

השימוש בנאמנות בהקשר יחסי הממון בין בני זוג: אתגרים ופתרונות

מאת

אדם חפרי-וינוגרדוב ורם ריבלין*

השימוש בנאמנויות הוא אחת הדרכים העיקריות להכשלת תכליתם של דיני הרכוש הזוגי: חלוקה שוויונית של רכוש בני הזוג לאחר התרתם או פקיעתם של הנישואין. ההכשלה מתבצעת בשתי דרכים עיקריות: על-ידי שבני זוג אינם מחזיקים ברכושם כבעלים, אלא כנהנים לפי נאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין; ועל-ידי שבני זוג מכפיפים רכוש זוגי לנאמנויות שיצרו בעצמם עבור נהנים שונים, כולל בן הזוג היוצר עצמו. האפשרות להותיר את זהות הנהנים לפי נאמנות ואת היקף הנאתו של כל נהנה לא ידועים לתקופות ארוכות מעצימה את הפוטנציאל שבמוסד הנאמנות להכשלת תכלית דיני הרכוש הזוגי. חלק מבתי המשפט שנתקלו בשימוש כזה במוסד הנאמנות אפשרו אותו, ללא דיון מספיק, אף שהוא סותר חובות שבדין. המאמר הנוכחי הוא החיבור הראשון בספרות המשפטית בעברית המכיל התמודדות מקיפה עם הפוטנציאל שבמוסד הנאמנות לעקיפת דיני הרכוש הזוגי. תיאורנו בפירוט את הבעייתיות האמורה, מיפינו את גבולות השימוש הלגיטימי בנאמנות לשינוי תוצאות חלוקת הרכוש בין בני זוג לשעבר והצענו פתרונות משפטיים לשם חסימת השימוש שאינו לגיטימי בנאמנות להכשלת דיני הרכוש הזוגי. לעומתנו, הנאה של בן זוג לפי נאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין כפופה לאיזון המשאבים שבין בן הזוג הנהנה לבן זוגו, אם היא בגדר תמורה על פעולות שביצע הנהנה תוך כדי הנישואין. הנאה של בן זוג לפי נאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין, שאופייה מתנתי ולא תמורתי, עשויה להיות כפופה לשיתוף ספציפי בין בן הזוג הנהנה לבן זוגו. הצענו דרכים לשומת הנאה של בן זוג לפי נאמנות, שהיקפה טרם נקבע במועד חלוקת הרכוש, וכן של מועמדות של בן זוג להנאה לפי נאמנות כזו. באשר לנאמנויות שיוצר בן זוג במהלך הנישואין וכופף להן רכוש הכפוף לאיזון המשאבים או לשיתוף ספציפי, הצענו כללים להבחנה בין נאמנויות כאלה העולות בקנה אחד עם דיני הרכוש הזוגי וגוברות על זכויות בן זוגו של היוצר ברכוש שהוכפף להן, לבין נאמנויות הסותרות את דיני הרכוש הזוגי ונדרחות מפני דינים אלה. לבסוף פירטנו סעדים שנועדו לתקן את תוצאותיה של נאמנות שיצר בן זוג וכפף לה רכוש זוגי ולהשיב על כנן את התוצאות שהיו מתקבלות מהכפפת רכוש בני הזוג לדיני הרכוש הזוגי לולא נוצרה הנאמנות.

מבוא. א. בן זוג כנהנה מנאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין. 1. נקודת המוצא: הבסיס העיוני של הסדר איזון המשאבים. 2. הנאת בן זוג מנאמנות ומשטר הרכוש הזוגי: אתגרים מיוחדים. 3. מתאוריה למעשה: מתווה לפתרון בעיות האפיון והזמן. 4. נאמנויות מתנתיות או ירושתיות בראי

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אנו מודים לאיל זמיר ולשחר ליפשיץ על הערותיהם המפורטות על טיוטת מאמרנו, וכן למשתתפי הסדנה למשפט פרטי בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, והכינוס השנתי האחד-עשר של האגודה הישראלית למשפט פרטי. אנו מודים גם לעורכי **משפטים** ולחברי המערכת על עבודת השיפוט והעריכה המפורטת והמועילה שהשקיעו במאמרנו.

דוקטרינת השיתוף הספציפי. 5. חסינותה של זכות נהנה לפי הקדש. 6. מתווה לפתרון בעיית השומה של מועמדויות להנאה. 7. שימוש בסמכות שמן היושר לפי סעיף 8 לחוק יחסי ממון. 8. פעולות נאמן שלהן השלכות לעניין חלוקת הרכוש בין נהנה לבין זוגו. **ב. בן זוג כיוצר נאמנות.** 1. רקע: פעולת בן זוג, במהלך הנישואין, ברכושו הכפוף לדיני הרכוש הזוגי. 2. יצירת נאמנות ברכוש הכפוף לדיני הרכוש הזוגי: אתגרים משפטיים. 3. יצירת נאמנות בנכסים הכפופים לדיני הרכוש הזוגי לטובת נהנה זר: מתווה לזיהוי מועד הוצאת הרכוש מרשות היוצר ולפתרון שאלת התמורה. 4. מקרה מיוחד: יצירת נאמנות לטובת בני משפחה. 5. מקרה מיוחד: נאמנות לטובת היוצר. 6. תוצאותיה של יצירת נאמנות פסולה: פתרון בעיית הסעד. **ג. סיכום.**

מבוא

בפרשת **ארנון נ' פיוטרקובסקי** היה ארנון נתון בתהליך פירדה מאשתו שעה שרכש מניות של חברת סלקום. על מנת שהמניות לא יהיו כפופות לאיזון המשאבים הממשמש ובא, ביקש ארנון מפיוטרקובסקי להחזיק את המניות בנאמנות עבורו. פיוטרקובסקי הסכים לכך. ארנון שילם את מחירן של המניות, ואילו פיוטרקובסקי נרשם כבעליהן. בהסכם הגירושין שכרת עם אשתו ציין ארנון כי יש לו רכוש נוסף על זה שפירט, שעליו אינו מצהיר, ושביניו שילם לאשתו פיצוי של כמה מיליוני דולרים. ארנון לא גילה לאשתו את קיום הנאמנות או המניות שהוכפפו לה. לאחר כמה שנים, כשסלקום עמדה לחלק, לראשונה, דיורידנד נכבד, ביקש ארנון מפיוטרקובסקי להעביר לידיה את המניות הכפופות לנאמנות. פיוטרקובסקי סירב והכחיש את קיום הנאמנות. בהמשך לכך תבע ארנון את פיוטרקובסקי וביקש צו הצהרתי המכיר בזכויותיו כנהנה לפי הנאמנות וצו המורה לפיוטרקובסקי להעביר את הנכסים הכפופים לנאמנות, המניות ודיורידנדים של כשישים מיליון ש"ח ששולמו עליהן,¹ לידיה. לאחר שארנון הוכיח בבית המשפט את קיום הנאמנות, נתן לו בית המשפט את הסעדים שביקש. אף שבית המשפט היה מודע לכך שהנאמנות נוצרה כדי למלט את ניירות הערך מאיזון המשאבים בין ארנון לאשתו ולהמירם בפיצוי הקטן מהם בערכו לאין ערוך, לא נתן בית המשפט לכך כל ביטוי אופרטיבי. בית המשפט בחר שלא לנצל את היות הסעדים שביקש ארנון חלק מדיני היושר, ולכן כפופים לשיקול דעתו של בית המשפט. מקובל שלא לתת סעדים מן היושר למי שבאים לבית המשפט בידיים שאינן נקיות. בפועל הסעד שנתן בית המשפט אפשר את מימוש כוונת המלוט של ארנון. בית המשפט אף הטעים כי "מכאן שניתן להשתמש בנאמנות כמכשיר להסתרת זכויות בנכסים, על-ידי העברתם לבעלות הנאמן, וזוהי, למעשה, עסקת הנאמנות הקלאסית".² אמנם הימנעות ממתן הסעדים שביקש ארנון הייתה מועילה לפיוטרקובסקי, שהיה חסר תום לב בעצמו.

¹ לשווי דיורידנדים ששולמו על המניות של ארנון בעוד פיוטרקובסקי מחזיק בהן, ראו ע"א 2395/17 **ארנון נ' פיוטרקובסקי**, פס' 1 לפסק הדין (נבו 10.12.2019).

² ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 548/06 **ארנון נ' פיוטרקובסקי**, פס' 18 לפסק הדין (נבו 1.3.2009) (להלן: עניין **ארנון** או פרשת **ארנון**) ("בחקירתו, הבהיר המבקש, לראשונה, את המניע ליצירת הנאמנות הנטענת. המבקש העיד כי לא רצה שהמניות יירשמו על שמו, מכיוון שבתקופה הרלוונטית היה בעיצומה של מסכת פרידה מאשתו, והוא העדיף שלא לערב בכך את המניות שקיבל מידי ספרא [...] דבר הנאמנות אמור היה להישמר בסוד"). לכלל שלפיו סעדים מן

בפרשת פלוני העביר הבעל את מניותיו בשתי חברות שניהל לאחת, בנאמנות עבורו, לאחר שיחסיו עם אשתו התערערו. ההעברה בוצעה כדי שאשתו "לא תוכל לשים עליהן את ידה" ולעקלן במסגרת הליך הגירושין.³ לאחר שהבעל הסתכסך עם גיסו, שהיה גם שותפו העסקי, הכחישה האחות את דבר הנאמנות. הבעל הגיש תביעה נגד אחותו לבית המשפט, הוכיח את קיום הנאמנות וקיבל הצהרה בדבר קיומה. גם בפרשה זו אפשר הסעד שנתן בית המשפט את מימוש כוונת הבעל למלט נכס נכבד ממסת הנכסים הכפופה לאיזון המשאבים לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג.⁴ בית המשפט הוסיף כי "אכן, המניע לביצוע העסקה היה ניסיון להברחת רכוש מאשת התובע. ואולם, העובדה כי במעשה זה היה ניסיון לעשוק את אשת התובע, אינה יכולה להעניק לנתבעת [האחות] זכויות בנכסים שהתובע מעולם לא העניק לה. גם הנתבעת נטלה חלק בניסיון העושק בכך שהסכימה לקבל את המניות ולפיכך היא אינה יכולה לטעון כי 'מעילה בת עוולה לא תצמח תביעה', שעה שהיא נטלה חלק במעשה העוולה".⁵ בהמשך לדברים אלה ציטט בית המשפט את הדברים שהובאו למעלה מפרשת ארנון בלי להביע כל הסתייגות מן האפשרות להשתמש בנאמנות כמכשיר להסתרת זכויות בנכסים.

בפרשת טייג רכש בעל, שהיה נתון בתהליך פרדה מאשתו, דירה למגוריו שלו ורשם את הזכויות בה על שם אישה אחרת שעזמה ניהל מערכת יחסים. בית המשפט שדן בפרשה זו הסביר כי הבעל עשה כן כדי "להסתיר את דבר רכישת הנכס, מידעת אשתו, על מנת שלא תשים ידה על נכס זה".⁶ האישה שנרשמה כבעלת הנכס החזיקה בו בנאמנות עבור הבעל / הרוכש. מאוחר יותר כפרה בנאמנות וטענה שהבעל נתן לה את הדירה במתנה. בית המשפט דחה את טענת המתנה, הכיר בנאמנות והורה על רישום הזכויות בנכס על שם הבעל מבלי שהוא מבטא כל הסתייגות שהיא מן ההערמה שהערים הבעל על הדין הקובע חלוקת רכוש בין בני זוג בתום הקשר הזוגי. כמו בשני המקרים הקודמים, סייע פסק דינו של בית המשפט להצלחת הערמה זו.⁷ בשלוש הפרשות נתנו בתי המשפט סעדים שסייעו למימוש נאמנויות שנוצרו כדי למלט את הנכסים שהוכפפו להן מפני דיני הרכוש הזוגי החלים בין יוצר הנאמנות לבין בן זוגו אגב התרת נישואיהם. חוק יחסי ממון מבטא את מגמתו של המחוקק למנוע מבני זוג להבריח נכסים מתוך המסה הכפופה לאיזון המשאבים.⁸ הברחת נכסים בהקשר דיני הרכוש הזוגי היא העברתם לאחר, כדי שלא יחשבו לנכסי בן הזוג לצורך דיני הרכוש הזוגי בכלל ואיזון המשאבים בפרט, מתוך כוונה שלאחר שתסתיים חלוקת הרכוש בין בני הזוג לשעבר יחזיר הנעבר את הנכסים למעביר.

היושר כפופים לשיקול דעתו של בית המשפט ואין נותנים אותם למבקשים שאינם נקיי כפיים, ראו למשל הפ"ב (שלום חי) 72773-05-19 **דבי נ' כעביה**, פס' 30–31 לפסק הדין (נבו 31.12.2019); עופר גרוסקופף "חוזה פסול" **חוזים** כרך ג 473, 586 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים 2003).

³ תמ"ש (משפחה ת"א) 38320-08 **פלוני נ' אלמונית**, פס' א(4) לפסק הדין (נבו 8.11.2011).

⁴ חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון).

⁵ עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 3, פס' ב(י)(2).

⁶ ת"א (מחוזי ת"א) 2112/06 **טייג נ' בר דוד**, פס' 6 לפסק הדין (נבו 22.9.2009).

⁷ שם.

⁸ ס' 7, 11 לחוק יחסי ממון.

הברחת נכסים תתכן כמובן גם במטרה למלט את נכסי המעביר מחביונות שמקורן אינו בדיני הרכוש הזוגי, כגון חביונות חוזיות, נזיקיות או חביונות מס. יחסם המאפשר של בתי המשפט שפסקו בשלוש הפרשות לניסיונות הברחה הכרוכים בשימוש במוסד הנאמנות סותר את מגמת חוק יחסי ממון, ולכן מפתיע.⁹ אמנם בפסק דין אחד לפחות כפף בית המשפט, ללא דיון, הנאה של בן זוג לפי נאמנות לשיתוף שבינו לבין בת זוגו:¹⁰ בניגוד לפסקי הדין בפרשות ארנון, פלוני וטייג, שניתנו בהליכים שבין הבעל / יוצר / נהנה לבין הנאמן שמינה לו, ניתן פסק הדין בפרשת ע"ק נ' ד"ק בהליך שבין שני בני הזוג. למרות מקרה אחרון זה, יחסם המאפשר של השופטים שדנו בפרשות ארנון, פלוני וטייג לניסיונות ההברחה שנדונו בהן, אגב הכרה בתפקיד הנאמנות כ"מכשיר להסתרת זכויות בנכסים" כאילו אינו סותר חובות שבדין, מחייב דיון. יתר על כן, השימוש בנאמנויות עשוי להשפיע על תוצאת דיני הרכוש הזוגי גם במקרים שאין בהם הברחה, כלומר גם כאשר אין מדובר בהעברת נכסים על מנת לזכות בהם שוב לאחר חלוקת הרכוש בין בני הזוג. השימושים בנאמנות, העשויים להשפיע על תוצאת דיני הרכוש הזוגי, רבים ומגוונים, ורבים מהם אינם כרוכים בהברחה. מורכבותם של דיני הנאמנות ושל דיני הרכוש הזוגי מכבידה על ההתמודדות הנורמטיבית עם המפגשים ביניהם. מאמרנו מציג דיון מקיף בשימוש בנאמנויות כדרך לשנות את תוצאת איזון המשאבים לפי החוק, ודיני הרכוש הזוגי בכלל, ובגבולות שיש לשים לשימוש זה.

נפתח בהסבר של יסודות מוסד הנאמנות מכאן ודיני הרכוש הזוגי מכאן. מוסד הנאמנות הוא אחת מאבני היסוד במשפט הפרטי. נאמנות אינה תאגיד. נאמנות היא מערכת יחסים שבמסגרתה מחזיק א, הנאמן, בנכסים עבור ב, הנהנה. מערכת היחסים נוצרת בידי ג, המכונה היוצר. היוצר יוצר זיקה בין הנאמן לבין נכסים וכופף את הנכסים להוראות שאותן הוא נותן לנאמן. הזיקה יכולה להיות זיקת בעלות, אך לפי הדין הישראלי היא יכולה להיות גם זיקה אחרת, ולמשל כוח לעשות בנכסים בלי להיות בעליהם ואף בלי להחזיק בהם.¹¹ כל אחד משלושת הקטבים של יחס

⁹ ניסיונות כאלה מופיעים גם בפסקי דין נוספים. ראו למשל ע"פ 29/13 בירנבוים נ' מדינת ישראל (נבו) 16.2.2014). מנגד, מפסק הדין בתמ"ש (משפחה נצ') 3011/07 ל"א נ' מ"א (נבו) 26.11.2015) עולה רושם כי לו הייתה האישה מצליחה להוכיח כי הנכסים שבהם דובר שם הוחזקו בידי בעליהם הרשומים בנאמנות עבור בעלה, היו נכסים אלה מוכפפים לחזקת השיתוף, שחלה על יחסי הממון בין בני הזוג. אך האישה לא הצליחה להוכיח זאת, ובית המשפט לא נזקק לשאלת כפיפותם של נכסים שהוחזקו בנאמנות עבור מי מבני הזוג לשיתוף הנכסים שביניהם. דומה שכאשר לא נעשה שימוש במונח "נאמנות" נוקטים בתי המשפט גישה תקיפה יותר כלפי המבריחים רכוש מפני דיני הרכוש הזוגי. כך בתמ"ש (משפחה ראשל"צ) 28242-08 חר"ג נ' צ"ג (נבו) 1.7.2010) העביר הבעל כספים לחשבון בנק בבעלות אחותו וטען שהחשבון אינו שלו, "שאחותו מנהלת אותו על פי הבנתה, הוא סומך עליה, ולו אין מידע". תכולת החשבון הוכפפה לאיזון, כמו גם "העברות כספיות שהתבצעו מאותו חשבון לבני המשפחה המורחבת של [הבעל]".

¹⁰ תמ"ש (משפחה רשל"צ) 35541-10-10 ע"ק נ' ד"ק, פס' 53 לפסק הדין (נבו) 17.11.2013) (להלן: תמ"ש-35541-10-10).

¹¹ ראו הגדרת הנאמנות בסעיף 1 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979. לפרשנות ההגדרה, ראו אדם חפרי-וינוגרדוב "דין הנאמנות בישראל: מאבני נגף לאבני חן?" משפטים 439, 444-450 (2015) (להלן: חפרי-וינוגרדוב "דין הנאמנות").

נאמנות – היוצר, הנאמן והנהנה – יכול להיות אדם בשר ודם או תאגיד. כל אחד מקטבים אלה יכול להכיל יחיד או רבים, בד בבד כמו גם זה לאחר זה. אדם או תאגיד יכול לאייש יותר מאחד משלושת הקטבים: אדם יכול ליצור נאמנות עבור עצמו, ואף להכריז כי נכסים המוחזקים בידו כבעלים שלא בנאמנות יוחזקו בידי, מזמן מסוים ואילך, בנאמנות עבור פלוניס ואלמוניות. ניתן ליצור נאמנות בחיים – בחוזה, בכתב הקדש חד-צדדי שעליו חתם היוצר בפני נוטריון או בהוראת מינוי מוטבים הניתנת לחברת ביטוח או קופת גמל – וכן בצוואה.¹² כמו בחברה, המפרידה בין הבעלות לניהול, הנאמנות מפרידה בין הכוח לעשות בנכסים לבין הזכות ליהנות מהם. הכוח לעשות בנכסים מוקצה לנאמן, והזכות ליהנות מהם – לנהנה. בניגוד לשליחות, נאמנות אינה פוקעת עם מות היוצר או הנאמן, עם חדלות פירעונם או עם אובדן כשרותם המשפטית.¹³ אם אינו נאמן או נהנה, היוצר אינו ממלא בדרך כלל תפקיד כלשהו בנאמנות שיצר בחייו, לאחר יצירתה, ולכן מותו, חדלות פירעונו או אובדן כשרותו אינו משנה דבר בנאמנות זו. לנאמנות שהנאמן שלה נפטר, הגיע לחדלות פירעון או איבד את כשרותו המשפטית ניתן למנות נאמן חלופי. נאמן חב לנהנים חובות רבות, ובהן החובה "לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם ולפעול להשגת מטרות הנאמנות"¹⁴ וכן חובת אמן.¹⁵

נאמנויות נוצרות למטרות שונות. נאמנויות מתנתיות (donative trusts) מאופיינות בהעדר תמורה מצד הנהנה. נאמנויות כאלה נוצרות כדי להגביל את השימוש ברכוש שהוכפף להן למטרות הראויות בעיני היוצר, כגון מימון מגורים ורכישת השכלה גבוהה, ומניעת השימוש בו למטרות אחרות, כגון הימורים וחיי הוללות בזבזניים; כדי לספק את צורכיהם של מי שאינם מסוגלים לספק את צורכיהם שלהם – קטינים, חסרי כשרות משפטית אחרים ומי שאף שיש להם כשרות משפטית אינם מסוגלים לספק לעצמם את צורכיהם; כדי לכפוף את הרכוש שהוכפף להן לניהול והשקעה מקצועיים; וכדי להקצות זכויות ברכוש בין בני משפחה או אחרים בדרכים שדיני הירושה אינם מאפשרים. נאמנויות מתנתיות נוצרות לעתים כנאמנויות פרטיות, כלומר נאמנויות לטובת נהנים מסוימים, ולעתים כנאמנויות לצורכי צדקה (charitable trusts), הנוצרות להגשמת מטרה מסוימת המועילה לציבור או לקבוצה שבו ולא לנהנים מסוימים דווקא. בדיון הישראלי, בניגוד לרוב שיטות המשפט האחרות, ניתן ליצור נאמנויות מטרה (purpose trusts), כלומר נאמנויות שאין להן נהנים מסוימים, גם למטרות שאינן בגדר צורכי צדקה, ולמשל להעביר את מניותיה של חברה לבעלות נאמן על מנת לטשטש את זהות בעליהן הקודם. נאמנויות עסקה (commercial trusts) נוצרות כחלק מעסקה מורכבת, שבמסגרתה היוצר והנהנה כאחד נותנים תמורה. הדוגמה הנפוצה ביותר בישראל לנאמנות עסקה היא הנאמנות על המחיר הנוצרת בחוזים רבים למכר מקרקעין שלפיה הקונה מעביר את מחיר הדירה לא ישירות למוכר אלא לנאמן, וזה מצווה להעביר את המחיר למוכר בשלבים, עם הגעת תהליך מימוש המכר לאבני דרך שהוגדרו

¹² ס' 17(א) לחוק הנאמנות.

¹³ לעניין דין השליחות, ראו ס' 14(א) לחוק השליחות, התשכ"ה–1965.

¹⁴ ס' 10(א) לחוק הנאמנות.

¹⁵ שם, בס' 10(ב).

מראש.¹⁶ נאמנויות השקעה (investment trusts) מיועדות להשאת הערך הכפוף לנאמנות באמצעות ניהולו המקצועי. לצד נאמנויות ההשקעה היחידאיות, שלהן יוצר יחיד המעביר רכוש לנאמן כדי שישא את ערכו, נפוצות מאוד נאמנויות ההשקעה הקולקטיביות, ובהן קרנות להשקעות משותפות בנאמנות (המכונות "קרנות נאמנות"), קרנות פנסיה וקופות גמל אחרות. חלק מהשימוש במוסד הנאמנות נעשה כדי לעקוף דינים אחרים: ליצור, באמצעות השימוש בנאמנויות, מצב משפטי שונה מזה שהיה נוצר לולא השימוש בהן.¹⁷ כך הזכרנו למעלה את השימוש בנאמנויות כדי להקצות זכויות ברכוש בין בני משפחה בדרכים שדיני הירושה אינם מאפשרים. במקרים אחרים משתמשים בנאמנויות כדי להרחיק רכוש מהישג ידם של נושי היוצרים או הנהנים וכן כדי לצמצם חביות מס. גם צורות משפטיות אחרות, כגון החברה בע"מ, מאפשרות השגת תוצאות משפטיות שונות מאלה שהיו מושגות לולא השימוש בהן. אך למוסד הנאמנות מאפיינים המתאימים במיוחד להקצאת זכויות ברכוש כדי למזער חביות. כך ניתן ומקובל לתת לנאמן שיקול דעת באשר לזהות הנהנים שלהם יחולק הרכוש הכפוף לנאמנות ולכמות הרכוש שתחולק לכל אחד מהם. היות שנאמנים שניתן להם שיקול דעת כזה אינם ממחרים להשתמש בו, זהות האדם או הישות שהיו ראשי ליהנות מן הרכוש הכפוף לנאמנות נותרת לא פעם לא ידועה לפרקי זמן ארוכים. במצב זה עשוי הרכוש הכפוף לנאמנות שלא להיות כפוף לחובותיו של איש: לא לחובות היוצר, שהעביר את הרכוש לנאמן ושוב אינו שולט בו או נהנה ממנו, לא לחובות הנאמן, שאינו ראשי להנות מן הרכוש,¹⁸ ולא לחובות הנהנה – שכן טרם נקבע מי יינה מן הרכוש.¹⁹ נושיהם של היוצר, של הנאמן ושל המועמדים להנאה שביניהם הנאמן חייב או ראשי לחלק את הרכוש הכפוף לנאמנות, עלולים למצוא עצמם ללא מקור לגבות ממנו את מה שהחייבים חבים להם, למרות קיומו של רכוש ניכר, הכפוף לנאמנות. מאפיין נוסף של מוסד הנאמנות המקל את השימוש בו כדי למלט רכוש מחביות הוא הסודיות שמוסד זה מאפשר: אין מרשם נאמנויות, והדין אף אינו דורש רישום הערה בדבר קיומה של נאמנות במקרה שנכס שזכויות בו טעונות רישום כפוף לנאמנות.²⁰ האפשרות שבדין הישראלי ליצור נאמנות מבלי להעביר את הבעלות בנכסים המוכפפים לה לנאמן מעצימה את אפשרויות החיסוי וההסוואה שבמוסד הנאמנות.²¹

¹⁶ נאמנויות מסוג זה נדונו בפסקי דין רבים. ראו למשל ע"א 237/83 מילר נ' רורליך, פ"ד מ(2) 468 (1986); ע"א (מחוזי ת"א) 1071/04 בן שמעון נ' סקאללה (נבו) 10.9.2006; ע"א 4260/15 אלעזר נ' עירית הוד השרון (נבו) 11.4.2018.

¹⁷ ראו דיון בשימוש זה במוסד הנאמנות אצל Mark Bennett & Adam Hofri-Winogradov, *The Use of Trusts to Subvert the Law: An Analysis and Critique*, 41 OXF. J. LEGAL STUD. 692 (2021).
¹⁸ ס' 3 (ב) לחוק הנאמנות (המורה כי "אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות").

¹⁹ שם, בס' 20 (היוצר שכבה נוספת של הגנה על נהנים מפני נושיהם). כן ראו את הדיון בתת-פרק א.5 להלן.

²⁰ ס' 4 לחוק הנאמנות.

²¹ בהקשרים שמחוץ לדיני הרכוש הזוגי מתייחסים לעתים בתי המשפט בשלילה לשימוש בנאמנות כדי להסוות את זהות בעלי, או בעלי המיועד, של נכס הכפוף לה, וכך להימנע מהכפפת נכס זה לזכויות אחרים ולחביות הנובעות מזכויות הבעלים המוטוה או מעסקאות שעשה בנכס. בת"א (מחוזי מר') 13077-02-12 כהן נ' הרכבי (נבו) 26.10.2015 (ערעור וערעור שכנגד על פסק הדין לבית המשפט העליון נדחו בע"א 8506/15 ריכטר נ' כהן (נבו)).

בין החברות שניתן למזער באמצעות השימוש בנאמנויות מצויות גם אלו שיוצרים דיני הרכוש הזוגי. דיני הרכוש הזוגי הישראליים החלים על בני זוג שנישאו למן שנת 1974,²² מורכבים משתי שכבות מרכזיות. השכבה העיקרית היא הסדר איזון המשאבים, הקבוע בחוק יחסי ממון בין בני זוג. הסדר זה חל על כל נכסי בני הזוג בעת התרתם או פקיעתם של הנישואין למעט "נכסים שהיו ל[בן- או בת-הזוג] ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין".²³ במילים אחרות, ההסדר חל על הנכסים שאותם צברו בני הזוג במאמץ משותף במהלך חיי הנישואין.²⁴ לפי ההסדר, יש לערוך לעת התרת הנישואין או פקיעתם איזון של המשאבים שנצברו במהלך הנישואין וכך מי מבני הזוג שצבר משאבים רבים יותר יעביר ערך לבן הזוג שצבר פחות, עד להשגת איזון בין השניים. האיזון כפוף לסמכות שמן היושר, הקבועה בסעיף 8 לחוק, ולפיה רשאי בית המשפט בנסיבות מיוחדות להורות על איזון המשאבים באופן שאינו מחצה על מחצה, להוציא נכסים מן האיזון, להורות על עריכת האיזון לפי הנכסים שהיו בידי הצדדים במועד הקודם למועד עריכת האיזון או להורות על עריכתו לפי שווי הנכסים המתאזנים במועד שקדם למועד זה. השכבה השנייה של דיני הרכוש הזוגי עניינה בעיקר באותם נכסים "חיצוניים", שאינם כפופים

10.4.2018)), חויבו יוצרי נאמנות לטובת עצמם, שבחרו שלא לרשום הערה בדבר קיום הנאמנות ובכך יצרו את הסיכון שהתממש כאשר הנאמן הפר את חובותיו והשתמש בנכס הנאמנות כבטוחה שנתן לנושה "פרטי" שלו, לפצות את הנושה הפרטי בסכום נכבד. בתמ"ש (משפחה טב') 7230-06-09 ח"מ ג' ר"מ (נבו 9.9.2012), נדחתה תביעה בה טען התובע כי דירה שבה גר נרשמה על שם אחיו, הנחבצ, בנאמנות, כדי לחמוק מחיוב מס שהיה מושת על התובע אם הייתה הדירה נרשמת על שמו. בית המשפט פסק כי "לא ייתכן שבית המשפט יעניק סעד שהוא סעד שביושר לתובע שמצהיר על עצמו ומצהירים עליו חבריו הטובים, כי הרישום של הבית אינו אמיתי הואיל והוא נועד להלבין כספים. בית המשפט אינו מכבסת כספים וסעד הצהרתי לא יינתן כדי להלבין הון. צדדים שעורכים עסקאות במטרה להשתמש מתשלום מס או כדי להלבין הון, חייבים לדעת, כי בעשותם כן הם לוקחים סיכון שבבוא היום, 'עסקת המקור' לא תוכר ולא תכובד על ידי בית המשפט" (שם, בפס' 42). בתי המשפט מתייחסים בשלילה גם לשימוש בנאמנות כדי להסוות את זהות בעליו, או בעליו המיועד, של נכס הכפוף לה ובכך להימנע מאובדן זכויות רווחה המוקנות לבעלים המוסווה ומותנות במבחני נזקקות: כך בתמ"ש (משפחה ת"א) 28574-05-11 סב"ד ג' י"ר (נבו 15.5.2014) לא הכיר בית המשפט בנאמנות אשר הוקמה, לגרסת היוצרת הנטענת, כדי שהדירה שרכשה לא תירשם על שמה, דבר שהיה לטענתה מונע ממנה להמשיך ליהנות מזכויותה למגורים בדמי מפתח בדירה אחרת. לטענות אלה הגיב בית המשפט באומרו כי "התובעת עתרה למתן סעד הצהרתי ומשכך שומה עליה לבוא לבית המשפט בניקיון כפיים" (שם, בפס' 29).

²² על אלו שנישאו קודם לכן חל ההסדר הפסיקטי שנודע כ"הלכת השיתוף", והסדר זה חל – במידת מה – גם על בני זוג שלא נישאו. אשר לאלה שנישאו קודם לכן, בעיקרו של דבר ההסדר החל עליהם מכוח הפסיקה מביא לתוצאות דומות לאלו הצפויות למי שחוק יחסי ממון חל עליו, ובמסגרת הנוכחית לא נדון בהבדלים הקלים שעשויים להתעורר בין שתי הקבוצות. אם ראוי להתייחס לידועים בציבור, לעניין ההסדר הרכושי, כאילו הם נשואים (שאלה שלא נעסוק בה כאן. לדיון בה, ראו שחר ליפשיץ **הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** (2005)) יחול גם עליהם הסדר דומה. לפיכך עיקר הדיון בטקסט, המתרכז במי שנישאו למן 1974, רלוונטי, בשינויים המחויבים, גם לקבוצות אלה.

²³ ס' 5(א)(1) לחוק יחסי ממון.

²⁴ לקשר בין הסדר איזון המשאבים לבין עקרון המאמץ המשותף, ראו שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** 127–129 (2016), הדן – אמנם בקשר להלכת השיתוף – ביחס שבין עקרון זה לבין היקף הנכסים העומדים לחלוקה.

למרותו של הסדר איזון המשאבים, קרי בעיקר נכסים שקדמו לנישואין או שהתקבלו במהלכם במתנה או בירושה. אלה, אף שאינם כפופים להסדר איזון המשאבים, עשויים להתחלק בין בני הזוג מכוח דוקטרינת השיתוף הספציפי, המורה כי בנסיבות מסוימות יכול בית המשפט להשתכנע כי הצדדים התכוונו לראות בנכס חיצוני נכס משותף ולחלקו בין הצדדים,²⁵ כאשר לצד מערכת יחסים הנהנית מרמה סבירה של הרמוניה התקיימו גם מצגים העשויים להביא להסתמכותו של בן הזוג שאינו הבעלים הרשום של נכס חיצוני על המשך הנאתו מהנכס, השקעה של בן זוג זה בנכס החיצוני ועוד. אף שברגיל הופעלה דוקטרינה זו בנוגע לדירת המגורים, "גולת הכותרת של השיתוף הזוגי",²⁶ ניתן עקרונית להחילה גם על נכסים חשובים אחרים.²⁷ בדומה לזה, כאשר מדובר במתנה שהתקבלה במהלך הנישואין, עשוי בית המשפט להשתכנע כי כוונת נותן המתנה הייתה להעניק אותה לשני בני הזוג יחד, ולפיכך לראות בשניהם את בעליו של הנכס.²⁸

השימוש בנאמנויות כדרך להחרגת רכוש מתחולת דיני הרכוש הזוגי מתבצע בשתי דרכים עיקריות. האחת היא על-ידי שזכויותיהם של בן או בת זוג ברכוש אינן מוקנות לו/ה כבעלים, אלא כנהנה בלבד מנאמנות שיצר אחר. מקרה טיפוסי מסוג זה הוא כאשר הורי בן הזוג או בת הזוג מעבירים, ערב נישואי ילדם או ילדתם או בזמן הנישואין, רכוש משפחתי לנאמנות חלף העברתו לילד/ה ומקצים לאחרון/נה הנאה לפי אותה נאמנות. במקרים כאלה עולה שאלה אם זכות ההנאה של בן או בת הזוג כפופה לדיני הרכוש הזוגי. הדרך האחרת היא שאחד מבני הזוג יוצר בעצמו נאמנות וכופף לה רכוש העשוי להיות כפוף לדיני הרכוש הזוגי. במקרים כאלה עולה שאלה אם הכפפת הרכוש לנאמנות מחריגה אותו מתחולת דינים אלה. לכל אחת משתי דרכים אלה יוקדש פרק במאמר. לעניין כל אחת מהן, נדון במידה שבה מאפשר הדין הקיים החרגת רכוש מתחולת דיני הרכוש הזוגי בדרך זו, ובמידה שבה ראוי שיאפשר זאת. נעסוק גם במקרה המיוחד שבו שתי הדרכים מתלכדות, כאשר בן זוג כופף חלק מרכושו לנאמנות שבה הוא עצמו נהנה, כפי שעשו ארנון בפרשה הקרויה על שמו, הבעל בפרשת פלוני והבעל בפרשת טייג.²⁹

²⁵ הדוקטרינה פותחה, בין היתר, בפסקי הדין שניתנו ברע"א 8672/00 אבו-רומי נ' אבו-רומי, פ"ד נו(6) 175 (2002), ולאחר מכן בבע"מ 1398/11 אלמונית נ' אלמוני (נבו 26.12.2012) (להלן: עניין אלמונית). ראו גם את הדין אצל ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, בפרק ו. לעמדה מרחיבה, ראו חנוך דגן ודפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13 מחקרי משפט לב 519 (2019). לתיאור העמדה העדכנית של הדין, ראו לאחרונה, דנג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פס' 31–33 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 24.6.2021).

²⁶ ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685, 691 (1994).

²⁷ ראו עניין אלמונית, לעיל ה"ש 25; ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 183–184.

²⁸ ועוד בדומה לזה, כאשר ירושה נבעה ממאמץ, ובין היתר כשניתן לראות בהורשה תמורה לטיפול או לקשר מיוחד עם המעניק שתבע מן המקבל זמן ומשאבים במהלך הנישואין, ראוי לכפוף את הנכס שהתקבל בירושה להגיונו של עקרון המאמץ המשותף, ולכן לאיזון המשאבים. לצורך כך לא חשוב אם מדובר במאמץ מצד היורש או מצד בן הזוג. ²⁹ מגבלות מקום מונעות מאיתנו להתייחס לשני נושאים נוספים: מצב שבו בן זוג מכהן כנאמן לפי נאמנות שיצר אחר, ומצב שבו דיני הרכוש הזוגי הישראליים מתנגשים בנאמנות שהוקמה לפי דין זר, ובייחוד דין של מדינת אופשור (offshore). אנו מקווים להיזקק לנושאים אלה בעתיד.

המאמר אינו עוסק בכל סוגי הנאמנויות ולא בכל מצבי החיים שמסדירים דיני הרכוש הזוגי. הנאמנויות שבהן נעסוק הן נאמנויות מפורשות: אלה הנוצרות בכוונה ומבטאות בחירה של יוצרן או יוצריהן ליצור נאמנות. לא נעסוק בנאמנויות תוצאתיות, שהן חזקה הקמה בהיעדר ראיות לסתור ואינה מבטאת כוונה ליצור נאמנות. לא נעסוק גם בנאמנויות קונסטרוקטיביות, שהן כלי דוקטרינרי שבתי המשפט משתמשים בו להצדקת תוצאות הנראות להם ראויות, וגם הן אינן מבטאות כוונה ליצור נאמנות.³⁰ ולא בנאמנויות לצורכי צדקה. מתוך מצבי החיים שמסדירים דיני הרכוש הזוגי נתמקד בגירושינן; את הדיון המלא ביחס המורכב בין דיני הרכוש הזוגי לדיני הנאמנות ולדיני הירושה נותיר לפעם אחרת. המאמר יתמקד באפשרות למעט נכסים, באמצעות נאמנות, מן המסה הכפופה לאיזון המשאבים ולדוקטרינת השיתוף הספציפי, באופן שמודעות בן הזוג שאינו צד לנאמנות לקיום נכסים אלה ולקיום הנאמנות אינה מכניסה אותם לגדר המסה האמורה או יוצרת בהם שיתוף ספציפי. נתייחס גם למקרים שבהם השימוש בנאמנות יוצר מצב בו בן זוג אינו יודע על היקף הנכסים העומדים למעשה לרשות בן זוגו, אם כנהנה מנאמנות שיצר אחר ואם בשל העובדה שכסף חלק מנכסיו לנאמנות.

למיטב הכרתנו, יש במאמר תרומה לספרות המשפטית בישראל. הדין הישראלי באשר להחלת דיני הרכוש הזוגי על זכויות הנאה לפי נאמנות ועל יצירת נאמנות כדי למעט את הרכוש שהוכסף לה ממסת הנכסים המתחלקת עם התרת נישואין או פקיעתם כמעט לא נוסח בעבר, על ידי המחוקק, על ידי מלומדים או על ידי בתי המשפט. מקורות הדין בדיני הנאמנות הישראלים כמעט אינם מתייחסים לשאלות שיוצרת החלת דיני הרכוש הזוגי על זכויות לפי נאמנות ועל יצירת נאמנויות. גם מקורות הדין בדיני הרכוש הזוגי הישראליים כמעט אינם מתייחסים לשאלות אלה. בתי משפט שדנו במקרים שבהם נעשה שימוש בנאמנות כדי למעט את הרכוש שהוכסף לה מן המסה הכפופה לחלוקה בין בני זוג לפי דיני הרכוש הזוגי פטרו שני מקרים כאלה בהצהרה סתמית שלפיה עסקת הנאמנות הטיפוסית מאפשרת סודיות, אפשרו הברחת רכוש בשני מקרים אלה ובמקרה נוסף ומנעו אותה במקרה רביעי.³¹ ההחלטות בשני המקרים האחרונים לא התבססו על דיון כלשהו בשאלת היחס הראוי שבין דיני הרכוש הזוגי לבין דיני הנאמנות. ההצטלבות בין שתי מערכות הדין – דיני הנאמנות ודיני הרכוש הזוגי – נפוצה מעשית, אך הכללים להסדרתה למעשה טרם הותוו. אנו מציעים כללים כאלה, העולים בקנה אחד עם מקורות הדין המוגבלים שבנמצא ומשתמשים בהם. ביקשנו להשתמש במקורות הדין הקיימים ולא להחליפם או לסלול סביבם מסלול עוקף.

דיני הרכוש הזוגי כשלעצמם ודיני הנאמנות כשלעצמם כוללים סוגיות שטרם זכו להסדרה מניחה את הדעת במשפט הישראלי. הדיון הנוכחי, בעיקרו, אינו מוקדש לפיתוח דיני הרכוש הזוגי ולא לפיתוח דיני הנאמנות, אלא לבחינת הצטלבותם של שני התחומים. עם זאת במהלך הדיון יתברר כי העיסוק בהצטלבות זו מציף גם צורך בעיון מפורט בכמה סוגיות כלליות הנוגעות לדרך

³⁰ אדם חפרי-וינוגרדוב **נאמנות** פרק 2, ס' 6–7 (איל זמיר עורך, בכתובים).

³¹ ארבעת המקרים הם (לפי הסדר): פרשת **ארנון**, לעיל ה"ש 2, פס' 18 לפסק הדין; פרשת **פלוגי**, לעיל ה"ש 3, פס' ב(י) (2) לפסק-הדין; פרשת **טייג**, לעיל ה"ש 6; ותמ"ש 10-10-35541, לעיל ה"ש 10.

פעולתם של דיני הנאמנות ושל דיני הרכוש הזוגי בישראל, שבירורן עשוי להשליך גם על נושאים אחרים, מלבד נושאו של הדיון הנוכחי. למשל, המאמר מציע עיון מפורט בשאלת היקף חירותו של בן זוג לפעול במהלך הנישואין ברכוש בר-איוון המצוי בבעלותו באופן שפוגע בהיקף הרכוש שיעמוד לחלוקה עם פקיעת הנישואין, ועוד.

בפרק א נדון במקרה שבו בן זוג הוא גם נהנה לפי נאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואיו של אותו נהנה. נשאל מתי תקום לבן זוגו של הנהנה, שאינו בעצמו נהנה לפי אותה נאמנות, זכות שהנאתו של בן זוגו תחולק עימו. בפרק ב נדון במקרה שבו בן זוג יצר בעצמו, במהלך הנישואין, נאמנות בנוגע לנכס בבעלותו. נדון בתחרות הזכויות שבין בן זוגו של היוצר לבין הנהנים לפי הנאמנות שיצר. נתייחס בנפרד למקרה שבו בן זוג יוצר נאמנות לטובת מי שאינו צד לנישואין או קרוב משפחה של היוצר, למקרה שבו בן זוג יוצר נאמנות לטובת בן זוגו או ילדי הזוג, למקרה שבו בן זוג יוצר נאמנות לטובת ילדיו מקשר קודם ולמקרה שבו בן זוג יוצר – כפי שעשו ארנון, הבעל בפרשת פלוני והבעל בפרשת טייג – נאמנות לטובת עצמו.

א. בן זוג כנהנה מנאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין

לפי הדין הישראלי, כאמור, בני זוג שנישואיהם באו לידי סיום בגירושין או במוות נדרשים לחלוק את הרכוש שנצבר במהלך הנישואין. חלוקה זו חלה על "כלל נכסי בני הזוג – לרבות זכויות עתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות, קופות תגמולים וחסכוניות" (סעיף 5(ג) לחוק יחסי ממון), ולמעט נכסים שהוחרגו ממנה, כמפורט לעיל. נכסים הנמצאים בידי בן זוג כפופים אפוא לחלוקה. אך מה על זכויות ממוניות שעומדות לבן הזוג בתורת הנאה לפי נאמנות שיצר אחר? האם דיני הרכוש הזוגי חלים גם על זכויות רכושיות שהן זכויות הנאה לפי נאמנות אשר טרם חולקו בפועל לידי של הנהנה?

פתרון שאלה זו מצוי לכאורה בהגדרת "כלל נכסי בני הזוג" שבסעיף 5(ג) לחוק יחסי ממון ובדיון בשאלה אם הגדרה מרבה זו היא בבחינת הסדר שלילי לעניין סוגי נכסים שאינם מנויים בה, ובתוכם זכויות הנאה לפי נאמנות. לשאלה זו אנו משיבים בשלילה. לא זו בלבד שהסדר השיתוף הספציפי, המשלים כאמור את חוק יחסי ממון, אינו מוגבל לסד ההגדרה שבחוק. אלא שלטעמנו, את פירוש ההגדרה שבסעיף 5(ג) לחוק יש לגזור מתוך שיקולים עקרוניים הנוגעים לתכליתו ולהגיונו של ההסדר שבדין. מיון וסיווג משפטיים נועדו לשרת את הדין ואת מטרותיו ולא להכביד עליהם. אם ההחלטה אם להעניק זכויות בנכסים בדרך של הענקה רגילה או בדרך של מתן זכות הנאה לפי נאמנות אינה בעלת חשיבות עצמאית מנקודת מבטם של דיני הרכוש הזוגי, אין לתת לה בכורה בקביעת תוצאותיהם של דינים אלו.

לפי עמדה זו, אין לראות בתווית "נאמנות" מעין מילת קסם המחסנת את הנכסים הכפופים לה מהישג ידם של דינים אחרים. דיני הרכוש הזוגי נועדו לקדם מטרות של צדק ושוויון ביחסים בין בני הזוג, והם מציעים תפיסה המשקפת ערכים אלו. בני זוג עשויים לדחות מטרות אלו ולהחיל על עצמם משטר רכוש אחר, אך רק בדרך של הסכם ממון, או הסכם לפי סעיף 5(א)(3) לחוק יחסי ממון. הסכמים משני הסוגים דורשים את הסכמת שני בני הזוג. אין להלום מצב שבו יהיה אפשר לסכל את מטרות דין הרכוש הזוגי חד-צדדית, באמצעות הלבשתם של נכסים בלבד.

משפטי כזה או אחר. עמדתנו הבסיסית היא כי הנאה לפי נאמנות העומדת לזכות אחד מבני הזוג היא משאב רכושי בעל ערך, וככזו היא עשויה, עקרונית, לעמוד לחלוקה לפי הדינים החולשים על חלוקת רכוש בין בני זוג לאחר התרת הנישואין ולפי הגיונם של דינים אלו.

במבט השוואתי עמדה זו אינה חריגה. דוגמה לדין זר הנותן לבית המשפט סמכות לכפוף לשיתוף הנאה שקיבל בן זוג לפי נאמנות שיצר אדם שמחוץ לזוגיות ניתן למצוא במשפט האנגלי. סעיף 24 ל-Matrimonial Causes Act משנת 1973 מקנה לבית המשפט סמכות להורות לבן זוג, במסגרת הליך גירושין, להעביר לבן זוגו רכוש וזכויות של הראשון;³² סמכות להורות על שינוי, לטובת אחד או יותר מבני הזוג, במתני הקצאה של זכויות, כגון נאמנויות, שנוצרו בהקשר של הנישואין שבהם עסקין, כדי להקצות תמיכה מתמשכת לאחד או לשני בני הזוג, ושלפיהם הוקצו זכויות לאחד או יותר מבני הזוג;³³ וסמכות להורות על הקטנתה או חיסולה של זכות שהוקנתה לאחד מבני הזוג לפי מתווה הקצאה כזה.³⁴ סעיף A24 לאותו חוק מקנה לבית המשפט סמכות להורות, אגב מתן צו לפי סעיף 24, על מכירת נכס שלאחד או יותר מבני הזוג יש בו זכות, כולל זכות הנאה לפי נאמנות.³⁵ בתי המשפט האנגליים משתמשים בסמכויותיהם לפי סעיף 24 לחוק הנזכר כדי לחלק בין בני הזוג זכויות שהוקצו לאחד מבני הזוג לפי נאמנויות שנוצרו בידי אדם שמחוץ לזוגיות.

עמדה דומה מקובלת גם במדינות אחרות. ה-Umiform Marital Property Act האמריקני משנת 1983 כולל הכנסות מנאמנות בהגדרת "הכנסה", העומדת לחלוקה בין בני הזוג אם נצברה במהלך הנישואין ולא התקבלה באחת מן הדרכים ההופכות אותה לרכוש נפרד, כמו ירושה, מתנה, פיצוי על נזק גוף וכיוצא בהם.³⁶ לפי העמדה המקובלת בארצות הברית, ניתן להתחשב בחלוקת הרכוש בין בני זוג בזכויות הנאה לפי נאמנות גם אם אלה טרם חולקו והן עדיין בידי הנאמן.³⁷

³² Matrimonial Causes Act 1973, c. 18, § 24(1)(a) (UK).

³³ שם, בס' 24(1)(a). כן ראו דיון אצל Simone Wong, *Tapping into Trust Assets for Redistribution upon Divorce in England and Wales, in* TRUSTS AND MODERN WEALTH MANAGEMENT (Richard Nolan et al. eds., 2018) 349–349.

³⁴ Matrimonial Causes Act, לעיל ה"ש 32, בס' 24(1)(d).

³⁵ שם, בס' A24(1).

³⁶ Uniform Marital Property Act § 1(1), 4 (1983) (UMPA). אכן, פעמים רבות מקור הנאמנות הוא בירושה או במתנה. מדינות שאינן מחריגות רכוש שהתקבל בירושה או במתנה מן החלוקה אינן מהססות לחלק רכוש שהתקבל או שעתיד להתקבל לפי נאמנות, למשל כאשר מוכח כי הציפיה לחלוקה מן הנאמנות השפיעה על החלטות הצריכה של הנהנה העתידי במהלך הנישואין. ראו *In re Marriage of Taylor & Taylor*, 121 Or. 138 N.H.; *Lauricella v. Lauricella*, 409 Mass. 211 (1991); App. 635 (1993); *Endrody v. Endrody*, 914 P.2d 1166 (Utah Ct. App. 1996); 337 (1994).

³⁷ ראו למשל את ההגדרה המפורטת המופיעה בחקיקה במערב וירג'יניה (W. VA. CODE § 48-1-233): "including every valuable right and interest, [...] regardless of the form of ownership, whether legal or beneficial, whether individually held, held in trust by a third party". מדינות רבות בארצות הברית מתמקדות בשאלה אם ההנאה כבר חולקה ונרכשה ("acquired") בידי הנהנה לפני הגירושין, שאלה ששוב אליה בת-פרק א.3 להלן (העוסק, בין היתר, בהתמודדות עם אתגרים הנוגעים לתזמון

בתי משפט בחלק ממדינות ארצות הברית נוטים לעתים להתעלם מן ההבחנה שבין רכוש הכפוף לשיתוף לרכוש נפרד, ולכפוף לחלוקה שביושר את כל נכסי בני הזוג, כולל זכויות הנאה לפי נאמנות, מתנות וירושות.³⁸ ברוח דומה, לפי סעיפים 83-84 של ה-Family Law Act של קולומביה הבריטית, כפי שתוקן בשנת 2011, גם זכויות הנאה לפי נאמנות יכולות להיות מוגדרות כחלק מן הרכוש המשפחתי, הכפוף לחלוקה. סעיף (e)(1)85 לאותו חוק מוציא רכוש הכפוף לנאמנות לטובת בן זוג מגדר הרכוש המתחלק רק באותם מקרים שבהם מקור הרכוש הוא חיצוני, כגון מתנה, ירושה, פיצויי נזק או תגמולי ביטוח. סעיף (f)(1)85 לאותו חוק מוציא מגדר הרכוש המתחלק זכויות הנאה של בן זוג לפי נאמנות שאותה לא יצר, ששיעורן כפוף לשיקול דעתו של הנאמן. אף שבין דיני הרכוש הזוגי בשיטות שהזכרנו יש הבדלים ניכרים, בכללן זכויות הנאה לפי נאמנות חשופות לחלוקה לפי דינים אלה כל עוד הן עומדות במבחנים העקרוניים המבחינים בין רכוש משפחתי לרכוש שאינו משפחתי.

עם זאת, יש לציין כי גישה זו אינה אוניברסלית. אחדות משיטות המשפט מייחדות את חלוקתן של הנאות לפי נאמנות רק לזכויות הנאה שכבר גמלו, כלומר כאלו שאינן כפופות עוד לשיקול דעתו של הנאמן.³⁹ אמנם חשוב להבחין שגם שיטות משפט אלו שותפות לתפיסה שלפיה עצם סיווגו של אינטרס רכושי כזכות הנאה לפי נאמנות אינו משנה את תחולתם של דיני הרכוש הזוגי עליו, ואין אפוא מחסום עקרוני בפני החלת דיני הרכוש הזוגי על זכויותיו של בן זוג כנהנה בנאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין, לטובת בן הזוג שאינו הנהנה (אותו נכנה בפרק זה "בן הזוג האחר").⁴⁰ אולם שיטות אחרונות אלה מחדדות את הקושי של דיני הרכוש הזוגי בהתמודדות עם נכסים מורכבים ולא ודאיים. אכן, גם אם קבענו כי הנאות מנאמנות ראויות עקרונית להיות כפופות לדיני הרכוש הזוגי, מסקנה זו אינה סוף הדיון אלא כניסה בשערי בלבד. ההבחנה בין

החלוקה) ובתת-פרק א.6 להלן (העוסק בהתמודדות עם אתגר השומה). למדינות המתמקדות בשאלת הקצאת זכות ההנאה ולא בשאלת החלוקה בפועל, ראו אלסקה ((Burrell v. Burrell, 537 P.2d 1, 13-16 (Alaska 1975); מסצ'וסטס (Lauricella, לעיל ה"ש 36; 1137 N.E.2d 364, 474 Mass. App. Davidson v. Davidson, 19 (1985)); מונטנה ((1984) 418, 692 P.2d 411, 214 Mont. 1, Buxbaum v. Buxbaum; ורמונט (Chilkott v. Blowers, 377 N.W.2d 193, 607 A.2d 883 (Vt. 1992); דקוטה הצפונית (v. Chilkott, 158 Vt. 193, 607 A.2d 883 (1992); In re Marriage of Graff, 71 Ore. App. 194, 691 P.2d 520 (1984); In re Marriage of Graff, 71 Ore. App. 194, 691 P.2d 520 (1984); (127 N.D. 1985); (1983) 395 P.2d 282, 61 Ore. App. Marriage of Bentson; יוטה (Endrody, לעיל ה"ש 36); וויסקונסין ((1962) 176, 183 Wis.2d Trowbridge v. Trowbridge). לעתים, זכויות הנאה של בן זוג לפי נאמנות עומדות לחלוקה או משפיעות על חלוקת הרכוש גם כאשר מקורן קדם לנישואין או שהן התקבלו במתנה או בירושה. ראו למשל, לאחרונה: (2019) 148 N.E. 3d 124, 95 Mass. App. Ct. Levitan v. Rosen. Jeff Pennell, *Third Party Trusts in Divorce: Is a Beneficiary's Interest Marital Property?*,³⁸ 3, 9-11 (Sep. 15, 2015), <https://bit.ly/3M4roJi>.

³⁹ השוו לדין אצל Wong, לעיל ה"ש 33, בעמ' 346. לסקירת עמדות שונות, ראו גם John A. Scott, *Equitable Division of Interests in Trusts*, 38 FAM. ADVOC. 21 (2015).

⁴⁰ שאלה אחרת (שבה נדון בתת-פרק א.5 להלן), היא שאלת חסינותה של זכות נהנה לפי הקדש. לדעתנו, על מנת להתמודד נכונה עם אתגר זה יש ראשית צורך בהנחת מסד לאופן ההתמודדות הראוי עם הסוגיה הכללית של כפיפות זכות הנאה לפי נאמנות לדיני הרכוש הזוגי.

"נכס" לבין מה שעודנו בבחינת ציפייה או תקווה להכנסה עתידית בלבד אינה הבחנה טכנית: יש ליישמה לפי שיקולים ענייניים, הנובעים מהגיונם של דיני הנאמנות ודיני הרכוש הזוגי, ומן המטרות הלגיטימיות שענפי דין אלו נועדו להשיג. כך גם ההכרעה מתי להעדיף את עמדת דיני הרכוש הזוגי, המתמקדים בבן הזוג האחר, ומתי להעדיף את דיני הנאמנות, הממוקדים מטיבם בבן הזוג הנהנה.

שאלות אלו אינן קלות. השילוב בין דיני הרכוש הזוגי לבין דיני הנאמנות מייצר כמה בעיות ייחודיות ומחריף כמה בעיות כלליות, ההופכות את אתגר ההחלה של דיני הרכוש הזוגי על הנאות לפי נאמנות לאתגר ייחודי הראוי לעיון מפורט וזהיר. בדומה לזה, הדיון במקרה המיוחד של נאמנויות מעורר וחושף את הצורך בהכרעות בכמה סוגיות פתוחות בדיני הרכוש הזוגי שטרם זכו לדיון מקיף בגדרי המשפט הישראלי. לצורך התמודדות עם אתגרים אלו נפתח בהעמקה בבסיס העיוני של הסדר איזון המשאבים הנוהג בישראל. על בסיס דיון זה ניגש לזיהוי האתגרים העומדים בפני יישומו של משטר הרכוש הזוגי הישראלי באשר להנאות לפי נאמנות ולהתוויית קווי מתאר לפתרונם של אתגרים אלו.

1. נקודת המוצא: הבסיס העיוני של הסדר איזון המשאבים

כפי שתיארנו לעיל, חוק יחסי ממון מבטא תפיסה של רכוש משפחתי שלפיה לבני הזוג זכות לחלוק בשווה את הנכסים שצברו תוך כדי נישואיהם תוך השקעת מאמץ, כגון שכר עבודה וכן "זכויות עתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות, קופות תגמולים וחסכונות",⁴¹ ואילו נכסים מסוימים שצבר כל אחד מהם ללא השקעת מאמץ, ובעיקר מתנות וירושות, נותרים מחוץ לתחום איזון המשאבים. נכסים אחרונים אלה נותרים מחוץ לדיני הרכוש הזוגי בכלל, אם אינם כפופים לדיני השיתוף הספציפי, המשלימים את הסדר איזון המשאבים. הסדר איזון המשאבים משקף אפוא את רעיון המאמץ המשותף, קרי התפיסה כי בסיס השיתוף הרכושי בין בני הזוג הוא פעולתם המשותפת, במהלך הנישואין, שנועדה לקדם את מטרות משק הבית המשפחתי. לפי תפיסה זו, שני בני הזוג זכאים ליהנות מפירות המאמצים שהשקיע כל אחד מהם במהלך חיי הנישואין, גם אם בחלוקת העבודה ביניהם היו פערים בין מי שעיקר מאמציו הופנו כלפי השתכרות בשוק העבודה ומי שעיקר מאמציו הופנו כלפי מטלות ביתיות ומשפחתיות (כמו טיפול בילדים או במשק הבית), וגם אם היו פערים בהיקף הרווחים שצמחו ממאמציו של כל אחד מבני הזוג. תפיסה זו נובעת מראיית שני בני הזוג כשותפים לרווחים שנצברו במהלך הנישואין, ולכן ממילא רווחים אלו ראויים להתחלק ביניהם בשווה.⁴²

דוגמה מובהקת לתפיסה זו, המתרכזת ברעיון המאמץ המשותף, ניתן לראות בעמדת המשפט הישראלי באשר להכנסה פסיבית שנצמחה במהלך הנישואין מרכוש חיצוני (שאינו כפוף לאיזון) ובאשר לשבח ולעליית ערך של רכוש כזה במהלך הנישואין שנגרמו בשל תנאים חיצוניים, כלומר ללא מעורבות או מאמץ של מי מבני הזוג. הפסיקה אימצה את עמדתו של שחר ליפשיץ, שלפיה

⁴¹ ס' 5 (ג) לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

⁴² ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, עמ' 125–128, 171.

במקרים כאלה יש לראות את "טעם הפרי כטעם העץ", כלומר להתייחס אל השבח ואל הפירות שהופקו מרכוש נפרד ללא מאמץ כאל רכוש נפרד, בלי קשר למועד צמיחתם, כלומר לשאלה אם הם צמחו במהלך הנישואין.⁴³ הפסיקה תלתה את זכותו של בן הזוג שאינו בעל הנכסים החיצוניים בשבח ובפירות שנצמחו עליהם במהלך הנישואין בהיקף המאמצים שנדרשו מבני הזוג על מנת להפיק את הפירות או להשביח את הנכסים, או באופן שבו עורבבו בנכסים אלה נכסים שהושגו במהלך הנישואין. גם עמדה זו משקפת תפיסה הרואה בשאלת המאמץ המשותף את הקריטריון העיקרי המכריע את היקף הזכויות מכוח דיני הרכוש הזוגי.⁴⁴ פירות או שבח שנצמחו על נכסים חיצוניים מבלי שהושקע בהם מאמץ במהלך הנישואין כפופים לחלוקה בין בני הזוג רק מכוח דיני השיתוף הספציפי, החלים רק כאשר ניתן לקבוע כי בני הזוג התכוונו לחלוק את הפירות או השבח, ויידונו בתת-פרק 4.4 להלן. עמדה זו מקובלת גם בשיטות משפט רבות אחרות,⁴⁵ אף כי אינה אוניברסלית.⁴⁶

לצד העמדה המבחינה בין נכסים שהושגו במאמץ משותף במהלך הנישואין לבין נכסים אחרים קיימת עמדה שלפיה יש לעתים לכפוף לשיתוף גם את האחרונים. ניתן לראות בכך ביטוי

⁴³ שם, בעמ' 185–187 והמקורות המוזכרים שם. לעמדת הפסיקה, ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 1279/07 פלוני נ' פלוני (נבו) 28.6.2010; תמ"ש (משפחה י-ם) 21342/04 א"ש נ' ד"ש (נבו) 24.6.2008. והשוו להכרעה בע"א 564094 חסל נ' חסל, פ"ד נ(4) 250 (1997). להבחנה בין עליית ערך אקטיבית לפסיבית, ראו גם ע"מ (מחוזי חי') 316/05 פלוני נ' פלוני, פס' 23–28 לפסק הדין (נבו) 22.2.2007. הבחנה בין עליית ערך שסיבתה השקעת משאבים או מאמץ לבין עליית ערך אחרת, שאינה משותפת, הוצעה כבר בסעיף 74 להצעת חוק היחיד והמשפחה (משרד המשפטים הצעת חוק היחיד והמשפחה 20 (1955)). השוו גם לעמדה המוצגת אצל גד טרסקי "איזון המשאבים בין בני הזוג" הפרקליט ל 76, 87–89 (התשל"ו) (טרסקי טוען לצורך להבחין בין פירות לבין שבח לאור לשון החוק, אך פרשנות לשונית זו נדחתה, כאמור, בפסיקה).

⁴⁴ PRINCIPLES OF THE L. OF FAM. DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS § 4.05 (AM. L. INST. 2002) (להלן: ALI). יש להבחין בין עמדה זו לבין העמדה המשתקפת למשל בסעיף 14 של ה-UMPA, לעיל ה"ש 36, הקובע כי בן זוגו של הבעלים זכאי לרווחים הנובעים מן הרכוש החיצוני רק אם רווחים אלו הופקו במאמץ של בן הזוג, כלומר של מי שאינו הבעלים. תפיסת המאמץ המשותף רואה גם בערך המופק ממאמציו של הבעלים במהלך הנישואין כנתון לחלוקה בין בני הזוג, ממש כמו רווחיו מעבודה במהלכם. עדיין ייתכן כי הרף להגדרת מאמץ מצד הבעלים לצורך תפיסת המאמץ המשותף יהיה גבוה מן הרף שיגדיר מאמצים של בן הזוג שאינו בעלים, הפועל להשבת ערכו של רכוש חיצוני בבעלות בן זוגו, שכן השקעת מאמץ מן הסוג האחרון עשויה לשקף כוונה משותפת לשיתוף בפירות המאמץ, או למצער ציפייה סבירה של בן הזוג שאינו בעלים לחלוק בפירות מאמציו.

⁴⁵ ALI, לעיל ה"ש 44, בס' 4.04(3), ובייחוד ב-c comment ובהערות. התמונה המלאה מורכבת למדי. לדיון נרחב, ראו Thomas R. Andrews, *Income from Separate Property: Towards a Theoretical*; Mary M. Wenig, *Increase in ; Foundation*, 56 LAW & CONTEMP. PROBS. 171, 182–185 (1993) *the Value of Separate Property During Marriage: Examination and Proposals*, 23 FAM. L.Q. J. Thomas Oldham, *Separate Property Businesses that* 301, 316–317 nn. 58–59 (1989) *Increase in Value During Marriage*, 1990 WIS. L. REV. 585.

⁴⁶ לעמדה שלפיה השבחה פסיבית של רכוש נפרד עומדת לחלוקה בין בני הזוג, ראו למשל, Family Law Act, S.B.C. 2011, c. 25 § 84(2)(g) (Can. B.C.).

לתפיסה הדוגלת בערוב מוחלט של נכסי בני הזוג, למצער במקרים של נישואין ארוכים והרמוניים.⁴⁷ יש הרואים בתפיסה זו ביטוי לאידיאל הקהילה המשפחתית השוויונית. לגישה זו, חוסר שוויון בזכויות לנכסים המשמשים את המשפחה עלול להוביל לחוסר סימטריה באפשרויות היציאה מן הקשר, וממילא גם לאי-שוויון במהלך הנישואין עצמם.⁴⁸ עמדה קרובה רואה בבני הזוג כחולקים לא רק את מאמצייהם אלא גם את גורלם במהלך הנישואין באופן המצדיק גם את חלוקתו של עושר שצמח שלא ממאמץ.⁴⁹ יתרה מזאת, קיומו של רכוש חיצוני רב משפיע על תמריצי החיסכון של הצדדים במהלך הנישואין ומשפיע גם על סגנון חייהם ועל רמתם עד כדי הבניית הזהות של בני הזוג, שממנה לא ראוי לנתקם בעת פרדה.⁵⁰ לפי עמדה זו, יש לכלול במסה המשותפת, המתחלקת עם תום הקשר, השבחה ופחת של נכסים חיצוניים במהלך הנישואין וכן פירות שנצמחו על נכסים כאלה במהלך הנישואין.⁵¹ לפי גישה מרחיבה עוד יותר, גם חלק מקרן הרכוש החיצוני עצמה צריך להתחלק בין בני הזוג בתום הקשר. הספרות הציעה נוסחות שונות לזיהוי גודלו של חלק זה, לפי אורך חיי הנישואין ביחס לתוחלת החיים הצפויה של הבעלים,⁵² או – אשר לירושות ומתנות – לפי אורך חיי הנישואין ביחס לאורך מערכת היחסים של הבעלים עם מקור המתנה או הירושה.⁵³ גם במסגרת פרשנות הדין הפוזיטיבי בישראל היו מי שהציעו להרחיב את דוקטרינת השיתוף הספציפי כדי שהיא תחול, כברירת מחדל, על דירת המגורים של בני הזוג גם כאשר הייתה בבעלותו של אחד הצדדים ערב הנישואין.⁵⁴ ברוח דומה, הפסיקה בדבר ערוב נכסים ממקורות חיצוניים ופנימיים (כגון בניית בית ממשאבים משותפים על קרקע "חיצונית" של אחד מבני הזוג, או מהילה של כספים חיצוניים ופנימיים בחשבונות חיסכון), כמו גם הדין החל על מקרים של תחלוף חפצי, בהם נכסים נרכשים במהלך הנישואין בעזרת משאבים שהתקבלו

⁴⁷ ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 189–191. לעמדה המציעה לחלוק גם רכוש נפרד כל אימת שמדובר בנישואין ארוכים, ראו גם ALI, לעיל ה"ש 44, בס' 4.12.

⁴⁸ Carolyn J. Frantz & Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75, 94, 114–117 (2004).

⁴⁹ Shari Motro, *Labor, Luck, and Love: Reconsidering the Sanctity of Separate Property*, 102 NW. U. L. REV. 1623, 1625 (2008).

⁵⁰ שם, בעמ' 1650.

⁵¹ שם, בעמ' 1655–1656.

⁵² לפי הצעה זו, גודל החלק המשותף של כל נכס חיצוני יקביל למנה המתקבלת מחלוקת משך הזמן שחלף מאז קבלת הנכס או מועד הנישואין, המאוחר מבין השניים, ועד פתיחת הליך הגירושין, בתוחלת החיים הצפויה של בן הזוג בעל הנכס במועד הנישואין: חלק הנכס הכפוף לשיתוף יהיה זהה לחלק מתוחלת החיים הצפויה של בעל הנכס במועד הנישואין, שאותו כילה במסגרת הנישואין הרלוונטיים כשהוא בעל הנכס (שם, בעמ' 1852–1658).

⁵³ זוהי עמדתם של Frantz & Dagan (לעיל ה"ש 48, בעמ' 108), המציעים לכפוף לשיתוף חלק מערכו של כל נכס שקיבל בן זוג במתנה או בירושה בתוך כדי הנישואין השווה למכפלת ערכו הכולל של הנכס במנה המתקבלת מחלוקת אורך הנישואין באורך מערכת היחסים שבין הנותן למקבל. ראו גם את ההצעה ב-ALI, (לעיל ה"ש 44, בס' 4.12) המציעה לכלול חלק הולך וגדל מן הנכסים החיצוניים בתוך מסת הרכוש המשפחתי, לפי נוסחה המבוססת על אורך הנישואין ועל אורך הזמן שבו מחזיק הבעלים ברכושו.

⁵⁴ זו עמדתם של דגן והקר, לעיל ה"ש 25. לעמדה שלפיה יש להחיל גישה כזו רק כאשר מדובר בנישואין ארוכים, ראשונים והרמוניים, העומדים ב"תנאי סף קישוריים", ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 189–190.

ממכירת נכס חיצוני, משקפים את האפשרות להרחיב את בסיס החלוקה כך שיכלול גם רכוש שאותו הביאו בני הזוג אל נישואיהם, תוך ראייה בערכוב או בתחלופה כמשקפים כוונת שיתוף של הצדדים.⁵⁵

בגדרי המשפט הישראלי דהיום הדרך הדוקטרינרית להכפפת רכוש חיצוני ורכוש מעורב לחלוקה בין בני הזוג עוברת, כאמור, דרך הוכחת כוונתם של הצדדים, ובייחוד כוונת הבעלים, לחלוק ברכוש, או למצער מחדל הבעלים מלהזים את ציפיית בן הזוג כי גם רכוש זה יחולק במקרה של פרדה. הדיון הנוכחי אינו המקום המתאים להכרעה כללית בדבר משטר הרכוש הזוגי הראוי או בשאלת פרשנותו ההולמת של היבט זה של הדין הקיים. לצורך הדיון להלן נבחין בין חלוקה שעילתה נעוצה בעקרון המאמץ המשותף, הבא לידי ביטוי בהסדר איזון המשאבים, לבין חלוקה הנשענת על כוונתם או על הסתמכותם של הצדדים. הבסיס העיוני שהנחנו לעיל ישמש ככוכב הצפון בבואנו להכריע בדילמות שמתעוררות מהרכבת דיני הנאמנות על דיני הרכוש הזוגי בגדרי המשפט הישראלי.

2. הנאת בן זוג מנאמנות ומשטר הרכוש הזוגי: אתגרים מיוחדים

אם כן, כיצד יש להחיל את הסדר איזון המשאבים על הנאות לפי נאמנות? חיווינו את דעתנו למעלה כי אין בהגדרת "כלל נכסי בן הזוג" בסעיף 5(ג) לחוק יחסי ממון כדי לחסום החלה כזו. אולם הניסיון להחיל על נכסים שהם הנאה מנאמנות את הכללים הרגילים הקבועים בחוק יחסי ממון מעורר שלוש בעיות מיוחדות. שתיים מהן מתעוררות בעניין בסיס הנכסים העומדים לחלוקה, ואחת בעניין הערכת שווי הנכסים. בעיות מהותיות אלו, ולא ההגדרה הפורמלית של המונח "נכס", הן הדורשות התמודדות. נציג אותן כסדרן.

(א) בעיית אפיון ההנאה: תמורה למאמץ, או שמא מתנה או ירושה?

הסדר איזון המשאבים מבחין הבחנה חדה בין נכסים שמקורם במתנה או בירושה לבין נכסים שנצברו במהלך הנישואין שלא במתנה או בירושה, כלומר צמחו מתוך מאמציהם של בני הזוג. הנאמנות הטיפוסית עלולה להציב אתגר לחלוקה זו. לצד מקרים שבהם הנאמנות נושאת אופי מתנתי או הורשתי מובהק ומקרים אחרים שבהם יוצר הנאמנות מקנה את נכסי הנאמנות בבירור כשכר עבודה,⁵⁶ במקרים רווחים עלול להתעורר קושי של ממש בסיווג אופייה של ההנאה. כך הוא למשל כאשר יוצר הנאמנות קובע כי הנהנים יהיו מבני משפחתו, ובלבד שיעמדו בדרישות שקבע, כגון מילוי משימה (למשל ניהול העסק המשפחתי) או השגת הישג (כמו השגת תואר

⁵⁵ ראו הדיון הכללי של ליפשיץ שם, בעמ' 182, ודיונו בדין בישראל, שם, בעמ' 187, ה"ש 62. השוו גם ALI, לעיל ה"ש 44, בס' 4.06 (חזקה שנכס שמקורו בערכוב נכסים משותפים וחיצוניים הוא משותף, אך ניתן להפריכה אם מצביעים במדויק על שיעור הרכוש הנפרד). ראו גם J. THOMAS OLDHAM, DIVORCE, SEPARATION AND THE DISTRIBUTION OF PROPERTY § 11.03 (2011).

⁵⁶ ייתכן שזה היה המצב בעניין ארנון (לעיל ה"ש 2), שם הזכות לרכוש את מניות סלקום צמחה למערער, ככל הנראה, כתמורה עבור שירותיו המשפטיים. בית המשפט לא נתן את דעתו לשאלה זו ולכן לא קבע בה ממצא.

אקדמי).⁵⁷ במקרים מעין אלה נמזגות יחד מוטיבציות מתנתיות או הורשתיות (המגבילות את ההנאה לבני משפחתו או למכריו של יוצר הנאמנות) יחד עם יסוד של תמורה עבור עבודה או מאמץ, מעולמות נאמנויות העסקה. בהקשרים אלה עולה שאלת סיווגה הראוי של ההנאה מן הנאמנות מנקודת מבטו של הסדר איזון המשאבים: האם יש לראות בה נכס בר-איזון שנצבר במאמץ משותף, נכס חיצוני שאיננו בר-איזון, ואולי נכס מעורב?⁵⁸

(ב) בעיית הזמן: האם הנכס נצבר במהלך הנישואין, לפנייהם או אחריהם?

הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון מבחין הבחנה חדה בין גורלם של נכסים שנצברו במהלך הנישואין לבין זה של נכסים שהיו לאחד מבני הזוג כבר לפני הנישואין (סעיף 5(א)(1)) ונכסים שנצמחו לאחר התרת הנישואין, לאחר פקיעתם או בתום יחסי הצדדים (סעיפים 3(8)–(4)). ברגיל קיים קשר הדוק בין שאלת האפיון שהוזכרה לעיל לבין ממד הזמן: שניהם משקפים תפיסה שלפיה הנכסים הראויים לחלוקה בין בני הזוג עם תום הקשר ביניהם הם רק אלה שנצברו במאמץ משותף של בני הזוג בעת נישואיהם. עם זאת נכסים שצורתם הנאה מנאמנות מאתגרים את ההבחנה שבדין, הממוקדת בזיהוי הזמן שבו נצמחו הנכסים, משום שהענקת בנאמנות היא מטיבה ומטבעה מהלך רב-שלבי העשוי להתפרס על פני זמן רב. ניתן להבחין בין שלב יצירת הנאמנות, שלב הזרמת הרכוש לנאמנות (funding), השלב בו זכותו של נהנה להנאה גומלת (vests), כלומר מתגבשת, בין לראשונה ובין עם הסרת חשש לפקיעתה (כאשר גיבוש הזכות או פקיעתה מסורים במקרים רבים לשיקול דעתו של הנאמן או של אחר או מותנים בתנאי כלשהו, כגון הגעת הנהנה לגיל מסוים, הולדת מספר ילדים מסוים, עליית הנהנה ארצה או הגעת מיזם מסחרי לשלב ביצוע מסוים), ולבסוף – שלב חלוקת ההנאה בפועל לנהנה. במילים אחרות, זכות הנאה מנאמנות נוצרת בנקודות זמן שונות, ולעתים אף מבשילה באופן הדרגתי או רב-שלבי. מצב זה מכביד על סיווגה הראוי של ההנאה מן הנאמנות לאורך ציר הזמן, הקובע את מעמדה לצורך הסדר איזון המשאבים: אימתי יש לראות בה נכס שצמח במהלך הנישואין, ואימתי כזה שצמח לפנייהם או לאחריהם?

(ג) בעיית השומה: כיצד יש להעריך את שווייה של הנאה מנאמנות?

מימוש הזכות לאיזון משאבים כרוך בהערכת שווי נכסיהם של בני הזוג (סעיף 6(א) לחוק יחסי ממון). לעתים תהא הזכות להנאה מנאמנות ברורה, קבועה, צפויה וקלה לשומה. אולם במקרים

⁵⁷ הדוגמה הידועה בפסיקה הישראלית להנאה מותנית מסוג זה היא קביעתו של יוצר הנאמנות בעניין וינשטיין (ע"א 5717/95 וינשטיין נ' פוקס, פ"ד נד(5) 792, 796–797 (2000)) כי הנהנים, ארבעת אחייניו, תושבי ארצות הברית, יוכלו ליהנות מן הרכוש שכפף לנאמנות רק במהלך ביקורים בישראל, אלא אם יעלו לישראל, שאז יוכלו להשתמש ברכוש בכל דרך שירצו. אחד הנהנים, מר אלן וינשטיין, הגיב לתמריץ שיצר היוצר ועלה ארצה. ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 22769/98 פוקס נ' כץ (נבו 4.8.2016).

⁵⁸ אכן, שאלת אופייה של הענקת, כמתנתית או תמורתית, עשויה להתעורר גם בהקשר של מתנות או ירושות רגילות, ובייחוד מתנות מותנות או ירושות שנקבע בהן תנאי מתלה או מפסיק, לפי הוראות סעיפים 43–44 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. עם זאת סוגיה זו מתעוררת במלוא חריפותה בהקשר של השימוש בנאמנות: מינויו של נאמן מקל את הפיקוח, לאחר יצירת הנאמנות, על עמידת הנהנים הפוטנציאליים בתנאים שנקבעו להנאתם.

רבים אחרים נוצר קושי של ממש להעריך את שווייה של הנאה פוטנציאלית מנכסי נאמנות, כאשר זכות זו לא גמלה, כלומר לא רק שהיא טרם חולקה לנהנה בפועל אלא שעצם קיום החלוקה בעתיד, או היקפה, תלויים בנסיבות חיצוניות או בשיקול דעתו של הנאמן. אכן, נכסים רבים עלולים לעורר קושי מבחינת הערכת שוויים בשל תלות שווי זה בנסיבות חיצוניות. כך הוא כשמדובר במניותיה של חברה לא ציבורית; באופציות שלא גמלו, ולעתים אף בזכויות פנסיוניות, ועוד. עם זאת בהקשר הנאמנותי בעיית השומה חריפה במיוחד. ראשית, כאמור, פעמים רבות הזכות להנאה מן הנאמנות תלויה בשיקול דעתו של הנאמן, וככזו היא קשה לכימות ולשומה רציונלית (בניגוד למקרים של תלות בנסיבות חיצוניות, שבעניינן ניתן להיעזר בהערכות הסתברותיות או במודלים שונים לחיזוי). שנית, בניגוד להסתברות התממשותם של תנאים שנקבעו מראש, פעולת הנאמן במסגרת שיקול דעת הנתון לו עשויה לשאת אופי אינטראקטיבי-משחקי. במילים אחרות, היא עשויה להגיב להתנהגותם של הצדדים, ובייחוד להשלכות הכרעת הנאמן על זכויות הנהנה הפוטנציאליות וכן זוג מכוח דיני הרכוש הזוגי, או למצבו המשפחתי הנוכחי והצפוי של הנהנה הפוטנציאלי. בהקשרים אלה נוצר קושי של ממש לשום את ההנאה הפוטנציאלית מן הנאמנות לצורך איזון המשאבים: האם לצורך איזון המשאבים יש להתעלם מזכויות הנאה שטרם גמלו, או שמא גם הנאה שטרם גמלה ראויה להימנות על מצבת נכסיו של הנהנה הפוטנציאלי לצורך איזון המשאבים, באופן שישפיע על היקפן ואולי אף על כיוונן של ההעברות הנדרשות במסגרת האיזון? וכיצד יש להעריך את שווייה של ההנאה במקרה כזה?

(ד) מקרים קלים לפתרון

מייד נעבור להצעת מתווה להתמודדות עם אתגרים אלה. עם זאת כבר בשלב זה ניתן לנסח מסקנות בדבר יישום הסדר איזון המשאבים במקרים לא-בעייתיים של זכויות בן זוג כנהנה לפי נאמנות שיצר אחר. כאשר ברור כי הנאתו של נהנה היא תמורה לעבודה או נובעת בלעדית ממאמץ, נראה כי אין קושי לראות בזכויותיו כשייכות לקוטב המאמץ של הסדר איזון המשאבים ולא לקוטב המתנתי-ירושתי. בדומה לזה, במישור הזמן, כאשר הנאמנות נוצרה ומומנה במהלך חיי הנישואין, וזכויות הנהנה לפיה גמלו במהלכם, נראה כי אין קושי לראות זכויות אלה ככאלה שנצברו במהלך הנישואין. מקל וחומר שכך כאשר זכויות הנהנה לפי הנאמנות חולקו לו בפועל במהלך הנישואין. לבסוף, מקום שבו הזכות גמלה, כלומר ניתן לצפות בבירור ובוודאות את חלוקת ההנאה לנהנה שהוא בן זוג, כמו גם את היקפה, אין קושי להעריך ולשום את שווייה של הזכות. הקושי שבשומה קטן עוד יותר במקרה שבו גם מועד החלוקה העתידית ידוע. העולה מן המקובץ הוא כי במקרים לא מעטים החלת הסדר איזון המשאבים על הנאה של בן זוג לפי נאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין אינה בעייתית כלל. כך, למשל, לו נוצרה הנאמנות במניות סלקום כתמורה עבור עבודתו של ארנון, ויצירת הנאמנות כמו גם מימונה וגמילת הזכויות לפיה התרחשו כולם במהלך קשר הנישואין של ארנון, נראה כי אין כל קושי לכפוף את הזכות לקבל את המניות מן הנאמן הנטען – פיוטרקובסקי – להסדר איזון המשאבים. במקרה כזה הנאמנות עדיין עלולה להועיל כמכשיר להסתרת נכסים מעיני בן הזוג, אך לא תועיל למילוט הנכסים מתחולתו של הדין, אם מתגלות לבן הזוג האחר העובדות לאשורן.

3. מתאוריה למעשה: מתווה לפתרון בעיות האפיון והזמן

הקשיים ביישומם של הכללים הרגילים הנקובים בחוק על זכויות הנאה לפי נאמנות הצריכו אותנו לפנות אל הבסיס העיוני של הסדר איזון המשאבים, כלומר אל ההיגיון המנחה את ההסדר ואת אופן יישומו בדין הישראלי. הבנת היגיון זה מאפשרת לפלס את הדרך באותם מקרים שבהם לא די בכללים עצמם כדי להתיר את הספקות. תת-פרק זה יוקדש לאופן שבו ראוי להתמודד עם בעיית אפיון ההנאה ועם בעיית הזמן. תת-הפרק השישי יוקדש להתמודדות עם בעיית השומה.

(א) פתרון בעיית אפיון ההנאה

ביסוסו של הסדר איזון המשאבים על עקרון המאמץ המשותף הוא המפתח לבחינת שאלת אפיון של הנאות על פי נאמנות כמתנתיות, שאינן כלולות במסה המתאזנת בין בני הזוג, או כתמורתיות הכלולות בה. על פי מפתח זה, הנאה לפי נאמנות שהוקצתה או גמלה בשל מאמציו של הנהנה תיחשב לנכס בר-איזון ותעמוד לחלוקה בין בני הזוג במסגרת איזון המשאבים ביניהם. מנגד, הנאה לפי נאמנות מתנתית, כלומר שהנהנים לפיה, ולפחות הנהנה שהוא בן הזוג בו עסקינן, לא נתנו תמורה עבור הנאתם, ראוייה להיחשב לנכס שהתקבל במתנה או בירושה, המוחרג מאיזון המשאבים לפי סעיף 5(א)(1) לחוק יחסי ממון. הלבוש המשפטי הקובע את אופן העברת הרכוש כהעברה רגילה או כחלוקת הנאה לפי נאמנות לא יגזור אפוא את דינו של הרכוש מבחינת דיני הרכוש הזוגי. דינו ייגזר לפי אופיו, כמתנתי או תמורתי.

ברוח זו דיני הרכוש הזוגי מתייחסים לזכות הנאה לפי נאמנות שנוצרה כתמורה בעד עבודה בדומה ליחסם לשכר עבודה המשתלם שלא בכפוף לנאמנות. אולם מסקנה דומה עשויה לנבוע לא רק בדבר נאמנות שנוצרה מתוך יחסי עובד-מעביד או כתמורה עבור שירות, אלא גם בדבר מצבים שבהם זכות הנהנה מותנית, לפי הנאמנות, בהישג או בפעולה כלשהם של הנהנה, כמו למשל השלמה בהצלחה של לימודים אקדמיים תובעניים. נשיאת בן הזוג האחר בעול הפרנסה או בעיקר העול הביתי בתקופת לימודי הנהנה, על מנת לאפשר את הלימודים ואת ההצלחה בהם, הופכת את הזכייה לפי הנאמנות לתוצר של מאמץ משותף. הוא הדין אם התנאי לזכייה הוא הישג מקצועי הקשור לעבודתו של הנהנה: גם במקרה כזה ניתן לראות בכספי הזכייה כספי מאמץ משותף אשר נבעו מעבודה במהלך קשר הנישואין. כמובן, אם ההישג נעוץ במאמצים שהחלו לפני מועד הנישואין, יהיה צורך לקבוע מנגנון חלוקה שיתאים את החלק המגיע לבן הזוג האחר לחלק היחסי של שנות המאמץ המשותף מתוך השנים שהיו בבסיס המאמץ שהוביל לזכייה, בדומה למנגנונים החלים על חלוקתם של חסכוניות ארוכי טווח שחלק מן ההפרשה אליהם קדמה לנישואין.

אתגר מורכב יותר נובע ממקרים שבהם אופייה של הזכייה לפי הנאמנות הוא מעורב, כלומר כולל הן רכיב מתנתי, הקשור למשל בקשרי הדם בין הנהנה ליוצר הנאמנות, והן רכיב של תמורה עבור הישג מקצועי או אחר. אינה דומה נאמנות לטובת מי מצאצאיו של היוצר שישלים תואר אקדמי ראשון (פעולה המשקפת מאמץ מוגבל וזמני) לנאמנות לטובת מי מצאצאיו של היוצר שיקבל עליו מאמץ גדול ומתמשך, כגון ניהול המפעל המשפחתי או טיפול בתלויים מבני

המשפחה.⁵⁹ במקרים מעורבים כאלה יש צורך לקבוע מנגנונים לזיהוי החלק המתנתי שבהנאה (שהוא נכס חיצוני) והחלק התמורתי שבה (הראוי להיחשב ככפוף לאיזון המשאבים, כל אימת שהפעילות שבגינה ניתנה התמורה התקיימה במהלך קשר הנישואין והשפיעה על חלוקת העבודה עם בן הזוג האחר). קשה לקבוע מסמרות מראש בדבר טיבם המדויק של מנגנונים אלה, אולם הערכות מקורבות וצורך לחלק רכוש בעל אופי מעורב אינם זרים לדיני הרכוש המשפחתי הישראליים, למן הדין החל על נכסים מעורבים ועד לדינים החולשים על הערכת שוויין של אופציות שחולקו כשכר עבודה וטרם גמלו.⁶⁰ בדומה לכך, כאשר מדובר בהתניית הנאה בהישג, ניתן לטעון כי יש לבחון אלו חלקים של ההישג נעוצים בכישורו האישי של הזוכה, ולפיכך לבקש להפעיל תחשיבים שהורתם ברעיון חלוקתו של כושר השתכרות עתידי בין בני הזוג.⁶¹ עם זאת גם מקרים רגילים של הכנסה מעבודה במהלך הנישואין מערבים יסוד של ניצול כישורו של המשתכר (ולעיתים קרובות גם של מאמצים בעבר, כגון הכשרה או ניסיון) ולא רק של מאמציו העכשוויים. למרות זאת הכנסה כזו נתפסת כמשותפת כולה. בדומה, כאשר בן זוג מועסק בעסק משפחתי אצל מי מהוריו, יש לראות בשכרו הכנסה מעבודה גם אם קבלתו לעבודה נבעה מן הקשר המשפחתי. מבחינה זו, עצם העובדה שהישג מסוים לא צמח בחלל ריק אלא נשען על מלוא הביוגרפיה של בן הזוג, אינה מונעת את תפיסת ההישג, כמו גם תמורתו, כעניין של מאמץ משותף. ניתן להציע כמה מבחני עזר לסיווג הנאה לפי נאמנות כמתנתית-הורשתית או תמורתית. ראשית, מבחן הקרבה ממוקד בעוצמת הקרבה בין יוצר הנאמנות לבין הנהנה, אם במונחים של היכרות אישית ואם במונחים של קרבת דם. אינה דומה נאמנות לטובת צאצאיו של היוצר או קרובי משפחתו האחרים לנאמנות לטובת קבוצה הכוללת את בני המשפחה של כל אחד מאלפי העובדים בחברה גדולה.⁶² שנית, מבחן דומיננטיות המאמץ או ההישג מתמקד בשאלת היקפו של המאמץ הנדרש ושל משקלו בהכרעה על זכיית הנהנה. בתוך כך ניתן לבחון את מספר המועמדים הפוטנציאליים להנאה (שכן כשמספר המועמדים קטן מראש, חלק נכבד מסיכויי הזכייה נבע

⁵⁹ באופן מסורתי המשפט המקובל הסתייג מתפיסה של טיפול בבני משפחה כעבודה בשכר, וראה בו עניין אלטרואיסטי. ראו Borelli v. Brusseau, 12 Cal. App. 4th 647 (1993). עמדה זו זכתה לביקורת נוקבת בספרות. ראו למשל Katharine B. Silbaugh, *Marriage Contracts and the Family Economy*, 93 NW. U.L. REV. 65 (1998). גם בהקשר זה השאלה המתעוררת רחבה מן ההקשר הנאמנותי; היא מתעוררת בהקשר של הסכמי ממון, כמו גם בהקשרים של טיפול בקרובים כתנאי מתלה או מפסיק להורשה (השוו: Joshua C. Tate, *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom*, 42 U.C. DAVIS. L. REV. 129 (2008)). בכונתנו להכריע בה במסגרת הנוכחית. הקוראת מוזמנת אפוא לתת ביטוי לעמדתה הכללית בסוגיה זו בתשובה שתיתן לשאלה אם טיפול בבני משפחה הוא בגדר תמורה לשם סיווג הנאה לפי נאמנות, הקשורה בטיפול כזה, כמתנתית או תמורתית.

⁶⁰ ראו את הדיון להלן בה"ש 91.

⁶¹ להצעת תחשיבים מעין אלו, ראו למשל ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 271 ואילך; תמ"ש (משפחה ת"א) 47769-01-12 **פלונית נ' אלמוני** (נבו 26.8.2014).

⁶² השוו את הנאמנות שיצר בנימין וינשטיין לטובת אחייניו בעניין **וינשטיין** (לעיל ה"ש 57), לזו שנוצרה לפי החלטת בית המשפט בה"פ (מחוזי חי') 7075-02-11 **מירובסקי נ' עזבון אבוטבול** (נבו 26.7.2011) למימון טיפולים מצילי חיים שלהם יודקו בני משפחה במעגל הראשון של עובדי חברת החשמל.

למעשה מן ההיכללות בקבוצה), את היקף המאמץ הנדרש ואת השאלה עד כמה מאמץ מסוג זה מצריך תמיכה משפחתית – כספית או רגשית – ההופכת אותו לראוי להיחשב למאמץ משותף. אכן, חלק מן המקרים עשויים להיות קשים לסיווג, למשל במקרים שבהם הדרישה מן הנהנה אינה לפעולה קונקרטית אלא לאימוץ אורח חיים מסוים שאותו עשוי הנהנה לאמץ גם מסיבות עצמאיות שאינן תלויות בנאמנות (כגון שמירת מצוות או מגורים בארץ). לבסוף ניתן להציע את מבחן **מטרת הנאמנות**. כוונתנו כאן לא לתנאי הנאמנות אלא להקשר שהוביל ליצירתה ולסיבות לארגון ההעברה בדרך של נאמנות. כדי להתחקות על אלה ניתן לפנות לא רק אל כתב הנאמנות אלא גם אל מכתב המשאלות (letter of wishes) של יוצר הנאמנות, אם קיים.⁶³ אך את מטרת הנאמנות יש לזהות גם לפי נסיבות חיצוניות ולא אך לפי דברי היוצר, העשוי לבקש שלא לגלות את מטרתו האמיתית במסמכי הנאמנות, אם כדי להשפיע על תוצאת הפעלת דיני הרכוש הזוגי ואם מתוך מטרת אחרות, כגון מילוט הרכוש הכפוף לנאמנות מנושים או מרשויות מס. אם מטרת הנאמנות היא יצירת תמריץ להתנהגות מסוימת, העברת הגמול על ההתנהגות הרצויה על דרך הנאמנות אינה אמורה לשנות את דינו של גמול זה מבחינת דיני הרכוש הזוגי, בדומה ליישום דינים אלה בחלוקת רכוש שמקורו ב"בונוס" או במתנה לעובדים.⁶⁴

אמרנו למעלה שהנאה לפי נאמנות שהוקצתה או גמלה בשל מאמציו של הנהנה תיחשב לנכס בר-איוון, ואילו הנאה לפי נאמנות מתנתית תיחשב לנכס חיצוני. הנאה לפי נאמנות שאינה מתנתית אך גם אינה בגדר תמורה למאמץ או להישג של הנהנה, כגון הנאת מוכר מקרקעין לפי הנאמנות על המחיר שיוצר הרוכש לטובת המוכר או הנאת מלווה לפי נאמנות שיוצר לווה לטובת המלווה כבטוחה לפירעון החוב, תיחשב לכפופה לאיוון או לנכס חיצוני לפי סיווגה, מבחינת איוון המשאבים, של הזכות המקורית שההנאה נועדה להחליף או להבטיח. כך הנאת מוכר מקרקעין תהיה כפופה לאיוון אם הנכס שמכר היה כפוף לאיוון. הנאת המלווה מן הבטוחה תהיה כפופה לאיוון אם זכותו להחזר כפופה לאיוון. הנאות כאלה יהיו כפופות, כמובן, גם לתנאים שנקבעו

⁶³ לפי פרקטיקה רווחת, מותיר יוצר נאמנות בכתב הנאמנות שיקול דעת רחב בידי הנאמן בשאלות שונות, ובייחוד בשאלות מיהות הנהנים או חלוקת הנכסים הכפופים לנאמנות ביניהם, וכד בבד מפקיד בידי הנאמן מכתב שבו מביע היוצר דעתו, רצונו או תקוותו לעניין הדרך שבה ישתמש הנאמן בשיקול הדעת שניתן לו. למכתב המשאלות אין, ככלל, תוקף משפטי כחלק מכתב הנאמנות או כחוזה בין היוצר לנאמן, ולנאמן אין חובה להשתמש בשיקול דעתו בדרך המגשימה את משאלות היוצר. למרות זאת נאמנים רבים מקפידים להגשים את האמור בכתב המשאלות. פרקטיקה זו מבטאת ניסיון ליהנות מהיתרונות של הותרת שיקול דעת בידי הנאמן בשאלות מיהות הנהנים וחלוקת הרכוש הכפוף לנאמנות ביניהם, שעיקרם הכבדה על שיוך רכוש זה לנהנה כלשהו לצורכי מס, דיני הרכוש הזוגי וגבייה של חובות הנהנים לנושיהם, כשהיוצר מכתב בפועל לנאמן את ההחלטות שיקבל בהפעלת שיקול דעתו, ונמנע מן הסיכון שהנאמן יקבל החלטות שאינן לרוחו. נאמנים רבים, בעיקר אלה הממלאים תפקידי נאמנות לפרנסתם, מקיימים את "משאלות" היוצרים אף שאינם חייבים לעשות כן מבחינה משפטית, על מנת שיוצרים אלה יבחרו בהם כנאמנים של נאמנויות נוספות שיצרו וימליצו עליהם לאחרים. לדיון ב"מכתבי המשאלות", ראו Stephen Moverley Smith & Andrew Holden, *Letters of Wishes and the Ongoing Role of the Settlor*, 20 TRUSTS & TRUSTEES 712 (2014).

⁶⁴ ליישום דיני הרכוש הזוגי בהקשר אחרון זה, ראו למשל תמ"ש (משפחה י-8) 3251/08 פ"כ נ' מ"כ, פס' 25, 63 לפסק הדין (נבו 7.8.2012).

להן בכתב הנאמנות, כגון העברת מסמכי עסקת המכר לידי רוכש המקרקעין או אי-עמידת הלווה בהתחייבויותיו לעניין ההחזר. עם זאת היות שהנהנה יכול לסחור בזכות ההנאה שלו גם לפני שהתנאים לחלוקתה לידי התמלאו, הזכות נזילה וכן הזוג האחר יוכל לגבות מתוכה את חלקו, אם היא כפופה לאיזון, גם לפני מילוי של תנאים אלה, כפוף להנחה על השווי, שתבטא את אי-הוודאות שנתורה באשר למילוי.

(ב) פתרון בעיית הזמן

בפתיחת פרק זה ציינו את הקושי שבסיווג הנאה מנאמנות ככת-איזון או פטורה מאיזון במישור הזמן, על שום האופי הרב-שלבי של ההנאה מן הנאמנות, הנעה בין יצירת הנאמנות, למימונה, לגמילת זכויות ההנאה לפיה ולחלוקתן בפועל. לעמדתנו, לפי הבסיס העיוני של הסדר איזון המשאבים, המועד המכריע לצורך סיווג הנאה לפי נאמנות ככת-איזון או פטורה ממנו לפי עקרון המאמץ המשותף אינו המועד שבו התקבל תקבול מסוים בידי הנהנה, אלא המועד שבו בוצעה העבודה או התרחש המאמץ שבגינם חולק התקבול (הנאה שאינה בגדר תמורה על עבודה, מאמץ או הישג פטורה מן האיזון לפי דיוננו לעיל). אכן, לשונו של חוק יחסי ממון עוסקת בשאלה אילו נכסים נמצאים בידיו של כל אחד מבני הזוג במועד הרלוונטי, שהוא מועד התרת הנישואין או פקיעתם, או – במקרים מתאימים – "מועד השווי", הקודם לו.⁶⁵ אולם במקרים שבהם התקבול הוא גדול ומשמעותי, וניתן לייחוס ברור למאמצים של אחד מבני הזוג במהלך הנישואין, נוטה הדין להתחשב במועד העבודה ולא דווקא במועד התקבול.⁶⁶

עמדה זו משתקפת בתפיסתו החד-משמעית של הסדר איזון המשאבים בעניין הכנסות פנסיוניות הצפויות להשתלם בעתיד בגין עבודה שבוצעה במהלך הנישואין.⁶⁷ עמדה זו מקובלת גם במשפט המשווה, במקומות שבהם מקובל לחלק נכסים פנסיוניים בין בני זוג שנפרדו, הן כאשר לנכסים אלה והן כאשר לתמורות מסוג אחר.⁶⁸ לפי גישה זו, אם זכות הנאה לפי נאמנות גמלה וחולקה בפועל רק לאחר פרדת בני הזוג, אך מקורה במאמץ משותף תוך כדי הנישואין, יש לכפוף את שווייה לאיזון המשאבים. אם הזכות נובעת ממאמץ מתמשך, הנמשך גם לאחר הפרדה, יש לאזן בין בני הזוג חלק מההנאה שגודלו כגודל המנה המתקבלת מחלוקת משך הזמן שבו נמשך המאמץ במהלך הנישואין במשכו הכולל של המאמץ או הפעילות הרלוונטיים לזכייה בהנאה. גם אם הנאמנות היא אכן בעלת אופי תמורתי, אך ההנאה ממנה תלויה גם בהתנהגות עתידית של הנהנה לאחר תום הקשר, ולמשל בשמירתו על אורח חיים מסוים, ניתן לראות את

⁶⁵ ליכולת להקדים את המועד שלפיו מחושב שווי הנכסים אף למועד הקודם לפקיעת הנישואין (אם בגירושין או מוות ואם בנסיבות המנויות בסעיף 5א), ראו ס' 8(3)–(4) לחוק יחסי ממון.

⁶⁶ ראו למשל תמ"ש (משפחה חי') 32799-03-10 א"ע נ' ר"ע, פס' 34 לפסק הדין (נבו) 26.11.2013 ("בית [ה]משפט לענייני משפחה נוהג לאזן נכסים ממשין[ים] וגם זכויות שטרם מומשו ובלבד ששוורשיהם נטועים בתקופת החיים המשותפת").

⁶⁷ לסקירה, ראו למשל בע"מ 4860/16 פלונת נ' פלונת, פס' ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (נבו) 5.9.2017.

⁶⁸ ALI, לעיל ה"ש 44, בס' 4.08. כן ראו *In re Marriage of Zaentz*, 218 Cal. App. 3d 154 (1990); *Niroom v. Hazard*, 833 S.W.2d 911 (Tenn. Ct. App. 1991); *v. Niroom*, 313 Md. 226 (1988).

זכות ההנאה ככפופה לאיזון, בדומה לתפיסה המקובלת בעניין זכויות פנסיוניות, שגם התגבשות עשויה להיות תלויה לעתים בהתנהגותו של בן הזוג החוסך לאחר הפרדה, כגון בהמשך עבודתו במקום העבודה הרלוונטי.⁶⁹ שאלה סבוכה יותר, שלא נדון בה בהרחבה כאן, עוסקת בגורלו של תקבול שהתקבל, מתוך נאמנות, במהלך הנישואין, בעקבות עבודה שכולה או חלקה קדמו לנישואין. גם כאן דומה כי האנלוגיה לדין החל על פנסיות תכפוף לאיזון רק אותו חלק מן התקבול הניתן לייחוס למאמציו של הנהנה במהלך הנישואין. מן ההיבט הדוקטרינרי, ניתן לעתים לראות תקבול במהלך הנישואין, המשקף גם או רק מאמץ שקדם להם, ככפוף לכוונת הצדדים לשתפו, ומנגד, לראות בתקבול כזה נכס שיש להחריגו מן האיזון לפי הוראות סעיף 8(1) לחוק יחסי ממון. כך או כך, השאלה אם יש לקבוע את גבולות המסה הכפופה לאיזון לפי מועד המאמץ או לפי מועד התקבול היא שאלה כללית המונחת לפתחם של דיני הרכוש הזוגי בישראל. בהינתן הפתרון הנכון בעינינו, שלפיו יש למקד את הסיווג בין רכוש בר-איזון לבין רכוש חיצוני במועד התרחשות הפעילות שהולידה את התקבול, דיני הנאמנות אינם מעוררים בעיה מיוחדת בהקשר זה. התוצאה היא שבמקרים שבהם הנאמנות היא בעלת אופי תמורתי, יש לבחון את מועד ביצוע הפעילות שבגינה הוענקה תמורה זו. אם פעילות זו, או חלקה, בוצעו במהלך הנישואין, קרי במאמץ משותף, יש טעם טוב לראות את החלק מן ההנאה שצמח בגין מאמץ זה כבר-איזון, גם אם במועד התרת הנישואין או פקיעתם, או ב"מועד השווי", ההנאה טרם חולקה לנהנה, כל עוד קיומה והיקפה אינם כפופים עוד לשיקול דעתו של הנאמן. מקרים שבהם קיומה או היקפה של זכות ההנאה של בן זוג לפי נאמנות עדיין כפופים לשיקול דעתו של הנאמן מעוררים בעיה עצמאית מבחינת השאלה אם ניתן לראות בהם נכס הכפוף לאיזון; נדון בה בתתי-פרקים 6 ו-8 להלן.

4. נאמנויות מתנתיות או ירושתיות בראי דוקטרינת השיתוף הספציפי

עד כאן התמקד הדיון בסיווגן של הנאות שהוקצו לבן זוג לפי נאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין ככפופות לאיזון המשאבים או פטורות ממנו. כאמור לעיל, המשפט הישראלי מורה לעתים על חלוקה בין בני זוג שנפרדו של נכסים אשר הסדר איזון המשאבים אינו חל עליהם, מכוח דוקטרינת השיתוף הספציפי. כעת נדון בשאלה אלו זכויות הנאה לפי נאמנות, שאינן כפופות לאיזון המשאבים, עשויות להיות כפופות לשיתוף ספציפי.

כאשר הנאה מנאמנות שאינה כפופה לאיזון המשאבים כבר חולקה לנהנה, יש להתייחס אליה, עקרונית, כאל כל מתנה או ירושה. מבחינה זו, מקורה הנאמנותי של ההענקה אינו משנה דבר. עם זאת הנסיבות של חלוקת הנאה לפי נאמנות עשויות להשפיע על התוצאה של החלת דיני השיתוף הספציפי. אם חלוקת ההנאה היא בעלת אופי שוטף, למשל על בסיס חודשי, ומשמשת ברגיל לצורכי המשפחה, עשויות תכונות אלה להיות בסיס להסתמכותו של בן הזוג האחר על ההנאות שחולקו, בשל הדמיון שביניהן לבין משכורת שוטפת. חלוקה קבועה ושוטפת של סכום כספי כהנאה

⁶⁹ ראו למשל את הדיון והסקירה בתמ"ש (משפחה פ"ת) 10-07-6348 פלונים נ' פלונים, פס' 33-39 לפסק הדין (נבו 10.8.2014).

מתוך נאמנות, המשמשת באופן שוטף לצורכי המשפחה, עשויה להשפיע על אורח החיים המשפחתי ועל חלוקת העבודה המשפחתית. למשל, בן הזוג שלזכותו עומדת החלוקה השוטפת עשוי להקדיש את זמנו למטרות שאינן עבודה בשכר, מתוך הסתמכות על התקבולים השוטפים. ענייננו כאן במקרים שבהם מטרות אלה אינן מטרותיו של יוצר הנאמנות; כשהמטרות שלהן מקדיש הנהנה את זמנו הן מטרותיו של היוצר, ראוי לסווג את זכות ההנאה כבעלת אופי תמורתי, ולכן ככזו הכפופה להסדר איזון המשאבים. במקרי החלוקה הקבועה והשוטפת בעלת האופי המתנתי עשויה ההנאה שכבר חולקה להיתפס בעיני בני הזוג כתחליף למשכורת שוטפת, וממילא ראוי לראות בהנאות שכבר חולקו נכסים משותפים. כך הוא גם כאשר ההנאה היא זכות מגורים קבועה בבית המשפחה או הנאה אחרת השוכנת, לפי אופייה, במרחב הביתי: ההנאה עשויה להפוך למשותפת לפי מבחנים דומים לאלה שהחילה הפסיקה על השיתוף של בית מגורים שקדם לנישואין בין בני זוג. בדומה לזה, עשויה זכות בן הזוג האחר לנבוע ממצגים שהציג הנהנה בפני בן זוגו, שלפיהם זכות ההנאה תעמוד לרשות שני בני הזוג גם לעתיד לבוא, או מערוב הנכסים שהם הנאה מן הנאמנות בנכסי מאמץ משותף, למשל בדרך של השקעת משאבים משותפים בבית שהמגורים בו הם הנאה לפי נאמנות.

גישתנו שונה כשמדובר בהנאות צפויות אשר הזכות להן גמלה אך טרם חולקה, כגון זכויות עתידיות שיחולקו לבן זוג לאחר שזכות הנאה קודמת לפי הנאמנות הרלוונטית תסתיים, למשל בשל פטירת הנהנה הקודם.⁷⁰ להנאות מתנתיות שטרם חולקו יש להתייחס בדומה לעקרונות שלפיהם מחלק הדין את כושר ההשתכרות של הצדדים. לפי הקו הרגוע בפסיקה הישראלית, יש מקום לחלק כושר השתכרות רק כאשר ניתן לאתר תרומה של בן הזוג האחר ליצירתו של כושר ההשתכרות העודף.⁷¹ בהיעדר תרומה כזו הדין נרתע מלהגן על ציפיותיו של בן זוג להמשיך וליהנות בעתיד מהכנסות בן זוגו לשעבר ומלהכיר בהסתמכותו עליהן. בדומה לזה, גם בענייננו לא יהיה, לדעתנו, מקום להעניק לבן הזוג האחר זכויות בהנאות עתידיות אם אופי ההנאה אינו תמורתי. עם זאת ניתן לראות בפערים גדולים בהיקף ההכנסה של כל אחד מבני הזוג עילה להכפפת הנאות עתידיות של אחד מהם לשיתוף לתקופה מוגבלת על בסיס צורך, שנועד לאפשר לבן הזוג בעל ההכנסה הנמוכה יותר תקופה של שיקום והסתגלות, שבה יוכל למצוא לעצמו מקורות הכנסה עצמאיים.⁷² בהתקיים הכפפה כזו, בן הזוג התלוי כלכלית במשנהו אינו הופך לבן ערובה של הנישואין, דבר המגן על השוויון בין בני הזוג לא רק בנקודת היציאה אלא גם במהלך הקשר המתפקד.

⁷⁰ זכות עתידית מסוג זה מכונה בלע"ז remainder.

⁷¹ לפסק הדין המנחה, ראו בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(3) 66, פס' 23 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2007) ("הצורך להיזקק לחלוקה של נכסי הקריירה יתעורר בעיקר במקרים מובהקים שבהם נוצר פער ממשי וברור בין בני הזוג מבחינת כושר ההשתכרות שלהם – פער שנובע מכך שאחד מבני הזוג נטל על עצמו ויתור משמעותי מבחינת ההתפתחות המקצועית והתמקד במרחב הביתי, ובכך אפשר לבן-הזוג האחר להשיא את כושר השתכרותו").

⁷² לשאלת הקליטה בארץ של מוסד "המזונות המשקמים", ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, בפרק ט; בע"מ 3151/14 פלונית נ' פלוני, פס' 17 לפסק דינו של השופט זילברטל (נבו 5.11.2015).

כמו באשר להסדר השיתוף הספציפי בכלל, גם בהקשר הנאמנותי יכול הנהנה למנוע את החלת דיני הרכוש הזוגי על זכויות הנאה שלו שהן נכס חיצוני, בעזרת מצג עקשני המבהיר לבן הזוג האחר כי אל לו להסתמך על זכויות אלה, שאותן רואה בעליהן כעומדות לרשותו בלבד. דומה כי ראוי שנסיבות יצירת הנאמנות ונסיבות ההנאה ממנה הן שתקבענה את הסיווג של כל זכות הנאה מתנתית ככפופה לשיתוף ספציפי או כחופשית ממנו, ואת אופי המצג שיידרש כדי להקנות לבן הזוג האחר זכויות בהנאה או לשלול ממנו זכויות כאלה. העובדה שנכס נושא את צורתה של זכות הנאה לפי נאמנות ולא את צורתו של נכס רגיל המצוי בבעלותו של אחד מבני הזוג עשויה להיות נתון רלוונטי במארג הנסיבות באשר לכוונת הצדדים ולציפיותיהם, אך אינה מכריעה את השאלה.⁷³

שאלה ייחודית העשויה להתעורר בהקשר הנאמנותי היא מידת חירותו של יוצר הנאמנות, ואולי אף של הנאמן, לקבוע את אופייה של הנאתו של נהנה מסוים כנפרדת או כמשותפת לנהנה ולבן זוגו. אשר להנאה שכבר חולקה, נראה כי מעמד היוצר והנאמן דומה למעמדו של נותן מתנה או של מוריש: עמדתו היא נתון רלוונטי לשם איתור כוונתו בזמן היצירה או החלוקה, בהתאמה, אולם ספק אם יש בכוחו להגביל את כוחו של הנהנה לשתף עם בן זוגו את ההנאה לאחר שהתקבלה.⁷⁴ שאלה מורכבת יותר עשויה להתעורר בעניין כוחו של יוצר הנאמנות לקבוע, מבחינת דיני הרכוש הזוגי, את גורלה של הנאה שטרם חולקה או שאף טרם גמלה. לשאלה זו, המחודדת את כוחו של היוצר לקבוע את גורל הרכוש הכפוף לנאמנות, נשוב בתת-הפרק הבא, שבו ננתח את חסינות זכותו של נהנה לפי הקדש בגדרי המשפט הישראלי. שאלה נוספת עשויה

⁷³ כך במקרה שנדון בפסק דינו של בית המשפט העליון של מסצ'וסטס בפרשת (Pfannenstiehl v. Pfannenstiehl, 475 Mass. 105 (2016)), קיבל בעל, שהיה אחד הנהנים לפי נאמנות שיצר אביו, חלוקת קבועות מן הנאמנים, מדי חודש בחודשו, במשך תקופה של יותר משנתיים, אף שכתב הנאמנות נתן לנאמנים שיקול דעת לעניין חלוקת הרכוש הכפוף לנאמנות וההכנסה שנצמחה עליו לנהנים, והם לא חויבו לחלק לבעל דבר. החלוקות נפסקו כשהבעל הגיש תביעת גירושין נגד אשתו. בבית המשפט טענה האשה כי זכות ההנאה של הבעל לפי הנאמנות צריכה להיות כפופה לחלוקה שביושר בין בני הזוג. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי זכותו היא "תקווה גרידא" שהנאמנים יחלקו לו סכומים נוספים (mere expectancy), ומשום שהאפשרות שיעשו כן כפופה לשיקול דעתם, והבעל אינו יכול לכפות עליהם חלוקה כלשהי, זכות זו לא תיכלל במסת הנכסים הכפופה לחלוקה בין הצדדים. עם זאת בית המשפט קבע כי בחלוקת מסת הנכסים האמורה בין הצדדים יש להביא בחשבון את האפשרות שהבעל יקבל בעתיד חלוקות מהנאמנים.

⁷⁴ לעמדה שונה, המכירה בכוחו של נותן מתנה או של מוריש לקבוע כי מה שהעניק לא יוכפף לדיני הרכוש הזוגי, ראו ALI, לעיל ה"ש 44, בס' 4.12(5), הקובע כי: "The provision of a will or deed of gift specifying that a bequest or gift is not subject to claims under this section should be given effect". לפי העמדה שם, תפיסה זו נגזרת מכוחו של המקבל למנוע את החלת דיני הרכוש הזוגי בהודעה חד-משמעית לבן זוגו, ומיכולת המעניק להתנות את ההענקה בהודעה כזו. לגישתנו, יש אפוא לדרוש כתנאי למתן תוקף לקביעה כזו מאת המעניק, כי הקביעה תהיה ידועה לבן הזוג האחר. דרישה זו קרובה, מן ההיבט המעשי, לדרישה מן הנהנה להבהיר לבן זוגו כי הנאתו היא בגדר רכוש נפרד. כך או כך, גם לפי ה-Principles המקבל אינו מנוע מלשתף את בת זוגו ברכוש שהתקבל, אם ירצה בכך. ראו שם, בהערה d. השווה Jonathan Robinson, *Townshend v. Buttar: Gifts, Exclusions, and Intentions*, 30 CAN. J. FAM. L. 265 (2017).

להתעורר בעניין כוחו של הנאמן לקבוע את אופי החלוקה מבחינת דיני הרכוש הזוגי ולעצב אותה בדרך שתמזער את הערך שיגיע בפועל לבן זוגו של הנהנה. בשאלה זו נדון בתת-פרק א.8 להלן. לסיכום, עקרון השיתוף הספציפי החל על רכוש חיצוני וכופף אותו, לעתים, לחלוקה בין בני הזוג, עשוי לחול גם על נכסים שמקורם בחלוקה מתוך נאמנות וגם על הנאה לפי נאמנות כנכס בפני עצמו. ההכרעה בדבר היקף התחולה של דין השיתוף הספציפי על הנאות מנאמנות היא נסיבתית, בדומה להיקף התחולה של דין זה על רכוש חיצוני רגיל, וממילא לא ניתן לקבוע בעניינה כללים ברורים. עם זאת ניתן להציע שני עקרונות כלליים: ראשית, כאשר רכוש המשמש את המשפחה ועשוי להוביל להסתמכות בן הזוג האחר על זמינותו, מוחזק למעשה בנאמנות ואיננו בבעלות בן הזוג הנהנה, יש להטיל על בן זוג זה נטל לעדכן בכך את בן הזוג האחר, על מנת שהאחרון ידע את המצב לאשורו ויוכל לכלכל את צעדיו בהתאם. אם הנהנה לא עדכן את בן זוגו כאמור, ניתן לתת לבן הזוג האחר סעדים המגינים על הסתמכותו על הנחה שגויה בדבר בעלות הנהנה בנכסים, ולמשל לכפוף חלוקות עתידיות מן הנאמנות לנהנה לשיתוף ספציפי, בכפוף לדיון בתת-הפרק הבא. שנית, אין מקום לראות בעצם ארגון הנכסים בדרך של נאמנות מסך המפקיע את תחולתם של דיני הרכוש הזוגי על נכסים אלה. להעמקה בסוגיה זו נפנה עתה לבחינת ההתנגשות האפשרית בין דיני הרכוש הזוגי לבין סעיף 20 לחוק הנאמנות, המונע המחאה, שעבוד ועיקול של זכויות הנאה לפי הקדש.

5. חסינות של זכות נהנה לפי הקדש

הגענו למסקנה שניתן להחיל את דיני הרכוש הזוגי על זכויות הנאה של בן זוג לפי נאמנות והצענו מתווה להתמודדות עם האתגרים העקרוניים הכרוכים בהפעלת כל אחת מן השכבות של הדין. נותרה מכשלה לכאורית אחת, שטרם טופלה, הנובעת מן החסינות שמעניק חוק הנאמנות לזכותו של נהנה לפי הקדש. חוק הנאמנות קובע בסעיף 20 כי "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".⁷⁵ חוק זה מגדיר "הקדש", בסעיף 17(א) בו, כנאמנות שנוצרה בכתב נאמנות חתום בידי היוצר בפני נוטריון, בצוואה או (אגב הפניה לסעיף 147 לחוק הירושה) במינוי מוטב לצורכי קופת גמל, פוליסת ביטוח או מוצר פיננסי דומה. הקדש, אם כן, הוא נאמנות שנוצרה בפעולה משפטית חד-צדדית מן הסוגים שנמנו לעיל.⁷⁶

החסינות לפי סעיף 20 לחוק הנאמנות אינה חלה על נכסים ועל כספים משעה שחולקו לנהנה בפועל. לעומת זאת היא עלולה לעמוד לרועץ באשר להכפפתן של זכויות הנאה שטרם חולקו

⁷⁵ לדיון בהוראת חוק בעייתית זו, ראו חפרי-וינוגרדוב "דין הנאמנות בישראל", לעיל ה"ש 11, בעמ' 498–511.
⁷⁶ חשוב להדגיש כי הקדש, הכפוף להוראות פרק ב' לחוק הנאמנות, עשוי להיות פרטי, כלומר כזה שנוצר למטרות פרטיות, ולמשל עבור נהנים מסוימים, או ציבורי, כלומר כזה שנוצר לקידום עניינים ציבוריים. הקדשים ציבוריים כפופים גם להוראות פרק ג' לחוק הנאמנות. אין לבלבל בין המובן שנותן החוק למונח "הקדש" – נאמנות, פרטית או ציבורית, שנוצרה בכתב הקדש – לבין מובנו של מונח זה במשפט העברי, שם הוא מכוון לנאמנויות לצורכי ציבור בלבד.

לאיזון המשאבים או לשיתוף ספציפי. החסינות אינה חלה על נאמנויות שנוצרו שלא בכתב הקדש, ולמשל על אלה שנוצרו בחוזה, משום שפרק ב' לחוק הנאמנות, הכולל את סעיף 20, חל, לפי לשונו, רק על הקדשים.⁷⁷ מהן אפוא השלכות הוראת סעיף 20 לחוק על הכפפת זכותו של נהנה לפי הקדש שגמלה אך טרם חולקה לו לאיזון המשאבים מחד, ולשיתוף ספציפי מאידך? לעניין הסדר איזון המשאבים, דעתנו היא כי סעיף 20 אינו משפיע השפעה עקרונית על האיזון. עצם הכפפת רכוש לאיזון המשאבים אינה בגדר המחאה, שעבוד או עיקול.⁷⁸ הזכאות הנובעת מסעיף 5 לחוק יחסי ממון, המקנה לכל אחד מבני הזוג את מחצית שוויה של מסת הנכסים המתחלקת עם התרת הנישואין או פקיעתם, אינה כשלעצמה דיספוזיציה בנכסים אלו. איזון המשאבים עצמו נערך בדרך של העברת מחצית ההפרש בין שווי נכסיהם בני-האיזון של בני הזוג, "אם בעין ואם בכסף או בשווה כסף",⁷⁹ וממילא ניתן לצאת ידי חובת האיזון ללא המחאת זכויות ההנאה. למשל, אם לבן הזוג הנהנה יש רכוש בשווי 100 והנאה מהקדש המוערכת ב-100 נוספים, ואילו – לצורך הדוגמה – לבן הזוג האחר אין כל רכוש בר-איזון, יוכל בן הזוג הנהנה לצאת ידי חובת איזון המשאבים בדרך של העברת 100 מתוך הרכוש הרגיל ושימור בידו של זכויות ההנאה מההקדש, בלי שנדרש להמחות או לשעבד אותן ובלי שבן הזוג האחר נדרש לעקל אותן.⁸⁰

אמנם קושי מעשי עלול להתעורר כאשר אין די ברכוש-שמלבד-ההנאה של בן הזוג הנהנה על מנת להעביר לבן הזוג האחר את שווי מחצית ההפרש בין הנכסים בני-האיזון של כל אחד מהם. המגבלה שמטיל סעיף 20 על המחאה של זכות הנהנה עלולה למנוע את העברת הזכות או חלקה לבן הזוג האחר. גם המגבלות שמטיל הסעיף על שעבוד ועיקול של זכות נהנה לפי הקדש עלולות להכביד על ביצוע האיזון. אך קשיי נזילות העלולים להכביד על ביצוע איזון המשאבים אינם מיוחדים להקשר הנאמנות, וחוק יחסי ממון מכיל, בסעיף 6(ג) בו, מנגנונים המאפשרים התמודדות עימם: הסעיף מסמיך את בית המשפט לקבוע את הדרך שבה יבוצע האיזון "לפי הנסיבות", כולל מתן ארכה לביצועו וקביעת תוכנית לסילוק תשלומי האיזון בשיעורים. שימוש במנגנונים אלה עשוי לפתור בחלק מן המקרים את הקושי שגורם סעיף 20 לחוק הנאמנות: כאשר מועד החלוקה העתידית לבן הזוג הנהנה קבוע, ולנאמן אין כוח לדחות מועד זה או לבטל את

⁷⁷ אמנם השופט טירקל כתב בעניין **וינשטיין** (לעיל ה"ש 57), לעניין מינוי ופיטורי נאמנים, כי "כאשר מדובר בנאמנות על-פי חוזה עם הנאמן, מוסדרים עניינים אלה, בדרך-כלל, בחוזה שעל-פיו נוצרה. אולם אם לא נקבעו הוראות מפורשות בחוק או בחוזה יש מקום להחיל עליה – בשינויים המחויבים לפי העניין – את ההוראות שבחוק החלות על נאמן של הקדש" (שם, בעמ' 804–805). מן הדברים עולה כי ניתן להחיל את הוראות פרק ב' לחוק הנאמנות גם על נאמנויות שאינן בגדר הקדשים; בין בתחולה ישירה ובין בדרך של היקש. אך הוראת סעיף 20 לחוק הנאמנות היא בעייתית מבחינה נורמטיבית: היא מחסנת, כעניין של דין מחדלי, זכויות הנאה מפני הכפפה רצונית ולא רצונית לזכויות נושי הנהנה, ללא כל הגבלה של שווי זכויות ההנאה המוגנות. בשל בעייתיותה ראוי לצמצם את תחולתה ככל האפשר, בהיצמדות ללשון החוק, המחילה אותה על זכויות הנאה לפי הקדש בלבד.

⁷⁸ לעמדה דומה בארצות הברית, ראו Lauricella, לעיל ה"ש 36, בעמ' 439; Marc A. Chorney, *Interests in Trusts as Property in Dissolution of Marriage: Identification and Valuation*, 40 REAL PROP. PROB. & TR. J. 1, 12–13 (2005).

⁷⁹ ס' 6(ב) לחוק יחסי ממון.

⁸⁰ פתרון כזה מקובל בארצות הברית, ראו Pennell, לעיל ה"ש 38, בעמ' 12.

החלוקה, דחיית המועד לביצוע תשלום האיוון תפתור את הבעיה.⁸¹ כאשר נדרש הנאמן לחלק לנהנה מן הרכוש הכפוף לנאמנות לשיעורין, יוכל בית המשפט לקבוע לוח סילוקין לתשלומי האיוון המביא בחשבון את מועדי החלוקות הללו. את ביצוע תשלומי האיוון ניתן להבטיח גם בבטוחות שאינן כוללות את שעבוד זכות ההנאה, כגון שעבוד נכסים אחרים של בן הזוג הנהנה או העמדת ערבות, אישית או בנקאית, של הנהנה או של אחר, לביצוע התשלומים. כאשר לא ניתן להשתמש במנגנונים אלה לעקיפת המגבלה שיוצר סעיף 20, ניתן לראות בצורך בביצוע תשלומי האיוון ובשמירה על זכויות בן הזוג האחר "נסיבות מיוחדות" לצורך הסיפה לסעיף 20, המתירה בנסיבות כאלה המחאה, שעבוד ועיקול של זכות נהנה לפי הקדש, כפוף לאישור בית המשפט. הוראת סעיף 20 לחוק הנאמנות עלולה לעורר אתגר מורכב יותר באשר להחלת דוקטרינת השיתוף הספציפי, הבנויה בעיקרה על הנחת עסקה רצונית בין הצדדים ("כוונת שיתוף"), על זכות הנאה של בן זוג לפי הקדש. במבט ראשון דומה כי ההוראה המגבילה העברה של זכות הנאה לפי הקדש מגבילה מניה וביה גם את היכולת להפוך זכות זו, מרצון, למשותפת עם אחר. עם זאת לדעתנו יש דרכים לעקוף את המגבלה שבסעיף 20 באותם מקרים שבהם ראוי, לפי מסקנות הדיון בתת-פרק 4.4 לעיל, להתייחס אל הנאה כמשותפת על אף אופייה המתנתי. ראשית, השאלה עד כמה רעיון השיתוף הספציפי נשען עדיין על מודל של עסקה רצונית בין הצדדים שנויה במחלוקת, ודומה כי למצער באשר לדירת המגורים יש נטייה לטשטש מודל זה.⁸² לעמדה זו השיתוף אינו נובע מעסקה משוערת שעשה הבעלים, אלא מן הדין, וממילא אינו כפוף למגבלות על עסקות שבחוק הנאמנות. שנית, דומה כי גם לפי המודל העסקתי של השיתוף הספציפי ניתן לעקוף את המגבלה שבסעיף 20 על המחאה או שעבוד של זכות ההנאה, אם מבינים את השיתוף בהנאה כהתחייבות לחלוק עם בן הזוג האחר לא את זכות ההנאה עצמה אלא את פירותיה העתידיים של הנאמנות לכשתחולק ההנאה. ניתן להציע כי הכפפת ההנאה לשיתוף כמות כחווה ירושה: לפי עמדה מקובלת, אף שזכות ירושה עתידית אינה ניתנת להמחאה, בכוחו של יורש עתידי להתחייב להעביר לאחר את הירושה לכשתתקבל. התחייבות כזו אינה משפיעה על המוריש ואינה כובלת אותו, ואף אינה יוצרת יריבות ישירה בין נושאו של היורש לבין המוריש, אולם היא תקפה כהתחייבות מותנית של היורש העתידי לפעול לפי התחייבותו אם אכן יירש את המנוח.⁸³ לפי מתווה מוצע זה, גם בעל זכות הנאה לפי נאמנות יכול להתחייב להעביר את הנאתו לאחר שתחולק לו, ובכלל זה גם לשתפה עם בן זוגו. נהנה שמכוח פעולתו או מצגיו יצר שיתוף ספציפי בזכות ההנאה העתידית שלו אינו יוצר יריבות ישירה בין הנאמן לבין בן הזוג האחר (כלומר אינו ממחה לבן זוגו את זכות ההנאה), אך התחייבותו כלפי בן הזוג האחר לחלוק עימו את ההנאה לכשתחולק, עומדת בתוקפה.

⁸¹ לאפשרות זו מתייחס גם Pennell, שם.

⁸² ראו דגן והקר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 533; שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים, אוטונומיה ומשילות" בעקבות בג"ץ 4602/13 "עיוני משפט" מג 5, 51–53 (2020).

⁸³ להבחנה בין עסקאות בירושה (הבטלות לפי סעיף 8 לחוק הירושה) לבין עסקאות בעיזבון (המותנות), ראו ע"א 682/74 יקוחיאל נ' ברגמן, פ"ד כט(2) 757, 762 (1975); שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, התשכ"ה–1965 כרך א 93 ואילך (1995).

נניח כעת שנאמנות אינה הקדש, ולכן סעיף 20 אינו חל. האם בכוחו של יוצר הנאמנות להגביל את כוח הנהגה לפיה להעביר את הנאותו? טלו למשל מקרה שבו נאמנות מוקמת כדי לשמור על הרכוש המשפחתי מפני נטייתו של בן הולל להיכנס לקשרים זוגיים מפוקפקים המובילים לכיליון הרכוש שבשליטתו. לפיכך בחר יוצר הנאמנות לתת לבן הולל הנאה לפי הנאמנות חלף העברת הרכוש המשפחתי עצמו לידי, שמהן עלול רכוש זה לעבור לידי בני זוגו לשעבר. האם יוכל היוצר לקבוע כי זכות ההנאה שנתן לבנו אינה ניתנת להעברה לבני זוגו של הבן? הניתוח שהצענו מורה כי גם אם קביעה כזו כוחה יפה להגביל את יכולת ההמחאה של זכות ההנאה עצמה, היא אינה חוסמת את יכולתו של הנהגה להתחייב להעביר לאחר, לרבות בן זוגו, את הנאותו העתידית לכשתחולקנה. הימנעות הנאמן מלחלק רכוש או הכנסה כלשהם לבן כדי שהתחייבות כזו לא "תתפוס" אותם תכשיל את מטרת היוצר לתת לבנו הנאה מן הרכוש המשפחתי. במבט ראשון נראה כי היוצר יוכל לקבוע כי ההנאה המוקצית לנהגה תיפסק עם התרת הנישואין. כך למשל הקצאה כספית שהועברה מדי חודש תופסק, ורשות שניתנה להשתמש בדירת מגורים הכפופה לנאמנות תופסק גם היא. יוצר נאמנות המעוניין שכן הזוג הנהגה יוסיף ליהנות מן הרכוש הכפוף לנאמנות גם לאחר התרת נישואיו יוכל להקנות לו זכות הנאה חלופית, שתחל עם ההתרה.⁸⁴ אלא שספק אם מבנה מלאכותי מעין זה ישיג את מטרתו. מן ההיבט הדוקטרינרי, בכוחו של בן הזוג הנהגה להתחייב לשתף עם בן זוגו גם את הנאותו העתידה החלופית. מן ההיבט העקרוני, אם הסדר השיתוף הספציפי יונק את טעמו מהסתמכות בן הזוג האחר על הנכסים הנמצאים בשימוש משפחתי ועל מצגיו של בן הזוג הנהגה, לא יהיה הגון לסכל את זכותו של בן הזוג האחר בשל מבנה משפטי מפולפל הנסתר מעיניו. לפיכך דומה כי דרך המלך העומדת לפני יוצר נאמנות המעוניין למנוע מבני זוגו של נהגה להשתתף בהנאה שתוקנה לאותו נהגה היא להתנות את זכויותיו של הנהגה בהודעה מפורשת מצידו לבן הזוג האחר, המעמידה את בן הזוג האחר על אופייה הנפרד של ההנאה מן הנאמנות ומונעת ממנו להסתמך עליה. מצג מפורש שכזה ימנע מראש את תחולתם של דיני השיתוף הספציפי, יגן על בן הזוג האחר מפני הסתמכות שווא ויאפשר לו לשאת ולתת עם בן זוגו על יחסי הממון ביניהם באופן שנייה את דעת שניהם. יתר על כן, אם יוצר הנאמנות מבקש לשמר את ההון המשפחתי אף מפני דיני הירושה, הקובעים לבן הזוג זכות למחצית עיזבונו של המנוח, ניתן להתנות את ההנאה מן הנאמנות בעריכת צוואה השומרת על נכסים אלו בתוך השושלת⁸⁵ או לקבוע את מות הנהגה כתנאי מפסיק לזכותו להנאה, כדי שעם מותו תגיע הנאותו מהרכוש הכפוף לנאמנות לקיצה וממילא לא תיפול בגדר עיזבונו.⁸⁶

⁸⁴ מתווה זה מכונה באנגליה protective trust, ראו (Eng.) 19, § 33, 15 & 16 Geo. 5, 1925, Trustee Act. כן ראו המלצה על תכנון כזה, בהקשר אמריקני, אצל Pennell, לעיל ה"ש 38, בעמ' 19.

⁸⁵ חופש הציווי מעוגן בסעיף 40 לחוק הירושה.

⁸⁶ שאלה מורכבת יותר היא יכולתו של היוצר להשפיע על זכויות בן הזוג האחר בהנאה מכוח עקרון המאמץ המשותף, שבהן דנו בתת-פרק 3. לעיל. הדין מאפשר לכאורה לנשל את בן הזוג האחר גם מן המגיע לו לפי איזון המשאבים, מכוח תרומתו להתגבשות זכות ההנאה, באותם מקרים שבהם הנאותו של בן הזוג הנהגה ניתנת לו כתמורה על הישג שהשיג במאמציו שלו או בעזרת מאמציו של בן זוגו. גם במקרים אלה קביעת תנאי מפסיק לזכות ההנאה עלולה לסכל את זכות בן הזוג האחר. דומה כי גם בהקשר זה ראוי לאפשר סיכול כזה רק בהינתן מצג מפורש כלפי בן הזוג

הסקנו כי סעיף 20 לחוק הנאמנות אינו חוסם את תחולת דיני הרכוש הזוגי על זכותו של בן זוג ליהנות לפי נאמנות. עם זאת הניתוח העלה גם כי החזקת רכוש בנאמנות עבור בן זוג, חלק החזקתו בידי בן הזוג ישירות, עשויה להכביד על ביצוע חלוקת הרכוש. מסלול אפשרי להתמודדות עם קשיים אלה עשוי להיות שימוש בסמכויות המיוחדות שהוענקו לבית המשפט בסעיף 8 לחוק יחסי ממון. אך קודם שנעסוק במסלול זה, בתת-פרק א.7 להלן, עלינו לדון בבעיית השומה.

6. מתווה לפתרון בעיית השומה של מועמדותות להנאה

בעיית השומה – הקושי להעריך את שוויים של נכסים לצורכי דיני הרכוש הזוגי – משותפת להנאות לפי נאמנות ולנכסים אחרים שערכם תלוי בנסיבות חיצוניות או בהתרחשויות עתידיות. כאמור לעיל, אתגר זה מחרף בהקשר הנאמנותי, בו בין אותן נסיבות חיצוניות מצוי פעמים רבות שיקול דעתו של הנאמן, שאינו רק קשה לחיזוי אלא גם עשוי להגיב, באופן אסטרטגי ואינטראקטיבי, לאירועים בחיי בני הזוג או אף לעצם הצורך לשום את ערכה של ההנאה לצורך הכפפתה לדיני הרכוש הזוגי. אתגר השומה אינו מתעורר אם ההנאה כבר חולקה לבן הזוג הנהנה. אם הזכות גמלה, כך שלא זהות מקבלת, לא היקפה (או כמותה) ולא מועד תשלומה העתידית תלויים עוד בשיקול דעתו של הנאמן או של אחר, ויש לראות בה זכות מוקנית, אין קושי ייחודי בהערכת שווייה אף שטרם חולקה. גם במקרים שבהם נותר לנאמן או לאחר, כגון מגן נאמנות,⁸⁷ שיקול דעת באשר לאופן החלוקה או למועדה, אך לא באשר להיקף החלוקה או לזהות הנהנה, נראה כי ניתן לצלוח את אתגר השומה בשתי דרכים שונות. ניתן לחלק את הרכוש הזוגי בין בני הזוג לשעבר כאילו ההנאה העתידית כבר חולקה לבן הזוג הנהנה ולקבוע בהחלטה מנגנון מתקן לשימוש עתידי במקרה שהתייחסות זו להנאה העתידית תתגלה כמבוססת על הערכה שגויה, למשל של מועד חלוקת ההנאה לבן הזוג הנהנה. לחלופין ניתן לקבוע כי ההנאה העתידית תחולק בין בני הזוג, לפי יחס חלוקה מסוים, רק בעתיד, לכשתחולק בידי הנאמן.⁸⁸

האחר על המבנה המותנה של זכות ההנאה. כאשר העובדות לאשורן ידועות לשני בני הזוג, יהיה בידיהם להכריע באילו מאמצים ברצונם לתמוך, לרבות האפשרות לקבוע פיצוי אחר לבן הזוג שאינו נהנה בגין תרומתו לזכייה בהנאה. ⁸⁷ מגן נאמנות, המכונה בלע"ז trust protector, הוא בעל תפקיד לפי כתב נאמנות שאינו נאמן. סמכויות מגיני נאמנויות משתנות מנאמנות לנאמנות; הדין העוסק במגינים טרם פיתח תפיסה אחידה של היקפן ומהותן של סמכויותיהם ושל אחריותם. המגן ממונה בדרך כלל כדי לפקח על הנאמן. לכן סמכויות טיפוסיות הניתנות למגינים הן כוח לבטל את החלטות הנאמן וכוח להחליף את הנאמן. במשפט הישראלי מוגדר תפקיד המגן רק לצורכי הסדר מיסוי הנאמנויות שבפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961. בסעיף 75 לפקודה מוגדר "מגן נאמנות" כ"מי שלפי מסמכי הנאמנות יש לו סמכות למנות את הנאמן או לפטרו, לתת לנאמן הוראות, או שאישורו נדרש לפעולות של הנאמן". לדין במוסד המגן, ראו למשל ALEXANDER A. BOVE, TRUST PROTECTORS: A PRACTICE MANUAL WITH FORMS (2014). להסדרה מוצעת של תפקיד זה, כחלק מהסדרת התפקיד המכונה trust director, ראו UNIF. DIRECTED TRUST ACT, U.L.C. (2019).

⁸⁸ הנאה עתידית של בת זוג חולקה בשיטת "if and when received" בפרשות S.L. v. R.L., 774 N.E.2d במקרים מתאימים ניתן Zuger v. Zuger, 563 N.W.2d 804, 807 (N.D. 1997); 1179, 1183 (Mass. 2002). יהיה ללמוד ממנגנון חלוקת הזכויות טרם תשלומן שנקבע בחוק לחלוקת חיסכון פנסיוני בין בני זוג שנפרדו,

במקרים של זכות הנאה עתידית הכפופה לשיקול דעת לעניין היקפה, ושל מועמדות להנאה הכפופה לשיקול דעת לעניין עצם החלוקה למועמד מסוים, אתגר השומה מורכב יותר. המסגרת הנוכחית אינה המקום להציג פתרון מקיף וכולל למכלול שאלות ההערכה והשומה העשויות להתעורר בדיני הרכוש הזוגי, או להערכת שוויין של זכויות לפי נאמנות הכפופות לשיקול דעת. הצורך לשום את ערכן של זכויות רכושיות שטרם הבשילו משותף לענפי משפט שונים ולסוגי רכוש שונים. לצורך הדיון הנוכחי די אם נדגים כי המשפט מצויד בכלים המאפשרים לו להתמודד, ברוב המקרים, עם בעיית השומה, באופן המבסס את הטענה שלפיה ניתן לכלול הנאות עתידיות לפי נאמנות שטרם גמלו, כמו גם מועמדות מסוימות להנאה, בגדר הנכסים העומדים לאיזון ולחלוקה מכוח דיני הרכוש הזוגי.

בתת-פרק 3. לעיל ראינו כי ההקשר העיקרי שבו ראוי לכפוף זכויות הנאה של בן זוג לדיני הרכוש הזוגי הוא כאשר זכויות אלה הן תמורה עבור עבודה או מאמץ. ניתן לומר בהירות כי מקרים קיצוניים של חוסר יכולת לשום את ערכה של מועמדות להנאה שבהם לא ידוע אם מועמד מסוים יקבל חלוקה, מתי וכמה, אינם מתיישבים עם אפיון מועמדות זו כתמורתית, משום שברגיל עבודה המתבצעת בתמורה אינה מותירה את תשלום התמורה לבחירת המשלם. דברים אלה ברורים פחות, אמנם, לעניין הנאה שהיא תמורה להישג של הנהנה ולא לעבודה שביצע. לעניין השיתוף הספציפי, ככל שקשה יותר להעריך את ההסתברות לחלוקת הנאה לבן הזוג הנהנה ואת היקף החלוקה, כך יקשה על בן הזוג האחר לטעון להסתמכות על הנאה זו. ממילא, מקרים שבהם אין שום בסיס לשומת הנאה עתידית של בן זוג או של מועמדותו לקבלת הנאה לא יצדיקו הכפפה של הנאה או מועמדות זו לדיני הרכוש הזוגי. כעולה מנקודה זו, איתור מדויק של הבסיס העיוני לדיני הרכוש הזוגי בישראל הוא המאפשר התמודדות עם אתגר השומה. שיטות משפט שבהן הבסיס הנכסי העומד לחלוקה בין בני הזוג אינו מקיף רק את מה שצברו במהלך הנישואין, ולכן גם ירושות ומתנות עומדות לחלוקה; שיטות שאינן מחויבות לעקרון המאמץ המשותף, ולכן מחלקות גם השבחה פסיבית; ושיטות שאינן מחויבות לעקרון החלוקה השווה אלא מתמקדות במצב הכלכלי היחסי של כל אחד מבני הזוג לאחר הפרדה – נדרשות כולן להתמודד עם קושי ממשי בבואן לשום ולחלק הנאות עתידיות, לא מוגדרות, העשויות לצמוח לנהנים פוטנציאליים. התמקדות דיני הרכוש הזוגי הישראליים בעקרון התמורה עבור מאמץ משותף ובעקרון ההסתמכות מציעה מבחן שאינו טכני להבחנה בין הנאות שונות, ובכך עוקפת מבוכה הקיימת לעתים בשיטות משפט אחרות.⁸⁹

בעיית השומה מצטמצמת אפוא, אך אינה נעלמת כליל. היא כרוכה בשניים: ראשית, בהבחנה בין זכות בעלת ערך לבין ציפייה או תקווה שטרם התממשו; שנית, בהערכת שוויין של מועמדות להנאה מקום שעצם זכייתו של בן הזוג אינה ודאית, או של הנאה עתידית שקיומה ודאי, אך לא

התשע"ד–2014. וראו דיון בשומה של הנאה לפי נאמנות לצורך חלוקת רכוש בין בני זוג אצל Chorney, לעיל ה"ש 78, בעמ' 22–36.

⁸⁹ ראו את המקורות המוזכרים לעיל בה"ש 33. ראו גם Jonathan W. Wolfe, *How a Trust May Impact Your Divorce Case*, 38 FAM. ADVOC. 14 (2015).

היקפה. כך הוא למשל במקרה שבו יוצר מצווה על נאמן לחלק את הרכוש הכפוף לנאמנות בין כמה נהנים כך שכל אחד מהם יקבל לפחות סכום מסוים, ומותיר את היקף החלוקה לכל נהנה, כפוף למינימום האמור, בשיקול דעתו של הנאמן. הבעיה מגיעה לשיאה במקרים בהם בן זוג מוגדר בנאמנות כאחד מתוך כמה מועמדים להקצאת הנאה, שמתוכם אמור הנאמן לבחור לפי שיקול דעתו, הנאמן טרם הפעיל את שיקול דעתו כאמור, ואף לא ניתן לאמוד מראש את תוחלת הקצאת הנאה לבן הזוג.⁹⁰ לכאורה, סיכוי גרידא להנאה עתידית אינו נכס כמובנו בסעיף 5 לחוק יחסי ממון. עם זאת, כאשר המועמדות להנאה היא מאחד הסוגים הכפופים, עקרונית, לדיני הרכוש הזוגי, כלומר כזו המבוססת על תמורה למאמץ או כזו המעוררת בבן הזוג האחר ציפייה בת-הסתמכות, יהיו מקרים רבים שבהם לא יהיה ראוי לראות במועמדות סיכוי ערטילאי גרידא. יש דמיון בין הנאה עתידית מנאמנות, שהיקפה טרם נקבע, ואף מועמדות להנאה, שאופיין תמורתי, לבין תשלומים שעשויים לצמוח בעתיד מתוך עבודתו של אחד מבני הזוג ואינם ודאיים, דוגמת תשלומים תלויי הצלחה (contingent fees). פסיקה זרה הכירה בצורך לחלק תשלומים תלויי הצלחה שטרם גמלו כאשר מקורם בעבודה של בן זוג במהלך הנישואין, חרף קשיי השומה, וזאת – שוב – בדרך של דחיית החלוקה למועד התשלום בפועל או בדרך של הערכה וחלוקה מיידיית עם אפשרות לתיקון עתידי.⁹¹ אין מניעה עקרונית להחיל מודל דומה גם על מקרים שבהם אי-הוודאות תלויה בשיקול דעתו העצמאי של הנאמן או של אחר.

לדעתנו, כאמור, אין לגשת לבעיית השומה באופן פורמליסטי, המתמקד בשאלה אם ההנאה או המועמדות להנאה שבה מדובר היא בגדר "נכס" או שאינה כזו,⁹² אלא בדרך של התחקות אחר השיקולים שבבסיס בחירת היוצר להקנות לנאמן שיקול דעת לעניין זהות הנהנים או היקף החלוקה לכל נהנה. זאת במיוחד על מנת להתמודד עם מצבים שבהם מבנה שיקול הדעת של

⁹⁰ בניגוד, למשל, למקרה שבו יש שני מועמדים להנאה שעל הנאמן להכריע ביניהם באופן שרירותי. במקרה כזה יש להתייחס אל הזכות כאילו היא מוקצת בהטלת מטבע, כלומר להתייחס אליה כאילו הוקצתה בהסתברות של 50%.
⁹¹ ראו למשל עניין Hazard, לעיל ה"ש 68; Weiss; Garrett v. Garrett, 140 Ariz. 564 (Ct. App. 1983); Erlanger v. Erlanger, 364 N.J. Super. 449, 450; v. Weiss, 122 Wis. 2d 688 (Ct. App. 1985) (Super. Ct. 2003). השוו (1990) 460 Md. App. 83; Quinn v. Quinn, ALI; לעיל ה"ש 44, בס' 4.08(3)(a) (מנסחי ההצעה מסבירים בדברי ההסבר שם מדוע עמדה זו עדיפה על התפיסה שלפיה אם סכום התשלום העתידי אינו קבוע בזמן הגירושין, אין לראות בו רכוש בר-חלוקה). במשפט הישראלי נערך דיון בעל אופי דומה בקשר לחלוקת אופציות שאינן סחירות, כאשר חלק מהן הבשיל בתוך תקופת הנישואין. במקרה זה ניתן לראות את ערכן של האופציות כתלוי בשאלת ערכן של המניות בעת המימוש. הפסיקה קבעה כי ראוי להעדיף, לצורך הערכת השווי, את השווי במועד המימוש בפועל. ראו עמ"ש (מחוזי מר') 19796-09-17 י"צ ג' שס"צ (נבו 13.9.2018). לעמדה דומה, באשר לחלוקת הנאות עתידיות מנאמנות, ראו עניין S.L. v. R.L., לעיל ה"ש 88.

⁹² כך נפסק גם בבית המשפט לערעורים במדינת מסצ'וסטס (Massachusetts) בארצות הברית, ראו D.L. v. "judges are not bound by wooden concepts : G.L., 811 N.E.2d 1013, 1026 (Mass. App. Ct. 2004). of title or property, but consider whether future acquisition of assets is 'fairly certain'". לעמדה שונה, ראו Paulson v. Paulson, 783 N.W.2d 262, 271 (N.D. 2010). "In order to be considered a property asset in the marital estate, the property must be a present property interest, rather than a mere expectancy".

הנאמן נוצר במתכוון כדי לנסות ולחמוק מהחלת דיני הרכוש הזוגי על זכויות הנהנים או המועמדים להנאה. יוצר הנאמנות עלול להשתמש במנגנון נאמנותי על מנת לערפל את קיומן, אופיין או היקפן של זכויות הנהנה, בשאיפה להגן עליהן מפני נושים ומפני בני זוג. כאשר בן הזוג האחר זכאי עקרונית, לפי הגישה שהתוונו בתתי-פרקים 3 ו-4 לעיל, לחלק מן ההנאה, למשל משום שההנאה התקבלה כתמורה למאמץ שהושקע במהלך הנישואין, איננו רואים הגנה כזו, שבן הזוג האחר אינו מודע לה, כמבוססת על אינטרס לגיטימי שראוי לתת לו ביטוי בדין. לפיכך יש צורך להתמודד עם שימוש פסול כזה במוסד הנאמנות ולשאוף להכשיל את המאמץ למלט את הנכסים שהוכפפו לנאמנויות מזכויות בני זוגם של הנהנים במקרים שבהם לא נתן הנהנה לבן זוגו גילוי מלא על המבנה הנאמנותי שנועד לשחרר את ההנאה מכפיפות לדיני הרכוש הזוגי.

כאשר מבנה הנאה נוצר במכוון על מנת "לחסן" אותה מחלוקה עם בן זוגו של הנהנה, ניתן להתמודד עם ניסיון מילוט הנכסים דרך קביעת כללי שומה מתאימים, או דרך הוראות בדבר מועד החלוקה. טלו למשל מצב שבו זהות הנהנים או היקף החלוקה לכל נהנה נתונים, לפי כתב הנאמנות, לשיקול דעתו המוחלט של הנאמן, אך הנסיבות מעידות שלמעשה ברור ליוצר, לנאמן ולבן הזוג הנהנה כי הרכוש אמור לעבור לרשותו של האחרון, בבת אחת או טיפין טיפין. במצב כזה ניתן להפוך את נטל הראיה ולייחס לבן הזוג הנהנה את מלוא הרכוש הכפוף לנאמנות אף אם הזכות לקבל רכוש זה טרם הוקצתה לו פורמלית. אחת הנסיבות שיכולות להצביע על שימוש תכסיסני מן הסוג הנזכר בנאמנות שבשיקול דעת היא מתן כוח בלתי מוגבל לנאמן להוסיף שמות לרשימת המועמדים להנאה. כוח כזה עלול להצביע על קיום הבנה בעל פה בין היוצר לבין הנאמן, שאינה באה לידי ביטוי במסמכי הנאמנות, באשר לשימוש שיעשה הנאמן בכוח שניתן לו. היות שהשימוש בנאמנויות שבמסגרתן ניתן לנאמן שיקול דעת מוחלט באשר לחלוקת הרכוש הכפוף לנאמנות בין הנהנים, ואף באשר להרכב רשימת המועמדים להנאה, חשוד כמכוון להערמה על דין השיתוף, ניתן במקרים מתאימים לשאול מן הדין של מדינות רבות בארצות הברית כלל השלמה עונשי (penalty default rule), אף ששם הוא מופיע בהקשר אחר. לפי כלל זה, כל נכס שהנאמן מוסמך לחלק לאחד מבני הזוג ייחשב לרכוש של אותו בן זוג, הכפוף לשיתוף, אף אם הנאמן מוסמך לחלק את הנכס גם לאחרים; בן זוג הטוען כי הנכס הרלוונטי או חלקו אינו עתיד להיות מחולק לו יישא בנטל הוכחת טענה זו.⁹³ לחלופין ניתן לקבוע זכות תביעה מאוחרת, שתקצה לבן הזוג האחר זכות בכל הנאה שתחולק בעתיד לבן זוגו לשעבר, גם אם בעת התרת נישואיהם מסמכי הנאמנות והחלטותיו המפורשות של הנאמן טרם קבעו חלוקה כזו. זאת מתוך

⁹³ זה הכלל האמריקני המסורתי למקרי נאמנות בשיקול דעת שיוצרה הוא גם נהנה לפיה, לבדו או עם אחרים. ראו RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 60, cmt. F (2003), וכן ה-reporter's notes (שם). כן ראו Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989). את התרגום העברי "כלל השלמה עונשי" מצאנו אצל איל זמיר "פירוש חוזים: תאוריה, דין, עובדות וערכים" (בשולי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ) "משפטים" נא 81, 117 (2021). בדין הישראלי יכול סעיף 8 לחוק יחסי ממון לשמש בסיס דוקטרינרי לכלל ההשלמה העונשי שהצענו. ראו את הדיון להלן בסמוך לה"ש 103.

הנחה שמצב הדברים לאשורו משקף החלטה של הנאמן להקצות את ההנאה לבן הזוג הנהנה, שלא באה לידי ביטוי פורמלי רק על שום הניסיון למלט את ההנאה מעונשם של דיני הרכוש הזוגי. יישום הכלל שהצענו יכול להביא לכמה תוצאות, שכולן נוטות למנוע את השימוש בנאמנות שבשיקול דעת כדי למלט את הרכוש הכפוף לה מן החלוקה בין בן הזוג הנהנה, או המועמד להנאה, לבין בן הזוג האחר. אם יורה בית המשפט לבן הזוג הנהנה להעביר מחצית מהרכוש שהנאמן מוסמך לחלק לו, לבן הזוג האחר, יבקש הנהנה מן הנאמן לחלק לו את הרכוש כדי שיוכל לקיים את הוראת בית המשפט. סביר שהנאמן ימלא אחר הבקשה, ולו כדי שהנהנה לא יועמד בפני סנקציות לפי פקודת בזיון בית משפט,⁹⁴ ובכך יוכשל ניסיונם של היוצר ושל בן הזוג הנהנה להערים על דיני הרכוש הזוגי. אם כוונות האמת של הנאמן הן לחלק לבן הזוג הנהנה חלק הקטן מ-100% מן הרכוש שאותו מוסמך הנאמן לחלק לו, בין שגיבש כוונות אלה בעצמו ובין שגיבש אותן בעקבות הוראות שהיוצר נתן לו בלי להעלותן על כתב הנאמנות, יביא יישום כלל ההשלמה העונשי שהצענו את הנאמן לגלות לבית המשפט כוונות אלה. בן הזוג הנהנה, המודע לכך שכשקיימת אי-בהירות באשר להיותו נהנה או להיקף החלק מן הרכוש הכפוף לנאמנות הצפוי להיות מחולק לו, הוא צפוי לקבל צו שיפוטי המורה לו להעביר מחצית מכלל הרכוש שהנאמן מוסמך לחלק לו לבן זוגו לשעבר, ימהר, סביר להניח, לגרום שתבוא לפני בית המשפט ראייה אמينة באשר לכוונת הנאמן לחלק לבן הזוג הנהנה פחות מ-100% מן הרכוש. כך יביא כלל ההשלמה העונשי שהצענו לחשיפת כוונות האמת של הנאמן או של היוצר באשר להיקף החלוקה המתוכננת לבן הזוג הנהנה ולהכשלת ניסיונם למלט את הרכוש הכפוף לנאמנות מן השיתוף בין שני בני הזוג. לבסוף, במקרים שבהם אי-הוודאות באשר לאפשרות שבן זוג יקבל הנאה לפי נאמנות, או באשר להיקף ההנאה שיקבל, קיימת בפועל ואינה כסות של מרמה שנועדה להערים על דיני הרכוש הזוגי, יוכלו בן הזוג הנהנה או המועמד להנאה והנאמן לשכנע בכך את בית המשפט, וזה ייתן סעד מתאים. בית-המשפט יוכל, למשל, להורות כי לבן הזוג האחר זכות תביעה עתידית בערך שיחולק בעתיד לבן זוגו לשעבר, אם יחולק. נדגיש כי כלל ההשלמה העונשי שהצענו נועד למנוע התחמקות-של-מרמה, נטולת תום לב, מדיני הרכוש הזוגי. אם אי-הוודאות באשר להיותו של בן זוג נהנה או באשר להיקף הנאתו אינה משקפת ניסיון התחמקות מסוג זה, לא יקשה על הנהנה להוכיח זאת בבית המשפט. כך יוחל כלל ההשלמה העונשי רק במקרים שבהם אי-הוודאות האמורה משקפת ניסיון חסר תום לב לפגוע בבן הזוג האחר ולהערים על הדין המבקש להגן עליו.

יש מקרים שבהם בן הזוג המועמד להנאה משפיע בעצמו על הנאמן על מנת שהלה ידחה את הקצאת זכויות ההנאה לבן זוג זה, כדי למלט את ההנאה מידי בן הזוג האחר. כאשר מוכחת התנהלות כזו, דומה כי יש מקום לשקול את החלתו של סעיף 7 לחוק יחסי ממון, שבו נדון בהרחבה בפרק ב' להלן, ולראות בהנאה שהקצאתה נדחתה נכס שבן הזוג הנהנה הוציא מרשותו בכוונה לסכל את זכות בן זוגו לפי איזון המשאבים, ולכן בית המשפט רשאי לראותו כאילו הוא של בן הזוג הנהנה.

⁹⁴ פקודת בזיון בית משפט, חא"י א 332.

כאשר אי-הוודאות באשר לעצם מעמדו של בן זוג כנהנה, או באשר להיקף ההנאה שתחולק לו, לא נוצרה כתכסיס למילוט הנאה זו מחלוקת הרכוש בינו לבין בן זוגו לשעבר, אך זכות ההנאה או המועמדות להנאה כפופה, לפי העקרונות שהתוונו בתתי-פרקים 3 ו-4 לעיל, לאיזון משאבים או לשיתוף ספציפי, יש לאמוד את ערכה הנוכחי של מועמדותו או של זכותו של בן הזוג להנאה עתידית. כאשר יש נתונים עובדתיים המאפשרים הערכה מושכלת של ערכה הנוכחי של זכותו של בן הזוג, יש להשתמש בהם בשומת הזכות. כך הוא למשל כאשר לנאמן יש שיקול דעת חופשי בעניין זהות הנהנה או היקף ההנאה שתחולק לבן הזוג, אך תוכן ההחלטה שהוא צפוי לקבל עולה מן הנסיבות. לדוגמה, אם ניתן לנאמן שיקול דעת מוחלט לעניין חלוקת רכוש הכפוף לנאמנות בין שלושת ילדיו של יוצר, אך לשניים מן השלושה יש הון רב שאינו קשור לנאמנות, ואילו השלישי אינו צפוי לצבור הון בהיעדר חלוקה מן הנאמנות, ובהתקיים נתונים עובדתיים שמהם עולה כי היוצר ביקש שהנאה מן הנאמנות תסייע לילדיו על בסיס צורך, ניתן להניח כי זכות ההנאה של הילד השלישי קרובה בערכה לסך כל הרכוש הכפוף לנאמנות. במקרים אחרים הנאמן עשוי לגלות לבית המשפט את ההחלטות שהוא עתיד לקבל: מי מן המועמדים להנאה עתיד לקבל הנאה, וכמה מהרכוש הכפוף לנאמנות מתכוון הנאמן לחלק לבן הזוג הנהנה. גם כשהמידע שבפני בית המשפט חד-משמעי פחות לעניין ההחלטות שהנאמן עתיד לקבל, יש להשתמש בו לשם הערכת תוחלת ההנאה שבה עתיד בן הזוג לזכות. בהיעדר אינדיקציה עובדתית כלשהי באשר לסיכוי שהנאמן יבחר בבן זוג, המועמד להקצאת הנאה, כנהנה, ובאשר לשווי הרכוש שהנאמן יבחר לחלק לבן הזוג, נראה שבהתקיים עילה להכפפת ההנאה או המועמדות לאיזון משאבים או לשיתוף ספציפי, יש לשום את ההנאה או את המועמדות על-ידי חלוקת הסכום הכולל העומד לחלוקה במספר הנהנים, או המועמדים להנאה.⁹⁵ אף שכלל מתמטי גס מעין זה מזמין תכנונים במטרה לעוקפו, כגון יצירת נאמנויות שבהן מועמדים רבים להנאה, ניתן להתמודד עם תכנונים כאלה באמצעות כלל ההשלמה העונשי שהצענו למעלה: אם בית המשפט מתרשם כי הנאמנות עוצבה כדי להערים על דיני הרכוש הזוגי, תקום חזקה כי כל הרכוש העומד לחלוקה יחולק לבן הזוג הנהנה או המועמד להנאה. במסגרת יישום כלל מחדלי זה יש להתייחס למצב שבו בן זוג אינו מגוי במסמכי הנאמנות כנהנה או כמועמד להנאה, אך לנאמן או לאחר יש סמכות להופכו לנהנה, ויש טעם לחשוב כי הגורם המוסמך לעשות כן עתיד להשתמש בסמכות זו, כאילו בן הזוג הוא נהנה.

שומת זכות הנאה או מועמדות להנאה הכפופה לדיני הרכוש הזוגי צריכה להישען אפוא על שילוב בין הערכת ההסתברות העתידית לחלוקה וגובה החלוקה לבין הערכת אופיו של שיקול

⁹⁵ עמדה זו אינה מקובלת על הכול. בפרשת Paulson, לעיל ה"ש 92, קבע בית המשפט העליון של דקוטה הצפונית כי: "The potential benefits should not be valued as assets in the marital estate when the receipt of future benefits is too speculative [...] Courts have held that when the trust is so discretionary that the beneficiary has no enforceable right to receive any benefits at all, the income interest is not property" (שם, בעמ' 271-272). דעתנו שונה. התנאת החלוקה במידת הבהירות והצפיות של הקצאת ההנאה, הנמצאת בשליטתם של היוצר או הנאמן, משחקת לידיהם של מתכננים המשתמשים בנאמנויות לעקיפת הדין.

הדעת שניתן לנאמן כמבטא ניסיון הערמה על הדין או שאינו כזה, כמו גם יכולתו של הנהנה הפוטנציאלי להשפיע על קיומן, על היקפן ועל מועדן של חלוקות עתידיות. עמדה כזו מקובלת, למשל, בדין האנגלי. כאמור, בתי המשפט האנגליים משתמשים בסמכויותיהם לפי סעיף 24 ל-Matrimonial Causes Act משנת 1973 כדי לחלק בין בני זוג זכויות שהוקצו לאחד מהם לפי נאמנויות שנוצרו בידי מי שאינו צד לנישואין. גם מעמד של אחד מבני הזוג כמועמד להקצאת הנאה לפי נאמנות המקנה לנאמן שיקול דעת לבחור למי מן המועמדים להנאה להקצות הנאה לפיה, וכמה הנאה להקצות לכל מועמד בו יבחר, יכול להיחשב לנכס הזמין לחלוקה בין שני בני הזוג במסגרת הליכי גירושין.⁹⁶ נכסים הכפופים לנאמנות ייראו בדין האנגלי כזמינים לאחד מבני הזוג וכפופים לדיני הרכוש הזוגי, אף אם אותו בן זוג לא הוגדר כנהנה, במקרים בהם אם יבקש בן הזוג מהנאמן לחלק לו את הנכסים הללו, יעשה הנאמן כפי שהתבקש.⁹⁷ בין שיקוליו של בית המשפט מובאים בחשבון כוחות הנאמנים (האם ביכולתם לחלק רכוש הכפוף לנאמנות לאחד או יותר מבני הזוג), ביצוע חלוקות לאחד או יותר מבני הזוג בעבר וסבירות קיום חלוקות כאלה בעתיד.⁹⁸

אף ששומת ההנאה או המועמדות באמצעות חלוקת הסכום הכולל העומד לחלוקה במספר הנהנים או המועמדים להנאה היא פתרון ספקולטיבי וגם לבעיית השומה, הרי שבקבוצת המקרים שבהם המלצנו להחילו – מקרים שבהם לא הובאו לפני בית המשפט ראיות כלשהן באשר לשווי החלוקה שבן הזוג הרלוונטי עתיד לקבל, אך מצב זה אינו מבטא כוונה מצד היוצר, הנאמן או בן הזוג הנהנה למונע מבן הזוג האחר את חלקו ברכוש שבן הזוג הנהנה עתיד לקבל מתוך הנאמנות – נראה לנו פתרון זה ראוי. אם החלק מן הרכוש הכפוף לנאמנות שיוחס לבן הזוג הנהנה לפי נוסחת שומה זו שונה מן החלק שהנאמן מתכוון לחלק לו, אם בשל הוראת היוצר, שלא תועדה בכתב הנאמנות, ואם מסיבה אחרת, יואיל הנאמן, היוצר או הנהנה ויביא לפני בית המשפט מידע בדבר תוכניות החלוקה של הנאמן. בדרך זו עשוי הפתרון האריתמטי הגס האמור לבעיית השומה להביא לגילוי שווייה הצפוי של הנאת בן הזוג לבית המשפט, ובכך לשומה מדויקת של הנאה זו ולחלוקתה הצודקת בין בני הזוג.

לסיכום, אם כן, אף שאופיו של רכוש כהנאה לפי נאמנות עשוי להפוך את בעיית השומה למסובכת משומת רכוש אחר, אין לראות בה מחסום בלתי עביר בפני החלת דיני הרכוש הזוגי על הנאות מנאמנות ומועמדויות להנאות כאלה, במקרים המתאימים לכך. היכולת להשתמש בהערכה

⁹⁶ Rebecca Lee, *The Vulnerability* אצל Thomas v Thomas [1996] 2 FCR 544, 547 כן ראו את הדין אצל Richard Nolan *of Trusts in Divorce, in TRUSTS AND MODERN WEALTH MANAGEMENT* 368 (et al. eds., 2018).

⁹⁷ ראו A v. A [2007] EWHC 99 (Fam); Charman v. Charman [2007] EWCA (Civ) 503 (Eng.); Whaley v. Whaley [2012] 1 FLR 735 (Eng.); SR v. CR [2008] EWCA 2329 (Fam) (Eng.); (Eng.) Tchenguiz-Imerman v. Imerman [2014] 2 FLR; G v. G [2012] EWHC 167 (Fam) (Eng.) (Eng.) 939.

⁹⁸ Lee, לעיל ה"ש 96, בעמ' 369, המסתמכת בדברים אלה על Sir James Munby, *Trusts in Divorce: Some Preliminary Remarks*, 19 TRUSTS & TRUSTEES 319, 320 (2013).

מקורבת, בדחיית מועד ההערכה למועד החלוקה לנהנה או במנגנונים של היפוך נטלי ראייה וכללי ברירת מחדל עונשיים עשויה לאפשר התמודדות מתקבלת על הדעת עם אתגרי השומה של הנאות לפי נאמנות ומועמדויות להנאות כאלה.

7. שימוש בסמכות שמן היושר לפי סעיף 8 לחוק יחסי ממון

לצד השאלה אם הנאת בן זוג לפי נאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין כפופה לחלוקה בין בן הזוג הנהנה לבן זוגו, משטר הרכוש הזוגי החל בישראל מאפשר לשקול גם את השפעתה של זכות אחד מבני הזוג להנאה לפי נאמנות על הפעלת סמכותו של בית המשפט העורך את איזון המשאבים, לפי סעיף 8 לחוק יחסי ממון. סעיף זה מאפשר לבית המשפט, לבקשת אחד מבני הזוג ובהתקיים "נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת", לקבוע כי נכסים מסוימים, נוסף על אלה המנויים בסעיף 5 לחוק, לא ייספרו לצורך האיוון (סעיף 8(1)); לסטות מחלוקה שווה של המשאבים אגב התחשבות, בין השאר, בנכסים עתידיים, כולל כושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג (סעיף 8(2)); לאזן את הנכסים לפי שווים במועד מסוים הקודם לאיוון (סעיף 8(3)); וכן לכלול באיוון נכסים שהיו לבני הזוג במועד מסוים הקודם למועד עריכת האיוון (סעיף 8(4)). בתת-פרק זה נבחן אם בין הנסיבות המיוחדות המאפשרות לבית המשפט להשתמש בסמכויותיו לפי סעיף 8 ניתן לשקול גם את היותו של אחד מבני הזוג נהנה לפי נאמנות.

הסברנו לעיל כי אם ההנאה לפי הנאמנות נובעת ממאמץ משותף, יש לחלק אותה בגדרי סעיף 5 לחוק. אם השיתוף בה נובע מכוונת הצדדים או מהסתמכות האחד על מצגו של האחר, הוא בן הזוג הנהנה, יש לחלק אותה לפי דיני השיתוף הספציפי. ענייננו בתת-הפרק הנוכחי הוא בהשפעתה של הנאה מנאמנות, שאינה בת-חלוקה כשלעצמה, על חלוקתו של הרכוש בר-האיוון. אפשרות זו רלוונטית במיוחד בשני מצבים: מצב שבו זכות הנאה, נוכחית או עתידית, לפי נאמנות, שאינה בת-חלוקה כשלעצמה, משפיעה על היקף המשאבים העומדים לרשות בן הזוג הנהנה עם תום הנישואין, ומצב שבו עיצוב זיקתו של בן הזוג לרכוש הכפוף לנאמנות כהנאה לפי נאמנות עלולה לבטא ניסיון להברחת נכסים. נדון במצבים אלה.

סעיף 8(2) מאפשר, כאמור, לסטות מאיוון שווה של המשאבים הכפופים לאיוון "בהתחשב, בין השאר, בנכסים עתידיים, לרבות כושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג". אף שלשון הסעיף אינה מגבילה את סמכות ההתחשבות או קובעת את סוגי הנכסים שבהם ניתן להתחשב, קבעה הפסיקה כי התחשבות בהבדלים בכושר ההשתכרות ראויה להיות מוגבלת למקרים בהם פערים אלו נבעו מן הנישואין, כלומר מקורם במאמציו של בן זוג אחד (למשל בדרך של הכשרה מקצועית או צבירת ניסיון בעבודה) שנשענו על מאמציו של בן הזוג השני (שהתמקד במרחב הביתי או ויתר על פיתוח מקצועי על מנת לתמוך בבן הזוג הראשון).⁹⁹ אם הנאת אחד מבני הזוג לפי נאמנות נבעה ממאמץ משותף כזה, היא כפופה לאיוון מכוח העקרונות שתוארו בתת-פרק א.3 למעלה.

⁹⁹ ראו לעיל ה"ש 71. לניתוח סעיף 8 לחוק ולהבחנה בין שימוש בסעיף זה לשם חלוקת נכסים שמקורם במאמץ משותף (כמו כושר השתכרות) לבין שימוש בו להשגת יעדים אחרים, ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, בפרק 10.

אך סמכות בית המשפט לפי הסעיף להתחשב גם בנכסים עתידיים מלבד כושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג מאפשרת לו להתחשב גם בהנאה של בן זוג לפי נאמנות שאינה כפופה לאיזון המשאבים או לשיתוף ספציפי. כך למשל, כחלופה לחלוקה בין בני הזוג של זכויות הנאה מנאמנות שמהן עתיד אחד מהם ליהנות, ניתן להשתמש במנגנון של סעיף 8(2) ולהטות את איזון המשאבים בין בני הזוג במועד הפרדה מתוך הנחה שברכות הימים הם יגיעו לחלוקה שווה, בשל חלוקות עתידיות הצפויות לאחד מהם.

שאלה רחבה יותר נוגעת לעצם השפעתו של רכוש רב העומד לבן זוג אך אינו כפוף לדיני הרכוש הזוגי על הדרך הראויה לערוך את איזון המשאבים ברכוש הכפוף לאיזון. אף שלכאורה קיומו של רכוש חיצוני אינו "נסיבה מיוחדת" בגדרי הסדר איזון המשאבים, שכן ההסדר קובע במפורש כי רכוש חיצוני אינו נכלל במסת הנכסים שיש להביאם בחשבון במסגרת החלוקה, נשמעה בפסיקה הישראלית הטענה כי קיומו של רכוש חיצוני רב הופך את החלוקה השווה של הנכסים בני-האיזון לחלוקה שאינה משקפת צדק או שוויון. תחת הכותרת "מחלוקה שווה לשוויוניות בחלוקה" הציע השופט שוחט כי יש להבטיח ששני בני הזוג יצאו מן הנישואין כשבידיהם אמצעים דומים להמשיך את חייהם.¹⁰⁰ עמדה דומה עשויה להיגזר מרצון להבטיח את השוויוניות במהלך הנישואין, שכן אפשרויות יציאה לא שוות משפיעות על עמדת המיקוח של כל אחד מבני הזוג גם במהלך הנישואין.¹⁰¹ המאמר הנוכחי אינו המקום המתאים לדיון נרחב בנאותות עמדה זו. אם עמדה זו תתקבל, אין סיבה להתייחס להנאת בן זוג לפי נאמנות אחרת מלזכויות ברכוש חיצוני אחר, כמו רכוש שהתקבל, או הצפוי להתקבל, במתנה או בירושה.

הפסיקה בישראל נטתה להשתמש בסמכות שמן היושר לפי סעיף 8 גם לצורך התמודדות עם הברחת נכסים או עם חשש להברחה כזו.¹⁰² דרך פעולה זו¹⁰³ עשויה לספק עיגון דוקטרינרי להמלצתנו בתת-פרק 6. לעיל על אימוץ כלל השלמה עונשי לשומת זכויות הנאה ומועמדות להנאה לפי נאמנות אשר עולה חשד כי נועדו להסוות את זכויותיו של בן זוג, או לתזמן את זכיותו למועד שיאפשר מזעור של העברת הרכוש לבן הזוג האחר לאחר תום הנישואין.

יש להבחין, לבסוף, בין שימוש בסעיף 8 כדי לשנות את היקף המסה המתחלקת בין בני הזוג (על-ידי התחשבות ברכוש חיצוני או עתידי שאינו נובע ממאמץ משותף) לבין שימוש בסעיף זה כדי להתמודד עם קשיים מעשיים בביצוע החלוקה של נכסי המאמץ המשותף. ניתן להשתמש

¹⁰⁰ שאול שוחט "הלכת השיתוף – מחלוקה שווה לשוויוניות בחלוקה" ספר שמגר 731, 739 (התשס"ג).

¹⁰¹ להשפעה של יכולת היציאה על עמדת המיקוח של כל בן זוג, ראו Amy L. Wax, *Bargaining in the Shadow of the Market: Is there a Future for Egalitarian Marriage?*, 84 VA. L. REV. 509, 544 (1998).

¹⁰² ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 24881-12-13 ד"ב נ' דע"ב, פס' 49–56 לפסק הדין (נבו 11.7.2016) (שבו השתמש בית המשפט בסמכות לפי סעיף 8 לאור הברחת נכסים ואלימות של הנתבע כלפי התובעת במשך מערכת היחסים); עמ"ש (מחוזי ת"א) 1229-07 י"ב נ' א"ב (נבו 27.10.2010); עמ"ש (משפחה י-ם) 26473/97 פלוני נ' אלמונית, פס' 64 לפסק הדין (נבו 15.6.2004).

¹⁰³ דרך המלך להתמודדות עם הברחת נכסים היא סעיף 7 לחוק, שבהפעלתו בהקשר הנאמנות נדון בהרחבה בפרק ב להלן.

בסעיף 8 כדי לתת ביטוי בביצוע האיוון לזכויות לפי נאמנות שקשה לשומן, כדי להתחשב בזכויות הנאה או מועמדויות להנאה שטרם מומשו או התגבשו, וכדי להיאבק בניסיונותיהם של בני הזוג להסוות את היקף הרכוש העומד לרשותם או למלט אותו מאיוון המשאבים. גם כאן, עצם ארגון הזיקה הרכושית בדרך של הנאה או מועמדות להנאה לפי נאמנות אינו משנה את התמונה העקרונית ואינו חוסם את יכולת ההפעלה של דיני הרכוש הזוגי.

8. פעולות נאמן שלהן השלכות לעניין חלוקת הרכוש בין נהנה לבן זוגו

לסיום הדיון בפרק זה נדון בשאלה אלו החלטות ופעולות הממוזערות את הערך שיגיע בפועל לידי בן זוגו של נהנה כתוצאה מהפעלת דיני הרכוש הזוגי מותר לנאמן לקבל ולנקוט. יש שנאמן מחויב לפי כתב הנאמנות לפעול בדרך הממוזער את הערך שיגיע לידי בן זוגו של נהנה, בלי שהיוצר מותר לנאמן שיקול דעת כלשהו לעניין הפעולה האמורה. במקרים אחרים החלטות או פעולות של הנאמן, העשויה למזער את הערך שיגיע לידי בן זוגו של נהנה, כפופות לשיקול דעתו של הנאמן. עם ההחלטות והפעולות העשויות להיות נתונות לשיקול דעתו של הנאמן ניתן למנות את עצם בחירת הנהנה, התוויית היקף הנאתו, בחירת מועד חלוקתה של הנאה והפסקתה של זכות הנאה המחולקת בשוטף.

נזכיר שלוש נקודות בסיסיות בטרם ניכנס לעובי הקורה. ראשית, אם לבן הזוג הנהנה, או המועמד להנאה, יש השפעה על שיקול דעתו של הנאמן, אך מובן הוא שעל הפעלת השפעה זו חל הדין הרגיל. למשל, כשבן זוג מבקש מן הנאמן לעכב חלוקה של הנאה לידי או להקצותה לבן משפחה אחר על מנת להימנע מלחלוק אותה עם בן זוגו אגב הליכי פרדה צפויים ביניהם, דומה כי על בקשה כזו עשוי לחול, אמנם בהרחבה מסוימת, סעיף 7 לחוק יחסי ממון, המאפשר לייחס לבן זוג נכסים שהוציא או התחייב להוציא מרשותו בכוונה לסכל את זכותו של בן זוגו. על בקשה כאמור ניתן גם להחיל, בהיקש, את הכללים המאפשרים, בדיני חדלות הפירעון, ביטול פעולה הגורעת נכסים מקופת הנשייה.¹⁰⁴ שנית, פעמים שעל הנאמן מוטלת חובה לפעול לטובת בן זוגו של הנהנה מכוח פרשנות הוראות הנאמנות עצמה. כך הוא כאשר ניתן להניח, לפי הנסיבות, כי רצונו של יוצר הנאמנות להקצות הנאה לפלוני כולל בחובו מניה וביה רצון להיטיב עם היחידה המשפחתית של פלוני כולה. בעניין זה ניתן לערוך היקש מן הדין החל על מתנות הניתנות לבני זוג, הנתפסות בעיקרן כרכוש חיצוני להסדר איוון המשאבים, אלא אם על פי הנסיבות ניתן לראות את המתנה ככזו שהייתה מיועדת לשני בני הזוג גם יחד.¹⁰⁵ במקרים שבהם התכוון היוצר שהנאמן יפעל גם לטובת בן זוגו של הנהנה, ברי שעל הנאמן להימנע מהחלטות שיפגעו בבן הזוג. שלישית, גם במקרים שבהם חובתו של הנאמן היא להיטיב עם הנהנה, ולא עם בן זוגו, השאלה איזו פעולה תשיא את טובתו של הנהנה אינה חופפת בהכרח את השאלה איזו פעולה תשיא את ערך הנכסים שיקבל הנהנה ותמזער את הערך שיחולק לבן זוגו לשעבר במקרה של פרדה. טובתו של הנהנה

¹⁰⁴ השו"ל 220 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018.

¹⁰⁵ השו"ל ע"מ (מחוזי-ם) 320/02 עפל-רפאלי נ' עפל (נבו 13.10.2002); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 52666-11-10 א"ל נ' א"ל, פס" 64 לפסק הדין (נבו 23.6.2013).

עשויה לשאת אופי לא רכוש, והשאת תועלתו אינה זהה בהכרח להשאת היקף משאביו. למשל, נאמן יכול לצאת ידי חובת הנאמנות שלו כלפי נהנה אם לפי שיקול דעתו מוטב להקצות לנהנה הנאה שתחלק עם בן זוגו במקרה של פירוד ולא לדחות את ההקצאה באופן שעלול להחריף את הסכסוך שבין הנהנה לבן זוגו, לפגוע ביחסי הנהנה עם ילדיו, להרוס את המוניטין של הנהנה כאדם הגון, וכיוצא בזה. לשון אחר, חובת נאמנות לחוד וחובה להשיא את היקף המשאבים העומדים לזכות הנהנה, על חשבון בן זוגו לשעבר, לחוד.

אך מה על מקרים אחרים? האם כאשר שיקול הדעת של הנאמן אינו מושפע מן הנהנה, כאשר בן זוגו של הנהנה אינו יכול להיחשב לנהנה בעצמו, וכאשר הטבה עם בן הזוג אינה יכולה להיחשב לקידום טובתו של הנהנה, רשאי הנאמן – אם לפי הוראת היוצר ואם במסגרת הפעלת שיקול דעתו – להביא בחשבון את תוצאות הפעלת דיני הרכוש הזוגי בין הנהנה לבן זוגו, ובין היתר לפעול באופן הממזער את הערך שיגיע לידי בן הזוג עקב הפעלת דינים אלה? האם הנאמן אף נדרש לעשות כן? דומה כי יש מקום להבחין כאן בין שני תרחישים עיקריים, המובחנים זה מזה לפי אופי המוטיבציה למזער את הערך שיגיע לידי בן הזוג האחר.

(א) מזעור זכויות בן הזוג האחר כדי למקסם את זכויות הנהנה על חשבון בן זוגו

מדינונו עד כה עולה כי החלטות שונות של נאמן, כגון ההחלטה להקצות או שלא להקצות הנאה לפלוני, וכן החלטות בדבר תזמון החלוקה ותזמון ההכרעה לבצע חלוקה בעתיד – הכרעה המביאה לגמילת זכות ההנאה של בן זוג – עשויות להשפיע על זכויות בן הזוג האחר לחלוק בפירות ההנאה: בין שההחלטה מונעת כליל מבן הזוג האחר לחלוק ברכוש הכפוף לנאמנות או במה שיחולק מתוכו, ובין שהיא מקטינה את חלקו של בן הזוג האחר בשל הצורך להביא בחשבון באיזון המשאבים ובחלוקת הרכוש את אי-הוודאות בדבר גמילתן של זכויות בעתיד. כך, נאמן היודע כי נהנה או מועמד להנאה מצוי בסכסוך משפחתי עשוי לדחות את החלטתו להקצות לו הנאה עד לתום הליך הגירושין של הנהנה או עד לתום ההליכים המשפטיים העוסקים בחלוקת הרכוש. ממש כשם שנאמן עשוי לשקול שאלות של מיסוי בעת הכרעתו על חלוקה או על מועדיה, ישאף הנאמן להקצות את זכות ההנאה באופן שיבטיח שחלק גדול ככל האפשר שלה ייוותר בידי הנהנה ולא יתחלק בינו לבין בן זוגו, כשהללו מצויים משני עבריו של מתרס הפרדה.

(ב) מזעור זכויות בן הזוג האחר כדי להגשים מטרות אחרות של הנאמנות

מנגד, ניתן לחשוב על הקשרים שבהם השפעת החלטות הנאמן על היקף זכויותיו של בן הזוג שאינו נהנה נגזרת מהגשמת מטרה כללית של הנאמנות, שאינה דווקא השאת חלקו של הנהנה על חשבון בן זוגו. מצב דברים כזה מתקיים כאשר החלוקה לנהנה מגשימה מטרה כללית של הנאמנות, ואילו חלוקה לבן זוגו של הנהנה אינה מגשימה מטרה זו. למשל, אם מטרת הנאמנות – על פי יוצרה – היא להיטיב עם מי מיוצאי רומניה העוסקים ברפואת שיניים, עשוי הנאמן להעדיף להשהות את החלוקה לנהנה פוטנציאלי המשתייך לקבוצה זו עד לתום הליכי הגירושין שלו אם בת זוגו היא יוצאת מקסיקו העוסקת באונקולוגיה. במקרה מעין זה מתמקד שיקול הדעת של הנאמן בהגשמת מטרות הנאמנות ולא בהעדפת הנהנה על פני בן זוגו.

נראה בעינינו כי יש טעם להבחין בין מקרים הקרובים יותר אל הטיפוס הראשון שתיארנו לעיל לבין מקרים הקרובים יותר אל הטיפוס השני. דיני הרכוש הזוגי, המשקפים עקרונות וערכים של צדק ושוויון, אינם ראויים להיעקף על ידי מוסד הנאמנות. כפי שנפסק לאחרונה באשר לדירקטורים, גם נאמנים חייבים לקיים את הדין.¹⁰⁶ מבחינה זו יש לראות את פעולת הנאמן שיש לה השפעה על זכויות בן הזוג האחר כאנלוגית לפעולתו שיש לה השלכה בדיני המס: אף שניתן להשתמש במוסד הנאמנות כדי להיטיב את מצבו הכלכלי של נהנה, יש גבולות ליכולת להשתמש במוסד זה על מנת לחמוק ממס. ברוח זו, מגמתם של דיני מיסוי הנאמנות בעשורים האחרונים היא לחסום את יכולת השימוש בתכנון נאמנותי כדי לחמוק ממס.¹⁰⁷ באותה מידה, אין מקום להשתמש בדיני הנאמנות רק על מנת להגן על רכושו של אדם מפני בן זוגו ולהכשיל את יישום דיני הרכוש הזוגי. יש להותיר את הנאמנות כמכשיר להשגת מטרות ראויות ולא להשתמש בה לצורך סיכול מטרותיהם של ענפי דין אחרים. אם רוצה הנהנה להימנע מחובותיו על פי דיני הרכוש הזוגי, פתוחה בפניו הדרך לעשות זאת בהסכמה עם בן זוגו (בדרך של הסכם ממון או הסכם לפי סעיף 5(א)(3) לחוק) בדבר היקף הרכוש בר-האזון, או בעזרת מצג עקיב וגלוי, לאורך הדרך, לגבי היות רכוש מסוים כזה שאינו בר-אזון.

שונים הדברים כשהנאמנות משרתת תכלית עצמאית, שאינה רק התחמקות מנטלים וחובות שמשיתים ענפי דין אחרים. במקרים כאלה יש לאפשר שימוש במוסד הנאמנות לשם השגת תכלית זו, ובלבד שהיא תהיה שקופה גם לבן זוגו של הנהנה הפוטנציאלי, על מנת למנוע הסתמכות מצידו. יושם אל לב כי אם הנאתו של הנהנה נובעת ממאמצים שעשה במהלך הקשר הזוגי, עשויה לקום לבן הזוג, לפי המתווה שתיארנו לעיל, זכאות לחלק מן ההנאה, כעניין של מאמץ משותף, גם אם זכויות הנהנה טרם גמלו. מבחינה זו, חלוקת ההנאה בין הנהנה לבן זוגו מקדמת את מטרותיה העצמאיות של הנאמנות, כגון הטבה עם יוצאי רומניה העוסקים ברפואת שיניים, שכן היא מקדמת את יכולתו של הנהנה, יוצא רומניה, לפעול בדרך שאותה מעודדת הנאמנות אגב השקעת מאמצים, ולמשל ללמוד רפואת שיניים ולפתח פרקטיקה בתחום, כשהוא נשען לשם כך על השקעת זמן ומאמץ מצד בן זוגו.

מקרה מיוחד הוא זה בו מטרת הנאמנות היא שימור של נכסים במסגרת קבוצת קרובי הדם של היוצר. במקרה כזה הרצון להימנע מחלוקה לבן הזוג של הנהנה, שאינו, בניגוד לנהנה עצמו, קרוב דם של היוצר, נשען לא רק על הרצון להיטיב עם הנהנה אלא גם על הרצון למנוע מנכסים משפחתיים לזלוג החוצה מן המשפחה. זליגה כזו יכולה להתרחש אם נכסים משפחתיים, שחולקו לנהנה, יחולקו בינו לבין בן זוגו לשעבר עם התרת או פקיעת הקשר ביניהם, וחלקו של בן הזוג באותם נכסים יהפוך לרכוש משותף שלו ושל בן זוג עתידי ממשפחה אחרת. בדומה לזה, לעתים מטרת הנאמנות היא להגן על הנהנה מפני שיקול דעתו הלקוי בבחירת בני זוג. הכפפת זכויות

¹⁰⁶ ראו קביעתה של השופטת רונן בתנ"ג (כלכלית ת"א) 47621-07-16 חורב נ' בי קומיוניקיישנס בע"מ, פס' 85 לפסק הדין (נבו 18.7.2019), כי לא ניתן להכשיר הפרות דין מצד דירקטורים תוך הסתמכות על "כלל שיקול הדעת העסקי".

¹⁰⁷ לדיון השוואתי בדיני מיסוי נאמנויות ראו אצל MARK BRABAZON, INTERNATIONAL TAXATION OF TRUST INCOME (2019).

הנהנה ברכוש המשפחה לשיקול דעתו של נאמן עשויה להיות מנגנון בקרה שיאפשר לנאמן לחלק את ההנאות כך שהן יעמדו לרשות בן זוג שהוא שותף אמת של הנהנה, אך לא לרשות בני זוג רודפי בצע.¹⁰⁸ דומה כי גם כאן יש להבחין בין מקרים שונים לפי אופי זכאותו של בן הזוג שאינו נהנה. כאשר תביעתו לחלוק ברכוש נעוצה ברעיון המאמץ המשותף ובתפיסת הצדק שעליה הוא מבוסס, אין מקום להחיר שימוש במכשיר הנאמנות על מנת לעקוף את מערכת האיזונים שיוצרים דיני הרכוש הזוגי. מנגד, כשתביעת בן הזוג שאינו נהנה נשענת על כוונת הצדדים, כלומר על הרעיון של שיתוף ספציפי, די בכך שבן זוג זה ידע על הנאמנות ועל מטרתה כדי למנוע את זכותו לחלק מן ההנאה. כך תוגשם מטרת הנאמנות, מחד גיסא, ובן הזוג שאינו נהנה יזכה להגנה מפני הסתמכות סרק, מאידך גיסא.

ב. בן זוג כיוצר נאמנות

בפרק הקודם עסקנו בשאלות המתעוררות אגב החלת דיני הרכוש הזוגי על זכות הנאה של בן זוג לפי נאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין, כלומר במרובע היחסים שבין יוצר הנאמנות, הנאמן והנהנה מצד אחד, ובן זוגו של הנהנה מצד שני. פרק זה יתמקד בהתנגשות האפשרית בין דיני הרכוש הזוגי לבין דיני הנאמנות כשבן זוג יוצר בעצמו נאמנות באשר לנכס המצוי בבעלותו במהלך הנישואין. נדון במרובע היחסים שבין יוצר הנאמנות, הנאמן והנהנה או נהנים מצד אחד, לבן זוגו של היוצר, מצד שני. נדון גם במקרה המיוחד, שהתעורר בעניין **ארנון**, בעניין **פלוגי** ובעניין **טייג**, שבו יוצר הנאמנות הוא גם נהנה על פיה. נעסוק במקרים השונים שבהם בן זוג יוצר נאמנות, "מן הקל אל הכבד": נפתח במקרה שבו הנהנה לפי הנאמנות אינו צד לנישואין או קרוב משפחה של היוצר; נמשיך במקרה שבו הנהנים לפי הנאמנות הם בן זוגו של היוצר או ילדיהם (המשותפים ושאינם משותפים); ולבסוף נפנה אל המקרה שבו היוצר הוא גם נהנה. נבחן אם כל הדרוש להסדרה ראויה של מקרה אחרון זה הוא הרכבת הדיון בפרק א (אודות בן זוג כנהנה) על הדיון בפרק זה (אודות בן זוג כיוצר), או שמא מקרה בן הזוג היוצר נאמנות לטובת עצמו מצריך טיפול מיוחד. בפרק זה נכנה את בן הזוג שאינו יוצר "בן הזוג האחר".

מטבע הדברים, התנגשות בין דיני הרכוש הזוגי לבין דיני הנאמנות מתעוררת בעיקר כאשר הנכס הכפוף לנאמנות כפוף גם לדיני הרכוש הזוגי. נבחין בין מקרים שבהם הרכוש המדובר הוא בר-איזון לפי הסדר איזון המשאבים ומקרים שבהם הרכוש אינו כפוף לאיזון, אך כפוף לדיני השיתוף הספציפי. יצירת נאמנות בידי בן זוג באשר לנכס חיצוני ופרטי שאינו כפוף כלל לדיני

¹⁰⁸ לדיון ביקורתי בהתפתחות הדימוי של רעיה ורודפת בצע ("גולד-דיגריה"), ראו BRIAN DONOVAN, AMERICAN GOLD DIGGER: MARRIAGE, MONEY, AND THE LAW FROM THE ZIEGFELD FOLLIES TO ANNA NICOLE SMITH (2020). במקרים הרלוונטיים שעלו בפסיקה יש גם כאלה שבהם בן הזוג רודף הבצע היה ממין זכר. ראו למשל את המקרה שנדון בפרשת Freedman v Freedman [2015] EWHC 1457 (Ch), שם העבירה מלאני פרידמן את שני בתי המגורים שרכשה במימון אביה לנאמנות. הנאמנות הוקמה בעצת אביה. מן הראיות שהוגשו לבית המשפט עלה כי: "the purpose of the settlement was to protect Melanie from Mr Bakir and others perceived by Melanie's family to be predatory males" (שם, בפס' 9).

הרכוש הזוגי אינה מעוררת קושי כלשהו. עם זאת יצירת הנאמנות עצמה עשויה לעתים לתפקד כראיה לכוונתו של יוצר הנאמנות, העשויה להועיל בסיווג נכס שאינו בר-איוון כנפרד או משותף מכוח שיתוף ספציפי. נפתח במסגרת הדין החלה על פעולה חד-צדדית של בן זוג ברכושו הכפוף לדיני הרכוש הזוגי. בהמשך נעבור לעיון באתגרים המיוחדים המתעוררים כשפעולה זו היא הכפפת רכוש לנאמנות.

1. רקע: פעולת בן זוג, במהלך הנישואין, ברכושו הכפוף לדיני הרכוש הזוגי

ענייננו בפרק זה הוא במצב שבו בן זוג כופף לנאמנות רכוש שחלים עליו דיני הרכוש הזוגי. כשמדובר ברכוש שדיני הרכוש הזוגי אינם חלים עליו, לא תיווצר דרך כלל כל התנגשות.¹⁰⁹ גם כששני בני הזוג יוצרים נאמנות יחדיו, בעצה אחת, אין מתעוררת דילמה מיוחדת מבחינה זו:¹¹⁰ לכל היותר ייווצר צורך לפרש את פעולתם ולבחון אם יש לראות בה התנאה על הסדר איוון המשאבים לפי הוראות סעיף 5(א)(3) לחוק יחסי ממון, המאפשר לבני זוג להסכים בכתב כי איוון המשאבים לא יחול על נכס מנכסיהם. גם במקרים שבהם הרכוש שהוכפף לנאמנות מצוי בבעלות משותפת של בני הזוג לפי דיני הקניין הרגילים, למשל כאשר מדובר בדירת מגורים הרשומה במרשם המקרקעין על שם שניהם, אין בהקשר המשפחתי כדי ליצור בעיות מיוחדות. הדילמה המרכזית מתעוררת במקרים שבהם בן זוג יוצר נאמנות ברכוש הנמצא בבעלותו הבלבדית לפי דיני הקניין הרגילים, אולם לגבי אותו רכוש יש או יכולה להיות תביעה מכוח דיני הרכוש הזוגי. במקרה כזה מתעוררת שאלת מעמדה ותוצאותיה של פעולת יצירת הנאמנות כלפי הנאמן, הנהנים ובן זוגו של היוצר.

ההסדר העיקרי החולש על דיני הרכוש הזוגי בישראל הוא כאמור הסדר איוון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון. הסדר זה קובע איוון אובליגטורי דחוי: הזכות לאיוון משאבים מתעוררת עם התרת הנישואין (בגירושין), עם פקיעת הנישואין במות אחד מבני הזוג, או בהתקיים הנסיבות הקבועות בסעיף 5א לחוק, המשקפות את סיום קשר הנישואין מנקודת מבט אורחית.¹¹¹ במבט ראשון דומה אפוא כי קודם לנקודות זמן אלה רשאי כל אחד מבני הזוג לעשות בקניינו כרצונו, שהרי כהוראת סעיף 4 לחוק, "אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקניינים

¹⁰⁹ אך ראו את הדיון בקצרה, בתת-פרק ב.4(א) להלן, שכותרתו "נאמנות לטובת בני משפחה ברכוש שאינו כפוף לדיני הרכוש הזוגי".

¹¹⁰ בעיה אחרת העלולה להתעורר כאשר בני זוג יוצרים נאמנות בהסכמה היא מצב שבו לאחד מבני הזוג השפעה על הנאמן הגדולה מזו של בן הזוג האחר, אם מתחילת חיי הנאמנות ואם אחרי פרדת בני הזוג. אמנם לפי הדין אין ליצר הנאמנות כוח להשפיע על הנאמן, אך בפועל השפעה כזו קיימת לעתים (ראו לעיל ה"ש 63). התגובה המשפטית הראויה למצבים כאלו תלויה בכמה וכמה שאלות, ובתוכן השאלה אם כוח ההשפעה של היוצרים על הנאמן מפורש בתנאי הנאמנות, השאלה אם מי מהם הוא גם בגדר נהנה, ושאלות נוספות, שלא נוכל לדון בכולן כאן. עם זאת ברי כי לא ראוי לאפשר שימוש בהשפעה כזו על מנת לעקוף את דיני הרכוש הזוגי.

¹¹¹ לתפיסת הנסיבות של סעיף 5א בגירושין מנקודת מבט אורחית, ראו למשל רות הלפרין-קדרי ובנימין שמואלי "המגמה המתפתחת של גירושים ללא גירושים" **עיוני משפט** מב 597, 618–619 (2020). מצב הדברים עשוי להיות שונה בעניינים של בני זוג שחלה עליהם חזקת השיתוף, ראו להלן ה"ש 131.

של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני". ברוח זו הובעה בספרות העמדה שלפיה יש לראות במשטר איזון המשאבים כקובע משטר של ניהול עצמי אוטונומי באשר לרכוש בר-האיזון שבבעלותו של כל אחד מבני הזוג,¹¹² באופן שלמעשה אינו מעניק לבן זוגו של הבעלים כל אינטרס מוגן ברכוש, כשהדין מתייחס אל בני הזוג כאל "זרים במערכת היחסים הקניינית ביניהם, ומציב את בן-הזוג נטול הקניין בעמדה של תלות והכפפה".¹¹³ דעתנו שונה. ההבחנה בין משטר חזקת השיתוף לבין משטר איזון המשאבים אינה זהה להבחנה בין שני משטרי הרכוש הנוהגים במשפט האמריקני: המשטר של community property והמשטר של המשפט המקובל (common law) הקובע הפרדה רכושית במהלך הנישואין, עם מנגנון של equitable distribution (חלוקה מן היושר) בתומם.¹¹⁴ בניגוד למשטר של הפרדה רכושית עם חלוקה מן היושר, לפי משטר איזון המשאבים הישראלי האינטרס הרכושי של בן זוג ברכושו של משנהו אינו מתעורר רק עם הפרדה אלא קיים עוד לפניו, כאשר עקרון החלוקה השווה קבוע בדין מעיקרו, בסעיף 6(ב) לחוק, ומנוסח בבהירות ככלל הבסיסי ולא רק כתוצאה אפשרית של שיקול דעת שיפוטי.¹¹⁵ בפרט, בניגוד לחלוקה שמן היושר, המתעוררת רק במקרה של גירושין, כך שהשאלה אם צמחו לבני הזוג זכויות מכוח דיני הרכוש הזוגי תלויה בשאלה אם הם התגרשו, הסדר איזון המשאבים חל הן בגירושין הן במוות. ממילא, לא ניתן להימנע ממנו, והתרחשותו העתידית היא ודאית. עובדה זו משתקפת גם בהוראותיו של סעיף 7 לחוק יחסי ממון, הקובע – במקרים של כוונת בן זוג לסכל את זכותו של בן זוגו לפי משטר איזון המשאבים ושל מתן מתנות – כי פעולה של אדם ברכוש בר-איזון שבבעלותו עשויה להיחשב לבטלה כלפי בן זוגו. לפי ההסדר שבסעיף 7, לכל בן זוג הכוח לנהל את רכושו ואף להעבירו לאחר, אך פועלה של העברה כזו לא יפגע באינטרסים הכלכליים של בן הזוג האחר אלא אם ההעברה עמדה בתנאים הקבועים בסעיף זה. ההסדר מבחין אפוא בין כוח השליטה, הנותר בידי בעל הקניין, לבין ההגנה על האינטרס הממוני של בן זוגו. אם הנכס נמכר, תמורתו הופכת לרכוש בר-איזון, וכך האינטרס הכלכלי של בן הזוג לא נפגע, לפחות כל עוד התמורה עומדת ביחס סביר לערך הנכס. לעומת זאת אם הנכס ניתן במתנה, המתנה עשויה להיות בטלה כלפי בן הזוג במובן זה שאיזון המשאבים ייערך כאילו הנכס עודנו ברשותו של בן הזוג נותן המתנה.¹¹⁶

¹¹² חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 502 (2005). ראו גם ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 168 (הסדר איזון המשאבים משקף עמדה "המחילה בזמן חיי הנישואים מודל הפרדת רכוש אינדיבידואליסטי החותר תחת המהות של חזקת השיתוף").

¹¹³ דגן, לעיל ה"ש 112, בעמ' 502.

¹¹⁴ לדיון בהבחנה בין משטרי רכוש אלה מנקודת המבט של ניהול הנכסים, ראו J. Thomas Oldham, *Management of the Community Estate during an Intact Marriage*, 56 LAW & CONTEMP. PROBS. 99 (1993).

¹¹⁵ לדיון בהתפתחות משטר החלוקה שמן היושר במדינת ניו יורק, אגב דחייה מפורשת של חלופת החלוקה השווה, ראו למשל Brooke Grossman, *The Evolution of Equitable Distribution in New York*, 62 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 607 (2007).

¹¹⁶ למעשה, גם במבט רחב יותר נראה כי הקשר בין סיווג השיתוף כ"מיידי" או "דחוי" לבין זכויות הניהול של הצדדים הוא מורכב מן המתואר אצל דגן, לעיל ה"ש 112. מחד גיסא יש גרסאות של מודל האיזון הדחוי המגבילות,

הבהרת נקודה זו דורשת להתעכב מעט על פרטי ההסדרים שבחוק יחסי ממון בין בני זוג. כאמור, לפי ההסדר הקבוע בסעיף 7 לחוק יחסי ממון, בית המשפט רשאי לראות נכס שהוציא בן זוג מרשותו בטרם התרת הנישואין או פקיעתם כאילו הוא עדיין ברשותו לצורכי איזון המשאבים.¹¹⁷ בדומה, סעיף 11 מאפשר להגן על זכותו העתידה של בן זוג לפי הסכם ממון או איזון המשאבים בדרכים שונות, ובין היתר בציווי על מתן ידיעות, ציווי על מתן ערובה, רישום הערה על זכות בן הזוג שאינו בעלים בפנקס שזכות בן הזוג הבעלים רשומה בו וקביעה כי פעולות מסוגים שייקבעו תהיינה טעונות הסכמה של שני בני הזוג. זכותו של בן הזוג שאינו בעלים ניתנת להגנה אפוא עוד בטרם התגבשה בשלב התרת הנישואין או פקיעתם. בניגוד למה שהיה אפשר לחשוב, נראה כי פועלו של משטר מניעת מילוט הנכסים לפי סעיפים 7 ו-11 אינו מוגבל לפרק הזמן שבין התפרקות הקשר בין הצדדים לבין ביצוע איזון המשאבים, כלומר לפעולות המבוצעות בקשר לפרדה קרובה. העברה שבוצעה לאחר מועד הקרע בין הצדדים תטופל ברגיל דרך סמכויות בית המשפט לפי סעיף 8(4), המאפשרות לו לערוך את איזון המשאבים לפי מסת הנכסים שהייתה בבעלות הצדדים במועד הקודם למועד עריכת האיזון.¹¹⁸ סעיף 7, המאפשר לייחס לבן הזוג נכסים

לפני מועד האיזון, את זכותו של הבעלים לעשות דיספוזיציה בחלקים מרכושו, כמו דירת המגורים, ללא הסכמת בן הזוג (ראו למשל את הוראת סעיף 67 של הצעת חוק היחיד והמשפחה). מאידך, גיסא, בהיות זכות בן הזוג שאינו בעלים מכוח חזקת השיתוף כללית ובלתי מסוימת, נכסים השוכנים מחוץ לספרה המשפחתית עשויים להיות חסינים בפני כוח הניהול של בן זוג זה עד למועד פירוק השיתוף. גם הבחירה בין חלוקה בעין לחלוקה בשווי אינה נובעת ישירות ממבנה המשטר הרכושי. יתרה מזאת, לעתים זוכה בן הזוג של הבעלים להגנה על זיקתו לרכוש שלא בדרך קניינית אלא – למשל – בדרך של הבטחת זכותו למדור. ניתוח מפורט של סוגיות אלה חורג מגבולות הדיון הנוכחי.¹¹⁷ הסעיף הופעל, למשל, בתלה"מ (משפחה נצ') 39221-03-17 א"כ ג' ט"ב, פס' 49 לפסק הדין (נבו 2.5.2019), שם הוכח שהבעל משך מחשבון שהיה משותף לשני בני הזוג סכומים גדולים לאורך שנים. לא ניתן הסבר מספק לשימוש שעשה בהם. בית המשפט הסיק שמדובר בנכסים שהוברחו, הפעיל את סעיף 7 לחוק יחסי ממון ביוזמתו והוסיף את ערך המשיכות לסכום שאוון בין הצדדים. למקרים נוספים שבהם הפעילו בתי המשפט את סעיף 7 לחוק יחסי ממון כדי לסכל הברחות נכסים, ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 57643-01-16 פלונית ג' פלוני (נבו 13.6.2017); תמ"ש (משפחה י-ם) 3251/08 פ"כ ג' מ"כ (נבו 7.8.2012) (מקרה חריג שבו האישה היא שהבריחה נכסים); תמ"ש (משפחה נצ') 55054-10-10 חש"ב ג' ה"ש (נבו 21.10.2014); ע"מ (מחוזי ת"א) 1229/03 עזבון ב"ר ג' ב"ת (נבו 10.10.2005).

¹¹⁸ הברחות נכסים בשלבים מאוחרים יותר של תהליך חלוקת הרכוש בין בני זוג מתגרשים מטופלות בכלים דוקטרינריים שמן המשפט האזרחי הכללי. ראו למשל בתמ"ש (משפחה ת"א) 40800/97 כהן ג' כהן (נבו 24.2.2000); ערעור שהוגש על פסק הדין נדחה בע"מ (מחוזי ת"א) 1057/00 פלונית ג' פלונית (נבו 31.10.2000). במקרה זה בני זוג התגרשו, ובית משפט פסק שהבעל חייב כספים לאישה. משהבעל לא שילם, פתחה האישה תיק הוצאה לפועל לגביית החוב וביקשה במסגרתו לעקל את זכויות הבעל בדירת בני הזוג. אז גילתה שהבעל העביר זכויותיו בדירה לידי אחיו ללא תמורה. כשגילתה זאת, הגישה האישה בקשה לבית המשפט וביקשה הצהרה שהדירה, אף שהיא רשומה על שם האח, היא בפועל של הבעל, וצו לפי סעיף 34 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 המורה על עיקולה. בית המשפט מצא שמתקיימים במקרה כל "אותות המרמה", ומשכך נתן את הצו כמבוקש: נקבע שהמקרקעין הם בפועל של הבעל, וניתן צו המורה ללשכת מרשם הזכויות במקרקעין לשנות את הרישום בהתאם. למקרה דומה, שבו בעל נתן לאחיו משכנתה כנגד הלוואה פיקטיבית, ולא את הבעלות בדירת הזוג, ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 3457/02 ל"ב ג' י"ב, 11-13, 22 (נבו 1.8.2006). בית המשפט הורה על ביטול רישום המשכנתה על מנת לאפשר את מימוש הדירה על-ידי האישה.

שהוציא או התחייב להוציא מרשותו בכוונה לסכל את זכותו של בן זוגו, ונכסים שנתן או התחייב לתת במתנה, נועד להתמודדות עם העברות שהתבצעו בשלב מוקדם יותר.

אמנם לפי לשונו סעיף 7 עוסק במניעת סיכול "זכותו" של בן זוג לאיזון משאבים, ואילו סעיף 11, העוסק בסעדי עזר, מבחין בין "זכות" לבין "זכות עתידה", ניסוח העשוי להצביע על הגבלת תחולתו של סעיף 7 לזכויות שהתגבשו, ולכן לפעולות או להתחייבויות שהתרחשו או נוצרו בין התרת הנישואין או מועד הקרע לבין יום עריכת איזון המשאבים בפועל. אך לדעתנו, פרשנות כזו תחטיא את המטרה. בן זוג עשוי תדיר לצפות את פקיעת הנישואין (בגירושין, ואף במוות) עוד בטרם פקיעתם, ולעתים אף בטרם ניתן להצביע על קרע בין בני הזוג. פרק הזמן המכונה לעתים "שלב הבשלת הרעיון"¹¹⁹ מתאפיין בהכנות לקראת פרדה מצד אחד מבני הזוג, כאשר לעתים בן הזוג השני אינו מודע להן. דין המאפשר לכל אחד מבני הזוג, במהלך תקופה זו, שבה חיים הצדדים במשק בית משותף תחת קורת גג אחת, להוציא נכסים הכפופים לאיזון מרשותו ולהעבירם לאחר, אינו הוגן ואינו יעיל: בהינתן דין כזה, אם יועברו הנכסים, תסוכל זכותו של בן הזוג שאינו המעביר בנכסים והוא יקופח ביחס למעביר חרף העובדה שלפי הגיונו של החוק יש לראות בבן הזוג שאינו המעביר שותף למאמץ ששימש ליצירתם של המשאבים הכפופים לאיזון. בדומה, אם יפנה בן זוג משאבים הכפופים לאיזון לצריכה בזבזנית, יוביל מצב הדברים להוצאה לא יעילה, שכן מנקודת מבטו של בן הזוג הצופה איזון משאבים קרוב, הוצאת נכסים בני איזון מרשותו בדרך של צריכה שוטפת משקפת למעשה הנחה בשיעור של מחצית על מחיר המוצרים או השירותים הנרכשים,¹²⁰ מה שעלול להוביל את שני בני הזוג למרוץ של צריכה בזבזנית שתכלה את נכסי המשפחה דווקא בעומדה לפני משבר אישי וכלכלי כאחד. פרשנות ראויה של הסעיף תאפשר אפוא להפעיל את סעיף 7 בכל מקרה שבו בן זוג הוציא מרשותו נכס בעל היקף נכבד בעת שצפה הליך של איזון משאבים בינו לבין בן זוגו.¹²¹

הוצאות רכוש מרשותו של בן זוג המושפעות מהתרחשות צפויה של איזון משאבים, כפופות לפיכך למסגרת של סעיף 7. יתרה מזאת, סעיף 7 חל לא רק על נכסים שהוצאו מרשותו של בן זוג מתוך כוונה לסכל את זכותו של בן הזוג האחר, אלא גם על נכסים שהועברו ללא תמורה, כלומר שפגעו בשווי הכלכלי של מסת הנכסים הכפופה לאיזון. בניגוד להסדרים אחרים במשפטנו,

¹¹⁹ לתיאור השלבים השונים בתהליך קבלת ההחלטה להתגרש, ראו Alan Booth & Lynn White, *Thinking* Stan L. Albrecht & Phillip R. Kunz, *The ; about Divorce*, 42 J. MARRIAGE & FAM. 605 (1980) *Decision to Divorce*, 3 J. DIVORCE 319 (1980). ראו גם יעל הרשקוביץ נפרדנו כך: על ההחלטה של נשים וגברים לזון גירושין 83 ואילך (2019).

¹²⁰ כך אם בן זוג רוכש שירות שמחירו 60 ומשלם עבורו מתוך הרכוש המשותף, 30 מתוך ה-60 שהוציא היו עתידים להיות מחולקים לבן זוגו במסגרת איזון המשאבים. עולה מן הדברים כי מכיסו שלו שילם בן הזוג 30, ולא 60. ¹²¹ אף דברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון מצביעים על סימטריה בין תחום תחולתו של ההסדר החל על מניעה מראש של מילוט נכסים הכפופים לאיזון (למשל באמצעות רישום הערה בפנקס או דרישת הסכמה של שני בני הזוג) לבין זה של ההסדר שנועד לתקן מילוט שכבר בוצע, בקובעם כי "כשם שסעיף 3 [המקביל לסעיף 11 בחוק הסופר] מכונן למנוע מראש סיכול זכויותיו של בן זוג בפעולות של בן זוגו, כך מכונן סעיף 9 [המקביל לסעיף 7 בחוק הסופר] לתת בדיעבד תרופה למקרה שבו זוג נפגע מפעולות של בן זוגו". ראו הצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, התשכ"ט-1969, ה"ח 333.

העוסקים גם הם בהוצאת נכסים מידי של אדם שיש לו חובות כלפי אחרים, החוק אינו מגביל בזמן את תחולת ההסדר המאפשר לבית המשפט להתעלם, לצורכי האיוון, ממתנות שניתנו בידי בן זוג ומנכסים שהוציא מידי כדי לסכל את זכותו של בן זוג לפי הסדר איוון המשאבים.¹²² כך, לשם השוואה, סעיף 220(א)(2) לחוק חדלות פירעון מאפשר לבטל פעולה הגורעת נכס מנכסי קופת הנשייה אם בוצעה "בתקופה שתחילתה שנתיים לפני מועד הגשת הבקשה לצו לפתיחת הליכים, ולגבי פעולה לטובת קרוב – ארבע שנים לפני המועד האמור", וזאת רק כאשר במועד הפעולה היה החייב חדל פירעון, או שהפעולה הביאה אותו לחדלות פירעון.¹²³ כאשר פעולה הגורעת נכס מקופת הנשייה בוצעה כדי להבריח את הנכס מנושים, מגביל סעיף 221 את סמכות בית המשפט לבטלה לפעולות שבוצעו בתקופה שראשיתה שבע שנים לפני מועד הגשת הבקשה לצו לפתיחת הליכים. בדומה, סעיף 63 לחוק הירושה מאפשר לבית המשפט להתעלם, לצורך פסיקת מזונות מן העיזבון, ממתנות שנתן המוריש "תוך שנתיים לפני מותו", אם השבת הערך שניתן נדרשת לשם סיפוק מזונות מן העיזבון לזכאים להם. גישתו של חוק יחסי ממון, כאמור, שונה: העברות הנכסים שמהן מוסמך בית המשפט להתעלם לצורכי האיוון אינן מוגבלות לאלה שבוצעו בפרק זמן כלשהו קודם להתרת הנישואין או פקיעתם או טרם הופעת הקרע בין הצדדים.¹²⁴

התוצאה היא שהעברת נכס הכפוף לאיוון ללא תמורה, "למעט מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות הענין", טעונה למעשה את הסכמת בן הזוג, שאם לא כן תהא חשופה להסדר הרחבת בסיס האיוון הקבוע בסעיף 7.¹²⁵ לצד זאת אף יכולתו של כל בן זוג להוציא הוצאות בתמורה מוגבלת כאמור החל מן השלב שבו הוא צופה קיום איוון משאבים בינו לבין בן זוגו. בעסקה של רכישת נכס בתמורה סבירה אין פגיעה קשה במצבת הנכסים בני-האיוון, כלומר באינטרס הכלכלי של בן הזוג האחר, שכן הנכס הנרכש אף הוא בר-איוון. כאשר התמורה היא שירות או מוצר מתכלה, יכול בן זוג להוציא את נכסיו, הכפופים לאיוון, שלא בכפוף להסדר של סעיף 7 רק כאשר ההוצאה מתבצעת במועד שאינו מעיד על כוונה לסיכול זכותו של בן הזוג האחר, שכן בן הזוג מבצע ההוצאה עדיין אינו צופה בו את פני איוון המשאבים הקרב, אלא רואה בנכסיהם של שני בני הזוג קופה רעיונית משותפת. גם במקרים אלה ההוצאה כפופה להסדר

¹²² הסדר זה שונה מן ההסדר המומלץ בעקרונות ALI, לעיל ה"ש 44, בס' 4.10(1) לעקרונות, הקובע כי בטלות מתנות תוגבל לתקופה נתונה שתיספר אחורה ממועד הפרדה (כאשר בדברי ההסבר מובהרת הכוונה שלפיה: "only transactions during a period immediately preceding the commencement of a dissolution action should ordinarily be considered"). עם זאת ראו שם, בס' 4.10(5), המאפשר להתחשב גם בהעברות קודמות על מנת למנוע אי-צדק ניכר.

¹²³ השוו גם להסדר בדבר ביטול הענקות שבסעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980, נ"ח 639, שבוטלה בסעיף 358 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי.

¹²⁴ ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 470/96 **ב"ת נ' עזובן ר"ב** (נבו 28.7.2003), שבו בוטלה העברת מניות שביצע המנוח שש שנים לפני שנפטר, משנקבע שהייתה ללא תמורה.

¹²⁵ השוו תלה"מ (משפחה נצ') 39221-03-17 **א"כ נ' ט"כ** (נבו 2.5.2019). לאופנים שבהם הגבלות שונות על פעולה עצמאית ברכוש במשטר איוון המשאבים מקרבות אותו להסדר של שיתוף קנייני מיידי, ראו אריאל רוזן-צבי **יחסי ממון בין בני זוג** 72-73 (התשמ"ב).

הקבוע בסעיף 11, המאפשר לבית המשפט להגביל מראש את כוח כל אחד מבני הזוג להוציא מרשותו נכסים הכפופים לאיזון.¹²⁶ כך הוא למשל כשבן זוג מבצע רכישות מפליגות וסדרתיות של שירותים או מוצרים מתכלים. בהנחה שעל כל אחד מבני הזוג מוטל נטל ליידע את בן זוגו על הוצאות גדולות,¹²⁷ התוצאה היא שאין בכוחו של בן זוג לקפח את בן זוגו באופן חד צדדי בדרך של הוצאת רכוש רב מגדר איזון המשאבים.

כאשר בן זוג פועל ברכושו באופן הפוגע בזכויות בן הזוג האחר לפי איזון המשאבים, תרופתו העיקרית של בן הזוג האחר אינה בביטול הפעולה אלא בהרחבת בסיס האיזון, דרך קבלת סעד לפי סעיף 7, סעיף 8(4) (המאפשר לבית המשפט לאזן את הנכסים שהיו לבני הזוג במועד שיקבע, שקדם למועד האיזון) או סעיף 8(3) (המאפשר לבית המשפט לאזן את נכסי בני הזוג לפי שווים במועד שיקבע, שקדם למועד האיזון), או בהטיית יחס האיזון לפי סעיף 8(2).¹²⁸ מצב זה עלול לפגוע לא רק באינטרס השליטה של בן הזוג האחר (שכן ניתן לפעול בנכסים הכפופים לאיזון ללא הסכמתו ואף נגד דעתו), אלא גם באינטרס הכלכלי שלו, אם אין די בנכסים שנותרו כפופים לאיזון, או שהפכו כפופים לו לאחר הפעלת הסעיפים הללו, כדי שתוצאת האיזון תהא לזו שהייתה מתקבלת בהיעדר הפעולות שפגעו בבן הזוג האחר. האפקטיביות של הסעדים שבכוח בית המשפט לפסוק לפי הסעיפים הנזכרים תלויה בהיותם של די נכסים אחרים בידי בן הזוג המעביר.¹²⁹ קושי זה מרוכך באמצעות זמינותו של הסדר השיתוף הספציפי, שפותח בפסיקה כתוספת להסדר איזון המשאבים. למצער בנוגע לנכסים הנמצאים בליבת הספרה המשפחתית-ביתית, ובראשם דירת המגורים, עשוי להתקיים בין בני הזוג שיתוף ספציפי. כאשר הסדר השיתוף הספציפי מוחל על נכסים הכפופים גם לאיזון, פועלו המרכזי של הראשון הוא הגנה על זכויות בן הזוג שאינו בעלים רשום של נכסים אלה אל מול צדדים שלישיים, והטלת מגבלה אפקטיבית על יכולת הניהול העצמאי של הבעלים באופן המגביל את יכולתו להעביר נכסים אלה לאחר. זאת, משום שההסדר יוצר יריבות ישירה בין בן הזוג שאינו הבעלים הרשום לבין הנעבר, ומאפשר לבן

¹²⁶ שימוש מרחיב בסעיף 11 לחוק נעשה בע"א (מחוזי חי') 193/89 סרור נ' סרור, פ"מ תשנ"א (2) 63 (1991). בפרשה זו העביר בעל את זכויותיו במכונות, שהייתה בגדר רכוש משותף, לאחיו. נפסק שעל הבעל לשלם לאשתו את מחצית שווי המכונות, אף שהקשר הזוגי טרם פקע. למקרה נוסף שבו ניתנו סעדים מכוח סעיף 11 לחוק קודם לפקיעת הקשר, ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 71250/99 מ"א נ' מ"ש"ס (נבו 12.9.2004).

¹²⁷ הצעת חוק ממשלתית מגדירה כ"אלימות כלכלית" בין היתר את הסתרת קיומו של נכס שיש לבן הזוג זכות בו או גישה אליו, של פעולה בנוגע אליו או של התחייבות לגביו וכן מניעת גישה למידע על הנכס, על פעולה כאמור או על התחייבות כאמור: ראו ס' 9 להצעת חוק למניעת אלימות במשפחה (תיקון מס' 18 והוראת שעה) (מניעת אלימות כלכלית), התש"ף-2020, ה"ח 650. עם זאת, ההצעה נמנעת מהגדרה ברורה של טיבו של "נכס שיש לבן הזוג זכות בו או גישה אליו".

¹²⁸ השוו להסדר בדין הגרמני, הקובע לצד האפשרות של התעלמות מהעברה לצורך האיזון גם אפשרות לעקוב אחר הנכס ולתבוע את ערכו מן הנעבר. ראו § BÜRGERLICHES GESETZBUCH [BGB] [Civil Code], (Ger.), 1390(1)(2) (שם, ס' 1390(1)(2)). לדין האמריקני בנושא, ראו למשל Benjamin M. Ellis, *Protecting the Right to Marital Property: Ensuring a Full Equitable Distribution Award with Fraudulent Conveyance Law*, 30 CARDOZO L. REV. 1709 (2008).

¹²⁹ אמנם ניתן לחשוב על סעדים משלימים במקרה כזה. ראו הדיון בתת-פרק ב.6 להלן.

זוג זה להתנער מן העסקה, לכל הפחות בקשר לחלק המגיע לו מתוך הרכוש המועבר.¹³⁰ ברוח זו נקבע בפסיקה כי זכותה של בת זוג בדירת המגורים המשפחתית הרשומה על שם בן הזוג גוברת על זכותו של מעקל הפועל מכוח נשייה כלפי הבעלים, ואף על זכותו של נושה מכוח עסקת מכר או משכון שביצע הבעלים הרשום, למצער כשמדובר בנושה מקצועי.¹³¹ נדון בכוחו של בן הזוג האחר להביא לביטול הכפפת רכוש זוגי לנאמנות בתת-פרק ב.6 להלן.

תוצאתו של הסדר מורכב זה היא שגם קודם לאיזון המשאבים יש לכל אחד מבני הזוג זיקה ממשית לרכוש בר-האיזון של בן זוגו, וזו מטילה מגבלות ואילווצים על פעולות הבעלים ברכושו בר-האיזון.¹³² המגבלה העיקרית היא חובת תום לב, המחייבת כל בן זוג להימנע מפעולות שיסכלו את זכותו של בן הזוג האחר לאיזון משאבים.¹³³ זיקה זו יוצרת, במהלך הנישואין, הסדר ביניים, בין הפרדה רכושית לשותפות מלאה. הצד המצמצם שבזיקה האמורה הוא שההגנה שמציע הדין לבן הזוג האחר בגדרי הסדר איזון המשאבים מצומצמת לתרופות ביחסים בין בני הזוג פנימה, ואינה כוללת זכות לתבוע את השבתו של הנכס מן הנעבר או לשלוט בגורלו. התועלת שבהגנה זו מוגבלת כשאין די במשאבים בני האיזון שנותרו בידי בני הזוג כדי שיהיה אפשר להשיג במסגרת האיזון תוצאה חלוקתית הזהה לזו שהייתה מתקבלת לולא ההעברה, על-ידי התעלמות מן ההעברה לפי סעיפים 7 או 8(4), או איזון שאינו שוויוני לפי סעיף 8(2). הגנה רחבה יותר מובטחת מכוח הסדר השיתוף הספציפי, העשוי לחול על חלק מנכסי המשפחה, בני-איזון ושאינם בני איזון

¹³⁰ אכן, הרעיון שלפיו דירת המגורים (או אף נכסים חשובים אחרים) כפופה למשטר של ניהול משותף אינו זר גם לשיטות משפט שנוהג בהן משטר של איזון אובליגטורי דחוי. ראו למשל רוזן-צבי, לעיל ה"ש 125, בעמ' 72.

¹³¹ מקורה של פסיקה זו, באשר לזוגות שחלה עליהם חזקת השיתוף, הוא בהלכת ע"א 3002/93 **בן-צבי נ' סיטין**, פ"ד מט(3) 5 (1995). בהמשך נקבע כי זכותו של בן הזוג שאינו בעלים רשום בבית המגורים נחשבת ל"זכות שביושר" הגוברת על זכותו של מעקל, וכן על זכותו של נושה מאוחר בזמן, כל עוד האחרון לא השלים את עסקתו בתום לב ובתמורה. עמדה זו הוחלה, ברבות השנים, גם על דירת המגורים של בני זוג שחל עליהם משטר איזון המשאבים, מכוח התפיסה כי דירת המגורים שלהם כפופה לשיתוף ספציפי עוד בטרם פקיעת הנישואין. לשקילת אפשרות זו, ראו ע"א 11120/07 **שמחוני נ' בנק הפועלים בע"מ** (נבו 28.12.2009). להפעלתה, ראו ע"א 7750/10 **בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ** (נבו 11.8.2011) (לפי עמדת הרוב, ולפי עמדת השופט פוגלמן לגבי נושה מקצועי בלבד). לפירוט ולדיון נוסף, ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 203–222.

¹³² השו"ר רוזן-צבי, לעיל ה"ש 125, בעמ' 312–313.

¹³³ שם. השו"ר גד טרסקי "איזון המשאבים בין בני הזוג" **הפרקליט** ל 76, 81–82 (התשל"ו), המכנה מנגנון זה "הכנסת כעין רפלקס של שיתוף" בהסדר איזון המשאבים.

כאחד,¹³⁴ אולם הסדר זה מוגבל בעיקרו לנכסים בעלי אופי ביתי-משפחתי או לנכסים שבני הזוג הסכימו לראות בהם כמשותפים.¹³⁵

עמדתנו מתיישבת עם התפיסה שקנתה לה שביטה בפסיקה הישראלית, ולפיה גם לפי הסדר איזון המשאבים, המשקף לכאורה הפרדה רכושית, חבים בני הזוג זה לזה חובת אמון באשר לנכסים שנצברו במהלך הנישואין.¹³⁶ ברוח זו נקבע כי בן זוג אשר פדה את חסכוניותו הפנסיוניים על מנת להשקיע כספים בשוק ההון הפר את חובת האמון כלפי בת זוגו משנמנע מלדווח לה על כך ולקבל את הסכמתה, אף שנקבע כי ההשקעה, שנכשלה, נועדה לטובת המשפחה.¹³⁷ באותו עניין נקבע גם כי לו נמצא כי הכספים שהוצאו נועדו מלכתחילה לצרכיו הפרטיים של אותו בן זוג, היה מקום להטיל את מלוא ההפסד על שכמו, מכוח חובת תום הלב החלה על הצדדים.¹³⁸ גם במקרים אחרים הטעים בית המשפט כי הוצאות מופרזות לצרכיו האישיים של בן זוג אחד מפרות את כללי האיזון ומצדיקות סטייה מחלוקה שווה של הנכסים שנותרו כפופים לאיזון.¹³⁹ בפרשות אלה ראה בית המשפט להתמודד עם המקרים שבפניו דרך הטיית יחס האיזון לפי סעיף 8(2) ולא

¹³⁴ בעניין **בן גיאת**, לעיל ה"ש 131, ציין השופט עמית כי "במקרה דנן, הדירה אמנם נרכשה ונרשמה על ידי המשיב לאחר נישואיו, אך ניתן לראותה כנכס שהבעל הביא עמו לנישואין וכאמור, אין בכך כדי לגרוע מהלכת השיתוף בנכס ספציפי" (שם, בפס' 13 לפסק דינו). למעשה, ברי כי קל הרבה יותר לטעון לשיתוף ספציפי בנכס בר-איזון מאשר בנכס שהובא לנישואין בידי אחד מן הצדדים. במקרה הראשון ברי כי מכוח הדין לשני בני הזוג יש זכות בנכס, ופועלו של השיתוף הספציפי הוא רק הגנה על זכות זו מפני נושים, ואילו במקרה השני נדרש השיתוף הספציפי ליצור את עצם קיומה של זכות בן הזוג הלא רשום. עיון מלא בסוגיה זו חורג מן הדין הנוכחי.

¹³⁵ מקרה בו בן זוג מעביר חלק ניכר מנכסיו בני-האיזון, שהם נכסים עסקיים באופיים, עלול לאפשר אפוא רק את הפעלתם של ס' 7 ו-8, ופעמים רבות לא יהיה די בכך כדי לתת סעד אפקטיבי לבן הזוג האחר. תחת משטר חזקת השיתוף שקדם לחוק יחסי ממון נקבע ברע"א 8791/00 **שלם נ' טווינקו בע"מ**, פ"ד סב(1) 165, 193–194 (2006), כי "חיסול הנכסים" מגבש את היחסים דמויי השעבוד הצף שיש לבן זוג בנוגע לנכסיו העסקיים של בן זוגו, וממילא עסקה בהם תהיה כפופה להסכמתו. ראוי לפתח כלי דומה גם לפי הסדר איזון המשאבים, בייחוד כאשר הנעבר מודע ליחסים בין בני הזוג, ועוד יותר מכך אם הוא מודע לכוונת המעביר לסכל את זכות בן הזוג. אולם נושא זה שוכן מחוץ לגבולות הדין הנוכחי. השווה גם רוזן-צבי, לעיל ה"ש 125, בעמ' 315.

¹³⁶ חובת האמון משמיעה דרישה מכל בן זוג שלא לבצע, בלא ידיעתו והסכמתו של בן הזוג האחר, פעולות שישנו מהותית את זכויותיו העתידיות של בן הזוג האחר. ראו למשל תמ"ש (משפחה קר') 11495-11-08 **פלוגית נ' פלוני**, פס' 49 לפסק הדין (נבו 1.8.2010) (לעניין השקעה מסוכנת, אף שנעשתה לצורכי המשפחה). מקורות שונים במשפטנו מכנים לעתים את חובת האמון בשם "חובת נאמנות", דבר היוצר בלבול בין יחסי אמון לבין יחסי נאמנות (ראו למשל ס' 8 לחוק השליחות). אין אלא להצטער על כך. השווה הדין אצל שלמה כרם **חוק הנאמנות, התשל"ט–1979** 240–237 (מהדורה רביעית 2004).

¹³⁷ עמ"ש (מחוזי מר') 1447-07-17 **א"כ נ' א"כ** (נבו 13.5.2020).

¹³⁸ שם, בפס' 24. בית המשפט ניתח את הסוגיה במשקפי שאלת האיזון של חובות, אף כי מדובר היה בהוצאה שהוצאה משכבר ולא הייתה עוד בבחינת חוב. לעמדה דומה, ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 23025-06-10 **נ' א' (נבו 18.5.2012)**.

¹³⁹ תמ"ש (משפחה י-ם) 11849-07-10 **ט"א נ' מ"א** (נבו 6.4.2011).

בדרך של התעלמות מן ההוצאה לפי סעיף 140.7 ברוח זו פעלו בתי המשפט גם בפרשה דומה,¹⁴¹ שגם בה השקיע הבעל חלק נכבד מן הרכוש הכפוף לאיזון בהשקעה כושלת שהולכה לאובדנו של רוב הרכוש.¹⁴² בערכאה הראשונה נפסק כי יש להשתמש בסעיף 7 לחוק ולראות, לצורכי האיזון, את הרכוש שירד לטמיון בהשקעה הכושלת כאילו הוא עדיין ברשותו של הבעל, לאחר שנקבע כי האיש לא קיבל את הסכמת האישה להשקעות אלה, הסכמה שנדרשה בשל היקפן הניכר ביחס לכלל הרכוש המשפחתי.¹⁴³ ערכאת הערעור הפכה את התוצאה, בעומדה על הדרישה שבחוק כי סעיף 7 יופעל בעניין העברות בתמורה רק במקרים שבהם הוצאת הנכס "מלווה בכוונה לסכל את הזכות של בן הזוג האחר". נקבע כי "השקעה שפירותיה הפוטנציאליים נועדו לחזור לקופה המשפחתית ולשמש את התא המשפחתי, גם אם נעשתה על דעת אחד מבני הזוג בלבד" אינה בגדר הברחת נכסים. מנגד נקבע כי בכוחה של האישה היה לפנות מראש אל בית המשפט על מנת להורות לבעל להימנע מלהשקיע את הכספים ללא הסכמתה.¹⁴⁴ הצד השווה בין ההחלטות בשתי הערכאות הוא העמדה כי חרף הוראת סעיף 4 לחוק, המורה על "היעדר תוצאות במהלך הנישואין", הסדר איזון המשאבים אינו מאפשר לכל אחד מבני הזוג לפעול במהלך הנישואין כאוות נפשו ברכוש שבבעלותו: כל בן זוג נדרש לפעול לטובת המשפחה ולשתף את בן זוגו בהחלטות ובהוצאות גדולות.

העולה מן המקובץ הוא, ראשית, הבחנה בין פעולה שנועדה לדלל את מסת הנכסים הזוגית לבין פעולה שלא היתה לה מטרה כזו (אף אם, לרוע המזל, זו הייתה תוצאתה), כלומר פעולה שנועדה לשאת תמורה ולשמר את הערך הכלכלי של הנכסים, או אף להשביחם. שנית, הבחנה בין פעולה בחלק גדול של הרכוש לבין פעולה בחלק קטן ממנו, הראוי להיות בתחום ניהולו האוטונומי של כל אחד מבני הזוג. ברוח זו נדונה באחת הפרשות תרומה, על דרך מתנה, שנתן בעל לבית חולים ללא הסכמת האישה.¹⁴⁵ אף שמדובר היה בבני זוג שחלה עליהם חזקת השיתוף,

¹⁴⁰ למקרים נוספים שבהם התמודד בית המשפט עם הברחת נכסים בידי בן זוג אחד על דרך איזון משאבים המוטת לטובת בן הזוג האחר, ראו ת' (אזורי חי') 585914/2 **פלוני נ' פלוני** (נבו 23.2.2016), שם קבע בית הדין הרבני האזורי בחיפה שיש חשש גדול להברחת נכסים מצד הבעל, ולכן השתמש בסמכותו לפי סעיף 28(2) לחוק יחסי ממון ואיזן את זכויות האישה לפנסיה תקציבית בין בני הזוג באורח לא שוויוני, המקצה לבעל רק 30% מאותו חלק של זכויות הפנסיה שנצבר במהלך הנישואין (כ-10% מסך כל הזכויות). כן ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 26473/97 **פלוני נ' אלמונית** (נבו 15.6.2004) (ערעור שהוגש על פסק הדין נדחה בע"מ (מחוזי י-ם) 577/04 **יב"ח נ' אב"ח** (נבו 11.11.2004)); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 28242/08 **חר"ג נ' צ"ג** (נבו 1.7.2010).

¹⁴¹ עמ"ש (מחוזי ב"ש) 21352-12-18 **א"ט נ' יו"ט** (נבו 27.8.2019).

¹⁴² נכס משותף מרכזי של בני הזוג היו פיצויים שקיבלו בעקבות ההתנתקות, על סך יותר מ-3 מיליון ש"ח. מתוכם השקיע הבעל 2,101,700 ש"ח באתיופיה. הבעל השקיע גם 200,000 ש"ח, ממקור אחר, בגדל"ן ברומניה. מתוך השקעות אלה נמחקו כ-1,808,000 ש"ח (שם, בפס' 9 לפסק הדין).

¹⁴³ שם, בפס' 9-11.

¹⁴⁴ שם, בפס' 43. אמנם הנכס העיקרי שהושקע במקרה זה היה כספי פיצויים שקיבלו בני הזוג כתחלופה של בית מגוריהם שפונה. קשה לקבוע אם ניתן להחיל את הגישה שבפסק הדין גם במקרים שבהם הרכוש שבו נעשה שימוש נוצר בפעולתו העצמאית של אחד מבני הזוג.

¹⁴⁵ תמ"ש (משפחה ת"א) 70030/98 **ט"ט נ' ט"ט**, פ"מ משפחה התש"ס 118 (2000).

קבע בית המשפט כי בשל היקפה של התרומה (שלא עלתה על 5% מן הרכוש המשותף) לא היה צורך בהסכמת האישה, שכן מדובר בתרומה ראויה ומקובלת.¹⁴⁶ לבסוף עולה הבחנה בין פעולה ברכוש המשפחתי, כגון חסכוניות וחשבונות אישיים של אחד מבני הזוג, שבענייניו נדרשים שיתוף פעולה, יידוע ובמקרים מתאימים גם הסכמה הדדית, לבין פעולה ברכוש עסקי של אחד מהם, שבענייניו ניתנת לבעלים חירות לפעול לפי מיטב שיפוטו כל עוד פעולתו אינה מכוונת להברחת רכוש או לפגיעה באינטרסים הכלכליים של בן הזוג האחר.

לענייננו, העוסק בהעברת רכוש הכפוף לדיני הרכוש הזוגי לידי נאמן, נדרש להבחין אפוא בין העברה שנועדה לשרת את צורכי המשפחה (כאשר תכלית יצירת הנאמנות היא הקצאת זכויות ברכוש בין בני המשפחה, ניצול יתרון מס, הגנה על הרכוש המשפחתי מפני נושים וכיוצא בזה) לבין העברה שמטרתה גריעת רכוש מבן הזוג האחר. אשר להעברה מן הסוג השני נראה כי סעיף 7 לחוק יחסי ממון מפעיל שני מבחנים חלופיים, הנשענים על דרישת כוונה לסכל את זכות בן הזוג כתנאי להתעלמות, לצורך האיוון, מהוצאות בתמורה, ועל החריג המכשיר "מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות העניין". המבחן העיקרי הוא מבחן היקף הנכסים המועבר: לעומת העברה קטנה, שהיא חלק מן המרחב האוטונומי של בן הזוג המעביר, העברה גדולה של חלק מרכזי מן הרכוש הכפוף לאיוון משנה את בסיס האיוון חד-צדדית ובכך חותרת תחת אופיה השיתופי של מערכת היחסים הזוגית. הסעיף, הכופף את היקף המתנות שמהן בית המשפט אינו רשאי להתעלם לצורך האיוון למונח השסתום "נהוג בנסיבות העניין", נמנע מלקבוע נורמה ברורה בנוגע להיקף חירותו של בן זוג לפעול באופן עצמאי ברכושו טרם התרת הנישואין או פקיעתם. לאור האמור ניתן להציע כי כאשר מטרת ההעברה אינה משפחתית, והיא אינה ממוקדת בניהול הנכסים המשפחתיים אלא בהפנייתם למטרה אישית של אחד מבני הזוג, יוגבל כוחו של בן הזוג לבצע העברה כזו להעברות בהיקף מוגבל, שאם לא כן תיחשב העברה שכזו, בהיעדר תמורה, למתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין, או בהינתן תמורה (שאינה מעשירה את הקופה הזוגית, למשל משום שהתמורה היא שירות או נכס מתכלה), לפעולה בכוונה לסכל את זכותו של בן הזוג האחר לפי הסדר איוון המשאבים.¹⁴⁷ מבחן משנה הוא מבחן המועד: ככל שמועד ביצוע ההעברה קרוב למועד שבו המעביר צופה התרחשות איוון משאבים, בשל גירושין או מוות, כך נקל לראות בהעברה כזו המכוונת לסיכול זכות בן הזוג האחר, ומבחינה זו ראוי להטיל על הבעלים נטל מוגבר לבקש את הסכמת בן הזוג או אף להימנע מפעולה בניגוד לעמדתו – ולו המשווערת. זאת, אף אם

¹⁴⁶ שם, בפס' 11 (יט) לפסק דינו של השופט שוחט.

¹⁴⁷ לעמדה דומה, המציעה (כעניין של דין ראוי) כי פעולה בסכומים ניכרים תהא טעונה הסכמה של שני בני הזוג, ראו דגן, לעיל ה"ש 112, בעמ' 504. לפי הניתוח שאנו מציעים, אמנם הדין המצוי הישראלי אינו מגן על אינטרס השליטה של בן הזוג שאינו בעלים בנכסים מלבד הנכסים הביתיים הכפופים לשיתוף ספציפי, והבעלים אפוא יכול לפעול ברכוש אחר גם ללא הסכמת בן זוגו, אך הוא מגן על האינטרס הכספי של בן הזוג שאינו בעלים בדרך של הכפפת פעולות ללא תמורה וכאלה שאינן למטרות המשפחה לסעד לפי ס' 7. ברי כי הדין המצוי הוא רק נקודת מוצא להסדרים בין הצדדים, הרשאים להסדיר את ניהול רכושם באופן המעצים את הדרישה לשיתוף פעולה (למשל בדרך של ניהול הכספים בחשבון משותף) או מצמצם אותה (בדרך של קביעה כי כספים המנוהלים בחשבון מסוים ינוהלו בידי אחד מהם בלבד, או אף יוצאו מן האיוון), נוסף על האפשרות לערוך הסכם ממון.

אין לראות את הפעולה כהעברה ללא תמורה, ואף אם אין בהיקפה כדי להשפיע באופן יסודי על בסיס האיוון, כל עוד הפעולה חורגת מהוצאות שוטפות או רגילות ואינה מיועדת לצורכי המשפחה.¹⁴⁸ כל זאת בגדרי הסדר איוון המשאבים לפי חוק יחסי ממון. לצד הסדר זה, אשר לנכסים בעלי ערך אישי ונכסים מרכזיים אחרים מן הספרה הביתית – ובראשם בית המגורים – מציג המשפט הישראלי את הסדר השיתוף הספציפי. הסדר זה כופף נכסים אלה לניהול משותף ומאפשר לכל בן זוג לבטל פעולות שנעשו בחלקו, ובכך לזכות בהגנה לא רק על ערכו הכספי של חלק זה אלא גם על השליטה בו. הגנה זו תובעת מן הנעבר לבקש את הסכמת בן זוגו של המעביר כתנאי לתוקף העסקה כלפיו.

לסיכום, בתת-פרק זה הצגנו את ההסדר העקרוני במשפט הישראלי של יחסי הממון בין בני זוג באשר להעברות שביצע בן זוג ברכושו הכפוף לאיוון בטרם התרת הנישואין או פקיעתם, והראינו כי בניגוד למקובל בספרות, הבנה ראויה של הדין אינה רואה בו משטר מוחלט של הפרדה רכושית אלא מכירה באינטרסים של שני בני הזוג ברכוש בר-האיוון אף בטרם פקיעת הנישואין. עם זאת יש להודות כי הקריאה המוצעת כאן אינה מעוגנת בדין בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים. הסדר כללי זה, שטרם זכה לדיון מספק במשפט הישראלי, ידרוש ליבון מלא במקום אחר. בהמשך דיוננו כאן נעסוק רק באותם היבטים שבהסדר הנדרשים במיוחד להקשר הנאמנותי, כלומר למקרים שבהם הפעולה שעשה בן זוג ברכוש אינה בגדר צריכה או העברה רגילה אלא יצירת נאמנות, ללא הסכמת בן זוגו.

2. יצירת נאמנות ברכוש הכפוף לדיני הרכוש הזוגי: אתגרים משפטיים

יישומו של הסדר איוון המשאבים לגבי נכסים שבן זוג כפף לנאמנות שיצר מעורר כמה בעיות ייחודיות: ראשית, בניגוד לרכישת נכס (שאינה פוגעת במסת הנכסים הכפופה לאיוון משום שהנכס הנרכש הוא בעצמו בעל ערך) ולרכישת שירות או מוצר מתכלה (המוגבלים בדרך כלל בערכם), הכפפת רכוש לנאמנות עשויה להיות בהיקף גדול, העלול להקטין דרמטית את היקף המשאבים הכפופים לאיוון שבבעלות בן הזוג. בניגוד למתנה, שהיא ברגיל בלתי הפיכה, יכולתו של יוצר נאמנות להותיר לעצמו כוח לבטלה, וכן לתת לנאמן שיקול דעת בעניין זהות הנהנים, היקף ותזמון החלוקות, עשויה להוביל את היוצר לכפוף לנאמנות רכוש בהיקף גדול מכפי שהיה מוכן לתת במתנה בחייו. ועוד, נאמנות מאפשרת להקצות זכות הנאה בתמורה לפעילות עתידית מצד הנהנה, באופן העשוי להביא לסיווג ההקצאה כהעברה בתמורה, אך שלא יעשיר בהתאם את

¹⁴⁸ עמדה דומה משתקפת בהגדרה הרווחת של הוצאה למטרות אישיות בשלב הצופה פני פרדה כ"disipation", כלומר פזרנות בזבזנית שבכוחה להשפיע על אופן חלוקת הרכוש במסגרת חלוקה מן היושר. השוו למשל *Robinet v. Robinette*, 736 S.W.2d 351 (Ky. Ct. App. 1987), שם נקבע כי אמנם פזרנות בזבזנית יכולה להשפיע על אופן חלוקת הרכוש אם זו נעשית בשלב הצופה פני פרדה או כדי למנוע מבן הזוג את קבלת חלקו ברכוש המשותף, ואולם באותו המקרה לא הוכח כי האישה פעלה בזבזנות, ומשכך טענת הבעל נדחתה (שם, בעמ' 354). לתפיסה שלפיה גם להחלטות השקעה שיש בהן סיכון ניכר, המבוצעות במועד הצופה פני גירושין, עשויות להיות השלכות על אופן חלוקת הרכוש ראו *In re Mokreva & Thomas*, No. G037390, 2007 Cal. App. Unpub. LEXIS 8699 (Oct. 29, 2007).

קופת הרכוש המשפחתית. לכן, האפשרות להחריג רכוש זוגי מאיזון המשאבים באמצעות הכפפתו לנאמנות יוצרת פרצה (loophole) ממשית בדיני הרכוש הזוגי. אתגר מרכזי הוא אפוא סרטוט מדויק של היקף הרכוש שאותו רשאי בן זוג לכפוף לנאמנות, כשהרכוש המוכפף יוצא מגדר איזון המשאבים. גם קביעה כי הכפפה לנאמנות של רכוש בר-איזון בהיקף גדול אינה ממלטת את הרכוש שהוכפף מתחולת דיני הרכוש הזוגי מותרת קשיים: קושי בזיהוי מועד הוצאת הרכוש מרשותו של היוצר, זיהוי הנדרש, כפי שהסברנו בתת-הפרק הקודם, לשם הפעלת סעיף 7 לחוק יחסי ממון; קושי בהכרעה אם הנאמנות נוצרה בתמורה או שהיא מתנתית באופיה, הכרעה הנדרשת גם היא להפעלת אותו סעיף; קושי בזיהוי הרכוש הזוגי הכפוף לאיזון, בשונה מרכוש שבן זוג מחזיק בו כנאמן; קושי בבירור היות הנאמנות כנה או מלאכותית; וקושי הנוגע בהרכבת הדין המסדיר את תחרות הזכויות בין בני זוגם של חייבים או צדדים לעסקאות לבין המלווים או הצד הלא-משפחתי לעסקה, על המבנה הנאמנותי הייחודי. נדון בקשיים אלה כסדרם.

(א) זיהוי מועד הוצאת הרכוש מרשות היוצר ושאלת התמורה

כפי שראינו, אחד המבחנים המשמשים לתחיתת זכותו של בן זוג להעביר רכוש בר-איזון לאחר בטרם פקיעת הקשר קשור בממד הזמן, כלומר בקרבתה של ההעברה למועד איזון המשאבים או ליום הקרע בין בני הזוג. קרבה כזו עשויה להביא את בית המשפט לקבוע כי בן הזוג המעביר התכוון לסכל את זכותו של בן הזוג האחר לפי איזון המשאבים. קביעה כזו מאפשרת הרחבה של בסיס האיזון לפי סעיף 7 לחוק יחסי ממון, כדי שיכלול את הרכוש שהועבר, גם אם ניתנה תמורה עבור ההעברה. העברה בדרך של הכפפת נכסים לנאמנות מקשה על יישומו של מבחן זה, על-ידי טשטוש וערפול של מסגרת הזמנים הרלוונטית. ראשית, כפי שתיארנו למעלה, העברה בדרך של נאמנות היא רב-שלבית. נאמנות עשויה להיווצר במועד א, הנכסים יוכפפו לה במועד ב, הנאמן יפעיל את שיקול דעתו ויכריע בדבר זהות הנהנים, כמות הרכוש שיחולק לכל נהנה ותזמון החלוקה במועד ג, והחלוקה תבוצע בפועל במועד ד. יכול שטרם החלוקה בפועל יוכל היוצר, או הנהנה, לתת הוראות לנאמן, בין משום שניתן לו כוח לעשות כן בכתב הנאמנות ובין משום שהנאמן שומע בפועל להוראותיו, הניתנות שלא בהסתמך על כוח פורמלי לתיתן. איזה ממועדים אלה ייחשב, לצורך הפעלת מבחני סעיף 7, למועד ההעברה? בדומה לזה, סעיף 7 מבחין כאמור בין העברות בתמורה, שהתעלמות מהן לצורכי האיזון אפשרית רק בהתקיים כוונה לסיכול זכותו של בן הזוג האחר לפי איזון המשאבים, להעברות שאינן בתמורה, שהתעלמות מהן אפשרית גם בהיעדר כוונה כזו כל עוד הן חורגות מן הנהוג בנסיבות העניין. המבנה הנאמנותי מקל על יצירת מצב שבו כספים יחולקו לנהנה רק בעתיד, בתמורה לפעולה שניקוט אז, ושלא תזרים ערך כלכלי לידי היוצר או לתוך כיס העושר הזוגי. האם פעולה עתידית כזו היא בגדר תמורה לצורך הפעלת מבחני סעיף 7? בשאלות אלו נעסוק בתת-פרק ב.3 להלן.

(ב) זיהוי הרכוש הזוגי העומד לחלוקה

ברגיל, בן זוג שהוא בעלים של רכוש מחזיק ברכושו בעצמו. כאשר הרכוש מועבר לאחר, ההעברה ניכרת בדרך של החלפת המחזיק בנכס. כאשר מדובר בהתחייבות לעשות עסקה, נדרש תדיר לתת פומבי להתחייבות זו על מנת לתת לה תוקף כלפי צדדים שלישיים בעלי עניין. לא כך הוא

כשמדובר בפעולה משפטית של הכפפת נכס לנאמנות. פלוני המחזיק בנכס עשוי לטעון, לעת גירושיו, כי הנכס הוכפף לנאמנות לטובת אחר ולכן אינו כפוף לאיזון. יצירת הנאמנות אינה טעונה רישום פומבי, ולמעשה אף אינה טעונה העלאה על הכתב, אף באשר לנכסים שברגיל נדרשת פומביות באשר לבעלות בהם, כגון מקרקעין.¹⁴⁹ ממילא היכולת לטעון במועד איזון המשאבים כי נכסים המוחזקים בידי אחד מבני הזוג אינם ראויים להימנות על רכושו לצורך האיזון, משום שבן הזוג הרלוונטי מחזיק בהם בנאמנות לטובת אחר, עלולה לסכל את היכולת לערוך את איזון המשאבים כהלכה ולפגוע בבן זוגו של הטוען להיות נאמן.

מנגד, המקרה המיוחד של יצירת נאמנות לטובת היוצר כשבן זוג מעביר נכסים לחזקתו של אחר בנאמנות לטובת בן הזוג המעביר, מאפשר הסתרה של נכסים, כך שללא תלות בשאלה המשפטית בדבר זכות בן הזוג האחר בנכסים אלו ישיג היוצר את מטרתו באמצעות הסוואת הנכסים באופן אפקטיבי מעיניו של בן הזוג האחר. מוטיבציה כזו היתה כפי הנראה בבסיס פעילותם של גיבורי הפרשות בעניין **ארנון, פלוני וטייג**. היכולת לערפל באפקטיביות את המידע הגלוי על זהות הנהנים, על היקף שיקול הדעת הנתון לנאמן ועל תוכן ההנחיות שניתנו לו, כמו גם על ההקשרים המעשיים הצפויים להתוות את החלטותיו בעתיד, גם היא בבחינת כר פורה לטשטוש אופי החזקתו של הנאמן בנכסים ומפת זכויות ההנאה בהם. זאת, הן כאשר הבעלים מבקש להשתמש בנאמנות על מנת להסתיר את הרכוש ולהסוות את בעלותו בו, כדי שלאחר תום הליך הגירושין ישוב הרכוש לשליטתו, והן כאשר הבעלים מבקש לממש מטרות שבן זוגו אינו שותף להן, ולשם כך מבקש להעביר את הנכסים לנאמן לטובת נהנים או מטרות שקבע, אגב קיפוח זכויות בן הזוג האחר לפי דיני הרכוש הזוגי. המקרה הראשון נראה פסול במובהק ומעורר בעיקר קושי מעשי של גילוי הנכסים. המקרה השני מעורר את שאלות היסוד שבהן דנו בדבר זכותו של בן זוג לעשות כרצונו ברכושו בטרם פקיעת הקשר ולפגוע בציפיותיו הלגיטימיות או בהסתמכותו הסבירה של בן הזוג האחר על נכסים הנחזים להיות בבעלות בן זוגו, כאשר אלה הוכפפו למעשה לנאמנות לטובת אחר, בלי לתת לכך פומבי, שהיה מאפשר לבן הזוג שאינו בעליהם להתנגד.

(ג) חשד למלאכותיות

נאמנות עלולה להיות חשודה במלאכותיות. מנקודת מבטם של דיני הנאמנות, נאמנות מלאכותית היא מצב שבו יוצר הנאמנות משמר בידי אדם השליטה בגורל הנכסים הכפופים לנאמנות, כאשר הנאמן הוא למעשה עושה דברו, הפועל באופן שאינו מאפיין נאמנות אלא הולם יותר את דמותו של שלוח. שליטת יוצר הנאמנות בנאמן ובנכסים שהוכפפו לנאמנות עשויה לנבוע לא רק מתנאי

¹⁴⁹ יצירת נאמנות אינה דורשת העלאה על הכתב או רישום, גם כאשר הנכסים הכפופים לה כוללים נכסים שזכויות בהם טעונות רישום בפנקס המתנהל על פי חוק. סעיף 4 לחוק הנאמנות מורה כי אם "היה בנכסי הנאמנות נכס שפעולות בו טעונות רישום בפנקס המתנהל על-פי חוק, רשאי הנאמן להודיע על קיום הנאמנות לממונה על הפנקס, והממונה ירשום בו הערה מתאימה". ודוק, רשאי, ולא חייב. נפסק פעמים רבות כי גם נאמנות על מקרקעין אינה טעונה רישום הערה בדבר קיום הנאמנות במרשם הזכויות במקרקעין. ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 1123-08 **כהן נ' אבגי**, פס' 11 לפסק הדין (נבו 18.7.2013); ת"א (מחוזי חי') 25424-01-17 **עמרה נ' אביתר**, פס' 52 לפסק הדין (נבו 6.6.2017). כן ראו את הדין אצל חפרי-וינוגרדוב **נאמנות**, לעיל ה"ש 30, בפרק 2, ס' 11-12.

הנאמנות המפורשים, אלא גם מן היחסים שבין היוצר לבין הנאמן, ממכתב משאלות או ממה שהנאמן מבין כמצופה ממנו, ציפיות בהן הוא צפוי להשתדל לעמוד, על מנת להמשיך בתפקידו, על ההטבות הנלוות לו.¹⁵⁰ במקרים של נאמנות מלאכותית ראוי לבחון עד כמה ראוי להתעלם מן הנאמנות הלכאורית ומזכויותיהם הלכאוריות של הנהנים לפיה ולהעדיף עליהן את זכויותיהם של צדדים רלוונטיים אחרים. כך באשר לכל נושיו של יוצר הנאמנות, ובמיוחד באשר לזכויות בן זוגו של היוצר לפי דיני הרכוש הזוגי.

עם זאת חשוב להימנע מעמדה קיצונית המביטה בחשדנות על כל הכפפה של רכוש לנאמנות ומבטלת את תוקפה של כל פעולה כזו, או מתייחסת אליה כפעולה מלאכותית או פעולה למראית עין. נאמנויות עשויות כאמור להשיג, ולהיות מיועדות להשיג, מטרות לגיטימיות שונות.¹⁵¹ זאת ועוד, מבחינת תוצאת הדין, אף שאין מקום לתת יד לניסיונות להברחת רכוש מאיזון המשאבים או להתחמקות מחיובים אחרים, יש צורך בהסדר מאוזן המביא בחשבון את מכלול השיקולים הרלוונטיים. כך למשל יש לבחון את היחס בין זכותו של בן זוג לטעון, מכוח דיני הרכוש הזוגי, לחלק ברכוש שבן זוגו כפף לנאמנות, לבין זכותו לתבוע, במקרים מתאימים, הנאה מן הנאמנות. האתגר הוא אפוא הן בהבחנה בין נאמנויות לגיטימיות ללא לגיטימיות, והן בפיתוח מסגרת שתקבע באופן מאוזן את תוצאות יצירתה ומימונה של נאמנות חשודה לפי דיני הרכוש הזוגי. מסגרת כזו ביקשנו להתוות בתתי-הפרקים הבאים.

¹⁵⁰ לדין בנאמנויות למראית עין (sham trusts), ראו למשל JSC Mezhdunarodniy Promyshlenniy (sham trusts), ראו למשל Matthew Conaglen, *Sham ; Bank v Pugachev* [2017] EWHC 2426 (Ch), [145]–[154] (Eng.) Ying Khai Liew, ‘*Sham Trusts*’ and *Ascertainable* ; *Trusts*, 67 CAMBRIDGE L.J. 176 (2008) *Intentions to Create a Trust*, 12 J. EQUITY 237 (2018). בדין של מדינות חבר העמים הבריטי נהוג להבחין בין sham trusts, שיוצריהן, ואולי גם נאמניהן, מתכוונים ליצור מצב דברים שונה מזה המופיע במסמכי הנאמנות, לבין המצב המכונה לעתים illusory trusts, שבו הצדדים לנאמנות מתכוונים ליצור בדיוק את מצב הדברים העולה ממסמכי הנאמנות, אך מצב זה אינו מגיע כדי נאמנות אמת, למשל משום שככתוב במסמכים, הנאמן חייב לציית להוראות היוצר ואינו נהנה מכוח עצמאי לעשות בנכסים שהוקנו לו. להבחנה זו ראו למשל Clayton v (N.Z.) [2016] NZSC 29, [108]–[130] (N.Z.), שבו בית המשפט התנגד לעצם ההגדרה “illusory trust”, “For our part we do not see any value in using the illusory label: if there is no valid trust, that is all that needs to be said” (פס’ 123 לפסק הדין). כן ראו את הדין אצל Mark Bennett, *The Illusory Trust Doctrine: Formal or Substantive?*, 51 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 193 (2020). הבחנה זו אינה חופפת את ההבחנה בדיני החוזים הישראליים בין חוזה למראית עין לבין עסקה מלאכותית. להבחנה אחרונה זו ראו הדין אצל ניר בר-און ואיל זמיר “א-חוקיות, מראית עין או משכון מוסווה? (בעקבות ע”א 6634/15 טופ במרחבי השרון ייזום בע”מ נ’ קפלן)” **משפטים** נא 349 (2021). הבחנה כזו הקיימת בדיני החוזים הישראליים אינה מקובלת בדיני הנאמנות, ואימוצה לתוכם מעורר מורכבות רבה, שחידודה אינו דרוש לדין הנוכחי.

¹⁵¹ לדין במטרות שנאמנויות נוצרות על מנת להשיג, ראו לעיל בטקסט הסמוך לה”ש 21–15, וכן בתתי-פרקים 4.ב, 5.ב. להלן.

(ד) בעיית הסעד והתחרות על הרכוש שהוכפף לנאמנות בין בן הזוג האחר לנהנים

קושי נוסף נוגע לטיב הסעד הנפסק לתיקון העברות פסולות של רכוש בר-איוון בידי בעליו. קושי זה מוחרף על ידי האופן בו קובע דין הנאמנות הישראלי את מבנה הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות. הסעד הנקוב בסעיף 7 מורה אך כי בית המשפט רשאי, לצורכי איוון המשאבים, לראות נכס שהועבר כאילו לא הועבר. כאמור לעיל, סעד זה אין בכוחו להועיל לבן הזוג האחר כשלבן הזוג היוצר לא נותרו, לאחר מימון הנאמנות, די נכסים על מנת שבן הזוג האחר יוכל לקבל מתוכם ערך השווה לערך שהיה על בן הזוג היוצר להעביר לו במסגרת איוון המשאבים, לולא התבצעה ההעברה הפסולה. במקרה שבן הזוג האחר מעוניין בצו שיפוטי המבטל את הכפפת הנכסים לנאמנות או מכריז על בטלותה, נוצרת תחרות זכויות בין בן זוג זה לבין הנאמן והנהנים.¹⁵² משום שהמשפט הישראלי מותיר את הקצאת הזכויות שבדין הכפופות לנאמנות בין הצדדים לה – יוצר, נאמן ונהנה – לבחירת היוצר,¹⁵³ נראה במבט ראשון כי זהות הצד הנאמנותי לתחרות עם בן הזוג שלא יצר נאמנות משתנה לפי הקצאה זו. נראה לכאורה שבמקום שהרכוש שהוכפף לנאמנות הועבר לנאמן, יהיה זה צד לתחרות, ואילו במקום שהזכויות ברכוש זה הועברו ישירות לנהנה, והנאמן מקבל כוח לעשות ברכוש, יהיה הנהנה צד לתחרות. ניתן לחשוב גם שבמקרה שהיוצר הותיר את הרכוש שכפף לנאמנות בבעלותו שלו, לא תיווצר תחרות בין בן זוגו של היוצר לבין צד שלישי כלשהו. אך למעשה, הצד הנאמנותי לתחרות עם בן הזוג שלא יצר נאמנות הוא תמיד הנהנה, שכן תהא אשר תהא הקצאת הזכויות שבדין ברכוש שהוכפף לנאמנות, הנהנה או הנהנים הם תמיד בעלי הזכויות שביושר, ואילו הזכויות שבדין ברכוש זה הן, כל עוד הנאמנות נמשכת, בעלות אופי מכשירני בלבד. לאחר שיכריע בתחרות, עשוי בית המשפט לצוות על הבעלים שבדין של הרכוש הכפוף לנאמנות להעביר את הרכוש לזוכה בתחרות; אך הבעלים שבדין לא יהיה, אם אינו הנהנה, צד לתחרות בעצמו.

אלא שזיהוי הנהנה כצד הנאמנותי לתחרות הזכויות מול בן זוגו של יוצר הנאמנות מעורר קשיים בהפעלת הכללים הרגילים של דיני התחרות. הסדרי תחרות רוחים תולים את תוצאת התחרות בתום ליבו של המתחרה או במתן תמורה מצידו. אך אף שהנהנה צפוי לקבל לידיו, במהלך חיי הנאמנות או בסופם, את הרכוש שהוכפף לה, לא ברור, במבט ראשון, אם הנהנה הוא שתום ליבו ומתן תמורה על ידו רלוונטיים לפתרון תחרות הזכויות עם בן זוגו של היוצר. במקרים רבים לנהנים לפי נאמנות אין חלק ביצירתה. בחלק ממקרים אלה זהות הנהנים עדיין לא נקבעה בעת שנוצרה הנאמנות, אלא אמורה להיקבע במהלך חיי הנאמנות או עם סיומה, בידי הנאמן או בידי אחר שקיבל כוח להקצות את הרכוש שהוכפף לנאמנות. במקרים כאלה לא יהיה לנהנה יסוד נפשי כלשהו באשר ליצירת הנאמנות. נשאלת השאלה כיצד יש ליצוק תוכן לתוך עקרון תום הלב בהקשר זה. האם יש להתחשב, חלף היסוד הנפשי של הנהנה, בזה של הנאמן או של היוצר? והאם

¹⁵² לדיון בתחרות בין נושה או נעבר של בן זוג לבין בן-הזוג האחר, ראו עניין שלם, לעיל ה"ש 135; עניין בן גיאת, לעיל ה"ש 131.

¹⁵³ ראו דיון בסוגיה זו אצל חפרי-וינוגרדוב "דין הנאמנות בישראל", לעיל ה"ש 11, בעמ' 444–466.

תמורה לא ממונית שנותן נהנה, כגון השגתם של יעדי חיים, תיחשב לתמורה לצורך התחרות עם בן זוגו של היוצר? נדון בשאלות אלה בתת-פרק ב.6(ג) להלן.

3. יצירת נאמנות בנכסים הכפופים לדיני הרכוש הזוגי לטובת נהנה זר: מתווה לזיהוי מועד הוצאת הרכוש מרשות היוצר ולפתרון שאלת התמורה

השפעת מידת קרבתו של מועד הוצאת נכס הכפוף לאיזון מרשות בן הזוג המחזיק בו למועד סיום הקשר על תוצאת הפעלת סעיף 7 לחוק יחסי ממון מעוררת את השאלה מתי, על ציר הזמן של חיי הנאמנות, יש לראות את הנכס ככפוף לה. הדעת נותנת כי המועד הקובע, שאודותיו יש לשאול אם בן הזוג היוצר צפה בו פני גירושין אם לאו, אינו מועד יצירת הנאמנות אלא מועד מימון הנאמנות, כלומר המועד שבו רכוש מסוים הוכפף לניהול בידי נאמן. פעמים רבות פעולות היצירה והמימון באות כאחד. עם זאת כאשר יש פער זמנים בין יצירת הנאמנות לבין פעולות מימון מאוחרות לה, כגון כאשר בן זוג מעביר רכוש לנאמנות קיימת ואינו יוצר נאמנות חדשה, יש לבחון כל אחת מפעולות המימון בפני עצמה. ככל שפעולת מימון נתונה קרובה יותר למועד סיום הקשר הזוגי, כך היא הופכת ל"חשודה" יותר וראוי לבחנה במסרק צפוף יותר מצד מטרת הסיכול הטמונה בה, כל אימת שאין מדובר בפעולות מימון שוטפות וסדירות העשויות להיחשב, לפי הנהוג של בני הזוג, לחלק מן הצריכה השוטפת של כל אחד מהם. למעשה, אין כל חשיבות עצמאית למועד יצירת הנאמנות אלא רק למועד המימון. כל עוד הכספים שהוכפפו לנאמנות כפופים גם לדיני הרכוש הזוגי, אין הבדל בין הכפפתו של נכס במהלך הנישואין לנאמנות שנוצרה לפני הנישואין לבין מקרה שבו יצירת הנאמנות ומימונה באו שניהם במהלך הנישואין. בדומה, אין חשיבות מיוחדת למועד חלוקת ההנאה לנהנים, אם כי חלוקה תכופה וזריזה של הנאה לפי הנאמנות לנהנה שאינו צד לקשר הזוגי עשויה – כעניין נסיבתי – לעורר חשד בדבר קיום כוונה בלב היוצר לסכל את זכותו של בן הזוג האחר בדרך של סיכול יכולתו להניח את היד על הרכוש המדובר.

ההבחנה העיקרית הנובעת מן ההסדר הקבוע בסעיף 7 לחוק יחסי ממון היא בין פעולה בתמורה לבין מתנה או פעולה בכוונה להבריא רכוש מבן הזוג. ברי כי אין להשתמש בנאמנות לשם הברחת נכסים, כלומר לשם הוצאת רכוש מחוץ להישג ידם של דיני הרכוש הזוגי, על מנת להשיבו אל הבעלים בחלוף הליך חלוקת הרכוש בין בני הזוג. מנגד, כאשר מדובר בעסקה בתמורה שוות ערך שאינה פוגעת בערך הכלכלי של מסת הנכסים הזוגית, ברור שאין היא מסכלת את זכותו של בן הזוג האחר לאיזון משאבים. למשל, אם כמקובל בעסקאות מכר מקרקעין רבות¹⁵⁴ בן זוג יוצר נאמנות על התמורה ששילם, מתוך הרכוש הזוגי, עבור נכס שאותו רכש מן הנהנה, נכס ההופך עם רכישתו לבר-איזון, הנכס הנרכש בא במקומם של הכספים שהועברו לנאמנות. אם הכסף או הנכס שהוכפף לנאמנות אינו כזה שלבן הזוג האחר יש זכות לשלוט בו, כמו דירת מגורים או נכסים ביתיים מובהקים אחרים, דומה כי אין פסול ביצירתה ובמימונה של נאמנות שבמסגרתה מוזרמת לכיס העושה הזוגי תמורה מלאה. זכויות בן הזוג האחר מועברות לנכס שהתקבל בתמורה,

¹⁵⁴ לדיון בנאמנויות מסוג זה, ראו את המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 16.

או לזכות לקבלו, ונכס זה הופך להיות חלק מן המסה הכפופה לאיזון המשאבים בין הצדדים. עם זאת העברת רכוש לנאמן עלולה לעורר שתי בעיות אמיתיות, הקשורות לשאלת התמורה, שאמנם עולות גם מחוץ להקשר הנאמנותי, אך מוחרפות בו במידה רבה: האחת היא מעמדה של תמורה עתידית, הצפויה להתקבל לאחר תום הקשר הזוגי, ולעתים אף לאחר תום חיי היוצר; השנייה היא מעמדה של תמורה אישית ולא ממונית, כלומר כזו שאינה מעשירה את הקופה הזוגית בכסף או בשווה כסף. נפרט.

יצירת נאמנות היא מכשיר יעיל לצורכי קבלת תמורה עתידית. לעתים נאמנות משמשת מנגנון בטוחתי. למשל, מזמין עבודה או רוכש נכס עשוי להפקיד את התשלום עבור העבודה או הנכס בידי נאמן לטובתו של מבצע העבודה או המוכר, והתשלום יועבר לאחרון רק עם השלמת העבודה או השלמת העברת הבעלות בנכס. אם התמורה שמקבל היוצר נמשכת לאורך זמן, כגון במקרה שבו התמורה היא תחזוקה מתמשכת של נכס או שירות מתמשך אחר, ניתן להשתמש בנאמנות כמנגנון שמתוכו יבוצעו תשלומים עתידיים עבור מנות שירות עתידיות, בלי שהיוצר או נתן השירות יצטרכו לדאוג לביצוע תשלומים עתידיים ולזמינות המשאבים לשם ביצועם. מנגנון כזה יכול להיות רגיש לשינויי נסיבות עתידיים. הוא גם מאפשר ליצר להבטיח את ביצועם של תשלומים עתידיים גם בתקופות זמן שבהן הוא עצמו לא יוכל לטפל בביצועם, ואף לאחר מותו. לצורך ענייננו, מוקד הדיון הוא בעובדה שכולה או חלקה של התמורה עבור ההנאה לפי נאמנות שיצר בן זוג עשויה להתקבל אחרי תום הקשר הזוגי, וממילא – בניגוד למקרה פשוט של עסקה בתמורה – מדובר בעסקה שבן הזוג האחר לא ייהנה מתמורתה. אף שהיכולת לעשות עסקאות שיש בהן תמורה עתידית אינה מוגבלת להקשר הנאמנותי, הקשר זה מחריף את הבעיה, משום שהוא מקל על יצירת עסקאות כאלה: המנגנון הנאמנותי מאפשר לבן הזוג היוצר נאמנות ליצור בקלות מתווה עסקה הכולל קבלת תמורה במועדים עתידיים רחוקים, כמו גם מנגנון בטוחתי – הנאמנות עצמה – המבטיח כי חלוקת מתוך הנאמנות לא יבוצעו אלא בתמורה המתוכננת ומאפשר פיקוח על מילוי התחייבויות הנהנה גם בעתיד הרחוק וגם בלא מעורבותו של היוצר. הקלות והנוחות שמאפשר מנגנון הנאמנות ביצירתן של עסקאות בתמורה עתידית מדרבנות בני זוג לכרות עסקאות כאלה ולכפוף להן סכומי כסף גדולים מאלה שהיו כופפים להן לולא מנגנון זה, המהווים חלק גדול יותר מהרכוש הזוגי של היוצר ובן זוגו. ממילא, זמינותו של המכשיר הנאמנותי מחריפה את הבעייתיות, מבחינת דיני הרכוש הזוגי, שבכריתת עסקאות בידי אחד מבני הזוג בתמורה עתידית.

בעיה נוספת כרוכה ביצירת נאמנות בתמורה לא ממונית. טלו מקרה שבו בן זוג מבקש ליצור נאמנות שתמומן מתוך רכושו הכפוף לדיני הרכוש הזוגי לשם מימון פעילות הקרובה לליבו, כגון הלחנת מוסיקה או לימוד תורה. הוא מורה לנאמן להקצות הנאה לפי הנאמנות לכל מי שיתמיד בעיסוק מן הסוג האמור או יגיע להישגים מסוימים בתחום הרלוונטי. מנקודת מבטם של הנהנים הפוטנציאליים ניתן לראות הקצאה כזו כתמורתית, אולם מנקודת מבטו של בן הזוג האחר, הקמת הנאמנות גורעת ממסת הנכסים הזוגית, ואילו התמורה אינה מעשירה את הקופה הזוגית בכסף או בשווה כסף, למצער באותם מקרים שבהם בן הזוג אינו שותף לטעמיו של היוצר, שלקידומם יצר זה את הנאמנות. כקודמתה, שאלה זו מתעוררת גם במקרים שלא נוצרה בהם נאמנות, ולמשל

במקרה של עסקה רגילה של רכישת שירותים שצורך בן הזוג שהתקשר בעסקה ואינם נצברים בכיס העושר הזוגי. עם זאת ההקשר הנאמנותי מחריף את הבעיה באמצעות יצירת מנגנון להעברת סכומי כסף נכבדים למטרות שאינן מעשירות את כיס העושר הזוגי, כשהנאמן מופקד על וידוא עיסוקם של הנהנים בפעילות שאותה חפץ היוצר לעודד. כמו בהקשר העסקאות בתמורה עתידית, גם בהקשר הקצאות הרכוש בתמורה לא ממונית הפיקוח שמאפשר מנגנון הנאמנות על פעולות הנהנים, שהן התמורה לכספים המחולקים להם, מעודד יוצרים להקצות לשם עידוד פעילות כאמור סכומי כסף גדולים מאלה שהיו מקצים למטרה זו לולא השתמשו במנגנון הנאמנות, המהווים חלק גדול יותר מהרכוש הזוגי של היוצר ובן זוגו. לכן זמינות המנגנון הנאמנותי מחריפה את הבעיה שיוצרות עסקאות בתמורה לא ממונית עבור דיני הרכוש הזוגי. זאת ועוד, בהקשר הנאמנותי בעיית התמורה העתידית ובעיית התמורה הלא ממונית מצטברות לא פעם יחדיו, כפי שניתן ללמוד מחיי המעשה. התמודדות עם בעיות אלו נחוצה על מנת לטפל באתגרים המיוחדים הקשורים לנאמנות. התמודדות זו, בתורה, תוכל לתרום גם להקשרים אחרים שבהם נדרשים דיני הרכוש הזוגי להתמודד עם שאלת היחס לתמורה עתידית או לתמורה לא ממונית, נושאים שטרם זכו לדיון מספק בספרות המשפטית בישראל.

השאלה הראשונה שעומת עלינו להתמודד בהקשר זה היא אם לצורכי סעיף 7 לחוק יחסי ממון ייחשבו הקצאות הנאה בתמורה עתידית ובתמורה לא ממונית למתנות שמהן רשאי בית המשפט להתעלם לצורכי האיזון, או שמא יש לראות בהן הוצאות בתמורה שיש לבחון אותן לפי מבחן הכוונה לסיכול, הקשור למועד ההוצאה. כדי להשיב לשאלה זו יש לרדת לעומקו של ההסדר המבחני, לצורכי ההתעלמות מההעברה, בין מתנות לבין הוצאות אחרות. שלושה נימוקים עולים על הדעת כתכליות אפשריות של הבחנה זו. לגישה אחת, ההבחנה היא בעלת ערך ראייתי, כלומר קשורה בהנחה שנכסים מועברים במתנה החורגת מן המקובל רק בנסיבות שבהן מדובר למעשה בניסיון להבריח נכסים מתוך ציפייה שהנכס יושב בעתיד למעביר. לגישה השנייה, ראוי כי הנותן יעמוד בכל חובותיו, ובין היתר בחובותיו לפי דיני הרכוש הזוגי, בטרם יחלק את רכושו לאחרים ללא תמורה, ולכן ביריבות שבין מקבל או נהנה שזכה במתת שמיים (windfall) לבין בן זוג או נושה של הנותן או של היוצר, ידו של השני על העליונה. עמדה זו מאפיינת למשל את ההסדרים העוסקים בביטול מתנות שנתנו חדלי פירעון. לפי גישה שלישית, ההבחנה ממוקדת בשאלת הפגיעה במסת הנכסים של הנותן, הכפופה לדיני הרכוש הזוגי. מתנה מיוחדת בכך שהיא גורעת מערך נכסיו של הנותן, הכפופה לדיני הרכוש כאמור, ואילו עסקה בתמורה הולמת אינה גורעת מערכם.

על פני הדברים, בשני המקרים שלפנינו – מקרה התמורה העתידית ומקרה התמורה הלא ממונית – יש הסבר ליצירת הנאמנות שאינו בגדר הברחה, כלומר מדובר בהעברת אמת. יתר על כן, בשני המקרים המקבל, כלומר הנהנה לפי הנאמנות, משקיע מאמצים בתמורה להנאה והוא אינו בגדר זוכה במתת שמיים. שתי הגישות הראשונות שצינו מוליכות אפוא לסיווג הקצאות הנאה בתמורה עתידית ובתמורה לא ממונית כהוצאות בתמורה לצורכי סעיף 7, וממילא ככפופות למבחן הכוונה לסיכול. לפי הגישה השלישית, לעומת זאת, הקצאת הנאה לפי נאמנות בתמורה שתתקבל לאחר תום הקשר הזוגי ולא תוכפף לאיזון המשאבים וכן יצירת נאמנות בתמורה לא

ממונית גורעות ממסת הנכסים העומדת לחלוקה בין בני הזוג, ובכך פוגעות בזכות בן הזוג האחר מכוח איזון המשאבים. לגישה זו ראוי לסווג הקצאות הנאה מנאמנות בתמורה עתידית ובתמורה לא ממונית כמתנות לצורכי סעיף 7.

כיצד יש להכריע בין הגישות? אנו סבורים כי ביישום סעיף 7 לחוק במקרים של הקצאות הנאה בתמורה עתידית ובתמורה לא ממונית יש לנקוט את הגישה השלישית והמחמירה יחסית. אשר להקצאות בתמורה עתידית, במקרים רגילים אפשר יהיה לשום במועד האיוון את התמורה העתידית שייתן נהנה לפי נאמנות, ממש כשם שניתן לשום זכויות חוזיות שמועד פירעונן עתידי, ולמנות את ערכה של תמורה זו בכלל נכסיו של היוצר לצורך האיוון. אם התמורה העתידית אינה ניתנת לשומה, והיא אינה עתידה לשרת את המטרות המשפחתיות או להשיב ערך לכיס העושר הזוגי, אנו סבורים שלצורך יישום ההסדר שבסעיף 7 יש לראות בהקצאת הנאה בתמורה כזו מתנה, משום שמבחינת כיס העושר הזוגי, הכפוף לאיוון, תמורה כזו לאו תמורה היא. המונח "תמורה" מתרכז, לפי גישה זו, לא בשאלת הנטל המוטל על המקבל אלא בשאלת הרווח הנובע לנותן. נמק את גישתנו, ראשית מן ההיבט הלשוני ושנית מן ההיבט העקרוני.

מן ההיבט הלשוני, אף ש"מתנה" מוגדרת בסעיף 1 לחוק המתנה כהקניית נכס שלא בתמורה,¹⁵⁵ ניתן לתת למושג "מתנה" משמעות רחבה יותר לצורך פירוש סעיף 7 לחוק יחסי ממון. גישתנו מכילה בגדר המתנות גם הקצאות הנאה בתמורה שאינה עתידה לשרת את מטרות התא המשפחתי של היוצר ובן זוגו ואינה עתידה לזרום לכיס העושר הזוגי שלהם.¹⁵⁶ מסיבות שנפרט מיד, מתן מובן זה למושג "מתנה" כהופעתו בסעיף 7 לחוק יחסי ממון מגשים את תכליתו של חוק זה, ולכן הוא ראוי למרות השוני בינו לבין משמעות אותו מושג כהופעתו בחוק המתנה, שתכליותיו שונות מאלה של חוק יחסי ממון. כפי שכתב אהרן ברק בספרו **פרשנות החקיקה**, "תפישת ההרמוניה החקיקתית מצדיקה את ההנחה, כי לביטוי זהה תהא משמעות זהה באותו דבר חקיקה. להנחה זו אין מקום בשעה שהביטוי מופיע בדברי חקיקה שונים. לכל דבר חקיקה תכלית משלו, והשוני בתכלית עשוי לגרור שוני במשמעות".¹⁵⁷

מן ההיבט העקרוני, תפיסתנו את הקצאות הנאה בתמורה עתידית ובתמורה לא ממונית כמתנות לצורך הפעלת סעיף 7 לחוק נובעת מתיאורנו את משטר הרכוש הזוגי הישראלי כמשטר ביניים, שאמנם אינו שותפות קניינית מלאה אך גם אינו משטר של הפרדה רכושית. כפי שהסברנו, משטר זה רואה בבני הזוג כפועלים באופן עצמאי ברכושם, אך חבים האחד למשנהו חובות אמון ותום לב בקשר לניהול הנכסים שאותם צברו במאמץ משותף. עמדה זו מבוססת על תפיסה הרואה בשניהם בעלי זכות שווה בקשר לנכסים אלו, וממילא מורה כי חוסר איזון בחלוקת המשאבים

¹⁵⁵ ס' 1 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968.

¹⁵⁶ חוק המתנה רואה מתנות גם במתנות על תנאי ובמתנות שבצידן חיוב. להבחנה בין מתנה על תנאי לבין מתנה המטילה נטל על המקבל, ולדיון מקיף, ראו מרדכי א' ראבילוב **חוק המתנה, תשכ"ח-1968** § 4.11-4.13 (מהדורה שנייה, 1997); וכן איל זמיר **חוק המכר, התשכ"ח-1968** § 75 (1987).

¹⁵⁷ אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני: פרשנות החקיקה 601 (1993). כן ראו שם, בעמ' 601-602, ציטוטים מן הפסיקה שמהם עולה הכרתם של שופטים רבים בכך שכאשר אותו ביטוי מופיע בדברי חקיקה שונים, משמעותו עשויה להיות שונה בכל חוק וחוק, משום שהיא מודרכת על ידי תכליתו של כל אחד מן החוקים.

ביניהם לעת פקיעת הקשר אינו ראוי. לתפיסה זו, בן הזוג האחר אינו נושה של בן הזוג היוצר, בעל זכות לסכום מוגדר, ובוודאי אינו זר בעל התחייבות המתעוררת רק לעת פרדה. לבן הזוג האחר יש תביעה מבוססת צדק כלפי מחצית מכל הרכוש שנבע מן המאמצים המשותפים של בני הזוג. לכן כל גריעה מרכוש זה הפוגעת בערך מסת הרכוש העומד לחלוקה עם פקיעת הקשר, לבד ממתנות ותרומות שניתנו לפי הנהוג בנסיבות העניין, פוגעת בזכויותיו של בן הזוג האחר ומזכה אותו בסעד לפי סעיף 7 (אמנם בכפוף לשיקול דעתו של בית המשפט או בית הדין, הרשאי, ואינו חייב, לפסוק סעד זה). בהמשך לכך, הגישה השלישית, הרואה בהקצאות הנאה בתמורה עתידית ובתמורה לא ממונית מתנות לצורך סעיף 7, עדיפה על שתי הגישות האחרות גם מבחינת התאמה לסעד שניתן לפסוק לפי סעיף 7 וגם מבחינת ההתאמה בין התוצאה הנובעת ממנה לבין תכליתו של ההסדר והגיונו של הדין. נסביר: אשר לגישה הראשונה שהצענו לעיל, נראה בעינינו לא סביר לראות בכל מתנה החורגת מן הנהוג בנסיבות, תהא אשר תהא נקודת הזמן במהלך הקשר הזוגי שבה היא ניתנת, ניסיון להברחת רכוש. עוד נראה לנו כי במקרים של הברחה לא סביר שהסעד המשפטי יוגבל, כמו הסעד לפי סעיף 7, למישור היחסים בין בני הזוג בלא יריבות בין בן הזוג האחר למקבל. אי-הלימה את הסעד שלפי סעיף 7 היא גם הטעם לדחיית הגישה השנייה שהצענו, המתרכזת בתחרות שבין מקבל המתנה לבין בן הזוג האחר: מקבל המתנה אינו צד כלל לסעד המוצע בסעיף 7, וממילא הסעיף אינו מתאים לבחינה השוואתית של זכותו של בן הזוג אל מול זכותו של מקבל המתנה, או של עומק הפגיעה בכל אחד מהם אם יפסיד בתחרות. מבחינת ההתאמה לתכלית ההסדר ולהגיונו, בחירה באחת משתי גישות אלה תוביל למצב שבו בעלים של רכוש הכפוף לאיזון יהיה בן-חורין לכלות את כל הרכוש לשם הגשמת מטרותיו האישיות ולהותיר את בן הזוג האחר בפני שוקת שבורה לעת פרדה כל עוד הדבר נעשה בלא כוונה לסכל את זכויות בן הזוג האחר לפי האיזון. תוצאה זו אינה מתיישבת עם התפיסה הרואה בשני בני הזוג בעלי זכות שבדין לחלוק את הרכוש שצברו יחדיו ואינה מתיישבת עם עקרונות הדין הישראלי הפוזיטיבי בדבר חובות תום לב ואמון בין בני זוג.

הגישה המחמירה, שאותה יש, לעמדתנו, לנקוט, מותירה לכל בן זוג את הזכות לתת מתנות מקובלות בנסיבות העניין, כמתנות פשוטות או על דרך הנאמנות המתנתית. אשר למתנות החורגות מכך בהיקפן או בנסיבותיהן, גם אז כל בן זוג רשאי לפעול מתוך חירות ברכושו ואינו זקוק לאישור מבן זוגו על מנת לפעול ברכוש, אך לצורכי איזון המשאבים ייחשב הרכוש שהעביר או כסף לנאמנות כאילו הוא עדיין ברשותו, והמתנה תהיה אפוא על חשבון חלקו שלו במסת הנכסים המתחלקת ולא על חשבון בן זוגו.¹⁵⁸ כל זאת כמובן כל עוד בני הזוג לא הסכימו שניהם להסדר אחר, אם באופן גורף ואם בדבר רכיב כזה או אחר של הרכוש המשפחתי. אם כן, זוהי ברירת מחדל המעודדת את הצדדים לנהוג בשותפות ובשוויון או לחרוג מכך בהסכמה הדדית. עמדה זו גם אינה מגבילה יתר על המידה את חירותם של הצדדים. לא רק שביכולתם לעשות ברכושם כרצונם על חשבונם שלהם (כלומר בלי שההוצאה תשפיע על חלקו של בן הזוג האחר באיזון),

¹⁵⁸ השוו לעמדה הפשוטה והפסקנית שהוצעה ב-UMPA, לעיל ה"ש 36, בס' 4(e): "Marital property transferred to a trust remains marital property".

אלא שלפי ההסדר שבחוק התעלמות מן ההוצאה או מן המתנה לצורך איזון המשאבים לפי סעיף 7 היא בגדר רשות ולא חובה. בשימוש מושכל בסמכות שברשות זו ובעזרת השסתום המפנה למתנות "מקובלות בנסיבות העניין", ניתן לאזן בין החירות המוקנית לכל אחד מבני הזוג לפעול ברכושו אוטונומית לבין חובותיו לא לקפח את בן הזוג השני ולפגוע חד-צדדית בהיקף הרכוש שיעמוד לצדדים לעת פקיעת הקשר ושנצבר במאמצים משותפים.

חשוב להבחין במסקנה הנובעת מן הדברים: המבחן לצורך סיווג הענקה כמתנתית או תמורתית אינו זהה כאשר הוא נבחן מן הצד המקבל מחד, מקרה שבו עסקנו בפרק א, ומן הצד הנותן, הנדון כאן, מאידך. מנקודת מבטו של הנותן, שאלת המפתח – לפי עמדתנו – היא אם התקבלה תמורה השומרת, ולו בקירוב, על ערכה של מסת הנכסים הזוגית. לעומת זאת, מנקודת מבטו של המקבל השאלה המרכזית היא אם הזכייה בהענקה תלויה בהשקעת מאמץ מצידו, כלומר האם תשומות זוגיות נדרשו לצורך קבלת ההענקה. תשומות אלו עשויות להיות השקעה של זמן או של מאמצים אחרים, כמו גם ויתורים אישיים או משפחתיים על הזדמנויות בשוק התעסוקה או שינויים באורח החיים המשפחתי, למשל בדרך של העתקת מקום המגורים. מתנה שהתקבלה בעקבות מאמצים מעין אלה ראויה בדרך כלל, מנקודת מבטו של המקבל, להיחשב לנכס שהושג במאמץ משותף, וממילא ראוי להיכלל באיזון המשאבים (בין שהתקבל בדרך של נאמנות ובין שלא). נמצאנו למדים, איפוא, כי משמעותו של המונח "מתנה" משתנה לפי ההקשר בו נדרשים לו, על דרך הפרשנות התכליתית.

העולה מן המקובץ הוא כי יצירת נאמנות שלפי תנאיה נהנים נדרשים להעשיר את היוצר, כלומר להעניק לו מוצר או שירות בעלי ערך כלכלי, שייכנסו למסת הרכוש הכפופה לאיזון המשאבים, אינה שונה מכל מקרה אחר של רכישת נכס או חיוב. במקרה כזה תיבחן העסקה, לצורך סעיף 7 לחוק, כעסקה בתמורה. יש לבחון אם מימון הנאמנות משקף כוונה לסכל את זכות בן הזוג לאיזון משאבים. בחינה זו תיערך לפי מידת הקרבה של מועד מימון הנאמנות לפרדה הצפויה בין בני-הזוג, ולפי היקף הצריכה הפרטית שהמימון האמור משקף לעומת נוהגי הצריכה הפרטית של בני הזוג במשך נישואיהם. במקרה שבו ההתנהגות הנדרשת מן הנהנה כתנאי להנאה לא תעשיר את היוצר, או שתעשיר אותו לאחר סיום הטיפול בחלוקת נכסי בני הזוג ביניהם ולא תוכפף לדיני הרכוש הזוגי, יש לראות ביצירת הנאמנות מתנה לצורך סעיף 7 לחוק. ככזו, יכיר בה הדין כמפחיתה את הערך שהוכפף לה מן הרכוש הזוגי רק אם הלמה את הנהוג בין בני הזוג בנסיבות העניין. במסגרת זו נדרש לבחון הן את היקפה של ההעברה ביחס להיקף הנכסים של בני הזוג ולהיקף הצריכה הפרטית השוטפת שנהגה ביניהם,¹⁵⁹ והן את מטרות הנאמנות. כאשר המטרות הן משותפות באופיין, יקל לתופסן כהולמות את הנהוג בין בני הזוג בנסיבות העניין.

¹⁵⁹ בהקשר זה ניתן לקבוע חזקות וכללים ראייתיים שיקבעו, כברירת מחדל, את ההיקף המותר. למשל, לפי גישת ה-UMPA האמריקאי, שם, מוגבלת זכותו של בן זוג לתת מתנות מתוך הרכוש המשפחתי ללא הסכמת בן זוגו לסכום שנתי של 500 דולר (לפי ההצעה), או סכום גבוה יותר אם סכום כזה הוא סביר ביחס למצבם הכלכלי של בני הזוג במועד מתן המתנה (שם, בס' 6(a)). קביעת אמות מידה – אם בסכום נומינלי ואם כאחוז מן הרכוש או מן ההכנסה השוטפת של בני הזוג – תאפשר לא רק ודאות אלא גם משא ומתן בין הצדדים, שיוכלו, בהסכמה ביניהם, להגדיל את הסכום המותר או להפחיתו.

למשל, יצירת נאמנות מתנתית עבור בית חולים בתמורה להנצחת שמו של היוצר עשויה להיות מקובלת יותר אם שמויהם של שני בני הזוג יונצחו, וכן במקרה שכן זוגו של היוצר היה גם הוא שותף למטרות ולתפיסות שאותן מבקש היוצר לטפח ביוצרו ובממנו את הנאמנות. כך או כך, חוף המבטחים לבן זוג המבקש ליצור נאמנות מעין זו הוא פעולה בשיתוף פעולה עם בן זוגו ובהסכמתו.

בתת-פרק זה הנחנו את הבסיס לדיון ביצירת נאמנויות בידי בן זוג מנקודת המבט של דיני הרכוש הזוגי. דיוננו התבסס על הנחה שלפיה הנהנים אינם קרובי משפחה של היוצר. בטרם נעבור, בתת-הפרק הבא, לדיון ביצירת נאמנויות בידי בן זוג עבור קרוביו, נתייחס בקצרה לשתי סוגיות נוספות. ראשית, נאמנויות לצורכי צדקה תיחשבה למתנות לעניין סעיף 7 לחוק יחסי ממון גם אם היוצר יונצח בזכות תרומתו. אף שניתן לראות בהנצחה כזו גמול עבור התרומה, אין היא מזרימה עושר לכיס העושר הזוגי. שנית, אם בן זוג יוצר נאמנות ומזרים לתוכה הון הכפוף לדיני הרכוש הזוגי, כאשר תנאי להנאה לפיה הוא מתן מוצרים או שירותים ליוצר עצמו, ניתן, לפחות לצורכי דיני הרכוש הזוגי, לראות ביוצר נהנה לפי אותה נאמנות. הנאמנות תהיה אז כפופה לניתוח בתת-פרק ב.5 להלן.

4. מקרה מיוחד: יצירת נאמנות לטובת בני משפחה

בתת-הפרק הקודם עסקנו בנאמנות שיצר בן זוג לטובת מי שאינו קרובו, אם בדרך של נאמנות לצורכי צדקה ואם כנאמנות פרטית, מתנתית גרידא או כזו המתנה את ההנאה לפיה במתן תמורה מצד הנהנה. בתת-פרק זה נעסוק בנאמנות שיצר בן זוג לטובת בני משפחתו וכפף לה רכוש הכפוף לדיני הרכוש הזוגי. בהקשר זה, מה שעשוי להיחשב ל"נהוג בנסיבות העניין", בלשונו של סעיף 7 לחוק יחסי ממון, שונה מבהקשר הנאמנויות עבור מי שאינם קרובי היוצר. נעסוק בכמה מקרים: נאמנות עבור בן הזוג האחר; נאמנות עבור בני משפחתם של בני הזוג, ולמשל עבור ילדיהם המשותפים, כדי לדאוג לעתידם; נאמנות לטובת קרובי משפחה שאינם משותפים, כמו ילדי היוצר מקשר זוגי קודם, כדי לדאוג לקרובי משפחה אלה; ונאמנות לטובת קרוב משפחה בנסיבות היוצרות חשד להברחה. לבסוף נדון גם בשאלת דינן של נאמנויות המערבות יסודות מיותר מאחד ממקרים אלה. אך קודם לכל אלה נתייחס בקצרה למשמעותה של הכפפת רכוש פרטי של בן זוג, שאינו כפוף לדיני הרכוש הזוגי, לנאמנות לטובת בני משפחתו.

(א) נאמנות לטובת בני משפחה ברכוש שאינו כפוף לדיני הרכוש הזוגי

כזכור, לא כל רכושו של אדם כפוף לדיני הרכוש הזוגי. חוק יחסי ממון מחריג מגדרו רכוש שקדם לנישואין או כזה שהתקבל בירושה או במתנה. כאשר אין מדובר בבית מגורים או בנכס ששימש את המשפחה, הדין הישראלי נוטה לכבד את נפרדותו של רכוש זה גם במקרה של נישואין ארוכי שנים. אך מה אם רכוש נפרד זה הוכפף לנאמנות שהנהנים לפיה הם בן זוגו של היוצר או בני המשפחה כולם? במקרה מעין זה ודאי תעמוד לבן הזוג האחר זכות לשמור אצלו, גם לאחר תום הקשר הזוגי עם היוצר, הנאות שחולקו לו בפועל. אך מה על זכויותיו בנכסי הנאמנות עצמם, אם

דיני הרכוש הזוגי מקנים לו זכויות כאלה, ועל זכותו להמשיך הנאה מן הנאמנות, לאחר תום הקשר?

ההכרעה בעניין זה היא בעלת אופי נסיכתי מטיבה. הכפפת רכוש פרטי של בן זוג לנאמנות לטובת בני המשפחה עשויה להיחשב למכניסה את הנכסים המוכפפים לה למסת הרכוש הזוגי או למצג כלפי בן הזוג האחר שלפיו מדובר ברכוש משותף שעשוי לשמש גם אותו. השימוש בנאמנות אינו מכריע כשלעצמו את הכף בהקשר זה. הדרך הראויה לנתח מקרה מעין זה דומה לאופן שבו הצענו, בתת-פרק 4.4, לבחון את תחולתו של עקרון השיתוף הספציפי על הנאה שהוקצתה לבן זוג מנאמנות מתנתית או ירושתית שיצר מי שאינו צד לנישואין. היותו של יוצר הנאמנות אחד מבני הזוג מצדיקה, בהקשר זה, שימת דגש לא רק על הסתמכות בן הזוג האחר על ההנאות שהוקצו לו או על הנכסים שהוכפפו לנאמנות אלא גם על כוונת בן הזוג היוצר בעת יצירת הנאמנות ומימונה.¹⁶⁰

(ב) נאמנות ברכוש הכפוף לדיני הרכוש הזוגי לטובת בן הזוג האחר וילדים משותפים

יצירת נאמנות בידי בן זוג לטובת בני משפחתו היא אחד ההקשרים הנפוצים והמקובלים ביותר ליצירת נאמנויות. הסיבות לשימוש במנגנון הנאמנות בהקשר זה מגוונות. העיקריות שבהן הן הכפפת חלק מרכוש המשפחה לניהול מקצועי; הוצאת הרכוש משליטת היוצר ובני המשפחה האחרים כדי למנוע צריכה לא מבוקרת מצידם; הגנה על הרכוש מפני נושי היוצר והנהנים; דאגה לבני משפחה הזקוקים, מסיבות שונות, לתמיכה כלכלית ואינם מסוגלים לפרנס את עצמם; דאגה ליוצר ולבן זוגו לימי זקנתם אגב מניעה מראש של סחטנות וניצול מצד בני משפחתם; והקצאת רכוש היוצר בין בני משפחתו בדרך הסוטה מכללי הירושה על פי דין, תוך שההקצאה הופכת סופית עם עשייתה ואינה כפופה, כמו צוואה, לשינוי עד מותו של היוצר. ענייננו הוא במקרה שבו רכוש הכפוף לדיני הרכוש הזוגי, שהיה אמור להתחלק בין בני הזוג במקרה של גירושין או מוות, הוקנה חלק זאת לנאמן עבור בן הזוג האחר או ילדיהם המשותפים. כיצד משפיעה נאמנות כזו על זכויות בן זוגו של היוצר?

נפתח במקרה הפשוט, שבו הנאמנות נוצרת לטובת בן הזוג. במקרה זה ברי כי מבחינת האינטרס הכלכלי בן הזוג אינו מקופח, אולם אינטרס השליטה שלו עלול להיפגע: רכוש שהוא זכאי לו לפי דיני הרכוש הזוגי לא יעמוד לשליטתו במקרה של גירושין או של מות בן הזוג היוצר אלא יוכפף לחנאי הנאמנות, שאותם קבע היוצר חד-צדדית, ולשיקול דעתו של הנאמן, אם היוצר נתן לו כוח הכרעה. השלכת יצירת נאמנות עבור בן הזוג על זכויות בן הזוג לפי דיני הרכוש הזוגי תלויה, מטבע הדברים, בנסיבות הקונקרטיות, הקשורות לטעמים שביסוד השימוש בנאמנות ולתועלת שצומחת ממנו לבן הזוג שלא יצר אותה. ניתן לקבוע ככלל אצבע כי ככל שהפגיעה

¹⁶⁰ המשפט הישראלי לא קבע כללים ברורים בנוגע להשפעת השימוש בנכסים חיצוניים במהלך הנישואין או ערבובם עם נכסים "פנימיים" על הכפפת הנכסים החיצוניים לשיתוף ספציפי. לקביעה עקרונית, ללא מתווה ברור ליישומה, ראו בג"ץ 5416/09 פלוני נ' פלוני, פ"ד סג(3) 484 (2010). לדיון מקיף בדוקטרינות של "Transmutation" ו-"Commingle" בהקשר זה, ראו J. Thomas Oldham, *Tracing, Commingle, and Transmutation*, 23 FAM. L.Q. 219 (1989).

באינטרס השליטה של בן הזוג האחר עמוקה יותר, כך ראוי פחות לאפשר ליצור נאמנות כזו ללא הסכמת בן הזוג האחר. למשל, אם לפי תנאי הנאמנות תחולק ההנאה במשורה ולאורך זמן, יש בכך הכבדה ממשית על בן הזוג האחר ופגיעה בחירותו לפעול כרצונו ברכוש שהוא זכאי לו מכוח דיני הרכוש הזוגי. מקרה בולט עוד יותר של הכבדה כזו הוא כאשר הנאת בן הזוג לפי הנאמנות תלויה בעמידה בתנאים שקבע היוצר או שהנאמן הוסמך לקובעם, כגון ציות למתווה התנהגותי מסוים או הימנעות מפעולה כזו או אחרת. במקרים כאלה אנו סבורים שמדיני הרכוש הזוגי עולה כי לבן הזוג זכות ליהנות, לאחר התרת הנישואין או פקיעתם, משליטה בחלקו ברכוש הזוגי ולא להיות כפוף לנאמנות ולתנאיה גם אם לדעת היוצר מוטב לבן הזוג לזכות לפי הנאמנות ולא לקבל את חלקו ברכוש לניהולו העצמאי. זכות זו נובעת מן ההכרה בזכאותו של בן הזוג האחר לנתח מפירות המאמץ המשותף של בני הזוג ומן הנכסים שבעניינם נוצרה ביניהם שותפות. ייתכן, אמנם, כי אשר לרכוש הכפוף לשיתוף ספציפי ולא לאיזון המשאבים, שחלוקתו בין בני הזוג תלויה בכוונת הבעלים,¹⁶¹ ראוי להקנות תוקף רב יותר לכוונת הבעלים לכפוף את הרכוש לנאמנות.

במקרה אחר הנהנים לפי הנאמנות הם ילדיהם המשותפים של בני הזוג. אין צורך לומר כי אם שני בני הזוג שותפים להחלטה לארגן את הרכוש המשפחתי ואת העברתו בדרך של יצירת נאמנות עבור ילדיהם, אין לראות ברכוש שהוכפף לנאמנות כעומד לחלוקה בין בני הזוג.¹⁶² גם במקרים שבהם היוצר לא טרח לזכות בהסכמת בן זוגו ליצירת הנאמנות עבור ילדיהם, העובדה כי ברגיל הענקה לילדים היא בגדר הפרויקט המשפחתי המשותף מאפשרת לבן הזוג היוצר מרחב פעולה גדול מזה המוקנה לו לפעולות המיטיבות עימו אישית,¹⁶³ ועשויה להפוך את הכפפת הרכוש לנאמנות לכזו הנחשבת, לצורכי סעיף 7, ל"נהוגה בנסיבות העניין". המסקנה תהיה שונה במקרה שבו היוצר יודע כי בן זוגו מתנגד להכפפה. אף שדאגה לילדים משותפים היא דוגמה פרדיגמטית לפרויקט משפחתי משותף, הכפפת רכוש זוגי לנאמנות לטובת הילדים מקטינה את כמות הרכוש הזמין לבן הזוג האחר במקרה של התרת הנישואין או פקיעתם ועלולה להרתיע אותו מהבאתם

¹⁶¹ אך ראו לעניין שאלת התלות בכוונה את הדיון לעיל בה"ש 82 ובטקסט הסמוך לה.

¹⁶² לעמדה אחרת ראו את פסק דינו של בית המשפט העליון של קנדה בפרשת Yared v. Karam [2019] SCR (Can.), 62, שם יצר בן זוג נאמנות לטובת בת זוגו וילדיהם המשותפים. הנאמנות נוצרה לאחר שהתברר שבת הזוג חלתה במחלת הסרטן, כדי להגן על ההון המשפחתי עבור הילדים. לאחר ששני בני הזוג הזרימו לנאמנות כסף, השתמשו הנאמנים (הבעל ואימו) בכסף לרכישת בית מגורים עבור המשפחה. המשפחה עברה לגור בבית זה. שנתיים מאוחר יותר עזבה בת הזוג את הבית והגישה תביעת גירושין, אך נפטרה בעוד בני הזוג נשואים. לאחר פטירת בת הזוג טענו מנהלי עיזבונה בתביעה שהגישו נגד הבעל שאף שבת המגורים נותר בבעלות הנאמנים לטובת ילדיהם המשותפים של בני הזוג, הוא כפוף לחלוקה לפי דיני הרכוש הזוגי. עמדתם התקבלה, בהסתמך על החקיקה הרלוונטית של מחוז קוויבק ועל שליטתו של הבעל, כנאמן, ברכוש הכפוף לנאמנות. היות שבת הזוג עשתה, לפני מותה, צוואה שבה ציוותה את עיזבונה לארבע נאמנויות, אחת עבור כל אחד מילדי הזוג, הייתה נפקותה העיקרית של ההכרעה הוצאת השליטה בבית המגורים מידי הבעל. ראו פרשנות פסק-דין זה אצל Lionel Smith, "A Tale of Two Patrimonies: Limits on the Flexibility of Trust Law" (2021) 40 E.T.P.J. 139.

¹⁶³ השווה לדיון לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 136–144, המבחין בין שימוש בנכסי המשפחה בניסיון (כושל) להרוויח לטובת המשפחה כולה, לבין שימוש בהם במסגרת פרויקטים אישיים, העשויים להועיל רק לבן הזוג שנקט אותם.

לקיצם. ייתכן גם מצב שבו ההורים חולקים זה על זה באשר לתנאים שבהם יש להתנות את העברת הרכוש הזוגי לילדיהם או את זכיית ילדיהם בהנאה מתוך רכוש זה.¹⁶⁴

נראה ברור כי במקרים שבהם בן הזוג האחר זכאי להנאה לפי הנאמנות, אם כנהנה יחיד ואם לצד אחרים, לא ניתן לפעול לפי סעיף 7 ולערוך את איזון המשאבים כאילו הרכוש שהוקנה לנאמן עודנו ברשות היוצר, ובד בבד להותיר על כנה את זכות בן הזוג האחר ליהנות מן הנאמנות. במקרה כזה ניתן לקזז מזכויות בן הזוג האחר לפי איזון המשאבים את ערכן של ההנאות שכבר חולקו לו ואת ערכן של אלה שכבר גמלו, אף שטרם חולקו.¹⁶⁵ לחלופין ניתן לאפשר לבן הזוג האחר לבחור אם ליהנות מן הנאמנות או לפעול במסלול של סעיף 7. הנאתו מן הנאמנות, מתוך מודעות לקיומה ולפרטיה, תיחשב להסכמה מצידו להכפפת הרכוש הרלוונטי לנאמנות, ותשתיק אותו מלטעון נגד הכפפת הרכוש לנאמנות ולדרוש סעד לפי סעיף 7. ועוד, אף שהסעד הקבוע בסעיף 7 אינו מבטל את ההעברה לנאמן, אין לקבל מצב שבו בן הזוג האחר יהא זכאי למחצית מן הרכוש כאילו לא הוכפף לנאמנות, בעוד חלקו של בן הזוג היוצר ברכוש הזוגי עודנו כפוף לתנאי הנאמנות.¹⁶⁶

בהמשך לדברים אלה טלו מקרה שבו בן זוג יצר נאמנות לטובת בן הזוג האחר וילדיהם המשותפים והותיר את חלוקת הרכוש שכפף לה לשיקול דעת הנאמן, שטרם החליט כמה רכוש להקצות לכל אחד מהנהנים. אם הנישואין תמו ובן הזוג האחר דרש וקיבל סעד לפי סעיף 7, היינו חלוקת הרכוש הזוגי שנותר בידי בני הזוג כאילו הרכוש שכפף היוצר לנאמנות נותר בידו, הנאמן חייב להביא זאת בחשבון בהפעלת שיקול דעתו באשר לחלוקת הרכוש שהוכפף לנאמנות בין הנהנים, בשל חובתו שלא לשאת פנים בין הנהנים. אמנם חובה זו אינה מעוגנת מפורשות במקורות הדין שבמשפט הישראלי, אך היא מעוגנת בדין הזר, הגיונה בצידה, וניתן לגזור אותה במשפטנו

¹⁶⁴ טלו לדוגמה מקרה שבו שני בני הזוג מבקשים להעביר את רכושם לילדיהם, אלא שאחד מבני הזוג מבקש להתנות את הנאת הילדים מהנאמנות בתנאי אחד (למשל המשך מגורים בארץ), ואילו השני מבקש להתנות אותה בתנאי אחר (למשל דאגה לצורכי דודה ערירית). במקרה של מחלוקת כזו, יצירת נאמנות בידי אחד מבני הזוג ברכוש הכפוף לדיני הרכוש הזוגי, משמעה ניהול הרכוש לפי עמדתו האישית של היוצר, המתנגשת עם עמדת בן הזוג האחר, הזכאי לפי דין למחצית מן הרכוש שהוכפף לנאמנות. תוצאה כזו אינה מתיישבת עם עקרונות הדין כפי שפורטו לעיל. ככל שהרכוש הכפוף לנאמנות מקיף חלק גדול דיו מן הרכוש המשפחתי, עד שלא ראוי להכפיפו לניהול עצמאי לצרכים שאינם משפחתיים, לא ראוי להכפיפו גם לניהול לטובת הילדים, המשקף את העדפות בן הזוג היוצר בלבד.

¹⁶⁵ לשם דוגמה נניח שלרוני יש 300 ברכוש בר-איזון ולרינה 100. רוני כופף 200 מרכושו לנאמנות לטובת רינה וילדי בני הזוג. בהנחה שהסדר כזה פוגע פגיעה מופרזת בזכויותיה של רינה, תהיה רינה זכאית מכוח סעיף 7 שהאיזון ייערך כאילו עדיין יש לרוני 300, וכך הוא יעביר לה 100 מכוח איזון המשאבים. לו היינו מכירים בהעברה לנאמן כהולמת את דיני הרכוש הזוגי, לא היה נדרש רוני להעביר לרינה דבר מכוח איזון המשאבים. אם נוסף על הפעלת סעיף 7 רינה נהנית מן הנאמנות בהיקף של 50, יש לקזז סכום זה ממה שמגיע לה מכוח האיזון.

¹⁶⁶ כך למשל בדוגמה שבהערה הקודמת, אם רינה תבקש להתכחש לנאמנות ולזכות ב-100 מכוח איזון המשאבים, לא יהא צורך שלאחר ביטול זכות ההנאה של רינה לפי הנאמנות מלוא ה-200 יעמדו כעת לטובת הילדים, רוני ייוותר חסר כל לאחר שכל רכושו הועמד לטובת בני המשפחה האחרים, ורינה תזכה ב-200 העומדים לרשותה מלבר לנאמנות.

מתוך חובת האמון של הנאמן לפי סעיף 10(ב) לחוק הנאמנות, שאותה הוא חב לכל אחד מן הנהנים.¹⁶⁷

(ג) נאמנות ברכוש הכפוף לדיני הרכוש הזוגי לטובת ילדיו של היוצר מבני זוג אחרים
מקרה מעניין נוסף עולה כאשר בן זוג כופף רכוש שנצבר במהלך נישואיו לבן זוג אחד לנאמנות עבור ילדים שאינם משותפים לשני בני הזוג: ילדים שנולדו ליוצר ממערכת יחסים אחרת. האם ראוי לאפשר לבן זוג לכוון, בדרך זו, רכוש זוגי שלו ושל בן זוגו לילדים שנולדו לו מקשר אחר? נראה שראוי לתלות את התשובה לשאלה זו בקיומו ובטיבו של הקשר המשפחתי החי בין הנהנים לבין בן זוגו של היוצר, בעל הזכויות מכוח דיני הרכוש הזוגי ברכוש שהוכפף לנאמנות (ודוק, לא במעמדו הפורמלי של בן הזוג כהורה של הנהנים). כשהנהנים הם חלק מן התא המשפחתי של בני הזוג – למשל כאשר הם גרים בביתם של בני הזוג או עומדים עם שניהם בקשרים קרובים – ניתן לעתים לנתח מקרה כזה לפי הכללים שהתוונו בתת-הפרק הקודם בעניין נאמנות עבור ילדיהם המשותפים של בני הזוג שברכושם הזוגי מדובר. הייחוד במקרה שבו אנו דנים כעת מתחדד כאשר רק לאחד מבני הזוג – היוצר – יש קשרי משפחה עם ילדיו, הנהנים לפי הנאמנות, וממילא רצונו להיטיב עם ילדיו אלה ולדאוג לעתידם אינו משותף לו ולבן זוגו הנוכחי. אף שהכפפת הרכוש הזוגי לנאמנות עבור ילדי בן הזוג היוצר מקשר אחר היא בגדר הוצאה פרטית של רכוש זוגי, מדובר על פני הדברים בהוצאה לגיטימית, ולעתים אף רצויה, ולפחות רצויה יותר מבזבוזים פרטיים סתם. שאלת מעמדן, מבחינת דיני הרכוש הזוגי, של הוצאות שמוציא בן זוג לתמיכה בילדיו מקשר אחר עשויה להתעורר גם מחוץ להקשר הנאמנותי, אך כאמור לעיל העברה בדרך של יצירת נאמנות ומימונה יוצרת תנאים המדרבנים העברות בקנה מידה גדול.

בהנחה שהנהנים אינם אמורים לתת תמורה, ודאי שלא תמורה שתהפוך לחלק מהרכוש הזוגי של היוצר ובן זוגו הנוכחי, ההסדר הנובע מסעיף 7 כופף גם מקרה זה לשסתום הכללי של מתנות הניתנות "לפי הנהוג בנסיבות העניין". במקרה מיוחד זה יש לדעתנו מקום להביא בחשבון, גם כשמדובר בנאמנות מתנתית, את תזמון מימון הנאמנות אל מול שאלת האפשרות הקרובה של פירוק הנישואין בגירושין או במוות. כאשר הנישואין מתפקדים ואינם צפויים להגיע לקיצם בקרוב, העברה של רכוש זוגי לילדי אחד מבני הזוג מקשר אחר היא, מבחינת מערכת היחסים של בני הזוג, בגדר הצריכה הפרטית של כל אחד מהם. היקפה המותר צריך להיגזר מן הנהוג בין בני הזוג, מהיקף הנכסים העומדים לרשותם, מן המקורות האחרים הזמינים לתמיכה בילדים שבהם מדובר ומהשוואה בין היקפי ההוצאה הפרטית של כל אחד מבני הזוג. כך, אין פסול אם בן זוג אחד מנצל את הכנסתו הפנויה לצריכה אישית, כגון טיול בעולם עם חבריו, ואילו השני מנצל שיעור דומה מהכנסתו לתמיכה בילדיו מקשר אחר, אם לצריכה מיידית ואם לחיסכון עבורם. יתרה מזאת, הדין אינו דורש סימטריה בהיקף הצריכה הפרטית של בני הזוג אלא מסתפק בעובדה

¹⁶⁷ לדיון בחובה זו, המכונה במשפט האמריקני duty of impartiality, ראו RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS, לעיל ה"ש 93, בס' 79. באנגליה, ראו את הדיון אצל LYNTON TUCKER, NICHOLAS LE POIDEVIN & JAMES BRIGHTWELL, LEWIN ON TRUSTS § 29–062 (20th ed. 2020) ("Trustees must act impartially, that is, they must hold an even hand among all the beneficiaries").

שאופני הצריכה של המשאבים המשפחתיים בידי כל אחד מבני הזוג ידועים לשניהם, או למצער שמידע על אופני הצריכה של המשאבים הללו בידי כל אחד מבני הזוג זמין לבן הזוג האחר. כשמידע כזה קיים וזמין, בני הזוג יכולים לשאת ולתת ביניהם על היקף ההוצאה הפרטית של כל אחד מהם בזיקה לצורכיהם, לתרומתם למשק הבית המשותף או לכל שיקול אחר. בן זוג שאינו מרוצה מן ההתנהלות הקיימת של בני הזוג לעניין הוצאותיהם הפרטיות יוכל לחתור לארגון מחדש של יחסיהם הרכשיים, ליזום את התרת הנישואין, שתוביל לחלוקת הרכוש בין בני הזוג, או לעתור לסעדים לפי סעיף 11, עתירה שעלולה להוביל לתום הנישואין. יש להבחין בין הוצאה פרטית גדולה וחד-פעמית, המתגלה לבן הזוג האחר רק בדיעבד, לבין הוצאה פרטית שוטפת הידועה לבן הזוג האחר בזמן אמת, ההולמת את מסגרת הניהול השוטף של צורכיהם השונים של בני הזוג ואת הסיכומים ביניהם.

לעומת זאת כאשר הנישואין עומדים בפני סיום, בגירושין או במוות, ראוי לדין להיות שונה. במצב כזה כל אחד מבני הזוג שב לפעול באופן עצמאי, ומעדיף אינטרסים פרטיים על פני האינטרסים הזוגיים, ולפיכך – כאמור לעיל – יש מקום להגבלות נוספות על הצריכה הפרטית של המשאבים הזוגיים. במהלכו של קשר זוגי מתמשך כל אחד מבני הזוג מרוסן בצריכתו הפרטית על מנת לבסס, מבחינה כלכלית, את משק הבית המשותף, אולם כאשר הנישואין על סף סיום ריסון זה אינו ננקט עוד. במקרה כזה יש מקום לגישה חשדנית יותר להעברות רכוש זוגי לטובת בני משפחה שאינם משותפים ולהטיל על בן זוג שמעוניין להעביר סכומים נכבדים מתוך הרכוש הזוגי לילדיו מקשר אחר את נטל רכישת ההסכמה של בן הזוג האחר. לא פעם תהא זו רכישה פשוטה כמשמעה. הוצאה פרטית בהיקף גדול שביצע בן זוג על סף פירוק הקשר בלא הסכמת בן הזוג האחר תהיה כפופה להוראות סעיף 7, כלומר תהא כולה על חשבוננו של בן הזוג היוצר ולא תשפיע על היקף זכותו של בן הזוג האחר מכוח איזון המשאבים. הדברים אמורים גם כאשר ההעברה לילדים או לטובתם היא העברת אמת, ובוודאי אם מדובר בהברחה, הנשענת על ציפייה לזכות ברכוש בחזרה לאחר ביצוע איזון וחלוקת המשאבים. לדיון במקרים מסוג אחרון זה נעבור עתה.¹⁶⁸

(ד) נאמנות לטובת קרוב בנסיבות החשודות כהברחה

עד כאן דנו ביצירת נאמנות לטובת נהנה הקרוב ליוצר מתוך הנחה שתכלית הפעולה היא אכן הטבה עם אותו קרוב. לעתים מכסה מבנה נאמנותי כזה על מוטיבציה אחרת, שעניינה בניצול הקרבה בין היוצר לנהנה, יחד עם המנגנון הנאמנותי, על מנת להשתמש בהכפפת הרכוש לנאמנות כמנגנון להברחתו מפני בן זוגו של היוצר או מפני נושים אחרים. במקרה כזה מינוי הקרוב כנהנה מבוסס על תקווה שאותו קרוב יפעל, כשיקבל את ההנאה לידי, מתוך זהות אינטרסים עם היוצר

¹⁶⁸ השוו לגישת בית המשפט לערעורים של מרילנד בפרשת Karsenty v. Schoukroun, 959 A.2d 1147, 1158 (Md. 2008). בפרשה זו נדונה נאמנות הדירה שיצר בן זוג לקראת מותו עבור בתו מנישואין קודמים. נפסק כי הנאמנות תקפה, ואין בה משום הענקת מרמה, השוללת מאלמנטו, אשתו השנייה, את זכותה לפי דיני הירושה של מרילנד לבחור לקבל חלק הקבוע בחוק מרכושו של הנפטר (the elective share) חלק ההנאה שהקצה לה בן הזוג שנפטר בצוואתו.

וישיב לו את הרכוש כאשר יעבור זעם, כלומר לאחר מתן פסק הדין המחלק את הרכוש המשפחתי, או לפחות יגמול לו אחרת. יצירת נאמנות כזו דומה להעברת נכסים רגילה לקרוב לצורכי הברחה, אלא שבעזרת המנגנון הנאמנותי עשוי היוצר לשמר בידו שליטה בנכסים העומדים לרשותו של הקרוב, בשל השפעתו הישירה או העקיפה של היוצר על פעולת הנאמן. השפעה זו עשויה לבוא לידי ביטוי במכתב משאלות או בקשר לא פורמלי בין היוצר לנאמן, שאותו ינצל היוצר כדי לוודא כי הקרוב אכן יבצע את חלקו בעסקה. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר בן הזוג היוצר משמש בעצמו נאמן, באופן המאפשר לו – מבחינה מעשית – את המשך השליטה בגורל הנכסים או אף את המשך השימוש וההנאה מהם, מתוך ציפייה כי הנהנה הקרוב לא יעמוד על זכויותיו, ואילו זכויות בן הזוג של היוצר מכוח דיני הרכוש הזוגי יידחו מפני הנאמנות.

מבנה משפטי כזה עלול ליצור אתגר ממשי של זיהוי ואכיפה, אולם משהתבררו העובדות לאשורן הוא אינו מעורר כל בעיה נורמטיבית, שכן ברי כי הברחת נכסים היא פסולה. לא זו בלבד שהעברה כזו נתפסת בהוראותיו של סעיף 7 לחוק יחסי ממון, אלא שבמקרים המתאימים – כאשר אין די בסעדים של סעיף 7 – ניתן לשקול גם דרכי התמודדות אחרות, שיאפשרו עקיבה אחר הנכסים או השבתם, נושא שנדון בו להלן בתת-פרק ב.6.¹⁶⁹ עיקר האתגר הוא אפוא באיתור המקרים שבהם הוכפף רכוש זוגי לנאמנות לטובת קרוב למטרות הברחה, ובהבחנה בינם לבין נאמנויות שנוצרו מטעמים כשרים. ניתן לחשוב על כללי עזר ראייתיים שיסייעו לזיהוי מקרים שבהם נאמנות לטובת קרוב מיועדת למעשה להברחת נכסים גרידא, ובהם, שוב, השאלה עד כמה יש סמיכות זמנים בין יצירת הנאמנות ומימונה לבין מחשבות על פירוק הנישואין (בגירושין או במוות) או היתכנות של הפירוק.¹⁷⁰ נתונים רלוונטיים אחרים עשויים להיות שאלת קיומן של סיבות מציאותיות, מלבד הברחת הרכוש, להכפפתו של הרכוש לנאמנות עבור הנהנה שנבחר, כמו למשל היותו נזקק במיוחד; השאלה אם נעשו מאמצים להסוות את ההעברה ואת הנאמנות מפני בן הזוג האחר; ושאלת שליטתו הנמשכת של היוצר בנאמן או בנכסים שכפף לנאמנות, לאחר היצירה והמימון. יוצר השומר לעצמו שליטה בנכסים שכפף לנאמנות, או בנאמן שמינה עליהם, חשוד בכוונת הברחה, שהרי אם התכוון למוסרם בידי הנאמן עבור הנהנים, מה פשר השליטה המתמשכת ששמר לעצמו?

(ה) שילוב של נהנים מסוגים שונים

במקרים רבים יוצרים בני זוג נאמנויות עבור קבוצות מגוונות של נהנים, הכוללות נהנים מיותר מאחד מן הסוגים שדנו בהם לעיל. כך למשל יכול בן זוג לכפוף רכוש זוגי לנאמנות שהנהנים לפיה כוללים את בן הזוג האחר, את ילדיהם המשותפים, ילדים של היוצר מקשר אחר, קרובי

¹⁶⁹ בשיטות משפט זרות מגוון דרכים להתמודדות עם מקרי מילוט נכסים. בקליפורניה למשל יחלק בית המשפט 100% מכל נכס זוגי שאחד מבני הזוג הכמין על מנת לגרוע אותו ממסת הנכסים המתחלקת בין בני הזוג בפקיעת נישואיהם, לבן הזוג האחר. ראו (Marriage of Rossi, 108 Cal. Rptr. 2d 270 (App. 2001)).
¹⁷⁰ השוו למשל תמ"ש (משפחה י-ם) 30831-03-12 א"ה נ' י"ה (נבו 27.9.2014) (בעל העביר רכוש לאימו סמוך להודעה לאשתו על רצונו להתגרש); ע"מ (מחוזי י-ם) 504/04 י"ל נ' א"ל (נבו 5.7.2004) (בעל העביר רכוש להוריו סמוך לפטירתו).

משפחה רחוקים ומי שאינם קרובי משפחה. אם היוצר או הנאמן הקצו חלקים מוגדרים מן הרכוש הכפוף לנאמנות לנהנים מכל אחד מן הסוגים (כגון את מחצית הרכוש לבן הזוג האחר ואת מחציתו השנייה לילדי היוצר מקשר קודם), ניתן להתייחס לכל אחד מן החלקים הללו לפי הכללים שהתוונו למעלה באשר לבחינת נאמנויות עבור נהנים מהסוג הרלוונטי מנקודת הראות של דיני הרכוש הזוגי. במקרים שבהם הרכוש שהוכפף לנאמנות טרם הוקצה בין הנהנים או המועמדים להנאה, המשתייכים לסוגים שונים, ניתן ליצור חזקה ראייתית עונשית לצורכי החלת דיני הרכוש הזוגי. לפי חזקה זו, כל הרכוש שניתן להקצות לנהנה או למועמד להנאה המשותף לסוג שיחסם של דיני הרכוש הזוגי ליצירת נאמנות עבורו הוא החשדני ביותר מתוך הסוגים המיוצגים באוכלוסיית הנהנים או המועמדים להנאה שבנאמנות הרלוונטית, אכן יוקצה לו. אפשר יהיה לסתור חזקה זו בראיות בדבר החלקים שברכוש הכפוף לנאמנות שיוקצו לנהנים מכל סוג.

5. מקרה מיוחד: נאמנות לטובת היוצר

המקרה הנראה על פני הדברים חשוד ביותר מתוך סוגי הנאמנויות שיוצרים בני זוג, ומממנים אותן מתוך הרכוש הזוגי במהלך הנישואין, הוא כשבן זוג יוצר נאמנות כזו לטובת עצמו. הנאמנויות שנדונו בפרשות ארנון, פלוני וטייג, שבהן פתחנו את מסענו, היו כאלה. במבט ראשון אפשר היה לקבוע כי נאמנויות כאלה משמשות למעשה רק למטרות התחמקות מחובות היוצר / נהנה שמלבד לדיני הנאמנות. אף שלכאורה החלפת זכות קניין ישירה בנכס בהנאה לפי נאמנות שהושתה עליו אינה פוגעת ביכולתם של בעלי זכות תביעה מן היוצר / נהנה לרדת לזכויותיו כדי לגבות את שהוא חב להם, בפועל אין הדבר כך: כללי דין, כגון סעיף 20 לחוק הנאמנות והוראות חוק בשיטות משפט אחרות, כגון בארצות הברית, מחסנים זכויות הנאה שהעניק יוצר לעצמו מפני נושיו של יוצר זה. אף שכללים אלה מחריגים את זכויותיהם של נושים מסוימים של היוצר / נהנה מן ההגנה המוענקת לזכויות ההנאה שהעניק לעצמו, זכותו של בן זוגו של היוצר לחלוקת הרכוש הזוגי בין בני הזוג בהתרת או פקיעת הנישואין אינה מוחרגת בכל שיטות המשפט.¹⁷¹

במבט שני, בן זוג היוצר נאמנות במהלך הנישואין, כופף לה רכוש זוגי ומעניק לעצמו הנאה לפיה לא מתכוון תמיד להתחמק מחובותיו על פי דין. יש היוצרים נאמנות כזו כדי ליהנות מניהול ומהשקעה מקצועיים של רכושם, למשל באפיקי השקעה המטריחים את המשקיע, כגון מקרקעין, ובכאלה שלא תמיד הם נגישים לאדם הרגיל, כגון חפצי אמנות או ניירות ערך שהנפיקו חברות הזנק. אחרים יוצרים נאמנות כזו, אף שיכלו לנהל ולהשקיע את רכושם בעצמם, כדי למנוע מעצמם את הכוח לבזבז את הרכוש ואת הפגיעות בפני מי שיבקשו להניעם להוציא דווקא בדרך מסוימת. יש גם מי שיוצרים נאמנות ומקצים לעצמם הנאה לפיה כחלק מתוכנית הקצאה רחבה יותר, שלפיה לאחר מות היוצר ייהנו אחרים מזכויות הנאה לפי הנאמנות. לא פעם היוצר הוא נהנה ראשון בשרשרת נהנים שהם בני משפחה אחת. כאשר אדם מעוניין לכפוף את רכושו לנאמנות בחייו

¹⁷¹ ראו להלן ה"ש 178.

ולהימנע מיצירתה רק בצוואתו, שתהפוך פומבית לאחר שתקיים,¹⁷² הוא נאלץ לא פעם להקצות לעצמו הנאה כנהנה ראשון, שאם לא כן יימצא חסר משאבים בחייו, בייחוד כשהכנסתו מעבודה תצטמצם לעת זקנה. אף שלכאורה ניתן לכפוף רק חלק מרכוש היוצר לנאמנות ולהותיר את חלקו האחר בבעלות היוצר, יוצרים שהונס אינו גדול מוצאים לעתים קרובות כי אין ביכולתם לפצל את רכושם לשני חלקים שגודלו של האחד מהם מספיק לצורכי היוצר ובן זוגו, ושל השני – לצורכי הנהנים האחרים.

כיצד, אם כן, מתייחסים דיני הרכוש הזוגי שבשיטות משפט אחרות לנאמנויות שיוצר בן זוג עבור עצמו ומשית אותן על רכוש זוגי בתוך כדי הנישואין? במשפט האנגלי מייחסים בתי המשפט רכוש הכפוף לנאמנות שיצר בן זוג בתוך כדי הנישואין לטובת עצמו לאותו בן זוג לצורך חלוקת הרכוש בין הצדדים עם תום הנישואין. כך אף במקרה שהנאמנות נוצרה גם, או רק, לטובת אחרים, אך בפועל הרכוש שהוזרם אליה היה זמין לבן הזוג היוצר, למשל על-ידי פנייה לנאמנים בבקשה שיעבירו לו את הרכוש.¹⁷³ במחוז קולומביה הבריטית שבקנדה רכוש שבן זוג העביר לנאמן לאחר תחילת הקשר הזוגי כפוף, ככלל, לדיני הרכוש הזוגי רק אם בן הזוג שומר לעצמו כוח לדרוש את החזרת הרכוש או לשלוט בשימוש שנעשה בו ובהעברתו הלאה. אבל כשבן הזוג המעביר הוא לא רק היוצר אלא גם הנהנה, ויש לו זכות הנאה בחלק מהרכוש, שגמלה ואינה ניתנת לביטול, חלק זה ברכוש כפוף לדיני הרכוש הזוגי גם אם אין ליצר / נהנה כוח לשלוט בו או בנאמן.¹⁷⁴ המצב המשפטי בארצות הברית שונה. אף שברוב מדינות ארצות הברית נכסי בני הזוג כפופים לחלוקה שביורש עם הגירושין, כל אחד מבני הזוג יכול להעביר נכסים לנאמנות בתוך כדי הנישואין, ובכלל זה לנאמנות לטובת בן הזוג המעביר, ונכסים שהועברו לנאמנות כזו אינם חלק מן המסה העתידה להתחלק עם הגירושין, גם כשהיו חלק ממנה לפני יצירת הנאמנות.¹⁷⁵ אמנם מימון נאמנויות בידי

¹⁷² לפומביותן של צוואות לאחר קיומן, ראו גור יהודה סביר, אבירם הנדל ואהוד כצנלסון "צוואות וצווי קיום: בעיית הפומביות והצעות לתיקון" הון משפחתי א' 117 (2014).

¹⁷³ Charman, לעיל ה"ש 97. כן ראו Lee, לעיל ה"ש 96, שתיארה את גישת בתי המשפט באנגליה כך: "Courts have been willing to attribute the whole trust assets to the spouse where the spouse is the settlor and the trust assets were matrimonial assets acquired during the course of marriage. Conversely, where the trust is set up by a third party and the trust assets were not assets acquired by the parties during the course of marriage, courts are more reluctant to do so" (שם, בעמ' 368–369).

¹⁷⁴ (Can.) (3)–84(2), c. 25, S.B.C. 2011, Family Law Act.

¹⁷⁵ סובלנותם של בתי המשפט כלפי עקיפת הדין באמצעות יצירת נאמנויות מעטה יותר, לפחות בחלק ממדינות ארצות הברית, כאשר הדין הנעקף אינו זכות בני הזוג לחלוקה שביורש של נכסיהם, אלא זכותו של בן זוג שנותר בחיים לאחר מות בן זוגו לבחור לקבל, חלק ההנאה שהקצה לו בן הזוג שנפטר בצוואתו, חלק הקבוע בחוק מרכושו של הנפטר (the elective share). כך בפרשת In re Estate of Thompson, 434 S.W.3d 877 (Ark. 2014). קבעו רוב שופטי בית המשפט העליון של מדינת ארקנסו כי כאשר נפטר אמיד יצר בחייו נאמנות והקצה בה לאשתו 100,000 דולר מתוך רכושו, ששווי עלה על 6,000,000 דולר, יצירת הנאמנות והעברת רוב רכושו של הנפטר לנאמן, כדי שלא יהיה חלק מעיבוננו, הן הערמה אסורה על דוקטרינת ה-elective share. נפסק כי הרכוש הכפוף לנאמנות

בני זוג כפוף, ככל מימון נאמנות, לדיני ביטול הענקות, שקיימים בשיטות המשפט דוברות האנגלית גם מחוץ להליכי חדלות פירעון,¹⁷⁶ אך דינים אלה מופעלים בפועל רק במקרים קיצוניים של מרמה.¹⁷⁷ נוסף על כך, תשע-עשרה ממדינות ארצות הברית קבעו במפורש בחוק שמותר ליוצר ליצור נאמנות לטובת עצמו, שתהיה חסינה מפני נושיו. בחלק ממדינות אלה זכויות בן זוגו של היוצר לחלוקה שביושר מוחרגות מן החסינות שנוצרה בחוק, אך יש מדינות שאין בהן החרגה כזו,¹⁷⁸ ויוצרים תושבי מדינות אחרות חופשיים לבחור בדיני מדינות אלה כדין החל על נאמנויות שיצרו וליצור זיקות בין הנאמנות למדינה שדינה הוחל על הנאמנות, כדי שבתי משפט במדינת התושבות של בני הזוג ובמדינות אחרות יכירו בדין זה כדין החל.¹⁷⁹

נראה אפוא כי במשפט המשווה קיימות גישות שונות להתייחסות דיני הרכוש הזוגי ליצירת נאמנות ומימונה בידי בן זוג עבור עצמו במהלך הנישואין. הגישה האמריקנית, המתירה החרגת רכוש זוגי מן החלוקה שביושר על-ידי הכפפת רכוש זה לנאמנות שבן זוג יצר עבור עצמו, נתקלה בביקורת אקדמית. Tait סברה שיש להתנות יצירת נאמנות בידי בן זוג לטובת עצמו בהסכמה מפורשת של בן הזוג האחר.¹⁸⁰ אף אנו סבורים, כעניין של דין רצוי, שיש טעם רב להתנות מימון נאמנות בידי בן זוג לטובת עצמו כנהנה מתוך רכוש הכפוף לזכויות בן הזוג האחר מכוח איוון המשאבים או שיתוף ספציפי, בהסכמתו המיועדת של בן הזוג האחר ליצירת הנאמנות ולהקצאת הנאה ליוצר. ניתן אף להציע כי הסכמה תיחשב מיועדת רק אם ניתנה לאחר שבן הזוג האחר קיבל ייעוץ משפטי באשר לשאלה שבפניו ולהשלכותיה של הסכמה מצידו, ואולי אף כי יש טעם לדרוש כי הייעוץ יתקבל מעורך דין שלא ייצג את בן הזוג היוצר, ושלכן הזוג היוצר לא היה קשר, ישיר

יוכפף לנאמנות קונסטרוקטיבית לטובת האישה, וכך יחושב ה-elective share המגיע לה על פי חוק מתוך מסת נכסים הכוללת את הנכסים שהנפטר העביר לנאמן.

¹⁷⁶ דיני ביטול הענקות מחוץ לחדלות פירעון מוסדרים בארצות הברית בחקיקה מדינתית, הממודלת בחלקה על טיוטות חקיקה אחידה שיצרה ה-Uniform Law Commission. הטייטה הנוכחית היא ה-Uniform Voidable Transactions Act of 2014, הזמינה כאן: perma.cc/J4LV-WYPP.

¹⁷⁷ כך בפרשת Breitenstine v. Breitenstine, 62 P.3d 587 (Wyo. 2003), שבה העביר הבעל, במהלך הנישואין, כספים שקיבל מהוריו לנאמנות שיצר, קבע בית המשפט כי הרכוש הכפוף לנאמנות כפוף לחלוקה בין שני בני הזוג, משום שהבעל שמר את יצירת הנאמנות בסוד, יצר אותה רק לאחר תקופת פירוד מאשתו ובצל האפשרות לגירושין, העביר לנאמן רכוש בהדרגה עד למועד הדיון בבית המשפט בחלוקת הרכוש בינו לבין אשתו וקבע בכתב הנאמנות כי ההכנסה שתיצמח על הרכוש שהועבר לנאמן לא תחולק לנהנים – ילדי הזוג – אלא תיחבר ותוחזר לבעל עם הרכוש שעליו נצמחה, לאחר כמה שנים. הבעל הותיר בידו שליטה מעשית ברכוש שכפף לנאמנות, מינה חבר טוב כ"מגן" נאמנות, ובעלי מקצוע העידו שמטרת יצירת הנאמנות הייתה לחסן את הרכוש שנכפף לה מפני נושים.

ראו דיון אצל Allison Tait, *Trusting Marriage*, 10 U.C. IRVINE L. REV. 101, 143–144 (2019).

¹⁷⁸ המדינות הן מיזורי, נבאדה, אוקלהומה, יוטה, וירג'יניה, וירג'יניה המערבית וויומינג. ראו מידע עדכני אצל DAVID SHAFTTEL, TWELFTH ACTEC COMPARISON OF THE DOMESTIC ASSET PROTECTION TRUST STATUTES (Aug. 2019), <https://bit.ly/3Je4LAF>.

¹⁷⁹ ראו דיון בנאמנויות מסוג זה ובהשפעתן על יחסי הממון בין בני זוג בדין של מדינות ארצות הברית אצל Amy J. Amundsen, *Domestic Asset Protection Trusts in Divorce Litigation*, 29 J. AM. ACAD. MATRIMONIAL L. 1 (2016).

¹⁸⁰ Tait, לעיל ה"ש 177, בעמ' 147–148.

או עקיף, עימו או חלק בבחירתו. לחלופין, יוכל בן הזוג האחר לתת הסכמתו בהסכם ממון שיאושר בידי גורם שיפוטי לפי סעיף 2 לחוק יחסי ממון. עם זאת ספק אם ניתן לבסס עמדה זו על הדין הקיים. את הדין הישראלי באשר להתייחסות דיני הרכוש הזוגי למימון נאמנות בידי בן זוג לטובת עצמו כנהנה מתוך רכוש הכפוף לזכויות בן הזוג האחר בפקיעת הנישואין, יש לעצב מתוך החומרים הנורמטיביים הקיימים במשפט הישראלי, שבהם דנו במאמר זה.

ראשית ניישם את הדיון שבפרק א למאמרנו באשר להכפפת הנאה של בן זוג לפי נאמנות לדיני הרכוש הזוגי. אמנם הנאה שהקצה בן זוג לעצמו תהיה בדרך כלל מתנתית, אך אם הרכוש שהוכפף לנאמנות היה כפוף לאיזון קודם להכפפתו לנאמנות, יש לקבוע, כחריג לכללים שהצענו בפרק א למעלה, כי יש לערוך את האיזון כאילו הרכוש שהוכפף לנאמנות עודו בידי היוצר, ואם ברכוש שנותר בידי היוצר לאחר מימון הנאמנות אין די כדי להעביר לבן הזוג האחר את הסכום שהיוצר נדרש להעביר אליו בשל האיזון, ההנאה שהקצה בן הזוג היוצר לעצמו תהיה גם היא כפופה לחיובי ההעברה בשל איזון המשאבים, ככל הנדרש כדי להעביר סכום זה. כשבן זוג יוצר נאמנות עבור עצמו, מעמדו של הרכוש הכפוף לה מבחינת דיני הרכוש הזוגי לא ישתנה עקב עצם יצירת הנאמנות. לא ראוי ששינוי פורמלי בצורה המשפטית של זכות היוצר ברכוש הכפוף לאיזון – מזכות ישירה בנכס להנאה לפי נאמנות שאליה הוכפף הנכס – יביא להחרגת שווי ההנאה שהיוצר הקצה לעצמו מן האיזון. אם בן הזוג השית את הנאמנות על רכוש שהיה כפוף, קודם שהוכפף לה, לשיתוף ספציפי, תהיה גם ההנאה שהקצה היוצר לעצמו כפופה לשיתוף ספציפי עם בן הזוג האחר.

שנית, ניישם את הדיון שבחלקיו הקודמים של פרק זה במקרה שבו בן זוג יוצר נאמנות לטובת עצמו. דיון זה ממוקד ביישום סעיף 7 לחוק יחסי ממון. כשבן הזוג היוצר הוא גם נהנה לפי הנאמנות שיצר, נראה כי אין לראות בהנאה שהקצה לעצמו תמורה לצורך סעיף 7, שכן אין היא אמורה להיכנס למסת הרכוש הכפופה לדיני הרכוש הזוגי. עם זאת אף אם תאמר שההנאה שהיוצר הקצה לעצמו היא בגדר תמורה, הרי שאם מימון הנאמנות משקף כוונה לסכל את זכותו של בן הזוג האחר לאיזון משאבים, יוכל בית המשפט לראות בנכסים שהוכפפו לנאמנות כאילו היו עדיין בבעלותו הישירה של בן הזוג היוצר. משום שיצירת נאמנות על רכוש זוגי לטובת בן הזוג היוצר מעוררת חשד לניסיון הברחה או הערמה על הדין, ראוי שבמקרים שבהם יצירתה פגעה בזכויותיו הממוניות של בן הזוג האחר תקום חזקה שלפיה בן הזוג היוצר התכוון לסכל את זכות בן זוגו לפי איזון המשאבים.

אותה חזקה יש להחיל במקרים שבהם בן הזוג שיצר נאמנות עבור עצמו לא הקצה לעצמו הנאה לפיה במפורש, אלא תכנן את מתווה הקצאת ההנאה כך שיהיה בו כדי לערפל את זכותו או יכולתו לקבל הנאה מן הרכוש שכפף לנאמנות. יוצר נאמנות עשוי שלא להקצות לעצמו זכות מוגדרת כנהנה אלא להגדיר את עצמו רק כמועמד להנאה, שעצם הנאתו כפופה לשיקול דעתו המוחלט של הנאמן. בן הזוג היוצר יכול שלא להופיע בכתב הנאמנות אף כמועמד להנאה; חלף זאת ביכולתו לתת לנאמן כוח להוסיף לנאמנות נהנים שאינם נזכרים בכתב הנאמנות או להגיע להסכמה עם הנאמן שלפיה אף שפורמלית היוצר אינו נהנה, יעביר לו הנאמן כספים מתוך הרכוש הכפוף לנאמנות לפי בקשתו. נאמן יכול להיטיב עם נהנה או עם מועמד להנאה, ואף עם מי שאינו

כזה, גם בלי לחלק לו כספים מתוך נאמנות: נאמן יכול למשל לרכוש את מזונו של הנהנה-שבפועל מתוך הרכוש הכפוף לנאמנות ולאפשר לו לגור בדירה הכפופה לנאמנות.¹⁸¹ גם במקרים שבהם יש חשד להערמה על דיני הרכוש הזוגי, משום שבן הזוג שכפף רכוש זוגי לנאמנות יוכל ליהנות, ללא בן זוגו, מן הרכוש שהוכפף, אך עיצב את הקצאת ההנאה לפי הנאמנות באופן שמצב זה יטושטש, ראוי להחיל חזקה כי בן הזוג היוצר התכוון לסכל את זכות בן זוגו לפי איזון המשאבים, שתוביל לתוצאותיה של כוונה כזו לפי סעיף 7 לחוק יחסי ממון.

במקרים של יצירת נאמנות ומימונה לטובת בן הזוג היוצר כנהנה אחד מתוך רבים יהיה אפשר לכפוף, כפי שהצענו למעלה, את ההנאה שהקצה בן הזוג היוצר לעצמו לאיזון המשאבים או לשיתוף ספציפי, אם קודם למימונה היה הרכוש שהוכפף לנאמנות כפוף לאיזון או לשיתוף, בהתאמה. יש לשים אל לב כי תיתכן הקצאת הנאה לפי נאמנות שיצר בן זוג שבה היוצר נראה, על פני מסמכי הנאמנות, כנהנה אחד מתוך רבים, אך למעשה הנאות הנהנים מלבדו אינן ממשיות: ייתכן למשל שלנאמן או לגורם אחר ניתן כוח להקצות את מלוא ההנאה לפי הנאמנות ליורצו, או כוח לבטל את ההנאות שהוקצו לנהנים האחרים. כדי להתמודד עם אפשרות זו הגורם השיפוטי הדן ביחסי הממון בין הצדדים יוכל לקבוע כי אם יהיו בעתיד חלוקות ליורצו, יידרש הנאמן להעביר את מחצית השווי המחולק לבן הזוג האחר.

6. תוצאותיה של יצירת נאמנות פסולה: פתרון בעיית הסעד

הראינו כי הדין מבטא כוונה למנוע התחמקות מדיני הרכוש הזוגי. אי לכך יש צורך בסעדים אפקטיביים ששייבו על כנה את התוצאה שהייתה מתקבלת בחלוקת הרכוש בין בני הזוג לולא נוצרה נאמנות שנועדה לחבל בפעולת דינים אלו. עם הסעדים הרלוונטיים ניתן למנות, בין היתר, התעלמות, לפי סעיף 7 לחוק יחסי ממון, מן ההעברה לנאמן לצורך איזון המשאבים, כלומר עריכת איזון המשאבים כאילו הנכס שהוכפף לנאמנות עודדו ברשותו של יוצר הנאמנות; את הסעדים לפי סעיף 8 לחוק, המשנים את יחס האיזון של הרכוש שנותר בידי הצדדים בין בני הזוג (סעיף 8(2)) או מאזנים את הנכסים שהיו לבני הזוג במועד שקדם למועד האיזון או לפי שוויים במועד כזה, ולמשל סמוך לפני מימון הנאמנות (סעיף 8(3)-(4)); בטלות או ביטול של העברת או הכפפת הרכוש לנאמנות; והוספת בן הזוג האחר כנהנה לפי הנאמנות אגב חלוקת רכוש הכפוף לנאמנות לידיו, כנהנה, בסכום ששייב על כנה את תוצאת האיזון שהייתה מתקבלת לולא נוצרה הנאמנות. להלן נדון בכל אחד מסעדים אלה.

¹⁸¹ כשמקבל הנאה אינו מוני בכתב הנאמנות כנהנה או מועמד להנאה, ולא נקבע ככזה בדרך אחרת (כגון בהחלטה של מגן נאמנות שהוסמך לבחור נהנים), חלוקת הנאה לאדם זה היא הפרה של חובת הנאמן לבצע את כתב הנאמנות. לחלופין, ניתן לראות בחלוקה למי שאינו מוזכר בהוראות שעל הנאמן לבצע, המופיעות בכתב הנאמנות או מחוצה לו, כנהנה או כמועמד להנאה, נסיבות שלפיהן יש לפרש את ההוראות הללו, ואז ייחשב מקבל החלוקה לנהנה גם אם לא נזכר באותן הוראות.

(א) הסעד לפי סעיף 7 לחוק יחסי ממון: התעלמות מן ההעברה לצורך האיוון

הסעד לפי סעיף 7 לחוק זמין בין שכן זוג יצר נאמנות כניסיון הברחה (העברה בכוונה שלאחר תום תהליך חלוקת הרכוש הזוגי יחזיר הנאמן את הרכוש שהועבר ליוצר) ובין שיצר אותה מתוך כוונה שתנאיה ימולאו. אלא שסעד זה מוגבל בשניים: ראשית, ספק אם ניתן להחיל אותו על רכוש זוגי שאינו בר-איוון, כלומר אינו כפוף להסדר איוון המשאבים אלא מתחלק בין הצדדים מכוח עקרון השיתוף הספציפי, וככזה אינו כפוף להסדר שבחוק, וסעיף 7 בכללו; שנית, וחשוב מכך, סעד זה מוגבל מבחינה מעשית כל אימת שנכסי בן הזוג היוצר העומדים לחלוקה לאחר ההעברה לנאמן אינם מספיקים על מנת שהערך שיועבר לבן הזוג האחר לאחר האיוון יהיה זהה לערך שהיה מועבר לו לו היה האיוון נערך כשהנכסים שהועברו לנאמן עודם בידי של המעביר.¹⁸² חשוב להדגיש כי תוצאתו של הסדר איוון המשאבים מטילה על בן הזוג שבבעלותו נכסים בני-איוון רבים מאלה שבבעלות בן הזוג השני חוב שגבייתו אינה מוגבלת לגדר הנכסים בני-האיוון. ניתן לגבות את החוב גם מנכסים שאינם בני-איוון, כמו נכסים שקדמו לנישואין או כאלה שהתקבלו בירושה או במתנה בתקופת הנישואין. זאת ועוד, לפי הוראות סעיף 6(ג) לחוק, ניתן לקבוע כי את חובו לפי איוון המשאבים ישלם בן הזוג החייב בעתיד, על בסיס השתכרותו העתידית, "לרבות תוספת ריבית במקרה של ארכה או סילוק בשיעורים".¹⁸³ עם זאת פעמים רבות עשוי בן זוגו של היוצר לעמוד בפני שוקת שבורה בבואו לגבות את חובו של היוצר מכוח האיוון, אם משום שלבן הזוג היוצר אין נכסים מלבד אלה שכסף לנאמנות, ואם משום שהיוצר פעל גם בנכסיו האחרים על מנת למלט אותם מידי בן זוגו. במקרים כאלה יש צורך לפנות לסעדים אחרים.

(ב) הסעדים לפי סעיף 8 לחוק יחסי ממון וסעדים חישוביים נוספים

גם הסעדים לפי סעיף 8 לחוק חשופים לסיכון כי לאחר העברת הרכוש שהוכסף לנאמנות לא ייוותרו בידי בן הזוג היוצר נכסים שמתוכם יוכל בן הזוג האחר לגבות את החוב. כך שינוי יחס האיוון לפי סעיף 8(2) אינו מגדיל את מסת הנכסים המצויים בידי בן הזוג החייב. השינויים החישוביים שבית המשפט מוסמך לעשות באיוון המשאבים לפי סעיפים 8(3) ו-8(4) עשויים

¹⁸² לשם דוגמה, אם אברהם יצר נאמנות וכסף לה את כל רכושו בר-האיוון בסכום של 1,000, ואילו לשרה יש רכוש בר-איוון בשיעור של 200, הפעלת סעיף 7 צריכה להוביל להעברה של 400 מידי אברהם לידי שרה. אך אם בפועל יש לשרה במועד האיוון 200 ולאברהם אין רכוש כלל, משום שהעביר את כולו לנאמן, ייוותר הסכום הנדרש כחוב של אברהם.

¹⁸³ אשר לשני סעדים אפשריים אלה, השוו להסדר המוצע ב-ALI, לעיל ה"ש 44, בס' 4.10(6) ולפיו: "(6) If there is insufficient marital property for an adjustment in its allocation to provide the appropriate remedy under this section, the court may achieve an equivalent result by (a) making an award to one spouse of some portion of the other's separate property, as allowed under § 4.11, or, if the available separate property is also inadequate for this purpose, (b) requiring one spouse to make equitable reimbursement to the other in such installment payments as the court judges equitable in light of the financial capacity and other obligations of the spouse making reimbursement."

אמנם להגדיל את חובו של בן הזוג החייב או ליצור חוב כזה מקום שלאחר העברת רכושו לנאמן הוטתה תוצאת האיוון כך שדווקא בן הזוג שלא יצר נאמנות חב בתשלום לבן הזוג היוצר. אך תוצאה חיובית שלפיה בן הזוג היוצר חייב בהעברת נכסים בהיקף גדול אינה פותרת לבדה את בעיית גבייתו של חוב זה אם בן הזוג היוצר דאג היטב להיותו נטול נכסים שיספיקו לגבייתו. אותה בעיית גבייה מעיבה גם על סעדים אפשריים נוספים. אחד מהם הוא חיוב בן הזוג היוצר לפצות את בן הזוג האחר בסכום הנדרש כדי להשיב על כנה את תוצאת האיוון שהייתה מתקבלת לולא העביר היוצר רכוש הכפוף לאיוון לנאמן. בקולומביה הבריטית מוסמך בית המשפט לפסוק פיצוי כזה.¹⁸⁴ סעד רלוונטי נוסף הוא הבאתם בחשבון של כוחות שהיוצר הותיר לעצמו במסגרת הנאמנות שיצר כנכסים של היוצר. נסביר: יוצרים רבים מותירים לעצמם כוחות להשפיע על הנאמנות שיצרו אף אם לא הקצו לעצמם הנאה לפיה. לעתים כוחות אלה מאפשרים ליוצר שליטה מלאה בנכסים שכפף לנאמנות והעביר לנאמן, כאילו נותרו בחזקתו, שלא בכפוף לנאמנות. כך למשל יוצר שהותיר לעצמו כוח לבטל את הנאמנות או למשוך ממנה רכוש יכול לקבל חזרה מן הנאמן את הרכוש שהעביר לו וכפף לנאמנות. יוצר שלא הקצה לעצמו הנאה לפי הנאמנות אך שמר לעצמו כוח לשנות את רשימת הנהנים לפיה יכול להוסיף את עצמו לרשימת הנהנים ולהשמיט ממנה את כל הנהנים האחרים. יוצר שהותיר לעצמו כוח לשנות את תנאי הנאמנות יכול לשנותם לכאלה שיורו לנאמן לשלם ליוצר עצמו את הרכוש הכפוף לנאמנות, כולו או חלקו. כאשר השליטה שכוחות כאלה מקנים ליוצר בנכסים שהוכפפו לנאמנות מאפשרת לו לקבל לשליטתו המיידית את כל הנכסים הללו, ראוי לשום את הכוחות הללו, לצורך איוון המשאבים, כשווים בערכם לכל הנכסים שהוכפפו לנאמנות.¹⁸⁵ כמו יתר הסעדים שהזכרנו בסעיף זה, שומה כזו עשויה אמנם להביא להשתת חוב על בן הזוג היוצר, אך אינה פותרת את בעיית הגבייה של חוב זה.¹⁸⁶

(ג) ביטול או הצהרה בדבר בטלות העברתו או הכפפתו של הרכוש לנאמנות

במקרים שבהם הסעד לפי סעיף 7 אינו ישים, אם משום שאינו זמין מבחינה משפטית ואם משום שהתועלת שתצמח ממנו מוגבלת, ניתן לחשוב על סעד חלופי של הצהרה בדבר בטלות העברתו או הכפפתו של הרכוש הרלוונטי לנאמן או לנאמנות, בהתאמה, או על צו שיפוטי המבטל אותה. סעד כזה יתאים גם במקרים שבהם אף שהסעד לפי סעיף 7 זמין משפטית וניתן לגבות בפועל את חוב היוצר שלאחר הרחבת בסיס האיוון לפיו, בן זוגו של היוצר יבקש לקבל לידיו, בעין, נכס שהיוצר העביר לנאמן, חלף תשלומי איוון כספיים, משום שלבן הזוג זכות לקבל חלק מהנכס לפי דיני השיתוף הספציפי. בן הזוג עשוי להעדיף סעד של ביטול גם במקרה של עלייה ניכרת בערכו

¹⁸⁴ Family Law Act, S.B.C. 2011, c. 25, s. 97(2) (Can.).

¹⁸⁵ בפרשת Clayton, לעיל ה"ש 150, פסק בית המשפט העליון של ניו זילנד כי בכוחות השונים שמר קליטון, יוצר הנאמנות שנידונה שם, שמר לעצמו, יש לראות רכוש זוגי, הכפוף לחלוקה בינו לבין אשתו לשעבר עם פקיעת נישואיהם.

¹⁸⁶ כזכור מפרק א לעיל, המגבלות המוטלות בסעיף 20 לחוק הנאמנות על המחאה, שעבוד ועיקול של זכות נהנה לפי הקדש אינן מונעות הכפפה של זכות כזו לדיני הרכוש הזוגי. ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 78–84.

של נכס אחד או יותר שהוכפף לנאמנות, בין מועד הקרע בין בני הזוג למועד עריכת האיזון.¹⁸⁷ במקרה ששווי הנכסים שהוכפפו לנאמנות גדול מן ההפרש בין תוצאת האיזון, כפי שתחושב לאחר מימון הנאמנות, לבין תוצאת האיזון כפי שתחושב תוך הבאת הנכסים שהוכפפו לנאמנות בחשבון כחלק מן הרכוש הזוגי, ניתן לחשוב על פתרון של בטלות חלקית, המגיעה רק כדי ההפרש האמור.

ניתן להצביע על כמה בסיסים דוקטרינריים לסעד הצהרת הבטלות או צו הביטול, ובהם דוקטרינה של נאמנות למראית עין (sham trust), דוקטרינה אפשרית של נאמנות מלאכותית וכן מסקנה שלפיה הנאמנות לא נוצרה מעולם, משום שהיוצר-לכאורה לא איבד מעולם את כוחו ליהנות מן הנכסים.¹⁸⁸ כך, בדין האנגלי, בפרשה שעסקה בנאמנויות שהקים סרגיי פוגצ'ב עבורו, עבור בת זוגו, אלכסנדרה טולסטוי, ועבור ילדיהם, הגיע בית המשפט למסקנה שנאמנויות אלה לא נוצרו למעשה מעולם, משום שהיוצר לא איבד את שליטתו האפקטיבית בנכסים שהוזרמו לנאמן: הוא מינה עצמו למגן הנאמנות והעניק לעצמו בכובעו זה כוח רב להשפיע על הנאמן ועל הנכסים שהוכפפו לנאמנות, שלא בכפוף לחובות אמון כלשהן לנהנים.¹⁸⁹ גם הנאמנות שיצר הבעל בפרשת פלוני הייתה נאמנות למראית עין, כנלמד מן הנסיבות האלה: היוצר המשיך, גם לאחר שהעביר את מניותיו לאחותו, להופיע בדוחות שהגישו החברות לרשות המיסים, כמו גם במסמכים פנימיים שונים של החברות, כבעל המניות; הוא המשיך להלוות כספים לחברות, והחברות רשמו את ההלוואות כהלוואות בעלים ולא כהלוואות חיצוניות; והוא המשיך להיות ערב לחובות החברות לבנקים.¹⁹⁰

בסיס דוקטרינרי אחר לתוצאת הבטלות או הביטול היא התרמית. כך למשל באחת הפרשות העביר בעל לאימו את זכויותיו בדירת מגורי הזוג, שהייתה רשומה על שמו בלבד, סמוך למועד שבו הודיע לאשתו על רצונו להתגרש. את הדירה הביא הבעל לנישואין, ולכן היא לא היתה כפופה לאיזון המשאבים וסעיף 7 לחוק לא חל עליה. עם זאת בית המשפט פסק שהדירה כפופה לשיתוף ספציפי, וכי ההעברה לאם הייתה העברת-תרמית, ונתן סעד של ביטול ההעברה.¹⁹¹ בסיס דוקטרינרי שלישי לתוצאת הבטלות הוא עקרון תום הלב. בפרשה אחת הוכחה הברחת נכסים, ובית המשפט הפעיל את סעיף 7 לחוק אגב איזון משאבים בשל מותו של בן זוג, בהעירו שבסעיף זה אין דרך טכנית להשבת סכומים שהוברחו, אף שדרך כזו נצרכת במקרה שלא נותרו בעיזבון כסף ונכסים מספיקים כדי להגיע, באמצעות שינוי יחס האיזון של מה שנשאר בעיזבון, לתוצאת איזון זהה לזו שהייתה מתקבלת לולא ההברחה. אי לכך השתמש בית המשפט בעקרון תום הלב

¹⁸⁷ כך למשל בעניין ארנון, לעיל ה"ש 2, דומה כי ערכה של מניית "סלקום" עלה במידה ניכרת בין מועד הפרדה לבין מועד הדין. לשאלה של חלוקת מניות בעין או בשווי, כאשר יש ספק בנוגע לערכן ב"מועד השווי" לפי סעיף 8(4) לחוק, ראו את הדיון הנרחב בעמ"ש (מחוזי מ"ר) 17-09-19796 י"צ נ' ש"ס"צ (נבו 13.9.2018).

¹⁸⁸ ראו את הדיון לעיל בה"ש 150.

¹⁸⁹ שם. ראו גם דיון אצל Wong, לעיל ה"ש 33, בעמ' 349-352.

¹⁹⁰ פרשת פלוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 13-8.

¹⁹¹ פרשת א"ה, לעיל ה"ש 170, בפס' 82(א) לפסק הדין.

וקבע שמכוחו ניתן לרדת לנכסי צדדים שלישיים – מקבלי הרכוש – ולהוציא את הרכוש מידיהם.¹⁹²

סעד הביטול או הצהרת הבטלות מביא עמו מורכבויות משלו. כאשר הנכס שהוכפף לנאמנות כבר חולק לנהנים, נצרך בידיהם ועבר מן העולם בלא שהתגלגל בתחלופה כלשהו, גם סעד זה לא יועיל לבן הזוג האחר. כאשר הנכס שהוכפף לנאמנות עדיין קיים, וניתן להורות לנאמן או לנהנה המחזיק בו להעביר את הנכס או את חלקו לבן הזוג האחר, עדיין נדרש להביא בחשבון את זכויות הנהנה. לשון אחר, יש צורך להכריע בתחרות זכויות בין בן הזוג האחר לנהנה או לנהנים. מהו כלל ההכרעה בתחרות זכויות זו? התשובה לשאלה זו אינה נתונה בדין. ננסה להתוות לה תשובה אגב התחשבות בכללים שקבע המשפט הישראלי להכרעה בתחרות זכויות אחרות, שיש דמיון ביניהן לבין התחרות שבה עסקינן.

המשפט הישראלי קבע כללי הכרעה בשלוש תחרויות זכויות כאלה. בהלכת **בן גיאת** נקבע כלל הכרעה בתחרות על דירת מגורים בין בן זוגו של בעליה הרשום, שלו זכות בדירה מכוח שיתוף ספציפי, לבין נושה מקצועי של הבעלים הרשום, שנתן תמורה וקיבל משכנתה על הדירה. בית המשפט החיל על תחרות זו את הכלל הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין וקבע כי היות שהשיתוף הספציפי בדירה התקיים ביום רישום המשכנתה, בן זוגו של הבעלים הרשום גובר כ"בעל העסקה הראשונה" לפי סעיף 9, ואילו הנושה, כ"שני" שבאותו סעיף, מפסיד בתחרות משום שלא טרח לברר מהו היקף זכויות בן הזוג, מלבד ההסתמכות על המרשם, ובהעדר ברור כזה לא נחשב לתם לב.¹⁹³ בהלכת **לאניאדו** נקבע כלל הכרעה בתחרות על דירת מגורים בין מקבל התחייבות למתנה לנושה של הנותן שהטיל עיקול על הדירה הכפופה להתחייבות אך לא קיבל משכנתה. לפי כלל זה, הנושה יגבר על מקבל ההתחייבות אלא אם הוכיח מקבל ההתחייבות את תום לבו של הנותן והסיר כל חשש שהמתנה נועדה להברחת הנכס מנושי הנותן או למטרה לא ראויה אחרת.¹⁹⁴ העדפת הנושה על פני מקבל ההתחייבות למתנה בהלכת **לאניאדו** נבעה בעיקר מכך שהמתחייב לתיתה רשאי לחזור בו מהתחייבותו במצבים רבים ושונים, ולכן זכותו של מקבל ההתחייבות חלשה.¹⁹⁵ ולבסוף, מסעיף 7 לחוק יחסי ממון עולה כי מי שכבר קיבל מתנה יגבר בתחרות על הנכס מושא המתנה על בן זוג של הנותן, אם זכויות בן הזוג מבוססות על איזון המשאבים בלבד, משום שהסעד שמאפשר הסעיף מוגבל לשינוי יחס האיזון של הרכוש שנשאר בידי הנותן ואינו כולל את העברת נכס המתנה, או חלקו, מידי מקבלו לבן הזוג של הנותן. מבט על שלושת כללי ההכרעה יחדיו מלמד כי המשפט הישראלי מייחס עוצמה רבה לזכויות בני זוג

¹⁹² ת"ע (משפחה י-ם) 41310/04 **עייזבון נ' נ', נ' פס' 26** לפסק הדין (נבו 31.7.2008). בית המשפט העיר כי לעומת המצב בחוק יחסי ממון, בסעיף 63 לחוק הירושה ובסעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל (שבוטלה מאז ניתן פסק הדין), עוגנו מנגנונים דוקטרינריים להשבת סכומים ונכסים שהמוריש והחייב, בהתאמה, הבריחו: חיוב המקבל להחזיר לעייזבון מה שקיבל או לשלם מזונות ישירות לזכאי להם, ובטלות ההענקה כלפי הנאמן בפשיטת רגל, בהתאמה (שם, בפס' 25).

¹⁹³ עניין **בן גיאת**, לעיל ה"ש 131.

¹⁹⁴ ע"א 11502/05 **לאניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ**, פס' 9 לפסק דינו של השופט אלון (נבו 24.2.2008).

¹⁹⁵ שם, בפס' 4–8.

מכוח שיתוף ספציפי, ואילו זכויות בני זוג מכוח איזון המשאבים נתפסות כחלשות יחסית. עוד ניכר כי מתחרים שנתנו תמורה נתפסים כבעלי זכות חזקה מזו של אלה שלא נתנו תמורה. לפי גישתנו, המבקשת לאתר פתרונות לשאלות שמעורר השימוש בנאמנויות בהקשר הרכוש הזוגי העולים בקנה אחד עם הדין הקיים בסוגיות קרובות, ניתן אפוא משקל, בהתוויית כלל ההכרעה בתחרות, לשאלת אופי זכותו של בן הזוג שלא יצר נאמנות – זכות מכוח שיתוף ספציפי או מכוח איזון המשאבים – ולשאלת התמורה שנתן הנהנה. כלל ההכרעה בתחרות ישתנה אפוא לפי התשובה לכל אחת משתי שאלות אלה. מסיבה זו נתווה ארבעה כללי הכרעה: אחד לכל מצב דברים בשאלת אופי זכותו של בן הזוג ובשאלת התמורה שנתן הנהנה. כדי להתמודד עם מתווי נאמנות המותירים את זהות הנהנה מעורפלת ועם הפסיכיות של נהנים רבים, נתחשב לעניין תום ליבו של הצד הנאמנותי לתחרות גם בתום ליבו של הנאמן. ברוח הלכת **בן גיאת** נתחשב, בזיהוי הדרישות שמשיית עקרון תום הלב על הצד הנאמנותי לתחרות, בשאלת מקצועיותו. אנו מציעים את כללי ההכרעה הבאים בתחרות בין בן הזוג שלא יצר נאמנות לבין הנהנה או הנהנים מהנאמנות: (1) **אם הנהנה הזרים תמורה לתוך כיס העושר הזוגי ובן הזוג שותף בנכס המחלוקת מכוח שיתוף ספציפי**: נהנה שהוא נושה מקצועי, המקבל את הנאתו לפי הנאמנות אגב פעולתו במקצועו – מי שעסקו הלוואות, כגון בנק שקיבל בטוחה המוחזקת בנאמנות עבורו – יפסיד בתחרות כי מוטל עליו, בהיקש מהלכת **בן גיאת**, נטל לבדוק אם הנכס כפוף לזכויות בן זוג של היוצר ולקבל אישור של בן הזוג כי הנכס אינו כפוף לזכויותיו. התוצאה צריכה להיות זהה, ככל הנראה, גם אם הנאמן הוא נושה מקצועי והנהנה אינו כזה, שכן כמו נהנה שהוא נושה מקצועי, גם נאמן שהוא נושה מקצועי הוא מונע הנזק הזול בתחרות עם בן הזוג האחר.¹⁹⁶ עולה מן הדברים שאם מי מבין הנאמן והנהנה הוא נושה מקצועי, ובהיעדר בדיקה ואישור כאמור, בן זוגו של היוצר, שהוא שותף בנכס המחלוקת מכוח שיתוף ספציפי, ינצח בתחרות ויהיה זכאי לצו המורה על ביטול הכפפת הנכס לנאמנות ועל העברתו לידי בן הזוג, אף שהנהנה הזרים תמורה לתוך כיס העושר הזוגי. (2) **אם הנהנה הזרים תמורה לתוך כיס העושר הזוגי ובן הזוג מחזיק בזכות מכוח איזון המשאבים בלבד**: הנהנה ינצח בתחרות אם נתן תמורה בעלת ערך כלכלי רב הזמינה לבן הזוג שלא יצר נאמנות כמקור לתשלום חוב היוצר בשל איזון המשאבים. תמורה לא ממונית שנתן נהנה, כגון השגת יעדי חיים, שאותה קבע היוצר כתנאי לזכייתו, לא תיחשב לתמורה לצורך ההכרעה בתחרות עם בן זוגו של היוצר.¹⁹⁷ בהינתן מתן תמורה כאמור בידי הנהנה, הכפפת הנכסים שבמחלוקת לנאמנות אינה גורמת לבן הזוג, שזכותו מעוגנת באיזון המשאבים בלבד, נזק שיש בו כדי להטות את הכף לטובת בן הזוג על חשבון הנהנה. (3) **אם הנהנה לא הזרים תמורה לתוך כיס העושר הזוגי ובן הזוג שותף בנכס המחלוקת מכוח שיתוף ספציפי**: בן הזוג ינצח בתחרות ויהיה זכאי לצו המורה על ביטול הכפפת הנכס לנאמנות והעברתו לידי, בשל אי-מתן

¹⁹⁶ לדיון בנוסחה לזיהוי הזוכה בתחרויות זכויות באמצעות זיהוי מונע הנזק הזול ראו דגן, לעיל ה"ש 112, בעמ' 207–216, ויתר המקורות הנזכרים אצל חפרי-וינוגרדוב "דין הנאמנות בישראל", לעיל ה"ש 11, בעמ' 491, ה"ש 200.

¹⁹⁷ לדיון במושג ה"תמורה הממשית" בדיני הקניין, ראו דנ"א 2568/97 **כנען נ' ממשלת ארצות הברית**, פ"ד נ"ז(2) 632 (2003).

תמורה מאת הנהנה, ואפילו במקרה שבו הנהנה והנאמן שניהם תמי לב. בניגוד למקבל ההתחייבות למתנה, המפסיד בתחרות שנדונה בפרשת **לאניאדו** משום שלנותן כוח לבטל את התחייבותו, זכותו של נהנה לפי נאמנות אינה, במקרים רבים, ניתנת לביטול בידי היוצר. למרות זאת ינצח בן הזוג בתחרות, בשל העוצמה שמייחס המשפט הישראלי לזכות מכוח שיתוף ספציפי, הגדולה מזו שהוא מייחס לזכותו של הנושה, שזכה בתחרות בפרשת **לאניאדו**. (4) **אם הנהנה לא הזרים תמורה לתוך כיס העושר הזוגי ובן הזוג מחזיק בזכות מכוח איזון המשאבים בלבד**: ככלל, יזכה הנהנה בנכס, ובן הזוג האחר לא יהא זכאי לצו המבטל את הכפפת הנכס לנאמנות. אלא שאם אין בידי בן הזוג היוצר משאבים המאפשרים לו להעביר לבן הזוג האחר את המגיע לו לפי איזון המשאבים, שנערך לאחר התאמה לפי סעיף 7, יוכל בן הזוג האחר לפתוח בהליכי חדלות פירעון נגד בן הזוג היוצר. חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי מורה כי ניתן לבטל פעולה הגורעת נכסים מקופת הנשייה, שבוצעה עד שנתיים קודם למועד הגשת הבקשה לצו פתיחת הליכי חדלות פירעון, או במקרה שהנעבר הוא קרוב משפחה של המעביר – עד ארבע שנים קודם למועד זה.¹⁹⁸ אם הפעולה בוצעה כדי להבריא את הנכסים מנושים, מתיר חוק זה לבטלה אם בוצעה בשבע השנים שקדמו להגשת הבקשה.¹⁹⁹ לטעמנו, ראוי לאפשר לבית המשפט לענייני משפחה ליתן את סעד הביטול במסגרת עיסוקו בחלוקת הרכוש הזוגי ולהימנע מהשתתות נטל פתיחת הליכי חדלות פירעון על בן הזוג האחר. יש לתת את הדעת על כך שחדלות פירעונו של בן הזוג היוצר צפויה להיווצר רק לאחר מתן פסק הדין לאיזון המשאבים, ואפשר שפסק דין זה יינתן רק שנים רבות לאחר הכפפת הרכוש הזוגי לנאמנות ולאחר הקרע בין בני הזוג. כדי להתמודד עם מצב דברים זה ראוי לטעמנו לאפשר לבית המשפט למשפחה למנות את תקופת הזמן הנזכרת בחוק חדלות פירעון אחורה ממועד הקרע בין הצדדים, המפעיל את איזון המשאבים, ולא ממועד הגשת בקשה אפשרית לצו פתיחת הליכי חדלות פירעון. בית המשפט יוכל להתחשב בשאלת תום ליבם של הנאמן ושל הנהנה, ולמשל בכך שמי מהם ידע, או היה צריך לדעת, שהכפפת הרכוש לנאמנות נעשתה על מנת לסכל את זכותו של בן הזוג האחר לפי איזון המשאבים, או שבעקבותיה לא יהיה די בנכסים שיוותרו ליוצר כדי לעמוד בחובו לפי דיני הרכוש הזוגי. להסתמכות הנהנה על הנאותו יינתן משקל על-ידי כלל לפיו כאשר בן הזוג האחר זכאי לצו המבטל את ההעברה לנאמן, יקיף צו זה רק חלק מתוך הנכסים שהוכפפו לנאמנות ששוויו זהה לשווי החלק מזכויות בן הזוג האחר לפי איזון המשאבים שלא יוכל לגבות ממקורות אחרים.²⁰⁰

לסיום דיוננו בסעד הבטלות או הביטול נתייחס לכמה מקרים מיוחדים. אם חלק מן הנהנים זוכים, לפי הכללים שקבענו למעלה, בתחרות עם בן הזוג האחר, ויתרתם מפסידים לו, יהיו אך

¹⁹⁸ ראו ס' 220(א)(2) לחוק חדלות פירעון; וכן הגדרת "קרוב" בס' 4 לחוק.

¹⁹⁹ ס' 221 לחוק חדלות פירעון.

²⁰⁰ השוו את הפתרונות שהבאנו לתחרות הזכויות האמורה לגישתו של ה- RESTATEMENT SECOND, PROP. § 34.1(1) (AM. L. INST. 1977), המורה כי מתנה שנותן בן זוג, בחיים, לצד שלישי, כשהנותן מביא בחשבון את גירושיו האפשריים, כפופה לזכויות בן הזוג האחר לפי דיני הרכוש הזוגי, ומפרש כי ביטול המתנה אינו ראוי כשגם לאחריה נותר לנותן רכוש מספיק לגביית זכויות בן זוגו לפי דיני הרכוש הזוגי (שם, בס' 34.1, הערה c).

חלקיהם של המפסידים בתחרות חשופים לצו ביטול או להצהרת בטלות שיפוטיים. כשזהות הנהנים ידועה, אבל חלקו של כל אחד מהם בהנאה טרם נקבע ואף לא ניתן לאמוד אותו, דומה כי ראוי שבית המשפט יתייחס, לצורך צו הבטלות או הביטול, לכל נהנה כאילו הוקצה לו חלק מן הרכוש הכפוף לנאמנות שגודלו כגודל המנה המתקבלת מחלוקת סך כל הרכוש שהוכפף לנאמנות במספר הנהנים. אם בית המשפט מתרשם שחלק מן הנהנים שולבו במתווה הנאמנות אף שאין כל כוונה או היתכנות שחלק ניכר מן הרכוש הכפוף לה יחולק להם, כדי להקטין את החלק מן הרכוש שייחוס – לצורך הדיון בסעד הביטול או הבטלות – לנהנים העלולים להפסיד בתחרות עם בן הזוג האחר, יוכל בית המשפט להתעלם מ"נהני-הקש" הללו בבואו לחלק לצורכי הסעד האמור את הרכוש הכפוף לנאמנות במספר הנהנים.

נותר לדיון הקושי הדוקטרינרי הלכאורי שיוצר סעיף 3(ב) לחוק הנאמנות, המורה כי "אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם, או הנובעים מפעולות הנאמנות". עולה מן הסעיף שכדי שבן הזוג האחר יוכל לגבות את שהיוצר חייב לו מכוח איזון המשאבים מתוך הנכסים שהוכפפו לנאמנות, חובו של היוצר צריך להיות "מוטל" על הנכסים הללו. לעומת זאת אם בן הזוג האחר הוכיח שיתוף ספציפי בנכס שהוכפף לנאמנות, סעיף 3(ב) אינו יוצר כל קושי, שהרי חלקו של בן הזוג האחר בנכס אינו בגדר חוב של היוצר למאן דהוא; חלקי הנכסים השייכים מכוח שיתוף ספציפי לבן הזוג האחר אינם בגדר נכסי נאמנות. אם הנכסים שבמחלוקת כבר חולקו לנהנה, הם אינם עוד נכסי הנאמנות לצורך סעיף 3(ב), והבעיה שמעורר הסעיף אינה מתעוררת. אם הנכסים עדיין בידי הנאמן, וזכות בן הזוג האחר היא מכוח איזון המשאבים, אז כשכללי ההכרעה שהתוונו למעלה מורים על העדפת בן הזוג האחר על הנהנה, יש לראות בזכות בן הזוג האחר, לצורך הסעיף, ככזו שהוטלה על הנכסים שבידי הנאמן.

(ד) הוספת בן הזוג האחר כנהנה וחלוקת רכוש מתוך הנאמנות לידי

החלופה האחרונה שנוכר כאן היא מתן צו שיפוטי המורה על הוספת בן הזוג האחר כנהנה לפי הנאמנות ועל חלוקת רכוש לידי בסכום ששייב על כנה את תוצאת האיזון שהיתה מתקבלת לולא נוצרה הנאמנות, או ישקף את חלקו של בן הזוג האחר בנכסים שהוכפפו לנאמנות. באנגליה מוסמך בית המשפט לתת צו כזה בסעיף 24 ל-Matrimonial Causes Act.²⁰¹ במשפט הישראלי אין הוראת חוק מפורשת המסמיכה את בית המשפט לתת צו כזה בהתדיינות בין בני זוג באשר ליחסי הממון. יתר על כן, סעיף 23(א) לחוק הנאמנות נראה כמונע מתן סעד כזה בכל הנוגע להקדשים, שהם נאמנויות הנוצרות בכתב הקדש חד-צדדי עליו חותם היוצר בפני נוטריון, בצוואה או בהוראת תשלום שהיוצר נותן לקופת גמל או לחברת ביטוח. הסעיף מורה כי "בית המשפט רשאי לשנות או לבטל הוראה מהוראות כתב ההקדש, אם מטעמים שיוצר ההקדש הביא לפניו ואם משום שראה כי חל שינוי של ממש בנסיבות המצדיק לעשות כן ושהדבר תואם את אומד דעתו של יוצר ההקדש". כאשר בן זוג יצר הקדש כדי להקטין את חלקו של בן הזוג האחר ברכוש הזוגי, נראה שהיוצר לא יבקש מבית המשפט לשנות את כתב ההקדש ולהקצות לבן זוגו הנאה מן

²⁰¹ ראו את הדיון לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 32–35.

הנאמנות. אף שסיום הקשר בין בני הזוג עשוי להיות בגדר שינוי של ממש בנסיבות, המאפשר, לפי סעיף 23(א), לבית המשפט לשנות את כתב ההקדש שלא לבקשת היוצר, הקצאת הנאה לבן הזוג האחר עלולה שלא לתאום את אומד דעתו של היוצר, שביקש להימנע מלחלוק בנכסים שכסף להקדש עם בן זוגו. הקושי שמעורר סעיף 23(א) אינו קיים באשר לנאמנויות שאינן בגדר הקדשים, כגון נאמנויות שנוצרו בחוזה. באשר לנאמנויות כאלה ניתן לחשוב גם על סעדים המשנים את תנאי הנאמנות בדרכים אחרות, הרצויות לבן הזוג האחר אף שאינן הופכות אותו לנהנה או מביאות לחלוקת רכוש הכפוף לנאמנות לידיו.

ג. סיכום

ראינו במאמר זה כי השימוש בנאמנויות הוא דרך מקובלת להקצות רכוש בין בני זוג ובני משפחה אחרים. משתמשים בהן גם כדי לנסות ולשנות את התוצאות של דוקטרינות איזון המשאבים והשיתוף הספציפי, ההופכות גירושין לאירוע המשנה את זהות בעליו של רכוש רב. ביקשנו להציע גבולות ראויים לשימוש בנאמנויות בהקשר זה, אגב מזעור הפגיעה שבו בהגנה שנותן הדין לבני זוג מעוטי רכוש, לצד אפשרות שימוש בנאמנויות שאין בו פגיעה כזו.

כך ראינו בפרק א כי הנאה של בן זוג לפי נאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין כפופה לאיזון המשאבים שבין בן הזוג הנהנה לבן זוגו, אם היא בגדר תמורה על פעולות שביצע הנהנה בתוך כדי הנישואין. הנאה של בן זוג לפי נאמנות שיצר אדם שאינו צד לנישואין, שאופייה מתנתי ולא תמורתי, עשויה להיות כפופה לשיתוף ספציפי בין בן הזוג הנהנה לבן זוגו, אם נוצר מצג כלפי בן הזוג האחר שלפיו היא משותפת, אם בן הזוג האחר הסתמך עליה הסתמכות סבירה, או אם עורבבה עם נכסים משותפים באופן המקים בסיס למצג או הסתמכות כאלה. המגבלות המוטלות בסעיף 20 לחוק הנאמנות על המחאה, שעבוד ועיקול של זכות נהנה לפי הקדש אינן מונעות הכפפה של זכות כזו לדיני הרכוש הזוגי. הצענו דרכים לשומת הנאה של בן זוג לפי נאמנות כאמור, שהיקפה טרם נקבע במועד חלוקת הרכוש, וכן של מועמדות של בן זוג כאמור להנאה לפי נאמנות כזו: על בית המשפט להשתמש בכל ראייה רלוונטית לשומת הזכות, כגון ראיות בדבר חלוקת עבר לנהנה ובדבר כוונת היוצר. בהיעדר ראיות כלשהן באשר לסיכוי שהנאמן יבחר להקצות הנאה לבן הזוג הנהנה או להיקף ההנאה שיבחר להקצות לו, יש לשום את ההנאה או את המועמדות באמצעות חלוקת הסכום הכולל העומד לחלוקה במספר הנהנים, או המועמדים להנאה. כאשר בית המשפט מתרשם כי אי-הוודאות באשר לקיומה או להיקפה של הנאת בן זוג לפי נאמנות נוצרה בכוונה להערים על דיני הרכוש הזוגי, תקום חזקה שלפיה הנאמן עתיד לחלק לבן הזוג הרלוונטי את כל הרכוש שבכוחו לחלק לו לפי כתב הנאמנות, גם אם הנאמן מוסמך לחלק אותו רכוש גם לאחרים. לצורך החזקה האמורה יש להתייחס למצב שבו בן זוג אינו מגוי במסמכי הנאמנות כנהנה, אך לנאמן או לאחר יש סמכות להופכו לנהנה, ויש טעם לחשוב כי התפתחות כזו צפויה, כאילו בן הזוג הוא נהנה. בית המשפט יוכל להשתמש בסמכויותיו לפי סעיף 8 לחוק יחסי ממון כדי להביא בחשבון לצורך האיזון הנאות ומועמדויות להנאה של מי מבני הזוג, שאינן כפופות לאיזון או לשיתוף ספציפי. כאשר פעולות והחלטות של נאמן עלולות לפגוע באפקטיביות של דיני הרכוש הזוגי, ובייחוד למזער את הערך שיגיע לבן זוג שאינו נהנה לאחר הגירושין, על

הנאמן להימנע מפעולות ומהחלטות הסותרות את הדין או הופכות אותו ללא אפקטיבי. כאשר יצירת הנאמנות או פעולה של נאמן, העלולה למזער את הערך שיגיע לבן זוג שאינו נהנה מכוח דיני הרכוש הזוגי, נועדה להשגת מטרה שאינה אך פגיעה באפקטיביות של דינים אלה, יוכלו הנאמן ואחרים המעוניינים בהשגת המטרה להכשיר את השגתה באמצעות גילוי המטרה והשלכותיה על הערך שבו יזכה בן הזוג, לבן זוג זה. הדרכים הלגיטימיות למזעורה או למניעתה של חלוקת הנאה שהוקצתה לבן זוג בינו לבין בן זוגו הן הסכם ממון בין בני הזוג המחריג את ההנאה מתחולת דיני הרכוש הזוגי (כשההנאה כפופה לאיזון המשאבים) וגילוי ברור ומתמשך של כוונה להימנע משיתוף ההנאה עם בן הזוג (כשאינה כפופה לאיזון המשאבים). יוצר נאמנות המעוניין להימנע מחלוקת הנאה שהקצה לבן זוג, או לנהנה העשוי להפוך לבן זוג, בינו לבין בן זוגו, יכול להתנות בכתב הנאמנות את זכאות הנהנה לפי הנאמנות בעשיית הסכם ממון עם כל בן זוג של הנהנה, שימנע את חלוקת ההנאה מן הנאמנות עם בן הזוג, במהלך הנישואין או לאחר פרדה. ניתן גם להקצות בכתב הנאמנות הנאה נפרדת לכל אחד מבני הזוג, בליווי הבהרה, שתעוגן גם בהסכם ממון (ככל שההנאות כפופות לאיזון) או בגילוי (בכל מקרה אחר), כי ההנאות הללו אינן כפופות לאיזון או לשיתוף בין בן הזוג הנהנה לבן זוגו.

בפרק ב עסקנו בנאמנויות שבן זוג כופף להן במהלך הנישואין רכוש עליו חלים דיני הרכוש הזוגי. נאמנויות כאלה עשויות לשנות את תוצאת הפעלת דיני הרכוש הזוגי, על-ידי שהרכוש שהוכפף להן יוצא, עם הכפפתו, מן המסה הכפופה לאיזון המשאבים או לשיתוף ספציפי. במקרים אחרים עשויים דיני הרכוש הזוגי להוליך למסקנה כי נאמנויות כאלה פסולות. קו הגבול בין נאמנויות מותרות ופסולות מסוג זה מותווה בחלקו בסעיף 7 לחוק יחסי ממון. מסעיף זה עולה כי כשרכוש הכפוף לדיני הרכוש הזוגי הוכפף לנאמנות שמטרתה משפחתיות במועד שאינו צופה פני גירושין, הרי אם אין בנאמנות פגיעה זדונית בבן הזוג האחר והרכוש הכפוף לה אינו מקיף חלק ניכר מן הרכוש הזוגי, אין בה פגם מבחינת דיני הרכוש הזוגי. לעומת זאת נאמנות הנוצרת למטרות אישיות של בן הזוג היוצר אותה, מותרת רק כאשר הרכוש הכפוף לה הוא בהיקף קטן ביחס למשאביהם של בני הזוג, ורק כאשר אינה סותרת נוהג שאימצו באשר להיקף ההוצאות האישיות המותר. במועד הצופה פני גירושין כל פעולה הגורעת מקופת הנכסים הכפופים לדיני הרכוש הזוגי וחורגת מהיקף הצריכה השוטפת הנהוג בין בני הזוג סותרת את דיני הרכוש הזוגי, ומזכה את בן הזוג האחר בסעד ששייב על כנה את תוצאת איזון המשאבים שהיתה מתקבלת לולא הפעולה. נאמנויות שיצר בן זוג לטובת בן הזוג האחר וכפף להן רכוש הכפוף לדיני הרכוש הזוגי יהיו תקפות מבחינת דינים אלה כל עוד אינן מגבילות יתר על המידה את שליטת בן הזוג האחר ברכוש שהיה אמור לקבל מכוח דיני הרכוש הזוגי. דינים אלה יתייחסו לנאמנות על רכוש זוגי לטובת ילדיהם המשותפים של בני הזוג בסובלנות רבה יחסית, גם אם נוצרה בידי בן זוג אחד בלא הסכמת בן הזוג האחר, כל עוד בן הזוג האחר לא התנגד ליצירתה. כאשר הנישואין מתפקדים ואינם צפויים להגיע לקיצם בקרוב, העברה של רכוש זוגי לילדי אחד מבני הזוג מקשר זוגי אחר היא בגדר הצריכה הפרטית של כל אחד מבני הזוג. היקפה המותר צריך להיגזר מן הנהוג בין בני הזוג, מהיקף הנכסים העומדים לרשותם, מן המקורות האחרים הזמינים לתמיכה בילדים שבהם מדובר ומהשוואה בין היקפי ההוצאה הפרטית של כל אחד מבני הזוג, אף שהדין אינו דורש

שהיקפים אלה יהיו דומים. כאשר הנישואין עומדים בפני סיום, בגירושין או במוות, בן זוג שמעוניין להעביר סכומים גדולים מתוך הרכוש הזוגי לילדיו מקשר אחר יצטרך לרכוש את הסכמת בן הזוג האחר. במקרה שבן זוג כופף רכוש זוגי לנאמנות עבור עצמו, יש לערוך את האיוון כאילו הרכוש שהוכפף לנאמנות עודדו בידי היוצר, ואם ברכוש שנותר בפועל בידי היוצר לאחר מימון הנאמנות אין די כדי להעביר לבן הזוג האחר את הסכום שהיוצר נדרש להעביר אליו בשל האיוון, ההנאה שהקצה בן הזוג היוצר לעצמו תהיה גם היא כפופה לחיובי ההעברה הנובעים מאיוון המשאבים, ככל הנדרש כדי להעביר סכום זה. כאשר בן הזוג השית את הנאמנות על רכוש שהיה כפוף, קודם שהוכפף לה, לשיתוף ספציפי, תהיה גם ההנאה שהקצה היוצר לעצמו כפופה לשיתוף ספציפי עם בן הזוג האחר. יצירת נאמנות על רכוש זוגי לטובת בן הזוג היוצר מעוררת חשד לניסיון הברחה או הערמה על הדין, ולכן ראוי שבמקרה זה תקום לצורך הפעלת סעיף 7 לחוק יחסי ממון חזקה שלפיה בן הזוג היוצר התכוון לסכל את זכות בן זוגו לפי איוון המשאבים, אלא אם הקצה לבן הזוג הנאה לפי הנאמנות שהיא שוות ערך לפחות להפרש שבין הסכום שישתלם לבן הזוג האחר לאחר איוון המשאבים – בהינתן יצירה ומימון של הנאמנות – לבין הסכום שהיה משתלם לו לאחר האיוון לולא נוצרה ומומנה. לבסוף מנינו סעדים העשויים להיות זמינים לבן זוג המבקש לזכות, בהתרת הנישואין או בפקיעתם, בהיקף הרכוש שבו היה זוכה לולא כפף בן הזוג האחר רכוש זוגי לנאמנות שיצר. סעדים אלה מונים את עריכת איוון המשאבים כאילו הנכס שהוכפף לנאמנות עודדו ברשותו של יוצר הנאמנות, ללא קשר לשאלה אם הוא אכן ברשותו אם לא; את הסעדים לפי סעיף 8 לחוק, המשנים את יחס האיוון של הרכוש שנותר בידי הצדדים בין בני הזוג, מאזנים את הנכסים הכפופים לאיוון לפי שווים במועד שקדם למועד האיוון, או מאזנים את הנכסים שהיו לבני הזוג במועד שקדם למועד האיוון, בטרם מומנה הנאמנות; הצהרת בטלות או צו ביטול של הכפפת רכוש זוגי לנאמנות; ואת הוספת בן הזוג האחר כנהנה לפי הנאמנות וחלוקת רכוש לידיו בסכום ששייב על כנה את תוצאת האיוון שהייתה מתקבלת לולא נוצרה הנאמנות.

מאמרנו ממחיש את האופן שבו מושגים במשפט מקבלים משמעות שונה בהקשרים שונים. כך נתנו למושג ה"תמורה" משמעות אחת לצורך הכפפת הנאה שהוקצתה לבן זוג לפי נאמנות שיצר מי שאינו צד לנישואין לאיוון המשאבים בין הנהנה לבן זוגו, תוך יישום החרגתן של מתנות בסעיף 5 לחוק יחסי ממון מן המסה המתאזנת בין בני הזוג, ומשמעות אחרת בהקשר של הפעלת סעיף 7 לחוק יחסי ממון, המתיר לבית המשפט להורות כי נכס שבן זוג הוציא או התחייב להוציא מרשותו ייחשב, לצורך איוון המשאבים, כאילו עודדו שייך לבן זוג זה. בהקשר הראשון ראינו התנהגות של בן הזוג הנהנה שאותה קבע היוצר כתנאי לקבלת הנאה כתמורה שנותן בן הזוג עבור הנאתו, כל עוד זו נשענת על מאמץ משפחתי. אופייה התמורתי של הנאה זו הופך אותה כפופה לאיוון המשאבים שבין הנהנה לבן זוגו. לעומת זאת בהקשר השני ראינו רק תמורה המשמרת, ולו בקירוב, את שוויו של כיס העושר הזוגי, ככזו המוציאה את הכפפתו לנאמנות של נכס הכפוף לדיני הרכוש הזוגי מגדר מתנה, שאותה יכול בית המשפט לראות ככפופה לאיוון המשאבים גם אם לא ניתנה בכוונה לסכל את זכויות בן זוגו של הנותן לפי האיוון. בשני המקרים נתנו למושג התמורה משמעות שתסייע לבתי המשפט לרסן ניסיונות להחריג רכוש מדיני הרכוש הזוגי

באמצעות שימוש בנאמנויות. מוטיבציה נורמטיבית זהה הובילה אפוא, בשני הקשרים דוקטרינריים שונים בדיני הרכוש הזוגי, למתן משמעויות שונות לאותו מושג עצמו. כך יוכלו שני ענפי דין אלו – דיני הנאמנות מחד ודיני הרכוש הזוגי מאידך – להימנע מלסכל זה את מטרותיו של זה ולהשיג יחד מטרות לגיטימיות, באמון ובמאמץ משותף.