חוק לישראל: נאמנות בנכסים

בסדרה "חוק לישראל" נתפרסמו עד כה הספרים

ערבות
נזיקין
עשיית עושר ולא במשפט
השבת אבדה
שכירות ושאילה
שומרים (2 כר')
שיתוף נכסים
נאמנות בנכסים

בהכנה

שליחות
מתנה
פגמים בחוזה
תרופות בשל הפרת חוזה
האחריות הפלילית
סייגים לאחריות הפלילית

חוק לישראל

ערוכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי
כיסוד לחקיקה ולפסיקה
על פי סדר חוקי מדינת ישראל

בעריכת נחום רקובר

ירון אונגר

נאמנות בנכסים

ספרית המשפט העברי

ספרית המשפט העברי

משרד המשפטים
מורשת המשפט בישראל

יוצא לאור בסיוע משרד התרבות והספורט
מינהל התרבות

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר מידע
לסדר או לקלוט בכל דרך ובכל אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר
כל חלק שהוא מן החומר שבספר זה

©
כל הזכויות שמורות

מורשת המשפט בישראל
ת"ד 7483 ירושלים 91074
jewishl@zahav.net.il
www.mishpativri.org.il
תש"ע – 2010

מוקדש לכבוד הורינו היקרים

ר׳ מרדכי דוד בן הרב אפריס אריה הכהן כ״ץ

ועדינה בת ר׳ אהרן הכהן

על ידי בניהם

ציפי וצבי כ״ץ

פתח דבר

שמחים אנו להגיש בזה את הספר על דיני "נאמנות", שהוא השמיני בסדרה "חוק לישראל". עניינה של סדרה זו הוא עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי כיסוד לחקיקה ולפסיקה על פי סדר סעיפי החוק הנהוג כיום בארצנו. בזה באה לידי ביטוי המגמה להדגיש את זיקתם של הנושאים הנידונים ב"חוק לישראל" למציאות ימינו.

מטרתה של הסדרה היא הפיכתו של המשפט העברי לשיטת משפט נגישה וישימה לכל מי ששיח ושיג לו עם העשייה בתחום המשפט וההלכה. לשמחתנו נתקבלו הספרים שכבר יצאו בסדרה זו בהערכה רבה, והם משמשים כיום שופטים ודיינים בארץ ובחוצה לארץ, פרקליטים ומחוקקים, חכמי התורה ולומדיה. מעתה לא יעלה על הדעת לעסוק באחד מן הנושאים שעליהם נכתב בסדרה זו, בלא להזדקק לספרים אלה.

בכך נתגשמה ציפייתו של הגאון רי"ש אלישיב שליט"א, בו נועצנו בראשית מפעלנו, בדבר התועלת הרבה העשויה לצמוח מספרים אלו ליושבים על מידין, שמעתה יוכלו למצוא את מבוקשם בסבך השאלות העיוניות והמעשיות, ולא ייאלצו לבסס את הכרעתם על שיקול הדעת גרידא.

הנוסח הראשוני של ספר זה פורסם זה מכבר באתר האינטרנט של "מורשת המשפט בישראל" (www.mishpativri.org.il), והדבר אִפשר לחוקרים ולמחברים לעשות בו שימוש כבר בשלבים שקדמו לפרסום החיבור.

הגאון הרב אשר וייס שליט"א הואיל לעיין ולחוות דעתו בשאלת מעמדו המשפטי של הנאמן, באופן שיוכל לפעול ביעילות לטובת הנהנים למילוי מגמתו של יוצר הנאמנות.

כאן המקום להזכיר לשבח את ד"ר מרדכי מרכוס כהן ז"ל מבאזל, חוקר המשפט העברי, שכיהן לימים כיועץ למשפט העברי במשרד המשפטים. ד"ר כהן כתב ערכים בנושאים רבים בתחום המשפט העברי בלקסיקון היהודי (Jüdisches Lexikon) שיצא לאור בברלין בשנים 1927־1930, ובהם הערך על אפוטרופוס (Vormund), שיש לו זיקה רבה לנושא שבו עוסק החיבור שלפנינו. ערכים אלה קובצו לאחר פטירתו בספר Wörterbuch des Jüdischen Rechts (Kargerverlag, Basel 1980), על ידי בנו, מר ארתור כהן, המעודד אותנו בהפצת ערכי המשפט העברי וזיקתם לימינו.

עמותת "מורשת המשפט בישראל" זוכה לעידוד רב מאישים המכירים בערך החשוב של החדרת ערכי המשפט העברי למערכות חיינו, ובהם ד"ר צבי כ"ץ, מר זאב שטרן ובנו מר יעקב שטרן, וראשי Stiftung Irene Bollag-Herzheimer. על כולם תבוא ברכת טוב.

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

מלים אלו נכתבות ביום עשרה בטבת, יום פטירתה של אמי־מורתי מרת חנה מלכה ע״ה, בתו של הרב שמחה מנדלבוים, מבניה־בוניה של ירושלים, ונכדתו של האדמו״ר רבי מנחם נחום עפשטיין, הידוע כרבי נחומק׳ה מקוברין, זכר צדיקים לברכה.

זכיתי בעזר ה׳ וגדלתי בבית שהיו בו תורה וגדולה במקום אחד; בית של קידוש השם בחיי היום־יום, תוך מסירות נפש לערכי אהבת התורה, אהבת האדם מישראל ואהבת ארצנו הקדושה.

רעייתי המנוחה בתיה, עליה השלום, שביום כ״ה בטבת ימלאו שנתיים ימים לפטירתה, המשיכה וטיפחה בדרכה הנפלאה ערכים אלו.

ככל שחולפים הימים, מתעצמת בי תחושת התודה להשי״ת על שזיכה אותי בשנים רבות ויפות עימה, ולהיות שותפה בגידול ילדינו בדרך זו.

עיה״ק ירושלים ת״ו
י׳ בטבת תש״ע

נחום רקובר

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

הקדמה

דיני הנאמנות מבקשים להסדיר את הסמכויות בדבר נכס שבעליו נתן אותו בידיו של אדם (הנאמן) כדי שיפעל בו לטובתו של אדם אחר (הנהנה), או למטרה שיוצר הנאמנות חפץ בהגשמתה.

הנאמנות יוצרת מבנה משולש, שבו משתתפים בעל הנכס, הנאמן והנהנה. מבנה זה מצריך קביעת מעמדו המשפטי של כל אחד מאלה בזיקה לנכס, ובמיוחד קביעת מעמדו של הנאמן שאמור לפעול בנכס לטובת הנהנה.

החובה הבסיסית לשאת ולתת באמונה מקבלת משנה תוקף אצל מי שמתפקידו לנהל את עסקיו של הזולת, באשר אדם זה נדרש לפעול באמונה ובשקידה לטובת הגשמת המטרה שהציב בעל הנכס, יוצר הנאמנות, ללא כל כוונה זרה. חוק הנאמנות נועד לצקת תוכן משפטי ממשי לחובות אלו.

חיבור זה מבקש להציג באופן שיטתי את דיני הנאמנות של המשפט העברי בזיקה למשפט הנוהג בארץ, על פי הוראות חוק הנאמנות. היות ובמהלך העבודה פורסם התזכיר להצעת חוק דיני ממונות (הקודקס האזרחי), המשלב בתוכו הוראות חוק הנאמנות לעיתים בשינויים מהותיים, התייחסנו גם לנוסח המוצע בתזכיר זה.

בהבדל מחוק הנאמנות שהכניס לקורת גג אחת נאמנויות שונות, הנבדלות זו מזו בדרכי יצירתן ובתכליתן, פזורות הלכות הנאמנות של המשפט העברי במקורות הלכה רבים — בהלכות האפוטרופוס, השֶׁלִיש, גבאי הצדקה וגזברי ההקדש, ועוד — והצגת דיני הנאמנות של המשפט העברי והשוואתם לדיני נאמנות בישראל, הצריכה אפוא לדלות את ההוראות מתחומי ההלכה הללו.

לאחר דיון בפרטיו של כל סעיף, סיכמנו את העולה מהם והצענו נוסח לכל סעיף בהתאם לעמדת המשפט העברי[1].

הוראותיו המהותיות של חוק הנאמנות מרוכזות בשני פרקיו הראשונים של החוק, ובהן מתמקד חיבורנו. הוראות מהותיות שבפרק השלישי של החוק, שעניינו הקדש ציבורי, נדונו אגב הדיון בסעיפים המקבילים המצויים בשני פרקיו הראשונים של החוק[2].

[1] מקום שבו נוסח החוק עולה בקנה אחד עם אחת מן השיטות המקובלות בהלכה, או שאין הוא עומד בסתירה לעקרונות המקובלים בהלכה, הותרנו את הנוסח על כנו.

[2] ובהם הדיון בדבר ההיתר למנות נהנה כנאמן של הקדש ציבורי (סעיף 28), חובת הדיווח ומתן המידע המוטלים על נאמן בהקדש מסוג זה (סעיף 29), וסמכות רשם ההקדשות לקיים חקירה בעניין ניהולו של ההקדש (סעיף 30). לא ראינו צורך לדון בסעיף 4, בשל תוכנו הפרוצדוראלי.

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

שני נושאים מרכזיים מעצבים את דיני הנאמנות של המשפט העברי. הנושא הראשון נוגע למהותה של זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות. לפי המשפט העברי, אפשר שזיקתו תתבסס על שליחות, ואפשר שתתבסס על העברת בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות[3]. אף שנראית יותר הזיקה הקניינית, דנתי במקביל בשתי האפשרויות, כדי להבהיר מה תהיינה התוצאות המשפטיות של נאמנות המבוססת על שליחות.

הנושא השני הוא ההבחנה שבין נאמנות למטרה פרטית לנאמנות למטרת צדקה. הבחנה זו הייתה קיימת ערב חקיקת חוק הנאמנות, אך היא ניטשטשה בעקבות חקיקתו שביטלה את פקודת ההקדשות למטרות צדקה[4], ושילבה בתוכו רבות מהוראותיה, בלא להבחין בין הנאמנות הפרטית לנאמנות למטרות צדקה.

העיון בהוראות החוק והשוואתן להוראות מקבילות מן המשפט העברי לימד שקיימת במשפט העברי ההבחנה בין נאמנות פרטית לנאמנות למטרת צדקה, ומכוחה נקבעו הוראות מיוחדות לנאמנות למטרות צדקה, שאינן חלות על הנאמנות הפרטית. ככלל, נאמנות למטרות צדקה נתפסת במשפט העברי כנאמנות שלציבור יש עניין בהגשמת מטרותיה. מאופיה המיוחד של נאמנות זו נגזרות הוראות שונות המעניקות לבית הדין או לנציגי הציבור סמכויות להתערב בניהולה של נאמנות זו, כדי להבטיח את הגשמת מטרותיה. מאחר שאין הצדקה להתערבות כזו בנאמנות הפרטית, הערנו בהזדמנויות אחדות, שמן הראוי היה להפריד בין ההוראות הנוגעות לנאמנות הפרטית לבין ההוראות הנוגעות לנאמנות למטרות צדקה, ולבחון אלו הוראות מתאימות לכל אחת מן הנאמנויות. אפשר ששעת הכנתו של התזכיר להצעת חוק דיני ממונות (הקודקס האזרחי) לקראת הליכי החקיקה, היא ההזדמנות המתאימה להפרדה בין שני סוגי הנאמנויות.

חובה נעימה היא לי להודות לכל אלו אשר עזרתם הברוכה אִפשרה חיבור זה, ובראשם פרופ׳ נחום רקובר, עורך הסדרה ״חוק לישראל״, על ההערות והעצות החשובות שתרומתן לחיבור זה לא תסולא בפז, ועל העידוד וההדרכה. ד״ר מיכאל ויגודה ליווה את עבודתי בעצה ובמשא ומתן של הלכה, בעקבות קרבתו של חיבור זה לנושא חיבורו בנושא השליחות, שעל השלמתו הוא שוקד בימים אלה לקראת פרסומו בסדרה ״חוק לישראל״. הגיונו הצרוף האיר את עיניי. הרב חיים אליעזר מילר עבר בדייקנות ובדקדקנות, כמעט על כל פסקה מפסקאותיו של חיבור זה, תיקן את שהיה דרוש תיקון, והעיר את הערותיו החשובות, אשר רבות מהן שולבו בגופו של החיבור. אחדים מסעיפיו של החיבור הועברו גם לעיונו של הדיין הרב אברהם צבי שיינפלד, שכיהן כאב בית הדין לענייני הקדשות. הערותיו המבוססות גם על נסיונו הרב בבית הדין, שולבו אף הן בחיבור. בשלבי העריכה הסופיים היה החיבור אף לנגד עיניו של עו״ד יצחק ברט, שהעיר הערות מועילות וחשובות. הרב ד״ר ברוך כהנא העיר ושכלל את החיבור לקראת הבאתו לבית הדפוס, ואף שקד על עריכת המפתחות, בצורה בהירה ומפורטת. הרב משה קפלן הכין את הספר לדפוס, ומר אריאל ורדי יעץ בעיצוב הספר.

[3] בבעלות מוגבלת זו דנתי בהרחבה בחיבורי: ׳הבעלות הפונקציונאלית של הדין העברי כמצע עיוני לדיני הנאמנות׳ שנכתב כעבודת גמר לשם קבלת התואר מוסמך למשפטים (בהדרכתו של ד״ר יצחק ברנד), רמת גן תשס״ט.

[4] חוקי א״י, כרך א, פרק יד, עמ׳ 107.

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

על הטוב ייזכרו רבותיי שבישיבה הגבוהה בבית אל, אשר הורוני את דרך העיון הישר בלימוד התורה, ובראשם מורי ורבותי, ראש הישיבה הרב זלמן ברוך מלמד, והרב חיים ירוחם סמוטריץ׳. יזכם ה׳ להאריך ימים ברוב נחת וירבה גבולם בתלמידים.

חיבור זה הוא גם פרי תמיכתם רבת השנים של הורי היקרים, אשר אהבת הדעת וחקר האמת שנטעו בי מאירים את נתיבתי מנעורי. יאריך ה׳ ימיהם ויזכו לרוב נחת מכל יוצאי חלציהם.

ואחרונה חביבה, חב אני תודה על העידוד וההשראה שזכיתי מרעייתי חפציבה לבית קריגר, שותפתי המלאה בכל מעשי.

עפרה, חשוון תש״ע

ירון אונגר

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

תוכן העניינים

פתח דבר ז
הקדמה ט

התוכן לפרטיו טו

פרק א: הוראות כלליות

סעיף 1 מהות הנאמנות 3
סעיף 2 יצירה 51
סעיף 3 נכסי נאמנות 71
סעיף 5 כוחה של נאמנות כלפי צד שלישי 93
סעיף 6 כספי הנאמנות 103
סעיף 7 חשבונות ודיווח 121
סעיף 8 שכר והוצאות 157
סעיף 9 נאמנים אחדים 199
סעיף 10 חובות וסמכויות 235
סעיף 11 כפיפות לתנאי הנאמנות 271
סעיף 12 אחריות 285
סעיף 13 איסור טובת הנאה 323
סעיף 14 ביטול פעולות 351
סעיף 15 דין רווח אסור 367
סעיף 16 נכסי נאמנות שנתבטלה 381

פרק ב: נאמנות על פי כתב הקדש

סעיף 17 יצירה ותחילה של הקדש 405
סעיף 18 שינוי וביטול של הקדש 481
סעיף 19 הוראות בית המשפט 511
סעיף 20 זכויות הנהנים 535
סעיף 21 מינוי נאמן 547
סעיף 22 פקיעת כהונתו של נאמן 583
סעיף 23 שינוי וביטול על פי בית המשפט 611
סעיף 24 אמצעי שמירה 633

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

נספח

מכתב הגאון הרב אשר וייס 641

חוקים

חוק הנאמנות, התשל"ט־1979 649
תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, נאמנות 657
הצעת נוסח לפי המשפט העברי — חוק הנאמנות 663

מפתחות

מפתח העניינים 671
מפתח המקורות 701
רשימה ביבליוגרפית 745
רשימה ביוגרפית 749

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

התוכן לפרטיו

פתח דבר ז
הקדמה ט

פרק א: הוראות כלליות

סעיף 1: **מהות הנאמנות**

פרק ראשון: מבוא 5

פרק שני: זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות — "נאמנות היא זיקה לנכס" 6
א. מבוא 6
ב. זיקה של שליחות 7
(1) דוגמה לנאמן שסמכותו היא של שליח — "הנושאת ונותנת בתוך הבית" 7
(2) קשיים בביסוס נאמנות על שליחות 8
ג. זיקה מכוח "זכין לאדם שלא בפניו" 11
ד. זיקה מדין פועל 12
ה. זיקה קניינית 13
(1) כללי 13
(2) נאמן של נאמנות פרטית 14
(3) גזבר של הקדש לבית המקדש 17
(4) אפוטרופוס על יתומים 19
(5) נאמן של הקדש ציבורי 22
ו. סיכום 23

פרק שלישי: נכסי נאמנות — "לנכס" 24
א. מבוא 24
ב. נכס שטרם בא לעולם 24
ג. נכס שאינו ברשות יוצר הנאמנות 25
ד. זכויות 25

פרק רביעי: מקור חובת הנאמן — "חייב נאמן" 26
א. מבוא 26
ב. חיוב חוזי 27
ג. חיוב על פי חוק — "מצווה לקיים דברי המת" 29
ד. חיוב דתי 33
(1) נדר 33
(2) שבועה 34

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק חמישי: תנאי הכשירות של נאמן 35
א. מבוא 35
ב. קטין ופסול דין 36
ג. תאגיד 37
ד. אדם שאינו מסוים 37
פרק שישי: זכותו של הנהנה — "לטובת נהנה" 38
א. מבוא 38
ב. קניין שביושר 39
ג. בעלות שבדין 39
ד. קניין הגוף שאין עמו קניין פירות 40
ה. קניין פירות שאין עמו קניין הגוף 42
פרק שביעי: תנאי הכשירות של נהנה 42
א. מבוא 42
ב. נהנה שטרם בא לעולם 43
ג. בעלי חיים 44
ד. נהנה שזהותו אינה ידועה בעת יצירת הנאמנות 44
פרק שמיני: מטרות הנאמנות — "או למטרה אחרת" 44
א. מבוא 44
ב. מטרות כלליות 45
ג. מטרות פסולות 45
(1) מטרה שאינה חוקית 45
(2) מטרה שאינה מוסרית 47
פרק תשיעי: סיכום 48
פרק עשירי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 50

סעיף 2: יצירה

פרק ראשון: מבוא 53
פרק שני: "נאמנות נוצרת על פי חוק" 54
א. מבוא 54
ב. נאמנות על פי חוק 55
(1) אפוטרופוס ליתומים 55
(2) אפוטרופוס לגדולים ("לדיקנני") 57
(3) אפוטרופוס לניהול נכסים עזובים 59
(4) כונס נכסים 61
(5) מנהיגי ציבור כמנהלי נכסי הציבור 61
ג. נאמנות "על פי דין" (Constructive Trust) 62
(1) נאמנות פרטית 62
(2) נאמן למעשה ("יתומים שסמכו אצל בעל הבית") 63
ד. "מצווה לקיים דברי המת" — בין נאמנות על פי חוזה לנאמנות על פי חוק 64

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק שלישי: נאמנות "על פי חוזה" 65
א. מבוא 65
ב. נאמנות על פי חוזה מפורש 65
(1) מנהל משק הבית ("אפוטרופוס") 66
(2) שָׁלִיש 66
(3) פועל 67
(4) שותף 67
(5) סוכן (פאטור) 67
ג. נאמנות משתמעת (Implied Trust) 68
(1) גדול האחים 68
(2) אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית 68
פרק רביעי: נאמנות "על פי כתב הקדש" 69
פרק חמישי: סיכום 69
פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 70

סעיף 3: נכסי נאמנות

פרק ראשון: מבוא 73
פרק שני: "פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות" 74
א. מבוא 74
ב. חובת פעולה בפירות ובתמורות 74
ג. יצירת זיקה לפירות ולתמורות 75
(1) דיני השליחות 75
(2) דיני הקניין 76
ד. נכסים שנמצאו במקרקעי הנאמנות 76
(1) נאמנות פרטית 76
(2) נאמנות למטרות צדקה 77
פרק שלישי: ירידה לנכסי הנאמנות "בשל חובות המוטלים עליהם" 78
פרק רביעי: ירידה לנכסי הנאמנות בשל חובות "הנובעים מפעולות הנאמנות" 79
פרק חמישי: חובות שלשם פירעונם "אין לרדת לנכסי הנאמנות" 80
א. מבוא 80
ב. חובותיו של יוצר הנאמנות 81
(1) נאמנות פרטית 81
(2) נאמנות למטרות צדקה 81
ג. חובותיו של הנהנה 84
(1) נאמנות פרטית 84
(2) נאמנות למטרות צדקה 85
ד. חובותיו של הנאמן 87
פרק שישי: חובת הפרדת הנכסים — "להחזיק... בנפרד מנכסים אחרים..." 88
א. מבוא 88

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

ב. נאמנות פרטית 88
(1) כספים 88
(2) נכסים בעלי ערך רגשי 89
ג. נאמנות למטרות צדקה 90
פרק שביעי: סיכום 91
פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 92

סעיף 5: כוחה של נאמנות כלפי צד שלישי

פרק ראשון: מבוא 95
פרק שני: "כוחה של נאמנות" כלפי צד שלישי 95
א. מבוא 95
ב. החובות המוטלות על הצד השלישי 96
פרק שלישי: "כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי... שהיה עליו לדעת עליה" 98
פרק רביעי: "כוחה של נאמנות יפה... משנרשמה הערה לפי סעיף 4 — כלפי כל העולם" 99
פרק חמישי: סיכום 100

סעיף 6: כספי הנאמנות

פרק ראשון: מבוא 100
פרק שני: כיצד יוחזקו כספי הנאמנות? 105
א. מבוא 105
ב. נאמן שהוא שומר חינם 106
ג. נאמן שהוא שומר שכר 107
פרק שלישי: השקעת כספי הנאמנות 108
א. מבוא 108
ב. ההיתר להשקיע את הכספים 108
ג. החובה להשקיע את הכספים 111
פרק רביעי: דרך ההשקעה — "כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות" 112
א. מבוא 112
ב. נאמנות פרטית 112
ג. נאמנות למטרות צדקה 112
פרק חמישי: קביעת דרכי ההשקעה בתקנות — "שר המשפטים רשאי לקבוע..." 114
פרק שישי: השקעה בהתאם לתקנות 115
פרק שביעי: סיכום 115

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 116

נספח: הלוואת כספי נאמנות בריבית 116
א. נאמנות פרטית 117
ב. נאמנות למטרות צדקה 117
(1) נאמנות לטובת נזקק מסויים 117
(2) נאמנות לטובת נזקקים שאינם מסוימים 118

סעיף 7: חשבונות ודיווח

פרק ראשון: מבוא 123

פרק שני: ניהול חשבונות — "הנאמן חייב לנהל חשבונות בכל עניני הנאמנות" 124
א. מבוא 124
ב. נאמנות פרטית 124
ג. נאמנות למטרות צדקה והקדש ציבורי 125

פרק שלישי: הגשת דין וחשבון — "אחת לשנה" 126
א. מבוא 126
ב. נאמנות פרטית 126
ג. נאמנות למטרות צדקה 127

פרק רביעי: הגשת דין וחשבון "בגמר כהונתו" 128
א. מבוא 128
ב. נאמנות פרטית 129
ג. נאמנות למטרות צדקה 129
ד. החובה להגיש דין וחשבון במצבים חריגים 133
ה. נאמני קהל 135

פרק חמישי: למי יוגש הדין וחשבון? — "לנהנים" 138
א. מבוא 138
ב. הגשת דו"ח לנהנה 139
ג. הגשת דו"ח ליוצר הנאמנות 140
(1) נאמנות פרטית 140
(2) הקדש למטרות צדקה 140
ד. פומביות הדין וחשבון 141

פרק שישי: פרטי הדין וחשבון 142
א. מבוא 142
ב. נאמנות פרטית 142
ג. נאמנות למטרות צדקה 142

פרק שביעי: "ידיעות נוספות" 144
א. עמדת החוק 144
ב. עמדת המשפט העברי 144

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק שמיני: סיכום 145

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 146

נספח: השבעת הנאמן 147

א. מבוא 147

ב. עילת השבועה 149

ג. סכום התביעה 149

ד. מועד השבועה 151

ה. נאמן הנוטל שכר 151

ו. פטור משבועה לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים 153

(1) מחלוקת התנאים והכרעת ההלכה 153

(2) אפוטרופוס שפוטר 155

(3) אפוטרופוס הנוטל שכר 155

(4) שינוי נסיבות 156

(5) טענה ודאית 156

סעיף 8: שכר והוצאות

פרק ראשון: מבוא 159

פרק שני: הזכות לשכר — "נאמן אינו זכאי לשכר" 160

א. מבוא 160

ב. נאמנות פרטית 161

ג. נאמנות למטרות צדקה והקדש ציבורי 163

(1) האם רשאי הנאמן לקבל שכר? 163

(2) האם זכאי הנאמן לשכר אם לא הוסכם על כך? 166

פרק שלישי: הקצבת שכר — "רשאי בית המשפט להקציב לו שכר" 168

א. מבוא 168

ב. נאמנות פרטית 168

ג. נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות 168

פרק רביעי: הזכות לשיפוי — "נאמן זכאי לשיפוי על הוצאות" 170

א. מבוא 170

ב. העילה לקיומה של הזכות 171

ג. אימתי ניתן להניח שהנאמן מחל על זכותו? 173

(1) קרבה בין הנאמן לנהנים 173

(2) נאמנות למטרות צדקה 174

ד. הוצאות שאינן "עקב מילוי תפקידיו" 176

פרק חמישי: מה נכלל ב"הוצאות"? 177

א. מבוא 177

ב. אובדן הכנסה 177

ג. נזקים 179

ד. הפסדי הנאמן בשל אחריותו לנזקי צד שלישי 183

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק שישי: סבירות ההוצאות — "הוצאות סבירות" 184
א. מבוא 184
ב. המבחנים לבחינת סבירותה של הוצאה 185
(1) מבחן הנוהג המקובל 185
(2) מבחן חיוניות ההוצאה 185
(3) מבחן כדאיות ההוצאה 186
ג. מנהג שזכות השיפוי הוא בסכום קצוב 187
ד. ערכם של חומרים שרכש הנאמן מכספו 188

פרק שביעי: החזר שכר והוצאות — "להחזיר לעצמו... מנכסי הנאמנות" 188
א. עמדת החוק 188
ב. עמדת המשפט העברי 189

פרק שמיני: סיכום 190

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 191

נספח: כיצד יוכיח הנאמן את הוצאותיו ואת שיעורן? 192
א. מבוא 192
ב. הוכחת עשיית הפעולה 192
ג. הוכחת שיעור ההוצאות בנאמנות פרטית 193
ד. הוכחת שיעור ההוצאות בנאמנות ציבורית 197

סעיף 9: נאמנים אחדים

פרק ראשון: מבוא 201

פרק שני: מינוי נאמנים אחדים ומטרתו — "שיש בה יותר מנאמן אחד" 202
א. מבוא 202
ב. "פלוני ופלוני" 203
ג. לשון רבים 205
ד. "יחד" 206

פרק שלישי: "יפעלו הנאמנים יחד" 206
א. מבוא 206
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 206
ג. הנוהג 208
ד. נסיבות מיוחדות 208
ה. היקף הדרישה לפעול יחד 209
(1) "יפעלו הנאמנים ביחד" 209
(2) הסכמה שבדיעבד 210

פרק רביעי: דעות חלוקות — "היו דעותיהם חלוקות..." 211
א. מבוא 211
ב. הכרעה על פי דעת הרוב 211

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

ג. הכרעה על פי בורר חיצוני 213

פרק חמישי: פעולה לפי "הוראות בית המשפט" 214
א. מבוא 214
ב. סמכות בית הדין להכריע במחלוקת 214
ג. חובת הנאמנים לפנות לבית הדין 215

פרק שישי: פעולות נאמן על דעת עצמו "בעניין שאינו סובל דיחוי" 216
א. מבוא 216
ב. עמדת המשפט העברי 216

פרק שביעי: אחריות הנאמנים — "הם אחראים לפעולותיהם..." 217
א. מבוא 217
ב. פעולה שנעשתה על ידי כל הנאמנים 218
(1) דיני הנזיקין 218
(2) דיני הערבות 219
ג. פעולה שעשה אחד הנאמנים 221
(1) דיני הנזיקין 221
(2) דיני השומרים 222
(3) דיני הערבות 223

פרק שמיני: פטור מאחריות — "פרט לנאמן שהתנגד לפעולה או לא ידע עליה" 224
א. מבוא 224
ב. דיני הנזיקין 224
ג. דיני הערבות 225

פרק תשיעי: מילוי מקומו של נאמן — "נתפנה מקומו של אחד... לעשות מיד למילוי מקומו" 226
א. מבוא 226
ב. נאמנות פרטית 226
ג. הקדש ציבורי 227
ד. נאמן שהוכרז פושט רגל 229
ה. מי אחראי לעשות למילוי מקומו של נאמן? 230

פרק עשירי: סמכויות הנאמנים עד למינויו של מחליף — "להמשיך במילוי תפקידיהם..." 231

פרק אחד־עשר: תוקף פעולתו של נאמן יחיד — "פעולה של אחד הנאמנים..." 231

פרק שנים־עשר: סיכום 232

פרק שלושה־עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 233

סעיף 10: **חובות וסמכויות**

פרק ראשון: מבוא 237

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק שני: החובה "לשמור על נכסי הנאמנות" 238
א. עמדת החוק 238
ב. עמדת המשפט העברי 239
פרק שלישי: היקף החובה "לשמור על נכסי הנאמנות" 240
א. עמדת החוק 240
ב. עמדת המשפט העברי 240
פרק רביעי: ניהול ופיתוח — "נאמן חייב... לנהלם ולפתחם" 242
א. מבוא 242
ב. ניהול נכסי הנאמנות 243
ג. פיתוח נכסי הנאמנות 243
ד. פיתוח נכסי הנאמנות הכרוך בסיכון 245
פרק חמישי: סמכויות הנאמן — "לעשות כל הדרוש למילוי תפקידו" 249
א. מבוא 249
ב. נאמן שהוא שליח 249
ג. אפוטרופוס 250
פרק שישי: החובה "לנהוג באמונה" 251
א. עמדת החוק 251
ב. עמדת המשפט העברי 252
פרק שביעי: החובה לנהוג "בשקידה" 253
פרק שמיני: מבחן האדם הסביר — "כפי שאדם סביר היה נוהג" 255
פרק תשיעי: ניגוד עניינים — "נאמן של כמה נאמנויות לא יפעל בפעולה שביניהן" 257
א. מבוא 257
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 257
ג. עסקת מכר שבין נאמנויות 259
פרק עשירי: אצילת תפקידים — "אינו רשאי לאצול מתפקידיו..." 261
א. מבוא 261
ב. אצילת תפקיד השמירה 262
ג. אצילת תפקידים אחרים 262
(1) נאמן פרטי 262
(2) נאמני קהל 263
ד. תוצאות האצילה 266
פרק אחד עשר: העסקת אדם — "אין בכך כדי למנוע העסקת אדם" 267
א. מבוא 267
ב. העסקת אדם 267
ג. ההבחנה בין אצילה להעסקה 268
פרק שנים עשר: סיכום 269
פרק שלושה עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 270

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

סעיף 11: כפיפות לתנאי הנאמנות

פרק ראשון: מבוא 273

פרק שני: כפיפות לתנאי הנאמנות 273
א. מבוא 273
ב. נאמנות פרטית 274
ג. נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות 276

פרק שלישי: "תנאי הנאמנות" 277
א. מבוא 277
ב. אומד הדעת 277
ג. הנוהג 278

פרק רביעי: פרשנות תנאים 279
א. מבוא 279
ב. הכרעה בין פרשנויות 280

פרק חמישי: סיכום 282

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 283

סעיף 12: אחריות

פרק ראשון: מבוא 287

פרק שני: אחריות הנאמן — "נאמן אחראי" 288
א. מבוא 288
ב. דיני השומרים 288
ג. דיני הנזיקין 293

פרק שלישי: התנאים להטלת האחריות — "נזק שנגרם לנכסי הנאמנות או לנהנים עקב הפרת חובתו" 294
א. מבוא 294
ב. אחריות על ירידת ערכם של נכסי הנאמנות 295
ג. אחריות לנזקי הנהנים 295
ד. אחריות למניעת רווח מן הנהנים 295
(1) דיני הנזיקין 296
(2) דיני השומרים 297
(3) דיני הערבות 297
ה. אחריות לנזקי צד שלישי 299
ו. הפרת חובה 301
ז. קשר סיבתי — "עקב הפרת חובתו" 302

פרק רביעי: היקף האחריות — "יחולו הוראות חוק השומרים" 304
א. מבוא 304
ב. נאמנות פרטית 304
ג. נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות 305
ד. נאמני קהל 310

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק חמישי: פטור מאחריות — "בית המשפט רשאי לפטור נאמן מאחריותו" 311
א. עמדת החוק 311
ב. עמדת המשפט העברי 312
פרק שישי: בקשת הוראות — "נאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות" 313
א. מבוא 313
ב. רשאי או חייב? 313
ג. האם בית המשפט חייב להיעתר לבקשת הנאמן? 316
פרק שביעי: פטור מאחריות — "אם פעל... לפי הוראות בית המשפט" 317
א. מבוא 317
ב. כללי 317
(1) נאמנות פרטית 317
(2) נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות 318
ג. פעולה בחוסר תום לב 318
פרק שמיני: סיכום 319
פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 321

סעיף 13: איסור טובת הנאה

פרק ראשון: מבוא 325
פרק שני: רכישה לעצמו — "נאמן לא ירכוש לעצמו... נכס מנכסי הנאמנות" 326
א. מבוא 326
ב. האם הנאמן חשוד שיעדיף את טובתו על פני טובתה של הנאמנות? 326
ג. פגם טכני בדיני הקניין 329
ד. חריגים 330
(1) רכישה במחיר גבוה ממחיר השוק 330
(2) רכישה במחיר שנקבע מראש על ידי יוצר הנאמנות 330
(3) רכישה מנאמן אחר 331
פרק שלישי: רכישה לקרוב — "לא ירכוש... לקרובו" 331
א. מבוא 331
ב. עמדת המשפט העברי — איסור הרכישה לקרוב 332
ג. מיהו "קרוב"? 332
(1) קרבת משפחה 332
(2) "שותף של נאמן או של אחד המנויים בפסקאות (1) עד (3)" 333
(3) תאגיד שבהונו, ברווחיו או בשליטתו יש לנאמן או לקרוביו חלק 333
(4) אחרים 334

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק רביעי: הפקת טובת הנאה — "לא יפיק לעצמו... טובת הנאה אחרת" 335
א. מבוא 335
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 335
ג. הפקת טובת הנאה אגב ביצוע פעולה לטובת הנאמנות 336
(1) טובת הנאה הכרחית 336
(2) טובת הנאה שאינה הכרחית 338
ד. טובת הנאה שבאה לנאמן שלא ביוזמתו 339
ה. טובת הנאה שנהוג שנאמן מקבל 341
ו. טובת הנאה שהתיר יוצר הנאמנות ליטול 341

פרק חמישי: אישור — "בית המשפט רשאי לאשר..." 341
א. מבוא 341
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 342
ג. חריגים 343
(1) בין נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות לנאמנות פרטית 344
(2) בין אישור לקבל שכר טרחה קצוב לאישור לרכוש נכס 344
ד. האישור 344
(1) אישור או פיקוח? 344
(2) אישור כללי או ספציפי? 345

פרק שישי: קרוב או נאמן שהוא נהנה — "... אינן באות לגרוע ממה שמגיע... לקרובו" 345

פרק שביעי: תוצאותיה של פעולה אסורה — "פעולה...שנעשתה בלי אישור... בטלה" 346
א. עמדת החוק 346
ב. עמדת המשפט העברי 347

פרק שמיני: סיכום 348

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 350

סעיף 14: ביטול פעולות

פרק ראשון: מבוא 353

פרק שני: פעולה שנעשתה בתמורה "והצד השלישי ידע... על ההפרה" 354
א. מבוא 354
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 354
ג. פירעון חוב 357
ד. נאמנות לניהול נכסי קטינים 357
ה. פעולה שביצע נאמן לאחר סיום כהונתו 358

פרק שלישי: פעולה "שנעשתה ללא תמורה" 359
א. מבוא 359
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 359

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

ג. התדיינות משפטית 361

פרק רביעי: שיקול דעת בית המשפט — "רשאי בית המשפט לבטלם" 361

פרק חמישי: שיהוי בהגשת הבקשה לבטל את פעולת הנאמן 361

פרק שישי: תוצאות הביטול — "על הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן" 362
א. מבוא 362
ב. צד שלישי ש"ידע או היה עליו לדעת על ההפרה" 363
ג. צד שלישי שלא ידע על הפרת החובה 363

פרק שביעי: סיכום 364

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 365

סעיף 15: דין רווח אסור

פרק ראשון: מבוא 369

פרק שני: שלילת הרווח מן הנאמן — ההיבט הפלילי 369
א. עמדת החוק 369
ב. עמדת המשפט העברי — "לא יהא חוטא נשכר" 370

פרק שלישי: שלילת הרווח מן הנאמן — ההיבט האזרחי 372
א. מבוא 372
ב. רווח ממשי 372
ג. רווח שאינו ממשי 376

פרק רביעי: רווח שהופק "עקב הנאמנות" 376
א. מבוא 376
ב. רווח שהופק תוך הפרת החובה לנהוג באמונה 377
ג. רווח שהופק תוך הפרת החובה לנהוג בשקידה 378

פרק חמישי: סיכום 379

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 380

סעיף 16: נכסי נאמנות שנתבטלה

פרק ראשון: מבוא 383

פרק שני: העילות לביטול נאמנות — "נתבטלה נאמנות" 383
א. מבוא 383
ב. ביטול נאמנות על פי תנאיה 384
ג. ביטול נאמנות על פי אומד דעתו של יוצרה 385

פרק שלישי: הסמכות לקבוע מה ייעשה בנכסי נאמנות — "רשאי בית המשפט לקבוע..." 385

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק רביעי: "מה ייעשה בנכסיה" 386
א. מבוא 386
ב. נכסי נאמנות שהוגשמו מטרותיה 387
(1) נאמנות לטובת נהנה מסוים 387
(2) נאמנות לטובת מטרה 391
ג. נכסי נאמנות שמטרותיה סוכלו 392
(1) סיכול מלא בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות 392
(2) סיכול מלא בנאמנות למטרות פרטיות 395
(3) סיכול חלקי 397
פרק חמישי: סיכום 398
פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 399
נספח: נאמנות שמטרותיה סוכלו לאחר שזכה הנהנה בנכסיה 399

פרק ב: נאמנות על פי כתב הקדש

סעיף 17: יצירה ותחילה של הקדש
פרק ראשון: מבוא 409
פרק שני: מהו "הקדש"? 411
א. הגדרה על פי המטרה או על פי צורת היצירה 411
ב. הקדש משפחתי 412
פרק שלישי: יצירת ההקדש — "הקדשת נכסים לטובת נהנה" 415
א. מבוא 415
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 416
ג. משמעות אובליגטורית — יצירת ההקדש כנדר 416
ד. משמעות קניינית — "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" 417
ה. הקצאת נכסים למטרות ההקדש 420
פרק רביעי: נכסי הקדש — "נכסים" 422
א. מבוא 422
ב. נכסים שאינם בבעלותו של יוצר ההקדש 422
ג. נכסים שאינם ברשותו של יוצר ההקדש 423
(1) נכסים מושכרים 424
(2) נכסים ממושכנים 425
(3) נכסים המצויים בסכסוך בעלות 426
(4) חובות 426
ד. נכסים שלא באו לעולם 428
(1) תוקף קנייני ותוקף אובליגטורי (מטעם נדר) 428
(2) הקדש שנוצר על ידי חולה הנוטה למות ("שכיב מרע") 429
(3) רווחים 431
ה. זכויות 431

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק חמישי: דרישת הכתב — "הקדשת נכסים... טעונה מסמך בכתב" 433
א. מבוא 433
ב. הקדשה בעל פה 434
ג. הקדשה בכתב 434
(1) תוקפה של הקדשה בכתב 434
(2) "כתב חתום בידי יוצר ההקדש" 436
ד. הקדשה במחשבה 436

פרק שישי: "יוצר ההקדש" 438
א. מבוא 438
ב. קטין 438
ג. פסול דין 438
ד. יצירת הקדש על ידי שליח 438

פרק שביעי: הבעת הכוונה — "מביע... את כוונתו ליצור הקדש" 440
א. מבוא 440
ב. "נכס זה להקדש" 441
ג. "סך... מנכסַי להקדש" 441
ד. "אתן... להקדש" 442
ה. "תנו... להקדש" 442
ו. "יהיה הקדש" 443

פרק שמיני: כוונת המקדיש — "כוונתו" 444
א. מבוא 444
ב. הקדש על תנאי 444
(1) תנאי רגיל 444
(2) תנאי שיש בו אסמכתא 444
ג. הקדש בכפייה 446
ד. הקדש בטעות 447
ה. הקדש מחמת עושק 448
ו. הקדש מחמת כעס 449
ז. הקדש כאמצעי לחץ 449

פרק תשיעי: כוונה ליצור הקדש בעתיד — "ליצור הקדש" 449
א. מבוא 449
ב. הקדש "לאחר זמן" 450
ג. הקדש "מהיום ולאחר זמן" 451

פרק עשירי: קביעת מטרות ההקדש — "וקובע מטרותיו" 452
א. מבוא 452
ב. הקדש שלא צוינו מטרותיו 452
ג. הקדש שמטרותיו אינן ברורות 453
ד. קביעת מטרות ההקדש על ידי הנאמן 455
ה. קביעת זהות הנהנים על ידי הנאמן 455

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק אחד־עשר: פירוט נכסי ההקדש — "נכסיו" 456
א. מבוא 456
ב. האם צריך לפרט את נכסי ההקדש? 456
ג. הפרטים שיש לציין 459
ד. תוקפו של כתב הקדש שאין בו פירוט נכסים 460

פרק שנים־עשר: "צוואה של יוצר ההקדש" 460
א. מבוא 460
ב. "נכס זה להקדש לאחר מותי" 460
ג. "תנו נכס זה להקדש לאחר מותי" 461
ד. "כתבו ותנו" 462

פרק שלושה־עשר: "הוראת תשלום" 463

פרק ארבעה־עשר: תחילת ההקדש 465
א. מבוא 465
ב. מתי מתחילה חבות הנאמן 465
ג. העברת השליטה בנכסי ההקדש 466
(1) האם קיימת חובה להעביר את נכסי ההקדש לשליטת הנאמן? 466
(2) כיצד תועבר השליטה בנכסי ההקדש? 467

פרק חמישה־עשר: הקדש כאישיות משפטית נפרדת — "נכסי ההקדש" 467
א. מבוא 467
ב. הקדש לבית המקדש 468
ג. הקדש למטרות צדקה 469

פרק שישה־עשר: הצהרה על קיום הקדש — "...רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הקדש" 473
א. מבוא 473
ב. ההצהרה כגילוי על קיומו של "הקדש במחשבה" 474
ג. הצהרה כגילוי על קיומו של הקדש רגיל 475

פרק שבעה־עשר: סיכום 476

פרק שמונה־עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 479

סעיף 18: שינוי וביטול של הקדש

פרק ראשון: מבוא 483

פרק שני: שינוי תנאים לפני תחילת ההקדש 484
א. מבוא 484
ב. שינוי בהרכב נכסי ההקדש 484
(1) הוספת נכסים — "רשאים בכל עת להוסיף נכסים" 484
(2) גריעת נכסי ההקדש 485
(3) המרת נכסי ההקדש 486

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

ג. שינוי מטרות 487
(1) שינוי המטרה הכללית 488
(2) שינוי זהות הנהנה 489
ד. שינוי תנאי הניהול 490

פרק שלישי: שינוי תנאים "אחרי תחילת ההקדש" 491
א. מבוא 491
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 491
ג. שינוי תנאים "אם שמר לעצמו את הזכות לעשות זאת" 492
ד. שינוי תנאים ב"הסכמת הנהנים" 493
ה. שינוי תנאים ב"אישור בית המשפט" 494

פרק רביעי: ביטול הקדש לפני תחילת ההקדש 495
א. מבוא 495
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 495
(1) ביטול "תוך כדי דיבור" 495
(2) ביטול על ידי שאלה לחכם 498
(3) ביטול הקדש דחוי 500
(4) ביטול הקדש "מהיום ולאחר זמן" 501
ג. ביטול הקדש לפי דיני צוואה 501
(1) צוואת שכיב מרע 501
(2) צוואת בריא 502

פרק חמישי: ביטול הקדש "אחרי תחילת ההקדש" 503
א. מבוא 503
ב. ביטול עקב שינוי נסיבות 503
ג. ביטול הקדש בהסכמת הנהנים 504
(1) מחילה על הזכות הממונית 504
(2) מחילה על הנדר בהקדש למטרות צדקה 505
ד. ביטול ב"אישור בית המשפט" 506

פרק שישי: סיכום 508

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 510

סעיף 19: הוראות בית המשפט

פרק ראשון: מבוא 513

פרק שני: האם קיימת חובת התייעצות? 514
א. עמדת החוק 514
ב. נאמנות למטרות צדקה 514
(1) המעשה ברבינא 514
(2) בין ספק "מצד אחד" לספק "משני צדדים" 516
(3) הלכה למעשה 517
ג. נאמנות פרטית 518

פרק שלישי: הסמכות לתת הוראות 519
א. מבוא 519

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

ב. נאמנות למטרות צדקה 519
(1) סמכות יוצר ההקדש 519
(2) סמכות בתי הדין ו׳גדול הדור׳ 520
ג. נאמנות פרטית 524

פרק רביעי: הוראות בית המשפט — ״לתת לנאמן הוראות״ 524
א. מבוא 524
ב. הוראות בניגוד לחוק 525
ג. הוראה לנאמן במצב של סכסוך בינו לבין צד שלישי 525

פרק חמישי: הוראה ״בסטייה מכתב ההקדש״ 526

פרק שישי: שימוש בנכסים ״לסיפוק הצרכים החיוניים של נהנה או של התלויים בו״ 527
א. מבוא 527
ב. סיפוק צרכים בסטייה מכתב ההקדש 528
ג. הקדש קרן לפירותיה 529
ד. סיפוק צרכים חיוניים על חשבון נהנים אחרים 530
ה. הצרכים החיוניים 531

פרק שביעי: סיכום 531

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 533

סעיף 20: זכויות הנהנים

פרק ראשון: מבוא 537

פרק שני: המחאת ״זכותו של נהנה״ או שעבודה 537
א. מבוא 537
ב. המחאה או שיעבוד של נכסי ההקדש 539
(1) המחאה או שיעבוד על ידי נהנה שיש בידיו זכויות קניין בנכסים 539
(2) המחאה או שיעבוד על ידי נהנה שאין בידיו זכויות קניין בנכסים 540
ג. המחאה או שיעבוד של הזכות ליהנות מנכסי ההקדש 541

פרק שלישי: עיקול זכותו של נהנה — ״זכותו של נהנה... אינה ניתנת... לעיקול״ 543
א. מבוא 543
ב. עיקול נכסי ההקדש לשם פירעון חובותיו של הנהנה 544
ג. עיקול זכויות הנהנה לשם פירעון חובותיו 544

פרק רביעי: סייגים — ״זולת אם הותרו בכתב ההקדש או שבית המשפט התירם...״ 544
א. מבוא 544
ב. המחאת זכויות או שעבודן ״אם הותרו בכתב ההקדש״ 545
ג. המחאת זכויות לפי היתר מבית המשפט 545

פרק חמישי: סיכום 545

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 546

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

סעיף 21: מינוי נאמן

פרק ראשון: מבוא 549

פרק שני: מינוי על ידי יוצר הנאמנות — "בכתב ההקדש או על פיו" 550
- א. מבוא 550
- ב. מינוי בכתב ההקדש 550
- ג. מינוי על פי כתב ההקדש 551
- ד. מינוי על ידי היוצר, לאחר תחילתו של ההקדש 551

פרק שלישי: מינוי על ידי בית משפט — "באין מינוי... רשאי בית המשפט למנות" 552
- א. מבוא 552
- ב. באלו נסיבות קונה בית המשפט את סמכותו? 552
- ג. הפעלת הסמכות: רשות או חובה? 553

פרק רביעי: הסכמה למינוי — "לא יתמנה... אלא בהסכמתו" 553
- א. מבוא 553
- ב. עמדת המשפט העברי — כללי 554
- ג. הסכמה מכללא 555
- ד. הסכמה שבשתיקה 555

פרק חמישי: תנאי כשרות לשמש כנאמן של הקדש 556
- א. מבוא 556
- ב. דרישות סף לכשירות נאמן 556
- ג. מינוי על ידי יוצר ההקדש או לפי אומד דעתו 557
  - (1) מינוי על ידי יוצר ההקדש 557
  - (2) מינוי בהתאם לאומד דעתו של יוצר ההקדש 559
- ד. מינוי על ידי בית הדין 563
  - (1) קטן ופסול דין 563
  - (2) פושט רגל ותאגיד שניתן עליו צו פירוק 564
  - (3) אישה 565
  - (4) "עם הארץ" 571
  - (5) קרוב של יוצר ההקדש 573
  - (6) קרוב של אחד מן הדיינים בהרכב הממנה 574
  - (7) נאמן מבוגר ביותר 575
  - (8) נאמן שמקום מגוריו מרוחק ממקומם של נכסי ההקדש 575
  - (9) אחרים 575

פרק שישי: נהנה של הקדש כנאמן — "נהנה של הקדש אינו כשר להיות נאמן..." 575

פרק שביעי: סיכום 577

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 578

נספח: העברת סמכויות הנאמן בירושה 578
- א. מבוא 578
- ב. בנאמנות פרטית 579

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

ג. נאמן ציבורי 579
ד. נאמן בנאמנות למטרות צדקה, חינוך ודת 580

סעיף 22: פקיעת כהונתו של נאמן

פרק ראשון: מבוא 585

פרק שני: פקיעת כהונת הנאמן על פי תנאי הנאמנות 586
א. נאמנות פרטית 586
ב. נאמן שמונה לתפקידו על ידי הציבור 586

פרק שלישי: חזרה מן ההסכמה לשמש כנאמן 587
א. מבוא 587
ב. חזרה מן ההסכמה על פי דיני העבודה 588
ג. חזרה מן ההסכמה על פי דיני השומרים 588
ד. חזרה מן ההסכמה על פי עיקרון "המתחיל במצווה" 588

פרק רביעי: התפטרות נאמן — "נאמן של הקדש רשאי להתפטר" 589
א. מבוא 589
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 590
(1) התפטרות על פי דיני העבודה 590
(2) התפטרות על פי דיני השומרים 591
(3) התפטרות על פי עיקרון "המתחיל במצווה" 591
ג. חריגים 592
(1) נאמן המבקש לצאת לחו"ל 592
(2) נאמנים שמספרם פחת 594
(3) שמירה על השם הטוב 595

פרק חמישי: אופן ההתפטרות 595
א. מבוא 595
ב. "הודעה בכתב" 595
ג. למי מודיעים על ההתפטרות? — "למי שרשאי למנות נאמן... לנאמנים האחרים" 595

פרק שישי: מי מוסמך לפטר נאמן? — "בית המשפט רשאי..." 596
א. מבוא 596
ב. פיטורין בידי יוצר הנאמנות 596
(1) נאמנות למטרות פרטיות 596
(2) נאמנות למטרות צדקה, חינוך, דת או למטרות ציבוריות 597
ג. פיטורין בידי בית המשפט 597
(1) נאמנות למטרות פרטיות 597
(2) נאמנות למטרות צדקה, חינוך, דת או למטרות ציבוריות 597

פרק שביעי: עילות הפיטורין — "לא מילא תפקידו כראוי... סיבה אחרת" 598
א. מבוא 598
ב. פיטורין בידי יוצר ההקדש 598

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

ג. פיטורין של נאמן שמונה על ידי בית הדין 599
(1) כללי 599
(2) פיטורין משום ש"לא מילא תפקידו כראוי" 600
(3) פיטורין מ"סיבה אחרת" 602
ד. פיטורין של נאמן שמונה בידי יוצר ההקדש 606

פרק שמיני: סיכום 607

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 609
א. נאמנות פרטית 609
ב. הקדש למטרות ציבוריות או למטרות צדקה, חינוך או דת 609

סעיף 23: שינוי וביטול על פי בית המשפט

פרק ראשון: מבוא 613

פרק שני: סמכות בית המשפט — "בית המשפט רשאי לשנות או לבטל הוראה" 614
א. מבוא 614
ב. הקדש שנועד לשם הגשמתן של מטרות פרטיות 614
ג. הקדש ציבורי 615

פרק שלישי: שינוי או ביטול של הוראה "מטעמים שיוצר ההקדש הביא" 615
א. מבוא 615
ב. טעמים שעניינם הגנה על ענייניו של היוצר 616
ג. טעמים שעניינם הגנה על טובת ההקדש 616

פרק רביעי: שינוי או ביטול של הוראה מחמת "שינוי של ממש בנסיבות" 617
א. מבוא 617
ב. שינוי או ביטול לשם שמירה על ענייניו של יוצר ההקדש 618
ג. שינוי או ביטול לשם הגשמת מטרות ההקדש 619
ד. ביצוע בקירוב (cy pres) 620

פרק חמישי: שינוי או ביטול של הוראה לפי "אומד דעתו של יוצר ההקדש" 621
א. מבוא 621
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 622
ג. שינוי מטרותיה של קופה ציבורית 622
(1) מדוע רשאים בני העיר לשנות את מטרותיה של הקופה? 623
(2) מי הם "בני העיר"? 624
(3) המטרות החדשות — "לכל מה שירצו"? 625
ד. הקדש המנוהל בידי נאמן ציבורי 625
ה. שינוי ייעודו של נכס שהוקדש לשימוש ציבורי 627

פרק שישי: ביטול הקדש 628
א. מבוא 628

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

ב. הקדש שמטרותיו הושגו 629
ג. הקדש שלא ניתן להגשים את מטרותיו 629
(1) כללי 629
(2) הקדש שקיים ספק אם ניתן להגשים את מטרותיו 629
פרק שביעי: סיכום 630
פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 631

סעיף 24: אמצעי שמירה

פרק ראשון: מבוא 625
פרק שני: שמירת נכסי ההקדש על ידי הנאמן הציבורי 635
א. מבוא 635
ב. נאמנות פרטית 636
ג. נאמנות למטרות סעד, חינוך, דת או למטרות ציבוריות 636
פרק שלישי: סיכום 637
פרק רביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 638

נספח

מכתב הגאון הרב אשר וייס 641

חוקים

חוק הנאמנות, התשל"ט־1979 649
תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, נאמנות 657
הצעת נוסח לפי המשפט העברי — חוק הנאמנות 663

מפתחות

מפתח העניינים 671
מפתח המקורות 701
רשימה ביבליוגרפית 745
רשימה ביוגרפית 749

D:\RAKOVER-NEEMAN\NEM-SHAARIM.I

פרק א

הוראות כלליות

סעיף 1

מהות הנאמנות

מהות הנאמנות

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

התוכן

פרק ראשון: מבוא 5

פרק שני: זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות — "נאמנות היא זיקה לנכס" 6

א. מבוא 6

ב. זיקה של שליחות 7

(1) דוגמה לנאמן שסמכותו היא של שליח — "הנושאת ונותנת בתוך הבית" 7

(2) קשיים בביסוס נאמנות על שליחות 8

ג. זיקה מכוח "זכין לאדם שלא בפניו" 11

ד. זיקה מדין פועל 12

ה. זיקה קניינית 13

(1) כללי 13

(2) נאמן של נאמנות פרטית 14

(3) גזבר של הקדש לבית המקדש 17

(4) אפוטרופוס על יתומים 19

(5) נאמן של הקדש ציבורי 22

ו. סיכום 23

פרק שלישי: נכסי נאמנות — "לנכס" 24

א. מבוא 24

ב. נכס שטרם בא לעולם 24

ג. נכס שאינו ברשות יוצר הנאמנות 25

ד. זכויות 25

פרק רביעי: מקור חובת הנאמן — "חייב נאמן" 26

א. מבוא 26

ב. חיוב חוזי 27

ג. חיוב על פי חוק — "מצווה לקיים דברי המת" 29

ד. חיוב דתי 33

(1) נדר 33

(2) שבועה 34

פרק חמישי: תנאי הכשירות של נאמן 35
א. מבוא 35
ב. קטין ופסול דין 36
ג. תאגיד 37
ד. אדם שאינו מסוים 37
פרק שישי: זכותו של הנהנה — "לטובת נהנה" 38
א. מבוא 38
ב. קניין שביושר 39
ג. בעלות שבדין 39
ד. קניין הגוף שאין עמו קניין פירות 40
ה. קניין פירות שאין עמו קניין הגוף 42
פרק שביעי: תנאי הכשירות של נהנה 42
א. מבוא 42
ב. נהנה שטרם בא לעולם 43
ג. בעלי חיים 44
ד. נהנה שזהותו אינה ידועה בעת יצירת הנאמנות 44
פרק שמיני: מטרות הנאמנות — "או למטרה אחרת" 44
א. מבוא 44
ב. מטרות כלליות 45
ג. מטרות פסולות 45
(1) מטרה שאינה חוקית 45
(2) מטרה שאינה מוסרית 47
פרק תשיעי: סיכום 48
פרק עשירי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 50

פרק ראשון

מבוא

בסעיף זה מגדיר המחוקק מהי נאמנות. הגדרת הנאמנות נשענת על שלושה יסודות: זיקה לנכסים, חובה להחזיק בהם או לפעול בהם, ומטרה — "לטובת נהנה או למטרה אחרת".

הביטוי "זיקה" הוא רחב ביותר, ויש בו כדי לכלול קשת רחבה של אפשרויות לקשר בין הנאמן לנכסי הנאמנות. עובדה זו גרמה למבוכה רבה ולמחלוקת פרשנית בדבר הגדרת מהותה של זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות. סקירת המקורות הנוגעים לעניין זה במשפט העברי תגלה שבאופן עקרוני ייתכנו סוגים שונים ומגוונים של זיקות בין הנאמן לבין נכסי הנאמנות. בפרק השני נבהיר סוגים אלו, ונעמוד בקצרה על יתרונותיו של כל אחד ועל חסרונותיו.

זיקת הנאמן היא ל"נכס". מהי הגדרתו של "נכס" לעניין זה? בפרק השלישי נעסוק בשאלות: האם אפשרית נאמנות לנכס שאינו ברשות יוצר הנאמנות, או שטרם בא לעולם, או שאין בו ממש?

אשר לחובה להחזיק או לפעול בנכס, נברר בפרק הרביעי מהו מקורה של חובה זו, ומהן משמעויותיה המשפטיות.

מה הם תנאי הכשירות הנדרשים מן הנאמן[1]? בפרק החמישי נתעכב על השאלות: האם קטין ופסול דין יכולים לשמש כנאמנים? האם תאגיד יכול לשמש כנאמן? ולבסוף, האם ניתן למנות כנאמן אדם שזהותו איננה ידועה עדיין?

פעולות הנאמן הן "לטובת נהנה", שלטובתו נוצרה הנאמנות. כאן יש לברר תחילה: האם לנהנה יש זכויות בנכסי הנאמנות, ואם כן, מה טיבן? נעסוק בכך בפרק השישי.

לאחר מכן, בפרק השביעי, נבחן מי יכול להיות נהנה: האם קטין ופסול דין יכולים להיות נהנים של נאמנות? האם בעל חיים יכול להיות נהנה? האם מי שטרם בא לעולם בעת יצירתה של הנאמנות, או שזהותו איננה ידועה בשעה זו, יכול להיות נהנה?

הנאמנות יכולה גם להיות לטובת "מטרה אחרת", שאינה נהנה. בהקשר זה מתעוררות השאלות: האם המטרה צריכה להיות מוגדרת, או שמא ניתן לקבוע מטרה כללית בלבד, שתותיר לנאמן שיקול דעת רחב בנוגע לקביעת מטרתה הספציפית של הנאמנות? האם כל מטרה היא כשרה לנאמנות, או שמא יש מטרות שהן פסולות לכך? נעסוק בכך בפרק השמיני.

[1] הכשרות המשפטית היא אמנם נושא משפטי בפני עצמו, שיידון בנפרד, אך פרשנות החוק אינה יכולה להיות שלמה בלי לעסוק, ולו בקיצור נמרץ, אף בתנאי הכשרות הנדרשים מן הנאמן.

פרק שני

זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות — "נאמנות היא זיקה לנכס"

א. מבוא

במוסד הנאמנות במשפט האנגלי, מקובל להפריד בין בעלות שבדין לבין בעלות שביושר, ובעוד שהבעלות שבדין בנכסי הנאמנות היא של הנאמן, הרי הבעלות שביושר היא של הנהנה. לעומת זאת, החוק הישראלי אינו קובע מפורשות שהבעלות היא של הנאמן. תחת זאת, קובע סעיף זה שהנאמנות היא "זיקה לנכס". ביטוי עמום זה גרם לספקות רבים בקרב מלומדים ושופטים כאחד, באשר לטיבה של זיקה זו במשפט הישראלי.

יש שסברו שחוק הנאמנות מאמץ את מוסד הנאמנות במתכונתו האנגלית, שלפיה יש לנאמן זכות קניין בנכסי הנאמנות[2]. אחרים סברו שלשונו העמומה של סעיף זה נועדה להבדיל את הנאמנות הישראלית מזו האנגלית, ולאפשר גם את קיומה של נאמנות שבה זיקת הנאמן לנכס אינה זיקה קניינית[3].

[2] ראה: י' ויסמן, "אבני נגף בחוק הנאמנות", עיוני משפט ז (תשל"ט־תש"ם) 282, בעיקר בעמ' 287־288; ש' ארדמן, נאמנות מכוח הדין, תש"ס, בעמ' 231־232 (להלן: ארדמן).
ראוי להדגיש, שלפי גישה זו, מקבל הנאמן לידיו בעלות מלאה בנכסי הנאמנות. בעלות זו אמורה לתת לו כוח לפעול בנכסי הנאמנות אף תוך הפרת חובה. משום כך, נדרשה הוראת חוק מיוחדת, בסעיף 14, להפקיע את תוצאותיה של פעולה שביצע הנאמן בנכסי הנאמנות תוך הפרת חובת הנאמנות. ראה גם: ש' כרם, נאמנות (מהדורה רביעית, 2004; להלן: כרם), עמ' 8, ליד הערה 11.
נראה שהנטייה לראות בנאמן בעל זכות קניינית בנכסי הנאמנות, ולא שליח בלבד, נובעת במידה רבה מכך שכוחו של שליח מוגבל מבחינות רבות, ומשום כך, ביסוס זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות על דיני השליחות יכשיל במידה רבה את יכולתו של הנאמן למלא את תפקידיו כהלכה. ההבדל בין שליח לנאמן הוסבר בבהירות בידי נשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר, בע"א 3829/91 אבינועם וואלס נ' נחמה גת ואח', פ"ד מח(1) 801, 808, במילים אלה: "אכן, ההבדל בין שליחות לנאמנות לא תמיד הבדל חד הוא, שכן המדובר בשני מוסדות משפטיים אשר נועדו לאפשר הפרדה בין הבעלות בנכס לבין הניהול שלו, כך שהאדם שבידיו מופקד ניהול הנכס יוכל לעשות זאת עבור הבעלים, שאינם רוצים או מסוגלים לעשות זאת... יחד עם זאת, נקודת המוצא לבחינת מערכת היחסים באשר לנכס היא שונה בשני המקרים: בשליחות — השליח הוא נציגו של השולח לעניינים מוגדרים. לשלוח אין סמכות לפעול בתחומים אשר בהם לא ניתנה לו הרשאה. נקודת המוצא לגבי שלוח היא של היעדר כוח, וכל סמכות הקיימת לו מוענקת לו על ידי ההרשאה. נאמן, לעומת זאת, פועל מתוך נקודת מוצא של סמכות מלאה. אומנם, נאמן מוגבל לאמור בכתב הנאמנות באשר למטרותיה, אך נקודת המוצא היא כי נאמן של נכס הוא בעל כוח לעשות בנכס כל דבר אשר הבעלים יכול היה לעשותו" (ההדגשות אינן במקור). ראה גם: כרם, סעיף 99, עמ' 218־219. ומעניין להשוות דברים אלו לדברי שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן נ. אולם, נראה שהבדלי אפיון אלה אינם נובעים ממהותה של השליחות, אלא מן הדרך שבה על פי רוב בוחרים אנשים להסמיך את השלוח. לכן, אין מניעה עקרונית לקבוע שזיקת הנאמן לנכסי הנאמנות היא של שליחות, ולקבוע שהיקף סמכויותיו יהיה זהה לשל נאמן שהוא בעליהם של נכסי הנאמנות.

[3] ראה: כרם, סעיף 2, עמ' 4־7; סעיף 23, עמ' 69־71, ועמ' 102; צ' כהן, "חובת הזהירות של הדירקטור בחברה הרשומה", מחקרי משפט א (תש"ם), בעמ' 147, הערה 79; ד' פרידמן, "יסודות בדיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ח(1), התשמ"א, 22, עמ' 36, הערה 77; ג' פרוקצ'יה, "השלוח כנאמן", הפרקליט לד (תשמ"א) 479, בעמ' 482; נ' כהן, התערבות ביחסים חוזיים, ת"א תשמ"ב, עמ' 103; י' גרוס, "מיסוי בינלאומי — הרפורמה והשלכותיה" (חלק ב), מסים טז/6 (דצמבר

כמובן, יש למחלוקת זו נפקות חשובה: האם הוראות חוק הנאמנות חלות על נאמן שזיקתו לנכס פחותה מבעלות?

נפקות נוספת אפשרית היא, כשאדם מתמנה כ"נאמן" על נכס, האם המינוי הופך אותו להיות בעליו של הנכס, או לא? מן הסתם הממנה מתכוון לעשותו נאמן על פי חוק הנאמנות, ועל כן, אם חוק הנאמנות חל רק על נאמן שיש לו זיקת בעלות, נמצא שיוצר הנאמנות התכוון שה"נאמן" יהיה בעלים.

אף ששאלה זו לא הוכרעה, וכל אימת שעלתה השאלה לדיון בבית המשפט העליון, היא הושארה בצריך עיון[4], הרי מדבריהם של שופטים אחדים ניתן ללמוד שאינם מחייבים שזיקת הנאמן לנכסי הנאמנות תהיה זיקה קניינית[5].

אולם תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 563, מכריע לטובת הפרשנות שזיקת הנאמן לנכסי הנאמנות היא קניינית, בקובעו: "נאמן הוא בעלים של נכס, החייב לפעול לגביו לטובת אדם (בפרק זה — הנהנה) או למטרה אחרת".

מצד שני, סעיף 3(ב), הקובע ש"אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות", מוכיח ש"נכס נאמנות אינו נכס של הנאמן, מבחינות מסוימות, גם כשהוא בבעלותו"[6].

בחינה מדוקדקת של מקורות המשפט העברי תגלה, שיש נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא של שליחות, ויש נאמן שזיקתו לנכס היא של קניין.

על אף אופיו הקזואיסטי של המשפט העברי, שבגללו קשה למצוא בו דיון עקרוני בשאלת אופייה של זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות, מצויים במקורותיו מודלים אחדים של זיקת נאמן לנכסי הנאמנות. להלן נסקור מודלים אלה, ואף נעמוד על יתרונותיו של כל אחד מהם ועל חסרונותיו[7].

ב. זיקה של שליחות

(1) דוגמה לנאמן שסמכותו היא של שליח — "הנושאת ונותנת בתוך הבית"

שליח מוסמך לפעול בנכסי משלחו, לשם הגשמת מטרות השליחות, מכוח העיקרון "שלוחו

2002) א־1, עמ' 4; ת"ה (ת"א) 12844/86 אל־על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' בלס, פ"מ תשמ"ט(א) 45, 50.

4 ראה: ע"א 654/82 סוכנות מכוניות לים נ' עו"ד ח' דוד חיות, פ"ד לט(3) 803 (סעיף 8 לפסק דינו של השופט לוין); ע"א 237/83 מילר נ' רורליך, פ"ד מ(2) 468, 475; רע"א 46/94 אילה זקס אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין, פ"ד נ(2) 202 (סעיף 10 לפסק דינו של השופט ברק); ע"א 8068/01 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מנהל עיזבון המנוחה חיה אופלגר, דינים עליון, סט, 682.

5 ראה דבריו של השופט חשין באמרת אגב, בע"א 4660/94 היועץ המשפטי נ' משה לישינסקי, פ"ד נה(1) 88, עמ' 126. כך משתמע גם מדבריו של שופט בית המשפט לענייני משפחה, שאול שוחט, בת"ע (ת"א) 2470/00 י. ש. נ' ש. ד. ש (פורסם במאגר המשפטי lawdata), בסעיף 9א לפסק דינו: "הוראת סעיף 1 לחוק הנאמנות אינה שוללת מצב בו הנאמן יירשם כבעלים". משמע, אינה שוללת, אך גם אינה מחייבת.

6 כרם, עמ' 271. ראה גם: ת"א (שלום ת"א) 46109/04, בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, תק־של 2006(2), 5804, 5807 (2006).

7 ראה בעניין זה בהרחבה במכתבו של ר' אשר וייס, בנספח, להלן עמ' 641־646.

של אדם כמותו"[8]. האם אפשר שזיקתו של נאמן לנכסי הנאמנות תהיה של שליחות, בלא שתהיה לו זכות קניינית בנכסי הנאמנות?

מוסד הקרוב בתוכנו למוסד הנאמנות הוא המוסד של "הנושאת ונותנת בתוך הבית"[9], ולגביו יש דעה שאכן, דיני השליחות הם הבסיס המשפטי למוסד זה, כפי שנראה.

לשם הבנת מהותו של המוסד המשפטי של "הנושאת ונותנת בתוך הבית", יש להבין את הרקע ההיסטורי־חברתי שלו. בעבר, נשים כמעט שלא עבדו לפרנסתן, ומקובל היה שהבעל הוא בעל הנכסים והוא המפרנס, והאישה היא הדואגת לניהולו של משק הבית.

מצב זה עורר לא אחת קשיים משפטיים הנוגעים לסמכותה של האישה לעשות עסקאות שהיו דרושות לשם ניהול משק הבית. כיצד תוכל האישה לרכוש מצרכים לצורכי הבית, כאשר בעלה, שהוא בעל הנכסים, אינו מצוי עמה בבית?

תשובה אפשרית אחת היא, שכל אימת שיהא צורך בביצוע רכישה או בביצוע עסקה אחרת לשם ניהול משק הבית, תקבל האישה מבעלה אישור אד־הוק לביצוע העסקה. מתוקף אישור זה, תוכל האישה לפעול כשלוחו של הבעל לביצוע העסקה הספציפית. אולם, פתרון זה עלול להערים קשיים רבים על האישה בניהול משק הבית, כיוון שכל אימת שהייתה האישה נדרשת לביצועה של עסקה ספציפית שהבעל לא חשב עליה מראש, ולא נתן לאשתו הרשאה לעשותה, הייתה האישה מנועה מלעשות את העסקה.

על רקע זה נוצר המוסד של "נושאת ונותנת בתוך הבית", שהוסבר על ידי הראב"ן כך[10]: "כיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזמן הזה הרי הוא כאילו הבעלים מינו אותן שלוחים". כלומר, המציאות שבה נשים רגילות "לישא וליתן", היינו לעשות לטובת משק הבית עסקאות שהבעל מעוניין בקיומן, יוצרת שליחות קונסטרוקטיבית: רואים כאילו הבעל נתן לאשתו הרשאה לביצוע כל אותן עסקאות שנשים רגילות לעשות לטובת ניהול משק הבית.

בדומה לכך, אפשר היה לומר שכל נאמנות היא שליחות לטובת מטרה כללית[11], שמכוחה מוסמך הנאמן לעשות את כל הפעולות שנאמנים רגילים לעשות לשם הגשמת מטרות הנאמנות[12].

(2) קשיים בביסוס נאמנות על שליחות

על אף ששליחות יכולה לשמש בסיס משפטי לנאמנות, כאמור, יש לתת את הדעת להגבלות רבות שהמשפט העברי מטיל על שליח, העלולות להגביל את סוגי הנאמנות שניתן יהיה ליצור בדרך זו ואת כוחו של הנאמן לעשות את כל הנדרש להגשמת מטרות הנאמנות. נעמוד בקצרה על ההגבלות המרכזיות:

א. אי אפשר למנות שליח לפעולה שלפי מהותה, על השולח לעשותה באופן אישי[13]. למשל, חבר דירקטוריון אינו רשאי למנות שליח שיצביע במקומו בישיבות הנהלת החברה, לפי שיקול

[8] קידושין מב ע"ב, ועוד. מטבע לשון זו אומצה גם בחוק השליחות, התשכ"ה־1965, סעיף 2.

[9] לדיון נוסף במוסד זה ראה סעיף 2, פרק שלישי, ג.

[10] הראב"ן, המובא במרדכי, בבא קמא, סימן פז.

[11] למקורותיה המשפטיים של שליחות מסוג זה, ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 1, בפרק על "הרשאה לעת צורך".

[12] מן הראוי להדגיש, שבנאמנות רגילה, אין צורך להסיק קיומה של שליחות מכללא, כיוון שבדרך כלל, ההרשאה לפעול מפורשת בחוזה הנאמנות, בחוק או בכתב ההקדש.

[13] הרחבה בעניין זה ראה: חוק לישראל, שליחות, סעיף 1.

דעתו העצמאי, וכן אינו יכול למנות שליח שיחליט במקומו כיצד תנוהל החברה, שכן כל אלו הן פעולות שלפי מהותן צריכות להיעשות באופן אישי. אם כן, נאמן שהוא שליח יוכל לבצע פעולות משפטיות בשמו של המנהל, אך לא יוכל להחליט במקומו. היות שרבות מן הנאמנויות נועדו גם לכך שהנאמן יחליט במקום יוצר הנאמנות, ביסוס נאמנות על שליחות עלול לצמצם במידה ניכרת את מוסד הנאמנות.

ב. גם השתתפות בהליך משפטי היא פעולה שיש לעשותה באופן אישי, ולכן אדם אינו יכול למנות לכך שליח[14]. אמנם, את בעיית הייצוג בהליך המשפטי פתר המשפט העברי באמצעות מוסד ה"הרשאה", המאפשר למורשה לייצג את המרשה בהליך משפטי על ידי כך שהמרשה מקנה לו באופן פורמאלי את הנכס נשוא הדיון[15]. אולם פתרון זה לא יהיה יעיל במצב שהמייצג נדרש לייצג פעמים רבות, בנושאים שונים ולאורך זמן את בעל הנכסים, כפי שלעיתים נדרש הנאמן לעשות. הדרישה לקבלת הרשאה מיוחדת עבור כל דיון משפטי שהנאמן מנהל בשמה של הנאמנות עלולה להקשות על הניהול המשפטי של ענייני הנאמנות, בפרט בנסיבות שהנאמן אינו יכול לקבל הרשאה בשל מצבו הגופני או הנפשי של בעל הנכסים.

ג. שלוח אינו יכול לעשות בשם משלחו פעולה הכרוכה בפגיעה בזכויותיו של צד שלישי[16]. כלל זה גם שולל משלוחו של נושה את הכוח לתפוס נכס מנכסי החייב, אם עקב כך נושים אחרים לא יוכלו לגבות את חובותיהם מאותו חייב[17]. לדעת הרי"ף[18], גם אם אין נושים אחרים, אין השליח יכול לתפוס מנכסי החייב בגלל הפגיעה בחייב, אלא אם כן יש צורך דחוף לתפוס ממנו, כגון שהוא פושט את הרגל או נוטה למות, וכך פוסק השולחן ערוך[19]. אם כן, נאמן שהוא שליח לא יוכל להיפרע מנכסיהם של חייבים אלא בתנאים מגבילים ביותר, שמעמידים בספק גדול את יכולתו למלא את תפקידיו בצורה אפקטיבית.

ד. היות שכוחו של השליח נובע מכך ש"שלוחו של אדם כמותו", הרי שלכשרותו של השולח לבצע פעולה כלשהי יש השפעה ישירה על כוחו של השליח לבצע אותה. למשל, מותו של השולח מסיים את השליחות[20]. אם כן, נאמן שהוא שליח לא יוכל לפעול בנכסי

[14] ע"פ בבא קמא ע ע"א. להנמקות השונות שהוצעו לכלל זה, ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 1, פרק שלישי, א.

[15] ראה: רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכב, סעיף ד. לא כאן המקום לדון במעמדו של המורשה, בנושאים שאפשר לכתוב עליהם הרשאה ובדרכים ליצירתה. לבירור יסודי ומקיף של נושאים אלה ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך הרשאה, כרך יא; נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל"ב, מפרק חמישי עד פרק שביעי (להלן: רקובר, שליחות והרשאה); א' שוחטמן, סדר הדין, ירושלים תשמ"ח, עמ' 65-75; בירור הלכה, בבא קמא ע ע"א, ציונים א, ב, ד, ה.

[16] כך הסיקו רוב הראשונים מסוגיית "יימר בר חשו", בכתובות פד ע"ב. להרחבה בנושא זה, ראה רקובר, שליחות והרשאה, עמ' 19-27.

[17] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קה, סעיף א. ראה בירור הלכה, בבא מציעא י ע"א, ציון א.

[18] שו"ת הרי"ף, סימן רעה; חידושי הרשב"א, בבא מציעא י ע"א, ד"ה ולענין. לדיון נרחב בשיטה זו, ראה: רקובר, שליחות והרשאה, עמ' 21-24; חוק לישראל, שליחות, סעיף 1, פרק 3ב(1).

[19] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קה, סעיף ד.
אבל רא"ש, בבא מציעא, פרק א, סימן כז, חולק על הרי"ף, וסובר ששליח יכול לגבות מנכסי החייב אם אין לחייב נושים נוספים.

[20] גיטין יד ע"ב; רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק ד, הלכה ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכה, סעיף ח; חוק לישראל, שליחות, סעיף 14.

הנאמנות לאחר מותו של יוצר הנאמנות. הניסיון מוכיח שרבות מן הנאמנויות נוצרות לשם כך שהנאמן יפעל לאחר מותו של יוצר הנאמנות, והגבלה זו תסכל את יצירתן[21].

ה. התלות בין השולח לשליח באה לידי ביטוי גם בכלל שאדם שאינו כשר לעשות פעולה מסוימת אינו יכול למנות שליח לעשות אותה ("מילתא דלא מצי עביד ליה השתא, לא מצי משוי שליח")[22]. כך למשל, היות שהחוק אוסר על אדם לעשות פעולות משפטיות שונות בנכסיו בהיותו פושט רגל[23], הוא לא יוכל לעשות פעולות אלה אף באמצעות שליח. אם כן, נאמן על נכסיו של פושט רגל, אם הוא בגדר שליח בלבד, לא יוכל לבצע פעולות בנכסים אלו. והרי נאמנויות רבות נועדו לאפשר את ניהול נכסיו של אדם שהחוק אינו מאפשר לו לנהל את נכסיו בעצמו[24].

ו. השולח יכול לבטל את השליחות בכל עת[25]. יכולת זו היא סבירה אם מדובר בשליח שנתבקש לבצע עבור שולחו פעולה ספציפית מוגדרת. אולם ככל שהזמן שבו פועל השליח בשמו של השולח מתארך, וככל שמגוון הפעולות שהוא מתבקש לעשות בשמו גדל, הופכת היכולת לבטל את פעולותיו לאיום של ממש על אמינותו המסחרית, והדבר עלול להרתיע רבים מלבצע עמו עסקאות. אם כן, לנאמן שהוא בגדר שליח בלבד חסרה האמינות המסחרית הדרושה כל כך למסגרת הנאמנות, והוא אף עלול להיכשל בשל כך במילוי תפקידיו[26].

[21] לדעת חלק מן הפוסקים, גם איבוד זמני של כשרותו המשפטית של השולח עלול להשעות את סמכותו של השליח למלא את שליחותו. על עניין זה ראה בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 14, בפרק העוסק בגריעת כשרותו של המשלח. לדעות אלו, אם, למשל, יאבד יוצר הנאמנות את הכרתו לזמן מה, או שיאבד את שפיותו באופן זמני, לא יוכל הנאמן למלא את תפקידיו בתקופה זו, אם הוא משמש רק כשליח. מובן מאליו שגם מגבלה זו עלולה לפגוע קשות באמינותו המסחרית של הנאמן וביכולתו למלא את תפקידיו בהצלחה.

[22] נזיר יב ע"ב; ובהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 4.

[23] פקודת פשיטת הרגל, סעיף 42א.

[24] נקטנו דוגמה של פעולה שהמשלח אינו יכול לעשות בגלל מניעה משפטית, מפני שיש אומרים שרק אם המניעה היא משפטית, אין השולח יכול למנות שליח. זו למשל דעתו של חקרי לב, אהע"ז, סימן מו, דף קד ע"ד: "לא מצי עביד... אינו אלא היכא דמצד הדין, דאמר רחמנא לא תעביד, הוא דלא מצי עביד, ועל כן לא מצי משוי שליח". אבל יש גישה המרחיבה יותר את הכלל, ולפיה גם מניעה פיזית מעשיית פעולה, כגון חולה המרותק למיטתו ובשל כך אינו מסוגל לנהל את עסקיו, די בה כדי לשלול מאדם את הכוח למנות שליח לעשות את הפעולה. כך למשל סבור בית מאיר, אהע"ז, סימן קיט, סעיף ו: "כל מידי דלא מצי עביד, יהיה החסרון מה שיהיה". זו גם דעת שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רעא, שהרחיק לכת אף יותר וקבע שאף אם המניעה של השולח לבצע את הפעולה בעצמו היא רק מניעה פסיכולוגית, אינו יכול למנות שליח לבצע אותה. ראה על כך בחוק לישראל, שם. לפי הגישה המרחיבה, הטיעון שבטקסט חזק אף יותר: פעמים רבות חוסר יכולת פיזית, נפשית או פסיכולוגית לנהל עסק היא בדיוק הסיבה ליצירתה של נאמנות, ואם סמכותו של הנאמן היא רק של שליח, לא תהיה תוקף לנאמנות בנסיבות אלה.

[25] ראה על כך בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 14, בפרק העוסק בביטול השליחות בידי השולח.

[26] זאת ועוד: שלוחו של אדם צריך להיות "כמותו" ממש. לכן, נכרי אינו יכול למנות יהודי כשלוחו, ויהודי אינו יכול למנות נכרי כשלוחו (גיטין כג ע"ב; קידושין מא ע"ב; בבא מציעא עא ע"ב). אם כן, נאמן שהוא בגדר שליח בלבד יצטרך להיות בעל זהות לאומית כמו של יוצר הנאמנות. כיום, מוסד הנאמנות הוא חלק מסחר גלובלי חוצה לאומים, ולכן זוהי מגבלה שקשה לקבלה, כמובן.
להרחבה בעניין זה ראה: ד' סינקלר, "פסלותו של גוי בדיני השליחות", שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ"ב־תשמ"ג), עמ' 95.

ג. זיקה מכוח "זכין לאדם שלא בפניו"

כלל נקוט בידינו, שאין אדם יכול לעשר פירות שאינם שלו[27]. בכל זאת, המשנה[28] קובעת שהאפוטרופוס של יתומים חייב לעשר את פירותיהם. לכאורה, הדבר אינו מובן: הרי פירותיהם של היתומים אינם שייכים לאפוטרופוס, ומניין לו הסמכות לעשר אותם? על כך משיב הרמב"ן[29]: "כל מה שעושה האפטרופוס לטובת יתומים מה שעשה עשוי מן התורה, דזכין לאדם שלא בפניו הוא"[30].

אפוטרופוס הוא סוג של נאמן, ואם כן, לפנינו דוגמה לנאמן שסמכותו מבוססת על דין "זכין לאדם שלא בפניו".

לדעת רבים מן הראשונים[31], דין 'זכין' אינו ענף של דיני השליחות, אלא הוא מוסד ייצוג נפרד, שאינו כפוף למגבלות דיני השליחות. לפי שיטה זו, אפשר שמגבלותיה של השליחות שנדונו לעיל (ולפחות חלקן), לא ימנעו מן הנאמן לבצע את תפקידיו, אם סמכותו לגבי נכסי הנאמנות מבוססת על דין 'זכין'.

אולם, לדעת אחרים, זכייה היא ענף של דיני השליחות[32]. לפי שיטה זו, ביסוס סמכות הנאמן על דין 'זכין' לא יפתור את הקשיים שנמנו לעיל לגבי נאמן שסמכותו היא של שליח בלבד[33].

[27] משנה, תרומות, פרק א, משנה א; רמב"ם, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ב.

[28] משנה, גיטין, פרק ה, משנה ד (בבלי נב ע"א).

[29] חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"א. אבל מהמשך דבריו עולה שהוא מסתמך על הסוגיה בקידושין מב ע"א, הלומדת מפסוקי המקרא שיש כוח לאפוטרופוס לעשות בנכסי היתומים (ואם כן אין ללומד מכאן לנאמן אחר!). הסתמכות זו יכול לענות על השאלה: אם אפוטרופוס יכול לעשר מטעם "זכין לאדם שלא בפניו", מדוע לא יוכל כל אדם לעשר מפירותיהם מאותו טעם? התשובה היא שכוחו של אפוטרופוס נלמד מהפסוקים. תשובה אחרת לשאלה זו היא שהדבר אמור באפוטרופוס דווקא, מפני שנתמנה לכך על ידי בית דין או על ידי אבי היתומים, ומינוי זה מצטרף לעובדה שזכות היא ליתומים שיעשר.
י"ק רייניץ, האפוטרופוס ליתומים במשפט העברי, אחריותו, דרכי הפיקוח והביקורת עליו, חיבור לשם קבלת תואר ד"ר למשפטים, ירושלים תשד"ם (להלן: רייניץ), במבוא, עמ' XI, הערה 38, לומד מלשון חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, "דיד אפוטרופוס כיד היתומין", שלרשב"א שיטה אחרת בהבנת מקור סמכותו של האפוטרופוס: "סמכותו טבועה במהותה של האפוטרופסות". וראה גם דבריו בעמ' 2, הערה 7. ברם, לא ברור מדוע לדעתו מילים אלה של הרשב"א מלמדות על שיטה הנבדלת מזו של הרמב"ן בהבהרת מקור סמכותו של האפוטרופוס. משמעותן הפשוטה של המילים היא שמעשיו של האפוטרופוס נחשבים כמעשים שנעשו על ידי היתומים, ואפשר שהסיבה לכך היא משום ש"זכין לאדם שלא בפניו", כשיטת הרמב"ן.
להסברים נוספים לכוחו של האפוטרופוס לעשר, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך אפוטרופוס, ליד ציוני הערות 80-86; בירור הלכה, גיטין נב ע"א, ציון א, פסקה א; ולהלן, ליד ציון הערה 65.
להשוואת השלוח לאפוטרופוס במשפט הישראלי, ראה: ג' טדסקי, "אפיטרופוס ושלוח", בתוך: מסות במשפט (ירושלים תשל"ח), עמ' 334; ברק, חוק השליחות, 1996, סעיף 240.

[30] הרחבה בדין 'זכין', ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך זכין לאדם שלא בפניו, כרך יב, עמ' קלה-קצח; חוק לישראל, שליחות, בנספח לסעיף 1.

[31] חידושי הרמב"ן, קידושין כג ע"ב, ד"ה מהו; חידושי הרשב"א, קידושין מב ע"א, ד"ה מהא דאמרינן; חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א, ד"ה והא קטנים.

[32] תוספות, פסחים צא ע"ב, ד"ה איש זוכה, ונדרים לו ע"ב, ד"ה מי; רא"ש, קידושין, פרק ב, סימן ז, ובבא קמא, פרק י, סימן כא. על מחלוקת זו ראה אנציקלופדיה תלמודית, שם, ליד ציוני הערות 13-26.

[33] יש להוסיף, שלדעת חידושי הרמב"ן, קידושין כג ע"א, וחולין לט ע"ב, יש בכוחו של מקבל הזכות לבטל את תוקפה של הפעולה המזכה, בשעה שהוא שומע על קיומה. וראה בעניין זה ש' אטינגר, פרקי שליחות

ד. זיקה מדין פועל

על חלק מן ההגבלות שנדונו לעיל ניתן להתגבר, לדעת חלק מן הפוסקים, מכוח מוסד ייצוג מיוחד שקיים במשפט העברי — דין פועל. הפועל נחשב כמי שכוח עבודתו קנוי למעביד, מכיוון שהוא מקבל שכר[34], ומכוחו של קניין זה נחשבת ידו כיד המעביד[35]. דבר זה מקנה לפועל סמכויות ייצוג שדיני השליחות אינם מעניקים לשליח.

כפי שראינו[36], אי אפשר למנות שליח לביצוע פעולה שיש בה פגיעה בצד שלישי. למרות זאת, קובע התלמוד[37] שפועל שאמר לו המעביד "עשה עמי מלאכה היום", והלה מצא מציאה במשך יום העבודה — שייכת המציאה למעביד, אף שפעולת הגבהת המציאה פוגעת בזכויותיהם של אחרים שהיו יכולים לזכות בה. את ייחודו של הפועל מנמק התלמוד בכך שידו של הפועל היא "כיד בעל הבית".

היו שהסיקו מסוגיה זו שכוח הייצוג של פועל רחב מזה של שלוח[38], ומשום כך, יכול הפועל לפעול גם אם הוא חב לאחרים, כאמור[39]; דיני הכשרות של שלוח אינם חלים עליו[40] (ועל כן גם פועל שאינו יהודי יכול לייצג מעביד יהודי); דיני הכשרות גם אינם חלים על מעבידו[41] (ועל כן גם פועל יהודי יכול לייצג מעביד קטין או נכרי); הוא יכול לעשות בשם בעל הבית גם פעולות שבעל הבית עצמו אינו יכול לעשותן[42].

אם כך הדבר, הקשיים שתיארנו בביסוס סמכותו של נאמן על דיני שליחות אינם קיימים בנאמן המקבל שכר, מפני שהוא בגדר פועל, ועל פועל אין חלות המגבלות החלות על שליח.

אבל יש הסבורים שהכלל "יד פועל כיד בעל הבית" יכול אמנם להרחיב את כוח הייצוג,

במשפט העברי, ירושלים תשנ"ט, עמ' 125-126. לדעה זו, יהיה בכוחו של הזוכה (יוצר הנאמנות או הנהנים) לבטל את תוקפן של פעולות הנאמן, אם זיקתו של הנאמן לנכסי הנאמנות תתבסס על דין 'זכין'.

34 כך עולה מן המקורות שנביא בהמשך, שייחודו של פועל נובע מכך שהוא מקבל שכר, שלא כמו שליח. כך מפורש בש"ך (להלן, הערה 38), בחכמת שלמה (להלן, הערה 42), ובנתיבות המשפט (להלן, הערה 44). וכך כותב שער המלך, הלכות תרומות, פרק א, הלכה יא ("בששכרו פועל גוי").
אמנם שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא תניינא, סימן קיב, ד"ה לענ"ד לק"מ, כותב: "מה הפרש בין בשכר בין בחינם? כל שמקבל עליו השליחות לעשות כן, יהיה כפועל", אבל הוא הסיק מכך שאין פועל נבדל משליח (והסביר שהסוגיה האומרת שיד פועל כיד בעל הבית, ושמועילה תפיסת פועל עבור בעל הבית גם אם חב לאחרים, אינה להלכה), אבל ברור שמי שסובר שיש הבדל בין שליח לפועל מתכוון להבחין בין שליח בחינם לבין מי שמקבל שכר.

35 מקורות לעניין זה ראה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 1, פרק רביעי, ב, 2, (ב).

36 לעיל, ליד ציון הערה 16.

37 בבא מציעא י ע"א.

38 ש"ך, חו"מ, סימן קה, ס"ק א; מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא, והלכות מכירה, קניין משיכה, סימן טו. מקורות נוספים לעניין זה ראה בחוק לישראל, שליחות, שם; ברכת אמת, סימן ג, עמ' כב.

39 ש"ך, שם.

40 מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא (הובא בהלכות מדינה, לר"א ולדינברג, חלק ג, שער ד, פרק ה, עמ' קכט).

41 שו"ת יהודה יעלה, חלק ב, סימן ריג, ד"ה והנה לשיטת (לגבי מעביד נכרי); חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקופ), גיטין, סימן ד, בהסברו השני, בד"ה ועוד יש לומר (לגבי מעביד קטן).

42 חכמת שלמה, חו"מ, סימן קפב, סעיף א.
הבדל נוסף הוא, שהשוכר פועל לעשות מעשה שיש בו עבֵרה, רואים כאילו המעביד עשה את העבֵרה, אף שבשליח בחינם, אין שליח לדבר עבֵרה — כך מבין שער המלך, הלכות תרומות, פרק א, הלכה יא, בדעת מחנה אפרים.

אך אינו יכול ליצור כוח ייצוג שאינו קיים לפי דיני השליחות[43]. לכן פועל יוכל לבצע פעולה משפטית גם אם בכך הוא חב לצד שלישי, מפני שבאופן עקרוני זוהי פעולה שאפשר לבצע אותה על ידי שליח. אולם אם הפועל אינו עומד בתנאי הכשרות של שליחות, למשל אם אינו יהודי, לא יוכל לייצג את מעבידו בביצוע פעולות משפטיות. לפי שיטה זו, ביסוס סמכויות הנאמן על דין פועל אין בו מענה לכל הקשיים שתיארנו לעיל.

יש גם מי שאינו מקבל בכלל את ההבחנה האמורה בין שליח בחינם לבין פועל, ולדעתו אין לפועל כוח ייצוג גדול יותר משל שלוח, וכל הדינים המגבילים את כוחו של שלוח מגבילים גם את כוחו של פועל[44]. לפי דעה זו, ברור שאין יתרון בהגדרת נאמן כפועל.

גם בין הפוסקים הסבורים שכוחו של פועל עדיף על כוחו של שליח, יש המגבילים זאת למי שכל זמנו משועבד למעביד לכל מלאכה שתתבקש, מפני שרק עובד כזה מוגדר "פועל"[45]. אם כך הדבר, הגדרת נאמן כפועל לא תפתור את הבעיות שמנינו, שכן על פי רוב, נאמנים אינם מחויבים ליוצר הנאמנות בהיקף כזה.

ה. זיקה קניינית

(1) כללי

היות שסמכותו של בעל זכות קניינית בנכס לפעול בו רחבה בהרבה מסמכותו של שליח, נאמן שיש לו זכות קניינית בנכס יכול לקיים את מטרות הנאמנות טוב יותר מנאמן שהוא רק שליח, על פי רוב[46].

עם זאת, ברור מאליו, שיצירת הנאמנות לא נועדה להעניק לנאמן בעלות מלאה בנכסי הנאמנות. על כן יש להגביל את זכותו הקניינית של הנאמן בנכסי הנאמנות, באופן שאף שלא תהיה לו בעלות מלאה, עדיין תהיה לו בעלות בהיקף כזה שיאפשר לו להגשים את מטרות הנאמנות. כיצד ניתן לעשות זאת?

המשפט העברי, בשונה מן המקובל בהרבה משיטות המשפט המודרניות, מאפשר את הגבלתה של הזכות הקניינית בדרכים שונות ומגוונות, ואף את פיצולה ליחידות משנה, שניתן לשייך לבעלים שונים[47]. אפשרות זו פותחת פתח ליצירתה של נאמנות המבוססת על העברה של בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות לנאמן[48]. אופי הגבלתה של הבעלות ייעשה בהתאם למטרות הנאמנות ולתנאיה[49].

[43] שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ב, סימן קי, ד"ה לצורבא מרבנן. מקורות נוספים לכך ראה בחוק לישראל, שליחות, שם.

[44] נתיבות המשפט, סימן קפח, ס"ק א; שו"ת ר' עקיבא איגר (שצוין לעיל, הערה 34). לפוסקים אחרים הסבורים כך, ראה בחוק לישראל, שליחות, שם.

[45] שו"ת שואל ומשיב, שם, ד"ה ומה שרצה. למקורות נוספים לעניין זה ראה בחוק לישראל, שליחות, שם.

[46] מובן מאליו, שלשם יצירתה של זיקה קניינית לנכסי הנאמנות, יהא צורך להעביר לנאמן את הבעלות בנכסים אלו באחת מדרכי הקניין. סקירה ממצה בעניינים אלו ראה: א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ת"א תשכ"ז, חלק א, שער ב, פרק ה (עמ' 102-127); ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, ת"א תשמ"ג, פרקים ב-ג.

[47] ראה למשל: ש' שילה, "פיצול זכות הבעלות בנכס במשפט התלמודי", דיני ישראל יב (תשד"ם-תשמ"ה), עמ' קעג.

[48] על סוג של נאמנות שיש בה בעלות מוגבלת לנאמן, במשפט העברי, הצביע השופט משה זילברג בספרו 'כך דרכו של תלמוד', ירושלים תשכ"ב, עמ' 136-137, והדברים אף הובאו בפני הכנסת על ידי השר ח"י

עיון במקורות המשפט העברי מגלה שאפשרות זו לא נותרה בגדר תיאוריה משפטית, אלא נעשה בה שימוש במקרים רבים, ובהקשרים שונים, כפי שיודגם להלן.

(2) נאמן של נאמנות פרטית

במסכת נדרים[50] מסופר על אדם שבנו נהג לגזול אניצי פשתן[51]. האב, שלא רווה נחת מנוהג זה, ביקש לנשל את בנו מן הירושה, אך מאחר שלא רצה לפגוע בזכויות נכדו, נקט בדרך מקורית: הוא הקנה לבן את נכסיו, כדי שהאחרון יַקנה אותם לנכד, אם הנכד יהיה תלמיד חכם[52].

תוקפה של העברת הבעלות בצורה זו שנוי במחלוקת. חכמי פומבדיתא סברו שההקנאה

צדוק בעת הצגת חוק הנאמנות (דברי הכנסת, כרך 73, עמ׳ 2896 = נ׳ רקובר, המשפט העברי בחקיקת הכנסת, ירושלים תשמ״ט, עמ׳ 934־935). ואלו דבריו: ״הולדסוורט אומר, כי הבעלות שביושר, שהעניקה האקוויטי האנגלית לבנפיציאנט של הטרסט [=לנהנה של הנאמנות], אין לה אח ורע בשום שיטת משפט אחרת, ואין הדבר כן! במשפט העברי מוצאים אנו בעלות זו בעסקת הנאמנות של ה׳אורכתא׳, או ההרשאה. המרשה מקנה למורשה את נשוא התביעה, כדי שיוכל להתדיין במקומו עם הנתבע, והלה לא יוכל להטיח כלפיו: לאו בעל דברים דידי את! אבל הקנאה זו היא ׳הקנאה גרועה׳, זאת אומרת: הבעלות שהוא רוכש היא בעלות מוגבלת, פועלת כלפי חוץ ואינה פועלת כלפי פנים, כלפי המרשה. ביחסים הפנימיים שביניהם, הבעלים הוא המרשה, ולא המורשה, והרי לפנינו ב׳קליפת אגוז׳ רעיון הנאמנות. כי ה׳הקנאה הגרועה׳ של המשפט העברי מניחה מקום ל׳קנין טוב׳ הנשאר ביד המרשה, שהוא הבנפיציאנט האמיתי של ההרשאה, בדומה לבעלות שביושר המוקנית, על פי אקוויטי, לבנפיציאנט של הטרסט. אין אפוא כל חדש תחת השמש, וכבר היה לעולמים במקורות המשפט העברי״.

עם זאת, יש להדגיש שהבעלות המוגבלת שנדון בה בפרק זה שונה במהותה מן הבעלות המוגבלת שדן בה זילברג. בעלות המורשה מוגבלת לפי זילברג בכך שהיא ״פועלת כלפי חוץ ואינה פועלת כלפי פנים״. הגבלה מסוג זה, עד כמה שהשגתנו מגעת, מצויה רק בהרשאה, שנועדה רק כדי לאפשר את ייצוגו של אדם בפני בית דין באמצעות שלוחו. לעומת זאת, הגבלת הבעלות, במובן שנעסוק בו בפרק זה, היא למעשה פיצול של הבעלות שבדין, ולא בין הנאמן לנהנה, אלא בין הנאמן ליוצר הנאמנות. אם כן, הדמיון בין הנאמנות בתבניתה האנגלית לבין הנאמנות בתבניתה שבמשפט העברי הוא שטחי בלבד. לביקורת נוספת על דברי זילברג, ראה: א׳ לבונטין, ״כך דרכו של תלמוד (ביקורת)״, הפרקליט יח (תשכ״ב, 1961), 188; נ׳ רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל״ב, עמ׳ 176, הערה 522.

[49] בעלותו של הנאמן יכולה להיות מוגבלת לא רק בהיקפה, אלא היא יכולה גם להיות מוגבלת בזמן, במצב שלפי תנאי הנאמנות, יועברו נכסי הנאמנות בשלב מסוים לנהנים או למטרות שלשמן נוצרה הנאמנות. אמנם לדעת אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ׳ 391, אין המשפט העברי מכיר בבעלות המוגבלת בזמן, אולם דעתו אינה מוסכמת. ראה: י׳ אנגלרד, ״מחקר המשפט העברי — מהותו ומטרותיו״, משפטים ז (סיון תשל״ו), בעמ׳ 61. לתשובה לדברים, ראה: ב׳ שיבר, ״שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי״, משפטים ח (אב תשל״ז), עמ׳ 96־97. אף שילה (לעיל הערה 47, בעמ׳ קפח־קצד), חולק על עמדתו של אלבק בעניין זה.

[50] נדרים מח ע״ב. על עניין זה ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 4.

[51] כך הוא לפי הפירוש המיוחס לרש״י, נדרים שם, ד״ה כיפי דכיתנא; ר״ן, שם, ד״ה ההוא; ריטב״א, נדרים טז ע״א (בדפי הרי״ף), ד״ה ההוא; נימוקי יוסף (בדפי הרי״ף, שם), ד״ה ההוא. לפירושים אחרים, ראה: פירוש הרא״ש, נדרים, שם; תוספות, שם, ד״ה דהוה; שיטה מקובצת, שם, בשם הרי״ץ; בית הבחירה, נדרים, שם.

[52] ראה חוק לישראל שם, שנחלקו הפרשנים האם האב התכוון שההקנאה לבן תחול מיד, או שתחול רק כשיתברר שהנכד תלמיד חכם. וראה שם, שיש שפירשו שנתן לאדם זר, שיַקנה לנכד, ולא נתן לבנו. וראה עוד שם, מחלוקת האם מדובר שהנכד כבר נולד, או שטרם נולד.

אינה תקפה. לדבריהם, "כל 'קני על מנת להקנות' — לא קני". מנגד, רב נחמן סבר שניתן להקנות נכס לאחרים, אף בדרך של "קני על מנת להקנות", וכך אמנם פוסק השולחן ערוך[53].

מה אופי ההקנאה של "קני על מנת להקנות"? הר"ן מפרש כך[54]: "אמרי פומבדיתאי קני על מנת להקנות הוא, ולא קני — דאף על גב דמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה, התם שאני, דמכל מקום הרי הוא זוכה בה לשעתו, ומשתמש ממנה, אבל הכא דלא אקני ליה לבריה כי היכי דליזכי בהו כלל אלא כי היכי דליקנינהו לבריה כי הוי צורבא מרבנן — לא קנה... ורב נחמן אמר קני על מנת להקנות קנה — אע"פ שלא נתן לזה כלל אלא כדי שיקנה לפלוני".

מדבריו עולה, שהסבא הקנה לבנו הגזלן את נכסיו באופן שלא יזכה בהם לעצמו כלל אלא רק תהיה לו סמכות להקנות את הנכסים לנכד, אם הנכד יהיה תלמיד חכם. אם כן, יש לבן בעלות מוגבלת בנכסים, שכל תכליתה היא רק לאפשר את העברת הבעלות בנכסים לנכד[55].

[53] שולחן ערוך, יו"ד, סימן רכג, סעיף ג. לפוסקים נוספים שפסקו כך, ראה חוק לישראל, שם; וראה שם, שפסקי רי"ד, נדרים שם, פסק שהקנאה כזאת אינה מועילה.

[54] ר"ן, נדרים מח ע"ב, ד"ה קני על מנת להקנות. כך משמע גם מדברי ראשונים אחרים: ריטב"א, נדרים טז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה ההוא (אבל השווה לדבריו בחידושי הריטב"א, סוכה מו ע"ב, ד"ה ואמר רבי זירא); נימוקי יוסף על הרי"ף, שם, ד"ה קני על מנת להקנות; תוספות רי"ד, נדרים שם.

[55] ע"פ הסברו של ר' זלמן נחמיה גולדברג, "הפרשת תרומות ומעשרות בחנות של נכרי", המעיין מ(ג), תש"ס, עמ' 43.

יישום מעניין של האפשרות להקנות למטרה מסוימת בלבד, הוצע על ידי ר' זלמן נחמיה גולדברג, במאמרו הנ"ל, כפתרון לבעיה הלכתית שכיחה. יש חנויות רבות לירקות ופירות, שבעליהן אינם יהודים, אך הפירות והירקות שבהן גדלו בשדותיהם של יהודים, ולכן הם חייבים בהפרשת תרומות ומעשרות. אולם מי שאינו יהודי אינו יכול למנות יהודי כשלוחו להפריש תרומות ומעשרות. אם כן, כיצד יוכל משגיח הכשרות להפריש תרומות ומעשרות עבור בעל החנות הנכרי? הצעתו של רז"נ גולדברג היא, שבעל החנות יַקנה למשגיח את הפירות והירקות, כדי שיפריש מהן תרומות ומעשרות. כמובן, בעל החנות לא יסכים להקנותם לו לגמרי, אלא ההקנאה תהיה באופן שבעלותו של המשגיח בפירות ובירקות תהיה מוגבלת, רק למטרה של הפרשת תרומות ומעשרות.

לפנינו אפוא דוגמה נוספת לנאמן שיש לו זיקה קניינית בנכס: המשגיח הוא נאמן של בעל החנות, ובידיו בעלות מוגבלת בפירותיו, שמכוחה הוא יכול להפריש מהם תרומות ומעשרות.

אבל ר"א מילר העיר על דברי רז"נ גולדברג, שייתכן שהאפשרות ליצור בעלות מוגבלת מסוג "קני על מנת להקנות" קיימת רק אם היא משמשת ככלי ליצירתה של בעלות שלמה, כבמעשה המתואר במסכת נדרים, שהמטרה היתה להקנות את הנכסים לנכד לגמרי, ולא כמו בהקנאה למשגיח, שהיא למטרת עשיית פעולה מסוימת בנכס בלבד. לפי דבריו, אי אפשר להקנות לנאמן בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות רק כדי שיוכל לעשות בהם פעולות משפטיות שונות, והקנאה כזאת אפשרית רק אם הוא אמור להעביר לנהנה בעלות מלאה בנכסים בבוא הזמן.

רעיון דומה להצעתו של רז"נ גולדברג מצוי בשו"ת זכור לאברהם (אביגדור), יו"ד, סימן יב (הובא בשו"ת יין הטוב, חלק א, יו"ד, סימן טו), שהעלה אפשרות, שהסיבה לכך שאישה יכולה להפריש חלה מעיסה השייכת לבעלה, היא שהבעל מקנה לה את העיסה כדי שתפריש ממנה חלה, כיוון שזו מצווה המוטלת עליה. בשאלה זו מסתפק ר' צבי פסח פראנק, בשו"ת הר צבי, יו"ד, סימן קצג (ד"ה ובר מן): האם אישה המפרישה חלה מן העיסה עושה כן בשליחות בעלה, שהוא בעל הזכות הקניינית בעיסה, או "מתורת בעלים, שזכתה במצווה זו". נראה שכוונת רצ"פ פראנק בדברים אלו לומר, שהבעל מעניק לאשתו זכות קניינית בעיסה, כדי שתוכל להפריש ממנה חלה. וראה שם על הנפקויות השונות מהגדרת האישה כ"שליח" או כ"בעלים". אפשר לומר שגם זה סוג של נאמנות: האישה היא נאמנת על העיסה, לצורך הפרשת החלה.

רז"נ גולדברג יישם את האפשרות של בעלות מוגבלת גם לעניין מכירת קלטת תוך שהמוכר משייר לעצמו

מדברי הר״ן אנו יכולים ללמוד גם על טעם התנגדותם של חכמי פומבדיתא להקנאה בדרך זו. לדידם, ניתן להגביל את הבעלות בדרכים שונות, ובלבד שהבעלים ייהנה, ולו לזמן מועט, מן הנכסים שהועברו לבעלותו. יסוד ההנאה, לדידם של חכמי פומבדיתא, הוא יסוד מרכזי של הבעלות, ומי שאין לו זכות ליהנות מנכס, לא יוכל להיקרא בעלים.

ודוק. הר״ן אינו מדבר על העברת בעלות מלאה, בתנאי שיעביר הבן את הנכסים לבנו, אלא על העברת בעלות מוגבלת, שכל תכליתה היא רק לתת לבן את הכוח המשפטי להעביר את הנכסים לנכד. העברת בעלות זו היא העברת בעלות מוחלטת, שאינה מותנית בהתמלאותו של תנאי זה או אחר[56].

כך מדגיש גם הרשב״א[57], המסביר את הסוגיה בדרכו של הר״ן: ״פירוש, האי ׳על מנת׳, לאו ׳על מנת׳ דתנאי הוא, כשאר ׳על מנת׳ דעלמא... דהאי ׳על מנת׳, לא שיהיו הנכסים של הבן עד שיהא בן הבן צורבא מרבנן, על מנת שיתנם לו כשיהיה צורבא מרבנן קאמר, דלא נתנם לבן כלל ואין לו בהן הנאה של כלום אלא שיקנם כדי להקנותם בלבד״[58].

מהסבר זה עולה שניתן להעביר לאדם בעלות מוגבלת בנכס, שכל משמעותה היא — שיש לו סמכות לפעול בנכס כמנהג בעלים למטרה מסוימת. מכאן שניתן גם להעביר לנאמן בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, באופן שכל משמעותה של הבעלות שלו היא שהוא יוכל למלא את תפקידיו כהלכה, ויש לו סמכויות הדומות לאלו המצויות בידיו של בעלים גמורים של נכס.

למעשה, אותו בן רשע, המתואר במסכת נדרים, היה נאמן על נכסי אביו, כשמטרת הנאמנות היתה להעביר את הנכסים לנכד בבוא הזמן, והוענקה לנאמן בעלות מוגבלת בנכסים לשם קיום מטרה זו.

את הזכות למכור אותה הלאה. ראה: ר׳ זלמן נחמיה גולדברג, ״העתקה מקסטה ללא רשות הבעלים״, תחומין ו (תשמ״ו), עמ׳ 185; ר׳ נפתלי בר־אילן, ״העתקת ספרים או קסטות״, תחומין ז (תשמ״ז), עמ׳ 360; ר׳ זלמן נחמיה גולדברג, ״תנאי ושיור בהסכמים״, שם, עמ׳ 368. וראה דבריו על רעיון דומה לעניין אחר: חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ׳ 296. אלא ששם מועברת עיקר הבעלות פרט לדבר אחד, וכאן עיקר הבעלות אינה מועברת לנאמן אלא רק למטרה אחת. כמו כן, קובץ שיעורים, בבא בתרא, סימן רפ, כותב שאפשר שפירות של אדם יהיו קנויים לאדם אחר לעניין שהאחר יוכל לעשותם מעשר על פירותיו.

[56] כך כתב הפלאות נדרים, נדרים מח ע״ב, שלדעת הר״ן אין זו הקנאה על תנאי, שלא הקנה לו שום דבר אלא רק להקנותו לאחר.

[57] חידושי הרשב״א, נדרים, שם.

[58] לעומת זאת, רמב״ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה י, חידושי הריטב״א, נדרים שם, וחזון איש, חו״מ, ליקוטים, סימן ל, אות יב, מפרשים שהכוונה להקנאה על תנאי.
כמו כן, הרא״ש, נדרים, פרק ה, סימן ה, אומר: ״כתב הרמב״ן ז״ל דהלכתא כרב נחמן דסודרא קני על מנת להקנות הוא, כלומר מתנה על מנת להקנות הוא כלומר מתנה על מנת להחזירו״. רמב״ן, נדרים טז ע״א, בדפי הרי״ף, כתב בקיצור: ״דסודרא קני על מנת להקנות הוא, כלומר מתנה על מנת להחזיר״. הרא״ש יוצר זהות בין מושג ׳קני על מנת להקנות׳ לבין המושג ׳מתנה על מנת להחזיר׳, בניגוד לר״ן, שכתב שיש הבדל מהותי בין המושגים: מתנה על מנת להחזיר היא העברת של בעלות מוחלטת בנכס, שקיומה מותנה בקיומו של תנאי מתלה, ואילו ׳קני על מנת להקנות׳ היא העברה של בעלות מוגבלת, שקיומה אינו מותנה. לעומתו, הרא״ש סבור ש׳קני על מנת להקנות׳ היא העברת בעלות על תנאי, וכשם שניתן להתנות את העברת הבעלות בכך שהמקבל יחזיר את הנכס לנותן לאחר זמן (״מתנה על מנת להחזיר״), כך גם ניתן להתנות את העברת הבעלות בכך שהמקבל יעביר את הבעלות בנכס לאחֵר.
המהדיר לחידושי הריטב״א, נדרים מח ע״ב, הערה 191 והערה 213, מוצא שנחלקו פוסקים בשאלה, האם בהקנאה ״על מנת להקנות״ יש למקבל בעלות זמנית בנכס ויכול להשתמש בו, או לאו — עיין שם.

(3) גזבר של הקדש לבית המקדש

בזמן שהיה בית המקדש קיים, היו ממנים נאמנים על נכסי ההקדש — הגזברים. בין שאר תפקידיו, היה על הגזבר להפריש תרומה מפירות שהוקדשו לבית המקדש[59]. התלמוד הירושלמי[60] מתקשה בהפרשה זו: איך יכול הגזבר להפריש תרומה פירות ההקדש, הלא אין אדם יכול להפריש תרומה מפירות שאינם שלו? שאלה זו בוחנת למעשה את טיב זיקתו של הגזבר לנכסי ההקדש, שכן רק אם יש לגזבר זכות קניינית בנכסי ההקדש, יוכל להפריש תרומה מפירות ההקדש, שכן הם פירותיו.

בעניין זה נחלקו האמוראים בירושלמי. רב אידי סבר ש"גזבר כמאן דאינון בעלים". כלומר, פירות ההקדש נחשבים כפירותיו של הגזבר, ולכן הוא יכול להפריש תרומה מפירות ההקדש[61]. לעומתו, רבי יוסי סבור ש"גזבר הוא אחר". לאמור: לגזבר אין כל זיקה קניינית לנכסי ההקדש[62]. לפי דבריו, צריך לומר שסמכותו לפעול בנכסי ההקדש לא מכוח זכות קניינית באה, אלא מכוח שליחות[63].

[59] בעיקרון, פירות הקדש אינם חייבים בתרומות ומעשרות. אבל אם נגמרה מלאכתם ביד הדיוט ואחר כך הגיעו לרשות הקדש, הם חייבים בתרומות ומעשרות — משנה פאה, פרק א, משנה ו.

[60] ירושלמי תרומות, פרק א, הלכה א (ג ע"א).

[61] ר"ש סיריליאו, בפירושו לירושלמי שם, מנמק דעה זו, שהמקדיש לבית המקדש מקדיש על דעת שבית דין יהיה בעל ההקדש, ובית הדין זוכה בהקדש על דעת כל ישראל.

[62] דעת ר' יוסי, שגזבר אינו בעלים, הובאה גם בירושלמי מעשרות, פרק ה, הלכה ג (כה ע"ב).
ר' אליהו פולדא, בפירושו על ירושלמי תרומות, שם, ור"ש סיריליאו, בפירושו על ירושלמי תרומות, שם, מעשרות, שם, וחלה, פרק א, הלכה ה, קושרים זאת למחלוקת ר' מאיר ור' יוסי בתוספתא שקלים, פרק ב, הלכה ח, האם גזבר הוא בעלים על השקלים, ושם הנפקות היא לשאלה האם "תורמים על הגבוי" — עיין שם.

[63] תולדות יצחק, על הירושלמי תרומות שם, כותב בתחילת הסוגיה שהירושלמי רצה לומר שאף שהפירות אינם של הגזבר, הוא יכול להפריש מפני שנוח לבעל הפירות (הקב"ה) שיפריש. אפשר להסביר זאת על פי דברי רמב"ם, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ג, שהמפריש תרומה מפירות של אחר, ואחר כך גילה בעל הפירות את דעתו שנוח לו בהפרשה, ההפרשה תקפה; הרי שאם ידוע שנוח לבעל הפירות בהפרשה, היא תקפה. אבל פשוט יותר לומר שהגזבר פועל כשלוחו של הקב"ה, שכן יש לו שליחות כללית לעשות כל מה שדרוש להקדש.
יש מן האחרונים הרואים בגזבר שליח של ההקדש. כך כתב תוספות יום טוב, מעילה, פרק ג, משנה ו (והסכים עמו קצות החושן, סימן ר, ס"ק א), שלכן אם הגזבר עומד בצד חצר של הקדש, ההקדש קונה מה שנמצא בחצר בקניין חצר, מפני שבכך נחשבת החצר חצר המשתמרת לדעת בעליה. יש להעיר, שקל וחומר שאם הגזבר הוא בעלים, יועיל קניין החצר להקדש במצב כזה.
אבל שו"ת באר יצחק, יו"ד, סימן כח, ענף ג (ד"ה ובעיקר), לומד מהלשון שגזבר הוא "אחר", מכאן שלדעה זו אין הגזבר נחשב אפילו שליח, אלא "כאחר לגמרי".
הדרשות מ"אחיו" ומ"רעהו": ממקורות אחדים עולה לכאורה שהקדש אינו בבעלות הגזבר: בבבא מציעא נו ע"ב נאמר שאין איסור אונאה בהקדש מפני שבאונאה נאמר "אל תונו איש את אחיו" (ויקרא כה, יד), והקדש אינו "אחיו"; ושם נז ע"ב, ושבועות מב ע"ב־מג ע"א, נאמר ששומר נכסי הקדש פטור מפני שנאמר בפרשת שומרים "כי יתן איש אל רעהו" (שמות כב, ו), והקדש אינו "רעהו" (ההלכה והדרשה הובאו ברמב"ם, הלכות שכירות, פרק ב, הלכה א); ועוד נאמר שם ובתוספתא, תרומות, פרק ז, הלכה ח (הלכה 8 במהד' ליברמן), ובירושלמי, תרומות, פרק ו, הלכה ב (והובא ברמב"ם, הלכות גנבה, פרק ב, הלכה א) שגונב מהקדש פטור מכפל, מפני שבתשלומי כפל נאמר "ישלם שנים לרעהו" (שמות כב, ח), והקדש אינו "רעהו"; בבבא קמא ו ע"ב, ושם לז ע"ב (הובא ברמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ח, הלכה א), נאמר שאין חיוב נזקי שור בשור של הקדש, מפני שבנזקי שור נאמר "וכי יגוף שור איש את שור רעהו"

(שמות כא, לה), והקדש אינו "רעהו"; וכך כתב רמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק ה, הלכה א, לעניין שבועה על נכסי הקדש. כמו כן, שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן סג, וחלק ה, סימן רמט, כותב שאין איסור ריבית בהקדש (כאמור בבבא מציעא נז ע"ב), מפני שבריבית נאמר "לא תשיך לאחיך" (דברים כג, כ), והקדש אינו "אחיך" (מקורות נוספים לעניין ריבית בהקדש נביא בסעיף 6, הערה 64).

לאמיתו של דבר, ייתכן שגם מקורות אלו מסכימים שיש לגזבר בעלות מוגבלת בנכסי ההקדש, ובכל זאת נכסי הקדש אינם בגדר "אחיך" או "רעהו" מפני שאין לגזבר בעלות גמורה בהם.

מקור בסוגיית מירוח: המחלוקת בשאלת מהותה של זיקת הגזבר לנכסי ההקדש עולה גם בסוגיה אחרת, העוסקת בדיני תרומות ומעשרות. כלל הוא שכל עוד לא נגמרה מלאכת הפירות, כפי המוגדר בכל פרי, מותר לאכול מן הפירות בדרך ארעי, בלי הפרשת תרומות ומעשרות (משנה מעשרות, פרק א, משניות ה־ח; רמב"ם, פירוש המשניות, מעשרות, פרק א, משנה ה). גמר המלאכה מכונה גם 'מירוח'. בהקשר זה מובאת בירושלמי מעשרות, פרק ה, הלכה ג, דף כה ע"ב (סוגיה מקבילה נמצאת בירושלמי חלה, פרק א, הלכה ה), מחלוקת בין רבי יוחנן לריש לקיש בשאלה האם גם מירוח בידי מי שאינו בעל הפירות אוסר את הפירות באכילת ארעי לפני הפרשת תרומות ומעשרות. לדעת ר' יוחנן, התשובה היא חיובית, ואילו לדעת ריש לקיש התשובה שלילית.

רבי יוחנן מביא ראיה לדעתו ממשנה פאה, פרק ד, משנה ח, וחלה, פרק ג, משנה ד, האומרת: "הקדישן עד שלא נגמרו, וגמרן הגזבר ואחר כך פדיין, פטורין". כלומר, אם מישהו הקדיש את פירותיו לפני שנגמרה מלאכתם, והגזבר הוא שגמר את מלאכת הפירות, ורק לאחר מכן פדה בעל הפירות את פירותיו מן ההקדש — הפירות פטורים מן החובה לעשרם, משום שבשעה שאמור היה לחול על הפירות חיוב תרומות ומעשרות (שעת גמר המלאכה), היו הפירות מוקדשים, ופירות הקדש פטורים מן המעשר. מהלכה זו עולה שלמירוח בידי הגזבר יש משמעות הלכתית, אף שהוא אינו בעל הפירות, ומכאן מקשה ר' יוחנן על ריש לקיש: "הרי גיזבר כאחר הוא, ואת אמר מה שעשה עשוי!" כלומר, מן המשנה מוכח שגם לגמר מלאכה בידי 'אחר', שאינו בעל הפירות, יש משמעות הלכתית לעניין חיוב הפרשת תרומות ומעשרות, בניגוד לעמדת ריש לקיש (לפי הנוסח שלפנינו, ריש לקיש הוא שמקשה כך על ר' יוחנן, אך תוכן הקושיה מגלה שזו דווקא קושיה על ריש לקיש, ולכן הגיהו פני משה, תולדות יצחק, ור"א פולדא, על הירושלמי, מעשרות, שם, בהתאם; וכך הוא גם במקבילה במסכת חלה, וכך הגיה שדה יהושע, על ירושלמי חלה שם; אבל שו"ת באר יצחק, יו"ד, סימן כח, ענף ג (ד"ה ובעיקר), דווקא מקבל את הגירסה שלפנינו, בלי להסביר אותה).

על שאלה זו משיב ריש לקיש: "תיפתר כמאן דאמר גזבר כבעלין". כלומר, הלכת המשנה מבוססת על הדעה שלגזבר יש זכות קניינית בנכסי ההקדש שבניהולו. משום כך, יש משמעות הלכתית לגמר המלאכה שעושה הגזבר, שהרי הוא כמו בעל הפירות, ואינו אדם זר. ממקור זה עולה שלשיטת ריש לקיש, לעמדה שגזבר הוא כבעלים על ההקדש יש יסוד בדברי המשנה.

הרמב"ם, הלכות מעשר, פרק ג, הלכה כה, פסק אמנם את הלכת המשנה, אך שם, הלכה ז, הוא גם מכריע כדעת ר' יוחנן. לכן לא ניתן ללמוד מפסיקתו זו מה עמדתו בשאלה העקרונית, האם גזבר כבעלים.

דעת הרמב"ם: שו"ת באר יצחק, יו"ד, סימן כח, ענף ג (ד"ה עכ"פ), מדייק (ברמז) מדברי הרמב"ם בהלכות גניבה, פרק ב, הלכה ו, שהוא סבור שגזבר אינו כבעלים. כדי להבהיר את דיוקו, נקדים את ההלכה, שמי שגנב שור או שה ומכרו לאחר, חייב מדין התורה לשלם לבעל הבהמה פי ארבע מערכה אם גנב שה, ופי חמש מערכה אם גנב שור. בעניין מי שגנב נכס והקדישו, פסק הרמב"ם (שם) שאין הגנב משלם את הקנס האמור, ועל כך מקשה הראב"ד: "אם הקדישו הקדש בדק הבית משלם ד' וה'! מה לי מכרו לשמים מה לי מכרו להדיוט?" כלומר, מדוע לא יחויב גנב שהקדיש את הנכס בתשלום הקנס? הלא העביר את הבעלות בנכס להקדש, וכשם שמי שמכרו להדיוט משלם את הקנס, כך צריך להיות גם דינו של מי ש"מכרו לשמים"! שאלה זו מבוססת על סוגיית בבא קמא עו ע"א, בה מוסבר שמי שגנב בהמה והקדישה אינו חייב לשלם קנס של ארבעה וחמישה, ואין אומרים "מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים", הואיל ובהמה המיועדת לקרבן נקראת על שם בעליה — "עולת פלוני" (ע"פ רש"י שם, ד"ה מכרו להדיוט). טיעון זה יפה לבהמה המוקדשת לשם קרבן, אך לא לנכס המוקדש לבדק הבית (לפיתוחו של המקדש ולהוצאותיו השוטפות). אם כן, מדוע סתם הרמב"ם ופסק שכל מי שגנב והקדיש אינו משלם ארבעה וחמישה? על

(4) אפוטרופוס על יתומים

לעיל[64] הבאנו את הצעת הרמב"ן לבסס את סמכויותיו של אפוטרופוס לפעול בנכסי היתומים על דין "זכין לאדם שלא בפניו". אולם, בתוך דבריו, מציע הרמב"ן אפשרות נוספת להסביר את מקור סמכויותיו של האפוטרופוס. וזו לשונו: "הא דתנן יתומים שסמכו אצל בעל הבית או שמִנה להן אביהן אפטרופוס חייב לעשר פירותיהן. דאי לא, כיון דרחמנא מיעט כל תורם שאינו שלו, היאך אוכלים יתומים טבל? יש לומר, דתקנת חכמים היא שהעמידו הפירות ברשות האפטרופוס כדי שיוכל לעשר ויאכילם, והפקר בית דין הפקר... וכן ממכרן להאכיל ממכר מתקנה זו, לפיכך מוכרין עבדים לאחרים ושחרורן שחרור". הסבר זה מקובל על רבים מן הראשונים[65].

לפי הסבר זה, בית הדין מפקיע את הבעלות בנכסי העיזבון מן היתומים, ומעביר אותה לאפוטרופוס, כדי שיוכל למלא את תפקידיו.

על פי ההנחה שיש לאפוטרופוס זכות קניינית בנכסי היתומים, ניתן להבין סמכויות שונות שיש לו אף שאינן מוקנות לשליח. (א) על אף שאין בכוחו של שליח לתפוס נכסים ממי

שאלה זו משיב (ברמז) באר יצחק שם, שהרמב"ם סבר שהמקדיש יכול להישאל לחכם ולבטל את ההקדש גם אחרי שהגיע לגזבר, ולכן הקדשה אינה דומה למכירה להדיוט, ולכן אף אם הקדיש לבדק הבית, אינו חייב לשלם תשלומי ארבעה וחמישה; ולפני כן כתב שרק מי שסובר שהגזבר אינו כבעלים, סובר שהמקדיש יכול להישאל על ההקדש גם אחרי שהגיע ליד הגזבר. הרי שהרמב"ם סובר שהגזבר אינו כבעלים.

כמו כן, שו"ת עונג יום טוב, סימן קיב (ד"ה אולם מדברי), מדייק מדברי הרמב"ם, הלכות תרומות, פרק י, הלכה כה (ומפירושו למשנה, תרומות, פרק ו, משנה ד), שגזבר אינו יכול להפריש תרומות ומעשרות מפירות הקדש (עיין שם להוכחתו), ומן הסתם טעמו הוא שגזבר אינו כבעלים. אבל עיין שם (ד"ה מיהו), שהוא מוכיח ממקורות אחרים שהגזבר הוא כבעלים.

מקור בסוגיית תמורה: על זיקתו הקניינית של הגזבר לנכסי ההקדש אפשר ללמוד גם מפירושו של רש"י בעניין "המקדיש עולה לבדק הבית". בתמורה לב ע"ב נאמר, שמי שהקדיש לבדק הבית בהמה שהוקדשה כבר כקרבן עולה, "אין בה אלא עיכוב גזברין". רש"י (שם, ד"ה עיכוב גזברין) הסביר שמשמעות "עיכוב גזברין" היא, שלא ניתן להקריב את הבהמה, עד שיבוא הגזבר ויעמוד לידה, כדרך שכל בעל קרבן נדרש לעמוד לידו בעת הקרבתו. הרי לנו, שלפחות בנוגע לחובה של אדם לעמוד ליד קרבנו בעת הקרבתו, נחשב הגזבר כבעליהם של נכסי ההקדש. כך דייק בשו"ת עונג יום טוב, סימן קיב, מרש"י שם.

אולם תוספות, תמורה שם, ד"ה והאמר וד"ה גופא, הציעו פירוש אחר ל"עיכוב גזברין". על הפירושים השונים ראה משנה למלך, הלכות ערכין, פרק ו, הלכה י; שעורי עץ ארז, שבת, עמ' קנז־קנח.

הבחנה: טל תורה, על ירושלמי, מעשרות, פרק ה, הלכה ג, מעלה אפשרות שגזבר הוא בעלים על הקדש של קדושת דמים, ולא על הקדש של קדושת הגוף. הוא כותב שכך משמע מתוספות, חולין קלח ע"ב (ד"ה יצא), שכתבו שגזבר שייך רק בקדשי בדק הבית. הוא מסביר בזה את קצות החושן, סימן תו, ס"ק א, שכתב בפשטות שקדשים אין להם בעלים — מפני שהוא מדבר על קדושת הגוף. הוא נוקט כנפקות מכך, לפי שיטת רמב"ם, הלכות טומאת אוכלין, פרק א, הלכה ב, שאוכל מוכשר לקבל טומאה רק אם נגע בו משקה מרצון בעליו — אם גזבר נחשב בעלים, יועיל הכשר בפירות הקדש אם נגע בו משקה מרצון הגזבר.

על סוגיית "גזבר כבעלים" ראה תכריך מרדכי, סימן יב, עמ' פג.

[64] אחרי ציון הערה 29.

[65] חידושי הריטב"א, גיטין נב ע"א, ד"ה אפוטרופוס; חידושי הר"ן, גיטין שם, ד"ה לא קשיא. מקורות נוספים צוינו בבירור הלכה, גיטין שם, ציון א, פסקה א.

שחייב לשולחו לשם פירעון חובו כלפי שולחו (הנושה), אם יש נושים נוספים[66], הרי אפוטרופוס יכול לתפוס מנכסיו של מי שחייב ליתומים, אף אם יש נושים נוספים, שכן הוא "יד בעלים"[67].

(ב) שומר שאיבד את החפץ שניתן לו או שפשע בו — חייב להשיב את תמורתו לבעליו. אולם אם היה בעל הנכס עם השומר במלאכתו בשעת התחלת השמירה — נחשב הדבר ל"שמירה בבעלים", ואם החפץ אבד — השומר פטור מלשלם לו[68]. לעניין זה, שמירה עם שליח של בעל הנכס אינה נחשבת "שמירה בבעלים"[69]. עם זאת, השואל חפץ עם אפוטרופוס של הבעלים — נחשב הדבר לשאלה בבעלים[70].

מכוח מקורות אלו הסיק הרב עוזיאל: "האפוטרופוס אינו שליח של יתומים, אלא הרי הוא כבעלים גמורים של רכוש היתומים שהתמנה עליהם אפוטרופוס מצד אבי יתומים או בית דין"[71].

[66] רמב"ם, הלכות מלוה ולווה, פרק כ, הלכה ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קה, סעיף א. וראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 17.

[67] רא"ש, בבא מציעא, פרק א, סימן כז, בשם רבנו חננאל; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קה, סעיף א (הובא בפד"ר, כרך ה, עמ' 91, וכרך ח, עמ' 249); שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן צה, ד"ה ומעתה.
כמו כן, שו"ת מהרשד"ם, אהע"ז, סימן קסב, בסופו, וחו"מ, סימן רט, בסופו, כותב שמועילה תפיסת האפוטרופוס מנכסי היתומים בעבור נושה אחר, מפני שידו כיד היתומים, והנכסים בחזקתו כשהם עומדים בידו.
אבל ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קה, ס"ק ג, משווה את סמכות האפוטרופוס בכך לסמכות מקבילה של פועל, שגם ידו "כיד בעלים" לעניין זה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 39). אם כן, מסמכות האפוטרופוס כאן אין הוכחה שהוא נחשב בעלים, שכן ייתכן שהוא נחשב פועל ומשום כך יש לו סמכות זו.

[68] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמו, סעיף א.

[69] שם, סעיף ו. אבל הרמ"א שם חולק ואומר ששלוחו כמותו לעניין זה.

[70] מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סימן יא, בשם מהרש"ך.
אבל ניתן לדחות ראיה זו, שהרי אפשר שמהרש"ך פסק רק מספק שאם האפוטרופוס היה עמו, זו שמירה בבעלים, שמא הלכה כדעת הרמ"א, ששלוחו של אדם כמותו לעניין שאילה בבעלים (לא הצלחנו לאתר את דברי מהרש"ך, כדי לברר מהם מדוע פסק כך). ועוד, שמחנה אפרים מביא את דברי מהרש"ך כדי להוכיח שיד פועל כיד בעל הבית גם לעניין זה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 35), ואם כן, אפשר שהטעם שאם האפוטרופוס היה עמו, זו שמירה בבעלים, הוא שדינו כדין פועל של היתומים, ולא מפני שהוא כבעלים של נכסי היתומים.

[71] שערי עוזיאל, חלק א (הלכות אפוטרופסות), מבוא, פרק ב, אות ב (עמ' 26 במהד' תשנ"א). כך הסיק משם אף בית הדין הרבני האזורי ת"א־יפו, פד"ר, כרך ה, עמ' 91.
בשערי עוזיאל, שם, עמ' 25, מביא ראיה נוספת מתחום דיני האונאה: שליח שטעה במחיר לרעתו, בקנייה או במכירה, אפילו בהפרש כלשהו, מעשיו בטלים, מפני שיכול המשלח לומר לו: "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי" (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף ג, וסימן רכז, סעיף ל). לעומת זאת, אם בית הדין, כאפוטרופוס של היתומים, מוכר נכסי יתומים ונתאנה בפחות משישית מהמחיר, המכר קיים (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קט, סעיף ג). הבדל זה נובע, לפי הרב עוזיאל, מכך שבית הדין, כאפוטרופוס של היתומים, אינו נחשב שליח, אלא בעלים. כעין דברים אלו כתב גם בשו"ת משפטי עוזיאל, חלק ד, עניינים כלליים, סימן יג, ד"ה הראיה השניה. אולם ראיה זו קשה, משום שלעניין אפוטרופוס עצמו, פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ל: "השליח או אפוטרופוס שטעה ונתאנה בכל שהוא, בין במטלטלין בין בקרקע, חוזר". הרי שמעמדו של האפוטרופוס, בכל הנוגע לדיני האונאה, זהה למעמדו של שליח, בשונה מבית דין, שאולי נחשב בעלים.

ר' אליעזר יהודה וולדנברג[72] מצא בהלכה שאבי היתומים רשאי למנות קטין כאפוטרופוס ליתומיו[73], הוכחה לכך שכוחו של אפוטרופוס בנכסי היתומים אינו בגדר שליחות, שהרי קטין אינו יכול לשמש כשליח[74]. מכאן לומד רא"י וולדנברג עיקרון כללי: "אפוטרופוס שאני [=שונה] משליחות, ואפילו במקום דלא מהני [=שלא מועילה] שליחות, מהני [=מועילה] אפוטרופסות. ואפוטרופסות, וכן המינויים לניהול עניינים ציבוריים, הוא יותר גדר של מסירת כח הבעלות לתקופת המינוי"[75].

הרב יחזקאל סרנא מבטא את התפיסה שאפוטרופוס של יתומים הוא בעלים של נכסיהם, אף בצורה בהירה יותר: "דגדר הדין באפוטרופוס הוא, דיש לו זכות בעלות, דכשהאב ממנה אותו על נכסיו הרי הוא נותן לו זכות בעלות, ומה שהאפוטרופוס עושה בנכסים, אינו עושה כשליח שעושה עבור הבעלים, רק [=אלא] דיש לו כח כבעלים עצמו למכור ולקנות כל זמן

בשערי עוזיאל שם, עמ' 26, מביא ראיה נוספת מן הדין שאף שאין לקבל עדות שלא בפני בעל הדין (רמב"ם, הלכות עדות, פרק ג, הלכה יא; שולחן ערוך, חו"מ, סימן כח, סעיף טו), מכל מקום ניתן לקבל עדות נגד היתומים בפני האפוטרופוס, מפני ש"אפוטרופוס בעל דין הוא", כמו שכותב שולחן ערוך, חו"מ, סימן קי, סעיף ט. אבל ראיה זו קשה, שהרי יש אומרים שניתן לקבל עדות נגד המשלח בפני שלוחו — הרשב"א המובא בבית יוסף, חו"מ, סימן שפו, ובית הבחירה, בבא קמא קיב ע"ב (הובא בשו"ת עין יצחק, חלק א, אהע"ז, סימן עט, אות א), ואם כן, אפשר שמקבלים עדות בפני אפוטרופוס בתור שליח של היתומים. מה גם ששער משפט, סימן כח, ס"ק ח, מעיר שבית יוסף, חו"מ, סימן כח, מביא כמה פוסקים הסבורים שאין מקבלים עדות בפני אפוטרופוס נגד היתומים; והעלה אפשרות ששליח עדיף מאפוטרופוס, לעניין זה, מפני שבמינוי השליח הביע בעל הדין נכונות מפורשת לכך שיעידו שלא בפניו.

[72] הלכות מדינה (ירושלים תשי"ב), חלק ג, שער ד, פרק ה, אות ד, עמ' קכח.

[73] גיטין נב ע"א; רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו. וראה להלן, ליד ציון הערה 133. אבל בסעיף 21, פרק חמישי, ג, נראה שהמאירי סבור כנראה שאבי היתומים אינו יכול למנות קטן כאפוטרופוס.
רא"י וולדנברג מביא ראיה גם מעצם זה שהיתומים הם קטנים, והרי אין תוקף לשליחות של משלח קטן. עוד הביא ראיה מהדין שמקבלים עדות בפני אפוטרופוס (ראה לעיל, הערה 71), ומשולחן ערוך, חו"מ, סימן קמט, סעיף כד, שמועילה חזקה בפני אפוטרופוס. הוא כותב שאף הרמ"א שם, הסובר שאין מועילה חזקה בפני אפוטרופוס, והפוסקים הסבורים שאין מקבלים עדים בפני אפוטרופוס, טעמם הוא שאין כוח בעלותו מקיף כל כך, אבל הם מסכימים שבאותם דברים שיש לו כוח, הוא נחשב בעלים.

[74] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף ב.

[75] מקורות נוספים שהגדירו אפוטרופוס כבעלים: חידושי הרשב"א, בבא קמא קיב ע"א (ד"ה וי"ל דשור), ודף קיב ע"ב (ד"ה א"ל רב ששת), כותב שאפוטרופוס נחשב כבעלים של נכסי היתומים, בכל הנוגע לתחומי אחריותו.
בשו"ת עין יצחק, חלק א, אהע"ז, סימן עט, אות ב, מובא שחכם אחד העלה את הרעיון לראות באפוטרופוס בעלים של נכסי היתומים, כדי להסביר את ההלכה שאף על פי שאין מעידים על שור תם אלא בפני הבעלים, ניתן להעיד על שור של חרש, שוטה או קטן בפני אפוטרופוס שבית הדין מעמיד להם (רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ו, הלכה ג). אלא שר' צבי הירש ספקטור (בנו של מחבר השו"ת), דחה רעיון זה על יסוד דברי בית הבחירה, בבא קמא קיב ע"ב (ד"ה כל שאין), בשם יש מפרשים, שדין שליח כדין אפוטרופוס לעניין שמקבלים עדות על המשלח בפניו, הרי שהבינו שאפוטרופוס הוא למעשה שליח. רצ"ה ספקטור עצמו מעיר בסוף דבריו, שמדברי פוסקים רבים המובאים בקהילת יעקב (אלגזי), תוספות דרבנן, אות נט, עולה שאפוטרופוס נחשב בעלים לגמרי, וידו כיד היתומים לכל דבר.
הצעה זו שבה והועלתה בדורנו על ידי ר' יוסף דב הלוי סולובייצ'יק כדרך להסביר את ההלכות שהבאנו בטקסט, בספרו: רשימות שיעורים שנאמרו על ידי מרן הגאון הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק זצ"ל, ניו יורק תש"ס, בבא קמא, חלק א, עמ' רעח־רפ.
ראה גם רייניץ, עמ' 5, סוף הערה 17, עמ' 16, הערה 39, ועמ' 23, סוף הערה 51.

שהוא לטובת היתומים"[76]. ובהמשך דבריו: "דכח האפוטרופוס אינו בא מכח אחר ומדין שלוחו כמותו או מכוח בית דין, אלא שהוא זכות עצמו [=זכות האפוטרופוס], ויש לו זכות בעלים, שבכח זה מקחו מקח וממכרו ממכר".

(5) נאמן של הקדש ציבורי

לעניינים שונים, נטו הפוסקים להשוות בין דינו של אפוטרופוס ליתומים לבין דינו של נאמן בהקדש ציבורי[77]. השוואה זו עלתה גם בפסיקה של בית הדין הרבני הגדול, בתביעה מצד ישיבה מסוימת נגד נאמני הקדש שנוצר על פי צוואה.

להבהרת הדיון, נציג את העובדות הנוגעות לעניין. פלוני ביקש לחלק את נכסיו לאחר מותו למוסדות תורניים, ולשם כך יצר בצוואתו הקדש, ואף מינה נאמנים שתפקידם לחלק את נכסיו למוסדות השונים לפי שיקול דעתם. עם זאת, הדגיש יוצר ההקדש, שתינתן עדיפות למוסדות שהוא עצמו התחיל בבנייתם או שהבטיח להשתתף בבנייתם. לאחר מותו, טענה ישיבה פלונית, שהמנוח הבטיח לסייע לה בבניית מבנה מסוים, ולפיכך היא זכאית לקבל מן העיזבון את הסך הדרוש לשם השלמת המבנה. נאמני ההקדש טענו שלא ידוע להם על ההבטחה, ומשום כך סירבו לתת לישיבה זו מן העיזבון.

הסכסוך הובא בפני בית הדין האזורי בפתח תקוה[78]. במהלך הדיון התעוררה שאלה מקדמית, והיא: על מי נטל הראיה? שאלה זו תלויה בשאלה האם הנאמנים הם המוחזקים בנכסי ההקדש, שכן אם הם מוחזקים, נטל הראיה הוא על הישיבה, שהרי "המוציא מחברו עליו הראיה".

לאחר שנשא ונתן בדבר, הגיע בית הדין למסקנה: "הבעלים הם האפוטרופוסים [=היינו, הנאמנים], שנקנה להם הרכוש... ומיקרי [=והם נקראים] מוחזקים[79], ואין בכח התובעת [הישיבה] לגבות מרכוש זה, היות שעומד ותלוי ספיקא דדינא אם מגיע להם".

[76] בית יחזקאל (סרנא), גיטין, סימן י, ד"ה ובחו"מ.

[77] ר' יצחק דילאטאש, בתשובתו שנדפסה בשו"ת הר"ן, סימן ב, מוצא יסוד להשוואה זו בדברי שמואל בגיטין נב ע"א, ש"נכסי יתומין הרי הן כהקדש". יסוד נוסף הוא מוצא בסוגיית בבא קמא לו ע"ב, המספרת על אדם שהזיק לחברו, וחייב אותו רב יוסף לשלם לניזק חצי זוז. לאחר ששמע הניזק את פסק הדין, ויתר על הפיצוי והורה להעביר אותו לעניים. לאחר מכן, ביקש לחזור בו ולקבל את הפיצוי לעצמו, אך רב יוסף דחה את בקשתו, בטענה שהוא כבר זכה בסכום הפיצוי עבור העניים, שהרי "אנן יד עניים אנן [=אנחנו, יד עניים אנחנו]". כראיה לכך שלרב יוסף יש מעמד כזה, מובאים דבריו של רמי בר חמא: "רבן גמליאל ובית דינו אביהם של יתומין היו". בכך יוצרת הסוגיה זהות בין סמכות בית הדין בניהול נכסי יתומים לבין סמכותו בניהול נכסי עניים, ומכך מסיק ר' יצחק דילאטאש ש"דין הקדש עניים כיתומים".
עיקרון זה מופיע בדבריהם של פוסקים רבים, המשליכים מהלכות האפוטרופוס להלכות נאמני ההקדש למטרות צדקה. ראה למשל: שו"ת הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן תכ, ד"ה דבר ידוע; ספר התרומות, שער מו, חלק ד, אות ח (וגידולי תרומה על ספר התרומות, שם, ד"ה ומה שכתב רבינו); שו"ת הריב"ש, סימן תסה וסימן תקז; שו"ת תורת אמת, סימן קסב; שו"ת מהר"י בי רב, סימן לו; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קלב; שו"ת מים עמוקים, חלק ב, סימן עו, ד"ה מ"מ בענין ("והקדשות שלנו דינן שוה לדין היתומים"); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק ג, סימן קצג, ד"ה ובזה מיושב ("וגם הקדש דינו כיתומים"); שו"ת ציץ אליעזר, חלק ז, סימן מח; אורחות המשפטים, פרק יא (נעדרים ומחוסרי דעת); פד"ר, כרך ב, עמ' 18, כרך ד, עמ' 97, וכרך ו, עמ' 225 (קטנים שהוזנחו על ידי הוריהם); להלן, סעיף 10, הערה 73.

[78] תיק תשכ"ח/1862, בבית הדין האזורי בפתח תקוה. עיקר הנימוקים הובאו במסגרת הדיון בערעור תשל"א/4, ישיבת "תורה ומלאכה", כפר אברהם פ"ת, נגד ב' צ' ג' ואחרים, פד"ר, כרך ח, עמ' 240.

[79] אין לחזקה זו קשר לחזקה שנזכיר בהערה 82. החזקה שם היא תפיסת חזקה במקרקעין, ויש לה משמעות

על החלטה זו הוגש ערעור לבית הדין הרבני הגדול, וזה דחה את פסקו של בית הדין האזורי. את הדחייה נימק ר' יוסף שלום אלישיב בפסק דינו, שאין לראות את הנאמנים כמי שמוחזקים בנכסי הנאמנות, כיון שמלשון הצוואה עולה שהמנוח לא התכוון להקנות את רכושו לנאמנים, שתהיה להם בעלות או רשות שימוש ברכוש, אלא "כל קניינם [=של הנאמנים] ברכוש, אינו יוצא מגדר קני על מנת להקנות, דקיימא לן דקני"[80]. בהתאם לכך נקבע, שבמקרה הנדון, הישיבה אינה בגדר "המוציא מחברו" ש"עליו הראיה".

כפי שהוסבר לעיל[81], דין "קני על מנת להקנות" הוא נתינת בעלות מוגבלת בנכסים, לשם קיום פעולות מסוימות בהם. מדברי בית הדין הרבני הגדול יוצא אפוא, שלנאמני הקדש יש בעלות מוגבלת בנכסי ההקדש, אלא שמאחר שהיא מוגבלת, אינם נחשבים מוחזקים בנכסי ההקדש[82].

ו. סיכום

במקורות המשפט העברי אנו מוצאים סוגים שונים של נאמן. יש מהם המוגדר כשלוחו של יוצר הנאמנות, ויש שמוגדר בעל זכות קניינית בנכסי הנאמנות. אם כן, שני המודלים אפשריים.

קניינית, ואילו החזקה כאן, היא המכונה בדברי הפוסקים "מוחזקות", והיא למעשה הַחְזָקָה שיש לה משמעות רק לעניין העברת נטל הראיה, ואין לה משמעות קניינית.

[80] פד"ר שם, עמ' 243.

[81] ליד ציון הערה 55.

[82] אבל ר"א מילר העלה אפשרות שבית הדין לא התכוון לומר שיש לנאמן בעלות מוגבלת. לדבריו, הדיון עסק בעיקר בשאלה, האם יש לנאמן זכות ליהנות מנכסי הנפטר, שכן רק אם יש לו זכות הנאה הוא נחשב מוחזק לעניין נטל הראיה. בהקשר זה, ורק בהקשר זה, אמר בית הדין שקניינו של הנאמן "אינו יוצא מגדר קני על מנת להקנות". במילים אחרות, כוונת בית הדין היא, שלנאמן אין זכות ליהנות מנכסי הנפטר, אלא רק זכות להעבירם לאחרים. עם זאת, נראה שרי"ש אלישיב השתמש בביטוי "קני על מנת להקנות" כדי להדגיש שמצד אחד אין לו זכות ליהנות מהרכוש, ומצד שני הנכס קנוי לו לעניין כל התפקידים שעליו לבצע.

ר"ש ישראלי, בפסק דינו שם, עמ' 248, נוקט שאין לנאמן שום בעלות בנכסי ההקדש, אפילו "טובת הנאה". גם את דבריו אפשר לפרש כאמור, שיש לו בעלות בנכסים לעניין תפקידיו.

מקורות נוספים לשאלה זו: הרשב"א, המובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קמט, סעיף לט (עמ' רכט במהד' הטור השלם), ובב"ח, חו"מ, סימן קמט, סעיף יב, כותב שמועילה חזקה למחזיק בנכסי הקדש "של חברים ושל קברים", אף שאין מועילה חזקה בבית כנסת מפני שאין מי שימחה נגד החזקתו, שכן בנכסי הקדש "יש כאן בעלים ידועים וגזברים ממונים ויש להם חלק באותן הקדשות וקונים ומוכרים ומחליפים מדעת החבורה"; וכך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן קמט, סעיף לא. אבל אין כוונתו שהגזבר הוא בעלים, אלא שהממון שייך לאנשים מסוימים, המקדישים. על דברי הרשב"א, ראה: שו"ת הראנ"ח, חלק א, סימן פד, ד"ה תשובה; שו"ת תורת אמת, סימן קפג, ד"ה עוד גם כן; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קלב, ד"ה ואשיבה; שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ו, סימן ט, ד"ה ועוד יש טעם; נתיבות המשפט, סימן קמט, ס"ק טו; שו"ת שארית יוסף (כץ), סימן סט; שו"ת תורת חיים (שבתי), חלק ג, סימן ה, ד"ה אלא דמ"מ; שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן ה, ד"ה איברא; פסקי דין ירושלים — דיני ממונות, כרך י, עמ' קמו; שו"ת בקש שלמה, סימן ב, דף ט ע"א.

שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן סג, וחלק ה, סימן רמט, כותב שגזבר של הקדש ציבורי אינו בעליו, ולכן אין איסור ריבית בהלוואה מהקדש כזה (אלא שנמנע מלהקל כך למעשה). למקורות לכך, ראה סעיף 6, בנספח. חידושי חתם סופר, בבא מציעא יא ע"ב, כותב שגבאי צדקה שמקבל מעשר שני לחלק, אינו בעלים על המעשר, ויש לו רק טובת הנאה לקבוע למי לתת, ולכן אינו יכול להקנותו בקניין חליפין.

עם זאת, הדעת נותנת שמי שממנה אדם כנאמן על נכסיו, בלי לקבוע אם תהיה לו בעלות בהם או שיפעל כשלוחו בלבד, יש להניח שהתכוון להעניק לו בעלות מוגבלת בנכסים, מפני שכוחו של שליח מוגבל במגבלות רבות, המצמצמות מאוד את כוחו של נאמן שהוא שליח, עד כדי סיכול הגשמת מטרות הנאמנות.

אולם אם מטרות הנאמנות הן מצומצמות, ואפשר להגשים אותן גם על ידי נאמן שהוא רק בגדר שליח, יש להניח שיוצר הנאמנות לא התכוון להעניק לו בעלות בנכסים שלא לצורך, אלא התכוון למנותו שליח בלבד.

פרק שלישי

נכסי נאמנות — "לנכס"

א. מבוא

לדעת כרם, "המונח 'נכס' הוראתו רחבה ביותר, וכוללת נכסים מוחשיים ובלתי מוחשיים, לרבות מניות, איגרות חוב, פטנטים וזכויות אחרות"[83].

בבואנו לבחון מהו "נכס" הראוי להיות נכס נאמנות לפי המשפט העברי, יהא עלינו לתת את הדעת למהותה של הזיקה שבין נכסי הנאמנות לנאמן, מפני שבמידה רבה, היקף הגדרתו של "נכס" יושפע ממהותה של הזיקה שבין הנכס לנאמן.

ב. נכס שטרם בא לעולם

השאלה האם ניתן ליצור נאמנות בנכס שטרם בא לעולם, תלויה במהותה של זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות.

בנאמנות שבה אמורה להיות לנאמן זכות קניינית בנכס, מתעורר קושי אם הנכס טרם בא לעולם, שהרי אי אפשר להקנות נכס שלא בא לעולם[84]. אולם, לדעת רבים, במקום שנהוג להקנות גם נכסים שטרם באו לעולם, יש תוקף להקנאה זו[85]. לשיטה זו, מאחר שנהוג כיום

[83] כרם, עמ' 101 (ליד ציון הערה 18).

[84] ספר המקח, שער ב ושער כט; רי"ף, בבא מציעא ט ע"א (בדפי הרי"ף); העיטור, מאמר שני, קנין, ט ע"ב־י ע"א (במהד' רמ"י); רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה א; ספר התרומות, שער סד, חלק ב; רא"ש, בבא מציעא, פרק א, סימן מ; שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ו, וסימן רט, סעיף ד; אנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שלא בא לעולם, פרק א, כרך ז, עמ' ל־לז.
כפי שנראה להלן, פרק רביעי, ד, סוג אחד של נאמנות נוצר מכוח המצווה לקיים את דברי המת. בשאלה, האם נאמנות כזאת יכולה לקום אם הורָה הנפטר לנאמן לפעול בנכס שטרם בא לעולם, חלוקות הדעות. לדעת שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן מג, גם בזה חלה המצווה לקיים דברי המת. אבל שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ג, סימן קנז, בתחילתו, חלק עליו.

[85] שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן כ; פתחי תשובה, חו"מ, סימן רא, ס"ק ב; המקורות שצוינו באנציקלופדיה תלמודית, שם, הערה 49. חוקת משפט, הלכות מכירה, פרק ו, סעיף כא, מביא מקורות רבים בעניין זה. וראה גם שם, קונטרס אחרון, סימן א; רון שלמה קליינמן, מנהגי הסוחרים במשפט העברי (קניין סיטומתא), דיסרטציה, אוניברסיטת בר־אילן תש"ס; חוק לישראל, שיתוף נכסים, סעיף 38, הערה 9.

להקנות נכסים שלא באו לעולם, ניתן ליצור נאמנות בנכס שטרם בא לעולם, שתהיה לנאמן זכות בעלות בו[86].

גם בנאמנות שבה זיקת הנאמן לנכס אינה אמורה להיות זיקת בעלות אלא בגדר שליחות, מתעורר קושי אם הנכס אינו בעולם, שהרי יש אומרים שאי אפשר למנות שליח לפעול בנכס שלא בא לעולם[87]. אבל נראה שגם כאן, אם נהוג באותו מקום להקנות נכס שלא בא לעולם, יש תוקף לשליחות בנכס כזה לכל הדעות, ואם כן, אפשר ליצור נאמנות מסוג שליחות בנכס שלא בא לעולם.

ג. נכס שאינו ברשות יוצר הנאמנות

נכס "שאינו ברשותו" של אדם הוא נכס שבבעלותו אך מסיבות שונות איבד את השליטה בו. כעיקרון, אי אפשר להעביר בעלות בנכס שאינו ברשות המעביר[88]. לפיכך לא יוכל אדם ליצור נאמנות על נכס שאינו ברשותו, באופן שלנאמן תהיה בו זכות בעלות.

אשר לנאמנות מהסוג שבה הנאמן הוא רק בגדר שליח, נראה שלפי הדעה (שהזכרנו לעיל) שאי אפשר למנות שליח לבצע פעולה בדבר שלא בא לעולם, מפני שהמשלח עצמו לא היה יכול לבצעה, אדם גם אינו יכול למנות שליח לבצע פעולה בדבר שאינו ברשותו, מאותה סיבה. אבל גם לפי דעה זו, יוכל למנות שליח לתבוע בשמו את הנכס בבית דין, שהרי המשלח עצמו יכול לעשות כן. הבחנה זו באה לידי ביטוי בדין ההרשאה: הפוסקים נחלקו בשאלה האם יכול אדם להקנות לשליח את הסמכות לייצגו בפני בית דין, בתביעת נכס שאינו ברשותו; ואחד הצירים שסביבם נסובה המחלוקת הוא האם ההרשאה היא הקנאת הנכס נשוא התביעה למורשה, ואת זאת אי אפשר לעשות אם הנכס אינו ברשותו, או שהרשאה היא שליחות בלבד, ואת זאת אפשר לעשות גם אם הנכס אינו ברשותו[89]. אם כן, אפשר למנות נאמן שתפקידו הוא תביעת הנכס בבית דין, גם אם הנכס אינו ברשות בעליו.

ד. זכויות

הרמב"ם פסק: "אין אדם מקנה לא במכר ולא במתנה אלא דבר שיש בו ממש, אבל דבר שאין בו ממש אינו נקנה"[90]. עם זאת, ניתן להקנות זכויות בנכס, על ידי הקניית הנכס לזכויותיו.

[86] אפשרות נוספת היא להקנות באופן של "דקל לפירותיו" — ראה להלן, ליד ציון הערה 91. אלא שפתרון זה אינו אפשרי אם הדבר שלא בא לעולם אינו תלוי בנכס קיים.

[87] על שאלה זו ראה סעיף 3, פרק שני, ב.

[88] ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שאינו ברשותו.
סוג אחר של "דבר שאינו ברשותו" (שאיננו עוסקים בו כאן) הוא דבר שאינו בבעלותו של אדם, אבל ייתכן שבעתיד יהיה בבעלותו. דיניו דומים לדיני דבר שלא בא לעולם. ראה על כך: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רט, סעיף ה; פתחי חושן, קניינים, פרק יט, סעיף י, ובהערה יז שם; אנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שלא בא לעולם, פרק י.

[89] ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך הרשאה, כרך יא, עמ' כא־כד, ובמקורות המצוינים שם, הערה 97; נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל"ב, פרק ו.

[90] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה יג.

כך למשל, מי שמעוניין להקנות לזולתו פירות של דקל שבבעלותו, יקנה לו "דקל לפירותיו"[91]. הדברים אמורים גם לעניין זכות שאינה מוחשית: לדוגמה, המבקש להקנות את מעשה ידיו של עבד כנעני, יַקנה את העבד למעשה ידיו[92].

בדרך זו, ניתן להקנות לנאמן את הבעלות בזכויות שבנכסים, וכך תיתכן נאמנות שבה נכסי הנאמנות הם זכויות בלבד. קל וחומר שאפשר ליצור בדרך זו נאמנות שבה הנאמן מתפקד כשליח בלבד, גם אם נניח שאי אפשר למנות שליח לעשות פעולה בדבר שאין בו ממש[93].

אבל כדי שיוכל אדם להקנות "דקל לפירותיו", עליו להיות בעליו של הדקל, כמובן. לשון אחר: העברה של בעלות בזכויות מותנית בכך שהזכויות תהיינה תלויות בנכס ממשי. אם הזכויות אכן קשורות לנכס ממשי, העברתן תקפה בתור העברה של בעלות בחלק מן הנכס הממשי. אבל מי שבידיו זכויות בלבד, כגון ממציא פטנט, לא יוכל להעביר לאחר את הבעלות בזכויות היוצרים שלו, כיוון שאין זכויות אלה קשורות לנכס ממשי. ממילא, אי אפשר ליצור בזכויות אלה נאמנות מהסוג שבה אמורה להיות לנאמן בעלות בנכס[94].

ושוב, האפשרות ליצור נאמנות מהסוג שבה הנאמן הוא בגדר שליח בלבד, בזכויות שאינו קשורות בנכס, תלויה בשאלה שהזכרנו, האם אפשר למנות שליח לעשות פעולה בדבר שהמשלח עצמו אינו יכול לפעול בו.

פרק רביעי

מקור חובת הנאמן — "חייב נאמן"

א. מבוא

היסוד השני בהגדרת הנאמנות שבסעיף זה הוא החובה להחזיק בנכס או לפעול בו[95]. חובה זו יכולה להיות מכוח חוזה, והיא יכולה להיות מכוח חוק.

[91] בבא בתרא קמז ע"ב; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכות א־ב, והלכות זכיה ומתנה, פרק י, הלכה טו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רט, סעיף ד, וסימן רנג, סעיף כא.

[92] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ב.
אבל בזכויות שאין זה שכיח שיצמחו מהנכס, אין מועילה הקנאה גם בדרך זו — ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שלא בא לעולם, ליד ציוני הערות 281־290, לגבי מכירת עבד כנעני לעניין הזכות לגבות את הקנס של שלושים סלעים אם שור ימית אותו, או מכירת נכס לעניין הזכות לקבל את הכפל שישולם אם ייגנב.

[93] ייתכן ששאלה זו תלויה במחלוקת לגבי מינוי שליח בדבר שלא בא לעולם, שהזכרנו לעיל, ליד ציון הערה 87.

[94] על דרכים להקניית נכסים רוחניים, ראה בהרחבה: נ' רקובר, זכות היוצרים במקורות היהודיים, ירושלים תשנ"א.

[95] מלשון החוק, "זיקה שעל פיה חייב", אפשר להבין שהזיקה לנכס יוצרת את החיוב. אבל מן העיון בכל מקורות החיוב שנראה להלן עולה המסקנה, שזיקה לנכס לעולם אינה יוצרת חיוב. החיוב החוזי, הדתי או החיוב על פי חוק, אינם נוצרים מכוחה של זיקה לנכס, ואף החיוב שמכוח דיני הקניין, שלדעת חלק מן הפוסקים, הוא המקור לחובתו של פועל לבצע את מלאכתו (להלן, אחרי ציון הערה 100), אינו חיוב הנובע מזיקה לנכס, אלא מזיקה קניינית לכוח העבודה של אדם.
הזיקה לנכס יכולה להעניק לבעל הזיקה סמכויות לפעול בנכס, אך היא לעולם אינה מטילה עליו חיובים.

לדעת כרם, התנאי הקבוע בסעיף 21(ג), שאין אדם נעשה נאמן בהקדש אלא בהסכמתו, מחייב את המסקנה שמקור חובתו של נאמן על פי כתב הקדש הוא חוזי[96].

במשפט העברי, חובתו של נאמן יכולה לנבוע מאחד מן היסודות דלהלן: הסכם עם יוצר הנאמנות (חוזה); חובה שהדין מטיל על הנאמן, בלי הסכמתו; או התחייבות דתית חד צדדית של הנאמן. נדון ביסודות אלו בהמשך.

ב. חיוב חוזי

כאמור, סוג אחד של נאמן הוא זה שחובתו היא מכוח חוזה בינו לבין יוצר הנאמנות. מדובר בחוזה המטיל חיוב לעשות עבודה — "להחזיק בנכס או לפעול בו".

אפיונו של החיוב לעשות עבודה כבר נדון רבות[97], ולא כאן המקום להאריך בכך. ככלל, מקובל להבחין לעניין זה בין פועל לקבלן.

לשליח, למשל, יש זיקה לנכסי השולח, אך זיקה זו אינה מחייבת אותו לבצע את השליחות, אלא החוזה שעשה עם המשלח הוא שמחייב אותו (ראה רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף א; וראה בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 9). יד הפועל היא אמנם כיד הבעלים (ראה לעיל, ליד ציון הערה 37), אך חובתו לבצע את העבודות שהוטלו עליו נובעת מן החוזה שעשה עם המעביד, ולא ממעמדו. כך גם בעניינו של מי שקיבל לידיו בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, כדי שיוכל למלא את תפקידו. הבעלות אינה אלא מכשיר המאפשר לו למלא את תפקידיו, אבל אין בה, כשלעצמה, כדי לחייב אותו לפעול להגשמת מטרותיה של הנאמנות.

ואכן בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, תשס"ז-2007, סעיף 563, הנוסח תוקן לאמר: "נאמן הוא בעלים של נכס, החייב לפעול לגביו לטובת אדם (בפרק זה — הנהנה) או למטרה אחרת". נוסח זה מנתק את הקשר שבין זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות לחובתו לפעול בהם.

לעיקרון שזיקה לנכס אינה מטילה חיוב, יש לציין את התוספתא, בבא בתרא, פרק ט, הלכה א (הלכה 1 במהד' ליברמן), האומרת: "נחום המדי היה מדייני גזירות אמר: הכותב נכסיו בשם חבירו — אין כופין אותו לחזור, ואם התנה עמו [מתחלה] על מנת כן — כופין אותו לחזור". לדעת ז' פלק, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני (ירושלים תשמ"ג), עמ' 233, תוספתא זו עוסקת באדם ש"העביר נכסיו לחברו, כנראה כדי להבריח אותם מבעלי חובו, ולאחר מכן הוא מבקש מחברו שיחזירם", ולמעשה, "זכותו של הנותן היא כעין נאמנות לפי דיני היושר האנגליים, היינו שהנכס הועבר לחברו מתוך אמון שישתמש בו לטובת הנותן". לדבריו, משמעות ההלכה היא שאם לא התנו במפורש שעל המקבל (הנאמן) להעביר את הנכסים לבעלותו של הנהנה, לא ניתן לכפות אותו לעשות כן, מפני שעצם העברת הבעלות בנכסי הנאמנות לנאמן אינה מטילה עליו חובות, כפי שאמרנו בטקסט. אבל חסדי דוד, על התוספתא שם, מפרש אותה באופן אחר (עיין שם), ומנחת ביכורים, על התוספתא שם, מפרש אותה כפי שסוגיית בבא קמא שנביא בסמוך מפרשת ברייתא דומה.

ברייתא דומה מובאת בתלמוד, בבא קמא קב ע"ב, ובמקום "הכותב" נאמר "הלוקח", ובמקום "לחזור" נאמר "למכור". בהתאם, התלמוד מבאר את הברייתא בדרך שונה, כעוסקת באדם המבקש לרכוש שדה עבור עצמו, אבל כתב בחוזה באופן פיקטיבי שהשדה נמכרת ל"ריש גלותא", מתוך כוונה לדחות מעליו אנשים שיבקשו לערער על המכירה בטענות סרק (ע"פ רש"י, בבא קמא שם, ד"ה הלוקח שדה). התלמוד מסביר (במסקנתו) שהברייתא עוסקת בשאלה, האם כופים על המוכר, שכתב את שטר המכר על שמו של "ריש גלותא", "למכור זימנא אחריתי", כלומר — לכתוב לקונה שטר מכר נוסף כדי "שלא יבאו היום או למחר יורשי ראש גולה לתובעה ממני" (רש"י, בבא קמא קג ע"א, ד"ה אין כופין), או שמא אין המוכר חייב לעשות כן.

[96] כרם, סעיף 35, עמ' 107-108.

[97] לדיון נרחב במקורות השונים בעניין זה, ראה: ב' ליפשיץ, עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ"ד, פרק ד (להלן: עובד וקבלן); א' ורהפטיג, ההתחייבות, תוקפה אופייה וסוגיה, ירושלים

ההבחנה בין פועל לקבלן אינה פשוטה, אך ניתן בכל זאת להצביע באופן כללי על שתי הבחנות: מצד התוצאה ומצד הזמן. מצד התוצאה, פועל נדרש לעשות עבודה, ולא נדרש להשיג תוצאה, ואילו קבלן נדרש להשיג תוצאה[98]. מצד הזמן, זמנו של הפועל ביד המעביד, שהרי אין הוא רשאי לבחור לעצמו את שעות העבודה, ואילו קבלן נהנה מן החופש לבחור לעצמו את שעות העבודה[99]. יישום הבחנות אלה על נאמן יוביל למסקנה שעל פי רוב, נאמן מוגדר כקבלן ולא כפועל[100].

נחלקו הדעות איך להגדיר את אופי חיובו של פועל. יש הרואים את מזמין העבודה כמי שרכש את כוח העבודה של הפועל לטובת ביצוע העבודות שלשמן נשכר הפועל. לפי הסבר זה, זכותו של המעביד לכפות על העובד לבצע את העבודות שלשם ביצוען הוא נשכר, מבוססת על זכותו של אדם לממש את זכותו הקניינית[101].

לפי שיטה אחרת, גופו של פועל אינו קנוי למעביד, אלא מוטל עליו חיוב חוזי לעבוד[102].

לעומת זאת, לגבי קבלן, מוסכם על כל הפוסקים, שחיובו הוא חיוב חוזי, ואין כוח עבודתו קנוי למעביד[103]. אם כן, מקור חובתו של הנאמן להחזיק בנכסי הנאמנות או לפעול בהם אינו בגלל זכות קניינית שרכש בו יוצר הנאמנות, שהרי בדרך כלל, נאמן הוא בגדר קבלן, כאמור[104].

נפקות חשובה מכך שנאמן מוגדר, בדרך כלל, כקבלן, הוא, שאם חזר בו במהלך התקופה שקיבל על עצמו, "ידו על התחתונה", והשכר שהוא מקבל מחושב לאור הפסדו של המעביד מהצורך לשכור ממלא מקום. זאת בניגוד לפועל שמקבל את השכר היחסי לזמן שעבד בו[105].

תשס"א, פרק ז (להלן: ההתחייבות); הנ"ל, "חוזה עבודה — מהותו וביטולו", תחומין ז (תשמ"ו), עמ' 427. לעמדות חוקרים נוספים, ראה: עובד וקבלן, עמ' 65-72.

98 רש"י, קידושין מח ע"ב, ד"ה והכא, ובבא קמא צט ע"א, ד"ה לבטושי; מגיד משנה, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה ד; תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלג, סעיף יז ("קבלנות מקרי כל ששכרו על המלאכה ולא על הזמן, אף שידוע כמה ימים עושים מלאכה זו, כגון שקיבל על עצמו לעשות כך וכך יין בימי הבציר, וימי הבציר ידועים כמה הם, מכל מקום, מדלא שכרו לימים אלא למלאכה נקרא קבלן").

99 רש"י, בבא מציעא קיב ע"א, ד"ה קבלנות; מרדכי, בבא מציעא, סימן שמו ("שאינו קורא קבלנות אלא אדם המקבל קמה לקצור, הן לזמן מרובה הן לזמן מעט"); סמ"ע, סימן רכז, ס"ק נט; נתיבות המשפט, סימן רסד, ס"ק ח. וראה עובד וקבלן, עמ' 57-64, ובמקורות שאליהם הוא מפנה; שריאל רוזנברג, דבר למשפט, סימן י.

100 אלא אם הוסכם שהנאמן מקבל שכר חודשי. אם השכר נקבע לפי אחוזים מרווחי השקעותיו, נראה שהנאמן מוגדר כקבלן.

101 לדעת ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 272-278, ועמ' 281-283, זו שיטתם של מהר"ם מרוטנבורג והרא"ש. כך כותב גם ליפשיץ, שם, בדעת הגאונים והרמב"ם.

102 ליפשיץ, שם, בדעת הרמב"ן והרשב"א. לפוסקים נוספים הסבורים כך, ראה: ההתחייבות, עמ' 278, ליד ציון הערה 243, ועמ' 283, ליד ציון הערה 272.

103 ראה בהרחבה: עובד וקבלן, עמ' 50-64. בעמ' 47-50, הוא כותב שדעת הרמב"ם היא שעל הקבלן לא מוטל שום חיוב משפטי לבצע עבודה (אבל מוטל עליו איסור להזיק, כמו על כל אדם אחר; לכן, אף לשיטת הרמב"ם, אם קבלן הפר את הבטחתו לבצע את העבודה, והפרת ההבטחה גרמה נזק למזמין העבודה, חייב הקבלן לפצותו על כך).

אבל ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 282-283, מעלה אפשרות שגופו של קבלן קנוי למעביד.

104 זאת ועוד: גם אילו קבלן היה "קנוי" למעביד, היה זה אפשרי רק בקבלן המקבל שכר, שבכך קונה המעביד זכות קניינית בגופו של העובד. לכן, אם נאמן אינו מקבל שכר על מילוי תפקידו, בוודאי אי אפשר לבסס את חובתו למלא את תפקידיו על זכותו קניינית שיש ליוצר הנאמנות בגופו.

105 לסיכום ההבדל ביניהם, ראה: ההתחייבות, עמ' 256-265.

ג. חיוב על פי חוק — "מצווה לקיים דברי המת"

ככלל, המשפט העברי אינו מטיל על אדם לשמש כנאמן על נכסיו של אחר, בלי שהנאמן יסכים לכך[106].

חריג לכלל זה קיים אם יוצר הנאמנות נפטר, משום שבנסיבות אלה, רואה המשפט העברי ערך רב במילוי רצונו, הבא לידי ביטוי בכלל ש"מצווה לקיים דברי המת"[107]. כלל זה אומר, שאם הביע אדם את רצונו, שלאחר מותו יועברו נכסיו לנהנים[108] או שייעשה בהם שימוש לטובת מטרות מסוימות, מי שמחזיק בנכסים חייב לעשות בהם כרצון המת[109].

[106] ראה על כך בסעיף 21, פרק רביעי, ב, בקשר להוראת החוק, שם ס"ק (ג), שנאמן על הקדש מתמנה רק בהסכמתו.

[107] כתובות ע ע"א; גיטין דף יד ע"ב ודף טו ע"א; רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנב, סעיף ב.

[108] לדעת תוספות, בבא בתרא קמט ע"א, ד"ה דקא (בשם ריב"ם), אם אמר המצווה "מנה זה לפלוני", ולא אמר "תנו מנה זה לפלוני", אין יורשיו מצווים לקיים את דבריו. בדומה כתב חידושי הרמב"ן, גיטין יג ע"א, שאם אמר "הריני נותן מנה לפלוני במתנה", ומת, אין מצווה לקיים את דבריו.
בדומה, מתשובות רבנו גרשום מאור הגולה, סימן סג (עמ' 147-150 במהד' אידלברג), עולה, שאם ביקש המצווה שנכס מסוים "יינתן" לנהנה מסוים, לא חלה המצווה לקיים את דברי המת. אבל מלשון התוספתא, בבא בתרא, פרק ט, הלכה ה (הלכה 13 במהד' ליברמן), הקובעת שאם אמר המצווה ששדהו "תינתן" לפלוני, כופים את היורשים לקיים את דברי המת, משמע שגם באופן זה חלה המצווה לקיים את דברי המת. וראה גם תוספתא כפשוטה, בבא בתרא, עמ' 440-441. כך ניתן גם להוכיח גם מדברי רבי יוחנן, בגיטין מ ע"א, המחיל את המצווה לקיים את דברי המת גם אם המצווה אמר: "פלונית שפחתי יֵעָשה לה קורת רוח". וראה בית הבחירה, גיטין יג ע"א, ולהלן, הערה 112. אבל מדברי התוספות, בבא בתרא קמט ע"א (ד"ה דקא), משמע, שהביטוי "תֵּעשה" משמעו ציווי פחות מן הביטוי "תינתן".
כמו כן, בית הדין הרבני האזורי בת"א, פד"ר, כרך ט, עמ' קטו, פסק כדבר פשוט, שאם הנפטר נוקט בלשון עתידית, כמו "אתן" או "ברצוני להעביר" וכדומה, לא חלה המצווה לקיים את דברי המת.
התוספות (שם) קבעו במפורש: "אין לחלק בין היכא דאמר תנתן [=בלשון סבילה]... להיכא דאמר תנו [=בלשון פעילה]". כך עולה גם מחידושי הריטב"א, גיטין יג ע"א, ובבא בתרא קמט ע"א. ראה גם: שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן לט; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ג, סימן קנז.
יתירה מכך, מדברי ר"י בתוספות שם (בסופו) משמע, שאף אם אמר אדם על עבדו: "אעשנו בן חורין", חייבים יורשיו לקיים את דבריו לאחר מותו ולשחרר את העבד. אולם, דבריו מבוססים כפי הנראה על גרסתו בדברי חכמים בגיטין מ ע"ב: "וכופין את היורשים", אבל דברים אלו אינם מצויים בגרסת התלמוד שלפנינו, כפי שהעיר מהרש"א, בבא בתרא קמט ע"ב, ד"ה בא"ד עשיתי.
בהקשר זה העיר ר"א מילר, שלאור העיקרון שקבעו בעלי התוספות שם (ד"ה דקא), ש"גבי שחרור יש לנו לומר יותר מצווה לקיים דברי המת מבשאר דברים", משום שהעבד כבר מוחזק בגופו (כמבואר ברא"ש, כתובות, פרק ו, סימן כב), ייתכן שדברי ר"י אמורים רק בשחרור עבד, אבל הר"י יסכים שעל אמירה בנוסח "אעשה" בתחומים אחרים חלה מצווה לקיים דברי המת.

[109] חשוב להעיר, שמצווה זו נוגעת רק לניהול נכסיו של הנפטר, ולא להבעת רצון שאין לה נגיעה לנכסיו. כך כתבו שו"ת הריטב"א, סימן מג, בסופו (על מי שהשביע את אשתו שלא תינשא אחרי מותו); תשב"ץ, חלק ב, סימן נג, ד"ה לענין (על מי שציווה לבנו לדבר עם גיסו; והובא בשו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן רכד, אות ח).
אבל לדעת שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קסח (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רנב, ס"ק א), לפנים משורת הדין, ראוי לקיים את דברי המת גם בעניינים שאינם נוגעים לניהול נכסיו, אלא שאין בית הדין כופה על כך. עוד בעניין זה, ראה: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אהע"ז, סימן מה (על מי שציווה שבתו לא תינשא לפלוני; והובא בפתחי תשובה, שם); שדי חמד, כללים, מערכת מ, כלל ריט, ד"ה ודע.

לעניין זה, אין זה משנה אם המצווה הורה לנאמן לפעול באמירה בעל פה, בחוזה נאמנות בכתב, בכתב הקדש, או בצוואה וכדומה[110].

למצווה זו, שיסודה בדברי חכמים[111], יש משמעות משפטית, ומכוחה מוסמך בית הדין לכפות על הנאמן למלא את חובותיו, כדי להגשים את רצון המת[112].

יש הסבורים, שיש למצווה זו גם משמעות קניינית. לפי דעה זו, אם הורה אדם לנאמן להעביר נכס לבעלות פלוני לאחר מותו, זכה המוטב בנכס מייד לאחר מותו של נותן ההוראה[113].

כמו כן, בע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, בעמ' 802־803, הסתמך השופט אלון על המצווה לקיים את דברי המת, בנוגע לכיבוד רצון המת בדבר הכיתוב על מצבתו.

ר"א מילר סבור, שהמצווה לקיים את דברי המת נוגעת רק להעברת נכסיו של המת ליעדים שבחר בהם. אבל, אם הורה להקים מנכסיו מפעל לייצור תנורי חורף, למשל, הנאמן אינו חייב לשמש כמנהל המפעל. אמנם, הוא מסכים שמשו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק א, סימן א, משמע שמכוח המצווה לקיים את דברי המת חלה על נאמן גם החובה להשקיע מאונו, מזמנו וממרצו לשם הגשמה מלאה של רצון המת, אך לדבריו, מדברי הפוסקים עולה שדעתו היא דעת יחיד.

110 מסקנת ר"י בתוספות, בבא בתרא שם, בסופו, שהמצווה חלה גם אם כתב בשטר וגם אם אמר לו פה אל פה.

אבל מרדכי, בבא בתרא, סימן תר, בסופו (הובא בשו"ת רד"ך, בית כו, חדר ו = בית ל במהד' קושטא), כותב שבשטר אין מצווה לקיים את דברי המת, מפני שאין לחשוש שתיטרף דעתו, שהרי הוא סומך על כך שיקיימו את מה שכתוב בשטר. שו"ת מהר"ם מינץ, סימן סו, מסופק האם דברי המרדכי אמורים רק בשטר שדרך לתת למקבל, או בכל שטר. ועיין שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן רכד, אות ז, שעושה הבחנות שונות בעניין זה.

111 תוספות, כתובות פו ע"א, ד"ה פריעת בעל חוב; שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן רכד, אות יב.

ואמנם בדרשות ר"י אבן שועיב, פרשת ויחי (הובא בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק א, סימן א), כתב שדין מצווה לקיים את דברי המת נלמד ממה שיעקב ציווה את בניו, ומשמע שלדעתו זהו דין תורה; אבל מהרש"ם שם כותב שהוא מתכוון שזו אסמכתא בלבד. עוד לעניין זה, ראה: ר"ע הדאיה, "בעניין צוואה", נועם יג (תש"ל), עמ' מו־נ.

112 כך מפורש בתוספתא, גיטין, פרק ה, הלכה ג (הלכה 3 במהד' ליברמן), וכך יש ללמוד מדברי רבי יוחנן בגיטין מ ע"א: "מי שאמר בשעת מיתתו: פלונית שפחתי קורת רוח עשתה לי, יֵעשה לה קורת רוח, כופין את היורשין ועושין לה קורת רוח. מאי טעמא [=מהו הטעם]? מצווה לקיים דברי המת". וכך כתבו: תוספות, כתובות פו ע"א, ד"ה פריעת בע"ח; שו"ת הריב"ש, סימן רז, עמ' רנה; תשב"ץ, חלק ג, סימן קל; שו"ת הריטב"א, סימן נד; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ג, סימן קנז.

אבל פני יהושע, גיטין יג ע"א (ד"ה בא"ד ועוד מפר"ת), כתב שרש"י סובר שאין כופים. עוד לעניין זה, ראה מ' ויגודה, "אל נא תקברני במצרים — על הצוואה", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 104.

ר"א מילר העיר בהקשר זה, שלדעת רבים מן הפוסקים, החובה לקיים את דברי המת מוטלת בעיקרה על יורשיו, וכפיית הנאמן מבוססת על חובתו לסייע ביד היורשים למלא את חובתם זו. כך משמע מחידושי הרמב"ן, גיטין יג ע"א, ממרדכי, בבא בתרא, פרק ט, סימן תרל, ומשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כב בסופו (ע"פ דברי הרמב"ן). וראה גם שדי חמד, כללים, מערכת מ, אות ריט, ד"ה ואנכי. אבל יש מן הפוסקים הסבורים שחלה גם על הנאמן חובה עצמאית לקיים את דברי המת. כך עולה מדברי רבנו תם, כפי שהבינם הרמב"ן הנ"ל, ומשו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק א, סימן א.

113 כך משמע מרש"י, גיטין יד ע"א, ד"ה דמית נותן (ע"פ מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן כט; חידושי רבי עקיבא איגר, גיטין שם, ד"ה רב פפא אמר; בית אהרן, כתובות סט ע"ב, ד"ה ועוד), ומתוספות, גיטין לח ע"א, ד"ה כל המשחרר (ע"פ מחנה אפרים, שם; וכך הבין מדעת בעלי התוספות, ר"א וסרמן,

אבל לדעת רבים, המצווה חלה רק אם העביר יוצר הנאמנות לנאמן בעודו בחיים את השליטה בנכסי הנאמנות, לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות[114].

קובץ שיעורים, בבא בתרא, אות תקמא, ע"פ דבריהם בבבא בתרא קמט ע"א, ד"ה דקא מיגמרי; אך השווה לדבריו, קובץ שיעורים, כתובות, אות שטו).

אבל יש סוברים שהמצווה לקיים את דברי המת אינה מקנה את הנכס למוטב. ראה: ר"ן על הרי"ף, גיטין ה ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גמ'; מרדכי, בבא בתרא, סימן תרכט (בשם רבנו שמחה); קצות החושן, סימן רמח, ס"ק א (בדעת הרמ"א), וס"ק ה; שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן רכד, אות י; דברי חיים (אוירבך), יו"ד, סימן מח; חשב האפוד, חלק ב, סימן קלה; שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן מב. וראה על כך בהרחבה במחנה אפרים שם; שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן פב, אותיות ח-ט; ולהלן, הערה 185.

114 רבנו תם, בתוספות, כתובות ע ע"א, ד"ה והא קיימא לן, וגיטין יג ע"א, ד"ה והא; ר"י, בתוספות, בבא בתרא קמט ע"א, ד"ה דקא; ספר הישר (מהדורת שלזינגר, ירושלים תשי"ט), סימן קו, וסימן קח, עמ' 75-76; שו"ת הריטב"א, סימן נד, וסימן קכג; שו"ת הרא"ש, כלל טו, סימן א (ראה גם בפסקיו, כתובות, פרק ו, סימן כב, וגיטין, פרק א, סימן טו, ובתוספות הרא"ש, כתובות סט ע"ב, ד"ה והלכתא); ראב"ד, בשיטה מקובצת, בבא בתרא קעה ע"א, ד"ה וז"ל הראב"ד, ובחידושי הרשב"א, גיטין יג ע"א, ד"ה במאי עסקינן; חידושי הרשב"א, גיטין יג ע"א, ד"ה במאי עסקינן (לפי הבנת שו"ת הריב"ש, סימן רז, ד"ה וכי תימא, ושו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כב, ד"ה ומ"מ; אבל שו"ת תורת חסד, סימן רלט, הבין אחרת בדעת הרשב"א); יד רמה, בבא בתרא, פרק ח, סימן קעד, ד"ה והני (וראה גם שם, פרק ט, סימן צד, ד"ה וכי תימא); ר"ן על הרי"ף, גיטין ה ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גמ' (ע"פ דברי רבנו תם); שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תכ (הובא במרדכי, בבא בתרא, סימן תקצב), וסימן תתקסו (הובא במרדכי, שם, סימנים תרכט-תרל; וראה גם: שו"ת מהרי"ל, סימן עה; פסקי ריקאנטי, סימן שנה; שו"ת מהר"י וייל, סימן קעז; ושו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן רכד, אותיות י-יב); מרדכי, גיטין, סימן שכט, ובבא בתרא, סימן תקצב וסימנים תרכט-תרל; מישרים, נתיב כד, בתחילתו; רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ה (לפי הבנת שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן נ, וקצות החושן, סימן רנב, ס"ק ג; וראה גם בדבריהם במקומות הנזכרים להלן בהערה 116); טור, חו"מ, סימן רנ, סעיף מ, בשם הרמ"ה; שו"ת הריב"ש, סימן רז, עמ' רנה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף כג (אמנם שם הובאו שתי הדעות, אבל מלשון השולחן ערוך, שסתם כדעה הדורשת העברת נכסים לשליש, מוכח שכך דעתו), וסימן רנב, סעיף ב; סמ"ע, חו"מ, סימן רצ, ס"ק נט; שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן פב, אות ח.

אבל יש פוסקים שהמצווה חלה אף אם לא העביר הנפטר את הנכסים לידי הנאמן: חידושי הרמב"ן, גיטין יג ע"א, ד"ה ועוד ראיתי (אבל בשו"ת ריב"ש, סימן רז, עמ' רנה, כתב, שאם המצווה היה בריא בעת הציווי, יודה הרמב"ן שאין מצווה לקיים דבריו אחר מותו, אלא אם העביר בחייו את השליטה בנכסים לידי השליש, אם כי משו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן לט, משמע שזו הצעה בלבד); שו"ת הריטב"א שם, בשם רבו, הרא"ה; ר"ן על הרי"ף, גיטין ה ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גמ'; ריב"ם, בתוספות, בבא בתרא שם; רש"י, גיטין שם, ד"ה בבריא (ע"פ כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רנב, הגהות ב"י, אות יט, ושו"ת בנין ציון החדשות, סימן כד); רמב"ם (ע"פ שו"ת הרמ"א, סימן מח, ושו"ת הר המור, סימן לט; דיון נרחב בשיטת הרמב"ם בעניין זה, ראה: משפט הצוואה, ירושלים תש"ס [להלן: משפט הצוואה], עמ' רכו-רכז). וראה בית הבחירה, גיטין יג ע"א, ובירור הלכה, גיטין טו ע"א, ציון א, בדבר השיטות השונות של הראשונים.

סמ"ע, סימן רנב, ס"ק ח, וש"ך, חו"מ, סימן רנב, ס"ק ד וס"ק ז, פוסקים שאם הנאמן הוא יורש של יוצר הנאמנות חלה עליו המצווה לקיים את דברי המת, אף אם לא הועברו לידיו הנכסים לפני מותו של יוצר הנאמנות. אבל נתיבות המשפט, שם, ס"ק ב, ופתחי תשובה, שם, ס"ק ג (בשם שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קנ), חלקו עליו. לדיון נרחב בדברי ש"ך וסמ"ע, ראה: שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן רכד, אות ו; משפט הצוואה, עמ' רלח-רמג.

העברת שליטה בלי העברה פיזית: בדברי הראשונים מדובר על העברה פיזית של הנכסים לרשות הנאמן, אבל נראה שכך יהיה הדין גם אם לא הייתה העברה פיזית של הנכסים, אלא העברת השליטה

יש שהסבירו[115] שסייג זה נועד להבטיח ש"דברי המת" אכן משקפים את רצונו האמיתי של המת. לפיכך, יש הסוברים שגם אם יוצר הנאמנות התחייב בקניין להגשים את מטרות הנאמנות, או שנדר לעשות כן, חלה על הנאמן המצווה לקיים את דברי המת, אף אם לא הועברו נכסי הנאמנות לשליטתו בחיי היוצר[116].

אם לצוואת המת יש תוקף על פי חוקי המדינה, לדעת רבים חלה עליה המצווה לקיים את דברי המת, אף אם המְצַוֶּה לא העביר בפועל את השליטה בנכסים לנאמן[117].

בהם. כך מפורש גם בחידושי הריטב"א, בבא בתרא קמט ע"א, שמסביר שהמצווה חלה רק אם הציווי הופנה למי ש"סיפק בידם [לקיים את דבריו], כגון שהדבר ברשותם". בשו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן לט, פסק על פי דברי הריטב"א, שבמקום שהנאמן אינו יורש, המצווה חלה רק אם הציווי נוגע ל"מיטלטלים, שתחת ידו, אבל קרקעות לא". מרקע הדברים עולה, ששלילת תחולת המצווה בנוגע לקרקעות נובעת רק משום חוסר יכולתו של הנאמן לשלוט בהם. מכאן, שאם ניתנה ביד הנאמן יכולת לשלוט גם בקרקעות המְצַוה, חלה המצווה לקיים את דברי המת אף על ציווי הנוגע למקרקעין. ראה גם: מטה שמעון, סימן רנב, הגהות בית יוסף, אות יד; שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן מב.

הצורך בהעברה לשם קיום הציווי: לדעת רבים, כדי שתחול על הנאמן המצווה לקיים את דברי המת, לא די בכך שהנכסים יועברו לשליטת הנאמן, אלא עליו לקבל את הנכסים לשליטתו לשם קיום רצונו של בעל הנכסים. לפיכך, אם קיבל הנאמן לידיו את נכסי הנאמנות לשמירה, ולאחר מכן התבקש לשמש כנאמן ולפעול לשם הגשמת מטרות הנאמנות, לא חלה עליו המצווה לקיים את דברי המת. ראה: תוספות, גיטין יג ע"א, ד"ה והא; ר"י, בתוספות, בבא בתרא קמט ע"א ד"ה דקא; שו"ת הריב"ש, סימן רז, עמ' רנה; שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן לט; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן צה, בסופו. לדיון נרחב בעניין זה, ראה: משפט הצוואה, עמ' רטו־רכב.

על מצב שלא הייתה השלשה אבל הכסף היה בידו לפני הציווי, ראה שו"ת בית שלמה (דרימר), מהדורא בתרא, סימן קט (סא ע"ג).

115 חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים (נדפס בעבר בשם חידושי הריטב"א מכת"י), גיטין יג ע"א, ד"ה ור"ח; שו"ת הריב"ש, סימן רז, עמ' רנו. השווה גם: ת"ע (תל־אביב־יפו) 7340/00, עזבון המנוח גויטע נ' ציון גולן, תק־מש 2002(1), 118. טעמים נוספים לדעה זו, ראה: שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן צה (על ידי העברת הנכסים, "חשיב כזכיה"); ערוך השולחן, חו"מ, סימן רנב, סעיף ד (שמדבריו עולה שללא העברת הנכסים, אין מי שתחול עליו המצווה).

116 ראה: קצות החושן, סימן ריב, ס"ק ג, וסימן רנב, ס"ק ג, וס"ק ה; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לט; ערוך השולחן, חו"מ, סימן ריב, אות ח; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קי, ד"ה אלא שהרמב"ם; שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן לד, ד"ה אולם וד"ה ומה שפקפק; שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן עז, אות ב; שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן לב.

וראה סעיף 17 פרק רביעי, ד, שממגיד משנה עולה שאם נדר, יש מצווה לקיים דברי המת גם אם לא נתנו לשליש בחייו; וראה שם, שממגיד משנה עולה שיש מצווה לקיים דברי המת גם בדבר שלא בא לעולם. ראה על כך לעיל, הערה 84, וסעיף 2, הערה 64.

117 ראה: שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן סז; שו"ת חשב האפוד, חלק ב, סימן קו; שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן לד; שו"ת מנחת שי (שור), חלק א, סימנים עח־עט; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קמב; שו"ת מהרי"א הלוי (מלבוב), סימן פו; משפט שלמה, חלק ג, סימן כד (עמ' קלו), וחלק ד, סימנים לט־מ.

מנגד, ראה: ש' זעפראני, "צוואות הנעשות בערכאות של גוים", מוריה, שנה כ, גליון י־יב, עמ' קיז־קכ, ובדברי הרי"ש אלישיב המובאים שם, בעמ' קכ.

בשאלה אם יש מצווה לקיים את דברי המת במצב שקיום דבריו יהיה כרוך בעבֵרה, ראה להלן, ליד ציון הערה 184. לעניין המצווה לקיים דברי המת במקום שהמת ציווה לתת זכויות, ראה: מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ל; שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן לד, ד"ה ומה שפקפק.

עוד בעניין מצווה לקיים דברי המת, ראה: דבר אליהו (מיליקובסקי), בראשית, עמ' קצא ועמ' קצג; שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן נו, אותיות א־ב.

ד. חיוב דתי

לפי המשפט העברי, ייתכן שיחול על אדם חיוב לשמש כנאמן גם אם לא עשה על כך חוזה עם יוצר הנאמנות, וגם אם לא חייבו החוק בכך, וזאת מכוח התחייבות דתית חד צדדית. התחייבות זו יכולה לבוא מכוח נדר או מכוח שבועה, כפי שיבואר להלן.

(1) נדר

הבטחה של אדם לקיים מצווה נחשבת כנדר, ומכוחה חייב אדם לקיים את מה שנטל על עצמו, אף אם זו מצווה שאין חובה לקיימה מצד עצמה, כגון המקבל על עצמו ללמוד פרק מסוים בתורה[118].

אם כן, מי שקיבל על עצמו, אפילו באופן חד צדדי, לנהל נכס של אחר לצורך עשיית מצווה כלשהי עם הנכס, חלה עליו חובה לשמש כנאמן, אף שהתחייבות חד צדדית אינה יכולה לחייבו מן הדין בדיני פועל או קבלן.

אולם לדעת ר' יוסף קולון, מהרי"ק[119], לכלל זה יש חריג חשוב: התחייבות לבצע עבודה

[118] נדרים ח ע"א; רא"ש, נדרים שם; ר"ן, נדרים שם; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יו"ד, סימן כח; שו"ת אהל יהושע, חלק ב, סימן קלב, אות א; שולחן ערוך, יו"ד, סימן ריג, סעיף ב; רמ"א, יו"ד שם; ש"ך, יו"ד שם, ס"ק ז. ראה גם: שו"ת מהר"ם פדואה, סימן עב; שו"ת בית אב חמישאי, סימן רנה; המעשה והמדרש, כרם ישעיהו, פרשת בראשית, עמ' טו.

כפי שמבאר הר"ן שם, החידוש בדבר הוא שנדר רגיל חל רק במי שאוסר חפץ מסוים על עצמו, ואין תוקף לנדר שאדם נודר לעשות פעולה מסוימת; ובכל זאת, אם הבטיח לעשות מצווה, חל עליו חיוב כמו נדר. קצות החושן, סימן כו, ס"ק א, כותב שמי שמבטיח לתת סכום מסוים לצדקה, כופים אותו לתת, מפני שהבטחתו היא כמו נדר, ועל נדר כופים; הרי שזאת לא חובה דתית בלבד, אלא אף נאכפת על ידי בית דין (הוא מביא גם דעה שאין כופים, אבל הוא דוחה אותה). אבל קצות החושן מסתמך על דברי התלמוד, ראש השנה ו ע"א, הלומד מדרשה מיוחדת שכופים על נדרי צדקה, ולא על סוגיית נדרים; אם כן, אין ללמוד מדבריו שכופים כל מי שקיבל על עצמו לקיים מצווה שאינה צדקה. וראה להלן, הבחנה זו בדעת מהרי"ק.

[119] שו"ת מהרי"ק, שורש קלג, ענף ב (הובא בש"ך, חו"מ, סימן רמג, ס"ק א [ומשם בנתיבות המשפט, סימן רצ, ס"ק יב]; בשו"ת צמח צדק (שניאורסון), חו"מ, סימן פב, אות ה; בחידושי ר"ע איגר, יו"ד, סימן רנח, סעיף יב; בהגהות יד שאול, יו"ד שם; בשו"ת משנה הלכות, חלק יב, סימן קנח; בהלכות מתווכים [גולדברג], פרק כב, הערה 4; בחשוקי חמד, יומא סט ע"א; בשושנת העמקים — ורפא ירפא, עמ' קכג; ועל ידי ר' שלמה בן שמעון, בהסכמתו לשו"ת משפטי הלוי, חלק א = מוריה גל' רנ־רנב, סיון תשנ"ח, עמ' צט).

אבל שו"ת יהודה יעלה, חלק א, יו"ד, סימן של (ד"ה וגם), מעיר שמהרי"ק כתב כך רק בלשון "אפשר". שו"ת דבר יהושע, חלק ג, סימן לח, אות ב, נימק את דברי מהרי"ק, שאין חובה לטרוח בשביל עני, ויש רק חובה לתת לו צדקה. שו"ת משפטי הלוי, חלק ב, סימן ז, עמ' עז, נימק, שאמירה לתת לעני היא קניין, לפי דעה אחת (ראה סעיף 17, פרק שלישי), ובטרחת הגוף לא שייך קניין.

שו"ת צמח צדק (שניאורסון), יו"ד, סימן שמה, סעיף ז, מסביר שדברי מהרי"ק מבוססים על כך שהמקור להלכה שהבטחה לקיים מצווה היא כנדר הוא מדרשת חכמים על הפסוק "מוצא שפתיך תשמור ועשית כאשר נדרת... אשר דיברת בפיך" (דברים כג, כד), ואמרו חכמים: "בפיך — זו צדקה" (ראש השנה ו ע"א). אם כן, "יש לומר, שבטרחא דגופא אין זה ענין כל כך ל'בפיך זו צדקה'. אף שאדרבה גמילות חסד בגופו גדול מבממונו, מכל מקום זהו ענין גמילות חסד, ולא צדקה".

אבל דברי מהרי"ק קשים, שהרי בסוגיה בנדרים ח ע"א, שצוינה בהערה 118, מובא בשם רב: "האומר אשכים ואשנה פרק זה, אשנה מסכתא זו — נדר גדול נדר לאלהי ישראל", ומסביר הר"ן בפירושו על אתר (ד"ה עליו להשכים), שזה "דומיא דמאי דאמרינן דקבלה בלחוד מהניא לצדקה, כדכתיב: בפיך זו

(״טרחא דגופא״) אין לראות בה נדר, אף אם ביצוע העבודה הוא בגדר מצווה. תפקידיו של הנאמן הם בגדר ״טרחא דגופא״, ועל כן לדעת מהרי״ק, מי שמקבל על עצמו לשמש כנאמן לצורך דבר מצווה רשאי לחזור בו; ואם כן, אין כאן מקור לחובתו של נאמן לפעול.

(2) שבועה

המשפט העברי מעניק תוקף דתי להתחייבות אדם בשבועה לעשות פעולה. שבועה מסוג זה נקראת ״שבועת ביטוי״[120]. לפיכך, מי שנשבע להחזיק בנכסים של אחר ולפעול בהם לטובת נהנה או לטובת מטרה אחרת[121], בדרך המקובלת לאמירת שבועה מסוג זה[122], חלה עליו חובה דתית למלא תפקיד של נאמן מכוח השבועה.

צדקה, והוא הדין לכל דבר מצוה״. אם כן, אנו רואים שגם השכמה ללימוד בבוקר עשויה להיחשב כנדר, אף שזו התחייבות ל״טרחא דגופא״.

אפשר שמהרי״ק סבר כמו הראשונים שפירשו שהסוגיה עוסקת במי שאמר ״אני נשבע שאשכים״ וכו׳, אבל בלי לשון שבועה אינו חייב. אבל הסבר זה אינו מיישב איך כל האחרונים הנ״ל הביאו את דברי מהרי״ק, בעוד ששולחן ערוך, שם, פוסק כמו הראשונים שפירשו שגם אם לא נקט לשון שבועה, הוא חייב לקיים את מה שקיבל על עצמו. על שני הפירושים הללו בסוגיה, ראה בירור הלכה, נדרים ח ע״א, ציון ב.

עוד אפשר ליישב, שמהרי״ק מתכוון לומר רק שאם יש טרחת הגוף, אין כופים אותו לקיים (בניגוד להבטחה ממונית לעני, שאותה כופים לקיים, כדברי קצות החושן, שהבאנו בהערה 118; ראה שם על הבחנה זו), וסובר שהסוגיה בנדרים מטילה רק חיוב דתי לקיים את הבטחתו, בלי כפייה. יש להעיר שמהרי״ק לא הזכיר את הסוגיה במסכת נדרים, אלא את הדין שהמבטיח לעני לתת לו מתנה, חלה עליו נדר (הוא אינו מציין מקור לכך, והמקור הוא ירושלמי, בבא מציעא, פרק ד, הלכה ב — ראה בירור הלכה, בבא מציעא מט ע״א, ציון ה, פסקה א; ראבי״ה, חלק ב, סימן תקצב; להלן, סעיף 17, הערה 258; חוק לישראל, מתנה, סעיף 5, פרק שישי).

דעות חולקות: שו״ת מהרי״ט, חלק ב, יו״ד, סימן כח, לומד מנדרים שם, שמי שנדר לעלות לארץ ישראל, חייב לעשות כן, והוא מסביר שזה גם היסוד לחיובו של מי שנודר להתענות. אבל הוא מסייג זאת: ״וקרוב אני לומר בנידון דידן, שאפילו שאלת חכם לא היה צריך. וטעמא, לפי שאין כאן נדר ולא יד של נדר שיחול על איזה ספק. דנדרים איסור חפצא נינהו [=הם], כגון דאמר קונם פירות שבעולם עלי אם לא אלך לא״י. אבל האומר ׳אני נודר לעלות׳, אין כאן מקום חלות נדר, אלא קיומן של דברים. אלא שנהגו בהם העולם לידור בדברים של מצווה תלוי במה שאמרו ׳בפיך זו צדקה׳. ומזה הטעם אמרו בההיא דשמואל דלווה אדם תעניתו ופורע, שאין בקבלת התענית נדר שיחול על החפץ אם לא שיאמר ׳קונם פירות שבעולם עלי היום׳, אלא לפי שהם דברים של מצווה, מתקיימים בדבור לבד. ואם אירעו היום דבר עיכוב יתענה למחר, ומתקיימה מצוה בהכי [=ומתקיימת המצווה בכך]״. מדבריו עולה שכל עוד אין אדם אוסר נכס על עצמו, אין ההתחייבות נחשבת כנדר, אלא זו התחייבות לקיים מצווה, שמדרגתה פחותה מזו של נדר. הנפקות העיקרית של הבחנה זו היא שניתן להיפטר מקיום ההתחייבות עקב טעם מוצדק בלי להידרש לשאילת חכם.

גם שו״ת חתם סופר, אהע״ז, חלק ב, סימן קא, לומד מסוגיה זו דין קבלת תענית (הוא מבסס על סוגיה זו גם את דין ״שווייה אנפשיה חתיכה דאיסורא״; וקורא לאלו ״נדר שאין בו ממש״). כמו כן, אוהל יהושע שם כותב על פי סוגיית נדרים, שהמקבל על עצמו לכתוב ספר תורה, חל עליו חיוב לכתוב; אבל הוא כותב שחיובו של המקבל על עצמו לקיים מצווה אינו נדר ממש. הרי שלדעתם, כמו למהרי״ט, חלה חובה גם בטרחה של הגוף.

120 רמב״ם, הלכות שבועות, פרק א, הלכה א.

121 השבועה שימשה ככלי ליצירת חיובים ממוניים משפטיים באופנים אחדים. ראה א׳ גולאק, יסודי המשפט העברי, חלק ב, עמ׳ 52; ההתחייבות, עמ׳ 387־388.

122 ראה רמב״ם, הלכות שבועות, פרק ב.

הדברים אמורים גם בנאמנות שאינה למטרת מצווה, שכן שבועה מחייבת גם אם הייתה על דבר של רשות[123].

אלא שחובה מכוח שבועה היא חובה רופפת, שכן אפשר להתיר את השבועה על ידי "שאלה לחכם"[124]. גם אכיפת חיוב דתי[125] חלשה יותר מאכיפת חיוב ממוני.

פרק חמישי

תנאי הכשירות של נאמן

א. מבוא

נאמן נדרש להחזיק ולפעול בנכסי הנאמנות, וכן יש לו זיקה לנכסי הנאמנות, זיקה של בעלות או של שליחות, כפי שראינו בפרק שני. מכאן, שהתנאי היסודי לכשרותו של אדם לשמש כנאמן הוא, שהוא יהיה כשר הן למילוי החובות הכרוכות במילוי תפקידו, הן לקבלת זיקת הבעלות או השליחות. אם כן, כל אדם שהוא כשיר לשמש בעל זכויות ונושא לחובות, כשיר לשמש כנאמן[126], ובכלל זה, אף קטין, פסול דין ותאגיד[127].

לעיתים, מבקש יוצר הנאמנות למנות בעל תפקיד כנאמן. כך למשל, אדם המבקש להקים נאמנות שמטרתה חלוקת מלגות לתלמידים מצטיינים, עשוי לקבוע שהנאמן יהיה מנהל בית הספר, שר החינוך וכדומה. מקרים מסוג זה יעוררו את השאלה: האם אפשר למנות בעל תפקיד כנאמן, בלא לנקוב בשמו? כרם[122] נוטה להבחין לעניין זה בין נאמנות הכרוכה ביצירתה של זיקה קניינית לנכסי הנאמנות לבין נאמנות אחרת. במקום שנדרש קיומה של זיקה קניינית לנכסי הנאמנות, לא יוכל בעל תפקיד לשמש כנאמן בלי לנקוב בשמו, באשר הזכות אינה מועברת לאישיות מסוימת. ואילו במקום שהזיקה בין הנאמן לבין נכסי הנאמנות אינה קניינית, אלא מכוח דיני השליחות, לדוגמה, ניתן למנות בעל תפקיד כנאמן.

[123] שבועות כז ע"א. ואדרבה, אם מדובר בנאמנות לצורך מצווה, ייתכן שהשבועה אינה חלה, שהרי שבועה לקיים מצווה אינה חלה, אלא אם כן לשון השבועה כוללת מה שהוא מצווה ומה שאינו מצווה, כאמור בשבועות שם. אבל למעשה, היות שמדובר כאן במצווה שאינה חובה על האדם, חלה עליו השבועה — ראה בירור הלכה, נדרים ח ע"א, ציון א וציון ב.

[124] ואמנם כאן השבועה הייתה לטובת אדם אחר, אבל גם שבועה כזאת אפשר להתיר בתנאים מסוימים; עיין שולחן ערוך, יו"ד, סימן רכח, סעיף כ.

[125] ראה סעיף 17, ליד ציון הערה 26, שאוכפים נדרי צדקה או הקדש. כמו כן, מי שעובר במזיד על נדר או על שבועה, חייב מלקות, ואם עבר בשוגג, הוא חייב להביא קרבן (רמב"ם, הלכות שבועות, פרק א, הלכה ג).

[126] ע"פ כרם, סעיף 37, עמ' 111.

[127] כך עולה מחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, סעיף 1, הקובע: "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו", ומחוק הפרשנות, התשמ"א־1981, סעיף 4, הקובע: "מקום שמדובר באדם — אף חבר־בני־אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד".

[128] כרם, סעיף 39, עמ' 115־116.

ב. קטין ופסול דין

לפי הרמב"ם, "מי שאינו בן דעת, והן: חרש, שוטה וקטן — אינן נעשין שלוחים"[129]. מכאן יש להסיק, שקטין לא יוכל לשמש כנאמן, אם זיקתו לנכסי הנאמנות אמורה להיות של שליחות.

האם יוכל קטין לשמש כנאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות תהיה זיקה קניינית? שאלה זו מורכבת למעשה משלוש שאלות: (א) האם ניתן ליצור זיקה קניינית בין קטין לנכס? (ב) האם יכול קטין להתחייב לפעול בנכס לטובת נהנה או למטרה אחרת? (ג) האם קטין כשר לבצע את כל הפעולות הדרושות לשם מילוי תפקיד הנאמן?

אשר לשאלה הראשונה, אפשר להעביר לקטין ולפסול דין את הבעלות על נכסים. כך מסכם הרמב"ם את ההלכה בעניין זה[130]: "המזכה לשוטה על ידי בן דעת זכה... זכין לקטן אפילו בן יום אחד... בין בפניו בין שלא בפניו".

אשר לשאלה השנייה, חכמים תיקנו שקטין שהגיע לגיל שהוא יודע בטיב משא ומתן ("הפעוטות") יכול לבצע עיסקאות[131], ובכלל זה להתחייב לבצע עבודה[132]. ביטוי מובהק לכך שניתן באופן עקרוני למנות קטן כנאמן ניתן למצוא בהלכה המאפשרת את מינויו של קטין כאפוטרופוס על יתומים[133].

אשר לשאלה השלישית, כפי שאמרנו, חכמים תיקנו שקטן שהגיע לגיל מסוים יכול להקנות נכסים לאחרים[134]. אבל יש לתת את הדעת לכך, שיש מגבלות שונות על כשירותו של קטן לבצע עסקאות שונות, כגון שאינו כשר לעשות עסקאות במקרקעין[135], אף אם הוא הגיע לגיל האמור והוא מבין את משמעות העסקה. משום כך, במצב שתפקידי הנאמן כוללים ביצוע עסקאות במקרקעין, מינויו של קטין כנאמן לא יוכל להבטיח את הגשמת מטרותיה של הנאמנות.

[129] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ב. כך פסק גם בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף ב. להרחבה, ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 4.

[130] רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק ד, הלכות ז־ח. וכך פסק גם בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רמג, סעיף טז, וסעיף יח.
לגבי שוטה, יש הנוטים לדעה ששוטה לא יוכל לזכות באמצעות בן דעת (אלא אם יש זמנים שבהם הוא שפוי). ראה: קצות החושן, סימן רמג, ס"ק ו; נתיבות המשפט, סימן רמג, ס"ק י; מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סימן לב.

[131] גיטין נט ע"א; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף א.

[132] שו"ת נטעי נעמנים, חו"מ, סימן מא; ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ת"א תשכ"ט, עמ' 181־183.

[133] ראה לעיל, הערה 73. משמעות הדבר היא שהוא מקבל סמכויות וחובות של אפוטרופוס. אבל נראה שלא יוכל למכור מקרקעין של היתומים, לדוגמה, שכן קטן אינו יכול למכור אפילו מקרקעין של עצמו (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ו).

[134] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף א. הלכה זו מבוססת אמנם על תקנת חכמים שנועדה לאפשר לקטן שאין לו מי שיפרנס אותו למכור נכסים כדי לרכוש מזון (="כדי חייו", ע"פ גיטין נט ע"א). אולם, לאחר שהיא התקבלה, היא חלה על כל עסקאות המכר שעושה הקטן, בין אם הן נעשות לשם פרנסתו ובין אם לאו. ראה נתיבות המשפט, סימן רלה, חידושים, ס"ק א.

[135] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף א.

ג. תאגיד

השאלות, האם ניתן למנות תאגיד כשליח, להעביר לו זכויות קניין ולהטיל עליו חובת עשיית פעולה, קשורות בטבורן לשאלה העקרונית הכללית, האם מכיר המשפט העברי בכשירותו של התאגיד לשמש כנושא לזכויות וחובות? נושא זה היה מוקד למחלוקות רבות בין פוסקי הדור האחרון, וכנראה, טרם נאמרה בו המילה האחרונה[136].

ד. אדם שאינו מסוים

כעת נדון במינוי נאמן שאינו אדם מסוים, כגון מנהל בית ספר מסוים, בלי לקבוע את זהותו. בשאלה זו יש להבחין בין נאמן המשמש כשלוחו של יוצר הנאמנות, לבין נאמן שיש לו זכות קניינית בנכסי הנאמנות.

לגבי נאמן שהוא שלוחו של יוצר הנאמנות, אפשר שימונה אדם שאינו מסוים, שהרי דיני השליחות אינם מחייבים שהמינוי יהיה לשלוח מסוים, אלא אפשר למנות "סל" של שלוחים, דהיינו, לקבוע שכל מי שיענה על תנאי מסוים, ישמש כשליח[137]. לדוגמה, אפשר למנות את "רב העיר" או את "מנהל בית הספר" כשלוח, גם אם בעת המינוי, זהותו של הנושא בתפקיד האמור אינה ידועה, או שבשעה שיהא צורך לעשות את השליחות, יוחלף האדם הנושא בתפקיד זה היום.

לגבי מינוי נאמן שתהיה לו בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, נראה גם כן שאפשר למנות אדם שאינו מסוים, משום שאפשר להעביר זכות קניין בנכס לאדם שזהותו אינה ידועה עתה[138], וכן אפשר להעביר בעלות בנכס לאדם אחד, תוך קביעה שלאחר מותו, או בהתמלא תנאי אחר, תעבור הזכות לאדם אחר[139]. בהתאם לכך, ניתן להעביר בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות למי שמחזיק עכשו במשרה מסוימת, ואחריו למי שיחזיק במשרה תחתיו.

בין בנאמן שהוא שליח ובין בנאמן שיש לו בעלות בנכסי הנאמנות, מתעוררת בעיה נוספת בכך שזהות הנאמן אינה ידועה בעת המינוי: תוקפו של חוזה מותנה בגמירת דעתם של הצדדים, ואם כן, לא ניתן לחייב את נושא המשרה למלא את תפקידי הנאמן, אם לא התחייב באופן אישי למלאם. התחייבות כזאת קיימת רק אם בעת כניסתו למשרתו היה מודע לכך שעליו למלא תפקיד של נאמן בנוסף על התפקידים הרגילים הכרוכים באותה משרה. אם היה מודע לכך, הרי באותו רגע התחייב מכללא למלא את תפקיד הנאמן. כמובן, אם נודע לו על

136 ראה: שו"ת מהרש"ג, יו"ד, סימן ג; שו"ת אגרות משה, או"ח, חלק א, סימן צ, וחלק ד, סימן נד; שו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן א; ובמקורות שציין נ' רקובר, אוצר המשפט, חלק א, ירושלים תשל"ה, עמ' 316, וחלק ב, ירושלים תשנ"א, עמ' 316; N. Rakover, The Multi-Language Bibliography of Jewish Law, Jerusalem 1990, p. 569.

על האפשרות שהתחייבות של "ציבור" כאישיות משפטית מחייבת את כל אלו שהם חלק ממנה, ראה ר"י אריאל, "מושבע ועומד מהר סיני", דף שבועי מס' 324, יתרו תש"ס, הוצאת המרכז ללימודי יהדות של אוניברסיטת בר אילן (באתר האינטרנט של אוניברסיטת בר אילן). על תוקפה של התחייבות של חברה בע"מ מכוח "דינא דמלכותא", ראה פד"ר, כרך ו, עמ' 315, בעמ' 322.

137 ראה בהרחבה חוק לישראל, שליחות, סעיף 3, פרק חמישי, ד.

138 ראה להלן, ליד ציון הערה 173.

139 רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק יב, הלכות ג-יב.

כך רק לאחר זמן, וכשנודע לו הסכים להתחייב לפעול כנאמן, התחייבותו חלה, אבל בזמן שחלף בין קבלתו את המשרה לבין ידיעתו על הנאמנות, לא חלו עליו חובות של נאמן.

פרק שישי

זכותו של הנהנה — "לטובת נהנה"

א. מבוא

במשפט האנגלו־אמריקאי הנאמנות מעניקה לנהנה זכויות "שביושר", במובחן מזכויות קניין "שבדין". מכוח זכויות אלה, זכאי הנהנה לתבוע את הנאמן על הפרת חובה או לקבל לידיו דין וחשבון, אך חסרה לו הזכות הטבעית שיש לכל בעלים "שבדין" — להעביר את הבעלות בנכס או לשעבדו.

הצורך בהענקת זכויות שביושר לנהנה נבע מכך, שנאמנויות רבות נוצרו כדי להיטיב עם נהנה לאחר מותו של יוצר הנאמנות, או לאחר שהיוצר לא יהיה מסוגל עוד לפקח על ניהול נכסי הנאמנות. בנסיבות אלו, עלול היה להיווצר מצב, שלא יהיה איש שיוכל לתבוע את הנאמן או לפקח על פעולותיו. כדי למנוע מצב זה, הוענקו לנהנה זכויות שביושר, המאפשרות לו להגן על זכויותיו ולפקח על פעולות הנאמן.

קביעת החוק בסעיף זה, שעל נאמן לפעול בנכסי הנאמנות "לטובת נהנה", יכולה ללמד שאף לפי החוק הישראלי יש לנהנה "זכויות שביושר" בנכסי הנאמנות[140]. למרות זאת, היו שטענו שחוק הנאמנות אינו מעניק לנהנה כל זכות בנכסי הנאמנות, אף לא זכות "שביושר"[141]. למעשה, "הפרקטיקה הנוהגת אכן מתייחסת לנכסים המצויים בנאמנות לא כאל נכסיו של הנאמן אלא כאל נכסיו של הנהנה"[142].

לפי זילברג[143], כל המושג של "זכויות שביושר" שבדין האנגלי נוצר עקב פגמים קשים בחוק, שליוו את "לידתו" של המשפט המקובל האנגלי (Common Law), ושגרמו להתפתחותו של חוק נוקשה ופורמליסטי, שלא היה בו כדי לתת מענה ראוי לדרישות הצדק והיושר. מצב זה חייב יצירתן של זכויות שביושר, שהלורד צ'נסלור העניק להן תוקף מחייב, ולימים, הפכו זכויות אלה לחלק אינטגראלי של המשפט. את ההבדל שבין המשפט העברי למשפט האנגלי בהקשר זה מסכם זילברג כך: "סוף דבר, תוכנה של האקוויטי [=דיני היושר]

[140] הוראות נוספות שיש בהן כדי ללמד על זכויות הנהנה בנכסי הנאמנות הן: ההוראה המעניקה לנהנה זכות לקבל דין וחשבון על פעולות הנאמן (סעיף 7(ב)); ההוראה שנהנה זכאי לפנות לבית המשפט בכל עניין הנוגע לנאמנות (סעיף 39); ההוראה שנהנה זכאי להיות מיוצג על ידי הנאמן הציבורי (סעיף 40), ועוד.

[141] ראה ש' כרם, "הבטחת נכסי נאמנות וזכויות הנהנה", הפרקליט לה (תשמ"ג) 52, ובספרו, נאמנות, סעיף 117, עמ' 274. עוד לשאלת מהות זכויותיו של הנהנה, ראה: ד' פרידמן, "יסודות בדיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ח(1) (תשמ"א) 24, עמ' 41; א' אלתר, "זכותו של הCestui Que Trust בנכסי הנאמנות", הפרקליט לה (תשמ"ג), עמ' 307, עמ' 308; נ' כהן, התערבות ביחסים חוזיים (רמות, 1982), עמ' 56; ויסמן, לעיל הערה 2, עמ' 298־300; ע"א 4639/91 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חזון דוד ואלזה, פ"ד מח(3) 156, בעמ' 168.

[142] ת"א (שלום ת"א) 46109/04 הנ"ל בהערה 7, שם.

[143] כך דרכו של תלמוד, עמ' 134־136.

האנגלית מרובה פי כמה מתוכנם של דיני היושר של המשפט העברי. אבל לא מפני שהמשפט האנגלי מכיל יותר 'יושר', אלא מפני שהמשפט העברי מכיל יותר 'דין', הממלא הוא גופו את רוב דרישות היושר של האקוויטי האנגלית"[144].

להלן נראה, שהמשפט העברי אינו מכיר במושג "זכויות שביושר", ונראה איך המשפט העברי מגיע בדרך משלו למצב שתהיה לנהנים זכות מסוימת בנכסי הנאמנות, אבל לא זכות גמורה, דבר שעלול היה לסכל את הגשמת מטרות הנאמנות.

ב. קניין שביושר

המשפט העברי אינו מכיר בזכויות "שביושר", ומי שלא הועברו לו זכויות "שבדין", אין לו שום זכות קניינית בנכס, גם אם הנכס עתיד לעבור לבעלותו.

ביטוי לתפיסה זו ניתן למצוא בקביעה התלמודית[145]: "בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו, ומת [הבן] — בנו מוציא מיד הלקוחות". כלומר, אם מכר אדם מנכסי אביו לאחרים, ומת המוכר, רשאי בנו (הנכד) להוציא את הנכסים מידי הקונים, ואין למכירה תוקף אף שהמוכר היה עתיד לרשת את הנכס (או חלק ממנו), משום ש"הראוי [=דבר העתיד להגיע לרשותו]... אינו נמכר"[146].

ביטוי נוסף לתפיסה זו ניתן למצוא בתשובה של ר' אפרים זלמן מרגליות[147], העוסקת בנאמנות שיצר מישהו לטובת נישואי קרובתו, ולימים טען אבי הבת שהנאמן אינו מנהל את נכסי הנאמנות כראוי, וביקש לתבוע אותו לדין. המשיב פסק, שאבי הבת אינו יכול לתבוע אותו לדין, משום ש"עדיין אין לה זכות במעות כלל", ועל כן אין היא בעלת דינו של הנאמן, ולפיכך, אף אם תמנה את אביה כאפוטרופוס שלה, לא יוכל לתבוע את הנאמן בשמה[148].

אם כן, העובדה שהנכסים עתידים לעבור לרשות הנהנה אינה מעניקה לו זכות כלשהי בנכסים.

עמדה עקרונית זו מעוררת את השאלה, כיצד ניתן להעניק לנהנה מעמד משפטי שיאפשר לו לדאוג לזכויותיו ולבקר את הנאמן, ויחד עם זאת, למנוע מצב שיוכל לשלוט בנכסי הנאמנות, להוציאם מידי הנאמן, ואף לסכל את הגשמת מטרותיה של הנאמנות?

ג. בעלות שבדין

לעיל[144] הסברנו בהרחבה, שיש סוג של נאמן שיש לו בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות,

[144] כך דרכו של תלמוד, עמ' 138.

[145] בבא בתרא קנט ע"א. כך פסקו: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריא, סעיף ג.

[146] רשב"ם, בבא בתרא קנח ע"ב, ד"ה אלא אי איתמר.

[147] שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ע.

[148] זאת בהתאם לכלל שמי שאין לו זכות קניין בנכס, אינו "בעל דברים", כלומר, אינו בר זכות תביעה בנוגע לנכס. ראה: א' שוחטמן, סדר הדין, ירושלים תשמ"ח, עמ' 43-47.
מן הראוי להדגיש, שבמקרה שנדון בתשובה זו, הדגיש יוצר הנאמנות בכתב הנאמנות ש"קודם הזמן הזה [=הזמן שנועד להעברת כספי הנאמנות לידי הבת] לא יהא להקטנה שום זכות בעולם במעות, הן בקרן והן בפירות, ולא יהא נקרא שמה על המעות כלל".

[149] פרק שני, ה.

שתכליתה לאפשר לו לפעול בנכסי הנאמנות לשם הגשמת מטרותיה. אם יש לנאמן בעלות מוגבלת כזאת, הנהנה לא יוכל לעשות שימוש בנכסי הנאמנות באופן שיפגע בזכויותיו הקניינית של הנאמן. למשל, הנהנה לא יוכל לרכוש נכסים בכספי הנאמנות, משום שהזכות לנהל ולפתח את הנכסים מסורה בידי הנאמן, מכוחה של בעלותו המוגבלת. עם זאת, ניתן להעביר לנהנים את הבעלות בנכסי הנאמנות, בכפוף לבעלות המוגבלת של הנאמן.

אולם דרך זו אפשרית רק בנאמן שיש לו בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות. לעומת זאת, בנאמן הפועל כשלוחו של יוצר הנאמנות, ואינו מחזיק בזכויות קניין בנכסי הנאמנות, הרי אם הנכסים יועברו לבעלות הנהנים, הנאמן לא יוכל לפעול בהם כשלוחו של יוצר הנאמנות, שהרי אין אדם יכול למנות שליח לפעול בנכסי הזולת. בנסיבות אלו, הנאמן יוכל להיות, לכל היותר, שלוחם של הנהנים, אבל אז יוכלו הנהנים לסיים את השליחות כרצונם, ובכך לסכל את הגשמת מטרותיה של הנאמנות.

בעיה נוספת בהקניית בעלות לנהנים קיימת בין בנאמן שהוא שליח ובין בנאמן שיש לו בעלות מוגבלת: במצב כזה, מתנתקת לחלוטין הזיקה שבין יוצר הנאמנות לנכסי הנאמנות, ולא יוכל היוצר לתבוע את הנאמן, משום שמי שאינו בעל זכויות קניין בנכס ואינו תובע את הנכס לעצמו, אינו זכאי להגיש תביעה הנוגעת לניהולו של הנכס[150]. בדרך כלל, יוצר הנאמנות מעוניין לשמור בידיו את הזכות לתבוע את הנאמן ולפקח על פעולותיו, ואם הוא יעביר את הבעלות בנכסי הנאמנות באופן מלא לנהנים, הוא לא יוכל לשמור בידיו זכויות אלה.

ד. קניין הגוף שאין עמו קניין פירות

המשפט העברי עושה הבחנה בין 'קניין הגוף' — הבעלות בגופו של נכס, לבין 'קניין פירות' — הזכות לעשות שימוש בנכס. על פי רוב, 'קניין הגוף' בא יחד עם 'קניין פירות', ומשעה שזוכה אדם בגופו של נכס, הוא זוכה גם בזכות השימוש בו, אך מצב זה אינו הכרחי.

המשנה[151] עוסקת בהעברת בעלות היוצרת פיצול בין 'קניין פירות' לבין 'קניין הגוף': "הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו[152] — האב אינו יכול למכרו מפני שהן כתובין לבן, והבן אינו יכול למכור מפני שהן ברשות האב. מכר האב — מכורין עד שימות. מכר הבן — אין ללוקח בהן כלום עד שימות האב". כלומר, אם מבקש האב להעביר את הבעלות בנכסיו לבנו שלא בדרך של ירושה[153], אך להשאיר בידיו את הזכות לעשות שימוש בנכסים, הוא יכול

[150] ראה א' שוחטמן, שם.

[151] משנה בבא בתרא, פרק ח, משנה ז (בבלי קלו ע"א).

[152] במשנה מובאת מחלוקת בשאלה, האם כדי שיזכה הבן בגוף הנכסים חייב האב לכתוב שהוא מקנה "מהיום ולאחר מיתה", או שמא די שיכתוב שהוא מעביר את הנכסים "לאחר מיתה". בבבא בתרא קלו ע"א, מכריע רב כדעת רבי יוסי, שאין צורך באמירת "מהיום ולאחר מיתה", משום שהתאריך שבשטר מוכיח שהאב התכוון להקנות את גוף הנכס בחייו. וכך פסקו רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק יב, הלכה טו, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רנח, סעיף א. אבל י' פרנצוס, "קנין מהיום ולאחר מיתה", דיני ישראל ח (תשל"ז), עמ' קלז־קלט, מוכיח שעמדת הגאונים, והרי"ף בעקבותיהם, הייתה כרבי יהודה, שכדי להקנות את גוף הנכס מהיום, על המקנה להצהיר מפורשות שהוא מקנה "מהיום ולאחר מיתה".

[153] לכאורה, לא מובן מה איכפת לאב אם הבן יקבל אותם במתנה או בירושה. רשב"ם, בבא בתרא קלו ע"א (ד"ה הכותב נכסיו), מסביר שהנפקות היא במצב שהוא רוצה לשאת אישה שנייה, והוא חושש שמא שעבוד נכסיו לכתובת אשתו השנייה יפגע בזכויות ילדיו מאשתו הראשונה. על כן הוא מקנה את נכסיו לבנו

לקבוע שזכותו הקניינית של הבן בנכסים תהיה שלמה רק לאחר מותו. התלמוד[154] מסביר שכוונתו של האב היא: "גופא קני מהיום, פירא לאחר מיתה" [=את הגוף קָנֵה מהיום, ואת הפירות לאחר מיתה]. העברה של הבעלות בדרך זו מבטיחה שתישאר בידי האב זכות השימוש בנכסים עד מותו ('קניין פירות'), בעוד שבידי הבן תהיה רק זכות קניינית בנכסים, ללא זכות שימוש ('קניין הגוף'). לפיכך, האב אינו יכול למכור את הנכסים, שהרי בכך הוא יפגע בזכות הקניינית של בנו, והבן אינו יכול למכור את הנכסים, שהרי בכך הוא יפגע בזכות אביו לעשות בהם שימוש[155].

פיצול הבעלות בדרך זו יכול להיות פיתרון לבעיית זכויות הנהנים בנכסי הנאמנות. יוצר הנאמנות יוכל להעביר את הבעלות בגופם של נכסי הנאמנות לידי הנהנה בשלב מוקדם[156], ולשלול ממנו את הזכות ליהנות מפירותיהם עד מועד מסוים, או עד שיתמלא תנאי מסוים[157]. רק כשיגיע המועד או כשיתקיים התנאי, יזכה הנהנה בבעלות מלאה בנכסים[158]. בדרך זו, יש לנהנה זכות לתבוע את הנאמן ולפקח על פעולותיו, אבל אין לו סמכות לעשות שימוש בנכסים, ואין לו כוח לדרוש לקבל את הנכסים לצרכיו; ומצד שני גם ליוצר הנאמנות יש זכות לתבוע את הנאמן ולפקח על פעולותיו, כיוון שפירות הנכס עדיין שלו[159].

מאשתו הראשונה לפני הנישואין השניים, כדי שלא ישתעבדו לאישה השניה. בהערה 157 נראה הסבר אחר למניע של האב: כדי שרק הבן הזה יקבל את נכסיו ולא יירשוהו בניו האחרים.

154 בבא בתרא, שם.

155 ע"פ רשב"ם שם, ד"ה מכר האב וד"ה מכר הבן. כך אף פסקו רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק יב, הלכה יג, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רנז, סעיפים ג-ד.

156 יוצר הנאמנות יוכל להקנות את הנכסים לנהנה במישרין, וגם אפשר שהוא יבקש מן הנאמן (או מאדם אחר) שיזכה בנכסים עבור הנהנה. למשל, אם היוצר אמר לנאמן "זכה עבור הנהנה", או "תן לנהנה", הוא מעביר באמצעותו את הבעלות בנכסי הנאמנות, לנהנה. ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכה, סעיף ז, וסימן רמג, סעיף ב.

157 ר"י, בתוספות, יבמות צג ע"א (ד"ה קנויה לך מעכשיו, בסופו), אומר שהמקנה נכס "מעכשו ולאחר שלושים יום" (לדוגמה) מתכוון שהקנין יתחיל מעכשו וייגמר בסוף שלושים היום, ואין מפרשים שהתכוון שיקנה את הגוף מעכשו ואת הפירות לאחר שלושים יום, מפני שדווקא המקנה "מהיום ולאחר מיתה", מפרשים שהתכוון להקנות את גוף הנכס מייד, ופירותיו לאחר זמן, "דכיון דאמר לאחר מיתה, דלהבריח נכסים משאר יורשים קאתי [=הוא בא], ומקני ליה לגוף מהשתא [=ומקנה לו את הגוף מעכשיו]". אבל נראה שהוא מסכים שאפשר להקנות את גוף הנכס עתה ואת פירותיו לאחר שלושים יום, אם יאמר המקנה בפירוש שהוא מתכוון לכך. ההבחנה שהוא עושה מתייחסת רק למצב שלא אמר בפירוש שהוא רוצה להפריד בין הקנאת הגוף לבין הקנאת הפירות, שאז אם אמר "מהיום ולאחר מיתה" מפרשים שהתכוון להקנות את הגוף מעכשו, מפני שיש להניח שמטרתו היא להבריחם מהיורשים האחרים, ולשם כך הוא מוכרח להקנות מעכשו את הגוף, ואילו באומר "מהיום ולאחר שלושים יום", אין מפרשים שהתכוון לכך, כיוון שייתכן שהתכוון ששום חלק מן הנכס לא יועבר באופן מוחלט מעכשו, אלא הכול ייגמר לאחר שלושים יום, מפני שאין לו סיבה המכריחה אותו להקנות משהו מעכשו. לכן, באופן עקרוני, אין מניעה להקנות לנהנה את גוף הנכס מייד בעת יצירת הנאמנות ואת הזכות ליהנות מפירותיו רק לאחר שאלו יועברו לידיו, בהתאם לתנאי הנאמנות.

158 לא יהיה צורך לשם כך במעשה קניין נוסף. ראה ש' שילה במאמרו הנ"ל בהערה 47, עמ' קפט.

159 לכאורה, אם הנהנה הוא יורשו של יוצר הנאמנות, עם מותו של היוצר יעברו זכויות השימוש בנכסים בירושה לנהנה, והדבר יאפשר לו לדרוש מן הנאמן להעביר לו את הנכסים לשימושו. אם כן, מותו של היוצר מביא את הנאמנות לסיומה; ודבר זה אינו תמיד רצוי. אולם, אפשר לפתור בעיה זו, שהרי כפי שהובהר לעיל, פרק שני, ה, ניתן להעביר לנאמן זכויות קניין מוגבלות בנכסי הנאמנות, שתענקנה לו את הסמכות למלא את תפקידיו בהתאם לתנאי הנאמנות. אם יוצר הנאמנות יעשה כך, זכויות הקניין המוגבלות

ה. קניין פירות שאין עמו קניין הגוף

כשם שניתן להעביר לאדם זכויות קניין בגופו של נכס אך לא את זכות השימוש בו, ניתן גם להעביר זכויות שימוש, שאין עמהן בעלות בגופו של נכס. בתלמוד[160], נחלקו אמוראים בשאלה, האם "קניין פירות" נחשב כקניין הגוף, היינו, האם הענקה של הזכות לעשות שימוש בנכס, מקנה גם זכות קניינית בגוף החפץ? פסק ההלכה הוא, שקניין פירות אינו כקניין הגוף[161]. לפיכך, ניתן להעביר לנהנים זכויות שימוש בנכסי הנאמנות, בלי להעביר לידיהם זכויות קניין בגופם של הנכסים. בדרך זו תהיה לנהנים זכות לקבל דיווח מן הנאמן ולתבוע אותו בבית דין אם לדעתם פעולותיו מסכנות את זכותם ליהנות מפירות הנכסים, אך לא תהיה להם זכות לדרוש לקבל את נכסי הנאמנות לשליטתם המלאה[162].

דרך זו מתאימה בעיקר לנאמנויות שנועדו לשימושם השוטף של הנהנים, כגון נאמנות על נכסים שיוצר הנאמנות מעמיד לשימוש הנהנים, ומפקיד את הנאמן על ניהול הנכסים ועל פיתוחם, כדי שניתן יהיה לעשות בהם שימוש לטובת הנהנים.

פרק שביעי

תנאי הכשירות של נהנה

א. מבוא

נאמנות יכולה להיות "לטובת נהנה". החוק אינו קובע סייגים באשר לזהותו של הנהנה. הנאמנות יכולה להיות לטובתו של נהנה שאינו קיים בעת יצירת הנאמנות[163], או שאינו ידוע בעת יצירת הנאמנות. לפי כרם, "אדם גם עשוי לרכוש את הזכות להנאה מאוחר יותר, משיתמלא תנאי העושה אותו לנהנה"[164]. התנאי היחיד לכשרותו של נהנה הוא, שיהיה הנהנה

תישארנה ביד הנאמן גם לאחר מות יוצר הנאמנות, ובגללן לא יוכל הנהנה לדרוש מן הנאמן להעביר לידיו את הנכסים עם מות מורישו (היוצר). מכאן יש להסיק, שיצירת נאמנות שתכליתה היא תמיכה בנהנה שהוא יורשו של יוצרה לאחר מותו, מחייבת העברת בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות לנאמן, כדי למנוע את סיום הנאמנות עם מותו של יוצרה. סיבה אחרת להכרח להעביר לנאמן בעלות מוגבלת בנכסים ראינו לעיל, פרק שני, ב: שאם יהיה רק בגדר שליח, הרי תיפסק השליחות עם מות היוצר, וממילא תיפסק הנאמנות.

160 שבת קלה ע"ב; יבמות לו ע"ב; גיטין מז ע"ב; בבא קמא פח ע"ב; צ ע"א; בבא מציעא צו ע"א; בבא בתרא נ ע"א; קלו ע"א; ערכין כו ע"ב.

161 רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק יב, הלכה יג; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנז, סעיף ה.

162 שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יו"ד, סימן מה, עוסק בנאמנות שבה הוקדשה קרן כדי שמפירותיה ייהנו הנהנים, והוא מגדיר את זכותם של הנהנים בנכסים כ"קניין פירות". זאת בשונה מן הנאמנות שתוארה לעיל, ליד ציון הערה 147, שבה הנכסים היו אמורים לעבור לבת עם נישואיה, אבל עד אז לא היתה לה זכות אף בפירות הנכסים, ולכן פסק שם בית אפרים, שאין לה זכות תביעה לגבי הנכסים.

163 כרם, סעיף 47, עמ' 125. אף שבמצב כזה אי אפשר להקנות לו שום זכות עכשו, הרי אפשר לקבוע בתנאי הנאמנות שכשייוולד, או כשיגיע לגיל מסוים (לדוגמה), יקבל את נכסי הנאמנות (או את חלקם).

164 שם. אבל לצורך דיני המס, כדי שיוגדר אדם כ"נהנה", עליו להיות "ידוע וקונקרטי". ראה: ועדת ערר 1353/01, ב.ג. לוד (1999) בע"מ נ' מס שבח רחובות, מיסים יח/2 (אפריל 2004) ה־41, עמ' 283; ע"א 7508/03 יוסף כהן ואח' נ' מנהל מס שבח אזור המרכז, מיסים יט/2 (אפריל 2005) ה־9, עמ' 99.

כשר לזכות[165]. נכון הוא שאפשר ליצור נאמנות "למטרה אחרת", גם כשאין נהנה, אבל אם נוצרה נאמנות לטובת תמיכה בנהנה פלוני, הוא צריך להיות כשר לזכות.

להלן נדון בעמדת המשפט העברי לגבי סוגים מסוימים של נהנים.

ב. נהנה שטרם בא לעולם

מאחר שהנהנה הוא רק מושא הנאמנות, אין סיבה לשלול ממי שאין לו כשרות משפטית להיות נהנה של נאמנות. אבל בפרק שישי עמדנו על כך, שכדי שיהיו לנהנה זכות לפקח על הנאמן ואף לתבוע את הנאמן בכל הנוגע לניהול ענייני הנאמנות, צריך יוצר הנאמנות להעביר לנהנה את הבעלות בנכסי הנאמנות (באופן מלא או חלקי).

רבי יוחנן פסק[166]: "המזכה לעובר לא קנה", ובעקבות דבריו נפסקה הלכה[167]: "אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם". אבל התלמוד[168] מקשה על דברי רבי יוחנן מן המשנה הקובעת: "האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה — ילדה זכר ייטול מנה"[169], שממנה משמע שניתן להקנות נכס לעובר, ור' יוחנן מיישב את הקושיה על ידי הבחנה בין עובר שאינו בנו של המזכה לבין עובר שהוא בנו של המזכה. לעובר שהוא בנו של המזכה ניתן להקנות, מפני ש"דעתו של אדם קרובה אצל בנו", בעוד שלעובר שאינו בנו, לא ניתן להקנות[170].

נמצאנו למדים, שבנאמנות שנוצרה לטובת נהנה שטרם נולד בעת יצירתה, ושאינו בנו של יוצר הנאמנות, הרי גם כשיוולד הנהנה ויגדל, לא יוכל לפקח על פעולות הנאמן, לא יהיה

165 כרם, סעיף 46, עמ' 123. כוונתו היא שצריך שיהיה כשר לזכות בשעה שנכסי הנאמנות (או חלקם) אמורים לעבור לבעלותו; אבל אין צורך שיהיה כשר לזכות בשעת יצירת הנאמנות, שהרי כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 163, אפשר שהנהנה לא יהיה קיים בעת יצירת הנאמנות, ולפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, סעיף 1, אדם כשר לזכות רק "מגמר לידתו".

166 בבא בתרא קמב ע"ב. וראה שם, קמב ע"א, שנחלקו אמוראים בשאלה, האם כך הדין אף אם המקנה מזכה משהו לעובר "לכשייוולד". טור, חו"מ, סימן רי, סעיף א, מציין שראשונים נחלקו איך לפסוק בשאלה זו. השולחן ערוך, חו"מ, סימן רי, סעיף א, פסק שגם באופן זה, ההקנאה בטלה.

167 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה י; שולחן ערוך, שם, וסימן רנג, סעיפים כו־כח.
אבל רמב"ם, הלכות אישות, פרק ז, הלכה טז, פסק שאדם יכול לקדש לעצמו תינוקת בהיותה עובר בבטן אמה, אם העובר כבר הוכר (לאחר שלושה חדשים מתחילת ההריון). מהלכה זו משמע, שניתן להקנות את כסף הקידושין לעובר במעי אמו לאחר שהוכר העובר. ליישוב הסתירה שבין ההלכות, ראה במקורות המצוינים בספר המפתח על הרמב"ם (מהדורת פרנקל), על ההלכה האמורה, ועל הלכות מכירה, פרק כב, הלכה יג. וראה קצות החושן, סימן רט, ס"ק א; אנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שלא בא לעולם, כרך ז, עמ' נ־נג; חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(א).

168 בבא בתרא שם.

169 בבא בתרא קמ ע"ב.

170 נתיבות המשפט, סימן רי, ס"ק ב, כותב בדעת הראב"ד, שעובר שהוא בנו של המזכה זוכה בעודו בבטן אמו, מפני שהוא בר קנין, והסיבה שעובר שאינו בנו אינו קונה, אינה משום שאינו בר קנייה, אלא מפני שאין למזכה גמירת דעת להקנות לו.
שו"ת הרא"ש, כלל פב, סימן ד, קובע שאין אומרים "דעתו של אדם קרובה אצל נכדו".
לדיון במשמעותה של הבחנה זו, ובשאלה, כיצד יש בה כדי ליישב את הקושיה על ר' יוחנן, ראה: רשב"ם, בבא בתרא קמב ע"ב, ד"ה קרובה אצל בנו; נימוקי יוסף, בבא בתרא סו ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה מתני'; חידושי הריטב"א, בבא בתרא, שם; בית יוסף, חו"מ, סימן רי, סעיף א; מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה י; ש"ך, חו"מ שם, ס"ק י.

זכאי לקבל דוחות על פעולותיו ואף לא לתבוע אותו, בכל הנוגע לניהול עסקי הנאמנות, אלא אם תועבר אליו בעלות (מלאה או חלקית) בנכסי הנאמנות לאחר שייוולד.

ג. בעלי חיים

בעלי חיים אינם יכולים להיות בעלים של זכויות קנייניות[171], ומשום כך, נאמנות לטובת בעל חיים לא תוכל להעניק לו שום זכות שמוענקת לנהנה על ידי הנאמנות[172]. רק יוצר הנאמנות יהיה זכאי לדרוש מן הנאמן לעשות לטובת בעל החיים מה שהתחייב לעשות בחוזה הנאמנות.

ד. נהנה שזהותו אינה ידועה בעת יצירת הנאמנות

השאלה, האם ניתן להקנות נכס למי שזהותו אינה ידועה, שנויה במחלוקת הפוסקים, אך למעשה, נראה שהלכה כדעה שניתן להקנות נכס למי שזהותו אינה ידועה בשעת ההקנאה[173]. לפיכך, ניתן ליצור נאמנות לטובת נהנה שזהותו אינה ידועה בעת יצירתה, ואף להקנות לנהנה זכויות קנייניות בנכסי הנאמנות כדי שיוכל להפעיל את זכות הפיקוח על הנאמן ואת הזכות לתובעו בדין, כפי שהסברנו בפרק שישי.

פרק שמיני

מטרות הנאמנות — "או למטרה אחרת"

א. מבוא

נאמנות יכולה להיות לטובת מטרה שבה חפֵץ יוצר הנאמנות. בפרק זה נברר: האם כל מטרה כשרה לשמש כמטרתה של נאמנות, או שמא יש מטרות שאינן כשרות לכך?

החוק אינו קובע מסמרות באשר למטרות הנאמנות. מטרות הנאמנות יכולות להיות מטרות ציבוריות או פרטיות, ספציפיות או כלליות. על כן, "לכאורה די בהגדרה כללית ביותר של המטרה בתנאי הנאמנות"[174].

עם זאת, נאמנות שמטרותיה פסולות אינה בת תוקף. כך הוא בנאמנות על פי חוזה, שהרי היא כפופה להוראה שבחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיף 30, השוללת תוקפו

[171] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה יב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רי, סעיף ב.

[172] אם הנאמנות היא לטובת עמותה הפועלת לרווחתם של בעלי חיים, לא בעלי החיים הם הנהנים, אלא העמותה, ומאחר שהעמותה היא תאגיד הכשר לזכויות ולחובות (ראה לעיל, ליד ציון הערה 136), ניתן ליצור נאמנות לטובתה, ולהעניק לעמותה את הזכויות המוקנות בחוק לכל נהנה.

[173] לדיון נרחב ומקורות רבים על מחלוקת הפוסקים בעניין זה, ראה בשו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן לה, שמסיק ע"פ דברי השולחן ערוך, חו"מ, סימן סא, סעיף ד, ש"אדם מקנה למי שאינו מבורר". עוד לעניין זה ראה: חוות דעת, יו"ד, סימן קס, ס"ק י; בית ידידיה (שאחעט), סימן א. ראה גם שו"ת מהרי"ק, שורש ה, שדן בהקדש מסוג זה, שבו הקדישו אנשים מכספם "כדי שיהיה הקרן קיים תמיד ומהריוח יתנו לכל עניים אשר ימצא שם, פעם אחת בשנה... ולא התנדבו לצורך עניים מיוחדים".

[174] כרם, סעיף 52, עמ' 129.

של חוזה אסור. כך הוא גם לגבי נאמנות על פי כתב הקדש, משום שאף על נאמנות זו חלות הוראות חוק החוזים[175].

ב. מטרות כלליות

אדם יכול למסור כספים בידיהם של נציגי הציבור, כדי שהם יעשו בהם שימוש לכל מטרה ציבורית שיראו לנכון[176]. הוא יכול גם למסור לגבאי צדקה כספי הקדש, ולקבוע שהם יוכלו להחליט מי יהיו הנהנים (עניים, חולים, תלמידי חכמים וכדומה), כמה יקבל כל אחד מהם ובאיזה אופן[177].

כן אפשר שאדם יורה ליורשיו "שיתנו מנכסיו מעות ידועים ביד אנשים ידועים מקרוביו שיוציאו אותם באי זה הקדש שיראה להם"[178], או סתם, "לדברים טובים"[179].

רואים אנו אפוא שבמשפט העברי אין דרישה להגדרת מטרותיה של הנאמנות. על כן, יוצר נאמנות יכול ליצור נאמנות לטובת מטרה כללית, שאת תוכנה הקונקרטי יקבע הנאמן. דוגמאות לכך ניתן למצוא בעיקר בנאמנויות מן הסוג שחוק הנאמנות מכנה "הקדש ציבורי".

ג. מטרות פסולות

הנאמנות היא "זיקה לנכס, שעל פיה חייב נאמן לפעול לטובת נהנה או למטרה אחרת". להלן, נבקש לברר, האם ניתן לחייב נאמן, מכוחו של חוזה נאמנות או של כתב הקדש, לפעול לטובת מטרה שאינה מוסרית או שאינה חוקית?

(1) מטרה שאינה חוקית

אחת הסיבות שנותן התלמוד לכלל ש"אין שליח לדבר עבֵרה" היא[180]: "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין?". לא כאן המקום להיכנס לדיון בשאלה, מדוע נימוק זה פוטר את המשלח מאחריות למעשי שלוחו[181], משום שלענייננו די בהצגת התמיהה כדי ללמד, שהוראת

[175] כרם, סעיף 302, עמ' 634.

[176] על "נאמני הקהל" ותפקידיהם, ראה בדבריו של השופט אלון (כתוארו אז) בבג"צ 4566/90, דוד דקל נ' שר האוצר ואח', פ"ד מה(1) 28, בעמ' 34-35.

[177] "דגבאי שנתמנה מהציבור לחלק צדקה לעניים, הנה הטובת הנאה הוא לגבאי ליתן הצדקה כפי שיקול דעתו לאיזה עני שיבחר, ולהרבות במתנות ולמעט לכל עני כפי ראות עיניו" (שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חו"מ, סימן נ). וראה עוד בהרחבה בדיוננו בסעיף 18, בעניין סמכות הגבאי לשנות את מטרותיו של ההקדש.

[178] שו"ת הריטב"א, סימן לד. וראה בהרחבה בסעיף 17, פרק עשירי.

[179] שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורה קמא, סימן קמו.

[180] קידושין מב ע"ב.

[181] להרחבה בנושא זה ראה: ש' אטינגר, פרקי שליחות במשפט העברי, ירושלים תשנ"ט, עמ' 167-194; חוק לישראל, שליחות, סעיף 2.

סמ"ע, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ב, וסימן שמח, ס"ק כ, מסביר שהשולח טוען שלא חשב שהשליח ימלא את השליחות שהרי עליו לשמוע ל"דברי הרב", ואם כן, המינוי לא נעשה בגמירת הדעת הראויה. אבל פני יהושע, קידושין מב ע"ב, ד"ה והדתניא, דוחה הסבר זה (עיין שם לדחייתו), והוא מסביר, שתוקפה של כל שליחות מקורה בדרשות מן הכתובים העוסקים בגירושין, בקדשים ובתרומה, ואם כן יש לנו מקור לשליחות רק לדבר שאין בו עבֵרה, בדומה לתחומים הללו.

השולח לעולם אינה יכולה לגבור על מצוות התורה[182]. מכאן אפשר ללמוד גם, שאי אפשר לחייב נאמן לעבור על החוק מכוח דיני הנאמנות.

גם כיבוד משאלתו של נפטר, שנחשב מצווה, היוצרת סוג של נאמנות, כפי שראינו לעיל[183], אין בו כדי להתיר ביצוע עבירות. משום כך פסק הרמב"ם[184], ששכיב מרע שציווה לאחרים שיעשו עבֵרה בנכסיו, אין שומעין לו, והריטב"א[185] מוסיף, שהמצווה לקיים את דברי המת אינה חלה במקום שיש בהגשמת רצונו של המת משום 'נדנוד עבֵרה'[186].

נתיבות המשפט, סימן שמח, ס"ק ד (ע"פ ש"ך, חו"מ, סימן רצב, ס"ק ד), מדגיש: "אף במקום שיש שליח לדבר עבֵרה, לא חידשה רחמנא רק [=אלא] לחייב [את] המשלח, ולא לפטור השליח".

182 בדומה, אף מי שנשבע לעשות עבֵרה, אין לשבועתו תוקף (משנה, שבועות, פרק ג, משנה ו (בבלי כז ע"א); נדרים יז ע"א; רמב"ם, הלכות שבועות, פרק א, הלכה ו), וכך גם אם נשבע לעבור על תקנות הקהל, אין לשבועתו תוקף (הגהות מימוניות, הלכות שבועות, פרק א, אות ב, בשם רב יהודאי גאון ואחרים; אוצר הגאונים, נדרים טז ע"ב, חלק התשובות, אות מב; שו"ת מהרי"ק, שורש קי; שולחן ערוך, יו"ד, סימן רכח, סעיף לג; וראה על דין זה בירור הלכה, נדרים טז ע"א, ציון ה; נ' רקובר, ההגנה על צנעת הפרט, ירושלים תשס"ו, עמ' 205-207). אפשר ללמוד מכאן שאין תוקף להתחייבות אדם לפעול בניגוד לחוקי מדינת ישראל, בהנחה שחוקים אלו נחשבים כ'תקנות קהל'.

183 פרק רביעי, ג.

184 רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק ט, הלכה י. בשאלה האם הלכה זו מוסכמת על כל הפוסקים, ראה משנה למלך שם, ושו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן מו.

185 שו"ת הריטב"א, סימן מג.

לכאורה, קשה על הרמב"ם והריטב"א מדברי רבי יוחנן, בגיטין מ ע"א, שאם הורה אדם ליורשיו לשחרר את שפחתו לאחר מותו, חייבים היורשים לשחררה, על אף שהשחרור אסור על פי דין התורה (כפי הנלמד בגיטין לח ע"א מויקרא כה, מו: "לעולם בהם תעבודו").

ואמנם, תוספות, גיטין לח ע"א (ד"ה כל המשחרר), התקשו, כיצד ייתכן שיטילו חכמים חובה לקיים את דברי המת, שציווה לעבור על איסור תורה? תשובתם של בעלי התוספות היא: "כיון דאין היורשין רשאין להשתעבד בה, משום מצוה לקיים דברי המת, לא קרינן ביה [=אין אנו קוראים בו] 'לעולם בהם תעבודו', ומשום נתינת הגט לחודיה [=בלבד], ליכא [=אין] איסור עשה". מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סימן כט, הסביר את כוונתם, שלמצווה לקיים את דברי המת יש משמעות קניינית, דהיינו שעם מותו של המצווה, זוכים הנהנים בזכויות שביקש המת להעביר אליהם (ראה על כך לעיל, הערה 113). לכן, שחרור השפחה מקבל תוקף עם מותו של המצווה, אף ללא התערבות מצד היורשים, והיורשים צריכים רק לכתוב לה שטר שחרור כדי להשלים את שחרורה, ובכתיבת שטר זה בלבד אין איסור. כלומר, היות שמשמעות האיסור היא, שאין לשחרר שפחה המשועבדת לעבודות הבית, והיות שהמצווה לקיים את דברי המת כבר שללה מן היורשים את הזכות לשעבד את השפחה, שחרורה לא נאסר.

אבל בחידושי הרשב"א, גיטין לח ע"ב, מביא שהתוספות תירצו שהשפחה משתחררת על ידי דיבורו של אדונה (ולא משום מצווה לקיים דברי המת), ונשאר ליורשים רק לכתוב שטר שחרור כדי להשלים את השחרור, ובכתיבת שטר השחרור בלבד אין איסור, כאמור. חידושי מהר"י בן לב, גיטין לח ע"א (הובא בביאור לחידושי מהר"ם שיף, גיטין לח ע"א, ס"ק ז), כותב שגם התוספות שלפנינו מתכוונים למובא ברשב"א בשם התוספות, ומה שנדפס בתוספות שלפנינו "משום מצוה לקיים דברי המת" הוא טעות הדפוס. ראה גם בהערות המהדיר, הרב ישראל סקלר, על חידושי הרשב"א שם (מהדורת מוסד הרב קוק), הערה 651.

הרשב"א שם (ד"ה הקשו, בסופו) תירץ שיש להניח שהשפחה עשתה טובה לאדון, ונמצא שהשחרור הוא תמורת אותה טובה, והאיסור הוא רק לשחרר עבד בחינם.

מהסברים אלו עולה, שהלכתו של רבי יוחנן אינה עוסקת במצב שהמת ציווה לעבור עבֵרה.

186 בשו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן לה, דן בעניין זה באריכות ומסקנתו היא שלעניין זה יש להתחשב רק בנאמן עצמו, ורק במועד קיום דבריו של המת. לפיכך, אם יצווה אדם על נאמן לעשות פעולה שאסור למְצַוֶּה

(2) מטרה שאינה מוסרית

יש שקיום מטרת הנאמנות אינו כרוך בעשיית עבֵרה, אלא שהמטרה אינה מוסרית. האם חייב הנאמן לפעול כדי להגשים מטרה מסוג זה?

תשובה לשאלה זו נוכל למצוא בפירושו של הרמ"ה[187] להלכת התוספתא[188]: "האומר תנו שקל מנכסי לבני בשבת [=בשבוע] והן ראויין ליטול סלע, נותנין להם סלע. ואם אמר אל תתנו להם אלא שקל, אין נותנין להם אלא שקל".

כוונת הסיפא של התוספתא היא, שאם ביקש אדם שיעניקו לבניו קצבה שבועית של שקל מנכסיו לאחר מותו, והדגיש שלא יתנו להם יותר משקל לשבוע, יש לכבד את רצונו, אף שלפרנסתם הם צריכים לקבל קצבה גבוהה יותר (סלע = שני שקלים). אך הרמ"ה פירש דין זה בצמצום: לדבריו, התוספתא עוסקת רק במצב שלפרנסת הבנים מספיקה אמנם קצבה שבועית של שקל, אך רק במאמץ גדול ("על ידי הדחק"). במצב זה, יש לכבד את הוראות האב, שלא יתנו לבניו יותר משקל לשבוע. אבל אם קצבה זו אינה מספיקה לפרנסתם אף בצמצום, אין לכבד את רצונו, מפני שרצון שכזה אינו מוסרי ("מידת סדום"), "ובכהאי גוונא לא אמרינן [=ובאופן זה אין אנו אומרים] דמצוה לקיים דברי המת במדת סדום"[189].

התלמוד[190] מנמק את הלכת התוספתא בכך שמצווה לקיים את דברי המת. אם כן, אפשר ללמוד מדברי הרמ"ה, שבנאמנות מסוג "מצוה לקיים את דברי המת", אין חובה על הנאמן לקיים אותה אם אינה מוסרית.

פסלותה של מטרת הנאמנות נקבעת לא רק על פי אופייה של המטרה עצמה, אלא גם לאור נסיבות יצירתה של הנאמנות. כך ניתן ללמוד ממקור מעניין העוסק ביצירתו של הקדש לטובת שיפוץ בית כנסת, תוך הזנחת התלויים במקדיש.

ר' שמעון בן צמח דוראן[191], הרשב"ץ, נשאל על אישה חולה שהקדישה את נכסיה לעניי העיר ולבית הכנסת, ובכך מנעה מיורשיה העניים מלרשת את נכסיה לאחר מותה. בתשובתו, מביא הרשב"ץ מעשה מן התלמוד הירושלמי[192] על רבי ורב שהלכו בדרך, וראו שער מפואר של בית כנסת. רבי התפאר בפני רב, ואמר: "כמה ממון שקעו אבותי במקום הזה". רב לא התרשם מן הדברים, והגיב בציניות: "אדרבא, כמה נפשות שקעו אבותיך במקום הזה. וכי לא

לעשותה, אך מותר לנאמן לעשותה, הנאמן חייב לעשות את הפעולה לאחר מותו של אותו אדם, מכוח המצווה לקיים את דברי המת. ראה גם תשב"ץ, חלק ג, סימן קצ.

187 דבריו הובאו בשיטה מקובצת, כתובות סט ע"ב, ד"ה האומר. על דבריו ראה סעיף 19, הערה 70; ושם נביא גם דעה נגדית.

188 תוספתא כתובות, פרק ו, הלכה יא, הובא בתענית כא ע"א, בכתובות סט ע"ב, ובבבא בתרא קכט ע"א. בכתובות ע ע"א נאמר שאין הלכה כסיפא של התוספתא, אף שמצווה לקיים את דברי המת, מפני שיש להניח שהאב התכוון רק לזרז את בניו, ובאמת הוא מוכן שיקבלו לפי צרכם. נמצא, שאין נפקות הלכתית לדברי הרמ"ה לגבי מקרה זה, שהרי גם אם די לבנים בשקל על ידי הדחק, נותנים להם סלע. מכל מקום, אפשר ללמוד מדבריו עיקרון כללי למקרים אחרים.

189 הרמ"ה מנמק עוד: "דסתמא דמילתא לא נתכוון אדם זה להמית את בניו ולא להפילם על הציבור". דבריו קשים, שהרי האב אמר בפירוש שלא יתנו יותר משקל? אולי כוונתו היא שנפרש שהאב התכוון בכך רק לזרז את בניו, כפי שהסוגיה בבבא בתרא אומרת בהמשך.

190 תענית וכתובות, שם.

191 תשב"ץ, חלק ג, סימן קצ.

192 ירושלמי, שקלים, פרק ה, הלכה ד.

הוה תמן בר נש דמילף באורייתא [=האם לא היה שם אדם העוסק בתורה (הזקוק לתמיכה)], או חולים המוטלים באשפה? קרא עליו [רב על רבי] המקרא הזה: 'וישכח ישראל את עושהו ויבן היכלות' (הושע ח, יד)". ממקור זה למד הרשב"ץ, שהעדפת בניין בית כנסת על פרנסת עניים היא עבֵרה[193], ומשום כך, קבע שההקדש אינו תקף, בהתאם להלכה[194] ש"שכיב מרע [=חולה הנוטה למות] שציוה לעשות עבירה מנכסיו, אין שומעין לו".

מדבריו נוכל ללמוד שנאמן אינו חייב לפעול להגשמת מטרה שהיא ראויה בדרך כלל, כגון הקדש לבית כנסת, אם בנסיבות העניין המטרה אינה מוסרית.

פרק תשיעי

סיכום

לפי החוק, נאמנות היא "זיקה לנכס, שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת".

מהי זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות לפי המשפט העברי? סוג אחד של נאמן הוא מי שמשמש בגדר שלוחו של יוצר הנאמנות, אלא שדרך זו בעייתית, משום שהיא אינה מאפשרת את קיום הנאמנות לאחר מות יוצרה, אינה מאפשרת לנאמן לגבות חובות בשם הנאמנות, אלא אם אין נושים נוספים לחייב, והיוצר אף יכול לבטל את פעולות הנאמן בנסיבות שונות, דבר העלול להניא רבים מלעשות עסקאות עם הנאמן.

סוג אחר של נאמן הוא מי שמתפקד בתור 'פועל' של יוצר הנאמנות. דרך זו עדיפה על דרך השליחות בכך שהיא אינה כפופה לרוב מגבלות הסמכות הקיימות בדיני השליחות. אולם, אף דרך זו אינה מאפשרת את קיומה של הנאמנות לאחר מות יוצרה. כמו כן, לדעת פוסקים רבים, דין פועל נוצר רק אם כל זמנו של העובד משועבד למעביד, ועל פי רוב אין זה המצב בנאמנות.

דרך הנראית מתאימה יותר להבטחת יכולתו של הנאמן להגשים כהלכה את מטרותיה של הנאמנות, היא הדרך הקניינית, המוכרת במוסדות נאמנות רבים, כגון אפוטרופסות, גזברות הקדש ועוד: בעת יצירת הנאמנות מועברת לידי הנאמן בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, בהתאם לנדרש לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות.

זיקת הנאמן היא ל"נכס". בשאלה, מהו "נכס" העשוי לשמש, לפי המשפט העברי, נכס של נאמנות, עסקנו בסוגים מיוחדים של נכסים: נכס שטרם בא לעולם, נכס שאינו בשליטת יוצר הנאמנות, זכויות שונות בנכס, ונכסים רוחניים כגון פטנטים או מוניטין.

[193] ברור שאין כוונתו לעברה במובן המקובל, שהרי בכל זאת תרם לבניין בית כנסת. כנראה יש כאן שימוש מושאל בלשון "עברה", ומדובר כאן במעשה בלתי מוסרי, שלדעת התשב"ץ חמור דיו להחיל עליו את דברי הרמב"ם על עברה.
אבל יש להעיר, שמן הירושלמי שם ניתן ללמוד שדווקא הקדש לטובת עניים שהם גם חולים, עדיף על הקדש לטובת בית כנסת. ראה: שו"ת מהרי"ק, שורש קכח; שו"ת ופסקי מהרי"ט החדשים, סימן ט; בית יוסף, יו"ד, סימן רמט; שולחן ערוך, יו"ד, סימן רמט, סעיף טז; שו"ת משפטי עוזיאל, יו"ד, סימן כב.

[194] רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק ט, הלכה י (צוין גם לעיל, הערה 184).

לגבי נכס שטרם בא לעולם, אפשר ליצור נאמנות לגביו במקום שהמנהג הוא להקנות נכסים מסוג זה.

אשר לאפשרות ליצור נאמנות על נכסים שהם בבעלותו של יוצר הנאמנות אבל אינם בשליטתו, הדבר תלוי בסוג הזיקה האמורה להיות בין הנאמן לבין נכסי הנאמנות. זיקה של בעלות מוגבלת מחייבת הקנייה של הנכס לנאמן. הואיל והמשפט העברי אינו מכיר ביכולתו של אדם להקנות נכס שאינו בשליטתו, אי אפשר ליצור נאמנות מסוג זה לגבי נכס שאינו בשליטתו. אבל אפשר ליצור נאמנות מהסוג שבה הנאמן משמש רק כשליח, ואז תהיינה לו סמכויות מסוימות לפעול בנכס, כגון לתבוע אותו בבית דין, דבר ששליח יכול לעשות גם לגבי נכס שאינו בשליטת המשלח.

אפשר ליצור נאמנות שנכסיה הם זכויות להפיק פירות מנכס מסוים, ולשם כך צריך להעביר לנאמן בעלות מוגבלת בגוף הנכס, לפירותיו. אבל אי אפשר ליצור נאמנות שנכסיה הם נכסים רוחניים, כגון פטנטים, סימני מסחר, מוניטין וכדומה, מפני שאי אפשר להקנותם לנאמן.

הנאמן "חייב... להחזיק" בנכס הנאמנות "או לפעול בו". במשפט העברי, חובה זו יכולה לנבוע מאחד היסודות דלהלן: חוזה עם יוצר הנאמנות; חובה שהדין מטיל בלי הסכמת הנאמן; והתחייבות דתית חד צדדית של הנאמן.

חוזה בין הנאמן לבין יוצר הנאמנות מטיל על הנאמן חובה להחזיק בנכס או לפעול בו, הזהה במהותה, לחובת עובד כלפי המעביד. משני הסוגים של עובדים, "פועל" ו"קבלן", הנאמן נחשב בדרך כלל כקבלן, על כל ההשלכות מכך.

דוגמה קלאסית לחיוב שהדין מטיל על אדם לשמש כנאמן, היא החיוב המוטל על נאמן להגשים את מטרות הנאמנות, מכוח המצווה לקיים את דברי המת.

אדם יכול לקבל על עצמו חיוב לשמש כנאמן על ידי התחייבות דתית של נדר או שבועה. אבל שבועה זו אינה מקור יעיל לחובת הנאמן להחזיק בנכסי הנאמנות או לפעול בהם, משום הקושי הרב שיש באכיפת השבועה, מה גם שאפשר להתיר אותה על ידי שלושה אנשים. נדר מוגבל עוד יותר: הוא חל רק אם המטרה היא של מצווה, ולדעת מהרי"ק, אינו חל על התחייבות לעשות דבר הכרוך בטרחה גופנית.

מי כשר לשמש כנאמן? בניגוד לעמדת החוק, המשפט העברי מאפשר לקטין לשמש כנאמן, אם הגיע לגיל שהוא מבין בענייני משא ומתן. אולם מי שאינו בר דעת לא יוכל לשמש כנאמן.

שאלת כשירותו של תאגיד לשמש כנאמן תלויה כפי הנראה במחלוקת שבין פוסקי דורנו בשאלה, האם יש לחברה בע"מ אישיות משפטית.

אפשר למנות כנאמן אדם שאין זהותו ידועה בעת יצירת הנאמנות וזהותו מתבררת רק אחר כך, כגון מינוי מי שנושא משרה מסוימת, ובלבד שבעת כניסתו לתפקיד, אותו אדם יהיה מודע לחובתו למלא את תפקידיו של הנאמן.

לפי המשפט העברי, הנהנה אינו בעל זכויות בנכסי הנאמנות, זולת אם העביר לו יוצר הנאמנות זכויות קניין, מלאות או חלקיות, בנכסים. לפיכך, אם רוצה היוצר שתהיה לנהנה זכות לפקח על פעולות הנאמן ולקיים הליכים משפטיים נגדו, למשל, יהא עליו להעביר לו זכויות קניין בנכסי הנאמנות. זכויות הקניין שיקבל הנהנה צריכות להיות מוגבלות, שאם לא כן, הוא עלול לנצל את בעלותו המוחלטת לסכל את הגשמת מטרותיה של הנאמנות. אפשרות אחת היא להקנות לנהנה זכויות ליהנות מנכסי הנאמנות בלבד ("פירות"), או זכויות בנכסים עצמם, ללא הזכות לעשות בהם שימוש ("קנין הגוף").

מי כשר להיות נהנה? אפשר ליצור נאמנות לטובת נהנה שאינו קיים בעולם בעת יצירת הנאמנות, או לטובת מי שאינו כשר להיות נושא לזכויות, כגון בעל חיים, או למי שזהותו אינה ידועה בעת יצירת הנאמנות. אבל אם יוצר הנאמנות מעוניין שתהיה לנהנה זכויות פיקוח שונות בנכסי הנאמנות, עליו להקנות לו בעלות מוגבלת בנכסים, כאמור, ודבר זה אינו אפשרי במצבים הללו. כמובן, לגבי נהנה שעוד לא נולד או שאין זהותו ידועה עדיין, יכול יוצר הנאמנות להקנות לו בעלות מוגבלת ברגע שייוולד או שתיוודע זהותו.

מטרת הנאמנות אינה חייבת להיות מוגדרת, אבל אין היא יכולה להיות מטרה פסולה, במובן זה שהגשמתה כרוכה בעשיית עבֵרה או שהיא בלתי מוסרית.

פרק עשירי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

בפרק שני, ראינו שיש כמה דרכים לקיים את זיקתו של הנאמן לנכסי הנאמנות, והזיקה הקניינית היא רק אחת מהן. לאור זאת, מוצע שלא לקבוע מסמרות בעניין, ולהותיר את נושא הזיקה פתוח, באופן שיאפשר ליוצר הנאמנות לבחור בעצמו כיצד ליצור את הזיקה המתאימה לנאמנות שיש בדעתו ליצור, בהתחשב ביתרונותיה ובחסרונותיה של כל אחת מהזיקות. לכן, מוצע לאמץ את הנוסח הקיים של סעיף 1, אך לנתק את הקשר שבין זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות, לבין חובתו לפעול בהם[195]. לפיכך, הנוסח המוצע הוא כדלהלן:

מהות הנאמנות 1. נאמן הוא בעל זיקה לנכס, החייב לפעול לגביו לטובת נהנה או למטרה אחרת.

[195] לעיל, הערה 95, הסברנו את הצורך בניתוק זה.

סעיף 2

יצירה

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

התוכן

פרק ראשון: מבוא 53

פרק שני: "נאמנות נוצרת על פי חוק" 54

א. מבוא 54

ב. נאמנות על פי חוק 55

(1) אפוטרופוס ליתומים 55

(2) אפוטרופוס לגדולים ("לדיקנני") 57

(3) אפוטרופוס לניהול נכסים עזובים 59

(4) כונס נכסים 61

(5) מנהיגי ציבור כמנהלי נכסי הציבור 61

ג. נאמנות "על פי דין" (Constructive Trust) 62

(1) נאמנות פרטית 62

(2) נאמן למעשה ("יתומים שסמכו אצל בעל הבית") 63

ד. "מצווה לקיים דברי המת" — בין נאמנות על פי חוזה לנאמנות על פי חוק 64

פרק שלישי: נאמנות "על פי חוזה" 65

א. מבוא 65

ב. נאמנות על פי חוזה מפורש 65

(1) מנהל משק הבית ("אפוטרופוס") 66

(2) שָׁלִיש 66

(3) פועל 67

(4) שותף 67

(5) סוכן (פאטור) 67

ג. נאמנות משתמעת (Implied Trust) 68

(1) גדול האחים 68

(2) אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית 68

פרק רביעי: נאמנות "על פי כתב הקדש" 69

פרק חמישי: סיכום 69

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 70

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה קובע את הדרכים ליצירת נאמנות, והוא מונה שלוש דרכים לכך: על פי חוק, על פי חוזה בין יוצר הנאמנות לנאמן, ועל פי כתב הקדש.

הנאמנות על פי חוק נוצרת מכוחו של החוק, והוא גם זה שמגדיר את חובותיו של הנאמן, את סמכויותיו ואת תפקידיו. בפרק שני, נציג טיפוסים שונים של נאמנים במשפט העברי, שניתן לכנותם נאמנים "על פי חוק", ואף נעמוד בקצרה על ייחודו של כל אחד מהם, על חובותיו ועל היקף סמכויותיו.

נאמנות הקרובה במהותה לנאמנות על פי חוק היא הנאמנות על פי דין (Constructive Trust), שמקורה ב"דיני הישר" של המשפט האנגלי והמקובלת בחלק משיטות המשפט. משמעותה של נאמנות מסוג זה היא, שבית המשפט קובע שאדם מסוים מחזיק בנכס בנאמנות, בנסיבות מיוחדות הנראות לו כמצדיקות לקבוע כך. בשאלה, האם מכיר הדין הישראלי בנאמנות מסוג זה, חלוקות הדעות. בפרק שני נברר האם המשפט העברי מעניק לבית הדין את הסמכות ליצור נאמנות בנסיבות אלו.

כמו כן, נעסוק גם בנאמנות מכוח המצווה לקיים את דברי המת, המצויה במהותה על הגבול הדק שבין נאמנות על פי חוק לבין נאמנות על פי חוזה.

הנאמנות על פי חוזה מבוססת על הסכם בין יוצר הנאמנות לבין נאמן, והיא הנאמנות השכיחה ביותר. בפרק שלישי נציג טיפוסים שונים של נאמן על פי חוזה הקיימים במשפט העברי, ונעמוד בקצרה על ייחודו של כל אחד מהם, על חובותיו ועל היקף סמכויותיו.

שאלה נכבדה, המעסיקה מלומדים בארץ ובעולם היא, האם הנאמנות על פי חוזה יכולה להיווצר אך ורק מכוחו של חוזה נאמנות מפורש, או שמא די בהסכמה המשתמעת מהתנהגות הצדדים. בספרות המשפטית מכונה נאמנות הנוצרת בדרך זו בשם "נאמנות משתמעת" (Implied Trust). נבחן שאלה זו מנקודת מבטו המיוחדת של המשפט העברי.

הנאמנות על פי כתב הקדש נוצרת מכוחה של פעולה חד צדדית של יוצר הנאמנות. במשמעותה של נאמנות מסוג זה ובדרכים ליצירתה נדון בהרחבה בדיון בסעיפי הפרק השני של החוק.

פרק שני

"נאמנות נוצרת על פי חוק"

א. מבוא

נאמנות על פי חוק נוצרת מכוחה של הוראת חוק, הקובעת את מטרותיה של הנאמנות, את חובותיו של הנאמן, את סמכויותיו ואת תפקידיו. במשפט הישראלי מוכרות לנו לא מעט נאמנויות על פי חוק, כגון מפרק חברה (בפירוק על ידי בית המשפט או בפירוק מרצון), מפרק עמותה, נאמן בפשיטת רגל, כונס נכסים (על פי איגרת חוב, על פי תקנות סדר הדין האזרחי, או על פי חוק ההוצאה לפועל) ועוד רבים אחרים.

בדרך הטבע, נאמנויות מסוג זה נוצרות לשם הגשמתן של מטרות בעלות ערך חברתי, המצדיקות בעיני המחוקק את קיומה של הנאמנות. אי לכך, טבעי הוא ששיטות משפט שונות ייצרו נאמנויות על פי חוק למטרות שונות, בהתאם לערכים החברתיים שהן מבקשות לקדם. להלן נעמוד בקצרה על מספר נאמנויות הנוצרות מכוח דין התורה או מכוח תקנות חכמים, ואף נעמוד על הערכים שנועדו נאמנויות אלה להגשים.

בשלב הבא, נבקש להשיב על השאלה, האם במסגרת הנאמנות על פי חוק, יש להכיר גם בקיומה של נאמנות על פי דין (המכונה גם "נאמנות קונסטרוקטיבית"). בשיטת המשפט האנגלית, הנאמנות הקונסטרוקטיבית משמשת כאמצעי להבטיח שאדם שהוא בעל זכות חוקית בנכס יהיה חייב להעביר את הבעלות בו למי שמן הראוי שהנכס יהיה שלו[1]. למשל, אם רכש אדם דירה ושילם את מלוא תמורתה לקבלן, ייחשב הקבלן למחזיק בדירה בנאמנות עבור הרוכש, אף אם טרם הושלמה העברת הבעלות בדירה[2].

האם המשפט הישראלי מכיר בקיומה של נאמנות קונסטרוקטיבית, לאור ניסוחו של סעיף 2? שאלה זו שנויה במחלוקת. היא עלתה בדרך אגב בפני בית המשפט העליון, אך לא הוכרעה[3].

בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 564, הוחלפה המילה "חוק" שבסעיף 2 במילה "דין". מטרת ההחלפה היא[4] "להבהיר כי פרק הנאמנות מיועד לחול גם על נאמנות קונסטרוקטיבית".

[1] ע"פ ש' ארדמן, נאמנות מכוח הדין, תש"ס (להלן: ארדמן), עמ' 31.

[2] על יישום של נאמנות קונסטרוקטיבית בהקשר זה במשפט הישראלי, ראה בהרחבה: כרם, סעיף 114; ארדמן, עמ' 171־194.

[3] ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' מזל אהרונוב, פ"ד נג(4) 199. השופטת שטרסברג־כהן והשופט אנגלרד נטו לאפשרות להכיר בנאמנות קונסטרוקטיבית בישראל, מכוח ההוראה שבסעיף 2. מנגד, השופט ברק הותיר את השאלה ב"צריך עיון". אולם בספרו, חוק השליחות, תשכ"ה־1965 (פירוש לחוקי החוזים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם הארי סאקר, עורך: ג' טדסקי, תשל"ה־1975), בעמ' 423־424, הביע עמדה נחרצת: "כיום אין עוד חולקים על כך כי מוכרת בישראל הנאמנות הקונסטרוקטיבית". דברים ברוח דומה כותב גם פרופ' דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, בורסי תשמ"ב), עמ' 331, בהערה 5.
לעמדת הפסיקה לפני כניסתו של חוק הנאמנות לתוקף, ראה למשל: ע"א 136/50 זיברט נ' בית ונחלה, פ"ד ג 958, 963 ה; ע"א 51/48 בורנשטיין נ' הממונה על רכוש אויב, פ"ע א 429, 435 (השופט חשין).

[4] דברי ההסבר להצעה.

ב. נאמנות על פי חוק

(1) אפוטרופוס ליתומים

הדאגה לשלומם, לכבודם, לחינוכם ולרווחתם של יתומים עולה מן המקרא[5], מדבריהם של התנאים[6], האמוראים[7] ופוסקי ההלכה[8].

ביטוי נורמטיבי למרכזיותו של ערך זה בעולמה של היהדות ניתן למצוא בהטלת הדאגה לשלומם, לרווחתם ולחינוכם של היתומים על בתי הדין. מכאן מקורו של הניב הידוע, שבית הדין הוא "אביהם של יתומים"[9].

האדם שמתמנה להחזיק בנכסי היתומים ולעשות בהם כל שנדרש לטובת היתומים, נקרא אפוטרופוס[10].

אם האב לא מינה אפוטרופוס לבניו, בית הדין מוסמך למנות אפוטרופוס ליתומים. אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין הוא אפוטרופוס על פי חוק, שסמכויותיו, זכויותיו וחובותיו קבועות בחוק[11].

יתר על כן, אף על אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים מוטלות חובות הקבועות בחוק, והוא אינו יכול לחמוק ממילוין של חובות אלו בטענה שהוא לא התחייב כלפי אבי היתומים למלא את כל החובות שמוטלות על אפוטרופוס על פי החוק. לכן, אף אפוטרופוס שמונה על

ראוי להוסיף, שאף אם תוכר הנאמנות הקונסטרוקטיבית במשפט הישראלי, יהיה מקום לדון בשאלה, האם היקף חובותיו של הנאמן הקונסטרוקטיבי דומה לזה של הנאמן הרגיל, או שמא חובותיו מצומצמות יותר. לפי המשפט האנגלי, היקף חיוביו של הנאמן הקונסטרוקטיבי מצומצם מזה של הנאמן הרגיל, וחובתו העיקרית היא להחזיק בנכס לטובת הנהנה, ולהעבירו אליו. ראה על כך: ארדמן, עמ' 32. אבל ארדמן (שם, עמ' 47-49) נוטה לדעה, שלפי המשפט הישראלי, על נאמן זה יחולו כל החובות המוטלות על נאמן רגיל מכוח סעיפי חוק הנאמנות.

5 ראה למשל: שמות כב, כא; דברים י, יח; דברים כז, יט; ישעיהו א, יז; תהלים סח, ו; שם פב, ג.

6 ראה למשל: שמות רבה, פרשה ל, אות ח. ראה גם מדרש תהלים (מהד' בובר), מזמור י, אות ו, המשבח את הקב"ה כמי שהוא "אבי יתומים" על שזימן לרומלוס ורמוס, שמיוחס להם ייסוד העיר רומא, זאבה שתניק אותם.

7 ראה למשל סיפור המעשה על רבי אלעזר איש ברתותא, בתענית כד ע"א.

8 ראה למשל רמב"ם, הלכות מגילה וחנוכה, פרק ב, הלכה יז.

9 "רבן גמליאל ובית דינו, אביהן של יתומים" (גיטין לז ע"א; בבא קמא לז ע"א). וראה גם: רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף א; ובהרחבה: א' אדרעי, "בית הדין כאביהם של יתומים", דיני ישראל יט (ירושלים תשנ"ז), עמ' ה-מא.

יש לציין הערה לשונית מפירושו של ר' עובדיה מברטנורא על המשנה, אבות, פרק א, משנה י, המוסר פירוש מפי השמועה, ששמו של התנא אבטליון, שהיה אב בית הדין בתקופתו, מורכב משתי מילים: "אב", ו"טליון"; "טליון" היא מילה ארמית שפירושה הוא "קטן".

10 מילה זו מקורה יווני, והיא מורכבת כנראה משתי מילים: "אב" (פאטר) ו"קטינים" (פוס). ראה: ערוך, ערך אפוטרופוס; פירוש ר' עובדיה מברטנורא, ביכורים, פרק א, משנה ה, וגיטין, פרק ה, משנה ד. אכן, במהלך הדורות הפך הכינוי "אפוטרופוס" לתואר המציין כל נאמן. על עניין זה, ראה למשל: תרגום יונתן בן עזיאל לבראשית מא, לד, ולבראשית שם, מ, ובהרחבה: רייניץ, מבוא, עמ' I-V.

11 חובותיו וסמכויותיו של האפוטרופוס רוכזו ברמב"ם, הלכות נחלות, פרקים י-יא, ובשולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ. לשאלה, האם מקורה של האפוטרופסות הוא בדין התורה או שמא זוהי תקנת חכמים מאוחרת, ראה בהרחבה: רייניץ, מבוא, עמ' XII, הערה 40.

ידי אבי היתומים הוא אפוטרופוס על פי חוק, במובן זה, שהיקף סמכויותיו, חובותיו וזכויותיו, נקבעו בחוק[12].

הדאגה לטובתם של היתומים מחייבת גם להבטיח שיהיה מי שישקיע כספים השייכים ליתומים באופן שיניב את הפירות המרביים. לא תמיד יש בכוחו של האפוטרופוס לשאת בתפקיד זה, אם משום שאינו מוכשר דיו לכך, אם משום שאין בידו לספק ערבויות מתאימות כדי שיוכל לשאת באחריות לכישלון עסקי, ואם משום שאינו מסוגל להשקיע את הזמן ואת המאמץ הדרושים לביצוע תפקיד זה. במקרים כאלו, בית הדין עושה שימוש בסמכותו כ"אביהם של יתומים" כדי למנות מנהל עסקי לנכסי היתומים. תפקידו של המנהל העסקי מצומצם מזה של האפוטרופוס, אך גם כאן, סמכויותיו, חובותיו, היקף אחריותו, שכרו והערבויות שהוא נדרש לספק כדי להבטיח שיוכל לשאת באחריות להפסדים, נקבעו בהלכה[13], ומשום כך, אף נאמן זה הוא למעשה נאמן על פי חוק.

במהלך הדורות, התקבלה פרשנות רחבה להגנה על היתומים, ולפיה היתומים הם אב טיפוס לכל אלו שאינם מסוגלים לדאוג לענייניהם ולעמוד על זכויותיהם, ואין מי שיעשה זאת עבורם[14]. רבי יום טוב בן אברהם אשבילי, הריטב"א, ביטא פרשנות זו[15]: "כשם שבית דין חייבין ליטפל בנכסי יתומים, כך חייבין ליטפל בנכסי כל אדם שאין לו מי שיטפל בהם ואפילו הוא גדול... וכן בדין! דמאי שנא?... וכשם שב"ד אביהם של יתומים, כך הם אביהם של אלו, ולא דברו ביתומים אלא בהווה". מכוחה של פרשנות זו הוסמך בית הדין למנות אפוטרופוס גם לשוטים[16], לחרשים[17] ולדומיהם[18].

[12] כך עולה מדברי כרם (סעיף 56, עמ' 140) המגדיר כך את הנאמנות ע"פ חוק: נאמנות ע"פ חוק היא כזו שחובות הנאמן, סמכויותיו ומטרותיה של הנאמנות, נקבעו בחוק. לפי הגדרה זו, אפוטרופוס ליתומים הוא נאמן על פי חוק, משום שחובותיו וסמכויותיו קבועים בחוק, שלא כמו נאמן רגיל, שחובותיו וסמכויותיו נקבעים בהסכם בינו לבין יוצר הנאמנות, אלא שחוק הנאמנות קובע חובות וסמכויות נוספות. אמנם הדעת נותנת שיש בכוחו של האב לפטור את האפוטרופוס מחלק מן החובות שההלכה מטילה עליו, כפי שכותב רמ"א, חו"מ, סימן רפט, סעיף א, שאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים אינו יכול לחלק את נכסי העיזבון בין היורשים בלי בית דין, אבל אם נתמנה בפירוש לכך, הוא יכול; וכן רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכות ה־ו, פוסק שהאב יכול למנות אפוטרופוס שאינו כשיר להתמנות לאפוטרופוס על ידי בית דין. אבל עיקר חיוביו הם על פי חוק, ולכן ההגדרה שבטקסט נכונה. על כל פנים, השאלה איך לכנותו היא רק שאלה סמנטית, שהרי למעשה החוק אינו מבחין בין נאמן על פי חוק לבין נאמן על פי חוזה לעניין דיניהם הספציפיים.

[13] ראה: רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

[14] תמיכה בפרשנות זו ניתן למצוא בפסוקים בתנ"ך העוסקים בהגנה על היתום (ראה לעיל, הערה 5), שברבים מהם, בצד ההגנה על היתום, מוזכר גם הצורך להגן על אלמנה וגר, שאף הם, על פי רוב, אינם מסוגלים לדאוג לענייניהם ולעמוד על זכויותיהם.

[15] שו"ת הריטב"א, סימן קסב.

[16] ע"פ רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ד, והלכות נחלות, פרק י, הלכה ח; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן סו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף כ, וסימן רפה, סעיף ב; שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן עו; פד"ר, כרך ה, עמ' שלג.

ראה גם שו"ת הריב"ש, סימן כ, הקובע ש"אין ב"ד ממנין אפטרופוס לטפשים כי אם לשוטים", ועוסק בהגדרה המדויקת של שוטה לעניין זה.

מגיד משנה, על הרמב"ם, הלכות מכירה, שם, ציין כמקור לדברי הרמב"ם את דברי הברייתא: "מי שנשתטה, בית דין יורדין לנכסיו, וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו ובנותיו" (כתובות מח ע"א). אולם יד איתן, על

(2) אפוטרופוס לגדולים ("לדיקנני")

האם ניתן למנות נאמן על נכסיו של אדם בוגר, שעליו יוטלו כל החובות המוטלות בהלכה על אפוטרופוס של יתומים קטנים? שאלה זו שנויה במחלוקת. הצורך במינוי אפוטרופוס לנכסיו של אדם בוגר יכול להיווצר אם מסיבה כלשהי הוא אינו יכול לפעול בנכסיו (כגון שנשבה על ידי גורמים עוינים), או אם הוא עצמו פונה לבית הדין ומבקש למנות אפוטרופוס לנכסיו.

בתלמוד נקבע[19]: "אפוטרופוס לדיקנני לא מוקמינן [=אין מעמידים אפוטרופוס לגדולים]". הראשונים נחלקו בשאלה, האם משמעותה של קביעה זו היא שלא ראוי למנות אפוטרופוס לגדולים, או שמא שלא נהוג למנות להם אפוטרופוס.

הרמב"ם שם, השיג עליו: "אפשר דהא דיורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו הוא דסתמא ניחא ליה בכך שלא ימותו ברעב [אבל בשאר עסקיו, לא ברור שנוח לו שבית הדין יתעסק במקומו]". לדעתו, המקור לדברי הרמב"ם הוא בתוספתא יבמות, פרק ט, הלכה ב: "חרש שוטה וקטן [שהם כהנים] שקנו עבדים, אין [העבדים] אוכלין בתרומה. אבל, אם קנו להן בית דין או שמנו בית דין להן אפטרופין... הרי אלו אוכלין בתרומה". משם עולה שבית דין יכול למנות אפוטרופוס לשוטה לניהול נכסיו, גם שלא לצורך מזונות אשתו ובניו.

ר"א מילר סבור, שהמקורות המוצעים להלכת הרמב"ם על ידי המגיד משנה ויד איתן משקפים עמדות מנוגדות של חכמים אלה באשר לסמכות בית הדין בכלל. המגיד משנה גורס, שסמכות בית הדין כאן מבוססת על סמכותו לכפות על כל אדם מישראל לקיים מצוות המוטלות עליו (ליתר דיוק: על סמכותו להעניק מנכסי חייב לנושיו; שהרי שוטה פטור ממצוות, ויש עליו לכל היותר חיוב ממוני לזון את אשתו ואת ילדיו). לכן הירידה לנכסיו של השוטה יכולה להיות מוסברת רק על רקע החיוב לפרנס את אשתו וילדיו של השוטה. במלים אחרות, אכן אין לאפוטרופוס זה סמכות לטפל בנכסי השוטה מעבר למה שדרוש לצורך סיפוק מזונות אשתו וילדיו. מנגד, יד איתן גורס שסמכות בית הדין רחבה יותר, ובכללה, הסמכות לדאוג לניהול נכסיו של כל אדם מישראל שאינו מסוגל לעשות זאת בעצמו, וזאת מכוח הכלל "הפקר בית דין — הפקר". קיומה של סמכות זו מוזכרת רק במקור שהציע יד איתן, ואילו המקור שהציע המגיד משנה אינו מספק לדעת יד איתן.

הסבר אפשרי אחר הוא, שמגיד משנה מסכים שיש לבית דין סמכות כללית לנהל נכסים של כל אדם, והוא סבור שזהו הבסיס לסמכותו למנות אפוטרופוס לזון את אשתו של השוטה ואת ילדיו, ולכן אפשר להסיק מכך מינוי אפוטרופוס לשוטה בהיקף סמכות מלא.

[17] רמב"ם, הלכות נחלות, שם. חרש מוזכר גם בתוספתא שהביא יד איתן, שם, כמקור לכך שממנים אפוטרופוס לשוטה. הכוונה היא לתקופה או למקום שלא היה אפשר לתקשר עם חרשים.

בבבא קמא לט ע"א מדובר על אפוטרופוס לחרש ולשוטה לגבות מהם תשלום על נזק ששורם הזיק. אבל ר"מ מסרקסטה, המובא בשיטה מקובצת שם, מסביר שמעמידים אפוטרופוס רק לעניין זה מפני שהשור צריך שמירה.

[18] בשו"ת משפטי שמואל, סימן צ, מוזכר נוהג שהיה מקובל בקהילת קורפו, שאם נפטרה אישה והותירה בן קטן יתום מאֵם, יופקדו כספי הנדוניה שלה בידי נאמן, עד שיגדל ויקבל לידיו את כספי הנדוניה. אף זו נאמנות על פי חוק, הדומה במהותה לנאמנות של אפוטרופוס ליתומים, אך לא ברור האם החובות המוטלות על אפוטרופוס ליתומים חלים אף על נאמן זה.

[19] בבא מציעא לט ע"א.

שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן עו, כותב על פי שו"ת הריב"ש, סימן כ, שאם היתום בן י"ג שנים ויום אחד והביא שתי שערות, מוציאים את הנכסים מיד האפטרופוס ומוסרים אותם ליתום אף אם הוא טיפש ואינו יודע בטיב משא ומתן, שהרי מכיוון שהוא גדול אינו צריך לאפוטרופוס. מהריב"ל מוסיף שהוא הדין לבת, שכשתהיה בת י"ב שנים ויום אחד והביאה שתי שערות, יתנו לה את כל נכסיה, אם לא פירש אביה שיהיו הנכסים ביד האפטרופוס עד שתינשא. וראה שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן קמח.

לפי רש"י[20], משמעות הקביעה היא, שבית הדין אינו חייב לטרוח ולחפש אפוטרופוס לנכסי גדולים, משום שקשה למצוא אנשים שיסכימו למלא תפקיד זה, שאינו נחשב על פי רוב כמצווה גדולה. לפי פירוש זה, ההלכה איננה שוללת באופן עקרוני מינוי של אפוטרופוס לגדולים.

אולם הרא"ש חולק על רש"י, ואומר[21]: "אפילו אם יתרצה אחד להיות אפוטרופוס, כיון שאינו מצוי ואין לבית דין לבקש עליו, אפילו כשיִמָּצֵא, יכול היורש למחות שלא למנותו". מדבריו ניתן ללמוד, שלבית הדין יש סמכות למנות אפוטרופוס לאדם בוגר, אך סמכות זו מסויגת בכך שתינתן ליורשיו (במקרה של נעדר) הזכות להתנגד למינוי[22].

דעה מחמירה יותר היא דעתו של הרא"ה[23], הסבור שאין למנות אפוטרופוס לגדולים, אף אם אין יורש שמתנגד לכך, מחשש שמא מי שמוכן לקבל על עצמו לשמש כאפוטרופוס, אף שהוא יודע שאין בכך מצווה, עושה זאת ממניעים לא כשרים[24].

לכאורה, גם הרא"ה אינו שולל באופן עקרוני את האפשרות שימונה אפוטרופוס לגדולים, אלא שהוא אינו מאפשר לבית הדין למנות אפוטרופוס לגדולים, מחשש שמא הדבר ינוצל לרעה, כאמור. אם כן, אין סיבה לשלול מאדם את הזכות למנות בעצמו אפוטרופוס לנכסיו, שהרי הוא מראה בכך שאינו חושש שהאפוטרופוס ינצל את תפקידו לרעה, ואיננו צריכים לדאוג לנכסיו יותר משהוא דואג להם.

אבל נחלקו הפוסקים בשאלה זו, האם בית הדין רשאי להעמיד אפוטרופוס לנכסיו של בוגר, אם הוא עצמו מבקש זאת. לדעת ר' אברהם צבי הירש אייזנשטט[25], אפילו הרא"ש סובר שיכול אדם בוגר לבקש מבית הדין למנות אפוטרופוס לנכסיו, ולאפוטרופוס זה יהיו כל

[20] רש"י שם, ד"ה אפוטרופא לדיקנני. כך סבור גם הרשב"א, בחידושיו לבבא מציעא לח ע"ב, ד"ה מסתברא וד"ה ומיהו. וכך משמע גם מדברי הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק ז, הלכה ה, ומדברי אור זרוע, בבא קמא, סימן שנב.

[21] הרא"ש, כמובא בטור, חו"מ, סימן רפה, סעיף ב. אבל בשו"ת הרא"ש, כלל לב, סימן ד, כתב רק "שלא יוכלו בית דין למצוא לו אפוטרופוס".

[22] אבל בפד"ר (להלן, הערה 27), עמ' 89, נכתב בדעת הרא"ש: "דאפילו נמצא מי שהסכים לקבל עליו להיות אפוטרופוס לגדולים, אין למנותו לתפקיד זה". וכן בשו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קעג: "לדעת הרא"ש, אם העמידוהו לאו כלום הוא". משמע, שהבינו את דעת הרא"ש כדעת הרא"ה שנביא בסמוך. אבל בפד"ר שם (עמ' 90) מצוטט הבית יוסף (להלן, הערה 23) באופן שדעת הרא"ה מיוחסת לרא"ש (עיין בהגהות והערות לטור השלם, חו"מ, סימן רפה, אות ה), וייתכן שזו הסיבה לזיהוי הפרשני שבין דעת הרא"ש לדברי הרא"ה.

[23] רא"ה, כמובא בנימוקי יוסף, בבא מציעא כב ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה לא מוקמינן, ומשם בבית יוסף, חו"מ, סימן רפה, סעיף ב.

[24] ראה גם דרישה, חו"מ, סימן רפה, ס"ק א; שו"ת חיים ביד, סימן סט, ד"ה אמנם מצינו.
כך משמעותה הפשוטה של לשון הרא"ה: "שמא להפסיד הנכסים הוא רוצה". אולם, לדעת ר"א מילר, אין חושדים בכשרים, ומשום כך, לא יעלה על הדעת שהרא"ה שלל את מינויו של אפוטרופוס לגדולים בשל החשש שיזיק בזדון לנכסים שיופקדו בידיו. לפיכך, הוא סבור שמשמעות הביטוי "שמא להפסיד הנכסים הוא רוצה" היא: שמא הוא מתכוון למלא את התפקיד בצורה רשלנית, ובכך לגרום הפסד לנכסים.
הרמב"ן (מובא בחידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא לט ע"א), נוקט עמדת ביניים: אין חושדים בנאמן שהסכמתו למינוי נובעת ממניעים פסולים, אך "ירדו חכמים לסוף דעתן שלא יטרחו בנכסים כראוי כיון שאינם של יתומים", ומשום כך, לא אישרו מינויו של נאמן אלא אם הוא נוטל שכר על מילוי תפקידו, כדי להמריץ אותו לטרוח כראוי בטיפול בנכסים.

[25] פתחי תשובה, חו"מ, סימן רלה, ס"ק ו.

הסמכויות, הזכויות והחובות שיש לאפוטרופוס על יתומים. אולם, נתיבות המשפט חולק על כך, ולדעתו, בית דין אינו רשאי למנות אפוטרופוס לאדם בוגר, אף אם הוא מבקש זאת[26]. לדעתו, כוחו המיוחד של אפוטרופוס מבוסס על תקנת חכמים, וחכמים תיקנו זאת רק לצורך מי שאינו יכול לנהל את נכסיו בעצמו, ולא לבוגר שיכול לנהל את נכסיו בעצמו, שלגביו אין צורך בתקנה. כמובן, הוא יוכל למנות מישהו לטפל בנכסיו, אבל תהיינה לו רק סמכויות של שליח ולא של אפוטרופוס[27].

נמצאנו למדים, שהשאלה, האם ניתן להטיל על נאמן בנאמנות פרטית את החובות המוטלות על אפוטרופוס של יתומים, ולהעניק לו סמכויות כמו שלו, שנויה במחלוקת בין הפוסקים האחרונים. על כן, לא ניתן להטיל על נאמן בנאמנות פרטית את החובות המוטלות על אפוטרופוס של יתומים, ולהעניק לו סמכויות כמו שלו. מי שיבקש בכל זאת לחייב את הנאמן למלא את כל החובות המוטלות על אפוטרופוס של יתומים, ולהעניק לו את הסמכויות הנתונות לאפוטרופוס זה, יידרש לערוך חוזה מפורט, שלפי תנאיו יתחייב הנאמן למלא את כל החובות המוטלות על אפוטרופוס של יתומים, ויוצר הנאמנות יעניק לו את כל הסמכויות הדרושות לשם מילוי תפקידיו.

(3) אפוטרופוס לניהול נכסים עזובים

לעיתים, נפטר אדם ולא ניתן לאתר את יורשיו. במצב זה מתעוררת השאלה: מה ייעשה בנכסיו? בישראל, הטיל חוק האפוטרופוס הכללי[28] על האפוטרופוס הכללי לנהל נכסים מסוג זה עד אשר יימצא בעל הזכויות בהם, או עד אשר יתמלאו התנאים הקבועים בחוק, המאפשרים את העברת הנכס לבעלות המדינה[29]. אם כן, האפוטרופוס הכללי הוא נאמן על פי חוק, שתפקידו להחזיק בנכסים עזובים ולנהלם לטובת בעל הזכות בהם (אם הוא יימצא), או לטובת המדינה (אם לא יימצא בעל הזכות בהם).

התלמוד[30] עושה הבחנה לעניין נכסים עזובים, בין "נכסי נטושים" לבין "נכסי רטושים":

[26] נתיבות המשפט, סימן רלה, ס"ק יד. ראה גם תשב"ץ, חלק ב, סימן עה.

[27] כך הסביר בית הדין, בתיק 2011/כ"א בבית הדין הרבני האזורי ת"א־יפו (פד"ר, כרך ה, עמ' 91־92), את דעת נתיבות המשפט. הוא תולה מחלוקת זו בשני הסברים שמציע הרשב"א, בחידושיו לגיטין נב ע"א, לדין אפוטרופוס. לפי הסבר אחד, הסיבה לכך שיד אפוטרופוס כיד הבעלים היא, שחכמים הקנו לאפוטרופוס זכויות קנייניות בנכסי היתומים, בהתבסס על כוחו של בית דין להפקיר ממונו של אדם ("הפקר בית דין הפקר"), אם הדבר דרוש למילוי תפקידיו. נתיבות המשפט נוקט הסבר זה, ולכן הוא סבור (לפי פרשנות בית הדין), ש"רבנן לא תקנו דין אפוטרופוס שידו יהיה כיד בעלים אלא במקום שבעל הנכסים בעצמו אינו כשיר לנהל נכסיו (כגון בקטין, בשוטה, או בשבוי וכדומה), אבל בגדול העומד לפנינו שהוא כשיר ומסוגל בעצמו לנהל את נכסיו, לא תקנו דין אפוטרופוס, ורק בכוחו למנות שליח בעלמא". הסבר אחר שמציע הרשב"א הוא, שזכויותיו הקנייניות של אפוטרופוס בנכסי היתומים קיימות לו מכוח דין התורה. לפי הסבר זה, אין סיבה לומר שרק לאפוטרופוס על יתומים קטנים יש זכויות קנייניות בנכסים שהופקדו בידיו. וראה עוד בפסק הדין, שם, שמן הירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ד, משמע שאפוטרופוס לגדולים אינו אלא שליח, כדעת נתיבות המשפט.

[28] חוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח־1978 (להלן: חוק האפוטרופוס הכללי), סעיף 2(ב). נכס עזוב מוגדר בסעיף 1 לחוק זה כנכס שנמצא בישראל או בחו"ל שהיה בבעלותו של אזרח ישראלי, של תושב ישראל או של תאגיד הרשום בישראל או שהוקם בה, ושאין לו בעלים או שבעליו אינו ידוע.

[29] תנאים אלו מפורטים בחוק האפוטרופוס הכללי, סעיף 15.

[30] בבא מציעא לח ע"ב.

בבבא קמא לט ע"ב נאמר שמעמידים אפוטרופוס לאדם גדול שהלך למדינת הים, לחייב אם שורו הזיק.

נכסי נטושים הם נכסים שנעזבו בעל כורחם של בעליהם, בעוד נכסי רטושים הם נכסים שנעזבו מדעת. ההלכה היא, שבית הדין אינו ממנה אפוטרופוס לניהול נכסי רטושים, אך הוא ממנה אפוטרופוס לניהול נכסי נטושים.

חובותיו, זכויותיו וסמכויותיו של אפוטרופוס על נכסי נטושים נקבעו במשפט העברי[31] ואינן תלויות בחוזה בין האפוטרופוס לבית הדין. ככלל, חובותיו של אפוטרופוס זה הן לשמור על ערכם של נכסי הנעדר. אולם יש שתפקיד זה דורש מן האפוטרופוס גם לפתח את הנכסים. לכן, לגבי מיטלטלין שהניח הנעדר, די בכך שהנאמן ישמור עליהם[32]; ואילו אם הניח מקרקעין, שהזנחתם עלולה לגרום הפסד, יידרש הנאמן[33] גם לעבד את הקרקע, ואף להפיק ממנה פירות, ושכרו ייקבע בהתאם למקובל בעבודות מסוג זה[34].

מכוח סמכות בית הדין למנות אפוטרופוס לנכסי נטושים, קבעה מועצת הרבנות הראשית[35], שאם לקרבנות השואה יש נכסים בארץ, יש להעבירם לשליטת הקרן הקיימת לישראל, "על פי תנאים ידועים, להציל את הנכסים מטמיון ולהבטיח את האינטרסים של היורשים, לכשיבואו". עם זאת, הציע הרב הרצוג[36] "לבוא אחרי כן בדברים עם הקרן הקיימת לישראל בדבר הפרשת איזה חלק מאותם הנכסים לטובת מוסדות התורה בארץ ישראל, באופן שיהיה בזה עילוי לנשמות הנעדרים".

בתקופות שבהן מצבו של הישוב בארץ היה דחוק, נתקנה תקנה המעבירה את הבעלות בנכסים עזובים לידי הציבור, תוך מינוי נאמן שתפקידו היה לנהל נכסים אלו לטובת הציבור. תקנה זו כונתה "תקנת העזבונות"[37], וקבעה שכל אדם שעלה לארץ ישראל ולא השאיר יורש בארץ, אף אם יש לו יורש בחו"ל[38], יועברו נכסיו לרשות ה"כוללים" שבארץ ישראל או למטרות ציבוריות אחרות. הממונה על הניהול והפיקוח על נכסים אלו, ועל העברתם ליעדם, היה אז "ועד עדת הספרדים בירושלים"[39], ששימש למעשה כנאמן על פי חוק, כאשר במקרה זה, החוק היה — תקנת העזבונות[40].

אבל ר"מ מסרקסטה, המובא בשיטה מקובצת שם, מסביר שמעמידים אפוטרופוס רק לעניין זה מפני שהשור צריך שמירה.

[31] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק ז, הלכות ה־י; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפה.

[32] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפה, סעיף ב.

[33] אם הנעדר בוגר, יש למנות דווקא "קרוב הראוי לירש" לתפקיד (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפה, סעיף ב), כדי שידאג לאיכות הקרקע לאורך זמן, וגם מפני שייתכן שהנעדר אכן מת והנכסים כבר שייכים לקרוב הזה (סמ"ע, שם, ס"ק ד). אולם אם הנעדר קטין, אין למנות קרוב לטפל בקרקעותיו, "שמא יטען [הקרוב] ויאמר: זה חלקי המגיע לי בירושתי" (שולחן ערוך שם, סעיף ו).

[34] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפה, סעיף ב. רמ"א, שם, מביא דעה שהיורד לנכסי נטושים שהשביח את הקרקע זכאי לקבל חלק משבח זה כמנהג האריסים, ואם גם הפיק פירות מן הקרקע, הוא זכאי לקבל את כל הפירות.

[35] נוסח ההחלטה מובא בספרו של הרב י"א הלוי הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ירושלים תשמ"ט (א' ורהפטיג עורך), חלק ב, עמ' 242־243.

[36] שם.

[37] על תקנה זו, ראה בהרחבה: י' שציפנסקי, התקנות בישראל (ירושלים תשנ"ג), חלק ב, עמ' קלה, וחלק ד, עמ' תקסג־תקסח. למקורות שצוינו שם יש להוסיף: שו"ת קדושת יום טוב (אלגזי), סימן ו.

[38] כפי העולה למשל משו"ת מהר"י אלגזי, חו"מ, סימן מא.

[39] ראה שציפנסקי (לעיל הערה 37), ובקונטרס "תקנות ועד עדת הספרדים בירושלים", ירושלים תרפ"ג, בפרק הדן ב"הכנסות הועד", סעיף ה, ובפרק הדן ב"תפקיד הועד", סעיף ט.

[40] בתחילה, עוררה התקנה התנגדות לא מבוטלת מצד חלק מן הפוסקים, שטענו שאם יש לנפטר יורשים

(4) כונס נכסים

מינוי כונס נכסים נדרש כיום במקרים מגוונים: כאשר שותפות או עסק מתפרקים ואין הסכמה בין הבעלים על אופן הפירוק; כאשר עסק נקלע לחדלות פרעון ויש לממש את נכסיו כדי לפרוע את חובותיו; ועוד. תפקידו של כונס הנכסים הוא למכור את נכסי השותפות או העסק ולהעביר את התמורה לשותפים או לנושיהם.

המוסד המשפטי של כונס הנכסים הוא מודרני, ואין לו זכר בתלמוד[41]. עם זאת, תקנות שונות, שהיו מקובלות בקהילות ישראל, אימצו מוסד זה כדרך להתמודד עם חייבים. כך, למשל, אנו מוצאים ב"פנקס ועד ארבע הארצות" תקנה[42] העוסקת בחייב המבקש להשתמט מפירעון חובותיו ("בורח"), ש"מיד כשיצא עליו הקול שהוא בורח, מחויבים הראשים [=ראשי הקהל] ליקח כל אשר לו, וישביעו אותו ואשתו שאין לו מזומנים ולא העלימו כלום, ויתנו הכל ליד הנאמן... ויוכתב בפנקס הקהל שהבית שייך לנאמן[43], והנאמן ימכור הכל תוך חצי שנה ויתנם לבעלי חובות...".

בימינו, נהגו בתי הדין הרבניים למנות כונס נכסים בעיקר במקרים שזוג מעוניין להתגרש, אבל אין הסכמה בין בני הזוג על אופן חלוקת הרכוש המשותף[44].

(5) מנהיגי ציבור כמנהלי נכסי הציבור

נציגי הציבור בעיר מכונים בתלמוד "טובי העיר"[45]. תפקידם של "טובי העיר" הוא לנהל את ענייני העיר כשלוחי הציבור. מתוקף תפקידם, עליהם לגבות מיסים מן הציבור כדי שיוכלו לעשות את הדרוש לניהול העיר ולפיתוחה.

בתולדות ישראל נקראו פרנסי הציבור "נאמנים"[46]. שם זה מבטא את חובת האמון שחבים הפרנסים לציבור, שמכוחה הוחלו עליהם דיני הנאמנות.

חובותיהם, זכויותיהם וסמכויותיהם של טובי העיר לא נקבעו בחוזה אישי שנכרת עם כל אחד שנתמנה לשמש בתפקיד זה, אלא מכוחן של הלכות פסוקות ותקנות קהל שהגדירו את תפקידיהם[47].

בחו"ל, אין כל הצדקה לעקור את דיני הירושה על פי התורה, ולהעביר את נכסי הנפטר לרשות הכוללים. סקירה ממצה בעניין זה, ראה שציפנסקי, לעיל הערה 37. עם זאת, נראה שלא הייתה מחלוקת על כך שעזבונות שלא נמצאו להם יורשים, לא בארץ ולא בחו"ל, ינוהלו על ידי ממונים מטעם הציבור, לטובת מוסדות התורה בארץ או לטובת מטרות ציבוריות אחרות שהציבור חפץ בהן.

[41] אמנם בית דין "יורדים לנכסיו של חייב" כדי לפרוע מהם את חובותיו (ראה לדוגמה, רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כב, הלכה י), ומן הסתם היו פקידים שהיו ממונים לממש את נכסי החייב במקרים אלו; אבל לא מצאנו התייחסות מפורשת לסמכויותיהם של פקידים אלו ולזיקתם לנכסי החייב.

[42] תקנה קיב, משנת שפ"ד; פנקס ועד ארבע הארצות, עמ' 45.

[43] מן הנוסח "שהבית שייך לנאמן", משמע, שלשם ביצוע תפקידיו, הועברה הבעלות בנכסי החייב אל הנאמן. אם כן, בנאמנות זו, זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות הייתה קניינית; ראה בשאלה זו בהרחבה בסעיף 1, פרק שני.

[44] ראה למשל: שו"ת ציץ אליעזר, חלק יז, סימן סז, בסופו.

[45] ראה למשל: מגילה כו ע"א.

[46] ראה למשל: שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן תכג; שו"ת הריב"ש, סימן שצט; וכן בדבריו של השופט מנחם אלון בבג"צ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 33.
לתפיסת חברי הכנסת כנאמני הציבור, ראה בג"צ 5131/03 ח"כ ליצמן נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577, 588; ס' נבות, "חבר כנסת כנאמן הציבור", משפטים לא(2) 433.

[47] ראה בהרחבה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך טובי העיר, כרך יט, עמ' עב־צט.

ג. נאמנות "על פי דין" (Constructive Trust)

(1) נאמנות פרטית

לעיל[48] הזכרנו את קביעת הראב"ן[49]: "כיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזמן הזה, הרי הוא כאילו הבעלים מינו אותן שלוחים. ואם יש עדים, חייב הבעל לשלם מפני תקנת השוק, שישאו ויתנו עמהם". דעת הראב"ן, הגם שלא תמיד הייתה מקובלת על כל הפוסקים, התקבלה לבסוף כהלכה פסוקה[50]. בשאלת היקפה של קביעה זו, התגלעה מחלוקת בין ר' יוסף קולון לבין ר' משה אלשיך.

לדעת ר' יוסף קולון[51], הלכת הראב"ן מכירה בסמכות האישה לעשות עסקאות בסכומים קטנים, "כדרך שהאישה רגילה לישא וליתן בזמן הזה להוציא הוצאות לאכילת ביתה", ולא בעסקאות שאין דרכן של נשים לעשותן[52]. לעומתו, ר' משה אלשיך[53] סבור שאין לסייג כך את הלכת הראב"ן, בעיקר משום ש"לא נתנו [חכמים] דבריהם לשעורים, ושיצטרך כל קונה דבר מהנושא ונותן להביא ראיה על מקחו שמהעסק המיוחד לנושא ונותן הוא, ואין זה אלא קלקלת השוק ולא תקנה, שיצטרך להיות רועה רוח תמיד לטרוח ולחפש אחר ראיות, ונמצא קונה ריבות בדמיו".

מדבריו של ר' משה אלשיך עולה שאף אם נניח שאין לאישה שליחות מכללא מן הבעל לבצע עסקאות בסכומים גדולים או עסקאות שאינן לצורך "אכילת ביתה", יש להכיר בכוחה של האישה לפעול כנאמנת גם בעסקאות מסוג זה, משום שכך מחייבת תקנת השוק. הגבלת הנאמנות לעסקאות מסוימות בלבד עלולה להכניס גורם של חוסר וודאות לפעילות המסחרית, ולהקשות את קיומן של עסקאות עם אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית.

במונחים מודרניים, נוכל לומר שלפי פרשנותו של ר' משה אלשיך לדברי הראב"ן, סמכות האישה לבצע עסקאות שונות בשם בעלה מבוססת על נאמנות משתמעת ועל נאמנות על פי

[48] סעיף 1, פרק שני, ב.

[49] שו"ת הראב"ן, סימן קטו (מובא גם במרדכי, בבא קמא, סימן פז־פח). כעין דברים אלו כתב גם בחיבורו על התלמוד, בבא קמא פז ע"א. דין זה הזכירו גם: שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תיב; אור זרוע, בבא קמא, סימן שנא; שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רנד; רמ"א, חו"מ, סימן סב, סעיף א.

[50] לסקירה ממצה של עמדות חכמי ישראל על כך בדורות השונים, ראה: א' ורהפטיג, "אחריות בעל לחובות אשתו", שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה) 258, בעמ' 266. למקורות נוספים בעניין זה ראה: י"ק ריינץ, מחקרי משפט ד (תשמ"ו), עמ' 200. וראה גם פסקי דין — ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות, חלק ג, עמ' 83. הראב"ן תומך את חידושו בראיות שונות מן התלמוד, אך נראה שראיות אלו, כפי שהעיר ורהפטיג, אינן אלא "סניפים בלבד", לבסס את חידושו, המבוסס למעשה על הערכת המציאות, שנשים פועלות כשלוחי בעליהן, ועל החשש שביטול פעולותיהן יפגע בניהול חיי מסחר תקינים (תקנת השוק).

[51] שו"ת מהרי"ק, שורש קצב, ובקצרה, בפסקי מהרי"ק, סימן ק.
כמו כן, ים של שלמה, בבא קמא, פרק ח, סימן כט, אומר שראב"ן מתכוון רק לטיפול בסכומים נמוכים, ורק במקרים מיוחדים היא נחשבת "נושאת ונותנת" בכל נכסי הבעל, לפי "חכמת עיני הדיין".

[52] הוא מנמק, שטעם הראב"ן הוא מפני תקנת השוק (כפי שכתב ראב"ן בפירוש), כדי למנוע מצב שכל עסקה שתעשה האישה, יוכל הבעל לבטל בטענה שהיא קנתה מכספו; והרי בסכום שאין דרך נשים לעסוק בו, אין חשש כזה, ולכן אין צורך בתקנת השוק. בהמשך הדברים, נותן מהרי"ק נימוק נוסף לביטול פעולות האישה: "יש לחוש לתקנת הבעל, דאם כן הוא, דמהימנת לה לאשה לישא וליתן ולמכור ולבזבז בכל אשר תשיג ידה..., לא שבקת חיי לכל בריה בזמן הזה... וכל אשה ואשה תשלח ידה בנכסי בעלה ותמסרם ביד בניה, ויעשו קנוניה ביניהם...".

[53] שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן יט.

דין גם יחד. הנאמנות המשתמעת חלה על כל העסקאות שנשים רגילות לעשות אותן לניהול משק הבית, שכן סביר להניח שהבעל מסמיך את אשתו לבצע עסקאות כאלו בשמו[54]. הנאמנות על פי דין חלה על עסקאות שנשים אינן רגילות לעשות בדרך כלל, שאינן כלולות בחוזה המשתמע שבין הבעל לאשתו. חכמים ביקשו להגן על היציבות המסחרית ועל כוחן של נשים למלא את תפקידיהן כנושאות ונותנות בתוך הבית, ועל כן קבעו שכוחן יפה לבצע אף עסקאות כאלו[55].

(2) נאמן למעשה ("יתומים שסמכו אצל בעל הבית")

המשנה קובעת[56]: "יתומין שסמכו אצל בעל הבית או שמינה להן אביהן אפוטרופוס חייב לעשר פירותיהן". ממשנה זו הסיק הרא"ש[57] ש"יתומים שסמכו אצל בעל הבית, יש לאותו בעל הבית כל דין אפוטרופוס שמינוהו בית דין או אבי יתומים"[58]. כך פסק גם השולחן ערוך[59].

אפוטרופוס מסוג זה מכונה בחוק הכשרות והמשפטית והאפוטרופסות[60] בשם "אפוטרופוס

[54] ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 89.

[55] צריך להעיר, שגם לדעת מהרי"ק, נאמנותה מבוססת גם על תקנת השוק, כפי שהבאנו בשמו (לעיל, הערה 52), אלא שלפי ר' משה אלשיך, חלק מתחום הנאמנות מבוסס רק על תקנת השוק, והיא נאמנות על פי דין גרידא.

[56] משנה, גיטין, פרק ה, משנה ד; בבלי נב ע"א.

[57] שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן א.

[58] הרמ"ה, המובא ברא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ו, מצמצם את סמכותו של בעל בית כזה: "יתומין שסמכו אצל בעל הבית מיירי [=מדובר] כשהן בן ט', אבל פחות מבן ט' לא מהני סמיכתן", וכן: "אין לבעל הבית כח למכור אלא מטלטלי... אבל מקרקעי לא". אבל הרא"ש (שם) חולק על דבריו, משום ש"מאחר שיש לו כח לתרום, הוי כאפוטרופא גמור להתעסק בכל תועלת היתומים".

[59] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כד. להרחבה בדיני אפוטרופוס שנתמנה מאליו, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך אפוטרופוס, כרך ב, עמ' קכח־קכט; י"ק ריינץ, "האפוטרופסות מכוח "יתומים שסמכו אצל בעל הבית"", מחקרי משפט א (תש"מ), עמ' 219.

נראה שבדבריהם של חלק מן הפוסקים האחרונים נותר רישום לשיטת הרמ"ה (לעיל, הערה 58), המצמצם את היקף סמכויותיו של אפוטרופוס מדין "יתומים שסמכו" לעומת אלו של אפוטרופוס ממונה. כך למשל, כסף הקדשים, חו"מ, סימן רצ, סעיף כד, קובע, שאין אדם יכול לקבל תפקיד אפוטרופוס מדין "יתומים שסמכו", אלא אם אין אדם אחר שישתדל בנכסי היתומים. עוד הוא קובע, שסמכותו של נאמן מכוח דין "יתומים שסמכו" מוגבלת לפעולות הכרחיות בלבד. כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות קנד, למד מדברי הרשב"א, שסמכותו של אפוטרופוס מדין "יתומים שסמכו" מוגבלת לנכסים המצויים תחת ידיו, ואין בסמכותו לפעול כדי להוציא נכסים מאחרים לטובת היתומים, או לפעול להגדלת היקף הנכסים המצויים תחת ידיו. לעניין זה ראה גם: שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצ (תמט); שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קיז; ערך השולחן, חו"מ, סימן רצ, ס"ק י.

ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מב, כותב, שאפוטרופוס מדין "יתומים שסמכו" נדרש לקבל אישור מבית הדין לכל פעולה מפעולותיו.

[60] זוהי כותרתו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, סעיף 67, הקובע: "מי שפועל כאפוטרופוס, חובותיו ואחריותו כלפי החסוי יהיה לפי הוראות פרק זה, אף אם לא נתמנה כלל או שהיה פגם במינויו או שהתפטר או פוטר או שפקעה אפוטרופסותו". מקורה של הוראה זו בהצעת חוק היחיד והמשפחה, התשט"ז־1956, סעיף 162. בדברי ההסבר להצעת החוק, נאמר בין השאר: "בספרי החוקים של ארצות המשפט האזרחי לא מצאנו הוראות דומות להוראה זו. אך מצאנו דוגמתה בחו"מ סימן ר"ץ, סעיף כד: יתומים שסמכו אצל בעל הבית הם מעצמם ונשתדל בשלהם, יש לו דין אפוטרופוס לכל דבר, ואפילו סמכו אצל אישה...".

למעשה". ניתן לומר שאפוטרופוס זה הוא אפוטרופוס על פי דין, במובן זה, שלא החוזה או החוק הם שיצרו את הנאמנות, אלא היא נוצרה מאליה, והחוק רק נתן לה תוקף חוקי בדיעבד.

מדין "יתומים שסמכו אצל בעל הבית", למדו רבים שמי שמכהן בפועל כנאמן של הקדש למטרות צדקה יוכר כנאמן של ההקדש אף אם מעולם לא נתמנה לתפקיד זה[61], ופעולותיו תקפות מן הרגע שהחל לשמש כנאמן של ההקדש[62].

ד. "מצווה לקיים דברי המת" — בין נאמנות על פי חוזה לנאמנות על פי חוק

לעיל[63] עמדנו בהרחבה על חובת הנאמן לפעול בנכסי הנאמנות לאחר מותו של יוצרה, מכוחה של המצווה לקיים את דברי המת. כמובן, נאמנות מכוח המצווה לקיים את דברי המת אינה נוצרת מכוחו של החוק, אלא מכוח מסירת נכסים בידיו של נאמן, כדי שיפעל להגשמת מטרות מסוימות. אולם לאחר מותו של היוצר, החובה המוטלת על הנאמן לפעול להגשמת מטרותיה של הנאמנות אינה מבוססת על חיוב חוזי אלא על חיוב מכוח החוק, ומשום כך נוכל לומר שהמצווה לקיים את דברי המת יוצרת נאמנות שהיא מצויה על הגבול שבין נאמנות על פי חוזה לבין נאמנות על פי חוק[64]. בניגוד לנאמנות רגילה על פי חוזה, שבה החוק רק קובע

[61] אבל ערוך השולחן, שם, כותב, שהרמב"ם לא הזכיר את הלכת "יתומים שסמכו", משום שלדעתו, משעה שנודע לבית הדין שפלוני משמש כאפוטרופוס, מוטל על בית הדין לבחון האם אדם זה ראוי לתפקיד, ואם מצא שהוא אכן ראוי לכך והותירו בתפקידו, הרי זה כאילו הוא מונה עתה על ידי בית הדין לתפקידו. נמצא, שמינויו אינו מכוח היותו משמש בפועל כאפוטרופוס, אלא מכוח מינויו של בית הדין.

[62] ראה: בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 106. שם מדובר על מנהל של הקדש, שהמשיך בפעולתו לאחר פטירת האפוטרופסים, אף שמינויו פקע לאחר פטירתם. אף שהוא נתמנה בתחילה על ידי בית דין, הרי המשך פעילותו לאחר פקיעת מינויו היא כפעילותו של אדם שמעולם לא נתמנה.

[63] סעיף 1, פרק רביעי, ג.

[64] ר"א מילר העיר, שמעבר לספק העקרוני בשאלה, האם יש בכוח "מצווה לקיים דברי המת" כדי לחייב נאמן לנהל ולפתח נכסים שהופקדו בידיו לשם הגשמת רצון המת (ראה סעיף 1, הערה 109), ייתכן שאין בכוחה לחייב נאמן לפעול בנכסים שלא היו בעולם בעת שנוצרה הנאמנות. בשאלה זו דן שו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן מג, והוא נוטה להכריע שהמצווה קיימת אף באופן זה. וראה על כך בסעיף 1, הערה 116.
מן הראוי להוסיף, שבתי המשפט בישראל הכירו זה מכבר ב"מצווה לקיים דברי המת" של המשפט העברי כעיקרון מנחה בכל דיני הירושה. לעניין זה ראה: ע"א 9200/99 יהודית חנוכה נ' ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(3) 801, עמ' 808־809; ע"א 138/64 דורה פלדמן (שוורץ) נ' לילי טריפמן, פ"ד כ(2) 419, 420; ע"א 1099/90 שילה שרוני ואח' נ' שאול שרוני, פ"ד מז(4) 785; ע"א 6198/95 שולמית יעקב ואח' נ' שרה בראשי, תקדין עליון, כרך 98(2) עמ' 1771, ס' 10; ע"א 1482/92 אסתר האגר נ' חנה ומנחם האגר, פ"ד מז(2) 793, ס' 12; ת"ע (תל־אביב) 12020/99 עזבון המנוח קוריס נ' ב"כ היועץ המשפטי, תק־מש 2000(2), 77; ת"א (ירושלים) 844/94 אברהם שרון נ' יהודית ורש, תק־מח 96(2) 2810, בעמ' 2813; עז' (ירושלים) 40462/00 א' ע' נ' ק' ד', תק־מש 2000(3) 268, בעמ' 269. ראה גם: ש' שילה, פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה־1965 (נבו, תשנ"ב), עמ' 229־230; א' ברק, פרשנות במשפט — פרשנות הצוואה (תשס"א) 58־62, 181; בן ציון גרינברגר, "ויעשו לו כאשר צום': 'מצווה לקיים דברי המת' — הכלל והשלכותיו", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 151.
יתר על כן: לדעת רבים, עיקרון זה נקבע כזכות יסוד חוקתית, מכוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו. לעניין זה ראה למשל: ע"א 7506/95 מיכל שוורץ נ' בית אולפנא אהרן וישראל, פ"ד נד(2) 215, 223; ע"א 1221/9 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, בעמ' 723; ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן ואח', פ"ד מו(4) 330, בעמ' 347); ע"ז (חיפה) 3170/99 עזבון המנוחה מריאטה גרימברג נ' סימונה מורגנשטרן, תק־מש 2001(2) 201, 209.

כיצד מוטל על הנאמן לפעול, אך לא החוק הוא שנותן תוקף לחובת הנאמן לפעול, הרי כאן המצווה לקיים את דברי המת יוצרת חיוב חדש, של מצווה, שמצד אחד לא היה בא לעולם אילולא ההתחייבות החוזית, ומצד שני היה חסר תוקף לולא החוק, מכיוון שהחיוב אינו עומד בתנאים הרגילים לתוקפו של חוזה.

פרק שלישי

נאמנות "על פי חוזה"

א. מבוא

נאמנות על פי חוזה נוצרת מכוחו של הסכם שבין הנאמן לבין יוצר הנאמנות, שבו מתחייב הנאמן לשמור על נכסי הנאמנות, לפתחם ולפעול להגשמת מטרותיה של הנאמנות. חוזה הנאמנות יכול להטיל על הנאמן חובות נוספות על אלו המצויות בחוק, או לגרוע מחובות אלה, וכן להעניק לנאמן זכויות רבות מאלו שמעניק לו החוק, או לגרוע מזכויותיו. בחוזה הנאמנות יכול יוצר הנאמנות להגדיר את היקף סמכויות הנאמן ואת כל יתר תנאי הנאמנות. משנכרת החוזה בין הנאמן ליוצר הנאמנות, קמה נאמנות על פי חוזה.

הנאמנות על פי חוזה כפופה לדיני החוזים הכלליים, וחלים על יצירתה כל הכללים הנוגעים למשא ומתן לקראת חתימת החוזה, לפגמים בחוזה, לדרכי השלמת החוזה ועוד. במקביל, כמובן, חלות על נאמנות זו גם כל הוראותיו של חוק הנאמנות, אלא אם קבעו הצדדים לחוזה במפורש שהוראות מסוימות לא יחולו.

היות שדיני החוזים מכירים בתוקפו של חוזה שבעל פה בלי מסמך כתוב, ניתן ליצור נאמנות על פי חוזה אף באמצעות הצעה וקיבול שבעל פה.

בהקשר זה התעוררה השאלה, האם יכיר המשפט הישראלי גם בנאמנות המשתמעת (Implied trust), המוכרת במשפט האנגלי כאחת מן הדרכים ליצירתה של נאמנות. נאמנות זו אינה נובעת מחוזה מפורש, אלא מוסקת מהתנהגות הצדדים, המלמדת על כוונתם. שאלה זו זכתה להתייחסות בדברי מלומדים[65] ובפסיקת בתי המשפט בישראל, ובפרשת גת[66] קבע נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט שמגר, שאף נאמנות משתמעת תקפה כסוג של נאמנות על פי חוזה.

ב. נאמנות על פי חוזה מפורש

כמובן, המשפט העברי מכיר בכוחו של אדם להתנות תנאים ולהקנות זכויות ברכושו. משום כך, יכול אדם אף לכרות חוזה עם נאמן, בתנאי שיפעל בדרך המשפטית המאפשרת לנאמן לפעול בנכסיו כמתבקש ממנו[67]. ואכן, מצאנו במקורות המשפט העברי דוגמאות אחדות

[65] ראה: נ' כהן, התערבות ביחסים חוזיים, תל־אביב תשמ"ב, עמ' 54.

[66] ראה: ע"א 3829/91 אבינועם וואלס נ' נחמה גת ואח', פ"ד מח(1) 801, 810־811, ובאסמכתאות שהובאו שם. ראה עוד: ע"א 4351/01 איתן ארז, עו"ד, מפרקן של חב' ח.א מזון בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל — האוצר, אגף המכס והמע"מ ואח', תק־על 2005(2) 3688, בסעיף 10 לפסק דינו של השופט גרוניס.

[67] ראה בהרחבה בסעיף 1, פרק רביעי.

לנאמנויות על פי חוזה, אם כי אופיין של הנאמנויות משתנה בהתאם לצרכים שהביאו ליצירתן. בפרק זה נסקור חמישה סוגים של נאמנויות על פי חוזה, והם: אפוטרופוס, שליש, פועל, שותף וסוכן ("פאטור").

(1) מנהל משק הבית ("אפוטרופוס")

הכינוי 'אפוטרופוס' משמש במקורות המשפט העברי לא רק כתיאור לאדם שתפקידו לנהל את נכסיהם של יתומים, אלא גם כתיאור לאדם שנתמנה כדי לנהל את משק הבית של זולתו ולפקח עליו[68]. תפקיד זה נוצר מכוח הסכם שבין האפוטרופוס לבין בעל הבית, והסכם זה קובע את טיב היחסים ביניהם, את היקף סמכויותיו של האפוטרופוס, את זכויותיו ואת חובותיו.

(2) שָׁלִישׁ

שליש הוא נאמן שכספים הופקדו בידיו, כדי שיחזיק בהם ויעבירם ליעדם בהגיע המועד לכך בלבד, או גם כדי שינהלם ויפתחם. אדם היוצא לארץ רחוקה לעסקיו יכול למנות שליש ולהפקיד בידיו את כספו, כדי שיפרנס בו את אשתו ואת בני ביתו[69]; מי שמבקש להבטיח נדוניה לבתו, יכול להפקיד כסף ביד שליש, ולהורות לו להחזיק בכסף, להשקיעו, או לרכוש בו מקרקעין עבור הבת[70]; וכדומה.

מוסד השלישות יכול לשמש גם למתן אשראי או ליישוב סכסוכים. כך, למשל, מי שפרע מקצת חובו, וביקש מן הנושה להאריך לו את מועד פירעון יתרת החוב, יכול להפקיד את שטר החוב בידיו של שליש, ולהצהיר שאם לא יפרע את חובו עד תאריך מסוים, יהיה השליש רשאי לתת את שטר החוב לנושה, ובכך לאפשר לו לגבות את מלוא החוב מן החייב[71]. במקרה זה, תפקידו של השליש הוא להחזיק בשטר החוב עד למועד שנקבע, ולהעבירו לידי החייב או הנושה, בהתאם לתנאי ההשלשה.

לעיתים, בעיקר עקב חוסר אמון בין לווה למלווה, ורצון לחסוך התדיינויות משפטיות מיותרות, מפקידים את שטר החוב בידיו של שליש. שליש זה משמש למעשה איש ביניים מוסכם, שתפקידו להעביר את שטר החוב לידיו של הלווה, אם השתכנע שהחוב נפרע, או להשאירו בידיו, אם לא שוכנע בכך[72].

חובותיו, זכויותיו וסמכויותיו של השליש נגזרות על פי רוב מתנאיו של הסכם השלישות, אבל יש שתנאי ההסכם אינם מחייבים, וזאת אם אפשר ללמוד כך מאומד דעת הצדדים. לכן, למשל, אם הפקיד אב ביד שליש כספים לשם רכישת מקרקעין עבור בתו, ומשבגרה ונישאה, מבקשת הבת להעביר את הכספים לידי בעלה כדי שישקיעם לפי שיקול דעתו, רשאי השליש

[68] ראה: תוספתא, בבא מציעא, פרק ה, הלכה ח (הלכה 20 במהד' ליברמן); שבת קכא ע"א, ורש"י שם, ד"ה אפוטרופוס; סוכה כז ע"א; כתובות כח ע"ב; נדרים עב ע"ב; מדרש שכל טוב (בובר), בראשית פרק כד, פסוק ב, ופרק מא, פסוק מ; להלן, סעיף 7, הערה 123.

[69] משנה כתובות פרק ה, משנה ח (בבלי סד ע"ב). וראה: Rakover, Nahum: Shalish. Encyclopedia Judaica 14, p. 1267-1268.

[70] כתובות סט ע"ב.

[71] משנה, בבא בתרא פרק י, משנה ה (בבלי קסח ע"א). לדעת רבי יוסי במשנה שם, יש תוקף להסכם זה, אבל רבי יהודה חולק עליו במשנה שם, וסבור שהשליש לא יהיה רשאי להעביר את שטר החוב לנושה גם אם התקיים התנאי, מפני שהתחייבות זו היא בגדר "אסמכתא". ראה גם נדרים כז ע"ב.

[72] ראה למשל: בבא מציעא כא ע"א.

למלא את בקשתה, אף שיוצר הנאמנות — האב — מעולם לא הורה לו לנהוג כך. הסיבה לכך היא, שחכמים הניחו שהאב לא היה מעוניין להגביל את זכויות הבת בכספים, אלא להבטיח את שמירת ערכם עד למועד שתגדל ותינשא[73].

(3) פועל

יש שפועל נדרש להחזיק בנכסיו של המעביד, לנהלם ולפתחם, בהתאם להסכם העבודה שנכרת בינו לבין המעביד. הנאמנות הנוצרת מכוח הסכם זה אף היא בגדר נאמנות על פי חוזה[74].

(4) שותף

יש שנכסי השותפות מוחזקים בידי אחד מן השותפים, והוא מוסמך לבצע עסקאות שונות בשם השותפות. בעניין זה הכלל הוא, שסמכויות השותף נקבעות בהתאם לנוהג המקובל. לפיכך, אם עשה שותף עסקה מן הסוג שנהוג לעשותה, האחריות לתוצאותיה מוטלת על כל השותפים. לעומת זאת, אם עשה עסקה מן הסוג שאין נהוג לעשותה, האחריות לתוצאותיה מוטלת עליו בלבד[75], אלא אם קיבל שותף רשות מפורשת משותפיו לעשות עסקה שאין נהוג לעשותה, ואז האחריות לתוצאותיה תיפול על כתפי כל השותפים[76].

ניתן לומר ששותף המבצע עסקה בנכסי השותפות הוא נאמן, בהיותו מחזיק בנכסי אחרים ופועל בהם לטובתם, שהיא אמנם גם טובתו. סמכויותיו של השותף נקבעות בהתאם להסכם שבין השותפים, או על פי הנוהג המקובל, שיש בכוחו לגלות קיומה של הסכמה מכללא לביצוע פעולות שונות.

(5) סוכן (פאטור)[77]

לפני כחמש מאות שנה, התפתח המסחר היהודי הבינלאומי בצורה ניכרת. הסוחרים היו מציבים נציגים במקומות שונים בעולם, והיו מעבירים אליהם סחורה, והיו נותנים להם הוראות הנוגעות לאופן הטיפול בסחורה, דרך מכירתה והטיפול בתמורה. הנציג, המכונה בספרות התשובות בשם 'פאטור', נדרש למכור סחורה ששלח לו הסוחר[78], ולעיתים גם לרכוש בתמורה סחורה אחרת, ולשלוח אותה לסוחר[79]. לעיתים, הסוכן היה מקבל מן הסוחר כסף כדי שיקנה בו

[73] ראה בהרחבה: כתובות סט ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק כ, הלכה יד; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן נד, סעיף א, וחושן משפט, סימן רנב, סעיף ב; להלן, סעיף 16, פרק שני, ג.

[74] בדיוננו בסעיף 1, פרק שני, עמדנו על כך, שדין פועל יכול לשמש בסיס משפטי לזיקתו של כל נאמן לנכסי הנאמנות. לדיון במעמדו של העובד כנאמן לפי המשפט הישראלי, ראה בדבריו של כרם, סעיף 102, עמ' 223-224.

[75] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעו, סעיפים י-יא.
פקודת השותפויות [נוסח חדש], סעיף 29, מטילה על שותף חובת אמינות כלפי שותפיו. אולם כרם אינו מציין בספרו מקורות לכך שחוק הנאמנות חל על שותף.

[76] ראה שולחן ערוך שם, סעיף יא.

[77] על נושא זה ראה בהרחבה: מ' רוזן, "הפאטוריאה — פרק בתולדות המסחר הים תיכוני במאות הט"ז-י"ז", מקדם ומים, ב (תשמ"א), עמ' 101-131.

[78] ראה למשל: שו"ת דברי ריבות, סימן רכא; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קכב; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן כ.

[79] ראה למשל: שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן פג; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן נד; שו"ת דברי ריבות, סימן צב. פעולה זו כונתה בשם — 'הלבשה'. הסחורה שהועברה לידי הסוחר מכונה 'ריטראטו'.

סחורה[80], ולעיתים, היה מתבקש לסחור בעצמו בסחורה שקיבל מן הסוחר למשך זמן מסוים, ולאחר מכן, לשלוח את הקרן ואת הרווחים לסוחר[81].

חובותיו של הסוכן, שכרו ואחריותו נקבעו על פי החוזה שבינו לבין הסוחר[82], וכן על פי הנוהג המקובל בין סוחרים לסוכנים. הסוכן היה למעשה נאמן על פי חוזה, כאשר מטרת הנאמנות הייתה על פי רוב קניה ומכירה של סחורות עבור הנהנה־הסוחר.

ג. נאמנות משתמעת (Implied trust)

(1) גדול האחים

יתומים קטנים שלא מונה להם אפוטרופוס, ובין היתומים יש "גדול האחים"[83], המסוגל לנהל את נכסי העיזבון עבור כל האחים, הוא האחראי לניהול העיזבון[84]. סמכותו של גדול האחים נובעת מהנחה שהאחים מסמיכים אותו לנהל את עסקי העיזבון בשמם. היות שהסמכות מבוססת על הסכמה מכללא של האחים, על גדול האחים לנהל את נכסיהם בהתאם לרצון אחיו. לכן למשל אף שיש לגדול האחים זכות לרכוש לעצמו בגדים נאים אם יש צורך בכך כדי לקדם את ענייני העיזבון, האחים רשאים להתנגד לרכישה[85]. אף שהסכמת האחים למינוי גדול האחים כנאמן על נכסי הבית מעולם לא הובעה בפירוש, מכיר בה המשפט העברי כהסכמה המאפשרת לגדול האחים לפעול כנאמן של אחיו, כיון שהיא משתמעת.

(2) אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית

לעיל[86] הזכרנו את דעת הראב"ן בעניין אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית, ש"כיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזמן הזה, הרי הוא כאילו הבעלים מינו אותן שלוחים"[87]. כפי שאמרנו לעיל[88], משמעותה של הלכה זו היא, שהאישה נחשבת לנאמנת של הבעל, כיון שנהוג שהאישה מבצעת עסקאות לשם ניהול משק הבית בשם הבעל, וניתן לראות בנוהג זה מינוי משתמע של האישה כנאמנת. נאמנות זו היא למעשה נאמנות המשתמעת מן הנוהג[89].

[80] ראה למשל: שו"ת מהריט"ץ, חלק א, סימן כא; שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן פב.

[81] ראה למשל שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שפד.

[82] על חובותיו של הסוכן ראה רוזן (לעיל, הערה 77), עמ' 103, לפני ציון הערה 7. על אחריותו, ראה שם, עמ' 120, אחרי ציון הערה 111, וחוק לישראל, שומרים, לפי מפתח העניינים, ערך פאטור. לעניין השכר, ראה למשל שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן ב.

[83] "גדול האחים" הוא כינוי לאח בוגר, שכל עניני הבית היו מנוהלים על ידו גם בחיי האב, אך אין הכוונה בהכרח לאח המבוגר בשנים מאחיו. ראה: בית הבחירה, בבא קמא יא ע"ב; רש"י ב"ק שם, ד"ה בגדול. להרחבה בעניין זה, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך גדול האחים, כרך ה, עמ' קנג־קנו.

[84] כל עוד לא חולקה הירושה בין האחים, היא קרויה "תפיסת הבית". לדעת ר' שלמה דיכובסקי, תיק 11183/ל"ב בבית הדין הרבני האזורי תל־אביב־יפו (פד"ר, כרך י, עמ' 287), אין כאן שיתוף בין האחים, אלא הנכסים שייכים לאישיות משפטית, "תפיסת הבית", שהיא ממשיכה את בעלות האב בנכסים, עד שיחולקו הנכסים בין היורשים.

[85] שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רפו, סעיף ב.

[86] ליד ציון הערה 49, וסעיף 1, פרק שני, ליד ציון הערה 10.

[87] ראב"ן, שו"ת, סימן קטו.

[88] לעיל, ליד ציון הערה 53.

[89] אבל נאמנות האישה מבוססת גם על נאמנות על פי דין, כפי שראינו לעיל, אחרי ציון הערה 53.

פרק רביעי

נאמנות "על פי כתב הקדש"

חוק הנאמנות קובע הבדלים רבים בין הנאמנות על פי חוזה לנאמנות על פי כתב הקדש. המכנה המשותף לרבים מן ההבדלים הוא סמכויותיהם של גופים ציבוריים, ובראשם בית המשפט, להתערב בניהולה של נאמנות על פי כתב הקדש. בנאמנות על פי כתב הקדש, בית המשפט מוסמך למנות נאמן[90] או לפטרו[91], לתת לנאמן הוראות[92] ואף לשנות את הוראות כתב ההקדש[93]. הנאמן הציבורי מוסמך לנקוט באמצעים לשמירת נכסי ההקדש[94], ורשם ההקדשות מוסמך לבצע חקירה בדבר דרך הניהול של הקדש ציבורי[95], והוא אף זכאי לקבל לידיו דין וחשבון על ענייני ההקדש[96].

כרם[97] סבור, שהצידוק להתערבותם של הגופים הציבוריים בניהולה של נאמנות על פי כתב הקדש נעוץ בעובדה שבנאמנות מסוג זה, על פי רוב, מתנתקת הזיקה שבין יוצר הנאמנות לנכסיה, אם בגלל מותו ואם בגלל רצונו להתנתק מניהול הנכסים. מצב זה מגביר את הסכנה שלא יהיה מי שישגיח על ניהולו התקין של ההקדש, והדבר עלול להוביל לסיכול האפשרות להגשים את מטרותיו.

אולם, כפי שניווכח להלן[98], עמדתו העקרונית של המשפט העברי היא שלא די בסיבה זו כדי להעניק לגופים ציבוריים את הסמכות להתערב בניהול נכסיו של אדם. לכן, רק בנאמנות שנועדה לקדם מטרות ציבוריות, יש מקום להתערבותם של גופים ציבוריים כמו בית הדין או רשם ההקדשות בניהולו של ההקדש. לפיכך, העיסוק בנאמנות על פי כתב הקדש לפי המשפט העברי יתמקד בעיקר בנאמנויות מסוג זה.

פרק חמישי

סיכום

נאמנות נוצרת בשלוש דרכים: על פי הוראת חוק, על פי חוזה או על פי כתב הקדש. במשפט העברי, יש נאמנויות אחדות שהוקמו מכוח החוק, דהיינו מכוח דין התורה, מכוח תקנות חכמים או מכוח תקנות הקהל, והן: נאמנות אפוטרופוס לנכסי יתומים, נאמנות לשם ניהול נכסים עזובים, נאמנות לשם כינוס נכסים ונאמנות לשם ניהול נכסי הציבור בידי מנהיגיו.

[90] סעיף 21(ב).
[91] סעיף 22(ג).
[92] סעיף 19.
[93] סעיף 18.
[94] סעיף 24.
[95] סעיף 30.
[96] סעיף 29.
[97] ראה כרם, סעיף 27, עמ' 86, וסעיף 328, עמ' 692 (על התערבות בית המשפט).
[98] סעיף 17, פרק שני.

אשר לאפוטרופוס לגדולים, לדעת ר׳ אברהם צבי הירש אייזנשטט, רשאי בית הדין גם למנות אפוטרופוס לגדולים, ומשמעותו של מינוי זה תהיה, שעל האפוטרופוס יוטלו כל החובות הקבועות בהלכה בעניין אפוטרופוס של יתומים, והוא ייהנה מכל הסמכויות שמעניקה ההלכה לאפוטרופוס זה. אולם כוחו של בית הדין למנות אפוטרופוס לגדולים שנויה במחלוקת, ובשל כך נראה שאפוטרופוס כזה יוכל להתמנות רק באמצעות חוזה, ולא על ידי בית הדין.

האפשרות ליצור נאמנות ״על פי דין״ (נאמנות קונסטרוקטיבית) מוכרת במשפט העברי. דוגמה לנאמנות פרטית מסוג זה מצאנו בדברי ר׳ משה אלשיך בעניין אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית, ודוגמה לנאמנות מסוג זה למטרות צדקה מצאנו בדין ״יתומים שסמכו אצל בעל הבית״.

אף הנאמנות מכוח המצווה לקיים את דברי המת היא נאמנות מכוח חוק — מצוות חכמים לקיים את דברי המת, אולם בניגוד לנאמנות רגילה על פי חוק, הנוצרת ביוזמתו של המחוקק בלבד, נאמנות זו נוצרת גם מכוח בקשתו של הנפטר.

שכיחה יותר במשפט העברי היא הנאמנות על פי חוזה, ואף לנאמנות מסוג זה מצאנו דוגמאות אחדות, כגון נאמנות מנהל משק הבית (״אפוטרופוס״), נאמנות השָׁלִיש, נאמנות הפועל, נאמנות השותף, ונאמנות הסוכן (פאטור).

לצד הנאמנות על פי חוזה מפורש, הקובע את תפקידו של הנאמן ואת היקף סמכויותיו, המשפט העברי מכיר גם בנאמנות על פי חוזה משתמע (Implied Trust), דוגמת נאמנות גדול האחים (המנהל את עיזבון אביהם עבור אחיו), ונאמנות אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית (על פי הלכת הראב״ן, המסמיכה כל אישה לשמש כנאמנת של בעלה, אף אם לא מונתה לכך במפורש, מתוך הנחה שהנוהג הקיים מגלה את קיומה המשתמע של הנאמנות).

לבסוף, עמדנו בקצרה על ייחודה של הנאמנות על פי כתב הקדש, ומצאנו שהיא נבדלת מן הנאמנות על פי חוזה בעיקר בהיקף הרחב של סמכויות שמעניק החוק לגופים ציבוריים להתערב בניהולה של הנאמנות. סמכויות מסוג זה מעניק המשפט העברי לגופים ציבוריים רק בנאמנות שנועדה למטרות צדקה או לקדם מטרות ציבוריות.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

יצירה 2. נאמנות נוצרת על פי דין, על פי חוזה עם נאמן, או ביצירת הקדש.

סעיף 3

נכסי נאמנות

נכסי נאמנות

3. (א) פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות.

(ב) אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות.

(ג) הנאמן חייב להחזיק את נכסי הנאמנות בנפרד מנכסים אחרים או בדרך המאפשרת להבחין ביניהם.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 73

פרק שני: "פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות" 74

א. מבוא 74

ב. חובת פעולה בפירות ובתמורות 74

ג. יצירת זיקה לפירות ולתמורות 75

(1) דיני השליחות 75

(2) דיני הקניין 76

ד. נכסים שנמצאו במקרקעי הנאמנות 76

(1) נאמנות פרטית 76

(2) נאמנות למטרות צדקה 77

פרק שלישי: ירידה לנכסי הנאמנות "בשל חובות המוטלים עליהם" 78

פרק רביעי: ירידה לנכסי הנאמנות בשל חובות "הנובעים מפעולות הנאמנות" 79

פרק חמישי: חובות שלשם פירעונם "אין לרדת לנכסי הנאמנות" 80

א. מבוא 80

ב. חובותיו של יוצר הנאמנות 81

(1) נאמנות פרטית 81

(2) נאמנות למטרות צדקה 81

ג. חובותיו של הנהנה 84

(1) נאמנות פרטית 84

(2) נאמנות למטרות צדקה 85

ד. חובותיו של הנאמן 87

פרק שישי: חובת הפרדת הנכסים — "להחזיק... בנפרד מנכסים אחרים..." 88
א. מבוא 88
ב. נאמנות פרטית 88
(1) כספים 88
(2) נכסים בעלי ערך רגשי 89
ג. נאמנות למטרות צדקה 90
פרק שביעי: סיכום 91
פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 92

מבוא

לפי ס״ק (א) דין פירותיהם של נכסי הנאמנות ודין תמוריהם[1] כדין נכסי הנאמנות. לקביעה זו משמעות כפולה: (1) נוצרת בין הנאמן לבין פירותיהם של נכסי הנאמנות ולבין תמורתם זיקה הזהה במהותה לזיקה הקיימת בינו לבין נכסי הנאמנות[2]. (2) מוטלת על הנאמן חובה לפעול בפירותיהם של הנכסים ובתמורתם כחובתו לפעול בנכסי הנאמנות המקוריים.

בהקשר זה יש לשאול: האמנם ניתן, מכוח יצירת הנאמנות בלבד, לכונן זיקה בין הנאמן לבין פירותיהם של נכסי הנאמנות ולבין תמורתם, אם אלו טרם באו לעולם בעת היצירה? ואם כן, האם חייב הנאמן לשאת בכל החובות שקיבל על עצמו כלפי נכסי הנאמנות, אף כלפי פירותיהם של נכסים אלו וכלפי תמורתם, גם אם בשעת יצירת הנאמנות לא העלה בדעתו את דבר קיומם? נדון בכך בפרק השני.

סוג נכסים מיוחד, שאינו בדיוק בגדר ״פירות״ של נכסי הנאמנות, אולם יש לתת את הדעת גם לאפשרות קיומו, הוא נכסים שנמצאו במקרקעי הנאמנות ולא ניתן לאתר את בעליהם, או שהגיעו בדרך מקרה למקרקעי הנאמנות ואין להם בעלים. האם נכסים אלו ייחשבו אף הם כנכסי הנאמנות, או שמא זכה בהם בעליהם של נכסי הנאמנות אך אין דינם כדין נכסי הנאמנות ואין הנאמן חייב לנהוג בהם כדרך שהוא חייב לנהוג בנכסי הנאמנות? גם בכך נדון בפרק שני.

ס״ק (ב) מתיר ירידה לנכסי הנאמנות אך ורק לשם פירעון חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות. בפרק שלישי ורביעי נברר מה הם החובות המוטלים על נכסי הנאמנות, ומהו היסוד המשפטי שמכוחו יכולים הנושים לרדת לנכסי הנאמנות לשם פירעונם.

המחוקק ביקש לחסן את נכסי הנאמנות מפני נושים המבקשים לרדת אליהם לשם פירעון חובות אחרים. מפני אלו נושים בדיוק ביקש המחוקק לחסן את נכסי הנאמנות — מפני נושיו של יוצר הנאמנות, מפני נושיהם של הנהנים, או שמא מפני נושיו של הנאמן? בפרק חמישי נעמוד על הפרשנות המקובלת לסעיף, ועל עמדת המשפט העברי אודות ירידה לנכסי הנאמנות לשם פירעון חובותיו של יוצר הנאמנות, לשם פירעון חובותיהם של הנהנים ולשם פירעון חובותיו של הנאמן.

ס״ק (ג) מורה לנאמן ״להחזיק את נכסי הנאמנות בנפרד מנכסים אחרים או בדרך המאפשרת

[1] תמוריהם או חליפיהם של נכסי נאמנות הם הנכסים שהתקבלו חלף קבלתם של נכסי הנאמנות. כך למשל, הכסף שהתקבל ממכירתו של נכס נאמנות הוא תמוריו של הנכס, ודינו כדין נכסי הנאמנות. אולם לא רק חליפו המקורי של הנכס מוגדר כך, אלא גם נכסים שהתקבלו חלף התמורה וחוזר חלילה — כולם מוגדרים כתמוריהם של נכסי הנאמנות. כך למשל, אם בכסף שהתקבל תמורת נכס נאמנות נרכש נכס אחר, אף נכס זה מוגדר כתמורת נכסי הנאמנות ודינו כדין נכסי הנאמנות. ראה כרם, סעיף 117, עמ׳ 273.

[2] בשאלה האם רווחים עקיפים מן הנאמנות הופכים לנכסי הנאמנות, ראה במבוא לסעיף 15.

להבחין ביניהם". בפרק שישי נעמוד על טעמה של הוראה זו, ונבחן האם קיימת הוראה דומה אף במשפט העברי, ואם כן, האם טעמה זהה לטעם שהציעו מלומדים להוראה שבחוק.

פרק שני

"פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות"

א. מבוא

בסעיף 1 הוגדרה הנאמנות כ"זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת". הגדרה זו נשענת על שני יסודות: זיקת הנאמן לנכס, וחובתו לפעול בו. לפיכך, לקביעה שפירותיהם של נכסי הנאמנות ותמורתם יהיו אף הם לנכסי הנאמנות, יש משמעות כפולה: (1) לנאמן תהיה זיקה לפירות נכסי הנאמנות ולתמורתם כמו הזיקה שיש לו לנכסי הנאמנות עצמם; (2) הנאמן יהיה חייב לפעול בהם לטובת נהנה או למטרה אחרת כמו שהוא חייב לטפל בנכסי הנאמנות עצמם.

להלן נבחן את עמדת המשפט העברי לגבי שתי המשמעויות הללו.

ב. חובת פעולה בפירות ובתמורות

בדיוננו בסעיף 2, עמדנו על נאמנויות אחדות המקובלות במשפט העברי. בנאמנויות אלו, חייב הנאמן לפעול בפירותיהם של נכסי הנאמנות ובתמוריהם כחובתו לפעול בנכסי הנאמנות המקוריים. כך, למשל, אפוטרופוס נדרש להמיר נכסי יתומים בנכסים אחרים אם יש בכך צורך כדי לשמור על ערכם של הנכסים או לשם פרנסת היתומים, ובתמורתם של הנכסים הוא מצווה לעשות "כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים"[3]. בידי האישה ה"נושאת ונותנת בתוך הבית", נמסרים כספי הבעל, והיא נדרשת להמירם בטובין שיש בהם צורך לכלכלת הבית, ואף בטובין אלו היא משמשת כנאמנת והיא נדרשת לפעול בהם לטובת כלכלת הבית[4]. ה"פאטור" (סוכן מסחרי) מקבל לידיו סחורה כדי שימכרנה, ובתמורה ירכוש סחורה אחרת, שאף בה יסחור לטובת בעל הסחורה. בכל הדוגמאות הללו, הנחת המוצא היא שהנאמן נדרש לפעול בפירותיהם של נכסי הנאמנות ובתמורתם כמו שהוא נדרש לפעול בנכסי הנאמנות המקוריים[5].

מאחר שהחיוב לפעול בנכסים, יהא מקורו אשר יהא, מוטל על הנאמן באופן אישי, אין סיבה שהוא לא יחול עליו גם כלפי נכס שעדיין לא בא לעולם בשעת יצירת הנאמנות[6].

[3] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ז.

[4] ראה סעיף 1, פרק שני, ב, (1), וסעיף 2, פרק שלישי, ג, (2).

[5] ראה סעיף 2, פרק שלישי, ב, (5).

[6] כך למשל, התחייבות מועילה גם לגבי דבר שלא בא לעולם בשעת ההתחייבות, אם עשה מעשה קניין (שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ו). כמו כן, לעניין נדר לצדקה או להקדש, החיוב לקיים את הנדר חל אף אם הנכס שבו אמור הנודר לקיים את נדרו עדיין לא בא לעולם כשנדר (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה טו; להלן, סעיף 17, פרק רביעי, ד).

ג. יצירת זיקה לפירות ולתמורות

בסעיף 1, פרק שני, ראינו שיש נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא של שליחות, ויש נאמן שזיקתו היא של קניין. על כן, עלינו לבחון כאן האם עקרונות דיני השליחות ועקרונות דיני הקניין מאפשרים ליצור זיקה של הנאמן לפירותיהם של נכסי הנאמנות ולתמורתם, שמכוחה הוא יהיה מוסמך לפעול בהם "לטובת נהנה או למטרה אחרת".

(1) דיני השליחות

המשפט העברי אינו מאפשר למנות אדם כשליח אם מושא השליחות טרם בא לעולם[7], מפני שאין אדם יכול למנות שליח לעשות בשמו פעולה שאין בכוחו של המשלח לעשותה ("לא משוי אינישׁ שליח אלא במילתא דמצי עביד השתא"[8]), ומאחר שאי אפשר לעשות פעולות משפטיות, כגון העברת בעלות, בדבר שלא בא לעולם, גם אי אפשר למנות שליח לעשות פעולות משפטיות בנכס כזה[9]. מכוחו של כלל זה מסיק ר' יעקב מליסא[10], שאין אדם יכול למנות שליח שיעביר בשמו את הבעלות בפירות שהעץ שלו עתיד להצמיח.

אולם ר' שלמה זלמן אוירבך כותב[11] שאם מדובר בדבר שאמנם עוד לא בא לעולם, אבל בידו של האדם להביאו לעולם, מועילה שליחות לגביו, מפני שכאן הרי השולח "מצי עביד". יתר על כן: הוא מעלה אפשרות שניתן למנות שליח שיעביר את הבעלות בפירות עץ שטרם באו לעולם, אף שאין בידו להביאם לעולם. לדבריו, הכלל שאי אפשר למנות שליח אם מושא השליחות לא בא לעולם אינו חל "אלא כשהחסרון הוא מצד הדין, המעכב לעשותו. אבל היכי [=במקום] שהחיסרון הוא משום שהפירות אינם עדיין בעולם, אינו מעכב בשליחות". אלא שלגבי דבר שאין בידו להביאו לעולם, הוא מודה שדבריו הם בגדר "חידוש גדול".

אם כן, נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא של שליחות, יכולתו לפעול בפירות נכסי הנאמנות שבאו לעולם לאחר יצירת הנאמנות נתונה במחלוקת הפוסקים[12].

אותה מחלוקת קיימת לגבי תמוריהם של נכסי הנאמנות, שהרי בעת יצירת הנאמנות, שאז נוצרה השליחות, לא היו התמורות ברשות יוצר הנאמנות (השולח), והרי דין "דבר שאינו ברשותו" כדין "דבר שלא בא לעולם", לעניין הקנאה[13]. לכן לדעת ר' יעקב מליסא לא תחול השליחות, ואילו ר' שלמה זלמן אוירבך כותב שכאן שהשליחות חלה, ולדבריו הדבר אף יותר פשוט מב"דבר שלא בא לעולם"[14]: "בכהאי גוונא שהדבר כבר ישנו בעולם, אלא שהחסרון הוא מצד הבעלות ועדיין אינו שלו, כגון שאמר לאחד: 'לאחר שאקנה או תקנה עבורי פירות,

[7] ראה על כך בהרחבה: חוק לישראל, שליחות, סעיף 4.

[8] נזיר יב ע"ב. וראה על כך בהרחבה: חוק לישראל, שליחות, שם.

[9] תוספות, נזיר יב ע"א, ד"ה מ"ט.

[10] נתיבות המשפט, סימן רמג, ס"ק ו.

[11] שו"ת מנחת שלמה, תניינא, ירושלים תש"ס, סימן קלו, עמ' תפב. התשובה אינה מופיעה במנחת שלמה, מהד' מכון אוצרות שלמה, ירושלים תשנ"ט.

כמו כן, לוחות אבן, בבא בתרא, עמ' רכו־רכז, כותב ש"בידו" הופכו לדבר שבעולם.

[12] יש להדגיש שמדובר בפירות שעתידים לבוא לעולם מאליהם, כדוגמת פירות הדקל. אבל בפירות שאינם עתידים לבוא לעולם באופן טבעי, כגון דיווידנד המגיע לבעלי מניות בחברה, ייתכן שגם רש"ז אוירבך יסכים שאין השליחות הראשונית יכולה להעניק לנאמן סמכות לפעול בפירות אלה.

[13] ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שלא בא לעולם, פרק י, כרך ז, עמ' נז־סא.

[14] שו"ת מנחת שלמה, שם.

תפריש מהם תרומות ומעשרות' — כיון שהפירות הם בעולם, וגם אפשר שפיר להפריש מהם תרומות ומעשרות עכשיו, אלא שעכשיו תלוי במי שהוא כעת בעלים על הפירות, בכהאי גוונא [=באופן זה] אין זה חשיב כלא מצי עביד [=אין זה נחשב שהוא אינו יכול לעשות], כיון דמצד הדין אפשר לעשות דבר זה ע"י שליחות ממי שהוא עכשו הבעלים. ולכן אם עושהו שליח להפריש מהם לאחר שהוא יהיה בעלים, שפיר מהני".

אבל נראה שגם לדעת ר' יעקב מליסא, הנאמן יהיה מוסמך לפעול בפירותיהם של נכסי הנאמנות לאחר שיבואו לעולם ובתמוריהם לאחר שיגיעו לרשותו, מכוח דין "זכין לאדם שלא בפניו"[15], ובלבד שהפעולה היא אמנם בגדר 'זכות' עבור יוצר הנאמנות.

(2) דיני הקניין

לפי דיני הקניין, הבעלות בנכס כוללת גם את הבעלות בפירותיו[16]. משום כך, אם לנאמן יש זכות קניינית בנכסי הנאמנות, תהיה לו זכות זו גם בפירותיהם ובתמוריהם. לכן, נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא קניינית, תהיה לו זיקה זהה גם לפירותיהם ולתמוריהם, ומכוחה הוא יהיה מוסמך לפעול בהם כפי שהוא פועל בנכסי הנאמנות המקוריים.

ד. נכסים שנמצאו במקרקעי הנאמנות

לעיתים יימצאו נכסים שונים שאינם מנכסי הנאמנות בתוך מקרקעין השייכים לנאמנות. אם, למשל, בדירה שהיא נכס נאמנות נמצאו תכשיטים שבעליהם אינו ידוע — האם גם תכשיטים אלו ייחשבו לנכסי הנאמנות? כדי להשיב על שאלה זו, עלינו להבחין בין נאמנות פרטית לבין הקדש למטרות מצווה.

(1) נאמנות פרטית

נכסים המצויים ברשותו של אדם ואינם שייכים לאיש, או שאי אפשר לברר של מי הם, או שבעליהם התייאשו מהם, קנויים לו ב"קניין חצר", ובלבד שזוהי חצר משתמרת, כלומר, שאין הרבים יכולים להיכנס לתוכה וליטול מה שנמצא בה[17]. לכן, נכסים המצויים במקרקעי הנאמנות יהיו שייכים לבעלי המקרקעין. נראה שאם הוקנתה לנאמן בעלות מוגבלת במקרקעין, בעלות זו תחול מכוח קניין חצר אף על הנכסים שנמצאו במקרקעין. השאלה האם מוטל עליו לפעול בנכסים אלו באותה דרך שבה עליו לפעול בנכסי הנאמנות, תלויה בתנאי הנאמנות ובאומד דעת הצדדים. אם ניתן להסיק מתנאי הנאמנות או מאומד דעת הצדדים שהנאמן התחייב לפעול גם במה שיימצא במקרקעין של הנאמנות, אזי דין הנכסים שנמצאו במקרקעי הנאמנות יהיה כדין נכסי הנאמנות. אם לא ניתן להסיק כך, יהיה צורך ליצור נאמנות חדשה, הכוללת גם את הנכסים שנמצאו במקרקעי הנאמנות, כדי לחייב את הנאמן לפעול בהם כדרך שהוא נוהג בכל נכסי הנאמנות.

[15] ראה למשל, עירובין מו ע"ב. לדיון נרחב בעיקרון זה ובמגבלותיו, ראה בחוק לישראל, שליחות, בנספח לסעיף 1.

[16] ראה על כך סעיף 15, פרק שלישי, ב.

[17] ראה: רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק יז, הלכה ח; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסח, סעיף ג. לדיון בעיקרון זה ראה גם בדבריו של השופט אלון בד"נ 13/80 אליעזר הנדלס נ' בנק קופת עם, פ"ד לה(2) 785, וכן בחוק לישראל, השבת אבדה, עמ' 64-67.

(2) נאמנות למטרות צדקה

נאמר במשנה[18]: "הקדיש בור ואחר כך נתמלא מים, אשפה ואחר כך נתמלאה זבל, שובך ואחר כך נתמלא יונים, אילן ואחר כך נתמלא פירות, שדה ואחר כך נתמלאה עשבים — מועלין בהן ואין מועלין במה שבתוכן". משנה זו עוסקת בנכסים שהוקדשו לבית המקדש, ונתמלאו במשך הזמן במים, ביונים, וכדומה. השאלה היא: מה דין נכסים שנמצאו במקרקעי ההקדש? האם אף הם ייחשבו כנכסי הקדש והנהנה מהם ייחשב כמי שמעל בנכסי ההקדש, או שמא לא ייחשבו כנכסי הקדש? המשנה קובעת שאין מעילה בנכסים שנמצאו במקרקעי ההקדש.

נחלקו חכמים בטעם הדבר. יש הסבורים שהנכסים המצויים במקרקעי ההקדש אמנם שייכים להקדש, משום שההקדש קנה אותם בקניין חצר, אך אין בהם מעילה כיוון שניתן למעול רק בנכסים שהוקדשו בידי אדם[19]. אחרים סבורים שהנכסים שנמצאו במקרקעי ההקדש אינם שייכים להקדש, משום שאין ההקדש יכול לקנות נכסים בקניין חצר[20].

על סמך משנה זו, פסק ר' אלכסנדר זוסלין הכהן, שאם נמצאה אבידה בחצר בית כנסת, לא זכה בה בית הכנסת מפני שאין קניין חצר להקדש[21]. פסיקתו מתאימה לשיטה השנייה שהבאנו בהנמקת הלכת המשנה.

כמו כן, ר' פנחס זביחי כתב[22], שלפי הדעה האחרונה, אם אדם נכנס לחדר השייך לגמ"ח

[18] משנה, מעילה, פרק ג, משנה ו; בבלי יג ע"א.

[19] ראה: רשב"ם, בבא בתרא עט ע"א, ד"ה אין מועלין; תוספות שם, ד"ה ואין מועלין. פוסקים רבים הסוברים שהקדש קונה בקניין חצר צוינו בשו"ת עטרת פז (להלן, הערה 22), אות ט.

[20] ראה: תוספות, בבא בתרא עט ע"א, ד"ה ואין, ומעילה יג ע"א, ד"ה אבל; שיטה מקובצת, בבא בתרא שם, בשם הר"ן; תוספות רי"ד, בבא בתרא שם; מגן אברהם, סימן קנד, ס"ק כג. חידושי הרמב"ן, הריטב"א, הרשב"א והר"ן, בבא בתרא שם, מביאים את שתי השיטות בלי להכריע ביניהן. וראה הרחבה בעניינים אלו בקצות החושן, סימן ר, ס"ק א; ובקובץ שיעורים, בבא בתרא, אותיות רצח־שג.
מגן אברהם שם מביא ראיה לשיטה זו מן המשנה, שקלים, פרק ז, משנה ב, האומרת שמעות שנמצאו לפני סוחרי בהמה בהר הבית הם בגדר חולין, הרי שאין אומרים שההקדש, שהוא הבעלים על הר הבית, זוכה בהם בקניין חצר.

[21] ספר האגודה, מעילה, סימן א (הובא במגן אברהם, סימן קנד, ס"ק כג).
קצות החושן, סימן ר, ס"ק א, העיר על דברי האגודה, שלכאורה מאחר שלכל בני העיר יש חלק בבית הכנסת, יש לדון את חצר בית הכנסת כחצר השותפים, ולא כחצר ההקדש. אבל בנתיבות המשפט, סימן ר, בפתיחה (ד"ה ולפ"ז נתיישב), כתב שמאחר שהציבור שיעבד את מבנה בית הכנסת לטובת קיומן של תפילות בו, יש לראות את חצר בית הכנסת כחצר שהושכרה להקדש על ידי הציבור, ולכן חל עליה הכלל שאין קניין חצר להקדש.
שו"ת עונג יום טוב, סימן טז, כותב שחצר בית הכנסת דינו כחצר השותפים, ובכל זאת אין החצר קונה עבור בני העיר, שכן בית הכנסת נבנה לטובת כלל תושבי העיר, ואף לקטינים ולפסולי דין יש חלק בו; ומאחר שחצרו של פסול דין אינה קונה לו, אין חצר בית הכנסת קונה גם עבור הכשרים לזכות בקניין חצר, כדין פיקח ושוטה שהגביהו מציאה ביחד, שאין המציאה קנויה לאף אחד מהם (בבא מציעא ח ע"א). בדבריו טמונה דחייה לדברי נתיבות המשפט, שרואים כאילו הציבור השכיר את בית הכנסת להקדש: הדחייה היא, שהיות שבית הכנסת שייך גם לקטינים, אין בכוח הציבור להשכירו. וראה עוד בעניין זה בשו"ת עטרת פז, שם.

[22] שו"ת עטרת פז, חלק א, כרך ג, חו"מ, סימן ו, אותיות ח־י. אף שהבגד שייך לגמ"ח, הרי זה משום שמי שתרם אותו התכוון להקנות אותו לגמ"ח, אבל הוא לא התכוון להקנות לגמ"ח את השטר, שהרי לא ידע על הימצאו בבגד, ועל כן השטר בגדר מציאה.

של בגדים כדי ליטול משם בגד, וכשהכניס את ידו לכיס הבגד מצא בו שטר של עשרה דולרים, הוא אינו חייב להעביר את השטר לגמ"ח, משום שהחדר הוא חדר של הקדש, וכיוון שאין קניין חצר להקדש, לא זכה הגמ"ח בשטר.

אבל למעשה, מאחר שיש לא מעט פוסקים שהכריעו שהקדש קונה בקניין חצר, השאיר ר' פנחס זביחי כפתוחה את השאלה האם מוצא השטר יכול ליטלו לעצמו. עם זאת, הוא כותב שאם החצר אינה משתמרת, השטר שייך למוצא, שהרי במצב זה אף אדם רגיל אינו קונה בקניין חצר[23].

אם כן, מציאה שנמצאה במקרקעין של נאמנות למטרות צדקה, דינו שנוי במחלוקת הפוסקים, האם היא שייכת לנאמנות, או שכל המוצאה זוכה בה. למעשה, מאחר שהמחלוקת בעניין זה לא הוכרעה, נראה שכל עוד נמצאים הנכסים במקרקעי הנאמנות, והמקרקעין הם בגדר חצר המשתמרת, הם שייכים לנאמנות, אולם אם החצר אינה משתמרת, או שהמוצא את הנכסים כבר נטל אותם, יהיו הנכסים שייכים למוצא. אם היא שייכת לנאמנות, נאמר לגביה את מה שאמרנו לגבי מציאה במקרקעין של נאמנות פרטית. אם היא שייכת למוצאה, הרי גם אם הנאמן מצא אותה, היא רכוש פרטי שלו, ואינו חייב לטפל בה כבנכסי הנאמנות, אלא אם כן משתמע אחרת מהסכם הנאמנות או מאומד דעת הצדדים.

פרק שלישי

ירידה לנכסי הנאמנות "בשל חובות המוטלים עליהם"

החוק אוסר לרדת לנכסי הנאמנות לפירעון חובות, אך מתיר זאת לפירעון חובות "המוטלים על נכסי הנאמנות". מאחר שהנאמנות אינה ישות משפטית הכשרה לשאת בחובות, משמעותו של הביטוי "חובות המוטלים על נכסי הנאמנות" היא: חובות שנוצרו בגלל נכסי הנאמנות, דוגמת מיסי עירייה, מיסים המוטלים על רווחים שהופקו מנכסי הנאמנות ועוד. רק לשם פירעון חובות מסוג זה רשאי הנושה לרדת לנכסי הנאמנות[24].

יש להעיר שהמשנה במעילה (שעליה דיברו הראשונים הנ"ל) עסקה בהקדש השייך לבית המקדש, ואילו עטרת פז מדבר על נכסי גמ"ח, שנקרא "הקדש" רק בהשאלה. גם הפוסקים שיובאו בסמוך הבינו שלעניין זה, כל רכוש ציבורי המיועד למצווה דינו כהקדש לעניין זה. בדבר סוגי ההקדש ראה להלן, ליד ציון הערה 45.

[23] שו"ת עטרת פז, שם, אות י (ד"ה ובעניין זה), מביא מדברי שו"ת תשובות והנהגות, חלק א, סימן תתיט, ש"בבתי מדרשות המצויים בזמנינו שהם שייכים לרב מסוים שהוא דואג לאסוף הכסף ורושם המקום על שמו ושייך ליורשיו אחריו לצורך בית הכנסת, בכהאי גוונא [=באופן זה] לא חשיב חצר של הקדש אלא חצר פרטית... ובסוף סיים גבי אותם בתי כנסיות שאחד אוסף הכסף ונרשם הבית הכנסת על שמו... לא נקרא של הקדש ואין זה שייך למוצא אלא שייך לבעל המקום". אבל אין ללמוד מדבריו לנאמן שמקבל על עצמו את כל ענייני ניהול ההקדש, בעוד שההקדש נוצר על ידי אחר, שהרי בתשובה הנ"ל מדובר במי שיזם את קניית בית הכנסת (או את בנייתו) בעצמו.

בעניין קניין חצר בחצר של הקדש או של צדקה, ראה: ברכת אמת, סימן ה, עמ' לח; מעיין החכמה, בבא מציעא כו ע"א; שו"ת הרי בשמים, מהדורא תניינא, סימן ב.

[24] ע"פ כרם, סעיף 127, עמ' 289-290. כדי להימנע מן הקושי שבייחוס החובות לנכסי הנאמנות, מוצע בתזכיר

במשפט העברי, הכלל הוא[25]: "נכסי דבר איניש אינון ערבין ביה [=נכסיו של בן אדם ערבים לו]", וניתן לרדת לנכסיו של אדם כדי לפרוע את חובותיו. ברור שחובות המוטלים בגלל נכס, כגון מיסים, מוטלים על בעליו של הנכס. לכן, ברור גם שחובות המוטלים בגלל נכסי הנאמנות מוטלים למעשה על בעליהם, וניתן לרדת לנכסי הנאמנות לשם פירעונם.

פרק רביעי

ירידה לנכסי הנאמנות בשל חובות "הנובעים מפעולות הנאמנות"

חובות הנובעים מפעולות הנאמנות הם חובות שנוצרו מחמת פעולות שעשה הנאמן במסגרת מילוי תפקידו, כגון שכרם של רואה חשבון או עורך דין המסייעים לנאמן בניהולה היעיל של הנאמנות.

בסעיף 1, פרק שני, עמדנו על כך שיש נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא זיקה של שליחות, ויש נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא זיקה של קניין. אם הנאמן הוא שליח, כל פעולה שעשה במסגרת מילוי תפקידו כאילו נעשתה על ידי יוצר הנאמנות (השולח) בעצמו, כיוון ש"שלוחו

הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 568, להחליף את הביטוי "חובות המוטלים עליהם" ב"חובות המוטלים בקשר לנכסים אלה".

שאלה זו עולה במשפט העברי רק לעניין נאמנות פרטית, שנכסיה חייבים במיסים כמו כל נכס, אבל נכסי נאמנות למטרות צדקה או מצווה אחרת פטורים ממיסים. הגהות מרדכי, בבא בתרא, סימן תרס, פסק: "אין לקהל לתבוע מסים או ארנוניות ממעות של הקדש או של צדקה". כדבריו פסקו שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנט, סעיף ו, ורמ"א, חו"מ, סימן קסג, סעיף ג. כמו כן, שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן ו, כתב שמעות של מצווה (נידונו: מעות שהוקדשו לתלמוד תורה) פטורים ממס.

לבוש, יו"ד, סימן רנט, סעיף ז, נימק את הפטור ממס: "מפני שאינם צריכין שימור, דשמורים ועומדים הם". כלומר, מטרת המיסים היא השתתפות בהוצאת ההנהגה לשמירת נכסי האנשים מפני גניבות וכדומה, ואילו לנכסי מצווה אין צורך בשמירה שהרי הקדוש ברוך הוא שומר עליהם בעצמו. כנראה, הוא מסתמך על האמור בבבא בתרא ז ע"ב, שתלמיד חכם פטור ממיסים מפני שאינו זקוק לשמירה.

השולחן ערוך הזכיר רק מעות צדקה, מפני שזה הנידון ביו"ד שם, אבל הלבוש כתב בלשון כללית, "מעות של מצוה".

שאלה בעניין זה הופנתה גם לרבנו ניסים גירונדי, אך לצערנו רק השאלה נשמרה, בשו"ת הר"ן, סימן ב, ואילו תשובתו אבדה. במקום זה, נדפסה שם תשובת ר' יצחק דאלאטש, "אחד משותפי המדפיסים" של שו"ת הר"ן, לשאלה זו. תחילה הוא מעלה אפשרות לפטור ממס מתוך השוואה להקדש של בית המקדש שפטור ממעשר (פאה, פרק ד, משנה ח), ומבסס את ההשוואה על כך שדין הקדש עניים כדין הקדש של בית המקדש לעניין ריבית (שו"ת מהרי"ק, שורש קצד; על ההשוואה ראה להלן, ליד ציון הערה 45); אבל הוא דוחה, שדין זה נאמר רק בהקדש של בית המקדש שבא "משולחן גבוה". עוד אפשרות שהוא מעלה לפטור, היא משום שלממון זה אין בעלים; אבל הוא דוחה נימוק זה, מפני שאין בכך כדי לפוטרו ממיסים המוטלים על הנכס עצמו. במסקנתו הוא פוטר מפני ששאר בני העיר חייבים לשלם את המס במקום אותו ממון של צדקה, וזאת במסגרת הכפייה לתת צדקה. אלא שנימוק זה טוב רק לכספי צדקה ולא לכספי מצווה אחרת.

הרמ"א שם סייג דין זה בכך ש"אם יש לו [=למי שמחזיק בכספי הצדקה] הנאה מן הריווח או לזרעו אחריו — נותן כפי הנאה שבהן".

[25] בכורות מח ע"א. וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן מט, סעיף י.

של אדם כמותו"[26]. מכאן מתחייבת המסקנה שחיוב שנוצר מחמת פעולות הנאמן מוטל על יוצר הנאמנות, ולשם פירעונו ניתן לרדת לכל נכסיו[27], ואף נכסי הנאמנות בכלל זה.

נראה שכך הדין גם בנאמן שהועברה אליו בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, שמכוחה הוא מוסמך לפעול בהם. במסגרת בעלות מוגבלת זו, מקבל הנאמן את הזכות לעשות בנכסים שימוש כמנהג בעלים לשם הגשמת מטרות הנאמנות, ובכלל זכות זו גם היכולת לשעבד את נכסי הנאמנות לטובת חיובים הנחוצים להגשמת מטרות אלו.

נמצאנו למדים, שבין אם זיקת הנאמן לנכסי הנאמנות היא של שליחות ובין אם היא של קניין, ניתן לרדת לנכסי הנאמנות לשם פירעון חובות הנובעים מפעולות הנאמנות. ואכן, לפי המשפט העברי התחייבויות שהתחייב אפוטרופוס של יתומים לשם סיפוק צרכיהם, נגבות מנכסי היתומים[28]. בעקבות זאת, קבעו בתי הדין שחובות הנובעים מפעולות הקדש הם חובותיו של ההקדש, וניתן לפרוע חובות אלו מנכסיו[29].

פרק חמישי

חובות שלשם פירעונם "אין לרדת לנכסי הנאמנות"

א. מבוא

לשון החוק אינה מבהירה מפני אלו נושים מבקש החוק לחסן את נכסי הנאמנות: מפני נושיו של יוצר הנאמנות, של הנהנה או של הנאמן? ואולי נועדה לשון החוק להגן על נכסי הנאמנות מפני כל הנושים האלו גם יחד?

לדעת כרם[30], ההיסטוריה החקיקתית מלמדת שסעיף זה נועד לחסן את נכסי הנאמנות מפני תביעות נושיו של הנאמן.

מנסחי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות ביקשו להבהיר עניין זה, וניסחו את הסעיף כך[31]: "נושי הנאמן אינם זכאים להיפרע מנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים בקשר לנכסים אלה, או הנובעים מפעולות הנאמנות".

לשם הצגת התמונה בשלמותה, נבחן את עמדת המשפט העברי בדבר האפשרות להיפרע מנכסי הנאמנות על ידי נושיו של יוצר הנאמנות, על ידי נושיו של הנהנה ועל ידי נושיו של הנאמן. כפי שנראה, נוסח התזכיר קרוב יותר לעמדת המשפט העברי מנוסח החוק, מפני שלפי המשפט העברי, נושיהם של יוצר הנאמנות והנהנים יכולים להיפרע מנכסי הנאמנות במצבים מסוימים, מה שאין כן בנושיו של הנאמן.

[26] קידושין מא ע"ב. וראה בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 2.

[27] ראה לעיל, ליד ציון הערה 25.

[28] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיפים ד, ז, יא, יד.

[29] ראה למשל: בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 118. וראה גם בסעיף 8 של חוות דעתו של מ' ויגודה, "פירוק עמותה — גבייה מנכסי הקדש שבניהולה", באתר האינטרנט של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים.

[30] ראה בהרחבה כרם, סעיפים 123-126, עמ' 286-289. וראה גם: ת"א (שלום ת"א) 37424/04 עגם מפעלי מתכת בע"מ נ' רו"ח שחם דוד, תק-של 2006(1) 1007, 1012.

[31] תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 568.

ב. חובותיו של יוצר הנאמנות

(1) נאמנות פרטית

כאמור, נכסיו של אדם ערבים לפירעון חובותיו[32], ולפיכך כל זמן שיוצר הנאמנות שומר על זיקתו הקניינית לנכסי הנאמנות, יוכלו נושיו להיפרע מנכסים אלו. אם העביר יוצר הנאמנות את הבעלות בנכסי הנאמנות לאחרים, זכותם של נושיו להיפרע מהם תיקבע בהתאם לדיני השעבודים במשפט העברי.

(2) נאמנות למטרות צדקה

האמורא רבא קובע, שהקדש מפקיע מידי שיעבוד[33]. כלומר, נכס שהיה עליו שיעבוד מכוח חוב, ובעליו הקדיש אותו, השיעבוד פוקע. קביעה זו נאמרה במקורה על הקדש לבית המקדש, אך אם נקיש מקביעה זו לכל הקדש למטרות צדקה, כפי שנוהגים רבים מן הפוסקים להקיש זה לזה בתחומים שנים[34], נוכל לכאורה ללמוד ממנה שאין לרדת לנכסי נאמנות למטרות צדקה לשם פירעון חובו של יוצר הנאמנות, אף אם חוב זה נוצר לפני שנוצרה הנאמנות.

אולם ממקורות אחרים בתלמוד עולה, שאין יצירת הקדש מפקיעה שעבוד שהיה על הנכס שהוקדש. כך למשל, נקבע במשנה[35] שאם אדם הקדיש נכסים שלו המשועבדים לכתובת אישה או לפירעון חוב, יכולים נושיו לגבות את החוב או את הכתובה מנכסי ההקדש, אלא שקודם לכן עליהם לפדות את ההקדש בסכום סמלי[36]. הרי שהקדשת הנכסים אינה מונעת מן הנושה לרדת לנכסי ההקדש כדי לגבות מהם את המגיע לו מן החייב.

עוד נקבע במשנה[37] שנושה המבקש להיפרע מנכסי חייב שהוקדשו, נדרש קודם לכן להישבע שהחוב עדיין לא נפרע. גם מכאן עולה שההקדשה איננה מפקיעה את החוב.

רוב הראשונים[38] יישבו את הסתירה בין הלכות אלו באמצעות הבחנה בין "קדושת הגוף" לבין "קדושת דמים". רק על נכס המוקדש ב"קדושת הגוף", כגון בהמה המוקדשת לשם הקרבתה על גבי המזבח, אמר רבא שההקדש מפקיע שעבוד. לעומת זאת, הקדשת נכס ב"קדושת דמים", כגון הקדשת כספים לשם רכישת קרבנות או לשם תיקון בית המקדש ושכלולו ("בדק הבית"), אינה מפקיעה שעבוד[39].

[32] ראה לעיל, ליד ציון הערה 25.

[33] יבמות מו ע"א, סו ע"ב; כתובות נט ע"ב; נדרים פו ע"ב; גיטין מ ע"ב; בבא קמא צ ע"א.

[34] על כך ראה בסעיף 1, הערה 77.

[35] משנה, ערכין, פרק ו, משנה ב; בבלי כג ע"ב.

[36] כדי "שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון", ע"פ ר' אבהו בערכין כג ע"ב.

[37] משנה, שבועות, פרק ו, משנה ד; בבלי לח ע"ב. כך הסביר אותה שמואל בשבועות מב ע"ב.

[38] ראה: רש"י, כתובות נט ע"ב, ד"ה דקדושת הגוף, וד"ה הקדש, פסחים לא ע"א, ד"ה ואתי, ובבא קמא צ ע"א, ד"ה הקדש; תוספות, גיטין מ ע"ב, ד"ה הקדש, ובבא קמא צ ע"א, ד"ה הקדש; חידושי הרשב"א, גיטין מ ע"ב, ד"ה כדרבא; בית הבחירה, כתובות נט ע"ב, ד"ה הקדש; חידושי הריטב"א, כתובות שם, ד"ה וכדרבא.

[39] יש שתי דרכים נוספות ליישוב הסתירה. דרך אחת היא של רב האי גאון, המובא בספר התרומות, שער מג, חלק ג, אות א, שהקדש מכל סוג שהוא מפקיע שעבוד (אף אם הקדיש הלווה נכס שהוא ייחד לפירעון ההלוואה — אפותיקי), ובלבד שיהיו ללווה נכסים אחרים שיוכל לפרוע מהם את חובו. אם אין ללווה נכסים אחרים, אין ההקדש מפקיע את השעבוד, גם אם הוקדשו הנכסים בקדושת הגוף בלבד.
דרך אחרת ליישוב הסתירה מתבססת על דברי רבנו תם בספר הישר (מהד' שלזינגר, ירושלים תשי"ט), סימן קיג, הכותב שאם הוקדשו מיטלטלין, אף אם קדושתם היא קדושת דמים, היא מפקיעה מידי שעבוד (דבריו

בהתאם לכך, פסק השולחן ערוך[40] ש"איסור הנאה מפקיע מידי שעבוד כמו קדושת הגוף", ומכאן שקדושת דמים אינה מפקיעה שעבוד. וכך אמנם מבהיר הרמ"א[41]: "אבל קדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד, אלא יפדנו המלווה בדבר מועט, שלא יאמרו הקדש יוצא לחולין בלא פדיון".

מנגד, הרמב"ם פסק[42]: "המקדיש נכסיו, אין בעל חוב יכול לטרוף מן ההקדש, שההקדש מפקיע השעבוד. וכשפודין הקרקע מיד ההקדש, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו על מנת שיתן לבעל חוב את חובו ולאשה כתובתה. לפיכך לכשתפדה ותצא לחולין ביד הלוקח, יבא בעל חוב ויטרוף אותה או האשה בכתובתה". הרי שהוא פוסק בסתמיות את ההלכה שהקדש מפקיע את נכסי החייב מן השעבוד, ושלא כשאר הראשונים, אין הוא מבחין בין קדושת הגוף לקדושת דמים; אלא שהוא מסייג זאת בכך שנושיו של המקדיש רשאים לגבות את חובם מן הנכסים אם אדם אחר פדה אותם מן ההקדש.

המגיד משנה הסביר[43] שלדעת הרמב"ם, "כל הקדש מפקיע מידי שיעבוד, ואם הוא קדושת הגוף — ההפקעה עולמית, ואם הוא קדושת דמים — נפקע עד שיפדה". כלומר, גם בנכס שהוקדש בקדושת דמים, הנושה אינו רשאי לממש את השעבוד שיש לו עד שייפדה הנכס מן ההקדש. ברם, המגיד משנה עצמו מציין ש"כל המפרשים ראיתי חלוקים עליו [=על הרמב"ם]".

נכסי הקדש למטרות צדקה הם, לכל היותר, בגדר נכסים שהוקדשו ב"קדושת דמים". לפיכך, אם נשווה בין דינם של שני סוגי הנכסים הללו, לדעת הרמב"ם לא יוכלו נושיו של יוצר ההקדש לרדת לנכסי ההקדש לשם פירעון חובו של יוצר ההקדש כלפיהם. אולם כאמור, דעתו היא דעת יחיד, ואילו רוב הפוסקים סבורים שקדושת דמים אינה מפקיעה שעבוד. לפיכך, אף אם נניח שדין נכסי נאמנות למטרות צדקה כדין נכסים שיש עליהם "קדושת דמים", אין ביצירת הנאמנות כדי להפקיע שעבוד המוטל על יוצרה, ונושיו של היוצר רשאים לרדת לנכסי הנאמנות לשם פירעון חובותיו של היוצר כלפיהם. וכך אמנם פסק הרשב"א, כשנשאל על זכותו של נושה לרדת לנכסי הקדש עניים כדי לגבות את חובו של יוצר ההקדש כלפיו[44].

הובאו גם בחידושי הרשב"א, גיטין מ ע"ב). ראה גם בדברי בית הבחירה והריטב"א, לעיל הערה 38. לפי דבריו, אפשר להסביר שדברי רבא אמורים במיטלטלין, בעוד המקורות האחרים עוסקים במקרקעין.

חידושי הרשב"א, בבא קמא מט ע"ב, נוקט שהקדש אינו מפקיע שעבוד.

40 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קיז, סעיף ז.

41 רמ"א, שם.

42 רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק יח, הלכה ז.

43 מגיד משנה, על הרמב"ם שם (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קיז, סעיף ז). רבים דנו בהסבר שיטת הרמב"ם ובפירוש סוגיות התלמוד השונות לשיטתו. ראה על כך במקורות המצוינים בספר המפתח על הרמב"ם, מהדורת פרנקל, שם, וכן על הלכות ערכין וחרמין, פרק ז, הלכות יד־טז. עוד בעניין זה ראה קהלת יעקב (אלגזי), תוספות דרבנן, מערכת ה, אות קטו, בהרחבה.

44 שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תריח. ראה גם: שו"ת הריטב"א, סימן קסז; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שלד וסימן תקיג; שו"ת דברי ריבות, סימן תטו; שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן ו; שו"ת אדמת קודש, חלק א, אהע"ז, סימן לד.

הרשב"א שם סייג את דבריו בכך שאם הנכסים שהוקדשו הם מיטלטלין, יש לנושה זכות להיפרע מהם רק אם השעבוד נוצר בדרכים המתאימות לשם יצירת שיעבוד בנכסים מסוג זה לפי ההלכה. הדיון בדרכים ליצירת שיעבוד במיטלטלין חורג מענייננו, ולעת עתה ראה: רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק יח, הלכות א־ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף א.

זאת ועוד: לדעת רבים מן הפוסקים, דיניהם של נכסי נאמנות למטרות צדקה שונים מדיני נכסים הקדושים ב"קדושת דמים"[45]; ולפי דעה זו, ברור שיצירת נאמנות מסוג זה אינה יכולה להפקיע שיעבוד מנכסים אלו[46].

לאור זאת, ניתן לסכם ולומר שיצירתה של נאמנות למטרות צדקה (או למצווה אחרת) אינה מפקיעה את נכסי הנאמנות מידי שיעבוד שהיה עליהם עקב חוב של יוצר הנאמנות.

אולם זכותו של נושה של יוצר נאמנות למטרות צדקה לרדת לנכסי הנאמנות כדי להיפרע מיוצרה, מצומצמת בהיבטים אחדים יותר מזכותו של כל נושה[47].

(א) השולחן ערוך פוסק[48]: "הקדשות הרי הם כמשועבדים, ואין נפרעים מהם כל שיש לו בני חורין". כלומר, כשם שנושה יכול לגבות מקרקע שמכר החייב, רק בתנאי שאין בידי החייב נכסים אחרים ("בני חורין")[49], כך הוא יכול לגבות מקרקע שהקדיש החייב רק בתנאי שאין בידי החייב נכסים אחרים[50]. לכן, אם הנושה מבקש להיפרע מנכסי יוצר הנאמנות, עליו לבדוק תחילה האם יש לו נכסים פרטיים שמהם ניתן להיפרע, ורק אם לא מצא בידיו נכסים כאלה, יוכל לרדת לנכסי הנאמנות.

(ב) יש אומרים, שאין הנושה רשאי לרדת לנכסים שהקדיש החייב אם מקור החוב כלפיו הוא בהתחייבות שבעל פה, כשם שאינו יכול לגבות מנכסים שמכר החייב אם החיוב היה בעל פה[51].

(ג) יש אומרים, שהמקדיש מיטלטלין, גם אם הקדישם רק בקדושת דמים, אין נושהו יכול לגבות מהם[52], כמו שהמוכר מיטלטלין, אין נושהו יכול לגבות מהם. אמנם, הדברים נאמרו

[45] הבדל יסודי הוא לעניין "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" — ראה סעיף 17, פרק שלישי, ד.

[46] כך פסק בשו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ, חלק ד, חוט המשולש, טור ב), סימן ז (והשווה לדברי זקנו הרשב"ץ, תשב"ץ, חלק ב, סימן קנא וסימן רפב). כך משמע גם מדברי שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תריח, וחלק ה, סימן קלה; והשווה לדבריו בשו"ת המיוחסות לרמב"ן, סימן רסט.

[47] ייתכן שיש צמצום נוסף, וזאת על פי האמור בשבועות מב ע"ב, שנושה הגובה מנכס שהקדיש החייב, צריך להישבע לפני שהוא גובה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 37). אם נניח שדין הקדש עניים וכדומה כדין הקדש לבית המקדש, נמצא שנושהו של יוצר ההקדש יצטרך להישבע לפני שיוכל לגבות מנכסי ההקדש.

[48] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קיא, סעיף ב. מקורו בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קיא. יש להניח שהם התכוונו להקדש לצורך מצווה, שהרי הם כתבו זאת כפסיקת הלכה למעשה, ובימיהם לא היה הקדש לבית המקדש.

[49] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קיא, סעיף ח.

[50] דין זה מפורש בקצות החושן, סימן קיא, ס"ק ב; בשו"ת משפטים ישרים, חלק א, סימן קלא; ובשו"ת צדקה ומשפט, חו"מ, סימן לד, ד"ה והנה נ"ל. הדין מקביל לדברי רב האי, לעיל, הערה 39.

[51] כך משמע מדברי הש"ך, חו"מ, סימן רנה, ס"ק ח, שכתב "מלוה על פה אינו גובה מן ההקדש". וכך כתבו במפורש בית מאיר, אבן העזר, סימן צ, סעיף ב, ד"ה הג"ה האב, ושו"ת צדקה ומשפט, חו"מ, סימן לד, ד"ה והנה נ"ל. הש"ך אמנם מדבר על הקדש לבית המקדש, אבל שו"ת צדקה ומשפט מדבר על הקדש לבית כנסת.

דעה חולקת: קצות החושן, סימן קיז, ס"ק ג, כתב שגם נושה בחוב בעל פה יכול לגבות מנכס שהקדיש החייב (וראה שם, שבעניין זה נחלקו הרי"ף והרמב"ן). וראה גם בדבריו, סימן קיא, ס"ק ב. יש שהשאירו שאלה זו ב"צריך עיון"; ראה: שו"ת משפטים ישרים, חלק א, סימן קלא.

[52] משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק יח, הלכה ו. ראה גם הערה 39 בשם רבנו תם.

דעה חולקת: קצות החושן, סימן קיז, ס"ק ג, כותב שהנושה יכול לגבות גם ממיטלטלין שהקדיש החייב.

בהקדש לבית המקדש, אבל ייתכן שדין הקדש למטרות צדקה כדין הקדש ממש לעניין זה, כפי שהצבענו לעיל על כך שיש פוסקים המקישים זה לזה.

נראה כי ההלכה בעניין זה לא הוכרעה, ולפיכך נוכל מחמת הספק לסכם את ההלכה כך: נושה של יוצר הנאמנות רשאי לרדת לנכסי נאמנות למטרות צדקה כדי להיפרע מן החייב, ובלבד שהחוב נוצר על ידי התחייבות בכתב, ואין בידי החייב נכסים אחרים שמהם ניתן להיפרע, והנכסים הם מקרקעין.

כל האמור הוא לעניין חוב שנוצר לפני יצירת הנאמנות, כאשר השאלה היא האם שיעבוד הנכס לחוב מופקע על ידי יצירת הנאמנות. אשר לחוב של יוצר הנאמנות שנוצר לאחר יצירת הנאמנות, השאלה האם נכסי הנאמנות משועבדים לפירעון החוב תלויה במידה רבה בשאלה האם יצירת נאמנות למטרות צדקה מפקיעה את בעלותו של יוצר ההקדש על נכסי הנאמנות. שאלה זו תידון בהרחבה בסעיף 17, פרק שלישי, ג. גם לפי הדעה שיצירת נאמנות למטרות צדקה מפקיעה את בעלותו של יוצר הנאמנות על נכסי הנאמנות, ייתכן שנכסים אלו יהיו משועבדים לפירעון חוב שנוצר לאחר יצירת הנאמנות, אם יוכח שיצירת הנאמנות נועדה כדי למנוע מן הנושה להיפרע מן החייב[53].

ג. חובותיו של הנהנה

(1) נאמנות פרטית

בפני ר' יעקב וייל[54] הוצגה השאלה הבאה: אדם הורה לנאמן[55] לתת לבנו, לאחר שנתיים מיום נישואיו, סך מסוים של כסף. לימים, השתמד הבן. ההלכה היא, שיהודי שהשתמד, נכסיו נעשים הפקר, וכל הקודם לזכות בהם, זכה[56]. האב טען, שמאחר שעוד לא הגיע הכסף למשומד, הוא (האב) זכה בו מן ההפקר. אולם אשת המשומד טענה שהכסף משועבד לפירעון כתובתה ולמזונותיה, ולכן היא זכתה בכסף מן ההפקר לפני האב. ר' יעקב וייל פסק שמאחר שאין הבן זכאי לקבל את הכסף אלא לאחר שנתיים מנישואיו, הרי כל זמן שלא בא הכסף לידיו, אין הוא בבעלותו, וממילא לא חל עליו שיעבוד לטובת אשתו או לטובת שאר חובות הבן[57].

[53] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קיא, סעיף ב, שלווה שמכר את נכסיו לפני נטילת ההלוואה כדי להבריח אותם מן הנושה, הנושה יכול לגבות מן הנכסים.

[54] שו"ת מהר"י וייל, סימן מ (הובא בדרכי משה, חו"מ, סימן רפג, ס"ק ב).

[55] פרטי המעשה אינם ברורים מלשון התשובה. שם נאמר ש"פסק [האב] ליתן לו [לבנו]" סכום מסוים בנדוניה, וכתבו בשטר "לפרוע המעות שנתיים אחרי הזמן המפורש בשטר", ו"שלא היה רשות לשמעון [האב] ליתן מאומה מהקרן, והקרן יהא קיים עד כלות השנתיים". עוד נאמר שם שמסרו את השטר ליוסף רורפ"ן, עם ההוראה "שלא יחזירו לזה בלא זה". בית מאיר, אבן העזר, סימן ק, סעיף ב, נקט שהמעשה היה "שהתחייב לבנו נדוניא לשלם שנתיים אחרי החתונה".

[56] אור זרוע, בבא בתרא, סימן קה; מרדכי, קידושין, סימן תצב; רמ"א, חו"מ, סימן רפג, סעיף ב.

[57] אבל בית מאיר, שם, מפקפק בדברי מהר"י וייל, וסבור שבמקרה זה, השעבוד של האב לשלם לבנו חל מיד, אלא שזמן הפרעון נדחה בשנתיים.
מהר"י וייל שם מנמק נימוק נוסף, על פי הדין שאישה אינה גובה כתובה מנכסים שלא היו בחזקתו של הבעל בזמן חיוב הכתובה והגיעו אליו רק אחר כך. נימוקו זה הובא ברמ"א, אבן העזר, סימן ק, סעיף ב. ראה עוד בעניין זה: שו"ת מהרי"ל, סימן עה (על מקרה דומה); שו"ת מהר"י וייל, סימן פג; כנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא קמא, סימן קז, הגהות בית יוסף, אות יב; חלקת מחוקק, סימן ק, ס"ק יג; בית שמואל, סימן ק, ס"ק יג; ט"ז, שם, ס"ק ד. נימוק זה הוא ייחודי לדיני כתובה, ואין ללמוד ממנו לנושים אחרים.

מן התשובה עולה, שאם הנהנה אינו בעלים של נכסי הנאמנות, אין נושיו רשאים לרדת לנכסי הנאמנות לשם פירעון חובותיו.

אמנם, לעיל[58] הצענו את האפשרות, שיוצר הנאמנות יעביר לנהנה בעלות בפירות נכסי הנאמנות או בגופם. אולם נראה שגם אם יעשה כן, לא יועיל הדבר לנושים, משום שבירידתם לנכסי הנאמנות לשם פירעון חובותיו של הנהנה, יימצאו פוגעים בזכויותיו הקנייניות של מי שבידיו יתרת זכויות הקניין בנכסי הנאמנות. כמובן, במצב כזה יוכלו נושי הנהנה להיפרע מזכויות הנהנה בלבד, כגון, אם לנהנה ניתנה בעלות בגוף הנכסים, בכפוף לזכות יוצר הנאמנות בפירותיהם, יוכלו הנושים לדרוש את רישום הנכס על שמם, בכפוף לזכות היוצר ליהנות מפירותיו.

(2) נאמנות למטרות צדקה

התוספתא קובעת[59]: "מעשר עני[60] — אין גובין ממנו מלוה וחוב". מהלכה זו הסיק הראבי"ה[61] שאין עני חייב לפרוע חובותיו מממון שהשיג על ידי קיבוץ נדבות. נימוקו הוא, שמן הסתם, התורם נתן לו את הכסף על דעת שיפרנס בו את בני משפחתו, ולא על דעת שיפרע בו את חובו[62].

גם על נימוק זה חלק בית מאיר, שם, בטענה שהדין שאישה אינה גובה כתובה מ"ראוי" אמור רק בנכסים שהגיעו לבעל אחרי מותו, ואילו כאן הבעל היה בחיים; ולדבריו אף הרמ"א חולק בזה על מהר"י וייל, ואכן הרמ"א כתב דין זה בלי לציין שהשתמד, וכוונתו למצב שהבעל מת תוך השניים (אף שמהר"י וייל עצמו לא דיבר על מצב כזה).

[58] סעיף 1, פרק שישי.

[59] תוספתא פאה, פרק ד, הלכה טז. הדין מופיע גם בתוספתא שביעית, פרק ז, הלכה ו.

[60] בתוספתא פאה שם, מהדורת ליברמן (עפ"י כתב יד וינה), ובמהדורת הדפוס שבסוף ש"ס וילנה, הגרסה היא: "מעשר שני", אך במהדורת צוקרמנדל (ע"פ כתב יד ערפורט) הגרסה היא "מעשר עני", וכך סבור ליברמן, תוספתא כפשוטה, פאה, עמ' 188, על שורה 51, שיש לגרוס, וזאת על פי דברי רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ו, הלכה יז, והראבי"ה שיצוין להלן, הערה 61. וראה גם מנחת ביכורים על התוספתא שם. אבל בהגהות מיימוניות, הלכות מלווה ולווה, פרק ב, אות א, כתב: "בתוספתא דפאה... מעשר שני אין פורעין ממנו מלוה וחוב וכו'. יש רוצים לדמות לזה אדם שמקבץ צדקה מן הקהלות שאין פורעין מזה". וכן הגרסה באור זרוע (להלן, הערה 61). ועיין עוד בגליון הש"ס על הירושלמי, מעשר שני, פרק א, הלכה א, בתחילתו.

הבדל נוסח נוסף, שיכולות להיות לו משמעויות הלכתיות, הוא בין המילה "גובין", למילה "פורעין", שבנוסח התוספתא, שביעית שם, וכך היא מצוטטת בהגהות מיימוניות, שם. אפשר שההבדל בין "אין גובין" ל"אין פורעין" הוא ש"אין גובין" אוסר על הנושה לגבות חובו מכספי הצדקה, בעוד ש"אין פורעין" אוסר על החייב לפרוע חובו מכספים אלו.

[61] ראבי"ה, המובא באור זרוע, חלק א, הלכות צדקה, סימן יא, במרדכי, בבא בתרא, סימן תצז, ובהגהות מרדכי, בבא בתרא, סימן תרנט.

יש להעיר, ששיטת הראבי"ה מבוססת על ההבנה שהתוספתא עוסקת בזכות הנושה לעקל את הכסף שקיבל העני. אולם רבים מפרשים שכוונת התוספתא היא שכהן, לוי או עני שקיבל מעשר, והוא חייב כסף לאדם אחר, אינו רשאי לתת את פירות המעשר לנושה. ראה: שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תשנג; שו"ת בשמים ראש, סימן צג, ובהגהות כסא דהרסנא, שם; ביאור הגר"א, יו"ד, סימן רנג, ס"ק יח; ערוך השולחן, יו"ד, סימן רנג, סעיף כ; שו"ת שבט הלוי, חלק ב, סימן קכה. שבט הלוי, שם, כותב שהמעיין באור זרוע, שם, ימצא שלפי ההנמקה של ההלכה, מסקנת הראבי"ה נכונה אף שאין היא עולה ישירות מן התוספתא, "דאנן סהדי דאדעתא לפרוע נושיו לא יהבו ליה, שנתנו ליה אדעת אשתו ובניו והם זכו בקבלתו, ולאו כל כמיניה ליתן ממונם לבעל חובו".

[62] כך נימק באור זרוע ובהגהות מרדכי, שם.

מדברי הראבי״ה מתבקשת המסקנה שבנאמנות למטרות צדקה, אין להתיר לנושיו של הנהנה לרדת לנכסי הנאמנות לשם פירעון חובות הנהנה כלפיהם אף לאחר שעברו הנכסים לבעלותו המלאה של הנהנה, וודאי שלא נתיר להם לעשות כן לפני שעברו הנכסים לבעלותו.

רבנו שמחה[63] חלק על הראבי״ה, וקבע שמאחר שכל נכסיו של אדם ערבים לפירעון חובותיו, גם נכסים שקיבל כצדקה בכלל זה, מפני שהם כמו מתנה שקיבל מן התורם, ולכן אף אליהם ניתן לרדת כדי לפרוע את חובותיו. לדבריו, התוספתא מתכוונת לומר רק שאין הנושה יכול לגבות את החוב ממעשר עני לפני שהגיע לידי העני (כלומר, שאם לנושה יש מעשר עני, אינו יכול לעכבו לעצמו בתור פרעון חובו של העני כלפיו), מפני שבמעשר עני יש מצוות נתינה, ולכן עליו לתת את המעשר עני לעני, אבל אחרי שנתן, יוכל לגבותו חזרה כפרעון חובו[64].

לכאורה נימוק זה מבוסס על דעתו של ר׳ מאיר, בבבא מציעא עח ע״ב, ש״כל המעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן״. כלומר, מי שקיבל נכס כדי שישתמש בו בדרך מסוימת, והוא משתמש בו בדרך אחרת, נחשב כגזלן. לפי זה, אין להתיר לעני לפרוע חובותיו מנכסים שקיבל בתורת צדקה, משום שבכך הוא הופך להיות ״מעביר על דעת בעל הבית״, שדינו כגזלן. ברם, אין הלכה כר׳ מאיר, אלא אף שלא ראוי להעביר על דעת בעל הבית, אין בכך איסור גזלה (רי״ף, בבא מציעא מח ע״ב, בדפי הרי״ף; וראה סעיף 16, הערה 70). ואכן, מטעם זה רבנו שמחה (שיובא בסמוך), חולק על הראבי״ה. ייתכן שהראבי״ה עושה הבחנה בין נתינת נכס למטרות פרטיות לבין נתינה לשם צדקה: בנתינה לשם צדקה, אפשר שגם החולקים על ר׳ מאיר יסכימו שהנותן היה נמנע מלתת אילו היה יודע שישתמשו בכספים לשם פרעון חובותיו של העני. ראיה להבחנה זו ניתן למצוא בסוגיית התלמוד, שמנסה למצוא הלכה שר׳ מאיר אמר בה שהמעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן. בין השאר, מובאת ברייתא שבה אומר ר׳ מאיר: ״מגבת [=כסף שנגבה עבור] פורים לפורים, מגבת העיר לאותה העיר... ואין העני רשאי ליקח מהן רצועה לסנדלו, אלא אם כן התנה במעמד אנשי העיר״. התלמוד דוחה מקור זה משום שייתכן ש״אדעתא [=על דעת] דפורים הוא דיהיב [=שנתן] ליה, אדעתא דמידי אחרינא [=דבר אחר] — לא יהיב ליה״. מכאן, שאף לפי החולקים על ר׳ מאיר, יש להניח שהנותן כסף לעני לסיפוק צרכי סעודת פורים, לא היה נותן את הכסף אילו היה יודע שהעני לא ישתמש בכספים למטרה זו. באופן דומה, ייתכן שאף החולקים על ר׳ מאיר יסכימו שמי שנתן כסף לצדקה, לא היה מוכן לתת את הכסף אילו היה יודע שהכסף ישמש לפירעון חובותיו של העני. אבל אפשר לדחות הוכחה זו, שרק הנותן מעות לסעודת פורים מעוניין שהעני יקיים דווקא מצווה זו במעותיו, אבל הנותן צדקה לעני אינו מצפה שהעני ישתמש בכסף זה למטרה מסוימת דווקא.

שו״ת מהר״ם בר ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תשנג, לומד מדברי ראבי״ה, שעני אינו רשאי לפרוע את חובותיו מכספי צדקה שקיבל לפרנסת בני ביתו: ״שאין יכול לפרוע חובו ממעות צדקה דהא ודאי אנן סהדי דאדעתא דהכי יהבו ליה המעות... וכל שכן היכא דגלי אדעתיה דלאשתו ובניו יהבו ליה... שאפילו אם יוכל לשנות ולתן לבעל חובו, ורוצה לתן לו, יכולים אשתו ובניו למחות בידו כיון שהן לא לוו ממנו כלום, ואין חייבים לו, שהרי כשקבל זה — אדעת׳ דאשתו ובניו קבל, וזכו בהן בקבלנותו, ולאו כל כמיניה לתן ממונם לבע״ח״. ראה גם שו״ת הרדב״ז, חלק ד, סימן אלף רל (קנט).

[63] רבנו שמחה, הובא באור זרוע ובמרדכי, שם. אור זרוע מציין שרבנו דוד ממינצבורק הסכים עם רבנו שמחה. קצות החושן, סימן פו, ס״ק ג, מביא את שתי הדעות.

רבנו דוד ממינצבורק, המובא באור זרוע ובהגהות מרדכי שם, הביא ראיה מן ההלכה שנושה של כהן גובה את חובו מתרומות ומביכורים שקיבל הכהן (חולין קלא ע״א). לטענתו, אם אין בכוח קדושת התרומה והביכורים להפקיע את השעבוד, על אחת כמה וכמה שלא יהא בכוחו של הקדש לטובת עניים לגרום לכך. אבל אור זרוע דוחה ראיה זו, בכך שתרומה וביכורים הם מתנה מ״שולחן גבוה״ ואינם תלויים באומדן דעתו של הנותן, מה שאינו כן בצדקה.

[64] רבנו שמחה, באור זרוע שם.

בשו״ת חכם צבי, תשובות הנוספות, בליקוטים אחרי סימן ט, ליקוט יג, דוחה בדרך אחרת את הוכחת

השולחן ערוך קיבל את עמדת הראבי"ה, ופסק: "מי שצריך לבריות ושט אחר פרנסתו, ונתנו לו צדקה, אין בעלי חובות יכולים להיפרע ממה שגבה בצדקה"[65].

הרמ"א[66] סייג קביעה זו בכך שאם כשביקשו תרומה עבור העני, הזכירו שיש עליו חובות, רשאי הנושה לרדת לנכסים שקיבל העני כצדקה, כיון ש"נתנו לו אדעתא דהכי [=על דעת כן] שישלם"[67]. אולם לענייננו, נראה שאין להסיק מכך שאם יוצר הנאמנות היה מודע לכך שיש על הנהנה חובות, יוכלו נושיו לרדת לנכסי הנאמנות, אלא אם כן ברור שהיוצר היה מוכן שייעשה בנכסי הנאמנות שימוש לפירעון חובות אלו. למשל, אם יוכח שהמקדיש היה מודע לקיומו של החוב, אך קיומו של החוב לא הוזכר בכתב ההקדש, לא יוכל הנושה לרדת לנכסי הנאמנות כדי להיפרע מהם אף לאחר שהועברו הנכסים לידיו של הנהנה.

עוד ראוי להעיר, שדברי הרמ"א אמורים בצדקה הניתנת לעני, וייתכן שאין אומדנא זו קיימת בהקדש למוסד או למטרה אחרת.

ד. חובותיו של הנאמן

לעיל[68] אמרנו שגם נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא קניינית, זכותו בנכסי הנאמנות מוגבלת רק לזכויות הדרושות לו לשם מילוי תפקידיו[69]. אם כן, ברור שנושיו של הנאמן אינם יכולים לגבות את חובותיו מנכסי הנאמנות, שהרי פירעון חובותיו של הנאמן אינו חלק מ"סל" זכויות הקניין שמעניק יוצר הנאמנות לנאמן, ומשום כך ירידה לנכסי הנאמנות לשם פירעון חובות הנאמן כמוה כירידה לנכסיו של אדם לשם פירעון חובותיו של זולתו.

הראבי"ה מן התוספתא: כוונת התוספתא היא, שבעל השדה אינו יכול לתת את המעשר עני לנושה שלו בטובת ההנאה שלו. כלומר, ברור שאינו נפטר בכך מחובו לפי ערך כל המעשר עני, אלא שהיה מקום לומר שיוכל לנכות מחובו את הערך של "טובת ההנאה" (היינו, הערך של יכולתו לבחור לאיזה עני לתת); והתוספתא מלמדת שגם את זה אינו יכול לעשות.

[65] שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנג, סעיף יב. כך משמע גם מרמב"ם, הלכות עבדים, פרק ג, הלכה טו (ע"פ: ש"ך, חו"מ, סימן פו, ס"ק ג; משנה למלך על הלכות עבדים שם; הגהות כסא דהרסנא לשו"ת בשמים ראש, סימן צג, ד"ה אבל).

שו"ת שבט הלוי, חלק ב, סימן קכה, אות יב ופסקי דין — ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות, חלק ה, עמ' כז, קיבלו ללא עוררין את פסיקת השולחן ערוך. אבל ביאור הגר"א, יו"ד, סימן רנג, ס"ק יח, נוטה להכריע דווקא כדעת רבנו שמחה.

על הדין שאין גובים חוב מצדקה, ראה בירור הלכה, קידושין טו ע"א, ציון ד.

[66] רמ"א, יו"ד, סימן רנג, סעיף יב.

[67] בשו"ת בשמים ראש, סימן צג, סייג את ההלכה שאין נושה יכול לגבות מכספי צדקה שביד החייב, בסייג נוסף: אם קיבל העני סכום גדול בצדקה, העולה על צרכיו החיוניים, ואילו הנושה ייאלץ לחזר על הפתחים אם לא יורשה להיפרע מכספי הצדקה, יש לפשר בין העני לנושה ולהעביר חלק מכספי הצדקה לנושה. סייג נוסף הציע הגהות כסא דהרסנא שם: שהעני פטור מלפרוע את חובותיו מכספי הצדקה רק אם הוא בעל משפחה, בדומה למה שעוסק בו הראבי"ה, מפני שרק בנסיבות אלה יש להניח שהתורמים נתנו לו כדי שיפרנס את בני משפחתו ואינם מוכנים שהעני יפרע בכספי הצדקה את חובותיו.

[68] סעיף 1, פרק שני.

[69] השווה לדברי כרם, עמ' 271 ועמ' 286־287. וכן ראה ת"א (ת"א־יפו) 37424/04, הנ"ל בהערה 30.

פרק שישי

חובת הפרדת הנכסים — "להחזיק... בנפרד מנכסים אחרים..."

א. מבוא

לפי ס"ק (ג), על הנאמן "להחזיק את נכסי הנאמנות בנפרד מנכסים אחרים או בדרך המאפשרת להבחין ביניהם". כרם[70] מציע ארבעה טעמים להוראה זו. (א) ההפרדה מודיעה למי שמנהל עסקים עם הנאמן, שאין נכסים אלה שייכים לו. (ב) ההפרדה מעידה על כוונת הנאמן שלא לראות את נכסי הנאמנות כנכסיו ושלא לשלוח בהם יד. (ג) ההפרדה מרחיקה את הנאמן מן הפיתוי לעשות שימוש בנכסי הנאמנות להנאתו. (ד) ההפרדה מאפשרת מעקב אחרי גלגולי הנכסים שבשליטת הנאמן, פירותיהם ותמורתם, ומאפשרת אימות חשבונותיו של הנאמן לגבי נכסי הנאמנות.

במקורות המשפט העברי יש הוראות המחייבות נאמן להפריד בין נכסיו לנכסי נאמנות, וזאת משני נימוקים מרכזיים: משום החשד, ומשום החשש מפני נזק העלול להיגרם לנכסי הנאמנות. להלן נדון בחובת הפרדת הנכסים בנאמנות פרטית, ולאחר מכן בחובת הפרדת הנכסים בנאמנות למטרות צדקה. כפי שנראה, אף שחובת ההפרדה קיימת בשני סוגי הנאמנות, הנמקותיה שונות בשני הסוגים.

ב. נאמנות פרטית

המקור לחובת ההפרדה בין נכסיו הפרטיים של הנאמן לבין נכסי הנאמנות הוא בדיני השומרים, והיא רלוונטית גם לדיני הנאמנות היות שעל נאמן מוטלת חובת שמירה על נכסי הנאמנות[71]. עם זאת, יש לציין שחובת הפרדת הנכסים הקבועה בדיני השומרים נועדה להגן עליהם מפני נזק או גניבה, ולא מצאנו שחובת ההפרדה נועדה למנוע מן השומר לשלוח יד בפיקדון או להעיד שאין בכונתו לעשות כן. את חובת ההפרדה מצאנו בשני סוגים של נכסים: (א) כספים, (ב) נכסים בעלי ערך סנטימנטלי.

(1) כספים

בנוגע לחובת ההפרדה בין כספי פיקדון לבין כספים פרטיים של השומר, יש להבחין בין כספים העומדים להוצאה לבין כספים שאינם עומדים להוצאה[72].

מי שקיבל לשמירה כספים שאינם עומדים להוצאה יכול לשמור אותם באותו המקום שבו הוא רגיל להחזיק את כספיו שלו שאינם עומדים להוצאה[73], משום שעל פי רוב מקום זה שמור די הצורך[74]. אבל בכספים העומדים להוצאה, פסק רבנו תם שאם השומר החזיק את

[70] כרם, סעיף 130, עמ' 295-297.

[71] ראה להלן, סעיף 10(א).

[72] הבחנה זו דומה להבחנה שבסעיף 6 בין כספים הדרושים לצרכיה השוטפים של הנאמנות לכספים שאינם דרושים לכך.

[73] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצא, סעיף יח. יש להדגיש שמדובר שם בשומר חינם, ואילו שומר שכר צריך לשמור טוב במיוחד.

[74] אבל אם היה על השומר לדעת שהמקום שבו הוא מניח את כספיו אינו שמור דיו, לא תעמוד להגנתו העובדה שהניח גם את כספיו באותו המקום. על עניין זה ראה: רמ"א, שם; שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל

כספי הפיקדון במקום שהוא רגיל לשים את כספיו העומדים להוצאה, זוהי רשלנות, ואם אבדו, הוא חייב לשלם[75].

יש שהסבירו שפסיקה זו נובעת מן העובדה שלרוב, המקום שבו רגיל השומר להחזיק כספים העומדים להוצאה אינו שמור דיו[76]. לפי טעם זה, אם אמנם המקום שמור דיו, מותר לשומר להניח שם גם את הכספים שהופקדו בידיו.

אולם ר' יצחק אבולעפיה הסביר שפסיקת רבנו תם נובעת מן החשש שמא בעת שיבקש השומר להוציא את כספיו ולעשות בהם שימוש, יוציא בטעות חלק מן הכספים שהופקדו בידיו, ויפלו או יאבדו[77]. לפי הסבר זה, הדברים אמורים גם אם הכסף נמצא במקום שמור היטב. נראה שחשש זה קיים גם אם מפקיד השומר את הכספים בחשבון בנק, כמקובל היום. אם כספי הפיקדון מופקדים באותו חשבון בנק כמו כספים הפרטיים של השומר, שהוא מושך מהם לעיתים קרובות, יש חשש שבטעות ימשוך השומר כספי פיקדון מחשבונו, ויעשה בהם שימוש לצרכיו הפרטיים.

לכן, לפי הנמקה זו, יידרש הנאמן להפקיד את כספי הנאמנות בחשבון בנק נפרד מחשבונו הפרטי, שממנו הוא מושך לעיתים קרובות.

(2) נכסים בעלי ערך רגשי

יש סוג של נכסים שהם בעלי ערך רגשי מיוחד עבור בעליהם, אף שיש נכסים רבים דומים להם. אם לנכסי הנאמנות יש ערך רגשי עבור יוצר הנאמנות או עבור הנהנה, נדרשת הפרדה ביניהם לבין נכסי הנאמן הדומים להם, כדי למנוע החלפה של הנכס בעל הערך הרגשי בנכס אחר דומה לו. דוגמה לדבר מצאנו בדבריו של רב כהנא[78]: "אדם רוצה בקב שלו [יותר] מתשעה קבים של חברו". כלומר, החקלאי מעדיף שיהיה בידו קב (מידת נפח) מפירותיו על פני תשעה קבים מפירות חברו[79], משום שהוא נקשר לפירות שעמל וטרח בגידולם והם יקרים

א, סימן ה; שו"ת תורת אמת, סימן קנ (מובא בש"ך, חו"מ, סימן רצא, ס"ק כה); חוק לישראל, שומרים, עמ' 162-163.

[75] כך כתבו בשמו: סמ"ק מצוריך, מצוה רנא (עמ' סד); שלטי הגיבורים, על המרדכי, בבא מציעא, סימן רעד (הובאו בחוק לישראל, שומרים, עמ' 865, במילואים להערה 33).

כך פסק גם שו"ת משנת רבי אליעזר (טולידו), חלק א, חו"מ, סימן נו (הובא בחוק לישראל, שומרים, עמ' 193; וראה שם גם דעה חולקת).

[76] כך משמע מדברי הסמ"ק מצוריך, שם, ומדברי שלטי הגיבורים, שם.

[77] שו"ת פני יצחק, חלק ג, חו"מ, סימן ה (דף יט ע"א-ע"ב, ד"ה אמנם). כך נימק גם משנת ר' אליעזר שם. אך פני יצחק שם (ע"ב, ד"ה ברם), קובע שאם המפקיד היה מודע לכך שהשומר אינו מפריד בין נכסיו לנכסי הפיקדון, הרי ש"סבר וקיבל שמירה גרועה כזו". על עיקרון זה ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 171-172.

לפי שני ההסברים, גם אם כספי הפיקדון עומדים להוצאה, מותר לו לשמור אותם במקום שהוא שומר את כספו שאינו עומד להוצאה, שהרי זה מקום שמור (ולכן אין מקום לטעם של הסמ"ק), ואין חשש שהכסף יאבד תוך שהוא מוציא את כספו לשימוש (ולכן אין מקום לטעם של פני יצחק).

[78] בבא מציעא לח ע"א.

[79] אין להבין מאמר זה כתחשיב מדויק של מידת החיבה שרוחש החקלאי לפירותיו, אלא כאמירה כללית, על דרך המליצה, שכוונתה שהחקלאי מעדיף את הפירות שהוא גידל על פני פירותיהם של חקלאים אחרים.

בעיניו יותר מפירות רבים דומים שלא הוא גידלם[80]. משום כך פסק הרמב"ם[81]: "המפקיד פירות אצל חבירו, הרי זה לא יערבם עם פירותיו".

נראה שיש ללמוד מהלכה זו שאם יש לנכסי הנאמנות ערך רגשי עבור יוצר הנאמנות או עבור הנהנה, יש להניח שהיוצר מקפיד על כך שעם סיום כהונת הנאמן, הוא יעביר לידי הנהנה בדיוק את הנכסים עצמם שהופקדו בידיו, ולכן במשך תקופת הנאמנות יידרש הנאמן להפריד בין נכסי הנאמנות לנכסיו הדומים להם.

חובת ההפרדה בנכסים בעלי ערך רגשי שונה מחובת ההפרדה לגבי כספים, בכך שבכספים החובה נובעת מן החשש שעירוב הנכסים יגרום להם הפסד, ואילו בנכסים בעלי ערך רגשי, אף אם אין יסוד לחשש שמא עירוב הנכסים יגרום להם הפסד, חייב הנאמן להפריד בין נכסי הנאמנות לנכסיו הדומים להם, כדי לוודא שלא יוחלפו בטעות באחרים.

ג. נאמנות למטרות צדקה

בתוספתא[82] נאמר שאם מצא גבאי צדקה כספים בשוק, "לא יתנם בתוך כיסו אלא נותנן לתוך ארנקי של צדקה, ולכשיבא לביתו יטלם". טעם הדבר הוא החשש שמא הצופה מן הצד יראה אותו שם כספים בכיסו הפרטי, ולא יֵדע שהגבאי מצא את הכספים, אלא יחשוד בגבאי שהוא נוטל לעצמו כספי צדקה.

באופן דומה נקבע[83]: "היה [הגבאי] נושה בחברו מנה ופרעו בשוק — לא יתננו לתוך כיסו, אלא נותנן לתוך ארנקי של צדקה, ולכשיבא לביתו יטלם". גם כאן, טעם הדבר הוא החשש שמא הרואה יחשוב שהוא גובה צדקה מאותו אדם, וכשיראה שהוא מכניס לכיסו את הכספים שגבה, יבוא לחשוד בו שהוא נוטל מכספי הצדקה לעצמו[84].

משתי הלכות אלה עולה שהיה מקובל שלגבאי הצדקה יש ארנק לכספיו הפרטיים ("כיסו") וארנק מיוחד לכספי הצדקה ("ארנקי של צדקה"). אף שבמקורות אלה מדובר רק בכספים, אפשר להסיק מהם שעל הנאמן בנאמנות למטרות צדקה מוטלת חובה להפריד בין נכסיו לבין נכסי הנאמנות[85], וזאת מן הסתם מן הטעמים שמנינו לעיל[86]. אלא שבמצבים חריגים כמו אלו שמנינו, מוטלת עליו דווקא חובה הפוכה, לשים את כספו הפרטי בכיס של הצדקה, כדי למנוע לזות שפתיים.

[80] ע"פ רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה קב שלו. בהסבר עיקרון זה ולנפקויות ממנו, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 387-389.

[81] רמב"ם, הלכות שאלה ופיקדון, פרק ה, הלכה ה. כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצב, סעיף י. כך נימקו את דברי הרמב"ם: ב"ח, חו"מ, סימן רצב, סעיף יד; גאון צבי, סימן רצב, סעיף י (הובאו בחוק לישראל, שומרים, עמ' 291).

[82] תוספתא, פאה, פרק ד, הלכה טו, הובא בבבא בתרא ח ע"ב. וכך פסקו הרמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ט, הלכה ט, ושולחן ערוך, יו"ד, סימן רנז, סעיף א.

[83] בבא בתרא שם. וכך פסקו הרמב"ם ושולחן ערוך שם.

[84] ע"פ רש"י, בבא בתרא שם, ד"ה לא יתנם לתוך כיסו.

[85] מקור זה להפרדה בין נכסי הנאמנות לנכסים פרטיים הביא גם א' קפלן, "להקדש הציבורי בישראל", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גליון 158, עמ' 3. אך יש להעיר שבמקורות הנ"ל לא נזכר הדבר כחובה אלא כדבר מקובל.

מצד שני, יש מקור שעולה ממנו שגזבר של הקדש היה מחזיק את נכסיו ואת נכסי ההקדש ביחד, ולא הפריד ביניהם. כך עולה מחגיגה יא ע"א (ובסוגיה המקבילה במעילה כ ע"א), שם נאמר שאדם שנטל בשוגג אבן של הקדש, זו מעילה, מפני שהתכוון להוציא מרשות לרשות, ואילו גזבר של הקדש שנטל בשוגג

פרק שביעי

סיכום

ס"ק (א) קובע: "פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות". בעניין זה ראינו, שאכן לפי המשפט העברי חייב הנאמן לנהוג בפירותיהם ובתמורתם של נכסי הנאמנות בדיוק כפי שהוא צריך לנהוג בנכסיה המקוריים של הנאמנות. אולם השאלה, האם ניתן ליצור בעת יצירתה של הנאמנות, זיקה בין הנאמן לפירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות, שתאפשר לו למלא את חובתו, תלויה במידה רבה בשאלת מהותה של הזיקה שבין הנאמן לנכסי הנאמנות, בה עסקנו בהרחבה בסעיף 1, פרק שני.

מדברי ר' יעקב מליסא למדנו, שנאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא זיקה של שליחות, לא יוכל לשמש כשלוחו של יוצר הנאמנות לפעול בפירותיהם של נכסי הנאמנות, אלא אם ימונה כשליח לפעול בפירות אלו לאחר שהם יבואו לעולם, וכן יוכל לבצע בפירות אלו פעולות שהן בגדר זכיה עבור יוצר הנאמנות, מכוח העיקרון ש"זכין לאדם שלא בפניו".

מנגד, ר' שלמה זלמן אוירבך נטה לקבוע שניתן למנות שליח לפעול בפירותיהם של נכסים, אף שהפירות עדיין לא באו לעולם, וודאי שניתן למנות שליח לפעול בתמורתם של הנכסים.

לעומת זאת, אם הזיקה שבין הנאמן לבין נכסי הנאמנות היא זיקה קניינית, הרי שזיקה כזו תתקיים גם בינו לבין פירותיהם של נכסי הנאמנות ובין תמורתם.

נכסים שנמצאו במקרקעין של נאמנות פרטית שייכים לבעליהם של המקרקעין אם המקרקעין הם בגדר "חצר המשתמרת", כלומר, אם הם שמורים ואין כל אדם יכול להיכנס אליהם. דין הנכסים במקרה זה יהיה כדין נכסי הנאמנות אם תנאי הסכם הנאמנות או אומד דעת הצדדים מראים שההסכם מחייב את הנאמן לנהוג אף בנכסים אלה כדרך שהוא נוהג בנכסי הנאמנות המקוריים.

השאלה, האם נכסים שנמצאו במקרקעי נאמנות למטרות צדקה שייכים לנאמנות, שנויה במחלוקת הפוסקים. לדעת הסוברים שהקדש קונה בקניין חצר, דינם של נכסים אלה כדין נכסים שנמצאו במקרקעי נאמנות פרטית, בעוד שלדעת הפוסקים שאין ההקדש קונה בקניין חצר, הם שייכים למי שיִטול אותם. למעשה, מאחר שהמחלוקת בעניין זה לא הוכרעה, נראה שכל עוד נמצאים הנכסים במקרקעי הנאמנות, והמקרקעין הם בגדר חצר המשתמרת, הם שייכים לנאמנות, אולם אם החצר אינה משתמרת, או שהמוצא את הנכסים כבר נטל אותם, יהיו הנכסים שייכים למוצא.

ס"ק (ב) עוסק בזכות הנושה לרדת לנכסי הנאמנות בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות. משעה שהוטל חוב כַּדין על נכסי הנאמנות, ניתן לרדת לנכסי הנאמנות כדי לפורעו. כן מאפשר המשפט העברי לנושה לרדת לנכסי הנאמנות לשם פירעון חובות הנובעים מפעולות הנאמנות.

אבן של הקדש לצרכו, אין בכך מעילה, מפני שעוד לפני כן היתה מונחת ברשותו, כך שבנטילתה לא שינה את מצבה (רש"י, חגיגה שם, ד"ה דכל), או כפי שהסביר הראב"ד, בהשגותיו להלכות מעילה, פרק ו, הלכה ח, "שנטילתו אינה ניכרת לגזל הקדש". והרי אילו הגזבר היה מקפיד להפריד בין נכסיו לנכסי הקדש, הרי גם אם התבלבל ונטל אבן מהמקום של הקדש וחשב שהיא שלו, נטילתו בהחלט ניכרת כגזל הקדש, ובנטילתו גם שינה את מצבה.

[86] לעיל, ליד ציוני הערות 76-77.

נושה של יוצר נאמנות פרטית יכול לרדת לנכסי הנאמנות, אם לפי תנאי הסכם הנאמנות, הנכסים נשארים בבעלותו. אולם נושה של יוצר נאמנות למטרות צדקה יוכל לרדת לנכסי הנאמנות רק אם התמלאו שלושה תנאים: (א) החוב נוצר בהתחייבות בכתב, (ב) אין לחייב נכסי אחרים משלו, (ג) הנכס הוא מקרקעין.

כמו כן, נושה של נהנה בנאמנות פרטית יוכל לרדת לנכסי הנאמנות לשם פרעון חובותיו, אם לפי הסכם הנאמנות, הבעלות בנכסי הנאמנות היא של הנהנה, לפחות באופן חלקי. אבל נכסי נאמנות למטרות צדקה אינם משועבדים לפירעון חובותיהם של הנהנים, אלא אם יוכח שיוצר הנאמנות היה מודע לאפשרות שנכסיו ישמשו לפירעון חובותיהם של הנהנים ושהיה מוכן לכך.

בכל מקרה, לא יוכל נושה של הנאמן לרדת לנכסי הנאמנות לשם פירעון חובותיו של הנאמן כלפיו.

בהתאם לכך, עדיף בעינינו הנוסח שהוצע בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 568: "נושי הנאמן אינם זכאים להיפרע מנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים בקשר לנכסים אלה, או הנובעים מפעולות הנאמנות".

רבנו תם קבע ששומר חייב להפריד בין כספי הפיקדון לכספיו העומדים להוצאה, מחשש שמא יוציא בטעות כספי פיקדון לשימושו הפרטי, או שמא ייגרם להם הפסד. בהתאמה, נדרש הנאמן להחזיק את כספי הנאמנות בנפרד מכספיו, מחשש שמא יוציא כספים אלו לצרכיו או שייגרם להם הפסד.

כמו כן, אם יש לנכסי הנאמנות ערך רגשי עבור יוצר הנאמנות או עבור הנהנים, נדרש הנאמן להפריד בין נכסי הנאמנות לנכסיו כדי למנוע סכנה שהם יוחלפו ביניהם.

חובת הפרדה מוטלת גם על נאמן בנאמנות למטרות צדקה.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

נכסי נאמנות

3. (א) פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות.

(ב) נושי הנאמן אינם זכאים להיפרע מנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים בקשר לנכסים אלה או הנובעים מפעולות הנאמנות.

(ג) נושי הנהנה אינם זכאים להיפרע מנכסי נאמנות למטרות צדקה אף לאחר שהועברה הבעלות בהם לידיו, אלא אם יוצר הנאמנות הסכים, במפורש או במשתמע, שנכסי הנאמנות ישמשו גם לפירעון חובות.

(ד) הנאמן חייב להחזיק את נכסי הנאמנות בנפרד מנכסים אחרים או בדרך המאפשרת להבחין ביניהם[87].

[87] אמנם מסקנתנו הייתה שעל הנאמן בנאמנות פרטית מוטלת חובה להפריד רק בין נכסי נאמנות לבין נכסיו העומדים להוצאה, ובין נכסי הנאמנות שיש להם ערך סנטימנטלי עבור בעליהם לבין כל נכסיו הדומים להם, אולם היות שלעניין נאמן בנאמנות למטרות צדקה לא מצאנו הבחנות אלה, העדפנו לא להיכנס לפרטים.

סעיף 5

כוחה של נאמנות כלפי צד שלישי

כוחה של נאמנות כלפי צד שלישי

5. כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי שידע או שהיה עליו לדעת עליה, ומשנרשמה הערה לפי סעיף 4 — כלפי כל העולם.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 95

פרק שני: "כוחה של נאמנות" כלפי צד שלישי 95

א. מבוא 95

ב. החובות המוטלות על הצד השלישי 96

פרק שלישי: "כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי... שהיה עליו לדעת עליה" 98

פרק רביעי: "כוחה של נאמנות יפה... משנרשמה הערה לפי סעיף 4 — כלפי כל העולם" 99

פרק חמישי: סיכום 100

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה עוסק ב"כוחה של נאמנות כלפי צד שלישי". הביטוי "כוחה של נאמנות" הוא עמום, ויש צורך להבהיר תחילה מהי משמעותו. לאחר שנבין מהו "כוחה של נאמנות", נוכל לבחון האם כוח זה יפה לפי המשפט העברי גם כלפי צד שלישי.

הסעיף קובע שכל זמן שלא נרשמה הערה על דבר קיומה של הנאמנות, לפי סעיף 4, כוחה של הנאמנות יפה רק כלפי "מי שידע או שהיה עליו לדעת עליה". את הידיעה על קיומה של הנאמנות אין צורך לפרש, אולם מהו פשר הביטוי "שהיה עליו לדעת עליה"? מתי נראה אדם שאינו יודע על קיומה של נאמנות כמי שהיה עליו לדעת על קיומה? את התשובה לשאלה זו מותיר המחוקק לשיקול דעתו של בית המשפט, ואנו ננסה להשיב עליה בפרק שלישי, לאור מקורות המשפט העברי.

לאחר שנרשמה הערה על דבר קיומה של הנאמנות, לפי סעיף 4, כוחה של הנאמנות יפה כלפי כל העולם. במילים אחרות, רישום ההערה יוצר חזקה משפטית — שאין לסתור אותה — שכל אדם בעולם יודע, או לפחות עליו לדעת, על קיומה של הנאמנות. בפרק רביעי נבקש להשיב על השאלה העקרונית: האם אמנם ניתן ליצור חזקה משפטית מסוג זה לפי המשפט העברי? ואם כן, האם די לשם כך ברישום הערה על קיומה של הנאמנות?

פרק שני

"כוחה של נאמנות" כלפי צד שלישי

א. מבוא

סעיף 14, העוסק בביטול פעולת הנאמן שנעשתה תוך הפרת חובת נאמנות, קובע שביטול פעולתו ייתכן רק בהתקיים אחד משני תנאים: שהצד השלישי (כלומר, הצד השני לפעולה המשפטית) ידע או שהיה עליו לדעת על הפרת חובת הנאמנות, או שפעולה זו נעשתה ללא תמורה. ידיעת הצד השלישי על קיומה של הנאמנות גרידא, או רישום הערה לפי סעיף 4 בלבד, אינם מאפשרים את ביטול הפעולה.

מכאן נובעת בהכרח המסקנה, אליה הגיעו ויסמן[1] וכרם[2], ש"כוחה של נאמנות", בו עוסק

[1] י' ויסמן, "אבני נגף בחוק הנאמנות", עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"ם) 282, בעמ' 302. וראה שם, עמ' 296-302, בהרחבה, על משמעות ההוראה שבסעיף 5, על חוסר התאמתה להוראה שבסעיף 14 ועל הסיבות לכשל זה.

[2] כרם, סעיף 144, עמ' 329.

סעיף 5, אינו נוגע לתוקפן של עסקאות שעשה הנאמן עם צד שלישי, שהרי בכך עוסק סעיף 14. לכן, צריך לומר שסעיף 5 נועד רק להגביל את סמכויותיו של הנאמן בטרם ביצע עסקאות עם צד שלישי, והוא נועד להטיל על צד שלישי חובה להתחשב במגבלות הסמכות של הנאמן, ולהימנע מפעולות שיגרמו לנאמן להפר את חובותיו. צד שלישי שלא התחשב בנאמנות, למרות הוראת סעיף 5, נוטל על עצמו את הסיכון שהעסקה תבוטל בהתאם להוראות סעיף 14.

לפי פרשנות זו, המשמעות היחידה של סעיף 5 היא: הטלת חובה על צד שלישי להתחשב בחובותיו של הנאמן ולהימנע מלהכשילו בהפרתן. הטלת חובה בלי שנקבעת בצידה סנקציה על הפרתה היא חריגה ביותר במשפט שאיננו דתי. משום כך, מנסחי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות השמיטו מהצעתם את ההוראה שבסעיף 5, ותחתיה קבעו הוראה כללית[3], לפיה התחייבות של נאמן כלפי צד שלישי איננה בטלה, אף אם היא כרוכה בהפרת חובה המוטלת על הנאמן לפי תנאי הנאמנות, ובלבד שהצד השלישי רכש את זכותו בתמורה ובתום לב. הוראה זו מנסחת מחדש את ההוראה הקיימת היום בסעיף 14, ומבטלת למעשה את סעיף 5 הקיים.

ב. החובות המוטלות על הצד השלישי

המשנה קובעת[4]: "אין לוקחין [=אסור לקנות] מן הרועים צמר וחלב וגדיים, ולא משומרי פירות — עצים ופירות. אבל לוקחין מן הנשים כלי צמר ביהודה, וכלי פשתן בגליל, ועגלים בשרון".

הרועה ושומר הפירות אינם מוסמכים לבצע עסקאות בנכסים אלא רק לשמור עליהם. מי שעוסק עמהם אמור להיות מודע למגבלות סמכויותיהם, ומשעה שמתעורר אצלו חשד שהלה מבקש למכור לו נכס תוך חריגה מסמכותו, עליו להימנע מביצוע העסקה[5].

אפשר ללמוד מן המשנה, על דרך ההיקש, שהמשפט העברי דורש מצד שלישי להפעיל שיקול דעת ולהתחשב באופייה של הנאמנות ובמנהג המקום כדי להכריע אם לבצע את העסקה עם הנאמן. בידיו של רועה, בדרך כלל, לא נמסרת הסמכות למכור צאן, ולפיכך נדרש הצד השלישי להימנע מביצוע עסקה שקיים חשש כבד שהיא נעשית תוך חריגה מסמכות[6]. לעומת זאת, אם במקום מסוים מקובל שהנאמן מבצע עסקאות מסוימות, כדוגמת מכירת צמר על ידי

[3] תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 511(ג)(2).

[4] משנה בבא קמא, פרק י, משנה ט; בבלי קיח ע"ב.
רב האי גאון, ספר המקח, שער ח, מביא את הדינים הללו ואת הדינים שבהמשך.

[5] עם זאת, התלמוד, בבא קמא קיט ע"א, מדגיש שמותר לרכוש פירות משומר שיש לו חלק בפירות, היינו אריס, שכן הקונה רשאי להניח שהוא מוכר משלו. וכך פסקו רמב"ם, הלכות גנבה, פרק ו, הלכה ג, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן שנח, סעיף ד. אבל הרמ"א שם מסייג הלכה זו על פי דברי הטור, חו"מ, סימן שנח, סעיף ב: "יש אומרים, דדוקא לאחר שחלקו [מותר לרכוש מאריס שיש לו חלק בשדה], דסתמא שלו הוא מוכר; אבל קודם חלוקה אסור, דחיישינן שלא יתן לבעל הבית נגד מה שנטל".
על קנייה מאריס, ראה: מעשה רקח, על הרמב"ם שם; לב מרפא (פאניז'ל), ערך "אם מותר ליקח מן האריס עצים", דף יא ע"ג; בירור הלכה, בבא קמא קיט ע"א, ציון א (על ההבחנה בין קנייה לפני החלוקה לבין קנייה אחרי החלוקה); עמק השער, על ספר המקח, שער ח, אות ג (שלדעת רב האי, הרי"ף והרמב"ם, מותר לקנות ממנו גם לפני החלוקה).

[6] ע"פ רש"י, בבא קמא קיח ע"ב, ד"ה אין לוקחים מן הרועים. וראה אמרי יוסף (דוידובסקי), על הרמב"ם שם, הלכה א (דף פז ע"א, ד"ה והנה), שדן בשאלה האם חובה זו היא מדאורייתא או מדרבנן.

נשים ביהודה, רשאי צד שלישי לבצע את העסקה אף שבמקומות אחרים נהוג שאין הנאמן מוסמך לבצע עסקה כזאת.

לעיתים, דווקא סוג הנכס שנמכר הוא שצריך לעורר את הצד השלישי לחשוד שהנאמן חורג מסמכותו. כך אפשר ללמוד מן ההתוספתא[7] הקובעת שאין לרכוש מאישה שמנים, יינות וסלתות. רש"י נימק זאת[8], ש"דרך האיש למוכרן, ואין עושה את אשתו שליח".

מאידך גיסא, "לוקחין מנשים זיתים במועד בגליל העליון, שפעמים אדם בוש למכור על פתח ביתו ונותן לאשתו ומוכרת"[9]. אף שמן מותר לרכוש מאשתו של בעל בית בד, משום שהקונה רשאי להניח שהאישה הוסמכה למכור מתוצרת בית הבד[10].

הלכות אלו אינן אלא דוגמאות לכלל רחב: "בכל מקום ומקום נוטלין מן הנשים מה שהן מורגלות ליתן, שהבעלים מוותרין ונותנין רשות ואין מקפידין עם נשיהן"[11].

לעיתים, סוג העסקה לא יגלה את החריגה מן הסמכות, אבל הדרך שבה בחר האדם לפעול היא זו שצריכה להדליק אצל הצד השלישי "נורת אזהרה". לכן נקבע[12]: "כולן שאמרו להטמין — אסור". נסיונו של האדם להעלים את עקבות ביצועה של העסקה אמור לעורר את חשדו של הצד השלישי שמא הלה חורג מסמכותו, ובשל כך עליו להימנע מביצוע העסקה.

לעיתים, גובה הסכום המעורב בעסקה הוא שצריך לעורר את חשדו של הצד השלישי שהלה חורג מסמכותו. מסיבה זו נקבע שגבאי צדקה אינו רשאי ליטול מן הנשים 'דבר מרובה' לצדקה[13], משום שבנסיבות אלו קיים חשש סביר שהאישה חורגת מן הסמכות שהעניק לה בעלה[14]. כמובן, לעניין זה יש להתחשב בעושרו של הבעל, ולקבוע את הכמות הנחשבת ל"דבר מרובה" על פי מבחן סובייקטיבי. משום כך, לא נרתע רבינא מלקבל מנשי מחוזא תכשיטים יקרים כתרומה לצדקה, הואיל ולפי עושרן לא היו תכשיטים אלו בגדר "דבר מרובה" עבורן[15].

7 תוספתא בבא קמא, פרק יא, הלכות ג־ד; מובאת בבבא קמא קיט ע"א.

8 רש"י, בבא קמא שם, ד"ה אבל לא.

9 בבא קמא קיט ע"א.

10 ע"פ בבא קמא שם. גם במקרה זה יש סייג, והוא, שהרכישה תתבצע "במידה, אבל לא... במועט" — דהיינו, שיהיה "דרך מכירה בפרהסיא ודבר מרובה, דאין יכולה לגנוב כל זאת ולעשות בצינעא. אבל לא במועט, דגנבתו ויכולה לעשות בצינעא ולא ירגיש בעלה" (רש"י שם, ד"ה והבדדין; ועיי"ש פירוש נוסף).

11 חידושי הרשב"א, בבא קמא שם.

12 במשנה (לעיל, הערה 4). וראה גם בבא קמא שם; רמב"ם, הלכות גנבה, פרק ו, הלכה ג; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שנח, סעיף ב.
כמו כן, נאמר בברייתא שם שאסור לקנות מהם מאחורי הגינה, מפני שהדבר מעורר את החשד שהם מוכרים בלי רשות הבעלים. וראה בירור הלכה, בבא קמא קיט ע"א, ציון ב, ועמק השער, על ספר המקח, שער ח, אות ב, בשאלה האם מותר לקנות מהם אם הם מוכרים עם סלים ועם מאזניים מאחורי הגינה.

13 בבא קמא קיט ע"א.

14 אבל שינוי במעמד האישה יוצר השלכה משמעותית על הלכה זו. כך קבע הראב"ן, בבא קמא קיט ע"א (דף קצה ע"ג במהד' עהרנרייך), שבמקום שמקובל שנשים מנהלות את עסקי הבית ("נושאות ונותנות בתוך הבית"), רשאים גבאי צדקה לקבל מהן גם "דבר מרובה". ראה ים של שלמה, בבא קמא, פרק ח, סימן כט; שו"ת שבט הלוי, חלק ב, סימן קיח וסימן קכה. וראה דבר דומה להלן, הערה 17. לדיון רחב בדברי הראב"ן, ראה סעיף 2, פרק שני, ג, (1), ופרק שלישי, ג, (2).

15 בבא קמא, שם. וראה גם שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן רעג, בסופו, וחלק ה, סימן נז; שו"ת משנה הלכות, חלק יב, סימן קלט.

ולאידך גיסא, אם ניתן להסיק מאומד דעתו של הבעל שלא הסמיך את האישה לתרום אפילו "דבר מועט", אין הגבאי רשאי ליטול מן האישה אפילו מעט[16].

חובת הצד השלישי אינה מצטמצמת להפעלת שיקול דעת לגבי רכישת נכס מן הנאמן. התוספתא קובעת: "אין מקבלין פקדונות לא מן הנשים ולא מן העבדים ולא מן התינוקות"[17]. הלכה זו מבוססת על ההנחה שבעליו של נכס מעדיף לקבוע בעצמו ביד מי להפקיד את נכסיו, ואין הוא מסמיך את ילדיו, עבדיו או אשתו למנות שומר לנכסיו. לפיכך, צד שלישי המתבקש על ידי אחד מאלו לשמור על נכס צריך לחשוד שמא "גנבום לבעליהם"[18], ואסור לו לקבל לידיו את הנכס.

מקורות אלו מלמדים שצד שלישי המודע לקיומה של נאמנות נדרש להפעיל שיקול דעת ולהימנע מביצוע כל עסקה עם נאמן, אם יש חשש סביר שהנאמן אינו מוסמך לבצע עסקה זו. המקורות אמנם מציגים בפנינו דוגמאות אחדות לנסיבות שאמורות לעורר את חשדו של הצד השלישי, אך נראה שאלו הן דוגמאות בלבד, ואין בהן כדי למצות את הנסיבות שאמורות לעורר את חשדו של הצד השלישי[19].

פרק שלישי

"כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי... שהיה עליו לדעת עליה"

כל עוד לא נרשמה הערה בדבר קיומה של נאמנות לפי סעיף 4, תחולתו של סעיף 5 מוגבלת למי שידע על קיום הנאמנות או שהיה עליו לדעת על קיומה. קשה לקבוע מסמרות בשאלה, ממי אנו מצפים שיֵדע על קיומה של הנאמנות. יש להניח שעניין זה תלוי בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. יחד עם זאת, המקורות שנדונו בפרק הקודם יכולים לספק לנו מבחנים עיקריים, שיישומם יוכל לקבוע האם היה על הצד השלישי לדעת על קיומה של הנאמנות או לאו.

[16] ע"פ שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן שעג.
שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סימן קנח, דן כיצד קיבל דוד מתנות מידי אביגיל אשת נבל (שמואל א' כה, יח), למרות שהיו בגדר "דבר מרובה". תשובתו היא שלשם הצלת בעלה, רשאית האישה להוציא גם הוצאות מרובות ממה שמקובל לניהול הבית. הסבר נוסף שלו הוא, שבתקופה שבה התרחש המעשה, טרם תיקנו חכמים שנכסי האישה יהיו שייכים לבעלה, ולפיכך דוד יכול היה להניח שהיא נותנת לו מתנה מנכסיה. הסבר שלישי שהוא נותן מבוסס על העובדה שנבל היה עשיר, ושמא הסמיך את אשתו לתת גם "דבר מרובה", אף שהכתובים מתארים אותו כקמצן (שמואל א' שם, י-יא). הסבר זה קשה, הואיל ולא ברור על סמך היה דוד רשאי להניח שאכן כך הוא הדבר.

[17] תוספתא, בבא קמא, פרק יא, הלכה א, מובא בבבא בתרא נא ע"ב. לפרטים בהלכה זו, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 1331-1332.
אולם שו"ת לב שמח, סימן ל, כותב שאם זו אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית (ראה לעיל, הערה 14), מותר לקבל ממנה פיקדון.

[18] רשב"ם, בבא בתרא שם, ד"ה לא מן הנשים.

[19] כפי שאומר בעניין זה בשו"ת הרשב"ש, סימן צא: "וכל אלו הדברים וכיוצא בהם אדם דן בהם כפי המקומות, ונהרא ונהרא ופשטיה".

בכל המקורות שנדונו בפרק הקודם, הצד השלישי, שעמו מבקשים לעשות את העסקה, אינו יודע בוודאות שהאדם המבקש לעשות עמו עסקה עושה זאת בנכסים שאינם שלו. כך למשל, אפשר שיש לרועה צאן משלו, והוא מבקש למכור "צמר וחלב וגדיים" משלו, ולא משל זולתו. אולם הצד השלישי אינו רשאי להניח כך, אלא עליו לחשוד שמא הרועה מבקש למכור מנכסי מי שהוא רועה את צאנו. אם כן, מהלכות אלו נוכל להסיק שדי בכך שהצד השלישי יודע שמי שמבקש להתעסק עמו הוא נאמן, כדי שיהיה עליו לחשוד שכל עסקה שהוא מבצע נעשית בשם הנאמנות או בנכסיה.

פרק רביעי

"כוחה של נאמנות יפה... משנרשמה הערה לפי סעיף 4 — כלפי כל העולם"

רישום הערה על דבר קיומה של הנאמנות, בפנקס המתנהל על פי חוק, יוצר חזקה חלוטה שכל אדם יודע, או שעליו לדעת, על קיומה של הנאמנות[20]. חזקה זו היא במידה רבה פיקציה משפטית, משום שהחוק אינו דורש את פרסום רישומה של ההערה, ויש להניח שפעמים רבות לא יֵדע הצד השלישי על קיומה של ההערה. בפרק זה נבקש לבחון: האם באופן עקרוני ראוי ליצור חזקה כזאת לפי המשפט העברי?

לפרסומה ברבים של פעולה משפטית יש נפקות במשפט העברי בעיקר בדיני השעבודים. אין נושה רשאי לגבות חוב מנכסים של החייב שמכר לצד שלישי, אלא אם בעת הקנייה היה על הקונה לדעת שנכסים אלו משועבדים. לעניין זה, השאלה האם קיומו של השעבוד ידוע לקונה או לאו, או בלשון התלמוד — "אית ליה קלא" או לאו, נבחנת במבחן מהותי: האם בנסיבות שבהן נוצר השעבוד ניתן להניח שדבר קיומה נודע לרבים?

לעניין זה נודעה חשיבות לסוג הנכס המשועבד ולנסיבות שבהן נוצר החוב שמגינו מוטל השעבוד. כך, למשל, נקבע שלשעבוד מקרקעין יש פרסום ואילו לשעבוד מיטלטלין אין פרסום[21]. עוד נקבע, שלהלוואה בכתב יש פרסום ואילו להלוואה בעל פה אין פרסום גם אם נעשתה בפני עדים[22], ולעומתן, למכירת נכס יש פרסום גם אם נעשתה בעל פה בפני עדים בלבד[23]. כלל אחר הוא, שלשעבוד שנקבע בעקבות פסק דין, יש פרסום[24].

[20] ע"פ כרם, סעיף 148, עמ' 331.

[21] בבא קמא יא ע"ב, לג ע"ב; בבא בתרא מד ע"ב. שם נאמר עוד שאם חייב שיעבד את עבדו בפירוש כאפותיקי לפרעון החוב, יש לשעבודו קול.

[22] בבא בתרא מב ע"א.

[23] בבא בתרא שם. הנפקות היא לשעבוד שאר נכסי המוכר, לחיובו לשפות את הקונה אם יילקח ממנו הנכס שקנה ("אחריות").

[24] רש"י, בבא מציעא טו ע"א, ד"ה כשעמד.
בבבא קמא לג ע"ב נאמר ששור תם שהזיק, יש לכך קול, ולכן אם מכר אותו המזיק, הניזק יכול לקחת אותו מן הקונה, גם לפי דעת ר' ישמעאל שהניזק אינו נעשה שותף בגוף השור המזיק עקב הנזק. אבל הלכה כר' עקיבא, שהניזק נעשה שותף, ולכן אין נפקות בכך שיש לדבר קול, שהרי בלאו הכי הוא יכול לקחת אותו מן הניזק.
נפקות אחרת לפרסום של פעולה משפטית היא לעניין חזקת קרקעות: בבבא בתרא מא ע"ב נאמר, ששמעון

הקביעה שלשעבוד מסוים יש "קול" — אין משמעותה שכל אדם בעולם יודע בוודאות על קיומו של השעבוד, אלא שכל אדם יכול לברר בקלות יחסית את דבר קיומו של השעבוד, ואם לא עשה כן — הוא שגרם לעצמו הפסד[25].

על רקע זה, נראה שרישום הערה בדבר קיומה של הנאמנות בפנקס הגלוי לעין הציבור, יכול למלא את דרישת הפרסום של המשפט העברי. כאשר אדם מבצע עסקה עם הזולת, יש בכוחו לברר בפנקס הרלוונטי מיהו בעליו של הנכס נשוא העסקה, ואם נרשמה בפנקס הערה בדבר הנאמנות, הוא יגלה שהנכס הוא נכס נאמנות. אם לא עשה כן, ניתן לטעון כלפיו שהוא נטל על עצמו את הסיכון של מגבלות הסמכות של הנאמן ולעיתים יהא עליו לשאת בתוצאות מחדלו[26].

פרק חמישי

סיכום

סעיף זה, לפי פרשנותם של כרם ווייסמן, מטיל על צד שלישי המתקשר עם הנאמן את החובה להתחשב במגבלות הסמכות המוטלות על הנאמן. אם הפר חובה זו, רשאי בית המשפט לשקול את ביטול העסקה בהתאם לסעיף 14.

מנסחי תזכיר חוק דיני ממונות מציעים לבטל הוראה זו, ולקבוע תחתיה הוראה כללית לפיה התחייבותו של הנאמן כלפי צד שלישי היא תקפה, כל עוד היא נעשית בתמורה והצד השלישי הוא תם לב.

המשפט העברי נוקט בגישתו של החוק הקיים, ומחייב צד שלישי להתחשב במגבלות הסמכות המוטלות על הנאמן. על קיומה של הנאמנות ועל מגבלות הסמכות המוטלות על הנאמן אמור הצד השלישי ללמוד מטיב העסקה, מן הנכסים המעורבים בה, מן הנוהג המקובל, מהתנהגות הנאמן ומכל גורם אחר שיש בו כדי ללמד על כך.

שהחזיק בקרקע שנה אחת, ומכר אותה בשטר ללוי, ולוי החזיק בה שנה נוספת, ואחר כך לוי מכר אותה ליהודה בשטר, ויהודה החזיק בה שנה שלישית, השנים מצטרפות לשלוש שנות חזקה, מפני שבעל הקרקע המקורי יודע שמכרו זה לזה, מן הסתם, והיה צריך למחות אם באמת היא גזולה ממנו. לעומת זאת, אם מכירות שמעון ולוי היו בפני עדים בלבד, בלי שטר, יכול המערער לטעון שלא ידע על המכירות, ולכן לא ראה צורך למחות, מכיוון שחשב שהם נהגו כך מתוך פחדם להחזיק שלוש שנים רצופות. נפקויות נוספות מעין זו של קול לעניין חזקת קרקעות, ראה באנציקלופדיה תלמודית, ערך חזקת קרקעות, כרך יד, עמ' רכב־רכד, ועמ' רסח־רסט. לעניין חזקת קרקעות יש חשיבות מיוחדת לקול לעניין ההנחה שהמערער ידע בכלל על החזקה — ראה על כך שם, פרק י.

נפקות אחרת לפרסום של פעולה משפטית היא בשומר פירות שהולכים ומרקיבים, שמבקש למכור אותם כדי שלא יפסיד בעליהם, אבל יש חשש שאחרי שימכור, בעל הפירות יסתמך עליהם להפרשת תרומות ומעשרות על פירות אחרים, מתוך שלא ידע שנמכרו ושכבר אינם שלו. אם למכירת הפירות יש פרסום, חשש זה אינו קיים. חידושי הרמב"ן, בבא מציעא לח ע"א (ד"ה והלשון), כותב לעניין זה, שמכירה בפני בית דין היא מכירה שיש לה "קול", היינו, שקיומה נודע לרבים, ואילו למכירה פרטית אין "קול".

[25] ראה למשל: רשב"ם, בבא בתרא מד ע"ב, ד"ה אית ליה קלא; שו"ת הראב"ן, סימן סט.

[26] ראה סעיף 14.

מדיני השעבודים של המשפט העברי למדנו שאם נרשמה הערה בדבר קיומה של הנאמנות בפנקס הפתוח לעיון הציבור, ניתן לדרוש מכל אדם לברר היטב האם הנכסים המעורבים בעסקה הם נכסי נאמנות, ואם כך הדבר — לוודא שהנאמן מוסמך לבצע את העסקה. לפיכך, נוכל לומר שלאחר שנרשמה הערה לפי סעיף 4, יפה כוחה של הנאמנות כלפי כל העולם.

לאור זאת, נראה שהנוסח הקיים משקף בצורה נאמנה את עמדת המשפט העברי.

סעיף 6

כספי הנאמנות

כספי הנאמנות

6. כספי הנאמנות שאינם דרושים לצרכיה השוטפים חייב הנאמן להחזיק או להשקיע כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות; שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות דרכים שבהן ניתן להשקיע כספי נאמנות, והנאמן אינו נושא באחריות אם השקיע אותם בהתאם לתקנות אלה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 100

פרק שני: כיצד יוחזקו כספי הנאמנות? 105
- א. מבוא 105
- ב. נאמן שהוא שומר חינם 106
- ג. נאמן שהוא שומר שכר 107

פרק שלישי: השקעת כספי הנאמנות 108
- א. מבוא 108
- ב. ההיתר להשקיע את הכספים 108
- ג. החובה להשקיע את הכספים 111

פרק רביעי: דרך ההשקעה — "כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות" 112
- א. מבוא 112
- ב. נאמנות פרטית 112
- ג. נאמנות למטרות צדקה 112

פרק חמישי: קביעת דרכי ההשקעה בתקנות — "שר המשפטים רשאי לקבוע..." 114

פרק שישי: השקעה בהתאם לתקנות 115

פרק שביעי: סיכום 115

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 116

נספח: הלוואת כספי נאמנות בריבית 116
- א. נאמנות פרטית 117
- ב. נאמנות למטרות צדקה 117
  - (1) נאמנות לטובת נזקק מסויים 117
  - (2) נאמנות לטובת נזקקים שאינם מסוימים 118

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה עוסק בחובת הנאמן להחזיק בכספי הנאמנות או להשקיע אותם. החוק אינו קובע בפירוט כיצד יוחזקו כספי הנאמנות, אלא קובע באופן כללי שעל ההחזקה להיות יעילה לשמירת הקרן. בפרק שני, נבקש לדלות ממקורות המשפט העברי עקרונות שינחו את הנאמן כיצד עליו לנהוג בכספי הנאמנות. בהקשר זה נעסוק גם בשאלה: האם יש משקל לנוהג המקובל ולאומד דעתו של יוצר הנאמנות בקביעת דרך השמירה הראויה?

הנאמן נדרש גם להשקיע את כספי הנאמנות באופן יעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות. בפרק שלישי נברר תחילה האם, לפי המשפט העברי, רשאי הנאמן להשקיע את כספי הנאמנות שאינם דרושים לצרכיה השוטפים? אם תהיה התשובה חיובית, נברר האם הוא חייב לעשות כן. בהקשר זה נגלה שהמשפט העברי מבחין בין נאמנויות שונות על פי מטרותיהן.

כשם שאין החוק קובע כיצד על הנאמן להחזיק את כספי הנאמנות, כך גם אין הוא קובע כיצד עליו להשקיע כספים אלו. בפרק רביעי נציג עקרונות מנחים, כיצד עליו להשקיע את כספי הנאמנות. בנספח, נברר האם רשאי הנאמן להשקיע את כספי הנאמנות בהלוואתם בריבית.

החוק אינו קובע סייגים להשקעת כספי נאמנות בידי הנאמן. בפרק חמישי נראה שבמשפט העברי קיימים סייגים הנוגעים בעיקר לאישיותו של הנאמן וליכולתו לשאת באחריות להפסדים, סייגים שתכליתם להבטיח שהשקעת הכספים לא תפגע בהם.

החוק פוטר את הנאמן מן האחריות להשקעה כושלת, אם השקיע את כספי הנאמנות בהתאם לתקנות. בפרק שישי נברר האם לפי המשפט העברי פטור הנאמן מאחריות אם פעל בהתאם לדרכי ההשקעה שקבעה רשות מוסמכת.

פרק שני

כיצד יוחזקו כספי הנאמנות?

א. מבוא

חובתו הראשונה של הנאמן בכספי נאמנות שאינם דרושים לצרכיה השוטפים, היא להחזיקם. הנאמן יכול לקיים חובה זו על ידי החזקה פיזית של הכספים בביתו, או על ידי הפקדתם בחשבון בבנק. החוק אינו קובע מהי הדרך הראויה להחזקתם של כספי נאמנות, אלא רק שעל ההחזקה להיות "כיעיל לשמירת הקרן"[1]. החזקה של כספי נאמנות בביתו של הנאמן, למשל,

[1] הביטוי "כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות" מופיע בחוק אחרי חובות ההחזקה וההשקעה, ובאופן עקרוני

אינה יעילה לשמירת הקרן, הואיל והיא חושפת את הכספים לסיכון שייגנבו[2]. קנה המידה לעניין זה הוא "האדם הסביר", לאמור: על הנאמן להחזיק את כספי הנאמנות בדרך שבה היה מחזיק אותם אדם סביר[3].

את הדרך הראויה לנאמן למלא את חובת ההחזקה לפי המשפט העברי יש ללמוד מדיני השומרים, שכן נאמן הוא שומר. דינים אלו נסקרו בהרחבה בספר "שומרים"[4]. כאן נציג את העקרונות הכלליים העולים מדינים אלו בלבד.

הבחנה עקרונית בדיני שומרים במשפט העברי היא בין שומר חינם לשומר שכר. כפי שנראה בדיוננו בסעיף 12, יש נאמן שהוא שומר חינם ויש נאמן שהוא שומר שכר. על כן נדון כאן בנפרד בנאמן שהוא שומר חינם ובנאמן שהוא שומר שכר.

ב. נאמן שהוא שומר חינם

דין התלמוד הוא[5]: "כספים אין להם שמירה אלא בקרקע", שכן בתקופת התלמוד דרך זו הייתה הדרך הנאותה ביותר להחזקת כספים[6]. בזמננו קיימת דרך בטוחה יותר להחזקת כספים בלי לחשוף אותם לסכנת גניבה או אובדן, והיא בהפקדתם בבנק. לפיכך, פוסקי זמננו קבעו שכיום שמירתם המעולה של כספים היא דווקא בבנק[7].

ניתן היה לפרש שהוא חל על שתי החובות, ואף ההחזקה חייבת להיות בדרך שמבטיחה עשיית פירות. אולם נראה שפרשנות זו אינה סבירה. הדרך הטובה ביותר להפיק פירות מכספי הנאמנות היא על ידי השקעתם, ולא על ידי החזקתם. לכן נראה שההחזקה חייבת להיות בדרך המבטיחה את "שמירת הקרן", ואילו ההשקעה חייבת להיות בדרך המבטיחה גם "עשיית פירות".

[2] כרם, סעיף 152, עמ' 338.

[3] כרם, שם, עמ' 339.

[4] ב' כהנא, שומרים, בסדרת "חוק לישראל", ירושלים תש"ס.

[5] בבא מציעא מב ע"א, ועוד. ראה בהרחבה בחוק לישראל, שומרים, עמ' 179־184.

[6] לעניין שומר כספים שנדרש מעת לעת להשתמש בהם (וכך הוא בנאמן), יש מן הפוסקים שכתבו שאין הוא נדרש להחזיקם בקרקע דווקא, אלא די שיחזיקם בכספת (ארגז) — ראה שו"ת מהריט"ץ, סימן יב; חוק לישראל, שומרים, עמ' 181־182.

[7] ראה: שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן נג.
יש להעיר, ששומר כסף המפקיד אותו בבנק עובר לכאורה על האיסור לשומר למסור את הפיקדון לשומר אחר, מחשש שהשומר האחר יגנוב אותו או לא ישמור עליו כראוי (על האיסור, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 260־264; ושם עמ' 261 בעניין שומר כסף). אבל הדעת נותנת שבימינו, שבנקים הם גוף שאפשר לסמוך עליהם בוודאות כמעט מוחלטת שיחזירו את הכסף, מותר לשומר להפקיד את הכסף בבנק. אפשר לבסס היתר זה על הדין ששומר שמסר את הפיקדון למי שבעל הפיקדון רגיל להפקיד אצלו, פטור מאחריות לנזק (חוק לישראל, שומרים, עמ' 431־441), ולדעה אחת, אף מותר לשומר למסור לו לכתחילה (שם, עמ' 432), והרי בעל הפיקדון מן הסתם רגיל להפקיד כסף בבנק. נכון הוא שבמצב רגיל שאדם מפקיד כסף אצל חברו, אסור לשומר להפקידו בבנק, שכן אילו רצה בעל הכסף בכך היה מפקידו בעצמו בבנק; אבל בנאמן אין לומר כך, שהרי לנאמן יש תפקיד מעבר לשמירה על הכסף, לעשות דברים שאינם מתאימים לבנק לעשות, ולכן העובדה שיוצר הנאמנות לא הפקיד את הכסף בבנק אינה הוכחה להתנגדותו לכך. כך היה בנידונו של אגרות משה, שם, שהכסף הופקד אצל שליש שנצטווה לתת חלק ממנו לאחות המשליש ואת השאר ליורשים.

החזקת הכספים חייבת להיות במקום שבו אין חשש שיאבדו. כך למשל, אסור לנאמן להחזיק כספי נאמנות בבגדיו[8].

ככלל, שומר חינם חייב לשמור כ"דרך השומרים", היינו כפי הדרך הנהוגה והמקובלת[9].

על משמעותו של הנוהג המקובל לעניין שמירת כסף, נוכל ללמוד, למשל, מתשובת מהר"ם בן חביב[10] בעניין נאמן שהחזיק את כספי הנאמנות יחד עם כספים שלו וסחורות שהתעתד למכור במחסן נעול מתחת לביתו. באחד הימים הבחין הנאמן שהמחסן פרוץ, שהמנעול שבור ושסחורותיו יחד עם כספי הנאמנות נגנבו. יוצר הנאמנות טען, בין השאר, שהיה לנאמן לשמור את הכספים בחדר שבו הוא לן, ולא להשאירם במחסן המרוחק ממנו, וכך היה מצליח לזהות ניסיונות פריצה מבעוד מועד. מהר"ם בן חביב דן ארוכות בהיקף אחריותו של הנאמן ולבסוף פוטר אותו מן האחריות, בין השאר משום שלפי מנהג המדינה, "כל הפאטוריס[11] הבאים להם סחורות — שומרים הסחורות במגזיניש [=במחסנים] במסגרות [=נעולים], והולכים בלילה ללון בביתם. אם כן, כל השולח איזו סחורות לליגורנא [=לליוורנו] ביד הפאטוריש, שולח הוא שינהוג בהם הפאתור כמנהג המדינה". מן הדברים עולה, שמנהג המדינה קובע את דרך ההחזקה הראויה, משום שמנהג זה נחשב לתנאי מכללא המגדיר את הדרך המקובלת לשמירת כספים.

אופן ההחזקה הראוי של הכספים מושפע גם מתנאי הנאמנות, המפורשים או המשתמעים. כך נקבע לגבי שומר באופן כללי, שאם הוא שמר את הפיקדון באופן שנחשב פשיעה, אבל בעל הפיקדון ידע על כך ושתק, השומר פטור מאחריות, משום ששתיקתו של בעל הפיקדון נחשבת להסכמה להחזקת הפיקדון בדרך זו[12].

ג. נאמן שהוא שומר שכר

יש אומרים ששומר שכר חייב להימצא תמיד ליד הפיקדון, שכן לשם כך הוא מקבל שכר, ואם לא היה ליד הפיקדון, ונגנב, הוא חייב גם אם הפיקדון היה טמון בקרקע והיה מוקף "חומת ברזל", שכן אילו היה לידו, הגנב היה מפחד לגנוב. אם כן, דעה זו מטילה חובת שמירה חמורה על נאמן שהוא שומר שכר: חובה להיות צמוד לכספי הנאמנות כל העת. אולם דעה אחרת היא ששומר שכר אינו חייב להיות צמוד לפיקדון, אלא די שישים אותו במקום שמור היטב, כגן בקרקע[13]. מחלוקת זו לא הוכרעה, ואף דעת השולחן ערוך בנידון אינה ברורה[14].

[8] ע"פ שו"ת מהריט"ץ, שם. הוא מנמק, שיש חשש שישכח שהכספים מצויים שם וימכור את הבגד, יתן אותו במתנה או ישאילו לאחרים, ובכך יגרום לאובדן הכספים.
כמו כן, בעת העברת הכספים ממקום למקום, על הנאמן לדאוג לכך שהם יועברו בתוך ארנק, כיס התפור בבגד שהוא לובש וכדומה, או בכל דרך אחרת המקובלת לשמירת כספים, ובלבד שהכספים יישמרו במקום שאינו נגיש לרבים. לפרטים והרחבה בעניין זה, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 191-198.

[9] חוק לישראל, שומרים, עמ' 160-162.

[10] מהר"ם בן חביב, שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א.

[11] על הפאטור כנאמן, ראה סעיף 2, פרק שלישי, ב, (5).

[12] חוק לישראל, שומרים, עמ' 171-172.

[13] על שתי הדעות ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 225-227.

[14] ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 961.

עם זאת, גם לפי הדעה הראשונה, במקום שנהוג ששומר שכר אינו נשאר צמוד לנכס, המנהג קובע[15]. על כן, הדעת נותנת שהנאמן יוכל להפקיד את הכסף בבנק, כיוון שכך נהוג.

כמו כן, גם בשומר שכר, כמו בשומר חינם, מועילה הסכמה מפורשת או משתמעת של בעל הפיקדון להקל מאחריות השומר, ולכן אם בעל הפיקדון יודע ששומר השכר שומר על הנכס בצורה מסוימת, ולא דרש ממנו שמירה טובה יותר, די בשמירה זו[16].

פרק שלישי

השקעת כספי הנאמנות

א. מבוא

השקעת כספי הנאמנות יכולה להבטיח את שמירת ערך הכסף ואף להבטיח שהוא ישא פירות. אולם להשקעת הכספים יש לרוב שתי השפעות שליליות: היא פוגעת בזמינותם של הכספים, וכרוכה בנטילת סיכונים שונים העלולים לגרום להם הפסד.

סעיף זה מבקש לאזן בין האינטרסים באמצעות הבחנה בין כספים הדרושים לצרכיה השוטפים של הנאמנות לבין כספים שאינם דרושים לצרכיה השוטפים. לגבי כספים שאינם דרושים לצרכיה השוטפים, נקבע שהנאמן חייב להחזיק בהם או להשקיעם "כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות".

מלשון הסעיף משתמע שהמחוקק הותיר בידי הנאמן את ההחלטה אם להחזיק בכספים או להשקיעם, שהרי הוא לא קבע קריטריון מחייב, באלו נסיבות עליו להשקיעם ובאלו נסיבות עליו להחזיקם[17]. להלן נבקש למצוא קריטריונים לכך לאור מקורות המשפט העברי.

הסעיף אינו עוסק כלל בכספים הדרושים לצרכיה השוטפים של הנאמנות, ומכאן נלמד שאין הנאמן חייב להשקיע כספים אלו, אם כי החוק אינו אוסר עליו לעשות זאת.

אף בעניין זה, נראה שניסוחו של הסעיף לוקה בחסר, מאחר שלעיתים השקעת כספי נאמנות הדרושים לצרכיה השוטפים עלולה להקשות על יכולתו של הנאמן להגשים את מטרותיה של הנאמנות, ולכן היה מקום לאסור השקעת כספים אלו. אף כאן, נבקש להבהיר את הדין הראוי מנקודת הראות של המשפט העברי.

ב. ההיתר להשקיע את הכספים

במשנה, נחלקו ר' עקיבא ור' ישמעאל[18] בשאלה, מה יש לעשות ביתרת הכספים שנותרו בקופת

[15] חוק לישראל, שומרים, שם.

[16] חוק לישראל, שומרים, עמ' 224.

[17] פרשנות אפשרית של הסעיף היא ש"כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות" הוא קריטריון גם לעניין זה, כלומר, אם החזקת הכסף יעילה יותר לשמירת הקרן (תוך התחשבות באפשרות לעשיית פירות; כלומר, המצב הוא שהסיכוי לעשיית פירות על ידי השקעה, קטן מהסיכון לקרן מן ההשקעה), יחזיק, ואם השקעתם יעילה יותר לשם כך (כלומר, שהסיכוי לעשיית פירות על ידי השקעה, גדול מהסיכון לקרן מן ההשקעה), ישקיע.

[18] משנה, שקלים, פרק ד, משנה ג; ירושלמי, שקלים, פרק ד, הלכה ב.

הלשכה בבית המקדש, לאחר שנעשה בכספים שימוש לשם רכישת קרבנות ציבור וטיפול בצרכים ציבוריים? ר׳ ישמעאל סבר, שבכספים אלו יקנו ״יינות, שמנים וסלתות״, וימכרו אותם לבאי המקדש שצריכים אותם, והרווח מן המכירה יהיה להקדש. אולם ר׳ עקיבא סבר, ש״אין משתכרין [=משקיעים] משל הקדש, ולא משל עניים״. הרמב״ם[19] פסק כדעת ר׳ עקיבא, האוסר להשקיע כספי הקדש וצדקה.

בתלמוד הוסבר שהאיסור להשקיע את כספי ההקדש לשיטת ר׳ עקיבא נובע מן הרצון להראות מנהג עשירות במקדש. השקעתם של כספים, לפי הסבר זה, היא מנהגם של עניים, שאינם בטוחים מה ילד יום ולפיכך נדרשים להשקיע את כספיהם כדי להבטיח את עתידם, ואילו עשיר מובטח לו שתמיד יהיה בידו די כסף לצרכיו, ולכן אין הוא נוהג להשקיע את כספו. השקעת כספים המיועדים למקדש פוגעת בכבוד המקדש ומציגה את ההקדש כנוהג מנהג עניים במקום שבו צריכה להיות ״עשירות״[20].

הטעם ש״אין עניות במקום עשירות״ שייך בכספי הקדש של בית המקדש, אבל אינו יכול לספק הסבר להלכה, שעליה לא חלק ר׳ ישמעאל[21], שאין להשקיע כספים המיועדים לעניים. כאן אין מקום לשלול את ההשקעה מפני שהיא מנהג עניים, שהרי אכן מדובר בכספים המיועדים לעניים, ואין פגם בכך שינהגו בהם מנהג עניות[22]. מדוע אם כן לא יהא הגבאי רשאי להשקיע כספים אלו, וכך להגדיל את הסכום העומד לרשות העניים?

על שאלה זו מוצאים אנו תשובות שונות בשני התלמודים. הבבלי מסביר, שהגבאי אינו רשאי להשקיע את הכספים משום שההשקעה עלולה להביא לכך שכספי הצדקה לא יהיו זמינים כדי להעבירם לנזקקים שעה שיידרש הדבר[23].

למרות זאת, מסופר בתלמוד שר׳ ינאי נהג להשקיע כספי צדקה שהופקדו בידיו, כדי להפיק מהם רווחים לטובת העניים[24]. הט״ז הסביר שר׳ ינאי נהג כך היות ש״היה ברור לו בלי ספק שתכף שיבואו עניים, יוכל להוציא מן הקהל בלי עיכוב״[25].

[19] פירוש המשניות לרמב״ם, שקלים שם, וערכין, פרק ו, משנה ה. כך פסק בעקבותיו גם ר׳ עובדיה מברטנורא בפירושו למשנה בשני המקומות. הדין מובא גם על ידי רב האי גאון, בספר המקח, שער ס, והרמ״ך, בשיטה מקובצת, בבא מציעא ע ע״א.
על האיסור להשתכר בשל הקדש, ראה שו״ת דעת כהן, סימן קלד.

[20] ע״פ כתובות קו ע״ב.

[21] ראבי״ה, חלק ב, סימן תקצב, ד״ה והואיל ואתי.
אבל שו״ת ציץ אליעזר, חלק יד, סימן עו, אות ג, לומד ממה שהרמב״ם לא כתב בהלכותיו שאין משתכרים בכספי צדקה, מכאן שהוא פוסק כר׳ ישמעאל המתיר; הרי שהוא הבין שר׳ ישמעאל מתיר גם בצדקה. אבל דברי ציץ אליעזר קשים, שהרי כפי שצוין לעיל, הרמב״ם פסק כר׳ עקיבא בפירושו למשנה, ואין לומר שחזר בו בזמן שכתב את חיבורו משנה תורה, בלי שתהיה הוכחה ברורה לכך.
על האיסור להשתכר בממון עניים, ראה שו״ת המבי״ט, חלק ג, סימן מח.

[22] נראה שזאת כוונת שו״ת הרשב״א, חלק ד, סימן סג (הובא בבית יוסף, יו״ד, סימן קס, בסופו).

[23] כתובות שם. נימוק זה הובא בספר המקח, שער ס, ובשו״ת בית דינו של שלמה, יו״ד, סימן א, הלכתא פסיקתא (דף נג ע״ב), אות כג (על מעשר כספים) (הובא באמרי שבת, מהד׳ תרמ״ט, דף ס ע״ב).

[24] ערכין ו ע״ב. על מעשה זה עיין גם רדב״ז, על הרמב״ם, הלכות מתנות עניים, פרק ח, הלכה ה.

[25] ט״ז, יו״ד, סימן רנו, ס״ק ד, וסימן רנט, ס״ק ב.

באופן דומה, התיר ר׳ שמואל הסרדי[26] לנאמן הידוע כאדם עשיר להשקיע כספי צדקה, מפני שבידו להלוות מכיסו לקופת הצדקה אם כספי הצדקה יידרשו באופן מיידי[27].

הירושלמי נותן הסבר אחר לאיסור השקעתם של כספי צדקה, והוא החשש שמא ההשקעה תהיה כרוכה בסיכון הקרן[28]. אולם חשש זה אינו קיים אם גבאי הצדקה מקבל על עצמו לשאת בהפסד אם יהיה כזה[29].

לאור זאת נוכל לסכם שמותר לנאמן להשקיע גם כספים הדרושים לצרכיה השוטפים של

[26] ספר התרומות, שער מו, חלק ד, אות ח (עמ׳ תתקכח בהוצאת מכון ירושלים, תשמ״ח). כך פסקו גם שו״ת הרדב״ז, חלק ג, סימן תיד, והשל״ה, מסכת מגילה, נר מצוה, אות כד (הובא בשו״ת ציץ אליעזר, חלק יד, סימן עו, אות א, ובשו״ת בית דינו של שלמה, יו״ד, סימן א, דף נא ע״ג).
על פי טעם זה, פסק שו״ת מהר״ם חלאווה, סימן סו, שאם מראש ציווה התורם שיתנו לעניים רק סכום קצוב מהכסף כל שנה, מותר להשתכר בשאר הכסף, משום שבלאו הכי לא יתנו לעניים השנה את שאר הכסף.
כמו כן, תשובות מיימוניות, לספר משפטים, סימן יד (=הגהות מיימוניות, דפוס קושטא, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד; הובא ברמ״א, יו״ד, סימן רנט, סעיף א), מתיר להשתכר בכספי צדקה אם ניתנו באופן שהקרן תהיה קיימת ורק הפירות ילכו לעניים.

[27] בשו״ת ציץ אליעזר, שם, אות ו, מעיר, שהשל״ה, מסכת חולין, נר מצווה, אות נט, אומר שראוי שאדם יחלק את כל כספי הצדקה שלו לעניים בשנים השלישית והשישית לשמיטה. דין זה שולל לכאורה את האפשרות להשקיע כספי נאמנות למטרות מצווה ליותר משלוש שנים. אולם ציץ אליעזר פוסק שאם הנאמן הוא אדם אחר, שאינו המקדיש — נחשב הדבר כאילו כספי ההקדש כבר באו בפועל לידי הנהנים, וכך לא חלה החובה לחלק את כל הכספים בשנים השלישית והשישית לשמיטה.
כמובן, אם התורם התנה שהגבאים יתעסקו בכספי הצדקה, מותר. וכך כתב בפירוש בשו״ת חכמי פרובינציה, חלק ב, סימן מג, בשם הרשב״א.

[28] ירושלמי, שקלים, פרק ד, הלכה ב.
שו״ת ציץ אליעזר, שם, אות ד, כתב שהבבלי מסכים גם לנימוק של הירושלמי, וכן הירושלמי מסכים גם לנימוק של הבבלי, ומותר להשקיע כספי צדקה רק במצב שאף אחד מן הנימוקים אינו תקף. גם שער המלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד, כותב שהבבלי מסכים לנימוק של הירושלמי, והבבלי מתכוון רק להוסיף לטעם לאסור גם אם גבאי הצדקה מקבל על עצמו לשאת בהפסד.
אבל ילקוט ביאורים (בתלמוד מהד׳ מתיבתא), שקלים שם, עמ׳ נח, מדייק מרמ״א, יו״ד, סימן רנט, סעיף א, שמתיר להשתמש בכספי צדקה אם הקרן קיימת ורק הרווח הולך לצדקה, מפני שאז אין מקום לחשש שלא יהיה כסף זמין לתת לעניים (ראה לעיל, הערה 26) — מכאן שאינו חושש לאפשרות של הפסד הקרן.
שו״ת כתב סופר, יו״ד, סימן קי, כותב שהרמב״ם סובר שהעיקר הוא טעם הירושלמי, ואילו הרי״ף והרא״ש סבורים שהעיקר כטעם של הבבלי, ולכן הרמב״ם מתיר אם נותן משכון לביטחון מפני הפסד, ואילו הרי״ף והרא״ש אוסרים גם באופן זה — עיין שם באריכות.
אבל לפי שיירי הקרבן, על הירושלמי שם, אף לפי הירושלמי, נימוקו של ר׳ עקיבא זהה לנימוק שבבבלי; והחשש מפני הפסד לעניים נאמר רק לפי דעתו של ר׳ ישמעאל, המתיר השתכרות מנכסי הקדש לבדק הבית. כלומר, אף אם מותר להשקיע כספי הקדש וצדקה, יש להבטיח שההשקעה לא תגרום הפסדים לכספי ההקדש והצדקה.

[29] ירושלמי שם (הובא בציץ אליעזר שם, אות ב).
וזה לשון הירושלמי: ״אלא אם רצה יהא ההפסד שלו והשכר להקדש, מותר. כהדא [=כשם ש]בר זמינא אתפקיד גביה מדל דיתמין [=הופקדו אצל אדם ששמו בר זמינא כספים משל היתומים], אתא ושאל לר׳ מנא, אמר ליה: אין בעית די הפסדה דידך ואגרה דתרויכון, שרי [=אם אתה מוכן שההפסד יהיה שלך והרווח של שניכם, מותר]״.
שו״ת מהרי״ט, חלק א, סימן קמד, פוסק על פי נימוק הירושלמי, שאם יש משכונות בטוחים למקרה של הפסד, מותר להשתכר בכספי צדקה (על דבריו עיין שו״ת חיים שאל, חלק ב, סימן לב; ערכי עלי, ערכין

הנאמנות, ובלבד שההשקעה לא תפגע ביכולתו של הנאמן להגשים את מטרותיה של הנאמנות, דהיינו שיהיה ברור שיוכל להשתמש בכסף (אותו כסף או חליפיו) מיד כשיתעורר צורך בו, ושיקבל על עצמו לשאת בהפסדים אם הקרן תאבד או תפחת עקב ההשקעה[30].

אשר לכספים שאינם דרושים לצרכיה השוטפים של הנאמנות, הנימוק של הבבלי לאסור השקעת כספי צדקה, שמא לא יהיה כסף זמין כשיידרש, אינו תקף לגביהם. אבל הנימוק של הירושלמי, משום הפסד הקרן, תקף גם כאן, ועל כן ההשקעה מותרת רק אם יקבל הנאמן על עצמו לשאת בהפסד אם יהיה הפסד לקרן.

ג. החובה להשקיע את הכספים

השולחן ערוך[31] כותב שיש לבחור כאפוטרופוס מי שיודע "לשמור הנכסים [של היתומים] ולהרויח בהם". מכאן שמתפקידו להרוויח בנכסי היתומים. חובה זו נובעת מחובתו הכללית של האפוטרופוס לדאוג לפרנסתם של היתומים, ומאחר שפרנסת היתומים כרוכה בהוצאות רבות, אם לא ימצא האפוטרופוס דרך להפיק רווחים מנכסי היתומים, הוא עלול להיקלע למצב שלא יאפשר לו למלא את תפקידו[32].

אשר לכספי יתומים, יש הסוברים שיש למנות אפוטרופוס מיוחד שתפקידו יהיה להשגיח על השקעת הכספים, ויש הסוברים שאין צורך בכך, אלא די שבית הדין ימסור את הכספים בידיו של משקיע שיתחייב לשאת בהפסדים בעצמו ולחלוק עם היתומים ברווחים[33]. בין כך ובין כך, ברור שיש להשקיע את הכספים[34].

חשוב להדגיש שהחובה להשקיע את כספי היתומים מבוססת על ההנחה שאם הכספים לא יושקעו, הכסף יאזל ולא ניתן יהיה להגשים את מטרותיה של הנאמנות. מכאן שאם המצב הוא שאכן ניתן להגשים את מטרות הנאמנות גם בלי להשקיע את כספיה, לא יהיה הנאמן חייב להשקיע את הכספים, אלא אם הורה לו יוצר הנאמנות לעשות כן או שניכר מאומד דעתו

ו ע"ב). משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ח, הלכה ד, מקשה על מהרי"ט, שלפי הנימוק של הבבלי יש לאסור גם במקרה זה.
ערוך השולחן, יו"ד, סימן רנט, סעיף ד, כותב שמותר להשתכר בכספי צדקה רק אם זה רחוק מהפסד; דבריו מתאימים לנימוק של הירושלמי, אף שלא הזכיר אותו. שו"ת שבט הלוי, חלק ח, סימן ריג, מסביר שערוך השולחן למד זאת מהדין שמותר להלוות כספי יתומים רק למי שמקבל עליו כל הפסד אפשרי (בבא מציעא ע ע"א; שולחן ערוך, יו"ד, סימן רצ, סעיף ח); והוא כותב שמדובר בכספי צדקה שכבר הגיעו לגבאי הצדקה, כך שיש לו תובעין כמו ממון יתומים, ולא בכספי צדקה שעוד לא הגיעו לגבאי.

30 אף שהמקורות מדברים על צדקה, הנימוקים לאיסור קיימים גם בנאמנות פרטית.

31 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב.

32 ראה רש"י, בבא מציעא ע ע"א, ד"ה קרוב לשכר: "שלא יכלו מעותיהם, להאכילם פרוטה אחר פרוטה"; בית הבחירה, בבא מציעא ע ע"א, ד"ה נכסי: "שאם כן, הקרן כלה, ואוי לו לנאמנות המפסיד".

33 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח, ורמ"א שם. יש להעיר, שהשקעת כספים פרטיים בדרך האמורה אסורה בדרך כלל משום אבק ריבית, אך חכמים התירו את השקעת כספי יתומים בדרך זו, כדי להגן על היתומים מפני הפסדים. ראה רש"י, בבא מציעא ע ע"א, ד"ה קרוב לשכר. וראה בנספח, ליד ציון הערה 60, על ריבית במצב זה.

34 ים של שלמה, חולין, פרק ג, סימן ט, כותב שמוטלת על הציבור חובה להשקיע כספים של תלמידי חכמים. אבל מדבריו שם עולה שטעם החובה הוא כדי שלא יצטרכו תלמידי החכמים להתבטל מלימודם ולעסוק בהשקעה, ואין ללמוד משם לכל נאמנות.

של היוצר שהוא מעוניין בהשקעת הכספים גם בנסיבות אלו. אמנם בכל מצב השקעת הכספים תתרום להשגת מטרות הנאמנות, שהרי כשיש יותר כסף, אפשר לעשות יותר, אבל אין זה מחובתו של הנאמן לעשות יותר משנתבקש, אלא אם כן הדבר ניכר מאומד דעתו של יוצר הנאמנות, כאמור.

על רקע זה, מן הראוי לתקן את נוסח הסעיף באופן שיבהיר את התנאים שבהם יש להשקיע את הכספים ואת התנאים שבהם יש להסתפק בהחזקתם. יש לקבוע שהנאמן יידרש להשקיע את כספי הנאמנות רק אם הדבר נחוץ לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות[35].

פרק רביעי

דרך ההשקעה — "כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות"

א. מבוא

הסעיף אינו קובע מסמרות בדבר הדרך שבה מוטל על הנאמן להשקיע את כספי הנאמנות, זולת הקביעה הכללית שעל ההשקעה להיות יעילה "לשמירת הקרן ולעשיית פירות"[36]. השקעה יעילה היא זו שאינה כרוכה בסיכון מיותר לכספי הנאמנות, מחד גיסא, אך מאפשרת הפקת רווח, מאידך גיסא[37].

כך למשל, הלוואה מכספי נאמנות לאדם שאין בכוחו של הנאמן להעריך את יכולתו להחזיר את החוב, נחשבת[38] לעסקה "מפוקפקת, שכבר במועד עריכתה היה ברור לכאורה שסיכוייה להצליח תלויים בגורמים רבים שאינם בשליטת המשיב (=הנאמן)". עסקה כזו אינה מתיישבת עם חובת הנאמן להשקיע את נכסי הנאמנות "כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות".

ב. נאמנות פרטית

נאמנות פרטית מיועדת לקידום מטרות שקבע יוצרה, והנאמן פועל עבור יוצר הנאמנות ובשמו. לפיכך על הנאמן להשקיע את כספי הנאמנות בהתאם לאומד דעתו של יוצרה.

ג. נאמנות למטרות צדקה

בעניין כספי יתומים נקבע בתלמוד[39] שיש להשקיע אותם באופן ש"קרוב לשכר ורחוק להפסד". משמעותה של ההלכה היא, שכספים שירשו יתומים קטנים, יש לתת אותם בידי נאמן שתפקידו

[35] אין צורך שייאמר בסעיף שהוא יידרש לעשות כן אם יוצר הנאמנות הורה לו להשקיע את הכספים או שניכר מאומד דעתו שהוא מעוניין בכך, שהרי כך עולה בלאו הכי מסעיף 11, הקובע שההוראה שבסעיף 6 תחול בכפוף לתנאי הנאמנות.

[36] ניסוח דומה קיים גם בחוק ניירות ערך, התשכ"ח־1968, סעיף 28(א).

[37] ראה: ת"א (תל־אביב־יפו) 1808/00 הוכברג ערן נ' בל"ל בטוחות, תק־מח 2002(2) 1441, בעמ' 1452; בר"ע (תל־אביב־יפו) 2624/03 עו"ד הוס יצחק נ' בוריס סיונוב, תק־מח 2004(2) 661, בעמ' 662

[38] בש"א (תל־אביב־יפו) 2367/03 דנה סוזאיב נ' ידין מכנס, תק־מח 2003(1) 36087, בעמ' 36088.

[39] בבא מציעא ע ע"א. כך פסקו גם: רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

יהיה להשקיע את הכספים[40], ובלבד שיוסכם עמו שהוא יתחלק עם היתומים ברווח, אך בהפסד ישא לבדו[41].

התלמוד מציג דרישה נוספת בהשקעת כספי יתומים, והיא שהכספים יושקעו בידי אדם שאין חשש שיפשוט את הרגל, שהיינו שיש לו מקרקעין שאין ערעור על בעלותו בהם, או שיש לו זהב[42].

מדברי התלמוד על השקעת כספי יתומים, הסיק הרשב"א[43] עיקרון כללי, שהשקעה של כספי יתומים חייבת להיות יציבה, ובלשונו הציורית: "לא בסחורה בים, שהים נוטל בשפע ונותן בשפע[44]". כלומר, אף אם השקעה בדרך מסוימת עשויה להניב רווחים גבוהים ("נותן בשפע"), אין להשקיע את הכספים בדרך זו, אם השקעה בדרך זו כרוכה בסיכון להפסד משמעותי ("נוטל בשפע").

למעשה, הוסיף הרשב"א ש"מנהג המקומות להתעסק בממון היתומים כדרך שמתעסקים האנשים האמודים ובקיאין בשומא". לאמור, ההשקעה צריכה להתבצע כמקובל בקרב אנשי מקצוע ("בקיאין בשומא") עשירים ("אמודים"), שעושרם עשוי להעיד על הצלחותיהם העסקיות.

[40] מן הסוגיה עולה שאת הכספים יש לתת למשקיע בפני בית דין, ונחלקו המפרשים בדבר הסיבה לתנאי זה. רש"י, בבא מציעא שם (ד"ה בי דינא), סובר שהתנאי נובע מן הצורך לחייב את הנאמן לשתף את היתומים ברווחים, בעוד הם אינם שותפים להפסדים. בית הדין, לפי הסבר זה, מתוקף כוחו להפקיר נכסים, מפקיע מן הנאמן מחצית מזכויותיו ברווחי ההשקעה ומקנה אותה ליתומים. הטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף יד, הביא את דבריו ולא הביא חולק עליהם. וראה דיון בדבריו בשו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן נד.
הרשב"א, בחידושיו לבבא מציעא, שם, מסביר שיש למסור את כספי ההשקעה בפני בית דין כדי להסמיך את הנאמן למסור את כספי היתומים לאחרים שיתעסקו בהם תחתיו. על עניין זה ראה גם בסעיף 10, פרק אחד עשר, ה.
דעה שלישית היא דעת הרא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן נא: יש למסור את כספי ההשקעה בפני בית דין משום שבדרך זו תהיה אימת בית הדין מוטלת על הנאמן, והוא יירתע מליטול מן הרווחים חלק שאינו מגיע לו. על הנימוקים השונים לצורך בבית דין, ראה בירור הלכה, בבא מציעא ע ע"א, ציון ג, פרק ד.

[41] כך פירשו רוב המפרשים את הלשון "קרוב לשכר ורחוק להפסד". ראה למשל: רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה קרוב; חידושי הרמב"ן, בבא מציעא שם, ד"ה הא דאמרינן מעות; שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן סג; חידושי הר"ן, בבא מציעא שם, ד"ה מעות; רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן נ; נימוקי יוסף, בבא מציעא מא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר, בסופו; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד; בית הבחירה, בבא מציעא שם; שולחן ערוך, יו"ד, סימן קס, סעיף יח.
אבל חידושי הריטב"א (החדשים), בבא מציעא ע ע"א, חולק על פירוש זה, בטענה שאם הנהנה יקבל חלק מן הרווחים ולא יהיה צפוי להפסדים, העסקה תהיה אסורה משום ריבית דאורייתא (ואילו הפרשנים האחרים סבורים שזו ריבית דרבנן, שהותרה ליתומים, כפי שנראה בנספח, ליד ציון הערה 60; עיין לדוגמה חידושי הרמב"ן, בבא מציעא שם, וחידושי הרשב"א שם, שהסבירו מדוע זו רק ריבית דרבנן). על כן הריטב"א מפרש ש"קרוב לשכר ורחוק להפסד" משמעותו, שחלקו של הנאמן ברווחים יהיה רב יותר מאשר חלקו בהפסדים (כגון שיטול שני שלישים מן הרווחים ורק חצי מן ההפסדים, או חצי מן הרווחים ושליש מן ההפסדים). בדרך זו אין איסור ריבית, אפילו ריבית דרבנן, אלא שאדם רגיל שעושה כך נקרא "רשע" (בבא מציעא ע ע"א), וליתומים התירו. בעניין זה ראה גם תמים דעים, סימן נא; שיטה מקובצת, בבא מציעא שם, בשם רבנו יהונתן; חידושי חתם סופר, בבא מציעא שם; בירור הלכה, בבא מציעא ע ע"א, ציון ג, פרק ג.

[42] בבא מציעא שם; רמב"ם שם; שולחן ערוך שם.

[43] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף צד.

[44] מקור ביטוי זה בספרי, פרשת וזאת הברכה, פסקא יג.

כפי שראינו לעיל[45], הירושלמי אומר דבר דומה לעניין כספי צדקה, שמותר להשקיע אותם רק אם המשקיע מקבל על עצמו לשאת בהפסדים, אם יהיו[46].

לאור זאת, נוכל לסכם, שכספי נאמנות יושקעו בדרך המניבה את הרווחים המירביים בלי לסכן את הקרן, בהתאם לייעוץ של גורמים מקצועיים, שהצלחת השקעותיהם הוכחה.

פרק חמישי

קביעת דרכי ההשקעה בתקנות — "שר המשפטים רשאי לקבוע..."

החוק מסמיך את שר המשפטים לקבוע בתקנות כיצד יושקעו כספי נאמנות[47]. הוראה דומה קיימת גם בסעיף 27 לעניין הקדש ציבורי.

החוק אינו מחייב את השר לקבוע דרכי השקעה בתקנות, אך יש להניח שהמחוקק ציפה ששר המשפטים אכן יעשה שימוש בסמכות שניתנה לו בסעיף זה. אולם עד עצם היום הזה, לא עשה שר המשפטים שימוש בסמכותו לגבי נאמנות פרטית. הוא התקין תקנות רק לעניין הקדש ציבורי, בהתאם לסמכותו על פי סעיף 27[48]. שם נקבע[49], בין היתר, שאת כספיו של הקדש ציבורי יש להשקיע "בעזרת מנהל תיקים או יועץ השקעות או באמצעותם". הוראה זו עולה בקנה אחד עם הנוהג שציין הרשב"א[50], להשקיע כספי הקדש ציבורי "כדרך שמתעסקים האנשים האמודים ובקיאין בשומא".

[45] לעיל, ליד ציון הערה 29. וראה שם בהערה.

[46] ראה גם: שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן יז; שו"ת זכרון יהודה, סימן סא; שו"ת מהר"ם חלאווה, סימן סו; שו"ת הריב"ש, סימן תסה; שו"ת ר' אברהם אבן טוואה (תשב"ץ, חלק ד, טור ג), סימן לד; שו"ת בנימין זאב, סימן שסו; שו"ת מהר"י בי רב, סימן י; שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קכד; שו"ת יביע אומר, חלק ה, יו"ד, סימן יג, סעיף ג.

[47] בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 576(ג), הלשון היא: "שר המשפטים רשאי לקבוע דרכים שבהן ניתן להשקיע את כספי הנאמנות, בכלל או לפי סוגים".

[48] תקנות הנאמנות (דרכי השקעת כספי הקדש ציבורי), התשס"ד־2004.

כבר בפקודת ההקדשות למטרות צדקה, משנת 1924, נמסרה ביד שר המשפטים הסמכות לקבוע בתקנות את דרכי ההשקעה של הקדשות למטרות צדקה, ומכוחה של סמכות זו נקבעו בשנת 1974 תקנות הקובעות דרכים להשקעת כספי נאמנות למטרות צדקה. למרות זאת, מציין מבקר המדינה ש"הקדשות רבים אינם מקפידים על מילוי ההוראות בעניין השקעת כספי ההקדש, וגם הרשם התעלם מהן בדרך כלל" (דו"ח מבקר המדינה 52ב, עמ' 438). המבקר מותח גם ביקורת על כך ש"לא בוטלו תקנות ההקדשות שהותקנו בשנת 1974 אף שהחוק המסמיך להתקינן — פקודת ההקדשות — כבר בוטל בשנת 1979 עם חקיקת חוק הנאמנות".

רשם ההקדשות הגיב לביקורת זו: "תקנות ההקדשות לצרכי צדקה משנת 1974 הן תקנות מיושנות בכל הנוגע לסדרי השקעת כספים ואינן עונות על צרכי המשק כיום, והיצמדות דווקנית להוראות תקנות מיושנות הייתה מביאה לנזק כלכלי לנכסי ההקדשות. לפיכך, ובלית ברירה, אנו מאשרים לנאמנים להשקיע גם בהשקעות שלא נכללו בתקנות". בעקבות הביקורת התקין שר המשפטים את התקנות החדשות, והן מותאמות לצרכי המשק כיום.

[49] שם, סעיף 2ג(1).

[50] לעיל, אחרי ציון הערה 43.

פרק שישי

השקעה בהתאם לתקנות

בדיוננו בסעיף 12 נעמוד על כך, שנאמן אחראי לנזק או הפסד שנגרם לנכסי הנאמנות, ואף למניעת רווח צפוי כתוצאה מפעולות כושלות. סעיף 6 מסייג את אחריות הנאמן לתוצאותיהן של השקעות כושלות, אם השקיע את כספי הנאמנות בהתאם לתקנות שהתקין שר המשפטים[51]. סייג זה דומה במהותו לסייג הקבוע בסעיף 12(ג), שהנאמן אינו נושא באחריות "אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או באישורו".

בדיוננו בסעיף 12(ג) נראה, שאף לפי המשפט העברי, לא ישא נאמן באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית הדין או באישורו, ואפשר ללמוד מכך שהוא לא ישא באחריות לתוצאותיה של פעולה שנעשתה בהתאם לתקנות של שר המשפטים.

פרק שביעי

סיכום

סעיף זה עוסק בחובתו של הנאמן להחזיק בכספי הנאמנות או להשקיע אותם. לפי המשפט העברי, על הנאמן להחזיק את כספי הנאמנות בדרך המבטיחה את שמירתם מפני גניבה או אובדן, כגון בתוך כספת נסתרת הקבועה בקיר ביתו או בחשבון בנק. בעת העברת הכספים ממקום למקום, על הנאמן להקפיד שהכספים יישמרו באופן שיאפשר לו להשגיח עליהם בכל עת וימנע גישת אחרים אליהם. יש משקל רב לתנאי הנאמנות ולנוהג המקובל לעניין הדרך שבה נדרש הנאמן להחזיק את כספי הנאמנות. כך למשל, החזקת כספים בהתאם לנוהג המקובל פוטרת את הנאמן מאחריות לגניבתם, וכן הסכמה מפורשת או משתמעת של יוצר הנאמנות להחזקה במקום מסוים מתירה לנאמן להחזיק את הכספים באותו מקום, אף אם החזקה זו מעמידה את הכספים בסכנת גניבה.

נאמן שהוא שומר שכר חייב לשמור על הכספים שמירה צמודה, לפי דעה אחת. אבל גם כאן, ניתן להקל מחובה זו לאור הנוהג המקובל ותנאי הנאמנות.

אשר להשקעתם של כספי נאמנות, מבחין המשפט העברי בין השקעת כספים הדרושים לצרכיה השוטפים של הנאמנות להשקעת כספים שאינם דרושים לצרכיה השוטפים. ככלל, נאמן אינו רשאי להשקיע כספים הדרושים לצרכיה השוטפים של הנאמנות, זולת אם יש בידו להבטיח את זמינותם של הכספים לכשיהיה צורך בהם.

את הכספים שאינם דרושים לצרכיה השוטפים של הנאמנות רשאי הנאמן להשקיע, והוא אף מחויב להשקיע אותם, אם יש להניח שאם לא יושקעו הכספים, הם יאזלו במשך הזמן ויקשה עליו להגשים כהלכה את מטרותיה של הנאמנות. בתנאי המסחר המודרניים, על פי רוב, יש להניח שאם לא יושקעו כספי הנאמנות שאינם דרושים לצרכיה השוטפים, אכן קיים חשש ממשי שלא יהיה ניתן להגשים את מטרותיה כהלכה.

[51] הוראה זהה מוצעת גם בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 580(ב).

אשר לדרך ההשקעה, מבחין המשפט העברי בין השקעת כספי נאמנות פרטית להשקעת כספי נאמנות למטרות צדקה. את כספי הנאמנות הפרטית ישקיע הנאמן בהתאם לתנאי חוזה הנאמנות ולאומד דעתו של יוצרה. לעומת זאת, את כספי הנאמנות למטרות צדקה ישקיע הנאמן בדרך המניבה את הרווחים המירביים בלי לסכן את הקרן, ובהתאם לייעוץ מגורמים מקצועיים שהצלחת השקעותיהם הוכחה.

אם רשות מוסמכת קבעה דרכים להשקעת כספי נאמנות, והנאמן השקיע בתום לב את הכספים באחת מדרכים אלו, הוא לא ישא באחריות לתוצאות ההשקעה.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

היות שהמשפט העברי עושה הבחנה בין השקעת כספיה של נאמנות פרטית לבין השקעת כספי נאמנות למטרת צדקה, מוצע הנוסח דלהלן:

כספי הנאמנות

6. (א) כספי נאמנות הדרושים לצרכיה השוטפים של הנאמנות יוחזקו בידי הנאמן, ולא יושקעו אלא אם יוכל הנאמן להבטיח את זמינותם של הכספים לצרכיה השוטפים של הנאמנות.

(ב) כספי הנאמנות שאינם דרושים לצרכיה השוטפים, חייב הנאמן להשקיע כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות; כספי נאמנות פרטית יושקעו בהתאם לתנאי חוזה הנאמנות ולאומד דעת יוצרה; כספי נאמנות למטרות צדקה יושקעו בדרך המניבה את הרווחים המירביים בלי לסכן את הקרן, ובהתאם לייעוץ מגורמים מקצועיים.

(ג) שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות דרכים שבהן ניתן להשקיע כספי נאמנות, והנאמן אינו נושא באחריות אם השקיע אותם בהתאם לתקנות אלה.

נספח

הלוואת כספי נאמנות בריבית

אחת הדרכים להשקיע את כספי הנאמנות היא על ידי הלוואתם בריבית. היות שהלוואה בריבית אסורה לפי דין התורה[52], נשאלת השאלה, האם הלוואה כזאת אסורה גם אם המלווה אינו בעליהם של הכספים, אלא נאמן? בשאלה זו, יש להבחין בין הלוואה של כספי נאמנות פרטית לבין הלוואה של כספי הקדש למטרות מצווה, וכן בין נאמנות שיש לה נהנים ידועים לבין נאמנות לטובת מטרה כללית או לטובת נהנים שזהותם אינה ידועה.

[52] לשאלת יישומו של האיסור במציאות ימינו, ראה א׳ הכהן וז׳ סורוצקין, ״בנקאות ללא ריבית ו׳היתר עסקא׳ ב׳מדינה יהודית ודמוקרטית׳ — הלכה ואין מורין כן?״, שערי משפט ב1 (תשנ״ט), עמ׳ 77־100; נ׳ דרייפוס, ״דיני ריבית בראי הכלכלה המודרנית״, תחומין יד (תשנ״ד), עמ׳ 207־231.

א. נאמנות פרטית

הלוואת כספי נאמנות פרטית בריבית נדונה בתוספתא[53]: "ישראל שנעשה לו גוי אפוטרופוס או סנטר[54] מותר ללוות הימנו בריבית, וגוי שנעשה לו ישראל אפוטרופוס או סנטר אסור ללוות הימנו בריבית[55]". מן התוספתא עולה שהלוואה בריבית שמלווה נאמן מכספי הנאמנות דינה כהלוואה שהוא מלווה מכספו הפרטי. לכן, אם נכרי משמש כנאמן של יהודי, מותר ללוות מן הנכרי בריבית, ואם יהודי משמש כנאמן של נכרי, אסור ללוות ממנו בריבית, הגם שהלוואה זו ניתנת מתוקף תפקידו כנאמן של נכרי[56].

ב. נאמנות למטרות צדקה

(1) נאמנות לטובת נזקק מסויים

בתלמוד אומר רב ענן בשם האמורא שמואל[57]: "מעות של יתומים — מותר להלוותן ברבית". הלכה זו התמיהה את רב נחמן, שהגיב עליה בחריפות: "משום דיתמי נינהו ספינא להו איסורא [=משום שיתומים הם, נאכיל אותם איסורים]? יתמי דאכלי דלאו דידהו, ליזלו בתר שבקייהו! [=יתומים שאוכלים מה שאינו שלהם, טוב להם שילכו אחרי מורישם (שימותו)]![58]".

[53] תוספתא בבא מציעא, פרק ה, הלכה ח (הלכה 20 במהד' ליברמן), הובא בירושלמי, בבא מציעא, פרק ה, הלכה ז, ובתוספות, בבא מציעא סח ע"ב, ד"ה ה"ג.

[54] הערוך, ערך סנטר א', מפרש: שומר (ראה גם: הערוך על הש"ס, בני ברק תשנ"ב, בבא בתרא סח ע"א). לפי M. Jastrow, Dictionary of Targumim, Talmud and Midrashic Literature (1926), p. 1006, משמעות המילה היא — שומר מקום (guardsman) או מנהל אחוזה (bailiff). וראה D. Sperber, A Dictionary of Greek and Latin Legal Terms in Rabbinic Literature, Bar-Ilan University Press, 1984, p. 122, שמציע למונח הקרוב 'סנדטור', את המשמעות של executioner. נראה אפוא שסמכויות הסנטר לא היו שונות במהותן מאלו של האפוטרופוס, אם כי, נראה שתפקידיו התמקדו בשמירת על ערכם של הנכסים שהופקדו בידיו, ולא היו רחבות כמו אלו של האפוטרופוס. וראה גם תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 226, שלא מצא פשר מדויק לביטוי 'סנטר' במקור זה. הערוך השלם, ערך סנטר ג', מפרש מילה זו במובן של סנטור רומאי, כך שמדובר בתפקיד בעל חשיבות ואדנות. "סנטר" נזכר גם במשנה בבבא בתרא סח ע"א, ובסוגיה שם נחלקו אמוראים בפירוש המונח.

[55] כך הוא נוסח התוספתא שלפנינו ובמהד' ליברמן, שם. אולם תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 225־226, מביא נוסח אחר מכמה כתבי יד, ובו נוספת האות 'ל' ברישא ובסיפא: "ישראל שנעשה לו [ל]גוי אפוטרופוס או סנטר מותר ללוות הימנו בריבית, וגוי שנעשה לו [ל]ישראל אפוטרופוס או סנטר אסור ללוות הימנו בריבית". נוסח זה, שמצוי אצל רבים מן הראשונים, הופך לחלוטין את משמעות ההלכה, ולפיו, אם יהודי הוא נאמן של גוי, מותר ללוות ממנו בריבית, ואילו אם גוי הוא נאמן של יהודי, אסור ללוות ממנו בריבית.

[56] יש להעיר, שלדעת רש"י (שו"ת רש"י, סימן קעז, הובא במרדכי, בבא מציעא, סימן שלח; וראה מחנה אפרים, הלכות מלווה ולווה, דיני ריבית, סימן ו), שהלוואה בריבית על ידי שליח מותרת, הרי אילו היינו מגדירים נאמן כשלוחו של יוצר הנאמנות, היה מותר לו להלוות את כספי הנאמנות בריבית, גם אם הוא והיוצר יהודים. רמ"א, יו"ד, סימן קס, סעיף טז, כותב על דברי רש"י: "כן עיקר, אע"ג דיש מפקפקין בהיתר זה ומחמירים לאסרו, יש לסמוך עליו לעת הצורך". אולם מדברי משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד, עולה שזוהי דעה דחויה מן ההלכה. כמו כן, פתחי תשובה, שם, ס"ק יז, כותב בשם רבים ש"אין זה היתר כלל".

[57] בבא מציעא ע ע"א.

[58] חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא ע ע"א, כותב שכוונת רב נחמן היא שאם יינתנו כספי היתומים בריבית, הם עלולים להמשיך בכך כשיגדלו, אבל אין איסור עצמי עליהם להלוות בריבית, שהרי הם קטנים

רב נחמן הבין, שההלכה לא נאמרה במפורש על ידי שמואל, אלא הוסקה מאחת מפסיקותיו. לכן ביקש לברר את מקור הפסיקה, והתברר שאת ההלכה הסיק רב ענן מן המעשה הבא: לבניו היתומים של מר עוקבא היה דוד נחושת, שהושכר על ידי האפוטרופוס שלהם. בעת שנתן את הדוד לשוכרים ובעת שקיבל אותו מהם, נהג האפוטרופוס לשקול את הדוד ולגבות מן השוכרים דמי שכירות וכן את ערך הפחת במשקל הנחושת. רב ענן הבין שדמי השכירות כבר כוללים תשלום עבור בלאי הנחושת, ונמצא שתוספת התשלום היא ריבית, ולכן הסיק ממנהגו של האפוטרופוס, שמותר להלוות בריבית מנכסי יתומים.

אולם רב נחמן טען שמסקנה זו בטעות יסודה. אמנם דמי השכירות כוללים כבר תשלום עבור בלאי טבעי של הדוד, אך הם אינם כוללים תשלום עבור הפחת במשקלו. נמצא שהשוכרים לא שילמו ריבית אלא שילמו עבור השימוש שעשו בנכס המושכר ועבור ההפסד שגרמו לו.

מסוגיה זו עולה שאף בנאמנות שהיא לטובת עניים מסוימים, אין להלוות את כספיה בריבית[59].

אבל, כפי שכבר הוזכר לעיל[60], התלמוד מתיר להלוות את כספי היתומים למי שיתעסק בהם "קרוב לשכר ורחוק להפסד". במלווה רגיל, הלוואה כזאת אסורה מדרבנן, והיא מכונה "אבק ריבית", שכן המלווה עשוי לקבל תמורת ההלוואה תוספת תשלום (אם העסקה תצליח), ואינו מסכנים את ממונו כלל (אם העסקה תיכשל)[61]. אבל "אבק ריבית" הותר לטובת היתומים, כדי למנוע מצב שממונם יכלה על ידי שיאכלו אותו פרוטה אחר פרוטה[62].

על פי עקרונות אלו פסק השולחן ערוך: "כל רבית דרבנן מותר במעות של יתומים"[63].

(2) נאמנות לטובת נזקקים שאינם מסוימים

הרשב"א נטה לומר שכספי נאמנות לטובת נזקקים שזהותם אינה ידועה, מותר להלוות בריבית,

ופטורים מן המצוות, ואף אין איסור על האפוטרופוס המלווה אותם, שהרי הוא אינו מקבל את הריבית, ורק ריבית המגיעה למלווה אסורה.

[59] למרות זאת, היו שהתירו לאפוטרופוסים להלוות כספי יתומים בריבית האסורה מן התורה, תוך הסתמכות על דברי ר' יוחנן בירושלמי, מועד קטן, פרק ב, הלכה ג, וסנהדרין, פרק ח, הלכה ב: "לווין ברבית לחבורת מצווה ולקידוש החדש". על דעה זו ראה: אור זרוע, חלק א, הלכות צדקה, סימן ל; מרדכי, בבא מציעא, סימן רפז, בשם ר' שמואל מבונבירק. מתשובות שונות ניתן להבין שההיתר התפשט בקהילות רבות, למורת רוחם של האוסרים. ראה למשל: שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן עג; שו"ת מהרי"ל, סימן לז; רמ"א, יו"ד, סימן קס, סעיף יח; ש"ך שם, ס"ק כז. לסיכום הנושא, ראה שו"ת יביע אומר, חלק ה, יו"ד, סימן יג, אות ג.

בשאלה האם האיסור חל גם בדיעבד, דהיינו שגם אם היתומים קיבלו ריבית דאורייתא, עליהם להחזיר אותה, ראה מחנה אפרים, הלכות מלווה ולווה, דיני ריבית, סימן ה.

[60] ליד ציון הערה 39.

[61] רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ח. וראה על כך לעיל, הערה 41, בשם הריטב"א.

[62] רש"י, בבא מציעא ע ע"א, ד"ה קרוב.

[63] שולחן ערוך, יו"ד, סימן קס, סעיף יח. את ההיתר להלוות כספי יתומים בריבית דרבנן הביאו: רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד; בית הבחירה, בבא מציעא נז ע"ב. וראה על כך בהרחבה בבירור הלכה, בבא מציעא ע ע"א, ציון ג.

הרמ"א, יו"ד שם, כותב שההיתר הוא רק ביתומים קטנים או בגדולים שעדיין לא הגיעו לגיל שיש להם דעת לטפל בכספם כדרך אנשים רגילים.

ונימק[64]: "כיון שאין הרבית בא מִלְוֶה למלוה, שאין לממון זה בעלים ידועים". אולם רבים חלקו על דבריו[65]. נימוקם הוא, שהריבית אכן נחשבת שהיא מגיעה למלווה ידוע, היינו למקדיש, יוצר הנאמנות, מפני שהכסף עדיין שייך לו כיוון שטרם זכו הנזקקים בכסף. גם אם כבר מסר את הכסף לגבאי צדקה, המקדיש יכול להישאל לחכם על נדרו לצדקה, וכך יחזור הכסף להיות שלו, ולכן הוא נחשב עדיין בעל הכסף[66]. גם אם אמר המקדיש לנאמן לתת את כל הריבית (המתקבלת מן הלווה) לעניים, הדבר נחשב שהמקדיש מקבל את הריבית, ואח"כ נותן אותה לצדקה, משום שמן הסתם הוא רוצה שזכות נתינת דמי הריבית לעניים תיזקף לו[67].

אף הרשב"א עצמו כתב את הדברים בלשון מסופקת, ונרתע מלהתיר על פי סברתו להלוות את כספי ההקדש בריבית האסורה מן התורה. מכל מקום, הוא התיר הלוואה בריבית מדרבנן מכספי נאמנות מסוג זה[68].

וכך פסק השולחן ערוך[69]: "כל רבית דרבנן מותר במעות... של הקדש עניים או תלמוד תורה או צורך בית הכנסת".

[64] ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרסט, וחלק ד, סימן סג, ובתשובות המיוחסות לרמב"ן, סימן רכב. ראה גם: תשובות מיימוניות, לספר משפטים, סימן יד = הגהות מיימוניות, דפוס קושטא, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד (המביא דעה המתירה גם בריבית דאורייתא); שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קטז, וחלק ב, יו"ד, סימן לט, סימן מב וסימן מה; שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתנז (תיד) (שהריא"ז התיר אף בריבית דאורייתא); שו"ת מהר"ם חלאווה, סימן סו (שאף הרשב"א לא חשב להתיר בכספי צדקה המיועדת לעניים מסוימים, שהרי הם בעלי הכסף, ונמצא שהריבית באה ליד המלווה); כנסת הגדולה, יו"ד, סימן קס, הגהות בית יוסף, אותיות עד־עה; שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן קלד.
בהקדש לבית המקדש, מותרת אף ריבית דאורייתא, שהרי הפסוק האוסר ריבית מדבר על "אחיך", והקדש אינו "אחיך". כך כתבו: שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן סג, וחלק ה, סימן רמט; שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן ח וסימן יז; תשובות מיימוניות, שם = הגהות מיימוניות, שם; טור, יו"ד, סימן קס, בסופו; שו"ת מהר"ם חלאווה, סימן סו; ביאור הגר"א, יו"ד, סימן קס, ס"ק מב. וראה בירור הלכה, בבא מציעא נז ע"ב, שכך כתבו גם חידושי הרמב"ן וחידושי הרשב"א, בבא מציעא נז ע"ב. אבל בית הבחירה, בבא מציעא נז ע"ב, אוסר ריבית דאורייתא בהקדש.

[65] ראה: שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן ח וסימן יז; שו"ת הריטב"א, סימן קיח; שו"ת הר"ן, סימן ב; ספר התרומות, שער מו, חלק ד, אות ח; משנה למלך, מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד, ד"ה כתב הרשב"א; מחנה אפרים, הלכות מלווה ולווה, דיני ריבית, סימן ז, ד"ה ובמעות של הקדש עניים.
אבל לגבי הקדש שנוצר לטובת עניים מסוימים וכספיו נגבים מכלל הציבור, נוטה מחנה אפרים שם (ד"ה אברא) להתיר ריבית דאורייתא על פי סברת הרשב"א. נימוקו הוא, שכל מי שתרם לטובת המטרה הציבורית, יש להניח שהוא נותן את הכסף לציבור בלב שלם, והכסף אינו בבעלותו אלא הוא "הפקר לעניים", ומשום כך הריבית שמשלם הלווה אכן אינה מגיעה אל המלווה, שהרי אין מלווה מסוים שניתן לומר שהנכסים בבעלותו. וצריך עיון, שבהמשך דבריו (ד"ה וראיתי), כתב שגם אם התורם הסתלק מהכסף, אסור, מפני שהוא מזכה את הכסף לעניים והעניים הם בעליו, והם המקבלים את הריבית; והוא מדבר שם על צדקה שאינה מיועדת לעניים מסוימים דווקא, שהרי הוא משיג בדבריו שם על מה שהתיר שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יו"ד, סימן מה, ומהרי"ט התיר רק בעניים שאינם מסוימים.
בדיעבד, אם הילוו כספי צדקה בריבית דאורייתא, כתב שו"ת מהרי"ט, שם, סימן מב, שאין חובה להחזיר אותה. ראה על כך בשו"ת בית אבי, חלק ב, סימן עה (עמ' קי).

[66] מחנה אפרים, הלכות מלווה ולווה, דיני ריבית, סימן ז.

[67] מחנה אפרים, שם.

[68] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן סג.

[69] שולחן ערוך, יו"ד, סימן קס, סעיף יח. את ההיתר להלוות כספי צדקה בריבית דרבנן הביאו: שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן יז; שו"ת מהר"ם חלאווה, סימן סו. על הלוואת כספי צדקה בריבית ראה גם סעיף 17, פרק

חמישה עשר, ג; תשב״ץ, חלק ד, חוט המשולש, טור ג, סימן לד; הגהות מרדכי, קידושין, סימן תקסג; כפתור ופרח, פרק מד; לקט יושר, חלק ב, עמ׳ טו; פסקי ריקאנטי, סימן סה; שו״ת מהרי״ל, סימן לז; שו״ת מהרי״ק, שורש קצג; שו״ת בנימין זאב, סימן רלב; ים של שלמה, בבא קמא, פרק א, סימן י, ופרק ח, סימן עב; חידושי חתם סופר, בבא מציעא עא ע״א; שו״ת אמונת שמואל, סימן כט; שו״ת יהודה יעלה, חלק א, יו״ד, סימן שפב; שו״ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן טו; דבר אברהם, חלק ב, סימן יט; שערי דעת, יו״ד, סימן קסו, סעיף יח; גליוני הש״ס, בבא קמא צג ע״א; שו״ת הרדב״ז, חלק ו, סימן ב אלפים שו; שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קסט; שו״ת מהרשד״ם, יו״ד, סימן נז; שו״ת בנין ציון, סימן סה; שו״ת עמק הלכה, חלק א, סימן כו; שו״ת הר צבי, יו״ד, סימן קכו; שו״ת מנחת יצחק, חלק ד, סימנים טז-יז, וחלק ו, סימן עח; שו״ת משנה הלכות, חלק ו, סימן קמ וסימן קמג, וחלק ז, סימן קיט; מנחת איש (שפירא), ריבית, סימן ט; שולחן ערוך הרב, או״ח, סימן רמב, קונטרס אחרון, ס״ק ה; שו״ת חיים שאל, חלק ב, סימן לב; שו״ת שבט הלוי, חלק ב, סימן סד.

סעיף 7

חשבונות ודיווח

חשבונות ודיווח

7. (א) הנאמן חייב לנהל חשבונות בכל עניני הנאמנות.

(ב) הנאמן חייב לתת לנהנים דין וחשבון על עניני הנאמנות אחת לשנה ובגמר כהונתו, ולמסור להם ידיעות נוספות, לפי דרישתם הסבירה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 123

פרק שני: ניהול חשבונות — "הנאמן חייב לנהל חשבונות בכל עניני הנאמנות" 124

א. מבוא 124

ב. נאמנות פרטית 124

ג. נאמנות למטרות צדקה והקדש ציבורי 125

פרק שלישי: הגשת דין וחשבון — "אחת לשנה" 126

א. מבוא 126

ב. נאמנות פרטית 126

ג. נאמנות למטרות צדקה 127

פרק רביעי: הגשת דין וחשבון "בגמר כהונתו" 128

א. מבוא 128

ב. נאמנות פרטית 129

ג. נאמנות למטרות צדקה 129

ד. החובה להגיש דין וחשבון במצבים חריגים 133

ה. נאמני קהל 135

פרק חמישי: למי יוגש הדין וחשבון? — "לנהנים" 138

א. מבוא 138

ב. הגשת דו"ח לנהנה 139

ג. הגשת דו"ח ליוצר הנאמנות 140

(1) נאמנות פרטית 140

(2) הקדש למטרות צדקה 140

ד. פומביות הדין וחשבון 141

פרק שישי: פרטי הדין וחשבון 142
א. מבוא 142
ב. נאמנות פרטית 142
ג. נאמנות למטרות צדקה 142
פרק שביעי: "ידיעות נוספות" 144
א. עמדת החוק 144
ב. עמדת המשפט העברי 144
פרק שמיני: סיכום 145
פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 146
נספח: השבעת הנאמן 147
א. מבוא 147
ב. עילת השבועה 149
ג. סכום התביעה 149
ד. מועד השבועה 151
ה. נאמן הנוטל שכר 151
ו. פטור משבועה לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים 153
(1) מחלוקת התנאים והכרעת ההלכה 153
(2) אפוטרופוס שפוטר 155
(3) אפוטרופוס הנוטל שכר 155
(4) שינוי נסיבות 156
(5) טענה ודאית 156

מבוא

נאמן חייב לנהל חשבונות ולהגיש לנהנים דיווח על כל עניני הנאמנות. חובה דומה מטיל סעיף 29 על נאמן בהקדש ציבורי, להגיש דוחות ומידע לרשם ההקדשות (במקום לנהנים). בגלל הנושא המשותף, נעסוק בסעיף זה גם בחובתו של הנאמן בהקדש הציבורי.

תחילה עלינו לברר האם המשפט העברי מטיל על הנאמן חובה לנהל חשבונות ולהגיש דין וחשבון. לאחר מכן נפנה לבחון את השאלה: האם מחייב המשפט העברי את הנאמן להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו? בהקשר זה נעורר גם את השאלה: האם רשאי בית הדין לחייב את הנאמן להגיש דין וחשבון גם במהלך כהונתו? ושאלה נוספת: האם מוטלת חובת הדיווח על כל נאמן, בין אם מונה על ידי אדם פרטי ובין אם מונה על ידי הציבור או נציגיו, או שמא חובה זו מוטלת רק על נאמנים מסוימים? נעסוק בכך בפרק שני.

עוד נברר האם חובת הדיווח קיימת רק בנאמנות לטובת נהנה מסוים, או שמא היא קיימת גם בנאמנות שאינה לטובת נהנה מסוים, כגון בנאמנות לטובת הקמת מוסד חינוכי?

את הדין וחשבון נדרש הנאמן בנאמנות הפרטית להגיש "אחת לשנה ובגמר כהונתו", בעוד נאמן של הקדש ציבורי (לפי סעיף 29(א)) נדרש להגיש את הדין וחשבון במועד שייקבע על ידי שר המשפטים. בפרק שלישי נברר האם גם לפי המשפט העברי חייב הנאמן להגיש דו"ח תקופתי.

החוק מאפשר לנהנים לדרוש מן הנאמן "דרישה סבירה" למסור "ידיעות נוספות". מכאן שאינם זכאים לדרוש ממנו להגיש דין וחשבון "שלא מן המניין", כלומר באמצע השנה, גם אם הם טוענים שהדבר דרוש כדי להסיר חשדות לניהול בלתי יעיל, למעילה, לבזבזנות וכדומה. האם לפי המשפט העברי הדבר אפשרי? ואם כן, באלו נסיבות? נעסוק בכך בפרק רביעי.

את הדין וחשבון של הנאמן בנאמנות הפרטית מחייב החוק להגיש לנהנים. חובה זו מתיישבת היטב עם התפיסה הרואה בנהנים בעלים שביושר. לפי תפיסה זו, הגשת הדין וחשבון לנהנים מוצדקת, כדי לאפשר להם להגן על זכותם הקניינית. אולם, כפי שנוכחנו לעיל[1], המשפט העברי אינו שותף לתפיסה הרואה את הנהנים כבעלים שביושר של נכסי הנאמנות, ואף אינו מחייב שתועבר לנהנים זכות כלשהי בנכסי הנאמנות. ומכאן השאלה: האם גם לפי המשפט העברי יוגש הדין וחשבון לנהנים, ואם לאו, למי יוגש?

דין וחשבון של נאמן בהקדש הציבורי יוגש, לפי הוראת סעיף 29(א), לרשם ההקדשות. התפקיד של רשם ההקדשות הוא תפקיד חדש יחסית בעולם המשפט בכלל, ולפיכך תעלה השאלה: למי צריך נאמן של הקדש ציבורי להגיש דין וחשבון לפי המשפט העברי?

ייתכן שדין וחשבון של נאמן בהקדש הציבורי יכיל פרטים שהצנעה יפה להם, כדוגמת

[1] סעיף 1, פרק שישי.

זהותם של נזקקים שנהנו מכספי ההקדש. דבר זה מעורר את השאלה: האם דין וחשבון המוגש על ידי נאמן של הקדש ציבורי אמור להיות חסוי מעין הציבור, או שמא, בשל העניין הציבורי בניהולו התקין של ההקדש, יש לפתוח את הדו"ח לעיון הציבור? בכל אלה נעסוק בפרק חמישי.

החוק אינו מבהיר מה הם הפרטים שעל הנאמן לכלול בדין וחשבון שהוא מגיש. בפרק שישי ננסה להבהיר עניין זה לאור מקורות המשפט העברי.

החוק מחייב את הנאמן למסור לנהנים גם "ידיעות נוספות", אך זאת רק לפי "דרישתם הסבירה". בפרק שביעי נברר: האם המשפט העברי מעניק לנהנים או ליוצר הנאמנות את הזכות לקבל "ידיעות נוספות"? ואם כן, מה מהותן של "ידיעות נוספות" אלו, מה ההבדל בינן לבין "דין וחשבון", והאם ניתן לקבלן בכל עת או רק לפי דרישה "סבירה"?

עניין קרוב לענייננו של סעיף זה, שנדון במשפט העברי, הוא הדרישה מן הנאמן להישבע על כך שנהג באמונה בנכסי הנאמנות. בכך נעסוק בנספח פרק זה.

פרק שני

ניהול חשבונות — "הנאמן חייב לנהל חשבונות בכל עניני הנאמנות"

א. מבוא

חובתו של הנאמן "לנהל חשבונות בכל עניני הנאמנות" אינה רק אמצעי לקיום חובתו לפי ס"ק (ב) להגיש לנהנים דין וחשבון. חובה זו נועדה, בראש וראשונה, להבטיח שהנאמן יוכל לבחון את כדאיות פעולותיו ולבקר אותן מעת לעת. ניהול חשבונות עשוי לסייע לנאמן לדעת אם השקעותיו הניבו פירות כצפוי, או שמא עליו לשנות את דרכי ההשקעה. ניהול חשבונות עשוי גם להבטיח ניהול אחראי וחסכוני של נכסי הנאמנות.

בנאמנות הפרטית, חובה זו, כמו שאר החובות המוטלות על הנאמן לפי סעיף זה, כפופה לתנאי הנאמנות[2], ויוצר הנאמנות רשאי לפטור את הנאמן מקיומה בחוזה הנאמנות או בכתב ההקדש. בנאמנות ציבורית, לעומת זאת, הנאמן חייב למסור דין וחשבון לרשם ההקדשות לפי סעיף 29, וחובה זו היא קוגנטית ולא ניתן להתנות עליה.

אף על פי שסעיף 29 אינו מטיל על נאמן בנאמנות ציבורית לנהל חשבונות, נראה שהוא חייב בכך, שהרי אם לא ינהל חשבונות, כיצד יוכל להגיש את הדו"חות שהחוק מחייב אותו להגיש? יתר על כן: נראה שלא ניתן להתנות על חובתו של הנאמן בנאמנות הציבורית לנהל חשבונות, שהרי ניהול החשבונות הוא תנאי הכרחי להגשת דו"ח, שהיא חובה קוגנטית, כאמור.

ב. נאמנות פרטית

המשפט העברי אינו מחייב את הנאמן בנאמנות הפרטית לנהל חשבונות, אם כי, באותם מצבים שמוטלת עליו חובה להגיש דין וחשבון, כפי שנראה להלן, מוטל עליו גם לנהל חשבונות כדי שבבוא העת יוכל להגיש דין וחשבון.

[2] על פי סעיף 11.

ג. נאמנות למטרות צדקה והקדש ציבורי

הוראה מפורשת בעניין חובתו של נאמן למטרות צדקה לנהל חשבונות מצויה בדברי הרמב"ם על אפוטרופוס של יתומים[3]: "צריך לחשב בינו לבין עצמו, ולדקדק ולהיזהר הרבה מאביהן של אלו היתומים, שהוא רוכב ערבות[4], שנאמר: סלו לרוכב בערבות וגו' אבי יתומים וגו' (תהלים סח, ה־ו)".

היות שהפוסקים למדו מדיני אפוטרופוס על יתומים לעניין נאמן של הקדש ציבורי ונאמנות למטרות צדקה[5], נוכל ללמוד מן הדברים שמוטלת על הנאמן בנאמנויות מסוג זה חובה לנהל חשבונות.

אבל הרמב"ם מדבר על חישוב "בינו לבין עצמו", ואין הוא מטיל חובה לערוך פירוט של ההכנסות וההוצאות במסמך כתוב[6]. עם זאת, במהלך הדורות חייבו הפוסקים את הנאמן לנהל

[3] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה יב (הובא בים של שלמה, גיטין, פרק ה, סימן ו, ובשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמט). כך כתבו גם טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף לב; ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יז. להלכה זו אין מקור בתלמוד. המגיד משנה, על דברי הרמב"ם שם, כתב: "אלו דברי רבינו, ראויין אליו". ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רצ, ס"ק לח, נימק את החומרה המיוחדת בניהול נכסי יתומים בכך ש"יתמי לאו בני מחילה נינהו" (בבא מציעא כב ע"ב). הכוונה ליתומים קטנים, שמחילתם אינה תקפה; ואילו יתומים גדולים, מחילתם תקפה, אבל אין מעמידים להם אפוטרופוס, כפי שראינו בסעיף 2, פרק שני, ב.
יש כאן קושי: הרי הרמב"ם נימק נימוק משלו, ומדוע הגר"א מוסיף נימוק אחר? ר"א מילר הסביר את דברי הגר"א, שנאמן רגיל אינו צריך להקפיד על כך, מפני שגם אם יגרום הפסד בתום לב, יוצר הנאמנות והנהנים מוחלים על כך, מתוך מודעותם לכך שבדרך הטבע ייתכן שייגרמו הפסדים לנכסים, בין אם הוא ינהלם ובין אם אחר יעשה זאת. לעומת זאת, באפוטרופוס על יתומים קטנים, היות שמחילתם אינה תקפה, הרי אם יטעה האפוטרופוס ויותיר ברשותו מנכסי היתומים, אף אם יעשה זאת בתום לב, ייחשב כגזלן, וכדי שלא ייכשל בגזל, עליו לחשב בינו לבין עצמו. לפי הסבר זה, סיומה של הלכת הרמב"ם נועד להוסיף נופך לחובת עשיית החשבון: היות שאם לא יעשה חשבון הוא עלול להיכשל בגזל (שהרי אין מחילה), הוא חייב לעשות חשבון, והחובה מוטלת עליו ביתר שאת כיוון שה' הוא "אביהן של אלו היתומים".
אפשר שהגר"א נאלץ להוסיף את נימוקו, מפני שאילו גם בנאמנות רגילה לא היתה מחילה, היה ראוי שכל נאמן ינהל חשבון כדי להימנע מגזל, ולא רק אפוטרופוס על יתומים; ואם יש מחילה, מה בכך שה' הוא אבי יתומים, הרי הם עצמם מחלו לאפוטרופוס? ולכן הסביר שדווקא ביתומים יש חשש גזל, וממילא ההקפדה מוחמרת מפני שה' הוא אבי יתומים. זאת ועוד: בפשטות, הרמב"ם מתכוון לומר שה' מגן על היתומים במיוחד מפני שאין מי שיגן עליהם. אבל קשה, הרי הוא מדבר רק על חשבון בינו לבין עצמו, שגם אילו היה מי שיגן עליהם, לא היה יכול לתבוע את האפוטרופוס, שהרי רק האפוטרופוס יודע אם מעל? ולכן הוצרך הגר"א להוסיף את נימוקו, מצד מחילה.

[4] על הסיבה לכך שהרמב"ם בחר דווקא בכינוי "רוכב ערבות" להקב"ה בהקשר זה, ראה: פרישה, חו"מ, סימן רצ, סעיף לב; סמ"ע, שם, ס"ק נא; ערוך השולחן, שם, סעיף לד; האדמו"ר ר' מנחם מנדל שניאורסון, תורת מנחם, תשמ"ה, עמ' 1383, ותשמ"ו, עמ' 562, וליקוטי שיחות, כרך לח, פרשת פנחס, עמ' 116.

[5] על כך ראה בסעיף 1, הערה 77.

[6] שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קלא (כרך ב, עמ' נט), מדגיש שהרמב"ם מתכוון לחשבון בינו לבין עצמו, ולא לחובה לתת חשבון לאדם אחר, כפי שהקדים בתחילת הלכה זו "אף על פי שאין האפוטרופוס צריך לעשות חשבון...".
כמו כן, ר"י טברסקי, מבוא למשנה תורה לרמב"ם, עמ' 106, נותן הלכה זו כדוגמה למקומות שבהם הרמב"ם "מטיף" להתנהגות מוסרית שאינה חובה מן הדין.
אבל מגדל עוז, על הרמב"ם שם, מנמק את דברי הרמב"ם, שצריך להיות נקי מה' ומישראל. מכאן שלדעתו החשבון מיועד להראות למי שיבקש דו"ח, אף שהרמב"ם נוקט "בינו לבין עצמו".

חשבונות בדרך זו. כך למשל, ר׳ יחיאל מיכל אפשטיין קובע[7] שאפוטרופוס של יתומים ״יעשה פנקס ויכתוב ההוצאה וההכנסה״. כך אף מעיד ר׳ משה כלפון הכהן[8]: ״המנהג פשוט דהאפוטרופוס עושה לו פנקס ובו כתוב כל הנכנס לידו מצד אחד וכל היוצא מידו מצד שני. ובעת שהדיינים או היתומים כשהגדילו תובעים החשבון, מראה להם... וכן ועד הבית דין בעיר ואם בישראל תובע לתת דין וחשבון על זה״.

מדבריהם של פוסקים אלו עולה, שלא זו בלבד שמוטלת על הנאמן חובה לחשב בינו לבין עצמו, כפי שניתן ללמוד מהלכת הרמב״ם, אלא שמוטלת עליו חובה גם לנהל ספרי חשבונות[9].

פרק שלישי

הגשת דין וחשבון — ״אחת לשנה״

א. מבוא

בס״ק (ב) קובע החוק שהנאמן חייב לתת דין וחשבון. הוראה זו, כמרבית הוראותיו של הפרק הראשון של החוק, כפופה לתנאי הנאמנות, כאמור בסעיף 11. לעומת זאת, לעניין נאמנות למטרות צדקה, אין אפשרות להתנות על החובה להגיש הדו״ח הקבועה בסעיף 29(א).

את הדין והחשבון נדרש הנאמן להגיש לנהנים ״אחת לשנה ובגמר כהונתו״, ואילו בהקדש ציבורי נדרש הנאמן להגישו לרשם ההקדשות ״במועד... שקבע שר המשפטים״[10].

ב. נאמנות פרטית

התלמוד מביא את המלצת ר׳ אלעזר[11]: ״אף על פי שיש לו לאדם גזבר נאמן בתוך ביתו, יצור וימנה[12], שנאמר: ויצורו וימנו (מלכים ב יב, יא)״. פירש רש״י[13]: ״יצור וימנה — הכסף שהוא

[7] ערוך השולחן, חו״מ, סימן רצ, סעיף ט.

[8] ברית כהונה, חו״מ, מערכת אלף, אות ד. ספר זה מתעד את תקנות קהילת ג׳רבה ואת מנהגיה, ולכן יש להתייחס למנהג המתואר כאן כאל תקנת הקהל. אבל מן הדברים משמע שניהול החשבונות היה רק אמצעי לקיום החובה להגיש דין וחשבון, ולא חובה עצמאית.
וכך כתב בשערי עוזיאל, שער יד, פרק ב, סעיף י: ״אעפ״י שאין האפוטרופוס חייב מן הדין לנהל ספרי חשבון ולמוסרו ליתומים כשיגדלו, מהיות טוב, ומשום ׳והייתם נקיים מה׳ ומישראל׳, ראוי לו לנהל ספרי חשבון מדויקים ומוסמכים על ראיות מוכיחות מכל פרטי ההכנסה וההוצאה שנעשתה על ידו״.

[9] גם גזבר של הקדש לבית המקדש צריך לחשב לעצמו. כך הסביר רי״ל גינזבורג, מוסר הנביאים, מלכים ב, פרק יב, ביאור, אות ה, שבזמן בדק הבית שנעשה בזמן יהוידע הכהן הגדול, מנו את הכסף לפני שמסרו אותו לגזברים (כדברי ר׳ אלעזר, להלן ליד ציון הערה 11), כדי ש״הגזבר בעצמו ידע לכל הפחות את החשבון, אף שאין אנחנו דורשים חשבון ממנו, אבל הוא בעצמו, בודאי שהוא צריך לדקדק בזה״.

[10] סעיף 29(ג).

[11] בבא בתרא ט ע״א.

[12] יד רמה, בבא בתרא, פרק א, סימן קה, וחידושי רבנו קרשקש, גיטין נב ע״א (ד״ה צריך), לומדים מדברי ר׳ אלעזר, שגם אם אין דורשים מנאמנים להגיש דין וחשבון מפורט על כל פעולותיהם, יש מקום לבדוק את ערך הנכסים המצויים בידם לפני תחילת כהונתם. על חובת הפירוט בתחילה, ראה ליד ציון הערה 105.
יד רמה שם מוסיף שצריך גם לבדוק את ערך הנכסים בסיום הנאמנות.
לטעם הדבר שראוי למנות לפני המסירה, ראה הערה 9.

מוסר בידו. ואף על פי שאינו בא עמו לחשבון לאחר מכאן, יצור וימנה". ואכן, לא מצאנו מקור לחיובו של נאמן בנאמנות פרטית להגיש דין וחשבון[14].

ג. נאמנות למטרות צדקה

בנאמנות למטרות צדקה, מחובת בית הדין לפקח על פעולות הנאמן, ומכוחה של חובה זו, מסורה ביד בית הדין הסמכות לדרוש מן הנאמן להגיש דין וחשבון או כל מידע שיהיה בו כדי לסייע לבית הדין בפיקוח על פעולותיו. כך יש ללמוד על דרך ההיקש מתשובת הגאונים, הקובעת לעניין אפוטרופוס על יתומים[15]: "בית דין חייבין לחפש זכות ליתומים בכל מה שימצאו אפשר... ואף על פי שהאב העמידו אפטרופוס, הרי אפטרופסותו במקומה ואין בזאת למנוע את בית דין ואת הזקנים הנאמנים מלהשגיח על עיקרי הממון והעזבון... ואם מפסיד האפטרופוס כמעט, הרי בית דין מסלקין אותו מן האפטרופסות ומוציאין כל מה שבידו... ואם אינן משגיחין על מעשיו, מנין יודעין כי הפסיד? אף מצוה להשגיח ולראות אם מפסיד אם לאו... ואין לו להימנע מלהודיעם כל מה שהוא עושה... ואם נמנע מזו — זה הוא דרך ההפסד, ואם עומד על מדתו מסלקין אותו".

בתקופה מסוימת, נהגו להזכיר חובה זו בפירוש בשטר המינוי של אפוטרופוס על יתומים[16]: "כל זמן שיתבעו בי"ד ומהק"ק [=ומנהיגי קהילת קודש] הנזכרת חשבון מפלוני האפוטרופוס מכל הנכסים המגיעים לידו מהיתומים וכו', יחוייב ליתן חשבון ישר מהכל".

מנהג כזה מזכיר גם ר' משה גלאנטי[17]: "מענין חשבון משנה לשנה, יראה לי כי מוטל על האפוטרופוס ליטול חשבונו... ולכן בכל שנה ושנה ייתן החשבון מדמי העסק, כי כן דרך כל העולם למסור חשבון בכל שנה". מדבריו אנו למדים שבמקום שנהוג שנאמן מגיש דין וחשבון אחת לשנה, נוהג זה מחייב כל נאמן, אף אם הוא לא התחייב לכך במפורש.

[13] רש"י, בבא בתרא שם, ד"ה יצור וימנה.

[14] לא ברור אם משמעות לשון רש"י "שאינו בא עמו לחשבון" היא שיוצר הנאמנות אינו יכול לבוא עמו לחשבון, או שאין בכוונתו לדרוש ממנו להגיש לו דין וחשבון, מפני שהוא מהימן בעיניו, אף שהוא זכאי לדרוש זאת.
לכאורה, אפשר לחייב נאמן להגיש דו"ח תקופתי על פי דברי הרמ"א שיובאו להלן, ליד ציון הערה 42, שבמקרים שניתן להשביע את הנאמן שלא גרם נזק לנכסי הנאמנות, ניתן גם (חלף השבועה) לדרוש ממנו להגיש דו"ח על פעולות הנאמנות. היות שלדעת חלק מהפוסקים (שנביא בנספח לסעיף זה, ליד ציון הערה 132), יוצר הנאמנות זכאי להשביע את הנאמן שלא מעל בנכסי הנאמנות אף אם אין לו סיבה מיוחדת לחשוד בו, נמצא שיוצר הנאמנות זכאי, בכל זמן שירצה, לחייב את הנאמן להגיש דו"ח על פעולות הנאמנות, חלף השבועה. אבל הן דברי הרמ"א והן דברי אותם פוסקים שנויים במחלוקת, ולכן לא ניתן לראותן כמקור לחיוב הנאמן להגשת דו"ח.

[15] תשובות הגאונים (הרכבי), סימן קעח.

[16] תיקון סופרים (יפה), שטר לו. כמובן, אין ללמוד משטר זה שיש חובה כללית למסור דו"ח, מפני שייתכן שהחובה קיימת רק אם הוטלה עליו בפירוש בשעת המינוי, כלשון השטר.
א' גולאק, אוצר השטרות, עמ' 141, מציין שנוסח שטר זה הוא בלשון של מינוי מורשה, ומסביר שנקטו לשון זו כדי שיהיה דינו כדין שליח של בית הדין ושל מנהיגי הקהילה, שחייב לתת דו"ח כל זמן שיידרש, ולא יהיה כאפוטרופוס רגיל של יתומים, שאינו חייב להגיש דין וחשבון.

[17] שו"ת מהר"ם גלאנטי, סימן ג.

רבני מרוקו תיקנו תקנה בעניין זה[18]: "שכל אפוטרופוס, הן מינהו בית דין הן מינהו אבי יתומים, יתן חשבון מדויק לבית דין, ואם נראה להם שהחשבון אינו מדויק — מסלקים אותו". ר' רפאל אנקאווה פירש שתקנה זו עוסקת בחובה להגיש דין וחשבון במהלך כהונת הנאמן[19]: "לפי התקנה לא הצריכוהו לתת דין אלא למי שרוצה להיות נמשך במינויו, לכך צריך להראות חשבונו, אם הוא מדויק, יישאר במינויו, ואם אינו מדויק, יסלקוהו".

כך נקבע גם בתקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל[20], שהנאמן של הקדש למטרות צדקה "חייב למסור דין וחשבון לבית הדין בהתאם לנקבע בצו המינוי או בשטר ההקדש, ובכל עת שיידרש לכך על ידי בית הדין"[21]. תקנה זו, הקובעת שמסירת הדין וחשבון תתבצע בהתאם לתנאי ההקדש ולדרישות בית הדין, שונה מהוראת סעיף 7, הקובעת מסמרות בנוגע למועד הגשת הדו"ח.

פרק רביעי

הגשת דין וחשבון "בגמר כהונתו"

א. מבוא

הדין וחשבון המוגש בתום כהונתו של הנאמן נועד בעיקר כדי לוודא שהנאמן מילא את תפקידו כהלכה, לא הותיר בידיו מנכסי הנאמנות ולא גרם להם נזק. זאת בניגוד לדין וחשבון השנתי, שנועד גם כדי לפקח על פעולות הנאמן, להורות לו כיצד לפעול, ואם יש צורך בכך, אף לעמוד על הצורך בפיטוריו[22].

[18] כרם חמר, חלק ב, ספר התקנות, תקנות השייכות לחושן משפט, סימן ח, דף לו ע"ג (הובא בפעמוני זהב, סימן רצ, סעיף ג).

[19] פעמוני זהב שם. והסכים לפירושו בשו"ת ישמח לבב, חו"מ, סימן ח (דף קיז ע"ב). בדבריהם אלו, הם מתכוונים להדגיש שהתקנה אינה מחייבת להגיש דו"ח בתום כהונת האפוטרופוס, שהוא דבר השנוי במחלוקת, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 25 ואילך.
אגב, מדבריהם עולה סברה, שגם אם אין חובת הגשת דו"ח בסיום התקופה, אפשר שתהיה חובה כזאת באמצע התקופה, כתנאי להמשך כהונת האפוטרופוס. כמובן, יש מקום גם לסברה הפוכה: דווקא בסוף התקופה יש מקום לדרוש דו"ח, כדי לסכם את כל פעילותו.

[20] תקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל, התשנ"ג, סעיף קצג. בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התש"ך (מהדורת תשל"ח), עמ' 39, מצויינים כמקור לתקנה זו דברי הריב"ש, להלן, הערה 53, והרמ"א, להלן, הערה 54, בעניין חובתו של אפוטרופוס שמונה בערכאות של גויים להגיש דין וחשבון. וכבר תמה על כך ריינץ, עמ' 255, הערה 372, שהרי ניתן היה למצוא מקור איתן יותר לתקנה זו במשפט האפוטרופסות היהודי, במקורות שציינו בטקסט.

[21] על יישום הוראה זו בבתי הדין הרבניים, ראה: פסקי דין ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות, חלק ג, עמ' רנא; פד"ר, כרך א, עמ' 360, וכרך ב, עמ' 22.

[22] ראה כרם, סעיף 157, עמ' 344-347.

ב. נאמנות פרטית

כפי שהזכרנו לעיל[23], לא מצאנו מקור במשפט העברי לחייב נאמן בנאמנות פרטית להגיש דין וחשבון, אף לא בסיום כהונתו.

ג. נאמנות למטרות צדקה

בברייתא בתלמוד מובאת מחלוקת תנאים בשאלה האם נדרש אפוטרופוס ליתומים להגיש דו"ח עם סיום כהונתו[24]: "ר' אומר... וצריך לחשב עימהן באחרונה[25], רבן שמעון בן גמליאל אומר: אינו צריך".

טעמים אחדים ניתנו לדעה הפוטרת את האפוטרופוס מהגשת דו"ח.

לדעת ר' יחיאל מיכל אפשטיין, פטור זה נסמך על הנחה שהאפוטרופוס הוא אדם מהימן[26]: "דאם מינוהו ב"ד, מסתמא בחרו באיש נאמן וישר, ואם מינהו אבי היתומים, הלא האמין לו".

מדברי הריב"ש[27] עולה שטעם הפטור הוא חשש שדרישה כזאת תרתיע אנשים מלשמש באפוטרופוס[28].

[23] לעיל, אחרי ציון הערה 11.

[24] גיטין נב ע"א. מקורה בתוספתא תרומות, פרק א, הלכה יג, ותוספתא בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד, בשינויים קלים.

[25] בנוסח התלמוד שלפנינו, מובאת תחילה הלכה בשם רבי, שרשאי האפוטרופוס לקבל מידי עבד היתומים "דמי עצמו", ולשחררו, ורק לאחר מכן נאמר: "וצריך לחשב עמהן...". לפי נוסח זה, אפשר ש"צריך לחשב עמהן באחרונה" אינם מדברי רבי. אולם גירסתם של רבים מכתבי היד של התלמוד היא שדברים אלו הם מדברי רבי, וכן היא גרסתם של רבים מן הראשונים. ראה: דקדוקי סופרים, גיטין נב ע"א; רי"ף, גיטין כה ע"ב (בדפי הרי"ף); רא"ש, גיטין, פרק ג, סימן ה; פסקי הרי"ד, גיטין נב ע"א; חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים (נדפס תחילה בשם חידושי הריטב"א מכ"י), גיטין שם; חידושי הרשב"א, גיטין שם; חידושי רבנו קרשקש, גיטין שם; ובית הבחירה, גיטין שם. לפי זה, המחלוקת היא בין רבי לאביו, רשב"ג, והכרעת ההלכה כרשב"ג (להלן, ליד ציון הערה 39) נובעת מכך שרשב"ג הוא אביו של רבי (רי"ף שם, כו ע"א, בשם גאון), או משום שהוא רבו של רבי (רמ"ה שם). לעניין הכרעת ההלכה במחלוקת זו, ראה בהרחבה: שו"ת עדות ביהוסף (אלמושנינו), חלק ב, סימן ב, ד"ה ואומר עד ד"ה איברא (ה ע"א־ע"ב).

[26] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף לד.
שו"ת ישמח לבב, חו"מ, סימן ח (קיח ע"א), לומד טעם זה מדברי שו"ת מהר"י וייל, סימן קעג.
כעין זה כותב גם א' גולאק, יסודי המשפט העברי, חלק ג, עמ' 152: "בשעת הפקעת משמרתו... לפי דיני התלמוד אינו צריך ליתן חשבון על מה שקיבל ועל מה שהוא מחזיר, משום שיש לו נאמנות בכל מעשיו". וראה גם בדבריו של גולאק המובאים ליד ציון הערה 56.

[27] שו"ת הריב"ש, סימן תצה. ראה להלן, ליד ציון הערה 44.

[28] ראה להלן, ליד ציון הערה 46, נפקות שהוא מסיק מנימוק זה.
בדומה כתב ר"י ברמן, "שיטת האפוטרופסות בישראל", בתוך: ספר היובל לרי"ל פישמן, ירושלים תרפ"ו, עמ' מ: "האפוטרופוס עוסק במצווה כמו גבאי, ובי"ד מדקדקין מאוד במידותיו ומעלותיו וכו'. לאיש כזה, לעלבון ייחשב אם לא נאמינהו... ומכיוון שהנהלת נכסי זר הוא ברובו דבר שבלב, מוטב שנעמיד הכל על האימון ולא על החשבון, שאין לנו תמיד מסמכים ויסודות לבחון אותו".
חשש דומה נזכר כבר בסוגיית התלמוד, בעניין הפטור מן השבועה, כפי שנראה להלן, אחרי ציון הערה 152. לכאורה קשה, הרי שם נפסק שאפוטרופוס שמינהו בית דין חייב להישבע, מפני שמניחים שהשבועה לא תרתיע אותו כיוון שהוא נהנה מן הכבוד שבמינוי בית דין, ואילו כאן פוטרים ממתן דו"ח באופן סתמי, משמע שגם אפוטרופוס שמינהו בית דין עלול להרתע? ואפשר שדרישה להגיש דו"ח מרתיעה יותר משבועה.

ר׳ ישועה שמעון חיים עובדיה מציע נימוקים נוספים למתן הפטור מהגשת דין וחשבון: (א) הפטור מבוסס על חזקה משפטית, שהמנהל נכסי יתומים לא יפגע בהם, שהרי ״הכל יראים וחרדים מאביהם של אלו [=היתומים], שהוא רוכב בערבות וכו׳״[29]. (ב) לעיתים יקשה על האפוטרופוס לתעד את כל פעולותיו בנכסי היתומים במהלך השנים הרבות בהן כיהן בתפקידו, והדרישה להגיש דין וחשבון מסכם עלולה לשמש כלי ביד היתומים לסחיטת כספים מן האפוטרופוס שלא כדין[30].

לדעת רוב הראשונים, מחלוקת התנאים נוגעת לכל אפוטרופוס, בין אם מונה לתפקיד על ידי אבי היתומים ובין אם מונה לתפקיד על ידי בית הדין[31].

רש״י קושר בין חובת האפוטרופוס להגיש דין וחשבון באחרונה לבין חובתו להישבע בסיום כהונתו. כך הוא פירש את דעת רבי[32]: ״כשיגדלו [היתומים], יחשב עימהן וישבע שלא נשאר בידו כלום״. מדבריו משמע, שלדעת רבי נדרש האפוטרופוס לתת דין וחשבון[33] ולהישבע על נכונותו.

דעה ייחודית היא דעתו של בעל העיטור[34], הקושר בין חובתו של האפוטרופוס להגיש דין

[29] שו״ת ישמח לבב, חו״מ, סימן ח (דף קיח ע״א), ע״פ הרא״ש.

[30] שו״ת ישמח לבב, שם, בסופו, ד״ה והנה לכאורה.

[31] שו״ת הריב״ש, סימן שכד. כך משמע גם מרמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה, וכך פירש את דעתו בשו״ת אבקת רוכל, סימן קנט, בסופו.
אבל שו״ת מהר״ם פדואה, סימן לח, מעלה אפשרות שלשיטת רא״ש, גיטין, פרק ה, סימן ה, החובה להגיש דין וחשבון לדעת רבי חלה רק על אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, שלגביו קיימת הנחה שהוא פחות מהימן מאפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין.

[32] רש״י, גיטין שם, ד״ה באחרונה.

[33] כך הוא הפירוש הפשוט בדבריו, שהוא צריך גם לתת דו״ח וגם להישבע. אבל בשו״ת מהר״ם פדואה, סימן לח, פירש שרש״י סובר כשיטת הר״ן על הרי״ף, גיטין כה ע״ב (בדפי הרי״ף), שפירוש הביטוי ״וצריך לחשב עמהן״ הוא שהאפוטרופוס נדרש רק להישבע שלא השאיר בידיו מאומה מנכסי היתומים, אבל אינו צריך להגיש דין וחשבון ליתומים. לפירוש זה קשה הלשון ״צריכין... לחשב עמהן״. ר״א מילר העיר שמדברי מהר״ם פדואה שם עולה שפירושו של הר״ן מבוסס על המילה ״עמהן״ — כלומר, על האפוטרופוס לשכנע את היתומים שלא הותיר בידיו מנכסיהם, ומכאן קצרה הדרך לשבועה. אולם גם אחרי הסבר זה, הדוחק הלשוני קיים. רא״צ שיינפלד מציע שהחישוב, אליבא דהר״ן, אינו אלא פירוט הנכסים המצויים ביד הנאמן, שמטרתו לבחון אם יש מקום להטיל עליו שבועה או לאו.
הסבר נוסף לדברי רש״י ניתן בשו״ת עדות ביהוסף (אלמושנינו), חלק ב, סימן ב (ו ע״ב): ״כוונת רש״י... צריך לחשב, שמתוך כך מדקדק בעניינים היטב... באופן שיישבע הוא מעצמו [אף שאינו חייב בכך] שדובר אמת״. וראה גם תמיהתו של בית הבחירה, גיטין נב ע״א, על הסברו של רש״י, וניסיון ליישב את דברי רש״י בשו״ת מעיל שמואל (פלורנטין), סימן מה, ד״ה ומה שנראה.
פסקי הרי״ד, גיטין נב ע״א, כותב כמו רש״י, שיחשב ויישבע, והוא מוכיח מהמשך הברייתא שמחלוקת רבי ורשב״ג היא באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, וכותב על פי זה שרבי כאבא שאול, שהלכה כמותו.

[34] ספר העיטור, אות פ, אפוטרופוס, ליד אות כח, דף עח ע״ג (הובא בשו״ת מהר״ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תקצב; בהגהות מיימוניות, הלכות נחלות, פרק י, אות ז; בחידושי הרמ״ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע״ב, עמ׳ מב; ובמרדכי, גיטין, סימן שצ).
בשו״ת אבקת רוכל, סימן קנג, כתב על פי מרדכי שם, שמי שמינוהו בית דין, אינו צריך לחשב, אבל מי שמינהו אבי היתומים צריך לחשב (ברור שזאת כוונתו, אף שלשונו משובשת, שהרי בנידונו, היה זה אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, כמבואר בסימן קנב, והוא פטר אותו מלחשב). והוא כותב שגם מי שצריך לחשב, אם לא חישב אינו חייב ממון אלא שבועה.

וחשבון בסיום כהונתו, לחובתו להישבע. כפי שניווכח להלן[35], לעניין השבעת האפוטרופוס, מבחינים התנאים בין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין לבין אפוטרופוס שמונה בידי אבי היתומים. לדעת חכמים, אפוטרופוס שמונה בידי אבי היתומים צריך להישבע, בעוד שאפוטרופוס שמונה בידי בית הדין אינו צריך להישבע, ואילו לדעת אבא שאול, אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין צריך להישבע, בעוד שאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים אינו צריך להישבע.

העיטור מסביר, שמי שמחייב את האפוטרופוס להגיש דין וחשבון, פוטר אותו מן החובה להישבע, בעוד שמי שפוטר את האפוטרופוס מן החובה להגיש דין וחשבון, מחייב אותו להישבע[36]. נראה שההסבר לכך הוא, שהדין וחשבון הוא אמצעי ביקורת חלופי לשבועה[37], ומשום כך, אם אפוטרופוס פטור מן השבועה, עליו להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו, ולחילופין, אם הוא חייב בשבועה, הוא פטור מהגשת דין וחשבון[38].

מאחר שהלכה כאבא שאול, פסק העיטור, שאפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין פטור

על דברי העיטור, עיין שו"ת תוקפו של יוסף, חלק ב, סימן קכד; שו"ת ר' יוסף טאיטאצאק, סימן כב; שו"ת לב שמח, סימן כט.

[35] בנספח, אחרי ציון הערה 152.

[36] בהתאם לכך, ניתן לפרש את מחלוקת רבי ורשב"ג בכמה דרכים. (א) המחלוקת היא באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, ורבי סבר כחכמים (הפוטרים אותו מן השבועה), בעוד שרשב"ג סבר כאבא שאול (המחייב אותו בשבועה). (ב) המחלוקת היא באפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, ורבי סבר כאבא שאול (הפוטר אותו מן השבועה), ורשב"ג סבר כחכמים (המחייבים אותו בשבועה). (ג) המחלוקת היא בשני סוגי האפוטרופוס, ורבי סובר ששניהם אינם צריכים להישבע ורשב"ג סובר ששניהם צריכים להישבע; וכך משמע מלשון העיטור "באפיטרופוס שמינהו אבי יתומין צריך לחשוב כרבי, ומינהו ב"ד אין צריך לחשוב כרשב"ג" — הרי שהמחלוקת היא בשני הסוגים. וכך פירש שו"ת אבקת רוכל, סימן קנט, בדעת העיטור.

בשאלה באיזה אפוטרופוס נחלקו, ראה גם לעיל, הערה 31.

[37] בשו"ת אבקת רוכל, סימן קנט, מסביר את דעת העיטור, שמי שצריך להישבע, יצטרך להישבע גם אם יחשב, ואם כן אין סיבה שיחשב; אבל מי שאינו צריך להישבע, כלומר, שאינו צריך להישבע על טענת שמא, צריך לחשב, שמא מתוך החשבון יתברר שמעל בתפקידו, והיתומים יוכלו לטעון טענת ברי, ואז יצטרך להישבע (כפי שנראה בנספח, ו (5)).

אבל רב האי גאון, המובא בטור, חו"מ, סימן צה, סעיף יד, מסיק מן הפְּטור של גזברי הקדש וגבאי צדקה מהגשת דין וחשבון (בבא בתרא ט ע"א), שהם גם פטורים מלהישבע. מדבריו משמע שהוא אינו סובר שהחיובים להישבע ולהגיש דו"ח הם חיובים מתחלפים.

ר"א מילר העיר, שגישה זו של העיטור (ושל הרמ"א, להלן, אחרי ציון הערה 42, הפוסק כמותו) אינה עולה בקנה אחד עם דברי הריב"ש (לעיל, ליד ציון הערה 27), שהטעם שאפוטרופוס פטור מלהגיש דין וחשבון הוא החשש שמא הדבר ירתיע אדם מלשמש כאפוטרופוס; שהרי אם אפוטרופוס שמינהו בית דין חייב להישבע מפני שאין חוששים שהדבר ירתיע אותו, מדוע נפטור אותו מהגשת דו"ח? ואם אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים פטור מלהישבע מחשש שמא הדבר ירתיע אותו, מדוע הוא חייב להגיש דו"ח, הרי הדבר ירתיע אותו? דברי העיטור והרמ"א מתיישבים דווקא עם הנימוק של ערוך השולחן (לעיל, הערה 26), שטעם הפטור מהגשת דו"ח הוא שאנחנו מאמינים לאפוטרופוס, והעיטור סבור שמאמינים לו רק אם הוא נשבע, אבל אפוטרופוס שאינו נשבע (מחשש ההרתעה) חייב להגיש דו"ח, והוא סובר שחובת הגשת דו"ח מרתיעה פחות משבועה. לעומת זאת, הריב"ש סבור שחובת הגשת דו"ח מרתיעה יותר משבועה, כפי שראינו בהערה 28.

[38] להרחבה במחלוקת התנאים בעניין השבעת אפוטרופוס בסיום כהונתו, ובתנאים המאפשרים את השבעת האפוטרופוס, ראה בנספח לסעיף זה.

מהגשת דין וחשבון מפני שהוא חייב להישבע, בעוד שאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, חייב בכך מפני שהוא פטור מלהישבע.

להלכה, פסק הרמב"ם[39]: "כשיגדילו היתומים, נותן להם ממון מורישן, ואינו צריך לעשות להן חשבונות מה שהכניס והוציא, אלא אומר להן: זה הנשאר". כך פסק גם השולחן ערוך[40]. פסיקה זו אינה מבחינה בין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין לאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים[41], וממנה ניתן להסיק שכל נאמן של הקדש למטרות צדקה פטור מהגשת דין וחשבון.

הרמ"א[42] הוסיף על פסיקת השולחן ערוך שהזכרנו: "יש אומרים דהואיל ואינו נשבע, צריך ליתן חשבון במינהו אבי יתומים, והכי יש לנהוג". דבריו אלו מבוססים על שיטתו של בעל העיטור, שהבאנו לעיל.

לפסיקת הרמ"א יכולה להיות משמעות מעשית רבה בימינו, כיוון שכיום בתי הדין אינם נוהגים לחייב בעלי דין להישבע[43]. בנסיבות אלו, נראה שהרמ"א יצדד בהחלפת חיוב השבועה בחובה להגיש דין וחשבון, גם באפוטרופוס שמינהו בית דין.

[39] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה. כך פסקו: רי"ף, גיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף); רא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ה; שו"ת הריב"ש, סימן שכד.
אך רא"ש, מועד קטן, פרק ג, סימן לב, ומרדכי, כתובות, סימן רפז, כתבו באופן כללי, שבמחלוקת רבי ואביו רשב"ג, הלכה כרבי. והעיר על כך בקרבן נתנאל על הרא"ש, מועד קטן שם, אות ק, שהוא סותר לפסיקתו כאן.
ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף לו, כותב כאילו רשב"ם, בבא בתרא קע ע"ב (ד"ה א"ל), פוסק כאן שאפוטרופוס צריך לתת חשבון מפני שלדעתו הכלל הוא שהלכה כרבי נגד רשב"ג.
ראה עוד בהרחבה להצדקת פסיקה זו בשו"ת עדות ביהוסף, חלק ב, סימן ב, ד"ה אמנם כנראה. בשאלה הכללית כמי הלכה במחלוקת בין רבי לרשב"ג, ראה: שדי חמד, כללים, מערכת ה, אות קא; אנציקלופדיה תלמודית, ערך הלכה, כרך ט, עמ' רפט, ליד ציוני הערות 672-675.

[40] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז.
בעניין זה ראה בירור הלכה, גיטין נב ע"א, ציון נ.
שו"ת ישמח לבב, חו"מ, סימן ח (קיז ע"ד), כותב שגם אם האפוטרופוס מקבל שכר, אינו צריך לחשב, שהרי גם בו שייך הטעם של האימון שניתן בו והטעם שיש להניח שידקדק גם בלי חשבון.
צריך עיון מה שכותב בשו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תרנד, שאם מינהו בית דין ולא אבי היתומים, הוא חייב להגיש דו"ח. דבריו הפוכים לדברי הרמ"א שנביא להלן.

[41] ראה לעיל, הערה 31, מקורות לכך.
אבל בנוגע לאפוטרופוס מכוח דין "יתומים שסמכו" (ראה סעיף 2, פרק שני, ג, (2)), פסק בשו"ת משפט צדק (מלמד), חלק ב, סימן נז: "פשיטא דצריך לתת חשבון".

[42] רמ"א, שם (הובא בחסדי דוד, על תוספתא בבא בתרא, פרק ח, הלכה ג). מהר"ם פדואה (לעיל, הערה 33) כתב שכך יש לנהוג. וראה גם בית אהרן, גיטין שם, ד"ה בגמ' וצריך לחשב עמו. גם שו"ת בקש שלמה, סימן מב, פוסק כמו העיטור. וכך פסק שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שב, על פי שו"ת מהרי"ק, שורש כג.

[43] ראה: א' שוחטמן, סדר הדין, ירושלים תשמ"ח, עמ' 258-260; פד"ר, כרך ג, עמ' 235; ר' נתן חי, "השבועה בבית הדין הרבני — בין חזון למציאות", משפטי ארץ, כרך ב (תשס"ה), עמ' 459-477. ההסתייגות מן השבועה נובעת הן מחומרתה של שבועת שקר (ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן פז, סעיף כ) והן מחומרתה של שבועת אמת. ראה: ספר חסידים, סימן תיח; שו"ת באר חיים מרדכי, חלק א, חו"מ, סימן סו; שו"ת מנחם משיב, חלק א, סימן נח, ובהשלמות שבסוף הספר, עמ' 436; שו"ת מנחת יצחק, חלק ד, סימן נב, אות ד ואילך; עשה לך רב, חלק ה, סימן מב.

ד. החובה להגיש דין וחשבון במצבים חריגים

בדברי הפוסקים אנחנו מוצאים כמה חריגים להלכה שאפוטרופוס פטור מהגשת דו"ח.

הריב"ש דן בבקשתה של אם לשמש כאפוטרופוס לילדיה לאחר שנתייתמו מאביהם, ופסק[44]: "אם ראו בית דין להחמיר עוד עליה, שתתחייב לתת חשבון בפרט תמיד ביד הקרובים, אותם שיראה בעיניהם שיהיו לתועלת הקטן, וכן להשביעה עתה אע"פ שאין מן הדין להשביעה עד החשבון, או בשאר חזוקין וקיומין שיראה בעיני הבית דין שיהיו לתועלת הקטן — הנה מה טוב. דבהא ליכא למיחש דילמא מימנע ולא עביד [=שבזה אין לחשוש שמא יימנע ולא יעשה], כיון שהיא אמו ודעתה קרובה אצל בנה, וגם שהייתה חפצה בדבר". כפי שציינו לעיל[45], מדברי הריב"ש עולה שלדעתו הסיבה לכך שחכמים פטרו את האפוטרופוס מהגשת דין וחשבון בסיום כהונתו היא חשש שמא הטלת חובה זו תרתיע אנשים מלשמש כאפוטרופוסים של יתומים. לפיכך, במקום שחשש זה אינו קיים, כגון שלאדם מסוים יש עניין אישי לשמש כאפוטרופוס של היתומים, בשל קרבתו אליהם, כבנידונו של הריב"ש, או בשל השכר המובטח לו אם יקבל על עצמו את התפקיד, או בשל השם הטוב שיהיה לו בציבור בשל היותו אפוטרופוס של יתומים — בכל אלה הוא חייב להגיש דין וחשבון[46].

לעיל[47] ראינו נימוק אחר לפטור מחובת הגשת דין וחשבון: שעצם מינויו של אדם כאפוטרופוס מעיד שהוא אדם נאמן, שאין להטיל דופי בשיקוליו או ביושרו האישי, והטלת החובה להגיש דין וחשבון אינה מתיישבת עם האמון שניתן בו. אם זהו הנימוק לפטור, הרי שבנסיבות המטילות ספק ביושרו האישי של הנאמן, כגון אם התגלו אי סדרים בניהול נכסי הנאמנות או אם התגלו ראיות המוכיחות שהנאמן פעל (אף שלא במסגרת מילוי תפקידו) בצורה שאינה ישרה והוגנת, ומי שמינה אותו לתפקיד לא היה מודע לקיומן, ניתן יהיה לדרוש מן הנאמן להגיש דין וחשבון[48].

חריג נוסף עולה מן ההסבר שראינו לעיל[49], שהפטור ממתן חשבון נובע מהנחה שהאפוטרופוס מדקדק בלאו הכי בנכסי היתומים, מתוך יראת ה' שהוא "אבי יתומים". לפי הסבר זה, נראה שאפוטרופוס שאינו ירא מהקב"ה חייב להגיש דו"ח. כמו כן, נימוק זה אינו שייך בנאמן של הקדש ציבורי שאינו לטובת יתומים, ואם כן, הוא יצטרך להגיש דו"ח.

חריג נוסף עולה מן הנימוק האחר שראינו לעיל[50], שקשה לאפוטרופוס לנהל חשבונות. לפי נימוק זה, אפשר שיש לחייב כיום אפוטרופוס או נאמן להגיש דין וחשבון, כיוון שתיעוד הפעולות אינו משימה כל כך מורכבת כפי שהייתה בעבר, והרי האפוטרופוס בלאו הכי מחויב לדקדק בחשבון בינו לבין עצמו, כפי שראינו לעיל[51].

[44] שו"ת הריב"ש, סימן תצה.

[45] לעיל, ליד ציון הערה 27.

[46] גם ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף לו, כותב שאפוטרופוס המקבל שכר צריך לתת דו"ח. דבר דומה בנאמן הקהל, ראה להלן, ליד ציון הערה 76.

[47] לעיל, ליד ציון הערה 26.

[48] כך אפשר ללמוד מדברי שו"ת ישמח לבב, חו"מ, סימן ח, בסופו, שכתב שאם אינו אדם כשר, או שאין לו ידע בשמירת נכסי היתומים, הוא צריך לתת חשבון. והשווה לדברי מהר"י וייל הנזכרים להלן, אחרי ציון הערה 70.

[49] לעיל, ליד ציון הערה 29.

[50] לעיל, ליד ציון הערה 30.

[51] לעיל, ליד ציון הערה 3.

סייג אחר לפטור מלהגיש דין וחשבון קובע ר׳ שלמה צרור[52]: ״אפטרופא שמינוהו בית דין, אף על פי שמן הדין אינו צריך לתת חשבון... דווקא אם לא נתן חשבון, אבל אם בא ונתן החשבון — כבר חייב עצמו בנתינת החשבון וצריכין בית דין לדקדק עמו בחשבון״. אם הוא הגיש דין וחשבון, עליו לאמת את פרטי הדו״ח לפי דרישת בית הדין.

חריג אחר הוא באפוטרופוס שמונה על ידי ערכאות של גוים. הריב״ש נשאל[53] בעניין תביעה נגד אפוטרופוס של יתומה, שקרוביה ביקשו לחייבו להגיש דין וחשבון בגמר כהונתו. הריב״ש פותח את תשובתו בקביעה: ״בעניין החשבון אשר אתם מבקשים ממנו, דעו שבדין תורתנו אין האפוטרופוס חייב ליתן חשבון״. ואף על פי כן, חייב הריב״ש את האפוטרופוס להגיש דין וחשבון מן הטעם דלהלן: ״שמעון זה, שנתמנה בערכאות של גוים ובדיניהם, ונתחייב לתת חשבון ליתומים, כי כן דרכם מחקיהם ומנימוסיהם, שהאפטרופא מתחייב לשופט הממנה אותו לתת חשבון שלם מכל הנכסים. לזה, רְאוּ שטר האפוטרופסות ואיך נשתעבד לשופט הממנה אותו, וכפי השעבוד ההוא תדינו לו, אם לחייבו חשבון אם לפטרו ממנו בהשבת הנכסים ובשבועה חמורה״. מדבריו אלו משמע לכאורה, שנאמן חייב להגיש דין וחשבון רק אם התחייב לכך במפורש.

אולם הרמ״א, כשהביא את תשובת הריב״ש להלכה, קבע באופן כללי: ״אפוטרופוס שנתמנה על פי ערכאות של גוים, צריך ליתן חשבון, כי הכי [=כך] הוא בדיניהם״[54]. משמע, שגם ללא התחייבות מפורשת יהיה האפוטרופוס חייב בהגשת דין וחשבון אם התמנה בפני בית משפט שאינו יהודי. נראה שקביעה זו מבוססת על ההנחה שאפוטרופוס שמונה על ידי ערכאה המחייבת את האפוטרופוס להגיש דו״ח, קיבל על עצמו בשעת המינוי להגיש דו״ח בהתאם לדין המקובל בפני ערכאה זו[55]. קל וחומר, שאם התחייב במפורש לתת דו״ח, שהוא חייב לקיים את התחייבותו.

אפשר שחריגים מרובים אלו מבטאים מגמה של הפוסקים להטיל יותר פיקוח על האפוטרופוס. על מגמה זו עמד גולאק[56]: ״בדיננו, כל האפוטרופסות בנויה על יסוד האמון והביטחון; וניתנה נאמנות לאפוטרופוס בכל מה שעשה, שאין הוא צריך ליתן דין וחשבון בשעת הפקעת משמרתו. בתקופת הפוסקים, באו שינויים נכבדים בתכונה זו של האפוטרופסות, והתחילו מטילים על האפוטרופוס אחריות יותר רבה על מעשיו״.

גולאק אינו מבהיר מהן הסיבות ההיסטוריות להתרחשותם של ״שינויים נכבדים אלה״, אך

[52] שו״ת מהר״ש צרור (תשב״ץ, חלק ד, חוט המשולש, טור ב), סימן לג, בתחילתו. הוא מציין שכך כתב שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן תנג. בדפוס הנפוץ נכתב שסימן תנג בוטל מפני שהוא הכפלה של סימן שב. אבל בסימן שב הדברים הללו אינם מופיעים.

[53] שו״ת הריב״ש, סימן שכד.

[54] רמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף יז.

[55] אמנם החפץ חיים (פלאג׳י), סימן נח, אות י, שו״ת מנחת יצחק, חלק ט, סוף סימן קיב, ושו״ת מהרש״ם, חלק ג, סימן שעד, נקטו שטעם הריב״ש הוא ש״דינא דמלכותא דינא״. אבל כוונתם היא, שמאחר שעשה את השטר בפני ערכאות הגוים, חלים עליו דיניהם, והיינו מפני שקיבל על עצמו את דיניהם, כפי שהסברנו בטקסט. אילו התכוונו לכלל ״דינא דמלכותא דינא״ גרידא, הדין היה צריך להיות שכל אפוטרופוס תחת שלטון גוים חייב לתת דו״ח גם אם נעשה אפוטרופוס בבית דין של ישראל, ואת זאת לא אמרו הריב״ש או הרמ״א.

[56] יסודי המשפט העברי, חלק ג, עמ׳ 146.

דומה שנוכל לעמוד עליהן מתוך רמיזותיו של הט"ז[57]: "אנו רואין שברבות השנים הנאמנים מעוטים וכמה יתומים שנתמוטטו נכסים שלהן על ידי האפוטרופין, אף על פי שהיו בחזקת כשרות[58]. [לכן] ודאי שראוי לקהל לפקח בזה. וכבר נהגו בקהילות קדושות למנות אבי יתומים ולפקח בעסקי אפוטרופסים".

אם כן, מסתבר, שברבות העיתים התרבו מקרים של אפוטרופוסים שעשו שימוש בתפקידם לרעה, וגרמו הפסד ניכר ליתומים. אפשר שמשום כך, חיפשו הפוסקים דרכים שונות לצמצומו של הכלל הפוטר את האפוטרופוס מן החובה להגיש דין וחשבון[59].

ה. נאמני קהל

במדרש מסופר, שהיו מבני ישראל במדבר שהפיצו חשדות נגד משה רבנו, ואמרו[60]: "אדם ששלט על מלאכת המשכן, אין אתה מבקש שיהא עשיר?", ומששמע משה שכך מרננים אחריו, אמר: "חייכם, נגמר המשכן אתן לכם חשבון. אמר להם: בואו ונעשה חשבון".

ממדרש זה משתמע, שנאמן הקהל אינו חייב להגיש דין וחשבון על פעולותיו, אך בהחלט רואים בעין יפה נאמן המגיש לציבור מיזמתו דין וחשבון על פעולותיו.

הפטור של נאמן הקהל מהגשת דו"ח מפורש בברייתא המובאת בתלמוד[61]: "אין מחשבין בצדקה עם גבאי צדקה, ולא בהקדש עם הגזברין. ואף על פי שאין ראיה לדבר, [יש] זכר לדבר, שנאמר: 'ולא יחשבו את האנשים אשר יתנו את הכסף על ידם לתת לעושי המלאכה כי באמונה הם עושים' (מלכים ב', יב, טז)[62]".

מדוע הפסוק מספר מלכים משמש "זכר לדבר" בלבד? על כך משיב רש"י[63], שהפסוק עוסק בגזברי הקדש שאינם עוסקים רק באיסוף כספים, אלא גם בהעסקת פועלים למטרות ההקדש.

[57] ט"ז, יו"ד, סימן רנח, ס"ק ה.

[58] בדומה כתב י' פרי (פרידמן), תולדות היהודים בטראנסילבניה בימי הביניים המאוחרים, ת"א תשנ"ד, עמ' 313: "חלק מן האפוטרופוסים באותם הימים העלימו מרכוש היתומים או מכספיהם לשימושם האישי... בשל תופעות כאלה, אנוס היה בית הדין להפעיל לחצים על האפוטרופסים".

[59] לתופעה היסטורית דומה בעניינם של נאמני קהל, ראה להלן, אחרי ציון הערה 71.

[60] שמות רבה, פרשה נא, אות ו. כעין זה נאמר גם במדרש תנחומא, פרשת פקודי, סימן ז.

[61] בבא בתרא ט ע"א.

[62] אבל רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ט, הלכה יא, מביא פסוק אחר כמקור לכך שאין לדרוש מגזברי הקדש וגבאי צדקה להגיש דין וחשבון, והוא במלכים ב', כב, ז: "אך לא יחשב אתם הכסף הנִתן על ידם כי באמונה הם עֹשים".
פסוק זה מובא גם בכתבי יד של התלמוד הבבלי, כפי שמציין דקדוקי סופרים, בבא בתרא שם, וכך גרסו רוב הראשונים, ובהם שאילתות דרב אחאי, שאילתא סד. כך היא הגרסה גם בשולחן ערוך, יו"ד, סימן רנז, סעיף ב, בדפוס ראשון; אבל בדפוסים המאוחרים, הובא הפסוק שמובא בטקסט. על עניין זה ראה עוד: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק א, סימן פ; שו"ת תשובה מאהבה, חלק ג, סימן שעח.
לכאורה, יש חשיבות לשאלה מאיזה פסוק נלמד הדין, שהרי הפסוק שבפרק יב דן בכסף הניתן לידי הגזברים, ואילו הפסוק שבפרק כב עוסק בכסף הניתן לעושי המלאכה. אם כן, לפי הגירסה שסומכת על הפסוק בפרק כב, אפשר ללמוד שלא רק מי שמכהן כגזבר הקדש או כגבאי צדקה, אלא גם אחרים העוסקים בהקדש ציבור, פטורים מהגשת דו"ח. אבל לאמיתו של דבר אין להסיק כך, שהרי כבר התלמוד מציין "שאין ראיה לדבר", ואי אפשר ללמוד הלכה מן הפסוקים עצמם, כפי שנסביר בהמשך, ואין לנו אלא מה שחכמים קבעו בברייתא מדעתם. עוד על נפקות בין הגרסאות, ראה להלן, הערה 67.

[63] רש"י, בבא בתרא שם, ד"ה שאין ראיה לדבר.

היות שיש מלאכות מרובות ופועלים רבים, "אי אפשר לעמוד על החשבון... בעל הבית טרוד בפועליו הוא, ואינשי [=ושוכח][64]". כלומר, ייתכן שהסיבה לכך שלא ניתן לחייב את הגזבר להגיש דין וחשבון היא הקושי שבדבר, ואם כן, אי אפשר להוכיח משם שגם גבאי צדקה, שכל תפקידם מתמצה באיסוף הכספים ובחלוקתם לנזקקים, יהיו פטורים מהגשת דין וחשבון, ולפיכך אין כאן "ראיה" אלא "זכר לדבר" בלבד[65].

לעומתו, הסבירו בעלי התוספות[66], שייתכן שגזברי ההקדש היו פטורים מן החובה להגיש דין וחשבון רק משום "שהיו צדיקים גמורים", ואין משם ראיה לכך שגם גזבר הקדש או גבאי צדקה שבזמן התלמוד פטור מחובה זו[67].

אף על פי שהפסוק משמש רק כ"זכר לדבר", לומד הרמ"ה[68] מלשון הפסוק שגבאי צדקה

[64] ע"פ שבועות מה ע"ב.

[65] העמק שאלה, שאלתא סד, אות ה, כותב שלשיטת רש"י, היות שהפטור של גבאי צדקה נסמך על פסוק זה, הוא חל רק במצב שהוא כעין זה של הגזבר, דהיינו רק בגבאי המטופל בעניינים מרובים. אולם ר"א מילר העיר שהפסוק הוא רק בגדר "זכר לדבר", ואם כן, ייתכן שהפטור אינו נובע מן הטרחה הכרוכה בהגשת הדין וחשבון, ולכן גם אם הטרחה הכרוכה בהגשת הדין וחשבון היא מועטת, הגבאים או הגזברים פטורים מהגשתו.

[66] תוספות, בבא בתרא שם, ד"ה ואע"פ.
העמק שאלה שם כותב שלשיטת תוספות, היות שהפטור נסמך על פסוק זה, הוא חל רק בגבאי שהוא כעין אותם גזברים, היינו שהוא בחזקת כשרות, כמו שכתב רמ"א, יו"ד, סימן רנז, סעיף ב. דבר דומה ראה להלן, ליד ציון הערה 68.

[67] ראה גם: יד רמה, בבא בתרא, פרק א, אות קד; בית הבחירה, בבא בתרא שם.
העמק שאלה, שאלתא סד, אות ה, תולה את מחלוקתם של רש"י והתוספות בגרסאות השונות בתלמוד הנזכרות לעיל בהערה 62: הפסוק בפרק יב העוסק בגזברים, שהיו צריכים לתת לפועלים רבים, מתאים לטעמו של רש"י; ואילו הפסוק בפרק כב מזכיר רק את ה"אמונה", משמע צדקותם, כטעמם של התוספות.
מהר"ם מלובלין, בבא בתרא שם (ד"ה תוס' ד"ה ואע"פ), הסביר שבעלי התוספות לא רצו לפרש כרש"י, מפני שלשון הפסוק "כי באמונה הם עושים" מלמד שטעם הפטור הוא אמונתם ולא הִטרחה הרבה.
רלב"ג, בפירושו למלכים, פרק יב, שם, הסביר: "לא יחשבו עימהם... כי בודאי באמונה הם עושים כי הקדש מבדל בדילי אינשי מיניה [=אנשים מתרחקים ממנו (מלמעול בו), על פי פסחים ו ע"א]". לפי הסבר זה, ניתן לומר שהסיבה שאין הפסוק "ראיה לדבר" היא שאין רתיעה ממעילה בכספי צדקה כמו הרתיעה ממעילה בנכסי הקדש, והרי הברייתא אומרת דין זה גם בגבאי צדקה וגם בגזברי הקדש.
הסבר פשוט יותר לכך שמן הפסוק יש רק 'זכר לדבר' מוצע בספר עין אליהו (שיק), בבא בתרא ט ע"א, ד"ה ת"ר (פט ע"ב). לדבריו, בשפה העברית יש "עתיד המרשה" ו"עתיד המצווה". כלומר, את המילים "ולא יחשבו" ניתן לקרוא בשתי דרכים: (א) כסיפור המתאר התרחשות צפויה, כלומר, הנביא מתאר, שלאחר סיום העבודה, לא יחייבו את הממונים על העבודה להגיש דין וחשבון, (ב) כהוראה מחייבת, האוסרת על העם לחייב את הממונים להגיש דין וחשבון. לפי הקריאה הראשונה, אין לפסוק משקל נורמטיבי, והיות שייתכן שזו הקריאה הנכונה, אי אפשר ללמוד מן הפסוק את הוראת חכמים הנורמטיבית, ש"אין מחשבין בצדקה עם גבאי צדקה, ולא בהקדש עם הגזברין", ומשום כך כינו חכמים את הלימוד מן הפסוק 'זכר לדבר' בלבד.

[68] יד רמה, שם.
כמו כן, בית יוסף, יו"ד, סימן רנז, סעיף ב, ד"ה והטעם, מדייק מלשון הטור, שם, "גבאי צדקה הכשרים אין מדקדקין אחריהם", שכוונתו "לומר, דהיינו דוקא כשהם בחזקת כשרים, הא לאו הכי — מחשבין עמהם".
מלשון הרמ"ה משמע שהפטור קיים רק בגבאי שידוע לנו ידיעה חיובית שהוא מוחזק כנאמן, אבל בסתם לא; ואילו מהרד"ק שבסמוך משמע שגם בסתם, עצם המינוי יוצר חזקה שהוא מהימן.

פטור מחשבון "דווקא היכא דמתחזקי בהימנותא [=במקום שמוחזקים כנאמנים], אבל היכא דלא מתחזקי בהימנותא, מסתמא מחשבין".

גבאי צדקה פטורים ממתן חשבון מפני שעל פי רוב, ממנה הציבור נציגים כשרים לתפקידים ציבוריים[69]. משום כך, קבע ר' יעקב וייל סייג לפטור זה[70]: "אם לא נתמנה [הגבאי] מדעת הציבור, אלא על ידי השררה או בחזקה ובאלמות, כגון שאימתו מוטלת על הבריות ואין אדם רשאי לדבר ולהתריס נגדו ולמחות בידו, אז פשיטא שצריך לעשות חשבון".

ר' משה חלאווה[71] כותב שבתקופתו "נתקלקלו הדורות, וכל מי אשר נשאו לבו להיות גבה רוח ולהיות גבאי משתרר בזה עד שיתמנה, רבו הגבאין שאינן ראויין", כך שגבאי הצדקה בתקופתו היו בדרך כלל מהסוג שתיאר ר' יעקב וייל, ומשום כך נהגו "בכל מקום לחשב עמהן באחרונה"[72].

לאור הערכה זו, אפשר להבין את התקנות הרבות שהתקבלו בקהילות ישראל, שחייבו נאמני קהל להגיש דין וחשבון על פעולותיהם[73].

סייג אחר כתב רי"ל גינזבורג, מוסר הנביאים, מלכים ב, יב, אות ו: "הא דאין מחשבין זהו רק כשיש שני גזברים, אבל כשיש אחד, צריכים לעשות חשבון עמו". סמך לסייג זה הוא מוצא בדברי מדרש תנחומא, פרשת פקודי, סימן ה: "שנו רבותינו, אין עושין שררה על הצבור פחות משנים. ומשה היאך נעשה יחידי גזבר? אלא אע"פ שהיה משה הצדיק נאמן על פי הגבורה, דכתיב (במדבר יב, ז) 'בכל ביתי נאמן הוא', קורא לאחרים ומחשב על ידיהם, שנאמר 'ביד איתמר בן אהרן הכהן'". רי"ל גינזבורג הבין את דברי המדרש, שהיות שהיה "יחידי גזבר", הוא נדרש להגיש דין וחשבון. אולם, אפשר לפרש את דברי המדרש באופן הפוך: מאחר שמשה הגיש דין וחשבון אף שלא היה מחויב לעשות כן, ניתן היה למנותו כגזבר יחידי. לחילופין, ניתן להסביר שמאחר שהגיש דין וחשבון לאיתמר בן אהרן, נחשב הדבר כאילו הוא גזבר יחד עם איתמר, ואין כאן איסור עשיית שררה על הציבור ביחיד. על כל פנים, לא מצאנו בדברי הפוסקים תימוכין לסייג זה.

69 רד"ק, מלכים ב', יב, טז, כותב: "ולא יחשבו את האנשים — מכאן אמרו רבותינו ז"ל שאין מחשבין עם גבאי צדקה, כי כשממנין אנשים על הצדקה — אנשים נאותין ממנין, ואין מחשבין עמהם, שאין חושדין בכשרים".

70 שו"ת מהר"י ווייל, סימן קעג.

71 שו"ת מהר"ם חלאווה, סימן צד, ד"ה תשובה אם.

על מצבם של נאמני הקהל באותה תקופה נוכל ללמוד מדברי ר' חיים מצאנז, בשו"ת דברי חיים, חלק א, חו"מ, סימן כה: "ובעיני ראיתי גודל העושק הנעשה בעיר, והכל 'לשם שמיים'. וגם אם נמנה איזה נאמן, מסתמא נוטה אחר הנגידים כידוע... ולכן נכון שבית דין של שלושה יעמדו היטב על המחקר... ואין להביא ראיה מדורות הראשונים, שרוב נגידי הקהל היו צדיקים כאשר אבותינו סיפרו לנו, וגם היה הבושה גדולה לפני תלמידי חכמים. אבל עתה בעונותינו הרבים המנהיגים המה לא בגדר צדיקים וחוצפא יסגא בעקבות משיחא... ועושים תקנות סדום, הכל 'לשם שמים'".

72 אבל בסיום דבריו הוא קובע שלמרות מנהג זה, "לא נהגו להשביעם".

73 כך למשל בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן סה: "ומכל מקום יבררו ב' או ג' אנשים חשובים מן הקהילה שהגבאים יעשו תמיד חשבון לפניהם כמה יש מן הצדקה ומה עושים ממנה ומה רווח יש להם". בפנקס ועד ק"ק איטאליאני בוויניציאה (שהוציא לאור ד' קארפי, ירושלים תשס"ג), ז, שנת ת"ד, נקבע: "יחויבו הגבאים עד כל חדש אלול לתת ולמסור חשבון צודק לפרנסים שלהם מכל מה שעבר על ידם, הכנסות והוצאות וכל מה שיש לגבות". כך נקבע גם בתקנות העיר גאיי (נדפס בתוך: י' הלפרין, תקנות מדינת מעהרין, ירושלים תשי"ב), ת"י, תקנה פח, עמ' 28 (ע"פ התרגום שם): "וידקדקו היטב היטב ויעיינו על כל פרט, ויראו אם החשבון מכוון הוא. ואחר כך מחויבים האלופים מבוררים ללכת לבית מיוחד בפני עצמם, ולקחת אתם את כל הרשימות, ולעבור על כל חסרות ויתירות וחליפות, וישאו ויתנו אם כל ההוצאות הן כדת וכדין".

ר׳ יעקב וייל מרחיב את דבריו[74]: ״אפילו אם נתמנה מדעת הציבור וברצונם, אם קוראים עליו תגר שלא נהג כשורה וחושדין אותו ששלח יד בממון הצבור שלא כדין בדבר שראוי להסתפק בו לפי ראות עיני הדיין, אז פשיטא שצריך לעשות חשבון״. הנימוק לכך הוא, שבנסיבות אלו, נשלל היסוד לחזקת המהימנות של נאמן, ולכן אין הצדקה לפטור אותו מהגשת דין וחשבון.

נימוק אחר להלכה שנאמני קהל פטורים מהגשת דין וחשבון מציע הנצי״ב[75]: ״חכמים ראו טובת הצדקה וההקדש להקל על הגבאים. וכמו שהקילו על אפוטרופוס יתומים... משום דאתי לאמנועי [=שיבוא להימנע]״. כלומר, חכמים חששו שאם יחייבו נאמני קהל להגיש דו״ח, דרישה זו תרתיע אנשים מלשמש כנאמני קהל.

לפי הסבר זה, אם יש לאדם עניין לשמש בתפקיד של נאמן קהל, אין לפטור אותו מן החובה להגיש דין וחשבון. ואכן, ר׳ יחיאל מיכל אפשטיין קבע[76] שאם הנאמן מקבל שכר על מילוי תפקידו, הוא חייב להגיש דין וחשבון על פעולותיו בנכסי ההקדש[77], שהרי בנסיבות אלו אין לחשוש שהטלת החובה להגיש דין וחשבון תָּנִיא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד.

אף על פי שמן הדין נאמן הקהל פטור מהגשת דו״ח, כותב הרמ״א[78]: ״ומכל מקום כדי שיהיו נקיים מה׳ ומישראל, טוב להם ליתן חשבון״.

פרק חמישי

למי יוגש הדין וחשבון? — ״לנהנים״

א. מבוא

סעיף זה מחייב את הנאמן להגיש דין וחשבון לנהנים. חובה זו חלה על כל נאמן, למעט נאמן בנאמנות המוגדרת כהקדש ציבורי, הנדרש להגיש את הדין וחשבון לרשם ההקדשות[79]. ראוי לציין שהרשם אינו חייב לשמור את תוכן הדין וחשבון בסוד[80].

עוד מצויות בספרות השו״ת עדויות לכך שהיו קהילות שנהגו לחייב את נאמני הקהל להגיש לקהל דין וחשבון על הוצאותיהם והכנסותיהם. ראה למשל שו״ת פנים מאירות, חלק ב, סימן יז.
כמו כן, בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 113־117, 263, 275־276, 358, 418, יש תיעוד של מקרים שבהם דרש בית הדין הרבני מנאמני הקדש ציבורי להגיש דין וחשבון, אולם לא ניתנו שם נימוקים לדרישה זו. על המגמה לצמצם את הפטור של פקידי הציבור מן החובה להגיש דין וחשבון, ראה גם: נ׳ רקובר, שלטון החוק בישראל, ירושלים תשמ״ט, עמ׳ 89־91. וראה גם עע״מ 9660/03 עיריית רחובות נ׳ שבדרון, סעיף ט(5) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם במאגר המשפטי ״נבו״).

[74] שו״ת מהר״י וייל, שם.

[75] העמק דבר, שמות לח, כא, בהרחב דבר.

[76] ערוך השולחן, יו״ד, סימן רנז, סעיף יב.

[77] ראה גם: דרך אמונה, הלכות מתנות עניים, פרק ט, ס״ק סח; פסקי דין ירושלים, דיני ממונות ובירורי יוחסין, כרך ח, עמ׳ שלב.

[78] רמ״א, יו״ד, סימן רנז, סעיף ב. ביאור הגר״א, שם, ס״ק א, מציין כמקור לזה את המדרש שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 60.

[79] בהתאם להוראות סעיף 29(א) ו־(ג). ראה גם: כרם, סעיף 335, עמ׳ 446.

[80] שם, סעיף 333, עמ׳ 445.

בעניין זה מציעים מנסחי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות תוספת מהותית, שתטיל חובה על הנאמן להגיש דו"ח גם ליוצר הנאמנות, ובלשון התזכיר[81]: "הנאמן ייתן דין וחשבון על עניני הנאמנות אחת לשנה ובגמר כהונתו לנהנה, וליוצר הנאמנות לפי דרישתו".

ניסוח זה מעניק ליוצר הנאמנות זכות לקבל דין וחשבון על ענייני הנאמנות, אולם במובחן מן החובה להגיש לנהנה דין וחשבון, שאינה מותנית בדרישה מצד הנהנה, החובה להגיש דין וחשבון ליוצר הנאמנות מותנית בדרישה מצדו.

ב. הגשת דו"ח לנהנה

הרשב"א נשאל[82] בעניינו של אדם שמינה אפוטרופוסים על נכסיו, שיחלקו מנכסיו צדקה לעניים, ליתומים ולאלמנות, בכל שנה בחנוכה, ולא קבע כמה יתנו, אלא השאיר זאת לשיקול דעתו של האפוטרופוסים. בשלב מסוים, הקהל "רצו... לדעת כמה הוא ההקדש, ובמה — אם בקרקע, אם במטלטלין". והשיב הרשב"א: "אִלו הקדיש לעניי העיר סתם, היה באפשר שיהא עליהם להודיע, מפני שמן הדין היה מתחלק לעניים שבעיר כלם, כפי ההלכה... ואז היה באפשר שיהא עליהם להודיע, לפי שהיו להם תובעים[83]. אבל עכשיו, שהם רשאים לחלק למי שיראה בעיניהם, נמצא שאין להקדש זה תובע, והרי זה כמעשרות, שאין הלויים והעניים יכולין לומר לבעלי בתים: הודיעונו כמה מעשר ראשון או מעשר שני יש בידכם, לפי שאין להם תובע...". מן התשובה עולה, שרק מי שיש לו זכות תביעה על נכסי ההקדש, זכאי לדרוש מן הנאמן לגלות פרטים בעניין מצבם של הנכסים. נמצא, שרק אם הנהנה הוא בר זכות תביעה בנכסי הנאמנות, הוא יכול לדרוש מן הנאמן שיגיש לו דין וחשבון[84].

השאלה באיזה מצב יש לנהנה זכות תביעה בנכסי הנאמנות אינה מעניינו כאן. היא תלויה בראש ובראשונה בתנאי הנאמנות. ברור, שאם יוצר הנאמנות העניק לנהנים בעלות מלאה בנכסים, יש להם זכות תביעה (קל וחומר באפוטרופוס על יתומים, שהנכסים בבעלותם עוד לפני יצירת הנאמנות על ידי מינוי האפוטרופוס). ייתכן שגם אם העניק להם בעלות חלקית או רק זכות חוזית (כלומר שהנאמן חייב חיוב חוזי להעביר להם את הנכסים), יש להם זכות תביעה[85]. דבר זה ייקבע לפי דיני החוזים והקניין במשפט העברי. מסקנתנו כאן היא רק שאם

[81] תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 577(ב).

[82] שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן רצז (הובא בבית יוסף, יו"ד, סימן רנט, עמ' פא).

[83] ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 564־565, ששומר צדקה המיועדת לעניים שכל אחד זכאי לסכום קצוב בו, חייב באחריות עליה, מפני שנחשבת שיש לה תובעין.

[84] דוגמה לנהנה שאין לו זכות תביעה בנכסי הנאמנות, מצאנו בתשובת ר' אפרים זלמן מרגליות, שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ע, בעניינו של אדם שייחד כסף לטובת נדונייתה של קרובתו היתומה מן האם, ומינה נאמן שתפקידו היה להשקיע את הכסף. לימים, סבר אבי היתומה שהנאמן אינו ממלא את תפקידו כהלכה, ותבע אותו לדין. הנאמן סירב להתדיין עמו, משום שלטענתו הוא פועל בשמו של יוצר ההקדש ולא בשמה של היתומה, ולכן ליתומה או לנציגיה אין זכות תביעה כלפיו. רא"ז מרגליות קיבל את טענת הנאמן, והדגיש שכל עוד לא הועברה הבעלות בנכסים לנהנה, הוא לא זכה בהם (לתיאור המצב המשפטי של הנכסים בנידונו, ראה סעיף 1, פרק שישי, ב), ומשום כך אין לו זכות לתבוע בעניינם. אבל הוא לא עסק בשאלת הזכות לקבל דין וחשבון.

[85] שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קעא, מעיר שהרשב"א שם נקט לשון מסופקת, "באפשר", לגבי מי שמקדיש לעניי העיר סתם; כלומר, הוא לא רצה לקבוע באופן ודאי שאז יש לעניים זכות תביעה.

יש לנהנים זכות תביעה בנכסי הנאמנות, הם זכאים לקבל דין וחשבון, ואם לאו, אינם זכאים לכך[86].

קל וחומר שקרובו של הנהנה אינו זכאי לדרוש דו"ח מן הנאמן, גם אם הוא עתיד לרשת את הנכסים אם הנהנה ימות, מפני שכרגע אין לו זכות בנכסים[87].

ג. הגשת דו"ח ליוצר הנאמנות

(1) נאמנות פרטית

לעיל ראינו, שדין וחשבון יוגש אך ורק למי שיש לו זכות תביעה על נכסי הנאמנות. בהתאם לכך, אם העביר יוצר ההקדש את הבעלות בנכסי ההקדש, הרי שהדין וחשבון לא יוגש לו, אלא לבעליהם החדשים של הנכסים[88].

אבל אף אם יוצר הנאמנות העביר את הבעלות בנכסי הנאמנות לאחרים, הרי אם הוא קבע שהבעלות בנכסים אלו תחזור אליו לאחר ביטול הנאמנות, הוא נחשב כבעל זכות תביעה על הנכסים וזכאי לקבל דין וחשבון בעניינם[89].

(2) הקדש למטרות צדקה

להלן[90] נראה, שבנאמנות למטרות צדקה, כל עוד לא העביר יוצר הנאמנות את השליטה בנכסי ההקדש לנאמנים ממונים מטעם הציבור, הסמכות לפקח על ניהול הנאמנות נמצאת בידי יוצרה. היות שכדי לאפשר פיקוח יעיל על ניהולה של הנאמנות יש לתת ביד המפקח את הסמכות לדרוש לקבל לידיו דין וחשבון[91], הדעת נותנת שבנסיבות אלו, שהסמכות לפקח על ניהול הנאמנות היא בידי יוצרה, הוא זכאי לקבל דין וחשבון מן הנאמן על פעולותיו בנכסי הנאמנות. אבל בדרך כלל הפיקוח על הניהול הנאמנות נתון ביד בית הדין, ועל כן גם הדו"ח יימסר לבית הדין.

[86] החובה שמטיל החוק על נאמן להגיש דין וחשבון לנהנים מבוססת על התפיסה האנגלית, שהנהנה הוא בעלים שבישר של נכסי הנאמנות. אך כפי שהוכחנו בסעיף 1, פרק שישי, א, תפיסה זו זרה לרוחו של המשפט העברי.

[87] שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תרנד. הוא כותב שהנהנה עצמו יכול לדרוש דו"ח. בנידונו היו הנכסים בבעלות הנהנה.

בחלק ו, סימן ב אלפים שלח, כתב לעניין אפוטרופוס על יתומות, שמשודך של אחת היתומות אינו זכאי לדרוש חשבון מהאפוטרופוס, וגם אם היא עשתה אותו מורשה, אין הדבר מקנה לו זכות, שהרי אין מעשה קטנה כלום.

גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תמה, דן ביורש עתידי של הנהנה, שדרש דו"ח, ופסק שאינו זכאי לדרוש דו"ח, אבל לא מפני שכרגע אין לו זכות בנכסים, אלא מפני שבית הדין פטר את האפוטרופוס מלתת דו"ח.

[88] אבל ייתכן שאם בתנאי הנאמנות, הותיר בידיו יוצר הנאמנות סמכויות פיקוח על הנאמן, יוכל גם לדרוש דו"ח במסגרת הפיקוח.

[89] שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קעא. בנידונו (המתואר בסימן קע, שם), אדם הקדיש סכום כסף כדי שפירותיו יהיו לישיבה בראשותו של חכם מסוים, ואם ימות אותו חכם, הכסף יחזור למקדיש. הוא כותב (על פי הרשב"א, לעיל, הערה 82), שגם בחיי אותו חכם, הוא זכאי לדעת איפה הכסף, בידי מי הוא, וכמה הוא. יש לציין, שבאותו סימן מובאת תשובה אחרת (כנראה, של חכם אחר) שפסק שהמקדיש אינו יכול לחזור בו בחיי אותו חכם.

[90] סעיף 19, פרק שלישי.

[91] ראה לעיל, אחרי ציון הערה 15.

ד. פומביות הדין וחשבון

בנאמנות שנועדה לקידומן של מטרות ציבוריות, היה ראוי לכאורה לחייב את הנאמן לתת דין וחשבון פומבי ובלתי חסוי, משום שחובת הנאמן להגיש את הדין וחשבון לבית הדין[92] נובעת מזכותו של הציבור בכללו לקבל, באמצעות נציגיו, דין וחשבון על ניהול הנאמנות.

מנגד, חשיפת פרטים שונים הנוגעים לניהול הנאמנות, כגון למי הועברה תמיכה ומה שיעורה, עלולה לפגוע בפרטיותם של הנהנים. על כן קבע ר' יעקב וייל לעניין גבאי צדקה[93]: "אין צריך לעשות חשבון לפני כל מערער עליו, דידוע שכמה דברים צריכין להוציא ממעות צבור, שאין לגלות אלא לצנועים". על רקע זה הציע ר' יחיאל מיכל אפשטיין[94], ש"ידרוש שנים וג' מהנכבדים שבעיר, וייתן לפניהם חשבון"[95]. להצעה זו יש יסוד כבר בתקנה של קהילות ליטא מלפני למעלה מ־350 שנה, שיש למנות "רואי חשבונות, שיקבלו חשבון מהאפוטרופסין. וכל קהילה מג' קהילות מחויבים להעמיד בשעת בוררים ג' בוררים... שיקבלו חשבון מהאפוטרופסים מדי שנה בשנה, ולכתוב בפנקס שלהם המיוחד סך כל יתום ויתום מדי שנה בשנה"[96].

כיום, ממלא במדינת ישראל רשם ההקדשות את תפקיד "אבי יתומים" בענייני הקדשות. אם כן, ניתן להסמיך את חובת נאמני ההקדשות למסור דין וחשבון לרשם ההקדשות על התקנות שהוזכרו. כדי לשמור על סודיותם של פעולות הנאמנים שהשתיקה יפה להן, יש להסדיר שהדין וחשבון המוגש לרשם יהיה חסוי[97].

[92] כפי שראינו לעיל, אחרי ציון הערה 15.

[93] שו"ת מהר"י ווייל, סימן קעג (הובא בדרכי משה, יו"ד, סימן רנז, ס"ק א, בש"ך, יו"ד, סימן רנז, ס"ק ג, בצמח דוד, שלוניקי, פרשת פקודי, דף רד ע"ד, ובשו"ת משפט כתוב, יו"ד, סימן כג). אמנם בש"ך שם מצוטט מהר"י וייל בנוסח "פשיטא שצריך לתת חשבון לפני כל מערער", אך רבים (פרי חדש, יו"ד, סימן רנז; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סימן קנז; אמרי בינה, אוירבך, יו"ד, מהדורא תניינא, דף סח ע"ד; חכמת אדם, כלל קמז, סעיף ו; נודע בשערים, מנדלבוים, שער גבאי צדקה, אות יב, דף ב ע"ב; דברי בן שלמה, פרשת פקודי, עמ' קמט; ספר פלאים [לר' רפאל מייזלש, בסוף ספר תוספת שבת], על יו"ד שם, דף ז ע"ב; באר אליעזר, על יו"ד שם, דף לב ע"א; שו"ת בית שלמה, דרימר, חו"מ, סימן קיג), מעירים שזו טעות המדפיסים, והנוסח הנכון הוא כנוסח שהבאנו. אבל ישרי לב (חזן), מערכת ג (ב ע"ד), מצטט את הש"ך בנוסח שלפנינו.

טעם נוסף לכך שאין להציג דו"ח בפני כל מערער נותן ערוך השולחן, יו"ד, סימן רנז, סעיף יג: שאם יצטרך הגבאי להציג חשבון בפני כל מערער, "אין לדבר סוף".

[94] ערוך השולחן, יו"ד, סימן רנז, סעיף יג.

[95] בדומה כותב ספר חסידים, סימן של, שגבאי צדקה הנותן צדקה לעני בן טובים, אל יתן לו בפומבי, כדי שלא יתבייש, אלא רק בידיעת שניים או שלושה טובי העיר, ולא משנה ששאר בני העיר יתמהו לאן הלך הכסף.

[96] פנקס ועד הקהילות הראשיות במדינת ליטא (ההדיר ש' דובנוב, ברלין תרפ"ה), תקנות ועד שפ"ג, תקנה לז (עמ' 9).

[97] כאמור לעיל, ליד הערה 80, כיום המצב החוקי הוא שהדין וחשבון המוגש לרשם ההקדשות אינו סודי. ושמא יש לעשות הבחנה: פרטים שפרסומם עלול לפגוע בפרטיותו של נהנה או של אדם אחר יהיו חסויים, ואילו פרטים שפרסומם אינו עלול לפגוע בפרטיות יהיו גלויים.

פרק שישי

פרטי הדין וחשבון

א. מבוא

חוק הנאמנות אינו מבהיר מה צריך להיות כלול בדין וחשבון שמגיש הנאמן לנהנים. לדעת כרם[98], "על הדין וחשבון לשקף כל מה שעשוי לעניין את הנהנים באורח סביר באשר לענייני הנאמנות". בכלל זה: "פירוט נכסי הנאמנות; חובות הנאמן והתחייבויותיו, לרבות התחייבויותיו לנהנים; תקבולים ותשלומים לסוגיהם שבוצעו בתקופה שהדין וחשבון עוסק בה; ורווחים או הפסדים מהשקעות"[99].

כפי שמסביר כרם[100], "הפירוט [של הדין וחשבון] דרוש כדי לאפשר מעקב אחר גלגוליהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות, וכן כאמצעי לאימות פרטי פעולותיו של הנאמן". אך לדעתו[101], "אין חובה לפרט כל תקבול וכל תשלום, אולם על פרטי הדין וחשבון להציג בבירור כיצד פעל הנאמן ומה ביצע בתקופה שהדין וחשבון עוסק בה", וכן "להראות אילו נכסים נותרו בידי הנאמן לצורך מילוי חובותיו בעתיד".

אשר לדין וחשבון שנדרש נאמן של הקדש ציבורי להגיש, קובע החוק[102] שהפרטים האמורים להיכלל בדין וחשבון ייקבעו על ידי שר המשפטים.

אין החוק דורש שהדין וחשבון יעבור ביקורת של אדם או של גוף מקצועי כלשהו[103].

ב. נאמנות פרטית

כפי שראינו לעיל[104], המשפט העברי אינו מחייב נאמן בנאמנות הפרטית להגיש דין וחשבון "אחת לשנה ובגמר כהונתו". אם כן, נאמן חייב להגיש דין וחשבון בנאמנות פרטית רק אם חובה זו נכללה בתנָאֵי חוזה הנאמנות שנערכה בינו לבין יוצר הנאמנות. מן הסתם, בחוזה זה ייקבעו גם הפרטים שעל הנאמן לכלול בדין וחשבון. אם לא נקבעו הפרטים במפורש בחוזה הנאמנות, נוכל ללמוד זאת על דרך ההיקש מן הפרטים שאפוטרופוס של יתומים צריך לכלול בדין וחשבון שהוא מגיש.

ג. נאמנות למטרות צדקה

כפי שנראה בסעיף 17[105], בתחילת כהונתו של אפוטרופוס יש לערוך דין וחשבון מפורט של כל נכסי היתומים הנמסרים בידיו.

כמובן, דין וחשבון זה אינו יכול לכלול פירוט של פעולות האפוטרופוס בנכסי היתומים,

[98] כרם, סעיף 157, עמ' 347.
[99] כרם, שם.
[100] כרם, סעיף 156, עמ' 344.
[101] כרם, סעיף 157, עמ' 347.
[102] סעיף 29(א).
[103] ראה כרם, סעיף 143, עמ' 240, ובהערה 1, שם.
[104] לעיל, ליד ציון הערה 13.
[105] פרק אחד-עשר.

שהרי בתחילת כהונתו לא ניתן עדיין לדווח על פעולות כאלה. אולם מפרטיו של שטר זה נוכל ללמוד אלו פרטים חייבים להיכלל בדין וחשבון במקום שקיימת חובה להגישו גם אחר כך.

הפוסקים כתבו, כפי שנראה שם, שבשטר זה יש לכתוב את המיטלטלין והקרקעות שהגיע לידם, וכן חובות שאחרים חייבים לעיזבון.

מקור נוסף שממנו נוכל ללמוד על הפרטים שבדין וחשבון הוא הלכת הרמב"ם הפוטרת אפוטרופוס מהגשת דין וחשבון. בהלכה זו קובע הרמב"ם: "כשיגדילו היתומים, נותן להם ממון מורישן, ואינו צריך לעשות להן חשבונות מה שהכניס והוציא, אלא אומר להן 'זה הנשאר', ונשבע בנקיטת חפץ שלא גזלן כלום"[106]. מניסוח ההלכה ניתן להסיק שבמקום שאפוטרופוס נדרש להגיש דין וחשבון, הוא לא יכלול רק דיווח על המיטלטלין והמקרקעין המצויים בידו והחובות המגיעים לעיזבון, אלא יש לפרט גם "מה שהכניס והוציא" בתקופה שבה עוסק הדין וחשבון.

עם זאת, פסק ר' יחזקאל לנדא[107] שאין לחייב גבאי צדקה "לברר [=להוכיח] חשבונו על פי קוויטונג [=קבלה] על כל פרט ופרט, דידוע שכמה דברים שצריך הגבאי להוציא ואי אפשר לו ליקח קוויטונג כלל". מדבריו אנו למדים, שגם במקום שנאמן נדרש להגיש דין וחשבון מפורט, לא יידרש להוכיח את הדין וחשבון "על כל פרט ופרט". נראה שלבית הדין יש שיקול הדעת בקביעת הפרטים שיידרש הנאמן להוכיח[108].

בתי הדין הרבניים נוהגים לחייב נאמני הקדש ציבורי שאינם נאמנים ציבוריים להגיש דין וחשבון מפורט ביותר[109]. לעיתים הגשת דין וחשבון שאינו מפורט די הצורך אף היוותה עילה מספקת לפיטורי הנאמן על ידי בית הדין[110].

יתר על כן, במקרים רבים דרשו בתי הדין מנאמני הקדשות ציבוריים לאשר את הדין וחשבון המוגש על ידי רואה חשבון[111] או על ידי ועדת ביקורת[112].

[106] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה.

[107] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סימן קנז.

[108] יש להעיר שהנודע ביהודה דן בגבאי צדקה שהיו שחשדו בהם שמעלו בכספי הצדקה, ואפשר שיש הבדל בין גבאי צדקה לבין נאמן של הקדש או נאמן בנאמנות פרטית. וראה גם צדקה ומשפט (בלוי), פרק ז, הערה כא.

[109] ראה: תיק 6.2.712, לפני בית הדין הרבני האזורי בירושלים (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 65־75); תיק תשמ"ה/00, באותו בית דין (שם, עמ' 102); תיק 44־1983־2, באותו בית דין (שם, עמ' 256־263); תיק תשי"ד/1106, באותו בית דין (שם, עמ' 273־274); תיק תשי"ג/1045 באותו בית דין (שם, עמ' 275־276); תיק 2649/נז באותו בית דין (צוטט שם, עמ' 415); פס"ד בתיק 000/נב, סעיף א (שם, עמ' 418).

[110] ראה: צו בית הדין בתיק 1177 בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, סעיף ב (שם, עמ' 113); פס"ד בתיק 000/נב, סעיף א (שם, עמ' 418); תיק 1176/תשט"ו באותו בית דין (פד"ר, כרך א, עמ' 353).

[111] תיק 6.2.712, בבית הדין הרבני האזורי ירושלים (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 67); תיק 337/44, באותו בית דין (שם, עמ' 115); פס"ד בתיק 000/נב, סעיף א (שם, עמ' 418); תיק 1176/תשט"ו (פד"ר, שם).

[112] תיק 1176/תשט"ו בבית הדין האזורי בירושלים (פד"ר, שם). חשוב לציין שבאותו פס"ד חייב אמנם בית הדין את הנאמנים להגיש דין וחשבון מאושר על ידי רואה חשבון, אך זאת רק לאחר שנוכח שקיים חשד מבוסס לכך שלמרות הפיקוח של ועדת הביקורת, הצליחו הנאמנים למעול בנכסי ההקדש. עוד יש להעיר שמציטוט כתב ההקדש, כמופיע באותו תיק, ניתן להתרשם שיוצרי ההקדש הם שהציעו למנות ועדת ביקורת. אולם עיון בפסקי דין של בית הדין הרבני הגדול באותו עניין, משנת תר"ץ, מגלה שמינוי ועדת הביקורת נעשה לבקשתו של הרב הראשי הספרדי והראשון לציון דאז, ר' יעקב מאיר, על פי הסכם פשרה

פרק שביעי

"ידיעות נוספות"

א. עמדת החוק

החובה למסור "ידיעות נוספות" דורשת מן הנאמן השקעה של זמן ומאמץ. משמעותה המעשית היא שהנאמן נדרש לאפשר לנהנים גישה לכל מידע, כתוב ושאינו כתוב, הקשור להחלטותיו בנוגע לניהול נכסי הנאמנות ולפיתוחם. בכלל זה, על הנאמן לאפשר לנהנים גישה ל"חשבונות הבנקים הנוגעים לנאמנות, פנקסי חשבונות, קבלות, חוזים, חשבונות ורשומות אחרות"[113].

אבל דרישת הנהנים מן הנאמן למסור להם ידיעות נוספות תתקבל רק אם היא סבירה[114].

ב. עמדת המשפט העברי

היות שהנאמן פועל בשמם של יוצר הנאמנות ושל הנהנים, מסמכים הנוגעים לעסקאות שבוצעו בנכסי הנאמנות אינם נכסיו הפרטיים, אלא הם שייכים לנאמנות, ונמסרו לנאמן כדי שיעשה בהם שימוש לטובת הנאמנות, ולא לשימושו הפרטי. לכן, בתום כהונתו, על הנאמן להפקיד מסמכים אלה בידיו של יוצר הנאמנות או בידי הנהנים, ולא יוכל ליטול אותם עמו או להשמידם. היות שמסמכי הנאמנות הם רכוש בעליהם של נכסי הנאמנות, הסתרתם היא למעשה גניבה. לכן, בכל עת שירצו יוצר הנאמנות או הנהנים, יוכלו לדרוש מן הנאמן למסור להם כל מסמך שבא לידו עקב מילוי תפקידו[115]. השאלה אם נכסי הנאמנות שייכים ליוצרה או לנהנים תלויה בתנאי הנאמנות, כפי שראינו לעיל[116]; על כל פנים, מי שנכסי הנאמנות בבעלותו, יהיה זה יוצר הנאמנות או הנהנים, זכאי לדרוש מן הנאמן להגיש לו את המסמכים.

שבינו לבין הראי"ה קוק (ראה בשערי בית הדין, שם, עמ' 448־449, ובמיוחד, בתיק 21/תשט"ז, בבית הדין הרבני הגדול, פד"ר, כרך ב, עמ' 22־23). רעיון זהה הועלה על ידי הרב עזיאל, שערי עוזיאל, הלכות אפוטרופסות, שער א, פרק א, אות ו (עמ' ב במהד' תשנ"א).

[113] כרם, סעיף 159, עמ' 351.

[114] כרם (שם) נותן דוגמאות אחדות לדרישות שאינן סבירות: דרישה למסירת מידע שעלול להעמיד את הנאמן במצב מביך, או שמסירתו עלולה לסכן את הנאמנות. ייתכן שגם דרישה המטילה על הנאמן השקעה מוגזמת של זמן ומאמץ נחשבת דרישה שאינה סבירה.

[115] דברי רא"צ שיינפלד, אב"ד בירושלים.

שיקול דומה מצאנו בפסיקת בתי המשפט בנוגע לזכות הציבור לקבל לידיו מידע מפורט על פעולות הרשות הציבורית. בהקשר זה נאמר: "מידע שרשות הציבור מחזיקה בו אין הוא קניינה של הרשות. קניינו של הציבור הוא. הרשות מחזיקה בו אך בנאמנות עבור הציבור — עבור הציבור ולמען הציבור — וממילא אסורה היא לנהוג בו דרך בעלים מָשָל ירשה אותו מאבותיה" (עע"מ 8282/02 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל — משרד מבקר המדינה, פ"ד נח(1) 465). מן הדברים עולה, שלנהנה (הציבור במקרה זה), קיימת זכות לקבל מידע על פעולות הנאמן, מכוח היות המסמכים הנוגעים לפעילות הנאמן קניינו של הנהנה. אלא שיש הבדל, שבמשפט הישראלי יש חוק חופש המידע, והציבור אינו זכאי לראות את המסמכים, אלא לקבל דיווח עליהם, ואילו במשפט העברי היוצר והנהנים זכאים לראות מסמכים אך אינם זכאים מעיקר הדין לקבל שום דין וחשבון.

שו"ת תקפו של יוסף, חלק ב, סימן קכד, כותב שהאפוטרופוס חייב להראות ליתומים את השטר המפרט את נכסי העיזבון (על שטר זה ראה לעיל, ליד ציון הערה 105).

[116] סעיף 1, פרק שישי.

אף על פי שהנאמן אינו חייב (ואף אינו רשאי) לתת את נכסי הנאמנות לבעליה לפני סיום הנאמנות, הרי זה משום שמסירה זו סותרת את מטרת הנאמנות, דהיינו שהוא יטפל בנכסים, מה שאין לומר כן במסירת מסמכים, אם אינם נחוצים לו לניהול הנאמנות.

הדברים אמורים רק במסמכים שבכתב, ולא בידיעות שבעל פה, שאין לומר לגביהן שהן בבעלותו של מישהו.

עוד יש להעיר, שאין חובה על הנאמן לשמור על כל מסמך הקשור לנאמנות. למשל, אם נסע הנאמן בתחבורה ציבורית לפגישות לצורך הנאמנות במהלך שנות כהונתו, יהיה זה בלתי סביר לדרוש ממנו את כל כרטיסי הנסיעה שבהם עשה שימוש. אף על פי שכרטיסים אלו היו שייכים לנאמנות, יש להניח שבעליה מפקיר אותם, ומוכן שהנאמן יזרוק אותם.

פרק שמיני

סיכום

סעיף זה פותח בחובתו של נאמן לנהל חשבונות. במשפט העברי, נאמן בנאמנות למטרות צדקה ובנאמנות לטובת מטרות ציבוריות צריך לחשב "בינו לבין עצמו", ור' יחיאל מיכל אפשטיין קובע שעליו לנהל פנקס של הוצאות והכנסות.

החוק מטיל על נאמן לחובה להגיש דין וחשבון במהלך כהונתו ("אחת לשנה") ובסיום כהונתו. לפי המשפט העברי, נאמן בנאמנות הפרטית אינו חייב להגיש דין וחשבון, אלא אם התחייב לעשות כן בחוזה הנאמנות, או שנהוג שנאמנים עושים כן. לעומת זאת, נאמן בנאמנות למטרות צדקה ובנאמנות למטרות ציבוריות נדרש להגיש דין וחשבון במהלך כהונתו, בהתאם לנקבע בצו המינוי או בשטר ההקדש, ובכל עת שיידרש לכך על ידי בית הדין.

בנוגע לחובתו של נאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו, חלוקות הדעות. לדעת השולחן ערוך, הוא אינו חייב להגיש דין וחשבון, בעוד שלדעת הרמ"א, אם הנאמן לא מונה על ידי בית הדין (כגון אפוטרופוס על יתומים, שמינהו אבי היתומים), הוא חייב בהגשת דין וחשבון. נראה שלדעת הרמ"א, גם נאמן שמונה על ידי בית דין, אם בית הדין נמנע מהשבעתו בסיום כהונתו מסיבה כלשהי, עליו להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו, חלף השבועה.

הפוסקים קבעו חריגים אחדים לפטור מהגשת דין וחשבון. הריב"ש פסק, שאם יש לנאמן עניין אישי לקבל על עצמו את תפקיד הנאמן כגון שהוא מקבל שכר על מילוי תפקידו, עליו להגיש דין וחשבון. יש סוברים שאם יש סיבות אובייקטיביות שלא לתת בנאמן אמון מוחלט, יש לחייבו להגיש דין וחשבון בתום כהונתו. מדברי ר' ישועה שמעון חיים עובדיה הסקנו, שנאמן חייב להגיש דין וחשבון במצב שתיעוד הפעולות אינו משימה כל כך מורכבת כפי שהייתה בעבר, כך שמילוי החובה אינו עלול לשמש בידי הנהנים כלי להפעלת לחץ על הנאמן. ר' שלמה צרור פסק, שאם הנאמן כבר הגיש דין וחשבון, הוא חייב להעמיד אותו לביקורת של בית הדין.

ההלכה התנאית פטרה את נאמני הקהל מהגשת דין וחשבון בסיום כהונתם, "כי באמונה הם עושים". אולם, במהלך הדורות צמצמו הפוסקים הלכה זו בדרכים שונות. הרמ"ה קבע,

שרק נאמן שידוע בציבור כאדם נאמן, פטור מן החובה להגיש דין וחשבון. בדומה לו, פסק מהר״י וייל, שנאמן קהל שאינו נבחר ציבור, או שחלק מן הציבור מערער על אמינותו, עליו להגיש דין וחשבון, שהרי הפטור מבוסס על אמון הציבור בנאמן. מהר״ם חלאווה אף קבע שבדורו רוב נאמני הקהל לא היו אמינים כנאמני הקהל שבתקופת התלמוד, ומשום כך נהגו ״בכל מקום לחשב עמהן באחרונה״. לפי ר׳ יחיאל מיכל אפשטיין, נאמן הקהל שמקבל שכר על מילוי תפקידו חייב בהגשת דין וחשבון.

לפי המשפט העברי, הדין וחשבון יוגש למי שיש לו זכות תביעה על נכסי הנאמנות. יש שיוצר הנאמנות הוא בעל זכות התביעה, ויש שהנהנה הוא בעל זכות התביעה — הכל לפי מה שנקבע בתנאי הנאמנות. גם אם יוצר הנאמנות העניק לנהנים את הזכות להשתמש בנכסי הנאמנות, הרי כל עוד לא ויתר על זכותו לקבל את נכסי הנאמנות חזרה לידיו, עם ביטולה של הנאמנות, הוא זכאי לקבל את הדין וחשבון.

דין וחשבון של נאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות יוגש למי שבידיו הסמכות לפקח על פעולות הנאמן. לכן, על פי רוב יוגש הדין וחשבון לבית הדין או לרשם ההקדשות. אולם יוצר הנאמנות רשאי לשמור בידיו את הסמכות לפקח על פעולות הנאמנים ולתת להם הוראות מעת לעת, כפי שניווכח בדיוננו בסעיף 19, ואם עשה כן, יוגש אליו הדין וחשבון.

הדין וחשבון יימסר לגוף מצומצם ולא יפורסם, שמא יש בו פרטים שיש בהם כדי לפגוע בכבודו או בפרטיותו של נהנה או של כל אדם אחר.

דין וחשבון שיגיש הנאמן יכיל פירוט נכסי ההקדש ומצבם, ופירוט של הכנסות הנאמן והוצאותיו. אבל הוא אינו צריך להוכיח כל פרט שבדו״ח בעזרת מסמכים, כיוון שיש דברים שאי אפשר לקבל לגביהם מסמכים.

כמו כן, נאמן חייב להגיש ליוצר הנאמנות או לנהנים כל מסמך שבא לידיו עקב מילוי תפקידו, אם הלה דורש זאת, חוץ ממסמכים זניחים שאין דרך בני אדם לשמור.

פרק תשיעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

כמו בדיון על סעיפים קודמים, גם בדיון על פרטיו של סעיף זה, מצאנו שיש במשפט העברי הבדל ניכר בין ההוראות הנוגעות לנאמנות הפרטית לאלו הנוגעות לנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות. אי לכך נראה שיש להבדיל בין הנאמנויות, ולהציע נוסח כדלהלן:

חשבונות ודיווח 7. (א) על הנאמן בנאמנות פרטית להגיש לבעליהם של נכסי הנאמנות, לפי דרישתו הסבירה, כל מסמך שבא לידיו עקב מילוי תפקידו[117].

[117] היות שהסקנו שחובתו של הנאמן בנאמנות הפרטית לנהל ולהגיש חשבונות חלה רק אם התחייב לכך בתנאי הנאמנות, נראה שאין מקום לקבוע חובה זו בחוק, ובייחוד לאור ההוראה שבסעיף 11, שהוראות סעיף 7 יחולו בכפוף לתנאי הנאמנות.

(ב) הנאמן בהקדש למטרות צדקה או למטרות ציבוריות חייב לנהל חשבונות בכל ענייני ההקדש.

(ג) הנאמן בהקדש למטרות צדקה או למטרות ציבוריות יגיש לרשם ההקדשות וליוצר ההקדש[118] דין וחשבון, בהתאם לתנאי שטר ההקדש או צו המינוי, ובכל עת שיידרש לכך על ידי בית הדין, וימסור להם מסמכים שבאו לידיו עקב הנאמנות, לפי דרישתם הסבירה.

(ד) הדין וחשבון יהיה חסוי.

נספח

השבעת הנאמן

א. מבוא

השבועה היא הדרך המקובלת במשפט העברי לבירור האמת בדבר פעולותיו של הנאמן[119],

[118] אמנם, לעיל (אחרי ציון הערה 91) הסקנו, שהדין וחשבון יוגש למי שבידיו הסמכות לפקח על ניהול הנאמנות — יוצר הנאמנות או בית הדין. אולם למעשה, גם אם סמכות הפיקוח היא בידיו של היוצר, אם הוא אינו עושה שימוש בסמכות זו, יטול בית הדין לידיו את הסמכות, כמבואר בסעיף 19, פרק שלישי, ב. לכן, גם בנסיבות שבהן יש להגיש את הדו"ח ליוצר הנאמנות, יש להגיש עותק ממנו גם לבית הדין, כדי שיוכל לפקח על כך שיוצר ההקדש עושה שימוש ראוי בסמכותו, ויוכל לוודא שכל הפעולות שצריכות להיעשות בנכסי ההקדש אכן נעשות.

[119] בתקופת הגאונים התפתחה דרך נוספת לסייע בבירור העובדות כשלא ניתן לעשות זאת באמצעות ראיות רגילות או באמצעות הטלת שבועה, והיא המכונה "חרם סתם". משמעותו של "חרם סתם" היא שבית הדין מטיל חרם כללי על כל מי שמחזיק בנכסי זולתו שלא כדין, או על המבקש להוציא ממון מזולתו שלא כדין. ראה: רמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק א, הלכה ד, ומגיד משנה, שם. על גלגוליו של ה"חרם סתם" ועל השימוש בו, ראה ג' ליבזון, "'חרם סתם' בתקופת הגאונים ובראשית ימי הביניים", שנתון המשפט העברי כב (תשס"ד), עמ' 107 ואילך. החרם נועד להרתיע את האדם מלשקר, ביודעו שאם ישקר ויחזיק בידיו ממון חברו שלא כדין, הוא יהיה בגדר מי שהוחרם בידי בית הדין.

בשו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קצא (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז), פסק שאפשר להטיל "חרם סתם" על כל מי שנטל מנכסי היתומים שלא כדין, כדי לברר האם אפוטרופוס ניהל את נכסי היתומים כדין, או שמא מעל בהם, וזאת גם במצב שהאפוטרופוס אינו חייב להישבע. בעקבותיו השתמשו רבים ב"חרם סתם" כדי לברר אם נאמני הקדש ניהלו כראוי את נכסי ההקדש ולא מעלו בהם. ראה למשל: שו"ת צדקה ומשפט, חו"מ, סימן ט.

חשוב להעיר שבעל דין יכול להטיל "חרם סתם" על בעל דינו גם אם מראש התחייב לו שיהיה מהימן עליו לכל דבר ("נאמנות", במשמעותו המחודשת במקורות המשפט העברי הבתר תלמודיים), "לפי שכשהאמינו — לא התיר לו שיגזול, וכיון שיחרים סתם על מי שגזלו, וחברו אומר לא גזלתיו, [אומרים לו] אי לא גזלתו אין לך עליך חרם, ואם גזלתו החזיר לו" (שו"ת הרי"ף, סימן קלח). בעניין זה, ראה גם: שו"ת הגאונים (ליק), סימן כב (הובא בספר התרומות, שער כו, חלק ב, סימן א); שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קלה, וחלק ז, סימן תסב; טור, חו"מ, סימן עא, סעיף טו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן עא, סעיף ו; ש"ך שם, ס"ק יח; סמ"ע, שם, ס"ק יד (בהסבר טעם הדבר); שו"ת צדקה ומשפט, שם; שו"ת אשר לשלמה, סימן סה; חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בעניין מחילת החיוב להישבע.

דרך נוספת לברר אם בעל דין אומר אמת, נקראת 'הדרת ראש', ושני פירושים ניתנו לה. (א) התובע יאמר

והפוסקים עסקו רבות בחיוב הנאמן להישבע. אלא שכיום, השימוש בשבועה בבתי הדין הרבניים הוא מועט ביותר[120], ועל כן ייחדנו נספח זה לדיון בה[121].

במשנה נאמר[122]: "ואלו נשבעים שלא בטענה, השותפין והאריסין והאפוטרופין[123] והאשה הנושאת והנותנת בתוך הבית[124] ובן הבית[125]".

לנתבע "דור [=תידור נדר] לי בחיי ראשך שהאמת כדבריך", ומקורו בסנהדרין כד ע"א. (ב) התובע יאמר לו: "כך יהיה ראשך חי ובבריאות, כמו שאתה טוען אמת". על כך ראה: טור, שם; פרישה על הטור, שם; תשב"ץ, חלק ב, סימן רמח, וחלק ג, סימן שא. אבל לא מצאנו במפורש שיש זכות לבעל דין לחייב את בעל דינו האחר לנדור כך. בשולחן ערוך שם מוזכרת דרך זו כהצעה שבעל דין מציע לשכנגדו להחליף את השבועה שהוא חייב בה, בנדר זה, שהוא פחות חמור.

120 ראה לעיל, הערה 43.

121 יש להוסיף, שכפי שנוכחנו כבר לעיל, ליד ציוני הערות 33, 34, ו־43, יש לחיוב השבועה השלכות על חיוב הנאמן להגיש דין וחשבון.

122 משנה שבועות, פרק ז, משנה ח (בבלי מה ע"א).

123 לפי רש"י, שבועות מח ע"ב, ד"ה והאפוטרופין (הובא בטור, חו"מ, סימן צג, סעיף א), ה"אפוטרופין" המוזכרים במשנה אינם אלו המשמשים כאפוטרופוס של יתומים, אלא נאמנים המנהלים נכסי זולתם. הוא מסביר שאין לומר שהכוונה לאפוטרופוס של יתומים, שכן, לגבי אפוטרופוס כזה, יש הבחנה בין מי שנתמנה על ידי אבי היתומים למי שנתמנה על ידי בית הדין (ראה להלן, ליד ציון הערה 152 ואילך), ולהבחנה זו אין זכר במשנה ולא בדברי התלמוד המוסבים עליה. פרישה, חו"מ, סימן צג, סעיף א, מסביר את כוונת רש"י, שמהמשנה משתמע שהחידוש הוא רק שחייב להישבע בטענת שמא, אבל עצם חיוב השבועה הוא פשוט, והרי באפוטרופוס של יתומים אין החיוב פשוט.

אבל ב"ח, חו"מ, סימן צג, סעיף ב, כותב שבית יוסף שם הבין שרש"י מתכוון לומר שאכן מדובר באפוטרופוס של יתומים, אבל רק מהסוג שמינהו בית דין.

רב האי גאון, משפטי שבועות, חלק א, שער ה, כותב שמדובר באפוטרופוס על נכסי אדם בחייו, ואילו באפוטרופוס על יתומים חיובו להישבע תלוי אם מינהו אבי יתומים או בית דין.

הרמ"ה, המובא בטור, שם, פירש, שהמשנה עוסקת הן באפוטרופוס של יתומים, והן באפוטרופוס שמונה כדי לנהל נכסי זולתו. את הקושי שעורר רש"י הוא מיישב בכך שגם אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, שלגביו נפסק שאינו נשבע, הרי אם הוא מודה במקצת הוא חייב שבועה, ועל כך אומרת המשנה שהוא חייב גם בטענת שמא. פרישה שם מבאר שהרמ"ה לשיטתו, שסובר (ראה להלן, הערה 134), שהחיוב בטענת שמא הוא דווקא במודה במקצת. כנגד זה, הב"ח, שם, כותב שרש"י לא רצה לפרש כך, מפני שלדעתו במינהו אבי יתומים אינו נשבע אף אם הוא מודה במקצת.

רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, הלכה א, פירש, שהאפוטרופוס המוזכר במשנה הוא אפוטרופוס של יתומים שמינהו בית דין, שדינו הוא שהוא חייב להישבע. אבל נראה שלמעשה, אין נפקות גדולה להלכה בין פירושו לפירוש רש"י, וזאת משום שבניגוד לרש"י, פירש הרמב"ם, ש"בן הבית" הוא אדם זר העוסק בנכסי בעל הבית, כנזכר בהערה 125. משום כך, לא יכול היה לפרש ש"אפוטרופוס" הוא אדם זר, שנתמנה לשאת ולתת בנכסי בעל הבית, משום שזהו "בן הבית" לשיטתו. מכל מקום, נמצאנו למדים מדברי כל הראשונים הללו, שהמשנה עוסקת גם בנאמן שמונה לנהל את נכסי בעל הבית, ונחלקו רק האם היא מדברת על אפוטרופוס של יתומים.

124 "שהושיבה בעלה חנוונית, או שמינה [אותה] אפוטרופוס, לעסוק בנכסיו" (רש"י, שבועות מח ע"ב, ד"ה אשה הנושאת והנותנת בתוך הבית, ע"פ משנה, כתובות פרק ט, משנה ד; בבלי פו ע"ב). על אשה כזאת ראה סעיף 2, פרק שני, ג.

125 רש"י שם (ד"ה ובן הבית) פירש: "אחד מן האחין שנתעסק בנכסים משמת אביהם". אבל רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, הלכה ד, פירש: "איזהו בן הבית שיש לו להשביע בטענת ספק זה שמכניס פועלים ומוציא פועלים ומכניס לו פירות ומוציא לו פירות". גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן צג, סעיף א, כתב: "...ובן הבית, שהוא נושא ונותן בענייני בעל הבית". מדברי הרמב"ם והשולחן ערוך עולה שגם

משמעות דין המשנה היא שבניגוד לנתבע רגיל, שאינו חייב שבועה אלא במקום שהתובע טוען טענה וודאית (טענת ברי), הרי אלו הנזכרים במשנה חייבים להישבע גם אם התובע אינו טוען בוודאות שהם מעלו בכספים שהופקדו בידם (ונמצא שהם נשבעים "בטענת שמא")[126]. הסיבה להבדל בין הנאמן לבין כל אדם אחר היא שהנאמן עלול להורות היתר לעצמו ליטול מנכסי הנאמנות, מפני שלטעמו הדבר מגיע לו כתמורה למאמציו בטיפול בנכסי הנאמנות[127].

ב. עילת השבועה

מלשון המשנה ("שלא בטענה") ניתן להסיק שכדי לחייב את הנאמן להישבע, אין יוצר הנאמנות נדרש לטעון שהוא חושד בנאמן במעילה או בניהול לא תקין של נכסי הנאמנות. אולם לשון הטור היא[128]: "אלו נשבעין בטענת שמא — אף על פי שאינו טוען ודאי, אלא אומר סובר אני שאתה תפשת משלי", והט"ז מבאר את דבריו[129]: "על כל פנים צריך שיהיה חשוד בעיני התובע עליו מאיזה הוכחה שיש לו, ולכך אומר סבור אני כו'. אבל אם מודה שאין לו שום הוכחה לחשוד אותו, אינו משביעו"[130].

אולם, ר' יחיאל מיכל אפשטיין חולק עליו ואומר שהוא חייב להישבע גם אם אין לתובע שום בסיס לחשד, ומנמק[131]: "דכיון דחז"ל חששו מפני הוראת היתר, כמו שנתבאר, למה לא יחוש המשביעו אף כשאין לו הוכחה"[132].

ג. סכום התביעה

לפי רב נחמן[133], חייב הנאמן להישבע רק אם "יש טענה בינייהו [=ביניהם] שתי כסף".

אדם אחר, שנתמנה לשאת ולתת בנכסיו של בעל הבית, יוגדר כ"בן הבית". הרמב"ם שם, הלכה ה, מרחיב דין זה: "המשלח ביד חברו חפץ למכרו או ששלח מעות בידו לקנות לו פירות או סחורה... הואיל ונשא ונתן בממון חברו הרי זה כבן בית".

ראה על כך להלן, הערה 146; ובבירור הלכה, שבועות מח ע"ב, אחרי ציון ו.

פד"ר, כרך ה, עמ' 92, כותב שאפוטרופוס על גדולים, גם לדעה שאין לו דין אפוטרופוס (ראה סעיף 2, פרק שני, ב), יש לו דין בן בית לעניין החיוב להישבע בטענת שמא.

126 שבועות מח ע"ב.

127 שבועות שם, על פי רש"י, ד"ה משום דמורו; טור, חו"מ, סימן צג, סעיף ג.

128 טור, חו"מ, סימן צג, סעיף א.

129 ט"ז, חו"מ, סימן צג, סעיף א.

130 נתיבות המשפט, סימן רצ, ס"ק א, ושערי עוזיאל, שער יז, פרק א, אות ה, מסכימים עם הט"ז.

131 ערוך השולחן, חו"מ, סימן צג, סעיף א. עיין שם, לראיות שהוא מביא לדבריו.

132 בעניין זה כבר נחלקו ראשונים, שהובאו בבית הבחירה, כתובות פו ע"ב: "וכבר ביארנו במסכת שבועות בשבועה זו עם חברותיה כגון שותפין ואריסין על הדרך שהוזכרו שם, שאין בהם שבועה אלא אם כן חשדה המשביע בשתי כסף, הא אם אמר 'רצוני שתשבע לי אף על פי שאיני חושדך', אינו כלום. ומכל מקום, חכמי ההר כתבו שאף בלא שום חשד משביעין, ומה שאמרו שם 'והוא שיהא כפירת טענה שתי כסף' פירושו שיהא אותו ממון שנתעסקו בו בכדי שיוכל לגנוב ממנו כך בלא היכר". נמצא, שמחלוקת הט"ז וערוך השולחן היא מחלוקתם של המאירי ו"חכמי ההר". מקור זה נעלם מעיני רייניץ, עמ' 206, הערה 218, המעיר על הט"ז: "מפרשי התלמוד בספרי החידושים על הש"ס לא העירו מאומה בנדון".

133 שבועות מח ע"ב.

בפירושו של סייג זה נחלקו הדעות. רש"י[134] הסביר שכוונת רב נחמן היא שהנאמן חייב להישבע רק אם מועלית נגדו טענת מעילה, והוא מודה שמעל אך אינו מודה בכל הסכום הנטען, וההפרש בין סכום התביעה לסכום ההודאה עולה על "שתי כסף"[135].

ר' ישעיה מסכים[136] עם רש"י שהנאמן חייב שבועה רק אם הוא מודה בחלק מן התביעה, אך לדעתו גם אם הוא כופר בשווה פרוטה בלבד[137], די בכך כדי להשביעו.

דעה שלישית היא דעת הרמב"ם ופוסקים נוספים, שהסבירו שכוונת רב נחמן היא שהנאמן חייב להישבע רק אם סך התביעה הוא לפחות "שתי כסף", אבל הוא חייב להישבע אף אם כפר בכל התביעה, ולא הודה בכלל[138].

פסיקת השולחן ערוך בעניין זה אינה ברורה. במקום אחד פסק[139]: "אלו נשבעים בטענת שמא: השותפים והאריסים והאפוטרופסים שמינו אותם בית דין על היתומים, והאישה שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית או שהושיבה בעלה חנונית, ובן הבית שהוא נושא ונותן בענייני בעל הבית — כל אחד מאלו נשבע מדבריהם בנקיטת חפץ בטענת ספק שמא גזל חברו במשא ומתן או שמא לא דקדק בחשבון שביניהם. ואין כל אחד מאלו נשבע בטענת ספק עד שיחשוד המשביע אותן בשתי מעין כסף". מדברים אלו עולה, שאם יוצר הנאמנות (או הנהנה) חושד בנאמן שמעל בסכום הנמוך משתי כסף, אין הוא חייב להישבע; ואילו אם הוא חושד במעילה בסך של שתי כסף ומעלה, הנאמן חייב להישבע אף אם הוא כופר בחשדות מכול וכול, כדעת הרמב"ם.

אולם, במקום אחר פסק[140]: "כשמשביעין אפוטרופוס שבועת המשנה, צריך שיטענוהו בית דין או היתומים אפילו בטענת שמא שתי כסף ופרוטה ויכפור בשתי כסף ויודה בפרוטה". מדברים אלו עולה שרק אם הנאמן מודה בחלק מן החשדות וההפרש שבין ערך ההודאה לערך המעילה שבה הוא נחשד הוא לפחות שתי כסף, הוא חייב להישבע, כדעת רש"י[141].

בגלל המחלוקת, הכריעו פוסקים רבים שכל עוד אין האפוטרופוס מודה בחלק מן הטענות

[134] רש"י, שבועות שם, ד"ה שיש טענה. כך סבורים גם שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקכ, וחלק ב, סימן סב; וטור, חו"מ, סימן צג, סעיף ד, בשם הרמ"ה.
גם מרדכי, שבועות, סימן תשעב, אומר ששבועת המשנה כאן היא דווקא במודה במקצת.

[135] הכוונה לשתי מעות, שהן 64 פרוטות; סכום השווה לכסף צרוף במשקל גרם וחצי, בערך. במושגי ימינו, מדובר על סכום פעוט של כשקל וחצי.

[136] מובא בטור, חו"מ, סימן צג, סעיף ד, כמוסבר בבית יוסף שם. אבל ב"ח ודרישה שם, וש"ך, סימן צג, ס"ק ג, פירשו את דעת ר' ישעיה בדרכים שונות — עיין שם.

[137] סכום השווה לכסף צרוף במשקל 0.025 גרם; במושגי ימינו, לא יותר משלוש אגורות.

[138] חידושי ר"י מיגאש, שבועות מח ע"ב (ד"ה מתני'), הובא בר"ן על הרי"ף, שבועות לב ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, הלכה ב; בית יוסף, חו"מ, סימן צג, סעיף ד, בדעת רי"ף, שבועות לב ע"ב (בדפי הרי"ף), ובדעת רא"ש, שבועות, פרק ז, סימן יז; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קנט, בדעת הגהות מיימוניות, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, אות ב; ש"ך, שם, ס"ק ג, בדעת הרמ"ה והטור. וראה גם: פתחי תשובה, חו"מ, סימן צג, ס"ק ה; רייניץ, עמ' 205, הערה 214; בירור הלכה, שבועות מח ע"ב, ציון ח.

[139] שולחן ערוך, חו"מ, סימן צג, סעיף א.

[140] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יט.

[141] על הסתירה בפסקי השולחן ערוך, ראה: ש"ך, חו"מ, סימן צג, ס"ק ג; ט"ז, חו"מ, סימן צג, סעיף א; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן צג, ס"ק ה, וסימן רצ, ס"ק מ; אורים ותומים, סימן צג, תומים, ס"ק ב.

המועלות כנגדו, אין לחייבו שבועה, משום שהוא יכול לטעון "קים לי" שההלכה כפוסקים הקובעים שנאמן הכופר בכל הטענות המועלות נגדו אינו חייב להישבע[142].

ד. מועד השבועה

במצב שהנאמן חייב להישבע, אין צורך להמתין לגמר כהונתו כדי להשביעו. כך עולה מדברי המשנה[143]: "המושיב את אשתו חנוונית או שמינה אפוטרופא, הרי זה משביעה כל זמן שירצה".

בעקבות זאת פסק הרא"ש[144]: "אפוטרופא ושותפין ואריסין הנשבעין שלא בטענה — אי בעו משבעי אהדדי כל יומא [=אם רצו משביעים זה את זה כל יום], ולא אמרינן [=ואין אנו אומרים] ימתין עד לבסוף ואז ישבע על הכל".

ה. נאמן הנוטל שכר

כאמור לעיל, הסיבה לכך שחכמים חייבו את הנאמן להישבע גם בטענת "שמא" היא שהנאמן עלול להורות היתר לעצמו למעול בכספי הנאמנות, מתוך שיחשוב שאין הוא מקבל תמורה הולמת למאמציו. בהתאם לכך, אם הנאמן מקבל שכר על מילוי תפקידו, לכאורה לא אמורה להיות לו סיבה להורות היתר לעצמו למעול בנכסי הנאמנות, ואם כן, אין לחייבו להישבע בטענת שמא. ואכן רבנו תם[145] פסק שהמלווה לחברו כספים כדי שיתעסק בהם והם יתחלקו ברווחים, אינו יכול להשביע את המתעסק שלא נטל לעצמו מן הרווחים יותר מן המגיע לו,

142 שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קנט; שו"ת תורת אמת, סימן קיד; שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן נג; פד"ר, כרך ה, עמ' 92. בעניין השאלה האם טענת "קים לי" מועילה לפטור משבועה, ראה גם: שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קנא; שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן מו; שב שמעתתא, שמעתא ד, פרק כו. יש לציין בהקשר זה שלדעת חלק מן הפוסקים, דין המשנה עוסק בשבועה חמורה, "בנקיטת חפץ", כלומר, היא נעשית תוך החזקת דבר שבקדושה בידו של הנשבע; אבל הנאמן חייב להישבע שבועה קלה, המכונה "שבועת היסת", שמקורה בדברי האמוראים ואין בה נקיטת חפץ, אף אם הנאמן לא הודה בחלק מן התביעה. כך כתבו: ט"ז, חו"מ, סימן צג, סעיף ד; שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רעג (רב) (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן צג, ס"ק ה).
אבל בשו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן נג (הובא בפד"ר, כרך ה, עמ' 93), חולק על דברי הט"ז, ולדעתו לא ניתן להטיל על נאמן גם שבועת היסת, אלא אם התביעה עלתה על שתי כסף והנאמן הודה בפרוטה מן התביעה.

143 משנה, כתובות, פרק ט, משנה ד (בבלי פו ע"ב). ראיה זו הביא ביאור הגר"א, חו"מ, סימן צג, ס"ק ז.

144 רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן ג (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן צג, סעיף א).

145 מובא בתוספות, שבועות מח ע"ב, ד"ה דמורו, במרדכי, שבועות, סימן תשפ (דף ז ע"ד), ובהגהות מיימוניות, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, אות א.
שו"ת תורת אמת, סימן קיד, מביא את דברי רבנו תם, אבל הוא כותב שבן בית אינו נאמן לטעון שהיה נוטל שכר, מפני שבדרך כלל עושים זאת בחינם.
שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל, אות לא, כותב שגם לדעת רבנו תם, אם הנאמן רוצה לחזור בו, סימן הוא שהשכר אינו גבוה מספיק לטעמו, וחוזר החשש שהוא מורה היתר לעצמו ליטול מנכסי הנאמנות להשלמת שכרו, ולכן הוא חייב להישבע. פד"ר, כרך ז, עמ' 348־349, לומד מדבריו למצב שהנאמן הצהיר שבדעתו לדרוש שכר גם על העבר.

שהרי המתעסק מפיק רווח מהחזקת הכספים, ולכן אין לחשוש שיורה היתר לעצמו למעול בהם[146].

אולם הרמב"ם פסק[147]: "משלח ביד חבירו חפץ למכרו או ששלח מעות בידו לקנות לו פירות או סחורה, אף על פי שלא נתן לו שכר על זה ואין לו חלק ולא הנאה בשליחות זו, הואיל ונשא ונתן בממון חברו — הרי זה כבן בית ויש לו להשביע מספק שלא גזל לו כלום בעת שהביא לו הסחורה שקנה או מקצתה או המעות שמכר לו מהן". מלשון הרמב"ם משמע שחובתו של המתעסק בנכסי הזולת להישבע קיימת גם אם הוא מקבל שכר או כל טובת הנאה אחרת על מילוי תפקידו[148].

ר' יוסף קארו נימק את דעת הרמב"ם כך[149]: "אף על פי שנושא שכר, מורי [=מורה היתר לעצמו] ואמר שלא נתנו לו כראוי לפי טרחו". כלומר, אף נאמן המקבל שכר על מילוי תפקידו חשוד שיורה היתר לעצמו ליטול מנכסי הנאמנות, מפני שלטעמו השכר שהוא מקבל אינו גבוה כראוי לערכה של עבודתו.

ר' יחזקאל לנדא[150] אימץ את פסיקת הרמב"ם וקבע: "סוגיא דעלמא כהרמב"ם לחייב

[146] בית יוסף, חו"מ, סימן צג, סעיף ג, נוטה להסביר על פי דברי רבנו תם מדוע רש"י פירש שבן הבית הוא דווקא אחד מן האחים (ראה לעיל, הערה 125): "לפי שדרך אחד מן האחין שמתעסק בנכסי אביו שלא ליטול שכר, הילכך מורי היתרא [=מורה היתר], אבל אינש דעלמא [=אדם מן העולם], אין דרך להתעסק שלא בשכר, וכיון דמתעסק בשכר — לא מורי היתרא ואינו צריך לישבע". לפי הסבר זה, יובן מדוע הרמב"ם לא צמצם את משמעות "בן הבית" לאחד מן האחים (ראה בשמו לעיל, הערה 125), שכן לדעת הרמב"ם, אף המקבל שכר עלול להורות היתר לעצמו, כפי שנראה בסמוך. אבל פרישה שם, סעיף ב, הסביר את דברי רש"י באופן אחר — עיין שם.

[147] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, הלכה ה. כלשונו כתב שולחן ערוך, חו"מ, סימן צג, סעיף ד. שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן רא, מעלה ספק האם שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקכ, סובר בעניין זה כרבנו תם או כרמב"ם.

פרישה, חו"מ, סימן צג, סעיף ג, כותב שרש"י והטור סוברים בעניין זה כמו הרמב"ם.

[148] כך לומד בית יוסף, חו"מ, סימן צג, סעיף ג, מדברי הרמב"ם. מן הלשון "אף על פי" שבדברי הרמב"ם משמע שיש יותר מקום לחייב נאמן הנוטל שכר להישבע, מנאמן שאינו נוטל שכר, וזאת בניגוד לרציונאל של הנימוק לחיוב השבועה, כפי שאמרנו בטקסט. בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן רא, עמד על כך, ונשאר בקושיה.

ב"ח, חו"מ, סימן צג, סעיף ח, מסביר שהרמב"ם סובר שיש יותר מקום לחייב את הנאמן המקבל שכר להישבע מפני שהוא מודע לכך שהוא אמור לקבל תמורה עבור מאמציו, ובראותו שתמורה זו אינה הולמת, הוא נוטה להתיר לעצמו למעול בנכסי הנאמנות; ומה שהסכים מראש לשכר נמוך יותר הוא משום שחשב שלא יצטרך לטרוח כל כך. לעומת זאת, נאמן שאינו מקבל שכר פחות מורה היתר לעצמו למעול בנכסי הנאמנות, שהרי מראש לא דרש שכר.

פרישה, שם, מסביר שהרמב"ם סובר שיש יותר מקום להשביע נאמן שנוטל שכר, מפני שנאמן שאינו נוטל שכר הוא גומל חסדים עם יוצר הנאמנות או עם הנהנים, והשבועה עלולה להניא אותו מלשמש כנאמן שלא בשכר, ולהרתיע אנשים מלעשות חסד עם זולתם; וחשש זה אינו קיים בנאמן המקבל שכר, שהרי אין מטרתו כדי לגמול חסד, ולכן יש יותר מקום לחייבו להישבע, שמא יורה היתר לעצמו למעול.

[149] בית יוסף, חו"מ, סימן צג, סעיף ג.

[150] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל, אות לא. בעניין זה ראה גם ערוך השולחן, חו"מ, סימן צג, סעיף ב.

שבועה אף בנוטל שכר". אבל הפוסקים לא הכריעו באופן חד משמעי במחלוקת זו[151]. לפיכך לא ניתן לחייב נאמן הנוטל שכר להישבע אם אין מועלית נגדו טענה ודאית.

ו. פטור משבועה לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים

(1) מחלוקת התנאים והכרעת ההלכה

במשנה נאמר[152]: "אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים — ישבע, מינוהו בית דין — לא ישבע; אבא שאול אומר: חילוף הדברים"[153].

[151] רמ"א, חו"מ, סימן צג, סעיף ד, מביא את שתי הדעות.
פתחי תשובה, חו"מ, סימן צג, ס"ק ז, ובית הדין הרבני האזורי בחיפה, תיק 2776/תשכ"ג; 3724/תשכ"ו, בפד"ר, כרך ז, עמ' 348, מדייקים מנתיבות המשפט, סימן צג, ס"ק ג, שאין הכרעה בשאלה זו.

[152] משנה, גיטין, פרק ה, משנה ד (בבלי נב ע"א).
בתוספתא בבא בתרא, פרק ח, הלכה ג (הלכה 13 במהד' ליברמן), מובא בשם אבא שאול: "אף שמינוהו בית דין ישבע מפני שהוא כנושא שכר". מנוסח זה משמע, בניגוד לעולה מן המשנה, שלדעת אבא שאול, אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים — ישבע. יש המבקשים ליישב בין דברי אבא שאול שבתוספתא לבין דבריו במשנה באמצעות השמטת המילה "אף" מנוסח התוספתא, באופן שמאפשר להבין בדברי אבא שאול, שמי שמינהו בית דין ישבע, אך לא מי שמינהו אבי יתומים. ראה: חסדי דוד על התוספתא, שם; רי"נ אפשטיין, מבואות לספרות התנאים, מאגנס תשי"ז, עמ' 167. ואפשר שהיה כתוב "אפוטרופוס שמינהו" וכו', והמעתיקים קיצרו זאת ל"אפ' שמינהו", ו"אפ'" השתבש ל"אף". ד' הלבני, מקורות ומסורות, סדר נשים, עמ' תקסט, הערה 4, סבור שבמשנת אבא שאול המקורית נאמר רק שמי שמינהו בית דין ישבע מפני שהוא כנושא שכר, ודברים סתומים אלו סובלים שני פירושים: רק מי שמינהו בית דין ישבע (כפי שפירשה המשנה), או גם מי שמינהו בית דין ישבע (כפי שפירשה התוספתא). אולם, רי"נ אפשטיין (שם) סבור, שהלשון "חילוף הדברים" היא מדבריו של אבא שאול.
אפשרות נוספת להתאים את דבריו של אבא שאול בתוספתא עם דבריו במשנה מעלה ר"ש ליברמן, תוספתא כפשוטה, בבא בתרא, עמ' 430: לדבריו, משמעות המילה "אף" שבמשנה אינה תמיד 'גם', אלא היא מובאת כציון למחלוקת (ראה רי"נ אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, עמ' 1019). אם כן, גם אם נגרוס בתוספתא את המילה "אף", ייתכן שלדעת אבא שאול רק מי שמינהו בית דין ישבע, כמובא במשנה שלפנינו.
בהקשר זה יש לציין גם מקור תנאי שלישי, הלוא הוא הברייתא בגיטין נב ע"ב: "תניא, ר' אליעזר בן יעקב אומר: זה וזה ישבע, והלכה כדבריו. תני רב תחליפא בר מערבא קמיה דר' אבהו: אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים ישבע מפני שהוא נושא שכר. אמר ליה: את אייתת קבא וכיילת ליה? אלא אימא: מפני שהוא כנושא שכר". דעת ר' אליעזר בן יעקב היא כדעת אבא שאול שבתוספתא לפי הנוסח שבפנינו, ואילו דעת רב תחליפא היא כדעת תנא קמא של המשנה. אבל בכתב יד מינכן, הנוסח הוא: "תני רב תחליפא בר מערבא קמיה דר' אבהו: אפוטרופוס שמינהו בית דין ישבע, מפני שהוא נושא שכר...", וזהו הנוסח המצוטט אצל רוב הראשונים. לפי נוסח זה, דברי רב תחליפא זהים לדברי אבא שאול שבתוספתא לפי ההגהה הנ"ל. אולם ר"ח אלבק, מחקרים בברייתא ותוספתא, עמ' 82, ובהשלמות והוספות לפירוש המשנה שבהוצאתו, גיטין, עמ' 402, סבור שהנוסח המצוי בתלמוד שלפנינו בברייתא של רב תחליפא, "אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים ישבע", הוא הנוסח הנכון.

[153] רש"י, גיטין שם (ד"ה ישבע), כותב שמשנה זו עוסקת בחובתו של האפוטרופוס להישבע בתום כהונתו, "כשיגדלו היתומים", שהוא לא מעל בנכסי היתומים. אבל נראה שהוא כתב כך משום שזה המצב הרגיל, אבל גם באמצע כהונתו, הוא חייב להישבע על טענת שמא, כפי שראינו ליד טענת שמא, הערה 144; ואילו אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, שפטור מלהישבע שמא הדבר ירתיע אותו מהסכמה לשמש כאפוטרופוס, פטור משבועה גם באמצע כהונתו, שהרי גם אז שייך החשש הזה.

הסוגיה התלמודית מנמקת את שתי הדעות בחשש שמא הטלת השבועה תָּנִיא את האפוטרופוס מלקבל על עצמו את התפקיד[154].

לפי תפיסתו של התנא קמא, אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, "אי[155] לאו דאית ליה הנאה מיניה, לא הוה ליה אפוטרופוס [=אם לא שיש לו הנאה ממנו, לא היה אפוטרופוס], ומשום שבועה לא אתי לאמנועי". כלומר, נכונותו של אדם להיענות לבקשת אבי היתומים לשמש כאפוטרופוס ליתומים נובעת בדרך כלל מהרגשה של חוב אישי כלפי האב, ובקבלת התפקיד פורע האפוטרופוס חוב זה לאב. על רקע זה, סבור תנא קמא שאם האפוטרופוס מונה בידי אבי היתומים, אין מקום לחשש שהטלת השבועה תניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד. לעומת זאת, אפוטרופוס שממונה על ידי בית הדין, נכונותו אינה נובעת מהרגשה של מחויבות אישית אלא מנכונות לעשות "טובה" לבית הדין: "מילתא בעלמא הוא דעביד לבי דינא, ואי רמית עליה שבועה אתי לאמנועי". במצב זה, יש יסוד לחשש שמא הטלת השבועה תניא אותו מלקבל על עצמו את תפקיד האפוטרופוס, ומשום כך אין לחייבו שבועה.

תפיסתו של אבא שאול הפוכה. לטעמו, אם בית הדין הוא זה שממנה אדם כאפוטרופוס, יש לו עניין רב לקבל על עצמו את התפקיד, שהרי "נפיק[156] עליה קלא דאיניש מהימנא הוא, דהא סמיך עליה בי דינא [=יוצא עליו קול שאיש מהימן הוא, שהרי סמך עליו בית הדין], משום שבועה לא אתי לאמנועי". לפי תפיסה זו, נכונות אדם להיענות לבקשת בית הדין לשמש כאפוטרופוס אינה נובעת מחשבונות עבר, אלא דווקא מתוך חישוב של התועלת הצפויה לו מן המינוי בעתיד[157]. לפיכך, חיוב השבועה לא יניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד[158]. לעומת זאת, אם האב הוא זה שממנה את האפוטרופוס, אין לאפוטרופוס תועלת מן המינוי, אלא הוא מוכן לעשות "טובה" לאב, ולכן יש חשש שמא חיוב השבועה יניא אותו מלקבל על עצמו את תפקיד: "מילתא בעלמא הוא דעבדי להדדי, ואי רמית עליה שבועה אתי לאמנועי".

[154] אבל רייניץ, עמ' 201, מציע לפרש את המחלוקת שלא כפירוש התלמודי, אלא על בסיס מידת האמון שיש לתת בנאמן. לפי תנא קמא, אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים יישבע משום שלא נבדקה אמינותו, בניגוד לאפוטרופוס שמונה על ידי בית דין, שאמינותו נבדקה על ידי בית הדין. לעומתו, אבא שאול סבור שאם האמין האב לאפוטרופוס, אין סיבה שבית הדין יתערב וידרוש מן האפוטרופוס שבועה; ורק במקום שבית הדין היה הממנה, יש להטיל שבועה על האפוטרופוס כדי שלא יצא דבר שאינו מתוקן מתחת ידי הדיינים. ר' אליעזר בן יעקב (שהובא בהערה 152), הסבור שכל אפוטרופוס חייב להישבע, מאמץ את דעת תנא קמא באפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים ואת דעת אבא שאול באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין.

[155] גיטין נב ע"ב.

[156] גיטין שם.

[157] שאלה מעניינת היא האם הנאה זו קיימת גם באפוטרופוס הממונה בידי ערכאה אזרחית. ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף לו, סבור שדינו כדין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, שהוא פטור משבועה בטענת ספק. אבל שערי עוזיאל, חלק א, שער יז, פרק א, אות ח, סבור שדין אפוטרופוס זה כדין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, מפני "שכבוד והנאה לאפוטרופוס להיותו מוחזק לנאמן על פי הערכאות".

[158] לדעת י' ריבלין, הירושה והצוואה במשפט העברי, רמת גן תשנ"ט, עמ' 232, הערה 213, הנחה זו לא עמדה במבחן המציאות, ובפועל נרתעו אנשים מלשמש כאפוטרופוסים אף כאשר בית דין ביקש למנותם לתפקיד, ועל כן גברה הנטייה לפטור משבועה גם אפוטרופוס שמונה על ידי בית דין.

להלכה, התקבלה דעתו של אבא שאול, שרק אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין חייב להישבע[159].

ייתכן שאפשר ללמוד מזה שנאמן של הקדש למטרות צדקה, שנתמנה על ידי בעל הנכסים (ולא על ידי בית דין), אינו חייב להישבע שלא הותיר בידיו נכס מנכסי ההקדש ולא מעל בנכסים בכל צורה שהיא, שמא החובה להישבע תרתיע אותו מלשמש כנאמן.

אולם להלכה שאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים פטור משבועה, יש סייגים אחדים, הנובעים מן ההנמקה התלמודית לדעתו של אבא שאול, כפי שנראה להלן.

(2) אפוטרופוס שפוטר

הגאונים פסקו[160] שאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים שכהונתו הופסקה על ידי בית דין בגלל התנהגותו השלילית, חייב להישבע[161].

שני טעמים לדבר: (א) היות שהתנהגותו הייתה חמורה כל כך עד הצדיקה את פיטוריו, הרי היא מערערת גם את נאמנותו, ולכן יש לחייבו שבועה[162]. (ב) בנסיבות אלו אין לחשוש שמא הטלת השבועה תניא אדם מלכהן כאפוטרופוס, משום שהוא יודע שאם ייזהר וינהג כראוי, לא יסלקו אותו ולא יצטרך להישבע; ואם בדעתו לנהוג שלא כראוי, אכן עדיף שיימנע ולא יהיה אפוטרופוס[163], שכן "כל[164] כי האי, לא אכפת לן במה שלא ירצה להיות עוד אפוטרופוס".

(3) אפוטרופוס הנוטל שכר

מאחר שהפטור משבועה לאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים מבוסס על החשש שמא חיוב השבועה יניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד, פסקו רבים[165] שאם האפוטרופוס מקבל

[159] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה; מרדכי, גיטין, סימן שפט (בשם ר"ח); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז. ראה גם בירור הלכה, גיטין נב ע"ב, ציון ו.
לשאלה, האם ניתן להשביע אפוטרופוס מדין "יתומים שסמכו" (ראה סעיף 2, פרק שני, ב, (1)), ראה אוצר מפרשי התלמוד, גיטין נב ע"א, עמ' רנה, אחרי ציון הערה 22.
ראה לעיל, הערה 123, שלדעת הרמ"ה, גם אם מינהו אבי היתומים, הוא חייב שבועה אם הוא מודה במקצת, ואילו לדעת רש"י, אינו חייב שבועה.
ב"ח, חו"מ, סימן צג, סעיף ב, מעלה ספק בדעת רש"י, שבועות מח ע"ב (ד"ה והאפוטרופין), האם אפוטרופוס שמינהו בית דין חייב שבועה דווקא במודה במקצת, או גם בכופר בכל.

[160] תשובות הגאונים (הרכבי), סימן קעח, בסופו, וסימן קפח (אבל בסימן קפח לא כתב שהדין כך גם אם מינהו אבי היתומים); משפטי שבועות, חלק א, שער ה, ד"ה והפיטורפין (אם סילקוהו בגלל עדות שהוא גורם הפסד ליתומים); רי"ף, גיטין כו ע"ב, בדפי הרי"ף (אם סילקוהו מפני שהיה מפסיד בנכסי היתומים); ספר העיטור, אפיטרופוס, ליד אות מ, דף עח ע"ג (כמו הרי"ף); מרדכי, גיטין, סימן שפט, בשם אביאסף; רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז (אם סילקוהו מפני שהיו עדים שהוא מפסיד בנכסי היתומים, או מפני שהתחיל לנהוג בדרכים לא מוסריות); רא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ז (כמו הרי"ף); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיפים ה־ו (כמו הרמב"ם).

[161] טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף ט, כותב שמשביעים אפוטרופוס כזה "שלא הפסיד יותר".

[162] כך משמע ממקצת מהמקורות הנ"ל, שנקטו שהיות שמסלקים אותו, גם מחייבים אותו להישבע.

[163] חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"ב, עמ' מד.

[164] פרישה, חו"מ, סימן רצ, סעיף ט.

[165] ספר העיטור, אפיטרופוס, ליד אות סד, דף עט ע"א; חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"ב, עמ' מד; טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף כה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז; ערוך השולחן, חו"מ, סימן

שכר או טובת הנאה אחרת בגין מילוי התפקיד, או שיש לו עניין אישי למלא את התפקיד, הוא חייב להישבע שלא מעל בנכסי היתומים ולא הותיר מנכסיהם בידיו, שהרי התועלת הצפויה לו מן המינוי תביא אותו להסכים לקבלו, למרות ידיעתו שהוא יצטרך להישבע[166].

(4) שינוי נסיבות

הפטור משבועה לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים מבוסס כאמור על החשש שמא הטלת השבועה תניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד. אך הרדב"ז סבור (כנראה) שהפטור מבוסס גם על האמון שנתן אבי היתומים באפוטרופוס מלכתחילה, ולכן, אם השתנו הנסיבות, באופן שיש להניח שבנסיבות הקיימות אין בסיס לאמון שניתן מלכתחילה באפוטרופוס, הוא חייב להישבע.

על כן פסק הרדב"ז[167], שאם אבי היתומים מינה שני אפוטרופוסים יחד, ולימים נפטר אחד מהם, האחר חייב להישבע על כל מה שעשה אחרי מות שותפו, "שהרי לא האמין אלא לשניהם".

(5) טענה ודאית

אם היתומים טוענים שהם יודעים בוודאות שהאפוטרופוס נטל מרכושם, הם יכולים להשביע אותו, גם אם מינהו אבי היתומים, ולא פטר אותו אבא שאול אלא מן השבועה המיוחדת המוטלת על נאמן, כשהתובע בא בטענת שמא[168].

טעם הדבר הוא, שאין חשש שחיוב מצומצם זה יניא אדם מלהסכים לשמש כאפוטרופוס[169], שהרי הוא אינו שונה מכל אדם שחייב להישבע על טענת ברי; דווקא החומרה המיוחדת של החיוב להישבע על טענת שמא עלולה להרתיע אותו.

רצ, סעיפים לה־לו; שערי עוזיאל, חלק א, שער יז, פרק א, סעיף ג. וראה גם דברי הריב"ש, הנ"ל ליד ציון הערה 44.

166 ריינץ, עמ' 222, העיר שרבנו תם (לעיל, ליד ציון הערה 145), בוודאי חולק על פוסקים אלו, שהרי הוא סובר שנאמן שמקבל שכר על מילוי תפקידו פטור משבועה על טענת שמא מפני שהוא לא יורה היתר לעצמו למעול בנכסי הנאמנות; ואם כן, אף שההשבעה לא תניא את האפוטרופוס מלקבל על עצמו את התפקיד, אין כל צידוק להשביעו. לאור זאת, תמה ריינץ מדוע הרמ"א, חו"מ, סימן צג, סעיף ד, שהביא גם את שיטת רבנו תם, לא העיר דבר על פסק השולחן ערוך הנ"ל, שכאן האפוטרופוס חייב שבועה.

167 שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצא (תנ).

168 שו"ת הגאונים (הרכבי), סימן קעח; רי"ף, גיטין כו ע"ב (בדפי הרי"ף); ספר העיטור, אפיטרופוס, ליד אות מא, דף עח ע"ג; רא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ז; בית הבחירה, כתובות פח ע"ב, ד"ה אפוטרופוס; טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף כו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז; הגהות מיימוניות, הלכות נחלות, פרק יא, אות ו; פסקי ריא"ז, גיטין, פרק ה, הלכה ב, אות ח; חידושי רבנו קרשקש, גיטין נב ע"ב (ד"ה ומיהו); חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"ב (=חידושי הריטב"א מכ"י, שם, עמ' מד־מה).
רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, הלכה ד, והלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה, נוקט שאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים אינו נשבע בטענת ספק; מכאן שהוא נשבע בטענת ודאי. וראה לעיל, הערה 37, בשם אבקת רוכל.
דעה חולקת: בדק הבית, חו"מ, סימן רצ, סעיף כה, מעלה אפשרות שהראב"ד פוטר משבועה גם בטענת ודאי. חשק שלמה, גיטין נב ע"ב, כותב כך בדעת רש"י.

169 רבינו קרשקש, שם.

סעיף 8

שכר והוצאות

שכר והוצאות

8. (א) נאמן אינו זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו, זולת אם מילוים היה מעיסוקיו; אולם רשאי בית המשפט להקציב לו שכר, אם ראה שהדבר מתחייב מהיקף תפקידיו כנאמן.

(ב) נאמן זכאי לשיפוי על הוצאות סבירות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב מילוי תפקידיו.

(ג) נאמן רשאי להחזיר לעצמו את שכרו והוצאותיו מנכסי הנאמנות, והוא רשאי לעכבם בידו כערובה לסילוק המגיע לו לפי סעיף זה.

(ד) שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע הוראות לעניין שכר, גמול והחזר הוצאות שישולמו לפי סעיף זה לנאמן של הקדש ציבורי כהגדרתו בסעיף 26, לרבות הגבלות לענין תשלומים כאמור; הוראות כאמור בסעיף קטן זה יכול שייקבעו לסוגי הקדש ציבורי.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 159

פרק שני: הזכות לשכר — "נאמן אינו זכאי לשכר" 160

א. מבוא 160

ב. נאמנות פרטית 161

ג. נאמנות למטרות צדקה והקדש ציבורי 163

(1) האם רשאי הנאמן לקבל שכר? 163

(2) האם זכאי הנאמן לשכר אם לא הוסכם על כך? 166

פרק שלישי: הקצבת שכר — "רשאי בית המשפט להקציב לו שכר" 168

א. מבוא 168

ב. נאמנות פרטית 168

ג. נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות 168

פרק רביעי: הזכות לשיפוי — "נאמן זכאי לשיפוי על הוצאות" 170

א. מבוא 170

ב. העילה לקיומה של הזכות 171

ג. אימתי ניתן להניח שהנאמן מחל על זכותו? 173

(1) קרבה בין הנאמן לנהנים 173

(2) נאמנות למטרות צדקה 174

ד. הוצאות שאינן "עקב מילוי תפקידיו" 176

פרק חמישי: מה נכלל ב"הוצאות"? 177
א. מבוא 177
ב. אובדן הכנסה 177
ג. נזקים 179
ד. הפסדי הנאמן בשל אחריותו לנזקי צד שלישי 183

פרק שישי: סבירות ההוצאות — "הוצאות סבירות" 184
א. מבוא 184
ב. המבחנים לבחינת סבירותה של הוצאה 185
(1) מבחן הנוהג המקובל 185
(2) מבחן חיוניות ההוצאה 185
(3) מבחן כדאיות ההוצאה 186
ג. מנהג שזכות השיפוי הוא בסכום קצוב 187
ד. ערכם של חומרים שרכש הנאמן מכספו 188

פרק שביעי: החזר שכר והוצאות — "להחזיר לעצמו... מנכסי הנאמנות" 188
א. עמדת החוק 188
ב. עמדת המשפט העברי 189

פרק שמיני: סיכום 190

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 191

נספח: כיצד יוכיח הנאמן את הוצאותיו ואת שיעורן? 192
א. מבוא 192
ב. הוכחת עשיית הפעולה 192
ג. הוכחת שיעור ההוצאות בנאמנות פרטית 193
ד. הוכחת שיעור ההוצאות בנאמנות ציבורית 197

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה עוסק בזכותו של נאמן לקבל שכר על מילוי תפקידיו ובזכותו לשיפוי על הוצאות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב בהן עקב מילוי תפקידיו.

ס"ק (א) קובע: "נאמן אינו זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו, זולת אם מילוים היה מעיסוקיו". בפרק שני נברר נשאל האם מן הראוי לשלול מן הנאמן את הזכות לשכר, וכן האם מן הראוי לקבוע בעניין זה דין אחד לנאמנות הפרטית ולנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות. אגב כך, נדון לא רק בזכות לקבל שכר טרחה, אלא גם בזכות לקבל שכר עבור השגת רווח לא צפוי ועבור חיסכון, וכן בזכות לקבל דמי שימוש עבור השימוש בנכסיו של הנאמן לטובת הנאמנות.

בדיון על זכותו של נאמן לשכר בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, נדון תחילה בשאלה האם לפי המשפט העברי רשאי נאמן זה לקבל שכר, או שמא המצווה המוטלת עליו להגשים את מטרות הנאמנות אוסרת עליו לקבל שכר. אף אם רשאי נאמן זה לקבל שכר על מילוי תפקידו, יש מקום לשאול האם הוא זכאי לקבל שכר גם אם לא הוסכם על כך במפורש?

על אף הקביעה העקרונית הפותחת את הסעיף, שאין הנאמן זכאי לשכר, נקבע שבית המשפט מוסמך להקציב לנאמן שכר "אם ראה שהדבר מתחייב מהיקף תפקידיו כנאמן". בפרק שלישי נדון בשאלה האם לפי המשפט העברי מוסמך בית הדין להקציב לנאמן שכר אף אם לא הוסכם על כך מראש. כן נדון בשאלה האם רשאי בית הדין להקציב לנאמן שכר רק אם "הדבר מתחייב מהיקף תפקידיו", או שמא הוא רשאי להקציב שכר גם כדי לתמרץ אנשים לשמש כנאמנים או כדי לתמרץ את הנאמן להפיק רווחים גבוהים מנכסי הנאמנות.

ס"ק (ב) קובע ש"נאמן זכאי לשיפוי על הוצאות סבירות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב מילוי תפקידיו". מהן העילות המשפטיות לקיומה של זכות זו? האם הזכות קיימת תמיד, או שמא בנסיבות מסוימות לא תוכר זכות הנאמן לשיפוי? בפרק רביעי נדון בשאלות: (1) האם, לפי המשפט העברי, זכותו של הנאמן לשכר על פי תנאי הנאמנות יש בה כדי לשלול את זכותו לקבל שיפוי על הוצאותיו או לפגוע בזכות זו? (2) האם יש נסיבות שבהן נוכל להסיק שהנאמן ויתר על זכות השיפוי?

החוק עוסק רק בשיפוי על הוצאות שהנאמן הוציא "עקב מילוי תפקידו". האם הוא זכאי לשיפוי על הוצאות שאינן נובעות ממילוי תפקידו, כגון אלו שנדרשו לנאמן לשם ביצוע פעולה האסורה לפי תנאי הנאמנות, אך הניבה רווחים לנאמנות? גם בכך יעסוק פרק רביעי.

החוק אינו מגדיר מה הן ה"הוצאות" שעליהן זכאי הנאמן לשיפוי. בפרק חמישי נברר האם, לפי המשפט העברי, אבדן הכנסה בגלל העיסוק בענייני הנאמנות, אף הוא בכלל "הוצאות"? האם נזק שנגרם לנאמן בשל מילוי תפקידיו, אף הוא בגדר "הוצאות"? ולבסוף, האם גם הפסד בגלל אחריות הנאמן לנזקי צד שלישי, אף הוא בגדר "הוצאות"? על שאלות אלו נבקש להשיב

תוך שאנו בוחנים את העילות המשפטיות השונות שמכוחן יכול הנאמן לדרוש שיפוי על הוצאות כאלה לפי המשפט העברי.

נאמן זכאי לשיפוי רק על הוצאותיו "הסבירות", וכאן עולה השאלה האם לכל פעולה קיים רק מחיר אחד הראוי להגדרה "הוצאה סבירה", או שמא יש "מתחם סבירות" שרק מי שחורג ממנו ייחשב כמי שהוצאתו לא סבירה? בין כך ובין כך, עולה השאלה: מהם המבחנים שיוכלו לסייע בידינו לקבוע את גובהה של ההוצאה הסבירה או את גבולותיו של 'מתחם הסבירות'?

בהקשר זה נדון גם בשאלה: האם נאמן שרכש חומרים עבור הנאמנות ומחירם עלה או ירד, זכאי לשיפוי לפי ערכם בעת הקנייה, או שמא הוא זכאי לשיפוי לפי ערכם בעת התביעה? שאלה נוספת שנעורר בעניין זה היא, האם ניתן לקבוע עבור הנאמן סך שיפוי קצוב מראש, בלי להתחשב בגובה הוצאותיו בפועל? בכל זה נעסוק בפרק שישי.

ס"ק (ג) מאפשר לנאמן "להחזיר לעצמו את שכרו והוצאותיו מנכסי הנאמנות". בפרק שביעי נדון בשאלה האם ראוי, לפי המשפט העברי, להעניק לנאמן את הכוח להחזיר לעצמו את המגיע לו, או שמא ראוי שהנאמן יקבל את המגיע לו רק לאחר שבית הדין יפסוק שמגיע לו החזר שכר או הוצאות, ויתיר לו לרדת לנכסי הנאמנות כדי להיפרע מהם?

זכות העיכבון, המוזכרת בסיפא של ס"ק (ג), אינה ייחודית לחוק הנאמנות אלא מוכרת בכל דיני החיובים. מסיבה זו, מנסחי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות בחרו להוציאה מן ההוראות העוסקות בנאמנות, ולקבוע אותה בסעיף הכללי שעניינו "נושים הזכאים לעיכבון"[1], ונראה שכך נכון לעשות. לפיכך, לא נעסוק כאן בזכות העיכבון המוקנית לנאמן "כערובה לסילוק המגיע לו לפי סעיף זה".

בנספח, נעסוק גם בשאלה הראייתית, כיצד יוכיח הנאמן את גובה הוצאותיו. לעניין זה נבחן תחילה כיצד יוכיח הנאמן שביצע פעולות שבגינן הוא דורש שיפוי, ולאחר מכן — כיצד יוכיח את גובה ההוצאות שהוציא לשם ביצוע הפעולות.

פרק שני

הזכות לשכר — "נאמן אינו זכאי לשכר"

א. מבוא

הכלל הרחב הנוגע לזכות הנאמן לשכר הוא ש"נאמן אינו זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו". כלל זה חל על כל הנאמנים, בנאמנות הפרטית, בנאמנות למטרות צדקה, בנאמנות על פי חוק ובהקדש הציבורי.

לפי טננבוים[2], מקורו של כלל זה בדיני הנאמנות שנוצרו במסעי הצלב. אצילים שיצאו למסעי הצלב נהגו להפקיד את רכושם בידי חברים בני מעמדם, שהיו בעלי הון שלא הייתה להם בעיה כלכלית. לדבריו, "כל דיני הנאמנות האנגליים מתאימים לחברה שיש בה בעלי הון

[1] תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 558(8).

[2] א' טננבוים, "האם זכאי הנאמן לשכר?", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 286, בהעלותך תשס"ז, עמ' 4.

שאינם טרודים לפרנסתם, חברה שיש בה מעמד גבוה שחלק מחובותיו הרשמיים הם עזרה לידידים ולציבור. רק על רקע זה ניתן להסכים ולדרוש שהנאמן לא יקבל שכר (וממילא תישאר השליטה בנאמנויות בידי אותו מעמד)".

על כן, לא ייפלא שכלל זה, הקובע שהנאמן אינו זכאי לשכר, השתנה גם בארצות בעלות מורשת משפטית אנגלית, כגון אוסטרליה וארה"ב. חרף עובדה זו, המשפט הישראלי נותר עם הכלל האנגלי המיושן, ואף בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 578(א), לא השכילו המנסחים לשנות את הכלל בהתאם לרוח הזמן.

מלשונו של החוק נראה שהכלל נוגע אך ורק לשכר טרחה, אבל אינו מונע מן הנאמן קבלת שכר עבור השימוש בנכסיו, אם נעשה שימוש כזה לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות.

לכלל זה ארבעה חריגים, שבהם מותר לנאמן לקבל שכר: אם בית המשפט הקציב לו שכר[3], אם מילוי תפקידו כנאמן היה מעיסוקיו[4], אם נקבע כך בתנאי הנאמנות[5], ואם החוק שעל פיו הוא פועל קבע הסדרים לתשלום שכרו[6].

לדעת כרם, שלילת זכות הנאמן לקבל שכר נובעת מן החשש שמא קבלת שכר תביא אותו למצב של ניגוד אינטרסים בין רצונו להגדיל את שכרו לבין חובתו לפעול לטובת מטרות הנאמנות. למשל, הוא עלול לבצע פעולות שונות שאינן הכרחיות לשם הגדלת שכרו[7].

כפי שניווכח להלן, המשפט העברי עושה הבחנה לעניין הזכות לקבל שכר, בין נאמן בנאמנות פרטית לבין נאמן בנאמנות למטרות צדקה.

ב. נאמנות פרטית

ככלל, במשפט העברי מקובלת ההנחה שהמעניק שירות לזולת עושה זאת מתוך ציפייה לקבל שכר על עמלו. בהתאם לכך, רואים את נכונותו של המוטב לקבל את השירות כהסכמה מכללא לשלם את השכר המקובל עבור השירות, אף אם לא הוסכם מראש שמעניק השירות יהיה זכאי לשכר. זכות זו היא זכות חוזית במהותה[8].

[3] ס"ק (א). ראה בעניין זה: כרם, סעיפים 166־167, עמ' 367־371.

[4] ס"ק (א). ראה בעניין זה: כרם, סעיף 163, עמ' 359־360.

[5] סעיף 11. ראה: כרם, סעיף 164, עמ' 360־363.

[6] סעיף 42. ראה: כרם, סעיף 165, עמ' 363־367.

[7] ע"פ כרם, סעיף 162, עמ' 357־358.

[8] גם אם נניח שנאמן אינו זכאי לשכר על עבודתו, לעיתים הוא יוכל לזכות לפחות לשכר חלקי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. לעניין זה ראה: חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, סעיפים 4, 5(א), 5(ב); חוק לישראל, שליחות, סעיף 11. עם זאת, לטעמנו אין לכנות זכות הנובעת מדיני עשיית עושר כזכות ל"שכר". הרי קיומה של זכות מכוח דיני עשיית עושר מותנה בכך שפעולותיו של הנאמן אכן העשירו את הנאמנות, ומכל מקום השכר לא יעלה על הרווח שהניבו פעולותיו. מאפיינים אלו מעידים על כך שה"שכר" אינו "שכר בעד מילוי תפקידיו", אלא גמול על התוצאות שהניבו אותן פעולות.
בהקשר זה עולה השאלה, אם פעולת הנאמן לא העשירה את הנאמנות באופן חיובי אלא רק מנעה ממנה הפסד, האם עומדת לו זכות מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. לא אחת הצליחו נאמנים לחסוך לנאמנות בהוצאות באמצעות פעולות חריגות, כגון העלמת מכס מן השלטון הנכרי או מתן שוחד לפקידים, והם העלו את הטענה, שמכוח דיני משביח נכסי חברו יש להעניק להם את ערך החיסכון. ר' שלמה בן אברהם הכהן, בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן צא, עוסק בטענה זו. הוא דן תחילה בשאלה, האם לחובה שמטיל השלטון הנכרי לשלם את המכס יש תוקף על פי ההלכה? אם יש לה תוקף, החיסכון הוא בגדר רווח שהופק

הרמ"א מנסח עיקרון זה בלשון זו[9]: "כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה, לא יוכל לומר: בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתיך, אלא צריך ליתן לו שכרו". מקורה של הלכה זו בדברי הר"ן[10] בעניין מי שפרנס את אשת חברו. הר"ן פוסק שהמפרנס זכאי להחזר ההוצאות שהוציא לפרנסת האישה[11], משום שיש להניח שלא התכוון לפרנס אותה בחינם, ולפיכך האישה

שלא כדין, שעליו אין הנאמן זכאי לשכר (להרחבה בעניין זה ראה להלן, סעיף 15). מנגד, אם אין לחיוב המכס תוקף על פי ההלכה, הרי שיש ללמוד את זכות הנאמן לשכר מדיני "המבריח ארי מנכסי חברו" (בבא קמא נח ע"א; וראה בהרחבה בחוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 101-106), לפיהם אם היה צפוי שייגרם לנכס הפסד אילולי התערבותו של אדם מסוים, אבל ההפסד לא היה ודאי, אותו אדם אינו זכאי לשכר על טרחתו; ואילו אם קיים הפסד צפוי באופן ודאי, המציל את נכסי הזולת ממנו זכאי לשכר.
גם שו"ת דברי ריבות, סימן קיא, מכריע כמהרש"ך בעניין זה.
מנגד, שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן צה, מסיק על פי עקרונות דיני השליחות (ראה בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 10, פרק שלישי), שיש לחלק את ערך החיסכון בין הנאמן ליוצר הנאמנות. ראה גם שו"ת תורת אמת, סימן רא.
בשאלה האם הנאמן זכאי לשכר פעולה עבור מניעת הנזק, ראה להלן ליד ציוני הערות 81-83.
יש שהנאמן זכאי לשיפוי גם עבור השימוש בנכסיו, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. זכות זו תלויה בשאלה, האם עשוי אדם להניח לזולת לעשות שימוש בנכסיו בחינם, או לאו. בעניין זה ראה: ירושלמי, בבא מציעא, פרק ה, הלכה א (יט ע"א); רמ"א, חו"מ, סימן שסג, סעיף י (ע"פ תשב"ץ, חלק א, סימן קעד); חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 61. וראה שם בהערה 56, שיש לבחון את תקפותה של הנחת הרמ"א בימינו.

9 רמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד. אבל אם נהוג לעשות פעולות מסוימות ללא ציפייה לקבלת שכר, המהנה אינו זכאי לקבל שכר. כמו כן, כותב חכמת שלמה, חו"מ, סימן קפה, סעיף א, שהגורם הנאה לחברו שלא על ידי פעולה, כגון על ידי שמירת נכסיו, לעיתים "דרכם של הבריות להתחסד זה עם זה". כן ראה ש' אלבק, "העושה טובה לחבירו שלא מדעתו", סיני עא (ניסן-אייר תשל"ב), צט-קיא.
שו"ת מהרי"ט, חלק ב, אהע"ז, סימן כא, מדייק מלשון הרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ז, הלכה יד, שאף לדעתו ההנחה היא שמי שנותן דבר לזולתו אינו מתכוון למתנה. שם קבע הרמב"ם: "השולח תשורה לחבירו או שנתן לו מעות כשמטה ידו והוא ממאן ליקח... והפציר בו עד שלקח, וכן כל כיוצא בהן, אע"פ שלא פירש, הרי אלו מתנה". מסגנון הדברים עולה שרק אם המוטב ניאות לקבל את ההטבה רק לאחר שהמיטיב הפציר בו לעשות כן, אנו מניחים שהמיטיב פעל בחינם.
אבל יש פוסקים שלבם לא היה שלם עם הנחה זו, ולכן חייבו את הדורש החזר לקבל על עצמו "חרם סתם" שלא מחל על זכותו לקבל החזר, אם ייתכן שהנסיבות מלמדות שמחל על זכותו. ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמה; שו"ת שמחת כהן, חו"מ, סימן ג.

10 ר"ן על הרי"ף, כתובות סג ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה קי"ל. הרמ"א מביא את דברי הר"ן בדרכי משה, חו"מ, סימן רסד, ס"ק ב, ומכאן שזה מקור הגהתו בשולחן ערוך.
אבל יש להעיר שביסוס זה הוא חלש, שהרי הר"ן (וכנראה גם הרמב"ם שציין מהרי"ט, וכן מהרשד"ם ושמחת כהן) עוסק במי שנתן לאשה כסף, ובזה יש יותר יסוד להניח שהתכוון להלוואה ולא למתנה; אבל יש מקום לומר שמי שרק עושה פעולה בעבור חברו, בלי להוציא ממון משלו ובלי לתת לחברו דבר ממשי, אולי חברו פטור מלשלם לו שכר על כך. ביסוס חזק יותר נמצא בביאור הגר"א, יו"ד, סימן רסד, ס"ק יג, המביא ראיה מן החיוב ביורד שלא ברשות, ובשוכר פועל והראהו בשל חברו, ששם המזכה זכאי לשכר אף שהשקיע עבודה בלבד.
בשאלה האם המעניק נכס לחברו בסתם אינו זכאי לקבל אותו חזרה או לקבל תמורה בעבורו, משום שמניחים שהתכוון לתיתו לו במתנה, ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 2.

11 אבל הר"ן מדגיש, בעקבות חידושי הרשב"א, נדרים לג ע"ב, שהלכה זו עוסקת דווקא במי שפרנס את האישה בסתם, ולא במי שפרנס אותה במטרה לפרוע את חובו של בעלה לפרנס אותה. במקרה האחרון, יראו את המפרנס כפורע את חובו של הבעל, שאינו זכאי לתשלום על הוצאותיו.

שהתרצתה לקבל מידיו את פרנסתה היא כמי ש"לוותה ואכלה" לצורך פרנסתה, שבעלה חייב לפרוע את מה שלוותה.

אם כן, נאמן זכאי לקבל שכר על טרחתו, מתוך הנחה שהוא נתן את השירות על דעת כן.

אבל ייתכנו נסיבות שבהן ההנחה היא הפוכה. כך למשל, בעניין זכותו של אח לקבל שכר על מילוי תפקידו כאפוטרופוס לאחיו היתומים, נקבע[12] שאם "השביחו ה[אחים ה]גדולים את הנכסים, כל השבח לאמצע ואפילו שכר עמלם לא יטלו". הלכה זו מבוססת על ההנחה שהאחים הגדולים מוחלים לאחיהם הקטנים על שכר טרחתם[13]. מאידך גיסא, אם יש להניח, מכל סיבה שהיא, שהאח הגדול לא ויתר על שכרו, כגון שזמנו יקר ביותר[14], או שטרח בגופו בהשכרת הנכסים או שהוציא הוצאות ממון עצמו לשם כך[15], הוא זכאי לשכר.

נראה, שאין לצמצם את תחולתן של הלכות אלו לאחים בלבד, אלא יש ללמוד מהן עיקרון כללי, שאם נסיבות העניין מלמדות שהנאמן מחל על שכר טרחתו, הוא אינו זכאי לשכר. אין הכוונה דווקא לנסיבות הקשורות לטיב הקשר שבין הנאמן לנהנה, אלא גם לנסיבות הקשורות להתנהגותו של הנאמן. כך למשל, שיהוי בהגשת התביעה לתשלום השכר עשוי להעיד על כך שהנאמן ויתר על שכר טרחתו[16].

ג. נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות

הדיון בשכרו של נאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות מורכב משתי שאלות: האם מותר לנאמן לקבל שכר על מילוי תפקידו? ואף אם הדבר מותר, האם הוא זכאי לשכר גם אם לא דרש זאת מראש במפורש?

(1) האם רשאי הנאמן לקבל שכר?

מאחר שהגשמת מטרותיה של נאמנות למטרות צדקה היא מצווה (בין אם הן מטרות 'דתיות'

[12] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפז, סעיף א, ע"פ משנה, בבא בתרא, פרק ט, משנה ג (בבלי קמג ע"ב).

[13] ע"פ סמ"ע, סימן רפז, ס"ק ב.
אבל בשו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן קיז, דן בבן שניהל את עסקי אביו, ופסק שהוא זכאי לקבל שכר טרחה, משום ש"אומדנא דמוכח היא שלא התעסק זה הבן בנכסי אביו, והוציא הרבה זמן בסחורות ובנכסי אביו, כדי להעשיר לאביו וישאיר נכסיו לאחיו, ונמצא שטרח בעד אחיו". מקביעה זו משמע לכאורה שאין מניחים שאח פועל לטובת אחיו בחינם. ושמא יש להבחין בין אח המנהל את נכסי האב בעודו בחיים, שבו עוסק מהריב"ל, לבין אח המנהל את נכסי העיזבון לאחר מותו של האב עבור אחיו הקטנים.

[14] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפז, סעיף ב (על אח תלמיד חכם שאינו רגיל להפסיק מלימודו — אם בכל זאת הפסיק, יש להניח שעשה זאת לצרכי פרנסתו ולא לצורך אחיו). ראה גם: נתיבות המשפט, סימן רפז, ס"ק ב.

[15] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפז, סעיף א.

[16] שו"ת שואל ונשאל, חלק ב, חו"מ, סימן טו. אבל רק שיהוי משמעותי בהגשת התביעה מלמד שהנאמן מחל על שכר טרחתו. ראה הרב י"א הרצוג, פסקים וכתבים, כרך ט, סימן פט, עמ' שלג.
שו"ת בית שלמה (דרימר), חו"מ, סימן כד, דן במי שהקדישה את כל נכסיה בעת פטירתה בנוכחות אחותה, ולאחר מותה טענה האחות שאחותה הייתה חייבת לה כספים עבור שכר טרחה והוצאות שהיו לה לשם ניהול נכסיהן, ונימקה את שתיקתה בעת יצירת ההקדש בכך שלא רצתה לצער את אחותה ולעורר מתחים ביניהן סמוך לפטירתה. המשיב דן באריכות רבה במשמעות השתיקה בהלכות שונות, ומסיק שבנסיבות אלו, היות שהאחות הציגה נימוק מניח את הדעת לשתיקתה, אין לראות בשתיקה זו הודאה בכך שהנפטרת אינה חייבת לה דבר. בשאלה הכללית של שתיקה המתפרשת כמחילה מכללא, ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה מכללא.

באופיין ובין אם הן מטרות שלציבור יש עניין בקיומן), הרי שנאמן של נאמנות כזו מקיים מצווה. לכן, שאלת זכותו של הנאמן לקבל שכר על פעולותיו נגזרת משאלת ההיתר לקבל שכר על קיום מצווה.

התלמוד קובע[17], שדיין הנוטל שכר לדון — "דיניו בטלים", ושהנוטל שכר להעיד — "עדותיו בטלין". הלכות אלו נובעות מן האיסור לקבל שכר עבור הדין והעדות. מן הפסוק "ראה למדתי אתכם חקים ומשפטים כאשר צוני ה' א־לוהי" (דברים ד, ה), למדו חכמים[18] שכפי שהקב"ה לימד את משה את התורה בחינם ("כאשר צוני"), כך גם כל מי שמלמד תורה צריך לעשות זאת בחינם — "מה אני בחנם, אף אתם בחנם".

איסור זה הפך לעיקרון כללי שאסור ליטול שכר על קיום מצווה[19]. מכאן מתבקשת לכאורה המסקנה שנאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות אינו רשאי ליטול שכר על מילוי תפקידיו. ברם, איסור זה סויג בהגבלות שונות.

מדברי הרמב"ן[20] עולה שמצווה שאינה מוטלת על אדם באופן אישי, אלא מוטלת על כל

[17] בכורות כט ע"א.

[18] בכורות שם.

[19] ראה מערכי לב (חזן), סימן כא (כט ע"ד).
אבל כבר בתלמוד (בכורות שם) נקבע שמי שהתבטל ממלאכתו בשל קיום המצווה זכאי לשכר בטלה. וראה בעניין זה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן ט, סעיף ה, ור' יוסף פאור הלוי, "זכות הרופא לקבלת שכר במקורות היהדות", דיני ישראל ז (תשל"ו), עט, בעמ' פח־פט.

[20] תורת האדם, שער המיחוש, עניין הסכנה, ד"ה ויש מי (מהדורת שעוועל, עמ' מה; הובא בטור, יו"ד, סימן שלו, וברמ"א, יו"ד, סימן שלו, סעיף ג). צידה לדרך, מאמר ה, כלל ב, פרק ב, חוזר על דברי הרמב"ן בשינוי לשון, בלי לציין את המקור.
הרמב"ן עוסק ברופא, ואומר שמותר לו ליטול שכר בטלה ושכר טרחה כמו על כל מצווה, ואשר לשכר "חכמתו" ו"הלימוד" שלו, הוא כותב: "כל מצות עשה דרמיא אכולי עלמא [=המוטלת על כל העולם], אם נזדמנה לזה ולא רצה לקיימה אלא בממון, אין מוציאין ממון מידו ולא מפקיעין ממנו חיוב שלו" (יש גורסים "שלהן" או "שלה" במקום "שלו"; על הנוסחים השונים, ראה ב"ח, יו"ד, סימן שלו [הובא בש"ך, יו"ד, סימן שלו, ס"ק ז]; פרישה, יו"ד, סימן שלו, ס"ק יז; ט"ז, יו"ד, סימן שלו, ס"ק ג).
מן הלשון "לא מפקיעין ממנו חיוב שלו" משמע לכאורה שאין מוציאים מיד הרופא את השכר שקיבל, אבל אם לא קיבל עדיין את השכר, אין הוא רשאי לדרוש שכר, וכך אמנם הבין מדבריו בשו"ת שערי רחמים, חלק א, סימן יד. אבל הב"ח (שם) הבין מדברי הרמב"ן שאף אם טרם שולם השכר, אם בתחילת עבודתו של הרופא נקבע לו שכר, אין החולה רשאי להשתמט מן התשלום, למרות שהרופא אינו רשאי לתבוע את שכרו. כמו כן, תשב"ץ, חלק א, סימן קמה, מביא את הרמב"ן כאומר שאע"פ שאסור, הרי אם פסק עמו שכר תחילה, חייב לתת לו, מפני שהמצווה מוטלת על כל העולם. ט"ז, יו"ד, סימן שלו, ס"ק ג, נוקט שלדעת הרמב"ן אסור, אלא שמועיל תנאי שהתנה מראש שישלם. למרות זאת, פוסקים רבים למדו מדברי הרמב"ן שעקרונית רשאי אדם ליטול שכר על קיום מצווה אם מוטלת המצווה על רבים. ראה לדוגמה שו"ת ר' אברהם אבן טוואה (תשב"ץ, חלק ד, טור ג), סימן כ, הנוקט שלדעת הרמב"ן, היות שהמצווה מוטלת על כל אדם, "רשאי הוא שלא לעשות אלא בשכר", כלומר לסרב לעשות בחינם, אבל אם כבר עשה, אסור לו ליטול שכר לימודו.
נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק יט, כותב כדבר ידוע (בלי לציין מקור) שמותר ליטול שכר עבור קיום מצווה שאינה מוטלת על אדם מסוים אלא על כל אדם (נידונו — גבאי צדקה). גם מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ח (הובא בשו"ת בית שלמה, דרימר, יו"ד, חלק א, סימן כא), נוקט שמותר לאדם ליטול שכר על מצווה שאינו מחויב בה, והוא מסתמך על טור, חו"מ, סימן רסה, הכותב כך לעניין השבת אבדה במצב שהוא מתבטל ממלאכתו. נתיבות המשפט שם כותב שהעוסק במצווה מסוג זה, אין נוהג בו הכלל "העוסק במצווה פטור מן המצוה". ראה על דבריו בחוק לישראל, שומרים, עמ' 733.

אדם, מותר לאדם המקיים אותה ליטול שכר[21]. נימוקו הוא, שהיות שאדם זה היה יכול להתחמק מקיום המצווה בטענה שאחרים יכולים לקיים אותה, ובכל זאת התנדב לקיים אותה,

מנגד, הרמב"ן עצמו הביא דעת "יש מי שסבור", שאין הרופא רשאי ליטול יותר משכר בטלה, מפני שמצווה עליו לרפא. בהערת הרב שעוועל לתורת אדם (הערה 84), כתב שלא ידוע לו מי הוא הסבור כך. אבל חידושי הריטב"א, יבמות קו ע"א, ד"ה אמר (השני), כותב כך בשם בעלי התוספות, ובשו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתקפו (תקנו), כותב שכך היא "הסכמת רוב המפרשים"(!). לדעת ר' מרדכי הלפרין, בהערת עורך, אסיא גל' לז, עמ' 40, הערה ט, הרמב"ן מתכוון לספר חסידים, סימן רצה, האוסר על רופא ליטול שכר חוץ משכר בטלה.

את ההלכה שרופא רשאי ליטול שכר על מילוי תפקידו, הביא הרמב"ן אף בחידושיו ליבמות קו ע"א, ד"ה ודאמרינן (אבל שם לא נתן את הנימוק שהמצווה מוטלת על כל אדם). דבריו אלו הובאו על ידי ראשונים רבים, דוגמת הרשב"א, בית הבחירה והריטב"א בחידושיהם ליבמות שם.

תוספות רבנו יהודה סירליאון (=תוספות ר' יהודה החסיד), ברכות ס ע"א (הובא בשו"ת יחל ישראל, סימן נט), ותוספות הרא"ש שם, כותבים שזכות הרופא לתבוע שכר טרחה נכללת בהיתר שניתן לרופא לרפא, שנדרש בברכות שם מן הפסוק "ורפא ירפא" (שמות כא, יט).

אבל יש מן הפוסקים שהדגישו שאף לדעת הרמב"ן, לרופא אסור ליטול יותר משכר בטלה, אם הוא הרופא המומחה היחיד שיכול לרפא, שהרי אז המצווה מוטלת עליו בלבד. כך כתבו: שו"ת הרדב"ז, שם; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, רמת רחל, פרק כה. אבל נראה שעיקרון זה מחייב את האדם המבקש שכר, אך לא את אלו המבקשים לשכור את שירותיו. כך יש ללמוד מדברי ערוך השולחן שנביא להלן, אחרי ציון הערה 39: "יש רשות לבית דין לשלם לאפוטרופוס מנכסי היתומים בעד טרחתו... כפי ראות עיניהם".

ציץ אליעזר שם מיישב בכך את הקושי לכאורה משו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תעב (הובא ברמ"א, יו"ד, סימן רסא), שפסק שאם המוהל דורש שכר ואבי הבן אינו מסוגל לשלם לו, ואין אדם אחר המסוגל למול את הבן, בית הדין כופים את המוהל למול בחינם. לכאורה, פסיקה זו אינה מתיישבת עם דברי הרמב"ן, המתיר לרופא לקבל שכר. תשובת הציץ אליעזר היא שאף הרמב"ן אוסר זאת אם הוא היחיד המסוגל לרפא.

על קושי זה ראה דברי רז"נ גולדברג, חוק לישראל, שומרים, עמ' 733.

ראוי גם להעיר שבשו"ת הרדב"ז, חלק ה, סימן אלף תקמא (קסז), מוזכר שיקול הפוך, לפיו מן הראוי לכתחילה שרופא, מוהל וכדומה יטלו שכר על מילוי תפקידם משום ש"אסיא דמגן במגן, מגן שויא [=רפואה בחינם שווה חינם]" (בבא קמא פה ע"א), וכיון שאינו נוטל שכר לא יעשה המצוה כתקנה, הילכך נתינת שכרו הוי בכלל המצוה". אולם יישומו של שיקול זה עלול לרוקן מתוכן את ההלכה האוסרת נטילת שכר על קיום המצוות. בעניין זה ראה: שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן פו (שהזכיר שיקול זה אף לעניין רופא שהוא אבל, שאסור במלאכה); גליוני הש"ס, ברכות ס ע"א, ובבא קמא פה ע"א. בשולי הדברים כדאי לציין שאף כרם, עמ' 358, ליד ציון הערה 9, מזכיר ש"יש הסוברים שדווקא הענקת שכר עשויה להמריץ את הנאמן לתפקד טוב יותר".

עוד לעניין זכותו של הרופא לדרוש שכר, ראה: ע' יעקובוביץ', הרפואה והיהדות, ירושלים תשכ"ו, עמ' 271-280; שו"ת יחל ישראל, סימן נט; ספר אסיא ב, 66-67; ספר אסיא ג, 342; ר' חיים דוד הלוי, "תשלום שכר הרופא בהלכה", תורה שבעל פה יח (תשל"ו), עמ' כט-לז; ר' יצחק זילברשטיין, "שכר הרופא בהלכה — שאלה ותשובה", אסיא חוב' לט (טבת תשמ"ה), עמ' 26-31; ר' שמואל קוטק, "רפואה והלכה בספר חסידים: 'נטילת שכר טרחה של רפואה'", אסיא לז (כסליו תשמ"ד), עמ' 37-42; ר' אברהם שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, מהדורה שנייה, ירושלים תשס"ו, כרך ז, ערך רופא, עמ' 33-45; בירור הלכה בבא קמא פה ע"א; אבני שוהם (הרצברג), פרשת ויחי, עמ' ריז-ריח; דודאי ראובן (נלקן), פרשת משפטים, דף צב ע"א.

[21] פאור, שם, עמ' צד, מקשה, הרי המשנה במסכת בכורות (שם) אסרה ליטול שכר כדי להעיד או לדון, ומצוות אלו אינן מוטלות על האדם באופן אישי. יש להשיב על כך, שהחובה לדון היא מצווה המוטלת רק על הדיין שבבית הדין של העיר, ומצוות עדות מוטלת רק על האדם שראה את העדות, ואלו אינן מצוות המוטלות על כל אדם.

מגיע לו שכר על התנדבותו. יש בכך גם כדי לתמרץ אנשים לקיים מצוות מסוג זה, תמריץ שאינו דרוש ביחס למצווה המוטלת על אדם מסוים, שהרי אינו יכול להתחמק ממנה.

אם כן, מי שהתנדב להיות נאמן בנאמנות למטרות צדקה, רשאי לקבל על כך שכר, שהרי מצווה זו לא הייתה מוטלת עליו בדווקא.

סייג נוסף שקבעו הראשונים[22] הוא, שאם מקיים המצווה מתפרנס מקיום המצווה, וכל עסקו בה, ואין לו פרנסה אחרת, כגון רופא המתפרנס מן הרפואה, הוא רשאי ליטול שכר על עבודתו. לדבריהם, האיסור נאמר רק במי שמתפרנס בכבוד ממלאכה אחרת ומבקש להרבות את הונו על ידי נטילת שכר על קיום המצווה[23]. לאור זה, הדעת נותנת שבימינו, שיש אנשים (עורכי דין, אישי ציבור ועוד) המתמחים בעיסוקם כנאמנים, נחשבת הנאמנות כפרנסתם של אנשים אלו, ומותר להם ליטול שכר תמורת עבודתם זו.

סייג נוסף לאיסור על נטילת שכר עבור קיום מצווה, עולה מהלכת הרמ"א בעניין עדי הגט. הרמ"א פסק[24], שלמרות שאסור לעדים ליטול שכר עבור העדות, כאמור לעיל, "מתנין עם העדים שאם יקלקלו הגט — שישלמו אותו, ומכח זה מותר להם לקבל שכר הרבה". מדבריו עולה, שאם מי שמקיים את המצווה נושא באחריות לנזק שייגרם בשל קיום רשלני של המצווה, הוא זכאי לקבל שכר טרחה. במקרה זה, השכר לא יהיה על קיום המצווה, אלא על קבלת האחריות. סייג זה מאפשר לנאמן בנאמנות למטרות צדקה ליטול שכר, כיוון שנאמן זה, כמו כל נאמן אחר, נושא באחריות אם מילוי רשלני של תפקידו יגרום לנזקים ולהפסדים.

(2) האם זכאי הנאמן לשכר אם לא הוסכם על כך?

לאחר שראינו שבמצבים רבים, נאמן בנאמנות למטרות צדקה רשאי ליטול שכר, מתעוררת השאלה האם הוא זכאי לשכר אם לא התנה מראש על כך. מהי משמעות שתיקתו של הנאמן? האם היא מלמדת שהנאמן ויתר על זכותו לשכר? לדברי ר' יחזקאל לנדא[25], "נראה פשוט כיון שלא התנה מתחלה, אין לו שכר"[26].

[22] תוספות, בכורות כט ע"א, ד"ה מה אני.

[23] סייג זה הוא למעשה הסייג הקבוע בחוק, לפיו הנאמן יהיה זכאי לשכר "אם מילוים היה מעיסוקיו". אכן, מדברי הרמב"ן, שלא התיר מטעם זה לרופא ליטול שכר, נראה שהוא אינו מקבל סייג זה, אלא אם כן נאמר שהוא עסק במי שיש לו פרנסה אחרת חוץ מן הרפואה.

[24] שולחן ערוך, אהע"ז, סימן קל, סעיף כא.
בספר מערכי לב (לעיל, הערה 19) מובאים סייגים נוספים לאיסור ליטול שכר על קיום מצווה, וזאת כדי להצדיק את הנוהג לשלם שכר טרחה לתוקע בשופר ולחזן: אין איסור ליטול שכר על קיום מצוות מדרבנן; האיסור ליטול שכר על קיום מצווה חל דווקא על מצוות שהמחויב בהן אינו מסוגל לבצען בעצמו ועל כן הוא מוכרח לבקש את עזרת זולתו, דוגמת ריפוי, דין וכדומה. דיון בעניין זה ראה גם בשו"ת יביע אומר, חלק ה, או"ח, סימן כה, סעיף ח, ובחוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 125-129.

[25] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לד. הוא עוסק באפוטרופוס על יתומים.

[26] בפד"ר (להלן, הערה 28), עמ' 86, הועלתה הטענה, הנסמכת על דבריו של נודע ביהודה, שאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים (ולא על ידי בית דין) זכאי לשכר אף אם לא התנה מראש שיקבל שכר. בית הדין אינו שולל את הטענה, אך נראה שאין הוא מקבלה באופן החלטי. אבל לטעמנו, עיון בתשובת נודע ביהודה מראה שאין לטענה זו על מה לסמוך, וכפי הנראה היא מבוססת על נוסח לקוי של דברי נודע ביהודה. לשם הבהרת הדברים, נביא במלואם את דברי נודע ביהודה הנוגעים לענייננו, ואלו דבריו: "ומה שתובע האפוטרופוס שכר טרחה, נראה פשוט כיון שלא התנה מתחלה אין לו שכר, ובפרט שהוא לו לחשיבות, שמינוהו בי דינא, וגם מצווה קעביד, מסתמא נתרצה בלי שכר". מן המילה "ובפרט" משמע שאף ללא הנימוקים המובאים בהמשך, האפוטרופוס לא יהיה זכאי לשכר אם לא הוסכם על כך מראש.

נראה שנימוקו הוא, שההנחה שעמדנו עליה לעיל[27], שאין אדם עושה טובה לחברו בחינם, אינה קיימת בפעולה לטובת הזולת שהיא מצווה. במקרה זה, אפשר שהרצון לקיים את המצווה הוא שהניע את האדם לפעול, ולא הרצון לקבל תמורה עבור המעשה. לכן, אין להניח מראש שהוסכם שהנאמן יהיה זכאי לשכר. כך פסק גם בית הדין האזורי תל אביב־יפו[28], שאין מגיע שכר לאפוטרופוס על יתומים, בין אם מינהו אבי היתומים ובין אם מינהו בית דין[29].

אם כן, לעניין זכותו של הנאמן לשכר כשלא הותנה על כך, מבחין המשפט העברי בין נאמנות פרטית לבין נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות. בנאמנות פרטית זכאי הנאמן לשכר טרחה, ואילו נאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות אינו זכאי לשכר.

נראה אפוא, שבניגוד למי שפועל למען אדם פרטי, שאנו מניחים שהוסכם מכללא בינו לבין המוטב שהוא יהיה זכאי לשכר, הרי באפוטרופוס אין אנו מניחים כן (בין אם מונה על ידי בית הדין ובין אם מונה על ידי אבי היתומים). אם האפוטרופוס מונה על ידי בית הדין, אף יש הנחה הפוכה, שהוא מחל על שכרו בשל הכבוד הכרוך במינוי על ידי בית הדין.

בא כוח הנתבע בפסק הדין הנ"ל ציטט את דברי נודע ביהודה כך: "הנודע ביהודה מייחס דבריו לאפוטרופוס שמינוהו בי"ד ועל כך הוא אומר: מכיון שזה לו חשיבות וגם מצוה קעביד, אין לו שכר, דמסתמא נתרצה בלי שכר, משא"כ האפוטרופוס שמינהו אבי היתומים". שינוי המילה "ובפרט" ל"מכיון" שימש היטב את מטרות הנתבע, שהיה אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, אבל כאמור, לא כך אמר נודע ביהודה! לפי הסבר זה ללשונו של נודע ביהודה, מתיישבת הסתירה לכאורה בין פסיקת נודע ביהודה לדברי המאירי שנביא בהערה 28.

אלא שגם הסבר זה לדברי נודע ביהודה אינו נקי מקשיים: הרי הסברנו שקביעתו היסודית היא "כיון שלא התנה מתחילה — אין לו שכר", ודבריו הבאים הם רק חיזוק לנימוק העיקרי. והרי בדבריו הבאים הזכיר גם את העובדה שעושה מצווה, ולפי ההסבר הזה עולה שגם מי שלא עשה מצווה, אין לו שכר, מפני שהעובדה שלא התנה מראש מראה שהתכוון לעשות בחינם; והרי זה נוגד את דברי הרמ"א (לעיל, הערה 9), שהעושה שירות למען זולתו זכאי לשכר גם אם לא התנה? על כרחנו נאמר שהשיקול של המצווה הוא השיקול היסודי בדברי נודע ביהודה, ורק הנקודה של החשיבות של מינוי על ידי בית דין נאמרה לחיזוק בעלמא.

[27] לעיל, ליד ציון הערה 9.

[28] תיק מס' כא/2011, בית הדין הרבני האזורי ת"א־יפו (פד"ר, כרך ה, עמ' 88). בית הדין הסתמך על דברי בית הבחירה, גיטין נב ע"א, שעולה מהם ששום אפוטרופוס אינו זכאי לשכר אם לא התנה מראש שיקבל שכר.

בית הדין אומר שדברי המאירי אמורים באפוטרופוס על יתומים קטנים, שיש בכך מצווה, וייתכן שהיה מוכן לשרת בחינם לשם מצווה, אבל אפוטרופוס על יתומים גדולים, שאין בכך מצווה, ייתכן שמגיע לו שכר. אלא שבמקרה הנידון מסקנת בית הדין היתה שאין לָאפוטרופוס זכות לשכר, מפני שבשלב מסוים הוא עשה חשבון מסכם ולא ניכה שום סכום כשכר לעצמו.

[29] אבל יש החולקים וסוברים שגם העושה מצווה, מן הסתם מגיע לו שכר על כך. כך מוכיח שו"ת קרני ראם (אנקאווא), חו"מ, סימן קצג, משו"ת בית דוד (פילוסוף), חו"מ, סימן לג, הכותב שמי שטיפל בחולה זכאי ליטול שכר בגלל ההנחה של הרמ"א (לעיל, הערה 9), שאין אדם עושה עבור חברו בחינם, וזאת אף שמדובר שם במצווה. הוא מוכיח זאת גם משו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן ס, העוסק בפרנסי קהילה שטרחו בסידור הלוואות מקופת גמ"ח, ונטלו לעצמם שכר מן הקופה, ופוסק שמגיע להם שכר, על פי הרמ"א שם. קרני ראם פוסק על פי זה, שמגיע שכר לאפוטרופוס. וכך כתב גם בספרו פעמוני זהב, סימן רצ, סעיף א, שגם אם התחיל את האפוטרופסות סתם, יכול ליטול שכר.

פרק שלישי

הקצבת שכר — "רשאי בית המשפט להקציב לו שכר"

א. מבוא

לעיתים נדרש הנאמן להשקיע זמן רב ומאמצים מרובים כדי למלא את תפקידיו כהלכה. במקרים אלו, הוא יוכל לפנות לבית המשפט, ובית המשפט מוסמך "להקציב לו שכר", כאמור בסיפא של ס"ק (א), "אם ראה שהדבר מתחייב מהיקף תפקידיו כנאמן"[30]. סמכות זו כפופה להוראות חוק, אם קיימות כאלה, הקובעות את שכר הנאמן, והיא כפופה גם לתנאי הנאמנות, אם יש בהם קביעה מפורשת בעניין שכרו של הנאמן[31].

לעניין הקדש ציבורי, מקנה ס"ק (ד) סמכות לשר המשפטים לקבוע הוראות לעניין שכרו של הנאמן[32].

ב. נאמנות פרטית

כפי שכבר הזכרנו[33], לפי המשפט העברי, זכותו של הנאמן בנאמנות הפרטית לשכר מבוססת על הנחה שכל חוזה נאמנות כולל בתוכו תנאי מכללא הקובע שהנאמן זכאי לשכר, אף אם תנאי זה לא נאמר במפורש. בהתאם לכך, גובה השכר ייקבע בהתאם לנוהג המקובל, ובית הדין או בית המשפט יכול לקבוע מהו הנוהג המקובל ולקצוב בהתאם את שכרו של הנאמן.

אולם בנסיבות שבהן יש להניח שהנאמן התכוון לעשות את מלאכתו בחינם[34], נראה שאין זה ראוי שבית הדין יקציב לו שכר, אף אם ראה שהדבר מתחייב מהיקף תפקידיו של הנאמן.

ג. נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות

כפי שהזכרנו לא אחת, על ההלכות הנוגעות לנאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות ניתן ללמוד מן ההלכות שנאמרו באפוטרופוס של יתומים[35], וכך נעשה אף בעניין סמכות בית הדין להקציב לנאמן שכר.

את השאלה, האם רשאי בית הדין לקבוע שכר לאפוטרופוס של יתומים, אם אין מוצאים מי שמוכן לשמש בכך בחינם, עורר ר' רפאל אנקאווה[36]. הוא כותב שהמנהג הוא,

[30] ראה כרם, סעיף 166, עמ' 367.

[31] כרם, עמ' 368.

[32] תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 578, המקביל לסעיפנו, משמיט את ס"ק ד. ההשמטה לא נומקה בדברי ההסבר.

[33] לעיל, ליד ציון הערה 9.

[34] ראה לעיל, ליד ציון הערה 12 ואילך.

[35] על כך ראה בסעיף 1, הערה 77.

[36] פעמוני זהב, חו"מ, סימן רצ, סעיף א, ושו"ת קרני ראם, חו"מ, סימן קצג.
בפעמוני זהב, הוא מביא ראיה שבית הדין אינו יכול להעניק שכר לאפוטרופוס מנכסי היתומים, מן ההלכה שבית הדין אינו יכול להשביע אפוטרופוס של יתומים, מחשש שמא החובה להישבע תרתיע אנשים מלקבל על עצמם תפקיד זה (גיטין נב ע"א). חשש זה לא היה קיים, לדעתו, אילו ניתן היה לעודד אנשים לשמש כאפוטרופוסים על ידי מתן שכר על פי הוראת בית הדין. הוא אינו משיב על ראיה זו ובכל זאת פוסק

שאפוטרופוסים נוטלים שכר על טרחתם אף אם לא הוסכם עמם מראש שהם יהיו זכאים לשכר, ולפיכך בית הדין רשאי לקצוב לאפוטרופוס שכר על עמלו גם אם יוצר ההקדש לא עשה כן.

כך קבע אף ר' בן ציון חי עוזיאל[37]: "רשאים בית דין להקציב פרס [=שכר] בצורת אחוזים למאה מהרכוש או פרס חדשי קבוע לאפוטרופוס... אם יראו שיש בזה תועלת ליתומים".

אם הנאמן נדרש להשקיע את נכסי הנאמנות לשם הפקת רווחים, ניתן גם לתת לו שכר בצורה של חלק מסוים מרווחי השקעותיו[38].

בית הדין עשוי להקציב לנאמן שכר לאחר שנוכח שהיקף פעולותיו בנכסי הנאמנות מצדיק זאת, אך הוא רשאי גם להקציב לאדם שכר כדי לשכנע אותו לקבל על עצמו את תפקיד הנאמן. כך עולה מדברי ר' יחיאל מיכל אפשטיין[39]: "יש רשות לבית דין לשלם לאפוטרופוס מנכסי היתומים בעד טרחתו, כשרואין שזה ראוי למנותו לאפוטרופוס ורק לפי מצבו אין ביכולתו לעזוב עסקיו ולעסוק בנכסי היתומים, ולהשיג איש כזה בחנם אין להשיג, או שרואים שאם יטילו על אחד לעשות בחנם ייפסדו נכסי היתומים — יש רשות בידם לשלם לאפוטרופוס בעד טרחתו כפי ראות עיניהם".

בהתאם לכך, בתי הדין לא נמנעו מלקצוב שכר לנאמנים בנאמנויות למטרות צדקה כשנוכחו שיהיה בכך כדי לקדם את מטרות של הנאמנות, הן אם הנאמן מונה בידי בית הדין[40] והן אם הוא מונה בידי אדם פרטי, ואפילו בניגוד לתנאי הנאמנות[41].

עם זאת, יש להדגיש שאם הנאמנות נוצרה בידי אדם פרטי, מותיר המשפט העברי את סמכויות הניהול והפיקוח בידיו של יוצר הנאמנות[42] כל עוד הוא מסוגל לעשות שימוש בסמכויות אלו והוא לא העביר את סמכויותיו לידי בית הדין. לכן, בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות שנוצרה בידי אדם פרטי שלא העביר את סמכויותיו לידי נציגי הציבור[43]

שמגיע לאפוטרופוס שכר; וצריך לומר שהדחייה לראיה היא, שאנשים לא היו מוכנים לשמש כאפוטרופוס אילו ידעו שיצטרכו להישבע, גם אילו קיבלו שכר על כך.

הוא מביא ראיה גם מלשון הרמ"א, חו"מ, סימן רפה, סעיף ז, שסתם אפוטרופוס "אין לו הנאה". אפשר להשיב על כך, שהרמ"א כתב כך מפני שכך היה המנהג בזמנו, שלא קיבלו שכר.

במסקנתו הוא מסתמך על המקורות שעולה מהם שגם בסתם מגיע לאפוטרופוס שכר, והבאנו אותם בהערה 28. אבל כפי שראינו שם, דבר זה שנוי במחלוקת.

עוד הוא מביא ראיה מעט סופר (נדפס בתוך כרם חמר, חלק ב), דף מח ע"ב, הכותב שבית דין רשאי לקבוע שכר לאפוטרופוס, גם לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים.

עוד הוא מביא ראיה מטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף כה, המדבר על אפוטרופוס שיש לו חלק ברווח. אבל יש להעיר שאפשר שיש הבדל בין שכר טרחה לבין רווח הצומח מן הנכסים עצמם.

[37] שערי עוזיאל, הלכות אפוטרופסות, שער ח, פרק ו, אות א (עמ' קכט במהד' תשנ"א).

[38] על פי שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח, ורמ"א, שם.

[39] ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

[40] בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 92.

[41] בשערי בית הדין, שם, עמ' 87.

שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן עז, נשאל האם מותר לתת לשד"רים המגייסים כספים עבור הקדש ציבורי פרמיה מכספי ההקדש בגובה אחוז מסוים מן הסכום שהם מצליחים לגייס. תשובתו היא, שאם הדבר ימריץ את השד"רים לגייס יותר כספים, הרי שהדבר הוא לתועלת ההקדש ויש להתיר זאת.

[42] בעניין זה נרחיב להלן, בדיוננו לסעיף 19.

[43] מאחר שבזה פועל בית הדין כנציג הציבור, ולא בתפקידו השיפוטי, יש בכוחו של הציבור לקבוע גוף אחר,

והוא מסוגל לעשות שימוש בסמכותו, הסמכות להקציב לנאמן שכר תהיה בידיו של יוצר הנאמנות.

פרק רביעי

הזכות לשיפוי — "נאמן זכאי לשיפוי על הוצאות"

א. מבוא

משמעותה של הזכות לשיפוי היא שהנאמן זכאי לקבל החזר של הוצאות שהוציא או של התחייבויות שקיבל על עצמו באופן סביר, וכן פיצוי על הזמן שחלף מן היום שבו הוציא כספים מכיסו לצורך מילוי תפקידיו ועד ליום שבו ניתן לו לגבות את הוצאותיו[44]. זכות זו קיימת אף בנאמן שזכאי לשכר, ואין אומרים שהשיפוי על הוצאותיו מגולם בשכרו[45].

כרם מדגיש: "זכות השיפוי מוגבלת להוצאות ולהתחייבויות שהנאמן נשא בהן; אין הנאמן זכאי לשיפוי בגין כל עילה אחרת". על רקע זה סבור כרם שהנאמן לא יהיה זכאי לשיפוי בשל אובדן הכנסה אפשרית שהייתה מזומנת לו, או בשל הפסד הכנסה מדמי שכירות של מבנה שהעמיד לטובת הנאמנות[46].

במצבים מסוימים, ישא הנאמן באחריות לנזקים שנגרמו לצד שלישי משום שהוא המחזיק בנכסי הנאמנות. האם התשלומים שהוא נאלץ לשלם עקב אחריותו זו הם הוצאות שעליהן הוא זכאי לשיפוי? לדעת כרם, התשובה לשאלה זו חיובית, אך הוא מסייג זכות זו בכך שהנזק לא נגרם בשל "רשלנות חמורה שניתן לראות בה משום הפרת חובתו כנאמן"[47].

שאלה נוספת היא האם יהיה הנאמן זכאי לשיפוי על נזקים שנגרמו לו עקב מילוי תפקידיו כנאמן. מנכונותו של כרם להכיר בזכות הנאמן לשיפוי על הוצאות שנגרמו לו עקב אחריותו לנזקים שאירעו לצד שלישי, אפשר להסיק שלדעתו יהיה הנאמן זכאי לשיפוי אף על נזקים שנגרמו לו עקב מילוי תפקידיו.

בדיון על זכות הנאמן לשיפוי לאור מקורות המשפט העברי, נמצא שניתן לבסס זכות זו על עילה חוזית, כלומר, אנו מניחים שיש הסכם מכללא בין הנאמן לבין יוצר הנאמנות המעניק לנאמן זכות לשיפוי.

לאחר שנדון בעילה לקיומה של הזכות, נדון בסוגיות פרטניות שבהן עולה זכותו של הנאמן לשיפוי, דוגמת זכות הנאמן לשיפוי על הוצאות שמירה, על הוצאות ניהול ופיתוח ועל הוצאות שאינן מתחייבות מ"מילוי תפקידו של הנאמן". לבסוף, נדון בחריגים אחדים לכללים אלו העולים ממקורות המשפט העברי, שבהם אין הנאמן זכאי לשיפוי.

דוגמת שר המשפטים או ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, כדי לקצוב את שכר הנאמן. וראה גם להלן, הערה 118. אבל בהתאם לנאמר כאן, יש לסייג את ס"ק (ד) לאותן נסיבות שבהן אין היוצר מוסמך או מסוגל לקצוב בעצמו את שכר הנאמן.

[44] כרם, סעיף 169, עמ' 373.

[45] כרם, שם.

[46] כרם, שם, עמ' 373-374.

[47] כרם, סעיף 176, עמ' 388.

ב. העילה לקיומה של הזכות

כלל הוא, שהפועל בנכסי הזולת ברשותו ("יורד לשדה חברו ברשות") זכאי לקבל חלק מהרווחים שהניבו פעולותיו או שיפוי מלא על הוצאותיו, לפי הערך הגבוה מביניהם[48]. נראה שהזכות מבוססת על הסכם מכללא בין הצדדים שהלה יקבל שיפוי על הוצאתיו. מכאן ניתן ללמוד על נאמן, הפועל למען נכסי הנאמנות ברשות, שהוא זכאי להשבת הוצאות שהוציא במסגרת פעילותו זו.

כך ניתן ללמוד גם מדין שליח: שליח זכאי לשיפוי על הוצאות שהוציא במסגרת השליחות, וזאת מכוח הסכם מכללא עם המשלח שיהיה זכאי לשיפוי[49]. גם נאמן פועל בשליחותו של יוצר הנאמנות, שליחות מפורשת או משתמעת, ועל כן הוא זכאי לשיפוי מטעם זה[50].

[48] ראה: תוספתא כתובות, פרק ח, הלכה ח (ע"פ הגהות אור הגנוז, אות א; מהד' ליברמן הלכה 10), ובבא קמא, פרק י, הלכה ג (הלכה 7 במהד' ליברמן); בבא מציעא קא ע"א; רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק י, הלכות ו-ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ד; אנציקלופדיה תלמודית, ערך יורד לנכסי חברו שלא מדעתו, כרך כג, עמ' תפז ואילך; פסק דינו של השופט דרורי בת"א (ירושלים) 3104/01 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-מח 2004(3) 2015. חלקו היחסי של המשביח בפירות ייקבע בהתאם ל"דין אריסי העיר" (ביאור הגר"א, שם, ס"ק י), כלומר, לפי חלוקת הרווחים המקובלת בין בעל נכסים לבין משקיע.

מקור נוסף לזכות זו הוא ברמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ג, האומר שמי שהקריב נכס שלו כדי להציל נכס של אחר, ולא היה שם בעל הנכס האחר שיוכל להתנות עמו לשפותו על הפסדו, הוא זכאי לשיפוי על מה שהקריב; וזהו סוג של הוצאה. וראה בירור הלכה, בבא קמא קטו ע"א, ציון ט, שיש חולקים על כך; וראה על כך חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 129-130.

[49] ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 11, פרק שני.

[50] שו"ת נבחר מכסף, סימן ק, דן בפקיד האחראי לסיפוק צרכיהם של תלמידי חכמים הלומדים בבית כנסת השייך למישהו, והוציא מממונו לשם כך; והוא פוסק שהפקיד זכאי לשיפוי מבעל בית הכנסת מטעם יורד לנכסי חברו ברשות, ומטעם זכות שליח להחזר הוצאותיו.

עילה אפשרית נוספת לזכות השיפוי היא "מדין ערב": מי שמוציא הוצאות כדי למלא בקשה של אחר שביקש ממנו להוציאן, חייב האחר לשפותו "מדין ערב", היינו מתוך היקש לחיובו של ערב לשלם למלווה עקב העובדה שהמלווה הילווה לחייב בהסתמך עליו. ראה מקורות לכך בהרחבה בחוק לישראל, ערבות, סעיף 2, פרק רביעי. אלא שזכות זו אמורה במי שמילא בקשה מפורשת של אחר, וספק אם היא חלה בנאמן הפועל אמנם מתוך רצונו של יוצר הנאמנות, אבל בלי הוראה מפורשת על כל הוצאה שהוא מוציא.

עילה אפשרית נוספת לזכות השיפוי היא בדיני עשיית עושר ולא במשפט. אבל ביסוס זה הוא בעייתי, שהרי רק בחלק מן המקרים הפורע חובו של חברו זכאי להשבה (ראה חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 107-111). ועוד, גובה השיפוי על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט נקבע לפי גובה הנאתו של הזוכה, ומשום כך אין בו כדי לחייב את יוצר הנאמנות לשפות את הנאמן אם פעולותיו לא הועילו.

יתר על כן, על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט, אם הנאמן הוציא הוצאות למניעת נזק שלא היה ודאי, אינו זכאי להשבה, שהרי בנסיבות אלה פעולת הנאמן נחשבת כ"הברחת ארי" (נדרים לג ע"א; ראה חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 101 ואילך), כלומר, הצלה מפני סיכון רחוק.

עילה אפשרית נוספת לזכות השיפוי היא מדין שומר: הנאמן נחשב שומר על נכסי הנאמנות, כאמור בסעיף 12, וכפי שנראה בסמוך, ליד ציון הערה 53, שומר חינם זכאי לשיפוי על הוצאותיו גם אם הן צפויות, בעוד שומר שכר אינו זכאי לשיפוי אלא על הוצאות שאינן צפויות. אלא שביסוס זה מצומצם להוצאות שהוציא הנאמן לשמירת נכסי הנאמנות, ולא להוצאות להשבחתם וכדומה. יתר על כן, לפי תוספות, בבא קמא נח ע"א (ד"ה אי), שומר חינם זכאי לשיפוי רק אם היה צפוי נזק ודאי והנאמן מנע אותו בהוצאותיו, אבל על נזק לא ודאי, אינו זכאי לשיפוי, מפני שזהו "מבריח ארי" (ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 481). זאת ועוד: לפי הריטב"א (המובא בחוק לישראל, שומרים, עמ' 478), זכות שומר שכר לשיפוי היא מפני

לעניין שליח נקבע שאם רכש מכספו נכס עבור המשלח, רואים אותו כמי שהילווה למשלח את הכסף ששימש לרכישת הנכס[51]. על פי זה אפשר לומר גם לגבי נאמן שהוציא כסף מכיסו לטובת מילוי תפקידיו, שרואים כאילו הילווה אותו ליוצר הנאמנות, שהרי הוא פועל כשלוחו מכללא, ועל כן חייב היוצר לשפות את הנאמן על ההוצאה כהחזר ההלוואה.

נראה שגם באותם מצבים שראינו בפרק שני, שאין הסכם מכללא שיקבל הנאמן שכר, כגון אח הפועל למען אחיו, או נאמנות למטרת מצווה, הרי לעניין הוצאות, הדעת נותנת שיש הסכם מכללא שיקבל שיפוי על הוצאותיו. אמנם יש להניח שהנאמן מוכן לעבוד בחינם עבור אחיו או לצורך מצווה, אבל אין להניח שהוא מוכן להוציא הוצאות מכיסו ולסבול הפסדים לשם כך.

היות שזכות השיפוי מבוססת על עילה חוזית, זכאי הנאמן לשיפוי גם על הוצאות לפעולות שלא השיגו את מטרתן. כך עולה מן ההקבלה שעשינו ליורד ברשות, שכן יורד ברשות מקבל את הוצאותיו גם אם השבח שיצרה פעילותו נמוך מן ההוצאות[52].

בהקשר זה מתעוררת השאלה, האם ההנחה בדבר קיומו של הסכם מכללא לשיפוי על הוצאות, נכונה אף בנאמן המקבל שכר על מילוי תפקידיו, או שמא בנאמן זה נאמר שהשכר מגלם בתוכו גם את הזכות לשיפוי?

תשובה לשאלה זו נוכל ללמוד מדיני השומרים. יש הבחנה לעניין זכותו של שומר לשיפוי בין שומר חינם לשומר שכר: בעוד שומר חינם זכאי לשיפוי על כל הוצאותיו, שומר שכר זכאי לשיפוי רק על הוצאות שלא היו צפויות מראש[53]. קביעה זו מבוססת על ההנחה ששכרו של השומר מגלם בתוכו גם את זכותו לשיפוי על הוצאות צפויות, אך אין הוא מגלם בתוכו שיפוי על הוצאות לא צפויות, שהרי את ערכן לא ניתן היה לאמוד מראש. הנחה דומה קיימת אף בדיני השליחות[54]. המסקנה מן ההשוואה לדיני השומרים ודיני השליחות היא, שנאמן המקבל שכר יהיה זכאי לשיפוי רק על הוצאות לא צפויות[55].

שהוא פועל בשליחותו של בעל הנכס, ולפי פני יהושע (המובא שם, עמ' 1254) שומר חינם זכאי לשיפוי מפני שרואים כאלו התנה על כך עם המפקיד; והרי את ההשוואה לשליח ואת הנימוק של הסכם מכללא כבר אמרנו, וההשוואה לשומר אינה מוסיפה דבר.

[51] סמ"ע, סימן קפג, ס"ק ט. אבל הוא אינו דן בזכות לשיפוי, אלא בקביעה שהנכס הנקנה שייך למשלח אף שהשליח קנה אותו מכספו שלו.

[52] ראה גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קיד, המסביר ששליח זכאי לשכר טרחה גם אם פעולתו נכשלה: "אבל בנדון דידן, שכפי דברי לוי, ראובן מכר הסחורה בפחות משוויין, ואם כן יאמר האומר שאין לוי חייב לפרוע טרחו ועמלו של ראובן, הא ודאי מלתא דברירא היא שאין שום שליח משועבד למשלח אלא לעשות השתדלות ביושר ואמונה. ואם לא בא מידו להרוויח כפי רצון המשלח, לא מפני זה הפסיד טרחו, כיון שנתן לו רשות וכח מספיק לעשות ככל אשר יכשר בעיניו". בציטוט הזה נידון רק שכר טרחה, אבל בשאלה נזכרה גם השבת הוצאות (במקרה הנידון, התחייב השולח בפירוש מראש על ההוצאות, ולא על השכר). כמובן, דברים אלו יפים גם לנאמן, שקיבל "רשות וכח" אף יותר מן השליח, כפי שהסברנו בסעיף 1, הערה 2.

[53] להרחבה בעניין זה ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 478-482.

[54] ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 11. כך עולה למשל, מדברי שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן כ (הובא בשו"ת מהרי"ק, שורש קנה, ובשולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף ו), הפוטר משלח מאחריות לנזקי שליח בשכר מן הנימוק "שהרי הלך בשכרו כדכתיב, 'ואליו הוא נושא את נפשו' (דברים כד, טו), ודרשינן שעל שכרו עלה בכותל ונתלה באילן (בבא מציעא קיב ע"א), כלומר, ולפעמים שיפול וימות, ובכלל

אבל בעניין זה יש להתחשב בנוהג המקובל: אם נהוג לשפות את הנאמן בנוסף על שכרו, ודאי שהמנהג מחייב. אבל גם אם יש מנהג כזה, הרי אם השכר שהוסכם עליו גבוה מהשכר הראוי, ההנחה היא שמגולם בו החזר ההוצאות הצפויות של הנאמן[56].

ג. אימתי ניתן להניח שהנאמן מחל על זכותו?

בנסיבות מסוימות ניתן להניח שהנאמן מחל על זכותו לשיפוי[57], ואם יבקש לקבל שיפוי, יהיה עליו להוכיח שהוא לא מחל על זכותו[58]. להלן נבקש לאפיין ולהדגים נסיבות אלה.

(1) קרבה בין הנאמן לנהנים

כפי שהזכרנו לעיל[59], "גדול האחים" המנהל את נכסי עיזבון האב עבור אחיו היתומים הוא נאמן על פי חוזה משתמע. לעיתים, כדי שיוכל לייצג את עניינם של אחיו בצורה מכובדת, נדרש גדול האחים לרכוש לעצמו ביגוד. בעניין זה נקבעה הלכה ש"גדול האחים" זכאי לרכוש את הביגוד מנכסי העיזבון, אלא אם מחו האחים וביקשו למנוע מאחיהם לרכוש את הביגוד[60].

לכאורה, היה מקום לומר ש"גדול האחים" קונה את הביגוד מממונו (ליתר דיוק: מחלקו בעיזבון), ואף שהוא עושה זאת לשם טיפול בכלל העיזבון, היה מקום לומר שהוא מוחל על זכותו לשיפוי מאחר שהוציא את ההוצאות למען אחיו. בכל זאת אין אומרים כך, ומכאן נוכל ללמוד שאף קרבת משפחה בין הנאמן לנהנים, אין בה כדי ליצור הנחה שלפיה ויתר הנאמן על זכות השיפוי[61].

אולם ייתכנו נסיבות שניתן להסיק בהן שהנאמן ויתר על זכותו לקבל מקרוביו הנהנים

סכנת נפשות הכניס עצמו מחמת שכרו" (ראה על כך להלן, הערה 91). השליח מקבל אפוא שכר תמורת הסיכון, ולכן לא יהיה זכאי גם לפיצוי בנוסף על שכרו. אבל הוא אינו אומר שהדין שונה בהוצאות לא צפויות.

55 אין לומר שנאמן המקבל שכר יהיה זכאי לשיפוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט (אף אם אינו זכאי לכך מכוח עילה חוזית), שהרי בשומר שכר ובשליח בשכר נפסק שאינם זכאים לשיפוי, ולא נאמר שהם זכאים לשיפוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

56 תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכג, אומר כך לגבי שיפוי שליח על הוצאותיו.

57 ליתר דיוק: שהנאמן התכוון לתת את ההוצאות במתנה לנאמנות. נוסח זה מדויק יותר, שהרי כפי שנראה בהמשך, מדובר במצב שיש להניח שמראש התכוון הנאמן להוציא בלי לקבל החזר, ולא שבתחילה עשה על מנת לקבל החזר ואחר כך מחל.

58 לגבי המקרה שהזכרנו בהערה 48, במי שהקריב נכס שלו כדי להציל נכס של חברו, נפסק שאם בעל הנכס האחר היה שם, ובכל זאת המציל לא התנה עמו שישפה אותו, אינו זכאי לשיפוי על הנכס שהקריב. ונימק רא"ש, בבא מציעא, פרק ב, סימן כח, שבכך שלא התנה עמו, הפסיד לעצמו — כלומר, שמחל (ראה על כך נ' רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, עמ' 140, 142; בירור הלכה, בבא קמא קטו ע"א, ציון ט). אבל ייתכן שהדברים אמורים רק באנשים שאין ביניהם קשר, כמו בנידון שם, ואילו בנאמן יתכן שאי־התנאה אינה מתפרשת כמחילה, שהרי ייתכן שהוא סמך על כך שיש קשר משפטי בינו לבין יוצר הנאמנות, ולא ראה צורך להתנות במפורש.

59 סעיף 2, פרק שלישי, ג.

60 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפו, סעיף ב. ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה מכללא, שהטעם הוא שמניחים שהאחים האחרים מחלו לו על מה שלקח מן העיזבון.

61 בשאלה האם יש הנחה כללית שאדם מוחל לקרובו על חובותיו, ראה חוק לישראל, מתנה, שם. בשאלה האם יש הנחה כללית שהנותן דבר לקרובו מתכוון לתת אותו במתנה, ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 2.

שיפוי על הוצאותיו. כך למשל, אם הנאמן הוא אדם אמיד, והוציא לצורכי הנאמנות הוצאות שאינן גבוהות במיוחד, ומקובל שאנשים במעמדו מוכנים לשאת בעצמם בהוצאות כאלה עבור קרוביהם, ניתן לקבוע שהוא ויתר על זכות השיפוי[62].

(2) נאמנות למטרות צדקה

נאמן בנאמנות למטרות צדקה מקיים מצווה במילוי תפקידו, ואם כן אפשר שבגלל רצונו לקיים את המצווה, הוא מוותר על זכות השיפוי. בעניין זה נחלקו לכאורה הראשונים, כפי שנראה להלן.

הרי"ף פסק[63] שמי שמפרנס יתום אינו זכאי לשיפוי על הוצאותיו, משום שאנו מניחים שהתכוון לגמול חסד עם היתום שלא על דעת לקבל שיפוי[64].

מנגד, הרשב"א פסק[65] שמי שפרנס יתום "לא הניח מעותיו על קרן הצבי", והוא זכאי לשיפוי על הוצאותיו.

לכאורה, פסיקת הרשב"א סותרת את פסיקתו של הרי"ף, וכך אכן עולה מדבריהם של פוסקים רבים[66]. אולם השולחן ערוך הביא להלכה את דברי הרשב"א בלשון זו: "יתומים שסמכו אצל בעל הבית וזן אותם משלו, לא הניח מעותיו על קרן הצבי"[67], ועם זאת הביא להלכה גם את דברי הרי"ף בלשון זו: "מי שפרנס יתום והיה מכוין למצווה וכשהגדיל תבע ממנו מה שפרנסו, פטור"[68].

[62] ע"פ תרומת הדשן, שו"ת, סימן שיז. על דבריו ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 2. לעניין זה השווה גם את דבריו של השופט זילברג בע"א 180/51 גולדקורן נ' ויסוצקי, פ"ד ח(1), עמ' 262, ואת דבריו של השופט שמגר בע"א 3829/91 אבינועם וואלס נ' נחמה גת, פ"ד מח(1), עמ' 801. וראה גם: בתמ"ש 16030/97 כ' י' ואח' נגד כ' י', תק־מש 2004(4); תמ"ש (ת"א) 79133/97 יעקב מסלם נ' מאיר יעקב (פורסם במאגר המשפטי נבו).

[63] שו"ת הרי"ף, סימן קטז (מובא בספר התרומות, שער סה, חלק ב, אות ב). ראה גם: גידולי תרומה, על ספר התרומות, שם; שבט בנימין, סימן רס; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קכח, הגהות בית יוסף, אותיות כא־כה; בני חיי, חו"מ, סימן קכח, הגהות בית יוסף, אות ד; שו"ת פני משה, חלק א, סימן צג; ערך שי, יו"ד, סימן רנג; בגדי ישע (עטייה), דרושים, דף צו; ובהרחבה בחוק לישראל, מתנה, סעיף 2.

[64] אמנם הרי"ף עצמו לא הבחין במפורש בין הטבה ליתום להטבה עם אדם אחר, אבל כך פירשו הפוסקים את דבריו, שאין לפטור את הנהנה מתשלום אם הוא אינו יתום. ראה למשל: תולדות אדם וחוה, נתיב יט, חלק א (קסו ע"ג); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמה; שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קמז. עוד יש להעיר, שמדברי הרי"ף משמע שליכולתו הכלכלית של היתום אין משקל בבחינת חובתו לשפות את מיטיבו. וראה גם: ספר התרומות, שם; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן ע; שו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן עז (עה); שו"ת ר' עקיבא איגר, שם.

[65] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן סח. ראה גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שיב.
כך פסק גם תרומת הדשן, שו"ת, סימן שמח. אולם היות שתשובת הרי"ף אינה מוזכרת בדבריו, מסיק ר' עקיבא איגר (שם) ש"אולי אי שמיע ליה, הוי הדר ביה", והיות שכל הפוסקים הביאו את דברי הרי"ף להלכה, הוא דוחה את דברי תרומת הדשן.

[66] גידולי תרומה, על ספר התרומות, שם; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמה; רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף כה (משמע). וראה גם: שו"ת נודע ביהודה (לעיל, הערה 25); נתיבות משפט, על תולדות אדם וחוה, נתיב כג, חלק ה (קמז ע"ב); כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קכח, הגהות בית יוסף, אות טז.
מן הראוי להעיר שבתשובה המובאת כאן כותב מהרשד"ם שראוי לפסוק כשיטת הרי"ף, אולם בתשובה הנזכרת בהערה הקודמת הכריע כדעת הרשב"א. על הסתירה, ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 2.

[67] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כה.

[68] שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנג, סעיף ה.

מניסוח ההלכה נראה, שהשולחן ערוך יישב בין הפסיקות באמצעות ההבחנה בין מי שכוונתו גלויה למי שכוונתו אינה גלויה. לדעתו, תשובת הרשב"א עניינה במי שכוונתו אינה גלויה, ולכן נפסק שהוא זכאי לשיפוי על הוצאותיו, שהרי אין לנו שום יסוד להניח שמחל על זכות זו. מנגד, תשובת הרי"ף עניינה במי שבנסיבות המקרה ניתן להסיק בוודאות ש"היה מכוון למצווה", ועל כן הוא אינו זכאי לשיפוי על הוצאותיו.

ייתכן שכך הבין ר' יחזקאל לנדא את פסיקת השולחן ערוך, ומשום כך השיב ש"אם אין לנו הוכחה ברורה שהאפוטרופוס כיון בתורת צדקה, והאפוטרופוס מוחזק בנכסי יתומים, ישבע האפוטרופוס שהיה דעתו על מנת לקבל תשלומין וינכה דמי המזונות ממה שבידו"[69].

אולם פוסקים אחרים הציעו הבחנות אחרות ליישוב פסקי הרי"ף והרשב"א. ר' חיים בנבנישתי הציע[70] להבחין בין מי שפרנס יתום שגילו עולה על שש שנים, שחכמים הקנו לו כשרות משפטית לעשות עסקאות בנכסיו, שבו דן הרי"ף, לבין מי שפרנס יתום שטרם הגיע לגיל זה, שבו דן הרשב"א. נראה שהוא מתכוון לומר, שמי שפרנס יתום שגילו עולה על שש שנים, אילו רצה שהיתום ישפה אותו, היה צריך להתנות עמו על כך מראש, והעובדה שלא התנה מראה שהוא ויתר על זכות השיפוי; ואילו במי שפרנס יתום שגילו אינו עולה על שש שנים, אין הוכחה כזאת, שהרי לא יכול היה להתנות עם היתום שישפה אותו על הוצאותיו, ולכן יש להניח שהוא לא ויתר על זכות השיפוי[71].

הבחנה אחרת שהוא מציע היא שהרי"ף דן במי שנכסי היתום אינם מצויים תחת ידיו, ואילו הרשב"א דן במי שנכסי היתום היו בשליטתו. נראה שכוונתו היא, שאם הנכסים לא היו בשליטתו, היות שלא הייתה לו דרך פשוטה לגרום ליתום לשפותו, אנו מניחים שהוא ויתר על זכות השיפוי; ואילו אם נכסי היתום מצויים תחת ידו, יש להניח שהוא לא ויתר אלא סבר שיוכל ליטול את החזר הוצאותיו מהנכסים המצויים תחת ידו, מה גם שאין סיבה להניח שהתכוון לגמול חסד עם היתום, בעוד שלא היה זקוק לכך, שהרי היה יכול לזון אותו מנכסי היתום עצמו.

ר' עקיבא איגר[72] הולך בדרך שונה. לדבריו, שתי ההלכות עוסקות באדם שכוונתו אינה גלויה. תשובת הרשב"א דנה במי שקיבל על עצמו לשמש כאפוטרופוס ליתומים, ובכך קיבל על עצמו את מכלול החובות והזכויות החלים על אפוטרופוס של יתומים, ובכללן גם הזכות להיפרע מן היתומים על הוצאות שהוציא לטובתם. מנגד, הרי"ף דן באדם שפרנס יתום באופן חד פעמי, בלי שקיבל על עצמו לשמש עבורו כאפוטרופוס. אדם זה אינו זכאי לכל הזכויות

מעניין שבתשובותיו מביא ר' יוסף קארו את דברי הרשב"א בלבד, ומכריע כדבריו. ראה: שו"ת בית יוסף, דיני כתובות, סימן טז.

[69] שו"ת נודע ביהודה (לעיל, הערה 25). הוא מציין את הסתירה בשולחן ערוך ופוסק כאמור, מפני שעניין זה "מהלכות עמומות", כלשונו.

כמו כן, כנסת הגדולה (להלן, הערה 70) כותב שהרמ"א הבין שביו"ד מדובר שפירנסו בתורת גמילות חסד, ובחושן משפט מדובר שפירנסו שלא בתורת גמילות חסד, ועל כן כתב הרמ"א, חו"מ שם, שאם פירנסו בתורת גמילות חסד, היתום פטור.

[70] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קכח, הגהות בית יוסף, אות כא.

[71] הבחנה זו, על פי ההסבר הנ"ל, עשה גם ר"ע איגר שם. צריך להוסיף, שאף שנאמן רגיל זכאי לשיפוי, ואין אומרים שהעובדה שלא התנה בפירוש מוכיחה שמחל, הרי במפרנס יתום העובדה שיש בכך מצווה מצטרפת לאי־ההתנאה כדי ליצור הנחה שמחל.

[72] שו"ת ר' עקיבא איגר (לעיל, הערה 64), ובקיצור בחידושיו לחו"מ, סימן רצ, סעיף כה.

שהדין מעניק לאפוטרופוס, ולפיכך זכותו להיפרע מן היתום על הוצאות שהוציא עבורו נגזרת משאלת קיומו של הסכם בינו לבין היתום בדבר השיפוי. היות שייתכן שנכונותו לפרנס את היתום נבעה מן הרצון לקיים את מצוות הצדקה, לא יהיה זכאי לשיפוי על הוצאותיו כל עוד לא יוכח שאכן הוסכם על כך מראש.

נחזור לשאלה האם יש הנחה כללית שנאמן בנאמנות למטרות צדקה מוחל על זכות השיפוי. לפי רוב ההבחנות שהוצעו לעניין מפרנס יתום, אין הנחה כזאת. לפי ר׳ יחזקאל לנדא, כל זמן שאין הוכחה שהתכוון לתת צדקה, הוא זכאי לשיפוי. לפי ההבחנה השנייה של ר׳ חיים בנבנשתי, היות שהנאמן מחזיק בנכסי הנאמנות, אין יסוד להנחה שהוא מחל על זכות השיפוי. לפי הבחנתו של ר׳ עקיבא איגר, היות שהנאמן אינו מוציא הוצאות על דעת עצמו, אלא נמצא במעמד של נאמן על חובותיו וזכויותיו, יש להניח שהוא לא מחל על זכות השיפוי.

רק לפי ההבחנה הראשונה של ר׳ חיים בנבנשתי, במצב שיוצר הנאמנות הוא בוגר, הנאמן אינו זכאי לשיפוי, מפני שאילו התכוון לכך שיוצר הנאמנות ישפה אותו על הוצאותיו, היה צריך להתנות עמו על כך, והעובדה שלא התנה מוכיחה שהוא מחל על זכות השיפוי.

ד. הוצאות שאינן ״עקב מילוי תפקידיו״

עד כאן עסקנו בזכותו של נאמן לשיפוי על הוצאות שהוציא לשם פיתוח נכסי הנאמנות ״עקב מילוי תפקידו״. מה דינו של נאמן שהוציא הוצאות לשם פיתוח נכסי הנאמנות, באופן שאינו ״עקב מילוי תפקידו״? ככלל, כל פעולה שעושה הנאמן במטרה לפתח את נכסי הנאמנות כלולה בתפקידו של הנאמן, שהרי סעיף 10(א) מחייב אותו לפתח את הנכסים. אם כן, השאלה של הוצאות שאינן ״עקב מילוי תפקידו״ מתעוררת רק לגבי פעולות פיתוח שעשה בניגוד לתנאי הנאמנות. מה דינו, למשל, של נאמן שהשכיר נכס נאמנות, למרות שהדבר נאסר עליו בתנאי הנאמנות? האם הוא זכאי לשיפוי על ההוצאות שנדרשו לו לשם השכרת הדירה, או שמא תישלל ממנו זכות השיפוי כיוון שחרג מתנאי הנאמנות?

התוספתא אומרת[73]: ״היורד לחורבתו של חברו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה״ — כלומר, מעריכים את הוצאותיו של המשביח ואת ערך השבח שנוצר מחמת פעולותיו, והוא נוטל את הערך הנמוך מביניהם.

בתלמוד מבחין רב פפא[74] בין ״שדה העשויה ליטע״ לבין ״שדה שאינה עשויה ליטע״, וקובע שאם המשביח ירד לשדה העשויה ליטע ונטעה, אנו מניחים שבשלב זה או אחר היה בעל השדה שוכר אדם שייטע עבורו עצים בשדה, ומשום כך על בעל השדה לשלם למשביח את השכר שהיה משלם לפועל הנוטע עצים אף שירד שלא ברשות. אולם אם השדה אינה עשויה ליטע, לא ניתן לחייב את בעל השדה לשלם את שכר טרחת המשביח, ולפיכך ״שמין לו (למשביח) וידו על התחתונה״[75].

אולם הראשונים אומרים, שאם מראש הביע בעל השדה התנגדות מפורשת להשבחה כזאת,

[73] התוספתא שצוינה לעיל, הערה 48.

[74] בבא מציעא קא ע״א.

[75] וכך פסקו רמב״ם, הלכות גזילה ואבידה, פרק י, הלכה ד, ושולחן ערוך, חו״מ, סימן שעה, סעיף א. לעניין זה ראה גם חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ׳ 137; בירור הלכה, בבא מציעא קא ע״א, ציון ח.

הוא פטור מלשלם למשביח אף אם זוהי שדה העשויה ליטע[76]. עם זאת, אם הסכים בעל השדה בדיעבד לפעולותיו של המשביח, ואף אם הסכמה זו לא נאמרה במפורש אלא השתמעה מהתנהגותו של בעל השדה, הוא חייב לשלם למשביח[77].

אם כן, אם הנאמן משביח את נכסי הנאמנות בדרך האסורה לפי תנאי הנאמנות, הריהו כמי שיורד לשדה חברו בניגוד לרצונו המפורש, שאינו זכאי להחזר הוצאותיו. אבל אם הביע יוצר הנאמנות הסכמה לאחר מעשה, הנאמן זכאי להחזר. למשל, אם השקיע הנאמן כספים בקרן מניות בניגוד להוראה של יוצר הנאמנות, ויוצר הנאמנות משאיר שם את הכספים, זכאי הנאמן להשבת הוצאותיו.

פרק חמישי

מה נכלל ב"הוצאות"?

א. מבוא

מה נכלל בגדר "הוצאותיו" של הנאמן, שעליהן הוא זכאי לשיפוי? על פי רוב, הוצאות הנאמן הן כספים שהוציא מכיסו לשם מילוי תפקידו. אולם האם גם אובדן הכנסה נחשב כ"הוצאות"? האם גם נזק שנגרם לנאמן בשל מילוי תפקידיו מוגדר כ"הוצאות" המזכות אותו בשיפוי? ולבסוף, האם גם הפסד שנגרם לנאמן בשל אחריותו האישית כלפי צד ג' מוגדר כ"הוצאות" המזכות את הנאמן בשיפוי?

שאלות אלו טרם נדונו בבתי המשפט בישראל. עם זאת, סבור כרם שבאופן עקרוני נאמן זכאי לשיפוי גם בגין הוצאות בלתי צפויות מעין אלו שהוזכרו, אולם בשני תנאים: ראשית, על הנאמן להוכיח שנהג באמונה ובשקידה בפעולה שיצרה את החיוב, ולמרות זאת אירע המקרה שבגינו נוצר ההפסד; ושנית, על הנאמן להוכיח שנהג כאדם סביר כשנחשף לסיכון שבגינו נוצר ההפסד[78]. להלן נבקש להשיב על שאלות אלו לאור מקורות המשפט העברי.

ב. אובדן הכנסה

בדרך כלל, הנאמן אינו נדרש למלא את תפקידיו על חשבון הזמן שבו הוא משתכר למחייתו. כמובן, אם יוצר הנאמנות והנאמן הסכימו (במפורש או מכללא) שהנאמן ימלא את תפקידיו גם על חשבון הזמן שבו הוא נהג להשתכר למחייתו, והסכימו שיקבל שכר על כך, הוא זכאי לשכר; ואם לא נקבע לו שכר על כך בתנאי הנאמנות, הרי מחל על זכותו לשכר.

אולם אם לא דרש יוצר הנאמנות מן הנאמן למלא את תפקידיו על חשבון זמן עבודתו,

[76] חידושי הרמב"ן, בבא בתרא ד ע"ב; שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן נ. ראה מקורות נוספים לכך באנציקלופדיה תלמודית, ערך יורד לנכסי חברו, כרך כג, עמ' תפו־תפז, ליד ציוני הערות 727־736. וראה שם בשאלה האם הדברים אמורים גם אם לא אמר לו "טול נטיעותיך".

[77] שו"ת הרשב"א שם; אנציקלופדיה תלמודית שם, הערות 735־736.

[78] כרם, עמ' 376. לפרשנות דומה בעניין זכות השליח לשיפוי על הוצאותיו, ראה א' ברק, חוק השליחות, ירושלים תשנ"ו, כרך ב, עמ' 1148.

ובכל זאת עשה כך הנאמן, דינו כדין כל אדם שפעל על דעת עצמו לשמירת נכסי הזולת ובשל כך איבד הכנסה צפויה. בעניין זה הכלל הוא שאין אדם זה זכאי לפיצוי על אבדן השתכרות, אלא רק שכר ההולם את המעשה שעשה[79], ואין מתחשבים בעובדה שבמקצועו היה יכול להשתכר יותר[80].

כך עולה מחילוקי הדעות בין הפוסקים בעניין מי שהתבטל ממלאכתו כדי להציל את נכסי הזולת מנזק או מאבדן. לדעת השולחן ערוך[81], זכאי המציל לשכר בטלה בלבד, דהיינו הסכום שעל פי האומדן היה מוכן אדם במקצועו לקבל על מנת לשבת בטל, במקום להתאמץ לקבל את מלוא השכר שהוא רגיל לקבל. לעומתו, הרמ"א[82] פוסק שהמציל זכאי לשכר שמקבל פועל העושה פעולה כמו זו שעשה המציל, או לסכום ההכנסה שהפסיד, לפי הנמוך שביניהם. אבל גם במקרה זה, אם הפסד ההכנסה של המציל גבוה מהנזק שנמנע, זכאי המציל לשיפוי בגובה הנזק שנמנע בלבד[83].

בהתאם לכך, אם הנאמן פעל למניעת נזק מנכסי הנאמנות, בזמן שבו הוא נוהג לעבוד לפרנסתו, לדעת השולחן ערוך הוא זכאי לשכר בטלה, ואילו לדעת הרמ"א הוא זכאי להשבת ערך ההכנסה שהפסיד באותו הזמן, או השכר המקובל לסוג הפעולה שעסק בה, או ערך הנזק שמנע מנכסי הנאמנות, לפי הנמוך מביניהם. על כל פנים, לפי כל הפוסקים אינו זכאי לפיצוי על כך שהיה יכול להשתכר במקצועו, ששכרו גבוה יותר.

עניין אחר הוא זכות הנאמן לפיצוי על הכנסה שנמנעה ממנו מפני שהוציא הוצאות למען נכסי הנאמנות, ובכך הפסיד אפשרות לעשות רווחים בכסף, לדוגמה. לגבי מי שהשביח את נכסי הזולת ובשל כך הפסיד הכנסה צפויה, נקבע שהמזכה זכאי להשבת ערך ההכנסה שהפסיד. אולם אם ערך השבח לנכסים נמוך מערך ההכנסה, זכאי המזכה לשיפוי בגובה ערך השבח בלבד[84].

[79] לעיל, ליד ציון הערה 9, ראינו שמגיע לו שכר ההולם את מה שעשה.

[80] כך מוכח ממה שראינו שם שהוא מקבל שכר כמקובל על הפעולה שעשה, ולא נאמר שמקבל לפי התבטלותו מעבודתו הרגילה.

[81] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסה, סעיף א.

[82] רמ"א, שם. על המחלוקת ראה בהרחבה: חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 131; בירור הלכה, בבא מציעא ל ע"ב, ציון י. וראה בירור הלכה שם, שהדין שונה אם היה יכול להגיע להסכמה מראש עם האחר, ולא עשה כן. ראה שם עוד, שהמחלוקת נובעת מן האיסור לקבל שכר על קיום מצווה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 19 ואילך), שהרי מצווה היא להציל אדם אחר מנזק; וזאת הסיבה שאין מחילים כאן בפשטות את הכלל שראינו לעיל, ליד ציון הערה 9, שהעושה פעולה עבור חברו זכאי לשכר שמקובל לשלם על אותו סוג פעולה.

[83] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלו, סעיף ח (שם מדובר באופן כללי על המוציא הוצאות להציל אחר מנזק, ואין מדובר על אבדן הכנסה); חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 130, ליד ציון הערה 97.

[84] חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 61. הדוגמה שהוא נותן היא הדר בחצר חברו בלי רשותו, שאם החצר עומדת להשכרה, זכאי בעל החצר לשיפוי בגין מניעת רווחיו מן ההשכרה. זכות זו מבוססת על דיני עשיית עושר ולא במשפט, ונובעת מן ההנאה שנהנה יוצר הנאמנות.
בנוסף, יש מקום לזכות את הנאמן עבור רווח שנמנע ממנו עקב פעולתו לטובת הנאמנות, מטעם אחר, וזאת על פי דברי חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה האי מאן (וראה נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, עמ' 149, ועמ' 233, הערה 2), בשם רבו, בהסבר הסוגיה בבבא מציעא עג ע"ב. הסוגיה שם עוסקת במי ששלח אדם ומסר בידו כסף כדי שירכוש עבורו יין כשמחיר היין היה נמוך, אולם השלוח התרשל

ג. נזקים

הרשב"א נשאל[85] אודות "מי שהגיע לו היזק בממון שלו מחמת שליחות שולחו, או שהעלילו עליו מחמת השליחות והפסידוהו ממון, אם על המשלח לשלם לו נזקו אם לאו". מסקנת הרשב"א היא שהשולח אינו אחראי לנזקים שאירעו לשליח, משום שהנזק הוא בגדר גרמא, שאין חיוב לשלם עליו: "לא מצינו תשלומי נזק אלא בנזקי עצמו או בנזקי ממונו, ונזקי ממונו כעין נזקי עצמו הן, כלומר, לפי שפשע בנזקים בשמירת ממונו. אבל בנזק שהגיע לשליח, מה הזיק המשלח ומה הגיע לו מחמת פשיעתו? ואפילו תאמר שבגרם שליחות הגיעו נזק, גרמא בנזק הוא ופטור".

הרשב"א מוסיף, שגם אם המשלח והשליח היו שותפים, אין המשלח חייב לשפות את השליח על נזקיו. ואלו דבריו: "ואם מפני שנשתתפו, לא נשתתפו בנזקי גופא ונזקי ממונא... שלא קבל עליו נזקי גופו של שותפו, אלא אם כן מנהג בכך". כלומר, ההנחה המקובלת היא שהסכם השותפות אינו כולל הסכמה לשיפוי הדדי על נזקים שייגרמו מחמת השותפות; ורק אם נהוג ששותף נושא באחריות לנזקי שותפו, הוא חייב בכך.

ר' משה מטראני, המבי"ט, סייג[86] את פסיקתו של הרשב"א בכך שאם הנזק נגרם מחמת המשלח, כגון שנושים של המשלח תבעו מן השליח את חובו של המשלח, או שנכרים העלילו

בתפקידו ורכש את היין רק לאחר שמחירו עלה, והסוגיה פוסקת שעל השליח להשיב למשלח את הרווח שנמנע ממנו כתוצאה מהפרשי המחיר.

הלכה זו הייתה קשה בעיניהם של רבים מן הראשונים, משום שלכאורה אין היא מתיישבת עם עיקרון מקובל בדיני הנזיקין של המשפט העברי, שלפיו אין המזיק משלם לניזוק על מניעת רווח ("מבטל כיסו של חברו"). אם כן, מדוע חייב השליח לשלם לשולח על מניעת הרווח שנגרמה לו בעקיפין כתוצאה מהתרשלותו?

רבו של הריטב"א השיב ש"כיון שהבטיחו [השליח] שיקח לו [יין], וסמך [המשלח] עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמיך עליה [=שבאותה הנאה שסומך עליו]... משתעבד ליה מדין ערב". כלומר, העובדה שנמנע רווח מפלוני כתוצאה מהסתמכותו על הבטחת זולתו, מעניקה לו את הזכות לדרוש מן הזולת פיצוי על מניעת הרווח, כשם שערב מתחייב לשלם את דמי ההלוואה.

לפי דברים אלו, נוכל לחייב את יוצר הנאמנות "מדין ערב" לשפות את הנאמן על רווח שנמנע ממנו כתוצאה מהסתמכותו על בקשת יוצר הנאמנות לפעול עבורו.

עם זאת, יש להדגיש שדבריו של רבו של הריטב"א אינם מוסכמים על כל הפוסקים (גם הריטב"א מעיר שיש מן הפוסקים שהסבירו את חובת השלוח לפצות את המשלח בדרכים אחרות). וראה בהרחבה: אורים גדולים (זאבי), סימן מ, לימוד רטו; חוק לישראל, ערבות, עמ' 80, ליד ציון הערה 76, ובמילואים להערה זו, שם, בעמ' 518), ולפיכך לא ברור שנאמן יוכל לתבוע שיפוי על הרווח שנמנע ממנו מכוח "דין ערב". יתר על כן: רבו של הריטב"א דן במי שביקש בפירוש מחברו לפעול בעבורו, וייתכן שאין ללמוד מדבריו לנאמן הפועל בנכסי הנאמנות בלי לקבל הוראה מפורשת על כל פעולה.

[85] שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן כ. דברי הרשב"א הובאו ללא סייג גם בשו"ת מהרי"ק, שורש קלא ושורש קנה (ד"ה ואשר), ובשו"ת נבחר מכסף, סימן עט, וכדבריו פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף ו. וראה על דבריו ועל כל האמור בפרק זה בהרחבה: חוק לישראל, שליחות, סעיף 11, פרק שלישי; מ' ויגודה, "אחריות השולח לנזקי שלוחו", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 272, מקץ תשס"ז.

[86] שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכג וסימן קכד, וחלק ג, סימן קנו (הובא בשו"ת מהר"ש צרור, סימן יז) וסימן קפח. הוא מסתמך (בכל ארבע התשובות) על מהר"ם מרוטנבורג שעסק בערב שנכרים העלילו עליו עלילה בגלל ערבותו, ופסק שהלווה חייב לשפות את הערב על כך. ראה חוק לישראל, ערבות, עמ'

עלילה על המשלח, ומחמת כך תפסו כסף מן השליח[87], או שאויביו של המשלח תפסו את השליח בשבי בגלל שנאתם למשלח, או שהשליח עשה עיסקה בשם המשלח עם צד שלישי, והמשלח התחרט, ובגלל זה תבע הצד השלישי את השליח בערכאות, או שהמשלח מסר לו סחורה למכור, והייתה מזויפת, ונכרים העלילו עליו מחמת הזיוף[88], או שהסחורה נמצאה גנובה והשליח הואשם בגניבה[89], וכדומה — זכאי השליח לשיפוי על הנזק שנגרם לו. לדבריו, הרשב״א פטר רק בנזק שנגרם מחמת השליחות עצמה, כגון שבדרך קרה לשליח נזק שהיה קורה גם אילו הלך שם לצורך עצמו[90], אבל אם הנזק קרה מחמת המשלח, הוא חייב בשיפוי השליח גם אם הייתה זו שליחות בשכר, ואין אומרים שהשכר ניתן גם על קבלת הסיכון שיינזק[91].

אולם סייג זה אמור רק אם השליח לא היה מודע לקיומו של הסיכון שגרם לנזק. אבל אם השליח היה מודע לקיומו של הסיכון, אינו זכאי לשיפוי על נזקיו מן השולח, משום שבנסיבות אלו הסכמתו לשליחות משמשת כוויתור על הזכות לשיפוי, שהרי הוא סיכן את עצמו[92].

לפיכך, נאמן זכאי לשיפוי על נזק שנגרם לו מחמת יוצר הנאמנות, וזאת בתנאי שלא היה מודע מראש לסיכון הספציפי; אך הוא אינו זכאי לשיפוי על נזק שנגרם לו תוך כדי מילוי תפקידו, אם הנזק היה קורה גם לולא תפקידו כנאמן.

דעה מקורית, המטילה על משלח אחריות לנזקים שאירעו לשלוחו מכוח דיני השומרים, היא של ר׳ שמואל שלטשטט, הכותב[93]: ״נראה לי שאם ראובן הלך בשליחות שמעון בשכר,

273-276, לנימוקים השונים לחיוב זה. המבי״ט נוקט שבנידונו השליח הוא כמו ערב, שהרי המשלח אמר לו לעשות פעולה במקומו, כמו שלווה מבקש מן הערב לפרוע את החוב במקומו.

87 דוגמאות אלה הן משו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קכג.

88 שם, חלק ג, סימן קנו.

89 שם, חלק ג, סימן קפח.

90 שם, חלק ג, סימן קנו. זו הדוגמה היחידה שבה פוטר המבי״ט; ואכן הכינוי שהוא נותן לה, ״מחמת השליחות״, אינו מדויק כדי הצורך. ואולי צ״ל: ״מחמת השליח״.

91 שו״ת המבי״ט, חלק ג, סימן קנו. ראה לעיל, הערה 54, שהרשב״א כותב שמטעם זה שליח בשכר אינו זכאי לשיפוי, אבל הוא דן בנזק שלא נגרם מחמת המשלח.

92 שו״ת מהר״ש צרור (תשב״ץ, חלק ד, חוט המשולש, טור ב), סימן יז; שו״ת שרידי אש (מהדורת ויינגורט), חלק א, סימן קסז (במהדורת מוסד הרב קוק — חלק ג, סימן סח), ד״ה ובנידון דידן. כך עולה גם משו״ת המבי״ט, חלק ג, סימן קנו, הנוקט ש״אם עשאו שליח למכור לו איזו סחורה ונמצא זיוף באותה הסחורה שלא ידעה השליח, ומחמת כן העלילו עליו שזיוף באותה סחורה והפסיד והוזק בזה... יתחייב המשלח בהפסד שלו כי בסבתו הוזק והפסיד״, ומכאן שאם ידע השלוח, אין השולח נושא בהפסד.
שרידי אש דן במי שנשכר להבריח את הגבול עם סחורות אסורות, ונתפס ונאלץ לשלם תמורת שחרורו מן המאסר, ופוסק שאינו זכאי לפיצוי על כך מפני שהיה מודע לסכנה.
מדברי מהר״ש צרור שם עולה שאם השליח לא ידע, הוא זכאי לשיפוי בין אם המשלח ידע על הסיכון ובין אם לא ידע.

93 הגהות מרדכי, בבא מציעא, סימן שנט וסימן תסא. רמ״א, חו״מ, סימן קעו, סעיף מח, מביא את המחלוקת בין הגהות מרדכי לרשב״א.
סברה זו, שהמשלח שואל את גוף השליח, נזכרה כבר בתשובת מהר״ם, המובאת במרדכי, בבא מציעא, סימן שסז. הוא מחייב מחמת כך את המשלח לפדות את השליח אם נשבה. אלא שהוא מעלה ספק האם חייב המשלח לפדותו במצב שיש לשליח כסף לפדות את עצמו. הספק הובא בשו״ת מהרי״ק, שורש קנה. שו״ת הרא״ש, כלל פט, סימן ד, חולק בנימוק ש״כל אחד שמירת גופו עליו הוא״, ולכן הוא פוטר את המשלח משמירת גופו של השליח.

ונתפס בדרך ולא בסִבת שמעון, שאין חייב לפדותו. אבל אם בחנם הלך בשליחותו, חייב לפדותו, דשאלה שייכא בגוף הבעלים...". כלומר, המשלח נחשב שעושה שימוש בגופו של השליח, ולכן דינו כדין מי ששאל את גוף השליח. משום כך, כשם שהשואל חפץ נושא באחריות לנזקי החפץ המושאל בתקופת השאילה (לרבות נזקים שבאו מחמת כוח עליון — "אונס"), כך גם השואל אדם לעשות את שליחותו נושא באחריות לנזקים שנגרמו לו במהלך ביצוע התפקיד שהטיל עליו.

אם כן, לדעה זו חלה על יוצר הנאמנות אחריות לנזקיו של הנאמן מכוח חיוב שואל. אבל אחריות זו מוגבלת על ידי הגבלות החלות על אחריות שואל:

ראשית, כפי שאמר ר' שמואל שלטשטט עצמו, אחריות מסוג זה לא תחול כלפי נאמן

על שיטת הגהות מרדכי, ראה בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 11, פרק שלישי, ובחוק לישראל, שומרים, עמ' 47־48, ובמילואים שם, עמ' 695־696; שם נידונה במיוחד השאלה האם ייתכן חיוב שמירה על גוף אדם.

על דברי הגהות מרדכי קשה, הרי שואל פטור ב"מתה מחמת מלאכה", היינו נזק שאירע לנכס עקב השימוש בו, ואם כן, גם אם המשלח נחשב ששאל את גופו של השליח, הרי כשהשליח ניזק תוך כדי ביצוע שליחותו, המשלח פטור מטעם "מתה מחמת מלאכה"? שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נב, כותב שאכן זה טעמו של הרשב"א, שפטר את המשלח מנזק שקרה לשליח; ואילו הגהות מרדכי מדבר במצב שקרה לו אונס שלא מחמת השליחות (כגון שתקפוהו שודדים בדרך שהיה הולך בה גם לולא השליחות), ולכן אין לפטור את המשלח מטעם "מתה מחמת מלאכה", ובזה אף הרשב"א מחייב. החתם סופר מקשר זאת למחלוקת בין הפוסקים אודות היקפו של הפטור מאחריות בשל "מתה מחמת מלאכה". יש הסבורים שרק אם עשיית המלאכה היא שגרמה לנזק, באופן שייתכן שהנכס לא היה ראוי למלאכה ולכן ניזק מחמתה, השואל פטור מן האחריות. אבל יש המרחיבים את גדרו של הפטור וקובעים שגם נזק שלא אירע בגלל עשיית המלאכה, אך קיים קשר סיבתי ישיר בין המלאכה להתרחשות הנזק, כגון אם שאל בהמה כדי לשאת משא למקום מסוים, וטרפוה חיות בדרך — השואל פטור מאחריות, משום שלולא המלאכה לא היה הולך בדרך, ולא היה הנזק קורה. על מחלוקת זו ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמ, סעיף ג, ובהרחבה בחוק לישראל, שומרים, עמ' 272־276. חתם סופר אומר, שהרשב"א סובר כדעה המרחיבה (ועולה מדבריו שזו גם דעת הגהות מרדכי, שלדבריו מסכים לרשב"א). נראה שהסיבה שהוא נאלץ לומר כך היא, שאילו לדעה המצמצמת, אין מקום לפטור של "מתה מחמת מלאכה" כאן, שהרי אמנם הנזק לא היה קורה לולא השליחות, אבל הוא לא קרה מחמת עצם השליחות, באופן שאפשר לתלות את הנזק בכך שהשליח לא היה ראוי לה (חוץ מבמקרים נדירים, כגון שמת מחמת חולשתו בהליכה בדרך, מפני שלא היה מסוגל מבחינה פיזית ללכת את הדרך הזאת). התוצאה מדברי חתם סופר היא שהמשלח חייב רק בנזק שהיה קורה גם לולא השליחות, וזו שיטה הפוכה משיטת מהרי"ק והמבי"ט (להלן, ליד ציון הערה 97), שהמשלח חייב רק בנזק שלא היה קורה גם לולא השליחות. מהרי"ק והמבי"ט יוכלו ליישב את הקושי מדין "מתה מחמת מלאכה" בדרך אחרת: שהגהות מרדכי (והרשב"א, הסובר כמותו, לדבריהם) סובר כדעה המצמצמת בעניין "מתה מחמת מלאכה", ולכן אין מקום לפטור את המשלח מטעם זה (חוץ מבמקרים נדירים), כאמור.

עוד קשה על שיטת הגהות מרדכי, הרי שואל אינו אחראי לנזקים שאירעו לנכס המושאל אם היו "בעליו [של הנכס] עמו" בשעת ההשאלה (עיין שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמו), והרי בשולח ששואל את גופו של השליח, בעליו של ה"נכס" (השליח) מצוי תמיד עם ה"נכס". על כך השיב חתם סופר, שם, שהפטור מדין "בעליו עמו" חל רק במצב שיש ניתוק פיזי בין הנכס המושאל לבעליו של הנכס, ולא כאן, שהנכס המושאל ובעליו של הנכס חד הם; ואף שאין סיבה הגיונית להבחנה זו, הרי פטור "בעליו עמו" הוא גזירת הכתוב בלי טעם, ולכן יש לצמצמו רק למצב שנאמר בו הפטור בפירוש. על קושי זה ראה גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלה; שו"ת חכם צבי, ליקוטי תשובות, סימן קכט; שו"ת שתי הלחם, סימן ו.

המקבל שכר על מילוי תפקידו, שכן במקרה זה מוגדר יוצר הנאמנות כ"שוכר"[94] את גופו של הנאמן ולא כשואל, ושוכר אינו אחראי לנזקים שלא אירעו באשמתו[95].

שנית, האחריות חלה רק על נזקי גוף של הנאמן (שהוא "הנכס" המושאל), ולא על נזקי רכושו של הנאמן, משום שרכוש הנאמן לא הושאל ליוצר הנאמנות מעולם[96].

שלישית, האחריות לא תחול על נזק שהיה קורה לולא הפעולות לצורך הנאמנות, כגון אם הנאמן מבצע את התפקיד שבשלו נגרם לו הנזק גם לטובתו האישית, או שהיה הולך למקום שבו נגרם הנזק גם לולא הנאמנות, והנזק היה קורה לו גם אז[97].

כל האמור נוגע לאחריותו המשפטית של יוצר הנאמנות לנזקים שאירעו לנאמן. מלבד זאת, יש עליו אחריות המוסרית לכך, כפי ניתן ללמוד מהאגדה התלמודית העוסקת במעשה בדואג האדומי שהלשין על כוהני נוב שסייעו לדוד בבורחו מפני שאול, ובעקבות כך הרג שאול את כוהני נוב[98], ובשל חטא זה נהרגו שאול ובניו בקרב עם הפלשתים[99]. וכך אומר התלמוד[100]: "אמר ליה [=לו] הקדוש ברוך הוא לדוד: עד מתי יהיה עוון זה טמון בידך? על ידך נהרגה נוב עיר הכהנים, ועל ידך נטרד דואג האדומי, ועל ידך נהרגו שאול ושלשת בניו. רצונך — יכלו זרעך או תמסר ביד אויב? אמר לפניו: ריבונו של עולם! מוטב אמסר ביד אויב ולא יכלה זרעי". ברור שאחריותו של דוד להשתלשלות האירועים היא עקיפה ביותר, ובכל זאת ראה אותו הקב"ה כבעל עוון האחראי כלפי שאול, בניו, דואג וכוהני נוב, ובשל אחריות זו אף ביקש להטיל עליו עונש חמור.

מאגדה זו למדו פוסקים רבים ששולח אחראי אחריות מוסרית לנזקים שסבל שליחו עקב השליחות, וחייב לכפר על עצמו באמצעות תעניות, צדקה, סיגופים וכדומה[101]. אך הם לא

[94] ראה שו"ת שתי הלחם, סימן ו.

[95] ראה בהרחבה: חוק לישראל, שומרים, עמ' 221-239.

[96] שו"ת מהרי"ק, שורש קלא; סמ"ע, חו"מ, סימן קפח, ס"ק יא; שו"ת שתי הלחם, שם.
ט"ז, חו"מ, סימן קעו, סעיף מח, כתב על דברי הרמ"א, סימן קעו שם, המביא את שתי הדעות: "ובסוף סימן קפח כתב המחבר כדעת החולקים [=הרשב"א], והכי קיימא לן". אולם השולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף ו, לא דן בנזקים שאירעו לגופו של השליח אלא לממונו (ואכן הסמ"ע הנ"ל העיר על כך). מן ההשוואה שעושה הט"ז בין שתי ההלכות ניתן ללמוד לכאורה שלדידו, אם מקבלים את העיקרון ששולח אחראי לנזקי השליח מכוח היותו שואל את גוף השליח, הרי שאחריות זו צריכה לחול לא רק על נזקי גופו של השליח, אלא גם על נזקי ממונו. אבל לא ברור מה הבסיס להטלת אחריות על המשלח לממון שמעולם לא שאל. וראה גם אורים גדולים (זאבי), סימן מ, לימוד ריד; שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן צו.

[97] שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, בסופו. גם שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קנה, כותב שהגהות מרדכי פוטר בנזק שהיה קורה גם לולא השליחות, והגהות מרדכי אינו חולק על הרשב"א, שגם הוא פטר רק בנזק כזה, כפי שראינו לעיל (ליד ציון הערה 86 ואילך) שהמבי"ט כותב כך בדעת הרשב"א. ראה גם אורים גדולים (זאבי), סימן מ, לימוד ריד, ד"ה עוד חלק.

[98] שמואל א' כב, ט-יט.

[99] שמואל א' לא, ב-ו.

[100] סנהדרין צה ע"א.

[101] ראה: שו"ת מהר"י וייל, סימן קכה; שו"ת מהרש"ל, סימן צו; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלה; באר שבע, חידושים על סנהדרין צה ע"א; שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן מד; שו"ת מהר"י ברונא, סימן רסה; שו"ת חוות יאיר, סימן קסו; באר היטב, או"ח, סימן תרג, ס"ק א; שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סימן מו; נפש חיה, בבא מציעא פ ע"ב.
שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן ו, נוטה לדחות את דברי מהר"י וייל, אך למעשה הוא נרתע מלחלוק על

נתנו משמעות משפטית לאחריות מוסרית זו[102]. אולם ר' יחיאל יעקב ויינברג[103] ביקש לתת משמעות משפטית, אם כי מוגבלת, לאחריות מוסרית זו. הרב ויינברג נשאל על "אחד שהשכיר את עצמו לסוחר להעביר סחורות אסורות על הגבול, ובדרכו נתפס ונשבה והושב בבית האסורים, אם מחויב המשלח לפדות את השליח", והשיב ש"על פי מידת היושר מחויב המשלח להשתתף בהוצאת פדיונו". לכן, למעשה, "יושיבו בית דין של ג' והם ישומו בכמה חייב הבעל הבית [=המשלח] להשתתף, והכל לפי ראות הדיינים".

למעשה, תרגם הרב ויינברג את האחריות המוסרית לחיוב משפטי, אולם קבע שהשיפוי יהיה חלקי וגובהו ייקבע "לפי ראות הדיינים". לעניין זה, יש להניח שיביאו הדיינים בחשבון את אופיו של הקשר הסיבתי בין התנהגות המשלח או יוצר הנאמנות לבין התרחשות הנזק, את שאלת קיומו של אשם תורם מצדו של הנפגע[104] ואת השאלה מי יזם את הנאמנות ולמי היה עניין אישי בקיומה[105].

ד. הפסדי הנאמן בשל אחריותו לנזקי צד שלישי

אם הנאמן גרם נזק לאדם אחר במסגרת מילוי תפקידיו, וחויב לפצותו על נזק זה, האם הוא זכאי לקבל שיפוי מהנאמנות על הכסף ששילם[106]? שאלה זו יש לבחון על רקע חובת השיפוי על נזקים שנגרמו לנאמן, שבה עסקנו בפרק הקודם.

כפי שראינו לעיל, לפי הרשב"א[107] אין לנאמן זכות לשיפוי על שום נזק. אף שראינו לעיל[108]

דבריו, ובסימן צג אף פסק למעשה כדעת מהר"י וייל. גם שו"ת חתם סופר, קובץ תשובות, סימן יח, מסתייג מדברי מהר"י וייל, אך למעשה קיבל את עמדתו. וראה ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ת"א תשכ"ט, עמ' 945-950.

102 יש לציין, שבמצב שמטיל המשפט העברי חיוב מוסרי שהוא בגדר חיוב בדיני שמיים, ולפי חוק המדינה חל על כך חיוב ממשי בדיני אדם, מכירה ההלכה בתוקפו המשפטי של חוק זה מצד "דינא דמלכותא דינא". ראה: נ' רקובר, שלטון החוק בישראל, ירושלים תשמ"ט, עמ' 28; הערת ר' זלמן נחמיה גולדברג, בנספח לחוק לישראל, נזיקין, עמ' 378.

103 שו"ת שרידי אש, שצוין לעיל, הערה 92.

104 על משקלו של גורם זה לעניין חיוב המשלח בכפרה בגין אחריותו המוסרית, ראה: שו"ת מהרש"ל, שו"ת מהרשד"ם ושו"ת חתם סופר הנזכרים לעיל, הערה 101.

105 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, או"ח, סימן לד, מייחס משקל רב לגורם זה לעניין חיוב הכפרה. מדבריו ניתן להסיק שאם הנאמן הוא שהציע עצמו לשמש כנאמן, או שיש לו עניין אישי בהגשמת מטרות הנאמנות, לא יקבל שיפוי על נזקיו.

106 ברור שיוצר הנאמנות או הנהנים אינם חייבים לשלם לניזק. כך עולה ממה שנפסק בעניין אחריותו של מעביד לנזקים שגרם עובדו לזולת במהלך העבודה. לדיון בשאלה זו, ראה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ת"א תשכ"ט, עמ' 933-938; ח"ש חפץ, "אחריות הרב במשפט העברי", דיני ישראל ו (תשל"ה) 49, 86-91; חוק לישראל, נזיקין, עמ' 69-76; משפטי התורה (שפיץ), חלק א, עמ' סה-סח; ר' ח"ש שאנן, "אחריות בעל הבית לנזקי פועל", שורת הדין ג (תשנ"ה), עמ' רסט. המסקנה העולה ממקורות אלה היא שאין מטילים על אדם אחריות לנזקים שגרם פועל שלו, אלא אם הנזק התרחש בשעה שהפועל היה נתון לפיקוחו. מאחר שהנאמן אינו נתון לפיקוחו של יוצר הנאמנות ואף לא לפיקוחם של הנהנים, ברור שלא ניתן להטיל עליהם אחריות לנזקים שהוא אשם בהתרחשותם. לפיכך, נדון כאן רק בחובתם של יוצר הנאמנות והנהנים לשפות את הנאמן על הפסדיו בגין אחריותו לנזקים שגרם לצד ג' במסגרת מילוי תפקידיו.

107 לעיל, ליד ציון הערה 85.

108 לעיל, ליד ציון הערה 86.

שלפי המבי"ט, הרשב"א מסכים שהנאמן זכאי לשיפוי על נזקים שנגרמו בגלל עיסוקו בנאמנות, הרי הדעת נותנת שבנידוננו, שהפסדי הנאמן נגרמו באשמתו, וליוצר הנאמנות לא היה בהם כל חלק, הנאמן אינו זכאי לשיפוי מיוצר הנאמנות או מכל גורם אחר על הפסדיו.

עוד ראינו שלפי ר' שמואל שלטשטט[109], נאמן זכאי לשיפוי על נזקיו משום שגופו נחשב כשאול ליוצר הנאמנות. אבל הוא מתייחס רק לשיפוי על נזקי גוף[110], ואילו כאן השאלה היא על נזק ממוני שנגרם לנאמן.

אשר לאחריותו המוסרית של יוצר הנאמנות, אפשר ללמוד שקיימת כאן אחריות כזאת מדברי התלמוד שהבאנו לעיל[111], המטיל על דוד המלך אחריות מוסרית למותו של שאול, אף על פי ששאול נענש על חטאו של עצמו, וזאת משום שלולא מעשהו של דוד, לא היה שאול חוטא. מכאן שאף שהנאמן נהג שלא כדין, בכל זאת מוטלת אחריות מוסרית על יוצר הנאמנות, כיוון שלולא מעשיו לא היה הנאמן עושה את מה שעשה[112]. אולם נראה שאף ר' יחיאל יעקב ויינברג[113] שהפך אחריות מוסרית זו לאחריות משפטית, יסכים שבנידוננו, שהאחריות המוסרית מצומצמת מאוד, אין להטיל אחריות משפטית בגינה.

כל זה אמור לגבי נזק שהזיק הנאמן בלי הצדקה. אבל אם הנאמן גרם נזק לצד ג' במסגרת מילוי תפקידו, באופן שהדבר היה הכרחי כדי שיוכל למלא את תפקידו, וחויב לשלם עליו פיצויים, נראה שיש לראות פיצויים אלו כהוצאות של הנאמן שהוציא לשם מילוי תפקידו, ויוצר הנאמנות חייב לשפות אותו עליהם.

פרק שישי

"הוצאות סבירות"

א. מבוא

זכותו של נאמן לשיפוי על הוצאותיו מוגבלת ל"הוצאות סבירות". לפי כרם, משמעות הביטוי היא ש"על ההוצאות להיות סבירות, הן מבחינת סוגן הן מבחינת שיעורן"[114]. לכן, אם ניתן לעשות פעולה בהוצאה נמוכה יחסית, אך הנאמן בחר לעשות את הפעולה בדרך אחרת, שעלותה גבוהה יותר, הוא לא יהיה זכאי לשיפוי בגובה ההוצאה שבה נשא בפועל, אלא בגובה ההוצאה הנמוכה בלבד.

[109] לעיל, ליד ציון הערה 93.

[110] כאמור לעיל, ליד ציון הערה 96.

[111] לעיל, ליד ציון הערה 100.

[112] ראה: שו"ת חתם סופר שצוין לעיל, הערה 101, ד"ה ובעובדא דמהר"ם; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק א, סימן קעב, בשאלת חיוב כפרה במי שגרם למותו של אחר, במצב שגם ההרוג היה שותף לגרימת המוות.

[113] לעיל, ליד ציון הערה 103.

[114] כרם, סעיף 171, עמ' 375.

משום כך, למשל, בתי המשפט נמנעו מלהכיר בשכר טרחת עורך דין כהוצאה סבירה, אם הנאמן עצמו הוא עורך דין ויכול לבצע בעצמו את הפעולה שלשם ביצועה שכר את שירותיו של עורך הדין[115].

במקרה אחר, שנאמן שכר את שירותיו של עורך דין לשם הפחתת מס שהוטל על נכסי הנאמנות, ובמקביל שכר את שירותיהם של יועץ מס ורואה חשבון, לא הכיר בית המשפט בשכר טרחת עורך הדין כהוצאה סבירה, משום שלא השתכנע שנחוץ היה לשכור את שירותי עורך הדין לאחר שנשכרו כבר שירותיהם של יועץ המס ורואה החשבון[116].

במשפט העברי, כפי שניווכח להלן, קיימים שלושה מבחנים להגדרת סבירותן של ההוצאות: מבחן הנוהג המקובל, מבחן חיוניות ההוצאה ומבחן כדאיות ההוצאה.

בהקשר זה עולה גם שאלה ראייתית, במקום שיש טענות שונות בדבר גובה ההוצאות או בדבר עצם קיומן. בכך נדון בנספח לסעיף זה.

ב. המבחנים לבחינת סבירותה של הוצאה

(1) מבחן הנוהג המקובל

הרמ"א קובע[117]: "מי שצוה לאחד שיתעסק לו באיזה דבר, והוא הוציא עליו הוצאות, אם הוציא עליו יותר מן הרגילות להוציא על עסק כזה — אין צריך להחזיר, דלא אסיק אדעתיה [=שלא העלה על דעתו] שיוציא כל כך. אבל אם לא הוציא יותר מן הרגילות, חייב לשלם לו".

הרמ"א דן בסוג של נאמן, שהתבקש לעסוק בדבר כלשהו עבור זולתו, והוא מבחין בין הוצאות מקובלות לבין הוצאות מעבר למקובל. על הוצאות מעבר למקובל קובע הרמ"א שהנאמן אינו זכאי לשיפוי, משום ש"לא אסיק אדעתיה שיוציא כל כך". הסבר זה מבוסס על ההנחה שקיים מעין הסכם בין יוצר הנאמנות לנאמן, לפיו ישא היוצר בכל הוצאה שיוציא הנאמן במסגרת מילוי תפקידיו, אולם הסכם זה מוגבל רק לסכום ההוצאות שמקובל להוציא לשם מילוי תפקידיו של הנאמן[118].

(2) מבחן חיוניות ההוצאה

כשם שיש להניח שההסכמה לשפות את הנאמן אינה כוללת הסכמה לשפותו על הוצאות גבוהות מן המקובל, כך גם יש להניח שאין בדעת יוצר הנאמנות לשפות את הנאמן על הוצאה שאינה חיונית.

[115] ע"א 153/77 אלואשוילי נ' סמואל, פ"ד לב(1) 627, בעמ' 638.

[116] ת"א (ת"א) 181894/02 גלעדי רות נ' אקולין שיקום נזקים 1994 בע"מ (לא פורסם), בסעיף 41 לפסק הדין.

[117] רמ"א, חו"מ, סימן קפב, סעיף ג. מקורו בשו"ת מהרי"ק, שורש י, ענף יב.
שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן ס (ד"ה והנה מפני), כותב שגם אם תפס הנאמן מנכסי הנאמנות לשם שיפוי על הוצאותיו סך שהוא גדול מן הסך שמקובל להוציא עבור הפעולות שעשה, מוציאים ממנו מה שתפס. הוא דן בראש הקהל שהוציא הוצאות לצורך הקהל.

[118] דוגמה נוספת למבחן זה נמצא בתקנות הקהל. בקהילות מסוימות היה מקובל למנות ועדת ביקורת ("בעלי סכומות") לנאמני הקהל, ובתקנות הקהל נקבע שעד סך מסוים רשאים הנאמנים להוציא בלי ליידע תחילה את הוועדה, אך אם הם נדרשים להוציא הוצאות מעבר לסך זה, עליהם ליידע תחילה את ועדת הביקורת. ראה שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן לז; שו"ת חתם סופר, שם.

מבחן זה משמש בדיני השומרים. השומר זכאי לשיפוי על הוצאות הכרוכות במילוי תפקידיו, אך אין הוא זכאי לשיפוי על הוצאות שמהן יכול היה להימנע[119].

כך למשל, שומר שעושה חלק מחובות השמירה על ידי פועלים שהוא שוכר, זכאי לשיפוי רק על ההוצאות שנדרשו לו לשם שכירת הפועלים שביצעו עבודות שאין דרכו של השומר עצמו לבצען מחמת גילו, מעמדו, כישוריו וכדומה. בנסיבות אלה, יש להניח שבעל הנכס היה מודע לכך שהשומר יבצע את חובתו באמצעות פועלים, והסכים לשפות את השומר על ההוצאות שיידרשו לו לשם שכירתם. אולם אם שכר השומר פועלים לשם ביצוע מלאכה שמקובל שהשומר מבצע אותה בעצמו והיא מתאימה למעמדו ולכישוריו, יש להניח שבעל הנכס מעולם לא הסכים לשאת בהוצאות הדרושות לשם שכירת פועלים לביצוע מלאכה זו, ולכן לא יהיה השומר זכאי לשיפוי[120].

כמו כן, גם אם ההוצאה עצמה היתה הכרחית, הרי אם הייתה מופרזת וניתן היה להשיג אותן תוצאות בהוצאות נמוכות מאלו שהוציא השומר, הוא זכאי לשיפוי רק לפי הערך הנמוך של ההוצאות[121].

ניתן ללמוד מדיני שומר, שנאמן אינו זכאי לשיפוי על הוצאותיו אם היה יכול להשיג את המטרה בלי הוצאות או בהוצאות בסכום נמוך יותר.

(3) מבחן כדאיות ההוצאה

מבחן כדאיות ההוצאה הוא ברור מאליו. נאמן המוציא על שמירת נכס הנאמנות הוצאות הגבוהות מערכו של הנכס, פועל בחוסר סבירות מוחלט. יש להניח שיוצר הנאמנות מעולם לא קיבל על עצמו, לא במפורש ולא מכללא, לשפות את הנאמן על הוצאות כאלו.

מבחן זה משמש בדיני השומרים. השומר נדרש לעיתים לשלם מכיסו עבור הוצאות שונות לשם שמירת הנכס שהופקד בידיו, ועל הוצאות אלו זכאי השומר לשיפוי. אולם אין השומר זכאי לשיפוי על הוצאות העולות על ערך הנכס שהופקד בידיו[122].

קביעה זו מבוססת על ההנחה שבעל הנכס הסכים לשפות את השומר על כל הוצאה הנדרשת לשם שמירת הנכס, ובלבד שערכה אינו עולה על ערך הנכס. לכן, אין יסוד לחייב את בעליו של הנכס לשפות את השומר על הוצאה שערכה רב מערכו של הנכס[123].

אבל ייתכנו נסיבות שבהן ניתן לשער שהמפקיד מוכן לשפות את השומר על כל הוצאה נדרשת, אף שהיא גבוהה מערכו האובייקטיבי של הנכס, מחמת ערכו (הסובייקטיבי) של הנכס לבעליו. בנסיבות אלו, זכות השומר לשיפוי לא תוגבל לערכו האובייקטיבי של הנכס[124].

אולם נאמן שהוציא הוצאות לשם השבחת נכסי הנאמנות, ובפועל השביחו הנכסים פחות

[119] רמ"ך, בשיטה מקובצת, בבא מציעא צג ע"ב; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שיג. ראה על כך בהרחבה בחוק לישראל, שומרים, עמ' 486-487.

[120] שו"ת הרדב"ז, שם.

[121] רמ"ך, שם; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שפח.

[122] בבא מציעא צג ע"ב. כך פסקו: שו"ת הרא"ש, כלל צה, סימן ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שג, סעיף ח; שו"ת בני יעקב, סימן ה (קצד ע"ב). ראה על כך בהרחבה בחוק לישראל, שומרים, עמ' 485-486.

[123] לטעם הדבר, ראה חוק לישראל, שם, הערה 37.

[124] ראה על כך חוק לישראל שם, עמ' 485-486.

מסכום ההוצאות, זכאי לשיפוי על כל הוצאותיו, אם אמנם מראש היה סיכוי סביר שההוצאות יניבו שבח הגדול מהן, מפני שלא היה יכול לדעת שהשבח יהיה קטן מן ההוצאות[125].

ג. מנהג שזכות השיפוי הוא בסכום קצוב

בוונציה נהג השלטון לקבוע סכום קבוע ("טעריפה") כשיפוי לסוכן המסחרי ("פאטור")[126] על הוצאותיו, ללא צורך בהוכחת גובה ההוצאות. הסוכן היה מקבל את הסכום הקבוע בין אם בפועל הוציא יותר ובין אם בפועל הוציא פחות. הסדר זה היה נוח גם לסוכנים, שנפטרו מן הצורך להוכיח את גובה הוצאותיהם, וגם לסוחרים, שהיו מודעים מראש לגובה ההוצאות שיהיה עליהם לשלם לסוכן והיו בטוחים שהסוכן לא יפריז בהוצאותיו. הסדר זה עורר את השאלה: האם ההסדר תקף גם לפי ההלכה היהודית, או שמא "צריכים היהודים לדקדק בהוצאות כפי מה שמוציאים, אם מעט ואם הרבה"[127]?

ר' יאשיהו פינטו קובע בעניין זה, שאף אם תעריף ההוצאות הקבוע אינו מחייב מכוח "דינא דמלכותא", יש לו תוקף על פי ההלכה, משום שבענייני ממונות הולכים לפי מנהג המדינה, ואם נהוג לשפות את הנאמן על הוצאותיו לפי תעריף קבוע, הרי ש"אין בזה צד גזל כלל. ומה גם כיון שיש קצת הוצאות שמרוויחים בעלי הממון על פי הקצבה של הטעריפה, אע"פ שבקצת הוצאות היה יותר תועלת לדקדק ביציאה כמה היא, בודאי מחלו הבעלים בזה, שהרי זה כנגד זה[128]".

מדבריו אנו למדים, שאם יש מנהג שלפיו גובה השיפוי של נאמן הוא בתעריף קבוע, יש לכך תוקף הלכתי לעניין זכות הנאמן להחזר הוצאותיו.

[125] כך עולה מהשוואת דין זה בשומר לדין יורד ברשות: פתחי חושן, פקדון ושאלה, פרק ג, הערה טו, הקשה על הדין ששומר אינו מקבל שיפוי על הוצאות העולות על ערך הנכס, הרי כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 48, היורד לשדה חברו ברשות זכאי לשיפוי על הוצאותיו אף אם הן עולות על ערך השבח שהשיג? הוא מעלה אפשרות ליישב שאינו נחשב כיורד ברשות לגבי כל הוצאה שהיא מעבר לשווי הנכס; אבל תירוץ זה קשה, שהרי באותה מידה ניתן לומר שכל יורד ברשות לא ייחשב יורד ברשות לגבי ההוצאה העולה על השבח, ובכל זאת הוא מקבל את כל הוצאותיו! ונראה לתרץ, שההלכה שיורד ברשות מקבל הוצאה מעבר לשבח, אמורה במי שלא ידע מראש שהוצאותיו יהיו גבוהות מערך השבח שישיג מכוחן, אלא רק בדיעבד התברר שזה המצב. אבל אם המשביח יכול היה לדעת מראש שהשבח יהיה נמוך מן ההוצאות, יש להניח שבעל הנכס לא היה מוכן להניח לו להשביח את נכסיו במחיר זה, ולפיכך דינו כיורד שלא ברשות לשדה שאינה עשויה ליטע, שידו על התחתונה, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 73, דהיינו שהוא זכאי לקבל את הערך הנמוך שבין הוצאותיו והשבח שנגרם בזכותן. ובמקביל לזה, שומר שהוציא מעבר לערך הנכס אינו זכאי להשבת הוצאותיו המיותרות מפני שכבר כשהוציא אותן ידע שהן עולות על ערך הנכס; ואכן אם לא ידע זאת, הוא זכאי להשבה. וכך פוסק שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פג, ששומר שהוציא פעמים אחדות הוצאות שונות לשם שמירת הנכס, ולבסוף התברר שערך כלל ההוצאות עולה על ערך הנכס, זכאי להשבת כל הוצאותיו. בדומה לזה, כתב חזון איש, חו"מ, סימן א, ס"ק כד, שמורשה שהוציא כמה פעמים הוצאות קטנות לצורך התביעה, ולבסוף התברר שצירופן עולה על ערך התביעה, זכאי להשבת כל הוצאותיו.

[126] ראה סעיף 2, פרק שלישי, ב (5), שפאטור הוא סוג של נאמן.

[127] שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן צז.

[128] כלומר, כנגד ההפסד של בעל הסחורה, היה סיכוי שירוויח אם הסוכן הוציא הוצאות העולות על הסך הקצוב.

ד. ערכם של חומרים שרכש הנאמן מכספו

ר׳ משה כלפון הכהן נשאל[129] כיצד יחושב השיפוי במקרה שהמשביח את נכסי הזולת עשה שימוש בחומרים שרכש מכספו להשבחת הנכסים, וערך החומרים עלה. האם הנאמן יהיה זכאי במקרה זה לשיפוי לפי ערך החומרים עתה, או שמא הוא יהיה זכאי לשיפוי לפי ערך החומרים בשעת הרכישה? מסקנתו היא שלעניין זה יש להבחין בין מי שהשביח את נכסי הזולת ברשות לבין מי שהשביח אותם שלא ברשות. אם ההשבחה נעשתה שלא ברשות, שאז יכול המשביח לומר ״אני נוטל את עצַי ואת אבנַי״[130], נמצא שהחומרים שנרכשו הם עדיין של המשביח, ואם כן, החומרים התייקרו ברשות המשביח, והשיפוי ייקבע לפי מחיר החומרים כעת. לעומת זאת, אם ההשבחה נעשתה ברשות, הרי אין המשביח יכול לומר ״אני נוטל את עצַי ואת אבנַי״[131], ולכן הם שייכים לבעל הנכס, ולכן ״ברשות הבעלים נתייקרו״ ואין הנאמן זכאי לשיפוי אלא לפי ערכם בעת הרכישה.

נראה שאותה הבחנה תהיה במצב שערך החומרים ירד: יורד ברשות יקבל לפי ערכם הראשוני, ואילו יורד שלא ברשות יקבל לפי ערכם הנוכחי.

מאחר שהנאמן הוא יורד ברשות, עולה מדברי ר׳ משה כלפון הכהן שאם רכש הנאמן מכספו חומרים לטובת הנאמנות, והחומרים התייקרו או הוזלו, הוא זכאי לשיפוי בהתאם למחיר החומרים בעת הרכישה, ולא בהתאם למחירם כעת.

פרק שביעי

החזר שכר והוצאות — ״להחזיר לעצמו... מנכסי הנאמנות״

א. עמדת החוק

לנאמן עומדת הזכות להחזיר לעצמו מנכסי הנאמנות את השכר או את ההוצאות שהוא זכאי להן, אם לא נקבעה בתנאי הנאמנות דרך אחרת לתשלום שכר הנאמן והוצאותיו, ובלבד שזכותו לא הותנתה בהתקיימותם של תנאים מסוימים שטרם התמלאו[132].

סמכות הנאמן להחזיר לעצמו שכר או הוצאות עלולה לסכל את הגשמת מטרותיה של הנאמנות או לגרום הפסד לנכסי הנאמנות. כך למשל, נאמן המבקש להחזיר לעצמו הוצאות באמצעות מכירת מקרקעי נאמנות, עלול למנוע את הגשמת מטרותיה של הנאמנות אם המקרקעין דרושים לשם הגשמת מטרות אלה. כמו כן, מכירת המקרקעין בנסיבות אלה עלולה להיעשות בחופזה, כדי שהנאמן יוכל להחזיר לעצמו את המגיע לו במהירות, והדבר עלול להביא לכך שהתמורה שתתקבל תהיה נמוכה מזו שהייתה מתקבלת אילו נמכרו המקרקעין

[129] שו״ת שואל ונשאל, חלק ה, חו״מ, סימן צא.
[130] שולחן ערוך, חו״מ, סימן שעה, סעיף ו.
[131] שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן קנא; אנציקלופדיה תלמודית, ערך יורד לנכסי חברו, כרך כג, עמ׳ תצט, ליד ציון הערה 885.
[132] כרם, סעיף 180, הערה 392.

בנסיבות אחרות. על אף סיכונים אלו, החוק מעניק לנאמן סמכות להחזיר לעצמו שכר או הוצאות מנכסי הנאמנות[133].

ב. עמדת המשפט העברי

הרמב"ן כותב[134], שאפוטרופוס שלווה לצורך יתומים, יכול למכור מנכסי היתומים כדי לפרוע את החוב, וזאת אף שבדרך כלל אין מוכרים נכסי יתומים כדי לפרוע חוב המוטל עליהם. נימוקו הוא, שהדבר פועל לטובת היתומים, מפני שבגלל אפשרות פרעון זו, יטפל האפוטרופוס בצרכי היתומים גם על ידי נטילת הלוואות, ולא יחשוש שיצטרך להחזיר את ההלוואה מממונו. מדבריו אפשר ללמוד שאפוטרופוס שהוציא הוצאות, יכול לגבותן מנכסי היתומים[135].

כך עולה גם מדינו של "גדול האחים" (שהוא סוג של נאמן), הרשאי להשתמש בנכסי העיזבון כדי לקנות ביגוד הדרוש לו לצורך קידום ענייני העיזבון[136]. כמו שנאמן רשאי להשתמש בנכסי הנאמנות לצורך מילוי תפקידו, כך הדעת נותנת, שאם הוציא מכספו לצורך זה, הוא זכאי להחזר מנכסי הנאמנות.

מקורות נוספים לזכות זו עניינם נאמנות על הקדש ציבורי: הראבי"ה[137] כותב שגבאי צדקה שלקח הלוואה כדי לתת צדקה לעניים, כשלא היה כסף בקופה, ואחר כך נכנס כסף לקופה, רשאי ליטול מן הקופה כדי לפרוע את ההלוואה שלקח, ואינו צריך לבקש רשות לכך מן הקהל. נימוקו הוא, שאף העניים מעוניינים בכך, שהרי אם הגבאי ייאלץ לבקש רשות, יש חשש שיימנע מלקחת הלוואות לצורך הצדקה.

מהר"ם מרוטנבורג[138] מעיד שהמנהג במקומו הוא שגבאי הצדקה "לפעמים מלווים משלהם עד שיהא בכיס [של הצדקה], ואז הן פורעים לעצמן". הוא מטעים זאת בכך, שהיסוד המשפטי לסמכות הגבאי להיפרע מנכסי הצדקה הוא שהציבור (שכספי הצדקה הם כספיו) ממנה את הגבאים על דעת שהם יוכלו לגבות את הוצאותיהם מכספי הצדקה.

מהרי"ט פוסק אף הוא שאפוטרופוס על נכסי הקדש רשאי למכור מנכסי ההקדש כדי להשיג

[133] שם, עמ' 392-393.

[134] חידושי הרמב"ן, כתובות ק ע"ב (הובא בראש, כתובות, פרק יא, סימן כד). וכך פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן קט, סעיף ד, וסימן קי, סעיף ח.
הרא"ש שם מביא שהר"י חולק על הרמב"ן, בנימוק שאי אפשר לתבוע קטן בדין, מפני שאין מביאים עדים שיעידו נגדו. הר"י מסכים שאם היתומים גדולים, אפשר לגבות את החוב מנכסיהם.

[135] כך הבין שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן א, שלומד מדברי הרמב"ן שאפוטרופוס של הקדש שהוציא הוצאות משלו למען ההקדש, יכול למכור מנכסי ההקדש כדי להשיב לעצמו את הוצאותיו.
גם אם נאמר שאין לנאמן זכות עצמית לגבות מנכסי הנאמנות, הרי אם יתפוס מהם, תועיל תפיסתו, ככל אדם התופס נכסים (מיטלטלין) ממי שחייב לו; אלא שנחלקו הפוסקים האם הדבר מותר לכתחילה. עיין רמ"א, חו"מ, סימן ד, סעיף א.

[136] ראה לעיל, ליד ציון הערה 60.

[137] ראבי"ה, מובא באור זרוע, הלכות צדקה, סימן נז, במרדכי, גיטין, סימן שסב, ובהגהות מרדכי, בבא בתרא, סימן תרנז, ומשם בבית יוסף, יו"ד, סימן רנז (עמ' סו במהד' הטור השלם), ובדרכי משה, יו"ד, סימן רנ, ס"ק א. וכך פסק שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנז, סעיף ה.
אבל ראבי"ה מציין שיש דעה חולקת, המחייבת את הגבאי ליטול רשות מהקהל לפני שיטול מנכסי צדקה. בעניין זה עיין ארץ חיים (סתהון), יו"ד, סימן רנז, סעיף ה (עמ' 173).

[138] שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן אלף יב (הובא במרדכי, בבא בתרא, סימן תפט).

כסף לטיפול בנכסי ההקדש, ואם השקיע כסף משלו לצורך זה, הוא זכאי למכור מנכסי ההקדש כדי להשיב לעצמו את מה שהוציא[139]. נימוקו הוא, שאם לא יוכל אפוטרופוס לעשות כן, הוא יימנע מעשיית פעולות הדרושות להקדש.

כך פסק גם ר' יום טוב צהלון, שהוסיף[140] שגם אם יש לו אפשרות לגבות את חובו לשיעורין מפירות נכסי הנאמנות, "הדבר ברור שאם אינו רוצה להמתין, אין לכוף אותו", אלא מותר לו למכור מנכסי ההקדש ולגבות מהתמורה[141].

פרק שמיני

סיכום

החוק קובע שנאמן אינו זכאי לשכר. במהלך הדיון נוכחנו לדעת שלעניין זכות הנאמן לשכר קיים הבדל עקרוני בין עמדת החוק הישראלי לעמדת המשפט העברי. בעוד שלפי החוק הישראלי הנאמן בנאמנות הפרטית אינו זכאי לשכר, הרי שלפי המשפט העברי הנאמן זכאי לשכר, וזאת מכוחה של חזקה משפטית שאין אדם פועל לשמירת עניינו של הזולת בחינם.

עם זאת, ייתכנו נסיבות שבהן נניח שהנאמן מחל על זכותו לקבל שכר. כך למשל, ההנחה היא שאח המטפל בנכסי אֶחָיו מוחל על זכותו לקבל מהם שכר טרחה. אף שיהוי בהגשת התביעה לתשלום השכר עשוי בנסיבות המתאימות להעיד על כך שהנאמן מחל על זכותו לקבל שכר על טרחתו.

בשונה מן הנאמן בנאמנות הפרטית, הנאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות אינו זכאי לשכר מן הסתם, אלא אם הוסכם במפורש שיקבל שכר, וגם זאת במגבלות מסוימות.

החוק מסמיך את בית המשפט להקציב לנאמן שכר בשעת הצורך. לפי המשפט העברי, בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, רשאי בית הדין להקציב לנאמן שכר אף אם לא הוסכם מראש שהוא זכאי לשכר, ובלבד שיוצר הנאמנות הסמיך את הציבור או את נציגיו לפקח על ניהולה של הנאמנות ובית הדין נוכח לדעת שהקצבת השכר תשרת את הגשמת מטרותיה של הנאמנות.

הנאמן זכאי לשיפוי על הוצאותיו. אבל נאמן המקבל שכר, לפי המשפט העברי, אינו זכאי לשיפוי על הוצאותיו, מפני שרואים את שכרו כמגלם בתוכו גם את השיפוי על הוצאותיו, חוץ מהוצאות בלתי צפויות, שעליהן הוא זכאי לשיפוי בנפרד משכרו. עם זאת, תיתכנה נסיבות שבהן נניח שהנאמן מחל על זכות השיפוי. כך למשל, אם הנאמן הוא קרוב של הנהנה והוא אדם אמיד והוצאותיו אינן גבוהות במיוחד, ומקובל שאנשים במעמדו מוכנים לשאת מכיסם בהוצאות מעין אלו עבור קרוביהם, יש להניח שהוא ויתר על זכות השיפוי.

[139] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן א.

[140] שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן צו.

[141] מהרי"ט שם נשאל אותה שאלה שהופנתה למהריט"ץ, והוא אינו מתייחס כלל לאפשרות לגבות מן הפירות (אף שאפשרות זו נזכרה בשאלה), מפני שפשוט לו שיש לאפוטרופוס זכות למכור את נכסי ההקדש לצורך זה.

אף בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, לדעת רוב הפוסקים, אין להניח שהנאמן מחל על זכות השיפוי בשל רצונו להיות שותף בהגשמת מטרותיה של הנאמנות.

אם הנאמן משביח את נכסי הנאמנות בדרך האסורה לפי תנאי הנאמנות, אינו זכאי להשבת הוצאותיו.

נאמן אינו זכאי לשיפוי על אובדן הכנסה שהיה יכול להשתכר מעבר לשכר שמקובל לשלם על סוג הפעולה שהוא עשה (ששכר זה הוא זכאי לקבל, כאמור). אבל הוא זכאי לפיצוי על אבדן רווחים מכספים או מנכסים שהשתמש בהם לצרכי הנאמנות.

נאמן זכאי לפיצוי על נזקים שנגרמו לו עקב מילוי תפקידיו, אבל לא על הפסדים שנגרמו לו מחמת אחריותו לנזקי צד ג׳, שהזיק להם שלא כדין וחויב לפצותם.

אשר לגובה ההוצאות שהוא זכאי לשיפוי עבורן, עמדנו על שלושה מבחנים עיקריים: מבחן הנוהג המקובל, מבחן חיוניות ההוצאה ומבחן הרווח וההפסד.

משמעותו של מבחן הנוהג המקובל היא שקיים גובה מקובל של הוצאות עבור ביצוע פעולה, ואם הוציא הנאמן יותר מכך, אינו זכאי לשיפוי, שהרי אין להניח שיוצר הנאמנות הסכים לשפות את הנאמן על הוצאתו החריגה.

משמעותו של מבחן חיוניות ההוצאה היא שאם ההוצאה שימשה לשם ביצוע פעולה שאינה חיונית, או שהנאמן יכול היה לבצעה בעצמו ותחת זאת שכר בעלי מלאכה שיבצעוה, אינו זכאי לפיצוי עליה. כמו כן, אם היה יכול להשיג אותן תוצאות בהוצאות נמוכות יותר, הוא זכאי לפיצוי רק לפי הסכום הנמוך.

מבחן כדאיות ההוצאה קובע שאם נכסי הנאמנות היו בסכנה, והנאמן הוציא הוצאות מעבר לערכם כדי להצילם, אינו זכאי לשיפוי על ההפרש. אבל אם הוציא הוצאות להשבחת הנכס, והיה סיכוי סביר שההשבחה תניב רווח לנאמנות מעל לסכום ההוצאות, הוא זכאי להשבת כל הוצאתיו אף אם בפועל הרווח לנאמנות היה נמוך יותר.

אם המנהג הוא שנאמן מקבל שיפוי קצוב על הוצאותיו, במנותק מגובה ההוצאות בפועל, יש תוקף למנהג.

אם רכש הנאמן חומרים לצורך השבחת נכסי הנאמנות, וערכם של החומרים בשוק עלה או ירד, יזכה הנאמן לשיפוי לפי ערך ההוצאה שהוציא בפועל, ולא לפי ערך החומרים עתה.

כמו לפי החוק, כך גם לפי המשפט העברי, רשאי הנאמן ״להחזיר לעצמו את שכרו ואת הוצאותיו הסבירות מנכסי הנאמנות״, ואין דורשים ממנו לעכב את החזר שכרו והוצאותיו ולהיפרע לשיעורים מפירות נכסי הנאמנות.

פרק תשיעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

שכר והוצאות

8. (א) נאמן בנאמנות פרטית זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו, ובית המשפט רשאי לקבוע את גובה השכר המגיע לנאמן.

(ב) נאמן בנאמנות למטרות צדקה ובהקדש ציבורי אינו זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו, אולם רשאי יוצר הנאמנות להקציב לו שכר אם ראה שהדבר

דרוש לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות או של ההקדש, אלא אם כן העביר לנציגי הציבור את סמכותו להקציב שכר לנאמן.

(ג) אם לא הקציב יוצר הנאמנות שכר כאמור בסעיף קטן (ב), או שהעביר את סמכותו להקציב את שכר הנאמן לידי נציגי הציבור, רשאי בית המשפט להקציב שכר לנאמן אם ראה שהדבר דרוש לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות או של ההקדש.

(ד) בנסיבות שבסעיף קטן (ג), רשאי שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע הוראות לעניין שכר, גמול והחזר הוצאות שישולמו לפי סעיף זה לנאמן של הקדש ציבורי כהגדרתו בסעיף 26, לרבות הגבלות לעניין תשלומים כאמור; הוראות כאמור בסעיף קטן זה יכול שייקבעו לסוגי הקדש ציבורי.

(ה) נאמן שאינו מקבל שכר זכאי לשיפוי על הוצאות סבירות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר ועל נזקים שנגרמו לו עקב מילוי תפקידיו, זולת אם לפי נסיבות העניין יש להניח שהוא מחל על זכות זו.

(ו) נאמן רשאי להחזיר לעצמו את שכרו והוצאותיו מנכסי הנאמנות.

נספח

כיצד יוכיח הנאמן את הוצאותיו ואת שיעורן?

א. מבוא

לצד דיוננו על זכות נאמן לפיצוי על הוצאות שהוציא במסגרת מילוי תפקידו, מתעוררת שאלה ראייתית, במצב שיש חילוקי דעות בדבר קיום ההוצאות או בשאלת גובה ההוצאות: האם הנאמן יהא "נאמן" על כל טענותיו בעניין ההוצאות שהוציא למילוי תפקידו, או שמא דינו של הנאמן כדין כל אדם אחר, והוא יידרש להוכיח את גובה הוצאותיו באותה דרך שבה נדרש כל אדם להוכיח את גובה ההוצאות שהוציא לשם שמירת עניינו של הזולת?

ב. הוכחת עשיית הפעולה

כלל הוא במשפט העברי שחזקה על שליח שהוא עושה שליחותו[142]. משום כך, כל מי שהתבקש לעשות שליחות מסוימת, גם אם לא ידוע אם הוא עשה אותה, תתקבל טענתו שהוא ביצע את הפעולה, ולפיכך הוא זכאי לשיפוי. כך למשל פסק השולחן ערוך[143] שמעביד שביקש

[142] עירובין לא ע"ב. וראה בהרחבה: חוק לישראל, שליחות, בנספח לסעיף 8.

[143] שולחן ערוך, חו"מ, סימן צא, סעיף ב, בעקבות רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק טז, הלכה ה. כך פסק גם ספר התרומות, שער כט, חלק ב, אות ב, ונימק שהמעביד אינו טוען בוודאות שהחנווני לא פרע, אלא הוא טוען טענת "שמא" (שהרי בדרך כלל אינו יכול לדעת מה עשה החנווני; וכך גם בעניין נאמן, שבעל דינו בדרך כלל אינו יודע אם הוציא אם לאו), ואין חיוב להישבע מול טענת שמא. ושם, אות ו, הביא שר' יוסף אבן פלאט (דבריו הובאו גם בש"ך, חו"מ, סימן צא, ס"ק יב, שהסכים עמו) הוסיף

מחנווני שיתן לפועל שלו את שכרו, ולאחר מכן מת הפועל, החנווני נאמן לטעון ששילם את שכר הפועל, ובעקבות זה חייב המעביד לשפותו בגובה שכרו של הפועל.

אולם, לדעת פוסקים אחרים[144], על החנווני להישבע ששילם לפועלים, ואם לא יישבע, לא יוכל לקבל את השכר שלטענתו שילם לפועלים. כך פסק גם הרמ"א[145].

אם כן, אם טוען הנאמן שביצע פעולה מסוימת, שהיא אחת מן החובות המוטלות עליו מתוקף תפקידו, לדעת השולחן ערוך תתקבל טענתו, והוא יהיה זכאי לשיפוי עבור ההוצאות שמקובל להוציא עבור פעולה זו, ואילו לדעת הרמ"א, יהא עליו להוכיח, על ידי שבועה או בכל דרך מקובלת אחרת, שהוא ביצע את הפעולה.

כמובן, אם מדובר בפעולה שאינה במסגרת חובותיו, אלא שהוא עשה אותה משום שראה בכך את טובת הנאמנות, עליו להוכיח שעשה את הפעולה, גם לפי השולחן ערוך, שהרי כאן אין מקום לחזקה ששליח עושה את שליחותו[146].

אבל במקום שמנהג הגבאים הוא שאינם מוציאים שום הוצאה אלא בפני סופר הקהל או בפני אחד מנאמני הקהל, גבאי שלא נהג כך אינו נאמן לומר שהוציא הוצאות, וזאת אף אם יישבע על כך[147].

ג. הוכחת שיעור ההוצאות בנאמנות פרטית

הרי"ף פוסק[148] שמי שהוציא הוצאות להשבחת נכסי הזולת, ותובע מזולתו שיפוי על הוצאותיו, ייקבע גובה ההוצאות על ידי שומת בית דין. לעומתו, הרמב"ם סבור[149] שהוצאות היורד לשדה חברו ייקבעו על פי שבועתו על גובה הוצאותיו: "אינו נוטל כלום עד שישבע בנקיטת חפץ

לנמק שאף שבדרך כלל, בברי ושמא, הנתבע נשבע ונפטר, כאן החנווני נוטל בלי שבועה בגלל חזקת שליח עושה שליחותו. וראה גם שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ג, סימן ב.

144 ראה: חידושי הרמב"ן, שבועות מד ע"ב, ד"ה ואי; ר"ן על הרי"ף, שבועות ל ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה ושמעינן; ר"ן על הרי"ף, קידושין יח ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה וה"מ; טור, חו"מ, סימן צא, סעיף ב, בשם הרמ"ה.

145 רמ"א, חו"מ, סימן צא, סעיף ב. נראה שהסיבה ששיטה זו אינה מתחשבת בחזקה ששליח עושה שליחותו, היא שלדעתה, חזקה זו אמורה רק במקום שקיום השליחות אינו מותנה בצד שלישי, ואילו כאן, החנווני נדרש לשלם לפועלים לפי דרישתם, ולא לחזור אחריהם כדי לשלם להם, וייתכן שהפועלים לא ביקשו מן החנווני את שכרם.

מגיד משנה, על הרמב"ם שם, מביא דעה ששליח רגיל שנתבקש למסור כסף למישהו, אינו נאמן לומר שעשה את שליחותו, גם אם יישבע על כך, אלא הוא צריך להביא ראיה לדבריו, ודווקא בחנווני תיקנו חכמים להאמין לשבועתו. ראה על כך בהערה 161. ועיין שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן צה, שהתקשה בדבריו.

146 כך עולה מדברי ר' יוסף אבן פלאט (לעיל, הערה 143), שהסביר שבעל שהוציא הוצאות על נכסי אשתו, צריך להישבע לפני שהוא יקבל פיצוי, מפני שאצלו אין קיימת החזקה הנ"ל.

147 שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן צה.

148 שו"ת הרי"ף, סימן קכא. כך פסק גם שו"ת הרשב"ש, סימן סז.

149 רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק י, הלכה י.

שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן צה, מוכיח מלשון הרמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק טז, הלכה ה, שכל מי שנתבקש על ידי זולתו לתת לאחר סכום מסוים, נאמן לומר שנתן, אם יישבע על כך.

על נאמנות בשבועה במקרה דומה, ראה שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תב.

כמה הוציא". אבל הרמב"ם מסכים שאם ירצה המשביח, הוא רשאי להימנע מן השבועה ולדרוש שגובה הוצאותיו יחושב על פי שומת בית דין[150].

השולחן ערוך[151] פוסק כדעתו של הרמב"ם, המאפשר למוציא הוצאות להשבחת נכסי הזולת להוכיח את גובה הוצאותיו בשבועה.

כך פסק גם מהרי"ק[152], ובעקבותיו פסק הרמ"א[153]: "מי שהוציא הוצאות על נכסי חברו ברשות חברו, ותובע ההוצאות, והנתבע אינו יודע [כמה], נשבע התובע ונוטל".

אבל השולחן ערוך[154] פוסק בעניין מעביד שביקש מחנווני לשלם שכר לפועליו: "אם לא נתן בעל הבית לחנווני קצבה כמה ייתן לפועליו, אלא אמר ליה: תן להם מה שצריכים, אם אין הפועלים לפנינו או מתו, החנווני נאמן לומר: כך וכך נתתי להם, ונוטל מבעל הבית בלא שבועה"[155].

150 כמובן, יש אפשרות שלישית: שיביא עדים וראיות על גובה הוצאותיו, ואז אינו צריך לא שבועה ולא שומת בית דין, כפי שכתב שו"ת תורת אמת, סימן מה.
אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק טז, הלכה ה (ד"ה אכן באמת), כותב שגם לדעת הרמב"ם, השבועה אינה מייתרת את הצורך בשומת בית דין, ובכל זאת משביעים אותו, שמא באמת הוציא פחות. דבריו קשים, שהרי הרמב"ם כותב כאמור שאם הוא רוצה, אינו חייב להישבע, אלא יכול להסתפק בשומת בית דין.
אפשר שמחלוקת הרי"ף והרמב"ם נובעת מסתירה לכאורה בין סוגיות התלמוד. בבבא מציעא קא ע"א, בעניין היורד לשדה חברו, נאמר "שמין לו", כלומר שחישוב ההוצאות ייעשה על פי שומה. מנגד, במשנה, כתובות, פרק ח, משנה ה (בבלי עט ע"ב) (ראה גם דעת בני כהנים גדולים במשנה שם, פרק יג, משנה ב; בבלי קז ע"ב) נאמר שבעל שהוציא הוצאות להשבחת נכסי אשתו ולא נהנה מהם, "יישבע כמה הוציא, וייטול". שיטת הרמב"ם מתיישבת עם המשנה בכתובות, והוא יסביר שהסוגיה בבבא מציעא הקובעת שחישוב ההוצאות ייעשה על פי שומה — דנה במי שאינו מעוניין להישבע על גובה הוצאותיו. לעומת זאת, לשיטת הרי"ף מתיישבת סוגיית בבא מציעא כמשמעותה הפשוטה; ואשר למשנה בכתובות, מסביר העיטור, חלוקת קרקעות, ליד אות קמז (כו ע"ד במהד' רמ"י), שדווקא בעל המוציא הוצאות על נכסי אשתו נאמן להצהיר על גובה הוצאותיו בשבועה, מפני שחכמים העניקו לבעל את הזכות ליהנות מפירות נכסי אשתו, ומכלל זכות זו נובעת גם הזכות להשקיע בגידול הפירות ולקבל שיפוי על הוצאותיו; מה שאין כן באדם אחר המבקש החזר הוצאות.
אפשר עוד להסביר את ייחודו של הבעל בכך שפעולותיו של הבעל בנכסי אשתו נעשות במשך תקופה ארוכה, וקשה לעמוד על כל הפעולות שנעשו ועל גובה ההוצאות שנדרשו לשם קיומן, ועל כן שומת בית דין לא תהיה מדויקת ויש להעדיף את שבועת הבעל; מה שאין כן ביורד לשדה חברו, שפעולותיו נעשות בזמן קצר וקל להעריך את גובה ההוצאות שנדרשו בגינן.

151 שולחן ערוך, חו"מ, סימן שעה, סעיף ח (הובא בשו"ת שואל ונשאל, חלק ה, חו"מ, סימן צא).

152 שו"ת מהרי"ק, שורש י, ענף יב, ושורש קעב.

153 רמ"א, חו"מ, סימן צא, סעיף ג.
שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן עח (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן צא, ס"ק ד), כותב שגם אם עבר זמן רב מאז ההוצאה, הוא נאמן בשבועה, אם ידוע שהוציא את הכסף; אבל אם אין זה ידוע, ואחרי כמה שנים הוא טוען שהוציא, אינו נאמן אף בשבועה, שהרי אם נאמין לאדם כזה בשבועה, "לא שבקת חיי לכל בריה". וראה לעיל, ליד ציון הערה 16, ששיהוי בהגשת התביעה יכול ללמד על מחילת הזכות.

154 שולחן ערוך, חו"מ, סימן צא, סעיף ז. מקורו בתשובת ר' יוסף אבן פלאט, בספר התרומות, שער כט, חלק ב, אות ז, וכך פסק טור, חו"מ, סימן צא, סעיף ט.

155 ר' יוסף אבן פלאט, שם, נימק שהיות שהמעביד אמר לחנווני לתת לפועל כמה שהוא צריך, חזקה שקיבל על עצמו וסמכה דעתו ועשה את שליחותו ונתן לפועל כמה שהפועל אמר לו. הוא מביא ראיה (ובעקבותיו ביאור הגר"א, חו"מ, סימן צא, ס"ק כג) שגם סכום שאינו קצוב, אם תלו אותו במה שיאמר אדם אחר

הפרשנים אומרים שהדין כך גם לדעה הרמ"א וסיעתו, שהובאו לעיל[156], הסבורים שרק אם החנווני יישבע ששילם לפועל, הוא נאמן על כך. המיוחד בנידוננו הוא שכאן ידוע שהחנווני שילם, והשאלה היא רק כמה שילם, ועל כך הוא נאמן בלי שבועה גם לדעת הרמ"א[157].

מדוע החנווני פטור מן השבועה בעוד המוציא הוצאות על נכסי חברו ברשות חייב שבועה?

הש"ך השיב על שאלה זו[158], תוך שהוא מבחין בין מי שפועל במילוי הוראה של הזולת לבין מי שפועל על דעת עצמו. כאשר פועל אדם במילוי הוראה של הזולת, קיימת חזקה ששליח עושה שליחותו, ואם כן ברור שהוא זכאי לשיפוי אלא שלא ידוע גובהו, ולעניין זה

(כאן — הפועל), נחשב כקצוב, מעבודה זרה עב ע"א (כמוסבר ברמב"ם, הלכות מכירה, פרק ח, הלכה ח), ששם נאמר שמי שקיבל על עצמו לשלם לפי שומת שלושה שמאים, נחשב שהתחייב לשלם סכום קצוב (עיין עבודה זרה שם, לנפקות מכך). נראה שביאור הגר"א מביא הסבר זה כדי לרמוז תירוץ לקושיית הש"ך (בסמוך), מה ההבדל בין מקרה זה לבין המקרים של הרמב"ם ומהרי"ק: שם אי אפשר להפעיל את חזקת "שליח עושה שליחותו" לגבי סכום ההוצאות, שהרי שם המשלח לא הגדיר כלל את סכום ההוצאות, שלא כמו כאן, שלפחות תלה את הסכום במה שיאמר הפועל, ודי בכך להיחשב דבר קצוב.

נתיבות המשפט, סימן צא, חידושים, ס"ק כ, מציע שני הסברים אחרים לכך שהחנווני אינו צריך להישבע, בניגוד למקום שהפועלים טוענים שלא קיבלו תשלום, ששם הוא צריך להישבע. הסבר אחד הוא, ש"על ידי פשיעתו גרם הבעל הבית מה שאינו יודע [את גובה ההוצאות], דהיה יכול ליתן קצבה", ומשום כך, אין הוא יכול לדרוש מן החנווני להישבע כדי להוכיח את גובה הוצאותיו. נראה שלפי הסבר זה, נאמן יצטרך להישבע על גובה הוצאותיו, שהרי על פי רוב אין יוצר הנאמנות יכול לקצוב מראש את הוצאותיו של הנאמן, משום שקשה לצפות את מכלול הפעולות שיידרשו לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות. וכך עולה מדבריו שם, ס"ק כא, בשם אורים ותומים, חו"מ, סימן צא, אורים, ס"ק כח, ותומים, ס"ק יא, שאם החנווני נתבקש לתת לפועלים מזונות, שאי אפשר לקצוב מראש, הוא צריך להישבע, מפני שהטעם הנ"ל אינו שייך אז.

הסברו השני הוא, ש"הוי כאילו נתן [המעביד לחנווני] רשות להאמין לפועלים, דהא לא היה מועיל אם היה נותן להן בפני עדים, דמכל מקום היו הפועלים תובעין מה שהיו רוצים דהא ציוה ליתן מה שירצו". לפי הסבר זה, כאשר המעביד מעניק לחנווני סמכות לתת לפועליו שכר לפי מה שהם יתבעו, הוא למעשה מעניק לו רשות להאמין לפועלים, ואם כן, אף אם תבעו הפועלים מן החנווני יותר מן המגיע להם, זו אינה אשמת החנווני. גם לפי הסבר זה, נאמן יצטרך להישבע על גובה הוצאותיו, כיוון שיוצר הנאמנות אינו מעניק לנאמן את הרשות להאמין לצד שלישי ולשלם לו לפי תביעתו.

בשולי הדברים נעיר, שקיימת מחלוקת בין האחרונים בשאלה, האם החנווני פטור לחלוטין מן השבועה או שמא הוא פטור משבועה חמורה אך חייב שבועת היסת הקלה. לעניין זה ראה: סמ"ע, סימן צא, ס"ק כב; ש"ך, חו"מ, סימן צא, ס"ק כט; נתיבות המשפט, סימן צא, חידושים, ס"ק כא.

[156] לעיל, ליד ציון הערה 144.

[157] סמ"ע, סימן צא, ס"ק כב; ב"ח, חו"מ, סימן צא, סעיף ט; ש"ך, חו"מ, סימן צא, ס"ק כח.
אבל לבוש, חו"מ, סימן צא, סעיף ז, וט"ז, חו"מ, סימן צא, סעיף ז, כותבים שהרמ"א וסיעתו יצריכו שבועה גם כאן.

[158] ש"ך, חו"מ, סימן צא, ס"ק כב. הוא מסתמך על ר"י אבן פלאט, שם.
בדומה, בשו"ת גינת ורדים (לעיל, הערה 143), מוסיף המשיב שלוש מילים לציטוטו מהשולחן ערוך: "דחזקתו שעשה שליחותו". מתוספת זו משמע שהמשיב מבין (כמו הש"ך) שהלכה זו מבוססת על החזקה ששליח עושה שליחותו.
לכאורה לא ברור, מה הקשר ל"שליח עושה שליחותו", והלא הלכה זו אינה עוסקת בשאלה האם בוצעה פעולה שהאדם התחייב לבצע, אלא בשאלת גובה ההוצאות שנדרשו לשם קיומה של הפעולה, ובזה חזקת "שליח עושה שליחותו" לא אמורה להועיל, לכאורה. ההסבר הוא כדברי ר"י אבן פלאט דלעיל, שמאחר שההוראה הייתה לשלם כסכום שיבקש הפועל, נחשב כאילו הסכום ידוע, וכל השאלה היא האם שילם או לא, ועל כך מועילה חזקת "שליח עושה שליחותו".

יש לתת בו אמון. לעומת זאת, מי שפועל על דעת עצמו, אין חזקה שהוא ביצע את הפעולה, ולפיכך לא ברור שהוא זכאי לשיפוי ואין לתת בו אמון לפני שיישבע.

אולם, המעיין בתשובת מהרי"ק ימצא שהוא דן במי שביקש מחברו לעשות השתדלות עבורו, הרי שגם בנסיבות שקיימת החזקה ששליח עושה שליחותו, נדרשת שבועה, בניגוד להסברו של הש"ך[159].

עקב קושי זה, מיישב מהר"ם בן חביב[160] את השאלה הנזכרת באמצעות הבחנה אחרת, הנוגעת לאופיו של הקשר העסקי שבין התובע לנתבע. לדבריו, החנווני הוא מעין בנקאי של ימינו, שנהוג להפקיד אצלו כספים ומדי פעם להורות לו להעביר את הכספים לפועלים, לספקים וכדומה. בנסיבות אלו, נוצרים יחסי אמון בין מפקיד הכספים לחנווני, שמכוחם יכול החנווני לטעון שאם לא הותנה עמו אחרת, ההנחה היא שהוא נאמן בכל טענת שיפוי שיעלה. לעומת זאת, הרמב"ם ומהרי"ק עוסקים באדם רגיל, שבינו לבין השולח אין יחסי אמון כאלו, אלא שבאופן חד פעמי ביקש ממנו לעשות פעולה הכרוכה בהוצאות, ולכן, כדי שטענת השיפוי מצדו תתקבל, עליו להישבע על גובה הוצאותיו[161].

[159] אפשר ליישב את הש"ך בדוחק, שבנידונו של מהרי"ק, המשלח אמר לשליח לעשות את ההשתדלות "וכל מה שתוציא מחמת זה אפרע לך", כלומר שלא הורה לו להוציא את ההוצאות (אלא רק הבטיח לו החזר אם יוציא הוצאות), בניגוד לחנווני שנתמנה לשלם כסף. אבל אם נקבל הבחנה זו, התוצאה תהיה שנאמן חייב להישבע, כיוון שלא נתבקש בדווקא להוציא הוצאות בפעילותו.

[160] שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ג, סימן ב, ד"ה ולע"ד.

[161] מהר"ם בן חביב מביא ראיה לדבריו ממגיד משנה, הלכות מלווה ולווה, פרק טז, הלכה ה, הכותב: "ויש מי שכתב שדין משנתנו אינו אלא בחנוני בדווקא, שתקנו לו שיהא נשבע ונוטל, אבל בשאר שליחויות, אם אמר: 'תן לפלוני כך וכך מעות בשבילו', ואמר: 'נתתי', אינו נשבע ונוטל, אלא צריך להביא ראיה, כיון שאנו מסופקים בעיקר הדבר אם עשאו אם לאו". אלא שמגיד משנה עסק בדין מיוחד אחר שיש לחנווני: שהוא נאמן בשבועה על עצם הפרעון, בניגוד לאדם אחר שאינו נאמן על כך אף בשבועה (לפי הדעה שהוא מביא).

אבל המגיד משנה לא הסביר מדוע יש להבחין בין חנווני ל"שאר שליחויות", ואפשר שטעמה של הבחנתו שונה מן הטעם של מהר"ם בן חביב. כך אמנם עולה מדברי שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן לד, המסביר את ההבחנה בלשון זו: "ואפשר דטעמא דחנוני היא תקנה גדולה לעולם, שפעמים אין לבעל הבית מעות מצויים ורוצה לפרוע לשכיריו ולפועליו, והולך לחנווני שיפרענו בשבילו ומקיים מצוַת ביומו תתן שכרו... בלי ספק היא תקנה גדולה ודבר מצוי, ואם היינו מצריכים לחנווני שיקח עדים [כאשר הוא משלם את שכר העובד], לא יקבל לעשות כן כלל, מה שאין כן בשאר שליחויות". לפי הסבר זה, הלכת החנווני אינה נוגעת לכל מי שמקיים קשר עסקי תדיר עם אדם אחר, אלא רק לתביעה שעניינה שיפוי על תשלום שכר עבודה בשמו של המעביד, שבה האמון שניתן לחנווני נובע מן הצורך להבטיח שהחנווני יסכים לשמש 'צינור' להעברת כספים מן המעביד לעובד, כדי שהמעביד לא יעבור על איסור הלנת שכר שכיר, וכדי להבטיח שהעובד יקבל במועד את השכר שדרוש לו למחייתו. הסבר זה יכול לשמש יישוב אחר לקושיית הש"ך, שהשולחן ערוך פטר דווקא חנווני משבועה בגלל השיקול המיוחד הנ"ל; ולפי הבחנה זו, נאמן רגיל יצטרך להישבע, שלא כמו חנווני, שהרי נאמן אינו עוסק בתשלום שכר לפועל.

אבל יש להדגיש שמהרשד"ם דוחה בהמשך דבריו את ההבחנה של המגיד משנה, וקובע שאין להבחין בין נאמנות החנווני לנאמנות שליח אחר.

הבחנה אחרת עושה ב"ח, חו"מ, סימן צא, סעיף ט: דווקא חנווני נאמן בלי שבועה, מפני שהוא נתן לפועל על דעת לגבות חזרה מהמעביד, ובוודאי שם לב כמה נתן לפועל; אבל היורד לנכסי חברו אינו מדייק בשומת ההוצאות, שהרי הוא חושב לאכול את הפירות ולא לדרוש את השבת הוצאותיו, וכך גם בבעל המוציא הוצאות על נכסי אשתו, ולכן הם צריכים להישבע, כדי לוודא שידייקו בסכום שהם דורשים. הוא לא התייחס למקרה של מהרי"ק, ואכן דברי מהרי"ק אינם מיושבים לפי הבחנת הב"ח, שהרי מהרי"ק דן

לפי הסברו של הש"ך, נאמן שביצע פעולה המוטלת עליו במסגרת תפקידו, וטוען שהוציא הוצאות בסכום מסוים, נאמן גם בלי שבועה, מפני שחזקה ששליח עושה שליחותו[162]. גם לפי הסבר מהר"ם בן חביב, נראה שהוא נאמן בלי שבועה, מפני שבין הנאמן לבין יוצר הנאמנות שוררים יחסי אמון כמו אלו שבין המעביד לחנווני[163].

כל זאת אם ידוע שהנאמן עשה את הפעולה, ורק אין ידוע כמה הוציא. אבל אם לא ידוע שהנאמן עשה את הפעולה שעבורה הוא דורש שיפוי ואף לא ידוע גובה ההוצאות שנדרשו עבורה, נראה שלדעת השולחן ערוך יוכל הנאמן לטעון על גובה הוצאותיו ולקבל על פי טענה זו את המגיע לו, כשם שלדעתו[164] נאמן בלי שבועה על עצם עשיית הפעולה, בעוד שלשיטת הרמ"א יהא עליו להוכיח תחילה שעשה את הפעולה שעבורה הוא דורש שיפוי, כשם שראינו לעיל[165] שלדעתו הוא צריך להישבע כדי להוכיח שעשה את הפעולה, ורק משעשה כן, יוכל לקבל שיפוי על ההוצאה שנדרשה לו לשם ביצוע הפעולה בהתאם להצהרתו בעניין גובה ההוצאה.

ד. הוכחת שיעור ההוצאות בנאמנות ציבורית

התלמוד קובע[166]: "אין עושין שררות על הצבור פחות משנים". משמעות הלכה זו היא שאין ממנים פחות משני גבאי צדקה לעיר. התלמוד מסביר שתפקידו של גבאי הצדקה מוגדר כ"שררה" מפני שיש בכוחו לכפות אנשים לתרום מכספם לצדקה.

מתוך כך מדייקת הסוגיה: "שררות הוא דלא עבדי, הא הימוני מהימן"; כלומר, הסיבה היחידה לכך שאין למנות גבאי צדקה יחיד היא שאין להפקיד שררה בידיו של אדם אחד, אבל לעניין האמון שניתן בגבאי הצדקה, אף גבאי יחיד נאמן. על סמך סוגיה זו, פסק מהר"ם מרוטנבורג[167] שגבאי צדקה נאמן בעניין סכום הוצאותיו, גם בלי שיישבע.

במי שהשתדל עבור אחר, ובוודאי התכוון לתבוע החזר הוצאות, ודייק בסכום, ובכל זאת מהרי"ק מחייב אותו שבועה. על כל פנים, לפי הבחנת הב"ח, נאמן יטול בלי שבועה, שהרי הוא עושה על דעת לתבוע החזר הוצאות, ולכן הוא מדייק בסכום.

הבחנה אחרת עושה נתיבות המשפט, סימן צא, ביאורים, ס"ק ה: מי שטורח עבור חברו, מורה היתר לעצמו לתבוע יותר ממה שהוציא באמת, בגלל טרחתו, ולכן חייבו אותו חכמים להישבע, כדי לוודא שיאמר אמת; וחשש זה אינו קיים בחנווני, שהרי אינו טורח אלא רק מעביר כסף לפועל, ולכן אין חשש שישקר מתוך הוראת היתר, ולכן הוא נאמן בלי שבועה. לפי הבחנתו, נאמן יצטרך להישבע, שהרי הוא טורח בפעילותו.

[162] אין זה כולל פעילות שיזם בעצמו לטובת הנאמנות, בדומה לאמור לעיל, ליד ציון הערה 146.

[163] אבל יש לפקפק במסקנה זו, לאור הנימוק של ר"י אבן פלאט (לעיל, הערה 155), שמאחר שאמר לחנווני לשלם "כמו שיאמר לך הפועל", נחשב דבר קצוב; שהלא נימוק זה אינו קיים אם השליח (כמו הנאמן בנידוננו) מוציא הוצאות בסכום שאינו מוגדר, שאינו תלוי בקביעתו של אדם אחר.

[164] לעיל, ליד ציון הערה 143.

[165] לעיל, ליד ציון הערה 145.

[166] בבא בתרא ח ע"ב.

[167] שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, שצוין לעיל, הערה 138. מדבריו למד שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן א, שאפוטרופוס של הקדש נאמן לומר כמה הוציא, ואינו צריך להישבע על כך.

פתחי תשובה, חו"מ, סימן צא, ס"ק ד, מביא שנחלקו הפוסקים האם פרנס הקהילה נאמן על הוצאותיו בלי שבועה.

המרדכי[168] מביא את דברי מהר"ם מרוטנבורג בתוספת לשון: "הגבאי שאמר כך וכך הלוויתי לכיס של צדקה, נאמן בלא שבועה, אך לא אחר שיסלקוהו". מדבריו עולה שלאחר שסיים הגבאי את כהונתו, הוא אינו נאמן עוד, ולכן עליו להוכיח את גובה הוצאותיו על ידי שבועה. וכך אמנם הסיק מדבריו ר' יום טוב צהלון[169].

אולם בגליון ספר המרדכי שם מובא נוסח הפוך לדברי המרדכי, ולפיו נותנים אמון בהצהרת הגבאי על גובה הוצאותיו "אף לאחר שסלקוהו". לפי נוסח זה, האמון שניתן בגבאי במהלך כהונתו אינו פוקע לאחר שסיים את כהונתו[170].

בין הפוסקים, יש שביקשו לפרש את הנוסח האחר במרדכי בצמצום, ולקבוע שיש לתת אמון בטענות הנאמן אודות גובה הוצאותיו רק אם טענות אלו הועלו בעת סיום כהונתו[171] או רק יום או יומיים אחרי סיום הכהונה[172]. ההיגיון העומד מאחורי פרשנויות אלו הוא שהעובדה שהוא לא טען במהלך כהונתו שהיו לו הוצאות שטרם נפרעו, מעוררת את החשד שטענתו אינה אמת[173]. לפיכך, רק אם הטענה בעניין ההוצאות מועלית בהקדם, היא תתקבל.

השולחן ערוך[174] פוסק: "הגבאי שאומר בעודו גבאי: כך וכך הלוויתי לכיס של צדקה, נאמן בלא שבועה, אך לא לאחר שסלקוהו", כמו הגירסה הראשונה בדברי המרדכי. אך יש פוסקים שהכריעו כנוסח השני במרדכי, שהאמון שניתן בנאמן במהלך כהונתו אינו פוקע עם סיומה[175].

[168] מרדכי, בבא בתרא, סימן תפט (הובא בבית יוסף, יו"ד, סימן רנז [עמ' סו במהד' הטור השלם], ובשו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קנג).

[169] שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן פה. הוא כותב שאפילו ברגע סילוקו אינו נאמן על גובה ההוצאות.

[170] חילופי נוסח דומים יש גם בדברי הרמ"א בדרכי משה, יו"ד, סימן רנ, ס"ק א, בציטוטו מהמרדכי. וראה הגהות והערות לטור השלם, שם, אות ז. על שינויי הנוסח עיין שו"ת נודע בשערים (מנדלבוים), שער גבאי צדקה, אותיות יח־כג.

[171] ב"ח, יו"ד, סימן רנז, עמ' סז במהד' הטור השלם (הובא בש"ך, יו"ד, סימן רנז, ס"ק טז); ט"ז, יו"ד, סימן רנז, ס"ק ד (הובא בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן עח). הב"ח מעלה ספק האם לפי הנוסח השני, הגבאי נאמן לעולם או רק בשעת הסילוק. הוא מעלה אפשרות שגם לפי הנוסח הראשון, נאמן בשעת הסילוק ממש (גם ט"ז שם, וש"ך, יו"ד, סימן רנז, ס"ק יז, ונקודות הכסף שם, כותבים שגם לפי הנוסח הראשון, נאמן בשעת הסילוק ממש, ושאין מחלוקת בין הנוסחים). והוא כותב שגבאי כשר המפורסם בצדקותו נאמן בלי שבועה גם אחרי שסילקו אותו.

[172] נקודות הכסף, יו"ד, סימן רנז, על הש"ך שם, ס"ק יז, בדעת שו"ת מהר"י וייל, סימן קכד.

[173] ב"ח, שם.

[174] שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנז, סעיף ו.

[175] כך ציטט שו"ת מהר"י וייל, סימן קכד, את המרדכי. ב"ח, יו"ד, סימן רנז, עמ' סז (במהד' הטור השלם), נוטה לאמץ את הנוסח השני במרדכי, אך אינו מכריע בין הנוסחים למעשה.

סעיף 9

נאמנים אחדים

נאמנים אחדים

9. (א) בנאמנות שיש בה יותר מנאמן אחד —

(1) יפעלו הנאמנים ביחד; היו דעותיהם חלוקות, יפעלו לפי הוראות בית המשפט;

(2) בעניין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מהם לפעול על דעת עצמו;

(3) הם אחראים לפעולותיהם כחלוקים ופרטנאמן שהתנגד לפעולה אל אדעליה;

(4) נתפנה מקומו של אחד מהם, או שחדל לפעול, או שהוכרז פסול דין או פושט רגל, על הנותרים לעשות מיד למילוי מקומו לפי סעיף 21 ולהמשיך במילוי תפקידיהם ככל שהדבר אינו סובל דיחוי.

(ב) פעולה של אחד הנאמנים שנעשתה בתמורה כלפי אדם שפעל בתום לב תהא בת־תוקף אף אם היא סותרת הוראת סעיף קטן (א) (1).

התוכן

פרק ראשון: מבוא 201

פרק שני: מינוי נאמנים אחדים ומטרתו — "שיש בה יותר מנאמן אחד" 202

א. מבוא 202

ב. "פלוני ופלוני" 203

ג. לשון רבים 205

ד. "יחד" 206

פרק שלישי: "יפעלו הנאמנים יחד" 206

א. מבוא 206

ב. עמדת המשפט העברי — כללי 206

ג. הנוהג 208

ד. נסיבות מיוחדות 208

ה. היקף הדרישה לפעול יחד 209

(1) "יפעלו הנאמנים ביחד" 209

(2) הסכמה שבדיעבד 210

פרק רביעי: דעות חלוקות — "היו דעותיהם חלוקות..." 211
א. מבוא 211
ב. הכרעה על פי דעת הרוב 211
ג. הכרעה על פי בורר חיצוני 213

פרק חמישי: פעולה לפי "הוראות בית המשפט" 214
א. מבוא 214
ב. סמכות בית הדין להכריע במחלוקת 214
ג. חובת הנאמנים לפנות לבית הדין 215

פרק שישי: פעולות נאמן על דעת עצמו "בעניין שאינו סובל דיחוי" 216
א. מבוא 216
ב. עמדת המשפט העברי 216

פרק שביעי: אחריות הנאמנים — "הם אחראים לפעולותיהם..." 217
א. מבוא 217
ב. פעולה שנעשתה על ידי כל הנאמנים 218
(1) דיני הנזיקין 218
(2) דיני הערבות 219
ג. פעולה שעשה אחד הנאמנים 221
(1) דיני הנזיקין 221
(2) דיני השומרים 222
(3) דיני הערבות 223

פרק שמיני: פטור מאחריות — "פרט לנאמן שהתנגד לפעולה או לא ידע עליה" 224
א. מבוא 224
ב. דיני הנזיקין 224
ג. דיני הערבות 225

פרק תשיעי: מילוי מקומו של נאמן — "נתפנה מקומו של אחד... לעשות מיד למילוי מקומו" 226
א. מבוא 226
ב. נאמנות פרטית 226
ג. הקדש ציבורי 227
ד. נאמן שהוכרז פושט רגל 229
ה. מי אחראי לעשות למילוי מקומו של נאמן? 230

פרק עשירי: סמכויות הנאמנים עד למינויו של מחליף — "להמשיך במילוי תפקידיהם..." 231

פרק אחד־עשר: תוקף פעולתו של נאמן יחיד — "פעולה של אחד הנאמנים..." 231

פרק שנים־עשר: סיכום 232

פרק שלושה־עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 233

מבוא

סעיף זה עוסק בנאמנות שיש בה נאמנים אחדים. ס"ק (א) דן בדרך הפעולה של הנאמנים, באחריותם על פעולותיהם יחד ולחוד ובמילוי מקומו של נאמן שנתפנה מקומו או שחדל לפעול. ס"ק (ב) עוסק בתוקף פעולותיו של אחד הנאמנים, שנעשו בניגוד להוראות שבס"ק (א), כלפי צד שלישי. כדי להבין את הוראות המחוקק, יש לברר תחילה את הסיבות שעשויות להביא את יוצר הנאמנות למנות נאמנים אחדים, וכן את אופן המינוי של נאמנים אחדים. לכך נקדיש את הפרק השני.

בס"ק (א)(1) נקבע שעל הנאמנים לפעול יחד. להלן נברר את עמדת המשפט העברי לגבי חובה זו, וכן נבהיר את משמעות ההוראה "לפעול יחד": האם הכוונה היא שעל הנאמנים לבצע את תפקידיהם יחד ממש, או שמא די בכך שכל הנאמנים יסכימו לפעולתו של נאמן יחיד? ואם כן, האם גם הסכמה שלאחר מעשה מועילה? בכך נעסוק בפרק השלישי.

אם היו דעותיהם של הנאמנים חלוקות, קובע החוק שעליהם לפעול "לפי הוראות בית המשפט". הוראה זו מעוררת את השאלה: האם לא ראוי יותר לקבוע שמחלוקת בין הנאמנים תוכרע על פי רוב דעות, כדרך שמוכרעות מחלוקות המתעוררות בכל גוף שיפוטי? בכך נעסוק בפרקים הרביעי והחמישי.

ס"ק (א)(2) קובע שנאמן רשאי לפעול על דעת עצמו "בעניין שאינו סובל דיחוי". בהקשר זה יש לדון: האם מן הראוי להעניק לנאמן את הסמכות לפעול על דעת עצמו בנסיבות אלו, או שמא יש לקבוע שהנאמן אינו מוסמך לפעול על דעת עצמו גם בנסיבות אלו? ואם הוא מוסמך לפעול על דעת עצמו בנסיבות אלו, כיצד יוגדר עניין "שאינו סובל דיחוי"? ועוד, האם יידרש הנאמן לקבל את אישור חבריו בדיעבד לפעולה שעשה, או שמא מאחר שהוא היה מוסמך לבצע את הפעולה על דעת עצמו, הוא אינו נדרש להשיג את הסכמת חבריו לפעולה? נקדיש לכך את הפרק השישי.

בעניין אחריותם של הנאמנים, נקבע שהם "אחראים לפעולותיהם יחד ולחוד". כאן נדון תחילה בעילות המאפשרות להטיל על נאמן אחריות לנזקים ולהפסדים שנגרמו בעטיין של פעולות שעשה אדם אחר. דיון זה יסייע בידינו לבחון האם עילות אלה, כל אחת בפני עצמה או בהצטרפן יחד, עשויות להטיל על הנאמנים אחריות "יחד ולחוד". דיון זה אף יאפשר לנו לבחון את תקפותו של הסייג ש"נאמן שהתנגד לפעולה או לא ידע עליה" לא ישא באחריות לתוצאותיה. בכך נעסוק בפרקים השביעי והשמיני.

אם נאמן "חדל לפעול, או שהוכרז פסול דין או פושט רגל", יש לעשות למילוי מקומו. את האחריות לכך מטיל החוק על הנאמנים הנותרים, וזאת בפנייה לבית המשפט שימנה נאמן חליף, בהתאם להוראות סעיף 21. כאן מתעוררת שאלה מקדמית: האם לפי המשפט העברי קיים בכלל צורך למלא את מקומו של נאמן שאינו כשיר עוד לשמש בתפקידו? ואף כשקיים צורך כזה, האם ראוי להטיל את האחריות לעשות למילוי מקומו של הנאמן על יתר הנאמנים?

בהקשר זה יש לשאול גם: האם פשיטת רגל של נאמן די בה כדי להצדיק את החלפתו בנאמן אחר, או שמא יש להחליפו רק אם אינו מסוגל עוד למלא את תפקידיו? שאלה נוספת שנעסוק בה נוגעת לזהות הגוף שימנה נאמן חליף: האם יש להפקיד סמכות זו בידי בית המשפט, או שמא יש להפקידה בידיו של יוצר הנאמנות? בכך נעסוק בפרק התשיעי.

עד למינויו של נאמן חליף, יוכלו יתר הנאמנים "להמשיך במילוי תפקידיהם ככל שהדבר אינו סובל דיחוי". מכאן שסמכויות הנאמנים צומצמו משעה שחברם חדל למלא את תפקידו או שנעשה בלתי כשיר לשמש בו, ועד למינויו של נאמן חליף אין הם רשאים לבצע פעולות הסובלות דיחוי. האם לא ראוי שסמכויות הנאמנים לא ייפגעו בשל הצורך לעשות למילוי מקומו של חברם? לכך נקדיש את הפרק העשירי.

לבסוף נדון בשאלה: מהן תוצאותיה של פעולת נאמן שנעשתה שלא על דעת חבריו? האם הפעולה בטלה או שמא היא בעלת תוקף על אף שנעשתה שלא על דעת יתר הנאמנים? בכך יעסוק הפרק האחד־עשר.

פרק שני

מינוי נאמנים אחדים ומטרתו — "שיש בה יותר מנאמן אחד"

א. מבוא

בטרם נבוא לדון בפרטיו של הסעיף, עלינו לדון בשאלה: כיצד מגיעים למצב שיש בנאמנות "יותר מנאמן אחד"? כמובן, אם יוצר הנאמנות קבע בבירור שיהיו נאמנים אחדים, והם הסכימו לכך, לפנינו נאמנות עם נאמנים אחדים. השאלה מתעוררת לגבי מצבים שלא ברורה כוונת יוצר הנאמנות בגלל לשון לא ברורה שנקט, ובכך נדון כאן.

תחילה נעמוד על התועלת שבמינוי נאמנים אחדים. תיתכנה סיבות שונות שבגללן יוצר נאמנות ימנה נאמנים אחדים. יש שהוא יעשה זאת כדי להבטיח שגם אם מסיבה כלשהי לא יוכל נאמן יחיד למלא את תפקידיו, ימולאו תפקידים אלו על ידי נאמן אחר[1]; ויש שהוא אינו נותן אמון מלא באף אחד מן הנאמנים, ומינוי נאמנים אחדים יביא לכך שכל אחד מהם יבקר את פעולות חבריו[2].

[1] ראה כרם, סעיף 183, עמ' 404־405.

[2] ר' יצחק אברבנאל כותב בפירושו לדברים, יז, יד: "שיותר קרוב הפשע באדם אחד... משיחטאו אנשים רבים בהוסדם יחד". כמו כן, בגיטין סז ע"א נאמר שאין חושדים בשני אנשים שישתפו פעולה לשקר יחד במעשה. כמו כן, תוספות, בבא בתרא לא ע"ב (ד"ה וזו), כותבים שאין מועילה טענת "מיגו" בשני אנשים, משום "דאין דעת שניהם שוה, ומה שירצה זה לטעון, לא יטעון זה". כלומר, ייתכן שהם משקרים, ואמנם יכלו לטעון טענה טובה יותר אילו רצו לשקר, אבל לא הצליחו לתאם ביניהם את הטענה הטובה יותר.
כרם, עמ' 405, סבור משום מה שמינוי צוות נאמנים נועד למטרה זו רק אם נעשית "חלוקת תפקידים ביניהם". ראה גם כרם, סעיף 4, עמ' 17.
מצאנו הוראה שגבאי צדקה "אינן רשאין לפרוש זה מזה" (בבא בתרא ח ע"ב), אבל הטעם הוא רק כדי ש"לא יאמרו: זה הגובה יחידי — דעתו לגנוב" (רש"י, בבא בתרא שם, ד"ה לפרוש זה מזה), כלומר, כדי להסיר לזות שפתיים, אך לאמיתו של דבר גם גבאי יחיד נאמן, וכדברי הגמרא שם על הצורך בשני גבאי צדקה: "אין עושין שררות על הצבור פחות משנים... שררות הוא דלא עביד, הא הימוני מהימן [=שררות

עוד ייתכן, שאף שיוצר הנאמנות נותן בנאמן אמון מלא, הוא יבקש למנות נאמנים אחדים כדי להבטיח שיקול דעת רב־צדדי לשם קבלת ההחלטות הטובות ביותר לניהול נכון של נכסי הנאמנות[3], כפי שנאמר "ותשועה ברוב יועץ"[4]. את השיקול הזה הזכיר מהרי"ט[5], והביא ראיה לכך מן ההלכה[6] שאם התחייב אדם למכור נכס לחברו במחיר שייקבע על פי שומה של ארבעה שמאים, לא די בשומת שלושה מהם, אף שהם רוב, משום שנראה שכוונת המוכר הייתה "להרבות דעות"[7].

עוד הסביר מהרי"ט[8], שאדם עשוי למנות שני נאמנים מפני ש"מזלא דבי תרי עדיף[9] [=מזלם של שניים עדיף]".

ייתכן גם שיוצר הנאמנות יבקש למנות נאמנים אחדים כדי להבטיח ביצוע פעולות רבות, שאין אדם אחד יכול לבצען בעצמו.

כעת נעסוק בשאלה האם מי שממנה מספר אנשים לתפקיד של נאמן, מתכוון שכולם ישמשו בתפקיד יחד, או שאחד מהם ישא בתפקיד לבדו. זו בעיקר שאלה של פרשנות, השנויה במחלוקת כבר בתלמוד, ונראה שאף פוסקי זמננו מתקשים להכריע בה הכרעה ברורה.

ב. "פלוני ופלוני"

הנוסח המקובל ביותר למינוָם של נאמנים אחדים הוא שיוצר הנאמנות ממנה את "פלוני ופלוני" לנאמנים. מקורות המשפט העברי עוסקים בשאלה הפרשנית, האם משמעות ו' החיבור בביטוי זה היא שפלוני ופלוני יהיו שניהם נאמנים יחדיו, או שמא משמעותה שכל אחד מהם יוכל לשמש כנאמן[10].

בשאלה זו נחלקו בתלמוד ר' יונתן ור' יאשיה. לדעת ר' יונתן[11], בכל מקום שמופיעה בתורה

הוא שלא עושים, אבל הוא נאמן]", ואפשר למנות גזבר יחיד על הקופה אחרי שנגבתה (שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנו, סעיף ג).

3 כרם, עמ' 405.

4 משלי יא, יד; כד, ו. בפירוש מלבי"ם בשני המקורות מפרש שזו התועלת בריבוי יועצים.

5 שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז. ראה להלן, ליד ציון הערה 25, את ההלכה שהוא לומד מכך.

6 עבודה זרה עב ע"א. וכך פסקו: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ח, הלכה ח; ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רו, סעיף ג. וראה גם מה שלמד משם שו"ת הריב"ש, סימן רכח, עמ' רפז, לעניין אחר. על סוגיה זו ראה להלן, ליד ציון הערה 40 ואילך, ובירור הלכה, עבודה זרה שם, ציון ו.

7 רש"י, עבודה זרה שם, ד"ה כדשיימי בארבעה.

8 שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כז.

מצד שני, יש חסרון בריבוי נאמנים, שכן אף אחד מהם אינו חש אחריות מלאה לנכסי הנאמנות, וכל אחד סומך על האחרים, כעניין "קידרא דבי שותפי". זו הסיבה שבגללה העדיף רב יוסף פועל אחד על פני חמישה, כאמור בבבא מציעא קט ע"א (ראה להלן, הערה 121).

9 על פי בבא מציעא קה ע"א. בדומה כתב רש"י, כתובות קג ע"א, ד"ה ברכת הבית: "מזל דרבים עדיף".

10 בדברים שלהלן נתייחס לפרשנות הביטוי הזה בשפה העברית. אשר לשפות אחרות, כותב שו"ת תורת אמת, סימן נב (ד"ה והנה הרב), שבלשון "לעז" (לאדינו), המלה "אי" תמיד מחברת (אבל קצות החושן, סימן רצ, ס"ק א, מקשה עליו; עיין שם). שו"ת אשר לשלמה, סימן ה (ד"ה והנה ידוע), פוסק כך גם לגבי המלה "או" בערבית (גם אם המצווה דיבר בערבית והסופר תירגם ללשון הקודש וכתב ו' החיבור). נראה שלגבי כל שפה, יש להיוועץ בעניין זה במומחי לשון הבקיאים בשפה המדוברת.

11 יומא נז ע"ב; בבא מציעא צד ע"ב; צה ע"ב; סנהדרין סו ע"א; פה ע"ב; שבועות כז ע"ב; מנחות צ ע"ב; צא ע"א; חולין עח ע"ב.

ו׳ החיבור, ״משמע שניהם כאחד ומשמע אחד בפני עצמו[12], עד שיפרוט לך הכתוב ׳יחדו׳״. לעומתו, סובר ר׳ יאשיה שמשמעות ו׳ החיבור היא בהכרח ״שניהם כאחד״[13].

דעתו של ר׳ יונתן היא שהתקבלה להלכה[14], ויש שפסקו על פיו גם בפרשנות לשון בני

[12] עיין שו״ת מהרש״ך, חלק ג, סימן ח, בסופו; שו״ת חכם צבי, סימן ד; ושו״ת ר׳ עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן מו, בשאלה האם הכוונה היא שיש ספק מה הפירוש הנכון של דבריו, או ששני הפירושים נכונים.

עיין ליקוטי שיחות (האדמו״ר מליובביץ׳), חלק יח, עמ׳ 104 ואילך, שהסביר מחלוקות אחרות שבין ר׳ יונתן לר׳ יאשיה על פי מחלוקתם כאן.

[13] ר׳ פנחס הלוי, המובא בחידושי הריטב״א החדשים, בבא מציעא צה ע״א (ומשם בשיטה מקובצת, בבא מציעא צד ע״ב, ד״ה עוד כתב; והובא בשו״ת מנחת העומר, חו״מ, סימן לה), אומר שר׳ יונתן דיבר דווקא ״בדבר שיש בו מניעה, כגון ׳לא תחרוש׳ ו׳לא תקלל׳ וכיוצא בו, אבל באומר שיעשה לפלוני או יתן — ודאי שיעשה לשניהם משמע, ולא מיפטר בחד מינייהו [=ואינו נפטר באחד מהם]״. לפי דברים אלו, אפשר שלכל הדעות מי שממנה ״פלוני ופלוני״ כנאמנים ייחשב כמי שהורה ששניהם יהיו נאמנים, ולא זה או זה, אבל אין זאת אומרת שעליהם לפעול יחד. ברם, הפוסקים דנו במחלוקתם של ר׳ יונתן ור׳ יאשיה אגב דיונם בריבוי שלוחים או נאמנים, הרי שלא קיבלו את דברי ר׳ פנחס. ועיין קצות החושן, סימן רצ, ס״ק א, שהקשה על ר׳ פנחס.

[14] רא״ש, חולין, פרק ה, סימן ב; חידושי הרשב״א, בבא קמא נג ע״ב, ד״ה ורבנן; תוספות, בבא קמא נד ע״א, ד״ה או (עיין שם); ר׳ ישעיה, בשיטה מקובצת, בבא קמא נד ע״א, ד״ה וה״ר ישעיה; חידושי הריטב״א החדשים, בבא מציעא צה ע״א, ד״ה עד (הובא בשיטה מקובצת שם); חידושי הר״ן, בבא מציעא צה ע״ב; תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן עג.

אבל שו״ת מהרשד״ם, אהע״ז, סימן מח, בסופו, נוטה לפסוק כר׳ יאשיה. שו״ת ר׳ עקיבא איגר, מהדורה קמא, סימן מו (ד״ה וכן), סבור שהמחלוקת לא הוכרעה. שו״ת שער אפרים, סימן קלג (פו ע״ב), מעלה אפשרות שרמב״ם, הלכות עבודת יום הכיפורים, פרק ד, הלכה ב, פוסק כר׳ יאשיה — עיין שם להוכחתו. אפשר שיש ללמוד על הכרעת ההלכה בעניין זה גם מתוספות יום טוב, עדויות, פרק א, משנה ה. המשנה שם קובעת: ״אין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו אלא אם כן גדול ממנו בחכמה ובמנין״. המשכה של המשנה הוא שאם ״היה [בית הדין] גדול ממנו [מבית הדין שהתקין את התקנה] בחכמה אבל לא במנין, במנין אבל לא בחכמה, אינו יכול לבטל דבריו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין״. והסביר תוספות יום טוב, שם (ד״ה היה גדול), שהדגשה זו נועדה להוציא מדעת הקורא הבנה שגויה של דברי הרישא ״בחכמה ובמנין״, כאילו די שיהיה גדול מבית הדין המתקן בחכמה או במניין (כך פירש גם תפארת ישראל שם, אות לג). מכאן שהפרשנות הטבעית של ו׳ החיבור יכולה להיות גם במובן של ״או״. תוספות יום טוב מביא ראיה מאבות, פרק ה, משנה ז: ״אינו מדבר מפני מי שגדול ממנו בחכמה ובמנין״ (לפי גירסה אחת), ושם ברור שהכוונה היא ״או במנין״.

לשון דומה מצאנו בשאלת ההכרעה בין שני בתי דין המביעים עמדות שונות בהלכה: ״אם היה אחד מהם גדול מחבירו בחכמה ובמנין — הלך אחריו״ (עבודה זרה ז ע״א). גם כאן יש לדון האם צריך שיהיה גדול גם בחכמה וגם במנין או שדי שיהיה גדול ממנו באחד מהם, כגון שהם שווים בחכמה ואחד גדול יותר במניין (או להיפך). הגהות אשרי, עבודה זרה, פרק א, סימן ג (הובא בדרכי משה, יו״ד, סימן רמו, ס״ק ט; בסמ״ע, סימן כה, ס״ק יז; ובש״ך, פלפול בהנהגת הוראות באיסור והיתר, יו״ד, סוף סימן רמב), כותב: ״אם זה גדול בחכמה וזה במנין, הלך אחר הגדול במנין״. הרי שפשוט בעיניו (ולא ראה צורך לכתוב זאת) שאם הם שווים בחכמה, הלכה כמו זה שגדול יותר במניין, וזאת משום שהבין שמשמעות ו׳ החיבור היא במובן ״או״, ואין צריך את שני הגורמים ״שניהם כאחד״ (ולא דק קהילת יעקב, לשון חכמים, אות רי, שכתב כאילו הגהות אשרי מדבר על ביטול דברי בית דין קודם, ועל סמך זה הוא לומד מדבריו לענייננו). וראה בירור הלכה, עבודה זרה שם, ציון ה.

רש״י, יבמות נ ע״א (ד״ה חלץ), מפרש את ו׳ החיבור המופיעה במשנה שם כמה פעמים, במובן של ״או״. תוספות, בבא בתרא יז ע״א (ד״ה וסד), כותבים שיש לגרוס במשנה שם ״מרחיק שלושה טפחים וסד בסיד״, ובכל זאת הגמרא בדף יט ע״א מעלה אפשרות שהכוונה היא: ״או סד בסיד״.

אדם[15]. אולם לדעת רבים מן הפוסקים אין להשליך מכללי פרשנות התורה לכללי פרשנות לשון בני אדם בחוזים וכדומה, מפני ש"לשון תורה לחוד ולשון בני אדם לחוד", ובלשון בני אדם, ו' החיבור מתפרש כמחבר ולא כ"או"[16]. מדבריהם עולה, שאין כללים מחייבים לעניין משמעותה של ו' החיבור בלשון בני אדם. לפיכך, נראה שיהיה צורך להוכיח את משמעותה של ו' החיבור בלשון בני אדם לפי המשמעות המקובלת במקומו של הדובר ובתקופתו, ומן הנסיבות של כל מקרה בפני עצמו.

ג. לשון רבים

לדעת כמה פוסקים[17], אם המינוי נעשה בלשון רבים, שכוללת את הפרטים, כגון אם קבע יוצר

ראה גם: נ' רקובר, תקנת השבים — עבריין שריצה את עונשו, ירושלים תשס"ז, עמ' 452, לעניין הפרשנות של דברי הרמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק ב, הלכה י, בעניין החשוד על השבועה: "אם היו עליו עדים שלקה ועשה תשובה, יחזור לכשרותו". מקום נוסף שמצאנו בלשון הראשונים שו' החיבור משמעו "או", הוא ברש"י, בבא מציעא נה ע"ב (ד"ה המביא), לפי הגליון שם.

אפשר שכמו שיש המבחינים בין לשון תורה ללשון בני אדם, כך יש להבחין גם בין לשון חכמים ללשון בני אדם. וראה בעניין זה גם בשו"ת אשר לשלמה, סימן ה.

יש להעיר, שלפסיקת ההלכה כר' יונתן אין השלכה מעשית לגבי הסוגיות שצוינו בהערה 11, שהרי שם חולקים ר' יונתן ור' יאשיה בפרשנות פסוקים שונים שיש בהם ו' החיבור (או לשון דומה), אבל אין שם מחלוקת ביניהם להלכה האם הדין שבכל פסוק חל על הפרטים הנזכרים הפסוק יחד או בנפרד, מפני שכל אחד מהם דורש אותה הלכה בדרכים שונות מן הפסוקים. רק בחולין עח ע"ב נשארת מחלוקת להלכה ביניהם, אבל גם זאת לא בשאלה האם הדין שבפסוק חל על הפרטים יחד או בנפרד, אלא בשאלה עקיפה, הנובעת מצורת הדרשה של כל אחד מהם — עיין שם.

על מחלוקת ר' יאשיה ור' יונתן, ראה דבר אליהו (מיליקובסקי), בראשית, עמ' רכד.

15 שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן רו (על תנאי בשידוכין), וחלק ה, סימן רס (הובא בשולחן ערוך, יו"ד, סימן רכח, סעיף מ, ברמ"א, יו"ד, סימן רטז, סעיף ז, בשו"ת דברי ריבות, סימן קסא, בשו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן ח, ובשו"ת אשר לשלמה, אבן דנאן, סימן ה, דף טו ע"א) — פרשנות נדר; חידושי הריטב"א, שבועות כח ע"ב — פרשנות שבועה; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כז — על מינוי אפוטרופוסים, וסימן קלד, בתחילתו — פרשנות שבועה.

16 שו"ת ר' אליהו מזרחי, חלק א, סימן נב (הובא בש"ך, יו"ד, סימן רטז, ס"ק כב); שו"ת מהרשד"ם, אהע"ז, סימן מח; שו"ת חכם צבי, סימן ד, בדעת ט"ז, יו"ד, סימן רכח, ס"ק מט; שו"ת לחם רב, סימן צב, בשם מורו, וסימן קצא, בסופו; שו"ת משאת משה, חו"מ, סימן כד (סו ע"ב).

מהרשד"ם כותב שכך דעת שו"ת הרא"ש, כלל מה, סימן יב. אך שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן יז, מציע לפרש את דברי הרא"ש באופן שיעלו בקנה אחד עם תשובת הרשב"א, שם.

יד מלאכי, סימן רנח, מביא מקורות רבים שמהם עולה שבלשון בני אדם ו' החיבור מוסיפה, גם לדעת ר' יונתן, ולא מחלקת. למקורות נוספים בשאלה זו, עיין קהילת יעקב, לשון חכמים, אות רי. שו"ת ר' עקיבא איגר, שם, נשאר בספק האם להבחין בין לשון בני אדם ללשון תורה.

מהרשד"ם מסביר שדווקא בלשון התורה אומר ר' יונתן ש"משמע כל אחד בפני עצמו" מפני ש"כל היכא דאיכא למידרש דרשינן", אף שהמשמעות העיקרית של ו' היא לחבר. הוא מביא ראיות לדבריו מביצה כ ע"א ומבבא בתרא סה ע"א — עיין שם.

17 תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן עג (הובא בשו"ת חכם צבי, סימן ד, ובמנחת העומר, חו"מ, סימן לה). גם שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן ח, כותב שאם נקט לשון רבים כגון "ככל אשר יגזרו שמעון ולוי", משמעו שניהם יחד גם לר' יונתן. חכם צבי עוסק בשותפים. ראה גם שו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן ה.

דעות חולקות: שו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן יז, עוסק בלשון "המוטיבילי [=נאמנים] יהיו ר' פלוני ור'

הנאמנות שפלוני ופלוני "יהיו נאמנים", משמעות המינוי היא ששניהם יהיו נאמנים, גם לפי דעת ר' יונתן[18].

ד. "יחד"

אם נוסח המינוי הוא שפלוני ופלוני ישמשו כנאמנים "יחד", שניהם משמשים כנאמנים. זאת יש ללמוד מכך שגם לדעת ר' יונתן, במקום שהכתוב מוסיף "יחדו" לאחד את אלו שו' החיבור מחברת ביניהם, "משמע שניהם כאחד"[19]. לדוגמה, האיסור לחרוש ב"שור ובחמור יחדו" (דברים כב, י) חל רק על מי שחורש בשור ובחמור כאחד.

פרק שלישי

"יפעלו הנאמנים יחד"

א. מבוא

לפי החוק, אם מינה יוצר הנאמנות נאמנים אחדים, עליהם לפעול יחד, ורק בעניין שאינו סובל דיחוי "רשאי כל אחד מהם לפעול על דעת עצמו". משמעות החובה לפעול יחד היא שכל פעולה צריכה להיעשות בהסכמת כל הנאמנים[20]. את הסכמת שאר הנאמנים לפעולתו רשאי נאמן להשיג גם בדיעבד, לאחר ביצוע הפעולה, ואז לא תחשב הפעולה כהפרה של חובת הנאמנות[21].

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

רב נחשון גאון פסק[22]: "מי שמנה ב' אפוטרופסים, (ש)אין אחד מהם יכול לחדש דבר בממונו

פלוני", ובכל זאת הוא כותב שלפי ר' יונתן, משמעו כל אחד בפני עצמו. כמו כן, המהדיר בשו"ת הרשב"א, מהד' מכון ירושלים, חלק ג, סימן רו, הערה 3, מדייק מהרשב"א שם שהוא חולק על תרומת הדשן.

[18] אף שלפי כללי הלשון, גם כשאומרים "פלוני או פלוני" צריך להשתמש בלשון רבים, מכל מקום אם לשון רבים מצורף ל"פלוני ופלוני", משתמע שהכוונה לשניהם יחד.

[19] כך מפורש בסוגיות שצוינו בהערה 11.
שו"ת משאת משה, חו"מ, סימן כד (סו ע"ב), כותב שאם בנוסח המינוי כתוב שיפעלו הממונים "מדעת שלושתם", הרי זה כאילו אמר "יחדיו".
כדי למנוע ספקות, טופס השטר הסטנדרטי למינוי אפוטרופוסים אחדים מבהיר: "לא יעשה אחד שלא ברשות חבירו, רק יהיה יד שניהם שוה כאחד, לישא וליתן לטובת היתומים כאשר נראה להם" (נחלת שבעה, סימן לח, עמ' תרנז־תרנח, במהד' מכון אוצר הפוסקים, בני ברק תשס"ו).
אבל תרומת הדשן, שם, כותב שאם הניסוח כולל מילה מצרֶפת, אך קדמה לה מילה מפרידה כגון "או", יתפרש הציווי לפי המילה המפרידה.

[20] בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 579(א)(1), הובהר הדבר על ידי החלפת הנוסח הקיים בנוסח: "יפעלו הנאמנים תוך הסכמה".

[21] כרם, עמ' 408.

[22] דבריו מובאים בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שלה. ראה על דבריו גם להלן, ליד ציון הערה 126.

של אותו האיש בלא חבירו, שלא האמין לאחד מהם אלא לשניהם בבת אחת. לפיכך אין אחד מהם יכול לחדש דבר בלא חברו, לא ליקח ולא למכור, לא לחוב ולא לזכות".

נראה שפסיקה זו מבוססת על כך שתפקיד אפוטרופוס או כל נאמן הוא תפקיד הדורש אמון רב, שהרי בידיו מופקדים נכסיו של יוצר הנאמנות והוא עושה בהם כבתוך שלו, לרוב במשך זמן רב. לפיכך, יש להניח שמינוי נאמנים אחדים נועד גם כדי להבטיח פיקוח הדדי של הנאמנים זה על זה, ומשום כך נדרשים האפוטרופוסים לפעול יחד.

כמו כן, כותב ר' יוסף בן לב[23] שגם אם הלכה כר' יונתן גם לעניין לשון בני אדם[24], הרי מי שממנה שני נאמנים בלשון "פלוני ופלוני" בוודאי לא התכוון ששניהם ישמשו כנאמנים וכל אחד יעשה כרצונו בנפרד מן האחר, שהרי "אין דרך למנות אפוטרופוסים בכי האי גונא [=בדרך זו] שיהיה רשות לכל אחד מהם לבדו להיות אפטרופוס, ופעם יתעסק בנכסי המת האחד ופעם יתעסק האחר, והויא מילתא דלא סלקא כהוגן [=והוא דבר שלא עולה יפה]". הוא כותב שהפסיקה כר' יונתן אומרת רק שיוצר הנאמנות התכוון שאם רק אחד מהם יסכים להיות נאמן, הוא יהיה נאמן לבדו (ובכך עסקנו בפרק שני); וכן שאם נפטר אחד משני הנאמנים, לא יצטרכו למנות נאמן חלופי; אבל ברור שכל זמן שיש שני נאמנים, הם צריכים לפעול בשיתוף פעולה.

גם מהרי"ט[25] אומר שהממנה אפוטרופוסים אחדים, הם צריכים לפעול יחד על דעת כולם גם לפי ר' יונתן, והוא מנמק: "סברא הוא דבכל דבר שבממון ומשא מתן, כל כמה דנפישי — דייקי טפי [=מדייקים יותר]". כלומר, ריבוי הדעות עשוי להוביל להחלטות שקולות ונכונות יותר, ולכן ברור שיוצר הנאמנות מעוניין שהנאמנים יפעלו יחד.

אפשר ללמוד מהדגשת רב נחשון "לחדש דבר", שטיפול שוטף בנכסי הנאמנות שאין בו "חידוש דבר", יכול כל נאמן לעשות בעצמו, מפני שאין בכך עניין של אמון. גם נימוקו של ר' יוסף בן לב, שאם פעם זה יתעסק ופעם זה יתעסק "לא סלקא כהוגן" — אינו שייך בטיפול שוטף, בדברים שפעם אחד יעשה ופעם אחד יעשה. שיתוף הפעולה דרוש דווקא בקבלת החלטות, שכן ברור שאם כל אחד יחליט בנפרד, עלול להיגרם נזק לנאמנות.

בשו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קג, כותב דבר דומה לגבי מי שמוסר סחורה לארבעה אנשים לסחור בה — שהאמין רק לארבעתם.

גם בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שמט, כותב שאפוטרופוס אחד חייב לתת חשבון לאפוטרופוס האחר, ואינו רשאי למנוע מן האחר לעסוק בנכסים, מפני שיוצר הנאמנות השליט את שניהם על נכסיו. אבל הוא לא כתב שהם חייבים לעשות כל פעולה יחד.

23 שו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן יז. כמו כן, שו"ת אשר לשלמה (בן דנאן), סימן ה, הביא את דעת ר' יונתן לעניין מצב שאחד האפוטרופוסים התפטר, ולא לשאלה האם הם יכולים לפעול בנפרד.

אבל שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כז, כותב שמאחר שהלכה כר' יונתן, אין אומרים שהתכוון ששני האפוטרופוס יטפלו יחד דווקא. כמו כן, שו"ת משאת משה, חו"מ, סימן כד, דן בשאלה האם כשיש כמה אפוטרופוסים, יש תוקף למעשה שאחד מהם עושה לבדו, והוא תולה זאת במחלוקת ר' יונתן ור' יאשיה. גם שו"ת מנחת העומר, חו"מ, סימן לה, מביא את דברי ר' יונתן לעניין הממנה שני מורשים, בשאלה האם מועיל מעשה שעשה אחד מהם לבדו. גם שער משפט, סימן קכג, ס"ק ד (הובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן קכג, ס"ק א), לומד ממחלוקת שו"ת הרשב"א ור' אליהו מזרחי (לעיל, ליד ציון הערה 15 ואילך) לעניין מי שעושה הרשאה ובה הוא נותן רשות לפלוני ולפלוני למכור את ביתו, האם יכול אחד מהם למוכרו לבדו.

24 ראה לעיל, ליד ציון הערה 15, שנחלקו בזה הפוסקים.

25 שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז. ראה לעיל, ליד ציון הערה 3.

ג. הנוהג

על משקלו של הנוהג בעניין חובתם של נאמנים אחדים לפעול יחד, אפשר ללמוד מתשובת הרשב"א[26] בעניין מי שמינה שני אפוטרופסים ונפטר אחד מהם. הרשב"א קובע שהמנהג המקובל "בכל המקומות" הוא "שכל שהיחיד ממנה אפטרופוסין, או אפילו הקהל ממנין גזברים או נאמנים — אפילו ימות אחד מהם או ילך למדינת הים, אין המנוי והאפטרופוסות בטלין, אלא הנשארים מהם נוהגין מנויין ואפטרופוסות". בהתאם לכך הוא פוסק שהאפוטרופוס הנותר יוכל להמשיך ולמלא את תפקידו אף בהעדר האפוטרופוס הנוסף שמונה עמו.

מתשובה זו אפשר להסיק שבמקום שהנוהג המקובל הוא שעל אף שמונו שני נאמנים רשאי כל אחד מהם לפעול על דעת עצמו, הרי גם אם שניהם בחיים ושניהם נמצאים באותו מקום, יהיה כל אחד מן הנאמנים רשאי לפעול על דעת עצמו.

ד. נסיבות מיוחדות

לעיתים, הריחוק בין הנאמנים מלמד שיוצר הנאמנות התכוון לתת סמכות לאחד מהם לפעול על דעת עצמו. כך פסק מהרי"ט[27], שאם מונו שני נאמנים ואחד מהם מתגורר במרחק רב מנכסי הנאמנות, יניח בית הדין שהנאמן שמקום מגוריו מרוחק מונה רק כדי שיבקר את פעולותיו של הנאמן הגר בסמיכות מקום לנכסי הנאמנות על ידי מתן חשבון תקופתי (והסיבה שלא אמר זאת בפירוש היא כדי שיתקבלו דבריו של המבקר, בהיותו נאמן בעצמו), ולפיכך, הנאמן המתגורר בסמוך לנכסי הנאמנות רשאי לפעול על דעת עצמו, ואין אומרים שמחצית מהנכסים יועברו למקומו של הנאמן המרוחק לטיפולו.

מצד שני, יש שהנסיבות מלמדות שיוצר הנאמנות רוצה שיפעלו יחד. כך אפשר ללמוד מדברי הרדב"ז, שנביא בפרק תשיעי, שהממנה את בתו ואת חתנו כאפוטרופוסים ומתה הבת, מסלקים את החתן, מפני שיש להניח שהוא מונה רק מפני שהוא בעלה של הבת, והבת היא העיקר. אפשר ללמוד מדבריו שגם בחיי הבת, לא תועיל פעולה שעשה הבעל בלעדיה, כיוון

[26] שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן רצז. על דבריו ראה בהרחבה להלן, ליד ציון הערה 112 ואילך.

[27] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כז (ראה בשמו לעיל, ליד ציון הערה 8).

בשו"ת שער אפרים, סימן קלג (פו ע"א), כותב על מי שמינה שלושה אפוטרופוסים, שלא ייתכן לומר ששום עסק לא יועיל בלי הסכמת שלשתם. לגבי נידונו, הוא מחזק את דבריו על ידי הוכחת כוונתו של יוצר הנאמנות: הוא מינה את אשתו יחד עם עוד שניים כאפוטרופוסים על ילדיו לאחר מותו, אך קבע שמינויה של אשתו יתבטל ביום שבו תינשא בשנית — מתוך שלא קבע שמינוי האפוטרופוסים כולם בטל ביום שבו תינשא אשתו בשנית, מוכח שלא הקפיד על כך שכל האפוטרופוסים יפעלו יחד, שכן אם היה מקפיד על כך, היה לו להבהיר מה ייעשה לאחר נישואי אשתו. כמו כן, בדף פז ע"א כתב שאם אחד משלושת האפוטרופוסים נוגע בדבר, מינוי של האחרים תקף.

מצב אחר שבו יכול נאמן אחד לפעול לבדו: שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן עד, עוסק באדם שכתב הרשאה לשני מורשים שימכרו את ביתו ופירש בה שאם מחמת אונס לא יוכל אחד מהם לעסוק במכירת הבית, ימכור הנותר את הבית על דעת עצמו. המבי"ט מסיק מתניה זו, שגם אם אחד מן המורשים מחליט שהוא אינו מעוניין למלא את תפקידו, יכול הנותר למכור את הבית על דעת עצמו. על כך כתב הש"ך, חו"מ, סימן קכג, ס"ק טז: "אין דבריו מוכרחים". אך שער משפט, סימן קכג, ס"ק ד (מובא בפתחי תשובה, חו"מ שם, ס"ק א), מסכים למבי"ט, בנימוק שאם אחד מסרב לטפל במכירה, "אין לך אונס גדול מזה".

שהיא עיקר, וכן לא תועיל פעולה שלה לבדה, מפני שיוצר הנאמנות מינה את הבעל משום שבתו לא ידעה לטפל בנכסים בעצמה.

ה. היקף הדרישה לפעול יחד

(1) "יפעלו הנאמנים ביחד"

התלמוד[28] מביא את דעתו של רב הונא, שאם שותף התייצב בדין בלי ליידע על כך את שותפו, לא תישמע טענת השותף האחר שהשותף שהתייצב בדין לא פעל בשמו, אלא אנו מניחים שהשותף שהתייצב פעל בשליחות שותפו, ופסק הדין מחייב גם אותו. אולם התלמוד מתקשה לקבל דעה זו, שכן השותף שלא התייצב בדין יכול לטעון שאילו היה מתייצב, היה מעלה טענות טובות יותר מאלו שהעלה השותף שהתייצב והיה מצליח להשיג תוצאה טובה יותר בדין.

את הדיון בעניין זה חותם התלמוד בהבחנה בין שותף שהיה מצוי במקום שבו נערך המשפט בעת שהוא נערך לבין שותף שהיה במקום אחר באותה שעה: "ולא אמרן, אלא דלא איתיה במתא, אבל איתיה במתא — איבעי ליה למיתי [=ולא אמרנו אלא כשלא היה בעיר, אבל היה בעיר — היה לו לבוא]". פרשנותו של המשפט האחרון שנויה במחלוקת בין הראשונים, ולמחלוקת זו יש השלכה ישירה לשאלת היקף חובת נאמנים לפעול "יחד".

רוב המפרשים[29] הסבירו שהמילים "לא אמרן" מכוונות לַקביעה, בשלב השני של הסוגיה, שאין תוקף לפסק הדין בשל טענת השותף האחר שאילו הוא היה משתתף במשפט, היה משיג תוצאות טובות יותר. לפי הסבר זה, יש לקיים דיון חוזר רק אם השותף שנעדר מן הדיון לא היה מסוגל להגיע לדיון במועד שנקבע לו. אולם אם היה בכוחו של השותף להשתתף בדיון ובכל זאת הוא לא הגיע אליו, אנו מניחים שהשותף שהתייצב בדיון עשה זאת בשליחותו ובהסכמתו, ולכן אין לקיים דיון חוזר.

משמעותו של הסבר זה לענייננו היא שאם היה בכוחם של כל הנאמנים לעשות פעולה מסוימת ביחד והם לא עשו זאת, יש להניח שהנאמן שעשה את הפעולה עשה אותה בשליחותם ורואים את הפעולה כמחייבת את כל הנאמנים[30].

אולם, יש שהסבירו[31] שהמילים "לא אמרן" מוסבות על דברי רב הונא בתחילת הסוגיה, שהשותף פועל בשליחות שותפיו ופסק הדין תקף. לפי הסבר זה, פסק הדין תקף רק אם השותף שלא התייצב לדיון לא היה מסוגל להגיע, אולם אם היה בכוחו להגיע לדיון, אין אנו אומרים שהשותף שהתייצב לדיון פעל בשם שותפו. טעמה של דעה זו היא שאם שותף אחד תובע מישהו לדין בשם השותפות, והשותף האחר בעיר, הנתבע יכול לסרב לבוא, בטענה: "חברך לא יעיז כל כך נגדי בטענות שקריות, ועל כן לא אשיב לך עד שיבוא גם חברך";

[28] כתובות צד ע"א.

[29] רש"י, כתובות שם, ד"ה ולא אמרן; חידושי הריטב"א, כתובות שם, ד"ה אמר רב הונא; רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה ג.

[30] כך הסיק מדבריהם בשו"ת שער אפרים, סימן קלג (פה ע"ד), ד"ה והנה. אבל אחר כך הוא מעלה אפשרות שדין אפוטרופוסים שונה מדין שותפים, ושהדברים אמורים רק בפסק דין, ולא בפשרה שעושה אחד מהם עם צד שלישי.

[31] סמ"ג, עשין פב, בסופו (הובא במרדכי, כתובות, סימן רלט, ובהגהות אשרי, כתובות, פרק י, סימן יב). על המחלוקת ראה בירור הלכה, כתובות צד ע"א, ציון ב.

אבל אם השותף האחר אינו בעיר, הנתבע אינו יכול לדחות את התביעה בטענה זו, שכן זו דרישה מוגזמת, שהשותף יבוא מעיר אחרת[32].

משמעותה של קביעה זו לענייננו היא שכל אימת שיש בכוחם של הנאמנים לעשות את הפעולה ביחד ממש, אין אנו רואים את פעולת אחד מהם כפעולה שנעשתה בשליחותם. רק כאשר אין בכוחו של אחד הנאמנים להיות שותף לפעולה בשל הימצאותו במקום רחוק, בשל מצב בריאותו וכדומה, ניתן לבצע את הפעולה על ידי חלק מן הנאמנים, ויראו את פעולתם כפעולה שנעשתה בשליחותו[33].

השולחן ערוך פסק כפירוש הראשון[34], ולפיכך, בדרך כלל רואים את פעולת אחד מן הנאמנים כפעולה שנעשתה בשליחות כולם, מפני ששתיקתם של הנאמנים האחרים מתפרשת כהסכמה למעשיו, אלא שאם לא היה בכוחו של אחד מן הנאמנים לחוות את דעתו בעניין, הוא לא ישא באחריות לתוצאותיה.

מהלכה זו עולה גם שהחובה לפעול יחד אין משמעותה שהנאמנים צריכים לבצע ביחד את הפעולות הדרושות לשם מילוי תפקידם, אלא די שיפעלו בעצה אחת בהסכמה, וגם ההסכמה יכולה להיות הסכמה שבשתיקה, כאמור. וכך אמנם פוסק מהרי"ט[35]: "אפילו שנאמר בממנה שלשה או ארבעה אפטרופין — בעינן דעת כולם ואין יכולים לעשות זה בלא זה... מכל מקום זהו לענין הסכמתן בדבר, שצריך שיסכימו כולם. אבל בדבר שהסכימו כבר, אחד מזכה מדעת כולם או רובם, שלא עלתה על דעת שתהא ידי ארבעתן זוכה כאחת".

(2) הסכמה שבדיעבד

בדינו של שליח שחרג מסמכותו אך לאחר מכן אישרר המשלח את פעולתו, נפסק שהשליחות

[32] כך נימק ב"ח, חו"מ, סימן קכב, סעיף יז.

[33] כך הסיק מדבריהם בשו"ת שער אפרים שם. אלא שבמקרה שהוא דן בו, אחד האפוטרופוסים היה אישה והיא לא השתתפה בפעולה הנידונה, והוא מסיק מדברי הריטב"א הנ"ל בהערה 29 שהיות שאין האישה בקיאה במשא ומתן, יודו רש"י והרמב"ם שגם כשהיא נמצאת בעיר, יש לראותה כמי שלא הייתה בעיר, ולכן פעולת האפוטרופוסים האחרים בטלה.
עוד יש להעיר, שלפי נימוקו של הב"ח לשיטת הסמ"ג, דבריו מוגבלים לשותפים התובעים מישהו לדין, ואין ללמוד מכך לפעולה אחרת ששותף עושה. ולא ברור איך הבין שער אפרים את טעמו של הסמ"ג.

[34] שולחן ערוך, חו"מ, סימן עז, סעיף ט, סימן קכב, סעיף ט, וסימן קעו, סעיף כה.

[35] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז. וכעין זה כתב גם בחלק א, סימן צג (בעניין מורשים).
נאמן אחד מתוך כמה נאמנים שאצל את סמכותו לנאמן אחר מהם: שו"ת שער אפרים, סימן קלג (שהבאנו בהערה 27), דן באלמנה ששימשה כאפוטרופסית על בניה היתומים יחד עם חמיה ואדם שלישי, ואצלה לו את סמכותה למנות אנשים שיעשו פשרה בין נושי היתומים ליתומים. לאחר שהתקבלה הפשרה, ביקשה האישה לבטלה בטענה שהיא לא הייתה יכולה לאצול את סמכותה למנות מפשרים. המשיב (דף פה ע"ג) פוסק שאף ששו"ת מהרי"ק, שורש ו (שנביא בסעיף 10, פרק עשירי), כתב שנאמן אינו יכול לאצול את סמכותו, הרי כאן היות שיש שלושה אפוטרופוסים, שאחד מהם מומחה יותר בניהול נכסים, יש להניח שהאב, יוצר הנאמנות, לא התכוון למנות את אלמנתו כאפוטרופסית במינוי אישי, שלא ניתן יהיה לאצול אותו לאחרים. הוא מוסיף, שאף שבשטר המינוי של האפוטרופסים כתב הבעל שיד האשה תהיה על העליונה, הוא התכוון רק לכבודה, שיצטרכו להתייעץ איתה, אבל החלטות מעשיות בוודאי יהיו על פי החלטת רוב, במיוחד שהאשה לא הבינה בענייני משא ומתן. ושם (דף פה ע"א) הסביר שיש תוקף למה שהקנתה לו את הסמכות לבחור פשרנים בקניין סודר, ואין אומרים שזה דבר שאין בו ממש.
על אפוטרופוס אחד מתוך כמה, שרוצה להסתלק, עיין שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שנא.

קיימת[36]. כמובן, פעולה שנעשתה על ידי אחד הנאמנים בלי להיוועץ בחבריו היא פעולה שנעשתה תוך חריגה מסמכות, ולכאורה נוכל ללמוד מדיני השליחות על דרך ההיקש, שכשם שאשרור הפעולה על ידי משלח מתקן פגם של חריגת השליח מסמכותו, כך גם פעולתו של נאמן יחיד תקפה אם היא אושררה על ידי חבריו.

אולם אפשר שאשרור הפעולה בדיעבד אינו מתקן את הפגם, משום שכאמור לעיל[37], מי שממנה נאמנים אחדים, מטרתו היא להבטיח ריבוי דעות לפני שהפעולה תתבצע בפועל. לעיתים, לאחר שכבר בוצעה הפעולה, יטו חלק מן הנאמנים לאשר את הפעולה, אף שאילו היו נשאלים על כך מלכתחילה, הם לא היו מסכימים לקיומה. לכן, ייתכן שאשרור הפעולה לא יוכל לשמש כתחליף להתייעצות מוקדמת, לפני ביצועה, ומשום כך הוא לא יתקן את הפגם הנובע מפעולת נאמן על דעת עצמו. אם כך הוא, הרי שאשרור פעולת הנאמן בידי חבריו לאחר שהפעולה כבר בוצעה, אינו ממלא את התנאי שהנאמנים יפעלו יחד[38].

פרק רביעי

דעות חלוקות — "היו דעותיהם חלוקות..."

א. מבוא

הדרישה שהנאמנים יפעלו יחד מעוררת את השאלה כיצד ינהגו במצב שאין ביניהם הסכמה. לשאלה זו ייתכנו שלוש תשובות: (א) הנאמנים יפעלו לפי הכרעת הרוב; (ב) בית המשפט או בורר יכריעו במחלוקת, והכרעתם תחייב את הנאמנים; (ג) הנאמנים יימנעו מביצוע הפעולה עד שיגיעו להסכמה של כולם על ביצועה.

המחוקק בחר בדרך השנייה: "היו דעותיהם חלוקות, יפעלו לפי הוראות בית המשפט".

ב. הכרעה על פי דעת הרוב

מהרשד"ם[39] פסק שאם יש חילוקי דעות בין אפוטרופוסים, "נראה שיש לנו לילך אחר הרוב... ככל שאר דיני תורה. והיכא דאיכא חילוק דיעות, אזלינן בתר רובא [=הולכים אחר הרוב]".

[36] ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 6, ובנספח: "זכין לאדם שלא בפניו".

[37] לעיל, ליד ציון הערה 3.

[38] שמא יש לדייק כך גם מפסיקת מהרש"ם שלהלן, ליד ציון הערה 127, שפעולתו של נאמן יחיד אינה בת תוקף, ואינו מסייג את דבריו ואומר שניתן להקנות לה תוקף אם יאשררו הנאמנים האחרים את הפעולה בדיעבד. אולם ייתכן שהסיבה שלא סייג את דבריו כך היא, שבנידונו לא רצו האחרים לאשרר את הפעולה.

[39] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שג (נדפסה שוב בסימן תלד).

בפסק הדין של בית הדין הרבני האזורי בירושלים בתיק 44־615־1 (מובא בספר בשערי בית הדין, חלק ב, עמ' 138, בעמ' 139) נאמר שהיו שלמדו מפסיקת מהרשד"ם שם, שבמחלוקת בין אפוטרופוסים שמינה אבי היתומים יש להכריע ע"פ רוב דעות, ואילו במחלוקת בין אפוטרופוסים שמינו הציבור או בית הדין, תוכרע המחלוקת רק בהסכמת כל הנאמנים, ומשום כך נהוג להוסיף תנאי בשטר ההקדש שלפיו החלטות הנאמנים יתקבלו ברוב דעות. עוד לעניין זה, ראה בפסיקת בית הדין הרבני הגדול בתיק 539/נח (מובא שם, עמ' 149, בעמ' 159). שם מובאים עוד דברי שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קטז, שבכמה קהילות תיקנו

לכאורה, פסיקה זו סותרת לדברים שכתב הרשב"א, בהסתמך על סוגיית התלמוד במסכת עבודה זרה. שם מובאת הלכה לעניין הערכת שוויו של נכס[40]: "אמר ליה כדשיימי בתלתא, אפילו תרי מגו תלתא. כדשיימי בארבעה, עד דאמרי בארבעה". כלומר, אם אמר המוכר לקונה שימכור לו את הנכס במחיר שישומו שלושה שמאים, הוא מחויב למכור אותו גם אם רק שניים מתוך השלושה מסכימים למחיר מסוים. אבל אם אמר לקונה: "אמכור כפי שישומו ארבעה שמאים", אינו חייב למכור לו עד שיסכימו כל הארבעה לאותו המחיר.

רש"י הסביר[41] את ההבדל בין האומר שימכור לפי שומת שלושה שמאים לבין האומר שימכור לפי שומת ארבעה, בכך שאם "נקט לישנא דשומא ונקט תלתא, שהן בית דין — סתם לתורת דיינין נחת, ואפילו תרי מגו תלתא שמין אותו, ואם שלישי חלוק על השנים אזלינן בתר רובא". כלומר, אם נקט המוכר בלשון 'שומה' ונקט במספר שלושה, שהוא מספר הדיינים בבית דין, מן הסתם התכוון לשומה שתוכרע על פי המקובל בבית דין, דהיינו בהכרעה על פי רוב דעות. לעומת זאת, אם ביקש שישומו ארבעה, "כיון[42] דנחת לדעות, להרבות דעות יותר מכדי בית דין, ודאי לאו לתורת דיינין נחית, ולא אזלינן בתר רובא...". כלומר, היות שבחר מספר אחר, שהוא גדול ממספר הדיינים בבית דין, מן הסתם בחר במספר זה כדי להרחיב את שיקול הדעת לפני קביעת השומה. לכן אין להכריע את השומה לפי רוב דעות, אלא על פי הדעה המוסכמת על כולם.

בהתאם לכך פסק הרשב"א[43]: "כל שקבלו הקהל עליהם דעות אנשים ד' או ה' או יותר,

שהחלטות נאמני הקהל תתקבלנה ברוב דעות מפני ש"אם נמתין עד שיסכימו כלם, לא יגמר שום ענין ויהי' השחתת הכלל".

בהערה 51, נביא מקור נוסף לכך שבהקדש הולכים לפי רוב הנאמנים.

40 עבודה זרה עב ע"א. וראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 6.

41 רש"י, שם, ד"ה כדשיימי בתלתא.

42 רש"י שם, ד"ה כדשיימי בארבעה.

זאת בניגוד למי שהתחייב למכור במחיר שייקבע על פי שומת שלושה שמאים, שאז די בשומת שניים מהם, משום שהוא התכוון ששלושת השמאים יוכלו להכריע בדבר כבית דין, על פי רוב דעות (רש"י שם, ד"ה וא"ל).

עוד אומרת הסוגיה שם, שאם אמר המוכר שהמחיר ייקבע "כדאמרי בי תלתא [=כפי שיאמרו שלושה]", ההחלטה צריכה להתקבל פה אחד, וכך אמנם פסקו רמב"ם, שם, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רו, סעיף ב. מדברי הרמב"ם ורש"י הללו עולה שההבחנה היא פורמלית בעיקרה: "כדשיימי" משמעו ביצוע שומה, שמתבצעת על פי החלטת הרוב, בעוד "כדאמרי" משמעו על פי דברי כל השמאים, פה אחד (על ההבדל בין שיטת רש"י לשיטת הרמב"ם, ראה שער משפט, סימן יב, ס"ק ו, ובירור הלכה, עבודה זרה שם, ציון ו, פסקה ב). אולם שו"ת הריב"ש, סימן תסז, מוכיח מהבחנת התלמוד ש"כל דבר התלוי בשומא ובאומד, הולכין בזה אחר הרוב". מדבריו נראה שלדעתו הבחנת התלמוד היא מהותית יותר: "כדשיימי" משמעותו החלטה הנובעת משיקול הדעת הנדרש לשם הכרעה בין אפשרויות שונות, ולכן ההנחה היא שדי ברוב דעות. לעומת זאת, "כדאמרי" משמעותו התייחסות להחלטה גרידא, ולא לשיקול דעת, ולכן ההחלטה צריכה להתקבל בהסכמת כולם.

43 שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רפט (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן יח, סעיף א, בשו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן ח, בשו"ת תורת חיים, חלק ג, סימן ו, ובשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ג). הרשב"א לא הביא ראיה מסוגיית עבודה זרה, אבל שו"ת תורת חיים, חלק א, סימן נג, כותב שהרשב"א מסתמך על דין ארבעה שמאים שבסוגיה שם. גם ביאור הגר"א, חו"מ, סימן יח, ס"ק ט, מביא ראיה זו.

אבל בתשובתו, שם, סימן קכו, הוא כותב: "כל שביררו הקהל עשרה או פחות מכאן או יתר מכאן, כל שלא אמרו שילך אחר הרוב — אינו כלום עד שיסכימו כולם לדעת אחד", ומדבריו אלו משמע לכאורה

אין הולכין אחר הרוב, שאין רוב אלא בבית דין". לכאורה, לפי דבריו אין ללכת אחרי רוב הנאמנים, אם הם יותר משלושה; ואילו מהרשד"ם קבע באופן סתמי שהרוב קובע, משמע, גם אם הם יותר משלושה.

נוכל ליישב את דברי הרשב"א עם דברי מהרשד"ם על פי פרשנותו המצמצמת של ר' חיים שבתי לדברי הרשב"א. לדבריו[44], הסוגיה הנזכרת עוסקת רק במצב "שאנו באים לחייב לשום אדם ולהוציא ממון מיד בעליו", שאז אין להוציא ממון מאדם אלא על פי הסכמת כל ארבעת הנאמנים, שכן "מעמידין האדם ממונו על חזקתו עד שידע שהוא חייב". בהתאם לכך, אף קביעת הרשב"א תפורש כעוסקת רק בהחלטה שיש בה כדי להוציא ממון מאדם, ובזה אמנם דנה התשובה. אולם במקום שיש חילוקי הדעות בדבר דרך ניהולו של הקדש ציבורי שיצר אדם סמוך למותו, "היעלה [על הדעת] שאם לא הושוו כלם, שיהיה הממון מונח בקרן זוית ולא יעשה מהם נוח לנפשו?... ובכי הא ודאי הדעת נותן שילכו אחרי הרוב וימצא המקדיש המאושר נחת רוח לנפשו". אם כן, פסיקת מהרשד"ם יכולה להתיישב עם דברי הרשב"א.

יש להדגיש שההכרעה על פי רוב דעות חייבת לבוא לאחר דיון משמעותי בין כל הנאמנים, כפי שנעשה בבית דין[45].

ג. הכרעה על פי בורר חיצוני

במקום שמספר הנאמנים הוא זוגי, הפיתרון של הכרעה על פי רוב אינו יכול לענות על כל

שגם אם יש שלושה נאמנים אין להכריע על פי רוב דעות. ואמנם בסימן קכו הזכיר את "מנהג המקומות שחוששין להמחאת היחידים [=לדעת המיעוט] לכתחילה", אבל כוונתו לצורך בהסכמת כל הקהל לקבל תקנה מסוימת, ולכן אין לומר שמנהג זה הוא טעם דבריו לעניין ההכרעה בין ברורי הקהל. ויש עוד לעיין בדבר.

ביאור הגר"א, חו"מ, סימן יח, ס"ק י, מוצא סתירה בין הרמ"א הפוסק כאן כרשב"א רק במצב שהיו יותר משלושה, לבין השולחן ערוך דלהלן, הפוסק כך גם במצב שהם רק שלושה, ונשאר בקושיה.

דעה שגם בשלושה אין הולכים אחר הרוב: מרדכי, סנהדרין, סימן תרעט (בשם ר"י), ונימוקי יוסף, סנהדרין א ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רעח, ובשו"ת תורת חיים, חלק א, סימן עא), כתבו על סמך הסוגיה במסכת עבודה זרה, שאם בעלי דין בחרו כמה אנשים לפשר ביניהם, פשרתם מחייבת את הצדדים רק אם הסכימו כולם. מדבריהם עולה שהדין כך גם אם היו שלושה, שהרי הם מוכיחים זאת מלשון הסוגיה שם שאם אמר "כדאמרי בי תלתא" צריך את הסכמת כולם. לבוש, חו"מ, סימן יב, סעיף יח, נימק שאומדן דעת הוא שאין סומכים על הפשרה עד שכולם יסכימו. כך כתבו גם תוספות, סנהדרין ו ע"א, ד"ה ביצוע (הובא בשו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן כט, ובשו"ת תורת אמת, סימן לא), על סמך הסוגיה בעבודה זרה, שאם היו שלשה, רק הסכמתם פה אחד מחייבת את בעלי הדין.

כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן יב, סעיף יח, וסימן יג, סעיף ז. ביאור הגר"א, חו"מ, סימן יג, ס"ק יז, מביא את הראיה ממסכת עבודה זרה. השולחן ערוך נוקט סתם "רבים", משמע גם שלושה. בשאלה מדוע נקט השולחן ערוך, סימן יב שם, "יש אומרים", עיין כנסת הגדולה שם, מהדורא קמא, הגהות בית יוסף, אות נד; אורים ותומים שם, תומים ס"ק ט; ברכי יוסף שם, אות יט; דברי התורה שם, ס"ק ד (שחידושי הר"ן, סנהדרין שם, חולק; עיין שם להוכחתו); חושן אהרן שם; יריעות החושן, שם, ס"ק ז; ישיב יצחק שם; מאזנים למשפט, שם, ס"ק יז; פתחי משפט שם, ס"ק ג.

אבל שער משפט, שם, ס"ק ו, מתקשה בהוכחת התוספות והמרדכי מסוגיית עבודה זרה, וכותב שמהסוגיה שם עולה שאם יש שלושה פשרנים, די ברוב, ורק אם יש יותר, צריך שיסכימו פה אחד.

[44] שו"ת תורת חיים, חלק א, סימן נג (דף ע ע"א).

[45] כך כתב שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קכו, לעניין נבחרי הקהל.

המצבים, שהרי ייתכן מצב של תיקו בין הדעות, כשמספר שווה של נאמנים תומך בכל אחת מן הדעות.

ר׳ אברהם דוד ואהרמאן[46] דן בחילוקי דעות בין שני אפוטרופוסים של יתומים, והציע לפתור את המחלוקת על ידי מינויו של ׳מכריע׳ שהוראתו תחייב את האפוטרופוסים. את המכריע מן הראוי שימנו האפוטרופוסים, ורק אם הם אינם מסוגלים להגיע להסכמה על כך, ימנה אותו בית הדין.

פרק חמישי

פעולה לפי "הוראות בית המשפט"

א. מבוא

לפי החוק, אם נחלקו דעות הנאמנים, עליהם לפעול לפי הוראות בית המשפט. קביעה זו מקפלת בתוכה שתי הוראות: (א) הטלת חובה על נאמנים שנחלקו דעותיהם לפנות לבית המשפט כדי שיכריע במחלוקת שביניהם, (ב) הסמכת בית המשפט להכריע במחלוקת שבין הנאמנים.

אבל במקום שמפורש בתנאי הנאמנות שבמצב של חילוקי דעות יש לפעול על פי דעת רוב הנאמנים, אין בית המשפט משמש כערכאת ערעור על החלטת הרוב, ואין הוא מוסמך להורות לנאמנים לפעול בניגוד להכרעת רובם[47].

להלן נדון בעמדת המשפט העברי בדבר סמכות בית הדין להכריע במחלוקת שבין נאמנים, ובחובתם של הנאמנים לפנות לבית הדין כדי שיכריע במחלוקת שביניהם.

ב. סמכות בית הדין להכריע במחלוקת

לפני מהרשד"ם הוצגה השאלה הבאה[48]: פלוני מינה ארבעה אפוטרופוסים כדי שינהלו את

[46] כסף הקדשים, חו"מ, סימן רצ, סעיף א.
לכאורה, היה אפשר לקבוע שבית הדין יכריע במחלוקת. כנראה, סבר כסף הקדשים שאין זה ראוי ל"בזבז" את זמנו של בית דין על ענייני ניהול; לעומת זאת, ׳מכריע׳ המתמצא בענייני ניהול נכסים, שכל תפקידו יהיה לרדת לשורש המחלוקת ולקבוע את דרך הפעולה הראויה, יהיה מסוגל להבין טוב יותר מכל גוף שיפוטי את העמדות השונות ולקבל הכרעה שקולה ומוצדקת.
אבל שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רפט (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן יח, סעיף א, ובשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ג), קובע ש"ברורי" קהל שנחלקו ביניהם והגיעו למצב של תיקו אינם רשאים למנות אדם אחר שיכריע בחילוקי הדעות שביניהם, מפני שבני הקהילה קיבלו עליהם את דעת ה"ברורים" ולא את דעתם של אחרים; והם רשאים רק להתייעץ עם גורמים חיצוניים כדי שיסייעו להם לגבש החלטה המוסכמת על כולם.
כמובן, בסוגיית עבודה זרה (לעיל, ליד ציון הערה 40) לא הוצע פתרון של "מכריע" חיצוני, מפני ששם לא הייתה בעיה של תיקו בין שני מחנות, אלא הבעיה היא שלפעמים צריך את הסכמת כל השמאים ולא די ברובם, וגם הוספת "מכריע" לא תביא להסכמת כולם.

[47] כרם, סעיף 186, עמ׳ 410.

[48] שו"ת מהרשד"ם, שצוין לעיל, הערה 39.

נכסיו לאחר מותו לטובת בנו היתום. היתום ושניים מן האפוטרופוסים התגוררו בעיר פירה שבאיטליה, בעוד שני אפוטרופוסים אחרים התגוררו בסלוניקי שהיתה אז תחת שלטון תורכי. נכסי הנפטר — אף הם, חלקם היו בפירה וחלקם בסלוניקי. כדי להבטיח ניהול יעיל של הנכסים, ביקשו שלושה מן האפוטרופוסים להעביר את הנכסים שבסלוניקי לפירה. אולם אפוטרופוס אחד התנגד לכך, מחשש שמא ההעברה תסכן את הנכסים.

בתשובתו, בוחן מהרשד"ם את עמדותיהם של האפוטרופוסים ופוסק שעל אף שבדרך כלל יש להכריע על פי דעת רוב האפוטרופוסים[49], הרי במקרה הנדון יש לקבל את דעת האפוטרופוס שהתנגד להעברת הנכסים, מפני שחיי היהודים ונכסיהם באיטליה באותו זמן היו בסכנה גשמית ורוחנית, בגלל רדיפות הנוצרים, ועל כן טובת היתום הייתה שהכנסים כולם יהיו דווקא בסלוניקי, מה גם שיש להניח שהיתום עצמו עתיד לעבור לסלוניקי מהסיבות האמורות. את סמכותו להורות כך למרות עמדת רוב האפוטרופוסים מבסס מהרשד"ם על תפקיד בית הדין כ"אביהם של יתומים", דהיינו לדאוג לרווחתם ולניהול יעיל של נכסיהם. תפקיד זה מעניק לבית הדין סמכויות נרחבות[50], ובהן אף הסמכות לבטל את החלטת רוב האפוטרופוסים ולאמץ את עמדת המיעוט, אם לפי דעת בית הדין עמדה זו עדיפה לטובת היתומים[51].

נראה שמאחר שבית דין הוא "אביהם של יתומים", הוא יכול לפסוק נגד החלטת האפוטרופוסים גם אם נתקבלה פה אחד, אבל זאת רק במצב של חוסר סבירות קיצונית. לעומת זאת, הוא יפעיל לעיתים קרובות יותר את סמכותו במקום שיש מחלוקת בין הנאמנים.

כמובן, הנימוק שבית דין הוא "אביהם של יתומים" אינו תקף בנאמנות פרטית, ועל כן הדעת נותנת שאין בה סמכות לבית דין להכריע נגד דעת רוב הנאמנים[52].

ג. חובת הנאמנים לפנות לבית הדין

בניהול נכסי יתומים פסק הרא"ש[53]: "כן ראוי לעשות לכל מי שיש בידו ממון של יתומים שיעשה במאמר בית דין, ולא שיאמר בדעת עצמו 'אעשה כמו בשלי'".

הטור פירש[54] את דברי אביו הרא"ש על דרך הצמצום, ולדעתו הדרישה להתייעץ עם בית הדין מוטלת על מי שמחזיק בידיו נכסי יתומים, ולא מונה כאפוטרופוס עליהם, "אבל

[49] ראה לעיל, ליד ציון הערה 39.

[50] עיין שם, בדוגמאות שהוא מביא לכך שכוח בית הדין גובר על כוחו של אפוטרופוס.

[51] בתיק 152/771, שנדפס בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 97, נקבע שההכרעה בחילוקי דעות שבין נאמני הקדש תהיה על פי רוב דעות הנאמנים, אך "הזכות למיעוט שנתבטלה דעתו להגיש עצומותיו לפני בית הדין ירושלים נגד החלטת הרוב". קביעה זו אינה מנומקת, אך תשובת מהרשד"ם יכולה לשמש לה בסיס.

[52] ואמנם בית דין מוסמך לפעול גם נגד הדין, לצורך שעה (שולחן ערוך, חו"מ, סימן ב, סעיף א), אבל הוא עושה זאת רק לעיתים נדירות.
ייתכן שבמקום שיש בקיום צוואת הנפטר משום "מצוה לקיים דברי המת" (ראה סעיף 1, פרק רביעי, ד), בית הדין מוסמך להתערב מכוח סמכותו לכוף אדם לקיים מצוות עשה (כתובות פו ע"א).

[53] רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן כא. על דבריו ראה גם סעיף 12, פרק שישי, ב, וסעיף 19, פרק שני, ב.

[54] טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז.

האפוטרופוס, אין צריך עוד בית דין". אולם מהרשד"ם[55] דוחה את פרשנותו, ולדעתו "בכל דבר שיש נטיה לכאן או לכאן, אין ראוי[56] לאפטרופוס לעשות שום דבר, רק [=אלא] בעצת בית דין".

זאת ועוד: מהרשד"ם טוען שאף דברי הטור נאמרו רק במצב שיש סיכון שקול באימוץ כל אחת מדרכי הפעולה האפשריות. אולם במצב שלפי דעת בית הדין דרך פעולה אחת מסכנת את נכסי היתומים יותר מחברתה, אף הטור יסכים שבית הדין מוסמך לתת לאפוטרופוס הוראות ולאסור עליו לפעול בדרך שמסכנת יותר את נכסי היתומים[57].

בכל מחלוקת שבין הנאמנים מתקיים מצב של "נטייה לכאן או לכאן", ולפיכך נוכל להסיק שדעת מהרשד"ם היא שאם אפוטרופוסים חלוקים בדעותיהם, עליהם לפנות לבית הדין כדי שיכריע במחלוקת.

פרק שישי

פעולות נאמן על דעת עצמו "בעניין שאינו סובל דיחוי"

א. מבוא

ההוראה שעל הנאמנים לפעול יחד עלולה ליצור קושי במצב שנדרשת פעולה דחופה לטובת נכסי הנאמנות או לטובת הנהנים. כדי למנוע מצב זה, קובע החוק שבעניין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מהנאמנים לפעול על דעת עצמו.

כמובן, דחיפות העניין תלויה במשך הזמן שניתן לדחות את הפעולה כדי לקבל את הסכמת הנאמנים בלי לפגוע במטרות הנאמנות. פרק זמן זה ייקבע בכל מקרה לגופו[58]. אם נקט נאמן בפעולה בשל דחיפותה, שומה עליו לקבל הסכמה בדיעבד של יתר הנאמנים בהקדם האפשרי[59].

כפי שנראה, המשפט העברי מכריע בשאלת סמכותו של נאמן לפעול על דעת עצמו בעניין שאינו סובל דיחוי לאור אומד דעת הצדדים להסכם.

ב. עמדת המשפט העברי

הרשב"א דן[60] בנאמנות למטרות צדקה ששני נאמניה נדרשו לחלק בכל שנה, בהגיע חג החנוכה, כספים "לעניים, ליתומים ולאלמנות לפי ראות עיניהם". לימים נפטר אחד מן הנאמנים, ונציגי הציבור ביקשו למנות נאמן נוסף כדי שלא להותיר את שיקול הדעת בידיו

[55] שו"ת מהרשד"ם, שצוין לעיל, הערה 39.

[56] אין להבין את המילה "ראוי" כאן כרשות גרידא, היות ובהמשך הדברים כותב מהרשד"ם במפורש, שהאפוטרופוס "צריך להתייעץ עם הבית דין".

[57] אבל בעוד שמהרשד"ם בהצגת דעת עצמו כתב שעל האפוטרופוס להיוועץ בבית דין, הרי בבארו את שיטת הטור, לא כתב מהרשד"ם שעל האפוטרופוס להיוועץ בבית דין, אלא רק שבית דין מוסמך לתת לו הוראות.

[58] כרם, סעיף 188, עמ' 413.

[59] כרם, שם.

[60] שו"ת הרשב"א, שצוין לעיל, הערה 26.

של הנאמן שנותר בלבד, בעוד הנאמן שנותר ביקש לנהל לבדו את ענייני הנאמנות. בתשובתו, דן הרשב"א בנוהג המקובל בעניינים מסוג זה[61], והוא מוסיף: "הדין נותן [שיוסיף הנאמן הנותר לכהן לבדו], שאלולי כן, אם ילך לדרכו האחד קצת ימים לעסקיו, ולא היה כאן לזמן חנוכה, המנוי בטל; וכן הגבאי או הנאמן אינו נוהג עד שוב חברו, ואין זה דעת הצבור, ולא דעת היחיד המצוה". כלומר, אילו נקבע שהיעדרות זמנית של נאמן אחד שוללת מיתר הנאמנים את סמכויותיהם לפעול בנכסי הנאמנות, לא היה אפשר להגשים את מטרות הנאמנות. הרשב"א מניח שהציבור שמינה את הנאמנים, או אדם יחיד שיצר את הנאמנות ומינה נאמנים אחדים, לא התכוונו לגרום בכך את סיכול הגשמת מטרות הנאמנות, ולכן אף אם לא היה קיים נוהג ברור, ניתן להניח שיוצר הנאמנות לא ביקש לקבוע שהנאמן הנותר אינו רשאי להמשיך בתפקידו.

מתשובה זו נוכל להסיק הנחיה כללית, שהנאמן הנותר יכול להמשיך במילוי תפקידיו אם הימנעותו מכך עלולה לסכל את הגשמת מטרותיה של הנאמנות. יתר על כן: מתשובה זו נראה שבנסיבות אלו אף אין הנאמן נדרש לקבל את הסכמת יתר הנאמנים לאחר שפעל את פעולתו.

פרק שביעי

אחריות הנאמנים — "הם אחראים לפעולותיהם..."

א. מבוא

היות שהנאמנים נדרשים לפעול יחד, מוטלת עליהם אחריות משותפת לפעולותיהם אם פעולותיהם גרמו נזק. אולם אחריות זו קיימת רק אם פעולותיו של נאמן אחד נעשו בשם שאר הנאמנים. פעולת נאמן על דעת עצמו, אף אם הייתה למען הנאמנות, לא תטיל אחריות על יתר הנאמנים[62].

אחריות הנאמנים היא "ביחד ולחוד", ומשמעות הדברים העיקרית היא שהנושה רשאי "לדרוש את קיום החיוב, כולו או מקצתו, משניהם כאחד או מכל אחד מהם בנפרד, ובלבד שלא ייפרע יותר מן המגיע לו"[63]; וחזקה שהנאמנים "נושאים בנטל החיוב בינם לבין עצמם בחלקים שווים"[64].

לדעת כרם[65], אם יש מספר צוותים של נאמנים, שעל כל אחד מהם הוטלו חובות שונות, תחול האחריות רק על אותו צוות שפעולתו גרמה את הנזק.

הטלת אחריות זו נסמכת על הוראת סעיף 12, המטילה אחריות על נאמן לנזק שנגרם לנכסי הנאמנות. הנאמנים יחויבו באותם סוגי נזק כמו שהם מחויבים לפי סעיף 12, וכפי שנראה בדיוננו שם[66], יש מקום לומר שכלולה בחיוב זה גם אבדן רווח.

[61] על נוהג זה עמדנו לעיל, אחרי ציון הערה 26.
[62] כרם, סעיף 184, עמ' 405-406.
[63] ע"פ חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), סעיף 55(א).
[64] ע"פ הוראת חוק החוזים, סעיף 56(א).
[65] כרם, סעיף 190, עמ' 414.
[66] סעיף 12, פרק שלישי, ד.

בדיון בדבר היקף אחריותם ההדדית של הנאמנים במשפט העברי, יש להבחין בין פעולה שעשו הנאמנים יחד לבין פעולה שעשה רק אחד מהם, והאחרים ידעו עליה ולא התנגדו לה. האחריות ההדדית יכולה לקום מכוח כמה עילות משפטיות: מכוח דיני הנזיקין, מכוח דיני השומרים, ומכוח דיני הערבות.

ב. פעולה שנעשתה על ידי כל הנאמנים

(1) דיני הנזיקין

אם פעולה נעשתה על ידי כל הנאמנים, חלה עליהם אחריות "יחד", כלומר, כל אחד מהם חייב בחלק מתשלום הנזק, כדין כל שניים שביצעו יחד מעשה נזק, כפי שפוסק הרמב"ם[67]: "שנים שחבלו באחד כאחת — שניהם חייבין, ומשלשין ביניהן". וכן פסק[68]: "שנים שהמיתו את הבהמה כאחת או שברו את הכלי כאחת — משלשין ביניהן". והרמ"א פוסק[69]: "שנים שמסרו ביחד, כל אחד משלם החצי".

אשר לאחריות "לחוד", מביא השולחן ערוך[70] חילוקי דעות לגבי שניים שהזיקו יחד, ושניהם בני חיוב מן הדין, אלא שלאחד מהם אין במה לשלם או שברח — האם האחר חייב לשלם הכול; והוא אינו מכריע במחלוקת. לפיכך, למעשה, לא ניתן לחייב נאמן אחד לשאת

[67] רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק א, הלכה יג.

[68] רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ו, הלכה יג.

[69] שולחן ערוך, חו"מ, סימן, שפח, סעיף ז.

[70] שולחן ערוך, חו"מ, סימן תי, סעיף לז. וראה על כך בהרחבה: בירור הלכה, בבא קמא נג ע"א, ציון ה, פסקה ב; פתחי חושן, נזיקין, פרק י, סעיף כח; חוק לישראל, נזיקין, עמ' 51; נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, שער שלישי: ריבוי חייבים, עמ' 93.
הבחנה ייחודית עולה מתוך דברי מהר"ם מרוטנבורג, המובאים במרדכי, בבא קמא, סימן נה, ובהגהות מיימוניות, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יט, אות ג. מהר"ם פסק לגבי שני אנשים שמסרו לשלטונות מידע על נכסיו של אדם שהביא לנפילת הנכסים בידי השלטונות: "אם שניהם בני תשלומין אלא שאחד עני ואין לו מה לשלם, לא ישלם חברו יותר מדינו בשביל עניותו של זה" (לשון הגהות מיימוניות שם).
לכאורה, פסיקת מהר"ם סותרת את מה שאומר הרמ"ה, המובא בטור, חו"מ, סימן תי, סעיף כט (הטור עצמו שם חלק על הרמ"ה): "שנים שמזיקין ושניהם בני חיובא אלא שהאחד ברח או שהוא כאן ואין לו לשלם, משתלם מן האחר". ר' יוסף כ"ץ, בשארית יוסף, על מרדכי שם (עמ' 67 במהד' זיו), ונדפס גם בחידושי אנשי שם, על המרדכי, שם, ס"ק ע (הוא חזר על דבריו בחידושיו על טור, חו"מ, סימן תי [עמ' רצ־רצא במהד' זיו]), מיישב בין השיטות באמצעות הבחנה בין נזק שבאופן תיאורטי, כל אחד מן המזיקים היה יכול לגרום בעצמו, ללא סיועו של אדם אחר, לבין נזק שלשם קיומו יש צורך בשיתוף כוחות בין שני המזיקים. מהר"ם עסק בנזק שנגרם אמנם על ידי שנים, אך באופן תיאורטי, היה בכוחו של כל אחד מהם לגרום בעצמו. בנסיבות אלו, אין דבר הקושר באופן מהותי בין שני המזיקים, ולכן, אין לחייב אחד מן המזיקים לשאת בחובת הפיצוי המוטלת על האחר. לעומת זאת, במצב שקיומו של הנזק דורש שיתוף כוחות בין המזיקים, הרי ש"נעשו חברים ושותפין", ומשום כך "יש ל[כל אחד מהם] לשלם בשביל שותפו" (לשון המרדכי שם).
לפי הבחנה זו, נראה שלעניין נאמנים שהזיקו יחד, היות שהם חייבים לפעול יחד, ניתן לומר שנעשו הנאמנים "חברים ושותפין", ועל כן חייב כל אחד מהם לשאת לחוד בחובת הפיצוי, אם אין לחברו כמה לשלם או אם הוא מסרב לשלם. אבל ש"ך, חו"מ, סימן שפח, ס"ק מב, כתב שדברי שארית יוסף אינם מבוררים; ושו"ת צמח צדק, חו"מ, סימן מו, אות א, כתב שדברי שארית יוסף תמוהים — עיין שם לקושיותיו עליו.

לבדו באחריות לתוצאות פעולה שבוצעה על ידי כל הנאמנים. אם כן, אחריותו של כל נאמן היא אחריות "ביחד", אך לא "לחוד".

רק אם אחד הנאמנים פטור מן הדין מתשלום, מסיבה כלשהי, יצטרך הנאמן האחר לפרוע הכול[71].

מאחר שהנאמנים הם גם שומרים, כפי שנראה בדיוננו בסעיף 12, אפשר לחייב אחד מהם לשלם הכול במצבים מסוימים מטעם ערבות, כפי שנראה מיד.

(2) דיני הערבות

שניים שלוו כאחד סכום כסף מפלוני, נעשים ערבים זה לזה לפירעון החוב, ולכן אם הנושה אינו מצליח לגבות מאד מהם את חלקו, הוא יכול לגבות את הכול מן האחר[72]. לדעת רבים מן הפוסקים, כך גם דינם של שניים שקיבלו ביחד נכס כדי שישמרוהו[73]. טעמם הוא, שמי שממנה שומרים אחדים שישמרו עבורו על נכס, יש להניח שהוא עושה זאת כדי להבטיח שאם ייגרם לנכס נזק או הפסד, הוא יוכל להיפרע מכל אחד מן השומרים. כוונת בעל הנכס ידועה מן הסתם אף לשומרים, ולפיכך הסכמתם לשמור כוללת הסכמה מכללא של כל אחד מהם להיות אחראי לכל נזק או אובדן שייגרם לנכסים שהופקדו בידיהם, "ביחד ולחוד"[74].

אם כן, נאמנים שעשו פעולת נזק יחד, או שהתרשלו יחד בשמירה על נכסי הנאמנות, ואין לאחד מהם במה לשלם, חברו חייב לשלם בעדו בתור ערב.

אבל לדעת הרמ"א, יש הבדל בין דינם של שניים שלוו לבין דינם של שומרים משותפים ושל אפוטרופוסים משותפים. הרמ"א נשאל[75] על צוות של שלושה אפוטרופוסים, שקיבלו על עצמם לנהל את נכסיהם של יתומים, ולימים מת אחד מן האפוטרופוסים, ושני ירד מנכסיו. היתומים תבעו מן השלישי להמציא להם את כל נכסי העיזבון, בטענה: "מאחר שקבל האפוטרופסות עם חבירו, כל אחד ערב בעד הכל".

הרמ"א דחה את טענת היתומים מן הטעם שדווקא שניים שלוו יחד, כל אחד נעשה ערב על חובו של חברו, מפני שנהנה בקבלת ההלוואה. לעומת זאת, אם שומר או אפוטרופוס מקבל על עצמו לשמור בחינם על נכס יחד עם שומר נוסף, הוא לא נעשה ערב על חובות

[71] לדעת ר' נתן בבבא קמא נג ע"א, שניים שגרמו נזק יחד, ואחד מהם פטור מן הדין מסיבה כלשהי, "כל היכא דלא אפשר לאשתלומי מהאי משתלם מהאי [=כל מקום שלא ניתן לקבל פיצוי מזה, יקבל מזה]". וכך פסקו רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יח, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן תי, סעיף לא. ובלשון טור, חו"מ, סימן תי, סעיף כט: "לא מחייב ר' נתן היכא דליכא לאשתלומי מאידך [=במקום שלא ניתן לקבל פיצוי מן האחר] אלא היכא שפטור מדינא. דכיון שהתורה פטרה אותו שעמו, והוא עשה כל הנזק, צריך לשלם". מהר"ם שם מרחיב דין זה גם למצב שמקורו של הפטור שניתן לאחד מן המזיקים הוא בנוהג, ולא בדין התורה. על המקרה הנ"ל במוסר, כתב: "אמנם, אם אתם רגילים לפטור את בעל הסעודה [המוסר האחד] לפי שהיה מוכה ואין אדם נתפס על צערו, אז יראה לי ששמעון [המוסר האחר] חייב כל ההיזק אם יש שם עדים שמסרום שניהם ביחד". כלומר, אם לגבי אחד מן המזיקים יש נסיבות מקילות שבגללן נהוג לפטור מזיק מן החובה לפצות את הניזוק, תוטל על המזיק השני החובה לפצות את הניזוק במלוא הערך של הנזק שנגרם לו.

[72] שולחן ערוך, חו"מ, סימן עז, סעיף א.

[73] להרחבה בעניין זה ראה: המסחר במשפט העברי (שצוין בהערה 70), עמ' 83-87; חוק לישראל, שומרים, עמ' 323, ומילואים שם, עמ' 1070-1076.

[74] מקורות לכך צוינו בחוק לישראל, שומרים, עמ' 323, הערה 119.

[75] שו"ת הרמ"א, סימן כז.

חברו, כיוון שלא צמחה לו שום טובת הנאה מהסכמתו לקבל על עצמו את התפקיד. לכן, במצב הנידון, האפוטרופוס השלישי אינו נושא באחריות לכל ההפסדים שנגרמו לנכסי היתומים[76].

הרמ"א מוסיף שיקול שהוא ייחודי לאחריותם של אפוטרופוסים. לדבריו, הטלת ערבות זו על אפוטרופוסים עלולה להניא אנשים מלקבל על עצמם לשמש כאפוטרופוסים ליתומים. ואמנם גם אם אפוטרופוס ייאלץ לשלם הכול מטעם ערבות, הוא יהיה זכאי לדרוש מחברו לשפותו (חלקית או באופן מלא — הדבר תלוי אם שניהם גרמו את הנזק או רק האחר גרם), אבל לעיתים לא יוכל לגבות מן האחר, ונמצא ששילם על לא עוול בכפו. כבר ראינו פעמים אחדות שמקילים עם אפוטרופוסים כדי שלא יימנעו אנשים מלשמש בתפקיד זה[77].

שיקול זה משמעותי בנאמנויות למטרות צדקה, שבהן קיים אינטרס ציבורי לעודד אנשים לשמש כנאמנים, אך נראה שאין הוא שייך בנאמנות פרטית, שלציבור אין עניין בהגשמת מטרותיה. לכן נראה שגם לפי הרמ"א, חלה על הנאמנים בנאמנות פרטית אחריות "ביחד ולחוד" אם הם מקבלים תמורה על מילוי תפקידם, אבל לא במצבים אחרים.

אבל יש להדגיש שפסקו של הרמ"א שפטר שומרים משותפים (בחינם) מערבות הדדית אינו מוסכם על כל הפוסקים, שכפי שצוין לעיל, רבים פסקו שיש ערבות הדדית גם בין שומרי חינם, ואף הרמ"א עצמו פוסק[78] ששניים שקיבלו ביחד פיקדון לשם שמירתו, נעשים ערבים זה לזה, ואינו מבחין לעניין זה בין שומרים בחינם לשומרים בשכר. עם זאת, לא מצאנו מי

[76] ראיה לקביעתו ששומרים או אפוטרופוסים אינם נעשים ערבים זה בעד זה, מוצא הרמ"א בסוגיית בבא מציעא מב ע"ב, בעניין שומר שמסר את הפיקדון לשמירת בני ביתו. שם נקבע שאין לראות בהעברת הפיקדון משום פשיעה מצדו של השומר, שכן "כל המפקיד, על דעת אשתו ובניו [של השומר] הוא מפקיד". על כך העירו התוספות, בבא מציעא שם, ד"ה כל המפקיד (וכן כתב הרא"ש, בבא מציעא, פרק ג, סימן כג), שאף על פי שמסירת הפיקדון לבני הבית אינה פשיעה, הרי אם אין להם במה לשלם על הנזק שנגרם בגלל פשיעתם, על השומר לשלם, משום שאם לא כן, "כל פקדונות שאדם מפקיד לחבירו — ימסור לאשתו והיא תאכלם". אם אמנם נעשה השומר ערב בעד שומר הממלא את תפקיד השמירה עמו, שאל הרמ"א, מדוע לא נימקו התוספות את חובת השומר הראשי לשלם בכך שמוטלת עליו ערבות?
ראיה נוספת לשיטתו מצא הרמ"א ברא"ש, בבא קמא, פרק א, סימן ט (וכך משמע גם מרש"י, בבא קמא י ע"ב, ד"ה מאי קעביד), שקבע שמי שמסר את בהמתו לשמירתם של חמישה שומרים, והסתלק אחד מהם מן השמירה, הנשארים נושאים באחריות לנזק שגרמה הבהמה לאחרים לאחר התפטרותו. שואל הרמ"א, אם שומרים במשותף נעשים ערבים זה בעד זה, מדוע לא יישא השומר המתפטר באחריות מחמת ערבות שקיבל על עצמו על חיוב השומרים שקיבלו עמו את השמירה?
אולם לדעת פוסקים רבים (ראה: תוספות, בבא קמא שם, ד"ה מאי קעביד; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה הא דאמרינן; תוספות רבנו פרץ, שם, ד"ה אי דבלאו איהו; שיטה מקובצת, שם, ד"ה אי דבלאו איהו וד"ה ולענין; מגיד משנה, הלכות נזקי ממון, פרק ד, הלכה ז), אכן נושא השומר המתפטר באחריות. וכך אמנם פסק השולחן ערוך, כמשתמע מדבריו בחו"מ, סימן שצו, סעיף ז (יצוין שעל הלכה זו לא העיר הרמ"א דבר, דבר המלמד אולי שחזר בו ממה שכתב בתשובתו; על כך ראה: שו"ת שמן המור, חו"מ, סימן יב [צב ע"ג]; זכור אהבת קדומים, עמ' תי). אפשר שהערבות שקיבל על עצמו השומר הזה מראש היא הסיבה להטלת האחריות עליו אף אחר שהסתלק מן השמירה. ביקורת נוספת על ראיה זו ראה בש"ך, חו"מ, סימן עז, ס"ק א. וראה גם: המסחר במשפט העברי (שצוין בהערה 70), עמ' 86־87, בהערה 84. על מצב זה ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 324, ובמילואים שם.

[77] הרחבה בעניין זה, ראה בסעיף 7, פרק שלישי, ב.

[78] רמ"א, חו"מ, סימן עז, סעיף א.

שחלק בפירוש על מה שהרמ"א פטר אפוטרופוסים משותפים מערבות הדדית, מן השיקול המיוחד, שהדבר עלול להניא אנשים מלקבל תפקיד כאפוטרופוס.

הערבות ההדדית על חייבים משותפים מאפשרת לנושה לגבות הכול מכל אחד מהם, רק אם אין בכוחו של החייב האחר לשלם את חלקו[79]. לכן, אף לדעת הפוסקים הרואים את השומרים ואת הנאמנים כערבים זה בעד זה, נאמן יחויב מעבר לחלקו בנזק רק אם מוצו הדרכים להיפרע מן הנאמן האחר; וגם אז, מי ששילם יכול לחזור ולתבוע את חברו לשפותו[80].

ג. פעולה שעשה אחד הנאמנים

(1) דיני הנזיקין

אם רק אחד מן הנאמנים עשה את הפעולה שגרמה נזק, עצם ההסכמה של הנאמנים האחרים לפעולה אינה מחייבת אותם באחריות מדין שליחות, שהרי "אין שליח לדבר עבֵרה"[81]. עם זאת, יש לדון האם מוטלת אחריות נזיקית על הנאמנים האחרים מצד עצמם.

על האחריות המוטלת על נאמן לתוצאותיה של פעולת נאמן אחר שגרמה נזק, ניתן ללמוד מסוגיית התלמוד[82] הדנה בנזק שנגרם למחרשה בעת החרישה, במצב ששני פועלים השתתפו בחרישה, כשאחד מהם מנהיג ומכוון את הבהמה החורשת, והאחר מחזיק ביתד המחרשה ומעמיק את אחיזתה בקרקע. שם נפסק, שאם מקום החרישה היה ידוע כמקום שיש בו סלעים העלולים לשבור את יתד המחרשה, על שני הפועלים כאחד מוטלת האחריות לנזק[83]. שני טעמים ניתנו להלכה זו.

לדעת רש"י, האחריות לנזק מוטלת על שני הפועלים כיוון ש"היה[84] להם להיזהר מאד, ובדבר מועט שעיוות אף המנהיג הוא נשבר, והוי [=והוא] דבר המוטל בספק". כלומר, מאחר שמדובר בקרקע טרשית, ייתכן שטעות קלה של הפועל המנהיג את הפרה גרמה לשבירת המחרשה, כמו שייתכן שהמחזיק ביתד גרם לשבירתו מפני שהעמיק בקרקע יותר מדי. לכן, לא ברור מי מן הפועלים הוא שגרם במעשיו לשבירת המחרשה, ומחמת הספק יש להטיל על כל אחד מהם לשלם חצי מן הנזק. לפי הסבר זה, באופן עקרוני אין אדם נושא באחריות לתוצאות פעולותיו של אדם המבצע פעולה יחד עמו, ורק במקום שיש ספק מי גרם לנזק, נקבע שכל אחד מן המבצעים יפצה את הניזוק בכדי מחצית מערך הנזק[85], ואילו אם ברור מי

[79] שולחן ערוך, חו"מ, סימן עז, סעיף א.

[80] יש להעיר, שהיות שחיוב הערבות חל רק משום שהנאמנים הם שומרים, הוא חל רק על נזק פיזי לנכסי הנאמנות, ולא על נזק לצד שלישי, ולא על אבדן רווח של הנאמנות.

[81] קידושין מב ע"ב־מג ע"א. ראה על כך בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 1, פרק שלישי.
נראה שהדין כך גם אם אין בפעולה שעשה אחד מן הנאמנים משום הפרה של חובה המוטלת על הנאמן, שהרי גם פעולה כזאת נחשבת עבֵרה, כיוון שגרמה נזק.
ועיין פתחי חושן, נזיקין, פרק א, הערה מד, בשאלה האם המשלח חייב אם השליח לא היה בר חיוב או היה שוגג, או אם היה ברור שיעשה את המעשה (שאז ייתכן שהמשלח חייב מטעם גרמי).

[82] בבא מציעא פ ע"א.

[83] על סוגיה זו, ראה גם חוק לישראל, נזיקין, עמ' 57.

[84] רש"י, שם, ד"ה תרוויהו משלמים. כך פירש גם נימוקי יוסף, בבא מציעא מט ע"ב (בדפי הרי"ף). בבית יוסף, חו"מ, סימן שט, סעיף ד, הובא פירוש רש"י, ולא פירוש התוספות שבסמוך.

[85] על הסבר זה הקשו התוספות, בבא מציעא פ ע"א (ד"ה ואי דוכתא), שלפי הכלל ש"המוציא מחברו עליו הראיה" (בבא מציעא ב ע"ב ועוד), מן הדין היה לקבוע ששני הפועלים יהיו פטורים מן האחריות, כיוון

גרם לנזק, מי שעסק עמו במלאכה אינו נושא באחריות לנזק. קל וחומר שאי אפשר לחייב מי שלא עסק עמו במלאכה אלא רק ראה את מה שהוא עושה, אפילו הביע הסכמה.

אולם בעלי התוספות מסבירים את דין התלמוד בדרך שונה[86]. לדבריהם, הטעם להטלת אחריות על שני הפועלים הוא ש"היה לכל אחד ליתן לב על חבירו כמו על עצמו ולהזהירו, ואחרי שלא הזהירו — גם הוא פשע". לפי הסבר זה, אחריותם המשותפת של הפועלים נובעת מכך שבהיותם מבצעים פעולה ביחד, הם נדרשים לערנות מיוחדת כדי שיוכלו להזהיר זה את זה מפני פעולות מזיקות. הרשלנות בקיומה של חובה זו מצדיקה הטלת אחריות משותפת על שניהם[87].

בהתאם לשיטה זו נוכל לומר, שכל נאמן בצוות נאמנים חייב להשגיח שחבריו לא יגרמו נזק, ונאמן שלא הזהיר את חבריו מכך, דינו כמי שהיה שותף לפעולה שגרמה את הנזק[88]. כמובן, מדובר באופן שההזהרה הייתה מונעת את הנזק, ומדובר באופן שהאחר צפה או שהיה יכול לצפות את פעולתו של הנאמן שעשה את הפעולה.

על מצב ששאר הנאמנים הביעו התנגדות לפעולתו של אותו נאמן, או שלא ידעו עליה, נדון בפרק שמיני.

(2) דיני השומרים

לדעת מהרש"ם[89], אין להסביר את הנמקתם של בעלי התוספות על פי דיני הנזיקין, שהרי אין מזיק נושא באחריות לנזק שנגרם על ידו בעקיפין ('גרמא'), וכאן המחדל של הפועל שנמנע מלהזהיר את חברו לא גרם באופן ישיר את הנזק[90].

שהמעביד אינו מסוגל להוכיח מי גרם את הנזק. בהגהות הרש"ש, בבא מציעא, שם, יישבו קושי זה בכך שיש חריגים אחדים לכלל ש"המוציא מחברו עליו הראיה", ובהם הצדדים חולקים, וגם הלכה זו היא חריג. כך כתב גם קצות החושן, סימן שפג, ס"ק א: "דבכמה מקומות בש"ס דפסקו דין חלוקה ומשום דבכל אלו היה נראה לחכמים שיחלוקו". אלא שקצות החושן שם מסתפק, האם ניתן ללמוד מדברי רש"י עיקרון כללי, שאם שניים עשו פעולה אחת ביחד, ונגרם נזק, ואין בידינו לברר מי הוא שגרם לנזק, כל אחד חייב בחצי הנזק מספק, או שמא "היינו דוקא בגונדרי דאתמר, אבל היכא דלא אתמר לא, ואית לן למיקם אכללא דהמוציא מחבירו עליו הראיה".

ראה גם חוק לישראל, נזיקין, עמ' 57־58, הערה 71, ובדברי רז"נ גולדברג, בנספח שם, עמ' 353.

ראה חוק לישראל, ערבות, עמ' 206־207, להסבר מדוע אין לחייב אותם מחמת ערבותם ההדדית.

[86] תוספות, שם, ד"ה ואי דוכתא. כך פירש גם הרא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סוף סימן יג.

יש מקום לעורר שאלה, האם כשאמרו בעלי התוספות על הפועל שלא השגיח על מעשי חברו, ש"גם הוא פשע", כוונתם לייחס לו את הפעולה שגרמה את הנזק, וכאילו נעשה הנזק על ידי פעולה משותפת של שני הפועלים, או שמא, כוונתם לומר שהנזק התרחש בשל צירוף של שני גורמים: פעולת המזיק, והתרשלות חברו במילוי חובת ההשגחה. לכאורה, אם הנזק נעשה באופן משותף, יוכל הניזק לתבוע את כל התשלום מאחד מהם. אבל לאמיתו של דבר, היות שכל אחד מן המזיקים עשה רק חלק מן הנזק, אין מטילים על אחד מן המזיקים אחריות לשלם את מלוא ערך הנזק שנגרם. ראה חוק לישראל, נזיקין, עמ' 52.

[87] זהו מובנם הפשוט של דבריהם. להסבר אחר בדבריהם, ראה להלן, אחרי ציון הערה 89.

[88] אבל יש להעיר שהתוספות הקדימו לדבריהם "כיון דמחזקא בגונדרי [=בסלעים] הוא נשבר מאד בקל", ואם כן, נראה שחובת פועל להזהיר את חברו קיימת רק במקום שהסכנה קרובה. אף שהרא"ש שם לא הקדים הקדמה זו, גם הוא בוודאי מסכים לסייג זה, שהרי בסוגיה שם נאמר שבאדמה רגילה (בלי סלעים), מי שמחזיק ביחד חייב בכל הנזק, ולא אמרו שחברו יהיה חייב בחצי על כך שלא הזהיר — הרי שחובת ההזהרה מוטלת רק במקום שיש סכנה קרובה, כגון שיש סלעים.

[89] שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן עז.

[90] על טענה זו ניתן להשיב, שהיות ששני העובדים מבצעים ביחד עבודה אחת, ולא שאחד מהם עמד מן הצד,

לפיכך, הסביר מהרש"ם שאחריותם המשותפת של הפועלים על פי שיטת בעלי התוספות מבוססת על דיני השומרים. שומר נושא באחריות גם על נזק שגרם בעקיפין[91]. הפועלים הם שומרי כליו של המעביד[92], ועל כן מוטלת עליהם אחריות לנזקים שנגרמו לכלי העבודה באשמתם. לכן, הימנעותו של עובד מלהזהיר את חברו מפני ביצוע פעולה בכליו של המעביד העלולה להזיק להם, מטילה גם עליו אחריות לנזק שנגרם לכלים[93].

שמירת נכסי הנאמנות היא מתפקידיו של הנאמן[94]. לכן, גם אימוץ פרשנות מהרש"ם לדברי התוספות ישאיר אותנו במסקנה שהסקנו לעיל מדברי התוספות, שהנאמנים נושאים באחריות משותפת לנזק שאירע לנכסי הנאמנות כתוצאה מפעולה של אחד מהם, שהאחרים נמנעו מלהזהיר אותו מפני ביצועה[95].

אולם מן הראוי להדגיש שפיתוחם של נכסים אינו מתפקידיו של שומר, ולכן אחריות המבוססת על דיני השומרים תוגבל לאחריות לנזקים ולהפסדים שנגרמו לנכסי הנאמנות בלבד. אבל לא ניתן להטיל על הנאמנים אחריות על אובדן רווח צפוי אם אחריותם תתבסס על דיני השומרים בלבד.

כמו כן, אחריות הנאמנים כשומרים היא רק לגבי נזק כלפי הנאמנות ולא לגבי נזק לצד שלישי, ולכן גם לפי מהרש"ם, אם רק אחד מהם הזיק לצד שלישי, אין אחריות על האחרים בגין אי־הזהרה.

(3) דיני הערבות

כפי שראינו לעיל, לפי רוב הפוסקים, חלה על שומרים משותפים אחריות הדדית, שבגללה אפשר לדרוש את כל התשלום מאחד מהם, במצב שאי אפשר לגבות מן האחר. הדברים

הנזק נגרם למעשה מכוחם של שני העובדים יחד. אמנם ה'מנהיג' לא תקע את יתד המחרשה בקרקע במקום שבו היא נשברה, אך הוא כיוון את המחרשה לאותו מקום ונמנע מלהזהיר את חברו מלתקוע את יתד המחרשה במקום שאינו מתאים לכך, ולכן אפשר לראות את מחדלו של הפועל שנמנע מלהזהיר את זולתו מפני ביצוע פעולה מזיקה, כגרימת נזק במישרין — "גרמי". לפי זה, מה שאמרנו שלפי התוספות, נאמן בצוות נאמנים חייב על נזק שעשה נאמן אחר כיוון שלא הזהיר אותו, אמור רק במצב מיוחד, שעסקו יחד במלאכה אחת, אלא שרק אחד מהם עשה את הפעולה שגרמה נזק.

[91] ראה במקורות המובאים בחוק לישראל, שומרים, עמ' 5, ובמקורות נוספים שצוינו במפתח העניינים, ערך גרמא בשומר (עמ' 1419־1420).

[92] ראה במקורות המובאים בחוק לישראל, שומרים, עמ' 36.

[93] דבריו הובאו בחוק לישראל, שומרים, עמ' 323, ועמ' 1092, שם הובאו מקורות נוספים לחיוב שומר על שלא הזהיר אחר או על שלא נקט פעולה למנוע נזק.

כמובן, הסבר זה מחייב התייחסות לשיטת רש"י: מדוע לא אמר שמוטלת על פועל זה אחריות כשומר מחמת הימנעותו מאזהרת הפועל האחר מפני ביצוע פעולה מזיקה? אפשר שלדעת רש"י, אף אם נראה את העובדים כשומרים שמוטלת עליהם אחריות גם לנזק שנגרם בעקיפין, אין להטיל על שומר אחריות לנזק שגרם בעקיפין בזמן ששומר אחר גרם את הנזק במישרין. לכן, אילולי הספק בדבר זהות הפועל שגרם במישרין את הנזק, היתה האחריות מוטלת על העובד שגרם את הנזק במישרין בלבד.

[94] להרחבה בעניין זה, ראה סעיף 10, פרק שני, וסעיף 12.

[95] לכאורה, אפשר לטעון שמהרש"ם חייב פועל מדין שומר על שלא הזהיר, רק משום שפועל הוא שומר שכר (חוק לישראל, שומרים, עמ' 89), וייתכן ששומר חנם אינו חייב על אי־אזהרה, והמסקנה תהיה שנאמן שאינו מקבל שכר, שהוא שומר חינם (כפי שנראה בדיוננו בסעיף 12), פטור במצב זה. אבל מהרש"ם לא כתב שהדברים אמורים רק בשומר שכר. יש להעיר שחוק לישראל, שומרים, עמ' 252, ליד ציון הערה 18, מביא פוסקים המחייבים שומר להודיע לבעל הנכס על נזק צפוי, וזאת גם בשומר חינם.

אמורים גם במצב שרק אחד מהם פשע בשמירה: אם אי אפשר לגבות ממנו, יכול המפקיד לגבות את כל התשלום מן השומרים האחרים, בגלל ערבותם, אף שאין עליהם חיוב מטעם אחריות שומר[96]. כמובן, שמורה לשומר ששילם הזכות לחזור על השומר שפשע, שישפה אותו ויפרע לו את כל מה ששילם בעבורו.

אם כן, גם במצב שברור שרק נאמן אחד גרם לנזק, הרי אם אי אפשר לגבות ממנו, אפשר לגבות מן הנאמן האחר תשלום בעבורו, שהרי נאמנים הם שומרים, והאחר יוכל לחזור על מי שגרם את הנזק, והלה חייב לשפותו.

כמובן, במצב שמוטלת אחריות על נאמן אחר מפני שלא הזהיר את הנאמן שגרם לנזק במישרין, ואי אפשר לגבות מאחד מהם, אפשר לגבות מן האחר את כל התשלום, ויש לו זכות שיפוי מן האחר לגבי מחצית התשלום.

שוב, יש להדגיש שערבות זו חלה רק במקום שיש אחריות של שומר, דהיינו שנגרם נזק ממשי לנכסי הנאמנות, ולא נזק לצד שלישי, ולא אבדן רווח בלבד.

פרק שמיני

פטור מאחריות — "פרט לנאמן שהתנגד לפעולה או לא ידע עליה"

א. מבוא

לפי החוק, נאמן שהתנגד לפעולה שעשה נאמן אחר או שלא ידע עליה, אינו נושא באחריות לתוצאותיה. אופייה של ההתנגדות הנדרשת מנאמן ישתנה בהתאם לנסיבות. כך למשל, אם התקיים דיון בין הנאמנים לפני ביצוע הפעולה, והפעולה היא מסוג הפעולות שנאמן מוסמך לבצע, די בהתנגדות מילולית של נאמן לשם הסרת האחריות מעליו[97]. אולם אם הפעולה שמבקש אחד הנאמנים לבצע היא בגדר הפרה של חובת הנאמנות, לא די בהתנגדות מילולית בלבד[98], אלא על הנאמן ליידע את יוצר הנאמנות על כוונת עמיתו, לפנות לבית המשפט ולנסות להוציא צו מניעה שיבטיח שהפעולה לא תתקיים, או ליידע את כל הנוגעים בדבר שהנאמן אינו מוסמך לבצע את הפעולה.

במשפט העברי, השאלה מהן הנסיבות שבהן נאמן אינו נושא באחריות לתוצאות פעולותיהם של חבריו, קשורה לשאלת המקור המשפטי לאחריות זו, שבה עסקנו בפרק שביעי. כאן, נבהיר את ההשלכות של ההסתמכות על כל אחד מן המקורות המשפטיים הללו על אחריותו של נאמן שהתנגד לפעולה שעשו חבריו הנאמנים.

ב. דיני הנזיקין

כפי שראינו לעיל[99], אם נעשתה פעולה על ידי אחד מן הנאמנים, העילה הנזיקית היחידה

[96] ראה במקורות שהביא נ' רקובר (שצוין בהערה 70), עמ' 87, ובחוק לישראל, שומרים, עמ' 323.
[97] כרם, סעיף 191, עמ' 416.
[98] כרם, שם.
[99] לעיל, ליד ציון הערה 86.

להטלת אחריות לנזק על כל הנאמנים היא כדברי בעלי התוספות, מפני שלא הזהירו אותו מעשיית הפעולה[100]. אם כן, ברור שאם הנאמן לא ידע על הפעולה, או ידע עליה אך עשה כל שלאל ידו כדי למנוע את קיומה, הוא פטור מאחריות נזיקית.

כך למד הב"ח[101] מפירושם של התוספות, שבמצב שתיארנו לעיל[102], בשני פועלים שהזיקו יחד, אם אחד הפועלים הזהיר את חברו מפני עשיית פעולה מסוימת, ובכל זאת חברו לא נמנע מעשייתה, המזהיר פטור מאחריות לתוצאותיה. אולם הטור[103] לא הבחין בין פועל שהזהיר את חברו לבין פועל שלא עשה כן, ומכאן הסיק הב"ח שלדעת הטור "בכל ענין שניהם משלמים"[104]. אפשר שטעמו של הטור הוא שהדרישה מכל פועל היא לעשות כל שביכולתו כדי למנוע את זולתו מעשיית פעולה שעלולה לגרום נזק. לכן, לא די באזהרה גרידא כדי לפטור פועל מאחריותו למעשי זולתו, אם היה יכול למנוע את המעשה על ידי פנייה לבית דין וכדומה[105]. אפשר ללמוד מכך, שגם נאמן שהביע התנגדות לפעולה של חברו נושא באחריות מפני שהיה צריך לעשות יותר כדי למנוע אותה. אבל אם זהו ההסבר לדברי הטור, נמצא שאף לדעתו לא תחול על נאמנים אחריות לתוצאות פעולתו של אחד מהם אם הם לא ידעו על פעולתו, או אף אם הם ידעו עליה אך עשו כל שלאל ידם כדי למנוע את קיומה.

ג. דיני הערבות

כפי שראינו לעיל[106], חלה על נאמנים ערבות הדדית, שמכוחה, אם אחד מהם אינו יכול לשלם, חייב חברו לשלם את חיובו. הערבות ההדדית מבוססת על התחייבות חוזית מכללא לשיפויו של הנושה. לכן, מידת אשמו של הנאמן להיווצרות הנזק איננה רלוונטית לחבותו. יש להדגיש שוב, כפי שהדגשנו לעיל, שהערבות קמה מכוח אחריותם כשומרים, ולכן היא אינה חלה על נזק לצד שלישי או על אבדן רווח צפוי.

לאור זאת, הנאמן נושא באחריות לתוצאות פעולותיו של נאמן אחר, אף אם לא ידע על ביצוע הפעולה או שניסה למנוע את ביצועה ללא הצלחה[107]. אלא שאחרי שיפרע בעבורו, הוא יהיה זכאי לשיפוי מן הנאמן שעשה את פעולת הנזק, ככל ערב.

[100] לעיל, ליד ציון הערה 89, ראינו על פי מהרש"ם, שהחיוב אינו נזיקי אלא מטעם שומר, אבל אין זה משנה לענייננו.

[101] ב"ח, חו"מ, סימן שט, סעיף ד.

[102] לעיל, ליד ציון הערה 83.

[103] טור, חו"מ, סימן שט, סעיף ד.

[104] גם רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ד, הלכה ב, ושולחן ערוך, חושן משפט, סימן שט, סעיף ד, לא הבחינו בין פועל שהזהיר לבין פועל שלא הזהיר, ולכן מה שנאמר בדעת הטור צריך להיאמר גם בדעתם.

[105] בפשטות, הטור מפרש את הסוגיה כרש"י (לעיל, ליד ציון הערה 84), ששני הפועלים חייבים מספק מפני שאיננו יודעים מי האשם בנזק, ולפי פירוש זה, אין הבדל בין אם הזהיר או לאו, כמובן (אבל דברי רש"י שייכים רק במצב הספציפי הזה, ואין ללמוד ממנו לחיוב נאמנים, אם ברור מי גרם את הנזק). אבל הב"ח נוקט שהטור סבור שלהלכה אין הבדל בין רש"י לתוספות, כלומר שגם לתוספות חייב גם אם לא הזהיר, ולכן אנחנו נזקקים להסבר שבטקסט.

[106] לעיל, פרק שביעי, ב (2).

[107] לכאורה, קביעה זו מטילה על נאמן שלא היה מודע לכוונה לבצע פעולה, או שידע על כך אך התנגד לפעולה, אחריות לא מוצדקת. מדוע מי שלא יכול היה להתנגד לביצוע הפעולה, או שעשה כל אשר לאל

פרק תשיעי

מילוי מקומו של נאמן — "נתפנה מקומו של אחד... לעשות מיד למילוי מקומו"

א. מבוא

החוק קובע, שאם נתפנה מקומו של אחד הנאמנים, על הנאמנים הנותרים לעשות מיד למילוי מקומו.

בנאמנות על פי חוזה, על הנאמנים לפנות ליוצר הנאמנות, שהוא הצד לחוזה, כדי שימנה נאמן חליף. אם אין אפשרות לקבל את הסכמת יוצר הנאמנות למינוי כזה, על הנאמנים לפנות לבית המשפט, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 39, כדי שימנה נאמן חליף על פי הוראות סעיף 21[108]. בנאמנות על פי כתב הקדש, על הנאמנים לפנות ישירות לבית המשפט כדי שימנה נאמן, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 21.

הקביעה, שמשעה שנתפנה מקומו של נאמן יש לעשות למילוי מקומו, מבוססת על הנחה סמויה שהתפנות המקום אינה משנה את מערך החובות והזכויות שבין הנאמנים ליוצר הנאמנות. על כן, חובתם של הנאמנים לעשות את הדרוש לשם ניהול יעיל של הנאמנות במקומה עומדת, ומכוחה של חובה זו מוטלת עליהם החובה לעשות למילוי מקומו של נאמן שמקומו התפנה. אולם תיתכן לכאורה גם הנחה הפוכה, שהסכם הנאמנות מבוסס על ההנחה שיש מספר מסוים של נאמנים, שזהותם ידועה, ואם נתפנה מקומו של אחד מן הנאמנים, הדבר מערער את ההסכם כולו ומשחרר את הצדדים מחובותיהם ההדדיות. אם כן, יש מקום לדון בשאלה: האם לפי המשפט העברי יש בכלל צורך למלא את מקומו של נאמן שמקומו התפנה? ואם יש צורך כזה, האם החובה לעשות למילוי מקומו של הנאמן מוטלת דווקא על הנאמנים?

ב. נאמנות פרטית

כפי שראינו בפרק שלישי, הכלל במשפט העברי הוא שנאמנים אחדים חייבים לפעול יחד, ואין חלקם רשאים לפעול לבדם. בפשטות, אפשר להסיק מכך שאם נתפנה מקומו של אחד מהנאמנים, אין האחרים יכולים לפעול. אבל ייתכן שיש להבחין בין רצונו של יוצר הנאמנות בעניין אופן ניהולה של הנאמנות כאשר כל הנאמנים קיימים, לבין רצונו לאחר שנתפנה מקומו של אחד מן הנאמנים. ייתכן שיוצר הנאמנות מעוניין שהנאמנים יפעלו יחד כאשר כולם

ידו כדי למנוע את קיומה, ייאלץ לשאת באחריות לתוצאותיה (ואפילו אחריות זמנית בלבד, שאחריה עומדת לו זכות לשיפוי מן הנאמן האחר)? ייתכן שההסבר הוא, שקביעה גורפת, שהנאמנים אחראים "ביחד ולחוד" בכל הנסיבות, תעודד נאמנים להשתתף בישיבות צוות הנאמנים, להביע עמדה, ואם יש צורך בכך, אף לפנות לבית המשפט כדי שייתן צו מניעה נגד כוונת הרוב לבצע פעולה מסוימת, שכן רק בדרך זו יוכלו להסיר מעליהם את האחריות לתוצאותיה של הפעולה. לעומת זאת, אילו נאמן היה פטור מאחריות לתוצאותיה של פעולה שהוא לא היה מודע לקיומה או שהוא התנגד לקיומה, הוא עלול להיעדר מישיבות צוות הנאמנים או להסתפק בהתנגדות רפה, כדי להסיר מעליו את האחריות. נמצא, שטובתה של הנאמנות דורשת הטלת אחריות "ביחד ולחוד" באופן גורף וללא סייג, ואחריות זו מוטלת מכוח הערבות ההדדית.

[108] כרם, סעיף 195, עמ' 422.

מכהנים בתפקידם, אך אם נתפנה מקומו של אחד מהם, הוא מוכן להתיר לנאמנים שנותרו לפעול על דעת עצמם, וזאת כדי לאפשר את המשך קיומה של הנאמנות.

דוגמה לדבר יש בפסיקת הרמ"א[109] בעניין "ראובן שכתב לבנו ולאשתו בית, וכתב דלא יגבו אלא שתיהן ביחד, ומת הבן". הרמ"א הכריע: "יכולה אשתו לגבות כתובתה ממתנה זו, דלשון 'יחד' שכתב לא בא למעט אם מת האחד, אלא שלא יגבה כל אחד המחצה". טעמו הוא, שקשה להניח שהבעל היה מתנגד לכך שהאישה תגבה כתובתה מן הבית לאחר מותו של הבן, ועל כן, למרות הקביעה הנחרצת שהאם ובנה יגבו "יחד", רשאית האם לגבות כתובתה, גם לאחר מות הבן, מן הבית שקיבלה יחד עם הבן במתנה.

ר' דוד בן זמרה, הרדב"ז[110], נשאל על אדם שמינה את בתו ואת בעלה כאפוטרופוסים על נכסיו, ולימים מתה הבת והחתן ביקש להמשיך למלא את תפקידו כנאמן, והוא היה אדם הגון וטיפל היטב בנכסי היתומים. השאלה הייתה האם מותה של הבת צריך להשפיע על סמכויות בעלה, והשיב הרדב"ז: "יכולין לסלקו, שהרי ראובן [יוצר הנאמנות] לא רצה להאמין אותו [=את החתן] לבדו, אלא שיתף עמו את בתו. ואת בתו לבדה גם כן לא מינה, מפני שאין אשה משתדלת בנכסי יתומים כאיש... ומשום הכי [=ומשום כך] שיתף עמה בעלה. ואדרבה היא היתה עיקר". במקרה זה, הנסיבות מעידות שהבת מונתה כמפקחת על מעשי בעלה מפני שאביה רחש לה אמון מיוחד, והבעל מונה בגלל כישוריו העסקיים. על כן, אם מתה הבת, לא יוכל הבעל לפעול לבדו. אפשר להסיק מכך, שבמצב רגיל, ששני הנאמנים בעלי כישורים וכשירויות דומים, אם מת אחד מהם, יכול האחר להמשיך לפעול לבדו.

ג. הקדש ציבורי

בגופים שנבחרו על ידי הציבור, הכלל הרחב המקובל במשפט העברי הוא: "כאשר לגוף בעל תפקיד נקבע ונבחר מניין מסוים של חברים, אין הם יכולים לפעול אלא בהרכב המלא של כל החברים [ב]זה המניין, כפי שנבחר, ואם מת או הסתלק אחד מהם... אין לנשארים כוח לעשות, ואין הגוף הזה יכול לפעול כל עוד לא שמו הקהל אחר במקומו"[111]. מכאן, שכל עוד לא ימונה נאמן חליף, הנאמנים לא יוכלו להמשיך בתפקידם. לפיכך, מינויו של נאמן חליף חיוני לשם קיומה של הנאמנות.

הדין שונה במקום שהמנהג הוא אחר: אל הרשב"א הופנתה שאלה[112] בעניין מינויו של

[109] רמ"א, חו"מ, סימן עז, סעיף י. והשווה גם לדבריו באהע"ז, סימן קב, סעיף ז.

[110] שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצא (תנ).

[111] פד"ר, כרך ז, עמ' 252. פסק הדין מסתמך על שו"ת הרא"ש, כלל ו, סימן יא (בעניין ברורי הקהל, שתפקידם לתקן תקנות); שו"ת דברי ריבות, סימן נא (בעניין נבחרי הקהל). וכך כתב שו"ת הרמב"ן, סימן עז (=שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קכט), שבני עיר שקיבלו עליהם עשרה אנשים לבחור סופר, ומת אחד מהם — הכול בטל. כמו כן, שערי עוזיאל, שער ח, פרק ה, סעיף ח (עמ' קיד במהד' תש"ד), כותב שאם נעדר אחד מן האפוטרופסים לזמן ארוך, או שחלה ואינו יכול לעסוק בענייני האפוטרופסות, רשאי בית הדין "לבטל כל האפוטרופסות ולמנות אחרים במקומם".

[112] שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן רצז (הובא ברמ"א, יו"ד, סימן רנח, סעיף ה, ובשו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן יז). ראה לעיל, ליד ציון הערה 26, מה שהסקנו מדבריו לעניין אחר.

יד אברהם, יו"ד, סימן רנח, סעיף ה (הובא בערוך השולחן, יו"ד, סימן רנח, סעיף יז), הסביר את תשובת הרשב"א כאן על פי תשובתו בשו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רס (שהבאנו לעיל, הערה 15), שעולה ממנה שהרשב"א פסק כר' יונתן, שמי שממנה "פלוני ופלוני", משמע אפילו אחד מהם. לדבריו, הרשב"א מכריע

נאמן חליף בהקדש ציבורי עם נאמנים אחדים. הרשב״א קובע תחילה את הדין העקרוני, שעם פטירת אחד הנאמנים אין חבריו יכולים להמשיך בתפקידם, כאמור, אך למעשה הוא מכריע שאין צורך למנות נאמן חליף, בהסתמכו על הנוהג המקובל במקומו, ״שכל שהיחיד ממנה אפטרופוסין, או אפילו הקהל ממנין גזברים או נאמנים, אפילו ימות אחד מהם או ילך למדינת הים, אין המנוי והאפטרופוסות בטלין, אלא הנשארים מהם נוהגין מנויין ואפטרופוסות״. הרשב״א אף מצדיק מנהג זה מן הטעם ״שאלולי כן, אם ילך לדרכו האחד קצת ימים לעסקיו... המנוי בטל; וכן הגבאי או הנאמן אינו נוהג עד שוב חברו, ואין זה דעת הצבור ולא דעת היחיד המצוה״[113].

טעם זה יכול להצדיק את כוחם של הנאמנים לפעול גם בלי שימונה נאמן חליף, אך כמובן, אין בו כדי לעכב את מינויו של נאמן חליף. משום כך כותב הט״ז[114], שגם לדעת הרשב״א, אמנם סמכויות הנאמנים נשארות בידם בגלל המנהג, אך יש לפעול למינויו של נאמן חליף.

שהנאמן הנותר נשאר בתפקידו, משום שבמינוי נאמנים אחדים בלשון ״פלוני ופלוני״, כוונת יוצר הנאמנות היא לאפשר לכל אחד מהם לפעול על דעת עצמו, ולכן אין סיבה למנות נאמן חליף אם נפטר אחד מהם. לפי פירוש זה, אמנם פסק הרשב״א הוא מעיקר הדין ואינו תלוי במנהג, אבל אין ללמוד ממנו למצב שהמינוי היה בלשון שמשמעו שהוא רוצה ששני הנאמנים יפעלו יחד, לפי מה שפירטנו בפרק שני.

אולם קצות החושן, סימן רצ, ס״ק א, כותב שדברי הרשב״א מבוססים על המנהג, שהרי אין הוא דן כלל במחלוקת ר׳ יונתן ור׳ יאשיה. כנראה, קצות החושן מבין שגם לשיטת ר׳ יאשיה, שהממנה נאמנים אחדים מתכוון שהם יפעלו יחד, הרי הנוהג מלמד שאין כוונתו שאם ימות אחד, לא יוכלו חבריו להמשיך במילוי תפקידיהם. לפי פירוש זה, אין ללמוד מהרשב״א דין כללי, שהרי הוא דיבר רק במקום שיש מנהג.

עוד לעניין זה, ראה בשו״ת משפט צדק, חלק א, סימן מב; פתחי חושן, הלכות ירושה ואישות, פרק ה, הערה ט, סוף ד״ה וביד.

שו״ת משאת משה, חו״מ, סימן כד (סו ע״ג), מסביר, שהרשב״א לא תלה דין זה במחלוקת ר׳ יונתן ור׳ יאשיה, משום שתשובה זו עסקה במקדיש שציוה בשטר ההקדש שהנאמנים יכהנו ״כל ימי חייהם, ואחריהם: בָּנַי, פלוני ופלוני״, ומנוסח זה משמע (גם לדעת ר׳ יאשיה) שהמקדיש ביקש להתיר לכל אחד מן הנאמנים לפעול באופן עצמאי לאחר מות אחד מהם, שהרי לא סביר להניח ששניהם ימותו ביום אחד, ובכל זאת לא דאג המקדיש למינויו של נאמן מחליף לתקופה שלאחר מות הנאמן שנפטר ראשון. לפי הסבר זה, פסיקת הרשב״א מבוססת על הלשון ולא על המנהג, והוא מסביר שהרשב״א הסתמך על מנהג המקום רק כדי לשלול טענה אפשרית שהמקדיש התכוון שאחרי מות אחד מן הנאמנים, יכהנו בניו. גם לפי דבריו, אין ללמוד הלכה כללית מדברי הרשב״א, שהרי לפי דבריו, פסיקת הרשב״א מבוססת על לשון מיוחדת שנקט המקדיש.

בשו״ת שער אפרים, סימן קלג (פו ע״א), הסביר שהרשב״א היה יכול לנמק מצד שהלכה כר׳ יונתן, אבל העדיף להסתמך על המנהג כדי לשלול טענה אפשרית שהלכה כר׳ יאשיה. גם לפי הסברו, אין ללמוד הלכה כללית מהרשב״א, מפני שפסיקת הרשב״א תקפה רק במקום שיש מנהג כזה או שנקט לשון שמשמעותה שדי באחד.

ערוך השולחן שם כותב שהולכים לפי אומדן דעת המקדיש, האם התכוון שיהיו דווקא שני נאמנים.

ראה סעיף 22, פרק רביעי ג, בשם אהלי תם, שגם אם הנותרים רוצים להסתלק, אינם יכולים.

113 ט״ז, יו״ד, סימן רנח, ס״ק ה, מבקר שיקול זה בטענה: ״אפשר שלא האמין [יוצר הנאמנות] לאחד מהם, אם לא בצירוף חבירו״. אולם יש לזכור שהנמקתו של הרשב״א נועדה להסביר נוהג קיים, אבל במקום שאין מנהג המתיר לנאמן שנותר לפעול על דעת עצמו, אף הרשב״א לא יתיר את הדבר, בגלל טענת הט״ז, וכפי שראינו בפד״ר, לעיל, הערה 111.

114 ט״ז, שם.

על כל פנים, הרשב"א פסק כך רק משום שהמנהג באותה תקופה היה כך, אבל באין מנהג כזה, הדין הוא שאם התפנה מקומו של מהנאמנים, סמכויותיהם של האחרים בטלות[115].

ואכן, הט"ז[116] מוסר שבתקופתו המנהג היה שונה מבתקופת הרשב"א, ובהתאם לכך הוא פוסק שאם היו כמה נאמנים על הקדש ציבורי, "אין להעמיד הממון תחת יד אחד מהם אם מת חבירו, שהרי כתב הרשב"א דאף במינוי הקהל הוא כך, ואנו רואים מנהג הקהילות כשממנים ב' גבאים על זמן מה ומת אחד מהם, שמושיבין אחר במקומו... שאין להאמין לאחד מהם, וכל שכן במה שאנו רואים שברבות השנים הנאמנים מועטים...".

את ההלכה בעניין זה סיכם ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל בלשון זו[117]: "מינה המקדיש שני אפוטרופוסים או יותר לשמור את קרן הקדשו ולחלק פירותיו לעניים, ומת אחד, ממנים הקהל אחר במקומו. במה דברים אמורים? כשפירש, או שדעתו ניכרת מתוך דבורו ומעשיו וגלוי דעתו, שהוא רצה שבהעדר אחד מאפוטרופסיו, ימשיכו הנשארים את אפוטרופסות ביפוי כח מלא שהיה לכל האפוטרופסים. אבל אם מינה אותם בסתם, ומת או נסע אחד מהם, רשאים הקהל לבטל האפוטרופסות לגמרי או למנות נאמן מצדם במקום הנעדר, ואין הנשארים זכאים לפעול בתור אפוטרופסים לבדם, אם לא ברשות בית דין ובהסכמת גבאי הצבור. גבאי צדקה או מוסדות תורה וחסד הממונים מצד הקהל, בהעדר אפילו אחד מהם [=מן הנאמנים], בטלה אפוטרופסותם, אם לא במקום שנהוג ומקובל לקיים אפוטרופסות הנשארים בחיים".

ד. נאמן שהוכרז פושט רגל

בנוגע לנאמן בהקדש למטרות צדקה פסק ר' משה גלאנטי[118] שאם ירד הנאמן מנכסיו, יש לסלקו מתפקידו, שכן "אנן סהדי [=אנו עדים] שאם היה המְצַווה יודע שזה מפסיד בכל שנה ומכלה הקרן, לא היה משים אותו לאפוטרופוס, בין ההפסד מחמת רוע מזלו בין שיהיו ידיו פתוחות להוציא הוצאות". הדעת נותנת, שהדין כך גם בנאמנות שיש בה נאמנים אחדים, שאם אחד מהם פשט את הרגל, יש לפטרו מהטעם הנ"ל.

אבל ר' משה גלאנטי עסק במצב שיוצר הנאמנות מת ולא ניתן לשאול אותו לדעתו. לעומת זאת, אם הוא עדיין בחיים, אפשר לברר אם הוא מוכן שנאמן זה ימשיך לכהן בתפקידו. כפי שנראה להלן[119], יוצר הקדש רשאי למנות פושט רגל כנאמן, ואם עשה כך, אין בכוחו של בית הדין לפטר את הנאמן אלא אם העביר יוצר הנאמנות את סמכויות הפיקוח על ניהול ההקדש לידי בית הדין. לפיכך נראה שאם אחד מהנאמנים פשט רגל, אין צורך למנות לו חליף, אלא הנאמנים צריכים רק ליידע על כך את מי שמוסמך למנות נאמנים, כדי שיחליט האם ברצונו לפטר את הנאמן בשל כך, או שמא הוא מעוניין שהנאמן ימשיך בכל זאת במילוי תפקידיו.

[115] צריך עיון, מדוע הרמ"א (הערה 112) הביא את דברי הרשב"א בלי לציין שהם נובעים ממנהג המקום. בית הבחירה, כתובות פח ע"ב (ד"ה בנימוקי), כותב שאם האב מינה שני אפוטרופוסים ומת אחד מהם, היורשים או באי כוחם יכולים לטעון שהאב האמין רק לשנים.

[116] ט"ז, שם.

[117] שערי עוזיאל, הלכות אפוטרופוס, שער ז, פרק א, אותיות ד-ו. הוא מסיים: "וגם בזה צריכה רשות בית דין מיוחדת". אבל לא מצאתי מקור לכך.

[118] שו"ת מהר"ם גלאנטי, סימן כה.

[119] סעיף 21, פרק חמישי, ג, (1).

ה. מי אחראי לעשות למילוי מקומו של נאמן?

כפי שראינו לעיל, הצורך למנות נאמן חליף בהקדש ציבורי נובע מכך שהנאמנים אינם רשאים להמשיך במילוי תפקידם בהעדר אחד מהם. מאחר שנאמן חייב לפעול כדי להגשים את מטרותיה של הנאמנות, כאמור בסעיף 10(א), נראה שהוא חייב גם ליידע את מי שמוסמך למנות נאמן על הצורך לעשות כן, שהרי כל עוד לא יעשה כך, הוא לא יוכל להמשיך במילוי תפקידו.

מצד שני, מצאנו שאין בסמכותו של הציבור למנות נאמן חליף. בתשובה שהבאנו לעיל[120], כתב הרשב"א שמי שמינה אפוטרופוסים אחדים על נכסיו לחלקם לצדקה, ומת אחד מהם, אין הקהל יכולים למנות אחר במקומו, גם אם נניח שזה דבר רצוי. נראה שהסיבה לכך היא שמינויו של נאמן מבוסס על אמון אישי שרוחש יוצר הנאמנות לנאמן מסוים. לפיכך, ייתכן שאילו היה יוצר הנאמנות נשאל על כך, היה מעדיף להותיר את הנאמנות תחת ניהולו של הנאמן הנותר ולא להעבירה לניהולו של אדם אחר, ומשום כך אין בכוח הקהל למנות נאמן שיוצר הנאמנות לא הסכים למינויו[121].

אולם לא מצאנו מקור הקובע במפורש שעל הנאמנים מוטלת חובה לעשות למילוי מקומו של נאמן שחדל למלא את תפקידיו[122].

[120] לעיל, ליד ציון הערה 112.

[121] העיקרון של האמון האישי מתבטא גם בתחום אחר: סוגיית בבא מציעא קט ע"א מספרת שרב יוסף העסיק נוטע עצים בשדותיו. לאחר פטירת הנוטע, ביקשו חמשת חתניו להמשיך בעבודתו במקומו. רב יוסף דחה את הבקשה בטענה: "עד האידנא לא הוו סמכו אהדדי ולא מפסדו לי, השתא חמשה סמכו אהדדי ומפסדו לי [=עד עכשיו לא היו סומכים זה על זה ולא מפסידים לי, כעת, חמישה סומכים זה על זה ומפסידים לי]".

מהנמקתו של רב יוסף משמע שאילו היה לנוטע יורש יחיד, היה על רב יוסף לקבלו לעבודה תחת הנוטע שנפטר, ואכן כך היא דעת בית הבחירה, בבא מציעא שם, ד"ה יש, ופסקי הריא"ז, בבא מציעא, פרק ט, הלכה ה, אות ו.

אולם לדעת רוב הראשונים, דברי רב יוסף הם בגדר "מידת חסידות", ונאמרו רק כדי להפיס את דעתם של החתנים, בעוד שמצד הדין, אף אם היה לנוטע יורש יחיד, לא היה רב יוסף חייב לקבלו לעבודה תחת מורישו. כך פסקו: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא שם, ד"ה הא דאמר (הובא בנימוקי יוסף, בבא מציעא סו ע"א, בדפי הרי"ף); חידושי הרשב"א, בבא מציעא שם, ד"ה אמר רב יוסף; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שא, ד"ה אבל יש (על מקבל עיסקא שמת); חידושי הר"ן, בבא מציעא שם, ד"ה עד האידנא; שו"ת הריטב"א, סימן קעו, בשם רבו ובשם הרמב"ן (על מקבל עיסקא שמת); מרדכי, בבא קמא, סימן קמו, ובבא מציעא, סימן שצ (שהר"מ מנורנבורק [או מרגנשבורק] העלה אפשרות כזאת, בנימוק שהבן אינו מקצועי כמו אביו); רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה יא, בשם הגאונים (ששותף שמת, בטלה השותפות), הובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קעו, סעיף יט; רא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן לז. נראה שטעמם הוא, שהסכם הנטיעה הוא הסכם אישי, ויכול בעל המטע לטעון שאין הוא נותן אמון מלא בממלא המקום כמו בנוטע שנפטר, או שכישוריו של ממלא המקום נופלים מאלו של הנפטר. ראה על כך בירור הלכה, בבא מציעא שם, ציון ל.

[122] בפסק דין של בית הדין הרבני האזורי בירושלים, תיק 6.2.712 (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 65), דן בית הדין באופן ניהולו של הקדש שאחד מנאמניו — הראשון לציון, ר' ב"צ מאיר חי עוזיאל — נפטר. מן הדיון עולה שהנאמנים נשאלו מדוע לא דאגו "להשלמת המספר של ששה אפוטרופוסים, כמי [כפי?] שטר ההקדש, אחרי פטירתו של הראשל"צ, הרב עוזיאל זצ"ל" (שם, עמ' 66), ונציג הנאמנים השיב "שאין זה מתפקידם, ולדעתו זה תפקיד בית הדין" (שם). בית הדין לא קיבל את הטענה, אולם אין ללמוד מכך

פרק עשירי

סמכויות הנאמנים עד למינויו של מחליף — "להמשיך במילוי תפקידיהם..."

לפי החוק, עד למינויו של נאמן חליף, יכולים הנאמנים הנותרים להמשיך במילוי תפקידיהם "ככל שהדבר אינו סובל דיחוי". נמצא, שלעניין זה, דין היעדרות קבועה של נאמן כדין היעדרות זמנית שלו, שבה עוסק ס"ק (א)(2). בשני המקרים, הנאמנים הנותרים מוסמכים לבצע אך ורק פעולות שאינן סובלות דיחוי[123].

אשר לעמדת המשפט העברי, כבר ראינו[124], שהט"ז טען שאם מת נאמן אחד מתוך שני נאמנים, גם במקום שהמנהג הוא שהנאמן האחר ממשיך לפעול, ראוי למנות נאמן חליף, מפני שאפשר שיוצר הנאמנות לא נתן אמון מוחלט בכל אחד מן הנאמנים בפני עצמו, ויש להניח שיוצר הנאמנות מינה שני נאמנים דווקא כיוון שהוא אינו מאמין לכל אחד מהם בפני עצמו. למרות זאת, כאמור, הט"ז אינו מגביל את סמכויות הנאמן שנותר עד למינויו של נאמן חליף.

אבל כפי שראינו לעיל[125], במקום שאין מנהג מיוחד, הכלל הוא שאם מת אחד מן הנאמנים בהקדש ציבורי, בטלה סמכותו של הנאמן האחר, ולא מצאנו שיש לו סמכותו לבצע דברים דחופים.

פרק אחד־עשר

תוקף פעולתו של נאמן יחיד — "פעולה של אחד הנאמנים..."

בעניין תוקפה של פעולה שעשה אחד הנאמנים בניגוד להוראות ס"ק (א)(1), קובע החוק שתוקפה של הפעולה תלוי בשתי שאלות: (א) האם הפעולה נעשתה בתמורה, (ב) האם היא נעשתה כלפי אדם שפעל בתום לב. אם התשובה לשתי שאלות אלה חיובית, יש תוקף לפעולת הנאמן, אף שהיא נעשתה שלא על דעת יתר הנאמנים או אפילו בניגוד לדעתם.

על עמדת המשפט העברי בעניין זה אנו למדים מדבריו של רב נחשון גאון[126]: "מי שמנה ב' אפוטרופסים, אין אחד מהם יכול לחדש דבר בממונו של אותו האיש בלא חבירו,

דבר, שכן בשטר ההקדש הנידון נקבע במפורש שאם ייעדר אחד מן הנאמנים, ימנו הנותרים נאמן אחר במקומו (שם, עמ' 71).

במקרה אחר, סירב בית הדין הרבני האזורי בירושלים לקבל בקשה של נאמנים, מפני שעדיין לא מונה נאמן אחר תחת אחד הנאמנים שחדל מלמלא את תפקידיו (תיק תשמ"ג/5113, שם, עמ' 109). מהחלטה זו (שאינה מנומקת) מסיק העורך, רי"פ אדלר, שם: "בית הדין שמינה ששה אפוטרופוסים ונעדרו אחד או שניים מהם, חובה על האפוטרופוסים לפעול להשלמת הרכב של ששה אפוטרופוסים". אולם נראה שמסקנה זו אינה הכרחית, לאור לשון החלטת בית הדין, שנאמר בה רק: "יש להשלים את הרכב האפוטרופוסים", ולא נאמר בה מי אחראי לכך.

[123] ראה גם כרם, סעיף 196, עמ' 422.

[124] לעיל, הערה 113.

[125] לעיל, ליד ציון הערה 117.

[126] הבאנו את דבריו לעיל, ליד ציון הערה 22.

שלא האמין לאחד מהם אלא לשניהם בבת אחת. לפיכך, אין אחד מהם יכול לחדש דבר בלא חברו, לא ליקח ולא למכור, לא לחוב ולא לזכות". מדבריו הסיק מהרש"ם[127] שאם מינה יוצר הנאמנות שני אפוטרופוסים, ואחד מהם פעל שלא על דעת חברו, אין פעולתו בת תוקף[128]. לעניין זה, לא הבחין מהרש"ם בין פעולה שנעשתה כלפי אדם תם לב לפעולה כלפי אדם שלא היה תם לב, או בין פעולה שנעשתה בתמורה לפעולה שנעשתה שלא בתמורה[129].

פרק שנים־עשר

סיכום

לפי החוק, בנאמנות שיש בה יותר מנאמן אחד, על הנאמנים לפעול יחד. זו גם עמדתו העקרונית של המשפט העברי, אלא שבמשפט העברי, החובה לפעול יחד תלוי בגורמים שונים, כגון המנהג ונסיבות מיוחדות שיש בהן כדי ללמד על אומד דעתו של יוצר הנאמנות.

אם הנאמנים נדרשים לבצע פעולות שביצוען היעיל דורש פעולה משותפת או הפעלה של שיקול דעת או יחסי אמון מיוחדים בין יוצר הנאמנות לנאמנים, ההנחה היא שיוצר הנאמנות התכוון להורות לנאמנים לפעול יחד. מאידך גיסא, אם נאמן אחד מתגורר סמוך לנכסי הנאמנות ואחר מרוחק מהם, ואין בכוחו לנהל את נכסי הנאמנות באופן יעיל, יש להניח שיוצר הנאמנות התכוון שהנאמן המרוחק מנכסי הנאמנות רק יפקח על פעולות הנאמן הסמוך לנכסי הנאמנות, ולפיכך יוכל האחרון לפעול לבדו.

משמעות החובה לפעול יחד היא שעל הנאמנים לפעול בעצה אחת, ולא תבוצע פעולה שלא הוסכם על קיומה על ידי כל הנאמנים.

לפי המשפט העברי, מחלוקת בין הנאמנים תוכרע על פי רוב דעות. אם מספר הנאמנים זוגי, ויש ביניהם חילוקי דעות, ויש תיקו ביניהם, יש למנות 'מכריע' — בורר מיוחד לשם ההכרעה במחלוקת.

עם זאת, לבית הדין יש סמכות להתערב ולהורות לנאמני הקדש ציבורי לפעול לפי שיקול דעת בית הדין, אף אם שיקול דעת זה מתאים דווקא לעמדת המיעוט.

מדברי הרשב"א עולה שנאמן יחיד רשאי לפעול שלא על דעת חבריו הנאמנים, אם אין באפשרותו להתייעץ עמם ופעולתו אינה סובלת דיחוי — כלומר, אם זוהי פעולה שההימנעות מעשייתה עלולה לסכל את הגשמת מטרותיה של הנאמנות.

בעניין האחריות המשותפת המוטלת על הנאמנים לנזק שנגרם בגין פעולותיהם, יש הבחנה

[127] שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קיז.

[128] כך פסקו גם בשו"ת נאמן שמואל, סימן קיד, ובשו"ת משאת משה, חו"מ, סימן כד, באופן סתמי, שאין מועילה פעולה של אפוטרופוס אחד לבדו.
בשו"ת דברי חיים, חלק א, חו"מ, סימן יב, דן במקום שבית הדין שמינה את האפוטרופוסים הורה בפירוש שלא יוכלו לעשות שום דבר אלא כשכולם יחד; והוא לא דן בפעולה של אחד מהם, אלא בשאלה של ספק לגבי מה שאירע.

[129] אך יש להעיר, שבתשובת מהרש"ם מדובר שהאדם השלישי "שיחד אותו [את אחד האפוטרופסים]... באיזו סך", כלומר שלא היה תם לב, אלא ידע שהאפוטרופוס האחר מתנגד.

בין פעולה שנעשתה על ידי כל הנאמנים, לבין פעולה נעשתה על ידי אחד מהם. אם הפעולה נעשתה על ידי כל הנאמנים, חייב כל אחד מהם בתשלום לפי חלקו היחסי. אם אחד מהם פטור מלשלם מסיבה כלשהי, נושאים האחרים באחריות לחלקו. אם אין פטור כזה לאף אחד מהם, אלא שאחד מהם הוא חדל פירעון מסיבה כלשהי, חייבים האחרים לשלם עבורו מדין ערבות, אלא ששמורה להם הזכות לשיפוי מאותו נאמן שהם פרעו בעבורו. לדעת הרמ״א, חיוב ערבות זה אינו קיים באפוטרופוסים על יתומים.

אם רק אחד מן הנאמנים עשה את הפעולה שכגרמה לנזק, נושאים האחרים באחריות רק אם יכלו למנוע את הנזק על ידי שהיו מזהירים אותו מפניה; במצב כזה דינם כדין נאמנים שכולם עשו את פעולת הנזק, אבל זאת רק לגבי נזק פיזי לנכסי הנאמנות, ולא לגבי אבדן רווחים או לגבי נזק לצד שלישי.

גם במצב שהאחרים לא יכלו להזהיר אותו, או שהזהירו אותו ולא הועילה האזהרה, יש ביניהם ערבות הדדית, ואם אי אפשר לגבות ממי שהזיק בפועל, האחרים חייבים לשלם בעבורו, אלא שהם זכאים לשיפוי ממנו על כל התשלום.

אשר למצב שנאמן חדל לפעול, בנאמנות פרטית אין צורך למנות חליף, מפני שיש להניח שיוצר הנאמנות לא התכוון למנוע מהנאמן הנותר להמשיך למלא את תפקידו. לעומת זאת, בהקדש הציבורי, יש למנות נאמן חליף, ועד מינויו בטלות סמכויותיהם של הנאמנים הנותרים, אלא אם כן מנהג המקום שונה.

פעולתו של נאמן יחיד שפעל בניגוד להוראות ס״ק (א)(1) — בטלה. לפי המשפט העברי, אין משקל לעניין זה לשאלה האם נעשתה הפעולה בתמורה או לשאלה האם האדם שעמו נעשתה הפעולה היה תם לב.

פרק שלושה־עשר

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

נאמנים אחדים

9. (א) בנאמנות שיש בה יותר מנאמן אחד —

(1) יפעלו הנאמנים תוך הסכמה[130], ואם היו דעותיהם חלוקות, תוכרע המחלוקת על פי רוב דעות.

(2) לא ניתן להכריע במחלוקת שבין נאמנים בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, יפעלו הנאמנים לפי הוראות בית המשפט.

(3) בעניין שאינו סובל דיחוי, רשאי כל אחד מהנאמנים לפעול על דעת עצמו.

(4) הנאמנים אחראים לפעולותיהם יחד ולחוד.

(5) נתפנה מקומו של אחד מהנאמנים, או שחדל לפעול או שהוכרז פסול דין או פושט רגל, על הנאמנים הנותרים ליידע על כך את

[130] העדפנו את הניסוח המוצע בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס״ז־2007, סעיף 579, משום שהוא מבטא בצורה מדויקת יותר את החובה לפעול יחד לפי המשפט העברי.

מי שמוסמך למנות נאמן לאותה נאמנות, ולהמשיך במילוי תפקידיהם ככל שהדבר אינו סובל דיחוי.

(ב) פעולה של אחד הנאמנים שנעשתה בניגוד להוראת סעיף קטן (א)(1) — בטלה.

סעיף 10

חובות וסמכויות

חובות וסמכויות

10. (א) נאמן חייב לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם ולפעול להשגת מטרות הנאמנות, ומוסמך הוא לעשות כל הדרוש למילוי תפקידו.

(ב) במילוי תפקידיו חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות.

(ג) נאמן של כמה נאמנויות לא יפעל בפעולה שביניהן.

(ד) נאמן אינו רשאי לאצול מתפקידיו לזולתו; אין בכך כדי למנוע העסקת אדם כדרוש למטרות הנאמנות.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 237

פרק שני: החובה "לשמור על נכסי הנאמנות" 238

א. עמדת החוק 238

ב. עמדת המשפט העברי 239

פרק שלישי: היקף החובה "לשמור על נכסי הנאמנות" 240

א. עמדת החוק 240

ב. עמדת המשפט העברי 240

פרק רביעי: ניהול ופיתוח — "נאמן חייב... לנהלם ולפתחם" 242

א. מבוא 242

ב. ניהול נכסי הנאמנות 243

ג. פיתוח נכסי הנאמנות 243

ד. פיתוח נכסי הנאמנות הכרוך בסיכון 245

פרק חמישי: סמכויות הנאמן — "לעשות כל הדרוש למילוי תפקידו" 249

א. מבוא 249

ב. נאמן שהוא שליח 249

ג. אפוטרופוס 250

פרק שישי: החובה "לנהוג באמונה" 251

א. עמדת החוק 251

ב. עמדת המשפט העברי 252

פרק שביעי: החובה לנהוג "בשקידה" 253

פרק שמיני: מבחן האדם הסביר — "כפי שאדם סביר היה נוהג" 255

פרק תשיעי: ניגוד עניינים — "נאמן של כמה נאמנויות לא יפעל בפעולה שביניהן" 257

א. מבוא 257

ב. עמדת המשפט העברי — כללי 257

ג. עסקת מכר שבין נאמנויות 259

פרק עשירי: אצילת תפקידים — "אינו רשאי לאצול מתפקידיו..." 261

א. מבוא 261

ב. אצילת תפקיד השמירה 262

ג. אצילת תפקידים אחרים 262

(1) נאמן פרטי 262

(2) נאמני קהל 263

ד. תוצאות האצילה 266

פרק אחד עשר: העסקת אדם — "אין בכך כדי למנוע העסקת אדם" 267

א. מבוא 267

ב. העסקת אדם 267

ג. ההבחנה בין אצילה להעסקה 268

פרק שנים עשר: סיכום 269

פרק שלושה עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 270

פרק ראשון

מבוא

ס"ק (א) קובע את חובותיו ואת סמכויותיו של הנאמן. החוק מטיל על הנאמן ארבע חובות: "לשמור על נכסי הנאמנות", "לנהלם", "לפתחם" ו"לפעול להשגת מטרות הנאמנות".

האם לפי המשפט העברי מוטלת על הנאמן חובת שמירה על נכסי הנאמנות? כדי להשיב על שאלה זו, עלינו לברר תחילה האם מתקיימים בנאמן כל התנאים ההופכים אדם לשומר. אף אם תנאים אלו מתקיימים, עלינו לבחון האם מוטלת על הנאמן חובה לשמור בפועל על נכסי הנאמנות, או שמא מוטלת עליו רק אחריות לנזקם או לאבדנם. לבסוף נדון בשאלה: האם חובת השמירה קיימת גם אם נכסי הנאמנות שייכים לתאגיד? נעסוק בכך בפרק שני.

עלינו לברר גם את היקפה של חובת השמירה. האם חובה זו מצטמצמת לשמירה פיזית על נכסי הנאמנות, או שמא היא כוללת גם את החובה לשמור על ערכם של הנכסים, שמכוחה יתחייב השומר גם למכור את נכסי הנאמנות אם ערכם יורד? האם מוטל עליו להתפשר עם נושי הנאמנות כדי לחסוך הוצאות לנאמנות? והאם מוטל עליו לבדוק את מצבם של נכסי הנאמנות בטרם יקבלם לשליטתו[1]? בשאלתו אלה יעסוק פרק שלישי.

אשר לחובת הנאמן לנהל ולפתח את נכסי הנאמנות, עלינו לברר האם חובה זו קיימת גם לפי המשפט העברי, ואם כן, מהו היקפה. בהקשר זה נעורר גם את השאלה, האם רשאי הנאמן, מכוח חובתו לפתח את נכסי הנאמנות, גם לסכן את הנכסים כדי להפיק מהם רווחים? נדון בכך בפרק רביעי.

בסיפא של ס"ק (א), עובר החוק לדון בסמכויותיו של הנאמן, וקובע שהנאמן "מוסמך... לעשות כל הדרוש למילוי תפקידו". כפי שנראה בפרק חמישי, היקף סמכויותיו של הנאמן משתנה לפי סוגי הנאמנים שתיארנו לעיל[2]: נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא זיקה של שליחות, ונאמן שזיקתו היא זיקה קניינית.

ס"ק (ב) עוסק באופן שבו אמור הנאמן למלא את תפקידיו, וקובע שעליו למלא את תפקידיו "באמונה ובשקידה". בפרק שישי נבחן מהי משמעות החובה לנהוג "באמונה", והאם חובה זו מוטלת על הנאמן גם לפי המשפט העברי? בפרק שביעי נבחן את פשר החובה לנהוג "בשקידה", ואת המשמעויות המעשיות של חובה זו.

המחוקק קבע סטנדרט כללי לקיומן של החובות לנהוג באמונה ובשקידה, והוא הסטנדרט של האדם הסביר. משמעות הדבר היא, שעל הנאמן ללמוד על הדרך הראויה לניהול נכסי הנאמנות מן הדרך שבה נוהג אדם סביר לנהל את נכסיו. בפרק שמיני נברר האם גם לפי המשפט העברי זהו הסטנדרט לחובת הנאמן.

[1] שאלות אלו שייכות לדיון הכללי בדיני השומרים, והן נדונו בהרחבה בספר חוק לישראל, שומרים. לפיכך הדיון כאן יהיה קצר ותמציתי, ויתבסס על המסקנות שם.

[2] סעיף 1, פרק שני.

ס"ק (ג) אוסר על נאמן של כמה נאמנויות לפעול בפעולה שביניהן. בפרק תשיעי נברר האם הוראה דומה קיימת גם במשפט העברי? ואם כן, האם היקף האיסור זהה לזה שנקבע בחוק?

לפי ס"ק (ד), הנאמן "אינו רשאי לאצול מתפקידיו לזולתו". משמע, שגם אצילה של חלק מן התפקידים אסורה. האם לפי המשפט העברי רשאי נאמן לאצול לאחר את מלוא סמכויותיו, או את תפקיד השמירה בלבד או את הניהול והפיתוח בלבד? עוד יש לדון בשאלה מה יהיו תוצאותיה של אצילה אסורה, ולבסוף — האם מוסמך בית הדין לאשר אצילה אסורה? נעסוק בכך בפרק עשירי.

בסיפא של ס"ק (ד) מסייג החוק את ההוראה השוללת אצילת תפקידים, בקובעו שהנאמן רשאי להעסיק אדם "כדרוש למטרות הנאמנות". ההבחנה בין אצילת תפקיד לבין העסקת אדם אינה פשוטה, ובפרק אחד עשר נבקש להבהיר אותה על פי מקורות המשפט העברי.

פרק שני

החובה "לשמור על נכסי הנאמנות"

א. עמדת החוק

כדי להבין את משמעותה של הוראת החוק, שנאמן חייב לשמור על נכסי הנאמנות, עלינו לחזור לחילוקי הדעות בין המלומדים, שראינו לעיל[3], בשאלת אופי הזיקה בין הנאמן לבין נכסי הנאמנות: לפי התפיסה האחת, זו זיקה של בעלות, ואילו לפי התפיסה האחרת, אין לנאמן שום בעלות על נכסי הנאמנות, אלא הוא פועל בהם כשלוחם של בעליהם.

לפי חוק השומרים, מי שמחזיק נכס כדין שלא מכוח בעלות הוא שומר[4]. אם כן, לפי התפיסה שלנאמן יש זיקת בעלות לנכסי הנאמנות, לא חלה עליו אחריות שומר מכוח חוק השומרים. בכך מובן מדוע החוק בסעיפנו היה צריך להחיל על הנאמן חובת שמירה בהוראה מיוחדת. לעומת זאת, לפי התפיסה שהנאמן הוא רק שליח של יוצר הנאמנות, ואין לו זיקת בעלות לנכסים, לא היה סעיפנו צריך להטיל עליו את החובה לשמור את נכסי הנאמנות, שהרי הדבר נכלל בהוראת חוק השומרים, כיוון ששליח מחזיק בנכס שלא מכוח בעלות[5]. אולם, כפי שנוכחנו לעיל[6], אף לדעת כרם, הגורס שזיקת הנאמן לנכסי הנאמנות אינה זיקת בעלות, הרי יש סוג של נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא זיקת בעלות. נאמן מסוג זה אינו מוגדר כשומר לפי חוק השומרים, ומשום כך, נדרש המחוקק להבהיר בסעיפנו שהנאמן חייב לשמור את

[3] סעיף 1, פרק שני.

[4] חוק השומרים, התשכ"ז־1967 (להלן: חוק השומרים), סעיף 1(א).

[5] בסעיף 1, פרק שני, הצענו אפשרות ביניים: שזיקת הנאמן לנכסי הנאמנות היא של בעלות מוגבלת. אף לפי הסבר זה ניצב הקושי מה הצורך בהוראת סעיפנו, שהרי בלאו הכי הנאמן חייב כשומר מכוח חוק השומרים, כיוון שהבעלות על נכסי הנאמנות משותפת לנאמן וליוצר הנאמנות או לנהנים (אם הבעלות בנכסים הועברה אליהם), כך שהנאמן מחזיק בחלקם של אחרים בנכס שלא מכוח בעלות.

[6] סעיף 1, פרק שני.

נכסי הנאמנות, ומכוחה של חובה זו מוטלת על הנאמן אחריות לנזקים שנגרמו לנכסי הנאמנות בשל התרשלות במילוי חובת השמירה.

זאת ועוד: בניגוד לחוק השומרים, המטיל על השומר רק אחריות על הנכס שעליו הוא שומר, ולא חובת שמירה[7], מטיל חוק הנאמנות על הנאמן גם את החובה לשמור על נכסי הנאמנות[8]. תוספת זו רלוונטית גם לגבי נאמן שאין לו זיקת בעלות לנכסי הנאמנות, אף שכבר חלה עליו חוק השומרים לעניין אחריות לנזקי הנכסים, ועל כן מובן הצורך בהוראת סעיפנו.

להלן נברר האם נאמן מוגדר כשומר לפי המשפט העברי? ואם כן, האם מוטלת עליו חובה לשמור, או שמא מוטלת עליו רק אחריות לשלם על הנזק או האבדן שנגרמו לנכס אם התרשל בשמירה?

ב. עמדת המשפט העברי

כפי שנראה להלן[9], חלה על נאמן אחריות של שומר, וזאת גם בנאמן מהסוג שיש לו בעלות מוגבלת בנכסים. שם נדון בהיקף אחריותו של הנאמן בתור שומר. כאן נתמקד בשאלה האם חלה על נאמן חובה לשמור בפועל, מעבר לאחריותו לשלם על נזק לנכסי הנאמנות.

לפי רוב הפוסקים, מוטלת על שומר חובה לשמור בפועל על הנכס, ולא רק אחריות לנזקי הנכס[10]. כפי שמנמק החתם סופר[11], אין הוא רשאי להתרשל בשמירה בטענת "מה לי בכך, אם יאבד — אשלמנו", מפני "דאין הבעלים רוצים אלא בשלהם".

אם כן, בהתאם למסקנה דלעיל, שכל נאמן הוא בגדר שומר של נכסי הנאמנות, מוטלת עליו לא רק האחריות לנזק לנכסי הנאמנות ולאבדנם, אלא גם החובה לשמור על הנכסים בפועל.

יתר על כן, מבחינה מסוימת, חובת השמירה בפועל רחבה אף מחיוב האחריות של שומר. הלכה היא, שעל שומר נכסי הקדש של בית המקדש אין אחריות שמירה[12]. בכל זאת, לדעת ר' זלמן נחמיה גולדברג[13], שומר הקדש פטור רק מאחריות אבל מוטלת עליו חובת שמירה בפועל. הרי שחובת השמירה בפועל רחבה יותר מאחריות השומר. אלא שאחרים סבורים[14] ששומר נכסי הקדש פטור גם מחובת השמירה.

[7] ראה ג' טדסקי, "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 438.

[8] ראה: טדסקי, שם.

[9] סעיף 12, פרק שני.

[10] ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 4, ועמ' 591-592.
אבל יש הסבורים שאין מוטלת על שומר חובה לשמור בפועל. ראה: חוק לישראל, שומרים, עמ' 593, מילואים להערה 5, אות ו (בדעת תוספות); שם, עמ' 594, מילואים להערה 9, אות ב (בשם שו"ת הלכה למשה (ראם), סימן ד, אות ג); עמ' 1263, אות ה (בדעת רמת שמואל, יפה, סימן לט).

[11] שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נז.

[12] חוק לישראל, שומרים, עמ' 559-562. ראה שם גם על הסייגים לכך.

[13] חוק לישראל, שומרים, מילואים לסעיף 13, להערה 46, אות יא (עמ' 1334). דבר דומה אמור בשומר קרקע או שטר, שפטור מאחריות אבל חייב לשמור בפועל — שם, עמ' 43.

[14] שם, מילואים להערה 56, אות ב (עמ' 1336). כמובן, לפי הדעה (לעיל, הערה 10) שאף שומר רגיל אינו חייב לשמור בפועל, קל וחומר ששומר הקדש אינו חייב בכך.

פרק שלישי

היקף החובה "לשמור על נכסי הנאמנות"

א. עמדת החוק

לפי כרם[15], "לחובת השמירה המוטלת על נאמן פנים הרבה. על נאמן לשמור על שלמות נכס המצוי בידיו... שמירה בפני גניבה ואובדן... מימוש הזכויות הגלומות בו ואכיפתן". שמירתו של נכס מכוונת בעיקר לשמירת ערכו של הנכס. לכן, "יש וחובת השמירה על נכס נאמנות מחייבת דווקא את מכירתו"[16] או את המרתו, "אם לא הותנה בתנאי הנאמנות שעל הנאמן להחזיק דווקא בנכס זה"[17].

לעיתים, אף מכירה של נכס מנכסי הנאמנות במחיר נמוך מערכו בשוק תוכל להיחשב כפעולת שמירה, וזאת במצב שסיכויי המכירה במחיר השוק קלושים, וקיים חשש לירידה נוספת בערכו של הנכס[18].

חובת השמירה מחייבת את הנאמן גם להתגונן מפני תביעות משפטיות של אדם שלישי נגד הנאמנות[19]. אולם גם השגת פשרה תוכל להיחשב כפעולת שמירה, "שכן היא מסלקת סיכון של הפסד"[20].

חובת השמירה על נכסי הנאמנות אינה מקיפה רק את נכסיה המוחשיים, אלא גם את נכסיה הרוחניים. בהתאם לכך, כוללת חובת השמירה גם את החובה לשמור על סודותיה של הנאמנות[21].

ב. עמדת המשפט העברי

לפי המשפט העברי, מופקד השומר אף על שמירת ערכו של הנכס שהופקד בידיו. לכן, אם ראה השומר שערך הנכס יורד או שהוא עלול להתכלות, עליו למכור את הנכס כדי לשמור על ערכו[22]. על השומר לבצע את המכירה תחת פיקוחו של בית דין[23], שיוודא שהשומר יקבל עבור הנכס מחיר הגון[24].

[15] כרם, סעיף 180 (עמ' 237).

[16] שם.

[17] שם.

[18] ראה ע"א 361/60 גרוס נ' הנאמן בפש"ר של בית הלחמי, פ"ד יד 2446.

[19] ראה ע"א 55/67 קפלן נ' מ"י, פ"ד כא(2) 718, 722.

[20] ראה כרם, עמ' 301, 523.

[21] כרם, עמ' 298.

כרם מסתמך על מאמרו של ג' טדסקי, "סודות עסקיים", הפרקליט לה (תשמ"ג), 5. אבל טדסקי שם אינו מבסס את חובת הנאמן לשמור על סודותיה של הנאמנות על סעיף 10(א), אלא על סעיפים 13 ו־12(א). יש לציין, שבנוגע לחובת השמירה המוטלת על האפוטרופוס, מסתמך טדסקי על חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, סעיף 38, המחייב את האפוטרופוס לשמור על "נכסי הקטין", ולדעתו סודותיו של הקטין הם בכלל "נכסיו". לא ברור מדוע לא קבע טדסקי בצורה דומה (כפי שקבע כרם, שם) שגם "נכסי הנאמנות" כוללים את סודותיה של הנאמנות, ובהתאם לכך שחובת שמירתם מעוגנת בסעיף 10(א).

[22] חוק לישראל, שומרים, עמ' 338־339 (אם הנכס עתיד להתקלקל); שם, עמ' 351־353 (אם ערך הנכס ייפגע); שם, עמ' 384, 389, 1142 (אם מחיר הנכס יורד, או שהנכס עומד להיות מוחרם או להישדד).

על השומר מוטלת גם החובה לתבוע בדין אדם שגנב נכס הנתון לשמירתו או אדם שגרם נזק לנכס[25].

היות שנאמן הוא שומר, גם חיובים אלו חלים עליו.

שומר חייב גם לבטח את הנכס אם צפויה לו סכנה, כדי שאם אכן הסכנה תתממש, יישאר לבעל הנכס לפחות כסף בשוויו של הנכס[26]. על אף שהמשפט העברי מטיל חובה זו על שומר רק אם בעל הנכס אינו יכול לבטח אותו בעצמו או שהוא ביקש במפורש מהשומר לבטחו[27], נראה שנאמן חייב לבטח את נכסי הנאמנות בכל מצב, מפני שיוצר נאמנות מתכוון מן הסתם להטיל על הנאמן את האחריות לביטוח הנכס, כחלק מאחריותו לכלל ניהול הנכסים. במלים אחרות, אמנם אין זה חלק מחובתו כשומר, אבל זה חלק מן החובות הנוספות שיש לנאמן.

שומר גם חייב לשמור שהנכס לא יזיק לאחרים[28], וממילא כך יהיה גם בנאמן.

נראה שכדי לשמור על נכסי הנאמנות, יידרש הנאמן גם לשלם כל תשלום המוטל עליהם, כגון מסי ארנונה, שכן אי תשלום המס עלול להביא בסופו של דבר לעיקול הנכסים. ושוב, אף אם בעל הנכס היה יכול לפרוע בעצמו את המס, הרי זה ייחודו של נאמן, שיוצר הנאמנות סומך עליו גם בכגון זה[29].

רמת השמירה הנדרשת מן הנאמן תלויה בהגדרתו כשומר חינם או כשומר שכר[30]. אם הנאמן מקבל שכר על עבודתו, ברור שהוא מוגדר כשומר שכר, אולם גם אם אינו מקבל שכר — ייתכן שהוא יוגדר כשומר שכר. בשאלה זו נדון בהרחבה להלן[31].

על שומר שכר מוטלת חובה לבדוק את מצב הנכס בשעה שהוא מקבל אותו לשמירה, כדי לברר אם יש בו איזה שהוא מום המצריך תנאי שמירה נאותים; ואם לא בדק זאת, ולא שמר כנדרש ואירע נזק לנכס, הוא נושא באחריות. דעות הפוסקים חלוקות בשאלה האם חובה זו

בסעיף 12, פרק שלישי, ב, נראה ששומר חייב באחריות אם לא מכר את הנכס או לא ביטח אותו, אם נגרם עקב כך נזק לנכס; ושם נראה חיובים נוספים המוטלים עליו מעבר לשמירה פסיבית, ועל כולן הוא נושא באחריות אם נגרם נזק לנכס עקב הפרת חובתו.

[23] לשאלה, האם חייב זה להיות בית דין של מומחים או שדי בבית דין של הדיוטות, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 363.

[24] שם, עמ' 362.

[25] חוק לישראל, שומרים, עמ' 326, 327, 346, 347, 525־527, 954, 955, 1213, 1313 (תביעת גנב); שם, עמ' 1095, אות ט (תביעת חברת רכבת, אם היא אחראית לאבדן הנכס לפי דיני הנכרים); שם, עמ' 1097, להערה 57, אות א (תביעת מי שהזיק לנכס).

[26] חוק לישראל, שומרים, עמ' 354, ליד ציון הערה 98, ובעמ' 1107־1108 במילואים להערה זו. לעניין ביטוח נכס הקדש, ראה: בשערי בית הדין, חלק ב, עמ' 215.

[27] חוק לישראל, שומרים שם.

[28] שם, עמ' 27.

[29] ייתכן שבכלל זה חייב נאמן גם לפרוע חוב אישי של יוצר הנאמנות, או לנסות להתפשר עם הנושים (על סמכותו להתפשר, ראה להלן, פרק חמישי), שהרי ייתכן שאם לא ייפרע החוב, יקח הנושה מנכסי הנאמנות לפרעון חובו. אלא שאז ייתכן שהנאמן לא יוכל לחזור על יוצר הנאמנות להחזר מה שפרע, שהרי פורע חובו של חבירו אינו זכאי להחזר (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קכח, סעיף א).

[30] ראה חוק לישראל, שומרים, סעיף 2(א), על רמת האחריות הנדרשת משומר חינם, וסעיף 2(ב), על זו הנדרשת משומר שכר.

[31] סעיף 12, פרק רביעי.

מוטלת גם על שומר חינם[32]. חובה זו מוטלת גם על אפוטרופוס, אף לדעה שהוא מוגדר כשומר חינם[33], מפני שעל אפוטרופוס מוטלת אחריות מיוחדת[34]. היות שהפוסקים נטו ללמוד על חובותיו של נאמן בנאמנות למטרות צדקה מחובותיו של האפוטרופוס[35], נראה שעל נאמן בנאמנות למטרות צדקה מוטלת חובה לבדוק את מצב הנכס בטרם יקבלו, אף אם אין הוא מקבל שכר על מילוי תפקידו. מנגד, השאלה האם נאמן בנאמנות פרטית נדרש לבדוק את מצב הנכסים תלויה (לפי חלק מן הפוסקים, כאמור) בשאלת הגדרתו כשומר שכר או כשומר חינם[36].

פרק רביעי

ניהול ופיתוח — "נאמן חייב... לנהלם ולפתחם"

א. מבוא

משמעותה של חובת הניהול היא שעל הנאמן לפעול בדרך שתפיק את מירב התועלת מנכסי הנאמנות[37] ותקטין את הסיכונים הכרוכים בהחזקת הנכסים[38].

תפקיד הפיתוח דורש מן הנאמן לעשות כל אשר לאל ידו כדי שנכסי הנאמנות ישאו פירות. בכלל חובה זו, החובה להשקיע את כספי הנאמנות, להשביח את קרקעותיה וכדומה[39].

מלשון החוק "הנאמן חייב לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם ולפעול להשגת מטרות הנאמנות" משתמע, שעל הנאמן מוטלות ארבע חובות: לשמור את נכסי הנאמנות, לנהלם, לפתחם ולפעול להשגת מטרות הנאמנות. לאמיתו של דבר, חובות הניהול והפיתוח אינן חובות עצמאיות, אלא הן חובות הנגזרות מחובתו הכללית של הנאמן, "לפעול להשגת מטרות הנאמנות". משום כך, מוטב היה אילו היה המחוקק מנסח את חובות הנאמן כך: "הנאמן חייב לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם, כפי הדרוש לשם השגת מטרות הנאמנות". ניסוח זה תוחם בצורה הגיונית את חובות הניהול והפיתוח המוטלות על הנאמן, ואף מבהיר שייתכנו נסיבות שבהן לא יוטלו על הנאמן חובות אלו, אם אמנם מילוֵן אינו דרוש לשם השגת מטרותיה של הנאמנות.

[32] חוק לישראל, שומרים, עמ' 294.
[33] ראה סעיף 12, פרק רביעי.
[34] חוק לישראל, שומרים, עמ' 1030, מילואים להערה 127, אות ב.
[35] על כך ראה בסעיף 1, הערה 77.
[36] ראה להלן, בדיוננו בסעיף 12.
[37] כרם, סעיף 206, עמ' 442.
[38] שם, עמ' 444. בהקשר זה מציין כרם את חובת הנאמן לבטח את נכסי הנאמנות כנגזרת מחובת הניהול. כאמור לעיל, ליד ציון הערה 26, לפי המשפט העברי חובה זו נגזרת גם מחובתו של הנאמן לשמור על נכסי הנאמנות.
[39] כרם, סעיף 207, עמ' 445-446.

ב. ניהול נכסי הנאמנות

חובתו של הנאמן לנהל את נכסי הנאמנות נגזרת מחובתו הכללית לפעול להגשמתן של מטרות הנאמנות, שהרי אם לא ינוהלו הנכסים כראוי, עלול הדבר למנוע את הגשמתן של מטרות הנאמנות, או לפחות לפגוע בהגשמתן.

דוגמה לדבר נוכל ללמוד מן החובות המוטלות על אפוטרופוס של יתומים, שתפקידו הוגדר בצורה רחבה על ידי הרמב"ם[40]: לעשות "כל מה שיראה שזה טוב ליתומים".

מכוחה של חובה זו נדרש האפוטרופוס לבצע תפקידים שונים, החורגים מן התפקיד הצר של שמירת נכסי היתומים. כך למשל, האפוטרופוס נדרש למכור נכסים כדי שניתן יהיה להשקיע את התמורה[41] או כדי לפרנס את היתומים[42], ואף לרכוש עבורם "לולב וסוכה וציצית ושופר ספר תורה ותפילין ומזוזות ומגילה... כדי לחנכן"[43].

ג. פיתוח נכסי הנאמנות

בנאמנות שפיתוח נכסיה חיוני להגשמת מטרות הנאמנות, מובן מאליו שמכלל החובה הכללית שמקבל על עצמו הנאמן להביא להגשמת מטרות הנאמנות, יש גם חובה לפתח את נכסי הנאמנות, כפי הדרוש לשם הגשמת מטרותיה. על השאלה, האם מוטלת על הנאמן חובה עצמאית לפתח את נכסי הנאמנות, שאינה קשורה בחובתו להגשים את מטרותיה, נבקש ללמוד מדין האפוטרופוס.

כפי שכבר הוזכר לעיל[44], על האפוטרופוס של היתומים מוטלת חובה רחבה לעשות "כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים". מכוחה של חובה זו הוסמך למכור נכסי יתומים כדי לאפשר את השקעת הכספים שיתקבלו בתמורה, או למכור שדות של האב כדי לקנות שוורים לצורך עיבוד שדותיהם של היתומים[45].

בתלמוד[46] מובא מעשה בקרוביהם של יתומים שביקשו מרב נחמן לסלק את האפוטרופוס

[40] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ז. בדומה כתב רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ט: "כל מה שנראה בעיניו טובת היתומים".

[41] ע"פ הסבר סמ"ע, סימן רצ, ס"ק טו וס"ק כה, להלכה הנזכרת בכתובות ק ע"ב, וברמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ב. אבל ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כ, מוכיח שהלכה זו עוסקת במכירת נכסי היתומים על ידי בית הדין, כשאין אפוטרופוס ליתומים.

[42] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא.

[43] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכות ט־י; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיפים יד־טו.
ראוי להעיר שבהלכות אלו ברמב"ם ובשולחן ערוך לא נזכרת לשון "חובה", ואף לא בשערי עוזיאל, חלק א, שער טז, פרק א, העוסק בדינים אלו. ייתכן שהדבר מובן מאליו. לעניין מכירת נכסים כדי להאכיל את היתומים, נאמר "יש לאפוטרופוס למכור" וכו' (המקורות בהערה 42), לשון שאפשר לפרש כחובה ואפשר לפרש כרשות. לשון "חייב" נזכרת לעניין הפרשת תרומות ומעשרות מפירות היתומים (אנציקלופדיה תלמודית, ערך אפוטרופוס, כרך ב, עמ' קכג, ליד ציון הערה 74), שאינו עניין של ניהול נכסי הנאמנות אלא דווקא דאגה רוחנית ליתומים. ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כט, נוקט לעניין הפרשת תרומות ומעשרות לשון "צריכין", ושם סעיף ל: "צריכים לקנות ספרים" עבור היתומים — גם זה דבר שאינו עניין של ניהול נכסי הנאמנות אלא דאגה רוחנית ליתומים.

[44] ליד ציון הערה 40.

[45] רמב"ם, שם, הלכות ד, ו.

[46] גיטין נב ע"ב.

של היתומים מתפקידו, מטעמים שונים, שאת כולם דחה רב נחמן. אולם, לבסוף טענו הקרובים שהאפוטרופוס גורם ליתומים הפסדים, ומששמע זאת רב נחמן, אמר: "אייתו לי סהדי דמפסיד ואיסלקיניה [=הביאו לי עדים שמפסיד, ואסלקנו], דאמר רב הונא חברין [=חברנו] משמיה דרב: אפוטרופוס דמפסיד מסלקינן ליה [=מסלקים אותו]". התלמוד אינו מבהיר כיצד בדיוק גרם האפוטרופוס ליתומים להפסדים. רש"י[47] מסביר, שהקרובים טענו שהאפוטרופוס "אינו מפרנס הקרקעות כראוי להם, וקוצץ אילנות". מן הביטוי "אינו מפרנס הקרקעות כראוי", הסיק ר' שמואל קלעי[48], שהאפוטרופוס נחשב "מפסיד", גם משום שאינו משתדל להפיק פירות מנכסיהם של היתומים[49], "והוא הדין למי שאינו משתדל עליהם שלא יכלו ממעט למעט, ולא ישתדל להרוויח בהם".

כך נקבע גם לגבי כספי היתומים, שיש להפקיד אותם בידיו של אדם נאמן שישקיעם, שהרי היתומים מתפרנסים מן הכספים, ואם לא יושקעו הכספים, קיים חשש שהקרן תכלה והיתומים יאבדו את מקור פרנסתם[50].

מן הדברים עולה, שלא זו בלבד שהאפוטרופוס מוסמך לפתח את נכסיהם של היתומים, אלא שמוטלת עליו חובה לעשות כן, שהפרתה עלולה להביא לפיטוריו.

אבל ייתכן שהדברים אמורים רק באפוטרופוס לקטינים או לפסולי הדין, שמוטל עליו לפרנסם מנכסיהם; ולכן הוא חייב להשתדל להרוויח בנכסים, מפני שאם לא יעשה כן, קיים חשש שהם "יכלו ממעט למעט", ובסופו של דבר לא יוכל להמשיך ולפרנס את היתומים. כלומר, הפקת הרווחים היא חובה בתור אמצעי להגשמת מטרתה של הנאמנות, שהיא הדאגה לפרנסתם של היתומים. לעומת זאת, במצב שניתן להגשים את מטרת הנאמנות גם בלי להפיק רווחים מנכסיה, כגון נאמן שקיבל לידיו סכום כסף כדי שיקים בעזרתו מתנ"ס ציבורי, ייתכן שחובה זאת לא תהיה קיימת. כאן ייתכן שהנאמן לא יידרש להשקיע את כספי הנאמנות, אלא כפי הדרוש לשם שמירת ערכם של הכספים.

לא למותר לציין, שחובה לפתח את נכסי הנאמנות עשויה להיות מוטלת על הנאמן גם מכוחם של תנאי הנאמנות, ובכלל זה, גם מכוחו של הנוהג בניהול נכסי נאמנות[51]. לפיכך, גם אם לפי אופייה של הנאמנות אין הנאמן נדרש להפיק רווחים מנכסי הנאמנות, הרי הוא חייב לעשות כן אם התחייב לכך בחוזה הנאמנות, או שמקובל שנאמנים מסוגו עושים כן.

[47] רש"י, גיטין שם, ד"ה והא קמפסיד.

[48] שו"ת משפטי שמואל, סימן צ (צב ע"ג).
שו"ת מהר"ם גלאנטי, סימן כה, הסיק מדברי רש"י, שאם האפוטרופוס הפסיד מפני שלא היה בקי והתרשל בנכסים, הוא נחשב "מפסיד", בין אם זה משום רוע מזלו ובין אם זה משום שהוא מוציא יותר מדי הוצאות, שהרי ברור שאילו יוצר הנאמנות היה יודע על כך, לא היה ממנה אותו כאפוטרופוס.

[49] אבל יש להעיר, שזו אינה הפרשנות היחידה האפשרית לדבריו של רש"י, ואפשר שרש"י התכוון לומר, שמאחר שהאפוטרופוס אינו מזבל כראוי את השדות, הוא גורם להכחשת כוחן, וזהו הפסד ממשי, ולא רק מניעת רווח. על כל פנים, דבריו של ר"ש קלעי מסתברים, אף אם לא היה ניתן למצוא להם מקור בדברי רש"י.

[50] על חובת השקעת הכספים, ראה סעיף 6, פרק שלישי, ג.

[51] הרחבה לעניין זה ראה סעיף 11, פרקים שני ושלישי.

ד. פיתוח נכסי הנאמנות הכרוך בסיכון

אפוטרופוס לנכסי יתומים אינו רשאי לסכן את נכסיהם, אף אם הוא עושה כן כדי להפיק רווחים לטובת היתומים[52]. כך נקבע בתוספתא[53], שהאפוטרופוס אינו רשאי "לחוב ולזכות בנכסי יתומים". התלמוד מבהיר[54], שכוונת התוספתא היא שהאפוטרופוס אינו רשאי "לחוב על מנת לזכות בנכסי יתומים". אלא שגם משמעותה של ההבהרה לא ברורה, ועל כך נחלקו מפרשים.

לדעת הרמ"ה, משמעות הלכת התוספתא היא, שהאפוטרופוס אינו רשאי לשחד את השלטונות ("לחוב") כדי שייטיבו עם נכסי היתומים, שיקלו מעליהם את המס וכדומה ("לזכות"), משום שקיים חשש שמא השוחד לא יועיל[55].

אבל רוב הפרשנים פירשו שמדובר באפוטרופוס המבקש לייצג את היתומים בבית דין, והדין הוא כך: אם האפוטרופוס הפסיד בדין, אין תוקף לפסק הדין לרעת היתומים[56], מפני שאינו מוסמך לפעול לרעתם[57]; ואילו אם זכה בדין, פסק הדין תקף, כיוון שהוא לטובת

[52] על האיסור להשקיע את כספי היתומים בצורה מסוכנת, ראה סעיף 6, פרק רביעי. כאן נדון בסיכון סוגים אחרים של נכסים. ראה גם להלן, פרק שמיני, שמותר לאפוטרופוס לסכן את הנכסים באופן הנהוג.

[53] תוספתא תרומות, פרק א, הלכה יג (הלכה 11 במהד' ליברמן); תוספתא בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד (הלכה 15 במהד' ליברמן).

[54] גיטין נב ע"א.

[55] חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים (="חידושי הריטב"א מכתב יד"), גיטין נב ע"א, ד"ה ואין אפוטרופין רשאין לדון.
בדומה, מפרש תוספות ר"י הזקן, קידושין מב ע"א (הוא ר' אברהם מן ההר), שאסור לאפוטרופוס לעשות "הוצאה" לטובת היתומים (כלומר, להשקיע מכספם השקעה הכרוכה בסיכון), שמא לא יזכו.
כמו כן, בתשובות הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן תכ, עמ' 696, מפרש שלא יוציא האפוטרופוס מממון היתומים אפילו מעט כדי להרוויח רווח גדול, שמא לא ירוויח.

[56] אבל ים של שלמה, גיטין, פרק ה, אות ו, ובית יעקב (טאווישונסקי), חו"מ, סימן רצ, סעיף יב, הדגישו, שהלכה זו נוגעת רק להתייצבות בדין בעניין שאינו נוגע ישירות לפעולותיו של האפוטרופוס, אבל בדיון הנוגע לפעולה שביצע האפוטרופוס במסגרת מילוי תפקידיו, האפוטרופוס מוסמך להתייצב בדין, ועולה מדבריהם שם, שאם יפסיד בדין, יתחייבו היתומים.
בנוסף, כותב חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א, שאם יש חשש שהיתום גזל מאחרים, מעמידים לו אפוטרופוס לייצגו להשיב על תביעת הגזל.

[57] רש"י, גיטין שם, ד"ה אלא; השגות הראב"ד, על הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ז; מגיד משנה שם, בדעת הרמב"ם; ר"ן על הרי"ף, גיטין כה ע"ב (בדפי הרי"ף); שיטה לא נודע למי, קידושין מב ע"א; תוספות רי"ד, גיטין נב ע"א; סמ"ע, חו"מ, סימן רצ, ס"ק לג.
אלא שרבינו קרשקש, גיטין שם, עושה הבחנה (בשם רבו, הוא הרא"ה, והסכים עמו): אם מישהו אחר תבע את היתומים, והאפוטרופוס יצא חייב בדין, אין תוקף לפסק הדין; אבל אם האפוטרופוס תבע אחר בשם היתומים, והפסיד בדין, יש תוקף לפסק הדין, מפני שהתכוון לטובת היתומים. כך משמע גם ממגיד משנה שם. כמו כן, חידושי הריטב"א, קידושין שם, כותב בשם רבו (הוא הרא"ה), שאם מישהו אחר תבע את היתומים ויצא האפוטרופוס חייב בדין, אין לכך תוקף גם אם קיבל מבית הדין רשות לייצג את היתומים; ואילו במה שהיתומים תובעים מאחרים, אם קיבל רשות מבית דין לייצגם (ראה על כך להלן), יש תוקף לפסק הדין גם אם הוא הפסיד.
תוספות רי"ד, קידושין מב ע"א, נוקט שאם נתחייבו, פסק הדין בטל מפני שאין יורדים לנכסי יתומים עד שיגדלו. כוונתו לדין הנזכר בבבא קמא לט ע"א ובמקומות נוספים, שאין גובים חוב מיתומים קטנים; אלא שיש חריגים לדין זה, כמפורט בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קי.
דעות חולקות: ר"ן על הרי"ף, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), כותב שאם ירד לזכות, גם אם בסופו של

היתומים[58]. משום כך, לכתחילה אין האפוטרופוס רשאי להתייצב בדין בשם היתומים, אף שכוונתו העיקרית היא להסיר מעליהם את התביעה ("לזכות")[59], שהרי אינו יכול לעמוד בדין בצורה רגילה, עם האפשרות לזכות ואפשרות להפסיד, משום שלא יהיה תוקף לפסק דין לרעת היתומים, כאמור; ואם ירצה לעמוד בדין על דעת שיוכל רק לזכות בדין, לא יהיה זה צודק כלפי בעל הדין האחר, שיוכל רק להפסיד מהתביעה[60].

האיסור על אפוטרופוס לסכן את נכסי היתומים גם במסגרת פעולה לטובתם, מתבטא גם

דבר הפסיד, פסק הדין תקף; ואם ירד על מנת לחוב, פסק הדין בטל גם אם זכה. ולא ברור איך ייתכן שירד על מנת לחוב.

שיירי קרבן, ירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ד (דף כט ע"א), כותב שלדעת הרמב"ם, אם יצאו חייבים בדין, פסק הדין קיים.

58 השגות הראב"ד, שם; רבינו קרשקש שם, בדעת רש"י; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יב.

אבל רבינו קרשקש שם כותב בשם רבו, שאם זו תביעה שמישהו אחר תבע, גם אם האפוטרופוס זכה, אין תוקף לפסק הדין, מפני שהייצוג נעשה באיסור.

ראה גם: בית הבחירה, גיטין שם, ד"ה האפוטרופוס; פרישה, חו"מ, סימן רצ, ס"ק יח.

59 רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ז (כמוסבר במגיד משנה); תוספות רי"ד, גיטין שם; רבנו קרשקש, גיטין שם, בדעת רש"י ("שלא היו רשאין"); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יב. וראה גם שו"ת מהרלב"ח, סימן צה.

רבינו קרשקש שם עושה הבחנה בשם רבו (הוא הרא"ה), ומסכים עמו: מותר לאפוטרופוס לתבוע אחר, שהרי אז יהיה תוקף לפסק הדין בין לזכות ובין לחובה, לפי דעתו שראינו לעיל, הערה 57; אבל אסור לו להשיב לתביעה שמישהו אחר תובע את היתומים. כך משמע גם ממגיד משנה שם. וכך כתבו גם תוספות, קידושין מב ע"א (ד"ה אלא), ונימקו, שאם זו תביעה של אחר, עדיף לדחות אותה, למען הסיכוי שהתובע לא יתבע את היתומים כשיגדלו; אבל בתביעה שהיתומים תובעים, אין טעם לדחות אותה עד שיגדלו, ועדיף לקחת את הסיכון כבר עכשו.

מנגד, הראב"ד שם כותב שמותר לאפוטרופוס להתדיין. כמו כן, שערי עוזיאל, חלק א, שער טז, פרק ב, הגהה ב, כותב שאין בכך אי־צדק כלפי בעל הדין, שיוכל רק להפסיד (טענת המגיד משנה שבסמוך), מפני שהיה צריך לדעת שהוא מסתכן.

60 מגיד משנה, שם; סמ"ע, שם.

הלכה זו עומדת לכאורה בסתירה להלכה אחרת, המובאת בקידושין מב ע"א, בשם רב: "[בית דין] מעמידין להם [=ליתומים] אפוטרופוס לחוב על מנת לזכות". הראשונים הציעו דרכים שונות ליישוב הסתירה.

הר"ן, שם, יישב על פי הבחנתו, לעיל, הערה 57, בין אם ירד לזכות לבין אם ירד לחוב.

תוספות, קידושין שם, יישבו על פי הבחנתם, לעיל, הערה 59, בין שהיתומים תובעים לבין שהם נתבעים.

תוספות רי"ד, קידושין, שם, הסביר שהאפוטרופוס אינו רשאי להתייצב בדין כדי להגן על היתומים מפני תביעה (כדברי התוספות הנ"ל), מפני שגם אם יעשה כן, לא תהיה לכך נפקות עד שיגדלו, שהרי אין גובים מנכסי יתומים קטנים (ראה לעיל, הערה 57, בשמו); אבל הוא רשאי להשתתף בהליך של חלוקת הנכסים בין היורשים (שבזה עוסקת סוגיית קידושין), שבו ממנים לכל אחד מן היתומים אפוטרופוס לדאוג לטובתו, מפני שזהו הליך הכרחי שאי אפשר לדחותו, ואם כתוצאה ממעשיו התחייב היתום וקיבל חלק שאינו רוצה, "מה שעשה עשוי". כך סובר כנראה גם תוספות ר"י הזקן, קידושין שם (הוא ר' אברהם מן ההר). כך הבחין גם שיטה לא נודע למי, קידושין שם (בהסברו השני), ונימק שחלוקת נכסים אפשרית מפני שלא תצא ממנה חובה ממשית, אלא לכל היותר היתום יקבל חלק שאינו רוצה. ראה גם במקורות שצוינו באוצר מפרשי התלמוד, גיטין נב ע"א, הערה 97.

הרא"ש המובא בחידושי הריטב"א, קידושין שם, יישב את הסתירה שבין הסוגיות על ידי הבחנה בין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, שבידיו נמסרת גם הסמכות "לחוב על מנת לזכות", לבין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, שאינו מוסמך לעשות כן. לפי הסבר זה, נאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות לא יוכל לסכן את נכסי הנאמנות, אלא אם הוא מונה על ידי בית הדין. ראה גם במקורות

בהלכה אחרת בתוספתא[61]: "אין מוכרין ברחוק ליקח בקרוב, ברעה ליקח ביפה". כלומר, אסור לאפוטרופוס להמיר את מקרקעי היתומים במקרקעין אחרים, גם אם המקרקעין שמבקש האפוטרופוס לרכוש בתמורה הם קרובים יותר ליתומים, או שאיכותם טובה יותר. התלמוד מנמק[62], שבהמרת מקרקעין קיים תמיד סיכון שמא הקרקע שירכוש האפוטרופוס תלקה בשידפון ותאבד את ערכה[63], ונמצא שהמרת הקרקע גרמה הפסד ליתומים[64].

לפי ברייתא המובאת בתלמוד[65], האפוטרופוס גם אינו רשאי להמיר את מקרקעי היתומים בעבדים, משום שכוחם של המקרקעין קיים לעולם, בעוד שעבד עלול לחלות ולמות[66].

לכאורה, מן הטעם הזה, מן הדין היה לקבוע, שהאפוטרופוס רשאי למכור עבדים של היתומים כדי לרכוש בתמורתם מקרקעין, שהרי הנכס שנרכש עדיף על הנכס שנמכר, וכך היא אמנם היא דעתם של חכמים[67]. אלא שרבן שמעון בן גמליאל[68] חולק על כך, ואוסר על

המצויינים באוצר מפרשי התלמוד, גיטין נב ע"א, הערה 98. אבל הריטב"א עצמו דוחה הבחנה זו, בטענה שלאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים יש סמכות רחבה יותר, שהרי האב סמך עליו שיעשה בנכסים כרצונו. חידושי הריטב"א, קידושין שם, יישב את הסתירה על ידי הבחנה בין פעולה שעושה האפוטרופוס באישור בית הדין לבין פעולה שהוא עושה על דעת עצמו: התוספתא אומרת שאין לאפוטרופוס סמכות להתייצב בדין בלי שקיבל אישור מבית הדין לעשות כן, ואילו רב אומר שאם התקבל אישור בית הדין לכך, רשאי האפוטרופוס להתייצב בדין, אף שהתייצבותו עלולה לסכן את נכסי היתומים. סמך לפרשנות זו ניתן למצוא (כפי שרומז חידושי הרשב"א, גיטין שם) בלשון התוספתא (לעיל, הערה 53): "אין דנין לחוב ולזכות... אלא אם כן נטלו רשות מבית דין". כמו כן, שו"ת הר"ן, סימן ח, תירץ, שבחלוקת נכסים, בית דין הוא שעושה את החלוקה, ותפקידו של כל אפוטרופוס הוא רק להפך בזכותו של כל יתום, ואינו דומה לאפוטרופוס שמתמנה סתם; ואפשר ללמוד מדבריו, שאם בית דין נתן לאפוטרופוס רשות לדון, הוא רשאי לעשות כן. וראה גם במקורות שצוינו באוצר מפרשי התלמוד, שם, הערה 99; בירור הלכה, גיטין נב ע"א, ציון ט; גידולי תרומה, שער יד, חלק א, אות ו; שו"ת ר' אשטרוק אבן שאנג'י, סימן לט. לתירוץ נוסף, עיין העמק שאלה, שאלתא קלט, אות א.

[61] תוספתא תרומות, שצוינה לעיל, הערה 53. כך פסקו גם רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא.

[62] גיטין נב ע"א.

הגירסה בתלמוד שונה מזו שבתוספתא: במקום "ליקח" נאמר "לגאול". חידושי מהר"ם שיף, גיטין שם, מבאר שלשון "גאולה" משמעה קניית קרקע שהיתה של המוכר בעבר; ויש באיסור זה חידוש, שאף שקרקע זו היתה של יתומים (או של אביהם) בעבר, כך שאין חשש שיתברר שאינה של המוכר (ראה ליד ציון הערה 68), אסור לקנותה מחשש לשידפון.

[63] הרמב"ם שם נימק: "שמא לא יצליח זה שקנו".

[64] חידושי הרשב"א, גיטין שם, מוכיח מהתוספתא שאם קיבל רשות מבית הדין, רשאי האפוטרופוס למכור. שו"ת מהר"י בי רב, סימן ח, כותב שאם יש הפסד באותה קרקע, או ש"יש רווח ודאי" במכירה, רשאי האפוטרופוס למכור אותה גם בלי רשות בית דין, אך עדיף שיתייעץ עם בית הדין.

שו"ת באר שבע, סימן לט, מרחיב את איסור מכירת קרקע למכירת "חזקת חנות", ומנמק, שבתקופתו חזקה זו היתה חשובה "כמו שדות וכרמים בזמן חכמי הגמרא".

[65] גיטין שם.

[66] כך נימק מהרש"א, גיטין שם.

[67] בברייתא, גיטין, שם.

צריך להוסיף, שאף שאסור למכור קרקע כדי לקנות קרקע קרובה או יפה אף שהנכס הנרכש עדיף, הרי זה משום שהעדיפות אינה כל כך משמעותית, מה שאין כן במכירת עבדים, שהסכנה למיתתם ולחולייים היא גדולה.

[68] שם.

אפוטרופוס למכור עבדי יתומים כדי לרכוש בתמורתם מקרקעין, משום שברכישת מקרקעין קיים חשש שמא המקרקעין אינם בבעלות המוכר, או שהם משועבדים לנושה של המוכר. כנראה, חכמים סבורים שסיכון זה קטן מכדי לאסור בגללו את מכירת העבדים, בעוד שמולו עומדת סכנה סבירה יותר, שהעבדים ימותו או יחלו. ואילו רבן שמעון בן גמליאל סבור שאף שמכירת העבדים כרוכה בסכנה קטנה יותר מזו הכרוכה בהחזקתם, אסור לאפוטרופוס למוכרם, מפני שייתכן שבכל זאת ייתכן שהמכירה תגרום הפסד, ו"שב ואל תעשה" עדיף.

כדעת רבן שמעון גמליאל פסקו הרמב"ם[69] והשולחן ערוך[70]. אך הרמ"א[71] פסק כחכמים. אפשר להסיק מכך באופן כללי, שלדעת הרמ"א, האפוטרופוס רשאי להמיר נכס של היתומים שהסיכון בו גדול בנכס אחר שהסיכון בו קטן, אף שקיים חשש קטן שההמרה תסב נזק ליתומים, בעוד שהרמב"ם והשולחן ערוך אוסרים כל המרה של נכס בנכס אחר, מחשש שמא יתברר שההמרה גרמה נזק.

לכל הדעות רשאי אפוטרופוס למכור מקרקעין של היתומים כדי לרכוש בתמורתם שוורים, משום ש"השוורים הם עיקר כל נכסי שדות"[72], ובלעדיהם אי אפשר לעבד את המקרקעין. מהלכה זו נוכל להסיק, שאפוטרופוס רשאי למכור חלק מנכסי היתומים כדי לרכוש בתמורה כלים הדרושים לו לעבד ולפתח את נכסיהם.

אם כן, למדנו מן המקורות שנדונו בפרק זה שאפוטרופוס אינו רשאי לפתח את נכסי היתומים באופן הכרוך בסיכונם. אבל נראה שאין ללמוד ממקורות אלה לנאמנים אחרים, שיהיה אסור להם לסכן את נכסי הנאמנות אפילו במטרה להפיק מהם רווחים או לסלק מעליהם תביעות. האיסור על אפוטרופוס לעשות פעולה שיש בה סיכון לנכסי היתומים נובע מכך, שיש לאפשר ליתומים להחליט כשיגדלו אם לעשות את הפעולה אם לאו. נימוק זה אינו קיים בנאמנות מסוג אחר, שנכסיה אמורים להישאר בשליטת הנאמן לזמן בלתי מוגבל, וסמכותו לא תועבר בעתיד לבעליו של הנכס. לכן נראה, שבנאמנות רגילה יש לנאמן סמכות לבצע פעולה בנכסי הנאמנות לשם ניהולם או פיתוחם, אף אם היא כרוכה בסיכון מחושב[73]. רק אם

[69] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ו.

[70] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא.

[71] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא. וראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רצ, ס"ק כג; בירור הלכה, גיטין נב ע"א, ציון כ.

[72] רמב"ם, שם; שולחן ערוך, שם, ע"פ דברי ר' יוסי בגיטין, שם.

[73] כך סבור ר"א מילר. אבל לכאורה, לא כך עולה מחוות דעת שכתב הרב חיים סתהון, אב"ד צפת, בשנת תרע"ב, ונדפסה בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 290, בעניין סכסוך שבין נאמני שתי קופות צדקה. הרב סתהון פסק שנאמן הקופה הנתבעת אינו רשאי להתייצב בדין בשם הקופה, מפני שלפי הערכתו התייצבות זו מסכנת את הנכסים שהופקדו בידיו. על איסור זה למד הרב סתהון מן האיסור על אפוטרופוס להתייצב בדין בשם היתומים, מפני שהדיון טומן בחובו סיכון לנכסי היתומים. הוא מסמיך את השוואתו על מה ש"כתב בתשובות מהרי"ץ, חלק א, סימן קיז, דגזבר בשל עניים כאפוטרופוס בשל יתומים דיינינן ליה" (ראה גם סעיף 1, הערה 77). מדברים אלו ניתן להסיק, שאף לעניין האיסור לבצע פעולה הכרוכה בסיכון נכסי הנאמנות, יש להקיש מאפוטרופוס לנאמן בהקדש הציבורי.
אולם ר"א מילר דחה הוכחה זו בטענה שפסיקת הרב סתהון עסקה בפעולה שיש בה סיכון לנכסי הצדקה, בלי שהיה בה סיכוי לקדם את עניינם. הרי התייצבות הנאמן בפני בית דין, שלהערכתו דעתו נוטה לרעת עניני ההקדש, לא תועיל לצדקה במאומה. בכגון דא, ודאי שאין לנאמן סמכות לסכן את נכסי הצדקה. לעומת זאת, אם מבקש הנאמן לסכן את נכסי הצדקה לשם הפקת רווחים, למשל, אפשר שהוא יהיה רשאי לעשות כן.

נכסי הנאמנות אמורים לעבור לשליטתו של הנהנה תוך זמן קצוב, חלות על הנאמן אותן מגבלות החלות על אפוטרופוס, מן הטעם האמור, שיש להמתין ולאפשר לנהנה להחליט אם לבצע את הפעולה הנידונה, כשיגיעו הנכסים לשליטתו.

פרק חמישי

סמכויות הנאמן — "לעשות כל הדרוש למילוי תפקידו"

א. מבוא

הסמכויות שמעניק החוק לנאמן הן רחבות ביותר. נאמן מוסמך "לעשות כל הדרוש למילוי תפקידו", ובכלל זה להתייצב בדין בשם הנאמנות, לגבות חובות, לבצע עסקאות בנכסי הנאמנות וכדומה. סמכויות רחבות אלו פוטרות את הנאמן מן הצורך לקבל רשות (מיוצר הנאמנות או מבית השפט) לביצוע כל פעולה הדרושה לשם מילוי תפקידו, אם לא הוסמך במפורש לבצעה.

ניתן לעמוד על היקפה הרחב של הסמכת הנאמן על ידי החוק, מתוך השוואה לחוקים אחרים המעניקים הסמכה דומה. שומר[74], שליח[75], ושותף במקרקעין[76] ובמיטלטלין[77] מוסמכים לעשות פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הנחוצים למניעת נזק לנכס או למשלח. הם אינם מוסמכים לבצע פעולה שאינה דחופה או שהייתה צפויה מראש. לעומתם, נאמן מוסמך לבצע כל פעולה הדרושה למילוי תפקידו.

כאשר נבקש לבחון מהן הסמכויות שמעניק המשפט העברי לנאמן, נמצא שהנושא קשור בטבורו למהות הזיקה שבין הנאמן לנכסי הנאמנות. לעיל[78] ראינו שיש שני סוגים של נאמנים, שההבדל ביניהם הוא באופי הזיקה שבין הנאמן לנכסי הנאמנות: נאמן שזיקתו היא של שליחות, ונאמן שזיקתו היא זיקה קניינית. להבדל זה בין סוגי הנאמנות יש השפעה מכריעה על היקף סמכויותיו של הנאמן. באופן כללי, סמכויותיו של נאמן שהוא שליח מצומצמות בהרבה בהיקפן מאלה של נאמן שיש לו זיקה קניינית בנכסי הנאמנות. נאמן שיש לו בעלות בנכסי הנאמנות מוסמך לעשות כל פעולה שבעל נכס יכול לעשות בנכס שלו; אלא שאם השאיר יוצר הנאמנות לעצמו בעלות מוגבלת בנכס (או אם העניק לנהנים בעלות מוגבלת), אין הנאמן יכול לעשות פעולה שתפגע בזכויותיו של יוצר הנאמנות (או של הנהנים). להלן נברר את סמכויותיו של נאמן שהוא שליח, ואת אלה של אפוטרופוס על נכסי יתומים.

ב. נאמן שהוא שליח

כאמור, סמכויותיו של נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא של שליחות, הן סמכויות מצומצמות.

[74] חוק השומרים, התשכ"ז־1967, סעיף 6.
[75] חוק השליחות, התשכ"ה־1965, סעיף 5(ב).
[76] חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 31(א).
[77] חוק המיטלטלין, התש"ל־1970, סעיף 9(ב).
[78] סעיף 1, פרק שני.

גם אם יוצר הנאמנות הסמיך את הנאמן במינוי שליחות כללי, לעשות בעבורו את כל הדרוש לנכסי הנאמנות, עדיין סמכויות הנאמן מוגבלות בכמה היבטים[79]:

א. שליח אינו מוסמך לבצע בשמו של השולח פעולה, שיש בה כדי לפגוע באינטרס של צד שלישי.

ב. שליח אינו מוסמך לבצע עבור המשלח פעולה שבמהותה יש לעשותה באופן אישי, ובכלל זה, אינו מוסמך להפעיל שיקול דעת במקום המשלח, ועל כן, לא ניתן להסמיך נאמן שליח להחליט במקום יוצר הנאמנות.

ג. שליח אינו יכול לייצג את המשלח בהליך משפטי אלא אם הקנה לו המשלח את הנכס נשוא הדיון ב"הרשאה".

ד. במישור דיני הראיות, נחלקו הדעות האם תתקבל עדות נגד המשלח בפני השליח[80].

ה. שליח אינו יכול לעשות פעולה שהמשלח לא היה כשיר לבצעה בשעת מינוי השליח.

ו. המשלח יכול לבטל את פעולת השליח למפרע לאחר מעשה, אם היא הסיבה לו נזק.

ז. שינויים בכשרותו המשפטית של השולח עשויים להשפיע על כוחו של השליח להמשיך בשליחותו. כך למשל, לאחר מותו של השולח אין בכוחו של השליח להמשיך במילוי תפקידיו, ואף לאחר שנגרעה כשרותו, כגון שאיבד את שפיות דעתו, אין השליח יכול לבצע את פעולות השליחות, כל עוד לא יתרפא השולח[81].

ח. לדעת רבים, אף שינוי ברצונו של השולח, כגון אם נודע שהמשלח אינו מעוניין שימשיך השליח בשליחותו (אף אם לא פיטר אותו), ישלול מן השליח את הסמכות להמשיך בשליחותו[82].

ג. אפוטרופוס

כפי שראינו לעיל[83], לאפוטרופוס יש זיקה קניינית לנכסי היתומים, לדעת פרשנים רבים. בהתאם, יש לו סמכויות נרחבות לפעול בנכסי היתומים. הרמב"ם כותב שהוא מוסמך לעשות בנכסים כל מה שנראה לו שהוא לטובת היתומים[84].

אפוטרופוס מוסמך לבצע גם פעולה שיש בה כדי לפגוע באינטרס של צד שלישי, משום ש"ידו כיד בעלים"[85].

נחלקו הדעות האם ניתן לקבל עדות נגד היתומים בפני האפוטרופוס[86]. על סמכות אפוטרופוס לייצג את היתומים בדין, ראה לעיל[87].

[79] על רוב ההגבלות כבר עמדנו בסעיף 1, פרק שני, ושם ציינו להן מקורות, ועל כן לא נציין להן מקורות כאן.

[80] ראה על כך: הלכה פסוקה, הלכות עדות, סימן כח, סעיף טו, עמ' רנז.

[81] ראה על כך בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 14(א).

[82] ראה בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, שם, בדיון על עיכוב השליחות.

[83] סעיף 1, פרק שני.

[84] לעיל, הערה 40.

[85] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קה, סעיף א.

[86] שולחן ערוך חו"מ, סימן קי, סעיף ט, כותב שאפשר לקבל, ואילו רמ"א שם כותב שאפשר לקבל רק עדות של דבר ברור, שלגביו מקבלים עדות אף שלא בפני בעל דין. למקורות נוספים ראה: הלכה פסוקה, הלכות עדות, סימן כח, סעיף טו, עמ' רנז-רנח. שם מובאת דעה שאפשר לקבל עדים בפני שליח שנתמנה לצורך

אפוטרופוס מוסמך להפריש תרומות ומעשרות מפירות היתומים, בשונה מכל אדם זר אחר, מפני ש"ידו כיד בעלים"[88].

הוא מוסמך לפסוק צדקה על היתומים, כדי שלא יצא עליהם שם רע[89].

סמכותו של נאמן להתפשר עם נושיה של הנאמנות נידונה בתשובת הרשב"א[90]. הרשב"א דן באפוטרופוס שמכר קרקע של יתומים כדי לפרוע חוב של אביהם. כפי שראינו[91], אפוטרופוס רשאי למכור את מקרקעי היתומים אם המכירה נחוצה לסלק חובות. למרות זאת, היתומים ביקשו לבטל את המכירה משום שהיא נעשתה במסגרת הסכם פשרה שבין האפוטרופוס לנושים, ולשיטתם, אף שיש לאפוטרופוס סמכות למכור קרקעות כדי לפרוע את חובות האב, אין הוא מוסמך להתפשר עם הנושים[92]. הרשב"א דוחה את טענת היתומים בנימוק ש"בית דין ואפטרופין, אביהן של יתומים, ויש להם לחזר אחר תועלתן וזכותן... וכשקדם אפטרופא ומכר ופרע, היה בכך תועלת ליתומים"[93].

פרק שישי

החובה "לנהוג באמונה"

א. עמדת החוק

משמעות ההוראה שעל הנאמן לנהוג במילוי תפקידיו באמונה היא שעליו למלא את חובותיו תוך נאמנות למטרות הנאמנות, ושיקוליו צריכים להיות מודרכים אך ורק על ידי נאמנות זו. לפי ברק, החובה לנהוג באמונה קובעת רף התנהגות גבוה, "בחינת אדם לאדם — מלאך"[94],

זה, מפני שהמשלח הראה בכך שהוא מסכים לתוצאות הדיון, מה שאין כן באפוטרופוס, שיש לו מינוי כללי בלבד.

[87] לעיל, ליד ציון הערה 59.

[88] סעיף 1, שם.

[89] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו.

[90] שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן רא.

[91] לעיל, אחרי ציון הערה 62.

[92] יש להניח שהיתומים טענו כך, משום שסברו שאילו היה הדבר תלוי בהם, היה בכוחם להשיג פשרה מוצלחת יותר.

[93] כך פסק גם בשו"ת מהר"ם שיק, יו"ד, סימן רלה. אבל משו"ת מהרלב"ח, סימן צה, משמע שאפוטרופוס אינו רשאי להתפשר עם הנושים על חובות היתומים. אך שו"ת חכם צבי (הנוספות), סימן ג, מבחין בין תשובת מהרלב"ח לתשובת הרשב"א ואומר שתשובת מהרלב"ח דנה בתביעה "להוציא ממון היתומים שלא כדין התלמוד", ובזה אין האפוטרופוס רשאי להתפשר עם הנושים, בעוד שתשובת הרשב"א דנה בתביעה שהיא "כדין התלמוד". על עשיית פשרה על ידי אפוטרופוס, ראה גם תשובות הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן תכ, עמ' 696.

רמ"א, חו"מ, סימן קי, סעיף יא, כותב שבית דין רשאי לעשות פשרה בתביעה של יתומים אם נראה לו שהדבר הוא לטובתם, כלומר שיהיה קשה להם לקבל את כל מה שהם זכאים באמת לקבל. ראה על כך חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילת זכות של אחר.

[94] א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, 1987) 495. וראה גם דבריו ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 279, בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר־שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה

שמשמעותה המעשית היא, שבניגוד לאדם רגיל, הנדרש לפעול בהגינות ובתום לב, אבל רשאי לשוות לנגד עיניו בפעולותיו הן את טובתו האישית והן את טובת הזולת ("אדם לאדם — אדם"), הרי הנאמן נדרש לשוות לנגד עיניו את טובת הנאמנות בלבד[95], אף אם זו באה על חשבון טובתו האישית או על חשבון טובת מקורביו. עצם הכנסת שיקול שאינו נוגע לטובתה של הנאמנות במסגרת השיקולים ששוקל הנאמן בבואו לבצע פעולה מסוימת במסגרת מילוי תפקידיו, נחשבת להפרה של החובה לנהוג באמונה, גם אם הפעולה לא גרמה בפועַל נזק לנאמנות[96].

ב. עמדת המשפט העברי

בדיוננו בסעיף 13, נראה שהכלל במשפט העברי הוא שאסור לנאמן להפיק טובת הנאה לעצמו מנכסי הנאמנות, אם כי יש לאיסור זה סייגים. על כן לא נעסוק בכך כאן.

עם זאת, ראוי להזכיר את דברי רבן גמליאל על אנשים העוסקים בצרכי הציבור[97]: "יהיו עמלים עמהם [=עם הציבור] לשם שמים". משמעות הדבר היא שיעמלו לטובת העניין הציבורי שלשמו נוצרה הנאמנות, ולשם עניין זה בלבד[98]. משום כך, נפסק שהעוסק בצרכי הציבור שקיבל טובת הנאה כדי שיפעל בדרך מסוימת, דינו כדין דיין המקבל שוחד(!)[99].

בירושלים, פ"ד לה(1) 817, 834, ובע"א 610/94, גדליה בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, תק־על 2003(2) 1202, 1225 (להלן: בוכבינדר).

[95] ראה: המ' 100/52 חברה ירושלמית לתעשיה בע"מ נגד יוסף ואדוארד אגיון, פ"ד ו 887, 889־890; בג"צ 750/84 יגאל כהן נ' ראש עירית רחובות ו־6 אח', פ"ד לח(4) 609, 614.

[96] ראה: בוכבינדר, 1225.

כאן יש להעיר, שהביטוי "באמונה" מופיע אמנם גם במקורות המשפט העברי, אך שם מובנו שונה מזה המוצג כאן. כך למשל, על הגזברים שהיו מופקדים על מלאכת בניית בית המקדש נאמר: "באמונה הם עושים" (מלכים ב', יב, טז) (וראה בהרחבה בעניין זה בסעיף 7, פרק שלישי, ג). אך כפי שהסברנו בדיוננו בסעיף 7, חכמינו פירשו ביטוי זה כמכוון לכך שהגזברים מילאו את תפקידיהם בהגינות וביושר, ולא מעלו בנכסי ההקדש. הביטוי "באמונה" במשפט העברי מייצג אפוא את חובת תום הלב, ולא את חובת הנאמנות. שו"ת הריב"ש, סימן רכח, עמ' רפד, מזכיר תקנה של קהילת ברצלונה, שנאמני הקהל יעשו פעולה מסוימת "באמונה"; ושם, עמ' רפח, הוא כותב שאין מדקדקים עם הנאמנים האם עשו באמונה, מפני שהדבר תלוי "באמונתו", כלומר זהו דבר שאי אפשר לברר מפני שהוא בתוך ליבו של האדם.

ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלא, סעיף ג, כותב: "כמה חיוב על הפועל לעשות מלאכתו באמונה"; וכוונתו לכך שאסור לפועל לעשות הפסקות באמצע מלאכתו.

[97] אבות, פרק ב, משנה ב.

[98] את ההקפדה המיוחדת על העוסקים בצרכי ציבור, שיהיו עמלים "לשם שמים", נימק מהר"ל מפראג, דרך חיים, על אבות, שם: "שכאשר כוונתו לשם שמים, אז בודאי נאמר עליו שהוא מתעסק בדבר כללי... שאם אין כוונתו לשם שמים, הרי יוצא דבר זה מעסק הציבור... כי כאשר כוונתו להתגדל ולהתפאר, אינו עושה לשם הציבור שהם הכלל".

בהמשך הדברים מוסיף מהר"ל שאף אם העוסק בצרכי ציבור מכוון לטובת "האנשים שהם הציבור", אין לראות בו עוסק בצרכי ציבור, משום שהמונח "ציבור" כולל משמעות רחבה בהרבה מן "האנשים שהם הציבור". לכן, רק העוסק "לשם שמים" ייחשב כעוסק בצרכי ציבור, "כי הוא, ה' יתברך, עם הציבור". וראה גם שו"ת ציץ אליעזר, חלק יט, סימן מט.

[99] ערוך השולחן, חו"מ, סימן ט, סעיף א. ראה גם: ר' א"צ שיינפלד, "נתינת שוחד לעובד ציבור", תחומין ה (תשמ"ו) 333; א' ורהפטיג, "טובת הנאה לעובד מאחר — לו או למעביד?", תחומין יז (תשנ"ז) 293, בעמ' 297־298; נ' רקובר, שלטון החוק בישראל, ירושלים תשמ"ט, עמ' 96־99; א' שוחטמן, "טוהר

מכאן, שעל נאמן בנאמנות הציבורית מוטלת חובה מיוחדת לנהוג "באמונה", במובן זה שאסור לו לשקול שיקולים זרים בעת מילוי תפקידיו. נראה שאף לא ניתן להתנות על חובה זו.

פרק שביעי

החובה לנהוג "בשקידה"

משמעותה של החובה לנהוג בשקידה היא שעל הנאמן לעשות ככל יכולתו לשמירת נכסי הנאמנות, לניהולם ולפיתוחם, לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות. בניגוד לחובת האמונים, שמשמעותה איסור לערב שיקולים אישיים, החובה לנהוג בשקידה היא חובה פוזיטיבית.

ברם, היקפה של החובה לנהוג בשקידה אינו ברור. בדיני פועל ושותף במשפט העברי יש יישומים אחדים של החובה לעבוד בשקידה, ואפשר ללמוד מהם לנאמן.

פועל חייב לעבוד "בכל כוחו", ובכלל זה אסור לו לעשות "הפסקות" תוך כדי עבודתו, כלשון הרמב"ם[100]: "כדרך שמוזהר בעל הבית שלא יגזול שכר עני ולא יעכבנו, כך העני מוזהר שלא יגזול מלאכת בעל הבית ויבטל מעט בכאן ומעט בכאן ומוציא כל היום במרמה, אלא חייב לדקדק על עצמו בזמן, שהרי הקפידו על ברכה רביעית של ברכת המזון שלא יברך אותה. וכן חייב לעבוד בכל כחו, שהרי יעקב הצדיק אמר 'כי בכל כחי עבדתי את אביכן' (בראשית לא, ו), לפיכך נטל שכר זאת אף בעולם הזה, שנאמר 'ויפרץ האיש מאד מאד' (בראשית ל, מג)".

חובת השקידה אוסרת על פועל גם לסגף את עצמו באופן שייחלש ולא יוכל לעבוד כראוי. כך קובעת התוספתא[101], שהפועל "לא יהא מרעיב ומסגיף את עצמו ומאכיל מזונותיו לבניו מפני גזל מלאכתו של בעל הבית"[102]. מאותה סיבה, אסור לו להישאר ער בלילה יותר מדי, מפני שהדבר יחליש אותו ולא יוכל לעבוד ביום כראוי[103].

השיפוט וטוהר המינהל הציבורי", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, שופטים תשס"ג, גיליון 135; ר' שלמה אישון, "טובת הנאה לפקיד ממשלתי", תחומין כו (תשס"ו) 335, בעמ' 337־338; בג"צ 4566/90 דוד דקל נ' שר האוצר ואח', פ"ד מה(1) 28, בסעיף 6 של פסק דינו של השופט אלון. איסור על קבלת טובת הנאה שעשויה להשפיע על תפקודו של עובד המדינה, מצוי גם בתקשי"ר עובדי המדינה, פרק 42, סעיף 721.

100 רמב"ם, הלכות שכירות, פרק יג, הלכה ז. בעקבותיו הלך שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלז, סעיף כ.
למקורות נוספים לעניין חובת פועל לבצע את עבודתו בשקידה ולהימנע אף מביטול זמן מועט מן היום לצרכים שאינם צרכי העבודה, ראה: שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ד, חו"מ, סימן מב, אות ב; ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ת"א תשכ"ט, עמ' 321־334.
פתחי חושן, שכירות, פרק ז, הערה כד, לומד מכאן שאסור לשבות, ושאסור אף לעשות מצווה בשעת העבודה. וראה שם בשאלה האם האיסור להתבטל כולל גם איסור להתעצל, כלומר לעבוד בלי זריזות.
שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן עו, לומד מן החיוב לעבוד "בכל כוחו", שמי שנתקבל כחכם ודיין בעיר, ועושה את מלאכת המעביד "רמיה", המעביד זכאי לפטרו.

101 תוספתא, בבא מציעא, פרק ח, הלכה ב, הובא בירושלמי, דמאי, פרק ז, הלכה ג, במרדכי, בבא מציעא, סימן שמג, בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שלז, סעיף יט, בדרכי משה, יו"ד, סימן רמה, ס"ק ו, ובמגן אברהם, סימן תקעא, ס"ק ג (לעניין תענית).

102 ברכי יוסף, או"ח, סימן תקעא, ס"ק ב (הובא בשערי תשובה שם, ובפתחי תשובה, יו"ד, סימן רמה, ס"ק ט), כותב שמטעם זה אל יתענה מלמד תינוקות אפילו תענית בגין חטא.

יישום אחר של חובת השקידה הוא איסור מילוי תפקידים נוספים, במקביל לתפקידים המוטלים על האדם. דבר זה עלול לפגוע ביכולתו להקדיש את מלוא הזמן והמרץ הדרושים לשם מילוי תפקידיו. ביטוי לחשש זה אנו מוצאים בתוספתא[104], העוסקת בחנווני שעשה הסכם עם בעל סחורה שיתחלקו בשווה ברווחים, ואוסרת עליו להיות "לוקח ומוכר דברים אחרים". הרא"ש[105] פירש, שבעת היותו בחנות אסור לחנווני לבצע עסקאות אחרות בנכסי עצמו, משום שעיסוק זה אינו מתיישב עם חובתו לפעול בשקידה לטובת מכירת הסחורה שהתבקש למכור.

מתוספתא זו לומד הרמב"ם[106] שאסור לשותף בשותפות עסקית לבצע עסקאות לטובת עצמו, אלא אם הותר הדבר בפירוש בהסכם השותפות. אם לא הוסכם אחרת, ההנחה היא שהסכם השותפות מחייב כל אחד מהשותפים להשקיע את כל מרצו וכוחותיו לטובת השותפות בלבד, וביצוע עסקאות לטובתו האישית אינו מתיישב עם חובה זו[107].

מכוחה של תוספתא זו נקבע איסור דומה בפועל[108]: "מלמד תינוקות... שעושה מלאכה אחרת עמהם, הרי הוא בכלל: 'ארור עושה מלאכת ה' רמיה' (ירמיהו מח, י)".

אמנם, ניתן לטעון שהלכות אלו אוסרות עיסוק בעבודה אחרת רק בזמן המיועד לעבודה שהאדם התחייב לעשות עבור אדם אחר, ואין להוכיח ממקורות אלו, שאסור לנאמן לבצע תפקידים אחרים בזמן שהוא לא נדרש למלא את חובותיו כנאמן.

אולם, במקום אחר קובעת התוספתא[109]: "אין הפועל רשאי לעשות מלאכתו בלילה ולהשכיר את עצמו ביום". וכך פסק השולחן ערוך[110]: "אין הפועל רשאי לעשות מלאכה בלילה ולהשכיר עצמו ביום... מפני ביטול מלאכתו של בעל הבית, שהרי מחליש כחו שלא יוכל לעשות מלאכת בעל הבית בכח". מכאן, שאסור לבעל תפקיד לקבל על עצמו עבודה נוספת באופן שעלול

[103] אור זרוע, בבא מציעא, סימן רמו; מרדכי, בבא מציעא שם; הגהות מיימוניות, הלכות שכירות, פרק יג, אות ג; רמ"א, יו"ד, סימן רמה, סעיף יז.
אבל פתחי חושן שם, הערה כז, כותב שמותר לפועל להישאר ער קצת יותר מהרגיל אם יש לו צורך מיוחד, מפני שכך מקובל. ובהערה ל, כתב שאיסור זה נוהג רק במלמד תינוקות, שהעייפות פוגעת בחשיבתו, ולא בפועל שעושה עבודה גופנית, שהעייפות אינה מפריעה לו.

[104] תוספתא, בבא מציעא, פרק ד, הלכה ז (הלכה 13 במהד' ליברמן). כך פסקו רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ז, הלכה ז, ושולחן ערוך, יו"ד, סימן קעז, סעיף כט. ראה על כך גם בסעיף 15, פרק רביעי.

[105] רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן מ. כך פירש גם הטור, יו"ד, סימן קעז, סעיף לז.
פתחי חושן, שם, הערה לא, מסביר שאסור לו לעשות דברים אחרים גם בזמן שאין לקוחות בחנות, מפני שבכל זאת הדבר מפריע לו מלהשגיח על החנות.
לדיון קרוב, בדבר שליח שעשה את פעולת השליחות בכספו, וטוען שעשה אותה לטובת עצמו, ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 9, פרק שישי, א.

[106] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה א. בעקבותיו הלך שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעו, סעיף י. מגיד משנה שם מציין תוספתא זו כמקור לרמב"ם.

[107] לאיסור זה יש נימוק נוסף: אם השותף מנצל הזדמנות עסקית לטובת עצמו, הדבר בהכרח בא על חשבון השותפות, שמפסידה הזדמנות להרוויח.

[108] רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק ב, הלכה ג; שולחן ערוך, יו"ד, סימן רמה, סעיף יז. ביאור הגר"א שם, ס"ק כט, כותב שמקור ההלכה בתוספתא הנ"ל.

[109] תוספתא, בבא מציעא, פרק ח, הלכה ב (הלכה 2 במהד' ליברמן), הובא בירושלמי, דמאי, פרק ז, הלכה ג (ושם מסיימת ההלכה: "מפני שממעט במלאכתו של בעל הבית"), ברמב"ם, הלכות שכירות, פרק יג, הלכה ו, בשו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תרסז, במרדכי, בבא מציעא, סימן שמג, ובדרכי משה, יו"ד, סימן רמה, ס"ק ו.

[110] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלז, סעיף יט.

להחליש את כוחותיו מלבצע את תפקידיו, גם אם הוא עושה את העבודה הנוספת על חשבון זמנו שלו.

איסור העיסוק בעבודה אחרת חל כאמור בין על שכיר, שזמנו משועבד למעביד לביצוע העבודה, ובין על שותף, שאין עליו חיוב לעבוד שיעור זמן מסוים ביום[111]. אם כן, אפשר ללמוד מכאן שגם נאמן אינו רשאי לקבל על עצמו עבודה נוספת באופן שימנע ממנו לעמוד בהתחייבותו לבצע את המוטל עליו.

כמובן, אין כאן איסור מוחלט על פועל או על נאמן לעסוק בדברים אחרים. איסור זה היה הופך את הפועל לעבד, וגם הנאמן מן הסתם לא התכוון להקריב את חירותו כשהסכים לשמש כנאמן. הוא רשאי לעשות בזמנו החפשי ככל העולה על רוחו, ובלבד שהדבר לא ישפיע לרעה על יכולתו למלא את התפקיד שקיבל על עצמו[112].

פרק שמיני

מבחן האדם הסביר — "כפי שאדם סביר היה נוהג"

לפי החוק, רמת חובתו של הנאמן לפעול באמונה ובשקידה נקבעת לפי מנהגו של האדם הסביר. על הנאמן לעשות כל פעולה שיש להניח שאדם סביר היה עושה, ובדרך שהאדם הסביר היה עושה אותה. לא די בכך שהוא יפעל בנכסי הנאמנות כפי שהוא פועל בנכסיו, שאילו כן, היה החוק קובע שעליו לפעול בנכסי הנאמנות כדרך שהוא פועל בנכסיו.

אשר לעמדת המשפט העברי, כבר העיר השופט זילברג שמבחנים כדוגמת מבחן האדם הסביר אינם מקובלים במשפט העברי, האמון על קביעתה של הלכה שיסודותיה נהירים לדלת העם כמו ליושבי על מדין[113]. במקום זאת, קובע המשפט העברי כלים כמותיים ברורים, ובמקום שאין הדבר אפשרי, הכלל המנחה הוא המנהג, דבר שקל לברר אפילו לאדם מן השורה[114].

הכלל הרחב לכל מי שמתעסק בנכסי הזולת הוא ש"לא ישנה ממנהג המדינה"[115]. משמעותו של כלל זה היא שהמתעסק נדרש לפעול כפי שמקובל בניהול נכסים מן הסוג שהופקד בידיו.

[111] אבל ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלז, סעיף כה, כותב שהאיסור לעבוד בלילה ולסגף את עצמו נוהג רק בפועל ולא בקבלן. לעומתו, פתחי חושן, שם, הערה לא, כותב שאם יש חשש שיעשה מלאכה גרועה בגלל זה, גם לקבלן אסור; ורק אם הדבר אינו מפריע למלאכתו, כגון מי שמלאכתו היא עשיית שליחויות, מותר לעשות עוד שליחות.

[112] כך עולה מהגהות מיימוניות וממרדכי שם, שכרכו יחד את איסור פועל לעבוד בלילה עם האיסור להיות ער יותר מדי — מכאן שגם האיסור לעבוד בלילה הוא רק אם זו עבודה רבה מדי.

[113] מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ"ד, עמ' 55־56.

[114] ראה לדוגמה חוק לישראל, שומרים, עמ' 159־162, שלפי החוק, רמת השמירה המוטלת על שומר חינם נקבעת לפי האדם הסביר, ואילו לפי המשפט העברי, היא נקבעת לפי המנהג.

[115] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה א (על שותף), ופרק ח, הלכה ד (על שותף ועל המתעסק בסחורה של אחר על מנת להתחלק ברווחים); שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעו, סעיף י.

כך מצאנו לעניין נאמן: כפי שראינו לעיל, אופן השמירה המוטל על הנאמן נקבע לפי המנהג[116], וכך גם אופן השקעת הנכסים על ידי הנאמן[117].

נאמן אינו רשאי לטפל בנכסי הנאמנות ברמה נמוכה מן הנהוג, גם אם הוא רגיל לטפל כך בנכסים שלו עצמו. אמנם יש מקור תלמודי שמשתמע ממנו להיפך, אבל הפרשנים העמידו את הדברים על דיוקם. בתלמוד[118] מסופר שרבינא שמר על חביות יין שהיו שייכות לבן אחותו היתום, וכשהוא ביקש לצאת ממקומו בספינה ולקחת עמו חביות יין שלו, הוא תהה האם מותר לו לקחת עמו גם את חביות היין של היתום, או שמא אינו רשאי לסכנן במסע. את שאלתו הרצה רבינא בפני רב אשי, והוא השיב לו: "זיל [=לך], לא עדיף מדידך [=משלך]". מתשובה זו ניתן ללמוד, לכאורה, שנאמן רשאי לנהוג בנכסי הנאמנות בדיוק כדרך שהוא נוהג בנכסיו.

אולם ר' אהרן ששון[119] סבור שאין ללמוד ממנה כך. לדבריו, גם אילו היה רבינא נוהג לסכן את חביותיו במסע, לא היה הדבר מתיר לו לסכן את של אחיינו. אלא שלמעשה, הדרך שבה נהג רבינא בחביותיו תאם את מנהג המדינה בשמירת חביות יין, ובהתאם למנהג זה היה רבינא רשאי להעביר את חביותיו של אחיינו בספינה. היסוסו נבע מכך שחשב שעליו לנהוג בנכסי היתומים בזהירות גדולה מן הנהוג, ועל כך השיב לו רב אשי, שאין צורך בכך[120].

נראה שכך יש להבין גם את מהר"ם מרוטנבורג, שכתב בעניין זה[121]: "מי שמלוה מעות של יתומים בלא משכון או כסף [על] מחצית שכר, ומפסיד — חייב לשלם, ולא מצי למימר 'אני עשיתי כמו משלי'. ולא דמי להא דאמרינן בכתובות בפרק אלמנה, רבינא הוי לדידי' נמי חמרא הוי קא מסיק לחמרא דיתמי לסכרא וכו'". הוא לא הסביר מה ההבדל בין נידונו לבין המעשה ברבינא. נראה שהסיבה להבחנתו בין הסיכון שבהלוואת נכסי יתומים לבין הסיכון שבהעברת חביותיו של היתום בספינה היא, שהעברת החביות מסכנת אמנם את נכסי היתומים, אך זהו סיכון שמקובל לקחת, כמו שאמר ר' אהרן ששון. לעומת זאת, הלוואת כספי יתומים ללא ערובה לפירעון החוב אינה דרך מקובלת לניהול נכסים, ולפיכך אף אם האדם נוטל סיכונים מעין אלו כאשר הוא עוסק בנכסיו, אין הוא רשאי לנהוג כך בנכסי אחרים[122].

[116] סעיף 6, פרק שני.

[117] סעיף 6, פרק רביעי.

[118] כתובות ק ע"ב.

[119] שו"ת תורת אמת, סימן קצ.

[120] כמו כן, רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן כא, מוכיח מהסוגיה שמי שיש בידו נכסי יתומים, אל יאמר "אעשה בהם כמו בשלי", מפני שאין זה פוטר אותו מאחריות, אלא ראוי שיפנה לבית דין לקבל רשות. כנראה, הרא"ש מבין שרב אשי התיר רק במקרה של רבינא, מפני שדרך התנהגותו בשלו תאמה את הדרך הנהוגה, ולא התכוון להתיר היתר גורף לעשות בנכסי היתומים כדרך שאדם עושה בשלו. על דברי הרא"ש ראה סעיף 12, פרק שישי.

[121] שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תשמה.

[122] אפשרות אחרת להבין את כוונת מהר"ם היא על פי נימוקי יוסף, כתובות נח ע"א, בדפי הרי"ף (הובא בתורת אמת שם), הכותב שרב אשי התיר זאת לרבינא רק משום שהייתה סכנה שהיין של היתומים יחמיץ אם לא יקח אותו אתו (וכך עולה מגירסת הרי"ף בסוגיה שם), אבל במצב רגיל אסור לסכן את נכסי היתומים, מפני שמותר לאדם לסכן את נכסיו אבל אסור לו לסכן נכסי אחרים.
יש להעיר, שלעיל, ליד ציון הערה 61 ואילך, ראינו שאסור לאפוטרופוס לעשות פעולות בנכסי היתומים אם הן עלולות לגרום נזק, גם אם יש סיכוי יותר גדול שאי־מעש יגרום נזק (לפי דעה אחת). ייתכן שדין זה לא חל על רבינא, כיוון שלא היה אפוטרופוס.

יתר על כן, נאמן רשאי לנהוג בנכסי הנאמנות בדרך המקובלת רק אם זהו מנהג נפוץ, ולא די שיש כמה אנשים שנוהגים כך. כך יש ללמוד מתשובת ר' שלמה צרור[123] בעניינו של סוכן מסחרי (פאטור) שקיבל סחורה כדי למוכרה במדינה מסוימת, שהחוק בה מחייב להשאיר סחורה מיובאת מספר ימים מחוץ למדינה במעין "הסגר" מטעמי בריאות. הסוכן הכניס את הסחורה למדינה תוך שהוא חומק מחובת ההסגר, ולאחר שהדבר התגלה לשלטונות, הסחורה הוחרמה. משנתבע הסוכן לשאת באחריות לכך, הוא טען להגנתו שכמה אנשים התחמקו בשיטה זו "והבריחו... מהמקום ההוא ולא אירע להם שום הפסד ולא ידע אדם בהם". טענה זו נדחתה, משום ש"אין מביאין ראיה מן השוטים", שכן הרבה אנשים אחרים ניסו זאת ונתפסו, כך שאין זה מנהג שאפשר להסתמך עליו.

פרק תשיעי

ניגוד עניינים — "נאמן של כמה נאמנויות לא יפעל בפעולה שביניהן"

א. מבוא

החוק מתיר לאדם לשמש כנאמן בכמה נאמנויות, ובלבד שלא יפעל בפעולה שביניהן, כדי שלא יימצא במצב של ניגוד עניינים. במצב כזה, הוא עלול להעדיף עניין אחד אשר על שמירתו וטובתו הוא מופקד על פני עניין אחר שאף על שמירתו וטובתו הוא מופקד, ובכך למעול בתפקידו. כיצד יוכל לעמוד בחובת הנאמנות הכפולה והסותרת המוטלת עליו, כאשר הוא עוסק בפעולה שביניהן? אמנם יש מצבים שהפעולה תועיל לשתי הנאמנויות, אבל עלולים להיות מצבים שבהם היא לא תועיל לשתיהן. הפתרון לבעיה זו היא שאין מתירים לנאמן להימצא במצב של ניגוד עניינים, כדי שלא יתפתה לנהוג בדרך שאינה הולמת את תפקידיו[124].

בנאמן שהוא נאמנו של הקדש ציבורי, מתווסף לאיסור על ניגוד עניינים גם טעם ערכי של מראית עין: "קיומו של שירות ציבורי סדיר, אחראי ובעל עמדה ציבורית נאותה מחייב אמון הציבור בכך שהחלטות עובדי הציבור הן ענייניות ונעשות ביושר ובהגינות. עובדת הימצאו של עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים פוגעת באמון הציבור במערכת השלטונית. בלב הציבור מתעורר החשש כי שיקולים זרים מנחים את עובד הציבור, ואמונו במערכת השלטונית נפגם. חשש זה בא הדין למנוע"[125].

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

על עמדת המשפט העברי בעניין כוחו של נאמן של כמה נאמנויות לפעול בפעולה שביניהן, אפשר לכאורה ללמוד מן ההלכה בדבר חלוקת ירושה בין יתומים. בעניין זה, אמר האמורא

[123] שו"ת מהר"ש צרור (תשב"ץ, חלק ד, חוט המשולש, טור ב), סימן ה, בסופו.

[124] הרחבה בעניין זה ראה: א' ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י (תש"מ) 11. וראה גם את דבריו בבג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פ"ת נ' מועצת עיריית פ"ת, פ"ד לד(2) 566, עמ' 571 (להלן: בג"צ סיעת הליכוד).

[125] לשון השופט ברק בבג"צ סיעת הליכוד, שם.

שמואל[126]: "יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם, בית דין מעמידים להם אפוטרופוס ובוררים להם חלק יפה". לכאורה, אם אפוטרופוס אחד יידרש לבצע את חלוקת הנכסים בין היתומים, הוא יימצא בניגוד עניינים מובהק, שהרי תפקידו של האפוטרופוס מחייב אותו לשוות לנגד עיניו את טובתם של כל היתומים, אך ברור שלכל אחד מן היתומים יכול להיות עניין בחלק זה או אחר מנכסי האב, וכל חלוקה עלולה להיטיב עם יתום אחד ולפגוע ביתום אחר. למעשה, ניתן לומר שאפוטרופוס שנדרש לחלק את נכסי הירושה בין היתומים הוא נאמן של כמה נאמנויות (נאמנות נפרדת לטובת כל אחד מן היתומים), הנדרש לפעול בפעולה שביניהן. לכאורה, מן התלמוד עולה שאין מניעה שנאמן כזה יפעל בפעולה שבין הנאמנויות.

אבל למעשה אין ללמוד כן מסוגיה זו, מן הטעם שלדעת רבים מן הראשונים, כוונת שמואל היא שיש להעמיד לכל אחד מן היתומים אפוטרופוס כדי שיהפך בזכותו[127]. אם כן, אין ניגוד עניינים לגבי כל אפוטרופוס.

זאת ועוד: ראשונים אחרים פירשו שמדובר אמנם באפוטרופוס אחד, אבל ההלכה עוסקת בחלוקה של הירושה בין שתי קבוצות: יתומים גדולים ויתומים קטנים, כשתפקיד האפוטרופוס הוא לייצג את קבוצת היתומים הקטנים כמקשה אחת בעת חלוקת העיזבון, ואינו מחלק את הנכסים בין הקטנים[128]. לפי הסבר זה, אין האפוטרופוס מצוי במצב של ניגוד עניינים כלל.

ואכן, הר"ן כותב[129] שאסור לאפוטרופוס לחלק את הירושה בין היתומים בלי רשות מיוחדת מבית הדין[130].

[126] יבמות סז ע"ב; כתובות ק ע"א; גיטין לד ע"א; קידושין מב ע"א. כך פסקו רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפט, סעיף א.

[127] רש"י, יבמות סז ע"ב, ד"ה יתומים, וכתובות ק ע"א, ד"ה ובוררין, וגיטין לד ע"א, ד"ה ובוררין; תוספות, כתובות שם, ד"ה ובוררין, וקידושין מב ע"א, ד"ה ובוררין (בדעת ר"י); חידושי הרשב"א, גיטין לג ע"ב, ד"ה ומלשון בוררין; פירוש ר"י מלוניל, קידושין שם (שיטת הקדמונים, עמ' סד־סה).
העמק שאלה, שאלתא קלט, ס"ק א, כותב שמלשון התלמוד "ובוררין" משמע כשיטה זו, שיש כמה אפוטרופסים; ואילו השיטה השנייה, שלפי יש רק אפוטרופוס אחד, תגרוס "ובורר", כפי שיש גירסאות כאלה (כך הוא לפנינו ביבמות סז ע"ב); אבל הוא מעיר שר"ן על הרי"ף כותב שאפשר לפרש "בוררין" — שבית הדין בוררים, ואם כן אפשר שנאמרה לשון רבים גם אם יש רק אפוטרופוס אחד.
חידושי חתם סופר, גיטין לד ע"א, כותב שלשיטה זו, גורסים "אפוטרופסים" בלשון רבים. ואכן, גירסה כזאת מצויה בכ"י רומי 130 ליבמות סז ע"ב, כמצויין בתלמוד בבלי עם שינויי נוסחאות, בהוצאת מכון התלמוד הישראלי.

[128] כך משמע מדברי הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ד, ומשולחן ערוך, חו"מ, סימן רפט, סעיף א ("מעמידין בית דין אפוטרופוס לקטנים, ובורר להן החלק היפה"). כך מסביר ר"ן על הרי"ף, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), בדעת הרמב"ם, והסכים עמו, שמעמידים אפוטרופוס אחד לקחת את חלקם של היתומים הקטנים. על דעת הרמב"ם, ראה פני יהושע, כתובות ק ע"א, ד"ה גמרא. וראה בירור הלכה, קידושין מב ע"א, ציון ד.
כך משמע גם משאילתות, שאלתא קלט (לפי העמק שאלה שם, ס"ק א). וכך פירש חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א, ד"ה אמר רב נחמן אמר שמואל (הובא בנימוקי יוסף, קידושין שם).
כמו כן, חידושי חתם סופר, גיטין לד ע"א, כותב שלדעת רבנו חננאל, יש רק אפוטרופוס אחד לכל היתומים, אבל בית דין הם הבוררים ומחלקים, והאפוטרופוס רק שומר על החלקים.
דעה חולקת: חידושי חתם סופר, גיטין לד ע"א, כותב שיש שיטה שגורסת "בורר" בלשון יחיד, ולפיה אפוטרופוס אחד ממונה על כמה יתומים והוא עושה את חלוקה בעצמו. ולא מצאנו מן הראשונים מי שסובר כך.

[129] שו"ת הר"ן, סימן ח (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן רפט, סעיף א, ובשו"ת באר שבע, סימן לט, שאלה רביעית).

עם זאת, יש בין פוסקי זמננו שהביעו התנגדות כללית למינויו של נאמן ציבורי אחד בשתי נאמנויות, בגלל ניגוד אינטרסים ובגלל ריכוזיות יתר של תפקידי מפתח[131].

נימוק אפשרי נוסף נגד מינוי נאמן לשני נאמנויות, הוא שאסור לנאמן לקבל על עצמו משימה אחרת, כפי שראינו לעיל[132], מפני שהיא עלולה לפגוע ביכולתו למלא כראוי את תפקידו כנאמן, בגלל הזמן והמאמץ הכרוכים בכך[133]. אלא שכפי שראינו שם, אין זה איסור גורף, ואם אמנם הפעילות הנוספת אינה פוגעת ביכולתו לנהל את הנאמנות כראוי, רשאי הנאמן לקבל את התפקיד האחר. מצד שני, אם אמנם הנאמנות האחרת דורשת ממנו זמן ומאמץ גדולים מדי, אסור לו להתמנות לה בין אם מדובר בשני נאמנויות פרטיות ובין אם מדובר בשני נאמנויות ציבוריות.

ג. עסקת מכר שבין נאמנויות

בתלמוד נדונה השאלה[134], האם שליח של הבעל למסירת גט לאשתו יכול להתמנות גם לשלוחה של האישה לקבלתו. ר' אמי מכריע שהשליח אינו יכול לייצג בו זמנית הן את הבעל

כמו כן, הריטב"א שם כותב: "אילו היו עכשיו חולקים הקטנים הוה בעינן [=היינו צריכים] אפוטרופוס לכל חד וחד, להפך בזכותו"; ומדברים אלו משמע, שאין למנות אפוטרופוס אחד לבצע חלוקת עיזבון בין כל היורשים.

130 לכאורה, אפשר ללמוד מדבריו להיפך: שאסור לנאמן בשתי נאמנויות לפעול בפעולה שבין שתיהן. אבל האמת היא שאין ללמוד כך מדבריו, מפני שאין זה טעמו של הר"ן, אלא טעמו הוא שאם יחלק עכשו, נצטרך להעמיד אפוטרופוס לכל אחד לנהל את נכסיו אחרי החלוקה, ועדיף שיהיה אחד לכולם. כך נימק ר"ן על הרי"ף, קידושין שם, שלכן אם כולם קטנים, אין חולקים את העיזבון.

יש לציין ששו"ת הר"ן שם כותב שגם לשיטת רש"י, שיש אפוטרופוס לכל אחד, אינם יכולים לחלוק בלי רשות בית דין; הרי שאין טעמו מצד ניגוד עניינים. ומדבריו שם נראה שהטעם הוא שהחלוקה עלולה לפגוע באחד מן היתומים, כבכל חלוקת ירושה, ויש בכך כדי "לחוב" לו.

131 בספר בשערי בית הדין, חלק ג (ירושלים תשס"ז), עמ' 40, מובא פסק דין קצרצר של ר' שלמה דיכובסקי, ר' שלמה בן שמעון ור' אברהם שרמן, הקובע: "אפוטרופוס המתמנה על ידי בית הדין לעסוק בעניינו של הקדש אחד, לא יכהן בעת ובעונה אחת בהנהלתו של הקדש שני. 'כפל תפקידים' חייב לעבור מן העולם. יש בכך לא פעם ניגוד אינטרסים וכן ריכוזיות יתר של תפקידי מפתח". קביעה זו הובאה ללא ביסוס ממקורות ההלכה, ואפשר שהיא מבוססת על ההיגיון הישר של הדיינים בלבד.

אשר ל"ריכוזיות יתר", מביא העורך, ר' ירוחם פישל אדלר (בשערי בית הדין, שם, עמ' 41), סימוכין לדברים אלו משו"ת משנה שכיר, חלק ב, סימן קצח, המסתייג מכך שנאמן בנאמנות ציבורית אחת יכהן כנאמן בנאמנות ציבורית אחרת, משום ש"מן הראוי לחלק השררות כדי שיגיע לכל אחד ואחד כבודו הראוי לו". משנה שכיר מדייק מתוספות, כתובות קה ע"א (ד"ה קשיא), שאין זה ראוי לתת שתי שררות לאדם אחד אם יש מספיק אנשים חשובים הראויים לשררה זו. הוא מביא ראיה גם מקידושין סו ע"א, שנמתחה שם ביקורת על ינאי המלך שביקש לשמש גם ככהן גדול. העורך מסתמך גם על שו"ת שבי בנימין, סימן צב, הלומד מתוספות, כתובות שם, שאין לתת למורה אחד שתי מישרות, אם מורה אחר מבקש אחת מן המישרות.

עם זאת, בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 30, מובא פסק דין של ר' שמחה קפלן, ר' יהושע פיטוסי ור' משה הכהן, הממנה אפוטרופוס אחד על כל נכסי ההקדש שבצפת, והעורך שם למד מזה שאפשר שאפוטרופוס אחד ימונה על כמה הקדשות.

132 לעיל, ליד ציון הערה 104 ואילך.

133 נימוק זה רמוז בדברי העורך, בשערי בית הדין, חלק ג, עמ' 41.

134 גיטין סג ע"ב.

והן את האישה. אבל ר׳ חייא בר אבא מסתפק בדבר זה, והשולחן ערוך[135] פסק כדבריו: ״הרי זו ספק מגורשת, עד שיגיע גט לידה״.

לדעת פוסקים אחדים[136], הלכה זו חלה גם בשליחות בענייני ממון, ולכן, לדוגמה, מי שנתמנה שליח למכור נכס, אינו יכול לשמש גם כשלוחו של הקונה. יש מן המפרשים[137] שנימקו הלכה זו כך: שלוחו של המוכר הוא כמו המוכר עצמו, והרי הקונה אינו יכול למנות את המוכר להיות שלוחו לקנות, ולכן הקונה גם אינו יכול למנות את שלוחו של המוכר להיות שלוחו.

הסבר אחר הוא, שאחד מן התנאים לשליחות הוא שהשליח ייוחד לייצוג השולח עד תום ביצוע השליחות, והמבחן לקיומו של תנאי זה הוא שיוכל השליח לחזור אל שולחו בתום השליחות ולדווח לו ״עשיתי שליחותך״[138], שכן ״שליחות שאינה ראויה לחזור ולהגיד אינה שליחות״[139]. משום כך, השליח אינו יכול לקטוע את שליחותו באמצע ולשמש כשלוחו של הצד שכנגד.

מהרי״ט[140] הסביר, שאם נראה אותו כשליח של המוכר ושל הקונה באותו זמן, אינו יכול להקנות, שהרי אדם אינו יכול להקנות דבר לעצמו; ואם נראה אותו כשליח של המוכר עד רגע מסויים וכשליח של הקונה מאותו רגע ואילך, הרי בשום נקודת זמן לא יוכל לבצע את ההקנאה, שהרי בכל נקודת זמן חסר או המוכר (היינו שלוחו) או הקונה (היינו שלוחו).

כפי שראינו לעיל[141], יש נאמנים שהזיקה שלהם לנכסי הנאמנות היא של שליחות, היינו שהנאמן הוא שלוחו של יוצר הנאמנות. לפי האמור, נאמן מסוג זה לא יוכל להעביר בעלות בנכס מנאמנות אחת שבה הוא מכהן כנאמן מסוג שליח, לנאמנות אחרת, שאף בה הוא מכהן כנאמן מסוג שליח.

אבל אם באחת הנאמנויות הוא מכהן כנאמן יחד עם נאמנים אחרים, הוא יוכל למכור נכס של אותה נאמנות לנאמנות האחרת, שהרי בנסיבות אלו, אחד הנאמנים האחרים יוכל לשמש כשלוחה של הנאמנות הראשונה. כך פסק מהרי״ט[142], שאפוטרופסים של יתום, שהקדישו

[135] שולחן ערוך, אהע״ז, סימן קמא, סעיף א.

[136] ש״ך, חו״מ, סימן קפה, ס״ק א; ערוך השולחן, אהע״ז, סימן קמא, סעיף ז. אבל יש להעיר שערוך השולחן, חו״מ, סימן קפה, סעיף ג, מביא גם את הש״ך וגם דעה החולקת עליו. למקורות נוספים לכך, ולדעות חולקות, ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 2, פרק ראשון.

[137] בית הבחירה, גיטין כג ע״ב, ד״ה אלא שהקשו, בשם ״יש מפרשים״; רש״ש, גיטין שם. הם דיברו על גט. ראה עוד בסעיף 13, פרק שני, בעניין כוחו של נאמן לרכוש נכס מנכסי הנאמנות. וראה חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 1116-1117, על שומר המוכר את הנכס לעצמו.

[138] רש״י, גיטין כד ע״א, ד״ה והא לא.

[139] רש״י, גיטין סג ע״ב, ד״ה לא חזרה. ראה בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, שם, על הנימוקים השונים.

[140] שו״ת מהרי״ט, חלק א, סימן קכז, בסופו.

[141] סעיף 1, פרק שני.

[142] שו״ת מהרי״ט, שם.

אבל שו״ת קול אליהו, חלק א, חו״מ, סימן יט, ד״ה איברא (עמ׳ שפג במהד׳ תשס״ו), חולק על מהרי״ט, ואומר שגם אם יש כמה שליחים של המוכר, אי אפשר שאחד מהם ימכור לשליח אחר, שהרי ״סוף סוף ליכא שינוי רשות, דהא תרווייהו שלוחי מוכר נינהו, כי נמי נעשה האחד מהם קונה, היינו נמי כאילו קנה לעצמו, דאכתי תורת שליחות עליו״. וראה בהרחבה בעניין זה בחוק לישראל, שליחות, שם.

בעיה דומה מתעוררת כשיש תביעה משפטית בין שני הקדשות שאפוטרופוס אחד מטפל בשניהם. בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 234 ואילך, מובא מקרה כזה, ובית הדין איפשר את התביעה (על פי

מנכסי היתום לצדקה, והם עצמם גבאי צדקה, זכו בכסף בעבור הצדקה, מפני שאחד מהם נחשב המקדיש, ואחד מהם נחשב הזוכה בעבור הצדקה.

הנאמן מן הסוג האחר, שתיארנו לעיל[143], הוא נאמן שיש לו זיקת בעלות לנכסי הנאמנות. אם הוא משמש כנאמן מסוג זה בשתי נאמנויות, ברור שלא יוכל למכור נכס מנאמנות זו לאחרת, שהרי שתיהן בבעלותו, ואין אדם יכול להקנות נכס שלו לעצמו. גם אם יש לו רק בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, וחלק אחר של הבעלות נשאר ביד יוצר הנאמנות, הרי אפשר לראותו כשותף, ושותף בשני נכסים אינו יכול למכור את חלקו בנכס אחד ל"שותפות" שהיא בעלת הנכס האחר, שהרי הוא עצמו חלק מן ה"שותפות" ההיא.

שאלה אחרת היא במצב מורכב, שנאמנות אחת היא מסוג שליחות, ונאמנות אחרת (של אותו נאמן) היא מסוג בעלות: האם יוכל למכור נכס מזו לזו? אם הוא מוכר נכס מן הנאמנות שהוא שליח שלה לנאמנות שהוא בעליה, יחול כאן הכלל ששליח אינו יכול לקנות לעצמו[144]. גם במצב ההפוך, שהוא מוכר נכס מן הנאמנות שהוא בעליה לנאמנות שהוא שלוחה, נראה שלא תועיל המכירה, מאותם טעמים שראינו במצב שהוא שליח של שתי הנאמנויות.

פרק עשירי

אצילת תפקידים — "אינו רשאי לאצול מתפקידיו..."

א. מבוא

ס"ק (ד) אוסר על נאמן לאצול[145] מתפקידיו לאחרים. זאת בהתאם לעיקרון הכללי[146] ש"בעל סמכות חייב להפעילה באופן אישי, ואינו רשאי לאצול אותה לאחר אלא אם הורשה לכך באופן מפורש או אם התכוון החוק להתיר אצילה". הוראה זו חיונית במיוחד בנאמנות, שבה תפקיד הנאמן מבוסס על אמון אישי שרוחש יוצר הנאמנות לנאמן.

המסקנות, בעמ' 253). למעשה, במקרה הנידון היו כמה אפוטרופסים להקדש התובע, ולכן היה אפשר שחלק מהם יתבעו את ההקדש האחר, שהאפוטרופוס שלו ישמש כנתבע, אף שהוא גם היה אחד האפוטרופסים בהקדש התובע.

143 סעיף 1, פרק שני.

144 חוק לישראל, שליחות, סעיף 2, פרק א.

145 יש להעיר שמשמעות זו של "אצילה" שונה מן המשמעות המקראית ואף מן המשמעות המשפטית המקובלת כיום לביטוי "אצילה". בספר במדבר (יא, טו־טז) נאמר: "ויאמר ה' אל משה אספה לי שבעים איש מזקני ישראל אשר ידעת כי הם זקני העם ושטריו, ולקחת אותם אל אֹהל מועד והתיצבו שם עמך. וירדתי ודברתי עמך שם ואצלתי מן הרוח אשר עליך ושמתי עליהם, ונשאו אתך במשא העם ולא תשא אתה לבדך". מן הפסוק עולה שאצילת הרוח אינה העברה הסמכות ממשה לזקנים, אלא מתן סמכות לזקנים לשאת במשא העם יחד עם משה. אם כן, בלשון המקרא, אצילת התפקיד היא מתן סמכות לנאצל למלא את תפקידי האוצל, אך אין בה פגיעה בסמכויותיו של האוצל. זו גם המשמעות המשפטית המקובלת היום ל"אצילה". לעומת זאת, סילוק כוחו של אדם והעברת הכוח לאחר מכונה כיום "העברת סמכות". על עניין זה ראה: א' הכהן, "אצילת סמכויות והעברתן", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 76, עמ' 1, 3.

144 ע"א 3962/97 בארותיים מושב עובדים נ' ארד מרים ואח', פ"ד נב(4) 614, 618.

החוק מדגיש שהנאמן אינו רשאי לאצול "מתפקידיו", משמע שלא רק אצילה מלאה של כל סמכויות הנאמן לאחר אסורה, אלא גם אצילה של חלק מן הסמכויות אסורה.

החוק אינו מאפשר לבית המשפט להתיר לנאמן לאצול מתפקידיו. אם אָצל הנאמן מתפקידיו לאחרים בניגוד לחוק, אין תוקף לאצילה[147].

את הדיון בעמדת המשפט העברי בסוגיה זו, נחלק לארבעה חלקים. תחילה, נדון בסמכות הנאמן לאצול לאחר את תפקיד השמירה, לאחר מכן נדון באצילת תפקידים אחרים, ובהמשך נדון בתוצאות האצילה ובאצילה על פי אישור בית דין.

ב. אצילת תפקיד השמירה

השאלה, האם רשאי נאמן לאצול לאחר את תפקידו לשמור על נכסי הנאמנות, תלויה כמובן בשאלה הכללית האם רשאי שומר להעביר לאחר את תפקיד השמירה. עמדתו העקרונית של המשפט העברי היא שתפקיד השמירה הוא תפקיד אישי, שאין השומר רשאי להעביר לאחר[148]. לכלל זה יש שני חריגים עיקריים: (א) שומר מקרקעין או ספינה רשאי להעביר את השמירה לאחר, מפני שאין לחשוש שהשומר האחר יעלים אותן[149]. (ב) שומר רשאי למסור את הנכס לשמירת בני ביתו[150]. אם כן, בכפוף לשני חריגים אלו, נאמן אינו רשאי להעביר לאחֵר את תפקיד השמירה המוטל עליו.

ג. אצילת תפקידים אחרים

(1) נאמן פרטי

תפקיד שהוטל על נאמן לבצעו באופן אישי, אינו ניתן להעברה לאחרים. כך עולה מתשובת ר' יוסף קולון, מהרי"ק, בדבר אדם שמינה את אשתו לפני מותו כנאמנת על כספיו, כדי שתסחר בהם ותתן את הרווח לתלמוד תורה. לאחר מותו, העבירה האישה את הכסף לאחֵר, כדי שהוא יתעסק בו ויעביר את הרווחים ליעדם. מהרי"ק פסק שהאישה עשתה שלא כדין, ונימק[151]:

[147] ראה כרם, עמ' 262, סעיפים 199(2) ו־199(3).

[148] ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 260־264, ועמ' 995־1004.

[149] שם, עמ' 261.

[150] שם, עמ' 422. וראה שם, עמ' 432, חילוקי דעות בשאלה האם מותר לו למסור לאדם שבעל הנכס רגיל להפקיד אצלו.
וראה שם, עמ' 261 ועמ' 264, חריגים נוספים החלים על מסירת הנכס לשימוש של אחר; איננו מזכירים אותם בטקסט מפני שאינם רלוונטיים לנאמן.

[151] שו"ת מהרי"ק, שורש ו (ד"ה גם על מה), מקוצר בשו"ת מהרי"ק, פסקים, סימן צה, והובא בשולחן ערוך, יו"ד, סימן רנז, סעיף יא, ובשו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קסב, וחו"מ, סימן שמט.
וראה סעיף 9, פרק שלישי, על נאמנים משותפים שאחד מהם אצל את סמכותו לחברו.
לכאורה, אפשר לטעון שמהרי"ק אסר רק משום שמדובר בהעברת נכס של הנאמנות לידיו של אחר, והרי נאמן הוא שומר, ושומר אינו רשאי להעביר את הנכס לאחר, כאמור לעיל; ואם כן, לכאורה, אין ללמוד מכאן לאסור אצילת סמכות ערטילאית שאין בה מסירת נכס. כך משתמע לכאורה ממה שמהרי"ק מביא את העקרון "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר", וגם ש"ך, יו"ד, סימן רנז, ס"ק כ, וביאור הגר"א שם, ס"ק יט, הזכירו נימוק זה. אבל לאמיתו של דבר מדברי מהרי"ק עולה שגם אצילת סמכות ערטילאית אסורה, כפי שהוכיח שו"ת שער אפרים, סימן קלג (פה ע"ג), מן העובדה שמהרי"ק מביא ראיה לדינו מתשובת מהר"ם (במרדכי, בבא קמא, סימן קח), שמי שיש לו זכות בלעדית לבנות בבית כנסת, אינו יכול

"לא השליט המת במעות ההם כי אם אותה באשר היא אשתו, ואיך תוכל להשליט אחרים עליהם?". ולכן פסק שאין תוקף למה שעשתה: "אין לה כח להשליט אחר בנכסים". נימוק זה יפה לכל נאמן המקבל לידיו שליטה בנכסי זולתו, ונראה שהוא יפה גם לאצילה חלקית של תפקידים.

ראוי להדגיש, שבנידונו של מהרי"ק האדם שאליו העבירה האישה את הסמכות היה אדם אמין ומוכשר בניהול כספים יותר מן האישה, ובכל זאת פסק שאסור היה לה להעביר אליו את הסמכות בניגוד לרצון המת[152].

בעניין אפוטרופוס של יתומים נאמר בתשובת הרא"ש, שהוא אינו רשאי למנות במקומו אפוטרופוס אחר[153]. בעקבות דבריו פסק בית הדין הרבני האזורי בירושלים[154], שנאמן של הקדש אינו רשאי למנות נאמן אחר תחתיו.

אף על פי שמקורות אלו עסקו בנאמנות למטרות צדקה, נראה שהדין כן גם בנאמנות רגילה, שהרי נימוקו של מהרי"ק, המסתמך על אמדן דעתו של יוצר הנאמנות, שייך גם בנאמנות רגילה.

מכל מקום, אם בית הדין מאשר את האצילה, יש לה תוקף. כך פסק מהרשד"ם[155] על אישה שמונתה כאפוטרופוס, שאמנם אינה יכולה לאצול את תפקידה לאחרים, אך "יש לה כח לעשות זה בעצת בית דין, שאם יראה להם שהאפטרופוס שהיא מנחת במקומה הוא הנאה ותועלת ליתומים, תעשה". וכך פסק הרדב"ז[156], שאף שלכתחילה אין אפוטרופוס רשאי לאצול מתפקידיו לזולתו, הרי אם כבר עשה כך, רשאי בית הדין לקיים את המינוי, "אם ראו בית דין שהוא [=הנאמן החדש] ראוי לכך". אכן, אם אישר בית הדין את האצילה, אין כאן אצילת תפקיד בידי הנאמן, אלא מינוי נאמן חדש על ידי בית הדין[157].

(2) נאמני קהל

מהרי"ק, בתשובתו הנזכרת לעיל[158], סייג את דבריו בקובעו שנאמן שהוא בגדר "חבר עיר"

להעביר את הזכות לאחר — והרי שם לא שייך "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר". זאת ועוד: מהרי"ק נימק מצד הדין ששליח ששינה מדעת המשלח, בטלה השליחות (נימוק זה הובא בש"ך שם), ונימוק זה שייך גם בסמכות ערטילאית. כמו כן, בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 70, הוכיח שאין טעמו של מהרי"ק מצד "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר", שהרי בנידונו המפקיד כבר מת, ואין אחריות שמירה כלפיו; ולכן צריך לומר שטעמו הוא משום תנאי מכללא שהיה במינוי.

152 ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 260, שמהרי"ק שם אומר כך גם לעניין האיסור לשומר למסור לאחר.

153 שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן ו. הדין נאמר בתוך טענות השואל, והרא"ש אינו דוחה אותה בתשובתו. ראה גם רי"פ רוטנברג, דברי משפט, חלק ה, עמ' קצ.
אבל הרא"ש אומר (והובא בשו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצא (תנ), ובשו"ת דברי ריבות, סימן קכג), שאם השני טיפל ביתומים זמן ניכר, חל עליו דין אפוטרופוס מכוח "יתומים שסמכו אצל בעל הבית".

154 תיק 6.2.712, נדפס בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 69. ושם עמ' 72 נקבע שאף אם עשה כן, אין למינוי תוקף.

155 שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלט.

156 שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצא (תנ).

157 נושא זה יידון בהרחבה להלן, בדיוננו בסעיף 21.

158 לעיל, ליד ציון הערה 151. מהרי"ק אינו כותב כך בפירוש, אבל הדברים מפורשים בשולחן ערוך שצוין שם.

— כלומר, נציג הציבור האחראי על כספים המיועדים לצדקה, לתלמוד תורה וכדומה — רשאי למנות נאמן אחר שיתעסק בנכסי הנאמנות במקומו[159].

ההבחנה בין "חבר עיר" לנאמן רגיל נובעת מהיקף השליטה בנכסים המועברת לידיו של נאמן שהוא בגדר "חבר עיר". המוסר נכסים לנאמן שהוא נציג הציבור מתכוון מן הסתם להעביר אליו שליטה מוחלטת בנכסים[160]. לכן, רשאי נציג הציבור למנות נאמנים שינהלו במקומו את נכסי הנאמנות. לעומת זאת, המוסר לנאמן רגיל מתכוון מן הסתם לתת לו סמכות לניהול הנכסים ולהעברת הרווחים ללומדי תורה בלבד, ואינו מתכוון להעניק לו סמכויות רחבות הכוללות אפשרות של אצילת התפקיד לאחרים[161].

נמצאנו למדים מדברי מהרי"ק שנציגי הציבור רשאים לאצול תפקידיהם לאחרים. לכאורה, מתשובתו של הריב"ש לנאמני קהילת ברצלונה עולה, שלדעתו אף נציגי הציבור אינם רשאים לאצול תפקידיהם לאחרים. התשובה דנה[162] בשלושת נאמני הקהילה שהוסמכו על ידי השלטון לבחור (יחד עם בית הדין) ברוב דעות מועצה בת שלושים חברים שתפקידה לפקח "על עסקי הקהל בענייני המסים והתשחורות[163] וברירת הקהל". על פי כתב המינוי, כל אחד מחברי הגוף הבוחר היה חייב להישבע לבחור את חברי המועצה "ביושר ובאמונה לתועלת הקהל" ושלא יעביר את תפקידו לאחר.

לאחר שחברי הגוף הבוחר לא הצליחו להגיע לעמק השווה בבחירת "מועצת השלושים", הם החליטו לאצול את סמכותם לשני אנשים, כדי שיבחרו הם את שלושים חברי המועצה. כדי לצאת ידי שבועתם, הסכימו נאמני הקהילה שכשתוצג לפניהם רשימת חברי המועצה, יאשרו אותה בחתימת ידם, וכך ממילא ההחלטה הסופית תהיה שלהם. משבחרו שניים אלו

[159] בית הדין הרבני בירושלים (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 71), נימק שכאן מן הסתם נתן הבעל רשות ל"חבר עיר" למנות אחר במקומו.

[160] שליטה רחבה זו באה לידי ביטוי גם בהלכה שנציגי הציבור רשאים לשנות את ייעודם של הכספים המגיעים לידיהם, לפי הנדרש לציבור. הרחבה בעניין זה, ראה להלן, בדיוננו בסעיף 23.

[161] כך נימק נקודות הכסף, יו"ד, סימן רנז, על ט"ז, ס"ק ו.

אבל הט"ז שם כותב שמהרי"ק לא התכוון לעשות הבחנה מהותית בין נאמן רגיל ל"חבר עיר", אלא בשניהם אם הממנה מעניק לנאמן שליטה ברווחים בלבד, מעיד הדבר על כוונתו לשלול ממנו את הסמכות לאצול את תפקידו לאחרים, ואילו אם הממנה מעניק לנאמן שליטה גם בקרן, שיעשה בו מה שירצה, מעיד הדבר שהוא מתכוון להעניק לו גם סמכות לאצול את תפקידו לאחרים.

נקודות הכסף מן הסתם מסכים להבחנה של הט"ז בין מסירת הקרן למסירת רווחים, והמחלוקת ביניהם היא מה הדין במצב סתמי, שיוצר הנאמנות לא אמר אם הוא מוסר את הקרן או את הרווחים. חכמת אדם, כלל קמו, סימן יב, מביא את דינו של הט"ז, שהוא מוסכם, כאמור: "המניח מעות שהקרן יהיה קיימת והפירות יתנו לצדקות — כיון שאין בידם אלא הפירות, אינם יכולים להפקידם ביד אחר או להמנות אחרים. אבל אם יש להם רשות אפילו על הקרן, יכול להמנות אחרים".

[162] שו"ת הריב"ש, סימן רכח. בכותרתה של התשובה נאמר שהיא שלוחה ל"נאמני קהל ברצלונה", ששמותיהם באים בסוף חלקה הראשון. בתשובה זו דן השופט מ' אֵלון בפס"ד גולדברג נ' שרמן, הנזכר להלן, הערה 180.

[163] ביטוי זה, שמקורו אינו ברור, שימש בלשון ימי הביניים לציון מס או עבודת כפייה מטעם השלטון (ראה הערת נ"ה טור־סיני לערך "תשחורת" במילון א' בן־יהודה, עמ' 7935). לשימוש במונח זה במובן שלפנינו, ראה למשל בספר השטרות לר"י אלברצלוני (הוצאת מקיצי נרדמים), עמ' 137: "שבעוונותינו ובעוון דורנו גברו היגונות ועצמו התלאות ורבו האנחות מכובד הפורעניות וגודל המסים ועוצם מיני התשחורת היוצאות עלינו בכל יום".

את חברי המועצה, לא נשאה בחירתם חן בעיני נאמני הקהל, ומאחר שרובם סירבו לאשר את הבחירה, הובאה המחלוקת להכרעתו של הריב"ש.

בתשובתו, מבחין הריב"ש בין דיני השליחות לדיני הנאמנות: "דבעלמא [=בדרך כלל] 'שליח עושה שליח' היכא דליכא קפידא [במקום שיש להניח שהמשלח אינו מקפיד, אבל] בנדון זה נראה שהנאמנים והבית דין [הגוף הבוחר], שהם שלוחי הקהל לעשות ברירת השלושים, לא היו יכולין למנות אחרים תחתיהם לעשות הברירה ההיא, כיון שלא פורש כן ביכולת [=בהרשאה] הנתון להם, לפי שיש קפידא [=הקפדה] גדולה בדבר זה. שהרי בברירת השלושים תלוי כל ענייני הקהל, וצריכין הבוררין אותם לדקדק הרבה באומד הדעת ובמחשבה, שיהיו אנשים חכמים ונבונים ויודעים בענייני הקהל ובמשפטיהם והנהגותיהם ותקנותיהם, אוהבי צדק ורודפי שלום, ושיתפייסו [=יסכימו] מהם רוב הקהל; ואין ספק שיש קפידא בדבר זה מי יהיו הבוררים. ואחרי שיש קפידא לקהל באנשים הבוררים [מועצת השלושים] שיהיו חשובים ומעולים, אם כן אין כוונת הקהל שהבוררים אותם [=הבוחרים את מועצת השלושים] יהיו יכולין למנות אחרים תחתיהם, ואפילו יהיו כמותם [=כמו מאצילי הסמכות] בחכמה ובמנין...".

לכאורה, קובע הריב"ש שנאמנים שנבחרו לתפקידם על ידי הציבור אינם רשאים לאצול לאחרים את תפקידיהם כנאמנים, וכלשונו[164]: "באשר מנוי הנאמנות ומנוי הבית דין הם המנויין החשובים שבקהל, והמתמנים בהם הם תמיד מגדולי הקהל. גם דרך הקהל לדקדק יותר במנויים שיהיו חשובין... אם כן, אין כונת הקהל שהבוררים אותם יהיו יכולין למנות אחרים תחתיהם"[165].

ברם, נראה שיש להבחין בין נידונו של הריב"ש, שעניינו בחירת נציגי הקהל, שלכך "אין

[164] שו"ת הריב"ש, שם, עמ' רפו. ראה גם: ר"י גולדברג, טובי העיר (ירושלים תש"ס), עמ' ע. על נימוקו של הריב"ש, ראה להלן.

[165] ר' יוסף אבן עזרא, משא מלך, חלק ה, שער א, משפט ה (מה ע"ד), עושה הבחנה לעניין זה בין נציגי ציבור שהם "טובי העיר", שיכולים לאצול סמכויות, לבין נאמני הקהילות, שאינם יכולים. נראה שטעם ההבחנה הוא, ש"טובי העיר" משמשים כגוף מחוקק ומבצע כאחד, וסמכותם רחבה ביותר, ולכן היא כוללת גם את הסמכות לאצול את תפקידיהם לאחרים. מנגד, נאמני הקהילות הם נציגי ציבור שמונו למילוי תפקידים ספציפיים, ומשום כך סמכויותיהם מוגבלות יותר, ולכן אינם רשאים לאצול את תפקידיהם לאחרים. הבחנה זו עשויה ליישב בין פסיקתו של מהרי"ק לבין זו של הריב"ש. מהרי"ק דן בנאמנים שהם "חבר עיר", המכונים גם "טובי העיר", ולגבי אלו קבע שהם רשאים לאצול סמכויותיהם לאחרים. לעומתו, הריב"ש עסק בנאמני הקהל, והם אינם יכולים לאצול סמכויות.

הוא אינו מזכיר את הריב"ש ואת מהרי"ק, אלא עושה הבחנה זו כדי ליישב סתירה בין שו"ת הרא"ש לבין שו"ת מהריב"ל, סתירה שנעמוד עליה להלן, ליד ציון הערה 174 ואילך. וראה שם, תירוצים נוספים לסתירה.

אולם נראה שהבחנה זו לא התקבלה על דעת הפוסקים. חקרי לב, חו"מ, חלק ב, סימן כד (דף ל ע"ד), דוחה את הבחנתו של משא מלך, "דהרי נידון הריב"ש דאיירי בנאמני הקהל, דנראה דגדול כוחם יותר מטובי העיר, ואפילו הכי [=ואפילו כך] כתב דאין כח בידם למנות אחרים".

כמו כן, כנסת הגדולה (להלן, ליד ציון הערה 176), עושה הבחנה אחרת אחרי שהוא מביא את הבחנת משא מלך; הרי שהוא אינו מסכים לה.

יש להוסיף, שמשא מלך שם הציע הבחנה נוספת, בין טובי העיר ש"דנו כבר הם תחילת הדברים", לבין טובי העיר שאצלו את תפקידם לאחרים בלי שהם התחילו לדון בדבר. אולם הוא מסיים: "והראשון נראה עיקר".

כוונת הקהל" שיבחרו אחרים במקומם, לבין נאמן לניהול נכסים, שאין להניח שכוונת הקהל למנוע אצילת סמכויות.

הבחנה דומה עושה ר' יוסף חזן, אם כי הוא מדגיש חיסרון אחר באצילה לצורך בחירה (בהבדל מנאמן לענייני ממון). לדבריו[166], נאמן הקהל יכול לאצול סמכות הנוגעת לממון, מפני שהוא דבר ממשי שאפשר להעביר[167]. לעומת זאת, סמכויות ערטילאיות שאינן נוגעות לממון, כגון הסמכות לבחור אנשים שיחליטו בענייני העיר, שבזה עסק הריב"ש, אין הנאמנים יכולים לאצול, כפי שנימק הריב"ש, ששליח לעשות דבר ערטילאי אינו יכול להעביר את שליחותו לאחר, מפני ש"מילי לא מימסרן לשליח"[168].

על פי הבחנתו מובן מדוע מהרי"ק מתיר לנציג הקהל לאצול את סמכותו בעניין נכסים מסוימים: זוהי סמכות שאינה ערטילאית, ולכן אפשר להעביר אותה לאחר. לאור הבחנה זו, ניתן לומר שנציג קהל שנתמנה כנאמן יכול לאצול את תפקידו בכל הנוגע לענייני הנאמנות, שהרי סמכויות נאמן בנוגע לנכסי הנאמנות הן ממוניות, ואין להן עניין לדברי הריב"ש, שעסק בסמכות ערטילאית של נציגי ציבור, ולא עסק בנכסי נאמנות.

ד. תוצאות האצילה

לעיל[169] הבאנו את תשובת מהרי"ק, הקובע שאפוטרופוס אינו רשאי לאצול את תפקידיו לאחרים, מפני שיש להניח שדעת הממנה אינה נוחה מכך. באותה תשובה מוסיף מהרי"ק, שאם עבר האפוטרופוס על דעת הממנה ואצל את תפקידיו לאחרים, "אין כח במינוי שלה... דכל היכא שהשליח משנה מדעת המשלח, בטל השליחות מכל וכל".

מדברים אלו עולה שנאמן שאצל מתפקידיו לאחרים, אין לאצילה זו תוקף, מפני שפעל בחוסר סמכות.

[166] חקרי לב, שם.

[167] הוא התייחס לדברי הרא"ש (להלן, הערה 174), שהם יכולים למנות מורשה לדון; והרי במינוי מורשה, התובע מקנה את ממון התביעה למורשה, ונאמני הקהל יכולים לעשות הקנאה זו.

[168] גם מהריב"ל (להלן, הערה 175) עסק בסמכות ערטילאית: הסמכות להתקין תקנות.
אף שהריב"ש נימק נימוק נוסף, כפי שהבאנו לעיל, שהקהל לא התכוון שהנאמנים יוכלו למנות אחרים, הרי הוא אומר זאת מפני שבנידונו אצילת הסמכות לבחור את מי שיקבע בענייני הקהל הוא דבר קריטי, שהרי האנשים שייבחרו יקבעו את כל ענייני הקהל, ולכן יש להניח שהקהל אינו מוכן שהסמכות תיאצל, מה שאינו כן בסמכויות ערטילאיות אחרות.
הריב"ש מדגיש שגם באותן סמכויות ערטילאיות, יש בכוחו של הציבור להעניק סמכות מפורשת לנאמן הקהל לאצול את תפקידיו לאחרים. ראה גם שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תכה, וחלק ה, סימן רפד; חקרי לב שם, דף לא ע"א.

[169] ליד ציון הערה 151.

פרק אחד־עשר

העסקת אדם — "אין בכך כדי למנוע העסקת אדם"

א. מבוא

האיסור לאצול מתפקידי הנאמן לאחר אינו שולל "העסקת אדם כדרוש למטרות הנאמנות". ההבחנה בין אצילת התפקיד להעסקת אדם הטרידה רבים.

יש הסבורים[170] שייחודו של תפקיד הנאמן הוא בסמכות להפעיל שיקול הדעת לצורך קבלת החלטה. את הסמכות הזאת אין הוא רשאי לאצול לאחרים. אולם משקיבל החלטה, הוא רשאי להעסיק אדם שיממש את החלטתו.

אחרים סבורים[171] שההבחנה בין אצילת תפקיד להעסקת אדם היא לפי מידת הסיכון שהמועסק עלול להעמיד בו את נכסי הנאמנות על ידי הפעלת שיקול דעתו. אם הפעלת שיקול דעתו עלולה לסכן לכל היותר חלק קטן מנכסי הנאמנות, העסקתו אינה מהווה אצילת תפקיד. לעומת זאת, אם נמסרת למועסק סמכות להפעיל שיקול דעת באופן המסכן את כל נכסי הנאמנות, זוהי אצילה אסורה.

בעניין זה, כפי שניווכח, מבחין המשפט העברי בין נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות לבין נאמנות פרטית, ומציע מבחנים ברורים להבחנה בין "אצילת תפקיד" ל"העסקת אדם".

ב. העסקת אדם

בעניין העסקת אדם על ידי נאמן, קובע בית הדין הרבני[172], שאף שנאמן אינו רשאי לאצול את תפקידו לאחרים, "פשוט שאין להסיק... שבכלל אין גבאי יכול למנות בא כח שלו שיטפל בעניני ההקדש, וזה מסתבר, דאפוטרופוס נוהג בהקדש וכן בנכסי יתומים כפי שנוהג בשלו"[173].

[170] זוהי עמדת חלק מן המשפטנים האנגלו־אמריקאים. ראה: כרם, עמ' 259, הערה 5. וראה שם בעמ' 260, על הבעייתיות שבעמדה זו.

[171] שם, ובהערה 8, שם.

[172] בית הדין הרבני, בתיק שצוין לעיל, הערה 154, בעמ' 71.

[173] יש מקורות רבים לכך שנאמן רשאי להעסיק אדם כדי לסייע בידו להגשים את מטרותיה של הנאמנות. המשנה בתמורה לא ע"ב מתירה לתת ממון הקדש כשכר ל"אומנין" העובדים בבית המקדש, והמשנה בשקלים, פרק ד, משנה ה, אומרת שאפשר לתת לאומנים שכר מן העודף שנשאר מהקטורת של המקדש, וחידושי הרמב"ן, שבועות י ע"ב, מפרש שגזברי ההקדש הם שמשלמים את השכר. תשלום שכר לאומנים העובדים בבית המקדש נזכר גם בשבועות י ע"ב, כריתות ו ע"א, ומעילה יד ע"א־ע"ב. כמו כן, תוספתא שבת, פרק יח, הלכה טז, ובבא מציעא, פרק ח, הלכה א (הובא בבבא מציעא נח ע"א), מדברת על "השוכר את הפועל לשמור את הפרה, לשמור את התינוק, לשמור את הזרעים", ורש"י, בבא מציעא שם (ד"ה השוכר את הפועלים), הסביר שהשוכר הוא "גזבר של הקדש ששכר פועלים משל הקדש" (ואמנם חידושי הר"ן, בבא מציעא שם [מובא בשינוי לשון בשיטה מקובצת שם, ד"ה ורמינהו, ושם ציין שכך כתב רבנו חננאל], מפרש שהתוספתא אינה עוסקת בגזבר של הקדש, משום שההקשר שבמסגרתו מובאת הלכה זו בתוספתא הוא של ענייני חולין, אבל אין להסיק מכך שהוא חולק על האפשרות העקרונית שהגזבר יעסיק פועל לשם שמירת נכסי ההקדש וישלם לו מקופת ההקדש). שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קמו, כותב שאפוטרופוס המתקשה להשקיע את כספי היתומים בגלל ריחוק מגוריו מן המקום שבו מצויים הכספים, רשאי למנות אדם שישקיע את הכספים במקומו ויקבל חלק מן הרווחים בשכרו. אבל אין מכאן ראיה

טעמו של דבר הוא, שיש להניח שיוצר הנאמנות מוכן שהנאמן לא יעשה את הכל בעצמו, אלא יעסיק אחרים בתפקידים מסוימים, שהרי כך אדם "נוהג בשלו", ובלבד שלא יסתלק מאחריות, שלכך לא היה יוצר הנאמנות מוכן, מן הסתם, כפי שהסברנו בפרק עשירי.

ג. ההבחנה בין אצילה להעסקה

הרא"ש[174] פסק שנציגי הציבור "יכולין למנות מורשה לדון בשביל הקהל, וכל מעשיהם קיימים". לכאורה, פסיקה זו סותרת את פסיקת ר' יוסף בן לב, מהריב"ל[175], השולל מנאמני הקהל את הסמכות לאצול תפקידיהם לאחרים[176]. ר' חיים בנבנישתי[177] יישב את הסתירה על ידי ההבחנה בין אצילה להעסקה. לדבריו, הרא"ש עסק בהעסקה של מורשה, שהיא מותרת, ואילו מהריב"ל עסק באצילת התפקיד, שהיא אסורה. עיון בדבריו מגלה את מהותה של ההבחנה בין אצילת התפקיד להעסקת אדם: "דבנידון הרא"ש ז"ל [העסקת מורשה], לא נתרוקנו כוחם מכל וכל, אלא שלדבר ההוא נתנו כח ורשות ועשאום מורשים לדון בשביל הקהל. אבל בנידון מהריב"ל ז"ל [אצילת התפקיד], סלקו כוחם ורשותם מכל וכל, ונתנו רשותם לממונים אחרים"[178].

הבחנה זו עשה גם בית הדין הרבני[179] בעניין העסקת אדם על ידי נאמן של הקדש, באומרו שאצילת סמכות היא הסתלקות של הנאמן לחלוטין, שבעקבותיה מי שמנהל את נכסי הנאמנות אינו פועל כבא כוחו של הנאמן, אלא "מכוחו הוא ועל פי שיקול דעתו הוא"[180]. זאת בניגוד למי שמועסק על ידי הנאמן, הפועל כבא כוחו, ואינו עצמאי בהחלטותיו על ניהול נכסי הנאמנות[181].

שנאמן רשאי להעסיק אדם שיעשה מלאכות שהיה מוטל על הנאמן עצמו לעשות, משום שייתכן שמלכתחילה אין מוטל על גזבר ההקדש לעשות עבודות של אומנות בבית המקדש או לשמור את נכסי ההקדש.

עוד ניתן להקיש בעניין זה מדין שומר (שאינו נאמן): שומר בגדים חייב לנערם מפעם לפעם כדי שלא יתקלקלו. שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שיג, קובע ששומר שמפאת כבודו אינו מסוגל לנער בגדים בחוץ, רשאי להעסיק פועלים שיבצעו עבורו את המלאכה, והוא אף מחויב בכך. ואף שבנידונו השומר לא היה ראוי לעשות את הדבר בעצמו, נראה שנאמן רשאי להעסיק אחר גם לעשות דבר שהנאמן מסוגל לעשות בעצמו, אם מסיבה כלשהי אינו רוצה לעשותו בעצמו, כפי שעולה מן הנימוק של בית הדין הנ"ל: "כפי שנוהג בשלו".

[174] שו"ת הרא"ש, כלל ו, סימן כד.

[175] שו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן מז (מה). נידונו הוא אצילת התפקיד להתקין תקנות.

[176] ראה לעיל, ליד ציון הערה 165 ואילך, ובהערה 165, את תירוציהם של משא מלך ושל חקרי לב לסתירה זו.

[177] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קסג, הגהות בית יוסף, אות קטז.

[178] לכאורה משתמע מדבריו שרק הסתלקות גמורה אסורה, אבל מותר לתת לאחר כוח בתפקיד אחד, אם תפקידים אחרים נשארים בידי הראשון, אף אם הסתלק הראשון מן התפקיד הזה. אבל נראה שגם זה אסור, והוא מתיר רק הרשאה, שבה המרשה יכול לחזור בו ולבטלה (כפי שעולה משולחן ערוך, חו"מ, סימן קכב, סעיף ג, ומסמ"ע שם, ס"ק ט), כך שהממונה לא הסתלק לגמרי מכוחו אפילו לגבי סמכות התביעה. אף שבפועל הוא מאפשר לאדם אחר לפעול כמורשה ונמנע מהפעלת שיקול דעת למשך זמן מסוים, אין בכך איסור, מפני שבכל רגע נתון יוכל להפעיל שיקול דעת ולבטל את ההרשאה.

[179] בפסק הדין הנ"ל בהערה 154, בעמ' 71. הוא לא הזכיר את דברי כנסת הגדולה.

[180] למסקנה דומה הגיע אף השופט מנחם אלון בבג"צ 702/79 גולדברג נ' שרמן, פ"ד לד(4) 85, לאור מקורות המשפט העברי.

פרק שנים־עשר

סיכום

נאמן נדרש "לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם, ולפעול להשגת מטרות הנאמנות". נאמן הוא שומר לפי הגדרתו של שומר במשפט העברי, ועל השומר מוטלת החובה לשמור על הנכס שהופקד בידיו, בצד אחריותו לנזק לנכס ולאבדנו.

חובת השמירה מחייבת את הנאמן לא רק לשמור על נכסי הנאמנות גופם, אלא גם לשמור על ערכם, ולשם כך הוא יידרש לעיתים למכור את נכסי הנאמנות או להמירם באחרים, אם הדבר נחוץ כדי לשמור על ערכם. הנאמן חייב גם לתבוע בדין את מי שגרם נזק או הפסד לנכסי הנאמנות, לדאוג לתשלום חובות המוטלים על נכסי הנאמנות על פי חוק, ולשמור על הנכסים לבל יזיקו לאחרים. הוא יידרש גם לבטח את נכסי הנאמנות אם מקובל לבטחם.

אם הנאמן מקבל שכר על מילוי תפקידיו, הוא שומר שכר, ועליו לבדוק את מצבם של נכסי הנאמנות בטרם יקבל את השליטה עליהם, כדי לברר אם יש בהם מום כלשהו הדורש תשומת לב מיוחדת. חובה זו מוטלת גם על כל נאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, אף אם הוא אינו מקבל שכר.

הנאמן חייב גם לנהל את נכסי הנאמנות ולפתחם. חובה זו כוללת כל פעולה שעשויה להגדיל את הונה של הנאמנות ואשר אין בה כדי לסכן את הקרן מעבר לסביר. על אפוטרופוס על יתומים חל איסור מיוחד לנקוט פעולה העלולה לגרום לנכסים סיכון כלשהו, גם היא נועדה לגרום רווח ליתומים.

סמכויותיו של הנאמן מושפעות במידה רבה ממהותה של זיקתו לנכסי הנאמנות. סמכויותיו של נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא של שליחות בלבד, תהיינה מוגבלות בהתאם למגבלות המוטלות על סמכויותיו של כל שליח. כך למשל, השליח אינו מוסמך לתפוס מנכסי חייב לשם פירעון חובותיו כלפי שולחו אם יש נושים אחרים המעוניינים להיפרע מנכסי החייב. לעומת זאת, סמכותו של נאמן שיש לו בעלות מוגבלת בנכסים היא רחבה יותר, וכוללת למעשה את הסמכות לבצע כל פעולה הדרושה לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות, ובכלל זה עשיית פשרה עם נושי הנאמנות.

החוק מחייב את הנאמן לנהוג ב"אמונה". השופט ברק פירש זאת כחובה לשוות לנגד עיניו את טובת הנאמנות בלבד, ולא לבצע פעולה לשם תכלית זרה, שאינה קידום מטרותיה של הנאמנות. בהקשר זה המשפט העברי ליברלי יותר, ואינו אוסר על הנאמן לשקול שיקולים זרים בעת שהוא מבצע פעולה במסגרת מילוי תפקידו, כל עוד שיקולים אלה אינם גורמים לו לפעול בניגוד לטובתה של הנאמנות. חובה דומה לזו שמטיל חוק הנאמנות על כל נאמן, מטיל המשפט העברי רק על נאמנים בנאמנות הציבורית.

אשר לחובת הנאמן לנהוג "בשקידה", משמעותה של חובה זו לפי המשפט העברי היא, שעל הנאמן להשקיע את זמנו ומרצו לטובת ניהול ענייני הנאמנות כמקובל. עם זאת, הוא

[181] הבחנה זו דומה להבחנת המשפטנים שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 170, אלא שלפי בית הדין הרבני, מותר למועסק להפעיל שיקול דעת עצמאי, כל עוד נשארת לנאמן הזכות להתערב בפעולותיו של המועסק, לבטלן או לשנותן, ואילו לפי המשפטנים הנ"ל, אסור למועסק להפעיל שום שיקול דעת.

רשאי להתקשר בעצמו בעסקאות דומות או זהות לאלו שהוא נדרש לבצע בשם הנאמנות, או לעסוק בעיסוקים אחרים, ובלבד שלא יפגע הדבר ביכולתו לעסוק כראוי בענייני הנאמנות.

לפי החוק, הסטנדרט לפעולת הנאמן הוא אופן פעולתו של האדם הסביר. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, הסטנדרט הוא המנהג.

בניגוד למשפט הישראלי, המשפט העברי אינו אוסר על נאמן של שתי נאמנויות לפעול בפעולה שביניהן, זולת אם פעולה זו היא העברה של הבעלות בנכס מנאמנות אחת לנאמנות אחרת, והנאמן משמש למעשה כרוכש ומוכר כאחד. עם זאת, אין רואים בעין יפה כהונתו של אדם אחד כנאמן בכמה נאמנויות ציבוריות, מפני החשש לניגוד אינטרסים, ומפני הקושי להקדיש את הזמן הדרוש לכל אחת מן הנאמנויות במצב כזה.

נאמן "אינו רשאי לאצול מתפקידיו לזולתו", אולם "אין בכך כדי למנוע העסקת אדם כדרוש למטרות הנאמנות". בהקשר זה יש התייחסות מיוחדת לאצילת תפקיד השמירה המוטל על נאמן: המשפט העברי אוסר על שומר למסור לאחר את התפקיד לשמור על הנכס שהופקד בידיו, ובהתאמה, אף נאמן אינו רשאי לאצול לאחר את תפקיד השמירה.

בנוגע לתפקידיו האחרים, העמדה העקרונית של המשפט העברי היא שנאמן אינו רשאי לאצול מתפקידיו לאחרים. עמדה זו נגזרת מן ההנחה שיוצר הנאמנות התכוון שהנאמן יבצע את תפקידיו בעצמו. אבל בית הדין רשאי לאשר לנאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות לאצול את תפקידיו לאחרים.

חריג לכלל זה הוא שנציג ציבור ("טובי העיר") המשמש כנאמן רשאי לאצול לאחרים את תפקידיו בניהול נכסי הנאמנות, אף שאינו רשאי לאצול תפקיד ציבורי שאינו נוגע לנכסים.

פעולה שביצע מי שנאצל לו שלא כדין תפקיד מתפקידי הנאמן — בטלה.

אסורה רק אצילת סמכות המוסרת לאחר את שיקול הדעת האופייני לנאמן, שבעקבותיה מי שמנהל את נכסי הנאמנות אינו פועל כבא כוחו של הנאמן, אלא מכוחו שלו ועל פי שיקול דעתו שלו. לעומת זאת, מותר לנאמן להעסיק מישהו ליישם את החלטותיו של הנאמן, בתנאי שהוא פועל כבא כוחו ואין הוא עצמאי בהחלטותיו לגבי ניהול נכסי הנאמנות.

פרק שלושה־עשר

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

חובות וסמכויות

10. (א) נאמן חייב לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם כפי הדרוש לשם הגשמת מטרות הנאמנות, ומוסמך הוא לעשות כל הדרוש למילוי תפקידו.

(ב) במילוי תפקידיו ינהג הנאמן בשקידה ובהגינות, כפי שמקובל לנהוג באותן נסיבות.

(ג) נאמן בנאמנות הציבורית לא יערב כל שיקול זר שאינו מעניינה של הנאמנות, בעת מילוי תפקידיו.

(ד) נאמן של כמה נאמנויות לא יפעל בפעולת העברת נכסים ביניהן.

(ה) נאמן אינו רשאי לאצול מתפקידיו לזולתו; אין בכך כדי למנוע העסקת אדם כדרוש למטרות הנאמנות.

סעיף 11

כפיפות לתנאי הנאמנות

כפיפות לתנאי הנאמנות

11. הוראות סעיפים 3(א) ו־(ג), 6, 7, 8, 9(א), 10(א), (ג), ו־(ד) ו־13 יחולו בכפוף לתנאי הנאמנות.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 273

פרק שני: כפיפות לתנאי הנאמנות 273

א. מבוא 273

ב. נאמנות פרטית 274

ג. נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות 276

פרק שלישי: "תנאי הנאמנות" 277

א. מבוא 277

ב. אומד הדעת 277

ג. הנוהג 278

פרק רביעי: פרשנות תנאים 279

א. מבוא 279

ב. הכרעה בין פרשנויות 280

פרק חמישי: סיכום 282

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 283

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה קובע שמרבית הוראותיו של הפרק הראשון של חוק זה ניתנות להתניה (״דיספוזיטיביות״ או ״הוראות מרשות״), אולם הוא מותיר הוראות אחדות שאינן ניתנות להתניה (״קוגנטיות״ או ״הוראות כופות״).

אולם מנסחי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס״ז־2007, מבקשים לבטל סעיף זה, ובכך להפוך את כל הוראותיו של חוק הנאמנות להוראות דיספוזיטיביות. מתעוררת אפוא השאלה, האם מנקודת הראות של המשפט העברי, דיני הנאמנות ניתנים להתניה, אם לאו? בכך נעסוק בפרק שני.

הכפיפות היא ל״תנאי הנאמנות״. בפרק שלישי נבחן מה יבוא בגדרם של ״תנאי הנאמנות״? האם הדבר כולל רק תנאים שהוזכרו במפורש בחוזה הנאמנות או בכתב ההקדש, או שמא כלולות גם הוראות שניתן להסיקן מאומד דעתו של יוצר הנאמנות או מן הנוהג המקובל.

בפרק רביעי נעסוק בשאלת פרשנות תנאי הנאמנות: האם יש לפרש את תנאי הנאמנות באופן שימנע התנגשות בינן לבין הוראות החוק, או שמא יש לפרש אותם מתוכם, בלי להתחשב בהוראות החוק? שאלה אחרת שנדון בה היא, האם על הפרשן להעדיף פרשנות המתיישבת עם רוחו של החוק על פני פרשנות שאינה מתיישבת עם רוח החוק, במקום ששתי האפשרויות מתיישבות עם לשון החוק?

פרק שני

כפיפות לתנאי הנאמנות

א. מבוא

סעיף זה קובע שהצדדים ליצירת נאמנות רשאים להתנות על חלק מהוראותיו של חוק הנאמנות, ומכאן ששאר הוראות אינן ניתנות להתניה.

בית המשפט קבע[1]: ״הקו המנחה באבחנה בין הוראה כופה להוראה מרשה הוא, כי ככל שקיים אינטרס ציבורי בקיומה של הוראת החוק בכל הנסיבות, כך תגבר הנטייה לומר כי המדובר בהוראה קוגנטית, שאין להתנות עליה״. לפי מבחן זה, עלינו להסיק שההוראות שסעיף זה מתיר להתנות עליהן הן הוראות שהאינטרס הציבורי בקיומן הוא חלש. ואכן, הבודק את

[1] ע״א 477/88 היועהמ״ש נ׳ אוניברסיטת ת״א, פ״ד מד(2) 476, 482. ראה גם: ע״א 3190/99 שוקר נ׳ ע.ר.מ. רעננה, פ״ד נד(3) 127, 139־140; א׳ ברק, ״חוק השליחות, תשכ״ה־1965״ (פירוש לחוקי החוזים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע״ש הרי סאקר, בעריכת ג׳ טדסקי, תשל״ה), עמ׳ 95.

רשימת הסעיפים שהחוק מתיר להתנות עליהם יראה שההוראות שבאותם סעיפים באות להגן על הנאמן או על יוצר הנאמנות, ולא על צד שלישי. זו הסיבה שרשאים הנאמן ויוצר הנאמנות להסכים ביניהם שהוראה מסוימת מאלה לא תחול, מפני שהצד המוגן יכול לוותר על ההגנה על עצמו. התניה על שאר הסעיפים אינה תקפה, מפני שהם כוללים הוראות שבאות להגן על צד שלישי (סעיפים 9(ב) ו־14), או הוראות של נוהל שאינן תלויות ברצון הצדדים (סעיפים 1, 2, 4 ו־11), או שמטילות חובה על צד שלישי (סעיף 5). יש סעיפים אחדים שאי אפשר להתנות עליהם אף שהם נועדו להגן על יוצר הנאמנות (סעיפים 10(ב), 12, 15 ו־16), ונראה שטעם הדבר הוא שהמחוקק ראה חשיבות מיוחדת בקיום הוראות אלה, מפני הפגיעה באינטרס הציבורי שבהפרתן, אף שהנפגע הישיר (יוצר הנאמנות) מוחל על הפגיעה בו.

כפי שנראה, למשפט העברי גישה אחרת בשאלה זו, ולפיה צדדים לחוזה רשאים להתנות על כל הוראה חוקית, ללא קשר לאינטרס הציבורי שבקיומה, ובלבד שההתניה לא תפגע בצד שלישי.

ב. נאמנות פרטית

המשפט העברי מכיר בקיומם של שני מסלולים מקבילים ליצירת חיוב בדיני ממונות: חיוב מכוח הדין וחיוב מכוח הסכם. ובלשונו של ר׳ שמואל די מודינה, מהרשד״ם[2]: ״כל דבר שבממון, יש לו שני פנים במה שיתקיים: או באחד מהדרכים הברורים כדין תורתנו הקדושה או בדברי חכמים ז״ל שתקנו בתלמוד, או בכל תנאי שיתנה האדם עם חברו. ומטעם זה יועילו דרכי ההקנאות שנוהגים הסוחרים, אף על פי שאינם כתובים בתורה ואינם מן הדין״.

השאלה המתעוררת היא כיצד יש לנהוג אם שני המסלולים מתנגשים זה בזה — כלומר, אם החיוב על פי החוק סותר את החיוב שמכוח ההסכם. נושא זה שייך בעיקרו לדיון הכללי בדיני החוזים, ולפיכך לא נרחיב בו, אלא נסכם את הכלל העולה ממקורות רבים: המשפט העברי דוגל במה שמכונה היום ״חופש החוזים״, ובהתאם לכך קובע שצדדים לחוזה כפופים לכל תנאי ממוני המצוי בו, אף אם אין התנאי עולה בקנה אחד עם הוראות ההלכה[3]. עם זאת, צדדים לחוזה אינם יכולים להתנות על הוראה שנועדה להגן על צד שלישי[4].

משום כך, יכולים הנאמן ויוצר הנאמנות להתנות בעת יצירת הנאמנות, שפירותיהם ותמורותיהם של נכסי הנאמנות לא יהיו לנכסי הנאמנות אלא לאדם אחר (התניה על סעיף 3(א)); שיוכלו נושים אישיים של הנאמן או של יוצר הנאמנות לרדת לנכסי הנאמנות (התניה

[2] שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שפ.

[3] להרחבה בעניין זה, ראה מ׳ אלון, המשפט העברי (מהדורה שלישית, תשנ״ב), עמ׳ 109־113. לדוגמאות לכך ראה: חוק לישראל, שכירות ושאילה, עמ׳ 66־67; שומרים, עמ׳ 577־588.
יש חריגים לכך לעניין חיובים בין בעל ואשתו: עיין שולחן ערוך, אהע״ז, סימן סט, סעיף ו, ובמפרשים שם. חריג נוסף הוא בעניינים איסוריים: אין מועיל תנאי בחוזה להתיר איסור. ראה על כך בהרחבה: אלון, שם. לדוגמה לכך ראה שולחן ערוך, חו״מ, סימן כו, סעיפים ג־ד, על תנאי בין הצדדים לחוזה שהשיפוט יהיה בפני ערכאות הגויים.

[4] דוגמה לכך: פתחי חושן, דיני הלוואה, פרק ו, הערה נא, כותב שמלווה ולווה שהתנו שלא יחול על ההלוואה שעבודא דרבי נתן, היינו שנושהו של המלווה לא יוכל לגבות מהלווה, ההתנאה אינה תקפה, מפני הפגיעה בצד שלישי. אבל הוא מעלה אפשרות לתת תוקף להתניה זאת בצורה עקיפה, על ידי שנראה אותם כאומרים שאם יבואו נושי המלווה לגבות מהלווה, החוב מחול לו מעכשו.

על סעיף 3(ב)); שהנאמן יהיה רשאי להחזיק את נכסי הנאמנות יחד עם נכסיו שלו (התניה על סעיף 3(ג)); שהנאמן יוכל לעשות בנכסי הנאמנות כרצונו (התניה על סעיף 6); שהנאמן לא יצטרך לנהל חשבונות (התניה על סעיף 7(א)); שהנאמן לא יהיה חייב למסור דו"ח לנהנים (התניה על סעיף 7(ב)); שיקבל הנאמן שכר על תפקידו (התניה על סעיף 8(א)); שהנאמן לא יהיה זכאי לשיפוי על הוצאותיו (התניה על סעיף 8(ב)); שבמקום שיש נאמנים אחדים, דעתו של אחד מהם תקבע, או שאף אחד מהם לא יוכל לפעול על דעת עצמו אף בדבר דחוף, או שאחריותם לא תהיה יחד ולחוד, או שאם נתפנה מקומו של אחד מהם לא ימנו אחר (התניה על סעיף 9(א)); שנאמן לא יהיה חייב לשמור או לפתח את נכסי הנאמנות (התניה על סעיף 10(א)); שלא יהא חייב לנהוג באמונה ובשקידה (התניה על סעיף 10(ב)); שיוכל לאצול את תפקידו לאחר (התניה על סעיף 10(ד)); שלא יהיה אחראי לנזק לנכסי הנאמנות (התניה על סעיף 12(א)), או שיהיה אחראי גם אם בית המשפט פטר אותו או נתן לו הוראות כיצד לנהוג (התניה על סעיף 12(ב־ג)); שיהיה רשאי לעשות דבר הפוגע בטובת הנאמנות אם זה לטובתו שלו (התניה על סעיף 13)[5]; שאם עשה הנאמן פעולה תוך ניגוד אינטרסים עם צד שלישי, הפעולה קיימה גם אם הצד השלישי ידע על כך (התניה על סעיף 14); שרווח שהפיק הנאמן שלא כדין עקב הנאמנות לא יהיה שייך לנכסי הנאמנות (התניה על סעיף 15); או שאם תתבטל הנאמנות יעברו נכסיה לנאמן או ליוצר הנאמנות או למוסד מסוים כלשהו (התניה על סעיף 16).

כל ההתניות הללו פוגעות רק בנאמן או ביוצר הנאמנות[6], וכל אחד מהם רשאי להסכים לפגיעה בו. אף על פי שחלק מהתניות אלה פוגעות בנהנים, כגון התניה על סעיפים 3(א־ג), 6, 7(א), 8 (א), 9(א), 10(א־ב), 12(א), 13 ו־15, מועילה הסכמת יוצר הנאמנות לפגיעה זו, שהרי כל יצירת הנאמנות לטובת הנהנים באה מכוח רצונו הטוב של יוצר הנאמנות, ו"הפה שאסר הוא הפה שהתיר".

לעומת זאת, לא תועיל התניה על הוראות שנועדו להגן על צד שלישי. לכן, לא יוכלו להתנות שכוחה של הנאמנות יהא יפה כלפי כל העולם גם בלי רישום (התניה על סעיף 5), שהרי בכך ייפגע מי שיעשה עסקה עם הנאמן בלי לדעת שמדובר בנכסי נאמנות; או שפעולה שנעשית תוך ניגוד אינטרסים עם צד שלישי בטלה גם אם אותו צד שלישי פעל בתום לב (התניה על סעיף 13(ה))[7].

[5] ראה סעיף 13, פרק רביעי, ו, שמועילה התנאה זו.

[6] סעיפים 8 ו־12(ב־ג) באות להגן על הנאמן, והשאר על יוצר הנאמנות.

[7] אבל בסעיף 13, פרק שביעי, נראה שיש מחלוקת בשאלה האם המשפט העברי מקבל את הוראת סעיף 13(ה).
הוראת סעיף 9(ב) שאם יש כמה נאמנים, וצד שלישי עשה עסקה עם אחד מהם, יש לה תוקף אם פעל בתום לב, נועדה אף היא להגן על צד שלישי, אבל אינה מקובלת על המשפט העברי, כפי שראינו בסעיף 9, פרק אחד־עשר, ועל כן אין לדון לגבי התניה עליה.
בעיה מיוחדת מתעוררת לעניין התניה על סעיף 10(ג), שתקבע שהנאמן רשאי לפעול בפעולה שבין שתי נאמנויות. כפי שראינו בסעיף 10, פרק תשיעי, ג, נאמן של שתי נאמנויות אינו יכול למכור נכס מזו לזו, מפני שאדם אינו יכול להיות שליח של הקונה ושל המוכר, או משום שאינו יכול למכור נכס לעצמו. בפשטות, זוהי קביעה הלכתית הנובעת מאכסיומה לוגית, ואי אפשר להתנות עליה. מצד שני, ייתכן שההתניה תועיל על סמך העובדה שיש פוסקים החולקים בכלל על העקרון הזה. השווה רמ"א, חו"מ, סימן קצח, סעיף ה, הכותב שאף שאי אפשר לקנות מיטלטלין בקניין כסף, הרי אם התנו הקונה והמוכר שהקניין יועיל, יש לו תוקף; ובקצות החושן, שם, ס"ק ג, נימק, מפני שמועיל קניין כסף במקום אחר.

נמצא, שעמדת המשפט העברי נבדלת מעמדת החוק לעניין אותם סעיפים שהחוק רואה אינטרס ציבורי מיוחד בקיומם (סעיפים 10(ב), 12, 15 ו־16), שבגללו אף אם הנפגע הישיר מהם מסכים לפגיעה, החוק אינו מתיר את הפגיעה. עמדת המשפט העברי היא שאין האינטרס הציבורי בהוראות סעיפים אלו בעל משקל דיו עד כדי לאסור את ההתניה עליהם.

ג. נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות

בברייתא המובאת בתלמוד נאמר[8] שאין ממנים כאפוטרופוס ליתומים "נשים ועבדים וקטנים", אך "אם מינן אבי יתומין — הרשות בידו".

באותה ברייתא מובאות הלכות שונות הנוגעות לחובותיו וסמכויותיו של האפוטרופוס, כגון האיסור למכור מנכסי יתומים כדי לקנות אחרים בתמורתם, במצב שיש חשש הפסד[9], והאיסור לייצג אותם בדין[10]. נחלקו ראשונים בשאלה, האם מן ההוראה שבסיפא, המתירה לאבי היתומים למנות אפוטרופוס שמן הדין אינו כשר לתפקיד, יש ללמוד שיש בכוחו של האב גם לפטור את האפוטרופוס מחלק מחובותיו או לצמצם את סמכויותיו או להקנות לו סמכויות שאין לו מן הדין, או שמא הוראה זו היא בבחינת חריג, שאין בו כדי ללמד על הכלל.

לדעת הרא"ה[11], מן ההוראה הנזכרת יש ללמוד שאם האב מינה את האפוטרופוס, הרי שהוא "עביד כל מאי דבעי, זבין ומזבין [עושה כל מה שרוצה, קונה ומוכר], ובלבד שלא יפסיד לגמרי[12], שהרי הכל תלה בדעתו [של האפוטרופוס]". כלומר, גם אם לא התיר לו זאת בפירוש, יש אומדן דעת שהתכוון להתיר לו הכול. קל וחומר, שאם התנה עמו בפירוש שיוכל לעשות דברים מסוימים, שהתנאי תקף.

אבל מדברי ראשונים אחרים[13] ניתן ללמוד שאין בכוחו של האב לפטור את האפוטרופוס מחובות שהטילה עליו ההלכה, ואף אין בכוחו להקנות לו סמכויות שההלכה לא הקנתה לו[14].

השולחן ערוך[15] אינו מבחין לעניין חובותיו של האפוטרופוס וסמכויותיו בין אפוטרופוס

[8] גיטין נב ע"א. הרחבה בעניין זה ראה להלן, בדיוננו בסעיף 21.

[9] ראה סעיף 10, פרק רביעי, ד.

[10] ראה סעיף 10, שם.

[11] רא"ה, המובא בחידושי רבנו קרשקש, גיטין נב ע"א (ד"ה ואין עושין). גם חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א (ד"ה וקשיא ליה), כותב שאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים רשאי לעשות גם דברים שאסור לאפוטרופוס רגיל לעשות, מפני שנתן את נכסיו ברשותו וסמך עליו לעשות בהם כרצונו.

בית הבחירה, גיטין שם, כותב: "וכן כל שבשעת המנוי נתפרש לו [=לאפוטרופוס] למכור כמה שיראה בעיניו, אם להאכיל אם להניח כמה שירצה, הכל הולך אחר התנאי". אבל ייתכן שכוונתו לאפוטרופוס שמינהו בית דין, ובזה לכל הדעות אם בית הדין נותן לו רשות לעשות פעולה מסוימת, הוא רשאי, כפי שנראה בהערה 13.

[12] הגבלה זו, "ובלבד שלא יפסיד לגמרי", אין משמעותה ברורה.

[13] חידושי הרמב"ן, גיטין שם, ד"ה מדקתני; חידושי הרשב"א, גיטין שם, ד"ה מתני'; חידושי הר"ן, גיטין שם, ד"ה ואם מינן. הם כתבו שהאיסורים שבברייתא אמורים גם באפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, הרי שהם חולקים על הרא"ה במה שאמר שיש אומדן דעת שהאב מתיר לאפוטרופוס הכול. ואחר כך כתבו שאם בית הדין נותן לו רשות לעשות משהו, הוא רשאי; משמע שאם רק האב נתן רשות כזאת, אין תוקף לתנאו.

[14] ייתכן שגם לדעה זו, אמנם אבי היתומים אינו יכול להרחיב את סמכויות האפוטרופוס מעבר להגבלות שבהלכה, אך הוא יכול להגביל אותן, כגון אם ימנה אפוטרופוס ויתנה עמו שלא ישכיר את בית היתומים.

[15] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיפים יא־טז. רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף יב, כותב (כדברי הראשונים

שמונה על ידי בית הדין לאפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים, ומכך ניתן ללמוד שהוא סבור שחובות אלו חלות בכל מקרה, ואין הן ניתנות להתניה.

מאחר שהפוסקים לומדים מן ההלכות שנאמרו באפוטרופוס של יתומים להלכות הנוגעות לנאמן של נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות[16], נוכל להסיק אפוא שכל ההוראות הנוגעות לניהולן של נאמנויות מסוג זה ולהיקף סמכויות נאמניהן הן קוגנטיות.

דברינו כאן אמורים ביכולתו של יוצר הנאמנות להתנות על הוראות הדין החלות עליה. גם הנאמן יכול להתנות על הוראות הדין בעת שהוא מקבל על עצמו את הנאמנות. אלא שאם יוצר הנאמנות אינו מסכים לתנאו, ובכל זאת הנאמן הסכים לשמש כנאמן, הרי שמחל על תנאו.

פרק שלישי

"תנאי הנאמנות"

א. מבוא

ההוראות המנויות בסעיף זה כפופות ל"תנאי הנאמנות". מה כלול במונח זה? נראה שתשובה לשאלה זו נוכל ללמוד מדבריה של השופטת בייניש (כתוארה אז) בעניין כפיפותן של הוראות חוק הנאמנות (שאינן קוגנטיות) להוראות הדין הדתי החלות על הקדש דתי. לדבריה[17], "בהקדש שנעשה לפי הדין הדתי תיחשבנה הוראות הדין הדתי כתנאי הנאמנות לצורך סעיף 11". מדבריה למדנו, שהוראות הדין הדתי, אף אם לא נכללו בתנאי הנאמנות במפורש, תחשבנה כתנאי הנאמנות, משום שיש להניח שמי שיצר הקדש לפי הדין הדתי, מעוניין שההקדש ינוהל בהתאם להוראות דין זה. מאותה סיבה, קובע כרם[18]: "פרטים שלא נקבעו בחוזה הנאמנות או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה — לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו הסוג. חוק החוזים קובע[19] כי 'יראו גם פרטים אלה כמוסכמים'".

ב. אומד הדעת

מן המפורסמות הוא, שהמשפט העברי מחייב משקל רב לאומד הדעת בדיני חיובים. לאומד הדעת משקל רב במיוחד בכל הנוגע לקביעת תוכנה והיקפה של התחייבות חד צדדית, כדברי ר' אליהו מזרחי[20]: "האומדנא היא השרש והעיקר הגדול לכל עניני הנדרים וההקדש, בנו עליו כל הפוסקים וכל הגאונים, ופסקו על פיה בכל השאלות שנשאלו עליהם".

הנ"ל בהערה 13), שאם בית הדין נותן לו רשות לעשות משהו, הוא רשאי; משמע שאם רק האב נתן רשות כזאת, אין תוקף לתנאו.

[16] על כך ראה בסעיף 1, הערה 77.

[17] ע"א 5444/95 עמותת בני מוטרנות הגליל נ' הארכיבישוף, תק-על 97(3) 772, 777.

[18] כרם, עמ' 329.

[19] חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 26.

[20] שו"ת ר' אליהו מזרחי, סימן נג. דוגמאות לשימוש באומדן דעתו של יוצר הנאמנות, ראה בסעיף 19, פרק שישי, ב, סעיף 22, פרק שביעי, ד, וסעיף 23, פרק חמישי.

לעיקרון זה תחולה רחבה, גם בנאמנות פרטית. נדגים את השימוש בעיקרון זה בשלושה מן הסעיפים הדיספוזיטיביים הנזכרים בסעיף זה.

סעיף 6 קובע כיצד על הנאמן להחזיק כספים שאינם דרושים לצרכיה השוטפים של הנאמנות. בדיוננו בסעיף זה נוכחנו שבנאמנות פרטית, ניתן ללמוד על הדרך שבה ראוי שהנאמן יחזיק את הכספים מתנאי הנאמנות ומאומד דעת יוצרה[21]. סעיף 7 עוסק בחובת הנאמן להגיש דין וחשבון, ובעניין זה נקבע שגם במקום שאין הנאמן חייב בהגשת דין וחשבון, אם נסיבות מינויו של הנאמן מלמדות שהנאמן חויב בהגשת דין וחשבון, הוא חייב בכך[22]. סעיף 9 עוסק בחובתם של נאמנים לפעול יחד, ואף בעניין זה, כפי שנוכחנו, יש משקל רב לאומד דעתו של יוצר הנאמנות[23].

נמצאנו למדים, שגם תנאים שניתן להסיק מאומד דעתו של יוצר הנאמנות הם בגדר "תנאי הנאמנות".

ג. הנוהג

למנהג יש משקל רב בקביעת היקף חובותיהם וזכויותיהם של צדדים לכל חוזה, וחוזה נאמנות בכלל זה. על משקלו של המנהג בדיני ממונות כתב הרמב"ם[24]: "אל ילוז מעיניך העיקר הגדול בדברים אלו, שהוא מנהג המדינה". והרשב"א כותב[25]: "וכן אתה דן בכל מקום, במה שנהגו בממונות בכל מקום. ואפי' לא נהגו כן במקום אחר, אתה נוהג כן במקומו, כאלו הוא תנאי גמור, מוסכם ביניהן. ואפילו לא הסכימו בפירוש בני המדינה, אלא שנהגו כן סתמא, הוא מנהג חזק, כאלו התנו בו בפירוש. ואפילו לא כתבו [בחוזה, שיש לקיימו לפי המנהג], הרי הוא מן הסתם כאלו כתבו בו, ודנין בו כאלו הוא תנאי ב"ד, כיון שנהגו לעשות כן תדיר, ואפילו הוא כנגד ההלכה, שמנהג מבטל הלכה, ודנין בו כדרך שדנין בתנאי בית דין". דברי הרשב"א מלמדים לא רק על כוחו של המנהג בדיני הממונות, אלא גם על כוחו העדיף על זה של החוק ("מנהג מבטל הלכה"[26]).

אבל מתשובותיו של הריב"ש[27] עולה שלעניין זה יש להבחין בין "הלכה רופפת" להלכה שאינה "רופפת". משמעות הבחנה זו היא שאם הדין ידוע ומקובל, יכול המנהג לבטל את הדין רק אם בני המדינה התנו במפורש שהוא יבטל אותו. לעומת זאת, בהלכה "רופפת", כלומר, שאינה גלויה ומפורסמת בציבור, המנהג המקובל מבטל אותה גם בלי התנאה מפורשת של בני העיר.

גם בדיני נאמנות, המנהג משפיע על הדין, כפי שאנו רואים לעניין אפוטרופסים משותפים[28], לעניין סמכויותיו של שותף המשמש כנאמן[29], לעניין יצירת נאמנות על פי מנהג באישה

[21] ראה סעיף 6, פרק שני, שאם יוצר הנאמנות ידע שהנאמן שומר על הנכסים בצורה מסוימת, ושתק — שתיקתו מתפרשת כהסכמה מכללא.

[22] סעיף 7, פרק שלישי, ב.

[23] ראה סעיף 9, פרק שלישי, ג־ה.

[24] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כז, הלכה יא.

[25] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רסח.

[26] מסכת סופרים, פרק יד, הלכה יח. וראה בהרחבה: מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 734־737.

[27] שו"ת הריב"ש, סימן קה וסימן שמה (בסופו). ראה גם: שו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן קיד.

[28] סעיף 9, פרק שלישי, ד, ופרק תשיעי, ג.

[29] סעיף 2, פרק שלישי, ב.

הנושאת ונותנת בתוך הבית[30], לעניין אופן השמירה של נאמן[31], לעניין תשלום שכר לאפוטרופוס[32], ולעניין גובה הפיצוי על הוצאות הנאמן[33].

אם כן, אף שאין לכלול את המנהג בגדר "תנאי הנאמנות" המפורשים[34], הרי המנהג יכול לשנות את הדין באותה מידה כמו התניה.

פרק רביעי

פרשנות תנאים

א. מבוא

העיסוק ב"תנאי הנאמנות" הנוגדים את הוראות החוק מעורר את השאלה: מה דינה של הוראה בחוזה הנאמנות או בכתב ההקדש הסובלת פירושים שונים, שחלקם עולים בקנה אחד עם הוראות החוק וחלקם לא? האם יש לפרש את תנאי הנאמנות בדרך שתתיישב עם הוראות החוק, או שמא יש לפרשם בהתאם ללשונם או לתכליתם, גם אם פרשנות זו תוביל לסתירה עם הוראות החוק?

לדעת כרם, "כשניתן לפרש הוראה בתנאי הנאמנות כמתיישבת עם הוראה הכלולה באחד מסעיפים אלה, יחולו שתי ההוראות"[35]. מדבריו משתמע שאף אם הפרשנות המתיישבת עם

[30] סעיף 2, פרק שלישי, ג.

[31] סעיף 6, פרק שני, ב.

[32] סעיף 8, פרק רביעי, ב.

[33] סעיף 8, פרק שישי, ג.

[34] יש להעיר, שפרשנים רבים נימקו את תוקפו של מנהג בדיני חוזים, וכדומה, בכך שיש להניח שהצדדים התכוונו שחיוביהם יהיו בהתאם למנהג: רמב"ם הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ה ("כל הנושא ונותן, סומך על מנהג המדינה"); שו"ת הרמ"ה, סימן רס וסימן רצו ("דכל מאן דכתב מתנה, אדעתא דמנהגא כתב"); שו"ת ראב"י אב"ד, סימן קכה; רמב"ן ב"משפט החרם" (=שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רפח, הובא בבית יוסף, יו"ד, סימן רכח, בשו"ת מאמר מרדכי, איטינגא, סימן עז, ובנועם ב, עמ' רסד); שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרסב, וסימן תרצה (הובא בשו"ת מהרי"ק, שורש נא), חלק ב, סימן קלז, סימן קמט, סימן רסח, וסימן שלה ("שכל מלוה על דעת מה... שהנהיגו הקהל הוא מלוה"), חלק ג, סימן יז, סימן תלה וסימן תמב, חלק ד, סימן קכה, סימן קנב, סימן קפו, וסימן רצג, חלק ה, סימן עו, סימן פג וסימן רמט, חלק ו, סימן רנד, והמיוחסות לרמב"ן, סימן יד; שו"ת הרא"ש, כלל סד, סימן ד (=כלל עז, סימן ב, הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן סז, סעיף ה, ובשו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן כא, דף נה ע"ב); ר' ישראל בר' יוסף, בשו"ת הרא"ש, כלל נה, סימן ט־ב; שו"ת הריטב"א, סימן נג, וחידושי הריטב"א, קידושין ז ע"א; חידושי הר"ן, בבא מציעא קד ע"א; תרומת הדשן, שו"ת, סימן שמב (בתחילתו); תשב"ץ, חלק א, סימן קכג, חלק ב, סימן רלט, וחלק ג, סימן קז, סימן ריב, סימן רנד וסימן שא (מה ע"ב); שו"ת הרשב"ש, סימן תיב; שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קנח; שו"ת הריב"ש, סימן סב (הובא בשו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן רכה), סימן קז, סימן קכח, סימן רמט, סימן תיג, סימן תטו (בסופו), וסימן תעה; שו"ת מהרי"ק, שורש עג; שו"ת יכין ובועז, חלק א, סימן קיח (עמ' 264); שו"ת ר"א מזרחי, חלק א, סימן טז (בתחילתו); שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שפ; בית שמואל, סימן סו, ס"ק כג וס"ק כז, וסימן עו, ס"ק יב; תומים, סימן עב, ס"ק כא; נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק כא; ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 61; ב' ליפשיץ, "מנהג מבטל הלכה", סיני גל' פו (תש"מ), עמ' יא.

[35] כרם, עמ' 268.

הוראות החוק מתיישבת פחות מפרשנות אחרת עם לשון התנאים, וכדומה, יש להעדיף את הפרשנות המתיישבת עם הוראות החוק.

ב. הכרעה בין פרשנויות

ר׳ יוסף בן לב, מהריב״ל, נשאל[36] בעניינו של אדם שמינה את אשתו כאפוטרופוס על נכסיו לאחר מותו: ״שאשתו תתעסק ותסתחר בכל נכסיו כל ימי חייה״, ואחר ציווה ״שיתנו בתו בת [ה]יחידה לבנו של שמעון אחיו, כשתגיע לפרקה״. יש סתירה פנימית בין שתי הוראות הצוואה, שהרי אם בתו היחידה תינשא, כל נכסי אביה, שהיא יורשת בתור בתו היחידה, יעברו לבעלה (בתור נכסי צאן ברזל או בתור נכסי מלוג), ואם כן, לא תצטרך האלמנה להתעסק בנכסים. ליישוב הסתירה, העלה מהריב״ל שתי אפשרויות לפרש את הצוואה: (א) כוונת המצווה הייתה שכשתגיע הבת לפרקה יועברו הנכסים לרשותה, שהרי הבת יורשת את אביה, ובכך תסיים האם את תפקידה, ומשמעות הביטוי ״כל ימי חייה״ היא — כל ימי חייה עד שתגיע הבת לפרקה[37]. (ב) אף לאחר נשואי הבת תוסיף האם לכהן בתפקידה, ומשמעות הביטוי היא כפשוטה, שהאם תשמש כנאמנת כל חייה ממש, אלא שחתנה יקבל את פירות הנכסים כדין נכסי מלוג.

מהריב״ל עמד על כך שאימוץ הפרשנות הראשונה מתיישב טוב יותר עם ההלכה האוסרת מינוי אישה כאפוטרופוסית[38], שהרי אימוצו יחייב את סילוק האם מכהונתה כשתגיע הבת לפרקה, ואילו אימוץ הפרשנות השנייה יותיר את האם בכהונתה, בניגוד להלכה האמורה. בהתאם לכך, מכריע מהריב״ל לטובת הפרשנות הראשונה. יש להעיר, שאילו הצוואה הייתה מורה במפורש למנות את האישה כאפוטרופסית לכל ימי חייה (כמו הפרשנות השנייה), הוראה זו הייתה תקפה, שכן אבי היתומים אינו כפוף להגבלות שקבעו חז״ל על זהותו של אפוטרופוס המתמנה על ידי בית דין[39].

מתשובה זו ניתן היה להסיק, שאם יש שתי פרשנויות אפשריות לתנאי הנאמנות, יש להעדיף את הפרשנות המתיישבת עם ההלכה. אולם מתשובה אחרת של מהריב״ל עולה לכאורה מסקנה הפוכה.

התשובה האחרת[40] דנה בתושב צפת שמינה את אשתו כאפוטרופוסית על חלק מנכסיו, וציוה: ״ולא יצאו הנכסים הללו מתחת ידה עד... שתינשא היתומה [נכדתו]... ותבוא לדור פה [בצפת]״. הוראה זו יכולה להתפרש בשתי דרכים: (א) מינוי האישה כאפוטרופוסית קיים עד שתבוא הנכדה לדור בצפת. (ב) אם הנכדה לא תעבור לצפת, מינוי האישה כאפוטרופוסית יתבטל, מפני שאין טעם שהנכסים יהיו בידה בצפת, והנכדה שנמצאת במקום אחר לא תוכל להשתמש בהם לנישואיה[41]. גם כאן, אימוץ הפרשנות השנייה היה מביא לכך שמינוי האישה

[36] שו״ת מהריב״ל, חלק ב, סימן עו.

[37] הוא מסביר, שלפי פרשנות זו, הסיבה שלא אמר האב ״עד שתינשא הבת״ היא משום שרצה להורות שאם האישה תמות קודם, אחיו יטפל בנכסים.

[38] גיטין נב ע״א. להרחבה בעניין זה, ראה סעיף 21, פרק חמישי, ד.

[39] ראה לעיל, ליד ציון הערה 8.

[40] שו״ת מהריב״ל, חלק ב, סימן מח.

[41] בנידונו, המצַווה ציווה שאם לא תבוא הנכדה לצפת, יצומצם חלקה בירושה; ומהריב״ל פוסק שאין תוקף לצמצום זה (עיין שם לנימוקיו), ומשום כך הוא כותב שאילו ידע המצווה שהנכדה תהיה זכאית לכל חלקה

יתבטל, מה שלכאורה מתיישב טוב יותר עם ההלכה השוללת מינויה של אישה כאפוטרופוסית. אולם כאן, מהריב"ל אינו מכריע כפרשנות השנייה מכוח שיקול זה, אלא הוא מכריע: "לאו מילי דסמכא נינהו [=דברים שאינם להם על מה לסמוך הם (הפרשנות השנייה)], להוציא האפטרופוסות מחזקתה"[42].

את הסתירה שבין התשובות מיישב ר' חיים בנבנישתי[43] על ידי הבחנה בין מינוי אישה כאפוטרופוסית על ידי בית דין לבין השארתה כאפוטרופסית מכוח מינוי אבי היתומים. התשובה הראשונה עסקה באפוטרופסות על נכסיה של בת שהגיעה כבר לגיל גדלות, אך אמה טוענת שהיא נשתטתה. לדבריו, עם הגיע הבת לגיל גדלות, מסתיים תפקיד האם כאפוטרופוסית, משום שגדולה אינה זקוקה לאפוטרופוס. אמנם התעורר צורך במינוי אפוטרופוס לבת כיוון שהיא נשתטתה, אולם מינוי זה הוא בגדר מינוי אפוטרופוס לכתחילה, והוא נעשה למעשה על ידי בית הדין, ולא על ידי אבי היתומה. בנסיבות אלו, "אם אנו אומרים שתישאר האישה אפוטרופוסית עד שתינשא, הרי הוא כמו שבית דין ממנין לה עכשיו, ואין ממנים בית דין אישה לאפוטרופוס". לעומת זאת, בשאלה השנייה הדיון היה בהשארת האֵם בתפקיד האפוטרופוס שקיבלה מבעלה, ואדם אחר רשאי למנות אישה כאפוטרופוס, ולפיכך לא נוצרה התנגשות בין הוראות הצוואה להוראות ההלכה.

ברם, מהרשד"ם[44] נשאל עם מצב זהה לזה שבתשובה השנייה של מהריב"ל, ובכל זאת סבר שפרשנות המאפשרת לאישה להישאר בתפקיד האפוטרופוס שקיבלה מבעלה נוגדת את "דעת חכמים", ועל כן דחה פרשנות זו.

דברי מהרשד"ם נאמרו בתשובה לשאלה שעסקה באדם שמינה כנאמנים לניהול נכסיו את אשתו שהתגוררה בעיר אישקופיא שבבולגריה, יחד עם שני נאמנים נוספים שהתגוררו בסלוניקי. בצוואתו, הורה האב לאשתו שתעבור להתגורר בסלוניקי לאחר שתעבור שנה מיום פטירתו, כדי שתוכל לנהל את נכסיו יחד עם הנאמנים האחרים בקלות. כאן התעוררה השאלה, האם ההוראה האחרונה היא בגדר תנאי לכך שהאישה תכהן כאפוטרופוסית, שהפרתו תביא לכך שהאישה תסיים את כהונתה, או שמא זוהי הוראה נפרדת של הנפטר, שכהונת האישה כאפוטרופסית אינה תלויה בקיומה?

בעניין זה השיב מהרשד"ם: "אף על פי שהבעל יכול למנות אותה אפטרופא, מכל מקום הדעת מחייב דדוקא כאשר יהיו דברים מבוררים, שאין ספק בהם. אבל כל שאירע בו שום ספק, ראוי לומר שלא תהיה אפטרופא, ולהחזיק דעת חכמים שאמרו שאין למנות אשה אפטרופא". הוא מחזק את דבריו על ידי כלל שהוא מוכיח: "בדבר שיוצא מכלל סתמיות

בירושה גם אם לא תבוא לצפת, לא היה ממנה את אשתו אפוטרופסית על הכול, שהרי אין הצדקה לעכב את הנכסים בצפת.

[42] מהריב"ל בכלל אינו מזכיר שם את האיסור למנות אישה כאפוטרופוס.

[43] כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות לד, בתירוצו השני.
בתירוצו הראשון הסביר, שבסימן מח, הייתה הבת זקוקה לאפוטרופוס, אלא שהייתה שאלה האם המצווה התכוון להשאיר את אשתו כאפוטרופוס, ולכן פסק מהריב"ל שמספק אין מסלקים אותה; ואילו בסימן עו, שגדלה והייתה שוטה, ברור שהאב לא התכוון למנות את אשתו כאפוטרופוס עד שתינשא, שהרי אין זה מצוי שתינשא. ואין דבריו ברורים.

[44] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלט.

הדין, ואין אנו עושין העניין אלא מכח דברי המְצַוֶּה, יש לנו לבטלם בכל האפשר, אפילו שיהיה קצת רחוק מהסברה".

מדבריו עולה שגם אם אין התנגשות ישירה בין אחת הפרשנויות לבין ההלכה "היבשה" (כגון כאן, שדובר על מינוי אישה על ידי הנפטר), יש להעדיף את הפרשנות המתיישבת עם "דעת חכמים", אף אם זו פרשנות דחוקה. נראה שטעמו של מהרשד"ם הוא, שקביעת חכמים שאין בית דין ממנה אישה כאפוטרופוסית, מוכיחה שאין הם מעוניינים שאישה תכהן בתפקיד זה. מינוי אישה על ידי אבי היתומים מוכשר רק בדיעבד. לפיכך, פרשנות המאפשרת את המשך כהונתה של האישה מתנגשת עם "דעת חכמים", ואינה קבילה. זאת בניגוד למהריב"ל, שקיבל פרשנות כזאת באותו מצב.

מדברי מהרשד"ם נראה שהסיבה לכך שיש להעדיף פרשנות העולה בקנה אחד עם ההלכה, היא שיש "להחזיק דעת חכמים". כלומר, אם יש התנגשות לכאורה בין הוראותיו של יוצר הנאמנות להוראות ההלכה, על הפרשן לחפש פרשנות שתתיישב עם ההלכה, בגלל האמת האובייקטיבית שהיא מגלמת.

ר' יששכר בער איילנבורג[45] מנמק זאת בנימוק שונה: "בכל תנאי שבעולם שאדם מתנה עם חברו שאינו מפורש יפה באר היטב כנגד הדין, (ש)אז יש לחקור ולחפש כל טצדקי [=אמתלאות] שבעולם לפרש לשון התנאי באופן שלא יהיה כנגד הדין... אנו אומרים: אלמלא היה כוונתו של בעל התנאי להתנות כנגד הדין לא הוה ליה לסתום, אלא לפרש בהדיא"[46].

לפי הסבר זה, העדפת הפרשנות המתיישבת עם ההלכה נובעת מן השאיפה לקיים את רצונו של מי שעשה את התנאי. ההנחה היא שאילו היה מבקש לקבוע הוראה הסותרת את ההלכה, הוא היה עושה זאת בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים.

אבל הסבר זה מעורר את השאלה, האם הכלל האמור יחול גם במקום שיש להניח שמי שעשה את התנאי לא היה מודע להלכה בעת שעשה את התנאי. בנסיבות אלו אין בסיס לטענה שהלשון העמומה מוכיחה שהוא לא התכוון להתנות נגד ההלכה, ואם כן, ייתכן שעלינו לפרש את תנאו בהתאם למשמעותו הפשוטה. לעומת זאת, נימוקו של מהרשד"ם תקף גם במצב שעושה התנאי לא ידע את ההלכה.

פרק חמישי

סיכום

לפי המשפט העברי, דיני הנאמנות הנוגעים לניהולה של הנאמנות הפרטית, כפופים לתנאי הנאמנות הנקבעים בחוזה בין הנאמן לבין יוצר הנאמנות, חוץ מן ההוראות שבסעיפים 5 ו־13(ה), שנועדו להגן על צד שלישי, ועל כן אין כוח לנאמן וליוצר הנאמנות לפגוע בהן. לעומת זאת, ההוראות הנוגעות לניהולה של נאמנות למטרות צדקה או של נאמנות ציבורית

[45] שו"ת באר שבע, סימן לט, שאלה שניה.

[46] עיין שם, שמביא ראיות מדברי הפוסקים לכלל פרשני זה.

הן קוגנטיות ואי אפשר להתנות עליהן. לפיכך, נראה שהעמדה המוצגת בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, שכל דיני הנאמנות הם דיספוזיטיביים, קרובה יותר לעמדת המשפט העברי מן העמדה הנוכחית של החוק הישראלי[47].

לפי המשפט העברי, בכלל "תנאי הנאמנות" שדיני הנאמנות כפופים אליהם, כלול גם אומד דעתו של יוצר הנאמנות. דיני הנאמנות כפופים לנוהג המקובל בניהול נאמנויות.

במקום שתנאי הנאמנות אינם ברורים, ויש להם שתי פרשנויות אפשריות, שרק אחת מהן מתיישבת עם הוראות החוק, יש להעדיף את הפרשנות המתיישבת עם הוראות החוק.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

כפיפות לתנאי הנאמנות

11. הוראות חוק זה, בכל הנוגע לנאמנות הפרטית, יחולו בכפוף לתנאי הנאמנות, חוץ מסעיפים 5 ו־13(ה).

[47] אמנם ראינו שההוראות הנוגעות לניהולן של נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות הן קוגנטיות, אולם מנסחי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, הבהירו בדברי ההסבר להצעתם שהפרק על נאמנויות אינו עוסק ב"נאמנויות הציבוריות", משום שנבדקת האפשרות להעניק להן אישיות משפטית נפרדת, והדבר יחייב קביעת הסדרים חדשים והתאמת הסדרים קיימים בסוגיות רבות, ו"על כן הוצא הפרק הנוגע לנאמנות הציבורית, ההקדש הציבורי, מהחוק המוצע". אם נאמנות למטרות צדקה (כולל אפוטרופוס על יתומים) תוגדר כנאמנות ציבורית, וגם היא לא תיכלל בחוק המוצע, ניתן יהיה לומר שעמדת החוק המוצע מתאימה בכול לעמדת המשפט העברי, חוץ מאותם שני סעיפים חריגים.

סעיף 12

אחריות

אחריות

12. (א) נאמן אחראי לנזק שנגרם לנכסי הנאמנות או לנהנים עקב הפרת חובתו כנאמן; על אחריות לאבדנם ולנזקם של נכסי הנאמנות המוחזקים על ידו יחולו הוראות חוק השומרים, תשכ"ז-1967; לעניין זה יראו את הנאמן כשומר ואת הנהנים כבעלי הנכסים.

(ב) בית המשפט רשאי לפטור נאמן מאחריותו, כולה או מקצתה, אם פעל בתום לב ונתכוון למילוי תפקידיו.

(ג) נאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות, והוא אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או באישורו.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 287

פרק שני: אחריות הנאמן — "נאמן אחראי" 288

א. מבוא 288

ב. דיני השומרים 288

ג. דיני הנזיקין 293

פרק שלישי: התנאים להטלת האחריות — "נזק שנגרם לנכסי הנאמנות או לנהנים עקב הפרת חובתו" 294

א. מבוא 294

ב. אחריות על ירידת ערכם של נכסי הנאמנות 295

ג. אחריות לנזקי הנהנים 295

ד. אחריות למניעת רווח מן הנהנים 295

(1) דיני הנזיקין 296

(2) דיני השומרים 297

(3) דיני הערבות 297

ה. אחריות לנזקי צד שלישי 299

ו. הפרת חובה 301

ז. קשר סיבתי — "עקב הפרת חובתו" 302

פרק רביעי: היקף האחריות — "יחולו הוראות חוק השומרים" 304

א. מבוא 304

ב. נאמנות פרטית 304

ג. נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות 305
ד. נאמני קהל 310

פרק חמישי: פטור מאחריות — "בית המשפט רשאי לפטור נאמן מאחריותו" 311
א. עמדת החוק 311
ב. עמדת המשפט העברי 312

פרק שישי: בקשת הוראות — "נאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות" 313
א. מבוא 313
ב. רשאי או חייב? 313
ג. האם בית המשפט חייב להיעתר לבקשת הנאמן? 316

פרק שביעי: פטור מאחריות — "אם פעל... לפי הוראות בית המשפט" 317
א. מבוא 317
ב. כללי 317
(1) נאמנות פרטית 317
(2) נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות 318
ג. פעולה בחוסר תום לב 318

פרק שמיני: סיכום 319

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 321

מבוא

סעיף זה עוסק באחריותו של נאמן על אבדן נכסי הנאמנות או על נזק שנגרם להם. ס"ק (א) קובע את היקף אחריותו של הנאמן, וס"ק (ב) ו־(ג) עניינם בסייגים לאחריות זו. בכך משלים סעיף זה את הוראת סעיף 10, שהטילה חובה על הנאמן לשמור בפועל. מהו הבסיס המשפטי להטלת האחריות על הנאמן? האם האחריות מבוססת על דיני הנאמנות, או שמא היא מבוססת על בסיס משפטי אחר, כמו דיני השומרים, החוזים, הערבות או הנזיקין? לשאלה זו, כפי שניווכח, עשויות להיות השלכות לקביעת היקף אחריותו של הנאמן. נעסוק בכך בפרק השני.

הנאמן נושא באחריות בהתמלא ארבעה תנאים מצטברים: (1) קיומו של נזק ("נזק שנגרם"). (2) הנזק נגרם "לנכסי הנאמנות או לנהנים". (3) הנזק אירע בשל הפרת חובה של הנאמן. (4) יש קשר סיבתי בין הפרת החובה להתרחשות הנזק. כל אחד מן התנאים הנזכרים מעורר שאלות נכבדות: אלו הפסדים הם בכלל "נזק"? האם גם ירידת ערכם של נכסי הנאמנות או מניעת רווח מוגדרות כ"נזק"? האם מוטלת אחריות גם אם הנהנים אינם בעליהם של נכסי הנאמנות, או אם נכסי הנאמנות מיועדים לטובת מטרות כלליות, ולא לטובת נהנים מסוימים? האם נושא הנאמן באחריות גם לנזקי צד שלישי, שנגרמו אגב מילוי תפקידיו? בעניין הפרת החובה, מתעוררות שאלות כגון: האם רק הפרת הוראת חוק מוגדרת כהפרת חובה, או שמא גם הפרה של נוהג מקובל מוגדרת כך? האם טעות בהפעלת שיקול הדעת מוגדרת כהפרה של החובה לנהוג בשקידה? לעניין הקשר הסיבתי הנדרש, עולה השאלה, האם יש צורך בקיומו של קשר סיבתי ישיר בין התרחשות הנזק להפרת החובה, או שמא די בקיומו של קשר עקיף? בשאלות אלה ידון הפרק השלישי.

על אחריותו של נאמן "יחולו הוראות חוק השומרים, תשכ"ז־1967". כידוע, בעקבות המשפט העברי מטיל חוק השומרים רמות אחריות שונות על שומר חינם, על שומר שכר ועל שואל. בפרק הרביעי נברר מהי רמת האחריות שבה נושא נאמן — אחריות של שומר חינם, של שומר שכר או שמא של שואל?

חוק הנאמנות מעניק לבית המשפט סמכות שחוק השומרים אינו מעניק לו, והיא — לפטור נאמן מאחריות "אם פעל בתום לב ונתכוון למילוי תפקידיו". בפרק החמישי נברר, האם לפי המשפט העברי מהווה תום לב סיבה להקלה באחריותו של נאמן? והאם נכון להעניק לבית המשפט את הסמכות לפטור נאמן מאחריות המוטלת עליו על פי דין?

ס"ק (ג) מתיר לנאמן לבקש מבית המשפט הוראות, ופוטר אותו מאחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או באישורו. בפרק השישי נברר האם לפי המשפט העברי מוסמך בית הדין לתת הוראות לנאמן, ואם כן, האם רשאי הנאמן לפנות לבית הדין בבקשה לקבלת הוראות, והאם הוא חייב לעשות כן?

בפרק השביעי נדון בשאלה: האם פעולה על פי הוראות בית הדין פוטרת את הנאמן מאחריות, ובייחוד במצב שהוראת בית הדין מבוססת על טעות שהנאמן היה מודע לה?

פרק שני

אחריות הנאמן — "נאמן אחראי"

א. מבוא

סעיף זה מטיל על הנאמן אחריות לנזק שנגרם לנכסי הנאמנות. אחריות זו חלה על כל נאמן, בהתמלא התנאים שנדון בהם בפרק השלישי. על אחריות זו חלות הוראות חוק השומרים.

להלן נבחן עילות משפטיות שמכוחן ניתן להטיל על הנאמן אחריות זו לפי המשפט העברי: דיני השומרים[1] ודיני הנזיקין[2].

כמובן, אם הנאמן קיבל על עצמו, בפירוש או מכללא, לשאת באחריות לנזקים, הוא חייב בכך מכוח התחייבותו החוזית; אבל עניינו במצב רגיל, שלא נתפרש בחוזה הנאמנות שהנאמן מקבל על עצמו אחריות לנזק.

ב. דיני השומרים

תנאי בסיסי להטלת אחריות שמירה על מחזיק בנכס הוא, במשפט העברי כמו בחוק, שהחזקת הנכס תהיה "שלא מכוח בעלות"[3]. היות וראינו לעיל[4] שיש סוג של נאמן שמחזיק בבעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, עולה השאלה, האם מי שמחזיק בחלק מזכויות הקניין בנכס, חייב כשומר על הנכס, בשל העובדה שחלק אחר של זכויות הקניין בנכס שייכות לאדם אחר?

לעניין זה יש ללמוד מדין השותף, שאף הוא מחזיק בחלק מזכויות הקניין בנכס המשותף[5], ובכל זאת, הוא נחשב כשומר של הנכס כלפי שותפיו, על החלק שלהם בנכס המשותף[6]. כמו כן, מוטלת אחריות כשומר על המקבל מתנה על מנת להחזיר[7], ועל קונה נכס לזמן קצוב[8], אף שיש בידם זכות בעלות בנכס, וזאת מפני שזכות זו מוגבלת. לכן, גם נאמן שיש לו זכות בעלות חלקית בנכסי הנאמנות, אין בכך כדי לפטור אותו מחובות השמירה, שהרי חלק מזכויות הקניין בהם שייכים לאחרים. אחת מן הדוגמאות שהבאנו לעיל[9] לנאמן שיש לו זכות בעלות בנכס, הוא אפוטרופוס[10], ולגביו נפסק בפירוש שהוא אחראי כשומר[11].

[1] בסעיף 10, פרק שני, עסקנו בשאלה האם מלבד האחריות בתשלומים כשומר, חלה על הנאמן חובה לשמור בפועל. בפרק שלישי, שם, עסקנו בחובות המוטלות עליו כשומר מעבר לשמירה פסיבית.

[2] עילה אפשרית נוספת היא חיוב מדין ערב. אבל אין טעם לדון בה כאן, כיוון שאינה מוסיפה חיוב על הנאמן מעבר לחיוב שומר וחיוב מזיק (ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 598, בשאלה מדוע שומר קרקע וכדומה, שפטור מדין שומר, אינו חייב מדין ערב). הנפקות היחידה מחיוב נאמן מדין ערב היא לעניין חיוב על מניעת רווח, ובכך נעסוק בפרק שלישי, ב.

[3] חוק לישראל, שומרים, עמ' 54.

[4] סעיף 1, פרק שני.

[5] להגדרת חלקו של שותף בבעלות בנכס המשותף, ראה חוק לישראל, שיתוף נכסים, עמ' 25־29.

[6] ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 113־116.

[7] שם, עמ' 122־123.

[8] שם, עמ' 34 ועמ' 124.

[9] סעיף 1, פרק שני.

[10] סעיף 1, פרק שני, ה.

[11] חוק לישראל, שומרים, עמ' 121־122.

שלושה תנאים נוספים, שצריכים להתקיים כדי שחיובי השומר יחולו לפי המשפט העברי, הם: שבעל הנכס יבקש מאדם לשמור עבורו על הנכס; שבעל הנכס יסתלק משמירה על הנכס; ושהאדם המיועד להיות שומר, יקבל על עצמו לשמור על הנכס[12].

נראה ששלושת התנאים הללו מתקיימים במי שמשמש כנאמן בנאמנות על פי חוזה או על פי כתב הקדש. בנאמנויות אלה, העברת השליטה בנכסי הנאמנות לידיו של הנאמן כוללת במשתמע בקשת שמירה מצד בעל הנכס. בקשה כזו אינה צריכה להיעשות בצורה פורמאלית כלשהי[13], ומשום כך יש לראות מי שהפקיד נכס בידיו של נאמן כמי שביקש ממנו שישמור עבורו על הנכס. עם העברת השליטה, מסתלק יוצר הנאמנות משמירתו על נכסי הנאמנות, ובכך מתקיים התנאי השני. קבלת הנאמן את השליטה בנכסי הנאמנות כוללת במשתמע הסכמה לשמש כשומר, שהרי הוא זה שיוכל לשמור עליהם בצורה הטובה ביותר[14], ובכך מתקיים התנאי השלישי.

אבל יש הסבורים ששומר צריך לעשות מעשה קניין בנכס המופקד בידיו כדי לקבל על עצמו את השמירה[15], ולדעה זו, כדי שיחולו על הנאמן חובות שמירה, יהא עליו לעשות מעשה קניין בנכסי הנאמנות, שמכוחו הוא יתחייב לשמור עליהם[16].

ייחודו של הנאמן, מנקודת הראות של דיני השומרים, הוא, שבניגוד לשומר רגיל, הנדרש לשמור על הנכס בעבור בעליו ולהשיבו לבעליו בתום תקופת השמירה, הנאמן נדרש לעיתים לשמור על הנכס בעבור הנהנים ולהעבירו לנהנים בתום הנאמנות, או להעביר חלק מהרכוש לנהנים במשך תקופת הנאמנות. להבדל זה יש נפקות הלכתית רבה, כפי שניווכח להלן.

מן הכתוב "כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמֹר" (שמות כב, ו), למדו חכמים[17]: "לשמור — ולא לחלק". כלומר, אין אחריות שמירה על מי שקיבל נכס מבעליו ונתבקש להעבירו לאחרים. לכאורה, קביעה זו מסירה מעל נאמן את האחריות לנזק שקורה לנכסי הנאמנות אם הוא נדרש להעבירם לנהנים. אולם, לכלל זה נקבעו סייגים אחדים, שעליהם נעמוד בשורות הבאות, בקצרה.

[12] על תנאים אלו ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 7-21.

[13] ראה שם, עמ' 7-8.

[14] ראה שם, עמ' 28, שבמצב שהנכס נמצא ביד אדם המחזיק בו למטרה כלשהי, מניחים שהוא מסכים לשמור, מפני שהוא זה שיכול לשמור עליו בצורה הטובה ביותר.

[15] ראה שם, עמ' 21-24. וראה שם, עמ' 23, שאם השומר מקבל שכר, הוא חייב בשמירה גם לדעה זו בלי מעשה קניין; ושם, עמ' 29, ששוכר ושואל המשתמשים בנכס חייבים בשמירה בלי מעשה קניין גם לדעה זו; ושם עמ' 630, ששומר שהתחיל להתעסק בשמירה חייב בשמירה גם לדעה זו בלי מעשה קניין. כמובן, אפשר ליישם חריגים אלו גם בנאמן.

[16] אף שאפוטרופוס ליתומים אינו צריך מעשה קניין כדי למנותו, לפי שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קכז, הדברים אמורים רק לגבי שאר חיובי האפוטרופוס, אבל אינו חייב לשמור על נכסי היתומים לדעה זו כל זמן שלא עשה מעשה קניין. אף שרמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד, כותב שמוטלת על אפוטרופוס חובה כללית לפעול בנכסי היתומים "כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים", אין זה מטיל עליו אחריות על הנכסים אם אבדו. יתר על כן: אף שבית יעקב [טאוושונסקי], חו"מ, סימן רצ, סעיף ח, כותב שאם אין מי שמטפל בנכסי היתומים ואין בכוחם לשמור בעצמם את נכסיהם, יש מצווה לטפל בנכסים מדין השבת אבידה, ויש להניח שהאפוטרופוס נחשב שומר אבידה מטעם זה, הרי לכל הדעות שומר אבידה חייב בשמירה רק אם עשה קניין (חוק לישראל, שומרים, עמ' 41).

[17] בבא קמא צג ע"א. ראה על כך בהרחבה בחוק לישראל, שומרים, עמ' 562-563.

על רב יוסף מסופר בתלמוד[18], שנמסרו לו כספי צדקה עבור עניי העיר פומבדיתא, והוא הפקיד אותם אצל מישהו לשמירה, ונגנבו; והוא הטיל עליו אחריות לגניבתם. כשנשאל מדוע עשה כך, בניגוד לכלל שאין אחריות שמירה על מי ששומר נכס המיועד לחלוקה, השיב: "עניי דפומבדיתא מיקץ קיץ להו, ולשמור הוא". כלומר, היות שהכסף היה מיועד לעניי פומבדיתא, ולפי המקובל בעיר זו, היה לכל עני חלק קצוב בכספי הצדקה, הרי שניתן לראות כל אחד מן העניים כאילו זכה כבר בכספי הצדקה המיועדים עבורו, וממילא, השומר אינו שומר כספים המיועדים לחלוקה, אלא כספים שניתן לראותם כאילו כבר חולקו[19].

בביאור הסייג שלימד רב יוסף, יש שלוש דעות בפוסקים: לדעת המגיד משנה[20], רק אם זהות כל העניים ידועה, וחלקו של כל אחד מהם בכספי הצדקה אף הוא ידוע, הם נחשבים בעלים של הכספים, ועל כן חייב השומר באחריות. לדעת ר' יוסף קארו[21], די שזהות העניים ידועה (אף אם חלקו של כל אחד מהם בצדקה אינו קצוב), כדי להחשיבם כבעלים. לדעת הב"ח[22], די שחלקו של כל עני יהיה קצוב, אף שזהות העניים לא תהיה ידועה, כדי שהשומר יהיה חייב באחריות.

אם כן, לכל הדעות, אם זהות הנהנים ידועה, וחלקו של כל אחד מהם בנכסי הנאמנות קצוב, מוטלת על הנאמן אחריות כשומר אף שנכסי הנאמנות אינם אמורים לחזור בבוא העת לבעליה המקורי[23].

על סייג נוסף להלכה הפוטרת שומר מאחריות לגורלם של כספים המוחזקים בידיו ומיועדים לחלוקה, נוכל ללמוד מן הדרך שניסח הרמב"ם הלכה זו. וזו לשונו[24]: "מי שהפקידו אצלו מעות של עניים או של פדיון שבויים ופשע בהם ונגנבו, פטור, שנאמר: 'לשמור' ולא לחלק לעניים, והרי הוא ממון שאין לו תובעים". ניסוח ההלכה מעורר שאלה פרשנית: האם לפנינו שני נימוקים שונים לאותה הלכה, כאשר הנימוק הראשון הוא ששומר כספי צדקה פטור מאחריות משום דרשת חכמים, והנימוק השני הוא שהשומר פטור מאחריות משום שכספי הצדקה הם בגדר "ממון שאין לו תובעים" (ובאין תובע, אין גם אחריות)[25]; או שמא הנימוק השני אינו אלא טעם לדרשת חכמים?

לשאלה פרשנית זו יש נפקויות רבות. נפקות אחת היא, אם ביקש יוצר נאמנות מנאמן שישמור על כספי צדקה וישקיע אותם, ולאחר זמן מסוים ישיב אותם לידיו כדי שהוא יחלק

[18] בבא קמא שם.

[19] ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 564-567.

[20] מגיד משנה, הלכות שאלה ופיקדון, פרק ה, הלכה א ("דבעינן תרתי — שיהיו אנשים ידועים ויהיה חלק כל אחד ידוע").

[21] כסף משנה, הלכות שאלה ופיקדון, שם, בדעת הרמב"ם.

[22] ב"ח, חו"מ, סימן שא, סעיף ה.

[23] נראה שמאותה סיבה, אם נתן גבאי הצדקה את הכסף למישהו עם הוראות ברורות כיצד לחלק את הכספים, ולמי לחלק, נושא השומר באחריות שמירה, שהרי למעשה יש סכום קצוב לכל עני. שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן נ, דן במצב כזה, אבל לא בשאלת אחריות השמירה, אלא בשאלה האם אפשר להישאל לחכם על נדר הצדקה.

[24] רמב"ם, הלכות שאלה ופיקדון, פרק ה, הלכה א. כך הוא גם לשון שולחן ערוך, חו"מ, סימן שא, סעיף ו.

[25] לנימוק זה אין זכר בסוגיית בבא קמא שם, אך הוא מוזכר בסוגיית התלמוד בחולין קל ע"ב, בעניין מזיק מתנות כהונה.

אותם. בנסיבות אלו, הכספים אמנם מיועדים לחלוקה, אך אין זה ממון שאין לו תובעים, שהרי המפקיד תובע את הכספים מן הנאמן, בהתאם לחוזה הנאמנות!

ואמנם, נחלקו הראשונים בשאלה זו. רש"י הסביר כך את הדרשה מן המלה "לשמור" הפוטרת שומר כספי צדקה מאחריות[26]: "דכיון דאמר ליה 'חלקהו', תו לא דמפקיד נינהו, ומאן קתבע? [=כבר אינם של המפקיד, ומי תובע?] ועניים לא מצו תבעי, דלכל חד וחד מצי אמר לאו לדידך יהיבנא אלא לאחריני [=והעניים אינם יכולים לתבוע, שהרי לכל אחד ואחד יכול לומר: לא לך אתן אלא לאחרים]". הרי שהוא הבין שאין כאן שני נימוקים שונים, אלא טעמה של הדרשה הוא שזהו ממון שאין לו תובעין.

בהתאם לפרשנות זו, פסק הרמ"א[27], שאם גבאי צדקה הפקיד כספי צדקה אצל שומר, חלה על שומר זה אחריות שמירה, אף שאלו כספים שנועדו לחלוקה, משום שזהו "ממון שיש לו תובעים", והוא הגבאי[28].

מנגד, רבנו שמשון[29] ואחרים סבורים שגם בנסיבות אלו אין השומר נושא באחריות שמירה,

[26] רש"י, בבא קמא צג ע"א, ד"ה לשמור ולא לאבד. וראה גם פירוש הראב"ד, המובא בשיטה מקובצת, בבא קמא שם.

[27] רמ"א, חו"מ, סימן שא, סעיף ו. פסיקה זו מבוססת על דברי המרדכי, בבא קמא, סימן קא, שכתב: "ומיהו אם הגבאי אמר לשומר 'שמור לי לצרכי ארנקי של צדקה, ואם תפשע תתחייב לי', חייב... אלא משלם לגבאי והגבאי... לעניים". אבל זהו מקור בעייתי, משום שניתן לטעון שרק משום שהגבאי התנה עם השומר בפירוש שיתחייב לו, ועל דעת כן קיבל השומר על עצמו את הכספים, מוטלת עליו אחריות שמירה; אולם אם לא היה הגבאי מתנה עמו שיתחייב לשלם, שמא היה המרדכי מודה שהשומר פטור מאחריות שמירה. וראה בעניין זה בנתיבות המשפט, סימן שא, ס"ק ח. גם שו"ת ר"א מזרחי, חלק א, סימן נג (ד"ה ועוד מטעם; עמ' קנד במהד' תרצ"ח; הובא במחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן טז), כותב (כמו הרמ"א), שבמקרה שנדון בסוגית התלמוד שם, הפקיד רב יוסף את הכספים אצל השומר כדי שהשומר יחלקם לעניים, אבל אילו היה מבקש מן השומר להשיב את הכספים אליו, היה חייב גם אם לא היה הכסף קצוב לעניים, שהרי במקרה זה יש לממון תובעים.

שלטי הגיבורים, בבא מציעא כד ע"א, בדפי הרי"ף, קובע שאם מתחילה הופקדו הכספים ביד הנאמן לשם שמירה רגילה, ורק לאחר מכן נדר המפקיד שיתן אותם לעניים — חלה על הנאמן אחריות שמירה (וראה גם שער משפט, סימן פז, ס"ק כו). אולם לא כל הפוסקים מקבלים את פסיקת בעל שלטי הגיבורים בעניין זה. ראה: קצות החושן, סימן שא, ס"ק ד.

[28] על רקע זה, לא ברור על מה נסמכת מסקנתו של שו"ת חוות יאיר, סימן קצט, שלמרות שיש טעם בסייג שהפטור מאחריות אינו חל על מי שקיבל כספי צדקה לשמירה, כל הפוסקים לא קיבלו סייג זה, אלא קבעו ש"כל ששייך לעניים — פטור".

[29] מובא במרדכי, בבא בתרא, סימן תקג. כמו כן, שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יו"ד, סימן לט, כותב: "ואם תאמר, והא ההוא ארנקא דאפקדיה רב יוסף גבי ההוא גברא [=שהרי אותו ארנק שהפקיד רב יוסף אצל אותו אדם] ופשע בה, ממון שיש לו תובעים הוא, דרב יוסף עצמו גבאי הוא... ויש לומר, דמכל מקום לא עדיף האי שומר מגברא דאתי מחמתיה [=שומר זה מאדם שבא מכוחו], שאילו רב יוסף עצמו שפשע בה מפטר, אף שומר שבא מכחו פטור". מדבריו עולה, כדעת רבנו שמשון, שגם מי שקיבל כספי צדקה לשמירה בלבד, ולא נמסרה בידיו הסמכות לחלק אותם, אינו נושא באחריות שמירה. כך הבין מדבריו במחנה אפרים, שם. אבל הוא מבחין בין שיטת רבנו שמשון לשיטת מהרי"ט, ומדבריו משמע שגם מהרי"ט יסכים שאם המקדיש עצמו הפקיד את הכספים ביד השומר (ולא הגבאי), זהו ממון שיש לו תובעים, והשומר נושא באחריות שמירה כלפיו, בעוד שלדעת רבנו שמשון גם בנסיבות אלו אין השומר נושא באחריות שמירה, וכך היא גם דעת הראב"ן.

משום שדרשת חכמים מלמדת שדיני השומרים אינם חלים על שמירת כספים שנועדו לחלוקה[30].

על כל פנים, מדברי הרמ"א עולה, שאם אמור הנאמן להחזיר את כספי הנאמנות ליוצר הנאמנות, והיוצר יחלק אותם, הוא נושא באחריות שמירה אף אם הכספים מיועדים לחלוקה. מצב זה שכיח בנאמן המקבל סכום כסף, שרווחיו אמורים להתחלק למטרות צדקה, לדוגמה, ועליו להחזיר ליוצר הנאמנות את הקרן בתום תקופה קצובה.

יתר על כן, יש פוסקים שבכל הנוגע לכספים שנועדו לטובת מטרות ציבוריות, הציבור נחשב כתובע, משום שאם לא יוגשמו מטרותיה של הנאמנות, יצטרך הציבור להגשים מטרות אלה מכספי הציבור. נמצא, שהתרשלות בשמירת נכסי נאמנות ציבורית פוגעת בציבור, ובגלל פגיעה זו, קמה לציבור זכות תביעה כלפי הנאמן, ועל כן אין הנאמן יכול לחסות עוד בצילה של ההגנה מפני אחריות שמירה, המבוסס על כך שזהו ממון שאין לו תובעין[31].

[30] לפי שיטה זו, דרשת חכמים קובעת שדיני השומרים לעולם אינם חלים על כספים המיועדים לחלוקה. אך טעמה של דרשה זו אינו ברור. הסבר מעניין לדרשה, שאינו קושר בין עובדת היות הכספים מיודעים לחלוקה לבין קיומם של תובעים, נמצא בדברי הרמ"ה, המובאים בשיטה מקובצת, בבא קמא שם. לדבריו, היות שהכספים מיועדים לחלוקה, "לאו אדעתא דשמירה אתו לידיה דומיא דכל שומר [=לא על דעת שמירה באו לידיו, בדומה לכל שומר], אלא אדעתא דלהוו [=שיהיו] מצויין לעניים תדיר, דהא בכל שעתא ושעתא חיישינן דילמא אתו עניי [=שהרי בכל שעה ושעה אנו חוששים שמא יבואו עניים], ואי עביד להו נטירותא [=ואם יעשה להם שמירה ראויה] כדשמואל, דאמר כספים אין להם שמירה אלא בקרקע, אפשר דאתו עניי ולא שכיחי להו זוזי [=אפשר שיבואו עניים ולא יימצאו להם כספים]. ואמטו להכי לא חייביה רחמנא אפשיעותא [=ומשום כך לא חייבו הקב"ה בפשיעה], דכיון דלא אתא לידיה [=שלא בא לידיו] בתורת שמירה, ולא יכול למקברינהו [=לקבור אותם] בקרקע ולא לאצנועינהו [=להצניעם], אלא צריך לאצנועינהו בדוכתא דלהוו שכיחי ליה בכל שעתא [=אלא צריך להצניעם במקום שיהיו מצויים לו בכל שעה], לא מצי לנטורינהו שפיר". אבל נראה שגם לפי הסבר זה, אם הפקיד הגבאי את הכספים ביד שומר, נושא האחרון באחריות שמירה, כיוון שהוא אינו נדרש לחלק את הכספים, וממילא הוא יכול לשמור אותם שמירה מעולה עד למועד שיידרש להחזירם לגבאי. הסבר זה קשה, שכן הוא תקף רק בכסף, שדין שמירתו בקרקע, ולא בנכסים שאינם כספים (שניתן לשומרם שמירה מעולה אף שהם עומדים לחלוקה); ועוד, שהסבר זה אינו תקף במי שהופקדו בידיו כספים כדי לחלקם בעוד שנים אחדות, שהרי הוא יכול לשמור אותם בשמירה מעולה עד למועד שנקבע לחלוקתם. אפשר ליישב קשיים אלו על פי העיקרון שיש שטעמה של מצווה מתאים לעיקר המצווה, ולא לפרטיה (העמק שאלה, על השאילתות, שאילתא לא, ס"ק ב); ולכן די לתת טעם התקף לגבי שומר צדקה במצבו הרגיל, היינו כסף המיועד לחלוקה מיידית, והפטור חל גם בנכסים אחרים ובכסף המיועד לחלוקה בעתיד, אף שהטעם אינו תקף לגביהם.

[31] נתיבות המשפט, סימן שא, ס"ק ו.

אבל שו"ת פני יהושע, חו"מ, סימן קג (טז ע"א), חולק על כך בטענה שאף שמעיקר הדין הציבור נחשב כתובע בנאמנות ציבורית, הרי בדיוק משום כך באה גזירת הכתוב — "לשמור ולא לחלק", ללמד שבכל זאת אין השומר כספי צדקה נושא באחריות לגורלם של הכספים כלפי הציבור. על מחלוקת זו ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 567, ובמילואים שם, עמ' 1359.

בספר אהבת צדקה, פרק טו, עיונים, סעיף ו (עמ' תקטז), מעלה אפשרות שאין כאן מחלוקת, משום ש"הפני יהושע מדבר רק על נגיעה", כלומר, מצב שיש לציבור רק "נגיעה" בכסף, ולכן אין הציבור נחשב כתובע לגביו, ומה שנתיבות המשפט אומר שהציבור נחשב תובע הוא אם נתקיימו שלושה תנאים: שלציבור יש עניין בפרנסת העניים; שהציבור יכול ליטול מכספי הצדקה אם לא יהיה בהם צורך לעניים; ושלציבור יש סמכות לשנות את המטרות שלשמן הוקדשו הכספים.

אולם המעיין בנתיבות המשפט יראה, שאין הכרח לפרש את דבריו כך. ואלו דבריו: "אבל הציבור שנותנים מעות לגבאים שהן נותנים לכל עני כדינו וכפי אומד דעתם, ואם יתרבו עניים צריך הציבור להוסיף, ואם

אם כן, נוכל לסכם, שגם אם נכסי הנאמנות אמורים להיות מחולקים על ידי הנאמן, הוא נושא באחריות לשמירתם אם זהות הנהנים ידועה, ויש לכל אחד מהם חלק קצוב בנכסי הנאמנות, ואז אחריותו היא כלפי הנהנים, שהם התובעים; או אם מדובר בנאמנות לטובת מטרות ציבוריות, ואז אחריותו היא כלפי הציבור, שהוא התובע. אם הקרן של נכסי הנאמנות אמור לחזור ליוצרה בתום תקופת הנאמנות, הנאמן אחראי כלפיו על נזק לנכסי הנאמנות.

ג. דיני הנזיקין

מכוח דיני הנזיקין, מוטלת על נאמן אחריות לאובדן נכסי הנאמנות או לנזק שנגרם להם, אם הנזק או האובדן נגרמו באשמתו. בדרך כלל אין נפקות מחיובו מדיני נזיקין, שהרי בלאו הכי הוא חייב מכוח דיני השומרים, כאמור לעיל; אבל תהיה נפקות במצבים שלא חלה עליו אחריות שמירה, כגון אם הוא אמור למסור את נכסי הנאמנות לנהנים לא מוגדרים, שאז הוא פטור מאחריות שמירה, כפי שראינו לעיל. בכל זאת, לפי דעה אחת, אם הזיק בפועל לנכסים, הוא חייב, אף שהנכסים מיועדים לנהנים לא מוגדרים[32].

יתמעטו עניים ויישאר ממון, נוטל הקהל המעות לצרכם, וגם יש להקהל רשות לשנות [את ייעודן של] המעות — ודאי מעות הציבור הוא, והוי כיש לו תובעין". אם כן, אפשר שנתיבות המשפט מציין גורמים שונים, שדי בכל אחד מהם בנפרד כדי להגדיר את הציבור כתובע: חלוקה על פי אמות מידה ציבוריות (ולא לפי שרירות לבו של הגבאי); אינטרס כלכלי (הבא לידי ביטוי בכך שאם יחסרו כספים בקופת הצדקה, הם יושלמו מקופת הציבור); זכות ליטול מיתרת הכספים לשם הגשמתן של מטרות ציבוריות שונות (לעניין זה ראה בהרחבה בדיוננו בסעיף 16); זכות לשנות את המטרה שלשמה הוקדשו הכספים (לעניין זה ראה בהרחבה בדיוננו בסעיף 23). וכך נוקט בפתחי תשובה, חו"מ, סימן שא, ס"ק ח, בסופו, שלפי נתיבות המשפט, הציבור נחשב תובע גם אם לא יצטרך להשלים לעניים מקופת הציבור עקב אבדן כספי הצדקה. בדומה לשיטת נתיבות המשפט, הרואה בציבור תובע בנאמנויות ציבוריות, קבע ר' שמואל סגל לנדא, בשו"ת שיבת ציון, סימן צט, שמי שהופקדו בידיו שטרות כסף ("בנקנוטים") כתרומה עבור "קמחא דפסחא", ואבדו, הוא אחראי לאובדנם, משום שבאותו המקום היה מקובל שפרנסי הקהילה מתנים עם טוחן הקמח שיספק קמח לעניים, ולאחר מכן משלמים לו מכספי ה"קמחא דפסחא". במצב זה, היות שהטוחן כבר סיפק את הסחורה, אם לא יקבל את התשלום יתבע את פרנסי הקהילה שישלמו לו את המגיע לו. לכן יש לציבור אינטרס כלכלי בקיום השטרות, ולכן הציבור בכללו מוגדר כ"תובע", ומשום כך הגבאי נושא באחריות כלפיו כשומר. אבל מדבריו שם ניתן ללמוד שאין הוא מקבל את הנחת נתיבות המשפט, שהזכות לשנות את מטרות ההקדש הופכת את הציבור לתובע.

נראה שעיקרון זה הוא גם העומד ביסוד הלכת הרמ"א, יו"ד, סימן רנח, סעיף ה: "המחייב עצמו בקנס לצדקה, ועבר, צריך ליתנן לעניים שבעיר, ולא יוכל לומר שיתנם לעניים אחרים. ויוכל הגבאי לתובעו, דמקרי ממון שיש לו תובעים. אבל מי שהקדיש ממון הרבה, ומינה עליהם יורשיו לחלקו כפי הטוב בעיניהם, אפילו לעניי עיר אחרת, מקרי ממון שאין לו תובעים ואין גבאי העיר יכולין לכוף אותן ולתובעם שיקיימו צוואת המת... מכל מקום מקרי ממון שאין לו תובעים, הואיל ויכולין לחלק לכל מי שירצו". מי שמתחייב לתת צדקה לעניים, מתכוון מן הסתם לעניים שבעירו, ומאחר שלציבור שבעיר יש אינטרס כלכלי מובהק בכך שעניי העיר יקבלו את הצדקה, שהרי בכך מופחת הנטל המוטל על הציבור לסייע להם, הרי שכלל הציבור שבעיר נחשב "תובע", וממילא לא ניתן להגדיר את הממון כ"ממון שאין לו תובעים". אבל שו"ת חוות יאיר, סימן קצט, חולק על הרמ"א בעניין זה, וסובר שרק אם ימנו עניי העיר מורשה מטעמם כדי לתבוע את הכספים, ייחשב הממון לממון שיש לו תובעים.

[32] בחוק לישראל, שומרים, עמ' 563, ובמילואים שם, מובאת מחלוקת בשאלה האם מזיק צדקה חייב, או שהוא פטור כמו שומר צדקה מפני שזהו ממון שאין לו תובעין. ראה: מלחמות ה', בבא קמא לג ע"א (בדפי הרי"ף); תשב"ץ, חלק ב, סימן קלא; ים של שלמה, בבא קמא, פרק ח, סימנים עא־עב; משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד; נתיבות המשפט, סימן שא, ס"ק ב.

אבל בניגוד לאחריותו של שומר, שחייב גם על נזק עקיף, נאמן חייב בתור מזיק רק אם הזיק בפועל, בעוד שהוא פטור על נזק עקיף ("גרמא")[33].

פרק שלישי

התנאים להטלת האחריות — "נזק שנגרם לנכסי הנאמנות או לנהנים עקב הפרת חובתו"

א. מבוא

החוק קובע שלושה תנאים מצטברים לאחריות הנאמן: "נזק שנגרם"; "לנכסי הנאמנות או לנהנים"; "עקב הפרת חובתו". לתנאי ש"נזק נגרם" ניתן להציע פרשנות מצמצמת, שרק נזק שנגרם לנכסי הנאמנות גופם נחשב "נזק שנגרם לנכסי הנאמנות"; או פרשנות רחבה יותר, שגם ירידה בערכם של נכסי הנאמנות מוגדרת כ"נזק שנגרם"; ואף פרשנות רחבה עוד יותר, שגם אובדן רווח מוגדר כ"נזק". כרם[34] נוטה לפרשנות המרחיבה ביותר, שאף אובדן רווח מוגדר כ"נזק".

בדיון שלהלן נברר על איזה נזק אחראי נאמן לפי המשפט העברי. לעילה המשפטית להטלת האחריות על הנאמן עשויה להיות השלכה לשאלה זו.

החוק מטיל על הנאמן אחריות גם על נזק "לנהנים". הכוונה היא לנזק עקיף — למשל, אם נהנה ביקש הלוואה מן הבנק, בהסתמכו על כך שיוכל להחזיר את כספי ההלוואה מנכסי נאמנות שיקבל בהתאם לתנאי הנאמנות במועד מסוים, אך הנאמן לא העביר את הכספים במועד. הנהנה עלול לסבול הפסדי ריבית והצמדה בגלל אי יכולתו להחזיר את ההלוואה במועד. להלן נברר, האם אף לפי המשפט העברי נושא הנאמן באחריות להפסדים עקיפים שגרם הנאמן לנהנים.

התנאי השלישי להטלת האחריות הוא, שהנזק נגרם עקב הפרת חובת הנאמנות. כאן מתעוררת השאלה: האם צריך להיות קשר ישיר בין הפרת החובה לבין הנזק, או שמא די בקשר עקיף?

בהקשר זה מקובל להבחין בין קשר סיבתי עובדתי לקשר סיבתי משפטי[35]. המבחן המקובל לקיומו של קשר סיבתי עובדתי הוא — מבחן "הסיבה שבלעדיה אין", כלומר, שאילולי הפרת חובת הנאמנות לא היה הנזק נגרם. קיומו של קשר סיבתי משפטי נבחן על פי שלושה מבחנים: (א) מבחן הצפיות — האם האדם הסביר היה צריך לצפות את התרחשות הנזק; (ב) מבחן

[33] על ההבדל בין אחריות שומר לבין אחריות מזיק לעניין גרמא, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 5, ולפי מפתח העניינים, ערך גרמא בשומר.

על האפשרות להטיל אחריות לנזק עקיף גם מכוח דיני הנזיקין, ראה בחוק לישראל, נזיקין, עמ' 59־60.

[34] כרם, סעיף 231, עמ' 493.

[35] הבחנות אלו ומבחני המשנה לקיומן, נקבעו בפסיקה העוסקת בדיני הנזיקין, אך בתי המשפט החילו אותם גם כדי לקבוע את קיומו של קשר סיבתי לעניין אחריותו של נאמן. ראה ת"א (ירושלים) 5112/03, טי. ג'.סי. הנדסה בע"מ ואח' נ' י' צדקה ניהול ואחזקות בע"מ ואח', סעיפים 43־44 לפסק דינו של השופט פרקש (פורסם במאגר המשפטי "נבו").

הסיכון — האם תוצאת הנזק היא בתוך מתחם הסיכון שביקש המחוקק למנוע; (ג) מבחן השכל הישר — האם פעולת הנאמן היא פעולה שהשכל הישר מצדיק.

ב. אחריות על ירידת ערכם של נכסי הנאמנות

כפי שראינו בפרק שני, הנאמן מוגדר בדרך כלל כשומר, לפי המשפט העברי, ועל כן הוא נושא באחריות לאובדן הנכסים שהופקדו בידיו או לנזק שנגרם להם. שומר נושא באחריות לירידת ערכו של נכס שהופקד בידיו, כגון מטבע או תעודה שירדו בערכם משום שלא מכר אותם השומר מבעוד מועד[36], או אתרוגים שאיבדו מערכם לאחר חג הסוכות, מפני שלא מכר אותם מבעוד מועד[37]. לגבי מצב שהוזל מחיר הנכס בשוק, והשומר היה יכול למוכרו מבעוד מועד ולא עשה כן, נחלקו הפוסקים, האם הוא חייב[38]. לכן מוטלת על הנאמן אחריות גם על נזק שאירע עקב ירידת ערך הנכס.

ג. אחריות לנזקי הנהנים

החוק מטיל על נאמן אחריות על נזק שגרם לנהנים, גם אם אינו נזק לנכסי הנאמנות.

אבל לפי המשפט העברי, שומר אינו נושא באחריות לנזק שגרם לבעל הנכס, מעבר לנכס לפיקדון עצמו[39], אלא אם כן קיבל על עצמו התחייבות מפורשת או מכללא לשאת בנזק זה[40].

גם מדין מזיק, אי אפשר לחייב את הנאמן על נזק לנהנים שאינו נזק לנכס, מפני שבדרך כלל זהו נזק ב"גרמא", נזק שנגרם בעקיפין, שמזיק פטור עליו. גורם נזק חייב (מדין מזיק) רק אם הנזק נכנס בגדר "גרמי", לפי מבחנים מסוימים, כגון שכיחות הנזק[41]. גם כאן, אם הנאמן קיבל על עצמו התחייבות מפורשת או מכללא לשאת בנזק זה, הוא חייב, שהרי מי שמקבל על עצמו מראש לפצות את הניזק על גרמא, חייב בכך[42].

ד. אחריות למניעת רווח מן הנהנים

סוג מיוחד של נזק לנהנים (שאינו נזק לנכסים) הוא מניעת רווח, כלומר, אם בגלל התנהגות הנאמן בטיפולו בנכסים, נמנע רווח מן הנהנים. שאלת אחריותו של נאמן למניעת רווח צפוי כרוכה בשאלה שנדונה בהרחבה בפרק שני, בדבר העילה המשפטית להטלת האחריות. נבחן אפוא את אחריותו של הנאמן בהתאם לעילות המשפטיות השונות שהוצעו[43].

[36] חוק לישראל, שומרים, עמ' 353.

[37] חוק לישראל, שומרים, עמ' 354.

[38] חוק לישראל, שומרים, עמ' 217.

[39] חוק לישראל, שומרים, עמ' 306־307.

[40] שם, עמ' 317, ליד ציון הערה 80.

[41] ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך גרמא בנזקין; גרמי, כרך ו, עמ' תסא־תצז.

[42] מרדכי, בבא קמא, סימן קטו.
גם אין לחייב את הנאמן בנזקים לנהנים מדין ערב, מצד שיוצר הנאמנות סמך עליו ומסר לו את הנכסים, שהרי אי אפשר לחייב מדין ערב מעבר לסכום שהוציא מידו יוצר הנאמנות, והרי השאלה כאן היא על נזק מעבר לנזק לנכסים. רק לפי מורו של הריטב"א, שיצוין להלן, ליד ציון הערה 54, שחייב מדין ערב גם על מניעת רווח שהוא מעבר לסכום שהוציא המשלח, חייב הנאמן כאן מדין ערב.

[43] יש שבית דין קונס נאמן על הפרת חובתו להשכיר רכוש השייך לנאמנות צדקה, גם במצב שאין עליו אחריות מן הדין על מניעת הרווח; ראה בפסק הדין המצוטט בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 433.

(1) דיני הנזיקין

התלמוד הירושלמי מביא הלכה בשמו של ר' יצחק[44]: "המבטל כיס חברו אין לו עליו אלא תרעומת". משמעותה של הלכה זו היא שמי שמעכב בידיו את כספו של הזולת ובכך מונע ממנו להפיק רווחים מכספו, אינו חייב לפצות את הניזוק על הרווח שנמנע ממנו. אולם בהמשכה של הסוגיה נאמר: "המבטל שדה חברו, חייב לשפות לו"; ואת הסוגיה חותמת שאלה בדבר דינו של המבטל "ספינתו וחנותו של חברו", ושאלה זו נותרת ללא מענה. הירושלמי אינו מסביר מדוע שונה דינו של מי שמונע מחברו הפקת רווח מכספו, מדינו של מי שמונע ממנו הפקת פירות משדותיו, ובמה שונה המונע מחברו להפיק רווחים מספינתו ממי שמונע מחברו להפיק רווחים מכספו או משדותיו.

יש שהסבירו[45] את ההבדל בין המקרים על פי מידת הוודאות שבקיום הרווח. המונע מן הזולת להפיק רווחים מכספיו אינו חייב לפצותו על מניעת הרווח, כיון שהפקת רווחים מכספים תלויה במידה רבה בכישרונו של המשקיע ובנכונות אנשים לבצע עמו עסקאות, ולכן לא ברור שהיה מרוויח גם אילו היה כספו בידו, ואף אם היה מרוויח, אי אפשר לאמוד את סכום הרווח. מנגד, לשם הפקת פירות משדה לא דרוש כשרון מיוחד, וקל לשער את ערך הרווח שהיה יכול להיות לבעל השדה מן הפירות. לכן "המבטל שדה חברו, חייב לשפות לו". השאלה האם המבטל ספינתו של חברו או חנותו נותרה פתוחה, מפני שלא ברור האם ניתן לשער את גובה הרווחים שניתן להפיק מהשכרת ספינה או חנות.

לפי הסבר זה, נוכל לנסח כלל, שנאמן נושא באחריות למניעת רווח צפוי שיוצר הנאמנות או הנהנה היה יכול בוודאות להפיק, אם ניתן לאמוד את הרווח[46].

דרך אחרת לפרש את ההבחנה בין רווחים המופקים מכספים לבין רווחים המופקים משדה, היא שנהוג שהמקבל שדה כדי להפיק ממנה פירות, מתחייב שאם לא ישתדל להפיק ממנה פירות, יהא עליו לפצות את בעל השדה על הרווחים שהפסיד. לפיכך, אף אם מקבל השדה לא התחייב כך במפורש, מניחים שהתחייבות כזו עמדה ביסוד ההתקשרות בין מקבל השדה

[44] ירושלמי, בבא מציעא, פרק ה, הלכה ג, ופרק ט, הלכה ג.

[45] ראה: סמ"ג, עשין פב; שו"ת חוות יאיר, סימן קנא; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שצט; פני משה, על הירושלמי שם; מחנה אפרים, הלכות גזילה, סימן יא, והלכות ריבית, סימן מא; שו"ת משאת בנימין, סימן כח.

אבל מדברי חוות יאיר שם משמע שאף אם הרווח ברור, אין חיוב על מניעת רווח אם הפקת הרווח כרוכה בטורח רב. לביקורת על דבריו, ראה בקצות החושן, סימן שי, ס"ק א. והשווה סמ"ג שם, והגהות ציון וירושלים על הירושלמי, בבא מציעא, פרק ה, הלכה ג. להרחבה על חובת השיפוי על מניעת רווח, ראה: נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, שער חמישי: פיצויים על עיכוב כספים (ריבית פיגורים), עמ' 135-229 (על חיובו של המעכב כספים מדין מזיק, ראה עמ' 143-158).

להבחנות שונות בעניין המבטל כיסו של חברו, ראה בירור הלכה, מכות ג ע"א, ציון ה.

[46] כמו כן, שו"ת מהרש"ל, סימן טו, מכריע שאפוטרופוס שמכר נכסי יתומים בזול, חייב לשלם על הרווח שמנע.

שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן ג, דן בתביעה נגד אפוטרופוסים, על כך שלא הפיקו רווחים מנכסי היתומים. הרשב"א דוחה את התביעה בטענה שהאפוטרופוסים "היו יראים שלא יפסידו הנכסים", ועל כן לא התעסקו בהם. משמע, שאילולי נימוק זה, היה הרשב"א מטיל עליהם אחרית לאובדן הרווח. לעומת זאת, בשו"ת תורת חיים, חלק א, סימן נב, פוטר אפוטרופוס מאחריות על ש"הניח המעות מונחין בתיבה ולא נשא ונתן בהם והפסידו היתומים במה שלא הרויח הממון", משום ש"קיימא לן... המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומות". וראה ביקורת על פסיקה זו: ריינץ, עמ' 76.

לבעליה. על כן, אם נמנע מקבל השדה מלפתחה, הוא נושא באחריות למניעת הרווח מכוח התחייבותו החוזית כלפי בעל השדה. מנגד, מי שמקבל לידיו כספים של אחר, על פי רוב אינו מתחייב להפיק מהם רווחים, וגם אם הוא מתחייב לכך, אינו מתחייב לפצות את האחר אם לא יעשה כן, ולכן אין עילה משפטית לחייבו לפצות את בעל הכספים[47].

לפי הסבר זה, מקום שנהוג שנאמן מתחייב לפצות את יוצר הנאמנות או את הנהנים בגין אי־הפקת רווחים מנכסי הנאמנות, קיימת התחייבות מכללא של הנאמן לשאת באחריות לאובדן הרווחים.

(2) דיני השומרים

על שומר חינם אין אחריות על מניעת רווח שנגרמה כתוצאה מהתרשלותו בשמירת הנכסים שהופקדו בידיו[48]. עם זאת, אם התחייב בפירוש לדאוג להפקת רווחים ובשל התרשלותו נמנעו רווחים צפויים, הוא נושא באחריות גם על מניעת הרווחים[49].

יש הסבורים ששומר שכר נושא באחריות גם על מניעת רווח שנגרמה על ידי התרשלותו[50]. לפי דעה זו, נאמן שהוא בגדר שומר שכר לפי הכללים שנראה בפרק רביעי, נושא באחריות למניעת רווח שגרם ברשלנותו[51].

(3) דיני הערבות

התלמוד[52] דן באדם שמסר כסף לשליח כדי שיקנה בו יין עבורו במקום מסוים בזמן מסוים.

[47] נימוקי יוסף, בבא מציעא סא ע"א (בדפי הרי"ף); אמרי בינה, חלק א, שו"ת, סימן א, אות א; המסחר במשפט העברי (לעיל, הערה 45), עמ' 144־145.
השווה רא"ש ונימוקי יוסף שיצוינו להלן, הערה 53, שכתבו שמי שהתחייב בפירוש לשלם על מניעת רווח, חייב.
לפי הסבר זה, צריך לומר שהספק בנוגע לדין המבטל חנותו או ספינתו של חברו (לעיל, אחרי ציון הערה 44) נובע מאי בהירות באשר לשאלה האם מקובל להתנות עם מקבל הספינה או החנות שיהיה חייב לפצות את הבעלים על מניעת רווח.
הסבר זה עולה לכאורה באופן מפורש מן המשנה, בבא מציעא, פרק ט, משנה ג (בבלי קד ע"א): "המקבל שדה מחברו והובירה [=לא גידל בה פירות], שמין אותה כמה ראויה לעשות ונותן לו, שכך כותב לו: אם אוביר ולא אעביד — אשלם במיטבא" (וכך פסקו רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה יג, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן שכח, סעיף ב). מן ההנמקה עולה שהחיוב החוזי הוא העומד ביסוד הקביעה ש"שמין אותה כמה ראויה לעשות ונותן לו", ולא חיוב נזיקי. אבל מנגד, מדברי ר' יצחק שבירושלמי שם משמע שחובת השיפוי המוטלת על המקבל שדה שנמנע מלעבדה היא חובה עצמאית, ואינה תלויה בתניה חוזית.
עוד לעניין חיוב השיפוי על מניעת רווח על יסוד דיני החוזים, ראה: המסחר במשפט העברי (לעיל, הערה 45), עמ' 150, ליד הערות 52־56, ועמ' 158־159.

[48] ראה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ב, חלק ב, סימן נא; שו"ת רביד הזהב, סימן מג, אות ב; אבן האזל, על הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ג, הלכה ג; חוק לישראל, שומרים, עמ' 306, עמ' 930, אות ז, ועמ' 1035, במילואים להערה 6, אות א.

[49] שו"ת אבן שתיה, סימן פ; חוק לישראל, שומרים, עמ' 946, במילואים להערה 428, אות ד. וראה דברי הרא"ש, להלן, ליד ציון הערה 53, על שליח.

[50] ערך ש"י, חו"מ, סימן רצא, סעיף א; חוק לישראל, שומרים, עמ' 1047, במילואים להערה 73, אות ב.

[51] סייג נוסף לכלל ששומר אינו נושא באחריות למניעת רווח הוא שאם הרווח נמנע בגלל פגיעה בגוף הנכס שהופקד אצל השומר, כגון שנשרפה סחורה באשמת השומר, וכתוצאה מכך הפסיד בעל הסחורה רווח צפוי שיכול היה להפיק ממכירתה, נושא השומר באחריות למניעת הרווח. כך דעתו של רז"נ גולדברג, המובאת בחוק לישראל, שומרים, עמ' 1041, מילואים להערה 37, אות א.

[52] בבא מציעא עג ע"ב.

השליח התרשל במילוי תפקידו, ולא רכש את היין במועד שנקבע לכך. לאחר מכן עלה מחיר היין, ונמצא שהשליח מנע מבעל הכסף רווח שיכול היה לזכות בו אילו רכש את היין במועד. רב חמא פסק שעל השליח לפצות את בעל הכסף על הרווח שנמנע ממנו.

מפרשי התלמוד הציעו דרכים שונות להסביר את פסיקת רב חמא. הרא"ש[53] מסביר שבמקרה הנידון הסכימו הצדדים מראש שהשליח יפצה את בעל הכסף אם יימנע רווח עקב רשלנותו. מהסבר זה עולה שלא היה נושא באחריות זו אילו לא התחייב בפירוש לכך.

לעומתו, הסביר הריטב"א בשם מורו[54]: "אף על פי שלא קיבל [השליח] עליו תשלומין כלל, כיון שנתן לו מעותיו ליקח לו סחורתו, ואלמלא הוא, לוקח על ידי עצמו או על ידי אחרים... וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד". נימוקו היה: "בהיא הנאה דסמיך עליה [=באותה הנאה שסומך עליו] ונותן לו ממונו, משתעבד ליה מדין ערב".

מדברי מורו של הריטב"א עולה, שנאמן שמנע רווח מנכסי הנאמנות עקב ניהול כושל, נושא באחריות לכך, משום שיוצר הנאמנות סמך עליו ולכן לא מינה נאמן אחר ולא מילא בעצמו את תפקיד הנאמן. הסתמכות זו מחייבת את הנאמן מדין ערב לשלם על הרווח שמנע בניהולו הכושל[55].

להלכה, החתם סופר סבור אמנם ש"כל הפוסקים מודים לו [=למורו של ריטב"א]"[56], אך בכל זאת יש לא מעט פוסקים שאינם מסכימים עם מורו של הריטב"א[57], ולדעתם הנאמן אינו נושא באחריות על מניעת רווח שנגרמה עקב ניהול כושל.

[53] רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן ט. כך הסבירו גם נימוקי יוסף, בבא מציעא מד ע"א (בדפי הרי"ף), ורבנו יצחק, בשיטה מקובצת, בבא מציעא שם, ד"ה האי דאקשינן.
לפי השיטה שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 45, שהמונע רווח חייב מדין מזיק אם הרווח היה ברור, אפשר לומר שהטעם שרב חמא חִייב את השליח לשפות את המשלח, הוא משום שמנע מן המשלח הפקת רווח ודאי שערכו ידוע.

[54] חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא שם, ד"ה האי מאן, מובא גם בשיטה מקובצת, בבא מציעא שם, ד"ה האי מאן. ראה גם: סעיף 8, פרק חמישי, ב; המסחר במשפט העברי (לעיל, הערה 45), עמ' 149, ועמ' 233, הערה 2; חוק לישראל, שומרים, עמ' 629, 935, ו־1108.

[55] אבל רא"צ שיינפלד העלה אפשרות שמורו של הריטב"א לא יחייב את הנאמן כאן, מפני שלא הרי שליחות לביצוע פעולה מוגדרת שרווחיה צפויים מראש, כנאמנות שנועדה לביצוע מכלול פעולות שתוצאותיהן אינן ברורות מראש. ייתכן שדווקא בביצוע פעולה מוגדרת שתוצאותיה צפיות מראש, נכון לטעון ש"אלמלא הוא, לוקח על ידי עצמו או על ידי אחרים", ועל כן חייב השליח מדין ערב. לעומת זאת, נאמן נדרש לבצע מכלול רב של פעולות שתוצאותיהן אינן ברורות מראש, ולא יוכל יוצר הנאמנות לטעון שאלמלא היה הנאמן מקבל על עצמו את התפקיד היה מבצעו בעצמו או על ידי אחרים, וממילא אין הנאמן חייב מדין ערב על רווח שמנע בניהולו הכושל. וראה המסחר במשפט העברי (לעיל, הערה 45), הערה 48.

[56] שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קעח, דינים היוצאים, אות ה. ר"א מילר מעיר, שאף מדברי החתם סופר עולה, שהוא נמנע מלפסוק באופן נחרץ כדעת מורו של הריטב"א, שהרי הוא מסיים: "מכל מקום, הואיל ולא מצאתי כן להדיא... על כן כשיבוא לידי, אראה לפשר ולבצע עכ"פ".

[57] ראה: מרדכי, בבא קמא, סימן קטו; נחלת צבי, חו"מ, סימן רצב, סעיף ז, בהג"ה; אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן לט, ד"ה אולם (ש"כמעט מכל הראשונים" מבואר שחייב רק אם התחייב בפירוש); מראה הפנים על הירושלמי, בבא מציעא, פרק ה, הלכה ג, ד"ה הדא (שבניגוד לחתם סופר, כתב על שיטת מורו של הריטב"א: "לא מצאתי חבר לו ולסברא זו"(!)). ראה גם: חוק לישראל, שומרים, עמ' 598, מילואים להערה 20, אות ב; ערבות, עמ' 80 ועמ' 518; ערך שי, חו"מ, סימן קפה, סעיף ז.

ה. אחריות לנזקי צד שלישי

המשנה קובעת[58], שאם יש שור לחרש שוטה וקטן, והשור נגח והזיק בנגיחתו, "מעמידין להן אפוטרופוס ומעידין להן בפני אפוטרופוס". כלומר, בית הדין ממנה אפוטרופוס מיוחד, שתפקידו הוא לשמור על השור[59], ואם צריך לקבל עדות על נגיחת השור כדי להפוך אותו ל'שור מועד' שבעליו משלם את מלוא הנזק שגרם בנגיחותיו, עדות זו תתקבל בפני האפוטרופוס.

על דין זה מקשה ר' שלמה לוריא, מהרש"ל[60]: הרי בלאו הכי צריך למנות אפוטרופוס ליתומים, והאפוטרופוס, כמי ששולט בנכסי היתומים, נושא באחריות גם לנזקים שייגרמו לצד ג' מנכסי היתומים. אם כן, מדוע יש צורך למנות אפוטרופוס מיוחד לשם קבלת עדות על נגיחת השור?

על כך משיב מהרש"ל, שכאשר בית הדין ממנה אפוטרופוס, הוא עושה זאת אך ורק לטובת היתומים, והפיכת השור לשור מועד אינה לטובתם, כמובן. נמצא, שהאפוטרופוס שמונה לשם ניהול נכסי היתומים אינו מוסמך לקבל עדות על נגיחות השור. ואמנם, מוסיף מהרש"ל, אם אבי היתומים מינה אפוטרופוס, הוא מוסמך גם לקבל עדות על השור, מפני שאבי היתומים ממנה אפוטרופוס גם לחובת היתומים.

מדברים אלו עולה, שבכלל, נאמן אחראי לנזקי צד ג', אלא שאפוטרופוס ליתומים שמינהו בית הדין אינו מוסמך לקבל עדות על נגיחות שור של היתומים, ולאפשר בכך את הכנסת השור למעמד של שור מועד.

אבל לעניין זה, מצאנו מקורות סותרים בתלמוד. מקור אחד הוא סביב המשנה שהבאנו, באפוטרופוס שנתמנה לשמור על שור נגחן של יתומים. בתלמוד[61] מובאת מחלוקת בין האמוראים בשאלה, מי משלם את הנזק שהזיק השור: "ר' יוחנן אמר: מעליית [=מנכסים מעולים של] יתומים, דאי אמרת מעליית אפוטרופוס, ממנעי ולא עבדי [=יימנעו ולא יעשו]; ר' יוסי בר חנינא אמר: מעליית אפוטרופוס, וחוזרין ונפרעין מן היתומים לכי גדלי". ממחלוקת זו עולה, שלכל הדעות, אין האפוטרופוס נדרש לשאת בנזקי צד ג' מכיסו, אלא שסדר התשלום שנויים במחלוקת: לדעת ר' יוחנן, האפוטרופוס אינו משלם מכיסו את הנזק, אלא הניזוק יקבל פיצוי מן היתומים. לעומתו, ר' יוסי בר חנינא סובר, שהאפוטרופוס משלם מכיסו את הנזק, אך הוא זכאי לשיפוי מן היתומים, כשיגדלו. וכך פוסק הרמב"ם[62]. הסיבה לכך שחכמים

[58] משנה, בבא קמא, פרק ד, משנה ד (בבלי לט ע"א).

[59] ראה בירור הלכה, בבא קמא לט ע"ב, ציון ב, שנחלקו הפוסקים, האם האפוטרופוס חייב לשלם על נזקי השור כשהוא עדיין תם, לפני שנעשה מועד.

[60] ים של שלמה, בבא קמא, פרק ד, סימן יג. וראה גם שם, סימן טו.

[61] בבא קמא לט ע"א-ע"ב.

[62] רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ו, הלכה ד.

יש להעיר, שבתלמוד הירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ד, ובבא קמא, פרק ד, הלכה ד, מובא בשם ר' יוסי בר חנינא שהנזק ישולם "משל אפוטרופין", בהשמטת "וחוזרין ונפרעין מן היתומים לכי גדלי". מכאן הסיקו רבים, שלפי הירושלמי, ר' יוסי בר חנינא אינו חושש שהטלת האחריות לנזקי צד ג' תניא אנשים מלשמש כאפוטרופסים. ראה: יפה עיניים, בבא קמא לט ע"א, ד"ה מעליית מאן; חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא קמא, עמ' כט; זרע יצחק, בבא מציעא מב ע"ב, ד"ה תוס' בד"ה נימא ליה. אבל חידושי הרשב"א, בבא קמא לט ע"ב, ד"ה ור"י, וחידושי הר"ן, גיטין נב ע"ב, ד"ה וכיון דקי"ל, מפרשים את דברי ר' יוסי בר חנינא שבירושלמי כפי שמובנים דבריו בבבלי. גם זרע יצחק שם מעיר בסוף דבריו: "אפשר להשוותם,

פוטרים את האפוטרופוס מן האחריות לנזקי צד ג׳, לפי שתי הדעות, היא שאם יחויב בכך, קיים חשש שאנשים לא יסכימו לקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס[63].

מצד שני, אנו מוצאים מקור המחייב אפוטרופוס לנזקי צד ג׳. התלמוד[64] מביא מעשה באפוטרופוס של יתומים שרכש שור מסוחר עבור היתומים, ומסרו לרועה. לאחר זמן, מת השור במפתיע, וכשנחקרה סיבת המוות, התברר שהשור מת מרעב, משום שהיה חסר שיניים, ולא היה מסוגל לאכול את האוכל שהוגש ליתר השוורים. הסוגיה קובעת שהסוחר חייב להחזיר ליתומים את הכסף ששולם עבור השור, משום שזהו מקח טעות. אולם סוחר השוורים תובע את האפוטרופוס, בטענה שהוא לא היה מודע לקיומו של המום, ואילו היה האפוטרופוס בודק כראוי את השור שקנה עבור היתומים, היה מגלה את המום, וכך היה המקח מתבטל, אך ביד הסוחר היה נשאר שור חי!

מן הסוגיה עולה, שהאפוטרופוס אמנם היה חייב לפצות את הסוחר על נזקיו, אילולי טענת ההגנה של האפוטרופוס: "אנא לבקרא מסרתיה", שמשמעותה היא, שהאפוטרופוס מסר את השור לרועה כדי לטפל בו, ומשום כך, הרועה הוא זה שאחראי להתרחשותו של הנזק, ולא האפוטרופוס[65].

הראשונים[66] מיישבים בין הסוגיות בכך, שהכלל הוא שאפוטרופוס חייב בנזק, גם בנזק לצד ג׳, ואין חשש שהחיוב ירתיע אנשים מלשמש כאפוטרופוסים, כיוון שאפוטרופסות נחשב מינוי

והוא, דאף על גב דהדר גבי מהיתומים, מכל מקום חשיב כאילו פרע משלו, כיון דממתין עד שיגדלו היתומים ומעותיו בטילים"

63 דננו בחשש זה בהרחבה בנספח לסעיף 7, במחלוקת התנאים בשאלה, האם להטיל על האפוטרופוס שבועה בסיום כהונתו. ואמנם, סוגיית הירושלמי, בבא קמא שם, קושרת בין מחלוקתם של ר׳ יוסי בר חנינא ור׳ יוחנן לבין מחלוקת תנא קמא ואבא שאול בעניין השבועה. אולם, סוגיית הירושלמי, גיטין שם, מעלה את האפשרות שאין לקשור בין המחלוקות, משום שייתכן שהרתיעה מפני השבועה אינה דומה לרתיעה מפני התשלומים. לדיון רחב בהבדל שבין סוגיות הירושלמי, ראה: רייניץ, עמ׳ 12־14.

על פטור אפוטרופוס על נזק לנכסי הנאמנות מטעם זה, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 293־294.

64 בבא מציעא מב ע"ב. על מעשה זה, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 293־294.

65 ע"פ חידושי הרשב"א, בבא מציעא שם, ד"ה ותו איכא (מובא גם בשיטה מקובצת, בבא מציעא שם, ד"ה ואיכא דמתרץ).

חידושי הרמב"ן, בבא מציעא שם, ד"ה ותימה הוא (הובא בשיטה מקובצת שם, ד"ה תו איכא), סבור שאף אם לא היה האפוטרופוס מוסר את השור לרועה, הוא לא היה נושא באחריות לרכישת שור בעל מום, "משום דלא מינכר ביה [=לא ניכר בו], ויש שאוכלים בהנהו ככי דהוו ליה [=באותן שיניים שהיו לו], וזה שלא אכל ומת, איגלאי מילתא [=התגלה הדבר] דמשום ככי דלא הוו ליה [=שיניים שלא היו לו] מת. או שהדבר צריך לבקיאים ורוב אינם בקיאים ואין כאן פשיעה". לפי הסבר זה, האפוטרופוס אינו נושא באחריות לנזק שאירע מחמת חוסר מומחיותו, כל עוד פעל באופן סביר. אולם, לא ברור מדוע, לשיטתו של הרמב"ן, לא יידרש אפוטרופוס שאינו בקי במומי שוורים, לבדוק את השור על ידי מומחה.

לפי הסבר אחר, האפוטרופוס אינו נושא באחריות בנסיבות אלו משום ש"תורא דלית ליה ככי [=שור שאין לו שיניים], מילתא דלא שכיח היא [=דבר שלא שכיח הוא], ולא הוה ליה לעיוני [=ולא היה לו (לאפוטרופוס) לעיין]" (חידושי הרמב"ן, שם; שיטה מקובצת, שם; חידושי הריטב"א, שם).

יודגש, שגם לפי הסברים אלו, אם האפוטרופוס היה יכול לברר את קיומו של המום לפני הרכישה, ובכל זאת הוא רכש את השור, ובעקבות זאת נגרם נזק לצד ג׳, נושא האפוטרופוס באחריות לנזק זה.

66 תוספות, גיטין נב ע"ב, ד"ה הלכה, בבא קמא לט ע"א, ד"ה דאי, ובבא מציעא מב ע"ב, ד"ה נימא; חידושי הרשב"א, בבא קמא לט ע"ב; חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא מב ע"ב. פרשנים נוספים שתירצו כך צוינו על ידי המהדיר לחידושי הריטב"א שם, הערה 622.

של חשיבות, שהרי יש בו סיוע ליתומים. אבל אפוטרופוס שנתמנה לשמור על שור נגחן של יתומים דינו הוא חריג, שפטרו אותו מתשלום הנזק מחשש שחיובו ירתיע אנשים מלשמש כאפוטרופוסים מסוג זה, שכן מינוי זה אינו לטובת היתומים אלא המינוי נועד להגן על הציבור מנזקי השור, ואינו מינוי שמייחסים לו חשיבות. אם כן, הכלל הוא שנאמן נושא באחריות לנזקי צד ג' שגרם בהתרשלותו.

ו. הפרת חובה

כפי שנראה להלן[67], אפוטרופוס שפשע בשמירת נכסי היתומים נושא באחריות להפסדים שנגרמו עקב כך. הגדרת פשיעה לעניין שומר היא שמירה שאינה כפי המקובל[68]. כמו כן, מי שהבטיח לעשות פעולה מסוימת ולא עשה כן, מוגדר כפושע[69]. נראה שגם הפרת הוראות חוק המורות לנאמן בצורה מפורשת כיצד לפעול, היא בגדר פשיעה[70].

ברם, מה דינה של פעולה שגרמה נזק בשל טעות של הנאמן בהפעלת שיקול הדעת? האם נאמר שפעולה כזאת אף היא בגדר 'פשיעה', שהרי הוא חייב לשמור ולפתח את הנכסים "באמונה ובשקידה", ואם היה נוהג כך יש להניח שלא היה טועה, או שמא, מאחר שכל אדם עלול לטעות, אין הנאמן נחשב פושע, שהרי לא פעל בניגוד להוראת חוק, ולא הפר חובה המוטלת עליו לפי חוזה הנאמנות?

תשובה לשאלה זו אפשר למצוא בתשובת מהר"ם מרוטנבורג שנביא להלן[71], בעניין אפוטרופוס שגרם נזק ליתומים עקב ייצוג רשלני. תשובה זו פותחת בטענה "על אפטרופוס שפשע, שטען בבית דין מה שלא צווהו לטעון". מסיומה של הטענה משמע, שהיא מתמקדת בכך שהנאמן פעל בניגוד לסיכום שהיה לו עם יוצר הנאמנות. מכאן מסיק הרדב"ז[72]: "אין הדברים אמורים אלא בזמן שאמרו לו 'תטעון כך וכך', ולא טען אלא טענה המחייבת את היתומים. כל כהאי גוונא פשיעה היא. אבל [אם] לא אמרו לו דבר, מצי למימר 'לא ידעתי טענה טובה מזו'". מדבריו עולה, שטעות של נאמן בשיקול הדעת אינה נחשבת פשיעה, ואין הנאמן אחראי לתוצאותיה של פעולה שביצע בתום לב, אך טעה בשיקול הדעת.

אולם הרמ"א[73] מביא את תשובת מהר"ם מרוטנבורג בשינוי לשון, באופן שההלכה עוסקת ב"אפוטרופוס שטען בבית דין מה שלא היה לו לטעון". מנוסח זה משתמע, שלדעת הרמ"א, פסיקת מהר"ם מרוטנבורג כוללת גם מצב שהנאמן גרם נזק מחמת טעות בשיקול הדעת, ולא מחמת הפרת הוראותיו של יוצר הנאמנות.

[67] ליד ציון הערה 112.

[68] חוק לישראל, שומרים, עמ' 160-162.

[69] חידושי הר"י מיגאש, שבועות מב ע"ב; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ב, הלכה ג, בסופו.

[70] כך כותב מהר"ם מרוטנבורג, תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן מ (=שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן ריא, ודפוס לבוב, סימן רכ): "כל אפוטרופוס המשנה ממה שאמרו חכמים, אפוטרופוס שמפסיד קרינן ליה, ומסלקינן ליה". אלא שהוא דיבר על סילוק האפוטרופוס ממשרתו ולא על חיובו באחריות לנזק. וראה גם סעיף 22, פרק שמיני, ב, (3).

[71] אחרי ציון הערה 81.

[72] שו"ת הרדב"ז, להלן הערה 85.

[73] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף כ.

ז. קשר סיבתי — "עקב הפרת חובתו"

ר' יצחק אדרבי נשאל[74], האם אפוטרופוס שנדרש למכור נכס של היתומים ונמנע מכך, נושא באחריות לנזק שנגרם לאחר מכן לנכס עקב שריפה? במקרה זה, קיים אמנם קשר סיבתי עובדתי בין הפרת החובה להתרחשות הנזק, אך היות והאפוטרופוס לא יכול היה לצפות שהפרת החובה תוביל להתרחשות הנזק, הרי שבלשוננו, אין במקרה זה קשר סיבתי משפטי בין הפרת החובה לבין התרחשות הנזק. ר"י אדרבי פטר את האפוטרופוס מאחריות לנזק שנגרם, משלושה טעמים, כדלהלן:

(א) מנסיבות העניין עלה שהאפוטרופוס נמנע ממכירת הנכס משיקולים עניינים, ולא מחמת רשלנות[75], ואם כן, פעל במסגרת סמכויותיו, ולא הפר שום חובה בכך שלא מכר את הנכסים. לפי טעם זה, אין מקום להסיק מתשובה זו דבר לענייננו, שהרי הנזק שנגרם לא נגרם מחמת "הפרת חובה".

(ב) גם אם הפר האפוטרופוס את חובתו, הרי הוא לא הזיק בידיו לנכסים, אלא רק נמנע מעשיית מעשה[76], מה גם שהשריפה שקרתה לא הייתה צפויה, ולכן הנזק שגרם הוא בגדר נזק עקיף ("גרמא"), שאין מזיק נושא באחריות עליו[77].

ר' חיים אוירבך[78] סבור שבטעם זה הסתמך ר"י אדרבי בעיקר על כך שלא היה יכול לצפות שמעשהו או מחדלו יגרמו לנזק; ואת העובדה שהיה כאן רק מחדל הזכיר ר"י אדרבי רק כחיזוק, אבל הוא אינו נימוק העומד בפני עצמו, ולכן אם מחדלו גרם נזק שהיה יכול לצפות, הוא חייב. ההדגשה על יכולת האפוטרופוס לצפות את הנזק מתאימה למבחן הצפיות, המקובל במשפט הישראלי ככלי לבחינת קיומו של קשר סיבתי משפטי, המצדיק להטיל על הנאמן את האחריות לנזק[79].

(ג) הטלת אחריות במקרה זה עלולה להניא אנשים מלשמש כאפוטרופוסים ליתומים[80]. לפי טעם זה, מוטלת על נאמן בנאמנות פרטית אחריות על כל נזק שנגרם מחמת פעולותיו או מחדליו, משום שאין עניין ציבורי בעידוד אנשים לשמש כנאמנים בנאמנות פרטית. יתירה מכך: אף נאמן בנאמנות למטרות צדקה ישא באחריות לנזקים מסוג זה, במצב שיש להניח שהטלת האחריות לא תניא אנשים מלשמש בתפקיד. כך למשל, יש להניח שנאמן המקבל

[74] שו"ת דברי ריבות, סימן קכג.

[75] הוא מסביר, שאף שהתלמוד אומר, בכתובות ק ע"ב, שצריך למכור מיטלטלין של יתומים לאלתר, הדברים אמורים רק בדברים שיש חשש שיירקבו אם לא יימכרו; ובמקרה הנידון, לא היה חשש שהנכסים ייירקבו.

[76] לפי נימוק זה, ייתכן שר"י אדרבי יסכים שאם הנזק נגרם מחמת פשיעה אקטיבית, נושא האפוטרופוס באחריות לתוצאותיה, אף אם תוצאות אלו לא נגרמו באופן ישיר עקב פעולתו. לדעות חולקות על פסיקתו של ר"י אדרבי, ראה: שולחן ערוך הרב, או"ח, סימן תמג, קונטרס אחרון, ס"ק ב; שו"ת מקור ישראל, חו"מ, סימן מ, בתחילתו. בשאלה האם שומר חייב על אי־מכירת הנכס במקום הצורך, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 350־354. על תשובת דברי ריבות, ראה שם עמ' 1101־1102.

[77] להגדרת גרמא שהמזיק פטור עליו, ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך גרמא בנזקין; גרמי, כרך ו, עמ' תסא־תצז. וראה חוק לישראל, נזיקין, עמ' 293, ליד ציון הערה 26, שאם גרם אדם נזק בידיים, ולא במחדל, הוא נושא באחריות לכך אף אם לא היה יכול לצפות את התרחשות הנזק.

[78] דברי חיים (אוירבך), דיני חמץ, סימן י, ד"ה ומה.

[79] ראה לעיל, אחרי ציון הערה 35.

[80] הוא מסתמך על ר' חיים, הפוטר אפוטרופוס מפשיעה מטעם זה; ראה להלן, ליד ציון הערה 98. וראה גם שו"ת פני יצחק, חלק א, חו"מ, סימן כד (קצט ע"ד), על טעמו של דברי ריבות.

שכר על מילוי תפקידיו לא יירתע מלקבל על עצמו את התפקיד מחשש שמא ישא באחריות לנזק עקיף שייגרם מחמת פעולותיו או מחדליו. לכן, נאמן המקבל שכר על מילוי תפקידו נושא באחריות לנזק עקיף שגרם לנכסי הנאמנות.

מקור אחר שאפשר ללמוד ממנו על חיוב אפוטרופוס בנזק שגרם עקב הפרת חובתו, הוא תשובת מהר"ם מרוטנבורג[81] בעניינו של אפוטרופוס שגרם נזק ליתומים עקב ייצוג רשלני. בפני מהר"ם הוצגה השאלה הבאה: "על ראובן שטוען על אפטרופוס שפשע, שטען בבית דין מה שלא ציוהו לטעון, ובזה נתחייב. ואם היה טוען כאשר אמרו לו, היה יוצא בבית דין זכאי". מהר"ם מתרעם על כך שהשואל לא פירט יותר את נסיבות המקרה, ולא הבהיר כיצד היה האפוטרופוס יוצא זכאי בדין. וזו לשונו: "אמת שאפטרופא חייב בפשיעה... מיהו מה אתם קורים פשיעה? אם טוען ראובן 'אם היית טוען בדבר הזה משתבענא ושקילנא [=הייתי נשבע ונוטל] או משתבענא ולא משלמנא' [=הייתי נשבע ולא משלם], והשתא לפי דבריך משתבע שכנגדו או שקיל בלא שבועה, כל כי האי גוונא לאו פשיעה היא, ואפילו דינא דגרמי לא הוי אלא גורם לממון כדאיתא בשבועות[82] מי יימר דמשתבעת או מי יימר דמשתבע ההוא. ולא קיימא לן כר' שמעון דאמר[83] דבר הגורם לממון כממון דמי. ולא מקרי פשיעה אלא אם כן שבדברי ראובן היה פטור בלא שבועה ובדברי האפטרופא שקיל היאך בלא שבועה".

מן התשובה עולה, שאם גרם האפוטרופוס נזק בעקיפין, אך קיומו של הנזק היה מותנה בהתמלאותו של תנאי (שבועה של התובע או הנתבע), שבעת שעשה האפוטרופוס את מה שעשה, לא היה ברור אם תנאי זה יתמלא, אין זו פשיעה המחייבת את האפוטרופוס באחריות.

ר' ישראל איסר הסביר[84] שמהר"ם פטר את האפוטרופוס מתוך עיקרון כללי: "לחייב אדם מתורת פשיעה או מזיק לא מחייב, אלא היכא שעל ידו נפסד ממון בודאי".

אולם ר' ישראל איסר עצמו[85] הקשה על השימוש שעשה מהר"ם בעקרונות דיני הנזיקין כדי לפטור אפוטרופוס מאחריות: "הא דמחייבנין לאפוטרופוס שלא טען לטובת היתומים, לא מטעם דינא דגרמי מחייבינן ליה, אלא מדין שומרים הוא דחייב בפשיעה... וא"כ הכא נמי גבי אפוטרופוס, כיון שעל ידי טענתו נשבע אחר כך התובע ונוטל, וההיזק לפנינו, אין לך פשיעה גדולה מזו, וחייב מדין השומרים כיון שבא על ידו היזק גמור וכו', דמה לי שלא שמרו כראוי ובא אחר וגנבו, ומה לי שלא שמרו כראוי ובא אחר ונטלו בבית דין?!". במלים אחרות, אמת שמזיק פטור בגרמא, אבל הרי אפוטרופוס הוא בגדר שומר, ושומר חייב גם בגרמא[86], היינו גם נזק שספק אם היה מתרחש.

[81] שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן קנז, נדפס גם בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קו (הובא במרדכי, בבא מציעא, סימן רצ, בפסקי ריקאנטי, סימן תו, ובבית יוסף, חו"מ, סוף סימן קפג). וכך פסק רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף כ. הזכרנו תשובה זו לעיל, ליד ציון הערה 71.

[82] שבועות לב ע"ב.

[83] בבא קמא עא ע"ב, ועוד.

[84] שער משפט, סימן רצ, ס"ק ב (קסב ע"ג). ראה גם נתיבות המשפט, סימן רצ, ס"ק יא. אבל נראה שדברי ריבות (לעיל, הערה 74) אינו פוטר עד כדי כך, שכן הוא פטר בנידונו רק משום שהיה זה בלי מעשה, וגם משום שהשריפה לא היתה צפויה; ולפי שער משפט די לפטור משום שהנזק לא היה ודאי.

[85] שער משפט, שם.
שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תשנט, מדגיש: "לא אמרינן גרמא בנזקין פטור אלא בדבר שאינו מסור לו, אבל בדבר המסור לו לא אמרינן הכי".

[86] ראה לעיל, הערה 33.

נוכל לסכם את המסקנות העולות מן המקורות הללו, שנאמן בנאמנות פרטית נושא באחריות לנזק שנגרם עקב הפרת חובתו כנאמן, אם יש קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין הפרת החובה להתרחשות הנזק. יש הסוברים שכך הדין גם בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, ויש הסוברים שבנאמנות מסוג זה, אין הנאמן נושא באחריות לנזק שלא נגרם באופן ישיר על ידו, כדי שלא להניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד הנאמן בנאמנויות מסוג זה.

פרק רביעי

היקף האחריות — "יחולו הוראות חוק השומרים"

א. מבוא

הסעיף קובע שהיקף אחריותו של הנאמן ייקבע בהתאם להוראות חוק השומרים. כידוע, חוק השומרים, הבחין, בעקבות המשפט העברי, לעניין אחריותו של שומר, בין שלושה שומרים: שומר חינם, שומר שכר ושואל. האחריות המוטלת על שומר חינם קטנה מזו המוטלת על שומר שכר, וזו המוטלת על שומר שכר קטנה מזו המוטלת על השואל.

סעיף זה אינו קובע האם הנאמן נחשב כשומר חינם, כשומר שכר או כשואל. נראה שלעניין זה, יהא צורך להיעזר במבחנים שנקבעו בחוק השומרים: נאמן המקבל שכר הוא שומר שכר, ואילו נאמן שאינו מקבל שכר הוא שומר חינם[87].

אבל חשוב להדגיש שלפי חוק השומרים, סעיף 1(ג), טובת הנאה דינה כתשלום שכר לכל דבר[88]. בהתאם לכך, לשם קביעת היקף אחריותו של הנאמן יהא צורך לבחון לא רק אם הוא מקבל שכר, אלא אף אם הוא מקבל טובת הנאה בשל תפקידו.

ב. נאמנות פרטית

אף שנאמן שאינו מקבל שכר הוא שומר חינם, ייתכנו נסיבות שבהן הוא ייחשב שומר שכר.

רב יוסף קבע[89] שהאחריות המוטלת על שומר אבדה זהה לזו המוטלת על שומר שכר, משום ששומר האבדה פטור מלתת פרוטה לעני בזמן שהוא עסוק בשמירת האבדה[90] ("פרוטה דרב יוסף"), שכן "העוסק במצווה פטור מן המצווה". נמצא, שכל שומר אבידה זוכה לקבל טובת הנאה עקב מילוי תפקידו, וטובת הנאה זו היא ה"שכר" המצדיק את הגדרתו כשומר שכר[91].

הלכה זו מחייבת בחינה נוספת של אחריותו של נאמן, אף זה שאינו מקבל שכר על מילוי תפקידיו, בנאמנות שהגשמת מטרותיה היא בגדר מצווה. בדרך כלל, מטרותיה של נאמנות פרטית אינן בגדר מצווה, אבל יש לכך יוצא מן הכלל.

[87] כרם, סעיף 229, עמ' 490.

[88] ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 67-68.

[89] בבא קמא נו ע"ב; בבא מציעא כט ע"א, פב ע"א; שבועות מד ע"א.

[90] כך פסק גם בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רסז, סעיפים טז ו-כה. אבל רמ"א בשני המקומות מביא דעה שהוא שומר חינם.

[91] להרחבה בעניין זה, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 82, ובמילואים שם.

לעיל[92] ראינו, שאם העביר יוצר הנאמנות בחייו את השליטה בנכסי הנאמנות לידיו של הנאמן והבהיר לו שהוא מעוניין שיעשה להגשמת מטרותיה של הנאמנות לאחר מותו, חייב הנאמן למלא תפקיד זה מכוח המצווה לקיים את דברי המת. בנסיבות אלו, אף נאמן פרטי נחשב עוסק במצווה. אם כן, לכאורה, הוא בגדר שומר שכר, לפי העיקרון שקבע רב יוסף.

אבל לדעת ר' יעקב מליסא[93], לא די בכך שהשמירה תוגדר כמצווה, כדי להטיל על השומר אחריות כשומר שכר, מכוח "פרוטה דרב יוסף". לדבריו, אין אדם נפטר ממתן צדקה לעני אלא אם מוטלת עליו חובה לקיים את המצווה, ואילו אם המצווה מוטלת על הרבים, ואין על אדם מסוים חובה לקיים אותה, אין קיומה פוטר את מקיים המצווה מלתת פרוטה לעני. ממילא, שומר ששמירתו כרוכה במצווה כזאת שאינה חובה עליו דווקא, אינו שומר שכר בגללה, שכן אינו נפטר ממתן צדקה בזכות שמירתו. עם זאת, נראה שאף לשיטת ר' יעקב מליסא, נאמן שחייב למלא את תפקידו מכוח המצווה לקיים את דברי המת, פטור ממתן פרוטה לעני בעת שהוא ממלא את תפקידיו, כיוון שהוא החזיק בידיו את נכסי הנפטר, והנפטר הטיל עליו באופן אישי לקיים את צוואתו. נמצא, שהמצווה לקיים את דברי המת מוטלת באופן אישי על הנאמן, ולכן היא פוטרת אותו מלתת צדקה בשעה שהוא ממלא את תפקידיו[94]. פטור זה הוא בגדר טובת הנאה שדי בה כדי שייחשב שומר שכר[95].

ג. נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות

במקומות רבים למדו הפוסקים את הלכותיה של נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות מן ההלכות שנאמרו באפוטרופוס של יתומים[96].

כפי שהזכרנו לעיל[97], כבר בתלמוד הועלה החשש שמא הטלת חיוב שבועה על אפוטרופוס

[92] סעיף 1, פרק רביעי, ג.

[93] נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק ז וס"ק יט. וראה בהרחבה, חוק לישראל, שומרים שם. אך מדברי ש"ך, חו"מ, סימן עב, ס"ק לד, משמע שאינו מקבל את סברת נתיבות המשפט. גם אמרי בינה, או"ח, סימן יג, אות ג, ד"ה ודע, חולק עליו. ביקורת רחבה על שיטת נתיבות המשפט בעניין זה, ראה גם ריינץ, עמ' 85.

[94] כך סבור ר"א מילר. הוא הוסיף, שגם אם הנאמנות החלה בחיי היוצר, ואז לא הייתה בגדר מצווה, ורק אחר כך מת והפכה להיות מצווה, הנאמן הוא שומר שכר בגלל המצווה. הוא הביא ראיה לכך מדברי נתיבות המשפט, סימן עב, ס"ק ז, בעניין מומר שחזר ליהדות, הגורס שאם יהודי הלווה למומר והלה הפקיד בידיו משכון, אין הוא נחשב כשומר שכר מכוח 'פרוטה דרב יוסף', הואיל ואין מצווה לטפל בנכסיו של מומר. אולם, אם יחזור המומר ליהדותו, תחול על המלווה מצווה לטפל בנכסיו, ומרגע זה, יוגדר כשומר שכר מכוח 'פרוטה דרב יוסף'. מכאן עולה שקיומה של המצווה עושה את השומר לשומר שכר גם אם המצווה לא הייתה קיימת בעת הפקדת הנכס לשמירתו.

[95] אבל שו"ת שרידי אש, חלק א, סימן קלג, עמ' תטו, כותב: "עיקר דינא דפרוטה דרב יוסף הוא, רק בשומר אבידה, דבלאו הכי הוא מחוייב בשמירה מצד חיוב התורה שהטילה עליו שמירה ורק אין אנו יודעים באיזו שמירה חייבתו תורה...בשמירה של שומר חינם או של שומר שכר, דאז אמרינן דכיון דחזינן דנהנה מפרוטה דרב יוסף, אמרינן דודאי הטילה עליו תורה חיובי דשומר שכר. מה שאין כן בשומר חינם, שאין עליו שמירה אלא אם קבלה ברצונו הטוב, אי אפשר לחייבו בחיובי שומר שכר מטעם פרוטה דרב יוסף, דהא יכול לומר: אנא לא בעינא בהנאה זו ואין אני רוצה להיות שומר שכר". ונראה שלפי דבריו, נאמן, אף אם הוא חייב למלא את תפקידו מכוח המצווה לקיים את דברי המת, אינו שומר שכר.

[96] על כך ראה בסעיף 1, הערה 77.

[97] ליד ציון הערה 61.

של היתומים, תביא לכך שאנשים יירתעו מלשמש כאפוטרופוסים ליתומים. בעקבות חשש זה, נחלקו הפוסקים בשאלה, האם בכלל יש להטיל על אפוטרופוס אחריות לשמירת נכסי היתומים, ואם כן, מהו היקפה הראוי? רבנו חיים כהן[98] פטר לגמרי את האפוטרופוס מאחריות, אף לנזק שנגרם בפשיעה, מחשש שמא הטלת האחריות תניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס[99].

אבל נראה שבנסיבות שניתן להניח שהטלת אחריות חמורה לא תניא אדם מלשמש כנאמן בנאמנות צדקה, הוא נושא באחריות. כך למשל, אם לנאמן יש גם עניין אישי בהגשמת מטרותיה של נאמנות ציבורית, הוא ישא באחריות של שומר שכר. כמו כן, בנסיבות שעצם מינוי אדם כנאמן בנאמנות הציבורית מזכה אותו בהערכה ציבורית, יהיה חייב כשומר שכר, כיוון שהטלת אחריות זו לא תניא אותו מלשמש כנאמן[100].

98 שיטתו מובאת בתוספות, גיטין נב ע"ב, ד"ה הלכה, ובבא קמא לט ע"א, ד"ה דאי. על שיטתו ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 122, ועמ' 799, במילואים להערה 381.

99 גם לשיטה זו, יש המבחינים בין פשיעה למזיק בידיים. על פשרה של הבחנה זו אנו למדים מדברי ר' שלמה הכהן, שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סד: "אמנם כד מעיינן יראה דיש לחייב לאנשים האלה בהפסד הנמשך בעורות... דאיכא למימר דעד כאן לא פטרי ה"ר חיים... אלא היכא שפשע, דהיינו שמחמת התרשלות וחסרון השתדלנות נמשך נזק והפסד ליתומים, אבל היכא שעשה מעשה בידים שלא התירו חכמים לעשותו, דהיינו כגון לשלוח נכסי יתומים דרך אניה בלב ים כמו שכתב המ"מ פרק י"א מהלכות נחלות, יראה דכל אפין שוין דכהאי גוונא מקרי מזיק בידים, ומזיק לחוד ופושע לחוד". וראה גם דבריו שם, חלק ב, סימן קח. מדברי מהרש"ך משמע, שהוא עושה הבחנה בין פשיעה במעשה ("מזיק בידיים") לבין פשיעה במחדל.

הבחנה דומה אנו מוצאים בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שב. תשובה זו עוסקת באפוטרופוס שמכר סחורה בהקפה לאנשי המלך, ולאחר מות המלך לא ניתן היה לגבות את החוב. מהרשד"ם מדגיש: "נראה בבירור... אפילו לדעת הפוסקים דסבירא להו דמנהו אבי יתומים שפטור בפשיעה [ראה להלן, אחרי ציון הערה 106], מכל מקום בנידון דידן אפשר דכולי עלמא מודו, דדוקא בפשיעה, שלא שמר כדרך השומרים, בהא [הוא] דפליגי, אבל במאבד אותם בידים, כולי עלמא מודו שחייב, אחר שהדין ידוע וברור לכל העולם שמעות היתומים בודקים למי שיש לו נכסים שיש להם אחריות כו' ושיהיה איש נאמן ושומע דיני תורה כו' הכל כמבואר פי"א מה' נחלות להרמב"ם, וזה לא די שלא נתנם לאיש מבני ישראל, אלא לאנשי אומות העולם ולאלמים אשר מי יוכל לדון עם מי שתקיף ממנו, הרי הניח מעות היתומים על קרן הצבי, ובלי ספק דבכהאי גוונא כולי עלמא מודו שחייב זה האפטרופוס". מדבריו אלו משמע, שהוא עושה הבחנה בין חריגה מנוהג השמירה המקובל, לבין מעשה או מחדל שצפוי שיגרום נזק או הפסד. וראה גם דבריו בשו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קלז, וחו"מ, סימן שכא.

את ההבחנה בין פשיעה למזיק בידיים אנו מוצאים גם בדברי ר' שלמה לוריא, שו"ת מהרש"ל, סימן טו. תשובה זו עוסקת באפוטרופוס שמכר נכסי יתומים במחיר זול מן המקובל, ועל כך כותב מהרש"ל: "פשיטא ופשיטא שהיתומים לא יפסידו את חלקם... שהרי פסקו התוספות... אפטרופס שפשע חייב לשלם, ואפילו מאן דפליג עליה, מכל מקום מודה [ב]כהאי גוונא, שהוא מזיק בידים, שהרי הוא מכרן, שחייב לשלם". מדבריו משמע שהוא עושה הבחנה על פי טיב הקשר הסיבתי שבין פעולת הנאמן לבין ההפסד: אם הקשר הסיבתי הוא ישיר ("שהרי הוא מכרו"), הוא חייב; לעומת זאת, אם הקשר הסיבתי אינו ישיר, הוא פטור. הבחנה זו עולה גם מדברי שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לד, שכותב: "נראה לעניות דעתי, דזה גרע מפשיעה ונקרא מזיק בידים, כיון שנתן מידו ליד מי שאינו ראוי ליתן לו על פי דין". וראה לעניין זה גם בספר בני חיי, חו"מ, סימן רצ, סעיפים יד־טו.

יש להעיר, שהרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ב, הלכה ג (ע"פ חידושי ר"י מיגאש, שבועות מב ע"ב, ד"ה מתני'), קובע דין שווה לפושע ומזיק בידיים, לעניין שומר קרקע או שטר, שאין עליו חיוב שומר רגיל.

100 ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 118, ליד ציון הערה 356, סברה כזאת לעניין גבאי צדקה. וראה שם עמ'

לשיטת רב האי גאון[101] ואחדים מבעלי התוספות[102], האפוטרופוס נושא באחריות של שומר חינם, שחייב על נזק שנגרם בפשיעתו. לדעתם, רמת אחריות נמוכה זו, לא תרתיע אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס.

לדעת רבנו תם[103], האפוטרופוס נושא באחריות של שומר שכר[104], משום "פרוטה דרב יוסף"[105].

799, במילואים להערה 381, אות ג, שגם ר' חיים מחייב במצב שאין טירחה בטיפול, שאז אין חשש שהחיוב ירתיע אנשים מן התפקיד.

אבל לעניין זה צריך לבחון היטב, האם אמנם המינוי משקף את ההערכה ליושרו האישי של הנאמן, או שמא הוא נובע משיקולים נוספים, שאינם נוגעים ליושרו האישי. ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 121, ליד ציון הערה 373, לעניין השיקול שעצם ההערכה הציבורית הופכת אותו לשומר שכר (שם אין מדובר על החשש שהחיוב ירתיע אנשים מהתפקיד).

101 רב האי גאון, ספר המקח, סוף שער מט. שיטתו הובאה אצל רבים מן הראשונים. ראה: חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"ב; חידושי הרשב"א, שם; בית הבחירה, גיטין שם (ד"ה אפוטרופוס שיצא), בשם "ראשונן של גאונים"; רא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ז; טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף כז. וראה גם מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה.

102 הר"י ור' שמואל בחור מוורדון, המובאים בתוספות, גיטין שם, בבא קמא שם, ובבא מציעא מב ע"ב, ד"ה נימא. כך סבור גם בית הבחירה, גיטין נב ע"ב, עמ' 228.

בשאלה מדוע לשיטה זו אינו שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, ראה הערה 105.

103 רבנו תם מובא בר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה הלכה כאבא שאול. אולם בשו"ת רבנו תם, סימן עד, הוא דוחה בתוקף את הדעה שאפוטרופוס נושא באחריות על גניבה ואבידה.

גם מחידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א (ד"ה אבא שאול), נראה שדעתו היא שאפוטרופוס הוא שומר שכר. לדיון רחב בשיטת הרשב"א, שם, ראה רייניץ, עמ' 37-40. ש"ך, חו"מ, סימן עב, ס"ק לב, מסיק שזו דעתו גם על יסוד שו"ת הרשב"א, המובא בבית יוסף, חו"מ, סימן עב, מחודש י. וראה דיון בדברי הרשב"א בש"ך, חו"מ שם, ס"ק לד. שיטת הרשב"א בתשובותיו בעניין זה אינה ברורה, ויש סתירות לא מעטות בין התשובות (כמצוי בתשובותיו). בשו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן ק, הוא מציע את שיטת רבנו חיים כהן והרמב"ן בצד שיטת רבנו תם, ואינו מכריע ביניהן. בשו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תב, הוא כותב: "ואם היו צריכין לישבע על כל פרוטה ופרוטה שיוציאו, ממנעו ולא עבדי. ואפשר, דאפטרופוסין של יתומים פטורים אפילו מפשיעה מחמת טענה זו", כשיטת רבנו חיים כהן. בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצט, הוא מכריע: "ואנו, אין לנו אלא כדברי האחרונים ז"ל, שפטרוהו אפילו מן הפשיעה". כך הוא מכריע גם בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקצז, ובחלק ד, סימן רמב.

מנגד, מתשובות אחרות משמע, שלדעתו אפוטרופוס חייב בפשיעה. ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קו, חלק ד, סימן קמו, חלק ו, סימן רנ, והמיוחסות לרמב"ן, סימן קיח.

104 אחריותו של שומר שכר חמורה מאחריותו של שומר חינם בכך ששומר שכר נושא באחריות גם לנזק שנגרם ברמה של "גניבה ואבידה". לפי זה, רבנו תם מטיל על האפוטרופוס אחריות חמורה מזו שהטילו עליו הגאונים. אבל לדעת שו"ת מהר"ם אלשקר, סימן עא, אף לדעה ששומר צדקה הוא שומר שכר בגלל פרוטה דרב יוסף, הוא פטור בגניבה ואבידה (ע"פ הרמב"ם, הלכות שאילה ופיקדון, פרק ה, הלכה א); ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 1351, אות ז. גם שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קסט, עושה הבחנה בין רמת האחריות של שומר שכר רגיל לבין רמת האחריות של מי שהוא שומר שכר רק מכוח "פרוטה דרב יוסף", שהאחרון חייב רק בגניבה ואבידה, ולא בהחמרות אחרות שבאחריות שומר שכר. משנה למלך, הלכות שכירות, פרק י, הלכה א, מעיר על דבריו: "ובעיני יפלא, דמאן פליג ליה בהאי מילתא [=מי עשה לו חלוקה זו בדבר זה]? דאי נעשה שומר שכר משום האי [=משום זה (פרוטה דרב יוסף)], כל דיני שומר שכר עליו". על מחלוקת זו ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 239. רייניץ, עמ' 33, הערה 81, מציע: "ואולי ניתן להתייחס לקביעת שכרו של האפוטרופוס כתנאי מכללא שמקבל עליו אחריות של שומר שכר, ולא יימנע, ואינו דומה לפרוטה דרב יוסף".

105 לכאורה, קיימת סיבה נוספת לראות בנאמן של נאמנות למטרות צדקה שומר שכר, והיא, שבנאמנות מסוג

הרמב"ן[106] עושה הבחנה בין אפוטרופוס שמינהו בית הדין לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים. לדעתו, הטלת אחריות כבדה מדי על אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים עלולה להניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד[107], ולכן אפוטרופוס כזה אינו נושא באחריות, אף לא על נזק שנגרם בפשיעתו[108]. לעומת זאת, אפוטרופוס שמינהו בית הדין נושא באחריות כשומר שכר, משום "פרוטה דרב יוסף"[109].

זה רשאי הנאמן לרכוש לעצמו בגדים מנכסי הנאמנות, כדי שיוכל לייצג את הנאמנות בצורה מכובדת (לעניין זה ראה בהרחבה בסעיף 13, פרק שני). לכאורה, זכות זו היא בגדר טובת הנאה ההופכת את הנאמן לשומר שכר. אולם בחידושי החתם סופר, גיטין נב ע"ב (ד"ה קא לביש), דוחה סברה זו: "אי מחמרינן [=אם נחמיר] עליהם, מימנעו ולא ילבש ולא יתכסי, ויהיה הפסד ליתומים אי לא משתמעין מיליה [=אם לא יישמעו דבריו]". כלומר, טובת היתומים מחייבת שהאפוטרופוס לא יוגדר כשומר שכר אם ירכוש בגדים מנכסי היתומים כדי לייצגם, משום שאם יוגדר כשומר שכר, עלול האפוטרופוס להימנע מלרכוש בגדים כדי שלא תוחמר אחריותו, והדבר יגרום הפסד ליתומים, שכן לא יוכל לייצגם בצורה מכובדת.

הסברו קשה, משום שדין 'פרוטה דרב יוסף' מלמד, שגם אם השומר לא ייהנה בפועל משמירתו, די בכך שקיימת אפשרות פוטנציאלית שהשמירה תביא לו הנאה (אם יזדמן לו עני המבקש צדקה בעת שהוא עסוק בשמירה) כדי להגדירו כשומר שכר. לכן, עצם העובדה שהאפוטרופוס זכאי לרכוש ביגוד מנכסי היתומים עושה אותו לשומר שכר, והחלטתו האישית להימנע מלרכוש את הבגדים אינה יכולה להעלות או להוריד מרמת אחריותו! ייתכן שבגלל קושי זה סיים החתם סופר את דבריו שם ב"צריך עיון".

מדוע, לפי רב האי גאון וסיעתו, אפוטרופוס חייב רק בפשיעה, ואינו חייב כשומר שכר מכוח פרוטה דרב יוסף? אפשר שטעמם הוא, שמאחר שהאפוטרופוס אינו חייב למלא את תפקידו, אין הוא פטור ממתן צדקה לעני, כסברת נתיבות המשפט, שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 93, ולכן אינו נהנה מפרוטה דרב יוסף. כמו כן, שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן נד, הכריע שמאחר שהעניים יכולים ליטול את הכספים ולדאוג בעצמם לשמירתם, לא מוטלת על הגבאי מצווה לשומרם, וממילא אין הוא מוגדר כשומר שכר מכוח 'פרוטה דרב יוסף'. וראה גם חוק לישראל, שומרים, עמ' 117, ובמקורות המצוינים שם, עמ' 116, הערה 347.

אולם, ראה להלן, סעיף 21, פרק רביעי, ב, שיש הסוברים שניתן לכפות על אדם לשמש כאפוטרופוס ליתומים. ואכן, בית יעקב (טאווישונסקי), חו"מ, סימן רצ, סעיף כג, מציע להסביר את השיטה שאפוטרופוס הוא שומר שכר, על פי השיטה שניתן לכפות על אדם לשמש כאפוטרופוס, ולכן הוא נהנה פרוטה דרב יוסף.

אפשרות אחרת היא, שרב האי גאון וסיעתו סבורים שמעיקר הדין ראוי היה להטיל על האפוטרופוס אחריות כשומר שכר, בגלל פרוטה דרב יוסף. אולם למעשה, לא הוטלה על האפוטרופוס אחריות חמורה זו, מחשש שמא הטלת האחריות תניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס. ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 122.

106 חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"ב. לדיון רחב בשיטתו, ראה רייניץ, עמ' 27-37.

107 הנחה זו מקורה בדעת אבא שאול, בגיטין נב ע"ב, שהטלת שבועה על אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים עלולה להניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס, מה שאינו כן באפוטרופוס שמינהו בית דין. על שיטתו ראה בהרחבה בסעיף 7, בנספח.

108 אבל ייתכן שהוא ישא באחריות לנזק שגרם כמזיק בידיים. ראה לעיל, הערה 99.

109 עיין גם חידושי הרמב"ן, בבא מציעא מב ע"ב, ד"ה מכדי.

על כל השיטות בעניין אחריות אפוטרופוס, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 121-122, ובמילואים שם.

בית הבחירה, גיטין נב ע"ב, עמ' 228, כותב שאפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין נחשב שומר שכר גם בלי להיזקק ל"פרוטה דרב יוסף", משום שעצם המינוי על ידי בית הדין גורם לאפוטרופוס טובת הנאה בשל הכבוד שהמינוי מסב לו והשם הטוב הכרוך במינוי, וטובת הנאה זו עושה אותו לשומר שכר. ראה גם: שיטה מקובצת, בבא מציעא מב ע"א, ד"ה נימא, בשם הראב"ד; חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא שם, ד"ה ההוא; שיטה מקובצת, בבא קמא לט ע"א (ד"ה והשתא), בשם הרא"ה. באנציקלופדיה

שאלה מעניינת היא, האם, לשיטת הרמב"ן, אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים ומקבל שכר, נחשב שומר שכר, או שמא נאמר, שכפי שאין בכוחה של "פרוטה דרב יוסף" להפוך אפוטרופוס זה לשומר שכר משום החשש שהטלת אחריות כשל שומר שכר תניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד האפוטרופוס, כך גם שכר ממשי עבור מילוי התפקיד לא יוכל לסלק חשש זה, ולפיכך גם אז הוא רק שומר חינם? לכאורה, אין מקום להבחין בין שכר מכוח "פרוטה דרב יוסף" לבין שכר ממשי[110]. אם אין בכוחו של שכר מכוחה של "פרוטה דרב יוסף" לבטל את החשש שמא הטלת האחריות תניא אדם מלשמש כאפוטרופוס, מדוע יהא בכוחו של שכר ממשי לעשות זאת?

בכל זאת, הכריע ר' מנחם המאירי[111], שאפוטרופוס שמקבל שכר על מילוי תפקידו נחשב שומר שכר.

השולחן ערוך פוסק[112] כדעת בעלי התוספות: "אפוטרופוס, בין מינוהו בית דין בין מינהו אבי יתומים, פטור מגניבה ואבידה וחייב בפשיעה".

אולם פסיקה זו לא חתמה את המחלוקת בין הפוסקים בעניין זה. כך למשל, קובע מהרשד"ם[113]: "כדאי הוא הרמב"ן וה"ר חיים הכהן אילני תקיפי אינהו למסמך עלייהו [=אילנות חזקים הם, לסמוך עליהם], ושלא להוציא ממון נגד סברתם"[114].

יש בין הפוסקים[115] שלא הכריעו כדעת הרמב"ן ורבנו חיים כהן, אך פסקו שהאפוטרופוס רשאי לטעון "קים לי" כדעתם, כדי לפטור עצמו מן האחריות.

הש"ך[116] נוטה לפסוק כדעת הרמב"ן, ואף שאין הוא דוחה את דברי השולחן ערוך, הוא מסיים: "הוי ספיקא דדינא, ואי תפסי יתמי לא מפקינן מינייהו [=אם יתפסו היתומים, אין מוציאים מהם]". כלומר, מאחר שההכרעה בהלכה זו אינה ברורה, אם נכסי היתומים נגנבו או אבדו, והם תפסו מנכסיו של האפוטרופוס כערך הנזק, בהתאם לשיטה שהאפוטרופוס הוא שומר שכר ונושא באחריות לגניבה ואבידה, אין מוציאים מידם את מה שתפסו[117].

תלמודית, ערך אפוטרופוס, כרך ב, עמ' קכו, נכתב: "במינוהו בית דין חייב אפילו על גנבה ואבדה, שהאפוטרופוס כשומר שכר, בהיא הנאה שנקרא נאמן".

110 וראה משנה למלך שצוין לעיל, הערה 104.

111 בית הבחירה, גיטין נב ע"ב, ד"ה ומ"מ. למקורות נוספים לכך, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 122, הערה 386.
ראה סעיף 7, בנספח, שיש אומרים שמאחר שהוא מקבל שכר, הוא חייב להישבע, אף שאפוטרופוס שאינו מקבל שכר שמינהו אבי היתומים, פטור מלהישבע מחשש שמא הדבר ירתיע אנשים מהתפקיד.
שו"ת הריטב"א, סימן עב, כותב רק שאם הוא מקבל שכר, ופשע, הוא חייב.

112 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כ.

113 שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שיד.

114 אבל בשו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קלז, וחו"מ, סימנים פא, שכא, ו־שמט, הוא מחייב אפוטרופוס בפשיעה, ואינו מעיר שאין להוציא ממון ממנו בשל דעתם של הרמב"ן ורבנו חיים כהן.

115 שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סה (אבל השווה לתשובתו שם, סימן סד). מנגד, שו"ת מהריב"ל, חלק ד, סימן יא, מכריע: "לא מצי המוחזק לומר קים לי כהרמב"ן והר' חיים, ואף על גב דאינהו תרי אריותא [=אריות] וגאוני עולם, ובפרט הארי הגדול הרמב"ן, רבו עליו חבריו גדולי עולם וגדולי האחרונים שכתבו שהאפטרופוס שפשע שחייב לשלם".

116 ש"ך, חו"מ, סימן רצ, ס"ק כד.

117 מדבריו משמע, שגם אם מונה האפוטרופוס על ידי אבי היתומים, אם תפסו היתומים אין מוציאים מידם. שאלה מעניינת, שלא דנו בה הראשונים, היא, מהו היקף האחריות של אפוטרופוס מסוג "יתומים שסמכו",

אם כן, נוכל לסכם, שהיקף אחריותו של נאמן בנאמנות למטרות צדקה שנוי במחלוקת הפוסקים: יש שאין מטילים עליו אחריות לגורל הנכסים מחשש שמא הטלת אחריות תניא אותו מלקבל על עצמו את התפקיד (רבנו חיים כהן), יש המטילים עליו אחריות של שומר חינם (רב האי גאון, חלק מבעלי התוספות, ושולחן ערוך), יש המטילים עליו אחריות של שומר שכר (רבנו תם), ויש המבחינים בין נאמן שמונה בידי בית הדין, שהוא שומר שכר, לבין נאמן שמונה בידי יוצר הנאמנות, שאינו נושא באחריות כלל.

ד. נאמני קהל

על היקף האחריות המוטלת על נאמני קהל, דן הרשב"א באחת מתשובותיו, והוא מבחין בין נאמנים אלו לאפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, בלשון זו[118]: "ודין נאמנים, שהצבור ממנים לגבות את המס ולפקח על העם, הרי הם כשומרי חנם, ופטורים מגניבה ואבידה. ופשיעה מיהא [=מכל מקום] חייבין. [ו]לא חיישינן דילמא אתו לאמנועי [=שמא יבואו להימנע]. דאדרבה! הם המדברים, והם הרוצים להתמנות. ופעמים שקצת הצבור מוכרחים בדבר זה, בכל מקום ומקום. ומהאי טעמא [=ומטעם זה], הוא דלא חשבינן ליה [=שאין אנו חושבים לו] כשומר שכר, כאפוטרופוס שמינוהו בית דין".

בתשובה זו, מציין הרשב"א שנאמני קהל מעוניינים לקבל על עצמם את התפקיד, ומשום כך אין חשש שמא הטלת אחריות עליהם תניא אנשים מלשמש כנאמני קהל. הוא מוסיף, שמטעם זה אין נאמנים אלו נחשבים שומרי שכר, בשונה מאפוטרופוסים שמינו בית הדין; אלא שאין הוא מבהיר את הקשר שבין רצונם של אנשים לשמש כנאמני קהל, לכך שאינם נחשבים שומרי שכר.

היינו שלא נתמנה לא על ידי בית דין ולא על ידי אבי היתומים אלא מיוזמתו או מיוזמת היתומים (ראה על כך בהרחבה בסעיף 2, פרק שני, ג, (2)). שאלה זו נוגעת למעשה לכל נאמן על פי דין, בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות. אנו מוצאים בעניין זה שתי דעות. לדעת ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מב, "בסמכו מעצמם מחוייבין בית דין תיכף להשגיח מי זה האיש וכו', וממילא דינו כמינוהו". כלומר, דינו כדין אפוטרופוס שמינהו בית דין.

אבל לדעת שו"ת הריב"ש, סימן תסח, דינו כדין אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים: "דבעל הבית שסמכו יתומים אצלו... כתבו המפרשים ז"ל דהוי כאפטרופוס שמינהו אבי יתומים". כך פוסק גם ר"י אדרבי, שו"ת דברי ריבות, סימן קכג, תוך שהוא מטעים: "כתב רבינו חיים והרמב"ן דאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים פטור אף מן הפשיעה משום דממנע ולא עביד [=שיימנע ולא יעשה] כיון דליכא הנאה דמהימן [=שאין לו הנאה מכך שיתפרסם שמו כאדם נאמן], כל שכן כשסמכו מאליהן דאתי לאמנועי". מדבריו עולה שהוא אינו מקבל את הנחת ערוך השולחן, שאפוטרופסות של "יתומים שסמכו" נוצרת מכוח הסכמה בדיעבד של בית הדין לכהונת האפוטרופוס, משום שאם כך היה, הרי שגם אפוטרופוס זה מתפרסם כאדם נאמן, ואם כן, אין לחשוש שהטלת האחריות תניא אדם מלהמשיך בכהונתו כאפוטרופוס מסוג זה.

שו"ת לחם רב, סימן קצו, תולה את דינו של אפוטרופוס מדין "יתומים שסמכו" במחלוקת הראשונים לעניין חובת אפוטרופוס מסוג זה להישבע בסיום כהונתו (ראה על כך אוצר מפרשי התלמוד, גיטין נב ע"א, עמ' רנה, אחרי ציון הערה 22). אלו הפוטרים אפוטרופוס זה מלהישבע, טעמם הוא, מן הסתם, שהשבועה עלולה להרתיע את האדם שמכהן כאפוטרופוס מלהמשיך במילוי תפקידו, ואם כן הלכותיו הן כהלכות אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים. מנגד, אלו שמחייבים אותו להישבע, סבורים שהשבועה לא תרתיע אותו מלהמשיך במילוי תפקידו, ואם כן הלכותיו הן כהלכות אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין. וראה עוד בעניין זה רייניץ, עמ' 96-99.

[118] שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קא.

קשר זה מתבהר בתשובה אחרת של הרשב"א[119], שאף היא עוסקת באחריותם של נאמני קהל, ובה הוא מוסיף: "דלא אמרו כשמינוהו בית דין [שדין האפוטרופוס כדין שומר שכר], אלא משום דאין מעמידין אפוטרופוס ליתומים אלא אחר בדיקה שהוא אדם נאמן, וזה שבח גדול לאפוטרופוס. אבל אפוטרופסין שמעמידין עליהם הצבור, אינם אלא כאפוטרופוס שמינה אבי יתומים שאף [הוא] לא היה ממנה אותו על נכסיו אלא אם כן היה בוטח בו שיתנהג בנאמנות. והנאמן, אין הצבור בודקין אחריו שהוא נאמן, אלא שממנין מתוכם לפקח על עסקיהם, ולא לאחר בדיקה. ולא עוד אלא דמיגרע גרע מאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים, דהתם [=ששם] האב ממנה אותו מדעתו, ומעיד שהוא נאמן בעיניו לפקח בנכסיו, אבל הנאמנים, הם המדברים, הם הרוצים להתמנות, הם המחזירים על דבר זה, ופעמים שמקצת הצבור מוכרחים בדבר זה בכל מקום ומקום. ולפיכך איני רואה לחייב את הנאמן בגנבה ואבדה כשומר שכר".

מתשובה זו עולה, שנאמני קהל אינם מוגדרים כשומרי שכר, משתי סיבות: (א) מינויו של אפוטרופוס בידי בית הדין כרוך בחקירת יושרו של המועמד, ומשום כך, העובדה שבית הדין מינה את פלוני כאפוטרופוס של יתומים, מביאה לו כבוד ומוניטין של אדם ישר, וטובת הנאה זו עושה אותו שומר שכר. לעומת זאת, נאמני קהל מתמנים משיקולים פוליטיים, ויושרם אינו נחקר לפני מינוָם. לפיכך, המינוי אינו מביא להם כבוד רב, ואינו תורם למוניטין שלהם, וממילא, אין במינוי טובת הנאה שמכוחה ייחשבו כשומרי שכר.

(ב) פעמים רבות, מינוי נאמני קהל נעשה בצורה שאינה דמוקרטית, ולכן אין להסיק מן המינוי שהקהל נותן אמון בנאמנים, ומשום כך, אין המינוי תורם למוניטין של הנאמן.

לאור זאת, נוכל לסכם שנאמני קהל נושאים באחריות של שומר חינם, אבל אם מינוָם נעשה בהליך דמוקרטי המבטא את אמון הציבור בהם, ולאחר חקירת יושרם והגינותם, הם שומרי שכר.

פרק חמישי

פטור מאחריות — "בית המשפט רשאי לפטור נאמן מאחריותו"

א. עמדת החוק

ס"ק (ב) קובע: "בית המשפט רשאי לפטור נאמן מאחריותו, כולה או מקצתה, אם פעל בתום לב ונתכוון למילוי תפקידיו". הוראות דומות קיימות לגבי מנהל עיזבון[120] ולגבי אפוטרופוס ממונה[121]. לעומת זאת, בחוק השומרים אין הוראה המסמיכה את בית המשפט לפטור שומר מאחריות אם "פעל בתום לב ונתכוון למילוי תפקידיו". אפשר שהסיבה להבדל הוא, שסמכויותיו של שומר והיקף חובותיו מצומצמים יחסית, ואילו סמכותו של הנאמן רחבה, וחובותיו רבים. משום כך, החשש שמא הנאמן יגרום נזק לנכסי הנאמנות אגב מילוי תפקידו,

[119] הובאה בבית יוסף, חו"מ, סימן עב, מחודש י.

[120] חוק הירושה, התשכ"ה־1965, סעיף 88.

[121] חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, סעיף 57. אפוטרופוס טבעי (הורה) פטור מאחריות מן הדין, בלי כפיפות לשיקול דעתו של בית משפט, אם נהג בתום לב והתכוון לטובת הקטין (סעיף 22, שם).

בתום לב, הוא ממשי יותר, ועל כן ראוי שתהיה לבית המשפט סמכות לפטור את הנאמן מן האחריות המוטלת עליו על פי חוק.

ב. עמדת המשפט העברי

הבחנה בין מי שגרם לנכסי הזולת נזק או הפסד בפעולה שנעשתה "בתום לב" ולמען מילוי התפקיד, לבין מי שגרם נזק או הפסד שלא בתום לב, קיימת בדיני השותפים. פעולה שעשה אחד מהשותפים בניגוד להסכם השותפות ("שינוי") נחשבת כגרימת נזק באופן ישיר ('בידיים'), החמורה מפשיעה שבמחדל. משום כך, פסק ר' יחיאל מיכל אפשטיין[122], שאף בנסיבות שבהן פטור שותף מן האחריות לנזק שגרם בפשיעתו[123], הוא נושא באחריות לנזק שגרם על ידי שינוי מתנאי הסכם השותפות[124]. אולם הוא מסייג קביעה זו ואומר[125]: "אם השינוי שעשה נראה שהייתה כוונתו לטובת השותפות, אין זה כמזיק בידיים אלא כפשיעה, ופטור בשמירה בבעלים".

מדברים אלו ניתן להסיק, שתום הלב מוריד את חומרת מעשהו של נאמן שפעל בניגוד להסכם או פעל ברשלנות, מדרגת "מזיק בידיים" לדרגת "פושע". למסקנה זו יש משקל רב לדעת הפוסקים[126] הפוטרים נאמן בנאמנות למטרות צדקה אף מאחריות לנזק שגרם בפשיעתו, אך מחייבים אותו לשאת באחריות לנזק שגרם בידיו[127].

במשפט העברי לא מצאנו שיש לבית דין סמכות לפטור נאמן מאחריות המוטלת עליו בנימוק שפעל בתום לב[128].

[122] ערוך השולחן, חו"מ, סימן קעו, סעיף לה.

[123] הוא מתייחס לשותפים שהתחילו להתעסק שניהם יחד, שהם פטורים מפשיעה, כפי שכתב ערוך השולחן, שם, סעיפים כא־כג. פטור זה מבוסס על הפטור של שומר מאחריות אם השמירה התחילה בנוכחות הבעלים ("שמירה בבעלים"). ראה משנה, בבא מציעא, פרק ח, משנה א; בבא מציעא דפים צד־צו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמו, סעיפים א־יט; חוק לישראל, שומרים, לפי מפתח העניינים, ערך 'בעליו עמו' (עמ' 1415־1416).

[124] בנקודה זו מסתמך ערוך השולחן על משנה למלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה ב.

[125] ערוך השולחן, שם, סעיף לה.

[126] שצוינו לעיל, הערה 99.

[127] רייניץ, עמ' 53, הערה 130, העלה אפשרות שגם לדעה שאפוטרופוס אחראי לנזק שנגרם בפשיעתו, הרי "באפוטרופוס, כל שכוונתו הייתה לטובה, פטור, דאתי לממנע [=שיבוא להימנע]", כיוון שבאפוטרופוס (ובכל נאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות), יש חשש שהטלת אחריות כבדה מדי תניא אנשים מלשמש כאפוטרופוסים. אולם הוא לא מביא תימוכין לכך.
למקורות על הקלה באחריותו של שומר בגלל כוונה טובה שהיתה לו, ראה חוק לישראל, שומרים, במפתח העניינים, ערך 'כוונה טובה'.

[128] אמנם בית הדין מוסמך לפטור נאמן שמונה על ידי בית הדין מן החובה להישבע בסיום כהונתו, אם ראה שרק בדרך זו יימצא אדם ראוי לתפקיד (טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג, בשם הרא"ש; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יח). אבל נראה שאין ללמוד מכאן שיש לבית הדין סמכות לפטור נאמן מאחריות בנאמנויות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, משתי סיבות:
(א) הסמכות האמורה אינה סמכות לפטור נאמן מחובה על פי דין, בדיעבד (ex post), אלא זוהי סמכות לקבוע בתנאי הנאמנות פטור מחובה המוטלת על הנאמן על פי דין.
(ב) הפטור לאפוטרופוס מחובת השבועה אינו גורם ליתומים הפסד באופן ישיר. אבל פטור מאחריות גורם ליתומים נזק ישיר, ולא מצאנו שיש לבית הדין סמכות לפטור את האפוטרופוס באופן שגורם ליתומים נזק ישיר.

פרק שישי

בקשת הוראות — "נאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות"

א. מבוא

מלשון החוק "נאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות", משתמע שהנאמן אינו חייב לבקש מבית המשפט הוראות, אף לא אם הפעולות שהוא נדרש לבצע הן מורכבות ועלולות לסכן את נכסי הנאמנות[129].

לפי כרם[130], אין בית המשפט חייב לתת לנאמן הוראות, אף אם נתבקש לעשות כן. לדבריו, בית המשפט יימנע ממתן הוראות לנאמן אם פתוחות בפני הנאמן דרכים חלופיות לקבלת החלטה בגדר תנאי הנאמנות[131], או אם הוא יכול לקבל ייעוץ אמין מבני סמכא, שיסייעו לו לגבש את החלטתו[132], או אם השאלה שבה הוא מתחבט היא טכנית בעיקרה[133].

להלן נבחן תחילה האם לפי המשפט העברי נאמן חייב לבקש הוראות מבית הדין ובאילו נסיבות, וכן האם הוא רשאי לבקש הוראות בנסיבות אחרות. לאחר מכן נדון בשאלה, האם בית הדין חייב להיעתר לבקשת הנאמן, או שמא הוא רשאי להפנות את הנאמן לאחרים, שיורו לו כיצד לנהוג.

ב. רשאי או חייב?

לעיל[134] הזכרנו את התלבטותו של רבינא[135], האם להעביר בדרך הים חביות יין של יתומים, שעליהם היה מופקד, יחד עם חביותיו. התלמוד מספר שרבינא פנה אל רב אשי כדי שיורה לו כיצד לנהוג, והוא הורה לו: "זיל, לא עדיף מדידך [=לך, אינו עדיף משלך]". במשמעותה של הוראת רב אשי נחלקו הראשונים.

הרמב"ם למד מדברי רב אשי כך[136]: "מי שהיה בידו שֵכר של יתומים, אם יניחו כאן עד

ריינץ, עמ' 135, מעיר על ההוראה המקבילה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, סעיף 57: "שלא כדרכו של המחוקק, המשפט העברי אינו מעניק לדיין סמכויות של שיקול דעת לפטור את האפוטרופוס מאחריותו. הפטור נקבע במפורש בהלכה, ואין על הדיין אלא להודיע למתדיינים מה הוא הדין במקרה שהובא בפניו". בהקשר זה הוא אף מביא מדברי מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ"ד, עמ' 52־53, שהמשפט העברי הוא "משפט ללא שופטים. אין החוק מורה את הדיין כיצד לפסוק, הוא מורה את האדם כיצד לחיות... אין השופט פוסק — חותך — בין השניים, אלא מודיע לכל אחד מהם את אשר יעשה... בזה כל כוחו של השופט ובזה כל סמכותו". וכן הוא מציין לדבריו של ש' אלבק, בתי הדין בימי התלמוד, תשמ"א, עמ' 43־48, שמבסס ומפתח עיקרון זה.

[129] ראה כרם, סעיף 246, עמ' 522.

[130] כרם, סעיף 248, עמ' 525.

[131] כרם, שם.

[132] כרם, שם, עמ' 526.

[133] שם.

[134] סעיף 10, פרק שמיני, ב.

[135] כתובות ק ע"ב.

[136] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ג.

שיימכר שמא יחמיץ ואם יוליכנו לשוק שמא יארענו אונס, הרי זה עושה בו כדרך שהוא עושה בשלו, וכן כל כיוצא בזה". מדברי הרמב"ם, שכמותו פסק אף השולחן ערוך[137], משמע, שהוא הבין את הוראתו של רב אשי כהלכה כללית, שאפוטרופוס יכול וצריך לנהוג בנכסי יתומים כדרך שהוא נוהג בשלו. נראה שאפשר להסיק מדבריו, שמי שקיבל סמכות לנהל את ענייני הזולת אינו נדרש לבקש מבית דין הוראות כיצד לנהוג, אף אם הפעולה שהוא מבקש לעשות עלולה לסכן את נכסי הנאמנות, ובלבד שהוא נוהג בנכסי הנאמנות כמו שהוא נוהג בשל עצמו[138].

לעומתו, הרא"ש הגיע מן המעשה הנזכר למסקנה הפוכה[139]: "כן ראוי לעשות לכל מי שיש בידו ממון יתומים, שיעשה במאמר בית דין, ולא שיאמר מדעת עצמו 'אעשה כמו בשלי'". כלומר, שהוא הבין שרב אשי פסק פסיקה מקומית, על פי נסיבות המקרה, ולא התכוון להוראה כללית. אכן, נראה שהוראתו של הרא"ש חלה דווקא על מי "שיש בידו ממון יתומים", שעל שמירתו יש להקפיד ביותר, אבל הרא"ש יסכים לרמב"ם שנאמן בנאמנות פרטית "עושה בו כדרך שהוא עושה בשלו".

בעוד שהרא"ש נקט לשון ש"ראוי" לאפוטרופוס לבקש הוראות מבית הדין, שעשוי להתפרש במובן שאין הוא חייב לעשות כן, הטור הביא את דברי אביו הרא"ש בשינוי לשון[140]: "מי שיש בידו מנכסי יתומים סחורה שיש לחוש שאם ישהה אותה עד שתתייקר שמא תפסד או אם יוליכנה לשוק שמא תאנס בדרך, לא יאמר 'אעשה בהן כמו שהייתי עושה בשלי', אלא לא יעשה בהן דבר כי אם על פי בית דין". מדבריו משמע שהבין מדברי אביו הרא"ש, שהאפוטרופוס חייב לבקש הוראות מבית הדין, ואין דבריו בגדר המלצה בלבד. כך משמע גם ממהרשד"ם, שהסיק[141] מדברי הרא"ש: "אין לאדם לסמוך על דעתו בזה עד שיטול רשות מב"ד... שכל מי שיש בידו נכסי יתומים... שלא יעשה דבר בלי רשות בית דין".

בית הדין הרבני האזורי בירושלים[142] הרחיק לכת, וקבע שלא רק שנאמן בנאמנות צדקה חייב לפנות לבית הדין ולבקש הוראות בנוגע לפעולות העלולות לסכן את נכסי הנאמנות, כדברי הרא"ש, אלא שאם לא ביקש הוראות מבית הדין כיצד עליו לפעול, אף מעל בתפקידו, ומשום כך יש לפטרו[143]. לאור זה, פיטר בית הדין את נאמניו של "הקדש בליליוס" מתפקידם משום ששעבדו את נכסי ההקדש לטובת מטרה שאינה ממטרות ההקדש, בלי להיוועץ בבית דין[144].

[137] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיפים ט־י.

[138] כך אמנם הבינו בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מו, ובש"ך, חו"מ שם, ס"ק י. ראה גם שו"ת שער אפרים, סימן קמט.

[139] רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן כא. על דברי הרא"ש ראה גם סעיף 9, פרק חמישי, ג, וסעיף 19, פרק שני, ב.

[140] טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז.

[141] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מו. כך משמע גם מהפרישה, חו"מ, סימן רצ, ס"ק טז, שנקט "אסור כי אם על פי בית דין". וראה גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימנים שג ו־תלד.

[142] תיק 1176/תשט"ו, בבית הדין ירושלים, פד"ר, כרך א, עמ' 360. על פסק דין זה הוגש ערעור, שהודפס בפד"ר, כרך ב, עמ' 18 ואילך, והערעור נדחה. אלא שבערעור לא נזכרה חובת ההיוועצות בבית דין.

[143] אמנם, בפסק דין זה נאמר שנאמני ההקדש גם חרגו מסמכותם והשתמשו בנכסי ההקדש לטובת מטרות שאינן ממטרותיו של ההקדש, וגם מסיבה זו פוטרו הנאמנים. עם זאת, עולה באופן ברור מפסק הדין שהימנעותם של הנאמנים מלבקש הוראות מבית הדין היה די בה כדי להצדיק את פיטוריהם.

[144] ר' עובדיה יוסף, שו"ת יביע אומר, חלק ח, חו"מ, סימן ז, אות ה, חלק על פסיקת בית הדין הרבני. לדבריו,

לכאורה, לא ניתן ליישב בין הפירושים השונים שפירשו הרא"ש והרמב"ם את הוראתו של רב אשי. ואכן, הש"ך[145] כותב שהרא"ש חולק על הרמב"ם. אולם פוסקים אחרים ניסו ליישב בין דברי הרמב"ם לדברי הרא"ש בדרכים שונות.

ר' מרדכי הלוי[146] הסביר את פסיקת הרמב"ם על פי הפרשנות המצמצמת של הטור[147] לדברי אביו הרא"ש, שהרא"ש דיבר דווקא במי שמחזיק בנכסי יתומים שלא מכוח מינוי כאפוטרופוס. רק אדם כזה נדרש לקבל הוראות מבית הדין לפעולה שיש בה כדי לסכן את נכסי היתומים, אולם אפוטרופוס על נכסי היתומים אינו נדרש לכך, ואילו הרמב"ם דן באפוטרופוס. אבל רבים חלקו על הפרשנות המצמצמת של הטור לדברי הרא"ש[148].

הסמ"ע[149] מציע דרך אחרת ליישב בין הלכת הרמב"ם לדברי הרא"ש, בהסתמכות על הנסיבות שבהן ביקש רבינא הוראות. רצונו של רבינא לקחת עמו את חביות היתומים נבע מן החשש שמא עד שישוב יחמיצו החביות, ונמצאו היתומים מפסידים את ערך חביותיהם. אם יועברו החביות בדרך הים יחד עם חביותיו של רבינא, ניתן יהיה למוכרן, ובדרך זו להצילן מן ההפסד. מצד שני, העברת החביות בדרך הים מעמידה את החביות בסכנת טביעה. במצב כזה, היות שקיים סיכון בכל אופני הפעולה, פסק הרמב"ם שרשאי האפוטרופוס לנהוג כדרך שהיה נוהג בשלו. לעומת זאת, מי שמבקש לעשות פעולה שיש בה כדי לסכן את נכסי היתומים, וברור שהימנעות מעשיית הפעולה לא תסכן את נכסיהם, עליו לקבל הוראות מבית הדין, לכל הדעות[150].

נוכל אפוא לסכם, שנאמן בנאמנות פרטית אינו חייב לבקש הוראות מבית הדין, אף אם הוא מתכוון לבצע פעולה שיש בה כדי לסכן את נכסי הנאמנות, ובלבד שהוא נוהג לבצע

"נראה שזהו רק לעניין לכתחילה שצריך להימלך בבית הדין, ותשועה ברוב יועץ, אבל בדיעבד אין לפטר ולהדיח אפוטרופוס ששגג ולא התייעץ עם בית הדין".
מדברי ר"ע יוסף נראה שאף הוא מקבל את העיקרון שאפוטרופוס נדרש לקבל הוראות מבית הדין, אלא שלדבריו אי־קיום חובה זו אינה עילה מספקת כדי לפטרו. אולם ר"א מילר הבין מדבריו שהאפוטרופוס כלל אינו חייב לבקש הוראות מבית הדין, ודברי הרא"ש הם רק בגדר עצה טובה. את זאת לומד ר"א מילר מכך שר"ע יוסף מגדיר את ההתייעצות כ"לכתחילה".

144 ש"ך, חו"מ, סימן רצ, ס"ק י.

146 שו"ת דרכי נועם, אהע"ז, סימן יח.

147 טור, שצוין לעיל, הערה 140. הבחנה זו מובאת גם בסמ"ע, סימן רצ, ס"ק כו. ראה גם: דרכי נועם, שם; שו"ת דברי ריבות, סימן קכג.

148 בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, ס"ק טז; שו"ת מהרשד"ם, שם.

149 סמ"ע, חו"מ, סימן רצ, ס"ק כו.

150 הסמ"ע לא כתב בפירוש שדבריו מכוונים ליישב בין פסיקת הרא"ש לפסיקת הרמב"ם, אלא כתב כך כדי ליישב בין הטור, שם, שפסק כרא"ש, לבין השולחן ערוך, שפסק כרמב"ם. אולם היות שדברי הטור מבוססים על דברי הרא"ש, הרי שלמעשה דבריו מיישבים בין פסיקת הרמב"ם לפסיקת הרא"ש, וכן כנראה הבין הש"ך, חו"מ, סימן רצ, ס"ק י.
אולם דברי הסמ"ע קשים, שהרי הרא"ש התייחס למעשה ברבינא, שבו היה סיכון בשני אופני הפעולה, ובכל זאת דרש מן האפוטרופוס לקבל הוראות מבית הדין בטרם יפעל.
בסעיף י פוסק השולחן ערוך במפורש שאם אין חשש שהימנעות מהפעולה תגרום נזק, אין לעשות את הפעולה, והוא אינו מזכיר את האופציה או את החובה לקבל הוראות מבית הדין. הסמ"ע יצטרך לומר שהשולחן ערוך לא הזכיר זאת משום שההיוועצות בבית דין נחוצה רק כדי להתיר לבצע את הפעולה, אך הדרך הפשוטה היא להימנע מהפעולה.

פעולות מסוג זה בנכסיו שלו עצמו. לעומת זאת, לדעת חלק מן הפוסקים, נאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות חייב לבקש הוראות מבית הדין, אם הוא מתכוון לבצע פעולה כזאת.

ג. האם בית המשפט חייב להיעתר לבקשת הנאמן?

אנחנו עוסקים בסמכות בית הדין להורות לנאמן לבצע פעולה שלולא הוראת בית דין היה אסור לו לעשות, מחשש שמא היא תגרום נזק לנכסי הנאמנות. אפשר להסביר את סמכות בית הדין בשתי צורות: (א) בית הדין בודק את הפעולה בעזרת אנשי מקצוע, ומגיע למסקנה שאין בה סיכון. (ב) בית הדין מתיר מסיבות שונות לבצע את הפעולה אף שיש בה סיכון. בשתי הצורות, סמכות בית הדין נובעת מן הכלל "הפקר בית דין הפקר"[151]. לענייננו, אף על פי שמן הדין זו פעולה שאסור לעשות מפני הסיכון, מפקיע בית הדין את הנכסים מבעליהם לעניין זה שיוכל הנאמן לעשות את הפעולה. הפקעה זו נחוצה גם אם בית הדין מתייעץ באנשי מקצוע, שכן ייתכן שאנשי מקצוע אחרים היו קבעים שיש בפעולה סיכון.

אבל מקיומה של סמכות אין להסיק שבעל הסמכות חייב לעשות שימוש בסמכותו. כדי שבעל הסמכות יהיה חייב לעשות שימוש בסמכותו, יש להוכיח שהפעלת הסמכות היא מתפקידיו של בעל הסמכות. על כן, כדי להשיב על השאלה האם בית המשפט חייב להיעתר לבקשת הנאמן, יש לבחון, האם מתן הוראות לנאמנים היא מתפקידי בית הדין?

בעניין זה, נראה שיש להבחין בין הנאמנות הפרטית לנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות. ככלל, מייעדת ההלכה לבית הדין חמישה תפקידים: ליישב סכסוכים בעניינים ממוניים (משפט אזרחי)[152], להעניש את העבריינים[153], לדאוג לתקנת הציבור (באמצעות שלוחי בית דין)[154], לשמש כ"אביהם של יתומים", הדואג לתקנת היתומים[155], ולשמש כפורום מחייב, הדרוש לשם מתן תוקף לפעולות שונות כגון חליצה והתרת נדרים[156].

מכוחה של הסמכות לדאוג לתקנתם של יתומים ונזקקים פסק בית הדין הגדול: "מכח תפקידם כבית דין עליהם לשמור שכספי עניים יגיעו למטרתם הנכונה, באמצעות השלוחים המתאימים"[157]. הרי לנו, שבנאמנות לטובת מטרות צדקה או לטובת מטרות ציבוריות, בית

151 ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך הפקר בית דין, פרק ד, כרך י, עמ' קה־קז, בשאלה איזה בית דין מוסמך להפקיר ממון. שם מובאות דעות שכל בית דין של שלושה דיינים מוסמך להפקיר ממון, לפחות בתחומים מסוימים. הפוסקים שהבאנו לעיל, בעניין סמכות בית דין לתת הוראות לנאמן, לא הגבילו סמכות זו לבית דין מסוג מסוים.

152 ראה בהרחבה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך בית דין, כרך ג, עמ' קנה־קנז.

153 ראה ספר המצוות לרמב"ם, מצוות עשה קעו: "שיכריחו לעשות מצוות התורה ויחזירו הנוטים מדרך האמת אליה על כרחם ויצוו לעשות הטוב ויזהירו מן הרע ויעמידו הגדרים על העובר עד שלא יהיו מצות התורה ואזהרותיה צריכות לאמונת כל איש ואיש". על סמכותו של בית הדין בזמן הזה לדון בעניינים פליליים, ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן א, ובהרחבה, ר"א ולדינברג, הלכות מדינה, חלק א, שער א, פרק ה.

154 ראה בהרחבה באנציקלופדיה תלמודית, שם, עמ' קסג־קסד.

155 ראה בהרחבה באנציקלופדיה תלמודית שם, עמ' קסד. על סמכות זו ראה גם: א' שוחטמן, סדר הדין (ירושלים תשמ"ח), עמ' 52־53; ר"א שרמן, "על סמכות גדול הדור לתת הוראות לנאמני הקדש ועל סדרי דין מיוחדים בהקדשות", משפטי ארץ — דין, דיין ודיון, עפרה תשס"ב (בעריכת י' אונגר), עמ' 124.

156 ראה בהרחבה באנציקלופדיה תלמודית שם, עמ' קנח־קסא.

157 ערעור תשט"ז/21, פד"ר, כרך ב, עמ' 18, בעמ' 34־35. וראה גם א' שוחטמן, סדר הדין, שם.

הדין חייב להיעתר לבקשת הנאמן, ולהורות לו כיצד עליו לנהוג, שכן הדאגה לניהול היעיל והנכון של הנאמנות היא מתפקידי בית הדין. אכן, בית הדין רשאי למנות אחרים כדי שיסייעו בידיו למלא תפקיד זה, כדרך שיש בסמכותו למנות שלוחי בית דין שיסייעו לו בהגשמת תפקידיו האחרים. אך אין הוא רשאי להשיב ריקם את בקשת הנאמן להוראות. לעומת זאת, ההשגחה על ניהולן היעיל של נאמנויות פרטיות אינה מתפקידיו של בית הדין, ומשום כך, אין בית הדין חייב להיעתר לבקשת הנאמן לתת לו הוראות.

פרק שביעי

פטור מאחריות — "אם פעל... לפי הוראות בית המשפט"

א. מבוא

נאמן אינו נושא באחריות לתוצאותיה של פעולה שעשה לפי הוראות בית המשפט או באישורו. הוראה דומה מצויה בחוק השומרים, בעניינו של שומר המבקש להחזיר את הנכס לבעליו, והלה אינו מוכן לקבלו[158].

הוראה זו מאפשרת לנאמן למעשה להסיר מעליו אחריות למעשיו באמצעות בקשת הוראות מבית המשפט. האם ראוי לאפשר לנאמן להסיר מעליו אחריות בדרך זו?

שופטים, ככל אדם, עלולים לטעות ולתת לנאמן הוראות שיש בהן כדי לסכן את נכסי הנאמנות. האם הנאמן פטור מן האחריות אם פעל לפי הוראות בית המשפט גם אם היה מודע לכך שהוראת בית המשפט בטעות יסודה, או שלפי הנתונים המצויים בידיו עשיית הפעולה לפי הוראות בית המשפט עלולה לסכן את נכסי הנאמנות יתר על המידה? לשון אחרת: האם הוראת בית המשפט פוטרת את הנאמן מן החובה להפעיל את שיקול דעתו? קשה לדלות מניסוחו של החוק תשובה ברורה לשאלה זו[159]. לפיכך, נבקש לה מענה במקורות המשפט העברי.

שאלה נוספת שיש לשאול היא, האם הנאמן חייב לפעול לפי הוראות בית המשפט? מלשון החוק נראה שהנאמן רשאי לפעול כרצונו, אלא שאם פעל בניגוד להוראות בית המשפט, הוא אחראי לתוצאות מעשיו. האם גם לפי המשפט העברי רשאי הנאמן לנטות מהוראות בית הדין שניתנו לו לפי בקשתו?

ב. כללי

(1) נאמנות פרטית

על אחריותו של נאמן בנאמנות פרטית שפעל לפי הוראות בית הדין נוכל ללמוד על דרך

[158] חוק השומרים, סעיף 11.

[159] ייתכן שמלשון החוק, שנאמן פטור מאחריות על פעולה שעשה לפי הוראת בית המשפט רק אם פעל "בתום לב", יש להסיק שהנאמן אינו פטור מאחריות לפעולה שביצע בהתאם להוראות בית המשפט ביודעו שהיא מסוכנת.

ההיקש מדיני השומרים. הרמ"א[160] פסק שאם הורה בית הדין לשומר למסור את הנכס לשומר אחר, השומר הראשון פטור מאחריות אף שבדרך כלל שומר שמסר לשומר אחר חייב באחריות. באופן דומה, פסק הסמ"ע[161] שאם בית הדין התיר לשומר לקחת עמו לדרך את הנכס שהופקד בידיו, השומר אינו נושא באחריות לנזקים שנגרמו לנכס עקב כך[162]. מהלכות אלו עולה ששומר פטור מאחריות על פעולות שביצע על פי הוראות בית הדין, ומכאן אפשר ללמוד שגם נאמן פטור מאחריות לפעולות שעשה לפי הוראות בית הדין.

(2) נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות

לעיל[163] הבאנו את דבריו של הרא"ש, שהמליץ לאפוטרופוס להיוועץ בבית דין לפני עשיית פעולה העלולה לסכן את נכסי הנאמנות. הרא"ש מסיים את דבריו: "ולא שיאמר [האפוטרופוס] מדעת עצמו 'אעשה כמו בשלי', כי לא יצא בזה ידי חובתו להפטר מן האונס".

לשונו של הרא"ש סתומה, ויכולה להתפרש בשתי דרכים. (א) הרא"ש מתכוון לחובת האפוטרופוס לעשות כל אשר לאל ידו כדי למנוע נזק צפוי לנכסי היתומים ("להפטר מן האונס"). לפי דרך זו, הרא"ש אינו עוסק באחריות האפוטרופוס, ועל כן אין ללמוד מדבריו שפעולה בהתאם להוראות בית הדין מחסנת את האפוטרופוס מפני אחריות לנזקים שנגרמו בעטייה. אף אין ללמוד מדבריו שפעולה שנעשתה שלא על דעת בית הדין מטילה על האפוטרופוס אחריות לתוצאותיה, אף אם הייתה זו פעולה סבירה, שיש להניח שבית הדין היה מאשר את ביצועה אילו היה נשאל על כך.

(ב) הרא"ש מתכוון לומר שבמקום שיש חובה לבקש הוראות מבית הדין, והאפוטרופוס אינו ממלא את חובתו, מוטלת עליו אחריות חמורה לתוצאות פעולותיו, והוא נושא באחריות לנזק לנכסי היתומים אף אם אירע הנזק מחמת "כוח עליון" (אונס), אף אם פעל בדרך סבירה. כדי להסביר אחריות חמורה זו, נצטרך לומר שזהו קנס המוטל על האפוטרופוס עקב הפרת החובה להתייעץ עם בית הדין.

מכל מקום, מוכח מדברי הרא"ש שאם פעל האפוטרופוס לפי הוראת בית הדין, הוא פטור מאחריות. מאחר שהפוסקים למדו מדברי הרא"ש גם על חובותיו וזכויותיו של נאמן בנאמנות למטרות צדקה[164], נוכל להסיק שגם נאמן בנאמנות צדקה לא ישא באחריות לתוצאותיה של פעולה שעשה לפי הוראות בית הדין[165].

ג. פעולה בחוסר תום לב

נאמן הפועל בהתאם להוראות בית הדין, אך הוא מודע לכך שההוראה אינה נכונה, ושפעולה

[160] שו"ת הרמ"א, סימן כז, בסופו. ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 407 ועמ' 531.

[161] סמ"ע, סימן רצג, ס"ק ז; פרישה, חו"מ, סימן רצג, אות ד. ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 202.

[162] כמובן, מדובר בנזקים שנגרמו מעצם הוצאת הנכס לדרך, כגון נזקי בלאי או גניבה, ולא בנזקים שנגרמו עקב פשיעת השומר בדרך.

[163] לעיל, ליד ציון הערה 139.

[164] לעיל, ליד ציון הערה 142.

[165] אכן, בדיוננו בסעיף 19, נראה שיש פוסקים שאינם מקבלים את דברי הרא"ש, ולדעתם האפוטרופוס אינו נדרש להיוועץ בבית הדין כיצד לנהוג. אולם אפשר שאף לדבריהם, אם בכל זאת יתייעץ האפוטרופוס עם בית הדין, ובית הדין יורה לו לפעול בדרך מסוימת, הוא לא ישא באחריות לתוצאותיה של הפעולה אם נהג בתום לב לפי הוראות בית הדין.

בהתאם להוראות אלו עלולה לגרום נזק לנכסי הנאמנות, פועל בחוסר תום לב. האם גם בנסיבות אלו תוענק לו חסינות מפני אחריות לנזקים שגרם בפעולותיו? נוכל ללמוד תשובה לשאלה זו מתשובת ר' יצחק מווינה, בעל ה'אור זרוע'[166], שנשאל על דינו של שומר כספים, שנציגי הציבור דרשו ממנו להעביר לקופת הקהל חלק מכספי הפיקדון שבידיו, כדי לשלם מהם מס לשלטונות, ואיימו עליו בחרם. השומר ידע שנכסי המפקיד אינם חייבים במס, אך אף על פי כן העביר לקופת הקהל את הכספים שדרשו נציגי הציבור. ר' יצחק מווינה פסק, שהיות שהשומר ידע שנציגי הציבור טועים ושהנכסים פטורים ממס, לא היה לו להישמע להוראתם, ולכן הוא פשע בשמירת הנכסים והוא נושא באחריות להפסד שגרם למפקיד.

נראה שמתשובה זו יש ללמוד, שאם נאמן יודע בוודאות שהוראת בית הדין מוטעית, אסור לו לנהוג על פיה, והוא נושא באחריות לתוצאותיה[167].

פרק שמיני

סיכום

אחריות הנאמן לנזק שנגרם לנכסי הנאמנות לפי המשפט העברי יכולה להיות מכוח דיני השומרים, מכוח דיני הנזיקין, ולדעת חלק מן הפוסקים, אף מכוחם של דיני הערבות.

מכוח דיני השומרים מוטלת על הנאמן אחריות לכל נזק שנגרם לנכסי הנאמנות עקב הפרת חובה של הנאמן, בין אם התרחש הנזק במישרין או בעקיפין. אולם אין מוטלת על נאמן אחריות מכוח דיני שומרים למניעת רווח צפוי. כמו כן, אם הנאמן אמור להעביר את נכסי הנאמנות לנהנים שאין זהותם ידועה, אין עליו אחריות כשומר, אלא אם כן מדובר בנאמנות למטרה ציבורית, שעקב הנזק, על הציבור להשלים מקופתו את הסכום החסר.

מכוח דיני הנזיקין מוטלת על הנאמן אחריות לכל נזק שנגרם במישרין מחמת הפרת חובתו כנאמן, וזאת גם אם נכסי הנאמנות אמורים לעבור לנהנים שאין זהותם ידועה.

נאמן נושא באחריות מכוח דיני השומרים לכל "נזק שנגרם", ובכלל זה ירידה בערכם של נכסי הנאמנות. הנאמן אחראי גם מכוח דיני הנזיקין לנזק של מניעת רווח שבאופן ודאי היה אפשר להפיק, או במקום שנהוג שהנאמן מקבל על עצמו לשאת באחריות לאובדן רווח שייגרם מחמת רשלנותו במילוי תפקידו.

[166] תשובתו מצוטטת בשו"ת הרא"ש, כלל ט, סימן ב. ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 904, אות כח.

[167] וכך הסיק מדבריו בשו"ת תורת אמת, סימן קיב.
למסקנה זהה ניתן להגיע ע"פ דברי רצ"א שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, עמ' 126-127, בעניין ההלכה ששליח בית דין שהלקה עבריין ארבעים מלקות במקום שלושים ותשע, חייב גלות (מכות כ ע"ב; רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק טז, הלכה יב). הרי לפי סוגיית בבא קמא לב ע"ב, "גדול שבדיינים קורא, השני מונה, והשלישי אומר: הכהו", טעותו של השליח נגרמה מחמת טעותם של הדיינים, ומדוע השליח חייב גלות? התשובה שמציע רצ"א שיינפלד היא: "כשהשליח יכול לברר את הדבר, ולעמוד על הפגם שבצו, לא תעמוד לו החסינות... שהיה על השליח למנות בעצמו את מספר המכות, ולא לסמוך על בית הדין"; והוא לומד מחיוב גלות לדיני נזיקין. מסקנה זו מתאימה לעיקרון הנלמד כאן מדברי בעל אור זרוע, שביצוע פעולה על פי הוראת בית דין אין בו כדי לחסן את הפועל מפני אחריות לתוצאותיה של הפעולה, אם ידע שבית הדין טועה.

לדעת הריטב"א, מוטלת על הנאמן גם אחריות למניעת רווח, מכוח דיני הערבות; אולם דעתו אינה מקובלת על רוב הפוסקים.

הנאמן נושא גם באחריות לנזקי צד שלישי, אם אלו נגרמו בשל התרשלותו במילוי תפקידיו.

נאמן אינו אחראי לנזק שגרם לנהנים, שאינו נזק לנכסי הנאמנות עצמם.

הנאמן נושא באחריות לנזק שנגרם בשל הפרת חובות הנאמנות, ובכלל זה, הפרה של הוראות חוק מפורשות, כמו גם הפרה של נוהג מקובל בניהול נכסי הנאמנות. לפי הרדב"ז, הוא אינו נושא באחריות לנזק שנגרם עקב טעות בהפעלת שיקול הדעת. אולם מדברי הרמ"א משמע שהוא נושא באחריות אף על נזק כזה.

נאמן בנאמנות פרטית נושא באחריות לנזק שנגרם עקב הפרת חובתו כנאמן אם היה קשר עובדתי ומשפטי בין הפרת החובה להתרחשות הנזק, דהיינו שהיה עליו לצפות את התרחשות הנזק. לדעת חלק מן הפוסקים, כך גם דינו של נאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, בעוד שלדעת אחרים, אין על נאמן מסוג זה אחריות לנזקים שלא נגרמו על ידו באופן ישיר, מחשש שמא הטלת אחריות כזאת תניא אנשים מלקבל על עצמם את תפקיד הנאמן.

בעניין האחריות המוטלת על הנאמן, יש להבחין בין נאמן בנאמנות פרטית לבין נאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות. נאמן בנאמנות פרטית נושא באחריות כשל שומר חינם, זולת אם הוא מקבל שכר על מילוי תפקידיו, או שבמילוי תפקידו הוא מקיים את המצווה לקיים את דברי המת.

אשר לנאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, יש דעות שונות ומגוונות. אף שהשולחן ערוך פוסק שנאמן מסוג זה נושא באחריות לנזקים שאירעו בשל פשיעת הנאמן, יש פוסקים שהכריעו שנאמן מסוג זה פטור על נזקים שאירעו בשל פשיעתו (להבדיל מנזקים שגרם בידיו), מחשש שמא הטלת האחריות תניא אדם מלשמש כנאמן בנאמנויות מסוג זה.

אבל במקום שניתן להניח שהטלת האחריות לא תניא אדם מלשמש כנאמן, אם בגלל השכר הצפוי לו, אם בגלל השם הטוב הנלווה למי שמכהן במשרה, ואם בגלל כל סיבה דומה אחרת, נושא הנאמן באחריות לנזק לכל הדעות, והוא נחשב שומר שכר בגלל שכרו, ואחריותו מוחמרת בהתאם.

המשפט העברי אינו מעניק לבית הדין את הסמכות לפטור את הנאמן מאחריות, כשזו מוטלת עליו על פי הדין.

התנהגות בתום לב של הנאמן היא שיקול להקל עליו באחריותו לנזק שגרם.

נאמן בנאמנות פרטית אינו חייב לבקש הוראות מבית הדין אף אם קיים חשש שפעולותיו יסכנו את נכסי הנאמנות, ובלבד שינהג בהם כמו שהוא נוהג בנכסיו שלו עצמו. לדעת חלק מן הפוסקים, נאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות חייב לבקש הוראות מבית הדין בנסיבות אלה.

נאמן בנאמנות פרטית רשאי לבקש מבית הדין הוראות, אך בית הדין אינו חייב להיעתר לבקשה. לעומת זאת, בנאמן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, בית הדין חייב להיעתר לבקשה.

אם פעל הנאמן על פי הוראת בית המשפט, בתום לב, הוא פטור מאחריות. אבל אם היה מודע לכך שההוראה מוטעית, וצפה שהיא תגרום נזק, הוא פעל בחוסר תום לב, ועל כן אינו חסין מפני אחריות לנזק שגרם בפעולתו.

פרק תשיעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

אחריות

12. (א) נאמן אחראי לנזק שנגרם לנכסי הנאמנות עקב הפרת חובתו כנאמן; על אחריות לאבדנם ולנזקם של נכסי הנאמנות המוחזקים על ידו יחולו דיני השומרים.

(ב) נאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות בכל עת[168], והוא אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות אלה.

[168] לא מצאנו מקום להוסיף הוראה בעניין חובתו של בית הדין לתת לנאמן הוראות, כיוון שאף לפי פרשנותו של כרם (לעיל, אחרי ציון הערה 130), אין בהוראות סעיף זה כדי לחייב את בית המשפט לתת לנאמן הוראות על פי בקשתו. שאלת חובתו של בית הדין לתת הוראות בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, תוסדר על פי הוראת סעיף 19(א).

סעיף 13

איסור טובת הנאה

איסור טובת הנאה 13. (א) נאמן לא ירכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל זכות בו, לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה אחרת מנכסי הנאמנות או מפעולותיה, ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובת הנאמנות לבין טובתו שלו או של קרובו.

(ב) "קרוב" של נאמן, לענין סעיף זה —

(1) בן זוגו;

(2) הורה, הורה־הורה, צאצא, אח או אחות של הנאמן או של בן זוגו;

(3) בן זוג של אחד המנויים בפסקה (2).

(4) שותף של נאמן או של אחד המנויים בפסקאות (1) עד (3);

(5) תאגיד שבהונו, ברווחיו או בשליטתו יש לנאמן או למנויים בפסקאות (1) עד (3) חלק העולה על 5%.

(ג) בית המשפט רשאי לאשר מראש פעולה מן המנויות בסעיף קטן (א) אם ראה שהיא לטובת הנאמנות.

(ד) הוראות סעיף קטן (א) אינן באות לגרוע ממה שמגיע לנאמן או לקרובו מכח היותם נהנים.

(ה) פעולה מן המנויות בסעיף זה שנעשתה בלי אישור בית המשפט — בטלה, זולת אם נעשתה בתמורה כלפי אדם שאינו בין המנויים בסעיף קטן (ב) (1) ו־(2) ושפעל בתום לב.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 325

פרק שני: רכישה לעצמו — "נאמן לא ירכוש לעצמו... נכס מנכסי הנאמנות" 326

א. מבוא 326

ב. האם הנאמן חשוד שיעדיף את טובתו על פני טובתה של הנאמנות? 326

ג. פגם טכני בדיני הקניין 329

ד. חריגים 330

(1) רכישה במחיר גבוה ממחיר השוק 330

(2) רכישה במחיר שנקבע מראש על ידי יוצר הנאמנות 330
(3) רכישה מנאמן אחר 331

פרק שלישי: רכישה לקרוב — "לא ירכוש... לקרובו" 331
א. מבוא 331
ב. עמדת המשפט העברי — איסור הרכישה לקרוב 332
ג. מיהו "קרוב"? 332
(1) קרבת משפחה 332
(2) "שותף של נאמן או של אחד המנויים בפסקאות (1) עד (3)" 333
(3) תאגיד שבהונו, ברווחיו או בשליטתו יש לנאמן או לקרוביו חלק 333
(4) אחרים 334

פרק רביעי: הפקת טובת הנאה — "לא יפיק לעצמו... טובת הנאה אחרת" 335
א. מבוא 335
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 335
ג. הפקת טובת הנאה אגב ביצוע פעולה לטובת הנאמנות 336
(1) טובת הנאה הכרחית 336
(2) טובת הנאה שאינה הכרחית 338
ד. טובת הנאה שבאה לנאמן שלא ביוזמתו 339
ה. טובת הנאה שנהוג שנאמן מקבל 341
ו. טובת הנאה שהתיר יוצר הנאמנות ליטול 341

פרק חמישי: אישור — "בית המשפט רשאי לאשר..." 341
א. מבוא 341
ב. עמדת המשפט העברי — כללי 342
ג. חריגים 343
(1) בין נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות לנאמנות פרטית 344
(2) בין אישור לקבל שכר טרחה קצוב לאישור לרכוש נכס 344
ד. האישור 344
(1) אישור או פיקוח? 344
(2) אישור כללי או ספציפי? 345

פרק שישי: קרוב או נאמן שהוא נהנה — "... אינן באות לגרוע ממה שמגיע... לקרובו" 345

פרק שביעי: תוצאותיה של פעולה אסורה — "פעולה...שנעשתה בלי אישור... בטלה" 346
א. עמדת החוק 346
ב. עמדת המשפט העברי 347

פרק שמיני: סיכום 348

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 350

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה עוסק בחובתו של הנאמן להימנע ממצב של ניגוד עניינים. מחובה זו נגזר האיסור על הנאמן להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות. בבסיסו של איסור זה עומדת חובתו של הנאמן לנהוג "באמונה", היינו לשקול רק את טובתה של הנאמנות, ולא שיקולים אישיים[1]. האם קיים איסור דומה גם במשפט העברי, ואם כן, האם טעמיו זהים לטעמי האיסור במשפט הישראלי? לשאלה האחרונה, כפי שניווכח בהמשך הדברים, יש השלכות רבות על היקפו של האיסור, גדריו וסייגיו.

החוק קובע באופן קטגורי, שנאמן אינו רשאי לרכוש לעצמו מנכסי הנאמנות. יש לברר, האם האיסור חל רק אם קיים חשש לפגיעה בטובת הנאמנות או שמא הוא חל גם אם אין חשש כזה, כגון אם המחיר שמציע הנאמן גבוה ממחיר השוק, או אם יוצר הנאמנות קבע מראש את המחיר, או אם הנאמן רוכש את הנכס מנאמן אחר באותה נאמנות? בכל אלו נעסוק בפרק השני.

לפי החוק, אסורה גם רכישה לקרובו של הנאמן. בפרק השלישי נברר, האם הטעמים לאיסור הרכישה על ידי הנאמן, מצדיקים את הרחבת האיסור גם לרכישה על ידי קרוביו של הנאמן? ואם כן, מי ראוי להיות מוגדר כ'קרוב' לעניין זה?

החוק אף אוסר על הנאמן להפיק מנכסי הנאמנות טובת הנאה לו או לקרובו. בעניין זה מתעוררת השאלה, האם הנאמן רשאי לעשות שימוש לצרכיו בנכסי הנאמנות? ואם לאו, האם הוא רשאי להשתמש בנכסי הנאמנות לצרכיו ולצורך הנאמנות יחד? למשל, האם הנאמן רשאי לרכוש ביגוד מנכסי הנאמנות, כדי שיוכל לייצג את ענייני הנאמנות בצורה מכובדת? כמו כן, יש לדון, האם נאמן שהשקיע את כספי הנאמנות רשאי ליטול חלק מרווחי השקעותיו? עוד מתעוררת שאלה, האם אסורה על הנאמן קבלת הנאה שלא מיוזמתו, כגון מתנה מצד שלישי שעמו התקשר במסגרת מילוי תפקידיו? בכל אלו נדון בפרק הרביעי.

לפי ס"ק (ג), הנאמן רשאי לעשות פעולה מאלו שנאסרו לפי ס"ק (א) על פי אישור בית המשפט. בהקשר זה מתעוררת שאלה כללית, האם לפי המשפט העברי מוסמך בית הדין להתיר לנאמן לפעול בניגוד להלכה? עוד יש לדון, לשם מה דרוש האישור? התשובה לשאלה זו, כפי שניווכח, משפיעה רבות על הבנת משמעותו של האישור והיקף התערבותו של בית הדין בפעולות הנאמן. כמו כן יש לבחון, האם לאור טעמי איסור הרכישה, מוצדקת הוראת החוק ש"בית המשפט רשאי לאשר מראש פעולה מן המנויות בסעיף קטן (א) אם ראה שהיא לטובת הנאמנות"? לבסוף, נדון בשאלה, האם רשאי בית הדין לתת לנאמן אישור כללי לעשות פעולות המנויות בס"ק (א) לפי שיקול דעתו, או שמא עליו לבחון כל פעולה לגופה, ולהחליט לגביה, אם נכון לאשרה? בכך נעסוק בפרק החמישי.

[1] ראה על כך בסעיף 10, פרק שישי.

ס"ק (ד) מדגיש: "הוראות סעיף קטן (א) אינן באות לגרוע ממה שמגיע לנאמן או לקרובו מכח היותם נהנים". בפרק השישי נברר, האם לפי המשפט העברי, נאמן רשאי להעניק טובות הנאה מנכסי הנאמנות לקרוביו, הראויים להיות נהנים של הנאמנות?

לפי ס"ק (ה), "פעולה מן המנויות בסעיף זה שנעשתה בלי אישור בית המשפט — בטלה, זולת אם נעשתה בתמורה כלפי אדם שאינו בין המנויים בסעיף קטן (ב) (1) ו־(2) ושפעל בתום לב". יש לברר האם טעמי האיסור מצדיקים את ביטולה של הפעולה האסורה, אף אם היא נעשתה כלפי אלו המנויים בס"ק (ב)(1) ו־(2)? כמו כן יש לברר, האם לפי המשפט העברי, העובדה שהפעולה בוצעה בתמורה ובתום לב אמורה להשפיע על ההכרעה בשאלה, האם יש לבטל את הפעולה? בכך נעסוק בפרק השביעי.

פרק שני

רכישה לעצמו — "נאמן לא ירכוש לעצמו... נכס מנכסי הנאמנות"

א. מבוא

לפי החוק, נאמן אינו רשאי לרכוש לעצמו נכס מנכסי הנאמנות, משום שרכישה כזאת מעוררת את החשש שמחמת ניגוד העניינים, יעדיף הנאמן את טובתו האישית על פני טובתה של הנאמנות[2].

כרם סבור, שיש לפרש את איסור הרכישה בצורה רחבה, כך שגם מכירת נכס לנאמנות אסורה לנאמן, כיוון שעל ידי המכירה, רוכש הנאמן את הזכות לקבל תמורה עבור הנכס שמכר. כמו כן, נטילת הלוואה מכספי נאמנות היא רכישה של כסף, תמורת ההתחייבות להחזירו, ומשום כך, אף היא אסורה[3].

נאמן אינו רשאי לרכוש לעצמו נכס מנכסי הנאמנות, אף אם המוכר הוא נאמן אחר באותה נאמנות[4], ואף אם הרכישה היא ארעית[5], כגון, לשכור נכס מנכסי הנאמנות[6]. האיסור חל גם אם הנאמן מציע לשלם לנאמנות את מחיר השוק, מפני שיש חשש שהנאמן יימנע מלהציע את הנכס למרבה במחיר, עקב רצונו לזכות בו במחיר השוק[7].

ב. האם הנאמן חשוד שיעדיף את טובתו על פני טובתה של הנאמנות?

במשפט העברי יש הלכות אחדות האוסרות על נאמן להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות, אך הן אינן מנומקות בחשש שמא הנאמן ינצל את מעמדו כדי להעדיף את טובתו האישית על

[2] כרם, סעיף 255, עמ' 544.

[3] כרם, סעיף 258, עמ' 548. החידוש בדבריו הוא שמכירת נכס של הנאמן לנאמנות אסורה גם אם שני הצדדים מרוויחים מן העסקה; אבל אם לא כן, המכירה אסורה בלאו הכי, שהרי היא בגדר עשיית "דבר שיש בו סתירה בין טובת הנאמנות לבין טובתו" של נאמן, האסורה לפי המשך הסעיף.

[4] כרם, סעיף 267, עמ' 562.

[5] כרם, סעיף 259, עמ' 550.

[6] שם.

[7] כרם, סעיף 259, עמ' 550.

פני טובתה של הנאמנות. כך נפסק[8], ששומר פירות שמבחין בכך שהפירות מתחילים להרקיב, "עושה להם תקנה, ומוכרן בבית דין" כדי למנוע הפסד מבעליהם, ו"כשהוא מוכרן, מוכרן לאחרים, ואינו מוכרן לעצמו", ונימק זאת רש"י[9], כדי "שלא יחשדוהו שמא לקחן בזול". ודוק, המשפט העברי אינו חושד בשומר שירכוש את הפירות בזול, אלא חושש שמא יהיו שילעיזו עליו שכך נהג[10].

הלכה דומה נאמרה באלמנה המבקשת למכור מנכסי היתומים כדי לגבות מהם את כתובתה: היא אינה רשאית לשום את נכסי היתומים כדי ליטול מן הנכסים כערך המגיע לה בכתובתה[11], משום שכאשר היא לוקחת לעצמה מנכסי היתומים, "נראה לעולם שמעכבת מנכסי יתומים בידה"[12].

כמו כן, לגבי גבאי תמחוי, שאספו מזון עבור עניים ואין להם עניים לחלקו להם, נקבע[13]

[8] בבא מציעא לח ע"א.

[9] רש"י, שם, ד"ה ואין מוכרן לעצמו. כך נימק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצב, סעיף יט.
כמו כן, בפסחים יג ע"א נאמר, שמוכר חמץ, שהגיע ערב פסח, והוא צריך למוכרו, אינו רשאי לקנותו לעצמו, "משום חשדא".

[10] כך עולה מפירוש רש"י, שם.
אבל בפני יהושע, בבא מציעא שם, ד"ה בגמרא (השני), כותב (בדעת הרמב"ם), שהיות והמכירה נעשית אחרי שומה של בית דין, היא אינה עלולה לעורר חשד שהשומר קונה לעצמו בזול, ולמרות זאת, אסרו חכמים על השומר לרכוש את הפירות לעצמו, "כדי שישהא קצת, ואפשר שיעלה בדמים יותר מדמי השומא". כלומר, היות שהשומר יצטרך לחפש מישהו אחר למכור לו, המכירה תתעכב, וייתכן שבינתיים ימצא קונה במחיר הגבוה מהמחיר שבית הדין קבע לפירות (אבל ראה לאחר ציון הערה 18, שדחיית המכירה עלולה דווקא להוריד את מחיר הפירות).
אולם, ר"א מילר סבור שלא ייתכן שפני יהושע יפרש את הסוגיה בדרך שונה מזו המקובלת על כל הראשונים, ועל כן הוא מפרש, בדוחק, שכוונת פני יהושע היא, שאף במצב שאין לחשוש שאנשים יחשדו בשומר שרכש לעצמו במחיר מוזל, יש לחשוש שיחשדו בו שלא השהה את המכירה די הצורך, כדי לקבל עבור הנכס את הצעת המחיר הגבוהה ביותר שניתן להשיג עבורו.
ראה על כך בחוק לישראל, שומרים, עמ' 363־364, ובמילואים, עמ' 1116־1118.
יש לציין, שאף כרם, סעיף 259, עמ' 550, העלה את החשש ש"אילו ניתנה לנאמן הזדמנות שווה לזו של כל אדם אחר לרכוש את הנכס, די היה בה כדי שתתעורר סכנה, שהנאמן לא יעשה מאמצים מרביים למצוא את הרוכש שירבה במחיר".

[11] כתובות צח ע"א; רמב"ם, הלכות אישות, פרק יז, הלכה יד.

[12] תוספות, בבא מציעא לב ע"א, ד"ה בית דין הדיוטות. כך פירש גם חידושי הריטב"א, כתובות שם, בשם הגאונים, שחוששים שלא דקדק כראוי בשומה. במחנה אפרים, הלכות שלוחין, סימן כ, הוכיח שכך הסביר גם הרמב"ם (אבל משנה למלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה, סבר שלדעת הרמב"ם הנימוק הוא כפי שהסביר הרשב"א שיצוין להלן, הערה 20; וראה גם אבני מילואים, סימן קג, ס"ק ו, ד"ה ולענ"ד, וס"ק ח, ד"ה לפ"ז וד"ה ואפשר). בשיטה מקובצת, כתובות שם, ד"ה אלמנה, כתב שכך פירש רש"י במהדורא קמא של פירושו, שחוששים שמכרה לעצמה לפי מחיר נמוך. לפי בני חיי, חו"מ, סימן קפה, הגהות בית יוסף, אות ה, דפים קלג ע"ד־קלד ע"ג (הובא במשנה למלך, שם), זו גם דעת הסמ"ג והגאונים.
וראה על כך בירור הלכה, כתובות צח ע"א, ציון ב.

[13] פסחים יג ע"א; בבא מציעא לח ע"א; בבא בתרא ח ע"ב.
טור, חו"מ, סימן עב, סעיף א, למד מהלכה זו, שמי שהלווה לעני, ולקח ממנו משכון, על אף שהוא רשאי להשכירו, ולנכות מן החוב את דמי השכירות שקיבל, אין הוא רשאי להשתמש במשכון בעצמו תמורת ניכוי דמי השימוש מהחוב. זו למעשה דעת רש"י, בבא מציעא פ ע"ב (ד"ה מותר), כפי שהעיר בתוספות יום טוב, בבא מציעא, פרק ו, משנה ז.

שהם "מוכרין לאחרים ואין מוכרין לעצמן", וטעם האיסור הוא[14] "משום שנאמר: 'והייתם נקיים מה' ומישראל' (במדבר לב, כב)", ויש חשש "שמא יחשדום שלקחום בזול"[15]. שוב, אנחנו איננו חושדים בו, אלא חוששים שמא אחרים יחשדו בו.

ממקורות אלו עולה, שהמשפט העברי אינו חושד בנאמן שינצל את מעמדו לשם קידום ענייניו, על חשבון ענייניה של הנאמנות[16].

אולם, מסקנה זו קשה, שכן דיני השוחד המפותחים של המשפט העברי, האוסרים על הדיין לדון גם אם יש לו רק נגיעה קלה שבקלות בתוצאותיו של הדיון[17], מלמדים, שאף נגיעה אישית קלה שבקלות עלולה להטות את שיקול דעתו של אדם. אם כן, מדוע לא חששו חכמים לכך שנגיעתו האישית של הנאמן תטה את שיקול דעתו[18]?

לא מצאנו תשובה מפורשת לשאלה זו בדברי המפרשים והפוסקים, אך אפשר להציע את התשובה הבאה: חכמי ההלכה היו מודעים אמנם לכוחה של הנגיעה האישית להטות את שיקול דעתו של אדם, ויש חשש שמא בגלל הנגיעה האישית יפעל אדם בדרך שתפגע באינטרסים שעל שמירתם הוא מופקד. אבל מצד שני, עומד החשש שההימנעות מפעולה מיידית עלולה אף היא להסב נזק לעניינים אלו, והרי הימנעות מפעולה במצב של ניגוד עניינים עלולה לגרום לדחיית הפעולה הנחוצה.

לדוגמה, אם שומר פירות נדרש למכרם משום שהם מתחילים להירקב, כל עיכוב במכירה עלול להפחית מערכם של הפירות. על כן, טובת העניין שעליו מופקד השומר — שמירת הפירות — הייתה מחייבת להתיר לו לרכוש את הפירות לעצמו, למרות החשש שמא ירכוש את הפירות בזול. בדומה, במצב שגבאי הצדקה נדרש למכור את המזון שבתמחוי מחשש שמא יתקלקל המזון עד שימצא עניים להאכיל, היה מקום להתיר לו למכור לעצמו, שמא אם יחויב למכור לאחרים, הדבר יגרום לדחייה, ובינתיים יתקלקל המזון. על כן, אין בחשש שמא בגלל ניגוד העניינים יפגע הנאמן בענייניה של הנאמנות, כדי להצדיק את הטלת האיסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים. משום כך, נימקו חכמים את האיסור בחובתו של הנאמן לשמור על שמו הטוב[19], שהוא שיקול הגובר על החשש מן הנזק שבהשהיית הפעולה.

[14] פסחים שם.

[15] רש"י, פסחים שם, ד"ה ואין.

[16] אבל לפי לשונם של חלק מן המקורות שצוינו בהערה 12, אנחנו חושדים בו. כמו כן, שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צג, נוקט "שהוא נוגע בדבר", "יחפה עליו". חשד כזה נזכר גם בתקנה שנביא בהערה 31.

[17] נושא זה נדון בהרחבה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן ט, ובמפרשים על השולחן ערוך, שם.

[18] אפשר שאילו הטעם היה רק שאנחנו חושדים בו, היה הגבאי הצדקה או השומר יכול לומר לעצמו: "אני יודע שאני משלם את המחיר הראוי", והיה מוכר לעצמו (שהרי המשפט העברי מכוון לעם ולא לבית המשפט, כדברי מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ"ד, עמ' 52-53), ולכן הוצרך הטעם שחוששים לחשד של אחרים.

[19] איסור זה הוא ייחודי למשפט העברי. בניגוד למשפט המודרני הרואה את השם הטוב כזכות מזכויות האדם, שעליה ניתן למחול, רואה המשפט העברי את השמירה על השם הטוב כחובה המוטלת על כל אדם. יש שנימקו איסור זה באיסור להכשיל את הזולת בחשד בכשרים. כך, ר' יהודה החסיד, ספר חסידים, סימן מד, כותב: "וכן הנותן לאישה בסתר, שהוא מביא עצמו לידי חשד, שנאמר (במדבר לב, כב) 'והייתם נקיים מה' ומישראל'. ועוד, שהוא מכשיל את החושדים אותו, ונענשים על ידו, שכל החושד בכשרים לוקה בגופו". אולם, דווקא מדבריו משמע, שההנמקה "שהוא מכשיל אחרים" אינה הטעם העיקרי לחובת האדם לשמור על שמו הטוב, אלא טעם משני.

תפיסה הפוכה אנו מוצאים בספר המנוחה, לרבנו מנוח, הלכות תפילה, פרק ה, הכותב בעניין האיסור

ג. פגם טכני בדיני הקניין

נימוק נוסף שלא לאפשר רכישת נכס מנכסי הנאמנות על ידי הנאמן, אנו מוצאים בדבריהם של חלק מן המפרשים בעניין ההלכה שהזכרנו לעיל, שאלמנה אינה יכולה לגבות בעצמה מנכסי היתומים לצורך פרעון כתובתה. לדבריהם, כל עוד היתומים קטנים, הרי האלמנה פועלת כאפוטרופוס טבעי שלהם, והיא פועלת בשליחותם. היות ש"שלוחו של אדם כמותו", הרי ש"יד" האלמנה היא "יד" היתומים, ורשותה היא רשותם. משום כך, אין היא יכולה לרכוש נכס מנכסי היתומים, שכן, התנאי היסודי לכל העברת בעלות בנכס הוא, שהנכס יֵצא מרשות המוכר לרשות הקונה, ותנאי זה אינו יכול להתקיים כאשר המוכר הוא גם הקונה[20].

אבל נימוק זה הוא ייחודי לרכישת נכס על ידי הנאמן, ולא ניתן להצדיק מכוחו את האיסור הכללי לנאמן להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות.

להתפלל בחורבה, "וקרוב הוא לקבל עונש כשהוא נותן אמתלאה לעולם לדבר עליו", אך מדגיש, בניגוד לדברי ר"י החסיד: "אע"פ שהוא כשר, אין החושדים אותו לוקין בגופן", כיוון שהוא גרם שיחשדו בו. וכך הוא מנמק את החובה לשמור על השם הטוב: "כי הקב"ה אמר 'כל הנקרא בשמי ולכבודי בראתיו' (ישעיהו מג, ז), וזה שגרם לבני אדם לדבר עליו דברים אשר לא כן, לא נבראו [צ"ל: נברא] לכבודו של הקב"ה". כלומר, על האדם מוטלת חובה לכבד במעשיו את בוראו. מי שמתנהג בדרך ראויה מכבד את בוראו, שכן הבריות משבחות את הבורא על הבריות הטובות שברא בעולמו. לעומת זאת, מי שאינו מתנהג כראוי גורם להמעטת כבוד הבורא, שכן הבריות מגנות את מי שברא בעולמו בריות שמתנהגות כך. מאותה סיבה, גם מי שמתנהג כראוי, אך גורם במעשיו שאנשים יחשדו בו שהוא לא מתנהג כראוי, פוגע בכבוד הבורא, "וקרוב הוא לקבל עונש" על כך.

על הקושי הרב שיש בהגשמת החובה להיות נקי בעיני אלוקים ואדם, ראה שו"ת חתם סופר, חלק ו, סימן נט. על ניגוד עניינים של עובדי ציבור, ראה נ' רקובר, שלטון החוק בישראל, ירושלים תשמ"ט, שער שלישי: כללי אתיקה של עובדי ציבור, עמ' 77, ושם עמ' 94; ניגוד אינטרסים; ר' קליינמן, "מאולמו של הדיין לעולמו של עובד הציבור — שלושה דגמים לפתרון מצבים של ניגוד עניינים", בתוך: דיין ודיון (בעריכת י' חבה וע' רדזינר), בר אילן תשס"ז, עמ' 159-187. על גדר הנימוק של "חשד", ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך חשד; מראית עין.

[20] ראה: ספר המקח והממכר, שער ו; רש"י, כתובות שם, ד"ה מאן שם ליך; תוספות, שם, ד"ה דאמרי לה מאן שם ליך; רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן יג; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה אלמנה ששמה לעצמה; חידושי הר"ן, כתובות שם; ר"ן על הרי"ף, כתובות נז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה מאן שם לך; שו"ת הרא"ש, כלל קה, סימן ב (בשם הרשב"א); שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן מד; מגיד משנה, הלכות אישות, פרק יז, הלכה יד; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שכה; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימנים קג ו-קיז, וחלק ג, סימנים סה-סו; שו"ת דברי ריבות, סימן רסז. מרדכי, בבא מציעא, סימן תכח, ושו"ת הריב"ש, סימן שצו, הציעו את שני הפירושים, ולא הכריעו ביניהם. ראה על כך חוק לישראל, שליחות, סעיף 2, פרק ראשון.

ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 1116-1117, בשאלה מדוע לא נימקו התלמוד והראשונים את הדין ששומר אינו יכול למכור לעצמו, בכך שצריך שהנכס יעבור מרשות לרשות; וראה שם, שיש דעה שזה אכן הטעם בשומר.

ראה בסעיף 10, פרק תשיעי, ג, שימוש בעיקרון זה כנימוק לכך שנאמן בשתי נאמנויות אינו יכול למכור נכס מזו לזו.

אבל יש החולקים וסבורים ששליח שהתבקש למכור נכס של המשלח יכול לרכוש לעצמו את הנכס. ראה למשל, שו"ת מנחת יצחק, חלק י, סימן קא, ובמקורות שהביא שם.

ד. חריגים

(1) רכישה במחיר גבוה ממחיר השוק

כאמור, החשש מפני לזות שפתיים הוא הנימוק לאיסור רכישת נכס מן הנאמנות על ידי הנאמן. ברם, איסור זה נדחה במקום שהוא עלול לגרום פגיעה בטובתה של הנאמנות. כך ניתן ללמוד מדבריו של ר׳ אריה ליב צינץ[21], הקובע, שעל אף ששומר אינו רשאי לרכוש לעצמו את הנכסים שהופקדו בידיו[22], הרי אם הוא מציע עבור הנכסים מחיר הגבוה מן המחיר שקבע בית הדין, או שאינו מצליח למצוא רוכש שיסכים לשלם עבור הנכס מחיר זה, והוא מוכן לרכוש את הנכס במחיר זה, הוא רשאי לרכוש לעצמו את הנכס.

ההיגיון העומד ביסודו של סייג זה הוא, שבנסיבות אלה, הקפדה על שמירת האיסור לרכוש לעצמו את הנכס עלולה לפגוע בתפקידו העיקרי של השומר — למנוע הפסד מבעל הנכסים, ועל כן התירו חכמים לשומר לרכוש לעצמו את הנכסים.

(2) רכישה במחיר שנקבע מראש על ידי יוצר הנאמנות

אם הנאמן רוכש לעצמו נכס מנכסי הנאמנות במחיר שקבע יוצר הנאמנות מראש, אין חשש שיחשדו בו שהוא ניצל את מעמדו וקנה את הנכס בזול על חשבון טובתה של הנאמנות, שהרי הרכישה נעשתה במחיר ובתנאים שקבע יוצר הנאמנות, ואם כן, ברור שטובת הנאמנות לא נפגעה עקב הרכישה[23].

יתר על כן, לדעת ר׳ אפרים נבון[24], בנסיבות אלו בטל גם הנימוק השני[25] לשלילת רכישת הנכס על ידי הנאמן — שאין הנכס יוצא מרשות מוכר לרשות קונה. הוא מסביר, שכאן ניתן להגדיר את יוצר הנאמנות כ״מוכר״, כיון שהוא זה שקבע את תנאי הרכישה, ואפשר לומר שיוצר הנאמנות מקנה את הנכס לכל מי שישלם את המחיר שקבע. לפיכך, יוכל הנאמן להיות ״קונה״, ולבצע את הרכישה[26], אף שמבחינה מעשית, הנכס היה ברשותו לפני הרכישה, ונותר ברשותו לאחריה. לכן, אף לפי הנימוק השולל רכישת נכס מנכסי הנאמנות בידי הנאמן, בגלל

[21] מעיני החכמה, מהדורא בתרא, בבא מציעא לב ע״א, אות קלח. אבל בית יעקב (טאווישונסקי), חו״מ, סימן רצב, סעיף יט, מפקפק בחידוש זה, משום שלא משמע כן מסתימת הפוסקים. ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 364.
יש להעיר, שלפי הטעם שבמכר, הנכס צריך לעבור מרשות לרשות (ראה לעיל, ליד ציון הערה 20), גם במצב זה לא יוכל השומר לקנות לעצמו.

[22] כאמור לעיל, ליד ציון הערה 8.

[23] על פי סמ״ע, סימן קעה, ס״ק כו, שכתב כך לגבי שליח הקונה לעצמו. אלא, שכפי שמציין הסמ״ע, טור, חו״מ, סימן קפה, סעיף ג, כותב (בשם הרשב״א), שבכל זאת אינו יכול לקנות לעצמו, מפני הטעם השני, שלעיל, ליד ציון הערה 20, שבמכר, הנכס צריך לעבור מרשות לרשות; וכך כתב שולחן ערוך, חו״מ, סימן קפה, סעיף ב (בלי לנמק).

[24] מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ.

[25] לעיל, ליד ציון הערה 20.

[26] אשר לדברי השולחן ערוך האומר להיפך, כותב מחנה אפרים: ״ולעניות דעתי, אינו כן״.
הוא מוסיף לנמק, שהשליח יכול לבטל את שליחותו, ואז כבר תוכל להיות העברה מרשות לרשות, ויכול לזכות לעצמו בנכס על ידי קניין הגבהה.
עם זאת, מסייג מחנה אפרים את דבריו ואומר, שאם הנכס הנמכר הוא מקרקעין, אף קביעה של המחיר הראוי על ידי יוצר הנאמנות לא תועיל, מפני שבמכירת מקרקעין צריך המוכר להתיר לרוכש במפורש להחזיק במקרקעין (׳לך חזק וקני׳), לפני ביצוע הרכישה, והוראה זו חסרה אם השליח מבטל את שליחותו;

הצורך להוציא את הנכס מידיו של קונה לידיו של מוכר, הרי כאן שיוצר הנאמנות הוא שקבע את מחיר הנכס, יוכל הנאמן לרכוש לעצמו את הנכס.

(3) רכישה מנאמן אחר

מהרי"ט[27] דן בשאלה, האם נאמן יוכל לרכוש נכס מנכסי הנאמנות, מנאמן אחר המכהן עמו כנאמן באותה נאמנות? הוא קובע ששני הנימוקים שהבאנו לעיל לשלול רכישה על ידי נאמן אינם תקפים כאן. החשש שיחשדו בנאמן שינצל את מעמדו כדי לרכוש לעצמו נכס מנכסי הנאמנות במחיר מופחת, אינו קיים ברכישה מנאמן אחר: "לא חיישינן שגם הוא יחפה עליו... דלא נחשד האחד לעשות קנוניא ולהיות חוטא ולא לו"[28]. גם הנימוק של הצורך שיֵצא הנכס מרשות קונה לרשות מוכר, אינו קיים כאן, מפני שכשיש שני נאמנים, אין חובה ששני הנאמנים יבצעו את המכירה ביחד, אלא די שהיא תהיה על דעת שניהם[29], ואם כן, "הרי חברו יכול לזכות לו", ובדרך זו יתמלא התנאי שהנכס שנמכר יֵצא מרשות לרשות.

אבל למעשה כותב מהרי"ט במסקנתו: "לכתחילה אפשר דלא שפיר דמי", ועל כגון זה "אמרו חכמים[30], התרחק מן הכיעור ומן הדומה לו".

פרק שלישי

רכישה לקרוב — "לא ירכוש... לקרובו"

א. מבוא

אף רכישת נכס מנכסי הנאמנות על ידי קרובו של הנאמן נאסרה בסעיף זה, משום החשש שמא ינצל הנאמן את מעמדו כדי להיטיב עם קרובו[31].

לעניין זה, קובע הסעיף הגדרה רחבה ביותר לביטוי 'קרוב', הכוללת לא רק את אלו שיש להם קרבת דם או קרבת נישואין לנאמן, אלא גם את שותפו של הנאמן או של אחד מקרוביו, וגם את התאגיד שלנאמן או לקרוביו יש בו חלק העולה על 5%.

וגם אי אפשר לייחס את המכירה למשלח (הנימוק שבטקסט), מפני שהמשלח לא אמר לשליח להחזיק במקרקעין (כך נראית כוונתו).

[27] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צג.

[28] כמו כן, משו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן קא (ד"ה אבל), עולה שאם ביקש יוצר הנאמנות שהמכירה תיעשה תחת פיקוח של אדם שלישי שהוא ידידו, יכול הנאמן לרכוש נכס מנכסי הנאמנות לעצמו, ואין חשש מפני לזות שפתיים.

[29] על עניין זה ראה בהרחבה בסעיף 9, פרק שלישי, ו.

[30] חולין מד ע"ב.

[31] קיים גם חשש, שאם לא יאסור החוק על נאמן לרכוש נכס עבור קרובו, עלול הנאמן להתפתות ולמכור לקרובו נכס מנכסי הנאמנות במכירה פיקטיבית, כאשר לאמיתו של דבר הוא רוכש אותו לעצמו, וזאת כדי לעקוף את האיסור לרכוש לעצמו נכס מנכסי הנאמנות. חשש זה מצאנו בתקנות קהילות ליטא (ש' דובנוב, פנקס ועד הקהילות בליטא, ברלין תרפ"ה, עמ' 28, תקנה קיח): "ראשי כל קהילה וקהילה יתנו עיניהם וליבם על כל אפוטרופוסים, שלא ילוו ממון יתומים שבידיהם לצורך עצמם בשום פנים, ואיזה אפוטרופוסים שיעבור ללוות לעצמו בערמה ע"י אחד מבניו או ע"י אחד מקרוביו, ענש יענש חמשים זהובים אדומים".

ב. עמדת המשפט העברי — איסור הרכישה לקרוב

מהרי"ט[32] דן בהקדש מסוים, שלפי תנאיו, פירות נכסיו היו אמורים לשמש לטובת ישיבה בצפת, שבה "יהגו בתורת ה' לילה ויום". הנאמן של ההקדש השכיר את הדירות השייכות להקדש לקרוביו, אך מהרי"ט ביטל את הסכם השכירות, בין השאר, מחמת קרבת המשפחה שבין השוכרים לנאמן, ונימוקו: "כיון דטעמא משום 'והייתם נקיים', הוא הדין שאינו רשאי למכור לקרוביו". כלומר, שמכירת נכס מנכסי הנאמנות לקרוביו של הנאמן עלולה לגרום ללזות שפתיים, ועל כן מן הראוי לאסור אותה[33].

מהרי"ט מוסיף, שיש בעייתיות בהשכרת נכסי ההקדש לקרוביו של הנאמן, משתי פנים: (א) לפני השכרת נכסי ההקדש, יש לצאת במכרז, כדי להשיג את דמי השכירות הגבוהים ביותר. אולם אם נתיר לנאמן להשכיר את הדירות לקרוביו, "היאך יבואו בני אדם ויקפצו עליהם, מאחר שהם יודעים שלא יקחום? ולא יועילו אלא שתכנס בלבם טינא על כך. ומשום הכי פרשי אנשי מינייהו [=יִפְרְשו אנשים מהם (מן הדירות)], ונמצא שהוא חב להקדש בשכירות כזה, ונגרע מערכו, ולא כל הימנו של האפטרופוס לעשות כן".

(ב) לעיתים צריך משכיר נכס להתעמת עם השוכר על גובה דמי השכירות, על אחריותו לנזקים במושכר וכיוצא בזה. אולם, אם משכיר הנאמן נכס מנכסי ההקדש לקרוביו, יש להניח ש"לא חזי להו חובה [=לא יראה להם חובה]", כלומר, הוא לא ימצא עילות לתבוע את השוכרים, אף שיש להניח שאילו היה המשכיר אדם אחר, הוא היה מוצא עילה לתבוע אותם. זאת ועוד: אף אם ימצא עילה לתבוע את קרוביו, "לא יוכל להתגרות בהם, כי אנשים אחים הם". כלומר, אף כאשר תימצא עילה ברורה לתבוע את קרוביו של הנאמן, יש להניח שהוא יימנע מלמצות עמם את הדין בגלל קרבתו אליהם.

ג. מיהו "קרוב"?

כפי שראינו, מהרי"ט[34] אסר על הנאמן בנידונו להשכיר לקרוביו את הדירות של הקדש. בתשובתו, הוא כותב שהאיסור חל על כל "קרוביו שפסולין לדון ולהעיד עליהם". אם כן, כדי לעמוד על היקף הגדרתו של קרוב משפחה לעניין זה, עלינו לפנות להלכות עדות ולהלכות דיינים.

(1) קרבת משפחה

הקרובים הפסולים להעיד על אדם, לכל הדעות[35], הם:

[32] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן א.

[33] אמנם, בתשובה שהזכרנו ליד ציון הערה 27, כתב מהרי"ט: "לענין שהוא נוגע בדבר שקנה לעצמו אין לחוש, שאם כן אף לא ימכור לאביו ולא לאחיו דמוזיל גבייהו [=שמוזיל אצלם (את המחיר)]". אולם, עיון מדוקדק בלשון התשובה שם מגלה שעיקר הדיון שם היה בשאלה, האם המכר תקף בדיעבד, כפי שעולה מדברי מהרי"ט: "כל שלא נודע שזלזל במכירתם ממכרו ממכר". אם כן, אפשר שלכתחילה המכירה לקרובים אסורה בגלל הטעמים שהבאנו כאן, אך בדיעבד, אין לבטל את המכירה אלא אם אכן נגרם הפסד לנאמנות. על ביטול בדיעבד, ראה בהרחבה להלן, בפרק שביעי.

[34] שו"ת מהרי"ט, שם.

[35] יש קרובים נוספים, שלגביהם נחלקו הפוסקים אם הם פסולים לעדות או לאו, כגון עדות של נין בעניין סב אביו, ולהיפך. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן לג, סעיף ב. בעניין עדות על בת זוגו של הסב או על בן זוגה של הסבתא, ראה שולחן ערוך, שם, סעיף ד, וברמ"א, שם.

א. הוריו, בניו, בנותיו, אחיו, אחיותיו[36].
ב. בני הזוג של המנויים בסעיף א[37].
ג. בני דודיו הראשונים, בני דודים השניים, נכדיו, הורי הוריו[38].
ד. בנים ובנות של בן הזוג, אב או אם של בן הזוג[39].
ה. בני הזוג של המנויים בסעיף ד[40].

(2) "שותף של נאמן או של אחד המנויים בפסקאות (1) עד (3)"

הואיל ומהרי"ט[41] קבע, שהגדרת קרוב לעניין האיסור על נאמן לרכוש נכס מנכסי הנאמנות, כהגדרתו לעניין פסול לדון, והואיל ודיין פסול לדון את "מי שהוא אוהבו"[42], ושותף נחשב כ"אוהב" לעניין זה[43], הרי המסקנה היא ששותף של נאמן אינו רשאי לרכוש נכס מנכסי הנאמנות. זאת גם אם הנכס אינו אמור להיות חלק מן השותפות. טעם האיסור הוא מחשש שיחשדו אנשים שהנאמן הוזיל את המחיר לשותפו מפני שהוא ידידו[44]. אם כן, לעניין מכירה לקרובו של הנאמן, עמדת המשפט העברי כעמדת החוק, שמכירה זו אסורה.

אולם לעניין מכירה לשותף של קרובו של הנאמן, האסורה לפי החוק, נראה שעמדת המשפט העברי שונה. כך עולה מן הכלל שקבע מהרי"ט, שדרגת הקירבה הפוסלת אדם לעדות או לדון היא דרגת הקירבה לעניין איסור מכירת נכס לקרובי נאמן. היות שאדם אינו פסול לדון את שותפו של קרובו, המסקנה היא שנאמן רשאי למכור נכס או להפיק טובת הנאה עבור שותפו של קרובו.

(3) תאגיד שבהונו, ברווחיו או בשליטתו יש לנאמן או לקרוביו חלק

ר' משה אמרליו[45] נשאל על סוכן מסחרי (פאטור)[46], שהתבקש למכור סחורה מסוימת עבור בעל הסחורה. הסוכן ביקש למכור את הסחורה לידידו, אולם מאחר שלידיד לא היה די כסף כדי לרכוש את הסחורה, הִלווה הסוכן לידידו את הכסף הדרוש, והוסכם ביניהם שהם יהיו שותפים ברווחים שיפיק הידיד מסחורה זו. לימים, ביקש הסוחר לבטל את המכירה בטענה, שהסוכן "מכר הסחורה ליאודה שנעשה שותף עמו בקניה זו, והוה ליה כאילו קנאה לעצמו".

[36] שולחן ערוך, חו"מ, סימן לג, סעיף ב. ראוי להדגיש שכשמדובר באחים, אין הכוונה דווקא לאחים שיש להם אב ואם משותפים, אלא גם אחים מן האב או אחים מן האם בלבד פסולים להעיד זה לזה.
הזכרנו את הנקבות אף שבלאו הכי הן פסולות לעדות, מפני שבהמשך נזכיר זכרים בעלי קרבה שנייה הקשורים לאותן נקבות, כגון בעל אחותו.

[37] שולחן ערוך, שם, סעיף ג.

[38] שם, סעיף ב.

[39] שם, סעיף ח.

[40] שם.

[41] ליד ציון הערה 34.

[42] שולחן ערוך, שם, סימן ז, סעיף ז.

[43] ע"פ שו"ת עבודת הגרשוני, סימן לג. שו"ת מהר"ם גלאנטי, סימן עד, קובע ששותפים פסולים להעיד זה לזה, משום ש"חשיב טובת הנאה מה שמתקשר עם חברו במה שעושים נחת רוח זה לזה להיות לאגודה על העניין שהם חפצים. אם כן, כשכת אחת מתפרדת והאחרים מעידים עליו, פשיטא דהוו נוגעים בעדות".

[44] יש להעיר שמהרי"ט דיבר על קרוב כשקשר את הגדרת האיסור למכור מנכסי הנאמנות להגדרת הפסול לעדות, וייתכן שלא התכוון לומר שגם אחרים הפסולים לעדות ולדון (כגון שותף) אסורים לקנות מהנאמנות.

[45] שו"ת דבר משה (אמרליו), חלק ב, סימן קא.

[46] ראה סעיף 2, פרק שלישי, ב, שפאטור הוא סוג של נאמן.

בתשובתו, בוחן ר׳ משה אמרילו את הטעמים השונים לכך שאסור לנאמן לרכוש נכס מנכסי הנאמנות, ולאורם הוא מבקש להכריע, האם יש לבטל את העסקה.

תחילה הוא דן בטעם שאין תוקף לרכישת הנאמן מנכסי הנאמנות משום שאין הנכס שנמכר יוצא מרשות המוכר לרשות הקונה. בעניין זה, מסקנתו היא שטעם זה אינו חל על מכירה לשותף של הנאמן, מאחר שלכל שותף יש כוח לבצע עסקאות בפני עצמו, ולכן אין לראות את השותפים כ׳יד אחת׳, ומשום כך, כאשר מוכר הנאמן נכס מנכסי הנאמנות לשותפו, יוצא הנכס מרשות המוכר לרשות הקונה[47].

לאחר מכן, הוא פונה לדון בהיבט של החשש מפני לזות שפתיים, ובעניין זה הוא קובע שגם במכירה לשותף קיים חשש ללזות שפתיים, ומשום כך, לכתחילה אסור לנאמן למכור את הסחורה לשותפו. הרי שאף שעד המכירה לא היה יהודה שותפו של הנאמן, ואם כן אין אינדיקציה לכך שהוא ידידו, בכל זאת המכירה אסורה, מפני שעלול להתעורר חשד שהוא מכר את הנכס במחיר מוזל בגלל האינטרס הכלכלי העתידי שיש לו בהגדלת הונה של השותפות שנוצרה עם המכירה.

מדברים אלה נוכל להסיק, שאסור לנאמן למכור נכס מנכסי הנאמנות לתאגיד שיש לנאמן חלק משמעותי במניותיו, שכן גם מכירה כזאת עלולה לעורר חשד שהוא מוכר את הנכס לתאגיד במחיר מוזל, כדי להגדיל את הונו.

(4) אחרים

אדם פסול להעיד בכל נושא שיש לו עניין בו (׳הנאה׳). בעניין זה נקבע כלל רחב[48]: ״דברים אלו תלויים בדעת הדיין ועוצם בינתו, שיבין עיקר המשפטים וידע דבר הגורם לדבר אחר, ויעמיק לראות אם ימצא לזה העד צד הנאה בעדות זו, אפילו בדרך רחוקה ונפלאה, הרי זה לא יעיד בה לו, וכן לא יהיה דיין בדבר״.

לכן, בהתאם לעיקרון שקבע מהרי״ט[49], שאמת המידה לאיסור למכור נכס לקרובי הנאמן היא בהתאם לפסלות קרוב לדון ולהעיד, נראה שיש לקבוע באופן כללי, שהנאמן אינו רשאי להעביר נכס מנכסי הנאמנות לאדם או לתאגיד שיש לו עניין בהצלחתו, וכן אין הוא רשאי להפיק טובת הנאה עבור אדם או תאגיד כאמור. למשל, אסור לנאמן למכור נכס נאמנות לידידו, לתאגיד שאין לו חלק במניותיו אך הוא נהנה משירותיו, או לכל גוף אחר שלנאמן יש עניין בהצלחתו.

[47] שם, דף קז ע״ב. הוא מוסיף, שאף שבחצי מהנכס פועל השותף כשלוחו של הנאמן־המוכר, שהרי זו ״עִסקא״ שחצייה פקדון, בכל זאת, ״מיגו דזכי לנפשיה״ בחצי שלו (החצי שהוא מלווה), ״זכי נמי לחבריה״ בחצי שבו הוא שלוחו של הנאמן־המוכר.

[48] שולחן ערוך, חו״מ, סימן לז, סעיף כא.

[49] לעיל, ליד ציון הערה 34.

פרק רביעי

הפקת טובת הנאה — "לא יפיק לעצמו... טובת הנאה אחרת"

א. מבוא

מלבד איסור הרכישה, אוסר החוק על נאמן להפיק לעצמו "טובת הנאה אחרת". טובת הנאה אחרת עשויה להיות, למשל, מגורים בבית ששייך לנאמנות, קבלת שוחד לשם ביצוע עסקה עם גורם מסוים דווקא, וכדומה[50].

נראה שהאיסור חל לא רק על טובת הנאה שהיא על חשבון הנאמנות (כמו בדוגמה של מגורים בבית של הנאמנות, שבגללם מאבדת הנאמנות את ההכנסה שהיה אפשר לקבל מהשכרתה לאחרים), אלא גם אם אין בכך נזק ישיר לנאמנות, הדבר אסור, שמא הנאתו גורמת הפסד לנאמנות. כך הוא בדוגמה של קבלת שוחד לשם ביצוע עסקה עם גורם מסוים דווקא: אין בכך נזק ישיר לנאמנות, ובכל זאת הדבר אסור, שמא ביצוע העיסקה עם גורם אחר היה מביא יותר רווח לנאמנות, והנאמן לא עשה כן, כדי לקבל את השוחד. כך הוא גם לגבי איסור מכירת נכס לנאמן או לקרובו: אין בכך הפסד ישיר לנאמנות, ובכל זאת הרכישה אסורה שמא ימכור לעצמו במחיר זול יותר, מה שגורם הפסד לנאמנות.

את טובת ההנאה אסור לנאמן להפיק "מנכסי הנאמנות או מפעולותיה". אפשר להסיק מלשון החוק שנאמן רשאי ליהנות מן השם הטוב הכרוך במעמדו כנאמן, שכן הנאה זו אינה מופקת "מנכסי הנאמנות או מפעולותיה", אלא מן המינוי עצמו.

סעיף 11 קובע, שהוראת סעיף 13 כפופה לתנאי הנאמנות. כלומר, אם בחוזה הנאמנות התיר יוצר הנאמנות לנאמן להפיק טובת הנאה לעצמו מנכסי הנאמנות או לרכוש מהם נכס לעצמו, הדבר מותר.

בהקשר זה מתעוררות שתי שאלות: האם אסור לנאמן גם להפיק טובת הנאה במסגרת מילוי תפקידיו? למשל, האם נאמן שנדרש לקיים פגישה עסקית בענייניה של הנאמנות, רשאי לממן ארוחה על חשבון הנאמנות, כדי ליצור אווירה מתאימה לניהול עסקים, או שמא מימון הארוחה הוא הפקה של טובת הנאה אסורה מנכסי הנאמנות?

שאלה אחרת היא, האם האיסור הוא רק על פעולה שמכוחה יפיק הנאמן טובת הנאה מנכסי הנאמנות או מפעולותיה, או שמא אסור לו לקבל טובת הנאה מהם אף שלא ביוזמתו? למשל, אם נרקמו קשרי ידידות בין הנאמן לפלוני, שעמו הוא התקשר במסגרת מילוי תפקידיו, ובעקבותיהם שלח פלוני מתנה לנאמן ליום הולדתו — האם חייב הנאמן להעביר את המתנה לקופת הנאמנות, אף שלא הפיק ביוזמתו את ההנאה? מניסוחו של החוק אין לדלות תשובה ברורה לשאלות אלה, וננסה לתת לה מענה על פי מקורות המשפט העברי.

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

מלבד האיסור על נאמן לקנות לעצמו מנכסי הנאמנות, שכבר ראינו לעיל, אוסר המשפט העברי על נאמן להפיק כל טובת הנאה שהיא מנכסי הנאמנות[51], אם משום שבעשותו כן הוא עלול

[50] כרם, סעיף 260, עמ' 552.

[51] בפסק הדין בתיק 23412 של בית הדין הרבני הגדול, שנדפס בספר בשערי בית הדין, חלק ג, עמ' 53, נקבע (ללא הנמקה), שיש "איסור מוחלט על קבלת טובת הנאה לאפוטרופוסים או לקרוביהם".

לפגוע באינטרסים של הנאמנות, ואם משום שבעשותו כן, הרי הוא מעורר חשד נגדו, שהוא מנצל את מעמדו לשם קידום ענייניו.

בהתאם לכך נקבע שאם קיים צורך בהשקעת נכסי יתומים, על האפוטרופוס למסור אותם בידי אדם שישקיע אותם תמורת חלק ברווחים, אך אין האפוטרופוס רשאי להשקיע בעצמו את הכספים תמורת חלק ברווחים, משום שהדבר עלול לעורר לזות שפתיים[52].

ג. הפקת טובת הנאה אגב ביצוע פעולה לטובת הנאמנות

לעיתים, נאמן מפיק טובת הנאה לעצמו אגב ביצוע פעולה הנדרשת לשם קידום ענייניה של הנאמנות. האם אסור לו לבצע את הפעולה בגלל האיסור להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות? או שמא היא מותרת מפני שטובת ההנאה מופקת אגב ביצוע פעולה הנדרשת לשם קידום ענייניה של הנאמנות? לעניין זה, כפי שניווכח להלן, יש להבחין בין טובת הנאה הכרחית, לבין טובת הנאה שאינה הכרחית.

(1) טובת הנאה הכרחית

בתלמוד[53] מסופר על אפוטרופוס שרכש בגדים עבור עצמו מכספי היתומים, וקרובי היתומים התלוננו על כך בפני רב נחמן, בטענה שהוא מכלה את ממון היתומים. רב נחמן דחה את הטענה, בנימוק שייתכן שהאפוטרופוס רכש את הבגדים "כי היכי דלישתמען מיליה [=כדי שיישמעו דבריו]". ממעשה זה למד הרמב"ם[54]: "יש לאפוטרופוס ללבוש ולהתכסות מנכסי יתומים כדי שיהיה מכובד ויהיו דבריו נשמעין".

הוראה דומה הורה רבא[55]: "גדול אחי דלבש ואיכסי מביתא — מאי דעבד עבד". כלומר, אם גדול האחים[56] רכש לעצמו בגדים מעיזבון האב, אין אחיו יכולים לטעון נגדו שהוא מכלה את ממונם לצרכיו האישיים, אלא מה שעשה עשוי, משום שיש תועלת לכל האחים מכך שהוא רוכש לעצמו בגדים נאים, שעל ידי כך יישמעו דבריו בפני אחרים בצורה טובה יותר כשהוא מדבר בשם כל האחים לצורכם[57].

מלשון התלמוד, "מאי דעבד עבד", משמע שרק בדיעבד, אם רכש האח בגדים מן העיזבון, אין נוטלים ממנו את הבגדים, אבל לכתחילה אסור לו לעשות כן. ואכן זו דעת הרשב"ם[58].

ראה גם סעיף 10, פרק שישי, שטובת הנאה שקיבל העוסק בצרכי ציבור כדי שיפעל בדרך מסוימת, היא בגדר שוחד.

ר' יונתן מלוניל, בבא קמא לו ע"ב (הובא בשיטה מקובצת, שם), כותב: "שאסור לגבאי לשלוח יד בקופה של צדקה, דלא גרע מפקדון שהפקד אתו, שהשולח בו יד נקרא עליו גזלן".

[52] רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח, כותב שהדבר מותר רק אם נעשה בפני בית דין. על אישור בית הדין, ראה בהרחבה להלן, בפרק חמישי.

[53] גיטין נב ע"ב.

[54] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה. כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ד.

בשאלה, האם יש בכוחם של היתומים למנוע מן האפוטרופוס לרכוש ביגוד מנכסיהם, ראה: סמ"ע, סימן רצ, ס"ק י; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח.

[55] בבא בתרא קלט ע"א. הדין מוזכר בבבא קמא יא ע"ב בשם רב פפא.

[56] ראה סעיף 2, פרק שלישי, ג, שהאח שמנהל את עזבון האב עבור כל האחים, הוא סוג של נאמן.

[57] הטעם מפורש בבבא קמא שם, וכן פירש הרשב"ם, בבא בתרא שם, ד"ה גדול אחי.

[58] רשב"ם שם, ד"ה מאי דעבד עבד. כך כתב גם ברש"י על הרי"ף, בבא בתרא סד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה מאי דעבד עבד. כך פסק גם ערוך השולחן, חו"מ, סימן רפג, סעיף ג, וסימן רצ, סעיף ח.

אולם הרא"ש[59] סבור, שאף לכתחילה רשאי האח לקנות בגדים מן העיזבון אם נדרש הדבר כדי שיישמעו דבריו. כך משמע גם מפסיקת הרמב"ם[60]: "גדול האחין שהיה לובש ומתכסה מלבושין נאים, אם יש לאחים הנאה ממנו כדי שיהיו דבריו נשמעין, הרי זה לובש מתפיסת הבית"[61].

מן המקורות הללו עולה שמותר לנאמן להפיק טובת הנאה לעצמו מנכסי הנאמנות אם היא הכרחית לשם קידום ענייניה של הנאמנות.

שאלה מעניינת היא, אם הנאמן קיבל מנכסי הנאמנות חפץ בר קיימא לצורך ניהול ענייני הנאמנות, האם יידרש להשיב את החפץ לאחר שיסיים את כהונתו? בשאלה זו חלוקות הדעות. יש הסבורים, שעם סיום כהונתו של גדול האחים כנאמן לאחיו (כגון בשעה שהם מחליטים לחלק ביניהם את העיזבון), מתבטלת הסיבה המצדיקה את הפקת טובת ההנאה מנכסי הבית, ולכן עליו להשיב את הבגדים לעיזבון ("תפיסת הבית") כדי שניתן יהיה לחלק את ערכם בין האחים בשווה[62]. אחרים סבורים, שגם לאחר סיום כהונתו אין גדול האחים נדרש להשיב את הבגדים שרכש[63].

שתי הנמקות הוצעו לדעה האחרונה. יש שהסבירו שגדול האחים רשאי להשאיר בידיו את הבגדים שרכש, משום שיש להניח שאחיו מחלו לו על הבגדים[64]. ייתכן שהנמקה זו אינה תקפה לכל נאמנות, אלא רק בנאמנות הדומה לשל גדול האחים, בגלל יחסי הקִרבה בה בין הנאמן לנהנים.

הסבר אחר הוא, שאין לדרוש מן האח להשיב בגדים שרכש מן העיזבון, משום שדרישה זו עלולה לגרום לו להימנע מראש מרכישת בגדים נאים במיוחד, והדבר יפגע בסופו של דבר בייצוגם של האחים[65]. נראה שהנמקה זו תקפה בכל סוגי הנאמנויות.

יש להעיר, שההיתר לנאמן ליהנות מנכסי הנאמנות הנאה שהיא הכרחית לצורך ביצוע תפקידו, אמור גם בהנאה הגורמת הפסד ישיר לנאמנות, כמו בדוגמאות שהבאנו, שהנאמן

[59] רא"ש, בבא בתרא, פרק ח, סימן נה. וכן דעת נימוקי יוסף על הרי"ף, שם, ד"ה גרסי'. ראה גם בית הבחירה, בבא בתרא קלט ע"א, בשם חכמי התוספות.
תוספות רי"ד, בבא בתרא קלט ע"א (ד"ה מאי), כותב: "אפילו לכתחילה, מרשין אותו בית דין, כיון שהוא טורח ומרוויח בעבורן". מדבריו משמע, שגדול האחים אינו רשאי לרכוש ביגוד בעצמו, אף אם הרכישה נחוצה לשם קידום ענייניהם של האחים, אלא אם קיבל על כך אישור מבית הדין.

[60] רמב"ם שם, פרק ט, הלכה טו. כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רפו, סעיף ב.

[61] כך הסיק מדבריו בית יוסף, חו"מ, סימן רפו, סעיף ג.
לדעת תוספות, בבא קמא יא ע"ב (ד"ה גדול), אם האחים האחרים מביעים התנגדות, האח הגדול אינו רשאי לקנות בגדים לצורך ייצוגם. וכך פסקו טור, חו"מ, סימן רפח, סעיף ד, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רפח, סעיף ב.

[62] בית יוסף, חו"מ, סימן רפח, סעיף ד, בדעת הרמב"ם. אך דרישה, שם, דוחה את הבנתו בדברי הרמב"ם.

[63] תוספות רי"ד, בבא בתרא שם; ר"מ מסרקסטה, המובא בשיטה מקובצת, בבא קמא שם (ד"ה וז"ל הר"ר מאיר ז"ל), וסיים "וצריך עיון"; טור, חו"מ, סימן רפח, סעיף א; דרישה שם; רמ"א, חו"מ, סימן רפח, סעיף א. כן היא גם משמעותה הפשוטה של סוגיית בבא קמא יא ע"ב.
בשו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סימן לה, מביא בשם "שיטה לא נודע למי", שאף לדעה זו, על גדול האחים להשיב "בגדי שבת ומועד". כלומר, בגדים יקרים או יפים במיוחד, יידרש גם גדול האחים להחזיר ל"תפיסת הבית". אולם, אין זכר להבחנה זו בדברי פוסקים אחרים.

[64] תוספות רי"ד, שם; ר"מ מסרקסטה, שם; פרישה, חו"מ, סימן רפח, סעיף ד, ודרישה שם.

[65] בית יוסף, חו"מ, סימן רפח, סעיף ד.

קונה בגדים מממון הנאמנות. טעם ההיתר הוא, שאין כאן חשש ללזות שפתיים כלפי הנאמן, שהרי ידוע לכול שהוא מוכרח לעשות את מה שהוא עושה לטובת הנאמנות.

(2) טובת הנאה שאינה הכרחית

על זכותו של הנאמן להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות אגב מילוי תפקידיו, כאשר הפקת טובת ההנאה אינה הכרחית, כלומר, שהוא יכול למלא את תפקידו באופן שלא יגרום לו הנאה, נוכל ללמוד על דרך ההיקש מדיני השומרים.

התלמוד קובע[66], שמי שהופקד בידיו ספר לשמירה חייב לקרוא בו אחת לשלושים יום, משום שאם לא יעשה כך, יש חשש שיתעפש. מדובר בספר מקלף העשוי בגלילה, שגלילתו דרושה כדי לאוורר אותו. אמנם השומר מפיק הנאה מן הקריאה בספר, אך הנאה זו מותרת, משום שהיא נוצרת אגב עשיית פעולה הדרושה לשמירת הנכס.

לכאורה, הלכה זו סותרת הלכה אחרת, בעניין חיובו של שומר בגד לשטוח אותו כדי למנוע את עיפושו. בעניין זה הסתפקו האמוראים[67] בשאלה, האם רשאי השומר לשטוח את הבגד אם הוא מפיק טובת הנאה מכך (בכך שהבגד מקשט את ביתו ומכבדו וכדומה)? למעשה, הספק לא הוכרע בתלמוד, והדבר נאסר[68]. בשני המקרים, מדובר בטובת הנאה שמפיק השומר אגב מילוי תפקידיו, אך אין זו טובת הנאה הכרחית. השומר יכול לגלול את הספר גם בלי לקרוא בו, והוא יכול לשטוח את הבגד במקום נסתר, באופן שלא יפיק טובת הנאה משטיחתו. אם כן, מדוע נאסר על השומר לשטוח את הבגד להנאתו אף שיש צורך בשטיחת הבגד לשם שמירתו, ומצד שני הותר לו לקרוא בספר? על סתירה זו הציעו הפוסקים תשובות שונות.

יש שהסבירו[69], שהשימוש בספר הותר, משום שהמשנה קצבה זמן לשימוש — אחת לשלושים יום, ולכן אין לחשוש לשימוש מופרז שיזיק לספר. לעומת זאת, לא נקבעה קצבה לשימוש בבגד, ולכן קיים חשש שאם יותר לשומר להשתמש בבגד תוך שטיחתו, הוא יפריז בשימוש, והדבר יביא לקלקול הבגד. לפי הסבר זה, מותר לנאמן לעשות שימוש בנכסי הנאמנות כאשר השימוש דרוש לטובת הנכסים, ובלבד שייקבעו מראש (בחוק, בחוזה הנאמנות או על ידי בית המשפט) גדרים לשימוש, באופן שיבטיח שהנאמן לא יפריז בשימוש ויזיק בכך לנכסי הנאמנות.

אחרים הסבירו[70], שההנאה שמפיק השומר מן הספר באה על ידי מעשה, ובזה אין לחשוש שהשומר ישכח ויקרא בספר יתר על המידה, ואילו ההנאה שמפיק השומר משטיחת הבגד באה שלא על ידי מעשה, ויש לחשוש שהשומר ישכח לקפל את הבגד לאחר שטיחתו והדבר יגרום לקלקולו. לפי הסבר זה, מותר לנאמן להשתמש בנכסי הנאמנות, כאשר השימוש דרוש לטובת הנכסים, ובלבד שהשימוש יהיה כרוך במעשה, כך שלא ישכח להפסיק את השימוש כאשר הוא כבר לא יהיה נחוץ לצורך הנכסים.

[66] בבא מציעא כט ע"ב. לפי דעה אחת שם, צריך לקרוא בספר פעם בשנים עשר חודש.
ראה על כך בהרחבה, חוק לישראל, שומרים, עמ' 373-374.

[67] בבא מציעא ל ע"א.

[68] רמב"ם, הלכות גזלה ואבידה, פרק יג, הלכה יא. ראה עוד במקורות שצוינו בחוק לישראל, שומרים, עמ' 373, הערה 215, ובמילואים להערה זו, עמ' 1127.

[69] תוספות, בבא מציעא ל ע"א, ד"ה לצורכו. וראה מקורות נוספים לכך בחוק לישראל, שומרים, עמ' 1128, מילואים להערה 219.

[70] סמ"ע, סימן רסז, ס"ק כא.

ויש שהסבירו שבכלל, אין השומר רשאי להשתמש בנכס שהופקד בידיו אף לשם מניעת עיפושו, וההלכה המתירה לשומר לקרוא בספר היא חריגה, וטעמה הוא מפני שהיא עוסקת בספר קודש, שהקריאה בו היא מצווה[71], או מפני שהחשש שהספר יינזק מחמת קריאה מופרזת הוא חשש רחוק יותר מן החשש שהבגד יינזק בשל שטיחתו יתר על המידה[72]. לפי ההסבר האחרון, אסור לנאמן להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות, כגון בשימוש בנכס של הנאמנות, אם אין הדבר הכרחי, מחשש שריבוי השימוש יגרום נזק לנכס, זולת אם החשש שמא הפקת טובת ההנאה תזיק לנכסי הנאמנות הוא חשש רחוק, בעוד שהתועלת הצפויה מן הפעולה רבה.

נראה שמותר לנאמן לגור בבית ששייך לנאמנות באופן שלא יגרום לו נזק[73], שהרי לדעת בלס[74], אין אדם מוגדר כגזלן, כל עוד לא גרם לזולת חיסרון, ומשום כך, אם השימוש בנכסי הזולת לא הסב לזולת כל נזק או הפסד, לא ייחשב המשתמש כגזלן[75].

כל האמור הוא בטובת הנאה שהפקתה אינה גורמת הפסד ישיר לנכסי הנאמנות, בבחינת "זה נהנה וזה לא חסר", כגון שימוש בנכסים. אבל אם טובת ההנאה באה על חשבון הנאמנות, בבחינת "זה נהנה וזה חסר", כגון קניית בגדים לצורך הנאמנות, וזו טובת הנאה שאינה הכרחית, כגון שכבר יש לנאמן בגדים מכובדים דיים, הדבר אסור אף שמטרתו לצורך הנאמנות, כיוון שאין הכרח בכך. הדבר אסור מטעם גזל, שהוא חמור הרבה יותר מן האיסור הכללי על נאמן להפיק טובת הנאה מן הנאמנות, שהוא רק מחשש ללזות שפתיים.

ד. טובת הנאה שבאה לנאמן שלא ביוזמתו

על זכותו של הנאמן להחזיק בידיו טובת הנאה שקיבל עקב פעולותיו בנכסי הנאמנות, אך היא לא באה לו ביוזמתו[76], נוכל ללמוד על דרך ההיקש מדיני השליחות. בתוספתא[77] מובאת הלכה בעניין שליח שנתבקש לקנות בכספי המשלח "עשר גלוסקין ועשר אגודות ירק". השליח שילם למוכר את הכסף, אך כשבדק את מספר אגודות הירק שבידיו, מצא שהמוכר נתן לו אגודת ירק יתירה, ונשאלה השאלה, מי יזכה בה: השליח? המשלח? או שמא יחלקו אותה ביניהם? בעניין זה נחלקו התנאים: ר' יהודה סבור, שהאגודה היתירה שייכת לשליח, ולעומתו, ר' יוסי סבור, שבאגודה היתירה יתחלקו השליח והמשלח.

[71] מרדכי, בבא מציעא, סימן תכז. למקורות נוספים, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 1128, מילואים להערה 220.

[72] חידושי הריטב"א הישנים, בבא מציעא שם (בדרכו הראשונה); פרישה, חו"מ, סימן רסז, ס"ק יז.

[73] לא מצאנו דיון בעניין זה לא בשערי עוזיאל ולא באנציקלופדיה תלמודית, ערך אפוטרופוס.

[74] חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 16, הערה 68.

[75] קביעה זו אינה סותרת את ההלכה ששואל שלא מדעת נחשב כגזלן (רמב"ם, הלכות גזילה ואבידה, פרק ג, הלכה טו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שנט, סעיף ה), משום שזה אמור באדם שנטל רכוש של הזולת מרשותו של הזולת (ראה נתיבות המשפט, סימן רצב, ס"ק ב), כדי לעשות בו שימוש, ולהשיבו לאחר זמן — הוא נחשב גזלן מפני שלזמן מה, גרם חיסרון לבעל הרכוש. אולם אם עשה השואל שימוש בנכס בעודו ברשות בעליו, ולא נגרם לבעלים שום חיסרון, אין להגדיר את המשתמש כגזלן.

[76] תשלום מעין זה שנדון בו בהמשך, שניתן לנאמן לאחר מעשה שעשה, מכונה לעיתים 'שוחד מאוחר' כשהוא ניתן לדיין וכדומה. על שוחד זה, ראה בקיצור: ר' שלו־גרטל, "על טוהר השיפוט ועל פסלות שופט", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, שופטים תשס"א, גליון מס' 40.

[77] תוספתא דמאי, פרק ח, הלכה ב.

התלמוד[78] מסביר, שהמחלוקת עוסקת בסחורה שיש לה מחיר שוק ידוע ("דבר שיש לו קצבה"), ומשום כך, ברור שהאגודה היתירה אינה חלק מן העסקה, אלא היא ניתנה לשליח במתנה כדי "שיחזור ויקנה ממנו פעמים אחרות"[79]. ר' יהודה סבור, שברור שהאגודה היתירה ניתנה לשליח כמחווה של המוכר. לעומתו, סבור ר' יוסי, שיש לחלק את האגודה בין השליח לשולח, כיון שאילולי השולח, לא היה השליח זוכה במתנה. ההלכה נפסקה כר' יוסי[80].

לא כאן המקום להרחיב בפרטיה של מחלוקת התנאים ובנימוקים העומדים ביסוד כל אחת מן השיטות[81]. לענייננו, די בכך שנצביע על כך שמכל הדעות עולה, שאין אוסרים על השליח ליהנות מן המתנה שקיבל, שהרי לכל הדעות הוא מקבל לפחות חצי מהמתנה[82]. מהלכה זו אפשר ללמוד, שמותר לנאמן לשמור בידיו טובת הנאה שזכה בה עקב פעולות הנאמנות, אם טובת הנאה זו לא באה לו ביוזמתו[83].

אכן יש לשאול, מדוע כאן אין חוששים שיחשדו בנאמן שהוא ניצל את מעמדו כדי להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות, כפי שחששנו בעניין נאמן הרוכש לעצמו נכס מנכסי הנאמנות[84]? אפשר שהסיבה לכך היא, שכאן, אם אנשים יחשדו בו, יצטרכו להניח שתי הנחות כדי להצדיק את חשדם: (א) הנאמן עשה את העיסקה בתנאים שמביאים פחות תועלת לנאמנות מן המקובל (בדוגמה שלעיל — התחייב לקנות מאותו מוכר בעתיד עבור המשלח במחיר גבוה מהמקובל[85]). (ב) הנאמן עשה קנוניה עם אותו צד שלישי, להעניק לו טובת הנאה לאחר מעשה. על כן חשד מסוג זה הוא חשד רחוק, שאין חוששים לו.

אולם נראה, שלעניין זה תהיה לנוהג המקובל ולאווירה הציבורית השפעה רבה. לכן, במקום

[78] כתובות צח ע"ב.

[79] לשון חידושי הריטב"א, כתובות שם.

[80] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ו.

[81] להרחבת העיון בסוגיה זו ראה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 8; נ' רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, שער שלישי: אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו, עמ' 75; חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 92-93.

[82] יש שראו טעם לפגם בכך שהשליח יסתיר מן המשלח את העובדה שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו. ראה למשל: א' ורהפטיג, "טובת הנאה לעובד מאחר — לו או למעביד?", תחומין יז (תשנ"ז) 293, עמ' 299; י"מ אפשטיין, חבל נחלתו (עצמונה תשס"א), חלק א, סימן צ, עמ' 431, "מתנות לסוכני מכירות", בעמ' 433-435. אבל דבריהם מבוססים בעיקר על הסברא ולא על מקורות בתלמודים או בספרות הפוסקים.

[83] לכאורה, ניתן לערער על ההשוואה בין שליח לנאמן. משביצע השליח את שליחותו, הסתיים תפקידו. לכן, אם קיבל מתנה עקב השליחות, לא יהא בכך כדי להשפיע על תפקודו בעתיד לרעת המשלח. לעומת זאת, נאמן מבצע פעולות רבות על פני תקופה ארוכה, וקיים חשש שבעקבות המתנה, יתפתה הנאמן להתקשר תמיד בעסקאות עם הגורם שנתן לו את המתנה, אף אם התקשרויות אלו לא יניבו את העסקאות המועילות ביותר לנאמנות. עם זאת, העובדה שהפוסקים לא עשו הבחנה בין שליח לעשות מעשה חד פעמי לבין שליח לזמן ממושך, מלמדת שגם במקרה האחרון, אין איסור בדבר.
עוד אפשרות לדחות את ההוכחה משליח היא, ששם מדובר בדבר שיש לו מחיר קצוב, ואם כן ברור שלא פגע השליח במשלח במחיר ששילם, אבל ייתכן שבמקום שהמחיר אינו קצוב, אסור לו לקבל מתנה, מחשש שמא יעשה את הפעולה תוך פגיעה בנאמנות, בעבור המתנה. אבל בסמוך, ליד ציון הערה 83, נסביר שגם כאן יש מקום לחשוד בשליח, ובכל זאת לא אסרו.

[84] לעיל, ליד ציון הערה 8 ואילך.

[85] נאלצנו להסביר כך, שהרי מדובר בדבר שיש לו מחיר קצוב, כך שברור שבעיסקה הנוכחית לא פגע בנאמנות שהרי לא שילם למוכר יותר מדי.

שכל קבלת טובת הנאה עלולה לעורר חשד של ניצול התפקיד לרעה, יש לאסור על הנאמן לקבל טובת הנאה, אף שלא ביוזמתו.

כל זה במתנה מקרית שקיבל הנאמן. אבל "מתנה" שנותן פלוני באופן קבוע למי שקונה ממנו כמות מסוימת או שמשתמש בשירותיו בכמות מסוימת, היא חלק מן העיסקה שהנאמן עושה בעבור הנאמנות, וזאת לא מתנה באמת, והיא שייכת לנאמנות[86].

ה. טובת הנאה שנהוג שנאמן מקבל

במקום שהמנהג הוא שנאמן מקבל טובת הנאה מסוימת כשהוא עושה פעולה מסוימת עבור הנאמנות, הוא זכאי לכך. כך פסק ר' יאשיהו פינטו[87], שבמקום שנהוג שהנאמן העסקי ("פאטור") נוטל את השקים שבהם אוכסנה הסחורה שהתבקש למכור, הוא זכאי ליטול את השקים לעצמו, ובמקום שנהגו שמוכרי המשי נותנים לנאמן חתיכה קטנה של בד משי במתנה לאחר סיום העסקה עמו, הנאמן רשאי ליטול את הבד.

ו. טובת הנאה שהתיר יוצר הנאמנות ליטול

אם בתנאי הנאמנות, התיר יוצר הנאמנות לנאמן להפיק לעצמו הנאה מסוימת מן הנאמנות, הדבר מותר, ואין חוששים ללזות שפתיים[88], מפני שמי שיודע שהוא נאמן, ומפיק הנאה מנכסים שאינם שלו, יודע שהיוצר התיר לו זאת[89].

פרק חמישי

אישור — "בית המשפט רשאי לאשר..."

א. מבוא

ס"ק (ג) מסמיך את בית המשפט לאשר לנאמן לעשות פעולה שנאסרה עליו לפי ס"ק (א), אם ראה שהיא לטובת הנאמנות. את האישור צריך הנאמן לבקש לפני ביצועה של הפעולה,

[86] שו"ת שבט הלוי, חלק ט, סימן שה, כותב שהטבות של "מבצע", כגון כרטיסי טיסה לנוסע מתמיד, שניתנו לפקיד מפני שעשה שימוש רב בשירותיה של חברת טיסה לשם נסיעות שנדרש להן לצורך עבודתו עבור מעבידו, שייכות למעביד, ולא לפקיד, מכוח העיקרון שאין אדם יכול לעשות "סחורה בפרתו של חברו" (ראה סעיף 15, פרק שלישי).

[87] שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן צז.

[88] רמ"א, חו"מ, סימן עב, סעיף א, מתיר למלווה להשתמש במשכון אם התנה על כך מראש עם הלווה, אף שבדרך כלל אסור למלווה להשתמש במשכון גם כשהוא מנכה מהחוב את שווי שימוש, מפני חשש ללזות שפתיים, כדברי השולחן ערוך שם (ראה לעיל, הערה 13). וראה בסעיף 11, פרק שני, שמועילה התנאה על סעיף 13.

אבל ש"ך, שם, ס"ק ד, מפקפק בדברי הרמ"א, שהרי ייתכן שיש שלא ידעו שעשה תנאי זה.

[89] סמ"ע, סימן עב, ס"ק ד.

ועל בית המשפט לאשר את הביצוע בטרם ביצע הנאמן את הפעולה. בית המשפט אינו מוסמך לאשר פעולה אסורה לפי ס"ק (א), לאחר שהפעולה כבר נעשתה[90].

מתוך שהסעיף מזכיר "פעולה" ולא "פעולות", ומתנה את האישור בכך שבית המשפט בחן את הפעולה, ו"ראה שהיא לטובת הנאמנות", ניתן להסיק שבית המשפט אינו מוסמך לאשר מראש סוג של פעולות האסורות לפי ס"ק (א), אלא עליו לבחון כל פעולה דרושה ולאשרה אם נוכח שהיא משרתת את טובת הנאמנות.

משעה שאישר בית המשפט לעשות פעולה האסורה לפי ס"ק (א), רשאי הנאמן לעשותה לפי שיקול דעתו, ובית המשפט אינו צריך לפקח על הנאמן, כדי להבטיח שהפעולה תיעשה בדרך שתועיל לקידום ענייניה של הנאמנות. אולם ניתן לפרש את "אישור בית המשפט" בצורה רחבה, כך שבית המשפט יוכל לתת את האישור המבוקש רק אם יפקח על הפעולה בכל שלביה[91].

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

לעיל[92] ראינו שלפי המשפט העברי, אפוטרופוס אינו רשאי להתייצב בדין להגנת היתומים מפני תביעת אחרים נגדם, אף שכוונתו העיקרית היא להסיר מעליהם את התביעה, משום החשש שמא יפסיד בדין, וייגרם הפסד לנכסי היתומים.

בעניין זה נאמר בתוספתא[93] שהאפוטרופוסים רשאים להתייצב בדין אם נטלו רשות מבית הדין לעשות כן. רבים[94] למדו מכאן שבית הדין רשאי לאשר לאפוטרופוס לעשות כל פעולה שהדין אוסר עליו לעשותה, אם נראה לבית הדין שיש בכך תועלת ליתומים[95].

אבל, כפי שהובהר לעיל[96], האיסור על נאמן לרכוש לעצמו נכס מנכסי הנאמנות או להפיק טובת הנאה מהם מבוסס על המגמה למנוע לזות שפתיים על הנאמן. לפיכך מתעוררת השאלה, האם יש באישור מבית הדין כדי להסיר חשש זה ולהתיר לו איסורזה?

[90] כרם, סעיף 269, עמ' 565.

[91] לפרשנות זו נוטה כרם, סעיף 269, עמ' 566.

[92] סעיף 10, פרק רביעי.

[93] תוספתא תרומות, פרק א, הלכה יג (הלכה 11 במהד' ליברמן); תוספתא בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד (הלכה 15 במהד' ליברמן).

[94] חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים (=חידושי הריטב"א מכתב יד), גיטין נב ע"א (הובא בטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף יט, וברמ"א, חו"מ שם, סעיף יג); חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"א, ד"ה הא דתנן; חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, ד"ה יתומים; חידושי רבנו קרשקש, גיטין נב ע"א, עמ' נב; שו"ת מהרלב"ח, סימן צה; ביאור הגר"א, חו"מ שם, ס"ק לא; פד"ר, כרך ג, עמ' 160. ראה גם מעייני החכמה, בבא מציעא לב ע"א, אות קלח, והמקורות שצוינו בתוספתא כפשוטה, תרומות, עמ' 302, הערה 29.

[95] ר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף), מצטט את התוספתא בלשון זו: "וכולן אם נטלו רשות מבית דין מותר, שאין לך בדברים אלא מקומן ושעתן". ר"ש ליברמן, תוספתא כפשוטה, תרומות, עמ' 303, מעיר על סיומת זו: "רבנו הוסיף כן מעצמו, כדי לבאר שבית הדין יכולים לאשר לאפוטרופוס למכור ברע ולקנות ביפה או לחוב על מנת לזכות, אם נראה להם שהכל הוא לטובת היתומים, אבל אין להם רשות לדון לחוב שלא על מנת לזכות, במקום שברור להם שהכל הוא לחובת היתומים". הוא מסתמך גם על שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קב, שמדגיש: "אפוטרופוס שנטל רשות מבית דין, אין להם כח למחול חובות של יתומים, שאינן רשאין לחוב אלא על מנת לזכות".

[96] לעיל, פרק שני, ב.

נראה שבעניין זה קיימת מחלוקת בין הפוסקים. לעיל[97] הזכרנו שאסור לאפוטרופוס להשקיע בעצמו את כספי היתומים תמורת חלק ברווחים, מחשש ללזות שפתיים. הפוסקים נחלקו בשאלה, האם רשאי בית הדין לאשר לאפוטרופוס לעשות כן? הראב"ד[98] פסק, שבית הדין רשאי לאשר את הדבר[99]. אולם הטור כתב[100]: "נראה לי שגנאי הוא הדבר ליקח אותם הוא בתורת עסק, משום לזות שפתים".

לכאורה, זוהי מחלוקת בשאלה, האם יש בכוח האישור של בית הדין לסלק את החשש מפני לזות שפתיים? לדעת הראב"ד, יש בכוח האישור לסלק את החשש, בעוד שלדעת הטור, גם לאחר האישור קיים חשש מפני לזות שפתיים. אולם הב"ח[101] סבור, שאף לדעת הטור, אם קיבל האפוטרופוס אישור להתעסק בנכסי היתומים הוא רשאי לעשות כן, אלא שבכל זאת הוא ממליץ לבית הדין שלא לעשות שימוש בהיתר של הראב"ד מחשש שמא יפגע הדבר בשמו הטוב של האפוטרופוס.

ההלכה נפסקה[102] כדעת הראב"ד, שאפוטרופוס רשאי להשקיע בעצמו את כספי היתומים אם קיבל מבית הדין אישור לעשות כן.

אבל כפי שניווכח להלן, במצבים מסוימים גם אישור של בית הדין לא יועיל לסילוק החשש ללזות שפתיים.

ג. חריגים

הברייתא[103] העוסקת בחובת השומר למכור את הנכס שהופקד בידיו אם הוא עומד להתקלקל, קובעת שאת הנכס צריך השומר למכור בפני בית דין, ואסור לו למכור את הנכס לעצמו, מפני החשש ללזות שפתיים[104]. לכאורה, קביעה זו סותרת את דברי הראב"ד, שאישור מבית הדין

[97] ליד ציון הערה 52.

[98] ראב"ד, המובא בנימוקי יוסף, בבא בתרא סז ע"א, בדפי הרי"ף (ד"ה אמר המחבר) ובטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו. כך כתב גם בחידושי הריטב"א, בבא בתרא קמד ע"א, ד"ה רב ספרא.

[99] לשון הראב"ד, כפי שהובא בטור ובנימוקי יוסף שם, היא: "יודיע לבית הדין". אולם מפירוש נימוקי יוסף לדבריו שם, אנו למדים שכוונת הראב"ד היא שהאפוטרופוס יטול רשות מבית הדין. כמו כן, הרמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח, מביא את הלכת הראב"ד בלשון: "ובלבד שיעשה בבית דין". ר"א מילר העלה אפשרות שרק לעניין קבלת נכסים לשם הפקת רווחים מהם, די בהודעה לבית דין, בעוד שלשם רכישת נכס על ידי הנאמן, יש צורך גם שהרכישה תיעשה בפני בית דין.
אבל מב"ח, חו"מ, סימן רצב, סעיף יח, משמע, שהבין שהראב"ד אינו דורש מן הנאמן ליטול רשות לפני שהוא מתחיל להתעסק בכספי היתומים, אלא די שיודיע בדיעבד לבית הדין.
נראה שהראב"ד דיבר על אישור על ידי בית דין של מומחים, כלומר, בית דין שבו מכהנים דיינים הבקיאים בדין התורה, ולא על אישור על ידי שלושה שמאים, שאין בכוחם לסלק את החשש מפני לזות שפתיים. וראה הערה 101.

[100] טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו.

[101] ב"ח, חו"מ, סימן רצב, סעיף יח. עוד כתב הב"ח, שגם לפי הטור, אם הניח האפוטרופוס את הכסף בבית דין, ובית דין מסר לו את הכסף להתעסק בו תמורת חלק ברווחים, מותר.

[102] בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו; רמ"א, שם, סעיף ח.

[103] בבא מציעא לח ע"א. הבאנו ברייתא זו לעיל, ליד ציון הערה 8.

[104] כך דעת רוב הפוסקים, שגם אם הוא מוכר בבית דין של מומחים, כלומר, בית דין שבו יושבים דיינים מומחים, בכל זאת אסור לשומר לקנות לעצמו מפני החשד. כך כתבו: מרדכי, בבא מציעא, סימן תכח (שמא הציבור יאמר "הטעו את בית דין לשום בזול"); תוספות, פסחים יג ע"א, ד"ה מאי, כתובות צח

לנאמן לעשות פעולה במצב של ניגוד עניינים די בו כדי לסלק את החשש מפני פגיעה בשמו הטוב. אם יש בכוחו של האישור לסלק חשש זה, היעלה על הדעת שפיקוח של בית הדין בעת המכירה לא יהא בו כדי לסלק את החשש? כדי ליישב סתירה זו, הציעו הפוסקים הבחנות שונות בין ההלכות, שיש בהן כדי ללמד רבות על היקף דברי הראב"ד, שאישור של בית הדין מסלק את החשש ללזות שפתיים.

(1) בין נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות לנאמנות פרטית

ר' יהושע וואלק[105] עושה הבחנה בין סמכויות בית הדין בנוגע לניהולן של נאמנויות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות לבין סמכויותיו בעניינים אחרים. הבחנה זו מבוססת על ההלכה שהמחזיק נכס של אחר רשאי להשתמש בו אם כך הסכימו הצדדים מראש, ואין חוששים ללזות שפתיים[106]. היות שבית הדין הוא "אביהם של יתומים", הוא מוסמך לתת לנאמן הוראות בכל הנוגע לניהולן של נאמנויות לטובת קטינים, למטרות צדקה או למטרות ציבוריות[107], ומאותו טעם, ניתן לראות את אישורו כהתנאה מראש שהנאמן רשאי לעשות את הפעולה, ולכן אין חוששים ללזות שפתיים. לעומת זאת, אין לבית הדין סמכות לתת לשומר הוראות, ולכן גם אם בית דין אישר לו, נשארת ההלכה העקרונית שאסור לו לרכוש את הנכס מחשש ללזות שפתיים.

לפי הבחנה זו, מוסמך בית הדין לאשר את הפעולות האסורות לפי ס"ק (א) בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, אבל לא בנאמנות פרטית.

(2) בין אישור לקבל שכר טרחה קצוב לאישור לרכוש נכס

לדעת ר' משה רבקש[108], יש להבחין בין האישור להשקיע כספי נאמנות ולקבל חלק ברווחים, לבין אישור לרכוש נכס לעצמו. נאמן המקבל חלק ברווחים, מקבל למעשה שכר קצוב על טרחתו, ואם בית הדין אישר זאת, אין לחשוש שיחשדו בו שהוא מנצל את מעמדו כדי לקדם את ענייניו. לעומת זאת, אם רוכש השומר את הפיקדון, יש לחשוש שיהיו אנשים שיחשדו בו שהוא ניצל את מעמדו כדי לשכנע את בית הדין לאשר לו לרכוש את הנכס במחיר מוזל, ומשום כך אין בכוחו של האישור לסלק את החשש מפני לזות שפתיים.

ד. האישור

(1) אישור או פיקוח?

בעניין חובתו של השומר למכור את הנכס שהופקד בידיו, במקום שיש צורך בכך כדי לשמור

ע"א, ד"ה דאמרי לה, ובבא מציעא לב ע"א, ד"ה בית; ש"ך, חו"מ, סימן עג, ס"ק מו; מעיני החכמה, בבא מציעא לח ע"א. אבל יש שכתבו ששומר המוכר בבית דין מומחין רשאי למכור לעצמו, מפני שאז אין חשש ללעז. כך כתב בית הבחירה, בבא מציעא לב ע"א (לדעה אחת). וכך כתב שולחן ערוך, חו"מ, סימן עג, סעיף טז, לגבי מלווה המוכר לעצמו את המשכון. וראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 363־364, ובמילואים, עמ' 1117, במילואים להערה 164.

[105] פרישה, חו"מ, סימן רצ, סעיף טו, וסמ"ע, סימן רצ, ס"ק כ.

[106] רמ"א, חו"מ, סימן עב, סעיף א, לעניין מלווה המשתמש במשכון. ראה על כך לעיל, פרק רביעי, ו, באופן כללי.

[107] ראה לעיל, ליד ציון הערה 91. להרחבה בעניין זה ראה בדיוננו בסעיף 19.

[108] באר הגולה, חו"מ, סימן רצ, ס"ק ג.

על ערכו, כותב ר' יעקב יהושע פלק שצריך בית הדין לשום את הפירות, ומנמק[109]: "דכל מוכר דבר שאינו שלו בעי שומא". כלומר, דרוש אישור בית הדין כדי לפקח על הרכישה, ולהבטיח שהנכס יימכר במחיר הגון.

מדבריו אלו נוכל להסיק שבמקום שנדרש אישור מבית הדין לשם רכישת נכס של הנאמנות על ידי הנאמן או על ידי קרוביו, לא די באישור כללי לביצוע הרכישה, אלא בית הדין נדרש לפקח על תנאי הרכישה, ולדאוג שהם ישרתו היטב את מטרותיה של הנאמנות.

(2) אישור כללי או ספציפי?

לעיל[110] ראינו שהפוסקים קבעו, שבאופן עקרוני, בית הדין רשאי לאשר לאפוטרופוס לעשות פעולות שנאסר עליו לעשותן, אם ראה שטובת היתומים מחייבת את קיום אותן פעולות. רבנו קרשקש מסייג רשות זו[111]: "דווקא בכל שעה, כדי שיראו בית דין באותה שעה שיש תועלת בדבר, ואם יש תועלת יעשו, ואם לאו לא יעשו. אבל, ליתן רשות בתחילתן, שיעשו מה שירצו, בזה אין רשות לבית דין לעשות, ואם נתנו להם רשות [כוללת], לא עשו ולא כלום".

הרי שבית הדין אינו רשאי לתת לנאמן אישור כולל לביצועה של פעולה מסוג מסוים, אלא כל אישור צריך להינתן לשעתו, תוך בחינת נחיצותה של הפעולה, והתועלת העשויה לצמוח מביצועה, לעומת הסיכונים הכרוכים בה.

פרק שישי

קרוב או נאמן שהוא נהנה — "... אינן באות לגרוע ממה שמגיע... לקרובו"

האיסור על נאמן להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות לעצמו או לקרובו עלול היה ליצור אפליה לא מוצדקת כלפיהם. למשל, נאמן שהופקד על קרן מלגות לתלמידים מצטיינים, וקרובו הוא תלמיד מצטיין, שהישגיו מצדיקים את הענקת המלגה לו, אין זה צודק לשלול ממנו את הזכות לקבל את המלגה רק משום שהוא קרובו של הנאמן[112]. כדי למנוע מצב זה, קבע המחוקק: "הוראות סעיף קטן (א) אינן באות לגרוע ממה שמגיע לנאמן או לקרובו מכח היותם נהנים".

הוראה זו עוסקת גם במצב שהנאמן עצמו הוא בין הנהנים. יש להעיר שמצב זה אפשרי

[109] פני יהושע, בבא מציעא לח ע"א, ד"ה בגמ' (השני).

[110] ליד ציון הערה 94.

[111] חידושי רבנו קרשקש, גיטין נב ע"א, עמ' נב. כך כתבו גם חידושי הר"ן, גיטין שם, בשם הרא"ה, וחידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א, סד"ה והנכון.
יש לשאול, לפי הפרישה (לעיל, ליד ציון הערה 107) האומר שרשות בית דין תקפה כאילו התנה מראש עם יוצר הנאמנות, מדוע לא יועיל אישור כללי של בית דין, כמו שמועילה התנאה כללית של יוצר הנאמנות (כפי שראינו בפרק רביעי, ו)? ייתכן שהתנאה מפורשת עם צד לחוזה עדיפה מהיתר של בית הדין, שהוא סמכות חיצונית.

[112] אמנם, הנאמן יוכל לקבל היתר מבית המשפט להעניק את המלגה לקרובו, אך גם התניית ההענקה של המלגה באישור בית המשפט היא אפליה, שהרי תלמידים מצטיינים אחרים אינם נדרשים לעבור משוכה זו בדרכם לקבל את המלגה.

רק בנאמן בנאמנות הפרטית או בהקדש ציבורי, אבל לא בהקדש שאינו ציבורי, שהרי לפי סעיף 21(ה), נהנה של הקדש שאינו ציבורי אינו כשר לשמש כנאמן באותו הקדש.

נראה שעמדת המשפט העברי זהה לעמדת החוק.

לעיל[113] הזכרנו את גדול האחים, המשמש כנאמן המנהל את עיזבון האב עבור כל האחים היתומים. מובן מאליו שחלקו של גדול האחים בירושה לא יקופח רק משום שהוא משמש כנאמן.

אשר לקרובו של הנאמן, פסק השולחן ערוך[114]: "המחלק צדקה צריך ליזהר שלא ירבה לקרוביו יותר משאר בני אדם". מדבריו עולה, שמותר למחלק הצדקה לתת מכספי הצדקה לקרוביו, אם הוא מקפיד על חלוקה שוויונית[115]. ואם כך הוא בחלוקת כספי צדקה, ברור שגם בחלוקת כספי נאמנות פרטית רשאי הנאמן להעניק לקרוביו מן הכספים אם הם נהנים של הנאמנות, ובלבד שיקפיד שלא להפלות בין קרוביו לנהנים אחרים.

פרק שביעי

תוצאותיה של פעולה אסורה — "פעולה...שנעשתה בלי אישור... בטלה"

א. עמדת החוק

לעניין תוצאותיה של הפעולה האסורה, מבחין ס"ק (ה) בין הקרובים השונים: פעולה אסורה שנעשתה לטובת הנאמן, או לטובת בן זוגו, הורהו, צאצא שלו, אחיו, אחותו, סבו או סבתו — בטלה בכל מצב. לעומת זאת, פעולה אסורה שנעשתה לטובת הקרובים האחרים, המפורטים בפסקאות 3-5 של ס"ק (ב), תקפה אם היא נעשתה בתמורה כלפי קרוב שפעל בתום לב.

לעניין זה, אין החוק מבחין בין פעולת רכישה לבין פעולה מסוג אחר, שבעטיה זכה הנאמן או קרובו בטובת הנאה. כמו כן, אין החוק מבחין בין פעולה שתמורתה הועברה כבר לידי בעליהם של נכסי הנאמנות, לבין פעולה שטרם הועברה תמורתה.

[113] לעיל, ליד ציון הערה 63.

[114] שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנז, סעיף י.

[115] רמ"א, יו"ד שם, פסק שהאיסור להעדיף קרובים חל רק על גבאי צדקה: "אבל כל אחד מותר ליתן צדקה שלו או מעשר שלו למי שירצה מקרוביו, והם קודמין, כמו שנתבאר לעיל סימן רנ"א". ביאור הגר"א, יו"ד שם, ס"ק יח, מציין למשנה פאה, פרק ח, משנה ו (ראה גם פירוש ר' עובדיה מברטנורא למשנה זו), שעולה ממנה שאדם רשאי להעדיף את קרוביו בחלוקת מעשר עני. לכאורה קשה עליו משבת כג ע"א (צוין בביאור הגר"א, יו"ד שם, ס"ק יז), שם נאמר: "אמרה תורה להניח פיאה בסוף שדהו: מפני גזל עניים... שלא יראה בעל הבית שעה פנויה, ויאמר לקרובו עני: הרי זו פאה". הרי שהאיסור אמור גם במפריש פאה משדהו ולא רק בגבאי צדקה. ושמא יש להבחין בין מעשר עני ושאר צדקה, שהתורה העניקה למפריש את הזכות לבחור למי לתתו (טובת הנאה), לבין פאה, שהתורה ציוותה על בעליה להניחה, ולאפשר בכך לכל העניים הזדמנות שווה ליטול אותה (הבחנה זו בין פאה למעשר עני נזכרה בחולין קלא ע"א).

ב. עמדת המשפט העברי

כדי לבחון את תוצאותיה המשפטיות של פעולה אסורה לפי המשפט העברי, עלינו לשוב אל המקורות השונים של האיסור.

כפי שראינו לעיל[116], אם אלמנה נטלה מנכסי היתומים נכסים בשווי מסוים, לפי שומתה, לשם פירעון כתובתה, אין שומתה מחייבת את היתומים ואין היא רשאית ליטול את הנכסים לעצמה. מהלכה זו הסיקו בעלי התוספות[117], שאם בית דין שם את הנכסים, האלמנה רשאית ליטול מנכסי היתומים על פי שומת בית הדין, ואין דורשים ממנה דווקא למכור את הנכסים לאחרים ולהיפרע מן התמורה.

מסקנה זו סותרת לכאורה את ההלכה שראינו לעיל[111], ששומר שנדרש למכור את הפיקדון, אינו רשאי לרכוש את הפיקדון לעצמו, אף לא אם המכירה נעשית בפני בית דין, מחשש שאנשים יאמרו שמכר אותו לעצמו בזול.

בעלי התוספות[119] הציעו ליישב סתירה זו בדרכים שונות. דרך אחת היא, שהלכת האלמנה אינה עוסקת בשאלה, האם מותר לאלמנה להיפרע לעצמה מנכסי היתומים, אלא בשאלה, האם יש תוקף למעשיה בדיעבד, ועל כך אומר התלמוד שאם שמה לעצמה, מעשיה בטלים אף בדיעבד, אבל אם בית דין שם את הנכסים, אמנם אסור לה לכתחלה לקנות לעצמה מחשש ללזות שפתיים, אבל בדיעבד יש לכך תוקף, שכן "משום חשד לא מהדרינן עובדא [=לא מחזירים מעשה]". לעומת זאת, הלכת השומר עוסקת בשאלה, האם לכתחילה רשאי השומר למכור את הפיקדון לעצמו, ועל כך אומר התלמוד שאסור לו לרכוש לעצמו את הנכס גם אם הוא עושה כן בפני בית דין.

מהסבר זה עולה, שהחשש שמא רכישת נכס מנכסי הנאמנות על ידי הנאמן תפגע בשמו הטוב, אינו מצדיק את ביטול העסקה בדיעבד.

כך עולה גם מתשובת מהרי"ט שהזכרנו לעיל[120], בעניין נאמן שביקש לרכוש נכס נאמנות מנאמן אחר באותה נאמנות, ובה דן מהרי"ט גם בחשש שמא הנאמן ישפיע על חברו למכור לו את הנכס במחיר מוזל, ומכריע: "כל שלא נודע שזלזל במכירתם, ממכרו ממכר". מכאן ניתן ללמוד עיקרון, ולפיו, אין מבטלים עסקה שעשה נאמן, כל עוד לא הוכח שהנאמן ביצע את העסקה בדרך הפוגעת באינטרסים של הנאמנות[121].

אבל בעלי התוספות[122] הציעו גם דרך אחרת ליישב את הסתירה: לגבי אלמנה, בית הדין הוא זה שמפקיד את נכסי היתומים בידיה, מתוקף תפקידו כ"אבי יתומים", ומשום כך, יש בכוחו להתיר לנאמן לרכוש לעצמו מנכסי היתומים. לעומת זאת, בשומר, בית הדין הוא לא

[116] לעיל, הערה 11.

[117] תוספות, כתובות צח ע"א, ד"ה דאמרי, פסחים יג ע"א, ד"ה מאי, ובבא מציעא לב ע"א, ד"ה בית דין.

[118] ליד ציון הערה 103.

[119] תוספות, פסחים שם, ובבא מציעא שם.

[120] אחרי ציון הערה 27.

[121] אלא שכפי שראינו לעיל שם, ליד ציון הערה 30, מהרי"ט סבור שגם לכתחילה היה מותר לנאמן שבנידונו מעיקר הדין לקנות מן הנאמן האחר, והחמיר רק משום "התרחק מן הכיעור", ואין מכך ראיה למקום שיש איסור ברור לכתחילה.

[122] תוספות, פסחים שם, כתובות שם, ובבא מציעא שם.
תוספות בכתובות תירצו תירוץ שלישי: לא יחשדו באלמנה, שהרי הכול יודעים שהנכסים הגיעו לידה על ידי בית דין.

זה שהפקיד בידו, ומשום כך השומר לא יוכל לרכוש לעצמו את הפיקדון, אף אם בית הדין יאשר את הדבר. לפי דרך זו, החשש מפני לזות שפתיים יש בו גם כדי לבטל את העסקה בדיעבד[123].

יש להוסיף, שכפי שראינו לעיל[124], יש נימוק נוסף לכך שנאמן אינו יכול לקנות נכס מן הנאמנות: חסרה העברת הנכס מרשות לרשות, כנדרש במכר. חיסרון זה הוא חיסרון יסודי במכר, ועל כן אף בדיעבד המכירה בטלה[125].

בדבריהם של אלו שפסקו שהעסקה בטלה בדיעבד, לא מצאנו סייג שאם העסקה נעשתה בתמורה כלפי אדם שפעל בתום לב, אין לבטלה. יש להסיק מכך שבנסיבות שבהן יש לבטל את העסקה, היא בטלה אף אם היא נעשתה בתמורה כלפי צד שלישי תם לב.

פרק שמיני

סיכום

החוק אוסר על נאמן לרכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות מחשש שמא הנאמן יעדיף את טובתו או את טובת קרובו על פני טובתה של הנאמנות.

גם המשפט העברי אוסר על נאמן לרכוש לעצמו נכס מנכסי הנאמנות, אבל מטעמים אחרים: (א) הדבר עלול לעורר לזות שפתיים נגד הנאמן, כאילו קבע לנכס מחיר נמוך ממחירו האמיתי, כדי לחסוך לעצמו, והנאמן מצוֻה להיות נקי בעיני אלוקים ואדם. (ב) בכל רכישה יש צורך שהנכס שנמכר ייצא מרשות המוכר לרשות הקונה, ותנאי זה אינו יכול להתקיים כאשר הנאמן מוכר נכס מנכסי הנאמנות לעצמו.

לטעמים השונים לאיסור הרכישה יש השלכות על היקפו של האיסור. אם הנאמן מציע עבור הנכס מחיר גבוה ממחיר השוק, או אם אי אפשר למצוא רוכש שמוכן לשלם עבור הנכס את מחיר השוק, והנאמן מעוניין לרכוש את הנכס במחיר זה, מותר לו לקנותו לעצמו, שהרי ברור שהרכישה היא לטובת הנאמנות, ואין מקום לחשש מפני לזות שפתיים.

כמו כן, אם מחיר הנכס נקבע מראש על ידי יוצר הנאמנות, או אם הנאמן רוכש את הנכס מנאמן אחר, מותר לנאמן לרכוש אותו, מפני שכאן אין חשש ללזות שפתיים. בשני מקרים אלו גם אין מקום לנימוק השני, שצריך שיֵצא הנכס שנמכר מרשות המוכר לרשות הקונה,

[123] כך כותב בשו"ת דבר משה (אמרליו), חלק ב, סימן קא, ד"ה אמנם, לפי התירוץ השני הנ"ל. הוא כותב שכך הוא גם לפי התירוץ השלישי הנ"ל. ראה בעניין זה בחוק לישראל, שומרים, עמ' 364, ובמילואים שם.

במצב שמכר הנאמן את הנכס לקרובו, אם נניח שהמכירה בטלה אף בדיעבד, תתעורר שאלה מהי מידת אחריותו של הקרוב על הנכס כל זמן שהוא בידו. בסעיף 14, פרק שישי, לגבי נאמן שמכר תוך הפרת חובת הנאמנות, נראה שיש שחלה על הקונה אחריות כגזלן על הנכס. אבל נראה שכאן אינו אחראי כגזלן, מפני שאיסור המכירה לקרוב הוא רק מחשש ללזות שפתיים, ואינו עולה לכדי איסור גזל; ולכל היותר הוא אחראי כשומר אבידה, ככל מי שמחזיק בידו נכס של אחר (ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 40־41).

[124] לעיל, ליד ציון הערה 20.

[125] אבל לעיל, הערה 20, ראינו שיש החולקים על עיקרון זה.

שהרי אם יוצר הנאמנות קבע מראש את מחיר הנכס, הוא נחשב המוכר, ולכן הנאמן יכול לקנות ממנו. גם אם הנאמן רוכש מנאמן אחר נכס השייך לנאמנות, יש העברה ממוכר לקונה.

החוק אוסר על נאמן לרכוש נכס מנכסי הנאמנות עבור קרובו. איסור זה קיים גם לפי המשפט העברי, מחמת החשש שמא רכישה זו תפגע בשמו הטוב של הנאמן, ושמא רצונו של הנאמן לשמור על יחסים טובים עם קרובו יטה את שיקול דעתו לרעת הנאמנות.

הגדרת 'קרוב' לעניין זה כהגדרתה לעניין פסולו של קרוב לדון ולהעיד. בכלל זה: בן זוג של הנאמן, הוריו, בניו ובנותיו, אחיו ואחיותיו, בני זוגם של הללו, בני דודיו הראשונים והשניים, נכדיו, הורי הוריו, בנה ובתה של בת זוגו, הורי בת זוגו, ובני זוגם.

כמו כן, הנאמן אינו רשאי לרכוש נכס מנכסי הנאמנות עבור שותפו או עבור כל אדם או גוף אחר, שיש לנאמן עניין של ממש בהצלחתו, בגלל החשש ללזות שפתיים.

לפי החוק, נאמן אינו רשאי להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות לו או לקרובו. גם לפי המשפט העברי, נאמן אינו רשאי להשתמש לצרכיו בנכסי הנאמנות, אלא אם הדבר נחוץ לשם קידום ענייניה של הנאמנות. לדוגמה, מותר לנאמן לרכוש לעצמו ביגוד מנכסי הנאמנות, אם הביגוד דרוש לו כדי שיוכל לייצג את ענייניה של הנאמנות בצורה מכובדת. אם הוא עושה פעולה לצורך קידום ענייני הנאמנות, מותר לו להשתמש בנכסי הנאמנות במהלך עשיית אותה פעולה (באופן שאינו גורם הפסד לנכסים), ובלבד שאין חשש שימשיך להשתמש בנכסים זמן רב לאחר מכן, באופן שיזיק לנכסים.

הנאמן אף אינו רשאי ליטול חלק ברווחים שהפיק על ידי השקעתם של נכסי הנאמנות.

הוא רשאי לקבל טובת הנאה מצד שלישי, שעמו הוא התקשר בשם הנאמנות, אם טובת ההנאה ניתנה שלא ביוזמתו. כמו כן, מותר לו לקבל טובת הנאה שנהוג שנאמן מקבל, או טובת הנאה שהתיר לו יוצר הנאמנות בחוזה הנאמנות.

מותר לנאמן להפיק טובות הנאה מנכסי הנאמנות, אם קיבל את אישור בית הדין לעשות כן, מפני שיש בכוחו של אישור של בית הדין לסלק את החשש מפני לזות שפתיים.

בית הדין אינו יכול לתת לנאמן אישור כללי להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות בעתיד, אלא על הנאמן לפנות לבית הדין כדי לקבל אישור לכל פעולה שמכוחה עשוי הוא או קרובו להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות, ומוטל על בית הדין לפקח מקרוב על הרכישה או על הפעולה שמכוחה מופקת טובת ההנאה, כדי להבטיח שהאישור לא יגרום הפסד לנאמנות.

אבל הפוסקים סייגו את סמכות בית הדין בעניין זה בדרכים שונות. לדעת ר' יהושע וולק, רק בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות יש בכוחו של בית הדין לאשר לנאמן להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות, שכן, בנאמנות מסוג זה בית הדין נחשב במובן מסוים כיוצר הנאמנות, ולפיכך, כשם שהיוצר זכאי להתיר לנאמן להפיק טובת הנאה מנכסיו, אף בית הדין מוסמך לעשות כן.

לפי ר' משה רבקש, מוסמך בית הדין לאשר לנאמן לקבל חלק מרווחי השקעתם של נכסי הנאמנות, אך הוא אינו מוסמך לאשר לו לרכוש נכס מנכסי הנאמנות, משום שאישור זה עלול לעורר את החשד שהנאמן השפיע על הדיינים, כדי שיאשרו לו את הרכישה במחיר מוזל.

אף לפי המשפט העברי "הוראות סעיף קטן (א) אינן באות לגרוע ממה שמגיע לנאמן או לקרובו מכח היותם נהנים", אולם המשפט העברי מדגיש גם את חובתו של הנאמן לנהוג בשוויון כלפי כל הנהנים, ולא להעדיף את קרובו על פני נהנים אחרים.

בעלי התוספות מסופקים בשאלה, האם עסקה שנעשתה בניגוד להוראות שבס"ק (א) בטלה

בדיעבד. הם אינם מבחינים בין פעולה שבוצעה בתמורה ובתום לב לפעולה שנעשתה שלא בתמורה, או בחוסר תום לב, ואף אין מבחינים בין פעולה כלפי המנויים בס"ק (ב) (1) ו־(2) לפעולה כלפי המנויים בס"ק (ב) (3), (4) ו־(5).

פרק תשיעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

איסור טובת הנאה

13. (א) נאמן לא ירכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל זכות בו, ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובת הנאמנות לבין טובתו שלו או של קרובו, זולת אם המחיר הנדרש עבור הנכס נקבע בתנאי הנאמנות[126].

(ב) נאמן לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה אחרת מנכסי הנאמנות, זולת אם הדבר נחוץ לשם קידום ענייניה של הנאמנות.

(ג) "קרוב" של נאמן לעניין סעיף זה —

1. בן זוגו;
2. הורה, הורה־הורה, בן או בת, אח או אחות של הנאמן;
3. בן זוג של אחד המנויים בפסקה 2;
4. בני דודיו הראשונים והשניים;
5. אדם או גוף שלנאמן יש עניין של ממש בהצלחתו.

(ד) בית המשפט רשאי לאשר מראש פעולות המנויות בסעיפים קטנים (א) ו־(ב), אם ראה שהיא דרושה לשם קידום ענייניה של הנאמנות, בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות.

(ה) הוראות סעיף קטן (א) אינן באות לגרוע ממה שמגיע לנאמן או לקרובו מכח היותם נהנים.

(ו) פעולה אסורה לפי סעיף זה שנעשתה בלי אישור בית המשפט — בטלה.

[126] אמנם, לעיל, ליד ציון הערה 22, ראינו שלדעת רא"ל צינץ, אם הנאמן הציע מחיר גבוה ממחיר השוק, מותר לו לרכוש את הנכס, אולם כפי שראינו בהערה 22, יש החולקים על חידוש זה. ראה גם דברי פני יהושע בהערה 10, שאף מדבריו משמע שאין לקבל היתר זה. משום כך, נמנענו מלקבוע שאם הנאמן מציע מחיר הגבוה ממחיר השוק, הרכישה מותרת.
כמו כן, הבאנו לעיל, ליד ציון הערה 27, את דעתו של מהרי"ט, שבאופן עקרוני, מותר לנאמן לרכוש נכס מנכסי הנאמנות מנאמן אחר המכהן יחד עמו כנאמן באותה נאמנות. אולם, למעשה, כפי שראינו ליד ציון הערה 30, מסקנתו של מהרי"ט היא ש"לכתחילה אפשר דלא שפיר דמי", ולכן איננו רואים לנכון לקבוע חריג, שמותר לנאמן לרכוש נכס מנכסי הנאמנות מנאמן אחר.

סעיף 14

ביטול פעולות

ביטול פעולות

14. פעולה שנעשתה בהפרת חובת הנאמנות והצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה, או שנעשתה ללא תמורה, רשאי בית המשפט לבטלה, ועל הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן; ידיעה על קיום הנאמנות, אין בה בלבד משום ידיעה על הפרת חובת הנאמנות.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 353

פרק שני: פעולה שנעשתה בתמורה "והצד השלישי ידע... על ההפרה" 354

א. מבוא 354

ב. עמדת המשפט העברי — כללי 354

ג. פירעון חוב 357

ד. נאמנות לניהול נכסי קטינים 357

ה. פעולה שביצע נאמן לאחר סיום כהונתו 358

פרק שלישי: פעולה "שנעשתה ללא תמורה" 359

א. מבוא 359

ב. עמדת המשפט העברי — כללי 359

ג. התדיינות משפטית 361

פרק רביעי: שיקול דעת בית המשפט — "רשאי בית המשפט לבטלם" 361

פרק חמישי: שיהוי בהגשת הבקשה לבטל את פעולת הנאמן 361

פרק שישי: תוצאות הביטול — "על הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן" 362

א. מבוא 362

ב. צד שלישי ש"ידע או היה עליו לדעת על ההפרה" 363

ג. צד שלישי שלא ידע על הפרת החובה 363

פרק שביעי: סיכום 364

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 365

פרק ראשון

מבוא

לעניין ביטול פעולת נאמן שנעשתה תוך הפרת חובת הנאמנות, מבחין הסעיף בין פעולה שנעשתה בתמורה לבין פעולה שנעשתה ללא תמורה, וקובע, שאם נעשתה הפעולה בתמורה, ניתן לבטלה רק אם "הצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה".

בקביעה זו, ביקש המחוקק לאזן בין הצורך להגן על ענייניה של הנאמנות, לבין הצורך להבטיח את אמינותו המסחרית של הנאמן. הגנה על הנאמנות מחייבת את ביטול הפעולה, בעוד שהבטחת אמינותו של הנאמן מחייבת להעניק תוקף מלא לפעולותיו. נקודת האיזון בין מגמות אלה נמצאה בביטולן של פעולות שהצד השלישי ידע, או שהיה עליו לדעת, שהן נעשו אגב הפרת חובות הנאמן.

ניתן היה לקבוע איזון אחר, שרק אם ידע הצד השלישי על הפרת החובה, תבוטל הפעולה, בעוד שאם לא ידע על כך, לא תבוטל הפעולה, אף אם היה עליו לדעת על כך. איזון זה נוטה יותר לכיוון קיום פעולות הנאמן לשם הבטחת אמינותו המסחרית. בפרק השני נברר באיזו דרך בחר המשפט העברי.

שאלות נוספות שיידונו אגב העיסוק בחלק זה של הסעיף הן: האם יש להבחין בין תמורה ממשית לבין תמורה שאינה ממשית, כגון בנאמן הפורע חוב ברכוש הנאמנות? האם נאמן שעשה פעולות לאחר סיום כהונתו, שעה שאין עוד צורך להבטיח את אמינותו המסחרית, ניתן לבטל את פעולותיו ללא סייג, או שמא, למען הבטחת אמינותם המסחרית של כלל הנאמנים, יש לשמור גם על תוקפן של פעולות שביצע הנאמן לאחר שסיים את כהונתו? בכל אלו נעסוק בפרק השני.

אם נעשתה הפעולה ללא תמורה, רשאי בית המשפט לבטל אותה בכל מצב. יש לדון בטעמים המצדיקים את ביטול פעולת הנאמן בנסיבות אלו, ומהי עמדת המשפט העברי בדבר. עוד יש לברר מה דינו של פסק דין שניתן בעקבות התייצבות הנאמן בדין בשם הנאמנות, תוך הפרת חובות הנאמנות — האם יבוטל פסק הדין? נעסוק בכך בפרק השלישי.

אף בהתמלא כל התנאים הקבועים בסעיף, אין החוק מחייב את בית המשפט לבטל את פעולת הנאמן, אלא מעניק לו את הסמכות להחליט אם לבטל את הפעולה אם לאו. בפרק הרביעי נברר, האם לפי המשפט העברי, בהתמלא התנאים המתאימים, בטלות מאליהן פעולות שעשה הנאמן תוך הפרת חובת הנאמנות, או שמא גם לפי המשפט העברי, עדיין יש לבית הדין שיקול דעת אם לבטל את פעולות הנאמן אם לאו?

בפרק החמישי נדון באפשרות לתת תוקף לפעולת הנאמן עקב שיהוי בהגשת הבקשה לביטולה.

אם ביטל בית המשפט את פעולת הנאמן, "על הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן". בפרק השישי נברר את עמדת המשפט העברי בדבר.

פרק שני

פעולה שנעשתה בתמורה "והצד השלישי ידע... על ההפרה"

א. מבוא

לעניין כוחו של בית המשפט לבטל פעולת נאמן שנעשתה תוך הפרת חובת הנאמנות, כלומר הפרת אחת מהחובות המוטלות עליו, עושה החוק הבחנה בין פעולה שנעשתה בתמורה לבין פעולה שנעשתה ללא תמורה, וקובע שאם נעשתה הפעולה בתמורה, לא יוכל בית המשפט לבטלה, אלא אם הצד השלישי ידע, או שהיה עליו לדעת, על ההפרה.

כפי שהסברנו בקצרה במבוא, הוראה זו מבקשת לאזן בין שני אינטרסים חשובים: מחד גיסא, כדי להגן על הנאמנות, יש לאפשר את ביטולן של פעולות שנעשו תוך הפרת חובות הנאמנות. מאידך גיסא, ביטול פעולות הנאמן עלול לפגוע באמינות המסחרית של הנאמן, ופגיעה באמינותו המסחרית היא למעשה פגיעה בכוחו למלא את תפקידיו בצורה יעילה, שכן, בהעדר אמינות מסחרית, יקשה על הנאמן להתקשר בעסקאות שונות, הדרושות לשם קידום ענייניה של הנאמנות. כמו כן, ביטול פעולות הנאמן יפגע באינטרס ההסתמכות של הצד השלישי שעשה עמו עיסקה.

הדרך שמצא המחוקק לאזן בין האינטרסים היא באמצעות ההבחנה בין צד שלישי תם לב לבין צד שלישי שאינו תם לב. אם הצד השלישי אינו תם לב, ניתן לבטל את פעולות הנאמן, ואין לחשוש לפגיעה באמינותו המסחרית, שכן הביטול עלול להרתיע צדדים שלישיים רק מפעולה שלא בתום לב, והרתעה כזאת ראויה היא. איזון זה גם נותן את ההגנה הראויה על צד שלישי שפעל בתום לב, ואילו אם הצד השלישי לא פעל בתום לב, אינו ראוי להגנה.

אבל החוק קובע שגם מי שלא ידע אבל "היה עליו לדעת על ההפרה" ייחשב כמי שאינו תם לב. בעניין זה יש מקום לטעון, שהקניית סמכות הביטול גם בנסיבות של צד שלישי שלא ידע על הפרת החובה, אך היה עליו לדעת על כך, עלולה לפגוע באמינות המסחרית של הנאמן, שכן, כל מי שהנאמן יבקש להתקשר עמו עלול לחשוש שמא בעתיד יתברר שהפעולה שביצע הנאמן עמו נעשתה בהפרת חובת הנאמנות, ובית המשפט יקבע שהיה עליו לדעת על ההפרה. יתר על כן, קביעה זו מטילה למעשה על הצד השלישי את החובה לברר שמא פעולת הנאמן נעשית תוך הפרת חובות הנאמנות, ויש מקום לחשוש, שצד שלישי שאינו מעוניין להשקיע זמן ומשאבים בבירור זה, יעדיף לקיים עסקאות עם מי שאינו נאמן. עם זאת, החוק העדיף להרחיב את ההגנה על ענייניה של הנאמנות, על אף השיקולים האמורים.

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

לעיל[1] עסקנו בהלכת הראב"ן[2]: "כיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזמן הזה, הרי כאילו מינום בעלים שלוחים. ואם יש עדים, חייב הבעל לשלם [התחייבות שהאשה התחייבה], מפני תקנת השוק, שישאו ויתנו עמהם".

[1] סעיף 2, פרק שני, ג.

[2] ראב"ן, המובא במרדכי, בבא קמא, סימן פז.
שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן יט, כותב (והובא בשו"ת אבני שיש, חלק ב, סימן קטו), שכמו באישה הנושאה ונותנת בתוך הבית, כך גם בבן הנושא ונותן בנכסי אביו, מעשיו תקפים.

מהרי"ק מסייג את דברי הראב"ן וכותב[3]: "הני מילי [=דברים אלו (של הראב"ן, נאמרו)] בדבר מועט, כדרך שהאישה רגילה לישא וליתן בזמן הזה להוציא הוצאות לאכילת ביתה, בזה ודאי כתב ראב"ן מה שכתב 'כדי שישאו ויתנו עמהם'... דאם לא כן לא תוכל לקנות לא בשר ולא ירק ולא תבלין לקדירתה ולא חטין לעיסתה. אבל בסך גדול, שאין דרך הנשים להשתדל בו ולהוציא הוצאה מרובה כל כך, פשיטא דלא שייך בזה תקנת השוק". כלומר, אם הנאמן (האישה) עשה עִסקה שמקובל שנאמנים מסוגו עושים, יש לעסקה תוקף מלא, "מפני תקנת השוק, שישאו ויתנו עמהם". אולם, אם הנאמן עשה עסקה שלא מקובל שנאמנים מסוגו עושים, ובכך מפר את חובת הנאמנות שלו, "פשיטא דלא שייך בזה תקנת השוק", ולכן אין לכבד את העסקה.

אולם מהר"ם אלשיך[4] סבור שמהרי"ק לא התכוון לבטל בצורה פורמליסטית כל עסקה ב"סך גדול" שעשתה אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית, וכותב שדברי מהרי"ק נאמרו רק "בנשים שאין רגילות לשאת ולתת אלא בדבר מועט, לצורך אכילת ביתם. אבל אם היו רגילות בסך גדול, גם במרובה יהיו מעשיהן קיימים"[5]. הוא לומד כך מלשון מהרי"ק, ומביא ראיה גם מהרא"ש[6] שנתן תוקף למתן צדקה ושכירת מלמד על ידי אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית, על אף שפעולות אלו "לאו מהמשא ומתן המיוחד לה הן", ומכאן שלדעת הרא"ש, הלכת הראב"ן אמורה גם בעסקאות שאינן מן העסק המיוחד שבה היא נושאת ונותנת.

הוא מנמק, שאין להעלות על הדעת שחכמים יקבעו תקנה המחייבת צד שלישי "להביא ראיה על מקחו שמהעסק המיוחד לנושא ונותן הוא, ואין זה אלא קלקלת השוק ולא תקנה, שיצטרך להיות רועה רוח תמיד, לטרוח ולחפש אחר ראיות, ונמצא קונה [מ]ריבות בדמיו"[7].

[3] שו"ת מהרי"ק, שורש קצב (הובא בשו"ת יהודה יעלה, חלק ב, סימן מג), ובקצרה, בפסקי מהרי"ק, סימן ק. ראה על דבריו ת"א (ירושלים) 1484/9, הרטי נ' קיבוץ קלי"ה, תק-מח 2005(2) 4819, עמ' 4860.
אבל בשו"ת יש מאין, סימן כג, כתב שמהרי"ק מסופק בזה, והוסיף ששו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קצ, סבור שאין הבדל בין סכום מועט לסכום גדול.
העובדה שהראב"ן מזכיר את תקנת השוק תומכת לכאורה בפרשנותו של מהרי"ק, משום שתקנת השוק המקורית, שנתקנה לגבי הקונה חפץ גנוב מגנב, אינה חלה על הרוכש חפץ מ"גנב מפורסם" (בבא קמא קטו ע"א; וראה בהרחבה: נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 65-67), וכן אינה חלה אם "ניכר שיש בזה הערמה" (לשון ערוך השולחן, חו"מ, סימן שנו, סעיף יא; וראה עוד: המסחר במשפט העברי, שם).
בהמשך הדברים נותן מהרי"ק נימוק נוסף לביטול פעולות האישה: "יש לחוש לתקנת הבעל, דאם כן הוא, דמהימנת לה לאשה לישא וליתן ולמכור ולבזבז בכל אשר תשיג ידה... לא שבקת חיי לכל בריה בזמן הזה... וכל אישה ואישה תשלח ידה בנכסי בעלה ותמסרם ביד בניה, ויעשו קנוניה ביניהם...".

[4] שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן יט. על שאלה זו, ראה גם סעיף 2, פרק שני, ג.

[5] נקודה זו הובאה בשמו בשו"ת באר משה (ירושלימסקי), קונטרס השיב משה, שער י, אות ד, דף לז ע"ב.

[6] שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן יא.

[7] כמו כן, שו"ת הרשב"ש, סימן צא, נתן תוקף להשכרת בית על ידי אשתו של בעל הבית, שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית. יש להעיר, ששאלה כמעט זהה באה לפני בית המשפט העליון בע"א 721/68 מזרחי נ' חוסיין, פ"ד כג(2) 206. גם שם, השופט חיים כהן נתן תוקף לפעולת האישה, בהגדירו אותה כ"נושאת ונותנת בתוך הבית".
בשאלה, האם כיום, לאחר חקיקתו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, עדיין מוסמכת אישה לבצע עסקאות בשם בעלה מכוח שליחות מכללא על פי העיקרון של "נושאת ונותנת בתוך הבית", ראה: א' ורהפטיג, "אחריות בעל לחובות אשתו", שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה), עמ' 290, הסבור שבנסיבות סבירות, נחשבת האישה כשלוחתו של בעלה; ומנגד, א' רוזן-צבי, יחסי ממון בין בני זוג, תל-אביב תשמ"ג,

כלומר, אין אומרים שהמקח בטל מפני שהיה על הקונה לברר אם האשה מוסמכת לבצע את המכר, מפני שדרישה זו תכביד על חיי המסחר במידה לא סבירה.

עניין זה נידון בפסק דינו של בית הדין בירושלים[8], בדבר נאמן של גוף ציבורי שמכר מחסן המצוי בבית דירות השייך לאותו גוף, בניגוד להחלטת ההנהלה שלא למכור מחסנים "אלא בתנאי מפורש שכל דיירי הבית יסכימו לקנות כל אחד מחסן", והעסקה תובא לאישור הנהלת הגוף הציבורי. בית הדין מסיק מדברי מהר"ם אלשיך, שאם הרוכש לא ידע על הפרת החובה, המכר תקף[9].

עם זאת, מסכים מהר"ם אלשיך למהרי"ק, שאם האישה עשתה עסקה בסכום גדול, שאין דרך אישה לעשות, אין לה תוקף[10]. כנראה, טעמו הוא שידוע לכול שאין האישה מוסמכת לכך, ומי שעושה עמה את העסקה לוקח את הסיכון שהיא תבוטל.

אם כן, עמדת החוק, שניתן לבטל את פעולת הנאמן אף אם הצד השלישי לא ידע על

עמ' 206-207, הסבור שההסדר המשפטי הכפוי של שוויון על פי חוק מונע את תחולת ההסדר של מינוי מכללא של האישה כשלוחתו של הבעל.

8 פסקי דין — ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות, כרך ג, עמ' 88, בפסק דינו של ר' חיים הרצברג.

9 ר"א מילר העיר, שאף שמהרי"ק פסק שאין תוקף לפעולות שעשתה האישה אם הן פעולות שאישה אינה רגילה לעשות, זה משום שאישה הנושאת ונותנת בתוך הבית לא קיבלה מינוי מפורש; לעומת זאת, נאמן שקיבל מינוי מפורש, סמכותו רחבה יותר, וייתכן שמשום כך פעולותיו תקפות. יש להוסיף, שמהרי"ק דיבר רק בפעולות שידוע שאישה אינה רגילה לעשות, ועל כן היה על הקונה לדעת שאינה מוסמכת לכך, ולכן המקח בטל; ואילו בנידוננו, לא היה לקונה סיבה לחשוד שהנאמן חורג מסמכותו, ולא היה עליו לברר אם אכן כך הוא, ולכן המקח תקף.

ר"ח הרצברג כותב שם שש"ך, חו"מ, סימן צו, ס"ק ט, מסכים למהר"ם אלשיך.

בפסק הדין שם, עמ' 87, הוא מעיר: "לכאורה קשה על האמור, מהא דפסק המחבר חו"מ סי' קפ"ב סע' ב': עבר השליח על דעת משלחו לא עשה כלום". כדי ליישב קושי זה, הוא מפנה לשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קטו, שכתב שדברי השולחן ערוך אמורים דווקא אם הצד השלישי היה מודע לכך שהשליח עבר על דעת השולח, "אבל אם הלוקח אינו יודע שהשליח שינה מדעת משלחו, אע"פ שבפועל התברר שהוא שינה מדעת משלחו, המקח קיים".

דרך אחרת שמציע ר"ח הרצברג (שם, עמ' 88) ליישב בין הכרעת מהר"ם אלשיך לבין השולחן ערוך, היא על ידי הבחנה בין שליח לבין נאמן: "בנושא ונותן [=נאמן] כולי עלמא מודים, שאף אם הוא שינה מדעת משלחו, אבל הלוקח לא ידע מכך, אמרינן דהמקח קיים, משום תקנת השוק..., כפי שמבואר בתשובת האלשי"ך. מה שאין כן שליח לפעולה מסוימת, שאין כאן משום תקנת השוק, לכן יש מקום לומר שאם הוא עבר על דעת משלחו, הרי כל מעשיו בטלים, אף שהלקוח לא ידע על כך". ר"ח הרצברג אינו מבהיר מדוע אמינותו המסחרית של נאמן חשובה יותר משל שליח. נראה שהדבר נובע מהיקף הפעילות ואופי התפקיד המוטל על כל אחד מן הנציגים. נאמן מבצע עסקאות רבות, על פי רוב, לפי שיקול דעתו הבלעדי. על כן, קשה לצד שלישי לדעת על הפרת החובה, והוא רשאי להניח שהעסקה כלולה בתחום שיקול דעתו הרחב של הנאמן, ואם בכל זאת תבוטל פעולת הנאמן, הדבר עלול להרתיע אנשים מלקיים עסקאות עמו. לעומת זאת, על פי רוב, השליח מוגבל בהיקף שיקול הדעת שיש בסמכותו להפעיל, והוא נדרש לעשות פעולה מסוימת ומוגדרת בלי שיקול דעת רחב. לכן, היה על הצד השלישי לברר האם השליח מפר חובה, ואם לא עשה כן, הרי שפעל שלא בתום לב, וביטול פעולת שליח שנעשתה כלפי צד שלישי שאינו תם לב אינו פוגע באמינותם המסחרית של שליחים.

10 כך עולה מתשובת מהר"ם אלשיך, שהרי אינו דוחה את דברי מהרי"ק. כמו כן, כנסת הגדולה, חו"מ, סימן סב, הגהות הטור, אותיות ח-יג, שו"ת יש מאין, סימן כג, ופסקי דין ירושלים, דיני ממונות, כרך ט, עמ' תכח, מביאים את מהרי"ק ואת מהר"ם אלשיך יחד, ואינם כותבים שיש מחלוקת ביניהם.

לאור זה, צריך לומר שמתן צדקה ושכירת מלמד על ידי האישה, שהן תקפות לפי מהר"ם אלשיך, הן בגדר

הפרת החובה, אך היה עליו לדעת על כך[11], מקובלת על המשפט העברי, כפי שהסברנו את דברי מהרי"ק. אלא שבתחום האפור של דברים שיש שנשים עושות, אלא שהאישה הספציפית הזאת לא הוסמכה לעשות, העסקה תקפה משום תקנת השוק, כדברי מהר"ם אלשיך, משום שלא היה על הצד השלישי לדעת שאינה מוסמכת[12]. במלים אחרות, הביטוי "היה עליו לדעת", שמשמעותו עמומה, עשוי להתפרש במשפט העברי בשונה מבחוק הישראלי, בהתאם לחובת הזהירות שהמשפט העברי מטיל על מי שעושה עסקאות עם נאמן.

ג. פירעון חוב

שימוש בנכסי הנאמנות לשם פירעון חוב הוא פעולה בתמורה. אמנם תמורה זו אינה ממשית, אך יש לה ביטוי ברור ובעל ערך ידוע לנותן — מחיקת החוב.

עם זאת, מבחינה מסוימת, מעמדו של צד שלישי שקיבל מן הנאמן נכס כפירעון חוב דומה למעמדו של צד שלישי שקיבל נכס במתנה. בשני המקרים, הצד השלישי אינו מסתמך על הנכס שקיבל בניהול עסקיו. שיקול זה עולה מסוגיית התלמוד העוסקת בהיקפה של תקנת השוק המגנה על הקונה חפץ גנוב מגנב: "גנב ופרע בחובו, גנב ופרע בהיקפו, לא עשו בו תקנת השוק", מפני שאומרים לנושה: "לא אדעתא דהנהו יהיבת ליה מידי"[13]. כלומר, לנושה אין עניין מיוחד דווקא בחפץ שבו מבקש הגנב לפרוע את חובו, והוא לא נתן את ההלוואה כדי לקבל חפץ זה דווקא. לכן, ביטול הפירעון לא יפגע באינטרס ההסתמכות של המלווה, וממילא אין צידוק להעניק לו את הגנתה של תקנת השוק.

על פי עיקרון זה, נראה שבית הדין יוכל לבטל פעולה של פירעון חוב מנכסי הנאמנות אם פעולה זו נעשתה בהפרת חובת הנאמנות, וזאת אף אם הפעולה נעשתה כלפי צד שלישי שלא ידע ולא היה עליו לדעת על הפרת החובה.

ד. נאמנות לניהול נכסי קטינים

בתשובות מהר"ם מרוטנבורג[14] נידון מעשה באפוטרופוס שמכר ספר של יתומים כדי לפרוע חוב מס שהיה מוטל עליו. משנודע הדבר ליתומים, הם ביקשו לבטל את המכירה, אך הקונה ביקש לקבל את כספו חזרה מן היתומים מכוח תקנת השוק. המשיב קובע בתחילה, שתקנת השוק אינה חלה כאן, מפני שאין חכמים מתקנים תקנה שיש בה פגיעה בזכויותיהם של

דברים שנשים עושות אותם, אלא שהוא קורא להן "לאו מהמשא ומתן המיוחד" מפני שהאישה הספציפית הזאת לא הוסמכה לכך.

[11] לדיון בנסיבות שבהן מוטל על צד שלישי לדעת שהנאמן מפר חובה, ראה סעיף 5, פרק שני, ב.

[12] יש להעיר, שבתקנת השוק בקונה חפץ גנוב מגנב, הקונה צריך להחזיר את החפץ לנגנב, והתקנה היא רק לחייב את הנגנב לשלם לקונה את מה ששילם לגנב, והנגנב יצטרך למצוא את הגנב, כמבואר בבבא קמא קטו ע"א (בשונה מתקנת השוק בחוק המכר, התשכ"ח־1968, סעיף 34, שבה הקונה אף אינו צריך להחזיר את החפץ לנגנב). אבל מדברי הראב"ן עולה שכאן התקנה היא שהקונה מהאישה אינו צריך להחזיר לבעל, ושהמוכר לה מקבל מהבעל את הכסף שהתחייבה לשלם ולא יקבל את החפץ חזרה; ונמצא שיש לפעולת הנאמן תוקף גמור, יותר מבתקנת השוק בקונה מגנב.

[13] בבא קמא קטו ע"א.

[14] שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תסא. התשובה מתחילה במלים "דן הר' חיים על אודות" וכו', ולא ברור אם מחבר התשובה הוא מהר"ם או שזהו סיכום של תשובה של ר' חיים.

קטינים, והתקנות שתיקנו בנוגע לקטינים הן כאלה שנועדו להגן על עניינם של הקטינים, ולא כאלה שנועדון להגן על עניינו של אחר.

אולם המשיב מעלה כנגד זה את הטענה שתקנת השוק פועלת לטובת הקטינים, בכך שהיא תורמת לאמינותו המסחרית של האפוטרופוס, וחכמים היו צריכים לתקן תקנת השוק גם בקטינים, מפני שהדבר יפעל לטובתם. על כן נותן המשיב טעם אחר לכך שאין כאן תקנת השוק: האפוטרופוס מונה על ידי בית הדין, ובית דין ממנה כאפוטרופוסים רק "אנשים כשרים ויראי חטא, ואחד מני אלף לא יעשה רמיה"[15]. לפיכך, מצב שבו אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין יפעל בחוסר סמכות או תוך הפרת חובה, אינו שכיח, וכלל הוא: "מילתא דלא שכיחא, לא גזור בה רבנן [=דבר שאינו שכיח, לא גזרו בו חכמים]"[16].

מתשובה זו עולה, שדין נאמן לניהול נכסי קטינים כדין נאמן לניהול נכסי בוגרים, וגם חלה תקנת השוק[17]. אלא שאם נאמן זה מונה על ידי בית הדין, במקום שבית דין ממנה רק אנשים יראי חטא לתפקיד זה, לא חלה עליו תקנת השוק, וממילא פעולותיו בטלות גם אם הצד השלישי תם לב.

ה. פעולה שביצע נאמן לאחר סיום כהונתו

שאלה מעניינת היא, האם הכלל שיש תוקף לפעולה שביצע נאמן (אם הצד השלישי היה תם חלב) מפני תקנת השוק חל גם על פעולה שביצע לאחר תום כהונתו? אם נניח שתקנת השוק נועדה להבטיח את אמינותו המסחרית של הנאמן המסוים, שבתוקפה של פעולתו אנו דנים, הרי לאחר שהסתיימה כהונתו אין לנו עניין להבטיח את אמינותו, ואם כן הפעולה בטלה. אבל ייתכן שהתקנה נועדה להבטיח את אמינותם המסחרית של כלל הנאמנים, ואם כך הוא, יש לקיים גם פעולה שעשה הנאמן לאחר שסיים את כהונתו. זאת ועוד: תקנת השוק נועדה גם להגן על זכויותיו של צד שלישי תם לב, שלא ידע שהמוכר חורג מסמכות; ונימוק זה

[15] שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, שם.

[16] גיטין ה ע"א, ועוד.

[17] שאלה היא, האם תקנת השוק חלה על עסקה שבוצעה על ידי נאמן שמונה על ידי בית דין לניהול נכסים של בוגרים. ז' ורהפטיג, החזקה במשפט העברי, ירושלים תשכ"ד, עמ' 150, פירש שכוונת תשובת מהר"ם היא שחכמים לא תיקנו את תקנת השוק עבור נאמן המוחזק כאדם כשר, מפני שהפרת חובה מצידו היא דבר לא שכיח; ונימוק זה שייך גם בנאמן שמינהו בית דין על נכסי בוגרים. אך נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 67, ביקר מסקנה זו על פי נוסח התשובה, שעולה ממנה שהסיבה המרכזית לאי־תחולתה של תקנת השוק בנידון היא, שמדובר בעסקה בנכסי קטינים, ותקנת השוק עיקרה לטובת הקונה, ואין עושים תקנה לטובת אחר על חשבון קטינים; אלא שלשאלה מדוע לא תיקנו כאן תקנה מיוחדת כיוון שיש בה תועלת לקטינים (אמינות האפוטרופוס), הוסבר שהדבר אינו שכיח. לפי הבנה זו, הרי בנאמן שמונה על ידי בית דין לנהל נכסי בוגרים, שעל פעולותיו חלה באופן עקרוני תקנת השוק הרגילה, אפשר שתחול התקנה, אף שהמצב אינו שכיח, מאחר שהתקנה לא נתקנה במיוחד עבור נאמן מסוג זה. הדברים יובנו לאור דברי שדי חמד, כללים, מערכת מ, כלל קעב, ד"ה גם (כרך ה, עמ' 97, במהדורה הנפוצה), בשם פוסקים אחדים, שאם זו גזירה חדשה, אין גוזרים על דבר שאינו שכיח, אבל אם כבר גזרו גזירה, ונוצר מצב לא שכיח, הגזירה חלה גם עליו. אף כאן, בנאמן שמינהו בית דין על נכסי בוגרים אין צורך בתקנה חדשה, והתקנה המקורית חלה גם עליו אף שלא שכיח שיפר חובה; ורק בנאמן על נכסי קטינים, שהתקנה המקורית לא חלה מפני שהיא לטובת הקונה ולרעת הקטינים, נאמר שאין מתקנים תקנה חדשה במיוחד לטובת היתומים (לאמינות האפוטרופוס), מפני שאינו שכיח.

קיים גם לגבי פעולה שעשה הנאמן לאחר סיום כהונתו, אם הצד השלישי לא ידע (ולא היה עליו לדעת) שהכהונה הסתיימה.

שאלה זו עורר ר' אברהם דוד וואהרמן[18], בעניין אישה שהייתה נושאת ונותנת בתוך הבית, וביצעה עסקה לאחר שבעלה העביר אותה מתפקידה. מצד אחד, "אולי יש לומר מצד תקנת השוק שהמקח קיים, דאיכא דשמעי [=שיש ששמעו] במה שהייתה נושאת ונותנת, ולא שמעי במה שמיחה". אך מנגד הוא מעיר, שאפשר שאין לכבד את העסקה, היות ש"לא מצאנו תקנה מפורשת בזה", ולמעשה הוא אינו מכריע בדבר[19].

פרק שלישי

פעולה "שנעשתה ללא תמורה"

א. מבוא

החוק קובע, שאם פעולת הנאמן נעשתה תוך הפרת חובות הנאמנות אך ללא תמורה, רשאי בית המשפט לבטלה, וזאת אף אם הצד השלישי פעל בתום לב.

בהקשר זה, יש לעמוד תחילה על הצידוק להבחנה בין פעולה שנעשתה בתמורה לפעולה שנעשתה ללא תמורה. לאחר מכן, יש לבחון מה תהיה הגדרתה של תמורה לעניין זה. כך למשל ניתן לשאול, האם הענקת מתנה מנכסי הנאמנות לפלוני, שגמל עם הנאמנות טובה, נחשבת כפעולה שנעשתה בתמורה או לאו? מצד אחד, ניתן לראות את הפעולה כפעולה ללא תמורה, שהרי פלוני לא שילם דבר עבור הנכס. אך מצד שני, ניתן לראות את הפעולה כפעולה בתמורה, שהרי פלוני גמל בעבר טובה לנאמנות או יגמול אתה טובה בעתיד בגלל קבלת הנכס.

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

בפרק שני, ראינו שתקנת השוק[20] היא הנימוק המרכזי לקיום פעולותיו של נאמן שפעל תוך הפרת חובת הנאמנות. הפוסקים נחלקו בשאלה, האם תקנת השוק חלה (בתחומים שונים) אף בעסקאות שנעשו ללא תמורה? לדעת רוב הפוסקים, אין תקנת השוק חלה על עסקאות מסוג זה[21].

כסיבה להכרעה זו, הוצעו הנמקות שונות. יש שהסבירו, שהתקנה נועדה לאזן בין האינטרס

[18] כסף הקדשים, סימן צו, סעיף ו.

[19] יש לציין, שלעניין שליח שעשה עסקה לאחר תום שליחותו, נקבע שאם לא ידע הצד השלישי על ביטול השליחות, פעולת השליח כלפיו תקפה. ראה: פתחי תשובה, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ד, ובהרחבה, בחוק לישראל, שליחות, סעיף 15(ב).

[20] לסקירות מקיפות על תקנת השוק במשפט העברי, ראה: ז' ורהפטיג, החזקה במשפט העברי, ירושלים תשכ"ד, עמ' 135-163; נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 55-67; א' שטרוזמן, "תקנת השוק במשפט העברי: משמעותה, התפתחותה וחיוניותה", דיני ישראל ט (תשל"ח-תש"ם), עמ' ז (להלן: שטרוזמן).

[21] חידושי הרשב"א, בבא קמא קטו ע"א, ד"ה והלכתא; רש"י, שם, ד"ה ורבי יוחנן (כך משמע מדבריו);

הלגיטימי של צד שלישי שפעל בתום לב, שהעסקה שנעשתה עמו תכובד, לבין האינטרס הלגיטימי של בעל הנכס נשוא העסקה, שלא ייעשה ברכושו שימוש בלתי מורשה. בעניינו, שהצד השלישי לא שילם דבר עבור הנכס, הפגיעה הצפויה לו כתוצאה מביטול העסקה אינה חמורה כל כך כמו הפגיעה הצפויה לבעל הנכס מקיום העסקה. משום כך, לא תיקנו חכמים תקנת השוק במצב זה, והעסקה בטלה[22].

הנמקה שונה אנו מוצאים בדברי הרדב"ז, המתמקד יותר בצורך בתקנה זו כדי להבטיח חיי מסחר תקינים[23]: "ולא אמרינן דבמטלטלי דמתנה עבוד נמי תקנת השוק, דאיכא למימר [=שיש לומר] דוקא במכר עשו בו תקנה, משום דהוי מילתא דשכיחא והפסד ממון וימנעו מלקנות חפציו. אבל מתנה לא שכיח כולי האי, וליכא הפסד, ומעולם לא יבא לימנע מלקבל המתנה אפילו על ספק שמא יטרפוה ממנו, ואין כאן סבה לבטל הדין בשבילה". כלומר, בעסקות מכר, היות שללא התקנה היה חשש שמא יירתעו אנשים מלבצע עסקאות, ראו חכמים צורך לקבוע את תקנת השוק. לעומת זאת, בעסקות ללא תמורה, היות ואין חשש שאנשים יירתעו מלקבל מתנה מחשש שמא המתנה תבוטל בעתיד, לא ראו חכמים צורך לקבוע תקנת השוק.

טעם נוסף שנזכר בדברי הרדב"ז[24] הוא על פי העיקרון שאין חכמים מתקנים תקנות הנוגעות למצבים לא שכיחים[25]. היות ולא שכיח שאדם יתן מנכסיו ללא תמורה, לא ראו חכמים צורך להחיל את תקנת השוק על עסקה כזאת[26].

אבל יש פוסקים הסבורים שתקנת השוק חלה אף על עסקאות ללא תמורה, כגון מתנה[27]. את עמדתם הם מנמקים בכך שבמהותה, אף מתנה היא סוג של עסקה בתמורה, משום שהנותן מתנה מבקש להשיב למקבל על טובת הנאה שקיבל ממנו בעבר, או לתת מראש תמורה עבור טובות הנאה שהוא מקווה להשיג ממנו בעתיד, כלשון התלמוד[28]: "אי לאו דהוה ליה הנאה

ש"ך, חו"מ, סימן רנב, ס"ק ו, וסימן שנו, ס"ק ד; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן יז; ערוך השולחן, חו"מ, סימן שנו, סעיף ה.

[22] ש"ך, סימן שנו, שם; שטרוזמן שם, עמ' טו.

[23] שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תרעז. יצוין שגם הרדב"ז מזכיר את ההיבט שמקבל מתנה אינו מפסיד, כפי שנימק הש"ך.

[24] גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עא, נימק כך.

[25] גיטין ה ע"א, ועוד; לעיל, הערה 16.

[26] אבל נימוק זה קשה, שהרי כפי שראינו בהערה 17, אם התקנה כבר קיימת, היא חלה גם על מצבים לא שכיחים, אלא שאין מתקנים תקנה חדשה למצב לא שכיח.

[27] כך דעת שו"ת הרא"ש, כלל עט, סימן ה (לפי הבנת בית יוסף, חו"מ, סימן ס, סעיף ז; אבל לדעת ש"ך, חו"מ, סימן שנו, ס"ק ד, דעתו כדעת הרשב"א שבהערה 21; בשאלה מהי דעת הרא"ש, ראה גם: שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן ג; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יו"ד, סימן נד); סמ"ע, סימן רנב, ס"ק ו (לדבריו שם, כך היא גם דעתו של רבנו ירוחם, אבל ש"ך, חו"מ, סימן רנב, ס"ק ו, דחה את דבריו); ט"ז, חו"מ, סימן רנב, סעיף ב (משמע).

ראה על כך גם: שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימן קל; גידולי תרומה, על ספר התרומות, שער מט, חלק יג, אות י (שעושה הבחנה בין מתנה מגנב, שאין בה תקנת השוק, לבין תקנת השוק לעניין שעבוד קרקע של לווה שנתן אותה במתנה); מים קדושים (קריספין), סימן ז (מו ע"א); שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימנים ב־ד (ביחוד בדף קל ע"א); שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קצו; גנזי חיים, מערכת מ, אות קנד; שו"ת חקקי לב, חלק ב, חו"מ, סימן נב (קסח ע"א); שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן לד (העושה הבחנה בין מתנה לבנו לבין מתנה לאחר); נחמד למראה, חלק א, דף קלה ע"ג.

[28] מגילה כו ע"ב.

מיניה, לא הוה יהיב ליה, הדר הוה ליה מתנה כזביני [=אם לא שהייתה לו הנאה ממנו, לא היה נותן לו מתנה. (לפיכך), חוזרת ונהיית לו המתנה כמכר]". לפיכך אף המתנה, כמכר, נחוצה לקיום חיי מסחר תקינים, וכשם שתקנת השוק חלה על עסקאות מכר, כך יש להחילה גם על עסקאות מתנה[29].

אולם כאמור, רוב הפוסקים מכריעים שתקנת השוק אינה חלה על עסקת מתנה. אם כן, נאמן שעשה פעולה ללא תמורה תוך הפרת חובת הנאמנות, הפעולה בטלה גם אם הצד השלישי פעל בתום לב.

ג. התדיינות משפטית

לעיל[30] ראינו שאפוטרופוס של יתומים אינו רשאי לייצג את היתומים בדיון משפטי שיש בו סיכון, ואם עשה כן והפסיד בדין, פסק הדין בטל, ואם זכה בדין, פסק הדין תקף.

ייצוג היתומים בדין הוא פעולה שעושה הנאמן תוך הפרת חובת הנאמנות, ללא תמורה, ובכל זאת פעולתו תקפה אם זכו בדין. אולם אין בכך כדי לערער על הכלל שפעולה ללא תמורה בטלה, שהרי מובן מאליו שהליך משפטי כפוף לכללים שונים מאלה הקובעים לעניין עסקה בין שני צדדים.

פרק רביעי

שיקול דעת בית המשפט — "רשאי בית המשפט לבטלם"

החוק אינו מחייב את בית המשפט לבטל את פעולת הנאמן בהתמלא התנאים המאפשרים את הדבר, אלא מתיר זאת לבית המשפט. לכן, באופן עקרוני, בית משפט יוכל לקבוע שפעולת הנאמן תקפה, אף שהתמלאו כל התנאים המצדיקים את ביטולה.

לא כך היא עמדת המשפט העברי, כפי שעולה מן המקורות שנדונו עד כה. השאלה היחידה שנדונה בדברי הפוסקים לגבי כל פעולה היא האם התמלאו תנאי תקנת השוק, המצדיקים את קיומה של הפעולה, או שמא לא התמלאו תנאים אלה. מכאן שבית הדין לא יעניק תוקף לפעולה אם אינה עומדת בתנאים של תקנת השוק.

פרק חמישי

שיהוי בהגשת הבקשה לבטל את פעולת הנאמן

הרא"ש דן באישה הנושאת ונותנת בתוך הבית[31] ששכרה אדם מסוים כמלמד פרטי לבנה, ובעלה התנגד למה שעשתה. הרא"ש קובע[32]: "אם השכירה [=שכרה] מלמד — אם ידע הבעל

[29] ההסבר ע"פ בדק הבית, חו"מ, סימן ס, סעיף ו.
[30] סעיף 10, פרק רביעי, ד.
[31] ראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 2.
[32] שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן יא.

ושתק, ודאי ניחא ליה במה שעשתה. אבל אם מוחה לאלתר, אין בדבריה ובמעשיה כלום". מדבריו עולה, ששיהוי המחאה על פעולת הנאמן (האישה) מעיד על הסכמת יוצר הנאמנות לביצוע הפעולה בדיעבד, הסכמה המעניקה תוקף לפעולה[33].

אבל ייתכן שהרא"ש אמר את מה שאמר רק משום שהוא נשאל על עסקה שממנה נהנה גם יוצר הנאמנות, שכן בעקבותיה זכה במלמד שילמד את בנו, והנאה זו, בצירוף שתיקתו, הם אינדיקציה לכך שהסכים לפעולת אשתו. לעומת זאת, במקום שלא נהנה יוצר הנאמנות מפעולת הנאמן, ייתכן שאין להסיק משתיקתו שהוא מסכים לפעולת הנאמן, ואם כן, שיהוי בהגשת התביעה לביטול פעולת הנאמן לא יתן תוקף לפעולה.

הבחנה זו עולה גם מדברי הש"ך, הכותב בהקשר דומה[34]: "באשה הנושאת ונותנת בתוך הבית, לא מסתבר כלל שהיא תיקח מאחרים ממון והבעל ידע מזה ויאכלו ביחד שניהם הממון ולא ישלמו כלום... אם נושאת ונותנת והבעל שותק ולא מיחה, פשיטא דאמרינן דמסתמא הסכים למעשיה, ונהנה מן הממון וחייב לשלם כיון דהיא נושאת בתוך הבית". כלומר, הש"ך מכיר בתוקפה של מעשה האישה בגלל צירוף שתיקת הבעל עם הנאתו ממעשה אשתו. לפי זה, בנסיבות שיוצר הנאמנות אינו נהנה מפעולת הנאמן, שיהוי בהגשת הבקשה לביטול פעולת הנאמן לא ימנע ממנו להעלות בקשה זו בעתיד[35].

פרק שישי

תוצאות הביטול — "על הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן"

א. מבוא

החוק קובע, שאם ביטל בית המשפט את פעולת הנאמן, יחולו על הצד השלישי "אחריות וחובות כשל נאמן". כלומר, הצד השלישי חייב לשמור על הנכסים שהועברו לידיו, לנהלם ולפתחם, ולפעול להשגת מטרות הנאמנות בהתאם להוראות סעיף 10. אחריותו לאובדן או לנזק שנגרם לנכסי הנאמנות תיקבע לפי חוק השומרים, וכן הוא יהיה אחראי לכל הפסד שייגרם לנהנים או למטרות הנאמנות, שאינו מחמת אובדן או נזק של נכסי הנאמנות גופם,

[33] דברי הרא"ש הובאו בשו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן לב (ד"ה והנה עוד העיר), לעניין אשה שנדרה כסף לצדקה, ובעלה שתק. וראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 9(ב), על מצב מקביל בשליח.
כסף הקדשים, סימן צו, סעיף ו, מעלה ספק לגבי אישה שמכרה חפץ של הבעל, ועוד לא מסרה את החפץ לקונה, והבעל שתק ואחר כך הביע התנגדות — האם שתיקתו כהסכמה.

[34] ש"ך, חו"מ, סימן צו, ס"ק ט.

[35] השאלה האם מפרשים שתיקה כהסכמה או לא, עולה בתחומים רבים, ונדונה רבות בפוסקים, ואין כאן מקומה. נציין רק שר' קלונימוס הנשיא מנרבונה, המובא בספר העיטור, מתנת שכיב מרע, ליד אות פז, דף נט ע"ב (הובא בשו"ת הרשב"ש, סימן קנו וסימן שמז), כתב לעניין הדין בבבא בתרא קלב ע"א, ששתיקת אישה כשמעה שבעלה נותן את נכסיו לאחרים, מוכיחה שהיא מחלה על כתובתה, שהדברים אמורים דווקא "בדורות הראשונים", אבל בזמננו, יש להניח ששתקה רק מתוך בושה ולא מתוך הסכמה.
ראה עוד: רמ"א, חו"מ, סימן פא, סעיף ב; סמ"ע, שם ס"ק ח; שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קסח; קצות החושן, סימן פא, ס"ק ו. בשאלה האם שתיקת נושה מתפרשת כמחילה על החוב, ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה מכללא.

בהתאם להוראת סעיף 12(א). כמובן, הוא יוכל להחזיר את הנכס לנאמנות, ואז לא יהיה אחראי עליו, אבל יש שהוא מעוניין לעכב את הנכס אצלו כבטחון לכך שיקבל חזרה את הכסף ששילם בעבורו (שהרי הפעולה בוטלה).

בהקשר זה תוהה כרם[36], מדוע על צד שלישי שפעולת הנאמן עמו בוטלה מוטלות אחריות וחובות כשל נאמן, ואילו על קרובו של הנאמן, שפעולת הנאמן אתו בטלה לפי סעיף 13(ה), לא הטיל החוק חובות דומות? הסברו הוא: "בסעיף 14 הלך המחוקק באורח חלקי בעקבות המשפט האנגלו־אמריקני, בהשתמשו מבחינה מילולית בפתרון לגבי אדם שלישי, המקובל באותה שיטת משפט; ואילו בסעיף 13, שאין מקביל לו במשפט האנגלי, לא נזקק לאותו פתרון".

ב. צד שלישי ש"ידע או היה עליו לדעת על ההפרה"

לא מצאנו במשפט העברי הוראה העוסקת באופן ישיר בחובותיו של צד שלישי, שפעולת הנאמן עמו בוטלה. אבל הרא"ש[37] קבע בעניין אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית שנתנה נכס מנכסי בעלה לצדקה, תוך הפרת חובת הנאמנות כלפי בעלה, שאם ידע הצד השלישי על הפרת החובה ובכל זאת קיבל את הנכס מן האישה — "הרי זה גזל"[38]. גזלן אחראי על כל נזק שקורה לנכס, גם על מה שקרה באונס[39].

נוכל להסיק מכך, שלפי המשפט העברי, צד שלישי שאינו פועל בתום לב נושא באחריות מוחלטת על כל נזק שקורה לנכס. אבל לא מצאנו מקור לכך שהוא חייב לפתח את הנכס וכדומה, כפי שהנאמן עצמו חייב, כמשתמע מלשון החוק.

ג. צד שלישי שלא ידע על הפרת החובה

צד שלישי שלא היה מודע להפרת החובה[40] אינו גזלן, ועל כן אין עליו אחריות כשל גזלן. עם זאת, חלה עליו החובה לשמור על הנכס כפי שמוטלת על כל אדם חובה לשמור על נכסי הזולת המצויים תחת ידו (אם לא קיבל עצמו שמירה רגילה), מדין שומר אבדה[41].

[36] כרם, סעיף 285, עמ' 601.

[37] שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן יא.

[38] גם שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סימן קנח, כותב שהמקבל צדקה מאישה שנתנה מממון בעלה, זהו גזל, אלא שהוא דיבר בסתם אישה, ולא באישה הנושאת ונותנת בתוך הבית.

[39] סנהדרין עב ע"א. אבל ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 50־51, שבדברים מסוימים אחריותו קלה משל שומר.

אמנם, מי שקיבל לידיו נכס גנוב ביודעין נחשב שומר אבדה (מרדכי, בבא בתרא, סימן תקסד, הובא ברמ"א, חו"מ, סימן שמח, סעיף ו; חוק לישראל, שומרים, עמ' 669), ושומר אבדה הוא שומר שכר, שפטור מאונס (ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 39־40), אולם אין ללמוד מכך לענייננו, שכן מי שקיבל לידיו נכס גנוב ביודעין אינו שותף למעשה הגנבה, ואילו מי שרכש נכס (לדוגמה) מנאמן ביודעו שהנאמן אינו מוסמך להעביר את הנכס, מעורב בביצוע הפעולה האסורה.

[40] הדיון כאן הוא על מצב שהפעולה בטלה אף שהצד השלישי לא ידע על הפרת החובה, כגון אם היה עליו לדעת (פרק שני, ב) או שקיבל את הנכס בפרעון חוב (פרק שני, ג), או מאפוטרופוס שמינהו בית דין (פרק שני, ד), או במתנה (פרק שלישי, ב).

[41] ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 40־41, שדין שומר אבדה חל על כל מי שנכסים של אחר בידו.

לפי רוב הפוסקים[42], שומר אבידה הוא שומר שכר. לאור זאת, נראה שעל צד שלישי שלא היה מודע להפרת החובה מוטלת אחריות של שומר שכר.

פרק שביעי

סיכום

לפי החוק, בית המשפט רשאי לבטל פעולת נאמן שנעשתה בתמורה, תוך הפרת חובות הנאמנות, אם הצד השלישי "ידע או היה עליו לדעת על ההפרה". אבל אם לא היה עליו לדעת, הפעולה תקפה.

גם לפי המשפט העברי, פעולה כזאת בטלה אם הצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על הפרה, ואם לא היה עליו לדעת, הפעולה תקפה על פי "תקנת השוק". אבל לתקפות הפעולה יש שני חריגים: (א) אם הנאמן פרע את חובו בנכס של הנאמנות, כך שהתמורה היא מחיקת חוב, הפעולה בטלה אף אם הצד השלישי היה תם לב, מפני שהנושה לא הסתמך על הנכס כשנתן את ההלואה, כך שביטול הפעולה לא יפגע באינטרס ההסתמכות שלו. (ב) בפעולה שבוצעה על ידי אפוטרופוס שמינהו בית דין כדי לנהל את עסקיהם של קטינים, לא נתקנה תקנת השוק לתת תוקף לפעולות האפוטרופוס, משום שאין זה שכיח שאפוטרופוס שמינהו בית הדין יפר את חובות הנאמנות, וכלל הוא, שחכמים לא תיקנו תקנות למצבים שאינם שכיחים.

לדעת רוב הפוסקים, תקנת השוק לא חלה על פעולה שנעשתה ללא תמורה, ועל כן פעולת שעשה הנאמן תוך הפרת חובת הנאמנות וללא תמורה, בטלה, אף אם היא נעשתה כלפי צד שלישי שפעל בתום לב.

עם זאת, נאמן שניהל הדיון משפטי בשם הנאמנות תוך הפרת חובות הנאמנות, וזכה בדין, פסק הדין תקף.

לפי המשפט העברי, בהתמלא התנאים המצדיקים את ביטול פעולת נאמן שנעשתה תוך הפרת חובות הנאמנות, בטלה הפעולה מאליה, ואין לבית הדין סמכות לשקול בדעתו אם לבטלה אם לאו; זאת בניגוד לעמדת החוק.

אם יוצר הנאמנות ידע על פעולת הנאמן, ושתק, והפעולה מביאה תועלת לנאמנות, הפעולה תקפה, גם באותם מצבים שאין מקום לתקנת השוק, משום שיש להניח שהיוצר הסכים לפעולה.

באותם מצבים שפעולת הנאמן בטלה, אם נשאר נכס של הנאמנות בידי הצד השלישי, הרי אם הצד השלישי פעל בתום לב, הוא אחראי על הנכס כשומר אבדה, שהוא שומר שכר, ואם לא פעל בתום לב, מוטלת עליו אחריות מוחלטת לכל נזק שקורה לנכס, כמו גזלן. בכל מקרה, אין מוטלות עליו החובות המוטלות על נאמן לפתח את הנכס, שלא כעמדת החוק.

אבל אם אירע נזק לנכס לפני שנודע לו שהיתה הפרת חובה, הוא פטור מאחריות, מפני שחשב שהנכס שלו. על הכלל שאין חיוב שמירה על נכס שאדם חושב שהוא שלו, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 620.

[42] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסז, סעיפים טז ו־כה. וראה גם במקורות המובאים בחוק לישראל, שומרים, עמ' 97, ובמילואים שם.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

ביטול פעולות

14. (א) פעולה שנעשתה בהפרת חובת הנאמנות, והצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה, או שנעשתה ללא תמורה, בטלה; ידיעה על קיום הנאמנות, אין בה בלבד משום ידיעה על הפרת חובת הנאמנות.

(ב) לעניין סעיף קטן (א), פירעון חוב מנכסי הנאמנות ייחשב כפעולה שלא בתמורה.

(ג) בוטלה פעולה לפי סעיף קטן (א), והצד השלישי ידע על ההפרה, תחול עליו אחריות מוחלטת על נכסי הנאמנות שבידו.

(ד) בוטלה פעולה לפי סעיף קטן (א), והצד השלישי לא ידע על ההפרה, תחול עליו אחריות כשל שומר שכר על נכסי הנאמנות שבידו.

סעיף 15

דין רווח אסור

דין רווח אסור 15. רווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 369

פרק שני: שלילת הרווח מן הנאמן — ההיבט הפלילי 369

א. עמדת החוק 369

ב. עמדת המשפט העברי — "לא יהא חוטא נשכר" 370

פרק שלישי: שלילת הרווח מן הנאמן — ההיבט האזרחי 372

א. מבוא 372

ב. רווח ממשי 372

ג. רווח שאינו ממשי 376

פרק רביעי: רווח שהופק "עקב הנאמנות" 376

א. מבוא 376

ב. רווח שהופק תוך הפרת החובה לנהוג באמונה 377

ג. רווח שהופק תוך הפרת החובה לנהוג בשקידה 378

פרק חמישי: סיכום 379

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 380

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה קובע שאם נאמן פעל בנכסי הנאמנות שלא כדין, ופעולות אלה הניבו לו רווח, הרווח שייך לנאמנות. אף שכבר נקבע בסעיף 3: "פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות", היה מקום לומר שהדברים אמורים רק בפירות שמתקבלים באופן טבעי מנכסי הנאמנות, כגון: פירות טבעיים, וולדות, דמי שכירות, דמי שימוש, עליית ערכן של מניות (השייכות לנאמנות) בבורסה, וכדומה, או ברווחים שהפיק הנאמן עבור הנאמנות מנכסי הנאמנות במסגרת תפקידו לפתח את נכסי הנאמנות, ואילו רווחים שהפיק הנאמן מנכסי הנאמנות תוך מטרה ליטלם לעצמו, היה מקום לומר שאינם שייכים לנאמנות. על כן הוצרכה הוראת סעיף 15, ללמד שגם רווח מסוג זה שייך לנאמנות.

סעיף זה עוסק גם ברווח שהופק "עקב הנאמנות" באופן עקיף. דוגמה לכך: מתנה שקיבל נאמן מצד שלישי בתמורה לנכונותו להשכיר לו נכס של הנאמנות.

החוק אינו מבחין בין רווח שהפקתו הייתה כרוכה בגרימת נזק או הפסד לנאמנות, לבין רווח שהפקתו לא הייתה כרוכה בכך; בין רווח ממשי שהפיק מהנכסים, לבין רווח לא ממשי, כגון הנאה ממגורים בדירה השייכת לנאמנות.

הסעיף עוסק ברווח שהופק "שלא כדין". הכוונה היא בעיקר לרווח שהפיק הנאמן לעצמו, תוך עבֵרה על הוראת סעיף 13[1].

להלן נברר, האם נכון לקבוע באופן קטגורי, שכל רווח אסור שהופק עקב הנאמנות, דינו יהיה כדין נכסי הנאמנות, או שמא יש מקום להבחין בין רווח אסור שהופק מנכסי הנאמנות לבין רווח אסור שהופק עקב הנאמנות אך לא מנכסיה, או בין רווח שהפקתו הייתה כרוכה בגרימת נזק או הפסד לנאמנות, לבין רווח שהפקתו לא הייתה כרוכה בכך.

נושא חשוב נוסף שנדון בו הוא, האם ראוי, לפי המשפט העברי, לשלול את הרווח מן הנאמן באופן קטגורי, או שמא, ראוי להותיר את העניין לשיקול דעת בית המשפט?

פרק שני

שלילת הרווח מן הנאמן — ההיבט הפלילי

א. עמדת החוק

הוראת סעיף זה נועדה למנוע מנאמן המפיק רווחים עקב הנאמנות בדרך אסורה, ליהנות

[1] בדרך כלל אין נפקות להוראה זו, שהרי בלאו הכי פעולה כזאת של הנאמן בטלה לפי סעיף 13(ב), וממילא אין לו הנאה. אלא שבכל זאת יש מצבים שהפעולה קיימת, כאמור בסעיף 13(ב), ואז הרווח נשאר ביד הנאמן, ולכן הוצרכה הוראת סעיף 15, ללמד שהרווח שייך לנאמנות.

מפירותיה של העבֵרה. למעשה, זוהי סנקציה שנועדה ליצור תמריץ שלילי, שיניא את הנאמן מניצול תפקידו לשם הפקת רווחים אישיים[2].

יש כאן הוראה קטגורית, שאינה מותירה בידי בית המשפט מקום להפעלת שיקול דעת. יש מקום לתהות, שמא בנסיבות מסוימות מוצדק להותיר את הרווח האסור בידיו של הנאמן, ואם כך הוא, שמא עדיף היה להעניק לבית המשפט את הסמכות לשקול, האם ראוי להטיל את הסנקציה או לאו.

ניטול לדוגמה נאמן שניהל את עסקיו הפרטיים ממשרדי הנאמנות, בתום לב. בכך עבר הנאמן על האיסור (שבסעיף 13) להפיק טובת הנאה לעצמו מנכסי הנאמנות. שוויה של טובת הנאה זו הוא בגובה דמי שכירות של המשרד, ועל כן, לפי הוראת הסעיף, עליו לשלם את דמי השכירות לקופת הנאמנות. אולם, האם נכון לחייבו בכך? הרי אילו היה מבקש מבית המשפט אישור להפיק טובת הנאה זו[3], היה מקבל את האישור, משום שאם ייאלץ לעבור ממשרד הנאמנות למשרדו הפרטי כל אימת שירצה לנהל את עסקיו הפרטיים, יהיה לו פחות זמן להקדיש לניהול הנאמנות. אם כן, חטאו היחיד של הנאמן הוא שלא ביקש את אישור בית המשפט לניהול עסקיו ממשרדי הנאמנות. האם חטא זה מצדיק לחייב אותו בתשלום דמי שכירות מלאים לקופת הנאמנות? כלום לא ראוי לשקול, למשל, האם הוא פעל במזיד או בשוגג; מתוך ניסיון לנצל את המעמד כדי להפיק רווחים, או בתום לב?

אילו מסר המחוקק לבית המשפט שיקול דעת בהטלת הסנקציה, הדבר היה מבטיח שהסנקציה תופעל רק כלפי אלו שראוי להפעילה כלפיהם, לאור שיקולים שונים. אולם, כאמור, לא בחר המחוקק בדרך זו[4].

ב. עמדת המשפט העברי — "לא יהא חוטא נשכר"

העיקרון "שלא יהא חוטא נשכר", לפיו יש לשלול מחוטא את הזכות ליהנות מפירות העבֵרה שביצע, מוכר במשפט העברי מקדמת דנא. אולם עיון במקורות המשפט העברי מגלה, שעיקרון זה אינו מוחלט. לשם דוגמה, נביא מצב אחד שבו הוחל עיקרון זה, ומצב אחר שהוא לא הוחל בו.

כבר במשנה[5] נקבע, שהשיעור להפרשת "חלה" (הניתנת לכהנים) מן העיסה הוא, 1/24 מן

[2] ראה כרם, עמ' 607. לאור הסבר זה, נראה שלא דק ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, מהדורה שנייה, תשנ"ח, עמ' 1199, סעיף 29.20, כשהסיק מסעיף זה: "הכלל בדין העברי, הפוטר מחובת השבה כאשר זה נהנה וזה איננו חסר, לא נתקבל בשיטתנו המשפטית". אף אם כלל זה לא התקבל בחוק הישראלי, ולא כאן המקום לדון בכך, אין הוראת סעיף זה מוכיחה מסקנה זו, משום שכאמור, טעמה של הוראה זו הוא שהנאמן הפיק רווח בדרכים אסורות, ואין ללמוד מכך למי שמפיק רווח בהיתר.

[3] על פי סעיף 13(ג), המתיר לנאמן להפיק טובת הנאה לעצמו באישור בית המשפט.

[4] ראוי להעיר, שבתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 3, נקבעה הוראה כללית, שכותרתה "אין חוטא נשכר": "בית המשפט רשאי לשלול או להגביל זכות של אדם, בנסיבות שבהן מוצדק הדבר, בשל כך שהזכות צמחה עקב התנהגות של הזכאי הנוגדת חיקוק או הנוגדת את תקנת הציבור". אבל הוראה זו אינה יכולה לבוא במקום הוראת סעיף 15, מפני שיש בה רק כדי לשלול מן הנאמן את הרווח האסור, אבל אין ההוראה מספקת מענה לשאלה, מה ייעשה ברווח האסור, לאחר שיישלל מן הנאמן? עם זאת, ניתן להציע הוראה ברוח הוראה זו, שתעניק לבית המשפט את הסמכות הן לשלול מן הנאמן את הרווח האסור, והן לקבוע לאיזו מטרה ישמש רווח זה.

[5] משנה, חלה, פרק ב, משנה ז. וכך פסק רמב"ם, הלכות ביכורים, פרק ה, הלכה ד.

העיסה, אך אם נטמאה העיסה, "הואיל ולשריפה עומדת"[6], שיעור ההפרשה הוא 1/48 מן העיסה. אולם, אם טימא אדם את עיסתו[7] במזיד, שיעור ההפרשה הוא 1/24 מן העיסה, "כדי שלא יהא חוטא נשכר". כלומר, כדי שלא יפיק החוטא תועלת מעשיית העבֵרה, גזרו חכמים שדין ההפרשה מעיסה שנטמאה במזיד כדין ההפרשה מעיסה טהורה.

לעומת זאת, מי שבנה עבור עובדי עבודה זרה מקום ("כיפה") המיועד להעמיד עליו עבודה זרה, אף שעבר עבֵרה, זכאי לקבל את השכר שהובטח לו עבור עבודה זו[8]. הרי שאף שעבֵרתו חמורה בהרבה מהמטמא עיסה, לכאורה, שכן היא נוגעת באיסור עבודה זרה, שהיא אחת משלוש העבירות החמורות, לא אמרו חכמים "לא יהא חוטא נשכר".

אם כן, מסתבר ששלילת זכותו של העבריין ליהנות מפירותיה של העבֵרה היא סנקציה שחכמים עושים בה שימוש רק אם הם רואים שיש צורך מיוחד בדבר, ולא כדבר שבשגרה.

בהתאם לכך קבע הריב"ש[9], שבכלל, מי שעבר על אחת מתקנות הקהל זכאי ליהנות מפירות העבֵרה שביצע, אלא אם יש תקנה מפורשת לשלול זאת ממנו.

'ברירת המחדל' של המשפט העברי היא אפוא, שאין לשלול מעבריין רווחים שהפיק בעבֵרה. לדעת שוחטמן[10], ברירת מחדל זו נובעת מעמדה ערכית, שיש להפריד בין ההיבט האזרחי של פעולה לבין ההיבט הפלילי שלה. כלומר, מן הראוי לקבוע שהעונש על מעשה העבֵרה ייקבע בהתאם לכללים המחמירים של הדין הפלילי, בעוד שתוצאותיו האזרחיות של המעשה ייקבעו בהתאם לכללי הדין האזרחי.

ואמנם יש לבית הדין סמכות לשלול מן העבריין את פירותיה של עבירתו, במקום שהדבר נחוץ לפי שיקול דעתו, "כדי למנוע מצבים שאין הדעת סובלתם"[11], אך על בית הדין להפעיל את סמכותו זו "מתוך זהירות רבה", כלשונו, ובהתחשב בשיקולים שונים, כגון שכיחותה של העבֵרה, כוונת העבריין ועוד[12].

[6] פירוש ר' עובדיה מברטנורא, חלה שם.

[7] במשנה כתוב "נטמאת מזידה", אבל נראה שהכוונה היא שבעל העיסה (וליתר דיוק: בעלת העיסה) טימא אותה כדי לחסוך בהפרשת החלה, ואילו אם אדם אחר טימא אותה במזיד, אין לקנוס את בעל העיסה.

[8] עבודה זרה יט ע"ב; רמב"ם, הלכות עבודה זרה, פרק ט, הלכה יא; שולחן ערוך, יו"ד, סימן קמג, סעיף ב.
יש ששכרו של פועל שעשה מלאכה בעבור עבודה זרה אסור, ויש ששכרו מותר. על ההבחנות השונות ראה בירור הלכה, עבודה זרה דף יט ע"ב, ציון ד, דף סב ע"א, ציון א וציון ח, ודף סה ע"א, ציון ב.

[9] שו"ת הריב"ש, סימן קעא, עמ' קצא.
בדומה לזה, שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן קכה, מקשה, מדוע אם שליח קידש לעצמו אישה שנשלח לקדשה לשולח, לא יפקיעו חכמים את הקידושין מתוך השיקול ש"הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן", המשמש ביבמות קי ע"א ובבבא בתרא מח ע"ב כשיקול להפקעת קידושין, שכן גם כאן מעשהו הוא מעשה רמאות (קידושין מח ע"ב)? והוא מסביר: "שלא בכל מקום אנו אומרים כן, אלא במקום שאמרו אמרו, ובמקום שלא אמרו לא אמרו... ואנן מנפשין לא אמרינן [=ואנחנו מעצמנו אין אנו אומרים]".

[10] א' שוחטמן, מעשה הבא בעבֵרה — תוצאותיה של אי־חוקיות במשפט העברי, ירושלים תשמ"א, עמ' 254. וראה גם מה שכתב בעניין זה בפרשת השבוע, הוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, ויקהל, תשס"ג, גליון 112.

[11] מעשה הבא בעבֵרה, שם.

[12] לדיון במכלול השיקולים ראה שוחטמן, שם, עמ' 244־254. אך הוא מעיר (עמ' 255, הערה 393), שרשימת השיקולים שמנה אינה רשימה ממצה. לדיון בנושא זה ראה גם: נ' רקובר, "ענישה בשכר־עבֵרה במשפט

כמובן, בכוחו של הציבור לקבוע תקנה השוללת מאדם רווח שהפיק באיסור בעברה מסוימת, שהרי תקנות מסוג זה מצויות כבר במשנה, כאמור, ואף הריב"ש קבע שיש תוקף לתקנה הקובעת במפורש שיש ליטול מעבריין את הרווחים שהפיק בעבֵרה מסוימת.

אם כן, הוראת סעיף זה אינה מנוגדת לרוחו של המשפט העברי. אבל ניתן להסיק מן האמור לעיל, שיש להעדיף את הדרך של הסמכת בית הדין לשלול מאדם רווחים שהפיק באיסור, על פני הדרך של קביעת הוראת חוק קטגורית, שאינה מותירה מקום לשיקול דעת נוסף.

כל זאת לעניין שלילת הרווח מן הנאמן בגלל עצם העברה שעבר בהפקת הרווח לעצמו מנכסי הנאמנות. אבל גם במצבים שאין הצדקה לשלול זאת מן ההיבט הפלילי, מפני שאשמתו של הנאמן מועטת, ייתכן שהרווח שייך לנאמנות מטעמי המשפט האזרחי, ובכך נדון בפרק שלישי. כפי שנראה שם, ברוב המצבים, הרווח שייך לנאמנות מן ההיבט האזרחי, ואם כן אין צורך בשימוש בעיקרון "שלא יהא חוטא נשכר". באותם מצבים בודדים שנקבע בהם שמן ההיבט האזרחי שייך הרווח לנאמן, יש מקום לקבוע סנקציה פלילית לשלול ממנו את הרווח, אבל זאת רק בכפוף לשיקול דעתו של בית דין, שיתחשב בנסיבות העניין, כאמור לעיל.

פרק שלישי

שלילת הרווח מן הנאמן — ההיבט האזרחי

א. מבוא

טובת הנאה שהפיק נאמן לעצמו מנכסי הנאמנות הוא רווח שהפיק "שלא כדין", בהתאם להוראת סעיף 13, האוסרת על נאמן להפיק טובת הנאה לעצמו מנכסי הנאמנות. סעיף 13 אף אוסר על הנאמן להפיק טובת הנאה מנכסי הנאמנות עבור קרובו, ולפיכך, אם למשל, אירח הנאמן את קרובו בדירה השייכת לנאמנות, זהו רווח אסור, ועל המתארח לשלם דמי שכירות לקופת הנאמנות.

לעניין זה, אין החוק מבחין בין רווח ממשי, כגון כסף שהרוויח הנאמן מעסקים שעשה עם נכסי הנאמנות, לבין רווח שאינו ממשי, כגון מגורים בדירה השייכת לנאמנות. להלן, נבקש לבחון, האם לפי המשפט העברי, ראוי להבחין בין רווח ממשי לרווח שאינו ממשי?

ב. רווח ממשי

רווח ממשי שמפיק מישהו מנכסיו של אדם אחר שייך לבעל הנכסים, מכוח העיקרון שאדם אינו יכול לעשות "סחורה בפרתו של חברו"[13]. ר' שמעון שקאפ[14] מנמק עיקרון זה בכך, שרווח

העברי", משפטים ב (1970), עמ' 481. וראה גם: א' שוחטמן, "הרצחת וגם ירשת?", פרשת השבוע, הוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, בראשית, תשס"ח, גיליון 302.

לדיון בסוגיה זו במשפט הישראלי, ראה: ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 168; ד' פרידמן, הרצחת וגם ירשת? — משפט מוסר וחברה בסיפורי המקרא, תל אביב, 2000, עמ' 143.

[13] ע"פ בבא מציעא לה ע"ב. ראה חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ' 10-11. וראה סעיף 13, פרק רביעי, מה שלמד מכך שבט הלוי.

שהופק מנכסיו של אדם הוא למעשה תוצר טבעי של הנכסים, "כמו שוְלד הפרה הוא קנוי לבעל הפרה מפני שפרתו הולידה את הולד ובסיבתה יצא לאויר העולם". לפי דבריו, רווח ממשי שמפיק נאמן מנכסי הנאמנות הם "חלק מנכסי הנאמנות".

אבל לכאורה, דין זה אינו חל על רווח שהפיק נאמן "שלא כדין", משום שנאמן השולח יד בנכסי הנאמנות נחשב גזלן[15], והלכה היא[16]: "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה", ואינם משלמים את שווייה של הגזלה אם נשתבחה לאחר מכן. מהלכה זו נובע שהגזלן חייב להשיב לבעלים את הקרן שגזל לפי שוויו בשעת הגזלה (גם אם הוזל או התייקר בינתיים)[17], אבל לא את הרווחים שהפיק מן הגזלה[18]. מכאן עולה לכאורה, שנאמן הנוטל מכספי הנאמנות כדי להפיק מהם רווחים לעצמו, דינו כדין גזלן והוא זוכה ברווחים[19].

מנגד, נפסק שנכס שרכש שליח לעצמו בכספו של השולח, שייך לשולח[20], וממילא גם הרווחים הצומחים מן הנכס שייכים לשולח. שני נימוקים ניתנו להלכה זו: (א) על אף כוונת השליח לרכוש לעצמו את הנכס, הרי דעתו של המוכר, שהיא המכרעת, היא להקנות את הנכס לבעל הכסף (השולח)[21]. (ב) חכמים הטילו קנס על שליח שמעל בכספי השולח ועשה את פעולת השליחות עבור עצמו[22].

לנימוקים אלו יש נפקויות משמעותיות. לפי הנימוק הראשון, היות שזכיית השולח מבוססת

[14] שערי יושר, שער ג, פרק כה, עמ' רסב. הוא לא הזכיר את "עושה סחורה בפרתו של חברו", אלא התייחס למצבים שהתלמוד אומר עליהם שאם התרבה רכושו של אדם ("השתרש") בזכות רכושו של אחר, יש לאותו אחר זכות בממון, כגון שאם השלטון בא לקחת ממישהו רכוש, ולקח מתנות כהונה שעדיין לא נתן לכהן, שבכך ניצל ממונו שלו, הוא חייב לשלם לכהן את מה שהרוויח (חולין קלא ע"א); ויש להעיר ששם אין זה רווח ממשי.

[15] רש"י, בבא מציעא מג ע"א (ד"ה ילקה), כותב ששומר השולח יד בפיקדון הוא גזלן.

[16] משנה, בבא קמא, פרק ט, משנה א (בבלי צג ע"ב).

[17] שולחן ערוך, חו"מ, סימן שס, סעיף ה, וסימן שסב, סעיף א; קצות החושן, סימן רצא, ס"ק א. הכוונה למצב שהחפץ כבר אינו קיים, או שנקנה לגזלן על ידי שינוי. אבל אם החפץ קיים, יחזיר אותו כפי שהוא, אף שאינו שווה כבשעת הגזלה; אלא שאם התייאש הנגזל, ובינתיים השביח החפץ, הרווח שייך לגזלן — שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסב, סעיף ב.

[18] ראה ספר הראבי"ה, מהדורת דבליצקי, בני ברק תשמ"ט, סימן תתקנז. תשובה זו הובאה בחלקה בשו"ת מהר"ם ב"ר ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תר, ובמרדכי, בבא קמא, סימן קכה. שם מובא שרשב"ם אומר ששומר ששלח יד בכסף שהופקד אצלו והרוויח בכסף, הרווח שייך לו מפני ששולח יד הוא גזלן. כמו כן, בבבא קמא צז ע"א נאמר שמי שלקח ספינה בגזלנות אינו צריך לשלם דמי שכירות על שימושו בה.

[19] יש מקום לטעון שלא נאמין לנאמן באומרו שהתכוון "לגזול" את הכספים ולהרוויח בהם לעצמו, מפני ש"אין אדם משים עצמו רשע", אלא נניח שהתכוון לעשות את הרווחים לטובת הנאמנות, כמוטל עליו. כך כתב שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שסב, על שליח. וראה על כך: שו"ת תשורת שי, חלק א, סימן תקצ, דף קצב ע"ד־קצג ע"א; נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 166 ואילך; חוק לישראל, שליחות, סעיף 9, פרק שישי. אבל גם אם הוא נאמן בכך, הרי אם אמר בפירוש בפני עדים שהוא מתכוון להרוויח לעצמו, הדין צריך להיות שהרווח שלו.

[20] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יב; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שסט, וחידושי הרשב"א, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אחיכו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ג, ורמ"א שם (וראה שולחן ערוך, יו"ד, סימן קעז, סעיף מ). על נושא זה ראה בהרחבה, בחוק לישראל, שליחות, סעיף 9, פרק שישי.

[21] מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז, ד"ה אשר.

[22] שו"ת תשורת ש"י, חלק א, סימן תקצ, דף קצג ע"ג, בדעת הראבי"ה שם, שנקט "ידו על התחתונה".

על אומד דעתו של המוכר, הרי אם המוכר התכוון לעשות עסקה דווקא עם השליח, זוכה השליח בנכס. לעומת זאת, לפי הנימוק השני, הנכס שייך לשולח, שהרי גם בנסיבות אלה יש טעם להטיל קנס על השליח.

לענייננו, משמעות הדבר היא שרווחים שהפיק נאמן לעצמו מנכסי הנאמנות שייכים ליוצר הנאמנות, לפי הנימוק השני, אף אם הצד השלישי, שעמו התעסק הנאמן, היה מודע לכך שהנאמן מפר את חובת הנאמנות ומבקש להפיק לעצמו רווחים מנכסי הנאמנות.

ייתכן שיש לשלול מן הנאמן את הרווחים שהפיק מטעם נוסף, העולה מדברי הרמ"א, שפסק ששומר כסף שהפיק רווח לעצמו מהכסף בלי שהיה מורשה לעשות כן, זכה ברווחים, אך "אם בא בעל הפיקדון ואמר: 'תן לי פקדוני ואני ארוויח בהן בעצמי', והלה מעכב בידו, חייב ליתן הרווח מכאן ולהבא"[23].

ואמנם הרמ"א אומר שיש מצבים שהרווח ששייך לשומר, אבל נראה שבנאמן בכל מצב הרווח שייך לנאמנות. הסיבה להבדל היא, ששומר לא נדרש להפיק רווחים עבור המפקיד מן הכסף שהופקד בידיו. לכן, כל עוד לא ביקש בעל הפיקדון ממנו שיחזיר לו את הפיקדון כדי שיוכל להפיק רווחים ממנו, אין אנו רואים את השומר המשקיע את כספי הפיקדון כדי להפיק מהם רווחים לעצמו כמי שגורם נזק לבעל הפיקדון. לעומת זאת, נאמן נדרש, כבר מעת הפקדת כספי הנאמנות בידיו, להפיק מהם רווחים למען הנאמנות. אילו היה יוצר הנאמנות יודע שהנאמן משקיע את כספי הנאמנות לשם הגדלת הונו הפרטי, היה בוודאי דורש מיידית את השבת הכספים כדי למנות נאמן אחר תחתיו, שימלא את תפקידו כהלכה. אם כן, ניתן לראות את יוצר הנאמנות כמי שדורש בכל עת את השבת הכספים לידיו, אם הנאמן מפיק מן הכספים רווחים לעצמו. כיוון שכך, לפי הרמ"א, כל הרווחים שהופקו מתחילתה של הנאמנות שייכים לנאמנות.

אולם מהרש"ל חלק על הרמ"א בעניין זה, וקבע שאף אם דרש המפקיד את החזרת הכספים והשומר סירב להיענות לדרישה, הרווחים שייכים לשומר[24].

[23] רמ"א, חו"מ, סימן רצב, סעיף ז. מקורו בראבי"ה שם. כך פסק גם באגודה, בבא קמא, סימן קכב. ראה גם אגודת אזוב (לר' מרדכי מגניזין, נדפס בסוף ספר גדולת מרדכי), פרק הגוזל עצים, לסימן רצב (קג ע"ד). אבל שולחן ערוך, חו"מ, סימן פא, סעיף לב, פוסק שאם בשעת ההפקדה לא התנה המפקיד עם הנפקד שישתף אותו ברווחים, גם אם התנה עמו כך אחר כך, זכאי הנפקד ליטול לעצמו את כל הרווחים. על הלכה זו לא העיר הרמ"א דבר, ומשמע שהוא מסכים אתה.

כדי ליישב בין ההלכות, הציעו המפרשים הבחנות שונות: סמ"ע, סימן פא, ס"ק סה, הסביר שהלכה זו עוסקת במצב שבעל הכספים התנה לקבל חלק מהרווח בלי לתבוע את הכספים מן הנפקד, או שתבע את הכספים אבל זמן הפירעון טרם הגיע, כך שלא היה זכאי לתובעם.

ש"ך, שם, ס"ק פא, הבחין בין לווה לנפקד. מדבריו עולה שאף אם המלווה דרש את השבת הכספים לאחר שהגיע מועד הפירעון, הרווחים שהפיק הלווה לאחר מועד זה שייכים ללווה. וראה עוד לעניין זה: שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן רכז (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן סא, סעיף ו); ים של שלמה, בבא קמא, פרק ח, סימן ע (הובא בש"ך, יו"ד, סימן קעז, ס"ק מא).

[24] ים של שלמה, בבא קמא, פרק ט, סימן ל (הובא בש"ך, חו"מ, סימן רצב, ס"ק טו). הוא מביא את דברי רב האי גאון, המובא במרדכי, בבא קמא, סימן קכה (וכן נראה מדברי ראבי"ה שצוינו לעיל, הערה 18), ששומר כספים שהרוויח בהם, מחצית מן הרווחים שייכים לבעל הכספים, ומעלה את ההשערה שדין זה הוא קנס שהטיל רב האי גאון על הנפקד (שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סימן קכה, מנמק את פסיקת רב האי גאון בכך ש"לא מהמנינן ליה [=לא מאמינים לו] בכך, לשווי נפשיה [=לעשות עצמו] רשע ולחוב

הכרעת ההלכה בעניין זה אינה ברורה. יש מן הפוסקים המאמצים את פסיקת הרמ״א[25], יש מהם המאמצים את פסיקת מהרש״ל[26], ויש אף הנוטים לחלק את הרווחים בין המשקיע לבעל הכספים[27].

אכן, נראה שאף מהרש״ל יסכים שיש לשלול מן הנאמן את הרווחים שהפיק מנכסי הנאמנות, משום שמהרש״ל דיבר על מי שהפקיד כספים לשמירה, ובשלב מאוחר יותר דרש את החזרתם כדי שיוכל להפיק מהם רווחים; לעומת זאת, בנאמנות, ידוע מראש שיוצר הנאמנות מעוניין להפיק רווחים מכספי הנאמנות (כהוראת סעיף 10, שהנאמן חייב ״לפתח״ את נכסי הנאמנות), כך שהשקעת כספי הנאמנות לטובתו האישית של הנאמן גורמת לנאמנות נזק, ועל כן מוטל על הנאמן לפצות את יוצר הנאמנות על הנזק שגרם לו.

כך יש ללמוד מדברי ר׳ יהושע בועז, שדן במי שמסר כסף לאדם כדי שיקנה בו סחורה מסוימת, במטרה שבעל הכסף ירוויח בה, אך השליח השתמש בכסף כדי להפיק לעצמו רווחים. ר׳ יהושע בועז מכריע[28]: ״אם חברו [=השליח] מרוויח במעותיו, כגון שידוע שבמעות זה קנה איזו סחורה, או הלוה בריבית וכיוצא בזה, דהשתא זה נהנה וזה חסר, כי זה היה צריך למעותיו להרוויח בהן, וזה מעכב אותן ומרוויח בהן — אז חייב לשלם לו כל שהרוויח בהן״. כלומר, היות שבעל הכסף תיכנן לעשות רווחים בכסף, והשליח מנע זאת ממנו, הוא נחשב ש״חיסר״ אותו במניעת הרווח המתוכנן, ועל כך זה הוא חייב לשלם. בנאמנות, מטרת יוצר הנאמנות היא שנכסי הנאמנות ישאו רווחים לטובת מטרת הנאמנות, ולכן תחול עליה פסיקת ר״י בועז, שהרווחים שעשה הנאמן שייכים לנאמנות[29].

אם כן, רווחים שהפיק נאמן מנכסי הנאמנות שייכים לנאמנות, אם משום קנס, אם משום

לחברו״; על סברה זו ראה לעיל, הערה 19). אבל מהרש״ל כותב שהסמכות לחייב בהשבה בדרך קנס מסורה אך ורק בידי גדול הדור או בידי נציג הציבור (ממונה על פי טובי העיר).

בשאלה, האם יש להבחין בין רווח שהופק מהשקעת כספים לבין רווח שהופק מהשכרת נכס, ראה מחנה אפרים, הלכות ריבית, סימן מא, ומנגד, מנחת פתים, שיירי מנחה, חו״מ, סימן שסג.

לשאלה, כיצד ניתן ליישב את פסיקת רב האי גאון עם ההלכה ש״כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה״ (לעיל, ליד ציון הערה 16), ראה: מרדכי, בבא קמא, סימן קכה (שרב האי עסק בנפקד שנדרש להשיב את הכספים למפקיד מפני שיש לו עסקה לבצע, ורווח בצידה); ים של שלמה שם (שרב האי עסק בנפקד שהתכוון לחלוק ברווחים עם המפקיד, ובדיעבד, הסכים המפקיד למעשיו); שו״ת משפטי שמואל (קלעי), סימן קכה (שחזקה על המפקיד כספים ביד הזולת, שהוא מתיר לו להשקיע אותם, כל עוד לא הבהיר שאין הוא מעניק לנפקד סמכות כזו או שלא התכוון לגזול); שו״ת זית רענן, חלק ב, סימן טו, אות ח (שאין כוונת גזילה אלא על הרווח, והיות שהרווח הופק גם מן הקרן, השייכת לבעליה, יש לחלוק בו). וראה עוד בהרחבה: נ׳ רקובר, המסחר במשפט העברי, עמ׳ 166־182.

[25] שו״ת חתם סופר, חו״מ, סימן קעח; מחנה אפרים, הלכות ריבית, סימן מא; חזון איש, בבא קמא, סימן כא, אות יג, וסימן כב, אות ג.

[26] שו״ת חתם סופר, חו״מ, סימן קנז (בניגוד לתשובתו הנזכרת בהערה הקודמת; על הסתירה שבין התשובות, ראה: נחלת צבי, חו״מ סימן רצב, סעיף ז; פד״ר, כרך ו, עמ׳ 81); שו״ת פורת יוסף (רוזין), סימן סט; שו״ת אבני נזר, יו״ד, סימן קלג, אות ה.

וראה על כך בהרחבה: ר׳ גדעון בנימין, הפקדתי שומרים, ירושלים תשס״ט, סימן רצב, עמ׳ תרסד־תרסט.

[27] ראה: שו״ת חתם סופר, חו״מ, סימן קנז; נחלת צבי, שם; פד״ר, כרך ו, עמ׳ 81.

[28] שלטי הגיבורים, בבא מציעא מ ע״א (בדפי הרי״ף).

[29] אבל נראה שאם השקיע נאמן כספי נאמנות בדרך אסורה (כגון שהשקיע במניות מסוכנות) והרוויח הרבה, אין מקום לנימוקו של ר״י בועז, שהרי קשה לטעון שהוא חיסר את הנאמנות בכך שעבר על האיסור, שכן אם היה פועל כדין, לא היה מפיק את הרווח הגבוה; ואם כן, ההפרש אינו שייך לנאמנות.

פסיקת הרמ״א שמפקיד כסף שדרש אותו מהשומר, והשומר הפיק רווחים מן הכספים, הרווחים שייכים לבעל הכספים, ואם משום הנזק שגרם בכך ליוצר הנאמנות במניעת הרווח שתיכנן לעשות.

הפוסקים דיברו על מי שעשה רווח בכספו של אדם פרטי, ודנו בשאלה למי מהם שייך הרווח. במקביל, נאמן שעשה רווח בנכסי הנאמנות, שבעליהם הוא אישיות משפטית, הנאמנות, הרווח שייך לנאמנות, כיוון שהגענו למסקנה שהרווח אינו שלו אלא של בעל הכסף[30].

ג. רווח שאינו ממשי

לעניין נאמן שהפיק שלא כדין רווח שאינו ממשי מנכסי הנאמנות, כגון שגר בדירה השייכת לנאמנות, יש להבחין בין אם גרם נזק לנאמנות על ידי הפקת הרווח, לבין אם לא גרם נזק.

בנוגע לרווח מנכסי אחר שהפקתו כרוכה בגרימת הפסד לנכסים (כגון מחמת בלאי), ההלכה היא, שעל מפיק הרווח להשיב את כל הרווח לבעל הנכס שממנו הופק הרווח, אף אם הרווח גדול בהרבה מן ההפסד שגרם. כך נפסק, שמי שהתגורר בדירת הזולת, והשימוש בדירה גרם להשחרת כתלי הבית, חייב לשלם דמי שכירות מלאים עבור התקופה שהתגורר בבית[31]. קל וחומר, שאם הדירה עמדה להשכרה, חייב מי שהתגורר בה לשלם דמי שכירות לבעליה, שהרי גרם לו הפסד בכך שמנע ממנו את האפשרות להשכיר אותה לאחרים ולקבל מהם את דמי השכירות[32]. אם כן, נאמן שהפיק רווח שלא כדין תוך גרימת נזק לנכסי הנאמנות, חייב לשלם לנאמנות את כל שווי הנאתו.

לעומת זאת, מי שנהנה מרכוש הזולת והנאתו לא הייתה כרוכה בחסרונו של בעל הרכוש, אין הנהנה חייב לשלם לבעל הרכוש עבור ההנאה שהפיק מרכושו, בהתאם לכלל: ״זה נהנה וזה לא חסר — פטור״[33]. אם כן, אם הנאמן הפיק מנכסי הנאמנות רווח שאינו ממשי, בלי לגרום נזק לנכסים, הוא פטור מלשלם לנאמנות את שווי הרווח.

פרק רביעי

רווח שהופק ״עקב הנאמנות״

א. מבוא

הסעיף קובע שכל רווח שהפיק הנאמן ״עקב הנאמנות״ שייך לקופת הנאמנות; משמע אף אם קיבל רווח זה מאדם שלישי. יתר על כן, אף אם אדם שלישי העניק מתנה לקרובו של נאמן,

[30] הדברים אמורים גם לגבי רווח שאינו ממשי, להלן, ג.

[31] שולחן ערוך, חו״מ, סימן שסג, סעיף ז. וראה בהרחבה: חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, עמ׳ 70; בירור הלכה, בבא קמא כ ע״ב, ציון ה, פסקה ו.
יודגש, שאף נאמן שיש לו בעלות בנכסי הנאמנות (ראה סעיף 1, פרק שני, על סוגי הנאמנות השונים), אין בכך כדי להתיר לו לעשות שימוש בנכסי הנאמנות למטרותיו, שכן יש לו בעלות מוגבלת בנכסים, ושימוש למטרותיו האישיות חורג מגדרי הבעלות שיש לו בנכס, ולפיכך, אם עשה שימוש כזה, דינו כדין כל אדם העושה שימוש בלתי מורשה בנכסי הזולת.

[32] שולחן ערוך, חו״מ, סימן שסג, סעיף ו.

[33] בבא קמא כ ע״ב. נושא זה נדון בהרחבה בחוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, סעיף 2, פרק ראשון.

ועשה זאת "עקב הנאמנות", המתנה שייכת לקופת הנאמנות, כיוון שסעיף 13 אוסר על נאמן להפיק טובת הנאה לקרובו מן הנאמנות, ואם כן זהו "רווח שהפיק נאמן שלא כדין"[34]. מכאן לומד כרם[35]: "כאן בא לידי ביטוי אופייה של הוראת סעיף 15, שהיא הטלת סנקציה על הנאמן". כלומר, אי אפשר להצדיק הוראה זו מכוח הדין האזרחי, כגון דיני עשיית עושר ולא במשפט או דיני נזיקין, והיא מוצדקת רק מכוח הדין הפלילי, כעונש לנאמן על עברתו.

כפי שראינו בפרק שני, מכיר המשפט העברי בכוחו של הציבור להטיל סנקציות מסוג זה. אך לא מצאנו בספרות ההלכה סנקציה מפורשת, שעל נאמן להעביר כל רווח שהפיק עקב הנאמנות לקופת הנאמנות. עם זאת, מצאנו דוגמאות אחדות שבהן נדרשו פוסקי ההלכה לדון במעמדו של רווח שהופק באיסור, באין תקנה מן הסוג האמור, ובהן נדון להלן.

ב. רווח שהופק תוך הפרת החובה לנהוג באמונה

בנו של ר' חיים מצאנז שאל אותו[36] בעניין "הדירה שהשכיר האפטרופיס [=הנאמן] שנתמנה מפי ערכאות בפחות משוויה, ולקח לעצמו שלשים ר"כ [=רובל כסף] בעבור טרחתו ופחדו". מן השאלה לא ברורה הסיבה שבגללה השכיר הנאמן את הדירה בפחות משוויה, אולם מן התשובה עולה, שקיים חשד שהנאמן קיבל שוחד כדי שייאות להשכיר את הדירה תמורת דמי שכירות מופחתים. במושגיו של חוק הנאמנות, זהו חשד להפרת החובה הבסיסית ביותר המוטלת על כל נאמן — החובה לנהוג באמונה[37].

בתשובתו, מדגיש ר' חיים מצאנז, שאם יש אמת בחשד האמור, מה שעשה הוא "גניבה ממש". אשר לזכותם של בעלי הדירה לקבל את כספי השוחד, הוא קובע: "אם רצו המעות שלקח שוחד, יחזיר להם, כי שלהם הוא, כי הרי שהבית היה שווה יותר מכפי שהשכיר להם על ידי זה השוחד, ולכן בודאי צריך להחזיר למי שהבית שלו". כלומר, מאחר שדמי השכירות הריאליים גבוהים מדמי השכירות שהתקבלו עבור הבית, הרי שיש לראות את כספי השוחד כהשלמה של דמי השכירות הראויים עבור הדירה, ומשום כך, הם שייכים לבעלי הדירה.

מנימוק זה משתמע, שהפרת החובה לנהוג באמונה, כשלעצמה, אינה מצדיקה את העברת כספי השוחד לנאמנות, אלא אם כן הפרת החובה גרמה הפסד לנאמנות[38].

[34] ראה: כרם, סעיף 291, עמ' 612; ה"פ (י-ם) 5050/06 ביין צבי נ' אהרון קוואס (פורסם במאגר המשפטי "נבו"), סעיף 87 של פסק הדין.

[35] כרם, סעיף 290, עמ' 610.

[36] שו"ת דברי חיים, חלק ב, חו"מ, סימן מו.

[37] ראה סעיף 10, פרק שישי.

[38] ייתכן שאם קבלת השוחד לא גרמה נזק לנאמנות, הנאמן חייב להחזיר את השוחד למי שנתן לו, כפי שדיין שקיבל שוחד לחייב להחזירו למי שנתן לו (שולחן ערוך, חו"מ, סימן ט, סעיף א), ואם כן, נמצא שלא הפיק הנאה לעצמו. במקרה של דברי חיים, לא היה מקום להחזיר את השוחד למי שנתן אותו, שהרי יותר ראוי שבעל הדירה יקבל אותו, כיוון שהפסיד מהשכרת דירתו בדמי שכירות נמוכים.
מקרה אחר של מתנה שקיבל נאמן מצד שלישי הבאנו בסעיף 13, פרק רביעי: שליח לקנות סחורה מסוימת, שקנה אותה עבור המשלח, והמוכר נתן לו מתנה. כפי שראינו שם, השליח רשאי לקבל את המתנה. ברם, אין זאת דוגמה לענייננו, שהרי אנחנו עוסקים ברווח שהופק "שלא כדין", ובסעיף 13 שם אמרנו שקבלת המתנה מותרת.
מקרה אחר נזכר בתוספתא, יבמות, פרק ד, הלכה ג (הובא בקיצור בקידושין נט ע"א): "האומר לחבירו... 'צא וקח לי מקח פלוני', הלך ולקח לעצמו, מה שעשה עשוי אלא שנהג בו מנהג הרמיות

ג. רווח שהופק תוך הפרת החובה לנהוג בשקידה

כפי שהבהרנו לעיל[39], נאמן שמפיק רווחים לטובת עצמו בזמן שהוא אמור להקדיש לטובת הנאמנות, הוא מפר בכך את החובה לנהוג בשקידה, אף אם הרווח מופק מנכסיו של הנאמן עצמו. בעניין זה הזכרנו את התוספתא[40] האוסרת על אדם לבצע עסקאות בנכסיו לטובת עצמו בהיותו סוחר בחנות של זולתו, תוך הסכם שיתחלקו ברווחי החנות. במושגי ימינו, יש ללמוד מהלכה זו, למשל, שמנהל קרן נאמנות אינו רשאי להשקיע מכספו הפרטי במניות במהלך שעות העבודה שבהן הוא מועסק בניהול קרן הנאמנות ובמשרדי הקרן. וכאן עולה השאלה: מה דינו של הרווח שהפיק מנהל הקרן אם עבר על איסור זה? האם הוא שייך ללקוחותיו? אפשר לראות רווח זה כאילו הופק "עקב הנאמנות", כיוון שהוא נעשה על חשבון זמנה של הנאמנות.

התוספתא[41] קובעת, שאם הרוויח הסוחר מן העסקאות שעשה בנכסיו בעת שהיה בחנות, הרווח יתחלק בינו לבין בעל החנות. מניין נובעת זכותו של בעל החנות ברווח? הרי אין לומר שזכותו נובעת מן ההסכם שבינו לבין הסוחר, שהרי ברור שההסכם לא עסק בעסקאות שיעשה הסוחר בנכסיו שהן בניגוד להוראותיו של בעל החנות.

ר' יעקב מליסא[42] הסביר שהיות שלפי ההסכם שבין החנווני לבעל החנות, הרווחים מן העסקאות שיעשה החנווני אמורים להתחלק ביניהם, אם כן, כוח העבודה של הסוחר משועבד לבעל החנות, והרי הוא כפועל של בעל החנות, שידו כיד בעל החנות. לפיכך, רואים כאילו הסוחר עשה את העסקה בעבור בעל החנות כמו כל העסקאות שהוא עושה בסחורות של בעל החנות, ומשום כך יחולק הרווח ביניהם.

לעומתו, מסביר ר' רפאל ברדוגו[43]: "כיון שאינו ראוי להתעסק והתעסק, אנו אומרים כאלו הלוה מעותיו, וחציים הוא בתורת פיקדון של בעל החנות, ולהכי נוטל הרווח בעל החנות". כלומר, היות שהסוחר אינו רשאי להפיק רווחים לעצמו בזמן שעליו לפעול לטובת עסקי החנות, אנו קובעים שגם פעולות שביצע בכספו ייחשבו כפעולות שנעשו לטובת השותפות שבינו לבין בעל החנות. זוהי למעשה פיקציה משפטית, שנועדה להעניש את הסוחר על כך שהפר את חובתו לנהוג בשקידה, והעונש הוא שיפסיד מחצית מן הרווחים שהשיג באמצעות הפרת חובתו[44].

[=הרמאות]". השליח נהג "שלא כדין", שהרי הפר את חובת האמון כלפי השולח ומכונה רמאי. אבל אין זה בגדר "רווח עקב הנאמנות", שהרי גם לולא הנאמנות היה יכול לקנות לעצמו, שהרי מדובר שקנה בכסף שלו, כמבואר בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ב. וראה בהערה 9 את הסבר הרשב"א, מדוע במקרה דומה שבתוספתא שם, שליח לקדש אשה שקידש אותה לעצמו, לא קנסו אותו בגלל רמאותו; וההסבר טוב גם לענייננו.

[39] סעיף 10, פרק שביעי.

[40] תוספתא, בבא מציעא, פרק ד, הלכה ז (הלכה 13 במהד' ליברמן). וכך פסקו: רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ז, הלכה ז; שולחן ערוך, יו"ד, סימן קעז, סעיף כט.

[41] שם. וכך פסקו הרמב"ם והשולחן ערוך, שם.

[42] נתיבות המשפט, סימן קעו, ס"ק כ.

[43] שו"ת משפטים ישרים, חלק א, סימן מד. הוא מסתמך על רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן מ, שנימק: "כאילו הלוה מעותיו לבעל החנות".

[44] אפשרות אחרת להבין את דבריו היא, שיש להניח שהסוחר התכוון להלוות חצי מהכסף לבעל החנות, שאם לא כן, נמצא שפעל שלא כדין. לפי הבנה זו, אין כאן עונש, אלא מפרשים את כוונתו באופן שפעולתו תהיה באופן המותר.

נראה אפוא, שלדעת ר' יעקב מליסא, נאמן שעשה רווחים לעצמו על חשבון זמנה של הנאמנות, הרווחים שייכים לנאמנות, מפני שכוח העבודה שלו משועבד לנאמנות (אם אמנם זהו אופיו של הסכם הנאמנות). אותה תוצאה תהיה לפי ר' רפאל ברדוגו, אבל מטעם אחר: כסנקציה על הפרת חובתו. אף על פי ששניהם דיברו רק על חלוקת הרווחים, הרי זה משום שבנידונם, ההסכם היה שיתחלקו הרווחים ביניהם; ואפשר ללמוד מדבריהם שבנאמנות רגילה, שההסכם הוא שכל רווח שיעשה הנאמן בנכסי הנאמנות שייך לנאמנות, הרווח שהפיק תוך הפרת החובה לנהוג בשקידה שייך כולו לנאמנות.

פרק חמישי

סיכום

בסעיף זה שולל המחוקק מנאמן שהפיק רווחים עקב הנאמנות באיסור, את הזכות ליהנות מן האיסור שעשה. המגמה לשלול מחוטא את הזכות ליהנות מפירותיה של העבֵרה מנוסחת במשפט העברי בביטוי: "לא יהא חוטא נשכר". אולם עיקרון זה אינו מוחלט, ולא תמיד עשו חכמים שימוש בו. הסיבה לכך היא, שהמשפט העברי נוטה להפריד בין הדין האזרחי לדין הפלילי, ולהימנע בדרך כלל מהטלת סנקציה אזרחית.

אכן, "כדי למנוע מצבים שאין הדעת סובלתם", יש בסמכות בית הדין לשלול מן העבריין את פירותיה של עבירתו, אך בסמכות זו ייעשה שימוש "מתוך זהירות רבה", ובהתחשב בשיקולים שונים כגון שכיחותה של העבֵרה, כוונת העבריין ועוד.

זאת באשר לשלילת הרווחים מן הנאמן מן ההיבט הפלילי, אבל יש מקום לשלול אותם ממנו גם מן ההיבט האזרחי. בעניין זה יש להבחין בין רווח ממשי שהגיע לידי הנאמן, לבין רווח שאינו ממשי.

כאשר מדובר ברווח ממשי שהופק מנכסי הנאמנות, כגון רווח הנובע מהשקעת כספי נאמנות במניות, נחשב הרווח כפירות טבעיים של נכסי הנאמנות, ולפיכך דינם כדין נכסי הנאמנות. אף שמי שגזל נכס ועשה בו רווחים אינו חייב להעביר את הרווחים לנגזל, הרי רווחים שהפיק נאמן שלא כדין אינם בכלל זה, מסיבות שונות.

אם הרווח שהופק מנכסי הנאמנות אינו ממשי, כגון הנאה של מגורים בדירה השייכת לנאמנות, אנו מבחינים בין רווח שהפקתו הייתה כרוכה בגרימת הפסד לנכסי הנאמנות, לבין רווח שהפקתו אינה כרוכה בכך. רווח שהפקתו כרוכה בגרימת הפסד לנכסי הנאמנות, חייב הנאמן לשלם אותו (דהיינו את שווי הנאתו) לנאמנות, אף אם ההפסד קטן בהרבה מן הרווח. לעומת זאת, רווח שאינו ממשי, שהפקתו אינה כרוכה בגרימת הפסד לנכסי הנאמנות, אין הנאמן חייב לשלם בעבורו לנאמנות.

מצאנו שני סוגים של רווח שמפיק נאמן "עקב הנאמנות" אך לא מנכסיה. סוג אחד הוא רווח שהופק אגב הפרת החובה לנהוג באמונה, כגון שוחד שקיבל הנאמן מצד שלישי כדי שיעשה עמו עסקה בשם הנאמנות תוך הטבת תנאיו של הצד השלישי. בעניין זה נפסק, שאם התקשרות זו גרמה הפסד לנאמנות (כגון אם הנאמן הטיב עם אותו צד שלישי על חשבון

הנאמנות), הרווח שייך לנאמנות, כחלק מהתשלום המגיע לה מאותו צד שלישי; אבל אם לא גרמה ההתקשרות הפסד לנאמנות, הרווח אינו עובר לנאמנות.

סוג שני הוא רווח שהופק אגב הפרת החובה לנהוג בשקידה, כגון שהנאמן עשה לביתו שעה שהיה עליו לדאוג לענייניה של הנאמנות. בעניין זה נפסק שהרווח שייך לנאמנות, משום שכוח העבודה של הנאמן משועבד לנאמנות בשעה זו, או כקנס על כך שהפר את חובתו.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

דין רווח אסור

15. (א) רווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות, אלא אם כן הרווח הוא —

(1) טובת הנאה בלתי מוחשית שהפיק הנאמן בלי לגרום הפסד לנאמנות;

(2) דבר שקיבל מצד שלישי עקב תפקידו בלי שנגרם בכך הפסד לנאמנות.

(ב) גם במצבים החריגים שנמנו בסעיף קטן (א), בית המשפט רשאי לקבוע שהרווח יישלל מן הנאמן, אם ראה שהנסיבות עושות את זכייתו ברווח לבלתי צודקת.

סעיף 16

נכסי נאמנות שנתבטלה

נכסי נאמנות שנתבטלה

16. נתבטלה נאמנות, רשאי בית המשפט לקבוע מה ייעשה בנכסיה, והוא יורה על העברתם למטרות חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, סעד, בריאות או ספורט, הכל לפי תנאי הנאמנות ולפי אומד דעתו של יוצרה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 383

פרק שני: העילות לביטול נאמנות — "נתבטלה נאמנות" 383

א. מבוא 383

ב. ביטול נאמנות על פי תנאיה 384

ג. ביטול נאמנות על פי אומד דעתו של יוצרה 385

פרק שלישי: הסמכות לקבוע מה ייעשה בנכסי נאמנות — "רשאי בית המשפט לקבוע..." 385

פרק רביעי: "מה ייעשה בנכסיה" 386

א. מבוא 386

ב. נכסי נאמנות שהוגשמו מטרותיה 387

(1) נאמנות לטובת נהנה מסוים 387

(2) נאמנות לטובת מטרה 391

ג. נכסי נאמנות שמטרותיה סוכלו 392

(1) סיכול מלא בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות 392

(2) סיכול מלא בנאמנות למטרות פרטיות 395

(3) סיכול חלקי 397

פרק חמישי: סיכום 398

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 399

נספח: נאמנות שמטרותיה סוכלו לאחר שזכה הנהנה בנכסיה 399

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה עוסק בנכסי נאמנות שנתבטלה. הדרך הפשוטה ביותר לסיומה של נאמנות היא על ידי הוראה מפורשת בחוזה הנאמנות שהיא תסתיים בתאריך מסוים או עם התרחשות אירוע מסוים. ייתכן שלעניין זה יש תוקף גם להוראה מכללא, כלומר, אם אומד דעתו של יוצר הנאמנות מלמד שהתכוון שהיא תתבטל בתאריך מסוים או עם התרחשות מסוימת. בפרק השני נברר, האם אמנם באין הוראה מפורשת, ניתן לקבוע שהנאמנות התבטלה על פי אומד דעתו של יוצרה?

לפי החוק, אם נתבטלה הנאמנות, רשאי בית המשפט לקבוע מה ייעשה בנכסיה. בפרק השלישי נבחן, האם גם לפי המשפט העברי, מוסמך בית המשפט להורות מה ייעשה בנכסיה של הנאמנות, או שמא סמכות זו מסורה בידיו של יוצר הנאמנות או של הנאמן?

החוק קובע שבית המשפט יורה על העברת נכסי הנאמנות "למטרות חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, סעד, בריאות או ספורט". הוראה זו, שמקורה בפקודת ההקדשות למטרות צדקה, מתאימה אמנם לפקודה זו, שהרי מי שיוצר נאמנות למטרות צדקה, מבקש להקדיש את רכושו לסיוע לנזקקים או למטרות ציבוריות, ויש להניח שהוא מעוניין שבהתבטל הנאמנות, יוסיף רכושו לשמש למטרות דומות. אולם מהי ההצדקה להחיל הוראה זו גם על נאמנות פרטית, כפי שעושה החוק? מי שיוצר נאמנות כדי לממן השכלה גבוהה לילדיו, למשל, ונותרו בקרן הנאמנות כספים, לאחר שמטרת הנאמנות הוגשמה, האם נכון להניח שהוא מעוניין בהעברת הכספים למטרות ציבוריות? שמא נכון יותר להניח שהוא היה מעוניין שבנסיבות אלו יושב כספו אליו או שהכספים יועברו לילדיו?

עמדת המשפט העברי בהקשר זה מורכבת יותר מזו של החוק הישראלי. ככלל, קובע המשפט העברי שלושה מסלולים אפשריים לשימוש בנכסי נאמנות שהתבטלה: יש שהנכסים ישמשו לטובת מטרות זהות או דומות לאלו שלשמן נוצרה הנאמנות, יש שהם יועברו לנהנים או ליורשיהם, ויש שהם יועברו ליוצר הנאמנות או ליורשיו. על הנסיבות המתאימות לכל אחת מן החלופות, נרחיב בפרק הרביעי ובנספח.

פרק שני

העילות לביטול נאמנות — "נתבטלה נאמנות"

א. מבוא

סעיף זה עוסק בנכסיה של נאמנות שנתבטלה. לעניין זה יש להבחין בין שלושת סוגי הנאמנויות המוכרות בחוק: נאמנות על פי חוק, נאמנות על פי חוזה ונאמנות על פי כתב

הקדש. נאמנות על פי חוק מתבטלת כשמתרחש אירוע שנקבע בחוק כתנאי לביטולה[1]. נאמנות על פי חוזה מתבטלת בהתרחש אירוע שנקבע בחוזה כעילה לסיומה של הנאמנות[2], או אחרי שהושגו מטרותיה של הנאמנות[3], או אחרי שהתברר שכבר לא ניתן להגשים את מטרותיה[4]. נאמנות על פי כתב הקדש מתבטלת בהתאם לתנאי כתב ההקדש[5], או על פי החלטת בית המשפט לפי סעיף 23(ב), אם נוכח בית המשפט שמטרותיה של הנאמנות הושגו או שהן אינן ניתנות להגשמה.

ב. ביטול נאמנות על פי תנאיה

חובותיו וזכויותיו של נאמן בנאמנות פרטית, מקורם בחוזה הנאמנות, ולפיכך אך טבעי הוא שאף זמן קיומה של הנאמנות ייקבע על פי תנאי חוזה הנאמנות.

במסכת נדרים[6] מובאת מחלוקת בשאלה האם ייתכן שהקדש (של בית המקדש) יפקע "בכדי", היינו מאליו, כלומר, האם יכול יוצר הקדש להגביל את קיומו של ההקדש בזמן, ולקבוע שבהגיע מועד מסוים, יפקע ההקדש מאליו, בלי צורך במעשה מיוחד שיבטל את ההקדש. בר פדא סבור שאף אם הגביל יוצר ההקדש את קיומו של ההקדש בזמן, לא יפקע ההקדש באותו זמן, אלא אם עשה אז מעשה שמבטל את ההקדש, כגון פדיונו. מנגד, עולא סבור שההקדש יכול לפקוע גם "בכדי", כשמגיע המועד שקבע לכך יוצר ההקדש[7]. ונחלקו הראשונים כמי ההלכה[8].

אולם הדברים אמורים רק בהקדש של בית המקדש, אבל ההקדשות של ימינו שהם רק בגדר צדקה, וקל וחומר נאמנות שאינה למטרות צדקה, יכולים לפקוע עם הגיע מועד מסוים, או עם התרחשות אירוע מסוים, שקבע יוצר הנאמנות. בהתאם לכך, ניתן למצוא בספרות

[1] כרם, סעיף 296, עמ' 621.

[2] שם, סעיף 297, עמ' 622.

[3] שם.

[4] שם. אפשרות נוספת לביטול נאמנות היא אם התברר שהיא נוצרה בטעות. דוגמה לכך היא כסף שנאסף עבור נזקק, ולבסוף התברר שהוא עשיר. על כך אומר ירושלמי, שקלים, פרק ב, הלכה ה (כפי שהסביר קרבן העדה, שם), שהכסף יושב לתורמים, ואם אי אפשר, הוא ישמש לנזקקים אחרים. שו"ת חתם סופר, חלק ו, סימן מו, מנמק זאת, שהתורמים לא נתנו על דעת כן. הירושלמי מובא בביאור הגר"א, יו"ד, סימן רנג, ס"ק יד.
יש גם אפשרות של טעות חלקית. בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 224, מובא פסק דין העוסק בנאמנות שאחת ממטרותיה הייתה מוטעית: אדם נידב נכס לכמה מוסדות, וביניהם "בית התבשיל", מוסד שכבר לא היה קיים באותו זמן. על כן פסק בית הדין שהסכום שיועד ל"בית התבשיל" יחולק בין שאר המוסדות שהזכיר הנדבן.

[5] כרם, סעיף 298, עמ' 624.

[6] נדרים כח ע"ב־ל ע"א. השווה לסוגיות הירושלמי, נדרים פרק ג, הלכה ה, וקידושין, פרק ג, הלכה א.

[7] מן הסוגיה עולה שקיימת הבחנה בין הקדש שנכסיו הוקדשו ב"קדושת הגוף" לבין הקדש שנכסיו הוקדשו ב"קדושת דמים": נכסים שגופם הוקדש (כגון בהמה לקרבן), קדושתם אינה פוקעת "בכדי" לכל הדעות, ואילו לגבי הקדש שנכסיו הוקדשו ב"קדושת דמים" בלבד קיימת מחלוקת בין בר פדא לעולא. לענייננו, אין צורך להיכנס להבחנה זו, היות שההקדשות שבימינו אינם בגדר "קדושת הגוף".

[8] רמב"ם, הלכות מעילה, פרק ד, הלכה יא, פוסק כעולא, ואילו ראב"ד, הלכות מעשה הקרבנות, פרק טו, הלכה ז, ונימוקי יוסף, נדרים י ע"ב (בדפי הרי"ף), פוסקים כבר פדא. ראה בירור הלכה, נדרים כח ע"א, ציון כ.

השו"ת דוגמאות להקדשות המתבטלים מאליהם בהתאם לתנאי שבשטר ההקדש הקוצב מראש את זמן קיומו של ההקדש[9].

ג. ביטול נאמנות על פי אומד דעתו של יוצרה

יש שגם אם אין בחוזה הנאמנות תנאי מפורש הקובע שהנאמנות תתבטל עם התרחשותו של אירוע מסוים, תתבטל הנאמנות עם ההתרחשות, אם מאומד דעתו של יוצר הנאמנות נראה שהתכוון לקבוע שהנאמנות תתבטל עם התרחשות זו. כך עולה ממשנה ומברייתא במסכת כתובות[10], העוסקות באדם שמסר כסף לנאמן כדי שיקנה בו שדה לבתו לכשתינשא. הברייתא קובעת שלאחר נישואיה, זכאית הבת לדרוש מהנאמן להעביר את הכסף לבעלה אף שהשדה לא נרכשה עדיין. טעם הדבר הוא, שיש להניח שהאב לא התכוון להותיר את הכסף בידיו של הנאמן לאחר נשואי בתו, משום שלאחר הנישואין זכאי הבעל ליהנות מפירות נכסי אשתו[11], וזאת לא יוכל לעשות כל עוד יישאר הכסף תחת שליטתו של הנאמן[12].

אנו למדים מסוגיה זו, שאם לפי אומד דעתו של יוצר הנאמנות, נראה שהוא התכוון שהנאמנות תפקע לאחר זמן מסוים או בהתמלא תנאי מסוים, היא אכן בטלה אז.

פרק שלישי

הסמכות לקבוע מה ייעשה בנכסי נאמנות — "רשאי בית המשפט לקבוע..."

הסמכות לקבוע מה ייעשה בנכסיה של נאמנות שנתבטלה מסורה בידי בית המשפט. אכן, שיקול דעתו של בית המשפט כפופה לתנאי הנאמנות ולאומד דעתו של יוצרה.

סעיף זה איננו בין הסעיפים המנויים בסעיף 11, ככפופים לתנאי הנאמנות. כלומר, גם אם נאמר בתנאי הנאמנות במפורש שאם תתבטל הנאמנות, יחליט אדם פלוני, לדוגמה (ולא בית המשפט) מה ייעשה בנכסיה, בכל זאת בית המשפט הוא שיקבע זאת ולא אותו פלוני. מכך יש להסיק, שהנאמן, בכל מקרה, אינו מוסמך להחליט מה ייעשה בנכסי הנאמנות, אף אם ניתן ללמוד מתנאי חוזה הנאמנות או מאומד דעתו של היוצר, שהוא ביקש למסור ביד הנאמן את הסמכות לעשות כן.

האם זו היא גם עמדת המשפט העברי? ר' יוסף קולון[13], מהרי"ק, דן בעניינו של גבאי בית כנסת שאסף מן הציבור כסף לצדקה בבית כנסת שהקים בביתו. לימים עקר הגבאי את דירתו, ולקח עמו את הכסף שאסף, ולא השתמש בו. בית כנסת במקומו הראשון נסגר, והקהילה

[9] ראה למשל: שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תרכט; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן לח; פסקי דין — ירושלים, דיני ממונות, חלק א, עמ' מט.

[10] כתובות סט ע"ב.

[11] ראה רש"י, כתובות שם, ד"ה מן הנישואין הרשות בידה.

[12] כך הסביר רש"י, שם, ד"ה ובהא איכא. ר"י מיגאש, המובא בשיטה מקובצת, שם, הסביר שברור שלא התכוון האב שהכסף יהיה ביד השליש לעולם (עד שיקנה בו שדה), ויש להניח שרצה שאם הבת תינשא, יינתן לה הכסף.

[13] שו"ת מהרי"ק, שורש קכג (הובא ברמ"א, יו"ד, סימן רנו, סעיף ד).

התפזרה, ועל כן הוא שאל את מהרי"ק: "אם כח ורשות בידו להשימה לקופה צדקה שהיא במקום דירתו, או אם יכול להחליפם לעניין אחר, רוצה לומר לתלמוד תורה או להשיא בתולות עניות או לתיקון בתי כנסיות ובית החיים וכדומה לזה, ואם יעשה זה לפי דעתו ורצונו או אם ימסרם ביד אחרים?".

בתשובתו קובע מהרי"ק שאם התורמים מסרו לגבאי את הכסף על מנת שינהג בו לפי ראות עיניו בלא שיצטרך לתת להם דין וחשבון על פעולותיו[14], הרי שגם עתה הוא רשאי לקבוע בעצמו מה ייעשה בכסף[15]. לעומת זאת, אם התורמים מסרו לו את הכסף רק לשמירה, אך לא נתנו לו את הסמכות לקבוע מה ייעשה בכסף בלי להיוועץ בהם, הרי שגם עתה, שהתפרקה הקהילה, עליו להיוועץ בתורמים.

אבל, מוסיף מהרי"ק, אם התורמים לא יצליחו להגיע להסכמה בעניין ייעוד הכסף, ועקב כך עלול להיווצר מצב שלא יוכלו להשתמש בכסף לשום מטרה, רשאי הגבאי לקבוע בעצמו מה ייעשה בכסף, בלא להיוועץ בתורמים. כמו כן, אם מאיזו סיבה שהיא, הוא אינו יכול להיוועץ בהם, הוא יכול לחלק את הכסף לפי ראות עיניו[16].

למעשה, זו דוגמה לביטול נאמנות, שהרי המטרה של הנאמנות היתה שימוש בכספי הצדקה לצורך הקהילה, ומטרה זו כבר אינה יכולה להתקיים כיוון שבית הכנסת נסגר. אם כן, נוכל ללמוד מדברי מהרי"ק, שאם נמסרה לנאמן סמכות לקבוע מי יהיו הנהנים ומה לעשות בנכסי הנאמנות, יש להניח שנמסרה לו גם הסמכות לקבוע מה ייעשה בנכסי הנאמנות אם היא תתבטל. לעומת זאת, אם לא נמסרה לו סמכות זו, אין הנאמן רשאי לקבוע על דעת עצמו מה ייעשה בנכסי הנאמנות, אלא יוצר הנאמנות מוסמך להחליט מה ייעשה בהם; וגם אז, אם מסיבה כלשהי פנייה ליוצר הנאמנות אינה מעשית, הסמכות היא ביד הנאמן.

פרק רביעי

"מה ייעשה בנכסיה"

א. מבוא

לשאלה, מה ייעשה בנכסיה של נאמנות שהתבטלה, נותן החוק תשובה מורכבת: הנכסים יועברו "למטרות חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, סעד, בריאות או ספורט, הכל לפי תנאי הנאמנות ולפי אומד דעתו של יוצרה". תשובה מורכבת זו מעוררת את השאלה: מה יהיה

[14] הקניית סמכות רחבה מעין זו לנאמן של הקדש ציבורי הייתה מקובלת. ראה למשל, שו"ת הריטב"א, סימן לד.

[15] הוא מרחיב בשאלה, האם רשאי הגבאי להשתמש בכסף לכל מטרה שיחפוץ, אפילו ערכה אינו כערך המטרה המקורית שלשמה נתרמו הכספים, או שמא עליו להשתמש בכספים לטובת מטרות נעלות מאלו שלשמן הם נתרמו. עוד על כך, ראה בדבריו שם, שורש קכח, ולעומת זאת בשולחן ערוך, או"ח, סימן קנג, סעיף ד; ביאור הלכה שם, ד"ה ויש מתירין.

[16] בנידונו, כל בני הקהילה עזבו את המקום הראשון, ועל כן הוא כותב שהעובדה שלא הורו לו מה לעשות בכסף מראה שמחלו על סמכותם, והשאירו בידו את הסמכות להחליט מה לעשות בכסף. ראה על כך חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה מכללא.

הדין אם אומד דעתו של היוצר מורה שדעתו אינה נוחה מהעברת הנכסים לאחת מן המטרות שהוזכרו בחוק? האם אז בית המשפט יעביר את נכסי הנאמנות למטרות שמהן נוחה דעתו של יוצר הנאמנות, אף שהן אינן נזכרות ברשימת המטרות שבסעיף?

נראה שרשימת המטרות הנזכרת ברישא של הסעיף לא נועדה להגביל את בית המשפט בבואו להורות על ייעודם של נכסי נאמנות שנתבטלה, אלא להציע מטרות שלטובתן ניתן להעביר את הנכסים במצב שאין מטרה ברורה העולה מתנאי הנאמנות ומאומד דעתו של יוצרה. גם בנוסח שבתזכיר הצעת חוק דיני ממונות[17], אין רשימה סגורה של מטרות אפשריות: "נתבטלה נאמנות ולא נקבע בתנאי הנאמנות מה ייעשה בנכסיה, רשאי בית המשפט לקבוע מה ייעשה בהם ולהורות על העברתם למטרות שיקבע, והכל בהתאם לתנאי הנאמנות ולפי אומד דעתו של יוצרה".

לדעת כרם[18], סעיף זה אינו חל על נאמנות שנקבעו לה נהנים, מפני שבמקרה זה יועברו נכסי הנאמנות על פי תנאי הנאמנות לנהנים. אם כן, קביעה של בית המשפט בשאלה מה ייעשה בנכסיה של נאמנות שנתבטלה, תידרש רק בנאמנות שלא נקבעו לה נהנים.

החוק אינו מדבר על אפשרות להשיב את נכסי הנאמנות ליוצרה, ומשתמע מכך שגם אם הורה יוצר הנאמנות בתנאי הנאמנות שאם היא תתבטל, יושבו אליו הנכסים, אין לכך תוקף (שהרי כאמור, אי אפשר להתנות על הוראת סעיף זה, כפי שעולה מסעיף 11)[19]. נראית יותר העמדה של תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, שם, שאם "לא מצא בית המשפט מטרות כאמור, יושבו הנכסים נושא הנאמנות ליוצר הנאמנות". התנאי ש"לא מצא בית המשפט מטרות כאמור" כולל במשמעותו מצב שמפורש בתנאי הנאמנות שאם תתבטל, יושבו הנכסים ליוצרה, שהרי במצב זה אין שום מטרה אחרת ש"מתאימה" לתנאי הנאמנות.

ב. נכסי נאמנות שהוגשמו מטרותיה

בעניין יעוד נכסי נאמנות שמטרותיה הוגשמו, מבחין המשפט העברי בין שני סוגים של נאמנויות: נאמנות לטובת נהנה מסוים, ונאמנות לטובת מטרה.

(1) נאמנות לטובת נהנה מסוים

המשנה מביאה מחלוקת בין התנאים בעניין ייעודם של כספים שנגבו לטובת נהנה מסוים, לאחר שהוגשמה המטרה שלשמה נגבו הכספים[20]: "מותר עני לאותו עני... מותר שבוי לאותו שבוי... מותר המת ליורשיו. ר' מאיר אומר: מותר המת יהא מונח עד שיבא אליהו. ר' נתן אומר: מותר המת — בונין לו נפש על קברו". ממשנה זו עולה שמוסכם על הכול שהכספים שנותרו לאחר נתינת הסכום הדרוש לאותו שבוי או עני, יועברו לנזקק שעבורו נגבו הכספים, אם הוא עדיין חי[21].

[17] תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 588(א).

[18] כרם, סעיף 299, עמ' 625.

[19] ייתכן שעמדה זו נובעת מחשש להעלמת מס או להלבנת הון באמצעות יצירת נאמנות פיקטיווית שתתבטל כעבור זמן קצוב.

[20] משנה, שקלים, פרק ב, משנה ה.

[21] אכן, אם מלכתחילה לא נאסף הכסף עבור נהנה מסוים, אך הנאמן ייעד אותו עבור נהנה מסוים, לא נראה זאת כהקדש שנועד לטובתו של אותו נזקק דווקא. ראה: ראשון לציון, יו"ד, סימן רנג, סעיף ו; שו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן קנט.

מהרי"ק מנמק זאת כך[22]: "אומדנא דדעתא [=אומד הדעת] הוא שהמתנדבים לצורך עניים ידועים [=מסוימים] שדעתם כן הוא, שיזכו במותר, דלהם [=לאותם עניים] משפט הבכורה לזכות באותו מותר יותר מעניים אחרים, כיון שבעבורם הייתה הנדבה הזאת"[23]. כלומר, יש להניח שהתורמים התכוונו לתת לעני זה את כל מה שנתנו, ולא לעני אחר, כיוון שהמגבית היתה בעבורו.

אבל נראה שנימוק זה תקף רק במצב שאותו עני נותר בעניותו אף אחרי שהוגשמה המטרה המיידית שלשמה נגבו הכספים, ונמצא שבמידת מה, השימוש ביתרת הכספים לטובתו של עני זה מגשים את כוונת התורמים. לעומת זאת, עני שהשתקם לחלוטין, הדעת נותנת שאינו זכאי ליהנות מיתרת הכספים שנגבו עבורו[24].

היות שלפי מהרי"ק, אומד דעת היוצר הוא העומד ביסודה של הלכה זו, אפשר להסיק מכך עיקרון כללי, שאם גם לאחר שהוגשמו מטרותיה של הנאמנות, העברת נכסי הנאמנות לנהנה עולה בקנה אחד עם מטרותיה של הנאמנות, הרי שיש להעביר אליו את הנכסים.

אולם, קביעת המשנה "מותר המת ליורשיו" אינה מתיישבת לפי הסבר זה. יורשי המת אינם בהכרח נזקקים, ואם כן, מהי ההצדקה להעברת הכספים אליהם[25]?

[22] שו"ת מהרי"ק, שורש ה, ד"ה ואל תשיבני. הוא מתייחס לדין "מותר עניים — לעניים".

[23] סברה דומה אומר תרומת הדשן, שנביא להלן, ליד ציון הערה 54. אבל אפשר שיש להבחין בין הנושאים. הלכת "מותר עני" עוסקת בנאמנות שמטרותיה הוגשמו, ובנסיבות אלה יש יותר להניח שיוצר הנאמנות אינו מקפיד על כך שיתרת הכספים תועבר לנהנים. לעומת זאת, תרומת הדשן עוסק במצב שמטרות הנאמנות לא הוגשמו, ואם כן, ייתכן שיוצר הנאמנות יקפיד שכספי הנאמנות יועברו לידיו, ולא יועברו לנהנים או ליורשיהם אם אין להם צורך בהם.
מצד שני, הלכת "מותר עני" עוסקת בנאמנות לטובת נהנה שאין לו קשר אישי מיוחד ליוצר הנאמנות. אפשר שדווקא בנסיבות אלה, אין להניח שיוצר הנאמנות התכוון לתת מנכסיו לנהנים ביד רחבה לאחר שהנאמנות התבטלה, אלא אם הוגשמו מטרות הנאמנות. לעומת זאת, בנידונו של תרומת הדשן, היה קשר אישי מיוחד בין יוצר הנאמנות לנהנה, ולכן יש להניח שיוצר הנאמנות מוכן לתת לנהנה ביד רחבה, אף אם לא הוגשמו מטרותיה.
דברים דומים לאלו של מהרי"ק נוכל למצוא גם בדברי חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן כב (ד"ה מ"ח א' ת"ק סבר, עמ' 534), על דברי המשנה שם: "מותר המת ליורשיו". החזון איש קובע כלל, שכל כסף שהוקדש למטרה שיש מצווה בקיומה, "נתפס" למצוותו, ולפיכך השבת יתרת הכסף לתורמים אינה עומדת עוד על הפרק, ואומד דעת התורמים הוא "שרצונו שיעשו בצדקתן את המובחר". בכך הוא מסביר את מחלוקת החכמים מה לעשות עם "מותר המת": לפי הדעה הראשונה במשנה, העברת הכספים ליורשים היא המצווה המובחרת, בעוד שלפי ר' נתן, דווקא הקמת מצבה על קברו של הנפטר היא המצווה המובחרת. נראה שגם נימוק זה (כמו נימוקו של מהרי"ק) תקף רק במצב שיורשיו של הנזקק הם נזקקים בעצמם, שהרי אם לא כן, קשה להגדיר את העברת הכסף אליהם כ"מצווה מן המובחר".

[24] לפני כן, נקט מהרי"ק שהעניים זכו בכסף מטעם "זכין לאדם שלא בפניו", כיוון שגבאי הצדקה זכה בו עבור העניים הללו (ראה להלן, ליד ציון הערה 30). אבל אם זהו נימוקו, מדוע הוא נזקק לנימוק של אומדן דעתם של התורמים? כנראה הוא סבר שדין "זכין" אינו יכול לשמש נימוק, מפני שהוא שייך רק בסכום שנזקקו לו העניים, אבל הגבאי לא זכה בעבורם בסכום שמעבר לזה; ולכן נזקק לנימוק של אומדן דעת התורמים.

[25] אמנם, בחידושי ר"י מלוניל, סנהדרין מח ע"א, קובע שמותר המת ליורשיו רק אם הם עניים, וקביעה זו מתיישבת עם הסבר מהרי"ק. אולם מדברי ראשונים אחרים נראה שאין הם מסייגים את הלכת המשנה ליורשים עניים בלבד. כך למשל, בחידושי הרשב"א, בבא בתרא ח ע"א (ד"ה ולשנותן), קובע מפורשות: "מותר המת ליורשיו ואפילו הן עשירים". וכעין זה כתב בשיטה מקובצת, בבא בתרא ח ע"ב, ד"ה והר"ר יונה.

הסבר אחר, שאף הוא מתבסס על אומד דעת המקדיש, מציע ר' יחיאל מיכל אפשטיין[26]. הסברו נועד גם להסביר את הסייג[27] שהפרנסים רשאים להעביר את המותר למטרה אחרת, אם ראו צורך בכך: "כיוון דנאסף [הכסף] מאנשים רבים, לאו אדעתייהו [=אין בכוונתם] לדקדק כל כך[28], ונותנים על דעת הגבאים, והגבאים עצמם — דעתם שגם המותר יהיה שייך למי שנגבה בעדו, ולכן אם הם בעצמם רואים ליתן המותר בדבר אחר, מותר, מפני שעל דעתם נותנים"[29]. ייתכן שהטעם שלדעתו ברירת המחדל היא שהגבאים רוצים שהמותר יעבור לאותו נזקק שלמענו גבו, הוא שדרך זו מפשטת את ההליכים ומונעת את הצורך לדון מה לעשות עם הכסף, דבר שעלול לעורר מחלוקת. נראה שלפי הסבר זה, גם אם אותו נזקק כבר השתקם, ברירת המחדל היא לתת לו את העודף, מהטעם האמור.

אולם הסבר זה מצמצם את הלכת המשנה רק לכספים שנותרו בקופה ציבורית, שהנאמנים המופקדים על ניהולה הם נאמנים ציבוריים. יש להניח שמי שתרמו לקופה זו מוכנים שהנאמנים יעשו כרצונם בכסף, גם אם יעבירו את יתרת הכספים לנהנים או ליורשיהם, אף אם אין בכך כדי להגשים את המטרה שלשמה הם תרמו. לעומת זאת, בנאמנות שיצר אדם פרטי לשם נהנה מסוים, יתכן שיש להשיב ליוצר את נכסי הנאמנות לאחר שהוגשמו מטרותיה.

הסבר נוסף מציע ר' אברהם דאנציג[30]: כשהגבאי לוקח את הכסף מן התורמים, הוא עושה זאת כשלוחו של אותו נזקק, ובאותו רגע הסכום כולו נקנה לאותו נזקק, שהרי "זכין לאדם שלא בפניו". ולכן גם אם אחר כך התברר שהנזקק היה יכול להשתקם בסכום נמוך יותר, אין בכך סיבה להפקיע ממנו את ההפרש[31].

[26] ערוך השולחן, יו"ד, סימן רנג, סעיף יג. בדומה נימק תקלין חדתין, על ירושלמי, שקלים, פרק ב, הלכה ה (ד"ה דלא כוונן), שיש להניח שהתורמים תרמו על דעת שהעודף ילך ליורשי הנזקק, מפני ש"אי אפשר לצמצם", כלומר אי אפשר לדעת בדיוק כמה יצטרך הנזקק.

[27] ירושלמי, שקלים, פרק ב, הלכה ה; שו"ת הרא"ש, כלל לב, סימן ו; שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנג, סעיף ו.

[28] ייתכן שכוונתו לומר שהיות שיש תורמים רבים, הם אינם מצפים שכספם יוחזר אליהם, מפני שקשה לצפות מן הגבאים שיעקבו אחרי הסכום שכל אחד נתן.

[29] אולם אחיעזר, חלק ב, יו"ד, סימן כג, אות ד, כותב בדעת הרמב"ם, שהפרנסים רשאים לשנות רק אם גבו לעניים או לשבויים רבים, ולא אם גבוי לעני מסוים או לשבוי מסוים, משום שרק בהקדש שנועד לטובת נהנים רבים, נכון להניח שהמקדיש מסר ביד הגבאי שיקול דעת רחב, הן בנוגע לחלוקת הכספים בין הנהנים, הן בנוגע לשאלת ייעודם של יתרת הכספים; אבל אם ההקדש נועד מתחילתו לטובת נהנה יחיד ומסוים, "דהמותר שייך לו אף שנתעשר... לא שייך לומר בזה דהנותן נותן על דעת הגבאי, משום דאין להגבאי מה לעשות בזה רק למסור להעני, והוי שלוחו וזכה בשבילו, וממילא הוי גזל למסור לאחר".

[30] חכמת אדם, כלל קמח, סימן טו, ובינת אדם, שער משפטי צדק, סימן יב (בקיצור). נימוק זה נזכר (בקיצור) גם ברשב"א, שנביא ליד ציון הערה 50, במהרי"ק שם (ראה הערה 24), באחיעזר שם, ובשו"ת מהרי"ט, חלק ב, אהע"ז, סימן מז.

[31] אבל הסבר זה אינו מספק הסבר מניח את הדעת להלכה ש"מותר המת ליורשיו", שכן הכסף נאסף לאחר מותו, לשם קבורתו, ואין זכייה למת. בסנהדרין מח ע"א, מסביר רבא את זכות יורשי המת בכספים שנגבו לשם קבורתו: "כי בזו ליה [=ביזו את המת] אחולי אחיל זילותיה [=מחל על בזיונו] גבי יורשין". לפי רש"י, סנהדרין מח ע"א, ד"ה לאו מילתא היא, הכוונה היא לביזיון שגרמה לו גביית הכסף עבורו. הסבר אחר למהות הביזיון הוא, שהביזיון נגרם מחמת היורשים, שחסכו מן הכספים שנתרמו לשם קבורת המת, ולא כיבדוהו כראוי. ראה: רבנו חננאל, סנהדרין מח ע"א; ר"י מלוניל, סנהדרין שם; יד רמה, סנהדרין שם, ד"ה ומקשינן; ריבב"ן, על המשנה, שקלים, פרק ב, משנה ה. לפי פד"ר, כרך ו, עמ' 310, רש"י מפרש שכוונת רבא היא, שלמרות הבזיון, יש להניח שהמת היה רוצה שיורשיו יקבלו את המותר (זאת בניגוד לדעת ר' נתן, שצריך לעשות עוד כבוד למת עם המותר, מפני שיש להניח שלא היה מוחל על בזיונו). אבל

ממקורות אחדים עולה שהיורשים זוכים בגלל הבזיון: רמב"ן, תורת האדם, עמ' צז; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, אהע"ז, סימן מז; ומחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן לא. שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רלז (ד"ה מיהו), נוקט שהמת קנה את המותר בבזיונו. וראה על כך בהערה 51.

נחלקו הפוסקים בדבר טיבה של זכות הנפטר בכספים שנגבו עבורו. מחידושי הרשב"א, בבא בתרא ח ע"א, משמע שלמת יש זכות קניינית של ממש בכספים שנגבו עבורו, וכך משמע גם מדבריו בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן שעה. ואמנם מחנה אפרים, שם, מפרש שטעמו של הרשב"א הוא "מדין מצוה", אך מלשונו בחידושיו, משמע שזו זכייה ממש, כפי שהעיר ר' אלחנן וסרמן, בקובץ שיעורים, כתובות, סימן שיד, ובבא בתרא, סימן תסג (ובכתובות שם, בסוף דבריו, העלה אפשרות שהקניין למת הוא מדרבנן). קובץ שיעורים, בבא בתרא שם, מדייק גם מתוספות הרא"ש, בשיטה מקובצת, בבא בתרא קלו ע"ב, שזו זכות קניינית ממש. מקור נוסף לעניין זכות קניינית של מת, הוא בגיטין יד ע"ב. שם נאמר שאם זכה שליח בכסף עבור פלוני, והתברר שהמוטב נפטר לפני העברת הכסף לשליח, יחזור הכסף למשלח, ולא ליורשי המוטב. רש"י (ד"ה הא דליתיה) מנמק זאת בכך שהזיכוי היה בטעות, שהרי אילו ידע המשלח שהמוטב כבר מת, לא היה מעביר את הכסף לשליח. מחנה אפרים, שם, מוכיח מדבריו, שלדעתו מת יכול לרכוש זכות קניין בנכס, שהרי אילו היה סבור שאין הדבר אפשרי, יכול היה לנמק את ההלכה בצורה פשוטה יותר: הכסף לא יועבר ליורשי המת, כיוון שבעת העברת הבעלות בכסף, לא היה יכול לרכוש את הבעלות בו, וממילא, לא יכול היה להורישו ליורשיו. וראה את דברי ר"א הורביץ על כך בתיק 1191/כ"ר, שלמה שלוש נ' חברה קדישא ת"א־יפו, בבית הדין האזורי ת"א־יפו, פד"ר, כרך ו, עמ' 312 (ושם כתב שזו גם דעת ראבי"ה, חלק ב, סימן תקצב, המובא במרדכי, כתובות, סימן קעו), ובהרחבה בספרו לב אריה, סימן לט, עמ' קלט־קמד.

מנגד, יד רמה, סנהדרין מח ע"א (ד"ה ת"ש מותר), כותב שהמת אינו בעליהם של הכספים שנגבו עבורו, אלא הגבאי רוכש בכספים אלו זכות קניין, לשם ביצוע פעולות שהן לכבודו של הנפטר. כך משמע גם מהרא"ש, מועד קטן, פרק ג, סימן עט, המביא ברייתא (הובאה גם בתורת האדם, עניין ההוצאה, עמ' צה; ואינו במסכת שמחות לפנינו) הקובעת: "שכל הכלים שהמת זוכה בהם אסורין בהנאה", ומפרש: "...ולאו דוקא זכה, דמשום זכיית המת לא נאסרו, וגם לא שייך זכייה לגבי המת, אלא אסורין משום דמיחלפי [=שמתחלפים] בתכריכי המת, והיינו דקאמר [=וזהו שאמר] שהמת זוכה בהם, כלומר תכריכין שזוכה ליקבר בהן". מחנה אפרים שם, מדייק מדברי רי"ף, גיטין ז ע"א (בדפי הרי"ף), רמב"ם, הלכות זכייה, פרק י, הלכה יב, וטור, חו"מ, סימן קכה, סעיף יב, שזו דעתם, שכן הם נימקו את הדין בגיטין שם בכך שאין קנין למת.

שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן א, אות ב, ד"ה אמנם, וסימן נו, אותיות ב־ג, וחלק ב, סימן ט, אות א, ד"ה והנה הרמ"א, מיישב בין המקורות הסותרים בכך שלמת אין כוח לרכוש בעלות בנכס, כאדם חי, אך יש לו כוח לזכות בנכסים שיש לו צורך בהם, כגון הכספים שנגבו לשם קבורתו.

עוד לעניין זה, ראה: שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתקפא (תקנא) (הכותב כדבר פשוט שאין קניין למת); שו"ת שמחה לאיש (אבא שאול), או"ח, סימן ו, עמ' שלג־שלד; פד"ר שם, עמ' 299־303 (דברי ר"ש טנא), ועמ' 309־314 (דברי ר"א הורביץ), ובמקורות שצוינו שם; רמ"א, חו"מ, סימן רי; שו"ת היכלי שן, חלק ב, סימן לט; צדקה ומשפט, פרק ד, הערה יז; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ה, סימן פא (פד ע"א); שו"ת דבר יהושע, חלק א, סימן כה, אות ח; שערי טוהר, חלק א, שער א, סימן ב, אות א, דף ט ע"ג־ע"ד; שו"ת שערי ציון (שטרנפלד), חלק ב, סימן מד, אות א; קנין תורה בשמעתתא, דברים, עמ' סח; משפט שלום, סימן רי; שו"ת בית אבי, חלק ב, סימן פא, אות ו; א' רוט, "האם יש קנין למת?", סיני כרך קכג־קכד (תש"ס), עמ' תקכ־תקכט.

אשר לעמדת המשפט הישראלי, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, סעיף 1, הקובע: "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו", אינו מותיר מקום לספק: לאחר מותו, לא יכול אדם להיות בעליהן של זכויות קניין בנכס.

יש קושי בהלכת המשנה לפי כל ההסברים: אם הגבייה היא מאנשים רבים, נמצא שכספם של התורמים האחרונים לא הוצרך, ואם כן, נתינתם היתה בטעות, והיינו צריכים לומר שכספם יוחזר להם! בשו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רלז, תירץ, שכספי כל המקדישים מתערבבים ביד הנאמן ו"נמצא גם ממעות שנתקבצו באחרונה נעשה המצווה כמו ממעות הראשונים". וראה גם בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן קס.

הסבר זה תקף לגבי כל נאמנות, ותקף גם אם הנזקק השתקם כבר בחלק מן הסכום. המסקנה מהסבר זה היא, שכל נאמנות שנוצרה לטובת נהנה מסוים, והתבטלה משום שמטרותיה הוגשמו, עוברים הנכסים לאותו נהנה[32].

(2) נאמנות לטובת מטרה

במשנה שהזכרנו נאמר עוד[33]: "מותר מנחה למנחה, מותר שלמים לשלמים, מותר פסח לשלמים, מותר נזירים לנזירים... מותר עניים לעניים... מותר שבוים לשבויים... מותר המתים למתים". העיקרון העולה מהלכות אלה הוא, שיתרת הכספים שנשארו בקופה לאחר שהוגשמו המטרות שלשמן הם נגבו, תשמש להגשמת מטרות זהות או דומות לאלו שלשמן נגבו הכספים.

ר"י מיגאש[34] מנמק את ההלכה ש"מותר עניים לעניים" בכך שנכסים שהוקדשו לטובת עניים בכלל, עוברים לבעלותם של עניי העולם, ולפיכך, אף אם לעת עתה אין צורך בכספים לשם סיפוק צרכיו של עני מסוים, אין להשיבם למקדיש, אלא יש להמתין עד שיהיה עני שיזקק להם, ולהעבירם אליו.

הרשב"א נותן נימוק אחר להלכה זו[35]: "שבויים ועניים, כיון דאיכא טובא וכל יומא מצטריך להו [=כיון שיש הרבה, וכל יום נזקקים להם], אדעתא דהכי יהוב [=על דעת כן נתנו], דמה שהותיר יהא לעניים ולשבויים אחרים". כלומר, ייתכן שאין הכסף קנוי לעניי העולם, ובכל זאת אין להשיבו לתורם, מפני שאומדים את דעתו של התורם, שהוא מתכוון שהעודף ישמש עניים ושבוים אחרים.

נראה, שיש נפקות בין הנימוקים בנוגע לאפשרות לעשות בכספי הנאמנות שימוש למטרות שונות אך דומות לאלו שלשמן נוצרה הנאמנות. לפי הסברו של ר"י מיגאש, היות וזכו הנהנים בכספי הנאמנות, אין לעשות שימוש בכספים לטובת מטרות שאינן זהות לאלו שלשמן הם הוקדשו. לכן, אם נוצרה נאמנות לטובת מתן מלגות לתלמידים מצטיינים, למשל, והוגשמו מטרות הנאמנות, כלומר שחולקו המלגות, ונותרו כספים בקופת הנאמנות, אין לעשות שימוש ביתרה לשם הקמת בית ספר, מפני שהכסף שייך לכל התלמידים המצטיינים שיש בעולם[36], אלא יש למצוא דרך להעביר את הכספים לתלמידים מצטיינים. לעומת זאת, לפי הרשב"א, ניתן לעשות בכספים שימוש גם לטובת מטרות דומות לאלו שלשמן נוצרה הנאמנות, ובלבד שהדבר יתיישב עם אומד דעתו של יוצר הנאמנות. לכן, נראה שניתן יהיה לעשות שימוש בכספי הנאמנות לטובת הקמת בית ספר.

[32] יש להדגיש, שהלכת 'מותר עני לאותו עני' אמורה דווקא בכספים שמלכתחילה היה נראה שיש צורך בהם לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות, אך בדיעבד התברר שניתן להגשים את המטרות גם בלעדיהם. אולם, אם מלכתחילה היה ברור שאין צורך בכל הכספים המצויים בקופת הנאמנות לשם הגשמת מטרותיה, הכספים שנותרו בקופה לאחר הגשמת המטרות אינם בגדר 'מותר', ואינם שייכים לנהנה או ליורשיו. ראה: שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רלז (ע"פ פירוש קרבן העדה לדברי רב אידי בירושלמי שקלים, פרק ב, הלכה ה, בעניין מי ש"גבו לו בחזקת שאין לו ונמצא יש לו"); שו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן קנט; אהבת צדקה, פרק יא, סעיף לא, אות א, בשם רי"ש אלישיב.

[33] משנה, שקלים, פרק ב, משנה ה. ראה לעיל, ציון הערה 20.

[34] חידושי ר"י מיגאש, בבא בתרא ח ע"ב, ד"ה לעשות קופה. כך משמע מלשונו "דממונא דידהו הוא".

[35] חידושי הרשב"א, מגילה כז ע"א, ד"ה אבל גבו.

[36] כמובן, ניתן לטעון, שהקמת בית ספר תיטיב עם התלמידים. אך זאת לא תהיה הטבה דווקא לתלמידים המצטיינים שבהם; ויתרה מכך, ההטבה לא תבוא ישירות לכיסו של התלמיד.

נמצא, שהוראת סעיף זה מתיישבת יותר עם נימוקו של הרשב"א למשנה, ופחות עם נימוקו של ר"י מיגאש.

ג. נכסי נאמנות שמטרותיה סוכלו

כפי שראינו לעיל[37], אם סוכלו מטרותיה של הנאמנות, ולא ניתן עוד להגשימן[38], היא בטלה. ייתכן גם מצב שרק חלק ממטרותיה של הנאמנות סוכלו, ואז הנאמנות אינה בטלה, אבל גם אז מתעוררת שאלת ייעודם של נכסי הנאמנות. הן בסיכול מלא והן בסיכול חלקי, יש לברר האם יושבו נכסי הנאמנות לידי יוצר הנאמנות, או שמא ייעשה בהם שימוש לשם הגשמתן של מטרות דומות לאלו שסוכלו? ובמקום שהיה רק סיכול חלקי, יש אפשרות שלישית: שייעשה בהם שימוש לשם הגשמתן של המטרות שלא סוכלו.

את הדיון נפתח בייעודם של נכסי נאמנות שמטרותיה סוכלו לחלוטין, ולאחר מכן, נדון בייעודם של נכסי נאמנות שמטרותיה סוכלו באופן חלקי בלבד.

(1) סיכול מלא בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות

השאלה, מה ייעשה בנכסי נאמנות שמטרותיה סוכלו, עלתה בהקשרים שונים. רבנו חיים כהן וראבי"ה נחלקו בשאלה, האם מי שנדר לתת כסף כדי להשיא יתומה, ונפטרה היתומה בטרם השיאוה, חייב להעביר את הכסף ליורשיה?

מן המשנה האומרת[39] ש"מותר המת ליורשיו" למד ראבי"ה[40]: "אף על פי שלא נתנו הנותנין, והגובין נמי לא גבו לצורך היורשין, אפילו הכי זכו בהם [היורשים] מכוח המת"[41], ומכאן הסיק, שאף אם סוכלו מטרות ההקדש, יועבר הכסף לנהנה או ליורשיו.

לעומתו, פסק רבנו חיים כהן[42], שהכסף לא יועבר ליורשי היתומה[43]. טעמו הוא, שאנו

[37] לעיל, ליד ציון הערה 4.

[38] יש להדגיש, שכדי שנוכל לומר שמטרותיה של נאמנות סוכלו, יש לוודא שאין סיכוי סביר להגשמתן של המטרות בעתיד. כך למשל, אם הוקמה קרן לשם פדיונו של שבוי, אך השלטון גזר שלא יפדוהו, אין זה נחשב שמטרותיה של הנאמנות סוכלו, משום שגזירה זו עשויה להתבטל (ראה שו"ת יהודה יעלה, חלק א, יו"ד, סימן שט). לעומת זאת, אם הנאמנות נועדה לשם פדיון שבויה, והיא נישאה לאחד מן השובים ואף ילדה לו ילדים, נחשב הדבר כסיכול של מטרות הנאמנות, אף שבאופן תיאורטי, ייתכן שהשבויה תבקש לחזור לעמה, ויהיה צורך לפדותה (ראה שו"ת הרא"ש, כלל לב, סימן ו, שנביא להלן, ליד ציון הערה 47). נראה אפוא, שאם הסיכוי להגשמת מטרותיה של הנאמנות הוא קלוש, ייחשבו מטרות הנאמנות כמסוכלות.

[39] לעיל, ליד ציון הערה 20.

[40] ראבי"ה, חלק ב, סימן תקצב; הובא במרדכי, כתובות, סימן קעו.

[41] אשר לראיית רבנו חיים כהן מכתובה, שנביא להלן בהערה 43, משיב ראבי"ה, שגם בגביית מעות לצורך קבורת מת, ברור ש"לא נתנו הנותנים וגם הגובים לא גבו לצורך היורשים", ובכל אופן נפסק ש"מותר המת ליורשיו". מכאן, ש"לא כל האומדנות שוות", ואין ללמוד מן האומדן הנזכר במשנה בעניין כתובה לכל נושא אחר. עוד אפשר להשיב, שדווקא התחייבות בכתובה בטלה על ידי אומדנא מפני שעוד לא הועברה הבעלות בכסף, ואילו בנדר להשיא יתומה, לפי הדעה (בסמוך) שנדר לעני יוצר העברת בעלות, האומדנא אינה יכולה לבטלו, מפני שכבר עברה הבעלות.

[42] הובא במרדכי, שם. כך גם דעת אור זרוע, הלכות צדקה, סימן ז (הובא בפסקי רקאנטי, סימן שסג, ובשלטי הגיבורים, על המרדכי שם, אות ל). המחלוקת מובאת בתרומת הדשן, שו"ת, סימן שנ, ובבית יוסף, אהע"ז, סימן נג. וראה דרכי משה, אהע"ז, סימן נג, ס"ק א, על המחלוקת.

אור זרוע שם מביא שר' שמחה כותב שאם כשאסף אמר "ליתומה זו", ומתה, הכסף חוזר לתורמים, ואם אמר "ליתומה" סתם, הכסף יינתן ליתומה אחרת.

[43] סימוכין לשיטתו מוצא רבנו חיים כהן במשנה כתובות, פרק ה, משנה א (בבלי נד ע"ב), הקובעת שהמתחייב

מניחים שמי שהתחייב לתת כסף לשם מטרה מסוימת, לא התכוון לתת את הכסף אם המטרה תסוכל.

החתם סופר מסביר[44], שמחלוקת ראבי"ה ורבנו חיים כהן נובעת מן המחלוקת שנדון בה בהרחבה להלן[45], בשאלה האם יצירת הקדש למטרות צדקה מעבירה את הבעלות בנכסי ההקדש לנהנים (כמו שבהקדש לבית המקדש "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט"). ראבי"ה סבר שיצירת ההקדש מעבירה את הבעלות בנכסי ההקדש לנהנים, ולא די באומדן דעתו של המקדיש כדי להפקיע את זכותו הקניינית של הנהנה בנכסי ההקדש. לעומת זאת, לדעת רבנו חיים כהן, ליצירת ההקדש יש משמעות של נדר בלבד, בלי העברת בעלות בנכסים, ולכן הנדר בטל אם נוצר מצב שיש להניח שהנודר לא התכוון אליו, כגון אם נפטר הנזקק[46].

מחלוקת דומה אנו מוצאים גם בין הרא"ש לרשב"א, בשאלת ייעודם של כספים שנגבו לטובת פדיונו של שבוי. הרא"ש דן[47] באישה "שנשבית בין הישמעאלים, ואמה הלכה אל הקהילות וקבלה ת"ר זהובים לצורך פדיונה, והרי הם מונחים ביד נאמן", אך מאוחר יותר התברר שהבת המירה את דתה, נישאה לישמעאלי וילדה לו בנים. כמובן, בנסיבות אלה הנאמנות התבטלה בגלל סיכול מטרותיה, והתעוררה השאלה, מה ייעשה בכספים שנגבו? הרא"ש פסק, שאין ללמוד מהלכת "מותר עני לאותו עני" שהאם זכאית לקבל לידיה את הכספים, מפני ששם התקיימה המצווה שלשמה הוקדשו הכספים, בעוד שבמקרה הנדון, לא זו בלבד שהמצווה לא נעשתה, אלא שהבת "נטמעה בין הגוים ונשאת וילדה בנים", ועל כן יש להניח ש"אדעתא דהכי לא התנדבו, שתאכלם בגיותה[48], שהרי לא התנדבו אלא לצורך פדיונה"[49]. לכן פסק הרא"ש, שראוי להחזיר לכל התורמים את כספם, ואם הדבר אינו אפשרי, יש לייעד את הכספים לצורך פדיון שבויים אחרים או לצרכים ציבוריים אחרים.

בכתובה לתת לאשתו סך גבוה, והקשר ביניהם ניתק לאחר האירוסין ולפני הנישואין, אינו חייב לתת את הסכום שהתחייב מעבר לשיעור הכתובה שקבעו חכמים, משום ש"לא כתב לה אלא על מנת לכונסה". כלומר, אומדן דעת הבעל מורה שהסכום הגבוה שהתחייב לתת היה על דעת שהוא ישא את האישה, ולכן אם לא יצאו הנישואין אל הפועל, התחייבותו חסרת תוקף.

[44] שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קמז, ד"ה וההיא.

[45] סעיף 17, פרק שלישי.

[46] אבל מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ו, מסביר, שלכל הדעות זכה הנהנה בנכסי הנאמנות, ובכל זאת ר' חיים כהן סבור שהיות שהתברר שאין לו צורך בנכסים, זכייתו היא זכייה בטעות, וזכויותיו הקניינית מופקעות על סמך אומדן דעתו של יוצר הנאמנות, כשם שמתנה רגילה בטלה אם קרה משהו ויש אומדנא שהנותן לא התכוון לתת במצב כזה.

צריך להוסיף, שטעמו של ראבי"ה הוא, שהאומדנא שלא נתנו על דעת כן היא חלשה מדי, כלשונו "לא כל האומדנות שוות". כנראה, הוא מבין שזה גם טעם הדין (שהוא מסתמך עליו) ש"מותר המת ליורשיו" — שהאומדנא שהתורמים לא היו נותנים כל כך הרבה אילו ידעו שדי בפחות, חלשה מדי.

[47] שו"ת הרא"ש, כלל לב, סימן ו.

[48] לא ברור מדוע כתב הרא"ש "שתאכלם בגיותה", שהרי לא היתה הוה אמינא שהיא תקבל את הכסף בעודה מומרת, אלא אמה ביקשה לקבל את הכספים, והשואל, ר' יששכר בר' יקותיאל, הציע שהכסף יישאר ביד נאמן עד שתחזור השבויה בתשובה ויינתן לה, או שתמות ובניה יחזרו בתשובה ויינתן להם כיורשים, או שגם בניה ימותו, ושאר יורשיה יירשוה. ושמא כוונתו לומר, שאם אמה תקבל את הכספים, קיים חשש שלאחר מותה תירש הבת הסוררת את הכספים, ונמצא ש"תאכלם בגיותה".

[49] גם בשו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף קצג (קכג), כותב שאם גבו לעני, ומת לפני שהספיקו לתת לו, לא זכו יורשיו בכסף, כיוון שלא נעשתה מצוותו (בניגוד למקרה של "מותר עני").

מנגד, הרשב"א דן[50] בעניין "גבאים שגבו מעות לפדיון של שבוי ידוע, ואחר כך, [מ]שבאו מעות לידם, מת אותו שבוי עד שלא נפדה", ופסק שהכספים יועברו ליורשיו של השבוי, בהסתמכו על דין "מותר שבוי לאותו שבוי", ומנמק: "משעת גוביינא [=גבייה], זכו לו [=לשבוי] [ה]גבאין"[51].

להלכה, קיבלו הפוסקים את שיטת ר' חיים כהן והרא"ש[52], שאם סוכלו מטרותיה של נאמנות, יש להשיב את נכסיה ליוצר הנאמנות[53].

[50] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן נה.

[51] שו"ת חתם סופר, חלק ו, סימן מו, מסביר את המחלוקת שבין הרא"ש לרשב"א על פי העיקרון שהזכרנו בהערה 31, שנפטר זוכה בכספים שנגבו עבורו מכוח הביזיון שנגרם לו מגביית הכספים. לדבריו, אף החי (שבוי או עני) זוכה בכספים שנגבו לטובתו מחמת הביזיון שנגרם לו בשל הגביה, אלא שנחלקו הרא"ש והרשב"א בשאלת היקפה של זכות הנהנה. הרשב"א סבר שהביזיון שנגרם לנהנה מעניק לו זכות מלאה בנכסים שנגבו עבורו, גם אם בפועל לא הוגשמה המטרה שלשמה נגבו הכספים. לעומתו, סבר הרא"ש שהביזיון מעניק לנהנה זכות רק לאחר שהוגשמו מטרות הנאמנות, משום שבנסיבות אלו, הכספים כבר יצאו מבעלותם של התורמים, והם ידעו מראש שאי אפשר לדעת כמה יצטרך הנזקק. אולם אם לא הוגשמה המטרה שלשמה נגבו הכספים, כך שלא נעשה רצון התורמים בכלל, הכספים לא יצאו מרשותם בכלל, ואין בכוחו של הביזיון להקנות לנהנה כספים שלא יצאו מרשות בעליהם.

[52] פוסק נוסף ההולך בשיטת ר' חיים כהן והרא"ש הוא ר' קוביל, אחד מבעלי התוספות (ראה עליו ש' עמנואל, שברי לוחות, ירושלים תשס"ז, עמ' 262־266), הובא בהגהות מיימוניות, הלכות גזילה ואבידה, פרק ח, אות ג (ומשם הובא בים של שלמה, בבא קמא, פרק ט, סימן סו [שהוסיף: "וקל וחומר אם מתה"], בש"ך, חו"מ, סימן רנג, ס"ק כא, ובפתחי תשובה, חו"מ, סימן רנג, ס"ק יד), הפוסק שאב שאסף כסף כדי להשיא את בתו, ונמנע מלהשיא אותה, חייב להחזיר את הכסף לתורמים. על דבריו ראה עוד בנספח לסעיף זה.

בחלק מדפוסי הרמב"ם, הגירסה היא "ר"י מקורביל".

ר' קוביל מגיע למסקנה זו ע"פ דין המשנה, בבא קמא, פרק ט, משנה יב (בבלי קי ע"א), בעניין הגוזל מגר והקדיש מנכסיו לצורך קניית קרבן אשם, ומת. כדי להבהיר דין זה, נקדים שגזלן שנשבע לשקר שלא גזל, חייב להשיב לנגזל את הגזלה (=קרן) בתוספת קנס בערך של חמישית מערך הגזלה (=חומש), ולהביא קרבן אשם (חיוב הקרן, החומש והאשם, ע"פ ויקרא ה, כא־כו). אם הנגזל הוא גר שאין לו יורשים, והוא נפטר לפני שהגזלן השיב לו את הגזלה, כפרתו של הגזלן תהיה על ידי שישלם את הקרן והקנס לכוהנים ויקריב קרבן אשם (חיוב זה, ע"פ במדבר ה, ח).

המשנה קובעת, שאם הגזלן נתן לכוהנים את כסף הקרן והחומש, אך נפטר לפני שהספיק להקריב את קרבן האשם, ויורשיו דורשים מן הכוהנים להחזיר להם את הכסף שניתן להם, בטענה שללא קרבן האשם, עוון הגזל אינו מתכפר לאביהם, ונמצא שהכסף לא שימש לייעודו — אין היורשים מקבלים את הכסף. התלמוד (בבא קמא קי ע"ב) מנמק זאת בכך ש"כסף מכפר מחצה". כלומר, נתינת כסף הקרן לכוהנים מכפרת לאב על חטאו באופן חלקי, וממילא הייעוד שלשמו ניתן הכסף עדיין מתקיים. מכאן הסיק ר' קוביל, שאילו הכסף שניתן לא היה משמש לייעודו, אף לא באופן חלקי, היו יורשי הגזלן זכאים להוציא את הכסף מן הכוהנים, אף שהוא הועבר כבר לידיהם. ומכאן, שמי שקיבל כסף להגשמת מטרה מסוימת, והוא נמנע מהגשמתה, חייב להשיב את הכסף למי שנתנו.

על דברי ר' קוביל, ראה חקרי לב, יו"ד, חלק ג, סימן קד; משיב נבונים, סימן מה; נקדש בצדקה, סימן שנד.

[53] שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנג, סעיף ז (על שבוי שמת או נטמע בין הגוים), וחו"מ, סימן רפג, סעיף ג (על שבויה שהמירה את דתה); רמ"א, יו"ד, סימן רנג, סעיף ז (על היתומה שמתה); שו"ת חתם סופר, חלק ו, סימן מו.

שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן סז, קובע שאף לא ניתן לטעון 'קים לי' כדעת ראבי"ה. אך תרומת הדשן, שו"ת, סימן שנ, כותב שבגלל המחלוקת, אין מוציאים ממון ממי שמוחזק בו.

(2) סיכול מלא בנאמנות למטרות פרטיות

ר' ישראל איסרלין דן באדם שהורה לבנו לתת לנכדתו מרכושו סך מסוים כדי שתקנה חגורה יפה, אך הנכדה נפטרה לפני שקיבלה את הכסף. השאלה שנשאלה היא, האם יועבר הכסף ליורשיו של יוצר הנאמנות או ליורשי הנכדה? ר' ישראל איסרלין מכריע, שהכסף יועבר ליורשי הנכדה, ונימק[54]: "דעתו של אדם קרובה אצל בנו[55], והוא הדין מסתמא אצל בת בנו, ונוכל לומר דגמיר ודאי להקנות לה הכא ליטרא מנכסיו בלי תנאי, ומה שצוה שתקנה בהן חגורה יפה [הוא] כדי להראות לה חבה יתירה, שהוא זוכרה על קישוטיה בשעת פטירתו"[56].

ר' ישראל איסרלין מדגיש, שפסיקה זו מתיישבת גם עם שיטת רבנו חיים כהן, משום שיש הבדל בין נאמנות למטרות צדקה לבין נאמנות פרטית. בנאמנות למטרות צדקה, היוצר מעוניין לקיים מצווה בממונו, ולכן ניתן להניח שאילו היה יודע שבסופו של דבר לא תתקיים המצווה, הוא לא היה יוצר את הנאמנות. על כן, אם התברר שאין צורך בכספיו, הרי הנאמנות נוצרה בטעות, ולכן יש להשיב את כספיה ליוצרה. לעומת זאת, בנאמנות למטרה פרטית, ניתן להניח שכוונת יוצר הנאמנות היא להיטיב עם הנהנה, ולקביעת מטרתה של הנאמנות (במקרה זה: קניית חגורה לנכדה) יש חשיבות משנית בעיניו, ועל כן גם אם סוכל קיומה המדוקדק של מטרתה, הוא רוצה שכספי הנאמנות יגיעו לנהנה[57].

שאלה דומה הופנתה לרדב"ז[58], בפלוני שהורה בצוואתו, לתת סכום כסף לנכדתו (בת בתו), לצורך נישואיה, אך הנכדה לא הספיקה לקבל את הסכום לפני שסבה נפטר, והיא עצמה נפטרה בלא שתינשא. אנשים שונים העלו תביעות בנוגע לכסף. אחות הנכדה דרשה שהכסף ישמש למימון נדונייתה, מאחר שאף היא הגיעה לפרקה וזקוקה לכסף לנישואיה. אבי הנכדה טען שבהיותו היורש החוקי של בתו, הכסף אמור לעבור לידיו. יורשי הסב טענו, שמאחר שהמטרה שלשמה הוקדש הכסף סוכלה, יש להשיב את הכסף לסב, ולאחר פטירתו, ליורשיו.

הרדב"ז דוחה את תביעת יורשי הנכדה, בנימוק שהנכדה לא זכתה עדיין בכסף[59], ומאומד דעתו של הסבא ניתן להסיק, שהוא לא היה מעוניין בהעברת הכסף ליורשי הנכדה על חשבון יורשיו שלו, מה גם שהוא ייעד את הכסף לצורך נישואי הנכדה, ולמעשה לא נישאה.

[54] תרומת הדשן, שו"ת, סימן שנ.

[55] כך נאמר בבבא בתרא דף קלט ע"א, ודף קמב ע"ב, על עניין אחר.

[56] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, אהע"ז, סימן מז, מסתמך על "דעתו של אדם קרובה אצל בנו" בכיוון אחר: אב שנתן לבתו נדוניה לנישואיה, ונישאה, ומתה בלי זרע, יש להשיב לו את הנדוניה (או את חציה, לפי תקנת טוליטולה), מפני שהתכוון רק שבתו תיהנה מהכסף ולא שבעלה ייהנה, שכן "דעתו של אדם קרובה אצל בנו". לעומת זאת, אדם זר שנתן כסף לאישה לנישואיה, ונישאה ומתה בלי זרע, התורם מוכן שיישאר הכול אצל בעלה (שיורש אותה), מפני שהוא נתן בדרך צדקה וגמילות חסד, כמצווה.

[57] אבל ייתכן שדברי תרומת הדשן אינם אמורים בכל נאמנות פרטית, אלא רק אם הנהנה הוא בנו (או צאצא אחר) של היוצר, ואז הנימוק "דעתו של אדם קרובה אצל בנו" יוצר אומדן דעת שעיקר כוונתו הייתה להיטיב עם הנהנה, מה שאין כן בנהנה שאינו בנו.

זאת ועוד: בתרומת הדשן מדובר שמת יוצר הנאמנות, וייתכן שאם יוצר הנאמנות עודנו חי כאשר הנאמנות מתבטלת, יש לשאול אותו מה ברצונו לעשות בכספים.

[58] שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתקפא (תקנא).

[59] למסקנה זו הוא מגיע לאחר דיון ארוך במשמעות הכלל "דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים". הוא דן בשיטות חלק מן הראשונים, שצוואת שכיב מרע (חולה הנוטה למות) מקנה לנהנה את הנכסים שהעביר לו בצוואתו, אך מסקנתו היא שבנסיבות המקרה הנדון, אף הסוברים כך יודו שכלל זה אינו חל, ולכן הנכדה לא זכתה בכסף.

אשר לטענת האחות, שיש להניח שאילו ידע הסבא שאחותה תמות, היה נותן לה את הכסף לצורך נישואיה, פסק הרדב"ז: "אין טענתה כלום", ונימק: "לא מפקינן ממונא [=איננו מוציאים ממון] באומדנא, ואפילו גדולות שבאומדנות". כלומר, מאחר שהכסף נמצא בחזקת יורשי הסבא, אין מוציאים מחזקתם כדי לתת לאחות בגלל האומדנא. בהתאם לכך הוא מכריע, שיורשי הסבא יזכו בכסף שיועד לנדוניית הנכדה[60].

לכאורה, קיימת סתירה בין תשובת הרדב"ז, השולל את זכויות הנכדה או יורשיה בכספים שנועדו לשם נישואיה, לבין תשובת ר' ישראל איסרלין, המכיר בזכויות הנכדה בכספים שנועדו לשם רכישת חגורה נאה עבורה. אולם, עיון נוסף יגלה שניתן ליישב בין התשובות.

תשובת ר' ישראל איסרלין עסקה במסירת כסף לידיו של נאמן כדי שישמש לטובת רכישת חגורה לנכדה. מאחר שלנכדה היה צורך בחגורה כבר בעת מסירת הכסף לידיו של הנאמן,

[60] לכאורה, הכרעתו זו עומדת בסתירה להכרעתו בתשובתו שבחלק א, סימן קצח. בתשובה זו נדון עניינם של כספי נאמנות שלפי צוואת היוצר, נדרש הנאמן להשתמש בהם לשם מימון נדוניית בתו. אולם, לאחר מותו של היוצר, הוציא הנאמן את הכספים לצרכיו, ובעת שהיה צורך בהם לשם מימון הנדוניה, לא היו בידיו. לפיכך, "נשאת הבת ממעות שהניח לה אביה במקום אחר לצורך נדונייתה". לאחר שהנאמן התעשר, הוא ביקש לצאת ידי חובתו, אך שאל, האם עליו להעביר את הכספים לבת, "ויכתוב בכתובתה נוסף על נדונייתה", או שמא, מאחר שמטרותיה של הנאמנות סוכלו, שכן כבר אינה זקוקה לכסף כנדוניה, יידרש הנאמן להעביר את כספיה ליורשיו של יוצר הנאמנות? במקרה זה משיב הרדב"ז, שעל הנאמן להעביר את הכספים לבת, ולא ליורשיו של היוצר, משום שהיא זכתה בכספים מכוח המצווה לקיים את דברי המת (נראה שגם לדעה שראינו בסעיף 1, פרק רביעי, ג, ש"מצווה לקיים דברי המת" אינו יוצר קניין, בכל זאת, בשעת הציווי חל חיוב על הנאמן לתת לה, ואז הייתה ראויה לקבל נדוניה). עוד נימק, שיוצר הנאמנות גילה את דעתו שלא רצה שיורשיו האחרים יזכו בכסף, כפי שאמר בפירוש לנאמן כשנתן לו את הכסף, ולכן היא זוכה בכסף אף שמטרתו המקורית הייתה לנדוניה ומטרה זו סוכלה.

אולם עיון בנסיבותיהן של שתי התשובות מגלה את פשר ההבדל שביניהן. בתשובה בעניין הכספים שיועדו על ידי הסב לנישואי הנכדה, הנכדה נפטרה לפני שהיה צורך להשתמש בכספים לשם נישואיה. מאחר שבמועד שבו היא הייתה אמורה לזכות בכספים היא לא הייתה בין החיים, אין מקום לומר שהיא זכתה בהם מכוח המצווה לקיים את דברי המת, שכן המת לא היה מעוניין להעביר אליה את הכספים אלא בעת נישואיה. לעומת זאת, בתשובה בעניין הכספים שיועדו לנישואי הבת, הבת הייתה חיה במועד שבו היו הכספים אמורים לעבור לידיה (בעת הנישואין). לפיכך, בעת הנישואין זכתה הבת בכספים מכוח המצווה לקיים את דברי המת (אף שבאותה עת כספי הנאמנות לא היו בעולם). לכן, במקרה זה, אף שסוכלו מטרותיה של הנאמנות, יועברו כספי הנאמנות לידי הנהנה.

אפשרות אחרת ליישוב התשובות היא, שבסימן תתקפא, הכסף נשאר ברשות הנותן, והרי פוסקים רבים סבורים שאין "מצווה לקיים דברי המת" אם לא נמסר הכסף לשליש (ראה סעיף 1, פרק רביעי, ג).

גם באשר לנימוקים הנוספים של הרדב"ז בדבר אומד דעתו של יוצר הנאמנות, הבדלי הפסיקות נובעים מהבדלי הנסיבות: בסימן תתקפא, מתה הנכדה, והשאלה היא האם יזכו יורשיה בכסף, ולגבי יורשיה יש להניח שלנותן לא היה עניין שיקבלו את הכסף; ואילו בסימן קצח, הבת עדיין הייתה בחיים, ויש להניח שאביה היה מעוניין שהיא תקבל את הכסף, אם לא לנדוניה — הרי לצרכים אחרים.

אבל מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ו, בסופו, מעורר את השאלה הבאה: "אם נדר לעני מתנה, וקודם שהספיק ליתנה לו, הֶעֱשִׁיר הָעָנִי, אם חייב עכשיו ליתנה לו? מי אמרינן משעת אמירה כבר זכה בו העני ואותה שעה עני היה, או דילמא, זה לא נדר אלא כדי לעשות מצווה בממונו שתהא צדקתו עומדת לעד, ועכשיו דהעשיר העני, אין כאן צדקה". מחנה אפרים נשאר ב"צריך עיון", למרות שלפני כן הוא כותב שעני זוכה בבעלות על הכסף מרגע הנדר. כנראה, הוא חולק על דעת הרדב"ז, שאם הנהנה בחיים בעת שהנאמן אמור להעביר לו את כספי הנאמנות, יש להעביר את הכספים לנהנה או ליורשיו, אף שאין עוד לנהנה צורך בהם.

יש מקום לומר שהסב לא התכוון כלל ליצור נאמנות, אלא התכוון לתת לנכדה במתנה את הכסף הדרוש לשם רכישת החגורה, וציון המטרה שלשמה הוא מעניק את הכסף, לא נועד לגרוע מזכויותיה הקנייניות של הנכדה בכסף שניתן לה. ר' ישראל איסרלין מכריע שיש לפרש כך את כוונת הסב, מאחר ש"דעתו של אדם קרובה אצל בנו, והוא הדין מסתמא אצל בת בנו", ולכן יש להניח ש"גמיר ודאי להקנות לה הכא ליטרא מנכסיו בלי תנאי". כלומר, לא בנאמנות אנו עסוקים, אלא במתנה רגילה.

לעומת זאת, תשובת הרדב"ז עסקה במסירת כסף לנאמן, כדי לממן בו את נישואי הנכדה. היות שהצורך שלטובתו הועבר הכסף לידיו של הנאמן הוא צורך עתידי, יש להניח שהסב לא התכוון להעביר את הבעלות בכסף לנכדה מיד, אלא ליצור נאמנות לטובת מימון נישואיה. לפיכך, מאחר שמטרותיה של הנאמנות סוכלו, יש להשיב את הכסף ליוצר הנאמנות או ליורשיו.

על כל פנים, עמדת הרדב"ז מתיישבת עם עמדתם העקרונית של רבנו חיים כהן והרא"ש, שהואיל וסוכלו מטרות הנאמנות, יש להשיב את כספי הנאמנות ליוצרה.

אבל ניתן לטעון שאף ראבי"ה והרשב"א יקבלו את פסיקת הרדב"ז, שהרי לדעת החתם סופר, שהבאנו לעיל[61], עמדתם מבוססת על כך שהקדשת נכס למטרות צדקה מעבירה את הבעלות בו לנהנים. הנמקה זו אינה תקפה בנאמנות למטרות פרטיות, כמובן. לכן, אם הנאמנות נועדה לשם הטבה עם קרובו של היוצר, לדוגמה (שאינו עני בהכרח), גם אחרי יצירת הנאמנות הנכסים שייכים ליוצר, ולכן, אם סוכלו מטרותיה של הנאמנות, יוחזרו נכסיה ליוצרה.

בהתאם לכך נראה שבנאמנות שנועדה למטרות פרטיות, מסכימים כל הפוסקים שאם סוכלו מטרותיה, יש להשיב את כספי הנאמנות ליוצרה[62].

(3) סיכול חלקי

החתם סופר נשאל[63] בעניין הקדש שנועד להשיא שלוש אחיות יתומות. אחת מן היתומות נפטרה, ולפיכך התעוררה השאלה, האם הכספים שיועדו להשאת הנפטרת יועברו לאחיותיה, שהן יורשותיה החוקיות, או שמא ייעשה בהם שימוש להשאת כלה ענייה אחרת?

בתשובתו, מבחין החתם סופר בין מצב שהיתומה נפטרה לפני שנישאה אחת מאחיותיה, לבן מצב שהיא נפטרה לאחר שנישאה אחת מאחיותיה. אם היא נפטרה לפני שנישאה אחת מאחיותיה, לא התנתקה עדיין הזיקה שבין יוצר ההקדש לבין נכסי ההקדש, כיוון שאם האחיות יתעשרו ולא תהיינה זקוקות עוד לכספי ההקדש, יוחזרו הכספים ליוצר[64]. היות שהכסף בבעלות

[61] ליד ציון הערה 44.

[62] אבל אם ניתן ללמוד מן הנסיבות שיוצר הנאמנות התכוון להתיר לנאמן ליהנות מפירות נכסי הנאמנות עד למועד שבו יצטרך להעביר את הכספים לנהנה, הרי שגם אם מטרות הנאמנות סוכלו, הנאמן זכאי ליהנות מן הנכסים עד למועד שבו אמור היה הנהנה לקבל את כספי הנאמנות. כך פסק בשו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן תקנז, לגבי יוצר נאמנות שקבע שהנאמן זכאי ליהנות מפירות כספי הנאמנות, ובלבד שיעביר לבנו של היוצר את כספי הנאמנות בהגיעו לגיל בר מצווה. הבן נפטר לפני שהגיע לגיל בר מצווה, ויוצר הנאמנות תבע את השבת כספי הנאמנות לאלתר. הרדב"ז מסיק מנסיבות יצירת הנאמנות, שכוונת האב הייתה להתיר לנאמן ליהנות מפירות הכספים למשך תקופה זו כחלק מפשרה בסכסוך שביניהם, ומשום כך הוא מכריע, שהנאמן זכאי להמשיך ולהחזיק בכספי הנאמנות וליהנות מפירותיהם עד המועד שבו היה הבן אמור להגיע לגיל בר מצווה.

[63] שו"ת חתם סופר, חלק ו, סימן מו.

[64] בעניין זה, הוא מסתמך על דעת ר' חיים כהן (ראה לעיל, ליד ציון הערה 42) שאם מתה היתומה שלמענה תרמו, הכסף חוזר לתורמים.

היוצר, אין אחיותיה זכאיות לקבל את הכסף בתור ירושה מאחותן; והיות שאנו מניחים שהיוצר מעוניין שהכספים ישמשו לנישואי בת ענייה אחרת, ייעשה בכספים אלו שימוש לנישואי בת ענייה אחרת, שהרי לאחיות האחרות יש די לצורך נישואיהן. לעומת זאת, אם כבר נישאה אחת האחיות, כך שהתקיים רצונו של יוצר ההקדש במקצת, יצאו נכסי ההקדש מבעלותו ונקנו לאחיות, וכשאחת האחיות נפטרה, יורשות אותה האחרות[65].

מתשובה זו נוכל ללמוד כלל, שאם אף לא אחת ממטרות הנאמנות הוגשמה, וחלק ממטרותיה סוכלו, הכספים שיועדו להגשמת המטרה שסוכלה, ישמשו להגשמת המטרות שלא סוכלו, או להגשמת מטרות חדשות שהן דומות לאלו של המטרה שסוכלה — מה שיותר נחוץ. אולם, אם חלק מן המטרות הוגשמו, הכספים שיועדו להגשמת המטרה שסוכלה עוברים לנהנה המיועד (של אותה מטרה) או ליורשיו[66].

פרק חמישי

סיכום

נאמנות יכולה להתבטל על פי תנאי הנאמנות, כגון אם נקבע בהם שבהגיע מועד מסוים או בהתרחש אירוע מסוים, היא תתבטל.

נאמנות יכולה להתבטל גם על פי אומד דעת יוצרה, כגון אם הנסיבות מלמדות שהוא התכוון שהנאמנות תתקיים רק עד מועד מסוים או עד התרחשות אירוע מסוים. כמו כן, אם הוגשמו מטרות הנאמנות או שסוכלו מטרותיה באופן שאינו מאפשר עוד את הגשמתן בעתיד, תתבטל הנאמנות, שכן בנסיבות אלו, אין הנאמנות משרתת את התכלית שלשמה היא נוצרה, ועל כן יש להניח שהיוצר לא היה חפץ בהמשך קיומה.

החוק מסמיך את בית המשפט לקבוע מה ייעשה בנכסי נאמנות שבוטלה. הוראת סעיף זה אינה מצויה בין ההוראות שנקבעו בסעיף 11 כהוראות שניתן להתנות עליהן, ומכאן שלפי החוק, אין יוצר הנאמנות רשאי להפקיע מבית המשפט את הסמכות לקבוע מה ייעשה בנכסי הנאמנות אם תתבטל, ולמוסרה לנאמן או לאדם אחר. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, אם נקבע בתנאי הנאמנות שהנאמן יהיה מוסמך לקבוע מה ייעשה בנכסי הנאמנות אם תתבטל, או אפילו אם ניתן להסיק מאומד דעתו של היוצר שהוא מסר סמכות זו לנאמן (כגון שהסמיך אותו לקבוע מי יהיו הנהנים ומה ייעשה בנכסים כשהנאמנות עדיין קיימת), הסמכה זו תקפה.

בשאלה, מה ייעשה בנכסי נאמנות שהתבטלה, מבחין המשפט העברי בין נאמנות שהתבטלה משום שהוגשמו מטרותיה לבין נאמנות שהתבטלה משום שמטרותיה סוכלו.

בנאמנות שהתבטלה משום שהוגשמו מטרותיה, מבחין המשפט העברי בין נאמנות לטובת נהנה מסוים, לבין נאמנות לטובת מטרה.

[65] לגבי המקרה השני, הוא נשאר ב"צריך עיון", שכן לגבי האחות שנפטרה לא נתקיים רצונו של יוצר ההקדש, ושאלה היא האם יש לראות את ההקדש לשלוש האחיות כמכלול אחד או כשלושה הקדשות שונים.

[66] לשאלה, מה ייעשה בכספי נאמנות שהועברו כבר לידיהם של הנהנים, אך לאחר מכן סוכלו חלק ממטרותיה של הנאמנות, ראה להלן, בנספח לפרק זה.

נאמנות לטובת נהנה מסוים שהוגשמו מטרותיה, כלומר שניתן לנהנה מה שהיה צריך לקבל, שארית נכסיה יועברו לנהנה, מפני שכלל הנכסים עברו לבעלותו במסגרת יצירת הנאמנות.

אולם בנאמנות לטובת מטרה, כגון לשם הקמת בית ספר, שהתבטלה משום שהוגשמו מטרותיה, ייעשה ביתרת הכספים שימוש לטובת מטרות זהות או דומות ביותר לאלו שלשמן נוצרה הנאמנות, באופן שיהלום את אומד דעתו של יוצר הנאמנות.

בדיון על ייעודם של נכסי נאמנות שהתבטלה משום שמטרותיה סוכלו, הבחנו בין נאמנות שמטרותיה סוכלו באופן מלא לבין נאמנות שמטרותיה סוכלו באופן חלקי.

נאמנות שמטרותיה סוכלו לחלוטין, הן בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, והן בנאמנות פרטית, יוחזרו כספי הנאמנות ליוצר הנאמנות.

אשר לשאלת ייעודם של כספי נאמנות שרק חלק ממטרותיה סוכלו, הרי אם אף לא אחת ממטרותיה של הנאמנות הוגשמה, וחלק ממטרותיה סוכלו, הכספים שיועדו להגשמת המטרה שסוכלה, ישמשו להגשמת המטרות שלא סוכלו, או להגשמת מטרות חדשות שהן דומות לאלו של המטרה שסוכלה — מה שיותר נחוץ. אולם, אם חלק מן המטרות הוגשמו, הכספים שיועדו להגשמת המטרה שסוכלה יעברו לנהנה המיועד (של אותה מטרה) או ליורשיו.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

נכסי נאמנות שנתבטלה

16. נתבטלה נאמנות ולא נקבע בתנאי הנאמנות מה ייעשה בנכסיה, יועברו הנכסים לידי הנהנים, או יוחזרו ליוצר הנאמנות או ייעשה בהם שימוש למטרות הדומות למטרות הנאמנות המקוריות, והכל לפי אומד דעתו של יוצר הנאמנות.

נספח

נאמנות שמטרותיה סוכלו לאחר שזכה הנהנה בנכסיה

סעיף זה עוסק בייעודם של נכסי נאמנות שהתבטלה, ואינו עוסק במעמדם של נכסי נאמנות אחרי שכבר הגיעו ליעדם. מכאן שבית המשפט מוסמך להורות מה ייעשה בנכסי נאמנות המצויים בידיו של הנאמן, אך אינו מוסמך להורות על הוצאת נכסי הנאמנות מחזקתם של הנהנים, אף אם מטרותיה של הנאמנות סוכלו, לאחר שהגיעו הנכסים לידיהם.

למשל, אם הוקמה קרן לשם הטסת חולה לשם ניתוח בחו"ל, והנאמנים העבירו את הכסף לחולה, אך לאחר זמן מה הבריא החולה ממחלתו, אין בית המשפט מוסמך להורות על הוצאת הכסף (שאינו עוד נכסי נאמנות, אלא נכסים פרטיים) מן הנהנים, בטענה שמטרותיה של הנאמנות סוכלו, ושיש להעביר את הכסף "למטרות חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, סעד, בריאות או ספורט".

לעומת זאת, במשפט העברי יש דיון בייעודם של כספי נאמנות, אף לאחר שאלו הועברו לנהנים.

לעיל[67] הבאנו שר׳ קוביל פסק שאב שאסף כסף כדי להשיא את בתו, ונמנע מלהשיא אותה, חייב להשיב את הכסף לתורמים.

אולם הריטב״א[68] פסק, שאם הורה אדם לתת לבתו סכום כסף מסוים לנדונייתה, צריכים הנאמנים לתת לה את הכסף מיד, וגם אם מתה לפני שנישאה, זכו יורשיה בכסף, מפני שמפרשים את כוונת הנותן, שמה שהזכיר נדוניה אינו בדווקא, אלא כנותן דוגמה לשימוש אפשרי (״מראה מקום״). כך כתב גם הרשב״א[69], והוא כותב עוד שגם אם השתמשה בכסף למטרה אחרת, אינה חייבת להחזיר אותו[70]. מדברי הריטב״א משמע, שלא כדעת ר׳ קוביל, שאף שנכסי הנאמנות אינם משמשים עוד לייעודם, הרי הם של הנהנה לכל דבר ועניין[71].

[67] לעיל, הערה 52.

[68] חידושי הריטב״א, כתובות נד ע״א, ד״ה ההוא.

[69] שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן שטו (הובא בבית יוסף, חו״מ, סימן רנג, סעיף טז), ובקיצור בחלק א, סימן תתקצג. אבל דרכי משה, אהע״ז, סימן נג, ס״ק א, מעלה אפשרות שלדעת הרשב״א, אם מתה הבת, יוחזרו הכספים לנותן או ליורשיו, שהרי הוא לא דיבר על מצב שהיא מתה. אבל מדרכי משה, חו״מ, סימן רנג, ס״ק ז, נראה שגם לדעתו הרשב״א סובר כריטב״א.

[70] הרשב״א מסתמך על מחלוקת ר׳ מאיר ור׳ שמעון בן גמליאל בבבא מציעא עח ע״ב בשאלה, האם מי שקיבל כסף כדי שיעשה בו שימוש למטרה מסוימת, ועשה בכסף שימוש למטרה אחרת, נקרא גזלן. להלכה, התקבלה דעת רשב״ג, שהנוהג כך אינו נקרא גזלן (ראה גם סעיף 3, הערה 62).
שו״ת חוות יאיר, סימן רלב, מבחין לעניין זה בין נהנה שביקש תמיכה לטובת מטרה מסוימת וקיבל אותה, לבין נהנה שקיבל תמיכה מיוזמתו של הנותן. לדבריו, במקרה הראשון, המעביר על דעת הנותן לא ייחשב כגזלן, משום שיש להניח שעיקר כוונתו של המקדיש היא להיטיב עם הנהנה. לכן, העברת הכסף לידי הנהנה מגשימה את רצונו, ומשעה זו ואילך אין לנותן עניין במה שייעשה בכסף, והנהנה רשאי לעשות בכסף ככל שיעלה על דעתו. אולם אם נותן הכסף הוא זה שיזם את מתן התמיכה, יש להניח שהוא מעוניין שבכסף שנתן ייעשה שימוש דווקא לטובת המטרות שהוא קבע, ומשום כך, אם עבר הנהנה על דעתו ועשה שימוש בכסף למטרות אחרות, הוא גזלן. אכן, נראה שגם לדבריו, גם במצב שהנהנה נחשב כגזלן, אין הכוונה שאין לו כוח משפטי לעשות שימוש בנכס למטרות אחרות מאלו שלשמן הוא ניתן לו, אלא שמבחינה מוסרית, הוא נחשב כגזלן.
בהקשר זה ראוי לציין לשו״ת שבות יעקב, חלק א, סימן עז, המסביר את פסיקת טור, או״ח, סימן תרצד, שעני שקיבל כסף לטובת סעודת פורים אינו רשאי להשתמש בו לצרכים אחרים, תוך שהוא מבחין בין מי שקיבל ישירות מהמקדיש לבין מי שקיבל מנאמן. לדבריו, היות שהנאמן אינו רשאי להשתמש בכספי ההקדש לטובת מטרות שאינן ממטרות ההקדש, גם הנהנה שקיבל מידיו את הכסף אינו רשאי לעשות בו שימוש שלא לטובת מטרות ההקדש, ״דלא עדיף [הנהנה] מגברא דאתי מחמתיה [=מאדם שבא מחמתו]״. לעומת זאת, אם הנהנה קיבל את הכסף ישירות מיוצר ההקדש, הוא רשאי להשתמש בו לכל מטרה שיחפוץ בה, כפי ש״גברא דאתי מחמתיה״, היינו יוצר ההקדש, רשאי היה לנהוג.
גם אם הבחנה זו נכונה בדעת הטור, נראה שהרשב״א אינו מקבל אותה, שכן בנידון שעסק בו, קיבלה הבת את הכסף מנאמן, שלא היה רשאי להשתמש בו לכל מטרה שיחפוץ בה, ובכל זאת הרשב״א מביא על כך את פסיקת ההלכה שהמקבל רשאי לעשות בכסף כרצונו.
גם מפסיקת הרמ״א ניתן להסיק שאין הוא מקבל הבחנה זו, שהרי בנוגע למעות פורים פסק הרמ״א, או״ח, סימן תרצד, סעיף ב: ״העני יכול לעשות בו מה שירצה״, ולא הבחין בין עני שקיבל מן הגבאי לבין עני שקיבל ישירות מן התורם.

[71] ראה ליד ציון הערה 74, שהרמ״א אומר שהם חולקים.

החתם סופר[72] מיישב בין השיטות תוך שהוא מבחין בין מצב שהנהנה קיבל את הכסף (שבו עסק הריטב"א), לבין מצב שהכסף עדיין ביד הנאמן (שבו עסק ר' קוביל). הבחנה זו מבוססת על ההנחה, שמי שנתן מנכסיו כדי להשיא בת, מעוניין שתתקיים מצווה בנכסיו, ומשעה שהתקיימה המצווה, אין לו כל עניין במה שנתן. לדבריו, אם הנהנה קיבל את הכסף, "יצא הנותן ידי מצוותו", משום שעיקר המצווה הוא לתת לנזקק את האפשרות למלא את חסרונו[73]. לכן, מאחר שקיבל הנהנה את הכסף, הוא זכה בו, ואם נפטר, יועבר הכסף ליורשיו. מנגד, ר' קוביל עסק בכסף שקיבל האב עבור בתו. היות והכסף עדיין לא הגיע לבת הנזקקת, המצווה עדיין לא התקיימה, ולפי אומד דעת התורמים, הם מעוניינים לתת רק אם תתקיים המצווה. משום כך, אם סוכלה המטרה שלשמה הוקדש הכסף, יש להחזיר אותו לתורמים.

לפי הסבר זה, הכל מודים שאם ניתן להסיק מאומד דעתו של יוצר הנאמנות שהוא לא היה מעוניין שהכספים יישארו בידיו של הנהנה לאחר סיכול המטרות שלשם הגשמתן הם הועברו לידיו, כגון בנאמנות פרטית, שאין בה מצווה, יש להוציא את הכספים מן הנהנה, ולהשיבם ליוצר הנאמנות.

אולם, הרמ"א[74] כותב שקיימת מחלוקת בין ר' קוביל לריטב"א. הרי שלדעתו אין הבדל בין מצב שהכסף עוד לא הגיע לנהנה, לבין מצב שהגיע לנהנה, ובשני המצבים, לדעת ר' קוביל יחזור הכסף לתורמים, ולדעת הריטב"א הכסף שייך לנהנה או ליורשיו[75].

הרמ"א מכריע כדעת ר' קוביל[76]. נמצא שלדעתו, גם אם הכסף הגיע לנהנה, הרי אם סוכלו מטרות הנאמנות, הכסף יחזור ליוצר הנאמנות, גם בנאמנות שיש בה מצווה, שלא כדעת החתם סופר.

על עמדת השולחן ערוך בעניין זה נוכל ללמוד מפסיקתו[77]: "אם אמר [לנאמן, לתת] 'ק"ק

[72] שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רלח, וחו"מ, סימן קמז.
צריך עיון מה שכתב חתם סופר, יו"ד שם (ד"ה ודנפיק), שגם אם הגיע הכסף למקבל, הרי אם עוד לא נעשתה שום מצווה, לא זכו יורשיו; לא ברור איך יתכן שלא נעשתה מצווה, והרי הוא הסביר שבעצם הגעת הכסף למקבל מתקיימת המצווה.

[73] עקרונית, ניתן לחלוק על קביעה זו, ולטעון שכוונת המקדיש אינה רק לקיים את המצווה, אלא גם שייעשה בכספו שימוש מועיל. מדברים שכתב בשו"ת חוות יאיר, סימן רלב, עולה שככל הנראה בדבר זה נחלקו התנאים שהזכרנו בהערה 70. ר' מאיר סבר שאסור לעני להשתמש בכספים שקיבל לצורך סעודת פורים לצרכים אחרים, משום שלדעתו על אף שיצא התורם ידי מצוותו כשנתן לעני מכספו, עדיין הוא מעוניין שהעני ישתמש בכספים שקיבל בדיוק למטרות שלשמן הוא קיבלם. לעומתו, רבן שמעון בן גמליאל סבר שהיות שהתורם יצא ידי מצוותו כשנתן מכספו לעני, אין לו עניין עוד בשאלה מה יעשה העני בכספים שתרם, ולכן רשאי העני להוציא את הכספים למטרות אחרות מאלו שלשמן הוא קיבלם. למעשה, פסק השולחן ערוך, או"ח, סימן תרצד, סעיף ב, כרבן שמעון בן גמליאל.

[74] דרכי משה, חו"מ, סימן רנג, ס"ק ז.

[75] שהרי אילו סבר הרמ"א שיש מקום להבחנת החתם סופר, היה יכול לומר שאין מחלוקת בין ר' קוביל לריטב"א, כפי שאומר החתם סופר.
אבל ייתכן שהרמ"א הבין שבמקרה של הריטב"א, הכסף עוד לא הגיע לבת (ואמנם בשו"ת הרשב"א, חלק ב, שם, מדובר בפירוש שהכסף הגיע לידה, אבל הרמ"א לא הזכיר תשובה זו), ולכן לא היה יכול ליישב כמו החתם סופר, ואם כן ייתכן שהוא סובר שאם הגיע הכסף לנהנה, גם לדעת ר' קוביל, עובר הכסף ליורשי הנהנה.

[76] רמ"א, חו"מ, סימן רנג, סעיף טז. ראה: פתחי תשובה, יו"ד, סימן רנג, ס"ק ד; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קמז.

[77] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנג, סעיף טז.

[=מאתיים] זוז לפלונית בנדונייתה', אין להם לתת עד שתינשא ותצטרך לכך, ואם מתה בינתיים אין ליורשיה כלום"[78]. לכאורה, פסיקה זו מתיישבת היטב עם שיטת ר' קוביל, ואף עם שיטת הריטב"א, לפי ההסבר שהציע החתם סופר, שאם הכסף לא הגיע לנהנה, וסוכלו מטרות הנאמנות, חוזר הכסף ליוצר, לכל הדעות.

פסיקת השולחן ערוך סותרת לכאורה את פסיקתו במקום אחר[79] שכסף שנגבה לפדיון שבוי, ומת השבוי, אין יורשיו זוכים בכסף. כדי ליישב בין הפסיקות, נצטרך לחזור להבחנה שעשה החתם סופר בין מצב שהכסף הגיע לנהנה, שאז הכסף עובר ליורשיו גם אם סוכלו מטרות הנאמנות, לבין מצב שלא הגיע הכסף לנהנה.

נראה אפוא, שלדעת השולחן ערוך, משעה שזכה הנהנה בנכסי הנאמנות, לא ניתן להוציאם מחזקתו או מחזקת יורשיו, אף אם מטרות הנאמנות סוכלו, בעוד שלדעת הרמ"א, אף לאחר שזכה הנהנה בנכסי הנאמנות, ניתן להוציא את הנכסים מידיו, אם סוכלו מטרות הנאמנות.

[78] על סעיף זה בשולחן ערוך, ראה סעיף 17, פרק שלושה-עשר.
[79] שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנג, סעיף ז. ראה לעיל, הערה 53.

פרק ב

נאמנות על פי כתב הקדש

סעיף 17

יצירה ותחילה של הקדש

יצירה ותחילה של הקדש

17. (א) הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת (להלן — הקדש), טעונה מסמך בכתב, שבו מביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש, וקובע מטרותיו, נכסיו ותנאיו, והמסמך הוא אחד מאלה:

(1) כתב חתום בידי יוצר ההקדש בפני נוטריון;

(2) צוואה של יוצר ההקדש, למעט צוואה בעל פה;

(3) הוראת תשלום לעניין סעיף 147 לחוק הירושה, תשכ"ה־1965.

(ב) תחילתו של הקדש היא עם העברת השליטה בנכסי ההקדש לידי הנאמן.

(ג) נמצאו נכסים המשמשים הקדש, אלא שאין על כך כתב הקדש, רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הקדש ולהגדיר מטרותיו, נכסיו, תנאיו ותחילתו.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 409

פרק שני: מהו "הקדש"? 411

א. הגדרה על פי המטרה או על פי צורת היצירה 411

ב. הקדש משפחתי 412

פרק שלישי: יצירת ההקדש — "הקדשת נכסים לטובת נהנה" 415

א. מבוא 415

ב. עמדת המשפט העברי — כללי 416

ג. משמעות אובליגטורית — יצירת ההקדש כנדר 416

ד. משמעות קניינית — "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" 417

ה. הקצאת נכסים למטרות ההקדש 420

פרק רביעי: נכסי הקדש — "נכסים" 422

א. מבוא 422

ב. נכסים שאינם בבעלותו של יוצר ההקדש 422

ג. נכסים שאינם ברשותו של יוצר ההקדש 423

(1) נכסים מושכרים 424

(2) נכסים ממושכנים 425

(3) נכסים המצויים בסכסוך בעלות 426

(4) חובות 426

ד. נכסים שלא באו לעולם 428
(1) תוקף קנייני ותוקף אובליגטורי (מטעם נדר) 428
(2) הקדש שנוצר על ידי חולה הנוטה למות („שכיב מרע") 429
(3) רווחים 431
ה. זכויות 431

פרק חמישי: דרישת הכתב — „הקדשת נכסים... טעונה מסמך בכתב" 433
א. מבוא 433
ב. הקדשה בעל פה 434
ג. הקדשה בכתב 434
(1) תוקפה של הקדשה בכתב 434
(2) „כתב חתום בידי יוצר ההקדש" 436
ד. הקדשה במחשבה 436

פרק שישי: „יוצר ההקדש" 438
א. מבוא 438
ב. קטין 438
ג. פסול דין 438
ד. יצירת הקדש על ידי שליח 438

פרק שביעי: הבעת הכוונה — „מביע... את כוונתו ליצור הקדש" 440
א. מבוא 440
ב. „נכס זה להקדש" 441
ג. „סך... מנכסַי להקדש" 441
ד. „אתן... להקדש" 442
ה. „תנו... להקדש" 442
ו. „יהיה הקדש" 443

פרק שמיני: כוונת המקדיש — „כוונתו" 444
א. מבוא 444
ב. הקדש על תנאי 444
(1) תנאי רגיל 444
(2) תנאי שיש בו אסמכתא 444
ג. הקדש בכפייה 446
ד. הקדש בטעות 447
ה. הקדש מחמת עושק 448
ו. הקדש מחמת כעס 449
ז. הקדש כאמצעי לחץ 449

פרק תשיעי: כוונה ליצור הקדש בעתיד — „ליצור הקדש" 449
א. מבוא 449
ב. הקדש „לאחר זמן" 450
ג. הקדש „מהיום ולאחר זמן" 451

פרק עשירי: קביעת מטרות ההקדש — „וקובע מטרותיו" 452
א. מבוא 452

ב. הקדש שלא צוינו מטרותיו 452
ג. הקדש שמטרותיו אינן ברורות 453
ד. קביעת מטרות ההקדש על ידי הנאמן 455
ה. קביעת זהות הנהנים על ידי הנאמן 455

פרק אחד־עשר: פירוט נכסי ההקדש — "נכסיו" 456
א. מבוא 456
ב. האם צריך לפרט את נכסי ההקדש? 456
ג. הפרטים שיש לציין 459
ד. תוקפו של כתב הקדש שאין בו פירוט נכסים 460

פרק שנים־עשר: "צוואה של יוצר ההקדש" 460
א. מבוא 460
ב. "נכס זה להקדש לאחר מותי" 460
ג. "תנו נכס זה להקדש לאחר מותי" 461
ד. "כתבו ותנו" 462

פרק שלושה־עשר: "הוראת תשלום" 463

פרק ארבעה־עשר: תחילת ההקדש 465
א. מבוא 465
ב. מתי מתחילה חבות הנאמן 465
ג. העברת השליטה בנכסי ההקדש 466
(1) האם קיימת חובה להעביר את נכסי ההקדש לשליטת הנאמן? 466
(2) כיצד תועבר השליטה בנכסי ההקדש? 467

פרק חמישה־עשר: הקדש כאישיות משפטית נפרדת — "נכסי ההקדש" 467
א. מבוא 467
ב. הקדש לבית המקדש 468
ג. הקדש למטרות צדקה 469

פרק שישה־עשר: הצהרה על קיום הקדש — "...רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הקדש" 473
א. מבוא 473
ב. ההצהרה כגילוי על קיומו של "הקדש במחשבה" 474
ג. הצהרה כגילוי על קיומו של הקדש רגיל 475

פרק שבעה־עשר: סיכום 476

פרק שמונה־עשר: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 479

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה פותח את הפרק השני בחוק, העוסק בנאמנות שנוצרה על פי כתב הקדש. להלן, בפרק השני בדיוננו, נבהיר את ההבחנה בין נאמנות רגילה לבין נאמנות על פי כתב הקדש, הן לפי המשפט הישראלי והן לפי המשפט העברי.

ס"ק (א) עוסק ביצירת ההקדש. בפרק השלישי נברר מהן תוצאותיה המשפטיות של יצירת ההקדש לפי המשפט הישראלי, ומהן תוצאותיה לפי המשפט העברי.

לעיל[1] ביררנו אלו נכסים יכולים לשמש כנכסיה של נאמנות. דיון זה התמקד בשאלה, כלפי אלו נכסים יכול הנאמן, לפי המשפט העברי, ליצור זיקה שתאפשר לו למלא את חובותיו כנאמן. ס"ק (א) עוסק בהקדשת נכסים שיש לה תוקף אף לפני העברת השליטה בהם לידיו של הנאמן (שבה עוסק ס"ק (ב)), כלומר — לפני יצירת הזיקה בין הנאמן לבין נכסי הנאמנות. לפיכך, יש לדון בשאלה: אילו נכסים ניתן להקדיש? בפרק הרביעי נדון האם אפשר להקדיש נכסים שאינם בבעלותו של היוצר, נכסים שאינם ברשותו (כגון נכסים מושכרים, מוחכרים, חובות ועוד), נכסים שטרם באו לעולם וזכויות.

ס"ק (א) קובע דרישת כתב מהותית: לא ניתן ליצור הקדש ללא מסמך כתוב. יש לבחון: האם גם לפי המשפט העברי יש ליצור הקדש באמצעות כתב הקדש בלבד? ואם כן, האם דרישה זו היא מהותית או ראייתית בלבד? בהקשר זה נדון אף בשאלה האם ניתן ליצור הקדש במחשבה. בכך יעסוק הפרק החמישי.

מן הסעיף עולה שלפי החוק, כתב ההקדש אינו חייב להיות מסמך שנערך ונכתב על ידי יוצר ההקדש. גם מסמך שנערך בידי אחרים מקיים את דרישת הכתב הנחוצה לשם יצירת ההקדש, ובלבד שיוצר ההקדש חתום עליו. יש לברר את עמדת המשפט העברי בנידון: האם מעמדו של מסמך שכתב אדם אחר וחתם עליו יוצר ההקדש זהה לזה של מסמך שכתב יוצר ההקדש, או שמא לשם יצירת ההקדש לא די בחתימת יוצר ההקדש על הצהרה שנערכה בידי אחר? גם בכך נעסוק בפרק החמישי.

מי שמקדיש את נכסי ההקדש מכונה בסעיף זה בשם "יוצר ההקדש". מי כשר ליצור הקדש? האם גם קטין ופסול דין יכולים ליצור הקדש? שאלה נוספת שעולה בהקשר זה היא, האם יצירת הקדש יכולה להיות מושא לשליחות, או שמא אין אדם יכול למנות אחר כדי שיקדיש נכס במקומו? נעסוק בשאלות אלה בפרק השישי.

בכתב ההקדש "מביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש". אין התייחסות בחוק לנוסח ההבעה, ונראה שהעיקר הוא שניתן יהיה להסיק מדבריו של יוצר ההקדש שבכוונתו ליצור הקדש. לא כך הוא לפי המשפט העברי, הנותן משקל רב לצורה שבה מביע יוצר ההקדש את

[1] סעיף 1, פרק שלישי.

כוונתו ליצור הקדש. נוסחים שונים יובילו לתוצאות משפטיות שונות. לפיכך, בפרק השביעי נדון בנוסחים השונים ובתוצאותיהם המשפטיות.

יוצר ההקדש נדרש להצהיר על כוונתו ליצור הקדש. מהי מידת הרצינות של הכוונה הדרושה לשם יצירת הקדש? ומה דינו של הקדש שנוצר בכפייה, בטעות, מחמת עושק, בעת כעס או כאמצעי לחץ? האם גם בנסיבות אלו נאמר שהיוצר הביע את כוונתו ליצור הקדש, או שמא בנסיבות אלו כוונת היוצר פגומה, ולא נוכל לראות בהצהרתו הצהרה כנה על הכוונה ליצור הקדש? ועוד: האם ניתן להתנות את קיומו של ההקדש בתנאי מתלה או מפסיק? בכל אלה נדון בפרק השמיני.

מן הביטוי "כוונתו ליצור הקדש" ניתן ללמוד שגם הצהרה שבה מביע היוצר את כוונתו ליצור הקדש בעתיד, יוצרת הקדש. בפרק התשיעי נברר האם לפי המשפט העברי יש בכוחו של יוצר הקדש ליצור הקדש ולעכב את תחולתו עד לזמן כלשהו בעתיד.

כתב הקדש שחסרה בו קביעה של מטרות ההקדש אינו תקף. בפרק העשירי נברר את עמדת המשפט העברי באשר לכתב הקדש שאין בו מטרות, ובאשר לכתב הקדש הכולל בתוכו הגדרה של מטרות ההקדש, אך ההגדרה אינה ברורה דיה.

מלשון החוק עולה שאת מטרות ההקדש נדרש יוצר ההקדש לקבוע. בפרק העשירי נברר גם האם רשאי יוצר ההקדש להסמיך אחרים (כגון הנאמן) לקבוע את מטרותיו של ההקדש או את קביעת זהותם של הנהנים?

כתב ההקדש חייב לכלול גם פירוט של נכסי ההקדש. בפרק האחד־עשר, נברר האם גם לפי המשפט העברי נדרש יוצר ההקדש לפרט את נכסי ההקדש? ואם כן, מה הם הפרטים שעליו לפרט? כמו כן, נדון בשאלת תוקפו של הקדש שלא פורטו נכסיו.

כתב ההקדש יכול להיווצר גם באמצעות "צוואה של יוצר ההקדש, למעט צוואה בעל פה". כפי שנראה בפרק השנים־עשר, לנוסח הצוואה יש משמעות רבה במשפט העברי. לא כל נוסח המתאים לעריכת צוואה מתאים גם ליצירת הקדש.

המסמך הכתוב הנדרש לשם יצירת ההקדש יכול להיות גם "הוראת תשלום לעניין סעיף 147 לחוק הירושה, תשכ"ה־1965". משמעות הדבר היא, שהוראת תשלום של חברת ביטוח, קופת גמל וכדומה עקב מותו של אדם, תיחשב ליצירת הקדש. ייחודה של הוראת התשלום לעומת מסמכים אחרים העשויים לשמש ככתב הקדש הוא שהוראה זו לא נועדה מעיקרה ליצור נאמנות, אלא להעביר כסף למוטבים. מתעוררת השאלה, מתי, לפי המשפט העברי, מפרשים הוראת תשלום כמתנה מיידית, ומתי מפרשים אותה כיצירת הקדש? נעסוק בכך בפרק השלושה־עשר.

לפי ס"ק (ב), תחילתו של הקדש היא עם העברת השליטה בנכסיו לידי הנאמן. בפרק הארבעה־עשר נברר מה הן התוצאות המשפטיות של תחילת ההקדש, והאם לפי המשפט העברי, תוצאות אלה חלות במועד שבו לפי החוק מתחיל ההקדש.

עוד נברר בפרק הארבעה־עשר האם לפי המשפט העברי חייב יוצר ההקדש להעביר את נכסי ההקדש לשליטתו של הנאמן? האם יורשיו חייבים לעשות כן? וכאשר מועברת השליטה בנכסי ההקדש לידיו של הנאמן, מהי הדרך לעשות זאת?

מן הביטוי "נכסי ההקדש" שבס"ק (ב), היו שלמדו שלהקדש יש אישיות משפטית נפרדת. בפרק החמישה־עשר נברר האם יש יסוד לכך במשפט העברי.

ס"ק (ג) עוסק ב"נכסים המשמשים הקדש, אלא שאין על כך כתב הקדש", וקובע לגביהם

שבית המשפט רשאי "להצהיר על קיום הקדש ולהגדיר מטרותיו, נכסיו, תנאיו ותחילתו". בפרק השישה־עשר נדון בשאלה: האם לפי המשפט העברי מוסמך בית המשפט להצהיר על קיומו של הקדש בנכסים המשמשים הקדש? ואם כן, מה ההצדקה לסמכות זו?

פרק שני

מהו "הקדש"?

א. הגדרה על פי המטרה או על פי צורת היצירה

עד לחקיקת חוק הנאמנות, המונח "הקדש" יוחד לנאמנות שנועדה למטרות צדקה (לפי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה), סעד, חינוך, דת, תרבות, ספורט או כל מטרה ציבורית אחרת, בלי שתהיה חשיבות לאופן שבו היא נוצרה[2]. זהו המובן המסורתי והמקובל של ה"הקדש" מדורי דורות.

משנחקק חוק הנאמנות, הורחבה משמעות המושג "הקדש". מעתה, ההבחנה בין נאמנות רגילה לבין נאמנות שהיא "הקדש" אינה מתמקדת במטרותיה של הנאמנות אלא בדרך יצירתה. נאמנות שנוצרה באמצעות מסמך כתוב ובהתאם לתנאים הקבועים בסעיף זה, היא "הקדש". תנאים אלו אינם נוגעים למטרותיה של הנאמנות. למובן המסורתי של המונח "הקדש" יצר חוק הנאמנות מונח חדש: "הקדש ציבורי", שהוא "נאמנות שמטרתה או אחת ממטרותיה היא קידומו של עניין ציבורי"[3].

מבחינה מהותית, קשה להבין מהו הצידוק לקיומן של הוראות שונות עבור שני סוגי

[2] במילון ספיר (מהד' 1997), מוגדר ההקדש כ"כינוי לאוצר המקדש", "תרומה למוסד ציבורי למטרות קדושה או צדקה" או "בית מחסה או בית חולים לנצרכים". הגדרות דומות יש גם במילון אבן שושן.
על שינוי המובן המסורתי של "הקדש", העיר ח"כ אנקוריון בעת הדיון בכנסת על הצעת חוק הנאמנות (דברי הכנסת 65 (תשל"ג), 506), ולאחר שנחקק החוק, העיר על כך י' ויסמן, "אבני נגף בחוק הנאמנות", עיוני משפט ז (תשל"ט־תש"ם) 282, עמ' 303, הערה 90.
בספרות חז"ל, "הקדש" מציין רכוש המיועד לבית המקדש. בספרות הפסיקה הבתר־תלמודית, היות שכבר לא היה הקדש לטובת בית המקדש, המשמעות השכיחה של "הקדש" היא הקדשת נכסים למטרות צדקה וכדומה. ראה לדוגמה: שו"ת הריטב"א, סימן לד, וסימן קסז; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תריח, והמיוחסות לרמב"ן, סימן רסט; מרדכי, עבודה זרה, סימן תשצט; ספר התרומה, סימן קלט; כל בו, סימן פב; ספר התרומות, שער מו, חלק ד, סעיף ח; שו"ת ר' אליהו מזרחי, סימן נג; שו"ת דובב מישרים, חלק א, סימן כז. רמ"א, יו"ד, סימן רנח, סעיף א, אף פוסק, שבזמננו, אחרי חורבן בית המקדש, מי שאומר "נכס זה להקדש", מפרשים את דבריו שהתכוון להקדש לצדקה ולא להקדש של בית המקדש (ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 13, וליד ציון הערה 204). תשב"ץ, חלק ג, סימן קנב, מביא דוגמאות לכך שגם חז"ל השתמשו לעיתים בלשון "הקדש" לגבי צדקה.
סקירה של פסיקת בתי המשפט מגלה שגם היום, כשלושים שנה לאחר כניסתו של חוק הנאמנות לתוקף, השימוש השכיח בנאמנות על פי כתב הקדש הוא דווקא בנאמנויות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, ונדיר ביותר השימוש בנאמנות על פי כתב הקדש למטרות פרטיות.

[3] סעיף 26(א). ראוי לציין שמהגדרה זו עולה ש"הקדש ציבורי" אינו חייב להיות "הקדש" כמשמעותו בסעיף 17, וניתן ליצור "הקדש ציבורי" גם בעל פה.

נאמנות, שכל ההבדל ביניהם הוא שסוג אחד נוצר בעל פה, ובו עוסק הפרק הראשון של החוק, וסוג אחד נוצר בכתב, ובו עוסק הפרק השני בחוק[4].

ואמנם, כפי שניווכח במהלך הדיון בפרטי הסעיפים השונים של הפרק השני של חוק הנאמנות, הוראות דומות ביותר להוראותיו של פרק זה קיימות אף במשפט העברי, אך במשפט העברי הוראות אלו נוגעות אך ורק להקדשות במובנם המסורתי — קרי, לנאמנויות שנועדו למטרות צדקה.

אבל היות שהחוק הישראלי אינו מייחד את הפרק השני של החוק לנאמנויות למטרות צדקה בלבד, נציג גם את עמדת המשפט העברי בנוגע לתחולת הוראות פרק זה על נאמנות פרטית.

ב. הקדש משפחתי

על אף שבמשפט העברי, מציין המונח "הקדש" נאמנות שנועדה למטרות צדקה, כאמור, הרי בארצות שבהן שלט המשפט המוסלמי, עדים אנו ליצירת הקדשות יהודיים שנועדו למטרות פרטיות לחלוטין. הקדשות אלו כונו "וואקף משפחתי", ותכליתם העיקרית הייתה למנוע מן השלטונות להלאים את נכסי המשפחה[5]. החוק העות'מני הכיר בתוקפו של "וואקף משפחתי" והעניק לוואקף מסוג זה חסינות מפני הלאמה בידי השלטונות. הסמכות בכל הנוגע ליצירת ההקדש ולקביעת הדרכים לניהולו נמסרה בידיו של בית הדין המוסלמי־השרעי. מצב זה נשמר בארץ ישראל בתקופת השלטון המנדטורי, ולא השתנה אף לאחר הקמת מדינת ישראל ולאחר חקיקת חוק הנאמנות בשנת תשל"ט[6].

עדויות ליצירתם של הקדשות משפחתיים מצויות לרוב בספרות התשובות[7], אך עדויות אלו אינן מלמדות שהמשיבים העניקו להקדשות אלו מעמד של 'הקדש' לפי המשפט העברי.

[4] ואכן, מנסחי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, עמדו על קושי זה, ועל כן ביטלו את מוסד ה"הקדש", ואיחדו את ההוראות הנוגעות לנאמנות הפרטית ולנאמנות בכתב. ראה דברי ההסבר לסעיף 564. המנסחים אף הדגישו שהוראות התזכיר אינן נוגעות לנאמנות הציבורית, משום שלנאמנות זו ראויות הוראות חוק מיוחדות המתאימות לנאמנות שלציבור יש עניין בהגשמת מטרותיה. ראה דברי ההסבר שם לפרק העוסק בנאמנות. עם זאת, גם התזכיר עושה הבחנה בין נאמנות רגילה לבין נאמנות שנוצרה בכתב (סעיף 565 דורש תנאים דומים לאלה שדורש סעיף 17 לעניין יצירת "הקדש"), ויש הוראות חוק החלות רק על נאמנות שנוצרה בכתב: סעיף 570(ב), 587(ג), ו־590.

[5] בעניין זה, ראה: א' טננבוים, וא' קפלן, "מקרקעי הקדש יהודיים בישראל — מבוא היסטורי, חברתי ומשפטי", מקרקעין ב(6), נובמבר 2003, עמ' 3, בעמ' 8־9; כרם, עמ' 10, ליד ציון הערה 12, ובהערה 12.

[6] אמנם היועץ המשפטי של מִנהל המקרקעין צוטט כאומר: "ההקדש המשפחתי אינו תופס מבחינת החוק והמשפט, ועל כן אין אפשרות להעביר את זכות החכירה על שם 'הקדש משפחתי'" (ראה: צבי ויינמן, "הקדש משפחתי אינו הקדש", תחומין, כא [תשס"א], עמ' 237), אולם קביעה זו לא נומקה, ולא מצאנו לה יסוד בחוק הנאמנות או בפסיקת בתי המשפט. ייתכן שכוונת היועץ המשפטי הייתה שהקדש משפחתי אינו ישות משפטית עצמאית, ולכן אי אפשר לרשום קרקע על שמו בפנקס המקרקעין (במעמדו המשפטי העצמאי של הקדש נדון להלן, ליד ציון הערה 283 ואילך).

[7] ראה למשל: שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן קה; שו"ת אבקת רוכל, סימנים עב־עג; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן רסא (להלן, הערה 307); שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן לב; שו"ת פני משה (בנבנשתי), חלק א, סימן צד. וראה גם ר' יוסף הנזיר, שו"ת מטה יוסף, סימן יב, דף כא ע"ג, שדן בהקדש מסוג זה, ואף מסגיר את כוונת המקדיש בלשון זו: "הבתים היו ווקו"ף דורייא כמנהג הישמעאלים, שאחר כלות זרעו לגמרי יהיה ווקו"ף לפליליהם, ועשה כן... להבריח מן המלכות, לפי שהוא היה עסקו עם המלכות, ולכן תלה עצמן בקדשים שלהם, כדי להינצל מן המלכות ולהחזיק אכילת פירות הקרקע ליורשיו אחריו דור אחר דור".

ההקדש המשפחתי מצא ביטוי גם בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים משנת תש"ג, בתקנה[8] העוסקת במי ש"רוצה להקדיש נדל"ן או סך כסף מסוים בתורת קרן קיימת לתורה, מצווה, חינוך או צדקה או לטובת בני משפחתו...". אולם בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים משנת תש"ך, נידונה רק "בקשה לכינון הקדש לתורה, מצווה או צדקה..."[9], וההקדש "לטובת בני משפחתו" שהוזכר בתקנות משנת תש"ג לא הוזכר עוד. יש מי שהסביר השמטה זו כך[10]: "השינוי נובע, כנראה, מכך שהקדש משפחתי אינו תופס יותר מבחינת החוק והמשפט. מערכת בתי הדין הרבניים הכירה אפוא בכך, שמעתה ואילך אין עוד תוקף חוקי להחלטת בית הדין לרשום 'הקדש משפחתי', והחלטה כזו אינה ניתנת לביצוע". אבל כפי שניווכח להלן, לא כל הדיינים הבינו כך את ההשמטה.

שאלת המעמד ההלכתי של הקדשות מסוג זה נדונה לגופה רק לאחרונה, בעקבות בקשתו של יוצר הקדש משפחתי לבטל את ההקדש[11]. אותו הקדש נוצר בשנת תשל"ה בידי אדם שביקש להבטיח את עתיד בנותיו ולמנוע את בזבוז רכושו, בדרך של יצירת "הקדש משפחתי". בכתב ההקדש נקבע שהנהנים מפירות ההקדש יהיו המקדיש ואשתו, ולאחר מותם — שלוש בנותיהם ו"צאצאיהם עד סוף כל הדורות". כדי לתת תוקף חוקי להקדש, נפתח תיק בבית הדין הרבני שכותרתו הייתה: "הקדש משפחתי". לאחר כעשרים וחמש שנים, ביקש המקדיש לבטל את ההקדש[12], ולשם כך פנה לבית הדין הרבני האזורי בירושלים. בית הדין דחה את הבקשה, בנימוק ש"הקדש משפחתי — הקדש הוא", וממילא, כשם שאין יוצר ההקדש רשאי לבטל הקדש שיצר, כך גם יוצרו של הקדש משפחתי אינו רשאי לבטלו.

שני נימוקים עיקריים עמדו בבסיס פסק הדין. ראשית, זכותם של הנהנים מן ההקדש מוגבלת להנאה מפירות ההקדש, ואילו הקרן נותרת בידי ההקדש. כיום, השימוש במילה "הקדש" מורה על כוונת המקדיש לייעד נכס למטרות צדקה[13]. בהתאם לכך, יראה בית הדין את הקרן כשייכת להקדש למטרות צדקה, ו"ינהג בהם כפי שנוהג בנכסי הקדש"[14].

אמנם, בתשובה זו דן המשיב בהקדש זה כהקדש לכל דבר, אולם מן השאלה עולה שבנוסף להקדש המשפחתי, הוקדש חלק מן הנכסים לעניי ירושלים, ואף נעשה בחלק מן הנכסים שימוש לטובת בית כנסת. משום כך, קשה להסיק מן התשובה שר' יוסף הנזיר מעניק להקדש המשפחתי מעמד זהה לזה של הקדש רגיל. ראה גם את שטר ההקדש המובא בספר בשערי בית הדין, חלק ג, עמ' 141-142.

8 תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, תש"ג, סימן קפו. התקנה מתייחסת רק ל"נדל"ן" או ל"סך כסף מסוים", ולא מצאנו הסבר מניח את הדעת להגבלה זו.

9 תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, תש"ך, סימן קעב.

10 ויינמן (שצוין לעיל, הערה 6), בעמ' 241.

11 תיק מס' 1-44-000795617 בבית הדין האזורי בירושלים (לא פורסם). יש לציין שההרכב שדן בבקשה זו מתייחס להקדש משפחתי כאל הקדש תקף לכל דבר גם בפסקי דין אחרים. ראה: בשערי בית הדין, חלק ג, עמ' 170-173.

12 הסיבה לבקשה אינה ברורה. מפסק דינו של בית הדין האזורי עולה שהבקשה נבעה מכך שלטענת המבקש, "לא ניתן לקבל אישור להקדש משפחתי על ידי הממשלה". מנגד, מפסק דינו של בת הדין הרבני הגדול עולה שהבקשה נבעה מרצונו של המבקש "להשתמש בהקדש על מנת שיוכל להיכנס לבית אבות". הרב שיינפלד, שישב בהרכב בית הדין האזורי, כתב במאמרו (הנספח למאמרו של הרב ויינמן, לעיל הערה 6) שבעת הדיון בפני בית הדין האזורי, לא הועלה כלל הנימוק שהועלה בפני בית הדין הרבני הגדול.

13 רמ"א, יו"ד, סימן רנח, סעיף א. ראה על כך לעיל, הערה 2, וליד ציון הערה 204.

14 נימוק זה הועלה על ידי הרב מסעוד אלחדד. הקושי העיקרי שבו הוא שקביעתו של הרמ"א, שם, שהמשתמש במילה "הקדש" כוונתו להקדיש מנכסיו למטרות צדקה, מיוסדת על אומד דעתם של רוב

שנית, בכתב ההקדש נקבע שאין למכור את נכסי ההקדש, "מלבד אם ישכנעו את בית הדין שהמכירה היא לטובת ההקדש... ובתנאי שיקנו בתמורה נכסי דלא ניידי אחרים". היות ש"בהחזקת בתים ושדות בארץ ישראל יש מצווה גדולה של ישוב ארץ ישראל", הרי שההקדש נועד למטרה שיש מצווה בקיומה, ולכן יש להתייחס אליו כאל הקדש למטרות מצווה, ולא כאל הקדש למטרות פרטיות[15].

על פסק דין זה הוגש ערעור בפני בית הדין הרבני הגדול[16], והערעור התקבל[17]. בנימוקים

המקדישים, שכאשר משתמשים במונח זה כוונתם ליצור הקדש לצדקה. אולם קביעת ייעודם של הנכסים נקבעת בראש וראשונה בהסתמך על אומד דעתו של המקדיש, ולא על לשונו. לעניין זה, יפים הדברים שנאמרו בפד"ר, כרך ב, עמ' 38: "חוקת ההקדש היא — מטרתו של ההקדש לשמו נוצר, ורצונו של המקדיש; כל שטר וכל תקנה לניהול הקדש, הוא רק לשם ביצוע יעיל של מטרה זו, ולשם מילוי רצונו של המקדיש". לפיכך, במקום שממכלול ההוראות שבכתב ההקדש ומנסיבות יצירתו של ההקדש עולה שהיוצר מעולם לא התכוון לייעד את נכסיו לצדקה, אין להיתלות בשימוש במילה "הקדש" כדי לקבוע שהתכוון ליצור הקדש למטרות צדקה. שיקול זה עלה גם בנימוקי פסק הדין בערעור (להלן, הערה 16). שם הועלתה טענה נוספת: שההקדש נוצר בהתאם להוראות רבו של המקדיש, שסבר שהקדש משפחתי אינו הקדש וניתן לבטלו. מכך יש להסיק "שמלכתחילה נעשה ה'הקדש' לפי מושגיו של כבוד הרב שליט"א (רבו של המערער), ולא לפי הבנתו של בית הדין האזורי".

[15] נימוק זה הועלה על ידי הרב אברהם שיינפלד.

מן הראוי לציין ששטר ההקדש לא שלל במפורש מבני המשפחה את הזכות למכור נכסי דלא ניידי שבארץ ישראל על מנת לקנות נכסי דלא ניידי בחו"ל. כמו כן, שטר ההקדש לא שלל מכירת נכס בירושלים על מנת לקנות נכס בעיר אחרת, על אף ש"יישוב ירושלים קודם לשאר ארץ ישראל", כפי שנאמר בפסק הדין. אולם הרב שיינפלד מפרש את התנאי "שלא ימכר ולא יגאל לעולם", כתנאי שנועד להורות ליורשים שנכסי ההקדש ישמשו לטובת מצוות ישוב הארץ. בהתאם לכך, דעתו היא שבית הדין לא יאשר מכירה של נכס הקדש זה אף במטרה לרכוש נדל"ן בחו"ל או במקום אחר בארץ ישראל שמעלתו פחותה ממעלת המקום שבו מצויים נכסי ההקדש עתה.

יש להעיר שלפי סעיף 26(א), די בכך שאחת ממטרותיה של נאמנות תהייה לטובת קידומו של עניין ציבורי, כדי שהיא תוגדר כהקדש ציבורי. וראה גם: עז' (תל־אביב) 28/89 עזבון המנוחה בלומה נ' תנחום אבן, תק־מח 92(1), 1006, 1010 ("בין המטרות שלשמן נוצר ההקדש בצוואות יש מטרות שיש בהן עניין ציבורי... ההוראות לשלם סכומים שונים לאנשים פרטיים אינן גורעות מאפיו הציבורי של ההקדש, באשר די בכך שאחת ממטרותיו של ההקדש היא קידומו של עניין ציבורי"). בהתאם לעמדה זו, ניתן לטעון שהעובדה שיוצר ההקדש ביקש ליצור את ההקדש המשפחתי בעיקר כדי להגן על נכסי משפחתו, אינה שוללת את הגדרת הנאמנות כהקדש ציבורי, כל עוד בין מטרותיו של ההקדש יש מטרה אחת שהיא מטרה ציבורית.

אבל פסק הדין בתיק 1466, בפני בית הדין של הרבנות הראשית לישראל, המובא בספר בשערי בית הדין, חלק ג, עמ' 143־144, איפשר את ביטולו של הקדש משפחתי, אף שנכסיו היו מקרקעין שבארץ ישראל. באותו מקרה, נקבע בשטר ההקדש במפורש שאם יִכָּלוּ בני המשפחה, נכסיו יועברו ל"בתי החולים של יהודי ירושלם שיצטרכו לתמיכה. ואם לא יהיו כאלה, אז לקרן הקיימת לישראל או לכל מוסד יהודי לאומי אחר שבאותו הזמן, ושמטרותיו תהיינה דומות למטרות הקרן הקיימת לישראל. ואם לא יהיה קיים שום מוסד כזה... אז ייהנו מההקדש העניים היהודים מכל העדות הגרים בירושלים. ואם לא ימצאו כאלה, אז העניים היהודים הנמצאים בארץ ישראל, ואחריהם העניים היהודים בכל מקום שהם". מפסק דין זה עולה שגם אם נכסי ההקדש הם מקרקעין שבארץ ישראל, וגם אם הם מיועדים, לאחר כלות בני המשפחה, לעניים או למטרות ציבוריות, אין בכך כדי להעניק להקדש המשפחתי את המעמד של הקדש לכל דבר. ראה גם את ההחלטה של אותו הרכב בתיק 15/5/1, המובאת שם, עמ' 145.

[16] תיק מס' 1־44־000795617, בבית הדין הרבני הגדול בירושלים (לא פורסם). עיקרי פסק הדין הובאו במאמרו של הרב ויינמן, שצוין לעיל, הערה 6.

[17] ראוי לציין שהרב אברהם שיינפלד, שישב בהרכב בית הדין האזורי שדן בעניין, כתב תגובה לפסק דינו של

לפסק הדין אין התייחסות ישירה לנימוק הראשון דלעיל, ואילו הנימוק השני נדון רק בפסק דינו של הרב אליהו בקשי דורון.

הרב דיכובסקי עמד על ההיסטוריה המשפטית של ההקדש המשפחתי, ובעקבותיה קבע באופן נחרץ: "הקדש משפחתי הוא יצירה עותומנית... אין בו שום קדושה, וכולו חולין בלבד"[18], ועל כן "המערער זכאי לבטל את ההקדש". לעמדה זו הצטרף גם הרב בן שמעון, אך הוא סייג את דבריו בקביעה הסתמית: "רצוי שיעשה היתר על נדרו".

הרב בקשי דורון קיבל את טענת בית הדין האזורי, שהקדשה של מקרקעין בארץ ישראל, תוך התנאה שאין למכור את המקרקעין, נחשבת כ"נדר שיש בו מצווה", אף אם ההקדש נוצר לטובת בני משפחה. אולם הוא מדגיש שההקדש אינו בגדר "הקדש לצדקה" שלא ניתן להישאל עליו, ומכאן הוא מגיע לתוצאה שניתן לבטל את ההקדש על ידי התרת הנדר.

מדבריהם של הרב בקשי דורון והרב בן שמעון עולה ש"הקדש משפחתי" הוא לכל היותר הקדש לשם קיום מצוות יישוב ארץ ישראל, שמעמדו נחות לעומת הקדש למטרות צדקה. נחיתות זו באה לידי ביטוי בעיקר בכך שניתן לבטל את ההקדש באמצעות התרת הנדר.

עוד עולה מדבריהם, ש"הקדש משפחתי" שנכסיו מיטלטלין, או שאין תנאיו אוסרים את מכירת נכסי ההקדש, אינו נחשב כהקדש כלל, ואף לא כנדר למטרות מצווה.

לדעת הרב דיכובסקי, אם המטרות הפרטיות הן שעמדו בראש מעייניו של המקדיש, ההקדש אינו נחשב כהקדש שנועד לקדם מטרות שהן בגדר מצווה, אלא דינו כנאמנות פרטית לכל דבר.

על אף חילוקי הדעות, נראה שמהנמקותיהם של כל ההרכבים שדנו בתיק זה עולה המסקנה שלנאמנות שמטרותיה הן פרטיות בלבד, אין מעמד הלכתי של 'הקדש'.

פרק שלישי

יצירת ההקדש — "הקדשת נכסים לטובת נהנה"

א. מבוא

סעיף זה מבחין בין יצירתו של הקדש לבין תחילתו. ס"ק (א) עוסק ביצירה של הקדש, וקובע שלשם כך די בעריכת מסמך בכתב, ואילו שני הסעיפים הקטנים הבאים עוסקים בתחילתו של

בית הדין הגדול, וממנה עולה שהוא עומד בדעתו הראשונה (ראה נספח למאמרו של צ' ויינמן, שצוין לעיל, הערה 6).

[18] כך עולה גם מדברי שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תרלד, שדן בתוקפו של "ווקף עלא אל דוריאה" [=הקדש משפחתי] שנעשה בהצהרה בעל פה בלבד. הרדב"ז קובע שלהקדש זה אין תוקף, מפני ש"אמירה לגבוה או לעניים אמרו דהוי כמסירה להדיוט, אבל לא לעשירים". למסקנה זהה מגיע גם ר' יוסף מטראני, בשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן ו, וחלק ב, חו"מ, סימן צד. למקורות נוספים שיש בהם התייחסות דומה להקדש מסוג זה, ראה בספר בשערי בית הדין, חלק ג, עמ' 153-162.
אבל בפסק דין המובא שם, עמ' 164-167, נקבע שאם המקדיש הקדש משפחתי קובע שאם בני המשפחה ימכרו, ישכירו או ימשכנו את הנכס לתקופה העולה על שלוש שנים, או שהנכס ימושכן או יעוקל בידי צד שלישי, הוא יהיה הקדש לעניים למפרע מעת יצירת ההקדש — ההקדש תקף. ושם, עמ' 168-169, נאמר שבית הדין התבקש לבטל הקדש שנוצר בדרך זו משום שהמקדיש ירד מנכסיו, ובכל זאת לא הסכים בית הדין לבטלו.

הקדש, שלשם כך יש צורך בהעברת השליטה בנכסים לנאמן. ליצירת ההקדש יש כמה נפקויות: לאחר יצירת ההקדש רשאי בית המשפט למנות לו נאמן[19], הנאמן הציבורי רשאי לנקוט אמצעים לשמירת נכסי ההקדש, בנסיבות המתאימות[20], וכן חלות כמה מהוראות פרק ג של החוק (העוסק בהקדש ציבורי)[21].

לדעת כרם[22], יצירת ההקדש אינה מגבילה את זכויות היוצר בנכסים שקבע כנכסי הקדש. להלן ניווכח שלמשפט העברי עמדה שונה, הן בנוגע לזכויותיו של המקדיש בנכסי ההקדש והן בנוגע לתוצאותיה של יצירת ההקדש.

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

השאלה שעלינו לדון בה היא: האם לפי המשפט העברי יש תוקף להקדש לפני מסירת השליטה בנכסים לנאמן?

בדיוננו לעיל[23] ראינו, שבאופן כללי, לפי המשפט העברי, יש שני סוגים של נאמנות: בסוג אחד, מועברת לנאמן בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות או על פי כתב ההקדש; ובסוג השני, הנאמן משמש רק כשליח, בלי שתהיה לו שום בעלות בנכסים. לפי זה, נאמנות מן הסוג הראשון תיווצר רק לאחר שתועבר לנאמן בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות; ואילו נאמנות מן הסוג השני יכולה להתקיים גם בלי העברת השליטה בנכסים, ובלבד שימונה הנאמן לשליח.

ברם, סעיף זה מדבר על יצירת הקדש בעריכת המסמך היוצר את ההקדש בלבד, אף בלי מינוי נאמן; ובכך אין המשפט העברי מכיר, אף בנאמנות מן הסוג השני.

כל זה בנאמנות פרטית. אבל בנאמנות למטרות צדקה, יכולות להיות ליצירת הנאמנות משמעויות משפטיות, אף בטרם הועברה השליטה בנכסי הנאמנות לידיו של הנאמן, ואף בלי מינוי נאמן, כפי שנראה להלן.

ג. משמעות אובליגטורית — יצירת ההקדש כנדר

הקדשת נכס למטרות צדקה נחשבת כנדר. כך כותב הרמב"ם[24]: "הצדקה הרי היא בכלל הנדרים. לפיכך, האומר 'הרי עלי סלע לצדקה', או 'הרי סלע זו צדקה' — חייב ליתנה לעניים מיד, ואם איחר עבר ב'בל תאחר'[25], שהרי בידו ליתן מיד ועניים מצויין הן. אין שם עניים, מפריש ומניח עד שימצא עניים". אמנם הדוגמאות שהרמב"ם נוקט הן של הקדשת צדקה לנתינה ישירה לעני, בלי נאמן, אבל דבריו מלמדים שיש תוקף לעצם הקדשת הכסף.

היות שהקדשת נכס למטרות צדקה נחשבת כנדר, יש בכוחו של בית הדין לכפות על יוצר

[19] סעיף 21(ב).

[20] סעיף 24.

[21] לדוגמה: על הנאמן להודיע לרשם ההקדשות על קיום ההקדש הציבורי ועל פרטיו (סעיף 26(א)).

[22] כרם, סעיף 306, עמ' 641. וראה הערה 35 שם, שתפיסה זו של החוק מנוגדת לתפיסה העולה מהצעת החוק ולתפיסה העולה מפקודת ההקדשות לצרכי צדקה.

[23] סעיף 1, פרק שני.

[24] רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ח, הלכה א. כך כותב גם שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנז, סעיף ג. בשאלה האם התחייבות לעשות מעשה שיש בו מצווה מחייבת בתור נדר, ראה סעיף 1, פרק רביעי, ד.

[25] "כי תדור נדר לה' אלקיך לא תאחר לשלמו" — דברים כג, כב.

ההקדש להעביר את נכסי ההקדש לנאמן (כגון לגבאי צדקה) או לנהנים, כשם שיש בכוחו לכפות על כל אדם לקיים את נדריו[26].

ד. משמעות קניינית — "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט"

בתקופה שבה בית המקדש היה קיים, היה אפשר להקדיש נכסים "לצורך גבוה" (כינוי לקדוש ברוך הוא), כלומר, לרכישת קרבנות, לשיפוץ בית המקדש או לניהולו השוטף. על הקדש מסוג זה נקבע ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט"[27]. משמעותה של קביעה זו היא שיצירת הקדש בדרך של אמירה ("אמירה לגבוה") זהה מבחינה משפטית להעברה של בעלות בנכס בין אנשים פרטיים ("מסירה להדיוט"). כלומר, הרכוש המוקדש עובר לבעלותו של בית המקדש או של הקדוש ברוך הוא[28] על ידי עצם האמירה, גם בלא מעשה קניין כלשהו, כגון מסירה[29].

נחלקו הפוסקים בשאלה האם קביעה זו תקפה גם להקדשות למטרות צדקה. יש מן הפוסקים שקבעו שגם הקדשת נכס למטרות צדקה היא "כמסירה להדיוט"[30], בעוד אחרים

[26] ראה: רש"י, ראש השנה ו ע"א, ד"ה ועשית; רמב"ם, הלכות מעשה הקרבנות, פרק יד, הלכה טו (שניהם עוסקים בנדר להביא קרבן). חידושי הריטב"א, ראש השנה ו ע"א, מנמק את הכפייה: "מפני שחייב עצמו ונכסיו לגבוה או לעניים, וכשם שכופין אותו לפרוע מה שחייב להדיוט, שלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש". קצות החושן, סימן כו, ס"ק א, כותב שלפי הדעה (להלן, ליד ציון הערה 30) שיש לעניים זכויות ממוניות בנכסי ההקדש, מכוח דין "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", מובנת סמכות בית הדין לכפות על יוצר ההקדש להעביר את נכסי ההקדש למטרות הצדקה. אבל הוא נשאר בקושיה על הדעה (שהוא עצמו מחזיק בה — ראה הערה 31) שאין בצדקה "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" — מדוע כופים לשלם נדר? והוא מפנה לדבריו בסימן רצ, ס"ק א, שנביא ליד ציון הערה 276, שהחובה האובליגטורית יוצרת שעבוד על נכסי המקדיש, ולכן כופים עליו לשלם, ואף אם מת, נשאר שעבוד על נכסיו, וגובים מיורשיו.

[27] קידושין כח ע"ב.

[28] בשאלה מיהו בעליו של ההקדש, ראה להלן, ליד ציון הערה 293.

[29] מדובר שהקדיש נכס מסוים (כך הוא באנציקלופדיה תלמודית, ערך אמירה לגבוה כמסירה להדיוט, כרך ב, עמ' מ, בהגדרה: "חפץ ידוע"), שהרי בנכס שאינו מסויים לא שייכת מסירה. וראה להלן, ליד ציון הערה 141.

[30] תשובות הגאונים (הרכבי), סימן רס; תשובות רב נטרונאי גאון (מהד' ברודי־אופק), יו"ד, סימן רנז (הובא בתשובות מיימוניות, הפלאה, סימן ה); בית הבחירה, נדרים כט ע"ב, בשם "קצת מפרשים"; חידושי הריטב"א, קידושין כח ע"א, בשם מורו (וראה גם שם עו ע"ב, ד"ה הא דאמרינן); ר"ן, נדרים כט ע"ב, ד"ה הכא שאני; פסקי רקנטי, סימן נג (בשם האשכול ורבנו טוביה); שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קט.
כך משמע מדברי הרי"ף, בבא קמא יח ע"ב, בדפי הרי"ף (כך הבינו את דבריו: מרדכי, בבא קמא, סימן מג; ש"ך, חו"מ, סימן פז, ס"ק נא; שו"ת רמ"ע מפאנו, סימן קג; מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ב; שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קמד, ד"ה ונ"ל לבאר; חקרי לב, יו"ד, חלק ג, סימן קיא; ושו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן פב; אבל שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כב וסימן קכז, וחלק ב, חו"מ, סימן נ; שו"ת הרמ"א, סימן מח; ושו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סימן יד, פירשו בדברי רי"ף שלדעתו דין "אמירה לגבוה" אינו קיים בצדקה), מדברי תוספות, בבא קמא לו ע"ב, ד"ה יד (כך הבינו את דעתם שו"ת ר' עקיבא איגר, שם, וקהילות יעקב, בבא קמא, סימן כח; אבל בשו"ת הרמ"א, סימן מח, כתב בשם התוספות שלהקדש למטרות צדקה יש לכל היותר משמעות של נדר). כך למד מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ב, גם מדברי רש"י, ערכין ו ע"א, ד"ה לא שנו, ומדברי ראב"ד, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה יז.
יש הסבורים שכך יש ללמוד גם מדברי הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכות טו־טז. ראה: שו"ת הרשב"ש, סימן שסא; שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תקו. אבל אחרים הבינו מדבריו שלדעתו דין "אמירה לגבוה" אינו קיים בהקדש למטרות צדקה. ראה: שו"ת הרמ"א, סימן מח; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לט, וחלק ב, חו"מ, סימן נ; קצות החושן, סימן ריב, ס"ק ו.

לדעת רוב הפוסקים, כך יש ללמוד גם מדברי הרא"ש, בבא קמא, פרק ד, סימן ג, ומפירוש הרא"ש, נדרים כט ע"א. כך כתבו: ש"ך, חו"מ, סימן פז, ס"ק נא; שו"ת ושב הכהן, סימן יח; ושו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן פב. וכך למד מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ב, משו"ת הרא"ש, כלל נח. אבל שו"ת הרמ"א, סימן מח, סבור שאף לדעת הרא"ש, אין ליצירת הקדש למטרות צדקה משמעות קניינית, ושו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כב, פירש בדברי הרא"ש שלדעתו דין "אמירה לגבוה" אינו קיים בהקדש לצדקה (השווה גם לדבריו שם, סימן קכז).

כך מובנם הפשוט של דברי הטור, יו"ד, סימן רנח, וחו"מ, סימן קכה, סעיף ו, וסימן רמג, סעיף ב, וכך הובנו על ידי: דרכי משה, יו"ד, שם, אות ג; שו"ת רבנו בצלאל אשכנזי, סימן יד; שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קמד; אורים ותומים, סימן סו, ס"ק ב. אך היו שהוציאו את דבריו מפשוטם והסבירו שלדעתו דין "אמירה לגבוה" אינו קיים בהקדש למטרות צדקה. ראה: בית יוסף, חו"מ, סימן קכה, סעיף ו, וסימן רמג, סעיף ב; שו"ת הראנ"ח, סימן קג; שו"ת פנים מאירות, חלק ב, סימן קלה.

רבנו ירוחם, תולדות אדם וחוה, נתיב יט, חלק א (דף קסו ע"א בדפוס ונציה), כותב ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" בצדקה. אבל שם (דף קסז ע"ד) כתב שדין "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" אמור רק בהקדש של בית המקדש. ידוע שנפלו שיבושים רבים בספרי רבנו ירוחם, כפי שכותב יד מלאכי, כללי שאר המחברים, אות יח.

בדברי השולחן ערוך קיימות לכאורה סתירות רבות, המקשות על בירור עמדתו בעניין זה. בבית יוסף, חו"מ, סימן קכה, סעיף ו, כתב שמה שכתב הטור שם, שדין "אמירה לגבוה" חל אף על הקדש לעניים, כתב כך "אשיגרת לשון", ולמעשה אף הטור סבור שאין דין "אמירה לגבוה" בהקדש לעניים. לעומת זאת, בשולחן ערוך, יו"ד, סימן רנח, סעיף יג, פסק: "האומר חפץ פלוני אני נותן לצדקה בכך וכך, והוא שווה יותר, אינו יכול לחזור בו". וביאר טעמו הרמ"א שם: "כל אמירה שיש בה רווחא לצדקה, אמרינן ביה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט". כך ניתן גם ללמוד מדברי ר"י קארו בשו"ת אבקת רוכל, סימן פג (כפי שלמד משם בשו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן לד), ובבית יוסף, חו"מ, סימן ריב, סעיף ח (כפי שלמד מדבריו שם במחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ב).

דרכים שונות נאמרו ליישב את הסתירות שבדבריו, מהן הגורסות שלדעתו דין "אמירה לגבוה" אמור אף בהקדש למטרות צדקה, ומהן הגורסות שלדעתו דין זה אינו אמור בהקדש למטרות צדקה. ראה למשל: שו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן שטו; שו"ת נהרי אפרסמון, יו"ד, סימן קלה.

אף בדברי הרמ"א בעניין זה יש סתירות לכאורה. בתשובתו, סימן מח (ד"ה השאלה השלישית), בעניין מי שציווה את יורשיו לתת מנכסיו לאחר מותו לעניים, קבע הרמ"א שעל אף שהמוריש יצר הקדש, מוטל עליו רק חיוב אישי (מכוח נדר), ואין יורשיו חייבים להפריש מן הנכסים שירשו להקדש. מכאן למד בשו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן שטו, שלדעת הרמ"א אין דין "אמירה לגבוה" בצדקה. וראה גם ברמ"א, חו"מ, סימן ריב, סעיף ז, ובפרשנות דבריו שם בשו"ת עונג יום טוב, סימן קיז, ובספר דברי חיים (אוירבך), יו"ד, סימן מה. לעומת זאת, ממקורות רבים משמע שהרמ"א סבור שדין "אמירה לגבוה" קיים אף בצדקה. ראה: רמ"א, יו"ד, סימן רנט, סעיף ה (ע"פ אבני נזר, שם), וחו"מ, סימן ריב, סעיף ז (ע"פ שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קמו, וחידושי חתם סופר, חו"מ, סימן רנב); דרכי משה, יו"ד, סימן רנח. גם סתירות אלו יושבו בדרכים שונות, מהן הגורסות שלדעת הרמ"א דין "אמירה לגבוה" קיים אף בהקדש למטרות צדקה, ומהן הגורסות שאין דין זה חל בצדקה. ראה למשל: אורים ותומים, שם; שו"ת אבני נזר, שם; שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן פה, ובהערת הרב אברהם שפירא בתחילת ספר 'נקדש בצדקה' (רחובות, תשנ"א).

בין הפוסקים המאוחרים יותר הסבורים שדין "אמירה לגבוה" חל על צדקה, נמנים: שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תתב, וחלק ג, סימן תקו, וסימן תקכב; סמ"ע, סימן קכה, ס"ק כה, וסימן רנ, ס"ק י (אבל בשו"ת פנים מאירות, חלק ב, סימן קלה, הוציא את דבריו ממשמעותם הפשוטה והסביר שהסמ"ע רק הסביר את שיטת הטור, הסבור שדין "אמירה לגבוה" קיים אף בצדקה, אך הוא עצמו אינו מסכים לה); ש"ך, חו"מ, סימן פז, ס"ק נא (אבל מדבריו ביו"ד, סימן רנח, ס"ק ה, משמע אחרת; ליישוב הסתירה ראה: אורים ותומים, תומים, סימן סו, ס"ק ב; שו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן שטו, סעיף ג; נחל יצחק, סימן סו, אות ג; חושן אהרן (וואלקין), סימן סו, עמ' 128, ד"ה שם); שו"ת ושב הכהן, סימן יח; מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ו וסימן ז.

סברו שרק "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", אבל אין "אמירה לעניים" נחשבת כמסירה להדיוט[31]. למעשה, נראה שהמחלוקת בעניין זה לא הוכרעה[32].

ר' אפרים נבון[33] מציע גישת ביניים: להקדש שנועד לטובת נהנים מסוימים יש תוצאות

[31] רבנו חננאל (מובא בתוספות, בבא קמא לו ע"ב, ד"ה יד, ע"פ אורים ותומים, שם, וקהילות יעקב, שם); רב האי גאון (כך משתמע מדבריו שהובאו בספר המאור הגדול, על הרי"ף, שם, ע"פ שו"ת ראנ"ח, חלק א, סימן ל, וחלק ב (מים עמוקים), סימן קז; שו"ת ר' בצלאל אשכנזי, שם, דף קז ע"א, ד"ה ונמצינו; אורים ותומים שם; חקרי לב, שם; ושו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן פה; אולם מדבריו בספר המקח, שער נו, ד"ה העניין השני, משמע שלדעתו דין "אמירה לגבוה" חל אף על הקדש למטרות צדקה; וראה גם במחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ב).

לדעת רבים, כך סבור אף הרמב"ן, כפי שניתן ללמוד ממלחמות ה', על הרי"ף, שם (ראה: אורים ותומים, שם; שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן פב; שו"ת חלקת יואב, יו"ד, סימן כא, ד"ה ומה שהקשו; כל אלו, בניגוד לעולה מדברי שו"ת ר' עקיבא איגר, סימן קמד, ד"ה ונ"ל לבאר עוד). בשו"ת רבנו בצלאל אשכנזי, שם, דף קח ע"א (ד"ה ומ"מ), כתב שזו אף דעת שו"ת הריב"ש, סימן קס (אבל בשו"ת ר' עקיבא איגר, שם, ד"ה תו, דחה את דבריו).

לכאורה, כך היא אף דעת הרשב"א, כפי שעולה מדבריו הפשוטים בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תקסג, חלק ה, סימן קמ, וחלק ז, סימן רנ. אולם במקומות אחרים סתר את דבריו (ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרנו, חלק ג, סימן רצח, והמיוחסות לרמב"ן, סימן קפג; חידושי הרשב"א, נדרים כט ע"ב, ד"ה אפילו למ"ד), ודנו הפוסקים בדרכים להבין את שיטתו וליישב את הסתירות שבדבריו. ראה למשל: שו"ת רבנו בצלאל אשכנזי, סימן יד; שו"ת הראנ"ח, חלק ב, סימן קז; אורים ותומים, שם; שו"ת ר' עקיבא איגר, שם; חקרי לב, שם; שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רלז.

כמו כן, תשב"ץ, חלק ג, סימן קנב, כותב שלהקדש עניים יש דין של הדיוט, ואף שלא כתב שכוונתו לעניין "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", הרי נידונו שם הוא במי שהקדיש את נכסיו לצדקה ומת, ופסק שהנכסים שייכים ליורשיו מפני שלא זכו בהם עניים מסוימים, והיינו כדעה שאין בצדקה "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט".

בין הפוסקים המאוחרים יותר, שהכריעו שדין "אמירה לגבוה" אינו חל על הקדש למטרות צדקה, ראה: שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז, וחלק ב, חו"מ, סימן נ; שו"ת פנים מאירות, חלק ב, סימן קלה; קצות החושן, סימן רז, ס"ק ט, סימן ריב, ס"ק ד־ו, סימן רמא, ס"ק ו, סימן רנ, ס"ק ו, סימן רנב, ס"ק ד, סימן רנה, ס"ק ב, וסימן רעג, ס"ק א, ובספרו אבני מילואים, סימן א, אות ב; נתיבות המשפט, כללי תפיסה, סימן כה, אות ה.

[32] באנציקלופדיה תלמודית, ערך אמירה לגבוה כמסירה להדיוט, כרך ב, עמ' מא, נאמר אמנם: "סוברים רוב הראשונים והפוסקים שאף בצדקה לעניים חל הדין של אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", אך מנגד, ר' זלמן נחמיה גולדברג, משפט ערוך, עמ' 122, הערה 69, כותב: "כך דעת רוב הפוסקים — שבצדקה אין אמירה כמסירה להדיוט, ואינו עושה קניין, ורק נתחייב משום נדר". לפיכך, נראית בעינינו מסקנת בית הדין הרבני האזורי בפ"ת, בתיק 1862/כח: "ספיקא דדינא הוא אם אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט גבי ממון עניים" (צוטט בהסכמה בע"ר תשל"א/4, פד"ר, כרך ח, עמ' 242). השווה לפסיקת בית הדין האזורי ת"א־יפו, תיק 11100/כ"ו, פד"ר, כרך ז, עמ' 337, ולפסיקת בית הדין הרבני האזורי ירושלים תיק 4325/נ"ט, המובאת בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 441.

[33] מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ב, ד"ה ולע"ד.

כמו כן, שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כב, כותב שגם אם אומרים "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" בצדקה (והוא עצמו אינו סובר כך, כפי שהבאנו בשמו בהערה 31), הרי שאם הנהנה אינו ידוע, הנכס עדיין בבעלות המקדיש. משום כך, הוא קובע שמי שהניח כסף ביד שני נאמנים על מנת שיעבירו אותו לחמש יתומות לפי ראות עיניהם, לא זכו היתומות בכסף, משום שלא ניתן להקנות כסף ליתומות שאינן "ברורות וידועות". הוא מנמק זאת על פי הכלל ש"אין ברירה" — כלומר, לא ניתן לבצע פעולה משפטית כלפי אדם שזהותו אינה ידועה עתה, גם אם בעתיד תתברר זהותו. הרחבה בעניין זה, ראה באנציקלופדיה תלמודית, ערך ברירה, כרך ד, עמ' רטז־רמו.

קנייניות, ואילו להקדש שנועד לטובת מטרות כלליות, או לטובת מספר רב של נהנים שזהותם אינה ידועה בעת יצירת ההקדש, אין תוצאות קנייניות. ההיגיון בכך הוא שכשם שלא תיתכן "מסירה להדיוט" בלי שאותו הדיוט יהיה ידוע, כך גם לא ייתכן לתת ליצירת ההקדש משמעות קניינית מטעם "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" ב"אמירה לגבוה" שלא נועדה לטובת נהנה מסוים[34].

ה. הקצאת נכסים למטרות ההקדש

לדעת רבים מן הפוסקים, אף אם אין מקבלים את השיטה הגורסת שהקדשת נכס מעבירה את הבעלות בו לנהנים, בכל אופן, אם הוקדש נכס מסוים, הוא נחשב כמוקצה — מיועד — לקיום מצוות צדקה[35]. מצב משפטי זה הוא מצב ביניים שבין חיוב אישי להעביר את נכסי

בשו"ת זית רענן, חלק ב, סימן עו, אות ב (ד"ה ולדעתי), הוכיח שאם זהותו של האדם שכלפיו מבוצעת הפעולה אכן עומדת להתברר בעתיד, "יש ברירה" אף לדעת מהרי"ט. הוא לא הזכיר את דברי מהרי"ט שם, אלא התייחס לדברי מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן כג, הכותב שמי שציווה לתת סכום מסוים למי שיתחתנו עם שתי בנותיו, החתנים אינם זוכים, מפני ש"אין ברירה". כוונתו היא (כנראה), שדווקא שם אומר מהרי"ט שאין ברירה, מפני שהדבר אינו עומד להתברר, שהרי ייתכן שהבנות לא תינשאנה לעולם. צריך להוסיף, שגם בנידון שעסק בו מהרי"ט בחלק א שם, אין ודאות שזהות היתומות אכן תתברר בעתיד, שהרי ייתכן שהנאמנים לא יצליחו לבחור יתומות, ולכן פסק מהרי"ט ש"אין ברירה". וראה גם בשו"ת מהרי"ט, חלק א, שם, ד"ה אולם.

ר' חיים עוזר גרודז'ינסקי, שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן לד, ד"ה אולם יש (והשווה מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ב, ד"ה והריני), העיר על דברי מהרי"ט, שיש להבחין בין המקרה שבו עסק מהרי"ט, חלק א, שם, לבין הקדש למטרות צדקה, שהנאמן שלו הוסמך להחליט בדיוק לאלו מטרות ישמשו נכסי ההקדש או לטובת אילו נזקקים. הקדש שנועד לטובת מטרות צדקה הוא אישיות משפטית ("רשות צדקה"), שאליה ניתן להעביר את הבעלות בנכסי ההקדש (בשאלה האם ההקדש נחשב אישיות משפטית, ראה בהרחבה להלן, פרק חמישה עשר, ג). לכן, ליצירת ההקדש יש משמעות קניינית על אף שזהות הנהנים אינה ידועה בעת יצירת ההקדש. מנגד, הקדש לטובת "חמש יתומות" אינו מוכר כאישיות משפטית, ולפיכך, מאחר שזהות היתומות אינה ידועה, אין ליצירת ההקדש משמעות קניינית.

עוד בשאלה האם אומרים "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" בצדקה, ראה: שו"ת בית שלמה (דרימר), מהדורא בתרא, סימן קט; רשימות שיעורים שנאמרו על ידי מרן הגאון הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק זצ"ל (ניו יורק תש"ס), בבא קמא, עמ' רנה־רע. על "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" בצדקה במחשבה, ראה להלן, ליד ציון הערה 120.

[34] מחנה אפרים, שם.

[35] שו"ת עונג יום טוב, חו"מ, סימן קיז ("דהא מילתא [=שדבר זה] דנודר ומת אין היורשין מחויבין לקיים נדרו לא שייך אלא בנודר 'אתן סלע לצדקה'; אבל מי שאמר 'סלע זו לצדקה' ומת, ודאי דהיורשים מחויבים ליתנו להעני, דכיון דאמר 'סלע זו לצדקה' — הוקצה האי סלע לצדקה וממונא דעניים איתא בעינייהו גבי יורשים ואינם רשאים ליקחם לעצמם"); נתיבות המשפט, סימן רנ, ס"ק ד ("דדוקא כשאמר 'אתן מנה לצדקה' או 'תנו מנה לצדקה', דעדיין חסר לקיים, הוא מטעם נדר ואין היורשים חייבים לקיים נדרו, אבל אם אמר 'הרי זו צדקה', שהתפיס דבר מיוחד לצדקה, שהדבר גופיה נתפס בצדקה וכבר נתקיים הנדר שנדר... אין היורשים יכולין לשנותה וכופין אותן שיתנו מה שהתפיס לצדקה"; והסכים עמו בשו"ת קול מבשר, חלק א, סימן לב, אות ו).

ההקדש לנהנים לבין העברת זכויות הקניין בנכסים לנהנים. על כן, מבחינות מסוימות תוצאותיו של מצב משפטי זה דומות לתוצאותיה של הקדשה המעבירה את זכויות הקניין בנכסי ההקדש לנהנים, ומבחינות אחרות תוצאותיו דומות דווקא לתוצאותיה של הקדשה המטילה על המקדיש חיוב אישי בלבד להעביר את נכסי ההקדש למטרות שלשמן הם הוקדשו.

בניגוד לחיוב האישי, שאינו מחייב את יורשי החייב, הקצאת נכס למטרות ההקדש מחייבת את יורשיו של המקדיש להעביר את הנכס למטרות הצדקה שלטובתן הוא הוקדש[36], כשם שהקדשה המעבירה את זכויות הקניין בנכסי ההקדש לנהנים מחייבת את היורשים להעביר להם את נכסי ההקדש.

כמו כן, בדומה להעברת זכויות קניין, שאינה חלה בנכס שלא בא לעולם, כך גם הקצאת נכס ההקדש למטרות הצדקה אינה חלה על נכס שלא בא לעולם. כל זאת בניגוד לחיוב האישי, שחל בין אם הנכס נשוא החיוב בא לעולם ובין אם לאו[37].

מצד שני, בניגוד להקדשה המעבירה את זכויות הקניין בנכסי ההקדש לנהנים, שאינה מאפשרת ליוצר לשנות את מטרות ההקדש לאחר יצירתו (שהרי בכך נפגעות זכויות הקניין של הנהנים), הקדשה היוצרת הקצאת נכסים בלבד מאפשרת ליוצר לשנות את מטרות ההקדש למטרות צדקה אחרות מאלו שלשמן הוקדש הנכס מלכתחילה[38].

שו"ת חלקת יואב, יו"ד, סימן כא (מו ע"א, ד"ה והנלע"ד), כותב: "נדבה בממון עניים, מה שחל, אף אם נאמר דאין עושה קנין, וחיוב נדר על גברא ליכא בזה, כיון שלא אמר 'הרי עלי'... שחל חלות על הדבר שנדב שיהיה אתקצאי [=מוקצה] למצוות צדקה...". הוא מבהיר שלמצב משפטי זה יש נפקויות שונות: היות שאין כאן קניין, המקדיש אינו נושא באחריות לנכס שהוקדש אם הוא אבד; מותר להקדיש בשבת; ואף אפשר לשנות את ייעודם של כספי הצדקה. מנגד, בשונה מן החיוב האישי, ההקצאה לצדקה מחייבת את היורשים להעביר את נכסי ההקדש למטרותיהם.

כמו כן, שו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן שו, סעיף ה, קובע שהקדש במחשבה (ראה להלן, אחרי ציון הערה 115) יכול ליצור חיוב אישי, "אבל לא שיחול עליו שם קרבן... וכן בצדקה. נפקא מינה [=יוצא מזה], [ש]אם מת הנודר, שאם לא חל שם צדקה על החפץ, אין היורשין חייבין ליתן, דממון שאין לו תובעין הוא". מדבריו משמע שאם הקדיש אדם נכס מסוים בפיו, "חל שם צדקה על החפץ", ועל כן ניתן לתבוע מן היורשים להעביר את החפץ לנהנים.

אבל קצות החושן, סימן רנב, ס"ק ה, כתב: "וכיון דמת, אין היורשין צריכין לקיים שבועת אביהן או נדר אביהן, ואפילו אומר 'הרי זו לעניים'". מדבריו משמע שלפי הדעה (לעיל, ליד ציון הערה 31) שהקדשת נכס אינה מעבירה את הבעלות בו לנהנים, יש להקדשה משמעות אובליגטורית בלבד.

[36] עונג יום טוב, נתיבות המשפט וחלקת יואב, שם.

[37] ראה שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קמד, ד"ה אמנם נ"ל.

[38] מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ב, ד"ה ולע"ד ("ונהי דהוקצה אותו סלע לעניים משום 'בפיך' — זו צדקה [ראש השנה ו ע"א], מכל מקום כיון דעדיין לא זכו בו עניים זכיה ממש, שהרי אינם מבוררים... הרי זה יכול לשנותו למצוה אחרת, דזה נמי לגבוה"), וסימן יא ("דכיון דאפרשיה [=שהפרישו] ואמר 'סלע זו לצדקה', תו [=עוד] לא נשאר גבי נודר מידי [=דבר], אלא שהסלע עצמו נתפס לגבוה, וכל דלא זכו ביה עניים עדיין מצי לשנותו בכל מידי דלגבוה"); חלקת יואב, שם.

יש להעיר, שגם במצב שאומרים "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", עדיין יכול המקדיש להישאל לחכם על הקדשו, אף שאילו מסרו לגזבר, כבר לא היה יכול להישאל עליו (אנציקלופדיה תלמודית, ערך אמירה לגבוה כמסירה להדיוט, כרך ב, עמ' מא, ליד ציון הערה 16).

פרק רביעי

נכסי הקדש — "נכסים"

א. מבוא

בסעיף 1, פרק שלישי, עסקנו בשאלה, אלו נכסים כשרים לשמש כנכסי נאמנות. שאלה זו עלתה עקב האמור בסעיף 1, שתנאי ראשון לקיומה של נאמנות הוא, שלנאמן תהיה "זיקה לנכס". לפיכך, נכס שלנאמן לא יכולה להיות זיקה אליו, אינו יכול לשמש כנכס של נאמנות.

ברם, כפי שכבר הובהר לעיל, פרק שלישי, בכל הנוגע לנאמנות למטרות צדקה, הרי שליצירתה של הנאמנות יש משמעויות משפטיות אף אם אין לנאמן זיקה לנכסיה. אם כן, יש מקום לבחון בחינה נפרדת, אילו נכסים יכול יוצר הקדש להקדיש?

כפי שהזכרנו[39], פוסקים רבים למדו מדיני הקדשת נכסים לבית המקדש לדיני הקדשת נכסים למטרות צדקה. בהתאם לכך, בדיון שלהלן נסתמך על הלכות שונות שנאמרו על הקדשת נכסים לבית המקדש, כמקור לדיון על הקדשת נכסים למטרות צדקה.

ב. נכסים שאינם בבעלותו של יוצר ההקדש

בתלמוד קובע ר' יוחנן[40]: "גזל ולא נתייאשו הבעלים, שניהן אינן יכולין להקדיש, זה [=הגזלן] לפי שאינו שלו, וזה [=בעל הגזלה] לפי שאינו ברשותו". מהלכה זו עולה שאין אדם יכול להקדיש נכס שאינו שלו.

לכאורה, מסקנה זו נסתרת ממימרא של רבא[41]: "[אם] הייתה לפניו ככר [לחם] של הפקר, ואמר: 'ככר זו הקדש', נְטָלָה לאוכלה, מעל לפי כולה". מהלכה זו עולה שאדם יכול להקדיש דבר שאינו בבעלותו (כגון הפקר), ועל כן חל עליו דין מעילה. שתי דרכים הציעו הפרשנים ליישב בין ההלכות: (א) הר"ן[42] הסביר, שבמימרא של רבא, קנה המקדיש את הכיכר מכוח תקנת חכמים, לפיה אדם קונה דבר הפקר המצוי בארבע אמותיו גם בלי להגביה אותו[43].

(ב) ר' אליעזר ממיץ[44] מסביר, שרבא עוסק בכיכר שהייתה במקום ש"אין שום אדם סמוך לה שיוכל לזכות, אלא הוא", והכלל הוא שאדם יכול להקדיש נכס שבידו לזכות בו אף שלעת

[39] לעיל, ליד ציון הערה 30.

[40] בבא קמא סח ע"ב. וכך פסקו רמב"ם, הלכות ערכין וחרמין, פרק ו, הלכה כד, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן שנד, סעיף ו. ראה על כך באנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שאינו שלו, פרק ה, כרך ו, עמ' תרעג־תרעח. אדם אינו יכול להקדיש נכס שאינו שלו גם אם הוא עתיד לעבור לבעלותו. ראה על כך: אנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שלא בא לעולם, פרק י, כרך ז, עמ' סא.

[41] נדרים לד ע"ב. וכך פסק רמב"ם, הלכות מעילה, פרק ד, הלכה ט.

[42] ר"ן, נדרים לד ע"ב.

[43] בלשון הר"ן: "בככר של הפקר שהיתה עומדת תוך ד' אמותיו, שקונות לו בכל מקום... דכיון דאמר 'ככר זו הקדש', גלי אדעתיה דלהקדש ניחא ליה דליקני, לדידיה לא ניחא... ומצי למעבד הכי, דהוה ליה [=ויכול לעשות כן, שהרי הוא] כמגביה מציאה לחבירו, דקנה חבירו ולא הוא, הכא נמי הקדש קני ואיהו מעולם לא קנה". קצות החושן, סימן ר, ס"ק א, מסיק מדברי הר"ן שחצר של הדיוט יכולה לקנות נכס עבור ההקדש, על ידי קניין חצר.

[44] ר"א ממיץ, מובא בפירוש הרא"ש, נדרים לד ע"ב. שני ההסברים הובאו בתוספות, שם, ד"ה ואמר. על דברי ר"א ממיץ ראה: מצודת דוד (שפרבר), על המשנה, חולין, פרק יב, משנה א (עמ' שמ).

עתה אין הוא בבעלותו. ונחלקו הפוסקים בשאלה מתי חל ההקדש בנכס כזה לדעת ר' אליעזר ממיץ. יש שהבינו את דבריו, שההקדש חל כבר מעת יצירתו, גם אם בסופו של דבר לא זכה בנכס[45]. ואילו אחרים הבינו שההקדש חל רק אם בסופו של דבר זכה המקדיש בנכס, והוא חל למפרע משעת האמירה[46]. ויש שהבינו שההקדש חל רק ברגע שיזכה בו המקדיש[47].

ג. נכסים שאינם ברשותו של יוצר ההקדש

מן הפסוק: "ואיש כי יקדיש את ביתו קודש לה'" (ויקרא כז, יד), למדו חכמים[48]: "מה ביתו ברשותו, אף כל ברשותו". אם כן, יכול אדם להקדיש לבית המקדש רק נכסים מסוג "ביתו" — כלומר, נכסים המצויים בשליטתו. קביעה זו יושמה על ידי ר' יוחנן בהלכה הנזכרת לעיל[49], שאין הנגזל יכול להקדיש את הגזילה מאחר שאין היא ברשותו[50].

ר"י אלסטר, מוריה שנה ה, גל' ה, עמ' לז, לומד מר"א ממיץ שכל דבר שאין אדם אחר מעכב את רשותו, נחשב שלו גם אם לא בא לידו.

הצעה נוספת ליישב בין ההלכות, הוצעה על ידי הרש"ש, בבא מציעא מט ע"א: אין אדם יכול להקדיש נכס שמצוי בבעלותו של אחר, אבל אדם יכול להקדיש נכס של הפקר, שאמנם אינו בבעלותו, אך גם אינו בבעלות של אחר. אולם בהגהות הרש"ש, נדרים לד ע"ב, חזר בו מהצעה זו, מפני שירושלמי, פאה, פרק ד, הלכה ב, אומר שאי אפשר להקדיש דבר הפקר. על דברי הרש"ש ראה בספר המידות לחקר ההלכה, מידה יח, אות נד (עמ' מח־מט במהד' תשנ"ג).

45 אמרי הצבי, בבא קמא לו ע"ב, אות ד, ס"ק ד ("דהוי הקדש מדאורייתא הואיל שיכול לזכות בו"), ואות ט, ס"ק א ("להר"א ממיץ תיכף חל ההקדש אעפ"י שלא זכה בו כלל רק כיון דיכול לזכות בו"). וכך משמע משו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ב, סימן נד, ד"ה והנה בטעם.

46 קצות החושן, סימן ריב, ס"ק ד; שו"ת בנין ציון, סימן קסו. אף שר"א ממיץ דיבר על הקדש לבית המקדש, לומד קצות החושן משם גם לעניין צדקה.

כמו כן, משנה למלך, הלכות ערכין וחרמין, פרק ו, הלכה כב, מצטט את הרא"ש והתוספות, שם, כאילו ר"א ממיץ מדבר על מי שאמר "כשאזכה תהיה קדש", ומדבריו למד שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק א, סימן מד, ד"ה הנה (הובא בשמחת תורה, על ירושלמי, מעשר שני, עמ' שיז), שאם זכה בו, ההקדש חל למפרע מעת האמירה.

לפי נוסח המשנה למלך, ייתכן שאם אמר המקדיש "ככר זו הקדש", בלי המילים "כשאזכה בה", לא יחול ההקדש.

47 שו"ת מהר"ם שיק, יו"ד, סימן שפח, אות א (דבריו הובאו בשו"ת בנין ציון, סימן קסו); שו"ת בית אפרים, יו"ד, סימן סו, ד"ה ומתחלה; ר"ש בעלקין, "בעלות בקניינים ואיסורים", תלפיות, שנה א, חוברת ב, כרך א (תש"ד), עמ' 194.

48 בבא קמא סט ע"ב; בבא מציעא ו ע"א. על הלכה זו ראה בהרחבה באנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שאינו ברשותו, כרך ו, עמ' תרטז־תרכג.

דרשה בלשון זו מופיעה גם בעבודה זרה סג ע"א, בחולין קלט ע"א, בערכין כא ע"א, ובתמורה דף ט ע"א ודף כט ע"ב. אבל במקומות הללו מדובר בנכס שאינו בבעלותו של המקדיש, ו"ברשותו" מתפרש במובן של בעלות, לא במובן של שליטה. יש לציין שבבבא קמא סח ע"ב נדרשה דרשה שונה מפסוק זה: "מה ביתו שלו, אף כל שלו". וזוהי אותה משמעות שקיבלה הדרשה "מה ביתו ברשותו" בסוגיות עבודה זרה, חולין, ערכין ותמורה, שם.

49 אחרי ציון הערה 40.

50 וכך פסקו רמב"ם, הלכות ערכין, פרק ו, הלכה כב (על פקדון המופקד אצל שומר), והלכה כד (על נגזל); שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנח, סעיף ז (על פקדון שכפר בו השומר) וסעיף ח (על חוב), וחו"מ, סימן שנד, סעיף ו (על נגזל).

האם במצב שהגזלן מעוניין להשיב את הגזילה, יכול הנגזל להקדיש את הנכס? שאלה זו שנויה במחלוקת.

להלן נבחן סוגים אחדים של נכסים שבמידת מה אין הם ברשות בעליהם, ולגבי כל אחד מהן נבדוק האם יכול בעליו להקדיש את הנכסים.

(1) נכסים מושכרים

נכס שמושכר לאחרים אמנם מצוי בשליטתו ובבעלותו של המשכיר, אולם בתקופת השכירות, מוגבלת שליטתו של המשכיר במושכר: הוא אינו רשאי להיכנס למושכר בכל עת, ואף לא להשתמש בו כרצונו. האם משום כך ייחשב נכס זה כנכס שאינו ברשות המשכיר, שאין בכוחו של המשכיר להקדישו?

התוספתא קובעת[51]: "המשכיר בית לחברו... הקדישו הדר בו מעלה שכר להקדש". התלמוד[52] דן בשאלה: מי "הקדישו" — השוכר או המשכיר[53]? שתי האפשרויות קשות: "הקדישו הדר בו [=השוכר] — היכי מצי מקדיש לה [=כיצד יכול להקדיש אותו]? 'איש כי יקדיש ביתו קדש' (ויקרא כז, יד) אמר רחמנא [=הקב"ה] — מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו'!". כלומר, אם התוספתא עוסקת בשוכר שהקדיש, הרי הבית אינו שלו[54], ואם כן כיצד יש בכוחו להקדיש אותו? ואם נפרש שהמשכיר הוא שהקדיש את הבית, "היכי דייר ביה [=איך דר בה (השוכר)]? במעילה קאי [=עומד]"! כלומר, אם המשכיר הוא שהקדיש את הבית, כיצד רשאי הדייר להתגורר בבית המוקדש, הרי בכך הוא מועל בנכסי הקדש! לפיכך, מפרשת הסוגיה שהתוספתא עוסקת בהקדשה של דמי השכירות[55].

לא כאן המקום להאריך בביאור פרטיה של סוגיה זו, הנוגעים להלכות מעילה ולזכויות

ראה: המאור הגדול ומלחמות ה', בבא קמא יח ע"א (בדפי הרי"ף); אנציקלופדיה תלמודית שם, ליד ציוני הערות 21-25.

שאלה דומה מעורר ר' יום טוב ליפמן הלפרין, שו"ת עונג יום טוב, סימן צג, בעניין גזלן שאינו מעוניין להשיב את הגזילה, אך אינו מתנגד לכך שהנגזל יקדיש את הנכס הגזול שבידיו. מסקנתו היא, שאף באופן זה לא יוכל הנגזל להקדיש את הנכס.

דעה מיוחדת מובאת בשיטה מקובצת, בבא קמא לג ע"א (ד"ה ולר' עקיבא קדוש), בשם הרמ"ה והרא"ש: "אם הקדישו הנגזל ואחר כך העמיד הגזלן בדין והוציאו מידו בבית דין, הכי נמי דקדיש. והא דאמר ר' יוחנן דאינו קדוש, הוא היכא [=במקום] שלא הוציאו בבית דין". וראה שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן פה; דברי משפט, סימן לז, ס"ק ח; דבר אברהם, חלק א, סימן יא, אות יא.

על המקדיש קרקע שנגזלה ממנו, ויש בכוחו להוכיח את דבר הגזלה בבית הדין, ראה להלן, ליד ציון הערה 62 ואילך.

לשאלה, האם ניתן להקדיש לבית המקדש נכסים שאינם ברשות המקדיש באופן שתהיה עליהם 'קדושת הגוף' (כגון קרבנות להקרבה), ראה: תוספות, גיטין מ ע"ב, ד"ה הקדש; שו"ת הריב"ש, סימן שנט (בשם הרא"ש); קצות החושן, סימן קז, ס"ק ז; קובץ שיעורים, קידושין, סימן מב; אנציקלופדיה תלמודית שם, ליד ציוני הערות 28-29.

[51] תוספתא, בבא מציעא, פרק ח, הלכה יג (הלכה 30 במהד' ליברמן).

[52] ערכין כא ע"א.

[53] יסוד שאלה זו, ככל הנראה, מצוי באופן פיסוק התוספתא: האם יש לשים פסיק לפני המילים "הדר בו", ואז התוספתא עוסקת במשכיר שהקדיש, או לאחר מילים אלו, ואז התוספתא עוסקת בשוכר שהקדיש?

[54] בשאלה האם יש לשוכר זכות קניינית בנכס השכור, ראה להלן, ליד ציון הערה 94.

על יכולתו של השוכר להקדיש את זכויותיו בנכס השכור, ראה להלן, אחרי ציון הערה 92.

[55] מן הסוגיה שם עולה, שהסבר זה מתאים רק לשיטתו של ר' מאיר, הסובר שניתן להקדיש נכס שלא בא לעולם, ואין הלכה כמותו. בעניין זה ראה בהרחבה להלן, אחרי ציון הערה 91.

שוכר להתגורר בנכס שהוקדש, אך לענייננו נוכל ללמוד ממנה שמשכיר יכול להקדיש את הנכס שהשכיר[56].

דינו של נכס מוחכר זהה לזה של נכס מושכר, כפי שקבע בית הדין הרבני[57]: "גוף הקרקע והבניין היה בשעת ההקדש כולו ברשות המקדיש, שקרקע בכל מקום שהיא — ברשות הבעלים עומדת, ורק מוחכר היה... שדומה זה כהיה מושכר לאחֵר בלבד, שבכזה בודאי בידי המשכיר וברשותו להקדיש".

בית הדין שם הוסיף שגם לעניין הקדש לעניים, יכולים המשכיר או המחכיר להקדיש לעניים את הנכס.

(2) נכסים ממושכנים

התלמוד קובע במסכת כתובות[58], שהאומר "שדה זו שמישכנתי לך — לכשאפדנה ממך תקדוש", חל ההקדש, מפני שבידו לפדותה. מכאן למדו הפוסקים, שנכסים שאדם מישכן לנושיו לטובת פירעון חובותיו, נחשבים שאינם ברשותו, ולפיכך אינו יכול להקדישם[59], והוא יכול להקדישם רק בהקדש דחוי באופן האמור, שיחול אחרי הפדיון.

מתעוררת השאלה, מדוע נכס מושכר נחשב ברשות המשכיר, כפי שראינו בסמוך, ואילו נכס ממושכן אינו נחשב ברשותו של הממשכן? הרי הן המשכיר והן הממשכן הם הבעלים של הנכס? יש מן הראשונים[60] המסבירים שנכס מושכר נחשב ברשות המשכיר, מפני שהנכס עתיד לחזור למשכיר באופן טבעי עם תום תקופת השכירות, ואילו נכס ממושכן לא ישוב לרשות בעליו (החייב) אלא לאחר שיפרע את חובו, וכל עוד לא התקיים תנאי זה, אינו ברשות בעליו[61].

[56] וכך פסקו רמב"ם, הלכות ערכין, פרק ו, הלכה ל, ושולחן ערוך, יו"ד, סימן רנא, סעיף ז.
וראה אנציקלופדיה תלמודית שם, ליד ציוני הערות 93-108, שיש מן הראשונים שפסקו שמשכיר אינו יכול להקדיש; ויש שפסקו שהוא יכול להקדיש רק אם עדיין לא קיבל את דמי השכירות; ויש שפסקו שהוא יכול להקדיש רק קרקע מושכרת ולא מיטלטלין מושכרים.
על יכולתו של משכיר להקדיש את הנכס המושכר, ראה בהרחבה: חוק לישראל, שכירות, עמ' 480-483.

[57] פד"ר, כרך ב, עמ' 375.

[58] כתובות נט ע"ב.

[59] מרדכי, בבא בתרא, סימן תקסה; תוספות, כתובות נט ע"ב, ד"ה שדה.
את שאר נכסי החייב, שמשועבדים לפרעון חובותיו אבל לא מישכן אותם, הוא יכול להקדיש, כשם שהוא יכול למוכרם (כך כתב רש"י, בבא מציעא יד ע"ב, ד"ה לא בבעל חוב, שהמכר קיים כל זמן שלא טרף הנושה את הנכס מן הקונה), אלא שבתנאים מסוימים זכאי הנושה לקבלם מן ההקדש בפרעון חובו, כפי שראינו בסעיף 3, פרק חמישי, ב. כך עולה מרמב"ם, הלכות ערכין, פרק ז, הלכה יד, והלכות מלווה ולווה, פרק יח, הלכה ז. תוספות, גיטין מ ע"ב (ד"ה הקדש), ורבנו תם בספר הישר (מהדורת שלזינגר), סימן קיג, כתבו שהנכסים המשועבדים נחשבים ברשות החייב. אלא שרש"י, פסחים ל ע"ב (ד"ה כולי עלמא), כותב שהחייב אינו יכול להקדישם מפני ש"אינן ברשותו", ובערכין כג ע"ב (ד"ה אלא, וד"ה למה לי), כתב שאינו יכול להקדישם מפני ש"אינו שלו", וכך נימק רבנו גרשום, ערכין שם. וצריך לומר שכוונתם היא שאינו יכול להקדישם באופן שלא יוכל הנושה לקחתם מההקדש.

[60] תוספות, נדרים מו ע"א, ד"ה אם יש לו, בהסברם השלישי (אבל תוספות, ערכין כא ע"א, ד"ה הכי, דחו סברה זו, כפי שהעיר בביאור הגר"א, יו"ד, סימן רכא, ס"ק כח); רא"ש, נדרים, פרק ה, סימן ב, בסופו; רדב"ז, הלכות ערכין וחרמין, פרק ו, הלכה ל.

[61] מרדכי, שם, ורא"ש, בבא קמא, פרק ה, סימן י (הובא בש"ך, יו"ד, סימן רכא, ס"ק מג), פסקו שאם ערך המשכון עולה על ערך החוב, יכול החייב להקדיש את ההפרש שבין ערך המשכון לערך החוב; נראה

(3) נכסים המצויים בסכסוך בעלות

סוגיית התלמוד במסכת בבא מציעא[62] עוסקת בנכס הנתון בסכסוך בעלות בין שני אנשים, ואחד מהם הקדיש אותו. הסוגיה מביאה את דברי רב נחמן: "כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינין, הקדישו אינו קדוש", ומסיקה מכך שאין תוקף להקדש של אותו נכס, אם המצב הוא שאין המקדיש יכול לזכות בו באמצעות הליך משפטי שיוכיח את בעלותו בנכס. טעם הדבר הוא שהנכס אינו נחשב ברשותו, ומשום כך אינו יכול להקדישו. מדברי רב נחמן עולה, שאם המקדיש יכול לקבל את הנכס על ידי בית דין, הוא יכול להקדישו אף שכרגע אינו בשליטתו, והוא נתון בסכסוך בעלות.

אבל הסוגיה שם מבחינה לעניין זה בין מקרקעין לבין מיטלטלין. קרקע לא ניתן לגזול, ומשום כך היא עומדת ברשות בעליה לעולם, אף אם מאן דהוא השתלט עליה ומחזיק בה בכוח. לכן, די בכך שיהא בכוחו של הבעלים להוכיח את בעלותו על הקרקע כדי שהיא תיחשב כנכס המצוי ברשותו, שיש בכוחו להקדישו. לעומת זאת, מיטלטלין מצויים ברשות המחזיק בהם, כיוון שיש בידו להבריחם ולהעלימם. לכן, גם אם יכול הבעלים "להוציאם בדיינין" מיד המחזיק בהם, אינם נחשבים ברשותו, ולכן אינו יכול להקדישם[63]. משום כך, נגזל אינו יכול להקדיש את המיטלטלין שנגזלו ממנו, כפי שהוזכר לעיל[64], אף שהוא יכול להוציאם ממנו בבית דין.

(4) חובות

האם חוב נחשב כנכס שהוא ברשות הנושה והוא יכול להקדיש אותו? נחלקו הפוסקים בשאלה זו: לדעת הרי"ף[65], חוב אינו נחשב שהוא ברשות הנושה, ולכן אין בידו להקדישו[66]; ואילו

שהסיבה לכך היא שהפרש זה נחשב כפיקדון ביד הנושה, שלבטח יוחזר לחייב, ומשום כך הריהו כנכס שברשותו של החייב. אבל רבנו ירוחם, תולדות אדם וחוה, נתיב יט, חלק א, פוסק שאף את ההפרש שבין ערך המשכון לערך החוב לא יכול החייב להקדיש. נראה שטעמו הוא שלא ניתן להפריד בין חלק המשכון שהוא ערובה לפירעון החוב לחלק המשכון שאינו ערובה לכך, ומשום כך כל המשכון נחשב כדבר שאינו ברשותו של החייב. המחלוקת מובאת ברמ"א, יו"ד, סימן רנח, סעיף ז.

בעניין הקדשת משכון ראה אנציקלופדיה תלמודית שם, ליד ציוני הערות 81־92. וראה שם, ליד ציוני הערות 107־108, שיש דעה שהממשכן קרקע יכול להקדיש אותה, ולא הממשכן מיטלטלין.

[62] בבא מציעא ז ע"א.

[63] כהבחנה זו בין קרקע למיטלטלין פסקו: רי"ף, בבא קמא יח ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות ערכין, פרק ו, הלכות כב־כג; שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנח, סעיף ז, וחו"מ, סימן שנד, סעיף ו.

[64] ליד ציון הערה 49.

[65] רי"ף, בבא קמא יח ע"ב (בדפי הרי"ף) (על החוב שמזיק חייב לשלם לניזק). וכן דעת הרמב"ן, מלחמות ה', בבא קמא יח ע"א (בדפי הרי"ף).

בשאלה האם יכול נושה להקדיש חוב, ראה אנציקלופדיה תלמודית שם, פרק ג. שם הובאו דעות המבחינות בין חוב בעל פה לבין חוב בשטר, ובין הקדש לבית המקדש לבין הקדש לצדקה.

לשאלה האם חוב נחשב ברשות הנושה יש נפקות לעניין הגדרת מחילה. ראה: ב' כהנא, המחילה במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשס"ז, שער א, פרק שני, 1.

[66] אבל נכס שהופקד ביד שומר נחשב ברשותו של המפקיד, אלא אם כן כפר השומר בפקדון, שאז הוא כמו נכס גזול — כך פסק שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנח, סעיף ז. אשר לכסף מופקד שיש לשומר רשות להשתמש בו, נחלקו הפוסקים. לדעת ש"ך, חו"מ, סימן קכו, ס"ק כט, הכסף נחשב שאינו ברשות בעליו, ולכן אינו יכול להקדישו לצדקה; ואילו לדעת קצות החושן, סימן קכו, ס"ק ח, הוא נחשב ברשות בעליו, ובעליו יכול

לדעת המרדכי[67], אף שחוב אינו נחשב שהוא ברשות הנושה, הוא יכול להקדישו, אלא שאין הוא מבאר מדוע.

רבנו זרחיה הלוי[68], הרז"ה, נוקט בעמדת ביניים, שאם החייב מודה בקיומו של החוב ומוכן לפרוע אותו במלואו, נחשב החוב ברשות הנושה. אולם אם אין החייב מודה בקיומו של החוב או שאין הוא מוכן לפורעו, אין החוב נחשב ברשות הנושה.

השולחן ערוך פוסק[69]: "אם יש לו חוב על אחד ואומר: 'יהיה להקדש' או 'לצדקה', אינו כלום. אבל אם אמר: 'חוב שיש לי על פלוני, כשיבא לידי אקדישנו או אתננו לצדקה', חייב להשלים דבריו להקדישו וליתנו כשיבא לידו. אפילו האומר: 'חוב שיש לי ביד פלוני יהיה לצדקה', אם אמר כן בפני בעל חובו ובפני הגבאי, או בפני טובי העיר, זכה בו הגבאי מדין מעמד שלשתם, והרי הוא צדקה, ואינו יכול לחזור בו, ואסור לשנותו".

מדבריו עולה שחוב אינו ברשותו של הנושה, ואין בכוחו להקדישו, ולא הבחין בין חוב שהחייב מודה בקיומו לבין חוב שאין החייב מודה בקיומו. ושני סייגים לדבר: (א) אם קיבל על עצמו התחייבות לתת את החוב לצדקה או להקדש כשיגבה את החוב, חלה עליו חובה של נדר לעשות כן. (ב) אם הקדיש הנושה את החוב בפני החייב והגבאי, חל ההקדש או הצדקה מדין "מעמד שלושתם", כלומר — מכוחה של המחאת החוב הנעשית במעמד החייב, הנושה והצד השלישי[70].

להקדישו (כל עוד לא השתמש בו השומר). בשאלה אם מפקיד יכול להקדיש את הפקדון, ראה אנציקלופדיה תלמודית שם, פרק ב.

67 מרדכי, בבא בתרא, סימן תקסה.

כמו כן, שו"ת מהרי"ק, שורש פט, מדייק מרש"י, פסחים ל ע"א (ד"ה כי), שנושה יכול להקדיש את החוב.

68 המאור הגדול, בבא קמא יח ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אנן.

קובץ שיעורים, בבא בתרא, סימן תקכב, לומד מדברי רש"י, כתובות נה ע"א (ד"ה מתחת), שרש"י סובר כמו הרז"ה, שחוב נחשב ברשות הנושה, והנושה יכול להקדישו.

תוספות, בבא קמא לו ע"ב, ד"ה יד עניים, ורא"ש, בבא קמא, פרק ד, סימן ג, הגדירו חוב כנכס שלא בא לעולם, ולא כנכס שאינו ברשות הנושה.

שו"ת צמח צדק, או"ח, סימן ז, לומד מדברי התוספות והרא"ש שם, שנושה יכול להקדיש נכס שהחייב עתיד לפרוע לו, ובלבד שנכס זה מסוים, בעוד שחוב שאינו מסוים, כגון חוב כספי, הוא בגדר דבר שלא בא לעולם, ולכן לא ניתן להקדישו.

69 שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנח, סעיף ח.

ראה על כך בירור הלכה, בבא קמא לו ע"ב, ציון ה; שו"ת בית שלמה (דרימר), מהדורא בתרא, סימן קט (על חוב רגיל ועל עסקא).

70 לעניין כסף המופקד בבנק, כתב בספר אהבת צדקה, פרק י, סעיף כב (עמ' שנו): "כסף המופקד בבנק נחשב כאינו ברשותו". ובהערה 79, שם, מסביר: "הוא דבר מסתבר; ואין שום חילוק בין אדם פרטי שחייב לו כסף לבין בנק שחייב לו כסף". אולם נראה שכסף המופקד בבנק באופן שיכול הלקוח למשוך בכל עת (כגון בחשבון "עובר ושב"), נחשב ברשותו מפני שהוא שונה מחוב רגיל, שהנושה יכול לגבות רק כשיגיע מועד פירעונו, או בעזרת אכיפת בית הדין.

לעניין הקדשת חוב במסגרת צוואת שכיב מרע, ראה: שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תשלח; שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן כה.

ד. נכסים שלא באו לעולם

(1) תוקף קנייני ותוקף אובליגטורי (מטעם נדר)

הלכה נפסקה שאין בכוחו של אדם להקדיש נכס שעדיין לא בא לעולם, גם אם הוא עתיד לבוא לעולם[71].

אבל יש להדגיש שהלכה זו עוסקת בהיבט הקנייני של ההקדש, כלומר, שלהקדשת דבר שלא בא לעולם אין משמעות קניינית. עם זאת, ייתכן שלהקדש זה יהיה תוקף אובליגטורי. וכך אמנם מדגיש הרמב"ם[72]: "דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו, שאילו אמר אדם: 'כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית', או: 'יהיה אסור עלי', או: 'אתננו לצדקה', אף על פי שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם, הרי זה חייב לקיים דברו, שנאמר: 'ככל היוצא מפיו יעשה' (במדבר ל, ג)".

לעומתו, פוסק הרא"ש[73]: "אם אמר 'קרקע זו לכשאקחנו יהא הקדש' אינו כלום, דאין אדם

[71] נדרים פה ע"ב; רמב"ם, הלכות ערכין וחרמין, פרק ו, הלכה כו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריב, סעיף ט. וראה דברות משה, נדרים, סימן ה, ענף ו.

[72] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה טו.

ר' מרדכי הלוי, שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן כה, עומד על ההבדלים שבין שלוש הלכות בדברי הרמב"ם בעניין זה, כדלהלן:

(א) רמב"ם, הלכות ערכין וחרמין, פרק ו, הלכה כו, פסק שהאומר "מה שתעלה מצודתי מן הים קדש, מה שתוציא שדה זו מן הפירות חרם" — לא אמר כלום. משמע שלהקדשה בדרך זו אין אפילו משמעות אובליגטורית.

(ב) לעומת זאת, בהלכות ערכין וחרמין, שם, הלכה לא, פסק: "אע"פ שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, אם אמר 'הרי עלי להקדישו', הרי זה חייב להקדישו כשיבוא לעולם משום נדר". כאן הדגיש הרמב"ם שיש להקדשה משמעות אובליגטורית, ואף הוסיף: "אם לא הקדיש, הרי זה עובר משום 'לא תאחר' ו'לא יחל' ומשום 'ככל היוצא מפיו יעשה', כשאר הנדרים".

(ג) בהלכות מכירה, שם, קבע הרמב"ם שמי שאמר "כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש, אף על פי שאינו מתקדש, לפי שאינו בעולם, הרי זה חייב לקיים דברו, שנאמר 'ככל היוצא מפיו יעשה'". אף כאן יש להקדשה משמעות אובליגטורית, אלא שבניגוד להלכה השנייה, שבה הדגיש הרמב"ם שהנמנע מלקיים את דבריו עובר על שני לאווים ("לא תאחר ולא יחל") ועשה ("ככל היוצא מפיו יעשה"), כאן קבע שהעובר על החיוב מבטל רק את העשה — "ככל היוצא מפיו יעשה".

לדברי ר' מרדכי הלוי, ההבדל בין ההלכות נובע מנוסח ההקדשה. בהלכה הראשונה עסק הרמב"ם באדם האומר על נכס שלא בא לעולם שהוא קודש. במקרה זה, ההקדשה פגומה גם משום שהנכס המוקדש לא בא לעולם וגם משום שזו אמירה שאינה אמת, שהרי כל עוד לא הוקדש הנכס, לא ניתן לומר עליו שהוא קדוש. לפיכך, להקדשה בדרך זו אין שום משמעות, אף לא אובליגטורית.

בהלכה השנייה, אמר המקדיש "הרי עלי להקדישו". נוסח זה הוא נוסח קלאסי של נדר, ולכן, אף שלהקדש אין משמעות קניינית, כיוון שהנכס לא בא לעולם, יש לו משמעות אובליגטורית מכוח דיני הנדרים, ואם עבר המקדיש על דבריו, ביטל שני לאווים ועשה.

בהלכה השלישית, לא נקט המקדיש בלשון מקובלת לנדר ("הרי עלי"), אך גם לא אמר ניסוח שאינו אמיתי, שהרי אמר שהנכס "יהיה קודש" כשיבוא לעולם. על כן לא חל נדר במלוא משמעותו, ולכן אין המקדיש עובר על שני לאווים ועשה אם לא קיים את חיובו. בכל זאת, הואיל והתחייב להעביר נכס להקדש, אם יימנע מכך הוא יעבור על העשה "ככל היוצא מפיו יעשה".

לדיון נרחב בהלכות אלו, ראה גם בשערי עוזיאל, שער כג, פרק ב, הערה א.

[73] שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן א. לדעת מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ב (ד"ה והיכא), זו גם דעת הרי"ף, בבא קמא יח ע"ב (בדפי הרי"ף), והראב"ד, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה טו.

מקדיש דבר שלא בא לעולם. אבל אם אמר 'קרקע זו לכשאקחנו אקדישנו', או אם אמר 'להקדש אתנהו', הוי נדר עליו, וצריך לקיים את נדרו". כלומר, שהמקדיש נכס שלא בא לעולם, אינו חייב להקדישו כשיבוא לעולם, מטעם נדר, אלא אם התחייב בפירוש להקדיש את הנכס כשיבוא לעולם.

הכרעת השולחן ערוך במחלוקת זו אינה ברורה. בסעיף אחד[74] פסק את הלכת הרמב"ם שהזכרנו כלשונה, ואילו בסעיף אחר[75] הוא פוסק את תשובת הרא"ש כלשונה: "אם אמר 'קרקע זה לכשאקננו יהיה הקדש' — אינו כלום, שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם. אבל אם אמר 'לכשאקננו אקדישנו' או 'אתננו להקדש' — הוי עליו נדר, וצריך לקיים נדרו". ואמנם, על הסעיף השני מעיר הרמ"א[76]: "וזהו סברת הרא"ש, וחולק על הרמב"ם... כמו שכתב [המחבר] סברתו בסעיף ז; ודברי המחבר שסתם לעיל כדברי הרמב"ם, וכאן כדברי הרא"ש, אינו נכון". הרמ"א עצמו מאמץ את דעת הרא"ש[77].

יש המסבירים[78] שהשולחן ערוך מבחין בין נכסים שטרם באו לעולם אך עתידים לבוא לעולם ללא התערבות אנושית, שבהם עסק הרמב"ם, לבין נכסים שטרם באו לעולם וביאתם לעולם מותנית בהתערבות אנושית, שבהם עסק הרא"ש. בנכסים מן הסוג הראשון, שעתידים בוודאי לבוא לעולם, יש להתייחס ליצירת ההקדש כהתחייבות להעביר את הנכסים להקדש כשיבואו לעולם, אף שהמקדיש לא קיבל על עצמו התחייבות מפורשת. לעומת זאת, בנכסים שנדרשת התערבות אנושית כדי שיבואו לעולם, אין ודאות שאמנם יבואו לעולם, ולפיכך, עצם ההקדשה אינה משתמעת כנדר, ורק אם קיבל על עצמו התחייבות מפורשת להעביר את הנכסים להקדש כשיבואו לעולם, חל עליו נדר. לפי הסבר זה, מובן מדוע פסק השולחן ערוך הן כדברי הרא"ש והן כדברי הרמב"ם.

(2) הקדש שנוצר על ידי חולה הנוטה למות ("שכיב מרע")

בעניין הקדש הנוצר על ידי מי שנוטה למות ("שכיב מרע"), פוסק הרמב"ם[79]: "אם ציוה אדם

[74] שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריב, סעיף ז.

[75] שולחן ערוך, שם, סעיף ט.

[76] רמ"א, שם, סעיף ט.

[77] רמ"א, שם, סעיף ז.

[78] דרישה, חו"מ שם, סעיפים י־יא, וסמ"ע, שם, ס"ק כב. והסכים עמו שו"ת דרכי נועם, חו"מ, סימן כה (ד"ה ואם תאמר וד"ה וכן ראיתי).
ש"ך, חו"מ שם, ס"ק יב, מביא בתחילת דבריו את דברי הסמ"ע בהסכמה, אך בהגהה בתוך הש"ך דוחה את דברי הסמ"ע משום "שבהדיא [=בפירוש] משמע ברמב"ם, פרק ו מהלכות ערכין, שאין לחלק [=להבחין]". בפתחי תשובה, חו"מ שם, ס"ק י, הסביר את דבריו, שהרמב"ם שם, הלכה לג, הביא ראיה לכך שהמתחייב לתת להקדש נכס שלא בא לעולם חייב מטעם נדר, מדברי יעקב אבינו (בראשית כח, כב): "כל אשר תתן לי, עשר אעשרנו לך", והרי התחייבות זו הייתה לתת להקדש דבר שאינו עתיד לבוא לעולם ממילא. אולם בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קז, דוחה ראיה זו בטענה שנכסים שעתיד אדם להרוויח במהלך הרגיל של ניהול עסקיו נחשבים כנכסים הבאים ממילא, מפני ש"אין אדם בעולם שלא יתן לו ה' להחיות נפשו ולהשתכר בשום דבר ואפילו על ידי מתנת בשר ודם". עוד אפשר לדחות, שיעקב אמר במפורש שהוא יקדיש את הנכסים כשיבואו לעולם, שהרי אמר "עשר אעשרנו לך", והתחייבות זו חלה גם בנכסים שאינם עתידים לבוא לעולם באופן טבעי; והבחנת הסמ"ע נאמרה לגבי מי שלא התחייב במפורש אלא אמר "יהיה הקדש" וכדומה.

[79] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה טז.

כשהוא שכיב מרע, ואמר: ׳כל מה שיוציא אילן זה לעניים, או כל שכר בית זה לעניים׳, זכו בהן העניים״. מלשון זו ניתן ללמוד, לכאורה, שלהקדשת נכסים שטרם באו לעולם על ידי שכיב מרע יש גם משמעות קניינית. אבל לא כך פירשו הפוסקים את דבריו.

ר׳ יוסף קארו[80] הסביר שהרמב״ם עוסק בשכיב מרע המקדיש בפני יורשיו. בנסיבות אלו, יצירת ההקדש מטילה חיוב אישי על המצווה (להעביר את פירות האילן או את שכר הבית לגזבר או לעניים), ומטילה חיוב אישי גם על היורשים, מפני ששמעו את התחייבות מורישם ושתקו, ומכלל שתיקתם ניתן לשמוע הסכמה לקיים את התחייבות המוריש[81].

לעומתו, מגיד משנה[82] הסביר שמכוחו של החיוב האישי המוטל על המקדיש להעביר מנכסיו למטרות ההקדש, אף יורשיו חייבים להגשים את מטרות ההקדש משום ש״מצווה לקיים את דברי המת״[83].

ר׳ אפרים נבון[84] הסביר שהיות שנדר, יש להניח שלא התכוון להוציא את דבריו לריק, אלא

[80] כסף משנה, הלכות מכירה, פרק כב, הלכות טו־טז, ובית יוסף, חו״מ, סימן ריב, סעיף ח.
יש לציין שגם שו״ת מהר״ם גלנטי, סימן יג, כותב שהמצווה בנוכחות יורשיו ושתקו, חל עליהם חיוב של נדר, מפני ששתיקתם היא כנדר שלהם (הוא עוסק בצוואה לתת כסף לעניים). על חיוב צדקה מחמת שתיקה, ראה גם שו״ת בית שלמה (דרימר), מהדורא בתרא, סימן קט (סא ע״ג).

[81] לפי הסבר זה, מה שכתב הרמב״ם ״זכו בהן העניים״ אין כוונתו לזכייה במשמעותה הקניינית, אלא זכו בהתחייבות היורשים.
אבל ב״ח, חו״מ שם, סעיף ט, כותב על פירוש הבית יוסף ש״אין ספק שזה דוחק״; אולי מחמת הקושי בלשון ״זכו״. הב״ח מסביר, שכמו שתיקנו שדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים, כדי שלא תיטרף דעתו, גם כאן תיקנו מאותו טעם ש״חל השיעבוד על נכסיו״, ושעבוד זה מחייב את היורשים. לפי הסברו, לביטוי ״זכו״ שבדברי הרמב״ם יש משמעות קניינית, כפשוטו, שכן העניים זכו בשעבוד הנכסים.

[82] מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק כב, הלכות טו־טז.

[83] בסעיף 1, פרק רביעי, ג, עמדנו על כך שלדעת רוב הפוסקים, המצווה לקיים את דברי המת מותנית בכך שנכסי ההקדש יועברו לשליטתו של נאמן בחייו של יוצר הנאמנות. אם כן, מדברי המגיד משנה עולה, שאם יוצר ההקדש מחייב עצמו בנדר, תחול המצווה לקיים את דבריו אף שנכסי ההקדש לא הועברו לשליטתו של נאמן בחייו. ואמנם, יש מן הפוסקים שכתבו כך בפירוש. על כך ועל ההסבר לדין, ראה סעיף 1 שם.
חידוש נוסף העולה מדברי המגיד משנה הוא שהמצווה לקיים את דברי המת חלה אף אם נכסי ההקדש לא באו לעולם בעת שהמקדיש ציווה להעבירם לאחרים. על עניין זה, ראה: דברי חיים (אוירבך), יו״ד, סימן מח, ד״ה ומה שהביא; שדי חמד, כללים, מערכת מ, כלל ריט, ד״ה ועוד כתב.
אשר ללשון הרמב״ם ״זכו״, לפי הסבר מגיד משנה ניתן להסביר שמשמעות ה״זכייה״ היא שבסופו של דבר יועברו הנכסים לעניים, אך אין ל״זכייה״ משמעות קניינית. אולם ניתן גם להסביר שמכוח המצווה לקיים את דברי המת, מועברת הבעלות בנכסי ההקדש לעניים עם מותו של יוצר ההקדש. ראה סעיף 1 שם, על מחלוקת הפוסקים בשאלה, האם למצווה לקיים את דברי המת יש משמעות קניינית אם לאו.
לבירור שיטות הכסף משנה והמגיד משנה בעניין זה, ראה גם שערי עוזיאל, חלק א, שער כג, פרק ב, הערה א. על עניין זה בכללו, ראה גם בחידושי ר׳ שמואל רוזובסקי, גיטין, סימן טו.

[84] מחנה אפרים, על הרמב״ם, הלכות זכייה, פרק י.
גם שו״ת חתם סופר, חו״מ, סימן קטו, נוקט שהקנה אילן לפירותיו; אך הוא אינו מסביר מדוע מפרשים כך את דבריו.
פרישה, חו״מ, סימן ריב, ס״ק ט, וסמ״ע, סימן ריב, ס״ק יט, הסביר רק שמאחר שקיבל עליו, אין הממון עובר בירושה בלי קניין. אפשר להסביר את דבריו על פי דברי קצות החושן, סימן רצ, ס״ק א, שנביא ליד ציון הערה 276, שהחובה האובליגטורית יוצרת שעבוד על נכסי המקדיש.
הסבר נוסף נמצא בכנסת הגדולה, חו״מ, מהדורא בתרא, סימן ריב, הגהות בית יוסף, סימן כט, הפותח

יש להניח שהוא התכוון להקדיש את נכסיו לפירותיהם, ובאופן זה ההקדש תקף, ואין הוא נחשב כהקדשת נכס שלא בא לעולם[85]. אך הסבר זה מעורר על השאלה: מדוע אין אומרים כך אם יוצר ההקדש בריא? נראה שההבדל הוא, שאם הוא בריא, ייתכן שהתכוון רק לנדר שיטיל עליו חיוב אישי לתת את נכסיו לטובת הגשמתן של מטרות ההקדש כשיבואו לעולם. אולם פרשנות זו לדבריו של החולה הנוטה למות לא תיתכן, משום שהוא ימות לפני שהנכסים יבואו לעולם, ולא יהיה בידו להגשים את מטרות ההקדש, ויורשיו של אדם אינם יורשים את חובותיו האישיים[86]. לכן יש לתת לדבריו משמעות קניינית, שהתכוון להקדיש את נכסיו לפירותיהם.

(3) רווחים

לעניין הקדשת רווחים שטרם באו לעולם, מבחין ר' מנחם מעיל צדק[87] בין הקדשת נכס לרווחים המגיעים ממנו, כגון שאומר: "כסף זה — כל הריוח הבא ממנו אתן ממנו מעשר", שההקדש חל מפני ש"הכסף הוא בעולם", לבין הקדשת "מעשר מן הריוח", שההקדש אינו חל מפני ש"הריוח לא בא לעולם"[88].

ה. זכויות

בדיון בהקדשת הזכויות, יש להבחין בין הקדשת זכויות בנכס המצוי בבעלותו של המקדיש, לבין הקדשת זכויות בנכס שיש בו למקדיש רק זכויות.

אי אפשר להקנות זכויות, אלא בדרך של העברת הבעלות בנכס ממשי לפירותיו[89]. כך

במילים: "ומצאתי בתשובה כתיבת יד למהרע"י ז"ל": שבגלל הנדר, "בית דין יורדים לנכסיו כשיבואו לעולם בעל כרחו, וכיון שכן, כשמת המקדיש, הנכסים היו משועבדים לזה ההקדש, ונפרעים מן היורשים". גם את דבריו אפשר להסביר על פי קצות החושן שם. אבל לפי הסברים אלו, לא מובן מדוע הדין כך רק בשכיב מרע ולא בבריא.

[85] ראה להלן, ליד ציון הערה 89.

[86] ראה להלן, ליד ציון הערה 150 וליד ציון הערה 272.

[87] ר' מנחם מעיל צדק, המובא בב"ח, יו"ד, סימן רטז, בסופו, ובש"ך, יו"ד, סימן רד, ס"ק ט. ראה גם: צדקה ומשפט (בלויא), פרק ד, סעיף כה.

אבל לדעת שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן ז, על אף שניתן להקדיש "דקל לפירותיו" (ראה להלן, ליד ציון הערה 89), לא ניתן להקדיש כספים לרווחים שיופקו מהם. נימוקו הוא, שהרווחים, בניגוד לפירות דקל, אינם נובעים מגוף הנכס שהוקדש. משו"ת חתם סופר, חו"מ, סימנים קז, קי, ו־קיב, משמע שהוא מקבל את דעת מהר"ם אלשיך. אולם רבים דחו אותה. ראה: משנה למלך, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה א; קצות החושן, סימן רט, ס"ק ד; נתיבות המשפט, סימן רט, ס"ק ה; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יו"ד, סימן מה. וראה בני יעקב, מאמר ב, דף עא ע"ג; שו"ת מהריט"ץ, סימן קפו; שו"ת ר"ע איגר, מהדורא קמא, סימן קמא, וחלק ג, סימן נח; כבוד יום טוב, על הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה א; אבני החושן, סימן רט, ס"ק ד; חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן ח, ס"ק ה; שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן קלג; לב ים, גיטין, סימן לג, אות ג; שנות חיים (אויסאבל), הלכות ריבית, סימן קיח, ענף ג; שער החיים (בשארי), עמ' נג.

[88] אבל נראה שאם אמר בלשון נדר, כגון: "הרי עלי לתת אחוז מסוים מן הרווח", הוא חייב לקיים את דבריו מטעם נדר.

[89] בבא בתרא קלב ע"ב (בדקל לפירותיו); רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רט, סעיף ד; אנציקלופדיה תלמודית, ערך דבר שלא בא לעולם, פרק ט, כרך ז, עמ' נג־נז.

למשל, ניתן להקדיש "ידיים לעושיהם"[90], ומשמעותה של הקדשה זו היא שהוקדשו ידיו של האדם לשם הפקת פירות מהן. בעקבות הקדשה כזאת, כל רווח הנובע מפעולות האדם יהיה שייך להקדש. בהתאם לכך, כדי להקדיש זכויות בנכס, יש להקדיש את הנכס לשם הפקת פירות ממנו. מכאן מתחייבת המסקנה שאין אדם יכול להקדיש זכויות בנכס, אם הנכס אינו בבעלותו. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם הסוגיה שהוזכרה לעיל[91], האומרת שאין שוכר יכול להקדיש את המושכר, ומשמע ממנה שאינו יכול להקדיש אף את הזכות להתגורר במושכר, אף שזכות זו שייכת לו.

מצד שני, קובעת התוספתא[92]: "השוכר שדה מחבירו... עמד השוכר והקדישה, הרי זו מוקדשת עד שתצא מרשותו".

בעלי התוספות[93] מיישבים את הסתירה שבין המקורות על ידי הבחנה בין הזכות להקדיש את גוף המושכר, לבין הזכות להקדיש זכויות בו. לדבריהם, הסוגיה השוללת את זכות השוכר להקדיש את הדירה שהוא שוכר, אינה עוסקת בזכותו של השוכר להקדיש את זכויותיו במושכר, אלא בזכותו להקדיש את גוף המושכר. מאחר שגוף המושכר אינו שייך לשוכר, אין הוא יכול להקדישו. אולם הוא יכול להקדיש את זכויותיו במושכר, ובזה עוסקת התוספתא.

אבל ההסבר של בעלי התוספות דורש הבהרה, שהרי אמרנו שאין אדם יכול להקדיש זכויות בנכס שאינו בבעלותו, והרי לשוכר אין זכויות בגוף הנכס המושכר, ואם כן, כיצד יוכל להקדיש את הזכות להתגורר בו?

נראה שהתשובה לשאלה זו נעוצה בכלל[94]: "השכירות מכירה לזמן קצוב היא". משמעותו של כלל זה היא שלמעשה, יש לשוכר זכויות קניין בגופו של המושכר, אף שזכויות אלו אינן מלאות. היות שיש לשוכר זכויות קניין בגופו של המושכר, יש בכוחו להקדיש את זכותו להתגורר במושכר[95].

[90] יבמות צג ע"א; כתובות נט ע"א; נדרים פה ע"ב; קידושין סג ע"א; הגהות אשרי, כתובות, פרק ה, סימן טו.

[91] ליד ציון הערה 51.

[92] תוספתא בבא מציעא, פרק ט, הלכה יב (הלכה 33 במהד' ליברמן).

[93] תוספות, ערכין כא ע"א, ד"ה הכי קאמר.

[94] רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א (ע"פ בבא מציעא נו ע"א). הרחבה בשאלה האם זכות השוכר היא זכות חוזית או קניינית, ראה חוק לישראל, שכירות ושאילה, עמ' 7-24. למקורות שציין יש להוסיף את ביאור הלכה, או"ח, סימן קנד, ד"ה השוכרים, שכתב "שעל אותו הזמן כמכורה היא להם".

[95] ים של שלמה, בבא קמא, פרק ה, סימן לד, כותב: "אין לשוכר מידי [=דבר] בגוף הדבר, אלא ההנאה, ואין חל עליו הקדש כלל, אם לא שמתנה ומפרש: 'אותה ההנאה שיש לי בבית יהיה הקדש', דהיינו כפי שויו של טובת ההנאה שיש לו על הבית. שיכול להשכיר לאחרים עד ימי שכירותו, או להשאיל. וזהו שפיר יכול להקדיש, מאחר דשכירות ליומיה ממכר הוא, וההנאה שלו". בפסקי דין ירושלים, דיני ממונות, חלק א, עמ' 50, צוטטה דעת ים של שלמה בלשון זו: "היש"ש כתב שם שאפילו לזמן שכירותו אינו קדוש, כיון שאין לו בבית קנין הגוף", ועל פי זה קבע בית הדין שיש מחלוקת בין בעלי התוספות לבין ים של שלמה לעניין יכולת השוכר להקדיש את המושכר. נראה שהכוונה היא שלפי התוספות, גם אם הקדיש השוכר סתם, מפרשים שהתכוון להקדיש את זכות הדירה שלו, ואילו לפי ים של שלמה, זכות זו מוקדשת רק אם אמר בפירוש שהוא מתכוון לכך. אך הדברים אינם מוכרחים, ואפשר שבעלי התוספות התכוונו בדיוק למה שכתב ים של שלמה.

שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רכה, השיג על דברי ים של שלמה, ומסקנתו היא שגם אם לא אמר המקדיש בפירוש שכוונתו להקדיש רק את זכויותיו במושכר, ההקדש תקף. הסיבה לכך היא שהביטוי "הקדש" "כולל כל מיני הקדש", הקדש גוף והקדש פירות (=זכויות). היות שיש להניח ש"לא הוציא [המקדיש] דבריו

השולחן ערוך פסק[96]: "השוכרים בית ומתפללין בו, אין לו דין בית הכנסת". לכאורה, הלכה זו מלמדת שאין בכוחו של שוכר להקדיש את המושכר. אולם אפשר שיש בכוחו של שוכר להקדיש את המושכר, ובכל זאת, היות ש"אין לו בבית אלא חודש או שנה, לא נתכוין להקדישו קדושה קבועה אלא רק קדושת עראי"[97], והקדשה ארעית כזאת אינה הופכת מבנה לבית כנסת, על כל המשמעויות ההלכתיות הנובעות מכך[98].

לאור האמור עולה אפוא, שדעתם של בעלי התוספות, ששוכר יכול להקדיש את זכויותיו במושכר, אינה סותרת את העיקרון שאין אדם יכול להקדיש זכויות בנכס שאינו בבעלותו.

פרק חמישי

דרישת הכתב — "הקדשת נכסים... טעונה מסמך בכתב"

א. מבוא

ס"ק (א) קובע שיצירת "הקדש" טעונה מסמך בכתב. זוהי דרישת כתב מהותית, שקיומה הוא תנאי ליצירת ההקדש[99]. משמעות הדבר היא, שהוראות החוק שחלות רק על "הקדש" ולא על נאמנות רגילה, חלות רק על נאמנות שנוצרה על ידי כתב. גם תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, אף שאינו מכיר במוסד ה"הקדש", דורש כתב כתנאי ליצירתו של "כתב נאמנות חד צדדי"[100].

לבטלה", יש להניח ש"כל מה שיש לו בו — הקדיש. אם הגוף שלו, הקדיש הגוף, ואם הפירות, הקדיש הפירות וההנאה שיש לו בו".

96 שולחן ערוך, אורח חיים, סימן קנד, סעיף ב.

97 פסקי דין ירושלים, שם.

98 בית הדין שם טען שמפרשי השולחן ערוך חלוקים ביניהם בשאלת כוחו של שוכר להקדיש את המושכר. הלבוש, אורח חיים, סימן קנד, סעיף ב, נימק את דברי השולחן ערוך, "שהרי הגוף אינו קנוי להם", כלומר, היות שאין גוף המושכר קנוי לשוכר, אין בכוחו של השוכר להקדישו, ומשמע שלדעתו הדין כך אפילו יהיה מושכר לו לזמן רב. לעומת זאת, פרי מגדים, או"ח, סימן קנד, משבצות זהב, ס"ק א, כותב שמי ששכר נכס לזמן רב, העולה על שנה, ועשאו בית כנסת, יש בו קדושה, אבל לא כבית כנסת ממש. מכאן מסיק בית הדין (פסקי דין ירושלים שם, עמ' 51) שלדעת פרי מגדים, "יש כח ביד השוכר להקדיש הבית בקדושת ביהכנ"ס, אלא שיש אופנים שאינו קדוש משום שלא נתכוונו להקדישו קדושה קבועה, אבל לדעת הלבוש אין לשוכר כח להקדישו משום שאין הגוף קנוי לו".
אולם דברים אלו קשים, שכן בפרי מגדים כותב: "אבל בלבוש משמע, כל שאין הגוף קנוי להם, אפילו לזמן רב הוי ארעי". מדברים אלו משמע שפרי מגדים אינו חולק על הקביעה ש"אין הגוף קנוי להם", והכול מודים שאין השוכר מסוגל להקדיש את המושכר, ובכל זאת יש בו קדושה מסוימת כיוון שבני אדם מתייחסים אליו כמו אל בית כנסת קבוע.
גישה אחרת בעניין זה: ביאור הלכה, סימן קנד, סעיף ב, ד"ה השוכרים, כותב (בשם עולת תמיד, סימן קנד) שדברי השולחן ערוך נאמרו לגבי מקרה מיוחד, שהשלטון לא התיר פתיחת בתי כנסת, ולכן נאלצו להתפלל במקומות סתר, והשלטון עלול לגלות מקומות אלו, ולכן קדושתם ארעית בלבד; אבל בבית כנסת בבית המושכר בשכירות רגילה, יש קדושת בית כנסת, מפני ששכירות היא כמכירה ליומה.

99 כרם, עמ' 435. ושם, סעיף 305, עמ' 639, הוא מעיר שבמשפט הרומי והאנגלי ניתן היה בתחילה ליצור הקדש גם ללא מסמך כתוב, אך הדבר נאסר מאוחר יותר מחמת ניצול מצב משפטי זה לרעה.

100 תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיפים 564־565. ראה לעיל, הערה 4.

דרישה כתב כזאת אינה קיימת במשפט העברי, כפי שניווכח בהמשך, אף לא בנוגע לנאמנות למטרות צדקה. יתירה מכך, ממקורות שונים עולה שמבחינות רבות, גרוע הכתב מן ההצהרה בעל פה.

ב. הקדשה בעל פה

כאמור לעיל[101], יצירת הקדש[102] למטרות צדקה נחשבת כנדר, וככל נדר, היא מתבצעת באמירה של המקדיש שיתן מנכסיו להקדש, ואין צורך בכתיבה.

עוד זאת: לדעת חלק מן הפוסקים, יש ליצירת ההקדש גם משמעות קניינית, מכוח הכלל ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט"[103]. כלומר, אמירה בעל פה גרידא נחשבת כ"מסירה להדיוט". מכאן שלפי המשפט העברי, יצירת הקדש אינה זקוקה לכתב.

אמנם, תקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל קובעות שבתי הדין יערכו כתב הקדש בעת יצירתו של הקדש, אך נראה שאין זו דרישת כתב מהותית, אלא דרישת כתב ראייתית, שאינה תנאי לתוקפו של ההקדש. התקנה קובעת[104]: "בבקשה לכינון הקדש לתורה, למצווה או לצדקה, על המבקש לציין את פרטי הנכס המוקדש, מטרת ההקדש ודרכי הנהלתו". פרטים אלו זהים למעשה לפרטים הנדרשים על פי חוק מכתב הקדש: הבקשה לכינון ההקדש היא למעשה הבעת הכוונה ליצור הקדש, קביעת פרטי הנכס המוקדש היא למעשה קביעתם של נכסי ההקדש, קביעת מטרת ההקדש זהה לדרישה לקבוע את מטרות ההקדש בכתב ההקדש, והדרישה לקבוע בכתב ההקדש את "דרכי ניהולו" זהה לדרישה לקבוע בכתב ההקדש את "תנאיו"[105].

ג. הקדשה בכתב

(1) תוקפה של הקדשה בכתב

כאמור, הקדשה בעל פה מועילה לשם יצירת הקדש, לפי המשפט העברי. יש לדון בשאלה, האם גם הקדשה בכתב מועילה, או שמא כוחה של כתיבה קטן מכוחו של דיבור.

לדעת פוסקים רבים, יש תוקף לנדר בכתב, שכן אף הכתיבה מבטאת את כוונותיו של הכותב, כמו דיבור[106]. יש מי שאומר[107], שליצירת ההקדש בכתב יש אף משמעות קניינית[108],

[101] אחרי ציון הערה 24.

[102] הכוונה ל"הקדש" במובנו המסורתי — נאמנות למטרות צדקה וכדומה, ולא "הקדש" במובן של החוק, שמשמעותו היא כל נאמנות שנוצרה על ידי כתב; ראה פרק שני, א.

[103] ראה לעיל, אחרי ציון הערה 32.

[104] תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים משנת תשנ"ג, פרק כב, סעיף קפז, ס"ק (1).

[105] לדוגמאות לשטרי הקדש, ראה: שו"ת הראנ"ח, סימן נח; שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קע; תיק 1176/תשט"ו, בבית הדין האזורי בירושלים (פד"ר, כרך א, עמ' 353); תעודה 90, בית הדין הרבני האזורי ירושלים (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 78־80); תיק 6/16, בבית הדין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (שם, עמ' 422־424); שורת הדין, כרך ד, עמ' שפו־שצ.

[106] ראה למשל: שו"ת חוות יאיר, סימן קצד (גם על נדר לצדקה); שו"ת הרי"ם, סימן יד. ראה גם שו"ת מפי אהרן, חו"מ, סימן יב (דפים נט־ס). סיכום ממצה של הדעות בעניין זה, ראה: ר"מ שווארץ, משפט הצוואה, ירושלים תש"ס, חלק ג, שער ט, ענף יד (עמ' תרד־תריב).

שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רכז, מבחין בין התחייבות אישית כלפי שמיים לבין התחייבות כלפי הזולת: "דוַדאי לענין שהאיש רוצה לקיים על עצמו שום דבר ולחייב עצמו בדבר או כיוצא בזה, לענין זה פשוט

מכוח הכלל ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט": "גם על ידי כתיבה אמרינן [=אנו אומרים] אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט".

לעומתם, יש הסוברים שאין תוקף לנדר בכתב[109], משום שבפרשת שבועות (ויקרא ה, ד) נאמר "לבטא בשפתים"[110].

דהכתיבה עדיף מדיבור. אמנם להודיע דבריו לחברו לדברים היוצאים מלבו שיכנסו ללב חבירו, בענין זה הדיבור עדיף... משא"כ במקבל על עצמו שום דבר ולענין קיום הדבר, עדיף כתיבה מדיבור, א"כ נהפוך הוא, דרחמנא אמר אפילו רק לבטא בשפתים בעלמא נתחייב, מכל שכן בכותב, דעדיף, דהשתא כשמוציא הרהורי מחשבתו ע"י הבל פיו מתחייב לקיימו ולא יחל, מכל שכן כשהוציאם ע"י כתיבה". כלומר, במקום שהמטרה היא להעביר אינפורמציה מאדם לזולתו, עדיף הדיבור, שכן הוא נעשה בנוכחות האדם שאליו מבקשים להעביר את האינפורמציה, ועל כן, יש לו משקל רב מן הכתב. אולם, במקום שהמטרה היא לבטא את הרהורי הלב, ולתת להם משמעות משפטית, הכתב עדיף על הדיבור, בהיותו מבטא בצורה איתנה יותר את הרהור הלב.

בשו"ת הר"י מיגאש, סימן קכו (הובא בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יו"ד, סימן סח), נשאל בעניין "שני אנשים היתה ביניהן שנאה ודברי ריבות ואחר כך השלימו, וכתב כל אחד מהן לחבירו כתב ידו בשבועות חמורות שלא יכוין להקניטו ולא ידבר עליו סרה, אם הם מחוייבים בשבועה זו שכתבו בכתב ידם, או נאמר שהואיל ולא הוציאו שבועה מפיהן אינם חייבין בה?", והשיב: "אם כתב בכתב ידו שבועה ונתן לו כתב ידו, חייב הוא לקיים מה שנשבע, ואפילו שלא הוציא שם שבועה מפיו; ואם לא קיים, דינו מסור לשמים. אבל אין לחייבו דבר בדיני אדם, הואיל ולא הוציא שם שבועה מפיו". דבריו מתיישבים לפי דברי החתם סופר, שלעניין לחייב את עצמו (כלפי שמים) יש תוקף לכתיבה, אבל לעניין חיובו כלפי חברו (היינו, בדיני אדם) אין תוקף לכתיבה; ומה שנקט "ונתן לו כתב ידו" הוא משום שהשבועה שדן בה הר"י מיגש היא שבועה כלפי הזולת, ומשום כך לא די בכתיבתה (אפילו לגבי דיני שמים, היינו לגבי עצמו), אלא יש להעבירה לאחר באמצעות מסירת הכתב.

אבל שו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן שו, סעיף יב, כותב להיפך: שדרישת "לבטא בשפתיים" נאמרה דווקא בנוגע להתחייבות אישית, אבל בנוגע להתחייבות כלפי הזולת, יש תוקף גם לכתב: "דודאי מי שנשבע לאחר, זה הסברא מכרעת שמחויב לקיים וכו', והיינו שבועות אברהם ויצחק ואליעזר כו', דבשבועות שקודם מתן תורה לא נזכר בתורה לא ביטוי שפתים ולא 'דברו', ועל כן אין חילוק בין בפה בין בכתב".

[107] שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן לד.

[108] ראה לעיל, פרק שלישי, ד, בשאלה הכללית האם יש משמעות קניינית ליצירת הקדש למטרות צדקה.

[109] כך פסקו: שו"ת ר' אליהו מזרחי, סימן עג; שו"ת מהר"ם גלאנטי, סימן יג (הובא ביד מלאכי, כללי הדינים, סימן צ); שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יו"ד, סימן סח, ד"ה ועתה. מהר"ם גלאנטי דיבר על הנודר צדקה לעניים.

נימוק מעניין לשיטה זו יש בשו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן שו, סעיף יב, ע"פ דברי מהר"ל מפראג, נתיבות עולם, נתיב הלשון, פרק ב (ד"ה תנן): "הלשון [היא] עצם האדם, דכתיב 'ויהי האדם לנפש חיה' [בראשית ב, ז], לרוח ממללא [תרגום אונקלוס, שם]". בהתאם לכך, כותב אבני נזר: "במידי דממונא וכהאי גונא, מעשה עדיף. אבל לחול שם שמים שבועה או נדר, דיבור עדיף, שזה עצם האדם".

גם במשפט המוסלמי יש דעה שתוקפה של אמירה גדול מתוקפה של כתיבה. ש' גויטיין וא' בן שמש, המשפט המוסלמי במדינת ישראל, גוילים תשכ"ח, עמ' 160, כותבים שזו דעת המלומד המוסלמי, אבו יוסף: "הוַקף [=ההקדש] הוא קניין א־לוהים, [והוא] סבור כמשנה (קידושין א, ו): 'אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט', [ש]אין המקדיש צריך אלא אמירה, קול, המביעה באופן ברור את כוונתו, ובזה ההקדש מקבל תוקף. בארצות, שהיו פעם משתייכות לאימפריה הטורקית, פוסקים לפי אבו יוסף... בשעה שבהודו, למשל, עד היום אין נוהג אחיד בבתי המשפט בדבר זה... אופיינית לחוסר האימון של משפט האסלאם בתעודות שבכתב היא העובדה המפליאה, שאע"פ שכבר בראשית האסלאם, עוד קודם להתפתחות התיאוריה המשפטית, נרשמו ההקדשים בדרך כלל במסמכים בעלי צורה מגובשת למדי, לא קבעה ההלכה המוסלמית את תעודת הוקף כמכשיר נותן תוקף".

לעניין אכיפתו של נדר בכתב בבתי הדין הרבניים בישראל, ראה: תיק 125/ג בבית הדין הרבני האזורי

(2) "כתב חתום בידי יוצר ההקדש"

לפי החוק, גם "כתב חתום בידי יוצר ההקדש בפני נוטריון" יוכר ככתב הקדש. השאלה, האם דינו של כתב חתום בידי אדם ככתב שערך החותם בעצמו, שנויה במחלוקת במשפט העברי. יש שטענו שאף לדעת הסוברים[111] שכתיבה כדיבור, חתימה על מסמך שנכתב על ידי אחר אין דינה כדיבור[112], ויש אומרים שלפי הדעה שכתיבה כדיבור, אף חתימה על מסמך כתוב כדיבור[113].

למעשה, נראה מדברי רבים שאם הוקרא המסמך בפני החותם, נחשבת החתימה ככתיבה מושלמת של כל המסמך, ובדרך זו ניתן ליצור הקדש באמצעות חתימה על מסמך כתוב[114].

ד. הקדשה במחשבה

בתלמוד מובאים דברי האמורא שמואל[115] שאף מי ש"גמר בלבו" להישבע שיעשה דבר או שיימנע מעשיית דבר, "צריך שיוציא בשפתיו", וכל זמן שלא הוציא דבר בשפתיו אין זו שבועה. על קביעה זו מקשה התלמוד מן ההלכה האומרת שמי שחשב בלבו להביא קרבן חייב להביא את הקרבן, אף שלא ביטא את מחשבתו בשפתיו[116]. התלמוד משיב שיש הבדל בין "חולין", שבהם אין תוקף למחשבה, לבין "קדשים", שבהם מחשבה מחייבת.

ומה דינו של הקדש לצדקה? האם הוא בגדר "חולין" או בגדר "קדשים"? בעניין זה נחלקו הדעות. רוב הפוסקים הכריעו שהקדש למטרות צדקה דינו כ"קדשים", ומשום כך, מי שחשב בלבו להקדיש נכס, חלה עליו חובה להעביר את הנכס לנהנים[117]. אולם יש הסוברים שמי שלא הוציא בשפתיו את כוונתו להקדיש את הנכס, אינו חייב להעביר אותו לנהנים[118].

ברחובות, פד"ר, כרך ד, עמ' 381, ועמ' 384; פד"ר, כרך יד, עמ' 64 (סעיף מה בפסק דינו של הרב שמואל שפירא; וראה גם במקורות שציין, שם).

יש מקום לומר שיהיה תוקף להקדש בכתב מטעם אחר: לדעת פוסקים רבים, הקדש לבית המקדש, לצדקה או לטובת בית כנסת, חל גם במחשבה, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 117. לפי דעתם, מובן שיש להקדש תוקף גם אם נעשה בכתב, שכן ברור שמי שהביע בכתב את כוונתו ליצור הקדש, גמר בלבו להקדיש. ראה: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל; שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן פב, אות יא; שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן לד, ד"ה לכאורה (לו ע"ב).

ייתכן שאם אדם מקדיש קרקע שלו בכתב, יש תוקף להקדש כיוון שקרקע נקנית בשטר. אבל זאת בתנאי שכתב בשטר שהוא נותן בכך קרקע מסוימת לעניים, והשטר הגיע לידם (או ליד שלוחם), כנדרש בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קצא, סעיף א.

110 ר"א מזרחי ונודע ביהודה הביאו פסוק זה. מהר"ם גלנטי הביא פסוק אחר: "כל היוצא מפיו יעשה" (במדבר ל, ג).

111 לעיל, ליד ציון הערה 106.

112 ראה: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יו"ד, סימן סח, ד"ה ועתה (אבל בתשובות אחרות כתב להיפך, ראה: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל, אות יד, ומהדורא תניינא, יו"ד, סימן קמה; ליישוב הסתירה ראה שו"ת ברית אברהם, יו"ד, סימן ס, סעיף ט); שו"ת בית מאיר, סימן א, בשם ר' עקיבא איגר.

113 ראה שו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן שו, אותיות כט־לב.

114 לסקירה ממצה בעניין זה, ראה: משפט הצוואה, חלק ג, שער ט, ענף טו, עמ' תריב־תרטז.

115 שבועות כו ע"ב.

116 דין זה נלמד מן הביטוי "נדיב לב" שנאמר על תרומת המשכן (בשמות לה, כב) ועל הקדשת קרבן (בדברי הימים ב' כט, לא).

117 ראה: רא"ש, תענית, פרק א, סימן יג (אך השווה לשו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן א; על הסתירה שבדבריו

אשר למשמעותו המשפטית של הקדש במחשבה, חלוקות הדעות. יש הסוברים שאף להקדש מסוג זה יש משמעות קניינית, והכלל ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט"[119] חל אף על הקדש שנוצר במחשבה בלבד[120]. אחרים סבורים שליצירת הקדש במחשבה אין משמעות קניינית, אלא היא רק מטילה חוב אישי על יוצר ההקדש להפריש מנכסיו להקדש[121].

זאת ועוד: רבים סבורים, שעל אף שהקדש במחשבה מטיל על יוצר ההקדש חיוב להפריש מנכסיו לטובת ההקדש, לא יכפה עליו בית הדין את קיום החיוב[122], מפני שאיננו יודעים מה חשב בלבו[123]. לפי גישה זו, משמעותה המעשית של יצירת הקדש במחשבה היא יצירת חיוב שבין המקדיש לבין קונו בלבד, ואין לה משמעות משפטית[124].

ודרכים ליישובה, ראה: שו"ת מהרי"ק, שורש קסא, ענפים ו־ז; בית יוסף, יו"ד, סימן רנח; ב"ח, חו"מ, סימן ריב, סעיף יב; ב"ח, או"ח, סימן תקסב, סעיף ו; ט"ז, או"ח שם, ס"ק ח; נתיב חיים, על הט"ז, שם; שו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן רצב; בשאלה הכללית איך יש להכריע כשיש סתירה בין תשובות הרא"ש לבין פסקיו, ראה יד מלאכי, כללי הרא"ש, סימן לז, סימן מ, וסימן מו, ושדי חמד, כללי הפוסקים, סימן יא, אות ח); מרדכי, בבא בתרא, סימן תצא, בשם תשובת גאון; בית הבחירה, שבועות כו ע"ב, ד"ה אף על פי; שיטה מקובצת, נדרים ז ע"א, ד"ה אין יד לצדקה, בשם רא"ם; שו"ת מהרי"ק, שורש קסא; שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריב, סעיף ח (ע"פ שו"ת דעת כהן, סימן קל, ושו"ת יחווה דעת, חלק ו, סימן נב, שלמדו שהשולחן ערוך הכריע כדעה הראשונה מתוך שהביא את דעת הסוברים שהקדש לצדקה חל גם במחשבה בלשון "יש אומרים", בעוד שאת דעת הסוברים שאינו חל במחשבה הביא בלשון "יש מי שאומר", "שהוא לשון יחיד"; וראה גם שדי חמד, כללי הפוסקים, סימן יג, אות כ ואילך, ויד מלאכי, כללי השולחן ערוך, סימן טז); רמ"א, יו"ד, סימן רנח, סעיף יג, וחו"מ, סימן ריב, סעיף ח; שו"ת חוות יאיר, סימן נט; שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קנח; שו"ת אבני נזר, שם; ערוך השולחן, יו"ד, סימן רנח, סעיף לט ("כיון דהוי ספיקא דדינא, לא מפקינן ממונא מספיקא, אלא שהנודר יש לו לחוש לזה"), וחו"מ, סימן ריב, סעיף י; משנה ברורה, סימן תקסב, ס"ק לא; שו"ת דעת כהן, שם וסימן קלד.

118 ראה: שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן סז (הוא מכנה את הפוסק שהקדש חל גם בלב כמי ש"הפריז על המידה"; אבל שם, חלק ד, סימן קלד, ד"ה ולעניין אם, הוא מסיים: "ואפילו אם גמר בלבו ולא הוציא, אני רגיל לפסוק כמאן דסבירא ליה דחייב ליתן... ומכל מקום מודה אני שאין כופין אותו על ככה"); קצות החושן, סימן קצט, ס"ק ג; שו"ת מהריב"ל, חלק ג, סימן לו (שהיות שקיימת מחלוקת בדבר, לא ניתן לחייב את יורשי מי שהקדיש נכס לצדקה בלבו, להעביר את הנכס למטרות צדקה).

בשו"ת דת אש, סימן יד, כתב שהמקבל על עצמו בלבו לתת צדקה חייב לתיתה דווקא אם הוציא בשפתיו חלק ממה שבלבו, או לחילופין אם העביר לידי הגבאי את הנכסים שחשב בלבו לתת לצדקה; אבל אם לא הוציא דבר בשפתיו ולא מסר נכסים ליד הגבאי, אינו חייב לקיים את מה שהחליט בלבו. והסכים עמו שו"ת יהודה יעלה, חלק א, יו"ד, סימן שיא. אולם שו"ת יחווה דעת, שם, כתב שמדברי השולחן ערוך לא משמע כדבריו. אף בשו"ת אמרי יושר, חלק ב, סימן סב, ובשערי עוזיאל, שער ו, פרק א, הערה ב, האריכו לדחות את דבריו.

119 ראה לעיל, פרק שלישי, ד.

120 מרדכי, קידושין, סימן תצה (על הקדש לבית המקדש); שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כו, אות א, ד"ה אולם (על הקדש לבית המקדש).

121 שו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן שו, סעיף ה; שו"ת ושב הכהן, סימן יח, ד"ה והיוצא (על הקדש לבית המקדש); שו"ת עונג יום טוב, סימן קיז ד"ה ובזה; שו"ת בית שלמה (דרימר), מהדורא בתרא, סימן קט (סא ע"ג־ע"ד); שו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן פב, אות יב. ראה גם בפסק הדין הנזכר להלן, הערה 126.

122 מרדכי, קידושין, סימן תצה. וראה: שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רד (קלד); רמ"א, יו"ד שם; שו"ת ר' עקיבא איגר (מכתב יד, ירושלים תשכ"ה), סימן ע, ד"ה וביותר; שערי עוזיאל, שער ו, פרק א, סעיף א.

123 מרדכי, שם.

124 וראה להלן, ליד ציון הערה 320, על מצב שמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו.

באשר להקדש לטובת בית כנסת, קבע מהרי"ק[125] שגם לדעה שהקדשת צדקה במחשבה אינה חלה, הקדשה במחשבה לטובת בית כנסת חלה, שהרי בית הכנסת מכונה "מקדש מעט"[126], ובזה הוא דומה להקדש לבית המקדש.

פרק שישי

"יוצר ההקדש"

א. מבוא

החוק אינו קובע מי כשר ליצור הקדש, אך היות שיצירת ההקדש היא פעולה משפטית, יש להניח שמי שכשר לפעולות משפטיות הוא שכשר ליצור הקדש. לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, סעיף 2, "כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט", ובכלל זה אף הקטין. אולם פעולתו המשפטית של קטין ופסול דין טעונה הסכמת נציגו[127].

שאלה נוספת שמתעוררת אגב הדיון ביוצר ההקדש היא: האם ניתן להקדיש נכס באמצעות שלוח?

ב. קטין

לעניין גיל הכשרות ליצירת הקדש למטרות צדקה, יש להבחין בין שלוש תקופות בחיי האדם[128]: זכר עד גיל י"ב ונקבה עד גיל י"א — אינם כשרים ליצור הקדש, משום שאנו מניחים שאין הם מבינים את משמעות ההקדשה; זכר בשנה הי"ג לחייו ונקבה בשנה הי"ב

[125] שו"ת מהרי"ק, שורש קסא, ענף ז.

[126] על פי מגילה כט ע"א.

ר"א שרמן, תיק 4־1483/מט, בית הדין הרבני האזורי בתל־אביב (נדפס בתחומין, יב [תשנ"ב], מעמ' 272), כותב שדברי מהרי"ק מתאימים רק לשיטה שיש קדושה בבית כנסת, אם מדאורייתא ואם מדרבנן, אך הם לא יתאימו לשיטת חידושי הרמב"ן, מגילה כה ע"ב (ראה בירור הלכה, מגילה כו ע"ב, ציון ג, ואנציקלופדיה תלמודית, ערך בית כנסת, כרך ג, עמ' קצד, ליד ציוני הערות 141־147), שאין קדושה בבית הכנסת עצמו, אלא דינו כתשמישי מצווה, שאסור לבזותם.

מנגד, ר"א מילר סבור שאין קשר הכרחי בין השאלה אם יש קדושה בבית הכנסת לשאלה האם דין "נדיב לב" האמור לעניין הקדשה לבית המקדש קיים בהקדש לבית כנסת, משום שברור שקדושת בית הכנסת אינה כקדושת בית המקדש, שהרי אין בו דין מעילה ואין איסור להיכנס אליו בטומאה. על כן, מובן שמהרי"ק הבין שעצם ההשוואה שעשו חז"ל בין בית כנסת למקדש, שיש לה יש כמה נפקויות, מלמדת שיש להשוות ביניהם גם לעניין דין הקדש במחשבה.

על החלת הכלל "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" בהקדש לבית כנסת, ראה: מגן אברהם, סימן קנג, ס"ק כא; קצות החושן, סימן ר, ס"ק א, ד"ה אי נמי; שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן לב.

[127] חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, סעיפים 4, 9.

[128] רמב"ם, הלכות נדרים, פרק יא, הלכה ג (לעניין נדר ולעניין הקדש לבית המקדש); שולחן ערוך, יו"ד, סימן רלג, סעיף א.

לחייה — כשרים ליצור הקדש, אם הם מבינים את המשמעות של יצירת ההקדש; זכר מגיל י"ג שנים ויום אחד ונקבה מגיל י"ב שנים ויום אחד — כשרים ליצור הקדש בלי סייג.

ג. פסול דין

המשנה[129] אומרת שהקדש של אדם גדול תקף, אף שהוא אומר שהוא אינו יודע לשם מי הקדיש. רש"י מנמק[130]: "בכלל שוטה נמי לא מחזקינן להו [=גם אין מחזיקים אותם], דסופו לבא לכלל דעת". מדבריו עולה, שבוגר שאינו מודע למשמעות מעשיו — הקדשתו תקפה, משום שסופו להיות מודע למעשיו[131]. רק מי שהוא בגדר "שוטה"[132] אינו כשר להקדיש נכס, משום שהוא לעולם לא יגיע למצב שיאפשר לו להיות מודע למשמעות מעשיו.

ד. יצירת הקדש על ידי שליח

כלל בדיני שליחות הוא[133]: "מילי [=דברים] לא ממסרן [=אינם נמסרים] לשליח". התלמוד מיישם כלל זה בבעל שאמר לשניים לכתוב גט לאשתו בשליחותו, שבגלל כלל זה, אינם יכולים למנות שליח אחר לכתוב[134]. מהרי"ט[135] הבין שמשמעות הכלל היא שאפשר למנות שליח רק לעשות פעולה, ואי אפשר למנות שליח שיאמר אמירה, שייחשב כאילו המשלח אמר אותה אמירה; ולכן אי אפשר להעניק לשליח סמכות למנות שליח אחר, שכן המינוי של השליח האחר הוא אמירה[136]. לאור זה הוא פוסק, שלא ניתן להקדיש על ידי שליח, שכן גם

[129] משנה, נידה, פרק ה, משנה ו (בבלי מה ע"ב).

[130] רש"י, נידה שם, ד"ה אפילו.

[131] ר' אליעזר ברקוביץ, בתשובתו המודפסת בשו"ת שרידי אש, חלק א, סימן צז, ענף ב, אות ד, עמ' רצט, במהד' ירושלים תשס"ה (=חלק ג, סימן לה, במהד' מוסד הרב קוק), מסביר את דברי רש"י, שבדיני נדרים והקדשות, לא משנה אם יש לו מודעות למשמעות ההקדשה או לאו, משום שדי בדיבור, ובלבד שיהיה בגיל גדלות; ואף שאינו מבין מפני שלא הגיע לדעתו השלמה, הרי סופו להגיע לכלל דעת; ורק מי שנטרפה דעתו, והוא בגדר שוטה, אין הקדשו הקדש משום ש"מה שדיבר בדעה טרופה — לאו דיבור הוא". לפי דבריו, צריך לומר שהדין (לעיל, ליד ציון הערה 128) שמי שמקדיש כשהוא בשנה הי"ג לזכר או בשנה הי"ב לנקבה, הקדשו חל רק אם היה מודע למשמעות מעשיו, אינו משום שצריך שההקדש ייעשה בדעה צלולה, אלא משום שצריך שהמקדיש יהיה עשוי להבין את משמעות מעשיו.
עוד אפשר להסביר, שרש"י מתכוון לומר שהדין אינו תלוי בנסיבות של כל מקרה ומקרה, אלא תלוי במעמדו של הנודר או המקדיש: אם הוא במעמד של בר דעת, נדרו והקדשו תקפים גם אם בפועל לא הבין את מה שאמר, מפני שרוב האנשים במעמדו מבינים, ואף הוא סופו לבוא לכלל דעת — דבר שמראה שהוא כבר הגיע למעמד הזה; ואילו מי שנמצא במעמד של שוטה או קטן, היות שרוב האנשים במעמד זה אינם מבינים, אין תוקף לנדרו ולהקדשו; ואילו מי שנמצא בגיל של שנה לפני גדלותו, אי אפשר לשייך אותו למעמד של בני דעת ולא למעמד של חסרי דעת, כיוון שאין רוב ברור של בני הגיל הזה שהם מבינים או לא מבינים, ועל כן צריך לבדוק בגיל זה כל מקרה לגופו.

[132] להגדרת שוטה בתחומים שונים, ראה בירור הלכה, חגיגה ג ע"ב, ציון ד; ר' משה מרדכי פרבשטיין, משפטי הדעת, ירושלים תשנ"ה.

[133] גיטין כט ע"א; שולחן ערוך, אהע"ז, סימן קמא, סעיף מג. להרחבה בעניין זה, ראה חוק לישראל, שליחות, סעיף 1, פרק שלישי, א, וסעיף 16, פרק שלישי, ב.

[134] גיטין, שם.

[135] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז, ד"ה ותו. ראה גם שו"ת חתם סופר, אהע"ז, חלק ב, סימן נ, ד"ה והנה.

[136] אלא אם כן השליחות היתה על דבר מוחשי, כגון שליחות למסור גט, שאז השליח יכול למנות שליח אחר — כך כתב רש"י, גיטין כט ע"א, ד"ה רבא.

יצירת הקדש היא באמירת "מילי". אולם רבים חלקו עליו והכריעו שניתן להקדיש נכס על ידי שליח[137], בטענה שכלל זה אינו מגביל את יכולתו של אדם למנות שליח לומר אמירה, אלא הוא מצמצם את כוחו של שליח למנות שליח אחר תחתיו, כפי שהסביר רש"י[138], מפני ש"אין בדברים כח להיות חוזרים ונמסרים לאחר".

פרק שביעי

הבעת הכוונה — "מביע... את כוונתו ליצור הקדש"

א. מבוא

החוק אינו קובע נוסח פורמלי שבו אמור יוצר ההקדש להביע את כוונתו ליצור הקדש. משמע, כל נוסח וכל צורת הבעה כשרים, ובלבד שיוצר ההקדש יביע את כוונתו ליצור הקדש[139].

להלן ניווכח שלפי המשפט העברי יש משמעות רבה לנוסח שבו הביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש.

[137] ראה: מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סימן ז; בית מאיר, אהע"ז, סימן קכ, סעיף ד; חידושי ר' עקיבא איגר, גיטין לב ע"א, ד"ה וביותר; אמרי בינה, יו"ד, דיני נדרים, סימן כו; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ג, סימן קצה; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סימן קמז = שו"ת שיבת ציון, סימנים צד־צה. ראה גם: שער המלך, הלכות אישות, פרק ו, הלכה ב; ראש דוד, פרשת פקודי; ברכי יוסף, או"ח, סימן תלד, אות ד; שו"ת בית דינו של שלמה, יו"ד, סימן ח, דף קנ ע"א; המעלות לשלמה, דף קפה ע"א; שו"ת ברית אברהם, אהע"ז, סימן טו, אות ז; פתח הבית, שלוחין, סימן כא, דף מ ע"א; שו"ת כתב סופר, יו"ד, סימן קג (עו ע"א); פתח הדביר, סימן רמו, אות ד; לב מרפא (פאניז'ל), דף מג ע"ג; שו"ת וניגש הכהן, כלל י; שו"ת דבר אברהם, חלק א, סימן יד, אות ב, וסימן טו, אות ד; שו"ת אחיעזר, חלק ב, סימן לז; קהילות יעקב, בכורות, סימן יד; שדי חמד, כללים, מערכת ה, כלל צג, ושיורי הפאה, מערכת ה, כלל א; זכרנו לחיים, חלק א, מערכת שליחות, אות ז, וחלק ב, מערכת מחילה, אות ב; ידיו של משה, יו"ד, סימן ח, בהגהה; שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, אחרי המפתחות; אמרי בינה, דיני דיינים, סימן כ, אות טו; מטה אהרן, חלק ב, אות צה (דף רכו); זכור לאברהם (אביגדור), דף מ ע"ג ודף קנד ע"ב; שו"ת שמע אברהם, סימן ו (כא ע"א); רש"ז אוירבך, "בסוגיה דמילי לא מימסרי לשליח, ובדברי הקדוש מרדו"ש", אהל חייא (לזכר הגרח"א צווובנר), עמ' תתקא, ד"ה ולכן; חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילה על ידי שליח.

ר' עקיבא איגר (שם, ד"ה וביותר) מוכיח שניתן להקדיש על ידי שליח מתמורה י ע"א, ששם מעלה רבא את האפשרות שציבור ושותפים ימנו שליח שיקדיש עבורם קרבן. אמרי בינה, יו"ד, סימן כו (ד"ה וראיתי), דוחה הוכחה זו, בכך שאף לדעת מהרי"ט, יש בכוחו של שליח להקדיש נכס מנכסי עצמו על פי הוראת השולח, ובכך מדובר בתמורה שם, אך אין הוא יכול להקדיש נכס מנכסי השולח על פי הוראת השולח (וכן תירץ בנו של בעל מחנה אפרים, בהגהה על מחנה אפרים, שם). שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן שכא, מוכיח בדומה מנדרים לו ע"א, שמשם עולה שניתן להקדיש באמצעות שליח; ואף הוכחה זו דוחה אמרי בינה באותה דרך. החתם סופר דוחה את הוכחתו בדרך אחרת, על ידי הבחנה בין הקדשת נכס שהמקדיש מחויב להקדישו לפי דיני תורה, שאותה ניתן לבצע באמצעות שליח, לבין נדבה, שלא ניתן להקדישה על ידי שליח. ראה גם שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן קטז, ד"ה מה שהקשה.

[138] רש"י, גיטין כט ע"א, ד"ה רבא אמר.

[139] ע"א 477/88 היועמ"ש נ' אוניברסיטת תל אביב, פ"ד מד(2) 476. וראה גם בפסק דינו של השופט שוחט, ת"ע (ת"א) 2470/00, י. ש. נ' ש. ד. ש (פורסם במאגר המשפטי נבו).

ב. "נכס זה להקדש"

השימוש בנוסח "נכס זה להקדש" מעיד על כך שיוצר ההקדש מבקש להעביר נכס מסוים לרשות הקדש. מאחר שהיוצר ייחד נכס מסוים או נכסים מסוימים, חל על הנכסים שהוקדשו הכלל ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", לפי הדעה שראינו לעיל[140] שכלל זה חל גם על הקדש למטרות צדקה, וממילא זכו הנהנים או ההקדש בנכסים או בפירותיהם, בהתאם לתנאי ההקדש[141].

יתר על כן, אף בין הפוסקים הסוברים שבהקדשת נכס למטרות צדקה לא חל הכלל ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", וההקדשה אינה מעבירה את זכויות הקניין בנכס לנהנים, יש מהם הסבורים שהקדשת נכס מסוים לצדקה "מקצה" אותו למטרות הצדקה, כפי שראינו לעיל[142], ועל נפקויותיה של הקצאה זו עמדנו שם. הרי שגם לשיטה זו יש חשיבות לכך שהמקדיש ייחד נכס מסוים בדבריו.

ג. "סך... מנכסַי להקדש"

יש שהמקדיש אינו מקדיש נכס מסוים, אלא הוא מקדיש סך מסוים מנכסיו. האם הקדשה זו משנה את מעמדם של נכסיו?

תשובה לשאלה זו ניתן ללמוד ממחלוקתם של ר' עקיבא וחכמים בעניין מי שאמר "פרוטה בכיס [=ארנק] זה הקדש", ולאחר מכן השתמש לצרכיו בפרוטות שבאותו כיס[143]. דעתו של ר' עקיבא היא: "כיון שהוציא את הראשונה, מעל", ואילו דעתם של חכמים היא שאין מעילה "עד שיוציא את כל הכיס". כלומר, רק לאחר שהשתמש אדם בכל הפרוטות שבכיס הוא ייחשב כמועל, משום שייתכן שדווקא הפרוטה האחרונה שנותרה בכיס היא שהוקדשה. הרמב"ם פסק כדעת חכמים[144].

מדברי חכמים למד ר' יום טוב ליפמן הלפרין[145] שהמקדיש סך מנכסיו, ייחשבו כל נכסיו כנתונים בארנק שחלק מן הכסף המצוי בו שייך להקדש. נמצאנו למדים שאם הצהיר יוצר ההקדש שסך מסוים מנכסיו יהיה להקדש, אף שלא הקדיש נכס מסוים, יש להקדש משמעות קניינית. היות שדעתו היא[146] שהקדשת נכס מסוים לצדקה אינה מעבירה את הבעלות בו להקדש, אך היא מקצה את הנכס למטרות ההקדש, הוא כותב לענייננו שגם הקדשת סך מסוים מנכסיו מקצה סך זה למטרות ההקדש, וחובה על המקדיש ועל יורשיו להעביר סך זה לצדקה.

קל וחומר שלפי הדעה שהכלל "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" תקף גם בהקדש לצרכי צדקה[147] — כלומר, המקדיש לצדקה נכס מסוים, הוא נקנה לצדקה — גם המקדיש סך מסוים מנכסיו לצדקה, נקנה סכום זה לצדקה, והוא מעורב בכלל נכסיו.

[140] פרק שלישי, ד.

[141] מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ב, ד"ה ומעתה (הבחנה בין "הרי זו" ל"הרי עלי"); אורים ותומים, סימן פז, תומים, ס"ק כא (הבחנה בין "מנה זה" לבין "אתן לך מנה"); חקרי לב, יו"ד, חלק ג, סימן קיא; שו"ת ושב הכהן, סימן כד, ד"ה ועתה (הבחנה בין "הרי זו" ל"הרי עלי").

[142] ליד ציון הערה 35.

[143] משנה, מעילה, פרק ו, משנה ו (בבלי כא ע"ב).

[144] רמב"ם, הלכות מעילה, פרק ז, הלכה ו.

[145] שו"ת עונג יום טוב, סימן קיז, ד"ה וכיון.

[146] ראה לעיל, הערה 35.

[147] ראה לעיל, ליד ציון הערה 30.

ד. "אתן... להקדש"

משמעותה של הצהרה בנוסח "אתן... להקדש", "אעביר... להקדש" או בכל נוסח דומה, היא, שהמקדיש מקבל על עצמו להפריש מנכסיו להקדש. אבל אין בכוחה של הצהרה כזאת לשנות את הבעלות בנכסים[148].

הנפקות העיקרית שיש לקביעה זו היא שעל המקדיש בלבד מוטלת חובה אישית להעביר את נכסי ההקדש ליעדם[149], אבל לא ניתן לכפות על יורשיו להעביר את הנכסים שהקדיש מורישם ליעדם[150].

ה. "תנו... להקדש"

הרמב"ם פסק[151]: "ודין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו. שאילו אמר אדם: 'כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית', או 'יהיה אסור עלי', או 'אתננו לצדקה'... הרי זה חייב לקיים דברו". לפי נוסח ההלכה שלפנינו, הרמב"ם אינו דן כלל בהצהרה בלשון "תנו... לצדקה"[152].

אבל יש מן הפוסקים שגרסו בדברי הרמב"ם: "או תתנו לצדקה"[153]. לפי גרסה זו, יש תוקף להקדשת נכס בנוסח של בקשה מאחרים לתת מנכסי המקדיש להקדש.

148 מחנה אפרים ואורים ותומים, לעיל, הערה 141; שו"ת הרמ"א, סימן מח, ד"ה השאלה השלישית (אבל שו"ת ר"ע איגר, מהדורא קמא, סימן קמו, ד"ה הנה, כתב שדברי הרמ"א מבוססים על שיטתו העקרונית שדין "אמירה לגבוה" אינו חל בהקדש לצדקה [ראה לעיל, הערה 30], ואם כך, אין חידוש בכך שלשיטתו גם לאמירת "אתן... להקדש" אין משמעות קניינית).
אבל מבית יוסף, חו"מ, סימן רמג, סעיף ב, משמע שגם ליצירת הקדש בלשון "אתן" יש משמעות קניינית, לפי הדעה שדין "אמירה לגבוה" חל אף על הקדש למטרות צדקה. וראה גם: סמ"ע, סימן קכה, ס"ק כה. כמו כן, שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קמו, כותב שלפי הדעה שדין "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" חל גם בהקדש למטרות צדקה, הרי שהתחייבות לתת נכס לצדקה שנאמרה בלשון 'אתן' נחשבת כהתחייבות בקניין, שיש בכוחה לשעבד את נכסיו של המתחייב לשם פירעון החוב. וראה דיון בדבריו בחידושי ר' שמעון יהודה הכהן, בבא קמא, סימן ה, סעיף ט, ד"ה ולפ"ז. דברים דומים כתב גם בקצות החושן, סימן רצ, ס"ק ג: "אפילו באומר 'הרי עלי מנה לבדק הבית', נמי מחויבין היורשין לשלם המנה אשר נתחייב... דלגבוה אמירתו כמסירה להדיוט, וקונה הקדש מה שהקדיש או מה שהתחייב עצמו כאלו עשה בקנין המועיל להדיוט, ומשום הכי [=ומשום כך]... מחויבין היורשין לשלם. ושעבוד נכסים אית ביה [=יש בו]. אלא בנודר לעניים הוא דסבירא ליה להרמ"א, כיון דנודר לעניים אינו עושה קנין, דלא אמרו אמירה לגבוה כמסירה אלא בהקדש ולא לעניים, ואינו אלא משום נדר, וא"כ אינו אלא על קרקפתא דגברא [=ראשו של האיש], ולא על היורשין".

149 מרדכי, בבא קמא, סימן מד; דרישה, חו"מ, סימן ריב, סעיף יא, בסופו (שניהם — גם אם בשעת ההצהרה הנכס לא היה בעולם); סמ"ע, שם, ס"ק יח; שו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן סא (מובא בש"ך, חו"מ שם, ס"ק ז).

150 נתיבות המשפט, סימן רנ, ס"ק ד; שו"ת עונג יום טוב, סימן קיז (ד"ה ולא עוד). אבל שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימנים קיד־קטו, כותב כדבר פשוט שהאומר "אתן מנכסי כך וכך לעניים", נשתעבדו נכסיו, ויורשיו חייבים לתת. ובסימן קטו, נימק שהנדר יוצר שעבוד על נכסיו, ויורשיו חייבים לשלם מנכסיו. שו"ת ר"ע איגר, מהדורא קמא, סימן קמו (ד"ה אולם), מסתפק האם ב"אתן" היורשים חייבים.

151 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה טו. על דעתו בעניין הקדשת נכס שלא בא לעולם, ראה לעיל, ליד ציון הערה 72.

152 וכך גרסו ברמב"ם: שולחן ערוך, חו"מ, סימן ריב, סעיף ז; פרישה, חו"מ, שם, ס"ק ח.

153 טור, חו"מ, סימן ריב, סעיף ח. על שיטת הטור ראה: סמ"ע, שם, ס"ק יח; ש"ך, חו"מ שם, ס"ק ז.

אבל נראה שאף לפי גרסה זו, אין בכוחה של הקדשת נכסים בלשון "תנו" להעביר בעלות בנכסים, שכן יוצר ההקדש אינו מתייחס בדבריו למעמד הנכסים עכשו, אלא למה שייעשה בהם בעתיד, ולשון זו מטילה עליו רק חיוב אישי של נדר[154].

מכל מקום, החתם סופר[155] פוסק שהאומר "תנו" אינו חייב אף בחיוב אישי מטעם נדר.

ו. "יהיה הקדש"

המקדיש בלשון "כך וכך יהיה הקדש" (או "יהיה להקדש") דינו כאומר "כך וכך הקדש"[156]. על כן, אמירה בנוסח "יהיה הקדש" מעבירה את הבעלות בנכס מיוצר ההקדש לנהנים, לפי הדעה[157] שדין "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" חל גם בהקדש למטרות צדקה, או לפחות (לפי דעה אחרת) מקצה את נכסי ההקדש למטרות ההקדש[158].

כל זאת אם אמר רק "יהיה הקדש". אבל יש שהיוצר נוקט נוסח "יהיה הקדש" מפני שהוא מבקש לדחות את מועד תחילת ההקדש מכל סיבה שהיא, ועל כן הוא אומר "יהיה הקדש במועד פלוני" או "יהיה הקדש עם התרחש אירוע פלוני". בהקדש דחוי נדון בפרק תשיעי, ב.

בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קטו, למד מדברי שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קכא, שאף הוא סבור שהגרסה הנכונה בדברי הרמב"ם היא: "תתנו", ושמהר"ם אלשיך אף פסק כרמב"ם בזה.

154 כך אמנם נוקט נתיבות המשפט, סימן רנ, ס"ק ד, שיש עליו רק חיוב של נדר ואין חיוב על יורשיו. אבל הוא לא התייחס לגירסאות השונות ברמב"ם.

אך שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קיד, כתב: "יש שהבינו דלרמב"ם אפילו באומר 'תנו', מתחייבים היורשים לקיים נדרו". והוא לשיטתו (ראה לעיל, הערה 150) שגם נדר גרידא מחייב את היורשים.

מן הראוי להוסיף שיש מקום לתת תוקף ליצירת הקדש בלשון "תנו... להקדש", מכוח המצווה לקיים את דברי המת. אך זאת רק לשיטה (ראה סעיף 1, פרק רביעי, ג) שיש מצווה לקיים את דברי המת גם אם לא מסר המצווה בעודו חי את השליטה בנכסים לידיו של נאמן.

עוד לעניין השאלה, האם הקדש שנוסחו הוא "תנו... לאחר מותי" תקף, ראה שו"ת בית דוד (שלוניקי), חו"מ, סימן קלב. אך הוא אינו דן מצד נדר אלא מצד תוקפה של מתנת שכיב מרע.

155 שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קטו.

156 שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן לב, אות ו, עוסק בלשון "יהיה הקדש", ומסכים לר' יצחק אייזיק הלוי הרצוג (המצוטט שם), שאומר שאם הנכסים בעין, דינו כאומר "סלע זה לצדקה".

בשו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קמו, נשאל על צוואה שהיה כתוב בה: "שיהיה סך כך וכך לדברים טובים". בתחילה הוא משווה זאת ללשון "אתן", שאינה מחייבת את יורשיו, ואחר כך משווה זאת ללשון "סלע זה לצדקה", שמחייבת את יורשיו.

רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה טו, כתב: "ודין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו. שאילו אמר אדם: כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית... הרי זה חייב לקיים דברו, שנאמר: ככל היוצא מפיו יעשה". כך פסק גם השולחן ערוך, חו"מ, סימן ריב, סעיף ז. מהלכה זו ניתן ללמוד שלדעת הרמב"ם, לשון "יהיה הקדש" מסוגלת ליצור חיוב אישי מכוח נדר. אולם הלכה זו עוסקת בנכסים שלא באו לעולם, ולכן אין ללמוד ממנה מה יהיה דין הצהרה בלשון "יהיה הקדש" המכוונת לנכס הקיים בעולם. יתר על כן, על אף הלכה זו יש החולקים וסוברים שאין בכוחה של אמירה זו להטיל חיוב אישי על המקדיש. על מקדיש נכס שלא בא לעולם, ראה לעיל, ליד ציון הערה 71 ואילך.

157 לעיל, ליד ציון הערה 30.

158 לעיל, ליד ציון הערה 35.

פרק שמיני

כוונת המקדיש — "כוונתו"

א. מבוא

העקרונות הכלליים של דיני החוזים חלים אף על חוזי נאמנות והקדש. לכן, הכוונה הנדרשת לשם יצירת הקדש היא אותה כוונה הנדרשת לשם כריתת חוזה: גמירת דעת ליצור יחסים משפטיים[159].

החוק מאפשר לצדדים לחוזה להתנות את קיומו של החוזה בתנאי מתלה או מפסיק, בהתאם לרצון הצדדים[160]. לכן, נראה שהקדש על תנאי יהיה תקף לפי החוק.

חוזה שנכרת מחמת עושק, כפייה או טעות, ניתן לביטול לפי החוק[161], ועל כן נראה שאף חוזה הקדש שנוצר מחמת עושק, כפייה או טעות — ניתן לביטול.

לפי החוק, חוזה שנכרת למראית עין בלבד — בטל[162]. אם כן, הקדש שנוצר למראית עין בלבד — בטל.

להלן, נראה שיש הבדלים בין דיני החוזים הכלליים של המשפט העברי לבין הדינים המיוחדים של יצירת הקדש למטרות צדקה.

ב. הקדש על תנאי

(1) תנאי רגיל

לפי המשפט העברי, ניתן להתלות את תוקפו של כל מעשה משפטי בהתקיימותו של תנאי. אולם כדי שהתנאי יהיה תקף, נקבעו כללים שונים לצורת הבעת התנאי[163]. אחד הכללים הוא, שתנאי שאינו "כפול" אינו תנאי. משמעות קביעה זו היא שעל המתנה להבהיר מראש את תוצאות קיומו של התנאי ואת תוצאות הפרתו, ואין מסיקים לאו מכלל הן או הן מכלל לאו, ואם לא נכפל התנאי, "המעשה קיים" אף אם הופר התנאי.

כלל זה אינו חל בהקדשות, ומשום כך, אם תלה המקדיש את קיומו של ההקדש בהתקיימותו של תנאי מסוים, והתנאי הופר — לא חל ההקדש, אף אם לא קבע המקדיש במפורש את תוצאות הפרתו של התנאי[164].

(2) תנאי שיש בו אסמכתא

התחייבות המותנית בתנאי שאמור להתקיים בעתיד, באופן המטיל ספק בגמירת דעתו של

[159] כרם, סעיף 302, עמ' 634.

[160] חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיף 27.

[161] חוק החוזים, סעיפים 14־18. בנוגע להקדש בטעות, ראה כרם, סעיף 302, עמ' 635.

[162] חוק החוזים, סעיף 13.

[163] רמב"ם, הלכות אישות, פרק ו, הלכה ב.

[164] שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף פח (יא). הוא מסתמך על האמור בשבועות לו ע"א, שגם ר' מאיר, המצריך תנאי כפול, אינו מצריך תנאי כפול בעניינים איסוריים, והקדש הוא עניין איסורי ולא ממוני. הוא עוסק בהקדש לבית כנסת. וצריך עיון, שהוא נוקט שהקדש הוא "איסור חמור" (שלפי תוספות, שבועות לו ע"ב, ד"ה ה"ג, רק בו מודה ר' מאיר), מפני שיש בו מעילה; והרי בהקדש לבית כנסת אין מעילה.

המתחייב (כגון שההתחייבות מוגזמת), מכונה במשפט העברי "אסמכתא"[165], ונפסקה הלכה[166]: "אסמכתא לא קניא [=לא קונה]". האם כלל זה חל גם בהקדש שהותנה בתנאי המעורר ספק בדבר גמירת דעתו של יוצר ההקדש?

שאלה זו הופנתה למהר"ם מרוטנבורג[167]: "שאל הר"ר שלמה את רבינו מאיר, אם אמירה דאסמכתא מועלת בהקדש". ומוסיף השואל וטוען: "דנהי [=שאף] דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, מכל מקום, טפי [=יותר] ממסירה להדיוט לא הוי [=אינה], ומסירה להדיוט דאסמכתא, לא מקני להדיוט".

בתשובתו, מבהיר מהר"ם שהמובן שיש לתת לכלל "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" הוא: "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, כמסירה המועלת להדיוט, באיזה ענין שתמצא שתועיל מסירה להקנותו להדיוט, מהני נמי אמירה לגבוה". כלומר, את הכלל "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" יש לפרש בצורה רחבה, שכל "אמירה לגבוה" מועילה כדי ליצור הקדש, אף אם באותן נסיבות, אילו היה המקדיש מבקש להעביר את הבעלות בנכסים להדיוט, לא היה יכול לעשות כן, כגון אם היה בכך אסמכתא, וזאת משום שאילו היה מוסר להדיוט בלי אסמכתא, היה נקנה לו[168].

אפשר לנמק את דברי מהר"ם בכך שאסמכתא אינה קונה משום חסרון בגמירת הדעת של המקנה; וחסרון זה אינו קיים בהקדש, מפני שמובטח לנו שגמר המקדיש בדעתו להעביר את הבעלות בנכס, כיוון שמדובר במטרה שיש בה מצווה[169].

165 להרחבה בעניין זה, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך אסמכתא (ב), כרך ב, עמ' קח־קטו; ב' ליפשיץ, אסמכתא — חיוב וקניין במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח.

166 בבא בתרא קסח ע"א; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה ב והלכה ו.

167 מרדכי, בבא קמא, סימן מד. הוא מדבר על הקדש לבית המקדש ולצדקה. השווה: שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תצב וסימן תתקצו, דפוס לבוב, סימן ריב וסימן תעה, שערי תשובות, שער ב, סימן צט (עמ' 193), ודפוס קרימונה, סימן קמג וסימן ש.

168 ראה גם: תשובות הגאונים (הרכבי), סימן פה; שִׁבְּלֵי הלקט, חלק ב (ירושלים תשכ"ט), סימן קיח, עמ' 231; תשובות הרי"ף (מהד' לייטר), סימן רמז; שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן ב; שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תתב. עוד בעניין זה ראה ב' ליפשיץ (שצוין לעיל, הערה 165), עמ' 88־91.
מלשון מהר"ם הסיקו רבים שהקדש לצדקה שיש בו אסמכתא תקף רק משום הכלל "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט"; ואם כן, לפי השיטה שאין "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" בצדקה (לעיל, ליד ציון הערה 31), אסמכתא תפסול הקדש. ראה: שו"ת משפט צדק, חלק ב, סימן עט; אורים ותומים, סימן פז, תומים, ס"ק כא; שו"ת בית מאיר, סימן א. על כך יש להעיר שמרדכי, שם, מוסיף בשם מהר"ם: "וכן פסק רבינו מאיר, דנדר ושבועה ותקיעת כף מהניא אפילו באסמכתא" (וכך פסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רז, סעיף יט, והרמ"א, שם, וראה גם שו"ת ב"ח הישנות, סימן לז). הרי שגם לשיטה שליצירת ההקדש למטרות צדקה אין משמעות קניינית, משום שדין "אמירה לגבוה" אינו חל עליה, תהיה ליצירת ההקדש משמעות אובליגטורית אף אם הוא נוצר בדרך של "אסמכתא" (ראה: שו"ת ר' עקיבא איגר מכתב יד, ירושלים תשכ"ה, סימן ע; ושו"ת בית מאיר, שם, שחלק על כך).
טעמים נוספים לכך שאין אסמכתא פוסלת הקדש: שו"ת הרי"ף, שם, נימק שרוב הנדרים וההקדשות נעשים בלשון אסמכתא, כמו הנדר של יעקב אבינו (בראשית כח, כא), ובכל זאת הם תקפים.
מרדכי, שם, סימן מו, מביא שר' נתנאל מקינון כתב שאסמכתא אינה פוסלת הקדש או צדקה, משום שמן התורה אסמכתא קונה, ורק מדרבנן הוא פסול. כוונתו היא שחכמים אינם יכולים לבטל הקדש מטעם אסמכתא, שהרי הוא דבר איסורי, וחכמים יכולים לתקן תקנות רק בממון.

169 אבל ב' ליפשיץ סבור ששיטת הגאונים היא שהפגם שבאסמכתא הוא עצם תחולתו העתידית של הקניין, ולא החיסרון בגמירות דעתו של המקנה (לעניין זה הקדיש את ספרו, שצוין לעיל, הערה 165), ובכל זאת

אבל אחרים[170] חולקים על מהר״ם, ולדעתם הקדש אינו חל אם הוא נעשה בדרך של אסמכתא, משום ש״אמירה לגבוה״ אינה יכולה להיות חזקה יותר מ״מסירה להדיוט״, והרי מסירה להדיוט באסמכתא אינה תקפה.

עמדת ביניים בעניין זה נוקט רבנו ירוחם[171], המבחין בין סוגי תנאים: אם התנאי הוא לקיים דבר מצווה, כגון שאמר: ״אם לא אעשה מצווה מסוימת, אתן כך וכך לצדקה״, או שהתנאי הוא להצלת חייו, כגון שאמר: ״אם אבריא ממחלה, אתן כך וכך לצדקה״ — חל ההקדש אף שהוא נעשה בדרך של אסמכתא. לעומת זאת, אם התנאי הוא תנאי בדבר של רשות שאינו מצווה, כגון שאמר: ״אם לא אעשה כך וכך, אתן כך וכך לצדקה״, ההקדש אינו חל, כיון שנעשה בדרך של אסמכתא. נראה שטעם ההבחנה הוא, שבמקרים הראשונים, יש להניח שגמר בדעתו לתת את הצדקה, כיוון שהדבר כרוך במצווה או בהצלה, מה שאין כן במקרה האחרון.

הלכה נפסקה כדעת מהר״ם, שאף אם הבעת הכוונה ליצור הקדש נעשית בדרך של ״אסמכתא״, אין בכך כדי לפגום בכוחה ליצור הקדש[172].

ג. הקדש בכפייה

לפני ר׳ יום טוב צהלון, מהריט״ץ, הוצגה השאלה הבאה[173]: אלמנה בשם אסתר עלתה ממצרים לירושלים, והניחה רימונים של ספר תורה בבית כנסת של הספרדים. לאחר זמן מה, התחתנה האלמנה שנית, עם בעל אשכנזי, ולפיכך רצתה להעביר את הרימונים מבית הכנסת הספרדי לבית הכנסת האשכנזי. אולם ראשי בית הכנסת הספרדי התנגדו לכך, ואף ״עיכבו עליה מלינשא, אם את הדבר הזה תעשה שלא כדין״. תחת לחץ זה השאירה האלמנה, בהסכמת בעלה, את הרימונים בבית הכנסת הספרדי, ואף כתבה בשטר הקדש שהיא ״הקדישה הרימונים הנ״ל לבית הכנסת של ק״ק ספרדים בירושלים עיה״ק תוב״ב, ונתנה אותה להם במתנה גמורה״. לבסוף התגרשה האישה מבעלה השני, ותבעה את הרימונים לידיה בחזרה, בטענה ש״המתנה הייתה באונס, לפי שלא הניחו אותי לינשא״.

להבנת תשובתו של מהריט״ץ, יש להקדים שיש במשפט העברי הבחנה עקרונית לעניין עסקה שנעשתה בכפייה, בין כפייה במכר לבין כפייה במתנה. במכר, קבלת התמורה עבור הנכס יוצרת אצל המוכר רצון למכור למרות הכפייה, ולכן המכר בטל רק בהצטברות שני

הגאונים מסכימים שאסמכתא אינה פוגמת הקדש או צדקה. הוא נימק (בעמ׳ 91), שהיות ש״אמירה לגבוה כמסירה להדיוט״, הקנין חל מעכשו, ועל כן אין כאן פגם של תחולה עתידית.

170 הגהות אשרי, סנהדרין, פרק ג, סימן ז; הגהות מרדכי, בבא מציעא, סימן תנב.
תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן נג, כותב שזו גם דעת התוספות, ולא ציין מראה מקום.

171 רבנו ירוחם, תולדות אדם וחוה, נתיב יט, חלק א, בתחילתו (מובא בבית יוסף, יו״ד, סימן רנח).
שולחן ערוך, או״ח, סימן תקסב, סעיף יג, פוסק כרבנו ירוחם לעניין הנודר להתענות. בשו״ת חתם סופר, יו״ד, סימן רמב, הסביר שאף שהשולחן ערוך (להלן, הערה 172) פסק כמהר״ם שאין אסמכתא פוסלת בצדקה, הרי שם זה משום ש״אמירה לגבוה כמסירה להדיוט״, כפי שנימק מהר״ם, ובאורח חיים עסק בנדר להתענות, שלא שייך בו טעם זה. אבל ביאור הגר״א, או״ח שם, כותב שאין הבדל בין תענית לצדקה.

172 תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן נג; שולחן ערוך, יו״ד, סימן רנח, סעיף י; רמ״א, חו״מ, סימן רז, סעיף יט; שו״ת מהרי״ט, חלק א, סימן מו. לדוגמה לשימוש בפסיקה זו, ראה חקרי לב, יו״ד, חלק ג, סימן קיא. עוד בעניין זה, ראה שערי עוזיאל, חלק א, שער כב, פרק ב (עמ׳ רסה־רסו).

173 שו״ת מהריט״ץ, סימן רעו.

תנאים: (א) המוכר מצהיר בפני עדים שהוא יעשה את העסקה בעל כורחו, בגלל כפייה (מסירת "מודעא"), (ב) עדים מעידים שהעסקה אכן נעשתה בכפייה[174]. לעומת זאת, מתנה בטלה בהתקיימות תנאי אחד מאלו: או שהנותן מסר מודעא, גם אם לא ידוע לעדים שהייתה כפייה, או שידוע לעדים שהמתנה ניתנה מחמת כפייה, גם אם לא מסר מודעא[175].

היות שבמקרה הנדון לא נמסרה מודעא לפני יצירת ההקדש, חיוני היה לברר האם הקדש דומה במהותו למכר או למתנה. לכאורה, יצירת הקדש דומה למכר בכך שהיא נעשית בתמורה — השכר המובטח מן השמיים למי שמקדיש מנכסיו למטרה ציבורית. אולם מסקנת מהריט"ץ היא שהקדש דומה למתנה, מפני שהשכר השמיימי אינו משולם באופן מיידי[176]. אי לזאת, די בכך שיש ראיות לכך שההקדש נעשה מחמת כפייה, כדי להצדיק את ביטולו.

אולם בסופו של דבר הסיק מהריט"ץ שממכלול הראיות שהובאו בפניו, קשה להסיק שההקדש נעשה מחמת כפייה[177], ואף היו עדויות לכך שהוא נעשה ברצון, ומשום כך לא ביטל את ההקדש.

על כל פנים, עולה מדבריו שהקדש שנעשה בכפייה בטל, גם אם לא מסר המקדיש "מודעא" על כך, ואילו אם מסר "מודעא", ההקדש בטל גם אם לא ידוע שהיתה כפייה.

ד. הקדש בטעות

אגב הדיון בשאלה הנזכרת, עורר מהריט"ץ שאלה נוספת. ייתכן שהאלמנה הקדישה את הרימונים מחמת טעות, כיוון שראשי הקהילה הספרדית אמרו לה שאם תוציא את הרימונים מבית הכנסת שלהם, היא תנהג "שלא כדין", והיא חשבה שהם יודעים את הדין. האישה הקדישה אפוא את הרימונים כדי שלא לנהוג שלא כדין, אולם בסופו של דבר התברר שהיה מותר לה להוציא את הרימונים ולהעבירם לבית הכנסת האשכנזי. האם טעות זו היא עילה לביטולו של ההקדש?

תשובה לשאלה זו לומד מהריט"ץ[178] מדברי הרמב"ם בעניין הקדש בטעות[179]: "הקדש טעות אינו הקדש. כיצד? האומר 'שור שחור שיצא מבית ראשון הרי הוא הקדש' ויצא לבן, אינו הקדש. 'דינר זהב שיעלה בידי ראשון הרי הוא הקדש' ועלה של כסף, אינו הקדש. 'חבית של

[174] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף א.

[175] רא"ש, בבא בתרא, פרק ג, סימן נא; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רה, סעיף ב, וסעיף ו; שו"ת מהריט"ץ שם, ד"ה ועוד צריך לדעת.

[176] מהריט"ץ שם, ד"ה ונראה. הוא מוסיף (בד"ה ועוד אפילו), שהיות שההקדש נעשה מתוך כפייה, המקדיש לא יקבל שכר, ואם כן אינו דומה למכר (כך נראית כוונתו).
הוא מביא ראיה לכך מרמב"ם, הלכות נדרים, פרק א, הלכה ב, האומר שהקדש הוא סוג של נדר, והרי נדר באונס בטל (רמב"ם, הלכות נדרים, פרק ד, הלכה א). כוונתו היא שנדר באונס בטל גם בלי מסירת מודעא, כמו מתנה.
הוא מעלה (בד"ה אלא שיש ובד"ה אלא שכתב) גם טענה שהמסירה הראשונית לבית הכנסת הספרדי היה הקדש תקף, ולכן אינה יכולה להוציא את הרימונים משם, גם אם נניח שההקדש השני בטל בגלל הכפייה.

[177] בד"ה ועוד צריך לבאר, כתב שאף שעיכבו אותה מלהינשא אם "תעשה שלא כדין", היא יכלה ללכת עמם לדין ולברר מי צודק, ומשלא עשתה כך, אלא הקדישה את הרימונים, הראתה שהיא מקדישה אותם ברצון.

[178] מהריט"ץ, שם, ד"ה והיה אפשר.

[179] רמב"ם, הלכות ערכין וחרמין, פרק ו, הלכה לד; ע"פ משנה, נזיר, פרק ה, משנה א (בבלי לא ע"א). שם מדובר בהקדש לבית המקדש, ומהריט"ץ לומד משם להקדש לבית כנסת.

יין שתעלה בידי ראשונה הקדש׳ ועלה של שמן... אינו הקדש״. הלכה זו עוסקת אמנם בטעות בבחירת הנכס המוקדש, ואילו מהריט״ץ דן בטעות בהלכה, אולם בכל זאת סבור מהריט״ץ שניתן ללמוד ממנה עיקרון כללי, שהקדש בטעות, מכל סוג שהוא, אינו חל[180].

כיוצא בדבר, פוסק ר׳ משה פיינשטיין[181] שמי שהקדיש ספר תורה לבית הכנסת, ולא ידע שבדרך זו הוא מאבד את הזכות לקיים מצווה בכל פעם שהוא משאיל את הספר לציבור, ההקדש בטל מטעם הקדש בטעות, מפני ש״ברור [ש]אם היה יודע שיאבד מצוותו בזה, לא היה מקדישה״[182].

ה. הקדש מחמת עושק

ר׳ שמעון בן צמח דוראן, הרשב״ץ, נשאל[183] בעניינו של אדם ש״אין לו יורש אלא אחותו, והייתה בעיר אחרת ונתיירא שמא במותו יקח הכל שר העיר, ולפיכך נתן כל אשר היה לו בעין אל סוחר אחד... וצוהו שיתן הכל להקדש ירושלים״. לאחר שנפטר, טענה היורשת בפני הרשב״ץ ״שמה שצוה לתת להקדש — אם צוה ככה, לא היה אלא מפחד מושל העיר, שמא יקח הכל״. הרשב״ץ מקבל את טענת היורשת, מפני ש״הדברים נכרים אמת, שלא ציוה כן אלא להבריח הארי מנכסיו״. מדבריו עולה לכאורה שהקדש שנעשה מחמת מצוקה — ״עושק״ לפי הגדרתו בחוק החוזים[184] — אינו תקף.

ברם, עיקר נימוקו בפסיקתו הוא שהמצווה לא ציין עניים מסוימים שיזכו בכסף, ועל כן לא זכו בו, ולכן זכו יורשיו בכסף. צריך להוסיף, שאילו נשאר בחיים, היה חייב לתת את הכסף לצדקה מטעם נדר, אבל יורשיו אינם חייבים לקיים את הנדר של אביהם.

עוד אפשר לפרש בדרך אחרת את כוונת הרשב״ץ, שהמוריש ציווה כך רק כדי ״להבריח״ את שר העיר מנכסיו, ולא התכוון שבאמת יעברו הנכסים להקדש. היות שלא הייתה כאן כוונה להעביר להקדש, זהו הקדש ״למראית עין״[185], ולכן הוא בטל, ולא מטעם עושק.

[180] אכן, אפשר לחלוק על דבריו ולטעון שאם לא הייתה לו טעות בגוף הדבר המוקדש, אלא טעות בהלכה שבגללה הקדיש את הנכס, ההקדש תקף. בשו״ת בית שלמה, יו״ד, חלק א, סימן קצה, כתב שבשאלה זו נחלקו הרמב״ם והראב״ד, הלכות איסורי מזבח, פרק א, הלכה ג, לעניין הקדש לבית המקדש, והוא לומד משם לטעות בתחומים שונים. יש לציין שרמב״ם, הלכות נזירות, פרק ט, הלכה ח, עוסק בהקדש מחמת טעות בהלכה, ופוסק שההקדש בטל.
בסעיף 16, פרק רביעי, ראינו מצבים שונים של שינוי נסיבות לאחר ההקדשה, שהיה מקום לומר שאילו ידע המקדיש שהנסיבות השתנו לא היה מקדיש, ובכל זאת, בחלק מן המקרים ההקדש תקף.

[181] שו״ת אגרות משה, או״ח, חלק א, סימן נב.

[182] הוא מסיים: ״ונהי [=ואף] שאין לסמוך על זה כשהקדיש בפירוש [לטובת בית הכנסת], משום דאפשר שיודע שאבד מצוותו ומכל מקום הקדישה, אבל על כל פנים כשלא פירש, ממה נפשך אינו הקדש: דאם יודע הדין, אנן סהדי [=אנחנו עדים] שלא הקדישה; ואם אינו יודע, הוי הקדש טעות״.
להרחבה בסוגיית ההקדש בטעות, ראה: ר״א קושלבסקי, ״בעניין הקדש טעות״, ספר הזיכרון לרב יחזקאל אברמסקי, ירושלים תשל״ח, עמ׳ תפז־תפט.

[183] תשב״ץ, חלק ג, סימן קנב.

[184] הגדרת ״עושק״ בחוק החוזים (חלק כללי), התשל״ג־1973, סעיף 18, הוא ניצול מצוקה, חולשה או חוסר נסיון של הצד השני לחוזה, כדי להביא אותו להסכים לתנאים גרועים מן המקובל מבחינתו.

[185] כלשון חוק החוזים, סעיף 13.

ו. הקדש מחמת כעס

הרשב"א דן בבקשתו של אדם לבטל הקדש שיצר אביו, בין השאר בטענה שהאב יצר את ההקדש בהיותו כועס, ולפיכך לא הקדיש בדעה צלולה לחלוטין. הרשב"א דוחה טענה זו ואומר[186]: "אפילו הקדיש האב מתוך הכעס, הקדשו הקדש. שאין הכעס נדון כאונס גמור, שלא יהא צריך שאלה, אלא שהוא פתח לנדרים"[187]. הרי שגם הקדש שנעשה מחמת התקפת זעם הוא הקדש תקף, אלא שניתן לבטלו על ידי שאלה לחכם בתנאים מסוימים[188].

ז. הקדש כאמצעי לחץ

תשובה מעניינת מצאנו בתשובות ר' יוסף מטראני, שבה הוא דן באדם שכתב שטר הקדש בנוסח דלהלן[189]: "בהיות שבני אירש אישה שלא מדעתי ונגד רצוני את היתומה פלונית בת פלונית נ"ע, ועל זה אני מתחייב מעכשיו, שאם בני הנ"ל יכנס לחופה עם הנערה הנ"ל, מעכשיו אני מקדיש חמש מאות פרחים זהב מנכסי לאחר מותי... ואם בני לא יכנס לחופה עם היתומה הנ"ל, אין במתנות ההקדשות הנ"ל שום דבר כלל". לאחר מותו של האב, סירב הבן, שנשא בינתיים את היתומה לאישה, להעביר את כספי הירושה למטרות שנקבעו להם בכתב ההקדש.

מהרי"ט משיב שההקדש תקף, מפני שיש בכוחו של האב להתנות את קיומו של ההקדש בכל תנאי שירצה. אשר לטענה האפשרית שהאב לא התכוון להקדש אמיתי, אלא כל תכליתו הייתה למנוע מהבן לשאת את היתומה, הוא דוחה מן הטעם ש"דברים שבלב אינם דברים", ושמה שקובע הוא מה שכתוב בשטר. הרי שההשערה ששטר ההקדש נכתב רק כדי לכפות על הבן את רצון האב, אין בה כדי לפגוע בתוקפו של ההקדש, כל זמן שהדברים נשארו בלבו של המצווה ולא אמר בפירוש שבאמת לא התכוון להקדיש.

פרק תשיעי

כוונה ליצור הקדש בעתיד — "ליצור הקדש"

א. מבוא

החוק דורש מיוצר ההקדש להביע בכתב ההקדש את כוונתו "ליצור הקדש". האם משמעות הדבר היא שעליו להצהיר שההקדש נוצר כבר בעת עריכת כתב ההקדש, או שמא יש בכוחו של יוצר ההקדש לעכב את מועד יצירת ההקדש עד לאחר זמן?

186 שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרנו. הוא מדבר על הקדש למטרות צדקה.

187 הוא מביא ראיה מנדרים כא ע"ב, ששם נאמר שהנודר מתוך כעס, מתירים לו את הנדר מטעם זה, אבל אין הנדר בטל מעצמו.
ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), שמחילה מתוך כעס בטלה, אף שפעולות משפטיות אחרות כגון מכר או מתנה תקפות גם אם נעשו מתוך כעס.

188 ראה על כך בסעיף 18, פרק רביעי, ב.

189 שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן מו.
הוא מסביר שתנאי זה אינו בגדר אסמכתא, מפני שלא הייתה זו גוזמה, אלא עשה כדין, שלא להנחיל את נכסיו לבן שאינו שומע בקולו; ושגם אילו היה זה אסמכתא, הרי אסמכתא אינה פוגמת הקדש (לעיל, ליד ציון הערה 172).

ב. הקדש "לאחר זמן"

כלל במשפט העברי הוא שלא ניתן לעשות מעשה קניין בנכס ולהתנות שהבעלות עליו תעבור רק לאחר זמן. כך למשל, אדם אינו יכול למכור נכס בקניין משיכה, ולהתנות שהנכס יעבור לבעלותו של הקונה רק לאחר שלושים יום[190], משום ש"כלתה קניינו". כלומר, בשעה שהעברת הבעלות אמורה לחול, כבר בטל כוחו של מעשה הקניין, ואם כן, אין מה שיתן תוקף להעברת הבעלות[191].

לכאורה, יש להסיק מכלל זה שלא ניתן להקדיש נכס ולדחות את מועד תחולתו של ההקדש, שהרי בשעה שבה אמור ההקדש לחול, כבר "כלתה קניינו". אולם למרות זאת, קבעו הראשונים שהמקדיש לאחר זמן, יחול ההקדש לאחר שיחלוף הזמן בלי צורך במעשה נוסף, מפני ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט"[192].

יש המסבירים שהסיבה לכך היא שבהקדש, העברת הבעלות נעשית על ידי דיבור, ולא על ידי מעשה קניין, והדיבור אינו משמש כמעשה קניין, אלא כגילוי רצונו של המקדיש להעביר מנכסיו להקדש, והיות שכוונה זו קיימת, ההקדש חל. במלים אחרות, הדיבור של יצירת ההקדש נדרש רק כדי לגלות את צפונות לבו של המקדיש, ומשנתגלה לנו שהמקדיש מעוניין בקיומו של ההקדש לאחר זמן, והוא לא עשה דבר שיוכיח שחזר בו מכוונתו, קיים ההקדש מכוח כוונתו ליצור את ההקדש, וכוונה זו אינה צריכה להיות נמשכת עד זמן חלות ההקדש[193].

הסבר אחר[194] הוא שבהקדש, לא ההצהרה ואף לא כוונת הלב הן המעבירות את הבעלות בנכסי ההקדש, אלא משעה שהצהיר אדם על כוונתו ליצור הקדש, הוא כאילו מוסר את הנכסים לידי ההקדש, אלא שהתנה עם ההקדש שלא יקנה את הנכסים אלא לאחר זמן מה, והעובדה שהנכס נמצא בידי הקדש פועלת שתחול הקנאתו. לכן, בחלוף זמן זה, לא נדרש עוד מעשה קניין שמכוחו יזכה ההקדש בנכסים.

190 כתובות פב ע"א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצה, סעיף ה (על קניין סודר), סימן קצז, סעיף ז (על קניין משיכה); רמ"א, חו"מ, סימן קצא, סעיף ד (על קניין חזקה בקרקע). לעניין קניין כסף בשטר או בכסף, פוסק רמ"א, חו"מ, סימן קצא, סעיף ד, שאם הכסף או השטר קיימים בסוף שלושים היום, חל הקניין, ואם לא, לא חל הקניין. וראה על כך בירור הלכה, כתובות פב ע"א, ציון א.

191 "...שכלתה קניינו, דהיינו, שבשעת חלות הקנין אין כאן מעשה קנין שקדם לו" (פד"ר, כרך יא, עמ' 101). עוד הטעים בחידושי ר' שמעון יהודה הכהן, נדרים, סימן כב, ד"ה והא: "מה שעושה המעשה עכשיו, בשעה שאין בדעתם לשנות בהאי חפץ [=בחפץ זה] שום השתנות, אין זה נקרא שום מעשה".

192 חידושי הרשב"א, נדרים כט ע"ב, ד"ה מידי דהוה, וד"ה אפילו (על הקדש לבית המקדש ולצדקה); תוספות, יבמות צג ע"א, ד"ה קנויה (על הפרשת תרומה שתחול לאחר זמן); ר"ן, נדרים ל ע"א, בראש העמוד. אבל הרשב"א (הובא בר"ן שם, בקצות החושן, סימן רנז, ס"ק א, ובנתיבות המשפט, סימן קצז, ס"ק ה) מעלה אפשרות שהדין כך רק לדעת בר פדא, בסוגיית נדרים שם, אבל לדעת אביי ורבא, שם, יכול המקדיש לחזור בו תוך שלושים היום. על זכות החזרה, ראה סעיף 18, פרק רביעי, ב.
שו"ת ושב הכהן, סימן כד, ד"ה ולפי זה (לז ע"ב), כותב שהמקדיש לאחר זמן, לדעת הרמב"ם, הלכות ערכין, פרק ו, הלכה ט, חל ההקדש רק לאחר הזמן שקבע, ועד אז חל עליו רק חיוב נדר ואינו יכול לחזור בו; ואילו לדעת הר"ן, שם, חל ההקדש מיד משום "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט". עיין שם, לנפקות מכך לעניין מי שציווה שיהיה לצדקה לאחר מותו. וראה על כך בפרק שנים־עשר, ב.

193 חידושי הרשב"א, שם (בקיצור); חידושי ר' שמעון יהודה הכהן, שם, ד"ה ומהאי.

194 חידושי ר' שמעון יהודה הכהן, שם, ד"ה אמנם וד"ה והנה, בדעת תוספות, שם.

ג. הקדש "מהיום ולאחר זמן"

דרך נוספת להשהות את מועד תחולתו של ההקדש לתוקף היא בהצהרה שההקדש יחול "מהיום ולאחר זמן".

מי שמצהיר שבכוונתו להעביר בעלות בנכס "מהיום ולאחר זמן", העברת הבעלות תקפה, וחלה לאחר חלוף אותו זמן, שלא כמו בהעברת בעלות "לאחר זמן" בלי הזכרת "מהיום"[195]. משמעות לשונו היא שהוא מעביר את הבעלות בגוף הנכס מהיום, ואת הזכות ליהנות מפירותיו — לאחר זמן[196].

אולם במקדיש נכס לבית המקדש מהיום ולאחר זמן, לא ניתן לפרש כך את כוונתו, שהרי מרגע שגוף הנכס הוקדש, ההנאה מפירותיו היא מעילה. אם כן, יש שתי אפשרויות לפרש את כוונתו: או שהכול יהיה הקדש מיד, או שאינו הקדש בכלל. הרשב"א[197] פסק שמספק מעמידים את הנכס בחזקת בעליו, המקדיש.

הדברים אמורים בהקדש לבית המקדש, שיש בו איסור מעילה, ולא בהקדשת נכס למטרות

[195] שולחן ערוך ורמ"א, שצוינו לעיל, הערה 190.

[196] בבא בתרא קלו ע"א (על "מהיום ולאחר מיתה"). ראה על כך בסעיף 1, פרק שישי, ד.
רשב"ם, בבא בתרא שם (ד"ה ומשני), מסביר שפירוש זה סביר יותר מלפרש שהתכוון לתנאי ("מהיום, אם לא אחזור בי עד מותי"; ראה בסמוך על התנאי), או שחזר בו מאמירתו שיחול היום, והחליט שהוא רוצה שיחול רק "לאחר מיתה".
לגבי "מהיום ולאחר שלושים יום", תוספות, יבמות צג ע"א (ד"ה קנויה), כתובות פב ע"א (ד"ה הא), וקידושין סג ע"א (ד"ה כגון), וסמ"ע, סימן קצה, ס"ק טו, מפרשים שהמוכר מתכוון שהקניין יתחיל מהיום וייגמר בסוף שלושים היום. רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ב, הלכה ט, ושולחן ערוך, חו"מ, סימן קצז, סעיף ז, כותבים שהכוונה היא שיקנה מעכשו על תנאי (לפי רש"י, קידושין נט ע"א, ד"ה מספקא, התנאי הוא "אם לא אחזור בי עד סוף שלושים היום", ולפי חידושי הרמב"ן, קידושין שם, התנאי הוא "אם אחיה עד סוף שלושים היום" — עיין בית שמואל, סימן מ, ס"ק ו). לנפקות מכך, ראה בירור הלכה, כתובות פב ע"א, ציון א, פרק ג. תוספות, יבמות שם (בסופו), כותבים שדווקא ב"מהיום ולאחר מיתה" מפרשים שהתכוון להקנות גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, מפני שמטרתו למנוע משאר היורשים לרשת את הנכס, מה שלא שייך ב"מהיום ולאחר שלושים". אבל ר"ן על הרי"ף, כתובות מה ע"ב (בדפי הרי"ף), ונתיבות המשפט, סימן קצז, ס"ק ה (בדעת השולחן ערוך), סוברים שגם ב"מהיום ולאחר שלושים יום" הוא מתכוון להקנות גוף מהיום ופירות לאחר שלושים.

[197] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תקסג. כך פסק גם רמ"א, חו"מ, סימן רנז, סעיף א.
נתיבות המשפט, סימן קצז, ס"ק ה, מקשה, מדוע לא נפרש שהמקדיש התכוון לתנאי או לחזרה (על שתי אפשרויות אלו, ראה הערה 196)? והוא מתרץ, שהרשב"א סובר שיש ספק אם התכוון לתנאי או לחזרה, והרי אם התכוון לחזור בו, הנכס אינו קדוש, ומספק מעמידים את הנכס בחזקת בעליו, כמו הפירוש שהתכוון לחזור בו (הוא מגיה בלשון הרשב"א "דספק תנאי" במקום "דאפילו תנאי"). ביתר ביאור, כותב קצות החושן, סימן רנז, ס"ק א (והסכים עמו נתיבות המשפט, סימן רנז, ס"ק א), שהרשב"א סובר שספק אם התכוון לתנאי או לחזרה, ומדובר שחזר בו בתוך הזמן, ולכן לפי הצד שהתכוון לחזרה (כלומר, שהוא רצה שההקדש יחול רק לאחר שלושים יום), מועילה החזרה שחזר בו תוך הזמן (לשיטת הרשב"א, לעיל, הערה 192), ולכן מספק לא חל ההקדש. לתירוץ אחר לקושיה זו, עיין חכמת שלמה, חו"מ, סימן רנז, סעיף א, בסופו. ראה גם שו"ת בנין ציון, סימן קס; שו"ת עונג יום טוב, סימן קטז; פסקי דין ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות, חלק ב, עמ' קצג־קצה. וראה שם גם לעניין השאלה, האם ניתן לבטל הקדש כזה במצב שקיים ספק בשאלה האם ההקדש היה על תנאי והתנאי לא קוים.
מקרה מיוחד של הקדשת גוף בלי פירות הוא במשכיר שמקדיש את הנכס המושכר. ראה על כך: חוק לישראל, שכירות ושאילה, עמ' 480, הערה 54.

צדקה, שאין בו איסור מעילה. על כן, מי שהקדיש נכס למטרות צדקה והצהיר שההקדש יחול "מהיום ולאחר זמן", גוף הנכס מוקדש כבר מעת יצירת ההקדש, אבל פירות הנכס שייכים למקדיש עד המועד שקבע[198].

פרק עשירי

קביעת מטרות ההקדש — "וקובע מטרותיו"

א. מבוא

כתב ההקדש אמור להכיל קביעה של מטרות ההקדש. מה דינו של כתב הקדש שלא צוינו בו מטרותיו של ההקדש, או שצוינו בו מטרות אך הן אינן ברורות די הצורך? מצד אחד אפשר לומר, בהתאם לעקרונות דיני החוזים[199], שניתן להשלים את המטרות בהתאם לאומד דעתו של יוצר ההקדש. מצד שני, אפשר לטעון שהיות שדרישת הכתב היא מהותית, וקיומו של הקדש מותנה בקיומו של כתב הקדש העונה לדרישות שנקבעו בס"ק (א), הרי שכתב הקדש שלא צוינו בו מטרות או שמטרותיו אינן ברורות, הוא כתב הקדש פגום, שאין בכוחו לאפשר את יצירת ההקדש. מלשון החוק קשה להסיק תשובה ברורה לשאלה זו.

שאלה נוספת שאין לה מענה ברור מלשון החוק היא, האם יכול יוצר ההקדש להטיל על הנאמן את קביעת מטרותיו של ההקדש או את בחירת זהות הנהנים? שאלה זו נדונה בפרשת לישינסקי[200], והובעו בה דעות שונות. השופט מצא סבר[201] שלא ניתן לקבוע נהנה "על פי מבחן שהוגדר בלשון כללית מדי והצופן מגוון בלתי נדלה של אפשרויות". מנגד, סבר השופט חשין שחוק הנאמנות מאפשר ליוצר ההקדש לקבוע מטרות כלליות, ולהותיר לנאמן את מלאכת בחירת הנהנה[202]. להלן נבחן איזו עמדה מן השתיים היא העמדה הראויה לפי המשפט העברי[203].

ב. הקדש שלא צוינו מטרותיו

בעניין הקדש שלא הוגדרו מטרותיו, פסק הרמ"א[204]: "אם אמר 'להקדש' סתם, כוונתו לצדקה

[198] שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קמב, ד"ה גם לדינא; קצות החושן, סימן רנז, ס"ק א, ד"ה ועוד נראה (דבריו הובאו בהסכמה בנתיבות המשפט, שם, ס"ק א); שו"ת ושב הכהן, סימן כד, דף לז ע"ב (ד"ה ולפי זה, בסוגריים).

[199] חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, סעיפים 25־26.

[200] ע"א 4660/94 היועץ המשפטי נ' לישינסקי, פ"ד נה(1) 88.

[201] סעיף 16 לפסק דינו.

[202] ראה סעיפים 25 ו־26 לפסק דינו, וראה גם בסעיף ו לפסק דינו של השופט שוחט, הנזכר לעיל בהערה 139.

[203] אבל יש לזכור שה"הקדש" שהחוק מדבר עליו הוא כל נאמנות בכתב, ולאו דווקא למטרות צדקה, ואילו ה"הקדש" של המשפט העברי הוא דווקא נאמנות למטרות צדקה וכדומה, וגם בעל פה, כפי שראינו בפרק שני.

[204] רמ"א, יו"ד, סימן רנח, סעיף א. מקורו בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תשמב, ומרדכי, עבודה זרה, סימן תשצט.

לעניים". ההסבר להלכה זו הוא שמאחר שבימינו אין הקדש לצורך בדק הבית או לצורך קניית קרבנות לבית המקדש, יש להניח שכוונת המקדיש הייתה להקדיש לטובת עניים[205].

ואמנם יש היום סוגים שונים של הקדש, כגון הקדש לבית כנסת[206], אבל יותר סביר להניח שהתכוון לתת לעניים, מפני שזו מצווה חשובה יותר מלתת לבית כנסת[207].

אבל נראה שקביעה זו יסודה בהנחה הניתנת לסתירה בהתאם למקום ולזמן, שהרי הקביעה נסמכת על אומדן "כוונתו" של המקדיש. לפיכך, במקום שמשמעותו הפשוטה של המונח "הקדש" אינה הקדש למטרות צדקה, אלא למטרות אחרות, ייקבעו מטרות ההקדש בהתאם למטרות המקובלות של הקדש.

בכל אופן, נוכל ללמוד מדברי הרמ"א שחוסר ציון של מטרות ההקדש אינו עילה לביטולו. בית הדין יפרש את כוונתו של יוצר ההקדש תוך בחינת אומד דעתו ומשמעותו הרגילה של המונח "הקדש" בהתאם למנהגי המקום והזמן[208]. בשאלה, כיצד לנהוג במצב שיש לדברי המקדיש משמעויות רבות ולא ניתן להכריע ביניהן, נעסוק להלן.

ג. הקדש שמטרותיו אינן ברורות

אם יוצר ההקדש קבע מטרות בכתב ההקדש אך מטרות אלו אינן ברורות דיין, יש ללמוד על מטרות ההקדש מאומד דעתו של יוצרו. כך עולה מדבריהם של פוסקים שדנו בהקדשות שמטרותיהם לא היו ברורות.

במקרה אחד, הקדיש פלוני מנכסיו לעניים, ולא הבהיר מי הם העניים שלטובתם נוצר ההקדש. נפסק שההקדש יהיה לטובת עניי העיר שבה מתגורר יוצר ההקדש[209].

באופן דומה נקבע שמי שהקדיש סך מסוים לטובת בית כנסת, "יתנו לבית הכנסת שהוא

[205] כך נימק הרשב"א שם.

[206] ואכן בחידושי הר"י מיגאש, בבא בתרא קב ע"ב (הובא בספר התרומות, שער מו, חלק ד, אות ח), נוקט שהמקדיש סתם בזמן הזה — הוא לעניים או לבית כנסת.

[207] כך עולה מירושלמי, שקלים, פרק ה, הלכה ד, שהקדש למטרות סעד עדיף על הקדש לטובת בניית בתי כנסת, שיפוצם או החזקתם. שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תרצב, לומד מהירושלמי שם, שמי שנדר לתת צדקה לכל מטרה שירצה, עדיף שיתן לחולים משיתן לבית כנסת.
ראה גם: תשב"ץ, חלק ג, סימן קצ (שביטל צוואה לטובת בית כנסת, מפני שהיא הייתה על חשבון יורשי המצווה, שהיו עניים — ראה סעיף 1, פרק שמיני, ג); שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן מח; שו"ת ופסקי מהרי"ט החדשים, סימן ט; שו"ת חיים ביד, סימן סח.
בשאלה האם צוואה לתת סכום כסף "לצרכי צדקה" כוללת במשמעותה שימוש בכסף לרכישת ספר תורה, ראה חוות דעתו של מ' ויגודה, באתר האינטרנט של משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי.

[208] כך אפשר ללמוד מדברי הפוסקים שנביא להלן, ג.
לדעת הט"ז, יו"ד, סימן רנח, ס"ק ד, ניתן לקבוע את מטרות ההקדש על יסוד עדות הנאמן, שיוצר ההקדש הורה לו לפעול בנכסי ההקדש לטובת מטרה מסויימת. אפשר לנמק זאת על פי שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן תיט, שכתב (בעניין אחר) שמי שהפקידו אצלו נכס ואומר שבעל הנכס אמר לו לתת את הנכס לפלוני, נאמן, ונימק: "מגו דאי בעי [=מתוך שאם היה רוצה] אמר: לא הפקיד אצלי דבר, או החזרתי לו פקדונו, נאמן לומר: כך צוני לעשות".

[209] שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנח, סעיף ה. מקורו בתוספתא, בבא קמא, פרק יא, הלכה ב.
ש"ך, יו"ד, סימן רנח, ס"ק ח, כותב שאם אין המקדיש גר בקביעות במקום מסוים, יימסרו נכסי ההקדש לעניי העיר שבה נוצר ההקדש.

רגיל, בעיר שהוא דר בה"[210]. אך הרמ"א כתב שאם ניתן ללמוד מאומד דעתו של יוצר ההקדש שהתכוון להקדיש את נכסיו לטובת עניים אחרים או לבית כנסת אחר, יש לפעול בהתאם לכך[211]. עוד כתב הרמ"א, שאם קרוביו של יוצר ההקדש הם עניים, אומדים את דעתו שהתכוון לטובתם[212].

לגבי מי שהקדיש "שמן למאור", פסק הרמ"א: "יתן לבית הכנסת, ולא לבית המדרש"[213]. על אף שהמאור נדרש גם לבית כנסת וגם לבית מדרש, הסביר הט"ז[214] ש"בלשון בני אדם, סתם מאור הוא לבית הכנסת".

המקדיש סך מסוים לבית כנסת, והוא רגיל להתפלל בשני בתי כנסת, פסק הרמ"א ש"יתן לשתיהם"[215]. כלומר, יש לחלק את סכום ההקדש בין שני בתי הכנסת בשווה[216]. מכאן, שאם

[210] שולחן ערוך, שם, סעיף ד.

[211] רמ"א, יו"ד, סימן רנח, סעיף ה.

[211] רמ"א, יו"ד, סימן רנא, סעיף ה. בביאור הגר"א, שם, ס"ק י, באר את טעם אומדן הדעת בכך שמן התורה חייב אדם לזון תחילה את קרוביו העניים (שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנא, סעיף ג), ואנו אומדים את דעת האדם, שהתכוון להקדיש כפי שציוותה התורה.

[213] רמ"א, יו"ד, סימן רנח, סעיף ד. מקורו בשו"ת הרשב"א המיוחסות להרמב"ן, סימן רסח.

[214] ט"ז, שם, ס"ק ג. מקורו בשו"ת הרשב"א שם, המסתמך על הכלל "בנדרים הלך אחר לשון בני אדם" (נדרים ל ע"ב).

[215] רמ"א, יו"ד, סימן רנח, סעיף ד. מקורו בתוספתא, בבא קמא, פרק יא, הלכה ב, שהובא בעיטור, פקדון, דף עה ע"א (במהד' רמ"י), במישרים, נתיב כד, חלק א, בראש, בבא בתרא, פרק ג, סימן נו, ובטור, יו"ד, סימן רנח. מובן שאין נותנים לבתי כנסת שאינם בעירו של המקדיש, משום שיש להניח שלא התכוון להקדיש לטובת בתי כנסת במקומות אחרים, כמבואר לעיל, ליד ציון הערה 209.

[216] ש"ך שם, ס"ק ו. דרישה, יו"ד שם, ס"ק ב, מוכיח שאין הכוונה שיתן את כל הסכום לכל בית כנסת — עיין שם להוכחתו.

שאלה דומה נדונה בשו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רמ, בעניין אדם שנדר סך מסוים לצדקה, ובעירו היו כמה סוגים של צדקות, "כגון של עניי עיר, ושל תלמוד תורה, ושל קברנים, ושל הכנסת כלה, ושל בקור חולים, והוא נדר לאחד מהם, ושכח לאיזה מהם". פסיקתו היא שעל המקדיש לתת את הסך שנדר לכל אחת מן הצדקות הנזכרות.

דבריו אלו קשים, לא רק משום שנראה שהם סותרים את דברי הרמ"א דלעיל, אלא גם משום שעל אף שאיננו יכולים לאמוד את דעת יוצר ההקדש באופן מדויק, ברור שלא התכוון להקדיש מנכסיו יותר מן הסכום שנקב בנדרו. אם כך, מדוע נחייב אותו לתת יותר ממה שהתכוון לתת? הסברו של החתם סופר הוא שבעוד שבדיני ממונות, אין מוציאים ממון מן המוחזק אלא בראיה ברורה, הרי בהלכות מתנות עניים נפסק "צדק משלך ותן לו" (בבא בתרא פח ע"ב). כלומר, אם יש לנותן ספק אם נתן כראוי, עליו לתת לעניים עד שיצא הספק מלבו. החתם סופר פסק שהיות שהקדש נחשב כנדר, השייך לדיני איסור והיתר, יש להחמיר וללמוד את דין הצדקה מדין מתנות עניים, שכן "ספק איסורא לחומרא" (נדרים נג ע"א). אבל היות שהחיוב לתת יותר משהקדיש נובע מחמת הספק, קבע החתם סופר שבית הדין אינו רשאי לכפות את המקדיש על כך. כמו כן, יכול המקדיש להניח את סך ההקדש בין הצדקות השונות שבעיר, ולהסתלק. ר"א מילר תירץ את הקושייה לכאורה מפסיקת הרמ"א על פסיקתו של החתם סופר, באומרו שהלכת הרמ"א עוסקת במי שהקדיש ומת. על המת, כמובן, לא חל החיוב לקיים נדר, ואף יורשיו של הנודר אינם חייבים לקיים את נדריו. לכן, יחולקו כספי ההקדש בין בתי הכנסת השונים. מנגד, החתם סופר עסק במצב שבו המקדיש עדיין חי. במצב זה, חייב המקדיש לקיים את נדרו, ומשום הספק, עליו לתת את הסך שנדר לכל אחת מן הצדקות. לכאורה, פרשנות זו אינה הולמת את לשונו של הרמ"א שם: "יתן לשתיהם" — משמע שהנותן הוא המקדיש, והוא עדיין חי. אולם בתוספתא שם הנוסח הוא "ינתנו", ובטור שם הנוסח הוא: "יתנו לשתיהן", ולפי נוסחים אלו, ניתן לקבל את דברי ר"א מילר.

לא ניתן לקבוע על סמך אומדן דעתו של המקדיש מה בדיוק הייתה כוונתו, יחולקו נכסי ההקדש בין כל המטרות או הנהנים שייתכן שלטובתם נוצר ההקדש.

ד. קביעת מטרות ההקדש על ידי הנאמן

האפשרות להטיל על הנאמן לקבוע את מטרותיו של ההקדש, מוזכרת כבר בתלמוד. מסופר על איפרא הורמיז, אמו של מלך פרס, ששלחה ארנק מלא דינרים לרב יוסף, ששימש כגבאי צדקה[217], והורתה לו לעשות בדינרים "מצוה רבה [=גדולה]"[218]. רב יוסף שקל איזו מצווה ראויה להיקרא "מצווה רבה", ולבסוף הכריע שפדיון שבויים היא מצווה גדולה וחשובה אף ממצוַת הצדקה, ועל כן השתמש בכספים למטרה זו.

הריטב"א נשאל[219] על אדם שציווה בעת מותו "שיתנו מנכסיו מעות ידועים ביד אנשים ידועים מקרוביו, שיוציאו אותם באי זה הקדש שיראה להם". הנאמנים רכשו בחלק מהכסף ספר תורה נאה לכבודו של המקדיש. משנודע להם שלמקדיש יש קרובות יתומות שאינן מסוגלות להינשא מחמת עניותן, שאלו את הריטב"א האם הם רשאים להשתמש ביתרת הכסף לטובת נישואי היתומות? השואלים חשבו שלשון "הקדש" אינו כולל במשמעותו צדקה לעניים.

בתשובתו, מעמיד אותם הריטב"א על טעותם: "דבר ידוע הוא שיש בלשון 'הקדש' שאומרין בזמן הזה — הקדש של עניים", והוא אף עודד אותם להשתמש בכסף להשאת היתומות, בנימוק שזו המטרה הטובה ביותר. הרי שהריטב"א מכיר ביכולתו של המקדיש להשאיר בידי הנאמן את ההחלטה מה לעשות בנכסי ההקדש, ואף מכיר ביכולתו של הנאמן להשתמש בנכסי ההקדש הן לרכישת ספר תורה, הן למטרות צדקה.

ר' עקיבא איגר[220] דן בהקדש שיוצרו ציווה את נאמניו לעשות שימוש בנכסיו "לדברים טובים", ולא מצא פסול ביצירת ההקדש בדרך זו.

כללו של דבר, לפי המשפט העברי, אין פסול בכך שיותיר יוצר ההקדש את קביעת מטרותיו של ההקדש בידי הנאמן.

ה. קביעת זהות הנהנים על ידי הנאמן

בספרות השו"ת ניתן למצוא דוגמאות רבות להקדשות שלגביהם נקבע, שנאמניהם יהיו אלו שיבחרו את הנהנים. ר' יוסף מטראני דן בהקדש שיוצרו קבע[221]: "הוא מניח ק"ק זהובים לחמש יתומות בנות טובים את שיראה בעיני פלוני ופלוני [הנאמנים]".

ר' יצחק בן שמואל אדרבי דן[222] במי ש"בשעת פטירתו צווה לתת מנכסיו לכפרת נפשו שלש מאות פרחים [=פלורינים, סוג של מטבע] בכל שנה ושנה כל ימי עולם, להשיא יתומ[ו]ת

הרשב"א בתשובתו שם כותב שמי שנודר סכום "לבית כנסת" סתם, מחלקים את הסכום לכל בתי הכנסת שבעיר, הגדול לפי גדלו והקטן לפי קטנו.

217 כאמור בבבא קמא דף לו ע"ב ודף צג ע"א.

218 בבא בתרא ח ע"א־ע"ב.

219 שו"ת הריטב"א, סימן לד.

220 שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קמו.

221 שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כב. וראה גם שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תקסג.

222 שו"ת דברי ריבות, סימן קנו.

ולעניים מרודים וצנועים, לרצון ובחירת דונה ריינה אשתו ולרצון ובחירת יורשיה". במקרה זה, אשתו של יוצר ההקדש משמשת כנאמנת, ולה נמסרה הזכות לקבוע מי יהיו הנהנים, ולאחר מותה, עוברת זכות זו ליורשיה. המשיב אינו רואה שום פגם בכך שהנאמן ויורשיו הם שיקבעו את זהות הנהנים.

מכאן שהמשפט העברי אינו שולל הסמכת נאמן של הקדש לקבוע את זהות הנהנים.

פרק אחד־עשר

פירוט נכסי ההקדש — "נכסיו"

א. מבוא

החוק דורש מיוצר ההקדש לקבוע בכתב ההקדש מה הם נכסי ההקדש. לשם מה נחוץ הדבר? מהם הפרטים שיש לכלול בכתב ההקדש? האם בהיעדר פירוט של נכסי ההקדש ההקדש חסר תוקף?

להלן, נדון תחילה בחובה לפרט את נכסי ההקדש בעת יצירתו, ולאחר מכן בשאלת תוקפו של הקדש שלא פורטו נכסיו בעת יצירתו.

ב. האם צריך לפרט את נכסי ההקדש?

ר' אלעזר אמר[223]: "אף על פי שיש לו לאדם גזבר נאמן בתוך ביתו, יצור וימנה, שנאמר: 'ויצורו וימנו' (מלכים ב' יב, יא־יב)". רש"י פירש[224]: "יצור וימנה — הכסף שהוא מוסר בידו... שנאמר: 'ויצורו וימנו' וגו', והדר [=ואחר כך כתוב] 'ונתנו את הכסף המתוכן המנוי על ידי עושי המלאכה' וגו'".

לכאורה, דברים אלו נאמרו כעצה טובה בלבד למי שמפקיד את ניהול נכסיו ביד גזבר, ואין להם משמעות נורמטיבית. יתירה מכך, אין בהם שום רמז לצורך להעלות על הכתב את סך הנכסים שמוסר יוצר הנאמנות לנאמן. אף על פי כן, למד הרמ"ה מדברים אלו[225]: "הא דתני [=זה ששנינו] אין מחשבין בצדקה עם גבאי צדקה ולא בהקדש עם הגזברים[226], חשובי הוא דלא מחשבינן כמה שקלי מהאי וכמה שקלי מהאי וכמה יהבי להאי וכמה יהבי להאי, הא מימנא מנינן למחזי מאי דאיכא בידיהו [=לחשב אין אנו מחשבים, כמה נטלו מזה וכמה נטלו מזה, כמה נתנו לזה וכמה נתנו לזה, אבל למנות מונים אנו, לראות מה שיש בידיהם]". מדבריו עולה שיש לערוך חישוב מדויק של הנכסים שיוצר הנאמנות מוסר לנאמן.

אבל אין בדברים אלו חובה לערוך מסמך כתוב ובו פירוט כל הנכסים שמופקדים ביד הנאמן. חובה זו נזכרת רק במקורות מאוחרים יותר, ואף זאת, רק בנוגע לנאמנויות למטרות צדקה.

[223] בבא בתרא ט ע"א. הבאנו את דבריו בסעיף 7, פרק שלישי.

[224] רש"י, בבא בתרא שם, ד"ה יצור וימנה.

[225] יד רמה, בבא בתרא, פרק א, אות קה. הבאנו את דבריו בסעיף 7, הערה 12. כך כתב גם בית הבחירה שם, עמ' 62.

[226] בבא בתרא שם.

בעל העיטור קבע[227], שבעת העברת נכסי יתומים לאפוטרופוס, יש לערוך פירוט בכתב של כל הנכסים שעברו לשליטתו, כדי שבתום כהונתו יוכלו היתומים, אם ירצו בכך, לבחון אם הוא החזיר להם את כל הנכסים שלהם, ולא השאיר מהם בידיו[228].

הריב"ש הסביר את מטרת כתיבת השטר[229]: "אף אם באחרונה אין מחשבין עמהם, הרי

[227] העיטור, אות פ, אפיטרופוס, ליד אות ל, דף עח ע"ג במהד' רמ"י (הובא בחידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, בר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"א, בדפי הרי"ף, בשו"ת הריב"ש, סימן שכד, ובשולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג). רייניץ, עמ' 236, כותב: "ההוראה כדבר שבחובה, לערוך 'החשבון בראשונה', יצאה מבית מדרשם של חכמי פרובנס", שהרי רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כו, חלק א, מביא הלכה זו בשם "גאון", והוא ככל הנראה בעל העיטור, שהרי לשונם דומה. א' גולאק, יסודי המשפט העברי, חלק ג, עמ' 150, מעיר: "דין זה על דבר מסירתם של הנכסים לאפוטרופוס על פי רשימה נתפשט כנראה בימי הפוסקים, ובתקופת התלמוד לא היה נהוג, כי האפוטרופסות הייתה מיוסדת בימים ההם על האמון ועל הבטחון".
מלשון העיטור ורבנו ירוחם, "דוקא באחרונה אין מחשבין עמהם אבל בתחלה כותבין וכו'", משמע שלמדו דין זה ממה שנאמר בגיטין נב ע"א (לפי דעת רבי — ראה סעיף 7, פרק רביעי) "אין מחשבין עמהם באחרונה", משמע שבתחילה מחשבים; שלא כרמ"ה (לעיל, הערה 225) הלומד חובה זו ממקור אחר.
חובת עריכת הפירוט אינה מוטלת על האפוטרופוס, אלא על בית הדין, כפי שניתן ללמוד מדברי העיטור שם (ע"ב), ושו"ת הר"ן, סימן ט (אם כי הוא כותב: "ראוי להם שיעשו כך, לתועלתם של היתומים", ומלשון זו ניתן להסיק שאין זו חובה גמורה המוטלת על בית הדין). וכך נראה מלשון שולחן ערוך, שם. אבל בשו"ת באר שבע, סימן לט, השאלה החמישית, המליץ לאפוטרופוס לדאוג לעריכת פירוט אף אם בית הדין לא עשה זאת, כדי להסיר מעצמו לזות שפתיים (וראה שם, בסוף שאלה שביעית).
שו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן רלט (ד"ה על כן נלע"ד), כותב שהחובה לערוך פירוט זה חלה בין באפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים ובין באפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין. בשאלה זו עיין שו"ת אבקת רוכל, סימן קנט; רייניץ, עמ' 239־240. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימנים ריב־ריג, כותב בשם שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן כח, שו"ת דברי ריבות, סימן כח, ושו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן קפז, שגם אפוטרופוס שמינהו בית דין צריך לעשות שטר כזה. זאת אף שלגבי חיוב השבועה יש הבדל בין שני סוגי האפוטרופוס (על כך, ראה בהרחבה בסעיף 7, בנספח). וראה: כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות כה; פעמוני זהב, סימן רצ, סעיף ג; כרם חמר, חלק ב, דף נח ע"א, ד"ה אפוטרופא.
דעה חולקת, היא של שו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד), מהד' מכון ירושלים, ירושלים תשס"ה, סימן שעו, הכותב על שטר זה: "אנו לא ראינו מעולם מי שנהג כן במקומנו, אלא בודקין אחר אדם נאמן ומוסרין לו". אבל המהדיר שם, הערה 16, מציין מקומות אחדים שבהם הרשב"א כותב דין זה בפשטות.

[228] העיטור נימק, שאף שהאפוטרופוס אינו חייב להישבע אם היתומים טוענים בצורה מסופקת שייתכן שלקח מנכסיהם לעצמו (ראה סעיף 7, בנספח), אבל אם הם טוענים טענת ברי, הוא חייב להישבע (ראה סעיף 7, שם), ולכן צריך לדעת כמה היה לו מראש. וראה שו"ת הרשב"א (מכתב יד), מהד' מכון ירושלים, ירושלים תשס"ה, סימן שלב, הערה 4.
רי"ל גינזבורג, מוסר הנביאים, מלכים ב' יב, יא, ביאור, אות ה, מנמק את דברי ר' אליעזר (לעיל, ליד ציון הערה 223) שיש לפרט את הנכסים שמופקדים ביד הגזבר, שהוא כדי ש"הגזבר בעצמו ידע לכל הפחות את החשבון, אף שאין אנחנו דורשים חשבון ממנו, אבל הוא בעצמו, בודאי שהוא צריך לדקדק בזה". לפי הסבר זה, אפשר לומר שהחובה לכתוב שטר עם פירוט אינה קשורה בחובה להגיש דין וחשבון בסיום כהונת הנאמן, אלא נועדה כדי שהוא עצמו ידקדק בדבר. אבל לשם כך לא היה צורך למסור העתק לקרובי היתומים, כפי שכתב הראב"ד שבסמוך.

[229] שו"ת הריב"ש, סימן שכד. משו"ת אבקת רוכל, סימן קנט, משמע שיש תלות בין חובת האפוטרופוס לערוך דין וחשבון בסיום כהונתו לבין החובה לערוך פירוט הנכסים. לדבריו, אם אין משביעים את האפוטרופוס אלא מחייבים אותו להגיש דין וחשבון בסיום כהונתו, יש לערוך פירוט, כדי שניתן יהיה לערוך השוואת חשבונות (על השבעת האפוטרופוס וחיובו בהגשת דין וחשבון, ראה בדיוננו בסעיף 7). אולם מדברי הריב"ש שם נראה שאין תלות כזאת.

יראו הבית דין לפי השטר ההוא אם מחזיר להם את שלהם. ואם בית דין ימצאו ברשותו בעין מאותן מטלטלים, הרי הן בחזקת היתומים. וכן אם יחסר מן הנכסים כל כך, שאי אפשר שהוציא אותן בצרכי היתומים, ויראה לבית דין בברור שהוא גזלם, אין ספק שהבית דין מונעין אותו ומוציאין ממנו"[230].

הראב"ד הוסיף פרטים להלכה זו[231]: "כותבין שני שטרות, אחד לאפוטרופוס ואחד לקרובים של יתומים אות באות[232], והוא הנקרא שטר שמוש[233] בית דין"[234]. הדעת נותנת, שהדרישה

[230] וראה סמ"ע, סימן רצ, ס"ק ט, ונתיבות המשפט, סימן רצ, ס"ק א, על מצבים שונים שבהם האפוטרופוס חייב להישבע, ומחמתם חשוב שיהיה שטר עם פירוט הנכסים.

[231] מובא בר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה גמ' (לא ברור אם בעל הדברים הוא הראב"ד, בעל ההשגות על הרמב"ם, או הרב אב"ד; ראה בעיטור שם, ובשער החדש שם, אות לא). גם דין זה הובא בשולחן ערוך, שם. ראה גם: חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, ד"ה ר' אומר. את הדין הביאו גם: ר"י ברצלוני, ספר השטרות, שטר נח; חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין נב ע"א (ד"ה וצריך); שו"ת הריב"ש, סימן שכד וסימן תצה; תשב"ץ, חלק ג, סימן רכ וסימן רלז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג, ושו"ת אבקת רוכל, סימן קנב; ים של שלמה, גיטין, פרק ה, סימן ו; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן ריד; שו"ת תוקפו של יוסף, חלק ב, סימן קכד.

[232] אלו כתבו שעושים שני העתקים, אחד לאפוטרופוס ואחד לקרובים: מישרים שם; ר"ן על הרי"ף שם ושו"ת הר"ן שם; טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה.

[233] הביטוי "שטר שימוש" מופיע לעיתים בכתבי הראשונים גם ככינוי לפרוטוקול בית הדין, והוא נקרא כך משום שהוא משמש את הדיינים כדי להיזכר בטענות הצדדים. ראה: רי"ף, בבא מציעא יא ע"ב (בדפי הרי"ף); חידושי הרשב"א, כתובות כ ע"א. ולפי ספר העיטור, שימוש, דף מט ע"ב, ושער החדש שם, אות ב, לעיתים כותב בית דין שטר שימוש גם על דבר שכבר הגיע לדיון. על לשון זו ראה בהרחבה: רש"ח קוק, "חומר להוראת שימוש", סיני כרך כו (תשרי־אדר תש"י), עמ' שפב־שפד.
אצל חלק מן הראשונים מכונה שטר זה "שטר משמוש", שהוא כינוי הרומז יותר לתכלית השטר — בדיקה (ראה למשל עירובין יג ע"ב: "ימשמש במעשיו", כפי שפירש רש"י שם, ד"ה ימשמש). לשון זו כתבו: שו"ת הר"ן, סימן ט (הובא בשו"ת באר שבע, סימן לט, השאלה החמישית); שו"ת הראנ"ח, סימן ק; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימנים ריב־ריג; שו"ת שאלת יעבץ, חלק ב, סימן ב; ארשת, כרך ד (תשכ"ו), עמ' 269; שו"ת זקני יהודה, סימן קל (א). מצאנו לשון זו גם לגבי שטר שאינו חתום בעדים אלא נעשה רק כדי למנוע שדברים יישכחו — עיין חידושי הרמב"ן, כתובות כ ע"א, ובבא בתרא קסח ע"א.
אצל חלק מן הפוסקים מכונה שטר זה בשם "אוונטירייא", השאוב ככל הנראה מן הכינוי שניתן לשטר זה בשיטות משפט נכריות. ראה: שו"ת הר"ן, שם; שו"ת מהר"ם פדוואה, סימן לח.

[234] זהו נוסח שטר השימוש שבספר העיטור, שם, דף עט ע"א: "במותב תלתא הוינא לאוקמי אפטרופא להלין יתמי דפלוני בן פלוני, דחיי לרבנן ולכל ישראל שבק, ואשכחנא ליה מקרקעי כך וכך ומטלטלי ומאני כך וכך וחובות כך וכך, ובדקינן איניש מהימנא ואשכחנא הדין פלוני דגברא זריזא ומהימנא הוא וידע לאפוכי בזכותא דיתמי, ומנינן ליה אפטרופוס, ומנינן ליה כל הלין נכסי למעבד בהון כאפטרופוס בקי ומהימן, ויהא ליה רשותא למיעבד ולמיזבן כל מידי דמצטריך ליתמי מיומא דנן עד דגדלי יתמי, ומאי דאיתגלי לנא מנכסי דיתמי יהבינן לדידיה כאפטרופוס, בשנת כך וכך שאנו מונים, ופלוני ופלוני עדים" (תרגום: במושב שלושה היינו, להעמיד אפוטרופוס לאלו היתומים של פלוני בן פלוני, שנפטר, ומצאנו לו מקרקעין כך וכך, ומטלטלין כך וכך, וכלים כך וכך, וחובות כך וכך, וחיפשנו אדם מהימן ומצאנו את פלוני זה, שהוא אדם זריז ומהימן, ויודע להפך בזכות היתומים, ומינינו אותו אפוטרופוס, ומסרנו בידיו את כל הנכסים האלו, לעשות בהם כאפוטרופוס מומחה ומהימן, ותהיה לו רשות לעשות ולקנות כל דבר שיידרש ליתומים מיום זה עד שיגדלו היתומים, ומה שנודע לנו מנכסי היתומים, אנו נותנים לו כאפוטרופוס, בשנת כך וכך שאנו מונים, ופלוני ופלוני עדים). בשער החדש, על העיטור, שם, אות ג, הציע שהגרסה צריכה להיות: "יהבינן לדידיה באפוטרופסות", או: "יהבינן ליה לדידיה לאפוטרופוס".
גולאק (לעיל, הערה 227), עמ' 149, משער: "מתחילה הנהיגו לכתוב שטר שימוש בית דין על המיטלטלין

להפקיד עותק אחד של שטר השימוש בידי קרוביהם של היתומים נועדה לאפשר ליתומים לתבוע את האפוטרופוס בתום כהונתם, כאמור.

פוסקים אחרים נקטו שמוסרים את שטר השימוש בידי בית הדין, ולא בידיהם של הנהנים או נציגם[235].

בהתאם לכך, נקבע בתקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל[236]: "במינוי או באישור מינויו של אפוטרופוס, לרבות מנהל עיזבון ומנהל הקדש, על ידי בית הדין, ידרוש בית הדין פירוט הרכוש הנמסר לאפוטרופוס. דרך הגשת הפירוט, מועד ההגשה ואופן אימות הפירוט ייקבעו על ידי בית הדין". ועוד נקבע[237]: "אחר אימות הפירוט, יוציא בית הדין שטר פירוט הרכוש, שהעתק אחד ממנו יישמר בתיק בית הדין והעתק יימסר לכל אחד מהאפוטרופוסים".

יש להדגיש, שלפי המשפט העברי, בניגוד לדרישת החוק, המסמך עם פירוט הנכסים אינו חייב להיות חלק מן המסמך היוצר את ההקדש, ואין צורך לערוך מסמך זה בעת יצירת ההקדש, אלא די בכך שהמסמך ייערך בסמוך להעברת השליטה בנכסי ההקדש לידיו של הנאמן.

ג. הפרטים שיש לציין

מנוסחו של שטר השימוש[238] עולה שבפירוט נכסי ההקדש יש לכלול את כל נכסי ההקדש, מקרקעין ומיטלטלין, וכן את כל ה"חובות". לא ברור אם הכוונה לחובות שאחרים חייבים להקדש או לחובות של ההקדש[239], אך נראה שיש לפרט הן את חובות ההקדש והן את חובותיהם של אחרים להקדש, כדי שתהיה תמונה ברורה של הנכסים העומדים לרשות הנאמנים.

שמסרו לאפוטרופוס, ואחר כך התחילו כותבים גם על הקרקעות". אולם לא מצאנו תימוכין להשערה זו. גם רייניץ, עמ' 237, הערה 315, דוחה אותה.

235 ספר השטרות, לר"י ברצלוני, שטר ג, עמ' 7 ("יש נמי שכותבין שטר אחד בהאי לישנא, אות באות תיבה בתיבה, שיעמוד ביד נאמן אחד או ביד בית דין, וכל מה דאפשר לעיוני ליתמי טפי [לעיין ליתומים יותר], עדיף"); ספר העיטור, שימוש, דף מט ע"ב (ביד נאמן); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג (אחד לאפוטרופוס ואחד לבית דין). וראה להלן, אחרי ציון הערה 236.

236 תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, תשנ"ג, סעיף קצב, ס"ק (1). השווה לנוסח סעיף קעו של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, תש"ך.

237 שם, ס"ק (2).

238 לעיל, הערה 234. פוסקים אלו הזכירו שיש לפרט גם את החובות: חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמז; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה; טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה; שו"ת הר"ן, סימן ט (הובא בשו"ת באר שבע, סימן לט, השאלה החמישית), ור"ן על הרי"ף, גיטין כה ע"ב (בדפי הרי"ף).

239 אין נראה שהכוונה לחובות המוטלות על ההקדש, שהרי בשו"ת הרשב"א שם מזכיר בעניין אפוטרופוס ליתומים "חובות ופקדונות", ולגבי פקדונות ברור שהכוונה לחפצים של העיזבון המופקדים בידי אחרים, שאילו פקדונות של אחרים המופקדים אצל היתומים (או שהופקדו אצל אביהם המנוח), אין לרשום, אלא יש להשיבם מיד לבעליהם.

וראה סעיף 7, פרק שישי, ג, מה שלמדנו מכאן לעניין הפרטים שיש לכלול בדו"ח שמגיש הנאמן.

ד. תוקפו של כתב הקדש שאין בו פירוט נכסים

בעל העיטור פסק[240]: "בית דין שמינו אפוטרופוס ולא חשבו [=לא ערכו חשבון של נכסי היתומים], צריך להוציא הכל מידם בשבועה כתחילה, ולכתוב הכל". כלומר, אם לא עשו פירוט של נכסי ההקדש בעת העברת השליטה בהם לנאמן, יש להוציא מידיו את הנכסים, תוך הצהרה בשבועה מצדו שלא הותיר מהם בידיו, לאחר מכן לערוך פירוט בכתב של נכסי ההקדש, ושוב להעביר לנאמן את השליטה בהם. מכאן, שפירוט נכסי ההקדש הוא תנאי להעברת השליטה בנכסי ההקדש לידיו של הנאמן.

פרק שנים־עשר

"צוואה של יוצר ההקדש"

א. מבוא

לפי החוק, יכולה צוואה של יוצר ההקדש לשמש ככתב הקדש, ובלבד שלא תהיה זו צוואה בעל פה.

המשפט העברי אינו מקבל את הסייג הקובע שלא ניתן ליצור הקדש על ידי צוואה בעל פה, כפי שראינו בפרק חמישי, שלפי המשפט העברי אפשרית יצירת הקדש בעל פה.

עם זאת, כפי שניווכח, במשפט העברי נודעת חשיבות רבה לנוסח הצוואה, ולא כל נוסח יועיל לשם יצירת הקדש.

ב. "נכס זה להקדש לאחר מותי"

כפי שראינו לעיל[241], ניתן ליצור הקדש על ידי הצהרה בנוסח: "נכס זה להקדש". הצהרה זו משנה את מעמד הנכס והוא עובר לבעלות הקדש. אולם נחלקו הפוסקים בשאלה, האם גם הצהרה בנוסח "נכס זה להקדש לאחר מותי" תקפה.

לדעת הר"ן[242], המקדיש נכס "לאחר שלושים יום" (לדוגמה), ההקדש חל ואינו יכול לחזור בו, אף שהמקנה נכס "לאחר שלושים יום" יכול לחזור בו בינתיים, מפני ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", כלומר רואים כאילו מסר להדיוט באופן המועיל, ובמסירה להדיוט מועילה הקנאה בנוסח "מהיום ולאחר שלושים יום", שלא יוכל לחזור בו בינתיים. ר' עקיבא איגר[243] לומד מכאן שלדעתו האומר "נכס זה להקדש לאחר מותי" — ההקדש תקף, כאילו קבע שההקדש יחול "מעכשו ולאחר מותי". כפי שראינו לעיל, פרק תשיעי, ג, משמעותה של יצירת הקדש בדרך זו היא שמעת יצירת ההקדש זכה ההקדש בגוף נכסי ההקדש, אך בפירותיו לא יזכה אלא לאחר מיתת המקדיש.

[240] העיטור, אפיטרופוס, דף עח ע"ג (במהד' רמ"י).

[241] ליד ציון הערה 141.

[242] ר"ן, נדרים כט ע"ב, ד"ה הכא שאני. הוא דיבר על הקדש לבית המקדש או לצדקה. הבאנו את דבריו לעיל, הערה 192.

[243] שו"ת ר"ע איגר, מהדורא קמא, סימן קמו, ד"ה ובאם.

לעומתו, סבור הרשב"א[244] שהמקדיש נכס "לאחר שלושים יום" יכול לחזור בו תוך זמן זה, מפני ש"אמירה לגבוה" יכולה להיחשב כ"מסירתו להדיוט", אך לא יותר מכך, ולכן אין הוא נחשב כאילו אמר "מהיום ולאחר שלושים יום". ר' עקיבא איגר[245] מסיק מדבריו שהמקדיש נכס "לאחר מותי", ההקדש אינו חל גם אם לא חזר בו עד אז, כשם שלא ניתן להקנות נכס להדיוט לאחר מיתה.

ג. "תנו נכס זה להקדש לאחר מותי"

בפני מהר"ם מרוטנבורג הוצגה השאלה הבאה[246]: "אלמנה שלא היו לה בנים, והייתה מוטלת על ערש דווי, ואמרה לקהל: אחרי מותי בואו בחדרי וקחו כך וכך לצדקה לנרות ולכוס של קידוש. והיה ביום השני, קראה אל אחיה בשני עדים, ואמרה לו: כל אשר בחדרי קח לך ולאחותך, ולא היה לה כי אם חדר אחד. והנה, אחר מותה הלכו הקהל ולקחו כל אשר בחדרה, ואחר כך החרימו כל מי שיש לו מממונה, שיודה. והעיד אחד שהפקידה בידו שמונה זקוקים, ואמרה לו שאם תמות, יעשה בהן המוטב, ולא אמרה יותר". כעת נשאלה השאלה: האם הדין עם הקהל, הדורש את כל נכסי האלמנה לצדקה, או שמא הדין עם אחיה או עם זה שקיבל ממנה שמונה זקוקים?

מהר"ם השיב: "כיון שלא נתנה להקדש אלא לאחר מיתה... לא חיילה [=לא חלה] מעולם מתנה של הצדקה, דהא הדרת ביה [=שהרי חזרה בה] ונתנה לאחיה ולאחיותיה מקמי [=לפני] דתמות". ר' רפאל כץ[247] הסביר, שלדעת מהר"ם, ליצירת ההקדש בידי החולה הנוטה למות בלשון "תנו נכס זה להקדש לאחר מותי" יש תוקף, מפני שההקנאה חלה מיד בחיי המצווה מטעם "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט". עם זאת, יש בכוחו של החולה לחזור בו מן ההקדש לפני מותו, כשם שמי שנותן נכסים במתנה להדיוט תוך אזכור מותו ("מצווה מחמת מיתה") יכול לחזור בו מן המתנה[248].

אבל לעניין הקדש שנוצר מכוחה של צוואת בריא בלשון זו, פסק הרב עוזיאל שהצוואה אינה מחייבת את היורשים להעביר את נכסי ההקדש למטרות שלשמן הם הוקדשו, אם יוצר ההקדש לא העביר בחייו את הנכסים לשליטת הנאמן[249], ונימק[250]: "מאמרו 'תנו לעניים מנכסי' אינו חשוב כנדר, ולא נשתעבדו נכסיו באמירתו".

[244] הר"ן, שם, כותב בשם הרשב"א שהוא מסתפק בדבר. לדיון רחב בשיטת הרשב"א, ראה שו"ת ושב הכהן, סימן כד, ד"ה אבל אחר העיון, וד"ה ולכאורה.

[245] שו"ת ר"ע איגר, שם.

[246] מובא במרדכי, בבא בתרא, סימן תרכד.

[247] שו"ת ושב הכהן, סימן כד (לו ע"ב), ד"ה ולפ"ז. הוא מוכיח כך מלשון מהר"ם "דהא הדרת ביה". על דברי מהר"ם עיין גם בשו"ת ר"ע איגר, מהדורא קמא, סימן קמו.

[248] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף יד.

[249] אילו העביר את הנכס לשליטת הנאמן, הייתה חלה עליו "מצוה לקיים דברי המת" — ראה סעיף 1, פרק רביעי, ג.

[250] שערי עוזיאל, שער כב, פרק א, סעיף ה (על יסוד תוספות, בבא קמא לו ע"ב, ד"ה יד עניים אנן; רא"ש, בבא קמא, פרק ד, סימן ג; שיטה מקובצת, בבא קמא שם, הכותבים שאין בכך נדר). נראה שהוא נקט בריא משום שמתנת שכיב מרע באופן זה תקפה אף בלי מעשה קניין מטעם "דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים", ורק בבריא בלי מעשה קנין אין תוקף להקנאה.

ד. "כתבו ותנו"

מה דינה של צוואה שבה הורה אדם לאחרים לכתוב עבורו כתב הקדש, ומכוח כתב ההקדש — להעביר לנהנים מנכסי ההקדש? האם גם במקרה זה יהיה להקדש תוקף? או שמא יש תוקף רק להקדש שנוצר בצוואה עצמה, ולא בשטר שנכתב מכוחה?

ר' יוסף בן לב[251], מהריב"ל, לומד תשובה לשאלה זו מן ההלכה שנפסקה בתלמוד בעניין דומה. ר' אלעזר סבור[252]: "שכיב מרע שאמר: כתבו ותנו מנה לפלוני, ומת, אין כותבין ונותנין", והסיבה לכך היא: "שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר, ואין שטר לאחר מיתה". אבל לדעת שמואל[253], "כותבין ונותנין", אם הנסיבות מלמדות שהמצווה התכוון להקנות את המתנה לאותו פלוני אף ללא שטר[254], שהרי "דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים" אף בלי מעשה קניין ואף בלי שטר[255]. וכך נפסקה הלכה[256].

מכאן לומד מהריב"ל לצוואה שנשאל עליה, שנכתב בה לאחר מותו של המצווה: "שיזכו [עניי] ירושלים וצפת ושאלוניק בכל הרווח שירוויח החצר... נכתב שטר זה אות באות, ועשה [המצוה] שיחתמו עדים...". יורשי הנפטר ערערו על תוקפו של ההקדש בטענה: "מאחר שהוא עצמו ציוה לכתוב ולחתום, אם כן שמא לא כיון להקנות אלא בשטר, ואין שטר לאחר מיתה". אולם מהריב"ל דוחה טענה זו, בנימוק שמהתנהגותו של המצווה ומהדרך שבה ציווה לכתוב את השטר ניתן להסיק שהתכוון ליצור הקדש כבר מעת שציווה לתת מנכסיו לעניים, והשטר נועד "לזיכרון בעלמא"; והוא מוכיח מן הדין הנזכר במתנת שכיב מרע, שאין חוששים "שמא לא התכוון להקנותו אלא בשטר" במצב שלשונו מוכיחה שהתכוון להקנות בלי השטר[257].

ניתן להסיק מכך שמי שמביע את כוונתו ליצור הקדש בלשון: "כתבו שטר הקדש ותנו... להקדש", נוצר הקדש, אלא שאם הוא שכיב מרע, ההקדש נוצר רק בתנאי שניתן להסיק מאומד דעתו שהוא רצה שההקדש יחול כבר בעת מסירת הצוואה, ולא רק אחרי מותו.

אבל משו"ת ושב הכהן שם נראה שלדעתו, גם בצוואת בריא חל ההקדש, מטעם "אמירה לגביה כמסירה להדיוט", ואף לא יוכל לחזור בו.

[251] שו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן סא.

[252] בבא בתרא קלה ע"ב.

[253] שם קלו ע"א.

[254] ע"פ הנאמר שם קנב ע"א. שם ניתנה דוגמה שאמר "תנו אף כתבו".

[255] גיטין יג ע"א, ועוד.

[256] כך פסק רבא בשם רב נחמן, בבבא בתרא קלו ע"א; וכך פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף יח.

[257] בנידונו, המקדיש ציווה "מחמת מותי", ולכן ההקדש חל גם בלי מעשה קניין (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף ז), מפני ש"דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים". לגבי צוואת בריא (שלא הזכיר מיתה), הצוואה חלה בלי קניין רק לפי הדעה (לעיל, ליד ציון הערה 30) ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" בצדקה. בדרך אגב מזכיר מהריב"ל, שם, שלדעת פוסקים מסוימים, אם נוסח הצוואה לא היה "כתבו ותנו", אלא "תנו וכתבו", מעיד הדבר שהתכוון להקנות בלי שטר, והמתנה תקפה. בעניין זה, ראה גם: טור, חו"מ, סימן רנ, סעיף לו; בית יוסף, שם, סעיף לד; ב"ח, שם, ד"ה וכן אם; שולחן ערוך, שם, סעיף כב.

פרק שלושה־עשר

"הוראת תשלום"

החוק קובע, שהוראת תשלום לעניין חוק הירושה, התשכ"ה־1965, סעיף 147 ("סכומים שיש לשלם עקב מותו של אדם על פי חוזה ביטוח, חברות בקופת קצבה או בקופת תגמולים או על פי עילה דומה"), יכולה לשמש ככתב הקדש. ייחודה של הוראת התשלום, לעומת המסמכים האחרים שהחוק מכיר בהם ככתבי הקדש, הוא בזה שהוראת התשלום לא נועדה מלכתחילה ליצור נאמנות על כל המשתמע מכך, אלא רק להעביר כספים למוטב. ואכן, נראה שאם צוין בחוזה ביטוח (וכדומה) שאם ימות המבוטח, יעבור הכסף לאדם פלוני, הוא יקבל את הכסף אישית, ואין נוצרת בכך נאמנות. נראה שהחוק מתכוון למצב שהמבוטח ציין כ"מוטב" מטרה או קבוצת אנשים בלתי מוגדרים, ואז ברור שהתכוון ליצור נאמנות בעבורם, ונאמנות זו היא הקדש כיוון שהיא נוצרה על ידי מסמך כתוב.

במשפט העברי, אין מקום לדון באפשרות שהוראת תשלום בחוזה ביטוח וכדומה ישמש ככתב הקדש, שהרי לפי המשפט העברי אין צורך בכתב כדי ליצור נאמנות או הקדש, כפי שראינו בפרק חמישי. עם זאת, יש מקום לדון כאן בשאלה באלו תנאים הוראת תשלום לטובת אחר נחשבת להוראה קניינית, המעבירה נכסים לידי המוטב[258], ובאלו תנאים היא נחשבת כהוראה ליצור נאמנות שבה המוטב ישמש כנהנה? אם ההוראה היא לטובת מטרה או קבוצת אנשים בלתי מוגדרים, ברור שהתכוון ליצור נאמנות בעבורם, כאמור. השאלה מתעוררת רק אם המוטב הוא אדם מסוים.

השולחן ערוך פסק[259]: "אם אמר: 'מאתיים זוז לפלונית בנדונייתה', אין להם לתת עד שתינשא ותצטרך לכך, ואם מתה בינתיים אין ליורשיה כלום. אבל האומר: 'תנו מאתיים לפלונית לנדונייתה', חייבים לתת לה מעכשיו... ואם מתה קודם שתינשא, זכו בהם יורשיה".

[258] העברת הבעלות תחול רק אם עשה מעשה קניין. אם לא עשה מעשה קניין, חלה עליו חובה מוסרית ("מחוסר אמנה") לקיים את הבטחתו, ואף זאת רק אם מדובר במתנה בסכום מועט (בבא מציעא מט ע"א). שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנח, סעיף יב, וחו"מ, סימן קכה, סעיף ה, פוסק שמי ש"אמר ליתן לחברו מתנה, אם הוא עני הוי כנודר לצדקה". מקורו בירושלמי, בבא מציעא, פרק ד, הלכה ב, שהזכיר מהרי"ק, שהבאנו בסעיף 1, הערה 119. וראה שערי עוזיאל, חלק א, שער ו, פרק א, סעיפים ו־ח. אף שמדובר בצדקה, אין לראות בכך הקדש, כיוון שהבעלות אמורה לעבור מיד, בלי נאמן.
שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קצה (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן קכה, הגהות הטור, אות כג), כותב שכך הדין גם אם הוראת התשלום היא לטובת תלמיד חכם, מפני שמצווה להחזיק אותו. אבל בשו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קנט, כותב שהמבי"ט מתכוון לתלמיד חכם שהוא עני, ומה שהזכיר את מצוות החזקת תלמיד חכם הוא רק לרווחא דמילתא. לעומתו, שו"ת חקקי לב, חו"מ, סימן א (ה ע"ב), כותב ע"פ המבי"ט שגם הבטחה לתת לתלמיד חכם עשיר נחשבת נדר. וראה: שו"ת משפטי שמואל, סימן ל; שו"ת נשמת כל חי, חלק א, יו"ד, סימן סא, וחלק ב, חו"מ, סימן מד.

[259] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנג, סעיף טז.
הרמ"א חולק על השולחן ערוך שם, משום שלדעתו, משסוכלה המטרה שלשמה הועבר הכסף לאותה פלונית (שמתה), יש להשיב את הכסף לבעלים המקורי אף שהיא כבר זכתה בו. על כך ראה בסעיף 16, בנספח. אולם אין להסיק מדבריו שהוא חולק על ההבחנה שעושה השולחן ערוך בין הוראת תשלום היוצרת נאמנות לבין הוראת תשלום מיידית המעבירה למוטב את הבעלות המלאה בכסף.

הפוסקים התחבטו בטעם ההבדל שבין ההוראה שברישא (שלפיה יש כאן נאמנות), לבין ההוראה שבסיפא (שלפיה יש כאן הוראת תשלום מיידית).

לדעת הסמ"ע[260], ההבדל נעוץ בהשמטת המילה "תנו" ברישא. לדבריו, מי שאמר סתם "מאתיים זוז לפלונית", אין רצונו שיתנו לה מיד את הכסף, אלא הוא רוצה שהנאמן יחזיק בו עד שיהא צורך בכסף לנדונייתה. לעומת זאת, מי שאמר "תנו", כוונתו שיתנו לה את הכסף מיד[261]. לכן, אף שהוסיף "לנדונייתה", לא התכוון ששימוש לנדוניה יהיה תנאי לקבלתה את הכסף, אלא התכוון בכך רק להסביר את הסיבה שהביאה אותו להעביר לה את הכסף, ולהורות כיצד הוא מעדיף שתשתמש בו. לכן, מרגע יצירת הנאמנות זכה הנהנה בכסף, ויש להעביר את הכספים לידיו מייד. לפיכך, גם אם נפטר הנהנה לפני שנעשה בכסף שימוש לשם המטרות שלשמן הבעלות בו הועברה לנהנה, זכו בו יורשיו.

אחרים הסבירו, שההבדל בין הרישא לסיפא נובע מן הלשון "**ב**נדונייתה" שברישא, לעומת "**ל**נדונייתה" שבסיפא. לדבריהם, "נדוניה" הוא "שם העצם לתכשיטי הבנות"[262]. משום כך, כשאומר אדם לנאמן שיתן לבתו "מאתיים זוז **ב**נדונייתה", כוונתו לומר שיתן לבת תכשיטים בערך כולל של מאתיים זוז. במקרה זה, אין כוונת יוצר הנאמנות להעביר את הכסף מייד, משום שהוא מעוניין שיקנו בו תכשיטים, ורק בעת נישואי הבת, כאשר יהיה צורך לתת לה את התכשיטים לנדונייתה, יתנו לה אותם. לעומת זאת, האומר לנאמן שיתן מאתיים זוז "**ל**נדונייתה", כוונתו להורות לנאמן שיתן לבת מיד מאתיים זוז במזומן לשם נדונייתה, ומה שהזכיר את הנדוניה אינו בדווקא אלא כמציע שימוש ("מראה מקום"), ולכן "אם מתה קודם שתינשא, זכו בהם יורשיה"[263].

הלכה זו מדגימה היטב את הגבול הדק בין הוראת תשלום שיוצרת נאמנות לבין הוראת תשלום שאינה אלא הענקת מתנה; וממנה עולה שיש לבחון היטב את נוסח הוראת התשלום כדי להחליט האם זוהי הוראת תשלום היוצרת הקדש, או שמא זוהי הוראת תשלום שהיא בגדר מתנה בלבד?

[260] סמ"ע, שם, ס"ק לה. והסכים עמו ש"ך, שם, ס"ק כ.

[261] אבל הסמ"ע מעיר שמהטור משמע שאמירת "תנו" אינה משנה. כמו כן, ט"ז, חו"מ שם, מקשה עליו, שאם לא אמר "תנו", אין זו נחשבת צוואה בכלל, כדברי הרמ"א, חו"מ, סימן רנג, סעיף ב.
בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רכה, סעיפים ו־ז, מביא שתי דעות בשאלה, האם הוראת תשלום בנוסח "תנו" מכוונת להעברת הבעלות בנכס, ומשמעותה היא "זָכו", ואינו מכריע ביניהן. אבל דברי הסמ"ע כאן אינם קשורים לזה, מפני שהסמ"ע אינו מתכוון לומר שבאמירת "תנו" עוברת הבעלות לבת, אלא שאמירה זו מלמדת על רצון המצווה שיתנו לה את הכסף מיד.

[266] לשונו של קצות החושן שיצוין בסמוך.

[263] סמ"ע שם, בדעת לבוש עיר שושן, חו"מ, סימן רנג, סעיף טז (שכתב "תנו" גם ברישא); ט"ז, חו"מ, שם; קצות החושן שם, ס"ק ז; נתיבות המשפט שם, ס"ק יב. כולם הסבירו שההבדל תלוי באות ב' או ל', אבל רק קצות החושן הסביר את משמעות ההבדל, כמובא בטקסט.

פרק ארבעה־עשר

תחילת ההקדש

א. מבוא

ס״ק (ב) קובע שההקדש מתחיל עם העברת נכסי ההקדש לשליטת הנאמן, היינו שמאז מתחילה ״חבות הנאמן על פי כתב הקדש״[264]. נוסף על כך, רגע זה הוא ״נקודת האל־חזור״, שלאחריה אין יוצר ההקדש רשאי עוד לחזור בו מן ההקדש, לשנות את תנאיו או לגרוע מנכסיו, כמפורש בסעיף 18(ב).

החוק אינו מבהיר באיזו דרך תועבר השליטה בנכסי ההקדש לנאמן. לדעת כרם, ״יש שדי במתן הרשאה לנאמן לפעול בנכס, ויש שצריך להעביר אליו את הבעלות״[265]. לעומתו, סבור ויסמן שהעברת השליטה בנכסי ההקדש מחייבת העברה של הבעלות בהם בדרכי הקניין הרגילות[266]. נראה שמחלוקת זו אינה ייחודית לנאמנות על פי כתב הקדש, והיא נובעת מן המחלוקת העקרונית שבין המלומדים בשאלה, האם תיתכן נאמנות שבה אין לנאמן זכות קניינית בנכסי הנאמנות. בשאלה זו עסקנו בהרחבה בסעיף 1, פרק שני.

ב. מתי מתחילה חבות הנאמן

כפי שניווכח בסעיף 22, פרק שלישי, לפי המשפט העברי, המועד הקובע לעניין זכותו של הנאמן לחזור בו מהסכמתו לשמש כנאמן הוא המועד שבו החל למלא את תפקידיו, ולא בהכרח המועד שבו קיבל את נכסי הנאמנות לשליטתו. לכן, אם הנאמן החל במילוי חובותיו לפני שקיבל את השליטה בנכסי ההקדש, חבותו מתחילה במועד שהחל במילוי תפקידיו, אף שטרם קיבל את השליטה בנכסי ההקדש[267].

מצד שני, אם הנאמן קיבל את השליטה בנכסי ההקדש לפני שהחל במילוי תפקידיו, הוא יכול לחזור בו עד שיחל במילוי תפקידיו. אבל חובותיו מתחילות כשקיבל את השליטה בנכסים, גם אם עוד לא החל במילוי תפקידו. למשל, אם הנאמן קיבל את השליטה בנכסי הנאמנות ונמנע מעשיית פעולה הכרחית לשמירה על הנכסים בלי שהודיע שחזר בו מהסכמתו להיות נאמן — הוא חייב בנזיקין, כפי שנראה בדיוננו בסעיף 22.

[264] כרם, סעיף 310, עמ׳ 655.

[265] כרם, שם.

[266] י׳ ויסמן, ״אבני נגף בחוק הנאמנות״, עיוני משפט ז (תשל״ט־תש״ם), 282, בעמ׳ 288.

[267] אולם רא״צ שיינפלד סבור שלא ייתכן שיתחיל הנאמן בעבודה לפני קבלת השליטה בנכסים. לדעתו, אף שיש פעולות שאינן כרוכות בהעברת השליטה, כגון בדיקת נכסי ההקדש, פנייה למנהל הבנק וכדומה, הרי פעולות אלו אינן בגדר תחילת המצווה (שהוא הטעם שאינו יכול לחזור בו, כפי שנראה בסעיף 22, ליד ציון הערה 13), אלא בגדר הכנה, במקביל להכנת נרתיק לתפילין (=״הזמנה״), שאין לה משמעות כל עוד לא הניחו בנרתיק את התפילין (סנהדרין מח ע״א, ושולחן ערוך, או״ח, סימן מב, סעיף ג). אפשר להגיע לאותה מסקנה גם על פי השוואה לפועל (שהיא טעם נוסף לכך שנאמן אינו יכול לחזור בו, כפי שנראה בסעיף 22, ליד ציון הערה 9), שהרי סיור בקרקע המיועדת לחרישה אינו נחשב לתחילת מלאכה לעניין פועל (ראה בבא מציעא עז ע״א).

ג. העברת השליטה בנכסי ההקדש

(1) האם קיימת חובה להעביר את נכסי ההקדש לשליטת הנאמן?

היות שכפי שהזכרנו לעיל[268], לפי המשפט העברי יצירת הקדש למטרות צדקה נחשבת כנדר, מוטלת על יוצר ההקדש[269] חובה להעביר את נכסי ההקדש לנהנים או לנאמן שינהל את הנכסים עבורם, וכל עוד לא עשה זאת, הרי הוא עובר על נדרו. כמו כן, הזכרנו[270] שבית הדין מוסמך לכפות על יוצר ההקדש לקיים את נדרו, דהיינו להעביר את נכסי ההקדש לשליטת הנאמן.

לפי התפיסה הרואה את יצירת ההקדש כהעברה של זכויות קניין בנכסי ההקדש לנהנים[271], חובתו של היוצר להעביר את השליטה בנכסי ההקדש לנציגם של הנהנים מבוססת גם על כיבוד זכותם הקניינית של הנהנים בנכסי ההקדש.

שאלה שנחלקו בה הפוסקים היא: אם מת המקדיש לפני שהעביר את הנכסים לצדקה, האם חייבים יורשיו להעביר לגבאי הצדקה את הנכסים שהוקדשו? לדעת ר׳ יוסף קארו[272], היורשים חייבים להעביר את הנכסים לגבאי, בעוד שלדעת הרמ״א[273], אין הם חייבים לעשות כן.

ר׳ שמעון שקאפ הסביר[274], שהמחלוקת בעניין זה נובעת מן המחלוקת העקרונית[275] בשאלה האם הקדשת נכס למטרות צדקה מעבירה לנהנים את זכויות הקניין בנכס. לפי הדעה שמשעת הקדשת הנכס יש לנהנים בעלות בו, חייבים היורשים להעביר את נכס ההקדש לנאמן, שהרי הנכס כבר אינו שלהם. אולם לפי הדעה שלהקדשת הנכס יש משמעות אובליגטורית בלבד, נמצא שהנכס עדיין שייך ליורשים, והיות שהחיוב האישי אינו עובר בירושה, היורשים אינם חיבים להעביר את הנכסים לנאמן.

אולם ר׳ אריה לייב הכהן[276] סובר שלא בזה נחלקו הפוסקים. לדעתו, הכול מודים שליצירת ההקדש יש משמעות אובליגטורית בלבד, ולא קניינית[277], אך קיימת מחלוקת בשאלה האם החיוב האובליגטורי מטיל שעבוד על נכסי החייב. לדעת הרמ״א, אין בכוחו להטיל שעבוד על נכסי החייב, ומשום כך אין היורשים חייבים להעביר את נכסי ההקדש לגבאי. לדעת השולחן ערוך, לעומת זאת, הנדר מטיל שעבוד על נכסי הנודר, ולכן חייבים היורשים להעביר את נכסי ההקדש לגבאי[278].

[268] ראה לעיל, ליד ציון הערה 24.

[269] יש להזכיר, שאנחנו דנים ב״הקדש״ על פי מובנו במשפט העברי, דהיינו נאמנות למטרות צדקה וכדומה, ולא על פי מובנו בחוק, דהיינו נאמנות בכתב; ראה על כך בפרק שני.

[270] לעיל, ליד ציון הערה 26.

[271] ראה לעיל, ליד ציון הערה 30.

[272] שו״ת אבקת רוכל, סימן פג (נדפס בשינויים בשו״ת הרמ״א, סימן מז).

[273] שו״ת הרמ״א, סימן מח.

[274] חידושי ר׳ שמעון יהודה הכהן, בבא קמא, סימן ה, אות ט, ד״ה ובזה. עוד על דעת הרמ״א ור״י קארו בשאלה האם דין ״אמירה לגבוה״ חל על הקדש למטרות צדקה, ראה לעיל, הערה 30.

[275] לעיל, אחרי ציון הערה 30.

[276] קצות החושן, סימן רצ, ס״ק ג. וראה גם שו״ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק א, סימן א, ד״ה הנה.

[277] זאת בהתאם לשיטתו (לעיל, הערה 31), שדין ״אמירה לגבוה״ אינו חל על הקדש למטרות צדקה.

[278] יש להדגיש, שלפי הסבר זה, אם לא ירשו היורשים נכסים מהמקדיש (או שירשו פחות מהסכום שהקדיש), אינם חייבים לשלם מנכסיהם הפרטיים, שהרי כל חיובם הוא משום שנכסי המקדיש השתעבדו. מצד שני, אם יש בעיזבון די נכסים, הם חייבים להעביר נכסים אלו להקדש גם אם לא ייחד המקדיש נכסים מסוימים, משום שחל שעבוד על נכסיו.

מנגד, ר׳ יעקב מליסא[279] דוחה הסבר זה, בטענה שאין בכוחו של חיוב אישי (שאינו קנייני) להטיל שעבוד על נכסי החייב, אלא אם המקור של חיוב זה הוא בחוק (במצוַת התורה), כגון החיוב להפריש פאה או לתת צדקה. לעומת זאת, חיוב שבא מיוזמתו של המתחייב, כמו זה הנוצר מכוח יצירת הקדש, אינו גורר שעבוד נכסים, וממילא אין בכוחו להעביר את החיוב ליורשיו של הנודר[280].

(2) כיצד תועבר השליטה בנכסי ההקדש?

בסעיף 1, פרק שני, ראינו שיש נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא של שליחות ויש שזיקתו היא של קניין. אם כן, אין צורך שהנכסים יהיו בבעלותו של הנאמן. מכאן שדי בהעברת שליטה, ואין צורך במעשה קניין שיש בו העברת הבעלות.

יתר על כן, לפי הדעה שיצירת הקדש למטרות צדקה היא עצמה מעבירה את הבעלות לנהנים[281], ברור שאין צורך בהעברת הבעלות מן המקדיש לנאמן, שהרי הבעלות עברה לנהנים[282].

פרק חמשה־עשר

הקדש כאישיות משפטית נפרדת — ״נכסי ההקדש״

א. מבוא

ביטויים כמו ״נכסי ההקדש״ מלמדים, לכאורה, שהמחוקק רואה בהקדש אישיות משפטית נפרדת[283], שהיא בעלת הזכות הקניינית בנכסי ההקדש. ואכן כך טענו המערערים בפרשת אברמוב[284]. אולם נשיא בית המשפט העליון דאז, אהרן ברק, דחה טענה זו וקבע[285]: ״חוק

למעשה, כך הוא הדין גם לפי ההסבר שהיורשים חייבים מטעם ״אמירה לגבוה כמסירה להדיוט״: אם לא ירשו מהמקדיש את הנכסים שהקדיש, אלא הם ברשותו של אדם אחר, הרי העניים (שהם בעלי הנכסים) צריכים לתבוע את האדם האחר, ולא את היורשים (ואם אבדו הנכסים, העניים הפסידו); ואם לא ייחד נכסים מסוימים, חל דין ״אמירה לגבוה כמסירה להדיוט״ על הנכסים בסכום שנדר, לפי עונג יום טוב, שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 145.

[279] נתיבות המשפט, סימן רנ, ס״ק ד. כך כתב גם בחידושי ר׳ שמעון יהודה הכהן, בבא קמא, סימן ה, ד״ה וכן (בלי להזכיר את דברי הנתיבות).

[280] כמובן, נתיבות המשפט יצטרך להסביר את מחלוקת הרמ״א ור׳ יוסף קארו כמחלוקת בשאלה האם דין ׳אמירה לגבוה׳ חל על הקדש למטרות צדקה, כפי שהסביר ר׳ שמעון שקאפ.

[281] לעיל, ליד ציון הערה 30.

[282] עצם מינוי אפוטרופוס אינו דורש מעשה קניין; כך כותב שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן קכז.

[283] או ״ישות נאמנותית״ — ראה כרם, סעיף 5, עמ׳ 18־21. וראה גם שם, סעיף 10, עמ׳ 35־37.

[284] רע״א 46/94 אילה זקס אברמוב נ׳ הממונה על מרשם המקרקעין, פ״ד נ(2) 202 (להלן: פרשת אברמוב). המערערים חיזקו את עמדתם על ידי ביטויים רבים נוספים בחוק הנאמנות המייחסים את נכסי הנאמנות להקדש, כגון החובה שבסעיף 17(א) לפרט את ״נכסיו״ של ההקדש, סעיף 17(ג) המסמיך את בית המשפט לקבוע את מטרותיו של ההקדש ואת ״נכסיו״, סעיף 18(ב) הדן בגריעת ״נכסיו״ של ההקדש, וסעיף 26(ב) העוסק ברישום ״נכסיו״ של ההקדש הציבורי. הביטוי ״נכסי ההקדש״ מופיע גם בסעיפים 19(ב) ו־24. גם

הנאמנות אינו מקים — לא במפורש ולא במשתמע — את ההקדש הציבורי[286] כאישיות משפטית"[287].

עם זאת, הוא מוסיף[288]: "עד לתיקוני החקיקה ב־1973 ההקדש לצורכי צדקה (להבדיל מהווקף) לא הוכר כאישיות משפטית", ומתוך דבריו עולה שההקדש הדתי ("ווקף") הוכר כאישיות משפטית[289]. בפרק זה נברר האם להכרה זו יש יסוד במשפט העברי. לשם כך, ננתח תחילה את מעמדו של הקדש לבית המקדש, ומשם "נרד" אל ההקדש למטרות צדקה.

ב. הקדש לבית המקדש

הלכות רבות בתלמוד מלמדות שנכסי הקדש לבית המקדש אינם נחשבים בבעלותו של אדם. לעניין חיובי שומר, אם נכס הקדש נמסר לשמירה, ואבד, והשומר טוען שאבד שלא מחמת רשלנותו, אין השומר חייב להישבע על כך מן התורה (בשונה מדינו של שומר נכס של הדיוט), משום שפרשיית שבועת השומרים שבתורה עוסקת במי שמפקיד נכס לשמירה אצל "רעהו" — "כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמֹר..." (שמות כב, ו) — והקדש אינו בגדר 'רעהו' של השומר[290].

וכן הוא בדיני הנזיקין, כפי שפסק הרמב"ם[291]: "שור של ישראל שנגח שור של הקדש, או של הקדש שנגח שור של ישראל, פטור, שנאמר: 'שור רעהו' (שמות כא, לה)"[292].

הדמיון שבין הוראות החוק לגבי תאגידים לבין ההוראות לגבי הקדש, שימש להם כראיה לכך שהקדש הוא אישיות משפטית.

285 פרשת אברמוב, בעמ' 209 (סעיף 11 לפסק דינו).

286 הדיון עסק בהקדש ציבורי, אולם עיון במכלול דבריו של ברק מעלה שמסקנתו זו אמורה בהקדש בכלל.

287 פסיקה זו בעייתית, שכן בעבר נרשמו הקדשות רבים על שם ההקדש, מתוך הנחה שהקדש הוא אישיות משפטית, ולכאורה, רשם המקרקעין יידרש לתקן את הרישומים הללו באופן שיתאימו להלכת אברמוב. זמן לא רב לאחר שהתקבלה הלכת אברמוב, נידונה שאלה זו. עו"ד ח' הלברייך, הממונה על המרשם, נדרשה לדון בערר על החלטת המפקחת על רישום המקרקעין בת"א, ששינתה רישום הקדש ברוח הלכת אברמוב. הממונה קיבלה את הערר, תוך שהיא מציינת: "מחיקת רישומים ממרשם המקרקעין נעשית על פי הוראות דין מפורשות... ובכל מקרה, אין לבטל רישומים שנעשו בעבר בהליך חד צדדי, אלא אם נקבע אחרת" (החלטת ערר מיום ג' סיון תש"ס, 125/1704; ההחלטה לא פורסמה). על החלטה זו הוגש ערעור בפני בית הדין המחוזי בת"א (ע"א 002269/00, רבקה הרן ואהובה וינברג נ' נאמני הקדש המנוח יצחק גבריאלוביץ' ז"ל), והערעור נדחה. גם בקשה לקיומו של דיון נוסף בעניין (דנג"ץ 6543/02 אהובה וינברג ואח' נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב יפו ואח') נדחתה. אם כן, המסקנה היא שאין לשנות רישומים מן העבר ע"פ הלכת אברמוב.

288 שם, עמ' 208 (סעיף 9 לפסק דינו).

289 יש לציין שבתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, בדברי ההסבר לפרק העוסק בנאמנות, נאמר: "לא נכללות בפרק זה הוראות לעניין הנאמנויות הציבוריות, משום שנבדקת האפשרות להעניק לסוג מיוחד זה של נאמנות אישיות משפטית נפרדת".

290 בבא מציעא נז ע"ב. ההלכה והדרשה הובאו ברמב"ם, הלכות שכירות, פרק ב, הלכה א, והלכות טוען ונטען, פרק ה, הלכה א.

291 רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ח, הלכה א. מקור הדרשה בבבא קמא לז ע"ב.

292 בסעיף 1, פרק שני, ה (3), הבאנו מקורות לכך שגזבר ההקדש נחשב בעלים על ההקדש, ויישבנו ביניהם לבין המקורות שבטקסט, בכך שיש לגזבר בעלות מוגבלת בהקדש לצורך מילוי תפקידיו. אולם בעלות זו היא מוגבלת, וטפלה לבעלות העיקרית, שכן חסר לגזבר עיקרה של הבעלות, שהיא הזכות להשתמש בנכס לטובתו של הבעלים ולהנאתו (ראה גם כרם, סעיף 2, עמ' 5).

מכאן יש להסיק שהבעלות על נכסי הקדש לבית המקדש היא של אישיות משפטית שאינה אדם. אפשר לומר שנכסים אלו הם בבעלותו של הבורא[293], ואפשר לומר שהנכסים הם בבעלות של אישיות משפטית המייצגת כביכול את עניינו של הבורא. כך או כך, היות שהבעלות בנכסים היא של אישיות משפטית הכשרה לזכויות וחובות, שאינה אדם, נוכל לקבוע שלהקדש יש אישיות משפטית נפרדת[294].

ג. הקדש למטרות צדקה

על הבעלות על כספים שהוקדשו למטרות צדקה נוכל ללמוד ממחלוקת הראשונים בעניין הלוואת כספי צדקה בריבית. הרשב"א פוסק[295] שמבחינה עקרונית הדבר מותר, משום שלנכסי ההקדש "אין בעלים ידועים". יש מי[296] שהבין מביטוי זה שלדעת הרשב"א, כספי הצדקה

[293] כך ניתן ללמוד מדברי שמואל ור' יוחנן בחולין קלט ע"א (שכמותם פסק רמב"ם, הלכות שחיטה, פרק יג, הלכה כ), שאם בורחת תרנגולת של הקדש, בעלות ההקדש עליה אינה פוקעת, מפני שהתרנגולת "בבי גזא דרחמנא איתא [=מצויה בבית אוצרו של הקב"ה], דכתיב: 'לה' הארץ ומלואה'". כלומר, היות שבכל מקום שתהיה, תישאר התרנגולת ברשות בעליה (הקב"ה), אין לראות בה תרנגולת אבודה, וממילא אין סיבה להפקעת הבעלות מן ההקדש. ראה גם: בבא קמא כ ע"ב בסופו, ורש"י שם, ד"ה בהקדש; ראש השנה ו ע"א (שגם שם נאמר שהקדש הוא "בי גזא דרחמנא" בכל מקום שהוא); בבא קמא עט ע"א (שם נקבע שהגונב שור או שה ומקדישו, חייב בתשלומי ארבעה וחמישה כמו הגונב ומוכר, מפני ש"מה לי מכרו להדיוט, מה לי מכרו לשמים"); אנציקלופדיה תלמודית, ערך גזבר, כרך ה, עמ' תלח, הערה 47.
ייחוס הבעלות בנכסי הקדש לבורא טומן בחובו קושי מושגי: היות שכל אשר בעולם הוא בבעלותו של הבורא, מה משמעות יש לבעלותו בנכסי ההקדש? במה נבדלת בעלות זו מבעלותו על כל הנכסים שבעולם? על קושי זה, ראה: אתוון דאורייתא, סימן ג.

[294] באופן עקרוני, קיימת אפשרות נוספת: שבהקדש לבית המקדש אין בכלל זכויות קניין. ראה שב שמעתתא, שמעתא ו, פרק ד, ומנגד, חידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם, הלכות מעילה, פרק ח, הלכה א. יש המבחינים לעניין זה בין הקדש שיש בו קדושת דמים בלבד להקדש שיש בו קדושת הגוף, דוגמת קרבנות לבית המקדש. ראה קהילות יעקב, מעילה, סימן א, אות ד.
לדעת ר"א מילר (ע"פ אתוון דאורייתא שם, דף ט ע"ג, ד"ה הנה (השני)), השאלה האם לנכסי הקדש יש בעלים, שנויה במחלוקת בין הרמב"ם, הלכות גניבה, פרק ב, הלכה ו, לבין תוספות, בבא קמא עו ע"א, ד"ה והשתא (סביב השאלה, האם מי שגנב שור או שה והקדיש אותו, משלם תשלומי ארבעה וחמישה כדין הגונב שור או שה ומכר אותו). ולפי השיטה שלנכסי ההקדש אין בעלים, מובן שאין מקום לדבר על ההקדש כעל אישיות משפטית נפרדת.

[295] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרסט (הובא בבית יוסף, יו"ד, סימן קס, עמ' שע במהד' הטור השלם). אלא שהוא כותב שאין ראוי להתיר למעשה, "פן יפרצו גדר בזה במקום אחר". הוא עוסק ב"מעות של תלמוד תורה". דברים דומים כתב בחלק ד, סימן סג (על הקדש עניים), בחלק ה, סימן רמט (על הקדש לתלמוד תורה), ובמיוחסות לרמב"ן, סימן רכב (על הקדש עניים). על הלוואת כספי צדקה בריבית, ראה סעיף 6, בנספח.

[296] ר' יעקב ברייש, שו"ת חלקת יעקב, יו"ד, סימן סו (=חלק ג, סימן קצא, במהד' הראשונה). הוא מסיק מדברי הרשב"א שכספי בנק, כמו כספי הקדש, אינם כספי שותפות, אלא של אישיות משפטית נפרדת, ועל כן מותר לבנק להלוותם בריבית (אבל הוא אסר מדרבנן): "החילוק [=ההבחנה (בין שותפות לציבור)] לפי עניות דעתי פשוט... דשותפין יש להם בעלים ידועים, ראובן, שמעון, ואפי' עד מאה, אבל העסק נקרא ע"ש בעליהם. וציבור אין לו בעלים ידועים, רק שם ציבור פלוני... ציבור מקרי [=נקרא] גוף לעצמו, ולא שותפות של מאה אנשים. וכמובן עוד חילוק גדול, דבשותפות של מאה אנשים כל אחד מהם אחראי עם כל רכושו בעד השותפות, ובציבור אין אחד מהם אחראי עם רכושו בעד רכושו של הצבור".

שייכים לציבור, שהוא אישיות משפטית נפרדת מסך כל היחידים, ואינם בגדר שותפות של בני אותו ציבור.

אולם הרא״ש כתב[297] שנכסי הקדש המיועד לעניים או לתלמוד תורה שייכים לעניים או לתלמידים, ועל כן הלוואת כספי ההקדש בריבית אסורה כמו הלוואה בריבית של כספים השייכים לאדם פרטי[298].

מדברי הרמב״ם ניתן ללמוד שהקדש נחשב כאישיות משפטית נפרדת. הרמב״ם פוסק[299]: ״מי שהפקידו אצלו מעות של עניים או של פדיון שבויים ופשע בהם ונגנבו — פטור, שנאמר: ׳לשמור׳, ולא לחלק לעניים, והרי הוא ממון שאין לו תובעים״.

הבחנה זו היא ההבחנה בין שותפות לתאגיד, ועולה ממנה שלדעת ר״י ברייש, הקדש, כמו בנק, הוא תאגיד בעל אישיות משפטית נפרדת.

כך הבין מדברי הרשב״א גם רא״צ שיינפלד, בחוות דעת פנימית (שהואיל להמציא לידינו), שהוגשה לרב אליהו בן דהאן, מפקח על ההקדשות הדתיים. חוות דעת זו שימשה בסיס לנימוקי בית הדין בתיק 44-900002101-1, ג׳ י׳ נגד ק׳ מ׳, בבית הדין הרבני האזורי, ת״א־יפו (לא פורסם).

אבל יש להעיר שעמדתו של ר״י ברייש, שאיסור ריבית אינו חל על בנקים, אינה מקובלת על כל פוסקי זמננו. ראה: שו״ת אגרות משה, חו״מ, חלק א, סימן פ; שו״ת מנחת יצחק, חלק ד, סימן טז; שו״ת מנחת שלמה, חלק א, סימן כח.

יש גם הבנות אחרות ברשב״א. שו״ת שבט הלוי, חלק ב, סימן סד, אות ב, הבין שכוונת הרשב״א היא שנכסי ההקדש אינם לא בבעלות העניים ולא בבעלות הגזבר, ולכן אלו נכסים שאין להם בעלים. הוא לומד כך מדברי שו״ת הריב״ש, סימן תסה.

תיתכן גם פרשנות אחרת לדברי הרשב״א, המסתמכת על המלה ״ידועים״ שנקט: אמנם כספי צדקה הם בבעלות העניים שיזכו בהם, אבל מותר להלוות כספי צדקה בריבית מפני שאיסור ההלוואה בריבית חל רק אם זהות המלווה ידועה כבר בעת ההלוואה, ואף שבעתיד תתברר זהות הבעלים (והעברת בעלות כזאת אפשרית מדין ״ברירה״; ראה לעיל, הערה 33), אין בכך כדי להחיל איסור הריבית. ואכן בתשובתו בחלק ד, סימן סג, נקט הרשב״א: ״שאין למעות הללו בשעת ההלוואה בעלים״. אבל בחלק ה, סימן רמט, נקט סתם ״אין לו בעלים״.

[297] שו״ת הרא״ש, כלל יג, סימן ח. ראה גם: משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד; מחנה אפרים, הלכות מלווה ולווה, דיני ריבית, סימן ז, ד״ה ובמעות של הקדש עניים.

ישועות יעקב, יו״ד, סימן קס, ס״ק ז, תולה את השאלה האם מותר להלוות לעניים בריבית מדרבנן, בשאלה האם יש ׳ברירה׳, כלומר האם אפשר להחיל למפרע מציאות שהתבררה לאחר זמן (ראה גם לעיל, הערה 33). לסוברים ש״יש ברירה׳, הרי כשנהנה מסוים קיבל מנכסי ההקדש, התברר למפרע שההקדש הוא שלו, והיה אסור להלוות בריבית. היות שהשאלה האם ״יש ברירה׳ לא הוכרעה, אסור מספק להלוות כספי הקדש לצדקה בריבית שנאסרה מן התורה, שהרי ספק דאורייתא לחומרא, אך מותר להלוותם בריבית שנאסרה מדרבנן, שהרי ספק דרבנן לקולא. ביקורת על דבריו אלו, ראה בשו״ת שבט הלוי, חלק ב, סימן סד, אות ג.

[298] שו״ת מהרי״ט, חלק ב, יו״ד, סימן מה, כותב שאם הוקדשה קרן באופן שהעניים ייהנו רק מפירותיה, אף הרא״ש יסכים לרשב״א שהעניים אינם בעלי הקרן, ולפיכך מותר להלוות בריבית את כספי הקרן שהוקדשה, אלא אם כן להקדש זה יש נהנים מסוימים, שאז ייתכן שהנהנים נחשבים כבעליה של הקרן, לפי הדעה ש״קניין פירות כקניין הגוף״. שו״ת הר צבי, יו״ד, סימן קכו, לומד מדברי מהרי״ט, שבנק ממשלתי רשאי להלוות בריבית אף אם לא עשה היתר עסקא, מפני שלכספי הבנק, כמו לכספי הקדש, ״אין מי שיש לו זכות בעלות על הכסף״. ייתכן שכוונתו לומר שכספי בנק, כמו כספי הקדש, שייכים לאישיות משפטית שעליה אין חלים איסורי ריבית.

ביקורת על דברי מהרי״ט בעניין זה, ראה: משנה למלך, הלכות מלוה ולווה, פרק ד, הלכה יד, ד״ה ובמעות; מחנה אפרים, הלכות מלווה, דיני ריבית, סימן ז; ושו״ת שבט הלוי, שם, אות ד.

[299] רמב״ם, הלכות שאילה ופיקדון, פרק ה, הלכה א.

הנמקתו של הרמב"ם קשה: לשם מה הוא זקוק לשני נימוקים שונים, (א) הדרשה מהפסוק שהשומר פטור מאחריות, (ב) העובדה שאין תובעים לממון[300]? על כך משיב ר' יוסף דב סולובייצ'יק[301]: "בצדקה יש שתי הלכות: (א) קנין ממון לשבט דעניים; (ב) חלות שם צדקה בחפצא. ויש לומר דמדין קניין ממון לשבט דעניים, השומר פטור מלשלם, כי המעות הן ממון שאין לו תובעים... אך חלות שם צדקה מהוה בעלים כמו הקדש, וכשם שבעלות של הקדש עושה את החפץ לממון שיש לו תובעים, ייתכן שהוא הדין בבעלות של חלות שם צדקה. עקב כך זקוק היה הרמב"ם גם לגזירת הכתוב 'לשמור ולא לחלק'...".

נראה שכוונת רי"ד סולובייצ'יק היא כדלהלן: כספי הקדש למטרות צדקה שייכים לאישיות משפטית, שרי"ד סולובייצ'יק מכנה "חלות שם צדקה", שהיא "מהוה בעלים כמו הקדש [לבית המקדש]". בו בזמן, הכספים שייכים ל"שבט העניים", אלא שבעלות זו אינה יכולה לתבוע. אין קושי בכפל הבעלות, שכן האישיות המשפטית נועדה לייצג את טובת כלל העניים[302].

אפשר לומר שלפי הסבר זה, מעמדם המשפטי של העניים דומה במידת מה למעמדם של בעלי מניות של חברה בע"מ. בעלי המניות זכאים אמנם לקבל לעיתים חלק מרווחי החברה, אך היות שלא ברור אם ומתי יחולקו רווחי החברה, לא ניתן לראות את בעלי המניות כבעלים של הרווחים. נמצא, שמנקודת ראותם של בעלי המניות, הרווחים הם בגדר "ממון שאין לו תובעים", וזכותם ברווחים היא רעיונית בלבד.

לעומת זאת, האישיות המשפטית של ההקדש, המייצגת את עניינם של העניים, היא בעלת זכויות קניין מלאות בנכסי ההקדש, ואישיות משפטית זו יכולה לתבוע את השומר על רשלנותו בשמירה. לפיכך, היה צורך גם בדרשה "לשמור ולא לחלק", כדי לפטור את השומר מאחריות כלפי האישיות המשפטית הנפרדת של ההקדש.

בהמשך הדברים, משתמש רי"ד סולובייצ'יק ברעיון זה כדי להסביר את ההלכה שניתן לשנות את ייעודם של כספי צדקה, כל עוד לא באו לידיו של הגבאי[303]. לדבריו, כל עוד לא באו הנכסים ליד הגבאי, "קניין הממון שחל באמירת 'סלע זו לצדקה' אינו קניין ממון לעניים עצמם, אלא לחלות שם הצדקה"[304]. במצב זה, הואיל ושינוי הייעוד אינו פוגע בבעלות פרטית, הוא מותר. אולם לאחר שהנכסים באו לידיו של הגבאי, זכה בהם הלה עבור העניים, וממילא לא ניתן לשנות את ייעודם, מפני שבכך תיפגע זכותם הקניינית של העניים[305]. במילים אחרות: לאחר יצירתו של ההקדש, הבעלות הבלעדית על נכסי ההקדש היא של האישיות המשפטית

[300] על כפילות הנימוקים ראה סעיף 12, פרק שני, וחוק לישראל, שומרים, עמ' 562־563, ובמילואים שם, עמ' 1345־1347.

[301] רשימות שיעורים שנאמרו על ידי מרן הגאון הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק זצ"ל (ניו יורק תש"ס; להלן: רשימות שיעורים), בבא קמא, חלק א, עמ' רנד.

[302] הרא"ש יוכל להסכים עם הסבר זה, שכן העובדה שנכסי ההקדש הם גם בבעלות האישיות המשפטית של ההקדש, אינה צריכה לגרוע מחומרת האיסור של ההלוואה בריבית מצד בעלותם של העניים.

[303] הרחבה בעניין זה ראה בדיוננו בסעיף 18.

[304] רשימות שיעורים, שם, עמ' רסו.

[305] רי"ד סולובייצ'יק מציע (שם) הסבר נוסף: שאף לאחר שהגיעו כספי הצדקה לידיו של הגבאי, הבעלות בהם נותרת בידי האישיות המשפטית של ההקדש. אולם כל עוד לא הגיעו הכספים לידיו של הגבאי, לא הושלמה קביעת ייעודם של הכספים, ולפיכך ניתן עדיין לשנות את ייעודם. לאחר שהגיעו הכספים לידיו של הגבאי, "נגמר השם דצדקה בחפצא", ולכן כבר לא ניתן לשנות את ייעוד הכספים.
דעה שהכסף שייך למקדיש: מחנה אפרים, הלכות מלווה, דיני ריבית, סימן ז, כותב שגם אם ההקדש

של ההקדש, ולאחר תחילתו (מסירתו לשליטת הגבאי), נוספת על בעלות זו בעלותם של הנהנים.

העמדה שנכסי הקדש למטרות צדקה שייכים לאישיות המשפטית הנפרדת של ההקדש, קיבלה חיזוק בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול[306]. בפסק הדין עלתה בדרך אגב גם שאלת האישיות המשפטית של ההקדש, ובעניין זה כתב הרב שלמה דיכובסקי: "עמדתנו העקרונית היא שהקדש דתי, בשונה מהקדש אזרחי, הינו בגדר אישיות משפטית עצמאית כמשמעות מונח זה במשפט האזרחי. יש לראות את ההקדש הדתי כבעל אישיות משפטית הנפרדת מנאמניו"[307].

אבל נראה שגם לפי העמדה שהקדש הוא בעל אישיות משפטית נפרדת, אין להגדיר את ההקדש כתאגיד, במונחים המשפטיים המקובלים בימינו[308]. זאת משום שתאגיד, מעבר להיותו כשר לזכויות וחובות, הוא גם כשר לבצע בעצמו פעולות משפטיות, כגון למנות שליח לשם

נועד לטובת קבוצה בלתי מוגדרת של נהנים, הרי כל עוד לא הועברו הנכסים לגבאי מטעם הציבור, הם שייכים למקדיש, מפני ש"אין דעתו לסלק עצמו מהם לגמרי, עד שיבואו ליד עניים".

306 תיק 44־900031565־1, הקדש מוסאיוף שלמה נ' הקדשות הבוכארים ואח' (לא פורסם; תודתי לד"ר מיכאל ויגודה, שקיבל אותו מעו"ד שמעון יעקובי, היועץ המשפטי של הנהלת בתי הדין הרבניים). פסק הדין נמסר לצדדים בכ"ה טבת תשס"ט (21.1.09; בסיומו של פסק הדין, העיר ר"ש דיכובסקי: "כתיבתו של פסק דין הסתיימה היום, י"ז בכסלו תשס"ט (14.12.08), שהוא היום האחרון לכהונתי כדיין").

307 לאישוש מסקנה זו ציין ר"ש דיכובסקי את המקורות הבאים: "מ' ויגודה, הקדש דתי כאישיות משפטית נפרדת, אתר משרד המשפטים, חוות דעת במשפט עברי; י' אונגר, על הנאמן ואישיותו המשפטית של ההקדש, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 113; א' קפלן, להקדש הציבורי בישראל, פרשת השבוע, גיליון 158; א' שפיצן, ה'אישיות המשפטית' והקדשים יהודיים בירושלים של סוף המאה התשע־עשרה, ספונות יז תשמ"ג, 105; ח' גרבר, היהודים ומוסד ההקדש המוסלמי (וקף) באימפריה העות'מאנית, קתדרה: לתולדות ארץ־ישראל וישובה 37 1985, 17; א' קרלין, אישיות משפטית, סיני ד תמד, תמט; רש"ר הירש, פירוש לחמשה חומשי תורה, ויקרא כז יד; שו"ת רדב"ז חלק א סימן רסא".

הרדב"ז שם עוסק בהקדש משפחתי (שעניינו נדון לעיל, אחרי ציון הערה 5), ודן בשאלה הבאה: פלוני הקדיש בית, בתנאי ש"יאכלו יורשיו [של המקדיש] הפירות, ולא יוכלו למוכרו, וכן יירשו היורשים, ואם חס ושלום יכלה הזרע, אז יחזור הבית להקדש". לימים, נפטרה בתו של המקדיש, שהייתה היורשת היחידה שלו, ועל הזכויות בפירות הבית התחרו שלושה אנשים: בעלה של הבת, שהוא יורשה החוקי; ילדיה מבעל אחר; וגזבר ההקדש. הרדב"ז פסק שלילדי הבת מבעל אחר הזכות ליהנות מן הפירות, משום שמאומד דעתו של היוצר נראה שהתכוון להקדיש דווקא לטובת צאצאיו. הוא מוסיף, ש"אם אין שם יורשים זכה ההקדש... כללא דמלתא הבא משלשלת ראובן זכר או נקבה זוכים בפירות, ואם תמו, זכה ההקדש".

מדברים אלו משמע, שלהקדש משפחתי יש אישיות משפטית נפרדת, הכשרה להיות נושא לזכויות.

אבל יש להעיר, שהיות שר"ש דיכובסקי עצמו פסק שלהקדש משפחתי אין משמעות במשפט העברי (ראה לעיל, ליד ציון הערה 18), אפשר שכל דברי הרדב"ז נאמרו רק על בסיס אומד דעת המקדיש, המבקש ליצור הקדש כנהוג במקומו, ואם כן, קשה ללמוד מתשובה זו שגם להקדש שנעשה לפי המשפט העברי יש אישיות משפטית נפרדת. מכל מקום, נוכל להסיק מדברי הרדב"ז שבאופן עקרוני, הוא אינו שולל את האפשרות שהקדש יהיה אישיות משפטית.

עוד יש להעיר, שלמרות שזו היא העמדה העקרונית של ר"ש דיכובסקי, הוא מסיים: "בהעדר נפקות למחלוקות האמיתיות שבין הצדדים, שאלת מעמדו של הקדש דתי כאישיות משפטית עצמאית, אינה טעונה ליבון והכרעה בערעור זה".

308 ראה חוק הפרשנות, התשמ"א־1981, סעיף 3.

לפי נוסח הצעת חוק ההקדשות הציבוריים, סעיף 1(ג), יוכר ההקדש הציבורי כ"תאגיד כשר לכל חובה, זכות ופעולה משפטית בכפוף לאמור במסמכי ייסוד ההקדש". נוסח זה מתאים אמנם לשיטת המשפט

ביצוע פעולות בשמו. לעומת זאת, הקדש אינו יכול לבצע פעולות משפטיות כגון מינוי שליח[309]. הגזבר הוא שליח בית דין, ולא שליח ההקדש, משום שלהקדש אין כוח למנות שליח. מעמדו של ההקדש דומה למעמדו של קטין, שכשר אמנם לזכויות וחובות, אך לא לפעולות משפטיות, ועל כן הוא זקוק לאפוטרופוס שיפעל בשמו, ואין בכוחו למנות בעצמו את האפוטרופוס.

גם אילו היינו רואים את הנאמן כשלוחו של ההקדש, לא היינו יכולים להטיל על ההקדש אחריות בגין פעולות הנאמן, שהרי אין שליח לדבר עברה[310].

פרק שישה־עשר

הצהרה על קיום הקדש — "...רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הקדש"

א. מבוא

ס"ק (ג) קובע שאם "נמצאו נכסים המשמשים הקדש", כלומר שהם משמשים לטובת נהנים או לשם מטרות צדקה[311], "אלא שאין על כך כתב הקדש", מוסמך בית המשפט להצהיר על קיומו של הקדש. אולם בניגוד לכל יצירה של הקדש, הפועלת מכאן ולהבא, הצהרה של בית משפט על קיומו של הקדש פועלת למפרע, משעה שנוצרו הנסיבות המצדיקות את ההצהרה[312].

הוראה זו החליפה את ההוראה שבפקודת ההקדשות למטרות צדקה, סעיף 37, שלפיה די היה בכך שהנכס הוחזק על ידי הבעלים בכפוף להתחייבות להשתמש בו למטרות צדקה, כדי לתת לבית המשפט את הסמכות להצהיר על קיומו של הקדש, גם אם לא שימש מטרות אלה בפועל.

בית המשפט העליון, בפרשת אגודת ישיבת השרון[313], העלה אפשרות שגם הוראת ס"ק (ג) חלה גם על נכס כזה: "הדרישה שהנכס ישמש הקדש בפועל לא הייתה קיימת על פי הוראת

העברי לעניין ההכרה באישיותו המשפטית של ההקדש, אך אין הוא מתאים לתפיסה המוצגת כאן, שאין לגזור מאישיות משפטית זו שההקדש כשר לבצע "פעולה משפטית".

309 מה שמלווים כספי הקדש (לעיל, הערה 295 ואילך) אינו פעולה שההקדש עושה, אלא הגבאי עושה אותה.

310 לאור זאת, נראה שרבות מן הנפקויות המעשיות הנובעות מהגדרת ההקדש כאישיות משפטית נפרדת, שעל חלקן עמד ברק בפסק דינו בפרשת אברמוב (לעיל, הערה 284), בסעיף 9 לפסק דינו, אינן רלוונטיות לפי המשפט העברי.

311 כאן בולט הקושי שעמדנו עליו בפרק שני, א, בכך שלפי החוק, הגדרת "הקדש" אינו לפי סוג המטרה אלא לפי דרך יצירתו. לפי המובן המסורתי, ש"הקדש" מוגדר על פי מטרתו, כלומר, שנאמנות למטרת צדקה היא הקדש, מובן המצב של "נכסים המשמשים הקדש" — כלומר, נכסים המשמשים למטרות צדקה. אבל לפי ההגדרה החדשה, יש כאן אוקסימורון: איך ייתכנו "נכסים המשמשים הקדש" אם לא היה כתב הקדש, לפי ההגדרה החדשה של החוק, שהקדש הוא נאמנות שיש עליו כתב? באין אפשרות אחרת, הסברנו בטקסט שכל נכס המשמש נהנים או מטרות צדקה נחשב שהוא "משמש הקדש", אף שאין זה אפשרי אם אין כתב. כנראה, העתיקו מנסחי החוק הוראה זו מפקודת ההקדשות (ראה בטקסט בסמוך), שבה הגדרת "הקדש" היא נאמנות למטרות צדקה, כך שיש הגיון במונח "נכס המשמש הקדש", ומנסחי החוק לא שמו לב שהוראה זו אינה אפשרית לפי ההגדרה החדשה.

312 כרם, סעיף 320, עמ' 676. וראה גם שם, סעיף 319, עמ' 672.

313 ע"א 5533/98 אגודת ישיבת השרון הרצליה — רמת השרון נ' שמואל סגל, פ"ד נד(4) 538, בעמ' 550.

סעיף 37 לפקודה. לפי הוראה זו היה די בכך כי הנכס הוחזק על ידי הבעלים בכפוף להתחייבות להשתמש בו למטרות צדקה. תנאי זה עדיין קיים, וייתכן אף כי יש לפרש את הוראת סעיף 17(ג) לחוק הנאמנות כחלה גם על נסיבות כאלה". כלומר, גם במצב כזה מוסמך בית המשפט להצהיר שקיים הקדש.

להלן נברר, האם לפי המשפט העברי מוסמך בית דין להצהיר על קיום הקדש גם במצב שלא התקיימו הדרישות הפורמאליות הנחוצות ליצירת הקדש[314]? ואם יש בסמכותו לעשות כן, האם סמכות זו קיימת רק לגבי נכס ששימש בפועל למטרות צדקה, או גם לגבי נכס שלא שימש בפועל למטרות צדקה, אך המחזיק בו חייב לעשות בו שימוש למטרות אלה? כמו כן, נברר האם ההצהרה על קיומו של ההקדש פועלת רק מכאן ולהבא או גם למפרע?

ב. ההצהרה כגילוי על קיומו של "הקדש במחשבה"

כדוגמה ל"נכסים המשמשים הקדש", הזכיר כרם[315] בית שבבעלותו של אדם, שאחד מחדריו שימש במשך שנים כבית כנסת. לפי ס"ק (ג), רשאי בית המשפט להצהיר על קיומו של הקדש ולקבוע שהחדר שייך להקדש לטובת בית הכנסת.

ר' שמואל לנדא[316] נדרש לשאלה דומה, בעניין אדם שייחד חדר מביתו לצורך בית כנסת, ונתבטל המניין. נשאלה השאלה, האם מעתה מותר להשתמש בחדר כבכל חדרי הבית[317]. ר"ש לנדא עושה הבחנה בין מי ש"מניח להתפלל בביתו במניין עשרה" לבין מי ש"ייחד החדר לבית כנסת". מי שרק מניח לאנשים להתפלל בביתו, וממשיך לנהוג בו מנהג חול, מן הסתם אינו מתכוון להקדישו לבית כנסת, אלא עושה זאת בדרך אקראי, שהרי "בכל שעה ושעה יכול למחות מלכנוס בביתו"[318]. לעומת זאת, מי שמייחד חדר לבית כנסת, ו"מחשבתו ניכר מתוך מעשיו, שהקדיש לבית הכנסת", יש להניח שהתכוון להקדישו לבית כנסת, ולכן אין הוא יכול לבטל את ההקדש לאחר מכן ולהחזיר את החדר לייעודו המקורי.

מדבריו אנו למדים שאם מעשיו של אדם מוכיחים שהוא הקדיש נכס מסוים במחשבתו, חל ההקדש.

כאן מתעוררת שאלה: ראינו לעיל[319] שלדעת פוסקים רבים, אין בית דין אוכף את קיומו

[314] נדון בשאלה זו לפי ההגדרה המסורתית של "הקדש" — נאמנות למטרות צדקה וכדומה, אף שאין זו ההגדרה של החוק; ראה פרק שני, א, ולעיל, הערה 311.

[315] כרם, שם. דיון במקרה זהה לזה שהעלה כרם התקיים בבית הדין הרבני האזורי בתל אביב, תיק 4-1483/מט. נימוקי ר"ש דיכובסקי נדפסו בתחומין, כרך יב (תשנ"ב), עמ' 266; נימוקי ר"א שרמן נדפסו שם, עמ' 272.

[316] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, או"ח, סימן יז. ראה גם בפסק הדין שצוין בהערה 315.

[317] ההלכה היא, שאם נקבע שחדר מסוים ישמש כבית כנסת, נתפסת בו קדושה, ולכן אין להשתמש בו לצרכי חולין (ראה בהרחבה: שולחן ערוך, אורח חיים, סימן קנא, ובמפרשי השולחן ערוך שם). זאת בתנאי שגם השתמשו בו בפועל כבית כנסת (ראה שם, סימן קנג, סעיף ח). בנוגע לשימוש ארעי, ראה: נודע ביהודה, שם; שו"ת חוות יאיר, סימן נט; משנה ברורה, או"ח, סימן קנא, ס"ק נא.

[318] בדומה, פסק בשו"ת דברי חיים, חלק ב, חו"מ, סימן לב, לגבי אדמו"רים שמייחדים בביתם מקום לתפילה, שלא חלה קדושת בית הכנסת על המקום, מפני שיש להניח שלא התכוונו להקדישו לבית כנסת, ש"הרי אנו רואים שמשתמשים בו דברים שאין רשאים להשתמש בבית מדרש סתם...". וראה בפסק הדין שצוין לעיל, הערה 315, ובספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 31.

[319] ליד ציון הערה 122.

של הקדש במחשבה. האם אפשר להסיק מכך שבמצב כמו של ר"ש לנדא, אמנם אסור לבעל הבית להשתמש בחדר לצרכי חולין, אבל בית הדין לא יאכוף את הגשמת מטרות ההקדש? נראה שאין להסיק מסקנה זו. המרדכי[320] נימק את מה שאין בית הדין אוכף את קיומו של הקדש במחשבה, בכך ש"אין אנו יודעים מחשבתו עד שיאמר". מכאן, שבמצב שניתן ללמוד בוודאות ממעשיו של אדם שהוא התכוון לתת מנכסיו להקדש, יאכוף בית הדין את קיומו של ההקדש, אף שההקדש נוצר במחשבה[321].

במצבים כאלו, יצהיר בית הדין על קיומו של הקדש. הצהרה זו אינה יוצרת את ההקדש, אלא מעידה על קיומו. לפיכך, ברור שלהצהרה זו יש משמעות לא רק מכאן ולהבא, אלא גם למפרע, על העבר.

ג. הצהרה כגילוי על קיומו של הקדש רגיל

מקור נוסף שניתן ללמוד ממנו על כוחו של בית הדין להצהיר על קיומו של הקדש, הוא המשנה האומרת[322]: "הבא משום ירושה — אינו צריך טענה". עניינה של משנה זו בסכסוך בעלות בקרקע, והיא קובעת שבניגוד לאדם רגיל המחזיק בקרקע שלוש שנים[323], שחזקתו מועילה רק אם הסביר כיצד עברה הקרקע לבעלותו, הרי יורש אינו נדרש להסביר כיצד עברה הבעלות בקרקע למוריש, ובלבד שהחזיק בקרקע שלוש שנים לפחות. הסיבה לכך היא שבדרך כלל, אין היורש בקיא בעסקי המוריש, ומשום כך, אין לצפות ממנו שידע כיצד הגיע הנכס לבעלות המוריש. על כן, בית הדין טוען עבורו טענה שתסביר כיצד הגיע הנכס לבעלות המוריש, בבחינת "פתח פיך לאילם" (משלי לא, ח)[324].

על הלכה זו הסתמך הרב שאול ישראלי בדיון בסכסוך בעלות על נכסים שהוחזקו כנכסי הקדש. התובע, נינו של בעל הנכסים המקורי, טען שהבעלים לא התכוון להקדיש את הנכסים, והנכסים שייכים לו, בתור יורש חוקי של בעל הנכסים.

הרב ישראלי דחה את התביעה, תוך אנלוגיה לסוגיית 'הבא משום ירושה'. לדבריו, אין הנאמנים הנוכחיים של ההקדש מסוגלים לדעת האם נוצר הקדש בעבר הרחוק (מאה שנה לפני כן)[325] ובאיזו דרך. לפיכך, כלשונו[326]: "הרי לפנינו בזה ההלכה שטוענים ליורש... כל שידוע

[320] מרדכי, קידושין, סימן תצה; לעיל, הערה 123.

[321] וכך אמנם למד מדבריו בשו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רמג.

[322] משנה, בבא בתרא, פרק ג, משנה ג (בבלי מא ע"א).

[323] הזמן הדרוש לחזקה במקרקעין הוא שלוש שנים, כאמור במשנה, בבא בתרא, פרק ג, משנה א (בבלי כח ע"א), ובשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קמ, סעיף ז. במיטלטלין, כל החזקה בנכס יוצרת חזקה שהנכס בבעלות המחזיק. ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קלג, סעיף א.

[324] פסוק זה משמש מקור להלכה שבית הדין טוענים טענה ראויה עבור כל מי שאינו מסוגל לטעון בעצמו. ראה: כתובות לו ע"א; גיטין לז ע"ב; בבא בתרא מא ע"א; א' שוחטמן, סדר הדין, ירושלים תשמ"ח, עמ' 324־328.

לדעת טור, חו"מ, סימן קמו, סעיף י, צריך היורש להביא ראיה שהחזיק בקרקע שלוש שנים, "או שדר בה המוריש שלוש שנים, והוא יום אחד". אבל רוב הפוסקים הכריעו שאין הכרח שיחזיק בה היורש אפילו יום אחד. ראה: בית יוסף, שם, ד"ה ומ"ש והוא יום אחד; פרישה שם, ס"ק יז; רמ"א, חו"מ, סימן קמו, סעיף י. לעומתם, ב"ח, חו"מ שם, כתב שאם אין ליורש ראיה שהוא אכן יורש, צריך שיחזיק בקרקע לפחות יום אחד. וראה גם בשו"ת תורת אמת, סימן מא.

[325] התובע הסתמך על צוואת ר' משה דוד אשכנזי, מחודש אדר תרט"ז, שנדפסה בסוף ספר "שמן ראש" (מונקאטש תרס"ג) שחיבר נכדו, ר' אשר אנשיל אשכנזי. התביעה הייתה בשנת תשכ"ה.

שהייתה תחת המוריש", וכשם שבית הדין מוסמך לטעון ליורשים, כך הוא גם מוסמך לטעון עבור הנאמנים (וממילא עבור הנהנים), שנוצר בעבר הקדש כדת וכדין, ובכך להעביר אל התובע את נטל הראיה להוכיח שלא נוצר הקדש.

כאן, כמו בנידונו של ר"ש לנדא, היה ספק האם קיים הקדש, ובית הדין הכריע שהוא קיים. כמו שם, כך גם כאן, ההצהרה של בית הדין על קיומו של ההקדש פועלת למפרע, שהרי הצהרה זו מבוססת על ההנחה שנוצר הקדש בעבר.

אולם נראה שבכל זאת יש הבדל משמעותי בין הפסיקות והנמקותיהן. בנידונו של ר"ש לנדא, הצהרת בית דין על קיום ההקדש מבוססת על הוכחה אמפירית שבעל הנכס התכוון להקדיש אותו. לעומת זאת, בנידונו של ר"ש ישראלי, אין צורך בהוכחה כזאת, משום שהעובדה שהנכס עבר בירושה ושהנאמנים החזיקו בנכסי ההקדש לפחות שלוש שנים, מעניקה לבית הדין סמכות לקבוע שנוצר הקדש בעבר, אף אם אין ראיה לכך.

אכן, יש לתת את הדעת לצד המשותף לשתי הפסיקות המסמיכות את בית הדין להצהיר על קיומו של הקדש, ולהבדל ביניהן לבין הוראת החוק, המסמיכה את בית המשפט להצהיר על קיומו של הקדש. לפי החוק, בית המשפט יוצר את ההקדש, אף שברור שלא התקיימה הדרישה הצורנית של הכתב, וממילא לא היה הקדש. קביעת בית המשפט באה במקום דרישה זו, מפני שכבר התקיימה הדרישה המהותית לקיום הקדש, והיא: שימוש למטרה של הקדש. לעומת זאת, אין המשפט העברי מעניק לבית הדין את הסמכות ליצור הקדש, משום שסמכות זו מסורה אך ורק בידי הבעלים של נכסי ההקדש. בית הדין מוסמך רק לגלות את דבר קיומו של הקדש, על יסוד ההשערה שההקדש נוצר על ידי הבעלים של נכסי ההקדש, באחת מן הדרכים המקובלות לשם יצירת הקדש. תפקיד בית הדין הוא תפקיד של הכרעה ראייתית (כאשר במקרה כמו של ר"ש ישראלי, מצטרפת לכך הסמכות לטעון עבור המחזיק בנכסים טענה שתסייע להכרעה הראייתית).

פרק שבעה־עשר

סיכום

עיון בפרטיו של הפרק השני של חוק הנאמנות מגלה, שייחודה של נאמנות על פי כתב הקדש הוא, שהחוק מעניק לבית המשפט סמכויות נרחבות, בכל הנוגע לפיקוח על ניהול ההקדש: מתן הוראות לנאמנים, מינוי נאמנים, סילוק נאמנים מתפקידם, ועוד. הוראות דומות קיימות במשפט העברי, כפי שניווכח, רק בנאמנות שנועדה למטרות צדקה, דת או למטרות ציבוריות, ורק נאמנות מסוג זה מכונה בשם 'הקדש'. הקדש משפחתי אינו מוכר במשפט העברי. לפיכך, יש לתקן את נוסח החוק באופן שיבהיר שהפרק השני של החוק עוסק אך ורק בנאמנויות מסוג זה.

שלוש משמעויות שונות יכולות להיות ליצירת ההקדש לפי המשפט העברי: משמעות אובליגטורית־דתית (נדר), משמעות קניינית, ומשמעות של הקצאת נכסי ההקדש לשם הגשמתן

[326] ע"ר תשכ"ה/165, פורסם בספר משפטי שאול (ירושלים תשנ"ד), עמ' רעט־רפא.

של מטרות ההקדש. ההיבט האובליגטורי מוסכם על הכול: יצירת ההקדש נחשבת כנדר, המחייב את יוצר ההקדש להעביר את נכסי ההקדש למטרות או לנהנים שלטובתם הוא נוצר. נוסף על כך, לדעת רבים מן הפוסקים יש להקדש גם היבט קנייני, כלומר, יצירת ההקדש מפקיעה את הבעלות של יוצר ההקדש בנכסי ההקדש, ומעבירה את הבעלות בנכסים להקדש או לנהנים. אך היבט זה אינו מוסכם על הכול. עמדת ביניים היא, שיצירת ההקדש "מקצה" את הנכסים לשימוש לטובת המטרות שלשמן הם הוקדשו, ועל כן, חייבים יורשי המקדיש להעביר את הנכס למטרות הצדקה שלטובתן הוא הוקדש, אך היוצר יכול לשנות את מטרות ההקדש למטרות צדקה אחרות מאלו שלשמן הוקדש הנכס מלכתחילה.

כל נכס כשר להיות נכס הקדש, למעט נכס שאינו בבעלותו של יוצר ההקדש, שאינו ברשותו, ושלא בא לעולם.

יש הסוברים שאדם יכול להקדיש נכס הפקר, במצב שהוא האדם היחיד שיכול לזכות בו.

לעניין הקדשתו של נכס מושכר או מוחכר, ייחשב המושכר או המוחכר כנכס שברשות המשכיר או המחכיר, ולא כנכס שברשות השוכר או החוכר. נכס המוחזק כמשכון בידיו של נושה, נחשב כאינו ברשות החייב, ולפיכך, אין החייב יכול להקדישו. נכס המצוי בסכסוך בעלות, שאינו מוחזק בידי בעליו, יכול בעליו להקדישו אם התקיימו שני תנאים מצטברים: (א) הוא יכול לזכות בו בהליך משפטי, (ב) מדובר במקרקעין ולא במיטלטלין. חובות אינם נחשבים כנכסים המצויים ברשות הנושה, ולכן אין בכוחו להקדישם.

אף שאין להקדשת נכס שלא בא לעולם משמעות קניינית, היא מחייבת את המקדיש להעביר את הנכס שהוקדש לנהנים, כשיבוא לעולם, לדעת הרמב"ם, משום שלהקדשת נכס יש משמעות דתית, והיא התחייבות בנדר להעביר את נכסי ההקדש לנהנים, התחייבות שהיא תקפה אף אם נושאה הוא נכס שלא בא לעולם. אבל לדעת חלק מן הפוסקים, אם המקדיש היה חולה הנוטה למות בעת שיצר את ההקדש, יש ליצירת ההקדש משמעות קניינית.

אדם יכול להקדיש זכויות בנכס ששייך לו באמצעות הקדשת הנכס לפירותיו.

בניגוד לעמדת החוק, אין המשפט העברי דורש כתב לשם יצירת נאמנות, אלא מסתפק באמירה בעל פה, בין בנאמנות פרטית ובין בנאמנות על פי כתב הקדש. לדעת פוסקים רבים, ניתן ליצור הקדש גם באמצעות כתב הקדש בלבד, בלי דיבור. הדברים אמורים גם בכתב שכתב אחר ויוצר ההקדש רק חתם עליו, אם כתב ההקדש הוקרא בפני החותם. יתר על כן, אף הקדש במחשבה תקף, אלא שלדעת חלק מן הפוסקים, אין לו משמעות קניינית אלא אובליגטורית בלבד, ואף בהיבט זה, אין בית הדין מוסמך לכפות על המקדיש לקיים את ההקדש.

מי כשיר ליצור הקדש? לפי המשפט העברי, קטין החל מגיל י"ב שנים יכול ליצור הקדש אם הוא מבין את משמעות ההקדשה, ולאחר גיל י"ג שנים יכול אדם ליצור הקדש ללא הגבלה. קטינה כשרה ליצור הקדש החל מגיל י"א שנים אם היא מבינה את משמעות ההקדשה, ולאחר גיל י"ב שנים היא יכולה לעשות זאת ללא הגבלה. שוטה אינו כשר ליצור הקדש, אבל מי שלא הגיע לדרגת שוטה, גם אם אינו מודע למשמעות דבריו, הקדשו חל.

לדעת מהרי"ט, לא ניתן להקדיש נכס באמצעות שליח, אך רוב הפוסקים חולקים עליו.

כדי שלהקדש תהיה משמעות קניינית (לפי הדעה שהזכרנו, שאכן תתיכן משמעות קניינית), יש ליצור אותו בדרך שתעיד על כוונת יוצר ההקדש לשנות את מעמדו הקנייני של הנכס. לכן, להצהרה בנוסח "נכס זה ל..." או "נכס זה יהיה ל..." יש משמעות קניינית, אך להצהרה

בנוסח "אתן כך וכך ל..." או "תנו כך וכך מנכסי ל..." יש משמעות אובליגטורית בלבד. לדעת ר' יום טוב ליפמן הלפרין, אף להצהרה בנוסח "סך... מנכסי יהא להקדש" יש משמעות קניינית, אף שהאדם לא ייחד מטבעות מסוימים להקדש.

את קיום ההקדש ניתן לתלות בהתקיימותם של תנאים שונים, ועל תנאים אלו לא חלות חלק מן הדרישות הצורניות החלות על תנאים בתחומים אחרים במשפט העברי. יתר על כן, אף הכלל שהתחייבות נפסלת אם היא מותנית בתנאי המעורר ספק באשר לרצינות כוונתו של המתחייב ("אסמכתא"), אינו חל על הקדשת נכס.

הקדש שנעשה בכפייה — בטל. כמו כן, אם לפני יצירת ההקדש, הצהיר יוצר ההקדש בפני עדים שההקדש שהוא עתיד ליצור נעשה מתוך כפייה, ההקדש בטל, גם אם אין עדות לכך שאכן הופעלה כפייה.

הקדש שנעשה בטעות — בטל. על קיומה של הטעות ניתן להסיק מאומד דעתו של יוצר ההקדש וממנהג המקום שבו נוצר ההקדש. אף הקדש שנעשה מחמת עושק, היינו תוך ניצול מצוקה — בטל.

לעומת זאת, הקדש שיצר אדם כדי להפעיל לחץ על יורשו שיפעל בהתאם לרצונו של המוריש, הוא הקדש תקף, אלא אם כן אמר היוצר בפירוש שלא התכוון ליצור הקדש אלא לאיים בלבד. אף הקדש שיצר אדם בעת התקפת זעם — תקף, כל עוד לא הגיע למצב נפשי של 'אנוס', שבו נשללת ממנו היכולת לבחור, האם להקדיש את הנכס אם לאו.

יוצר ההקדש יכול לדחות את תחולת ההקדש למועד מאוחר ממועד יצירתו, באחת משתי דרכים: (א) בקביעה שההקדש יחול "לאחר כך וכך זמן", (ב) בקביעה שההקדש יחול "מהיום ולאחר כך וכך זמן". הנפקות בין הדרכים היא, שבהקדש "לאחר זמן", הנכסים ייחשבו כנכסי הקדש רק בהגיע הזמן שנקבע לתחולת ההקדש. לעומת זאת, הקדש "מהיום ולאחר זמן" חל כבר מעת יצירתו, במובן זה שגוף נכסי ההקדש שייך מיד להקדש, אולם הנהנים יוכלו ליהנות מפירות הנכסים רק לאחר שיגיע הזמן שנקבע.

הקדש שלא צוינו מטרותיו ישמש לצדקה לעניים, אלא אם נראה מאומד דעתו של יוצר ההקדש שהוא התכוון שההקדש ישמש למטרה אחרת, או שלמלה "הקדש" באותו מקום ובאותו זמן יש משמעות מקובלת אחרת.

אם המקדיש קבע מטרה להקדש, אבל דבריו משתמעים לשתי פנים, ויש שתי מטרות אפשריות (או יותר) שיכולות להתאים לדבריו, יחולקו נכסי ההקדש בין שתי המטרות.

יוצר ההקדש אינו חייב לקבוע את מטרות ההקדש בעצמו, והוא רשאי להסמיך את הנאמן (או אדם אחר) לקבוע במקומו את מטרות ההקדש או את זהות הנהנים.

יש לפרט את נכסי ההקדש בעת יצירת ההקדש, ב'שטר שימוש'. בשטר זה יפורטו כל נכסי ההקדש, המיטלטלין, המקרקעין ואף החובות, ועותק אחד ממנו יימסר ביד הנאמן, ועותק שני יומצא לבית הדין או לנהנים או לקרוביהם (אם הנהנים קטינים). אם לא נערך שטר שימוש, יש להוציא את נכסי ההקדש משליטתו של הנאמן, לערוך שטר שימוש, ורק לאחר מכן להשיב לו את השליטה בנכסים.

החוק מאפשר ליצור הקדש גם באמצעות צוואה. ר' עקיבא איגר סבור שנחלקו הר"ן והרשב"א בעניין מי שאמר "נכס זה להקדש לאחר מותי". לדעת הר"ן ההקדש תקף, באופן שגוף הנכס נעשה הקדש מיד, ופירות הנכס עוברים לנהנים רק לאחר מות המקדיש; בעוד שלדעת הרשב"א, אין ההקדש תקף.

אם המקדיש אמר "תנו נכס זה להקדש לאחר מותי", הרי אם היה בריא באותו זמן, ולא העביר את הנכס לשליטת נאמן בחייו, אין יורשיו מחויבים לכבד את דבריו. לעומת זאת, אם המקדיש היה "שכיב מרע", היינו חולה הנוטה למות, כשציווה, יש תוקף לצוואה, אלא שהוא רשאי לחזור בו מיצירת ההקדש לפני מותו.

אם הורה המצווה לכתוב שטר הקדש ולתת להקדש מנכסיו, ההקדש תקף, ובלבד שניתן להסיק מנוסח הצוואה ומאומד דעת הנפטר, שהוא התכוון שהעברת הבעלות תחול בחייו.

הוראת תשלום לנזקק — יש לבחון היטב על פי לשונו של יוצר ההקדש ואומד דעתו, אם התכוון לתת מתנה לנזקק או ליצור הקדש שמפירותיו ייהנה הנזקק.

תחילתו של ההקדש לפי המשפט העברי היא במועד שבו מתחיל הנאמן במילוי תפקידיו או במועד שבו הוא מקבל את נכסי הנאמנות לידיו, לפי המוקדם שבהם. ממועד זה ואילך מוטלת על הנאמן החובה למלא את תפקידיו. אבל הוא רשאי לחזור בו מהסכמתו לקבל על עצמו את התפקיד כל זמן שלא החל במילוי תפקידו.

יצירת ההקדש מטילה על יוצר ההקדש חובה להעביר את נכסי ההקדש לשליטת הנאמן. לדעת הסוברים שיצירת ההקדש מעבירה גם את זכויות הקניין בנכסי ההקדש מיוצר הנאמנות לנהנים, גם יורשיו חייבים להעביר לנאמן את השליטה בנכסי ההקדש.

די בהעברת השליטה בנכסי ההקדש, ואין צורך בביצוע מעשה קניין, אלא אם יוצר ההקדש מעוניין שתהיה לנאמן זיקה קניינית לנכסי ההקדש.

יש שלמדו מהתייחסות החוק ל"נכסי ההקדש" ומהוראות נוספות שבפרק ב' של החוק, שלהקדש יש אישיות משפטית נפרדת בעיני המחוקק. נראה שעמדה זו משקפת נאמנה את עמדתו של המשפט העברי. יחד עם זאת, האישיות המשפטית של ההקדש היא מוגבלת; היא כשרה אמנם להיות נושא לחובות ולזכויות, אך אין היא כשרה לעשות פעולות משפטיות.

בס"ק (ג) נקבע שאם "נמצאו נכסים המשמשים הקדש, אלא שאין על כך כתב הקדש, רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הקדש". בית המשפט העליון העלה אפשרות שבית המשפט מוסמך להצהיר על קיומו של הקדש בנכס המוחזק על ידי אדם שהתחייב להשתמש בו למטרות צדקה, אף אם הנכס אינו משמש למטרות אלו בפועל.

בית הדין מוסמך להצהיר על קיומו של הקדש אם "נמצאו נכסים המשמשים הקדש", וזאת בשני מצבים: (א) במצב שהתנהגותו של יוצר ההקדש מעידה שהוא הקדיש את הנכס במחשבתו, והקדש במחשבה שניכרת לצופה מבחוץ שווה להצהרה מפורשת על יצירת ההקדש. (ב) במצב שהנאמן הקודם או הנוכחי החזיקו בנכסי ההקדש לפחות שלוש שנים (במקרקעין), והנאמן הנוכחי אינו יכול לדעת את העובדות הנוגעות לאופן יצירת ההקדש, בית הדין מוסמך לטעון עבורו טענות שיש בהן כדי להגן על עמדתו.

פרק שמונה־עשר

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

יצירה ותחילה של הקדש

17. (א) הקדשת נכסים למטרות צדקה, דת או למטרות ציבוריות תיעשה באמצעות הצהרה של בעליהם על כך שהוא יוצר הקדש, ובהצהרה זו ייקבעו מטרות ההקדש, נכסיו ותנאיו.

(ב) תחילתו של הקדש היא עם העברת השליטה בנכסי ההקדש לידי הנאמן או במועד שבו יתחיל הנאמן במילוי תפקידו, לפי המוקדם מביניהם.

(ג) בסמוך להעברת השליטה בנכסי ההקדש, יערוך בית הדין מסמך ובו פירוט כל נכסי ההקדש. עותק אחד של השטר יימסר לנאמן, ועותק נוסף יופקד בבית המשפט.

(ד) לא נערך מסמך כאמור, ובכל זאת נמסרו נכסי ההקדש לשליטת הנאמן, יוצאו הנכסים לאלתר מידיו, ייערך מסמך כאמור, ורק לאחר מכן יוחזרו הנכסים לשליטת הנאמן.

(ה) נמצאו נכסים המשמשים הקדש, רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הקדש ולהגדיר מטרותיו, נכסיו, תנאיו ותחילתו.

סעיף 18

שינוי וביטול של הקדש

שינוי וביטול של הקדש

18. (א) יוצר הקדש וצד שלישי רשאים בכל עת להוסיף נכסים לנכסי ההקדש.

(ב) אחרי תחילת ההקדש אין יוצרו רשאי לשנות את תנאיו, לגרוע מנכסיו או לבטלו, אלא אם שמר לעצמו זכות לכך בכתב ההקדש או שבאו על כך הסכמת הנהנים או אישור בית המשפט.

(ג) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכותו של היוצר לחזור בו מיצירת ההקדש לפני תחילתו, מדיני ביטול צואה או מדיני ביטול או שינוי של הוראה לעניין סעיף 147 לחוק הירושה, התשכ"ה־1965.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 483

פרק שני: שינוי תנאים לפני תחילת ההקדש 484

א. מבוא 484

ב. שינוי בהרכב נכסי ההקדש 484

(1) הוספת נכסים — "רשאים בכל עת להוסיף נכסים" 484

(2) גריעת נכסי ההקדש 485

(3) המרת נכסי ההקדש 486

ג. שינוי מטרות 487

(1) שינוי המטרה הכללית 488

(2) שינוי זהות הנהנה 489

ד. שינוי תנאי הניהול 490

פרק שלישי: שינוי תנאים "אחרי תחילת ההקדש" 491

א. מבוא 491

ב. עמדת המשפט העברי — כללי 491

ג. שינוי תנאים "אם שמר לעצמו את הזכות לעשות זאת" 492

ד. שינוי תנאים ב"הסכמת הנהנים" 493

ה. שינוי תנאים ב"אישור בית המשפט" 494

פרק רביעי: ביטול הקדש לפני תחילת ההקדש 495

א. מבוא 495

ב. עמדת המשפט העברי — כללי 495

(1) ביטול "תוך כדי דיבור" 495

(2) ביטול על ידי שאלה לחכם 498
(3) ביטול הקדש דחוי 500
(4) ביטול הקדש "מהיום ולאחר זמן" 501
ג. ביטול הקדש לפי דיני צוואה 501
(1) צוואת שכיב מרע 501
(2) צוואת בריא 502
פרק חמישי: ביטול הקדש "אחרי תחילת ההקדש" 503
א. מבוא 503
ב. ביטול עקב שינוי נסיבות 503
ג. ביטול הקדש בהסכמת הנהנים 504
(1) מחילה על הזכות הממונית 504
(2) מחילה על הנדר בהקדש למטרות צדקה 505
ד. ביטול ב"אישור בית המשפט" 506
פרק שישי: סיכום 508
פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 510

מבוא

סעיף זה עוסק בשינוי תנאים וביטול הקדש, וקובע את נקודת האל־חזור, שממנה ואילך לא יהא בכוחו של היוצר לשנות את תנאי ההקדש או לבטלו.

מן החוק עולה, שלפני תחילתו של ההקדש, היינו לפני העברת השליטה בנכסי ההקדש לידיו של הנאמן[1], מותר כל שינוי בתנאי ההקדש. האם גם לפי המשפט העברי רשאי יוצר הקדש לשנות את תנאי ההקדש כאוות נפשו, לפני תחילתו של ההקדש, או שמא ברגע שנוצר ההקדש, אף שטרם הועברו נכסי ההקדש לשליטת הנאמן, אין ליוצר זכות לשנות את תנאי ההקדש? בשאלה זו נעסוק בפרק השני.

ייתכנו כמה סוגים של שינוי תנאים: שינוי בהרכב נכסי ההקדש, שינוי של מטרות ההקדש ושינוי של תנאי ניהול ההקדש. אשר לשינוי בהרכב הנכסים, עוסק החוק בהוספת נכסים להקדש ובגריעת נכסים מן ההקדש. הוספת נכסים נחשבת אמנם כשינוי, אך החוק קובע שיוצר ההקדש או צד שלישי רשאים לשנות בדרך זו בכל עת את תנאי ההקדש. שונה דינה של גריעת נכסים, האסורה מרגע תחילתו של ההקדש, אלא אם נעשה הדבר בהסכמת הנהנים או באישור בית המשפט. בפרק השני, נברר מהי הסיבה להבחנה זו בין הוספת נכסים לבין גריעת נכסים, והאם היא קיימת גם לפי המשפט העברי.

שינוי נוסף בהרכב הנכסים, שהחוק לא דן בו, הוא המרה של נכסי ההקדש בנכסים אחרים, ששוויים זהה. לדעת כרם, הסיבה לכך היא, ש"אין המחוקק רואה בהמרת נכס אחד בנכס אחר משום שינוי מהותי, המחייב התייחסות מפורשת"[2]. בפרק השני נברר האומנם מוצדקת התפיסה שהמרת נכס אינה בגדר שינוי מהותי, והאם יש מקום להגביל את זכות היוצר להמיר את נכסי ההקדש לפני תחילתו?

כאמור, לפי החוק, אין יוצר ההקדש יכול לשנות את תנאיו לאחר העברת השליטה בנכסי ההקדש לנאמן. בפרק השלישי נדון בכוחו של היוצר לשנות את הרכב נכסי ההקדש או את מטרותיו לאחר שהעביר את השליטה בנכסי ההקדש לנאמן, לפי המשפט העברי.

עוד קובע החוק בס"ק (ב), שלאחר תחילתו של ההקדש (העברת השליטה בנכסי ההקדש לנאמן), אין בכוחו של היוצר לבטלו. מכאן שלפני תחילת ההקדש יכול היוצר לבטלו גם אחרי שנוצר. אבל מס"ק (ג) משתמע שבמצבים מסוימים אינו יכול לבטלו גם לפני תחילת ההקדש. בפרק הרביעי נברר את עמדת המשפט העברי בשאלה זו. בכלל זה נברר האם מקובלת על המשפט העברי קביעת החוק שיש בכוחם של הנהנים ושל בית המשפט להתיר ליוצר ההקדש לבטל את ההקדש שיצר, לאחר שנכסי ההקדש כבר הועברו לנאמן.

[1] בהתאם להוראת סעיף 17(ב).

[2] כרם, סעיף 322, עמ' 680, וראה הערה 1 שם, על גישת המשפט המוסלמי והאנגלו־אמריקני בעניין זה, ועל המצב המשפטי ששרר בעניין זה לפני חקיקת חוק הנאמנות, לפי פקודת ההקדשות, וכן מקורות אחדים בעניין עמדת המשפט העברי.

ס"ק (ג) קובע: "אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכותו של היוצר לחזור בו מיצירת ההקדש לפני תחילתו, מדיני ביטול צוואה או מדיני ביטול או שינוי של הוראה לעניין סעיף 147 לחוק הירושה". מכאן מתעוררת השאלה, האם העקרונות שקבע המשפט העברי לעניין ביטול צוואה, תקפים אף לעניין ביטול הקדש שנוצר מכוחה של צוואה? גם בכך נעסוק בפרק הרביעי.

פרק שני

שינוי תנאים לפני תחילת ההקדש

א. מבוא

לעניין כוחו של יוצר ההקדש לשנות את תנאיו, מבחין החוק בין פרק הזמן שלפני תחילתו של ההקדש, לבין פרק הזמן שלאחר מכן. לפני תחילתו של ההקדש, דהיינו לפני שהעוברה לנאמן השליט בנכסי ההקדש[3], רשאי היוצר לשנות את תנאי ההקדש כאוות נפשו, בעוד שלאחר תחילתו של ההקדש, אין בכוחו של היוצר לשנות את תנאיו, אף שינוי קל ביותר, שאינו משנה באופן מהותי את מטרות ההקדש או את זכויות הנהנים.

הוראה זו חלה, כמו כל הוראותיו של הפרק השני של החוק, על כל נאמנות שנוצרה מכוחו של שטר הקדש. ברם, כפי שניווכח להלן, לעניין זה, מייחס המשפט העברי משקל רב למטרה שלשמה נוצרה הנאמנות, ומבחין בין נאמנות שנוצרה לשם הגשמת מטרותיו הפרטיות של יוצרה, לבין נאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות.

הבחנה נוספת, שהחוק אינו מייחס לה חשיבות, בעוד שלפי המשפט העברי יש לה משקל רב, היא ההבחנה בין שינוי מהותי, הנוגע להרכב נכסי ההקדש, למטרות ההקדש או לזהות הנהנים, לבין שינוי שאיננו מהותי, הנוגע לדרכי ניהולו של ההקדש.

ב. שינוי בהרכב נכסי ההקדש

ייתכנו כמה סוגים של שינוי בהרכב נכסי ההקדש: (א) הוספת נכסים לנכסי ההקדש, (ב) גריעת נכסים מנכסי ההקדש, (ג) המרת נכסי ההקדש בנכסים אחרים, שערכם זהה. להלן נדון בכוחו של היוצר לשנות את הרכב הנכסים בכל סוג של שינוי.

(1) הוספת נכסים — "רשאים בכל עת להוסיף נכסים"

ברור שיוצר ההקדש יכול להוסיף נכסים להקדש בכל עת שירצה. נראה שכדי להפוך נכסים אלו לנכסי הקדש, חלות אותן דרישות צורה ותוכן שראינו בדיוננו בסעיף 17 לעניין יצירת ההקדש המקורי, לפי המשפט העברי.

שאלה אחרת היא, האם חייב הנאמן לקבל אחריות על ניהול הנכסים שהוספו לקופת ההקדש, או שמא יוכל הנאמן לטעון שהוא מעולם לא העלה בדעתו שהיקף הנכסים המופקדים בידיו יגדל, ואין הוא מוכן לקבל אחריות על נכסים בהיקף שונה מזה שהועבר לשליטתו

[3] בהתאם להוראת סעיף 17(ב).

מראש? נראה שתלוי הדבר באומד דעתו של הנאמן, האם בעת שהסכים לקבל על עצמו את תפקיד הנאמן, הסכים לקבל אחריות גם על נכסים שיתווספו לקופת ההקדש.

בנוגע לגבאי צדקה, קובע הרמב"ם[4] שהגבאים "לוקחין בכל יום ויום מכל חצר וחצר פת ומיני מאכל ופירות, או מעות ממי שמתנדב לפי שעה, ומחלקים את הגבוי לערב בין העניים". הרי שתפקידו של גבאי הצדקה אינו מצטמצם לניהול הכספים שהיו בקופת הצדקה בעת מינויו, ואף לא לכספים המגיעים לקופת הצדקה דרך קבע, שאת היקפם היה יכול לדעת מראש בעת שקיבל על עצמו את התפקיד, אלא הוא נדרש לקבל אחריות גם על כספים שאנשים מוסיפים לקופה מדעתם באופן אקראי. טעם הדבר הוא, שקופת הצדקה, לפי אופייה וייעודה, מתרוקנת מעת לעת, ועל כן ברור מאליו, שכדי שהקופה תמלא את ייעודה, נדרש הגבאי לעשות בכל עת כל שביכולתו כדי להגדיל את היקף הנכסים המצויים תחת ידיו. לכן, החובה לקבל כספים "ממי שמתנדב לפי שעה" היא חלק מחובתו לנהל את קופת הצדקה.

לעומת זאת, בנאמנות שנועדה לסיפוק צרכיו של נזקק מסוים, למשל, או לשם הגשמת מטרה פרטית של היוצר, שהיקף הנכסים הדרוש לשם הגשמתה ידוע בקירוב, יש להניח שהסכמת אדם לשמש כנאמן אינה כוללת הסכמה לקבל אחריות על כל נכס שיתווסף לקופת הנאמנות בעתיד.

אבל נראה שמכוחה של חובת הנאמן לפעול לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות, על פי סעיף 10(א), הוא יהיה חייב גם לקבל אחריות על כל נכס שיבקש אדם להוסיף לקופת הנאמנות, אם אמנם יש צורך בנכס זה לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות.

(2) גריעת נכסי ההקדש

לעיל[5] עמדנו על כך שלפי המשפט העברי, יש סוג של נאמן שמקבל מיוצר הנאמנות בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות. לאחר שהוענקה בעלות זו, אין היוצר יכול לגרוע מנכסי הנאמנות, שכן גריעת נכסי הנאמנות תפגע בזכותו הקניינית של הנאמן בנכסים אלו.

אבל בשלב שבין יצירת ההקדש לבין העברת הבעלות בהם לנאמן, יוכל יוצר הנאמנות לגרוע מנכסי הנאמנות, שהרי במועד זה אין גריעת נכסי ההקדש פוגעת בזכויותיו הקניינית של הנאמן.

יש שגריעת הנכסים פוגעת בזכויותיהם הקניינית של הנהנים, שהרי כפי שראינו לעיל[6], במצבים מסוימים מקנה יוצר הנאמנות לנהנים זכויות קניין בנכסי הנאמנות. על כן נראה שבמצבים כאלו לא יוכל יוצר הנאמנות לגרוע מהנכסים בגלל הפגיעה בזכויות הנהנים, וזאת אף לפני העברת הנכסים לנאמן. אבל אם לא הקנה היוצר זכויות בעלות לנהנים, יוכל לגרוע מהנכסים, מפני שאין בכך פגיעה בנהנים[7].

כל זאת בנאמנות פרטית. אבל בנאמנות למטרות צדקה, יש שיקולים אחרים. כפי שכבר הזכרנו לעיל[8], לדעת רבים מן הפוסקים, יצירת הקדש למטרות צדקה מעבירה את הבעלות

[4] רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ט, הלכה ב.

[5] סעיף 1, פרק שני.

[6] סעיף 1, פרק שישי.

[7] אבל ייתכן שמבחינה מוסרית אסור לו לעשות כן, אם מדובר בסכום מועט, וזאת על פי הדין שהמבטיח לחברו לתת לו מתנה מועטת, אסור לו לחזור בו משום "מחוסרי אמנה" (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמט, סעיף א).

[8] סעיף 17, פרק שלישי, ד.

בנכסי ההקדש מן היוצר אל הנהנים, או אל האישיות המשפטית המייצגת את עניינם. לפי דעה זו, גריעת נכסי ההקדש פוגעת בזכויות הקניינים של ההקדש בנכסי ההקדש, ועל כן, משנוצר ההקדש, אין בכוחו של יוצר ההקדש לגרוע מנכסי ההקדש, אף לפני העברת השליטה בהם לנאמן.

יתר על כן, אף לפי הדעה שליצירת ההקדש יש משמעות אובליגטורית בלבד[9], הרי היות שהיוצר מחויב להעביר את כל נכסי ההקדש לנהנים או למטרות שלשמן נוצר ההקדש מטעם נדר, לא יוכל לגרוע מן הנכסים שחלה עליו חובה להעביר.

(3) המרת נכסי ההקדש

הברייתא קובעת[10]: "[האומר:] 'סלע זו לצדקה', עד שלא באתה ליד גבאי, מותר לשנותה". ונחלקו הראשונים בפרשנות השינוי שבו עוסקת הברייתא. לדעת ר' משה מאיוורא[11], השינוי הוא החלפת מטבע הכסף במטבע כסף אחרת בעלת אותו שווי, ומשמעותה המעשית של ההלכה היא שכל עוד לא הועברו כספי ההקדש לידי הגבאי, רשאי יוצר ההקדש ללוות מכספים אלו לצרכיו, ולפרוע כסף אחר להקדש לאחר מכן.

הרמב"ם פירש[12] את הברייתא באופן שונה במקצת, ולדבריו השינוי שבו עוסקת הברייתא הוא שינוי של הסלע בסלע אחר, ולאו דווקא לצורך הלוואה[13]. אבל, מעיר ר' יחיאל מיכל אפשטיין[14], ברור שאסור שהסלע האחר יהיה נמוך בערכו מן הסלע המקורי, שהרי לא יעלה על הדעת שהברייתא תתיר ליוצר ההקדש לגרום הפסד לכספי הצדקה.

לכאורה, מהלכה זו יש ללמוד, שמותר להמיר את נכסי ההקדש בנכסים אחרים, שערכם זהה. אולם ניתן לערער על מסקנה זו, משום שהפרשנים שהזכרנו לא עסקו בהמרת נכס בנכס שהוא שונה באופן מהותי מן הנכס המקורי, אלא בהחלפת מטבע במטבע אחרת; וייתכן שאף לשיטתם, אין להמיר נכס הקדש בנכס שהוא שונה ממנו באופן מהותי[15].

שאלה אחרת היא יכולתו של הנאמן להמיר את נכסי ההקדש באחרים[16], לאחר שהנכסים

[9] שם.

[10] ערכין ו ע"א.

[11] דבריו מובאים בתוספות, ערכין ו ע"ב, ד"ה עד שלא באתה. כך עולה גם מדבריהם של: רש"י, ערכין שם, ד"ה לשנותה; חידושי הרמב"ן, בבא בתרא ח ע"ב; עליות דרבנו יונה, בבא בתרא, שם; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימנים תרד־תרה; חידושי הרשב"א, בבא בתרא, שם; רי"ף, בבא קמא יח ע"ב, בדפי הרי"ף. כך פסק גם בשולחן ערוך, יו"ד, סימן רנט, סעיף א. כך פסק גם משנה ברורה, סימן קנג, ס"ק כא, על התורם כסף או חומרי בניין לבית כנסת.

[12] רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ח, הלכה ד.

[13] כך הסביר ערוך השולחן, יו"ד, סימן רנט, סעיף א, את דעת הרמב"ם. הוא כותב שאין מחלוקת בין הפירושים, ואף לדעת הרמב"ם, רשאי היוצר ללוות מנכסי ההקדש, ור' משה מאיוורא מסכים שמותר להחליף סלע בסלע. אולם יש החולקים עליו בזה. ראה: רדב"ז, על הרמב"ם שם; שפת אמת, ערכין שם, ד"ה בגמ'; דרך אמונה, על הרמב"ם שם, ס"ק כב.

[14] ערוך השולחן, שם.

[15] לכאורה, לשיטת הפוסקים (שהזכרנו לעיל, ליד ציון הערה 8) שיצירת ההקדש מעבירה את הבעלות בנכסי ההקדש לנהנים או לאישיות המשפטית המייצגת אותם, הדין היה צריך להיות שלא ניתן להמיר את נכסי ההקדש בנכסים אחרים, כפי שאדם אינו יכול להמיר את נכסי הזולת בנכסים אחרים, אף ששוויים זהה לנכסיו. ייתכן שטעם ההיתר הוא שיש אומדנא שהקדיש על דעת שיוכל להמיר כל זמן שהנכסים בידו.

[16] ראה סעיף 3, פרק שני, ב, שיש שהנאמן חייב להמירם באחרים.

הגיעו לידו. נראה שנוכל ללמוד עקרונות מנחים לעניין זה מתשובת הרדב"ז[17] בעניין החלפת מקרקעין שהוקדשו כדי שייהנו עניים מפירותיהם. הרדב"ז קובע שאם "המכירה או החלוף... יש בה תועלת לעניים לפי ראות בית דין, הדבר ברור שהם רשאים למכרו או להחליפו". הוא כותב שבמצב זה, רשאים גבאי הצדקה וטובי העיר להחליפו גם אם המקדיש מתנגד לכך[18].

עם זאת, בגלל החשש שמא המרת נכסי ההקדש תגרום הפסד להקדש, נקבע שאין הנאמן יכול להמיר נכסי הקדש אלא באישור של בית הדין, שיינתן רק לאחר שייווכח שההמרה היא לטובת ההקדש[19].

ג. שינוי מטרות

שינוי של מטרות ההקדש יכול שיהיה שינוי של המטרה הכללית שלשמה נוצר ההקדש, כגון הפיכת הקדש למטרות צדקה להקדש לשם קידום החינוך, או שינוי קל יותר, המשמר את המטרה הכללית שלשמה נוצר ההקדש, אך משנה את זהותם של הנהנים.

כפי שאמרנו לעיל בעניין גריעת נכסי הקדש, יש מצבים שהנאמן או הנהנים מקבלים מיוצר הנאמנות בעלות מוגבלת בנכסים, ובמצבים כאלו לא יוכל לשנות את המטרות אם יש בכך פגיעה בזכויות הנאמן או בזכויות הנהנים. אבל כל זמן שלא העביר שום בעלות לנאמן או לנהנים, יוכל היוצר לשנות את המטרות, מפני שאינו פוגע בכך באחרים.

אבל כפי שכבר הזכרנו[20], בנאמנות למטרות צדקה, לדעת רבים מן הפוסקים, משעה שנוצרה הנאמנות זכו הנהנים בנכסי ההקדש. עמדה זו מחייבת אותנו לבחון, האם יש בכוחו של היוצר

[17] שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תשלח (הובא בחכמת אדם, כלל קמז, סעיף כז).

[18] הרדב"ז מסביר שגם אם המקדיש מתנגד בטענה שהוא מעוניין "שיקרא שמו על הקדשו", הרי "יכולין לפרסם [את זהות המקדיש] על ידי הכרזות ושטרות שזה הקדישו של פלוני שהחליפוהו או שמכרוהו וקנו בדמיו את זה", ועוד, ש"אין טענה זו מספקת לבטל תועלת העניים". אבל אם ההמרה אינה מועילה ליתומים, כותב הרדב"ז, אכן יש להימנע מלהמיר בגלל התנגדות המקדיש, וזאת כדי "לחזק ידי עושה מצווה... להיות לו לשם ולזיכרון".

שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רכ, התיר מכירה של בית שקנו בני הקהילה כדי שישמש "בית וועד לקהל" (מעין עירייה), אף שבפנקס הקהל נכתב במפורש: "לא יהיה הרשות ביד שום א' מאקרו"ט [=אחד מאלופי קהל ראשים וטובים] אשר יהיה בכל השנים ובכל הזמנים למכור או להחליף... בית הנ"ל דרך ערמה שבעולם אם לא יהיה עת הצורך ח"ו אשר יהיה ההכרח ליקח ספר תורה מההיכל חס ושלום". את פסיקתו הוא נימק בכך שיש להניח שבעת הקנייה סברו הקונים שבבית האמור ניתן יהיה לעשות שימוש לשם קיום הדיונים הנוגעים להנהגת הקהילה, אך "נכזבה תוחלתם, כי אדרבא בבית הזה שקנו אין מקום להמתקת סוד". לכן, התנאי האמור, שהתבסס על תמונת מצב שבפועל לא התגשמה, לא יכול לשלול את כוחם של נציגי הציבור למכור את הבית, כדי לרכוש בתמורה בית אחר, שיתאים יותר לשם הגשמת מטרות הקנייה. בנידונו לא היה זה הקדש רגיל, והוא דן בתשובתו מצד דיני נדר והתרתו, ולא מצד דיני צדקה וצדקה ושינוייה. עם זאת, אפשר ללמוד מדבריו שמותר לשנות רכוש ציבורי אם יש צורך בכך. מדברי החתם סופר מסיק רי"פ רוטנברג, "מעמדו של נאמן בהקדש", דברי משפט, חלק ה (תשנ"ח), עמ' קצב, שאם לא ניתן לפרש את התנאי בדרך שתתיישב עם הגשמת מטרותיו של ההקדש, אין תוקף לתנאי.

[19] שו"ת הרדב"ז, שם. וראה גם: שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן סה; שו"ת שער אפרים, יו"ד, סימן סו; תיק מס' 44-900001088-2, בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 171-180); תיק 231 בבית הדין הרבני האזורי בירושלים (שם, עמ' 190). וראה גם רי"פ רוטנברג, שם, עמ' קצא. חשוב לציין שבפסיקה זו נקבע שמכירה שלא באישור בית הדין — בטלה.

[20] ליד ציון הערה 8.

לשנות את מטרות ההקדש או את זהות הנהנים לפני תחילת ההקדש, או שמא, אין בכוחו לעשות כן, בגלל הפגיעה בזכויותיהם של הנהנים.

(1) שינוי המטרה הכללית

לדעת רבנו ברוך[21], המשמעות של הברייתא שהבאנו לעיל[22], הקובעת: "[האומר:] 'סלע זו לצדקה', עד שלא באתה ליד גבאי, מותר לשנותה", היא לעניין שינוי המטרה; היינו, שכל עוד לא העביר יוצר ההקדש את השליטה בנכסי ההקדש לידיו של הגבאי, הוא רשאי לשנות את המטרה שלשמה הוקדשו הכספים, ובלבד שהמטרה החדשה תהיה אף היא כזו שיש מצווה בהגשמתה. לעומתו, ר' משה מאיוורא פירש שהברייתא מתירה רק לשנות את המטבע במטבע אחר, כפי שראינו לעיל[23], אבל לדעתו אסור למקדיש לשנות את המטרה של ההקדש[24].

ר' אפרים נבון[25] הסביר, שלדעת רבנו ברוך, משמעותה המשפטית של יצירת ההקדש היא, שמשעה שנוצר ההקדש "הסלע עצמו נתפס לגבוה"[26], והיוצר כבר יצא ידי חובת נדרו, והנדר כבר אינו מחייב אותו. לכן, כל עוד לא זכו הנהנים בנכסי ההקדש, יש בכוחו של היוצר לשנות את מטרות ההקדש, ובלבד שמטרות אלו יהיו לצורך קיום מצווה. לעומתו, ר' משה מאיוורא סבור שיצירת ההקדש מטילה על היוצר חיוב אישי של נדר, להעביר את כספי ההקדש למטרות שלטובתן הוא נוצר, ולא ניתן לצאת ידי חיוב זה באמצעות העברת הכספים למטרות שונות[27].

[21] דבריו מובאים בתוספות, ערכין ו ע"א, ד"ה עד.

[22] ליד ציון הערה 10.

[23] ליד ציון הערה 11.

[24] גם דעתו זו הובאה בתוספות, שם.

[25] מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן יא.
הוא כותב שאפשר לפרש שהברייתא באה להתיר גם המרת מטבע במטבע, וגם שינוי מטרות ההקדש; או שהברייתא באה להתיר המרת מטבע במטבע, ובכל זאת אין להסיק מכך שאסור לשנותו למטרת מצווה אחרת, מפני שהברייתא כלל לא עסקה בשאלה זו.

[26] המשמעות המדויקת של ביטוי זה אינה ברורה. אפשר שכוונתו לומר, שנכסי ההקדש הופכים לנכסים השייכים כביכול לקב"ה, אך אפשר גם שכוונתו לומר, שהנכסים מוקצים למטרות מצווה. ראה על אפשרות זו בסעיף 17, פרק שלישי, ה.

[27] מקצות החושן, סימן ריב, ס"ק ד, משמע, שדווקא לדעת הסוברים שיצירת ההקדש מטילה על היוצר חיוב אישי בלבד, ניתן לשנות את מטרות ההקדש, בעוד שלדעת הסוברים שליצירת ההקדש יש משמעות קניינית (על המחלוקת ראה סעיף 17, פרק שלישי, ד), לא ניתן לעשות כן.
קהילות יעקב, בבא קמא (מהד' תשל"א), סימן כו (ד"ה אולם), מסביר שגם לדעת רבנו ברוך, ליצירת ההקדש יש משמעות אובליגטורית, אלא שלדעתו, משמעות זו מצומצמת בהיקפה, ומטילה על המקדיש להעביר את נכסי ההקדש למטרות שיש מצווה בהגשמתן, ולאו דווקא למטרות המיוחדות שלטובתן נוצר ההקדש.
שו"ת משנת ר' אהרן, סימן לב, אות ו (ד"ה יש לעיין), מעלה אפשרות שגם רבנו משה מאיוורא, האוסר שינוי של מטרות ההקדש, יתיר שינוי לטובת מטרה נעלה מזו שלשמה נוצר ההקדש מלכתחילה. אך במסקנתו (שם, אות יא), הוא מסתייג מחידוש זה, ומכריע שיש לעשות התרת חכם לנדר ההקדש, גם אם הוא רוצה לשנות את מטרת ההקדש למטרה נעלה יותר. ושם, אות ח, ד"ה ובזה, הוא מחדש עוד בדעת רבנו משה מאיוורא, שאסר שינוי של מטרות ההקדש דווקא בהקדש שנועד למטרות צדקה, ולא בהקדש שנועד למטרות כלליות שאין בהן "זיכוי להאנשים", כגון הקדש לטובת בניית בית כנסת; אבל גם בזה כתב (באות ט) שמותר לשנות רק לקדושה חמורה יותר, מפני שאסור להוריד מקדושה חמורה לקדושה קלה (שולחן ערוך, או"ח, סימן קנג, סעיף ב). אבל רבינו ברוך מתיר גם לשנות לקדושה קלה. ייתכן שהוא סבור שכל זמן שלא בא הכסף לידי הגבאי, לא חל על הכסף גדר של קדושה, ולכן מותר לשנותו למטרה שיש בה קדושה קלה יותר.

השולחן ערוך פוסק[28]: "האומר: 'סלע זו לצדקה', או שאומר: 'הרי עלי סלע לצדקה', והפרישו, עד שלא בא ליד הגבאי יכול לשנותו, בין ללוותו לעצמו בין ללוותו לחברו, ויפרע אחר תחתיו". יש שלמדו מדבריו שהוא מאמץ את פרשנות רבנו משה מאיוורא, שלפיה אסור לשנות את מטרותיו של ההקדש לאחר יצירתו[29]. אולם ר' אפרים נבון[30] מכריע להלכה כדעת רבנו ברוך.

בסיכום, השאלה האם רשאי יוצר הקדש למטרות צדקה לשנות את מטרותיו של ההקדש או את זהות הנהנים כל עוד לא הועברו הנכסים לידיו של נאמן, שנויה במחלוקת.

(2) שינוי זהות הנהנה

בדומה למחלוקת בעניין שינוי מטרותיו של ההקדש, נחלקו פוסקים בשאלה, האם רשאי המקדיש לשנות את זהות הנהנה שלטובתו נוצר ההקדש. יש שפסקו שאין הוא רשאי לעשות כן[31], ויש שפסקו שהוא רשאי לעשות כן[32].

ר' אפרים נבון[33] מנמק את עמדת המתירים בכך שהם סבורים שדין "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" אינו אמור בהקדש למטרות צדקה[34]. לפי דעה זו, הקדשת הנכס עצמה אינה מעבירה את זכויות הקניין בו, והמקדיש רק מקבל על עצמו חיוב אובליגטורי, וכשם שלדעת רבנו ברוך, שהבאנו לעיל, חיוב זה אינו מונע מן המקדיש לשנות את מטרות ההקדש, וודאי שהחיוב אינו מונע ממנו לשנות את זהות הנהנה[35].

[28] שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנט, סעיף א.
שו"ת משנת ר' אהרן, חלק א, סימן לא, אות ה, ד"ה היוצא, כותב שרוב הראשונים חולקים על רבנו ברוך.

[29] ראה: חכמת אדם, כלל קמח, סעיף יא; ערוך השולחן, יו"ד, שם, סעיף ב וסעיף ו.

[30] מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן יא. כך פסק גם בשו"ת מהר"ם גלאנטי, סימן עו. כך משמע גם מדברי קצות החושן, סימן ריב, ס"ק ד. אבל בשו"ת בית יצחק, יו"ד, חלק ב, סימן פב, אות יא, מעיר שמקצות החושן, סימן פז, ס"ק כא, משמע שהוא מאמץ להלכה דווקא את פרשנות חכמת אדם וערוך השולחן.
כדי ליישב בין עמדתם זו לדברי השולחן ערוך שהזכרנו, הסביר ר"א מילר שהם הבינו שהשולחן ערוך מתיר גם שינוי מטרות וגם המרת המטבע, כפי שפירש מחנה אפרים (שהבאנו בהערה 25) שהברייתא מתירה את שני הדברים.
בדברי החתם סופר יש סתירה בעניין זה. בשו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רלז, הוא כותב שדעת רוב הפוסקים היא, שאין ליוצר ההקדש זכות לשנות את מטרות ההקדש לאחר יצירתו. אולם בשו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קטו, הוא מביא את דברי קצות החושן, בסימן ריב, שמהם עולה כאמור שיוצר ההקדש רשאי לשנות את מטרות ההקדש כל עוד לא הועברו נכסי ההקדש לידי הגבאי. על סתירה זו ראה גם: צדקה ומשפט (בלויא), פרק ט, הערה ג.

[31] ראה: שיטה מקובצת, בבא קמא לו ע"ב, בשם מהר"ם מסרקסטה; הגהות מיימוניות, הלכות זכייה ומתנה, פרק יא אות ד; שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רד (קלד); רבנו פרץ, המובא בכל בו, סימן פב, ובבית יוסף, יו"ד, סימן רנו, וסימן רנט.

[32] מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ז, בשם מהר"ש יפה; קצות החושן, סימן ריב, ס"ק ד.
כמו כן, פסק מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן יא, שמי שהקדיש אדם נכס לטובת "עשרה ת"ח [=תלמידי חכמים] שילמדו בישיבה בקבע", רשאי לשנות את מטרת ההקדש ולקבוע שהוא יהיה לטובת "מלמד אחד שילמוד עם תינוקות של בית רבן", משום ש"לא היו התלמידי חכמים מבוררים מי הם, כדי שיזכו בהם, דאין אדם מצי [=יכול] לְזַכות למי שאינו מבורר". וראה מה שהעיר על דבריו אלו בשו"ת אחיעזר, חלק ב, סימן כג, אות ב.

[33] מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ז.

[34] על דעה זו ראה לעיל, ליד ציון הערה 9.

[35] דברי יחזקאל, סימן נה, אות ג, כותב שגם לדעת ר' משה מאיוורא, שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 24,

אולם ר׳ אהרן קוטלר[36] סבור, שייתכן שגם לפי הדעה ש״אמירה לגבוה כמסירה להדיוט״ אמור בהקדש למטרות צדקה, מותר למקדיש לשנות את זהות הנהנה כל עוד לא הועברו הכספים לידיו של הגבאי, מפני שיש להניח שדעת המקדיש היא שיוכל לשנות את זכויות הנהנים כל זמן שהכסף לא הגיע לגבאי, כשם שניתן לשנות את זכויות הנהנים כאשר להקדשה יש תוקף של נדר בלבד.

ד. שינוי תנאי הניהול

באחת מן הפרשיות שנדונו בבית הדין הרבני הגדול, שינה בית הדין את תנאי הניהול של ההקדש משום שראה שהדבר משרת את הגשמת מטרותיו של ההקדש, ונימק[37]: ״חוקת ההקדש היא: מטרתו של ההקדש לשמה נוצר, ורצונו של המקדיש.... וברגע שבית הדין נוכח שהסדורים והתקנות אינם מובילות למטרה, ולהפך הן מובילות בכוון נגדי, בית הדין חייב לשנות ולתקן את השטר בהתאם לכך״.

בדיוננו בסעיף 19 ניווכח, שכל עוד לא העביר יוצר ההקדש את האחריות על הפיקוח על ניהול ההקדש לידי בית הדין, כל הסמכויות שיש בידי בית הדין מצויות גם בידיו של היוצר. מכאן, שכשם שבית הדין מוסמך לשנות את תנאי ניהול ההקדש לשם הגשמת מטרותיו של ההקדש בצורה יעילה, כך גם, יוצר ההקדש יוכל לשנות את תנאי הניהול כל זמן שהשליטה בנכסים לא נמסרה לנאמן, ובלבד ששינוי זה ישרת את מטרותיו של ההקדש.

שהמקדיש אינו יכול לשנות את מטרות ההקדש, הרי יש בכוחו לשנות את זהות הנהנה, כיוון שמהות החיוב היא להעביר נכסים למטרות צדקה, ומבחינה זו, אין חשיבות לזהותו של העני שיזכה לבסוף בכספי הצדקה.

[36] שו״ת משנת ר׳ אהרן, חלק א, אות ב, ד״ה עוד יש.

שו״ת מהר״ם גלאנטי, סימן קכג, פוסק שמי שמקדיש סכום כסף שפירותיו יהיו לטובת ישיבה פלונית, נחשב הדבר כאילו הקדיש לטובת עני פלוני, ולפיכך אף אם נחרבה הישיבה, אם היא הוקמה מחדש ושבו אליה תלמידיה, הם זכאים לקבל את פירות נכסי ההקדש, ואין בכוחו של המקדיש לשנות את מטרותיו של ההקדש, כיוון שכבר התחילו לזכות בפירות אלו בתחילה. אבל הוא סותר את עצמו, לכאורה, בסימן עו. שם הוא דן באדם שבנו לא עסק בלימוד תורה, והקדיש סכום מסוים שהרווחים ממנו ישמשו לטובת תמיכה בתלמוד התורה שבעירו, והתחיל לתת לתלמוד התורה את הרווחים; ולימים החליט הבן להקדיש את חייו ללימוד התורה, והיה זקוק לתמיכה. ר׳ משה גלאנטי פסק, שהמקדיש רשאי לקבוע שהבן יהיה נהנה יחיד מנכסי ההקדש, משום שיש להניח שאילו היה יודע מלכתחילה שבנו יקדיש את חייו ללימוד תורה, היה מעדיף לתמוך בו מאשר באחרים. לאמיתו של דבר אין סתירה בין הפסקים, שהרי בסימן עו משמעות נדרו כללה גם את בנו, שהרי גם בנו לומד תורה בעירו, ועוד, שיש אומדנא שאילו ידע שבנו ילמד תורה, היה מקדיש את הכסף לשימוש בנו. וראה בשמו בהערה 30, שאם הכסף עוד לא הגיע לגבאי, רשאי לשנות את מטרת ההקדש.

שינוי באופיו של הנהנה יכול לשמש עילה לשינוי הוראה מהוראות כתב ההקדש או לביטולה, גם כשהשינוי הוא לרעה. על כך ראה בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 450.

[37] פד״ר, כרך ב, עמ׳ 38.

פרק שלישי

שינוי תנאים "אחרי תחילת ההקדש"

א. מבוא

ס"ק (ב) קובע שלאחר תחילת ההקדש, כלומר, לאחר העברת השליטה בנכסי ההקדש לנאמן[38], אין יוצרו רשאי לשנות את תנאיו[39]. כסייג לקביעה עקרונית זו, קובע החוק, שאם שמר היוצר לעצמו בכתב ההקדש את הזכות לשנות את תנאי ההקדש, או אם הסכימו הנהנים לשינוי, או שבית המשפט אישר את הדבר, יוכל היוצר לשנות את תנאי ההקדש, אף לאחר תחילת ההקדש. להלן נברר את עמדת המשפט העברי לגבי כוחו של היוצר לשנות את תנאי ההקדש לאחר תחילתו של ההקדש בכל אחד מן המצבים הבאים: סתם; אם שמר לעצמו את הזכות לעשות כן; אם הסכימו הנהנים לשינוי; או אם אישר בית הדין את הדבר.

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

בשאלת סמכותו של יוצר ההקדש לשנות את תנאי ההקדש לאחר שנמסרו הנכסים לנאמן, יש להבחין בין נאמנות רגילה לבין נאמנות למטרות צדקה. בנאמנות רגילה, אם קיבל הנאמן מיוצר הנאמנות בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות[40], לא יוכל המקדיש לשנות את התנאים, שהרי השינוי יפגע בזכויות הבעלות של הנאמן. לעומת זאת, אם אין לנאמן שום בעלות בנכסי הנאמנות, והוא פועל רק כשלוחו של יוצר הנאמנות, יוכל יוצר הנאמנות לשנות את תנאי ההקדש, כפי שכל שולח רשאי לשנות את ההוראות שנתן לשלוחו.

כל זאת בתנאי שלא הקנה לנהנים שום זכות בעלות בנכסי הנאמנות[41]. אבל אם הקנה להם בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות[42], לא יוכל לשנות את התנאים, אם יש בכך פגיעה בזכויות הנהנים.

אשר לנאמנות למטרות צדקה, בדיוננו בסעיף 19 נראה, שבהקדש ציבורי, או בהקדש שנועד למטרות צדקה, חינוך או דת, כל עוד לא העביר יוצר ההקדש לבית הדין את הסמכות לפקח על ניהול ההקדש, במפורש או במשתמע, נותרת בידיו של יוצר ההקדש הסמכות לתת לנאמן הוראות, ומכאן עולה שגם הסמכות לשנות הוראות או לבטלן, נותרת בידיו.

אבל בברייתא נקבע[43]: "משבאתה [סלע של צדקה] ליד הגבאי, אסור לשנותה". טעם הדבר הוא, שמשעה שגבאי הצדקה קיבל את כספי הצדקה, רואים אותו כמי שזכה בכספים בעבור

[38] ע"פ הגדרת תחילתו של ההקדש בסעיף 17(ב).

[39] פרט להוספת נכסים — ראה על כך בפרק שני, ב (1).

[40] ראה סעיף 1, פרק שני, שיש נאמן מסוג זה.

[41] אף שגם אז ייתכן שהשינוי יפגע בזכויות העתידיות של הנהנים, הרי עדיין יש בכוחו של המקדיש לעשות כך. ייתכן שגם מבחינה מוסרית אין מניעה שיעשה כך, אם מדובר ב"מתנה מרובה", שמי שהבטיח לתת אותה רשאי לחזור בו (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמט, סעיף א).

[42] על אפשרות זו עמדנו בסעיף 1, פרק שישי.

[43] ערכין ו ע"א.

ראה לעיל, ליד ציון הערה 18, שמותר לנאמן להמיר את נכסי ההקדש אף לאחר שהועברו לידו.

העניים, ומשום כך, אין ביד יוצר ההקדש הכוח לקבוע מה ייעשה בנכסי ההקדש, ואין הוא רשאי עוד לשנות את תנאי ההקדש[44].

עם זאת, לדעת חלק מן הפוסקים, עוסקת הברייתא ב"גבאי" שהוא נאמן ציבורי דווקא, שזוכה בנכסי ההקדש עבור הנהנים, ולא בנאמן שמונה בידי יוצר הנאמנות[45]. לפי שיטתם, אפשר שיוצר ההקדש רשאי לשנות את מטרות ההקדש גם אחרי העברת השליטה בנכסי ההקדש לנאמן (שאינו נאמן ציבורי), מפני שלא זכו הנהנים בנכסים.

אבל רבים אחרים[46] אינם מבחינים בין נאמן שמונה על ידי יוצר ההקדש לבין נאמן שמונה על ידי הציבור בהקשר זה, וכפי שכותב ר' אפרים נבון[47]: "כל שזיכה אותם לעניים על ידי אחר, זכו ביה [=בו] עניים, דהשתא [=שעכשיו] נעשה זה גבאי לעניים במעות אלו".

מכאן יש ללמוד, שבהקדש למטרות צדקה, לאחר שנכסי ההקדש הועברו לידיו של הנאמן, אין יוצר ההקדש רשאי לשנות את מטרות ההקדש ולא את תנאי ניהולו.

ג. שינוי תנאים "אם שמר לעצמו את הזכות לעשות זאת"

תנאי ההקדש הם המגדירים את זכויות הנהנים, את תפקיד הנאמן, את הדרכים לניהול נכסי ההקדש ואת זכויותיו של יוצר ההקדש.

מספרות השו"ת ניתן ללמוד שיוצר ההקדש רשאי להותיר בידיו את הזכות לשנות תנאים ואף לבטל את ההקדש לכשיחפוץ בכך. כך למשל, מוצאים אנו שטר הקדש לטובת עניים,

[44] ערוך השולחן, יו"ד, סימן רנט, סעיף ב ("כבר זכו בו הענים, דיד הגבאי כידם, ופשיטא דמעות של אחרים אין לאחר רשות להשתמש בהם בלא רישיון הבעלים; ומעתה, מי יתן לו רישיון?"). וראה גם: שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנא, סעיף ה; מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ג, ד"ה איברא.
כמן כן, מרדכי, מגילה, סימן תתכא (בסוף הסימן), כותב שמי שהקדיש קרקע כדי שייבנה עליה בית כנסת, אך הגויים אינם מניחים לקהילה היהודית לבנות את בית הכנסת, אין למקדיש רשות לחזור בו ולשנות את מטרות ההקדש, מפני שחל עליו נדר, אלא ימתינו עד שיקבלו רשות מן הגויים לבנות את בית הכנסת. ועיין שם בשאלה, האם בני העיר רשאים לשנות את ייעוד הקרקע, בהסכמתו או בלי הסכמתו.
לכאורה, לפי השיטה (לעיל, ליד ציון הערה 8) שכבר מעת יצירת הקדש למטרות צדקה זכו הנהנים בנכסים מכוח דין "אמירה לגבוה", אין הבדל בין הקדש שנוצר אך נכסיו לא הועברו לשליטת הנאמן, לבין הקדש שנכסיו עברו לשליטת הנאמן. אולם שו"ת משנת ר' אהרן, חלק א, סימן לא, אות ג (ד"ה ונראה לפרש), מסביר שאף לשיטה זו, קניין שמכוח "אמירה לגבוה" כפוף לשינויים בהתאם לרצון יוצר ההקדש, ואילו קניין שמכוח זכיית הגבאי עבור הנהנים, דינו כקניין רגיל, שלאחר שנוצר, כבר אינו כפוף לרצונו של המקנה.

[45] מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן י, ד"ה וראיתי, וסימן יא, ד"ה תשובה (ע"פ שו"ת מהריט"ץ, סימן עט).

[46] כך עולה מדברי שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרנו, וממלחמות ה', בבא קמא יח ע"א, בדפי הרי"ף (ע"פ מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן יא, וכך הוא מדייק גם מקידושין כז ע"א). כך משמע גם מדברי ש"ך, חו"מ, סימן קכה, ס"ק כז, וסמ"ע, שם, ס"ק כה. כמו כן, שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קעא, כותב במסקנתו: "אחר שנתן המקדיש המעות ביד אחר, אין כוח יד המקדיש עוד בהם והרי הוא כזר בעלמא". להרחבה בעניין זה, ראה שו"ת משנת ר' אהרן, חלק א, סימן לא, אות ה.
אבל גליון מהרש"א, יו"ד, סימן רנט (ד"ה משבא), מחדש שאם הנאמן הוא אפוטרופוס של יורשי המקדיש, "הוי כעדיין לא בא ליד הגבאי".
על ההבחנה בין "גבאי" לנאמן אחר, ראה גם: מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ז, וסימן י, ד"ה וראיתי; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סימן קנד, ד"ה ולא עוד, בסופו, וחו"מ, סימן נ, ד"ה אמנם הסברא; אורים ותומים, סימן קכה, תומים, ס"ק ח.

[47] מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן יא.

שבו מצהירה המקדישה[48] ש"תוכל לשנות ולבטל ההקדש כל ימי חייה וחיי בעלה אם יישאר אחריה, [ו]שיהיה להם כוח [=סמכות, רשות] להכניס ולהוציא או להחליף עניי קהל זה לעניי קהל אחר או למכור, הכל כפי אשר תרצה".

ד. שינוי תנאים ב"הסכמת הנהנים"

אם הנאמן קיבל בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות[49], לא תועיל הסכמת הנהנים לשינוי תנאים, לכאורה, שכן ייתכן ששינוי זה יפגע בזכויותיו הקנייניות של הנאמן בנכסי ההקדש. הסכמת הנהנים תועיל רק אם הנסיבות מלמדות שהבעלות המוגבלת הועברה לנאמן על דעת שתהיה ליוצר הנאמנות סמכות לשנות את תנאי ההקדש בעצה אחת עם הנהנים.

כך הוא בנאמנות פרטית. אבל בנאמנות למטרות צדקה, מתעוררת בעיה נוספת: כפי שראינו בסעיף 17, פרק שלישי, יצירת נאמנות מסוג זה מטילה על היוצר חיוב אישי של נדר, להעביר את נכסיו לנהנים, בהתאם לתנאי הנאמנות. האם יש בהסכמת הנהנים כדי לפטור אותו מחיוב הנדר או לשנות את פרטי חיובו?

בשאלה דומה עסק הרשב"א. הוא נשאל על מי שנשבע לחברו לפרוע לו סכום כסף במועד מסוים — האם המוטב יכול לבטל את החיוב או לדחות את מועד הפירעון? והשיב[50]: "יכול להתיר נדרו שלא על פי חכם, אם יאמר [המוטב]: 'הריני כאלו נתקבלתי'. ומיהו להאריכו ושיעמוד בחיובו, לאו כל כמיניה [=אין ביכולתו], אלא אם כן כך התנו בשעת השבועה". כלומר, המוטב רשאי לוותר לגמרי על הזכויות המגיעות לו מכוח השבועה, אך אם לא עשה כן, אין בכוחו לשנות את התנאים לקיומו של החיוב שחברו קיבל על עצמו[51].

הסיבה לכך היא, שמי שנשבע לתת לחברו סכום כסף, עושה זאת לטובת המוטב, ולכן אם המוטב אומר שהוא רואה כאילו הלה נתן לו את מה שהבטיח, נחשב כאילו קיים את

[48] שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן סז. דוגמאות נוספות לשטרי הקדש שבמסגרתם הותירו בידיהם המקדישים זכויות שונות, בכל הנוגע לקביעת מטרות ההקדש ואופן ניהולו, ראה: א' בן יעקב, "שטרי הקדש של בתי כנסת בבגדאד", בתוך ספר הזיכרון לרב יצחק ניסים, עמ' שסה ואילך (סימנים א־ג; ה־ח; י־יד). וראה גם דברי הרשב"א המובאים להלן, אחרי ציון הערה 50.

[49] על אפשרות זו ראה סעיף 1, פרק שני.

[50] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תשצב. כך פסק שולחן ערוך, יו"ד, סימן רכח, סעיף לט.
ראה גם: שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רכח, וחלק ז, סימנים כד־כה.

[51] אבל יש דעות חולקות: אורחות חיים, הלכות שבועות ונדרים, סימן מד, אות י, כותב שאם האריך המוטב את זמן הפרעון, פטור הנשבע לגמרי, מפני ש"נדר שהותר מקצתו הותר כולו". בדק הבית, יו"ד, סימן רכח (עמ' תעה במהד' הטור השלם), מדייק משו"ת הרא"ש, כלל י, סימן ב, שגם הוא סובר כמו אורחות חיים. אבל ש"ך, שם, ס"ק קא, טוען שהרא"ש לא אמר כן, ושכוונת אורחות חיים למצב שאמר הנהנה "התקבלתי".
מתשובות אחרות של הרשב"א עולה שניתן להאריך בהסכמת הנהנה את הזמן לקיום הנדר: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף יח, חלק ג, סימנים צד, שכד, וחלק ז, סימן קנט, ושו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רמו.
ראה גם: ביאור הגר"א, יו"ד, סימן רכח, ס"ק קז; תשובות הגאונים הישנות (דפוס קושטנטינה, של"ה), סימן שכו; שו"ת מטה יוסף, חלק ב, יו"ד, סימן ד; שו"ת שער אפרים, סימן סג. על עניין זה, ראה בהרחבה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילת חיוב המחוזק בשבועה.

שבועתו[52]. אולם לא ייתכן שהשבועה תישאר בתוקפה ורק תנאיה ישתנו, שהרי הנשבע מעולם לא התכוון לאפשר למוטב לשנות את תנאי השבועה.

ר' יוסף קארו מציע דרך שהמוטב יוכל לשנות את מועד הפירעון[53]: יאמר "התקבלתי, על מנת שתישבע לפורעני לזמן פלוני". בכך הוא מבטל את השבועה הראשונה לגמרי, ואת זאת בכוחו לעשות, כאמור, אלא שהוא יוצר חיוב חדש, בתנאים שונים[54]. אולם שינוי תנאים בדרך זו מחייב לא רק את הסכמתם של הנהנים לשינוי, אלא את שיתוף הפעולה מצידם. למעשה, ניתן לומר שהדרך שמציע ר' יוסף קארו מאפשרת לנהנים לשנות את תנאי ההקדש, ואינה מאפשרת ליוצר ההקדש לשנות את התנאים בהסכמת הנהנים.

לאור זאת, נראה שלפי המשפט העברי אין בכוחם של הנהנים לאשר ליוצר לשנות את תנאי ההקדש, אלא אם נקטו נוסח שבו הם ממירים את נדרו המקורי בנדר קל יותר. כמובן, אם הוסכם מראש, בעת יצירת ההקדש, שיוכל לשנות תנאים בהסכמת הנהנים, יוכל לעשות כן, כפי שכתב הרשב"א.

ה. שינוי תנאים ב"אישור בית המשפט"

במצב שהנאמן קיבל בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות[55], אין בכוחו של בית הדין לאשר שינוי של תנאי ההקדש, אם השינוי פוגע בזכויותיו הקנייניות של הנאמן. אבל יש בכוחו של בית הדין לאשר שינוי תנאים עקב שינוי נסיבות, על סמך אומד דעתו של יוצר ההקדש בשעת יצירת ההקדש. למעשה, שינוי תנאים בדרך זו אינו שינוי תנאים של ממש, אלא בית הדין קובע שלפי כוונת המקדיש בתנאי ההקדש המקוריים, אין לפעול בנסיבות שנוצרו כפי תנאי ההקדש. בלשון אחרת, זוהי פרשנות של תנאי ההקדש, אך לא שינוּיָם. אם יוצר ההקדש מבקש מבית הדין לאשר שינוי של תנאי הקדש, על בית הדין לאמוד מה הייתה דעתו של יוצר ההקדש בעת יצירת ההקדש. אם השתכנע בית הדין, שאילו היה יוצר ההקדש מודע בעת היצירה לשינוי הנסיבות, היה קובע מלכתחילה את תנאי ההקדש באופן שיתאים לנסיבות אלה, יאשר בית הדין את השינוי.

בדיוננו בסעיף 23, נראה שיש לבית הדין סמכות לשנות את תנאי ההקדש על סמך אמדן דעתו המקורית של יוצר ההקדש, גם אם המקדיש כבר מת. קל וחומר, אם המקדיש בפנינו ומבקש לשנות את התנאים, ובית הדין מעריך שהשינוי מוצדק לאור שינוי הנסיבות ואומדן דעתו המקורית של יוצר ההקדש.

[52] שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רכח.

[53] בית יוסף, יו"ד, סימן רכח (עמ' תעה במהד' הטור השלם).

[54] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יו"ד, סימן סז, כותב שמחילת המוטב צריכה להיות על החוב הנובע מן השבועה, ולא מחילה על השבועה. עוד בעניין זה, ראה: שו"ת תורת אמת, סימן רל; בית שמואל, סימן לח, ס"ק סד. נודע ביהודה שם מסביר מדוע צריך לומר דווקא "התקבלתי על מנת שתישבע לפורעני", ולא די לומר "התקבלתי על מנת שתפרעני". וראה גם ט"ז, אהע"ז, סימן לח, ס"ק כ.

[55] על אפשרות זו ראה סעיף 1, פרק שני.

פרק רביעי

ביטול הקדש לפני תחילת ההקדש

א. מבוא

ס"ק (ב) קובע שאחרי תחילת ההקדש אין יוצרו רשאי לבטל את ההקדש "אלא אם שמר לעצמו זכות לכך בכתב ההקדש או שבאו על כך הסכמת הנהנים או אישור בית המשפט". מכאן שלפני תחילת ההקדש[56], רשאי היוצר לבטל את ההקדש אף אם לא "שמר לעצמו זכות לכך בכתב ההקדש", ולא באה על כך הסכמת הנהנים, ולא אישר בית המשפט את הדבר. אולם בס"ק (ג) נאמר: "אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכותו של היוצר לחזור בו מיצירת ההקדש לפני תחילתו, מדיני ביטול צואה או מדיני ביטול או שינוי של הוראה לעניין סעיף 147 לחוק הירושה, התשכ"ה־1965", ומהוראה זו ניתן להסיק שיש בהוראות הסעיף כדי להגביל את זכותו של יוצר ההקדש לבטל את ההקדש לפני תחילתו שלא על פי דיני הירושה והצוואה. מניסוחו של החוק, לא ברור אפוא, האם רשאי היוצר לבטל את ההקדש לפני תחילת ההקדש, שלא לפי דיני ביטול הצוואה ו/או הירושה, או לאו?[57]

במסגרת זו לא נבקש לדון בנוסח בעייתי זה ובפתרונו[58], אלא בהבהרת עמדת המשפט העברי בשאלה, האם יש בכוחו של יוצר ההקדש לבטל את ההקדש לפני תחילתו?

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

לכאורה, היות שיוצר הקדש למטרות צדקה אינו רשאי לגרוע מנכסי ההקדש אף לפני תחילתו (היינו, לפני העברת הנכסים לנאמן), לפי המשפט העברי[59], מובן מאליו שאין בכוחו לבטל את ההקדש לגמרי.

אולם, כפי שיובהר להלן, יוכל היוצר לבטל את ההקדש בנסיבות חריגות, אם בגלל הסמיכות של הביטול ליצירת ההקדש, ואם בגלל אופן יצירת ההקדש[60].

(1) ביטול "תוך כדי דיבור"

המשפט העברי מאפשר לאדם לחזור בו מהצהרה בעלת משמעות משפטית במשך זמן

[56] דהיינו, לפני שנכסי ההקדש הועברו לשליטת הנאמן, לפי ההגדרה שבסעיף 17(ב).

[57] אולי יש הבדל בין "ביטול הקדש" לבין "חזרה מן ההקדש": "חזרה מהקדש" היא מצב שיוצר ההקדש רוצה שההקדש יתבטל למפרע, ואילו "ביטול הקדש" הוא מצב שהיוצר רוצה לבטל את ההקדש מכאן ולהבא. ס"ק (ב) קובע שלאחר תחילת ההקדש אי אפשר לבטל את ההקדש מכאן ולהבא, ומכאן שלפני תחילת ההקדש ניתן לבטל את ההקדש. ס"ק (ג) קובע שהיוצר יכול לחזור בו מיצירת ההקדש (למפרע) רק מכוח דיני ביטול צוואה או ביטול הוראת ירושה, ומכאן שהוא אינו יכול לחזור בו (למפרע) בלי הסתמכות על דינים אלו.

[58] יש לציין, שנוסח בעייתי זה נותר על כנו גם בניסוח ההוראה המקבילה בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 590.

[59] כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 8.

[60] לדעת רבים, אף הוספה של תנאי התולה את קיום ההקדש בקיומו של התנאי נחשבת כביטולו של ההקדש. ראה: קהילת יעקב (אלגזי), תוספות דרבנן, אות ח (קלט ע"ד); אמרי בינה (אוירבך), דיני תרומות ומעשרות, סימן ז, ד"ה ודע; חזון יחזקאל, תמורה, פרק ג, הלכה א; ראש המזבח, זבחים ל ע"א; שו"ת עין יצחק, חלק ב, סימן נ, אותיות ג־ד.

ששיעורו "תוך כדי דיבור". כלומר, דיבורו של אדם נחשב למוחלט ובלתי ניתן לשינוי רק לאחר שעבר זמן מה מסיומו. זמן זה מכונה "כדי דיבור", שהוא הזמן הנדרש לאדם לומר: "שלום עליך רבי ומורי"[61] — כארבע שניות. אבל תחולתו של עיקרון זה בנאמנות למטרות צדקה שנויה במחלוקת הפוסקים.

במשנה נאמר[62]: "האומר... 'היא שלמים וולדה עולה', הרי זה ולד זבחי שלמים, דברי ר' מאיר. אמר ר' יוסי: אם לכך נתכוין מתחילה, הואיל ואי אפשר לקרות שני שמות כאחת, דבריו קיימים; ואם משאמר 'הרי זו שלמים', נמלך ואמר: 'ולדה עולה' — הרי זו ולדה שלמים". אדם שהקדיש בהמה לקרבן שלמים, ההקדש חל עליה ועל כל מה שבתוכה. לכן, אם הייתה הבהמה הרה, אף וולדה מוקדש כקרבן שלמים. המשנה דנה באדם המקדיש את האֵם לקרבן שלמים ואת ולדה לקרבן עולה, כך שיש סתירה פנימית בדבריו.

מחלוקת ר' מאיר ור' יוסי היא לגבי אדם שהתכוון מראש למה שאמר. ר' מאיר סבר, שמי שיש סתירה בין תחילת דבריו לסוף דבריו, הולכים לפי תחילת דבריו, ומשום כך הוולד קדוש כקרבן שלמים, ולא כקרבן עולה. לעומתו, סבור ר' יוסי שסוף דבריו קובע, ולכן הוולד קדוש כקרבן עולה[63].

אכן, אף ר' יוסי מסכים שאם כוונתו המקורית של המקדיש הייתה שהן האם והן בנה יוקדשו כקרבן שלמים, ואחר כך התחרט ורצה שהוולד יהיה קרבן עולה, אין בכוחו לשנות את מטרות ההקדשה. רב פפא אומר[64] שהדברים אמורים אף אם אמר "וולדה עולה" בסמוך ליצירת ההקדש, "תוך כדי דיבור".

וכך פסק הרמב"ם[65]: "האומר... 'היא שלמים וולדה עולה'... ואם אחר שגמר בלבו והוציא בשפתיו שתהיה שלמים, חזו בו ואמר 'ולדה עולה', אף על פי שחזר בו בתוך כדי דיבור, הרי ולדה שלמים. שאין חזרה בהקדש, ואפילו תוך כדי דיבור".

מדוע אכן "אין חזרה בהקדש, ואפילו תוך כדי דיבור"? במה שונה יצירת הקדש מכל הצהרה אחרת בעלת משמעות משפטית, שניתן לחזור ממנה תוך כדי דיבור? יש שהסבירו שהקדשת נכסים היא מעשה שיש לו משמעות דתית וציבורית רבה, ומחמת חומרת העניין נקבע שלא ניתן לבטל את ההקדש תוך כדי דיבור[66]. אחרים תלו את הדבר במשמעותה הקניינית של ההקדשה: היות ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", הרי שכבר מעת האמירה

[61] בבא קמא עג ע"ב.

[62] משנה, תמורה, פרק ה, משנה ג (בבלי כה ע"א).

[63] כך מוסברת המחלוקת בנדרים כו ע"א.

[64] בבא קמא שם; תמורה כה ע"ב.

[65] רמב"ם, הלכות מעשה הקרבנות, פרק טו, הלכה א. כך פסקו גם תוספות, מנחות פא ע"ב, ד"ה תודה. כך פסק גם רמב"ם, הלכות תמורה, פרק ב, הלכה ד, לעניין הקדשת קרבן בדרך של תמורה.

[66] רדב"ז, על הרמב"ם, הלכות מעשה הקרבנות שם. בספר המפתח על הרמב"ם (הוצאת שבתי פרנקל), שם, צוינו פרשנים נוספים שנימקו כך.

בבבא בתרא קכט ע"ב נמנים חריגים אחדים שאין מועילה בהם חזרה תוך כדי דיבור: עבודה זרה, מגדף את השם, קידושין וגירושין. ר"א מילר סבור שיש מחלוקת בין הראשונים בדבר הקביעה שלא מועילה באלו חזרה תוך כדי דיבור. מדברי הרשב"ם, בבא בתרא קכט ע"ב (ד"ה לבר), משמע שזוהי תקנת חכמים, בעוד שמדברי הרמב"ם, הלכות עבודה זרה, פרק ב, הלכה ט, ופרק ג, הלכה ד, והלכות אישות, פרק ז, הלכה כב, משמע שכך הדין מן התורה.

הראשונה פקעו זכויותיו הקנייניות של יוצר ההקדש בנכסי ההקדש, ועל כן כבר אינו יכול לבטל את ההקדש[67].

הדברים אמורים בהקדש לבית המקדש. היו שהסיקו מהלכה זו שאף מי שהקדיש מנכסיו

[67] תוספות, מנחות שם; אמרי בינה (אוירבך), דיני תרומות ומעשרות, סימן ז, ד"ה אם. בספר המפתח על הרמב"ם (הוצאת שבתי פרנקל), שם, מצויינים פרשנים נוספים שנימקו כך.
בשו"ת ושב הכהן, סימן יח, כתב על פי נימוק זה, שמי שהקדיש במחשבה בלבד (על אפשרות זו, ראה סעיף 17, פרק חמישי, ד), יכול לחזור בו תוך כדי דיבור מעת יצירתו, משום שרק "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", אך לא "מחשבה לגבוה כמסירה להדיוט". בדומה כתב אמרי בינה שם, ד"ה ולכאורה. אבל שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כו, אות א, כותב במסקנתו: "אין לבנות יסוד על דברי שו"ת ושב הכהן דבמחשבה יכולים לחזור תוך כדי דיבור".
על הסבר זה מקשה מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ח (ד"ה ועלה), מכך שאדם יכול לחזור בו מעסקת מכר אף לאחר שהעביר את הנכס שנמכר לידי הקונה, אם יעשה זאת תוך כדי דיבור מביצוע העסקה! על כך משיב מחנה אפרים: "גבי מסירה להדיוט, תקנה הוא שתקנו [שניתן יהיה לבטל את העסקה תוך כדי דיבור אף לאחר שעברו זכויות הקניין]... אבל מדינא לא היה יכול לחזור. וגבי הקדש, משום חומרא דהקדש הניחו הדבר על דין תורה". הסבר אחר שהוא מציע הוא: "גבי הקדש וצדקה, כיון דהוי מידי דלגבוה, הרי זה גמר והקנה מיד".
בשאלה, האם מועילה חזרה תוך כדי דיבור לאחר הקנאה בפועל, נחלקו הפוסקים. יש הסבורים שמועילה: רא"ש, בבא בתרא, פרק ח, סימן ה; בית יוסף, חו"מ, סימן קצה, מחודש ד; יד רמה, בבא בתרא, פרק ח, סימן לט (בקניין כסף, שטר, משיכה וחזקה); עליות דרבנו יונה (הובא בהגהות מיימוניות, דפוס קושטא, על רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ה, הלכה י); חידושי ר' יצחק קרקושא, בבא בתרא קיד ע"א (במשיכה במטלטלין, ובכסף, שטר וחזקה בקרקע); בית הבחירה, בבא בתרא קיד ע"א (לגבי כסף, שטר, משיכה ומסירה); העיטור, מאמר שני, קניין, ליד אות קנה, דף יב ע"ד במהד' ר' מאיר יונה (לגבי משיכה וחזקה); מישרים, נתיב י, חלק ב, בסופו (בכל החזקות כגון משיכה, מסירה והגבהה), ונתיב טו, חלק ג, בתחילתו (על כסף, שטר, הגבהה, משיכה, מסירה או משיכה); שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצה, סעיף ז (שבשאר דרכי הקנייה [חוץ מקנין סודר] אין זכות חזרה אחרי כדי דיבור; ונקט לשון שלילית דומה לגבי מקרה שכתבו שטר, שאין זכות חזרה אחרי כדי דיבור, משמע שיש זכות זו תוך כדי דיבור); מעשה רקח, על הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק ה, הלכה י (לגבי הגבהה או משיכה וכדומה); קרית מלך רב, חלק ב, על הרמב"ם, הלכות שבועות, פרק ב, הלכה יז, דף ד ע"ב (אחרי משיכה); דברי חיים (אוירבך), דיני מכירה, סימן ו (שבמתנה יכול לחזור תוך כדי דיבור); שערי תורה (לעוו), חלק א, כלל ו, פרט ג (שתמה על הט"ז והמקנה); קצות החושן, סימן קצה, ס"ק ז (שחלק על הט"ז), ואבני מילואים, סימן לח, ס"ק ב (שתמה על הט"ז); טיב קידושין, סימן כז, ס"ק יט, וסימן ל, ס"ק יא (שחלק על המקנה); שו"ת חמדת שלמה, אהע"ז, סימן נ, אות ו (אחרי משיכה ומתנה), וחו"מ, סימן יא, אות א (שתמה על הט"ז); שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן צז; ארחות משפט (ר' משה נחמיה), נתיב כו, נתיב ים, אות מג (בכל הקניינים); שו"ת בנימין זאב אחרון, סימן נו (גם אחרי משיכה); שערי ישר, שער ה, פרק כב (ד"ה דהנה) (בכל הקניינים, שלא כט"ז); שו"ת ציוני, חלק א, סימן עה (שדברי הט"ז תמוהים); קהילת יעקב (מליסא), אהע"ז, סימן ל, סעיף ז (אחרי משיכה).
לעומתם, יש הסבורים שאין מועילה חזרה תוך כדי דיבור לאחר הקנאה בפועל: נימוקי יוסף, בבא בתרא נב ע"ב, בדפי הרי"ף (הובא בדרכי משה, חו"מ, סימן קפט, ס"ק א) ("אפשר"); עליות דרבנו יונה, בבא בתרא קיד ע"א ("אפשר"); ט"ז, אהע"ז, סימן לח, ס"ק ב, וחו"מ, סימן רמט; ספר המקנה, קונטרס אחרון, סימן כז, סעיף ג (ד"ה בהגה ובמקום), סימן כט, סעיף ב, ד"ה אמרה, סימן לח, סעיף לד, וסימן מט, סעיף ב (הובא בדמשק אליעזר, ניצברג, סימן קצה, סעיף ז), ובתשובתו בשו"ת בגדי כהונה (כהן), אהע"ז, סימן כ; שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן קטז; הרב השואל בשו"ת אמונת שמואל, סימן נג.

למטרות צדקה, סיוע לנזקקים וכדומה, אינו יכול לחזור בו מיצירת ההקדש תוך כדי דיבור מעת שיצר את ההקדש[68].

אולם מסקנה זו אינה מוסכמת. יש הסבורים, שרק המקדיש נכס ב"קדושת הגוף", כגון הקדשת בהמה לקרבן, אינו יכול לחזור מהקדשתו תוך כדי דיבור, אבל המקדיש נכס לבית המקדש בקדושת דמים (כלומר ששוויו יהיה לשימוש בית המקדש ולא גופו), יכול לחזור בו תוך כדי דיבור[69]. ומדבריהם עולה, שניתן לחזור תוך כדי דיבור מהקדשת נכסים למטרות צדקה, שהרי על נכסים אלו אין "קדושת הגוף".

ר' אריה לייב הכהן[70] סבור שהכלל השולל חזרה מן ההקדש תוך כדי דיבור חל רק על הקדש לבית המקדש, ולא על הקדש למטרות צדקה, כשם שלדעתו אף הכלל ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" אינו חל על הקדש למטרות צדקה[71].

אחרים מבחינים בין שינוי מטרת ההקדש לבין ביטול ההקדש[72]: המשנה שהבאנו לעיל עסקה בשינוי מטרת ההקדש משלמים לעולה, ודווקא על כך נאמר שאין מועילה חזרה תוך כדי דיבור. אולם אם יוצר ההקדש מבקש לבטל את ההקדש מכול וכול, רשאי הוא לעשות כן תוך כדי דיבור מעת יצירת ההקדש, מפני שבכך הוא מתחרט למפרע על עצם ההקדש, מעיקרו, כמו שמועילה התרת נדר על ידי חכם, העוקרת אותו למפרע.

יש גם מי שחולקים על הרמב"ם מכול וכול, וסוברים שיכול אדם לחזור בו מיצירת הקדש תוך כדי דיבור[73].

(2) ביטול על ידי שאלה לחכם

לעיל[74] עמדנו על כך שלפי המשפט העברי, יש ליצירת הקדש למטרות צדקה גם משמעות דתית — נדר, המחייב את היוצר להעביר את נכסי ההקדש לנהנים.

מאחר שנודר יכול להיפטר מן החיוב המוטל עליו מכוח הנדר, ב'שאלה לחכם' ("התרת נדרים"), מתעוררת השאלה, האם יוכל יוצר הקדש לבטל את ההקדש בשאלה לחכם? בעניין זה נחלקו התנאים לגבי הקדש לבית המקדש. לדעת בית שמאי, אין שאלה בהקדש[75], ואילו

[68] ראה: מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ח; שו"ת ושב הכהן, סימן יח; שו"ת תשובה מאהבה, חלק ג, סימן שעט; מנחת חינוך, מצווה תעט, אות ו (במהד' מכון ירושלים).

[69] העמק שאלה, שאילתא קלח, ס"ק א (עמ' קנז); כלי חמדה, פרשת תרומה, דף קכט ע"ב, ד"ה ואם.

[70] קצות החושן, סימן רנה, ס"ק ב, בסופו. גם ערוך השולחן, יו"ד, סימן רנח, סעיף כ, כותב שהרמב"ם מסכים שבהקדש לצדקה מועילה חזרה תוך כדי דיבור.

[71] ראה בשמו בסעיף 17, הערה 31.

[72] שערי ישר, שער ה, פרק כב, עמ' צה־צז. ראה גם שו"ת בית יצחק, או"ח, סימן כ, אות ב.

[73] אמרי בינה, שם, כותב שכך היא דעת הרא"ש, כיוון שבפסקיו, בבא קמא, פרק ז, סימן ז, ובמקומות נוספים, הוא מצטט את דברי הגמרא בבבא בתרא קכט ע"ב, שבכל עניין מועילה חזרה תוך כדי דיבור, למעט מקדש אשה, מגרש אשה, מגדף את השם ועובד עבודה זרה, ואינו מוסיף שגם הקדש הוא חריג. גם סמ"ע, סימן רנה, ס"ק יד, כותב שבהקדש מועילה חזרה תוך כדי דיבור. כמו כן, ש"ך, חו"מ, סימן רנה, ס"ק ה, כותב שבהקדש מועילה חזרה תוך כדי דיבור, ומביא ראיה לכך מבבא קמא עג ע"ב, ששם נאמר שר' יוסי שולל מן המקדיש את הזכות לחזור בו מן ההקדש דווקא לאחר כדי דיבור של שאילת תלמיד לרב (="שלום עליך רבי ומורי"), ולא לאחר כדי דיבור של שאילת רב לתלמיד (="שלום עליך"), הרי שהקדש דינו ככל פעולה אחרת, שמועילה חזרה ממנה תוך כדי דיבור. לדחייה להוכחה זו, ראה: מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ח, ד"ה אבל לפי דעתנו.

[74] סעיף 17, פרק שלישי, ג.

[75] נזיר ט ע"א, ועוד.

לדעת בית הלל, "יש שאלה בהקדש"[76], וכך נפסקה הלכה לעניין הקדש לבית המקדש[77] ולעניין הקדש לצדקה[78].

ביטול ההקדש על ידי שאלה לחכם נעשה על ידי הצהרת המקדיש שהוא הקדיש בלי דעה צלולה ולא מתוך רצון אמיתי; או שלא לקח בחשבון את כל השיקולים שראוי היה שיילקחו בחשבון[79]; או שחל שינוי בנסיבות, שאילו הוא היה מודע לו כשיצר את ההקדש, לא היה מקדיש[80]. לאחר הצהרה זו, אם נתן בה החכם אמון, הוא רשאי להתיר את הנדר[81].

ר"א מילר העיר שלפי הדעה שאין להקיש מדיני הקדש לצורך גבוה על הקדש לצדקה (ראה בהרחבה בסעיף 17, פרק שלישי, ד), ייתכן שגם בית שמאי יודו שניתן להישאל על הקדש לצדקה. כעין דבריו, ראה גם במנחת חינוך, שצוין לעיל, הערה 68.

רבנו תם, המובא בתוספות, בבא בתרא קכ ע"ב, ד"ה דתנן, הסביר שלדעת בית שמאי "אין שאלה בהקדש" משום שלדעתם חומרת ההקדש, המביאה לכך שההקדש חל אף אם הקדיש אדם במחשבתו בלבד, ובניגוד לדברים מפורשים שהוציא מפיו, היא גם מביאה לכך שאם הקדיש באמירה, ההקדש חל גם אם אמירתו היא בניגוד למחשבתו, כלומר שאילו ידע עובדה מסוימת לא היה מקדיש, ולכן אי אפשר לבטל את ההקדש על ידי שאלה לחכם. כלומר, יש מגמה לקיים את ההקדש ככל שהדבר ניתן, ולכן גם אם מחשבתו של המקדיש מנוגדת להצהרתו וההקדש הוא בבחינת הקדש בטעות שניתן להישאל עליו, יש להעדיף את ההצהרה על פני מחשבת הלב כדי לקיים את ההקדש.

בשו"ת רמ"ע מפאנו, סימן סב, מובא הסבר אחר לשיטת בית שמאי: "שאני הקדש דבי גיזא דרחמנא יתיב [=שונה הקדש, שמונח בבית אוצרו של הקב"ה]... ולפיכך סברי בית שמאי שאין נשאלין עליו". כלומר, בניגוד לכל נדר, שיש לו משמעות איסורית בלבד, ולפיכך ניתן להפקיעו על ידי שאלה לחכם, יש להקדשה גם משמעות קניינית, במובן זה שהיא מעבירה את הנכס ל"בעלות" הקב"ה, ולפיכך לא ניתן להישאל עליו.

76 ר' מנחם מנדל שניאורסון, האדמו"ר מליובביץ', תורת מנחם, כרך כז (תש"כ), שיחה לי"ט כסליו תש"כ, עמ' 180, מסביר את שיטת בית הלל: "פעולת ההקדש שע"י הדיבור היא פעולה נמשכת כל זמן קיום מציאותו, וכיון שהדיבור נמשך כל הזמן, לכן יש שאלה בהקדש, כי זהו עוד יותר מתוך כדי דיבור, כי אם בתוך הדיבור, כי הפעולה (הדיבור) לא נגמרה עדיין". לקביעה שפעולת הקדש היא פעולה נמשכת, ראה גם: צפנת פענח, הלכות נדרים, פרק יד, הלכה יא: "דכל זמן שהנדר שלו קיים, הוה קיום חדש"; מפענח צפונות, פרק ה, סעיף ג: "דכל דבר הנעשה ע"י דיבור אדם ויש בהאדם הכח לבטל הדבר, הדבר הוי נמשך, וכל רגע ורגע הוי מציאות חדשה, וכמו הקדש, דכיון דקיימא לן יש שאלה בהקדש, הוי כמו כל רגע ורגע הקדש חדש". לפי הסבר זה, המחלוקת בין בית שמאי לבית הלל מתמקדת בשאלה האם הקדש דומה במהותו לנדר, שהוא מעשה נמשך, או למעשה קניין, שהוא מעשה שאינו נמשך.

פרופ' שלום רוזנברג, "כוחה של טעות", אקדמות יב (תמוז תשס"ב), עמ' 150-208, מציע שני הסברים נוספים למחלוקת בית שמאי ובית הלל, שייתכן שניתן לשלבם בדברי הפרשנים דלעיל. (א) "דעתם של בית שמאי נגזרת מהאמונה שאם מצב מסוים נקבע בקדשים מתוך טעות, הרי שדווקא בטעות זאת התגלה רצונו של הקב"ה. לפיכך אסור לשנות את המצב שנוצר" (שם, עמ' 169). לפי הסבר זה, בית שמאי אוחזים בעמדה מיסטית, שבענייני הקדש, יש לתת משקל רוחני לתוצאה, בעוד שלדעת בית הלל יש לבחון את ההקדש באותם כלים שבוחנים עסקה בענייני חולין, שניתן לבטל בשל טעות.

(ב) "עמדתם של בית שמאי בנויה על האינטואיציה שאי שמירה על דיבור מעין זה, למרות שאין הוא מסכים ללבו של האדם, מהווה פגיעה ביראת שמים, פגיעה כביכול בכבודו של הקב"ה", בעוד שלדעת בית הלל, אף ההקדש הוא מעשה אנושי, ומשום כך ניתן "להתייחס בקטגוריות משפטיות 'אזרחיות' גם אל תחום הקודש" (שם, עמ' 170).

77 רמב"ם, הלכות נדרים, פרק ד, הלכה ז.

78 שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנח, סעיף ו. אבל כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 122, לאחר שהגיעה הצדקה לגבאי, אין מועילה שאלה לחכם.

79 התרת נדר בדרך זו נקראת "חרטה". ראה: ר"ן, נדרים דף כא ע"ב, ד"ה אין חכם, ודף כז ע"א, ד"ה וכתב; תוספות, נדרים כא ע"ב, ד"ה קסבר; שיטה מקובצת, שם, ד"ה אלא.

לסיכום, גם אחרי שעבר שיעור זמן של "כדי דיבור" אחרי יצירת ההקדש, יכול יוצר הקדש לבטל את ההקדש על ידי שאלה לחכם[82].

(3) ביטול הקדש דחוי

לעיל[83] עמדנו על האפשרות ליצור הקדש דחוי, שייכנס לתוקפו לאחר זמן. בהקדש מסוג זה עולה השאלה: האם רשאי יוצר ההקדש לבטל את ההקדש בזמן שבין הצהרתו על ההקדש לבין כניסתו לתוקף?

לגבי מי שאמר לאישה: "הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום", קובעת המשנה[84] שאם "בא אחר וקידשה בתוך שלשים יום, מקודשת לשני". כלומר, משמעותם של קידושין שלאחר זמן היא שהקידושין חלים רק לאחר אותו פרק זמן, ולכן אם בא אחר וקידש את האישה בתוך אותו הזמן, היא מקודשת לו. ממילא ברור שרשאים האישה והמקדש לחזור בהם לפני המועד שקבעו שבו יחולו הקידושין[85]. בהתאם לכך פסק הרשב"א[86] שאף יוצר הקדש דחוי רשאי לבטלו כל עוד לא נכנס ההקדש לתוקף.

אולם הרמב"ם[87] סבור שיוצר ההקדש אינו רשאי לחזור בו, משום שיצירת ההקדש מטילה על המקדיש חיוב אובליגטורי מכוח נדר להביא לקיומו של ההקדש. לכן, גם לפני שניתן תוקף משפטי להקדש, אין יוצרו יכול לבטלו. כך סבור גם ר' אפרים נבון[88].

[80] התרת נדר בדרך זו נקראת "פתח". ראה ר"ן שם. על השאלה האם ניתן להישאל על הקדש על ידי "חרטה", או שמא השאלה צריכה להיות על ידי "פתח" דווקא, ראה מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ה.

[81] אכן, יש לשער שקשה יהיה למצוא חכם שיסכים להתיר נדר לצדקה, לאור קביעת שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רד (קלד) (הובא בפתחי תשובה, יו"ד, סימן רנח, ס"ק ח), שחכם המתיר נדר כזה חייב נידוי "מפני שמפסיד את העניים".

[82] בשאלה, האם שליח שהקדיש (לפי הדעה, והיא הדעה השלטת, ששליח יכול להקדיש — ראה סעיף 17, פרק שישי, ד) רשאי להישאל על ההקדש ולבטלו, יש להקיש מן המחלוקת, האם שליח שהפריש תרומה יכול להישאל על הפרשתו. ראה על כך: פתחי תשובה, יו"ד, סימן שלא, ס"ק ו (בשם משנת חכמים וצפנת פענח); שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן שכ; שו"ת הר צבי, יו"ד, סימן קצג, ד"ה ובר מן.

[83] סעיף 17, פרק תשיעי.

[84] משנה, קידושין, פרק ג, משנה א (בבלי נח ע"ב).

[85] על חזרת האישה והבעל מקידושין שלאחר זמן, ראה: קידושין נט ע"א; רמב"ם, הלכות אישות, פרק ז, הלכה י; שולחן ערוך, אהע"ז, סימן מ, סעיף א; בירור הלכה, קידושין נט ע"א, ציון ה.

[86] חידושי הרשב"א, נדרים כט ע"ב, ד"ה אפילו למ"ד. כך גם דעת רמב"ן ומהר"ם, ע"פ מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ד.

[87] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה טו (לפי הבנת מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ד). כך משמע גם מבית הבחירה, נדרים שם, ד"ה אף ע"פ, בשם קצת מפרשים.
גם ר"ן, נדרים ל ע"א (ד"ה הכא), פוסק שהמקדיש אינו יכול לחזור בו (גם בהקדש לצדקה), אך מטעם אחר: היות ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", חל ההקדש מעת האמירה, אף שהמקדיש קבע שייכנס לתוקף רק לאחר זמן, ומשום כך לא ניתן לבטל את הנדר לאחר האמירה. על מחלוקת הרשב"א והר"ן, ראה סעיף 17, פרק שנים עשר.
עוד בעניין זה, ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קכב; פסקי דין ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות, חלק ב, בעמ' קצג. וראה בפסקי דין שם גם לעניין השאלה, האם ניתן לבטל הקדש כזה כאשר קיים ספק בשאלה האם ההקדש היה על תנאי, וברור שהתנאי לא קוים.
גם לפי דעה זו, יכול יוצר ההקדש להישאל לחכם על ההקדש, ובדרך זו הוא יבוטל.

[88] מחנה אפרים, שם, ד"ה והיכא.

(4) ביטול הקדש "מהיום ולאחר זמן"

לעיל[89] ראינו שמשמעותה ההלכתית של הקדשת נכס למטרות צדקה "מהיום ולאחר זמן" היא שהנהנים יזכו בגוף הנכסים מעת יצירת ההקדש, ואילו בפירותיהם יזכו לאחר הזמן שנקבע. אם כן, מובן שיוצר ההקדש לא יוכל לבטל את ההקדש אף לפני הזמן הדחוי, שכן הביטול יפגע בזכותם הקניינית של הנהנים.

ג. ביטול הקדש לפי דיני צוואה

(1) צוואת שכיב מרע

אדם הנוטה למות ("שכיב מרע") שציווה לתת את כל נכסיו לאחר, והבריא, בטלה המתנה מאליה[90], משום שאנו אומדים את דעתו, שהוא נתן רק משום שחשב שימות ולא יזדקק עוד לנכסיו, ומן הסתם, אילו היה יודע שיבריא, לא היה נותן את נכסיו לאחר, שהרי אדם אינו נותן את כל נכסיו לאחר באופן שיגווע ברעב.

לדעת רוב הפוסקים[91], כך הוא הדין גם בהקדש: שכיב מרע שהקדיש את כל נכסיו בחוליו והבריא, יכול לחזור בו מן ההקדש. ובלשון הרמב"ם[92]: "שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ולא שייר כלום, או הפקיר או חלקן לעניים, אם עמד — חוזר בכל". פסיקה זו מבוססת על ההנחה, שהמקדיש הקדיש את כל נכסיו מתוך הנחה שלא יהיה לו עוד צורך בהם. אולם, מאחר שהבריא, הרי שהתברר שיש לו צורך בנכסי ההקדש, וההקדשה נעשתה בטעות.

חשוב להדגיש שהדברים הללו אמורים במי שהקדיש את כל נכסיו. אבל צוואה שבה נותן אדם חלק מנכסיו לאחר או מקדיש חלק מנכסיו, נחשבת כ"צוואת בריא", אף אם נעשתה

[89] סעיף 17, פרק תשיעי.

[90] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף ב.

[91] הגהות אשרי, בבא בתרא, פרק ט, סימן כב (בשם רבנו ברוך); יד רמה, בבא בתרא, פרק ט, סימן צג; חידושי הריטב"א, בבא בתרא קעד ע"ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף ג; שו"ת מהר"ם פדוואה, סימן נ; שו"ת הרמ"א, סימן מח, שאלה שלישית; שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קפ.
שו"ת הריב"ש, סימן קס (הובא ברמ"א, חו"מ, סימן רנ, סעיף ג), הוסיף שאפילו תפסו העניים את המתנה ולאחר מכן הבריא המקדיש, מוציאים מהם את המתנה בעל כרחם.
יש להדגיש שההקדש אינו בטל באופן אוטומטי, אלא רק אם יוצר ההקדש מבקש לבטלו. ראה: רשב"ם, בבא בתרא שם, ד"ה איבעיא להו (השלישי): "מי מצי הדר ביה"; טור, חו"מ, סימן רנ, סעיף ד.
אבל יש החולקים וסבורים שההקדש תקף גם אם הבריא: רא"ש, בבא בתרא, פרק ט, סימן כג, ומרדכי, בבא בתרא, סימן תריח. וראה גם מרדכי שם, סימן תרכד. הסבר לשיטות אלו, ראה בפרישה, חו"מ שם, ס"ק ד; חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן כא, על דף קמח ע"ב; קצות החושן, סימן רנ, ס"ק ה.
ר' דוד הכהן, שו"ת הרד"ך, בית כו, חדר ה, קובע שגם לדעת הרא"ש, אם הקדיש את נכסיו על מנת שיזכו הנהנים בנכסי ההקדש רק אחר מותו, והבריא, אמנם ההקדש אינו בטל מאליו, אבל הוא יכול לחזור בו מן ההקדש. ואמנם, מלשון דרכי משה, חו"מ שם, ס"ק ה, משמע שהבין שלדעת הרד"ך כך הדין גם אם הקדיש על מנת שיזכו הנהנים בנכסי ההקדש לאלתר, אך עיון בגוף התשובה מראה שכוונתו כמו שכתבנו בשמו.
ראה גם בהגהות והערות על הטור השלם, שם, אות כב.
עוד בעניין זה, ראה: שו"ת מהר"ם מפדוואה, סימן נ; שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קעג וסימן רח; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קמ; שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן ב; שו"ת מים עמוקים, חלק ב, סימן לה; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן סז; שו"ת ופסקי מהרי"ט החדשים, סימן ט; שו"ת דרכי נועם, יו"ד, סימן ב; שו"ת אחיעזר, חלק ב, סימן כב, אות יא; פד"ר, כרך י, עמ' קמה.

[92] רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ט, הלכה יט.

בידי החולה הנוטה למות[93]. הנימוק שיש להניח שאילו ידע שיבריא לא היה נותן, שייך רק אם נתן את כל נכסיו, שכן בוודאי לא התכוון להשאיר את עצמו בלי נכסים בעודו בחיים; אבל אם המתנה הייתה רק חלק מנכסיו, אין מקום לנימוק זה.

באשר לשכיב מרע שנתן את נכסיו במתנה אך לא הבריא, נחלקו האמוראים בשאלה, האם הוא רשאי לחזור בו ולבטל את המתנה לפני מותו. רב ששת סבר שאין הוא רשאי לחזור בו, ואילו רב נחמן סבר שהוא רשאי לחזור בו לפני מותו אף אם לא הבריא, מפני שהמתנה חלה רק עם מותו[94]. השולחן ערוך פוסק שהוא יכול לחזור בו, בין אם זו הייתה מתנה של כל נכסיו ובין אם נתן רק חלק מנכסיו[95].

הפוסקים נחלקו בשאלה, האם כך הוא הדין גם בשכיב מרע שציווה שיתנו מנכסיו להקדש ולא הבריא. יש הגורסים שמאחר שהצוואה תחול רק לאחר המיתה, רשאי החולה לחזור בו מדבריו עד פטירתו[96]; ואחרים סבורים שאין החולה רשאי לחזור בו מן ההקדש אם לא הבריא מחוליו, מפני שהמתנה חלה מיד עם אמירתו, לפי הכלל "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט"[97].

(2) צוואת בריא

צוואת בריא תקפה רק אם המצווה עשה מעשה קניין על צוואתו[98]. אולם היות שלאחר שנעשה קניין, אין המצווה רשאי עוד לחזור בו מן הקניין, נהגו לנסח צוואות באופן שיותיר למצווה

[93] רמב"ם שם (לגבי הקדש); שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף ד (לגבי מתנה).
אבל אם בשעה שנתן, הזכיר שהוא הולך למות ("מצווה מחמת מיתה"), גם אם נתן רק מקצת מנכסיו, זו נחשבת מתנת שכיב מרע, ואם הבריא, המתנה בטלה — שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף ז (לגבי מתנה). כך צריך להסביר את שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קפ, העוסק בשכיב מרע שהקדיש חלק מנכסיו והבריא, ופסק שההקדש בטל; כנראה, טעמו הוא שהיה זה מצווה מחמת מיתה.

[94] בבא בתרא קמח ע"ב.

[95] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף יג. ראה גם: ט"ז, חו"מ, סימן קכה, סעיף ט.

[96] רשב"א, המובא בשו"ת הריטב"א, סימן עט, ובנימוקי יוסף, נדרים י ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה אם לא; חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קעד ע"ב, ד"ה שם (על הקדש לבית המקדש); סמ"ע, סימן רנ, ס"ק יא.

[97] רא"ה, המובא בשו"ת הריטב"א, שם, ובנימוקי יוסף, שם; חידושי הריטב"א, בבא בתרא קעד ע"ב, ד"ה אמר ר"ה, בשם "מורי הר"מ" (על הקדש לבית המקדש); נתיבות המשפט, סימן רנה, ס"ק ב. לדעת מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ד, ד"ה ומ"ש, כך סבורים אף הרא"ש והרמב"ם. ראה גם שו"ת אחיעזר, חלק ב, סימן כב, אות יא.
קצות החושן, חו"מ, סימן רנ, ס"ק ו, כותב שבנדרי צדקה, אם חזר בו המקדיש לפני מותו, אין היורשים או הנאמן חייבים לקיים את ההקדש, שהרי לא מוטלת עליהם חובה לקיים את ההקדש מכוח מתנת שכיב מרע, שכן הוא חזר בו ממנה; וגם אם נאמר שאינו יכול לחזור בו ממה שהקדיש מפני שגמר בדעתו, הרי יש עליו רק נדר, ולא מוטלת על היורשים חובה לקיים את נדרי המקדיש; והרי בנדרי צדקה אין הנכסים נקנים מיידית לנהנים (לשיטתו, שהבאנו בסעיף 17, הערה 31, שאין "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" בצדקה). והוא מרחיק לכת לומר, שגם אם לא חזר בו, אין חיוב על היורשים, מפני שייתכן שהתכוון להקדיש מחיים, שאין בכך מתנת שכיב מרע אלא רק נדר, ויורשים פטורים מקיום נדרי אביהם. אולם הוא עצמו מציין שמדברי פוסקים רבים עולה שמוטלת על היורשים חובה לקיים את ההקדש במקרה זה, והוא נשאר ב"צריך עיון".
ר"א מילר מיישב את דברי הפוסקים הללו על פי הנחתו של נתיבות המשפט, סימן רנ, ס"ק ד (שהבאנו בסעיף 17, הערה 35), שאם המקדיש מתפיס נכס מסוים וקובע שהוא יהיה הקדש, הופך הנכס להיות נכס הקדש, ומעתה יחויבו היורשים לקיים את ההקדש, שכן הנהנים זכו כבר בנכסי מורישם. על כך ראה גם: אורים ותומים, סימן פז, תומים, ס"ק כא; שו"ת הראנ"ח, סימן ל וסימן קז.

[98] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנ, סעיף ד. וראה בהרחבה: פתחי חושן, דיני קניינים, פרק טו.

את הזכות לחזור בו מצוואתו לפני מותו, על אף מעשה הקניין[99], וזאת על ידי הכנסת תנאי בנוסח כגון: "כך וכך נתון לפלוני, אם לא אחזור בי עד מותי"[100]. אם אמנם כך נערכה הצוואה, רשאי המצווה לחזור בו גם מהקדש מכוח התנאי הזה[101].

פרק חמישי

ביטול הקדש "אחרי תחילת ההקדש"

א. מבוא

לפי החוק, לאחר תחילתו של ההקדש, אין יוצר ההקדש רשאי לבטלו, אלא בהתקיים אחד משלושה תנאים אלו: (א) אם שמר לעצמו זכות לכך בכתב ההקדש, (ב) אם באה על כך הסכמת הנהנים, (ג) אם בא על כך אישור בית המשפט. להלן נבחן האם לפי המשפט העברי ניתן לבטל את ההקדש בהתקיים כל אחד מן התנאים הללו.

ב. ביטול עקב שינוי נסיבות

אם השתנו הנסיבות, באופן שיש להניח שאילו ידע המקדיש שישתנו הנסיבות לא היה מקדיש, ההקדש בטל, מפני שהוא כמו הקדש בטעות, גם אם הדבר התברר רק אחרי שהגיעו הנכסעים לנאמן.

דוגמה אחת לכך ראינו לעיל[102], בשכיב מרע שהקדיש את כל נכסיו והבריא, שבטל ההקדש מפני שיש להניח שאילו ידע שיבריא לא היה מקדיש את כל נכסיו ומשאיר את עצמו בלי כלום. מדובר גם אם כבר מסר את הנכסים לנאמן (לאחר "תחילת ההקדש", בלשון החוק), כפי שכותב הרמב"ם שהבאנו שם: "חילק את כל נכסיו לעניים".

דוגמה נוספת לכך היא במעשה שנשאל עליו מהרשד"ם, באדם חולה, שהקדיש לעניים חצרות שהיו בבעלותו, ואחר כך התברר למקדיש שאם יקוים ההקדש לא יוכל לפרנס את עצמו ואת בני ביתו, והוא לא ידע על כך בשעה שהקדיש, מפני שהוא "מסר כל נכסיו וחשבונותיו ביד בנו"[103]. מהרשד"ם פסק שההקדש בטל, שהרי "אדעתא דהכי [=על דעת כן] לא הקדיש, למות ברעב"[104].

[99] ראה פתחי חושן, הלכות ירושה ואישות, פרק ד, כללי עריכת צוואה, אות ו, ובנוסח הצוואה המובא שם, עמ' קעד־קעה.

[100] על תנאי זה ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנז, סעיף ז.

[101] קיימת אפשרות נוספת, שהמצווה יקבע שההקדש ייכנס לתוקף רק לאחר מותו. ראה על כך בסעיף 17, פרק שנים עשר.

[102] לעיל, ליד ציון הערה 91.

[103] שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קפ. במקרה הנדון, כבר הודיע המקדיש לגזבר שהקדיש את החצרות, אבל נשאל לחכם על ההקדש לפני שהגיעו לגבאי.

[104] מהרשד"ם נימק עוד, שמדובר בשכיב מרע שהקדיש והבריא, שדין ההקדש להתבטל, כאמור.
והשווה להוראת חוק המתנה, תשכ"ח־1968, סעיף 5(ג), שמי שהתחייב לתת מתנה, וירד מנכסיו, התחייבותו בטלה. וראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 4, שיש שגם אחרי שנמסר דבר המתנה למקבל, בטלה המתנה, אם השתנו הנסיבות, ויש לאמוד את דעתו של הנותן, שאילו ידע על שינוי הנסיבות, לא היה נותן.

ג. ביטול הקדש בהסכמת הנהנים

(1) מחילה על הזכות הממונית

השאלה, האם יכולים הנהנים[105] לוותר על זכותם לקבל את נכסי הנאמנות, ובכך לאפשר את ביטול הנאמנות, תלויה במידה רבה בטיב הזכות שיש לנהנים בנכסי הנאמנות.

לעיל[106] עמדנו על כך שיש מצבים שיש לנהנה זכות קניינית מוגבלת בנכסי הנאמנות (בגוף הנכסים או בפירותיהם), ויש מצבים שאין לו בהם זכות קניינית, אלא רק זכות לקבל בעתיד את הבעלות בנכסים.

בעל זכות קניינית בנכס אינו יכול לוותר עליה בדרך של מחילה[107], והוא יכול רק להפקיר אותה לכל העולם, או להקנות אותה לאדם מסוים במעשה קניין. לפיכך, אם יש לנהנים זכויות קניין בנכסי הנאמנות, לא די בהסכמתם כדי להביא לביטול ההקדש. אם הם רוצים לאפשר ליוצר הנאמנות לבטל את ההקדש ולהשיב את נכסיו לידיו, יצטרכו להקנות לו את זכויותיהם בנכסי ההקדש.

אם לא קיבלו הנהנים זכות קניין בנכסי הנאמנות, ויש להם רק זכות עתידית לקבל את הנכסים, יכולתם להסכים לביטולו של ההקדש תלויה בשאלה האם יש תוקף למחילה על זכות קניינית עתידית. שאלה זו עלתה לעניין בעל המבקש להסתלק לפני האירוסין (הקידושין) מזכותו לקבל את פירותיהם של נכסי אשתו לאחר נישואיהם. לדעת רוב הפוסקים[108], אין בכוחו של הבעל למחול על זכות זו, כיוון שלפני האירוסין אין לו זיקה של ממש לנכסי אשתו, ואין אדם יכול למחול על זכות קניין שהוא עתיד לקבל בעוד שעתה אין לו שום שייכות אליה.

[105] כמובן, בדיון על הסכמת הנהנים, מדובר שכל הנהנים מסכימים. לא ייתכן שחלק מן הנהנים ימחלו על זכות המגיעה לנהנים אחרים. לדוגמה, אם ההקדש נועד לטובת נהנים שאינם מסוימים לתקופה ארוכה, כגון לטובת עניי העיר, ואלו ממנים לעצמם נציגות, אין נציגות זו מוסמכת להסכים לביטול ההקדש, משום שיש בכך פגיעה בזכויות שאמורות להגיע לנהנים בעתיד. כך כותב ר׳ חיים פלאג׳י, שו״ת חקקי לב, חו״מ, סימן א (ה ע״ב), שמי שהקדיש מנכסיו לטובת תלמידי חכמים, ותלמידי החכמים בחרו לעצמם נציגות, והנציגות מחלה למקדיש על זכויות תלמידי החכמים בהקדש — ״אין ספק כי לא היה מהני [=מועיל] כלום השטר סילוק [=מחילה] אשר לקח מהתלמידי חכמים הנבררים עתה, כי אין כח בידם לבטל ההקדש שהוא לדורי דורות, והם באים לחוב לתלמידי חכמים אחרים וגם לבטל ת״ת דרבים, ולא כל כמינייהו לעשות כן״. על פי פסיקתו, דחה בית הדין הרבני האזורי ירושלים, תיק תשט״ו/813, פד״ר, כרך ב, עמ׳ 370, בקשה לביטול הקדש שנועד לטובת עניי עדה מסוימת, אף שוועד העדה הסכים לביטולו של ההקדש. זו דעת הרוב, המובאת גם בשו״ת ציץ אליעזר, חלק ו, סימן מב, פרק ז. דעת המיעוט נדפסה בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 185־186.

[106] סעיף 1, פרק שישי.

[107] רמ״א, חו״מ, סימן רמא, סעיף ב; סמ״ע שם, ס״ק ו. ראה על כך בהרחבה: ב׳ כהנא, מחילה על זכויות קנייניות, חיבור לשם קבלת תואר מוסמך, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשס״ב. וראה שם, שער שני, פרק שמיני, שנחלקו פוסקים בשאלה, האם בעל קניין פירות יכול למחול עליו לבעל קניין הגוף באותם נכסים. שאלה זו רלוונטית כאן, כיוון שכפי שראינו בסעיף 1, שם, יש שהנהנים מקבלים קניין פירות בנכסי הנאמנות, וקניין הגוף נשמר ליוצר הנאמנות.

[108] שו״ת הרשב״א, חלק א, סימן תתקס, וחלק ב, סימן קלב, וחידושי הרשב״א, כתובות פג ע״א, ובבא בתרא מט ע״א; ר״ן על הרי״ף, כתובות מא ע״א, בדפי הרי״ף; רמ״א, אהע״ז, סימן צב, סעיף א. על נושא זה ראה בהרחבה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על מחילת זכות עתידית. ראה שם גם על החריגים לכלל שאין אדם מוחל על זכות עתידית.

בהקדש למטרות צדקה, יש טעם נוסף שבגללו לא יוכלו הנהנים למחול על זכויותיהם. המשנה אומרת[109] שזר (מי שאינו כהן) האוכל תרומה בשוגג, משלם קרן וחומש לכהן, ומדגישה המשנה: "אם רצה הכהן למחול, אינו מוחל". בעלי התוספות[110] מנמקים זאת, שתשלום זה אינו פיצוי על הפגיעה בזכויותיו הקנייניות של הכהן, אלא זהו קנס שנועד לכפר לאדם על חטא האכילה מן התרומה, ובכוחו של אדם למחול רק על חיוב שנוצר לטובתו.

על פי דבריהם נוטה ר' חיים פלאג'י לומר[111], שהמקדיש נכס לטובת תלמידי חכמים מסוימים, אין בידו לבטל את ההקדש, גם אם הנהנים יסכימו לכך, משום ש"התורה עצמה היא קודש ומעשיה [קודש][112], וגם מכפרת היא אפילו על המזיד". משום כך, הקדשת הנכס לטובת תלמידי החכמים לא נועדה רק לטובתם, אלא גם לכפר על המקדיש, ועל כסף הכפרה אין בכוחם של תלמידי החכמים למחול. הוא מוסיף, שאף הקדש למטרות צדקה נועד לכפר על נפשו של המקדיש, והרי הנהנים יכולים למחול על זכויותיהם, אך לא על כפרתו של המקדיש, ומשום כך לא ניתן לבטל את ההקדש על ידי מחילתם[113].

בסיכום, היות שלהקדש לטובת לימוד תורה או למטרות צדקה יש גם משמעות דתית, בכך שהיא מכפרת ליוצר ההקדש על חטאיו, אין בכוחם של הנהנים למחול על כך ולבטל את ההקדש.

(2) מחילה על הנדר בהקדש למטרות צדקה

כפי שראינו לעיל[114], ליצירת הקדש למטרות צדקה יש גם משמעות דתית של התחייבות בנדר להעביר את נכסי ההקדש לנהנים. אם כן, עלינו לבחון, האם הסכמת הנהנים לביטול ההקדש יכולה לפטור את המקדיש מחובתו הדתית לקיים את הנדר? יש מקום לומר, שהיות שהנדר נעשה לטובתם, הם יכולים לוותר על טובתם, ובכך יפקע הנדר.

תשובה לשאלה זו נוכל ללמוד מן הברייתא הבאה[115]: "האומר לחברו 'קונם שאתה נהנית לי אם אי אתה נותן לבני כור של חיטין ושתי חביות של יין', ר' מאיר אומר, אסור [לחברו ליהנות ממנו] עד שיתן, וחכמים אומרים, אף זה [הנודר] יכול להתיר את נדרו שלא על פי חכם, שיכול לומר 'הריני כאילו התקבלתי'". הלכה נפסקה כחכמים[116].

הרשב"א מסביר[117] שהברייתא עוסקת בבן הסמוך על שולחן אביו, כך שדרישת האב מחברו לתת מוצרים לבנו, שהיא התנאי לאיסור שבנדר, היא לטובת האב, שהרי קיומו יקל מעליו את עול פרנסת הבן. ההנחה היא שהיות שהתנאי שבנדר נועד לטובת האב, כוונת האב הייתה שהנדר יחול רק אם יהיה לו צורך בכך. במילים אחרות, כל נדר שנועד לטובת אדם כוללת

[109] משנה, תרומות, פרק ו, משנה א.

[110] תוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה זר שאכל. לנימוקים נוספים לכך, ראה חוק לישראל, מתנה, סעיף 1(ג), בפרק על נשוא המחילה.

[111] שו"ת חקקי לב, חו"מ, סימן א (ה ע"ב).

[112] משחק מלים על "היא קודש ואין מעשיה קודש" (בבא קמא עא ע"א).

[113] כמן כן, שו"ת בית יעקב (מצויזמיר), סימן קסד, פסק שמי שהקדיש נכס לעני מסוים, לא יוכל לבטל את ההקדש אף אם ימחל לו העני, מן הטעם האמור בטקסט.

[114] לעיל, ליד ציון הערה 9.

[115] נדרים כד ע"א.

[116] רמב"ם, הלכות נדרים, פרק ח, הלכה יד; שולחן ערוך, יו"ד, סימן לב, סעיף כ.

[117] חידושי הרשב"א, נדרים כד ע"א, ד"ה ואומר.

בתוכה תנאי מכללא, שהנדר יתבטל אם ימחל המוטב על ההטבה. בהתאם לעיקרון זה, מוסיף הרשב"א, שאם הבן אינו סמוך על שולחן האב, לא יוכל האב להתיר את הנדר על ידי ויתור על דרישתו מחברו, שהרי באופן זה התנאי הוא לטובת הבן ולא לטובת האב, אלא "אם [הבנים] אינן סמוכין על שלחן אביהם, יכולין הם להתיר את הנדר, ויאמרו: 'הרינו כאלו התקבלנו'"[118].

מדברי הרשב"א ניתן ללמוד, שיש בכוחו של נהנה למחול על קיום ההקדש, ובכך, לפטור את המקדיש גם מן הנדר המחייב אותו להעביר את נכסי ההקדש לנהנה. תהיה לכך נפקות במצב שיש להקדש רק משמעות אובליגטורית של נדר ולא משמעות קניינית[119], שאז יוכלו הנהנים למחול על חיוב הנדר, אף שאינם יכולים למחול על הזכות הממונית, כאמור לעיל.

ד. ביטול ב"אישור בית המשפט"

החוק מאפשר ליוצר ההקדש לשנות את תנאי ההקדש, לגרוע מנכסיו או לבטלו, אף אם לא הסכימו הנהנים לכך, אם אישר בית המשפט את הדבר. לעניין זה, אין המחוקק קובע מהם השיקולים שבית המשפט צריך לשקול בבואו להכריע אם לקבל את בקשת יוצר ההקדש או לדחותה[120].

מקבילה לכך ניתן למצוא במשפט העברי, ביכולתו של יוצר הקדש לבטל את ההקדש על ידי שאלה לחכם. מי שהפריש תרומה כדי לתת אותה לכהן יכול לבטל את ההפרשה על ידי שאלה לחכם כל זמן שלא הגיעה התרומה לכהן. אבל אם כבר נתן את התרומה לכהן, אינו יכול לבטל את ההפרשה על ידי שאלה לחכם[121].

מהלכה זו למד הרשב"א[122] שלאחר שהועברו נכסי הקדש לידיו של נאמן, אין המקדיש יכול עוד להישאל על ההקדש[123].

[118] וראה חוק לישראל, מתנה, שם, בפרק על מחילת תנאי, שראשונים רבים מסכימים לדבריו של הרשב"א, ומנגד ראשונים אחדים חולקים על דבריו וסוברים שאין בכוחו של צד שלישי למחול על תנאי חוזה לטובתו.

[119] ראה על כך בסעיף 17, פרק שלישי.

[120] זאת במובחן מהוראה דומה שבסעיף 23(ב), המתירה לבית המשפט "לשנות או לבטל הוראה מהוראות כתב ההקדש", רק בכפוף לשיקולים מוגדרים: "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". אפשר שהסיבה להבדל היא שסעיף 18 עוסק בביטול לפי בקשת יוצר ההקדש, ולא ביוזמת בית המשפט. במקרה זה, מעניק המחוקק לבית המשפט שיקול דעת רחב יותר, מתוך הנחה שבקשת יוצר ההקדש מבטאת את רצונו בעת יצירת ההקדש, מה שאין כן אם בית המשפט מבקש ביוזמתו לשנות הוראה מהוראות כתב ההקדש.

[121] נדרים נט ע"א. טעם הדבר הוא בהתאם לשני הטעמים דלהלן, לכך שאין מועילה שאלה לחכם על הקדש שכבר הגיע לגבאי.

זו משמעות ההלכה לפי הפירוש הפשוט והמקובל. אולם, לפי ר' אליעזר ממיץ, המובא בפירוש הרא"ש, נדרים שם, משמעות ההלכה היא שהכהן שקיבל את התרומה אינו יכול להישאל לחכם על התרומה ולהפוך את הפירות שקיבל לפירות חולין, "שהרי לא קרא עליה הוא שם תרומה", אבל המפריש עצמו יכול להישאל עליה. לפי פירוש זה, אין יסוד למסקנת הרשב"א שבסמוך לעניין הקדש.

[122] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרנו (על הקדש לצדקה). כך פסקו גם: חידושי הריטב"א, בבא בתרא קעד ע"ב (על הקדש לבית המקדש); שולחן ערוך, יו"ד, סימן רכח, סעיף מב, וסימן רנח, סעיף ו (על הקדש לצדקה).

לדעת הש"ך[124], טעמו של הרשב"א הוא שהתורה חידשה ש"דיבור מבטל דיבור", כלומר, יש לחכם כוח לבטל בדיבורו את הנדר (דיבור), אך התורה לא חידשה שיש לחכם כוח להפקיע זכות קניינית שהוקנתה על ידי מסירה פיזית (מעשה). לכן, לאחר שזכה הנאמן בנכסי ההקדש עבור הנהנים, אין עוד כוח לחכם להתיר את הנדר[125].

בדרך שונה נימק ר' יחזקאל לנדא[126] את הלכת הרשב"א: שאלה לחכם על נדר (ובכלל זה על תרומה או על הקדש) מבוססת על הצהרת הנודר שאילו היה יודע נתונים מסוימים בעת שנדר, לא היה נודר ("פתח"), או על הצהרתו שהוא מתחרט על כך שהקדיש וטוב היה לו שלא הקדיש מעולם ("חרטה"). לכאורה, ייתכן שהנודר משקר בהצהרות אלה, והיה נודר גם אילו ידע את העובדות, ולא התחרט כדבעי. בכל זאת, אין חושדים בו שהוא משקר, והחכם מתיר את הנדר אם אין לו סיבה מיוחדת לפקפק באמינות ההצהרה. אולם משעה שקיבל הנאמן את נכסי ההקדש עבור הנהנים, הוא נחשב כמי שזכה בהם עבורם. הנאמן יכול לטעון (בשם הנהנים) שהוא אינו נותן אמון בהצהרת המקדיש, והמוציא מחברו — עליו הראיה, ולכן אין החכם יכול להתיר את הנדר.

אך יש הסוברים שלעניין זה יש להבחין בין נאמן פרטי, שמונה על ידי יוצר ההקדש, לבין נאמן שמופקד באופן קבוע על ייצוגם של הנהנים, כגון גבאי צדקה[127]. לדעתם, רק אם מועברים נכסי ההקדש לנאמן מן הסוג השני, ניתן לומר שהעברת השליטה בנכסים לידיו מעניקה לנהנים זכות קניינית בנכסי ההקדש, שקיומה אינו מאפשר לחכם להתיר את הנדר[128].

לדעת ר' שמואל לנדא[129], יש להבחין לעניין זה בין נאמן שהוסמך לחלק את נכסי ההקדש לפי שיקול דעתו, לבין נאמן שהוסמך רק להעביר את נכסי ההקדש לגופים או לנהנים בהתאם להוראותיו של יוצר ההקדש. אם הוסמך הנאמן לקבוע את זהות הנהנים או את המטרות שלטובתן יועברו נכסי ההקדש, ניתן לומר שמשעת הקדשת הנכס הפקיע המקדיש כל זיקה שהייתה לו לנכסי ההקדש, ומשלב זה ואילך זכו הנהנים בנכסי ההקדש, ולכן אין בכוחו של המקדיש להישאל על ההקדש. לעומת זאת, אם לא נמסרה לנאמן סמכות רחבה כזאת, פועל

123 בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סימן קנד, הביא ראשונים שמדבריהם משמע שחולקים על הרשב"א, אך למעשה הוא נרתע מלהכריע בניגוד לעמדת הרשב"א.

124 ש"ך, חו"מ, סימן רנה, ס"ק ו (על הקדש לבית המקדש).

125 ראה גם: קצות החושן, סימן רצ, ס"ק ג; שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן רמג.

126 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סימן קנד, ד"ה עד (הובא בשו"ת תשובה מאהבה, חלק ג, תשובה שעט).

127 ראינו הבחנה זו לעניין אחר, לעיל, ליד ציון הערה 45.

128 ראה: מחנה אפרים, הלכות צדקה, סימן ג (אם כי, מדגיש ר"א מילר, מדבריו שם ובהלכות צדקה סימנים י־יא, משמע שהדין כך רק אם זכה הנאמן עבור הנהנים בנכסי הנאמנות); אורים ותומים, סימן קכה, תומים, ס"ק ח (אבל בדבריו שם משמע שאם הועברה הבעלות בנכסי ההקדש לנהנים באמצעות הנאמן, לא ניתן להישאל על ההקדש אף כאשר הנאמן אינו נאמן ציבורי). מנגד, ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן קכה, ס"ק כה; ש"ך שם, ס"ק כז.

ר' שמואל לנדא, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן נ, מבחין בין הגדרת הנאמן כ"גבאי" לעניין שלילת זכותו של המקדיש לשנות את מטרות ההקדש או את זהות הנהנים, לבין הגדרתו כ"גבאי" לעניין שלילת זכות היוצר להישאל על ההקדש. מדבריו עולה שנאמן פרטי נחשב כ"גבאי" לעניין שלילת זכותו של המקדיש לשנות את מטרות ההקדש או את זהות הנהנים, אך לא לעניין שלילת זכותו להישאל על ההקדש.

129 שו"ת נודע ביהודה, שם, ד"ה אמנם וד"ה והנה.

הנאמן כשלוחו של המקדיש, ומשום כך אין בהעברת נכסי ההקדש לידיו כדי להפקיע את זכויותיו של המקדיש בנכסי ההקדש, וממילא הוא עדיין יכול להישאל על ההקדש[130].

לסיכום, הכלל הוא שאי אפשר לבטל את ההקדש על ידי שאלה לחכם, אחרי שנמסרו הנכסים לנאמן, אלא אם הנכסים נמסרו לנאמן פרטי או לנאמן שאין לו שיקול דעת בניהול הנכסים, שאז לפי פוסקים אחדים מועילה שאלה לחכם.

פרק שישי

סיכום

סעיף זה עוסק בשינוי תנאי ההקדש או ביטולו. מנוסח החוק עולה, שיוצר ההקדש רשאי לשנות את תנאי ההקדש, לגרוע מנכסיו ואף לבטל את ההקדש לפני תחילתו של ההקדש, כלומר, לפני שנכסי ההקדש הועברו לשליטתו של הנאמן.

קביעה זו מתאימה, לפי המשפט העברי, לנאמנות למטרות פרטיות, אך לא לנאמנות למטרות צדקה. בנאמנות למטרות צדקה, משעה שנוצר ההקדש אין בכוחו של היוצר לגרוע מנכסי ההקדש, ואף לא להמיר את נכסי ההקדש באחרים, אלא אם המרה זו דרושה לשם קידום מטרותיה של הנאמנות, ובית הדין אישר את ההמרה.

לדעת רבנו ברוך, יוצר הקדש למטרות צדקה רשאי לשנות את המטרות לפני שהעביר את נכסי ההקדש לשליטת הנאמן, אבל שינוי המטרות חייב להיות לטובת מטרות אחרות, שאף הגשמתן היא בגדר מצווה. אבל פוסקים אחרים אוסרים גם שינוי כזה.

נחלקו הפוסקים בשאלה האם רשאי היוצר לשנות את זהות הנהנה לפני שהעביר את השליטה בנכסי ההקדש לנאמן.

אשר לשינוי תנאי ההקדש לאחר שנמסרו הנכסים לנאמן, שוב יש להבחין בין נאמנות פרטית לבין נאמנות למטרות צדקה. בנאמנות פרטית, היוצר יכול לשנות את התנאים, אלא אם כן הקנה לנאמן או לנהנים בעלות מוגבלת בנכסים, והשינוי פוגע בזכויותיהם.

בהקדש למטרות צדקה, משעה שקיבל הנאמן את נכסי הנאמנות, רואים אותו כמי שזכה בנכסי ההקדש עבור הנהנים, ועל כן אין היוצר יכול לשנות את תנאי ההקדש. אבל יש הסוברים שרק אם נמסרו נכסי ההקדש לנאמן ציבורי המייצג בקביעות את עניינם של הנהנים, ניתן לראותו כמי שזכה עבור הנהנים בנכסי ההקדש, משעה שנכסים אלו הועברו לשליטתו, אבל אם הנאמן אינו נאמן ציבורי, עדיין יכול המקדיש לשנות את תנאי ההקדש.

[130] הוא כותב שלכך התכוון אורים ותומים שם, בהבחנתו בין גבאי ציבורי לבין נאמן רגיל: גבאי ציבורי מוסמך לחלק את הכסף לפי רצונו, מה שאין כן נאמן רגיל.
הבחנה נוספת עושה שו"ת עונג יום טוב, סימן צא (ד"ה ולפי"ז), על פי נסיבות העברת הכסף לגבאי: מי שנדר לתת כסף לצדקה, וכדי לקיים את נדרו העביר את הכסף לגבאי, יכול להישאל על הנדר אף לאחר העברת הכסף לגבאי; אולם אם הועבר הכסף לגבאי בלי שקדם לכך נדר מצד יוצר ההקדש, לא ניתן להישאל על ההקדש, שהרי שאלה לחכם מועילה בתור גילוי שמה שנדר היה בטעות, וכאן אין לומר שנתן בגלל טעות, שהרי נתן בלי לנדור. אבל עונג יום טוב שם (ד"ה מיהו הטור) מציין שמדברי הטור, יו"ד, סימן רנח, משמע שאין הוא מקבל הבחנה זו.

היוצר יכול להתנות בעת יצירת ההקדש שהוא משאיר בידיו את הסמכות לשנות את תנאי ההקדש גם לאחר העברת השליטה בנכסי ההקדש לנאמן. אך אין בכוחם של הנהנים להתיר לו לעשות כן, מפני שהקדש למטרות צדקה מטיל על היוצר חיוב דתי של נדר, שאין הנהנים יכולים לשנות אף שהוא לטובתם.

בית הדין רשאי להתיר את שינוי מטרות ההקדש, אך היתר זה יבוא רק לאחר שייווכח בית הדין ששינוי התנאים על פי בקשת היוצר תואם את אומד דעתו של היוצר בעת שיצר את ההקדש, כלומר, שאילו היה היוצר מודע בעת יצירת ההקדש לנסיבות שנוצרו, היה משנה את תנאי ההקדש כבר אז.

אשר לביטול הקדש על ידי היוצר, יש אומרים שלאחר יצירתו של הקדש למטרות צדקה, בכוחו של היוצר לבטל את ההקדש בלי שום עילה, "בתוך כדי דיבור", היינו בתוך זמן של ארבע שניות מעת שיצר את ההקדש. לאחר שחלף זמן זה, הדרך היחידה העומדת לרשות היוצר לבטל את ההקדש היא שאלה לחכם. ביטול ההקדש על ידי שאלה לחכם נעשה בהצהרה של המקדיש שהוא הקדיש בלי דעה צלולה ולא מתוך רצון אמיתי, או שלא לקח בחשבון את כל השיקולים שראוי היה שיילקחו בחשבון, או שחל שינוי בנסיבות, שאילו ידע עליו כשיצר את ההקדש, הוא לא היה מקדיש. לאחר הצהרה זו, אם אין החכם מפקפק באמיתותה, הוא רשאי להתיר את הנדר.

לגבי הקדש דחוי, כגון שיוצר ההקדש הצהיר שההקדש יחול רק לאחר שלושים יום, נחלקו הפוסקים בשאלה האם רשאי יוצר ההקדש לחזור בו מיצירת ההקדש כל עוד לא הגיע המועד שנקבע לחלות ההקדש.

בהקדש בנוסח "הרי זה הקדש מהיום ולאחר כך וכך זמן", זוכים הנהנים בגוף הנכסים מרגע יצירת ההקדש, ובפירותיהם לאחר הזמן שנקבע. על כן לא יוכל יוצר ההקדש לבטל את ההקדש לפני הגעת הזמן שנקבע, שכן בכך הוא יפגע בזכותם הקניינית של הנהנים.

אשר לביטול ההקדש מדיני ביטול צוואה, הבחנו בין צוואת חולה הנוטה למות ("שכיב מרע") שבה הקדיש אדם את כל נכסיו, לבין צוואת בריא וצוואת חולה הנוטה למות שלא הקדיש את כל נכסיו. חולה הנוטה למות שהקדיש את כל נכסיו והבריא, מוסכם על כל הפוסקים שיש בכוחו לבטל את ההקדש, ואילו יכולתו של החולה לבטל את ההקדש גם אם לא הבריא ממחלתו, שנויה במחלוקת.

אם עורך הצוואה אינו חולה, או לחילופין, אם הוא חולה אך לא הקדיש את כל נכסיו, ועשה מעשה קניין המקנה את הנכסים למוטבים, אינו יכול לחזור בו. אולם אם נעשתה צוואה זו על תנאי שיוכל המצווה לבטל את הצוואה אם ירצה, כנהוג, יוכל עורך הצוואה לבטל את הצוואה, ואף את ההקדש שנוצר מכוחה.

אשר לביטול הקדש לאחר שהועברו נכסי ההקדש לנאמן כדי שיזכה בהם עבור הנהנים, הרי אם השתנו הנסיבות, בשינוי שאילו היה יוצר ההקדש מודע לו בעת שיצר את ההקדש, לא היה מקדיש, ההקדש בטל.

הרשב"א אומר שאין יוצר ההקדש יכול לבטל את ההקדש על ידי שאלה לחכם לאחר שנמסרו הנכסים לנאמן. אבל יש הסוברים שאם הנאמן אינו מייצג את עניינם של הנהנים בקביעות, או שלא הוענק לו שיקול דעת רחב להחליט על אופן חלוקת הנכסים, אין לראות את העברת הנכסים לידיו כהעברה שנועדה לזכות את הנהנים בנכסי ההקדש, ולכן יוכל היוצר לבטל את ההקדש באמצעות שאלה לחכם, גם לאחר העברת השליטה בנכסים לנאמן.

אין בכוחם של הנהנים להסכים לביטולו של ההקדש לאחר תחילתו, מפני שאין אדם יכול למחול על זכות קניין שהוא יקבל בעתיד. בהקדש למטרות צדקה, היות שיש לו משמעות דתית של כפרה למקדיש על חטאיו, יש סיבה נוספת שאין בכוחם של הנהנים לבטל את ההקדש במחילתם, שכן על זכותם יכולים הם למחול, אך לא על כפרתו של יוצר ההקדש.

פרק שביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

שינוי וביטול של הקדש

18. (א) יוצר הקדש וצד שלישי רשאים בכל עת להוסיף נכסים לנכסי ההקדש.

(ב) לאחר שנוצר ההקדש, אין יוצרו רשאי לשנות את תנאיו או לבטלו[131], אלא אם שמר לעצמו זכות לכך בכתב ההקדש או שבית המשפט אישר את הדבר עקב שינוי נסיבות.

(ג) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכותו של היוצר לחזור בו מיצירת ההקדש מדיני ביטול צוואה.

[131] לא נכנסנו כאן להבחנה שבין ביטול תוך כדי דיבור לבין ביטול לאחר כדי דיבור, כיוון שעל פי רוב, הדיון בביטול ההקדש הוא בביטול שנעשה לאחר שחלף זמן מועט זה.

סעיף 19

הוראות בית המשפט

הוראות בית המשפט

19. (א) בית המשפט רשאי בכל עת לתת לנאמן הוראות בכל הנוגע למילוי תפקידו, וכל הוראה אחרת שתיראה לו לניהול היעיל של ההקדש.

(ב) בית המשפט רשאי, אף בסטייה מכתב ההקדש, להתיר לנאמן את השימוש בנכסי ההקדש לסיפוק הצרכים החיוניים של נהנה או של התלויים בו.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 513

פרק שני: האם קיימת חובת התייעצות? 514

א. עמדת החוק 514

ב. נאמנות למטרות צדקה 514

(1) המעשה ברבינא 514

(2) בין ספק "מצד אחד" לספק "משני צדדים" 516

(3) הלכה למעשה 517

ג. נאמנות פרטית 518

פרק שלישי: הסמכות לתת הוראות 519

א. מבוא 519

ב. נאמנות למטרות צדקה 519

(1) סמכות יוצר ההקדש 519

(2) סמכות בתי הדין ו'גדול הדור' 520

ג. נאמנות פרטית 524

פרק רביעי: הוראות בית המשפט — "לתת לנאמן הוראות" 524

א. מבוא 524

ב. הוראות בניגוד לחוק 525

ג. הוראה לנאמן במצב של סכסוך בינו לבין צד שלישי 525

פרק חמישי: הוראה "בסטייה מכתב ההקדש" 526

פרק שישי: שימוש בנכסים "לסיפוק הצרכים החיוניים של נהנה או של התלויים בו" 527

א. מבוא 527

ב. סיפוק צרכים בסטייה מכתב ההקדש 528

ג. הקדש קרן לפירותיה 529
ד. סיפוק צרכים חיוניים על חשבון נהנים אחרים 530
ה. הצרכים החיוניים 531

פרק שביעי: סיכום 531

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 533

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה עוסק בסמכותו של בית המשפט לתת הוראות לנאמן, אבל אין בו, ולא בסעיף אחר מסעיפיו של חוק הנאמנות, שום הוראה המחייבת את הנאמן לבקש הוראות מבית המשפט בנסיבות כלשהן. במשפט העברי יש עיסוק נרחב בשאלות אלו, שנעמוד עליהן בפרק השני.

לפי החוק, רק בית המשפט מוסמך לתת הוראות לנאמן. בפרק השלישי נברר האם כך הוא גם לפי המשפט העברי, או שמא מעניק המשפט העברי סמכות זו גם לאחרים, כגון הנהנים, יוצר ההקדש וגורמים אחרים?

החוק אינו מבהיר מהו היקפה של סמכות בית המשפט לתת לנאמן הוראות ואף אינו קובע לה גבולות. בפרק הרביעי נדון בשאלה, האם רשאי בית המשפט אף לתת לנאמן הוראה העומדת בסתירה להוראות חוק הנאמנות? ועוד נברר: האם רשאי בית המשפט לעשות שימוש בסמכותו בזמן שמתנהל סכסוך בין הנאמן לצד שלישי? בנסיבות אלו, מתן הוראות עלול להכניס את בית המשפט למצב של ניגוד עניינים בין חובתו לפסוק ללא משוא פנים לבין חובתו לתת לנאמן הוראות שיבטיחו את הגשמת מטרות ההקדש בדרך הטובה ביותר. אי לכך, ייתכן שבנסיבות אלה עדיף לבית המשפט להימנע ממתן הוראות.

ס"ק (ב) מסמיך את בית המשפט להתיר לנאמן שימוש בנכסי הנאמנות לסיפוק צרכיו של נהנה או של התלויים בו, אף בסטייה מכתב ההקדש. מכלל הוראה זו משמע שלמטרות אחרות אין בית המשפט מוסמך לתת לנאמן הוראות בסטייה מכתב ההקדש. בפרק החמישי נדון בשאלה, האם לפי המשפט העברי מוסמך בית הדין לתת לנאמן הוראות בסטייה מכתב ההקדש, ולאלו מטרות מוסמך בית הדין לעשות כן?

סמכותו של בית המשפט להתיר לנאמן לעשות שימוש בנכסי ההקדש לשם סיפוק צרכיהם של הנהנים או התלויים בהם, מעוררת שאלות רבות: האם רשאי בית המשפט להתיר לנאמן לספק את צרכיהם של הנהנים בסטייה מכתב ההקדש גם אם מדברי יוצר ההקדש עולה שהוא אינו מעוניין בסיפוק צרכיהם של הנהנים שלא לפי תנאי ההקדש? שאלה מיוחדת מתעוררת במצב שהוקדשה קרן שרק מפירותיה זכאים הנהנים ליהנות. במקרה זה, סיפוק צרכיהם של הנהנים מהקרן עלול לחסל את ההקדש. האם בנסיבות אלו יש להתיר לנאמן לספק את צרכי הנהנים מן הקרן?

בהקדש שנקבע לו יותר מנהנה אחד, סיפוק צרכיו של נהנה אחד עלול לבוא על חשבון זכויותיהם של נהנים אחרים. האם רשאי בית המשפט להתיר לנאמן לעשות שימוש בנכסי הקדש כזה לשם סיפוק צרכיו של נהנה אחד?

לבסוף, יש לעמוד על משמעות המושג "צרכים חיוניים". האם יש לתת למושג זה פרשנות אובייקטיבית, ורק צרכים הנחשבים חיוניים לכל אדם ייחשבו כחיוניים, או שמא יש להעדיף פרשנות סובייקטיבית, ולהתיר אף צרכים הנחשבים כחיוניים עבור הנהנה, לפי אופיו, מעמדו והרגליו? מלשון החוק קשה ללמוד תשובה ברורה בעניין זה, ונבקש לדלות תשובה לשאלה מעקרונות המשפט העברי. בכל אלו נעסוק בפרק השישי.

פרק שני

האם קיימת חובת התייעצות?

א. עמדת החוק

סעיף זה עוסק בסמכויות בית המשפט, ואין הוא מטיל חובה על הנאמן לפנות לבית המשפט. משתיקה זו ניתן להסיק שהחוק אינו דורש מן הנאמן לפנות לבית המשפט כדי לקבל הוראות כיצד לפעול, אף לא בנסיבות שבהן היה מתבקש שיעשה כן. עמדה זו שונה מעמדתו של המשפט העברי, לפחות לדעת חלק מן הפוסקים, כפי שניווכח להלן.

ב. נאמנות למטרות צדקה

(1) המעשה ברבינא

בתלמוד מסופר על האמורא רבינא, שהופקד בידיו יין של בן אחותו היתום[1]. רבינא ביקש להפליג למקום שבו יוכל למכור את היין שלו, וביקש לקחת עמו גם את היין של בן אחותו, אך חשש שמא תטבע הספינה, ויאבד היין שלו ויינו של בן אחותו[2]. על כן, שאל את רב אשי האם ראוי שיקח עמו את היין של בן אחותו, ורב אשי השיב לו: "זיל [=לך], לא עדיף מדידך [=משלך]".

ממעשה זה הסיק הרא"ש[3]: "כן ראוי לעשות לכל מי שיש בידו ממון של יתומים, שיעשה במאמר בית דין, ולא שיאמר מדעת עצמו 'אעשה כמו בשלי', כי לא יצא בזה ידי חובתו להפטר מן האונס"[4].

לכאורה, המילים "כן ראוי" שבדברי הרא"ש מלמדות, שהוא לא התכוון לקבוע הלכה

[1] כתובות ק ע"ב.

[2] שם, לפי גרסת הדפוסים; וראה להלן, אחרי ציון הערה 15.

[3] רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן כא. על דבריו ראה גם סעיף 9, פרק חמישי, ג, וסעיף 12, פרק שישי, ב.

[4] החידוש בפסיקה זו הוא שעל אף שהנאמן פועל בנכסי ההקדש בדיוק כפי שהיה פועל בנכסיו, ולכן לא ניתן לטעון כלפיו שהוא מנהל את נכסי ההקדש בצורה רשלנית או פושעת, ראוי שיתייעץ עם בית הדין, ולא יפעל על דעת עצמו.
לשאלה, מדוע באמת אין מניחים לנאמן לפעול בנכסי הנאמנות כדרך שהוא נוהג בנכסיו, ניתן להציע שתי תשובות: (א) איננו סומכים על שיקול דעתו של הנאמן, ולכן אנו דורשים שיפנה לבית הדין לקבל הוראות. (ב) אנו סומכים על שיקול דעתו, אולם כאשר הדבר אפשרי, עליו להתייעץ עם בית הדין כדי שהחלטתו תיבחן גם על ידי אנשים אחרים. לדעת ר"א מילר, שני ההסברים באים לידי ביטוי במחלוקת הפוסקים שלהלן, אחרי ציון הערה 16, בשאלה האם חייב האפוטרופוס להתייעץ עם בית הדין במצב שכל דרך פעולה שינקוט עלולה לסכן את נכסי הנאמנות. לדעת הסמ"ע, מסכימים כל הפוסקים, שאם כל דרך שבה יבחר הנאמן לנקוט עלולה לגרום הפסד לנכסי היתומים, אין הוא נדרש ליטול עצה מבית הדין, אלא הוא רשאי לנהוג בנכסים כפי שהיה נוהג בנכסיו. לעומתו, סבור הש"ך שגם כאן, לדעת הרא"ש, יש להיוועץ בבית הדין. לדעת ר"א מילר, טעמו של הש"ך הוא שבכל מצב אין אנו סומכים על שיקול דעתו של הנאמן, ולפיכך עליו להיוועץ בבית הדין, יהיו הנסיבות אשר יהיו. מנגד, סבור הסמ"ע שבעיקרון, ניתן לסמוך על שיקול דעתו של הנאמן, אלא שלדעת חלק מן הפוסקים, אם מבקש הנאמן לבצע פעולה שעלולה לסכן את הנכסים, ופעולה זו אינה הכרחית, עליו ליטול עצה מבית הדין.

מחייבת. אולם, אף על פי כן, הסיק בנו, ר׳ יעקב בעל הטורים[5], מדברי אביו: ״מי שיש בידו מנכסי יתומים סחורה שיש לחוש שאם ישהה אותה עד שתתייקר שמא תפסד, או אם יוליכנה לשוק שמא תאנס בדרך[6], לא יאמר ׳אעשה בהן כמו שהייתי עושה בשלי׳, אלא לא יעשה בהן דבר כי אם על פי בית דין״.

אבל הטור[7] מסייג את היקף תחולתה של הוראה זו למי שמחזיק בנכסי יתומים שלא מכוח מינויו כאפוטרופוס, אבל מי שנתמנה כנאמן רשאי להחליט החלטה כזאת על דעת עצמו, משום שהוא קיבל את הסמכות להפעיל שיקול דעת עצמאי בכל הנוגע למילוי תפקידיו. ואם בנאמן שתפקידו לשמור על עניינם של יתומים כך, וודאי שהוא הדין גם בנאמן בנאמנות פרטית, שתפקידו הוא רק להגן על עניינו הפרטי של יוצר הנאמנות.

אבל לשונו הכללית של הרא״ש, המפנה את הוראתו ל״כל מי שיש בידו ממון של יתומים״, אינה מתיישבת לכאורה עם צמצום תחולתה של ההוראה למי שמחזיק בנכסים שלא מכוח מינוי, ועל כן רבים דחו את הסייג שסייג הטור את דברי הרא״ש[8].

הרמב״ם פוסק[9]: ״מי שהיה בידו שכר של יתומים, אם יניחו כאן עד שיימכר — שמא יחמיץ, ואם יוליכנו לשוק — שמא יארענו אונס[10], הרי זה עושה בו כדרך שהוא עושה בשלו״. מדבריו אנו למדים שהרמב״ם הבין את הוראתו של רב אשי בדרך הפוכה מכפי שהבינה הרא״ש. בעוד הרא״ש למד משאלתו של רבינא שהאפוטרופוס נדרש להתייעץ עם בית דין לפני שיפעל בדרך העלולה לסכן את נכסי היתומים, הרי הרמב״ם למד מתשובת רב אשי הדרכה כללית, שעל האפוטרופוס לנהוג בנכסי היתומים כדרך שהוא נוהג בשלו, ואין הוא נדרש להתייעץ עם בית הדין כיצד לנהוג.

ואכן, הש״ך סבור[11], שהרמב״ם חולק על הרא״ש, ולדעתו, אין האפוטרופוס נדרש להתייעץ עם בית הדין כיצד לנהוג, אף אם נשקפת סכנה לנכסי הנאמנות כתוצאה מן הפעולה שהוא מתכוון לעשות.

אחרים ביקשו[12] ליישב בין פסיקת הרמב״ם לזו של הרא״ש, על פי הסייג הנזכר בדברי הטור[13] לפסיקתו של הרא״ש, וקבעו שהלכת הרמב״ם אמורה באדם שמונה כאפוטרופוס[14],

[5] טור, חו״מ, סימן רצ, סעיף טז.

[6] ראה להלן, ליד ציון הערה 18.

[7] טור, שם (הובא ברמ״א, שם, סעיף ט). וכך נראה שהבין אף הסמ״ע, שם, ס״ק כו, בדעת השולחן ערוך. וראה גם: שו״ת דרכי נועם, אהע״ז, סימן יח; שו״ת דברי ריבות, סימן קכג. אבל ראה להלן, הערה 14! אבל מן הראוי להדגיש שלשיטת הסמ״ע שנביא להלן, ליד ציון הערה 16, דברי הרא״ש נוגעים רק למי שמתלבט בין שתי דרכי פעולה, שרק אחת מהן עלולה לסכן את הנכסים שהופקדו בידיו. לפי זה, קבע בשו״ת מהריב״ל, חלק ב, סימן כז, שבמקום שיש רק ״ספק מצד אחד״, נדרש המחזיק בנכסי היתומים להיוועץ בבית הדין גם לשיטת הטור, בין אם הוא מחזיק בהם באקראי ובין אם מונה כאפוטרופוס.

[8] ראה: בית יוסף, חו״מ, סימן רצ, ס״ק טז, ושו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן מו. וראה גם: ב״ח, חו״מ שם; ערוך השולחן, חו״מ שם, סעיף יט.

[9] רמב״ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ג. כך פסק גם שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצ, סעיף ט. וראה: בית יוסף, שם; שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן מו, סימן שג, וסימן תלד; ש״ך, שם, ס״ק י; שו״ת שער אפרים, סימן קמט; שו״ת דרכי נועם, אהע״ז, סימן יח (פב ע״ב־ע״ד).

[10] ראה להלן, ליד ציון הערה 15.

[11] ש״ך, שם.

[12] ראה: שער אפרים, שם; דרכי נועם, שם.

[13] לעיל, אחרי ציון הערה 5.

ועל כן הוא רשאי להפעיל שיקול דעת עצמאי, בעוד שהלכת הרא"ש אמורה במחזיק בנכסי יתומים שלא מכוח מינוי, והוא אכן חייב להיוועץ בבית הדין.

(2) בין ספק "מצד אחד" לספק "משני צדדים"

לסיפור המעשה ברבינא ובחביות היין יש גם גרסה אחרת[15], ולפיה שאלתו של רבינא הייתה: "נשקליה — דלמא מיתניס; נישבקיה — דלמא מיתקיף [=ניקח אותו (את היין) — שמא ייאנס (יטבע); נשאירו — שמא יחמיץ]". לפי גרסה זו, ספקו של רבינא היה מורכב יותר מכפי שהוצג לעיל, משום שכל דרך שבה הוא היה בוחר, הייתה מעמידה את נכסי היתומים בסכנת אבדון.

ספק מסוג זה מכונה בשם "ספק משני צדדים", היות וכל דרך פעולה שיבחר בה הנאמן, עלולה לסכן את נכסי הנאמנות. לדעת הסמ"ע[16], אם עומד בפני הנאמן ספק מסוג זה, כל הפוסקים יודו שהנאמן רשאי להכריע על דעת עצמו כיצד לפעול, בלי להיוועץ בבית הדין[17].

[14] אבל ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כ, כותב שהרמב"ם, בהלכות נחלות, פרק יא, הלכות א־ג (ובהן ההלכה שאנו עוסקים בה), אינו עוסק באפוטרופוס, אלא במי שמחזיק בנכסי יתומים באופן אקראי. אך אין להסיק מזה שלדעת הרמב"ם דווקא מי שאינו אפוטרופוס יכול לפעול על דעת עצמו, ואילו אפוטרופוס צריך להיוועץ בבית דין, אלא אפשר שלדעתו בכל מקרה אין חובה להיוועץ בבית דין.
בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שג, כתב על פי הלכה זו: "נראה קצת לעניות דעתי, דסבירא ליה להרמב"ם שאפילו באפטרופוס מיירי" — משמע שהדין כך גם באפוטרופוס וגם במי שאינו אפוטרופוס. אבל ראה לעיל, ליד ציון הערה 7, שלדעת הטור יש סמכות יתרה למי שנתמנה כאפוטרופוס!
יש לציין, שהמוצא אבדה יכול ואף חייב למוכרה כדי לשמור על ערכה, במצב שאי־פעולה תגרום להפסד האבדה (ספק "משני צדדים"), כאמור בבבא מציעא כח ע"ב, ואינו נדרש להיוועץ בבית דין על אף שהוא לא מונה לאפוטרופוס.

[15] ראה: רי"ף, כתובות נח ע"א (בדפי הרי"ף); ספר העיטור, אפיטרופוס, דף עח ע"א; רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ג; רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן כא. וראה גם: בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז.

[16] סמ"ע, חו"מ, סימן רצ, ס"ק כו. לעיל, הערה 4, הצענו הסבר למחלוקת הסמ"ע והש"ך.

[17] בערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף כא, מבאר שהסיבה להבדל הקיים לדעת הסמ"ע בין שני סוגי הספקות נעוץ ביכולתו של האפוטרופוס להימנע מעשייה. כאשר הספק הוא מצד אחד, האפוטרופוס יכול להימנע מעשייה בלי לפגוע בנכסי ההקדש, ולכן אם הוא רוצה לפעול וליטול סיכון, עליו להיוועץ בבית הדין. אולם כאשר הספק הוא משני צדדים, שגם הימנעות מעשייה עשויה לפגוע בנכסי ההקדש, חייב הנאמן לפעול בדרך כלשהי ולסכן בכך את נכסי ההקדש, כדי שנכסי ההקדש לא ייפגעו. במקרה כזה, כיוון שממילא חייב האפוטרופוס לפעול, לא חייבו אותו חז"ל להיוועץ בבית הדין.
הסבר זה קשה, משום שהעובדה שהאפוטרופוס חייב לנקוט באחת מדרכי הפעולה העומדות בפניו, ואינו רשאי לשבת בחיבוק ידיים, עדיין לא מסבירה מדוע לא יפעל בעצה אחת עם בית הדין?
נראה שאפשר להציע נימוק שונה להבחנה בין ספק מצד אחד לספק משני צדדים. ספק משני צדדים יוגדר על ידי הסמ"ע כמצב שבו כל דרך פעולה שינקוט הנאמן עלולה לסכן את נכסי היתומים במידה שווה. בנסיבות אלו, נראה ששיקול דעת בית הדין אינו עדיף על שיקול דעתו של הנאמן, שכן כל אחת מן הדרכים עלולה לסכן את נכסי היתומים במידה שווה, והבחירה בדרך אחת אינה עדיפה על הבחירה בדרך אחרת. לעומת זאת, כאשר הספק הוא מצד אחד בלבד, משמעות הדבר היא, שהנאמן מבקש לעשות פעולה שעלולה לסכן את נכסי היתומים, בעוד שאילו היה נמנע ממנה, לא היה הדבר מסכן את נכסיהם. בנסיבות אלו, נדרש שיקול דעת של בית הדין כדי לבחון, האם התכלית שלטובתה מבקש הנאמן לסכן את הנכסים היא ראויה, והאם סיכון הנכסים לשם השגתה של תכלית זו הוא סיכון סביר. אכן, לפי הסבר זה, יצומצם היקף תחולתו של המושג "ספק משני צדדים" לאותם מצבים שבהם הסיכון הצפוי מאימוץ כל אחת מדרכי הפעולה העומדות בפני הנאמן הוא זהה.

על פי ההבחנה בין "ספק מצד אחד" ל"ספק משני צדדים", היו שביקשו להסביר את פסיקת הרמב"ם, שכאמור, פטר את האפוטרופוס מן החובה להיוועץ בבית הדין. לדבריהם, הרמב"ם עסק בספק "משני צדדים", ועל כן הכריע שהאפוטרופוס אינו נדרש ליטול עצה מבית הדין[18].

לפי הסבר זה, אם בפני האפוטרופוס עומד ספק מצד אחד בלבד, יודה הרמב"ם שהאפוטרופוס יידרש להיוועץ בבית דין, לפני שיעשה פעולה שעלולה לסכן את נכסי היתומים.

(3) הלכה למעשה

השולחן ערוך[19] אימץ את פסיקת הרמב"ם כלשונה, בלי להבחין בין אפוטרופוס לבין אדם אחר המחזיק בנכסי יתומים. אבל משמעותה של פסיקה זו אינה ברורה, שהרי כפי שראינו לעיל, יש שהבינו מדברי הרמב"ם שהוא פוטר את האפוטרופוס מחובת ההתייעצות עם בית הדין בכל מקרה, בעוד שאחרים הבינו מדבריו, שהוא פוטר את האפוטרופוס מחובה זו רק אם האפוטרופוס מתחבט בין שתי דרכי פעולה שיש סיכון בכל אחת מהן ("ספק משני צדדים").

הרמ"א[20] פסק כטור, שדווקא אפוטרופוס אינו חייב ליטול עצה מבית הדין, בעוד שמחזיק בנכסי יתומים שלא מכוח מינוי חייב להיוועץ בבית דין. גם משמעותה של פסיקה זו אינה ברורה, כיוון שלדעת הסמ"ע[21], דברי הטור נאמרו רק באפוטרופוס המתחבט בין שתי דרכי פעולה שרק באחת מהן יש סיכון לנכסי היתומים ("ספק מצד אחד")[22]; ולפי דבריו, אם יש סיכון בכל אחת מהן ("ספק משני צדדים"), אף הרמ"א מסכים שהאפוטרופוס פטור מן החובה להתייעץ עם בית הדין.

למעשה, פוסקים רבים קבעו שאם הפעולה שמבקש הנאמן לעשות עלולה לסכן את נכסי היתומים, וההימנעות ממנה אינה מסכנת את הנכסים ("ספק מצד אחד"), על האפוטרופוס ליטול עצה מבית הדין לפני שיעשה את הפעולה[23].

[18] כך מסביר מגיד משנה, על הרמב"ם, שם. ראה גם ש"ך, חו"מ שם, ס"ק י, יא. על פי דברי המגיד משנה, קובע מהרשד"ם (להלן, ליד ציון הערה 24), שכאשר נשקף סיכון לנכסי היתומים מעשיית פעולה, ואין צורך דחוף לעשותה, על האפוטרופוס להיוועץ בבית הדין.

וראה ש"ך, חו"מ, סימן רצ, ס"ק י, שהבין מדברי הסמ"ע הנ"ל בהערה 16, שההבחנה בין "ספק מצד אחד" ל"ספק משני צדדים" נועדה גם ליישב בין פסיקת הרמב"ם לזו של הרא"ש. הבנה זו מחויבת מדברי הסמ"ע עצמו, שכתב שפסיקת הטור, המחייבת מחזיק בנכסי יתומים שאינו ממונה להיוועץ בבית דין, עוסקת במצב בו עומד בפני האפוטרופוס ספק מצד אחד בלבד. כזכור, פסיקה זו מבוססת על דברי הרא"ש, שחייב את המחזיק בנכסי יתומים להיוועץ בבית דין. אולם המעיין בדברי הרא"ש במקורם, ייווכח שהרא"ש דן גם בספק "משני צדדים", ובכל זאת דרש מן האפוטרופוס להיוועץ בבית הדין. וראה גם שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן כז.

[19] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ט.

[20] רמ"א, שם.

[21] לעיל, הערה 16.

[22] על הקושי שיש בפרשנות זו, ראה לעיל, הערה 18.

[23] ראה: שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן כז; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלד; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קח.

נראה שגם אם יש לנאמן הזדמנות עסקית דחופה וחד־פעמית, שכרוך בה גם סיכון, עליו לוותר עליה, אלא אם כן יקבל אישור מבית הדין לקחת את הסיכון. אילו היינו מגדירים את אובדן הרווח כהפסד, מצב זה היה נכנס לגדר "ספק משני צדדים", שבו אין צורך באישור בית דין. אולם לא מצאנו בדברי הפוסקים שאובדן רווח נחשב כסיכון לעניין זה.

מהרשד"ם[24] פסק, בעקבות דברי הטור[25]: "כל מי שיש בידו נכסי יתומים... שלא יעשה דבר בלי רשות בית דין". בהסתמך על דברים אלו, סילק בית הדין הרבני את נאמניו של 'הקדש בליליוס' מתפקידם, לאחר שהם שיעבדו את נכסי ההקדש לטובת מטרה שאינה ממטרות ההקדש[26]. בית הדין פסק שנאמן שאינו מבקש הוראות מבית הדין כיצד לפעול, מועל בתפקידו, ומשום כך יש לפטרו[27]. מפסיקה זו עולה שנאמן של הקדש ציבורי חייב לפנות אל בית הדין לקבלת הוראות כאשר הוא מסופק כיצד עליו לפעול וכאשר הפעולה שבכוונתו לעשות עלולה לסכן את נכסי ההקדש.

אולם, הרב עובדיה יוסף[28] סבור שפסיקת בית הדין הרבני הייתה מוטעית, שכן "נראה שזהו רק לעניין לכתחילה שצריך להימלך בבית הדין, ותשועה ברוב יועץ, אבל בדיעבד אין לפטר ולהדיח אפוטרופוס ששגג ולא התייעץ עם בית הדין"[29].

מהלכותיה של האפוטרופסות אפשר היה ללמוד להלכותיה של נאמנות למטרות צדקה[30]. אולם, כפי שראינו, הדעות חלוקות בדבר חובתו של אפוטרופוס להיוועץ בבית הדין, ולפיכך קשה לקבוע הוראה מחייבת, האומרת שכל נאמן חייב לבקש הוראה מבית הדין לפני שיעשה פעולה שקיומה עלול לסכן את נכסי הנאמנות.

ג. נאמנות פרטית

כפי שהוזכר לעיל[31], לדעת הטור והרמ"א, עצם מינויו של אדם כנאמן, מעניק לנאמן שיקול דעת רחב בכל הנוגע לניהול ענייניה של הנאמנות, ואם כך הוא בנוגע לנאמן שתפקידו לשמור על נכסיהם של יתומים, שהקפידו חכמים על שמירתם, קל וחומר שכך יהיה הדין בעניינו של נאמן פרטי, שתפקידו לשמור על נכסיו הפרטיים של יוצר הנאמנות.

יתרה מזאת, אף אם נאמץ את עמדת החולקים על הטור, הסוברים שבנסיבות המתאימות חייב נאמן להיוועץ בבית הדין, הרי מאחר שהסקנו שבשל חילוקי הדעות בפוסקים לא ניתן לחייב נאמן בנאמנות למטרות צדקה להיוועץ בבית הדין, נראה שיש להסיק בקל וחומר שאף הנאמן הפרטי לא יידרש לעשות כן.

[24] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מו, וכך משמע גם מדברי הפרישה, חו"מ, סימן רצ, ס"ק טז, וראה גם דברי מהרשד"ם שם, סימנים שג, תלד.

[25] לעיל, הערה 5.

[26] תיק 1176/תשט"ו, בבית הדין ירושלים; פד"ר, כרך א, עמ' 353.

[27] אמנם, באותו מקרה חרגו נאמני ההקדש מסמכותם והשתמשו בנכסי ההקדש לטובת מטרות שאינן ממטרותיו של ההקדש, ואף מסיבה זו הם סולקו מתפקידם. עם זאת, עולה באופן ברור מפסק הדין, שהימנעותם של הנאמנים מלבקש הוראות מבית הדין היא בגדר הפרה של חובתם כנאמנים.

[28] שו"ת יביע אומר, חלק ח, חו"מ, סימן ז, אות ה.

[29] יש לציין, שהתביעה בפני בית הדין הרבני הייתה לסלק את נאמני ההקדש (ועד העדה הספרדית) מתפקידם, בגלל קיפוח זכויותיהם של עניים אשכנזיים בפירות ההקדש, ובהרכבי בית הדין שדנו בתיק זה היה תמיד רוב אשכנזי.

[30] ראה סעיף 1, הערה 77.

[31] ליד ציון הערה 7.

פרק שלישי

הסמכות לתת הוראות

א. מבוא

בית המשפט הוא היחיד המוסמך לתת הוראות לנאמן, ואף זאת, רק בנאמנות שהיא על פי כתב הקדש. להלן נברר האם אף המשפט העברי מעניק לבית הדין את הסמכות לתת הוראות לנאמן, והאם בית המשפט הוא היחיד המוסמך לעשות כן?

ב. נאמנות למטרות צדקה

(1) סמכות יוצר ההקדש

מהר"ם שיק[32] עמד על כך שמקובל[33] שיש ביד יוצר נאמנות למטרות צדקה סמכות למנות נאמנים, לפקח על פעולותיהם, לתת להם הוראות ואף לפטרם, והוא תהה בדבר היסוד המשפטי של סמכות זו.

מהר"ם שיק מדגיש, שסמכות זו אינה יכולה להתבסס על זכויותיו הקנייניות של יוצר הנאמנות בנכסי הנאמנות, שהרי לדעת רוב הפוסקים, הכלל ש"אמירה לגבוה כמסירה להדיוט" חל גם בנאמנות למטרות צדקה, ומעת הקדשתם של נכסים אלו, עוברת הבעלות עליהם מן היוצר אל ההקדש[34]. ואם כן, מניין נובעת הסמכות?[35]

מהר"ם שיק מחדש, שאדם פרטי היוצר הקדש, אף אם הוא מגייס כספים מאנשים רבים לשם הקמת ההקדש, הוא זוכה בשליטה על ההקדש ("שררה") מכוח היוזמה, הכספים, המרץ והכוחות שהשקיע ביצירת ההקדש ובקיומו. מכוחה של השררה שקנה יוצר ההקדש, מסורה בידיו הסמכות לפקח על ניהול נכסי ההקדש, למנות נאמנים או לפטרם מעת לעת, ולתת לנאמנים הוראות כפי שייראה בעיניו. לזכות זו יש מאפיינים קניינים, שהבולט שבהם הוא שהיא עוברת ליורשיו.

אכן, לעיתים אף אם ההקדש נוצר על ידי אדם פרטי, יש לבית הדין סמכות לתת לנאמן הוראות. כך יהיה למשל במצב שיוצר ההקדש אינו מסוגל עוד לתת לנאמן הוראות ואין בין יורשיו מי שמסוגל לעשות כן במקומו. במקרה זה, היות שבית הדין הוא האחראי לניהול נכסי נזקקים ונכסיו של כל מי שאינו מסוגל לעמוד על זכויותיו[36], והוא האחראי לקיום מוסדות דת ולכל דבר שיש לציבור עניין בו[37], יטול בית הדין לידיו את סמכויותיו של יוצר ההקדש.

[32] שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימנים יח-יט. הוא מקצר בדבריו, ולהלן נסביר את דבריו על פי קהילות יעקב, בבא קמא (מהד' תשל"א), סימן לח, ורח"ש רוזנטל, "מעמדם ההלכתי של מנהלי מוסדות", שורת הדין ד, עמ' רעד-רעה.

[33] מהר"ם שיק כותב שכך היה הנוהג המקובל במקומו ובזמנו, ואף מוצא סמך לכך בתלמוד. ראה בדבריו שם.

[34] כמבואר בהרחבה בסעיף 17, פרק שלישי.

[35] כמובן, אם התנה מראש שהוא שומר בידו סמכויות אלה, או שהנסיבות מלמדות שהתכוון לכך, ברור מדוע הסמכויות בידו. אולם מהר"ם שיק ביקש למצוא ביסוס לסמכויות אלה גם במצב שלא התנה כך בפירוש וגם אין הנסיבות מלמדות שהתכוון לכך.

[36] אבל ר"א מילר סבור שאחריות בית הדין במקרים מסוג זה מבוססת בעיקר על מצוַת השבת אבדה (כמבואר בשו"ת הריטב"א, סימן קסב וסימן רו), ומשום כך קשה להטיל מכוח אחריות זו על בית הדין חובות

אם יוצר ההקדש מוסר את ניהול ההקדש בידיו של נציג הציבור, יסיק מכך בית הדין, שהיוצר העביר את סמכויות הניהול והפיקוח לנציגי הציבור[38]. מסירת ניהולו של ההקדש לפיקוחם של נציגי הציבור יכולה להיעשות גם במשתמע. כך, למשל, קבעו בתי הדין, שאם פונה יוצר ההקדש לבית הדין כדי לקבל הוראות או כדי שבית הדין יורה על פיטוריו של נאמן, רואה בית הדין את עצמו מוסמך להיעתר לבקשות וליטול לידיו את סמכויות הפיקוח ומתן ההוראות מכאן ואילך, מתוך ההנחה שהפניית הבקשה לבית הדין כמוה כהצהרה של יוצר ההקדש שהוא מעוניין שמכאן ואילך יטול בית הדין לידיו את הסמכויות שהיו שלו מתוקף היותו יוצר ההקדש[39].

(2) סמכות בתי הדין ו'גדול הדור'

בתלמוד נאמר[40]: "רבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים היו". פירש רש"י[41]: "דלהכי נקט רבן גמליאל, דנשיא הוה ובית דינו בית דין חשוב". קביעה זו משתמעת לשתי פנים, בהתאם לפירושה של האות ו' שבמילים "ובית דינו": אפשר ש־ו' זו היא ו' החיבור, ואם כך — רבן גמליאל מצד עצמו לא נחשב כאביהם של יתומים, אלא יחד עם בית דינו בלבד. אבל אפשר גם ש־ו' זו היא ו' מחלקת, ואם כך — רבן גמליאל מתוקף תפקידו כנשיא ישראל, וכן בית דינו, שניהם בעלי מעמד של "אביהם של יתומים".

החורגות מן הדרוש לשם שמירת ערכם של נכסי ההקדש, כגון מתן הוראות בנוגע לאופן הטיפול בנכסי ההקדש, במצב שיש כמה חלופות שכל אחת מהן שומרת על שלמות נכסי ההקדש.

37 כך כותב קהילות יעקב (מהד' תשל"א), בבא בתרא, סימן ח, ד"ה וידעתי: "נראה דכל בית דין, מלבד כח בית דין שלהם [=סמכות השיפוט], אית בהו נמי [=יש בהם גם] כח של גבאי צדקה".
דבריו אלו מבוססים על דבריו של רב יוסף, בבא קמא לו ע"ב: "אנן יד עניים אנן [=אנחנו, יד עניים אנחנו]". אלא שמעיר על כך ר"א מילר, שלדעת חלק מן הראשונים, לא קבע כך רב יוסף מתוקף היותו דיין, אלא מתוקף היותו גבאי צדקה. ראה: נימוקי יוסף, בבא קמא יח ע"ב, בדפי הרי"ף; רש"י, בבא קמא שם, ד"ה אנן; רש"י, בבא קמא צג ע"א, ד"ה רב יוסף. מנגד, ראה: בית הבחירה, בבא קמא לו ע"ב; חידושי הרשב"א שם, ד"ה אמר; המאור הגדול, בבא קמא יח ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אנן.
עוד מעיר ר"א מילר, שאף אם נאמץ את הדעה שלבית הדין יש סמכות כפולה, סמכות שיפוטית וסמכות לפקח על ניהולן של נאמנויות למטרות צדקה, עדיין אין ראיה לכך שלבית הדין יש סמכות פיקוח על נאמנויות למטרות ציבוריות שאינן מטרות צדקה.
אולם נראה, שביסוד הסמכות של בית הדין לפקח על נאמנויות למטרות צדקה, עומדת תפיסה עקרונית שבית הדין מוסמך גם לפקח על ניהולן של נאמנויות שנועדו לקדם מטרות ציבוריות, ובכללן נאמנויות למטרות צדקה. כך קבע ר' אברהם ח' שרמן, דיין בית הדין הרבני הגדול, בנימוקים לפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, תיק שס/994, הועד הכללי כ"י נ' כהן י' ואח' (נדפס בספר משפטי ארץ, כרך א, עפרה תשס"ב, עמ' 118־133): "בית דין, מלבד תפקידו, שמינוהו לדון בכל דבר הצריך משפט, מוטל עליו לעסוק בצרכי ציבור החומריים והרוחניים... עצם המינוי על בית דין לשפוט ולדון בכל דבר המשפט, מגלה דעת ורצון הציבור, שרואה בהם חשובים ונאמנים להיות שלוחיו לענייינים הציבוריים הנ"ל" (שם, עמ' 124). וראה גם: ר' אברהם ח' שרמן, "סמכותו של בית דין לדון בעניינים ציבוריים", תחומין כה, עמ' 243; ר' שלמה דיכובסקי, "בית דין הוא אביהם של ישראל", שם, עמ' 247.

38 ראה: בית יוסף, יו"ד, סימן רנו, אות ד (הובא ברמ"א, יו"ד, סימן רנו, סעיף ד); ש"ך שם, ס"ק ט. וראה גם: שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קסט; שו"ת תורת חיים, חלק ג, סימן קג, ד"ה גם הרא"ש.

39 ראה: בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 24־26; ר' יוסף נדב, בד"מ 52257/9 מרדכי פודהורצר נ' יצחק קופרשטוק, תק־על 96(3), 1224, בעמ' 1236.

40 בבא קמא לז ע"א.

41 רש"י שם, ד"ה אין צריכין פרוזבול.

עיון בדברי הראשונים מגלה שנחלקו חכמים בדבר. ר׳ מנחם המאירי[42] לומד מן הדברים: ״כל דיין קבוע וחשוב — אביהן של עניים הוא ואפוטרופוס שלהם״[43]. משמע, שרק תפקידו השיפוטי של רבן גמליאל הוא שהעניק לו את המעמד של אביהם של יתומים, ושמו של רבן גמליאל צוין רק כדוגמה לאמת המידה הקובעת איזה בית דין ייחשב כאביהם של יתומים: רק בית דין ״קבוע וחשוב״, כמו בית דינו של רבן גמליאל, הוא ״אביהם של יתומים״. כעין דברים אלו אומר גם הר״מ מסרקסטה[44]: ״דרבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים הן, וכן כל בית דין קבוע שבכל עיר[45]. והיכא דהוו בעיר שאין בה בית דין קבוע או בכפר קטן, נראה לומר שבית דין הקבועים בכל מקום שהן הן אביהן״.

מנגד, השיב הרא״ש[46]: ״דוקא דיינין שממונין בכל עיר ועיר או גדולי הדור, שהן אביהם של יתומים, יש להם למנות אפוטרופוס ליתום. ואם יראה שהם טובים ליתומים, יכולים למנות עצמן״. מדברים אלו עולה שהרא״ש הבין שיש שתי סמכויות מקבילות: זו של דייני העיר, וזו של גדולי הדור. על יסוד דברי הרא״ש, הורה מהרשד״ם[47]: ״גדול העיר הוא מעצמו יכול לימנות עצמו אפוטרופוס״. ר׳ חיים בנבנשתי כתב[48]: ״מתשובה זו של הרא״ש ז״ל מוכח שלמנות אחד אפוטרופוס על היתומים צריך שיהיו דיינים שממונים בכל עיר ועיר או גדולי הדור. ומכאן נפשט ספקו של מהרש״ח [=מורנו הרב שמואל חיון (בספר בני שמואל)] בתשובות סי׳ ל״ה, שנסתפק אם בית דין של עיר אחת יכולים למנות אפוטרופוס על יתמי עיר אחרת, דודאי שאינם יכולים אם לא שהם גדולי הדור״.

שאלה זו עמדה לאחרונה במוקד של דיון בבית הדין הרבני הגדול[49]: בית דין אזורי הורה לנאמני הקדש מסוים כיצד לנהוג. ברם, הוראה זו לא כובדה, משום שלטענת הנאמנים, ״גדול הדור״ הורה להם להמתין עד לבירור תוקפה של הוראת בית הדין האזורי בערעור שיוגש לבית הדין הרבני הגדול. בית הדין האזורי לא האמין לטענה זו, ואף סבר שלא יעלה על הדעת שגדול הדור יורה לנאמנים לפעול בניגוד להוראת בית הדין האזורי. לכן, בתגובה להפרת הוראות בית הדין, פיטר בית הדין האזורי את נאמני ההקדש.

נאמני ההקדש ערערו על החלטה זו בפני בית הדין הרבני הגדול, ולאחר בירור העובדות, הגיע בית הדין למסקנה שאכן גדול הדור הורה לנאמנים שלא לכבד את הוראות בית הדין האזורי. בנוסף, דחה בית הדין הגדול את עמדת בית הדין האזורי, שגדול הדור אינו מוסמך להורות לנאמנים לפעול בניגוד להוראות בית הדין האזורי, וזאת על יסוד דברי הרא״ש ומהרשד״ם הנזכרים.

[42] בית הבחירה, בבא קמא לו ע״ב.

[43] וכעין זה שם בדף לז ע״א: ״דיינין הקבועים והחשובין שבכל דור ודור הם הם אביהם של יתומים״.

[44] שיטה מקובצת, בבא קמא לו ע״ב.

[45] ר״א מילר מעיר שמדברי הר״מ מסרקסטה משמע שאמת המידה הקובעת איזה בית דין ייחשב כ״אביהם של יתומים״ ואיזה לא, מחמירה פחות מזו של המאירי, כיוון שהוא אינו דורש שיהיה זה בית דין ״חשוב״, ודי לו בכך שבית הדין יהיה ״קבוע״.

[46] שו״ת הרא״ש, כלל פה, סימנים ה־ו. דבריו הובאו גם ברמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף א.

[47] שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן תכד.

[48] כנסת הגדולה, חו״מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות י. כפתור ופרח, פרק נ (עמ׳ תרעח במהד׳ לונץ), מפרש את הביטוי ״רבן גמליאל ובית דינו״ כך: ״כלומר, נשיאי ישראל בכל דור ודור אביהם של יתומים״. מדבריו משמע, שלא הגדלות התורנית היא המקנה לרבן גמליאל את סמכות ״אביהם של יתומים״, אלא היותו מנהיג הציבור.

[49] תיק שס/994 (לעיל, הערה 37).

אולם נראה שקשה ללמוד מפסיקה זו הלכה מחייבת, שהרי היא מעוררת תמיהות רבות:

(א) בית הדין התעלם לחלוטין מדברי הראשונים[50] הסבורים שרק בית דין הוא זה שיש בידיו סמכות להורות לנאמני הקדש כיצד לפעול.

(ב) בדברי הרא"ש לא נאמר כלל שסמכות גדול הדור עדיפה על סמכות בית הדין. ייתכן אפוא שסמכות גדול הדור היא סמכות שיורית בלבד. אם כך, אחרי שבית הדין האזורי עשה שימוש בסמכותו והורה לנאמן כיצד לפעול, אין לגדול הדור סמכות להורות לנאמנים לפעול בניגוד להוראות בית הדין[51].

(ג) הענקת הסמכות לגדול הדור לבקר את הוראות בית הדין, חותרת נגד הכלל הידוע ש"בי דינא בתר בי דינא לא דייקי" — אין בית דין מבקר את פסק דינו של בית דין מוסמך אחר[52].

(ד) אף אם מאמצים את עמדת הרא"ש, לא ברור כלל שהמושג "גדול הדור" שהוא דן בו זהה למושג "גדול הדור" המקובל כיום. אפשר ש"גדול הדור" של הרא"ש אינו רק סמכות רבנית עליונה, אלא כמו שהיה רבן גמליאל, היינו גוף שהציבור מסר בידיו גם סמכויות שלטוניות מסוימות. האם לגדולי הדור שבימינו הוענקו סמכויות דומות?

(ה) מבחינה מעשית, קשה להבין כיצד ינוהלו הקדשות לפי פסיקת בית הדין הרבני הגדול. האם על בתי הדין האזוריים לשאול את גדול הדור לדעתו בטרם יכריעו בכל עניין הנוגע לניהול נכסי יתומים והקדש? לדעת הרב שרמן: "בית הדין להקדשות, כאביהם של עניים

[50] ראה לעיל, הערות 42 ו־44.
יש להוסיף, שבפס"ד בליליוס, הנתבע היה הגרצ"פ פרנק, שהיה גדול הדור, ולא טען שם שהוא רשאי לתת הוראות בניגוד לדעת בית הדין. אלא שייתכן שלא טען כך מפני שביקש לסלק את הנאמנים מתפקידם, ואין מי שאומר שיש לגדול הדור סמכות לסלק נאמנים שמונו על ידי בית דין; או מפני שהוא ביקש לפעול בדרך המלך, ולא בניגוד לבית הדין, שבעבר הוא היה בין חבריו.

[51] פרשנות דומה מציע ר"א מילר. לדבריו, הן בית הדין והן גדול הדור שואבים את סמכותם לפקח על ניהול נכסי יתומים ונזקקים ממצוַת השבת אבדה, ומצווה זו אינה קיימת אם כבר קיבל אדם אחר או גוף אחר על עצמו את האחריות להשבת האבדה. לכן, הראשון שיפעל לפקח על ניהול נכסי ההקדש מפקיע את סמכותם של אחרים לעשות כן. אכן, לפי פרשנות זו, סמכותו של גדול הדור מקבילה לסמכות בית הדין, אך למעשה מתנהל ביניהם מעין "מירוץ סמכויות", כאשר מי שיעשה ראשון שימוש בסמכותו, ישלול מן האחר את היכולת לעשות שימוש בסמכותו. לכן, משעה שהורה בית הדין לנאמן כיצד לפעול, מנוע גדול הדור מלחוות דעה בעניין. פרשנותו של ר"א מילר שונה מעט מהפרשנות שבטקסט: לפי הפרשנות שבטקסט, סמכות בית הדין עדיפה על סמכות גדול הדור, שהיא רק שיורית, ואילו לפי ר"א מילר, אלו סמכויות מקבילות. פרשנותו קשה, שכן לפיה עלולה להיווצר אנרכיה במערכת המשפט, כאשר עלול להתקיים מירוץ סמכויות בין בית הדין לבין גדול הדור, ואף תיתכנה סתירות בין הוראות שנתן גדול הדור לבין הוראות בית הדין, שלא ידע שגדול הדור כבר 'הרים את הכפפה', סתירות העלולות לגרום לזילות בית הדין ועוד. קושי נוסף הוא, שאם מצוות השבת אבדה היא מקור הסמכות, במה עדיפים בית הדין וגדול הדור על כל אדם אחר (ואף הנאמן עצמו), המחויב גם הוא בהשבת אבדה? ועל כרחנו יש לנו לומר, שאם כל אחד יהיה מוסמך לתת לנאמן הוראות מדין השבת אבדה, לא ימצא הנאמן את ידיו ואת רגליו, ולכן, יש לייחד את התפקיד לגוף אחד; ואם כן, חזרנו לקושי הראשון.

[52] הערת ר"א מילר. וראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן יט, סעיף ב; סמ"ע שם, ס"ק ב; ובהרחבה: א' שוחטמן, סדר הדין, ירושלים תשמ"ח, עמ' 444 ואילך. אמנם, מוסמך בית הדין הגדול לבקר את פסקי הדין שניתנו בבתי הדין האזוריים, אך נראה שסמכות זו מבוססת על הסכמת המתדיינים לכך שפסק בית הדין האזורי ניתן יהיה לערעור בבית הדין הרבני הגדול (ראה למשל: ערעור תשל"ד/67, פד"ר, כרך י, עמ' 168, בעמ' 180), וספק רב אם הסכמה כזו קיימת גם בנוגע לגדול הדור, שאין החוק מכיר בסמכותו להתערב בפסיקות בתי הדין האזוריים.

והקדש, מתוך דאגתו לטובת ההקדש, היה צריך לפנות מיוזמתו לבקש חוו"ד של מרן... ולצרפה לשיקול דעתו במתן פסקי דין". אלא שאם כך, לשם מה נדרשת חוות הדעת, הרי אם סמכות גדול הדור עדיפה, אין "לצרפה לשיקול דעתו" של בית הדין, אלא יש לנהוג על פיה! אך כדי שגדול הדור יוכל להכריע בדבר ללא משוא פנים, יש להניח שיש להציג בפניו את כל הטענות והראיות הנוגעות לעניין, ואם כך, לשם מה בכלל להביא את העניין בפני בית הדין האזורי או בפני כל בית דין אחר?

(ו) אשר לנאמן, כיצד עליו לפעול אם הוא מקבל הוראות סותרות מבית הדין האזורי ומגדול הדור? על כך נאמר בפסק הדין של בית הדין הגדול שעל הנאמן לפנות לבית הדין הרבני הגדול בירושלים, שהוא זה "שממונה לדון ולהכריע בדבר". ברם, אם סמכות גדול הדור עדיפה על סמכות בית הדין האזורי, מדוע סמכותו פחותה מזו של בית הדין הרבני הגדול?! ואם סמכותו עדיפה אף על סמכות בית הדין הרבני הגדול, יעשה הנאמן כמצוות גדול הדור ולא יפנה לבית הדין הרבני הגדול כלל[53]!

(ז) פסיקת בית הדין הרבני הגדול אף עומדת בסתירה לדברים שכתב הראשון לציון, הרב בן ציון מאיר חי עזיאל[54]. הרב עזיאל מביא את דברי הרא"ש, הרמ"א ומהרשד"ם, ואמנם לומד מהם שאף "גדולי הדור, אף על פי שאינם נבחרי הצבור לפי תפקידם או מעמדם, חשובים אפוטרופסי היתומים". אולם על כך הוא מעיר שמ"מאמר הגמרא: רבן גמליאל ובית דינו אביהם של יתומים, מוכח שאפוטרופסות בית דין על נכסי יתומים קטנים מסורה לבית

[53] אכן, על שאלה זו ניתן להשיב שהפנייה לבית הדין הרבני הגדול לא נועדה כדי שיורה לנאמן כיצד לפעול (שהרי הנאמן כבר קיבל מגדול הדור הוראה כיצד לפעול), אלא כדי שבית הדין הרבני הגדול יבטל את פסיקתו של בית הדין האזורי.

בנימוקי פסק הדין הוסבר שקיים מקור דומה לסמכויותיהם של בית הדין ושל גדול הדור לתת לנאמן הוראות: "בתי הדין נבחרו להיות שלוחים וממונים של הצבור והקהל בישראל לדאוג לאותם שבתוך הצבור שאינם יכולים או מצויים לדאוג לעצמם, כיתומים, קטנים, חרשים, שוטים ועניים. חיובים אלו על בית הדין אינם נובעים מכך שהצבור מינה אותם בפירוש בפועל לצרכים ציבוריים אלו, אלא שעצם המנוי על בית דין לשפוט ולדון בכל דבר המשפט, מגלה את דעת ורצון הצבור, ש[רואה ב]הם חשובים ונאמנים להיות שלוחיו לענייני הציבוריים הנ"ל" (משפטי ארץ, לעיל הערה 37, עמ' 124).

באופן דומה, אף "גדולי ישראל הם אביהן של יתומים, למרות שלא נתמנו להיות כבית דין. וזאת, לאחר שהצבור והקהל רואים באותם חכמים גדולי התורה וההוראה, כגדולים שבדור, ממילא דעתם של הצבור והקהל לראותם מתאימים וראויים להיות כאביהם של יתומים או עניים וכו'. והרי הם כממונים על עניני יתומים או עניים ויש להם הסמכות לקבוע ולטפל ולהתערב בענייניהם, בין הם בין אפוטרופסים שהם ימנו" (משפטי ארץ, שם).

אכן, מעיר ר"א מילר שהקשר שבין נכונות הציבור לקבל על עצמו את בית הדין לשם הכרעה בסכסוכים משפטיים לבין נכונותו לקבל על עצמו את בית הדין כמפקח על הקדשות למטרות ציבוריות, אינו ברור מאליו.

על דבריו יש להוסיף, שגם אם "הקהל רואים באותם חכמים גדולי התורה וההוראה, כגדולים שבדור", אין קבלת הסמכות ההלכתית של גדול הדור דומה לקבלת הסמכות ההלכתית של בית הדין, שבידיו הופקד גם הפיקוח על עניינים ציבוריים שונים, כפי שהאריך הרב שרמן להוכיח בפסק דינו. ייתכן, אם כן, שהעובדה שהקהל מכיר בגדולתו התורנית של גדול הדור, אין בה כשלעצמה כדי ללמד שהקהל מעניק לו גם את הסמכות לפקח על ניהול הקדשות למטרות ציבוריות, שהרי לשם כך נועדו בתי הדין.

[54] שערי עוזיאל, חלק א, שער א, פרק א, עמ' א (במהד' תשנ"א), הערה א.

דין גדול וממונה, דומה לר״ג ובית דינו, ולא גדולי הדור שאינם ממונים, או ממונים שאינם גדולי הדור[55]״.

ג. נאמנות פרטית

כזכור, למדנו מדברי מהר״ם שיק, שבנאמנות למטרות צדקה שנוצרה בידי אדם פרטי, היוצר הוא המוסמך לתת לנאמן הוראות, שכן מכוחה של השתדלותו ביצירת ההקדש וקיומו, הוא ׳זכה׳ במעין בעלות על מצוות הצדקה שלשמה נוצר ההקדש.

מדברים אלו יש ללמוד על דרך ההיקש, שבנאמנות פרטית, שנוצרה בידי יוצרה לשם קידום מטרותיו הפרטיות, היוצר הוא היחיד שמוסמך לתת הוראות לנאמן[56].

פרק רביעי

הוראות בית המשפט — ״לתת לנאמן הוראות״

א. מבוא

החוק אינו מבהיר מהו היקף סמכותו של בית המשפט לתת לנאמן הוראות. למשל, האם מוסמך בית המשפט להורות לנאמן לפעול בדרך המנוגדת לחובותיו על פי החוק או על פי חוזה הנאמנות? האם מוסמך בית המשפט להתיר לנאמן לעשות השקעה שעל פי החוק או התקנות היא השקעה אסורה?

האם רשאי בית המשפט לעשות שימוש בסמכותו גם במצב שקיים סכסוך בין הנאמן לבין צד שלישי? בנסיבות אלו, הפעלת הסמכות לתת הוראות לנאמן עלולה לכאורה להכניס את בית המשפט למצב של ניגוד עניינים וסתירה מובנית בין חובתו להכריע בסכסוך שבין הצדדים ללא משוא פנים, לבין חובתו לתת לנאמן הוראות שיבטיחו את הניהול היעיל של נכסי הנאמנות לשם קידום מטרותיה. על בעיה זו עמד השופט קיסטר[57]: ״קיים הבדל יסודי בין

[55] פרשנות זו לדברי הגמרא מתאימה לפרשנות רבים מן הראשונים לדברי הגמרא, כנ״ל בהערות 42 ו־44. אלא שנראה שהיא מחמירה מכל הפירושים הנזכרים שם, כיוון שאין די בכך שבית הדין יהיה ״קבוע״ וגם ״חשוב״, אלא שעל דייניו להיות לא פחות מאשר ׳גדולי הדור׳. ואפשר שאין כוונת הרב עוזיאל ל׳גדולי הדור׳ ממש, אלא לדיינים חשובים, וכך יש גם ללמוד מדברים שכתב בנוגע לסמכות בית הדין למנות נאמני הקדש ולפקח על ניהול נכסי ההקדש: ״בית דין בעירו הוא אפוטרופוס על כל נכסי הקדש״ (שם, פרק ה, אות א).
לכאורה, אפשר לטעון, שרק לבית הדין הגדול יש סמכות לדון בענייני הקדשות, שכן רק דייניו הם ״גדולי הדור״, אבל לבית הדין האזורי (״ממונים שאינם גדולי הדור״) ולגדול הדור (״גדול הדור שאינו ממונה״) יש סמכות זהה, הפחותה מסמכותו של בית הדין הגדול, וכך יש להבין את הוראתו של גדול הדור להמתין לפס״ד של בית הדין הגדול ואת פסיקתו של בית הדין הגדול.

[56] כל זה, בנאמן שיש לו זיקה קניינית לנכסי הנאמנות. אולם, בנאמן שאינו אלא שלוחו של יוצר הנאמנות (על שני סוגי הנאמנים, ראה סעיף 1, פרק שני), מובן מאליו שהיוצר יהיה היחיד שמוסמך לתת לנאמן הוראות, כשם שכל שליח מחויב אך ורק להוראות שולחו, ואין בית המשפט מוסמך לתת לשליח הוראות בניגוד לרצון שולחו.

[57] ע״א 635/71, בר״ע 225/71, שיווק מוצרי אוטוקרס בע״מ ואח׳ נגד ה׳ מרגוליס עו״ד ואח׳, פ״ד כו(1) 682, בעמ׳ 691־692.

בקשה להוראות מצד כונס נכסים או נאמן אחר, לבין הליכים המוגשים על ידי כונס נכסים או נאמן נגד צד אחר". לדבריו, "בית המשפט, בסמכותו כמפקח על הפקידים, נותן להם הוראות בהסתמכו על אינפורמציה, אבל כאשר יש מחלוקת בין אותו ממונה לבין צד שלישי, שני הצדדים חייבים להיות שווים בפני בית המשפט".

בהתאם לכך הוא כותב במסקנתו, שאם מתנהל סכסוך משפטי בין נאמן לבין צד שלישי ובית המשפט נדרש להכריע בו, לא ישתמש בית המשפט בסמכותו לתת הוראות לנאמן.

ב. הוראות בניגוד לחוק

בתוספתא נקבע[58] שאין האפוטרופוס רשאי למכור מקרקעין רחוקים של היתומים כדי לקנות בתמורתם מקרקעין קרובים, וכן אין הוא רשאי למכור מקרקעין שאיכותם גרועה כדי לקנות בתמורה מקרקעין שאיכותם טובה. הסיבה לכך היא שעסקאות מסוג זה עלולות לסכן את נכסיהם. ייתכן, למשל, שיתברר שהמקרקעין שנקנו משועבדים[59], וכך רצונו של האפוטרופוס להיטיב עם היתומים עלול לגרום להם הפסד. עם זאת, נקבע בתוספתא שהאפוטרופוס רשאי לעשות עסקאות מסוג זה לאחר שנטל רשות מבית הדין.

ראשונים רבים הסיקו מהלכה זו שבית הדין רשאי להתיר לאפוטרופוס לנקוט כל פעולה שההלכה אוסרת עליו לעשותה, אם נוכח שהדבר דרוש לטובת היתומים[60].

אבל נראה שיש לסייג מסקנה זו, משום שהלכת התוספתא נועדה להבטיח שהאפוטרופוס לא יעשה פעולה שיש בה כדי לגרום נזק לנכסי היתומים, וסמכות בית הדין לאשר את הפעולה במקרה זה, נובעת מכך שבית הדין החליט שבמקרה שהובא בפניו, אין חשש שפעולת הנאמן תזיק לנכסי היתומים. לכן, כל שניתן להסיק מן התוספתא הוא שבית הדין רשאי להורות לנאמן לפעול בניגוד להוראות ההלכה, אם נוכח שהפעולה דרושה לטובת ניהול נכסי ההקדש והגשמת מטרותיו.

ג. הוראה לנאמן במצב של סכסוך בינו לבין צד שלישי

בהתייחסו לדברי השופט קיסטר שהזכרנו במבוא, מוצא השופט צבי טל[61] מקור להלכה השוללת מבית המשפט את הסמכות לתת לנאמן הוראות אם קיים סכסוך בינו לבין צד שלישי, בדברים שכתב הר"ן[62]. הר"ן כתב שבמקום שצריכים לחלק את העיזבון או לטעון בדין בעבור

[58] תוספתא תרומות, פרק א, הלכה יג (הלכה 11 במהד' ליברמן), ובבא בתרא, פרק ח, הלכה ד (הלכה 15 במהד' ליברמן). ראה על כך בסעיף 10, פרק רביעי, ד.

[59] ע"פ גיטין נב ע"א.

[60] ראה: ר"ן על הרי"ף, מגילה ח ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה לא, וגיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף); חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, ד"ה יתומים; שו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן רמט; חידושי הרמב"ן, גיטין שם, סוף ד"ה הא דתנן; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה י; חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים, גיטין שם, ד"ה וכתב רמ"ה (הובא בטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף יט); חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א, ד"ה וקשיא; בית הבחירה, קידושין מב ע"א, עמ' 211; רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כו, חלק א; ספר העיטור, אפיטרופוס, ליד אות כה, דף עח ע"ב; רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף יג; שו"ת מהריב"ל, חלק א, סימן עט.

[61] רע"א 3277/95 הולנדר בנאי בע"מ נ' חברה לנאמנות, פ"ד מט(5) 295, 300-301.

[62] ר"ן על הרי"ף, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), הובא ברמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף א, ובערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה.

היתומים, על בית הדין לזנוח את תפקידו כ"אבי יתומים" ולמנות אפוטרופוס אחר שיטען עבור היתומים, כדי "שלא יהיו נראין כעורכי הדיינין"[63].

אבל נראה שהשופט טל העניק פרשנות רחבה מדי לדברי הר"ן, שהרי הר"ן לא דן בסמכות בית הדין לתת הוראות, אלא בסמכות בית הדין לטעון בדין לטובת היתומים. בסמכות זו, אמר הר"ן, אל לו לבית הדין לעשות שימוש אם קיים סכסוך בין האפוטרופוס לצד שלישי, משום מראית עין של נקיטת צד בהליך משפטי[64]. מראית עין כזאת אינה קיימת בהכרח במצב שבית הדין אינו טוען בשם היתומים או בשם ההקדש, אלא נותן לנאמן הוראות. אולם אף שקשה ללמוד מדברי הר"ן את דבריו של השופט קיסטר, ניתן להשתמש בדבריו כמקור השראה ליצירתה של הלכה חדשה, דוגמת זו שיצר השופט קיסטר, בנסיבות שיש מקום לחשש שגם מתן הוראות יגרור אחריו לזות שפתיים כלפי בית הדין[65].

פרק חמישי

הוראה "בסטייה מכתב ההקדש"

ס"ק (ב) מסמיך את בית המשפט להתיר לנאמן לעשות שימוש בנכסי ההקדש לשם סיפוק צרכיו של נהנה או של התלויים בו, אף "בסטייה מכתב ההקדש"[66]. מכלל הוראה זו אנו למדים שאין בית המשפט רשאי לתת לנאמן הוראה שהיא "בסטייה מכתב ההקדש", שלא לשם סיפוק צרכיו של נהנה או של התלויים בו.

בעניין זה, נראה שעמדת המשפט העברי שונה, כפי שעולה מפסק הדין בעניין הקדש בליליוס[67]. בפסק דין זה, ביקש בית הדין לשנות את הגוף שחבריו מונו על פי כתב ההקדש לשמש כנאמני ההקדש, והוא ועד העדה הספרדית בירושלים, ולמנות נאמנים אחרים, שאינם חברים בגוף זה. בא כוח ועד העדה הספרדית טען: "אין בכוחו של בית הדין לשנות את שטר ההקדש, שהוא בבחינת החוקה של ההקדש... אין לשנות את חוקת ההקדש הקובעת את הגוף

[63] ע"פ משנה אבות, פרק א, משנה ח.

[64] יש להדגיש שהר"ן אינו חושש מפני ניגוד עניינים או מפני חוסר שוויון של הצדדים בפני השופט, כלשונו של קיסטר, אלא מלזות שפתיים. נראה שהסיבה לכך היא שבאותה מידה שמתפקידו של בית הדין לדאוג לטובת היתומים, מתפקידו גם לדאוג למנוע עוולות ולהציל את העשוק בדין. יש להניח שדיינים ישרים לא ימעלו בתפקידם זה בשל תפקידם האחר, לדאוג לרווחתם של היתומים. אולם אף שלגופו של עניין אין מקום לחשש זה, אם טענת בית הדין לטובת אחד הצדדים בהליך משפטי עלולה לגרום ללזות שפתיים נגד הדיינים, יש למנוע את הדבר.

[65] אולם נראה שגם בנסיבות אלה, יכול הרכב אחד לתת הוראות בעוד שהסכסוך בין הנאמן לצד שלישי מתנהל בפני הרכב אחר.

[66] הוראה דומה קיימת בסעיף 23: בית המשפט רשאי לשנות הוראה מהוראת כתב ההקדש לשם הגשמת מטרתו של המקדיש, ושם זו סמכות רחבה יותר, שהיא קיימת אפילו בלי קשר לסיפוק צרכי נהנים, ומדובר בשינוי קבוע של הוראה מהוראות כתב ההקדש, כך שמכאן ואילך יידרש הנאמן לפעול בהתאם להוראה המתקנת; מצד שני, הסמכות שם מצומצמת למצב שהדבר תואם את אומד דעתו של המקדיש. החידוש של סעיף 19 הוא שבית המשפט יכול לעשות גם שינוי שאינו תואם את אומד דעתו של המקדיש, אבל זאת רק בהוראה חד פעמית.

[67] ע"ר 21/תשט"ז בפני בית הדין הרבני הגדול; פד"ר, כרך ב, עמ' 18.

המשמש כנאמן ואת הנהלת ההקדש". על טענה זו השיב בית הדין: "חוקת ההקדש היא: מטרתו של ההקדש לשמה נוצר, ורצונו של המקדיש. כל שטר וכל תקנה לניהול הקדש, הוא רק לשם ביצוע יעיל של מטרה זו, ולשם מילוי רצונו של המקדיש בשלמות... הסדורים והתקנות שבית הדין מסדר ומתקן בשטר הקדש לצורך המטרה, סידורים ותקנות אלו רק תכלית אחת להם, לשמש לעזר לביצוע מטרת ההקדש, וברגע שבית הדין נוכח שהסדורים והתקנות אינם מובילות למטרה, ולהפך הן מובילות בכוון נגדי, בית הדין חייב לשנות ולתקן את השטר בהתאם לכך".

מדברים אלו עולה שהוראות כתב ההקדש אינן מחייבות את בית הדין, אלא במידה שיש בהן כדי לקדם את הגשמת מטרותיו של ההקדש, ובית הדין מוסמך לתת לנאמני ההקדש כל הוראה שיש בה כדי לקדם את הגשמת מטרות ההקדש, אף בסטייה מכתב ההקדש, ולא רק לשם סיפוק צרכיהם של הנהנים או התלויים בהם.

פרק שישי

שימוש בנכסים "לסיפוק הצרכים החיוניים של נהנה או של התלויים בו"

א. מבוא

בית המשפט מוסמך להתיר לנאמן, אף "בסטייה מכתב ההקדש", לעשות שימוש בנכסי ההקדש לשם סיפוק "צרכים חיוניים" של הנהנה או של התלויים בו.

מתעוררת השאלה, האם סמכות זו קיימת גם אם ההוראה עלולה לסכל את הגשמת מטרות ההקדש, או שמא סמכות זו קיימת רק אם סיפוק הצרכים לא יסכן את הגשמת מטרות ההקדש? דוגמה לכך היא בקרן נאמנות שהוקמה כדי שמפירותיה ייהנו הנהנים. שימוש בקרן לשם סיפוק צרכיו של נהנה או של התלויים בו, מעמיד בסכנה את האפשרות להפיק מן הקרן פירות, כפי הדרוש לנהנים. האם רשאי בית המשפט להורות על סיפוק צרכיו של נהנה או של התלויים בו גם מכספי הקרן עצמה?

בהקדש שנוצר לטובת נהנים אחדים, סיפוק צרכיו החיוניים של אחד מהם עלול לפגוע בזכויותיהם של הנהנים האחרים. האם גם כאן רשאי בית המשפט להתיר לנאמן לספק צרכים חיוניים של נהנה או של התלויים בו מנכסי הנאמנות? לדעת כרם[68], התשובה חיובית.

שאלה נוספת היא, מה הם "צרכים חיוניים"? האם יש לתת לביטוי משמעות אובייקטיבית ואחידה, שצרכיו החיוניים של נהנה הם הצרכים של כל אדם באשר הוא, כגון מזון, ביגוד ומקום מגורים, או שמא יש לתת לביטוי משמעות סובייקטיבית, המשתנה בהתאם למעמדו של הנהנה? לפי פרשנות זו, צרכיו החיוניים של נהנה אמיד ומכובד שונים מצרכיו החיוניים של נהנה אחר.

לשם הבנת השלכותיה המעשיות של השאלה, ניטול לדוגמה נהנה שהיה רגיל להתגורר בדירה בת ארבעה חדרים, ונושיו מבקשים לעקל את דירתו. האם יתיר בית המשפט לנאמן לפרוע בשמו את החוב מכספי ההקדש, או שמא יימנע מכך בטענה שבכסף שיישאר לאחר

[68] כרם, סעיף 330, עמ' 697.

מכירת הדירה והחזר החובות, עדיין יוכל הנהנה למצוא לעצמו מקום מגורים בשכירות, או שיוכל לרכוש דירה בת חדר אחד בלבד? אם תאומץ הפרשנות האובייקטיבית, ייתכן שאמנם כך יפסוק בית המשפט, אולם אם תאומץ הפרשנות הסובייקטיבית, ניתן יהיה לטעון שהמגורים בדירה בת ארבעה חדרים הפכו לצורך חיוני של הנהנה, ועל כן ניתן לעשות שימוש בכספי הנאמנות כדי לאפשר לו להמשיך להתגורר בדירה שכזו. להלן, נבקש להציע את הפרשנות הראויה בעינינו, לאור מקורות המשפט העברי.

ב. סיפוק צרכים בסטייה מכתב ההקדש

בתוספתא נקבע[69] שמי שהורה לנאמן לתת לבניו שקל אחד בכל שבוע, אך לאחר מותו התברר שפרנסת הבנים דורשת סך כפול מזה, "נותנין להם סלע", כלומר, שני שקלים, בסטייה מהוראתו המפורשת של יוצר הנאמנות. לעומת זאת, אם אמר האב לנאמן "אל תתן אלא שקל", אינו רשאי לתת לבנים יותר מכך, אף אם יתברר שהדבר נחוץ לפרנסתם[70].

מר עוקבא פסק[71] שבין אם אמר האב "תנו שקל לבני" ובין אם אמר "אל תתנו להם אלא שקל", הרי אם "ראוין ליתן להם סלע, נותנין להם סלע". על פסיקה זו שואל התלמוד: "הא קיימא לן [=הרי הלכה נפסקה] כרבי מאיר, דאמר מצוה לקיים דברי המת?", ומשיב: "בהא מינח ניחא ליה; והא דאמר הכי, לזרוזינהו הוא דאתא [=בזה נוח לו; וזה שאמר כך, לזרזם הוא בא]". כלומר, הנחתנו היא שהאב אינו מעוניין שבניו יגדלו מפונקים ויקנו לעצמם מותרות, ולכן צמצם את ההקצבה השבועית, אבל ברור שהוא אינו מתנגד למילוי צורכיהם החיוניים. לכן, אין בקביעה ש"נותנין להם סלע" סתירה ל"מצווה לקיים דברי המת".

הרמב"ם פסק כדברי מר עוקבא[72]: "שכיב מרע שאמר תנו לבני שקל בכל שבת, או שאמר אל תתנו להם אלא שקל, ונמצא שאינו מספיק להם אלא סלע בכל שבת, נותנים להם כל צרכן, שלא נתכוון זה להרעיב את בניו אלא לזרז אותם, שמא ירוויחו בהוצאה [=שמא יוציאו הוצאות ברווח, יבזבזו ממונם][73] יותר מדאי".

חשוב להדגיש שהלכה זו עניינה במי שביקש שישתמשו בנכסיו לפרנסת בניו, ומשום כך

[69] תוספתא כתובות, פרק ו, הלכה יא, הובא בתענית כא ע"א, בכתובות סט ע"ב ובבבא בתרא קכט ע"א.

[70] הראשונים נחלקו בשאלת היקף תחולתה של קביעה זו. לדעת הרמ"ה ותלמידי רבנו יונה (מובאים בשיטה מקובצת, כתובות סט ע"ב, ד"ה האומר), דברים אלו נאמרו בנסיבות שבהן ניתן לפרנס את הבנים בקצבה של שקל לשבוע, אך בדוחק. בנסיבות אלה, אם אמר האב "אל תתנו אלא שקל", יש להניח שהוא התכוון לכך שהנאמן לא יסטה מהוראתו, ולכן אין הנאמן רשאי לתת לבנים יותר משקל לשבוע. לעומת זאת, כאשר אין די בשקל לפרנסת הבנים, אף לא בדוחק, יהיה הנאמן רשאי לתת לבניו יותר משקל, משום שבנסיבות אלה יש להניח שהאב לא התכוון להמית את בניו ברעב, ואף אם התכוון לעשות כך, אין הנאמן רשאי לכבד את רצונו מפני שזוהי "מידת סדום" (על דבריו ראה להלן, ליד ציון הערה 85, ובסעיף 1, ליד ציון הערה 187). לעומתם, סובר רש"י, כתובות שם (ד"ה וראוין וד"ה הא), שגם אם אין די בשקל כדי לפרנס את הבנים, אף לא בדוחק, הרי אם אמר האב "אל תתנו אלא שקל", אין הנאמן רשאי לתת לבנים יותר מכך. כדעת רש"י משמע גם מפירושו לתענית כא ע"א (ד"ה וראויין), ומר"ן על הרי"ף, כתובות לא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה וראויין. לשאלת הייחוס של הפירוש למסכת תענית לרש"י, ראה למשל: הגהות מהר"ץ חיות, תענית ב ע"א, ובמה שכתב בסוף הגהותיו למסכת תענית בעניין זה.

[71] כתובות ע ע"א.

[72] רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק יא, הלכה כג; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנג, סעיף יז.

[73] ראה גם: רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד.

ניתן להשתמש בנכסים אף בסטייה מהוראותיו של האב לשם סיפוק צרכי הבנים, שהוא למעשה "מטרת ההקדש"; ונראה שאין ללמוד מהלכה זו שבית הדין רשאי להורות על סיפוק צרכיו של נהנה בסטייה מהוראותיו של יוצר ההקדש, אם סיפוק הצרכים של הנהנה אינה עולה בקנה אחד עם מטרות ההקדש. למשל, כספים שהוקדשו לטובת מתן מלגת לימודים לתלמידים מסוימים, אין להשתמש בהם לסיפוק צורכיהם החיוניים של תלמידים אלו, משום שהמקדיש לא יצר את ההקדש כדי לפרנס עניים, אלא כדי לעודד הצטיינות בלימודים.

זאת ועוד: הלכת האומר "תנו שקל לבני" עוסקת במי שביקש להעניק מנכסיו לנהנים מסוימים. בנסיבות אלה, יש להניח שטובתם של הנהנים המסוימים עמדה לנגד עיני המקדיש, ולפיכך סיפוק צורכיהם החיוניים, אף אם הוא נעשה בסטייה מהוראות המקדיש, אינו בניגוד לדעתו. לעומת זאת, אם ההקדש נועד לטובת נהנים לא מסוימים, כגון לטובת עניי העיר, ייתכן שיוצר ההקדש לא היה מסכים לחלוקת כספי ההקדש בסטייה מהוראותיו, לשם סיפוק צורכיהם של כמה מהנהנים[74].

ג. הקדש קרן לפירותיה

במקרים רבים מקדיש אדם סך מסוים או נכס כדי שמפירותיו ייהנו הנהנים. במקרים אלו נשאלת השאלה: האם רשאי בית הדין להורות על סיפוק צורכיהם של הנהנים בסטייה מהוראותיו של המקדיש, אף על חשבון פגיעה בקרן?

לכאורה, דומה שאלה זו לשאלה שנדונה בתוספתא הנזכרת[75], בעניינו של מי שהורה לתת שקל מנכסיו לבניו בכל שבוע, שהרי גם במקרה זה התכוון האב לשמור על הקרן ולהפריש מנכסיו בכל שבוע סכום מסוים לבניו. כזכור, בעניין זה נפסקה הלכה שיש לספק את צורכיהם החיוניים של הבנים מן הקרן אף בסטייה מהוראותיו של האב.

אולם מהרי"ט[76] סבור שאין הנדון דומה לראיה, משתי סיבות: הראשונה היא, שהלכת התוספתא עניינה במי שהקדיש מנכסיו לטובת בניו, שהם נהנים מסוימים. בנסיבות אלו, כאמור לעיל, יש להניח שהוא היה מעוניין בסיפוק צורכיהם של הנהנים אף מן הקרן. לעומת זאת, אם ההקדש נועד לטובת עניים שאינם מסוימים, כבמקרה שדן בו מהרי"ט, אין יסוד להנחה זו, ויש להניח שכוונת המקדיש היא בעיקר להבטיח שתקוים מצווה בממונו לעד. לכן, אין לפגוע בקרן אף לשם סיפוק צורכיהם החיוניים של הנהנים.

לפי הבחנה זו, אפשר היה להסיק שכאשר מקדיש אדם קרן כדי שייהנו מפירותיה נהנים מסוימים, ניתן יהיה לספק את צורכיהם החיוניים של הנהנים על חשבון הקרן אף בסטייה מהוראותיו של יוצר ההקדש. אולם מהרי"ט עושה הבחנה נוספת בין הלכת התוספתא לבין הנושא שהוא דן בו, שעניינה הבחנה בין בניו של המקדיש לנהנים אחרים. בניו של אדם זכאים לרשת את כל נכסיו עם מותו, אילולי המצווה לקיים את דברי המת שמחייבת את הנאמן שלא לתת להם את כל הנכסים בבת אחת. לכן, ניתן להניח שההקצבה השבועית נועדה לזרז את הבנים ולעודד אותם למצוא פרנסה בכוחות עצמם, וממילא אם קיים צורך אמיתי להשתמש בנכסים לשם סיפוק צורכיהם החיוניים של הבנים, יש לספקם גם על חשבון הקרן.

[74] עיין שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יו"ד, סימן מה.
[75] לעיל, אחרי ציון הערה 69.
[76] שו"ת מהרי"ט, שם.

אין להניח הנחה כזאת בהקדש שנועד לטובת נהנים שאינם יורשי המקדיש, שנכסי הנאמנות אינם שלהם על פי דין. לפי הבחנה זו, גם אם ההקדש נועד לטובת עניים מסוימים, אין לספק את צורכיהם על חשבון הקרן אם אין הם יורשיו של יוצר ההקדש.

בניגוד גמור לכך, כתב מהרי"ט במקום אחר[77] שאם ההקדש נועד לטובת עניים מסוימים, או לטובת עניים שאינם מסוימים שחלקו של כל אחד מהם ברווחים קצוב, זכות העניים ברווחים מקנה להם זכות מסוימת אף בקרן. לכן, אם לא ניתן לספק את צורכי העניים מהרווחים, יסופקו צורכיהם מן הקרן. לפי הסבר זה, אין מקום להבחין בין הקדש לטובת בניו של היוצר לבין הקדש לטובת נהנים אחרים, ובין הקדש לטובת נהנים מסוימים להקדש לטובת נהנים שאינם מסוימים שחלקם ברווחים קצוב, ובכל המקרים ניתן לספק את צורכי הנהנים על חשבון הקרן[78].

רבי עקיבא איגר[79] הכריע שגם אם ההקדש נועד לטובת עניים מסוימים, אין לספק את צורכיהם החיוניים על חשבון הקרן[80].

ד. סיפוק צרכים חיוניים על חשבון נהנים אחרים

התוספתא[81] דנה כאמור באדם שביקש להבטיח שבניו יקבלו הקצבה שבועית של שקל, ונמצא שההקצבה אינה מספקת לסיפוק צורכיהם החיוניים. בהמשכה, דנה התוספתא במי שהקציב לבניו שקל לשבוע, וקבע שאם יישארו אחר מות הבנים נכסים שלא השתמשו בהם, הם יועברו לאחרים, שאינם בניו. במקרה זה, נאמר בתוספתא שהבנים לא יקבלו אלא שקל לשבוע, גם אם אין בקצבה זו כדי לספק את צורכיהם החיוניים[82].

רש"י הסביר את הדין בנימוק "שאין[83] לנו להפסיד את הבאים אחריהם, והואיל ועשה את האחרים יורשים אחריהם, ודאי דווקא שקל קאמר, כדי שתיפול ירושה אחריהם לאותן אחרים". מכאן נראה להסיק שבדרך כלל אין דעתו של יוצר נאמנות או הקדש נוחה מסיפוק צרכיו של

[77] שם, חלק א, סימן קטז.

[78] על סתירה זו עמד משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד, ד"ה עוד כתב הרב.

[79] חידושי רבי עקיבא איגר, יו"ד, סימן רנא, סעיף ה.

[80] ראה גם פתחי תשובה, יו"ד, סימן רנא, ס"ק ה.

[81] לעיל, הערה 69.

[82] וכך פסקו גם רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק יב, הלכה ו; ושולחן ערוך, חו"מ, סימן רמח, סעיף ב, וסימן רנג, סעיף יז. בשיטה מקובצת, כתובות ע ע"א, ד"ה וכתב, בסופו, הובאה דעתו של ר' יצחק סחאב אל סראגא, שגם במקרה זה "נותנין להן כל צרכן", אולם זוהי שיטת יחיד.

[83] רש"י, כתובות סט ע"ב, ד"ה אין נותנין. ראה גם: הפירוש המיוחס לרש"י, תענית כא ע"א, ד"ה אם מתו; תוספות רי"ד, כתובות שם; רשב"ם, בבא בתרא קכט ע"ב, ד"ה יירשו אחרים; רבנו גרשום, בבא בתרא שם; שיטה מקובצת, כתובות שם, ד"ה ואם אמר.

אבל ניתן לטעון שכוונת האב הייתה לזרז את בניו, ולכן קבע שיינתן להם שקל ולא יותר, וכמטרה משנית הוסיף שאם אחרי מות בניו יישארו נכסים שלא השתמשו בהם הבנים לפרנסתם, הם יועברו לאחרים. לפי הסבר זה, יש מקום לתת לבנים גם סלע, אם הדבר נדרש לפרנסתם. אפשר שלדעת הראשונים הנזכרים, אם יש שני הסברים אפשריים לכוונת האב, יש להעדיף את ההסבר המתאים ביותר ללשונו. על כן, במקרה שלפנינו, לא נאמר שכוונת האב הייתה לתת לבניו שקל, ואם יידרש יתנו להם יותר, אלא שכוונת האב הייתה לתת לבניו שקל לשבוע ולא יותר. אבל כאשר האב לא ביקש שאחר מות בניו יימסרו נכסיו לאחרים, ההסבר ההגיוני היחיד לצמצום הקצבה השבועית הוא שהאב ביקש לזרז את בניו להתפרנס מיגיע כפם ולמנוע מהם לבזבז את נכסיו ולפנק את עצמם בקניית מותרות.

נהנה על חשבון נהנים אחרים. על כן, לא יסופקו צרכיו של נהנה על חשבון נהנים אחרים, גם אם אלו צרכים חיוניים.

ה. הצרכים החיוניים

את דברי התוספתא הנזכרת[84] בעניין האומר "תנו שקל לבני בשבת", הסביר הרמ"ה[85] באופן הבא: למעשה, יכולים הבנים להתפרנס בדוחק משקל, אלא ששקל "אינו מספיק להם לפי כבודו [=של האב]". אף על פי כן, נפסק[86] שיתנו לבנים סלע, ולא שקל. מלשון זו משמע שהצרכים החיוניים שבהם דנה התוספתא הם צרכים המשתנים בהתאם למעמדם של הנהנים ובהתאם למעמדו של יוצר ההקדש.

אולם השולחן ערוך[87] פוסק: "שכיב מרע שאמר תנו לבני שקל בכל שבת, או שאמר אל תתנו להם אלא שקל, ונמצא שאינו מספיק להם אלא סלע בכל שבת, נותנים להם כל צרכן, שלא נתכוון זה להרעיב את בניו". מלשון זו משמע שרק אם קצבה של שקל לשבוע תגרום להרעבת הבנים, נוכל לטעון שמן הסתם לא לכך התכוון האב, ולכן נוכל לתת להם יותר משהקציב להם.

מכאן שהגדרת הצרכים החיוניים היא אובייקטיבית, ויש לה משמעות אחידה לכל אדם ובכל מעמד. הצרכים החיוניים הם אלו שנחשבים כחיוניים לכול, בין לאדם חשוב ועשיר בין לאדם פשוט ודל אמצעים[88].

פרק שביעי

סיכום

החוק מעניק לבית המשפט את הסמכות לתת לנאמן הוראות, אך אינו מחייב את הנאמן להתייעץ עם בית המשפט, אף לא אם הפעולות שהנאמן חושב לעשות עלולות לסכן את נכסי ההקדש. במשפט העברי, נחלקו הפוסקים בשאלה, האם חייב נאמן למטרות צדקה להיוועץ בבית הדין, בנסיבות שהפעולה שהוא מבקש לעשות עלולה לסכן את נכסי הנאמנות.

לפי החוק, בית המשפט הוא היחיד המוסמך לתת לנאמן הוראות כיצד לפעול. לא כך הדבר לפי המשפט העברי, המבחין לעניין זה בין הקדש שנוצר על ידי אדם פרטי לבין הקדש שנוצר בידי הציבור או נציגיו. בהקדש מן הסוג הראשון, רק יוצר ההקדש מוסמך לתת לנאמן

[84] לעיל, ליד ציון הערה 69.

[85] שיטה מקובצת, כתובות סט ע"ב. וכך מובא שם גם בשם תלמידי רבנו יונה. על דבריהם ראה לעיל, הערה 70.

[86] כמבואר לעיל, ליד ציוני הערות 71 ו־73.

[87] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רנג, סעיף יז.

[88] מן הסוגיה עולה שאין זה משנה אם הסכום המקורי מספיק לסיפוק צרכיהם החיוניים בלבד או גם לצרכים מעבר לכך, ואין אומרים שמן הסכום אפשר לאמוד את כוונת האב, אם התכוון לספק רק את צרכיהם החיוניים או יותר. זאת משום שייתכן שהוא קצב סכום קטן כדי לעודד את הבנים לצאת לעבוד, אך אילו היה יודע שאין בכוחם לעבוד, או שעבודתם אינה מספיקה להם, היה נותן יותר. בהתאם להנחה זו, תמיד יש לתת לבנים כדי סיפוק צרכיהם החיוניים, שכאמור, יש להניח שהאב ביקש לספק בכל אופן.

הוראות, וסמכות זו עוברת ליורשיו. כאשר אין בידיו של יוצר ההקדש או יורשיו לתת לנאמן הוראות, או כאשר יש בידם לעשות כן אך הם אינם עושים שימוש בסמכותם, תועבר הסמכות לבית הדין. בהקדש מן הסוג השני, הסמכות הבלעדית לתת הוראות לנאמן תהיה בידיו של בית הדין.

מפסק דין שניתן לאחרונה בבית הדין הרבני הגדול עולה, שיש הסבורים שאף לגדול הדור יש סמכות לתת לנאמן של ההקדש הוראות, וסמכות זו אף עדיפה על סמכויותיו של בית הדין הרבני. אולם ראינו שסמכותו של גדול הדור לתת לנאמני הקדש הוראות שנויה במחלוקת, ואף לסוברים שסמכות שכזו קיימת, כלל לא ברור שסמכות זו עדיפה על סמכות בית הדין לתת לנאמן הוראות.

מן התוספתא למדנו שבית הדין רשאי להורות לנאמן לעשות פעולות שאסור לו לעשות על דעת עצמו בשל הסיכון לנכסי ההקדש, אם נוכח שהפעולה דרושה לטובת ניהול נכסי ההקדש והגשמת מטרותיו.

השופט קיסטר קבע שאם יש מחלוקת בין נאמן לצד שלישי, חייבים שני הצדדים להיות שווים בפני בית המשפט, ולפיכך בית משפט שבפניו מתנהל סכסוך משפטי בין נאמן לבין צד שלישי, לא ישתמש בסמכותו לתת לנאמן הוראות. השופט טל מצא מקור לקביעה זו בדברי הר"ן, שקבע שאם "צריכים לחלוק או לטעון עם אחרים מחמת היתומים" על בית הדין לזנוח את תפקידו כ"אבי יתומים" ולמנות אפוטרופוס אחר שיטען עבור היתומים, "כדי שלא יהיו נראין כעורכי הדיינין". אולם נראה שיש מקום להבחין בין מתן הוראות לבין העלאת טענות בשם אחד הצדדים בדיון המשפטי. לפיכך, אין בידינו מקור המצדיק במפורש את קביעתו של השופט קיסטר.

בס"ק (ב) נקבע: "בית המשפט רשאי, אף בסטייה מכתב ההקדש, להתיר לנאמן את השימוש בנכסי ההקדש לסיפוק הצרכים החיוניים של נהנה או של התלויים בו". יש לפרש הוראה זו מתוך הנחה שזהו אומד דעתו של היוצר, וכך אמנם עמדתו של המשפט העברי, שרשאי בית הדין להתיר לנאמן לספק את צרכי הנהנים בסטייה מתנאי ההקדש רק כאשר אומד דעתו של יוצר ההקדש מלמד שהוא מעוניין בכך: כאשר ההקדש נוצר לטובת נהנים מסוימים, ויש להניח שיוצר ההקדש היה מעוניין בסיפוק צורכיהם אף כאשר הדבר נעשה בסטייה מתנאי ההקדש.

לעניין זה יינתן משקל גם לאופיו של ההקדש ולזכויות כל הנהנים. לדעת רוב הפוסקים, אם הוקדשה קרן לפירותיה, לא יורה בית הדין על סיפוק צורכיהם של נהנים על חשבון הקרן, ואף אם להקדש יש מספר נהנים, לא יורה בית הדין על סיפוק צורכיהם של הנהנים בסטייה מתנאי ההקדש אם יש בכך פגיעה בזכויותיהם של נהנים אחרים.

סמכות בית המשפט להתיר שימוש בכספי הקדש בסטייה מכתב ההקדש הוגבלה לסיפוק "צרכים חיוניים". לפי המשפט העברי, "צרכים חיוניים" הם צרכים הדרושים לקיומו של כל אדם, בין אם הוא עשיר ומכובד ובין אם הוא אדם פשוט ודל.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

הוראות בית המשפט

19. (א) יוצר ההקדש רשאי לתת לנאמן הוראות בכל הנוגע למילוי תפקידו, וכל הוראה אחרת שתיראה לו לניהול היעיל של ההקדש, זולת אם העביר סמכות זו, במפורש או במשתמע, לאחר.

(ב) עם מותו של יוצר ההקדש, תעבור הסמכות לפי סעיף קטן (א) ליורשיו; אין לו יורשים או שיורשיו אינם מסוגלים לעשות שימוש בסמכות זו, תעבור סמכות זו לבית המשפט.

(ג) לא עשו יוצר ההקדש או יורשיו שימוש בסמכויותיהם לפי סעיף קטן (א) ו־(ב) ואין סיבה מוצדקת לכך, תעבור סמכות זו לבית המשפט.

(ד) בית המשפט רשאי, אף בסטייה מתנאי ההקדש, להתיר לנאמן את השימוש בנכסי ההקדש לסיפוק הצרכים החיוניים של נהנה או של התלויים בו.

סעיף 20

זכויות הנהנים

זכויות הנהנים

20. 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.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 537

פרק שני: המחאת "זכותו של נהנה" או שעבודה 537

א. מבוא 537

ב. המחאה או שיעבוד של נכסי ההקדש 539

(1) המחאה או שיעבוד על ידי נהנה שיש בידיו זכויות קניין בנכסים 539

(2) המחאה או שיעבוד על ידי נהנה שאין בידיו זכויות קניין בנכסים 540

ג. המחאה או שיעבוד של הזכות ליהנות מנכסי ההקדש 541

פרק שלישי: עיקול זכותו של נהנה — "זכותו של נהנה... אינה ניתנת... לעיקול" 543

א. מבוא 543

ב. עיקול נכסי ההקדש לשם פירעון חובותיו של הנהנה 544

ג. עיקול זכויות הנהנה לשם פירעון חובותיו 544

פרק רביעי: סייגים — "זולת אם הותרו בכתב ההקדש או שבית המשפט התירם..." 544

א. מבוא 544

ב. המחאת זכויות או שעבודן "אם הותרו בכתב ההקדש" 545

ג. המחאת זכויות לפי היתר מבית המשפט 545

פרק חמישי: סיכום 545

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 546

פרק ראשון

מבוא

כדי למנוע מן הנהנה לעשות שימוש בזכויותיו כדי לקבל אשראי, לממן הוצאות וכדומה, קובע החוק שזכות הנהנה אינה ניתנת להמחאה, שיעבוד או עיקול. יש לתת את הדעת לניסוחו הרחב של הסעיף, השולל את עיקול זכותו של הנהנה, תהא מהותה של זכות זו אשר תהא.

להלן, נבחן את השאלה, האם יש בכוחו של הנהנה להמחות או לשעבד את זכויותיו בנכסי ההקדש עצמם? לאחר מכן נברר, האם יש בכוחו להמחות או להעביר לאחר את זכותו להיות נהנה, או לשעבד זכות זו?

סעיף זה שולל גם את כוחו של נושה של הנהנה לעקל את זכויותיו של הנהנה לשם פירעון חובות הנהנה כלפיו.

בעניין זה, יש לתת את הדעת לכך שבתזכיר הצעת חוק דיני ממונות[1], מוצע לקבוע ש"זכותו של נהנה אינה ניתנת להמחאה או לשעבוד", והושמטה הקביעה שזכות זו אינה ניתנת לעיקול. ההשמטה הוסברה בדברי ההסבר: "מוצע שלא להעניק לנהנה חסינות מפני נושיו. נראה שאין זה מוצדק למנוע מנושה להיפרע מכספים או מזכויות המגיעים לנהנה מהנאמנות".

בהתאמה לדיון בזכותו של הנהנה להמחות או לשעבד את זכותו, נברר, האם יש בכוחו של הנושה של הנהנה לעקל את נכסי ההקדש, וכן, האם יש בכוחו לעקל את זכותו של הנהנה?

להוראה שזכויותיו של הנהנה אינן ניתנות להמחאה, לשעבוד או לעיקול, קבע החוק שני סייגים: אם הותר הדבר בכתב ההקדש, או שבית המשפט התיר את הדבר למטרות שהגדיר המחוקק. בהקשר זה נדון, האם לפי המשפט העברי, יש בכוחו של יוצר ההקדש או של בית המשפט להתיר את המחאת זכויות הנהנה, שעבודן או עיקולן?

פרק שני

המחאת "זכותו של נהנה" או שעבודה

א. מבוא

לעיל[2] עמדנו על כך שהמשפט האנגלי קבע שלנהנה יש "קניין שביושר" בנכסי הנאמנות, ועל מחלוקת המלומדים בשאלה האם כך הוא גם לפי המשפט הישראלי. לסוברים שלנהנה יש

[1] תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 582.

[2] סעיף 1, פרק שישי.

"קניין שביושר" בנכסי הנאמנות גם לפי המשפט הישראלי, משמעות ההוראה שבסעיף זה היא שהנהנה אינו רשאי להמחות או לשעבד את זכויות הקניין שביושר שיש בידו בנכסי הנאמנות. מנגד, לסוברים שלנהנה אין זכויות קניין שביושר בנכסי הנאמנות לפי המשפט הישראלי, משמעות ההוראה היא שהנהנה אינו רשאי להמחות או לשעבד את זכותו לקבל לידיו את נכסי הנאמנות בהתאם לתנאי הנאמנות.

בשתי דרכים ניתן לנמק את ההוראה שזכותו של נהנה אינה ניתנת להמחאה: (א) זכותו של הנהנה אינה זכות כזאת שהנהנה יכול להעבירה; (ב) מצד עצמה היא ניתנת להעברה, אלא שהמחוקק ביקש להגביל את זכויותיו של הנהנה כדי למנוע פגיעה בקיום מטרות ההקדש.

בהצעת חוק הנאמנות, התשל"ה־1974, סעיף 4, נקבע: "זכותו של נהנה על־פי הנאמנות אינה ניתנת להעברה, לשעבוד או לעיקול, כל עוד לא התגבשה". בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר: "כל עוד לא נתבררה ונקבעה מהותה של זכות הנהנה עד כדי תביעה מוגדרת מן הנאמן, יש למנוע כל עסקה בה". מכאן, שההוראה אינה נובעת מהגבלה שנועדה להגן על הנהנה, אלא מכך שהזכות אינה מגובשת עדיין, ועדיין אינה נחשבת כזכות שבבעלות הנהנה, שהוא רשאי להמחותה או לשעבדה ושנושיו רשאים לעקלה.

אבל ויסמן[3] עמד על כך שבניסוחו הסופי של החוק אין זכר להסבר שבהצעת החוק. אף כרם[4] סבור, שהקביעה ש"זכותו של נהנה על פי הקדש אינה ניתנת להמחאה" נועדה "לשמש הוראה החלה על הסדרים לטובת נהנה, אשר לדעת המחוקק זקוק להגנה בפני מעשיו הוא", ואינה מבוססת על ההכרה בכך שזכותו של הנהנה טרם התגבשה. מכאן, שאף אם נניח שזכותו של הנהנה כבר התגבשה, לא יוכל להמחות או לשעבד זכות זו.

ויסמן הוסיף, שדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעת החוק "התנהלו מתוך הנחה שהנהנה... יהא מי שאינו מסוגל לדאוג לעצמו[5], והנאמנות תבטיח לו את הסכומים הדרושים לקיומו"[6]. לאור זאת, הניח שכוונת המחוקק הייתה להגן על הנהנה מפני מעשיו הוא. נהנה שאינו אחראי, אינו בר דעת או תמים, עלול להתפתות לשעבד את זכויותיו בנכסי ההקדש, וכך להביא לאובדן זכויותיו[7].

אם זו הסיבה שהביאה את המחוקק לקבוע בחוק שזכותו של נהנה של הקדש אינה ניתנת להמחאה, הרי שניסוחו של החוק לוקה בחסר, כפי שהעיר ויסמן, שכן "חברי הועדה לא דאגו לכך שלהנחתם [שהנהנה יהיה מי שאינו מסוגל לדאוג לעצמו] יינתן ביטוי הולם בנוסח החוק, שלא כלולה בו כל הגבלה, אם לעניין סוגי הנהנים המוגנים, ואם לעניין הסכומים המוגנים"[8].

סעיף זה עוסק בהמחאה או שיעבוד של זכויות הנהנה, ולא בהמחאה או שיעבוד של נכסי ההקדש עצמם. נראה שהסיבה לכך היא, שהמחוקק הניח שעל פי רוב, הנהנה אינו מחזיק

[3] י' ויסמן, "אבני נגף בחוק הנאמנות", עיוני משפט ז (תשל"ט־תש"ם) 282, בעמ' 313, הערה 147.

[4] כרם, עמ' 704.

[5] כרם, שם, הסביר: "ההנחה היא כי כתב הקדש, שאינו מיועד למטרות בעלות אופי ציבורי, נועד בדרך כלל למטרות משפחתיות של יוצר ההקדש". במקרה זה, יש למנוע מן הנהנה לשעבד את זכויותיו או להעבירן לאחרים, משום שההקדש נוצר לטובת הבטחת עתידו, ולא כדי להעניק לו "דמי כיס" שיוכל לבזבזם כל אימת שירצה בכך. בכך, "הלך המחוקק הישראלי בעקבות המחוקקים במדינות אנגליה וארה"ב" (כרם, שם, הערה 6). הרחבה בעניין זה, ראה ויסמן, שם, סעיף 4, ובהערות 140 ו־141 שם.

[6] ויסמן, שם, עמ' 313, הערה 147.

[7] וכך גם כרם, שם.

[8] ויסמן, שם.

בזכויות קניין בנכסי ההקדש, ועל כן, מובן מאליו שאין בכוחו לבצע עסקאות בנכסים אלה, וכל שבידו לעשות הוא לבצע עסקאות בזכות שיש בידו כבר עתה, הלא היא הזכות להיות נהנה של ההקדש.

אבל לעיל[9] ראינו, שהמשפט העברי מאפשר ליוצר הנאמנות להעניק לנהנים זכויות קניין מוגבלות בנכסי הנאמנות, וזאת, בלי לאפשר להם ליהנות מן הנכסים עצמם כל עוד אין להם זכות לכך תנאי הנאמנות. לפיכך, תחילה נדון בשאלה, האם נהנה שקיבל לידיו זכות קניינית מסוג זה, יוכל להמחות או לשעבד את נכסי ההקדש?

לאחר מכן, נברר, האם לפי המשפט העברי, הזכות שיש לנהנה לקבל את נכסי ההקדש, מאפשרת לו להמחות או לשעבד נכסים אלה כבר עתה, בטרם קיבל את הנכסים לידיו?

לאחר שנמצה את הדיון בכוחו של הנהנה להמחות או לשעבד את נכסי הנאמנות עצמם, נדון בכוחו של הנהנה להמחות או לשעבד את הזכות להיות נהנה של ההקדש.

ב. המחאה או שיעבוד של נכסי ההקדש

(1) המחאה או שיעבוד על ידי נהנה שיש בידיו זכויות קניין בנכסים

בדבר זכותו של נהנה להמחות או לשעבד זכות קניין מוגבלת שיש לו בנכסי הנאמנות, נוכל ללמוד מן המשנה הקובעת[10] שאם אב העביר לבנו זכויות קניין בגופם של נכסיו, אך הותיר בידיו את זכויות הקניין בפירותיהם של הנכסים, "האב אינו יכול למכור מפני שהן כתובין לבן, והבן אינו יכול למכור מפני שהן ברשות האב". כלומר, מי שמחזיק את זכויות הקניין בגופו של נכס בלבד אינו יכול למכור את הנכס, משום שזכויות הקניין בנכס כוללות את הזכות ליהנות מפירותיו של הנכס, וזכות זו אינה שייכת למוכר. גם מי שמחזיק את זכויות הקניין בפירותיו של הנכס בלבד אינו יכול למכור את הנכס, משום שאין בכוחו למכור את הזכויות בגופו של הנכס.

מהו הדין אם בכל זאת מכר אחד מהם את הנכס? על כך משיבה המשנה[11]: "מכר האב — מכורין עד שימות. מכר הבן — אין ללוקח בהן כלום עד שימות האב". כלומר, היות שאין בכוחו של אדם למכור יותר ממה שיש לו, הרי שאם מכר האב את הנכס, המכר חל לגבי זכויות הקניין שיש לו בנכס, כלומר, הזכות ליהנות מפירות הנכס עד מותו; ואם מכר הבן את הנכס, המכר חל לגבי זכויות הקניין שיש לו בגוף הנכס, אך לזכות זו יהיה ביטוי רק לאחר מותו של האב, משום שהאב זכאי ליהנות מפירות הנכס עד מותו.

בעקבות המשנה, פסק הרמב"ם[12]: "הכותב נכסיו לבנו ולאחר מותו, הרי הגוף של בן מזמן השטר והפירות לאב עד שימות. לפיכך האב אינו יכול למכור מפני שהן נתונין לבן, והבן אינו יכול למכור מפני שהן ברשות האב... עבר האב ומכר — מכורין עד שימות, וכשימות האב מוציא הבן מיד הלקוחות;... עבר הבן ומכר — אין ללוקח כלום עד שימות האב".

הב"ח[13] דייק מלשון הרמב"ם "עבר האב... עבר הבן", שלא זו בלבד שאין האב או הבן

[9] סעיף 1, פרק שישי, ג.

[10] משנה, בבא בתרא, פרק ח, משנה ז (בבלי קלו ע"א). ראה על כך בסעיף 1, פרק שישי, ד, ובסעיף 17, פרק תשיעי, ג.

[11] שם.

[12] רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק יב, הלכה יג. כך פסק גם בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רנז, סעיף ג.

[13] ב"ח, חו"מ, סימן רנז, סעיף ג.

יכולים למכור את הנכסים באופן מוחלט, אלא שגם אסור להם למכור את זכויות הקניין המוגבלות שנותרו בידיהם. וכל כך למה? על כך משיב הב"ח, שהאב אינו רשאי למכור את זכויות הקניין שיש לו בפירותיהם של הנכסים, "שמא לאיש קשה ימכרנו, שלא יוכל הבן להוציא מידו, והוה ליה מזיק שעבודו של חברו", והבן אינו רשאי למכור את זכויות הקניין שיש לו בגופם של הנכסים, "שמא לא ניחא ליה [=נוח לו] לאב שהבן ימכור בחייו לאחרים מה שנתן במתנה"[14].

מדברי הב"ח ניתן ללמוד לענייננו, שגם אם העביר יוצר ההקדש לנהנים זכויות קניין בגוף נכסי הנאמנות או בפירותיהם, אין הדבר מתיר להם להמחות את זכותם לאחרים או לשעבדה, מפני שיש להניח שהיוצר אינו מעוניין שיעבירו לאחר את מה שקיבלו ממנו במתנה[15].

תשובה לשאלה זו ניתן למצוא גם בדרך של קל וחומר, מן ההלכה שראינו לעיל[16], שנושה אינו רשאי להיפרע מכסף שקיבל עני (שחייב לו כסף) בתורת צדקה, משום ששימוש בכספי הצדקה לפירעון חוב מנוגד לכוונתו של תורם הצדקה, ויש להניח שהתורם לא היה נותן מכספו לעני אילו היה יודע שהכסף יגיע בסופו של דבר לנושים. זאת אף שכסף זה נמצא בבעלותו הגמורה של העני. מכאן יש ללמוד בקל וחומר, שנהנה אינו יכול להמחות לאחרים את זכותו המוגבלת בנכסי ההקדש, מפני שבכך הוא מסכל את המטרת ההקדש[17].

(2) המחאה או שיעבוד על ידי נהנה שאין בידיו זכויות קניין בנכסים

כלל בדיני הקניין הוא שאין אדם יכול להקנות דבר שעדיין אינו שלו, גם אם הוא עתיד להיות שלו[18]: "דבר שאין ברשותו של מקנה אינו נקנה, והרי הוא כדבר שלא בא לעולם. כיצד? 'מה שאירש מאבא מכור לך', 'מה שתעלה מצודתי מן הים נתון לך', 'שדה זו לכשאקחנה קנויה

[14] נימוק אחר לאיסור זה מציע שו"ת מהריט"ץ, סימן נא (ד"ה ותו קשה): זכותו של האב בפירות הנכסים אינה יכולה להיות זכות שלמה, שהרי "כיון שזכה [הבן] בגוף, זכה בפירות, שכיצד יזכה האב בפירות אשר יגדלו בגוף הקרקע היוצא השדה שנה שנה? והרי אין לו בגוף הקרקע זכייה?!". על כן, מסביר מהריט"ץ, הסיבה היחידה לכך שבכל זאת זכאי האב ליהנות מפירות הנכסים גם לאחר העברת הבעלות בגופם לבנו היא, שהוא שייר לעצמו את הזכות ליהנות מפירותיו, ו"לגבי נפשיה [=לגבי עצמו], בעין יפה משייר". והיות שזכותו בפירות באה רק מכוח שיור, אם יעביר לאחר את הזכות בפירות הוא עושה "שלא כהוגן"; אלא שבכל זאת יש תוקף להעברה זו.
לגבי דברי הרמב"ם "עבר הבן ומכר", לא הסביר מהריט"ץ איזה איסור יש בדבר. ייתכן שאגב שכתב הרמב"ם "עבר" לגבי מכירת האב, כתב כך גם לגבי מכירת הבן.
הרמב"ם מבדיל בין מתנת אב לבנו בלשון "מהיום ולאחר מיתה", שבה עסק בהלכה שציינו, לבין מתנה לאדם זר בלשון "מהיום ולאחר מיתה", שעליו כותב הרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק יב, הלכה יד, שהמקבל קונה את הגוף מהיום אבל זוכה בו רק לאחר מיתה, מפני שדינה כמתנת שכיב מרע, שקונה רק לאחר מיתה. שם לא כתב הרמב"ם לשון "עבר ומכר", ונימק זאת מהריט"ץ שם (ד"ה גם בזו), שכאן הפירות שייכים לנותן עד מותו מעיקר הדין (ולא רק בתור שיור), ולכן מותר לו למוכרם עד מותו.

[15] אבל גם לדבריו, בדיעבד תועיל המחאת זכויות הנהנים, כשם שבדיעבד מועילה מכירת האב את הפירות. נימוקו של מהריט"ץ אינו שייך כאן, שכן הוא נימוק ייחודי למצב המיוחד שבעל קניין הפירות מחזיק בו רק בתור שיור, ואילו כאן הנהנים קיבלו את קניין הפירות מכוח הקנאה רגילה.

[16] סעיף 3, פרק חמישי, ג.

[17] לפי קל וחומר זה, גם בדיעבד לא תועיל המחאת זכויות הנהנים, שהרי מי שנתן להם נתן על דעת שייהנו בו בעצמם. בשאלה האם נזקק רשאי להעביר לנזקק אחר כסף שקיבל, ראה שו"ת כפי אהרן (אפשטיין), סימן לד.

[18] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה ה.
אמנם, לדעת רבנו תם, אם מכר היורש שדה מסוימת, השדה מכורה אף לפני שזכה בה היורש. ראה תוספות,

לך' — לא קנה כלום". בהתאם לעקרון זה, נראה שנהנה שאין בידו זכות קניין בנכסי ההקדש לא יוכל להמחות אותם או לשעבד אותם, אף שהם עתידים להגיע לבעלותו על פי תנאי ההקדש.

ג. המחאה או שיעבוד של הזכות ליהנות מנכסי ההקדש

הזכות ליהנות מנכסי ההקדש היא בגדר דבר שאין בו ממש, שלא ניתן לבצע בו עסקאות[19]. בהתאם לעיקרון זה, דעתו של ר' אריה לייב הכהן[20] היא שיורש אינו יכול להעביר לאחרים את הזכות לרשת את מורישו[21].

על חריג לכלל זה אנו למדים ממשנה העוסקת[22] במי שהלווה כסף לכהן, ללוי או לעני, והוא מעוניין שהחוב ייפרע בדרך הבאה: המלווה יפריש מעשרות מפירותיו כפי שחייבה אותו התורה, אך לאחר מכן ימכור את המעשרות ויטול לעצמו את הפדיון כפירעון ההלוואה[23]. וזה לשון המשנה: "המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני להיות מפריש עליהן מחלקן — מפריש עליהן בחזקת שהן קיימין, ואינו חושש שמא מת הכהן או הלוי או העשיר העני". כלומר, המשנה מתירה פירעון בדרך זו, ואף על פי שאם החייב נפטר, והמלווה אינו יודע על כך וממשיך לנהוג בדרך אמורה, התוצאה היא שלא יצא ידי חובת נתינת המעשרות, שהרי

כתובות צא ע"ב, ד"ה דזבנא; רא"ש, כתובות, פרק י, סימן ו; טור, חו"מ, סימן ריא, סעיף א; רמ"א, חו"מ, סימן ריא, סעיף א. אולם רבים הסבירו, שעמדת רבנו תם מבוססת על כך שירושה באה ליורש ממילא, אבל גם לדעתו, אין אדם יכול למכור שדה שהוא עתיד לרכוש, שכן השדה אינה עתידה להגיע לידיו ממילא. ראה סמ"ע, שם, ס"ק ב; ש"ך, חו"מ שם, ס"ק ב; נתיבות המשפט, שם, חידושים, ס"ק ב (אבל ש"ך, שם, כותב שלבוש, חו"מ, סימן ריא, סעיף א, הבין מדברי רבנו תם שאדם יכול גם למכור שדה שהוא עתיד לרכוש).

נראה שזכותו של נהנה לקבל מנכסי ההקדש, הנובעת רק מהוראת יוצר ההקדש, אינה זכות הבאה לו ממילא, ודווקא זכות היורש הנובעת מדין התורה נחשבת זכות הבאה ממילא. לכן, אף לשיטת רבנו תם, לא יוכל הנהנה לבצע עסקאות בנכסי ההקדש שטרם זכה בהם.

שו"ת נבחר מכסף, סימן קי, דן במי שחילק בחייו את נכסיו בין ילדיו, באופן שכל אחד משני הבנים יטול שתי חמישיות מנכסיו, ובתו תיטול חמישית אחת לנישואיה מנאמן שנתמנה לשם כך. לימים, נפטרה הבת, וקבעה בצוואתה שהיא מעבירה את חלקה בירושת האב לאחיה מאמה. האחים מן האב ביקשו לבטל את המתנה בטענה ש"קודם שנישאת עדיין לא זכתה בנכסי אביה, והם יורשים את אביהם". המשיב דן ארוכות בשאלה זו, ומסיק מנסיבות המקרה שהאב ביקש להקנות חמישית מנכסיו לבת גם לפני שתינשא, ומשום כך מתנתה תקפה. אף מתשובה זו אנו למדים שאם אין לנהנה זכות קניין בנכסים המיועדים לו, הוא אינו יכול להעביר לאחר את זכותו לקבל את הנכסים.

[19] ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה יג.

[20] קצות החושן, סימן קיא, ס"ק ג.

[21] כך עולה גם משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שפד, המובא בסמ"ע, סימן ריד, ס"ק כו, בעניין זכותו של אדם שרכש בית למכור לאחר את זכותו לבנות בחלל הבית. וראה פד"ר, כרך ט, עמ' 3.

רז"נ גולדברג, "העתקה מקסטה ללא רשות הבעלים", תחומין ו (תשמ"ה), עמ' 185-207, סבור, בניגוד לקצות החושן, שעקרונית ניתן להעביר זכויות שאין בהן ממש, ובלבד שלמעביר יהיה גם קניין הגוף בנכס, ולא זכויות בלבד. אבל גם לפי דבריו, נהנה שאין לו קניין הגוף בנכסי הנאמנות אינו רשאי להעביר זכויותיו לאחרים.

[22] גיטין, פרק ג, משנה ז (בבלי ל ע"א).

[23] על פי רש"י, גיטין ל ע"א, ד"ה להיות מפריש.

הוא "נתן" אותם לאדם מת, בכל זאת מותר למלווה לנהוג בדרך זו, ואינו צריך לחשוש שמא נפטר החייב.

במונחיו של חוק הנאמנות, ניתן לומר שהנושה מעקל את זכויותיו של הלווה — הכהן, הלוי או העני — לשם פירעון החוב. אולם מן המשנה לא ברור האם זכותו של הנושה לעשות כן מבוססת על כך שהחייב שעבד לו זכות זו, או שמא הנושה רשאי לעשות כן אף אם לא שעבד לו החייב את זכותו לקבל את כספי המעשר. בעניין זה נחלקו אמוראים בתלמוד הירושלמי[24]. ר' אמי סבור שהמשנה עוסקת דווקא במי ש"הלווהו על מנת כן", כלומר, בעת ההלוואה הוסכם שהוא יהיה רשאי לגבות את החוב בדרך זו. לעומתו, סבור ר' זעירא שרשאי המלווה לגבות מתמורת המעשרות אף אם "לא הלווה על מנת כן".

מדברי ר' אמי עולה בבירור שיש בכוחו של נהנה לשעבד את זכויותיו. אבל לדברי ר' זעירא, אפשר שאין בכוחו של נהנה לעשות כן, אך זכויותיו משועבדות מאליהן לפירעון חובותיו. במונחיו של חוק הנאמנות: לשיטת ר' אמי, זכות הנהנה ניתנת לשיעבוד, בעוד שלשיטת ר' זעירא, זכות הנהנה ניתנת לעיקול.

הרשב"א הביא את מחלוקת האמוראים שבירושלמי ולא הכריע בה, אך סיים[25]: "איכא נמי מאן דאסר אפילו ברשות, כיון שלא הלוום מתחלה על מנת כן", ומדבריו הסיק ר' יחזקאל לנדא[26]: "דברי ר' זעירא הם עיקר, ודברי האוסר טפל"[27].

הרדב"ז[28] נשאל בדבר זכותו של עני לשעבד לנושיו כספים המגיעים לו מקופת הצדקה. בתשובתו, הוא עושה הבחנות אחדות בין הלכת המשנה לבין השאלה שהובאה בפניו. להבחנות אלה יכולות להיות השלכות משמעותיות לעניין זכותו של נהנה לשעבד את זכויותיו.

ההבחנה הראשונה היא על פי החזקה בנכסים שמבקש הנושה לעקל. המשנה עוסקת בנכסים המצויים בפועל בידיו של הנושה, אלא שהוא חייב להעבירם לעני. היות שהמלווה "תפוס בחובו", הוא זכאי להמשיך ולהחזיק בנכסים, כפירעון לחובות העני כלפיו. אבל ייתכן שנושה אינו רשאי לעקל נכסים המגיעים לנהנה, אם אינם מוחזקים ביד הנושה[29].

הבחנה שנייה נוגעת למטרתה של המחאת הזכות או של עיקול הזכות: הלכת המשנה מבוססת על תקנה שנועדה לסייע לעניים, ללוויים ולכהנים לקבל הלוואות[30], מתוך הנחה

[24] ירושלמי, גיטין, פרק ג, הלכה ז.

[25] חידושי הרשב"א, גיטין ל ע"ב, ד"ה הא דתניא.

[26] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יו"ד, סימן קצט.

[27] אמנם, הרשב"א עוסק בפירעון מתמורת המעשר ברשותו של הלווה, ואפשר שלדעתו, אם הלווה נותן את אישורו לפירעון החוב בדרך זו, אף ר' אמי יודה שגם אם "לא הלווהו על מנת כן", רשאי המלווה להיפרע בדרך זו. אם כך הוא, אין מקום להסיק מדברי הרשב"א ש"דברי ר' זעירא הם עיקר". וראה בדברי הנודע ביהודה, שם, שמאריך לפלפל במחלוקת הראשונים בפירוש המשנה, שם, ובקשר שיש למחלוקת זו למחלוקת האמוראים בירושלמי, ובהתאם לכך מבקש להוכיח שהרמב"ם פסק כר' זעירא.

[28] שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רל (קנט).

[29] דברים דומים, ראה גם בשו"ת בנין ציון, החדשות, סימן יג.

[30] כך פירשו רבים את דין המשנה. ראה: חידושי הרשב"א, גיטין שם, ד"ה המלווה; חידושי רבנו קרשקש, שם, ד"ה מפריש. אבל שו"ת משיב דבר, חלק ב, סימן מט, כתב שרק לשיטת התלמוד הירושלמי, יסודו של דין המשנה הוא בתקנת חכמים, אך לפי התלמוד הבבלי, המשנה עוסקת בנהנה שהנושה רגיל לתת לו את כספי המעשר ("מכירי כהונה"), או ב"מזכה לו על ידי אחר". בנסיבות אלו נחשב הנהנה כבעליו של הנכס שהוא עתיד לקבל עוד לפני שקיבלו בפועל, ומשום כך יש בכוחו להתיר לנושה להיפרע מנכס זה.

שמלווה שיֵדע שהוא רשאי לעכב בידיו את כספי המעשר שהוא חייב לתת לעניים לשם פירעון חוב העני כלפיו, לא יחשוש שמא לא יהיה לעני די כסף כדי לפרוע לו את החוב. לפיכך, אין ללמוד מהלכה זו, שיש בכוחו של עני, או כל נהנה אחר, להמחות את זכותו לשם פירעון חוב קיים.

הבחנה שלישית נוגעת למידת היזקקותו של העני לכספי הצדקה: המשנה עוסקת ב"צדקה מרובה", כלומר, בכספים שאינם דרושים לעני לשם סיפוק צרכיו החיוניים הבסיסיים. בכספים אלו תיתכן מחלוקת בשאלה, האם ניתן להתיר את המחאת הזכות לשם פירעון החוב. אולם בכספים הנדרשים לנהנה לשם סיפוק צרכיו החיוניים, טוען הרדב"ז, לא יעלה על הדעת "שימות ברעב ויפרע לבעל חוב". לפי הסבר זה, רשאי נהנה להמחות את זכותו או לשעבדה רק אם הוא אינו פוגע בכך בסיפוק צרכיו החיוניים[31]. נראה שגם אם הנאמנות נועדה לספק את צרכיו החיוניים, רשאי הנהנה להמחות את זכותו או לשעבדה אם השעבוד עצמו דרוש לשם סיפוק צרכיו החיוניים.

מדברי הרדב"ז עולה, שלא ניתן להסיק מן המשנה, שנהנה שאינו עני רשאי לשעבד את זכויותיו; ואף בנהנה עני, אין להסיק מן המשנה שיכול הנהנה לשעבד זכויות לטובת פירעון חוב, אם הנושה אינו מחזיק בנכסים שאמורים להגיע לנהנה ("תפוס בחובו"); ואין להסיק ממנה שיש בכוחו של הנהנה לשעבד זכויות שנועדו להבטיח את סיפוק צרכיו החיוניים[32].

פרק שלישי

עיקול זכותו של נהנה — "זכותו של נהנה... אינה ניתנת... לעיקול"

א. מבוא

עיקול זכותו של נהנה יכול לאפשר לנושיו להיפרע מן הנהנה עוד לפני שיגיעו נכסי ההקדש לידיו, אולם עיקול זה עלול לסכל את הגשמת מטרותיו של ההקדש, ועל כן החוק אוסר זאת. כפי שהזכרנו במבוא, מציע תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, לבטל הוראה זו.

[31] ייתכן שאם הנאמנות נועדה לספק צרכים חיוניים של העני, הוא אינו רשאי להמחות את זכותו גם אם יש לו כסף ממקורות אחרים, שכן בכך לא מתגשם רצון היוצר; כמובן, אז יוכל להמחות את הכסף שבא מן המקורות האחרים.

[32] דעה שונה עולה משו"ת משיב דבר, שם, שנשאל שאלה דומה לזו שנשאל הרדב"ז. מאחר שלדבריו אין התלמוד הבבלי מפרש את דין המשנה כתקנה שנועדה לאפשר מתן אשראי לנזקקים, הוא כותב שהגבלת זכותו של העני להמחות את זכותו בכספי הצדקה ל"מכירי כהונה" או "מזכה לו על ידי אחר", כמבואר בהערה 30, נועדה לאפשר למלווה לצאת ידי חובתו לתת את המעשרות לידיו של הכהן, הלוי או העני. אולם במקום שהדין אינו מחייב נתינה דווקא, רשאי העני להמחות את זכותו, ובלבד שהוא "עני הראוי לקבל צדקה עתה, וגם שיהא מוותר משלו שלא יקבל לצרכי עצמו אלא לפירעון חוב המוטל עליו למשא". לפי דברים אלו, תחולת התקנה מותנית בהתקיימותם של שני תנאים: (א) המעביר את זכויותיו זכאי לקבל את הכסף כבר עתה, בעת שהוא מבקש להעביר את זכויותיו, (ב) בתשלום החוב הוא מוותר על חלקו המגיע לו בקופת הצדקה. אבל גם לפי דבריו, אין ראיה לכך שיש בכוחו של העני להמחות לאדם אחד את זכותו לקבל כספי צדקה מאדם אחר.

כאן נדון תחילה בזכותו של הנושה לעקל את נכסי ההקדש עצמם לשם פירעון חובות הנהנה כלפיו, ולאחר מכן, בזכותו לעקל את זכותו של הנהנה ליהנות מנכסי ההקדש.

ב. עיקול נכסי ההקדש לשם פירעון חובותיו של הנהנה

הכלל בדיני השעבודים של המשפט העברי הוא, שנכסיו של אדם ערבים לפירעון חובותיו[33]. בהתאם לכלל זה, אם יש לנהנה זכות קניינית בנכסי הנאמנות, אף אם זכות זו מוגבלת, יוכל הנושה לעקל זכות זו לשם פירעון חובו של הנהנה כלפיו.

אבל אם הנאמנות נועדה לשם הבטחת צרכיו החיוניים של נזקק, אין בכוחו של הנושה לעקל את הנכסים שקיבל הנזקק, כפי שהזכרנו לעיל[34].

ג. עיקול זכויות הנהנה לשם פירעון חובותיו

רק נכסי החייב, שהם זכויות קניניות, הם ערבים לפירעון חובותיו, כאמור, אבל אין בכוחו של נושה לעקל זכויות של החייב שאינן זכויות קניניות.

אם החייב הוא נזקק, מתווסף טעם נוסף לשלול את כוחו של הנושה לעקל את זכויות החייב. כפי שראינו לעיל[35], אין נושה רשאי לעקל כספי צדקה שהגיעו למי שחייב לו והוא נזקק. מכאן נוכל להסיק בקל וחומר, שאין בכוחו של הנושה לעקל את זכויותיו של נזקק, הזכאי לחלק מכספי נאמנות למטרות צדקה, בהתאם לתנאי הנאמנות[36].

פרק רביעי

סייגים — "זולת אם הותרו בכתב ההקדש או שבית המשפט התירם..."

א. מבוא

שני סייגים נקבעו בחוק לכך שזכויות הנהנה אינן ניתנות להמחאה או לעיקול: "אם הותרו בכתב ההקדש", או "שבית המשפט התירם". אלא שהחוק מצמצם את שיקול דעת בית המשפט בכך שההיתר יכול להינתן רק לשם "סיפוק של מזונות או של מסים[37] המגיעים מן הנהנה או — בנסיבות מיוחדות — לסיפוק חובות אחרים המגיעים ממנו".

[33] בכורות מח ע"א.

[34] ליד ציון הערה 16.

[35] לעיל, ליד ציון הערה 16.

[36] על דברים אלו יש להוסיף, שגם במקרים שהותר שעבוד זכויותיו של עני, כמבואר לעיל, אחרי ציון הערה 22, ואף לדעות הסוברות שזכויות העני במעשרות משתעבדות גם אם לא הותנה על כך מראש, הדגיש בשו"ת נודע ביהודה (לעיל, הערה 26), שאין לעקל את זכויות העני ללא נטילת רשות ממנו.
יש להעיר בהקשר זה, שייתכן שאף רבנו שמחה (שהבאנו בסעיף 3, פרק חמישי, ג) האומר שנושה יכול לגבות מכספי צדקה שקיבל החייב, יסכים שכאן אינו יכול, משום שלדעת שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רל (קנט), רבנו שמחה דיבר אך ורק בכספי צדקה שהעני כבר זכה בהם. לפי דבריו, אם הכספים עדיין בידיו של אדם שאמור להעבירם לעני או לכהן, אף רבנו שמחה יודה שאין בכוחו של העני או הכהן להמחות את זכויותיו לאחרים.

[37] לפי כרם, עמ' 707, ביסוד הוראה זו עומדת ההנחה "שתשלום מזונות ומסים הינו חלק מסיפוק צרכי הנהנה עצמו".

ב. המחאת זכויות או שעבודן "אם הותרו בכתב ההקדש"

לעיל עמדנו על כך שלפי המשפט העברי, אם לא הועברו לנהנה זכויות קניין בנכסי הנאמנות, אין בכוחו להקנות את זכויותיו לאחרים. היות שאין בכוחם של תנאי ההקדש לשנות את עקרונות דיני הקניין, אין בכוחו של יוצר ההקדש להתיר לנהנים להמחות את זכותם לפי כתב ההקדש או לשעבד אותה.

מדברי הרמב"ם[38] על פי הסברו של הב"ח[39], למדנו שאף אם העביר יוצר ההקדש לנהנים זכויות קניין מוגבלות בנכסי הנאמנות, אין הנהנים רשאים להמחות את זכותם לאחרים או לשעבדה לפני שקיבלו את הנכסים, מחמת הפגיעה בכוונתו של המקדיש. לפי נימוק זה, נראה שאם יתיר המקדיש את הדבר, הנהנה יוכל להמחות את זכותו או לשעבד אותה.

ג. המחאת זכויות לפי היתר מבית המשפט

לעיל[40] הזכרנו את תקנת חכמים, לאפשר לנהנה להמחות או לשעבד את זכויותיו לשם קבלת אשראי. אולם לא מצאנו תקנה דומה המתירה לבית הדין להתיר את הדבר לשם "סיפוק של מזונות או של מסים", או לשם "סיפוק חובות אחרים המגיעים ממנו".

יתר על כן, התקנה האמורה אינה מסמיכה את בית הדין להחליט על המחאת זכותו של נהנה או שיעבודה, אלא היא קבעה בדרך של חקיקה, את סמכותו של הנהנה להמחות או לשעבד את זכויותיו.

נראה אפוא, שלפי המשפט העברי, אין לבית הדין סמכות להורות על המחאת זכותו של נהנה או שעבודה, לכל צורך שהוא[41].

פרק חמישי

סיכום

הסעיף קובע שזכותו של נהנה אינה ניתנת להמחאה, לשעבוד או לעיקול. אולם החוק אינו מגדיר את מהות זכותו של הנהנה, ולפי המשפט העברי, הגדרה זו חשובה לדיון בהמחאת זכויותיו של הנהנה, בשעבודן או בעיקולן.

אם יש לנהנה זכויות קניין בנכסי ההקדש, יש בכוחו להמחות זכויות אלה או לשעבדן, ואולם אם יש לו זכויות קניין רק בגופם של נכסי ההקדש אך לא בפירותיהם, אסור לו להמחות או לשעבד זכויות אלה לאחרים, ויש האומרים שאף אם עבר על האיסור, אין תוקף למעשיו. אם הנהנה הוא נזקק, והנאמנות נועדה לספק את צרכיו החיוניים, אין הנהנה זכאי להמחות או לשעבד את זכויותיו הקנייניות בנכסי ההקדש.

[38] לעיל, אחרי ציון הערה 13.
[39] לעיל, ליד ציון הערה 14.
[40] לעיל, ליד ציון הערה 30.
[41] אבל כפי שראינו בסעיף 19, פרק שישי, לדעת רבים, יש בכוחו של בית הדין לעשות שימוש בנכסי ההקדש לשם סיפוק צרכיהם החיוניים של הנהנים.

אם אין לנהנה זכויות כאלה בנכסי ההקדש, אין בכוחו להמחות או לשעבד את הנכסים לאחרים.

נהנה אינו יכול גם להמחות או לשעבד את זכותו להיות נהנה. חריג יחיד לכלל זה הוא בנהנה שהוא נזקק, המבקש להמחות את זכותו לאדם המחזיק בכספים שהנהנה זכאי לקבלם לפי תנאי ההקדש כדי לקבל ממנו הלוואה, ואין הכספים דרושים לפרנסתו של הנהנה.

נושה של הנהנה יכול לעקל זכויות קנייניות שיש לנהנה בנכסי ההקדש, אך אין בכוחו לעקל את זכותו של הנהנה להיות נהנה של ההקדש.

מדברי הב"ח למדנו, שיש בכוחו של יוצר ההקדש להתיר לנהנה להמחות או לשעבד את זכויותיו הקנייניות בנכסי ההקדש.

אולם, אם אין לנהנה זכויות קניין בנכסי ההקדש, אין בכוחו של יוצר ההקדש להתיר לנהנה להמחות או לשעבד את זכויותיו.

בית המשפט, בכל אופן, אינו מוסמך להתיר את שיעבוד, המחאת או עיקול זכויותיו של הנהנה.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

זכויות הנהנים

20. (א) זכותו של נהנה על פי כתב הקדש אינה ניתנת להמחאה, לשעבוד או לעיקול.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), נהנה שהוא נזקק רשאי להמחות את זכותו לאדם המחזיק בנכסים שהוא זכאי לקבלם, כדי לקבל ממנו הלוואה, ובלבד שנכסים אלו לא דרושים לו לשם סיפוק צרכיו החיוניים.

סעיף 21

מינוי נאמן

מינוי נאמן

21. (א) נאמן של הקדש יתמנה בכתב ההקדש או על פיו.

(ב) באין מינוי כאמור, וכשנבצר מנאמן למלא תפקידיו או שלא התחיל או חדל למלאם, רשאי בית המשפט למנות נאמן לתקופה ובתנאים שייראו לו.

(ג) לא יתמנה אדם נאמן של הקדש אלא בהסכמתו.

(ד) קטין, פסול דין, פושט רגל ותאגיד שניתן עליו צו פירוק אינם כשרים להיות נאמן של הקדש.

(ה) נהנה של הקדש אינו כשר להיות נאמן שלו, זולת אם הותר הדבר בכתב ההקדש.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 549

פרק שני: מינוי על ידי יוצר הנאמנות — "בכתב ההקדש או על פיו" 550

א. מבוא 550

ב. מינוי בכתב ההקדש 550

ג. מינוי על פי כתב ההקדש 551

ד. מינוי על ידי היוצר, לאחר תחילתו של ההקדש 551

פרק שלישי: מינוי על ידי בית משפט — "באין מינוי... רשאי בית המשפט למנות" 552

א. מבוא 552

ב. באלו נסיבות קונה בית המשפט את סמכותו? 552

ג. הפעלת הסמכות: רשות או חובה? 553

פרק רביעי: הסכמה למינוי — "לא יתמנה... אלא בהסכמתו" 553

א. מבוא 553

ב. עמדת המשפט העברי — כללי 554

ג. הסכמה מכללא 555

ד. הסכמה שבשתיקה 555

פרק חמישי: תנאי כשרות לשמש כנאמן של הקדש 556

א. מבוא 556

ב. דרישות סף לכשירות נאמן 556

ג. מינוי על ידי יוצר ההקדש או לפי אומד דעתו 557
(1) מינוי על ידי יוצר ההקדש 557
(2) מינוי בהתאם לאומד דעתו של יוצר ההקדש 559
ד. מינוי על ידי בית הדין 563
(1) קטן ופסול דין 563
(2) פושט רגל ותאגיד שניתן עליו צו פירוק 564
(3) אישה 565
(4) "עם הארץ" 571
(5) קרוב של יוצר ההקדש 573
(6) קרוב של אחד מן הדיינים בהרכב הממנה 574
(7) נאמן מבוגר ביותר 575
(8) נאמן שמקום מגוריו מרוחק ממקומם של נכסי ההקדש 575
(9) אחרים 575

פרק שישי: נהנה של הקדש כנאמן — "נהנה של הקדש אינו כשר להיות נאמן..." 575

פרק שביעי: סיכום 577

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 578

נספח: העברת סמכויות הנאמן בירושה 578
א. מבוא 578
ב. בנאמנות פרטית 579
ג. נאמן ציבורי 579
ד. נאמן בנאמנות למטרות צדקה, חינוך ודת 580

מבוא

סעיף זה עוסק בשני נושאים: הדרך למינוי נאמן [סעיפים קטנים (א)־(ג)], וקביעת תנאי הכשרות לשמש כנאמן של הקדש [סעיפים קטנים (ד)־(ה)].

אין אדם נעשה נאמן אלא אם מונה לתפקידו על ידי יוצר ההקדש (בכתב ההקדש או על פיו) או על ידי בית המשפט. מינוי על ידי יוצר ההקדש ייעשה בכתב ההקדש או על פיו. משמע, שאם לא קבע יוצר ההקדש בכתב ההקדש מי יכהן כנאמן, או שלא קבע דרך למינויו של נאמן, איבד יוצר ההקדש את זכותו למנות נאמן להקדש. יש לברר, האם לפי המשפט העברי, יש בכוחו של היוצר למנות נאמן אף שלא מכוחו של כתב הקדש?

חסרונו של מינוי על פי כתב ההקדש הוא, שאין הוא מבהיר את זהותו של הנאמן, מה שעלול להביא לכך שימונה בעתיד אדם שאינו מתאים לתפקיד. יש לברר, האם גם לפי המשפט העברי ניתן לקבוע דרך למינויו של הנאמן, בלי לנקוב בשמו?

כדי שבית המשפט יהיה מוסמך למנות נאמן להקדש, צריך להתקיים אחד משלושה תנאים: (א) שיוצר ההקדש לא מינה נאמן בכתב ההקדש ואף לא קבע בכתב ההקדש דרך למינוי הנאמן; (ב) שנבצר מן הנאמן שמונה על ידי יוצר ההקדש למלא תפקידיו; (ג) שנאמן זה לא התחיל למלא את תפקידיו או חדל מכך. להלן נברר מה הם התנאים שקובע המשפט העברי לכך שבית הדין יהיה מוסמך למנות נאמן להקדש, ולאחר מכן נבחן האם, כאשר בית הדין מוסמך למנות נאמן, חובה עליו לעשות כן?

הסכמת האדם המיועד לשמש כנאמן היא תנאי ראשון למינויו כנאמן של ההקדש. היות שלפי המשפט העברי, הגשמת מטרותיו של הקדש למטרות צדקה, חינוך או דת היא בגדר 'מצוה', מתעוררת השאלה, האם קיומה של המצוה מצדיק גם את מינויו של אדם כנאמן להקדש מסוג זה, בכפייה, אם בעיני בית הדין הוא המתאים ביותר לתפקיד?

אף אם נדרשת הסכמה מצידו של המיועד לשמש כנאמן, לשמש בתפקיד זה, יש לדון בשאלה, האם הסכמה זו חייבת להיות מפורשת, או שמא די גם בהסכמה משתמעת או בהסכמה שבשתיקה?

בנוגע לתנאי הכשרות של אדם לשמש כנאמן של הקדש, קובע החוק רשימה של אנשים או גופים הפסולים לתפקיד, אך אינו קובע קריטריונים לאישיותו של הנאמן, שאמורים להנחות את בית המשפט במינוי הנאמן. קריטריונים כאלו מצויים במשפט העברי, ועליהם נעמוד בהרחבה.

לעניין תנאי הכשרות לשמש כנאמן, נמצא שבניגוד לחוק, מבחין המשפט העברי בין נאמן שמונה על ידי יוצר ההקדש לנאמן שמונה על ידי בית הדין. נעמוד על הבחנה זו בהרחבה, ונבהיר את משמעויותיה. כמו כן, נדון בעילות פסלות נוספות הקיימות במשפט העברי, שהחוק אינו מזכיר אותן.

נהנה של הקדש אינו כשר לשמש כנאמן. לעניין זה מבחין החוק בין נהנה של הקדש פרטי

לבין נהנה של הקדש ציבורי, שהוא כשר לשמש כנאמן של ההקדש, כאמור בסעיף 28. כאן נעמוד על הטעמים לפסילת הנהנה כנאמן, ונברר האם טעמים אלו מצדיקים את פסילת הנהנה מלשמש כנאמן גם לפי המשפט העברי?

לפי החוק, תפקיד הנאמן אינו עובר בירושה, וכך הדין בדרך כלל גם לפי המשפט העברי. עם זאת, בנסיבות חריגות ביותר תפקיד הנאמן עובר בירושה. על נסיבות אלה נרחיב בנספח.

פרק שני

מינוי על ידי יוצר הנאמנות — "בכתב ההקדש או על פיו"

א. מבוא

דרך המלך למינויו של נאמן היא באמצעות כתב ההקדש. המינוי יכול שייעשה על ידי נקיבת שמו של הנאמן ("בכתב ההקדש"), או על ידי קביעת דרך בכתב ההקדש למינויו ("על פיו"). אין בכוחו של יוצר ההקדש למנות נאמן בדרך נוספת על שתי הדרכים האלה.

משמעותו של "מינוי על פי כתב ההקדש" היא שיוצר ההקדש רשאי לקבוע בכתב ההקדש הליך שבאמצעותו ימונה נאמן. למשל, יוצר ההקדש רשאי לקבוע בכתב ההקדש אדם מסוים או גוף שיחליט על זהותו של הנאמן וימנה אותו, או לקבוע שמי שיכהן בתפקיד מסוים ישמש גם כנאמן של ההקדש. בלשונו של כרם[1]: "נאמן שנתמנה על פי כתב הקדש, היינו: על ידי גוף המוסמך למנות, רשאי לדרוש שתועבר אליו השליטה בנכסי הנאמנות כאילו נתמנה בכתב ההקדש".

סמכותו של היוצר למנות נאמן להקדש, מוגבלת למועד שבו נוצר ההקדש. משחלף מועד זה, ואף בטרם שהועברו נכסי ההקדש לשליטתו של הנאמן, אין עוד בכוחו של היוצר למנות נאמן להקדש.

ב. מינוי בכתב ההקדש

לעיל[2] עמדנו על כך שיש שני סוגים של נאמן: נאמן שמקבל בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, ונאמן שאין לו שום בעלות בנכסים ומשמש רק כשלוחו של יוצר הנאמנות. בשני הסוגים, מובן מאליו שיוצר הנאמנות הוא זה שממנה את הנאמן, אם בדרך של מינויו כשליח, ואם בדרך של העברת בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות.

אכן, בנאמנויות למטרות צדקה, בשל האינטרס הציבורי שיש בקיומן ובהגשמת מטרותיהן, היה מקום לומר שיש להעביר לנציגי הציבור את הסמכות למנות נאמנים. אולם, לא כך היא ההלכה. כפי שראינו[3], הלכותיהן של נאמנויות מסוג זה נלמדות בדרך ההיקש מהלכות האפוטרופסות לקטינים, בה דרך המלך למינויו של אפוטרופוס היא באמצעות מינוי על ידי אבי היתומים[4], שהוא — בהתאמה — יוצר הנאמנות.

[1] כרם, עמ' 712.
[2] סעיף 1, פרק שני.
[3] סעיף 1, הערה 77.
[4] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף א.

אבל היות שראינו לעיל[5] שהמשפט העברי מאפשר יצירת ההקדש בלי כתב הקדש, אף מינויו של נאמן בידי יוצר ההקדש יכול להיעשות בעל פה, ולאו דווקא בכתב.

ג. מינוי על פי כתב ההקדש

לעיל[6] עמדנו על כך, שבאופן עקרוני, אפשר למנות כנאמן אדם שזהותו אינה ידועה בעת יצירתה של הנאמנות. אולם לכאורה קיים עניין ציבורי רב בכך שזהותו של הנאמן בנאמנות למטרות צדקה תהיה ידועה כבר בעת יצירתה של הנאמנות, שכן, אם זהות הנאמן אינה ידועה, ורק נקבע מנגנון למינויו, יש חשש שמנגנון זה ינוצל או שיביא בלי משים לכך שאנשים לא ראויים ישמשו בתפקיד.

טענה כזאת הועלתה במהלך הדיון[7] ב"הקדש בליליוס", שבכתב ההקדש שלו נקבע שנאמני ההקדש יהיו חברי "ועד העדה הספרדית". כאשר התחלפו חברי הוועד ונבחרו חברים חדשים, נעשו החברים החדשים לנאמניו של ההקדש. היו שטענו נגד כהונת חברי הוועד כנאמנים: "ועד העדה הנ"ל, [ש]היא אגודה עותומנית שחבריה משתנים מזמן לזמן", "אין כל בטחון מי יהיה בתאריך מסוים המנהל והשולט בועד הנ"ל". ממילא, "ע"י מינוי ועד העדה הנ"ל כנאמן, אין בית הדין יכול לעמוד על נאמנותו של הנאמן", ואף "המציאות הוכיחה שנאמן כזה הוא לא לטובת ההקדש".

בית הדין דחה טענה זו, וקבע שחזקה על כל נאמן, ובפרט על מי שנושא בתפקיד ציבורי חשוב, שהוא ממלא את תפקידו כהלכה, וכי עצם העובדה שזהות הנאמן לא נקבעה מראש, אין בה כדי לשלול את תוקפו של המינוי[8].

ד. מינוי על ידי היוצר, לאחר תחילתו של ההקדש

לעיל[9] עמדנו על כך שלפי המשפט העברי, קיימת ליוצר הקדש למטרות צדקה זכות מעין־קניינית בהקדש, שמכוחה מוענקת לו הסמכות לקבוע כיצד ינוהל ההקדש, וכן למנות נאמן ולפטרו לפי שיקול דעתו. סמכות זו אינה מותנית בכך שהיוצר יקבע בכתב ההקדש שהוא מותיר בידיו את הסמכות, והיוצר אינו מאבד סמכות זו אלא אם הוא אינו מסוגל לעשות בה שימוש, או שהוא העביר את סמכותו לבית הדין. לפיכך, עמדת המשפט העברי בעניין זה היא, שכל עוד לא העביר יוצר ההקדש את הסמכות למנות נאמן לבית הדין, מסורה בידיו הסמכות למנות נאמן בכל עת, אף אם לא נאמר בכתב ההקדש דבר בעניין מינויו של נאמן[10].

[5] סעיף 17, פרק חמישי.

[6] סעיף 1, פרק חמישי, ד.

[7] תיק 1176/תשט"ו, בית הדין האזורי ירושלים, פד"ר, כרך א, עמ' 355.

[8] ר"א מילר סבור, שמינוי נאמן על פי כתב ההקדש תלוי בהסכמת בית הדין למינוי, כדי לוודא שהוא נעשה כדין, והסכמה זו מאשררת למעשה את המינוי על פי כתב ההקדש. לפי הסבר זה, המינוי נעשה בפועל על ידי בית הדין, אם על ידי מינוי מפורש, אם על ידי הסכמה (מפורשת או בשתיקה) למינוי. אבל הנוהג המקובל הוא שנאמן על פי כתב הקדש מתמנה בהתאם להוראות שבכתב ההקדש, ללא פנייה לבית הדין, ואף בלי ידיעת בית הדין. אם בית הדין מודע למינוי אפשר לפרש את שתיקת בית הדין כהסכמה; אבל כאמור בדרך כלל בית הדין אינו מודע לכך.

[9] סעיף 19, פרק שלישי, ב.

[10] בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 569(א), מוצע: "בנאמנות שנוצרה על פי חוזה או

יתר על כן, אם חדל אחד מנאמני הקדש למטרות צדקה למלא את תפקידיו, קובע הט"ז[11] שיש לעשות למילוי מקומו, אך "אין לקהל עסק בזה אלא נשאר הדבר לבניו (של יוצר ההקדש)". מדבריו עולה שאם לא העביר יוצר ההקדש את סמכותו למנות נאמן לבית הדין, עוברת סמכות זו לאחר מותו בירושה לבניו.

פרק שלישי

מינוי על ידי בית משפט — "באין מינוי... רשאי בית המשפט למנות"

א. מבוא

בית המשפט מוסמך למנות נאמן להקדש בהתקיים אחד מארבעה תנאים: "באין מינוי כאמור" בס"ק (א), "כשנבצר מנאמן למלא תפקידיו", כאשר "לא התחיל" הנאמן למלא את תפקידיו, או כאשר הוא חדל למלאם[12].

מלשון החוק ניתן להסיק שבהתקיים תנאים אלו, רשאי בית המשפט למנות נאמן, אך אין הוא חייב לעשות כן.

ב. באלו נסיבות קונה בית המשפט את סמכותו?

כפי שאמרנו[13], מינויו של נאמן בידי יוצר הנאמנות הוא תנאי לקיום הזיקה שבין הנאמן לנכסי הנאמנות. מכאן מתבקשת המסקנה, שאם יוצר הנאמנות לא מינה נאמן, אין לנאמנות קיום, וממילא, אין יסוד לסמכות בית הדין למנות נאמן.

אבל בנאמנויות למטרות צדקה, בגלל העניין הציבורי הרב שיש בניהולן התקין ובהגשמת מטרותיהן, נוהגים בתי הדין למנות נאמנים להקדש, אם היוצר נמנע מלעשות כן. את הסמכות למנות נאמן, שואבים בתי הדין מסמכותו של בית הדין למנות אפוטרופוס ליתומים או

על פי כתב נאמנות, ימונה הנאמן בידי יוצר הנאמנות". ניסוח זה, לאור המבואר למעלה, קרוב יותר לעמדתו של המשפט העברי מן הנוסח הקיים. סעיף 570(א) לתזכיר מציע: "לא מונה נאמן לפי הוראות סעיף 569, או שמונה נאמן אך הוא אינו ממלא את תפקידו, רשאי בית המשפט למנות נאמן לתקופה ובתנאים שיקבע". לא ברור מדוע אם מונה נאמן והוא אינו ממלא את תפקידו, לא תחזור הסמכות למנות נאמן לידיו של יוצר הנאמנות.

[11] ט"ז, יו"ד, סימן רנח, ס"ק ה.

[12] כאן המקום להדגיש, שמאחר שה'הקדש' שעליו דן חוק הנאמנות אינו בהכרח הקדש למטרות צדקה או דת, אלא כל נאמנות שנוצרה על ידי כתב הקדש (כמפורט בסעיף 17), סמכות בית המשפט אינה מוגבלת לנאמנויות מסוג זה. משמעות הדבר היא, שיש בכוחו של אדם ליצור נאמנות למטרותיו הפרטיות, ובכך, להסמיך את בית המשפט להתערב בניהולה של הנאמנות, אף אם אין אינטרס ציבורי בהגשמת מטרותיה. בעינינו, ספק רב אם קיימת הצדקה להפעלת מערכת המשפט לשם הגשמת מטרותיו הפרטיות של יוצר הקדש. גם אם קיימת הצדקה לכך, לא ברור מדוע היא קיימת בנאמנות שנוצרה על פי כתב הקדש, אך לא קיימת בנאמנות שלא נוצרה בדרך זו.

[13] ליד ציון הערה 2.

לנזקקים[14], ובנאמנות למטרות חינוך ודת, שואבים בתי הדין סמכות זו מכוח ההיקש שבין הלכות האפוטרופוס להלכות ההקדש[15].

זאת ועוד: מדיוננו בסעיף 19[16] עולה, שבמצב שניתן להסיק מנסיבות העניין שיוצר ההקדש העביר לבית הדין או לנציגי הציבור את סמכות הפיקוח על ניהולו של ההקדש, תעבור הסמכות למנות נאמן לידי בית הדין או נציגי הציבור[17].

ג. הפעלת הסמכות: רשות או חובה?

מתפקידיו של בית הדין הוא לעשות את כל הדרוש לשם הגשמת מטרותיו של הקדש, אם הובא לידיעתו שהתערבותו נחוצה[18]. מכך יש להסיק שבמצב שקיים צורך למנות נאמן, ולבית הדין יש סמכות למנותו, חייב בית הדין לעשות זאת, ואין הוא רשאי להימנע מלעשות שימוש בסמכותו[19].

פרק רביעי

הסכמה למינוי — "לא יתמנה... אלא בהסכמתו"

א. מבוא

אין אדם נעשה נאמן אלא אם הסכים לקבל על עצמו את התפקיד, שכן התפקיד מותנה במילוין של חובות שהחוק אינו מטיל אותן על אדם אלא אם הסכים לקבלן על עצמו[20].

המחוקק אינו קובע מועד להשגת הסכמתו של אדם לשמש כנאמן, ובלבד שהסכמה זו תושג לפני העברת השליטה בנכסי ההקדש לידיו[21].

[14] ראה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצ, סעיף א.

[15] על המגמה להקיש מהלכות אפוטרופוס להלכות הקדש, ראה סעיף 1, הערה 77.

[16] פרק שלישי, ב.

[17] וראה גם במסקנת בית הדין הרבני הגדול בתיק תשיז/154, המובא בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 22־23, שאם יצר אדם פרטי הקדש ציבורי, אך ברבות העיתים הכניס הציבור כספים לקופת ההקדש, נוצר אינטרס ציבורי המצדיק את התערבותו של בית הדין במינוי הנאמנים להקדש.

[18] ביטוי לתפיסה זו, ראה למשל בדברי קהילות יעקב (מהד' תשל"א), בבא בתרא, סימן ח (ד"ה וידעתי), וכן בדברי הרב אברהם שרמן, בנימוקים לפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בתיק שס/994, הועד הכללי כ"י נ' כהן י' ואח', שהבאנו בהרחבה בסעיף 19, הערה 36.

[19] תפיסה זו עולה מפסקי דין רבניים רבים. ראה למשל: תיק מס' 44־900002418־2, בבית הדין הרבני האזורי בירושלים (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 234־254, ובעיקר בתחילת עמ' 238), ע"ר עד/תשטו/153 בבית הדין הרבני הגדול (בשערי בית הדין, חלק ב, עמ' 40), ובפס"ד של בית הדין הרבני הגדול, המובא שם, עמ' 87. בספר החפץ חיים (פלאג'י), סימן נח, אות עה, כותב: "בית דין חייבים להעמיד להם [=ליתומים] אפוטרופוס... נראה לי דצריך מיד, ולא יתעצלו הבית דין בכך, משום דהכי קיימא לן, בית דין זריזים הם". וראה במקורות שמביא שם לקביעתו זו.

[20] כרם, סעיף 338, עמ' 714.

[21] ע"פ כרם, שם.

הסכמת הנאמן אינה חייבת להיות מפורשת, וניתן להסיק את קיומה מהתנהגותו של הנאמן. לכן, קבלת השליטה בנכסי ההקדש על ידי הנאמן, או קבלת כוח המאפשר לו להתחיל בתפקידיו, תיחשב כהסכמתו לקבל את תפקיד הנאמן[22].

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

במסכת גיטין נקבע[23] שאפוטרופוס שנתמנה על ידי בית דין אינו חייב להישבע בתום כהונתו שלא מעל בנכסי היתומים, משום ש"מלתא בעלמא הוא דעביד לבי דינא, ואי רמית עליה שבועה, אתי לאמנועי [=סתם דבר (טובה) הוא עשה לבית דין, ואם תטיל עליו שבועה, יבוא להימנע (מלקבל על עצמו את התפקיד)]". מכאן עולה שלא ניתן לכפות על אדם לשמש כאפוטרופוס[24], וכן אין אדם נעשה נאמן של הקדש בלי שהסכים לקבל על עצמו את התפקיד[25].

אולם מדברי בעל ספר החינוך משמע שלדעתו ניתן לכפות על אדם לשמש כאפוטרופוס ליתומים, שהרי כתב[26]: "אם יש להם [=ליתומים] מעות, שמכריחין בית דין כל מי שימצאו שהוא עשיר מנכסים שיש להם אחריות ויהיה איש נאמן ואוהב שלום וכשר, ומפקידין לו מעות היתומים להתעסק בהן... ומכריחים גם כן כל אדם שהוא טוב להם שיפקח עינו על נכסיהם, אם לא הניח להם אביהם שום אפטרופא".

על דברים אלו תמה ר' יוסף באב"ד[27]: "אין הסברא נותנת כלל שבית דין יכולים לכוף איש, שיטריח עצמו בגופו ולהתעסק במעותיהם, וההפסד יהיה שלו"[28].

[22] ע"פ כרם, סעיף 338, עמ' 715.

[23] גיטין נב ע"ב. זוהי דעת חכמים, אבל אבא שאול חולק על כך; ראה סעיף 7, נספח, ו.

[24] שו"ת הריב"ש, סימן תפט; בית הבחירה, בבא קמא לט ע"ב; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה. וראה גם בספר החפץ חיים (פלאג'י), סימן נח, אות לב.

[25] באופן דומה, היו שסברו שהמצווה לקיים את דברי המת לא תחול על נאמן, אף אם קיבל לידיו את השליטה בנכסי הנאמנות בחיי יוצרה, אלא אם העברת השליטה נעשתה לשם מינויו כנאמן, שאז יש סימן להסכמתו לשמש כנאמן. ראה סעיף 1, הערה 114.
אף לדעת הסבורים שהמצווה לקיים את דברי המת אינה מותנית בהעברת השליטה בנכסים לנאמן לשם מינויו כנאמן, תחולת המצווה מותנית בכך שהנאמן "קבל עליו או שתק" (שו"ת הריטב"א, סימן נד). משום כך, "כל שציוה על היורשין שלא בפניהם, אין בו משום מצוה לקיים דברי המת" (שם). על עיקרון זה חוזר הריטב"א בכמה מקומות. ראה: שו"ת הריטב"א, סימן קכג, בסופו, וסימן רא; חידושי הריטב"א, כתובות ע ע"א, ד"ה והא. וראה גם שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ה, סימן י, ד"ה והריטב"א כתב.

[26] ספר החינוך, מצווה סה.

[27] מנחת חינוך, על ספר החינוך שם, ד"ה ואם.

[28] אבל הוא מוצא מקור לדברי החינוך בנימוקי יוסף, בבא מציעא מא ע"ב (בדפי הרי"ף), בעניין מינויו של נאמן שיתעסק בנכסי היתומים, שלפי דבריו צריך להיעשות בפני בית דין חשוב שיש בכוחו להפקיע ממון, כדי שבית הדין יוכל לכפות על הנאמן לקבל על עצמו הפסדים שייגרמו מחמת השקעות כושלות. אם יש בכוחו של בית הדין לכפות על הנאמן לשאת בכל מקרה בהפסדים והנאמן אינו יכול לסרב לכך, סימן הוא שהמינוי נעשה בעל כורחו של הנאמן. אולם מנחת חינוך שם תמה על הנימוקי יוסף, הן משום שלא שמענו מעולם שיש בכוחו של בית דין לכפות על אדם לבצע עבודה, והן משום שכפיית בית הדין בנושא שדן בו הנימוקי יוסף אינה נדרשת כדי להכריח אדם למלא את תפקיד הנאמן, אלא כדי למנוע מן הנאמן להפיק רווחים אסורים מחמת איסור ריבית.
בית יעקב (טאורשונסקי), חו"מ, סימן רצ, סעיף ח, מציע שסמכות בית הדין, לשיטת החינוך, לכפות אדם לשמש כאפוטרופוס של יתומים מבוססת על סמכות בית הדין לכפות על כל אדם מישראל לקיים מצוות,

ג. הסכמה מכללא

לעיל[29] עסקנו באפוטרופוס של יתומים מכוח דין "יתומים שסמכו". אפוטרופוס זה מעולם לא הביע באופן מפורש את הסכמתו לשמש כאפוטרופוס, אך הדבר אינו מונע את ההכרה בסמכותו, משום שמפעולותיו ניתן להסיק שהוא קיבל על עצמו בלב שלם למלא את תפקיד האפוטרופוס. מכאן יש ללמוד, שהסכמתו של אדם לשמש כנאמן בנאמנות למטרות צדקה אינה צריכה להינתן במפורש.

ד. הסכמה שבשתיקה

האם שתיקה כהסכמה? נניח שביקש אדם מפלוני שישמש כנאמן, והלה שתק. האם ניתן לפרש את שתיקתו של פלוני כהסכמה לקבל על עצמו את תפקיד הנאמן? נראה שעל שאלה זו ניתן להשיב על דרך ההיקש מדיני השומרים.

גם בדיני השומרים הכלל הוא שאין אדם נעשה שומר, אלא אם הסכים לשמש כשומר. בהקשר זה עלתה השאלה: האם מי שהתבקש לשמור על נכס מסוים, ושתק, יוגדר כשומר? ר' יעקב מליסא[30] קבע ששתיקה נחשבת כהודאה רק במקום ש"יש זכות להשותק" — היינו, שהשתיקה משרתת אינטרס של השותק, או "בתביעה לפני בית דין". לכן, מי ששתק בעת שהתבקש לשמור על נכס, לא ייחשב כמי שקיבל על עצמו לשמור על הנכס, אלא אם מעשיו מעידים שקיבל על עצמו את התפקיד.

בהתאמה, נוכל גם לקבוע שאדם שנתבקש לשמש כנאמן ושתק — לא קיבל על עצמו לשמש כנאמן, אלא אם הוא החל לשמש בפועל כנאמן, או שהתבקש לקבל על עצמו את התפקיד בפני בית דין[31].

ובכלל זה גם מצוַת השבת אבידה, ומאחר שאם לא יימצא מי שינהל את נכסי היתומים הם יאבדו, ניתן לכפות על כל אדם לשמש כאפוטרופוס ולמנוע את הדבר.

שו"ת שבט הלוי, חלק ד, סימן רכא, דן באפשרות לכפות על אדם לעבוד כדי למנוע הפסד מאדם אחד, ומסיק: "כיון דקיימא לן דכופין עד שתצא נפשו על קיום מצוות עשה, כמבואר בכתובות פו ע"א, ולהציל חפץ וסחורתו של חברו שלא תאבד לגמרי — מצות עשה דאורייתא מהשבת אבדה... ואם כן, נהי דמדין פועל חוזר יכול לחזור אימתי שירצה... מכל מקום, במקום שרק הוא בקי במלאכה זו, וגורם ודאי הפסד ממון, נראה דיכולים לכוף מדין השבת אבידה". אבל הוא מדגיש שדבריו נאמרו רק על דרך "האפשר". כמו כן, הוא מציין לש"ך, חו"מ, סימן שלג, ס"ק טו, הפוסק שאם פועל מבקש להתפטר מתפקידו באמצע היום, ואין ביכולתו לשאת באחריות להפסדים שייגרמו מכך, "אין יכול לכופו להשתעבד בו [=לעבוד] בשביל כך", ומדבריו משמע שגם מצוות השבת אבידה אינה מצדיקה כפיית אדם לעבוד. מנגד, הוא מציין למחנה אפרים, הלכות שכירות, סימן ב, שאינו מכריע בשאלה האם ניתן לכפות על הפועל להמשיך לעבוד בנסיבות אלו.

[29] סעיף 2, פרק שני, ג.

[30] נתיבות המשפט, סימן רצא, ס"ק ה (על יסוד שו"ת מהרי"ק, שורש קנה). עוד לעניין זה, ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 17.

[31] אבל ייתכן שכוונת נתיבות המשפט באומרו "בתביעה לפני בית דין" היא רק בשתיקת נתבע בתגובה לתביעה נגדו בבית דין, ואם כן, אין ללמוד מדבריו שמי ששתק בעת שבית הדין ביקש ממנו שישמש כנאמן, נחשב כמי שהסכים לשמש כנאמן.

פרק חמישי

תנאי כשרות לשמש כנאמן של הקדש

א. מבוא

לפי ס"ק (ד), כל אדם כשר לשמש כנאמן של הקדש, זולת אם הוא נמנה על אלו שנקבעו כפסולים מלשמש כנאמני הקדש. החוק נמנע מלקבוע תנאי סף חיוביים, הקובעים מי יוכל לשמש כנאמן של הקדש.

את רשימת הפסולים ניתן לחלק לשניים: אלו שפסולים מחמת חוסר יכולתם להפעיל שיקול דעת בוגר ואחראי (קטין ופסול דין), ואלו הפסולים מחמת כישלונם בניהול נכסיהם בעבר (פושט רגל ותאגיד שניתן עליו צו פירוק).

הסיבה לכך שהמחוקק בחר לפסול את הקטין ופסול הדין מלשמש כנאמן ברורה: תפקיד הנאמן דורש הפעלה של שיקול דעת בוגר, אחראי ומקצועי, שעל פי רוב, אין פסול הדין מסוגל להפעיל. אולם הסיבה לכך שהמחוקק בחר לפסול את פושט הרגל או את התאגיד שניתן עליו צו פירוק מלשמש כנאמן, פחות ברורה.

אפשר שהסיבה לכך היא שהמחוקק חשש שמי שכשל בניהול עסקיו, ייכשל גם בניהול נכסי אחרים, וכדי להימנע מסיכון נכסי ההקדש, בחר לפסול אדם או תאגיד שכשלו בניהול נכסיהם מלשמש כנאמני הקדש. אכן, הסבר זה לוקה בחסר, משום שפשיטת הרגל או צו הפירוק אינם בהכרח תוצאה של כישלון עסקי וניהול לא מוצלח[32]. סיבה אפשרית אחרת היא שהמחוקק חשש שמא פושט רגל ותאגיד שניתן עליו צו פירוק לא יוכלו לשאת באחריות להפסדים שעלולים להיגרם עקב ניהול כושל. אולם גם הסבר זה לוקה בחסר, שכן אם זהו הטעם, היה מקום לפסול כל מי שקיים לגביו חשש שמא לא יוכל לשאת באחריות להפסדים. כמובן, ייתכן ששני ההסברים נכונים, ויסודה של ההוראה בשני הנימוקים גם יחד[33]. להלן, נבחן האם לפי המשפט העברי יש בנימוקים אלו כדי לאסור מינוי פושט רגל או תאגיד שניתן עליו צו פירוק כנאמנים של הקדש.

ב. דרישות סף לכשירות נאמן

גישת המשפט העברי בכל הנוגע לכשירותו של אדם לשמש כנאמן של הקדש, שונה מזו של החוק הישראלי. המשפט העברי אינו מסתפק בקביעת הפסולים מלשמש כנאמנים, עניין שבו

[32] קושי זה מודגש יותר לאור הצעתם של מנסחי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, להוסיף לרשימת הפסולים גם תאגיד שהחליט על פירוקו מרצון (סעיף 571(א)).

[33] לגבי תאגיד שניתן עליו צו פירוק, ניתן להציע הסבר נוסף לפסילתו מלשמש כנאמן: אין למנות מי שכבר בעת המינוי ידוע שלאחר זמן לא רב לא יוכל להמשיך בתפקידו. לפי הסבר זה, תאגיד שניתן עליו צו פירוק, בניגוד ליתר הפרטים ברשימת הפסולים, אינו פסול מלשמש כנאמן בגלל חוסר כשרון למלא את התפקיד או לשאת באחריות הכרוכה בו, אלא משום שמינויו יחייב את בית המשפט למנות שוב נאמן לאחר זמן לא רב. חיזוק להסבר זה ניתן למצוא בכך שתזכיר הצעת חוק דיני ממונות הוסיף לרשימת הפסולים גם תאגיד שהחליט על פירוקו מרצון, כאמור, אף שאין בהכרח סיבה לחשוד בכוחו לשאת באחריות להפסדים או בכשרונו לנהל את עסקי הנאמנות בהצלחה.

נרחיב בהמשך, אלא הוא אף מציב דרישות סף מחמירות למינויו של נאמן, כדי להבטיח שהמינוי יביא להגשמת מטרות ההקדש בדרך הטובה ביותר.

על דרישות אלו למדים אנו מפסיקת הרמב"ם[34], שאפוטרופוס ליתומים צריך להיות "אדם נאמן ואיש חיל ויודע להפך בזכות היתומים וטוען טענתם ושיש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור נכסים ולהרויח בהן". כלומר, על הנאמן להיות אדם אמין [=נאמן], היודע לעמוד בפני לחצים [=איש חיל], המסוגל להגן היטב על זכויות הנהנים [=יודע להפך בזכות היתומים], והמוכר כאדם מנוסה ובקי בעסקים [=שיש לו כוח בעסקי העולם].

על בית הדין לראות דרישות אלו לנגד עיניו בשעה שהוא בא למנות נאמן, אף שהמועמד לשמש כנאמן אינו נמנה על רשימת הפסולים[35].

ג. מינוי על ידי יוצר ההקדש או לפי אומד דעתו

(1) מינוי על ידי יוצר ההקדש

בתלמוד הובאה ברייתא הקובעת[36]: "אין עושין אפוטרופין נשים ועבדים וקטנים", אבל אם "מינן אבי יתומין, הרשות בידו", וטעם הדבר הוא[37] ש"יכול אדם לעשות בשלו מה שירצה".

[34] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף א.
במסכת דרך ארץ זוטא, פרק י, אומר ר' יוסי: "הגרע [=מקיז דם] והבורסקי [=מעבד עורות] והבנאי — אין מעמידין מהם פרנס על הצבור ואין מעמידין מהם אפוטרופוס". שם לא מובהר הטעם לכך שר' יוסי פסל את בעלי המקצועות הללו מלשמש כאפוטרופוסים. אולם ניתן לשער את הסיבה לכך, על פי ברייתא בקידושין פב ע"א, האומרת: "והגרע והבלן והבורסקי — אין מעמידים מהם לא מלך ולא כהן גדול. מאי טעמא [=מהו הטעם]? לא משום דפסילי [=שהם פסולים], אלא משום דזיל אומנותיהו [=שאומנותם בזויה]". עוד נאמר בברייתא המובאת שם: "עשרה דברים נאמרו בגרע: מהלך על צידו, ורוחו גסה, ונתלה וישב, ועינו צרה, ועינו רעה, אוכל הרבה, ומוציא קמעא, וחשוד על העריות ועל הגזל ועל שפיכות דמים". אם כן, מסתבר שבעלי אומנויות אלו נחשבו בעבר כאנשים בעלי אופי רע ובעלי אומנות בזויה (לדעת תשב"ץ, חלק א, סימן טז, ושו"ת חיים שאל, חלק א, סימן פז, אות ה, תחילת הברייתא שם "כל שעסקיו עם הנשים סורו רע" מתייחסת גם לגרע, בלן ובורסקי, ואם כן יש סיבה נוספת לפסלם; אבל יד רמה, קידושין שם, וכסף משנה, הלכות מלכים, פרק א, הלכה ו, כתבו שהללו אין עסקיהם עם נשים). על כל פנים, מדברי הברייתא שבבבלי עולה, בניגוד לדברי ר' יוסי שבמסכת דרך ארץ, שאנשים אלו לא נפסלו מלשמש כאפוטרופוסים, אלא נפסלו רק מלשמש בכהונת מלך או כהן גדול.
בספר דרש אברהם, חלק ב, פרשת מסעי, דף קא ע"ד (הובא בספר החפץ חיים (פלאג'י), סימן נח, אות פו), פסל גם את המספר לשון הרע מלשמש כאפוטרופוס, וכן פסל לתפקיד זה את מי שהוא מ"קטני אמנה", עצבני, רגזן וממהר לדבר קשות. אבל היות שהספר אינו ספר הלכה, נראה שאין להסיק מדבריו מסקנה הלכתית, אלא יש לראות בהם משום דין ראוי.

[35] ראה גם: בשערי בית הדין, חלק ב, עמ' 38.

[36] גיטין נב ע"א. כך פסקו: רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף א; בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 19.
דעה חריגה מובאת בספר שיעורי בקיאות, גיטין נב ע"א, הכותב שחידושי רבנו קרשקש, גיטין נ ע"א, האומר שאב שהתחייב שיוכל נושהו לגבות עידית מנכסי בניו, אין זה מועיל מפני שלא מועילה מחילת האב על נכסי בניו — יסבור שלא מועיל שאב ימנה אישה לאפוטרופוס, מפני שאינו יכול למחול על נזק שהאישה עלולה לעשות לנכסים כשיהיו של בניו, והוא יצטרך לפרש את הברייתא כרשב"א (להלן, הערה 42) — שבית דין יכול למנות אישה אם האב האמין לה. נראה שכוונתו היא שבמינוי בית דין אין זו מחילה, שהרי אם תגרום האישה נזק, בית דין יסלקוה (כפי שהוא כותב שם), מה שאין כן במינוי האב, שבית דין אינו יכול לסלק את מי שממנה האב.

[37] סמ״ע, שם, ס״ק ב. והשווה לדברי מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז.
שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן רפה, נימק, שהעובדה שהאב מינה אותם מראה שהוא יודע שהם נאמנים וראויים לנהל את הנכסים.
שו״ת הסבא קדישא, חלק א, חו״מ, סימן לב (עמ׳ קנג), נימק ש״אדם רשאי ליזוק בנכסיו״. הוא נאלץ לנמק כך, מפני שהוא הסביר (ראה להלן, הערה 69) שגם אם אבי היתומים מינה אישה, היא צריכה להישאר בביתה מטעמי צניעות, ואם כן למעשה היא לא תוכל לנהל את נכסיו כראוי, כך שנימוקו של הרשב״א בתשובתו אינו קביל לדעתו.
לבוש, חו״מ, סימן רצ, סעיף א, נימק משום ״מצוה לקיים דברי המת״, אבל י״ק רייניץ, ״מינוי אישה לאפוטרופא״, מחקרי משפט, ד (תשמ״ו), עמ׳ 168, הערה 5, הקשה עליו מהדעה (שהבאנו בסעיף 1, פרק רביעי, ג), שרק אם השליש המת את הנכסים אומרים ״מצוה לקיים דברי המת״.
אם בית הדין רואה שהאישה (או הקטן או העבד) שמינה האב גורמת נזק לנכסים, יסלקו אותה מתפקידה, כמו שמסלקים אפוטרופוס גבר באותו מצב. כך כתבו: שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן רפה, וסימן שנד, וחלק ז, סימן תקיב; שו״ת מהר״ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן רמג וסימן תתקנח, דפוס קרימונה, סימן ל וסימן ריא, ושערי תשובות, חלק ב, סימן יח (עמ׳ 144); תשב״ץ, חלק ב, סימן רפז; שו״ת מהריט״ץ החדשות, סימן סט; שו״ת ר׳ יצחק מפוזנא, סימן קמו.
נחלקו הפוסקים לגבי אב שמינה את אשתו כאפוטרופוס, ולאחר מותו נישאה לאחר. יש אומרים שבית הדין מסלק אותה מתפקידה: תשב״ץ, חלק ב, סימן רפז, על פי תשובת הרא״ש המובאת בטור, אהע״ז, סוף סימן קז (אך אין זה מפורש בדברי הרא״ש); שו״ת הרשב״ש, סימן שמז, סימן שסד וסימן תצז, בדעת הרא״ש והתשב״ץ; בית יוסף, חו״מ, סימן רצ, סעיף ג, ושו״ת אבקת רוכל, סימן צב (פח ע״ד), בדעת הרא״ש שם. ראנ״ח בתשובתו בשו״ת מהר״ם גאויזון, סימן טז (עמ׳ סח), נוקט שהיות שתם המינוי של הבעל, הרי אם בית דין לא יסלק אותה, הרי זה כאילו בית דין ממנה אותה מעכשו, וזה נגד העקרון שאין בית דין ממנה אישה; מדבריו עולה שחובה על בית דין לסלקה. שו״ת שער אפרים, סימן קלג (ד״ה איברא זולת), מדבר על מקרה שנאמר בצוואה בפירוש שהוא ממנה אותה רק כל זמן שתשב לכבוד בעלה ולא תינשא לאחר, ואם תינשא לאחר, האפוטרופסות שלה תתבטל.
שו״ת הרשב״ש, סימן שמז וסימן שסד, נימק דעה זו, שיש להניח שהאב לא היה רוצה שתשמש אפוטרופוס במצב שבעלה החדש יכול להרוויח מעזבונו. בסימן שמז הוסיף שיקול מדיני שומרים: אין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר (ראה חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 260). אבקת רוכל שם נימק, שחוששים שהבעל החדש יאכל את הנכסים. ראנ״ח בתשובתו בשו״ת מהר״ם גאויזון, סימן טז (עמ׳ סח), נימק (בתחילת דבריו), שהאב מינה אותה מאהבתו אותה, ולא על דעת שתינשא לאחר, כלומר, שבנישואיה לאחר היא כאילו בגדה בו. ר׳ שמואל הכהן בתשובתו שם (עמ׳ סט־ע) נימק (בתחילת דבריו), שזה שינוי לגריעותא, מפני שהיא ברשות בעלה, והדבר יגרום הפסד לנכסים; ויתר על כן: היות שנישאת לאחר, היא הפכה להיות שנואה בעיני בעלה הראשון, ובוודאי הוא מבקש את רעתה במקום שהוא (בגן עדן!), וגם אם היא מביאה תועלת ליתומים, אין לו חפץ בה, מפני שכל טובתה היא רעה אצלו, ולכן מסלקים אותה.
אבל תשב״ץ שם כותב בשם הרשב״א שגם אחרי שנישאה מחדש, היא תישאר בתפקידה. ר׳ שמואל הכהן בתשובתו בשו״ת מהר״ם גאויזון, סימן טז (עמ׳ עג), כותב שכך עולה משו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן רפה, העוסק באישה שמינה אותה בעלה לאפוטרופוס, ולאחר מותו נישאה לאחר, ובכל זאת הוא מכשיר את המינוי, ודן בה רק מנקודות אחרות. אבל התשב״ץ אומר שלמעשה אין מחלוקת: הרשב״א מתכוון למקרה שהצליחה בניהול הנכסים בהיותה פנויה, ונישאת לאדם הגון שהיה נאמן בעיני הנפטר, ולכן אין מסלקים אותה; ואילו הרא״ש מתכוון למקרה שהבעל החדש אינו מוחזק כנאמן לא למוריש ולא לבית דין, ולכן מסלקים אותה. כמו כן, מהר״ם גאויזון בתשובותיו, סימן טז (עמ׳ סח), כותב שהרא״ש התכוון לומר רק שמסלקים אותה אם היא מפסידה את הנכסים משנישאת. גם ראנ״ח בתשובתו שם (עמ׳ סח) אומר (במסקנתו) שהרא״ש מתכוון למקרה שיש לבית דין סיבה לחשוד שהבעל החדש יאכל את הנכסים. כמו כן, ר׳ שמואל הכהן בתשובתו שם (עמ׳ עג) אומר (במסקנתו) שהרא״ש מדבר רק באב שגילה את דעתו בשעת הצוואה שהוא ממנה אותה רק מפני שהוא יודע שאינה עתידה להינשא לאחר, ואז מסלקים אותה אם נישאת.
הגבלה אחרת על מינוי אישה על ידי האב הוא שאם מתעורר ספק באשר להיקף המינוי, משכו או תנאיו,

ר׳ מנחם המאירי כותב[38]: ״ואין עושין בית דין אפוטרופוס נשים ועבדים, ואין צריך לומר קטנים, אבל מינהו אבי יתומים, באשה ועבד מיהא, הרי הוא אפוטרופוס גמור״. ודוק: ״באשה ועבד״ ולא בקטן. מכאן שלדעתו, אף שיכול אדם לעשות בשלו מה שירצה, אין הדבר נותן בידיו את הכוח למנות קטן כאפוטרופוס[39]. אולם חידוש זה אינו מתיישב עם לשון הברייתא[40], ואף לא מצאנו לו סיוע בדברי הפוסקים[41].

נראה שמאותה סיבה, יוצר ההקדש יכול גם למנות פושט רגל כנאמן, אף שבית הדין אינו ממנה אדם כזה, כפי שנראה להלן.

(2) מינוי בהתאם לאומד דעתו של יוצר ההקדש

הרשב״א גרס[42] בדברי הברייתא שם כך: ״אם מינן אבי יתומים, הרשות בידן[43]״. לדבריו,

מפרשים אותו בצמצום, כיוון שהכלל הוא שאין ממנים אישה. כך כתבו: שו״ת מהריב״ל, חלק ב, סימן עו; שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן שלט; שו״ת לחם רב, סימן ריב. אך שו״ת אבקת רוכל, סימן קנח (קלז ע״ד), עוסק במקרה שיש ספק בהיקף המינוי, וכותב חכם אחד בתשובתו שם, שמספק אין להוציא את האפוטרופסית מחזקתה; ור״י קארו בתשובתו שם אמנם פוסק לסלק אותה מהאפוטרופסות, אבל רק משום שהיה אומדן דעת לפרש כך את כוונת הבעל. ומהריב״ל עצמו, בחלק ב, סימן מח, אומר שאף שיש ספק בכוונת באב, לא די בזה להוציא את האפוטרופסית מחזקתה; אולי כוונתו היא שבנידונו לא היה ספק ממשי. לרקע ההיסטורי למינויין של נשים כאפוטרופסות בידי בעליהן, ראה א׳ בשן, ״התמורות במעמדה החברתי וההשכלתי של האשה היהודיה במזרח התיכון״, משפחות בית ישראל, ספר הכינוס למחשבת היהדות, שנה יח, עמ׳ 185.

38 בית הבחירה, גיטין נב ע״א.

39 ר׳ אבינועם שמואל יהב, ״גדרי מינוי אפוטרופוס, כוחו וסמכותו״, מקבציאל כה (שנה יג), עמ׳ רכ, בעמ׳ רכג (=נעם שיח, קונטרס אמרי נעם, סימן יא, עמ׳ קלט) (ד״ה ומדברי הרא״ש), דייק כך מדבריו.

40 אמנם, בתוספתא הנזכרת להלן, ליד ציון הערה 46, נאמר: ״אין בית דין עושין אפיטרופין נשים ועבדים כתחילה ואם מינה אותן אביהם בחייו עושין אותן אפיטרופין״, בהשמטת ״קטנים״, מה שעשוי היה לסייע לקביעת המאירי, שאין בכוחו של האב למנות קטן כאפוטרופוס לילדיו. אולם, בנוסחי הברייתא, גיטין שם, בכתב יד ותיקן 130 ובכתב יד ותיקן 140, המילה ״קטנים״ קיימת, ור״ש ליברמן, תוספתא כפשוטה, תרומות, עמ׳ 303־304, מציין שבכל דפוסי התלמוד מובאת הברייתא בלשון זו, דבר המעיד שהגרסה שבדפוסים מהימנה. הוא מציין למקור יחיד בדברי הראשונים המשמר את נוסחת התוספתא: ספר העיטור, הרשאה, דף עה ע״א. וראה להלן, הערה 51.

41 בסעיף 1, ליד ציון הערה 72, הבאנו את דברי ר״א וולדנברג, שהסיק מסמכותו של האב למנות קטין כאפוטרופוס, שזיקת האפוטרופוס לנכסי היתומים אינה מבוססת על דיני השליחות. מדבריו עולה, שלא היה לו כל ספק בכך שהאב יכול למנות קטין כאפוטרופוס לבניו.

42 חידושי הרשב״א, גיטין נב ע״א, ד״ה הא דתניא (הובא בחידושי רבינו קרשקש שם, בחידושי הרמ״ה ושיטות קדמונים שם, בחידושי הר״ן שם, בר״ן על הרי״ף, גיטין כו ע״א, בדפי הרי״ף, בנימוקי יוסף שם, ובפני יהושע שם).

כמו כן, צרור הכסף הקצר, דרך ה, שער ה, אות ו (עמ׳ קנו), והארוך, דרך ה, שער ה, אות ד (עמ׳ שעה־שעו), מביא את דברי התוספתא (להלן, הערה 46), ואחר כך מביא כדין נפרד בשם הרמב״ם, שמועיל מינוי מפורש של האב, כאילו שזה מקרה אחר — ומכאן שהבין כרשב״א שהתוספתא מדברת על מינוי בית דין מכח אמון שהאב גילה באישה בחייו (והוא היה תלמיד הרשב״א). כמו כן, רשב״ם, בבא בתרא נב ע״ב (ד״ה דשביחא) (הובא בשו״ת מהר״ח אור זרוע, סימן פו), כותב שבית דין ממנים אישה לאפוטרופוס, והסביר נוה צדק, על הרמב״ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו, שהוא מתכוון למקרה של הרשב״א. שערי עוזיאל, שער ח, פרק ב, אות ו, נוקט שמדובר שהוא לא מינה אפוטרופוס אחר. ר׳ שמחה אסף, ״מנוי נשים לאפיטרופסות״, המשפט העברי ב (תרפ״ז), עמ׳ 80, מצביע על כך שהרשב״א נקט רק

שאפשר למנות אישה זו, ואילו תשב"ץ, חלק ב, סימן קפט (וכן שו"ת יכין ובועז, חלק ב, סימן מז), אומר שממנים רק אותה. י"ק ריינץ, "מינוי אישה לאפוטרופא", מחקרי משפט, ד (תשמ"ו), עמ' 176, מסביר שהיות שהמוריש גילה את דעתו שאין במינויָה נזק ליתומים, רשאי בית דין למנותה, לפי שיקול דעתו, ודינה כדין אפוטרופוס שמינהו בית דין (וחזר על כך בעמ' 183, הערה 85). אך בעמ' 182 למד מהתשב"ץ שדינה כאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים (לפי הדעה, שנביא להלן, ליד ציון הערה 71, שבית דין אינו יכול למנות אפילו אישה שידוע שהיא יודעת במשא ומתן, אי אפשר לומר שכאן בית דין ממנה אותה על סמך עדות המוריש שהיא יודעת במשא ומתן, וגם אם נאמר שאפשר למנות אישה שידוע לבית דין שהיא בקיאה במשא ומתן אי אפשר לסמוך לשם כך על עדות משתמעת של מישהו; אלא צריך לומר שתוקף המינוי הוא כמו באפוטרופוס שמינהו האב בפירוש, אלא שכאן זהו מינוי מכללא; ואמנם לא די במינוי מכללא של האב, שהרי אפשר שהוא סמך עליה רק בחייו כשהיה יכול לפקח עליה, כסברת שו"ת הרא"ש, כלל סב, סימן א, מכל מקום מצטרף לזה המינוי של בית דין, שהוא "רשות" כלשון הרשב"א, למקרה שנראה לבית דין שהיא ראויה, כפי שיישבו כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות בית יוסף, אות כג, ושו"ת כתב סופר, חו"מ, סימן כב, את סתירת הרשב"א והרא"ש (על הסתירה ראה להלן, הערה 44); ולא די בזה שנראה לבית דין שהיא ראויה, משום "לא פלוג", כפי שנראה להלן, הערה 70 והערה 71, וכאן שיש טעם נוסף, אמון האב, לא אמרו "לא פלוג"; ואם נאמר שהרשב"א חולק על סברת הרא"ש [או ניישב ביניהם כשו"ת צרור הכסף, חו"מ, סימן כז (פט ע"ב), שבאישה אין לומר שהוא האמין לה רק בחייו מפני שידע שהיא מפחדת ממנו, שהרי אישה בסתם מפסידה את ממונו מתוך אי־יכולת, ואם בכל זאת מינה אותה אף שמפסידה את ממונו, זה בודאי מפני שהוא רוצה אותה, לכן משאירים אותו אפוטרופוס גם אחרי מותו], המינוי הוא מטעם אבי היתומים בלבד, ומכל מקום נקט "רשות" מפני שמותר לבית דין למנות אפוטרופוס אחר, שגם הוא מן הסתם נאמן בעיני האב, ודוקא אם מינה אישה בפירוש אין בית דין יכול למנות אפוטרופוס אחר).

תשב"ץ, חלק ב, סימן קפט, כותב שגם אם העיזבון גדל מאז שהאב מינה את האישה (או העבד או הקטן), משאירים אותה בתפקידה, מפני שמה שקובע כאן הוא האמון שנתן בה האב. שו"ת יכין ובועז, חלק ב, סימן מז, אומר יותר מזה: גם אם מינה אותה רק כמורשה לפקח בעסקיו באחד מענייניו, ממנה אותה בית דין כאפוטרופוס, כיוון שאנו רואים שהאמין לה. הר"ן על הרי"ף שם נוקט, שהפקיד אצלה. אבל י"ק ריינץ, שם, עמ' 182, הערה 82, כתב שלפי כסף משנה, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ד, ששומר המוסר למי שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו, פטור רק עד כדי השיעור שבעל הנכס היה רגיל להפקיד אצלו, אף כאן אפשר לעשותה אפוטרופוס רק בשיעור הנכסים שהנפטר היה רגיל למנותה עליו, שהרי הרשב"א הִשווה את עניינו למסירה לאדם כזה; וראה חוק לישראל, שומרים, סעיף 7, פרק ב, 6, שיש חולקים על הכסף משנה. עוד העיר, שאם רק הפקיד אצלה נכסים, ולא מינה אותה על ניהולם, הדבר מוכיח שנתן בה אמון ואינו מוכיח שסמך על כושר הניהול שלה, ולכן לפי הטעם שהחסרון באישה כאפוטרופוס הוא חוסר נאמנות, אפשר למנותה, ולפי הטעם שהחסרון הוא אי־יכולת ניהול, אי אפשר למנותה.

להלן מקרים שהלכת הרשב"א יושמה בפועל: תשב"ץ, חלק ב, סימן קפט, באלמנה שכתב לה בעלה שטר הרשאה כשהלך למיורקה, שמוכיח שבחייו היתה נאמנת בעיניו וזריזה בפיקוח על הנכסים, ולא היה שום אדם בחזקת נאמנות בעיניו כמו אשתו (ובסימן קצא נוקט שזה נחשב מינוי של האב); שו"ת כתב סופר, חו"מ, סימן כב, באלמנה שהיתה עוסקת במסחר של בעלה ובהלוואות, ובעלה בטח בה, והיתה עושה באמונה כל חייו ולא בדק אחריה כלל; שו"ת אהל אברהם (שאג), סימן עה, באלמנה שבחיי בעלה היתה נושאת ונותנת בתוך הבית, "ביגיע כפה הביאה טרף לביתה", יודעת לטרוח, להוציא ולהכניס. אלא שכתב סופר ואהל אברהם צירפו נימוקים נוספים, מתוך חשש לאפשרות שהשולחן ערוך והרמ"א חולקים על הרשב"א, מאחר שלא הביאו את דבריו: כתב סופר צירף את העובדה שקודם מיתתו ביקשה ממנו לעשותה גברת הבית, והשיב שרוצה לדבר תחלה עם בנו, ועד שבא בנו, כבר לא היה יכול לדבר, ובנו אומר לנו שהיה ממליץ עליה, ונראה שהיה עושה אותה אפוטרופוס כעצת בנו מפני שהיה רגיל לסמוך על בנו (ריינץ, שם, עמ' 190, סבור שנימוק זה לבדו מספיק לעשותה אפוטרופוס); וגם היתה בזה טובת היתומים במידה רבה מפני שאהבה מאוד את בניה ויש אומדנא שתעשה ותעסוק בטובתם וגם תגדל אותם לתורה; וגם היה ידוע שהיא עסקה בנכסיו בזריזות כל חייו. אהל אברהם צירף את העובדה שהיא תוכל להחזיק את בניה לתלמוד תורה, כפי שהחזיקה אותם במאמץ רב, ואילו אם ימסרו ביד אפוטרופוס אחר, אין די כסף לכך

כוונת הברייתא לחדש ש"אם מינן [=את הפסולים] אבי יתומין על נכסיו בחייו, לשאת ולתת בהן, לומר שהיו מוחזקין אצלו בנאמנין וזריזין, הרשות ביד בית דין לעשותן אפטרופין מדעתן על נכסיו לאחר מותו"[44]. אם כן, לפי הרשב"א, בית הדין רשאי למנות כנאמן של הקדש כל אדם שזכה לאמונו של יוצר ההקדש בחייו[45].

(אלא אם מישהו מתאמץ במיוחד, כמו אישה זו); ועוד שבזמנו כמעט לא נמצא אפוטרופוס בטוח אם לא באמצעות ערכאות הגוים, ו"אויבינו פלילים"; ועוד שהאישה היתה מוחזקת בכל הנכסים, והם מיטלטלין, והרי אילו תפסה אותם למזונות לא היינו מוציאים מידה, כל שכן שיש להניחם בידה בתורת אפוטרופסות; וליתר ביטחון הוא חִייב את האישה לעשות חשבון כל שנה בפני בית דין או בפני שני אנשים חשובים שיבחר בית דין, כדי לדעת אם לא יכלה קרן היתומים; ולכן אף שהוא "מיראי הוראה", הוא ראה לנכון "לאכול בשר תמותות" כזה ולסמוך על הרשב"א, לטובת היתומים. עוד פוסק שהסתמך על הרשב"א אבל לא באותו מקרה: שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן פג (הובא אצל רייניץ, שם, עמ' 183), אומר ששכיב מרע שמינה אישה להיות אפוטרופוס אחר מותו, ועמד מחוליו, ואחר כך מת, המינוי נשאר בתוקפו, גם בלי שבית דין ימנה אותה (שלא כבמקרה של הרשב"א, שהאב מינה אותה רק בחייו, שאז צריך מינוי של בית דין), ואין בית דין יכול למנות אחר. בנידונו לא הייתה זו אפוטרופסות על יתומים, שכן הוא מת בלי בנים. שו"ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב, מרחיב מאוד את החריג שעושה הרשב"א, וזאת על סמך דברי הראב"ן (שהבאנו בסעיף 1, פרק שני, ב) שאישה הנושאת ונותנת בתוך הבית יש לה סמכות לפעול בנכסי בעלה, משום שמניחים שבימינו בעל סומך על מעשי אשתו, ואם כן, בית דין יכול למנות כל אישה כאפוטרופוס על נכסי בעלה המנוח, כיוון שהוא סמך עליה. רייניץ, שם, עמ' 201, הבין שגם ר"ש אסף, המשפט העברי ב (תרפ"ז), עמ' 79, מתכוון לומר זאת; אך הוא דוחה (בהערה 158) מסקנה זו, בכך שאמנם סתם אישה נאמנת לבעל בטיפול בענייני הבית, אבל לא הסמיך אותה לשמש כאפוטרופוס על ילדיו בחייו, שרק אז אומר הרשב"א שאפשר למנותה אפוטרופוס לאחר מותו (ראה לעיל, בשם יכין ובועז, בשאלה מה דורש הרשב"א שתעשה בחיי הבעל).

דעה חולקת: רייניץ, שם, עמ' 177, מוכיח שתוספות, כתובות פח ע"ב, ד"ה קמיפלגי (וכן הוא בתוספות שאנץ ובתוספות הרא"ש, שם), חולקים על הרשב"א, מתוך שדנו באישה שבעלה מינה אותה אחראית על נכסיו בחייו, ובכל זאת כתבו שאין בית דין ממנים אותה אפוטרופוס אחרי מותו. אך אפשר לדחות את הוכחתו, לפי מה שראינו לעיל שלדעת הרשב"א אישה זו נחשבת אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים (או צירוף שני הגורמים), וזאת כוונת התוספות: גם אם בית דין ימנה אותה מצד סברת הרשב"א, היא תיחשב אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים, לעניין הנפקות הנידונה בסוגיה שם, האם משביעים אותה (וגם אם נחשבת אפוטרופוס שמינהו בית דין, אין מקום לסברת אבא שאול [ראה סעיף 7, נספח, ו] שמשביעים אפוטרופוס כזה מפני שלא יימנע בשל כך מלהסכים שהרי הוא נהנה מאמון בית דין, שהרי כאן לא נתמנתה מפני אמון בית דין אלא מפני אמון האב, אם לא נתחשב בכתב סופר שהצריך גם את אמון בית דין, ולכן הסוגיה לא היתה יכולה להעמיד בכך). ובלאו הכי ברור שהסוגיה לא היתה יכולה להעמיד במינוי בית דין מכוח סברת הרשב"א, שהרי אז בין לאבא שאול ובין לחכמים משביעים אותה, ואין לחשוש שבגלל זה תימנע מלהסכים לשמש כאפוטרופוס, שהרי במקרה כזה קיימים טעמי שתי הסיבות שאין לחשוש שתימנע — אמון בית דין (לפי כתב סופר שהצריך גם אמון בית דין) והנחה שהיא נהנתה ממנו (ראה סעיף 7, שם). ולפי זה אין צורך להידחק במה שהוא נדחק (שם, הערה 60) ליישב לדעת הרשב"א מדוע לא פירשה הסוגיה שהיא נחשבת אפוטרופוס שמינהו בית דין.

43 בכך מתקן הרשב"א את גרסת התלמוד, ובמקום "בידו" גורס "בידן". ראה גם: סמ"ע, סימן רצ, ס"ק ז.

44 לכאורה, דברי הרשב"א סותרים את דברי שו"ת הרא"ש, כלל סב, סימן א (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רצ, מחודש ג; בב"ח, שם, סעיף ג, ד"ה כתב הרא"ש; וברמ"א, שם, סעיף א), שאדם שמינהו היתומים כנאמן על נכסיו בעודו חי, לא ישמש כאפוטרופוס ליתומיו (גם אם הוא לא קטן, עבד או אישה), אלא בית דין ימנו אדם הראוי לכך. הסמ"ע, שם, ס"ק ג, נימק את דברי הרא"ש: "יש לומר דאינו נאמן כל כך, אלא דידע ביה אביהן, שבחייו לא היה יכול להעז נגדו לעשות לו עיוות". מדברים אלו משמע שמינויו של אדם לנאמן אינו מעיד בהכרח על האמון שרוחש לו הממנה, בניגוד לעולה מדברי הרשב"א. ואמנם, בשו"ת מהר"ם מלובלין, סימן יב, הבין שהרא"ש חולק על הרשב"א.

סיוע לדבריו מוצא הרשב"א בלשון התוספתא[46], שקבעה שלמרות ש"אין בית דין עושין אפיטרופין נשים ועבדים [ל]כתחילה", הרי "אם מינה אותן אביהם בחייו, עושין אותן אפיטרופין"[47].

כראיה לדבריו, הביא הרשב"א את המסופר בתלמוד[48] על "ההיא סבתא" שהיו גננים רגילים להפקיד את כליהם אצלה. באחד הימים, ביקשו מאחד מן הגננים שישמור להם על כליהם, והלה הפקיד אותם אצל אותה זקנה, והם נגנבו ממנה. כאשר בא הדין לפני רב, הוא פטר את הגנן מתשלום, משום שבמקרה זה אין הגננים יכולים לטעון שהם אינם מוכנים שכליהם יופקדו ביד אותה זקנה, שהרי הם עצמם נהגו להפקיד את כליהם אצלה. מכאן למד הרשב"א, שאם אבי היתומים נהג לתת אמון באדם מסוים, רשאי בית הדין למנותו כאפוטרופוס על נכסיו.

ר' שלמה לוריא פוסק[49] כדברי הרשב"א, משום "שהם דברים של טעם, והתוספתא מסייע להו".

אבל סייג חשוב עולה מדברי הרמב"ם[50]: אם הסיבות לפסול אדם מלשמש כאפוטרופוס נולדו רק לאחר מותו של האב, יסלקוהו בית הדין מתפקידו, על אף שהלה שימש כאפוטרופוס

אולם ר"א מילר הציע דרך ליישב את הסתירה, תוך שהוא מבחין בין מניעים שונים למינויו של נאמן. לדבריו, מלשון הרשב"א "לומר שהיו מוחזקין אצלו בנאמנין וזריזין" יש ללמוד שהרשב"א עסק במינוי של נאמן שידוע היה שהממנה נותן בו אמון. במצב זה, רשאי בית הדין למנות נאמן זה כאפוטרופוס על יתומיו, בהסתמכו על האמון שזכה לו מהאב. אולם יש שהמינוי אינו מתבסס על האמון שרוחש הממנה לממונה, אלא על ההנחה שהממונה לא יהין "להעז נגדו", כלשון הסמ"ע. לכן, אם סיבת המינוי אינה ידועה, פסק הרא"ש שאין להסיק מן המינוי שעשה האב בחייו על כוונתו להמשיך את כהונת הנאמן אף אחר מותו, משום שייתכן שלאחר מות הממנה יעז הממונה לפעול נגדו.

באופן דומה ניתן להסביר שלדעת הרשב"א, המינוי כשלעצמו מעיד על היות הממונה נאמן בעיני הממנה. הנחה זו מקובלת אמנם על הרא"ש, ואף הוא מסכים שבאופן עקרוני, אם מינה האב אפוטרופוס בחייו, רשאי בית הדין להמשיך את כהונתו לאחר מות האב. אולם הרא"ש מכיר גם בקיומם של מקרים חריגים, בהם אין המינוי מעיד על האמון שרוחש הממנה לממונה. לכן פסק הרא"ש שאין להמשיך באופן אוטומטי את כהונתו של נאמן שמונה כמנהל נכסיו של אדם לאחר מותו. על בית הדין לבחון האם קיימות נסיבות מיוחדות, המצדיקות הטלת ספק במהימנות הנאמן, ולאפשר לכל מי שמעוניין בכך להציג את התנגדותו למינוי. כך ניתן יהיה להבטיח שלא ימונה כנאמן אדם שמונה כמנהל נכסים בחיי האב, אך לא מחמת מהימנותו. אם לא ימצא בית הדין סיבה מיוחדת לפסול את הנאמן מלשמש כאפוטרופוס, יאשרר את מינויו של האב.

כל זה באדם שאינו קטן, עבד או אישה. אבל בקטן, בעבד או באישה, ייתכן שהרא"ש סבור (שלא כרשב"א) שהעובדה שהאב מינה אותם על ניהול נכסיו בחייו, אינה מכשירה אותם לשמש כאפוטרופוס לאחר מותו, גם אם ידוע שהאב נתן בהם אמון.

על סתירת הרשב"א והרא"ש ראה עוד לעיל, הערה 42, בשם ריינץ.

[45] ראה גם שו"ת מהר"ם לובלין, סימן יב, ד"ה האמנה.

[46] שנציין להלן, הערה 51.

[47] כך פסקו גם רמב"ם ושולחן ערוך, שצוינו בהערה 36.

[48] בבא מציעא לו ע"א.

[49] ים של שלמה, גיטין, פרק ה, סימן ו.

בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג, כותב שאף שהרי"ף, הרמב"ם והרא"ש גורסים "בידו", שלא כרשב"א, ייתכן שדינו של הרשב"א נכון מכוח הראיות שהביא. אבל הוא לא הביא את דברי הרשב"א בשולחן ערוך.

[50] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז.

עוד בחיי האב. הדעת נותנת שכך הדין אף אם מינה האב את האפוטרופוס בחייו, בלי שידע על קיומן של הסיבות המצדיקות את פיטוריו.

בהתאם לכך נוכל לקבוע שבית הדין רשאי למנות את איש אמונו של יוצר ההקדש כנאמן, אף אם הוא אינו כשר להתמנות כנאמן בנסיבות רגילות, ובלבד שיוצר ההקדש היה מודע לקיומן של הסיבות הפוסלות אדם זה מלהתמנות כנאמן על ידי בית הדין, ולמרות זאת לא נמנע מלרחוש לו אמון בחייו ולמנותו כנאמן.

ד. מינוי על ידי בית הדין

(1) קטן ופסול דין

אין למנות קטן ופסול דין כנאמנים של הקדש, משום שיש להטיל ספק ביכולתם להחליט החלטות שקולות ונבונות בכל הנוגע לניהול נכסי ההקדש. כמו כן, בשל מגבלות כַּשרות שונות לא יוכלו לעשות חלק ניכר מן הפעולות שאמור הנאמן לעשות במסגרת מילוי תפקידיו.

בתלמוד נאמר[51]: "אין עושין אפוטרופין נשים ועבדים וקטנים", וכך נפסק להלכה[52]. הסיבה לכך שקטנים פסולים מלשמש כאפוטרופוסים היא, שקיים חשש שלקטן חסר שיקול הדעת הנצרך לשם ניהול נכסי היתומים כראוי. מסיבה זו, קטן אינו כשר גם לשמש כאפוטרופוס של הקדש[53], ואף פסול הדין אינו כשר לכך[54].

אכן, כידוע, אדם נחשב כבוגר לפי ההלכה כבר בהגיעו לגיל שלוש עשרה שנים ויום אחד, ולכן אין בהלכה הנזכרת כדי לשלול מינויו של מי שעבר גיל זה, אף אם הוא קטין לפי החוק הישראלי.

אולם הריב"ש דן במינויו של בן שמונה עשרה שנים לאפוטרופוס, ולאחר סקירת המקורות שמהם עולה שבחור בגיל כזה אינו בקי בדרך כלל במשא ומתן, הוא מסיים[55]: "נראה לי, שהיה עולבנא דדייני למנות רך בשנים כזה, שלא הורגל לפקח ולהתעסק ולישא וליתן. שהרי אין בו התנאים שראויים להיות במי שבית דין ממנין אותו אפטרופוס על היתומים... איש חיל, ויודע להפך בזכות היתומים, וטוען טענתם, ויש לו כוח בעסקי העולם כדי לשמור נכסיהם ולהרוויח בהן... ואין ספק שאין בזה הבחור כל המידות האלו". בעקבות דבריו קובע הרב

[51] גיטין נב ע"א.
ככל הנראה, המקור לדברי התלמוד הוא בתוספתא, תרומות, פרק א, הלכה יג (הלכה 11 במהד' ליברמן), ובבא בתרא, פרק ח, הלכה ד (הלכה 17 במהד' ליברמן). אולם בשני מקורות אלו נאמר רק שאין בית דין ממנים נשים ועבדים כאפוטרופוסים, אך לא נאמר שאין ממנים קטנים כאפוטרופוסים. וראה בעניין זה גם: הגהות הב"ח, על הרי"ף, גיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף), אות ח; חזון יחזקאל, על התוספתא, בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד; ולעיל, הערה 40.

[52] רמב"ם ושולחן ערוך, שצוינו לעיל, הערה 36.

[53] בהתאם למגמת הפוסקים ללמוד דיני נאמן של הקדש מדיני אפוטרופוס של יתומים; ראה סעיף 1, הערה 77.

[54] ההלכה מונה בין הנחשבים כחסרי דעת גם את החרש (שאינו שומע ואינו מדבר) ואת השוטה. נראה שהתוספתא ציינה את הקטן כדוגמה לכל חסרי הדעת, ואין מדובר ברשימה סגורה, אלא באבות טיפוס לאלו שאינם ראויים לשמש כאפוטרופוסים ליתומים. להרחבה בעניין הגדרת חרש ושוטה ומעמדם, ראה מ"מ פרבשטיין, משפטי הדעת, ירושלים תשנ"ה.

[55] שו"ת הריב"ש, סימן כ.

עוזיאל[56]: "כל אדם שלא הגיע לגיל של עשרים שנה שלמות, אין בית דין ממנין אותו לאפוטרופוס".

(2) פושט רגל ותאגיד שניתן עליו צו פירוק

כאמור, אפשר למנות כאפוטרופוס רק מי ש"שיש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור נכסים ולהרוויח בהן", ואפשר שמי שכשל בניהול עסקיו אינו עומד בתנאי זה.

ר' משה גלאנטי נשאל, האם יוכל אדם ששימש כאפוטרופוס של יתומים להמשיך בתפקידו גם לאחר שירד מנכסיו. מסקנת תשובתו היא[57]: "אנן סהדי [=אנו עדים] שאם היה המצווה יודע שזה מפסיד בכל שנה ומכלה הקרן, לא היה משים אותו לאפוטרופוס, בין ההפסד מחמת רוע מזלו בין שיהיו ידיו פתוחות להוציא הוצאות", ולכן ניתן לפטר את הנאמן שירד מנכסיו. מדבריו שנאמרו בעניין סילוק אפוטרופוס מתפקידו, נראה שנוכל ללמוד בקל וחומר שלכתחילה אין למנות מי שירד מנכסיו כנאמן של הקדש.

אבל ר' משה גלאנטי מדגיש שהוראתו היא דווקא כאשר "תדיר בכל שנה ושנה הוא מפסיד", היינו, רק מי שמפסיד באורח קבע את נכסיו, יוחזק כמי שיגרום הפסד לנכסי אחרים המצויים תחת שליטתו. נראה שמי שפשט את הרגל, חזקה עליו שכשל בניהול עסקיו במשך תקופה ארוכה, ולכן ניתן לקבוע שאדם שפשט רגל או תאגיד שהתפרק, לא יהיו כשרים לשמש כנאמני הקדש.

נראה שיש סיבה נוספת לפסילת פושט רגל או תאגיד שניתן עליו צו פירוק מלשמש כנאמני הקדש. רב יוסף קבע[58] שאין ממנים אדם כדי שישקיע את כספיהם של היתומים אלא אם יש לו "דהבא פריכא" — היינו חתיכות זהב, שערכן רב וברור שהן שלו[59] — ואותן יפקיד בידי בית הדין כערובה למימוש אחריותו, ורק לאחר מכן ימסור בית הדין בידיו את כספי היתומים כדי שישקיעם. אולם לדעת רב אשי[60], מאחר שלא תמיד ניתן למצוא אדם שבבעלותו "דהבא פריכא", די שהממונה יהיה "גברא דמשפו נכסיה, ומהימן, ושמע דינא דאורייתא ולא מקבל שמתא דרבנן", כלומר, אדם שלא יצא מעולם ערעור על נכסיו, והוא מהימן, ומקבל על עצמו את דין התורה ומעולם לא נידוהו חכמים. בדרך זו יובטח שנכסיו של הנאמן ישמשו ערובה לאחריותו, ומאחר שהנאמן מהימן, מקבל את דין התורה ולא נידוהו מעולם, יש להניח שהוא לא ישקר, לא יפר את חובותיו ולא ימעל בנכסי היתומים.

למעשה נפסק[61]: "מעות של יתומים שהניח להן אביהן... בודקין על מי שיש לו נכסים שיש להם אחריות ויהיו עדית. ויהיה איש נאמן ושומע דיני תורה ומעולם לא קבל עליו נדוי,

[56] שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן מב, ד"ה ג' בגרות.

[57] שו"ת מהר"ם גלאנטי, סימן קכה.

[58] בבא מציעא ע ע"א.

[59] הסוגיה שם מסבירה שהזהב צריך להיות חסר צורה (גרוטאות של זהב), ולא כלי זהב, משום שלגביו יש מקום לחשוש שהנאמן מצאו, ולאחר שהבעלים יאתר את הכלי האבוד, הוא ידרוש אותו, ולא יהיה ביד בית הדין ערבון מתאים להבטחת אחריותו של הנאמן. וראה רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה א. הסוגיה שם מוסיפה, שמסיבה זו יש להקפיד שלא יהיה שום סימן באותן גרוטאות של זהב.

[60] בבא מציעא שם.

[61] רמב"ם, לעיל הערה 59. כך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ח. וראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יו"ד, סימן מ, ושושנת יעקב, על חו"מ, שם.

ונותנין לו המעות בבית דין קרוב לשכר ורחוק להפסד... וכן אם אין לו קרקע[62], יינתן להן משכון זהב שבור שאין בו סימן, ונוטלין בית דין המשכון ונותנין לו המעות...".

כללו של דבר: כאשר נדרש נאמן שיתעסק בנכסי יתומים, עליו להיות אדם אמיד בעל נכסים, כך שניתן יהיה לגבות מהם אם חלילה ייגרם הפסד לנכסי היתומים. בהתאם לעיקרון זה פסק מהרי"ט[63]: "אין מוסרין נכסי עניים לשום אדם שיהא צריך לגבות הימנו, אם לא שיהיו בטוחים במשכון".

מאחר שלפושט רגל אין נכסים שמהם יוכל להבטיח את אחריותו להפסדים שעלולים להיגרם לנכסי ההקדש, הרי שאין למנותו כנאמן של ההקדש.

(3) אישה

בתוספתא נקבע[64]: "אין בית דין עושין אפיטרופין נשים ועבדים", וכך גם נפסק להלכה[65]. לדעת רש"י[66], הסיבה לכך שבית דין אינו ממנה נשים כאפוטרופוסיות היא ש"אין דרכן לצאת ולבא ולטרוח"[67]. מהסבר זה למד הב"ח[68] שאישה כשרה לשמש כאפוטרופוס אם היא "נותנת ונושאת בטוב... כמו שנמצא לפעמים, אף יותר מאיש"[69].

[62] מסוגיית התלמוד שם עולה שעדיף למנות מי שיש לו "דהבא פריכא" על פני מי שיש לו קרקעות, ולא כפי שעולה מדברי הרמב"ם, שעדיף למנות מי שיש לו קרקעות. וראה דרישה, חו"מ, סימן רצ, סעיף יג.

[63] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קמד.

[64] תוספתא תרומות, פרק א, הלכה יג (הלכה 11 במהד' ליברמן); בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד (הלכה 17 במהד' ליברמן).

[65] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב.

[66] רש"י, גיטין נב ע"א, ד"ה נשים.

[67] כך גם דעת הרמב"ם (לפי הבנת ב"ח, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג); חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א: אינה זריזה להשתדל בתקנתן של נכסים; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רפה: סתם אישה אינה יודעת לפקח בנכסים כראוי; שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קצז: אישה אינה בקיאה לפקח על עסקי היתומים; תשב"ץ, חלק ב, סימן קפח: חזקה שאין מעשיה מתוקנים; ר' צמח בן שלמה, בשו"ת יכין ובועז, חלק א, סימן קלו: מפני שמעשיה אינם מתוקנים ואין בה המידות שמונה הרמב"ם שאפוטרופוס צריך. שו"ת מהר"ם מינץ, סימן מא (עמ' קסט), מסביר את דברי רש"י, שאין דרכן של נשים לצאת ולבוא מפני שהן עצלניות. גם שו"ת כתב סופר, חו"מ, סימן כב, צירף את העצלנות לישיבה בבית.

עקרון זה אומר גם רש"י, בבא מציעא קח ע"ב (ד"ה לאשה): מה שאישה קונה, אינה בדין מצרנות, מפני שאין "אורח ארעא" שתלך לחפש קרקע לקנות, ולכן מה שבא לידה ראשון, אין לסלקה ממנו.

[68] ב"ח, שם.

[69] אבל שו"ת הסבא קדישא, חלק א, חו"מ, סימן לב (ד"ה ועמו הסליחה), חולק על פרשנות הב"ח לדברי רש"י, משום שלדעתו, מה ש"אין דרכן לצאת ולבוא", אינו משום שזהו רצונן של הנשים, אלא "משום דמן הדין אינן יכולות לצאת ולבוא ולטרוח, ולכן אין דרכן כן". וראה עוד בדבריו שם, שמאריך בחובתה של אישה להישאר בביתה, כדי למנעה מפריצות ומהכשלת גברים בהרהורי עברה. לפי הסברו, מאחר שזהו הדין, והדין לא השתנה, אין סיבה לקבוע, גם לשיטתו של רש"י, שכיום, נשים תהיינה כשרות לשמש כאפוטרופוסיות.

אבל נראה שזוהי פרשנות דחוקה בדבריו של רש"י, משום שלפי דבריו, היה על רש"י לכתוב "שאין רשאיות לצא ולבוא", או לפחות "שאין יכולות", ולא "שאין דרכן".

הסבא קדישא כותב שגם תשב"ץ, חלק ב, סימן קפח (שהבאנו לעיל, הערה 67), שנימק מפני שחזקתן שאין מעשיהן מתוקנים, מתכוון לומר, שהיות שאינן יכולות לצאת ולבוא וצריכות להישאר בבית, מעשיהן אינם מתוקנים (מבחינה מסחרית) ויש הפסד לנכסים. הוא מקשר זאת לדברי הרמב"ם, הלכות מלכים, פרק א,

אבל מדברי הטור למד הב״ח שלדעתו, הסיבה לפסול אישה מלשמש כאפוטרופוס היא שהיא מוחזקת כחשודה על העבירות[70], ולכן היא פסולה גם אם בקיאה במשא ובמתן[71].

הלכה ה, שאין ממנים אישה לשום מינוי על הציבור, ומסיק מכך שאסור לבחור נשים ל״וועד הלאומי״ — שעל כך נשאל. את הקושי מהדין (לעיל, ליד ציון הערה 37) שאם מינה אותה האב היא יכולה לשמש כאפוטרופוס, הוא מיישב בכך שאז היא צריכה לנהל את העניינים מירכתי ביתה; כנראה, דעתו היא שאסור לבית דין למנות אישה כאפוטרופוס גם על תנאי שתתפקד מתוך ביתה, מפני שבדרך כלל אישה אינה מתמצאת בענייני משא ומתן, מאחר שלשם כך צריך לצאת מהבית, ורק אם האב בחר בה בכל זאת, מתוך נכונות להסתכן, הוא יכול.

יש להדגיש, שאף לדברי הב״ח, אישה כשרה לשמש כאפוטרופוס רק אם היא עומדת בתנאי הכשרות האחרים שנמנו בהלכה. אבל אישה שאינה יודעת את כל ההלכות הנוגעות לחובותיו של האפוטרופוס ולסמכויותיו, תהיה פסולה מלשמש כאפוטרופוס, כפי שגבר שאינו יודע הלכות אלו פסול מלשמש בתפקיד זה; ראה להלן, אחרי ציון הערה 82.

70 ב״ח, לעיל הערה 67 (על סמך טור, חו״מ, סימן רצ, סעיף ג). כמו כן, תשב״ץ, חלק ב, סימן קפט, ושו״ת יכין ובועז, חלק ב, סימן מז, נימקו, מפני שאישה אינה נאמנת.

אבל שו״ת צרור הכסף, חו״מ, סימן כז (פט ע״ב), מקשה על הב״ח, אם אישה חשודה, מדוע מכריזים על אבידתה, הרי על אבידת עם הארץ אין מכריזים מפני שהוא חשוד (פסחים מט ע״ב), ועוד, שצריכים לנהוג באישה הדברים שנוהגים בעם הארץ, שנזכרו בפסחים מט ע״ב, כיוון ששניהם חשודים. והוא מקשה עוד על הב״ח, שהבנתו בדעת הטור אינה מתיישבת עם לשון הטור, שהרי בקטן שנזכר ליד אישה אין לומר טעם זה. שו״ת הסבא קדישא, חלק א, חו״מ, סימן לב (עמ׳ קנב), מקשה על הב״ח, שמבואר בתלמוד בכמה מקומות שאינן חשודות. לגבי התשב״ץ יש להעיר שהוא עצמו נקט בסימן קפח כטעם הראשון.

גם את הטיעון שנשים חשודות לעשות עברות, ניתן לתלות בשינויי העיתים. בתקופת קדומות, הייתה השכלתן התורנית של נשים דלה, ומשום כך הן היו חשודות על עברות, מאחר שלא ידעו מה מותר ומה אסור. במצב זה, עלולה אישה אפוטרופסית להתיר לעצמה ליהנות מנכסי היתומים בשכר עמלה, ולא תדע שאין היא רשאית לעשות כן. נימוק זה אינו קיים בזמן שנשים יודעות הלכות.

פוסקים אחרים ניסו לתלות פגמים אחרים באישה, המצדיקים את פסילתה מלשמש כאפוטרופוס. בספר שם בצלאל, סימן כה (ד״ה ואם היתה, ובד״ה והיינו), מסיק ממקורות שונים שיש פגם במהימנותן של נשים, ולכן נפסלו מלשמש כאפוטרופוסיות. ר׳ חיים פלאג״י, בספרו החפץ חיים, סימן נח, אות ו, סבור שהיות שנשים דעתן קלה, פסלום חכמים מלשמש כאפוטרופוסיות.

נימוק אפשרי נוסף הוא שאישה נשואה נתונה להשפעת בעלה, והוא עלול להשפיע עליה למעול בנכסי היתומים, ולפחות לצמצם את הזמן שהיא מקדישה ליתומים. רמז לטעם זה יש בדברי התשב״ץ, לעיל הערה 37, שגם אם אבי היתומים מינה את אשתו להיות אפוטרופוס אחרי מותו, מסלקים אותה אם היא נישאת לאדם אחר; אלא ששם יש רגישות מיוחדת, שהיא כאילו בוגדת בו כשהיא נישאת לאחר, ויש להניח שלא מינה אותה על דעת כן. דבר דומה אומר שו״ת הסבא קדישא, חלק א, חו״מ, סימן לב: הטעם הוא שאישה אינה יכולה להתעסק בשום עסק, מפני שהיא משועבדת לבעלה וצריכה להתעסק דוקא בעסקיו, ומטעם זה אישה פטורה ממצוות עשה שהזמן גרמא, וגם בפנויה הדין כך משום ״לא פלוג״. גם שו״ת הרדב״ז, חלק ג, סימן תתצא, כותב שבהיות אישה משועבדת לבעלה, אינה יכולה להשתדל בנכסי היתומים. השופט ח׳ כהן, ע״א 897/75 וסטצסטר בע״מ נ׳ קורן, פ״ד לא(1) עמ׳ 660, מציין שגם בימינו, כאשר החוק מכיר בשויון המינים, טבע האדם אינו משתנה, ונשים מושפעות על ידי בעליהן, במידה רבה או מעטה. נימוק זה טוב גם לרווקה, שכן ייתכן שתינשא תוך משך מינויה. אגב, ייתכן שזה הטעם לפסול אישה לעדות: חשש שבעלה (או בעלה לעתיד) יכריח אותה להעיד שקר.

71 כך פסק ב״ח, חו״מ, סימן רצ, סעיף ג, במסקנתו (אפילו אֵם היתומים). וכך פסקו גם: שו״ת כתב סופר, חו״מ, סימן כב; שו״ת הסבא קדישא, חלק א, חו״מ, סימן לב (עמ׳ קנג). כך עולה גם משו״ת הריב״ש, סימן תצה, העוסק באלמנה שידעה בטיב משא ומתן בנכסי הבית, ובכל זאת פסל אותה מלהיות אפוטרופוס, על אף שהיו עוד נימוקים לטובתה: הקרובים מצד האב ביקשו להעמיד אותה; בנה היה חביב עליה מכל אדם; וגם נשבעה שלא תינשא לאחר. אך הרב עוזיאל חולק; ראה ליד ציון הערה 75. יש להעיר שההוכחות

למעשה, למרות השינויים הרבים שחלו במעמד האישה בדורות האחרונים, נמנעו רוב הפוסקים מקביעה גורפת המכשירה נשים לשמש כאפוטרופוסיות ליתומים, והעדיפו לסייג את ההלכה בדרכים שונות. היו שנתנו תוקף למינוי אישה כאפוטרופוס אם ערכאות הנכרים מינו אותה לתפקידה[72]. אחרים קבעו שאם חלק מן הנכסים שעומדים לניהול שייך לאישה, אפשר

של הב"ח והכתב סופר אינן מובנות: הב"ח הוכיח מן הסוגיה בכתובות פח ע"ב שבשום מקרה אין בית דין מעמידים אישה, וזאת אף שמדובר באישה שהיתה אפוטרופוס בחיי הבעל ובכך הוכיחה בקיאות במשא ומתן (כך הסביר רייניץ, שם, עמ' 192, את הראיה), אך למעשה לא נאמר בסוגיה שם שאין בית דין מעמידים אותה, ועוד, שהעובדה ששימשה כאפוטרופוס אינה מוכיחה שמילאה את תפקידה כראוי; ועוד הוכיח מתוספות, כתובות פח ע"ב (ד"ה קמיפלגי), שכתבו ש"מן הדין" אין מעמידין אישה כאפוטרופוס; אבל לא דיברו בפירוש על אישה שיודעת לשאת ולתת (מה עוד שלפי תיקון הגירסה בתוספות במקום "וכאן אנו רואין דמן הדין אין מעמידין" — שצריך לומר "וכך אנו רוצין", שכך הגיהו בנין יחזקאל, כתובות שם, ורייניץ, שם, עמ' 177, הערה 59, לא התכוונו תוספות להדגיש את חומרת הדין, אלא להסביר מדוע לא איכפת לנו שתימנע מלמנות את עצמה; ולפי אמרי בינה, כתובות שם, כוונת תוספות היא שבכלל לא מועיל שאישה תמנה את עצמה לאפוטרופוס, ולא התכוונו להדגיש את חומרת הדין שאין בית דין מעמיד אישה).
הוכחת כתב סופר היא שאם הברייתא הפוסלת אישה לאפוטרופוס מדברת רק באישה שאינה יודעת במשא ומתן, הרי הדין כך גם באיש, ומכאן שהברייתא באה לפסול גם אישה היודעת במשא ומתן; אבל הדחייה הפשוטה לראיה זו היא שהברייתא מתכוונת לומר שסתם אישה אינה יודעת במשא ומתן, לעומת איש, ולכן בית דין לא ישקול מינוי אישה בסתם, אבל אין ללמוד מכאן לפסול כל אישה. אפשר שהוכחתו היא מכוח דברי הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו, שגם באיש, צריך בית הדין לבדוק האם "יש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור נכסים ולהרויח בהם", כך שאין לומר שהברייתא באה ללמד מה דין סתם איש וסתם אישה, כיוון שאין מסתמכים על מצבו הסתמי של האיש אלא בודקים את ידיעתו.
כתב סופר שם נימק, שהיות שרוב נשים אינן בקיאות במשא ומתן, יש לחשוש שגם אישה זו לא תמלא את תפקידה כנדרש מאפוטרופוס, ואולי אף תחזור למצבן של רוב הנשים. שו"ת הסבא קדישא שם מנמק, שטעמו הנ"ל (לעיל, הערה 69), שאין לאישה לצאת מביתה, שייך גם באישה הבקיאה במשא ומתן.
רייניץ, שם, עמ' 195-197, סבור שדברי מהר"ם מינץ (להלן, ליד ציון הערה 73), שממנים אישה שיש לה חלק בנכסים, נוגדים לגישת הב"ח וכתב סופר, שאין ממנים גם כשהטעם אינו קיים. אפשר להשיב על דבריו, שדוקא כאן האישה פסולה משום "לא פלוג", עיקרון שניתן ליישום רק בכגון זה, שהדיון הוא אישיותה הסובייקטיבית של אישה מסויימת, ואילו אישה שיש לה חלק בנכסים היא קטיגוריה נפרדת באופן אובייקטיבי.

[72] תשב"ץ, חלק ב, סימן קפח וסימן קצא, כותב שאם הערכאות מינו אישה כאפוטרופסית, דינה כאפוטרופוס שמינוהו בית דין, מטעם "דינא דמלכותא דינא". הוא נוקט שבנידונו אף לכתחילה היו רשאים לפנות לערכאות הגוים כדי שיעמידו אותה אפוטרופוס, אף שבדרך כלל אסור לדון לפניהם, מפני שהיו בנכסים חובות על ישמעאלים ולא היה אפשר לגבותם אלא באפוטרופוס שממונה בערכאותיהם, ולכן מותר ללכת בפניהם כדי להציל מידם (אבל נראה שתוקף המינוי אינו מותנה בכך שהיה מותר לפנות אליהם). הוא כותב שאם ראו בית דין שהיא מפסידה את הנכסים ומבזבזת אותם, יכולים לסלקה כדין אפוטרופוס שמפסיד. שו"ת צוף דבש (מועטי), חו"מ, סימן פ, פוסק על פי התשב"ץ, שבנידונו, שטריבונאל נכרי מינה את אשת המת אפוטרופוס על בנה היתום, יש לזה תוקף, מפני שבזמנו צרפת שלטה בארצו וגזרה שדיני ממונות נידונים בערכאותיהם; והוסיף נימוק מעניין, שהעובדה שהטריבונאל מינה אותה, מוכיחה שהם ראו שבזמנים אלו גם אישה יכולה לטפל בנכסים כמו האיש (ראה לעיל, ליד ציון הערה 69, על אישה שיודעת לעסוק בנכסים), ועוד, שאינה עושה כלום אלא בעצת ה"קונסיל די פאמיל" שמינה אותם הטריבונל. ר' ידידיה גלנטי, בשו"ת מהר"ם גלנטי, סימן קכה (עמ' קעח), מקיים אפוטרופסות אישה שנתמנתה על ידי ערכאות הגוים, מטעם דינא דמלכותא דינא, אך הוא מוסיף לנמק, שמנהג המדינה היה שמי שמתמנה בערכאות הגוים הוא אפוטרופוס לכל דבר.
השואל בשו"ת הריב"ש, סימן תצה, הציע לומר שגם אם לא מינו אותה הערכאות, הרי אם חוק המדינה

למנות אותה אפוטרופוסית[73], ויש שקבעו שאם היתומים מתפרנסים על ידי האישה והיא מנהלת את נכסיהם, יכיר בית הדין במעמדה של האישה כאפוטרופוס ליתומים, מדין "יתומים שסמכו"[74].

קובע שאימם של היתומים היא אפוטרופסית עליהם, יכול בית דין למנות אותה כאפוטרופסית מטעם "דינא דמלכותא דינא". הריב"ש דחה את הצעת השואל לומר כך, רק משום שהשואל הסתמך על חוקי השופטים, והריב"ש סבר שאין דינא דמלכותא דינא בחוקים אלו שלא נקבעו על ידי המלך, מפני שאצלם שופט אחד אומר כך ושופט אחר אומר ההיפך (במיוחד במשפט המוסלמי, שיש ארבע אסכולות). ונראה שלחינם התקשה כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות טו (הובא בשערי עוזיאל, שער ח, פרק ב, הערה ד), כאילו הריב"ש סותר לר"מ גלנטי, ומתוך כך כתב שבית דין ממנים אותה רק אם הערכאות כבר מינו אותה, אלא הריב"ש דיבר רק על חוקי השופטים.

[73] שו"ת מהר"ם מינץ, סימן מא. הוא מנמק, שהטעם שאין למנות אישה הוא החשש שלא תטפל בנכסים כראוי, אבל כאן, היות שיש לה אינטרס ממוני בניהול, בוודאי תטפל בנכסים כראוי. דוגמה אחת לכך היא באישה שטרם גבתה את כתובתה מנכסי בעלה. דוגמה שנייה הוא במי שנעדר זמן ניכר, וצריך למנות אפוטרופוס על נכסיו — אם אישה אמורה לרשת אותו, אפשר למנות אותה אפוטרופסית, כיוון שיש לה אינטרס עתידי בנכסים. סמ"ע, סימן רפה, ס"ק לה, כותב כך לעניין הדוגמה השניה. רייניץ, שם, עמ' 197, הערה 146, מעיר שלפי סברה זו, אפשר להעמיד אישה כאפוטרופוס ולהתנות שתקבל חלק ברווחים שהיא תפיק מנכסי היתומים, שהרי אז יש לה עניין אישי בניהול טוב של הנכסים (ולמעשה זו קושיה על מהר"ם מינץ: מדוע התלבטו הפוסקים בבעיה שאין מעמידים אישה, והיו מקרים שזה היה רצוי להעמידה, לטובת היתומים, ולא הציעו פתרון זה). אך ט"ז, חו"מ, סימן רפה, סעיף ט, כותב שאין לסמוך על דברי הסמ"ע למעשה. שערי עוזיאל, חלק א, שער ח, פרק ב, אות ג, כותב שגם במקרה זה טוב יותר לצרף אליה איש כאפוטרופוס. מהר"ם מינץ נוקט את הנימוק (לעיל, הערה 67) שאין מעמידים אישה כאפוטרופוס מפני שהיא עצלנית, ולפי נימוק זה צודקת מסקנתו שאם יש לה חלק בנכסים, לא תתעצל. אבל לפי הנימוק שאינה יודעת בטיב משא ומתן, לכאורה גם אם יש לה חלק הנכסים, עדיין אין לה כשרון למשא ומתן. גם הטעם שאינה נאמנת קיים גם אם יש לה חלק בנכסים, וביתר שאת.

אבל ר' צמח בן שלמה, בשו"ת יכין ובועז, חלק א, סימן קלו, סבור שאם זו אישה שטרם גבתה את כתובתה, אין למנותה אפוטרופסית, מחשש שתנהל את הנכסים באופן שיפגע ביתומים, כדי להיטיב את סיכוייה בגביית הכתובה מהנכסים (ואין נימוקו מובן). דבריו הובאו (תוך הסכמה) בבית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג, בשו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שלט, בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן עז (מח ע"א), בשו"ת מהר"ם גאויזון, סימן טז (עמ' סז), ובשו"ת קרני ראם (אנקאווא), סימן קצב. רייניץ, שם, עמ' 196, הערה 142, סבור שיש הבדל בין שני המקרים: באלמנה שטרם גבתה את הכתובה יש ניגוד אינטרסים, מה שאין כן במקרה של מהר"ם מינץ (ואין זה מובן, הרי יש לכולם אינטרס משותף שהנכסים ישביחו, ואם חושדים שהיא תגנוב מהנכסים לטובת כתובתה, הרי בכל אפוטרופוס אפשר לחשוד). שו"ת הריב"ש, סימן תצה, כותב שבהעמדת האֵם כאפוטרופוס יש בעיה שאין מורידים קרוב לנכסי קטן (בבא מציעא לט ע"ב), שמא כעבור זמן ישתכח שהורידו את הקרוב לנכסים ויטען שהוא ירש את הנכסים מחמת קורבה, וגם אמו של הקטן עלולה לטעון שהנכסים היו נכסי מלוג שלה, וכולם יאמינו לה, והקטן לא יתעורר מעצמו לטעון דבר שלא ידע; אבל הוא כותב שחשש זה אינו שייך במיטלטלין, ולא במצב שכולם סמוכים על שולחן אחד.

יש להעיר, שמלבד חישובים אלו, יש שיקולים אחדים להעדיף מינוי אֵם היתומים על פני נשים אחרות: היתומים כמעט תמיד אצלה, ומתקיים דין "סמכו" בתנאים מסוימים (וראה להלן, הערה 74, בעניין סמיכת יתומים, שיש הקלות לגבי האֵם לעומת אדם אחר); היא אוהבת את הבן; בזמננו נשים נחשבות נושאת ונותנת בחיי הבעל, ובצירוף סברת הרשב"א (לעיל, הערה 42) אפשר למנותה, כמו שאומר דבר אליהו (לעיל, הערה 42). וראה רייניץ, שם, עמ' 188, הערה 109, שמצביע על מגמה של פוסקים אחדים להעדיף אלמנה, ומציע הסברים לכך; אך הוא מצביע גם על יכין ובועז, בעל מגמה הפוכה.

[74] בית הבחירה, גיטין נב ע"ב; תשובות מיימוניות, ספר קנין, סימן לב; מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, שערי תשובות, חלק א (כ"י פרמא), סימן שיח (עמ' 50), וחלק ב, סימן כא (עמ' 151); טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף לא; שו"ת דברי ריבות, סימן שטו; שו"ת לחם רב, סימן קעו; ט"ז, חו"מ, סימן רפה, סעיף ט; חידושי

ר׳ עזריאל, גיטין נב ע״א; אמרי בינה, גיטין נב ע״א. הם הביאו ראיה מן המעשה בגיטין נב ע״א, ביתומים ש״סמכו״ אצל אישה זקנה.

בית הדין אינו יכול לסלק אותה ממעמדה כל זמן שהיתומים רוצים ל״סמוך״ אצלה, גם אם היא נישאת, אלא אם יש יסוד לחשש שהיא (או בעלה) מנהלים את הנכסים שלא כראוי; כך כתבו בשו״ת מהר״ם גאויזון, סימן טז, בתשובת מהר״ם גאויזון שם (עמ׳ סז), בתשובת ראנ״ח שם (עמ׳ סז) ובתשובת ר׳ שמואל הכהן שם (עמ׳ עב). שו״ת הרשב״ש, סימן תצז, נוקט שמסלקים אותה רק אם היא הפסידה לנכסים או אם נישאת, אם היתום אינו מסכים לשבת אצל בעל אמו. רייניץ, שם, עמ׳ 191, הערה 122, מעיר שמרדכי, גיטין, סימן שצב, עוסק באלמנה שנישאת ומכל מקום אומר שהיא אפוטרופוס מדין יתומים שסמכו. אך שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן מט, נוקט שהיא כאפוטרופוס עד שבית הדין ימנה אפוטרופוס אחר עליהם; משמע שבית דין יכול לסלקה אם יעמיד אפוטרופוס אחר.

שו״ת הריב״ש, סימן תצה (הובא בשו״ת בני אהרן (לפפא), סימן צד), כותב שבית דין יכול למנות אותה כאפוטרופסית רשמית, כיוון שהיא כבר פועלת כך למעשה, אם בלעדי זה אנשים שאינם יודעים את ההלכה (במיוחד גויים) לא יכירו בכך שהיא אפוטרופסית. אפשרות זו נזכרת גם בשו״ת מהר״ם גאויזון, סימן טז (עמ׳ סה).

יש שנקטו זאת לגבי אימם של היתומים — שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן מט; מהר״ם, במרדכי, גיטין, סימן שצב (הובא בשו״ת מהרי״ל החדשות, סימן קעב) (בבן); שו״ת מהר״ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס לבוב, סימן תפ (באלמנה); תשובות בעלי התוספות, סימן קח; תשב״ץ, חלק ב, סימנים קצ־קצא (באלמנה); שו״ת הרשב״ש, סימן רפט (בבת), סימן שיד (באלמנה), וסימן תצז; שו״ת הריב״ש, סימן קמא (בבן), וסימן תצה (בבן); שו״ת אבקת רוכל, סימן קנח, דף קלח ע״א (בבת); שו״ת מהריב״ל, חלק ד, סימן לא (באלמנה); שו״ת מהר״ם אלשיך, סימן קל; שו״ת דברי ריבות, סימן קסו (כתוב בטעות קפו) (באלמנה ובבתה); שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קכב (באלמנה); שו״ת מהרש״ך, חלק ב, סימן נא (באלמנה), וסימן עז (מז ע״ד); שו״ת לחם רב, סימן רט (באלמנה); שו״ת מהר״ם די בוטון, סימן כד (בבת); שו״ת מהר״ם גאויזון, סימן טז; שו״ת בני אהרן (לפפא), סימן צד (בבת); שו״ת משפט כתוב, חו״מ, סימן נד. ויש שנקטו כך לגבי אישה שאינה אימם: שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן מט; שו״ת מהר״ם אלשיך, סימן קל (הובא על ידי ר׳ ידידיה גלנטי, בשו״ת מהר״ם גלנטי, סימן קכה, עמ׳ קעח).

אבל לדעת רמ״ה, בטור, חו״מ, סימן רצ, סעיף לא, דין ״יתומים שסמכו״ חל רק ביתומים מעל גיל תשע, ורק במיטלטלין; ועל כן פוסקים רבים כתבו שאימם של היתומים יכולה להיחשב אפוטרופסית מדין ״יתומים שסמכו״ רק אם הם מעל גיל תשע ורק במיטלטלין: שו״ת הריב״ש, סימן תצה; שו״ת מהרש״ך, חלק ב, סימן נא; שו״ת מהריב״ל, חלק ד, סימן לא; שו״ת פני משה, חלק א, סימן סט, וחלק ב, סימן צז (קפד ע״ב) (הובא בשו״ת רוב דגן, חלק א, הלכות דיינים, סימן א). מהר״ם מרוטנבורג, שערי תשובות, חלק א (כ״י פרמא), סימן שיח (עמ׳ 50), נוקט כתנאי, שיהיו היתומים בני שש או שבע. ר׳ שמואל הכהן, בשו״ת מהר״ם גאויזון, סימן טז (עמ׳ עב), כותב שאם לא הגיעו לעונת הפעוטות, גם אם לא נישאת ואין חשד, מסלקים אותה אם נמצא אחר טוב ממנה. מהר״ם גאויזון עצמו שם (עמ׳ סו), כותב שגם אם חלקם קטנים מתחת לעונת הפעוטות, סמיכת הפעוטות מועילה לשאינם פעוטות.

אבל שו״ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב, כותב שההגבלה לגיל תשע אינה חלה על אימם של היתומים כיוון שהם קשורים אליה במיוחד.

לאימם של היתומים יש ייחוד בכך שדי שהיתומים נמצאים אצלה, ואין צורך ש״יסמכו״, כלומר שיאמרו בפירוש שהם רוצים שהיא תטפל בהם; כך לומד שו״ת מהרי״ט, חלק ב, חו״מ, סימן לז, בסופו (הובא בשו״ת דבר אליהו (לרמן), סימן פב), משו״ת הרא״ש, כלל פז, סימן ד. וכך שו״ת בני אהרן (לפפא), סימן צד, לומד ממהר״ם המובא במרדכי, גיטין, סימן שצב (הוא כותב שמשו״ת מהרש״ך, חלק ב, סימן מב, עולה להיפך, אך לא מצאנו זאת במהרש״ך שם). וכך כותב שו״ת פני משה, חלק א, סימן סט. אך שו״ת אשר לשלמה (דנאן), סימן לט, סבור שלפי הרמ״ה שם, שדין ״יתומים שסמכו״ הוא רק ביתום בן תשע ומעלה, יוצא שצריך שיסמכו מרצונם, אבל אם נשארו מעצמם בבית אביהם, אין לאלמנה דין יתומים שסמכו, שהרי לא עשו שום מעשה מוכיח, מפני שהעובדה שהם ממשיכים לזון בבית אביהם אינה אומרת כלום.

הרב עוזיאל פסק שניתן למנות אישה כאפוטרופוס ליתומים, אם ידוע שהאישה מסוגלת לנהל היטב את נכסי היתומים[75].

נוסף על כך, אימם מיוחדת בכך שהיא נעשית אפוטרופסית גם אם אינה טורחת בטיפול בנכסים; כך כתבו שו"ת פני משה, חלק א, סימן סט, ושו"ת באר המים, סימן קכג. פני משה מנמק, שמסתמא נסמך אצל אמו לעשות כל מה שאמו חפצה, ומסתמא כל אשר לו נמצא בבית אמו, ולכן הוא בגדר יתומים שסמכו. שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן רז, כותב שלעניין בת אצל האם, שהדין נותן שהיא תהיה אצלה, יש לה דין יתומים שסמכו אצל בעל הבית גם אם אינה משתדלת בנכסיה. שו"ת אשר לשלמה (דנאן), סימן לט, מעיר שנימוק זה אינו קיים בבן, ואכן הוא מדייק משו"ת הריב"ש, סימן קמא, הנוקט "והיא מפקחת בנכסיו ברצונו", שבבן אצל אמו צריך שתהיה מפקחת בנכסיו. שו"ת מהר"ם גאויזון, סימן טז (עמ' סז), כותב שהיא נעשית אפוטרופוס אם היא משתדלת בטוב טעמה וסחרה, גם אם אינה יוצאת מביתה לצורך כך.

יש חריגים נוספים לכלל שאין למנות אישה כאפוטרופוס.

אם אין לנפטר קרובים מן האב: שו"ת הרשב"ש, סימן תצז, כותב שאם לנפטר אין קרובים ידועים מן האב, משאירים את הנכסים אצל אימו, כך שהיא בפועל משמשת כאפוטרופסית, וזאת כדי שאם ימות היתום, יישארו הנכסים אצלה, שהוא דבר הרצוי, כאמור בירושלמי שביעית, פרק י, הלכה ד, שרצוי שנכסיו של אדם כזה ילכו לקרובים מן האם. אבל י"ק רייניץ, "מינוי אישה לאפוטרופא", מחקרי משפט, ד (תשמ"ו), עמ' 189, הערה 110, סבור שאין זו אפוטרופסות, אלא מפקידים את הנכסים בידה עד שיגדל הבן.

מינוי מוגבל: שו"ת לחם רב, סימן רט, כותב שהיות שהחיסרון באישה הוא שאינה יודעת לנהל נכסים, הרי אפשר לתת לה מינוי מוגבל, כגון למכור חלק מן העיזבון, משום שהדבר אינו דורש ידע כלכלי. אך שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן עז (מח ע"א), כותב שבית דין אינו יכול לתת לאלמנה רשות למכור כל קרקע של הנפטר שתרצה.

תוקף המינוי בדיעבד: לדעת תשב"ץ, חלק ב, סימן קפח, ושו"ת הסבא קדישא, חלק א, חו"מ, סימן לב, אם בית דין מינה אישה בטעות, והתברר שהיא מנהלת את הנכסים כראוי, משאירים אותה במינוייה, שהרי מתברר שהחשש שלא תנהל את הנכסים כראוי אינה חל עליה. הסבא קדישא מצריך כתנאי, שהיא תישאר בביתה, כשיטתו (לעיל, הערה 69) שזו נקודת המוצא בסוגיה. יצויין שהוא אומר שמינוי אישה כמנהיגה (ראה לעיל, הערה 69) אינו תקף אף בדיעבד, מגזירת הכתוב.

אבל יש אומרים שהמינוי בטל אף בדיעבד: שו"ת מהריב"ל, חלק ד, סימן לא (אפילו באלמנה); שו"ת לחם רב, סימן קעו (אפילו באם היתום). כמו כן, שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן עז (מח ע"א), כותב שאם נתן בית דין לאלמנה רשות למכור קרקע של הנפטר, נחשב כאילו מינו אותה אפוטרופוס, והמכר בטל. אבל הם לא נקטו שהדין כך גם אם ראינו שהיא נוהגת בנכסים כשורה.

חריג נוסף הוא אם האב מינה אותה בעצמו; ראה לעיל, ליד ציון הערה 37.

חריג נוסף יש לדעת הרשב"א, אם האישה ניהלה את נכסי האב בחייו; ראה לעיל, ליד ציון הערה 42.

[75] שערי עוזיאל, חלק א, שער ח, פרק ב, אות א (אבל ראה לעיל, הערה 71, שרוב הפוסקים פסלו גם בזה). הוא מוכיח זאת, בהערה א, מתוך שרש"י נימק שאין דרכן לצאת ולטרוח (לעיל, ליד ציון הערה 67), משמע שאם בית דין יודע שאישה זו יודעת להרוויח ולהשביח בנכסים, ממנים אותה (וכבר הב"ח דייק כך, כפי שהבאנו לעיל, אך דחה מסקנה זו מכח התוספות). עוד הוכיח מדברי הרשב"א (לעיל, ליד ציון הערה 43) שבית דין רשאי למנות אישה לאפוטרופוס אם האב מינה אותה בחייו, מכאן שאינה פסולה מן הדין (אך ראיה זו אינה מובנת, שהרי שם תוקף המינוי הוא משום שרואים כאילו האב מינה אותה להיות אפוטרופוס לאחר מותו, ואין צורך בבית דין כלל, ואין ללמוד מזה למקום שהאב לא מינה אותה). והוסיף שאף לפי תוספות, כתובות פח ע"ב (ד"ה קמיפלגי), שכתבו שאישה פסולה מן הדין (ומפני דבריהם פסל הב"ח אף אישה היוצאת למשא ומתן), הרי אם בית דין רואה צורך בכך, רשאי בית דין למנות אישה, מפני שכל עניין אפוטרופסות בית דין הוא לתועלת היתומים. דברים אלו קשים, כהערת רייניץ, שם, עמ' 202, שהרי אם כן אין משמעות לדברי הגמרא שאין מעמידים אישה.

אף שערי עוזיאל כותב שיש למנות גבר בצד האישה, אלא אם טובת היתומים דורשת שהאישה תהיה אפוטרופסית לבדה. ייתכן שטעמו הוא הרצון שלא לחדש יותר מדי; או בגלל החשש שהזכרנו לעיל, הערה 70, שמא תושפע על ידי בעלה, חשש שקיים גם בימינו.

(4) "עם הארץ"

אשר למינויו של "עם הארץ" כאפוטרופוס, במסכת פסחים מובאת ברייתא המפרטת הלכות שונות הנוגעות ל"עם הארץ"[76]: "אין מוסרין להן עדות ואין מקבלין ממנו עדות... ואין ממנין אותן אפוטרופוס על היתומים, ואין ממנין אותן אפוטרופוס על קופה של צדקה".

דברי הברייתא עומדים לכאורה בסתירה לדברי ר' יוסי במסכת חגיגה[77], שניתן לקבל בבית דין את עדותו של "עם הארץ". הרי"ף[78] יישב את הסתירה על ידי הבחנה בין שני סוגים של "עם הארץ": יש "עם הארץ" "שאינו לא במקרא ולא במשנה"[79], כלומר, שאינו יודע הלכות ולכן הוא עובר על איסורים[80]. יש גם "עם הארץ" "שאינו בדרך ארץ"[81], כלומר, שרמתו המוסרית ירודה. במילים אחרות, יש החשוד לעבור עבירות מחמת אי־ידיעת החוק, ויש החשוד לעבור עבירות משום רמתו המוסרית הירודה.

ר' יוסי דיבר על "עם הארץ" "שאינו לא במקרא ולא במשנה", שיכול להיות אדם אמין ומוסרי. בורותו אינה הופכת אותו בהכרח לשקרן ולאדם החשוד למעול בנכסי הזולת, ולכן אין לסגור את דלתי בית הדין בפני עדותו. לעומת זאת, הברייתא עסקה ב"עם הארץ" "שאינו בדרך ארץ", שבשל רמתו המוסרית הירודה עלול למעול בנכסי הזולת, ולכן אין למנותו כאפוטרופוס ואין לקבל ממנו עדות. לפי הבחנה זו, משמעות הקביעה שאין למנות "עם הארץ" כאפוטרופוס היא שאין למנות אדם שהוא בעל רמה מוסרית ירודה לתפקיד זה.

שערי עוזיאל שם אות ב, כותב שבימינו השתנה המצב, וההנחה היא שאישה בקיאה במשא ומתן כמו גבר. הוא ביסס את דבריו (בהערה א) על דברי הראב"ן (שהבאנו בסעיף 1, פרק שני, ב) שבזמן הזה, שנשים עוסקות בענייני ממון, יש להשביע אותן על משאן ומתנן (אף שמעיקר הדין אין להשביען מפני שהכסף שהן עוסקות בו הוא של בעליהן) שאם לא כן "לא שבקת חיי לכל בריה", ומאותה סיבה ראוי למנותן כאפוטרופוס; רייניץ, שם, עמ' 202־203, הסביר שהוא מתבסס על האמור לעיל שאפשר למנות אישה היודעת במשא ומתן, והרי היום כל אישה יודעת במשא ומתן, לפי הראב"ן. גם ר"ש אסף, "מנוי נשים לאפיטרופסות", המשפט העברי ב (תרפ"ד), עמ' 79, כותב על סמך הראב"ן, שבזמננו יכול בית דין למנות אישה לאפוטרופוס אם יש לה הבנה במשא ומתן (אך רייניץ, עמ' 201, הבין שר"ש אסף מתכוון רק לאמם של היתומים). לעיל, הערה 42, ראינו שדבר אליהו לומד מדברי הראב"ן שכל אם יכולה להיות אפוטרופוס, אבל לא הרחיק לכת כמו שערי עוזיאל ור"ש אסף, להכשיר כל אישה. בציון י שם ציין לרמ"א, סימן רסב (וצריך לומר סב), ששם פסק הרמ"א כראב"ן (והציון מטעה, מפני שהוא ציין זאת כמקור לחידושו לעניין אפוטרופוס, ובאמת הרמ"א לא דיבר על אפוטרופוס). נראה שלמעשה אין משמעות לנקודה השנייה, שיש חזקה, כיוון שגם באיש אומר הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו, שבית דין צריך לבדוק האם "יש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור נכסים ולהרויח בהם", ואין סומכים על חזקה שהאיש מצוי במשא ומתן. ויש לזה משמעות הצהרתית בלבד.

על מינוי אישה כאפוטרופסית, ראה גם: שו"ת הריב"ש, סימן כ, בסופו; בני יהודה (עייאש), סימן נ, דף קל ע"ג (על יתום שסמך אצל אמו); דברי הגות והלכה (פיזם), עמ' 34־44; ספר היובל לר"י פישמן, עמ' מא; פרי עץ חיים, חלק ג, עמ' 325; שו"ת נהרות דמשק, חו"מ, סימן יט (לד ע"ב); שו"ת השמים החדשים, חו"מ, סימן רכא; שו"ת גבעות עולם (קובו), סימן טו; שו"ת דבר שמואל (עמאר), חו"מ, סימן ו; כרם חמר, חלק א, חו"מ, סימן ה.

[76] פסחים מט ע"ב.

[77] חגיגה כב ע"א.

[78] רי"ף, פסחים טז ע"א (בדפי הרי"ף).

[79] ע"פ קידושין מ ע"ב.

[80] כמשמעות שנותנת סוגיית התלמוד בברכות מז ע"ב, למושג "עם הארץ".

[81] ע"פ קידושין שם.

אבל מדברי רש"י[82] נראה שהוא סבור שהמקורות משקפים עמדות סותרות, ומדבריו למד מגיד משנה[83] שהברייתא הקובעת שאין למנות "עם הארץ" כאפוטרופוס עוסקת גם ב"עם הארץ" שרמתו המוסרית גבוהה, אלא שאין הוא יודע את ההלכות. מי שאינו יודע את החוק כראוי עלול למעול בנכסי הזולת, מתוך הנחה מוטעית שהוא רשאי על פי דין ליטול מן הנכסים עליהם הופקד, כשכר עבור טרחתו הרבה[84].

להלכה פסק הרמב"ם[85]: "אין בית דין ממנים... ולא עם הארץ שהוא בחזקת חשוד על העברות". את דברי הרמב"ם ניתן לפרש בשתי דרכים: (א) "ולא עם הארץ, שהוא בחזקת..." — כלומר, אין למנות כל מי שמוגדר כ"עם הארץ", מפני שחזקתו של עם הארץ שהוא חשוד על העברות. כך פירש הב"ח[86] את דברי הרמב"ם. (ב) "ולא עם הארץ שהוא..." — כלומר, לא כל עם הארץ נפסל מלשמש כאפוטרופוס, אלא רק כזה שהוא "חשוד על העברות". כך פירשו את דברי הרמב"ם מגיד משנה[87] והסמ"ע[88].

השולחן ערוך[89] העתיק את לשון הרמב"ם, ונמצא שגם דעתו נתונה לפרשנויות שונות. לכן נראה שלכתחילה אין למנות "עם הארץ" כאפוטרופוס, אם כי בדיעבד אין לפסול את המינוי, אלא אם יוכח שהממונה חשוד על העבירות.

נראה שיישומם של עקרונות אלו לימינו יוביל למסקנה שאין למנות אדם שיש לו כתם מוסרי בעברו, והוא אינו מכיר את כל הוראות החוק הנוגעות לחובותיו של הנאמן בהקדש[90].

[82] רש"י, חגיגה שם, ד"ה כר' יוסי.
בסוגיית פסחים (לעיל, הערה 76) הוזכר המושג "עם הארץ" גם בהקשרים אחרים. לפירושים שונים שהוצעו למושג, ראה: חידושי הריטב"א, פסחים מט ע"ב, ד"ה עם הארץ מותר לנחרו; ר"ן על הרי"ף, פסחים טז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה ומאי.

[83] מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו.

[84] ע"פ מגיד משנה, שם. אמנם, לכאורה די היה בכך שבית הדין יזהירו את "עם הארץ", בבואם למנותו כאפוטרופוס, שאין הוא רשאי ליטול מנכסי היתומים כשכר טרחה. נראה שהסיבה שהפוסקים לא המליצו על כך היא שהניחו שאזהרה זו לא תועיל, משום ש"עם הארץ" אינו מודע דיו לכך שלא מגיע לו שכר טרחה על פעולותיו (ראה בעניין זה בסעיף 8, פרק שני). לכן, יש לחשוש שלמרות אזהרות בית הדין, הוא יתיר לעצמו לעיתים ליהנות במקצת מנכסי היתומים, משום שיחשוב שאף בית הדין היה מתיר לו לעשות כן.

[85] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ו.

[86] ב"ח, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג. מדבריו משמע שהסיבה לכך שעם הארץ הוא בחזקת חשוד אינה משום שהוא אינו יודע את החוק, אלא משום שהוא חשוד לעבור עבירות, אף אם יֵדע את החוק. הסבר זה מסתבר לאור ההבחנה שעושה הרמב"ם בין "עם הארץ" לאישה. בניגוד לטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף ג (שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 70), אין הרמב"ם קובע שגם אישה וגם "עם הארץ" חשודים על העבירות, אלא קובע שרק "עם הארץ" חשוד. עובדה זו מלמדת על הבדל מהותי בין "עם הארץ" לאישה. אישה אינה חשודה לעבור עבירות, אבל קיים חשש שתעבור עבירות מחמת אי־ידיעת ההלכה. בעיני הרמב"ם, לא ראוי להגדיר את מי שאינו יודע את החוק כ"חשוד על העבירות", שכן אם יודיעוהו את החוק, ודאי שלא יעבור עליו. לכן, אישה אינה חשודה על העבירות. אולם "עם הארץ" חשוד על העבירות, משום שחזקתו שאינו אדם כשר.

[87] מגיד משנה, שם.

[88] סמ"ע, סימן רצ, ס"ק ו.
אולם מדברי הרמב"ם, הלכות עדות, פרק יא, הלכה ג, משמע שסתם עם הארץ, חזקתו שהוא עובר עבירות, ודברים אלו אינם עולים בקנה אחד עם פרשנותם של הסמ"ע ומגיד משנה לדברי הרמב"ם. ראה גם: אור שמח, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז.

[89] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב.

[90] שערי עוזיאל, הלכות אפוטרופסות, שער ח, פרק ד, סעיף ג (עמ' קכז במהד' תשנ"א), נוקט: "אין בית דין

(5) קרוב של יוצר ההקדש

התלמוד קובע[91]: "אין מורידין קרוב לנכסי קטן", כלומר, אין להטיל על קרובו של קטן שנשבה לנהל את נכסיו ולפתחם, שמא הוא יחזיק בנכסים כאילו הם שלו מאז ומעולם[92], והשבוי לא יוכל למחות נגדו משום שיחשוב שאביו הוריש לו את הנכסים[93].

לכאורה, יש לקבוע שמאותה סיבה אין למנות קרוב של יוצר ההקדש כנאמן, שמא יחזיק בנכסי ההקדש כאילו הם נכסיו, ואיש לא יוכל להוכיח שהוא לא קיבל את הנכסים מיוצר ההקדש בירושה. אולם בעל העיטור[94] סבור שהיות שאפוטרופוס על נכסי יתומים אינו זכאי ליהנות מפירות נכסי היתומים, וללא אכילת פירות לא ניתן ליצור חזקה, אין לפסול קרוב מלשמש כאפוטרופוס[95]. אם כן, נראה שקרובו של יוצר ההקדש כשר לשמש כנאמן של ההקדש, ובלבד שהוא לא יהיה זכאי ליהנות מפירות הנכסים[96].

אולם הריב"ן[97] חולק על בעל העיטור, ולדעתו אין למנות את קרובו של אבי היתומים כאפוטרופוס.

השולחן ערוך לא קבע עמדה ברורה בעניין זה[98], אך הרמ"א[99] הביא את דברי בעל העיטור, ומכאן שקרובו של יוצר ההקדש כשר לשמש כנאמן[100].

ממנים... אדם שהוא בער בידיעת התורה וגם מחוסר כל תרבות מוסרית, ומושחת המדות". הוא מסביר, שהסיבה לפסול אינה נובעת מן החשש שמא אדם כזה יזיק במזיד לנכסי הנאמנות, אלא מכך שבית הדין נדרש למנות כאפוטרופוס אדם שיהיה מכובד על הבריות, כדי שיהיו דבריו נשמעים, ומינוי של עם הארץ יוביל לירידת קרנו של בית הדין ('עולבנא דדייני'), ולהפסד נכסי היתומים מחמת שמו הרע של האפוטרופוס.

[91] בבא מציעא לט ע"א.

[92] אכן, יש להדגיש שההלכה השוללת מינוי של קרוב כאפוטרופוס על נכסי קרובו הקטן, חלה רק על מינויו של הקרוב לשם טיפול בנכסי מקרקעין, ולא על מינויו כאפוטרופוס לשם טיפול בנכסי מיטלטלין. ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף צד, וחלק ג, סימן קצז; שו"ת הריב"ש, סימן ב; שו"ת מהר"י בירב, סימן יט, ד"ה ודע שיש; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שיב; שו"ת יכין ובועז, חלק א, סימן קלו; וכך פסק השולחן ערוך, חו"מ, סימן רפה, סעיף ח.

[93] ע"פ רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה ולא קרוב.

[94] העיטור, אות פ, אפיטרופוס, דף עח ע"ד (במהד' רמ"י).

[95] כך משמע גם מלשון רש"י, בבא מציעא לט ע"א, ד"ה ולא קרוב.
משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמו, נראה שהוא מסכים לדברי בעל העיטור (וכך אמנם הבין מדבריו בית יוסף, חו"מ, סימן רפה, מחודש יג, ד"ה כתב הרשב"א). אולם מדבריו בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף צד, וחלק ג, סימן קצז, עולה שאין הוא מקבל את דברי בעל העיטור (וכך הבין מדברים אלו בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, מחודש ג, ד"ה כתב הרשב"א בתשובה). על הסתירה שבפסיקות הרשב"א עמדו כבר כנסת הגדולה, חו"מ, סימן רפה, הגהות בית יוסף, אות ט, וב"ח, חו"מ, סימן רפה, סעיף יג.

[96] אמנם, יש שהנאמן זכאי לשכר על מילוי תפקידו, בהתאם להוראת סעיף 8(א), אבל בכל אופן הוא אינו זכאי ליהנות מנכסי הנאמנות גופם. אין בכוח השכר שמקבל הנאמן כדי ליצור חזקה בנכסים, וממילא לא קיים החשש העומד בבסיס ההלכה ש"אין מורידין קרוב לנכסי קטן". לאור זאת, צריך עיון במה שמשתמע משו"ת שואל ונשאל, חלק ב, חו"מ, סימן ד (ד"ה איברא), שדי בקבלת שכר כדי לפסול את קרובו של האב מלשמש כאפוטרופוס.

[97] דבריו הובאו בר"א, בבא מציעא, פרק ג, סימן יד, במישרים, נתיב כו, חלק א (עא ע"ב), ובהגהות מיימוניות, הלכות נחלות, פרק ח, אות ג.

[98] ניתן אמנם לזהות נטייה של ר"י קארו לפסוק כרא"ש, הן מדבריו בבית יוסף, הן מפסיקתו בשולחן ערוך. בבית יוסף, חו"מ, סימן רפה, שם, הביא את דברי הרשב"א, המסכים עם בעל העיטור, אך סיים: "ועיין במה שאכתוב בסימן רצ". בסימן רצ, שם, הביא את תשובת הרשב"א, המביא את דברי בעל העיטור,

יתר על כן, הרב עוזיאל קובע[101], שבימינו, הואיל ולא ניתן להעביר בעלות במקרקעין בלי לשנות את הרישום בלשכת רישום המקרקעין (טאבו), אין יסוד לחשש שמינויו של הקרוב יפגע בזכויות הנהנים, ומשום כך הוא קובע, שניתן למנות קרוב של היתומים כאפוטרופוס להם.

(6) קרוב של אחד מן הדיינים בהרכב הממנה

לשאלה, אם רשאי דיין למנות את קרובו כאפוטרופוס, נדרש הרשב"א, והשיב[102]: "נראה לי שהבית דין יכולין למנות אפטרופין קרובים להם... שהרי אין האפטרופים מתחייבים ולא זכין בשום דבר באפטרופסות זו ע"י בית דין... ולא נפסל קרוב אלא לדין קרובו, לזכותו או לחייבו. אבל במה שאין בו לא זכות ולא חובה לאפטרופא, למה יפסל ב"ד קרוב?"[103].

מדבריו הסיק הט"ז[104] שאם יש זכות לאפוטרופוס מעצם מינויו, אין דיין שהוא קרובו רשאי למנותו. לכן, בית הדין יימנע מלמנות אחד מקרובי הדיינים לתפקיד אפוטרופוס, אם

וכתב עליהם: "ולא מצינו לו חבר כלל בכל המחברים". ממכלול הדברים נראה שהבית יוסף נוטה לעמדה הדוחה את דברי בעל העיטור מן ההלכה, כפי העולה מתשובת הרשב"א שהוא מביא בסימן רצ. בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב, קבע שמותר למנות קרוב כאפוטרופוס, ובלבד ש"לא יֵרד לקרקעות, כמו שנתבאר בסימן רפה". הגבלה זו אינה נדרשת לפי בעל העיטור, שכן אף אם יֵרד האפוטרופוס לקרקעות, אין חשש שיחזיק בהם, כיוון שאינו זכאי ליטול פירות מהן. אולם למרות כל האמור, כותב ר' משה כלפון הכהן, בשו"ת שואל ונשאל (לעיל, הערה 96), שמדברי השולחן ערוך אין להוכיח שהוא פוסק כמו הרא"ש, ואפשר שהוא מסכים לרמ"א. בהתאם לדבריו, כתבנו שהשולחן ערוך לא הביע עמדה ברורה.

99 רמ"א, חו"מ, סימן רפה, סעיף ז.

100 ראה גם בספר החפץ חיים (פלאג'י), סימן נח, אות עד. יש להוסיף, שההלכה ש"אין מורידין קרוב לנכסי שבוי" סויגה על ידי פוסקים רבים בדרכים שונות, וחלק מסייגים אלו מונעים את החלת ההלכה על נאמן של הקדש. כך למשל, קבע הראב"ד שהאיסור להוריד קרוב לנכסי קטן שבוי חל רק לאחר שהחלו בחלוקת נכסי האב ליתומיו. בזמן זה קיים חשש שהיתומים יחשבו בטעות שקיבלו כבר את כל המגיע להם, בשעה שחלק מן המגיע להם נשאר בידי הנאמן שהופקד על ניהול הנכסים המגיעים להם ועל פיתוחם. לכן, לפני חלוקת הנכסים ניתן להוריד קרוב לנכסי הקטנים (ראה: שו"ת הריב"ש, סימן תצה; נימוקי יוסף, בבא מציעא כב ע"א, בדפי הרי"ף, ד"ה אמר; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף צד, וחלק ג, סימן קצז; רמ"א, חו"מ, סימן רפה, סעיף ז; סמ"ע, שם, ס"ק כט; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ד). לפי דבריו, ההלכה האוסרת להוריד קרוב לנכסי קטן אינה רלוונטית לנאמן, שתפקידו מסתיים עם העברת נכסי ההקדש לנהנים.
רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כו, חלק ב, דף עג ע"ב (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רפה, סעיף יג, ד"ה כתב רבינו, וברמ"א, שם; וראה גם שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמו), קובע שאם הנכסים שבהם מטפל היורד לנכסי הקטן השבוי אינם מן הנכסים המגיעים לו בירושה, רשאי אף קרובו של האב לרדת לנכסי השבוי. בהתאם לכך, אם הנאמן אינו יורשו של יוצר ההקדש, או אם נכסי ההקדש אינם מן הנכסים שבהם יש לו זכות מכוח ירושה, אין סיבה לקבוע שקרובו של יוצר ההקדש אינו כשר לשמש כנאמן.

101 שערי עוזיאל, הלכות אפוטרופסות, שער ח, פרק א, סעיף ד (עמ' קכג במהד' תשנ"א).

102 שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קמו (הובא בדרכי משה, חו"מ, סימן רצ, ס"ק ב, וברמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב).

103 ואמנם, למעשה לא נמנעו בתי הדין מלמנות קרובים של הדיינים כנאמנים של הקדש. דוגמה לכך, ראה בתעודה 5814 מתוך פנקסי בית הדין צפת (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 88-89); תיק 615 בבית הדין הרבני האזורי בירושלים (בשערי בית הדין, חלק ב, עמ' 71).

104 ט"ז, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב.

האפוטרופוס מקבל שכר על מילוי תפקידיו; וכך יהיה הדין אף בנוגע למינויו של נאמן המקבל שכר על מילוי תפקידו.

(7) נאמן מבוגר ביותר

בנוגע למינויו של נאמן מבוגר ביותר, אין אנו מוצאים במקורות ההלכה כל מגבלה[105], אך למעשה נהגו בתי הדין לקבוע שכהונתו של נאמן פוקעת בהגיעו לגיל 75[106]. מכאן יש ללמוד שאף לכתחילה, לא ימונה כנאמן מי שעבר גיל זה.

(8) נאמן שמקום מגוריו מרוחק ממקומם של נכסי ההקדש

למרות שאין הלכה מפורשת האוסרת למנות כנאמן של הקדש מי שגר במקום מרוחק מנכסי ההקדש, למעשה נטו בתי הדין למנות כנאמני הקדש דווקא אנשים הגרים בסמיכות לנכסי ההקדש[107]. נראה שגם הוראה זו, יסודה בדרישה למנות אפוטרופוס שיהיה לו "כח בעסקי העולם כדי לשמור נכסים ולהרוויח בהן", כלשון הריב"ש, שציטטנו לעיל (1).

(9) אחרים

בדיוננו בסעיף 22, נעמוד על כך שיש אופנים שבית הדין יגיע למסקנה, שאין הנאמן כשר למלא את תפקידו, ויש לפטרו. כך למשל, מי שהוחזק כגנב לא ישמש כאפוטרופוס, מחשש שימעל בנכסי היתומים[108]. כמו כן, מי שיצאה עליו שמועה שהוא מכלה ממונו לשם מילוי תאוותיו ('רועה זונות'), נתפס כמי שאינו ראוי לשמש כאפוטרופוס ליתומים, מחשש שמא יעשה שימוש בנכסי היתומים לשם מילוי תאוותיו[109].

מובן מאליו שלא ימונה מלכתחילה מי שפגום באישיותו באופן המצדיק את פיטוריו. נראה אפוא שהמכנה המשותף לפגמים באישיות, המצדיקים את הקביעה שפלוני אינו כשר לשמש כנאמן של הקדש הוא, חוסר יכולת או כישרון למלא את התפקיד בהצלחה. לכן, עדיפה בעינינו הדרך המותירה את רשימת תנאי הכשרות לשמש כנאמן של הקדש כרשימה פתוחה.

פרק שישי

נהנה של הקדש כנאמן — "נהנה של הקדש אינו כשר להיות נאמן..."

החוק אוסר את מינויו של נהנה כנאמן של ההקדש, מחשש שמא הוא יפעל "בדרך שתאפשר

[105] בשו"ת מהר"ם פדובה, סימן מד, שאלה יא, מצדד בפיטוריו של אפוטרופוס "זקן, ורואים שיצא מדעתו". מדבריו משמע, שאם לא רואים כך, אין לפטרו. על כל פנים, נראה שבהתקיים התנאים המצדיקים את פיטוריו של הזקן מתפקידו כאפוטרופוס, וודאי שאין למנותו לתפקיד זה לכתחילה.

[106] ראה סעיף 22, פרק שמיני, ב, (7).

[107] ראה: תיק 319/לג, בבית הדין הרבני האזורי צפת (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 27-28); תיק 2410, בית הדין הרבני האזורי ירושלים (שם, עמ' 45-49). אבל אם ברור לבית הדין שלדעת יוצר ההקדש אין פגם במינוי נאמן שאינו מתגורר במקום שבו מצויים נכסי ההקדש, הוא לא יימנע מלמנות נאמן כזה, כפי העולה מפסיקת בית הדין הרבני הגדול בירושלים, ע"ר תשל"ט/00 (שם, עמ' 36-38).

[108] ראה על כך סעיף 22, הערה 83.

[109] ראה על כך סעיף 22, ליד ציון הערה 123.

לו להפיק הנאה מנכסי הנאמנות, מעבר למה שהיה מפיק כנהנה בלבד, על חשבון נהנים אחרים"[110].

בעניין זה מבחין החוק בין נאמן של הקדש פרטי לבין נאמן של הקדש ציבורי, שעליו לא חלה הוראה זו[111]. הסיבה להבחנה זו היא שבהקדש הציבורי הנהנים הם רבים, ולכן, שלילת כשרותו של נהנה מלשמש כנאמן עלולה להביא לכך שרבים וטובים לא יוכלו לשמש כנאמני ההקדש, אף אם מינוּיָם הוא לטובת ההקדש.

הדוגמה המובהקת ביותר במשפט העברי לנאמן שהוא נהנה, היא זו של גדול האחים[112], המשמש כנאמן על נכסי הירושה, אף על פי שהוא עצמו אמור לקבל חלק בנכסים כמו אֶחָיו. מדין גדול האחים נוכל ללמוד שבאופן עקרוני, המשפט העברי מתיר למנות נהנה כנאמן. אבל אפשר שדווקא גדול האחים הוא נהנה הכשר לשמש גם כנאמן, משום שאין האח חשוד לפגוע בעניינם של אחיו[113].

נראה אפוא שלא נכון לאסור באופן גורף את מינויו של נהנה כנאמן, אלא להותיר זאת לשיקול דעתו של בית הדין, לפי נסיבות כל מקרה לגופו.

[110] כרם, סעיף 341, עמ' 718.

[111] בהתאם להוראה שבסעיף 28.

[112] בבא בתרא קלט ע"א. להרחבה בעניין גדול האחים, ראה סעיף 2, פרק שלישי, ג, (1).

[113] עוד ייתכן שגדול האחים יכול לשמש כנאמן מפני שזו נאמנות קונסטרוקטיבית (למעשה), ואין בה אפשרות להגביל את זהות הנאמן לפני מינויו (שהרי הוא מתמנה ממילא), ואין ללמוד מכך לנאמן שממונה על ידי בית הדין. מעבר לכך, בגדול האחים, הנהנים האחרים (האחים) מסכימים לנאמנותו, ומדובר בין אם הם קטנים ובין אם הם גדולים.
שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סימן צ, דף צב ע"ב, מתנגד למינויו של אב כאפוטרופוס על נכסים שירשו בניו מאמם, אלא שבנידונו היה ידוע שהאב עני וחשוד למעול בנכסים. ר"ש קלעי הודה אמנם שאין מקור ברור למניעת המינוי, אך כתב שיש בכוחו לפסול את האב מכוח סמכות בית הדין "להציל עשוק מיד עושקו", וכך לדעתו יש לנהוג "בזמן הזה, הרע, דרמאי שכיחי טפי [=שרמאים מצויים יותר]".
באופן דומה, שלל בשו"ת יכין ובועז, חלק א, סימן קלו (וראה גם שו"ת הריב"ש, סימן כ, בסופו), את מינויה של אשת הנפטר כאפוטרופסית על נכסי בעלה, כאשר יש לה "טענות כנגד נכסי בעלה", משום שהמינוי עלול לתת לאישה יתרון בדיונים המשפטיים נגד היורשים, שכן היא תיחשב כמוחזקת בנכסי הירושה (אבל מן העיטור, הנ"ל אחר ציון הערה 94, עולה שלעולם לא יוכל האפוטרופוס ליצור חזקה בנכסי היתומים; ואפשר שלעניין העברת נטל הראיה אל היתומים, די גם בחזקה קלה, שאין בכוחה להעניק לאדם זכויות קניין במקרקעין, ויש עוד לעיין בדבר). גם במקרה זה, נראה שדווקא בשל נסיבותיה המיוחדות של השאלה, פסל המשיב את הנהנה מלשמש כנאמן.
כמו כן, שערי עוזיאל, הלכות אפוטרופסות, שער ח, פרק א, סעיף ה (עמ' קכג במהד' תשנ"א), קובע שנושה של העיזבון אינו יכול לשמש כאפוטרופוס על היתומים, "מדין נוגע בדבר". אך לא ברור שיש להשוות בין דין הנושה לדין הנהנה.
בתיק 064136469-1 בבית הדין הרבני הגדול (ההחלטה מובאת בספר בשערי בית הדין, חלק ג, עמ' 26), פסל בית הדין את מינוי עורך דינו של נהנה כנאמן קבוע להקדש מחמת החשש מפני ניגוד עניינים.

פרק שביעי

סיכום

סעיף זה מבחין בין סמכותו של יוצר ההקדש למנות נאמן להקדש, הקיימת רק בעת יצירתו של ההקדש, לסמכותו של בית המשפט למנות נאמן, הקיימת בכל עת, בהתמלא התנאים המתאימים, המקנים לבית המשפט סמכות זו.

בעניין זה, עמדת המשפט העברי שונה. ככלל, ניתן לומר שהמשפט העברי מרחיב את סמכות היוצר למנות נאמן, ומצמצם במידה ניכרת את סמכות בית הדין.

היוצר מוסמך למנות נאמן בכל עת, וסמכות זו עוברת בירושה, כל עוד עושים היוצר או יורשיו שימוש ראוי בסמכותם, ולא העבירו את סמכותם זו לבית הדין, במפורש או במשתמע.

אף אם היוצר לא העביר את סמכות המינוי לבית הדין, נתונה לבית הדין הסמכות למנות נאמן, גם אם הציבור הוסיף מנכסיו על נכסי ההקדש, כדי שיוגשמו מטרותיו. במקרה זה, יראה בית הדין את עצמו כמוסמך למנות נאמנים להקדש, מתוקף תפקידו לשמור על עניינו של הציבור, ועל השימוש הראוי בכספיו, למטרות שלשמן הם הוקדשו.

יוצר ההקדש רשאי למנות את הנאמן גם על פי כתב ההקדש; למשל, בקביעה שמי שנושא בתפקיד מסוים (רב העיר, ראש העיר וכדומה), או מי שחבר בגוף מסוים (חברי הוועד המנהל של חברה וכדומה), ישמשו כנאמני ההקדש.

כאשר יש לבית הדין סמכות למנות נאמן, לא זו בלבד שרשאי בית הדין למנות נאמן, אלא הוא אף חייב לעשות כן, אם נודע לו על הצורך במינויו של נאמן להקדש.

מדעת רוב הפוסקים נראה, שלא ימונה נאמן אלא בהסכמתו, והסכמה זו יכולה להיות מפורשת או מכללא. הסכמה זו עשויה לעיתים להיות אף בשתיקה, אם יש בשתיקתו של הנאמן כדי להעיד על הסכמתו לשמש כנאמן.

מדברי הרמב"ם למדנו שעל הנאמן להיות אדם אמין, "איש חיל", שאינו ירא מלהתדיין עם אנשים לטובת קידום מטרות ההקדש, איש חכם ומבין בעסקים.

לעניין העילות לפסילת אדם מלשמש כנאמן, מבחין המשפט העברי בין מינוי שנעשה על ידי יוצר ההקדש למינוי שנעשה על ידי בית הדין. יוצר ההקדש רשאי למנות את מי שיחפוץ בו כנאמן, ללא כל מגבלה. יתרה מכך: מדברי הרשב"א למדנו שאף בית הדין רשאי למנות כנאמני הקדש גם את אלו הפסולים מלשמש כנאמנים, לאחר שנוכח שיוצר ההקדש נהג למנותם בחייו לתפקידים הדורשים אמינות, אחריות וחריצות.

אף לפי המשפט העברי, קטין, פסול דין, פושט רגל ותאגיד שניתן עליו צו פירוק לא ימונו על ידי בית הדין כנאמנים להקדש.

התנאים פסלו נשים מלשמש כנאמנות להקדש, אך מדברי הב"ח והרב עוזיאל למדנו שכיום, לאור השינוי שחל במעמדן של נשים, אין לשלול את מינוין כנאמנות של הקדש. פוסקים אחרים אימצו את ההלכה התנאית, אך סייגו אותה בדרכים שונות. יש הנותנים תוקף למינוי אישה שמונתה לתפקיד זה ב"ערכאות של גויים"; אחרים קובעים שאם בלאו הכי נדרשת האישה לנהל את נכסי עצמה, מניחים לה גם לשמש כנאמנת; יש הקובעים שאישה הנושאת ונותנת בתוך הבית רשאית גם לשמש כאפוטרופוסית ליתומים, ונראה שלשיטה זו היא תוכל גם לשמש כנאמנת של הקדש שיצר בעלה; ולבסוף, יש שקבעו שאם האישה משמשת בפועל כנאמנת, יראה בה בית הדין נאמנת חוקית מכוח דין "יתומים שסמכו".

המשפט העברי שולל את מינויו של "עם הארץ", החשוד על העבירות כנאמן. פרט לכך, למעשה, נוטים בתי הדין להימנע ממינויו של אדם מבוגר ביותר ושל אדם הגר הרחק ממקומם של נכסי ההקדש.

לדעת חלק מן הפוסקים, יש להימנע ממינוי יורש של יוצר ההקדש, מחשש שמא הוא יחזיק בנכסים ויחשבו שהוא זכה בהם בירושה.

בית הדין רשאי למנות קרוב של אחד מן הדיינים, ובלבד שלא יקבל הממונה שכר עבור תפקידו.

עוד מצאנו, שהמשפט העברי שולל את מינויו של כל אדם כנאמן להקדש למטרות צדקה, חינוך או דת, אם קיים לגביו חשד שבשל אופיו, יפגע בנכסי הקדש.

המשפט העברי אינו שולל באופן קטגורי את מינויו של נהנה כנאמן של ההקדש, אך מוטל על בית הדין לבחון היטב האם מינוי שכזה יועיל להקדש או שמא הוא עלול לסכן את עניינם של נהנים אחרים. אם מצא שמינוי זה עלול לסכן את הגשמת מטרות ההקדש, על בית הדין להימנע ממנו.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

מינוי נאמן

21. (א) נאמן של הקדש ציבורי או של הקדש לטובת מטרות סעד, חינוך או דת, ימונה על ידי יוצר ההקדש, או על ידי יורשיו; ובכוחו של היוצר להעביר סמכותו זו לאחרים.

(ב) לא מונה נאמן לפי סעיף קטן (א) ולא ניתן למנות נאמן נאמן לפי סעיף קטן זה, על בית הדין למנות את הנאמן.

(ג) לא יתמנה אדם נאמן של הקדש אלא בהסכמתו.

(ד) לא ימנה בית הדין כנאמן, קטין, פסול דין או כל אדם או גוף שקיים ספק ביכולתם להפעיל את שיקול הדעת הדרוש לשם מילוי התפקיד, ולפעול בדרך הטובה ביותר לשם הגשמת מטרותיו של ההקדש, או ביכולתם לשאת באחריות להפסדים.

נספח

העברת סמכויות הנאמן בירושה

א. מבוא

התפיסה העקרונית של חוק הנאמנות היא, שתפקיד הנאמן הוא תפקיד אישי, שאינו ניתן להעברה. בהתאם לתפיסה זו, מובן מאליו שתפקיד זה אינו עובר בירושה.

במשפט העברי, לעומת זאת, כפי שניווכח להלן, יש מצבים חריגים בהם ייחשב תפקיד הנאמן כמעין זכות המוקנית לנאמן באופן אישי, ועוברת בירושה, ליורשיו.

ב. בנאמנות פרטית

לעיל[114] ראינו שיש שני סוגים של נאמן. לנאמן מן הסוג הראשון אין שום בעלות בנכסי הנאמנות, והוא רק שלוחו של יוצר הנאמנות, כדי להגשים את מטרות הנאמנות. מובן מאליו שאין נאמנות מסוג זה עוברת בירושה, שכן שליחות היא תפקיד אישי, שאינו עובר בירושה.

לנאמן מן הסוג השני יש בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות. לכאורה, יש מקום לומר, שלאחר פטירתו של נאמן כזה עוברת זכותו הקניינית בנכסי הנאמנות ליורשיו.

אולם, כפי שראינו שם, הבעלות של נאמן מסוג זה בנכסי הנאמנות מוגבלת בהתאם לדרוש לו לשם מילוי תפקידיו. אם כן, נראה שבעלותו מוגבלת גם במשך קיומה, וכשם שאין לו זכות להעביר את בעלותו בנכסי הנאמנות לאחר, כך בעלותו מוגבלת גם במובן זה שאינה עוברת בירושה.

ג. נאמן ציבורי

לפי המשפט העברי, יש תפקידים המוגדרים כתפקידי 'שררה', שבאופן עקרוני, עוברים בירושה. המקור לקביעה זו הוא בפסיקת הרמב"ם בעניינו של המלך[115]: "...ומאחר שמושחין המלך, הרי זה זוכה לו ולבניו עד עולם, שהמלכות ירושה... ולא המלכות בלבד אלא כל השררות וכל המינויין שבישראל ירושה לבנו ולבן בנו עד עולם, והוא שיהיה הבן ממלא מקום אבותיו בחכמה וביראה".

היקפו ומשמעותו המדויקת של הביטוי 'שררה' נדונו רבות על ידי הפוסקים[116], ונראה שלכל הדעות, אין נאמן מוגדר כמי שמחזיק בתפקיד שיש בו שררה, אף אם נתמנה לתפקידו על ידי הציבור[117], ולוּ רק בגלל העובדה שהוא רק עושה דברו של יוצר הנאמנות, ובניגוד למלך, אין בכוחו לכפות על איש לציית להוראותיו[118].

[114] סעיף 1, פרק שני.

[115] רמב"ם, הלכות מלכים, פרק א, הלכה ז.

[116] למקורות הדנים בעניין זה, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, ערך חזקת שררה, כרך יד, עמ' שסה ואילך; אוצר המשפט, ערך מנהיג, פרנס, נושא תפקידים, כרך א, עמ' 196־197, וכרך ב, עמ' 180־182; רי"א הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, חלק א, עמ' 22; רי"מ לאו, "ירושה במשרות ציבוריות", תחומין יט (תשנ"ט), עמ' 9־16; א' הכהן, "למהות השררה במשפט העברי", קובץ הציונות הדתית, ירושלים תשס"ב, עמ' 488־500; נ' רקובר, תקנת השבים — עבריין שריצה את עונשו, ירושלים תשס"ז, עמ' 158 ואילך.

[117] מי שמונה לתפקידו בידי אדם פרטי, וודאי שלא ייחשב כנושא בתפקיד של 'שררה'. ראה: שו"ת בית שלמה, חו"מ, סימן יז; שו"ת שופריה דיעקב, חו"מ, סימן יז. וראה בהרחבה בתיק 2973/כ"ח מוסד תורני תיכוני א' נ' הרבנים ד', ה' ואחרים, פד"ר, כרך ח, עמ' 129, ע"פ דברי הרשב"א, ושו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן סה.

הבחנה זו, לעניין הגדרת "שררה", בין אפוטרופוס שנתמנה על ידי יחיד לבין אפוטרופוס שנתמנה על ידי הציבור, מבוארת גם בקהילות יעקב (מהד' תשמ"ח), בבא קמא, סימן מד, אות ג (ד"ה ולא דמי): "לא דמי [=לא דומה] לצבור הממנים גבאי, שאי אפשר לבטל שררתו בלא טענה, דהתם איכא [=ששם יש] תורת שררה ועניין של שלטון, וכל מינויין זיכתה התורה אותו זכות לו ולדורותיו, כמו שכתב הרמב"ם... אבל יחיד הממנה גבאי או אפוטרופוס על רכושו שרוצה לחלקם, אינו אלא כשליח או כפועל, ויכול לחזור

ד. נאמן בנאמנות למטרות צדקה, חינוך ודת

לא אחת מועלית בפני בתי הדין הרבניים הטענה, שיורשיו של נאמן זכאים להמשיך ולכהן תחת אביהם[119]. זכות זו אינה יכולה להתבסס על זכות ה'שררה', שכן אין הנאמן בעל 'שררה', כאמור. מהו אפוא היסוד לטענה זו?

נראה שהמקור לטענה זו הוא בדברי מהר"ם מרוטנבורג[120], שמי שהחזיק במצווה כמה שנים, 'זכה' באותה מצווה, ואין לקחת ממנו את הזכות לקיום אותה מצווה.

שלושה הסברים מצויים בדברי הפוסקים ליסוד המשפטי שעליו מבוססת זכות זו של המחזיק במצווה.

לדעת הראנ"ח[121], זכות זו מבוססת על הנוהג של הציבור 'למכור' את הזכות לקבל אחריות על קיום המצווה, למי שקיבל על עצמו את האחריות לכך, "ועם מכירת הצבור נתנהו לו, שכל אחד מסלק זכותו משם".

ר' עקיבא איגר[122] הסביר, שלציבור אין זכות 'למכור' מצוות, אלא אם אלו מצוות שלשם קיומן נדרשת הסכמת הציבור, כגון שימוש במשרת שליח ציבור. אולם, מחמת העניין שיש לציבור בקיומה של המצווה, יש הסכמה ציבורית בלתי כתובה, שכל אחד מבני הקהילה מוחל למי שקיבל על עצמו אחריות לקיומה של מצווה מסוימת, על זכותו 'לחטוף' ממנו את המצווה, ומכוחה של מחילה זו, 'זכה' המחזיק במצווה בזכות לקיים את המצווה בעצמו, ואיש לא יכול ליטול ממנו זכות זו.

ולסלקו כשירצה". אבל בספר דרך שיחה — תשובות הגר"ח קנייבסקי שליט"א (בעריכת צבי יברוב, ב"ב תשס"ד), עמ' תקפח, מובאת שאלה, "אם יש דין בעלות לראש ישיבה על ישיבתו, או שהוא רק אפוטרופוס, ודין גזבר יש לו", ועל כך באה התשובה של ר' חיים קנייבסקי: "אם הוא המייסד ובנה הישיבה, אפשר שיש לו דין בעלים, ובספר 'קהילות יעקב' (על ב"ק), יש לאבא ז"ל תשובה בזה. אבל גם אפוטרופוס הוא שררה, ועל כל שררה יש ירושה". זאת אף שאין מדובר במינוי של הציבור.

118 שו"ת אגרות משה, יו"ד, חלק ב, סימן מד, סובר שסמכות הכפייה היא המאפיין המרכזי של השררה. ר' שאול ישראלי, עמוד הימיני, סימן יב, עמ' קלז (במהד' תשכ"ו), כותב לעניין נבחרי הציבור: "אין תוכן [משרת] הנבחרים כיום בגדר מתן זכויות אישיות להם לשררה של הצבור, ואינם אלא באי כח הצבור ושלוחיו לפעול מה שצריך לטובת הצבור... ומכיון שאינם אלא שליחים אין כאן גדרי שררה כלל, כי מכוח המשלחים הם יונקים את כוחם".

119 ראה למשל: בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 33 (מובאת שם תעודה המתארת מינוי בנו של נאמן כנאמן תחת אביו, והסיק מכך העורך, שם בעמ' 34, מסקנה נורמטיבית ש"כשהבן ממלא מקום אבותיו ממנים בנו תחתיו"; אבל אין זו מסקנה הכרחית, שכן ייתכן שמינוהו מטעם אחר, ולא מפני שהיה בנו של הנאמן הקודם); שם, עמ' 35 ("וממנים אותו בחזקת אבותיו בתור מנהל ואפוטרופוס כל ההקדש"); בשערי בית הדין, חלק ג, עמ' 24 (מינוי צאצאי מייסד המוסד, ששימש כנאמנו); שם, עמ' 34 (גם כאן, הנאמן היה ממייסדי ההקדש; ויש להעיר, שהבן לא קיבל את משרת אביו, אלא נקבע שיש למצוא לבן תפקיד במוסד שאביו יסד); שם, עמ' 36.

120 מובא במרדכי, בבא בתרא, סימן תקלג. ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך חזקת מצוות, כרך יד, עמ' קלג־קמז.

121 שו"ת מים עמוקים, חלק ב, סימן ע, ע"פ תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן קכח, על כך ש"רגילין לקנות חזקה כהאי גוונא מן הצבור".

122 שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא תניינא, סימן יב. ר' עקיבא איגר דוחה את הסברו של הראנ"ח משום שמדבריו יוצא, ש'חזקה' בקיום מצווה נוצרת רק על ידי רכישת הזכות לקיים את המצווה, מן הציבור; ואילו משו"ת מהרי"ק, שורש לג, משמע שחזקה כזאת קיימת גם אם לא הוכח שבעל החזקה רכש אותה מן הציבור.

הסבר נוסף ליסוד המשפטי של החזקה יש בדברי ר׳ אברהם בן מרדכי הלוי[123], הקושר את החזקה במצוות לסוגיית השררה שנזכרה לעיל. לדבריו, ״בכל מידי דמצוה דהוי [=דבר של מצוה שיהיה], יש שם מעלה וחשיבות כי גדול שכרן של מקיימי מצוות, ועין לא ראתה גודל שכרם ומעלתם, ועבדי מלך בשר ודם יש להם מעלה וחשיבות גדולה להיותם מתעסקים במצות אדוניהם, קל וחומר עבדי מלך מלכי המלכים הקב״ה[124]... ואם החברים העוסקים בזה יש להם דין מעלה וכבוד מרובה, כל שכן שגדול כחו ומעלתו של הראש שעליהן, שמחזיק בידן ומספיק צרכיהן... אם דל ואם עשיר ואם כן, שפיר נוחלין בניהם ויש להם דין קדימה על אחרים״.

אבל מכל ההסברים הללו עולה, שה׳חזקה׳ במצווה נרכשת רק על ידי מי שנוטל על עצמו את האחריות לקיומה של המצווה, בזמן שאין איש אחר ש׳ירים את הכפפה׳. רק לאדם כזה מוכן הציבור ׳למכור׳ את זכות קיום המצווה או למחול על הזכות לחטוף לו את המצווה, ורק אדם כזה זוכה לשררה של מי שאחראי על קיום המצווה.

לכן, נראה שטענה בדבר ׳חזקה׳ של הנאמן במצווה יכולה להישמע רק מפי נאמן שהוא זה שנטל על עצמו את האחריות לקיום ההקדש, כגון יוצר ההקדש שהיה נאמנו הראשון. לעומת זאת, נאמן שנתמנה על ידי יוצר ההקדש, ולא הוא זה שיזם את יצירת ההקדש, אינו זוכה ב׳חזקה׳ במצווה, ולכן יורשיו לא יוכלו לזכות בתפקידו בירושה.

[123] שו״ת גינת ורדים, יו״ד, כלל ג, סימן ז. וראה גם הערת העורך בספר בשערי בית הדין, חלק ג, עמ׳ 37.
[124] הוא מוכיח את דבריו מן הכבוד המופלג שהיו נוהגים במביאי הביכורים ובעוסקים בלוויית המת.

סעיף 22

פקיעת כהונתו של נאמן

פקיעת כהונתו של נאמן

22. (א) נאמן של הקדש רשאי להתפטר בהודעה בכתב למי שרשאי למנות נאמן לאותו הקדש, וכשיש נאמנים אחדים — לנאמנים האחרים.

(ב) נאמן שנתמנה בידי בית המשפט או שהיה נאמן יחיד, התפטרותו אינה תופסת אלא אם בא עליה אישור בית המשפט ומן היום שנקבע לכך באישור.

(ג) בית המשפט רשאי לפטר נאמן אם לא מילא תפקידו כראוי או שראה בית המשפט סיבה אחרת לפיטוריו.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 585

פרק שני: פקיעת כהונת הנאמן על פי תנאי הנאמנות 586

א. נאמנות פרטית 586

ב. נאמן שמונה לתפקידו על ידי הציבור 586

פרק שלישי: חזרה מן ההסכמה לשמש כנאמן 587

א. מבוא 587

ב. חזרה מן ההסכמה על פי דיני העבודה 588

ג. חזרה מן ההסכמה על פי דיני השומרים 588

ד. חזרה מן ההסכמה על פי עיקרון "המתחיל במצווה" 588

פרק רביעי: התפטרות נאמן — "נאמן של הקדש רשאי להתפטר" 589

א. מבוא 589

ב. עמדת המשפט העברי — כללי 590

(1) התפטרות על פי דיני העבודה 590

(2) התפטרות על פי דיני השומרים 591

(3) התפטרות על פי עיקרון "המתחיל במצווה" 591

ג. חריגים 592

(1) נאמן המבקש לצאת לחו"ל 592

(2) נאמנים שמספרם פחת 594

(3) שמירה על השם הטוב 595

פרק חמישי: אופן ההתפטרות 595

א. מבוא 595

ב. "הודעה בכתב" 595
ג. למי מודיעים על ההתפטרות? — "למי שרשאי למנות נאמן... לנאמנים האחרים" 595

פרק שישי: מי מוסמך לפטר נאמן? — "בית המשפט רשאי..." 596
א. מבוא 596
ב. פיטורין בידי יוצר הנאמנות 596
(1) נאמנות למטרות פרטיות 596
(2) נאמנות למטרות צדקה, חינוך, דת או למטרות ציבוריות 597
ג. פיטורין בידי בית המשפט 597
(1) נאמנות למטרות פרטיות 597
(2) נאמנות למטרות צדקה, חינוך, דת או למטרות ציבוריות 597

פרק שביעי: עילות הפיטורין — "לא מילא תפקידו כראוי... סיבה אחרת" 598
א. מבוא 598
ב. פיטורין בידי יוצר ההקדש 598
ג. פיטורין של נאמן שמונה על ידי בית הדין 599
(1) כללי 599
(2) פיטורין משום ש"לא מילא תפקידו כראוי" 600
(3) פיטורין מ"סיבה אחרת" 602
ד. פיטורין של נאמן שמונה בידי יוצר ההקדש 606

פרק שמיני: סיכום 607

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 609
א. נאמנות פרטית 609
ב. הקדש למטרות ציבוריות או למטרות צדקה, חינוך או דת 609

מבוא

סעיף זה עוסק בפקיעת כהונתו של נאמן של הקדש. פקיעה זו, אפשר שתהיה על ידי התפטרות של הנאמן מתפקידו (ס״ק (א) ו־ (ב)) או על ידי פיטוריו (ס״ק (ג)).

דרך נוספת לפקיעת כהונתו של נאמן, שבה לא דן הסעיף, היא באמצעות קציבה מראש של משך כהונתו של הנאמן. לפיכך, לפני שנדון בפרטי הסעיף, נעסוק בשאלה, האם ניתן להפקיע את כהונתו של הנאמן על ידי קביעת מועד לסיום כהונתו?

סעיף זה מטיל מגבלות על יכולתו של נאמן להתפטר, אך לא ברור מן הסעיף, מהו המועד שממנו ואילך ייחשב אדם כ׳נאמן׳, שמאז מוטלות עליו מגבלות אלה. האם כבר משעה שהסכים לקבל על עצמו את התפקיד לא יוכל להתפטר מתפקידו אלא על פי התנאים הקבועים בסעיף, או שמא רק לאחר שיחל הנאמן במילוי תפקידיו הוא יוגדר כנאמן, ואילו לפני כן, הוא רשאי להתפטר גם בלי לעמוד בתנאי ההתפטרות הקבועים בסעיף? ואם אמנם כך הוא, מהו המועד שממנו ואילך נאמר שהנאמן החל במילוי תפקידיו? האם זהו המועד שבו קיבל לידיו את השליטה בנכסי ההקדש, או המועד שבו החל במילוי תפקידיו בפועל? ושמא רק אם נתמלאו שני התנאים, קרי, שיקבל לידיו את השליטה בנכסי הנאמנות, וגם יחל במילוי תפקידיו, הוא יוגדר כנאמן, ועל התפטרותו יחולו ההוראות שבסעיף זה?

מאחר שהסעיף אינו נותן בידנו מענה ברור לשאלות אלו, נבקש להשיב עליהן לאור מקורות המשפט העברי.

הסעיף מתנה את פיטוריו של נאמן בקיומן של עילות מסוימות (בס״ק (ג)), אך אינו מתנה את התפטרותו בכך. מכאן, שהנאמן יכול להתפטר, למשל, כי נמאס לו למלא את התפקיד. בהקשר זה נשאל, האם גם לפי המשפט העברי, זכותו של הנאמן להתפטר היא מוחלטת, או שמא יידרש הנאמן להציג עילה מיוחדת, המצדיקה את ההתפטרות?

כדי שלהתפטרות הנאמן יהיה תוקף, על הנאמן המתפטר להודיע על כוונתו להתפטר מתפקידו ״למי שרשאי למנות נאמן לאותו הקדש, וכשישנם נאמנים אחדים — לנאמנים האחרים״, והודעה זו חייבת להיות במסמך כתוב. האם גם המשפט העברי מתנה את תוקפה של ההתפטרות במסירת הודעה עליה? ואם כן, האם הודעה זו חייבת להימסר במסמך כתוב, או שמא יש תוקף להודעה, אף אם היא נעשתה בעל פה? ואם אמנם מכיר המשפט העברי בחובתו של הנאמן למסור הודעה על התפטרותו, האם הודעה זו חייבת להימסר למי שרשאי למנות נאמן באותה נאמנות? וכן, האם לעניין זה יש להבחין בין נאמנות שבה מכהן הנאמן כנאמן יחיד, לנאמנות שבה יש נאמנים אחדים?

לפי החוק, רק בית המשפט מוסמך לפטר נאמן. כאן נבקש לבחון: האם מעניק המשפט העברי את הסמכות לפטר נאמן גם ליוצר ההקדש? ואם כן, באלו נסיבות תהיה הסמכות בידיו, ובאלו נסיבות היא תהיה בידי בית המשפט?

כדי שבית המשפט יפטר נאמן, חייבת להתקיים עילה המצדיקה את הפיטורין. בהקשר זה

נשאל, האם גם לפי המשפט העברי אין בית הדין מוסמך לפטר נאמן אלא מכוחה של עילה המצדיקה את הפיטורין, ואם גם יוצר ההקדש מוסמך לפטר את הנאמן, האם סמכותו מותנית אף היא בקיומה של עילה המצדיקה את הפיטורין?

העילות לפיטוריו של הנאמן בידי בית המשפט מנוסחות בלשון כללית ביותר: "אם לא מילא תפקידו כראוי או שראה בית המשפט סיבה אחרת לפיטוריו". להלן ניווכח, שבמשפט העברי, יש דיון מפורט בעילות שונות שיש בקיומן כדי להצדיק את פיטוריו של הנאמן. עיון בעילות אלו עשוי להאיר במידה רבה את סוג העילות שקיומן יכול להצדיק את הפיטורין, ולתת בידי בית הדין או בית המשפט קו מנחה בשיקול הדעת הנוגע לפיטוריו של נאמן.

פרק שני

פקיעת כהונת הנאמן על פי תנאי הנאמנות

א. נאמנות פרטית

בנאמנות הפרטית, מובן מאליו שאם מינוי הנאמן היה מראש לזמן קצוב, תפקע כהונתו מאליה בהגיע מועד סיומה. כך הוא בין אם קיבל בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, ובין אם הוא פועל רק כשלוחו של יוצר הנאמנות. אם הנאמן הוא בעלים של נכסי הנאמנות, הרי שהתנאי הקוצב את משך כהונתו מגביל בזמן את היקף בעלותו בנכסי הנאמנות, ומשהגיע המועד לסיון הכהונה, פוקעת בעלותו מאליה. אם הוא רק שלוחו של היוצר, הרי שהתנאי הקובע את משך זמן כהונתו, קובע למעשה את גבולותיה של השליחות, ומשום כך, מרגע שתמה כהונתו לפי תנאי הנאמנות, ממילא פוקע כוחו כשלוח.

ב. נאמן שמונה לתפקידו על ידי הציבור

הרשב"א פוסק[1] שעל אף שאין מפטרים חזן[2] "אלא אם כן נמצא בו פ(י)סול", הרי אם "נהגו כל הקהלות למנות אנשים על כל צרכי צבור לזמן", כגון גבאי צדקה, ניתן לסלק את הממונה ממשרתו בהגיע הזמן הקבוע לסיום כהונתו. לדבריו, אין לחשוש שמא סילוקו של הממונה יפגע בשמו הטוב, "כיון שנהגו לבוא חליפות, נסתלק החשד". תשובה זו הובאה על ידי חכם מחכמי פרובנס הראשונים[3], וכך פסק השולחן ערוך[4].

אבל יש הסבורים, שבמקום שלא נהוג לסלק את הנאמן מתפקידו לאחר זמן קצוב, אף אם בכתב המינוי נאמר מפורשות שהמינוי הוא לזמן קצוב, אין לסלק את הנאמן מכהונתו בהגיע

[1] שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רפג (הובא ברמ"א, יו"ד, סימן רנז, סעיף ב, בשו"ת תורת חיים, מהרח"ש, חלק ב, סימן מ, ובפסקי דין ירושלים, חלק ט, עמ' רמג; וראה ש"ך, שם, ס"ק ד; וברכי יוסף שם). דיון בתשובה זו ראה גם בע"ב (ת"א־יפו) 4599/01 ד"ר הרצל בן חור נ' שירותי בריאות כללית, תק־עב 2005(4) 1145, עמ' 1158־1160.

[2] למשמעותו של ביטוי זה, ראה להלן, הערה 73.

[3] כל בו, סימן קמז. לא ידועה זהותו של מחבר ספר זה; יש אומרים שהמחבר הוא ר' אהרן הכהן מלוניל.

[4] שולחן ערוך, או"ח, סימן נג, סעיף כו. כך פסק גם רמ"א, יו"ד, סימן רמה, סעיף כב.

הזמן המועד לסיום כהונתו, מחשש שמא יפגע הדבר בשמו הטוב[5], אלא אם נאמר בכתב המינוי בצורה מפורשת, שבהגיע המועד לסיום כהונת הנאמן, תפקע כהונתו[6].

פרק שלישי

חזרה מן ההסכמה לשמש כנאמן

א. מבוא

סעיף 21 מתנה את כהונתו של נאמן בהקדש בקבלת הסכמתו למלא את התפקיד. האם משעה שקיבל הנאמן על עצמו את התפקיד הוא נחשב כנאמן לכל דבר, ואין בכוחו לחזור בו מהסכמתו אלא לפי התנאים להתפטרות נאמן שנקבעו בסעיף 22; או שמא כל עוד לא החל הנאמן למלא את תפקידיו, הוא לא נחשב עדיין כנאמן לענין זה? מלשון החוק קשה להסיק תשובה ברורה לשאלה זו, ולפיכך נפנה אל מקורות המשפט העברי כדי למצוא לה תשובה.

התוספתא קובעת[7]: "אפטרופסין, עד שלא החזיקו בנכסי יתומין יכולין לחזור בהן"[8]. מהלכה זו עולה שכל עוד לא קיבל האפוטרופוס לידיו את השליטה בנכסי היתומים, הוא רשאי לחזור בו, מכל סיבה שהיא, מהסכמתו לקבל על עצמו את התפקיד. כפי שנראה, הפוסקים הציעו

[5] ראה משנה ברורה, או"ח, סימן נג, ס"ק פו (ע"פ שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן רו, ושו"ת חמדת שלמה, חו"מ, סימן ז); חקרי לב, יו"ד, חלק ג, סימן פט; שו"ת כנסת הגדולה, סימן כז, בסוף התשובה; פד"ר, כרך ח, עמ' 129 (ע"פ דברי הרשב"א ושו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן סה).
אולם שו"ת ציץ אליעזר, חלק ג, סימן כט, פרק ה, אות ו, כותב: "אם בשעת הקבלה התנו אתו מפורש לזמן קבוע, או שיש מנהג קבוע על כך באותו מקום, אזי לא מועיל שום חזקה ועליו להסתלק בהגיע הזמן". מדבריו אלו משמע שאף כאשר לא נהוג לקצוב בזמן את משך כהונתו של ממונה על עניין ציבורי, הוא ייאלץ להסתלק מתפקידו בבוא העת שנקבעה בכתב מינויו לסיום כהונתו. כך עולה גם משו"ת משפטי שמואל, סימן נג, ומשו"ת תשורת שי, חלק א, סימן תלו, ולכך נוטה מסקנת בית הדין בפד"ר, שם.

[6] ע"פ שו"ת חתם סופר, שם.

[7] תוספתא בבא בתרא, פרק ח, הלכה ג; הובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג.

[8] ז' פלק, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני, ת"א תשל"א, עמ' 306, ורייניץ, עמ' 151-152, מציעים שהלכת התוספתא המאפשרת לאפוטרופוס לחזור בו מהסכמתו לשמש כאפוטרופוס כל עוד לא החזיק בנכסים, מבוססת על המגמה לעודד אנשים לקבל על עצמם את התפקיד. אדם שיֵדע שמרגע שקיבל על עצמו את תפקיד האפוטרופוס לא יוכל עוד לחזור בו מהסכמתו, עלול להירתע מלקבל על עצמו את התפקיד, מחשש שמא בעתיד יתברר לו שאין בכוחו למלא את התפקיד והוא לא יוכל לשוב על עקבותיו. לכן, כל עוד לא החזיק האפוטרופוס בנכסי היתומים, יש לאפשר לו לחזור בו מהסכמתו לשמש כאפוטרופוס. אולם "בהחזיקו בנכסי היתומים, או בבצעו פעולות בענייני היתומים, בודאי החלטתו נחושה ולבו שלם עם מינויו. כמו כן, לטובת היתומים היא, שלא ינטוש אותם בשלב זה" (ריינץ, שם). ריינץ (שם) אף מוצא תנא דמסייע לדבריו בשערי עוזיאל, שער יב, פרק א, סעיף כ, בהערה (עמ' קלה במהד' תש"ד), אם כי לא ברור לחלוטין שכוונתו שם לאותו רעיון. על כל פנים, בדברי הראשונים לא מצאנו הסבר זה, ואף יש לתהות, אם כן, מדוע לא נאפשר התפטרות גם לאחר שהחזיק האפוטרופוס בנכסים, במגמה לעודד אנשים לשמש כאפוטרופוסים? כמו כן, מאחר שהאפוטרופוס יכול להתנות שיוכל להתפטר בכל עת (כמשתמע משו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שנא), לא ברור לשם מה יש צורך בהוראה מיוחדת, המאפשרת לו להתפטר כל עוד לא החל במילוי תפקידיו.

נימוקים שונים להלכה זו, ולהבדלים ביניהם יש השלכה על פרשנות הביטוי "שלא החזיקו" שבתוספתא.

ב. חזרה מן ההסכמה על פי דיני העבודה

לדעת ר' אריה לייב הכהן[9], אנו בוחנים את זכותו של האפוטרופוס להתפטר על פי העיקרון בדיני עבודה, שחובות הפועל מתחילות בשעה שהוא מתחיל במילוי תפקידיו. כך למשל, אם נדרש הנאמן לשמור את כספי הנאמנות בבנק, והוא פתח חשבון שאליו הוא מתכוון להכניס את כספי הנאמנות, הוא ייחשב כמי שכבר החל במילוי תפקידו, ולפיכך, יחולו עליו המגבלות על התפטרות אפוטרופוס, שיידונו להלן. אולם, כל עוד לא עשה הנאמן דבר הנוגע למילוי תפקידיו, אף שהסכים לשמש כנאמן, הוא עדיין לא מוגדר כנאמן, וממילא, לא יחולו עליו המגבלות על התפטרות אפוטרופוס.

ג. חזרה מן ההסכמה על פי דיני השומרים

הרשב"א[10] מסביר את זכות האפוטרופוס לחזור בו מהסכמתו לקבל על עצמו את התפקיד בכך ש"משעה שהחזיק בנכסים, נעשה שומר של יתומים", אבל "קודם שהחזיק [האפוטרופוס בנכסי היתומים], אין לו שום שייכות בנכסים, וכאיניש אחרינא בעלמא הוא"[11].

מהסבר זה משמע שרק החזקה פיזית בנכסי הנאמנות, העושה אותו שומר, היא השוללת מן הנאמן את הזכות לחזור בו מהסכמתו לשמש כנאמן, משום שרק משעה שמחזיק השומר בפיקדון, חלות עליו חובות השמירה[12].

ד. חזרה מן ההסכמה על פי עיקרון "המתחיל במצווה"

לדעת הריב"ש[13], מבוססת הלכת התוספתא על עקרונות כלליים של חיוב במצוות. לדבריו, האפוטרופסות היא מעשה מצווה, ועל כן חל עליה הכלל[14]: "המתחיל במצווה אומרים לו

[9] קצות החושן, סימן רצ, ס"ק ה.

[10] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שנא.

[11] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קמו. וראה רייניץ, עמ' 144-145.

[12] בחוק לישראל, שומרים, עמ' 7, מסוכמים התנאים להיווצרות חיובי השמירה בלשון זו: "לשם היווצרות חיובי השומר, דורש המשפט העברי ארבעה יסודות: א) בקשת בעל הנכס מן השומר לשמור; ב) הסתלקות בעל הנכס משמירתו; ג) הסכמת השומר לשמור; ד) ביצוע 'מעשה קניין' בנכס על ידי השומר. לגבי הצורך בשלושת המרכיבים הראשונים אין חילוקי דעות, אך הצורך במרכיב הרביעי שנוי במחלוקת". ושם, בעמ' 22, הערה 132, נמנה הרשב"א בין הפוסקים הדורשים את קיומו של המרכיב האחרון כתנאי להיווצרות חיובי השמירה. ושם (אחרי ציון הערה 134) נכתב שמרכיב זה "מזכיר את ה'החזקה' שהחוק מצריך כתנאי להתהוות שמירה, אלא ש'החזקה' זו גמישה יותר בהגדרתה מן הקניין הנחוץ לפי דעה זו במשפט העברי". לפי זה, ההסבר של הרשב"א להלכת התוספתא מתאים רק לשיטת הפוסקים שביצוע מעשה קניין בנכס הוא מן התנאים הדרושים לשם היווצרות חיובי השמירה, ואין הוא מתאים לשיטת הפוסקים המובאים שם, ליד ציון הערה 135, הסוברים שדי בשלושת המרכיבים הראשונים כדי ליצור את חיובי השמירה.

[13] שו"ת הריב"ש, סימן תפט (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף ל, וברמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג). וראה גם בביאור הגר"א, שם, ס"ק מד.

[14] ירושלמי, פסחים, פרק י, הלכה ה.

מרק [=גמור]". נמצא, שחובתו של האפוטרופוס למלא את תפקידיו מתחילה בשעה שהוא "מתחיל במצווה", ומשעה זו אין הוא רשאי עוד לחזור בו מהסכמתו לקבל על עצמו את תפקיד האפוטרופוס[15]. בהתאם לתפיסה זו, מסביר הריב"ש, יש לפרש את הביטוי "שלא החזיקו" שבתוספתא בצורה רחבה, ככולל כל מעשה שניתן לראותו כהתחלת המצווה[16].

הסבר זה מוביל לתוצאה דומה לזו שמוביל ההסבר של ר' אריה לייב הכהן, המבוסס על דיני העבודה: זכותו של הנאמן לחזור בו מהסכמתו למלא את התפקיד שקיבל על עצמו, נשללת משעה שהחל במילוי תפקידיו. אבל בניגוד להסברים הקודמים, הסבר זה תקף רק בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, שהגשמתה אכן נחשבת כמצווה.

פרק רביעי

התפטרות נאמן — "נאמן של הקדש רשאי להתפטר"

א. מבוא

נאמן המבקש להפסיק את כהונתו, יכול להתפטר מתפקידו בכל עת למן יצירת ההקדש ועד לסיום כהונתו של הנאמן[17].

[15] מאחר שהנקודה המרכזית כאן היא שנאמן מקיים מצווה, נראה שלא דק השופט זילברג בבג"צ 205/60, 210/60 עבודי נ' שר הדתות ואח', פ"ד יד 2020 (החלק הרלוונטי לדיון כאן מופיע גם אצל נ' רקובר, המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, כרך א, עמ' 165), כשדחה כלאחר יד את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שלמד מהלכת התוספתא שאין בכוחם של חברי וועדה שמונתה כדי לבחור את מליאת חברי מועצת הרבנות הראשית, להתפטר מתפקידם; זילברג טען ש"אין הנדון דומה לראיה כלל", שהרי "חברי הוועדה אינם אפוטרופוסים, ועניינו הוועדה אינם 'נכסי יתומים'".
לשאלה האם עיקרון "המתחיל במצווה" יוצר חיוב משפטי, ראה להלן, הערה 116.
גם לפי הריב"ש, מי שעזר ליתום באופן חד־פעמי אינו חייב להמשיך לעזור לו תמיד, מפני שהמצווה מוגדרת כמצוות הסיוע החד־פעמי. אין זה דומה למי שהתחיל לשמש כאפוטרופוס, שהמצווה שלו מוגדרת כדאגה לצרכי היתום עד הגיעו לבגרות, ולכן אם החל בכך, אינו רשאי לפרוש. גם אין לומר שהאפוטרופוס מקיים מצווה נפרדת בכל פעם שהוא דואג ליתומים, ושלכן יוכל לפרוש אחרי כל מעשה שהוא גומר לטובתם, מפני שהדאגה לצרכי היתומים עד הגיעם לבגרות היא מצווה כללית אחת, ולא רצף של מצוות.

[16] הריב"ש מוצא סימוכין למסקנתו בדין שמשעה שהחל הפועל במלאכתו, אין הוא רשאי לחזור בו מהסכמתו לבצע את המלאכה. מדברי מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ד, משתמע שעיקר הטעם של הריב"ש לשלילת זכות האפוטרופוס לחזור בו מן המינוי נובע מדיני העבודה. שערי עוזיאל, שער יב, פרק א, סעיף כ, בהערה (עמ' קלד במהד' תש"ד), מסביר שבהשוואתו לפועל, מתכוון הריב"ש לתת טעם נוסף לדין התוספתא. אך נראה שצדק רייניץ, עמ' 149, שאלו סימוכין "בדרך האנלוגיה" בלבד, כעולה מלשון הריב"ש, שם, שזה "דומיא דפועלין", ועיקר טעמו הוא עיקרון "המתחיל במצוה".

[17] כרם, עמ' 721, מעיר שבעניין זה שונה הנאמנות על פי כתב הקדש מן הנאמנות על פי חוזה. בנאמנות על פי חוזה, אמנם אי אפשר לכפות על הנאמן לבצע את תפקידו בניגוד לרצונו, שכן אין אוכפים חוזה לתת שירות אישי, לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, סעיף 3(2); אולם אם הפסיק נאמן למלא את תפקידו, זוהי הפרת חוזה הנאמנות שבינו לבין יוצר הנאמנות, ויוצר הנאמנות זכאי לפיצויים בשל הפרת חוזה (כמבואר שם, סעיף 95, עמ' 204). לעומת זאת, בנאמנות על פי כתב הקדש, אין הנאמן חייב בפיצויים על התפטרותו. כנראה, סבור כרם שאף על פי שגם בנאמנות על פי כתב הקדש, דרושה הסכמת הנאמן לשמש כנאמן (לפי סעיף 21(ג)), אין זה בגדר חוזה, אלא חובתו היא מכוח החוק, והסכמתו

בעקבות האמור בפרק הקודם, נבחן את זכותו של הנאמן להתפטר, הן לפי דיני העבודה, הן לפי דיני השומרים והן לפי עיקרון "המתחיל במצווה".

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

התוספתא קובעת[18]: "אפטרופסין... משהחזיקו בנכסי יתומין אין יכולין לחזור בהן". מכאן, שלאחר שהחזיק הנאמן בנכסי הקדש למטרות צדקה, חינוך או דת[19], או שהחל בביצוע תפקידיו, וכבר אין הוא רשאי לחזור בו מהסכמתו הראשונית לשמש כנאמן, אין הוא רשאי גם להתפטר מתפקידו. כפי שהזכרנו בפרק שלישי, הפוסקים הסבירו את הלכת התוספתא על פי עקרונות דיני העבודה, על פי עקרונות דיני השומרים ועל פי עיקרון "המתחיל במצוה".

(1) התפטרות על פי דיני העבודה

פועל זכאי להתפטר בעל עת, מכוח דרשת חכמים[20]: "'כי לי בני ישראל עבדים' (ויקרא כה, נה) — עבָדַי הם, ולא עבדים לעבדים". אם כך, מדוע שללה התוספתא את זכותו של האפוטרופוס להתפטר? על כך משיב ר' אריה לייב הכהן[21]: "טעמא [=הטעם] דפועל חוזר, היינו משום דכתיב 'כי לי בני ישראל עבדים', ולא עבדים לעבדים, וכיון דאפוטרופוס מצוה קא עביד, הוה ליה עבד ה'". כלומר, ההלכה שפועל רשאי לחזור בו באמצע עבודתו מבוססת על ההשקפה העקרונית שאדם הוא עבד ה' ואינו ראוי להיות עבד לאדם אחר. אולם היות שהאפוטרופוס העוסק בניהול נכסי היתומים מקיים מצווה, הרי הוא עבד ה', ולכן לא אמור בו ההיתר לפועל לחזור בו באמצע עבודתו[22].

מדבריו של ר' אריה לייב הכהן למד ר' מנחם מנדל הורביץ[23] ששומר של נכסי הקדש אינו רשאי להתפטר מתפקידו, משום שגם הוא אינו בגדר "עבד לעבדים", אלא הוא עבד לבורא, בהיותו שומר על נכסים שהם "צורך גבוה"[24]. בדומה לכך, הדעת נותנת שאף נאמן בהקדש למטרות צדקה, חינוך או דת, אינו רשאי להתפטר מתפקידו, שכן אף הוא עוסק בנכסים שהם בגדר "צורך גבוה". לעומת זאת, נאמן בנאמנות פרטית רשאי להתפטר בכל עת, ככל פועל, שרשאי להתפטר מתפקידו בכל עת[25].

היא רק תנאי למינוי. מצד שני, היות שחובתו היא מכוח החוק ולא רק מכוח חוזה, הוא חב גם כלפי הנהנים, בית המשפט והציבור, וכולם יכולים לתבוע אותו, ולאו דווקא היוצר.

[18] תוספתא, בבא בתרא, פרק ח, הלכה ג, הובא בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג.

[19] על ההיקש בין הלכות האפוטרופוס להלכות הקדש מסוג זה, ראה סעיף 1, הערה 77.

[20] בבא קמא קטז ע"ב; בבא מציעא י ע"א. ראה בהרחבה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ת"א תשכ"ט, כרך ב, עמ' 654־720; א' ורהפטיג, ההתחייבות, ירושלים תשס"א, עמ' 245־300 (="חוזה עבודה — מהותו ובטולו: חזרת העובד", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 203־242).

[21] קצות החושן, סימן רצ, ס"ק ה. נראה שקדמו בסברה זו התשב"ץ, חלק ג, סימן רכ, אם כי קיצר בדבריו.

[22] שו"ת חוות יאיר, סימן קמ, שולל על פי נימוק זה את זכותו של חזן להתפטר מתפקידו.
אף שנוצר מצב שהנאמן אינו יכול להתפטר לעולם, הרי זה ייעודו של אדם, להיות עבד לה' כל ימיו.

[23] שושנת יעקב, סימן שא, ס"ק א. ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 1261, אות ח.

[24] נימוק נוסף לכך ששומר של הקדש אינו רשאי לחזור בו בחצי היום, הוא שמאחר שבהקדש "אמירה לגבוה כמסירה להדיוט", יש לדון את השומר כפועל שעשה קניין, ופועל שעשה קניין אינו יכול לחזור בו (שו"ת בית יצחק, חו"מ, דרוש כט, אות ז; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא א, חלק א, סימן רסה). ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 1264, במילואים להערה 21, ועמ' 1334, אות יא.

[25] הסבר זה מניח שהזכות להתפטר, על פי "עבדי הם", חלה באופן עקרוני גם על אפוטרופוס, אלא שהיות

(2) התפטרות על פי דיני השומרים

כפי שאמרנו בפרק רביעי, הסביר הרשב"א בתשובותיו את הלכת התוספתא בכך שמשהחזיק האפוטרופוס בנכסי היתומים, הוא נעשה שומר עליהם. אולם בחידושיו הסתפק הרשב"א[26] בשאלה, האם שומר יכול להתפטר מתפקידו: "ועוד אני מסתפק בדינו, שאפילו הפקיד לזמן, למה לא תוכל להחזיר תוך זמן? מי עדיף שומר חנם מפועל שחוזר בחצי היום?".

אבל רוב הפוסקים[27] הכריעו ששומר אינו רשאי להתפטר מתפקידו בתוך הזמן שבו הוא התחייב לשמור על הנכס, ולפיכך דברי הרשב"א בתשובותיו עשויים להסביר את הלכת התוספתא, שמשעה שקיבל האפוטרופוס לידיו את נכסי היתומים, אין הוא רשאי להתפטר.

הסבר זה אינו ייחודי לנאמנות למטרות צדקה או לכל מטרה אחרת שהיא בגדר מצווה, ולפיכך לפי הרשב"א ניתן ליישם את הלכת התוספתא בכל נאמנות, אף בנאמנות שנועדה לשם הגשמתן של מטרות פרטיות.

אבל היות שההסבר מבוסס על דיני השומרים, יש בו, לכל היותר, כדי להצדיק את שלילת כוחו של נאמן להתפטר מתפקיד השמירה של נכסי הנאמנות, אך אין בו כדי להצדיק את שלילת כוחו להתפטר מיתר חובותיו.

(3) התפטרות על פי עיקרון "המתחיל במצווה"

כפי שראינו לעיל[28], נימק הריב"ש את שלילת זכותו של האפוטרופוס לחזור בו מהסכמתו לשמש כאפוטרופוס על פי הכלל "המתחיל במצוה, אומרים לו מרק [=גמור]". כלל זה שולל מכל נאמן בנאמנות למטרות צדקה או לכל מטרה ציבורית אחרת שיש מצווה בהגשמתה, את הזכות להתפטר מתפקידו לאחר שהחל במילוי תפקידיו. הריב"ש מדגיש שאם האפוטרופוסים "התחילו להתנהג במנויים... אין יכולין לחזור בהן"; כלומר, אף אם האפוטרופוס לא החזיק בפועל בנכסי היתומים, הרי אם החל במילוי תפקידו, אין הוא רשאי לחזור בו[29], ואת הלכת

שאפוטרופוס הוא עבד של ה' כביכול, נשללת ממנו זכות זו. המשמעות העיקרית של הסבר זה היא, שכל נאמן שאין במילוי תפקידיו משום מצווה רשאי להתפטר מתפקידו בכל עת.

אולם בסעיף 1, ליד ציון הערה 100, ראינו שבדרך כלל מעמדו של נאמן הוא של קבלן. לגבי קבלן כתב אור זרוע, בבא מציעא, פרק ו, סימן רמב: "דבר פשוט הוא כי בפועל שאינו רשאי להתבטל, כגון שכיר יום או שכיר חדש, באותן אמר רב שיכול לחזור בו אפילו בחצי יום מטעם 'עבדי הם — ולא עבדים לעבדים'. אבל קבלן שקיבל קמה לקצור, בגד לארוג, והוא רשאי להתבטל, רק [=אלא] שלאחר זמן יגמור, באותו אין שייך 'עבדים לעבדים', כיון שהוא רשאי להתבטל כשהוא רוצה". גם סמ"ע, סימן קעו, ס"ק נז, כותב שקבלן אינו יכול לחזור בו באמצע עבודתו. אבל ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלג, סעיף ו וסעיף יא, כותב שקבלן יכול לחזור בו באמצע עבודתו (א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 262, מעלה את שתי האפשרויות, בלי לציין את האור זרוע ואת הסמ"ע). לפי זה, זכותו של נאמן בנאמנות פרטית להתפטר מתפקידיו שנויה במחלוקת הפוסקים. לכל הדעות, אם קבלן חזר בו במהלך התקופה שקיבל על עצמו, "ידו על התחתונה", והשכר שהוא מקבל מחושב לאור הפסדו של המעביד מהצורך לשכור ממלא מקום (ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיף ד). זאת בניגוד לפועל שמקבל את השכר היחסי לזמן שעבד בו. לסיכום ההבדל בין פועל לקבלן לעניין זה, ראה: א' ורהפטיג, ההתחייבות, עמ' 256־265.

[26] חידושי הרשב"א, קידושין יג ע"א, ד"ה סברה.

[27] ראה: ריינין, עמ' 145, הערה 22; חוק לישראל, שומרים, עמ' 496־498, ועמ' 1259־1260, מילואים להערה 10.

[28] לעיל, אחרי ציון הערה 13.

[29] אמנם, הריב"ש עצמו, בהמשך דבריו שם, הביא דעה לפיה לא די בהתעסקות בנכסי היתומים כדי לשלול מהאפוטרופוס את זכותו לחזור בו, אלא דרושה החזקה בפועל של נכסי היתומים. אבל גם לפי דעה זו

התוספתא הוא מפרש כך: "מאי דקתני [=מה ששנינו] בתוספתא: 'החזיקו בנכסים', [בא] לאשמועינן רבותא [=להשמיענו חידוש גדול יותר]: דקבלת הנכסים, הוי התחלה, ואף על פי שלא התחילו להתעסק באפטרופסות יותר מזה". כלומר, אדם שמונה לתפקיד האפוטרופוס לא יוכל להתפטר לאחר שהחל במילוי תפקידיו, והאינדיקציה לכך היא, עשיית פעולות הקשורות למילוי תפקידי האפוטרופוס, או קבלת השליטה בנכסי היתומים[30].

מדברים אלו נוכל ללמוד שלפי המשפט העברי, נאמן של הקדש למטרות צדקה לא יוכל להתפטר מתפקידו לאחר שהחל במילוי תפקידיו[31]. אבל אין בדברי הריב"ש כדי ללמד על זכותו של נאמן בנאמנות הפרטית להתפטר מתפקידו, שכן אין הוא נחשב "מתחיל במצווה".

ג. חריגים

לכלל שנאמן של הקדש אינו רשאי להתפטר מתפקידו יש חריגים רבים, כפי שניווכח.

(1) נאמן המבקש לצאת לחו"ל

בעניין שומר המבקש לצאת לחו"ל, כתב הרמב"ם[32]: "המפקיד אצל חבירו, והלך בעל הפקדון למדינת הים, והרי השומר רצה לפרש מיבשה לים או לצאת בשייירא, יש מי שהורה שאם בא השומר והביא הפקדון לבית דין — נפטר מאחריות שמירתו. ודברים של טעם הם, שאין אוסרין זה במדינה זו מפני פקדון של זה שהלך... ובית דין מפקידין אותו ביד נאמן אצלם משום השב אבידה לבעלים".

דברים אלו שימשו יסוד לתשובת ר' שמעון בן צמח דוראן בעניין אפוטרופוס שביקש לעזוב את הארץ, בעוד ניהול נכסי היתומים חייב אותו להישאר בארץ. מסקנתו היא[33]: "אם אומר

סבור הריב"ש שאפוטרופוס שהודה שהיתומים חייבים לאמם סך מסוים, ומכוח הודאתו היא גבתה מנכסי היתומים, "אין לך 'החזיק בנכסים' גדול מזה... ומה שהחזיקה האלמנה בנכסים מכח הודאתו, הוי כמו אם החזיק הוא בהם".

30 פרישה, חו"מ, סימן רצ, סעיף ל, כותב שכל עוד לא התקיימו שני התנאים: (א) האפוטרופוס החזיק בנכסי היתומים, (ב) התחיל להתעסק בצרכיהם, הוא רשאי לחזור בו מהסכמתו לקבל על עצמו את התפקיד. מסקנה זו מנוגדת למשמעותה הפשוטה של התוספתא שצויין לעיל, הערה 18, ולמשמעות דברי הריב"ש, שצוין לעיל, הערה 13. ריינץ, עמ' 150, הערה 38, מציע שהפרישה למד כך משו"ת הריב"ש, סימן תסח, שכתב: "כיון שהוא כאפטרופא, מכיון שהתחיל להתעסק בנכסים והחזיק בהם — אין לו להסתלק". אבל הריב"ש מסיים שם: "כמו שכתבו הרמב"ן והרשב"א ז"ל, והביאו ראיה מן התוספתא דבין מינוהו ב"ד, בין מינהו אבי היתומים, משהחזיקו בנכסים, אין יכולין לחזור בהם". כוונתו לחידושי הרמב"ן והרשב"א, גיטין נב ע"ב, ושם אין זכר לדרישה שיתקיימו שני תנאים (החזקה ותחילת התעסקות) כדי לשלול מן האפוטרופוס את הזכות להתפטר. כפי הנראה דברי הריב"ש שם נועדו כנגד הסוברים שאפוטרופוס רשאי לחזור בו אף לאחר תחילת התעסקותו בנכסים. לכן, הדגיש הריב"ש שבמקרה שהוא דן בו התקיימו שני התנאים, אך אין הוא סובר שדרושים שניהם.

31 לעניין זה, אין הבדל בין מי שמונה על ידי יוצר ההקדש למי שמונה על ידי בית הדין, כפי שנוכל ללמוד מדברי השולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג: "אפוטרופוס, בין מינוהו אבי היתומים בין מינוהו בית דין, עד שלא החזיק בנכסי היתומים... יכול לחזור בו; משהחזיק בנכסי היתומים... אינו יכול לחזור בו". דברי השולחן ערוך מבוססים על התוספתא שם; חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"ב, ד"ה אי רמית; חידושי הרמב"ן, שם, ד"ה משום שבועה (הובא בריב"ש שהבאנו בהערה 30).

32 רמב"ם, הלכות שאלה ופיקדון, פרק ז, הלכה יב. ראה על כך חוק לישראל, שומרים, עמ' 528-530.

33 תשב"ץ, חלק ג, סימן רנא (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף ל, וברמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג). להלכה זו יש מקור גם בגאוניקה, עמ' 101 (הובא באוצר הגאונים, גיטין, חלק התשובות, סימן רעו).

שרוצה ללכת לעסקיו לארצות אדום, הדין נותן שיש בידו רשות ללכת לרצונו, ככל נפקד שאין מעכבין אותו ללכת לעסקיו מפני הפקדון אשר הפקד אתו, כמו שאמר הרמב"ם ז"ל. ואם דעתו ללכת ולחזור, יפקוד הנכסים ביד איש נאמן עד שובו[34]. ואם דעתו להשתקע במקום אחר, ימסור הנכסים לבית דין והם ימנו אפטרופוס".

מדבריו עולה שיציאה לחו"ל לזמן ממושך מצדיקה את התפטרותו של הנאמן, ואילו אם היציאה היא לזמן קצר, אין הנאמן רשאי להתפטר, אך הוא רשאי למסור את נכסי ההקדש ביד שומר, שיחזיק בהם עד שובו[35].

אפשר שכך הדין בכל מצב שתפקידו כנאמן מונע ממנו לנהל את עסקיו הפרטיים כראוי[36].

[34] יש להעיר שהרמב"ם לא הבחין בין היוצא לזמן קצר ליוצא לזמן ארוך, אלא קבע ככלל שהשומר יעביר את הנכס שהופקד אצלו לבית הדין, כדי שבית הדין ימנה אדם נאמן שישמור על הנכס. גם הבית יוסף והרמ"א לא הביאו להלכה את הבחנתו של הרשב"ץ. ראה גם: שו"ת הרשב"ש, סימן שסד; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תכד.

ר"א מילר הסביר שהתשב"ץ הבין שהלכת הרמב"ם היא מחודשת, בכך שהיא מציעה לשומר דרך להיפטר מהאחריות שנטל על עצמו לשמור על הנכס, דרך שאין לה מקור במקרא, במשנה או בתלמוד. לפיכך, יש לפרשה על דרך הצמצום. כלומר, רק אם כלו כל הקיצין, ולא ניתן להמשיך את אחריותו של השומר, יועבר הנכס לבית הדין. מצב זה קיים בשומר שיוצא לזמן ארוך, ולא בשומר שיוצא לזמן קצר, משום שהיוצא לזמן קצר יוכל למצוא שומר חליפי שיסכים לשמור על הפיקדון למשך הזמן הקצר שיעבור עד שובו. לפי הסבר זה, "היוצא לזמן ארוך" יפורש כאב טיפוס למקרים שבהם כלו כל הקיצין, ולא ניתן עוד להמשיך את אחריותו של הנפקד. מכאן נוכל להסיק שגם אם חלה הנאמן במחלה הדורשת טיפול רפואי ממושך, או נאלץ לטפל בקרוב משפחה חולה למשך זמן שאינו קצוב, וכדומה, הוא רשאי להתפטר מתפקידו ולהעביר את נכסי ההקדש לבית הדין.

עוד יש להעיר, שמדברי הרמב"ם נראה, שהזכות להתפטר בנסיבות אלה נועדה להגן על חופש התנועה של השומר ("שאין אוסרין זה במדינה זו מפני פקדון של זה"). לדבריו, השומר אינו רוצה ליטול את הנכס עמו שכן "שמא יארע לו אונס ויהיה חייב באחריותו". אבל בלבוש, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג, מנמק את ההלכה בלשון זו: "כי טוב להם ליתומים שיהיה שלהם בתוך העיר שהם שם". לפי הנמקה זו, ההלכה אינה מבוססת על הרצון לשמור על טובתו של השומר או של האפוטרופוס, אלא על הרצון להבטיח שהנכס יישמר בקרבת בעליו.

על דברי התשב"ץ ראה חוק לישראל, שומרים, עמ' 1307, במילואים להערה 215.

[35] לעניין נאמן שעוזב את הארץ לזמן ממושך, אפשר שיש להבחין בין מצב שניתן להחזיר את נכסי ההקדש לשליטתו של יוצר ההקדש, לבין מצב שלא ניתן לעשות כן; וכן בין הקדש ציבורי לבין הקדש פרטי. כפי שבארנו בדיוננו בסעיף 19, בהקדש פרטי סמכויות הפיקוח ומתן ההוראות נותרות בידי יוצר ההקדש, ולכן אך טבעי הדבר שעם התפטרות הנאמן, תחזור לידי יוצר ההקדש השליטה בנכסים. אבל אם אין הדבר אפשרי מסיבות שונות, יועברו הנכסים לבית הדין, לפי פסיקת הרמב"ם, כדי שיפעל למינוי נאמן חדש. לעומת זאת, בהקדש ציבורי (במובן המקובל במשפט העברי, כמבואר בדיוננו בסעיף 19), אחרי התפטרות הנאמן, יועברו נכסי ההקדש לבית הדין. וראה גם פסק הדין המובא בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 45־49; ובפסק דינו של רי"פ רוטנברג, דברי משפט, חלק ה (תשנ"ח), עמ' קפח־קפט.

ייתכן שבימינו יציאה לחו"ל לא תצדיק תמיד התפטרות של הנאמן, כיוון שקיימות דרכים רבות ומגוונות לשלוט בנכסים, לנהלם ולפתחם מרחוק.

[36] כך ניתן ללמוד מלשון התשב"ץ (שם), שכתב: "אם אומר שרוצה ללכת לעסקיו... שאין מעכבין אותו ללכת לעסקיו..."; ומשמע מדבריו שהתפטרותו אינה מותנית בכך שבית הדין ימצא מי שיחליף אותו בתפקידו. וכך משמע בבירור מלשון ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מא, הקובע באופן כללי יותר: "אין סברא שנקלקל מצבו בשביל עסק האפוטרופסות". וראה גם רייניץ, עמ' 154, הערה 50, ועמ' 155, הערה 52.

(2) נאמנים שמספרם פחת

לכאורה, משעה שפחת מספרם של הנאמנים, יכול כל אחד מן הנאמנים הנותרים לטעון, שהסכמתו לשמש בתפקיד הייתה על דעת כך שישמשו עמו בתפקיד כל הנאמנים, ומשום כך, משעה שהסתלק אחד מהם מתפקידו, אין לחייבו עוד להמשיך בתפקידו.

סמך לטענה זו ניתן למצוא בהלכות השותפים. הרמב"ם פוסק[37]: "אחד מן השותפין או מן המתעסקין שמת[38], בטלה השותפות או העסק"[39]. מהלכה זו הסיק ר' שלמה אבן דנאן[40], שאם נפטר אחד מן האפוטרופוסים, פקע מינוי האפוטרופוסים הנותרים[41].

אולם, ר' תם אבן יחייא[42] פסק שאם מינה אדם שלושה אפוטרופוסים ומת אחד מהם, ולא ניתן למנות נאמן אחר תחת הנאמן שנפטר, אין הנותרים רשאים להתפטר מתפקידם על סמך הטענה שלא קיבלו עליהם את התפקיד מתחילה אלא על דעת שיהיו שלושה אפוטרופוסים, וזאת מפני שמוטלת עליהם אחריות לטפל בנכסים.

נראה, שלדעתו, אין מקום להקיש מהלכות השותפים או המתעסקים להלכות האפוטרופוס, משום שבניגוד למשתתפים או מתעסקים, שאינם מקיימים מצווה במילוי תפקידם, הרי אפוטרופוס מקיים מצווה במילוי תפקידו, ומשום כך, יש להניח שהסכמתו לשמש בתפקיד היא הסכמה מוחלטת, שאינה מותנית במספר הנאמנים שיכהנו יחד עמו בתפקיד[43].

אבל הבחנה זו בין אפוטרופוסים לשותפים שייכת רק בנאמן בנאמנות ציבורית או בנאמנות למטרות צדקה, חינוך או דת, ואילו נאמן בנאמנות פרטית יוכל להתפטר מתפקידו אם פחת מספר הנאמנים, כמו בדיני שותפים.

למעשה, יש תקדימים לכך שבתי הדין הרבניים קיבלו התפטרותו של נאמן בנימוק שאין לו פנאי. ראה: תיק 6.2.712, בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 65-77.

37 רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה יא. וכך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעו, סעיף יט.

38 לשאלה, האם יש להבחין בין מצב שבו אחד מן המתעסקים או השותפים נפטר, לבין מצב שבו אחד מהם התפטר, ראה במקורות שצוינו בספר המפתח על הרמב"ם שם, הוצאת שבתי פרנקל, ד"ה י"מ דבמת.

39 מנוסח ההלכה משמע, שהשותפות או העסק בטלים מאליהם, אך יש הסוברים שהביטול מותנה בכך שאחד מן המתעסקים או השותפים ידרוש לבטל את השותפות או העסק. מקורות לעניין זה ראה בספר המפתח, שם.

40 שו"ת אשר לשלמה, סימן ה.

41 בשו"ת אשר לשלמה, שם, מביא את דעת שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קנג, שפטירת אחד מן השותפים פוטרת את יורשיו מן החובה להמשיך ולמלא את חלק אביהם בשותפות, אך לא פוטרת את חובת השותפים שנותרו להמשיך במילוי תפקידם, ומביא פוסקים המצדדים בשיטה זו. אולם הוא מביא פוסקים החולקים על מהרשד"ם, ופוטרים את השותפים שנותרו מחובתם להמשיך בשותפות, כפי שמשמע מלשון הרמב"ם, וכך הוא אמנם פוסק. וראה סעיף 9, פרק תשיעי, ג, על מקרה שמת אחד הנאמנים.

42 שו"ת אהלי תם (נדפס בספר תומת ישרים), סימן טו (הובא בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן רצ, הגהות הטור, אות קנו, ובשו"ת אשר לשלמה, סימן ה, דף טו ע"ד). בנידונו, לא הצליחו למצוא ממלא מקום, מפני שהאנשים פחדו שהשלטון יגלה שמדובר במי שמת בלי יורשים בארץ זו, ויקחו את הנכסים.

43 אבל מדברי שו"ת אשר לשלמה, שם, עולה שלדעתו, יש להקיש מזה לזה. הוא מצטט את דברי אהלי תם מתוך כנסת הגדולה שם, ומעיר: "אין ספרו מצוי אצלי לראות שרשן של דברים אי ס"ל דהיורשים יכולים לסלקם...". המעיין בתשובה במקורה ייווכח שאין הוא עוסק כלל בשאלה שבשו"ת אשר לשלמה.
על אף שקבענו שהסכמת האפוטרופוס, או הנאמן בנאמנות למטרות צדקה חינוך או דת, היא הסכמה מוחלטת, נראה שבנסיבות מסוימות יוכל להתפטר, בנימוק שהסכמתו לשמש בתפקידו לא כוונה לנסיבות כאלה. למשל, אם חלה במחלה המקשה עליו מאוד להמשיך במילוי התפקיד, יוכל להתפטר, מפני שיש להניח שלא התכוון לקבל על עצמו להמשיך במילוי תפקידו במצב כזה.

(3) שמירה על השם הטוב

סיבה נוספת שיכולה להביא נאמן לרצות לסיים את תפקידו היא רצונו להגן על שמו הטוב. בעניין זה כתב ר' אברהם דנציג[44]: "אפשר דאם שאר הגבאים חביריו אינם נוהגים כשורה, ו[יש חשש ש]ירננו גם עליו, יכול לחזור [=להתפטר]".

פרק חמישי

אופן ההתפטרות

א. מבוא

החוק קובע שני תנאים לתקפותה של התפטרות הנאמן: הוא נדרש להודיע על ההתפטרות באמצעות מסמך כתוב ("הודעה בכתב"), ועליו להעביר את ההודעה למי שרשאי למנות נאמן לאותה נאמנות, ובנאמנות שבה יש נאמנים אחדים, לנאמנים האחרים.

בעניין זה מבקשים מנסחי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות לשנות את ההוראה, בשני היבטים. השינוי הראשון נוגע לזמן המסירה של הודעת ההתפטרות: מוצע שההודעה על ההתפטרות תימסר "זמן סביר מראש"[45]. לפי הצעה זו, נאמן לא יוכל לסיים את תפקידו 'מהיום למחר', אלא יהא עליו להודיע זמן סביר מראש על כוונתו להתפטר, "כדי שתהא הזדמנות נאותה למצוא מחליף לנאמן"[46].

השינוי השני נוגע לנמעני ההודעה, במקום שיש לנאמנות נאמנים אחדים: בעניין זה קובעת הצעת התזכיר, שההודעה תימסר "גם לנאמנים האחרים"[47]. מלשון זו משתמע, שבניגוד להוראה הקיימת בחוק הנוכחי, מסירת הודעת ההתפטרות לנאמנים האחרים אינה פוטרת את הנאמן מחובתו להודיע על התפטרותו למי שרשאי למנות נאמן לאותה נאמנות[48].

ב. "הודעה בכתב"

לעיל[49] הבאנו את דברי הרשב"ץ בעניין זכותו של נאמן היוצא לחו"ל, להתפטר מתפקידו: "אם דעתו [של הנאמן] להשתקע במקום אחר, ימסור הנכסים לבית דין והם ימנו אפטרופוס". מדברים אלו עולה, שדי שימסור את הנכסים לבית הדין, ואין צורך בהודעה בכתב מצדו.

ג. למי מודיעים על ההתפטרות? — "למי שרשאי למנות נאמן... לנאמנים האחרים"

כשיש נאמנים אחדים, תימסר ההודעה על ההתפטרות לנאמנים האחרים. נראה שהסיבה לכך היא שהנאמנים האחרים אחראים לעשות למילוי מקומו של הנאמן שהתפטר[50].

[44] חכמת אדם, כלל קמז, סעיף יט.

[45] תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 572(א).

[46] מתוך דברי ההסבר לתזכיר.

[47] סעיף 572(א).

[48] תמוה הדבר, שבדברי ההסבר לסעיף זה ניתן הסבר לשינוי הראשון, אך התעלמו מן השינוי השני.

[49] ליד ציון הערה 33.

[50] ראה סעיף 9(א)(4).

לעיל[51] ראינו שבמצב שיש נאמנים אחדים וקיים צורך למנות נאמן תחת נאמן שחדל מלמלא את תפקידיו, מחובתם של הנאמנים הנותרים ליידע את מי שמוסמך למנות נאמן על קיומו של צורך זה, כדי שהוא יפעל להחלפת הנאמן, אם ירצה בכך. על רקע זה, ברור שמשעה שהחליט נאמן להתפטר, עליו למסור לנאמנים הנוספים הודעה על כוונתו זו, כדי שהם יוכלו למלא את חובתם לפעול למינויו של נאמן אחר תחתיו. כמובן, עליו להודיע על כך למי שמוסמך למנות נאמן, גם אם הוא נאמן יחיד.

פרק שישי

מי מוסמך לפטר נאמן? — "בית המשפט רשאי..."

א. מבוא

החוק קובע, שהסמכות הבלעדית לפטר נאמן של הקדש מסורה בידי בית המשפט[52]. לפי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, הוראה זו אמורה לחול על כל סוגי הנאמנויות[53].

עוד מציע התזכיר שינוי משמעותי: "בנאמנות שנוצרה על פי חוזה או על פי כתב נאמנות, רשאי יוצר הנאמנות לפטר את הנאמן אם הותר הדבר בתנאי הנאמנות"[54].

ב. פיטורין בידי יוצר הנאמנות

(1) נאמנות למטרות פרטיות

שאלת כוחו של יוצר הנאמנות לפטר את הנאמן, תלויה במידה רבה במהות הזיקה של הנאמן לנכסי הנאמנות. לעיל[55] ראינו, שיש נאמן שמקבל מיוצר הנאמנות בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, ויש שאינו מקבל שום בעלות, ופועל רק בתור שליח. נאמן שזיקתו לנכסי הנאמנות היא של שליחות בלבד, מובן מאליו שיש בכוחו של היוצר לפטרו בכל עת, כפי שיש בכוחו של שולח לבטל את השליחות בכל עת[56]. אבל אם יש לנאמן בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, לא יוכל היוצר לפטרו, שכן בכך הוא פוגע בזכויותיו הקנייניות של הנאמן.

אכן, יש בכוחו של יוצר הנאמנות להגביל את זכויותיו הקנייניות של הנאמן בדרכים שונות, ובכלל זה, לקבוע שזכויות אלה יהיו קיימות כל עוד לא מבקש יוצר הנאמנות להפקיען. לכן, נראה שההוראה שבתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, המאפשרת ליוצר להתנות שיהיה בכוחו לפטר את הנאמן, מתאימה לעמדת המשפט העברי.

[51] סעיף 9, פרק שביעי, ב.

[52] ראה כרם, סעיף 343, עמ' 722.

[53] ראה דברי ההסבר לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 572.

[54] שם, סעיף 572(ג). בדברי ההסבר לסעיף זה אין הבהרה בנוגע לטעמים שהובילו לשינוי זה, זולת הקביעה: "זוהי הוראה חדשה, הקובעת שיוצר הנאמנות רשאי לשמור לעצמו, במסמך על פיו נוצרה הנאמנות, את הזכות לפטר את הנאמן". מהסבר זה אנו למדים, שרק אם הותיר יוצר הנאמנות לעצמו את הזכות לפטר את הנאמן במסמך שעל פיו נוצרה הנאמנות, תישמר בידיו זכות זו.

[55] סעיף 1, פרק שני.

[56] בעניין זה ראה בהרחבה בחוק לישראל, שליחות, סעיף 14.

אולם, יש להדגיש, שכשם שהמשפט העברי לא דרש שעצם המינוי יהיה מפורש במסמך שמכוחו נוצרה הנאמנות, כך הוא לא ידרוש שהתנאי המאפשר ליוצר לפטר את הנאמן יהיה מפורש במסמך כזה[57]. גם אם לא היה תנאי מפורש, הרי אם ניתן להסיק מאומד דעתו של היוצר, שהוא ביקש להותיר בידיו את הסמכות לפטר את הנאמן, סמכות זו תישאר בידיו.

(2) נאמנות למטרות צדקה, חינוך, דת או למטרות ציבוריות

בדיוננו בסעיף 19 עמדנו על כך, שלפי המשפט העברי, כל הסמכויות הנוגעות לניהולה של נאמנות למטרות צדקה, חינוך ודת, או לניהולה של נאמנות ציבורית, מסורות בידיו של יוצר הנאמנות, כל עוד לא העביר סמכויות אלה, במפורש או במשתמע, לאחרים.

מכוחה של עמדה זו אנו מסיקים, ש'ברירת המחדל' של המשפט העברי הפוכה מזו המוצעת בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות. בעוד שלפי התזכיר, 'ברירת המחדל' היא, שהסמכות לפטר נאמן מסורה בידיו של בית המשפט, זולת אם התנה היוצר בעת יצירתה של הנאמנות, שסמכות זו תהיה בידיו, הרי לפי המשפט העברי, 'ברירת המחדל' היא, שהסמכות לפטר נאמן בנאמנות מסוג זה היא בידיו של יוצר הנאמנות, זולת אם הוא העביר סמכות זו לבית המשפט.

ג. פיטורין בידי בית המשפט

(1) נאמנות למטרות פרטיות

בהתאמה לדיון שלעיל, בדבר כוחו של יוצר הנאמנות לפטר את הנאמן, אף כאן, נדון בסמכות בית המשפט לפטר את הנאמן, לפי הסוגים השונים של נאמנים: נאמן שיש לו בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, ונאמן שאין לו שום בעלות ופועל רק כשליח.

לפי המשפט העברי, השולח הוא היחיד שיש בכוחו לסיים את השליחות. לכן, אם הנאמן משמש כשלוחו של יוצר הנאמנות, ברור שלא יוכל בית הדין לפטר את הנאמן.

נראה שדין זהה הוא לעניין נאמן שיש לו בעלות מוגבלת בנכסי הנאמנות, שכן, כשם שאין בכוחו של היוצר לפגוע בזכויותיו הקנייניות של הנאמן, כך אין בכוחו של בית המשפט לעשות כן. אבל אם זכויות הנאמן בנכסי הנאמנות הוגבלו באופן המאפשר לבית המשפט לפטר אותו, מוסמך בית המשפט לפטר אותו.

(2) נאמנות למטרות צדקה, חינוך, דת או למטרות ציבוריות

לעיל[58] הבהרנו, שבית הדין קונה את הסמכות למנות נאמן לנאמנות ציבורית או לנאמנות למטרות צדקה, חינוך או דת, אם יוצר הנאמנות העביר לידיו את סמכות הניהול והפיקוח על ניהול נכסי ההקדש, במפורש או במשתמע, או אם היוצר נמנע מלעשות שימוש בסמכויותיו, והדבר עלול לסכל את הגשמת מטרותיה של הנאמנות.

בנסיבות אלו, הסברנו, קונה בית הדין את סמכותו מתוקף אחריותו למנות אפוטרופוס ליתומים או לנזקקים, ובנאמנות למטרות חינוך ודת, שואב בית הדין סמכות זו מכוח ההיקש שבין הלכות האפוטרופוס להלכות ההקדש. לפיכך, נראה, שבנסיבות אלו, יהיה בית הדין מוסמך גם לפטר את הנאמן.

[57] גם אם המינוי נעשה בכתב, אפשר להתנות את המינוי בתנאי בעל פה, כפי שמצאנו בגט, שמועיל תנאי שנאמר עליו בעל פה, אף שהגט בכתב (רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ח, הלכה ג).

[58] סעיף 21, ליד ציון הערה 13.

כמו כן, אם בית הדין הוא זה שמינה את הנאמן, כפי שניווכח מן הדיון שלהלן, מוסמך בית הדין גם לפטר את הנאמן, בהתקיים העילות המצדיקות את פיטוריו של הנאמן.

פרק שביעי

עילות הפיטורין — "לא מילא תפקידו כראוי... סיבה אחרת"

א. מבוא

היות שהחוק אינו מכיר בסמכותו של יוצר ההקדש לפטר את הנאמן, עילות הפיטורין המוזכרות בס"ק (ג) נוגעות אך ורק לפיטורין בידי בית המשפט[59]. בית המשפט רשאי לפטר נאמן "אם לא מילא תפקידו כראוי או שראה בית המשפט סיבה אחרת לפיטוריו". בכלל זה, רשאי בית המשפט לפטר נאמן בגלל גיל, מחלה, חוסר יכולת לשתף פעולה עם נאמנים אחרים[60], או בגלל מקום מגורים שאינו מאפשר לנהל את נכסי ההקדש באופן יעיל[61].

ב. פיטורין בידי יוצר ההקדש

מקורות המשפט העברי העוסקים בעילות לפיטוריו של נאמן, עוסקים רק בנאמן שמונה בידי בית הדין, ומכאן משתמע, שסמכויות יוצר ההקדש לפטר נאמן אינן מוגבלות. כך ניתן להסיק גם מתשובת מהר"ם מרוטנבורג[62], בעניינו של אדם שהקדיש כסף לצדקה ומסר אותו לנאמן "להרויח בהם ולתת מהם כך וכך לשנה, להזכיר נשמת זוגתו", אך לאחר זמן ביקש ליטול את הכסף מן הנאמן, כדי שהוא יחלק אותו לפי ראות עיניו. הנאמן טען, שהיות שיוצר ההקדש העניק לו את הסמכות לחלק את נכסי ההקדש לפי ראות עיניו[63], הרי שזכה ב"טובת הנאה" שאין המקדיש זכאי ליטלה ממנו. מהר"ם קיבל את טענת הנאמן, שיוצר ההקדש אינו רשאי ליטול מהנאמן את "טובת ההנאה"[64] שהוקנתה לו[65].

[59] כך עולה גם מנוסח תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, המכיר אמנם בכוחו של יוצר הנאמנות לפטר נאמן, אם שמר לעצמו זכות זו בתנאי הנאמנות, כאמור לעיל, אחרי ציון הערה 54, אך מייחד את סעיף 572(ד), הנוגע לעילות הפיטורין, לנאמן שמונה על ידי בית המשפט.

[60] ע"א 511/62 נהרי נ' מבצעי צוואת נהרי, פ"ד יז 2702.

[61] ע"א 586/78 רבינוביץ' נ' הנאמן הציבורי לענייני צדקה, פ"ד לד(1) 179. וראה גם: כרם, סעיף 343, עמ' 722־723.

[62] שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן רפו (=דפוס קרימונה, סימן פז), הובא במרדכי, שבועות, סימן תשסז; רמ"א, חו"מ, סימן פז, סעיף לה; דרכי משה, חו"מ, סימן פז, ס"ק ג.

[63] אמנם, מדרכי משה, חו"מ, סימן פז, ס"ק ח, ומרמ"א, חו"מ שם, סעיף לה, משמע שהנאמן טוען שהחזיר כבר את הכסף למקדיש. אולם לא כך משמע מתשובת מהר"ם; ועמד על כך הסמ"ע, שם, ס"ק צט, שניסה ליישב את דבריהם על ידי תיקוני גרסה.

[64] במקורות המשפט העברי, 'טובת ההנאה' משמעותה היא הזכות לתת נכס (שאינו שלו) למי שיחפוץ, שלא כמשמעות המקובלת היום לביטוי זה.

[65] מהר"ם אף קובע שהנאמן אינו צריך להישבע שהאמת כדבריו, שאכן קיבל את "טובת ההנאה" מן המקדיש, משום ש"טובת הנאה" אינה ממון שחייבים להישבע עליה.

במקרה זה, לא הייתה ליוצר ההקדש עילה מיוחדת לפיטורי הנאמן, זולת רצונו לחלק את נכסי ההקדש לפי ראות עיניו, ומן התשובה עולה, שאילולי טובת ההנאה שזכה בה הנאמן, היה יוצר הנאמנות רשאי לפטרו, בכל עת. מכאן, שסמכותו של יוצר הנאמנות לפטר את הנאמן, אינה מוגבלת, ואין הוא זקוק להוכיח את קיומה של עילת פיטורין, כדי לפטר נאמן שהוא מינה[66].

ג. פיטורין של נאמן שמונה על ידי בית הדין

(1) כללי

ר' שמעון בן צמח דוראן[67], הרשב"ץ, דן בעילות המצדיקות פיטורי אפוטרופוס, ותוך דבריו הוא כותב: "כשם שאין האפוטרופוסים בולקין לחזור לאחר שהחל בתפקידם, כך אין תוספתא שהבא אחר פרקליטי], גם בית דין אין יכולין לסלקם אלא מטעם אפטרופא דמפסיד". מכלל זה עולה שכל עוד לא החל האפוטרופוס במילוי תפקידיו, רשאי בית הדין לפטרו מכל עילה שהיא[68]. לפיכך, יתמקד הדיון שלהלן בעילות המצדיקות את פיטוריו של הנאמן לאחר שהחל במילוי תפקידיו[69].

כאמור, הרשב"ץ הסיק מן התוספתא, שלאחר שהחל הנאמן במילוי תפקידיו, אין בית הדין רשאי לחזור בו מן המינוי (אם כי, כפי שניווכח בהמשך, יש לכך יוצאים מן הכלל).

שתי הנמקות מרכזיות לקביעה זו מצויות בדברי הפוסקים[70]. הראשונה מבוססת על הכלל

[66] את ההבחנה בין פיטורין בידי היוצר לפיטורין בידי בית הדין, ניתן לנמק בשתי דרכים:
(א) יצירת ההקדש, כפי שהבהרנו בסעיף 19, אחרי ציון הערה 35, מעניקה ליוצר זכות הדומה במהותה לזכות קניינית, בכל הנוגע לניהול נכסי ההקדש, שמכוחה הוא זכאי לתת לנאמן הוראות, לפטר נאמן או למנות נאמן לפי שיקול דעתו. לפי זה, כשם שאין בעל נכסים מוגבל בהפעלת סמכותו בכל הנוגע לניהול נכסיו, כך גם יוצר ההקדש אינו מוגבל בעניין זה, ואינו נדרש לתת הסברים על העילות שהביאוהו למנות נאמן או לפטר נאמן. לעומת זאת, סמכות בית הדין למנות נאמן או לפטר נאמן, אינה מבוססת על זכויות בנכסי ההקדש, אלא על סמכות בית הדין להשגיח על ניהולן של נאמנויות שנועדו להגשים מטרות שלציבור יש עניין בקיומן, שאף עליה עמדנו בהרחבה בסעיף 19, אחרי ציון הערה 40. מאחר שסמכות זו אינה מבוססת על זכות קניינית או מעין קניינית בנכסי ההקדש, אין להפעילה בצורה שרירותית.
(ב) מאחר שלפיטורי נאמן בידי בית הדין עלול להיות הד ציבורי, שיהיה בו כדי לפגוע בשמו הטוב של הנאמן, אין לפטרו אלא בהתקיים אחת מן העילות המפורטות להלן (ראה על כך להלן, ליד ציון הערה 73). לעומת זאת, אם יוצר ההקדש הוא זה שמפטר את הנאמן, יש להניח שלפיטורין לא יהיה הד ציבורי, ואף אם יהיה, אין לחשוש לשמו הטוב של הנאמן, משום שעל פי רוב, יניח הציבור שהפיטורין נבעו מיחסים עכורים שבין היוצר לנאמן, ולא יחשוד בנאמן שלא מילא את תפקידו כהלכה, או שניצל לרעה את האמון שניתן בו. לכן, אין טעם להגביל את סמכותו של היוצר לפטר את הנאמן, כפי שאנו מגבילים את סמכותו של בית המשפט.

[67] תשב"ץ, חלק ב, סימן קפח.

[68] כך מסיק מדבריו רייניץ, עמ' 142, הערה 6.

[69] נחלקו פוסקים בשאלה, האם ניתן לפטר נאמן שלא נתמנה, אלא הוכר כנאמן מכוח נאמנות קונסטרוקטיבית (ראה סעיף 2, פרק שני, ג, (2)), בלי להיזקק לאחת מן העילות שלהלן. בחידושי רבנו קרשקש, גיטין נב ע"ב, כותב בשם רבו הרא"ה, שניתן לפטר נאמן מסוג זה בכל עת, ולמנות אחר תחתיו. לעומתו, שו"ת הרשב"ש, סימן תצז, כתב: "שאם הם [=היתומים]... סמכו אצל בעל הבית או אצל אשה... שאין ממנין עליהם אפוטרופוס, ואין לסלקם אלא אם כן הם מפסידים".

[70] יש הקובעים שאין לפטר גבאי צדקה בלא עילה מוצדקת לפיטוריו, משום שמינוי זה הוא בגדר 'שררה', שהממונה זוכה בה באופן אישי ומעבירו לצאצאיו, ואין להפקיע את זכותו זו אלא מחמת טעם מוצדק.

ש"מעלין בקודש ואין מורידין"[71]. כלל זה נוגע אך ורק לנאמנות למטרות צדקה, חינוך ודת, או למטרות ציבוריות. בנאמנות מסוג זה, מינוי הנאמן הופך אותו למעין 'כלי' להגשמת מטרות הנאמנות, שקיומן הוא בגדר מצווה דתית, ומאחר ש'מעלין בקודש ואין מורידין', אין לפטר את הנאמן ללא עילה מוצדקת, שכן פיטורין אלה מורידים אותו ממדרגתו[72].

הנמקה אחרת, שנראה שהיא מתאימה לכל סוגי הנאמנות, תולה את האיסור לפטר נאמן ללא עילה מוצדקת, בכך שלפיטורין בידי בית הדין יש תהודה רבה, ויש בהם כדי להטיל דופי באישיותו של הנאמן. לכן, כל עוד לא הוכח קיומה של עילה המצדיקה את הפיטורין, אין לפטר את הנאמן, מחשש לפגיעה בשמו הטוב[73].

(2) פיטורין משום ש"לא מילא תפקידו כראוי"

נאמן הגורם הפסד לנכסי ההקדש: במסכת גיטין מובאת מחלוקת אמוראים בדינו של

ראה שו"ת הריב"ש, סימן רעא. אולם, כפי שראינו בנספח לסעיף 21, ליד ציון הערה 117, ברוב המוחלט של הנאמנויות, בתפקיד הנאמן אין 'שררה'.

[71] ראה למשל, שו"ת הריב"ש, סימן רעא, ד"ה שלישית, ושו"ת יביע אומר, שיצוין להלן, הערה 85.

[72] שו"ת עטרת פז, חלק א, כרך ג, חו"מ, סימן א, הערה א, דן בהרחבה בשאלה, האם עיקרון "מעלין בקודש" הוא מן התורה או שמא יסודו בגזירת חכמים, ואגב כך מביא מקורות רבים להבחין בין משרה שיש בה משום "קדושת הגוף" כמשרת כהונה, למשרה רמה שאין בה "קדושת הגוף", כתפקיד ציבורי חשוב, שלגביה, עיקרון "מעלין בקודש" חל רק מדברי חכמים. אבל תוספות, יומא יג ע"א (ד"ה הלכה), מקישים מן האיסור להוריד כהן גדול ממשרתו, לחובה לנהוג כבוד בפרנס שנאלץ לסיים את תפקידו.

[73] על הנמקה זו, ראה שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רפג (הובא ברמ"א, יו"ד, סימן רנז, סעיף ב). ראה גם לעיל, הערה 1, ושו"ת יביע אומר, שיצוין להלן, הערה 85.

תשובת הרשב"א עסקה בפיטורין של "חזן הכנסת", ומלשון השולחן ערוך והרמ"א, או"ח, סימן נג, סעיף כה, משמע, שהמשרה המדוברת היא משרת שליח ציבור בבית כנסת. אולם שו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן קל, אות א, נוטה לפרש את הביטוי "חזן הכנסת" שבדברי הרשב"א כמכוון למשרת גבאי בית הכנסת, ומכוח פרשנות זו הוא מגיע למסקנה, שתשובת הרשב"א בעניין חזן הכנסת רלוונטית גם לפיטורי נאמן שתפקידו היה לגבות כספי תרומות עבור ישיבה, ושכרו היה מחצית מערך התרומות.

אף בתיק 3024, 722/כ"א א', ב', ג', ד' נגד ועד בית הכנסת היכל מאיר ושמש בית הכנסת, פד"ר, כרך ד, עמ' רו, יש דיון אודות משמעות הביטוי "חזן הכנסת" (המוזכר בשו"ת הרמב"ם, מהדורת בלאו, סימן קיא), ושם נאמר: "חזן הנזכר בחז"ל הוא שמש בית הכנסת". אולם בית הדין מזכיר גם שלביטוי "חזן" יש משמעות עשירה בדברי חכמים, ומשמעותו משתנה לפי ההקשר. יש שמשמעותו מלמד תינוקות, יש שמשמעותו אדם שתפקידו לזמן את העולים לתורה, יש שמשמעותו היא מי שמתעסק בצרכי הציבור, ויש אף שמשמעותו היא שומר העיר. הדיון שם התמקד בשאלה, האם משרת גבאי בית הכנסת היא משרה שיש בה שררה, העוברת לפי הדין בירושה, או שמא מינוי מסוג זה אינו בגדר מינוי שיש בו שררה.

עוד בעניין החומרה שבפיטורי נאמן, ראה: שו"ת חיים ביד, סימן סג; שו"ת באר יצחק, יו"ד, סימן ג; ריא"ה הרצוג, תיק 1/87/711, בבית הדין הרבני הגדול (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 312).

אבל בפסק הדין בתיק 7973/כ"ח, מוסד תורני תיכוני א' נגד הרבנים ד', ה' ואחרים, פד"ר, כרך ח, עמ' 129, בעמ' 143, נאמר: "מאחר שלגבי [מינוי למשרה ב]בית כנסת פרטי לא נאמר הכלל של חזקה ושררה (שמעלין ולא מורידין), הרי גם הטעם של חשדא לא נאמר, כי הרי ידוע מראש שצפוי לפיטורין וכאילו שעל מנת כן נכנס לתפקידו". על דברים אלה ניתן לחלוק, ונראה שקיומו של החשש מפני הפגיעה בשמו הטוב של הנאמן עקב הפיטורין תלוי בנסיבות. על כל פנים, יש להדגיש, שפסק הדין הנזכר עסק בפיטורין של מחנכים בישיבה תיכונית, על ידי הנהלת המוסד, ולא בפיטורין על ידי בית הדין. נראה שלפיטורין בידי בית הדין יש הד ציבורי גדול יותר משיש לפיטורין בידי הנהלת המוסד, כפי שאמרנו בהערה 66.

אפוטרופוס שגרם הפסד לנכסי היתומים[74]: "אפוטרופא דמפסיד, רב הונא אמר רב: מסלקינן ליה [=מפטרים אותו], דבי ר' שילא אמרי: לא מסלקינן ליה. והלכתא: מסלקינן ליה"[75]. לדעת רב, שכדעתו נפסקה ההלכה, המבחן המוחלט למילוי התפקיד כראוי הוא מבחן התוצאה — נאמן שגורם הפסד לנכסי הנאמנות באופן עקבי, וודאי שאינו ממלא את תפקידו כראוי.

אבל יש לשאול, האם לדעת רב ניתן לפטר אפוטרופוס שגרם הפסדים שלא באשמתו?

רש"י הסביר[76] שדברי רב אמורים באפוטרופוס ש"אינו מפרנס הקרקעות כראוי להם, וקוצץ אילנות". מדבריו למד ר' יוסף קארו[77] שגם אם ההפסד לא נגרם בפשיעה, אלא מחוסר השגחה ראויה, יש לפטר את האפוטרופוס. הרמ"ה מבהיר[78]: "אי אפסיד [=אם גרם הפסד] בפשיעה, לדברי הכל מסלקינן ליה; ואי אפסיד באונס, לדברי הכל לא מסלקינן ליה. אלא הא מיירי [=זו (המחלוקת) עוסקת] כגון דאפסיד שלא בפשיעה ושלא באונס, כגון דעבד [=שעשה] שמירה פחותה". כלומר, אין לפטר אפוטרופוס בגלל הפסד שגרם לנכסי היתומים, אם אין הוא אשם בו במידת מה. אם כן, רק נאמן של הקדש שגרם הפסד לנכסי ההקדש באשמתו, יפוטר מתפקידו.

לדעת רבים, בית הדין יפטר אפוטרופוס שאינו משתדל שנכסי היתומים ישאו רווחים[79], אף שהוא אינו גורם הפסד לנכסי ההקדש אלא רק מונע מהם רווח. מדבריהם נלמד שניתן לפטר נאמן גם בשל התרשלות שהביאה למניעת רווח צפוי.

נאמן המפר את הוראות החוק או בית הדין: הרחבה משמעותית של העיקרון העולה מסוגיית "אפוטרופא דמפסיד", למדנו מדברי מהר"ם מרוטנבורג, שפסק[80]: "כל אפוטרופוס המשנה יותר ממה שאמרו חכמים, אפוטרופוס שמפסיד קרינן ליה, ומסלקינן ליה בלא התראה". בדבריו אלו, יצר מהר"ם מרוטנבורג מעין חזקה משפטית שלפיה, כל מי שמפר את הוראות החוק הנוגעות לניהול ענייני הנאמנות, חזקה עליו שיגרום במוקדם או במאוחר הפסד לנכסי הנאמנות, ומשום כך, ניתן להגדירו כבר עתה כנאמן הגורם הפסד לנכסי ההקדש[81]. משום כך, ניתן לפטר נאמן כזה באופן מיידי, אף ללא התראה, משום ש"אין הוא [=הפיטורין] עונש על מעשיו, אלא שאדם זה אינו ראוי למלא את תפקידו שהוטל עליו"[82].

המרדכי מרחיב עוד יותר את עילת הפיטורין, באומרו[83]: "אפוטרופוס שמשנה ממה שציוהו

[74] גיטין נב ע"ב.

[75] נראה שבהקשר זה אין משמעות לשאלה מי מינה את האפוטרופוס, האב או בית הדין.

[76] רש"י, גיטין שם, ד"ה והא קמפסיד.

[77] בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה.

[78] חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים (=חידושי הריטב"א מכתב יד), גיטין שם, ד"ה דאיתמר.

[79] ראה: שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סימן צ (צב ע"ב); פסק הדין המובא בספר בשערי בית הדין, חלק ב, עמ' 60-63; לעיל, סעיף 10, פרק רביעי, ג.

[80] תשובות מיימוניות, לספר משפטים, סימן מ.

[81] לפי הסבר זה, ניתן לפטר דווקא נאמן שמפר הוראות חוק הנוגעות למילוי תפקידו כנאמן. כמובן, אם הוא מועל בכספי הנאמנות, אף שזו הפרת חוק כללית ולא מיוחדת לנאמן, ניתן לפטרו, שהרי הוא "מפסיד" ממש את נכסי הנאמנות. ואכן, שו"ת אבקת רוכל, סימן צב, מצדד בפיטורי אישה שמונתה כאפוטרופסית, והתברר שגנבה מנכסי הירושה, מפני ש"אין לך משנה ממאי דאמור רבנן וממאי דכתיב באוריתא, כזו שהוחזקה בגנבות".

[82] לשון בית הדין הרבני האזורי בירושלים, תיק 2410 (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 45-49).

[83] מרדכי, בבא מציעא, סימן שלא.

חכמים ובית דין, מסלקין אותו בלא התראה"[84]. מדבריו עולה, שגם הפרה של הוראת בית הדין מצדיקה את פיטורי הנאמן, ולאו דווקא הפרת הוראה שבהלכה.

פוסקי דורנו דנו בשאלה: האם נאמן שפעל בניגוד לחוק יוכל להתגונן מפני פיטוריו בטענה שהוא לא ידע את החוק? ר' עובדיה יוסף פסק שאין לפטר נאמני הקדש שפעלו בניגוד להוראות ההלכה בשגגה, משום ש"הורדתם הוה ליה [=תהיה לו] כשפיכות דמים חס ושלום"[85]. אולם ר' יוסף קאפח ור' אליעזר וולדנברג סבורים שדי בכך שהוכח שהנאמן פעל בניגוד להוראות ההלכה, כדי להצדיק את פיטוריו[86].

אפשר שעמדתם של ר' יוסף קאפח ור' אליעזר וולדנברג מבוססת על התפיסה שהזכרנו, שהפיטורין בנסיבות אלו אינם בגדר "עונש על מעשיו" של הנאמן, אלא הם באים מחמת "שאדם זה אינו ראוי למלא את תפקידו שהוטל עליו". כלומר, מי שאינו מודע לכל הוראות החוק הנוגעות למילוי תפקידו, עלול להפר הוראות אלו, ובכך לגרום הפסד לכספים שעליהם הוא מופקד, ולפיכך יש לפטרו. לפי הסבר זה, אי־ידיעת החוק היא המצדיקה את הפיטורין, ואינה הגנה מפניהם. לעומת זאת, ר' עובדיה יוסף הבין, כנראה, שפיטורי נאמן משום שהוא "משנה מדברי חכמים", הם בגדר עונש על כך שהנאמן הפר את דברי חכמים. לכן, אם הפר הנאמן את דברי חכמים בשוגג, לא ראוי להטיל עליו את העונש[87].

(3) פיטורין מ"סיבה אחרת"

פיטורין מ"סיבה אחרת" אינם נובעים מן האופן שפעל הנאמן במסגרת מילוי תפקידיו, שכן אלו כלולים בפיטורין, משום ש"לא מילא תפקידו כראוי". אם כן, מהי "סיבה אחרת", העשויה להצדיק את פיטוריו של הנאמן? לשאלה זו, כפי שניווכח להלן, נותן המשפט העברי תשובות רבות.

חשד: בתלמוד[88] מובא מעשה בעמרם צבעא [=הצַבָּע], שהיה אפוטרופוס על נכסי יתומים, ובאו קרובי היתומים לפני רב נחמן, וביקשוהו שיסלקו מתפקידו, משום ש"קאכיל ושתי מדידהו, ולא אמוד" [=הוא אוכל ושותה משלהם, ואין הוא עשיר]". כלומר, הקרובים טענו שרמת החיים של האפוטרופוס עלתה מעת שהחל לכהן כאפוטרופוס, והיות שרמת חיים זו

[84] ואכן, כך נהג בית הדין בנאמניו של הקדש בליליוס, לאחר שנוכח שהנאמנים שיעבדו את נכסי ההקדש והשתמשו בהם למטרות שאינן ממטרות ההקדש (ע"ר טז/1176; פד"ר, כרך א, עמ' 353).

[85] שו"ת יביע אומר, חלק ח, חו"מ, סימן ז.

[86] ע"ר טז/21, פד"ר, כרך ב, עמ' 18, שנביא גם להלן, בהערה 99.

[87] בפסק הדין של בית הדין האזורי בירושלים בתיק 6.2.712, המובא בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 64, נקבע (בעמ' 74): "מי שאינו יודע דין המבואר בט"ז, אין מסלקים אותו כמועל". דברים אלו, העולים לכאורה בקנה אחד עם דבריו של ר' עובדיה יוסף, נאמרו בעניין נאמנים שנמנעו מלפעול למינויו של נאמן במקום אחד הנאמנים שנפטר. ואולי יש להבחין בין אי־קיום דברי חכמים במחדל לבין אי־קיום דבריהם בדרך של עשייה בניגוד להוראת חכמים. עוד הדעת נותנת, שיש הבדל בין אי־ידיעת דין המבואר בט"ז לבין מעילה בנכסי ההקדש ושימוש בהם למטרות הזרות למטרותיו.
אבל פסיקת בית הדין בפרשה זו צריכה עיון, שהרי מנוסח ההחלטה עולה שבשטר ההקדש נקבע במפורש: "אם יעדר אחד משלושת האפוטרופוסים, ימנו הנותרים אחר במקומו". אם כן, מחדלם של הנאמנים אינו רק בכך שהם לא היו מודעים לדברי הט"ז, אלא בכך שהם לא פעלו בהתאם להוראות כתב ההקדש, ומסיבה זו ראוי היה לפטרם.

[88] גיטין נב ע"ב.

לא התאימה למצבו הכלכלי של האפוטרופוס לפני שהחל במילוי תפקידיו, יש לתלות את העלייה ברמת החיים בכך שהאפוטרופוס מועל בנכסי היתומים.

על טענה זו השיב רב נחמן: "אימור מציאה אשכח", כלומר, אפשר לתלות את העלייה ברמת החיים של האפוטרופוס בכך שמצא מציאה יקרה, ואין הוכחה שהוא מועל בנכסי היתומים, ולכן אין חשד זה מצדיק את פיטוריו. רב נחמן המשיך לומר שהוא יפטר את האפוטרופוס רק אם יביאו הקרובים עדים שהוא מפסיד את נכסי היתומים. מתשובת רב נחמן נוכל ללמוד שאין לפטר אפוטרופוס בגלל חשד גרידא, שמא מעל בנכסי ההקדש, ורק אם יוכח שהאפוטרופוס מפסיד את נכסי ההקדש, רשאי בית הדין לפטרו מתפקידו.

מדברי הרמב"ם עולה הבחנה בין אפוטרופוס שנתמנה על ידי בית הדין לבין אפוטרופוס שנתמנה על ידי אבי היתומים[89]: "בית דין שהעמידו אפוטרופוס ושמעו עליו שהוא אוכל ושותה ומוציא הוצאות יתר מדבר שהיה אמוד בו, יש להן לחוש לו שמא מנכסי יתומים הוא אוכל, ומסלקין אותו ומעמידין אחר. אבל אם מנהו אבי יתומים, אין מסלקין אותו, שמא מציאה מצא". מדבריו עולה שעמרם צבעא היה אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים[90], ורק לגבי אפוטרופוס מסוג זה נפסק שאין לפטרו מחמת החשד, בעוד אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין יש לפטר גם מחמת החשד[91].

אולם הרשב"א[92] הקשה על דברי הרמב"ם שתי קושיות. (א) אמנם "לכתחילה לא מוקמינן ליה אפוטרופא [=לא ממנים אותו אפוטרופוס], כיון דסאני שומעניה [=כיון ששמועותיו שנואות; רעות], אבל מכיון דנחית [=שירד] להו לנכסים, מספיקא אמאי מסלקינן ליה [=מדוע נפטרו מספק]? דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן [=שאין אנו מחזיקים אדם כגנב]!".

(ב) אם ההבחנה בין אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים לאפוטרופוס שנתמנה על ידי בית הדין נכונה, היה על התלמוד להבהיר זאת ולציין שעמרם צבעא היה אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים. משתיקת התלמוד נראה שאין להבחין בין השניים.

הרא"ש[93] הביא בפסקיו את דברי התלמוד כלשונם, בלא שהבחין בין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים לאפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין. מכך הסיק בנו, ר' יעקב בעל הטורים[94], שהוא חולק על הרמב"ם וסבור שבכל מקרה אין לפטר אפוטרופוס בשל חשד בעלמא.

השולחן ערוך[95] פסק כרמב"ם, אבל הרמ"א העיר על דבריו: "ויש חולקין, דאף כשמינוהו

[89] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז.

[90] כך הסבירו ראשונים רבים. ראה: חידושי הרמב"ן, גיטין שם; חידושי הר"ן, גיטין שם; חידושי הריטב"א, גיטין שם; שו"ת הריב"ש, סימן שכד.

[91] לשאלה, האם דין נאמן מכוח דין "יתומים שסמכו" (ראה סעיף 2, פרק שני, ג, (2)), כדין נאמן שמונה על ידי יוצר ההקדש או כדין נאמן שמונה על ידי בית הדין לעניין זה, ראה שושנת יעקב (הורוויץ), חו"מ, סימן שא, ס"ק ד.

[92] חידושי הרשב"א, גיטין שם, ד"ה קא אכיל ושתי. ראוי להעיר שמדברי הרשב"א עצמו לא נראה שהוא בא לחלוק על הרמב"ם, אלא לתמוה על דבריו, שהרי הוא אומר: "ולא ירדתי לסוף דעת רבינו [הרמב"ם] ז"ל", ומסיים: "וצריך עיון". אבל אפשר גם שכוונתו לחלוק על הרמב"ם, והוא בחר לנסח את דבריו בדרך של ענווה כלפיו.

[93] רא"ש, גיטין, פרק ה, סימן ז.

[94] טור, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה.

[95] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ה.

בית דין, אין מסלקין אותו, אלא אם כן באו עדים שהוא מפסיד". נמצא שלפי הרמ"א, אין הכרעה ברורה בשאלה האם רשאי בית הדין לפטר נאמן שנתמנה על ידי בית הדין על סמך שמועה או חשד בלבד[96]. למרות דבריו, התקבלה פסיקת השולחן ערוך על דעת מרבית הפוסקים[97].

מהכרעה זו נוכל ללמוד שניתן לפטר נאמן מחמת חשד למעילה רק אם מונה על ידי בית הדין, ולא אם מונה על ידי יוצר ההקדש[98].

ומה דין פיטוריו של נאמן שנבחר על ידי יוצר ההקדש, אך נתמנה בפועל באישור בית הדין? האם דינו של נאמן זה כדין נאמן שמונה על ידי יוצר ההקדש, או שמא דינו כדין נאמן שמונה על ידי בית הדין? בית הדין שדן בעניין[99] תלה שאלה זו במחלוקת הראשונים בדבר הטעם להבחנה בין אפוטרופוס שמונה על ידי אבי היתומים לאפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין, לעניין פיטורין מחמת חשד למעילה.

יש מן הראשונים שהסבירו שהסיבה לכך שבית הדין אינו מפטר אפוטרופוס שחשוד במעילה אם הוא מונה על ידי אבי היתומים, היא: "כיון דאיהו הימניה [=כיוון שהוא, האב, האמין לו], לא מסלקי ליה בספיקא. אבל מינהו בית דין, כיון דאיכא למחשדי, מסלקי ליה [=כיון שיש לחשוד בו, מסלקים אותו]"[100]. לפי הסבר זה, אם בית דין ממנה אפוטרופוס שבחר בו האב, אין לפטרו בגלל חשד גרידא, כיוון שהאב נתן בו אמון.

אולם יש המסבירים את ההבחנה בין אפוטרופוס שמונה על ידי בית הדין לאפוטרופוס שמונה בידי אבי היתומים בדרך שונה במקצת. לדבריהם, הסיבה לכך שבית הדין מוסמך לפטר את הנאמן גם על יסוד החשד בלבד היא: "במינוהו בית דין, מכיון דחזינן אמתלאות מסלקינן לאלתר... שאין לצאת מתחת יד בית דין או שלוחם דבר שאינו מתוקן"[101]. כלומר, הסיבה לכך שבית הדין רשאי לפטר אפוטרופוס בגלל חשד בלבד היא שבית הדין מחוייב להקפיד על כך שכל הוראותיו יהיו מתוקנות ושלא תצא תקלה מתחת ידיו[102]. לפי הסבר זה,

96 כך נראה מדבריו בדרכי משה, שם, ס"ק ו, שם הוא הביא את דברי ר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף), שהביא את שתי השיטות ולא הכריע ביניהן. אבל מפס"ד של ר"ב זולטי בבית הדין הרבני הגדול בתיק ע"ר תשיז/154 (בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 17־20), עולה שלדעתו הרמ"א הכריע שאין לסלק אפוטרופוס מתפקידו על סמך חשד בלבד. בתיק 3337, בית הדין הרבני האזורי ירושלים (שם, עמ' 43־44), לאחר שהחליט בית הדין שיש חשד מבוסס שהנאמנים מעלו בנכסי ההקדש, הוא השעה אותם זמנית מתפקידם, עד למתן החלטה אחרת בנידון, ומינה נאמנים זמניים תחתיהם.

97 ראה למשל: שו"ת מהר"ם גלאנטי, סימן קכה; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף י.

98 הראשונים נחלקו בשאלה, האם הראיות על כך שהאפוטרופוס גרם הפסד לנכסי היתומים, צריך שיוצגו בפני בית הדין במעמד האפוטרופוס, או שמא אין הדבר נדרש. על כך, ראה: בית יוסף שם, ד"ה כתוב; שולחן ערוך, שם.

99 השאלה התעוררה בדיון בערעורם של נאמני הקדש בליליוס על החלטה לפטרם (ע"ר טז/21, פד"ר, כרך ב, עמ' 18). עוד על פסק דין זה, ראה: ע"ר נח/539 א.מ.ח. נ' יצחק, בשערי בית הדין, חלק א, 154־156; דברי משפט, שצוין לעיל, הערה 35, עמ' קפז־קפח.

100 לשון חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"ב. וראה הסבר דומה גם בחידושי הר"ן, גיטין שם, ובחידושי ר' קרשקש, גיטין שם.

101 שו"ת הריטב"א, סימן רו. וראה הסבר דומה גם במגיד משנה, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז, ד"ה בית דין שהעמידו אפוטרופוס ("שאם כשמינוהו בית דין היכי לימרו דבי ר' שילא דלא מסלקינן ליה, והלוא אין לבי"ד לברור אלא אדם נאמן ויודע לשמור הנכסים וכמו שנתבאר, ואם טעו בזה ומינוהו, למה לא יסלקוהו, ונמצאת תקלה באה ליתומים על ידי בית הדין"), וכן בסמ"ע, סימן רצ, ס"ק יא.

102 בפסק הדין (שצוין לעיל, הערה 99) מפנים הדיינים גם לדברי שו"ת הרמ"ץ, או"ח, סימן טו, הכותב בעניין

אף אם בית הדין מינה נאמן שבחר בו יוצר הנאמנות, הרי היות שבית הדין היה מעורב בהליך המינוי, די בכך כדי להעניק לו את הסמכות לפטר את הנאמן בגלל חשד בלבד, כדי שלא יֵצא מתחת ידיו דבר שאינו מתוקן.

אופי בזבזני: יש שידרשו את פיטוריו של הנאמן מחמת החשש שבשל אופיו, יגרום בעתיד הפסד לנכסי הנאמנות. בעניין זה סבור הריטב"א[103], שאין לפטר אפוטרופוס רק משום שהוא נוהג בצורה בזבזנית בניהול נכסיו, משום ש"הרבה בני אדם מבזבזין בשלהם ולא יפסידו באפוטרופסות או בנכסי אחרים... דבעי איניש מיתן כמה ומתקרי מהימן [=רוצה אדם לתת הרבה כסף, ובלבד שיקראוהו נאמן][104]".

אבל נראה שבנסיבות מסוימות יש יסוד של ממש לחשש שאופיו הבזבזני של הנאמן יוביל אותו לבזבז את נכסי הנאמנות. כך למשל, מצדד הרדב"ז[105] בפיטוריו של אפוטרופוס ש"סאני שמעניה [=שמועותיו רעות] דרועה זונות... משום דסופו לאבד הממון של היתומים, דכתיב 'ורועה זונות יאבד הון' (משלי כט, ג), [ו]כשיכלה ממונו מבקש למודו [=לנהוג כהרגלו], ומאבד ממון היתומים, כיון שאינו יכול לעמוד כנגד יצרו". מדבריו יש להסיק, שאם נוכח בית הדין שהנאמן הוא מהמר כפייתי, למשל, יוכל בית הדין לפטר את הנאמן.

סיבות נוספות: יש להדגיש, שעילות הפיטורין שנדונו בפרק זה, אינן בגדר "רשימה סגורה". כך עולה מדברי הרמב"ם, שמבהיר[106]: "כל הדברים האלו כפי מה שיראה לדיין, שכל בית דין ובית דין הוא אביהן של יתומים", ובכך יוצר מעין "עילת סל", שנועדה לאפשר לבית הדין מרחב של שיקול דעת בבואו לבחון את שאלת פיטוריו של אפוטרופוס. שיקול הדעת הרחב הזה מוענק לבית הדין בשל תפקידו לשמש "אביהן של יתומים". מדברים אלה נוכל להסיק שבית הדין רשאי לפטר נאמן של הקדש למטרות צדקה בשל כל סיבה הנראית לו ראויה לשם קידום הניהול הטוב של נכסי ההקדש ולשם הגשמת מטרותיו[107].

נראה, שעילת סל זו היא שאפשרה לבית הדין לפטר נאמנים בשל גיל מופלג או מגורים במקום מרוחק מזה שבו מצויים נכסי ההקדש[108].

פיטוריהם של גבאי חברה קדישא: "כוונת בני העיר אשר נתנו להם כוח חבורה, לא היה כוונתם אם יגרמו להיות במעמד כזה, שיהיה שמועתם רעה; ואין אנו צריכים לדון בבירור גמור על פי עדים, אם אמת היה המעשים שמרננין עליהם, יהיה איך שיהיה, על כל פנים שמועתם רעה, ומעלליהם הסבו לזה, ולאלו לא היה דעת הציבור".

103 שו"ת הריטב"א, שם, הובא גם בש"ך, חו"מ, סימן רצ, ס"ק יב (אמנם הוא הביא זאת בשם הרשב"א, אך נראה שזו טעות, וצריך להיות בשם הריטב"א).

104 ע"פ ירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה ד, בסופו.

105 שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תתצא (תנ), ד"ה שוב היה.

106 רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז.

107 ראה סעיף 9, פרק שביעי, שאם נפטר אחד מן הנאמנים, מתבטל מינוּם של האחרים.

108 ראה בפסק דינו של רא"צ שינפלד בעניין זכות האפוטרופסות על המקומות הקדושים במירון; בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 358, ושם, עמ' 364, בפסק שניתן על דעת כל הדיינים שבהרכב שדן בעניין זה. בפסק הדין בתיק 354/תשכ"ט בבית הדין הרבני האזורי בירושלים (בשערי בית הדין, חלק ב, עמ' 79), פוטר נאמן מפני שהנאמן "נמצא כל הזמן בחוץ לארץ ומצב בריאותו לקוי". קשה להסיק מפסק הדין, האם היה בית הדין מפטר את הנאמן גם בהתקיים רק אחד מן הפגמים, דהיינו, שמצב בריאותו היה שפיר אך מקום מגוריו מרוחק, או שמצב בריאותו היה לקוי אך הוא התגורר בקרבת מקום לנכסי ההקדש.

ד. פיטורין של נאמן שמונה בידי יוצר ההקדש

עד כה, התמקד הדיון בפיטורין של נאמן שמונה על ידי יוצר ההקדש, בידי יוצר ההקדש, או בפיטורין של נאמן שמונה על ידי בית הדין, בידי בית הדין. מצב ביניים, שלא נדון הוא, פיטורין של נאמן שמונה על ידי יוצר ההקדש, בידי בית הדין, כאשר אין בכוחו של היוצר לפטר את הנאמן, כגון מחמת פטירה.

לעיל[109] עמדנו על שיטתו של הרמב"ם, שעולה ממנה, שבית הדין אינו מפטר נאמן שמינהו יוצר ההקדש, גם אם קיימות עילות שהיו מצדיקות את פיטוריו של הנאמן אילו מינהו בית דין.

עם זאת, יש נסיבות שיצדיקו את פיטוריו של נאמן שמונה על ידי יוצר ההקדש, בידי בית הדין. כך עולה מדברי הרמב"ם[110]: "אפוטרופוס שמנהו אבי יתומים והיתה שמועתו טובה והיה ישר ורודף מצות, וחזר להיות זולל וסובא והולך בדרכי החשד[111] או שפרץ בנדרים ובאבק גזל, בית דין חייבים לסלק אותו"[112]. כלומר, אם נוכח בית הדין שהעילות המצדיקות את פיטוריו של הנאמן נולדו לאחר המינוי, יש בכוחו של בית הדין לפטר את הנאמן[113].

נראה, שבנסיבות אלו, רשאי בית הדין להניח, שאילו היה היוצר מודע לשינוי באופיו של הנאמן, לא היה ממנה אותו, ולכן, ניתן להניח שהמינוי כולל בתוכו תנאי מכללא, שהמינוי יהיה תקף רק כל זמן שלא ישנה הנאמן את דרכי התנהגותו. אבל אם אבי היתומים היה מודע לשמועה הרעה ובכל זאת מינה את האפוטרופוס, לא יפטר בית הדין את האפוטרופוס בשל השמועה הרעה, "שהרי רצה [האב] בכך"[114].

מפסיקה זו ניתן להסיק עיקרון כללי, שכל אימת שנוכח בית הדין שיש שינוי בנסיבות,

[109] אחרי ציון הערה 89.

[110] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ז. וכן פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף ו.

[111] סמ"ע, שם, ס"ק יד, מעיר שבחלק מן הספרים הנוסח הוא: "בדרכי חשך", ויש הגורסים "בדרכי חשק" (ומכאן אולי מקור לדברי הרדב"ז הנ"ל ליד ציון הערה 105).

[112] אור שמח, הלכות נחלות, שם, מסביר שמקור הרשימה שבדברי הרמב"ם הוא בהגדרת 'חבר' לשיטת ר' יהודה במסכת דמאי, פרק ב, משנה ג: "לא יגדל בהמה דקה [=אבק גזל] ולא יהא פרוץ בנדרים ובשחוק [=זולל וסובא והולך בדרכי החשד]". ואמנם, חכמים חלקו על ר' יהודה בעניין הגדרת 'חבר' לענייני טהרות, שנדונה שם, אך ככל הנראה, סבור הרמב"ם שהם יסכימו שמי שחשוד בכל אלה, אין למנותו כאפוטרופוס לנכסי יתומים.

[113] מדברי גליון מהרש"א, חו"מ, סימן רנז, עולה שאף אם השמועה הרעה אינה נוגעת ישירות לניהול נכסי ההקדש, אך יש להניח שאילו יוצר ההקדש היה מודע לה, לא היה ממנה את אותו אדם לכהן כנאמן, די בכך כדי להביא לפיטוריו.

שאלה מעניינת שעולה בעקבות הלכה זו היא, האם די בכך שעילת הפיטוריו נולדה לאחר המינוי, כדי להקנות לבית הדין את הסמכות לפטר את האפוטרופוס, או שמא, יש צורך להוכיח שהעילה נולדה לאחר פטירת האב, או שלכל הפחות, לא היה מודע לקיומה לפני מותו? לכאורה, אם עילת הפיטורין נולדה לפני מותו של האב והוא היה מודע לקיומה ובכל זאת לא פיטר את הנאמן, הרי הדבר מוכיח, שהמינוי לא היה מותנה, והשינוי באופיו של האפוטרופוס נלקח בחשבון. מסתימת הדברים משמע, שבית הדין רשאי להניח, שהאב לא היה מודע לשינוי באופיו של האפוטרופוס.

[114] לשון מגיד משנה, שם, בסופו. ראה גם סעיף 21, פרק שישי, ז. שו"ת מהר"ם לובלין, סימן יב (ט ע"ב), מדגיש, שאם היו נכסי האב מופקדים בידי אדם שפסול לכהונת אפוטרופוס, כאשר בית הדין הוא הממנה, אין הנפקד יכול לטעון שהוא רשאי לשמש כאפוטרופוס ליתומים מכוח האמון שנתן בו אביהם, משום שיש הבדל בין האמון שניתן בו כנפקד, בעוד האב חי, לבין אמון שנדרש לשם מינוי כאפוטרופוס ליתומים.

שאילו היה היוצר מודע לו, יש להניח שהיה בוחר באדם אחר כדי שישמש כנאמן, מוסמך בית הדין לפטר את הנאמן שמינהו יוצר ההקדש[115].

פרק שמיני

סיכום

כהונתו של נאמן עשויה לפקוע באחת משלוש דרכים: על פי תנאי הנאמנות, מכוחה של התפטרות, או מכוחם של פיטורין בידי בית המשפט. בעניין פקיעת כהונתו של נאמן על פי תנאי הנאמנות, מבחין המשפט העברי בין נאמן שמינהו אדם פרטי, לבין נאמן שמינוהו הציבור. הבחנה זו מבוססת על ההנחה, שלסיום כהונתו של נאמן מן הסוג האחרון יש הד ציבורי רב, העלול להביא לפגיעה לא מוצדקת בשמו הטוב של הנאמן. לפיכך, אין המשפט העברי מאפשר את סילוקו של נאמן שמונה על ידי הציבור מתפקידו בהתאם לתנאי הנאמנות, אלא בהתקיים אחד משני תנאים: שמקובל שתקופת כהונתם של הנאמנים קצובה, או שבתנאי הקובע את המועד לסיום כהונת הנאמן נאמר בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, שבהגיע מועד זה יסיים הנאמן את תפקידו וימונה נאמן אחר תחתיו.

בעניין המועד שממנו ואילך יחולו על הנאמן המגבלות הנוגעות להתפטרותו, לפי המשפט העברי, מועד זה הוא המועד שבו מתחיל הנאמן במילוי תפקידיו, אם בדרך של קבלת השליטה בנכסי ההקדש, ואם בדרך של התחלה בפעילות הקשורה במילוי תפקידי הנאמן.

בעניין זכותו של הנאמן להתפטר, מבחין המשפט העברי בין נאמן בנאמנות הפרטית, שזכותו להתפטר מתפקידו תיבחן לאור דיני העבודה, לבין נאמן בנאמנות ציבורית או בנאמנות למטרות צדקה, חנוך או דת, שזכותו להתפטר תיבחן לאור דיני האפוטרופוס. פועל רשאי להתפטר מתפקידו בכל עת, ומדברי קצות החושן למדנו, שדין זה חל אף על נאמן בנאמנות הפרטית, המבקש להתפטר מתפקידו. לעומת זאת, אפוטרופוס אינו יכול להתפטר מתפקידו, אם משום שהדין שפועל יכול להתפטר בכל עת כדי שלא יהיה "עבד לעבדים", אינו חל על העוסק במצווה, שהוא "עבד ה'", ואם משום העיקרון הכללי ש"המתחיל במצווה אומרים לו מרק [=גמור]"[116].

[115] לשינוי נסיבות מסוג זה, ראה למשל, שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שג וסימן שעז. וראה גם שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן קיח.

[116] דברי הריב"ש, לעיל, ליד ציון הערה 13. ר"א מילר העיר, שמרמ"א, או"ח, סימן תקפה, סעיף ד, משמע, שהעיקרון 'המתחיל במצווה' הוא בגדר הדרכה מוסרית גרידא, ואין בו כדי ליצור חיוב משפטי (ראה גם ביאור הגר"א, שם, ומשנה ברורה, שם, ס"ק יז); ולפי שיטתו, צריך להסביר את דברי הריב"ש כך: מאחר שהאפוטרופוס יודע שמן הראוי למתחיל במצווה שיסיים בעצמו את המצווה, יש להניח שבעת שהסכים לשמש כאפוטרופוס, קיבל על עצמו למלא את התפקיד עד לסיומו. לפי הסבר זה, עיקרון המתחיל במצווה קובע את היקף החיוב החוזי, אך אין הוא מקור חיוב עצמאי.
אולם מדברי הריב"ש עצמו, מחכמת אדם, כלל קמז, סעיף יט ("צריך"), ומשו"ת חיים ביד, סימן סט (ד"ה ונראה לומר), עולה שעיקרון זה יוצר חיוב משפטי גמור. גם בספר צדקה ומשפט, פרק ז, הערה ט, ורייניץ, עמ' 149, הבינו כך את דברי הריב"ש. ראה גם בג"צ 210/60, הרב סולימאן ח' עבודי וא' צפניה נ' שר הדתות ואח', פ"ד יד, תש"כ-תשכ"א, עמ' 2033, בסעיף 11 (א) לפסק דינו של השופט זילברג.

עם זאת, בנסיבות חריגות, גם נאמן בנאמנות ציבורית או בנאמנות למטרות צדקה, חנוך או דת, יכול להתפטר מתפקידו. למשל, נאמן רשאי להתפטר מתפקידו בגלל רצונו לעזוב את הארץ, אם לא יוכל להמשיך במילוי תפקידיו בהיותו בחו"ל, או מחמת רצונו לשמור על שמו הטוב, אם חבריו הנאמנים נחשדים בניצול תפקידם לרעה.

לדעת חלק מן הפוסקים, אף הפחתה במספר הנאמנים, בנאמנות שיש בה יותר מנאמן אחד, תהיה עילה המצדיקה את התפטרות הנאמן.

לפי החוק, ההודעה על ההתפטרות צריכה להיות בכתב. דרישת הכתב אינה קיימת במשפט העברי לגבי כל התפטרות, והתפטרותו של נאמן של הקדש אינה יוצאת מכלל זה.

נאמן שמתפטר מתפקידו צריך להודיע על כך למי שרשאי למנות נאמן, ולעניין זה אין המשפט העברי מבחין בין נאמנות שיש לה נאמן אחד בלבד לנאמנות שיש לה נאמנים אחדים.

בנוגע לפיטוריו של הנאמן, מבחין המשפט העברי בין פיטוריו של הנאמן בנאמנות למטרות פרטיות, לפיטוריו של נאמן בנאמנות ציבורית, או בנאמנות למטרות צדקה, חינוך או דת.

סמכותו של יוצר ההקדש לפטר את הנאמן, בנאמנות למטרות פרטיות, תלויה במהותה של הזיקה שבחר היוצר ליצור בין הנאמן לנכסי הנאמנות. אם לא העביר היוצר בעלות בנכסי הנאמנות לנאמן, הנאמן אינו אלא שלוחו, ולכן יש בכוחו של היוצר לסיים את כהונתו בכל עת, ככל שולח שיכול לסיים את השליחות בכל עת. לעומת זאת, אם העביר היוצר לנאמן בעלות בנכסי הנאמנות, אין לו זכות לפטר את הנאמן, זולת אם הותיר זכות זו בידיו בתנאי הנאמנות.

בית הדין אינו מוסמך לפטר נאמן בנאמנות הפרטית, אלא אם הוענקה לו סמכות זו בתנאי הנאמנות.

אשר לפיטוריו של נאמן בנאמנות ציבורית, או בנאמנות למטרות צדקה, חינוך או דת, כל עוד לא העביר היוצר את סמכות הפיקוח על ניהול ההקדש לידי בית הדין, לידי הציבור או נציגיו, במפורש או במשתמע, נשארת ביד היוצר הסמכות לפטר את הנאמן.

בית הדין מוסמך לפטר נאמן שמונה על ידי בית הדין, או שמונה על ידי יוצר ההקדש, אך אין בכוחו של היוצר לעשות שימוש בסמכותו לפטר את הנאמן, ויש להניח שאילו היה מסוגל לעשות שימוש בסמכותו, היה עושה כן. כמו כן, מוסמך בית הדין לפטר נאמן אם יוצר ההקדש נמנע מלעשות שימוש בסמכותו לפטר את הנאמן במזיד, באופן שעלול לסכל את הגשמת מטרות ההקדש.

המשפט העברי מבחין בין פיטורין בידי יוצר ההקדש לבין פיטורין בידי בית הדין, לעניין עילות הפיטורין, וקובע, שבעוד שיוצר ההקדש רשאי לפטר את הנאמן מכל סיבה שהיא, אין בית הדין מוסמך לפטר את הנאמן אלא בהתקיים עילות המצדיקות את הפיטורין.

אבל אם טרם החל הנאמן במילוי תפקידו, רשאי בית הדין לחזור בו מן המינוי, ואין הוא נדרש לקבוע שהתקיימה עילה המצדיקה את ביטול המינוי.

בית הדין רשאי לפטר נאמן בגלל פעולה רשלנית בנכסי ההקדש, שגרמה הפסד או מנעה רווח, או בשל הפרה של הוראות חוק או בית דין, המופנות אליו. לעניין זה, נחלקו פוסקי דורנו בשאלה, האם אי ידיעת הדין יכולה להיות טענת הגנה מפני פיטורין בשל הפרת הוראות החוק, או שמא, אדרבה, אי ידיעת הדין מוכיחה את אי התאמתו של הנאמן לתפקיד, ומצדיקה את פיטוריו?

בית הדין מוסמך לפטר נאמן שמונה על ידי בית הדין, גם בשל חשד למעילה או בשל גילוי דפוסי התנהגות המעוררים חשש שמא קיומם יוביל בעתיד לנזק או הפסד שייגרם לנכסי ההקדש.

בעניין זה, מעניק המשפט העברי לבית הדין שיקול דעת רחב, המאפשר לו לבחון לאור הנסיבות שבפניו, האם המשך כהונתו של הנאמן הוא לטובת ההקדש או לא? מכוחו של שיקול דעת רחב זה, הורו בתי הדין לעיתים על פיטוריו של נאמן בשל גיל מופלג או מגורים במקום מרוחק מנכסי ההקדש.

סמכות בית הדין לפטר נאמן שמונה בידי יוצר ההקדש מצומצמת בהיקפה מסמכותו לפטר נאמן שמונה על ידו. ככלל, אין בית הדין רשאי לפטר נאמן בגלל עילת פיטורין שיוצר ההקדש היה מודע לקיומה, ובכל זאת בחר למנות את הנאמן. אולם בית הדין רשאי לפטר נאמן בגלל עילת פיטורין שיש להניח שהיוצר לא היה מודע לקיומה, ואילו היה מודע לקיומה, לא היה ממנה את הנאמן.

פרק תשיעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

בגלל הפער שהתגלה אגב העיון בפרטיו השונים של הסעיף, בין ההקדש שנועד לשם הגשמת מטרותיו הפרטיות של יוצרו להקדש שנועד לשם הגשמת מטרות ציבוריות או מטרות צדקה, חינוך או דת, נפריד בהצעת הנוסח בין הקדש מן הסוג הראשון לבין הקדש מן הסוג האחרון.

א. נאמנות פרטית

פקיעת כהונתו של נאמן

22. (א) נאמן רשאי להתפטר בהודעה למי שרשאי למנות נאמן לאותו הקדש.
(ב) אין לפטר נאמן, אלא אם הותר הדבר בחוזה הנאמנות, ובהתאם לתנאים שנקבעו בחוזה.

ב. הקדש למטרות ציבוריות או למטרות צדקה, חינוך או דת

פקיעת כהונתו של נאמן

22. (א) נאמן של הקדש רשאי לחזור בו מהסכמתו לשמש כנאמן, כל עוד לא הועברה השליטה בנכסי ההקדש לידיו.

(ב) לאחר שהחל הנאמן במילוי תפקידו, אין הוא רשאי להתפטר, אלא לצורך יציאה מן הארץ לזמן ממושך, או לשם השמירה על שמו הטוב.

(ג) על ההתפטרות יודיע הנאמן למי שרשאי למנות נאמן לאותו הקדש.

(ד) יוצר ההקדש רשאי לפטר נאמן שמונה על ידו בכל עת.

(ה) לפני העברת השליטה בנכסי ההקדש לידיו של הנאמן, רשאי בית הדין לחזור בו ממינויו של נאמן.

(ו) לאחר העברת השליטה בנכסי ההקדש לידיו של הנאמן, רשאי בית הדין לפטרו, אם לא מילא תפקידו כראוי או שראה בית הדין סיבה אחרת לפיטוריו.

(ז) בית הדין רשאי לפטר נאמן שמונה על ידי יוצר ההקדש, אם נבצר מן היוצר לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף קטן (ג), ויש להניח שאילו היה

בכוחו לעשות שימוש בסמכותו, היה מפטר את הנאמן, או אם יוצר ההקדש נמנע במזיד מלעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף קטן זה, ולהערכת בית הדין, עלול הדבר למנוע את הגשמת מטרות ההקדש.

סעיף 23

שינוי וביטול על פי בית המשפט

שינוי וביטול על פי בית המשפט

23. (א) 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.

(ב) בית המשפט רשאי לבטל הקדש אם ראה שמטרותיו הושגו או שאינן ניתנות להגשמה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 613

פרק שני: סמכות בית המשפט — "בית המשפט רשאי לשנות או לבטל הוראה" 614

א. מבוא 614

ב. הקדש שנועד לשם הגשמתן של מטרות פרטיות 614

ג. הקדש ציבורי 615

פרק שלישי: שינוי או ביטול של הוראה "מטעמים שיוצר ההקדש הביא" 615

א. מבוא 615

ב. טעמים שעניינם הגנה על ענייניו של היוצר 616

ג. טעמים שעניינם הגנה על טובת ההקדש 616

פרק רביעי: שינוי או ביטול של הוראה מחמת "שינוי של ממש בנסיבות" 617

א. מבוא 617

ב. שינוי או ביטול לשם שמירה על ענייניו של יוצר ההקדש 618

ג. שינוי או ביטול לשם הגשמת מטרות ההקדש 619

ד. ביצוע בקירוב (cy pres) 620

פרק חמישי: שינוי או ביטול של הוראה לפי "אומד דעתו של יוצר ההקדש" 621

א. מבוא 621

ב. עמדת המשפט העברי — כללי 622

ג. שינוי מטרותיה של קופה ציבורית 622
(1) מדוע רשאים בני העיר לשנות את מטרותיה של הקופה? 623
(2) מי הם "בני העיר"? 624
(3) המטרות החדשות — "לכל מה שירצו"? 625
ד. הקדש המנוהל בידי נאמן ציבורי 625
ה. שינוי ייעודו של נכס שהוקדש לשימוש ציבורי 627
פרק שישי: ביטול הקדש 628
א. מבוא 628
ב. הקדש שמטרותיו הושגו 629
ג. הקדש שלא ניתן להגשים את מטרותיו 629
(1) כללי 629
(2) הקדש שקיים ספק אם ניתן להגשים את מטרותיו 629
פרק שביעי: סיכום 630
פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 631

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה עוסק בשינוי ובביטול של הוראה מהוראות כתב ההקדש על ידי בית המשפט (ס"ק א), ובביטול ההקדש על ידי בית המשפט (ס"ק ב). בהתאם לכך, השאלה הראשונה שיש לדון בה היא, האם גם המשפט העברי מקנה לבית המשפט את הסמכות לשנות ולבטל הוראות, ואף לבטל את ההקדש?

בית המשפט מוסמך לשנות הוראה מהוראות כתב ההקדש או לבטלה, "מטעמים שיוצר ההקדש הביא לפניו". המחוקק אינו מבהיר מה הם הטעמים שבהם מן הראוי שבית המשפט יתחשב בבואו להכריע אם לשנות הוראה או לבטלה. על כן, נבחן לאור מקורות המשפט העברי, מה הם הטעמים שבהם ראוי לבית הדין להתחשב בבואו לשנות או לבטל הוראות: האם טעמים אלו חייבים להיות כאלו הנוגעים להגשמתן של מטרות ההקדש, או שמא, יכולים הטעמים להיות גם כאלו הנוגעים לטובתו האישית של יוצר ההקדש? ועוד נשאל, האם רק בטעמים "שיוצר ההקדש הביא לפניו" נדרש בית הדין להתחשב, או שמא הוא רשאי להתחשב גם בטעמים שמביאים בפניו אחרים?

בית המשפט מוסמך גם לשנות הוראה מהוראות כתב ההקדש או לבטלה, אם ראה ש"חל שינוי של ממש בנסיבות המצדיק לעשות כן", ובלבד ש"הדבר תואם את אומד דעתו של יוצר ההקדש". גם כאן, המחוקק לא הבהיר איזה שינוי בנסיבות עשוי להצדיק שינויה או ביטולה של הוראה, ואף כאן ניתן לשאול, האם מדובר בשינוי נסיבות הנוגע למצבו האישי של יוצר ההקדש או רק לשינוי הנוגע לאפשרות להגשים את מטרות ההקדש?

בהקשר זה נעסוק אף בשאלה, האם, בדומה לדוקטרינת ה"ביצוע בקירוב" (cy pres) שבדיני החוזים, יש בכוחו של בית המשפט לשנות את מטרות ההקדש באופן שיאפשר את הגשמתן בקירוב של מטרות ההקדש המקוריות?

מנוסח הסעיף עולה, שלא ניתן לשנות או לבטל הוראה מהוראות כתב ההקדש בהתבסס על אומד דעתו של יוצר ההקדש בלבד, אם לא הוכח שינוי נסיבות. זאת, בניגוד למקובל במשפט האמריקני, המכיר בכוחו של בית המשפט להורות על שינוי הוראותיו של כתב הקדש או אף על ביטולן, כאשר ההוראות הקיימות מכבידות ומסרבלות את ניהולו של ההקדש והדבר תואם את אומד דעתו של יוצר ההקדש, אף שלא השתנו הנסיבות[1]. לפיכך, יש לבחון איזו מן הגישות מתאימה יותר לגישתו של המשפט העברי, זו של המשפט הישראלי, או שמא דווקא זו של המשפט האמריקני?

לפי ס"ק (ב), רשאי בית המשפט לבטל את ההקדש, אם מטרותיו של ההקדש הושגו, או שנוכח שאין הן ניתנות להגשמה. להלן נדון בשאלות: האם הגשמת מטרותיו של ההקדש

[1] ראה כרם, סעיף 345, עמ' 728, ובהערה 3, שם.

הינה עילה לביטולו של ההקדש אף לפי המשפט העברי, או שמא, יש להמשיך ולקיים את ההקדש, לטובת הגשמתן של מטרות דומות לאלו שלטובתן נוצר ההקדש מלכתחילה?

בעניין הקדש שלא ניתן להגשים את מטרותיו, יש לברר, האם העובדה שלא ניתן להגשים את מטרותיו של ההקדש תביא בהכרח לביטולו של ההקדש, או שמא, היות שמטרות ההקדש לא הוגשמו, יש להמשיך את קיומו של ההקדש עד להגשמת מטרות אחרות הזהות או קרובות לאלו שלשמן נוצר ההקדש? ועוד יש לברר, מה הן הנסיבות שבהן יכריע בית הדין שלא ניתן עוד להגשים את מטרותיו של ההקדש? האם לעניין זה יש צורך בוודאות מוחלטת, או שמא גם אם קיים סיכוי קלוש להגשמתן של מטרות ההקדש, ייחשב הדבר כאילו לא ניתן עוד להגשים את המטרות?

פרק שני

סמכות בית המשפט — "בית המשפט רשאי לשנות או לבטל הוראה"

א. מבוא

לאחר תחילתו של ההקדש, כלומר, לאחר העברת נכסי ההקדש לשליטתו של הנאמן, בית המשפט הוא היחיד שיש בסמכותו לשנות או לבטל הוראה מהוראות כתב ההקדש. לעניין זה, אין החוק מבחין בין הקדש שנוצר על ידי אדם פרטי, לבין הקדש שנוצר על ידי גבייה ציבורית, או חברה לתועלת הציבור, ואף לא בין הקדש שנועד לשם הגשמת מטרותיו הפרטיות של יוצרו, לבין הקדש שנוצר לשם הגשמת מטרות ציבוריות.

ב. הקדש שנועד לשם הגשמתן של מטרות פרטיות

ככלל, גורס המשפט העברי שהתערבות בניהול עסקיו הפרטיים של אדם אינה מתפקידיו של בית הדין, ומשום כך, לא נמצא תקדימים לכך שבתי הדין שינו הוראה מהוראותיה של נאמנות פרטית, או ביטלו הוראה כזאת.

אבל נראה שקיים חריג בודד לכך, והוא במצב שביצוע ההוראות כלשונן יהיה בגדר "מידת סדום". לעיל[2] ראינו, בעניין נאמנות שנועדה להבטיח את פרנסת בניו של הנפטר, שאם קיום הוראותיו של יוצר הנאמנות כלשונן עלול להביא את היורשים לכדי חרפת רעב, הרי שבית הדין מוסמך לשנות את ההוראות, אם משום שיש להניח שהשינוי תואם את אומד דעתו של הנפטר, ואם משום שבנסיבות אלה קיום הוראותיו של היוצר כלשונן הוא בלתי מוסרי ("מידת סדום"). אך יש להעיר שאין זה מקביל ל"מידת סדום" ב"כופין על מידת סדום" הרגיל: שם מדובר ברשעות גרידא, ואילו כאן, ייתכן שיש בהתנהגות זו היגיון, ובכל זאת, היות שהיא איננה מוסרית, היא נחשבת ל"מידת סדום".

[2] סעיף 1, פרק שמיני, ג.

ג. הקדש ציבורי

בדיוננו בסעיף 19 עמדנו על כך, שסמכותו של יוצר ההקדש לתת לנאמן הוראות עוברת לבית הדין במצבים דלהלן: (א) אם העביר יוצר ההקדש סמכות זו לבית הדין או לנציגי הציבור, במפורש או במשתמע; (ב) אם אין בכוחו של היוצר או יורשיו לתת לנאמן הוראות; (ג) אם יש בכוחו של היוצר או יורשיו לתת לנאמן הוראות, אך הם נמנעים מלעשות זאת וקיים חשש שמחדלם יסכל את הגשמת מטרותיה של הנאמנות.

בהתאם לכך, נוכל גם להסיק שרק במצבים האלה מוסמך בית הדין לשנות הוראה מהוראות כתב ההקדש או לבטלה, שכן ברור שמי שאינו מוסמך לתת לנאמן הוראות, גם אינו מוסמך לשנות את ההוראות שנמסרו לו, וודאי שלא לבטלן[3].

פרק שלישי

שינוי או ביטול של הוראה "מטעמים שיוצר ההקדש הביא"

א. מבוא

החוק מסמיך את בית המשפט לשנות או לבטל הוראה מהוראות כתב ההקדש בהתמלא אחד משני תנאים: אם יוצר ההקדש הביא בפניו טעמים המצדיקים לעשות זאת[4], או אם ראה ש"חל שינוי של ממש בנסיבות, המצדיק לעשות כן ושהדבר תואם את אומד דעתו של יוצר ההקדש".

ההבדל בין שתי הדרכים אינו רק בזהותו של יוזם השינוי או הביטול, אלא גם בהיקף סמכותו של בית המשפט. אם היוצר הוא היוזם, אין צורך להוכיח שינוי של ממש בנסיבות כדי לעשות זאת. לעומת זאת, אם בית המשפט הוא היוזם, עליו לוודא תחילה שחל שינוי

[3] מהרש"ם, דעת תורה, יו"ד, סימן רנט, ד"ה ונשאלתי (עמ' מא במהד' תש"מ = עמ' קמא במהד' תשנ"ג), דן בהקדש לטובת כתיבת ספר תורה, שכספיו הולאמו על ידי השלטונות: "ונשאלתי באשה שציותה בחליה ליתן ב' מאות ר"כ [=רובל כסף] מן העזבון שלה ליד ב' אפוטרופסים לכתוב ספר תורה, ואחרי זה נלקח כל העזבון להמלוכה וכמעט שנחלט בידם". אך הנאמן הצליח במאמץ גדול להביא לכך שהשלטון ישיב את הכספים, אך הנאמן עשה כן על תנאי שישתמשו במחצית מהכסף לשם שיפוץ מקווה, וישלימו את ספר התורה על ידי יריעות ממקורות אחרים: "והאפוטרופוס עשה השתדלות גדול להוציא מידם סך הנ"ל, ליקח מחצה להשלים ספר תורה בצירוף יריעות של יחידים שאי אפשר להם לגמור הספר תורה, ומחצה לתיקון המרחץ שעומד ליסתר ולא יהיה מקוה בעיר". מהרש"ם נשאל, האם מותר לשנות את מטרות ההקדש ולהשתמש בכספי ההקדש לשם שיפוץ המקווה, והתיר את הדבר משני נימוקים: (א) ההלכה היא, שהמציל נכסים שהיו עלולים להיאבד אילולא פעולות ההצלה שלו, "הציל לעצמו" (שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפא, סעיף א), וממילא הפך הנאמן לבעליהם של נכסי ההקדש, ובכוחו להקדיש נכסים אלו לכל מטרה שיחפוץ; (ב) "אומדנא דמוכח דהאישה [שהקדישה את הכסף] מסכמת לשנות שיהיה ספר תורה וגם תיקון המרחץ".

[4] יש לציין, שמנסחי תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז-2007, סעיף 587(א), מציעים להשמיט את הסמכות להורות על שינוי או ביטול של הוראות מטעמים שהביא היוצר בפני בית המשפט, אך בדברי ההסבר לא נומקה הצעה זו.

בנסיבות המצדיק את התערבותו, וכן ששינוי ההוראה או ביטולה יהיה תואם את אומד דעתו של יוצר ההקדש[5].

החוק אינו מבהיר אלו טעמים מצדיקים את היעתרות בית המשפט לבקשת היוצר. האם טעמים אלו אמורים להיות קשורים להגשמת מטרותיה של הנאמנות, או שמא הם יכולים להיות גם טעמים הקשורים לענייניו של יוצר ההקדש?

אפשר שנוכל ללמוד תשובה לשאלה זו מפסק דין שניתן לאחרונה, ובו נקבע שכאשר בית המשפט מורה על שינוי הוראה או ביטולה, עליו "לשוות לנגד עיניו את מטרות ההקדש ולקדם את מימושן באופן המועיל ביותר"[6]. מכאן משתמע שרק טעמים הנוגעים לקידום הגשמתן של מטרות ההקדש יכולים להצדיק שינוי או ביטול של הוראה מהוראות כתב ההקדש.

ב. טעמים שעניינם הגנה על ענייניו של היוצר

לעיל[7] עסקנו בכוחו של בית הדין לאשר את ביטולו של ההקדש, לאחר שהתברר ליוצר שקיום ההקדש יביא אותו לידי חרפת רעב, וראינו שמהרשד"ם אישר את הביטול משום ש"אדעתא דהכי [=על דעת כן] לא הקדיש, למות ברעב". נראה שנוכל להסיק מתשובה זו עיקרון כללי, שאם נוכח בית הדין שקיום הוראות ההקדש כלשונן יביא לכך שיוצר ההקדש לא יוכל להתקיים, יכול בית הדין לאשר שינוי או ביטול של הוראה מהוראות כתב ההקדש, ואם יהיה צורך בכך, אף לבטל את ההקדש. אבל מתשובת מהרשד"ם עולה, שתנאי בסיסי לביטול ההקדש הוא, שהדבר מתחייב מאומד דעתו של המקדיש.

ג. טעמים שעניינם הגנה על טובת ההקדש

העמדה העקרונית של המשפט העברי, כפי שהובעה באחד מפסקי הדין של בית הדין הרבני הגדול, היא[8]: "חוקת ההקדש היא: מטרתו של ההקדש לשמה נוצר, ורצונו של המקדיש. כל

[5] כך נקבע במפורש בע"א 8888/00, אורי וירצבורגר ואח' נ' היועמ"ש (פס"ד מיום 15.11.07), בסעיף 23 לפסק דינו של השופט עדיאל.
אכן, לפי סעיף 39, "בכל עניין לפי חוק זה רשאי לפנות לבית המשפט כל נאמן, נהנה, יוצר הנאמנות או אדם אחר שמעוניין בדבר", ואם כך, כל אדם רשאי לפנות לבית המשפט כדי שישנה הוראה מהוראות כתב ההקדש או כדי שיבטלה. אולם אם הפונה אינו יוצר הנאמנות, דין שינוי ההוראה או ביטולה יהיה כדין שינוי או ביטול ביוזמת בית המשפט, ומשום כך, כדי שתהיה לבית המשפט הסמכות לשנות את ההוראה או לבטלה, יהיה צורך להוכיח שינוי נסיבות.

[6] ה"פ (י-ם) 4123/05, ד"ר בן סירה יחזקאל ואח' נ' ציגלמן רעמה ואח', סעיף 7 לפסק דינו של השופט כרמל.

[7] סעיף 18, ליד ציון הערה 103.

[8] ערעור 21/תשט"ז, מועצת עיזבון בליליוס נ' הרב צבי פסח פראנק והרב א' מ' רבינוביץ, פד"ר, כרך ב, עמ' 18. דברים אלו נאמרו כתגובה לטענה ש"אין לשנות את תנאי ההקדש בלי הסכמת כל הגורמים שיצרו את ההקדש" שנטענה בתיק 1176/תשט"ו, הרב צ"פ פראנק והרב א"מ רבינוביץ, נ' מועצת עיזבון בליליוס, פד"ר, כרך א, עמ' 53. אותה טענה הועלתה שוב בערעור 21/תשט"ז הנ"ל, נגד כוונת בית הדין לשנות את הגוף שחבריו אמורים היו לשמש כנאמני ההקדש, בלשון זו: "אין בכוחו של בית הדין לשנות את שטר ההקדש, שהוא בבחינת החוקה של ההקדש... אם ביה"ד מצא שאיש, או אנשים פלוני ואלמוני, אינם מתאימים לניהול ההקדש, יש לפטרם, אבל רק אותם באופן אישי, אבל לא את הגופים המנהליים; כי אין לשנות את חוקת ההקדש הקובעת את הגוף המשמש כנאמן ואת הנהלת ההקדש".

שטר וכל תקנה לניהול הקדש, הוא רק לשם ביצוע יעיל של מטרה זו ולשם מילוי רצונו של המקדיש בשלמות... הסדורים והתקנות, שבית הדין מסדר ומתקן בשטר הקדש לצורך המטרה, סידורים ותקנות אלו רק תכלית אחת להם, לשמש לעזר לביצוע מטרת ההקדש, וברגע שבית הדין נוכח שהסדורים והתקנות אינם מובילות למטרה, ולהפך הן מובילות בכוון נגדי, בית הדין חייב לשנות ולתקן את השטר בהתאם לכך". לפיכך ברור שבית הדין רשאי לשנות או לבטל הוראה מהוראות כתב ההקדש, אם הדבר נחוץ לשם הגשמתן של מטרות ההקדש.

לעניין זה, מוסמך בית הדין לשנות או לבטל הוראה, אף אם הבקשה לעשות כן באה מאדם שלא יצר את ההקדש, ולא הוכח שינוי בנסיבות.

פרק רביעי

שינוי או ביטול של הוראה מחמת "שינוי של ממש בנסיבות"

א. מבוא

לפי החוק, אם הבקשה לשינוי או ביטול של הוראה אינה מגיעה מן היוצר עצמו, אין בית המשפט רשאי להיעתר לבקשה, אלא אם נוכח ש"חל שינוי של ממש בנסיבות, המצדיק לעשות כן, ושהדבר תואם את דעתו של יוצר ההקדש". אין הכוונה לאומד דעתו של יוצר ההקדש בעת שינוי ההוראה או ביטולה, אלא לאומד דעתו בעת שיצר את ההקדש[9].

לא כל שינוי נסיבות מצדיק את התערבותו של בית המשפט: "לא ניתן להסתפק בשינוי נסיבות המתבטא אך בהכבדה או בסרבול בהגשמת מטרות ההקדש, אלא נדרש שינוי של ממש בנסיבות, בגינו עשויות להתאיין מטרות ההקדש"[10].

לעיתים, מביא שינוי הנסיבות לכך שהגשמתן של מטרות ההקדש תהיה למשימה בלתי אפשרית. בנסיבות אלו, יוכל בית המשפט להורות על שינוי המטרות, באופן שיבטיח את הגשמתן בקירוב של המטרות המקוריות. שינוי מסוג זה מזכיר מאוד דוקטרינה מקובלת במשפט האנגלו־אמריקאי, המכונה דוקטרינת ה־cy pres, המאפשרת לצדדים לחוזה למלא את חובותיהם על פי החוזה בקירוב, אם לא ניתן למלא חובות אלו בהתאם לתנאי החוזה. עמד על כך השופט אנגלרד: "משמעותה של דוקטרינת ה־cy pres בסוגיית ההקדש לצרכי צדקה... היא כי במקרה של שינוי נסיבות, המונע את הגשמת רצונו המקורי של יוצר ההקדש... ימצאו דרך חלופית, אשר תאפשר, עד כמה שניתן, להגשים את רצונו"[11]. לדבריו, "הרעיון המסורתי של cy pres מצא ביטוי במשפט הישראלי בהוראת סעיף 23(א) לחוק הנאמנות"[12].

[9] ע"פ דברי השופט עדיאל (שצוין בהערה 5), בסעיף 52 לפסק דינו.

[10] ה"פ (י־ם) 4123/05 שצוין בהערה 5, סעיף 9 לפסק דינו של השופט כרמל.

[11] ע"א 2686/99 אייזמן נ' קדמת עדן בע"מ ואח', ס' 23 לפסק דינו של השופט אנגלרד. לעניין קליטת דוקטרינה זו במשפט הישראלי, ראה: ע"א 8704/99, אורה בן ציון נ' ההסתדרות הכללית של העובדים, פ"ד נח(1) 120, עמ' 135־136; ע"א 5407/91, אגודת ישיבת מדרש פורת נ' טובה גול שאולוף, פ"ד מז(3) 265, עמ' 278־279. וראה גם ע"א 490/99, הקדש מנחם ובלומה אטינגר נ' תנחום אבן טוב, תק־על 2003(2) 839, עמ' 846, שם צוין שגם נאמני ההקדש רשאים לעשות שימוש בנכסי הקדש לטובת מטרות דומות לאלו שלשמן נוצר ההקדש, מכוח דוקטרינת הביצוע בקירוב; א' ברק, פרשנות במשפט, ירושלים 1998, הצוואה — דוקטרינות לבר פרשניות, עמ' 337־339.

[12] ע"א 2686/99 שצוין לעיל, הערה 11.

ב. שינוי או ביטול לשם שמירה על ענייניו של יוצר ההקדש

לא אחת התבקשו חכמי ישראל לשנות הוראה מהוראות כתב ההקדש, לבטל הוראה, ולעיתים אף לבטל את ההקדש לגמרי, מחמת שינוי נסיבות שגרם לכך שקיום הוראות ההקדש כלשונן, יביא לפגיעה בענייניו של יוצר ההקדש.

מעשה באדם שהקדיש את נכסיו לטובת תמיכה בלומדי תורה. בעת יצירת ההקדש לא למד בנו של המקדיש תורה, אבל לימים החליט הבן להקדיש את חייו ללימוד התורה. לפיכך נשאלה השאלה: האם רשאי האב לייעד עתה את נכסי ההקדש לטובת בנו, או שמא עליו להמשיך להעבירם לכל לומדי התורה? ר׳ משה גלאנטי[13] פסק שבנו של המקדיש קודם לכל לומד אחר, משום שיש להניח שאילו היה המקדיש יודע בעת יצירת ההקדש שבנו עתיד להקדיש את חייו ללימוד תורה, היה מעדיף לתמוך בו מאשר באחרים[14].

במקרה זה, עניינו של היוצר הוא תמיכה בבנו, ומהר״ם גלאנטי סבור, שהיות שהגשמת עניין זה אינה סותרת את המטרה הכללית של ההקדש, שהיא תמיכה בלומדי תורה, יש להיעתר לבקשת היוצר, מתוך הנחה שאילו הוא היה מודע לנסיבות הנוכחיות בעת שיצר את ההקדש, היה מקדיש נכסיו לטובת התמיכה בלימוד התורה של בנו.

אבל תשובה זו עסקה בהקדש שנכסיו עדיין לא הועברו לידי הנאמן, ולפיכך אין מקום לטעון שהנאמן כבר זכה בנכסי ההקדש עבור כלל הלומדים. ואכן, כאשר נשאל ר׳ אליהו הלוי[15], האם מכוח אומדן דעתו של המקדיש ניתן להעדיף את קרוביו במתן התמיכה מכספי ההקדש, הוא הכריע שלאחר שנכסי ההקדש כבר הועברו לידיו של נאמן, לא ניתן להפקיע את זכות כלל לומדי התורה בנכסי ההקדש, מכוח אומדן דעתו של המקדיש.

כך עולה גם מתשובת המבי״ט[16] בעניינו של מי שהקדיש סך נכבד מנכסיו ״באופן שלעולם הקרן יהיה קיים ומהרווח ישלחו ל[עניי] ארץ ישראל שני שלישים, והשליש האחרון יחלקו כפי מה שיראה להם״. לאחר זמן מה, נישאה נכדתו של יוצר ההקדש, עלתה לארץ ישראל ונעשתה ענייה בעצמה. משנוכחו הנאמנים בכך, החליטו על דעת עצמם להעביר לבת את הרווחים משני שלישי הסכום שהוקדש, בנימוק ״שלא עלה על דעת המצווה שיהיה זרעו מבקש לחם ויינתנו נכסיו לאחרים, וגם היא בארץ ישראל״. לאחר מכן, ביקשה הבת לקבל לידיה גם את הרווחים מן השליש האחרון, אך הבקשה נדחתה על ידי המבי״ט באומרו: ״על

אבל נראה שבכל זאת קיים הבדל בין ההוראה שבסעיף זה לבין דוקטרינת ה־cy pres. דוקטרינה זו, כשמה, עוסקת בביצוע בקירוב, ולא בשינוי תנאי החוזה. לפיכך, משעה שהוכשרו התנאים לביצוע תנאי החוזה כלשונם, אין צד לחוזה רשאי לבצע את חיוביו בקירוב. לעומת זאת, סעיף זה עוסק בשינוי תנאי ההקדש, באופן שלאחר השינוי, גם אם הנסיבות יאפשרו את הגשמת המטרות המקוריות של ההקדש, לא יהיה הנאמן חייב לפעול להגשמתן של מטרות אלה. ואכן דייק כרם כשקבע: ״גישת המחוקק דומה במקצת למקובל במשפט האנגלו־אמריקני לגבי נאמנויות לצורכי צדקה, אשר באמצעות תורת ה׳ביצוע בקירוב׳ (cy pres) מאפשרת ביצוע הנאמנות בצורה הקרובה להוראות כתב הנאמנות״ (כרם, עמ׳ 733, הערה 18; ההדגשות אינן במקור).

[13] שו״ת מהר״ם גלאנטי, סימן עו.

[14] שינוי באופיו של הנהנה יכול לשמש עילה לשינוי הוראה מהוראות כתב ההקדש או לביטולה גם כשהשינוי הוא לרעה. ראה על כך בפסק הדין המובא בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 450.

[15] שו״ת זקן אהרן (הלוי), סימן קז.

[16] שו״ת המבי״ט, חלק ג, סימן עט.

ב' שלישים הראשונים עניי ארץ ישראל מצטערים, והיא באה להוסיף גם על השליש האחר?"[17].

אבל בין חכמי דורו של המבי"ט, היו שנטו להתיר את העברת הרווחים לבת, מתוך הנחה ששינוי הוראות המקדיש בדרך זו מתיישב עם אומד דעתו[18].

התשובות האחרונות עסקו בהעברת כספי ההקדש לקרוביו של היוצר, במצב שאין הדבר סותר את מטרות ההקדש. אולם, היו מקרים שהועלתה בקשה להתיר את העברת כספי ההקדש לקרובים, אף שהעברה זו לא עלתה בקנה אחד עם מטרות ההקדש, ואף בזה נחלקו הדעות. כך למשל, התיר ר' שלמה הכהן[19] להעביר כספי הקדש שנועד לטובת עניי צפת לגיסו של המקדיש, שהיה ראש ישיבה בסלוניקי, ומחמת עוניו לא היה בידו להשיג די כסף כדי להשיא את בנותיו, בעוד שר' יוסף אישקפה[20] אסר את הדבר, ור' אברהם די בוטון[21] הציע פתרון ביניים, שחלק מן הרווחים שיופקו מנכסי ההקדש יועבר לגיסו של המקדיש, וחלק אחר יועבר לעניי צפת[22].

שאלה קשה יותר הופנתה לחכמי צפת[23]: בנו של המקדיש נפל בשבי, והיו שביקשו לעשות שימוש בכספי הקדש שנועד לטובת ישיבות טבריה, לשם שחרורו מן השבי. חכמי צפת אסרו את הדבר בנימוק: "מי הוא זה ואיזה הוא אשר מלאו לבו לשלוח ידו בכסף הקדשים, לאמור לאסורים: צאו! ותורה חדשה מאתם תצא להוציא לחולין כסף הקדשים". עוד נימקו: "אם הוא — בנו של המקדיש — אסור בכבלי ברזל, כל ישראל מצווים לפדותו", ולכן אין להטיל את האחריות לפדיון על קופת ההקדש, ובכך להפיל למעשה את עיקר אחריות הפדיון על תלמידי החכמים שבטבריה.

ג. שינוי או ביטול לשם הגשמת מטרות ההקדש

לעיתים, שינוי הנסיבות מעורר את הצורך לשנות את תנאי ההקדש או אף לבטלם, על מנת

[17] וראה שם, שהבחין בין נידונו לבין מה שפסק הרמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק ו, הלכה א, שמי שנתן כל נכסיו במתנה כשסבר שמת בנו והתברר שבנו חי, מתנתו בטלה. לדבריו, במקרה זה קיים אומד דעת ברור שהנותן היה מעדיף שנכסיו יועברו לבנו, שהרי נתן את כל נכסיו לאחרים, בעוד שבמקרה שדן בו המבי"ט השאיר המקדיש נכסים לבני משפחתו, ולכן אומד הדעת אינו ברור. הבחנה נוספת בין ההלכות מבוססת על כך שהלכת הרמב"ם עוסקת במתנה חד־פעמית כאשר הנהנים עדיין לא זכו בנכסים שניתנו להם, בעוד תשובת המבי"ט עסקה במצב שבו כבר קיבלו עניי ארץ ישראל בעבר חלק מפירות נכסי ההקדש.

[18] ראה תשובת חכמי צפת, המובאת בשו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן מ. וראה דיון בתשובה זו, שם, סימן מא.

[19] שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן לח.

[20] שו"ת ראש יוסף, דף יב ע"ב.

[21] שו"ת לחם רב, סימן רג

[22] בעניין זה, ראה גם: שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ג, סימן קג; שו"ת בני שמואל (חיון), סימן לה. במקרים מסוימים עלתה הטענה ששימוש בכספי הקדש לטובת קרובו של המקדיש שהֶעֱנִי נועד למנוע ממנו לצאת לתרבות רעה. כך למשל בשו"ת פנים מאירות, חלק א, סימן קג, נשאל: "איש אחד הניח עשירות ליורשים גם סך לירושלים ולשאר צדקות, דהיינו שיהיה הקרן קיימת ולחלק כל שנה רווחים. ולעת זו אחד מהיורשים יש לו דוחק גדול ויש לחוש שילך בדרך שאינו הגון; בכן אם מותר ליקח מהקרן הנ"ל לסמוך יד היורש, וע"י זה יכול לעשות שידוך הגון?". במקרה זה נפסק שלא ניתן לפגוע בקרן, "אבל ליתן לבניו מהריוח, בזה שפיר אמרינן אומדן דעתו דאם יהיו בניו עניים שיתנו להם ואולי ילכו בדרך טובים".

[23] הבקשה ותשובת חכמי צפת מובאות בשו"ת מטה יוסף, סימן יא, בסופו.

שניתן יהיה להגשים את מטרותיו של ההקדש. דוגמה לכך ניתן למצוא בתשובת ר׳ יום טוב צהלון[24] לפרנסי העיר צפת, בה התיר להם לפרוע חובות שהיו מוטלים על קופת העיר מנכסי הקדש שנועד לתמיכה בישיבות צפת וירושלים, משום שלטענת הפרנסים, אם לא ייעשה כן עלולה הקהילה כולה להתפרק, ו״אם אין עיר אין ישיבות״[25]. נמצא, שהיעתרותו של מהריט״ץ לבקשה נועדה בסופו של דבר לאפשר את הגשמת מטרותיו של ההקדש.

בפני בית הדין הרבני הגדול[26] הובאה בקשה לשנות ההוראה בכתב הקדש שקבעה שנכסי ההקדש ישמשו לטובתם של תלמידים מבני עדתה של המקדישה הגרים בתל אביב ובירושלים, באופן שיאפשר לנאמנים לחלק את הכספים לכל התלמידים מבני עדתה אף אם אין הם מתגוררים בערים אלו. בית הדין נעתר לבקשה בנימוק שההקדש נועד לשם תמיכה בתלמידים בני עדת המקדישה, שבעת יצירת ההקדש התגוררו אמנם בתל אביב ובירושלים, אך הגידול הטבעי של בני העדה הביא לכך שבני העדה התפזרו על פני כל הארץ. בנסיבות אלו, קבע בית הדין, הגשמתן של מטרות ההקדש מחייבת שינוי של הוראות כתב ההקדש, באופן שיאפשר לנאמנים להעביר מכספי ההקדש לתלמידים בני עדת המקדישה המתגוררים בכל הארץ.

ד. ביצוע בקירוב (cy pres)

לעיתים, בשל שינוי נסיבות לא ניתן להגשים את מטרות ההקדש המקוריות, ועל כן, יורה בית הדין על שינוי של מטרות ההקדש, באופן שיאפשר את הגשמתן בקירוב של המטרות המקוריות[27]. להלן נציג דוגמאות אחדות להוראות מסוג זה.

ר׳ משה גלאנטי[28] נשאל בעניינו של הקדש שמטרתו הייתה ביסוסה והרחבתה של ישיבה המצויה במקום מסוים. לימים חרבה הישיבה, אלא שמאוחר יותר הצליחו עסקנים להקים ישיבה בדיוק במקום שבו עמדה הישיבה שחרבה, ונשאלה השאלה, האם כיון שהישיבה שלשמה נוצר ההקדש חרבה, בטל ההקדש? או שמא מאחר שישיבה חדשה הוקמה במקומה של הישיבה שחרבה, נחשבת הישיבה החדשה כהמשך לישיבה שחרבה, והיא תזכה ליהנות מנכסי ההקדש? ר׳ משה גלאנטי השיב שההקדש לא בטל, והישיבה החדשה תזכה ליהנות מנכסי ההקדש, משום שבכך מוגשמות בקירוב מטרותיו של ההקדש[29].

[24] שו״ת מהריט״ץ, סימן קנח.

[25] אכן, כדי למזער את הפגיעה במטרה המקורית של ההקדש, שהיא פרנסת תלמידי חכמים, מסיים המשיב: ״מובטחני בהם [=במנהיגי העיר צפת] שיקלו מעל תלמידי חכמים מעט ממשא מלך ושרים בכל שנה ושנה, כדי שיהיו נקיים מה׳ ומישראל״.

[26] ערעור 83/תשל״ט, בבית הדין הרבני הגדול, מובא בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 277־281. ראה גם בשו״ת מהרשד״ם, יו״ד, סימן קסב.

[27] עיקרון הביצוע בקירוב בדיני ההקדשות מקובל מקדמת דנא במשפט העברי, וכבר עמדו על כך בתי המשפט בישראל. ראה: ע״א 8704/99 שצוין לעיל, הערה 11; ת״ע (ת״א) 2812/75 היועץ המשפטי נ׳ יוסטין הס, פ״מ תשל״ו(1) 316, עמ׳ 320־322.

[28] שו״ת מהר״ם גלאנטי, סימן קכג.

[29] בשו״ת סמא דחיי, יו״ד, סימן יד, קובע שיש לעשות שימוש בכספי הקדש לטובת ישיבה שחרבה לטובת ישיבות אחרות, ולא להעבירם ליורשים. והסכימו עמו גם רבני מכנאס ואלגזיר, כפי שעולה מתשובותיו שם, סימנים טו־טז.

שו״ת הר הכרמל, יו״ד, סימן כד, מתיר לנאמנים לעשות שימוש בכספי הקדש שנועד לשם מתן שכר לימוד

בשאלה דומה דן בית הדין הרבני האזורי בירושלים[30], שדן בבניין שהוקדש לטובת תלמוד תורה מסוים. ברבות השנים נסגר תלמוד התורה והמוסד נהפך לבית מדרש לאברכים. בית הדין קבע שעל אף שקיים הבדל בין תלמוד תורה שנועד לשם לימוד תורה לילדים קטנים, לבין בית מדרש לאברכים, זכאי בית המדרש ליהנות מדמי השכירות החודשיים של נכס ההקדש. לדבריו, בית המדרש "הוא המשך של אותו מוסד שהיה קיים בעבר", שהרי יש בקיומו משום הגשמה בקירוב של מטרות ההקדש, שהרי בית המדרש, כמו תלמוד התורה, נועד לשם הפצת לימוד התורה.

במקרה אחר[31] נדון עניינו של מגרש שהוקדש כדי שיבנו עליו בניין שדמי השכירות מחלק מדירותיו ישמשו לטובת "בית הכנסת בית ועד לחכמים", שדמי השכירות מחלק אחר של הדירות ישמשו לטובת "הכנסת אורחים ליהודים שומרי דת", והקומה העליונה תשמש ל"תלמוד תורה שערי ציון, שיתנהל על יסוד החינוך הדתי הישן". תפקידם של הנאמנים היה להחזיק במגרש, לדאוג לבניית הבניין, להשכיר את הדירות ולהקים את המוסדות שאמורים היו לשכון בבניין.

כעבור זמן, אחדים מן הנאמנים הלכו לעולמם, אחרים עזבו את הארץ, והנותרים סירבו להתחייב לבנות את הבניין האמור. במצב זה, הגיע בית הדין למסקנה ש"ההתחייבות להקים בנין על המגרש המוקדש... לא נתמלאה, וגם אין לקוות שתתמלא", אולם לאחר זמן מה פנתה הנהלתה של ישיבה מסוימת לבית הדין בבקשה "לקבל עליה את הדאגה להנהלת ההקדש ולהשגת הכספים הדרושים לשם הקמת בניינים עליו", בתנאי שהכנסות ההקדש מדמי השכירות "יהיו קודש לישיבה ולמטרותיה לצמיתות". בית הדין נעתר לבקשה, הגם שהישיבה לא התחייבה שבחלק מדמי השכירות ייעשה שימוש לשם בית כנסת או לשם הכנסת אורחים, משום ש"מטרת הישיבה... הן בהחלט אותן המטרות שלשמן נוצר ההקדש לכתחילה", ועל כן "מילוי הבקשה... הנהו לטובת ההקדש ויאפשר את הוצאתו לפועל"[32].

פרק חמישי

שינוי או ביטול של הוראה לפי "אומד דעתו של יוצר ההקדש"

א. מבוא

חוק הנאמנות אינו מאפשר לבית המשפט לשנות או לבטל הוראות של כתב ההקדש, אם לא ביקש יוצר ההקדש את הדבר ולא השתנו הנסיבות, אף אם השינוי תואם את אומד דעתו של

לתלמידים עניים, לטובת רכישת ביגוד לתלמיד כדי שיוכל ללכת לתלמוד התורה, משום ש"על ידי שיהיה הנער מלובש היטב, ייתן יותר לב להלימוד, וכל כיוצא בזה".

[30] תיק 752 בבית הדין הרבני האזורי בירושלים; נדפס בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 157.

[31] תיק 6/16, בבית הדין של הרבנות הראשית לארץ ישראל; נדפס בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 422-426.

[32] כאשר הנאמנות נוצרה לטובת כמה מוסדות שמטרותיהם דומות ואחד מהם נסגר, העדיף בית הדין לחלק את הנכסים שיועדו לטובת אותו מוסד לשאר המוסדות שלשמן נוצרה הנאמנות. על כך ראה בפסק הדין המובא בספר בשערי בית הדין, חלק א, עמ' 224.

יוצר ההקדש. מכאן, שלפי תפיסת המחוקק, אומד דעתו של המקדיש, כשלעצמו, אינו מהווה סיבה מספקת לשינוי הוראה או ביטולה.

ב. עמדת המשפט העברי — כללי

את הכלל העקרוני בכל הנוגע לשינוי או ביטול של הוראות כתב ההקדש לפי אומד דעתו של היוצר, ניסח ר' אליהו מזרחי בצורה בהירה[33]: "האומדנא, שהיא השרש הגדול שכל דיני ההקדשות שהנדרים והנדבות תלוין בה".

מעיקרון זה עולה ש"המשפט העברי מתיר סטייה מהוראות הנאמנות על פי אומד דעת היוצר, גם אם לא נשתנו הנסיבות"[34].

להלן נבחן מצבים שונים שבהם התירו הפוסקים שינוי מהותי בהוראות כתב ההקדש, בהסתמכם על אומדן דעתו של יוצר ההקדש.

ג. שינוי מטרותיה של קופה ציבורית

העיקרון שניתן לשנות הוראות של כתב הקדש בהסתמך על אומד דעתו של המקדיש, בא לידי ביטוי בעיקר בסוגיה העוסקת בשינוי מטרותיה של קופה ציבורית.

קופה ציבורית היא קרן שנכסיה נאספים מן הציבור הרחב, והיא מיועדת למטרות ציבוריות. למעשה, ניתן להתייחס אל קופה כזאת כאל הקדש ציבורי, בהיותה מורכבת מכספים שהעבירו אנשים שונים לנאמן, על מנת שיעשה בהם שימוש לטובת המטרות שלשמן נוצרה הקופה[35].

[33] שו"ת ר' אליהו מזרחי, סימן נג.

[34] כרם, עמ' 733, הערה 18. אולם, מה שכתב באותה הערה, לפיו "הקובע אם השינוי מותר הוא, אם השינוי הוא למטרה נעלה יותר" אינו מדוייק, שכן, כפי שניווכח להלן, בנסיבות שיש להניח שהיוצר מסכים לשינוי, ניתן יהיה לשנות את מטרות ההקדש, אף אם המטרות החדשות אינן נעלות מן המטרות המקוריות.

[35] המוסד המשפטי הקרוב ביותר בימינו לקופה הציבורית הוא ה"חברה לתועלת הציבור", המוגדרת בחוק החברות, התשנ"ט־1999, סעיף 345א(א): "חברה שבתקנונה נקבעו מטרות ציבוריות בלבד וכן איסור על חלוקת רווחים או חלוקה אחרת לבעלי מניותיה". הגדרה זו, שנכנסה לתוקף ב־21.06.07, החליפה את ההגדרה שבסעיף 32 של חוק הנאמנות, שבו לא נקבע איסור על חלוקת רווחי החברה בין בעלי המניות. לפי ההגדרה החדשה, קופות החולים, למשל, הן חברות לתועלת הציבור.
בעבר הוסדר עניינה של החברה לתועלת הציבור בפרק הרביעי של חוק הנאמנות, בו נקבע שההוראות שחלות על ההקדש הציבורי יחולו, בשינויים המחויבים, גם על החברה לתועלת הציבור, ו"לעניין זה יראו את מנהלי החברה כנאמנים של הקדש" (סעיף 34).
לאחרונה הוסדר עניין השינוי בייעודן של תרומות שנתרמו לחברה לתועלת הציבור ועמותות, בתיקון הנ"ל לחוק החברות (תיקון מקביל נעשה גם בסעיף 11 לחוק העמותות, התש"ם־1980). בתיקון נקבע, שמטרותיה של חברה לתועלת הציבור ישונו בהחלטה של האסיפה הכללית של בעלי המניות, שבה יציגו מנהלי החברה "פירוט של הנכסים שנצברו למטרותיה של החברה עובר לשינוי המבוקש, והמחויבויות שקיבלה על עצמה החברה לעניין זה, לרבות כלפי תורמים לחברה" (סעיף 345ה(ב)).
החלטת האסיפה הכללית כפופה לביקורת ציבורית, כדלהלן: החלטה לשנות את מטרות החברה למטרות קרובות למטרות הציבוריות הקבועות בתקנונה, טעונה רישום בידי רשם ההקדשות (סעיף 345ה(ג)(1)); ואם המטרה החדשה אינה קרובה למטרותיה המקוריות של החברה, ייעשה שינוי המטרות על פי אישור בית המשפט (סעיף 345ה(ג)(2). יצוין, שסעיף 345ה(ג)(1) מסמיך את הרשם לקבוע שהמטרה החדשה אינה קרובה למטרותיה המקוריות של החברה, ולהפנות את המבקשים לבית המשפט כדי שיאשר את שינוי המטרות.

בעניין זה אומרת הברייתא[36]: "רשאים בני העיר לעשות קופה תמחוי ותמחוי קופה, ולשנותה לכל מה שירצו". הברייתא עוסקת בקופות ציבוריות שנועדו לרווחת העניים, ומשמע ממנה, ש"בני העיר" רשאים לשנות את מטרותיה של הקופה "לכל מה שירצו". הלכה זו מעוררת שלוש שאלות: (א) מהו היסוד המשפטי לכוחם של בני העיר לשנות את מטרותיה של הקופה? (ב) מי הם "בני העיר", שמוסמכים לשנות את המטרות? (ג) מה בא בגדר "כל מה שירצו"?

(1) מדוע רשאים בני העיר לשנות את מטרותיה של הקופה?

ההסבר המקובל לסמכותם של בני העיר לשנות את מטרותיה של הקופה הוא, שיש להניח שמי שמפקיד כסף בקופה ציבורית, מעניק לציבור או לנציגיו את הסמכות לשנות את המטרות שלשמן יועדה הקופה מלכתחילה[37]. לכן, על אף שאין יוצר ההקדש רשאי לשנות את מטרות

אם כן, התיקון מבוסס על שלושה עקרונות חשובים: (א) שאין לשנות את מטרותיה של חברה לתועלת הציבור אלא למטרות ציבוריות; (ב) שהשינוי לא יפגע ביכולתה של החברה לעמוד בהתחייבויותיה, ובכלל זה גם כלפי התורמים; (ג) שחייב להיות פיקוח ציבורי על שינוי המטרות.

יש לציין ש"הקדש ציבורי" כולל הקדש שנוצר על ידי יחיד לטובת מטרות ציבוריות, וזו לא קופה ציבורית.

[36] בבא בתרא ח ע"ב.

[37] ראה למשל: תוספות, בבא בתרא שם, ד"ה ולשנותה לכל מה שירצו; חידושי הרשב"א, בבא בתרא שם, ד"ה ומיהו י"ל; חידושי הריטב"א, בבא בתרא שם, ד"ה ואחרים פירשו; שו"ת הרא"ם, סימן נג ("דאומדנא דדעתא היא דכל הנודרים נדרים ונדבות להקדשות על דעת כל הקהל או רובו הם נודרים").

פוסקים רבים מסייגים הנחה זו לקופה קבועה, כגון קופת התמחוי או הצדקה, שלשם מימון הוצאותיה נערכת מגבית קבועה, מעת לעת. הם טוענים, שבקופה כזאת, יש להניח שהתורם מוכן להעניק לציבור את הסמכות לשנות את מטרות הקופה, כיוון שהוא יודע שבסופו של דבר, שינוי המטרות לא יסכל לחלוטין את האפשרות להגשים את המטרה שלשמה הוא תרם את כספו. לעומת זאת, אם הקופה ממומנת ממגבית מיוחדת, כגון קופה לשם פדיון שבוי או לשם בניית בית כנסת, יש לחשוש ששימוש בכספי הקופה למטרות שונות מאלו שלשמן היא יועדה מלכתחילה, יביא לכך שלא ניתן יהיה להגשים את המטרות המקוריות, ולכן אין להניח שבנסיבות אלו, מעניק התורם לציבור את הסמכות לשנות את מטרות הקופה. ראה: רא"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן כט; עליות דרבנו יונה, בבא בתרא ח ע"ב, ד"ה עלה בידנו (מדבריו אף משמע שרק אם יש בקופה כסף מיותר, שאינו דרוש למימון הוצאותיה השוטפות, ניתן לשנות את מטרותיה של הקופה); שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תריז; שו"ת מהר"י וייל, סימן כו (ע"פ ש"ך, יו"ד, סימן רנו, ס"ק ז).

סייג זה עולה בקנה אחד עם העיקרון שבחוק החברות, שצוין לעיל, הערה 35, שהחלטת אסיפה כללית של חברה לתועלת הציבור בעניין שינוי מטרותיה תתקבל רק לאחר שיובהר ששינוי המטרות לא יפגע ביכולתה של החברה לעמוד בהתחייבויותיה, לרבות כלפי התורמים.

נראה שדעת הרא"ש התקבלה להלכה, כפי שעולה מדברי ט"ז, יו"ד, סימן רנו, ס"ק ד, וסימן רנט, ס"ק ג, וס"ק ה; וש"ך, יו"ד, סימן רנו, ס"ק ז, וסימן רנט, ס"ק ה. אולם בערוך השולחן, יו"ד, סימן רנו, סעיף יב, תמה על הש"ך וכתב שהשולחן ערוך לא קיבל את דברי הרא"ש.

אבל נראה שגם אם הקופה ממומנת ממגבית מיוחדת, יש צרכים שיש להניח שהתורמים יהיו מוכנים שכספם ישמש לטובתם, אף ששימוש זה יפגע בהגשמתן של המטרות המקוריות שלשמן נוצרה הקופה. כך למשל פוסק הש"ך, יו"ד, סימן רנו, ס"ק ז, שבני העיר רשאים לקחת כספי קופת צדקה ולהשתמש בהם לטובת פדיון שבויים; ובשו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קעא, כותב שניתן לשנות את מטרותיו של הקדש שנועד לשם תמיכה בלומדי תורה, לשם הצלת נפשות. לדעת רבים, רשאים נציגי הציבור לשנות את מטרת הקופה למטרה נעלה מן המטרה המקורית, אף שהקופה ממומנת ממגבית מיוחדת, מפני שיש להניח שהתורם לא יתנגד שייעשה בכספו שימוש לטובת מטרה נעלה מזו שלשמה הוא תרם את כספו. ראה: שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנט, סעיף ב; ש"ך, יו"ד, סימן רנב, ס"ק ג, וסימן רנט, ס"ק ה. מנגד, חכמת אדם, כלל קמח,

ההקדש לאחר שנכסיו הועברו לשליטת הנאמן, רשאים בני העיר לשנות את מטרות הקופה הציבורית, וזאת בהסתמך על אומדן דעת המקדישים[38].

(2) מי הם "בני העיר"?

השאלה, מי הם בני העיר שבסמכותם לשנות את מטרותיה של הקופה הציבורית, קשורה בטבורה לבחינת אומדן דעתו של המקדיש, ובעניין זה נחלקו המפרשים.

יש הסבורים, שאומדן נכון של דעת התורם הוא, שהוא מוכן להעניק לציבור או לנציגיו[39] את הסמכות לשנות את מטרותיה של הקופה, אך אין להניח שהוא מוכן להעניק סמכות זו בידי הנאמן הציבורי, המופקד על ניהול הקופה[40].

אחרים סבורים[41], שעל פי רוב, מוכן התורם גם להעניק לנאמן הציבורי את הסמכות לשנות את מטרותיה של הקופה, אלא שאין להניח שהתורם מוכן לתת לנאמן זה את הסמכות לשנות

סעיפים יא־יב, חולק על כך, וסובר שאם הקופה ממומנת ממגבית מיוחדת, אין לשנות את מטרותיה, אף לא למטרות שהן נעלות מן המטרות שלשמן נוצרה הקופה מלכתחילה.

38 מהסבר זה מתבקשת המסקנה, שאם התורם הצהיר במפורש, בעת שתרם את כספו, שאין הוא מוכן שייעשה שימוש בכספו למטרות שונות מאלו שלשמן הוא תרם אותו, לא יוכלו בני העיר לעשות שימוש בכספיו למטרות שונות מאלו שלשמן הם נתרמו, וכך אמנם פסק בשו"ת הרמב"ם (מהד' בלאו), סימן רו.

רמ"א, יו"ד, סימן רנו, סעיף ד, פסק שגם אם המקדיש הצהיר שהוא מעוניין שכספו יימסר לעניי העיר או לעני פלוני, אין בני העיר יכולים לעשות שימוש בכסף שתרם, למטרה אחרת. אבל בשו"ת מהר"י וייל, סימן כו, שהוא המקור להלכת הרמ"א, מבואר שטעם הדבר הוא, שעניי העיר זכו בחלקם כבר מעת שהתורם הצהיר שהוא מייעד את הכסף לעניי העיר. הוא כותב שהדין כך אף אם חלקו של כל עני בכסף אינו קצוב, וכך כתב בדעתו בשו"ת משנת ר' אהרן, חלק א, סימן לא, אות א. וראה גם: ש"ך, יו"ד שם, ס"ק י; ביאור הגר"א, יו"ד שם, ס"ק יא. לפי הסבר זה, אפשר שהרמ"א יודה, שאם הצהיר המקדיש שהוא מייעד את כספו לטובת מטרה ציבורית כללית, כגון לשם בניית בית כנסת, יכולים בני העיר להשתמש בכספו למטרות אחרות, כל עוד לא יצהיר במפורש, שאין הוא מוכן להעניק לבני העיר סמכות זו. לעניין ההבחנה בין הקדש לטובת מטרה כללית להקדש לטובת נהנים מסוימים בכל הנוגע בכוחו של הציבור לשנות את מטרות ההקדש, ראה גם: הגהות רבנו פרץ על תשב"ץ קטן, סימן תו (הובא בכל בו, סימן פב); שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף רד (קלד); שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן לח. עוד לעניין הבחנה זו, ראה בשו"ת אחיעזר, חלק ב, סימן כג, ובמקורות המצוינים שם.

יש לציין, שהמסקנה העולה מן ההסבר לסמכות בני העיר לשנות את מטרות הקופה ומדברי הרמב"ם בתשובתו, מנוגדת להכרעת בית המשפט בע"א 8888/00, שצוין לעיל, הערה 5, שם נקבע שאף אם תהיה הוראה בכתב ההקדש, השוללת את סמכות בית המשפט לשנות את הוראות כתב ההקדש, "הוראה כזאת אינה יכולה לעמוד, בהתיימרה להתנות על הוראה קוגנטית (סעיף 23) של חוק הנאמנות, עליה לא ניתן להתנות לפי סעיף 11 לחוק זה... מסקנה זו יפה, ביתר תוקף, כאשר מדובר בהקדש ציבורי, שמטרתו היא "קידומו של עניין ציבורי" (סעיף 26 לחוק)". וראה המקורות שצוינו שם לקביעה זו.

39 במרדכי, מגילה, סימן תתכא (הובא בבית יוסף, יו"ד, סימן רנו), כתב שהשינוי צריך להיעשות על ידי שבעה טובי העיר, במעמד אנשי העיר. אך מסתימת לשון הראשונים והפוסקים נראה שלא קיבלו את דבריו בזה, והעניקו את הסמכות המסורה ל"בני העיר", לפרנסי הציבור, ולא דרשו שלשם הפעלתה יהיה צורך לכנס את כל בני העיר. ראה למשל: עליות דרבנו יונה, בבא בתרא ח ע"ב; נימוקי יוסף, בבא בתרא ו ע"ב (בדפי הרי"ף); שולחן ערוך, יו"ד שם, סעיף ד.

40 ראה למשל: תוספות, ערכין ו ע"ב, ד"ה משבאת ליד גבאי; מרדכי, בבא בתרא, סימן תצא (בשם ר"י); רבנו יונה, בבא בתרא, שם; חידושי הרמב"ן, בבא בתרא, שם.

41 ראה למשל: רא"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן כט; טור, יו"ד, סימן רנט; שו"ת מהרי"ק, שורש ה (המביא גם את לשון ריצב"א, ש"לדבר מצוה אפילו גבאי יכול לשנות"); בדק הבית, יו"ד שם, בשם רבנו ירוחם; ט"ז, יו"ד שם, ס"ק ד (בדעת הרמ"א); ש"ך, יו"ד שם, ס"ק א.

את מטרות הקופה גם למטרות ציבוריות שאין מצווה בהגשמתן ("דבר הרשות"). נראה שדעה זו מקובלת על רוב הפוסקים[42].

(3) המטרות החדשות — "לכל מה שירצו"?

פוסקים רבים מפרשים את האמור הברייתא "לכל מה שירצו" כמשמעותו הפשוטה, שנציגי הציבור יכולים לשנות את מטרות הקופה גם ל"דבר הרשות", כלומר, לכל מטרה ציבורית שיחפצו בה[43].

אולם, יש הסבורים[44], שאין להניח שהתורם מוכן להסמיך את נציגי הציבור לעשות שימוש בכספו לכל מטרה ציבורית שיחפצו בה, ומשום כך, סמכות בני העיר לשנות את מטרות הקופה מוגבלת למטרות הדומות למטרותיה המקוריות של הקופה. לפיכך, בני העיר יוכלו לקבוע שקופה שנועדה לסיוע לעניים, תשמש מעתה לרכישת תרופות לחולים, אולם הם לא יוכלו לקבוע, שהיא תשמש לסלילת כבישים.

ויש המחזיקים בעמדת ביניים, שיש בכוחם של נציגי הציבור לשנות את מטרות הקופה לכל מטרה אחרת שהגשמתה היא בגדר מצווה, אף אם אין היא דומה במהותה למטרה המקורית שלשמה נוצרה הקופה, אך אין בכוחם לשנות את מטרות הקופה ל"דבר הרשות" ממש[45].

נראה שהעמדה הראשונה, המרחיבה את סמכות הציבור או נציגיו לשנות את מטרות הקופה גם ל"דבר הרשות" ממש, היא זו שנתקבלה להלכה[46].

ד. הקדש המנוהל בידי נאמן ציבורי

לדעת פוסקים רבים[47], אף בהקדש שנוצר בידי יחיד, ואינו בגדר קופה ציבורית, אך כספיו

[42] אבל במקום שנהוג להעניק לנאמן הציבורי את הסמכות לשנות את מטרות הקופה גם ל"דבר הרשות", יוכל לשנות את מטרות הקופה גם למטרות שהגשמתן אינה בגדר מצווה. ראה ש"ך, יו"ד שם, ס"ק ח.

[43] ראה: תוספות, בבא בתרא ח ע"ב, ד"ה ולשנותה; חידושי הר"ן, בבא בתרא ח ע"ב, ד"ה ורשאין; בית הבחירה, בבא בתרא שם, בשם "גדולי המחברים"; שו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתקמב (הובא במרדכי, בבא בתרא, סימן תפו); סמ"ג, עשה קסב, דף רח ע"א; סמ"ק, סימן רמח; שו"ת מהרי"ק, שורש ה ושורש קכח; שו"ת הרא"ם, סימן ט.

[44] ראה: חידושי הר"י מיגאש, בבא בתרא ח ע"ב, הובא בחידושי הרשב"א, בבא בתרא ח ע"ב, ד"ה ולשנותן ("הא דקתני ולשנותן לכל מה שירצו, לצורך עניים הוא, אבל שלא לצורך עניים אין להם לשנותן כלל"; ושו"ת מהריט"ץ, סימן עט, ד"ה שוב, מפרש, שלא התיר ר"י מיגאש לשנות את מטרת הקופה, אף לא לטובת מטרות דומות לאלו שלשמן היא נוצרה, אלא רק ללוות מכספי הקופה לטובת מטרות דומות; אולם חקרי לב, יו"ד, חלק ג, סימן קה, ד"ה ומהאמור, דוחה פירוש זה בדברי ר"י מיגאש); ר' יצחק בן גיאת (לפי שו"ת מהרי"ק, שורש קכג ושורש קכח); יד רמה, בבא בתרא, פרק א, סימן צ, ד"ה והא דקתני; הרא"ה, בשיטה מקובצת, בבא בתרא שם, ד"ה ולשנותן; רי"ף, בבא בתרא ו ע"ב (בדפי הרי"ף), ע"פ הרמב"ן והר"ן, שם; ר"י (ע"פ מרדכי, בבא בתרא, סימן תצא; אבל בסימן תצב, הוא מכריע שגם לדעה זו, היות שכיום נהוג לתת בידי הפרנסים סמכות רחבה לשנות את מטרות הקופות לכל מטרה ציבורית שיחפצו בה, הרי שגם לדעה זו, בני העיר מוסמכים לשנות את מטרות הקופה "לכל מה שירצו" ממש).

[45] ראה שו"ת אחיעזר, חלק ב, סימן כג, בדעת ר"י מיגאש. כך משמע גם מביאור הגר"א, יו"ד, סימן רנז, ס"ק ז, אף שהמשמעות הפשוטה של דבר ר"י מיגאש היא כאמור בהערה 44.

[46] ראה: רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ט, הלכה ז; שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנו, סעיף ד.

[47] ראה: חידושי הר"ן, בבא בתרא ח ע"ב, ד"ה ומסתברא; שו"ת מהרי"ק, שורש ה (בדעת שו"ת הרא"ש, כלל

הופקדו בידי נאמן ציבורי, כגון גבאי צדקה, יש להניח שיוצר ההקדש מעניק לנאמן או לנציגי הציבור את הסמכות לשנות את מטרותיו של ההקדש[48].

אולם יש החולקים על כך[49], ולדעתם, רק בהקדש לטובת קופה ציבורית, אנו יכולים להניח שהמקדיש מעניק לנציגי הציבור או לנאמן הציבורי את הסמכות לשנות את מטרות ההקדש. אולם בהקדש שאינו בגדר קופה ציבורית, אנו מניחים שהיוצר מעוניין שההקדש ינוהל בדיוק לפי התנאים שקבע, ולטובת המטרות שלשמן הוא יצר את ההקדש. לפיכך, אין בכוחו של הנאמן הציבורי, ולא בכוחם של נציגי הציבור, לשנות את מטרותיו של ההקדש[50].

נראה שהמחלוקת בעניין זה לא הוכרעה[51], ומשום כך, אין לנאמן הציבורי סמכות לשנות את מטרות ההקדש[52].

יג, סימן ד, ושו"ת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתקמב); רמ"א, יו"ד, סימן רנו, סעיף ד.

48 שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קנ, דן בשאלה, האם יש בכוחו של הנאמן הציבורי לשנות את מטרות ההקדש למטרות אחרות, שאין הוא ממונה על הגשמתן.

49 ראה חידושי הרשב"א, בבא בתרא ח ע"ב (וכן משמע משו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רן, וזה לכאורה בניגוד למובא בשמו בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רסח, ש"כל המקדיש על דעת אנשי העיר מקדיש"; ושו"ת בני שמואל, סימן לה, ושו"ת שער הקדים [שאקי], סימן ב, ד"ה ועוד (עמ' יא), כתבו שהתשובה האחרונה אינה של הרשב"א, בניגוד לדעת בשו"ת בעי חיי, יו"ד, סימן רכ, דף קסג ע"ג, שמסיק מדברי הרשב"א בשו"ת המיוחסות לרמב"ן, שהוא חזר בו מן העמדה שהביע בחידושיו, להבחין בין הקדש שנוצר על ידי יחיד לקופה ציבורית; אך שו"ת שער הקדים שם כתב שבעי חיי לא ראה את התשובה שבשו"ת הרשב"א, חלק ה, משום שהיא לא נדפסה בזמנו, ואילו היה זוכה לראותה, לא היה קובע שהרשב"א חזר מן העמדה שהביע בחידושיו); נימוקי יוסף, בבא בתרא ו ע"א, בדפי הרי"ף (בשם רבנו יונה); בדק הבית, יו"ד, סימן רנט, סעיף א (בשם רבנו ירוחם, תולדות אדם וחוה, נתיב יט, חלק א); שו"ת נבחר מכסף, סימן קא.

50 בשו"ת בעי חיי, יו"ד, סימן רכ, דן בהרחבה בשיטה זו, ומכריע שאם המקדיש העניק לציבור את הסמכות למנות נאמנים, ולא קבע בעצמו את זהות הנאמן, מסכימים כל הפוסקים שיש להניח שהמקדיש העניק לציבור את הסמכות לשנות את מטרות ההקדש לפי שיקול דעת הקהילה או נציגיה.

51 כך כתב בשו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קסט.

מדברי שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנט, סעיף ב (ע"פ שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן יד): "צדקות שהתנדבו לצורך בית הכנסת או לצורך בית עלמין, יכולים בני העיר לשנותם לצורך בית המדרש או תלמוד תורה, אפילו אם הבעלים מעכבים", משמע שאם מסר יוצר ההקדש את כספו בידיו של נאמן ציבורי, יש להניח שהוא מסר בידיו את הסמכות לשנות את מטרות ההקדש. ויש להעיר שבע"א 8704/99 הנ"ל בהערה 11, שימשה הלכה זו כמקור לכך שדוקטרינת ה"ביצוע בקירוב" קיימת במשפט העברי; והדברים אינם מדויקים, שהרי השולחן ערוך עוסק שם בשינוי תנאים, ולא בביצוע בקירוב; וראה גם לעיל, הערה 12.

לעומת זאת, בשולחן ערוך, או"ח, סימן קנג, סעיף יד, פסק שמי שהקדיש קרקע כדי שיבנו עליה בית הכנסת, ומאחר שהגויים לא הסכימו לכך, ביקשה הקהילה לבנות על הקרקע תלמוד תורה, אם המקדיש אינו מבני העיר, רשאים נציגי הציבור לשנות את מטרת ההקדש. אולם, אם הוא מבני העיר, אין בכוחם לעשות כן, "אלא אם כן יש שם חבר עיר [=מנהיג ציבור], דכל מאן דאתי — אדעתא דידיה אתי [=שכל מי שבא, על דעתו בא]". מהלכה זו עולה, שאם יוצר ההקדש הוא מבני העיר, אין בכוחם של בני העיר לשנות את מטרות ההקדש, אלא אם יש להניח שהוא העניק לציבור את הסמכות לשנות את מטרות ההקדש. במגן אברהם, שם, ס"ק לו, מסביר, שההלכה הראשונה עוסקת במקדיש שאינו מבני העיר, שהיות שמסר את כספו בידיהם של נציגי הציבור והלך, אנו מניחים שהוא מסר באופן מוחלט את הסמכות בעניין ניהול ההקדש, לידי נציגי העיר. לפיכך, יש בכוחם לשנות את מטרות ההקדש, אף אם היוצר יופיע מאוחר יותר, ויבקש למנוע את הדבר. לעומת זאת, ההלכה השנייה, עוסקת במקדיש שהוא מבני העיר, שמאחר שאין הוא מפקיד את כספיו בידי נציגי הציבור והולך למקום אחר, אין להניח שמסירת הכספים בידי נציגי הציבור

ה. שינוי ייעודו של נכס שהוקדש לשימוש ציבורי

מי שמקדיש נכס לשימוש הציבור, יש מקום להניח, שיש לו עניין שהנכס יוסיף לשמש למטרה שלשמה הוא הוקדש, כדי שבדרך זו תונצח תרומתו. כך למשל, יש להניח שמי שתרם ספר תורה לבית כנסת, אינו מעוניין להעניק לגבאים את הסמכות למכור את הספר כדי לממן בתמורה שיפוצים לבית הכנסת.

הברייתא העוסקת בעניין זה אומרת[53]: "ישראל שהתנדב מנורה או נר לבית הכנסת, אסור לשנותה". לכאורה, הברייתא אוסרת שינוי ייעוד של נכס שהוקדש לשימוש ציבורי, בלי סייג[54]. אולם ר' אמי מסייג את האיסור וקובע שהוא חל רק אם מבקשים להשתמש בנכס ל"דבר הרשות", ואילו אם מבקשים להשתמש בנכס ל"דבר מצווה"[55], השינוי מותר.

בהמשך הסוגיה, מובאים דבריו של ר' יוחנן: "גוי שהתנדב מנורה או נר לבית הכנסת, עד שלא נשתקע שם בעליה, אסור לשנותה; משנשתקע שם בעליה, מותר לשנותה". בתלמוד

מעידה על הסתלקות מוחלטת מניהול נכסי ההקדש, ומשום כך, אין נציגי הציבור רשאים לשנות את מטרות ההקדש אם היוצר מתנגד לכך. אולם נוסח ההלכה המתירה את שינוי המטרות, אינו מעיד על כך שמדובר בה בנכסים שהוקדשו בידי מי שאינו מבני העיר.

שו"ת היכל יצחק, או"ח, סימן יד, דן בסתירה שבין ההלכות, ומקשה, מדוע יש בכוחו של המקדיש למנוע מרוב הציבור לשנות את מטרות ההקדש, בניגוד להלכה הידועה (משנה ברורה, סימן קנג, ס"ק כד), שבמקום שמותר מן הדין למכור בית הכנסת, ניתן למכור גם בניגוד לעמדת המיעוט מבני העיר? מכוח קושיה זו הוא מבחין בין בית כנסת שנבנה על ידי רבים לבין בית כנסת שנבנה מתרומת יחיד (הקדש פרטי). בבית כנסת שנבנה מתרומתם של רבים, אנו מניחים שהציבור קיבל על עצמו שכספי הקופה המשמשת לטובת בניית בית הכנסת, ינוהלו בהתאם לעמדת רוב הציבור, ומשום כך אין בכוחו של היחיד למחות נגד כוונת הציבור לשנות את מטרת הקופה. לעומת זאת, בבית כנסת שנבנה מתרומת היחיד, יש להניח שהמקדיש שייר לעצמו את הזכות למחות נגד הכוונה לשנות את מטרות ההקדש, ומשום כך אין בכוחו של רוב הציבור לשנות את מטרות ההקדש. ועיין שם, שדן גם בשאלה האם זכות המחאה עוברת בירושה.

עוד יש להעיר, שתיתכנה נסיבות נוספות שיעידו שהמקדיש סילק עצמו מכל וכל מניהול ההקדש, ומסר בידי הנאמנים את הסמכות לשנות את מטרות ההקדש. כך למשל, בשו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן סה, קבע: "היכי שהתנדבו נוחי נפש [=אנשים הנוטים למות] לכפרת נפשם איזו מעות, ונותנים לגבאים, ודאי מסתלקי מכל וכל", שכן בנסיבות אלו, אין להניח שהמקדיש התכוון להותיר בידיו את הסמכות לשנות את מטרות ההקדש.

[52] ראה שו"ת שער הקדים, שם, עמ' יב.

[53] ערכין ו ע"ב.

[54] כך אמנם הבין ר' חייא בר אבא, בערכין, שם.

[55] מרדכי, בבא בתרא, סימן תצב, מבהיר שניתן לשנות את ייעוד הנכס ל"דבר מצווה" שהיא פחות חשובה מן המצווה שלשמה הוקדש, משום שהכלל ש"מעלין בקודש ואין מורידין" (ברכות כח ע"א; וראה דוגמה ליישומו של עיקרון זה במגילה כו ע"א; וראה סעיף 18, הערה 27, בדבר החלת כללי "מעלין בקודש ואין מורידין" על שינוי ייעוד של נכסי נאמנות) נוגע רק לתשמישי קדושה כגון ספר תורה וארון קודש, ולא לחפצים שהקדישו לטובת "דבר מצווה" ציבורי, שאינם תשמישי קדושה. אולם דרכי משה, יו"ד, סימן רנט, ס"ק ג, מסיק מדברי הרא"ש שצוינו לעיל, הערה 51, שהוא חולק על המרדכי, שהרי הוא קבע שאין לשנות את מטרותיו של הקדש לטובת לומדי תורה ולהשתמש בנכסיו לטובת בית כנסת, כיוון שהמטרה הראשונה חשובה מן השנייה. לעומתו, ש"ך, יו"ד, סימן רנט, ס"ק יא, מוכיח שהרא"ש לא אסר באופן קטגורי שינוי של מטרות הקדש בדרך זו, אלא רק אם שינוי המטרות יבוא על חשבון יכולתו של המטרה המקורית.

הוסבר שגם ר׳ יוחנן עוסק בשינוי ייעודו של הנכס ל״דבר מצווה״, ובכל זאת הוא אוסר את השינוי, כל עוד ידועה זהותו של בעל הנכס, מחשש ששינוי ייעודו של הנכס יגרום חילול השם, וכלשון הרמב״ם[56]: ״שמא יאמר הגוי: ׳הקדשתי דבר לבית הכנסת של יהודים, ומכרוהו לעצמן׳״. חשש זה אינו קיים לגבי מקדיש יהודי, כיוון שהוא מודע לכך שמותר לשנות את ייעוד נכס ההקדש ל״דבר מצווה״[57].

נמצאנו למדים, שאם המקדיש אינו יהודי, אין לשנות את ייעוד הנכס ל״דבר מצווה״, אלא לאחר שהשתקע שם בעליו. לעומת זאת, אם המקדיש יהודי, ניתן לשנות את ייעוד הנכס ל״דבר מצווה״ אף אם לא נשתקע שם בעליו[58].

כאמור, לפי ר׳ אמי, נכס שהוקדש לשימוש הציבור ב״דבר מצווה״ אסור לשנות את ייעודו ב״דבר הרשות״. אולם רוב הפוסקים הכריעו שאיסור זה מתבטל לאחר שהשתקע שם המקדיש[59].

פרק שישי

ביטול הקדש

א. מבוא

הסעיף קובע שבית המשפט מוסמך לבטל הקדש, אם ראה ש״מטרותיו הושגו או שאינן ניתנות להגשמה״. הקדש שמטרותיו הושגו — בטל, אף אם בית המשפט לא יבטל אותו, שכן אין שום משמעות להקדש לאחר שהושגו מטרותיו, ולא נותר לנאמן שום תפקיד. על כן, הביטול על ידי בית המשפט נועד רק ״להניח את דעת הנאמן, שאין הוא חייב להמשיך בתפקידו, ואת דעת הנהנים האמורים לקבל את הנכסים שנותרו בידי הנאמן עם סיום תפקידו״[60].

אם מטרות ההקדש אינן ניתנות להגשמה, נדרש הנאמן לפנות לבית המשפט כדי שיבחן,

[56] רמב״ם, הלכות מתנות עניים, פרק ח, הלכה ז.

[57] הרא״ש, שצוין לעיל, הערה 51, מעיר שאף אם ימחה היהודי נגד הכוונה לשנות את ייעוד הנכס שהקדיש, ״ישראל שאינו ציית לדברי חכמים, ליכא חילול השם בזה״. וכעין זה כתב גם בשו״ת הרשב״א המיוחסות לרמב״ן, סימן רעו.

[58] אמנם בחידושי הריטב״א, בבא בתרא ח ע״ב, ד״ה ורשאין, כתב שכל עוד לא נשתקע שם הבעלים מן הנכס שהוקדש, אין לשנות את ייעודו, אבל הפוסקים לא הכריעו כדבריו, אלא כאמור למעלה. וראה שולחן ערוך, יו״ד, סימן רנט, סעיף ג.

שו״ת הרדב״ז, חלק ב, סימן תשלח, מדגיש שאם מישהו הקדיש קרקע לטובת עניים, רשאים נציגי הציבור להמיר את הקרקע בנכסים אחרים שישמשו לטובת העניים, משלוש סיבות: (א) ״כיון שמגיע תועלת לעניים מאי איכפת ליה למקדיש?״ כלומר, יש להניח שהמקדיש לא מתנגד להמרה כזאת. (ב) אף אם הוא מתנגד להמרה ״משום שיקרא שמו על הקדשו״, ניתן לפתור עניין זה ״ע״י הכרזות ושטרות, שזה הקדישו של פלוני שהחליפוהו או שמכרוהו וקנו בדמיו את זה״. (ג) אף אם הפתרון הנזכר לא יועיל להנצחת שמו של המקדיש, ״אין טענה זו [שיקרא שמו על ההקדש] מספקת לבטל תועלת העניים״. ראה על דבריו גם בסעיף 18, ליד ציון הערה 17.

[59] ראה: רמב״ם, הלכות מתנות עניים, פרק ח, הלכה ו; שולחן ערוך, יו״ד, סימן רנט, סעיף ג; שו״ת חתם סופר, יו״ד, סימן רמד.

[60] כרם, סעיף 348, עמ׳ 733.

האם אמנם לא ניתן עוד להגשים את מטרות ההקדש, ואם ימצא בית המשפט שאכן כך הוא, ישחרר את הנאמן מחובותיו באמצעות ההכרזה על ביטולו של ההקדש.

ב. הקדש שמטרותיו הושגו

לעיל[61] הזכרנו את ההלכה[62]: "עני שגבו לו להשלים לו די מחסורו והותירו על מה שצריך, המותר שלו". שם אף הרחבנו בדיון על הסיבה לכך שיתרת הנכסים עוברת לרשותו של העני. מהלכה זו עולה, שמשעה שהוגשמו מטרות ההקדש, בטל ההקדש, שהרי אם לא כן, היה על הנאמן להוסיף ולהחזיק בנכסי ההקדש, כדי להגשים מטרה דומה למטרה המקורית, כגון פרנסת עניים אחרים.

ג. הקדש שלא ניתן להגשים את מטרותיו

(1) כללי

לעיל[63] הזכרנו שבדינו של הקדש שמטרותיו לא הוגשמו, ואף לא ניתן עוד להגשים את מטרותיו, חלוקות הדעות.

לדעת הרשב"א, דין הקדש זה כדין הקדש שמטרותיו הוגשמו, ולפיכך ההקדש בטל ונכסיו יועברו לנהנים, ואילו לדעת הרא"ש, יועברו נכסי ההקדש ליוצר ההקדש או ליורשיו, וכך נפסקה הלכה. ממחלוקת זו עולה, שלכל הדעות, משעה שהתברר שלא ניתן להגשים עוד את מטרותיו של ההקדש, ההקדש בטל, אלא שחלוקות הדעות בשאלה, מה ייעשה בנכסיו.

אבל יש להדגיש, שלאור המבואר לעיל, פרק רביעי, לא ימהר בית הדין לקבוע שלא ניתן עוד להגשים את מטרותיו של ההקדש, וכל אימת שניתן להגשים את המטרות, ולו אך בקירוב, יראה בית הדין כאילו ניתן עוד להגשים את המטרות, ולא יורה על ביטול ההקדש והעברת נכסיו לנהנים או ליורשיהם.

(2) הקדש שקיים ספק אם ניתן להגשים את מטרותיו

אם כעת לא ניתן להגשים את מטרותיו של ההקדש, אך קיים סיכוי שבעתיד ניתן יהיה להגשימן, אין לבטל את ההקדש. אולם אם הסיכוי לכך הוא קלוש ביותר, ניתן לראות את ההקדש כהקדש שמטרותיו אינן ניתנות להגשמה, ובהתאם לכך, להורות על ביטולו.

לפיכך, אם למשל הוקדשו כספים לשם פדיונו של שבוי, אך המלכות גזרה שלא לפדותו, אין להורות על ביטולו של ההקדש, כיוון שלעיתים גזירת המלכות מתבטלת[64].

אולם, אם, למשל, הוקדשו כספים לשם פדיונה של בת שנשבתה, ולאחר זמן נודע שהבת המירה את דתה, נישאה לבן דתם של שוביה ואף ילדה לו בנים, אין להניח שבעתיד תבקש הבת לחזור לחיק משפחתה ועמה, ויהיה צורך בפדיונה, וניתן אפוא לראות את ההקדש כהקדש שמטרותיו אינן ניתנות להגשמה[65].

[61] סעיף 16, פרק רביעי, ב.
[62] שולחן ערוך, יו"ד, סימן רנג, סעיף ו.
[63] סעיף 16, פרק רביעי, ג.
[64] שו"ת יהודה יעלה, חלק א, יו"ד, סימן שט. ראה סעיף 16, הערה 38.
[65] שו"ת הרא"ש, כלל לב, סימן ו. ראה סעיף 16, ליד ציון הערה 47.

פרק שביעי

סיכום

סעיף זה עוסק בסמכות בית המשפט לשנות או לבטל הוראות של כתב ההקדש, ואף לבטל את ההקדש. בעניין זה מצאנו, שגישתו של המשפט העברי שונה באופן עקרוני מזו של המחוקק הישראלי. ככלל, לא בכל מקרה מעניק המשפט העברי לבית הדין את הסמכות לשנות הוראות, לבטלן, או לבטל את ההקדש, ואף כאשר בית הדין מוסמך לנקוט צעדים כאלו, סמכותו מצומצמת ביחס לסמכות הרחבה שהעניק המחוקק הישראלי לבית המשפט.

ככלל, הסמכות לשנות או לבטל הוראה של חוזה נאמנות או כתב הקדש מסורה בידיו של יוצר הנאמנות או ההקדש. בית הדין אינו מוסמך לשנות את הוראותיה של נאמנות שנועדה לשם הגשמת מטרותיו הפרטיות של יוצרה, זולת אם מתבקש הדבר מאומד דעתו של יוצר הנאמנות, או שמילוי ההוראות כלשונן יביא לתוצאה שאינה מוסרית.

סמכות בית הדין לשנות או לבטל הוראה של הקדש ציבורי, או של הקדש שנועד למטרות חינוך, דת או צדקה, רחבה יותר, אך גם סמכות זו לא תתקיים אלא בהתמלא אחד משלושה תנאים: אם העביר יוצר ההקדש את סמכותו לשנות או לבטל תנאים, לבית הדין או לנציגי הציבור, במפורש או במשתמע; אם אין בכוחו של היוצר, ולא בכוח יורשיו, לתת לנאמן הוראות; אם יש בכוחו של היוצר או בכוח יורשיו לתת לנאמן הוראות, אך הם נמנעים מלעשות זאת, וקיים חשש שמחדלם יסכל את הגשמת מטרותיו של ההקדש.

לפי החוק, מוסמך בית המשפט לשנות או לבטל הוראה "מטעמים שיוצר ההקדש הביא לפניו", או משום ש"חל שינוי של ממש בנסיבות, המצדיק לעשות כן ושהדבר תואם את אומד דעתו של יוצר ההקדש". בניגוד לכך, לפי המשפט העברי, כאשר בית הדין מוסמך לשנות או לבטל הוראה מהוראות כתב ההקדש, הפעלתה של סמכות זו אינה מותנית בכך שיוצר ההקדש הוא זה שיציג בפני בית הדין את הטעמים לשינוי ההוראה או לביטולה, ואף לא בשינוי נסיבות. הכלל הוא, שבית הדין רשאי לשנות או לבטל הוראה, כל אימת שנוכח שהדבר דרוש לשם הגשמה יעילה של מטרות ההקדש, או שהדבר תואם את אומד דעתו של יוצר ההקדש.

בהתאם לכך, למשל, שינה בית הדין את הגוף שנקבע בכתב ההקדש שחבריו ישמשו כנאמני הקדש, לאחר שנוכח שחברי הגוף מעלו בתפקידם, תוך שהוא קובע: "ברגע שבית הדין נוכח שהסדורים והתקנות [שבכתב ההקדש] אינם מובילות למטרה [של ההקדש], ולהפך הן מובילות בכוון נגדי, בית הדין חייב לשנות ולתקן את השטר בהתאם לכך".

בני דורו של המבי"ט נחלקו בשאלה, האם על יסוד אומדן דעתו של המקדיש, ניתן להעדיף את קרוביו על פני נהנים אחרים. כך למשל התעוררה השאלה, האם ניתן להעביר את הרווחים מנכסי הקדש שנועד לטובת עניי ארץ ישראל, לקרובתו של המקדיש, שעלתה לארץ ישראל ונעשתה ענייה? המבי"ט אסר את הדבר, בטענה שעניי ארץ ישראל 'זכו' כבר ברווחים מנכסי ההקדש, ולא ניתן לנשלם על יסוד אומדן דעתו של המקדיש. לעומתו, מהר"ם אלשיך ואחרים התירו את הדבר.

לגבי הקדש שנועד לטובת תלמידים בני עדה מסוימת, המתגוררים בירושלים ובתל אביב, התיר בית הדין העברה של כספי הקדש לתלמידים בני העדה המתגוררים בערים אחרות, לאחר שהסיק מאומדן דעתה של יוצרת ההקדש, שהתכוונה להעניק מכספי ההקדש לכל התלמידים בני העדה המתגוררים בארץ ישראל.

גם אם לא השתנו הנסיבות, אך יש להניח שהמקדיש הותיר בידי הנאמנים או נציגי הציבור שיקול דעת רחב בכל הנוגע לדרכי ניהולו של ההקדש, הם רשאים לשנות את הוראות כתב ההקדש בהסתמך על אומדן דעת זה, ובכלל זה אף לשנות את מטרות ההקדש.

כאשר הוגשמו מטרות ההקדש או שנוכח בית הדין שלא ניתן עוד להגשימן, יבטל בית הדין את ההקדש, ויורה על העברת נכסיו, בהתאם לעקרונות שנקבעו לעיל, בדיוננו בסעיף 16.

עם זאת, בית הדין יהיה זהיר בקביעתו שלא ניתן עוד להגשים את מטרות ההקדש, וכל עוד ימצא שניתן להגשים את המטרות בקירוב, או שניתן להגשים חלק ממטרותיו של ההקדש, לא יורה על ביטולו.

אם קיים ספק באפשרות להגשים את מטרות ההקדש, לא יורה בית הדין על ביטול ההקדש, אולם אם ספק זה הוא קלוש, יראה בית הדין את ההקדש כהקדש שלא ניתן עוד להגשים את מטרותיו.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

שינוי וביטול על פי בית המשפט

23. (א) בית המשפט, המוסמך לתת לנאמן הוראות בהתאם להוראות סעיף 19, רשאי לשנות או לבטל הוראה מהוראות כתב ההקדש, אם ראה שהדבר דרוש לטובת ניהולו היעיל של ההקדש, או שהדבר תואם את אומד דעתו של יוצר ההקדש.

(ב) בית המשפט רשאי לבטל הקדש אם ראה שמטרותיו הושגו או שאינן ניתנות להגשמה.

סעיף 24

אמצעי שמירה

אמצעי שמירה

24. הקדש שאין לו נאמן, או שהנאמן לא התחיל או חדל לפעול או שנבצר ממנו למלא תפקידיו, רשאי הנאמן הציבורי לנקוט אמצעים הנראים לו לשמירת נכסי ההקדש ולשמירת זכויות הנהנים, כל עוד לא נתמנה נאמן לפי סעיף 21.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 625

פרק שני: שמירת נכסי ההקדש על ידי הנאמן הציבורי 635

א. מבוא 635

ב. נאמנות פרטית 636

ג. נאמנות למטרות סעד, חינוך, דת או למטרות ציבוריות 636

פרק שלישי: סיכום 637

פרק רביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 638

פרק ראשון

מבוא

סעיף זה דן באמצעי השמירה שמעניק החוק לנכסי הקדש "שאין לו נאמן, או שהנאמן לא התחיל או חדל לפעול או שנבצר ממנו למלא תפקידיו". המחוקק קבע שבהקדש כזה, הנאמן הציבורי רשאי "לנקוט אמצעים הנראים לו לשמירת נכסי ההקדש ולשמירת זכויות הנהנים, כל עוד לא נתמנה נאמן לפי סעיף 21".

הוראה זו, כמו יתר ההוראות שבפרק ב' של החוק, מקורה בפקודת ההקדשות למטרות צדקה, אולם, מאחר שחוק הנאמנות אינו מבחין בין הנאמנויות השונות בהתאם למטרותיהן, הרי שהוראה זו תחול על כל נאמנות שנוצרה מכוחו של כתב הקדש, אף אם היא נועדה לשרת את מטרותיו הפרטיות של יוצרה.

על כן, נברר תחילה, האם גם המשפט העברי מצדד במינויו של פקיד ציבורי לשם שמירת נכסי נאמנות פרטית.

לאחר מכן, נברר האם קיים במשפט העברי מוסד משפטי דומה לזה של הנאמן הציבורי, שמכוחו מוסמך פקיד ציבור לנקוט באמצעים לשמירת נכסי הקדש למטרות סעד, חינוך, דת או למטרות ציבוריות? אם אכן קיים מוסד משפטי דומה, נברר האם הפקיד רשאי לנקוט באמצעים לשמירת נכסי ההקדש, או שמא הוא חייב לעשות כן?

פרק שני

שמירת נכסי ההקדש על ידי הנאמן הציבורי

א. מבוא

סעיף זה מסמיך את הנאמן הציבורי לנקוט אמצעים לשמירת נכסי ההקדש אם לא מונה להקדש נאמן, או שמונה נאמן אך הוא "לא התחיל או חדל לפעול או שנבצר ממנו למלא תפקידיו"[1].

[1] ההוראה שבסעיף זה מבוססת ככל הנראה על הוראה דומה, שהייתה קיימת בפקודת ההקדשות למטרות צדקה, אך קשה להבין מדוע העתיק המחוקק הוראה זו לנאמנות פרטית שנוצרה על פי כתב הקדש. נכסי נאמנות מסוג זה הם נכסים פרטיים, המיועדים למטרות פרטיות. אם יש טעם במינוי פקיד ציבורי שיהיה מופקד על שמירתם של נכסים אלו, מדוע אין פקיד זה מוסמך לשמור גם על נכסי נאמנות פרטית שנוצרה בלי כתב הקדש? ואפשר שבגלל קושי זה, שונתה ההוראה בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, כפי שנראה להלן, אחרי ציון הערה 4. מצד שני, אם יש טעם במינויו של פקיד ציבורי לשם שמירת עניינו הפרטי של היוצר או של הנהנים בנכסי ההקדש, מדוע לא יוסמך פקיד זה לשמור על כל נכס פרטי נטוש, ותיכלל ההוראה המסמיכה בין הוראותיו של חוק השבת אבידה?

מכוח סמכות זו, רשאי הנאמן למשל לתפוס החזקה בנכסים, להציב שמירה עליהם, ואף להשקיע את כספי ההקדש בדרך שתבטיח את שמירת ערכם[2].

מנוסח החוק מסיק כרם[3] שהנאמן הציבורי רשאי אמנם לנקוט אמצעים לשמירת נכסי ההקדש, אך אין הוא חייב לעשות כן.

בעניין זה יש בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות שלושה שינויים חשובים[4]:

ראשית, מוצע להסמיך את הנאמן הציבורי לפעול גם לשם שמירת נכסי נאמנות פרטית, שלא נוצרה מכוחו של כתב הקדש.

שנית, מוצע לשלול מן הנאמן הציבורי את הסמכות לנקוט אמצעים לשמירת נכסי נאמנות שיש לה נאמן, אך "הנאמן לא התחיל או חדל לפעול". בנסיבות אלו, מעדיפים מנסחי התזכיר ששמירת נכסי הנאמנות תיעשה בדרך של פניה לבית המשפט, כדי שימנה נאמן חלופי, לרבות נאמן זמני[5].

שלישית, בניגוד לחוק הקיים, שכאמור מעניק לנאמן הציבורי את הסמכות לנקוט אמצעים לשמירת נכסי ההקדש, אך אינו מחייב אותו לעשות שימוש בסמכותו, מוצע שבנאמנות שאין לה נאמן או שנבצר מן הנאמן לפעול, "ינקוט הנאמן הציבורי אמצעים...", וזאת כדי לחייב את הנאמן לעשות שימוש בסמכותו לנקוט אמצעים לשמירת נכסי הנאמנות[6].

ב. נאמנות פרטית

נכסי נאמנות שנועדה להגשמת מטרותיו הפרטיות של יוצרה, הם נכסים פרטיים, שאין לציבור עניין בשמירתם, אם כי — מכוחה של חובת השבת האבידה — יוכל כל אדם, לפי המשפט העברי, ואף יהיה חייב, לנקוט אמצעים לשמירת נכסי ההקדש, באין אדם אחר שיעשה זאת[7].

לא מצאנו במשפט העברי תקנה שמכוחה ממנה הציבור אדם שתפקידו יהיה לשמור על נכסים פרטיים שאינם שמורים בידי בעליהם[8].

ג. נאמנות למטרות סעד, חינוך, דת או למטרות ציבוריות

את סמכותו של הנאמן הציבורי לנקוט אמצעים לשמירת נכסי ההקדש, לא ניתן לבסס על חובת השבת אבידה, משום שלדעת חלק מן הפוסקים, חובת השבת האבידה אינה חלה על נכס שאינו רכוש פרטי, אלא נכס שהוקדש למטרות ציבוריות[9].

[2] כרם, סעיף 350, עמ' 738.

[3] כרם, שם, עמ' 739.

[4] תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, סעיף 573.

[5] ע"פ דברי ההסבר, שם.

[6] ע"פ דברי ההסבר, שם.

[7] על החובה לעשות לשמירת נכסי הזולת כאשר נשקפת להם סכנה, ראה למשל בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שנט, סעיף ט: "אם ראה מים באים לשטוף שדה חברו, חייב לגדור בפניהם". אבל אם בעל הנכס אינו עושה דבר כדי לשמור על רכושו, ויש בידו לעשות כן, אבידתו מוגדרת כ'אבידה מדעת', שאין כלפיה חובת השבה. ראה רמב"ם, הלכות גזילה ואבידה, פרק יא, הלכה יא; חוק לישראל, השבת אבדה, עמ' 12־13.

[8] אפשר שהסיבה לכך היא, שמינויו של פקיד ציבורי לשם קיומה של מצוות השבת אבידה עלול להעביר מסר שיש מי שכבר מופקד על קיומה של המצווה, ובכך, "לשחרר" את היחיד מקיום החובה להשיב את אבידת אחיו. על כל פנים, אם יש מקום לתקנה כזאת, אין הצדקה לייחדה לשמירת נכסי נאמנות דווקא.

[9] ראה: משפט האבידה, עמ' יד; קהילות יעקב (קנייבסקי), פסחים, סימן ו (במהד' תשמ"ט).

אולם, אפשר שניתן לבסס סמכות זו על תפקידיו המסורתיים של גבאי הצדקה. גבאי הצדקה מונו כדי לגבות כספי צדקה ולחלקם בין העניים הצריכים להם, אך הם גם קיבלו מעמד של "יד עניים", שמשמעותו היא, שיש בכוחו של הגבאי לנקוט כל אמצעי שיידרש כדי להבטיח את זכויותיהם של העניים, אף בכספים שהוקדשו עבורם בידי יחידים[10].

יתר על כן: כשראו קהילות ישראל שקיים צורך לפקח על שמירת נכסי יתומים כדי להבטיח שעניינם של היתומים לא ייפגע, הם מינו לשם כך "אבי יתומים". כך העיר בעניין זה הט"ז[11]: "במה שאנו רואין שברבות השנים הנאמנים מעוטים, וכמה וכמה יתומים שנתמעטו נכסים שלהן על ידי האפוטרופסים, אף על פי שהיו בחזקת כשרות, ודאי ראוי להקהל לפקח בזה, וכבר נהגו בקהילות קדושות למנות אבי יתומים ולפקח בעסקי אפוטרופסים..."[12].

על רקע זה, הגם שאין במקורות המשפט העברי עדות ישירה למינויו של "נאמן ציבורי", שתפקידו לשמור על נכסי הקדש למטרות צדקה כשאין להקדש נאמן, נראה שתפקיד זה מהווה המשך ישיר לתפקידם המקורי של גבאי הצדקה וגזברי ההקדש. לפיכך, מסקנתנו היא שההוראה שבסעיף זה מתיישבת עם עקרונות המשפט העברי.

אבל בניגוד לחוק, שעולה ממנו שהנאמן מוסמך לנקוט אמצעים לשם שמירת נכסי ההקדש אך אינו חייב לעשות כן, עמדת המשפט העברי היא שחובה עליו לעשות שימוש בסמכותו, כשם שעל הגבאי מוטלת חובה לנקוט בכל האמצעים העומדים לרשותו כדי להגן על נכסיהם של העניים, שהופקדו בידיו.

פרק שלישי

סיכום

בסעיף זה, מעניק המחוקק לנאמן הציבורי סמכות לנקוט אמצעים לשמירת נכסי הקדש, "שאין לו נאמן, או שהנאמן לא התחיל או חדל לפעול או שנבצר ממנו למלא תפקידיו". הגם שמקורה של ההוראה בסעיף מקביל בפקודת ההקדשות למטרות צדקה, הרי שחוק הנאמנות הפקיע מן ההוראה את צביונה המקורי, והפך הוראה זו להוראה החלה על כל נאמנות, לכל מטרה שהיא, ובלבד שהיא נוצרה מכוחו של כתב הקדש. מגמה זו מתחזקת מכוחה של ההוראה המוצעת בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, שסמכות הנאמן הציבורי לנקוט אמצעים לשמירת נכסי הקדש, תחול על כל הנאמנויות.

בעניין זה, קרובה עמדת המשפט העברי דווקא למצב המשפטי שהיה קיים ערב כניסתו של חוק הנאמנות לתוקף, ולפיה הנאמן הציבורי מוסמך לנקוט אמצעים לשמירת נכסי נאמנות

[10] על תפקיד זה של הגבאי, ראה בבא קמא לו ע"ב, שם מוגדר רב יוסף, ששימש כגבאי, כ"יד עניים", שהעברת כספים לידיו כמוה כהעברתם לנציג העניים. ר' יעקב אפשטיין, "לקיטת מתנות עניים על ידי גבאי צדקה", אמונת עתיך גל' 35, עמ' 24 ואילך, דן בכוחו של גבאי הצדקה ליטול לקט, שכחה ופאה מן השדות במצב שהעניים אינם עושים זאת. וראה תגובות ר' דוב ליאור ור' יעקב אריאל, שם, עמ' 34 ואילך.

[11] ט"ז, יו"ד, סימן רנח, ס"ק ה.

[12] תפקיד זה דומה יותר לתפקיד רשם ההקדשות (לפי סעיפים 29 ו־30). העיקרון זהה: על הציבור לדאוג לשמירת עניינם של הנזקקים, ואף למנות אדם שתפקידו להבטיח את הדבר, אם יש צורך בכך.

למטרות צדקה, סעד, חנוך, דת או למטרות ציבוריות אחרות, אך אינו מוסמך לנקוט באמצעים לשמירת נכסי נאמנות למטרות פרטיות[13].

חוק הנאמנות אינו מחייב את הנאמן הציבורי לנקוט אמצעים לשמירת נכסי ההקדש, ובעניין זה, נראה שההוראה המוצעת בתזכיר קרובה יותר לעמדת המשפט העברי, המחייב את הציבור למנות פקיד, שתפקידו יהיה לדאוג לשמירת האינטרסים של הנהנים בנאמנות למטרות צדקה, חינוך, דת או למטרות ציבוריות.

פרק רביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

אמצעי שמירה

24. הקדש ציבורי והקדש למטרות צדקה, חינוך או דת, שאין לו נאמן, או שהנאמן לא התחיל או חדל לפעול או שנבצר ממנו למלא תפקידיו, ינקוט הנאמן הציבורי אמצעים הנראים לו לשמירת נכסי ההקדש ולשמירת זכויות הנהנים, כל עוד לא נתמנה נאמן לפי סעיף 21.

[13] אין להסיק מדברים אלו שהמשפט העברי שולל את סמכותו של הנאמן הציבורי לנקוט אמצעים לשמירת נכסי נאמנות למטרות פרטיות מכל וכל, שכן סמכות זו תהיה קיימת לו, כמו לכל אדם אחר, מכוח חובת השבת אבדה.

נספח

מכתבו של הגאון ר׳ אשר וייס

מכתבו של הגאון ר׳ אשר וייס

נר ז׳ דחנוכה תש״ע

כבוד ידי״נ, חכם וסופר, איש האשכולות
הרב פרופ׳ נחום רקובר

בכח הנאמן (TRUSTEE) לפעול בנכסי הנאמנות (TRUST)

נעימות בימינך נצח.

הנני במענה קצר לגבי שאלת ה״נאמנות״, גדרה ומהות סמכותה.

ראיתי את הקונטרס ששלח אלי מע״כ, שבו נדונה שאלה זו באריכות בניתוח כל האפשרויות, והדברים נכתבו בטוב טעם ודעת ובבהירות יתירה, ומשום כך לא אאריך בפרטים אלא בעיקרי הדברים.

ויסוד השאלה הוא, איך להגדיר את סמכות הנאמן לפעול בנכסי הנאמנות. באופן כללי ישנם שלשה גורמים הנוגעים לעניין: בעלי הנכסים, שהם יוצרים את הנאמנות וממנים את הנאמן או את ועד הנאמנים, הנאמן או הנאמנים, שלהם ניתנה הסמכות לפעול בנאמנות, והנהנים, שלטובתם או לרווחתם יועדו כספי הנאמנות. מובן מאליו שלפי החוק וכן לפי ההלכה אין הנאמן רשאי לפעול אלא לטובת הנהנים ולרווחתם.

הגדרות אפשרויות לכוחו של נאמן

שתי דרכים יש לפנינו להגדיר את כוח הנאמן: השליחות והקניין. אם נבסס את חוק הנאמנות על יסוד השליחות, ונניח שהנאמן לעולם נחשב כשליח של בעלי הנכסים עליהם הוא מופקד, ישנן שלוש אפשרויות משניות:

(א) מדין שליחות ממש, בהנחה שהנאמן שלוחו של בעלי הנכסים הוא, ושלוחו של אדם כמותו, וכל מעשי השליח מועילים למשלחו.

(ב) מצד ״זכין לאדם שלא בפניו״, וכיון שאין הנאמן פועל אלא לטובת בעלי הנכסים ולפי רצונם, אפשר שיש תוקף למעשיו מצד דין הזכייה.

(ג) מדין פועל, דהלא אמרו חכמים (ב״מ י ע״א) ״יד פועל כיד בעל הבית״. ויש אומרים שפועל עדיף משליח, ואפילו במה שלא מועילה שליחות מועילים מעשי הפועל.

הצד השווה שבשלוש הדרכים האלה הוא, שבעלי הנכסים או אלה שממנים את הנאמן הם מקור הסמכות והנאמן יונק את סמכותו מכוחם.

(ד) אך אפשר לבסס את כל דין הנאמנות על יסוד גדר הקניין, ובהנחה שהנאמן הוא הבעלים על הנכסים בהם הוא אמור לטפל. לפי דרך זו צריך אכן לעשות קניין תקף שעל ידו קונה הנאמן את נכסי הנאמנות.

השוואה להרשאה

שתי דרכים אלה נדונו על ידי חז״ל לגבי דין מורשה המייצג את בעל הדין במשפט, שנחלקו אמימר ורב אשי, בבבא קמא ע ע״א, אם תפס המורשה אם מפקינן מיניה, לאמימר לא מפקינן מיניה, דהוי כאילו תפס לעצמו ומהני תפיסתו, דגדר ההרשאה הוא הקנאת הנכסים למורשה

וממילא הוה ליה כבעלים, ולרב אשי מפקינן מיניה, ד"שליח שוייה" (ועיי"ש ברש"י שני פירושים, אם מיירי במורשה שתפס מן הצד השני שהוא נשלח להתדיין עמו, או שתפס מן המרשה את הממון שהוציא מן הצד השני).

הרי לן, שנחלקו בגדר מורשה, אם הוי כבעלים דההרשאה קניין הנכסים היא, או שיש לו דין שליח בלבד.

אך אין לדמות נאמן למורשה, דכל ענין ההרשאה אינו אלא לתת למורשה סמכות לעמוד בדין ושלא יוכלו לומר לו "לאו בעל דברים דידי את", מה שאין כן בנאמן שאמור לפעול בנכסים לקנות ולהקנות לתת ולשהקיע, כאילו בעלים הוא (והכל לטובת הענין והמטרה שלשמה הוקמה הנאמנות).

(א) מדין שליחות

והנה הדרך הראשונה, שליחות, קרובה יותר אל האמת הפשוטה ומהות הענין, דמצד מהות הענין תפקידו של הנאמן לייצג את הממנה אותו ולמלא אחרי רצונו, ואילו יכולנו להגדיר את הנאמן כשליח, פועל או זוכה, עדיף היה כך. אך כדי לענות על הצרכים ולאפשר לנאמן למלא את תפקידו באופן המועיל, יש להשתית את דין הנאמנות על יסודות הקניין. ואוסיף לבאר.

השליח מוגבל מעצם טבעו ותלוי תלות מתמדת במשלחו. תלות זו תקשה על השליח בשלושה מצבים שונים. במות המשלח, בנשתטה, או כאשר המשלח מחליט לבטל את השליחות.

משלח שמת

במות המשלח בטלה השליחות, דבהעדר משלח אין שליח.

והנה כתב בקצות החושן, בסימן קפח, ס"ק ב, להוכיח, דאף אם נשתטה המשלח לא בטלה השליחות מן התורה, מדברי רש"י בגיטין יג ע"א, דמי שעשה שליח לגרש אשתו או לשחרר עבדו ומת, "לא יתנו לאחר מיתה... כי מטי לידיה הא מית ליה משחררי ופקעה ליה רשותיה". ובדף ט ע"ב, לגבי שטר שחרור לאחר מיתה, כתב "כיון דמית קדים תו לא הוי שחרוריה שחרור, דנפקא ליה רשותיה מיניה וחייל עליה רשות יורשין". הרי דרק משום דהאשה כבר אינה אשתו, והעבד כבר עבר לרשות יורשיו, אין השליח יכול לשחרר, אבל לא משום שהשליחות בטלה, והרי בנשתטה האדם, אין בעלותו נפקעת, וממילא מועילים מעשי השליח; עיי"ש.

ומבואר מדברי הקצות, דנקט דאף לאחר מיתת המשלח לא בטלה השליחות, ואילו היתה אשתו אשת איש היה השליח מגרשה, דלא בטלה השליחות במות המשלח.

אך לדעתי דבריו תימה גדולה, וסברא פשוטה היא כביעתא בכותחא, דכיון שמת אדם עבר ובטל מן העולם, וכשם שאין לו לא קניין ולא אישות, אשתו הותרה והעבד עבר מרשותו, כך גם שליחותו בטלה ומבוטלת. ומה שכתב רש"י טעם אחר, במה דאין השליח נותן את שטר השחרור לאחר מיתה, חדא מתרי טעמי נקט, ובאמת נקט הטעם העדיף, דמה לן אם השליחות בטלה אם לא, כיון שהיורשים כבר זכו בעבד, ואין אדם משחרר עבד שאינו שלו.

ועוד יש לתמוה בדברי הקצות, דהלא להדיא כתב רש"י בשני מקומות, דבמות המשלח בטלה השליחות, כמבואר בגיטין כח ע"א, לגבי שליח המביא גט והניחו זקן או חולה, דנותן את הגט בחזקת שהוא קיים, "ולא חיישינן שמא מת ובטל שליחותו". וכך כתב גם בגיטין סו ע"א: "לאחר שמת מי מגרשה". הרי דלאחר מותו אין לו כח לגרשה.

משלח שהשתטה

וגם אם נשתטה המשלח ושוב אין בידו להקנות, אף שאין השליחות בטלה, ואם יחזור וישתפה לא צריך מינוי חדש, כמבואר בדברי הרמב"ם דלהלן, מכל מקום כל עוד המשלח שוטה מנוע השליח מלבצע את השליחות, כיון שכל סמכותו וכוחו יונק הוא מן המשלח.

ונחלקו הרמב"ם והטור, אם הלכה זו מן התורה היא או מדרבנן. אך לכולי עלמא אין השליח יכול לבצע שליחותו אם נשתטה המשלח, ושוב אינו בר הכי.

הרמב"ם כתב בהלכות גירושין, פ"ב הט"ו: "אמר כשהוא ברי 'כתבו גט', אין צריך לחזור ולהימלך בו אחר שהבריא, ואם כתבו ונתנו קודם שיבריא הרי זה פסול".

לעומת לשון הרמב"ם שהגט 'פסול', דמשמע שהוא פסול מדרבנן, כתב הטור בסימן קכא, דאם כתבו ונתנו את הגט כשמשלח שוטה "אינו כלום". ומלשון זה דייקו הפוסקים דאף מן התורה אין כאן גט.

כל גדולי האחרונים, ובכללם הבית יוסף והפרי חדש שם והקצות החושן סימן קפח סק"ב, כתבו שנחלקו הרמב"ם והטור אם הגט פסול רק מדרבנן או שבטל מן התורה, דלדעת הרמב"ם אין הגט בטל מן התורה, וזה בהתאם למה שכתב הרמב"ם (בהלכות גירושין שם, ה"ז): "ומה בין פסול לבטל, שכל מקום שנאמר בחיבור זה בגט שהוא בטל, הוא בטל מן התורה, וכל מקום שנאמר שהוא פסול, הוא פסול מדברי סופרים".

ויש לתמוה על מה שכתב החזון איש באהע"ז סימן פו אות ה: "נראה דאין לעשות שום סניף מהא דכתב הרמב"ם בגט פסול שהוא מדרבנן, דאין לבנות יסוד על תיבה אחת. ואולי היא טעות סופר, והגירסה: הגט בטל". ותמה אני, הלא הרמב"ם הוא זה שבנה יסוד על תיבה אחת, בכתבו דבכל מקום שנכתב בחיבור זה שהגט בטל בטל הוא מן התורה, וכל מקום שנאמר פסול אינו פסול אלא מדברי סופרים. אתמהה.

ומכל מקום, לכולי עלמא אין השליח יכול לבצע שליחותו כאשר השולח נשתטה, ולא נחלקו אלא אם זה מן התורה או מדרבנן.

משלח שביטל שליחותו

ועוד פשוט בדיני השליחות, דהמשלח יכול לבטל את השליחות אף שלא בפני השליח, וכמבואר במשנה גיטין לב ע"א.

ומכל אלה הטעמים, אי אפשר להשתית את דין הנאמן על תורת השליחות, שהרי במקרים רבים כל מגמת הנאמנות כוונתו ותועלתו לתת סמכות לנאמן גם במקרה שימות הממנה, או כאשר נבצר ממנו להחליט ולבצע.

וברור עוד, דאם הממנה יכול לבטל את כל כח הנאמן בכל עת, ואף שלא בידיעתו, יתערער לחלוטין כל יכולתו של הנאמן לפעול, שהרי לא תישאר בידו כל אמינות כח וסמכות, כאשר לעולם יחששו להגיע עמו לידי הסכם כלשהו מחשש שמא פועל הוא ללא סמכות.

(ב) מדין "זכין לאדם שלא בפניו"

בעיות אלה קיימות גם אם נרצה להשתית את דין הנאמן על יסוד הזכייה, דפשוט הדבר דאין זכיה למת, ולגבי קטן נחלקו תנאי (ב"ב קנז ע"א): לר' מאיר אין זכיה לקטן, ולדעת רבי יהושע אם לגדול יש זכיה קל וחומר לקטן. הרמב"ם פסק כר' יהושע, דקטן יש לו זכיה (זכיה ומתנה פ"ד ה"ח), וכן הוא בשו"ע (חו"מ סימן רמג סעיף יח).

אך לגבי שוטה נחלקו הראשונים והאחרונים. יש אומרים דרק בקטן יש זכיה כיון דאתי לכלל דעת, אבל אין זכיה לשוטה כיון שאינו עומד להשתפות. כך כתב הרא"ש בשם הרמ"ה בכתובות פ"ב סימן יד, וכך כתב בשיטתו המחנה אפרים, הלכות זכיה סימן לד, והקצות, סימן רמג סק"ו.

אך לדעת הרמב"ם (זכיה ומתנה פ"ד ה"ז), כשם שיש זכיה לקטן כך יש זכיה לשוטה. וכן הוא בטור שו"ע סימן רמג סעיף לז, ועיי"ש בקצות ובנתיבות ס"ק י.

אך מאידך גיסא, יש ריעותא בזכיה, דלא מהני אלא בזכות גמורה, שהרי "זכין לאדם שלא בפניו" אמרו ואין חבין לו אלא בפניו. ואף בזכות גמורה רבים מן הראשונים סבורים דאין זכין לו לאדם בעל כרחו, ולא מהני הזכיה אלא אם כן זה שזכו לו הסכים בדיעבד. כך כתבו הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א בקידושין כג ע"א, וכן הוא במגיד משנה (זכיה ומתנה פ"ד ה"ב).

אמנם יש אומרים דאין זה אלא בדבר שיש לחוש שמא לא ניחא ליה למי שזכין לו. כך כתב באבני מלואים, סימן לז, סקי"ב. ויש גם שחילקו בין זכיה גמורה לזכות שאינה גמורה. עיין מחנה אפרים, זכיה ומתנה סימן ו, ושו"ת עין יצחק, אהע"ז ח"א סימן א.

אך מכל מקום, מעשים רבים יש, שעל הנאמן לעשות כדי למלא את תפקידו כראוי, ומצד "זכין לאדם" ספק רב אם נוכל לתת להם תוקף.

ומלבד כל אלה, הרי ידועה דעת הקצות, בסימן רמג, ס"ק ח, דלא מהני זכין אלא להרבות נכסיו של מי שזוכין לו, ולא להוציא מרשותו. וכך כתב בשו"ת עמק יהושע, סימן יח. ולדעתם אין להשתית את דין הנאמנות על דין "זכין לאדם" כלל.

ומלבד כל אלה, טעם נוסף יש שאין להשתית את דין הנאמן על יסוד הזכיה, דבאמת פעולות הנאמן אינן לטובת בעלי הנכסים אלא לטובת הנהנים, ואף שהוא פועל בהתאם לרצון בעלי הנכסים, אין זה כלל דכל הנעשה לפי רצון הבעלים שייך לומר בו "זכין לאדם שלא בפניו", אלא צריך שיהיה בזה זכות גמורה מצד עצם העניין.

אפשר שכדי לפתור בעיה זו יצטרכו להקנות את נכסי הנאמנות לנהנים, ואז יקבלו מעשי הנאמן תוקף מצד "זכין לאדם שלא בפניו". אך הקנייה זו מעוררת קשיים אחרים.

ומשום כל זה, ברור שאין להשתית את דין הנאמן על הא דזכין לאדם שלא בפניו.

(ג) מדין פועל

ולגבי דין "יד פועל כיד בעל הבית", נחלקו האחרונים, ושלש מחלוקות בדבר.

מקור הסוגיה בבבא מציעא י ע"א, שם נחלקו במגביה מציאה לחבירו אם קנה חבירו. והקשה רבא לרב נחמן מפועל, שאם מצא מציאה זוכה לרבו, הרי דקנה חבירו. ורב נחמן אמר: שאני פועל דידו כיד בעל הבית. ועיין בש"ך סימן קה, סק"א, שנקט דהלכה כרב נחמן, ופירש כך את שיטת רש"י, דבשליח מהני תופס לבעל חוב, ונקט דכוונתו לפועל, עיי"ש.

והמחנה אפרים, בסימן יא משלוחין, כתב, דאף דאין שליחות לנכרי, יד פועל כיד בעל הבית, ויכול הוא לברך כשבונה מעקה על ידי פועל נכרי, דכשם דמהני בתופס לבעל חוב ובמגביה מציאה, אף דשליחות לא מהני בהם, הכי נמי בגוי, יד פועל כיד בעל הבית, אף דאין שליחות לנכרי, עיי"ש.

אך יש אומרים, דאף דמהני במגביה מציאה, מכל מקום לא מהני במי שאינו בתורת שליחות כלל מגזירת הכתוב, דמכל מקום שליח הוא ורק מדין שליחות אהני מעשיו לבעל הבית, אלא דעדיף משליח בעלמא. כך כתב בשו"ת שואל ומשיב, קמא, ח"ב, סימן קי.

ובאמת נראה לענ"ד, דמצד עצם הדין, אין בין פועל לשליח בעלמא ולא כלום, דגם הפועל

שליח הוא ואין לו שום גדר מיוחד, ורק לגבי תופס לבעל חוב ומגביה מציאה, חילקו בין שליח לפועל. ויסוד הדבר עפ״י מה שביארתי במנחת אשר על מסכת גיטין, סימן י, דכל עיקר דין תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דלא קנה, אינו אלא משום דאין התפיסה מהני אלא כאשר מותר וראוי לתפוס, אם משום דעביד איניש דינא לנפשיה כאשר תופס לעצמו, או משום מצות השבת אבידה כאשר תופס לאחרים, אבל כשחב לאחרים אין מצות השבת אבידה, דמהיכי תיתי להטיב לזה ולהרע לזה? וכיון שתפיסה זו אינה ראויה מצד מדת הצדק והיושר, הוי ליה תפיסת אלמות וכעין גזילה, ולא מהני.

ולפי זה נראה, דמה שאמרו יד פועל כיד בעל הבית, סברא מסויימת היא, דכיון שפועל הוא של בעל הבית וממנו הוא מקבל שכרו, מצווה עליו לדאוג לו ולסייע בידו, אף כשהוא חב לאחרים, ומשום כך מהני תפיסתו. אך אין בסברא זו שום מקור דפועל עדיף משליח בכל הלכה שהיא.

ויש מן האחרונים שבכלל נקטו דאין הלכה בזה כרב נחמן. עיין שו״ת רעק״א, תניינא, סימן קיב, שתמה בסברא, מה בין פועל לשליח בעלמא? ומתוך כך כתב דבאמת קיימא לן דאין יד פועל כיד בעל הבית. ועיין עוד בנתיבות המשפט, בסימן קה ס״ק א, שחלק על הש״ך, ונקט דכוונת רב נחמן דהפועל זוכה לעצמו ובעל הבית זוכה ממנו. עיי״ש. ועיין עוד בנתיבות, סימן קפח סק״א, שכתב דמהני קניין על ידי פועל משום דהוי כגרמא, וגרמא מהני בקניין משיכה והגבהה. ומכל מקום ברור לשיטתו דלא עדיף פועל משליח בעצם התייחסות מעשיו לבעל הבית. ודוק.

ומכל מקום נראה פשוט לענ״ד, דאף לשיטת המחנה אפרים, דמהני יד פועל אפילו בגוי, מכל מקום מודה הוא דכיון שמתו הבעלים שוב פקע לגמרי דין הפועל, ושוב אין ידו כיד הבעלים, וכן אם נשתטה הבעלים, וכמבואר לעיל לגבי שליחות.

סוף דבר, אם באנו להשתית את דין הנאמן על דין שליחות, זכיה, ויד פועל, נמצא שורת הדין לוקה ולא יוכל הנאמן למלא את ייעודו כראוי.

(ד) מדין קניין

ומשום כל זה נראה דיש להשתית את דין הנאמנות על יסודות הקניין.

אך יש לעיין למעשה, דיש בזה לכאורה שתי דרכים אפשריות.

א. הנאמן יקנה את הנכסים קניין גמור, ולא יוגבל אלא בכך שכל פעולותיו יהיו לטובת הנהנים.

אך באמת אין כל כוונה להקנות את הנכסים לנאמן, ומצד אמיתת הדברים אין אנו מתכוונים לתת לו כל זכות בנכסים אלה, אלא להטיל עליו אחריות בלבד. והרי כל עיקר מושג הקניין נועד לתת לאדם זכויות במה שקנה, ואיך נקנה לו נכסים בקניין סתמי כאשר קניין זה סותר את כל מגמתנו ורצוננו?

ב. הנאמן קונה את הנכסים רק במידה הנצרכת לביצוע תפקידו בשלמות, ומחד גיסא נשארו בעלי הנכסים בעלי הקניין העיקריים, אלא שגם הנאמן יש בו כח קנייני עצמאי שמכוחו הוא פועל בנכסי הנאמנות. וצריך עיון בהבנת קניין זה ומגבלותיו.

ומצינו אופנים שונים של קניין לחצאין או קניין מוגבל.

א. שאלה ושכירות, דאף דקיימא לן דשאלה ושכירות לא קניא (עבודה זרה טו ע״א), מכל מקום יש בהם קניין מסוים, שהוא זכות השימוש במה ששאול ומושכר בידיהם.

ב. קניין פירות, שנחלקו בו אם הוי כקניין הגוף (בבא בתרא קלו ע״ב, גיטין מח ע״א).

וקניין זה שונה משאלה ושכירות, ועיקרו דאף שגוף הדבר לפלוני, מה שיוצא מן הגוף לאלמוני.

ג. גוף לפירותיו, דעדיף מקניין פירות, דקונה את גוף האילן אך רק כדי לזכות בפירותיו (בבא בתרא קמז ע"ב).

הצד השווה בשלושת אלה, דיש לקונה זכות במה שקנה, ולא נדע מכל אלה אם שייך קניין שאין בו לקונה זכות כלשהי.

אך באמת מצינו קניין שלא נועד אלא לאפשר לקונה לזַכּות לאחרים, ואין בו כל זכות ממשית לקונה:

ד. קני על מנת להקנות (נדרים מח ע"ב). בגדר זה מצינו שני אופנים שונים.

הרוצה למנוע ירושה מבנו שאינו נוהג כשורה, אך מאידך גיסא רוצה הוא להנחיל לבן בנו אם ילך בדרכי מישרים, יכול לזכות לבנו על מנת שיזכה בנכסים רק להנחילם לבן בנו.

בקניין סודר אין למי שזוכה בסודר קניין ממשי בסודר, ואין לו כל זכות בו, אלא על מנת להקנות תמורתו, ומשום כך אינו יכול לעשות כל שימוש בסודר שקיבל, ועליו להחזירו לבעלים, ולא קיבלו אלא להקנות תמורתו ולהחזירו לבעלים. עיי"ש.

ואף שבגמרא שם נחלקו אם קני על מנת להקנות קנה, בשולחן ערוך, יו"ד, סימן רכג, סעיף ג, נפסק כמאן דאמר קני על מנת להקנות קנה. עיי"ש.

הרי לן, דמהני הקנאה אף כשאין לקונה אלא זכות מסוימת, ואף כאשר זכות זו אינה לטובת ולתועלת הזוכה אלא לטובת אחרים, כהא דקני על מנת להקנות.

ועוד ביארתי במקום אחר, דכמו שבידו להקנות לאחרים זכות מוגבלת, כן בידו לשייר לעצמו זכות מוגבלת, ואף אם משייר בקנינו דבר שאין בו כל תועלת למקנה אלא הגבלה בקניין הקונה בלבד, מהני, וכגון המוכר דבר לחבירו או הנותן לו מתנה ומשייר שהקונה לא יוכל לעשות בו שימוש מסויים מהני השיור (ומתוך כך פסקתי דהמוכר קלטות וכדומה יכול לשייר שלא יוכל הלוקח לשכפלם או למוכרם לאחרים, ואכמ"ל).

ואף שבנדרים מח ע"א למדנו, דכל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מוקדשת לאו מתנה היא, כבר תירץ הרא"ש בטוב טעם, והובא בטור ובשולחן ערוך, סימן רמא, סעיף ה. וז"ל השולחן ערוך: "יש מי שאומר שהנותן מתנה לחבירו אינו מתנה אלא אם כן שיהיה בדעת הנותן שתהא ברשות המקבל לעשות בה כל חפצו. במה דברים אמורים? שנתנה לו סתם, אלא שניכר מתוך מחשבתו שאינו מתכוין ליתנה לו שיעשה בו כל חפצו, אבל אם מפרש, אפילו אם נתנה לו על מנת שלא ליתנה לאחר, או שלא להקדישה, או אפילו על מנת שלא יעשה בה שום דבר אלא דבר פלוני, הוי מתנה לאותו דבר שפירש בלבד".

הרי לן להדיא, דמהני הקנאה אף אם לא הקנה אלא ליתן לקונה זכות לעשות דבר מסויים, וכבר נתבאר בהא דקני על מנת להקנות, דאפילו אם דבר זה אינה לתועלת הקונה, מהני.

ונראה דזו הדרך המחוורת להגדיר את דינו של הנאמן.

בהוקרה מרובה ובידידות עמוקה,

אשר וייס

חוקים

חוק הנאמנות, התשל"ט־1979

תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007, נאמנות

הצעת נוסח לפי המשפט העברי — חוק הנאמנות

חוק הנאמנות, התשל"ט־1979

פרק א: הוראות כלליות

מהות הנאמנות

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

יצירה

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

נכסי נאמנות

3. (א) פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות.

(ב) אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות.

(ג) הנאמן חייב להחזיק את נכסי הנאמנות בנפרד מנכסים אחרים או בדרך המאפשרת להבחין ביניהם.

רישום הערה

4. 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.

כוחה של נאמנות כלפי צד שלישי

5. כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי שידע או שהיה עליו לדעת עליה, ומשנרשמה הערה לפי סעיף 4 — כלפי כל העולם.

כספי הנאמנות

6. כספי הנאמנות שאינם דרושים לצרכיה השוטפים חייב הנאמן להחזיק או להשקיע כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות; שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות דרכים שבהן ניתן להשקיע כספי נאמנות, והנאמן אינו נושא באחריות אם השקיע אותם בהתאם לתקנות אלה.

חשבונות ודיווח

7. (א) הנאמן חייב לנהל חשבונות בכל עניני הנאמנות.

(ב) הנאמן חייב לתת לנהנים דין וחשבון על עניני הנאמנות אחת לשנה ובגמר כהונתו, ולמסור להם ידיעות נוספות, לפי דרישתם הסבירה.

שכר והוצאות

8. (א) נאמן אינו זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו, זולת אם מילוים היה מעיסוקיו; אולם רשאי בית המשפט להקציב לו שכר, אם ראה שהדבר מתחייב מהיקף תפקידיו כנאמן.

(ב) נאמן זכאי לשיפוי על הוצאות סבירות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב מילוי תפקידיו.

(ג) נאמן רשאי להחזיר לעצמו את שכרו והוצאותיו מנכסי הנאמנות, והוא רשאי לעכבם בידו כערובה לסילוק המגיע לו לפי סעיף זה.

(ד) שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע הוראות לעניין שכר, גמול והחזר הוצאות שישולמו לפי סעיף זה לנאמן של הקדש ציבורי כהגדרתו בסעיף 26, לרבות הגבלות לענין תשלומים כאמור; הוראות כאמור בסעיף קטן זה יכול שייקבעו לסוגי הקדש ציבורי.

נאמנים אחדים

9. (א) בנאמנות שיש בה יותר מנאמן אחד —

(1) יפעלו הנאמנים ביחד; היו דעותיהם חלוקות, יפעלו לפי הוראות בית המשפט;

(2) בעניין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מהם לפעול על דעת עצמו;

(3) הם אחראים לפעולותיהם יחד ולחוד, פרט לנאמן שהתנגד לפעולה או לא ידע עליה;

(4) נתפנה מקומו של אחד מהם, או שחדל לפעול, או שהוכרז פסול דין או פושט רגל, על הנותרים לעשות מיד למילוי מקומו לפי סעיף 21 ולהמשיך במילוי תפקידיהם ככל שהדבר אינו סובל דיחוי.

(ב) פעולה של אחד הנאמנים שנעשתה בתמורה כלפי אדם שפעל בתום לב תהא בת־תוקף אף אם היא סותרת הוראת סעיף קטן (א) (1).

חובות וסמכויות

10. (א) נאמן חייב לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם ולפעול להשגת מטרות הנאמנות, ומוסמך הוא לעשות כל הדרוש למילוי תפקידו.

(ב) במילוי תפקידיו חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות.

(ג) נאמן של כמה נאמנויות לא יפעל בפעולה שביניהן.

(ד) נאמן אינו רשאי לאצול מתפקידיו לזולתו; אין בכך כדי למנוע העסקת אדם כדרוש למטרות הנאמנות.

כפיפות לתנאי הנאמנות

11. הוראות סעיפים 3(א) ו־(ג), 6, 7, 8, 9(א), 10(א), (ג), ו־(ד) ו־13 יחולו בכפוף לתנאי הנאמנות.

אחריות

12. (א) נאמן אחראי לנזק שנגרם לנכסי הנאמנות או לנהנים עקב הפרת חובתו כנאמן; על אחריות לאבדנם ולנזקם של נכסי הנאמנות המוחזקים על ידו יחולו הוראות חוק השומרים, תשכ"ז־1967; לעניין זה יראו את הנאמן כשומר ואת הנהנים כבעלי הנכסים.

(ב) בית המשפט רשאי לפטור נאמן מאחריותו, כולה או מקצתה, אם פעל בתום לב ונתכוון למילוי תפקידיו.

(ג) נאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות, והוא אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או באישורו.

איסור טובת הנאה

13. (א) נאמן לא ירכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל זכות בו, לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה אחרת מנכסי הנאמנות או מפעולותיה, ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובת הנאמנות לבין טובתו שלו או של קרובו.

(ב) "קרוב" של נאמן, לענין סעיף זה -

(1) בן זוגו;

(2) הורה, הורה־הורה, צאצא, אח או אחות של הנאמן או של בן זוגו;

(3) בן זוג של אחד המנויים בפסקה (2).

(4) שותף של נאמן או של אחד המנויים בפסקאות (1) עד (3);

(5) תאגיד שבהונו, ברווחיו או בשליטתו יש לנאמן או למנויים בפסקאות (1) עד (3) חלק העולה על 5%.

(ג) בית המשפט רשאי לאשר מראש פעולה מן המנויות בסעיף קטן (א) אם ראה שהיא לטובת הנאמנות.

(ד) הוראות סעיף קטן (א) אינן באות לגרוע ממה שמגיע לנאמן או לקרובו מכח היותם נהנים.

(ה) פעולה מן המנויות בסעיף זה שנעשתה בלי אישור בית המשפט — בטלה, זולת אם נעשתה בתמורה כלפי אדם שאינו בין המנויים בסעיף קטן (ב) (1) ו־(2) ושפעל בתום לב.

ביטול פעולות

14. פעולה שנעשתה בהפרת חובת הנאמנות והצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה, או שנעשתה ללא תמורה, רשאי בית המשפט לבטלה, ועל הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן; ידיעה על קיום הנאמנות, אין בה בלבד משום ידיעה על הפרת חובת הנאמנות.

דין רווח אסור

15. רווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות.

נכסי נאמנות שנתבטלה

16. נתבטלה נאמנות, רשאי בית המשפט לקבוע מה ייעשה בנכסיה, והוא יורה על העברתם למטרות חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, סעד, בריאות או ספורט, הכל לפי תנאי הנאמנות ולפי אומד דעתו של יוצרה.

פרק ב: נאמנות על פי כתב הקדש

יצירה ותחילה של הקדש

17. (א) הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת (להלן — הקדש), טעונה מסמך בכתב, שבו מביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש, וקובע מטרותיו, נכסיו ותנאיו, והמסמך הוא אחד מאלה:

(1) כתב חתום בידי יוצר ההקדש בפני נוטריון;
(2) צוואה של יוצר ההקדש, למעט צוואה בעל פה;
(3) הוראת תשלום לעניין סעיף 147 לחוק הירושה, תשכ"ה־1965.

(ב) תחילתו של הקדש היא עם העברת השליטה בנכסי ההקדש לידי הנאמן.

(ג) נמצאו נכסים המשמשים הקדש, אלא שאין על כך כתב הקדש, רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הקדש ולהגדיר מטרותיו, נכסיו, תנאיו ותחילתו.

שינוי וביטול של הקדש

18. (א) יוצר הקדש וצד שלישי רשאים בכל עת להוסיף נכסים לנכסי ההקדש.

(ב) אחרי תחילת ההקדש אין יוצרו רשאי לשנות את תנאיו, לגרוע מנכסיו או לבטלו, אלא אם שמר לעצמו זכות לכך בכתב ההקדש או שבאו על כך הסכמת הנהנים או אישור בית המשפט.

(ג) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכותו של היוצר לחזור בו מיצירת ההקדש לפני תחילתו, מדיני ביטול צואה או מדיני ביטול או שינוי של הוראה לעניין סעיף 147 לחוק הירושה, התשכ"ה־1965.

הוראות בית המשפט

19. (א) בית המשפט רשאי בכל עת לתת לנאמן הוראות בכל הנוגע למילוי תפקידו, וכל הוראה אחרת שתיראה לו לניהול היעיל של ההקדש.

(ב) בית המשפט רשאי, אף בסטייה מכתב ההקדש, להתיר לנאמן את השימוש בנכסי ההקדש לסיפוק הצרכים החיוניים של נהנה או של התלויים בו.

זכויות הנהנים

20. 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.

מינוי נאמן

21. (א) נאמן של הקדש יתמנה בכתב ההקדש או על פיו.

(ב) באין מינוי כאמור, וכשנבצר מנאמן למלא תפקידיו או שלא התחיל או חדל למלאם, רשאי בית המשפט למנות נאמן לתקופה ובתנאים שייראו לו.

(ג) לא יתמנה אדם נאמן של הקדש אלא בהסכמתו.

(ד) קטין, פסול דין, פושט רגל ותאגיד שניתן עליו צו פירוק אינם כשרים להיות נאמן של הקדש.

(ה) נהנה של הקדש אינו כשר להיות נאמן שלו, זולת אם הותר הדבר בכתב ההקדש.

פקיעת כהונתו של נאמן

22. (א) נאמן של הקדש רשאי להתפטר בהודעה בכתב למי שרשאי למנות נאמן לאותו הקדש, וכשיש נאמנים אחדים — לנאמנים האחרים.

(ב) נאמן שנתמנה בידי בית המשפט או שהיה נאמן יחיד, התפטרותו אינה תופסת אלא אם בא עליה אישור בית המשפט ומן היום שנקבע לכך באישור.

(ג) בית המשפט רשאי לפטר נאמן אם לא מילא תפקידו כראוי או שראה בית המשפט סיבה אחרת לפיטוריו.

שינוי וביטול על פי בית המשפט

23. (א) 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.

(ב) בית המשפט רשאי לבטל הקדש אם ראה שמטרותיו הושגו או שאינן ניתנות להגשמה.

אמצעי שמירה

24. הקדש שאין לו נאמן, או שהנאמן לא התחיל או חדל לפעול או שנבצר ממנו למלא תפקידיו, רשאי הנאמן הציבורי לנקוט אמצעים הנראים לו לשמירת נכסי ההקדש ולשמירת זכויות הנהנים, כל עוד לא נתמנה נאמן לפי סעיף 21.

פרק ג: הקדש ציבורי

מינוי רשם

25. שר המשפטים ימנה עובד המדינה, הכשיר לכהן כשופט של בית משפט שלום, להיות רשם ההקדשות (להלן — הרשם); הודעה על המינוי תפורסם ברשומות.

26. (א) נאמן של נאמנות שמטרתה או אחת ממטרותיה היא קידומו של ענין ציבורי (להלן — הקדש ציבורי) חייב, תוך שלושה חדשים מן היום שהיה לנאמן, להודיע לרשם על קיום ההקדש הציבורי ועל הפרטים המנויים להלן, זולת אם ניתנה עליהם הודעה לפני כן, והוא חייב להודיע לרשם על כל שינוי בפרטים אלה תוך שלושה חדשים מיום השינוי; להודעה על קיום הקדש ציבורי יש לצרף העתק מכתב ההקדש.

(ב) ואלה הפרטים:

(1) שמו ומענו של יוצר ההקדש;

(2) מועד תחילת ההקדש;

(3) מטרותיו;

(4) נכסיו;

(5) שמו ומענו של כל נאמן;

(6) פרטים אחרים שקבע שר המשפטים.

(ג) הרשם ינהל פנקס ההקדשות הציבוריים וירשום בו את הפרטים האמורים; הפנקס יהיה פתוח לעיון לכל; הרשם יפרסם ברשומות הודעה על רישום הקדש.

חובת השקעה

27. שר המשפטים רשאי לקבוע, בתקנות לפי סעיף 6, דרכי השקעה שיהיו חובה על נאמן של הקדש ציבורי.

נאמן שהוא נהנה

28. על נאמן של הקדש ציבורי לא יחול סעיף 21(ה).

חובת דיווח ומתן מידע

29. (א) נאמן של הקדש ציבורי חייב להגיש לרשם דין וחשבון על עניני ההקדש במועד ובדרך שקבע שר המשפטים; הדין וחשבון יכיל את הפרטים שקבע השר, אם דרך כלל ואם לסוגים של הקדשות ציבוריים.

(ב) הנאמן חייב למסור לרשם, לפי דרישתו, מידע והעתקי מסמכים בכל הנוגע לעניני ההקדש.

(ג) סעיף 7(ב) לא יחול על הקדש ציבורי.

חקירה

30. (א) קיים יסוד סביר לחשש שלגבי הקדש ציבורי לא קויימה הוראה מהוראות חוק זה או מהוראות כתב ההקדש, או שפרטים או מסמכים שנמסרו לרשם אינם מלאים או אינם נכונים, רשאי הרשם, מיזמתו או לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, לחקור בענינו של אותו הקדש ציבורי, ויהיו לו לענין זה הסמכויות לפי סעיפים 9 עד 11 ו־27(ב) לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט־1968.

(ב) לצורך ביצוע חקירה כאמור בסעיף קטן (א) רשאי הרשם למנות חוקר; מונה חוקר כאמור יהיו נתונות לו סמכויות החקירה כאמור בסעיף קטן (א), בכפוף לתנאי המינוי; החוקר ימסור לרשם דין וחשבון.

(ג) מונה חוקר כאמור בסעיף קטן (ב), רשאי הרשם להטיל את הוצאות החקירה, כולן או חלקן, על ההקדש הציבורי, על נאמנים בו, או על אדם שפנה לרשם בבקשה לפתוח בחקירה, ורשאי הוא לדרוש ממבקש החקירה ערובה להוצאותיה.

עונשין

31. נאמן של הקדש ציבורי שהפר חובה המוטלת עליו לפי סעיפים 26 או 27, דינו — מאסר שנה או קנס 50,000 לירות, ואם עשה כן בכוונת מרמה — מאסר שנתיים.

פרק ד: (בוטל)

32. (בוטל).

33. (בוטל).

34. (בוטל).

35. (בוטל).

פרק ה: שונות

הנאמן הציבורי

36. (א) שר המשפטים ימנה נאמן ציבורי; הודעה על המינוי תפורסם ברשומות.

(ב) הנאמן הציבורי יכול לשמש נאמן של נאמנויות, ומקום שבית המשפט ממנה נאמן, רשאי הוא למנות את הנאמן הציבורי כנאמן יחיד גם בנאמנות שלפי תנאיה יש בה יותר מנאמן אחד.

סמכות שיפוט

37. בית המשפט המוסמך לפי חוק זה — למעט הליכים לפי סעיף 31 — הוא בית המשפט המחוזי.

ערעור

38. החלטות בית המשפט לפי סעיפים 8(א), 9(א)(1), 13(ג), 20, 21 ו־22 אינן ניתנות לערעור אלא ברשות לפי סעיף 19(ב) לחוק בתי־המשפט, תשי"ז־1957.

הרשאים לפנות לבית המשפט

39. בכל ענין לפי חוק זה רשאי לפנות לבית המשפט כל נאמן, נהנה, יוצר הנאמנות או אדם אחר שמעונין בדבר; וכן רשאי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו לפתוח בכל הליך לפי חוק זה, לרבות ערעור, ולהתייצב ולטעון בהליך כזה, בכל הנוגע לנאמנות ובכל דבר אחר שהוא סבור שיש בו ענין לציבור.

ייצוג נהנה

40. נהנה שמחמת גילו, מצב בריאותו או ליקוי רוחני או גופני אינו יכול לעמוד על זכויותיו, רשאי הנאמן הציבורי לייצגו כלפי הנאמן.

אי־תחולה

41. (א) לגבי הקדש דתי שנוסד בפני בית דין דתי על פי הדין הדתי רשאי בית הדין הדתי להורות שהוראות חוק זה בענין יצירת הקדש ובענין ניהולו הפנימי לא יחולו עליו.

(ב) שר המשפטים רשאי להורות, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, כי הוראות חוק זה, כולן או מקצתן, לא יחולו על הקדש שיצרו או נטלו חלק ביצירתו הנהלת ההסתדרות הציונית העולמית או הנהלת הסוכנות היהודית לארץ־ישראל, כמשמעותן בחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ־ישראל, תשי"ג־1952, לרבות קרן קיימת לישראל וקרן היסוד — המגבית המאוחדת לישראל.

סייג לתחולה

42. הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.

ביצוע ותקנות

43. (א) שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות לביצועו.

(ב) שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע סכומי אגרת רישום, אגרה שנתית, וכן אגרות ותשלומים אחרים שיש לשלמם בשל פעולות ושירותים שנותן הרשם לפי חוק זה ורשאי הוא לפטור מתשלום אגרה או לקבוע סכומי אגרות ותשלומים שונים, לסוגי הקדש ציבורי, לפי אמות מידה שיקבע.

הוראות מעבר

44. (א) הקדש שהיה קיים ערב תחילתו של חוק זה לפי פקודת ההקדשות לצרכי צדקה יראוהו כהקדש ציבורי ויחולו עליו הוראות חוק זה מתחילת חוק זה; התאגדו נאמניו של הקדש כזה לפי סעיף 36 לאותה פקודה, ימשיכו להוות תאגיד כאמור שם.

(ב) מי שכיהן ערב תחילת חוק זה כמפקח על ההקדשות, יראוהו כאילו נתמנה רשם לפי חוק זה, ופנקס ההקדשות ופנקס החברות לתועלת הציבור שהתנהלו ערב תחילת חוק זה יראום כמתנהלים לפי חוק זה.

ביטולים

45. בטלות —

(1) פקודת ההקדשות לצרכי צדקה;

(2) פקודת עניני צדקה (הנאמן הציבורי).

תחילה

46. תחילתו של חוק זה תהיה ששה חדשים לאחר פרסומו ברשומות, למעט סעיף 35 שתחילתו תהיה ביום כ"ט בשבט תשמ"א (3 בפברואר 1981).

מנחם בגין
ראש הממשלה

שמואל תמיר
שר המשפטים

יצחק נבון
נשיא המדינה

תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ז־2007

חלק רביעי: נכסים

חלק משנה שני: זכויות בנכסים

פרק חמישי: נאמנות

סימן א: יצירת נאמנות, מינוי נאמן ופקיעת כהונתו

מהות הנאמנות

563. נאמן הוא בעלים של נכס, החייב לפעול לגביו לטובת אדם (בפרק זה — הנהנה) או למטרה אחרת.

מקורות הנאמנות

564. נאמנות נוצרת על פי דין, וכן על פי חוזה עם הנאמן או על פי כתב נאמנות חד צדדי (בפרק זה — כתב נאמנות) שבהם מביע יוצר הנאמנות את רצונו ליצור נאמנות, וקובע את נכסיה, מטרותיה ותנאיה.

כתב נאמנות

565. כתב נאמנות הוא אחד מאלה:

(1) מסמך שנחתם בידי יוצר הנאמנות בפני נוטריון;

(2) צוואה של יוצר הנאמנות, אף אם לא נקבע בה יורש מסוים, ולמעט צוואה בעל פה;

(3) הוראה שניתנה למבטח או לחברה מנהלת כאמור בסעיף 816(ג).

תחילת הנאמנות

566. תחילתה של הנאמנות במועד העברת השליטה בנכסי הנאמנות לידי הנאמן.

פירות נכסי הנאמנות

567. פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות.

ירידה לנכסי הנאמנות

568. נושי הנאמן אינם זכאים להיפרע מנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים בקשר לנכסים אלה, או הנובעים מפעולות הנאמנות.

מינוי נאמן

569. (א) בנאמנות שנוצרה על פי חוזה או על פי כתב נאמנות, ימונה הנאמן בידי יוצר הנאמנות.

(ב) לא ימונה נאמן כאמור בסעיף קטן (א) בכתב נאמנות או על פיו אלא בהסכמתו.

מינוי נאמן בידי בית המשפט ונאמן זמני

570. (א) לא מונה נאמן לפי הוראות סעיף 569, או שמונה נאמן אך הוא אינו ממלא את תפקידו, רשאי בית המשפט למנות נאמן לתקופה ובתנאים שיקבע.

(ב) נוצרה נאמנות על פי כתב נאמנות שהוא צוואה, ולא נקבע נאמן בצוואה, יפעל מנהל העיזבון כנאמן עד למינוי נאמן בידי בית המשפט.

כשרות לשמש כנאמן

571. (א) קטין, פסול דין או מי שהוכרז פושט רגל וכן תאגיד שהחליט על פירוקו מרצון או שניתן לגביו צו פירוק, אינם כשרים להיות נאמן.

(ב) נהנה של נאמנות כשר להיות נאמן שלה ובלבד שנהנה יחיד לא יהיה נאמן יחיד.

סיום תפקידו של נאמן

572. (א) נאמן רשאי להתפטר בהודעה בכתב שתימסר זמן סביר מראש למי שרשאי למנות נאמן לאותה נאמנות; היו נאמנים אחדים, ימסור הנאמן את ההודעה גם לנאמנים האחרים.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), נאמן יחיד או נאמן שנתמנה בידי בית המשפט, אין להתפטרותו תוקף, אלא אם כן אושרה על ידי בית המשפט ומהמועד שנקבע לכך באישור.

(ג) בנאמנות שנוצרה על פי חוזה או על פי כתב נאמנות, רשאי יוצר הנאמנות לפטר את הנאמן אם הותר הדבר בתנאי הנאמנות.

(ד) בית המשפט רשאי לפטר נאמן אם לא מילא את תפקידו כראוי או שראה סיבה אחרת לפיטוריו.

העברת נכסי נאמנות

573. נתפנה מקומו של נאמן מכל סיבה שהיא, חדל הנאמן לפעול, או פסקה כשרותו להיות נאמן, יעברו נכסי הנאמנות לנאמן שימונה במקומו; בנאמנות שיש בה יותר מנאמן אחד יעברו נכסי הנאמנות לנאמנים האחרים.

סימן ב: ניהול נאמנות

החזקת נכסי הנאמנות

574. הנאמן יחזיק את נכסי הנאמנות בנפרד מנכסים אחרים, או בדרך אחרת המאפשרת להבחין ביניהם.

רישום פעולות בנכסי נאמנות

575. היה בנכסי הנאמנות נכס שפעולות בו טעונות רישום במרשם המתנהל על פי חיקוק, רשאי הנאמן להודיע על קיום הנאמנות לממונה על המרשם, והממונה ירשום בו הערה מתאימה.

חיובי נאמן

576. (א) נאמן חב אמון כלפי הנהנה.

(ב) נאמן ישמור על נכסי הנאמנות, ינהלם, יפתחם ויפעל להשגת מטרות הנאמנות.

(ג) נאמן יחזיק או ישקיע את כספי הנאמנות, שאינם דרושים לצרכיה השוטפים, באופן המועיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות; שר המשפטים רשאי לקבוע דרכים שבהן ניתן להשקיע את כספי הנאמנות, בכלל או לפי סוגים.

(ד) נאמן מוסמך לעשות כל הדרוש למילוי תפקידיו.

חשבונות ודיווח בעניני הנאמנות

577. (א) הנאמן ינהל חשבונות בכל עניני הנאמנות.

(ב) הנאמן יתן דין וחשבון על עניני הנאמנות אחת לשנה, ובגמר כהונתו לנהנה, וליוצר הנאמנות לפי דרישתו, וכן ימסור לנהנה וליוצר הנאמנות ידיעות נוספות לפי דרישתם הסבירה.

שכר והוצאות של נאמן

578. (א) בהעדר הסכמה אחרת, נאמן אינו זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו, אלא אם כן מילוי תפקידים כאמור הוא מעיסוקיו, ואולם רשאי בית המשפט לקבוע לו שכר, אם מצא שהדבר מתחייב מהיקף תפקידיו כנאמן.

(ב) נאמן זכאי לשיפוי על הוצאות סבירות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב מילוי תפקידיו.

(ג) נאמן רשאי לנכות את שכרו והוצאותיו מנכסי הנאמנות.

נאמנים אחדים

579. (א) בנאמנות שיש בה יותר מנאמן אחד —

(1) יפעלו הנאמנים תוך הסכמה; היו דעותיהם חלוקות, יפעלו לפי הוראות בית המשפט;

(2) בענין שאינו סובל דיחוי, רשאי כל אחד מהנאמנים לפעול על דעת עצמו;

(3) אחראים הנאמנים לפעולותיהם יחד ולחוד, למעט נאמן שהתנגד לפעולה או שלא ידע עליה;

(4) אם נתפנה מקומו של אחד הנאמנים מכל סיבה שהיא, חדל לפעול, או שפסקה כשרותו להיות נאמן, על הנותרים לעשות מיד למילוי מקומו ולהמשיך במילוי תפקידיהם ככל שהדבר אינו סובל דיחוי, ויחולו הוראות סעיף 573.

(ב) פעולה של אחד הנאמנים שנעשתה בתמורה כלפי אדם שפעל בתום לב תהא תקפה אף אם היא סותרת את הוראת סעיף קטן (א)(1).

אחריות נאמן

580. (א) נאמן אחראי לאובדן של נכסי הנאמנות או לנזק שנגרם להם או לנהנה, עקב הפרת חובתו כנאמן; לענין אחריותו של הנאמן לאובדן של נכסי הנאמנות או לנזק שנגרם להם, יראו את הנאמן כשומר ואת הנהנה כבעל הנכס.

(ב) הנאמן אינו נושא באחריות בשל השקעת כספי הנאמנות שנעשתה בהתאם לתקנות שקבע שר המשפטים לפי הוראות סעיף 576(ג).

(ג) הנאמן אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב וללא התרשלות לפי הוראות בית המשפט שניתנו לפי סעיף 584.

(ד) בית המשפט רשאי לפטור נאמן שאינו פועל דרך עיסוק, מאחריות, אם פעל בתום לב לשם מילוי תפקידיו.

איסור על נאמן לרכוש טובת הנאה

581. (א) נאמן לא ירכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל זכות בו, לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה אחרת מנכסי הנאמנות או מפעולותיה, ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובת הנאמנות לבין טובתו שלו או של קרובו.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), רשאי בית המשפט לאשר מראש פעולה מהפעולות המנויות באותו סעיף אם מצא שהיא לטובת הנאמנות.

(ג) היה הנאמן או קרובו, נהנה, אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לגרוע מזכויותיו כנהנה.

(ד) נעשתה פעולה מהפעולות המנויות בסעיף זה ללא אישור מראש של בית המשפט, בטלה הפעולה, אלא אם כן נעשתה כלפי אדם שאינו הנאמן או קרוב כאמור בפסקאות (1) ו— (2) להגדרה "קרוב" שבסעיף קטן (ה), ואותו אדם נתן בעדה תמורה ופעל בתום לב.

(ה) בסעיף זה, "קרוב" —

(1) בן זוגו;

(2) הורה, הורה־הורה, צאצא, אח או אחות, של הנאמן או של בן זוגו;

(3) בן זוג של אחד המנויים בפסקה (2);

(4) שותף של נאמן או של אחד המנויים בפסקאות (1) עד (3);

(5) תאגיד שהנאמן או אחד המנויים בפסקאות (1) עד (3) מחזיקים בו 5% או יותר מסוג מסוים של אמצעי שליטה בתאגיד; בפסקה זו, "החזקה" ו"אמצעי שליטה" — כהגדרתם בחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א־1981.

הגבלת עבירות של זכויות הנהנה

582. זכותו של נהנה אינה ניתנת להמחאה או לשעבוד אלא באישור בית משפט או אם הותר הדבר בתנאי הנאמנות.

רווח אסור של נאמן

583. רווח שהפיק נאמן שלא כדין, עקב הנאמנות, יהיה לחלק מנכסי הנאמנות.

הוראות בית המשפט לנאמן

584. (א) נאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות בכל הנוגע למילוי תפקידיו.

(ב) בית המשפט רשאי, בכל עת, לתת הוראות לנאמן בכל הנוגע למילוי תפקידיו, וכל הוראה אחרת הנראית לו דרושה לניהולה היעיל של הנאמנות.

פניה לבית המשפט בנאמנות

585. נאמן, נהנה, יוצר הנאמנות או אדם אחר המעונין בדבר, רשאי לפנות לבית המשפט בכל ענין לפי פרק זה; כן רשאי היועץ המשפטי לממשלה לפתוח בכל הליך לפי פרק זה, וכן להתייצב ולטעון בהליך כאמור אם הוא סבור שיש בו ענין לציבור.

הצהרה על קיום נאמנות על פי כתב נאמנות

586. נמצאו נכסים המנוהלים כנאמנות שנוצרה על פי כתב נאמנות, אלא שאין על כך כתב נאמנות, רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הנאמנות ולהגדיר את מטרותיה, נכסיה, תנאיה ותחילתה.

סימן ג: שינוי וביטול של נאמנות

שינוי בתנאי הנאמנות

587. (א) בית המשפט רשאי לשנות או לבטל תנאי מתנאי הנאמנות, אם חל שינוי של ממש בנסיבות המצדיק זאת, והדבר תואם את אומד דעתו של יוצר הנאמנות.

(ב) בית המשפט רשאי להתיר לנאמן לעשות שימוש בנכסי הנאמנות לסיפוק צרכיהם החיוניים של הנהנה או של התלויים בו, אף אם שימוש זה חורג מתנאי הנאמנות.

(ג) יוצר נאמנות שנוצרה על פי כתב נאמנות ואדם שלישי רשאים, בכל עת, להוסיף נכסים לנכסי הנאמנות.

ביטול נאמנות ובטלותה

588. (א) בית המשפט רשאי לבטל נאמנות אם ראה שמטרותיה הושגו או שאינן ניתנות להגשמה.

(ב) חלפו מאה שנים ממועד יצירתה של נאמנות, ובנאמנות שנוצרה כאמור בסעיף 565(2) או (3) — ממועד פטירתו של יוצר הנאמנות, בטלה הנאמנות.

נכסי נאמנות שנתבטלה או בטלה

589. (א) נתבטלה נאמנות ולא נקבע בתנאי הנאמנות מה ייעשה בנכסיה, רשאי בית המשפט לקבוע מה ייעשה בהם, ולהורות על העברתם למטרות שיקבע, והכל בהתאם לתנאי הנאמנות ולפי אומד דעתו של יוצרה; לא מצא בית המשפט מטרות כאמור, יושבו הנכסים נושא הנאמנות ליוצר הנאמנות.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), בטלה נאמנות כאמור בסעיף 588(ב), ולא נקבע בתנאי הנאמנות מה ייעשה בנכסיה, יועברו הנכסים למי שהיה הנהנה בעת שבטלה.

שינוי וביטול של נאמנות על פי כתב נאמנות

590. (א) יוצר הנאמנות על פי כתב נאמנות אינו רשאי לשנות את תנאיה, לגרוע מנכסיה או לבטלה, לאחר תחילת הנאמנות, אלא אם כן שמר לעצמו זכות לכך בכתב הנאמנות או שנתקבלה לכך הסכמת הנהנה או אישור בית המשפט.

(ב) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכותו של יוצר הנאמנות על פי כתב נאמנות לחזור בו מיצירת נאמנות לפני תחילתה, מכוח הדין החל על ביטול צוואה או מכוח הדין החל על ביטול או שינוי של הוראת תשלום לענין סעיף 816.

סימן ד: הנאמן הציבורי

הנאמן הציבורי

591. (א) שר המשפטים ימנה נאמן ציבורי; הודעה על המינוי תפורסם ברשומות.

(ב) הנאמן הציבורי יכול להיות נאמן של נאמנויות.

(ג) בית המשפט רשאי למנות את הנאמן הציבורי כנאמן יחיד גם בנאמנות שלפי תנאיה יש בה יותר מנאמן אחד.

ייצוג נהנה בידי הנאמן הציבורי

592. נהנה שמחמת גילו, מצב בריאותו או ליקוי נפשי, שכלי או גופני אינו מסוגל לעמוד על זכויותיו, ואין לו אפוטרופוס, רשאי הנאמן הציבורי לייצגו כלפי הנאמן.

אמצעים לשמירת נכסי הנאמנות

593. נאמנות שאין לה נאמן, או שנבצר מן הנאמן לפעול, ינקוט הנאמן הציבורי אמצעים הנראים לו לשמירת נכסי הנאמנות או לשמירת זכויות הנהנה.

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

חוק הנאמנות

פרק א: הוראות כלליות

מהות הנאמנות

1. נאמן הוא בעל זיקה לנכס, החייב לפעול לגביו לטובת נהנה או למטרה אחרת.

יצירה

2. נאמנות נוצרת על פי דין, על פי חוזה עם נאמן, או ביצירת הקדש.

נכסי נאמנות

3. (א) פירותיהם ותמוריהם של נכסי הנאמנות יהיו אף הם לנכסי הנאמנות.

(ב) נושי הנאמן אינם זכאים להיפרע מנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים בקשר לנכסים אלה או הנובעים מפעולות הנאמנות.

(ג) נושי הנהנה אינם זכאים להיפרע מנכסי נאמנות למטרות צדקה אף לאחר שהועברה הבעלות בהם לידיו, אלא אם יוצר הנאמנות הסכים, במפורש או במשתמע, שנכסי הנאמנות ישמשו גם לפירעון חובות.

(ד) הנאמן חייב להחזיק את נכסי הנאמנות בנפרד מנכסים אחרים או בדרך המאפשרת להבחין ביניהם.

כספי הנאמנות

6. (א) כספי נאמנות הדרושים לצרכיה השוטפים של הנאמנות יוחזקו בידי הנאמן, ולא יושקעו אלא אם יוכל הנאמן להבטיח את זמינותם של הכספים לצרכיה השוטפים של הנאמנות.

(ב) כספי הנאמנות שאינם דרושים לצרכיה השוטפים, חייב הנאמן להשקיע כיעיל לשמירת הקרן ולעשיית פירות; כספי נאמנות פרטית יושקעו בהתאם לתנאי חוזה הנאמנות ולאומד דעת יוצרה; כספי נאמנות למטרות צדקה יושקעו בדרך המניבה את הרווחים המירביים בלי לסכן את הקרן, ובהתאם לייעוץ מגורמים מקצועיים.

(ג) שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות דרכים שבהן ניתן להשקיע כספי נאמנות, והנאמן אינו נושא באחריות אם השקיע אותם בהתאם לתקנות אלה.

חשבונות ודיווח

7. (א) על הנאמן בנאמנות פרטית להגיש לבעליהם של נכסי הנאמנות, לפי דרישתו הסבירה, כל מסמך שבא לידיו עקב מילוי תפקידו.

(ב) הנאמן בהקדש למטרות צדקה או למטרות ציבוריות חייב לנהל חשבונות בכל ענייני ההקדש.

(ג) הנאמן בהקדש למטרות צדקה או למטרות ציבוריות יגיש לרשם ההקדשות וליוצר ההקדש דין וחשבון, בהתאם לתנאי שטר ההקדש או צו המינוי, ובכל עת שיידרש לכך על ידי בית הדין, וימסור להם מסמכים שבאו לידיו עקב הנאמנות, לפי דרישתם הסבירה.

(ד) הדין וחשבון יהיה חסוי.

שכר והוצאות

8. (א) נאמן בנאמנות פרטית זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו, ובית המשפט רשאי לקבוע את גובה השכר המגיע לנאמן.

(ב) נאמן בנאמנות למטרות צדקה ובהקדש ציבורי אינו זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו, אולם רשאי יוצר הנאמנות להקציב לו שכר אם ראה שהדבר דרוש לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות או של ההקדש, אלא אם כן העביר לנציגי הציבור את סמכותו להקציב שכר לנאמן.

(ג) אם לא הקציב יוצר הנאמנות שכר כאמור בסעיף קטן (ב), או שהעביר את סמכותו להקציב את שכר הנאמן לידי נציגי הציבור, רשאי בית המשפט להקציב שכר לנאמן אם ראה שהדבר דרוש לשם הגשמת מטרותיה של הנאמנות או של ההקדש.

(ד) בנסיבות שבסעיף קטן (ג), רשאי שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע הוראות לעניין שכר, גמול והחזר הוצאות שישולמו לפי סעיף זה לנאמן של הקדש ציבורי כהגדרתו בסעיף 26, לרבות הגבלות לעניין תשלומים כאמור; הוראות כאמור בסעיף קטן זה יכול שייקבעו לסוגי הקדש ציבורי.

(ה) נאמן שאינו מקבל שכר זכאי לשיפוי על הוצאות סבירות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר ועל נזקים שנגרמו לו עקב מילוי תפקידיו, זולת אם לפי נסיבות העניין יש להניח שהוא מחל על זכות זו.

(ו) נאמן רשאי להחזיר לעצמו את שכרו והוצאותיו מנכסי הנאמנות.

נאמנים אחדים

9. (א) בנאמנות שיש בה יותר מנאמן אחד —

(1) יפעלו הנאמנים תוך הסכמה, ואם היו דעותיהם חלוקות, תוכרע המחלוקת על פי רוב דעות.

(2) לא ניתן להכריע במחלוקת שבין נאמנים בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות, יפעלו הנאמנים לפי הוראות בית המשפט.

(3) בעניין שאינו סובל דיחוי, רשאי כל אחד מהנאמנים לפעול על דעת עצמו.

(4) הנאמנים אחראים לפעולותיהם יחד ולחוד.

(5) נתפנה מקומו של אחד מהנאמנים, או שחדל לפעול או שהוכרז פסול דין או פושט רגל, על הנאמנים הנותרים ליידע על כך את מי שמוסמך למנות נאמן לאותה נאמנות, ולהמשיך במילוי תפקידיהם ככל שהדבר אינו סובל דיחוי.

(ב) פעולה של אחד הנאמנים שנעשתה בניגוד להוראת סעיף קטן (א)(1) — בטלה.

חובות וסמכויות

10. (א) נאמן חייב לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם כפי הדרוש לשם הגשמת מטרות הנאמנות, ומוסמך הוא לעשות כל הדרוש למילוי תפקידו.

(ב) במילוי תפקידיו ינהג הנאמן בשקידה ובהגינות, כפי שמקובל לנהוג באותן נסיבות.

(ג) נאמן בנאמנות הציבורית לא יערב כל שיקול זר שאינו מעניינה של הנאמנות, בעת מילוי תפקידיו.

(ד) נאמן של כמה נאמנויות לא יפעל בפעולת העברת נכסים ביניהן.

(ה) נאמן אינו רשאי לאצול מתפקידיו לזולתו; אין בכך כדי למנוע העסקת אדם כדרוש למטרות הנאמנות.

כפיפות לתנאי הנאמנות

11. הוראות חוק זה, בכל הנוגע לנאמנות הפרטית, יחולו בכפוף לתנאי הנאמנות, חוץ מסעיפים 5 ו־13(ה).

אחריות

12. (א) נאמן אחראי לנזק שנגרם לנכסי הנאמנות עקב הפרת חובתו כנאמן; על אחריות לאבדנם ולנזקם של נכסי הנאמנות המוחזקים על ידו יחולו דיני השומרים.

(ב) נאמן רשאי לבקש מבית המשפט הוראות בכל עת, והוא אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות אלה.

איסור טובת הנאה

13. (א) נאמן לא ירכוש לעצמו או לקרובו נכס מנכסי הנאמנות או כל זכות בו, ולא יעשה דבר שיש בו סתירה בין טובת הנאמנות לבין טובתו שלו או של קרובו, זולת אם המחיר הנדרש עבור הנכס נקבע בתנאי הנאמנות.

(ב) נאמן לא יפיק לעצמו או לקרובו טובת הנאה אחרת מנכסי הנאמנות, זולת אם הדבר נחוץ לשם קידום ענייניה של הנאמנות.

(ג) "קרוב" של נאמן לעניין סעיף זה —

1. בן זוגו;
2. הורה, הורה־הורה, בן או בת, אח או אחות של הנאמן;
3. בן זוג של אחד המנויים בפסקה 2;
4. בני דודיו הראשונים והשניים;
5. אדם או גוף שלנאמן יש עניין של ממש בהצלחתו.

(ד) בית המשפט רשאי לאשר מראש פעולות המנויות בסעיפים קטנים (א) ו־(ב), אם ראה שהיא דרושה לשם קידום ענייניה של הנאמנות, בנאמנות למטרות צדקה או למטרות ציבוריות.

(ה) הוראות סעיף קטן (א) אינן באות לגרוע ממה שמגיע לנאמן או לקרובו מכח היותם נהנים.

(ו) פעולה אסורה לפי סעיף זה שנעשתה בלי אישור בית המשפט — בטלה.

ביטול פעולות

14. (א) פעולה שנעשתה בהפרת חובת הנאמנות, והצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה, או שנעשתה ללא תמורה, בטלה; ידיעה על קיום הנאמנות, אין בה בלבד משום ידיעה על הפרת חובת הנאמנות.

(ב) לעניין סעיף קטן (א), פירעון חוב מנכסי הנאמנות ייחשב כפעולה שלא בתמורה.

(ג) בוטלה פעולה לפי סעיף קטן (א), והצד השלישי ידע על ההפרה, תחול עליו אחריות מוחלטת על נכסי הנאמנות שבידו.

(ד) בוטלה פעולה לפי סעיף קטן (א), והצד השלישי לא ידע על ההפרה, תחול עליו אחריות כשל שומר שכר על נכסי הנאמנות שבידו.

דין רווח אסור

15. (א) רווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות, אלא אם כן הרווח הוא —

(1) טובת הנאה בלתי מוחשית שהפיק הנאמן בלי לגרום הפסד לנאמנות;

(2) דבר שקיבל מצד שלישי עקב תפקידו בלי שנגרם בכך הפסד לנאמנות.

(ב) גם במצבים החריגים שנמנו בסעיף קטן (א), בית המשפט רשאי לקבוע שהרווח יישלל מן הנאמן, אם ראה שהנסיבות עושות את זכייתו ברווח לבלתי צודקת.

נכסי נאמנות שנתבטלה

16. נתבטלה נאמנות ולא נקבע בתנאי הנאמנות מה ייעשה בנכסיה, יועברו הנכסים לידי הנהנים, או יוחזרו ליוצר הנאמנות או ייעשה בהם שימוש למטרות הדומות למטרות הנאמנות המקוריות, והכל לפי אומד דעתו של יוצר הנאמנות.

פרק ב: נאמנות על פי כתב הקדש

יצירה ותחילה של הקדש

17. (א) הקדשת נכסים למטרות צדקה, דת או למטרות ציבוריות תיעשה באמצעות הצהרה של בעליהם על כך שהוא יוצר הקדש, ובהצהרה זו ייקבעו מטרות ההקדש, נכסיו ותנאיו.

(ב) תחילתו של הקדש היא עם העברת השליטה בנכסי ההקדש לידי הנאמן או במועד שבו יתחיל הנאמן במילוי תפקידו, לפי המוקדם מביניהם.

(ג) בסמוך להעברת השליטה בנכסי ההקדש, יערוך בית הדין מסמך ובו פירוט כל נכסי ההקדש. עותק אחד של השטר יימסר לנאמן, ועותק נוסף יופקד בבית המשפט.

(ד) לא נערך מסמך כאמור, ובכל זאת נמסרו נכסי ההקדש לשליטת הנאמן, יוצאו הנכסים לאלתר מידיו, ייערך מסמך כאמור, ורק לאחר מכן יוחזרו הנכסים לשליטת הנאמן.

(ה) נמצאו נכסים המשמשים הקדש, רשאי בית המשפט להצהיר על קיום הקדש ולהגדיר מטרותיו, נכסיו, תנאיו ותחילתו.

שינוי וביטול של הקדש

18. (א) יוצר הקדש וצד שלישי רשאים בכל עת להוסיף נכסים לנכסי ההקדש.

(ב) לאחר שנוצר ההקדש, אין יוצרו רשאי לשנות את תנאיו או לבטלו, אלא אם שמר לעצמו זכות לכך בכתב ההקדש או שבית המשפט אישר את הדבר עקב שינוי נסיבות.

(ג) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכותו של היוצר לחזור בו מיצירת ההקדש מדיני ביטול צוואה.

הוראות בית המשפט

19. (א) יוצר ההקדש רשאי לתת לנאמן הוראות בכל הנוגע למילוי תפקידו, וכל הוראה אחרת שתיראה לו לניהול היעיל של ההקדש, זולת אם העביר סמכות זו, במפורש או במשתמע, לאחר.

(ב) עם מותו של יוצר ההקדש, תעבור הסמכות לפי סעיף קטן (א) ליורשיו; אין לו יורשים או שיורשיו אינם מסוגלים לעשות שימוש בסמכות זו, תעבור סמכות זו לבית המשפט.

(ג) לא עשו יוצר ההקדש או יורשיו שימוש בסמכויותיהם לפי סעיף קטן (א) ו־(ב) ואין סיבה מוצדקת לכך, תעבור סמכות זו לבית המשפט.

(ד) בית המשפט רשאי, אף בסטייה מתנאי ההקדש, להתיר לנאמן את השימוש בנכסי ההקדש לסיפוק הצרכים החיוניים של נהנה או של התלויים בו.

זכויות הנהנים

20. (א) זכותו של נהנה על פי כתב הקדש אינה ניתנת להמחאה, לשעבוד או לעיקול.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), נהנה שהוא נזקק רשאי להמחות את זכותו לאדם המחזיק בנכסים שהוא זכאי לקבלם, כדי לקבל ממנו הלוואה, ובלבד שנכסים אלו לא דרושים לו לשם סיפוק צרכיו החיוניים.

מינוי נאמן

21. (א) נאמן של הקדש ציבורי או של הקדש לטובת מטרות סעד, חינוך או דת, ימונה על ידי יוצר ההקדש, או על ידי יורשיו; ובכוחו של היוצר להעביר סמכותו זו לאחרים.

(ב) לא מונה נאמן לפי סעיף קטן (א) ולא ניתן למנות נאמן נאמן לפי סעיף קטן זה, על בית הדין למנות את הנאמן.

(ג) לא יתמנה אדם נאמן של הקדש אלא בהסכמתו.

(ד) לא ימנה בית הדין כנאמן, קטין, פסול דין או כל אדם או גוף שקיים ספק ביכולתם להפעיל את שיקול הדעת הדרוש לשם מילוי התפקיד, ולפעול

בדרך הטובה ביותר לשם הגשמת מטרותיו של ההקדש, או ביכולתם לשאת באחריות להפסדים.

א. נאמנות פרטית

פקיעת כהונתו של נאמן

22. (א) נאמן רשאי להתפטר בהודעה למי שרשאי למנות נאמן לאותו הקדש.
(ב) אין לפטר נאמן, אלא אם הותר הדבר בחוזה הנאמנות, ובהתאם לתנאים שנקבעו בחוזה.

ב. הקדש למטרות ציבוריות או למטרות צדקה, חינוך או דת

פקיעת כהונתו של נאמן

22. (א) נאמן של הקדש רשאי לחזור בו מהסכמתו לשמש כנאמן, כל עוד לא הועברה השליטה בנכסי ההקדש לידיו.

(ב) לאחר שהחל הנאמן במילוי תפקידו, אין הוא רשאי להתפטר, אלא לצורך יציאה מן הארץ לזמן ממושך, או לשם השמירה על שמו הטוב.

(ג) על ההתפטרות יודיע הנאמן למי שרשאי למנות נאמן לאותו הקדש.

(ד) יוצר ההקדש רשאי לפטר נאמן שמונה על ידו בכל עת.

(ה) לפני העברת השליטה בנכסי ההקדש לידיו של הנאמן, רשאי בית הדין לחזור בו ממינויו של נאמן.

(ו) לאחר העברת השליטה בנכסי ההקדש לידיו של הנאמן, רשאי בית הדין לפטרו, אם לא מילא תפקידו כראוי או שראה בית הדין סיבה אחרת לפיטוריו.

(ז) בית הדין רשאי לפטר נאמן שמונה על ידי יוצר ההקדש, אם נבצר מן היוצר לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף קטן (ג), ויש להניח שאילו היה בכוחו לעשות שימוש בסמכותו, היה מפטר את הנאמן, או אם יוצר ההקדש נמנע במזיד מלעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף קטן זה, ולהערכת בית הדין, עלול הדבר למנוע את הגשמת מטרות ההקדש.

שינוי וביטול על פי בית המשפט

23. (א) בית המשפט, המוסמך לתת לנאמן הוראות בהתאם להוראות סעיף 19, רשאי לשנות או לבטל הוראה מהוראות כתב ההקדש, אם ראה שהדבר דרוש לטובת ניהולו היעיל של ההקדש, או שהדבר תואם את אומד דעתו של יוצר ההקדש.

(ב) בית המשפט רשאי לבטל הקדש אם ראה שמטרותיו הושגו או שאינן ניתנות להגשמה.

אמצעי שמירה

24. הקדש ציבורי והקדש למטרות צדקה, חינוך או דת, שאין לו נאמן, או שהנאמן לא התחיל או חדל לפעול או שנבצר ממנו למלא תפקידיו, ינקוט הנאמן הציבורי אמצעים הנראים לו לשמירת נכסי ההקדש ולשמירת זכויות הנהנים, כל עוד לא נתמנה נאמן לפי סעיף 21.

מפתחות

מפתח העניינים

מפתח המקורות

רשימה ביבליוגרפית

רשימה ביוגרפית

מפתח העניינים

אב (ראה גם: בן)
הנותן את נכסיו לבנו לאחר מותו
איסור לאב למכור את חלקו 540 545
איסור לבן למכור את חלקו 540
אם כתב רק "לאחר מיתה" 40
אם מכר האב את הנכסים 539
אם מכר הבן את הנכסים 539
מטרת ההקנאה 40 41
נשאר לאב קניין פירות 40 41 451 539
אבדה (ראה: השבת אבדה)
אבדן השתכרות (ראה: שכר בטלה)
אבטליון
משמעות השם 55
'אבי יתומים'
כינוי למי שמפקח על פעולות אפוטרופוסים 135 637
כינוי לקב"ה 125
אביגיל
מתנות שנתנה לדוד 98
'אביהם של יתומים'
בית דין 55 215 316 344 520 521 526 605
גדול הדור 520 521 523
אֶבֶל
רופא אבל — קבלתו שכר 165
'אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבין של חברו' 89
'אוהב'
פסול לדון 333
אומדנא
אמדן דעת של יוצר הנאמנות
סטייה מהוראת נאמנות על פיו 66 67 622 624
שהתכוון שתתבטל עם אירוע מסוים 385
הוצאת כסף ממוחזק ע"פ אומדנא 396
הקושי להשוות בין אומדנות 392 393
התחשבות בו 277
אונאה
אפוטרופוס שטעה במחיר במכירת נכסי היתומים 20
בהקדש 17
בית דין שטעה במחיר במכירת נכסי יתומים 20
שליח שטעה במחיר 20
אונס (ראה: כפייה)
אחריות
בעל לחובות אשתו 62
נאמן לנכסי הנאמנות 288-294
התנאים להטלת האחריות 294-304
היקפה 304-311
על פעולה שבוצעה לפי הוראת בית הדין 317-319
מוסרית 182-183
'אי אפשר לצמצם' 389
'אין אדם חוטא ולא לו' 331
'אין אדם משים עצמו רשע'
נאמן שהפיק רווח מהנאמנות וטוען שהתכוון ליטלו לעצמו 373
'אין עניות במקום עשירות' 109
איסור הנאה
נכס משועבד שנאסר בהנאה 82
אישה
'דעתה קלה' 566
הנושאת ונותנת בבית (ראה: אשת איש)
השבת אבדתה 566
חובתה להישאר בבית 565 567
טעם פטור אישה ממצוות עשה שהזמן גרמא 566
טעם פסול אישה לעדות 566
מינוֶיה כאפוטרופוס (ראה: אפוטרופוס)
מינוֶיה לתפקיד ציבורי 566
תוקף המינוי בדיעבד 570
נשואה (ראה: אשת איש)
סתם אישה אינה יודעת במשא ומתן 565
עצלנית 568
שינויים במעמדה 97 566-567
אישיות משפטית
גופים שייתכן שהם אישיות משפטית
הקדש משפחתי 472
הקדש של בית המקדש 467 468
ווקף (הקדש דתי) 468
נאמנות ציבורית 468
צדקה 469-473
אלמנה
לקיחת נכסי היתומים כפרעון כתובתה 327 329
אם בית דין שם את הנכסים 347
אמונה (חובה לנהוג באמונה)
במובן של תום לב 252
חובת נאמן לנהוג באמונה 251-253 255
אם הוא נוהג בשלו ברשלנות 255
לפי האופן המקובל 255
לפי מבחן האדם הסביר 255
לא להתחשב בטובתו האישית 252
לנהוג 'כמלאך' 251

'אמירה לגבוה כמסירה להדיוט'
באופן שמסירה להדיוט אינה מועילה 445 446 460 461
בהקדש 'לאחר זמן' 450
בהקדש לבית המקדש 417 590
בהקדש לבית כנסת 438
בצדקה 33 84 391 393 397 417־420 441־443 445 462 466 467 485־490 492 498 502 519
אם נדר בכתב 434 435
לעניים מסויימים או שאינם מסויימים 419 420
דווקא נכס מסוים 417
שאלה לחכם אחרי האמירה 421
אסמכתא
בהקדש לבית המקדש 444־446
בהקדש לצדקה 444־446 449
בתנאי שיש בו מצווה 446
בנדר ובשבועה 445
בנדר תענית 446
החיסרון בגמירת דעת 444 445
החיסרון שהקניין חל בעתיד 445
הפורע מקצת חובו ומתחייב לפרוע כולו 66
פסולה מדרבנן 445
'אף'
שאינו במובן 'גם' 153
אפוטרופוס
במובן של מנהל משק בית 66
האפוטרופוס הכללי
אחריותו לנהל נכסים עזובים 59
אפוטרופוס לגדול
אין בכך מצווה 58
אין חובה למנותו 58
האם יש לו סמכויות כשל אפוטרופוס לקטן 59
האם ראוי למנותו 57
אם הגדול מבקש שבית דין ימנה 58 59
אם הגדול עצמו ממנה 58
אם יורשיו מתנגדים או אינם מתנגדים 58
בשכר 58
אפוטרופוס על נכסי יתומים
איסור השקעת כספם תמורת חלק ברווח 336
באישור בית דין 343 344
אם אביהם מינה אחד — האם בית דין יכול למנות אחר 560
אם קנו שור בלי שיניים ומת מחוסר אוכל 300
אם היה יכול לגלות את המום מראש 300
אסור לו ללוות מכספם 331
בהערמה ע"י הלוואה לקרובו 331
'אפוטרופוס למעשה' 64
אפוטרופסים אחדים (ראה גם: ריבוי נאמנים)
ערבות הדדית בין אפוטרופוסים 219־221
שהקדישו מהנכסים לצדקה והם גבאי צדקה 260 261
שמת אחד מהם 594
גדול הדור הממנה את עצמו אפוטרופוס 521
האם בית דין יכול לקצוב לו שכר 168 169
מהרווח הצומח מהנכסים 169
הגדרתו — נאמן ע"פ חוק 55
הממנה אחר במקומו 263
באישור בית דין 263
העסקת אדם לתפקידים מסוימים 267 268
להשקיע את כספי היתומים 267
תוקף המינוי בדיעבד 266
המרתו עבדים שלהם בקרקע 247 248
המרתו קרקע שלהם בעבדים 247
המרתו קרקע שלהם בקרקע אחרת 247 525
באישור בית דין 247 525
שהיתה שלהם בעבר 247
המרתו קרקע שלהם בשוורים 248
הסכמתו כתנאי הכרחי למינוי 308 554
הסכמה מכללא 555
הקלה עליו כדי שלא יימנעו אנשים מהתפקיד 129 131 154־156 220 221 300־302 306־310
אם אין טרחה בטיפול 307
אם הוא מקבל שכר 302 303
השקעתו את כספם באופן מסוכן 245
התייצבותו בדין לטובת היתומים 245 246
איסור לכתחילה 246 248 342
אם בית דין אישר זאת 247 342
אם יש חשש שהיתום גזל 245
אם מינהו אבי היתומים או בית דין 246 247
בהליך של חלוקת העיזבון 246 247
במה שנוגע לפעולה שעשה 245
בתור תובע או בתור נתבע 245 246
תוקף הפסק, אם זכה או הפסיד 245 246
התפטרותו משהחזיק בנכסים 590 591
אם התנה שיוכל להתפטר כשירצה 587
בהחזקה ע"י אחר 592
זכותו הקניינית בנכסיהם 19־22 250
בית דין מקנה לו זכויות בנכסיהם 59
זכותו לחזור בו עד שיחזיק בנכסים 587־589
אם התחיל במילוי תפקידו 591 592
אם מינהו בית דין או אבי היתומים 592
החזקה פיזית או אחרת 588 589
זכותו לקנות בגדים מכספם 336
אם הם מתנגדים 336
זכותו לשיפוי על מה שהוציא לטובתם 175 176
גביית השיפוי מנכסיהם 189
זכותו לשכר 167 169
חובתו לבדוק אם יש בנכסים מום המצריך טיפול מיוחד 242
חובתו להגיש דו"ח (ראה: דין וחשבון)
חובתו להיוועץ בבית דין 215 216 315 318
חובתו להישבע מול טענת שמא 131 148 457
אם הוא מקבל שכר 155 156
אם היו שניים ואחד נפטר 156
אם מינהו אבי היתומים 153־156
אם מינהו בית דין 153־155
אם מינוהו ערכאות הגויים 154
אם פוטר בגלל התנהגות שלילית 155
חובתו להישבע שלא הזיק 130 168 169 457 458 554
אם הוא מקבל שכר 309
אם מינהו אבי היתומים 131 132 561
אם מינהו בית דין 131 132 554 561
בבעל שמינה את אשתו אפוטרופוסית 561
מול טענת ברי 131 156 457
סמכות בית דין לפוטרו 312

אפוטרופוס על נכסי יתומים (המשך)
פטור מחשש שיימנעו מהתפקיד 129 131
חובתו להמיר נכסי יתומים בשעת הצורך 74
חיובו לפעול בתמורי הנכסים 74
חובתו למכור מנכסיהם בשעת הצורך 243
כדי לפרוע חוב של אביהם 251
למכור מיטלטלין שלהם העומדים להתקלקל 302
סמכותו לכך 251
תפקיד של בית דין 243
חובתו לעשות כל הדרוש ליתומים 243 250 289
להפיק פירות מנכסיהם 244
להפריש תרומות ומעשרות מפירותיהם 243
להשקיע את כספם 111
לקנות להם תשמישי מצווה 243
חובתו לשלם על נזק לצד ג׳ 299־301
אם שורם של היתומים הזיק 299־301
חזקת קרקעות בפניו 21
חיובו בפשיעה 302 303 306־310
אם אין טרחה בטיפול 307
אם התכוון לטובה 312
אם מינהו אבי היתומים או ב״ד 306 308־310
חיובו על נזק שגרם להם
אם לא מכר נכס שלהם כנדרש, ונשרף 302
באונס, אם לא ביקש הוראה מב״ד 318
בכך שמכר מנכסיהם בזול 296 306
בפעולה שעשה ברשות בית דין 318
נזק מסופק 303
חיובו על נזק שגרם להם באי־מעש 302
אם הוא מקבל שכר 302 303
בהימנעות מהשקעת כספם 296
חיובו על נזק שגרם להם ׳בידיים׳ 306 312
אם מכר סחורתם בהקפה לאדם אלים 306
חיובו על נזק שגרם להם בייצוג רשלני בב״ד 301 303
אם אמרו לו מה לטעון 301
אם הנזק מותנה בשבועת שכנגדו 303
חיובו כשומר 288 303
כשומר אבדה 289
כשומר חינם או כשומר שכר 307־310
נחשב שומר משהחזיק בנכסים 588
סמכות בית דין לפוטרו מאחריות 313
שומר שכר אם הוא מקבל שכר 309
ש״ש בגלל הכבוד שבמינוי 308 309 311
טיפול בנכסיהם באופן המסכנם (ראה: יתומים)
ינהל חשבונות של פעולותיו 125 126
לעצמו או להראות לאחרים 125 126
יתומים שסמכו אצל בעל הבית (ראה: יתומים...)
כשגדלו — מוציאים מידו את הנכסים 57
לעניין ״בעליו עמו״ 20
מגמה להטיל יותר פיקוח עליו 134
מדרבנן או מהתורה 55
מי ממנה אותו 521
בית דין 521
בית דין של עיר אחרת 521
גדול הדור 521
מינוי אדם שהאב נתן בו אמון בחייו 561 562
מינוי אישה כאפוטרופוס 563 565־572
אלמנת המת האמורה לגבות כתובה מהנכסים 568
אלמנת המת, שיש לה תביעות על הנכסים 576
אלמנת המת, שמינה אותה ואח״כ נישאה לאחר 558 566
אם אביהם מינה אותה 280 557־559 566
אם אביהם נתן בה אמון בחייו 559־562 570
אם אין למת קרובים ידועים מן האב 570
אם היא יודעת הלכות 566
אם היתומים סמכו אצלה 568־570
אם הערכאות מינו אותה 567 568
אם חוק המדינה קובע שאֵם היתומים היא האפוטרופוס 567 568
אם חלק מהנכסים שייך לה 567 568
אם תנהל את הנכסים מתוך ביתה 566
אמם של היתומים 568־570
בימינו שבעל סומך על אשתו 561 568
בימינו שנשים בקיאות במשא ומתן 571
לתפקיד חלקי 570
מפרשים צוואה כך שלא תמונֶה אישה 280־282
שבקיאה במשא ומתן 560 565־567 570 571
תוקף המינוי בדיעבד 570
מינוי זקן כאפוטרופוס 573
מינוי חרש ושוטה כאפוטרופוס 563
מינוי מי שפחות מגיל עשרים כאפוטרופוס 563 564
מינוי מספר לשון הרע כאפוטרופוס 557
מינוי מקיז דם או בורסקאי כאפוטרופוס 557
מינוי נושה של האב כאפוטרופוס 576
מינוי עבד כאפוטרופוס 557 563
אם אבי היתומים גילה בה אמון בחייו 559־561
אם מינהו אבי היתומים 557 559
מינוי עם הארץ כאפוטרופוס 571־573
מינוי קטן כאפוטרופוס 21 36 557 563
אם אבי היתומים גילה בה אמון בחייו 559־561
אם מינהו אבי היתומים 21 557 559
מינוי קרוב של דיין בבית דין הממנה 574 575
אם הוא מקבל שכר 575
מינוי קרוב שלהם כאפוטרופוס 573 574
אם הוא מקבל שכר 573
מינויו חל בלי מעשה קניין 289 467
מכירתו ״חזקת חנות״ שלהם 247
מצווה להיות אפוטרופוס 588־590 594
מקור המילה 55
נוסח שטר מינוי אפוטרופסים 206
סילוקו אם גרם הפסד לנכסים 244 558 567 601
אם גרם שלא בפשיעתו 601
בכך שאינו מתאמץ להרוויח בהם 244 601
הפסד בגלל רוע מזלו 244
סילוקו אם יש חשד שהוא מועל 602 603
אם מינהו ב״ד או אבי היתומים 603 604
במי שאבי היתומים בחר בו וב״ד מינהו 604 605
במי שהיתומים סמכו אצלו 603
סילוקו אם מעל בנכסים 601
אופן ההוכחה שמעל 604
סילוקו ע״י בית דין
אם הפר הוראת ב״ד 602
אם עבר על דיני אפוטרופוס 301 601 602
אם שימש כשומר לאב בחייו 606
בגלל אופי בזבזני 605
במי שהיתומים סמכו אצלו 599

אפוטרופוס על נכסי יתומים (המשך)
לפני שהחל בתפקידו או אח"כ 599 600
מפני שהוא רועה זונות 605
סילוקו ע"י בית דין אם מינהו אבי היתומים
ואחרי המינוי נוצרו סיבות לפטרו 606 607
וידע על פגמיו 606
סמכות בית דין להורות לו מה לעשות 215 216
סמכות בית דין להתיר לו פעולה אסורה 276 277
342־ 344 525
אישור חד פעמי או גורף 345
סמכותו להפריש תרו"מ מפירותיהם 11 19 251
סמכותו להתפשר עם נושיהם 251
סמכותו למכור מנכסיהם 19
סמכותו לעשות פעולה שתפגע בצד ג' 250
סמכותו לתפוס ממי שחייב ליתומים 20
סמכותו לתפוס מנכסי היתומים עבור נושה
שלהם 20
סמכותו לתת צדקה מנכסיהם 251
סמכותו מטעם 'זכין' 11
סמכותו מכוח תקנת חכמים או מן התורה 59
על חלוקת העיזבון בין היתומים
בדאגה לקטנים מול הגדולים 258
ברשות בית דין 258
האם די באפוטרופוס אחד 258 259
פירוט בשטר של הנכסים שקיבל 130 142 143
457־460
אם לא עשה פירוט 460
אם מינהו בית דין או אבי היתומים 457
הפרטים שיש לציין בו 459
חובה על ב"ד או על האפוטרופוס 457
לא נהג בזמן התלמוד 457
מסירת העתק לבית דין 459
מסירת העתק לקרובי היתומים 457
'שטר שימוש' או 'שטר משמוש' 458 459
קבלת עדות בפניו נגדם 250
קבלת עדות בפניו על נזקי שורם, לעשותו
מועד 299
אם מינהו אבי היתומים 299
אם נעשה אפוטרופוס לכך 299
שהתחייב למען היתומים — נפרע מנכסיהם 80
שוחד — נתינתו על ידו לטובת היתומים 245
שטעה במחיר במכירת נכסי היתומים 20
שייצג יתומים בדין, בדיעבד 361
שינוי ייעוד של צדקה שהקדיש האב, שבידו 492
שמינהו אבי היתומים
אינו יכול לחלק את העיזבון ליורשים 56
אם הוא פסול למינוי ע"פ בית דין 56
אף שאינו כשיר להיות אפוטרופוס 276
ואחרי מותו נוצרה סיבה הפוסלתו 562 563
והעניק לו סמכויות מעבר לדין 276 277
ופטר אותו מחובה המוטלת עליו 56
ופטר אותו מחלק מחובותיו 276 277
שמינוהו ערכאות של גוים 561
שמכר נכס שלהם לצורך עצמו 357 358
אם מינהו בית דין 358
שצריך לצאת לחו"ל 592 593 595
לזמן קצר או ארוך 593
מסירת הנכסים לב"ד או לאחר 593
תופעת אפוטרופוסים נצלנים 135
תכונות הנחוצות לו 557
בית דין ממנה רק יראי חטא 358
בית דין ממנה רק מי שנבדק כנאמן 311
ידע בניהול נכסים 567 571
אצילת סמכות ע"י נאמן
אצילת תפקיד השמירה 262
באישור בית דין 263
בנאמן הקהל 263־266
'טובי העיר' או נאמני הקהל 265
סמכות לבחור נציג או לנהל 265 266
העברה או אצילה 261
העסקת אדם בלי אצילה 267־269
אם ההחלטה נשארת אצל הנאמן 267 269
בלי הסתלקותו מתפקידו 268
לעשות דבר שהנאמן יכול לעשות 268
לאדם יותר מוכשר 263
נאמן שהושלט גם על הקרן 264
תוקף האצילה בדיעבד 266
תפקיד שעליו לבצע אישית 262 263
ארבע אמות
מה שנמצא תוך ד' אמותיו נקנה לו 422
אריס
קניית פירות מאריס 96
שהוביר את השדה 296 297
ארץ ישראל
מי שנדר לעלות לארץ ישראל 34
מצווה להחזיק קרקע בה 414 415
אשכנזים וספרדים
ויכוח ביניהם לעניין הקדש בליליוס 518
אשת איש
בעל שהוציא הוצאות על נכסיה — זכותו
לשיפוי 193 194 196
המפרנס אותה — זכותו להחזר 162 163
הנושאת ונותנת בתוך הבית 561 571
חובתה להישבע מול טענת שמא 148
חובתה לפעול בנכסים שקנתה בכספי הבעל 74
לקיחת סכום גדול ממנה לצדקה 97
קבלת פיקדון ממנה 98
הנושאת ונותנת בתוך הבית — תוקף
פעולותיה 354
אחרי חוק 'יחסי ממון' 355 356
אחרי שעברה מתפקידה 359
אם הבעל מחה רק לאחר זמן 361 362
אם ידע צד ג' שאינה מוסמכת 363
בסכום קטן או גדול 62 63
מכוח שליחות 8
מכוח שליחות מכללא 62 63 68
מכוח תקנת השוק 62 63
מתן צדקה 355 356
עסקה בסכום גדול 355 356
עסקה שאינה רגילה לעשות 355־357
שכירת מלמד 355 356
השפעת בעלה עליה 566
התקנה שנכסיה קנויים לבעל 98
חשש שתעשה קנוניה עם בניה כדי לכלות ממון
בעלה 62 355
טעם יכולתה להפריש חלה מעיסת בעלה 15

לקיחת סכום גדול ממנה לצדקה 97 98
מחילת ארוס על זכותו בפירות נכסי אשתו 504
קבלת פיקדון ממנה 98
קנייה ממנה דבר החשוד כגנוב מבעלה 96 97

בורסקאי
מינויו כאפוטרופוס 557
מינויו ככהן גדול או מלך 557
בחירות
אצילת הסמכות לבחור 265 266
חבר ועדה שמונתה לבחור מועצה — יכולתו להתפטר 589
ביזיון
של מקבל צדקה, כיוצר זכות בה 390 394
ביטוח
חברת ביטוח כנאמן על כספי הביטוח 463
חובת נאמן לבטח את נכסי הנאמנות 241 242
חובת שומר לבטח נכס שבסיכון 241
ביטול הקדש
אם אין מטרותיו ניתנות להגשמה 628 629
אם מטרותיו הושגו 628 629
ע"י המקדיש, אחרי מסירת הנכסים לנאמן 503-508
בהסכמת הנהנים 504-506
עקב שינוי נסיבות 503
ע"י המקדיש, כשהנכסים בידו 495-503
ביטול נאמנות
הגורמים לבטל נאמנות 383 388
הגבלת זמנה מראש 384 385
מה ייעשה בנכסי נאמנות שהתבטלה 386-398 629
אם הוגשמו מטרותיה 386-392
אם סוכלו מטרותיה 392-398
אם סוכלו מטרותיה אחרי שהגיעו הנכסים לנהנים 399-402
יועברו ליוצרה 387 389 397
יועברו לנהנים 387 388
סמכות בית דין לקבוע זאת 385
ביכורים
גביית חוב של כהן מביכורים שקיבל 86
הכבוד שנהגו במביאי ביכורים 581
ביצוע בקירוב (ראה: חוזה)
בית דין
'אביהם של יתומים' (ראה: יתומים)
'אוהב' פסול לדון 333
אינו יכול לבטל פסק של ב"ד אחר 522
ב"ד הגדול לעומת ב"ד אזורי 522
אפוטרופוס מוסר את נכסי היתומים לב"ד אם ברצונו לצאת לחו"ל 593
האיסור לקבל שכר כדי לדון 164 165
הסכמת הציבור לקבל את פסקיו 522 523
הפקר בית דין הפקר 316
איזה בית דין מוסמך לכך 316
חובת נאמן להיוועץ בו 216 514-518
פיטוריו אם אינו מתייעץ 518
חובתו להנחות נאמן 317
בנאמנות למטרות צדקה 316 317
חובתו שלא תצא תקלה מידו 604
מי שנוהג ע"פ ב"ד בידיעה שב"ד טעה 318 319
סמכותו בניהול הקדשות 524
סמכותו כשל גבאי צדקה 520
סמכותו להצהיר על קיום הקדש 473-476
אם יש הוכחה שהאדם הקדיש במחשבתו 474-476
ליצור הקדש מחדש 473 476
סמכותו להתיר לנאמן
מה שנאסר מטעם חשד 341-345
פעולה המסכנת את הנכסים 316
סמכותו למנות אפוטרופוס (ראה: אפוטרופוס)
סמכותו לפטור אפוטרופוס משבועה 312
סמכותו לפטור נאמן מנזק 311-313
סמכותו לפטר נאמן (ראה: פיטורי נאמן)
סמכותו לפעול שלא ע"פ דין 215
סמכותו לשנות הוראות של הקדש 617-621
סמכותו לשנות הוראות של נאמנות
בנאמנות למטרה ציבורית 615
כדי להגשים את מטרותיה 616 617
כדי למנוע מהמקדיש רעב 614
כדי למנוע 'מידת סדום' 614
עקב בקשת היוצר 615 616
עקב שינוי נסיבות 615-621
סמכותו לשנות מטרות של הקדש 617
סמכותו לתת הוראות לנאמן 524
אם יוצר הנאמנות אינו יכול לתת 519
אם יוצר הנאמנות ביקש מב"ד הוראות 521
אם יש סכסוך בין הנאמן לצד ג' 524-526
בנאמנות למטרות צדקה 520
בנאמנות ציבורית שלא למטרות צדקה 520
בניגוד לחוק או להלכה 525
בניגוד לכתב ההקדש 526 527
שאין לו בעלות בנכסי הנאמנות 524
קרוב פסול לדון 332 333
שומר מוסר את הפיקדון לב"ד אם ברצונו לצאת לחו"ל 592 593
שותף פסול לדון את שותפו 333
של מומחים, רכישת נכס בפיקוחו מסירה חשד 343
שליח ב"ד שהוסיף מלקות בטעות ומת המוכה 319
תפקידו בצרכי ציבור חומריים ורוחניים 520
תפקידיו בכלל 316
בית כנסת
בבית שכור 433
במקום שהשלטון אוסר זאת 433
בנייתו פחות חשובה מצדקה 47 48 453
בעל זכות בנייה בו — העברתה לאחר 262
בעלות בני העיר בו 77
דומה לבית המקדש 438
האם גבאות בית כנסת נחשבת שרדה 600
האם יש בו קדושה 438
המייחד חדר לבית כנסת — האם התקדש 474
המניח לאנשים להתפלל בביתו — האם התקדש 474
הנודר לבית כנסת סתם ויש שני בתי כנסת בעיר
אם הוא רגיל להתפלל בשני בתי כנסת 454 455
יחולק ביניהם 455
יינתן לזה שהוא רגיל בו 453 454
הנודר 'שמן למאור' — יינתן לבכ"נ דווקא 454

הקדש לבית כנסת
'אמירה לגבוה כמסירה להדיוט' בו 438
במחשבה 438
בקרקע שהוקדשה לבניין בית כנסת 492
טעות בו 447 448
כפייה בו 446 447
שינוי למטרה אחרת 488
תנאי שאינו כפול בו 444
מי שיש הוכחה שהקדיש במחשבתו בית לבית כנסת 474
האם בית דין כופה 475
מכירתו
אם מיעוט הציבור מתנגד 627
של רבים או של יחיד 627
מציאה שנמצאה בו 77
אם הוא שייך לאדם פרטי 78
נכס שנועד לבית כנסת — שינויו למטרה אחרת ע"י בני העיר 626
אם התורם מבני העיר או לא 626 627
בית כנסת פרטי או ציבורי 627
צוואה לבכ"נ על חשבון יורשי המצווה 453
רכישת חזקה בו 23
בית משפט (ראה: בית דין)
'בל תאחר'
איסור לאחר קיום נדר 416
בליליוס (ראה: הקדש בליליוס)
בן (ראה גם: אב)
דעתו של אדם קרובה אצל בנו 395 397
אצל נכדו 395 397
הנושא ונותן בנכסי אביו — תוקף פעולותיו 354
זכותו בנכס שהוא עומד לרשת מאביו 39
'בן בית'
מי שמנהל את נכסי הבית 148 149 152
בנק
הקדשת כסף המופקד בבנק 427
שומר כסף — הפקדתו בבנק 106 108
אישיות משפטית, לעניין איסור ריבית 469 470
בעל חיים
אינו יכול להיות בעלים על נכס 44
נאמנות לטובת בעל חיים 44
של הקדש, שברח 469
בעלות
בעלות מוגבלת
הגבלת זמן 14
רק ליכולת להפריש תרומות ומעשרות 15
בעלות שבירשר
ב'הרשאה' 14
לבן בנכס שהוא עתיד לרשת מאביו 39
של נהנה בנכסי הנאמנות 6 14 38 39
נאמן שיש לו בעלות בנכסי הנאמנות 6 7 238 491 493 494
בעלות מוגבלת 7 13 645 646
האם לסתם נאמן יש בעלות בנכסי הנאמנות 24
העברת הבעלות בירושה 578
התועלת בכך 41
נאמן שאין לו בעלות (ראה: שליח)
פיצול זכות בעלות 13
קושי בייחוס בעלות בנכס להקב"ה 469
'קנה על מנת להקנות' 15 16 646
קניין פירות (ראה: קניין פירות)
של מורשה ב'הרשאה' 14
'בעלי סכומות'
ועדת ביקורת לנאמני הקהל 185
'בעליו עמו'
בשואל גוף של אדם 181
בשותף שפשע 312
עם אפוטרופוס, בשמירת נכסי יתומים 20
עם שליח של בעל הנכס 20
בר מצרא
מול אישה שקנתה 565
'ברירה'
בצוואה לתת כסף למי שיבחר בו הנאמן 419
הקנאה לאדם שאין זהותו מבוררת 419
אם זהותו בוודאי תתברר 419 420
לעניין הלוואת כספי צדקה בריבית 470

גבאי צדקה
אחריותו על הכסף שנאסף במהלך כהונתו 485
אין ממנים פחות משניים 197
בגדר 'שררה' 197 599 600
גבאים אחדים
אל ייפרדו זה מזה 202
זכות אחד להתפטר אם אין האחרים נוהגים כשורה 595
זוכה בצדקה עבור העניים 22 388 389 491 492 507 637
חובתו להגיש דו"ח (ראה: דין וחשבון)
חובתו להפריד בין כספי צדקה לשלו 90 91
אם קיבל בפומבי כסף לעצמו 90 91
'יד עניים' 637
לב"ד יש סמכות כשל גבאי 520
לימוד דיניו מדיני אפוטרופוס של יתומים 22
מהימנותו בעניין סכום הוצאותיו 197
אחרי סיום כהונתו 198
גבאי הידוע בצדקותו 198
מינויו לזמן קצוב בלבד 586
במקום שנהגו לא לסלקו בתום הזמן 586 587
נטילתו לקט, שכחה ופאה עבור העניים 637
נתינתו מהצדקה לקרובו שהוא עני 346
סמכותו להחליט מה ייעשה בכסף 386
אם אין התורמים מגיעים להסכמה 386
אם הקהילה נתבטלה 386
אם התורמים התכוונו שהוא יחליט 386
סמכותו לפעול למען העניים 637
פיטוריו בלי טעם מוצדק 599
קבלתו שכר על עבודתו 164
שאסף מזון — איסור קנייתו לעצמו 327 328
שלווה כדי לתת לעניים — זכותו להחזר מהקופה 189
'גדול האחים'
זכותו לקנות בגדים מיוחדים מהעיזבון 68 173 189 336 337
אם האחים האחרים מתנגדים 337
באישור בית דין 337

החזרתם בעת חלוקת העיזבון 337
מקור סמכותו בניהול עיזבון אביהם 68
משמש כנאמן אף שיש לו חלק בנכסים 576
גדול הדור
'אביהם של יתומים' 520 521 523
גדול בתורה או מנהיג הציבור 521 522
הממנה את עצמו אפוטרופוס 521
סמכות לתת הוראות לנאמן 521
בניגוד לבית דין 521־524
סמכותו בנאמנות למטרות צדקה 520־524
סמכותו למנות אפוטרופוס 521
סמכותו לפטר נאמן 522
גוי
כשליח או כשולח 10
בפועל גוי או מעביד גוי 12 13
לעניין ריבית (ראה: ריבית)
שינוי ייעוד של נכס שהקדיש 627 628
גזבר של הקדש לבית המקדש
האם יש לו בעלות בהקדש 17־19
המעסיק אחרים 267 268
חובתו להגיש דו"ח (ראה: דין וחשבון)
כשליח של הקדש 17
מחזיק את ההקדש עם נכסיו 90 91
עליו לנהל חשבון 126
גזל
איסור קניית דבר החשוד כגנוב 96 97
אם הוזל או התייקר הנכס הגזול 373
העברה על דעת בעה"ב — האם היא גזל 86
במקבל כסף למטרה אחת והשתמש בו למטרה אחת 400
נגזל אינו יכול להקדיש את הדבר הגזול 423 424
אם הגזלן מוכן שהנגזל יקדיש 424
אם הגזלן מעוניין להשיבו 423
אם הוא יכול להוציאו בבית דין 426
אם הקדישו ואח"כ העמיד את הגזלן בדין 424
הקדש של קדושת הגוף 424
קרקע אינה נגזלת 426
שואל שלא מדעת — כגזלן 339
שימוש בנכס בעודו ברשות בעליו 339
שליחת יד בפיקדון — גזל 373
תקנת השוק בקונה חפץ גנוב (ראה: תקנת השוק)
גזל הגר
אם נתן כסף לכהנים ומת לפני הקרבת הקרבן 394
גזלן
אחראי על החפץ גם לאונס 363
פטור מדמי שכירות על הנכס הגזול 373
רווח שהפיק מהנכס הגזול — שלו 373 375
גט
עדי גט המקבלים אחריות לנזק לגט 166
שליח של הבעל ושל האשה יחד 259 260
תנאי בעל פה בו 597
גנבה (ראה גם: גזל)
חיוב דו"ה בשור ושה שגנב והקדיש 18 19 469
כפל בגונב מהקדש 17
ג'רבה
מנהגי הקהילה ותקנותיה 126
גריעת נכסים מהנאמנות ע"י היוצר
אם יש לנהנים זכות בעלות בהם 485
לפני העברתם לנאמן או אחריה 485
גרמא בנזיקין (ראה: נזק)
דבר הגורם לממון 303
דבר שאין בו ממש
אי אפשר להקנותו 25 541
בשיטת "נכס לזכויותיו" 25 26
הקנאת זכות לבנות 541
דבר שאינו ברשותו (שאינו בשליטתו)
הקנאתו 25
נאמנות בו 25
שליחות בו 25
לתובעו בדין (הרשאה) 25
דבר שאינו ברשותו (שעתיד לבוא לבעלותו)
שליחות לפעול בו 75 76
הקנאתו 540 541
דבר שהוא עתיד לרשת 540 541
דבר שלא בא לעולם
הקדשתו לבית המקדש 428
אם יבוא לעולם ע"י מעשה אדם או בלעדיו 429
חיוב כנדר 428 429
הקדשתו לצדקה 428־431 442 443
חיוב כנדר 428
כסף לפירותיו 431
נכס לפירותיו 430 431
ע"י שכיב מרע 429־431
רווחים שיצמחו מכסף קיים 433
הקנאתו 24 25 431
אם יש מנהג שהיא מועילה 24 25
נכס לפירותיו 25 26 431 432
התחייבות בו 74
חוב נחשב שלא בא לעולם 427
מצווה לקיים דברי המת בו 24 32 430
נאמנות בו 24 25
נדר לצדקה או להקדש בו 74
נכסי נאמנות שהומרו בדבר שלא היה בעולם בעת יצירתה 74
שליחות לפעול בו 25 75
אם בידו להביאו לעולם 75
אם יש מנהג שהיא מועילה 25
סמכות לפעול בו כשיבוא לעולם מדין 'זכין' 76
פירות טבעיים או לא טבעיים 75
דברים שבלב אינם דברים 449
דוד המלך
אחריותו המוסרית למיתת כהני נוב 182
אחריותו המוסרית למיתת שאול 182 184
מתנות שנתנה לו אביגיל 98
דיבור
האם כתיבה כדיבור (ראה: כתיבה)
הוא עצם האדם 435
פעולה המתחדשת בכל עת 499
דיין (ראה: בית דין)
דין וחשבון (הגשתו ע"י נאמן)
באפוטרופוס על יתומים 124 143
אם הוא מקבל שכר 132 133
אם הוא קרוב של היתומים 133
אם יש חשש לאי־סדרים 133
אם כבר הגיש — חובתו לאמת את הדו"ח 134

אם מינהו אבי היתומים או בית דין 130־132
אם מינוהו הערכאות 128 134
באישה אפוטרופוסית 561
בימינו, שקל לחשב 133
במהלך כהונתו 128
במי שיתומים סמכו אצלו 132
בתום כהונתו 128־135 457
הגשה ליתומים 139
חיסיון הדו"ח 141
מכוח מנהג 127
מכוח תקנה 128
סנקציה על אי־הגשה 130
בהקדש למטרות צדקה 128 132 133
אישורו ע"י רו"ח או ועדת ביקורת 143
אם אין טרחה מרובה בהגשתו 136
אם אין לגבאי חזקת כשרות 136־138
אם הגבאי נתמנה שלא מדעת הציבור 137
אם הוא מקבל שכר 138
אם יש גבאי יחיד 137
אם יש נהנה ידוע או אין 139
בגבאי צדקה 131 135 136
בגזבר של הקדש לבהמ"ק 131 135 136
הגשתו לבית דין 140 147
מה יכלול הדו"ח 143
בנאמן הקהל 135־138
הגשה ליוצר הנאמנות 139 140
אם יש לו בעלות בנכסים 140
בהקדש למטרות צדקה 140
הגשה לנהנה 138־140
הגשה לקרוב של הנהנה 140
התנאה על החובה להגישו 126
מה עליו לכלול 142 143
מועד הגשתו 128
בגמר כהונתו 128־138
במהלך כהונתו 126־128
מטרתו 128
מנהג שנאמן מגיש דו"ח 127
סילוקו אם הדו"ח אינו מדויק 128
על סכום הנכסים שבידו (ראה גם: פירוט) 126
דינא דמלכותא דינא
בחוק הקובע סכום לשיפוי נאמן על הוצאותיו 187
בחוק שאֵם היתומים היא האפוטרופוס 567 568
בחוק שהמלך קבע או שהשופטים קבעו 568
במקום שיש חיוב בדיני שמיים 183
בערכאות שמינו אישה כאפוטרופוס 567 568
לעניין חובת אפוטרופוס להגיש דו"ח 134
דיני יושר
בעלות שביושר (ראה: בעלות)
דיני שמיים (חיוב בדיני שמיים)
אם חוק המדינה מחייב בו 183

האצלת סמכות (ראה: אצילת סמכות)
הבטחה
הפרתה (ראה: מחוסר אמנה)
לתת כסף לצדקה — היא כנדר 33
הברחה
המוכר נכס כדי שלא ישתעבד לחוב עתידי 84
המקדיש נכס כדי שלא ישתעבד לחוב עתידי 84
המקדיש נכס לצדקה כדי להבריח מהשלטון 448
הנותן נכס כדי להבריח מנושיו 27
יצירת הקדש משפחתי כדי להבריח מהשלטון 412
הברחת גבול
מבריח שנתפס — חיוב שולחו לפדותו 180 183
'הדרת ראש' 147
'הוא עשה שלא כהוגן' 371
הוספת נכסים להקדש
הדרך להופכם לנכסי הקדש 484
חובת הנאמן לקבל אחריות עליהם 484 485
הוצאות (ראה: שיפוי)
הוראה כופה; הוראה מרשה
מבחן האינטרס הציבורי 273 274
הוראת תשלום
מתי מתפרשת כמתנה ומתי כנאמנות 463 464
אם אמר 'תנו' או לא 464
תוקפה ככתב הקדש 463
'הזמנה'
נרתיק שהוכן לתפילין — האם התקדש 465
הכשר לקבל טומאה (ע"י משקה)
אוכל שהוכשר בלי רצון בעליו 19
'הלבשה' (ראה: חוב)
מכירת סחורה וקניית אחרת תמורתה 67
הלוואה
המרת נכסי הקדש באחרים
ע"י היוצר
מטבע במטבע אחרת 486
בנכס שונה באופן מהותי 486
הערת אזהרה
על קיום הנאמנות, הרשומה במרשם 95 99 100
הפקר
הקדשת דבר הפקר (ראה: הקדש)
הפקר בית דין
כיסוד לזכויות אפוטרופוס בנכסי יתומים 59
כיסוד לסמכותו למנות אפוטרופוס לשוטה 57
הפרת חובה של נאמן (חובת נאמנות)
איסור על צד ג' להכשיל נאמן בהפרה 96 98 99
רווח שהרוויח נאמן עקב ההפרה
אם השכיר נכס בזול תמורת שוחד 377
רווח שאינו ממשי כגון הנאת מגורים 376
שייך לנאמנות 369־379
שלילתו ממנו מההיבט האזרחי 372־376
שלילתו ממנו מההיבט הפלילי 369־372
תוקף פעולה שעשה נאמן תוך ההפרה 6 354־364
אחריות צד ג' על הנכס 362־364
אם הצד הג' תם לב או לא 95 96 354 356
אם שוהתה הבקשה לבטל אותה 361 362
נאמן המוחזק כאדם כשר 358
נאמן שמכר נכס בניגוד להחלטת ההנהלה 356
סמכות בית דין לאשר אותה 361
פרעון חובו מנכסי הנאמנות 7 357
שעשה אחרי תום כהונתו 358 359
שעשה בלי תמורה 359־361
הצלת ממון חברו
ההולך לאיבוד — זכות המציל בו 615
החובה להצילו מסכנה 636
שיפוי למי שהקריב רכושו לשם כך 171
אם יכל להתנות עמו שישפנו ולא התנה 173

שיפוי על אבדן השתכרות עקב כך 178
הקדש
במובן נאמנות למטרות צדקה 411
במובן נאמנות שנוצרה בכתב 411
סמכות בית דין להתערב בניהולו 69
האומר אחרי החורבן 'הרי זה הקדש' 411 413
'הקדש ציבורי' 411
בעל מטרה ציבורית ומטרה פרטית 414
במובן צדקה לעניים 455
'הקדש בליליוס'
ויכוח בין אשכנזים לספרדים 518
ועד העדה הספרדית הם הנאמנים 551
פיטורי הנאמנים 314 315 518
בגלל הפרת הוראת בית דין 602
בגלל חשד מעילה 604
הקדש לבית המקדש (מעשה ההקדשה)
אי אפשר להקדיש דבר שאינו בשליטתו 423
הקדשת חוב ע"י הנושה (ראה: חוב)
נכס המופקד אצל שומר שכפר 423 426
נכס מושכר (ראה: שכירות)
נכס ממושכן (ראה: משכנתא)
נכס משועבד שאינו ממושכן 425
נכס שביד גזלן (ראה: גזל)
נכס שנתון בסכסוך בעלות 426
אי אפשר להקדיש דבר שאינו שלו 422
גם אם עתיד להיות שלו 422
דבר הפקר 423
דבר הפקר שרק הוא יכול לזכות בו 422 423
שוכר המקדיש את המושכר (ראה: שכירות)
'אמירה לגבוה כמסירה להדיוט' 417 590
במחשבה (ראה: מחשבה)
הגבלת זמן תוקפה מראש 384
בקדושת דמים או בקדושת הגוף 384
המקדיש בתנאי של אסמכתא (ראה: אסמכתא)
המקדיש עולה לבדק הבית 19
הקדשה ע"י שליח (ראה: שליח)
הקדשת דבר שלא בא לעולם (ראה: דבר שלא...)
הקדשת זכות 431 432
חזרה ממנו תוך כדי דיבור (ראה: תוך כדי דיבור)
חיוב דו"ה בגונב שור ושה והקדישו 18 19 469
מעשה ההקדשה הוא פעולה נמשכת 499
טעות בהקדשה 447 448
כפיית הנודר להביא את הקדשו 417
'פרוטה בכיס זה הקדש' 441
שאלה לחכם עליו (ראה: שאלה לחכם)
שיחול 'לאחר זמן' 450
אם חזר בו תוך הזמן 500
שיחול 'מהיום ולאחר זמן' 451 460
אם חזר בו תוך הזמן 451 460 461
שכיב מרע שהקדיש (ראה: שכיב מרע)
הקדש לבית המקדש (נכסי הקדש)
אונאה בו 17
בעל חיים שלו שברח 469
גזבר של הקדש (ראה: גזבר)
האם הוא אישיות משפטית 468 469
האם יש לו בעלים 469
בקדושת דמים או קדושת הגוף 469
הגזבר 468
הקב"ה 469
הבדל בין קדושת הגוף לקדושת דמים 19 81 82 469
השקעת עודפי הכסף לעשיית רווחים 108-110
חיוב פירות הקדש בתרומות ומעשרות 17 18
חיוב שבועה על תביעה של הקדש 18
כפל בגונב מהקדש 17
לבדק הבית 18
נכס משועבד שבעליו הקדישו — זכות הנושה בו 81 425
אם אדם אחר פדאו מהקדש 82
אם יש לחייב נכסים אחרים 81
בחוב בעל פה 83
בקדושת הגוף או בקדושת דמים 81 82
מיטלטלין או מקרקעין 81-84
קניין חצר בחצר הקדש 17 77
קרבן (ראה: קרבן)
ריבית בהלוואת כספיו 18 119
שומר עליו (ראה: שומר)
שור הקדש שהזיק 17
הקדש למטרות ציבוריות
האם הוא אישיות משפטית 468
האם הנאמן נחשב מוחזק 22 23
האם הנאמן רשאי לעמוד בדין בשמו 248
לימוד דיני הנאמן מדיני אפוטרופוס של יתומים 22 81 125 168 242 248 277 305 518 550 553 563 590
מי שפעל כנאמן זמן רב בלי מינוי 64
אחרי שפקע מינויו 64
נכס משועבד שבעליו הקדישו 81-83
אם יש לחייב נכסים אחרים 83
בחוב בעל פה 83
מיטלטלין או מקרקעין 84
סמכות יוצר הנאמנות לנהלו 140
פיתוח נכסיו ע"י הנאמן, שיש בו סיכון 248
רכישת חזקה בנכסי ההקדש 23
שרק חלק ממטרותיו הן ציבוריות 414
הקדש משפחתי
בחוק העות'מני — מטרתו 412
האם הוא אישיות משפטית 472
תוקפו כהקדש 412-415
אם יש בו גם מטרה של מצווה 414 415
בעל פה או בכתב 415
הקנאה
אב המקנה לבנו "לאחר מותי" (ראה: קניין פירות)
דבר שלא בא לעולם (ראה: דבר שלא...)
לאדם שאינו מסוים בעת ההקנאה 37 44
'לאחר זמן' 450
בקניין משיכה, חזקה, סודר, כסף או שטר 450
למי שטרם נולד (ראה: עובר)
לפלוני, ואחרי מותו לאחר 37
'מהיום ולאחר זמן' 41 451
גוף מהיום ופירות לאחר זמן 451
הקניין מתחיל מהיום ונגמר לאחר זמן 451
קונה מהיום על תנאי 451
'קנה על מנת להקנות' 15 16

הקצאה
ייעוד נכס למטרות הקדש 420 421
'הרשאה' (אורכתא) לייצוג בבית דין
הקנאה או שליחות 25 641 642
זכות המרשה לחזור בו 268
למורשה יש בעלות מוגבלת 14
לנאמן 9
לנכס שאינו ברשותו 25
מינוי אפוטרופוס בלשון הרשאה 127
ראש קהל הממנה מורשה לדון בשביל הקהל 268
ריבוי מורשים — יכולתם לפעול בנפרד 207 208
שיפוי מורשה על מה שהוציא לצורך התביעה 187
השבת אבדה
באבדה מדעת 636
ברכוש ציבורי 636
חובת הצלת נכס של אחר מסכנה 636
יסוד לחובה להיות אפוטרופוס 555
יסוד לחובה לטפל בנכסי יתומים 289
יסוד לטיפול בנכסי נאמנות שאין בה נאמן 635 638
יסוד לסמכות בית דין
לטפל בהקדש שיוצרו אינו מסוגל לנהלו 519
לפקח על נכסי יתומים ועניים 522
כשעומדת בסכנה — חיוב המוצא למכרה 516
סמכות בית דין לכוף לקיימה 554 555
קבלת שכר בעד ההשבה 164
של אישה 566
של עם הארץ 566
התפטרות נאמן
הודעה על התפטרותו 595
בכתב או בעל פה 595
למי צריך להודיע 595
מתי צריך להודיע 595
זכותו להתפטר 587-595
אם אין לו מחליף 593
אם הוא צריך לטפל בחולה 593
אם הוא צריך לצאת לחו"ל 593
אם חלה 593 594
בנאמנות למטרות צדקה 589-592
בנאמנות ע"פ חוזה 589
בנאמנות ע"פ כתב הקדש 589 590
בנאמנות פרטית 589-592
החזרת הנכסים למקדיש 593
חיובו בפיצויים אם התפטר 589
לפני שהחזיק בנכסים 587-589
לשם הגנת שמו הטוב 595
מחובת השמירה ומשאר חובותיו 591
התרת נדרים (ראה: שאלה לחכם)

ו' החיבור
האם יכול להתפרש כ'או' 203-205 227 228 520
אם הוסיף "יחד" 206
אם נקט גם לשון רבים 205 206
בלשון בני אדם 205 207
בלשון תורה או בלשון חכמים 205
בשפות אחרות 203
ווקף (הקדש דתי)
כאישיות משפטית 468
ווקף אל דוריאה (משפחתי) (ראה: הקדש משפחתי)

ונציה
תקנה בה לחייב גבאי צדקה להגיש דו"ח 137
ועד ארבע ארצות
תקנה בעניין חייב שמשתמט 61
ועד עדת הספרדים
אחריותו לעיזבון של המת בא"י בלי יורש 60 61
הם הנאמנים של הקדש בליליוס 551
ועדת איתור
זכות חבר וועדה להתפטר מתפקידו 589

זה נהנה וזה לא חסר
נאמן הנהנה מנכסי הנאמנות בלי להזיקם 339
פטור מהשבה 370
זכות
גביית נושה מזכות לא קניינית של החייב 544
הקדשתה לבית המקדש 431 432
בדרך 'נכס לפירותיו' 432
זכויות בנכס של אחר 432
הקנאתה (ראה: דבר שאין בו ממש)
זכות שביושר (ראה: בעלות)
זכות יוצרים
הקנאתה 26
'זכין לאדם שלא בפניו'
ביטול הפעולה ע"י המוטב 11 12
בשליח בדבר שלא בא לעולם, לאחר שבא
לעולם 76
היחס בינו לשליחות 11
כיסוד לסמכותו של נאמן 11 643 644
עניים זוכים בכסף שנאסף למענם 388 389
זקן
מינויו כנאמן 575

'חבר'
מי שנאמן לענייני טהרות 606
חבר כנסת
כנאמן של הציבור 61
חברה בע"מ
תוקף התחייבותה 37
'חברה לתועלת הציבור'
איסור חלוקת רווחים לבעלי מניותיה 622
שינוי ייעוד התרומות שקיבלה 622 623
חברה קדישא
פיטורי הגבאים בגלל שמועה רעה עליהם 605
חוב
אם דרש המלווה את הכסף, והלווה המשיך להרוויח
בו — למי הרווח 374
גבייתו מיתומים קטנים 189 245
גבייתו מנכסי הנאמנות (ראה: ירידה..)
האם הוא נחשב ברשות הנושה 426
האם נושה יכול להקדיש את החוב 423
אם החייב מודה או כופר 427
אם החייב עתיד לפרוע בנכס מסוים 427
בחוב בעל פה או בשטר 426
הקדש דחוי, כשיגבה אותו 427
כסף המופקד בבנק 427
לצדקה, בנוכחות הגבאי והחייב 427
ע"י צוואת שכיב מרע 427
חובת נאמן לפרוע חוב של יוצר הנאמנות 241

נחשב שלא בא לעולם 427
פורע חובו של חברו 171 162 241
פרעון חוב של הנאמן מנכסי הנאמנות 7 357
חוזה
אכיפת חוזה לשירות אישי 589
חוזה נאמנות 65־68
מילוי בקירוב של חובות בחוזה 617 618
בהקדש 620 621 626
פיצויים על הפרת חוזה 589
חולה הנוטה למות (ראה: שכיב מרע)
חופש מידע
זכות הציבור לקבל מידע מפורט על פעולת הרשויות 144
חזן
זכותו להתפטר 590
'חזן הכנסת' — משמעותו 600
מינויו לזמן קצוב בלבד 586
במקום שנהגו לא לסלקו בתום הזמן 586 587
פיטוריו 600
חזקה
'חזקת חנות' — מכירתה ע"י אפוטרופוס 247
חזקת מצוות
הורָשָׁתה 581
מי שלא יזם את קיום המצווה 581
מי שלא קנה את הזכות מהציבור 580
מקור תוקפה 580 581
חזקת מקרקעין
בפני אפוטרופוס 21
ההנחה שהמערער ידע עליה 99 100
הצורך בטענת קנייה 475
רכישת חזקה בבית כנסת ובנכסי הקדש ציבורי 23
מוחזקות (ראה: המוציא מחברו עליו הראיה)
חילול השם
בשינוי הקדש שהקדיש גוי 628
חכירה
מחכיר המקדיש את הנכס המוחכר 425
חלה (הניתנת לכהן)
טעם יכולת האישה להפריש מעיסת בעלה 15
שיעור ההפרשה
בעיסה טהורה או טמאה 371
בעיסה שבעליה טימא במזיד 371
חליפין (הקניין)
בהקנאת דבר שיש לו רק טובת הנאה בו 23
חסינות
של הפועל לפי הוראת בית דין 319
חצר
הדר בחצר חברו שלא ברשותו 178
קניין חצר (ראה: קניין חצר)
חרטה (ראה: שאלה לחכם)
חרישה
שניים שחרשו יחד והזיקו למחרשה 221־223
'חרם סתם'
אם התובע התחייב להאמין לנתבע 147
באפוטרופוס על יתומים 147
למי שדורש החזר על שֵׁרות שניתן 162
מטרתו 147
חרש (ראה גם: פסול דין)
מינוי אפוטרופוס עליו 56
רק לשמור על שורו שלא יזיק 21
חשד (חשש ללזות שפתיים)
אין חושדים בכשרים 58
בבית דין הטוען עבור יתומים 526
בנאמן המוכר מנכסי הנאמנות לשותפו 334
החובה לשמור על שם טוב 328 329
החושד בכשרים לוקה בגופו 328
אם החשוד גרם לחשד 328 329
הצורך להיות נקי מה' ומישראל 125 126 138
חמור יותר מחשש שאדם יגנוב 328
כטעם לאיסור אלמנה לקנות מנכסי היתומים 327
כטעם לאיסור גבאי צדקה לקנות מזון שאסף 328
כטעם לאיסור שומר לקנות את הנכס 327 328

טובי העיר
סמכויותיהם וחובותיהם 61
טובת הנאה
איסור לעובד ציבור לקבל אותה 252 253
אסור לנאמן לקבל טוה"נ מהנאמנות 335־341
אגב פעולה לטובת הנאמנות 336־339
באישור בית המשפט 341 342 370
טוה"נ שהתיר לו יוצר הנאמנות 341
טוה"נ שנהוג שהנאמן מקבל 341
מגורים בבית של הנאמנות 339
עליו להחזירה לנאמנות 372
קבלתה שלא ביוזמת הנאמן 339־341
אסור לנאמן להפיק טוה"נ מהנאמנות לקרובו 345
אם קרובו הוא אחד הנהנים 345 346
במובן הזכות לתת נכס שאינו שלו למי שיבחר 598
אין חובה להישבע בתביעה בעניינה 598
בגבאי צדקה, לחלקה למי שיבחר 598 599
פריעת חוב בה 87
שקיבל נאמן בהיתר — חובת השבתה בתום כהונתו 337
טעות
בהקדש לבית המקדש 447 448
טעות בהלכה או במציאות 448
בהקדש לבית כנסת 447 448
במתנה
הנותן משום שחשב שבנו מת 619
שינוי נסיבות, שאילו ידע הנותן לא היה נותן 503
המקדיש לצדקה ולא נותר לו כדי פרנסתו 503
מגלה את רצונו של הקב"ה 499
מקח טעות, בקונה שור בלי שיניים 300
נאמנות שנוצרה בטעות 384
בטעות חלקית 384
מה דין נכסיה 384
עקב שינוי נסיבות שלאחר מעשה 448
'טענינן'
טוענים ליורש מה שאביו יכל לטעון 475 476
ביורש המחזיק בקרקע שלוש שנים 475
בנאמן שאין לו הוכחה לקיום ההקדש 475 476

'יד עניים' (ראה: גבאי צדקה)
ידיעות על הנאמנות
זכות יוצר הנאמנות והנהנה לקבל אותן 144 145
יהוידע הכהן הגדול
בדק הבית שעשה בבית המקדש 126

יוצר הנאמנות
אמדן דעתו (ראה: אומדנא)
אם ביקש מב"ד הוראות 521
הגשת דו"ח לו ע"י הנאמן 139 140
התנאתו נגד הדין היסודי 277
זכותו לקבל ידיעות על הנאמנות 144 145
זכותו לראות את נכסי הנאמנות 144 145
חובת נאמן לפרוע חוב שלו 241
ירידה לנכסי הנאמנות לגביית חובו 81־84
מינויו את הנאמן 550־552
סמכויותיו בנאמנות למטרה ציבורית (ראה: נאמנות למטרה ציבורית)
סמכותו לנהל הקדש למטרות ציבוריות 140
פיטוריו את הנאמן 596־598
שהתיר לנאמן ליטול טובת הנאה 341
תנאי שהנכסים יחזרו לבעלותו בעתיד 140
יורד לנכסי חברו
זכותו לקחת את החומרים שבהם השביח 188
זכותו לשיפוי על הוצאותיו 162
אם ההוצאה יתרה על השבח 172 187
אם הסכים בעל השדה בדיעבד 177
אם השתנה מחיר החומרים שקנה 188
אם מראש התנגד בעל השדה 176 177
ביורד ברשות 171
ביורד שלא ברשות 176
בשדה העשויה ליטע או שאינה עשויה 176
מהימנותו בשבועה לומר כמה הוציא 193־196
ירושה
העברת סמכויות נאמן בירושה 578
בנאמן ציבורי 578
בנאמן שיש לו בעלות בנכסים או אין לו 578
בנאמנות למטרות צדקה 578 581
העברת תפקיד בירושה
משרה של נוטע 230
שותף 230
תפקיד המתעסק בעסקא 230
הקנאת זכות ירושה 541
מי שאין קרוביו ידועים — אשתו יורשת 570
ירושלים
יישובה עדיף על שאר ארץ ישראל 414
ירידה לנכסי נאמנות לגביית חוב
חוב של הנאמן 80 87
חוב של הנהנה 84־87
אם הנכסים בבעלותו או אינם בבעלותו 85
אם יש לו בעלות מוגבלת בנכסים 85
גבייה מכספי צדקה 85־87
חוב של יוצר הנאמנות 81
אם הנכסים בבעלותו או אינם בבעלותו 81
בהקדש לבית המקדש או לצדקה 81־84
חוב שנוצר בגלל הנכסים (מיסים) 78 79
חוב שנוצר בגלל פעולות הנאמן במסגרת תפקידו 79 80
ישיבה
המקדיש כסף לישיבה, וחרבה
שימוש בו לישיבה חדשה שנבנתה באותו מקום 620 621
שימוש בו לישיבות אחרות 620
כסף שהוקדש לישיבות
פדיון שבויים בו 619
פרעון חובות הקהילה בו 620
יתומים
'אבי יתומים' — המפקח על אפוטרופוסים 135 637
אופן השקעת כספם 111
בהלוואה בריבית (ראה: ריבית)
בלי סיכון גבוה 113
'קרוב לשכר ורחוק להפסד' 111־113 118
אפוטרופוס על נכסיהם (ראה: אפוטרופוס)
בית דין 'אביהם של יתומים' 55 215 316 344 520 521 526 605
סמכותו להורות בניגוד לאפוטרופוס 215
גביית חוב מיתומים קטנים 189 245
'גדול הדור' — 'אביהם של יתומים' 520 521
חיוב לטפל בנכסיהם מטעם השבת אבדה 289
חשיבות הדאגה להם 55 56
טיפול בנכסיהם באופן המסכן אותם 256 514־517
אם יש סיכון גם בטיפול החילופי 256 315 514־517
באפוטרופוס 248 249 256 315 318 515 516 517
ברשות בית דין 514־517
הלוואת כספם בלי משכון 256
חובה לבקש רשות מב"ד לעשות זאת 315 318
כמו שהוא נוהג בשלו 256 314 514 515
סיכון מקובל 256 257
יתומה
כסף שנאסף להשיאה, ונפטרה 392 393 395 397
כסף שנועד להשיא שלש יתומות ומתה אחת 397 398
מצוה להשיא אותה 455
מסירת כספם למי שיתעסק בו 56 244 554
בהסכמתו או בעל כרחו 554
לאדם עשיר 113
למומחה להשקעות 113 114
מסירתו בפני ב"ד 113
רק לאדם נאמן שנכסיו בטוחים 564 565
רק תמורת משכון של חתיכות זהב 564 565
מפרנס יתום — זכותו לשיפוי 174
אם ברור שהתכוון למצווה 175 176
אם נכסי היתום היו בשליטתו 175
באפוטרופוס 175 176
יתום מעל גיל שש או מתחתיו 175 176
יתום עני או עשיר 174
יתומים שסמכו אצל בעל הבית
הנחה שהסכים לשמש כאפוטרופוס 555
חיובו בפשיעה 309 310
חיובו להגיש דו"ח 132
חיובו להישבע 310
מול טענת שמא 155
כאילו מינהו בית דין 64 310
מי שטיפל בנכסיהם זמן ניכר 263
סמכותו כאפוטרופוס 63
אם יש אחר שיכול לשמש אפוטרופוס 63
ביתומים פחות מגיל תשע 63 569

בפעולות לא הכרחיות 63
בקרקע או במיטלטלין 569
כוחו למכור קרקע 63 569

כהן גדול
הורדתו ממשרתו 600
מינוי מקיז דם או בורסקאי ככהן גדול 557
כוונה טובה
מי שגרם נזק מתוך כוונה טובה 312
כונס נכסים
לחייב חדל פרעון 61
לנכסי זוג שמתגרש 61
כללי פסיקה
במחלוקת רבי ואביו רשב״ג 129 132
כספי הנאמנות
אופן החזקתם 105־107
אופן השקעתם 108־115
בלי סיכון מיותר 112 114
תקנות על כך 114
מתי יש להשקיע אותם 108
כעס
הקדש לצדקה שנעשה מתוך כעס 449
פעולה משפטית שנעשתה מתוך כעס 449
כפייה (פעולה שנעשתה עקב כפייה)
בהקדש לבית כנסת 446 447
במכר 446 447
במתנה 446 447
בנדר 447
מסירת מודעא 446 447
כפרה
חיוב כפרה במי שגרם למיתת אדם 182־184
אם ההרוג שותף באשמה 183 184
כתב הקדש
הצורך בכתב 433 434
יצירת נאמנות בו בלי מינוי נאמן 416
כתובה
גבייתה מבעל שהשתמד 84
גבייתה מנכס שהגיע לבעל לאחר הנישואין 84 85
דין התוספת אם נפרדו לפני הנישואין 392 393
כתיבה
האם היא כדיבור 434
בחיוב כלפי אחר או כלפי שמים 434 435
בחתימה על מסמך שכתב אחר 436
לעניין הקדש לבהמ״ק ולצדקה 434 436
לעניין נדר 434־436
לעניין שבועה 435

׳לא יהא חוטא נשכר׳
שלילת שכר עברה מהעבריין 370־372
בפועל שעבד עבור עבודה זרה 371
סמכות בית דין לשלול אותו 371 372
סמכות הציבור לשלול אותו 372
שיעור הפרשת חלה בעיסה שנטמאה במזיד 371
׳לא פלוג רבנן׳
תקנה חלה גם במצב שטעמה אינו תקף 560 566
לזות שפתיים (ראה: חשד)

לימוד תורה
האיסור לקבל שכר כדי ללמד תורה 164
הקדש ללימוד תורה (ראה גם: ישיבה)
לתשלום שכר לימוד — שימוש בו לקניית בגדים לתלמידים 620 621
שימוש בכסף להצלת נפשות 623
של בני עדה מסוימת במקום מסוים — שימוש בו לבני העדה במקום אחר 620
׳לשון בני אדם׳
פרשנות נדר לפי ׳לשון בני אדם׳ 454
לשון הרע
מספר לה״ר פסול מלשמש כאפוטרופוס 557

מאיר, ר׳ יעקב
פעילותו בניהול הקדש 143
מבטל כיסו של חברו (ראה: מניעת רווח)
׳מבריח ארי׳ (ראה: מניעת נזק)
מודעא
הודעה מראש שפעולה נעשית בכפייה 446 447
מוסר (ראה גם: מידת סדום)
חיוב משפטי מכוח חיוב מוסרי 182־184
מי שאינו מוסרי — בגדר עם הארץ 571 572
מי שיש כתם מוסרי בעברו — מינויו כנאמן 572
נאמנות עם מטרה לא מוסרית 47 48
מוֹסר
חיובו לשלם על הנזק 218
המוציא מחברו עליו הראיה
האם נאמן של הקדש למטרות ציבוריות נחשב מוחזק בנכסים 22 23
חריגים לכלל זה 222
מורה
העסקתו בשתי משרות כשאחר מובטל 259
פיטוריו 600
מורשה (ראה: הרשאה)
מוֹתר (יתרת כספים שנגבו)
לעני 387 388
לפדיון שבוי 387 391
לקבורת מת 388 389
לקרבנות 391
מזל
אפוטרופוס שגרם הפסד בגלל רוע מזלו 244
של שניים עדיף משל אחד 203
׳מחוסר אמנה׳
במבטיח מתנה לאחר 463 485
מחילה
אב המוחל על זכות בנו בנכס שיירש ממנו 557
הנחה שאדם מוחל לקרובו החייב לו 173
מחילה מכללא
באח שטרח בהשבחת העיזבון 163
באישה ששמעה שבעלה נותן לאחר את נכסיו ושתקה 362
באפוטרופוס שמינהו בית דין 167
בבני קהילה שלא הורו לגבאי מה לעשות בכסף הצדקה 386
בגדול האחים הקונה בגד מהעיזבון 337

במי שהשהה את הגשת תביעתו 163
על נזק שגרם נאמן 125
על זכות בעלות 504
על זכות לקיים מצווה מסוימת 580 581
על זכות קניינית עתידית 504
מחילת ארוס על זכותו בפירות נכסי אשתו 504
על חיוב שנועד לכפר 505
על קניין פירות לבעל קניין הגוף 504
על שבועה לפרוע חוב 493 494
של כהן, על חיוב זר שאכל תרומה 505
של קטן 125
מחשבה
הקדש לבית המקדש במחשבה 421 436 475 497
בניגוד לאמירתו 499
האם יוצר קניין 436
כפיית בית דין לקיימו 475
הקדש לבית כנסת במחשבה 438
מי שיש הוכחה שהקדיש במחשבתו לבכנ"ס 474
הקדש לצדקה במחשבה 436
אם מסר לגבאי צדקה 436
האם יוצר קניין 436
חיוב יורשיו 436
כפיית בית דין לקיימו 436
שבועה במחשבה 436
מטרות ההקדש
אם המטרות שקבע המקדיש אינן ברורות 453־455
פרשנות דבריו לפי אומד דעתו 453
הסמכת הנאמן לקבוע אותן 452 455
הקדש שלא צוינו מטרותיו 452 453
טענת נאמן שהיוצר קבע מטרה פלונית 453
שינוין ע"י המקדיש כשהנכסים בידו 487־490
שינוי זהות הנהנה 489 490
מטרות הנאמנות
הגדרה כללית של המטרה 44 45
בהוראה לנאמן לקבוע את המטרה 45
מטרה פסולה 44 45
דבר עברה 45 46
מטרה לא מוסרית 47 48
'מיגו'
בשני אנשים 202
'מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה'
במכירת נכס לשותפו 334
מידע (ראה: ידיעות)
'מידת סדום' (ראה גם: מוסר)
סמכות ב"ד לשנות הוראות הנאמנות כדי למנעה 47 528 614
מילה
מוהל הדורש שכר 165
מילי לא ממסרן לשליח (ראה: שליח)
מינוי נאמן
אדם שאין זהותו ידועה 551
הצורך בהסכמת הנאמן 553־555
הסכמה מכללא 554 555
מי שאינו יודע הלכות נאמן 572
מי שגר רחוק מנכסי הנאמנות 575
מי שהוא קרוב של המקדיש 573
אם הוא רשאי ליהנות מפירות הנכסים 573
מי שיש כתם מוסרי בעברו 572
מינוי נהנה כנאמן 575
ע"י בית דין 552 553
אם היוצר העביר לב"ד את סמכות הניהול 553
חובה על בית דין אם יש צורך 553
ע"י יוצר הנאמנות 550־552
אחרי יצירת ההקדש 550 551
בעל פה 551
הצורך בהסכמת בית דין 551
ע"י יורשי יוצר הנאמנות 552
מכס
נאמן שהעלים מכס מהשלטון הנכרי 161
מכירי כהונה
זכות הנושה להיפרע מזכותו 542
מכר (ראה גם: הקנאה)
אדם אינו יכול למכור לעצמו 329 330 333 348
אחריות המוכר לשפות קונה אם הנכס נטרף 99
איסור לנאמן למכור מנכסי הנאמנות
למי שיש לו עניין בהצלחתו 334
לקרוב שלו (ראה: קרוב)
איסור לנאמן לקנות נכס מהנאמנות 326־331
במחיר הגבוה ממחיר השוק 330
במחיר שקבע יוצר הנאמנות מראש 330 331
כדי שלא יחשדו בו 327 328
מפני שאדם אינו יכול למכור לעצמו 329 330
ניגוד עניינים 326 328
קנייה מנאמן אחר 326 331
תוקף המכר בדיעבד 346־348
איסור קניית דבר החשוד כגנוב 96 97
בכפייה 446 447
המוכר צריך לומר 'לך חזק וקני' 330
התחייבות למכור במחיר שיקבעו שמאים 195 203
אם רק רובם קבעו מחיר 212 213 214
מכירת נכס של הנאמן לנאמנות 326
מקח טעות, בקונה שור בלי שיניים 300
נאמן בשתי נאמנויות המוכר מזו לזו 259־261
אם באחת מהן יש עוד נאמנים 260
אם התנו שיוכל למכור 275
נאמן שהוא שליח 260
נאמן שיש לו בעלות בנכסים 261
נאמנות קונסטרוקטיבית בקונה ששילם לפני העברת בעלות 54
שותף בשני נכסים המוכר את חלקו באחד לשותפות האחרת 261
שטר מכר שנכתב כאילו ראש הגולה קנה 27
שליח של הקונה ושל המוכר יחד 260
מכרז
לפני השכרת נכס של הקדש 332
מלך
מינוי מקיז דם או בורסקאי כמלך 557
מנהג
אופן שמירת שומר — לפי הנהוג 107
בשומר שכר 108
בעניין שיפוי על הוצאות
לנאמן המקבל שכר 173
לשליח המקבל שכר 173
שהשיפוי לנאמן הוא בסכום קבוע 187

בריבוי נאמנים
שאם נפטר אחד, השאר ממשיכים 208
שכל אחד יכול לפעול לבדו 208
גובר על הלכה 278
בהלכה רופפת או ברורה 278
הוא מבחן עדיף ממבחן הסבירות 255
התחשבות בו בדיני נאמנות 278 279
חשיבותו בדיני ממונות 278
מפני שמניחים שכך התכוונו הצדדים 67 279
קובע איך יפעל שותף בנכסי השותפות 67
שאם מת אחד מהנאמנים, השאר ממשיכים 228
שגבאי צדקה יכול להשתמש בכסף לדבר רשות 625
שהקנאת דבר שלא בא לעולם מועילה 24 25
שיש תוקף לאפוטרופוס שמינוהו הערכאות 567
של בודדים בלבד 257
שממונה ציבורי מסולק תוך זמן קצוב 587
שנאמן מגיש דו"ח 127
שנאמן מפתח את נכסי הנאמנות 244
ששליחות בדבר שלא בא לעולם מועילה 25
ששותף אחראי לנזקי שותפו 179
מנהיג קהילה
אם יש כמה מנהיגים
החלטה על פי רוב או פה אחד 212 213
ומת אחד מהם 227
מינוי בורר להכריע במחלוקת ביניהם 214
אצילת סמכותו לאחר 263־266 268
ב'טובי העיר' או נאמני הקהל 265
בלי הסתלקות מהתפקיד 268
מינוי מורשה לדון בשביל הקהל 268
סמכות לבחור נציג או סמכות לנהל 265 266
זכותו לשיפוי על הוצאותיו 185
מהימנותו בעניין סכום הוצאותיו 197
שירד מגדולתו — חובה לנהוג בו כבוד 600
מנהל משק בית
מכונה "אפוטרופוס" 66
מניעת נזק
זכות המונע לתשלום 161 162
בנזק שלא היה ודאי 171
מניעת רווח
אריס שהוביר את השדה 296 297
בהשבתת שדה, חנות או ספינה של אחר 296 297
בעיכוב כסף של אחר 296 297
בשומר (ראה: שומר)
חיוב המונע לשלם עליה 179
אם הפקת הרווח כרוכה בטורח 296
אם הרווח היה ודאי או לא 296 298
אם הרוויח לעצמו בכסף 375
אם התחייב לשלם עליה 297 298
מדין ערב 179
לעניין חלופות טיפול בנכסי הקדש שכל אחת
מסוכנת 517
פיטורי אפוטרופוס שגרם מניעת רווח 601
קנס לנאמן שלא השכיר נכס של הנאמנות 295
מס
המחאת זכות הנהנה לשם מס 544 545
חובת נאמן לשלם מס המוטל על נכסי
הנאמנות 241
על נכסי נאמנות — גבייתו 78 79
על נכסי צדקה והקדש 79
פטור תלמיד חכם 79
מסור
חיובו לשלם על הנזק 218
מסמכי הנאמנות
שייכים לנאמנות 144
זכות יוצר הנאמנות והנהנה לראותם 144 145
מסעי הצלב
מקור מוסד הנאמנות 160
'המעביר על דעת בעה"ב' 86 400
'מעלין בקודש ואין מורידין'
בסילוק אפוטרופוס 600
בשינוי מטרות של הקדש 488
בתשמיש מצווה 627
בתשמיש קדושה 627
הורדת כהן גדול ממשרתו 600
חובה לנהוג כבוד בפרנס שירד מגדולתו 600
מהתורה או מדרבנן 600
מעמד שלושתם
במקדיש חוב לצדקה 427
מעשר (ראה: תרומות ומעשרות)
מעשר עני
גביית חוב ממנו 85
ע"י שהנושה מעכב מ"ע מפירותיו לעצמו 86
נתינתו לנושה של בעל הפירות 87
נתינתו לקרובו שהוא עני 346
מעשר שני
גבאי צדקה שקיבל מעשר שני לחלק 23
גביית חוב ממנו 85
מצווה
האיסור לקבל שכר בעד קיומה 164־166 178
אין איסור על הנותן 165
אם אין לו פרנסה אחרת 166
אם יצטרך לשלם על נזק עקב הקיום 166
בגבאי צדקה 164
בדיין ובעד 164 165
בחזן 166
בלימוד תורה 164
במוהל 165
במצווה דרבנן 166
במצווה שאינה מוטלת על אדם מסוים 164־166
ברופא (ראה: רופא)
בתוקע שופר 166
בתור שכר בטלה 164 165
המקיימה עבור מי שיכול לקיימה בעצמו 166
על השבת אבדה 164
הזכות לקבל שכר על קיומה 167
הנחה שהעושה מוחל על השכר 174־176
המתחיל במצווה אומרים לו גמור 588 589 591
העוסק במצווה פטור ממצווה אחרת 304 305
במצווה שאינה מוטלת על אדם מסוים 164
כיסוד 'פרוטה דרב יוסף' 304

חזקה בקיום מצווה מסוימת (ראה: חזקת מצוות)
טעם פטור אישה ממצוות עשה שהזמן גרמא 566
יש שטעם המצווה אינו מתאים לפרטיה 292
כפייה לקיים מצווה 215
במצוות השבת אבדה 554 555
סמכות בית דין בכך 554 555
להיות אפוטרופוס (ראה: אפוטרופוס)
מצווה לקיים דברי המת
אם המצַווה לא מסר את הנכס לנאמן 31 396 430 443 461 558
אם היה בריא בעת הציווי 31
אם הצוואה תקפה בדיני הערכאות 32
אם נדר נדר 32
אם עשה קניין 32
העברת שליטה בלי מסירה פיזית 31 32
לגבי היורש 31
אם המצַווה מסר לו את הנכס למטרה אחרת 32 554
אם המצַווה נדר 430
אם הנאמן לא הסכים לקיים 554
בכתב או בעל פה 30
במצב שהיא יוצרת 'מידת סדום' 47 528 614
בציווי בדבר עברה 32 46
האסורה למצַווה ומותרת לנאמן 46 47
לשחרר עבד כנעני 46
בציווי בדבר שלא בא לעולם 24 32 64 430
בשכיב מרע שהקדיש לצדקה 430
בציווי לתת זכויות 32
בציווי שאינו נוגע לנכסיו 29 30
בציווי שמעבר להעברת נכס 30 64
האם הנאמן שומר שכר 305
האם הנכס נקנה למוטב 30 31 396 430
המצַווה לתת לבניו סכום מסוים לשבוע ונזקקו ליותר 47 528-531
אם קבע שאחרי מותם יעברו הנכסים לאחר 530
חיוב מיוחד בציווי לשחרר עבד 29
כזכות יסוד חוקתית 64
כפיית בית דין לקיימה 30
לשון הציווי 29
מקור חובת הנאמן 64 65
מדרבנן או מן התורה 30
סמכות בית דין להתערב בהחלטת הנאמן 215
עיקר החיוב על היורשים 30
מציאה (ראה גם: השבת אבדה)
שהגביהו שוטה ופיקח יחד 77
שמצא פועל 12
שנמצאה בבית כנסת 77
שנמצאה בקרקע פרטית 76
שנמצאה בקרקע של הקדש לבית המקדש 77
שנמצאה בקרקע של הקדש למטרות צדקה 77 78
שנמצאה בקרקע של נאמנות 76-78
מקווה
שיפוצו בכסף שהוקדש לספר תורה 615
מקיז דם
מינויו כאפוטרופוס 557
מינויו ככהן גדול או מלך 557
'מראה מקום הוא לו' 400 464
מראית עין
דברים שנאסרו מחשש 'מראית עין' (ראה: חשד)
הקדש שנעשה רק למראית עין 444 448
מרוקו
תקנה בה לחייב אפוטרופוס למסור דו"ח 128
מרשם המקרקעין
קרקע שנרשמה על שם הקדש 468
משה רבנו
הפצת חשדות נגדו 135
מסר דו"ח על הקמת המשכן 135
לאיתמר בן אהרן 137
משומד
זכויות אשתו בנכסיו 84
משכון של הלווה משומד 305
נכסיו נעשים הפקר 84
כסף שנאסף עבור שבוי, והשתמד 392
משכון
איסור למלווה להשתמש בו 327
אם התיר לו הלווה מראש 327
המלווה שומר שכר 305
אם הלווה משומד 305
מלווה המוכר אותו 344
האם רשאי לקנותו לעצמו באישור ב"ד 344
משכנתא
חייב המקדיש נכס ממושכן 425
אם ערך הנכס גבוה מסך החוב 425 426
הקדש שיחול לאחר שיפדנו 425
קרקע או מיטלטלין 426
משפט אוסטרלי
זכות נאמן לקבל שכר 161
משפט אנגלי
הגדרת נאמן 6
זכויות הנהנה 38
זכות שביושר (ראה: בעלות)
נאמנות קונסטרוקטיבית 54 55
משפט ארה"ב
זכות נאמן לקבל שכר 161
משפט מוסלמי
עדיפות דיבור על כתיבה 435
משפט עברי
'יש בו יותר דין מיושר' 39
מכוון לציבור ולא לבית דין 255 328
מת
איסור הנאה ממה שעליו 390
האם מת יכול לזכות 389 390
הכבוד שנהגו במלווי המת 581
כסף שנאסף לטיפול במת ונשאר עודף 387-389 392 393
אם יורשיו עניים או עשירים 388
מתה מחמת מלאכה (ראה: שואל)
מתנה (ראה גם: הקנאה)
בכפייה 446 447
המבטיח לאחר מתנה 463
אם האחר עני 463
אם האחר ת"ח עשיר 463
וירד מנכסיו 503
חיוב מטעם 'מחוסר אמנה' 463

מרובה או מועטת 491
המצַווה לתת מתנה למישהו, ומת המקבל 395־397
הנותן דבר לאחר בלי לומר שזו מתנה 162
אם הוא קרובו 173
אם הפציר בו לקבל 162
ליתום (ראה: יתום)
הנותנה לאחר משום שחשב שבנו מת 619
כל נכסיו או מקצתם 619
הנותנה לשניים ע"מ שיגבו יחד ומת אחד 227
הנותנה כדי להבריח מנושיו 27
זיכוי מתנה ע"י אחר 464
באומר 'תנו' 464
מן הסתם קיבל (או יקבל) הנותן טובת הנאה
מהמקבל 360 361
על מנת להחזיר 16
השוואה ל"קנה על מנת להקנות" 16
חיוב המקבל כשומר 288
שינוי נסיבות שאילו ידע הנותן לא היה נותן 503
תקנת השוק בה 359־361
מתנות כהונה
שלקח שלטון מהמפריש במקום נכס אחר 373

נאמן
אחריותו לנזק לנכסי הנאמנות (ראה: נזק; שומר)
ההבדל בינו לשליח 6 642 643
הוא קבלן 28 591
המשמש כנאמן בכמה נאמנויות (ראה: ניגוד עניינים)
העברת סמכויותיו בירושה (ראה: ירושה)
הפקתו טובת הנאה מהנאמנות (ראה: טובת הנאה)
הצורך בהסכמתו לשמש כנאמן 27 29 37 38
אם יוצר הנאמנות נפטר 29
עד מתי יכול לחזור בו מהסכמתו 465
השולח יד בנכסי הנאמנות — גזלן 373
זכותו להתפטר (ראה: התפטרות נאמן)
זכותו לקבל שכר (ראה: שכר)
חובתו להפריד בין נכסי הנאמנות לנכסיו
טעמיה 88
כסף העומד להוצאה 88 89
נכס בעל ערך רגשי 89 90
חובתו לנהוג באמונה (ראה: אמונה)
חובתו לנהוג בשקידה (ראה: שקידה)
חובתו לנהל את נכסי הנאמנות 242 243
חובתו לנהל חשבונות (ראה: ניהול חשבון)
חובתו לפתח את נכסי הנאמנות 242
באפוטרופוס (ראה: אפוטרופוס)
פיתוח הכרוך בסיכון 245־249
חיובו להישבע שלא הזיק (ראה: שבועה)
כשרות לשמש כנאמן 35־37 556־575
מינויו (ראה: מינוי נאמן)
מכירתו או קנייתו מנכסי הנאמנות (ראה: מכר)
מקור חובתו לפעול 26־35
סמכויותיו
אם יש לו בעלות בנכסי הנאמנות 249
אם הוא רק שליח 250
פיטוריו (ראה: פיטורי נאמן)
פעולה שעשה תוך הפרת חובה (ראה: הפרת חובה)
שאינו מסוים בעת המינוי 35 37 38
שהוא רק שליח (ראה: שליח)
שהתיר לו היוצר ליהנות מנכסי הנאמנות וסוכלה
מטרת הנאמנות 397
שזמן כהונתו נקצב מראש 586 587
שיפויו על הוצאותיו (ראה: שיפוי)
שיש לו בעלות בנכסי הנאמנות (ראה: בעלות)
הנאמן הציבורי
סמכותו בנאמנות שאין בה נאמן 635־638
בנאמנות פרטית 635 636 638
רשות או חובה 636 637
'נאמן הקהל'
חובתו להודיע לוועדה לפני הוצאה חריגה 185
חיובו בפשיעה 310
כינוי לפרנס הקהילה 61
שומר שכר או שומר חינם 310
אם נתמנה בצורה דמוקרטית 311
אם נתמנה משיקולים פוליטיים 311
תופעת המנהיגים הפסולים 137
'נאמנות' (התחייבות בעל דין להאמין לשכנגדו)
לעניין הטלת 'חרם סתם' 147
נאמנות למטרה ציבורית
האם הנאמן שומר שכר
בגלל הכבוד 307
בגלל זכותו לרכוש בגדי ייצוג 308
הקלה על הנאמן כדי שלא יימנעו אנשים
מהתפקיד 306
אם יש לו כבוד מהתפקיד 306
זכות קניינית של היוצר 599
חובת הנאמן לבקש הוראות מב"ד 314 315
סילוקו אם פעל בלי זה 314 315
חיוב הנאמן בנזק שגרם בפשיעה 306
סמכויות יוצר הנאמנות בה 519 520 551 593 597
599
לפטר את הנאמן 599
מכוח זכותו הקניינית 551
שררה העוברת בירושה 519
סמכות בית דין בה 599
למנות נאמן 597
נאמנות משתמעת 65 68
נאמנות על פי דין (קונסטרוקטיבית) 62־65
במשפט הישראלי והאנגלי 54
חובות הנאמן 55
נאמנות על פי חוזה 65־68
נאמנות על פי חוק 54־61
נאמנים אחדים (ראה: ריבוי נאמנים)
נדוניה
המצַווה לתת כסף לנדוניה לבתו
ומתה לפני שנישאה 400־402
ונישאה בלי הכסף 396
הנותן נדוניה לבתו ומתה בלי זרע 395
מנהג להפקידה ביד נאמן אם מתה האישה והניחה בן
קטן 57
נדר
הבטחה לקיים מצווה היא נדר 33
בדבר שיש בו טורח הגוף 33 34
כפייה לקיימו 33
לתת צדקה 33

התחייבות לצדקה היא נדר 416
בנכס שלא בא לעולם 421
יוצר שעבוד על נכסיו 417
כפיית בית דין לקיימו 416 417
מתוך כפייה 447
נדר איסורי שנועד לטובת אדם, ומחל 505 506
פרשנותו לפי 'לשון בני אדם' 454
שהותר מקצתו הותר כולו 493
נהנה (המוטב של הנאמנות)
אחריות נאמן על נזק לנהנה 294 295
איסור המחאת זכותו בנאמנות 537-543
אם יישאר לו כדי צרכיו החיוניים 543
באישור בית דין 544 545
באישור יוצר הנאמנות 544 545
לשם מזונות או מסים 544 545
תוקפה בדיעבד 540
איסור שעבוד זכותו בנאמנות 537-543
גביית חובו מנכסי הנאמנות (ראה: ירידה...)
הגשת דו"ח לנהנה (ראה: דין וחשבון)
הסמכת הנאמן לקבוע מי הנהנה 452 455 456
זכויותיו בנכסי הנאמנות
אם קיבל בעלות בהם 139 140
אם קיבל רק קניין הגוף 41
אם קיבל רק קניין פירות 42
זכות שב'יושר' 38 39 140 537 538
זכותו לתבוע את הנאמן 38 39 41-43
מינוי עו"ד שלו כנאמן 576
מינויו כנאמן 575
עיקול זכותו בנאמנות 542-544
שאינו ידוע בעת יצירת הנאמנות 42 44
שהוא קרוב של הנאמן 345
שטרם נולד בעת יצירת הנאמנות 42 43
שימוש בנכסי ההקדש לצרכיו החיוניים 528
אם הוא מיורשי המקדיש 529
בניגוד לכתב ההקדש 528 529
'חיוני' מבחינה אובייקטיבית או סובייקטיבית 531
מהקרן, אם רק הפירות מיועדים לנהנה 529 530
נהנים מסוימים או שאינם מסוימים 529
על חשבון נהנים אחרים 527 530 531
שמוחל על זכותו בנכסי הנאמנות 504
אם יש לו זכות קניינית בהם או לא 504
אם נציגי הנהנים הנוכחיים מחלו 504
אם רק חלק מהנהנים מחלו 504
בנאמנות למטרות צדקה 505
נוטע בשכר
שמת — האם בנו ממשיך 230
נזק
אחריות מעביד לנזק שגרם הפועל 183
אחריות נאמן לנזק לנכסי הנאמנות 288-319
אם אין קשר סיבתי משפטי למעשהו 302
אם פעל בהוראת בית דין 115 317-319
ירידת ערך הנכסים 295
מניעת רווח מהנהנה 296-298
עקב הפרת חובה 301
עקב טעות בשיקול דעתו 301
אחריות נאמן לנזק לצד ג' 299-301
אפוטרופוס על שור מזיק
של חרש, שוטה וקטן 299
של יתומים (ראה: אפוטרופוס)
של מי שיצא לחו"ל 59 60
חובת שומר לשמור שהנכס לא יזיק 241
חיוב בגרמי 223
חיוב על מי שלא הזהיר אחר מלהזיק 222 224
אם לא היה יכול לצפות את הנזק 222
במקום שאין סכנה קרובה 222
חיוב על מי שלא מנע אחר מלהזיק 225
מזיק כספי צדקה 293
מזיק מתנות כהונה 290
מי שהסכים לאחֵר שהזיק 221
פטור בגרמא 222 294 295
בדבר המסור לו 303
התחייבות לשלם על גרמא 295
לעניין שליח שניזוק מחמת שליחותו 179
נזק עקב חוסר מעש 302
קשר סיבתי עובדתי או משפטי 294 295 302
שגרמו נאמנים אחדים (ראה: ריבוי נאמנים)
שור של הקדש שהזיק 17
שור תם שהזיק
האם הניזק נעשה שותף בו 99
הפיכתו לשור מועד ע"י העדאה בפני אפוטרופוס
של בעל השור 21
ומכרו המזיק 99
שניים שהזיקו יחד
אם אחד מהם פטור מן הדין 219
אם לאחד מהם אין במה לשלם 218
אם ספק מי האשם 221 222 225
נזק שכל אחד יכל לגרום לבדו 218
תוך חרישה במחרשה 221 222
ניגוד עניינים
חשש שנאמן יפעל לטובת עצמו 326
מול הצורך בפעולה מיידית 328
מי שמשמש כנאמן בכמה נאמנויות
אם יש תביעה משפטית ביניהן 260 261
באפוטרופוס המחלק עיזבון בין יתומים 258 259
בהקדש ציבורי 257 259
מצד איסור העיסוק בעבודה אחרת 259
מצד ריכוזיות יתר 259
עִסקת מכר שבין הנאמנויות (ראה: מכר)
עשייתו פעולה ביניהן 257
של עובדי ציבור 329
נידוי
לחכם המתיר נדר לצדקה 500
ניהול חשבונות ע"י נאמן
בנאמנות למטרות צדקה 125 126
בנאמנות ציבורית 124
מטרתו 124
נישואין
האוסף כסף להשיא את בתו ולא השיאה 394 400 401
המצַווה לתת כסף לנכדתו לנישואיה, ומתה לפני שנישאה 395-397
השאת יתומה (ראה: יתומה)
נדוניה (ראה: נדוניה)
נכסים עזובים
אחריות האפוטרופוס הכללי לנהלם
נכסים שבעליהם אינו ידוע 59

נכסים של מת שאין יורשיו ידועים 59
של נעדר (ראה: נעדר)
של קרבנות השואה 60
נכרי (ראה: גוי)
נעדר
מינוי אפוטרופוס על נכסיו
אם נעדר בעל כרחו ("נטושים") או מרצונו ("רטושים") 60
אפוטרופוס שהוא קרוב לנעדר 60
בנכסי קטן (ראה: קטן)
חובות האפוטרופוס 60
מינוי אישה האמורה לרשת אותו 568

סדום (ראה: מידת סדום)
סוד
חובת נאמן לשמור על סוד של הנאמנות 240
נחשב כנכס של בעליו 240
סוכן (ראה: פאטור)
'סחורה בפרתו של חברו'
רווח שהפיק א מנכסי ב שייך ל־ב 372 373
שליח המקבל הטבות עקב טיסות של שליחותו 341
'סנטר' 117
ספק
באיסור 454
במתנות עניים 454
ספר תורה
כסף שהוקדש לס"ת — שינויו לשיפוץ מקווה 615
קנייתו בכסף שאדם נדר לצדקה בסתם 453
ספרדים ואשכנזים
ויכוח ביניהם לעניין הקדש בליליוס 518
ועד העדה הספרדית (ראה: ועד העדה הספרדית)

עבד כנעני
האיסור לשחררו 46
מצווה לקיים דברי המת — בציווי לשחררו 29
קבלת פיקדון ממנו 98
ששועבד לנושה כאפותיקי 99
עבודה זרה
שכר פועל שעבד למענה 371
עדות
האיסור לקבל שכר כדי להעיד 164 165
בעדי גט המקבלים אחריות לנזק לגט 166
פסולי עדות
הנוגע בעדות 334
הקרובים הפסולים 332 333
טעם פסול אישה 566
עם הארץ 571
שותף פסול להעיד לשותפו 333
קבלתה שלא בפני בעל דין 21
בפני אפוטרופוס, נגד היתומים 21 250 251
בפני שליח, נגד השולח 21 250 251
עובר
הקנאה לעובר 43
הקנאה 'לכשייוולד' 43
שהוא בנו 43
שהוא נכדו 43

עורך דין
'אל תעש עצמך כעורכי הדיינין' 526
עושק
הקדש לצדקה מתוך מצוקה 448
עלילה
נכרים שהעלילו על ערב 179
נכרים שהעלילו על שליח 180
עם הארץ
השבת אבדתו 566
מי שאינו יודע תורה 571 572
מי שאינו מוסרי 571 572
מינויו כאפוטרופוס על יתומים 571־573
מינויו על קופת צדקה 571
קבלת עדותו 571
עסקא
איסור על מקבל עסקא לסחור בנכסי עצמו 254 378
אם עשה כן — מה דין הרווח 378 379
חיוב המתעסק להישבע מול טענת שמא 151 152
מחציתה מילווה ומחציתה פקדון 334
מת המתעסק — האם בנו ממשיך 230
ערב
חיוב מדין ערב במי שביקש מאחר להוציא ממון 171 295
אם רק נמנע ממנו רווח 178 179 295 298
ערבות הדדית
בין אפוטרופוסים 219־221
בין נאמנים 221 224 225
בין שניים השומרים יחד (ראה: שומר)
בין שניים שלוו יחד 219
ערבויות הנדרשות מהרוצה להתעסק בנכסי יתומים 564
שנכרים העלילו עליו — חיוב הלווה לשפותו 179 180
ערכאות של גוים
האיסור להתדיין בפניהן
בחוב שאפשר לגבות רק בפניהן 567
תנאי בחוזה שהשיפוט יהיה בפניהן 274
שמינו אפוטרופוס על יתומים 561
אם מינו אישה 567 568
האם הוא חייב להישבע 154
עשיית עושר ולא במשפט (ראה גם: סחורה...)
כיסוד לזכות נאמן לשיפוי על הוצאותיו 171 173
כיסוד לזכות נאמן לתשלום 161 162
לעניין הדר בחצר חברו בלי רשות 178

פאה
אסור לתת אותה דווקא לקרובו העני 346
שעבוד נכסים על החיוב לתת אותה 467
פאטור (סוכן)
אחריותו כשומר 107
זכותו לשיפוי על הוצאותיו 187
חובתו לפעול בתמורי הנכס המקורי 74
מכירת הסחורה לשותפו 333 334
מנהג שהוא מקבל את שקי הסחורה 341
שפשע בסחורה על סמך מנהג של בודדים 257
תפקידיו 67 68

פדיון שבויים
בכסף שהוקדש לישיבות 619
בכספי צדקה 623
כסף שנאסף לשבוי מסוים
והשבוי המיר את דתו 392־394
והשלטון אינו מאפשר לפדותו 392
ומת לפני שנפדה 394 402
ונשאר עודף 387 394
עדיף מצדקה 455
לענין ספק מה לעשות בכסף 455
פועל
אחריות מעביד לנזק שגרם הפועל 183
אחריותו כשומר 223
אסור לו להישאר ער בלילה יותר מדי 253
במלמד תינוקות ובפועל אחר 254
בקבלן 255
אסור לו לסגף את עצמו 253
בקבלן 255
אסור לו לעשות הפסקות בעבודתו 253
אסור לו לעשות מלאכה לעצמו 254 255
בלילה 254 255
האם גופו קנוי למעביד 28
ההבדל בינו לקבלן 28
השוכר פועל לעבוד בעבור אחר 162
זכותו לחזור בו באמצע הזמן 555 590
אם ייגרם מכך הפסד 555
אם עשה קניין 590
בפועל העושה מצווה בעבודתו 590
שכרו אם חזר בו 28 591
זכותו לחזור בו עד שיתחיל במלאכה 588 589
אם סייר בקרקע 465
ידו כיד המעביד 378 644
מעביד שביקש מחנווני לפרוע לפועל
אם תלה את הסכום בהחלטת צד ג׳ 194 195
מהימנות החנווני לומר כמה פרע 194־197
מהימנות החנווני לומר שפרע 193 195 196
מקור חובתו לעבוד 26 27
סמכותו לפעול בשם המעביד 12 13
אם אין כל זמנו משועבד לו 13
בדבר עברה 12
במעביד קטן 12
בפועל גוי או מעביד גוי 12 13 644
כיסוד לסמכות של נאמן 12 13 644 645
פעולה הפוגעת בצד ג׳ 12 13 644 645
פעולה שהמעביד לא יכול לעשות 12
עשיית מצווה בשעת העבודה 253
שביתה 253
שמצא מציאה 12 644
תפקידו כנאמן 67
פורים
המקבל כסף לסעודת פורים והשתמש בו לדבר אחר 86 400 401
אם קיבל מגבאי צדקה 400
פורע חובו של חברו
האם זכאי להחזר 171 162 241
פושט רגל
מינויו כאפוטרופוס על יתומים 564
אם ירד מנכסיו אחרי שנתמנה 564
מינויו כנאמן 229 556 559 564 565
אם המקדיש מינהו 559
נאמן שפשט רגל
סילוקו מתפקידו 229
דין הנאמנים שנותרו 229
פעולות שהוא מנוע מעשייתן 10
עשייתן ע״י נאמן 10
עשייתן ע״י שליח 10
פיטורי נאמן
בגין אי־היוועצות בבית דין 518
בגין הגשת דו״ח לא מפורט דיו 143
ע״י בית דין 597 598
אם אופיו בזבזני 605
אם הוא גר רחוק מהנכסים 605
אם הוא זקן 605
אם הפר הוראת חוק בשוגג 602
אם יש לנאמן בעלות בנכסים או לא 597
אם לא מילא את תפקידו כראוי 598
בגלל חשד מעילה 602־605
בנאמנות למטרות ציבוריות 597
עילות הפיטורין 599־607
ע״י יוצר הנאמנות 596־598
אם התנה מראש שיוכל לפטרו 596 597
אם יש לנאמן בעלות בנכסים או לא 596
בנאמנות למטרות ציבוריות 597
עילות הפיטורין 598 599
פיקדון
אחריות השומר (ראה: שומר)
נפקד הטוען שבעל הנכס אמר לו לתיתו לפלוני 453
פירוט נכסי הקדש (למטרות צדקה) 456־460
באפוטרופוס על יתומים (ראה: אפוטרופוס)
בכתב או בעל פה 456
בכתב ההקדש 456
הפרטים שיש לציין 459
כעצה טובה 456
פירות נכסי הנאמנות
סמכות הנאמן לפעול בהם 74־76
שייכים לנאמנות 74 369
אם הנאמן התכוון ליטלם לעצמו 369
פסול דין (ראה גם: חרש; שוטה)
כאפוטרופוס על הקדש 563
פסול מלשמש כנאמן 556
שהקדיש נכס לבית המקדש 439
מי שאינו מודע למשמעות מעשיו 439
מי שבגדר שוטה 439
פרוטה
פרוטה דרב יוסף (ראה: שומר)
שווייה בימינו 150
פרטיות הנהנה 141
פרנס (ראה: מנהיג)
פרסום
מתי מניחים שפעולה משפטית ידועה לכל 99 100

פרשנות
סתירה בין תחילת דיבור לסופו 496
פרשנות ו׳ החיבור שבשבועה 205
של נדר, לפי ׳לשון בני אדם׳ 454
פשיטת רגל (ראה: פושט רגל)
פשיעה
באפוטרופוס (ראה: אפוטרופוס)
בשומר (ראה: שומר)
מי שלא ביצע פעולה שהתחייב לבצע 301
נאמן שהפר חובת פעולה 301
פושע כמזיק 306
פשרה
החלטת מפשרים צריכה להיות פה אחד 213
בשלושה או ביותר משלושה 213
סמכות אפוטרופוס להתפשר עם נושי היתומים 251
שעשה בית דין בתביעה של יתומים 251
פתח (ראה: שאלה לחכם)

צדקה
אי אפשר להקדיש לה דבר שאינו שלו 422
דבר הפקר שרק הוא יכול לזכות בו 423
אם התפזרה הקהילה — מה ייעשה בכסף הצדקה 386
׳אתן... לצדקה׳ 442
חיוב יורשיו 442
שעבוד נכסיו 442
תוקף קנייני 442
במחשבה 421
חיוב יורשיו לקיים 421
גבאי צדקה (ראה: גבאי צדקה)
גביית חוב של עני מצדקה שקיבל 85־87 540 544
אם בשעת נתינתה הוזכר חובו 87
אם העני קיבל סכום גדול 87
עני שאינו בעל משפחה 87
האם הכסף שהוקדש נקנה לעניים (ראה: אמירה...)
האם מותר לנדור לצדקה בשבת 420
הבטחה לתת צדקה היא נדר 33 416
כפייה לקיימו 33
היא ׳ממון שאין לו תובעין׳ 290־293 470 471
הלוואת כספי צדקה בריבית (ראה: ריבית)
המבטיח לעני לתת לו מתנה 463
המקדיש ׳לאחר זמן׳ 450
האם יכול לחזור בו עד אז 500
המקדיש ל׳הקדש׳ — סתמו לצדקה 452 453
המקדיש לה ׳מהיום ולאחר זמן׳ 452
האם יכול לחזור בו עד אז 501
המקדיש נכס לעני והעני מחל 505
מחילתו מבטלת את הנדר 506
המקדיש לה ולא נותר לו כדי פרנסתו 503
המקדיש ע״י שליח (ראה: שליח)
הנודר לצדקה
בתנאי של אסמכתא (ראה: אסמכתא)
דבר שלא בא לעולם (ראה: דבר שלא...)
וטוען שלא התכוון באמת 449
זכות גבאי הצדקה לתובעו 293
זכות העניים לתובעו ע״י מורשה 293
חזרתו תוך כדי דיבור (ראה: תוך כדי דיבור)
חיוב יורשיו 418־420 448 466 467 502
חיובו למסור לגבאי 466
יכולתו לחזור בו 22
כדי להבריח מהשלטון 448
כפיית בית דין 79 466
לעני, והעני התעשר 396
מתוך כעס 449
שעבוד נכסיו 430 431 466 467
הנודר לצדקה ולא קבע את מטרתה 453
קניית ספר תורה בכסף 453
תינתן לעניי עירו 453
תינתן לקרוביו העניים 454
הפקדתה רק אצל מי שנותן משכון 565
השקעת עודפי הכסף לעשיית רווחים 109־111
אם הגבאי מתחייב לשאת בהפסד אפשרי 110 111 114
אם הכסף יהיה זמין כשיהיה נחוץ 109־111
אם התנה התורם שישקיעו 110
אם יש משכונות בטוחים למקרה של הפסד 110 111
אם רק חלק מהכסף מיועד לעניים כל שנה 110
כסף שעוד לא הגיע לגבאי צדקה 111
זכות התורם לשנות את ייעודה 471
לאחר שבאה ליד גבאי 471
׳יהיה הקדש׳ 443
׳הקצאה׳ לצדקה 443
תוקף קנייני 443
יש לחלקה לעניים בשנה ג ר־ו׳ לשמיטה 110
לקיחת סכום גדול מאשת איש לצדקה 97 98
מאישה הנושאת ונותנת בבית 97
מזיק כספי צדקה 293
מטבע שיוחדה לצדקה
החלפתה באחרת ע״י התורם 486 488 489
לקיחתה בהלוואה ע״י התורם 486
מי הבעלים עליה 469־473
אישיות משפטית 469־473
המקדיש (לפני שמסר לגבאי) 471 472
העניים 470 471
מינוי עם הארץ על קופת צדקה 571
משכיר המקדיש לה את המושכר 425
נודר ששכח לאיזה סוג צדקה נדר 454
ומת 454
נושה המקדיש חוב לצדקה 426
׳נכס זה לצדקה׳ 441
נכס שהוקדש — נעשה ׳מוקצה׳ לצדקה 420 421 443 488 502
אחריות המקדיש אם אבד 420
בנכס שלא בא לעולם 421
יורשיו חייבים לתיתו 420 421
שינוי ייעודו 421
נתינתה לבן טובים בסתר 141
נתינתה לקרובו שהוא עני 346
׳סך... מנכסי לצדקה׳ 441
עני המשעבד לנושהו צדקה המגיעה לו 542 543
אם יישאר לו כדי צרכיו החיוניים 543
פיטורי מי שתפקידו לאסוף אותה תמורת אחוזים 600

קרקע שהוקדשה לעניים לפירותיה — החלפתה
באחרת 486 487 628
אם המקדיש מתנגד 487 628
באישור בית דין 487
שאלה לחכם על נדר לצדקה 119
אם קצוב סכום לכל עני 290
שומר כספי צדקה (ראה: שומר)
שינוי זהות הנהנים 624
אם היא נועדה לעניי מקום מסוים 624
שינוי מטרתה אחרי שהגיעה לגבאי 491 492
אם המקדיש התנה מראש שיוכל לשנות 492 493
גבאי ציבורי או נאמן שמינה התורם 492
שינוי מטרתה (ראה גם: קופה ציבורית)
שינוי מטרתה לפני שהגיעה לגבאי 488 489 507
לעני אחר 489 490
לצורך מצווה אחרת 488
לצורך מצווה נעלה יותר 488
שינוי מתלמיד חכם למלמד תינוקות 489
שנאספה ונשאר עודף 391
שימוש בו למטרות ציבוריות 391
שנאספה לעני מסוים ומת לפני שקיבל 393
שנאספה לעני מסוים, ונשאר עודף 387 388 393
629
אם הוא עדיין נזקק או לא 388 389
אם היה ידוע מראש שיהיה עודף 391
סמכות הפרנסים להשתמש בו למטרה אחרת 389
שנדר שכיב מרע (ראה: שכיב מרע)
שנמסרה לחלוקה — אין זכות למקדיש ליטלה
חזרה 598 599
שנתנה אישה מממון בעלה 363
'תנו... לצדקה' 442 443
תוקף קנייני 443
צוואה
המצַווה לאחר לכתוב כתב הקדש, ומת 462
מְצווה לקיימה (ראה: מצווה לקיים דברי המת)
'נכס זה להקדש אחר מותי' (לבהמ"ק או
לצדקה) 460 461
על תנאי 'אם לא אחזור בי' 503
של שכיב מרע (ראה: שכיב מרע)
'תנו נכס זה להקדש לאחר מותי' 461
אם הוא בריא או שכיב מרע 461
ציבור
הבדל בינו לשותפות 469 470
התחייבותו כמחייבת את היחידים 37
חובת עובד ציבורי לפעול לשם שמים 252
ישות מעבר לפרטיה 252

קבורה (ראה: מת)
קבלות
כאישור להוצאות הנאמן 143
'קבלן'
האם גופו קנוי למעביד 28
הגדרתו לעומת פועל 28
זכותו לחזור בו באמצע עבודתו 591
שכרו אם חזר בו 28 591
נאמן הוא קבלן 28 591

קהילה
מכירת 'בית וועד לקהל' 487
פרעון חובותיה מהקדש של ישיבותיה 620
קול (ראה: פרסום)
קופה ציבורית
שינוי ייעוד הכספים 622־625
אם התורם התנה שלא ישנו 624
אם התורם קבע שיינתן לעני עיר מסוימת 624
בכסף שיחיד תרם והפקיד אצל הגבאי 625 627
בכסף שנגבה במגבית מיוחדת 623 624
לדבר שאין בו מצווה 625
למטרה נעלה יותר 623 624
למצווה שאינה דומה למטרה המקורית 625
מקור סמכות בני העיר לשנות 623 624
סמכות גבאי צדקה לשנות 624 625
קוק, ר' אברהם יצחק
פעילותו בניהול הקדש 144
קורפו
מנהג שם בדאגה ליתום מאם 57
קטן
העמדת קרובו לטפל בנכסיו בהעדרו 568 573
במיטלטלין או בקרקע 573
בנכסים שאין בהם לקרוב זכות ירושה 573
לפני תחילת חלוקת נכסי האב 573
הקנאת נכס לקטן 36
לעניין חיוב פועל 36
מינויו כנאמן 35 36 556
כאפוטרופוס על הקדש 563
כאפוטרופוס על יתומים (ראה: אפוטרופוס)
מחילתו 125
עִסקה של קטן בגיל ה'פעוטות' 36
בהקנאת קרקע 36
פסול כשליח וכשולח 21 36
קבלת פיקדון ממנו 98
שהקדיש לבילת המקדש 438 439
שנדר 438 439
קידושין
המקדש 'לאחר זמן' — יכולתם לחזור בהם 500
המקדש תינוקת במעי אמה 43
הפקעת קידושין שנעשו שלא כהוגן 371
מי שנשלח לקדש אישה לאחר וקידשה לעצמו 371
378
'קים לי'
האם מועילה לפטור משבועה 151
מצבים שנתבע פטור בטענה זו 151 309 394
'קנה על מנת להקנות' (ראה: בעלות)
קנוניה
חשש לה כשרבים מעורבים 331
קניין חצר
בחצר שאינה משתמרת 78
בחצר של הקדש לבהמ"ק או לצדקה 17 77
בחצר ששותפים בו קטן וגדול 77
בקניית מציאה שנמצאה בחצר 76
הקדש קונה בקניין חצר של הדיוט 422
קניין כסף
התנאה שהוא יועיל במכר מיטלטלין 275

קניין פירות
אם בעליו מוחל עליו לבעל קניין הגוף 504
באב הנותן נכסיו לבנו (ראה: אב)
בסתם שייך לבעל הנכס 76
הוא כקניין הגוף 470
לנהנה בנכסי הנאמנות 42
בהקדש 'קרן לפירותיה' 42
קרבן
המקדיש בהמה מעוברת לשלמים 496
ואת עוברה לקרבן עולה 496
חובה לעמוד אצל קרבנו בשעת ההקרבה 19
קרוב
אסור לנאמן להשכיר נכס מהנאמנות לקרובו 332
אסור לנאמן למכור מהנאמנות לקרובו 331־333
אחריות הקרוב על הנכס אם מכר 348
תוקף המכר בדיעבד 332
הנחה שאדם מוחל לקרובו החייב לו 173
הקרובים הפסולים לעדות ולדון 332 333
חובת אדם לפרנס את קרוביו העניים 454
נדר סתם לצדקה — תינתן לקרוביו העניים 454
מקדיש המבקש לתת מההקדש לקרובו 618 619
אחרי שהנכסים הגיעו לנאמן 618
אחרי שהתחיל לתת לנהנים אחרים 619
באופן הסותר את הוראות ההקדש 619
כדי למנוע את יציאתו לתרבות רעה 619
'קרן קיימת לישראל'
מקבלת נכסי קרבנות השואה 60
קרן שהוקדשה לפירותיה
בצדקה
ריבית בה 470
שומר עליה 292
זכות הנהנים בקרן 42 530
שימוש בקרן לצרכי הנהנים 529 530

רא"ש
סתירה בין פסקיו לתשובותיו 437
ראש הקהל (ראה: מנהיג)
רבנו ירוחם
נפלו שיבושים רבים בספרו 418
רוב
החלטה על פי רוב, בנאמנים אחדים 211־213 215
מצבים שצריך החלטה פה אחד 211־213
מפשרים 213
נבחרי קהל 212 213
רווח אסור (ראה: הפרת חובת נאמנות)
רומא
היתומים שייסדו אותה 55
רועה
איסור לקנות ממנו דבר החשוד כגנוב 96 99
רופא
האיסור לקבל שכר על ריפוי
אם אין אחר שיכול לרפא 165
אם אין לו פרנסה אחרת 166
אם הוא אבל 165
בתור שכר בטלה 164
על חכמתו 164 165
הרשות שניתנה לו לרפא 165

ריבוי נאמנים
אחריות משותפת לנזק שגרמה פעולתם 217־225
אם אחד מהם התנגד לפעולה 224־226
אם אחד מהם לא ידע על הפעולה 224־226
זכות הניזק לגבות הכול מאחד מהם 217־219
לאבדן רווח 217 221 223 224
פעולה שעשה אחד מהם 221־224
פעולה שעשה אחד על דעת עצמו 217
פעולה שעשו כולם יחד 218־221
אם אחד מהם אצל את סמכותו לאחרים 210
אם אחד מהם נוגע בדבר 208
אם אחד מהם רוצה להסתלק 210
חובתו להודיע לאחרים 595 596
אם נפטר אחד מהם 207 208 217 227
באישה ובעלה, שמתה האישה 208 227
האם האחרים יכולים להתפטר 594
אם נתפנה מקומו של אחד מהם
אם אחד פשט רגל 229
בהקדש ציבורי 227־229 231
החובה למנות חליף 226 231
חובת האחרים לפעול למינוי חליף 595 596 602
מי אחראי למנות חליף 230 231
מינוי חליף ע"י הציבור 230
סמכויות האחרים עד מינוי חליף 231
פיטוריהם אם לא פעלו למינוי חליף 602
האם הממנה התכוון למנות את כולם 203־206
אם מינה בלשון "פלוני ופלוני" 203־206 228
אם מינה בלשון "פלוני ופלוני יחד" 206
הכרעה במחלוקת ביניהם
על פי בורר חיצוני 214
על פי בית דין 214־216
על פי הרוב 211־213 215
התועלת בריבוי נאמנים 202 203
חובתם לפעול יחד 206־211 226
אם אחד מהם גר רחוק 208
אם הממנה אמר שאחד יוכל לפעול אם האחר אנוס 208
אם יכלו לפעול יחד ורק אחד פעל 209 210
אם יש ביניהם אישה 209 210
אשרור בדיעבד של פעולת אחד מהם 211
בפעולה הדרושה בדחיפות 216 217
בפעולות של טיפול שוטף 207
פעולת אחד בהסכמת האחרים 210 211
תוקפה של פעולה שעשה אחד לבדו 231 232
חסרון בריבוי נאמנים 203
נאמן אחד המוכר לאחר מנכסי הנאמנות 326 331
בדיעבד 347
ריבית
בכספי בית כנסת 119
בכספי בנק 469 470
בכספי הקדש לבית המקדש 18 79 119
בכספי הקדש למטרות ציבוריות 23
בכספי יתומים 554
באבק ריבית 111 118
ביתומים גדולים 118
בריבית דאורייתא 113 118
בכספי נאמנות פרטית 117

בכספי צדקה 79 469־471
אם הריבית תלך לעניים 119
בקרן שרק פירותיה לעניים 470
בריבית דאורייתא 119
בריבית דרבנן 119 470
המיועדים לעניים לא מסוימים 118 119
המיועדים לעניים מסוימים 119
במלווה גוי 117
בנאמן גוי המלווה מכספי נאמנות של ישראל 117
בשוכר חפץ שמשלם גם על הפחת 118
יישום האיסור בימינו 116
ע״י שליח 117
׳קרוב לשכר ורחוק להפסד׳ 111 118
רש״י
הפירוש למסכת תענית המיוחס לו 528
רשם ההקדשות
הגשת דו״ח לרשם 141

שאלה לחכם
התרה על סמך ׳חרטה׳ 499 500
החכם מאמין לנודר 507
התרה על סמך ׳פתח׳ 499 500
החכם מאמין לנודר 507
שנדר מתוך כעס 449
להתיר שבועה 35
שבועה לטובת אחר 35
ע״י שליח שהפריש תרומה 500
על הפרשת תרומה אחרי שניתנה לכהן 506
יכולת הכהן להישאל לחכם 506
על הקדש לבית המקדש 19 498 499
אחרי שהגיע לגזבר 19 421 506 507
בפתח או בחרטה 500
על ׳הקדש משפחתי׳ 415
על נדר לצדקה 119 415 499
החכם חייב נידוי 500
על נדר לצדקה שכבר הגיעה לגבאי 506 507
אם הגבאי הוסמך להחליט למי לתת או לא הוסמך 507 508
אם נתן בלי לנדור 508
לגבאי צדקה או לנאמן פרטי 507 508
שבועה
בבית דין בזמננו 132 148
במחשבה 436
החייבים להישבע על תביעה בטענת שמא
אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית 148
אם אין לתובע בסיס לחשד 149
אם הוא מקבל שכר 151־153 155 156
אם מודה במקצת או לא 148 150 151
אפוטרופוס על גדולים 149
אפוטרופוס על יתומים (ראה: אפוטרופוס)
בנקיטת חפץ או שבועת היסת 151
המנהל נכסים של אחר 148 152
המקבל עסקא 151 152
מועד השבועה 151 153
נאמן של הקדש שמינהו היוצר 155
סכום התביעה 149־151
הנשבע לעשות מעשה 34 35
אכיפת השבועה 35
לקיים מצווה 35
הנשבע לעשות עברה 46
לעבור על תקנת הקהל 46
הנשבע לפרוע לחברו
אם חברו דוחה את זמן הפרעון 493 494
אם חברו מוחל לו 493 494
חיוב להישבע על תביעה בטענת שמא 192
חיוב להישבע על תביעה בעניין טובת הנאה 598
חיוב להישבע על תביעה של הקדש 18
חיוב מי שדורש שיפוי על הוצאותיו, להישבע
בבעל שהוציא על נכסי אשתו 193 194 196
ביורד לשדה חברו, לגבי גובהן 193 195 196
בשליח הטוען שהוציא 193 197
מי שביקשו המעביד לפרוע לפועל 193־197
שבועה חמורה או שבועת היסת 195
חיוב נאמן להישבע שלא הזיק 127
אם אין יסוד לחשד שהזיק 127
בגזבר הקדש 131
בגבאי צדקה 131
היורד לנכסי חברו — מהימנותו בשבועה לומר כמה הוציא 193־196
פרשנות ו׳ החיבור שבשבועה 205
שאלה לחכם עליה 35
שבת
האם מותר לנדור לצדקה בשבת 420
שד״ר
תשלום שכרו — אחוז מהסכום שהוא אוסף 169
שואה
ניהול נכסי קרבנות השואה 60
שואל
חיובו באונס 181
פטור ב׳מתה מחמת מלאכה׳ 181
מחמת המלאכה או מחמת עשיית המלאכה 181
שואל שלא מדעת — כגזלן 339
שימוש בנכס בעודו ברשות בעליו 339
שולח נחשב ששואל את גוף השליח 181
׳שווייה אנפשיה חתיכה דאיסורא׳
מכוח נדר 34
שוחד
הניתן לעובד ציבור 252
חובת דיין להחזיר שוחד שקיבל 377
נאמן שהשכיר נכס בזול תמורת שוחד 377
שניתן לאחר מעשה 339
שנתן אפוטרופוס לטובת היתומים 245
שנתן נאמן לפקיד השלטון הנכרי 161
שוטה (ראה גם: פסול דין)
הקנאת נכס לשוטה 36
מינוי אפוטרופוס לשמור על שורו שלא יזיק 21
מינוי אפוטרופוס עליו 56 57
על טיפש שאינו שוטה 57
שהקדיש לבית המקדש 439
שוכר (ראה: שכירות)
שולחן ערוך
כשמביא שתי דעות — מה דעתו 437

שומר
אחריותו על ירידת ערך הנכס 295
הוזלת מחירו בשוק 295
אחריותו על מניעת רווח 297
אם התחייב לדאוג לרווחים 297
שארעה בגלל פגיעה בגוף הנכס 297
בשומר חינם או בשומר שכר 297
אחריותו על נזק לבעל הנכס מעבר לנזק לנכס 295
איסור מכירת הנכס לעצמו 327 328 343
באישור ב"ד 343 344 347 348
במחיר הגבוה ממחיר השוק 330
כדי שלא יחשדו בו 327 328 330
פני שאדם אינו יכול למכור לעצמו 329
בעל נכס אינו יכול להיות שומר עליו 238 288
בקשת בעל הנכס מהשומר לשמור 289
האיסור למסור לשומר אחר 106 262 558
אחרי מות המפקיד 263
אם בעל הנכס רגיל להפקיד אצלו 106 560 562
ברשות בית דין 318
בשומר קרקע או ספינה 262
לבני ביתו 220 262
לשומר מוכשר יותר 263
האם בעל הנכס יכול להקדישו
אם השומר כפר בפיקדון או לא 423 426
בכסף שהשומר רשאי להשתמש בו 426 427
האם יש חובת שמירה בפועל 239
הסכמת הנפקד לשמור 289
שתיקה כהסכמה לעניין זה 555
הסתלקות בעל הנכס משמירה 289
זכותו לחזור בו מהשמירה 591
בשומר הקדש לבית המקדש 590
זכותו לשיפוי על הוצאותיו 171
בשומר חינם או בשומר שכר 172
הוצאה גבוהה מהנחרץ 186
הוצאה גבוהה מערך הנכס 186 187
הוצאה לא חיונית 186
הוצאות למניעת נזק שלא היה ודאי 171
הוצאות צפויות או לא צפויות 172
חובתו לבדוק אם יש בנכס מום המצריך טיפול מיוחד 241
בשומר שכר או בשומר חינם 241 242
חובתו לבטח נכס שבסיכון 241
חובתו לגלול ספר מופקד לאיוורור 338
קריאה בו תוך כדי כך 338 339
חובתו למכור נכס שבסיכון 240 343
בית דין צריך לשום את הנכס 345
בפירות, אם מכירתם תיוודע לבעליהם 100
חובה למכור בפני בית דין 343 344
חובתו לשטוח או לנער בגד מופקד לאיוורור 338
האם רשאי ליהנות מהשטיחה 338 339
שכירתו פועל לנער 268
חובתו לשמור על ערך הנכס 240
חובתו לשמור שהנכס לא יזיק 241
חובתו לתבוע לדין מי שפגע בנכס 240 241
חיוב אפוטרופוס כשומר (ראה: אפוטרופוס)
חיוב נאמן כשומר 219 223 222 238־242 304־311
אם הוא אמור להעביר את הנכסים לאחרים 289
אם יש לו בעלות מוגבלת בנכסים 288
חייב בגרמא 223 294 303
כסף
הפקדתו בבנק 106 108
חובת שמירה בקרקע 106 292
כסף העומד להוצאה 106
כסף שצריך להיות זמין לחלוקה 292
שמירה עליו בדרך השמירה הנהוגה 107
שמסר אותו כתשלום מס בהוראת הקהל, וידע שההוראה מוטעית 319
כסף, שהניחו במקום שרגיל לשים את שלו 88 89
אם המקום אינו שמור כראוי 88 89
בכסף העומד להוצאה 88 89
הפקדתו בחשבון בנק שלו 89
כספי צדקה 470
אם היא מיועדת לעניים מסוימים 290
אם הפקיד גבאי צדקה 291 292
אם הציבור יכול לשנות את ייעודם 292 293
אם הציבור צריך להשלים כספים לצדקה 292 293
אם השומר אמור להחזירם לתורם 290 291 292
אם כל עני זכאי לסכום קצוב בה 139 290
אם נועדו למטרות ציבוריות 292
כסף שהופקד ואח"כ נידר לצדקה 291
נימוקי הפטור 290 291 470 471
נכסי צדקה שאינם כסף 292
על קרן שרווחיה מיועדים לחלוקה 292
מסירת הנכס לב"ד אם רוצה לצאת מהארץ 592 593
ביוצא לזמן קצר או ארוך 593
נכס בעל ערך רגשי — איסור לערבו עם אחר 89 90
נכס שהוא חושב שהוא שלו 364
נכסי הקדש של בית המקדש 17 239
חובת שמירה בפועל 239
סמכות בית דין לפוטרו מאחריות 311
על גוף של אדם 181
פטור אם 'בעליו עמו' (ראה: בעליו עמו)
'פרוטה דרב יוסף' שעושה אותו לשומר שכר 304
אם בפועל לא חסך פרוטה 308
אם בתחילה שמר שלא מכוח מצווה 305
באפוטרופוס 308
בגבאי צדקה 308
במלווה על משכון 305
במצווה שאינה חובה על אדם מסוים 305 308
בנאמן מכוח המצווה לקיים דברי המת 305
הקלה באחריותו לעומת שומר שכר רגיל 307
קבלת פיקדון מאישה, עבד או קטן 98
קרקע, שפשע 306
שאמור להעביר את הנכס לאחר 289
שהרוויח לעצמו בכסף המופקד — למי הרווח 374
אם בעל הכסף דרש אותו 374 375
נאמנותו לומר שהתכוון לעצמו 374 375

שומר שכר שלא היה ליד הנכס, ונגנב 107 108
אם כך המנהג 108
שומרים משותפים
חיוב אחד על שלא הזהיר את חברו מלפשוע 223
שאחד מהם הסתלק 220
שומרים משותפים — ערבות הדדית ביניהם 219־221 223
אם רק אחד מהם פשע 224
בשומרי חינם או בשומרי שכר 220
שידע בעל הנכס שאינו שומר כראוי 89 107 108
שלא עשה מעשה קניין — האם חייב 289 588
שלקח נכס לדרך ברשות בית דין וניזוק 318
שמירה שלא כמקובל היא פשיעה 301
שומר אבדה
הוא שומר שכר 304 363 364
חיוב כשומר אבדה
באפוטרופוס 289
במחזיק נכס של אחר בלי קבלת שמירה 363
במקבל חפץ גנוב ביודעין 363
כיסוד לאחריות של המחזיק נכס של אחר 348
שלא עשה מעשה קניין 289
שותפות
אחריות שותף כשומר כלפי שותפו 288
פטור ׳בעליו עמו׳ 312
אחריות שותף לנזקי שותפו 179
אחריות שותף שפעל שלא כנהוג 67
אחריות שותף ששינה מההסכם וגרם נזק 312
אם התכוון לטובה 312
אם מת אחד השותפים 230 594
חיוב יורשיו 594
חיוב שאר השותפים 594
אם פרש אחד השותפים מהשותפות 594
אם שותף אחד התייצב בדין לבדו 209
אם השותף האחר היה במקום או לא 209 210
אסור לשותף לעשות עסקה לטובת עצמו 254 255
הבדל בינה לציבור 469 470
מכירת נכס מהנאמנות לשותף של הנאמן 333 334
סמכות שותף לפעול בנכסי השותפות 67
על פי המנהג 67
שותף פסול לדון את שותפו 333
את שותפו של קרובו 333
שותף פסול להעיד לשותפו 333
שותף צריך לנהוג לפי המנהג 255
שטר
נוסח שטר מינוי אפוטרופסים 206
שטר שימוש (או: משמוש)
פירוט הנכסים שקיבל אפוטרופוס 457־ 460
פרוטוקול בית דין 458
שטר לא חתום 458
שיור
המשייר לעצמו — משייר בעין יפה 540
המשייר לעצמו קנין פירות בנכס שהוא נותן 540
שינוי הוראות הקדש
בגין שינוי נסיבות 617־621
אם התנו שלא יוכל בית דין לשנות 624
המונע הגשמת מטרותיו 620 621
כדי להשיג את מטרות ההקדש 619 620
שינוי באופיו של הנהנה 618
ע״פ אמדן דעת יוצרה 622 624
למטרה נעלה יותר או פחות 622
שינוי ייעוד של נכס שהוקדש
אם המקדיש יהודי או גוי 627 628
לדבר הרשות 627 628
לדבר מצווה, נעלה יותר או פחות 627
שיפוי הנאמן על הוצאותיו
הוצאה שלא הועילה לנאמנות 171 172
אם הוא מקבל שכר 170 172
אם הוא קרוב של הנהנים 173
והוא עשיר 174
אם השתנה מחיר החומרים שקנה 188
בנאמנות למטרות צדקה 174־176
גביית השיפוי מנכסי הנאמנות 188־190
בנאמנות למטרות צדקה 189 190
מגוף הנכסים או מהפירות 190
דרך ההוכחה שהוציא כסף 192 193
במקום שנהוג שהוא מוציא רק בפני עד מוסמך 193
בפעולה שאינה במסגרת חובותיו 193
האם חייב להישבע על כך 193 197
דרך ההוכחה של גובה ההוצאה 193־198
הוצאה הגבוהה מהמקובל 185
הוצאה הגבוהה מהנדרש 184־186
הוצאה הגבוהה ממה שהשביחו לנכסים 186 187
הוצאה הגבוהה מערך הנכסים 186
הוצאה לפעולה שנאסרה בתנאי הנאמנות 176 177
הוצאה שלא הייתה חיונית 185 186
זכאי לשיפוי מטעם הסכם מכללא 171 172
מנהג שהשיפוי הוא בסכום קבוע 187
על אבדן הכנסה
שהיה יכול להרוויח מכסף שהוציא לנאמנות 178
שהיה יכול לעבוד באותו זמן 170 177 178
על מה שנאלץ לשלם לצד ג׳ על נזק 170 183 184
על נזק שנגרם לו 170 179־183
אם היה קורה גם לולא תפקידו 180
אם ידע מראש על הסיכון 180
שכיב מרע
האם צוואתו יוצרת קניין 395
המקדיש דבר שלא בא לעולם (ראה: דבר שלא...)
הנותן מתנה ׳מהיום ולאחר מיתה׳ 540
המקבל זוכה בגוף רק לאחר מיתה 540
זכותו לחזור בו בחייו
ממה שהקדיש לבית המקדש או לצדקה 502
ממתנה שנתן 461 502
מתנתו תקפה בלי קניין 461 462
שאמר ׳כתבו ותנו מתנה לפלוני׳ ומת 462
אם אמר ׳תנו וכתבו׳ 462
בלשון שמשמעותה הקנאה בלי שטר 462
שאמר ׳תנו נכס זה להקדש לאחר מותי׳ 461
שהקדיש את נכסיו לבית המקדש והבריא 501
כולם או מקצתם 501 502
שהקדיש את נכסיו לצדקה והבריא 501
אם הקדיש ע״מ שיזכו הנהנים רק אחר מותו 501

אם כבר מסרם לנאמן 503
ב׳מצווה מחמת מיתה׳ 502
כולם או מקצתם 501 502
שמינה אפוטרופוס והבריא ואחר כך מת 561
שנתן את נכסיו במתנה והבריא 501
ב׳מצווה מחמת מיתה׳ 502
כולם או מקצתם 501 502
שציווה לעשות בנכסיו עברה 46 48
שכירות
בית כנסת בבית שכור 433
במקום שהשלטון אוסר זאת 433
האם שוכר יכול להקדיש את המושכר לבהמ״ק 432
הקדשת דמי השכירות 424
הקדשת זכות המגורים 432 433
הדר בבית חברו בלי רשות — חיובו בדמי שכירות 376
אם הזיק לבית או לא 376
אם עמד להשכרה או לא 376
היא מכר ליומו 432
משכיר המקדיש את המושכר 424 425 451
קרקע או מיטלטלין 425
שוכר פטור באונס 182
שכר
הנותן שרות — זכותו לשכר 161־163 167
פעולה שהיא מצווה 167 178
פעולה שנהוג לעשות בחינם 162
הקצבת שכר לנאמן ע״י בית דין 168
באפוטרופוס על יתומים (ראה: אפוטרופוס)
בנאמנות למטרות צדקה 169
זכות נאמן לקבל שכר 160־167
אם השהה את תביעתו לשכר 163
אם לא דרש שכר מראש 166־168 177
באח שהוא אפוטרופוס לאחיו היתומים 163
בגין מניעת נזק מהנאמנות 161
בנאמן למטרות צדקה וכדומה 163־167
מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט 161 162
מצד האיסור לקבל שכר בעד מצווה 164 166
עבור שימוש בנכסיו 162
על קיום מצווה (ראה: מצווה)
שכר בטלה
בגין פעולה שהצילה רכוש של אחר 178
שיפוי על אבדן השתכרות למי שפעל למען אחר 178
אם במקצועו היה מקבל שכר גבוה 178
אם היה יכול להתנות עמו ולא התנה 178
לנאמן 170 177 178
שיפוי על אבדן השתכרות מדין ערב 178 179
שליח; שליחות
׳אין שליח לדבר עברה׳ 12 45 46
בשליח בשכר 12
לעניין חיוב השולח בנזק 221
אם השולח מתנגד להמשך השליחות 250
אם מת השולח 9 10 250 642
בגוי 10
בגט, שליח של הבעל ושל האישה יחד 259 260
בדבר שאין בו ממש 26
בדבר שאינו בשליטת השולח 25
בדבר שלא בא לעולם (ראה: דבר שלא בא לעולם)
בדבר שעדיין לא בא לרשות השולח 75 76
ביטול השליחות ע״י השולח 10
לאחר מעשה 250
במכר, של הקונה ושל המוכר יחד 260
האם ייתכן שליח של צדקה 472 473
ההבדל בינו לנאמן 6
היחס בין ׳זכין׳ לשליחות 11
הלוואה בריבית ע״י שליח 117
המקבל שכר — כוחו כפועל (ראה: פועל)
הקדש ע״י שליח 439 440 500
הקדש נדבה או חובה 440
הקדשת נכס שלו או של השולח 440
זכותו להחזר הוצאות 171
אם הוא מקבל שכר 172
אם שליחותו נכשלה 172
זכותו לשכר, אם שליחותו נכשלה 172
חובתו לגלות לשולח על טובת הנאה שהפיק עקב השליחות 340
חזקה שעשה שליחותו וזכאי לשיפוי 192־197
בשליחות התלויה בצד ג׳ 193
יכולתו למנות שליח אחר 265 439 440
בשליח על דבר מוחשי 439
בשליחות של ׳מילי׳ 266
לייצג את השולח בבית דין 9 250
ע״י הרשאה 9
למכור — האם יכול לקנות לעצמו 261 329
אם השולח קבע מחיר מראש 330 331
לפעולה הפוגעת בצד ג׳ 9 12 250
בשליח בשכר 12
לפעולה שהשולח אינו יכול לעשות 10 75 76 250
בשליח בשכר 12
מניעה הלכתית או מציאותית 10 75
מניעה פסיכולוגית 10
לפעולה שיש לעשות באופן אישי 8 9 250
לקנות נכס
ולא קנאו, והמחיר עלה 178 179
וקנאו לעצמו בכספו 377 378
לקנות נכס, וקיבל מהמוכר תוספת 339 377
בסחורה שמחירה קצוב או לא 340
בשליח לזמן ממושך 340
מתנה הניתנת באופן קבוע לפי הקנייה 341
לתפוס נכסים עבור נושה (ראה: תפיסה)
לתת מתנה, ומת המקבל 390
׳מילי לא ממסרן לשליח׳ 439
מינוי שליח שאינו מסוים 37
מקור חיובו לבצע את השליחות 27
נאמן שהוא רק שליח 7 8
מגבלותיו 8־10 250 642 643
סמכותו המוגבלת 6
פעולה שעשה בלי סמכות
אחרי תום שליחותו 359
אם הצד השלישי ידע על החריגה 356
קבלת עדות בפניו נגד השולח 250
קטן פסול כשליח וכשולח 21
שולח שהשתטה 10 250 642 643
שחרג מסמכותו והשולח אישר בדיעבד 210 211

שטעה במחיר 20
של פושט רגל (ראה: פשיטת רגל)
שליחות קונסטרוקטיבית
באישה הנושאת ונותנת בתוך הבית 8
בנאמן 8
שניזוק מחמת שליחותו — חיוב השולח 179־184
אחריות מוסרית המצריכה כפרה 182 183
אם הנזק היה קורה בלאו הכי 182
אם השליח ידע על הסיכון 180
אם ניזוק בגלל השולח 179 180
בשליח בשכר 172 180־182
השולח שואל את גוף השליח 180 181 183
על נזק לרכושו של השליח 182
שנשבה — חיוב השולח לפדותו 180 183
שעשה רווחים לעצמו בכסף של השולח 375
שקנה מכספו נכס עבור השולח 172
שקנה נכס לעצמו בכסף של השולח — הנכס שלו 373
אם המוכר התכוון למכור לשליח 374
ששינה מדעת השולח 263
שליחות יד
בכספי צדקה 336
בפיקדון 336
נאמן השולח יד בנכסי הנאמנות — גזלן 373
שליש
תפקידו במקרים שונים 66
שם טוב (ראה גם: חשד)
הגנה על שם טוב של הנאמן
זכותו להתפטר לשם כך 595
טעם הגבלת יכולת ב"ד לפטרו 599 600
לנאמן שמינהו בית דין 154
שמאים
נאמן הרוכשת נכס בפניהם 343
שעבוד
גביית חוב מנכס משועבד שמכר החייב 99
בחוב בשטר או בעל פה 99
בשעבוד שנקבע עקב פסק דין 99
קרקע או מיטלטלין 99
התחייבות לווה שהנושה יגבה מעידית לאחר מותו 557
יצירת שעבוד במיטלטלין 82
נכס משועבד שבעליו הקדישו (ראה: הקדש)
שעבוד נכסים על החיוב לתת פאה 467
שעבוד נכסים עקב מתנת שכיב מרע 430
שעבוד נכסים עקב נדר לצדקה 430 431 442 466 467
'שעבודא דרבי נתן'
לווה ומלווה המתנים נגדו 274
שקידה
חובת נאמן לנהוג בשקידה 253־255
אם הוא נוהג בשלו ברשלנות 255
אם הרוויח מעבודה אחרת — למי הרווח 378
לפי האופן המקובל 255
לפי מבחן האדם הסביר 255
עיסוק בעבודה אחרת 254 255 259 378
שקלים (לקרבנות)
האם הם בבעלות הגזבר 17
שררה
אין לתת שתי שררות לאדם אחד 259
במינוי ציבורי או פרטי 579 580
בנבחרי ציבור בימינו 580
האם תפקיד של גבאי בית כנסת הוא שררה 600
עוברת בירושה 579 580 600
תפקיד שיש בו כוח כפייה 579 580
תפקיד של גבאי צדקה הוא שררה 599
תפקיד של נאמן אינו שררה 579 580 600
שתיקה
מתי היא מתפרשת כהסכמה 362
אם השתיקה לטובתו או לא 555
ביורשים ששמעו נדר של מורישם לצדקה ושתקו 430
בפני בית דין 555
לעניין הסכמה לשמש כנאמן 555
לעניין הסכמה לשמש כשומר 555
לעניין ריבוי נאמנים, שאחד פעל לבדו 210
מתי היא מתפרשת כמחילה 163

תאגיד
כשירותו לשמש כנאמן 35
כשרותו המשפטית 35 37
נאמן המוכר לתאגיד שהוא בעל מניות בו 334
שניתן עליו צו פירוק — פסול מלשמש כנאמן 556 564
תביעה בבית דין (ראה גם: הרשאה)
ע"י מי שאין לו זכות בנכס 39 40 42
ע"י נהנה בנכסי הנאמנות 38 39
'תוך כדי דיבור' (חזרה בו)
אחרי הקנאה בפועל 497
בהקדש לבית המקדש 496־498
בהקדש במחשבה 497
חזרה או שינוי סוג הקרבן 498
קדושת דמים או קדושת הגוף 498
בעבודה זרה, גידוף, קידושין וגט 496 498
בצדקה 498
שיעור הזמן 496 498
תום לב (ראה גם: כוונה טובה)
בצד ג' שעשה פעולה עם נאמן שהפר חובה 96
תלמוד תורה (ראה: לימוד תורה)
תלמיד חכם
חובת הציבור להשקיע את כספו 111
כסף שנועד לו — שימוש בו למלמד תינוקות 489
מי שמבטיח לו מתנה 463
שהפסיק מלימודו לעזור לאחיו — זכותו לשכר 163
תמוריהם של נכסי הנאמנות
גדרם 73
חובת הנאמן לפעול בהם 74
אם לא באו לעולם כשנוצרה הנאמנות 74
תנאי
בהקדש לצדקה, שמטרתו להפעיל לחץ על אחר 449
הקנאה על מנת שהמקבל יעביר לאחר 16
התניית תנאי בהקדש לאחר ההקדשה 495
מתָּנֶה 'אם לא אחזור בי' 503

שאינו כפול 444
בהקדש לבית כנסת 444
תנאי בעל פה על מעשה שנעשה בכתב 597
תנָאֵי הקדש
שינוּיָם ע״י היוצר כשהנכסים בידו 484
תנָאֵי נאמנות
התנאה נגד הדין היסודי 273־283
במקום שיש אינטרס ציבורי 274 276
הפוגעת בנהנים 275
הפוגעת בצד ג׳ 274 275
התנאה מכללא ע״פ אומד דעת 277 278
התנגשות בין הדין הדתי לחוק 277
ע״י הנאמן או יוצר הנאמנות 277
שהם דו־משמעיים — העדפת הפירוש התואם להלכה 280־282
שינוי תנאי ניהול הקדש 490
שינוּיָם ע״י בית דין 494
ע״פ אמדן דעתו המקורית של המקדיש 494
שינוּיָם ע״י היוצר
אחרי מסירת הנכסים לנאמן 491־494
כשהנכסים בידו 484־490
שינוּיָם ע״י הנהנים 494
תנאי על מה שכתוב בתורה
בעניין איסורי 274
הפוגע בצד ג׳ 274 275
הפוגע רק בצדדים לחוזה 274 275
תענית
איסור לפועל להתענות 253
נדר להתענות 34
שיש בו אסמכתא 446
תפילין
נרתיק שהוכן לתפילין — האם התקדש 465
תפיסה (מבעל דין)
האם מותר לתפוס מנכסי החייב 189
מועילה אם יש ספק בדין 309
מֻחייב, אם יש נושים אחרים 9 20 644 645
ע״י אפוטרופוס של יתומים 20
ע״י פועל 20 644 645
ע״י שליח 20
משכיב מרע שנתן כל נכסיו לצדקה והבריא 501
נאמן שתפס מנכסי הנאמנות להחזר הוצאותיו 185
עבור נושה, אם אין נושה אחר 9
׳תפיסת הבית׳
כאישיות משפטית 68
עיזבון שטרם חולק 68
תקנות
אופן מסירת דו״ח ע״י אפוטרופוס 141
אין מתקנים על דבר לא שכיח 358 360
בתקנה קיימת, ונוצר מצב לא שכיח358 360
בעניין אפוטרופוס הלווה מכספי היתומים 331
שנאמן חייב להודיע לוועדה לפני הוצאה חריגה 185
תקנות הקהל
האם חוקי המדינה הם כתקנת קהל 46
הנשבע לעבור על תקנת הקהל 46
לחייב גבאי צדקה להגיש דו״ח 137 138
רווח מעבֵרה על תקנת קהל 371 372
של קהילת ברצלונה, שנאמני הקהל יפעלו ׳באמונה׳ 252
׳תקנת העזבונות׳ למי שמת בא״י בלי יורש 60
תקנת טוליטולה בנדוניה של אשה שמתה בלי זרע 395
תקנת השוק
באפוטרופוס שמכר משל היתומים (ראה: אפוטרופוס)
במקבל חפץ גנוב במתנה 359־361
בנכס של קטן 358
בפורע חוב בחפץ גנוב 357
בקונה חפץ גנוב
אם ניכר שיש במכר הערמה 355
החפץ חוזר לנגנב 357
מגנב מפורסם 355
בשעבוד קרקע של לווה שנִתְנָה במתנה 360
כיסוד לסמכות אישה הנושאת ונותנת בבית 62 355
תרומות ומעשרות
אפוטרופוס המעשר פירות היתומים 11
חובתו לכך 243
יסוד סמכותו לכך 11 251
בעלות בפירות רק לענין היכולת להפרישם 15
בפירות של גוי 15
בפירות של הקדש לבית המקדש 17 79
חיובם בתרומות ומעשרות 17 18
יכולת הגזבר להפרישם 17 19
גביית חוב של כהן מתרומה שקיבל 86
המירוח המחייב פירות בתרומות ומעשרות 18
מירוח שעשה מי שאינו בעל הפירות 18
המעשר פירות שאינם שלו 11
הקובע שההפרשה תחול ׳לאחר זמן׳ 450
חובת נתינה בהם 543
חיוב זר שאכל תרומה בשוגג 505
מחילת כהן עליו 505
מעשר עני (ראה: מעשר עני)
מעשר שני (ראה: מעשר שני)
פרעון חוב ע״י שהנושה שומר לעצמו תרו״מ שהיה צריך לתת לחייב 541
אם התנו כך מראש או לא 541 542 544
בלי הסכמת החייב 542 544
במכירי כהונה 542 543
תקנה שמותר 542 543 545
שאלה לחכם ע״י שליח שהפריש תרומה 500
שאלה לחכם על ההפרשה, אחרי שניתנה לכהן 506
יכולת הכהן להישאל לחכם 506
׳תשחורת׳
במובן של מס 264

מפתח המקורות

מקרא

בראשית ב, ז 435
כח, כא 445
כח, כב 429
ל, מג 253
לא, ו 253
שמות כא, יט 165
כא, לה 17 468
כב, ו 17 289 468
כב, ח 17
כב, כא 55
לה, כב 436
ויקרא ה, ד 435
ה, כא־כו 394
כה, יד 17
כה, מו 46
כז, יד 423 424
במדבר ה, ח 394
יא, טו־טז 261
יב, ז 137
ל, ג 428 436
לב, כב 328
דברים ד, ה 164
י, יח 55
כב, י 206
כג, כ 18
כג, כב 416
כג, כד 33
כד, טו 172
כז, יט 55
שמואל א׳
כב, ט־יט 182
כה, י־יא; יח 98
לא, ב־ו 182
מלכים ב׳
יב, יא 126 456
יב, יב 456
יב, טז 135 136 252
כב, ז 135 136
ישעיהו א, יז 55
מג, ז 329
ירמיהו מח, י 254
תהלים סח, ה 125
סח, ו 55 125
פב, ג 55
משלי יא, יד 203
כד, ו 203
כט, ג 605
לא, ח 475
דברי הימים ב׳ כט, לא 436

משנה

פאה א, ו 17
ד, ח 18 79
ח, ו 346
דמאי ב, ג 606
תרומות א, א 11
ו, א 505
מעשרות א, ה־ח 18
חלה ב, ז 370 371
ג, ד 18
שקלים ב, ה 387 388 391
ד, ג 108
ד, ה 267
ז, ב 77
כתובות ה, א 392
ה, ח 66
ח, ה 194
ט, ד 148 151
יג, ב 194
נזיר ה, א 447
גיטין ג, ז 541
ה, ד 11 63 153
קידושין א, ו 435
ג, א 500
בבא קמא ד, ד 299
ט, א 373
ט, יב 394
י, ט 96 97
בבא מציעא ח, א 312
ט, ג 297
בבא בתרא ג, א 475
ג, ג 475
ח, ז 40 539
ט, ג 163
י, ה 66
עדויות א, ה 204
אבות א, ח 526
ב, ב 252
ה, ז 204

שבועות ג, ו 46
ו, ד 81
ז, ח 148
ערכין ו, ב 81
תמורה ה, ג 496
מעילה ג, ו 77 78
ו, ו 441
נידה ה, ו 439

תוספתא

פאה ד, טו 90
ד, טז 85-87
דמאי ח, ב 339
שביעית ז, ו 85
תרומות א, יג (הלכה 11 במהד' ליברמן) 129 245 247 342 525 559 562 563 565
ז, ח (הלכה 8 במהד' ליברמן) 17
שבת יח, טז 267
שקלים ב, ח 17
יבמות ד, ג 377 378
ט, ב 57
כתובות ו, יא 47 528-531
ח, ח (הלכה 10 במהד' ליברמן) 171 176
גיטין ה, ג (הלכה 3 במהד' ליברמן) 30
בבא קמא י, ג (הלכה 7 במהד' ליברמן) 171 176
יא, א 98
יא, ב 453 454
יא, ג-ד 97
בבא מציעא ד, ז (הלכה 13 במהד' ליברמן) 254 378
ה, ח (הלכה 20 במהד' ליברמן) 66 117
ח, א 267
ח, ב (הלכה 2 במהד' ליברמן) 253 254
ח, יג (הלכה 30 במהד' ליברמן) 424
ט, יב (הלכה 33 במהד' ליברמן) 432
בבא בתרא ח, ג (הלכה 13 במהד' ליברמן) 153 587 588 590-592 599
ח, ד (הלכה 15 במהד' ליברמן) 245 247 342 525 563
ח, ד (הלכה 17 במהד' ליברמן) 129 565
ט, א (הלכה 1 במהד' ליברמן) 27
ט, ה (הלכה 13 במהד' ליברמן) 29

מדרשים ותרגומים

ספרי, פרשת וזאת הברכה, פסקא יג 113
שמות רבה
פרשה ל, אות ח 55
פרשה נא, אות ו 135 138
מדרש תנחומא, פרשת פקודי
סי' ה 137
סי' ז 135
מדרש שכל טוב (בובר), בראשית
פרק כד, פסוק ב 66
פרק מא, פסוק מ 66
מדרש תהלים (מהד' בובר), מזמור י, אות ו 55
תרגום אונקלוס, בראשית ב, ז 435
תרגום יונתן בן עזיאל
בראשית מא, לד 55
בראשית מא, מ 55

מסכתות קטנות

מסכת דרך ארץ זוטא, פרק י 557
מסכת סופרים, יד, יח 278

תלמוד ירושלמי

פאה ד, ב 423
דמאי ז, ג 253 254
שביעית י, ד 570
תרומות א, א 17
ו, ב 17
מעשרות ה, ג 17 18
חלה א, ה 18
פסחים י, ה 588
שקלים ב, ה 384 389
ד, ב 108 110 111 114
ה, ד 47 48 453
מועד קטן ב, ג 118
נדרים ג, ה 384
גיטין ג, ז 542
ה, ד 59 299 300 605
קידושין ג, א 384
בבא קמא ד, ד 299 300
בבא מציעא ד, ב 34 463
ה, א 162
ה, ג 296
ה, ז 117
ט, ג 296
סנהדרין ח, ב 118

תלמוד בבלי

ברכות כח, א 627
מז, ב 571
שבת כג, א 346
קכא, א 66
קלה, ב 42
עירובין יג, ב 458
לא, ב 199
מו, ב 76
פסחים ו, א 136
יג, א 327 328
מט, ב 566 571 572
ראש השנה ו, א 33 421 469
יומא נז, ב 203
סוכה כז, א 66
ביצה כ, א 205
תענית כא, א 47 528
כד, א 55
מגילה כו, א 61 627
כו, ב 360
כט, א 438
חגיגה יא, א 90 91
כב, א 571
יבמות לו, ב 42
מו, א 81
סו, ב 81

סז, ב 258
צג, א 432
קי, א 371
כתובות כח, ב 66
לו, א 475
מח, א 56
נד, ב 392
נט, א 432
נט, ב 81 425
סד, ב 66
סט, ב 47 66 67 385 528
ע, א 29 47 528
עט, ב 194
פב, א 450
פד, ב 9
פו, א 215 555
פו, ב 148 151
פח, ב 567
צד, א 209
צח, א 327
צח, ב 340
ק, א 258
ק, ב 243 256 302 313 514
קו, ב 109־111
קז, ב 194
נדרים ח, א 33 34
יז, א 46
כא, ב 449
כד, א 505
כו, א 496
כז, ב 66
כח, ב—ל, א 384
ל, ב 454
לג, א 171
לד, ב 422
לו, א 440
מח, א 645
מח, ב 14 645
נג, א 454
נט, א 506
עב, ב 66
פה, ב 428 432
פו, ב 81
נזיר ט, א 498
יב, ב 10 75
לא, א 447
גיטין ה, א 358 360
יג, א 462
יד, ב 9 29 390
טו, א 29
כג, ב 10
כט, א 439
ל, א 541־543
לד, א 258
לז, א 55
לז, ב 475
לח, א 46
מ, א 29 30 46
מ, ב 29 81
מז, ב 42
מח, א 645
נב, א 11 21 22 63 129 153 168 245 247 248 276 280 457 525 557 559 563 569
נב, ב 153 154 243 308 336 554 601־603
נט, א 36
סג, ב 259
סז, א 202
קידושין כז, א 492
כח, ב 417
מ, ב 571
מא, ב 10 80
מב, א 11 246 258
מב, ב 8 45
מב, ב—מג, א 221
מח, ב 371
נח, ב 500
נט, א 377 378 500
סג, א 432
סו, א 259
פב, א 557
בבא קמא ו, ב 17
יא, ב 99 336 337
כ, ב 376 469
לב, ב 319
לג, ב 99
לו, ב 22 455 520 637
לז, א 55 520 524
לז, ב 17 468
לט, א 57 245 299
לט, ב 59 299
נג, א 219
נו, ב 304
נח, א 162
סח, ב 422 423
סט, ב 423
ע, א 9 641
עא, א 505
עא, ב 303
עג, ב 496 498
עו, א 18
עט, א 469
פה, א 165
פח, ב 42
צ, א 42 81
צג, א 289 290 455
צג, ב 373
צז, א 373
קב, ב 27
קי, א 394
קי, ב 394
קטו, א 355 357
קטז, ב 590
קיח, ב 96 97
קיט, א 96 97
בבא מציעא ב, ב 221
ו, א 423

ז, א 426
ח, א 77
י, א 12 590 641
כא, א 66
כב, ב 125
כח, ב 516
כט, א 304
כט, ב 338
ל, א 338
לה, ב 372
לו, א 562
לח, א 89 327 343
לח, ב 59
לט, א 57 573
לט, ב 568
מב, א 106
מב, ב 220 300
מט, א 463
נו, א 432
נו, ב 17
נז, ב 17 18 468
נח, א 267
ע, א 111־113 117 118 564 565
עא, ב 10
עג, ב 178 179 297
עז, א 465
עח, ב 86 400
פ, א 221 222
פב, א 304
צג, ב 186
צד־צו 312
צד, ב 203
צה, ב 203
צו, א 42
קא, א 171 176 194
קד, א 297
קה, א 203
קט, א 203 230
קיב, א 172
בבא בתרא ז, ב 79
ח, א 455
ח, ב 90 197 202 203 327 455 623 625
ט, א 126 131 135 456 457
יט, א 204
כח, א 475
מא, א 475
מא, ב 99 100
מב, א 99
מד, ב 99
מח, ב 371
נ, א 42
נא, ב 98
סה, א 205
סח, א 117
פח, ב 454
קכט, א 47 528
קכט, ב 496 498
קלב, א 362
קלב, ב 431
קלה, ב 462
קלו, א 40־42 451 462 539
קלו, ב 645
קלט, א 336 395 576
קמ, ב 43
קמב, א 43
קמב, ב 43 395
קמג, ב 163
קמז, ב 26 645 646
קמח, ב 502
קנב, א 462
קנז, א 643
קנט, א 39
קסח, א 66 445
סנהדרין כד, א 148
מח, א 389 465
סו, א 203
עב, א 363
פה, ב 203
צה, א 182
מכות כ, ב 319
שבועות י, ב 267
כו, ב 436
כז, א 35 46
כז, ב 203
לב, ב 303
לו, א 444
לח, ב 81
מב, ב 81 83
מב, ב—מג, א 17
מד, א 304
מה, א 148
מה, ב 136
מח, ב 149
עבודה זרה ז, א 204
טו, א 645
יט, ב 371
סג, א 423
עב, א 195 203 212־214
מנחות צ, ב 203
צא, א 203
חולין מד, ב 331
עח, ב 203 205
קל, ב 290
קלא, א 86 346 373
קלט, א 423 469
בכורות כט, א 164 165
מח, א 79 544
ערכין ו, א 486 491
ו, ב 109 627 628
כא, א 423 424
כג, ב 81
כו, ב 42
תמורה ט, א 423
י, א 440
כה, א 496
כה, ב 496

כט, ב 423
לא, ב 267
לב, ב 19
כריתות ו, א 267
מעילה יג, א 77 78
יד, א־ב 267
כ, א 90 91
כא, ב 441
נידה מה, ב 439

גאונים

אוצר הגאונים
נדרים, חלק התשובות, אות מב 46
גיטין, חלק התשובות, אות רעו 592
גאוניקה, עמ׳ 101 592
רב האי גאון, ס׳ המקח והממכר
שער ב 24
שער ו 329
שער ח 96
שער כט 24
שער מט 307 308
שער נו 419
שער ס 109
רב האי גאון, משפטי שבועות, חלק א, שער ה 148 155
רב האי גאון
בס׳ המאור הגדול, בבא קמא יח ע״ב, בדפי הרי״ף 419
בס׳ התרומות, שער מג, חלק ג, אות א 81 83
בטור, חו״מ, סי׳ צה, סעיף יד 131
במרדכי, בבא קמא, סי׳ קכה 374 375
רב יהודאי גאון, בהגהות מיימוניות, הלכות שבועות, פרק א, אות ב 46
ר׳ נחשון גאון, בשו״ת המבי״ט, חלק א, סי׳ שלה 206 207 231
רב נטרונאי גאון, תשובות (מהד׳ ברודי־אופק) יו״ד, סי׳ רנז 417
שאילתות דרב אחאי, שאילתא סד 135
שאילתא קלט 258
תשובות הגאונים (הרכבי), סי׳ פה 445
סי׳ קעח 127 155 156
סי׳ קפח 155
סי׳ רס 417
תשובות הגאונים (ליק), סי׳ כב 147
תשובות הגאונים הישנות (קושטנטינה של״ה)
סי׳ שכו 493

ראשונים

אביאסף, במרדכי, גיטין, סי׳ שפט 155
אברבנאל, ר׳ יצחק, פירוש, דברים, יז, יד 202
ר׳ אברהם מן ההר (ראה: ר״י הזקן)
ס׳ האגודה
בבא קמא, סי׳ קכב 374
מעילה, סי׳ א 77
אור זרוע (ראה גם: ר׳ יצחק מווינה)
חלק א, הלכות צדקה, סי׳ ז 392
סי׳ יא 85 86
סי׳ ל 118
סי׳ נז 189
בבא קמא, סי׳ שנא 62
סי׳ שנב 58
בבא מציעא, סי׳ רמב 591
סי׳ רמו 254
בבא בתרא, סי׳ קה 84
אורחות חיים (מלוניל)
הלכות שבועות ונדרים, סי׳ מד, אות י 493
ר׳ אליעזר ממיץ, בפירוש הרא״ש
נדרים נט ע״א 506
נדרים לד ע״ב 422 423
בית הבחירה
יבמות קו ע״א 165
כתובות נט ע״ב 81 82
פו ע״ב 149
פח ע״ב 156 229
נדרים כט ע״ב 417 500
מח ע״ב 14
גיטין יג ע״א 29 31
כג ע״ב 260
נב ע״א 21 129 130 167 246 276 559
נב ע״ב 307־309 568
קידושין מב ע״א 525
בבא קמא יא ע״ב 68
לו ע״ב 520 521
לז ע״א 521
לט ע״ב 554
קיב ע״ב 21
בבא מציעא לב ע״א 344
נז ע״ב 118 119
ע ע״א 111 113
קט ע״א 230
בבא בתרא ח ע״ב 625
ט ע״א 136 456
קיד ע״א 497
קלט ע״א 337
שבועות כו ע״ב 437
בנימין זאב, שו״ת
סי׳ רלב 120
סי׳ שסו 114
בעלי התוספות, תשובות, סי׳ קח 569
ר׳ ברוך
בהגהות אשרי, בבא בתרא, פרק ט, סי׳ כב 501
בתוספות, ערכין ו ע״א, ד״ה עד 488 489
רבנו גרשום, פירוש לתלמוד
בבא בתרא קכט ע״ב 530
ערכין כג ע״ב 425
רבנו גרשום, תשובות, סי׳ סג 29
ר׳ דוד ממינצבורק
באור זרוע, חלק א, הלכות צדקה, סי׳ יא 86
הגהות אשרי (לפי סימני הרא״ש)
כתובות, פרק ה, סי׳ טו 432
פרק י, סי׳ יב 209
בבא בתרא, פרק ט, סי׳ כב 501
סנהדרין, פרק ג, סי׳ ז 446
עבודה זרה, פרק א, סי׳ ג 204

הגהות מיימוניות, על הרמב״ם
הלכות שבועות, פרק א, אות ב 46
הלכות נזקי ממון, פרק יב, הלכה יט, אות ג 218
הלכות גזלה ואבדה, פרק ח, אות ג 394
הלכות זכייה ומתנה, פרק יא, אות ד 489
הלכות שלוחין ושותפין, פרק ט, אות א 151
אות ב 150
הלכות שכירות, פרק יג, אות ג 254 255
הלכות מלווה ולווה, פרק ב, אות א 85
הלכות נחלות, פרק ח, אות ג 573
פרק י, אות ז 130
פרק יא, אות ו 156
דפוס קושטא, הלכות מכירה, פרק ה, הלכה י 497
הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד 110 119
הגהות מרדכי, קידושין, סי׳ תקסג 120
בבא מציעא, סי׳ שנט 180־182 184
סי׳ תנב 446
סי׳ תסא 180־182 184
בבא בתרא, סי׳ תרנז 189
סי׳ תרנט 85 86
סי׳ תרס 79
זכרון יהודה, שו״ת, סי׳ סא 114
חידושי... (ראה לפי שם המחבר)
ר׳ חיים כהן
במרדכי, כתובות, סי׳ קעו 392־395 397
בתוספות, גיטין נב ע״ב, ד״ה הלכה 302 306 307
309 310
ס׳ החינוך, מצווה סה 554
חכמי פרובינציה, תשובות, חלק ב, סי׳ מג 110
רבנו חננאל, פירוש, סנהדרין מח ע״א 389
רבנו חננאל
בתוספות, בבא קמא לו ע״ב, ד״ה יד 419
בשיטה מקובצת, בבא מציעא נח ע״א 267
במרדכי, גיטין, סי׳ שפט 155
בר״ש, בבא מציעא, פרק א, סי׳ כז 20
ס׳ חסידים, סי׳ מד 328 329
סי׳ רצה 165
סי׳ של 141
סי׳ תיח 132
רבנו טוביה, בפסקי ריקנטי, סי׳ נג 417
טור, או״ח, תרצד 400
יו״ד, קס 119
קעז, לז 254
רנז 136
רנח 418 454 508
רנט 624
שלו 164
אהע״ז, קז 558
קכא 643
חו״מ, עא, טו 147 148
עב, א 327
צא, ב 193
צא, ט 194
צג, א 148 149
צג, ג 149
צג, ד 150
צה, יד 131
קכה, ו 418
קכה, יב 390
קמו, י 475
קפה, ג 330
רי, א 43
ריא, א 541
ריב, ח 442
רמג, ב 418
רנ, ד 501
רנ, לו 462
רנ, מ 31
רנג 464
רסה 164
רפה, ב 58
רפח, א 337
רפח, ד 337
רצ, ג 566 572
רצ, ה 458 459 603
רצ, ט 155
רצ, יד 113
רצ, טו 343
רצ, טז 215 216 314 315 515־518
רצ, יט 342 525
רצ, כג 312
רצ, כה 155 169
רצ, כו 156
רצ, כז 307
רצ, לא 568 569
רצ, לב 125
שט, ד 225
שנח, ב 96
תי, כט 218 219
יד רמה
קידושין פב ע״א 557
בבא בתרא, פרק א, סי׳ צ 625
פרק א, סי׳ קד 136
פרק א, סי׳ קה 126 456 457
פרק ח, סי׳ לט 497
פרק ח, סי׳ קעד 31
פרק ט, סי׳ צג 501
פרק ט, סי׳ צד 31
סנהדרין מח ע״א 389 390
ר׳ יהודה סירליאון (=״ר׳ יהודה החסיד״), תוספות לתלמוד, ברכות ס ע״א 165
רבנו יונה (ראה גם: עליות דרבנו יונה; תלמידי רבנו יונה)
בהגהות מיימוניות, דפוס קושטא, על רמב״ם, הלכות מכירה, ה, י 497
בנימוקי יוסף, בבא בתרא ו ע״א, בדפי הרי״ף 626
ר׳ יונתן מלוניל, פירוש לתלמוד
קידושין מב ע״א 258
בבא קמא לו ע״ב 336
סנהדרין מח ע״א 388 389
ר׳ יונתן מלוניל
בשיטה מקובצת, בבא מציעא ע ע״א 113
ר׳ יוסף אבן פלאט, בספר התרומות, שער כט, חלק ב אות ו 192 193

אות ז 194 195 197
ר׳ יוסף הלוי אבן מיגאש, חידושים לתלמוד
בבא בתרא ח ע״ב 391 392 625
קב ע״ב 453
שבועות מב ע״ב 301 306
מח ע״ב 150
ר׳ יוסף הלוי אבן מיגאש, שו״ת, סי׳ קכו 435
ר׳ יוסף הלוי אבן מיגאש
בשיטה מקובצת, כתובות סט ע״ב 385
ר׳ יצחק בן גיאת, בשו״ת מהרי״ק, שורש קכג 625
ר׳ יצחק ברצלוני (ראה: ס׳ השטרות)
ר׳ יצחק הזקן
בתוספות, יבמות צג ע״א, ד״ה קנויה 41
גיטין נב ע״ב, ד״ה הלכה 307
בבא בתרא קמט ע״א, ד״ה דקא 29־32
בר״ש, כתובות, פרק יא, סי׳ כד 189
במרדכי, בבא בתרא, סי׳ תצא 624 625
סנהדרין, סי׳ תרעט 213
בשיטה מקובצת, בבא מציעא עג ע״ב 298
ר׳ יצחק מווינה (ראה גם: אור זרוע)
בשו״ת הרא״ש, כלל ט, סי׳ ב 319
ר׳ יצחק סחאב אל סראגא
בשיטה מקובצת, כתובות ע ע״א, ד״ה וכתב 530
ר׳ יצחק מקורביל, בהגהות מיימוניות, הלכות גזילה
ואבידה, פרק ח, אות ג 394
ר׳ יצחק קרקושא, חידושים לתלמוד
בבא בתרא קיד ע״א 497
ר׳ ישעיה (ראה גם: רי״ד)
בטור, חו״מ, סי׳ צג, סעיף ד 150
בשיטה מקובצת, בבא קמא נד ע״א 204
ס׳ הישר (מהד׳ שלזינגר)
סי׳ קו 31
סי׳ קח 31
סי׳ קיג 81 83 425
ר׳ ישראל בר׳ יוסף
בשו״ת הרא״ש, כלל נה, סי׳ ט־ב 279
ר׳ יששכר בר׳ יקותיאל
בשו״ת הרא״ש, כלל לב, סי׳ ו 393
כל בו, סי׳ פב 411 489 624
סי׳ קמז 586
כפתור ופרח, פרק מד 120
פרק נ 521
לקט יושר, חלק ב, עמ׳ טו 120
המאור הגדול, בבא קמא יח ע״א (בדפי הרי״ף) 419
424 427 520
מאירי (ראה: בית הבחירה)
מגיד משנה, על הרמב״ם
הלכות אישות, יז, יד 329
הלכות נזקי ממון, ד, ז 220
הלכות מכירה, כב, י 43
כב, טו־טז 32 430
כט, ד 56
כט, ד 57
הלכות זכייה ומתנה, ד, ב 644
הלכות שלוחין ושותפין, ה, א 254
הלכות שכירות, ט, ד 28
הלכות שאלה ופיקדון, ה, א 290
הלכות מלווה ולווה, טז, ה 193 196
יח, ז 82
הלכות טוען ונטען, א, ד 147
הלכות נחלות, י, ו 572
י, ז 558 604 606
יא, ג 517
יא, ה 307 458 459 554
יא, ז 245 246
יא, י 525
יא, יב 125
מהר״ח אור זרוע, שו״ת
סי׳ סה 137 579 587
סי׳ פו 559
סי׳ קס 390
סי׳ רנד 62
מהר״י בי רב, שו״ת
סי׳ ח 247
סי׳ י 114
סי׳ יט 573
סי׳ לו 22
מהר״י ברונא, שו״ת, סי׳ רסה 182
מהר״י וייל, שו״ת
סי׳ כו 623 624
סי׳ מ 84 85
סי׳ פג 84
סי׳ קכד 198
סי׳ קכה 182 183
סי׳ קעג 129 133 137 138 141
סי׳ קעז 31
מהרי״ל, שו״ת, סי׳ לז 118 120
סי׳ עה 31 84
מהרי״ל, שו״ת החדשות
סי׳ קט 417
סי׳ קנג 198
סי׳ קנח 279
סי׳ קעב 569
מהרי״ק, פסקים, סי׳ צה 262
סי׳ ק 62 355
מהרי״ק, שו״ת
שורש ה 44 388 389 624 625
שורש ו 210 262־266
שורש י, ענף יב 185 194־197
שורש כג 132
שורש לג 580
שורש נא 279
שורש עג 279
שורש פט 427
שורש קי 46
שורש קכג 385 386 625
שורש קכח 48 386 625
שורש קלא 179 182
שורש קלג, ענף ב 33 34 463
שורש קנה 177 179־182 555
שורש קסא 437
שורש קסא, ענף ו 437
שורש קסא, ענף ז 437 438
שורש קעב 194־197

שורש קצב 62 63 355־357
שורש קצג 120
שורש קצד 79
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, שו״ת, דפוס לבוב
סי׳ ריב 445
סי׳ רכ 301
סי׳ תכג 61
סי׳ תעה 445
סי׳ תפ 569
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, שו״ת, דפוס פראג
סי׳ עג 118
סי׳ רמג 558
סי׳ רפו 598
סי׳ תיב 62
סי׳ תכ 31
סי׳ תסא 357 358
סי׳ תצב 445
סי׳ תקצב 130
סי׳ תר 373
סי׳ תרסז 254
סי׳ תרצב 453
סי׳ תשמה 256
סי׳ תשנג 85 86
סי׳ תתקמב 625 626
סי׳ תתקנח 558
סי׳ תתקסו 31
סי׳ תתקצו 445
סי׳ אלף יב 189 197
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, שו״ת, דפוס קרימונה
סי׳ ל 558
סי׳ פז 598
סי׳ קל 360
סי׳ קמג 445
סי׳ קנז 301 303
סי׳ ריא 301 558
סי׳ ש 445
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג, שערי תשובות
שער א, סי׳ שיח, עמ׳ 50 568 569
שער ב, סי׳ יח, עמ׳ 144 558
סי׳ כא, עמ׳ 151 568
סי׳ צט, עמ׳ 193 445
מהר״ם בר׳ ברוך מרוטנבורג (ראה גם: תשובות מיימוניות), במרדכי
גיטין, סי׳ שצב 569
בבא קמא, סי׳ מד 445 446
סי׳ נה 218 219
סי׳ קח 262 263
בבא מציעא, סי׳ שסז 180
בבא בתרא, סי׳ תקלג 580
סי׳ תרכד 461
מהר״ם חלאווה, שו״ת
סי׳ סו 110 114 119
סי׳ צד 137
מהר״ם מינץ, שו״ת
סי׳ מא 565 567 568
סי׳ סו 30
מישרים
נתיב י, חלק ב 497
נתיב טו, חלק ג 497
נתיב כד 31
נתיב כד, חלק א 454
נתיב כו, חלק א 457 458 525 573
נתיב כו, חלק ב 574
מלחמות ה׳, בבא קמא (בדפי הרי״ף)
יח ע״א 419 424 426 492
לג ע״א 293
ס׳ המנוחה, על הרמב״ם
הלכות תפילה, פרק ה 328 329
ר׳ מנחם מעיל צדק, בב״ח, יו״ד, סי׳ רטז 431
מרדכי (ראה גם: הגהות מרדכי)
מגילה, סי׳ תתכא 492 624
כתובות, סי׳ קעו 390 392
סי׳ רלט 209
סי׳ רפז 132
גיטין, סי׳ שכט 31
סי׳ שסב 189
סי׳ שפט 155
סי׳ שצ 130
סי׳ שצב 569
קידושין, סי׳ תצב 84
סי׳ תצה 437 475
בבא קמא, סי׳ מג 417
סי׳ מד 442 445
סי׳ מו 445
סי׳ נה 218
סי׳ פז 8 62 354
סי׳ פח 62
סי׳ קא 291
סי׳ קח 262
סי׳ קטו 295 298
סי׳ קכה 373־375
סי׳ קמו 230
בבא מציעא, סי׳ רפז 118
סי׳ רצ 303
סי׳ שלא 601 602
סי׳ שלח 117
סי׳ שמג 253־255
סי׳ שמו 28
סי׳ שסז 180
סי׳ שצ 230
סי׳ תכז 339
סי׳ תכח 329 343
בבא בתרא, סי׳ תפו 625
סי׳ תפט 189 198
סי׳ תצא 437 624 625
סי׳ תצב 625 627
סי׳ תצז 85 86
סי׳ תקג 291
סי׳ תקלג 580
סי׳ תקסד 363
סי׳ תקסה 425 427
סי׳ תקצב 31
סי׳ תר 30
סי׳ תריח 501
סי׳ תרכד 461 501
סי׳ תרכט 31

סי׳ תרל 30 31
סנהדרין, סי׳ תרעט 213
שבועות, סי׳ תשסז 598
סי׳ תשעב 150
סי׳ תשפ 151
עבודה זרה, סי׳ תשצט 411 452
ר׳ משה מאיוורא, בתוספות, ערכין ו ע״ב, ד״ה
עד 486 488 489
נימוקי יוסף
כתובות נח ע״א (בדפי הרי״ף) 256
נדרים (בדפי הרי״ף)
י ע״ב 384 502
טז ע״א 14 15
גיטין נב ע״א 559
קידושין מב ע״א 258
בבא קמא יח ע״ב (בדפי הרי״ף) 520
בבא מציעא (בדפי הרי״ף)
כב ע״א 58 574
מא ע״א 113
מא ע״ב 554
מד ע״א 297 298
מט ע״ב 221
סא ע״א 297
סו ע״א 230
בבא בתרא (בדפי הרי״ף)
ו ע״א 626
ו ע״ב 624
נב ע״ב 497
סד ע״ב 337
סו ע״א 43
סז ע״א 343
סנהדרין א ע״ב, בדפי הרי״ף 213
ר׳ נתנאל מקינון, במרדכי, בבא קמא, סי׳ מו 445
סמ״ג
עשה פב 209 210 296
עשה קסב 625
סמ״ק, סי׳ רמח 625
סמ״ק מצוריך, מצוה רנא 89
ר׳ עובדיה מברטנורא, פירוש למשנה
פאה, פרק ח, משנה ו 346
חלה, פרק ב, משנה ז 371
ביכורים, פרק א, משנה ה 55
שקלים, פרק ד, משנה ג 109
גיטין, פרק ה, משנה ד 55
אבות, פרק א, משנה י 55
ערכין, פרק ו, משנה ה 109
ס׳ העיטור (בדפי מהד׳ ר׳ מאיר יונה)
מאמר שני, קניין
ט ע״ב—י ע״א 24
דף יב ע״ד 497
שימוש, דף מט ע״ב 458 459
שער החדש, אות ב 458
פקדון, דף עה ע״א 454
אפיטרופוס, דף עח ע״א 516
דף עח ע״ב 457 458 525
דף עח ע״ג 130־132 155 156 457 458 460
דף עח ע״ד 458 573 574 576
דף עט ע״א 155 459
שער החדש, אות לא 458
עט ע״א, שער החדש, אות ג 458
חלוקת קרקעות, דף כו ע״ד 194
מתנת שכיב מרע, דף נט ע״ב 362
הרשאה, דף עה ע״א 559
עליות דרבנו יונה, בבא בתרא
ח ע״ב 486 623 624
קיד ע״א 497
ס׳ הערוך
ערך אפוטרופוס 55
ערך סנטר א׳ 117
ר׳ פנחס הלוי, בחידושי הריטב״א החדשים, בבא
מציעא צה ע״א 204
ר׳ פרץ, תוספות לתלמוד, בבא קמא י ע״ב 220
ר׳ פרץ, הגהות על תשב״ץ קטן, סי׳ תו 624
ר׳ פרץ, בכל בו, סי׳ פב 489
צידה לדרך, מאמר ה, כלל ב, פרק ב 164
צרור הכסף
הארוך, דרך ה, שער ה, אות ד 559
הקצר, דרך ה, שער ה, אות ו 559
ר׳ קוביל, בהגהות מיימוניות, הלכות גזלה ואבדה, פרק
ח, אות ג 394 400־402
ר׳ קלונימוס הנשיא מנרבונה, בס׳ העיטור, מתנת שכיב
מרע, דף נט ע״ב 362
רבנו קרשקש, חידושים לתלמוד, גיטין
ל ע״א 542
נ ע״א 557
נב ע״א 126 129 245 246 276 342 345 559
נב ע״ב 156 599 604
ראב״ד, השגות לרמב״ם
הלכות איסורי מזבח, א, ג 448
הלכות מעשה הקרבנות, טו, ז 384
הלכות מעילה, ו, ח 91
הלכות גנבה, ב, ו 18
הלכות מכירה, כב, טו 428
יז 417
הלכות נחלות, יא, ז 245 246
ראב״ד
בר״ן על הרי״ף, גיטין כו ע״א, בדפי הרי״ף 457 458
בנימוקי יוסף, בבא בתרא סז ע״א, בדפי הרי״ף 343
344
בשיטה מקובצת, בבא קמא צג ע״א 291
בבא מציעא מב ע״א 308
בבא בתרא קעה ע״א 31
ראב״י אב״ד, שו״ת, סי׳ קכה 279
ראבי״ה, סי׳ תקצב 34 109 390 392 393 397
סי׳ תתקנז 373 374
ראבי״ה, באור זרוע, חלק א, הלכות צדקה
סי׳ יא 85־87
סי׳ נז 189
ראב״ן, בבא קמא פז ע״א 62
קיט ע״א 97
ראב״ן, שו״ת, סי׳ סט 100
סי׳ קטו 62 68
ראב״ן, במרדכי, בבא קמא, סי׳ פז 8 354 355 357
561 571

ראב"ה
בחידושי הר"ן, גיטין נב ע"א 345
בחידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א 245
בשו"ת הריטב"א, סי' עט 502
סי' קכג 31
בחידושי רבנו קרשקש, גיטין נב ע"א 245 246 276
גיטין נב ע"ב 599
בנימוקי יוסף, בבא מציעא כב ע"א, בדפי הרי"ף 58
בשיטה מקובצת, בבא קמא לט ע"א 308
בבא בתרא ח ע"ב 625
רא"ם, בשיטה מקובצת, נדרים ז ע"א 437
רא"ש, פירוש על נדרים, ח ע"א 33
כט ע"א 418
לד ע"ב 422
מח ע"ב 14
נט ע"א 506
רא"ש, פסקים לתלמוד
תענית, פרק א, סי' יג 436
מועד קטן, פרק ג, סי' לב 132
פרק ג, סי' עט 390
כתובות, פרק ב, סי' יד644
פרק ו, סי' כב 29 31
פרק י, סי' ו 541
פרק יא, סי' ג 151
פרק יא, סי' יג 329
פרק יא, סי' כא 215 256 314 315 318 514-517
פרק יא, סי' כד 189
נדרים, פרק ה, סי' ב 425
פרק ה, סי' ה 16
גיטין, פרק א, סי' טו 31
פרק ג, סי' ה 129
פרק ה, סי' ה 130 132
פרק ה, סי' ו 63
פרק ה, סי' ז 155 156 307 603
קידושין, פרק ב, סי' ז 11
בבא קמא, פרק א, סי' ט 220
פרק ד, סי' ג 418 427 461
פרק ה, סי' י 425
פרק ז, סי' ז 498
פרק י, סי' כא 11
בבא מציעא, פרק א, סי' כז 9 20
פרק א, סי' מ 24
פרק ב, סי' כח 173
פרק ג, סי' יד 573 574
פרק ג, סי' כג 220
פרק ה, סי' ט 297 298
פרק ה, סי' מ 254 378
פרק ה, סי' נ 113
פרק ה, סי' נא 113
פרק ו, סי' יג 222
פרק ט, סי' לז 230
בבא בתרא, פרק א, סי' כט 623 624
פרק ג, סי' נא 447
פרק ג, סי' נו 454
פרק ח, סי' ה 497
פרק ח, סי' נה 337
פרק ט, סי' כג 501
שבועות, פרק ז, סי' יז 150
חולין, פרק ה, סי' ב 204
רא"ש, שו"ת
כלל ו, סי' יא 227
סי' כד 265 266 268
כלל ט, סי' ב 319
כלל י, סי' ב 493
כלל יג, סי' א 428 429 436
סי' ב 445
סי' ד 625 626
סי' ו 79
סי' ח 119 470 471
סי' יא 355 361-363
סי' יד 626-628
סי' יז 114 119
סי' כ 24
כלל טו, סי' א 31
כלל לב, סי' ד 58
סי' ו 389 392-394 629
כלל מה, סי' יב 205
כלל נה, סי' ט-ב 279
כלל נח 418
כלל סב, סי' א 560-562
כלל סד, סי' ד 279
כלל עז, סי' ב 279
כלל עט, סי' ה 360
כלל פב, סי' ד 43
כלל פה, סי' ה-ו 521-523
כלל פז, סי' א 63
סי' ד 569
סי' ו 263
כלל פט, סי' ד 180
כלל צה, סי' ב 186
כלל קה, סי' ב 329
רא"ש, תוספות על התלמוד
ברכות ס ע"א 165
כתובות סט ע"ב 31
פח ע"ב 561
רא"ש
בחידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א 246
בטור, אהע"ז, סי' קז 558
חו"מ, סי' רפה, סעיף ב 58
חו"מ, סי' רצ, סעיף כג 312
בשיטה מקובצת, בבא קמא לג ע"א 424
בבא בתרא קלו ע"ב 390
רד"ך, שו"ת
בית כו, חדר ה 501
בית כו, חדר ו = בית ל במהד' קושטא 30
רד"ק, פירוש, מלכים ב', יב, טז 136 137
רז"ה (ראה: [ה]מאור הגדול)
ר"י... (ראה: ר' יצחק...)
ר"י הזקן (ר' אברהם מן ההר), תוספות לתלמוד
קידושין מב ע"א 245 246
ר"י מיגאש (ראה: ר' יוסף הלוי)
ריא"ז, פסקים
גיטין, פרק ה, הלכה ב, אות ח 156
בבא מציעא, פרק ט, הלכה ה, אות ו 230

ריבב״ן, פירוש על המשנה, שקלים
פרק ב, משנה ה 389
ריב״ם
בתוספות, בבא בתרא קמט ע״א, ד״ה דקא 29 31
ריב״ן, ברא״ש, בבא מציעא, פרק ג, סי׳ יד 573
ריב״ש, שו״ת, סי׳ ב 573
סי׳ כ 56 57 563 571 575 576
סי׳ סב 279
סי׳ קה 278
סי׳ קז 279
סי׳ קכח 279
סי׳ קמא 569 570
סי׳ קס 419 501
סי׳ קעא 371 372
סי׳ רז 30־32
סי׳ רכח 203 252 264־266
סי׳ רמט 279
סי׳ רעא 600
סי׳ שכד 128 130 132 134 457 458 603
סי׳ שמה 278
סי׳ שנט 424
סי׳ שצו 329
סי׳ שצט 61
סי׳ תיג 279
סי׳ תטו 279
סי׳ תסה 22 114 470
סי׳ תסז 212
סי׳ תסח 310 592
סי׳ תעה 279
סי׳ תפט 554 588 589 591 592 607
סי׳ תצה 129 131 133 156 458 566־569 574
סי׳ תקז 22
רי״ד (ראה גם: ר׳ ישעיה), פסקים
נדרים מח ע״ב 15
גיטין נב ע״א 129 130
רי״ד, תוספות לתלמוד
כתובות סט ע״ב 530
נדרים מח ע״ב 15
גיטין נב ע״א 245 246
קידושין מב ע״א 245
בבא בתרא עט ע״א 77
קלט ע״א 337
ריטב״א, חידושים לתלמוד
פסחים מט ע״ב 572
ראש השנה ו ע״א 417
סוכה מו ע״ב 15
יבמות קו ע״א 165
כתובות נד ע״א 400־402
נט ע״ב 81 82
ע ע״א 554
צד ע״א 209 210
צח ע״א 327 329
צח ע״ב 340
נדרים טז ע״א, בדפי הרי״ף 14 15
נדרים מח ע״ב, והמהדיר, הערות 191 ו־213 16
גיטין יג ע״א 29
נב ע״א 19
נב ע״ב 603
קידושין ז ע״א 279
כג ע״א 644
כח ע״א 417
מב ע״א 11 245־247 258 259 276 345 525
עו ע״ב 417
בבא מציעא (החדשים) לא ע״ב 171
לט ע״א 58
מב ע״א 308
מב ע״ב, והמהדיר, הערה 622 300
ע ע״א 113 117 118
עג ע״ב 178 179 295 298
צה ע״א 204
בבא מציעא (הישנים) ל ע״א 339
בבא בתרא ח ע״ב 623 628
עט ע״א 77
קמב ע״ב 43
קמד ע״א 343
קמט ע״א 29 31 32
קעד ע״ב 501 502 506
שבועות כח ע״ב 205
ריטב״א, שו״ת
סי׳ לד 45 386 411 455
סי׳ מג 29 46
סי׳ נג 279
סי׳ נד 30 31 554
סי׳ עב 309
סי׳ עט 502
סי׳ קיח 119
סי׳ קכג 31 554
סי׳ קסב 56 519
סי׳ קסז 82 411
סי׳ קעו 230
סי׳ רא 554
סי׳ רו 519 604 605
רי״ף, הלכות (בדפי הרי״ף)
פסחים טז ע״א 571
כתובות נח ע״א 256 516
גיטין ז ע״א 390
כה ע״ב 129
כו ע״א 129 132
כו ע״ב 155 156
בבא קמא יח ע״ב 417 426 428 486
בבא מציעא ט ע״א 24
יא ע״ב 458
מח ע״ב 86
בבא בתרא ו ע״ב 625
שבועות לב ע״ב 150
רי״ף, שו״ת
סי׳ קטז 174
סי׳ קכא 193 194
סי׳ קלח 147
סי׳ רמז 445
סי׳ רעה 9
ריצב״א, בשו״ת מהרי״ק, שורש ה 624
ריקאנטי, פסקים, סי׳ נג 417
סי׳ סה 120
סי׳ שנה 31
סי׳ שסג 392

סי׳ תו 303
רלב״ג, פירוש, מלכים ב׳ יב, טז 136
ר״מ מנורנבורק, במרדכי, בבא מציעא, סי׳ שצ 230
ר״מ מסרקסטה, בשיטה מקובצת
בבא קמא יא ע״ב 337
בבא קמא לו ע״ב 489 521
בבא קמא לט ע״א 57
בבא קמא לט ע״ב 60
ר״מ מרגנשבורק, במרדכי, בבא קמא, סי׳ קמו 230
רמב״ם, משנה תורה
הלכות תלמוד תורה, ב, ג 254
הלכות עבודה זרה, ב, ט 496
ג, ד 496
ט, יא 371
הלכות מגילה וחנוכה, ב, יז 55
הלכות אישות, ו, ב 444
ז, י 500
ז, טז 43
ז, כב 496
יז, יד 327
כ, יד 67
הלכות גירושין, ב, ז 643
ב, טו 643
ח, ג 597
הלכות שחיטה, יג, כ 469
הלכות שבועות, א, א 34
א, ג 35
א, ו 46
ב 34
הלכות נדרים, א, ב 447
ד, א 447
ד, ז 499
ח, יד 505
יא, ג 438
הלכות נזירות, ט, ח 448
הלכות ערכין וחרמין, ו, ט 450
ו, כב 423 426
ו, כג 426
ו, כד 422 423
ו, כו 428 429
ו, ל 425
ו, לא 428
ו, לג 429
ו, לד 447
ז, יד 425
הלכות מתנות עניים
ו, יז 85
ח, א 416
ח, ד 486
ח, ו 628
ח, ז 628
ט, ב 485
ט, ז 625
ט, ט 90
ט, יא 135
הלכות תרומות, ד, ב 11
ד, ג 17
י, כה 19
הלכות מעשר, ג, ז 18
ג, כה 18
הלכות ביכורים, ה, ד 370
הלכות איסורי מזבח, א, ג 448
הלכות מעשה הקרבנות, יד, טו 417
טו, א 496 498
הלכות עבודת יום הכיפורים, ד, ב 204
הלכות מעילה, ד, ט 422
ד, יא 384
ז, ו 441
הלכות תמורה, ב, ד 496
הלכות טומאת אוכלין, א, ב 19
הלכות נזקי ממון, ו, ג 21
ו, ד 299
ח, א 17 468
יב, יח 219
הלכות גנבה, ב, א 17
ב, ו 18 19 469
ו, ג 96 97
הלכות גזלה ואבדה, ג, טו 339
י, ד 176
י, ו־ז 171
י, י 193 195 196
יא, יא 636
יג, יא 338
יז, ח 76
הלכות חובל ומזיק, א, יג 218
ו, יג 218
הלכות מכירה, ב, ט 451
ז, יב 373
ח, ח 195 203 212
יא, ב 445
יא, ו 445
יא, י 16
טו, ה 279
כב, א 24 26
כב, ב 26
כב, ה 540
כב, ז 39
כב, י 43
כב, יב 44
כב, יג 25
כב, טו 74 417 428 442 443 500
כב, טז 417 429 430
כג, א 431
כג, ב 26
כג, יג 541
כז, יא 278
כט, ד 56 57
כט, ו 36
הלכות זכייה ומתנה, ד, ד 9
ד, ה 29 31
ד, ז 36 644
ד, ח 36 643
ו, א 619
ז, יד 162
ט, י 46 48
ט, יט 501־503

י, יב 390
י, טו 26
יא, כג 528
יב, ג־יב 37
יב, ו 530
יב, יג 41 42 539 540 545
יב, יד 540
יב, טו 40
הלכות שלוחין ושותפין, א, ה 27 340
ב, ב 36
ג, א 9
ג, ג 209 210
ה, א 254 255
ה, יא 233 594
ז, ז 254 378
ח, ד 255
ט, א 148
ט, ב 150
ט, ד 148 152 156
ט, ה 149 152
הלכות עבדים, ג, טו 87
הלכות שכירות, ב, א 17 468
ב, ג 301 306
ד, ב 225
ז, א 432
ח, יג 297
יג, ו 254
יג, ז 253
הלכות שאלה ופיקדון, ה, א 290 307 470 471
ה, ה 90
ז, יב 592 593
הלכות מלווה ולווה, ד, יד 113 118
ה, ח 118
טז, ה 192
יח, הלכות א־ב 82
יח, ז 82 425
כ, ב 20
כב, י 61
הלכות טוען ונטען, א, ד 147
ב, י 205
ה, א 17 18 468
טז, ה 193 194
הלכות נחלות, ז, ה 58
ז, ה־י 60
ט, טו 337
פרקים י־יא 55
י, ד 258
י, ה 55 56
י, ו 21 56 557 562 563 565 567 571 572
י, ז 155 562 603 605 606
י, ח 56 57
יא, א 56 112 113 306 516 564 565
יא, ב 243 516
יא, ג 313־315 515־517
יא, ד 243 250 289 528
יא, ה 130 132 143 155 156 336
יא, ו 243 248
יא, ז 246 247
יא, ט־י 243
יא, יב 125 126
הלכות סנהדרין, טז, יב 319
הלכות עדות, ג, יא 21
יא, ג 572
הלכות מלכים, א, ה 565 566
א, ז 579
רמב"ם, ס' המצוות, מצוות עשה קעו 316
רמב"ם, פירוש המשניות
תרומות, פרק ו, משנה ד 19
מעשרות, פרק א, משנה ה 18
שקלים, פרק ד, משנה ג 109
ערכין, פרק ו, משנה ה 109
רמב"ם, שו"ת (מהד' בלאו), סי' קיא 600
סי' רו 624
סי' תכ 22 245 251
רמב"ן, חידושים לתלמוד
מגילה כה ע"ב 438
יבמות קו ע"א 165
כתובות כ ע"א 458
ק ע"ב 189
גיטין יג ע"א 29־31
נב ע"א 11 19 276 342 525
נב ע"ב 307 308 592 603 604
קידושין כג ע"א 644
כג ע"ב 11
נט ע"א 451
בבא מציעא לח ע"א 100
מב ע"ב 300 308־310
נז ע"ב 119
ע ע"א 113
קט ע"א 230
בבא בתרא ד ע"ב 177
ח ע"ב 486 624 625
עט ע"א 77
קסח ע"א 458
קעד ע"ב 502
שבועות י ע"ב 267
מד ע"ב 193
חולין לט ע"ב 11
רמב"ן, משפט החרם 279
רמב"ן, שו"ת, סי' עז 227
רמב"ן, תשלום הלכות הרי"ף
נדרים טז ע"א, בדפי הרי"ף 16
רמב"ן, בחידושי הריטב"א, בבא מציעא לט ע"א 58
רמב"ן (ראה גם: תורת האדם)
רמ"ה, חידושי הרמ"ה ושיטות קדמונים (="חידושי הריטב"א מכתב יד"), גיטין יג ע"א 32
נב ע"א 129 245 342 458 525 559
נב ע"ב 130 155 156 601
רמ"ה, שו"ת
סי' רס 279
סי' רצו 279
רמ"ה
ברא"ש, גיטין, פרק ה, סי' ו 63
בטור, חו"מ, סי' צא, סעיף ב 193
סי' צג, סעיף א 148 155
סי' צג, סעיף ד 148 150

סי׳ רנ, סעיף מ 31
סי׳ רצ, סעיף לא 569
סי׳ תי, סעיף כט 218
בשיטה מקובצת, כתובות סט ע״ב 47 528 531
בבא קמא לג ע״א 424
בבא קמא צג ע״א 292
רמ״ך, בשיטה מקובצת, בבא מציעא ע ע״א 109
צג ע״ב 186
ר״ן על הרי״ף (בדפי הרי״ף)
פסחים טז ע״א 572
מגילה ח ע״א 525
כתובות לא ע״א 528
מא ע״א 504
מה ע״ב 451
נז ע״א 329
סג ע״א 162
גיטין ה ע״ב 31
כה ע״ב 130 245 246 459
כו ע״א 342 457 458 525 559 560 604
כו ע״ב 307
קידושין יז ע״א 245 258 259 525 526
יח ע״א 193
שבועות ל ע״א 193
לב ע״ב 150
ר״ן, חידושים לתלמוד
כתובות צח ע״א 329
גיטין נב ע״א 19 276 345 559
נב ע״ב 299 603 604
בבא מציעא נח ע״א 267
ע ע״א 113
צה ע״ב 204
קד ע״א 279
קט ע״א 230
בבא בתרא ח ע״ב 625
עט ע״א 77
סנהדרין ו ע״א 213
ר״ן, על נדרים
ח ע״א 33
כא ע״ב 499 500
כז ע״א 499 500
כט ע״ב 417 460 461
ל ע״א 450 500
לד ע״ב 422
מח ע״ב 14־16
ר״ן, שו״ת
סי׳ ב 22 79 119
סי׳ ח 247 258 259
סי׳ ט 457־459
ר״ן
בשיטה מקובצת, בבא בתרא עט ע״א 77
רשב״א, חידושים לתלמוד
מגילה כז ע״א 391 392
יבמות קו ע״א 165
כתובות כ ע״א 458
פג ע״א 504
נדרים כד ע״א 505 506
כט ע״ב 419 450 451 500
לג ע״ב 162
מח ע״ב 16
גיטין יג ע״א 31
ל ע״א 542
ל ע״ב 542
לג ע״ב 258
לח ע״ב, והמהדיר, הערה 651 46
מ ע״ב 81 82
נב ע״א 11 59 129 247 276 307 342 457־459
525 557 559־562 565 568 570
נב ע״ב 307 592 603
קידושין יג ע״א 591
כג ע״א 644
מב ע״א 11
בבא קמא י ע״ב 220
לו ע״ב 520
לט ע״ב 299 300
מט ע״ב 82
נג ע״ב 204
קב ע״ב 373
קיב ע״א 21
קיב ע״ב 21
קטו ע״א 359 360
קיט ע״א 97
בבא מציעא י ע״א 9
לח ע״ב 58
מב ע״ב 300
נז ע״ב 119
ע ע״א 113
קט ע״א 230
בבא בתרא ח ע״א 388 390
ח ע״ב 486 623 625 626
מט ע״א 504
עט ע״א 77
רשב״א, שו״ת
חלק א, סי׳ שעה 390
סי׳ תעב 165
סי׳ תקסג 419 451 455
סי׳ תרד־תרה 486
סי׳ תריז 623
סי׳ תריח 82 83 411
סי׳ תרנו 419 449 492 506 507
סי׳ תרסב 279
סי׳ תרסט 119 469 470
סי׳ תרצה 279
סי׳ תשמב 452 453
סי׳ תשצב 493 494
סי׳ תתקכ 150 152
סי׳ תתקס 504
סי׳ תתקצג 400
סי׳ תתקצז 307
סי׳ אלף יח 493
סי׳ אלף צד 113 114 573 574
סי׳ אלף קו 303 307
סי׳ אלף קיא 83
חלק ב, סי׳ מט 569
סי׳ סב 150
סי׳ קכז 289 467
סי׳ קלב 504

רשב״א, שו״ת (המשך)
סי׳ קלז 279
סי׳ קמו 573 574
סי׳ קמז 459
סי׳ קמט 279
סי׳ קנא 188
סי׳ רסח 278 279
סי׳ רפה 558 565
סי׳ רצט 307
סי׳ שא 230
סי׳ שטו 400 401
סי׳ שלה 279
סי׳ שנא 210 587 588 591
סי׳ שנד 558
סי׳ שסב 373
סי׳ שסט 373
סי׳ שפד 541
חלק ג, סי׳ יז 279
סי׳ צד 493
סי׳ קכב 500
סי׳ קצא 147
סי׳ קצז 565 573 574
סי׳ רא 251
סי׳ רו 205 207
סי׳ רו, המהדיר הערה 3 206
סי׳ רכז 374
סי׳ רצז 139 140 208 216 217 227־230
סי׳ רצח 419
סי׳ שכד 493
סי׳ שעג 98
סי׳ תב 193 307
סי׳ תכה 266
סי׳ תלה 279
סי׳ תמב 279
חלק ד, סי׳ נ 177
סי׳ נה 389 394 629
סי׳ סג 18 23 109 113 119 469 470
סי׳ סח 174
סי׳ קכה 279
סי׳ קלה 147
סי׳ קמו 267 307 588
סי׳ קנב 279
סי׳ קפו 279
סי׳ רמב 307
סי׳ רעג 97
סי׳ רצג 279
חלק ה, סי׳ נז 97
סי׳ עו 279
סי׳ פג 279
סי׳ ק 307
סי׳ קא 310
סי׳ קב 342
סי׳ קכו 212 213
סי׳ קכט 227
סי׳ קלה 83
סי׳ קמ 419
סי׳ רכח 493 494
סי׳ רמט 18 23 119 279 469 470
סי׳ רנ 626
סי׳ רס 205 227
סי׳ רפג 586 600
סי׳ רפד 266
סי׳ רפט 212־214
חלק ו, סי׳ רמט 525
סי׳ רנ 307
סי׳ רנד 279
חלק ז, סי׳ כד־כה 493
סי׳ קנט 493
סי׳ רנ 419
סי׳ תסב 147
סי׳ תקיב 558
המיוחסות לרמב״ן, סי׳ ג 296
סי׳ יד 279
סי׳ כ 172 173 179־184
סי׳ מד 329
סי׳ סו 56
סי׳ קיח 307 607
סי׳ קכה 371 378
סי׳ קפג 419
סי׳ רכב 119 469
סי׳ רמו 493
סי׳ רסח 454 455 626
סי׳ רסט 83 411
סי׳ רעו 628
סי׳ רפח 279
החדשות (מכתב יד), מהד׳ מכון ירושלים
סי׳ שלב, הערה 4 457
סי׳ שעו, והערה 16 457
רשב״א
בשו״ת הריטב״א, סי׳ עט 502
בשו״ת חכמי פרובינציה, חלק ב, סי׳ מג 110
בר״ן, נדרים כט ע״ב, ד״ה הכא שאני 461
בטור, חו״מ, סי׳ קפה, סעיף ג 330
בבית יוסף, חו״מ, סי׳ עב, מחודש י 307 311
סי׳ קמט, סעיף לט 23
סי׳ שפו 21
רשב״ם, פירוש לבבא בתרא
מד ע״ב, ד״ה אית ליה קלא 100
נא ע״ב, ד״ה לא מן הנשים 98
נב ע״ב, ד״ה דשביחא 559
עט ע״א, ד״ה אין מועלין 77
קכט ע״ב, ד״ה יירשו אחרים 530
קכט ע״ב, ד״ה לבר 496
קלו ע״א, ד״ה הכותב נכסיו 40
קלו ע״א, ד״ה ומשני 451
קלו ע״א, ד״ה מכר האב וד״ה מכר הבן 41
קלט ע״א, ד״ה גדול אחי וד״ה מאי דעבד עבד 336
קמב ע״ב, ד״ה קרובה אצל בנו 43
קנח ע״ב, ד״ה אלא אי איתמר 39
קע ע״ב, ד״ה א״ל 132
קעד ע״ב, ד״ה איבעיא להו (השלישי) 501
רשב״ם, במרדכי, בבא קמא, סי׳ קכה 373
רשב״ש, שו״ת
סי׳ סז 193
סי׳ צא 98 355
סי׳ קנו 362

סי׳ רפט 569
סי׳ שיד 569
סי׳ שמז 362 558
סי׳ שסא 417
סי׳ שסד 558 593
סי׳ תיב 279
סי׳ תצז 558 569 570 599
רש״י, פירוש לתלמוד
שבת קכא ע״א, ד״ה אפוטרופוס 66
עירובין יג ע״ב, ד״ה ימשמש 458
פסחים יג ע״א, ד״ה ואין 328
ל ע״א, ד״ה כי 427
ל ע״ב, ד״ה כולי עלמא 425
לא ע״א, ד״ה ואתי 81
ראש השנה ו ע״א, ד״ה ועשית 417
תענית כא ע״א, ד״ה אם מתו 530
כא ע״א, ד״ה וראויין 528
חגיגה יא ע״א, ד״ה דכל 91
כב ע״א, ד״ה כר׳ יוסי 572
יבמות נ ע״א, ד״ה חלץ 204
סז ע״ב, ד״ה יתומים 258
כתובות נה ע״א, ד״ה מתחת 427
נט ע״ב, ד״ה דקדושת הגוף וד״ה הקדש 81
סט ע״ב, ד״ה אין נותנין 530
סט ע״ב, ד״ה ובהא איכא 385
סט ע״ב, ד״ה וראוין וד״ה הא 528
סט ע״ב, ד״ה מן הנישואין 385
צד ע״א, ד״ה ולא אמרן 209 210
צח ע״א, ד״ה מאן שם ליך 329
ק ע״א, ד״ה ובוררין 258
קג ע״א, ד״ה ברכת הבית 203
גיטין ט ע״ב, ד״ה לא יתנו /642
יג ע״א, ד״ה בבריא 31
יג ע״א, ד״ה לא 642
יד ע״א, ד״ה דמית נותן 30
יד ע״ב, ד״ה הא דליתיה 390
כד ע״א, ד״ה והא לא 260
כח ע״א, ד״ה נותנו 642
כט ע״א, ד״ה רבא אמר 439 440
ל ע״א, ד״ה להיות מפריש 541
לד ע״א, ד״ה ובוררין 258
נב ע״א, ד״ה אלא 245
נב ע״א, ד״ה באחרונה 130
נב ע״א, ד״ה ישבע 153
נב ע״א, ד״ה נשים 565 570
נב ע״ב, ד״ה והא קמפסיד 244 601
סג ע״ב, ד״ה לא חזרה 260
סו ע״א, ד״ה לאחר 642
קידושין מח ע״ב, ד״ה והכא 28
נט ע״א, ד״ה מספקא 451
בבא קמא י ע״ב, ד״ה מאי קעביד 220
יא ע״ב, ד״ה בגדול 68
כ ע״ב, ד״ה בהקדש 469
לו ע״ב, ד״ה אגן 520
לז ע״א, ד״ה אין צריכין פרוזבול 520
ע ע״א, ד״ה ואי, וד״ה לא 642
עו ע״א, ד״ה מכרו להדיוט 18
צ ע״א, ד״ה הקדש 81
צג ע״א, ד״ה לשמור ולא לאבד 291
צג ע״א, ד״ה רב יוסף 520
צט ע״א, ד״ה לבטושי 28
קב ע״ב, ד״ה הלוקח שדה 27
קג ע״א, ד״ה אין כופין 27
קטו ע״א, ד״ה ורבי יוחנן 359
קיח ע״ב, ד״ה אין לוקחים מן הרועים 96
קיט ע״א, ד״ה אבל לא, ד״ה והבדדין 97
בבא מציעא יד ע״ב, ד״ה לא בבעל חוב 425
טו ע״א, ד״ה כשעמד 99
לח ע״א, ד״ה ואין מוכרן לעצמו 327
לח ע״א, ד״ה קב שלו 90
לט ע״א, ד״ה אפוטרופא לדיקנני 58
לט ע״א, ד״ה ולא קרוב 573
מג ע״א, ד״ה ילקה 373
נה ע״ב, ד״ה המביא 205
נח ע״א, ד״ה השוכר את הפועלים 267
ע ע״א, ד״ה בי דינא וד״ה קרוב 113
ע ע״א, ד״ה קרוב לשכר 111 118
פ ע״א, ד״ה תרוויהו משלמים 221 223 225
פ ע״ב, ד״ה מותר 327
קח ע״ב, ד״ה לאשה 565
קיב ע״א, ד״ה קבלנות 28
בבא בתרא ח ע״ב, ד״ה לא יתנם לתוך כיסו 90
ח ע״ב, ד״ה לפרוש זה מזה 202
ט ע״א, ד״ה יצור וימנה 126 127 456
ט ע״א, ד״ה שאין ראיה לדבר 135 136
סנהדרין מח ע״א, ד״ה לאו מילתא היא 389
שבועות מח ע״ב, ד״ה אשה הנושאת והנותנת 148
מח ע״ב, ד״ה ובן הבית 148 152
מח ע״ב, ד״ה והאפוטרופין 148 155
מח ע״ב, ד״ה משום דמורו 149
מח ע״ב, ד״ה שיש טענה 150
עבודה זרה
עב ע״א, ד״ה כדשיימי בארבעה 203 212
עב ע״א, ד״ה כדשיימי בתלתא וד״ה וא״ל 212
ערכין ו ע״א, ד״ה לא שנו 417
ו ע״ב, ד״ה לשנותה 486
כג ע״ב, ד״ה אלא וד״ה למה לי 425
תמורה לב ע״ב, ד״ה עיכוב גזברין 19
נידה מה ע״ב, ד״ה אפילו 439
רש״י מהדורא קמא, בשיטה מקובצת, כתובות צח ע״א,
ד״ה אלמנה 327
רש״י על הרי״ף, בבא בתרא סד ע״ב (בדפי הרי״ף),
ד״ה מאי דעבד עבד 336
רש״י, הפירוש המיוחס לו לנדרים
מח ע״ב, ד״ה כיפי דכיתנא 14
רש״י, שו״ת, סי׳ קעז 117
שִׁבְּלֵי הלקט, חלק ב, סי׳ קיח 445
אבן שועיב, ר׳ יהושע, דרשות, פרשת ויחי 30
ס׳ השטרות (ר״י ברצלוני), שטר ג, עמ׳ 7 459
שטר נח 458
עמ׳ 137 264
שיטה לא נודע למי, קידושין מב ע״א 245
שיטה מקובצת
כתובות סט ע״ב 47 385 528 530 531
ע ע״א 530
צח ע״א 327

נדרים ז ע"א 437
כא ע"ב 499
מח ע"ב 14
בבא קמא י ע"ב 220
יא ע"ב 337
לג ע"א 424
לו ע"ב 336 461 489 521
לט ע"א 57 308
לט ע"ב 60
נד ע"א 204
צג ע"א 291 292
בבא מציעא מב ע"א 308
מב ע"ב 300
נח ע"א 267
ע ע"א 109 113
עג ע"ב 298
צג ע"ב 186
צד ע"ב 204
בבא בתרא ח ע"ב 388 625
עט ע"א 77
קלו ע"ב 390
קעה ע"א 31
ר' שמואל בחור מוורדון
בתוספות, גיטין נב ע"ב, ד"ה הלכה 307
ר' שמואל מבונבירק
במרדכי, בבא מציעא, סי' רפז 118
רבנו שמחה
באור זרוע, הלכות צדקה, סי' ז 392
סי' יא 86 87 544
במרדכי, בבא בתרא, סי' תרכט 31
ר' שמשון, במרדכי, בבא בתרא, סי' תקג 291
תולדות אדם וחוה
נתיב יט, חלק א 174 418 426 446 626
תוספות, על התלמוד
פסחים יג ע"א, ד"ה מאי 343 347
צא ע"ב, ד"ה איש זוכה 11
יומא יג ע"א, ד"ה הלכה 600
יבמות צג ע"א, ד"ה קנויה 41 450 451
כתובות ל ע"ב, ד"ה זר שאכל 505
נט ע"ב, ד"ה שדה 425
ע ע"א, ד"ה והא קיימא לן 31
פב ע"א, ד"ה הא 451
פו ע"א, ד"ה פריעת בע"ח 30
פח ע"ב, ד"ה קמיפלגי 561 567 570
צא ע"ב, ד"ה דזבנא 540
צח ע"א, ד"ה דאמרי לה 329 343 347
ק ע"א, ד"ה ובוררין 258
קה ע"א, ד"ה קשיא 259
נדרים כא ע"ב, ד"ה קסבר 499
לד ע"ב, ד"ה ואמר 422
לו ע"ב, ד"ה מי 11
מו ע"א, ד"ה אם יש לו 425
מח ע"ב, ד"ה דהוה 14
נזיר יב ע"א, ד"ה מ"ט 75
גיטין יג ע"א, ד"ה והא 31 32
לח ע"א, ד"ה כל המשחרר 30 46
מ ע"ב, ד"ה הקדש 81 424 425
נב ע"ב, ד"ה הלכה 300 306 307
קידושין מב ע"א, ד"ה אלא 246
מב ע"א, ד"ה ובוררין 258
סג ע"א, ד"ה כגון 451
בבא קמא י ע"ב, ד"ה מאי קעביד 220
יא ע"ב, ד"ה גדול 337
לו ע"ב, ד"ה יד 417 419 427 461
לט ע"א, ד"ה דאי 300 306 307
נד ע"א, ד"ה או 204
נח ע"א, ד"ה אי 171
עו ע"א, ד"ה והשתא 469
צ ע"א, ד"ה הקדש 81
בבא מציעא ל ע"א, ד"ה לצורכו 338
לב ע"א, ד"ה בית דין 327 344 347
מב ע"ב, ד"ה כל המפקיד 220
מב ע"ב, ד"ה נימא 300 307
סח ע"ב, ד"ה ה"ג 117
פ ע"א, ד"ה ואי דוכתא 221־223 225
בבא בתרא ח ע"ב, ד"ה ולשנותה 623 625
ט ע"א, ד"ה ואע"פ 136
יז ע"א, ד"ה וסד 204
לא ע"ב, ד"ה וזו 202
עט ע"א, ד"ה ואין מועלין 77
קכ ע"ב, ד"ה דתנן 499
קמט ע"א, ד"ה דקא 29־32
סנהדרין ו ע"א, ד"ה ביצוע 213
שבועות לו ע"ב, ד"ה ה"ג 444
מח ע"ב, ד"ה דמורו 151
מנחות פא ע"ב, ד"ה תודה 496 497
חולין קלח ע"ב, ד"ה יצא 19
בכורות כט ע"א, ד"ה מה אני 166
ערכין ו ע"א, ד"ה עד 488
ו ע"ב, ד"ה משבאת ליד גבאי 624
ו ע"ב, ד"ה עד שלא 486
כא ע"א, ד"ה הכי קאמר 425 432 433
תמורה לב ע"ב, ד"ה והאמר וד"ה גופא 19
מעילה יג ע"א, ד"ה אבל 77
תוספות שאנץ, כתובות פח ע"ב 561
תורת האדם (בעמודי מהד' שעוועל), שער המיחוש
עניין הסכנה 164־166
עניין ההוצאה, עמ' צה ועמ' צז 390
תלמידי רבנו יונה, בשיטה מקובצת, כתובות סט
ע"ב 528 531
רבנו תם, שו"ת, סי' עד 307
רבנו תם (ראה גם: ישר)
בתוספות, כתובות ע ע"א, ד"ה והא קיימא לן 31
כתובות צא ע"ב, ד"ה דזבנא 540 541
בבא בתרא קכ ע"ב, ד"ה דתנן 499
שבועות מח ע"ב, ד"ה דמורו 151 152 156
בר"ן על הרי"ף, גיטין כו ע"ב, בדפי הרי"ף 307
בסמ"ק מצורך, מצוה רנא 88 89
תמים דעים, סי' נא 113
ס' התרומה, סי' קלט 411
ס' התרומות
שער כו, חלק ב, סי' א 147
שער כט, חלק ב, אות ב 192
אות ז 194

שער מג, חלק ג, אות א 81
שער מו, חלק ד, אות ח 22 110 119 411 453
שער סד, חלק ב 24
שער סה, חלק ב, אות ב 174
תרומת הדשן
שו"ת, סי' שיז 174
סי' שכג 173
סי' שכט 28
סי' שמב 279
סי' שמח 174
סי' שנ 388 392 394־397
פסקים וכתבים, סי' נג 446
סי' עג 204־206
סי' קכח 580
תשב"ץ (דוראן)
חלק א, סי' טז 557
סי' קכג 279
סי' קמה 164
סי' קעד 162
חלק ב, סי' נג 29
סי' עה 59
סי' קלא 293
סי' קנא 83
סי' קפח 565־567 570 599
סי' קפט 560 566
סי' קצ 569
סי' קצא 567 569
סי' רלט 279
סי' רמח 148
סי' רפב 83
סי' רפז 558 566
חלק ג, סי' קז 279
סי' קל 30
סי' קנב 411 419 448
סי' קצ 47 48 453
סי' ריב 279
סי' רכ 458 590
סי' רלז 458
סי' רנא 592 593 595
סי' רנד 279
סי' שא 148 279
חלק ד, חוט המשולש
טור ב (ראה: צרור [באחרונים])
טור ג (ראה: טוואה [באחרונים])
תשב"ץ "קטן", סי' תו, הגהות רבנו פרץ 624
תשובות... (ראה לפי שם המחבר)
תשובות מיימוניות, ספר הפלאה, סי' ה 417
ספר קנין, סי' לב 568
ספר משפטים, סי' יד 110 119
סי' מ 301 601

אחרונים

אבן האזל, על הרמב"ם
הלכות שכירות, פרק ג, הלכה ג 297
הלכות מלווה ולווה, פרק טז, הלכה ה 194
אֶבן... (ראה לפי המלה השנייה)
אבן שתיה, שו"ת, סי' פ 297
אבני החושן, סי' רט, ס"ק ד 431
אבני מילואים
סי' א, ס"ק ב 419
סי' לז, ס"ק יב 644
סי' לח, ס"ק ב 497
סי' קג, ס"ק ו 327
סי' קג, ס"ק ח 327
אבני נזר, שו"ת, יו"ד
סי' קלג, אות ה 375
סי' רצב 437
סי' שו, אות ה 421 437
סי' שו, אות יב 435
סי' שו, אותיות כט־לב 436
סי' שטו 418
סי' שטו, אות ג 418
אבני שוהם (הרצברג), פרשת ויחי, עמ' ריז־ריח 165
אבני שיש, שו"ת, חלק ב, סי' קטו 354
אבקת רוכל, שו"ת
סי' עב־עג 412
סי' פג 418 466 467
סי' צב 558 601
סי' קנב 130 458
סי' קנג 130
סי' קנח 559 569
סי' קנט 130 131 156 457
אגודת אזוב (לר' מרדכי מגניזין), פרק הגוזל עצים,
לסי' רצב 374
אגרות משה, שו"ת
או"ח, חלק א, סי' נב 448
חלק א, סי' צ 37
חלק ד, סי' נד 37
יו"ד, חלק ב, סי' מד 580
חו"מ, חלק א, סי' מב 31
חלק א, סי' פ 470
חלק ב, סי' מב 32
חלק ב, סי' נג 106
אדלר, ר' ירוחם פישל
בס' בשערי בית הדין, חלק ג, עמ' 41 259
אדמת קודש, שו"ת, חלק א, אהע"ז, סי' לד 82
אהבת צדקה
פרק י, סעיף כב 427
פרק יא, סעיף לא, אות א 391
פרק טו, עיונים, סעיף ו 292
אהל אברהם (שאג), שו"ת, סי' עה 560 561
אהל יהושע, שו"ת, חלק ב, סי' קלב, אות א 33 34
אהלי תם, שו"ת, סי' טו 228 594
אוירבך, ר' שלמה זלמן (ראה גם: מנחת שלמה)
באהל חייא, עמ' תתקא 440
אוצר מפרשי התלמוד, גיטין נב ע"א
הערה 97 246
הערות 98־99 247
עמ' רנה 155
עמ' רנה, אחרי ציון הערה 22 310
אוצר השטרות (גולאק), עמ' 141 127
אור הגנוז, על תוספתא כתובות, ח, ח, אות א 171
אור שמח, על הרמב"ם, הלכות נחלות, י, ז 572 606
אורחות המשפטים, פרק יא 22

אורים גדולים (זאבי), סי׳ מ
לימוד ריד 182
לימוד רטו 179
אורים ותומים
סי׳ יב, תומים ס״ק ט 213
סי׳ סו, תומים, ס״ק ב 418 419
סי׳ עב, תומים, ס״ק כא 279
סי׳ פז, תומים, ס״ק כא 441 442 445 502
סי׳ צא, אורים, ס״ק כח 195
סי׳ צא, תומים, ס״ק יא 195
סי׳ צג, תומים, ס״ק ב 150
סי׳ קכה, תומים, ס״ק ח 492 507 508
אחיעזר
חלק א, סי׳ כו, אות א 437 497
חלק ב, סי׳ כב, אות יא 501 502
סי׳ כג 624 625
סי׳ כג, אות ב 489
סי׳ כג, אות ד 389
סי׳ לז 440
חלק ג, סי׳ לד 32 418 420 435 436
סי׳ לה 46
אלישיב, ר׳ יוסף שלום
באהבת צדקה, פרק יא, סעיף לא, אות א 391
במוריה, שנה כ, גליון י״יב, עמ׳ קכ 32
אמונת שמואל, שו״ת, סי׳ כט 120
סי׳ נג 497
אמרי בינה (אוירבך)
או״ח, סי׳ יג, אות ג, ד״ה ודע 305
יו״ד, דיני נדרים, סי׳ כו 440
יו״ד, מהדורא תניינא, דף סח ע״ד 141
דיני תרומות ומעשרות, סי׳ ז 495 497 498
דיני דיינים, סי׳ כ, אות טו 440
דיני הלוואה, סי׳ לט 298
חלק א, שו״ת, סי׳ א, אות א 297
אמרי בינה (גרמיזאן)
כתובות פח ע״ב 567
גיטין נב ע״א 569
אמרי הצבי, בבא קמא לו ע״ב
אות ד, ס״ק ד 423
אות ט, ס״ק א 423
אמרי יוסף (דוידובסקי), על הרמב״ם
הלכות גנבה, פרק ו, הלכה א 96
אמרי יושר, שו״ת
חלק א, סי׳ קנט 387 391
חלק ב, סי׳ סב 437
אמרי שבת, מהד׳ תרמ״ט, דף ס ע״ב 109
אנציקלופדיה תלמודית
ערך אמירה לגבוה כמסירה להדיוט, כרך ב
עמ׳ מ 417
עמ׳ מא 419
עמ׳ מא, ליד ציון הערה 16 421
ערך אסמכתא (ב), כרך ב, עמ׳ קח־קטו 445
ערך אפוטרופוס, כרך ב
עמ׳ קכג, ליד ציון הערה 74 243
עמ׳ קכו 309
עמ׳ קכח־קכט 63
ליד ציוני הערות 80־86 11
ערך בית דין, כרך ג
עמ׳ קנה־קסא, קסג־קסד 316
ערך בית כנסת, כרך ג
עמ׳ קצד, ליד ציוני הערות 141־147 438
ערך ברירה, כרך ד, עמ׳ רטז־רמו 419
ערך גדול האחים, כרך ה, עמ׳ קנג־קנו 68
ערך גזבר, כרך ה, עמ׳ תלח, הערה 47 469
ערך גרמא בנזקין; גרמי, כרך ו
עמ׳ תסא־תצז 295 302
ערך דבר שאינו ברשותו, כרך ו
עמ׳ תרטז־תרכג 25 423
ליד ציוני הערות 21־25 424
ליד ציוני הערות 28־29 424
ליד ציוני הערות 81־92 426
ליד ציוני הערות 93־108 425
ליד ציוני הערות 107־108 426
פרק ב 427
פרק ג 426
ערך דבר שאינו שלו, פרק ה, כרך ו, עמ׳
תרעג־תרעח 422
ערך דבר שלא בא לעולם, כרך ז
פרק א, עמ׳ ל־לז 24
עמ׳ נ־נג 43
פרק ט, עמ׳ נג־נז 431
פרק י 25
פרק י, עמ׳ נז־סא 75
פרק י, עמ׳ סא 422
ליד ציוני הערות 281־290 26
ערך הלכה, כרך ט
עמ׳ רפט, ליד ציוני הערות 672־675 132
ערך הפקר בית דין, פרק ד, כרך י, עמ׳ קה־קז 316
ערך הרשאה, כרך יא 9
עמ׳ כא־כד 25
ערך זכין לאדם שלא בפניו, כרך יב
עמ׳ קלה־קצח 11
ערך חזקת מצוות, כרך יד, עמ׳ קלג־קמז 580
ערך חזקת קרקעות, כרך יד
עמ׳ רכב־רכד, ועמ׳ רסח־רסט, ופרק י 100
ערך חזקת שררה, כרך יד, עמ׳ שסה ואילך 579
ערך חשד; מראית עין 329
ערך טובי העיר, כרך יט, עמ׳ עב־צט 61
ערך יורד לנכסי חברו שלא מדעתו, כרך כג
עמ׳ תפו־תפז, ליד ציוני הערות 727־736 177
עמ׳ תפז ואילך 171
עמ׳ תצט, ליד ציון הערה 885 188
ארחות משפט (ר׳ משה נחמיה)
נתיב כו, נתיב ים, אות מג 497
ארץ חיים (סתהון), יו״ד, סי׳ רנז, סעיף ה 189
אשכנזי, ר׳ בצלאל, שו״ת
סי׳ יד 417־419
סי׳ לה 337
אשר לשלמה (אבן דנאן), שו״ת
סי׳ ה 203 205 207 594
סי׳ לה 44
סי׳ לט 569 570
סי׳ סה 147
אתוון דאורייתא, סי׳ ג 469

באר אליעזר, יו"ד, סי' רנז, דף לב ע"א 141
באר הגולה, חו"מ, סי' רצ, ס"ק ג 344
באר היטב, או"ח, סי' תרג, ס"ק א 182
באר המים, שו"ת, סי' קכג 570
באר חיים מרדכי, שו"ת, חלק א, חו"מ, סי' סו 132
באר יצחק, שו"ת, יו"ד
סי' ג 600
סי' כח, ענף ג 17-19
באר משה (ירושלימסקי)
קונטרס השיב משה, שער י, אות ד 355
באר שבע
שו"ת, סי' לט 247
שאלה שניה 282
שאלה רביעית 258
שאלה חמישית 457-459
שאלה שביעית 457
על סנהדרין צה ע"א 182
בגדי ישע (עטייה), דרושים, דף צו 174
בגדי כהונה (כהן), שו"ת, אהע"ז, סי' כ 497
בדק הבית, על הטור
יו"ד, סי' רכח 493
סי' רנט 624
סי' רנט, סעיף א 626
חו"מ, סי' ס, סעיף ו 361
סי' רצ, סעיף כה 156
ב"ח, הגהות על הרי"ף
גיטין כו ע"א (בדפי הרי"ף), אות ח 563
ב"ח, על הטור
או"ח, סי' תקסב, סעיף ו 437
יו"ד, סי' רטז 431
סי' רנז 198
סי' שלו 164
חו"מ, סי' צא, סעיף ט 195-197
סי' צג, סעיף ב 148 155
סי' צג, סעיף ד 150
סי' צג, סעיף ח 152
סי' קכב, סעיף יז 210
סי' קמו, סעיף י 475
סי' קמט, סעיף יב 23
סי' ריב, סעיף ט 430
סי' ריב, סעיף יב 437
סי' רנ, ד"ה וכן אם 462
סי' רנז, סעיף ג 539 540 545
סי' רפה, סעיף יג 573
סי' רצ, סעיף ג 561 565-566 570 572
סי' רצ, סעיף טז 515
סי' רצב, סעיף יד 90
סי' רצב, סעיף יח 343
סי' שא, סעיף ה 290
סי' שט, סעיף ד 225
ב"ח, שו"ת הישנות, סי' לז 445
ביאור הגר"א
או"ח, סי' תקסב, סעיף יג 446
סי' תקפה, סעיף ד 607
יו"ד, סי' קס, ס"ק מב 119
סי' רכא, ס"ק כח 425
סי' רכח, ס"ק קז 493
סי' רמה, ס"ק כט 254
סי' רנא, ס"ק י 454
סי' רנג, ס"ק יד 384
סי' רנג, ס"ק יח 85 87
סי' רנו, ס"ק יא 624
סי' רנז, ס"ק א 138
סי' רנז, ס"ק ז 625
סי' רנז, ס"ק יז 346
סי' רנז, ס"ק יח 346
סי' רנז, ס"ק יט 262
סי' רסד, ס"ק יג 162
חו"מ, סי' יג, ס"ק יז 213
סי' יח, ס"ק ט 212
סי' יח, ס"ק י 213
סי' צא, ס"ק כג 194 195
סי' צג, ס"ק ה 150
סי' צג, ס"ק ז 151
סי' קה, ס"ק ג 20
סי' רצ, ס"ק כג 248
סי' רצ, ס"ק לא 342
סי' רצ, ס"ק לח 125
סי' רצ, ס"ק מ 150
סי' רצ, ס"ק מד 588
סי' שעה, ס"ק י 171
ביאור הלכה, או"ח
סי' קנג, סעיף ד, ד"ה ויש מתירין 386
סי' קנד, סעיף ב, ד"ה השוכרים 432 433
בינת אדם, שער משפטי צדק, סי' יב 389
בירור הלכה
מגילה כו ע"ב, ציון ג 438
חגיגה ג ע"ב, ציון ד 439
כתובות פב ע"א, ציון א 450
פב ע"א, ציון א, פרק ג 451
צד ע"א, ציון ב 209
צח ע"א, ציון ב 327
נדרים ח ע"א, ציון א 35
ח ע"א, ציון ב 34 35
טז ע"א, ציון ה 46
כח ע"א, ציון כ 384
גיטין טו ע"א, ציון א 31
נב ע"א, ציון א, פסקה א 11 19
נב ע"א, ציון ט 247
נב ע"א, ציון כ 248
נב ע"א, ציון נ 132
נב ע"ב, ציון ו 155
קידושין טו ע"א, ציון ד 87
מב ע"א, ציון ד 258
נט ע"א, ציון ה 500
בבא קמא כ ע"ב, ציון ה, פסקה ו 376
לו ע"ב, ציון ה 427
לט ע"ב, ציון ב 299
נג ע"א, ציון ה, פסקה ב 218
ע ע"א, ציונים א, ב, ד, ה 9
פה ע"א 165
קטו ע"א, ציון ט 171 173
קיט ע"א, ציון א 96
קיט ע"א, ציון ב 97

בבא מציעא י ע״א, ציון א 9
ל ע״ב, ציון י 178
מט ע״א, ציון ה, פסקה א 34
נז ע״ב 119
ע ע״א, ציון ג 118
ע ע״א, ציון ג, פרקים ג־ד 113
קא ע״א, ציון ח 176
קט ע״א, ציון ל 230
מכות ג ע״א, ציון ה 296
שבועות מח ע״ב, אחרי ציון ו 149
מח ע״ב, ציון ח 150
עבודה זרה ז ע״א, ציון ה 204
יט ע״ב, ציון ד 371
סב ע״א, ציון א וציון ח 371
סה ע״א, ציון ב 371
עב ע״א, ציון ו 203
עב ע״א, ציון ו, פסקה ב 212
בית אב חמישאי, שו״ת, סי׳ רנה 33
בית אבי, שו״ת, חלק ב, סי׳ עה 119
סי׳ פא, אות ו 390
בית אהרן (וולקין)
כתובות סט ע״ב, ד״ה ועוד 30
גיטין נב ע״א, ד״ה בגמ׳ וצריך לחשב עמו 132
בית אפרים, שו״ת
יו״ד, סי׳ סו 423
חו״מ, סי׳ ע 39 42 139
בית דוד (פילוסוף, משלוניקי), חו״מ
סי׳ לג 167
סי׳ קלב 443
בית דינו של שלמה, שו״ת, יו״ד
סי׳ א 110
סי׳ א, הלכתא פסיקתא, אות כג 109
סי׳ ח 440
בית ידידיה (שאחעט), סי׳ א 44
בית יוסף, על הטור
יו״ד, סי׳ קס 109 469
סי׳ רכח 279 494
סי׳ רמט 48
סי׳ רנו 489 624
סי׳ רנו, אות ד 520
סי׳ רנז 189 198
סי׳ רנז, אות ב 136
סי׳ רנח 437 446
סי׳ רנט 139 489
אהע״ז, סי׳ נג 392
סי׳ קכא 643
חו״מ, סי׳ כח 21
סי׳ ס, סעיף ז 360
סי׳ סא, סעיף ו 374
סי׳ סז, סעיף ה 279
סי׳ עב, מחודש י 307 311
סי׳ צג, סעיף ב 148
סי׳ צג, סעיף ג 152
סי׳ צג, סעיף ד 150
סי׳ קיז, סעיף ז 82
סי׳ קכה, סעיף ו 418
סי׳ קמו, סעיף י 475
סי׳ קמט, סעיף לט 23
סי׳ קפג 303
סי׳ קצה, מחודש ד 497
סי׳ רי, סעיף א 43
סי׳ ריב, סעיף ח 418 430
סי׳ רמג, סעיף ב 418 442
סי׳ רנ, סעיף לד 462
סי׳ רנג, סעיף טז 400
סי׳ רפה, סעיף ב 58
סי׳ רפה, סעיף יג 574
סי׳ רפה, מחודש יג 573
סי׳ רפו, סעיף ג 337
סי׳ רפח, סעיף ד 337
סי׳ רצ, סעיף ג 558 562 568
סי׳ רצ, סעיף ה 601
סי׳ רצ, סעיף טו 343
סי׳ רצ, סעיף טז 315 515 516
סי׳ רצ, סעיף ל 588 592 593
סי׳ רצ, ד״ה כתוב 604
סי׳ רצ, מחודש ג 561 573 574
סי׳ שט, סעיף ד 221
סי׳ שפו 21
בית יוסף, שו״ת, דיני כתובות, סי׳ טז 175
בית יחזקאל (סרנא), גיטין, סי׳ י 21 22
בית יעקב (טאווישונסקי), חו״מ
סי׳ רצ, סעיף ח 289 554 555
סי׳ רצ, סעיף יב 245
סי׳ רצ, סעיף כג 308
סי׳ רצב, סעיף יט 330
בית יעקב (מצויזמיר), שו״ת, סי׳ קסד 505
בית יצחק (שמעלקש), שו״ת
או״ח, סי׳ כ, אות ב 498
יו״ד, חלק ב, סי׳ עז, אות ב 32
סי׳ פב 417־419
סי׳ פב, אות ח 31
סי׳ פב, אותיות ח־ט 31
סי׳ פב, אות יא 436 489
סי׳ פב, אות יב 437
סי׳ פה 418 419
חו״מ, דרוש כט, אות ז 590
בית מאיר, אהע״ז
סי׳ צ, סעיף ב 83
סי׳ ק, סעיף ב 84 85
סי׳ קיט, סעיף ו 10
סי׳ קכ, סעיף ד 440
בית מאיר, שו״ת, סי׳ א 436 445
בית שלמה (דרימר), שו״ת
יו״ד, חלק א, סי׳ כא 164
סי׳ קצה 448
חו״מ, סי׳ יז 579
סי׳ כד 163
סי׳ קיג 141
מהדורא בתרא, סי׳ קט 32 420 427 430 437
בית שמואל, אהע״ז
סי׳ לח, ס״ק סד 494
סי׳ מ, ס״ק ו 451
סי׳ סו, ס״ק כג 279

סי׳ סו, ס״ק כז 279
סי׳ עו, ס״ק יב 279
סי׳ ק, ס״ק יג 84
בן שמעון, ר׳ שלמה
הסכמה לשו״ת משפטי הלוי, חלק א 33
במוריה גל׳ רנ־רנב, סיון תשנ״ח, עמ׳ צט 33
בני אהרן (לפפא), שו״ת, סי׳ צד 569
בני חיי, חו״מ
סי׳ קכח, הגהב״י, אות ד 174
סי׳ קפה, הגהב״י, אות ה 327
סי׳ רצ, סעיפים יד־טו 306
בני יהודה (עייאש), שו״ת, סי׳ נ 571
בני יעקב
על העיטור, מאמר ב (עא ע״ג) 431
שו״ת, סי׳ ה (קצד ע״ב) 186
בני שמואל (חיון), שו״ת, סי׳ לה 619 626
בנימין זאב אחרון, שו״ת, סי׳ נו 497
בנין יחזקאל, כתובות פח ע״ב 567
בנין ציון, שו״ת
סי׳ סה 120
סי׳ קס 451
סי׳ קסו 423
החדשות, סי׳ יג 542
סי׳ כד 31
בעי חיי, שו״ת
יו״ד, סי׳ רכ 626
חו״מ, חלק א, סי׳ קצו 360
סי׳ רז 570
סי׳ ריב־ריג 457 458
סי׳ ריד 458
בקש שלמה, שו״ת
סי׳ ב 23
סי׳ מב 132
ברית אברהם, שו״ת
יו״ד, סי׳ ס, סעיף ט 436
אהע״ז, סי׳ טו, אות ז 440
ברית כהונה, חו״מ, מערכת אלף, אות ד 126
ברכי יוסף
או״ח, סי׳ תלד, אות ד 440
סי׳ תקעא, אות ב 253
יו״ד, סי׳ רנז 586
חו״מ, סי׳ יב, אות יט 213
ברכת אמת, סי׳ ג 12
סי׳ ה 78
ברקוביץ, ר׳ אליעזר, בשו״ת שרידי אש
חלק א, סי׳ צז, ענף ב, אות ד 439
בשמים ראש, שו״ת, סי׳ צג 85 87
גאון צבי, סי׳ רצב, סעיף י 90
גבעות עולם (קובו), שו״ת, סי׳ טו 571
גולדברג, ר׳ זלמן נחמיה
המעיין מ(ג) (תש״ס), עמ׳ 43 15
תחומין ו (תשמ״ו), עמ׳ 185 16
תחומין ו (תשמ״ה), עמ׳ 185־207 541
תחומין ז (תשמ״ז), עמ׳ 368 16
בחוק לישראל, נזיקין, עמ׳ 378 183
בחוק לישראל, שומרים
עמ׳ 733 165
עמ׳ 1041, מילואים להערה 37, אות א 297
גידולי תרומה, על ספר התרומות
שער יד, חלק א, אות ו 247
שער מו, חלק ד, אות ח 22
שער מט, חלק יג, אות י 360
שער סה, חלק ב, אות ב 174
גינת ורדים, שו״ת
יו״ד, כלל ג, סי׳ ז 581
חו״מ, כלל א, סי׳ א 107
כלל א, סי׳ ב 68
כלל א, סי׳ ה 88
כלל ג, סי׳ ב 193 195 196
כלל ה, סי׳ ב־ד 360
כלל ה, סי׳ י 554
כלל ו, סי׳ ט 23
גליון הש״ס (נתנזון) על הירושלמי
מעשר שני, פרק א, הלכה א 85
גליון מהרש״א (איגר)
יו״ד, סי׳ רנט 492
חו״מ, סי׳ רנז 606
גליוני הש״ס (אנגל)
ברכות ס ע״א 165
בבא קמא פה ע״א 165
צג ע״א 120
גלנטי, ר׳ ידידיה
בשו״ת מהר״ם גלנטי, סי׳ קכה 567 569
גנזי חיים, מערכת מ, אות קנד 360
גר״א (ראה: ביאור הגר״א)
דבר אברהם
חלק א
סי׳ יא, אות יא 424
סי׳ יד, אות ב 440
סי׳ טו, אות ד 440
חלק ב, סי׳ יט 120
דבר אליהו (לרמן), שו״ת, סי׳ פב 561 568 569 571
דבר אליהו (מיליקובסקי), בראשית
עמ׳ קצא 32
עמ׳ קצג 32
עמ׳ רכד 205
דבר יהושע, שו״ת
חלק א, סי׳ כה, אות ח 390
חלק ג, סי׳ לח, אות ב 33
דבר למשפט, סי׳ י 28
דבר משה (אמריליו), שו״ת, חלק ב
אחרי המפתחות 440
סי׳ קא 331 333 334 348
דבר שמואל (עמאר), שו״ת, חו״מ, סי׳ ו 571
דברות משה, נדרים, סי׳ ה, ענף ו 428
דברי בן שלמה, פרשת פקודי, עמ׳ קמט 141
דברי הגות והלכה (פיזם), עמ׳ 34־44 571
דברי התורה, חו״מ, סי׳ יב, ס״ק ד 213
דברי חיים (אוירבך)
דיני חמץ, סי׳ י 302
יו״ד, סי׳ מה 418
יו״ד, סי׳ מח 31 430
דיני מכירה, סי׳ ו 497
דברי חיים (הלברשטם), שו״ת
חלק א, חו״מ, סי׳ יב 232
סי׳ כה 137

חלק ב, חו״מ, סי׳ לב 474
סי׳ מו 377
דברי יחזקאל, סי׳ נה, אות ג 489
דברי משפט (אוירבך), סי׳ לז, ס״ק ח 424
דברי ריבות, שו״ת
סי׳ כח 457
סי׳ נא 227
סי׳ צב 67
סי׳ קיא 162
סי׳ קכג 263 302 303 310 315 515
סי׳ קנו 455
סי׳ קסא 205
סי׳ קסו (כתוב בטעות קפו) 569
סי׳ רכא 67
סי׳ רסז 329
סי׳ שטו 568
סי׳ תטו 82
דובב מישרים, שו״ת, חלק א, סי׳ כז 411
דודאי ראובן (נלקן), פרשת משפטים 165
דילאטאש, ר׳ יצחק, בשו״ת הר״ן, סי׳ ב 22 79
דמשק אליעזר (ניצברג), סי׳ קצה, סעיף ז 497
דעת כהן, שו״ת, סי׳ קל 437
סי׳ קלד 109 437
דעת תורה, יו״ד, סי׳ רנט, ד״ה ונשאלתי 615
דקדוקי סופרים
גיטין נב ע״א 129
בבא בתרא ט ע״א 135
דרישה, על הטור
יו״ד, סי׳ רנח, סעיף ב 454
חו״מ, סי׳ צג, סעיף ד 150
סי׳ ריב, סעיף י 429
סי׳ ריב, סעיף יא 429 442
סי׳ רפה, סעיף א 58
סי׳ רפח, סעיף א 337
סי׳ רפח, סעיף ד 337
סי׳ רצ, סעיף יג 565
דרך אמונה, על הרמב״ם, הלכות מתנות עניים
פרק ח, הלכה ד, ס״ק כב 486
פרק ט, הלכה יא, ס״ק סח 138
דרך חיים, על אבות, פרק ב, משנה ב 252
דרך שיחה (קנייבסקי), עמ׳ תקפח 580
דרכי משה, על הטור
יו״ד, סי׳ רמה, ס״ק ו 253 254
סי׳ רמו, ס״ק ט 204
סי׳ רנ, ס״ק א 189 198
סי׳ רנז, ס״ק א 141
סי׳ רנח 418
סי׳ רנח, ס״ק ג 418
סי׳ רנט, ס״ק ג 627
אהע״ז, סי׳ נג, ס״ק א 392 400
חו״מ, סי׳ פז, ס״ק ג 598
סי׳ פז, ס״ק ח 598
סי׳ קפט, ס״ק א 497
סי׳ רנ, ס״ק ה 501
סי׳ רנג, ס״ק ז 400 401
סי׳ רסד, ס״ק ב 162
סי׳ רפג, ס״ק ב 84
סי׳ רצ, ס״ק ב 574
סי׳ רצ, ס״ק ו 604
דרכי נועם, שו״ת
יו״ד, סי׳ ב 501
אהע״ז, סי׳ יח 315 515
חו״מ, סי׳ ו 82
סי׳ כה 427־429
דרש אברהם, חלק ב, פרשת מסעי 557
דת אש, שו״ת, סי׳ יד 437
ה׳ [הידיעה] (ראה בלי ה)
הגהות והערות לטור השלם
יו״ד, סי׳ רנ, אות ז 198
חו״מ, סי׳ רנ, אות כב 501
סי׳ רפה, אות ה 58
הדאיה, ר׳ עובדיה,
בנועם יג (תש״ל), עמ׳ מר־נ 30
הורוביץ, ר׳ פנחס (ראה גם: מקנה)
בשו״ת בגדי כהונה (כהן), אהע״ז, סי׳ כ 497
היכל יצחק, שו״ת, או״ח, סי׳ יד 627
היכלי שן, שו״ת, חלק ב, סי׳ לט 390
הילדסהיימר, ר׳ עזריאל, חידושים לתלמוד
גיטין נב ע״א 569
הירש, ר׳ שמשון רפאל, פירוש, ויקרא כז יד 472
הלכה למשה (ראם), שו״ת, סי׳ ד, אות ג 239
הלכה פסוקה, הלכות עדות, סי׳ כח, סעיף טו 250
הלכות מדינה (ולדינברג)
חלק א, שער א, פרק ה 316
חלק ג, שער ד, פרק ה, אות ד 21 559
פרק ה, אות ה 12
הלכות מתווכים (גולדברג), פרק כב, הערה 4 33
העמק דבר, שמות לח, כא, בהרחב דבר 138
העמק שאלה, על השאילתות
שאילתא לא, ס״ק ב 292
שאילתא סד, ס״ק ה 136
שאילתא קלח, ס״ק א 498
שאילתא קלט, ס״ק א 247 258
הפלאות נדרים, נדרים מח ע״ב 16
הפקדתי שומרים, סי׳ רצב, עמ׳ תרסד־תרסט 375
הר הכרמל, שו״ת, יו״ד, סי׳ כד 620 621
הר המור, שו״ת, סי׳ לט 31
הר צבי, שו״ת, יו״ד
סי׳ קכו 120 470
סי׳ קצג 15 500
הרי בשמים, שו״ת, מהדורא תניינא, סי׳ ב 78
הרצוג, ר׳ יצחק אייזיק הלוי
בשו״ת קול מבשר, חלק א, סי׳ לב, אות ו 443
וניגש הכהן, כלל י 440
ושב הכהן, שו״ת, סי׳ יח 418 437 497 498
סי׳ כד 441 450 452 461 462
זילברשטיין, ר׳ יצחק
באסיא, חוב׳ לט (טבת תשמ״ה), עמ׳ 26־31 165
זית רענן, חלק ב
סי׳ טו, אות ח 375
סי׳ עו, אות ב 420
זכור אהבת קדומים, עמ׳ תי 220
זכור לאברהם (אביגדור)
יו״ד, סי׳ יב 15

דף מ ע"ג 440
דף קנד ע"ב 440
זכרנו לחיים
חלק א, מערכת שליחות, אות ז 440
חלק ב, מערכת מחילה, אות ב 440
זקן אהרן (הלוי), שו"ת, סי' קז 618
זקני יהודה, שו"ת, סי' קל (א) 458
זרע יצחק, בבא מציעא מב ע"ב 299 300
חבל נחלתו (אפשטיין), חלק א, סי' צ 340
חוות דעת, יו"ד, סי' קס, ס"ק י 44
חוות יאיר, שו"ת, סי' נט 437 474
סי' קמ 590
סי' קנא 296
סי' קסו 182
סי' קצד 434
סי' קצט 291 293
סי' רלב 400 401
חוקת משפט, הלכות מכירה
פרק ו, סעיף כא 24
קונטרס אחרון, סי' א 24
חושן אהרן (וואלקין), על חו"מ
סי' יב, סעיף יח 213
סי' סו, ד"ה שם 418
חזון איש
אהע"ז, סי' פו, ס"ק ה 643
חו"מ, סי' א, ס"ק כד 187
בבא קמא, סי' כא, ס"ק יג 375
סי' כב, ס"ק ג 375
חו"מ, ליקוטים, סי' ח, ס"ק ה 431
סי' כא, על דף קמח ע"ב 501
סי' כב, ד"ה מ"ח א' ת"ק סבר 388
סי' ל, ס"ק יב 16
חזון יחזקאל, על התוספתא
בבא בתרא, פרק ח, הלכה ד 563
תמורה, פרק ג, הלכה א 495
חידושי... (ראה לפי שם המחבר)
חידושי אנשי שם, על המרדכי
בבא קמא, סי' נה, ס"ק ע 218
רבנו חיים הלוי, חידושים על הרמב"ם
הלכות מעילה, ח, א 469
חיים ביד, שו"ת
סי' סג 600
סי' סח 453
סי' סט 58 607
חיים שאל, שו"ת
חלק א, סי' פז, אות ה 557
חלק ב, סי' לב 110 120
חכם צבי, שו"ת
סי' ד 204 205
תשובות הנוספות
סי' ג 251
ליקוטים אחרי סי' ט, ליקוט יג 86
ליקוטי תשובות, סי' קכט 181
חכמת אדם
כלל קמו, סעיף יב 264
כלל קמז, סעיף ו 141
כלל קמז, סעיף יט 599 607
כלל קמז, סעיף כז 487
כלל קמח, סעיף יא 489
כלל קמח, סעיפים יא־יב 623 624
כלל קמח, סעיף טו 389
חכמת שלמה (קלוגר), חו"מ
סי' קפב, סעיף א 12
סי' קפה, סעיף א 162
סי' רנז, סעיף א 451
חלקת יואב, יו"ד, סי' כא 419־421
חלקת יעקב, יו"ד, סי' סו, במהד' תשנ"ב (=חלק ג, סי' קצא, במהד' תשכ"ו) 469 470
חלקת מחוקק, סי' ק, ס"ק יג 84
חמדת שלמה, שו"ת
או"ח, סי' ז 587
אהע"ז, סי' נ, אות ו 497
חו"מ, סי' יא, אות א 497
חסדי דוד, על התוספתא, בבא בתרא
פרק ח, הלכה ג 132 153
פרק ט, הלכה א 27
החפץ חיים (פלאג'י), סי' נח
אות ו 566
אות י 134
אות לב 554
אות עד 574
אות עה 553
אות פו 557
חקקי לב, שו"ת, חו"מ
סי' א 463 504 505
סי' נב 360
חקרי לב
יו"ד, חלק ג, סי' פט 587
סי' קד 394
סי' קה 625
סי' קיא 417 419 441 446
אהע"ז, סי' מו 10
חו"מ, חלק ב, סי' כד 265 266 268
חשב האפוד, שו"ת, חלק ב
סי' קו 32
סי' קלה 31
חשוקי חמד, יומא סט ע"א 33
חשק שלמה, גיטין נב ע"ב 156
חתם סופר, שו"ת
או"ח, סי' קטז 440 497
סי' רו 587
יו"ד, סי' קלד 119
סי' רכ 487
סי' רכה 432 433
סי' רכז 434 435
סי' רלז 390 391 419 489
סי' רלח 401 402
סי' רמ 454
סי' רמב 446
סי' רמג 475 507
סי' רמד 628
סי' רעא 10
סי' שכ 500
סי' שכא 440

אהע"ז, חלק ב, סי' נ 439
סי' קא 34
חו"מ, סי' נב 181
סי' נז 239
סי' ס 167 185
סי' עח 194 198
סי' קז 429 431
סי' קי 32 431
סי' קיב 431
סי' קיד 442 443
סי' קטו 430 442 443 489
סי' קטז 211
סי' קמב 32
סי' קמז 393 397 401 402
סי' קנז 375
סי' קעח 375
סי' קעח, דינים היוצאים, אות ה 298
חלק ו, סי' מו 384 394 397 398
סי' נט 329
קובץ תשובות, סי' יח 182-184
חתם סופר, חידושים לתלמוד
גיטין לד ע"א 258
נב ע"ב 308
בבא מציעא יא ע"ב 23
ע ע"א 113
עא ע"א 120
חתם סופר, חידושים על השולחן ערוך
חו"מ, סי' רנב 418
טאיטאצאק, ר' יוסף, שו"ת, סי' כב 131
טובי העיר (גולדברג), עמ' ע 265
אבן טוואה, ר' אברהם, שו"ת (תשב"ץ, חלק ד, טור ג)
סי' כ 164
סי' לד 114 120
ט"ז, על השולחן ערוך
או"ח, סי' תקסב, ס"ק ח 437
יו"ד, סי' רכח, ס"ק מט 205
סי' רנו, ס"ק ד 109 623
סי' רנז, ס"ק ד 198
סי' רנז, ס"ק ו 264
סי' רנח, ס"ק ג 454
סי' רנח, ס"ק ד 453
סי' רנח, ס"ק ה 135 228 229 233 552 637
סי' רנט, ס"ק ב 109
סי' רנט, ס"ק ג 623
סי' רנט, ס"ק ד 624
סי' רנט, ס"ק ה 623
סי' שלו, ס"ק ג 164
אהע"ז, סי' לח, ס"ק ב 497
סי' לח, ס"ק כ 494
סי' ק, ס"ק ד 84
חו"מ, סי' צא, סעיף ז 195
סי' צג, סעיף א 149 150
סי' צג, סעיף ד 151
סי' קכה, סעיף ט 502
סי' קעו, סעיף מח 182
סי' רמט 497
סי' רנב, סעיף ב 360
סי' רנג, סעיף טז 464
סי' רפה, סעיף ט 568
סי' רצ, סעיף ב 574
טיב קידושין
סי' כז, ס"ק יט 497
סי' ל, ס"ק יא 497
טל תורה, על ירושלמי, מעשרות, פרק ה, הלכה ג 19
יביע אומר, שו"ת
חלק ה, או"ח, סי' כה, אות ח 166
יו"ד, סי' יג, אות ג 114 118
חלק ח, חו"מ, סי' ז 600 602
סי' ז, אות ה 314 315 518
יד אברהם, יו"ד, סי' רנח, סעיף ה 227 228
יד איתן, על הרמב"ם
הלכות מכירה, פרק כט, הלכה ד 56 57
יד מלאכי
כללי הגמרא, סי' רנח 205
כללי הדינים, סי' צ 435
כללי הרא"ש, סי' לז, סי' מ, וסי' מו 437
כללי השולחן ערוך, סי' טז 437
כללי שאר המחברים, אות יח 418
יד שאול, יו"ד, סי' רנח, סעיף יב 33
ידיו של משה, שו"ת, יו"ד, סי' ח, בהגהה 440
יהודה יעלה, שו"ת
חלק א, יו"ד, סי' שט 392 629
סי' שיא 437
סי' של 33
סי' שפב 120
חלק ב, סי' מג 355
סי' ריג 12
יורו משפטיך ליעקב, שו"ת, סי' צו 182
סי' קלג 431
יחווה דעת, שו"ת, חלק ו, סי' נב 437
יחל ישראל, שו"ת, סי' נט 165
יין הטוב, שו"ת, חלק א, יו"ד, סי' טו 15
יכין ובועז, שו"ת
חלק א, סי' קיח 279
סי' קלו 565 568 573 576
חלק ב, סי' מז 560 561 566
ילקוט ביאורים (בתלמוד מהד' מתיבתא)
שקלים, פרק ד, עמ' נח 110
ים של שלמה
גיטין, פרק ה, סי' ו 125 245 458 562
בבא קמא, פרק א, סי' י 120
פרק ד, סי' יג 299
פרק ד, סי' טו 299
פרק ה, סי' לד 432
פרק ח, סי' כט 62 97
פרק ח, סי' ע 374
פרק ח, סי' עא 293
פרק ח, סי' עב 120 293
פרק ט, סי' ל 374 375
פרק ט, סי' סו 394
חולין, פרק ג, סי' ט 111
יפה עיניים, בבא קמא לט ע"א 299
ר' יצחק מפוזנא, שו"ת, סי' קמו 558
יריעות החושן, חו"מ, סי' יב, ס"ק ז 213

יש מאין, שו"ת, סי' כג 355 356
ישועות יעקב, יו"ד, סי' קס, ס"ק ז 470
ישיב יצחק, חו"מ, סי' יב, סעיף יח 213
ישמח לבב, שו"ת, חו"מ, סי' ח 128-130 132 133
ישרי לב (חזן), מערכת ג (ב ע"ד) 141
כבוד יום טוב, על הרמב"ם
הלכות מכירה, פרק כג, הלכה א 431
כלי חמדה, פרשת תרומה, דף קכט ע"ב 498
כנסת הגדולה, על הטור
יו"ד, סי' קס, הגהב"י, אותיות עד-עה 119
חו"מ (מסי' קנז ואילך — מהדורא בתרא)
סי' יב, הגהב"י, אות נד 213
סי' סב, הגה"ט, אותיות ח-יג 356
סי' קז, הגהב"י, אות יב 84
סי' קכה, הגה"ט, אות כג 463
סי' קכח, הגהב"י, אות טז 174
סי' קכח, הגהב"י, אות כא 175 176
סי' קכח, הגהב"י, אותיות כא-כה 174
סי' קסג, הגהב"י, אות קטז 265 268
סי' ריב, הגהב"י, סי' כט 430 431
סי' רנב, הגהב"י, אות יט 31
סי' רפה, הגהב"י, אות ט 573
סי' רצ, הגה"ט, אות י 521
סי' רצ, הגה"ט, אות טו 568
סי' רצ, הגה"ט, אות כה 457
סי' רצ, הגה"ט, אות לד 281
סי' רצ, הגה"ט, אות קנד 63
סי' רצ, הגה"ט, אות קנו 594
סי' רצ, הגהב"י, אות כג 560
כנסת הגדולה, שו"ת, סי' כז 587
כסא דהרסנא, על שו"ת בשמים ראש
סי' צג 85 87
כסף הקדשים, על חו"מ
סי' צו, סעיף ו 359 362
סי' רצ, סעיף א 214
סי' רצ, סעיף כד 63
כסף משנה, על הרמב"ם
הלכות מכירה, כב, הלכות טו-טז 430
הלכות שכירות, א, ד 560
הלכות שאלה ופיקדון, ה, א 290
הלכות מלכים, א, ו 557
כפי אהרן (אפשטיין), שו"ת, סימן לד 540
כרם חמר
חלק א, חו"מ, סי' ה 571
חלק ב, תקנות השייכות לחושן משפט, סי' ח 128
חלק ב, דף מח ע"ב 169
חלק ב, דף נח ע"א 457
כתב סופר, שו"ת
יו"ד, סי' קג 440
סי' קי 110
חו"מ, סי' כב 560 565-567
לאו, ר' ישראל מאיר (ראה גם: יחל ישראל)
בתחומין יט (תשנ"ט), עמ' 9-16 579
לב אריה (הורביץ), סי' לט 390
לב ים, גיטין, סי' לג, אות ג 431
לב מרפא (פאניז'ל)
דף יא ע"ג 96
דף מג ע"ג 440
לב שמח, שו"ת
סי' כט 131
סי' ל 98
לבוש
או"ח, סי' קנד, סעיף ב 433
יו"ד, סי' רנט, סעיף ז 79
חו"מ, סי' יב, סעיף יח 213
סי' צא, סעיף ז 195
סי' ריא, סעיף א 541
סי' רנג, סעיף טז 464
סי' רצ, סעיף א 558
סי' רצ, סעיף כג 593
הלוי, ר' חיים דוד
בתורה שבעל פה יח (תשל"ו), עמ' כט-לז 165
לוחות אבן, בבא בתרא, עמ' רכו-רכז 75
לחם רב, שו"ת
סי' צב 205
סי' קעו 568 570
סי' קצא 205
סי' קצו 310
סי' רג 619
סי' רט 569 570
סי' ריב 559
ליקוטי שיחות (האדמו"ר מליובביץ')
כרך יח, עמ' 104 ואילך 204
כרך לח, פרשת פנחס, עמ' 116 125
לנדא, ר' שמואל, בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא,
חו"מ, סי' נ 507 508
מאזנים למשפט, חו"מ, סי' יב, ס"ק יז 213
ר' מאיר שמחה, חידושים לתלמוד
בבא קמא, עמ' כט 299
מאמר מרדכי (איטינגא), שו"ת, סי' עז 279
המבי"ט, שו"ת
חלק א, סי' פג 67
סי' קכב 569
סי' קכג 179 180
סי' קכד 179 180
סי' קסט 120
סי' קצ 355
סי' קצה 463
סי' רעח 213
סי' שלה 206
חלק ב, סי' עד 208
סי' קה 412
חלק ג, סי' ג 360
סי' מח 109 453
סי' עו 253
סי' עט 618 619
סי' פג 561
סי' קג 207
סי' קנה 181 182 184
סי' קנו 179 180
סי' קפח 179 180
מגדל עוז, על הרמב"ם
הלכות נחלות, פרק יא, הלכה יב 125
מגן אברהם, סי' קנג, ס"ק כא 438
סי' קנג, ס"ק לו 626
סי' קנד, ס"ק כג 77

סי׳ תקעא, ס״ק ג 253
מהר״י אלגזי, שו״ת, חו״מ, סי׳ מא 60
מהר״י בן לב, חידושים לתלמוד, גיטין לח ע״א 46
מהר״י בן לב, שו״ת
חלק א, סי׳ מז (מה) 265 266 268
סי׳ נד 113
סי׳ סא 442 462
סי׳ עז (עה) 174
סי׳ עט 525
סי׳ קיז 163
חלק ב, סי׳ כז 515 517
סי׳ כח 457
סי׳ כט 213
סי׳ לט 29 31 32
סי׳ מו 151
סי׳ מח 280־282 559
סי׳ סז 394
סי׳ עו 56 57 280־282 559
חלק ג, סי׳ יז 205־207 227
סי׳ לו 437
סי׳ מג 24 64
סי׳ קיד 278
חלק ד, סי׳ יא 309
סי׳ לא 569 570
מהרי״א הלוי (מלבוב), שו״ת, סי׳ פו 32
מהרי״ט, שו״ת
חלק א, סי׳ ו 415
סי׳ כב 30 31 417־420 455
סי׳ כז 203 205 207 208
סי׳ לט 32 417
סי׳ מו 446 449
סי׳ סז 501
סי׳ צג 210 328 331 332 347 350
סי׳ קטז 119 530
סי׳ קכז 203 207 210 260 329 417־419 439 440
סי׳ קלב 23
סי׳ קלד 205
סי׳ קמד 110 111 565
סי׳ קנא 151
חלק ב, יו״ד, סי׳ כח 33 34
יו״ד, סי׳ לט 119 291
יו״ד, סי׳ מב 119
יו״ד, סי׳ מה 42 119 431 470 529
יו״ד, סי׳ נד 360
אהע״ז, סי׳ כא 162
אהע״ז, סי׳ מז 389 390 395
חו״מ, סי׳ א 189 190 197 332־334
חו״מ, סי׳ כג 420
חו״מ, סי׳ לז 569
חו״מ, סי׳ נ 31 417 419
חו״מ, סי׳ פג 187
חו״מ, סי׳ צד 415
חו״מ, סי׳ צה 20 32
מהרי״ט, שו״ת ופסקי מהרי״ט החדשים
סי׳ ט 48 453 501
מהריט״ץ, שו״ת
סי׳ יב 106 107
סי׳ כא 68
סי׳ נא 540
סי׳ עט 492 625
סי׳ קנח 620
סי׳ קפו 431
סי׳ רעו 446 448
מהריט״ץ, שו״ת החדשות
סי׳ לב 412
סי׳ סט 558
סי׳ פה 198
סי׳ צה 193
סי׳ צו 190
סי׳ קכד 114
סי׳ קלא 125
שו״ת מהרלב״ח, סי׳ צה 246 251 342
מהר״ם אלשיך, שו״ת
סי׳ ז 431
סי׳ יז 360
סי׳ יט 62 63 354־357
סי׳ כ 67
סי׳ ע 174
סי׳ קכא 443
סי׳ קל 569
סי׳ קלב 22
סי׳ קמ 501
מהר״ם אלאשקר, שו״ת, סי׳ עא 307
מהר״ם בן חביב, בשו״ת גינת ורדים, חו״מ
כלל א, סי׳ א 107
כלל ג, סי׳ ב 196 197
מהר״ם גאויזון, שו״ת, סי׳ טז 558 568־570
מהר״ם גלאנטי, שו״ת
סי׳ ג 127
סי׳ יג 430 435 436
סי׳ כה 229 244
סי׳ עד 333
סי׳ עו 489 490 618
סי׳ קכג 490 620
סי׳ קכה 564 567־569 604
מהר״ם די בוטון, שו״ת, סי׳ כד 569
מהר״ם מלובלין, חידושים לתלמוד
בבא בתרא ט ע״א 136
מהר״ם מלובלין, שו״ת
סי׳ יב 561 562 606
סי׳ מד 182
מהר״ם פדואה, שו״ת
סי׳ לח 130 132 458
סי׳ מד, שאלה יא 575
סי׳ נ 501
סי׳ עב 33
מהר״ם שיף, חידושים לתלמוד, גיטין נב ע״א 247
ביאור, גיטין לח ע״א, ס״ק ז 46
מהר״ם שיק, שו״ת
יו״ד, סי׳ רלה 251
סי׳ שפח, אות א 423
חו״מ, סי׳ יח־יט 519 524
מהר״ץ חיות, הגהות לתלמוד
תענית ב ע״א 528
תענית, בסוף המסכת 528

מהר״ש יפה, במחנה אפרים, הלכות צדקה, סי׳ ז 489
מהרש״א, על התלמוד
גיטין נב ע״א 247
בבא בתרא קמט ע״ב 29
מהרש״ג, שו״ת, יו״ד, סי׳ ג 37
מהרשד״ם, שו״ת
יו״ד, סי׳ נז 120
סי׳ קלז 306 309
סי׳ קנח 437
סי׳ קסב 262 620
סי׳ קסט 520 626
סי׳ קע 140 434
סי׳ קעא 139 140 492 623
סי׳ קעג 501
סי׳ קפ 501־503 616
סי׳ רח 501
סי׳ רכה 279
אהע״ז, סי׳ מח 204 205
סי׳ קסב 20
חו״מ, סי׳ לד 196
סי׳ מו 314 515 517 518
סי׳ נד 67
סי׳ עא 360
סי׳ פא 309
סי׳ קיד 172
סי׳ קטו 356
סי׳ קכב 67
סי׳ קנג 594
סי׳ קנט 150 151
סי׳ רט 20
סי׳ שב 132 134 306
סי׳ שג 211־216 314 515 516 518 607
סי׳ שיב 174 573
סי׳ שיד 309
סי׳ שכא 306 309
סי׳ שכה 329
סי׳ שלט 263 281 282 559 568
סי׳ שמה 162 174
סי׳ שמט 125 207 262 309
סי׳ שעז 607
סי׳ שפ 274 279
סי׳ שפד 68
סי׳ שפח 186
סי׳ תכד 521 523 593
סי׳ תלד 211 314 515 517 518
סי׳ תלה 181־183
סי׳ תמה 140
סי׳ תנג 134
מהרש״ך, שו״ת
חלק א, סי׳ ב 501
סי׳ לד 360
סי׳ סד 306 309
סי׳ סה 309
סי׳ קפז 457
חלק ב, סי׳ לח 619 624
סי׳ מב 569
סי׳ נא 569
סי׳ עז 568־570
סי׳ צא 161 162
סי׳ קג 329
סי׳ קח 306 517
סי׳ קיז 329
סי׳ קסט 307
סי׳ רא 152
חלק ג, סי׳ ח 204 205 212
סי׳ סה־סו 329
מהרש״ך, במחנה אפרים, הלכות שלוחין, סי׳ יא 20
מהרש״ל, שו״ת
סי׳ טו 296 306
סי׳ צו 182 183
מהרש״ם, שו״ת
חלק א, סי׳ לב 362
סי׳ עז 222 223 225
חלק ב, סי׳ קמח 57
סי׳ רכד, אות ו 31
סי׳ רכד, אות ז 30
סי׳ רכד, אות ח 29
סי׳ רכד, אות י 31
סי׳ רכד, אות יב 30
סי׳ רכד, אותיות י־יב 31
חלק ג, סי׳ פה 424
סי׳ קיז 63 211 232
סי׳ שעד 134
חלק ה, סי׳ סה 487 627
סי׳ עז 169
מוסר הנביאים
מלכים ב׳ יב, יא, ביאור, אות ה 126 457
אות ו 137
מזרחי, ר׳ אליהו, שו״ת, חלק א
סי׳ ט 625
סי׳ טז 279
סי׳ נב 205 207
סי׳ נג 277 291 411 622 623
סי׳ עג 435 436
מחנה אפרים
הלכות צדקה, סי׳ ב 417־421 428 441 442
סי׳ ג 492 507
סי׳ ד 500 502
סי׳ ה 500
סי׳ ו 393 396 418
סי׳ ז 418 489 492
סי׳ ח 497 498
סי׳ י 492 507
סי׳ יא 421 488 489 492 507
הלכות גזילה, סי׳ יא 296
הלכות מכירה, קניין משיכה, סי׳ טו 12
הלכות זכייה ומתנה, סי׳ ו 644
סי׳ כט 30 31 46
סי׳ ל 32
סי׳ לא 390
סי׳ לב 36
סי׳ לד 644
הלכות שלוחין ושותפין, סי׳ ז 440
סי׳ יא 12 20 644
סי׳ יז 373
סי׳ כ 327 330 331

הלכות שומרים, סי׳ טז 291
הלכות שכירות, סי׳ ב 555
הלכות שכירות פועלים, סי׳ ד 589
סי׳ ח 164
הלכות מלווה ולווה, דיני ריבית, סי׳ ה 118
סי׳ ו 117
סי׳ ז 119 470־472
סי׳ מא 296 375 375
על הרמב״ם, הלכות זכייה, פרק י 430
מטה אהרן, חלק ב, אות צה 440
מטה יוסף (נזיר), שו״ת
חלק א, סי׳ יא 619
סי׳ יב 412 413
חלק ב, יו״ד, סי׳ ד 493
מטה שמעון, סי׳ רנב, הגהב״י, אות יד 32
המידות לחקר ההלכה, מידה יח, אות נד 423
מים עמוקים, שו״ת, חלק ב (ראנ״ח)
סי׳ לה 501
סי׳ ע 580
סי׳ עו 22
סי׳ קז 419
מים קדושים, שו״ת (קריספין), סי׳ ז 360
מכתם לדוד, שו״ת, חו״מ, סי׳ ה 23
מלבי״ם, פירוש לתנ״ך, משלי
יא, יד 203
כד, ו 203
מנחם משיב, שו״ת, חלק א
סי׳ נח 132
השלמות שבסוף הספר, עמ׳ 436 132
מנחת איש (שפירא), ריבית, סי׳ ט 120
מנחת אשר, גיטין, סימן י 644
מנחת ביכורים, על התוספתא
פאה, פרק ד, הלכה טז 85
בבא בתרא, פרק ט, הלכה א 27
מנחת העומר, שו״ת
חו״מ, סי׳ לה 204 205 207
מנחת חינוך
מצווה סה 554
מצווה תעט, אות ו 498 499
מנחת יצחק, שו״ת
חלק ג, סי׳ א 37
חלק ג, סי׳ קל, אות א 600
חלק ד, סי׳ טז 120 470
סי׳ יז 120
סי׳ נב, אות ד ואילך 132
חלק ו, סי׳ עח 120
חלק ט, סי׳ קיב 134
חלק י, סי׳ קא 329
מנחת פתים, שיירי מנחה, חו״מ, סי׳ שסג 375
מנחת שי (שור), שו״ת, חלק א, סי׳ עח־עט 32
מנחת שלמה (אוירבך), שו״ת
חלק א, סי׳ כח 470
תניינא, סי׳ קלו, עמ׳ תפב 75
מעיל שמואל (פלורנטין), שו״ת, סי׳ מה 130
מעין החכמה, בבא מציעא כו ע״א 78
מעיני החכמה, בבא מציעא
לב ע״א, מהדורא בתרא, אות קלח 330 342 350
לח ע״א 344
המעלות לשלמה, דף קפה ע״א 440
מערכי לב (חזן), סי׳ כא 164 166
המעשה והמדרש
כרם ישעיהו, פרשת בראשית, עמ׳ טו 33
מעשה רקח, על הרמב״ם
הלכות גנבה, פרק ו, הלכה ג 96
הלכות מכירה, פרק ה, הלכה י 497
מפי אהרן, שו״ת, חו״מ, סי׳ יב 434
מפענח צפונות, פרק ה, סעיף ג 499
ס׳ המפתח על הרמב״ם (מהד׳ פרנקל)
הלכות אישות, ז, טז 43
הלכות ערכין וחרמין, ז, יד־טז 82
הלכות מעשה הקרבנות, טו, א 496 497
הלכות מכירה, כב, יג 43
הלכות שלוחין ושותפין, ה, יא 594
הלכות מלווה ולווה, יח, ז 82
מצודת דוד (שפרבר), על המשנה, חולין, יב, א 422
מקור ישראל, שו״ת, חו״מ, סי׳ מ 302
ס׳ המקנה, קונטרס אחרון, על אהע״ז
סי׳ כז, סעיף ג 497
סי׳ כט, סעיף ב 497
סי׳ לח, סעיף לד 497
סי׳ מט, סעיף ב 497
מראה הפנים, על הירושלמי, בבא מציעא, ה, ג 298
משא מלך, חלק ה, שער א, משפט ה 265 268
משאת בנימין, שו״ת, סי׳ כח 296
משאת משה, שו״ת, חו״מ, סי׳ כד 205־207 228 232
משיב דבר, שו״ת, חלק ב, סי׳ מט 542 543
משיב נבונים, סי׳ מה 394
משנה ברורה, על או״ח
סי׳ נג, ס״ק פו 587
סי׳ קנא, ס״ק נא 474
סי׳ קנג, ס״ק כא 486
ס״ק כד 627
סי׳ תקסב, ס״ק לא 437
סי׳ תקפה, ס״ק יז 607
משנה הלכות, שו״ת,
חלק ו, סי׳ קמ 120
סי׳ קמג 120
חלק ז, סי׳ קיט 120
חלק יב, סי׳ קלט 97
סי׳ קנח 33
משנה למלך, על הרמב״ם
הלכות ערכין וחרמין, ו, י 19
ו, כב 423
הלכות מכירה, כג, א 431
הלכות זכייה ומתנה, ט, י 46
הלכות שלוחין ושותפין, א, ה 327
ה, ב 312
הלכות עבדים, ג, טו 87
הלכות שכירות, י, א 307 309
הלכות מלווה ולווה, ד, יד 119 293 470 530
ה, יד 117
ח, ד 111
יח, ו 83
משנה שכיר, שו״ת, חלק ב, סי׳ קצח 259
משנת ר׳ אהרן, שו״ת, חלק א
סי׳ לא, אות א 624

סי׳ לא, אות ב 490
סי׳ לא, אות ג 492
סי׳ לא, אות ה 489 492
סי׳ לב, אותיות ו, ח, ט, יא 488
משנת רבי אליעזר (טולידו), שו״ת
חלק א, חו״מ, סי׳ נו 89
משפט האבידה, עמ׳ יד 636
משפט הצוואה (שווארץ)
עמ׳ רטו־רכב 32
עמ׳ רכו־רכז 31
עמ׳ רלח־רמג 31
חלק ג, שער ט, ענף יד 434
ענף טו 436
משפט כתוב, שו״ת
יו״ד, סי׳ כג 141
חו״מ, סי׳ נד 569
משפט ערוך, עמ׳ 122, הערה 69 419
משפט צדק (מלמד), שו״ת
חלק א, סי׳ מב 228
חלק ב, סי׳ נז 132
סי׳ עט 445
משפט שלום, סי׳ רי 390
משפט שלמה
חלק ג, סי׳ כד 32
חלק ד, סי׳ לט־מ 32
משפטי הלוי, שו״ת, חלק ב, סי׳ ז 33
משפטי עוזיאל, שו״ת
יו״ד, סי׳ כב 48
חלק ד, חו״מ, סי׳ מב, אות ב 253
חלק ד, עניינים כלליים, סי׳ יג 20
משפטי שאול, עמ׳ רעט־רפא 476
משפטי שמואל (קלעי), שו״ת
סי׳ ל 463
סי׳ נג 587
סי׳ צ 57 244 576 601
סי׳ קכה 374 375
משפטי התורה (שפיץ), חלק א, עמ׳ סה־סח 183
משפטים ישרים (בירדוגו), שו״ת, חלק א
סי׳ מד 378 379
סי׳ קלא 83
נאמן שמואל, שו״ת, סי׳ קיד 232
נבחר מכסף, שו״ת
סי׳ עט 179
סי׳ פב 68
סי׳ צה 162
סי׳ צז 187 341
סי׳ ק 171
סי׳ קא 626
סי׳ קי 541
נהרות דמשק, שו״ת, חו״מ, סי׳ יט 571
נהרי אפרסמון, שו״ת, יו״ד, סי׳ קלה 418
נודע ביהודה, שו״ת
מהדורא קמא, או״ח, סי׳ לד 183
יו״ד, סי׳ מ 564
יו״ד, סי׳ סז 494
יו״ד, סי׳ סח 435 436
חו״מ, סי׳ ג 212 214
חו״מ, סי׳ ל 436
חו״מ, סי׳ ל, אות יד 436
חו״מ, סי׳ ל, אות לא 151 152
חו״מ, סי׳ לח 385
מהדורא תניינא, או״ח, סי׳ יז 474 475
יו״ד, סי׳ קמה 436
יו״ד, סי׳ קמז 440
יו״ד, סי׳ קנד 492 507
יו״ד, סי׳ קנז 141 143
יו״ד, סי׳ קנח 98 363
יו״ד, סי׳ קצט 542 544
אהע״ז, סי׳ מה 29
חו״מ, סי׳ לד 166 167 174־176 306
חו״מ, סי׳ מו 46
חו״מ, סי׳ נ 6 45 290 492 507 508
חו״מ, סי׳ נד 308
נודע בשערים (מנדלבוים), שער גבאי צדקה
אות יב 141
אותיות יח־כג 198
נוה צדק, על הרמב״ם, הלכות נחלות, י, ו 559
נחל יצחק, סי׳ סו, אות ג 418
נחלת צבי, חו״מ, סי׳ רצב
סעיף ז 375
סעיף ז, בהג״ה 298
נחלת שבעה, סי׳ לח 206
נחמד למראה, חלק א, דף קלה ע״ג 360
נטעי נעמנים, שו״ת, חו״מ, סי׳ מא 36
נעם שיח, קונטרס אמרי נעם, סי׳ יא 559
נפש חיה, בבא מציעא פ ע״ב 182
נקדש בצדקה, סי׳ שנד 394
ר״א שפירא, בתחילת הספר 418
נקודות הכסף, יו״ד, סי׳ רנז
על ש״ך, ס״ק יז 198
על ט״ז, ס״ק ו 264
נשמת כל חי, שו״ת
חלק א, יו״ד, סי׳ סא 463
חלק ב, חו״מ, סי׳ מד 463
נתיב חיים, או״ח, סי׳ תקסב, על ט״ז, ס״ק ח 437
נתיבות המשפט (סתמו — ביאורים)
סי׳ עב, ס״ק ז 305 308
סי׳ עב, ס״ק יט 164 305
סי׳ עב, ס״ק כא 279
סי׳ צא, ס״ק ה 197
סי׳ צא, חידושים, ס״ק כ 195
סי׳ צא, חידושים, ס״ק כא 195
סי׳ צג, ס״ק ג 153
סי׳ קה, ס״ק א 645
סי׳ קמט, ס״ק טו 23
סי׳ קעו, ס״ק כ 378 379
סי׳ קפח, ס״ק א 12 13 645
סי׳ קצז, ס״ק ה 450 451
סי׳ ר, בפתיחה 77
סי׳ רט, ס״ק ה 431
סי׳ רי, ס״ק ב 43
סי׳ ריא, חידושים, ס״ק ב 541
סי׳ רלה, ס״ק יד 59
סי׳ רלה, חידושים, ס״ק א 36
סי׳ רמג, ס״ק ו 75 76
סי׳ רמג, ס״ק י 36 644

סי׳ רנ, ס״ק ד 420 421 442 443 467 502
סי׳ רנב, ס״ק ב 31
סי׳ רנג, ס״ק יב 464
סי׳ רנה, ס״ק ב 502
סי׳ רנז, ס״ק א 451 452
סי׳ רסד, ס״ק ח 28
סי׳ רפה, ס״ק ד 574
סי׳ רפז, ס״ק ב 163
סי׳ רצ, ס״ק א 149 458
סי׳ רצ, ס״ק יא 303
סי׳ רצ, ס״ק יב 33
סי׳ רצא, ס״ק ה 555
סי׳ רצב, ס״ק ב 339
סי׳ שא, ס״ק ב 293
סי׳ שא, ס״ק ו 292 293
סי׳ שא, ס״ק ח 291
סי׳ שמח, ס״ק ד 46
כללי תפיסה, סי׳ כה, אות ה 419
נתיבות משפט, על תולדות אדם וחוה
נתיב כג, חלק ה 174
נתיבות עולם, נתיב הלשון, פרק ב 435
הסבא קדישא, שו״ת
חלק א, חו״מ, סי׳ לב 558 565־567 570
סיריליאו, ר׳ שלמה, פירוש לירושלמי
תרומות, פרק א, הלכה א 17
מעשרות, פרק ה, הלכה ג 17
חלה, פרק א, הלכה ה 17
סמא דחיי, שו״ת, יו״ד, סי׳ יד־טז 620
סמ״ע, על חו״מ
סי׳ יט, ס״ק ב 522
סי׳ כה, ס״ק יז 204
סי׳ עא, ס״ק יד 147
סי׳ עב, ס״ק ד 341
סי׳ פא, ס״ק ח 362
סי׳ פא, ס״ק סה 374
סי׳ פז, ס״ק צט 598
סי׳ צא, ס״ק כב 195
סי׳ קכב, ס״ק ט 268
סי׳ קכה, ס״ק כה 418 442 492 507
סי׳ קעה, ס״ק כו 330
סי׳ קעו, ס״ק נז 591
סי׳ קפב, ס״ק ב 45
סי׳ קפג, ס״ק ט 172
סי׳ קפח, ס״ק יא 182
סי׳ קצה, ס״ק טו 451
סי׳ ריא, ס״ק ב 541
סי׳ ריב, ס״ק יח 442
סי׳ ריב, ס״ק יט 430
סי׳ ריב, ס״ק כב 429
סי׳ ריד, ס״ק כו 541
סי׳ רכז, ס״ק נט 28
סי׳ רמא, ס״ק ו 504
סי׳ רנ, ס״ק י 418
סי׳ רנ, ס״ק יא 502
סי׳ רנב, ס״ק ו 360
סי׳ רנב, ס״ק ח 31
סי׳ רנג, ס״ק לה 464
סי׳ רנה, ס״ק יד 498
סי׳ רסז, ס״ק כא 338
סי׳ רפה, ס״ק ד 60
סי׳ רפה, ס״ק כט 574
סי׳ רפה, ס״ק לה 568
סי׳ רפז, ס״ק ב 163
סי׳ רצ, ס״ק ב 558
סי׳ רצ, ס״ק ג 561 562
סי׳ רצ, ס״ק ו 572
סי׳ רצ, ס״ק ז 561
סי׳ רצ, ס״ק ט 458
סי׳ רצ, ס״ק י 336
סי׳ רצ, ס״ק יא 604
סי׳ רצ, ס״ק יד 606
סי׳ רצ, ס״ק טו 243
סי׳ רצ, ס״ק כ 344
סי׳ רצ, ס״ק כה 243
סי׳ רצ, ס״ק כו 315 514־517
סי׳ רצ, ס״ק לג 245 246
סי׳ רצ, ס״ק נא 125
סי׳ רצ, ס״ק נט 31
סי׳ רצג, ס״ק ז 318
סי׳ שמח, ס״ק כ 45
ספקטור, ר׳ צבי הירש
בעין יצחק, חלק א, אהע״ז, סי׳ עט, אות ב 21
סתהון, ר׳ חיים
בס׳ בשערי בית הדין, חלק א, עמ׳ 290 248
עבודת הגרשוני, שו״ת, סי׳ לג 333
עדות ביהוסף (אלמושנינו), שו״ת
חלק ב, סי׳ ב 129 130 132
עולת תמיד, או״ח, סי׳ קנד 433
עונג יום טוב, סי׳ טז 77
סי׳ צא 508
סי׳ צג 424
סי׳ קיב 19
סי׳ קטז 451
סי׳ קיז 418 420 421 437 441 442 467
עט סופר (נדפס בתוך כרם חמר, חלק ב)
דף מח ע״ב 169
עטרת פז, שו״ת, חלק א, כרך ג, חו״מ
סי׳ א, הערה א 600
סי׳ ו, אותיות ח־י 77 78
עין אליהו (שיק), בבא בתרא ט ע״א 136
עין יצחק, שו״ת
חלק א, אהע״ז, סי׳ א 644
חלק א, אהע״ז, סי׳ עט, אותיות א־ב 21
חלק ב, סי׳ נ, אותיות ג־ד 495
עמוד הימיני, סי׳ יב 580
עמק יהושע, סימן יח 644
עמק השער, על ספר המקח, שער ח
אות ב 97
אות ג 96
עמק הלכה (בוימל), שו״ת, חלק א, סי׳ כו 120
ר׳ עקיבא איגר, חידושים לתלמוד, גיטין
יד ע״א 30
לב ע״א 440
ר׳ עקיבא איגר, חידושים על השולחן ערוך
יו״ד, סי׳ רנא, סעיף ה 530
סי׳ רנח, סעיף יב 33

חו״מ, סי׳ רצ, סעיף כה 175
ר׳ עקיבא איגר, שו״ת
מהדורא קמא, סי׳ מו 204 205
סי׳ נג 151
סי׳ צז 497
סי׳ קמא 431
סי׳ קמב 452
סי׳ קמד 417־419 421
סי׳ קמו 45 418 442 443 455 460 461
סי׳ קמז 174־176
סי׳ קנ 31 626
מהדורא תניינא, סי׳ יב 580
סי׳ קיב 12 13 645
חלק ג, סי׳ נח 431
מכתב יד (ירושלים תשכ״ה), סי׳ ע 437 445
ר׳ עקיבא איגר, בשו״ת בית מאיר, סי׳ א 436
הערוך השלם, ערך סנטר ג׳ 117
הערוך על הש״ס, בבא בתרא סח ע״א 117
ערוך השולחן
יו״ד, סי׳ רנג, סעיף יג 389
סי׳ רנג, סעיף כ 85
סי׳ רנו, סעיף יב 623
סי׳ רנז, סעיף יב 138
סי׳ רנז, סעיף יג 141
סי׳ רנח, סעיף יז 227 228
סי׳ רנח, סעיף כ 498
סי׳ רנח, סעיף לט 437
סי׳ רנט, סעיף א 486
סי׳ רנט, סעיף ב 489 492
סי׳ רנט, סעיף ד 111
סי׳ רנט, סעיף ו 489
אהע״ז, סי׳ קמא, סעיף ז 260
חו״מ, סי׳ ט, סעיף א 252
סי׳ צג, סעיף א 149
סי׳ צג, סעיף ב 152
סי׳ קעו, סעיפים כא־כג 312
סי׳ קעו, סעיף לה 312
סי׳ קפה, סעיף ג 260
סי׳ ריב, סעיף ח 32
סי׳ ריב, סעיף י 437
סי׳ רנב, סעיף ד 32
סי׳ רפג, סעיף ג 336
סי׳ רצ, סעיף ה 525
סי׳ רצ, סעיף ח 165 169 336
סי׳ רצ, סעיף ט 126
סי׳ רצ, סעיף י 604
סי׳ רצ, סעיף יט 515
סי׳ רצ, סעיף כ 243 516
סי׳ רצ, סעיף כא 516
סי׳ רצ, סעיף כט 243
סי׳ רצ, סעיף ל 243
סי׳ רצ, סעיף לד 125 129 131
סי׳ רצ, סעיפים לה־לו 155
סי׳ רצ, סעיף לו 132 133 154
סי׳ רצ, סעיף מא 593
סי׳ רצ, סעיף מב 63 64 310
סי׳ שלא, סעיף ג 252
סי׳ שלג, סעיף ו 591
סי׳ שלג, סעיף יא 591
סי׳ שלג, סעיף יז 28
סי׳ שלז, סעיף כה 255
סי׳ שנו, סעיף ה 360
סי׳ שנו, סעיף יא 355
ערך השולחן (טייב), חו״מ, סי׳ רצ, ס״ק י 63
ערך ש״י, על השולחן ערוך
יו״ד, סי׳ רנג 174
חו״מ, סי׳ קפה, סעיף ז 298
סי׳ רצא, סעיף א 297
ערכי עלי, ערכין ו ע״ב 110
עשה לך רב, שו״ת, חלק ה, סי׳ מב 132
פולדא, ר׳ אליהו, פירוש על הירושלמי
תרומות, א, א 17
מעשרות, ה, ג 18
פורת יוסף (רוזין), סי׳ סט 375
ס׳ פלאים (לר׳ רפאל מייזלש, בסוף ס׳ תוספת שבת)
יו״ד, סי׳ רנז 141
פני יהושע, כתובות ק ע״א 258
גיטין יג ע״א 30
נב ע״א 559
קידושין מב ע״ב 45
בבא קמא נח ע״א 172
בבא מציעא לח ע״א 327 345 350
פני יהושע, שו״ת, חו״מ, סי׳ קג 292
פני יצחק, שו״ת
חלק א, חו״מ, סי׳ כד 302
חלק ג, חו״מ, סי׳ ה 89
פני משה (בנבנשתי), שו״ת
חלק א, סי׳ סט 569 570
סי׳ צג 174
סי׳ צד 412
חלק ב, סי׳ צז 569
פני משה (מרגליות), על הירושלמי
מעשרות, פרק ה, הלכה ג 18
בבא מציעא, פרק ה, הלכה ג 296
פנים מאירות, שו״ת
חלק א, סי׳ קג 619
חלק ב, סי׳ יז 138
סי׳ קלה 418 419
פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סי׳ מב 564
פסקים וכתבים (הרצוג)
כרך ט, סי׳ פט, עמ׳ שלג 163
פעמוני זהב, חו״מ
סי׳ רצ, סעיף א 167־169
סי׳ רצ, סעיף ג 128 457
פרח מטה אהרן, שו״ת, חלק א, סי׳ כא 279
פרי חדש, יו״ד, סי׳ רנז 141
אהע״ז, סי׳ קכא 643
פרי מגדים, או״ח, סי׳ קנד, משבצות זהב, ס״ק א 433
פרי עץ חיים, חלק ג, עמ׳ 325 571
פרישה, על הטור
יו״ד, סי׳ שלו, סעיף יז 164
חו״מ, סי׳ עא, סעיף טו 148
סי׳ צג, סעיף א 148
סי׳ צג, סעיף ב 152

סי׳ צג, סעיף ג 152
סי׳ קמו, סעיף י 475
סי׳ קמו, סעיף יז 475
סי׳ ריב, סעיף ח 442
סי׳ ריב, סעיף ט 430
סי׳ רנ, סעיף ד 501
סי׳ רסז, סעיף יז 339
סי׳ רפח, סעיף ד 337
סי׳ רצ, סעיף ט 155
סי׳ רצ, סעיף טו 344 345
סי׳ רצ, סעיף טז 314 518
סי׳ רצ, סעיף יח 246
סי׳ רצ, סעיף ל 592
סי׳ רצ, סעיף לב 125
סי׳ רצג, סעיף ד 318
פתח הבית, שלוחין, סי׳ כא 440
פתח הדביר, או״ח, סי׳ רמו, אות ד 440
פתחי חושן (בלויא)
הלוואה, פרק ו, הערה נא 274
ירושה ואישות
פרק ד, כללי עריכת צוואה, אות ו 503
פרק ה, הערה ט 228
עמ׳ קעד־קעה 503
נזיקין, פרק א, הערה מד 221
פרק י, סעיף כח 218
פקדון ושאלה, פרק ג, הערה טו 187
קניינים, פרק טו 502
פרק יט, סעיף י, והערה יז 25
שכירות, פרק ז, הערה כד 253
הערה כז, ל־לא 254
הערה לא 255
פתחי משפט, חו״מ, סי׳ יב, ס״ק ג 213
פתחי תשובה, על שולחן ערוך
יו״ד, סי׳ קס, ס״ק יז 117
סי׳ רמה, ס״ק ט 253
סי׳ רנא, ס״ק ה 530
סי׳ רנג, ס״ק ד 401
סי׳ רנח, ס״ק ח 500
סי׳ שלא, ס״ק ו 500
חו״מ, סי׳ צא, ס״ק ד 194 197
סי׳ צג, ס״ק ה 150 151
סי׳ צג, ס״ק ז 153
סי׳ קכג, ס״ק א 207 208
סי׳ קפב, ס״ק ד 359
סי׳ רא, ס״ק ב 24
סי׳ ריב, ס״ק י 429
סי׳ רלה, ס״ק ו 58
סי׳ רנב, ס״ק א 29
סי׳ רנב, ס״ק ג 31
סי׳ רנג, ס״ק יד 394
סי׳ שא, ס״ק ח 293
צדקה ומשפט (בלויא)
פרק ד, הערה יז 390
פרק ד, סעיף כה 431
פרק ז, הערה ט 607
פרק ז, הערה כא 143
פרק ט, הערה ג 489
צדקה ומשפט (חוצין), שו״ת, חו״מ
סי׳ ט 147
סי׳ לד 83
צוף דבש (מועטי), חו״מ, סי׳ פ 567
ציון וירושלים, על ירושלמי, בבא מציעא, ה, ג 296
ציוני, שו״ת, חלק א, סי׳ עה 497
ציץ אליעזר, שו״ת
חלק ג, סי׳ כט, פרק ה, אות ו 587
חלק ה, רמת רחל, פרק כה 165
חלק ו, סי׳ מב, פרק ז 504
חלק ז, סי׳ מח 22
חלק ט, סי׳ טו 120
חלק יד, סי׳ עו, אות א 110
סי׳ עו, אות ב 110
סי׳ עו, אות ג 109
סי׳ עו, אות ד 110
סי׳ עו, אות ו 110
חלק יז, סי׳ סז 61
חלק יט, סי׳ מט 252
צמח דוד (משלוניקי), פרשת פקודי 141
צמח צדק (מליובביץ׳), שו״ת
או״ח, סי׳ ז 427
יו״ד, סי׳ שמה, סעיף ז 33
חו״מ, סי׳ מו, אות א 218
סי׳ פב, אות ה 33
צמח צדק (קרוכמל), שו״ת
סי׳ ו 182
סי׳ לז 185
סי׳ צג 182
צפנת פענח, הלכות נדרים, פרק יד, הלכה יא 499
צרור הכסף (גטיניו), שו״ת, חו״מ, סי׳ כז 560 566
צרור, ר׳ שלמה, שו״ת (תשב״ץ, חלק ד, חוט המשולש, טור ב)
סי׳ ה 257
סי׳ ז 83
סי׳ יז 179 180
סי׳ לג 134
קדושת יום טוב (אלגזי), סי׳ ו 60
קהילות יעקב (קנייבסקי)
פסחים (מהד׳ תשמ״ט), סי׳ ו 636
בבא קמא (מהד׳ תשל״א), סי׳ כו 488
סי׳ לח 519
בבא קמא (מהד׳ תשמ״ח), סי׳ מד, אות ג 579 580
בבא קמא, סי׳ כח 417 419
בבא בתרא (מהד׳ תשל״א), סי׳ ח 520 553
בכורות, סי׳ יד 444
מעילה, סי׳ א, אות ד 469
קהילת יעקב (אלגזי)
תוספות דרבנן, אות ח 495
אות נט 21
אות קטו 82
לשון חכמים, אות רי 204 205
קהילת יעקב (מליסא), אהע״ז, סי׳ ל, סעיף ז 497
קובץ שיעורים
כתובות, אות שיד 390
אות שטו 31
קידושין, אות מב 424

בבא בתרא, אות רפ 16
אותיות רצח־שג 77
אות תסג 390
אות תקכב 427
אות תקמא 31
קול אליהו, שו״ת, חלק א, חו״מ, סי׳ יט 260
קול מבשר, שו״ת
חלק א, סי׳ א, אות ב 390
סי׳ לב 32 438
סי׳ לב, אות ו 420 443
סי׳ נו, אות א 32
סי׳ נו, אות ב 32 390
סי׳ נו, אות ג 390
חלק ב, סי׳ ט, אות א 390
קנין תורה בשמעתתא, דברים, עמ׳ סח 390
קצות החושן, על חו״מ
סי׳ כו, ס״ק א 33 34 417
סי׳ פא, ס״ק ו 362
סי׳ פו, ס״ק ג 86
סי׳ פז, ס״ק כא 489
סי׳ קז, ס״ק ז 424
סי׳ קיא, ס״ק ב 83
סי׳ קיא, ס״ק ג 541
סי׳ קיז, ס״ק ג 83
סי׳ קכו, ס״ק ח 426
סי׳ קפח, ס״ק ב 642
סי׳ קצה, ס״ק ז 497
סי׳ קצח, ס״ק ג 275
סי׳ קצט, ס״ק ג 437
סי׳ ר, ס״ק א 17 77 422 438
סי׳ רז, ס״ק ט 419
סי׳ רט, ס״ק א 43
סי׳ רט, ס״ק ד 431
סי׳ ריב, ס״ק ג 32
סי׳ ריב, ס״ק ד 419 423 488 489
סי׳ ריב, ס״ק ה 419
סי׳ ריב, ס״ק ו 417 419
סי׳ רמא, ס״ק ו 419
סי׳ רמג, ס״ק ו 36 644
סי׳ רמג, ס״ק ח 644
סי׳ רמח, ס״ק א 31
סי׳ רמח, ס״ק ה 31
סי׳ רנ, ס״ק ה 501
סי׳ רנ, ס״ק ו 419 502
סי׳ רנב, ס״ק ג 31 32
סי׳ רנב, ס״ק ד 419
סי׳ רנב, ס״ק ה 32 421
סי׳ רנג, ס״ק ז 464
סי׳ רנה, ס״ק ב 419 498
סי׳ רנז, ס״ק א 450־452
סי׳ רעג, ס״ק א 419
סי׳ רצ, ס״ק א 203 204 228 417 430 431
סי׳ רצ, ס״ק ג 442 466 507
סי׳ רצ, ס״ק ה 588־590
סי׳ רצא, ס״ק א 373
סי׳ שא, ס״ק ד 291
סי׳ שי, ס״ק א 296
סי׳ שפג, ס״ק א 222
סי׳ תו, ס״ק א 19
קרבן העדה, על ירושלמי, שקלים, ב, ה 384 391
קרבן נתנאל, על הרא״ש
מועד קטן, פרק ג, סי׳ לב, אות ק 132
קרית מלך רב, חלק ב, על הרמב״ם
הלכות שבועות, ב, יז 497
קרני ראם (אנקאווא), שו״ת, חו״מ
סי׳ קצב 568
סי׳ קצג 167־169
ראנ״ח, שו״ת
חלק א, סי׳ ל 419 502
סי׳ נח 434
סי׳ פד 23
סי׳ ק 458
סי׳ קג 418
סי׳ קז 502
חלק ב (ראה: מים עמוקים)
ראנ״ח, בשו״ת מהר״ם גאויזון, סי׳ טז 558 569
ראש דוד, פרשת פקודי 440
ראש המזבח, זבחים ל ע״א 495
ראש יוסף (אישקאפה), שו״ת, דף יב ע״ב 619
ראשון לציון, יו״ד, סי׳ רנג, סעיף ו 387
רביד הזהב, סי׳ מג, אות ב 297
רדב״ז, על הרמב״ם
הלכות ערכין וחרמין, פרק ו, הלכה ל 425
הלכות מתנות עניים, פרק ח, הלכה ד 486
הלכה ה 109
הלכות מעשה הקרבנות, פרק טו, הלכה א 496
רדב״ז, שו״ת
חלק א, סי׳ סז 32 437 493
סי׳ קעג 58
סי׳ קצח 396
סי׳ רסא 412 472
סי׳ שיג 186 268
סי׳ שלד 82
סי׳ שצט 296
סי׳ תיט 453
סי׳ תקיג 82
סי׳ תקנז 397
חלק ב, סי׳ תרלד 415
סי׳ תרנד 132 140
סי׳ תרעז 360
סי׳ תשלח 427 487 628
סי׳ תשנט 301 303
סי׳ תתב 418 445
חלק ג, סי׳ תתנז (תיד) 110 119
סי׳ תתצ (תמט) 63
סי׳ תתצא (תנ) 156 208 227 263 566 605 606
סי׳ תתקמא (תקו) 417 418
סי׳ תתקנז (תקכב) 418
סי׳ תתקפא (תקנא) 390 395־397
סי׳ תתקפו (תקנו) 165
סי׳ אלף נד (תרכט) 385
חלק ד, סי׳ אלף פח (יא) 444
סי׳ אלף קצג (קכג) 393
סי׳ אלף רד (קלד) 437 489 500 624
סי׳ אלף רל (קנט) 86 542־544
סי׳ אלף רעג (רב) 151

חלק ה, סי׳ אלף תקמא (קסז) 165
חלק ו, סי׳ ב אלפים שו 120
סי׳ ב אלפים שלח 140
רוב דגן, שו״ת, חלק א, הלכות דיינים, סי׳ א 569
רוזובסקי, ר׳ שמואל, חידושים לתלמוד
גיטין, סי׳ טו 430
הרי״ם, שו״ת, סי׳ יד 434
רמ״א, על השולחן ערוך
או״ח, נג, כה 600
תקפה, ד 607
תרצד, ב 400
יו״ד, קס, טז 117
קס, יח 118
ריג, ב 33
רטז, ז 205
רמה, יז 254
רמה, כב 586
רנא, ה 454
רנג, ז 394
רנג, יב 87
רנו, ד 385 520 624 626
רנז, ב 136 138 586 600
רנז, י 346
רנח, א 411 413 452 453
רנח, ד 454
רנח, ה 227 229 293 454
רנח, ז 426
רנח, יג 418 437
רנט, א 110
רנט, ה 418
רסא 165
שלו, ג 164
אהע״ז, צב, א 504
ק, ב 84 85
קב, ז 227
חו״מ, ד, א 189
יח, א 212-214
לג, ד 332
סב 571
סב, א 62
עב, א 341 344
עז, א 220
עז, י 227
פא, ב 362
פז, לה 598
צא, ב 193 195
צא, ג 194
צג, א 151
צג, ד 153 156
קי, ט 250
קי, יא 251
קיז, ז 82
קמו, י 475
קמט, כד 21
קסג, ג 79
קעו, מח 180 182
קפב, ג 185
קפג, ג 373
קצא, ד 450 451
קצח, ה 275
רז, יט 445 446
רי 390
ריא, א 541
ריב, ז 418 429
ריב, ח 437
ריב, ט 429
רמא, ב 504
רנ, ג 501
רנג, ב 464
רנג, טז 401 463
רנז, א 451
רסד, ג 171
רסד, ד 162 167
רסה, א 178
רסז, טז 304
רסז, כה 304
רפג, ב 84
רפה, ב 60
רפה, ז 169 574
רפח, א 337
רפט, א 56 258
רצ, א 521 523 525 561
רצ, ב 574
רצ, ה 603 604
רצ, ח 111 169 336 343
רצ, ט 243 515 517 518
רצ, יא 248
רצ, יב 276
רצ, יג 342 525
רצ, טז 127 131 132 147
רצ, יז 128 134
רצ, כ 301 303
רצ, כג 588 592 593
רצ, כה 174 175
רצא, יח 88
רצב, ז 374-376
שא, ו 291 292
שמו, ו 20
שמח, ו 363
שנח, ד 96
שסג, י 162
רמ״א, שו״ת
סי׳ כז 219-221 318
סי׳ מז 466
סי׳ מח 31 417 418 466 467
סי׳ מח, השאלה השלישית 418 442 501
רמ״ע מפאנו, שו״ת, סי׳ סב 499
סי׳ קג 417
רמ״ץ, שו״ת, או״ח
סי׳ טו 604 605
סי׳ מו 182
רמת שמואל (יפה), סי׳ לט 239
רש״ש, הגהות לתלמוד
נדרים לד ע״ב 423

גיטין כג ע״ב 260
בבא מציעא מט ע״א 423
פ ע״א 222
רשימות שיעורים שנאמרו על ידי מרן הגאון הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ״יק זצ״ל, בבא קמא
עמ׳ רנד 471
עמ׳ רנה־רע 420
עמ׳ רסו 471
עמ׳ רעח־רפ 21
שאלת יעבץ, שו״ת, חלק ב, סי׳ ב 458
אבן שאנג״י, ר׳ אשטרוק, שו״ת, סי׳ לט 247
שארית יוסף (כץ)
סי׳ סט 23
על טור, חו״מ, סי׳ תי 218
על מרדכי, בבא קמא, סי׳ נה 218
שב שמעתתא
שמעתא ד, פרק כו 151
שמעתא ו, פרק ד 469
שבות יעקב, שו״ת
חלק א, סי׳ עז 400
סי׳ פו 165
סי׳ קסח 29 362
חלק ב, סי׳ קנט 463
שבט בנימין, סי׳ רס 174
שבט הלוי, שו״ת
חלק ב, סי׳ סד 120
סי׳ סד, אות ב 470
סי׳ סד, אותיות ג־ד 470
סי׳ קיח 97
סי׳ קכה 85 97
סי׳ קכה, אות יב 87
חלק ד, סי׳ רכא 555
חלק ח, סי׳ ריג 111
חלק ט, סי׳ שה 341
שבי בנימין, סי׳ צב 259
שדה יהושע, על ירושלמי, חלה, א, ה 18
שדי חמד
כללי הפוסקים, סי׳ יא, אות ח 437
סי׳ יג, אות כ ואילך 437
כללים, מערכת ה, כלל צג 440
מערכת ה, כלל קא 132
מערכת מ, כלל קעב 358
מערכת מ, כלל ריט 29 30 430
שיורי הפאה, מערכת ה, כלל א 440
שואל ומשיב, שו״ת
מהדורא קמא, חלק א, סי׳ קעב 184
חלק א, סי׳ רסה 590
חלק ב, סי׳ קי 13
חלק ג, סי׳ קנז 24 29 30
חלק ג, סי׳ קצג 22
חלק ג, סי׳ קצה 440
מהדורא תניינא, חלק א, סי׳ א 30 466
חלק א, סי׳ מד 423
חלק א, סי׳ פ 135
חלק ב, סי׳ נא 297
חלק ב, סי׳ נד 423
מהדורא חמישאה, סי׳ פא 390
שואל ונשאל, שו״ת
חלק ב, חו״מ, סי׳ ד 573 574
סי׳ טו 163
חלק ה, חו״מ, סי׳ צא 188 194
שולחן ערוך
או״ח, מב, ג 465
נג, כה 600
נג, כו 586
קנא 474
קנג, ב 488
קנג, ד 386
קנג, ח 474
קנג, יד 626
קנד, ב 433
תקסב, יג 446
תרצד, ב 401
יו״ד, לב, כ 505
קמג, ב 371
קס, יח 113 118 119
קעז, כט 254 378
קעז, מ 373
ריג, ב 33 34
רכג, ג 15 645
רכח, כ 35
רכח, לג 46
רכח, לט 493
רכח, מ 205
רכח, מב 506
רלג, א 438
רמה, יז 254
רמט, טז 48
רנא, ג 454
רנא, ה 492
רנא, ז 422
רנג, ה 174 175
רנג, ו 389 629
רנג, ז 394 402
רנג, יב 87
רנו, ג 203
רנו, ד 624 625
רנז, א 90
רנז, ב 135
רנז, ג 416
רנז, ה 189
רנז, ו 198
רנז, י 346
רנז, יא 262
רנח, ד 454
רנח, ה 453
רנח, ו 499 506
רנח, ז 423 426
רנח, ח 423 427
רנח, י 446
רנח, יב 463
רנח, יג 418
רנט, א 486 489
רנט, ב 623 626

שולחן ערוך (המשך)
רנט, ג 628
רנט, ו 79
רצ, ח 111
אהע״ז, מ, א 500
נד, א 67
סט, ו 274
קל, כא 166
קמא, א 260
קמא, מג 439
חו״מ, א 316
ב, א 215
ז, ז 333
ט 328
ט, א 377
ט, ה 164
יב, יח 213
יג, ז 213
יט, ב 522
כו, ג־ד 274
כח, טו 21
לג, ב 332 333
לג, ג 333
לג, ד 332
לג, ח 333
לז, כא 334
מט, י 79
ס, א 82
ס, ו 24 74
סא, ד 44
עא, ו 147 148
עב, א 341
עג, טז 344
עז, א 219 221
עז, ט 210
פא, לב 374
פז, כ 132
צא, ב 192
צא, ז 194־196
צג, א 148 150
צג, ד 152
קה, א 9 20 250
קה, ד 9
קט, ג 20
קט, ד 189
קי 245
קי, ח 189
קי, ט 21 250
קיא, ב 83 84
קיא, ח 83
קיז, ז 82
קכב, ג 268
קכב, ד 9
קכב, ט 210
קכה, ה 463
קכה, ז 41
קכה, ח 9
קכח, א 241
קלג, א 475
קמ, ז 475
קמט, כד 21
קמט, לא 23
קעו, י 254 255
קעו, י־יא 67
קעו, יט 230 594
קעו, כה 210
קפא, א 615
קפב, ב 356
קפב, ג 20
קפג, א 27
קפג, ב 378
קפג, ג 373
קפג, ו 340
קפה, ב 330
קפח, ב 21 36
קפח, ו 172 179 182
קצא, א 436
קצה, ה 450 451
קצה, ז 497
קצז, ז 450 451
רה, א 447
רה, ב 447
רה, ו 447
רו, ב 212
רו, ג 203
רז, יט 445
רט, ד 24 26 431
רט, ה 25
רי, א 43
רי, ב 44
ריא, ג 39
ריב, ז 429 442 443
ריב, ח 437
ריב, ט 428 429
רכה, ו־ז 464
רכז, ל 20
רלה, א 36
רלה, כ 56
רלו, ח 178
רמא, ה 645
רמג, ב 41
רמג, טז 36
רמג, יח 36 643
רמג לז 644
רמח, ב 530
רמט, א 485 491
רנ, ב 501
רנ, ג 501
רנ, ד 502
רנ, ז 462 502
רנ, יג 502
רנ, יד 461
רנ, יח 462
רנ, כב 462
רנ, כג 31
רנב, ב 29 31 67

שולחן ערוך (המשך)
רנג, טז 401 402 463
רנג, יז 528 530 531
רנג, כא 26
רנג, כו־כח 43
רנז, ג 539
רנז, ג־ד 41
רנז, ה 42
רנז, ז 503
רנח, א 40
רסה, א 178
רסז, טז 304 364
רסז, כה 304 364
רסח, ג 76
רפג, ג 394
רפה, ב 56 60
רפה, ו 60
רפה, ח 573
רפו, ב 68 173 337
רפז, א 163
רפז, ב 163
רפח, ב 337
רפט, א 258
רצ 55
רצ, א 55 550 553 557 562 563
רצ, ב 111 565 572 574
רצ, ג 457־459
רצ, ד 80 336
רצ, ה 603 604
רצ, ה־ו 155
רצ, ו 606
רצ, ז 74 80 243
רצ, ח 56 111־113 169 564
רצ, ט 515 517
רצ, ט־י 314 315
רצ, יא 80 243 247 248
רצ, יא־טז 276
רצ, יב 246
רצ, יד 80 243
רצ, טו 243 251
רצ, טז 132 155 156
רצ, יז 125
רצ, יח 312
רצ, יט 150
רצ, כ 309
רצ, כג 587 590 592
רצ, כד 63
רצ, כה 174 175
רצא, יח 88
רצב, י 90
רצב, יט 327
שא, ו 290
שג, ח 186
שט, ד 225
שכח, ב 297
שלג, ד 591
שלז, יט 253 254
שלז, כ 253
שמ, ג 181
שמו 181
שמו, א 20
שמו, א־יט 312
שמו, ו 20
שנד, ו 422 423 426
שנח, ב 97
שנח, ד 96
שנט, ה 339
שנט, ט 636
שס, ה 373
שסב, א 373
שסב, ב 373
שסג, ו 376
שסג, ז 376
שעה, א 176
שעה, ד 171
שעה, ו 188
שעה, ח 194
שפח, ז 218
שצו, ז 220
תי, לא 219
תי, לז 218
שולחן ערוך הרב, או״ח
סי׳ רמב, קונטרס אחרון, ס״ק ה 120
סי׳ תמג, קונטרס אחרון, ס״ק ב 302
שופריה דיעקב, שו״ת, חו״מ, סי׳ יז 579
שושנת יעקב (הורוויץ), חו״מ
סי׳ רצ, סעיף ח 564
סי׳ שא, ס״ק א 590
סי׳ שא, ס״ק ד 603
שו״ת... (ראה לפי שם המחבר)
שיבת ציון, שו״ת, סי׳ צד־צה 440
סי׳ צט 293
שיירי הקרבן, על הירושלמי
שקלים, פרק ד, הלכה ב 110
גיטין, פרק ה, הלכה ד 246
שיעורי בקיאות (רבינוביץ), גיטין נב ע״א 557
שיעורי עץ ארז, שבת, עמ׳ קנז־קנח 19
ש״ך, על השולחן ערוך
יו״ד, סי׳ קס, ס״ק כז 118
סי׳ קעז, ס״ק מא 374
סי׳ רד, ס״ק ט 431
סי׳ ריג, ס״ק ז 33
סי׳ רטז, ס״ק כב 205
סי׳ רכא, ס״ק מג 425
סי׳ רכח, ס״ק קא 493
סי׳ רמב, פלפול בהנהגת הוראות באיסור
והיתר 204
סי׳ רנב, ס״ק ג 623
סי׳ רנו, ס״ק ז 623
סי׳ רנו, ס״ק ט 520
סי׳ רנו, ס״ק י 624
סי׳ רנז, ס״ק ג 141
סי׳ רנז, ס״ק ד 586
סי׳ רנז, ס״ק טז 198

סי׳ רנז, ס״ק יז 198
סי׳ רנז, ס״ק כ 262 266
סי׳ רנח, ס״ק ה 418
סי׳ רנח, ס״ק ו 454
סי׳ רנח, ס״ק ח 453
סי׳ רנט, ס״ק א 624
סי׳ רנט, ס״ק ה 623
סי׳ רנט, ס״ק ח 625
סי׳ רנט, ס״ק יא 627
סי׳ שלו, ס״ק ז 164
חו״מ, סי׳ עא, ס״ק יח 147
סי׳ עב, ס״ק ד 341
סי׳ עב, ס״ק לב 307
סי׳ עב, ס״ק לד 305 307
סי׳ עג, ס״ק מו 344
סי׳ עז, ס״ק א 220
סי׳ פא, ס״ק פא 374
סי׳ פו, ס״ק ג 87
סי׳ פז, ס״ק נא 417 418
סי׳ צא, ס״ק יב 192
סי׳ צא, ס״ק כב 195 197
סי׳ צא, ס״ק כח 195
סי׳ צא, ס״ק כט 195
סי׳ צג, ס״ק ג 150
סי׳ צו, ס״ק ט 356 362
סי׳ קה, ס״ק א 12 644
סי׳ קכג, ס״ק טז 208
סי׳ קכה, ס״ק כז 492 507
סי׳ קכו, ס״ק כט 426
סי׳ קפה, ס״ק א 260
סי׳ רי, ס״ק י 43
סי׳ ריא, ס״ק ב 541
סי׳ ריב, ס״ק ז 442
סי׳ ריב, ס״ק יב 429
סי׳ רמג, ס״ק א 33
סי׳ רנב, ס״ק ד 31
סי׳ רנב, ס״ק ו 360
סי׳ רנב, ס״ק ז 31
סי׳ רנג, ס״ק כ 464
סי׳ רנג, ס״ק כא 394
סי׳ רנה, ס״ק ה 498
סי׳ רנה, ס״ק ו 507
סי׳ רנה, ס״ק ח 83
סי׳ רצ, ס״ק י 314 315 514 515 517
סי׳ רצ, ס״ק יא 517
סי׳ רצ, ס״ק יב 605
סי׳ רצ, ס״ק כד 309
סי׳ רצא, ס״ק כה 89
סי׳ רצב, ס״ק ד 46
סי׳ רצב, ס״ק טו 374
סי׳ שלג, ס״ק טו 555
סי׳ שנו, ס״ק ד 360
סי׳ שפח, ס״ק מב 218
של״ה
מסכת מגילה, נר מצוה, אות כד 110
מסכת חולין, נר מצוה, אות נט 110
שלטי הגיבורים
על רי״ף, בבא מציעא כד ע״א, בדפי הרי״ף 291
מ ע״א, בדפי הרי״ף 375
על מרדכי, כתובות, סי׳ קעו, אות ל 392
בבא מציעא, סי׳ רעד 89
שם בצלאל, סי׳ כה 566
ר׳ שמואל הכהן
בשו״ת מהר״ם גאויזון, סי׳ טז 558 569
שמחה לאיש (אבא שאול), שו״ת, או״ח, סי׳ ו 390
שמחת כהן, שו״ת, חו״מ, סי׳ ג 162
שמחת תורה, על ירושלמי, מעשר שני, עמ׳ שיז 423
השמים החדשים, שו״ת, חו״מ, סי׳ רכא 571
שמן המור, שו״ת, חו״מ, סי׳ יב 220
שמן ראש, צוואת ר׳ משה דוד אשכנזי שבסוף
הספר 475
שמע אברהם, שו״ת, סי׳ ו 440
שנות חיים (אויסאבל), הלכות ריבית
סי׳ קיח, ענף ג 431
שני לוחות הברית (ראה: של״ה)
שער אפרים, שו״ת, סי׳ סג 493
סי׳ סו 487
סי׳ קלג 204 208-210 228 262 263 558
סי׳ קמט 314 515
שער החיים (בשארי), עמ׳ נג 431
שער המלך, על הרמב״ם
הלכות אישות, פרק ו, הלכה ב 440
הלכות תרומות, פרק א, הלכה יא 12
הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד 110
שער הקדים (שאקי), שו״ת, סי׳ ב 626 627
שער משפט, על חו״מ
סי׳ יב, ס״ק ו 212 213
סי׳ כח, ס״ק ח 21
סי׳ פז, ס״ק כו 291
סי׳ קכג, ס״ק ד 207 208
סי׳ רצ, ס״ק ב 303
שערי דעת (גבאי), ב״מ, בסופו, על יו״ד, קס, יח 120
שערי טוהר, חלק א, שער א, סי׳ ב, אות א 390
שערי ישר, שער ג, פרק כה 373
שער ה, פרק כב 497 498
שערי עוזיאל, חלק א (הלכות אפוטרופסות)
מבוא, פרק ב, אות ב 20 21
שער א, פרק א, אות ו 144
פרק א, הערה א 523 524
פרק ה, אות א 524
שער ו, פרק א, אות א 437
פרק א, אותיות ו־ח 463
פרק א, הערה ב 437
שער ז, פרק א, אותיות ד־ו 229
שער ח, פרק א, אות ד 574
פרק א, אות ה 576
פרק ב, אות א 566 570
פרק ב, אות ב 571
פרק ב, אות ג 568
פרק ב, אות ו 559
פרק ב, הערה ד 568
פרק ד, אות ג 572 573

פרק ה, אות ח 227
פרק ו, אות א 169
שער יב, פרק א, אות כ, בהערה 587 589
שער יד, פרק ב, אות י 126
שער טז, פרק א 243
פרק ב, הערה ב 246
שער יז, פרק א, אות ג 156
פרק א, אות ה 149
פרק א, אות ח 154
שער כב, פרק א, אות ה 461
פרק ב 446
שער כג, פרק ב, הערה א 428 430
שערי ציון (שטרנפלד), שו"ת
חלק ב, סי' מד, אות א 390
שערי רחמים, שו"ת, חלק א, סי' יד 164
שערי תורה (לעוו), חלק א, כלל ו, פרט ג 497
שערי תשובה, או"ח, סי' תקעא 253
שפירא, ר' אברהם, בתחילת ס' נקדש בצדקה 418
שפת אמת, ערכין ו ע"ב 486
שקאפ, ר' שמעון יהודה הכהן, חידושים לתלמוד
נדרים, סי' כב 450
גיטין, סי' ד 12
בבא קמא, סי' ה 467
סי' ה, אות ט 442 466
שרידי אש, שו"ת
חלק א, סי' צז, ענף ב, אות ד, במהד' ויינגורט =
חלק ג, סי' לה, במהד' מוסד הרב קוק 439
חלק א, סי' קלג, במהד' ויינגורט = חלק ג, סי' עג,
במהד' מוסד הרב קוק 305
חלק א, סי' קסז, במהד' ויינגורט = חלק ג, סי' סח
במהד' מוסד הרב קוק 180 183 184
שתי הלחם, שו"ת, סי' ו 181 182
תולדות יצחק, על הירושלמי
תרומות, פרק א, הלכה א 17
מעשרות, פרק ה, הלכה ג 18
תוספות יום טוב, על המשנה
בבא מציעא, פרק ו, משנה ז 327
עדויות, פרק א, משנה ה 204
מעילה, פרק ג, משנה ו 17
תוספת שבת (מייזלש)
ס' פלאים שבסופו, יו"ד, סי' רנז 141
תוספתא כפשוטה
פאה, עמ' 188 85
תרומות, עמ' 302, הערה 29 342
עמ' 303 342
עמ' 303־304 559
בבא מציעא, עמ' 225־226 117
בבא בתרא, עמ' 430 153
עמ' 440־441 29
תוקפו של יוסף, שו"ת
חלק ב, סי' קכד 131 144 458
תורת אמת, שו"ת
סי' לא 213
סי' מא 475
סי' מה 194
סי' נב 203
סי' קיב 319
סי' קיד 151
סי' קנ 89
סי' קסב 22
סי' קפג 23
סי' קצ 256
סי' רא 162
סי' רל 494
תורת חיים (ר' חיים שבתי), שו"ת
חלק א, סי' נב 296
סי' נג 212 213
סי' עא 213
חלק ב, סי' מ 586
חלק ג, סי' ה 23
סי' ו 212
סי' קג 520 619
תורת חסד (פרחיא), שו"ת
סי' מ־מא 619
סי' רלט 31 457
תורת מנחם
כרך כז (תש"כ), עמ' 180 499
תשמ"ה, עמ' 1383 125
תשמ"ו, עמ' 562 125
תחוקה לישראל על פי התורה (ריא"ה הרצוג)
חלק א, עמ' 22 579
חלק ב, עמ' 242־243 60
תיקון סופרים (יפה), שטר לו 127
תכריך מרדכי, סי' יב, עמ' פג 19
תלמוד בבלי עם שינויי נוסחאות, בהוצאת מכון
התלמוד הישראלי, יבמות סז ע"ב 258
תפארת ישראל, עדויות, פרק א, אות לג 204
תקלין חדתין, על ירושלמי, שקלים, ב, ה 389
תשובה מאהבה, שו"ת, חלק ג
סי' שעח 135
סי' שעט 498 507
תשובות והנהגות, שו"ת, חלק א, סי' תתיט 78
תשובות מהרי"ץ, חלק א, סי' קיז 248
תשורת שי, שו"ת, חלק א
סי' תלו 587
סי' תקצ 373

קבצי פסקי דין רבניים

בשערי בית הדין
חלק א, עמ' 17־20 604
עמ' 19 557
עמ' 22־23 553
עמ' 24־26 520
עמ' 27־28 575
עמ' 30 259
עמ' 31 474
עמ' 33־35 580
עמ' 36־38 575
עמ' 43־44 604
עמ' 45־49 575 593 601
עמ' 65־66, 71 230 231
עמ' 65־75 143
עמ' 65־77 594
עמ' 67 143
עמ' 69, 72 263
עמ' 70 263

בשערי בית הדין (המשך)
עמ׳ 71 264
עמ׳ 74 602
עמ׳ 78־80 434
עמ׳ 87 169
עמ׳ 88־89 574
עמ׳ 92 169
עמ׳ 102 143
עמ׳ 106 64
עמ׳ 109 231
עמ׳ 113 143
עמ׳ 113־117 138
עמ׳ 115 143
עמ׳ 118 80
עמ׳ 154־156 604
עמ׳ 157 621
עמ׳ 171־180 487
עמ׳ 185־186 504
עמ׳ 190 487
עמ׳ 224 384 621
עמ׳ 234 ואילך 260 261
עמ׳ 234־254 553
עמ׳ 253 261
עמ׳ 256־263 143
עמ׳ 263 138
עמ׳ 273־274 143
עמ׳ 275־276 138 143
עמ׳ 277־281 620
עמ׳ 290 248
עמ׳ 312 600
עמ׳ 358 138 605
עמ׳ 364 605
עמ׳ 415 143
עמ׳ 418 138 143
עמ׳ 422־424 434
עמ׳ 422־426 621
עמ׳ 433 295
עמ׳ 441 411
עמ׳ 448־449 144
עמ׳ 450 490 618
חלק ב, עמ׳ 38 557
עמ׳ 40 553
עמ׳ 60־63 601
עמ׳ 71 574
עמ׳ 79 605
עמ׳ 87 553
עמ׳ 139 211
עמ׳ 159 211
עמ׳ 215 241
חלק ג, עמ׳ 24 580
עמ׳ 26 576
עמ׳ 34 580
עמ׳ 36 580
עמ׳ 37 581
עמ׳ 40־41 259
עמ׳ 141־142 413
עמ׳ 143־144 414
עמ׳ 145 414
עמ׳ 153־162 415
עמ׳ 164־167 415
עמ׳ 168־169 415
עמ׳ 170־173 413
פסקי דין של בתי הדין הרבניים
כרך א, עמ׳ 53 616
עמ׳ 353 143 434 518 602
עמ׳ 360 128 314
כרך ב, עמ׳ 18 22 522 526 527 604 616 617
עמ׳ 18 ואילך 314
עמ׳ 22 128
עמ׳ 22־23 144
עמ׳ 34־35 316
עמ׳ 38 414 490
עמ׳ 370 504
עמ׳ 375 425
כרך ג, עמ׳ 160 342
עמ׳ 235 132
כרך ד, עמ׳ 97 22
עמ׳ 206 600
עמ׳ 381 435
עמ׳ 384 435
כרך ה, עמ׳ 88 166 167
עמ׳ 89־90 58
עמ׳ 91 20 59
עמ׳ 92 59 149
עמ׳ 92־93 151
עמ׳ 333 56
כרך ו, עמ׳ 81 375
עמ׳ 225 22
עמ׳ 299־303 390
עמ׳ 309־314 390
עמ׳ 310 389
עמ׳ 322 37
כרך ז, עמ׳ 252 227 228
עמ׳ 337 419
עמ׳ 348 153
עמ׳ 348־349 151
כרך ח, עמ׳ 129 579 587
עמ׳ 143 600
עמ׳ 240 22
עמ׳ 242 419
עמ׳ 243 23
עמ׳ 248 23
עמ׳ 249 20
כרך ט, עמ׳ 3 541
עמ׳ 115 29
כרך י, עמ׳ 145 501
עמ׳ 180 522
עמ׳ 287 68
כרך יא, עמ׳ 101 450
כרך יד, עמ׳ 64 436
פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולברור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים
כרך א, עמ׳ מט 385
עמ׳ נ 432 433

עמ׳ נא 433
כרך ב, עמ׳ קצג 500
עמ׳ קצג־קצה 451
כרך ג, עמ׳ פג 62
עמ׳ פז־פח 356
עמ׳ רנא 128
כרך ה, עמ׳ כז 87
כרך ח, עמ׳ שלב 138
כרך ט, עמ׳ רמג 586
עמ׳ תכח 356
כרך י, עמ׳ קמו 23

חקיקה

דברי הכנסת
כרך 65, עמ׳ 506 411
כרך 73, עמ׳ 2896 14
החלטת הממונה על המרשם, ערר מיום ג׳ סיון תש״ס, 125/1704 468
הצעת חוק ההקדשות הציבוריים, סעיף 1(ג) 472
הצעת חוק היחיד והמשפחה, התשט״ז־1956
סעיף 162 63
הצעת חוק הנאמנות, התשל״ה־1974, סעיף 4 538
חוק האפוטרופוס הכללי, התשל״ח־1978
סעיף 1 59
סעיף 2(ב) 59
סעיף 15 59
חוק החברות, התשנ״ט־1999
סעיף 345א 622 623
סעיף 345ה 622 623
חוק החוזים (חלק כללי), התשל״ג־1973
סעיף 13 444 448
סעיפים 14־18 444
סעיף 18 448
סעיף 25 452
סעיף 26 277 452
סעיף 27 444
סעיף 55(א) 217
סעיף 56(א) 217
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל״א־1970, סעיף 3(2) 589
חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל״ג־1973 355
חוק הירושה, התשכ״ה־1965
סעיף 88 311
סעיף 147 463 495
חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ״ב־1962
סעיף 1 35 43 390
סעיפים 2, 4, 9 438
סעיף 22 311
סעיף 38 240
סעיף 57 311 313
סעיף 67 63
חוק המיטלטלין, התש״ל־1970, סעיף 9(ב) 249
חוק המכר, התשכ״ח־1968, סעיף 34 357
חוק המקרקעין, התשכ״ט־1969, סעיף 31(א) 249
חוק המתנה, תשכ״ח־1968, סעיף 5(ג) 503
חוק ניירות ערך, התשכ״ח־1968, סעיף 28(א) 112
חוק העמותות, התש״ם־1980, סעיף 11 622
חוק הפרשנות, התשמ״א־1981
סעיף 3 472
סעיף 4 35
חוק השומרים, התשכ״ז־1967
סעיף 1(א) 238
סעיף 6 249
סעיף 11 317
חוק השליחות, התשכ״ה־1965
סעיף 2 8
סעיף 5(ב) 249
פקודת ההקדשות למטרות צדקה, משנת 1924 114
סעיף 37 473 474
פקודת פשיטת הרגל, סעיף 42א 10
פקודת השותפויות [נוסח חדש], סעיף 29 67
תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס״ז־2007 468
סעיף 3 370
סעיף 511(ג)(2) 96
סעיף 558(8) 160
סעיף 563 7 27
סעיף 564 54 433
סעיף 564, דברי ההסבר 412
סעיף 565 412 433
סעיף 568 79 80
סעיף 569(א) 551 552
סעיף 570(א) 552
סעיף 570(ב) 412
סעיף 571(א) 556
סעיף 572 596
סעיף 572(א) 595
סעיף 572(ד) 598
סעיף 573 636
סעיף 576(ג) 114
סעיף 577(ב) 139
סעיף 578 168
סעיף 578(א) 161
סעיף 579 233
סעיף 579(א)(1) 206
סעיף 580(ב) 115
סעיף 582 537
סעיף 587(א) 615
סעיף 587(ג) 412
סעיף 589(א) 387
סעיף 590 412 495
תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל
תש״ג, סעיף קפו 413
תש״ך, סעיף קעב 413
תש״ך, סעיף קעו 459
תש״ך (מהד׳ תשל״ח), עמ׳ 39 128
תשנ״ג, סעיף קפז, ס״ק (1) 434
תשנ״ג, סעיף קצב, ס״ק (1), ס״ק (2) 459
תשנ״ג, סעיף קצג 128
תקנות ההקדשות לצרכי צדקה, 1974 114
תקנות הנאמנות (דרכי השקעת כספי הקדש ציבורי), התשס״ד־2004 114
תקשי״ר עובדי המדינה, פרק 42, סעיף 721 253

פסיקה

עז׳ (ירושלים) 40462/00 א׳ ע׳ נ׳ ק׳ ד׳, תק־מש 2000(3) 268, 269 64
רע״א 46/94 אברמוב נ׳ הממונה על מרשם המקרקעין, פ״ד נ(2) 202 7 467 473
עמ׳ 208 468
ע״א 5533/98 אגודת ישיבת השרון נ׳ שמואל סגל, פ״ד נד(4) 538, 550 473 474
ע״א 5407/91 אגודת ישיבת מדרש פורת נ׳ טובה גול שאולוף, פ״ד מז(3) 265, 278־279 617
ע״א 2686/99 אייזמן נ׳ קדמת עדן בע״מ ואח׳ 617
ע״א 8068/01 איילון חברה לביטוח נ׳ מנהל עיזבון המנוחה חיה אופלגר, דינים עליון, סט, 682 7
ת״ה (ת״א) 12844/86 אל־על נתיבי אויר לישראל בע״מ נ׳ בלס, פ״מ תשמ״ט(א) 45, 50 7
ע״א 153/77 אלואשוילי נ׳ סמואל, פ״ד לב(1) 627, 638 185
ת״א (ירושלים) 3104/01 אספן בניה ופיתוח בע״מ נ׳ מדינת ישראל, תק־מח 2004(3) 2015 171
ע״א 4351/01 ארז נ׳ מדינת ישראל — האוצר, אגף המכס והמע״מ ואח׳, תק־על 2005(2) 3688 65
ע״א 3962/97 בארותיים מושב עובדים נ׳ ארד מרים ואח׳, פ״ד נב(4) 614, 618 261
ועדת ערר 1353/01 ב.ג. לוד (1999) בע״מ נ׳ מס שבח רחובות, מיסים יח/2 (אפריל 2004) ה־41, עמ׳ 42 283
ע״א 610/94 בוכבינדר נ׳ כונס הנכסים הרשמי, תק־על 2003(2) 1202, 1225 252
ע״א 51/48 בורנשטיין נ׳ הממונה על רכוש אויב, פ״ע א 429, 435 54
ה״פ (י־ם) 5050/06 ביין צבי נ׳ אהרון קוואס (פורסם במאגר המשפטי ״נבו״) 377
ע״ב (ת״א־יפו) 4599/01 בן חור נ׳ שירותי בריאות כללית, תק־עב 2005(4) 1145, 1158־1160 586
ה״פ (י־ם) 4123/05 בן סירה יחזקאל ואח׳ נ׳ ציגלמן רעמה ואח׳ 616 617
ע״א 8704/99 בן ציון נ׳ ההסתדרות הכללית, פ״ד נח(1) 120, 135־136 617 620 626
ע״א 189/95 בנק אוצר החייל בע״מ נ׳ מזל אהרונוב, פ״ד נג(4) 199 54
ת״א (שלום ת״א) 46109/04 בנק לאומי למשכנתאות בע״מ נ׳ בנק הפועלים בע״מ, תק־של 2006(2), 5804, 5807 (2006) 7 38
בג״צ 702/79 גולדברג נ׳ שרמן, פ״ד לד(4) 85 264 268
ע״א 180180 גולדקורן נ׳ ויסוצקי, פ״ד ח(1), עמ׳ 262 174
ת״א (ת״א) 181894/02 גלעדי רות נ׳ אקולין שיקום נזקים (לא פורסם), סעיף 41 185
ע״א 361/60 גרוס נ׳ הנאמן בפש״ר של בית הלחמי, פ״ד יד 2446 240
בג״צ 4566/90 דקל נ׳ שר האוצר ואח׳, פ״ד מה(1) 28 61 253
עמ׳ 34־35 45
ע״א 1482/92 הגר נ׳ הגר, פ״ד מז(2) 793
עמ׳ 802־803 30
סעיף 12 64
ת״א (ת״א־יפו) 1808/00 הוכברג ערן נ׳ בל״ל בטוחות, תק־מח 2002(2) 1441, 1452 112
רע״א 3277/95 הולנדר בנאי בע״מ נ׳ חברה לנאמנות, פ״ד מט(5) 295, 300־301 525 526
בר״ע (ת״א־יפו) 2624/03 הוס יצחק נ׳ בוריס סיונוב, תק־מח 2004(2) 661, 662 112
עע״מ 8282/02 הוצאת עיתון ״הארץ״ נ׳ מדינת ישראל — משרד מבקר המדינה, פ״ד נח(1) 465 144
ד״נ 13/80 הנדלס נ׳ בנק קופת עם, פ״ד לה(2) 785 76
ע״א 490/99 הקדש מנחם ובלומה אטינגר נ׳ תנחום אבן טוב, תק־על 2003(2) 839, 846 617
ע״א 002269/00 הרן ואהובה וינברג נ׳ נאמני הקדש המנוח יצחק גבריאלוביץ׳ ז״ל 468
ת״א (ירושלים) 1484/9 הרטי נ׳ קיבוץ קלי״ה, תק־מח 2005(2) 4819, 4860 355
ע״א 3829/91 וואלס נ׳ נחמה גת ואח׳, פ״ד מח(1) 801 174
עמ׳ 808 6
עמ׳ 810־811 65
דנג״ץ 6543/02 וינברג נ׳ בית הדין הרבני האזורי בתל אביב יפו 468
ע״א 8888/00 וירצבורגר נ׳ היועמ״ש (פס״ד מיום 15.11.07) 616 617 624
ע״א 897/75 וסטצסטר בע״מ נ׳ קורן, פ״ד לא(1) עמ׳ 660 566
ע״א 136/50 זיברט נ׳ בית ונחלה, פ״ד ג 958, 963 54
המ׳ 100/52 חברה ירושלמית לתעשיה נ׳ יוסף ואדוארד אגיון, פ״ד ו 887, 889־890 252
ע״א 9200/99 חנוכה נ׳ ב״כ היועץ המשפטי לממשלה, פ״ד נו(3) 801, 808־809 64
ת״א (ירושלים) 5112/03 טי. ג״י. סי. הנדסה נ׳ י׳ צדקה ניהול ואחזקות (פורסם במאגר המשפטי ״נבו״) 294
ע״א 477/88 היועץ המשפטי נ׳ אוניברסיטת ת״א, פ״ד מד(2) 476 440
עמ׳ 482 273
ע״א 4660/94 היועץ המשפטי נ׳ משה לישינסקי, פ״ד נה(1) 88 452
עמ׳ 126 7
ת״ע (ת״א) 2812/75 היועץ המשפטי נ׳ יוסטין הס, פ״מ תשל״ו(1) 316, 320־322 620
ע״א 6198/95 יעקב נ׳ שרה בראשי, תקדין עליון, כרך 98(2) עמ׳ 1771, ס׳ 10 64
ת״ע (ת״א) 2470/00 י. ש. נ׳ ש. ד. ש (פורסם במאגר המשפטי ״נבו״) 7 440 452
בתמ״ש 16030/97 כ׳ י׳ ואח׳ נגד כ׳ י׳, תק־מש 2004(4) 174
בג״צ 750/84 כהן נ׳ ראש עירית רחובות ו־6 אח׳, פ״ד לח(4) 609, 614 252
ע״א 7508/03 כהן ואח׳ נ׳ מנהל מס שבח אזור המרכז, מיסים יט/2 (אפריל 2005) ה־9, עמ׳ 99 42
בג״צ 5131/03 ליצמן נ׳ יושב־ראש הכנסת, פ״ד נט(1) 577, 588 61
ע״א 721/68 מזרחי נ׳ חוסיין, פ״ד כג(2) 206 355
ע״א 237/83 מילר נ׳ רורליך, פ״ד מ(2) 468, 475 7

ע"א 4639/91 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חזון דוד
ואלזה, פ"ד מח(3) 156, 168 38
תמ"ש (ת"א) 79133/97 מסלם נ' מאיר יעקב (פורסם
במאגר המשפטי "נבו") 174
ע"א 511/62 נהרי נ' מבצעי צוואת נהרי, פ"ד יז
598 2702
בש"א (תל־אביב־יפו) 2367/03 סוזאיב נ' ידין מכנס,
תק־מח 2003(1) 36087, 36088 112
ע"א 654/82 סוכנות מכוניות לים נ' עו"ד ח' דוד חיות,
פ"ד לט(3) 803 7
בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פ"ת נ' מועצת
עיריית פ"ת, פ"ד לד(2) 566, עמ' 571 257
בג"צ 205/60, 210/60 עבודי נ' שר הדתות ואח', פ"ד
יד 2020 589
עמ' 2033 607
ת"א (שלום ת"א) 37424/04 עגם מפעלי מתכת נ' רו"ח
שחם דוד, תק־של 2006(1) 1007, 1012 80 87
ת"ע (ת"א) 7340/00, עזבון המנוח גויטע נ' ציון גולן,
תק־מש 2002(1), 118 32
ת"ע (ת"א) 12020/99 עזבון המנוח קוריס נ' ב"כ
היועץ המשפטי, תק־מש 2000(2), 77 64
ע"ז (חיפה) 3170/99 עזבון המנוחה מ' גרימברג נ' ס'
מורגנשטרן, תק־מש 2001(2) 201, 209 64
עז' (ת"א) 28/89 עזבון המנוחה בלומה נ' תנחום אבן,
תק־מח 92(1), 1006, 1010 414
עע"מ 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון (פורסם
במאגר המשפטי "נבו") 138
ע"א 5444/95 עמותת בני מוטרנות הגליל נ'
הארכיבישוף, תק־על 97(3) 772, 777 277
בד"מ 5257/94 פודהורצר נ' יצחק קופרשטוק, תק־על
96(3), 1224, 1236 520
ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133,
168 372
ע"א 138/64 פלדמן (שוורץ) נ' לילי טריפמן, פ"ד כ(2)
419, 420 64
ע"א 55/67 קפלן נ' מ"י, פ"ד כא(2) 718, 722 240
ע"א 121/92 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705,
723 64
ע"א 586/78 רבינוביץ' נ' הנאמן הציבורי לענייני
צדקה, פ"ד לד(1) 179 598
רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199,
279 251
ע"א 7506506 שוורץ נ' בית אולפנא אהרן וישראל,
פ"ד נד(2) 215, 223 64
ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה, פ"ד נד(3) 127,
139־140 273
ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן ואח', פ"ד מו(4) 330,
347 64
ע"א 635/71, בר"ע 225/71, שיווק מוצרי אוטוקרס
בע"מ ואח' נגד ה' מרגוליס עו"ד ואח', פ"ד כו(1)
682, 691־692 524 525
בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר־שבע נ'
בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 817,
834 251
ת"א (ירושלים) 844/94 שרון נ' יהודית ורש, תק־מח
96(2) 2810, 2813 64
ע"א 1099/90 שרוני נ' שרוני, פ"ד מז(4)
785 64

רשימה ביבליוגרפית

אדרעי, א, "בית הדין כאביהם של יתומים", דיני ישראל יט (תשנ"ז), עמ' ה־מא
אונגר, י', "על הנאמן ואישיותו המשפטית של ההקדש", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 113 (פקודי תשס"ג)
אטינגר, ש', פרקי שליחות במשפט העברי, ירושלים תשנ"ט
אישון, ש', "טובת הנאה לפקיד ממשלתי", תחומין כו (תשס"ו), עמ' 335
אלבק, ח', מחקרים בברייתא ותוספתא ויחסן לתלמוד, ירושלים תש"ל, עמ' 82
אלבק, ח', פירוש המשנה, גיטין, השלמות והוספות, עמ' 402
אלבק, ש', "העושה טובה לחבירו שלא מדעתו", סיני עא (ניסן־אייר תשל"ב), צט־קיא
אלבק, ש', בתי הדין בימי התלמוד, רמת גן תשמ"א, עמ' 43־48
אלבק, ש', דיני הממונות בתלמוד, ת"א תשמ"ג
אלון, מ', המשפט העברי, מהדורה שלישית, ירושלים תשנ"ב
אלסטר, י', מוריה שנה ה, גל' ה, עמ' לז
אלתר, א', "זכותו של ה־Cestui Que Trust בנכסי הנאמנות", הפרקליט לה (תשמ"ג), עמ' 307, עמ' 308
אנגלרד, י', "מחקר המשפט העברי — מהותו ומטרותיו", משפטים ז (סיון תשל"ו), עמ' 61
אסף, ש', "מנוי נשים לאפיטרופסות", המשפט העברי ב (תרפ"ז), עמ' 79־80
אפשטיין, י"נ, מבוא לנוסח המשנה, ירושלים תשכ"ד, עמ' 1019
אפשטיין, י"נ, מבואות לספרות התנאים, מאגנס תשי"ז, עמ' 167
אפשטיין, י', "לקיטת מתנות עניים על ידי גבאי צדקה", אמונת עתיך גל' 35, עמ' 24 ואילך
ארדמן, ש', נאמנות מכוח הדין, פרדס חנה תש"ס
אריאל, י', "מושבע ועומד מהר סיני", דף שבועי, בהוצאת המרכז ללימודי יהדות של אוניברסיטת בר אילן, גיליון 324 (יתרו תש"ס)
בלס, י', חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב
בן יעקב, א', "שטרי הקדש של בתי כנסת בבגדאד", בתוך ספר הזיכרון לרב יצחק ניסים, עמ' שסה ואילך
בעלקין, ש', "בעלות בקניינים ואיסורים", תלפיות, שנה א, חוברת ב, כרך א (תש"ד), עמ' 194
בר־אילן, נ', "העתקת ספרים או קסטות", תחומין ז (תשמ"ז), עמ' 360
ברמן, י', "שיטת האפוטרופסות בישראל", בתוך: ספר היובל לרי"ל פישמן, ירושלים תרפ"ו, עמ' מ־מא
ברק, א', חוק השליחות, תשכ"ה־1965, פירוש לחוקי החוזים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, בעריכת ג' טדסקי, תשל"ה
ברק, א', "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י (תש"מ), עמ' 11
ברק, א', פרשנות במשפט, ירושלים 1998, הצוואה — דוקטרינות לבר פרשניות, עמ' 337־339
ברק, א', פרשנות במשפט — פרשנות הצוואה, תשס"א, עמ' 58־62, 181
ברק, א', שיקול דעת שיפוטי, ת"א תשמ"ז, עמ' 495
גויטיין, ש', וא' בן שמש, המשפט המוסלמי במדינת ישראל, ירושלים תשכ"ח, עמ' 160
גולאק, א', יסודי המשפט העברי, ירושלים תרפ"ג
גרבר, ח', "היהודים ומוסד ההקדש המוסלמי (וקף) באימפריה העות'מאנית", קתדרה: לתולדות ארץ־ישראל וישובה 37 (1985), עמ' 17
גרוס, י', "מיסוי בינלאומי — הרפורמה והשלכותיה" (חלק ב), מסים טז/6 (דצמבר 2002) א־1, עמ' 4
גרינברגר, ב"צ, "ויעשו לו כאשר צום': 'מצווה לקיים דברי המת' — הכלל והשלכותיו", פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 151 (ויחי תשס"ד)
דובנוב, ש', פנקס ועד הקהילות בליטא, ברלין תרפ"ה, עמ' 28, תקנה קיח; תקנות ועד שפ"ג, תקנה לז
דיכובסקי, ש', "בית דין הוא אביהם של ישראל", תחומין כה (תשס"ה), עמ' 247
דרייפוס, נ', "דיני ריבית בראי הכלכלה המודרנית", תחומין יד (תשנ"ד), עמ' 207־231
הלפרין, י', פנקס ועד ארבע הארצות, ירושלים תש"ה, עמ' 45
הלפרין, י', תקנות מדינת מעהרין, ירושלים תשי"ב, תקנות העיר גאיי, ת"י, תקנה פח, עמ' 28

הלפרין, מ׳, הערת עורך, אסיא גל׳ לז, עמ׳ 40, הערה ט
ויגודה, מ׳, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ״ב
ויגודה, מ׳, חוק לישראל, שכירות ושאילה, ירושלים תשנ״ח
ויגודה, מ׳, ״אחריות השולח לנזקי שלוחו״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 272 (מקץ תשס״ז)
ויגודה, מ׳, ״אל נא תקברני במצרים — על הצוואה״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 104 (ויחי תשס״ג)
ויגודה, מ׳, ״הקדש דתי כאישיות משפטית נפרדת״, חוות דעת במשפט עברי, באתר האינטרנט של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים
ויגודה, מ׳, ״פירוק עמותה — גבייה מנכסי הקדש שבניהולה״, באתר האינטרנט של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים
ויגודה, מ׳, חוות דעת על צוואה ״לצרכי צדקה״, באתר האינטרנט של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים
ויינמן, צ׳, ״הקדש משפחתי אינו הקדש״, תחומין כא (תשס״א), עמ׳ 237
ויסמן, י׳, ״אבני נגף בחוק הנאמנות״, עיוני משפט ז (תשל״ט־תש״ם), עמ׳ 282
ורהפטיג, א׳, ההתחייבות, תוקפה אופייה וסוגיה, ירושלים תשס״א
ורהפטיג, א׳, ״אחריות בעל לחובות אשתו״, שנתון המשפט העברי ב (תשל״ה), עמ׳ 258
ורהפטיג, א׳, ״חוזה עבודה — מהותו וביטולו״, תחומין ז (תשמ״ו), עמ׳ 427
ורהפטיג, א׳, ״חוזה עבודה — מהותו וביטולו: חזרת העובד״, תחומין ח (תשמ״ז), עמ׳ 203־242
ורהפטיג, א׳, ״טובת הנאה לעובד מאחר — לו או למעביד?״, תחומין יז (תשנ״ז), עמ׳ 293
ורהפטיג, ז׳, החזקה במשפט העברי, ירושלים תשכ״ד
ורהפטיג, ש׳, דיני עבודה במשפט העברי, ת״א תשכ״ט
זילברג, מ׳, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ״ד
זילברשטיין, י׳, ורפא ירפא, בתוך: שושנת העמקים, בני ברק תשנ״ט, עמ׳ קכג
זעפראני, ש׳, ״צוואות הנעשות בערכאות של גוים״, מוריה, שנה כ, גליון י־יב, עמ׳ קיז־קכ
חי, נ׳, ״השבועה בבית הדין הרבני — בין חזון למציאות״, משפטי ארץ, כרך ב (תשס״ה), עמ׳ 459־477
חפץ, ח״ש, ״אחריות הרב במשפט העברי״, דיני ישראל ו (תשל״ה) 49, 86־91
טברסקי, י׳, מבוא למשנה תורה לרמב״ם, עמ׳ 106
טדסקי, ג׳, ״אפיטרופוס ושלוח״, בתוך: מסות במשפט (ירושלים תשל״ח), עמ׳ 334
טדסקי, ג׳, ״השומר על פי דין״, משפטים ח (תשל״ח), עמ׳ 438
טדסקי, ג׳, ״סודות עסקיים״, הפרקליט לה (תשמ״ג), עמ׳ 5
טננבוים, א׳, ״האם זכאי הנאמן לשכר?״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, בהעלותך תשס״ז, גיליון 286 (בהעלותך תשס״ז)
טננבוים, א׳, וא׳ קפלן, ״מקרקעי הקדש יהודיים בישראל — מבוא היסטורי, חברתי ומשפטי״, מקרקעין ב(6), נובמבר 2003, עמ׳ 8־9
יהב, א״ש, ״גדרי מינוי אפוטרופוס, כוחו וסמכותו״, מקבציאל כה (שנה יג), עמ׳ רכג
יעקובוביץ׳, ע׳, הרפואה והיהדות, ירושלים תשכ״ו, עמ׳ 271־280
כהן, נ׳, התערבות ביחסים חוזיים, ת״א תשמ״ב
כהן, צ׳, ״חובת הזהירות של הדירקטור בחברה הרשומה״, מחקרי משפט א (תש״ם), בעמ׳ 147, הערה 79
הכהן, א׳, וז׳ סורוצקין, ״בנקאות ללא ריבית ו׳היתר עסקא׳ ב׳מדינה יהודית ודמוקרטית׳ — הלכה ואין מורין כן?״, שערי משפט ב1 (תשנ״ט), עמ׳ 77־100
הכהן, א׳, ״אצילת סמכויות והעברתן״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 76 (בהעלותך תשס״ב)
הכהן, א׳, ״למהות השררה במשפט העברי״, קובץ הציונות הדתית, ירושלים תשס״ב, עמ׳ 488־500
כהנא, ב׳, חוק לישראל, ערבות, ירושלים תשנ״ב
כהנא, ב׳, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ״ט
כהנא, ב׳, מחילה על זכויות קניינית, חיבור לשם קבלת תואר מוסמך, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשס״ב
כהנא, ב׳, המחילה במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים תשס״ז, שער א, פרק שני, 1
כרם = כרם, ש׳, חוק הנאמנות התשל״ט־1979, מהדורה רביעית, ת״א 2004
כרם, ש׳, ״הבטחת נכסי נאמנות וזכויות הנהנה״, הפרקליט לה (תשמ״ג), עמ׳ 52
לבונטין, א׳, ״כך דרכו של תלמוד (ביקורת)״, הפרקליט יח (תשכ״ב, 1961), עמ׳ 188
הלבני, ד׳, מקורות ומסורות, סדר נשים, ת״א תשכ״ט, עמ׳ תקסט, הערה 4
ליבזון, ג׳, ״חרם סתם׳ בתקופת הגאונים ובראשית ימי הביניים״, שנתון המשפט העברי כב (תשס״ד), עמ׳ 107 ואילך
ליפשיץ, ב׳, אסמכתא — חיוב וקניין במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח

ליפשיץ, ב׳, עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ״ד
ליפשיץ, ב׳, ״מנהג מבטל הלכה״, סיני כרך פו (תש״מ), עמ׳ יא
נבות, ס׳, ״חבר כנסת כנאמן הציבור״, משפטים לא(2), עמ׳ 433
סינקלר, ד׳, ״פסלותו של גוי בדיני השליחות״, שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ״ב־תשמ״ג), עמ׳ 95
עמנואל, ש׳, שברי לוחות, ירושלים תשס״ז, עמ׳ 262־266
פאור הלוי, י׳, ״זכות הרופא לקבלת שכר במקורות היהדות״, דיני ישראל ז (תשל״ו), עמ׳ עט
פלק, ז׳, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני, ת״א תשל״א, עמ׳ 306; ירושלים תשמ״ג, עמ׳ 233
פרבשטיין, מ״מ, משפטי הדעת, ירושלים תשנ״ה
פרוקצ׳יה, ג׳, ״השלוח כנאמן״, הפרקליט לד (תשמ״א) עמ׳ 479, בעמ׳ 482
פרי (פרידמן), י׳, תולדות היהודים בטראנסילבניה בימי הביניים המאוחרים, ת״א תשנ״ד, עמ׳ 313
פרידמן, ד׳, דיני עשיית עושר ולא במשפט, מהדורה שנייה, בורסי תשמ״ב, תשנ״ח
פרידמן, ד׳, ״יסודות בדיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה״, עיוני משפט ח(1) (תשמ״א), עמ׳ 22־41
פרידמן, ד׳, הרצחת וגם ירשת? — משפט מוסר וחברה בסיפורי המקרא, תל אביב, 2000, עמ׳ 143
פרנצוס, י׳, ״קנין מהיום ולאחר מיתה״, דיני ישראל ח (תשל״ז), עמ׳ קלז־קלט
קארפי, ד׳, פנקס ועד ק״ק איטאליאני בוויניציאה, ירושלים תשס״ג, ז, שנת ת״ד
קוטק, ש׳, ״רפואה והלכה בספר חסידים: ׳נטילת שכר טרחה של רפואה׳״, אסיא לז (כסלו תשמ״ד), עמ׳ 37־42
קוק, ש״ח, ״חומר להוראת שימוש״, סיני כרך כו (תשרי־אדר תש״י), עמ׳ שפב־שפד
קושלבסקי, א׳, ״בעניין הקדש טעות״, ספר הזיכרון לרב יחזקאל אברמסקי, ירושלים תשל״ח, עמ׳ תפז־תפט
קליינמן, ר״ש, מנהגי הסוחרים במשפט העברי (קניין סיטומתא), דיסרטציה, אוניברסיטת בר־אילן תש״ס
קליינמן, ר״ש, ״מאולמו של הדיין לעולמו של עובד הציבור — שלושה דגמים לפתרון מצבים של ניגוד עניינים״, בתוך: דיין ודיון (בעריכת י׳ חבה וע׳ רדזינר), בר אילן תשס״ז, עמ׳ 159־187
קפלן, א׳, ״להקדש הציבורי בישראל״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 158 (תרומה תשס״ד)
קרלין, א׳, ״אישיות משפטית״, סיני כרך ד (תרצ״ט), עמ׳ תמד, תמט
רוזן, מ׳, ״הפאטוריאה — פרק בתולדות המסחר הים תיכוני במאות הט״ז־י״ז״, מקדם ומים ב (תשמ״א), עמ׳ 101־131
רוזן־צבי, א׳, יחסי ממון בין בני זוג, תל־אביב תשמ״ג, עמ׳ 206־207
רוזנברג, ש׳, ״כוחה של טעות״, אקדמות יב (תמוז תשס״ב), עמ׳ 150־208
רוזנטל, ח״ש, ״מעמדם ההלכתי של מנהלי מוסדות״, שורת הדין כרך ד (תשנ״ח), עמ׳ רעד־רעה
רוט, א׳, ״האם יש קנין למת?״, סיני כרך קכג־קכד (תש״ס), עמ׳ תקכ־תקכט
רוטנברג, י״פ, ״מעמדו של נאמן בהקדש״, דברי משפט, חלק ה (תשנ״ח), עמ׳ קפז־קצב
ריבלין, י׳, הירושה והצוואה במשפט העברי, רמת גן תשנ״ט, עמ׳ 232, הערה 213
ריינין = י״ק ריינין, האפוטרופוס ליתומים במשפט העברי, אחריותו, דרכי הפיקוח והביקורת עליו, חיבור לשם קבלת תואר ד״ר למשפטים, ירושלים תשד״ם
ריינין, י״ק, ״האפוטרופסות מכוח ״יתומים שסמכו אצל בעל הבית״״, מחקרי משפט א (תש״מ), עמ׳ 219
ריינין, י״ק, ״מינוי אישה לאפוטרופא״, מחקרי משפט ד (תשמ״ו), עמ׳ 168־202
רקובר, נ׳, אוצר המשפט, חלק א, ירושלים תשל״ה; חלק ב, ירושלים תשנ״א
רקובר, נ׳, ההגנה על צנעת הפרט, ירושלים תשס״ו, עמ׳ 205־207
רקובר, נ׳, זכות היוצרים במקורות היהודיים, ירושלים תשנ״א
רקובר, נ׳, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח
רקובר, נ׳, המשפט העברי בחקיקת הכנסת, ירושלים תשמ״ט, כרך ב, עמ׳ 934־935
רקובר, נ׳, המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, כרך א, עמ׳ 165
רקובר, נ׳, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ״ח
רקובר, נ׳, שלטון החוק בישראל, ירושלים תשמ״ט
רקובר, נ׳, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל״ב
רקובר, נ׳, תקנת השבים — עבריין שריצה את עונשו, ירושלים תשס״ז
רקובר, נ׳, ״ענישה בשכר־עבֵרה במשפט העברי״, משפטים ב (1970), עמ׳ 481
שאנן, ח״ש, ״אחריות בעל הבית לנזקי פועל״, שורת הדין ג (תשנ״ה), עמ׳ רסט
שוחטמן, א׳, מעשה הבא בעבֵרה, ירושלים תשמ״א
שוחטמן, א׳, סדר הדין, ירושלים תשמ״ח
שוחטמן, א׳, ״הרצחת וגם ירשת?״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 302 (בראשית תשס״ח)
שוחטמן, א׳, ״טוהר השיפוט וטוהר המינהל הציבורי״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 135 (שופטים תשס״ג)

שוחטמן, א׳, ״תוצאותיה של אי־חוקיות במשפט העברי ובמשפט המדינה״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גליון 112 (ויקהל תשס״ג)
שטיינברג, א׳, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, מהדורה שנייה, ירושלים תשס״ו, כרך ז, ערך רופא, עמ׳ 33־45
שטרוזמן, א׳, ״תקנת השוק במשפט העברי: משמעותה, התפתחותה וחיוניותה״, דיני ישראל ט (תשל״ח־תש״ם), עמ׳ ז
שיבר, ב׳, ״שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי״, משפטים ח (אב תשל״ז), עמ׳ 96־97
שילה, ש׳, ״פיצול זכות הבעלות בנכס במשפט התלמודי״, דיני ישראל יב (תשד״ם־תשמ״ה), עמ׳ קעג
שילה, ש׳, פירוש לחוק הירושה, תשכ״ה־1965, ירושלים תשנ״ה, עמ׳ 229־230
שינפלד, א״צ, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ״ב
שינפלד, א״צ, ״נתינת שוחד לעובד ציבור״, תחומין ה (תשמ״ו) 333
שינפלד, א״צ, חוות דעת שהוגשה לרב אליהו בן דהאן, מפקח על ההקדשות הדתיים
שינפלד, א״צ, נספח ל־צבי ויינמן, ״הקדש משפחתי אינו הקדש״, תחומין כא (תשס״א), עמ׳ 237
שלו־גרטל, ר׳, ״על טוהר השיפוט ועל פסלות שופט״, פרשת השבוע, בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, גיליון 40 (שופטים תשס״א)
שפיצן, א׳, ״ה׳אישיות המשפטית׳ והקדשים יהודיים בירושלים של סוף המאה התשע־עשרה״, ספונות יז (תשמ״ג), עמ׳ 105
שציפנסקי, י׳, התקנות בישראל, ירושלים תשנ״ג, חלק ב, עמ׳ קלה, וחלק ד, עמ׳ תקסג־תקסח
שרמן, א״ח, ״סמכותו של בית דין לדון בעניינים ציבוריים״, תחומין כה (תשס״ה), עמ׳ 243
שרמן, א״ח, ״על סמכות גדול הדור לתת הוראות לנאמני הקדש ועל סדרי דין מיוחדים בהקדשות״, משפטי ארץ — דין, דיין ודיון (בעריכת י׳ אונגר), עפרה תשס״ב, עמ׳ 118־133
שרמן, א״ח, ״הקדש במחשבה וקנין בדבר שאין בו ממש״, תחומין יב (תשנ״ב), עמ׳ 272
חוק לישראל, שיתוף נכסים, ירושלם תשס״ט
מילון א׳ בן־יהודה, עמ׳ 7935, הערת נ״ה טור־סיני לערך ״תשחורת״
מילון אבן שושן, הקדש
מילון ספיר (מהד׳ 1997), הקדש
תקנות ועד עדת הספרדים בירושלים, ירושלים תרפ״ג

Cohn, M., Vormund (אפוטרופוס), Jüdisches Lexikon 5, p. 1248-1250 = Wörterbuch des Jüdischen Rechts, Basel 1980, p. 138-139
Jastrow, M., Dictionary of Targumim, Talmud and Midrashic Literature (1926), p. 1006
Rakover, N., Shalish. Encyclopedia Judaica, vol. 14, p. 1267-1268 = Principles of Jewish Law, ed. Menachem Elon, Jerusalem 1975, p. 260-262
Rakover, N., The Multi-Language Bibliography of Jewish Law, Jerusalem 1990, p. 569
Sperber, D., A Dictionary of Greek and Latin Legal Terms in Rabbinic Literature, Bar-Ilan University Press, 1984, p. 122

רשימה ביוגרפית

אבן האזל — ר׳ איסר זלמן מלצר, ליטא־ארץ ישראל, 1870־1954
אבני החושן — ר׳ שלמה רייזנר (ראב״ד פלשטין), פולין, המאה ה־20
אבני מילואים — ר׳ אריה ליב בר׳ יוסף הכהן, ליטא, 1745־1813
אבני נזר, שו״ת — ר׳ אברהם בר׳ זאב נחום בורנשטיין (אב״ד סוכטשוב), פולין, 1839־1910
אבקת רוכל, שו״ת — ר׳ יוסף קארו, ספרד־תורכיה־ארץ ישראל (צפת), 1488־1575
אברבנאל — ר׳ דון יצחק בן יהודה אברבאנל, פורטוגל־איטליה, 1437־1508
אגודה — ר׳ אלכסנדר זוסלין הכהן, גרמניה, נפטר ב־1349
אגודת אזוב — ר׳ ברוך בר׳ דוד (מגנזן), פולין, המאה ה־17
אגרות משה, שו״ת — ר׳ משה פיינשטיין, רוסיה־ארה״ב, 1895־1986
אדמת קודש, שו״ת — ר׳ נסים חיים משה מזרחי (רבה של ירושלים), נפטר ב־1749
אהבת צדקה — ר׳ אברהם אבידן, ירושלים, בן זמננו
אור זרוע — ר׳ יצחק מווינא, אשכנז, 1180־1250 (מגדולי בעלי התוספות)
אור שמח — ר׳ מאיר שמחה הכהן מדווינסק, ליטא, 1843־1926
אורחות חיים — ר׳ אהרן ב״ר יעקב הכהן מנרבונה, צרפת, נפטר בערך ב־1330
אורים גדולים, שו״ת — ר׳ אברהם ישראל זאבי, ישראל, המאה ה־18־19
אורים ותומים — ר׳ יהונתן אייבשיץ, רב של קהילות אה״ו (אלטונה, האמבורג, ואנדסבק), 1695־1764
ר׳ אחאי גאון — ר׳ אחא משבחא, בבל, 680־762
אחיעזר, שו״ת — ר׳ חיים עוזר גרודזנסקי, ליטא, 1863־1940
ר׳ אליהו מזרחי, שו״ת — ר׳ אליהו מזרחי, תורכיה (רב ראשי), 1437־1526
ר׳ אליעזר ממיץ — צרפת, 1140־1248
אמרי בינה — ר׳ מאיר בר׳ יצחק איצק אוירבך, פולין־ארץ ישראל, 1815־1878 (בנו של בעל ״דברי חיים״)
אמרי יושר, שו״ת — ר׳ מאיר אריק (אב״ד יזלוויץ), פולין־גליציה, 1855־1926
אשר לשלמה, שו״ת — רבי שלמה בן אהרן אבן דנאן (רב ראשי ואב״ד), מרוקו־צרפת, 1848־1929
אתוון דאורייתא — ר׳ יוסף ענגל, פולין (קרקוב), 1859־1920

באר הגולה — ר׳ משה רבקש, ליטא, 1595־1671
באר שבע — ר׳ יששכר בער איילנבורג, פולין, 1550־1623
ב״ח (בית חדש) — ר׳ יואל סירקיס, פולין, 1561־1640
ביאור הגר״א — ר׳ אליהו בר׳ שלמה זלמן מווילנא (הגאון מווילנא), ליטא, 1720־1797
ביאור הלכה — ר׳ ישראל מאיר הכהן (ה״חפץ חיים״), רוסיה, 1838־1933
בית אבי, שו״ת — ר׳ יצחק אייזיק ליבס, המאה ה־20
בית אהרן (וולקין) — ר׳ אהרון וולקין, פולין (אב״ד פינסק וקרלין), 1865־1942
בית אפרים, שו״ת — ר׳ אפרים זלמן מרגליות, פולין (ברודי), 1760־1828
בית דוד (פילוסוף), שו״ת — ר׳ יוסף ב״ר דוד פילוסוף, איטליה, המאה ה־17
בית דינו של שלמה, שו״ת — ר׳ רפאל שלמה לניאדו, סוריה, נפטר ב־1794
בית הבחירה — ר׳ מנחם המאירי, פרובנס, המאות ה־13־14
בית ידידיה (שאחעט), שו״ת — ר׳ שאול ידידיה שאחעט, רוסיה־ארה״ב, המאה ה־20
בית יוסף — ר׳ יוסף קארו, ספרד־תורכיה־ארץ ישראל (צפת), 1488־1575
בית יעקב — ר׳ יעקב בר׳ שלמה טבשונסקי, ליטא, 1873־1922
בית יצחק, שו״ת — ר׳ יצחק יהודה שמלקיש (אב״ד לבוב), פולין, 1828־1905
בית מאיר — ר׳ מאיר פוזנר, פולין־אשכנז, 1729־1807
בית שלמה (דרימר), שו״ת — ר׳ שלמה דרימר, גליציה, 1800־1873
בית שמואל — ר׳ שמואל בר׳ אורי שרגא פייבוש, פולין־גרמניה, המאה ה־17
בני אהרן, שו״ת — ר׳ אהרן לפפא, טורקיה, 1604־1667

בני חיי, שו"ת — רבי חיים בן מנחם אלגאזי, טורקיה (רבה של רודיס), המאה ה־17
בנימין זאב, שו"ת — ר' בנימין זאב בר' מתתיהו, יוון, המאה ה־16
בנין ציון, שו"ת — ר' יעקב יוקב עטלינגר, גרמניה, 1798־1871
בעי חיי, שו"ת — ר' חיים בר' ישראל בנבנשתי, טורקיה, 1603־1673
בקש שלמה, שו"ת — רבי שלמה אבן דנאן, מרוקו, נפטר ב־1929
ברית אברהם, שו"ת — ר' אברהם צבי הירש (אב"ד פילץ ופיעטרקוב), פולין, 1777־1819
ברכי יוסף — ר' חיים יוסף דוד אזולאי (החיד"א), ארץ ישראל־איטליה, 1724־1806

גידולי תרומה — ר' חיים עזריה פיגו, איטליה, 1579־1647
גינת ורדים — ר' אברהם בן מרדכי הלוי, מצרים (רב ראשי), 1650־1712
גליוני הש"ס — ר' יוסף ענגל, פולין (קרקוב), 1859־1920

דבר אברהם — ר' אברהם דובער כהנא שפירא (אב"ד קובנא), ליטא, 1870־1943
דבר אליהו (מיליקובסקי) — ר' אליהו אהרון מיליקובסקי (אב"ד ת"א־יפו), פולין־ארץ ישראל, המאה ה־20
דבר משה, שו"ת — ר' חיים משה אמרליו, טורקיה, 1695־1748
דברות משה — ר' משה פיינשטיין, רוסיה־ארה"ב, 1895־1986
דברי חיים — ר' יצחק איצק אוירבך (אב"ד לונטשיץ), פולין, המאה ה־19 (בנו של בעל "דברי משפט")
דברי חיים, שו"ת — ר' חיים בר' ליבוש הלברשטם (האדמו"ר מצאנז), גליציה, 1793־1876
דברי משפט — ר' חיים בר' יצחק אוירבך (אב"ד לונטשיץ), פולין, 1755־1840
דברי ריבות, שו"ת — ר' יצחק בר' שמואל אדרבי, תורכיה, 1510־1584
דקדוקי סופרים — ר' רפאל נתן נטע רבינוביץ', ליטא־גרמניה־אוקרינה, 1835־1888
דרוש וחידוש — ר' עקיבא איגר, גרמניה, 1761־1837
דרישה — ר' יהושע פלק כ"ץ, פולין, נפטר ב־1614
דרכי משה — ר' משה איסרליש, פולין, 1525־1572
דרכי נועם — ר' מרדכי הלוי, מצרים (אב"ד), נפטר ב־1685

ר' האי גאון — בנו של ר' שרירא גאון, בבל (פומבדיתא), 939־1038
הגהות אשר"י — ר' ישראל מקרימז, אשכנז (אוסטריה), המאה ה־14
הגהות הרש"ש — ר' שמואל שטראשון, רוסיה־ליטא, 1794־1872
הגהות מיימוניות — ר' מאיר הכהן מרוטנבורג, אשכנז, המאה ה־13
הלכות מדינה — ר' אליעזר יהודה ולדנברג, ירושלים, 1915־2006
המאור הגדול — ר' זרחיה הלוי מגירונדי, ספרד־צרפת, 1115־1186
העמק שאלה — ר' נפתלי צבי יהודה ברלין (הנצי"ב מוולוז'ין), פולין, 1817־1893
הרי בשמים, שו"ת — ר' אריה ליבש הלוי איש הורוביץ (אב"ד סטרי), גליציה, 1847־1909

ושב הכהן, שו"ת — ר' רפאל בר' יקותיאל זיסקינד כ"ץ (אב"ד קהלות אה"ו), פולין־גרמניה, 1722־1803

זכור לאברהם — ר' אברהם בר' שמואל אלקלעי, טורקיה־ארץ ישראל, 1749־1811
זכרון יהודה — ר' יהודה בן אשר (הרא"ש), גרמניה־ספרד, 1270־1349
זכרנו לחיים — ר' רפאל חיים בנימין פרץ, טורקיה (רב בגליפול), המאה ה־19

חוות יאיר, שו"ת — ר' יאיר חיים בר' משה שמשון בכרך, גרמניה, 1638־1702
חוקת משפט — ר' בנימין רבינוביץ תאומים, ליטא־ירושלים, 1900־1974
חושן אהרן — ר' אהרון וולקין, פולין (אב"ד פינסק וקרלין), 1865־1942
חזון איש — ר' אברהם ישעיהו [אי"ש] קרליץ, ליטא־ארץ ישראל, 1878־1953
חזון יחזקאל — ר' יחזקאל אברמסקי, רוסיה־ארץ ישראל, המאה ה־20
חידושי אנשי שם (על ה"מרדכי") — ר' מנחם דוד מטיקטין (טיקוצ'ין), פולין, המאות ה־16־17
חידושי מהר"ץ חיות — ר' צבי הירש בר' מאיר חיות, גליציה, 1805־1855
חידושי ר' שמעון יהודה הכהן — ר' שמעון יהודה הכהן שקופ, ליטא, 1860־1940
חידושי רבנו מאיר שמחה — ר' שמחה הכהן מדווינסק, ליטא, 1843־1926
חיים ביד, שו"ת — ר' חיים פלאג'י, תורכיה (אב"ד ורב ראשי), 1788־1869
חכם צבי — ר' צבי הירש אשכנזי, מורביה־גליציה, 1660־1718
חכמת אדם — ר' אברהם דנציג, פולין, 1748־1820
חכמת שלמה — ר' שלמה קלוגר (אב"ד ברודי), פולין, 1775־1869
חמדת שלמה — ר' שלמה זלמן ליפשיץ, פולין, 1765־1839
חסדי דוד — ר' דוד פרדו, איטליה־ארץ ישראל, 1718־1790
החפץ חיים — ר' חיים פלאג'י, תורכיה (אב"ד ורב ראשי), 1788־1869

חקקי לב, שו"ת — ר' חיים פלאג'י, תורכיה (אב"ד ורב ראשי), 1788־1869
חקרי לב, שו"ת — ר' רפאל יוסף חזן (אב"ד איזמיר), טורקיה, 1741־1820
חתם סופר, שו"ת — ר' משה סופר (שרייבר), גרמניה־הונגריה, 1762־1839

טור — ר' יעקב בר' אשר, ספרד, המאה ה־14 (בנו של הרא"ש)
ט"ז (טורי זהב) — ר' דוד בר' שמואל הלוי, פולין, נפטר ב־1667

יביע אומר, שו"ת — ר' עובדיה יוסף, עיראק־ארץ ישראל, בן זמננו (נולד ב־1920)
יד מלאכי — ר' מלאכי הכהן, איטליה, המאה ה־18
ר' יהודאי גאון — ראש דייני בבל, 760־764
יהודה יעלה, שו"ת — ר' יהודה אסאד, הונגריה, 1794־1866
ר' יהונתן מלוניל — פרובנס, המאות ה־12־13
יורו משפטיך ליעקב — ר' יעקב אפשטיין, ישראל, בן זמננו
ים של שלמה — ר' שלמה בר' יחיאל לוריא (מהרש"ל), פולין, 1510־1574

כלבו (ראה: אורחות חיים)
כנסת הגדולה — ר' חיים בר' ישראל בנבנשת, טורקיה, 1603־1673
כסף הקדשים — ר' אברהם דוד בר' אשר אנשל ווהרמן מבוצ'ץ', גליציה, 1771־1840
כסף משנה — ר' יוסף קארו, ספרד־תורכיה־ארץ ישראל (צפת), 1488־1575
כפתור ופרח — ר' אשתורי (יצחק בן משה) הפרחי, צרפת־ישראל, 1280־1355
כתב סופר, שו"ת — ר' אברהם שמואל בנימין סופר (שרייבר, בן החתם סופר), הונגריה (אב"ד פרשבורג), 1815־1872

לב מרפא (פאניז'ל) — ר' רפאל מאיר פניז'ל, ישראל (ראשון לציון), 1804־1893
לב שמח, שו"ת — ר' אברהם אליגרי, תורכיה (אב"ד קושטא), 1560־1652
לבוש — ר' מרדכי בר' אברהם יפה, פולין, 1530־1612 (תלמיד מהרש"ל והרמ"א)
לחם משנה — ר' אברהם בר' משה די בוטון, שלוניקי, 1545־1588 (תלמיד מהרשד"ם)
לחם רב, שו"ת — ר' אברהם בר' משה די בוטון, שלוניקי, 1545־1588 (תלמיד מהרשד"ם)

מאירי (ראה: בית הבחירה)
מבי"ט, שו"ת — ר' משה בר' יוסף טראני, טורקיה־ארץ ישראל, 1500־1580
מגיד משנה — ר' וידאל די טולושא, ספרד, המאה ה־14
מגן אברהם — ר' אברהם אבלי בר' חיים הלוי (גומבינר), פולין־ליטא, 1637־1683
מהר"ח אור זרוע, שו"ת — ר' חיים בר' יצחק אור זרוע, אשכנז, המאה ה־13
מהר"י בן לב, שו"ת — ר' יוסף בר' דוד ן' לב, טורקיה, 1505־1580
מהר"י וייל, שו"ת — ר' יעקב בר' יהודה וייל (מהרי"ו), גרמניה, המאה ה־15
מהרי"ל, שו"ת — ר' יעקב בן משה מולין (סגל), צרפת 1360־1427
מהר"ם אלשיך, שו"ת — ר' משה אלשיך, תורכיה־ארץ ישראל, 1507־1593
מהר"ם גלאנטי, שו"ת — ר' משה גלאנטי (הראשון), רומא־ארץ ישראל, המאה ה־16
מהר"ם מרוטנבורג — ר' מאיר בר' ברוך מרוטנבורג, גרמניה, 1215־1293 (מאחרוני בעלי התוספות)
מהר"ם פדובה, שו"ת — ר' מאיר בר' יצחק קצנלנבוגן, פולין־איטליה, 1473־1565
מהר"ם שי"ף — ר' מאיר בר' יעקב הכהן שיף, גרמניה, 1605־1641
מהר"ם שיק — ר' משה שיק (אב"ד חוסט), הונגריה, 1807־1879
מהרי"א הלוי, שו"ת — ר' יצחק אהרן בר' מרדכי זאב (אב"ד לבוב), פולין, 1827־1891
מהרי"ט, שו"ת — ר' יוסף בר' משה טראני, ארץ ישראל־טורקיה, 1568־1639
מהריט"ץ, שו"ת — ר' יום טוב בר' משה צהלון, ארץ ישראל, 1559־1638
מהרי"ק, שו"ת — ר' יוסף בר' שלמה קולון, איטליה, 1420־1480
מהרש"א — ר' שמואל בר' יהודה הלוי אידלס, פולין, 1555־1631
מהרשד"ם, שו"ת — ר' שמואל בר' משה די מדינה, טורקיה (רב בשלוניקי), 1506־1589
מהרש"ך, שו"ת — ר' שלמה בר' אברהם הכהן, טורקיה, 1520־1601
מהרש"ל, שו"ת — ר' שלמה בר' יחיאל לוריא (מהרש"ל), פולין, 1510־1574
מהרש"ם, שו"ת — ר' שלום מרדכי הכהן שבדרון, גליציה, 1835־1911
מחנה אפרים — ר' אפרים בר' אהרון נבון, טורקיה, 1677־1735
מטה אהרן — ר' אהרן הלוי, טורקיה־ארץ ישראל, נפטר ב־1814
מטה יוסף (נזיר), שו"ת — יוסף ב"ר חיים משה הלוי נזיר, ישראל־מצרים, המאה ה־17
מים עמוקים, שו"ת — חלק א לר' אליהו מזרחי, וחלק ב לראנ"ח
מישרים — רבנו ירוחם בר' משולם, פרובנס־ספרד, המאה ה־14

מכתם לדוד, שו"ת — ר' דוד פרדו, איטליה־ארץ ישראל, 1718־1790
מלחמות ה' — ר' משה בן נחמן, ספרד, 1194־1270
מנחת חינוך — ר' יוסף באב"ד (ר"ת: בן אב־בית־דין), טרנופול, גליציה, 1800־1875
מנחת יצחק, שו"ת — ר' יצחק יעקב וייס, הונגריה־אנגליה־ארץ ישראל, 1902־1989
מנחת פתים — ר' מאיר אריק (אב"ד יזלוויץ), פולין־גליציה, 1855־1926
מנחת שלמה, שו"ת — ר' שלמה זלמן אויערבך, ישראל, 1995־1910
מעיל שמואל, שו"ת — ר' חיים שמואל פלורינטין, שלוניקי, נפטר ב־1719
מעיני החכמה — ר' אריה ליב צינץ, פולין, המאה ה־18
מעשה רוקח — ר' מסעוד חי רקח (אב"ד טריפולי), טורקיה וצפון אפריקה, 1689־1768
מראה הפנים — ר' משה מרגליות, ליטא, 1710־1780
מרדכי — ר' מרדכי בר' הלל הכהן, אשכנז, נהרג על קידוש השם ב־1298
משא מלך — ר' יוסף ב"ר יצחק אבן עזרא, שלוניקי־סופיה, נפטר ב־1605
משאת משה, שו"ת — ר' משה ישראל איש ירושלים, רודוס־מצרים, 1681־1748
משנה ברורה — ר' ישראל מאיר הכהן (ה"חפץ חיים"), רוסיה, 1838־1933
משנה הלכות, שו"ת — ר' מנשה קליין, ארה"ב, בן זמננו
משנה למלך — ר' יהודה רוזאניס, קושטא, המאות ה־17־18
משנת ר' אהרן, שו"ת — ר' אהרן קוטלר, רוסיה־ארה"ב, 1862־1962
משפט הצוואה — ר' מתתיהו שווארץ, ישראל, בן זמננו
משפט כתוב — ר' ישראל זיתון, תוניס (רב ראשי), המאה ה־18־19
משפט צדק, שו"ת — ר' מאיר בר' שם טוב מלמד, טורקיה, נפטר ב־1620
משפטי עוזיאל — ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל, ישראל (ה"ראשון לציון"), 1880־1953
משפטי שמואל, שו"ת — ר' שמואל קלעי, תורכיה, המאה ה־17
משפטים ישרים, שו"ת — ר' רפאל בר' מרדכי בירדוגו, מקנס, מרוקו, 1747־1821

נבחר מכסף, שו"ת — ר' יאשיהו פינטו, סוריה, 1565־1648
נודע ביהודה, שו"ת — ר' יחזקאל בר' יהודה לנדא, בוהמיה (פראג), 1713־1793
נחלת צבי — השלמות של בעל "פתחי תשובה"
נטעי נעמנים, שו"ת — ר' יצחק אייזיק בר' אהרן רבינוביץ (אב"ד שאוול), ליטא, המאה ה־19
נימוקי יוסף — ר' יוסף חביבא, ספרד, המאה ה־15
ר' נסים גאון — ר' נסים בר ר' יעקב, תוניסיה (קירואן), 990־1062
נפש חיה — ר' משה בצלאל בר' שרגא פייבוש לוריא, אב"ד סייני, 1834־1914
נקודות הכסף — תגובות הש"ך להשגות הט"ז
נתיבות המשפט — ר' יעקב בר' משה יעקב מליסא, פולין, 1760־1832

ספר חסידים — ר' יהודה החסיד, גרמניה, נפטר ב־1217
ספר מצוות גדול (סמ"ג) — ר' משה מקוצי, צרפת־ספרד, המאה ה־13
ספר מצוות קטן (סמ"ק) — ר' יצחק מקורביל, צרפת, 1210־1280
סמ"ע (ספר מאירת עיניים) — ר' יהושע פלק כ"ץ, פולין, נפטר ב־1614
ספר העיטור — ר' יצחק בר' אבא מרי ממרשיליא, פרובנס, המאה ה־12
ספר השטרות — ר' יהודה בר' ברזילי הברצלוני, ספרד, המאה ה־12
ספר התרומה — ר' ברוך בר' יצחק מוורמייזא (וורמס), אשכנז, המאה ה־13
ספר התרומות — ר' שמואל הסרדי, ספרד, המאה ה־12

עבודת הגרשוני, שו"ת — ר' גרשון אשכנזי, גרמניה, נפטר ב־1693
עדות ביהוסף, שו"ת — ר' יוסף אלמושנינו (אב"ד בלגרד), טורקיה־הונגריה, 1643־1689
ר' עובדיה מברטנורא — ר' עובדיה מברטינורו, איטליה־ארץ ישראל, המאה ה־15
עונג יום טוב, שו"ת — ר' רפאל יום טוב ליפמן הלפרין (אב"ד ביאליסטוק), פולין, 1816־1879
עטרת פז, שו"ת — ר' פנחס זביחי, ישראל, בן זמננו
עין יצחק, שו"ת — רבי יצחק אלחנן ספקטור, רוסיה (אב"ד קובנה), 1817־1896
עליות דרבנו יונה — ר' יונה גירונדי, ספרד, 1210־1263
ר' עקיבא איגר — גרמניה, 1761־1837
ערוך — ר' נתן בר' יחיאל מרומי, איטליה, 1035־1110
ערוך השולחן — ר' יחיאל מיכל בר' אהרן הלוי אפשטיין, פולין, 1829־1908
ערך ש"י — ר' שלמה יהודה בר' פסח טבק, הונגריה, נפטר ב־1907

פני יהושע — ר' יעקב יושע, פולין־גרמניה, 1680־1756
פני משה — ר' משה מרגליות, ליטא, 1710־1780

פני משה, שו"ת — ר' משה בר' נסים בנבנשתי, קושטא, 1606־1677
פסקי הרי"ד — ר' ישעיה די טראני, איטליה, המאה ה־12
פסקי ריא"ז — רבי ישעיה בן אליה די טראני, איטליה, נפטר ב־1280
פסקי ריקאנטי — ר' מנחם בן בנימין ריקאנטי, איטליה, 1250־1310
פעמוני זהב — ר' רפאל בר' מרדכי אנקווא (אב"ד רבאט), מרוקו, 1848־1935
פרח מטה אהרן, שו"ת — ר' אהרן בר' חיים אברהם הכהן פרחיא, טורקיה, 1627־1697
פרישה — ר' יהושע פלק כ"ץ, פולין, נפטר ב־1614
פתחי חושן — ר' יעקב ישעיה בלויא, ירושלים, בן זמננו
פתחי תשובה — ר' אברהם צבי הירש בר' יעקב אייזנשטאט, פולין־ליטא, 1813־1868

צדקה ומשפט — ר' יעקב ישעיה בלויא, ירושלים, בן זמננו
ציץ אליעזר, שו"ת — ר' אליעזר יהודה ולדנברג, ירושלים, 1915־2006
צמח צדק (קרוכמאל), שו"ת — ר' מנחם מנדל קרוכמאל, פולין (אב"ד ניקלשבורג), המאה ה־17
צמח צדק, שו"ת — ר' מנחם מנדל בר' שלום שכנא, רוסיה (ליובאביטש), 1790־1866

קהילת יעקב (אלגאזי), שו"ת — ר' ישראל יעקב אלגאזי, תורכיה־ארץ ישראל, המאה ה־18
קהלות יעקב — ר' ישראל יעקב קנייבסקי (הסטייפלר), רוסיה־בני ברק, 1899־1985
קובץ שיעורים — ר' אלחנן בונם וסרמן, ליטא, 1874־1941
קול אליהו, שו"ת — ר' אליהו בר' משה ישראל, מצרים, 1710־1784
קול מבשר, שו"ת — ר' משולם ראטה, פולין־ירושלים, 1875־1963
קצות החושן — ר' אריה ליב בר' יוסף הכהן, ליטא, 1745־1813
קרבן העדה — ר' דוד פרנקל, גרמניה (רבה של ברלין), 1707־1762

ראב"ד — ר' אברהם בר' דוד מפוסקיר, פרובנס, המאה ה־12
ראבי"ה — ר' אליעזר בן יואל הלוי, גרמניה, 1160־1235
ראב"ן — ר' אליעזר בר' נתן, אשכנז, המאה ה־12
רא"ה — ר' אהרן בר' יוסף הלוי, ספרד, 1235־1300
ראנ"ח, שו"ת — ר' אליהו בר' חיים, רבה של קושטא, 1530־1610
רא"ש — רבנו אשר בר' יחיאל, אשכנז־ספרד, המאה ה־13
רבנו אשר מלוניל — פרובנס, המאה ה־12
רבנו גרשום — רבנו גרשום מאור הגולה, צרפת, 960־1040
רבנו חננאל — רבנו חננאל בר' חושיאל, תוניסיה (קירואן), נפטר ב־1056
רבנו תם — ר' יעקב בר' מאיר, צרפת, 1100־1171 (גדול בעלי התוספות; נכדו של רש"י)
רדב"ז — ר' דוד בר' שלמה ן' זמרה, ספרד־מצרים־ארץ ישראל, 1479־1573
ר"י — ר' יצחק בר' שמואל, צרפת, המאה ה־12 (מגדולי בעלי התוספות)
ר"י מיגאש — ר' יוסף בן מאיר הלוי אבן מיגאש, ספרד, 1077־1141
ריב"ם — ר' יצחק בר' מאיר, צרפת, המאה ה־12 (מבעלי התוספות; נכדו של רש"י)
ריב"ן — ר' יהודה בר' נתן, צרפת, המאות ה־11־12 (מראשוני בעלי התוספות; חתנו של רש"י)
ריב"ש, שו"ת — ר' יצחק בר ששת פרפת, ספרד־אלג'יר, 1326־1408
ריטב"א — ר' יום טוב בר' אברהם ן' אשבילי, ספרד (סביליה), המאות ה־13־14
הרי"ם — ר' יצחק מאיר רוטנברג (האדמו"ר הראשון מגור), פולין, המאה ה־19
רי"ף — ר' יצחק אלפסי, צפון אפריקה וספרד, המאה ה־11
ריצב"א — ר' יצחק בר' אברהם (מכונה גם ריב"א), צרפת, המאה ה־12 (מבעלי התוספות)
רמ"א — ר' משה בר' ישראל איסרליש, פולין, 1525־1572
רמ"ה — ר' מאיר בר' טודרוס הלוי אבולעפיה, ספרד, 1170־1244
רמ"ך — ר' משה הכהן מלוניל, פרובנס, המאה ה־12
רמ"ץ, שו"ת — ר' מאיר צבי וויטמאיר (אב"ד סאמבור), גליציה, 1798־1873
רמב"ם — ר' משה בן מיימון, ספרד ומצרים, 1135־1204
רמב"ן — ר' משה בן נחמן, ספרד, 1194־1270
ר"ן — ר' נסים בר' ראובן גירונדי, ספרד (ברצלונה), 1320־1380
רש"י — ר' שלמה יצחקי, צרפת, 1040־1105
רשב"א — ר' שלמה בן אדרת, ספרד, המאה ה־13
רשב"ם — ר' שמואל בר' מאיר, צרפת, 1080־1158 (מגדולי בעלי התוספות. נכדו של רש"י)
רשב"ש, שו"ת — ר' שלמה בר' שמעון דוראן (בנו של הרשב"ץ), אלג'יר, 1400־1467

שארית יוסף (כץ), שו"ת — ר' יוסף כ"ץ, פולין (אב"ד קרקוב), המאה ה־16
שב שמעתתא — ר' אריה ליב בר' יוסף הכהן, ליטא, 1745־1813

שבות יעקב, שו"ת — ר' יעקב בר' יוסף ריישר, בוהמיה־גרמניה, 1670־1733
שבט הלוי, שו"ת — ר' שמואל הלוי ואזנר, בני ברק, בן זמננו
שדי חמד — ר' חיים חזקיהו מדיני, קרים־חברון, 1833־1905
שואל ומשיב, שו"ת — ר' יוסף שאול נתנזון, פולין, 1810־1875
שואל ונשאל, שו"ת — ר' כלפון משה הכהן, תוניס (אב"ד ג'רבה), 1874־1950
שולחן ערוך — ר' יוסף קארו, ספרד־תורכיה־ארץ ישראל (צפת), 1488־1575
שולחן ערוך הרב — ר' שניאור זלמן מלאדי (האדמו"ר הראשון מחב"ד), רוסיה, 1745־1813
שיטה מקובצת — ר' בצלאל אשכנזי, טורקיה, 1520־1591
שיירי קרבן — ר' דוד פרנקל, גרמניה (רבה של ברלין), 1707־1762
ש"ך (שפתי כהן) — ר' שבתי בר' מאיר הכהן, ליטא־מורביה, 1621־1662
שלטי הגיבורים — ר' יהושע בועז, איטליה, המאה ה־16
שער אפרים, שו"ת — ר' אפרים בר' יעקב הכהן, ליטא־הונגריה, 1616־1678
שער משפט — ר' ישראל איסר בר' זאב וולף, אוקראינה, נפטר ב־1829
שערי עוזיאל — ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל, ישראל (ה"ראשון לציון"), 1880־1953
שפת אמת — ר' יהודה אריה ליב אלטר, פולין (האדמו"ר מגור), 1847־1905
שרידי אש, שו"ת — ר' יחיאל יעקב ויינברג, רוסיה־גרמניה־שוייץ, 1885־1966

תולדות אדם וחוה — רבנו ירוחם בר' משולם, פרובנס־ספרד, המאה ה־14
תומים (ראה: אורים ותומים)
תוספות יום טוב — ר' יום טוב ליפמן הלר, פולין, 1579־1654
תוספות רבנו פרץ — ר' פרץ בר' אליהו, צרפת, נפטר ב־1300 (מאחרוני בעלי התוספות)
תוספות רי"ד (ראה: פסקי רי"ד)
תוספות שאנץ — ר' שמשון בר' אברהם משאנץ (מכונה גם רשב"א), צרפת, המאות ה־12־13 (מבעלי התוספות)
תורת אמת, שו"ת — ר' אהרן בר' יוסף ששון, תורכיה, 1550־1626
תורת חיים, שו"ת — ר' חיים שבתי, טורקיה (רב בשלוניקי), 1557־1647
תורת חסד, שו"ת — ר' חסדאי הכהן פרחיא, טורקיה, המאה ה־17
תרומת הדשן, שו"ת — ר' ישראל איסרלין, אשכנז, 1390־1460
תשב"ץ, שו"ת — ר' שמעון בן צמח דוראן, אלג'יריה, 1361־1444
תשובה מאהבה, שו"ת — ר' אלעזר פלקלס, בוהמיה (פראג), 1754־1826
תשובות מיימוניות — ר' מאיר בר' ברוך מרוטנבורג, גרמניה, 1215־1293 (מאחרוני בעלי התוספות)
תשורת ש"י, שו"ת — ר' שלמה יהודה בר' פסח טבק, הונגריה, נפטר ב־1907