

ה ע ר ו ת ל ח ק י ק ה

על חוק המתנה, תשכ"ח—1968

מאת
פרופסור גד טדסקי

קוצר החוק

תכונה אוסיינית לחקיקה הישראלית החדשה היא קיצור הוראותיה. הלשון קצרה ביחוד בחוקים המיועדים להיות חלק מסה"ח האזרחי העתיד, וזאת לא רק לעומת החוקים האנגליים האנליטיים והקאזיסטיים, אלא גם לעומת הפרקים המקבילים מספרי החוקים במתכונת קונטיננטאלית. הפער המתגלה מהשוואה כזאת בין ששת הסעיפים, שבהם מוסדר ענין המתנה בחוק המתנה, תשכ"ח—1968, לבין ההוראות על אותו המוסד הנמצאות בקודקסים הנ"ל, גדול עוד יותר, אם נתחשב בכללים על הנושא, הנמצאים מחוץ ל־*sedes materiae*, המרובים שם מאשר אצלנו.

האם הנחת המחוקק הישראלי היא ש"כולנו חכמים?" שגם הנסחים יודעים את סוד הצימצום, כך שהמועט שלהם מחזיק את המרובה? ושגם הפרשנים די להם ברמז? ספק הוא בעינינו אם מושכל ראשון זה יעמוד לנו תמיד; וחוששים אנו שקיצור מופלג זה עלול להיות שקול כנגד הסדר סתום ולקוי, אשר לא רק יעורר אי בטחון בפסיקה הלכה למעשה, אלא סופו שיכריח את בתי המשפט להשתמש שימוש רחב בס' 46 לדבר המלך— כל עוד זה קיים— ולכשיבוטל יכריחם ליצור מערכת מקפת של דינים, מעשי ירי השפיטה. יש האומרים כי ס' 46 הולך ומתבטל ממילא בקשר לחקיקה הישראלית החדשה— וכן בקשר לחוק המתנה שלנו. אך, נוכח הנוסח הלאקוני והחסר של חקיקה זו, אין לראות מהו הביסוס לטענה הזאת.

הסיכון כי כתוצאת השיטה הנהוגה, יהיה הפרוץ מרובה על העומד, מוגבר בגלל שני נימוקים: האחד— החוסר במינוח משפטי מקובל כמינוח חד־משמעי והחוסר במסורת משפטית היה משלנו למשפטנו המונהג והולך. תנאים אלה היו דורשים דווקא את ההיפך: ריבוי ההגדרות וההסברים. צא ולמד: כאשר מגדיר חוק המתנה את המתנה כהקנייה "שלא בתמורה", ניצבת השאלה: מה משמעות ביטוי זה? האם נתכוון הכתוב למושג האנגלי *consideration*? אם לאיזה מושג אחר? אך המחוקק סתם ולא פירש. והנימוק השני הוא כי לא תמיד הוראות החוקים הישראלים הן "המועט המחזיק את המרובה". לפעמים חסר בהן העיקר, כך שאין להחיותן אלא אחרי השלמת החסר שבהן. זה תלוי אולי גם במגמותיהם השונות של העורכים והשפעותיהן ההדדיות של מגמות שונות אלה. לוועדת משפטים בכירים ממוצעת בישראל נוחה הגישה המקורות חוץ מאשר לוועדה מקבילה בהרבה ארצות אחרות, כי לרבים מאגשינו היה מגע ישיר

1 ר' א. ידון, הפרקלים, כרך כ"ד, עמ' 493, בעמ' 494.

בשיטות משפט לא מקומית. ונהגו להרכיב את הוועדות כך שתהיינה מוצגות בהן המגמות השונות. זה יתרון, בוודאי, מבחינת מה, אך הוא כרוך גם בתקלה מסוימת. בנוהג שבעולם כל אחד יגן על העקרונות שעל ברכיהם חונך, כך שוועדה ישראלית טיפוסית דומה במקצת לוועדה בינלאומית. ובדומה לנהוג בוועדות בינלאומיות, עשויות להיות התוצאות פשרות המושגות ע"י איזה נוסח חיזור הניתן לפירושים שונים ומסוימים. נדגים את הליקויים שאנו רואים בחוק בדוגמאות מספר.

הגדרת המתנה למיניה

1. המתנה שכנתינה. באיזו מידה עשויה ההגדרה שבס' 1(א) להאיר את עיני הפרשן שיוכל להכריע אם העסקה שלפניו נכללת בהגדרה האמורה, ולכן נתונה להסדר החוק — אם לאו? לא במידה מרובה, נראה לנו. כי מוגדרת שם המתנה כ"הקניית נכס שלא בתמורה" אבל אין ברור ואף לא רמז מהי איתמורה כזאת.

אילו היה ברצון המחברים לנקוט בביטוי כגון זה שנקטו בו ("שלא בתמורה") בלי להגדירו או להסבירו, כי אז מוטב היה לבחור ביטוי אחר, למשל "חינם" או "לא גמול" או "בלא תגמול". מכיון שבמשך עשרות שנים שימשה אצלנו "התמורה" לתרגום consideration, עלול להתעורר בנו הספק אם לכך התכוון המחוקק. ואפילו נדחה דעה זו בהתחשב בכך, שתורת ה"consideration" אינה עשויה להתקבל אם יש הברירה שלא לקבלה², תוסף אסוסיאציה זו ותקנן בלבנו. אך מכל מקום כדאי היה להגדיר ולהסביר. הגסיבה כשלעצמה שהמקבל אינו מספק דבר מצדו לנותן בשעת העסקה אינה עשויה להיות מכרעת. כי אחרת היינו צריכים לראות מתנה בכל תשלום חוב ובכל מילוי התחייבות קודמת. ואילו אין בוודאי מתנה שעה שנותנים דבר המגיע למקבל ומשיגים ע"י כך שיחרור מהתחייבות קודמת כלפי המקבל. זוהי הסיבה שהביטוי הבא בס' 5(א) "התחייבות לתת מתנה בעתיד" אינו נראה לנו כמוצלח. הוא מרמז על כך, כי בנתינה שתבוא כמילוי ההתחייבות יהיה משום מתנה. לעומת זאת המתנה — והמתנה היחידה — ישנה בהתחייבות-חינם הנזכרת, ואילו הנתינה הבאה אחר כך אינה מתנה (לא המתנה היחידה ולא כעין "מתנה שניה") אלא, כפי שאמרנו, מילוי לאותה ההתחייבות, פשוטו כמשמעו. משום כך, במקום לדבר על "התחייבות לתת מתנה בעתיד", מן הראוי היה לדבר על "מתנה שבהתחייבות" או על "מתנת הכטחה", שהיא, איפוא, מתנה בהווה ולא מתנה בעתיד.

אך מהו הדין אם התחייבות לתת לפלוני קיימת אמנם אצל הנותן אלא היא התחייבות כלפי אלמוני ולא כלפי פלוני? ומה, בדרך כלל, על התמורה הניתנת על ידי אדם שלישי, דהיינו אדם שאינו מקבל ה"נכס"?

"הקניית נכס שלא בתמורה" ישנה, במובן מסויים, בכל העברה פידוציארית, בה מתחייב המקבל להקדיש את הנכס כולו המקבל על ידו למטרה שלא לטובה. כן בהעברת הנכס לפלוני כדי שישמש בידיו ערובה להתחייבות הקיימת כלפי פלוני. ואפילו בהעברה לפלוני, המתחייב כסוכן להשתמש בנכס לטובתו של הנותן, למכרו עבורו, וכיוצא בזה. כלום נצטרך לראות במקרים האלה משום מתנה לפלוני? מתנה

2 השוה Cheshire & Fifoot, *Contracts*, 6th ed., p. 74 "...the doctrine of consideration corresponds... little with reality"; "...a transaction virtually gratuitous may well be invested with the insignia of contract"

המחייבת את המקבל לעשות מעשה בדבר המתנה, לפי לשונו של ס' 4 ? ואם לאו, לא מדברי החוק נסיק מסקנה שלילית זו. ומכיוון ש"נכס" כולל "זכויות" (ס' 1(ב)), נוכל לראות "הקניית נכס שלא בתמורה" גם בהשאלה. הנצטרך להבין שוהי נתונה להסדר המתנה ? ואם לאו, איפה גילה החוק את דעתו ואיפה הדריך את הפרשן ? בין היתר חשוב לדעת אם הבטחה להשאלה טעונה מסמך בכתב אם לאו, ואם המבטיח רשאי לחזור בו ממנה על פי ס' 5(ב) של החוק.

מכיון שלא נאמר כי ה"הקנייה" לפלוני צריכה לבוא מרכושו של הנותן, בהקרה כלכלית שלו, ולא נאמר כי היא צריכה להעשיר את המקבל, נתפסות בהגדרת החוק פעולות שאינן נראות כמתנה. א', לשם מתן מתנה לב, מעביר נכס לג' כדי שג' יעבירו לב. לפי השכל הישר אין כאן שום מתנה של א' לג' או של ג' לב'. אבל, לפי הגדרתו המילולית של ס' 1, ישנן גם כאלה, כי א' מקנה ללא תמורה את נכסו לג' וכן ג' לב'. כן נתפסת בהגדרת החוק, כמתנה של אלמוני לפלוני, הקניית נכסים ע"י תפיסה (אם ובמדה שהתפיסה קיימת במשפטנו החיובי) כשתפיסה כזאת נערכת ע"י אלמוני כנציגו של פלוני. דברים אלה, אין הדעת סובלתם ונוכל לסמוך על משפטנו שידחו אותם; אך מוטב היה שידחה אותם ברורות החוק עצמו בהוראותיו.

האם נוכל לראות כ"תמורה" "תמורה שבעבר", כדי להשתמש בביטוי ידוע יפה למש"פטי הארץ ? האם מתנה היא גם זאת הבאה לגמול למקבל בעד טובה שעשה לנותן בעבר (אף על פי שאין זו העילה המשפטית להקנייה) או המביעה מכל מקום הכרת טובה של הנותן ? או הבאה כהוספת יתר על שכרו של המקבל, בקשר לחובה שכבר מוטלת על זה, כך שאחר במקומו לא היה נותן מה שהוא נתן ? או תשלום חוב שאין המשפט רואה אותו כחוב מצוייד בתביעה (כפי שעשוי להיות חוב משום משחק והתערבות ובמקרים אחרים) ? או הקצבה לבן והקניית אחרות העולות על דרישת חובתו המשפטית של הנותן ? האם נוציא, לכל הפחות, מגדר ה"מתנה" מתנות ותרימות הניתנות לפי הנהגה בנסיבות הענין, כלשונם של ס' 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב וס' 63(א) לחוק הירושה, תשכ"ה ? כלומר, הוצאת עסקאות אלה, (ובוודאי ה"נוהג" שם אינו בהכרח נהג משפטי דווקא אלא גם ובעיקר נהג חברתי גרידא), מהסדר המתנה מוגבל לענין אותם החוקים בלבד או מעידה היא על הוצאה כללית מגדר דיני המתנה ?

כן לא נדון המקרה בו היתה אמנם תמורה, אך שני הצדדים לא ראו בה תמורה לגכס כולו, שנתקבל ע"י נותן התמורה, אלא לחלק בלבד ממנו. זהו ה"negotium mixtum cum donatione", הידוע. האם עלינו להפעיל כאן את דיני המתנה ? ואם כן — האם כולם או שמה רק מקצתם ?

לפי המסורת הרומאית, אין הנחה זו וזה עם הנחת המתנה בנטל בה מדובר בס' 4 לחוק הנדון. אין איפוא פתרון לבעיתנו, אפילו נראה כי מס' 4 הנ"ל משתמע שמתנה בנטל היא מתנה לכל דבר.

2. המתנה שבויתור ובמחילה. המתנה על ידי ויתור או מחילה, אשר עליה מדובר בס' 1(ג), מעוררת את השאלה אם חלים עליה יתר סעיפי החוק, ובמיוחד ס' 2. במתנה

3. השווה את נוסח שבס' 3(א) לחוק מס עובד, תש"ט—1949 ("... להוציא מתנה שאינה מופרות בהתחשב עם הנסיבות שבהן ניתנה...").

זו, איזו משמעות אפשר ליחס לדברים "מתנה נגמרת בהקניית דבר-המתנה על ידי הנותן למקבל"? במחילה אין שום "הקנייה" למקבל המתנה. בויתור הנדון יש אמנם הקנייה אך היא באה ממילא כשבעל זכות שיעבוד (ius in re aliena) מוותר על זכותו זו לטובת הבעלים, ולכן אין לדבר על גמר המתנה וכאילו הוחל קודם בעריכתה. הספק החמור ביותר נוגע לדבר הסכמת המקבל: "תוך הסכמה שהדבר ניתן במתנה". האם הסכמה כזאת דרושה במקרה של ויתור ומחילה? כן, לכאורה, כי הסעיפים הבאים אחרי ס' 1, וס' 2 בפרט, מתייחסים למתנה סתם ולא לסוג מסוים של מתנה (מתנה שבגתינה המוגדרת בס' 1 ס"ק (א) ו-(ב)) בלבד. מצד שני, חוק המתנה לא ביטל מפורשות את הוראות המגילה הנוגעות למחילה ולויתור, הנכללות בספר השנים-עשר למגילה. יתירה מזו: המחילה והויתור היו פריטים צורתם ולובשים צורה אחרת אילו היו הופכים מעשה דר-צדדי, וקשה להאמין שהיה בכוננת החוק לחולל שינוי כזה. אך בוודאי אין להסיק מסקנות בטוחות ומגוחכות את הדעת מלכוננו ההרמטית של החוק.

3. פנייה אחרים של מתנות. שני סוגי המתנה המוגדרים בס' 1 אינם מציבים את צורת המתנה האפשרית. למשל: התחייבות לשירות חינם, לעבודת חינם, והתחייבות חינם להימנע מאיזו פעולה — ספק אם הן נכללות בס' 1, ס"ק (א) ו-(ב). אמת נכון שלפי הגדרה זו נכללת במתנה גם מתנת זכות; אך במה דברים אמורים? בזכות הנוגעת לנכס, לרבות חיוב כלפי אדם שלישי אשר נותן המתנה, בעל חוב, מעביר למקבל המתנה (להבדיל, כנראה, כמתנה שהיא בהבטחת שירות של נותן המתנה עצמו). מה גם שהבטחה לעבוד כעכשיו והלאה למען הזולת אינה משתבצת יפה בכל אחת משתי משבצות החוק: מתנה לאלתר והתחייבות לתת מתנה בעתיד. יצוין לבסוף שבהצעת הממשלה, במקום "הקניית נכס", היה כתוב "עסקה להעברת נכס", מלים שאינן עשויות לכלול את הנחתנו הנדונה מכיון שלפיה אין מעבירים לא נכס ולא זכות. השינוי מנוסחת הצעת הממשלה לנוסחת החוק אינו מעיד, כנראה, על שום כוונה לשינוי של ממש.

כך, אין אנו יודעים אם חלים כאן דיני המתנה ואפילו אין ידוע לנו אם הבטחה לשירות חינם מחייבת, על סמך סעיף 64 לסה"ח העותומני לפרוצדורה אזרחית, או (על פי הדעה הרואה כלל זה כסתום מדי) בטלה, על סמך המשפט האנגלי. ועוד: המשלם את החוב המגיע מפלוני (או הנוטל על עצמו חוב זה) לשם מתנה לו, אינו נכנס בדי אמותיהן של שתי הגדרות ס' 1 — אף על פי שאין שוני מבחינת עצם הענין לעומת הנותן לפלוני במתנה את הסכום שעל ידו זה ישלם את חובו — וכן הנותן לזמן ההתישנות לעבור (או, בכלל, הנמנע מלהפעיל זכות שלו), לאותה המטרה; ואפשר היה להוסיף דוגמות מדוגמות שונות. האם עלינו לא לראות כלל וכלל אותם המעשים כמעשי מתנה? גם כאן השאלות דומות והפתרונות האפשריים אינם מניחים את הדעת מבחינת הבטחון המשפטי.

4 ר' בנקודה זו דבריו של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, דברי הכנסת, כ"א-כ"ג, סיון תשכ"ח (17-19 יוני 1968), עמ' 2348-2349.

מתנה בעלת נטל

בס' 4 אמר המחוקק להסדיר (מלבד המתנה על תנאי) את המתנה בנטל, זאת שהרוי-מאים קראו לה מתנה בעלת *modus*. אך ההגדרה לקויה וההסדר בלתי משיביע רצון. במה השאלה? לא בתחומים תחומים בין היתר לאיסור, בין הסדר מותר לבין הסדר אסור. אילו היתה המתנה במשפטנו משום מעשה חד-צדדי, כי אז הטלת חיוב ע"י הנותן על המקבל היתה בגדר דבר יוצא דופן, שהיה זקוק להיתר מיוחד של המחוקק.⁵ אך, מכיון שלפי תפיסת החוק הישראלי המתנה היא הסכם, כל ההבדל בין *modus* לבין כל חיוב אחר אינו עשוי להיות אלא בזה, אם ההסדר נשאר בתחום המתנה או חורג ממנו והופך את העסקה לעסקה בתמורה או לעסקה "מעורבת" (*negotium mixtum cum donacione*).

בנדון זה ציון הנטל המוטל על המקבל כחיוב (אף על פי שאינו מוטעה, כי אכן המדובר הוא על חיוב) אינו מאפיין אותו כדבעי. חיוב לעשות מעשה מסוים בדבר שנתקבל, עשוי להתקיים בחושים שבוודאי אינם מתנה. חיוב הוא גם — ובעיקר — התמורה, ה"סינאלאגמה", בחוזה הדדי. ר', למשל, בחוק המכר, תשכ"ח, פרק ב'. היה צורך להבליט כי, במקרה שלנו, בדעת הצדדים-למתנה אין הנטל הנדון מהווה תמורה, "סינאלאגמה", אלא אך ורק נטל צדדי, טפל, המשאיר לעסקה את אפיינה העיקרי כמתנה. בנדון זה כדאי היה למחוקק לברר אם המתנה נשארת בגדר מתנה טהורה לכל תוצאה משפטית (כלומר אף לא *negotium mixtum cum donacione*) או אם מבחינת מסוימות (למשל, מבחינה פיסקאלית, בקשר לשאלת ס' 63 לחוק הירושה, ובקשר לשאלות אחרות) אין להתייחס אליה כאל "עסקה מעורבת". שאלה זו מתעוררת גם במקרים מסויימים של מתנה על תנאי.

גם איפיון הנטל כחיוב לעשות מעשה בדבר-המתנה⁶ דווקא, אינו נראה מספיק ואף לא הכרחי: לא מספיק, מכיון שחיוב לעשות שימוש מסוים בדבר שנתקבל, עשוי להתקיים בעסקאות שאינן מתנה כלל וכלל.

לא הכרחי, משום שהנטל היה יכול לא לנגוע בדבר-המתנה דווקא, אלא באיזה מעשה אישי של המקבל, אשר אין לו ולדבר-המתנה לא כלום.⁷ היה יכול להיות מעשה שאינו זקוק לשום מימון, לא ע"י דבר-המתנה ולא ע"י משאבים אחרים. (די שעשיית המעשה תהא ניתנת להערכה כספית, כך שאפשר יהיה להטיל פיצויים על המקבל שלא קיים אותה. אך גם במקרה השלישי, אפשר להעלות על הדעת סנקציה אשר בקנס מוסכם ע"י הצדדים או אשר בהפקעת המתנה על-פי הסכמם). ואפילו היה זקוק למימון, אפשר שמימון כזה יבוא ממקור אחר ואפשר שמן ההכרח שיבוא ממקור אחר, מכיון שהוא צריך להיעשות לפני קבלת המתנה. אולי היה בדעת המחברים לומר

5 לפי אספקט מסוים נשאר הנטל בגדר יוצא מן הכלל במשפטנו הנוהג: בזה שהוא עשוי לזכות אדם שלישי. אך אם זכוי אדם שלישי על-ידי המתקשרים יורשה בדרך כלל במשפטנו העתידי — ואם, לעומת זאת, תישאר המתנה הסכם ולא מעשה חד-צדדי — גם באספקט זה ייעלם כל יוצא-מן-הכלל.

6 השווה "דברי הסבר" להצעת החוק, הצעות חוק, תשכ"ה, עמ' 369: "מתוך דבר-המתנה".

7 לעומת זאת אומר י"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט (שם, עמ' 2349): "הדגש הוא במלים 'בדבר-המתנה'. ברור שאין הנותן יכול לחייב את המקבל לשאת בהתחייבויות החורגות מדבר-המתנה שניתן לר'".

הערות לחקיקה

(במקום מה שאמרו: "מעשה בדבר-המתנה") מעשה שלא יצריך יותר מאשר ערכו של דבר-המתנה או מעשה שלא יעלה על ערך זה. אך גם על השקפה זו מותר אולי לחלוק, כי הנטל נשאר תמיד נטל לפי טבעו, אם כך ראוהו הצדדים, אף אם הוא עולה אויביקטיבית על כוחו הכספי של דבר-המתנה. מוצדק הוא רק כי—אם המדובר במתנה—המשפט לא יכפה על המקבל את ביצוע הנטל אלא בגבולות ערכו של דבר-המתנה.

ליקויים אחרים

גם בענינים מרובים אחרים נוכחים אנו לדעת על נקלה כי קיצור החוק הוא קוצר החוק.

המחוקק לא אמר דבר על אחריות הנותן; לא ציין מאומה אם הוא רואה אותו אחראי—ואם כן—באילו גבולות—על פגמים בדבר-המתנה, וכן סתם ולא פירש אם חלים הכללים הרגילים בדבר אי-ביצוע, או פיגור בביצוע, על הבטחת המתנה. גם בענין המסמך בכתב הדרוש בהתחייבות למתנה, אין ידוע אם צריך שיהיה דו-צדדי דווקא, או דיו שיהא הדו-צדדי של המתחייב.

אין הוראה בדבר האפשרות לתת מתנה למי שטרם נולד—או טרם הורו בו, בנו העתיד לאדם מסויים—בזמן הצהרת הנותן, וכן לגוף משפטי שטרם הוכר באותו זמן; ענינים אלה ראויים כולם למחשבה. אין לדעת אם אפשר למנות מקבל אחר מקבל, כפי שאפשר למנות יורש אחר יורש (ס' 42 לחוק הירושה), ועל פי הוראות מקבילות לאלה הנקבעות לגבי שני היורשים זה אחרי זה.

כדאי היה להעלות גם את שאלת התרומות וההתחייבויות לצרכי צדקה, וכן לעיין ביחסים שבין המתנה בעלת הנטל לבין הנאמנות לצרכי צדקה הקיימת במשפטנו.

ביטול המתנות והתחייבויות למתנה להונאת הנושים אינו מוצא הסדר מספיק ומניח את הדעת בתחוקה הנוהגת (כי הוא רק במסגרת פשיטת הרגל ובמסגרת פירוק חברות) והוא טעון הסדר אם במסגרת המתנה ואם במסגרת אחרת.

חסר גם הסדר בענין מתנות בין ארוסים, ובענין מתנות שניתנו בהתחשב בברית נישואין מסויימת, שבסופם לא נערכו.

נאמר בסיכום כי בענין המתנה—וכן גם בענינים אחרים—לא הגיענו המחוקק עד כה אלא "מברק". עלינו להמתין עד שדואר ישראל יביא לנו "מכתב" ובו דבר דבור על אופניו.

מגמות החוק

אם המחוקק יחזור וייתב על המדוכה, חזקה עליו שיעמיד לבדיקה מחודשת את מגמות החוק העיקריות, יחד עם השלמת הליקויים שבו. נציין כאן אחדות ממגמות אלו המעוררות ספקות.

הגנת הנותן בפני פזיזותו ואי ראייתו את הנולד והגנת רכוש האדם בפני מתנת אמטרופסו או שלוחו

לעומת אמצעי הזהירות שבהם מסתפק המשפט הייטדאלי, מרחיקים לכת לאין ערוך האמצעים בהם נוקטים בשיטות משפט מרובות. מפאת הגיל, מועד הבגרות הגבוה משמונה-עשרה שנה הנוהג בכמה ארצות מבטיח גם ממילא דעת מיושבת יותר. מפאת ליקוי הדעת, יש שרואים כניתנת לביטול מתנה שנעשתה ע"י מי שאינו בריא

ושלם ברוחו, אפילו לא הוגבל בדיניו כשוטה. גמירת דעתו של הנותן וחוסר פסולים בה נדונים לעתים קרובות במבחנים שונים וחמורים יותר מאשר בעסקאות אחרות. במיוחד באות בחשבון כאן הטעות על הנימוק גרידא וכל השפעה לשידול הנותן למתנה. אשר לדברי המתנה, אפשר שיש גבול מירבי מסויים או איסור לגבי הנכסים העתידיים. אשר לצורה, במקום הכתב הפשוט, יש שדורשים כתב נוטריוני דווקא, ואפילו פירוט המטלטלים וציון ערכם. הפקעת המתנה (או חובת המקבל להחזיר מה שנשאר אצלו מהמתנה) ניתנת על פי רוב לא רק לפני קיומה (בתור הגנה מפני תביעת המקבל) אלא גם אחרי (ואף ללא רשות בידיו של הנותן לוותר בשעת המתנה על זכות ההשבה), נוכח התרוששות הנותן, שינוי מצבו המשפחתי, כפיית טובה של המקבל, וכו'.

לא נדרוש מן המחוקק הישראלי שיהיה "שונא מתנות" דווקא, אבל מן הראוי שיגלה זהירות רבה יותר באשרו אותן. בדיני המתנה הישראליים, אין מניעה כי אפילו בן שמונה-עשרה בלבד יתחייב על פיסת נייר לתת במתנה כל נכסיו הנוכחיים והעתידיים, והסייגים המעטים לכך אינם נוגעים אלא לפרק הזמן שלפני נתינת כל נכס ונכס (ואינם עשויים, בדרך הטבע, לנגוע להתרוששות הנותן, כי הנה התרושש הוא כבר לחלוטין ע"י התחייבותו זו).

אין זה נעלה מכל ספק אם ס' 5(ב) ו- (ג) בדבר הנותן החוזר בו מהמתנה מתייחס לפרק הזמן בלבד שלפני המסירה; אך נראה שזהו הפתרון, מכיון שמדברים תמיד על התחייבות ולא על מתנה מקויימת, ומכיון שאין רמז על החזרה ביחס למתנה לאלתה. אבל, אם כך הדבר, היה נראה שרשאי לחזור בו מהבטחתו גם מבטיח מתנה שפיגר בקיום התחייבותו, בו בזמן שלא היה רשאי לעשות כן אילו קיים כבר כהבטחתו. התוצאה היא בלתי מוסרית כי על ידה ניתן פרס למפגר לעומת המקיים.

טבעית עוד יותר מאשר הגנת המשפט על אדם מפני פעולתו שלו, היא הגנתו על פסולי הדין מפני פעולה מרוששת של אפיטרופסיהם. אין זה מן הראוי לאסור את המתנה לחלוטין, כי בנסיבות מסויימות צריכה להתקיים אפשרות לבצע פעולה זו מרכישו של פסול הדין אך אין להרשותה לאפיטרופוס—ויהיה זה אפילו הורו של פסול-הדין—על דעת עצמו. והנה ס' 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב, מונה נתינת מתנה (זולת מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות הענין) בין הפעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שבית המשפט אישרן מראש. והוראה זו מורחבת לאפיטרופוסו של קטין ע"י ס' 47 לאותו החוק. אך, על אף הוראות אלו, ניכרים כאן שני ליקויים: האחד נוגע לשוטה אשר לו אין החוק דואג כפי שהוא דואג לקטין⁸. האחר נוגע לעצם הגדרתה של המתנה. מכיון שהגדרה זו, כפי שהיא יוצאת מס' 1 לחוק המתנה, צרה היא ואינה כוללת צורות מתנה מסויימות שעליהן דובר לעיל, לקויה ההגנה על פסולי הדין. האפיטרופוס שלהם מוסמך לעשות בשמם כל מתנה שאינה נתפסת בהוראת ס' 1.

מלבד ההגנה על אדם מפני פוזותו במתנותיו האישיות ומפני המתנות הניתנות מרכישו ע"י אפיטרופוסו, תיתכן צורה שלישית להגנת המשפט בעניני מתנה. היא כעין צורת ביניים בין שתי אלו: ההגנה מפני מתנה הניתנת ע"י מיזפה הכות. במה

8 בספרו של השופט שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ז, עמ' 414, הע"ש 6, נאמר: "המלה 'קטין' בס' 47 טעות סופר, יש לקרוא 'חסוי'".

דברים אמורים? בהנחה שניתן יפוי כוח ע"י א' ל-ב' ועל סמך יפוי כוח זה ניתן ב' בשם א' מתנה ל-ג', כשאמנם נתפסת המתנה הנדונה בלשונו הסתמית של יפוי הכוח, אך אין הוכחה כי א' נתן דעתו כדבעי למתנה הנדונה, לגבי מקבל מסויים, לגבי דבר-המתנה וערכו או לגבי כל הענינים האלה. אפשר שא' נתן יפוי כוח כללי ולא עלה על דעתו כי, על סמך יפוי כוח כזה, תינתן מתנה כלל וכלל. אפילו דובר ביפוי הכוח מפורשות במתנות, יש שהמשפט, בשיטה זו או אחרת, אינו מסתפק בלשון סתמית, אלא דורש שביפוי הכוח יבוא זיהוי המקבל – או, לפחות, ציון לחוג המקבלים האפשרי – זיהוי הנכס או הנכסים או ציון ערכם. מכיון שבחוק השליחות אין הוראות בדבר, חוק המתנה היה המקום הראוי לקביעת הגבלות סבירות.

מתנה לאלתר והתחייבות לתת מתנה

נניח כי א', האוחז בשטר לפקודתו, מצהיר בכתב ל-ב' שהוא (א') ניתן לו במתנה את שטרו. מהו הדין על פי חוק המתנה: שאין לפנינו שום עסקה או שמא יש לפנינו התחייבות לתת מתנה? לכאורה אין כאן לא "מתנה לאלתר" (כי הצהרת א' אינה מחוללת כשלעצמה את העברת הנכס לרשות ב') ולא התחייבות למתנה בעתיד (כי א' רצה ביותר מהתחייבות לתת מתנה בעתיד, הוא רצה במתנה לאלתר). אבל, אם נאמר כי במעשה א' אין ולא כלום, יגיב השכל הישר שהדבר לא יתכן. ואם נאמר כי ערכו של המעשה הוא כערכה של התחייבות לתת מתנה, נצטרך להסיק את המסקנה שהניגוד הנכון, על פי החוק, אינו בין "מתנה לאלתר" לבין "התחייבות לתת מתנה" כי אם בין "מתנה גמורה" (ע"י העברת הבעלות) לבין "מתנה מוצהרת אך לא גמורה". בדרך כלל, הניגוד בין "מתנה לאלתר", בתור מתנה ריאלית, לבין "התחייבות לתת מתנה", בתור מתנה אובליגטורית, נראה כמלאכותי ולכל הפחות לא יוכל להתקבל על דעת הלא משפטנים. מוטב היה לקבוע כי כל מתנה מחייבת אם היא לובשת צורה מסויימת (הכתב, על פי החוק הנוהג), ולהורות כי עצם הביצוע יכול שיבוא תחת דרישת הצורה (לפחות באורח עקרוני, חוץ, אולי, ממקרים מסויימים). ע"י ההסדר המוצע היינו יודעים, בין היתר, כי המחילה והיותור הבא לשם מתנה טעונים צורה, דבר שאינו ברור לפי החוק הקיים.

בעית דרי-הצדדיות

החוק הנדון דוגל ברעיון דרי-הצדדיות, המומתקת אמנם עלידי החוקה שבס' 3. אגב המתנה לאלתר (ס' 2), קובע הוא הסכמת המקבל שהדבר ניתן לו במתנה. על הסכמת המקבל לא מדובר, אמנם, אגב ה"התחייבות לתת מתנה בעתיד", אך יש לפרש את דברי החוק כאילו הדבר מובן מאליו.

על עמדת החוק הגיבו, בשלבים שונים, הסידי המשפט העברי בהזכירם את הכלל "זכין לאדם שלא בפניו". אמנם כלל זה אינו צופה עסקה חד-צדדית, אף על פי שאינו דורש הסכמתו של המוטב דווקא.

נראה לנו כי אכן הסדר טוב ומתאים הוא לכרוך את התוצאות האובליגטוריות והרי-אליות של העסקה בהבעת רצונו החד-צדדי של הנותן ובאיי-סירובו של המוטב ("אין זכין לאדם בעל כורחו").

על חוק המתנה

יצויין כי האופי החד-צדדי של המתנה מוכר במשפט האנגלו-אמריקאי. גם על פי המשפט הרומאי הבעיה נתונה למחלוקת, אף על פי שבזכות דו-הצדדיות מצדדת דעתם של רוב החכמים המודרניים ושל שיטות המשפט המודרניות הקונטיננטאליות. מכל מקום, אין דו-הצדדיות בשיטות אלו בלתי מסוייגת; כי, על פי מסורת הנובעת מהמשפט הרומאי, אין דורשים בארצות אחדות את הסכמת המקבל לגבי מתנות שניתנו בהתחשב בברית נישואין מסויימת העתידה לבוא (ר', למשל, ס' 1087 לסה"ח הצרפתי). כן אין דו-צדדיות בכמה מעשי נדיבות המהווים את ה"מתנות העקפות", כפי שקוראים להן (כגון אי הפעלת ההתישנות בכוונה להיטיב לבעל הזכות). אפילו במתנות הרגילות, המבוססות על דו-הצדדיות, מרבים להעיר כי זו מורגשת כמלאכותית במקצת, נוכח אי-השוויון במשקל שבין רצון הנותן לבין רצון המקבל, דבר שמתבטא בהרבה תופעות.¹⁰

יתירה מזו: הן בשיטות אלו והן במשפטנו הנוהג והעתיד — כפי שמותר לצפותו — נראה כאילו אין הצדקה לדו-הצדדיות לעומת מקרים אחרים בהם "זכין לאדם שלא בפניו". כלל זה מקובל ביוכיים שבצוואה; בחוזים לטובת אדם שלישי, באשר הם מותרים; בהבטחה לציבור, באשר היא מוכרת כהבטחה חד-צדדית; בעיקרון הכללי שחווה אשר יחייב את המציע לבדו נחשב כעשוי אם הניצע אינו מסרב תוך זמן סביר (ס' 1333 לסה"ח האיטלקי). אחדים מכללים אלו נוהגים אף במשפט שלנו, אחרים ינהגו בעתיד. בדבר הערבות נתקבל כבר ס' 3 לחוק הערבות—תשכ"ז, הקובע כי "הערב בות נוצרת בהסכם בין הערב לבין הנושה או בהתחייבותו של הערב שהודעה עליה ניתנה לנושה; ואם היתה הערבות על פי צו של רשות — משגמסר כתב הערבות לרשות".

אנו נוכחים איפוא לדעת כי, במשפט האנגלי, בקודכסים הקונטיננטאליים ובמשפטנו כאחד, רחוקה העקביות מלהיות שלמה, וכי העקרונות השונים דרים בכפיפה אחת בדמות כלים בלתי שלובים בינם לבין עצמם. אבל אין לנו ספק כי אחדות ותיאום, על פי התפתחות המשפט הכללית, צריכים לבוא ע"י הנהגתו הכללית של עקרון חד-הצדדיות ולא להיפך. השלמת עיקרון זה ע"י העיקרון "אין זכין לאדם בעל כורחו" (דהיינו כוחו המונע של סירוב המוטב לשיכלול המתנה) דייה לשמור שמירה מעולה על עצמאותו המוסרית של הפרט.

9 ר' אסמכתאות אצל רקובר, עקרונות המשפט העברי בחוק המתנה, תשכ"ח—1968, הפרקליט, כרך כד', 496, עמ' 500.
10 ר' למשל: Biondi, *Le donazioni*, Torino, 1961, p. 132sq., Haymann, in *Jher. Jb.*, 56, 86 (103 sqq.).