראלי כאמור, שאינה מכבדת את המגבלות שהצעתי שהדין הישראלי יטיל על נאמנויות מסוגים אלה.²⁷² אף שבחוזים, כמו בנאמנויות, הכלל הוא כוחם של הצדדים לבחור את שיטת המשפט שתחול על החוזה,²⁷³ הדין הישראלי באשר לברירת הדין בחוזים מסמיך את בתי המשפט לדחות לחלוטין, מסיבות שונות, את בחירת הצדדים בשיטת משפט מסוימת כדין החל על החוזה. כך בין משום שהבחירה בה הונעה משיקולי חיסכון מס בלבד,²⁷⁴ בין משום שכיבוד הבחירה יביא לפגיעה בצדדים שלישיים,²⁷⁵ ובין משום שתוכן הדין הזר לא הוכח.²⁷⁶ נראה אפוא כי בתי המשפט לא יתקשו לנקוט, בהקשר הנאמנות, את הצעד העדיף יותר שהצעתי לעיל: להימנע מלהכיר בדין שבחרו הצדדים רק לעניין אותם מהיבטיו הסותרים הוראות כופות שבדינינו או את תקנת הציבור הישראלית.

1. סיכום

מנקודת מבט עכשווית, חוק הנאמנות היה חוק חלוצי, שניבא מגמות בחקיקת הנאמנות העולמית שהתפתחו בעיקר לאחר חקיקתו. עם זאת, חלק ניכר מההתפתחויות שהטרים החוק שליליות, בעיקר ביטול או ריפוף המגבלה המסורתית על משך הנאמנות ועיבוי ההגנה על זכות הנהנה לפי נאמנות מפני נושיו, גם אם הנהנה עצמו יצר את הנאמנות. לכן, על אף

271 ראו ס' 5 ו-7 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, התשל"ג-1973. ראו גם שם, ס' 8(3)-(4).

272 תודה לסיליה וסרשטיין-פסברג על עזרתה בפתרון בעיית ברירת הדין.

273 סיליה וסרשטיין-פסברג משפט בין-לאומי פרטי כרך ב 1508-1509 (2013).

274 בע"ע (ארצי) 418/06 נחושטן נ' קלאסיקה אינטרנשיונל בע"מ (פורסם בנבו, 17.01.2011) קבע חוזה העסקה של עובד כי על העסקתו יחול הדין הקפריסאי, והפורום הנאות לשיפוט יהיה בית המשפט בסומליה. בית הדין הארצי לעבודה קבע כי אף שהצדדים קבעו זאת במפורש, לא נראה כי התכוונו בכנות להחיל על החוזה את הדין הקפריסאי, והבחירה בו נעשתה משיקולי מס בלבד, ועל כן יחול משפט העבודה הישראלי.

275 ברע"א 6574/12 סאמיט פאנר ניהול השקעות בע"מ נ' בן יעקב (פורסם בנבו, 7.3.2013) סירב בית המשפט העליון לכבד תניה המחילה על החוזה את דין איי הבתולה הבריטיים בטענה שהדבר יפגע בצדדים שלישיים. ברע"א 8135/12 Nantucket Ltd נ' דורון (פורסם בנבו, 28.10.2013) החילו הצדדים על הוראות החוזה את הדין התאילנדי, אך בית המשפט העליון סירב לכבד את התניה בשל הפגיעה הצפויה בצדדים שלישיים מפיצול הדין בין ערכאות שונות.

276 בע"א 65/88 אדרת שומרון בע"מ נ' הולינגסורת ג.מ.ב.ה., פ"ד מד(3) 600 (1990) החיל בית המשפט העליון את הדין הישראלי על חוזה שכלל תניה ובה בחירה מפורשת בדין הגרמני, משום שלא הוכח מהו הדין הגרמני בסוגיה.

התקבלותם במדינות שונות בעולם של פתרונות שהופיעו לראשונה בחוק הנאמנות, יש מקום להכניס במשטר הנאמנות הישראלי שינויים ניכרים. המלצתי כי בניגוד למוצע בהצעת הקודקס, יש לשמר את מודל הנאמנות החלופי שמאפשר משטר הנאמנות הישראלי הקיים, שלפיו ניתן ליצור נאמנות מבלי להעביר את הבעלות בנכסים הכפופים לה לנאמן, ואף להכניס תיקונים בדין כדי לעודד את השימוש במודל חלופי זה בפועל. יש לקבוע כי משכן של נאמנויות יוגבל למאה ושישים שנים מאז יצירת הנאמנות. משכן של נאמנויות לצורכי צדקה לא יוגבל. יש לקבוע הסדר מיוחד לעניין תחרות זכויות בין נהנה לבין נושה פרטי של הנאמן, שלפיו במקרה שבו לא יספיקו נכסיו הפרטיים של הנאמן לכיסוי חביותיו הפרטיות, יגבר נושה פרטי של הנאמן שלא ידע ולא היה צריך לדעת על הנאמנות, על זכויות הנהנה בנכסים הכפופים לנאמנות, ככל הנדרש לכיסוי החלק הנותר, בכפוף לכמה תנאים: אם נרשמה הערה בדבר קיום הנאמנות, או שהנכסים הכפופים לנאמנות הוחזקו בהפרדה ברורה מנכסיו הפרטיים של הנאמן, ייחשב הנושה כמי שהיה צריך לדעת על הנאמנות. כדי לגבור על הנהנה יידרש הנושה גם לקבל מן החייב משכון בכל נכס נאמנות שלתוכו הנושה מעוניין לרדת וכן להוכיח, כעניין שבעובדה, כי ביצירת יחסי החיוב עם החייב-הנאמן הסתמך, הסתמכות סבירה, על כל נכס נאמנות שלתוכו ברצונו לרדת. עוד ראוי לקבוע כי במקרה שכיס העושר של הנאמנות לא יספיק לכיסוי נשיית נושי הנאמן במסגרת פעילותו כנאמן, יישא כיס העושר הפרטי של הנאמן ביתרת נשייה זו. שני הסדרים אלה יש לשלב בהצעת הקודקס. לעניין תחרות זכויות בין נהנה לרוכש נכס הכפוף לנאמנות מנאמן מפר, יש להוסיף להסדר המוצע בסעיף 511 להצעת הקודקס הוראה שלפיה במקרה שזכיית רוכש בתום לב ובתמורה תגרום לנהנה הפסד שלא יכוסה בהכפפת התמורה שנתן הרוכש לנאמנות, יוטל על הנאמן להעביר לכיס העושר של הנאמנות ערך בשיעור ההפסד שנתן. יצירתן של נאמנויות בזבזן ונאמנויות שימור נכסים תוגבל: נהנים לפי נאמנויות כאלה יחויבו לגלות את דבר הנאמנות, את דבר השריון שממנו הם נהנים ואת היקף הנכסים הכפופים לו לצדדים שעמם הם עושים עסקאות ששוויין רב מסכום מינימלי מסוים. בהיעדר גילוי כזה לא יינתן תוקף להוראה המשריינת שבכתב הנאמנות. הסכום שניתן להקצות לנהנה יחיד בנאמנויות מסוגים אלה יוגבל בתקרת סכום שתאפשר לנהנה ולתלוייו, לכל היותר, את רמת החיים הממוצעת שתשרור בישראל, נכון להרכב קבוצת תלוייו של הנהנה ולזמן הרלוונטי. הזכויות המשוריינות מפני נושיו של אדם שבחקיקה הקיימת, כגון פקודת פשיטת רגל, חוק ההוצאה לפועל וחוק הגנת השכר, יקוזזו, במקרה שהנהנה השתמש בהן, מן הסכום המרבי שיותר לשריין בנאמנות בזבזן או שימור נכסים. חובות מזונות, נזיקין, מסים ותשלומים אחרים לרשויות יוחרגו מן השריון בלא צורך בהכרעה שיפוטית. כדי להגן על מימושן למעשה של המלצות אלה, לא יכירו בתי המשפט בתחולתם של אותם היבטים של שיטות משפט זרות שיחילו אורחי ישראל או תושביה וקרוביהם על נאמנויות שיצרו, הסותרים אותן.