

נאמנות — FIDUCIA

ד"ר מאיר מינרבי*

מקורות הנאמנות

“Fiducia...accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet; velut, si quis tempus dubium amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi ‘fides’ interponitur; (Boethius in *Ciceronis Topica*, ex l. 4 ad c. 10, 41).

(מקבל נכס בנאמנות אדם שקונה נכס מסוים, על-מנת להקנות אותו בחזרה למוכר או, אם מישהו, בזמן מצוקתו, יקנה לחברו, חזק ממנו, את אחותו, על-מנת שהוא, בחלוף התקופה המסוכנת, יחזיר לו. קנייה כזו נקראה נאמנות, שכן היא מכוססת על “האמון” שאומנם יחזור (הנכס)).

“Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecunia gratia vel mancipatur vel in iure ceditur”

(Isidorus Hispalensis, *E libris originum s. ethymologiarum V 25, 23*)

(“יש נאמנות כשהחייב מוכר חפץ מסוים לנושה, להבטחת החזר הלוואת כספים”). אלה שניים מהמקורות המעטים, ומאד קצרים, של מוסד הנאמנות במשפט הרומי, אבל מספיקים לזרוק אור על מבנה המוסד, אשר בעשר השנים האחרונות מצא ביטוי מסוים גם במדינת-ישראל, כפי שנראה בהמשך דברינו.

חוק הנאמנות הישראלי

לאחר חקיקת חוק הנאמנות, תשל”ט — 1979 (להלן: “חוק הנאמנות”), החלו המשפטים לתהות על מהותה של הנאמנות על-פי חוק חדש זה, האם על-פי מתכונת ה-Trust האנגלי היא, אם לאו. עיקר המחלוקת הוא סביב השאלה האם נאמנות, על-פי חוק הנאמנות, טעונה העברת הבעלות בנכס הנאמנות לירי הנאמן. המחייבים גישה זו

* ד"ר מאיר מינרבי, מרצה מן החוץ באוניברסיטת ת"א.

טוענים, שבהיות חוק הנאמנות מבוסס על המוסד המשפטי של הנאמנות בדין האנגלי ומאחר שדרישה זו קיימת שם, יש לאמץ אותה גם אצלנו, אף אם אין היא מפורשת בחוק הנאמנות; כמ־כך מסתמכת גישה זו על נימוקים אחרים, כגון: שזהו ייחודם של יחסי נאמנות לעומת יחסי משפטיים אחרים, המשיגים תוצאות דומות; הסתמכות על דברי הכנסת בשלבי החקיקה השונים; הדרישה קיימת בחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשכ"ט — 1961, שהוא מוסד משפטי מקביל, ועוד. לעומת זאת, שוללי גישה זו טוענים, כי אין לצמצם את הגדרת הנאמנות על-ידי תוספת הדרישה של הקניית בעלות בנכס הנאמנות לנאמן ומבססים את גישתם בעיקר על הנימוק, כי אין לקרוא בחוק דרישה שאיננה כתובה בו; כי אי-אפשר לפרש חוק בהסתמך על דברי ההסבר לחקיקה או על דברי הכנסת; כי, על-פי כללי הפרשנות, אין הכרח לפרש חוק חדש בהתאמה עם חוק קודם, כמו חוק השקעות משותפות בנאמנות, תשכ"ט — 1961 ועוד. משנוכחו לדעת שאומנם מוסד הנאמנות, כפי שמצטייר מתוך הוראות חוק הנאמנות, איננו מתאים בדיוק למוסד ה-Trust, לפי עקרונות השיטה האנגלוסקסית, נשארה שאלת מהותה של הנאמנות הישראלית בצריך עיון, אם כי, בפסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, שפורסם לאחרונה¹ הובעה דעה התומכת בגישה השניה.

היו גם מלומדים, שלא קיבלו בברכה את חוק הנאמנות, מן הסיבה שהנאמנות נראתה להם זרה לאותן שיטות המשפט הקונטיננטליות שמהן שאב, ועודנו שואב, המחוקק הישראלי את המושגים המשפטיים, הן בדיני חוזים, הן בדיני מקרקעין והן בדיני קניין ואחרים. נגד דעה זו התיצב פרופ' י' ויסמן, שביקש להוכיח כי "אין הזרות של עקרונות הנאמנות (במשפט קונטיננטלי) כה רבה עד כי לא ניתן יהיה לשתול את הנאמנות, ובהצלחה, לתוך מערכת משפטית קונטיננטלית"².

לאור אי-הבהירות והיכוח הנ"ל, נראה לנו שיייתכן כי לימוד מוסד ה-Fiducia במשפט הרומי, אותו משפט שהטביע את חותמו כה עמוקות בשיטות המשפטיות הקונטיננטליות, עשוי לתרום, ולו במקצת, להבנתם של היבטים מסוימים של הנאמנות, כפי שביקש המחוקק הישראלי להנהיג במערכת המשפטית שלנו, ולהביאנו למסקנה שהנאמנות איננה, ככלות הכל, כה זרה למערכת המשפטית הישראלית, כפי שמבט ראשון יכול להיראות.

FIDUCIA

נעיר, ראשית, כי כאשר באים לדבר על ה-Fiducia (מילה לטינית שמשמעה "אמון" וגם "נאמנות", ובמשמעות אחרונה זו נשתמש אנו בעבודתנו זאת) קיימת סכנת טשטוש, בשימוש במונח זה, בין משמעותו הסתמית והרגילה, לבין משמעותו הטכנית-משפטית של המונח. ניטש, בנושא זה, ויכוח בין המלומדים, החוקרים את התפתחות המוסד

1 ת"א (ת"א) 2739/85 ועוד אל-על נחיבי אויר לישראל בע"מ ואח' נ' עובדיה בלס רו"ח ואח', פ"מ תשמ"ט (א) 49-50.

2 י' ויסמן "אבני נגף בחוק הנאמנות" עיוני משפט ז 283.

משלביו הקדומים של המשפט הרומי עד לתקופה הקלאסית, שבה הגיע המוסד לשכלולו המירבי: יש סוכרים, שכבר בתקופה קדומה יחסית, המונח *fiducia*, המופיע לא אחת בקומדיות של *Plautus*, לובש משמעות טכנית-משפטית, המצביעה על המוסד המשפטי, ויש סוכרים שלמונח המופיע אצל *Plautus* משמעות סתמית גרידא, כי דיבר המחזאי הרומאי הדגול לשון בני-אדם, אשר לה משמעויות רחבות יותר, העומדות, אומנם, כיסוד למהות המוסד המשפטי המתפתח באותה תקופה (שמהן, אומנם, שאב את כינויו), אבל אינן מזדהות איתו.

לאחר ההערה הנ"ל, הבה נראה מה המשמעות הטכנית-משפטית של המונח *Fiducia*. ה-*Fiducia* – נאמנות – היתה עסקה משפטית, שעל-פיה הועברה הבעלות בנכס מצד אחד למשנהו באמצעות ה-*Mancipatio*, או ה-*In iure cessio*, כשבאותו מעמד התחייב מקבל הנכס, על-פי הסכם מיוחד (*Pactum*), להחזירו למי שמסרו לו, או לתת לו יעוד מסוים, כמוסכם בין הצדדים.

להבהרת הגדרה זו נזכיר שה-*Mancipatio* וה-*In iure cessio* היו שתי צורות חגיגיות, שרק באמצעותן אפשר היה להעביר את ה-*Dominium ex iure Quiritium* – הבעלות במהותה העתיקה ביותר במשפט הרומי.

ה-*Mancipatio* הקלאסית היתה צורת מכירה מדומה (*Immaginaria venditio*), שהתבצעה לפני חמישה עדים, אזרחים רומיים בגירים, שהראשון מהם נקרא *Antestatus* (העומד ראשון), ולפני אדם נוסף, אף הוא אזרח רומי בגיר, האוחז במאזניים, הנקרא *Libripens* (נרשא המאזניים). הרוכש (קונה מדומה) היה צריך לומר, בנוכחות המעביר (מוכר מדומה) ובאוחזו חתיכת ארד (*Aes rude, Randusculum*) את הנוסחה החגיגית דלהלן:

Hunc ego hominem (fundum etc.) meum esse aio ex iure Quiritium,
usque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra.

(אומר אני שאדם זה (אחווה וכד') הוא שלי על-פי המשפט העתיק, מאחר שנמכר לי תמורת ליברת ארד ונחושת אלה).

לאחר מכן, היה עליו להכות על המאזניים בארד ולתת את חתיכת הארד למוכר, מעין מחיר (*quasi pretii loco*). אם נעשתה העסקה בתמורה, אזי היה הרוכש מזכיר, בהקשר הנוסחה הנ"ל, גם את המחיר הממשי ששילם למוכר בגין רכישת הנכס; אולם, אם העסקה היתה ללא תמורה, כפי שהיה קורה ב-*Fiducia*, או במתנה, אזי היה הרוכש נוקב במחיר סימלי גרידא, *sestertius nummus unus* (מטבע ססטרציוס אחת). הרוכש היה איפוא אומר, בשרכבו את המחיר הסימלי לתוך הנוסחה הנ"ל: *Mihi emptus esto*; בצורה זו *sestertio nummo uno* (יהיה קנוי לי במטבע של ססטרציוס אחת). בצורה זו ה-*Mancipatio*, אף כי מבחינה חיצונית נראתה כעסקת מכר, היתה למעשה עסקה מופשטת, מאחר שעילת המכר היתה מדומה, ואילו העילה האמיתית לא היתה גלויה. לכן, שימשה ה-*Mancipatio* צורה כללית של העברת הבעלות, אשר הועברה ללא קשר עם עילתה, אשר היתה יכולה להיות מכר, מתנה, השאלה, פיקדון על-מנח להחזיר וכד'. באשר ל-*In iure cessio*, היתה לה הצורה החיצונית של *Legis actio*, דהיינו תביעה

משפטית להכרת זכות הבעלות על נכס מסוים, תביעה שאומנם הסתיימה כבר בשלב *in iure*, הווה אומר לפני המגיטראטוס, והיתה אף היא תביעה מדומה, שהתבטאה בשימוש חיצוני של צורה פרוצדורלית כדי לבצע חגיגית את ההעברה הרצונית של זכות הבעלות. הצדדים, בהסכמה ביניהם, היו מופיעים לפני הפריטור או, במחוזות, לפני הנציב; הרוכש הופיע כתובע ותבע לפני המגיטראטוס, שיכיר בזכות הבעלות שלו על הממכר ודיקלם את הנוסחה: *Ego hominem meum esse aio* (אני אומר שאיש זה שלי הוא). המגיטראטוס היה שואל את הצד השני, המוכר, שהופיע כנתבע, האם מתנגד הוא לתביעת התובע וברצונו לטעון לבעלותו על אותו נכס (*Contravindicare*), והלה היה עונה בשלילה, או היה שותק; או אז היה המגיטראטוס מכריז על בעלות התובע בממכר (*Addicare*). כפי שראינו, גם ל־סֶן־דֶקֶב קרון מן אופי מופשט, מאחר שאין עילת התביעה מתגלית ולכן היתה יכולה לפעול באופן כללי לרכישת הבעלות על־פי עילות שונות והיו לה אותו תפקיד ואותה נפקות משפטית של ה־*Mancipatio*. כפי שכבר ראינו לעיל, במעמד העברת הבעלות בנכס נכרת גם הסכם בין הצדדים, הנקרא, כפי המפרשים, *Pactum fiduciae*, שהתלווה להעברת ה־*dominium* בנכס, ואם כי היה נפרד ממנו, היווה, ככל זאת, מפאת זהות המושא, עסקה משפטית אחת. הסכם זה הגביל את הנאמן בשימוש בנכס ובזכויותיו עליו, שהיו, למעשה, זכויות ה־*dominus*, הבעלים.

את זכויותיו של נותן הנכס ב־*fiducia* (במקרה שהנאמן הפר את חובותיו על־פי ה־*pactum fiduciae*), הכטיחה ה־*Actio fiduciae* (תביעת הנאמנות), שהיתה גורמת ל־*Infamia* (אות־קלון) לנתבע שנמצא חייב על־פיה, ואילו זכויות הנאמן כלפי נותן הנכס בנאמנות (החזר הוצאות, פיצויים בגין נזק שנגרם על־ידי נכס הנאמנות וכד') הורכחו על־ידי ה־*Actio fiduciae contraria* (תביעת הנאמנות שכנגד).

על־פי רוב המונח *fiducia* משמש כפי המשפטנים הרומיים כדי לכוון, ראשית, את העסקה עצמה, אולם אפשר לפעמים למצוא גם שימוש במונח זה כדי להצביע על הנכס עצמו, מושא העסקה, ליד כינויים אחרים, כגון: *res fiduciaria* (נכס של הנאמנות) *res fiduciae data* (חפץ שניתן בנאמנות). כדי להצביע על נושאי ה־*fiducia*, השתמשו הרומאים בצירוף מילים, כגון: *is qui fiduciam dedit* (מי שנתן בנאמנות), לכינוי המוטב על־פי הנאמנות, ו־*is qui fiduciam accepit* (מי שקיבל בנאמנות), לכינוי הנאמן, או אם הנאמנות נוצרה כבטוחה לחיוב, יוצר הנאמנות נקרא, פשוט, *debitor* (חייב) והנאמן נקרא *creditor* (נושה).

כמובן, בחינה מדוקדקת של כל הנושא היתה מצריכה עיון מעמיק וארוך, דבר שאין אנו יכולים לעשות במסגרת זאת. נסתפק איפוא בהתווית קווים כלליים ביותר בנושא.

נאמנות מהי ?

נתחיל בעצם השימוש במילה. כפי שציינו לגבי השימוש במילה *fiducia* במשפט הרומי, יש להבדיל בין שני מובנים שיכולים לייחס למילה "נאמנות":
האחד — המונח "נאמנות" במובן רחב, רגיל, שבו משתמשים בני אדם כדי להצביע

על מכלול המושגים של יושר, אמון, אמינות, מהימנות התנהגות ללא רבב, תום-לב, עמידה בהתחייבויות. למוכן זה חשיבות עליונה בכל מערכת משפטית, באשר להתנהגות כזו, בכל מרכיביה או במקצתם, מצפה כל מחוקק מהבריות, ועל-כן מניח אותה כהנחה יסודית (שלאבוננו ניתנת לסתירה) בכל יחס משפטי. במוכן זה מהווה אפוא מושג הנאמנות חלק חשוב במוסדות משפטיים רבים, כגון: הפיקדון, השליחות, האפוטרופוסות, שמירה, שאילה וכדומה.

השני – המונח במשמעות מצומצמת יותר, טכנית-משפטית גרידא, דהיינו יכול הוא להצביע על מוסד משפטי מיוחד, מבוסס כולו ובאופן מוחלט על מכלול תכונות הנאמנות ושמו נגזר ממנו: המוסד המשפטי של "הנאמנות", העומד בזכות עצמו, הנפרד ממוסדות משפטיים אחרים ובעל משטר משפטי מיוחד, משלו. אל מוכנו הראשון של המונח התייחסו, בזמנם, Plautus המחזאי, ולעתים – Cicero, הפילוסוף והנאום הדגול, שהשתמשו בו בכתביהם הלא משפטיים, ואילו מוכנו השני של המונח, השתמשו המשפטנים של התקופות הקלאסית והבתר-קלאסית, כפי שראינו לעיל, כשכבר היה המוסד המשפטי של ה-fiducia מוכר ומפותח היטב. במוכן הראשון היה המושג משותף למוסד ה-fiducia ולמוסדות אחרים, המושתתים על ה-bona fides, כגון ה-mandatum, ה-depositum, ה-commodatum ובכלל כל אותם המוסדות שלגביהם התנהלו, בעת הצורך, ה-bonae fidei iudicia, דהיינו הליך משפטי שבו השופט היה צריך להתחשב בעקרונות היושר ותום-הלב. לאור מה שהבאנו עד כה בקשר עם מוסד ה-fiducia במשפט רומי, הבה נראה אם יכולים אנו להפיק כמה לקחים לגבי מוסד הנאמנות במערכת המשפטית שלנו.

הנאמנות כחוק הישראלי

גם אצלנו, אפשר להבחין בדיכוטומיה זו לגבי המונח "נאמנות" במקורות המשפט. בחוק הנאמנות, דן הפרק הראשון בתכונות הנאמנות וחובות הנאמן באופן כללי, וברורה כוונת המחוקק להתייחס לכל התנהגות בעלת אופי של מהימנות; במילים אחרות, הנאמנות שאליה מתייחס המחוקק בפרק הראשון של החוק, היא אותה הנאמנות במונחה הרחב שראינו לעיל. בהקשר זה מדבר החוק על נאמנות הנרצרת על-פי חוק או על-פי חוזה, כשהכוונה, המשתמעת ברורות בכל הקשר הפרק הראשון, היא יצירת חובות התנהגות אצל אדם מסוים, התואמת את תכונות הנאמנות, הן במקרים שעל-פי החוק, או על-פי החוזה יוצרים מוסד הנאמנות ממש, והן במקרים שהחוק או החוזה קובעים רק שנושאי מוסד כלשהו יישאו בחובות או באחריות של נאמן. ברוב המקרים האחרונים האלה, אומנם, לא יהיה הכרח, להפקת תוצאות מסוימות של הנאמנות, כגון חובות הנאמן, בהעברת זכות הבעלות על נכס הנאמנות ואז ה"זיקה" או ה-"שליטה" שעליהן מדבר החוק יכולות להתבטא ביחס אחר מזה של הבעלות. כך לגבי השלוח, החייב חובת נאמנות כלפי שולחו, כך לגבי מנהלי התאגיד, כך לגבי האפוטרופוס וכך לגבי מקרים אחרים שבחוק. אבל בוודאי אין לומר שבכל המקרים האלה מדובר במוסד הנאמנות, אלא נאמר שבמוסד השליחות חייב השלוח, בין היתר, חובת התנהגות

כמו זו של נאמן, כמוסד של מנהל תאגיד חייב המנהל לנהוג כמו נאמן ובמוסד האפוטרופוסות חייב האפוטרופוס באותה חובה, וכך חייבים חובת התנהגות של נאמן כל נושאי משרה אחרים על-פי חוק, דין או הסכם. במילים אחרות, חובת הנאמנות היא רק גורם אחד במסגרת מוסד משפטי אחר, שאיננו המוסד המשפטי של הנאמנות.

לא כן הדבר בפרק השני (סעיפים 24–17), הדין בהקדשות פרטיים וציבוריים, אשר, למעשה, מהווים יישום מוסד הנאמנות המקורי. כאן, כדי שיווצר ההקדש, חייבים להעביר לידי הנאמן את הבעלות בנכסי הנאמנות, על-מנת שהנאמן יעשה בהם שימוש בהתאם לתכלית ההקדש או ימסור אותם, בתום הנאמנות, לאדם מסוים, או יחזירם ליוצר הנאמנות. לא בכדי דורש המחוקק שיצירת ההקדש, ציבורי ופרטי כאחד, תהא בחוזה, שייחתם בפני נוטריון, או בצוואה על-פי חוק הירושה, תשכ"ה – 1965. יש פה הקבלה די ברורה לצורות החגיגיות הדרושות במשפט הרומי להעברת הבעלות על-מנת ליצור את ה-*fiducia*, דהיינו ה-*mancipatio*, או ה-*in iure cessio*. העברת הבעלות בנכסי הנאמנות ממצה את גורם האמון שיוצר הנאמנות רוחש לנאמן, כי הוא נפרד מנכסיו לחלוטין ומעביר את השליטה המלאה בהם, על-ידי העברת הבעלות בהם, לנאמן. הוא עושה זאת מאחר שהוא בוטח בנאמן, ביושרו ובמהימנותו ויכול לסמוך על כך שהנאמן יעשה בנכסי הנאמנות אותו השימוש הרצוי ליוצר הנאמנות, למרות שבידי הנאמן לעשות בנכסים אלה, בהיותם בבעלותו המלאה, ככל העולה על רוחו.

אבל, אפשר ליצור עסקה משפטית המהווה מוסד נאמנות גם על-פי חוזה, כפי שאומר החוק. הרי במערכת המשפטית הישראלית אין מספר סגור של חוזים. על-ידי חוזים מוגדרים היטב (מכר, שכירות, שאילה וכדומה) קיימת גם האפשרות לכרות חוזים אחרים, שתוכנם יהיה ככל אשר יסכימו הצדדים לו. כך לא תהא כל מניעה לעסקה, שעל-פיה פלוני, הנותן לי הלוואה ואיננו מסתפק בערובה בצורות שהחוק מאפשר לו (משכון או משכנתא), מאחר שאיננו רוצה להסתבך בהליכים הארוכים והיקרים של הוצאה לפועל, יקבל ממני, בבעלותו, אחד מנכסיי, המיועד לשמש כערובה לסילוק הלוואה, תוך כדי התחייבותו כלפי להחזירו לי אם וכאשר אפרע לו את חובי; ואני אסכים לעסקה זו מאחר שסומך אני על יושרו ועל מהימנותו של פלוני המלווה, שלא יעשה שימוש לרעה בזכות הבעלות שהענקתי לו בנכסיי. וכמרכן, אם ברצוני לרכוש נכס ומסיכות שונות, השמורות עמי, אינני רוצה שיוודע הדבר ברבים, אבקש מאדם שאני סומך עליו, כאמור לעיל, שירכוש אותו נכס על שמו בעבורי, כשבינינו הסכם שעם חלוף הסיבות, שבגינן רציתי את עסקת הנאמנות, הוא יחזיר לי את הנכס. הרי עד עצם ימינו אנו נעשות עסקאות כאלה בחיי היום יום שלנו, ואלה העסקות המהוות מוסד של נאמנות ממש, כשבהן העברת הבעלות היא המרכיב המרכזי. גם מוסד הנאמנות על-פי צוואה קיים היום בשיטתנו המשפטית, כשמצווה מוריש לאדם, שהוא סומך עליו, את נכסיו, כולם או מקצתם, וקובע בצוואתו איזה שימוש יעשה נאמנו בנכסים שהוריש לו כאמור. וגם במקרה זה יקבל הנאמן את הבעלות המלאה בנכסי המוריש.

על-ידי הבחנה זו, נדמה לנו, שאפשר לגשר בין שתי הגישות שראינו במבוא לעבודה זו ולומר, שעל-מנת ליצור חובות נאמנות מסוימות אין אומנם צורך בהעברת הבעלות על נכסי נאמנות, ומספיקה זיקה אחרת כלשהי הנותנת לנאמן שליטה בהם, אפשרות

הקיימת, כפי שראינו, גם במשפט הרומי; ואילו כדי ליצור מוסד נאמנות, על כל תוצאותיו המשפטיות, יש צורך בהעברה כזו.

נאמנות בהלכה

הבחנה זו קיימת גם בהלכה, המכילה מקרים של יצירת חובות הנאמנות מבלי שתועבר הבעלות בנכסי הנאמנות לידי הנאמן, אלא השליטה בהם היא שונה משליטת הבעלים. אלה המקרים של הגזבר בקופת הצדקה, של האפוטרופוסים ושל הרבה מקרים אחרים, שאין אנו יכולים להזכירם פה. אבל ישנם גם מקרים של נאמנות גרידא ובהם מופיע המרכיב המרכזי והחינוני של המוסד, שהוא העברת בעלות בנכסים; חינוני על שום מה? על שום שללא העברת הבעלות בנכסי הנאמנות, מיוצר הנאמנות לנאמן, לא היתה העסקה משיגה את מטרתה. מאחר שלא מצאנו שער כה אוזכר, בספרות על הנאמנות, מקרה כזה, הלקוח מההלכה, ברצוננו להביא להלן מעשה, שלדעתנו מהווה דוגמה קלאסית של עסקת נאמנות. והמקרה שהיה כך היה:

”ההיא איתתה דבעיא דתברחניהו לנכסה מגברה, כתבתינהו לברתה, אינסיבה ואיגרשה. אתאי לקמיה דרב נחמן, קרעיה רב נחמן לשטרא. אזל רב ענן לקמיה דמר עוקבא, אמר ליה: חזי מר נחמן חקלאה היכי מקרע שטרי דאינשי! אמר ליה: אימא לי איזי, גופא דעובדא היכי הוה? אמר ליה: הכי והכי הוה. — אמר ליה: שטר מברחת קא אמרת? הכי אמר רב חנילאי בר אידי אמר שמואל: מורה הוראה אני: אם יבוא שטר מברחת לידי — אקרענו. אמר ליה רבא לרב נחמן: טעמא מאי — דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני, הני מילי — לאחריני, אבל לברתה — יהיבא! — אפילו הכי, במקום ברתה — נפשה עדיפא לה. מיתיבי: הרוצה שתבריח נכסיה מבעלה כיצד היא עושה? כותבת שטר פסים לאחרים, דברי רבן שמעון בן גמליאל. וחכמים אומרים: רצה — מצחק בה, עד שתכתוב לו 'מהיום ולכשארצה'. טעמא — דכתבת ליה הכי, הא לא כתבת ליה הכי — קננהי לוקח! — אמר רבי זירא: לא קשיא; הא — בכולה, הא — במקצתה. — ואי לא קננהי לוקח — ניקנינהו בעל! — אמר אביי: עשאום כנכסים שאין ידועין לבעל, ואליבה דרבי שמעון”³.

לפנינו מקרה מובהק של *fiducia cum amico* (נאמנות עם חבר), אם כי בסופו של דבר התברר שבחירת הנאמן לא היתה מוצלחת. אשה, שעמדה להתחתן, ברצותה למנוע שבעלה יקבל את השליטה בנכסיה, מעבירה, עובר לנישואיה, את הבעלות עליהם, ללא תמורה, לבתה, על-ידי שטר קניין; לאחר שהתגרשה, רצתה האשה לקבל את נכסיה בחזרה, אבל הבת הציגה בבית-הדין את שטר הקניין וטענה שהנכסים ניתנו לה במתנה על-ידי אמה. לאחר ברור העובדות, קבע בית-הדין שהבת חייבת להחזיר את הבעלות על הנכסים לאמה, והשטר נקרע. לפנינו מעין *actio fiduciae*, תביעת נאמנות, הנותנת לאישה, היוצרת את הנאמנות, סעד נגד הנאמן שמעל באמונה; תביעה זו, כפי שראינו,

3 תלמוד בבלי: כתובות, ע”ט א; רמב”ם: היד החזקה, “הלכות זכיה ומתנה, פ, ו, יב; שולחן ערוך: אבן העזר, צ, ז.

נחוצה, מאחר שהבעלות על נכסי הנאמנות הועברה לנאמן וללא התערבות בית-הדין לא היתה כל דרך לקבלה בחזרה.

שונה, כמובן, המצב באותם המקרים שהבעלות איננה עוברת, שבהם אין צורך בהתערבות בית-הדין כדי לשים קץ ליחסים המשפטיים, כולל חובת התנהגות בנאמנות, בין הנושאים. כך, למשל, יוכל השולח לבטל את ייפוי-הכוח, שנתן לשלוחו המתגלה כבלתי מהימן, כך יוכלו בעלי-המניות של חברה בע"מ לפטר את המנהל שסרת, וכך אפשר יהיה להעביר ממשרתם אותם נושאי משרה שבהם מרכיב המהימנות הוא בולט ויוצר חובות הנאמן על-פי החוק, אם הממונה לא עמד בהתחייבויותיו לנהוג כמו נאמן.

מספר מסקנות

הבה נראה כעת האם המוסד של הנאמנות יכול להיות מיושם במערכת המשפטית הישראלית. מבחינה פורמלית, הרי סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג — 1973 מאפשר לצדדים לצקת לתוך חוזה תוכן כלשהו, בתנאי, כמובן, שלא יהיה בלתי חוקי, או בלתי מוסרי. מבחינה מהותית, הרי קיימים עוד היום בארץ תנאים נוחים ליישום המוסד. אומנם, יתכן שההיבט הפיסקלי יקשה, בנסיבות מסוימות, על יצירת עסקת נאמנות ויקטין את כדאיותה, אבל מבחינה עקרונית ומעשית כאחת עסקת הנאמנות רצויה, אפשרית ואפילו לעיתים הכרחית. אולם, המצב של אי-ודאות, שבו נמצא המשטר המשפטי של המוסד היום, הנובע מנוסח החוק, שאיננו ממצה ואיננו חד-משמעי, והעדר פסיקה מתאימה, מונע את התפתחותו ואת הרחבת שימוש.

כדוגמה לבעייתיות המתעוררת ביישום מסוים של המוסד, נביא את המקרה הבא: אדם רוצה להיטיב עם אחד מצאצאיו, הזקוק יותר מאחרים לעזרה מיוחדת בהיותו מוכה גורל, כך שבמשך כל ימי חייו יקבל סכום כסף וטיפול סיעודי נאות. לשם כך הוא מייסד, בעודו בחיים, הקדש פרטי, הן מאחר שכוחותיו אינם עימו והוא איננו יכול לטפל בצאצאו, הן מאחר שחפץ לראות איך יפעל ההקדש בלעדיו, לאחר אריכות ימיו ושנותיו והן מכל סיבה אחרת. לייסוד ההקדש הפרטי הוא חותם על שטר הקדש נוטריוני, לפי הוראות החוק, ובו קובע את כל תנאי ההקדש, ממנה את הנאמן ומכתיב את תנאי עבודתו במשך כל ימי חיי צאצאו. השאלה היא האם ימשיך כתב ההקדש להיות בתוקף גם לגבי התקופה שלאחר פטירת מייסד ההקדש, או שמא יפוג תוקפו, מאחר שקביעת הדברים, שיישם ברכוש מייסד ההקדש לאחר מותו, לא נעשתה בצורה היחידה שחוק הירושה, תשכ"ה — 1965 מייחד להוראות שלאחר המוות, דהיינו צוואה? או ייתכן שההקדש, שנוצר בצורה הדומה לאחת הצורות של עשיית צוואה, דהיינו צוואה לפני הרשות, ייחשב כצוואה ויהיה כוחו יפה גם לאחר המוות? עד כה לא הגיעה שאלה זו לבתי-המשפט ואין אנו יודעים איך הם יפרשו את כוחו של הקדש פרטי כזה, ואילו החוק שותק בעניין זה. אנו סבורים ששטר הקדש כזה, שנעשה בחגיגות (לפני הרשות, דהיינו נוטריון), צריך להיחשב כצוואה, דוגמת ה־*fideicommissum* הרומאי, מאחר שיש תועלת בנאמנות זו, היכולה לתפקד ביתר קלות, וזירות ויעילות מאשר הפרוצדורה הארוכה, המסורבלת והיקרה של קיום צוואה, ניהול עזבון וכד'. אנו בדעה שאחת

המטרות של דרישת המחוקק ליצירת ההקדש במסמך נוטריוני היתה לשוות לשטר ההקדש אותה החגיגות של הצוואה, ולכן סביר להניח שתהא למסמך זה אותה הנפקות המשפטית של צוואה.

אבל, אפילו בתחום הערוכות לחיוב יש היום יישומים לנאמנות דוגמת *fiducia cum creditore* (נאמנות עם נושה). נהוג בכמה בנקים היום, שכאשר מקבלים, כבטחון לחיוב, מישכון מניות בחברה פרטית, הרשומות על-שם הממשכן, מועברות המניות הממושכנות על-שם החברה לרישומים, או החברה לנאמנות של אותו בנק, הן כדי לחזק את הבטחה והן כדי להקל על מימושה, בעת הצורך. על-ידי רישומן של המניות על-שם חברת הרישומים, מועברת לחברה זו הבעלות על המניות עצמן, כשקיים הסכם מכללא, שתוחזר לממשכנים הבעלות במניות לאחר פירעון החוב המובטח, וזאת על-ידי הרישום החוזר של המניות הממושכנות על-שם בעליהן המקוריים. אומנם, גם בעסקות אלה מתגלים קשיים לרוב בקשר עם ההיבטים הפיסקליים המתלווים לביצוע העסקה, אולם ניתן להתגבר על קשיים אלה לפעמים אפילו ללא חקיקה מיוחדת, אלא רק תוך הסדרים מתאימים עם רשויות המס, אשר להם, ברוב המקרים, הסמכות להסדרים כאלה.

נסתפק בדוגמאות מעטות אלה, המוכיחות שאין מוסד הנאמנות יכול להיות זר למערכת המשפטית שלנו, כפי שאיננו זר למערכות המשפטיות הקונטיננטליות: במשפט הגרמני המוסד קיים ובמשפט הצרפתי והאיטלקי, אפילו אם איננו מופיע בין החוזים הטיפוסיים, יתכן בהחלט שימושו במסגרת אותו חופש התקשרות, שקיים בארץ, מאחר שעקרונית הנאמנות איננה סותרת, כשלעצמה, את דרישת המערכות המשפטיות האלה של חוקיות ומוסריות העסקה.

דומני, שיש מספיק חומר להתחיל בבניית מוסד הנאמנות. לא התימרנו, במסה זו, לדרון בו *ex professo*, אלא רק להצביע, בעזרת הניסיון של המשפט הרומי, על הכיוון שאפשר ללכת בו כדי להשלים את עבודתו של המחוקק בתחום הנאמנות, שבו נשאר בצל לא מעט פינות. יש לנתח את המציאות היום יומית, את צורכי החיים החברתיים, הכלכליים והפיסקליים, כדי לבנות מוסד שיוכל להוות מכשיר נוח ומועיל לבצוע עסקות מורכבות בחברתנו המתחדשת והמתפתחת.