

המתנה וההתחייבות החד-צדדית בקודקס הישראלי (הערות על מה שיש בו ועל מה שאין בו)

פבלו לרנר*

מאמר זה מוקדש לפרופ' מרדכי א' ראביליו, מורה וידיד, על תרומתו בשלושת התחומים שמאמר זה עוסק בהם: דיני המתנה, הקודיפיקציה והמשפט המשווה.

המאמר עוסק בענייני המתנה וההבטחה החד-צדדית במשפט הישראלי והמשווה. לחוזה המתנה, בהיותו חוזה ללא תמורה, יש מהות מיוחדת שונה מזו של חוזים אחרים. המחוקק הישראלי מבחין בין מתנה ריאלית לבין התחייבות לתת מתנה, והכנת הקודקס הינה הזדמנות טובה לבדיקת הבחנה זו. הרשימה מתמקדת גם בסוגיות מעניינות אחרות, כגון אחריותו של הנותן וחזרה מן ההתחייבות. בחלקו השני המאמר עוסק בבעיה של הבטחה לציבור והאפשרות להגדירה כהתחייבות חד-צדדית. הרעיון של התחייבות חד-צדדית אומץ על-ידי מדינות אחדות המשתייכות לשיטה הקונטיננטלית, ויש מקום לשאול מדוע לא ילך המחוקק הישראלי בדרך זו.

מבוא

פרק א: על המתנה

1. המתנה בקודקס

2. על המתנה כחוזה

3. מתנה לאלתר

(א) המועד להקניית המתנה

(ב) מודל המתנה הריאלית

* מרצה בכיר במכללה האקדמית למשפטים, רמת-גן. תודה לקורא האנונימי ולמערכת כתב-העת משפט ועסקים על הערות המועילות.

4. התחייבות לתת מתנה
- (א) הדרישה הצורנית
 - (ב) הדירותה של ההתחייבות
 - (ג) ויתור על זכות החזרה
 - (ד) הסתמכות המקבל
 - (ה) הסתמכותו של הנותן
 - (ו) ביטול התחייבות
5. קיום ההתחייבות
- (א) אחריות הנותן
 - (ב) ייחוס נכס מוגדר
 - (ג) קיום בבינוניות או בזיבורית?
 - (ד) מה לגבי מתנה עם נטל?
6. תחולת המתנה על חוזים ללא תמורה
- (א) כללי
 - (ב) מתנה, נאמנות והקדש
- פרק ב: ההתחייבות החד-צדדית
1. הפעולה המשפטית החד-צדדית
 2. התחייבות חד-צדדית בשיטות משפט שונות
 3. מנגנון של הבטחה לציבור
 - (א) הבטחה לציבור אינה הצעה
 - (ב) ביצוע אינו קיבול
 4. על יעילות, אלטרואיזם וסולידריות
 - (א) בעיית ריבוי המבצעים
 - (ב) חזרה מהבטחה לציבור
 5. המלצה לסיום
- פרק ג: סוף-דבר

מבוא

הצעת הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (להלן: הקודקס)¹ הינה התפתחות חשובה

1 בנוסח לעיון הציבור מוסבר לגבי שמו של החוק כי נשקלו שמות שונים, נוסף על השם "חוק דיני ממונות", כגון "הקודקס האזרחי", "החוק האזרחי", "קובץ דיני ממונות" וכדומה. ראו הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ד) נגיש באתר כתבי-העת <http://www.idclawreview.org> (להלן: הצעת חוק דיני ממונות). לאחר השלמת המאמר התקבל במשרד המשפטים התוכיר לחוק דיני ממונות, התשס"ו-2006, הכולל שינויים בהשוואה לנוסח המקורי. חלק מהשינויים הללו עולים בקנה

מאוד בגיבוש המשפט הפרטי הישראלי. ההליך הקודיפיקטיבי, שהחל בשנות השישים עם חקיקתם של החוקים השונים, מגיע לשלב החשוב של גיבוש החקיקה הפרטית הישראלית. הקודקס הישראלי המוצע מתבסס בחלקו על הוראות שקיימות זה כבר במשפט הישראלי, אך הוא כולל גם חידושים מעניינים. בענייני המתנה, כמו בנושאים אחרים, הקודקס משמר את שילוב המסורות המאפיינ את החקיקה הנוכחית במשפט הפרטי.² רעיון הקודיפיקציה נשען מטבעו על המשפט הקונטיננטלי, ולכן הגישה ההשוואתית יכולה לסייע בליבון חלק מהסוגיות הכלולות בהצעה. עם זאת, קשה לקבוע כיום עד כמה מפעל הקודיפיקציה יכול לקרב את המשפט הישראלי למודל הקונטיננטלי של המשפט הפרטי. לפחות מבחינת דיני המתנה, אין כאן תנודות חדות לקראת המודל הקונטיננטלי. ניתן אף לומר כי בעידן זה של התקרבות שיטות המשפט אין טעם להתחקות בקנאות אחר הבדלים הנובעים ממסורות שונות, שהרי ההבדלים הולכים ומיטשטשים. השיטה הישראלית הוגדרה שיטה מעורבת או יצור-כלאיים,³ וכינונה של קודיפיקציה בדיני ממונות, במתכונת ובצורה המוצעות, אינה אמורה לחולל שינוי חד במבנה הכללי של השיטה.

הכנת הקודקס הינה הזדמנות טובה להרהר ברעיונות משפטיים.⁴ אחת האפשרויות היא להשוות בעין ביקורתית בין המצב הקודם לבין המצב החדש, לנקוט עמדה בעד או נגד התיקונים המוצעים, ולבחון מחדש רעיונות שנראים לנו מקובלים וברורים. כאשר נערוך רפורמה מרחיקת-לכת במערכת המשפט הפרטי בישראל, יהיה מקום לעיין מחדש בעקרונות שנראים מובנים מאליהם, על-מנת שנוכל לפתח תיאוריה דינמית וכוללנית של המשפט הפרטי. דיני המתנה חשובים במיוחד לא רק בשל היבטים מעשיים הקשורים למענקים ללא תמורה, אלא משום שטמונות בחובם שאלות עקרוניות הנוגעות בכללי המשפט הפרטי, כגון שאלת מהותם של ההסכמה, ההסתמכות וקיום הבטחות. מאמר זה אינו דן בתורה הכללית של המתנה, שכבר קיבלה ביטוי בספרות המשפטית הישראלית.⁵ עם זאת, איני סבור שיש להגביל את הדיון בתיקונים להשוואה נקודתית

אחד עם ההמלצות המועלות בגוף המאמר. בגין אילוצי הזמן לא היה אפשר לתקן את הנוסח הסופי של המאמר, ולכן הדיון מתבסס על הנוסח המקורי של טיוטת הצעת הקודקס. השינויים בתוכי החוק מצוינים רק בהערות-שוליים.

2 מיגל דויטש "הנדסת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי - הצעת מבנה" משפטים כט (תשנ"ט) 587; מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי (2005, כרך א) (להלן: דויטש פרשנות הקודקס האזרחי); אהרן ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג (תשל"ד) 5; Alfredo M. Rabello "Working towards Codification of Israeli Private Law: Between Common Law and Civil Law" in *Developments in Austrian and Israeli Law* (Vien, Herbert Hausmaninger, Helmut Koziol & Alfredo M. Rabello eds., 1999) 291.

3 ראו: Aharon Barak "The Tradition and Culture of the Israeli Legal System" in *European Legal Traditions and Israel* (Jerusalem, Alfredo M. Rabello ed., 1994) 473, 483.

4 ראו: Rémy Cabillac *Les Codifications* (Paris, 2002) 68.

5 מרדכי אלפרדו ראבילו חוק המתנה, התשכ"ח-1968 (פירושו לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי) (מהדורה שנייה, 1996).

בין המצב הקיים לבין החוק המוצע. לצורך הבנת התיקון יש לנתח את המצב מנקודת מבט רחבה, ולפיכך אחרוג לפעמים מההתייחסות הנקודתית לרפורמה כדי לדון בסוגיות העקרונתיות של המתנה.

חשוב להשוות את הפתרון של החוק המוצע לפתרונות שגובשו בקודקסים אחרים. אף אם נכון שהחוק המוצע מתבסס על המסורת הישראלית, כפי שזו התפתחה לאורך כמה עשורים, אין להתעלם מלקחים שניתן להפיק משיטות אחרות, אשר בצורה זו או אחרת השפיעו על המשפט הישראלי וימשיכו מן הסתם להשפיע עליו גם בעתיד.

כתיבה על-אודות פרויקט הקודקס מציבה אתגר מסוים בפני הכותב באשר לגישה שעליו לאמץ: מצד אחד, אין מדובר בחוק מוגמר, ולכן הביקורת היא לצורך תיקונים אפשריים, מתוך הנחה (שאינה מוצדקת תמיד) שניתן למצוא תמיד פתרונות טובים יותר. מצד אחר, המאמר אינו חייב להתבסס על ביקורת של לשון ההצעה עצמה, ויש לתת את הדעת גם לרקע העיוני הדרוש להבנת ההקשר של הרפורמה המוצעת, מה-גם שאין מדובר בחוק חדש, שהרי ועדת הקודיפיקציה (להלן: הוועדה) מאמצת חלק מהפתרונות שכבר קיימים כיום בחקיקה הישראלית. הבנת דיני המתנה מעוררת סוגיות ערכיות, כגון אלטרואיזם, הסתמכות וקיום הבטחות. לדעתי, יש חשיבות בעידודם ובחיזוקם של ערכים כאלה, ויש לבחון עד כמה ההצעה צועדת בכיוון זה. המבנה של דיני המתנה לא השתנה, אך קביעות אחדות של הוועדה יכולות לשמש בסיס לתפנית בפסיקה, וכדאי לגלות ערנות להשלכות האפשריות.

מאמר זה מחולק לשני חלקים: החלק הראשון עוסק במתנה ובתיקונים שהוועדה מציעה. לאחר סקירה כללית של מבנה המתנה בקודקס אדון במהות החווית של המתנה. בהמשך אעסוק בהבחנה בין מתנה לאלתר (מתנה ריאלית) לבין התחייבות לתת מתנה. נושא ההתחייבות לתת מתנה מחייב התייחסות מיוחדת, ולפיכך החלטתי להרחיב בסוגיה זו. כן אעסוק במהותה של ההתחייבות, בדרישות לקיומה ובתנאים לחזרה ממנה. שיטתו של המחוקק הישראלי לגבי ההתחייבות להעניק מתנה הייתה ונשארה ייחודית בהשוואה לשיטות משפט אחרות, ועובדה זו מוסיפה עניין לניתוח. במאמר זה אתמקד גם בחידושים שבקודקס בסוגיית אחריותו של המתחייב במקרה של אי-קיום הבטחה, המוגבלת בעיקרון למקרה של רשלנות, ובסטייה מהכלל של קיום בבינוניות. בהמשך אדון בסוגיית ההחלה של דיני המתנה על חוזים אחרים ללא תמורה. בעניין זה הוועדה נוקטת עמדה שהייתה שנויה במחלוקת בדוקטרינה הישראלית.

את חלקו השני של המאמר אקדיש למוסד שאינו מופיע בקודקס: ההבטחה לציבור. לעניות דעתי, יש לכלול את הנושא באופן מפורש בקודקס, תוך אפיונה של ההבטחה לציבור כהתחייבות חד-צדדית. לעניין זה איני מסתיר את תמיכתי בגישה החד-צדדית. אני מציע בצורה מפורשת לנטוש את המונופולים של הסכמה כביטוי לאוטונומיית הרצון, ולאמץ את ההתחייבות החד-צדדית כמקור לחיוב, לפחות במקרה של הבטחת פרס באמצעות הודעה לציבור. מעבר להשלכות המעשיות, סוגיה זו טומנת בחובה מרכיבים עיוניים מעניינים. שיטות משפט רבות (בדרך-כלל כאלה המשתייכות למסורת הקונטיננטלית) מקדישות לרעיון זה פרק מיוחד בקודקסים. כן אנסה להסביר את מהות ההבטחה לציבור, את המנגנון של הבטחה לציבור ואת ההבדל בהקשר זה בין הגישה החד-צדדית לבין הגישה החווית. נוסף

על היבטים משפטיים טהורים, אנסה להסביר כיצד ההבטחה לציבור מחזקת ערכים חשובים בחברה, כגון רצינות ההבטחה, אלטרואיזם וסולידריות.

פרק א: על המתנה

1. המתנה בקודקס

חוק המתנה, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המתנה), הוא חוק קצר מאוד, בוודאי ביחס לחוקי מתנה במדינות אחרות, עד כדי כך שפרופ' טדסקי הגדירו כ"מברק" של המחוקק.⁶ הצעת הקודקס אינה מרחיבה יתר על המידה בפרק על המתנה, אולם היא מוסיפה הוראות שלא היו קיימות עד כה, ועורכת כמה שינויים פורמליים ומהותיים בהוראות הקיימות. כרגע ההצעה מאריכה ומפתחת את דיני המתנה, אם כי דיני המתנה קצרים עדיין בהשוואה לקודקסים אחרים. השאלה עד כמה הייתה הוועדה צריכה להתרחק מן הסגנון ומהדרך של החקיקה הישראלית הנוכחית אינה קשורה לדיני המתנה בלבד, אלא נוגעת בקודקס כולו, שהרי תמיד ניתן לשאול אם השינויים אינם מרחיקי-לכת. ברם, אם בסופו של דבר אנו מתייחסים לקודקס כאל המשך המצב הקיים, אזי האם לא עדיף להותיר את החקיקה על כנה כפי שהיא כיום, ולתקן את הטעון תיקון מבלי להיכנס לשיקולים קודיפיקטיביים? כידוע, יש דעות בעד ונגד קודיפיקציה, והדיון בסוגיה זו אינו יכול לעסוק בחוזה זה או אחר. באשר לטיפול שהעניקה הוועדה לדיני המתנה הכללית, נראה כי זו ניסתה למצוא את האיזון הראוי בין שמירה על המצב המשפטי שאליו הסתגלו הפסיקה וציבור עורכי-הדין לבין הצורך להבהיר ולאפיין מחדש כמה רעיונות-יסוד הקשורים לדיני המתנה. כמו בכל מעשה אנושי, ניתן למצוא נקודת-תורפה, וניתן אף למצוא פתרונות חלופיים, אולם אין בכך כדי להפחית מהחשיבות שיש לליטושם ולגיבושם של דיני המתנה בישראל. זאת ועוד: סוגיות מסוימות שזוכות בהתייחסות מפורשת בקודקסים אחרים אינן זוכות בהתייחסות בקודקס הישראלי. למשל, הקודקס הישראלי אינו קובע כלל מפורש לגבי מתנה שבאה לידי ביטוי בזכות לאכול פירות,⁷ לגבי מתנה בגין נישואים או לגבי ביטול מתנה במקרה של טעות. בסופו של דבר אין למחוקק הישראלי צורך לטפל בסוגיות אלה משום שהן מקבלות מענה בהוראות אחרות של החקיקה הישראלית. לגבי השינויים שנערכו במסגרת הקודקס, חלקם משתלבים במגמות שהיו מקובלות בפסיקה ובדוקטרינה הישראלית, וחלקם

6 ראו גד טדסקי "על חוק המתנה התשכ"ח-1968" משפטים א (תשכ"ח) 639; מרדכי א' ראבילו ופבלו לרנר "על מקומו של המשפט המשווה בישראל" מחקרי משפט כא (תשס"ד) 89, 104. בקודקס האזרחי הגרמני (BGB), למשל, הוראות המתנה כוללות 19 סעיפים, בקודקס הצרפתי הפרק על המתנה כולל 36 סעיפים, ואילו בארגנטינה הוא כולל 80 סעיפים.

7 ראו הקודקס האזרחי האיטלקי, סעיף 796.

מופיעים בשיטות משפט אחרות. למשל, בקודקסים אחרים אפשר למצוא את ההוראות החדשות המופיעות בקודקס הישראלי בנושא ההכרה בזכותו של עובר⁸ לקבל מתנה או בנוגע לקביעת סיומה של מתנה שניתנת באמצעות תשלומים תקופתיים.⁹ שינויים מסוג זה יתרמו לבהירות השיטה הישראלית.

המבנה הבסיסי של דיני המתנה, כפי שהוא קיים כיום, נשמר בקודקס, לרבות ההבחנה בין מתנה לאלתר לבין התחייבות לתת מתנה. כן מוצאים בקודקס עקרונות נוספים המקובלים כיום, דוגמת העיקרון של חזקת ההסכמה. עם זאת, ניתן להבחין בשינויים לא-מעטים. לעיתים מדובר בשינוי ניסוחי, דוגמת השימוש ב"תיעוד בכתב" במקום ב"מסמך בכתב".¹⁰ לעיתים השינוי מתבטא במיקום, ומצביע על גישה נכונה יותר באשר למהות המשפטית של מוסד המתנה. כך במקרה של ויתור, אשר נכון להיום מופיע אך ורק בחוק המתנה, ואילו הצעת הקודקס משלבת אותו בחלק הכללי של דיני החיובים, כמקובל בקודקסים אחרים. במקרה זה התיקון מוצדק, שכן ויתור יכול להיעשות גם במסגרת עסקה בתמורה, ולא רק במסגרת מתנה.

לעיתים השינוי הוא ב"תיחום" ההוראה. כך קורה בענייני ההקניה, כאשר הטקסט המוצע מתייחס אך ורק להקניית מיטלטלין, בהתחשב בכך שהקניית מקרקעין מקבלת מקום בחלק העוסק במקרקעין.¹¹

2. על המתנה כחווה

להבדיל מן המצב הקיים בחוק המתנה, הצעת הקודקס מגדירה במפורש את המתנה כחווה.¹² אין כאן ספק באשר למהות המשפטית הדו-צדדית של המתנה, והיא משולבת בחלק העוסק בחווים מיוחדים. אכן, המתנה הינה פעולה משפטית דו-צדדית.¹³ עם זאת, כדאי לזכור כי עצם ההגדרה של מתנה כחווה אינה ברורה תמיד. אילו היינו משוחחים עם משפטן אנגלי או אמריקאי, למשל, היה עלינו להסביר זה לזה למה אנו מתכוונים כאשר אנו מדברים על מתנה כחווה. במשפט המקובל התמורה מהווה מרכיב קונסטיטוטיבי של כריתת

8 ראו הקודקס האזרחי האיטלקי, סעיף 784.

9 ראו הקודקס האזרחי האיטלקי, סעיף 772.

10 בתזכיר לחוק דיני ממונות שונה הביטוי "תיעוד בכתב" ל"כתב" בלבד, וסעיף 182 החדש קובע כי "התחייבות להקניית מתנה טעונה כתב". תזכיר חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ו) נגיש באתר כתב-העת – משפט ועסקים (להלן: תזכיר החוק).

11 בסעיף 713 להצעת חוק דיני ממונות. סעיף זה וזה לסעיף 7(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 259.

12 בסעיף 229 להצעת חוק דיני ממונות: "חווה מתנה הוא חווה בין מקנה המתנה למקבל המתנה להקניית נכס ללא תמורה, לרבות הקניה בויתור על זכותו". יש לזכור כי הנוסח הנוכחי של החוק מדבר על ויתור על זכות או מחילה על חיוב.

13 ראבילו, לעיל הערה 5, בעמ' 26.

חוזה,¹⁴ ולכן, מאחר שאין כל תמורה במתנה, קשה לשלב אותה במסגרת החוזה במובן של bargain.

גם השיטות הקונטיננטליות התחבטו בעבר בשאלת המהות המשפטית של המתנה. מלומדים העדיפו לראות במתנה מסגרת כללית לרכישת בעלות (causa generale de acquitto), ולא רק חוזה.¹⁵ ידועה דעתו של נפוליאון, אשר סבר כי מאחר שבמתנה נטל המימוש מונח רק על צד אחד, אין כאן דו-צדדיות.¹⁶ היות שמדובר במענק ללא תמורה, יש לשלב את המתנה עם הירושה (שגם היא דרך של העברת זכויות ונכסים ללא תמורה), ולא עם חוזים אחרים.¹⁷ אכן, המתנה בקודקס הצרפתי מוגדרת כפעולה (act) ונמצאת מחוץ לחלק של דיני החוזים, במסגרת החלק העוסק בדרכים להעברת בעלות.¹⁸ עם זאת, בדוקטרינה הקונטיננטלית אין עוררין על כך שהמתנה הינה פעולה דו-צדדית ותוצאה של הצעה וקיבול.

המתנה הינה אומנם חוזה, אך היא חוזה חד-צדדי.¹⁹ לנוכח הכללת התת-פרק על הפעולה החד-צדדית,²⁰ יש טעם בהבהרת ההבדל בין פעולה חד-צדדית לבין חוזה חד-צדדי. חלק מהמלומדים בארץ, כגון דניאל פרידמן, מתייחסים למתנה כאל עסקה חד-צדדית. אם הבנתי נכון את דבריו של פרידמן, נראה שהוא מתייחס לעסקה החד-צדדית כאל הענקה חד-צדדית,²¹ ואשר על-כן האפיון נכון. אולם אם מאפיינים את המתנה במונחים של יצירת פעולה משפטית, אזי אין ספק שמדובר בפעולה משפטית דו-צדדית, משום שהיא תוצאה

14 באשר לתמורה, הרשימה במשפט האנגלו-אמריקאי ארוכה מאוד. ראו, למשל: Peter Benson "The Unity of Contract Law" in *The Theory of Contract Law* (Cambridge, Peter Benson ed., 2001) 118, 153.

15 ראו: Ugo Carnevali "La Donazioni" in *Trattato di Diritto Privato* (Torino, 2nd ed., 1997, Vol. 6) 481, 492. Pietro Rescigno, ed.

16 ראבילו, לעיל הערה 5, בעמ' 27.

17 על מקומה של המתנה בקודקס האזרחי הצרפתי ראו, בין היתר: Gabriel Marty & Pierre Raynaud *Droit Civil: Les Successions, les Libéralités* (Paris, 1983) 260.

18 ראו סעיף 894 לקודקס האזרחי הצרפתי, וכן ריקרדו בן-אוליאל ואלפרדו ראבילו "חוק המתנה, תשכ"ח-1968" הפרקליט מד (תשנ"ח) 606. גם באיטליה ובספרד המצב דומה – ראו סעיף 769 לקודקס האזרחי האיטלקי וסעיף 618 לקודקס האזרחי הספרדי. ראו גם את הקודקס האזרחי של לואיזיאנה, סעיפים 1461 ואילך.

19 ראו ראבילו, לעיל הערה 5, בעמ' 30; Philippe Malaurie & Laurent Aynés *Civil Droit: Les Successions, les Libéralités* (Paris, 3rd ed., 1995) 251; Hans Brox & Woit Dietrich-Walker *Besonderes Schuldrecht* (München, 29th ed., 2004) 120. יש מלומדים הטוענים כי לקטגוריה של חוזה חד-צדדי, כפי שהיא נתפסת על-ידי המשפט הקונטיננטלי, אין כל השלכה מעשית. השוו עם: Jorge Mosset Iturraspe *Contratos* (Santa Fé, 1995) 58.

20 ראו להלן בתת-פרק ב1.

21 דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט ב (מהדורה שנייה, 1998) 628, 891. ראו גם ע"א 495/80 ברקוביץ נ' קלימר, פ"ד לו(4) 57, וכן את דברי השופטת בייניש בע"א 3601/96 עמיחי בראשי נ' עזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל, פ"ד נב(2) 582, 598: "נוכה אופיה של העיסקה החד-צדדית של מתנה...".

של הסכמה, ולכן היא בבחינת חוזה.²² עם זאת, מדובר בחוזה חד-צדדי, שפירושו הוא כי החובה לקיימו מוטלת הלכה למעשה על צד אחד בלבד. גם כאן עלינו לערוך הבחנה חשובה מבחינת המשפט המשווה לנוכח המקורות השונים המשמשים השראה למשפט הישראלי. במשפט הקונטיננטלי, למשל, משמעותו של המונח "חוזה חד-צדדי" שונה מזו שבמשפט המקובל. במדינות המשפט הקונטיננטלי החוזה החד-צדדי נחשב סוג של חוזה שהחייבים בו מוטלים על צד אחד בלבד; צד אחד נחשב "פעיל" מבחינת קיומו של החוזה, בעוד הצד האחר נחשב "סביל". על-פי המשפט המקובל, לעומת זאת, בחוזה הדו-צדדי יש חילופי הבטחות (promise by promise), ואילו בחוזה החד-צדדי יש הבטחה של צד אחד שאמורה להישור בביצועו של הצד האחר (promise by act).²³ שיטת המשפט המקובל מתייחסת לחוזה – בעיקר החל במאה התשע-עשרה – כאל תוצאה של חילופי הבטחות, כאשר התמורה באה לידי ביטוי באותם חילופי הבטחות. עם זאת, השיטה מכירה גם בהבטחה "תמורת" ביצוע מעשה – למשל, כאשר אדם מבטיח לשלם סכום מסוים אם וכאשר תצבע את ביתו, תחצה גשר מסוים²⁴ או תמצא את כלבו שהלך לאיבוד.²⁵ בחוזה החד-צדדי של המשפט האנגלו-אמריקאי,²⁶ הניצע חופשי להחליט אם לבצע את המעשה מושא החוזה אם לאו. היה אם החל הניצע בביצוע המעשה, עליו לסיימו, מאחר שתחילת הביצוע כמוה כקבלו.²⁷ ככלל, המתנה במשפט המקובל אינה נכנסת למסגרת הגדרת החוזה, הן בשל העדר "התנהגות חוזית" בשיטה האנגלית והן בשל העדר תמורה בשיטה האמריקאית.²⁸ מכאן שהשימוש במודל של חוזה חד-צדדי על-פי השיטה האנגלית אינו מתאים לאפיון המתנה במשפט הישראלי.²⁹

22 שיכול לבוא לידי ביטוי גם בשתיקה.

23 ראו: Rudolf B. Schlesinger *Formation of Contracts — A Study of the Common Core of Legal Systems* (New York, 1968, Vol. 1) 546; Patrick S. Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* (Oxford, 5th ed., 1995) 42; Bennet J. Yankowitz "Acceptance by Performance when the Offeror Demands a Promise" 52 *S. Cal. L. Rev.* (1978–1979) 1917, 1926; John Murray *On Contracts* (San Francisco, 4th ed., 2001) 37; John D. Calamari & Joseph M. Perillo *The Law of Contracts* (St. Paul, Minn., 4th ed., 1998) 76. ראו גם זאב צלטנר דיני חוזים חלק כללי א (1963) 32.

24 זו הדוגמה הקלסית בכל ספרי הלימוד האנגלו-אמריקאיים. ראו, למשל: Calamari & Perillo, *ibid.*, at p. 64.

25 ראו: Anson W. Reynell & Jack Beatson *Anson's Law of Contract* (New York, 28th ed., 2002) 28; Joseph D. Chitty *On Contracts* (London, 29th ed. Hugh G. Beale, ed., 2004) 159; Samuel Williston *A Treatise on the Law of Contracts* (New York, 4th ed., 1992, Vol. 1) 368; Atiyah, *supra* note 23, at p. 72; Guenter H. Treitel *The Law of Contract* (London, 11th ed., 2003) 37.

26 השווי: Restatement (Second) of contracts §45 (1981).

27 ראו להלן בתת-פרק ב2.

28 ראו: Calamari & Perillo, *supra* note 23, at p. 30.

29 במשפט המקובל אין רואים בהבטחת-חינם משום חוזה, אם כי בפועל הגבול בין הבטחות-חינם

המהות הדו-צדדית-ההסכמית של הענקת מתנה (ושל עסקות אחרות ללא תמורה) יכולה לצאת לפועל בדרך שונה מזו של עסקות אחרות, וזאת עקב תחולת העיקרון של חזקת ההסכמה.³⁰ בשיטות משפט שונות מקובל כי כאשר מדובר בהצעה שנועדה לזכות את הצד האחר או להיטיב עימו, שתיקה יכולה להתפרש כקביול על-פי הנסיבות. הדבר מקובל במשפט האנגלי,³¹ הצרפתי, הגרמני והאיטלקי.³² כלל זה, שהינו חלק מחוק החוזים הקיים (גם בענייני מתנה וגם כחלק מהפרק הכללי של חוק החוזים), מופיע בשינוי נוסח גם בקודקס, כגון בסעיף 170 לקודקס³³ ובחווה לטובת צד ג.³⁴

לאחר שדנו במהות החוזית של המתנה, יש מקום להתמקד בהבחנה – המופיעה בחוק הישראלי ובהצעה – בין מתנה לאלתר לבין מתנה אובליגטורית (התחייבות לתת מתנה). אף שהוועדה אינה משנה באופן מהותי את המבנה הנוכחי של החוק, יש טעם בהתמקדות מחדשת בהבחנה זו.

3. מתנה לאלתר

כל עסקה שקיימת בה הקניה עוברת שני שלבים: השלב החוזי – כריתת העסקה; והשלב הקנייני, הריאלי – כאשר צד אחד מעביר לצד האחר את הבעלות על האובייקט מושא העסקה.³⁵ אומנם בחיי היומיום, בעיקר ברכישת מיטלטלין, שני השלבים דרים בדרך-כלל בכפיפה אחת, אך הדבר אינו הכרחי. למשל, כאשר מזמינים מוצר מסוים ואין מקבלים אותו לאלתר, ההבחנה בין השלב האובליגטורי לשלב הקנייני של העסקה ברורה.³⁶ אחד

לבין חוזה אינו ברור. ראו: John N. Adams & Roger Brownsword *Understanding Contract* (Law (London, 4th ed., 2004) 76; Atiyah, *supra* note 23, at p. 138

30 ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (2005) 225.

31 ראו סקירה כללית של הפסיקה האנגלית המכירה בשתיקה כקביול: *Halsbury's Laws of England, Gifts*.

32 באיטליה המחוקק מכיר בכך באופן מפורש. ראו הקודקס האזרחי האיטלקי, סעיף 1333. ראו גם: Alberto Trabucchi & Giorgio Cian *Commentario Breve al Codice Civile* (Padova, 7th ed., 2004) 1271. לסקירה השוואתית של הנושא ראו: Parviz Owsia "Silence: Efficacy in Contract Formation. A Comparative Review of French and English Law" 40 *Int'l & Comp. L. Q.* (1991) 784.

33 אשר מחליף את סעיף 7 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים (חלק כללי)).

34 ראו סעיף 203 להצעת חוק דיני ממונות: "זכותו של המוטב על פי החוזה מתבטלת בדיעבד, אם הודיע לאחד הצדדים לחוזה על דחיית הזכות בתוך זמן סביר אחרי שאחד הצדדים הודיע לו עליה."

35 מיגל דויטש קניין (1997, כרך א) 36.

36 בשיטות משפט מסוימות, ובמיוחד בקודקס הגרמני, הבחנה זו ברורה ביותר. ראו סעיף 929 לקודקס האזרחי הגרמני (BGB). ראו גם: Reinhard Zimmermann *The Law of Obligations*.

המאפיינים של חוזה מתנה במשפט הישראלי הוא הדגש שהוא שם בהבחנה בין השלב האובליגטורי של מתן המתנה לבין השלב הריאלי.

(א) המועד להקניית המתנה

עקרונית, מתנה ריאלית היא מתנה מוגמרת שהסתיימה בהקניה (לאמור, בהענקת המתנה לאלתר, כאשר השלב האובליגטורי והשלב ה"קנייני" מתרחשים בעת ובעונה אחת), ואילו מתנה אובליגטורית היא התחייבות שנוצרה כתוצאה מהבטחה להעניק מתנה בטרם התרחש שלב ההקניה. הבחנה זו מופיעה בשיטתנו המשפטית במג'לה, אשר מבחינה בין שני השלבים הללו,³⁷ ואף קובעת עיקרון – המקובל עד היום – של חזרה מהבטחה לתת מתנה, למעט במצב של נתינת מתנה מוגמרת.³⁸

גם בהצעה אפשר להבחין בהבלטה מסוימת של הפן הריאלי, הבא לידי ביטוי בניסוח סעיף 229³⁹ (סעיף 1 לחוק המתנה), המדבר על הקניית נכס,⁴⁰ ובסעיף 231 (המחליף את סעיף 2 לחוק המתנה), אשר קובע כי הענקת המתנה מתבצעת בהקניה (אם כי אותו סעיף מדגיש את ההיבט החוזי על-ידי ציון מרכיב ההסכמה).

לדעתי, הוועדה מגלה אי-נוחות באשר להבחנה בין מתנה ריאלית למתנה אובליגטורית, ומכאן הבלטתה של המהות ההסכמית בסעיף 229. שינוי זה משתקף בשינוי הניסוח של סעיף 231, שבו נקבע כי ההקניה יכולה להתרחש לאלתר או בעתיד, במקום לקבוע כי הענקת המתנה מסתיימת בהקניה (כפי שעושה סעיף 2 לחוק המתנה). מיגל דויטש, החוקר הראשי בוועדת הקודיפיקציה, מסביר כי נעשה כאן ניסיון לבטל את ההבחנה בין המתנה הריאלית לבין המתנה האובליגטורית, משום שמה שקובע בפועל הוא ההסכמה.⁴¹ הקשר בין סעיף 229 לבין סעיף 231 לחוק ברור.⁴² לכן יש היגיון בכך שוועדת הקודיפיקציה מדגישה את ההיבט החוזי בהגדרת המתנה, ומשנה (בסעיף 231 לקודקס) את ניסוחו סעיף 2 לחוק הקיים בנוגע למתנה לאלתר. הסעיף החדש אינו קובע כי הענקת המתנה מסתיימת בהקניה, אלא רק שההקניה יכולה להיעשות לאלתר או בעתיד. למרות הניסוח החדש נשמר ההבדל בין מתנה אובליגטורית למתנה לאלתר הלכה למעשה, כפי שהיה עד כה.

Roman Foundations of the Civilian Tradition (Oxford, 1996) 271; Jan Kropholler
Studienkommentar BGB (München, 5th ed., 2002) 626

37 ראו סעיף 837 למג'לה, מג'לה או מג'לת אחכאם אל עדליה (קובץ דיני המשפט) 106 (גד פרומקין מתרגם, תשי"ב): "מתנה נקשרת בהצעה וקיבול ונגמרת בנטילה."

38 ראו שם, בסעיף 862: "עד שלא הייתה נטילה יכול הנותן, אם רצה, לחזור בו ממתנתו."

39 הקובע כי "חוזה מתנה הוא חוזה בין מקנה המתנה למקבל המתנה להקניית נכס ללא תמורה, לרבות הקניה בויתור על זכות". ראו סעיף 229 להצעת חוק דיני ממונות.

40 ניסוח מקביל אנו מוצאים בנושא המכר. ראו סעיף 207 להצעת חוק דיני ממונות: "חוזה מכר הוא חוזה בין מוכר לקונה להקניית נכס תמורת מחיר."

41 ראו דויטש פרשנות הקודקס האזרחי, לעיל הערה 2, בעמ' 78.

42 ראו ראבילו, לעיל הערה 5, בעמ' 235.

(ב) מודל המתנה הריאלית

לדידי, ראוי לדייק באשר למשמעות המונח "מתנה ריאלית". הדעה המקובלת בוועדה הייתה כי המאפיינים של המתנה בחוק הישראלי נקבעו על-פי המודל הקונטיננטלי של "מתנה ריאלית". הדוקטרינה הישראלית – במיוחד בקרב מלומדים השואבים את השראתם מהמשפט הקונטיננטלי⁴³ – ציינה את הקשר בין הרעיון של חוזה ריאלי לבין דיני המתנה הישראליים. מבחינה השוואתית יש טעם בהבחנה הישראלית בין מתנה ריאלית לבין הרעיון של חוזה ריאלי, כפי שהוא מופיע בשיטות המשפט הקונטיננטלי.

המשפט הרומי הבחין בין חוזה שמשכלל על-ידי הסכמה (חוזה קונסנזואלי) לבין החוזה שמשכלל על-ידי מסירת חפץ (חוזה ריאלי). לקטגוריה הראשונה השתייכו המכר, השכירות, השליחות והתאגיד. לקטגוריה של חוזים ריאליים השתייכו המשכון, ההשאלה, ההלוואה והשמירה.⁴⁴ הבחנה זו נשמרה במסורת הקונטיננטלית, אם כי הקטגוריה של חוזה ריאלי זכתה בעיון ביקורתי במשפט הקונטיננטלי, וכיום השיבותו המעשית מוטלת בספק. על כל פנים, המתנה במשפט הקונטיננטלי אינה נחשבת חוזה ריאלי,⁴⁵ והיא משתכללת על-ידי הסכמה בלבד.⁴⁶ עם זאת אני ער לכך שיש מלומדים ביבשת האירופית אשר סבורים כי ניתן לראות במתנה לאלתר של מיטלטלין משום ביטוי לחוזה ריאלי.⁴⁷

בכל מקרה, המודל שאימץ המחוקק הישראלי בחוק המתנה, ואשר נשמר על-ידי הוועדה, אינו נשען על טוהרת הרעיון הקונטיננטלי של חוזה ריאלי. ההבחנה בין השלב האובליגטורי (התחייבות לתת מתנה) לבין השלב הריאלי (ההקניה), על כל המשתמע מכך, נשענת על העקרונות של מודל המתנה המקובלים במשפט האנגלי. כידוע, במשפט האנגלי הבטחה ללא תמורה אינה מחייבת, אלא אם כן קיימת הסתמכות. הכלל הוא כי כל עוד אין תמורה – אי-אפשר לאכוף את החוזה (אלא אם כן קיימת הסתמכות).

כידוע, חוק המתנה הישראלי נחקק בשנת 1968, כאשר עקרונות הדין האנגלי בתחום החוזים היו עדיין בתוקף. על-פי הצעת חוק המתנה,⁴⁸ המתחייב לא היה רשאי לחזור בו מהתחייבותו לתת מתנה אלא במקרה של התרוששות שלו או התנהגות מחפירה של המקבל

43 שם, בעמ' 241; בן-אוליאל וראבילו, לעיל הערה 18, בעמ' 611.

44 ראו: 167 Barry Nicholas *An Introduction to Roman Law* (New York, 1975). ראו גם: James Gordley *The Enforceability of Promises in European Contract Law* (New York, 2001). יש כיום מגמה במשפט הקונטיננטלי לצמצם את תחולת החוזה הריאלי. למשל, בקודקס ההולנדי החדש השמירה היא חוזה קונסנזואלי שמשכלל על יסוד הסכמת הצדדים. Gordley, *ibid*, at pp. 118, 124.

45 ברומא העתיקה חייבו הבטחות ללא תמורה רק במסגרת *Stipulatio* – הבטחה חגיגית פורמלית מאוד. ראו: Nicholas, *ibid*, at p. 193.

46 ראו: 876 Francesco Galgano *Diritto Privato* (Padova, 2001).

47 ראו: 529 Christian Larroumet *Droit Civil: Les Obligations, les Contrats* (Paris, 2003). כך גם הקודקס האזרחי של קוויבק, סעיף 1824.

48 הצעת חוק המתנה, תשכ"ה-1965, ה"ח 368. ההצעה הוכנה על-ידי ועדה בראשותו של השופט יואל זוסמן.

כלפיו או כלפי בני משפחתו. בדיונים בכנסת על ההצעה הושמעו הסתייגויות באשר לרעיון שהתחייבות להעניק מתנה תחייב את הנותן לפני ההקניה.⁴⁹ כאשר חזר החוק למליאה לקריאה שנייה ושלישית,⁵⁰ כלל הנוסח החדש "הגבלה" של כוחה המחייב של ההתחייבות רק למקרה שבו המקבל הסתמך על ההתחייבות או כאשר הנותן ויתר על זכות החזרה. בדרך זו נשאר החוק קרוב למודל האנגלי של מתנה. יש אף לזכור כי באותם ימים של תחולת המשפט האנגלי היוותה התמורה חלק קונסטיטובי מכריתת החוזה.⁵¹

בשנת 1973, עם חקיקת חוק החוזים (חלק כללי), בוטלה דרישת התמורה כמרכיב קונסטיטובי של היחסים החוזיים.⁵² בעניין כוחה המחייב של ההתחייבות, והאפשרות לחזור ממנה, נשאר המודל הקודם, שקשור למאפייני הדין האנגלי. כל עוד אין מסירה של מתנה, העיקרון הוא שהנותן – המתחייב – רשאי לחזור בו מן ההבטחה.⁵³ זה המודל שאנו מאמצים, והשינוי שסעיף 231 לקודקס עורך בניסוחו של סעיף 2 לחוק המתנה אין בו כדי לשנות את משמעות ההבחנה. במקרה של הקניה בעתיד – המתנה הריאלית אינה אלא התחייבות. מודל זה, שכבר השתרש בשיטה שלנו, נשמר בהצעת חוק דיני ממונות. במקרה של הענקת מתנה, הכוח המחייב של השלב האובליגטורי שונה מזה של חוזים בתמורה, משום שהמתחייב רשאי לאיין את ההתחייבות על-ידי חזרה ממנה. עם ההקניה בטל כוחו של המתחייב לחזור בו.⁵⁴

לנוכח השינויים הישירים והעקיפים בהתחייבות, יש להקדיש לכך תשומת-לב.

4. התחייבות לתת מתנה

סעיף 231 לקודקס מבחין מפורשות בין הקניה לאלתר לבין הקניה בעתיד. הוועדה מבטלת את הביטוי "התחייבות לתת מתנה בעתיד", מתוך הבנה כי פניה של כל התחייבות הם לעתיד.⁵⁵ מהותה של ההתחייבות לתת מתנה היא למעשה דו-משמעית: מצד אחד, זוהי

49 בין היתר, כרעיון המנוגד למשפט העברי. ראו ד"כ 44 (תשכ"ו, 29.11.1965) 29.

50 ראו ד"כ 52 (תשכ"ח, 19.6.1968) 2349.

51 סוגיה זו אכן עלתה בדיונים על חוק המתנה. שר המשפטים דאז, דב יוסף, אמר כי "...יש הכרה בהתחייבות בכתב לתת מתנה כדי לפתור במידה רבה את שאלת התמורה (Consideration) כיסוד ליצירת חוזים". ד"כ 44, לעיל הערה 49, בעמ' 24. חבר-הכנסת אליהו מרידור הוסיף כי בדרך-כלל חוזה או התחייבות ללא תמורה אינם מחייבים – שם, בעמ' 25.

52 באשר לתיאוריות המצדיקות את התמורה במשפט המקובל ראו: Stephen A. Smith *Contract Theory* (Oxford, 2004) 215.

53 ארחיב על כך להלן בפרק ב.

54 ראו ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154; ד"נ 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד מט(5) 314 (להלן: עניין נייגר). ראו גם דויטש, לעיל הערה 35, בעמ' 120.

55 קיימת הגבלה מסוימת לגבי כוונת ההקניה שאינה נובעת מסעיף ההתחייבות לתת מתנה, אלא מסעיף 8 לחוק הירושה תשכ"ה-1965, ס"ח 63; (להלן: חוק הירושה). כאשר הכוונה היא הקניה לאחר מותו של הנותן, ההתחייבות אינה תקפה. כאן דרושה צוואה.

הצהרה על הענקת מתנה בעתיד; מצד אחר, כאשר השלב הריאלי אינו יוצא לפועל בשל סיבות שונות, המתנה, שהייתה מיועדת ליהפך למתנה לאלתר, עשויה להישאר בגדר התחייבות. מכאן שמתנה שהייתה מיועדת ליהפך למתנה לאלתר יכולה ליהפך להתחייבות לתת מתנה. הדבר ברור במיוחד בענייני מקרקעין, לנוכח לשון סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין, אך בפועל, בכל הקשור למתנה, זו תוצאה של ההפרדה בין השלב הקנייני לשלב הריאלי בענייני מתנה.

כל שיטה משפטית מכירה בצורה זו או אחרת בהבטחה לתת מתנה.⁵⁶ אולם בעוד הכלל במשפט הקונטיננטלי הוא אכיפת ההבטחה לתת מתנה (כמו בחוזים אחרים), במשפט המקובל הכלל הוא שההבטחה כשלעצמה אינה מחייבת בשל העדר תמורה.⁵⁷

(א) הדרישה הצורנית

המחוקק הישראלי קובע שיש צורך במסמך בכתב. במידה מסוימת מדובר בחריגה מהכלל השולט במשפט הפרטי הישראלי באשר להעדר צורה. כאן המצב דומה לנושא המקרקעין,⁵⁸ ובהקשר אחר – לעניין הלוואות חוץ-בנקאיות.⁵⁹ לעיתים יש מהות דיונית בדרישה לקבל מסמך בכתב, כגון במקרה של תביעה בסדר דין מקוצר.⁶⁰ מקובל כי בענייני מתנה הדרישה הצורנית נועדה לא רק להבטיח את רצינות החיוב, אלא גם למנוע את הנותן מלנהוג בפזיזות. החובה לערוך מסמך בכתב מאפשרת לנותן לשקול את מעשיו שוב, ולהימנע מהתרוששות כתוצאה מהחלטה לא-שקולה. עם זאת, התרוששות יכולה להתרחש גם במתנה לאלתר.⁶¹ גם בשיטות משפט אחרות קיימות דרישות צורניות בנוגע למתנות. בצרפת, באיטליה, באוסטריה ובגרמניה חוזה המתנה נערך באמצעות מסמך נוטריוני.⁶² במשפט השווייצרי ההבטחה למתנה מחייבת מסמך כתוב, אך אם מדובר בהבטחה של מתנת מקרקעין, יש צורך במסמך נוטריוני.⁶³ בשיטת המשפט המקובל אין מקום לאכופ הבטחה לתת מתנה שלא

56 ראבילו, לעיל הערה 5, בעמ' 335. ראו גם: Alfredo M. Rabello & Pablo Lerner *Israeli Contract Law: A Laboratory for Europe? Bases of a European Contract Law* (Valencia, Santiago Espiau & Antoni Vaquer Aloy eds., 2003) 689, 699; Hein Kötz & Axel Flessner *European Contract Law* (Oxford, 1997, Vol. 1) 56.

57 ראו: Calamari & Perillo, *supra* note 23, at p. 166.

58 סעיף 7 לחוק המקרקעין, לעיל הערה 1. ראו סעיפים 712-713 להצעת חוק דיני ממונות.

59 ראו סעיף 2 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, התשנ"ג-1993, ס"ח 174.

60 ראו סעיף 212 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 2220.

61 ראו להלן בסעיף (ב) לתת-פרק זה בנוגע להדירותה של ההתחייבות.

62 ראו: Gordley, *supra* note 44, at p. 338; Arthur T. von Mehren "Formal Requirements" in *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, 1998, Vol. 7) ch. 10, p. 57; Basil S. Markesinis, Lorenz Werner & Gerhard Dannemann *The German Law of Obligations* (Oxford, 1977, Vol. 1 – *The Law of Contracts and Restitution*) 38; Henry (Dyson *French Property and Inheritance Law: Principles and Practice* (Oxford, 2003

נעשתה באמצעות מסמך כתוב, אם לא הייתה הסתמכות של הצד האחר. על-פי שיטת משפט זו, ההבטחה לתת מתנה מחייבת רק כאשר היא נעשית באמצעות חוזה עם חותם – דרישה שנראית כיום ארכאית, שכן בפועל חוזה עם חותם אינו מחייב הרבה יותר מאשר חוזה חתום בכתב, בניסוח או בסימנים מסוימים.⁶⁴ אם מתבוננים בשיטה הישראלית מזווית השוואתית זו, אפשר להבחין בכירור בהבדל: במשפט הקונטיננטלי ובשיטת המשפט המקובל ההבטחה לתת מתנה במסמך נוטריוני מחייבת, ואי-אפשר לחזור ממנה, הן משום שההסכמה מחייבת והן משום שהדרישה הפורמלית גוברת על הדרישה לתמורה. לא כך הדבר בישראל, שבה המסמך בכתב הוא דרישה קונסטטוטטיבית, אך אין בו כדי להסיר מן המתחייב את הכוח לחזור בו (כל עוד לא ויתר על זכות החזרה וכל עוד הצד האחר לא הסתמך בפועל על ההתחייבות). באופן מסורתי הדרישה למסמך בכתב נחשבת לדרישה מהותית,⁶⁵ ולא רק ראייתית.⁶⁶

לפי הנוסח המוצע, המסמך – התיעוד בכתב – חייב להצביע על "גמירת דעתו של המתחייב להקניית מתנה".⁶⁷ הקודקס אינו מציין את הצורך בגמירת דעת של המקבל, ואכן, גמירת הדעת של המקבל ניתנת למעשה במסגרת הסכמתו, המפורשת או מכללא, שהנותן ייתן. יש להבחין בין נפקותו של תיעוד הכתב במקרה של מיטלטלין לבין נפקותו במקרה של מקרקעין. במקרה של מיטלטלין ההקניה מתבטאת במסירת המושא, ומכאן שההתחייבות בכתב מעידה על כוונה להקנות בעתיד. במקרה של מקרקעין, לעומת זאת, כל העסקה נשענת ממילא על מסמך בכתב. אף-על-פי-כן, יש מיטלטלין שהרישום לגבי הבעלות עליהם אינו עובר במסירה, ולכן חלים עליהם הוראות דומות לאלה החלות על ענייני המקרקעין. הניסוח המקורי של החוק הסתמך על המונח "מסמך", ואילו הוועדה בחרה בביטוי "תיעוד".⁶⁸ בהתאם לכך שינתה הוועדה גם את ניסוח

331. בפועל, מתנות מיטלטלין לאלתר נעשות ללא צורך בדרישה צורנית. ראו: Brox & Dietrich-Walker, *supra* note 19, at p. 121.

63 ראו הקודקס השווייצי של חיובים, סעיף 243. פתרון דומה אנו מוצאים בספרד, שבה מתנת מיטלטלין יכולה להיעשות באמצעות מסמך בכתב או באמצעות הקניה ישירה (מתנה לאלתר), ואילו במקרה של מתנת מקרקעין דרוש תמיד מסמך נוטריוני. ראו סעיפים 632 ו-633 לקודקס האזרחי הספרדי.

64 ראו: E. Allan, *supra* note 23, at p. 225; Murray, *supra* note 56, at p. 82; Kötz & Flessner, *supra* note 56, at p. 82; Farnsworth "Promises to Make Gifts" 43 *Am. J. Comp. Law* (1995) 359.

65 ראו ראבילו, לעיל הערה 5, בעמ' 341.

66 אכן, בשיטות משפט אחרות אנו רואים גם את הוויכוח בין מסמך בכתב כ- Evidentiary או כ- Cautionary. ראו: E. Allan Farnsworth *Changing Your Mind: The Law of Regretted Decisions* (New Haven, 1998) 47.

67 סעיף 234 להצעת חוק דיני ממונות. ראו גם סעיף 182 לתזכיר החוק, שבו נכתב: "התחייבות להקניית מתנה טעונה כתב המשקף את גמירות דעתו של המתחייב להקניית המתנה."

68 סעיף 234 להצעת חוק דיני ממונות.

הדרישה הצורנית לגבי התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין, וכעת הניסוח הוא "תיעוד בכתב".⁶⁹

בספרות ההשוואתית מקובלת ההבחנה בין דרישה צורנית הקשורה לעצם קיום החיוב (Ad Validitatem) לבין דרישות הקשורות להוכחת החיוב (Ad Probationem).⁷⁰ הדרישה של חוק המתנה שייכת לקטגוריה הראשונה, והשינוי בניסוח אין פירושו נטישת גישה זו. בכל אופן, הפער בין הפן המהותי לבין הפן הראייתי אינו רב.⁷¹ בכל-זאת, המונח "תיעוד" יכול לעורר שאלות מסוימות. למשל, האם פרוטוקול של שיחה בין הנותן למקבל משמש "תיעוד" המעיד על התחייבות? בעניין זה נצטרך להמתין להתפתחות הפסיקה, אך נראה כי הניסוח המוצע יכול לשמש בסיס לריכוך הדרישה הפורמלית, מה שעולה בפועל בקנה אחד עם הגישה הקיימת בפסיקה הישראלית, שלפיה מסמך בכתב אין פירושו מסמך "חגיגי" דווקא.⁷² השינוי בניסוח יפתח פתח לפרשנות חדשה של הדרישות הפורמליות לצורך התחייבות להעניק מתנה. אכן, גם בשיטות המשפט האחרות אנו עדים למגמה של הורדת הדרישות הפורמליות.⁷³ אולם התיקון המוצע עלול להוביל את הפסיקה למחוזות רחוקים מן המצב הקיים, ולכן הייתי ממליץ לשקול את השארת המונח "מסמך" כבסיס להתחייבות.

(ב) הדירותה של ההתחייבות

עקרונית, התחייבות לתת מתנה הינה הדירה.⁷⁴ כל עוד אין הקניה, הסכמת הצדדים אינה יוצרת התחייבות מחייבת מבחינת הנותן, אלא אם כן הסתמך המקבל על ההבטחה או קיבל מהמתחייב ויתור בכתב על זכות החזרה. הקודקס המוצע מסדיר סיטואציה שלא זכתה עד כה בהתייחסות מפורשת, שבה המתנה הוענקה באמצעות חוזה לטובת צד ג.⁷⁵ הקודקס מבהיר כי במקרה שבו המתנה היא תוצאה של הסכם בין נושה לחייב, שניהם גם יחד זכאים לחזור בהם מן המתנה, וזאת על-פי התנאים שחלים על חזרה מהתחייבות לתת מתנה. במישור העקרוני ניתן לתהות עד כמה התחייבות לתת מתנה צריכה לכבול את ידי המתחייב, כפי שקורה בשיטות משפט מסוימות במסורת הקונטיננטלית. השאלה כאן היא של מדיניות ראויה בתחום, שגיבושה מחייב ניתוח אתי, סוציולוגי וכלכלי.⁷⁶ לשאלה אם

69 גם כאן שונה הניסוח, וכעת התזכיר מדבר על "כתב", ולא על "תיעוד בכתב" (ראו סעיף 598 לתזכיר החוק).

70 ראו רנה סנילביץ דיני חוזים במשפט הקונטיננטי: כריתת החוזה וכוחו המחייב (1995) 82.

71 ראו דויטש פרשנות הקודקס האזרחי, לעיל הערה 2, בעמ' 429.

72 ראו ע"א 404/84 סעתי נ' סעתי, פ"ד מא(2) 477.

73 כך, למשל, בצרפת, שבה הדבר מכונה Désolennisation. ראו: Malaurie & Aynés, *supra*, note 19, at p. 225.

74 חזרה מהתחייבות היא פעולה חד-צדדית של הנותן. ראו עניין נייגר, לעיל הערה 54, בעמ' 324.

75 סעיף 235 להצעת חוק דיני ממונות.

76 באשר להיבטים הכלכליים של ההבטחה לתת מתנה ראו, למשל: Steven Shavell *Foundation*.

לצדד באי-הדירות של הבטחות לתת מתנה יש טעמים לכאן ולכאן. הצדקתו של רעיון החזרה מבוססת על כך שכאשר אדם מבטיח לתת מתנה, הוא מסרב ליטול על עצמו סיכונים רבים. מכאן שעצם העובדה שהוא שומר על הזכות לחזור בו מעודדת אותו ליטול על עצמו את החיוב. הדירות יכולה אם כן לחזק דווקא את האלטרואיזם,⁷⁷ בכך שהיא משאירה למתחייב מרווח מסוים להחליט בנוגע למתנה. אילו הייתה עולה מלכתחילה דרישה שהחלטה לתת מתנה תהיה בלתי-הדירה, אפשר שהחלטה לא הייתה מתקבלת.

כאמור, עיקרון זה אינו תקף בשני מצבים: המקרה האחד הוא תוצאה של רצון המתחייב, אשר מוותר על זכות החזרה; והמקרה האחר קשור להתנהגותו של המקבל, שמצבו השתנה משום שהסתמך על ההתחייבות.

(ג) ויתור על זכות החזרה

אחד המצבים אשר מונעים אפשרות חזרה מן ההבטחה הוא כאשר המתחייב מוותר על זכות זו. אין זה המקרה היחיד שבו אדם רשאי לוותר על זכות החזרה כאשר ברצונו לבצע פעולה משפטית. בהקשר זה קיים מנגנון מקביל לזה של ההצעה הבלתי-חוזרת. כאשר אנו עוסקים בהצעה בלתי-חוזרת, אי-ההדירות של ההצעה הינה תוצאה של קליטת ההצעה על-ידי הניצע. אין כאן צורך בהסתמכות, ואין צורך בהתחייבות אחר חזקת הסכמה: ההצעה מחייבת מרגע הגעתה אל הניצע (קליטתה). כאן מדובר במקרה של התחייבות חד-צדדית. לעומת זאת, כאשר מדובר בהתחייבות לתת מתנה, תוקף הויתור על זכות החזרה הינו תוצאה של חזקת ההסכמה.

מה מהווה ויתור על זכות החזרה? שאלה כזו התעוררה בנוגע לייפוי-כוח בלתי-חוזר. מקובל לחשוב כי ייפוי-כוח בלתי-חוזר אכן יכול להוות ויתור על זכות החזרה, אם כי בנסיבות מסוימות יש מקום לסטות מכלל זה, כאשר כוונת המתחייב שונה.⁷⁸ הסוגיה לוטה בערפל מסוים, וגם בקודקס המוצע אין פתרון לבעיות שהתעוררו בפסיקה בקשר לדרך שבה היא מתמודדת עם סוגיית ייפוי-הכוח הבלתי-חוזרים.⁷⁹ היה אפשר לחשוב על הוספת הוראה בקודקס המוצע אשר תבהיר בצורה ברורה את המשמעות שיש לתת לייפוי-כוח בלתי-חוזר כביטוי לויתור על זכות החזרה.

(ד) הסתמכות המקבל

בהעדר ויתור מפורש של המתחייב, ההתחייבות היא אפוא הדירה, אלא אם כן שינה הנותן את מצבו בהסתמך על התחייבות. הוועדה לא שינתה את ההוראות הכלולות בסעיף 5

of Economic Analysis of Law (Cambridge, 2004) 380; Stefan Grundmann "Zur dogmatik .der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte" 198 *ACP* (1998) 457, 475

77 ראו להלן בתת-פרק 4.

78 ראבילו, לעיל הערה 5, בעמ' 366; אריה איונשטיין יסודות והלכות בדיני מקרקעין ב (1995) 91.

79 ראבילו, לעיל הערה 5, בעמ' 447 ואילך. ראו עניין ניגר.

לחוק המתנה, אולם כתוצאה משינויים במידת האחריות של הנותן, יש להעניק להסתמכות משמעות שונה קמעה. ההסתמכות הינה עיקרון חשוב בשיטות המשפט השונות. היא קיימת במשפט הקונטיננטלי,⁸⁰ וכמו כן גם במשפט האנגלו-אמריקאי.⁸¹ רעיון ההסתמכות הינו מרכזי במשפט הישראלי, אלא שמשמעות העיקרון שונה לפי מסגרת ההוראה והקשרה. כך, במקרה של אחריות טרום-חוזית, הסתמכותו של ניצע הינה אחד היסודות לקבלת תשלום פיצויים שליליים,⁸² אך בעניין פגמים בממכר, למשל, חוק המכר, התשכ"ח-1968, מדבר על הסתמכותו של הקונה על הפגם בממכר כבסיס לביטול העסקה או לקבלת פיצויים. הסתמכות זו אינה קיימת אם גילה פגמים בממכר ולא הודיע על כך למוכר. נהפוך הוא, אם הקונה לא הודיע, נוצרה הסתמכות אצל המוכר שהעסקה לא תבוטל.⁸³

ההסתמכות ממלאת בדיני המתנה תפקיד מיוחד, משום שבניגוד לשיטות משפט אחרות, שבהן היא מהווה מידה לפיצויים אך אינה מונעת חזרה מן ההתחייבות,⁸⁴ בישראל ההסתמכות מעניקה להתחייבות כוח מחייב. למעשה, הניסוח הישראלי נשען על עקרון ההסתמכות, אך פניה של זו הם אל עקרון הקיום. מדובר למעשה בביטוי המקביל למצב של Promissory Estoppel – השתק מכוח הבטחה,⁸⁵ אשר השתלבה אצלנו הלכה למעשה במסגרת חוק המתנה.⁸⁶

80 כך, למשל, בכלל Venire contra factum proprio ("להתכחש לפעולה שלו"). ראו מרדכי אלפרדו ראבילו פרקים בדיני חיובים: מן המשפט הרומי אל חוק החוזים החדש (1977). 146.

81 די להזכיר את המאמר הקלסי: Lon L. Fuller & William R. Perdu, Jr. "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L. J.* (1936) 373.

82 באשר לאינטרס ההסתמכות במשפט האמריקאי ראו: Richard Craswell "Two Economic Theories of Enforcing Promises" in *The Theory of Contract Law: New Essays* (Cambridge, Peter Benson ed., 2001) 19, 39.

83 סעיפים 12 ו-14 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, ס"ח 98 (להלן: חוק המכר); סעיף 3 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, ס"ח 110. ראו איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים (1990) 293.

84 ראו, למשל, הקודקס האזרחי של קוויבק, סעיף 1812.

85 ראו: Restatement (Second) of Contracts §90 (1981). בתי-המשפט בארצות-הברית השתמשו בהשתק מכוח הבטחה כדי לאכוף, למשל, הבטחות למתנת מקרקעין, לשמירת-חינם, לשליחות-חינם, לתשלום קצבאות וכולי. ראו: Calamari & Perillo, *supra* note 23, at p. 258; Murray, *supra* note 23, at p. 316. James Gordley "Contract in Pre-Commercial Societies and in Western History" in *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, 1997, Vol. 7) ch. 2, p. 21.

86 אין צורך במסגרת הדיון שלנו להעמיק בשאלה אם השתק מכוח הבטחה, על גרסותיה השונות, נקלט במשפטנו אם לאו. כידוע, קיים ויכוח בין מלומדים בישראל לגבי רעיון ההשתק מכוח הבטחה. פרידמן וכהן טוענים כי חוק החוזים (חלק כללי) לא ביטל את הרעיון – ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים א (תשנ"א) 529, 533 ואילך; אבל שלו סבורה כי עקרון תום-הלב מיתר את השימוש בהשתק. במקרה של התחייבות לתת מתנה במצב של הסתמכות יש מנגנון שפועל על בסיס ההשתק מכוח הבטחה. מאחר שבמסגרת ההתחייבות לתת מתנה נכללת לא רק

להבדיל מאי־הדירות כתוצאה מוויתור, שהינה מצב חד־משמעי, "השינוי במצבו" של המקבל הינו עניין לפרשנות על־פי הנסיבות, והוא עשוי להיות מלווה מידה מסוימת של אי־ודאות. ניתן לראות בעקרון ההסתמכות מעין וסת של כוחה המחייב של ההתחייבות, אך צריך להבין כי אין קשר ישיר בין היקף ההסתמכות לבין מידת הכוח המחייב של ההתחייבות. נניח, למשל, שלפנינו אדם ששינה את מצבו על־פי "מחצית ההבטחה". האם הדבר מונע מן המבטיח חזרה מן "החצי השני" של ההתחייבות או מן ההתחייבות כולה? זאת ועוד, הנותן אינו צריך לדעת בהכרח עד כמה הצד האחר מסתמך על ההבטחה, ואפילו המקבל אינו יכול לדעת תמיד בעקבות ההבטחה עד כמה המתנה עשויה לשנות את מצבו.⁸⁷ הבה נניח כי פלוני קיבל הבטחה שהוא עתיד לקבל במתנה סכום כסף מסוים, ועל בסיס הבטחה זו הוא מחליט לקנות רכב. האם נפקות ההסתמכות שלו הייתה דומה אילו החליט על בסיס אותו סכום לקנות בית? כאן מבחן הסבירות ממלא תפקיד חשוב, שהרי אם מדובר בסכום קטן, ברור שההחלטה לרכוש בית אינה מבוססת די הצורך, או לפחות יש למתנה משקל פעוט ביחס לכלל השיקולים שהמקבל אמור לשקול בבואו להחליט אם לרכוש את הבית אם לאו. לא כך הדבר כאשר מדובר בסכום גדול יותר, אשר יכול להספיק לרכישת בית. סבירות ההסתמכות היא פונקציה של הנסיבות. באופן פרדוקסלי ניתן לטעון כי במקרה של התחייבות לתת מתנה, האדם הזהיר, שאינו מסתמך על ההתחייבות, נמצא במצב פגיע יותר מזה של מי שניצל את המתנה בטרם קיבל אותה בפועל.

חרף ההערות הללו אני סבור כי טוב עשתה הוועדה כאשר לא שינתה את מתכונת החוק הקיים, ולו מן הטעם שהקהילה המשפטית בארץ רגילה להסדר זה, אשר למען האמת גם לא עורר בעיות מיוחדות בפסיקה. עם זאת, יש לשים לב לשינויים העקיפים בפרק על המתנה (שאליהם אתיחס בהמשך), אשר משפיעים בסופו של דבר על נפקותה של ההסתמכות.

(ה) ההסתמכותו של הנותן

באופן מסורתי המתנה נתפסת כעניין של אלטרואיזם, שבו הנותן מפסיד והמקבל מרוויח. חוק המתנה ראה בהסתמכות שאלה הנוגעת במקבל בלבד, והצעת הקודקס אינה נוטשת גישה זו. אולם ייתכנו מצבים שבהם גם לנותן יש אינטרס בנתינת המתנה, כגון הזדמנות להיפטר ממושא המתנה (למשל, אצל אדם שמעוניין לרוקן ספרייה). במצב כזה הסכמתו של פלוני לקבל את המתנה פועלת גם לטובת הנותן, וניתן לדבר על ההסתמכות של הנותן. לכן ישאל השואל אם גם המקבל יכול לחזור בו מהתחייבותו לקבל את המתנה. שאלה זו

הבטחה במובן הטהור, אלא גם כל עסקת מתנה שלא נגמרה ברישום, ההסתמכות יכולה לפעול כמכשיר "מרפא" לפגמים פורמליים אשר מקשים את הרישום. ראו שלו, לעיל הערה 30, בעמ' 123.

87 מתעוררת השאלה אם מדובר רק בשינוי לטובה או גם בשינוי לרעה. ראו ע"א 476/89 גוטהילץ נ' נוימן, פ"ד מו(1) 648, 652. ראו גם עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט (2002) 196. איני חושב שהשאלה חשובה, אם כי יש לשים לב לכך שההסתמכות יכולה להיות גם מצידו של הנותן, ולא רק מצידו של המקבל.

לא התעוררה עד כה בפסיקה הישראלית. עקרונית, זכות החזרה מוענקת רק למתחייב, ולכן המקבל אינו רשאי לחזור בו. המצב יכול להיות מורכב עוד יותר כאשר המקבל אינו נותן תשובה לנותן לגבי ההתחייבות. במצב זה הנותן עשוי לראות את הניצע כמי שקיבל את ההתחייבות, מכוח העיקרון של חזקת ההסכמה, אולם במועד ההקניה המקבל עשוי לסרב לקבל את המתנה. ככל הידוע לי, שאלה זו לא התעוררה גם בשיטות משפט אחרות. ביבשת האירופית, הסכמה – גם ללא המסירה בפועל – משכללת את החוזה ומחייבת את הצדדים כמו בחוזים אחרים בתמורה.

כשלעצמי איני רואה מדוע יש לכפות את קבלת המתנה בכל מקרה גם על מי שאינו מעוניין בכך. לכל-היותר, אם אכן נגרמו למתחייב הוצאות או הפסדים עקב הסכמתו של המקבל וחזרתו בו לאחר-מכן, הוא רשאי לקבל פיצוי מסוים מכוח עקרון תום-הלב. אולם עלינו לצעוד בזהירות בכיוון מחשבתי זה, משום שקיימים ספקות אפילו באשר לשאלה עד כמה עקרון תום-הלב יכול להיות בסיס להטלת חבות על נותן כאשר המקבל לא הסתמך בפועל על ההתחייבות.⁸⁸ לפיכך, אם אנו עורכים הקבלה בין מצבו של הנותן למצבו של המקבל, עלינו לדרוש אולי, נוסף על כך שהמקבל פעל בתום-לב, שגם הנותן שינה את מצבו בהתחשב בהעברה הצפויה של המתנה למקבל. קונסטרוקציה זו אינה פשוטה, אך אפשרית.

מכל-מקום, מדובר במקרה נדיר, משום שבכל מקרה המקבל רשאי להודיע לנותן שאין הוא מעוניין במתנה, ומכאן והלאה אין לו כל מחויבות לגביה. אגב, פגיעה – ולו גם עקיפה – יכולה להיות גם בצד ג: נניח שנותן המתנה מתלבט בין שני מקבלים פוטנציאליים. א' נותן את הסכמתו לקבל את המתנה, ולכן הנותן אינו מציע את המתנה ל-ב'. לאחר-מכן א' מסרב לקבל את המתנה, אך עתה כבר אי-אפשר לתת אותה ל-ב'.

לכן, כדי להבהיר את המצב המשפטי, הייתי מציע למחוקק לשקול הוספת הוראה שלפיה כאשר מקבל המתנה מסרב לקבל מתנה שכבר הסכים לקבלה, בית-המשפט יכול לקבוע שעליו להחזיר לנותן סכום כסף סביר בשל ההוצאות שסירובו גרם לנותן. אם מסכימים שבנסיבות מסוימות הסתמכות הנותן עלולה למנוע את החזרה של המקבל מהתחייבותו לקבל את המתנה, אזי יש להסכים שגם החלק השני של ההוראה – לאמור, במקרים של התרוששות של המקבל⁸⁹ או פגיעה של הנותן במקבל⁹⁰ – יחול במקרה זה.

השינויים לגבי טיב ההתחייבות שהמתחייב נוטל על עצמו – במיוחד האפשרות שהתחייבותו היא בזיבורית⁹¹ – יכולים לעורר צורך בדיון בסוגיה, משום שהמקבל יהיה רשאי לסרב לקבל נכס באיכות נמוכה מזו שחשב שיקבל כאשר הסכים למתנה.

88 ראו דויטש, לעיל הערה 35, בעמ' 20.

89 נניח שהוא הסכים לקבל מכונית במתנה, אך כעת אין לו כסף להחזיקה.

90 הנותן העליב את המקבל, וכרגע הוא אינו מעוניין לקבל את המתנה.

91 ראו להלן בסעיף 5א(ג).

(ו) ביטול התחייבות

הקודקס המוצע שומר על הנוסחה הקיימת, שלפיה גם במקרה של שינוי במצבו של המקבל או ויתור של המתחייב על זכות החזרה ניתן לחזור מן ההתחייבות במקרה של פגיעה בנותן או בכני משפחתו⁹² או במקרה של הרעת מצבו הכלכלי של הנותן. רעיון זה מופיע גם בשיטות הקונטיננטליות (אם כי גם בהקשר זה קיים הבדל, משום ששם ניתן לבטל גם מתנה מוגמרת, ולא רק התחייבות).⁹³ כלומר, החוק הישראלי צועד כאן בדרכו של המודל הקונטיננטלי אף שהמשטר של ביטול המתנה ביבשת האירופית קשור למשטר ירושות שונה מהשיטה הישראלית, שהרי בגישה הישראלית אין חלק של הירושה משוריין ליורשים מסוימים.⁹⁴

ניתן לשאול מה ההיגיון בכך שניתנת אפשרות לחזור מהתחייבות לתת מתנה כאשר המקבל פוגע קשות בנותן, אך אין ניתנת אפשרות כזו לאחר שנוצרה הקניה. הטיעון יכול להיות שהמחוקק מעוניין למנוע אי־ודאות לאחר ההקניה. עם זאת, הצדקה זו הינה בעייתית. טלו, למשל, מקרה שבו הורע מצבו של הנותן. לפי המצב כיום, אדם שהתרושש לאחר ההקניה אינו רשאי לקבל את המתנה בחזרה. אולם אם הגיע לפשיטת־רגל כתוצאה ממצבו הכספי הקשה, יהיה הנאמן רשאי לבטל מתנות שניתנו שנתיים או פחות לפני ההכרזה על פשיטת־הרגל.⁹⁵ ישאל השואל: האם לא עדיף למנוע מאדם הגעה לפשיטת־רגל על־ידי כך שיקבל בחזרה את המתנה?⁹⁶ התשובה לכך היא כי יש להבחין בין מצב של התרוששות לבין מצב של פגיעה בנושה, שהוא מטרת ההכרזה על פשיטת־רגל.⁹⁷ יש להבחין

92 נוסחה זו נוהגת גם בשיטות משפט אחרות. ראו הקודקס האזרחי הצרפתי, סעיפים 955 ו־957; הקודקס האזרחי של יוון, סעיף 505; הקודקס האזרחי של לואיזיאנה, סעיפים 1559 ו־1560; הקודקס האזרחי האיטלקי, סעיף 800. זכות החזרה היא של נותן המתנה, אך במקרים מיוחדים (למשל, אם המקבל הרג את הנותן) גם ליורשי הנותן יש זכות לבטל את המתנה. ראו הקודקס

האזרחי האיטלקי, סעיף 802. ראו גם: Palazzo, *infra* note 104, at pp. 491, 503.

93 נוסף על כך קיימת אצלנו אפשרות לבטל את המתנה בעקבות לידת ילדים, כפי שהדבר קיים באיטליה, בצרפת ובגרמניה. ראו הקודקס האזרחי הצרפתי, סעיף 960; הקודקס האזרחי הגרמני, סעיף 528; הקודקס האזרחי האיטלקי, סעיף 800. ראו גם: Jean C. Sonnekus "Birth of Children and the Revocability of Donations – Historical and Comparative Perspectives" 117 *South African L. J.* (2000) 80.

94 אותו עיקרון הניע את המחוקק הקונטיננטלי לאמץ את הכלל של איסור מתנות מחמת מיתה. גם המחוקק הישראלי אימץ כלל זה בסעיף 8 לחוק הירושה, חרף העובדה שבישראל קיים העיקרון של חופש צוואה. ראו אלפרדו מרדכי ראבילו "על מתנה ויום המוות" ספר זיכרון לגד טדסקי (1995) 581.

95 בשל החשד שמתנות אלה ניתנו במטרה להונות את הנושים. ראו סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980, דמ"ב נ"ח 639 (להלן: פקודת פשיטת־הרגל), וכן שלמה לוין, אשר גרוניס פשיטת רגל (2000) 309.

96 בהצעה שהגישה הוועדה, שדנה בהוצאה לפועל של פסקי־דין בענייני מזונות, מומלץ לאפשר לזוכה להגיש בקשה לראש ההוצאה לפועל שיבטל מתנות שניתנו על־ידי סרבן מזונות.

97 לפי המצב המשפטי בישראל, יש להבחין בין מתנה שניתנה שנתיים או פחות לפני ההכרזה על

בין מצב של התרוששות ופגיעה בנותן המתנה לבין מצב של הונאה של הנושים, אשר מניעתה היא אחת ממטרותיה של פקודת פשיטת-הרגל. בענייני ירושה המשפט הישראלי מקבל את העיקרון של ביטול מתנה שניתנה שנתיים או פחות לפני מותו של המוריש, כאשר אין בעיזבון כדי לשלם מזונות.⁹⁸ היה אפשר לחשוב על אימוץ עיקרון ברוח דומה גם בעניין מתנה בין אנשים חיים.

מקרה נוסף שבו מתעוררת הסוגיה של ביטול התחייבות לתת מתנה הוא כאשר מדובר במתנה לתקופה לא-קצובה. על-פי סעיף 190 לקודקס, הצדדים יכולים לבטל חוזה לתקופה לא-קצובה על-ידי מתן הודעה תוך זמן סביר מראש. האם הוראה זו חלה גם במקרה של התחייבות לתת מתנה לתקופה לא-קצובה? האם הנותן רשאי לבטל התחייבות כזו חרף הסתמכות של הצד האחר? מלשון הקודקס עולה כי כאשר מדובר במתנה לתקופה לא-קצובה, משפט ההתחייבות שונה מזה של התחייבות לתת מתנה "רגילה": התחייבות לתת מתנה מחייבת את היורשים, אך הקודקס קובע מפורשות כי כאשר מדובר במתנה לתקופה לא-קצובה, ההתחייבות פגה. לפיכך ניתן לראות גם בסעיף 190 לקודקס משום הוראה מיוחדת. התשובה תינתן בסופו של דבר על-ידי הפסיקה.

כפי שאסביר להלן, ולנוכח השינוי בהיקף ההתחייבות, איני סבור שהתרוששותו של הנותן צריכה להצדיק את ביטול המתנה, שהרי המתחייב יהיה רשאי לקיימה על-ידי מתן מתנה בערך פחות מבינוני.

5. קיום ההתחייבות

אחד החידושים המעניינים של הוועדה בענייני מתנה הוא קביעת מסגרת מוגדרת יותר לחובותיו של המתחייב במקרה של אי-קיום התחייבות. הגבלת האחריות באה לידי ביטוי בקביעת פטור מאחריות ובמתן אפשרות של מסירת מתנה באיכות נמוכה. לדעתי, מדובר בקביעות שיכולות אומנם להוליד פתרונות צודקים במקרים מסוימים, אולם טמונה בהם סכנה, שהרי הן מחלישות את אינטרס ההסתמכות ואת עקרון ההסכמיות. אסביר את עמדתי.

(א) אחריות הנותן

חוק המתנה אינו מספק תשובה מפורשת לשאלת אחריותו של המתחייב בגין אי-קיום ההבטחה או בגין פגמים במושא המתנה. האם במקרה זה יש להחיל את חוק החוזים (תרופות)? הדעה המקובלת היא שבקביעה זו המחוקק הישראלי בוחר לנהוג על-פי המקובל בשיטות

פשיטת-הרגל, אשר ניתנת לביטול בכל מקרה, לבין מתנה שניתנה בין שנתיים לעשר שנים קודם לכן, שלגביה הביטול כפוף לכך שהמקבל ידע על אובדן יכולת הפירעון של הנותן. ראו פקודת פשיטת-הרגל, בסעיף 96.

98 ראו חוק הירושה, בסעיף 63.

משפט אחרות, שבהן אחריותו של הנותן מוגבלת.⁹⁹ כלל זה מקבל ביטוי גם בקודקס. וכך קובע סעיף 236: "אין המתחייב להקניית מתנה אחראי בשל אי קיום החיוב, אלא אם כן הוא נגרם בהתרשלותו."

בפועל שאלת אחריותו של הנותן יכולה להתעורר רק אם ויתר על הזכות לחזור בו או שהצד האחר הסתמך על ההתחייבות, שהרי במקרים אחרים הוא רשאי ממילא לחזור בו, ולכן אין טעם מעשי לבדוק את מידת הרשלנות. מכל-מקום, ההוראה מהווה חריגה מהכללים המקובלים בקיום חוזים בתמורה, ויש לכך הצדקה בשל טיב ההתחייבות אשר המתחייב למתנה נותן. ניתן אומנם להישען על הכלל "חוזים יש לקיים", אולם הטלת חובות רבות מדי על המתחייבים לתת מתנה עלולה ליצור רתיעה מסוימת אצל אנשים מפני התחייבות להעניק מתנות. מכאן שדווקא הסרת האחריות עשויה להניב תוצאה חיובית מבחינת הציבור, שיהיה מוכן בתנאים אלה לגלות מידה רבה יותר של אלטרואיזם, שכן הוא לא יצטרך לחשוש פן יוטלו עליו התחייבויות שהוא לא ירצה לעמוד בהן. מבחינה השוואתית המחוקק צועד כאן בעקבות שיטות משפט אחרות, שאימצו הוראה דומה, כגון איטליה,¹⁰⁰ שווייץ,¹⁰¹ יוון¹⁰² וגרמניה.¹⁰³

בהנחה כי אכן יש פגיעה במתנה, מתעוררת השאלה על מי חל נטל ההוכחה במקרה של חשד לרשלנות. האם הנותן, הטוען כי לא הייתה רשלנות, הוא שצריך להוכיח קביעה זו? בצרפת, למשל, קיימת הנחה שאי-קיום המתנה נובע מאחריות הנותן, ועל-כן נטל ההוכחה שלא הייתה כאן רשלנות מוטל עליו.¹⁰⁴ עם זאת, מדובר עדיין בהוראה דיספוזיטיבית, והצדדים יכולים להחליט על משטר מיוחד בנוגע לנטילת הסיכונים. באשר לקשר בין מידת האחריות של הנותן לבין מסירת מושא המתנה, כאן עלינו להבחין בין שני מצבים: התחייבות למסור נכס מוגדר והתחייבות לגבי נכס לא-מוגדר.

(ב) ייחוס נכס מוגדר

סעיף 237 לקודקס קובע:

"ייחד המתחייב למתנה נכס בעת כריתת חוזה המתנה, יקנה אותו המתחייב במצבו כפי שהיה באותה עת..."

99 ראו: Alfredo M. Rabello "The Responsibility of the Donor for Breach" 18 *Isr. L. Rev.* 118 (1983).

100 סעיף 789 לקודקס האזרחי האיטלקי. ראו: Carnevali, *supra* note 15, at p. 575.

101 הקודקס השווייצרי של חיובים, סעיף 248.

102 הקודקס היווני, סעיף 499.

103 הקודקס האזרחי גרמני, סעיף 521. ראו: *Münchener Kommentar* 4. Auflage, band 3 (München, 2004) 1293.

104 ראו: Antonio Palazzo *Le Donazioni, Il Codice Civile – Commentario* (Milano, 2000) 312.

איני סבור שחלק זה מעורר שאלות מיוחדות. כלל זה נראה הגיוני מאוד, וממילא מהווה כלל מקובל גם בשיטות משפט אחרות.¹⁰⁵ עם זאת, יש לתת את הדעת לשאלות שעשויות להתעורר בקשר לחלקה השני של ההוראה:

"...ידע המתחייב בעת כריתת החוזה האמור כי בנכס יש אי התאמה כמשמעותה בסעיף 218(ב), יודיע על כך למקבל במועד הכריתה."

החובה להודיע על טיב המתנה – פגמיה או אי-התאמתה – אכן מיועדת להנמיך ציפיות, ובדרך זו למנוע שינוי במצבו של הנותן על בסיס מתנה שעלולה לא לקיים בפועל את התכונות שהמקבל סבר או היה עשוי לסבור שיש לה.¹⁰⁶ כאן המקום לשאול באיזו מידה ידע המתחייב על הפגמים או על אי-ההתאמה, ומאידך גיסא, אם המקבל לא ידע על כך או לא היה יכול לדעת זאת. אגב, גם כאשר הנותן לא ידע, מקבל המתנה יהיה רשאי לבטל את המתנה, אם כי העילה במקרה זה תהא טעות של המקבל.

ההוראה מדברת על ידיעה בעת כריתת החוזה. יש להביא בחשבון כי במתנה יכול להיווצר פער זמנים בין כריתת החוזה לבין המסירה. האם מוטלת על הנותן החובה להודיע על פגמים או אי-התאמה רק בעת כריתת החוזה (התחייבות), כפי שניתן להבין מהפרשנות המילולית של ההוראה, או גם כאשר הדבר מתברר לו לאחר-מכן, בפרק-הזמן שלפני מסירת המתנה? קושי זה אינו ייחודי למקרה של הענקת מתנה, והוא מתעורר גם בהקשר של חוזה שכירות או מכר.¹⁰⁷ כמו-כן אין לשכוח כי המצב המשפטי, לרבות אחריות הנותן, יהיה שונה אם אי-ההתאמה או הפגם היו גלויים או נסתרים.¹⁰⁸

מה הדין כאשר הודעה על אי-התאמה נשלחה בנפרד מן ההתחייבות לתת מתנה? עלינו לזכור כי התחייבות לתת מתנה יכולה להיות תקפה לא כתוצאה מהסכמה מפורשת, אלא בשל חזקת הסכמה, מה שיכול ליצור אי-ודאות מסוימת לגבי התאריך שבו נכרתה העסקה. לדידי, הפרשנות הראויה היא כי הנותן יהיה פטור מאחריות אם הודיע על הפגם במועד כריתת החוזה, אך אם התגלה הפגם לאחר-מכן, עליו להודיע על כך למקבל מייד, ולפני שמסר את המתנה. שאלה נוספת היא אם יש להחיל את העיקרון של חזקת ההסכמה גם במקרה של הודעה על פגם, ולראות בשתיקתו של המקבל משום הסכמה. נראה שהתשובה לשאלה זו בעייתית מעט. הודעה על אי-התאמה כשלעצמה אינה מהווה התחייבות לתת את המתנה, ולכן קשה לראות בה הצעה מזכה. נובע מכך שהמקבל יוכל לטעון כי הסכים להתחייבות לקבל מתנה אך לא הסכים שהמתנה תהא פגומה. ומה באשר לאפשרות של גילוי הפגם על-ידי המקבל לאחר מסירת המתנה? בכל מקרה יהיה המקבל רשאי לבטל

105 ראו זמיר, לעיל הערה 83, בעמ' 364; גד טדסקי "על פגיעה של זכות הנמחה מצד הממחה והחייב" משפטים יח (תשמ"ז) 5, 14.

106 גם שיטות משפט אחרות מטילות את האחריות על נותן המתנה אם הסתיר פגמים. ראו הקודקס האזרחי הגרמני, סעיף 524(1): "If a donor fraudtently conceals a defeat in quality of the thing given, he is bound to compensate the donee for any damage arising therefrom"

ראו גם הקודקס האזרחי האיטלקי, סעיף 797; טדסקי, שם, בעמ' 15.

107 ראו חוק המכר, בסעיף 16; זמיר, לעיל הערה 83, בעמ' 368.

108 זמיר, שם, בעמ' 295.

את המתנה ולהחזיר את הנכס (והמקבל יהיה רשאי להטיל על הנותן את ההוצאות על-פי טיב המתנה) או לעשות בו ככתוך שלו. אולם האם יהיה מקום להעניק למקבל פיצויים? ההצעה המוצעת אינה נותנת מענה מפורש לשאלת התוצאות של העדר הודעה מתאימה. לפי דעתי, אם מתברר שהנותן פעל בצורה רשלנית (לפי סעיף 236), המקבל יכול לדרוש פיצוי מסוים, עד גבול ההסתמכות.¹⁰⁹

ההוראה המוצעת מתייחסת לבעיה חוזית, אך אין להתעלם מן ההיבטים הנזיקיים של מתן מתנה מבלי להודיע על הפגמים או החסרים בה. העדר הודעה על אי-התאמה יכול להשפיע על מידת האחריות במקרה שבו נגרם נזק למקבל.¹¹⁰

(ג) קיום בבינוניות או בזיבורית?

אילו הייתה הוראה 237 מוגבלת לנכס ספציפי, היה אפשר להסיק כי בהעדר ייחוס נכס מסוים יהולו עליו הוראות דיני החוזים, לרבות קיום בבינוניות. אלא שהתיקון המוצע מתייחס לנכס לא-מוגדר, ומוציא את המתנה מן הכלל המקובל במכר לגבי "קיום בבינוניות". לפיכך מוצע להוסיף סעיף קטן (ב) לסעיף 237 הנ"ל, שלפיו אם לא ייחד המקבל נכס כאמור בסעיף קטן (א), לא תחול על התחייבות זו הוראת סעיף 120 (הדן בקיום בבינוניות).¹¹¹ כאופציה הוועדה מציעה לשקול נוסח אחר, שלפיו התחייבות להקניית נכס לא-מוגדר תהיה בזיבורית, ולא בבינוניות. איני בטוח שהפתרון ראוי וצודק, ולא נהיר לי מדוע במקרה של מתנה יש הצדקה לסטות מן הכלל של קיום בבינוניות.¹¹²

לכאורה, ההיגיון מאחורי הוראה זו הוא ש"לא מסתכלים על שיניים של סוס שמקבלים במתנה".¹¹³ אמירה זו, כמו אמירות עממיות אחרות, טומנת בחובה חוכמה רבה. אולם במקרה שלנו, בטרם נחיל את הכלל הזה באופן גורף, יש לזכור את ההבחנה בין מתנה לאלתר לבין התחייבות לתת מתנה. במילים אחרות, יש להבחין בין קבלת מתנה לבין הסתמכות על מתנה. האם במקרה של מתנה לא-מוגדרת על מקבל המתנה להסתמך תמיד על נכס באיכות נמוכה? פלוני מבטיח לאלמוני לתת לו מכונית במתנה. האדם הסביר אינו מסתמך על גרוטאה, אולם לפי ניסוח החוק, יוכל בית-המשפט לראות בכך קיום נאות של

109 כך בגרמניה. ראו: Brox & Dietrich-Walker, *supra* note 19, at p. 126.
110 למשל, במקרה שבו נותנים במתנה מכונית או מכשיר כלשהו מבלי להודיע למקבל על קיומן של בעיות מסוימות, והשימוש הלא-נכון שהוא עושה במתנה גורם נזק. ראו זמיר, לעיל הערה 83, בעמ' 365. ראו הקודקס האזרחי של קוויבק, סעיף 1828: "The donor [is liable... for] injury caused to the donee as a result of a defect which impairs his physical integrity, if he was aware of the defect but failed to disclose it at the time of the gift".
111 סעיף 120 להצעת חוק דיני ממונות: "חייב למתן נכס או שירות יש לקיים במתן נכס או שירות מסוג ומטיב בינוניים".

112 בסעיף 185 לתזכיר החוק, הושמט החלק השני בסעיף 237 המקורי (שכאמור היה בגדר "אופציה" שהציעה הוועדה), ומכאן שלפי התזכיר העיקרון הוא קיום בבינוניות לפי הכללים הרגילים. פתרון זה טוב יותר לדעתי.

113 ראו דויטש פרשנות הקודקס האזרחי, לעיל הערה 2, בעמ' 78.

מתנה. אם מטרת ההסתמכות היא למנוע חזרה מהתחייבות, פירוש הדבר הוא שבהעדר ציון ספציפי של דבר המתנה, הנותן יכול לרוקן מתוכן את ההתחייבות. מובן שמי מתחייב לתת מתנה יכול תמיד לקבוע כי הקיום יהיה בזיבורית (ובכך למנוע הסתמכות מיותרת מצד המקבל). אבל אם לא נאמר דבר, מדוע לא נשאיר את ההתחייבות במסגרת מתחם הסבירות הנובע מקיום בבינוניות?

בעיה מיוחדת עשויה להתעורר במקרה של הענקת מתנה שניתנה בגין הבטחה לשלם בעבור שירותים שניתנו בעבר (promise to pay for past services).¹¹⁴ יש לזכור כי בין קיום בזיבורית לבין תום-לב עשויות להיווצר תוצאות בעייתיות. בשולי הדיון ניתן גם לשאול מה הדין כאשר הנותן השאיר בידיו של המקבל את הבחירה במתנה. האם ניתן לטעון A Contrario כי הוא רשאי לבחור את הסוג הטוב ביותר? נראה שלא זו הכוונה. לדעתי, היה ראוי להשאיר את הכלל של קיום בבינוניות. בסופו של דבר, מאחר שמדובר במתנה, עצם הפעלת עקרון תום-לב יכולה להוות בסיס לקביעת הטיב, האיכות או מחיר המתנה הראויים בנסיבות העניין, מבלי להוביל לדרישות מוגזמות מטעם המקבל.

(ד) מה לגבי מתנה עם נטל?

פעולה ללא תמורה (מתנה, מתנה בצוואה וכולי) יכולה להיות מלווה הטלת חיוב מסוים על המקבל. חיוב זה יכול לקבל ביטוי בסכום כסף מסוים או לחלופין במעשה או במחלף שהמקבל יצטרך לעשות או לא לעשות. כעיקרון, הנטל אינו פוגע באופי המתנה כעסקת-חינם, אולם ערך הנטל יכול להפוך את המתנה לעסקה מעורבת (negotium mixtum cum donatione).¹¹⁵ אף אם הנטל משמעותי ביותר ביחס לערך המתנה, יכולה להתעורר שאלה אם אכן מדובר במתנה או במכר. ייתכן גם מצב הפוך של חוזה בתמורה – מכר, למשל – שבו התמורה נמוכה עד-מאוד, אפילו סמלית. במצב כזה מדובר במתנה, ולא במכר.

בעניין הנטל,¹¹⁶ אי-קיומו אינו מקבל ביטוי רק באמצעות אכיפת החיוב, אלא גם בנוגע לביטול המתנה. כאשר אין מדובר במתנה, אלא ב"עסקה מעורבת", ראוי לנטוש את הכלל של אחריות הנותן רק במקרה של רשלנות, ולאמץ את העקרונות הכלליים של קיום החוזה.

מה קורה במצב הפוך, כאשר המקבל קיים את חלקו אך הנותן אינו מעביר את המתנה? אם הנטל קיים לפני מסירת המתנה, המקבל רשאי לדרוש את הנטל או את ערכו בחזרה.

114 donazione remuneratoria – במשפט האיטלקי. ראו הקודקס האזרחי האיטלקי, סעיף 770. ראו גם: Palazzo, *supra* note 104, at p. 59.

115 ראו ראביליו, לעיל הערה 5, בעמ' 57; איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח–1968 (1987) 71. 116 הקודקס ממשיך את רעיון הנטל בדבר המתנה. הרעיון המקורי, כפי שקיבל ביטוי בהצעה לחוק המתנה, דיבר על "נטל" גרידא, שהרי הנטל אינו חייב להיות קשור ישירות לדבר המתנה. לדוגמה, נותן המתנה יכול להעביר נכס מסוים למקבל ולהחייבו לדאוג לטיפולו של אדם מסוים, אף אם הטיפול אינו נעשה עם דבר המתנה. האם יש לראות בכך תנאי? אכן, לנוכח ההרחבה של התרופות במקרה של אי-קיום הנטל, מיטשטש מעט ההבדל בין נטל לבין תנאי.

6. תחולת המתנה על חוזים ללא תמורה

(א) כללי

הדיון במהות המתנה ובתכונותיה מקבל משנה חשיבות משום שהוועדה החליטה להחיל את הוראות המתנה על כלל החוזים ללא תמורה. עד כה הייתה סוגיה זו נושא למחלוקת.¹¹⁷ לפי הנוסח המוצע, העקרונות שעליהם הצבענו קודם יחולו גם על חוזים שאינם בבחינת מתנה. בשיטות המשפט הקונטיננטלי מקובל להתייחס למתנה כאל סוג של מה שמכונה "פעולות ללא תמורה".¹¹⁸ המתנה אינה המקרה היחיד של פעולה משפטית ללא תמורה,¹¹⁹ וגם לא המקרה היחיד של חוזה ללא תמורה. ניתן למצוא שיטות משפט שבהן פעולות מסוימות ללא תמורה נשארות באופן מפורש מחוץ למסגרת המתנה,¹²⁰ כגון הבטחה לתשלום מזונות או לתשלום חוב מצפוני (או במילים אחרות – חוב שאי-אפשר לאכוף).¹²¹

מדוע נחוצה הוראה מפורשת בעניין זה? הרי ניתן לטעון כי כל עסקת-חסד מושתתת על כוונה להיטיב, ומכאן שאין טעם בהבחנה כזו. התשובה היא שאם מטרת הקודקס היא ליצור לכידות וודאות,¹²² מן הראוי למנוע מצב של לקונה משפטית. מצד אחר, המאפיינים של חוזה המתנה בשיטה שלנו, כגון הצורך בכתב או נפקותו של עקרון ההסתמכות, יכולים לעורר תהיות לגבי החלה זו. נכון אומנם שהוועדה מסייגת את ההחלה הגורפת, משום שנקבע כי ההחלה תהיה "בשינויים המחויבים", אך למרות זאת רצוי להבהיר כמה נקודות.

ראשית, יש להבחין בין דרכים שונות לתת מתנה לבין עסקות-חסד אחרות שבהן אין הקניה. שנית, ברור גם כי המתנה יכולה לקבל ביטוי בצורות שונות, שלא בדרך של הקניה ישירה. כך, למשל, במקרה של חוזה לטובת צד ג או ויתור.¹²³ עד כה ההוראה היחידה בדיני

117 ראו גם סעיף 178 לתזכיר החוק. לעמדה בעד החלת דיני המתנה על פעולות אחרות ראו את דבריו של ברכיהו ליפשיץ, המצוטטים אצל ראבילו (אשר מתנגד לגישה זו), לעיל הערה 5, בעמ' 64 (במסגרת דיון בעניין הערבות). הצעה להחיל את המתנה באנלוגיה הועלתה על-ידי פרידמן וכהן, לעיל הערה 86, בעמ' 505. ראו גם פרידמן, לעיל הערה 21, בעמ' 85.

118 על הקשר בין מתנה לבין פעולות משפטיות אחרות ללא תמורה ראו: Helmut Kollhossler "Schenkung" in *Münchener Kommentar* 4. Auflage, band 3 (München, 2004) 1250 ff;

von Mehren, *supra* note 62, at p. 36; Carnevali, *supra* note 15, at p. 487

119 גם הצוואה, למשל, הינה פעולה משפטית חד-צדדית ללא תמורה.

120 ראו הקודקס האזרחי של ארגנטינה, סעיף 1791.

121 ראו הקודקס האזרחי הגרמני, סעיף 518; 518; Kötz & Flessner, *supra* note 56, at p. 62. המשמעות היא שלהבדיל ממקרה של מתנה, כאן אי-אפשר לחזור מן התשלום – לא במקרה של התרוששות ולא במקרה של פגיעה בנותן.

122 שאלה אחרת היא עד כמה חשובים בקודיפיקציה ערכים כמו ודאות או לכידות.

123 הוויתור אינו רק מתנה. קיימים מקרים שבהם הוא נעשה בתמורה או כחלק מפשרה. המצב המשפטי הקיים אינו מתיימר לקבוע הסדר כולל לגבי הוויתור, אלא לקבוע רק כי הוויתור הינו אחת הדרכים למתן מתנה. בפועל הוויתור יכול להיעשות בתמורה או לא בתמורה, והוראות המתנה יחולו רק על מקרה של ויתור ללא תמורה.

החוזים העוסקת בויתור הייתה סעיף 1(ג) לחוק המתנה, הקובע כי המתנה יכולה לקבל ביטוי בצורת ויתור או מחילה. הקודקס מתקן מצב זה, וכפי שנהוג בקודקסים אחרים, הוא כולל הוראה מיוחדת באשר לדרכים לפקיעת החיוב.¹²⁴ ברור שחרף התיקון ימשיך הויתור להיות דרך להעניק מתנה.

מסגרת רחבה יותר של החלת עקרונות המתנה על כלל החוזים ללא תמורה, כפוף ל"שינויים מחויבים", כוללת שלוש קטגוריות:

1. החלת המתנה על חוזים שאינם מוסדרים בחקיקה, ואשר יכולים להיווצר כתוצאה מאוטונומיית הרצון (Contratto Innominato).
2. החלת המתנה על חוזים שבהם מהות החוזה – בתמורה או ללא תמורה – הינה תוצאה של החלטת הצדדים. למשל, השמירה או השליחות יכולות להיות בתמורה או בחינם. כאן עולה השאלה אם החלת עקרון ההסתמכות במקרה של שליחות פוגעת בכוחם של הצדדים להביא את החוזה לידי סיום, ואם ידרוש בית-המשפט תיעוד בכתב במקרה של שמירת-חינם. נראה לי שלמרות החלת העקרונות של דיני המתנה, ימצאו בתי-המשפט פתרון לבעיות הללו באמצעות הכללים המקובלים של פרשנות לפי אומד דעתם של הצדדים.¹²⁵
3. החלת המתנה על חוזים שהינם חווי-חינם במהותם אך אינם בגדר מתנה. המקרה הברור ביותר הוא ההשאלה. כאן אנו מוצאים כי הוועדה מאמצת באופן מפורש חלק מפתרונות המתנה לתחום ההשאלה.

סעיף 308 המוצע מחיל על ההשאלה את הוראות סעיף 235(א), הדנות בהתחייבות לתת מתנה: המשאיל לא יהיה רשאי לחזור בו מן ההשאלה אם ויתר על זכות החזרה או אם השואל שינה את מצבו בהסתמך על המוסכם. כאן המקום לתהות באשר להצדקה של הקבלה זו. יש לשים לב כי אין מדובר כאן במקרה של התחייבות להשאלה, אלא במקרה שבו ההשאלה כבר נעשתה, והנכס הועבר לידי השואל. לפי נוסח החוק, אם פלוני קיבל בית בהשאלה, והוא מסתמך על הנכס הזה, אין המשאיל יכול לחזור בו, אף שהשאלה – להבדיל ממתנה – אינה בבחינת העברה של בעלות, ואפילו אינה בבחינת שימוש לתקופה ארוכה, שכן מדובר במצב ארעי מטבעו. מכאן, שבמקרה שבו נקבע מועד להחזרת הנכס, שינוי במשטר ההשאלה עלול להוביל למצבים בעייתיים של אי-ודאות.¹²⁶ כאן הייתי מציע להבחין

124 ראו, למשל, הקודקס האזרחי של קוויבק, סעיף 1687; הקודקס האזרחי האיטלקי, סעיף 1236; הקודקס השווייצרי של חיובים, סעיף 115.

125 ראו שירלי רנר חוק השומרים, תשכ"ז-1967 (1998) 109. ראו סעיף 187(א) להצעת חוק דיני ממונות, הקובע כי חוזה יפורש לפי אומד הדעת של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין.

126 במאה השמונה-עשרה דחו בתי-המשפט של ארצות-הברית את הטענה כי מי שקיבל בית בהשאלה וגר בו שנים מספר רשאי למנוע פינוי על בסיס שינוי במצב (מדובר במקרה שבו אדם מכר את הבית על בסיס הבטחה לקבל דיור-חינם). ראו: *Kirskey v. Kirskey* 8 AL. 131 (1845). מאז דנים בארצות-הברית בשאלה עד כמה ההסתמכות טובה במקרה של הבטחת-חינם. כיום קיים כמובן ה-*Restatement (Second) of Contracts* §90 (1981), ובכל-זאת הנושא

בין התחייבות להשאלה לבין ההשאלה עצמה, שלגביה אין סיבה לשנות את המצב המשפטי הקיים.

ברצוני להפנות כעת את תשומת-הלב לשאלה הקשורה לשינוי אחר שערכה הוועדה בחקיקה הנוכחית. כוונתי לשאלה שעשויה להתעורר בדבר היחס בין ההתחייבות לתת מתנה לבין ההבטחה להקים הקדש.

(ב) מתנה, נאמנות והקדש

השיטה הישראלית מגדירה את ההקדש במסגרת נאמנות,¹²⁷ שיכולה להיות, על-פי העניין, למטרות ציבוריות או פרטיות.¹²⁸ במישור העיוני ההבדל בין הקדש לבין נאמנות נובע מהיעוד של הצהרת הרצון. באופן פשטני ניתן לומר כי הקדש הינו ייחוס של נכסים למטרות מסוימות, בעוד נאמנות נעשית לטובת אנשים מסוימים. על-פי שיטת המשפט המקובל, ההקדש נחשב סוג של נאמנות, ויש בו הבחנה בין Trust לבין Charity. לעומת זאת, במשפט הקונטיננטלי ההקדש משולב במסגרת האישיות המשפטית (Stiftung; Fundación).¹²⁹

לפי חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, כתב ההקדש יכול כיום להיות תוצאה של הוראת כתב הקדש נוטריוני, צוואה או הוראה לפי סעיף 147 לחוק הירושה. הוועדה החליטה להסיר את ההבדל בין נאמנות להקדש (הכוונה להקדש פרטי, שהרי הקדש ציבורי נשאר מחוץ לקודקס), ולקבוע כי נאמנות יכולה להיווצר מכוח כתב הקדש ומכוח "כתב נאמנות חד-צדדי".

כאשר אדם מקים הקדש באמצעות צוואה, כוחה של הנאמנות נובע מהוראות הצוואה, ועל בית-המשפט לקיים את רצון המנות. אך כאשר מדובר ביצירת נאמנות חד-צדדית בין אנשים חיים, כתב ההקדש אינו יוצר התחייבות על-פי השיטה הישראלית, שהרי הנאמנות יוצאת אל הפועל רק מרגע העברת הנכסים לידי הנאמן. כל עוד לא התקיימה העברה כזו,

נשאר פתוח לדיון. ראו: James Gordley "Enforcing Promises" 83 *Cal. L. Rev.* (1995) 547, 579.

127 המחוקק הארצישראלי אימץ את המודל האנגלי של הקדש בפקודת ההקדשות, 1929, ולגבי הקדשים דתיים נקבע כי הדין הדתי יישאר בתוקף. חקיקת חוק הנאמנות בשנת 1979 לא הולידה אפיון ברור דיו של הצורך במוסד, והגבול בין נאמנות לבין הקדש נותר מטושטש קמעא. על הבעיות של חוק הנאמנות ראו יהושע ויסמן "אבני נגף בחוק הנאמנות" עיוני משפט ז (תש"מ) 282.

128 ראו חיים זנדברג פיקוח ציבורי על נאמנויות לצורכי צדקה: מחקר השוואתי (2003) 19 ואילך; אברהם טנגבוים, אברהם קפלן "הקדשות בישראל – הדין הרצוי והמצוי" שערי משפט א(1) (תשנ"ז) 67; Pablo Lerner "Foundations in Germany and Israel: The Legal Framework" 41 *Isr. L. Rev.* (2002) 36.

129 Werner Seifart & Axel von Campenhausen *Handbuch des Stiftungsrechts* 129 (München, 2nd ed., 1999) 26; Rupert G. Strachwitz *Germany, Foundations in Europe* (London, Volker Then & Peter Walkenhorst eds., 2001) 133, 136.

אין יוצר הנאמנות מחויב כלפיה. התוצאה, על-פי הניסוח המוצע, היא שחרף ההאחדה המינוחית נשמר הדואליזם הקובע כי כל נאמנות יכולה להיות תוצאה של הצהרה דו-צדדית (על-פי חוזה עם הנאמן) או של הצהרה חד-צדדית (כתב נוטריוני).

נניח שפלוני מסכם עם אלמוני כי יעביר לידיו בנאמנות סכום כסף במסגרת הקדש פרטי (נאמנות) בעבור כמה ילדים, ולצורך זה הולך לנוטריון וכותב כתב הקדש. האם החלה שירות של דיני המתנה פירושה כי במקרה של הסתמכות אין הנאמן רשאי לחזור בו?¹³⁰ בעוד שבמצב של התחייבות לתת מתנה, הסתמכותו של המקבל מונעת חזרה מן ההתחייבות, במקרה של נאמנות עצם כתב הנאמנות החד-צדדי (כתב ההקדש) אינו יכול לשמש בסיס להסתמכות, שהרי המסגרת המשפטית שונה מאשר במקרה של התחייבות לתת מתנה.¹³¹

ומה דינו של חוזה בין יוצר הנאמנות לבין הנאמן? נכון להיום יוצר ההקדש אינו חייב להעביר את הנכסים, שכן ההקדש טרם נוצר, אך ההתחייבות שנשל לפני הנאמן הינה בגדר התחייבות חוזית לכל דבר, וניתן לתבוע אותו לפי חוק החוזים (תרופות). האם מכאן והלאה יהיה אפשר לדרוש הסתמכות או ויתור על זכות חזרה של יוצר הנאמנות מכוח החלת דיני המתנה? צריך להבחין בין כתב נאמנות חד-צדדי לבין התחייבות לתת מתנה.

ראשית, במקרה של כתב הקדש (כתב נאמנות חד-צדדית) הדרישה הנוטריונית היא קונסטטיטויטיבית. הכתב הנוטריוני הינו דרישה "חמורה" יותר מאשר התייעוד בכתב הדרוש להתחייבות לתת מתנה. שנית, כתב הנאמנות החד-צדדי אינו מהווה כוח מחייב, ויוצר הנאמנות מחויב כלפי הנאמן רק אם קיים הסכם. איני חושב שראוי להחיל על נאמנות ללא תמורה את משטר המתנה. מכאן שבכל מקרה הנאמן רשאי לחזור בו מכתב הנאמנות כל עוד לא מסר את הנכסים. כל עוד אין מצב של העברת נכסים, הסתמכותם של המוטבים הפוטנציאליים אינה יכולה לשמש עילה לאכיפת ההבטחה. ההבדל אינו רק בענייני מתנה, אלא גם בקשר לפעולות משפטיות מחמת מיתה. אם ההתחייבות לא ניתנה כדי להקנות את המתנה לאחר מות הנותן, על יורשיו של המתחייב לכבד את ההתחייבות. לעומת זאת, להבדיל ממקרה של צוואה, אם יוצר הנאמנות החד-צדדית מת ולא העביר את הרכוש, אין לכתב הנאמנות החד-צדדית כוח מחייב¹³² – היא אינה מחייבת את היורשים, והם אינם צריכים להעביר את הרכוש לנאמן (אלא אם כן מדובר בהסכם בין היוצר לבין הנאמן).

לדעתי, היה המחוקק יכול לפשט את המצב המשפטי ולקבוע כי בכל מקרה הנאמנות מתבססת על הסכם בין הנאמן לבין יוצר ההקדש. לכן הייתי מציע לבטל את הרעיון של כתב נאמנות חד-צדדי, ולהשאיר את החוזה או הצוואה כדרכים ליצירת נאמנות. אפשר

130 בשיטות קונטיננטליות אחדות, דוגמת הגישה הגרמנית, מקובל להגדיר את ההקדש כסוג של התחייבות חד-צדדית, משום שיוצר ההקדש מתחייב ללא הסכמה של הצד האחר. אפיון זה זר כמובן למסורת המשפט המקובל, ואינו יכול למצוא אצלנו עיגון. ראו: Lerner, *supra* note 128, at p. 52.

131 מובן שאם קיים חוזה בין יוצר ההקדש לבין הנאמן, אי-מסירת הנכסים על-ידי יוצר ההקדש יכולה לשמש עילה לנאמן לתביעה בגין הפרת הסכם.

132 ראו שלמה כרם חוק הנאמנות, תשל"ט-1979 (מהדורה רביעית, 2004) 642.

לקבוע כי במקרה של הקדש פרטי ייעשה החוזה (חוזה נאמנות) לפני נוטריון. פרקטיקה זו חשובה בהתחשב בכך שמטרות ההקדש יכולות להתממש לאורך שנים, וראוי לעטות פעולה זו בפורמליות מיוחדת. אגב, מוטב שהמונח "הקדש" יישמר להקדש הציבורי (ומי שרוצה הקדש "פרטי" – יעשה הסכם נאמנות).

פרק ב: ההתחייבות החד-צדדית

עד כה דנתי בכמה היבטים הקשורים לדרך שבה הוועדה מעצבת את חוזה המתנה בקודקס המוצע, כלומר, ניתחתי את "מה שיש" בקודקס. כעת נדון ב"מה שאין" בו: ההבטחה לציבור.¹³³ אנסה להסביר מדוע מדובר בהבטחה לציבור כאשר פלוני פונה לציבור (או לקבוצה מסוימת) מתוך כוונה להביא לידי כך שכמה אנשים ייטלו חלק במשימה מסוימת, תוך שהוא מחויב אך ורק כלפי מי שהשיג את התוצאה המבוקשת או עמד בתנאים מסוימים. אני מציע לאמץ בהקשר זה את המודל של התחייבות חד-צדדית,¹³⁴ אשר קורא תיגר על התפיסה ההסכמית,¹³⁵ ואשר מקובל בחלק גדול מהקודקסים השייכים למסורת הקונטיננטלית, דוגמת הקודקסים של גרמניה, שווייץ, איטליה, פורטוגל, לואיזיאנה, מקסיקו, קוויבק, מצרים ועוד.¹³⁶

להוציא את המקרה של הצעה בלתי-חוזרת,¹³⁷ שניתן לראות בה התחייבות חד-צדדית,¹³⁸

133 ראוי לפתוח את הפרק הזה בהערה מינוחית: בחרתי להשתמש בביטוי "הבטחה לציבור" כתרגום למה שמכונה במשפט האנגלו-אמריקאי "Promise of Reward"; אולם היה אפשר להשתמש גם בביטוי "הבטחת תגמול" או "הבטחת פרס לציבור". את מבטיח ההבטחה אכנה "מבטיח", ואת מי שמבצע את המשימה אכנה "מבצע", וזאת כדי להימנע משימוש בביטויים "מציע" ו"ניצע", אשר מתייחסים בדרך-כלל לחוזה.

134 פיתחתי את הנושא בהרחבה בספרי: פבלו לרנר ההתחייבות החד צדדית (2001) 162 ואילך. ראו גם: Pablo Lerner "Promises of Reward in a Comparative Perspective" 10 *Annual Survey of Int'l & Comp. L.* (2004) 53.

135 ראו: Luigi Moccia "Promessa e Contratto (Spunti Storico Comparativi)" 40(1) *Rivista di Diritto Civile* (1994) 819, 822.

136 ראו: Bucher, *infra* note 152, at p. 97; Antunes Varela *Das Obrigações em Geral* (Coimbra, 1991, Vol. 1) 429.

137 סעיף 166(ב) להצעת חוק דיני ממונות.

138 במובן זה שהצעה מחייבת את המציע לא לחזור בו מהצעתו לפי הצהרתו, ואין צורך בהסכמת הניצע, אלא די בידיעתו. אם אי-ההדירות היא תוצאה של הסכם, אזי יש לנו עניין עם חוזה אופציה. ראו סיני דויטש "הצעה בלתי חוזרת ואופציה: האמנם סמנטיקה בלבד?" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 275, 282; שלו, לעיל הערה 30, בעמ' 197; לרנר, לעיל הערה 134, בעמ' 162 ואילך.

אין במשפט הישראלי הכרה מפורשת בהתחייבות חד-צדדית. ההסדר הקיים הוא של סעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי) סיפא, אשר מסתפק בדברים הבאים: "הפנייה יכול שתהיה לציבור"¹³⁹ עד כה נשען המחוקק הישראלי על הגישה ההסכמית שלפיה רק "מפגש רצונות" יכול להוות ביטוי לאוטונומיית הרצון. לדעתי, הכנת הקודקס יוצרת הזדמנות טובה לשינוי השיטה.

1. הפעולה המשפטית החד-צדדית

על פניו הרעיון לכלול את ההתחייבות החד-צדדית בקודקס המוצע אינה מנותקת מן ההכרה המפורשת שהקודקס נותן לרצון חד-צדדי, שהרי הוועדה החליטה לתת ביטוי מפורש לפעולה החד-צדדית בחלק הכללי של הקודקס המוצע. מן הראוי להבין מהי משמעותה של פעולה חד-צדדית, ומה הקשר בינה לבין התחייבות חד-צדדית.

אחד החידושים בקודקס הוא החלק העוסק בפעולה המשפטית (חלק 3).¹⁴⁰ כאשר אנו מדברים על פעולה משפטית, אנו מתכוונים להצהרת רצון שמטרתה ליצור, לשנות או לבטל יחסים משפטיים. תורת הפעולה המשפטית קיבלה תנופה במאה התשע-עשרה, במסגרת אסכולת Pandektistik.¹⁴¹ מדובר במונח שמקובל לא רק במשפט הגרמני, אלא בכל שיטות המשפט הקונטיננטלי.¹⁴²

המונח "פעולה משפטית" אינו זר למשפט הישראלי, שהרי המחוקק בישראל קיבל אותו בדברי חקיקה שונים, כגון חוק שיווי זכויות האשה, חוק השליחות וחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.¹⁴³ סעיף 61 לחוק החוזים (חלק כללי) מדבר על החלת העקרונות

139 ראו גד טדסקי "הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970, וגבולותיה" משפטים ג (1971) 105, 109; גד טדסקי "הצעת נכסים ושירותים לציבור או הזמנה למו"מ" מסות במשפט (1978) 84, 103 (להלן: טדסקי "הצעת נכסים ושירותים לציבור").

140 בקודקסים אחרים (כגון הקודקס האזרחי הגרמני - BGB), הפרק העוסק בפעולה המשפטית נמצא בתוך מה שמכונה "חלק כללי". יש מקום לדון בשאלה אם המחוקק הישראלי מתכוון ללכת בכיוון זה ולאמץ את המודל של "חלק כללי", אם לאו. מעבר לוויכוח באשר לחלק הכללי, נראה לי כי שילובה של הפעולה המשפטית בחוק המוצע משמעותית הרבה יותר. ראו, למשל, את הקודקס הרוסי החדש, שהינו אחד הקודקסים החדשים שאימצו את המודל הגרמני. 141 על המושג "פעולה משפטית" במשפט הגרמני, ועל הקשר בינה לבין הצהרת הרצון, ראו את העבודה הקלסית: Werner Flume *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (Berlin, 1965) 23.

142 מבחינה מינוחית השתמשה הוועדה במונח "פעולה משפטית", אם כי בדברי ההסבר אנו מבחינים גם בשימוש במונח "עסקה משפטית". אכן, המקור הגרמני משתמש במונח "עסקה משפטית" (Rechtsgeschäft). בשיטות משפט מסוימות אפשר אומנם להבחין בין שני המושגים הללו, אך אין צורך להיכנס לדקויות מינוחיות בהקשר הישראלי.

143 חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248; חוק השליחות תשכ"ה-1965, ס"ח 220; חוק הכשרות והאפוטרופסות תשכ"ב-1962, ס"ח 120. ראו אהרן ברק חוק השליחות (1996), כרך א) 381.

של חוק החוזים על "פעולות משפטיות" שאינן בגדר חוזה. באמצעות סעיף זה מחילים את עקרונות חוק החוזים (חלק כללי) על כלל המשפט הישראלי, ובראש ובראשונה את עקרון תום-הלב.

למעשה, הפרק בקודקס העוסק בפעולה המשפטית כולל שלושה חלקים: כשרות משפטית, שליחות ופעולה חד-צדדית. "פעולה חד-צדדית" היא פעולה אשר משתכללת על יסוד הבעת רצון של צד אחד בלבד. הכרה מפורשת בפעולה החד-צדדית מהווה חידוש של הוועדה, אף שגם כיום, ללא הכרה מפורשת, ניתן למצוא בחקיקה הישראלית דוגמות לפעולה חד-צדדית, כגון צוואה, ביטול חוזה,¹⁴⁴ הסתלקות מעיזבון, שליחות, קיזוז¹⁴⁵ והצעה בלתי-חוזרת.

התחייבות חד-צדדית היא סוג מסוים של פעולה חד-צדדית שיוצרת חיוב, אשר מחייב כאמור מכוח רצון חד-צדדי וללא הודקקות להסכמה. אם מחפשים אזור השקה בין פעולות דו-צדדיות לבין התחייבות חד-צדדית, ניתן למצוא אותו בדיני המתנה, וזאת משום שבמקרה של מתנה – או של עסקת-חינם – המנגנון של כריתת עסקה אינו זקוק להסכמה מפורשת של הצדדים, והקיבול יכול לקבל ביטוי בצורת מכללא, לאמור, קיבול בשתיקה. ניתן לטעון כי קיימת קרבה מסוימת בין התחייבות חד-צדדית לבין מתנה שנכרתה כתוצאה מחזקת ההסכמה. כדי להבין מהי התחייבות חד-צדדית, עלינו להבין את ההבחנה בינה לבין חוזה שנכרת כתוצאה מחזקת הסכמה. כאשר אנו עוסקים בפעולה חד-צדדית, אין כאן עניין של הסכמה, ואף לא חזקת הסכמה. די בהודעה להביא לידי כך שהחוזה ייחשב בטל ומבוטל (בהנחה שהביטול היה לגיטימי, שאם לא כן ההודעה עצמה מהווה הפרת חוזה). לעומת זאת, במקרה של חזקת הסכמה קיימת פיקציה מסוימת, שהרי השיטה יוצאת מתוך הנחה שההסכמה דרושה, אך אין היא צריכה לקבל ביטוי מפורש, אלא די בהסכמה במשתמע. כאשר אנו עוסקים בפעולה חד-צדדית, ההודעה החד-צדדית משכללת את תוצאות הפעולה המשפטית.¹⁴⁶

כעיקרון, קליטה הינה מצב עובדתי בלבד, במובן זה שההודעה הגיעה לידי הצד המעוניין או לצד ג'¹⁴⁷ (בדרך-כלל צד המעוניין בעסקה). למשל, להודעת ביטול יש תוקף עם הגעתה לצד האחר. המחוקק קבע כי פעולה חד-צדדית מסתיימת בקליטה. גם לפי הקודקס המוצע, פעולה חד-צדדית טעונה קליטה. קביעה זו גורפת מדי,¹⁴⁸ משום שרוב

144 בשולי הדיון יש להוסיף כי ההוראות בקודקס הנוגעות בפעולה חד-צדדית עוסקות בעיקר בבעיות הקשורות לביטול חוזה. לכן איני בטוח שפעולות מסוג אחר, כגון השליחות או הצוואה, מתאימות להוראות הללו. ברם, הדיון בנושא זה חורג ממסגרת רשימה זו.

145 בזמנו טען טדסקי כי ניתן להגדיר גם את הקיום כפעולה משפטית חד-צדדית. ראו ג' טדסקי "על מהותו של קיום החיוב" משפטים טו (תשמ"ה) 21. עם זאת, הדבר אינו מעוגן בלשון החוק. ראוי אולי לשקול את האפשרות לקבוע זאת בצורה מפורשת.

146 ע"א 732/80 מיכאל ארנס ואחרים נ' "בית אל-זכרון יעקב", פ"ד לח(2) 645, 657.

147 יש הטוענים כי קיימת גם אפשרות קליטה על-ידי הציבור (בעניין ההבטחה לציבור). ראו בהמשך.

148 ראו סעיף 78 להצעת חוק דיני ממונות. אכן, בתזכיר הוועדה מאמצת גישה אחרת, וקובעת, בסעיף 11, כי "פעולה משפטית חד צדדית טעונה קליטה בידי האדם שהפעולה משנה את

הפעולות החד-צדדיות אומנם טעונות קליטה, אולם קיימות פעולות חד-צדדיות שאינן טעונות קליטה.¹⁴⁹ כך, למשל, בצוואה, שהינה סוג חשוב של פעולה חד-צדדית.¹⁵⁰ דווקא אם אנו מכירים בהבטחה לציבור כהתחייבות חד-צדדית, אין צורך בקיבול או בקליטה על-ידי המבצע. התמורה מגיעה למבצע, ואין נפקא מינה אם ידע על ההבטחה אם לאו. הידע אינו חשוב – לא במועד שבו ביצע את המשימה המבוקשת, ואף לא במועד שבו מסר את מושא ההבטחה.¹⁵¹

2. התחייבות חד-צדדית בשיטות משפט שונות

לא כל שיטה משפטית מכירה בהתחייבות חד-צדדית. המשפט הרומי הכיר ברעיון שנקרא Pollicitatio, אשר היווה סוג של הצהרה שבה התחייב אזרח רומי כלפי עיר או מושבה לבנות בה מבנה ציבור מסוים או לשפצו במקרה של שרפה או רעידת-אדמה.¹⁵² יש מלומדים הרואים ברעיון ה-Pollicitatio משום מקור להתחייבות חד-צדדית, בשל העדר הצורך בקיבול. דעה זו אינה חד-משמעית, ונראה כי התפיסה המבוססת יותר בקרב החוקרים היא כי המונח Pollicitatio קיבל בסופו של דבר משמעות של הסכם.¹⁵³

זכויותיו... אלא אם כן נקבע אחרת בחוזה או בחיקוק או שהפעולה אינה טעונה קליטה לפי מהותה..."

149 המשפט הקונטיננטלי מדבר על פעולות "רצפטיביות" ופעולות "לא-רצפטיביות".

150 ארון להלן בקשר שבין קליטה לבין חזקת הסכמה.

Bucher, *infra* note 152, at p. 149; Bianca, *infra* note 187, at p. 451; Carlo Graziani "Le 151 Promesse Unilaterali" in *Trattato di Diritto Privato* (Torino, Pietro rescigno ed., 1984, Vol. 9) 692.

152 ראו: Artando Torrens *El Negocio Jurídico en el Derecho Romano* (Oviedo, 1984) 45–46. ניתן להבחין בין Pollicitatio לבין Votum, אשר מתייחס להבטחה לאלים אם יתרחש אירוע מסוים. Ulpianus הבחין בין הסכם לבין הבטחה (A pact is an agreement and convention of two people but a pollicitatio is the promise only of the person who makes it...) (The Digest, Dig. 50, 12, 3) (אוסף דברי המשפטים הרומים מן התקופה הקלאסית, בחלק של הקורפוס יוריס שהוכן על-פי הוראת הקיסר יוסטיניאנוס במאה השישית לספירה). ראו גם: Eugen Bucher "art 8" in *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht–Obligationrecht* J (Zurich, Heinrich Honsell, Nedim Vogt & Wolfgang Wiegand eds., 1992) 99.

153 ראו: Jean Roussier "Le Sens du Mot 'Pollicitatio' Chez les Juristes Romains" 3 *RIDA* (1949) 295. אגב, השיטה המשפטית היחידה השומרת כיום על הביטוי Pollicitatio היא השיטה הסקוטית, אם כי שם המשמעות היא של הצעה בלתי-חוזרת. ראו: Phillip Hellwege & Reinhard Zimmermann "Belohnungsversprechen: Pollicitatio, Promise or Offer. Scotisches Recht vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklungen" *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (1998) 133, 137; W.D.H. Sellar "Promise" in *A History of Private Law in Scotland* (Oxford, Kenneth Reid & Reinhard Zimmermann eds., 2000, Vol. 2) 252.

במשפט התלמודי, למשל, ההבטחה כשלעצמה אינה מחייבת, וניתן לחזור ממנה. רק הקניין הינו בר-תוקף.¹⁵⁴ במשפט העברי אנחנו רואים את ההבחנה בין התחייבות לבין קניין,¹⁵⁵ אך המשמעות של התחייבות דומה למה שאנחנו מכירים כחוזה אובליגטורי, ולא להתחייבות חד-צדדית. יש אומנם מלומדים אשר מתייחסים מפורשות למונח "התחייבות חד-צדדית",¹⁵⁶ אבל הם אינם מתכוונים למה שמוכן כיום במשפט הקונטיננטלי כהתחייבות חד-צדדית.

נושא הרצון החד-צדדי מקבל ביטוי גם במשפט הקנוני. מלומדים של הכנסייה הרומזים לנושא מדברים על כך שהרצון החד-צדדי יכול להיות בעל כוח מחייב. גם הוגי-דעות דוגמת גרוטיוס נטו להעניק משמעות מסוימת להבטחות.¹⁵⁷ אולם גם בכך אין כדי לבסס את התיאוריה של התחייבות חד-צדדית, כפי שאנו מכירים אותה כיום.¹⁵⁸ על כל פנים, אף אם ניתן לומר כי ביום קומונה¹⁵⁹ הייתה לרצון החד-צדדי נפקות מסוימת, ברי כי חקיקתו של הקודקס הצרפתי, בשנת 1804, הובילה לביטול כל התייחסות לרצון החד-צדדי כמקור לחיוב. ההסכמה על-פי הקודקס הצרפתי היא ביטוי בלעדי של אוטונומיית הרצון,¹⁶⁰ ואין בה כל הכרה בהתחייבות חד-צדדית.¹⁶¹ מקרים של הבטחה לציבור מוגדרים במסגרת הכללים של דיני החוזים.¹⁶²

154 ראו ברכיהו ליפשיץ "מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה?" משפטים כה (תשנ"ה) 161; ברכיהו ליפשיץ עובד וקבלן - בין קניין לבין התחייבות (1993) 24; איתמר ורהפטיג

ההתחייבות: תוקפה, אופיה וסוגיה (2001) 376.

155 ראו ורהפטיג, שם, בעמ' 156, 458.

156 שם, בעמ' 233.

157 ראו: Zimmermann, *supra* note 36, at p. 567.

158 הדוקטרינה של הכנסייה העניקה מעמד מיוחד למילה של אדם - "האדם חייב משום שהתחייב". אולם אין להסיק מכך מסקנות מרחיקות-לכת. ראו: Grazianni, *supra* note 151, at p. 627, 634; Adolfo di Majo *Le Promesse Unilaterali* (Milano, 1989) 20 & Brian Simpson *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit* (Oxford, 1975) 376; James Gordley *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Oxford, 1991) 45.

159 המשפט שהיה בימי-הביניים, ואשר נשאר בפועל כמשפט שיוורי באירופה עד עידן הקודיפיקציה.

160 ראו: Moccia, *supra* note 135, at p. 823.

161 Philippe Delebecque & Frédéric J. Pansier *Droit des Obligations* (Paris, 3rd ed., 2003) 25. עם זאת, בשנים האחרונות יש התעניינות בגישה החד-צדדית, ונעשה ניסיון לנטוש את הגישה ההסכמית הנוקשה שאפיינה את המשפט הצרפתי הקלסי. ראו: Marie L. Izorche *L'Avènement de l'Engagement Unilatéral en Droit Privé Contemporain* (Marseille, 1995). השוו: Alain Sériaux "L'Engagement Unilatéral en Droit Positif Français Actuel" in *L'Unilatéralisme et le Droit des Obligations* (Paris, Christophe Jamin & Denis Mazeaud eds., 1999) 7.

162 למשל, ניתן לחייב את המבטיח מכוח העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט. ראו: Gordley, *supra* note 44, at p. 300.

במשפט המקובל שלטה תמיד הגישה החוזית באשר להבטחה לציבור, שלפיה הבטחה כזו היא למעשה הצעה לחוזה חד-צדדי.¹⁶³ עם זאת, יש לציין כי גם במשפט המקובל נשמעים קולות נגד שילובה של הבטחת גמול בספרה של דיני החוזים, בשל הקשיים הכרוכים בגישה זו בפועל.¹⁶⁴ מקור התיאוריה של הבטחה לציבור והתחייבות חד-צדדית הוא בגרמניה, שם היו הרעיונות הללו מוכרים היטב עוד לפני חקיקתו של ה-BGB.¹⁶⁵ וכך קובע סעיף 657 של ה-BGB:¹⁶⁶

"[Binding Promise:] A person who by public notice announces a reward for the performance of an act, in particular for the production of a result, is bound to pay the reward to any person who has performed the act, even if he did not act with the view to the reward."

התפתחות נוספת של הבטחה לציבור הייתה עם חקיקתו של הקודקס האיטלקי בשנת 1942. בסעיף 1989 לקודקס נאמר:¹⁶⁷

"Promise to Public: A person who, addressing himself to the public, promises a given performance in favor of a person who is found in a specific

Am. Jur. 2d. *Rewards* §4: "A reward is contractual in nature, requiring the acceptance 163 of an offer supported by consideration" עם זאת, המשפט האמריקאי מדגיש כי ליד החוזה

גם החוק יכול להיות בסיס למתן גמול - למשל, במקרה של מציאת אבדה. ראו: Am. Jur. 2d. *Rewards* §2.

164 ראו, למשל: Smith, *supra* note 52, at p. 187, אשר סבור כי הגמול (Reward) שייך למחזות אחרים של המשפט הפרטי.

165 ראו את העבודה הקלסית: Heinrich Siegel *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im Heutigen Recht* (Berlin, 1873)

166 התרגום לקוח מ-*The German Civil Code* (Simon Goren trans., Littleton, 2004). מבחינה מעשית לא זכה הרעיון בהדים רחבים, והדוקטרינה הגרמנית לא דאגה לפתח מוסד זה במידה מספקת. ניתן לומר כי עד עצם היום הזה אין לו חשיבות רבה בגרמניה. עם זאת, הצבת הרצון החד-צדדי כמקור לחיוב ולקביעת הסדר בעבור ההבטחה לציבור מחוץ למסגרת החוזית מהווה מרכיב חשוב בקודקס הגרמני, ולכן אין למדוד את חשיבותו של ה-Auslobung רק על בסיס מעשי, אלא בראש ובראשונה במישור העיוני. מלומדים חשובים, כגון Zimmermann, אכן מדגישים את חשיבות הרעיון. ראו: Reinhard Zimmermann "Europa und das römische Recht" 202 *Archiv für die civilistische Praxis* (2002) 243, 271.

167 התרגום לקוח מ-*The Italian Civil Code* (Mario Beltramo et al. trans., New York, 2001) על ההבטחה לציבור במשפט האיטלקי, ראו: Guiseppe Sbisà "Funzione della Promessa al Pubblico" 23 *Riv. Trim. de Dir. e Proc. Civile* (1969) 1469 (hereinafter: Sbisà "Funzione della Promessa al Pubblico"); Guiseppe Sbisà *La Promessa al Pubblico* (Milano, 1974) 9 (hereinafter: Sbisà *La Promessa al Pubblico*).

situation or who performs a specific action, is bound by such promise as soon as it is made public..."

כאן הדיון ההשוואתי מציג פיצול. הרחבת המושא לא רק מגדילה את מספר המצבים היכולים להוות בסיס להבטחה לציבור, אלא גם משנה את מהותו. כאשר ההבטחה לציבור מהווה כלי להענקת גמול על בסיס הימצאות במצב מסוים, או על בסיס היותו בעל תכונות מיוחדות, אזי היא נהפכת לדרך חלופית של הענקת מתנות. שהרי מה ההבדל בין הצעה פומבית להעניק פרס לאיש הזקן ביותר בעיר לבין חיפוש האיש הזקן בעיר כדי להעניק לו מתנה? בעוד בגרמניה מושא ההבטחה לציבור מתייחס רק לביצוע מעשה מסוים, באיטליה גם הימצאות במצב מסוים יכולה להוות מושא להבטחה לציבור.¹⁶⁸ התוצאה המעשית של הרחבה זו היא שההבטחה לציבור מזכה את הצד האחר ללא כל תמורה מצידו.¹⁶⁹ הענקת הפרס אינה תלויה בכיצוע או בהתנהגות מטעם הזכאי, אלא נעשית על בסיס נתונים אובייקטיביים.

בין שני המודלים – המודל הגרמני המצומצם והמודל האיטלקי המורחב – הייתי מעדיף את המודל המצומצם, שמקובל גם במדינות אחרות.¹⁷⁰ מעבר לעובדה שהרעיון מקובל גם בשיטות אחרות, ההכרה בהבטחה לציבור כהתחייבות חד-צדדית מוצדקת הן מבחינה עיונית והן מבחינה ערכית. אסביר את דעתי בעניין.

3. מנגנון של הבטחה לציבור

לדידי, הבטחה לציבור מונעת הזדקקות לפיקציות חוזיות המבוססות על "דוגמת ההסכמה".¹⁷¹ כאשר אנו מנסים לתרגם את ההבטחה לציבור למונחים חוזיים, אנו נזקקים לאימוץ מודלים שאינם עולים בקנה אחד עם מנגנון ההבטחה לציבור.

(א) הבטחה לציבור אינה הצעה

הגישה החוזית טוענת, בין היתר, כי ההבטחה לציבור הינה בגדר הצעה לציבור – לניצע לא-מוגדר (Ad Incertam Personam)¹⁷² – וכי אין צורך להזדקק לרצונו הבלעדי של

168 להבדיל מגרמניה, באיטליה הרצון החד-צדדי מקבל הכרה מיוחדת כאחד המקורות לחיוב, יחד עם החווה, הנזק או עשיית עושר ולא במשפט. ראו: Majo, *supra* note 158, at p. 114.
 169 למשל, פרס לתלמיד המצטיין בעיר (במיוחד אם ניתן על-ידי גורם זה, שאין לו שום עניין ספציפי בלימודים), פרס למי שניצל מאסון טבע או פרס לכל מי שמגיע לגיל מאה.
 170 גם הקודקס של לואיזיאנה, למשל, פועל על-פי המודל הגרמני.
 171 ראו: Remo Martini "The Myth of Consent in the Doctrine of Contract" in *European Legal Traditions and Israel* (Jerusalem, Alfredo M. Rabello ed., 1994) 473, 483
 172 על ההבחנה בין הבטחה לציבור לבין הצעה לציבור ראו טרסקי "הצעת נכסים ושירותים לציבור", לעיל הערה 139, בעמ' 84-105; Bianca, *supra* note 151, at p. 686; Graziani, *supra* note 151, at p. 686; Bianca, *supra* note 151, at p. 686; Renato Scognamiglio, *infra* note 187, at p. 445; Majo, *supra* note 158, at p. 114.

המבטיח.¹⁷³ אולם בעוד ההצעה לציבור (על כל צורותיה) הינה הצהרה טרום-עסקית המיועדת לכריתת עסקה, החווה או ההבטחה לציבור הינם הצהרת רצון מושלמת.¹⁷⁴ זאת, מאחר שהיא קושרת את המבטיח למעשה מסוים (בדרך-כלל תשלום), החל ברגע שבו היא מתפרסמת, כלפי מי שיבצע את מושא ההבטחה.

ההבדל בין הצעה לציבור לבין הבטחה לציבור נעוץ, בראש ובראשונה, בכוונת המבטיח, ובשאלה אם הוא מתכוון לחילופי תמורות אם לאו. אין בהבטחה לציבור משום חילופי תמורות. מי שמבטיח לאדם לא-מוגדר תמורה מסוימת בעבור ביצוע מעשה מסוים אינו מתכוון לבצע עסקה; אין כאן עניין של מיקח וממכר, ואין צורך לשמור על קשר בין התמורה לבין המחיר של נושא ההבטחה או המאמצים הדרושים להשגת המטרה. אין כל יחס בין התמורה המובטחת לבין ערך המושא או ערך המשימה הנדרשת. קביעת הסכום היא החלטה שרירותית של המבטיח.¹⁷⁵ הפרס המובטח יכול להיות קשור לערך הסובייקטיבי שמילוי המשימה שווה למבטיח. על-פי הגישה החד-צדדית, הפרס המוצע אינו מהווה בהכרח חלק משיקוליו של המבצע, אשר לא תמיד אף יודע על כך, מאחר שבחלק מהמקרים ההבטחה לא פורסמה כלל. בכל-זאת, תיתכן במקרים מסוימים התאמה בין הפרס המובטח לבין נושא ההבטחה או המאמצים הדרושים להשגת המשימה.

הניסוח יכול כמובן להשפיע לעיתים על אפיון ההצהרה: אם אפרסם מודעה ואציע תשלום מסוים למי שיחפש אחר ישיש נעדר, כוונתי תהיה להגיע לכלל הסכם עם מישהו אשר יעסוק בכך, ולכן מדובר בהצעה, ולא בהבטחה. לעומת זאת, אם אציע תשלום מסוים למי שימצא את הישיש הנעדר, פנייתי תיהפך להבטחה לציבור. ניתן לטעון כי זהו מצב שיכול להיות דומה למה שקרוי "מתנה תמורתית" (Donazione Remuneratoria), אולם גם כאן אנו מוצאים כי עצם אפיונה של "המתנה התמורתית" כעסקה ללא תמורה הינו בעייתי.¹⁷⁶ כמו-כן, המתנה התמורתית היא הסכם שנוצר בדרך-כלל לאחר מתן שירות

"Dei Contrati in General" in Scialoja-Bianca, *Tratato di Diritto Privato* (Roma, 1990) 187.

Staudinger *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch*, 13 bearbeitung secs. 657–173 §3 (Berlin, 1995). 661. אמת-מידה זו מתעלמת מן האפשרות של כריתת חוזה על-ידי הצעה לציבור שבה רק המציע מחויב, והצד האחר רשאי לקבלה או לדחותה – למשל, הצעה לציבור לשמירה ללא תמורה.

174 ראו: Graziani, *supra* note 151, at p. 687. 175 השאלה יכולה להתעורר כאשר מדובר לא בכסף, אלא בנכס אחר. במקרה זה, אם הנכס אינו מפורט, יחולו העקרונות הכלליים של קיום בכינוניות.

176 מתנה תמורתית אינה מתנה בפועל. ראו: Jean Domat *The Civil Law in Its Natural Order* (Boston, William Strahan, trans., 1850, Vol. 1) 401 אצל Savigny. ראו: Zimmermann, *supra* note 36, at p. 502. השוו לקודקס האזרחי של לואיזיאנה, סעיף 1525: "The remunerative donation is not a real donation, if the value of the services to be recompensed thereby being appreciated in money, should be little inferior to that of the gift"

מסוים (למשל, רופא שמסרב לקבל תשלום בעבור טיפול), בעוד הבטחה לציבור היא הבטחה מראש (פרס למי שיביא לי תרופה מסוימת). בעיה מיוחדת עשויה להתעורר לגבי הבטחות הקשורות לרכישת מוצר. חלק-הארי של פניות כאלה מיועד להניע לקוחות לקנות או לצרוך מוצרים מסוימים. לא תמיד קל להבין אם המתנה המוצעת היא אכן מתנה של ממש או שהיא חלק מהתמורה שהלקוח משלם בעבורה.¹⁷⁷ עקרונית, זו אינה הבטחה לציבור, ומדובר כאן בפניות בעלות אופי חוזי לכל דבר ועניין. עקב הקרבה בין הצעות לציבור לבין הבטחות לציבור, כל מי שעוסק בדיני החוזים חייב לזכור את פסק-הדין *Carlill*¹⁷⁸ – אחד מפסקי-הדין האנגליים המפורסמים ביותר. כבר הסברתי במקום אחר¹⁷⁹ מדוע אין לראות בהלכת *Carlill* ביטוי ל"הבטחה לציבור".¹⁸⁰ על קצה המזלג אומר כאן כי בעובדות של פסק-דין *Carlill* אין מדובר בהתחייבות חד-צדדית, משום שבמקרה זה היה צורך בהסכמה, וזו באה לידי ביטוי ברכישת המוצר. נכון שבמקרים דוגמת *Carlill*, על גוניהם השונים, התמורה מובטחת לכל מי שעומד בתנאי, אף אם לא רכש בפועל ובאופן אישי את המוצר – למשל, אם קיבל אותו ממישהו אחר. אבל עובדה זו אינה פוגעת במהות ההצהרה. הדבר דומה להבטחת פרס למי שיאסוף אלבום של בולים או תוויות. האם העובדה שהזכאות לפרס נוצרה אצל מי שלא קנה את כל הבולים או התוויות שצבר, או לא היה צרכן ישיר של כולם, מאפשרת לטעון כי לא היה כאן עניין חוזי? התשובה שלילית. בסופו של דבר, קביעת הפרס או התמורה הקשורה לרכישת המוצר נכנסת למסגרת דיני החוזים משום שיש צורך בהסכמה. על-מנת למנוע מצבים לא-בהירים, היה אם יקבל המחוקק את ההבטחה לציבור כהתחייבות חד-צדדית, הייתי מציע להוסיף הוראה שלפיה על הבטחות הקשורות לרכישת מוצר יחולו הוראות הגנת הצרכן.¹⁸¹

177 ראו, למשל, באנגליה: *Esso Petroleum co. v. Custom and Excise Commissioners* (1976) 1 WLR 1. ראו גם: *Reynell & Beatson, supra note 25, at p. 91*; זמיר, לעיל הערה 115, בעמ' 73; ראבילו, לעיל הערה 5, בעמ' 171.

178 *Carlill v. Carbolic [1892] All E.R. 127 (C.A)*. ראו, בין היתר: *Reynell & Beatson, supra note 25, at p. 35*; Geoffrey C. Cheshire, Cecil H. Stuart Fifoot & M.P. Furmston *Law of Contract* (London, 14th ed., 2001) 126.

179 לרנר, לעיל הערה 134, בעמ' 241. ראו גם: *Lerner, supra note 134, at p. 86*.
180 כדי שמבנה החוזה יהיה מושלם, דאגו השופטים למצוא את התמורה. כאן, לדידם, הייתה התמורה כפולה: הטרדות הכרוכות בשימוש במכשיר, מצד אחד, והעלאת הרווחים של החברה עקב הגברת המכירות, מצד אחר. הקשר בין הודעת הקיבול לבין פעולת הקיבול, ההתחקות אחר התמורה וקביעת הצורך בהסתמכות, כפי שקבע בית-המשפט, מהווים מאפיינים של הגישה החוזית, אשר קיבלה בכל-זאת "רוח חדשה" בהחלטה זו. ראו: *Zimmermann, supra note 36, at p. 573*; *Fuller & Perdu, supra note 81, at p. 441*.

181 במדינות מסוימות יש הגבלות על מתנות שניתן להציע ללקוחות, כדי להגן על הצרכנים. ראו, למשל, בהולנד: *Restriction of Free Gifts Schemes Act (1992)*. ראו: *Jeroen M.J. Chorus, Introduction to Dutch Law* (Hague, 3rd ed., 1999) 480.

(ב) ביצוע אינו קיבול

ניתן לטעון כי מי שמוצא כלב ומחזיר אותו לבעליו יוצר "קיבול מכללא". התייחסות לביצוע כאל "קיבול מכללא" פירושה הסכמה שיש בה אפשרות לקיבול מפורש, שהרי אם אין אפשרות כזו, מהיכן נובעת הזכות לקיבול מכללא? אבל קיבול מפורש (על-ידי הצהרת רצון) אינו רלוונטי לצורך תשלום הפרס המובטח, אלא רק הביצוע בפועל.¹⁸² במקרה של חוזה, כאשר משהו מקבל את ההצעה, הוא נשאר קשור להצהרתו. לעומת זאת, כאשר משהו מבטיח לבצע את המעשה מושא ההבטחה, אין הוא נוטל על עצמו כל התחייבות. יתרה מזו, הסכמתו לביצוע העבודה אינה מחייבת אותו או את המבטיח. מכאן ההשקה בין הבטחה לציבור לבין המודל של חוזה מותנה או חוזה חד-צדדי לפי המסורת האנגלית. גם במקרים הללו הניצע חופשי להחליט אם לבצע את המשימה אם לאו. ההבדל הוא בדרך שבה המציע פונה לצד האחר: בחוזה מותנה (או במה שקרוי חוזה חד-צדדי) יש ניצע מוגדר; במקרה של הבטחה לציבור הניצע הוא בלתי-ידוע, שהרי הפנייה היא לציבור כולו.

אין לראות בביצוע משום הצהרת רצון. המבצע אינו חייב לעשות את המעשה מתוך כוונה ליצור יחסים משפטיים. ביצוע המעשה אינו חייב להיות תשובה להצהרת המבטיח.¹⁸³ היחסים המשפטיים הנרקמים בין הצדדים צריכים להיות תוצאה של ביצוע המעשה, ולא של רצון הצדדים להגיע לעסקה.¹⁸⁴ נכון שהטיעונים הללו אינם בלעדיים תמיד למצב של התחייבות חד-צדדית, וניתן ליישם אותם גם במסגרת חוזה – למשל, דרך חוזה (באמצעות הצעה לציבור), שם המציע רשאי לקבוע כי הוא ישלם את הפרס רק למי שפועל בהסתמך על ההצעה, ורק במקרה של קיום מלא ומדויק של המשימה, לאמור, על-פי התוצאה. גם במקרה של חוזה כזה ניתן לקבוע כי הניצע רשאי לא להשלים את המשימה, אך עצם העובדה שיש דרכים חלופיות אינה פוגעת בגישה החד-צדדית. הגישה החד-צדדית אינה שוללת אפשרות של יצירת מנגנון על-ידי הסכמת הצדדים, אבל הטענה היא כי אין צורך

182 לרבות מבחינה כלכלית וחברתית. ראו: Sbisà *La Promessa al Pubblico*, supra note 167, at p. 93.

183 גם אירוע אקראי לחלוטין הינו בגדר ביצוע. הדוקטרינה הגרמנית מגדירה אותו כ-Realakt. ראו: Münchener Kommentar, supra note 118, at sec. 657 §17.

184 המטרה של מי שמבטיח לציבור היא להשיג את התוצאה, ואין שום משמעות לשאלה אם מי שהגיע לתוצאה פעל מתוך ידיעה על ההבטחה או בצורה מקרית. כפי שכתב בזמנו המשפטן האמריקאי Corbin (שהושפע במידת-מה מהחשיבה הקונטיננטלית): "It is probable, indeed, that the chief reason for enforcing a promise is that it has induced the promisee to act in reliance on it... But the chief reason is not necessarily the only reason for enforcing a promise; and if it seems good to the courts to enforce a promise when the promisor has received the desired equivalent, even though the one rendering it knew nothing of the promise and rendered the services from other motives, there is no sufficient reason for refusing to call that enforceable promise a contract." Arthur Linton Corbin, *On Contracts* (Minnesota, 1963, Vol. 1) 959.

להזדקק ל"הסברים חוזיים" כאשר ניתן לתאר את משמעות ההצהרה כתוצאה של רצון חד-צדדי.

ניתן לטעון כי הקיבול אינו בביצוע, אלא בהודעת המבצע למבטיח על ביצוע נושא ההבטחה. אבל גם כאן ניתן להעלות אותן הסתייגויות שציינו קודם. ההודעה על ביצוע המעשה אינה צריכה להיות תוצאה של ידיעה על ההבטחה. כשם שייתכן כי פלוני ביצע את המעשה מבלי לדעת על ההבטחה, ייתכן בהחלט שהמודיע על כך למבטיח אינו יודע על ההבטחה. האם יש כאן קיבול? גם אם בעת מתן ההודעה על הביצוע לא ידע המבצע על ההבטחה, הוא רשאי לדרוש את התמורה לאחר-מכן. הודעתו של מבצע על מציאת כלב אינה – או לפחות אינה צריכה להיות – הודעה על כך שהוא "מקבל" את ההבטחה. המבצע רק מודיע על ביצוע המעשה, והודעה זו מזכה אותו בתמורה.

4. על יעילות, אלטרואיזם וסולידריות

ההבטחה לציבור מיועדת להניב תועלת ישירה או עקיפה למבטיח,¹⁸⁵ ולכן יש לראות בה עסקה בתמורה לכל דבר. ההבטחה לציבור יכולה להיות גם אמצעי לביצוע משימות בעלות חשיבות לגבי הפרט או החברה בכללותה. הנטייה לייחס להבטחה לציבור אופי "לא-תמורתי" נעוצה במידת-מה בנטייה לייחס לעסקות חד-צדדיות מהות חנימית.¹⁸⁶ אין לבלבל בין מטרות המתנה לבין מטרות ההבטחה לציבור.¹⁸⁷ מי שמפרסם הבטחה לציבור¹⁸⁸ מתכוון להשיג תוצאה מסוימת: הוא רוצה, למשל, לקבל בחזרה את כלבו או להשיג מידע על חפץ שאבד לו. מטרת ההבטחה היא לעודד או להניע מישו לעשות מעשה או פעולה מסוימת (אך גם מי שפעל ללא ידיעה רשאי לקבל תמורה, כפי שהסברתי לעיל).

במונחים של יעילות ניתן לומר כי הבטחות גמול כדאיות ביותר מבחינה כלכלית הן למי שמתחייב לשלם את התמורה והן למי שמבצע את המעשה המבוקש. ההבטחה לציבור מאפשרת להשיג תוצאות תוך השקעת משאבים נמוכים מערכו של הנכס עצמו,¹⁸⁹ והיא מאפשרת למבטיח לגייס כוח אדם פוטנציאלי שהוא לא היה יכול לגייס – או שהדבר היה

185 אם כי, כמובן, ההבטחה לציבור יכולה להיות מיועדת למטרות שונות, שאינן קשורות בהכרח לטובת המבטיח.

186 ראו: 1469 p. at, *supra* note 167, "Sbisà 'Funzione della Promessa al Pubblico'".
187 נגד הבחנה זו, מנקודת-מבט של המשפט המקובל, ראו: Massimo Bianca *Diritto Civile* 60 (4) *L'Obbligazione* (Milano, 1993, Vol. 4). בעדה ראו: Smith, *supra* note 52, at p. 239.

188 בעניין פרסום ההבטחה לציבור ראו להלן.

189 החתול שווה לבעליו 300 ש"ח (ניתן לשער כי מחיר זה משקף גם את הערך הרגשי שיש לחיה מבחינת הבעלים). הבעלים מציע 100 ש"ח תמורת החזרתו. למי שמוצא את החתול הוא שווה הרבה פחות, אולי 50 ש"ח. כאשר החתול חוזר לבעליו, הרווח של הבעלים הוא לא רק במישור הרגשי, אלא גם במישור הכלכלי, משום שהוא השקיע בהחזרתו של החתול פחות מערכו. גם המוצא זוכה, מפני שהוא מקבל יותר מכפי שהחתול שווה בעיניו. ראו: Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (Boston, 4th ed., 1992) 100.

עולה לו הרבה יותר – אילו התבצעה הפעולה באמצעות חוזים רגילים. יתרה מזו, אם עליי להיכנס למשא-ומתן עם מבצעים פוטנציאליים, איש אינו יכול להבטיח לי תוצאה טובה, מה-גם שעצם גיהול המשא-ומתן כרוך בהשקעת זמן וכסף. פרסום ההבטחה לציבור חוסך כל זאת. היעילות מתבטאת גם בכך שלא דרושה התדיינות בשאלה אם המבצע ידע או לא ידע על פרסום ההבטחה. ברם, טענה זו ניתנת בקלות להפרכה: במקרים רבים כדאי יותר לכרות חוזה עם בעל מקצוע, או עם מישהו שמקדיש את מלוא הזמן לביצוע המשימה, מאשר לקוות שפלוני, באופן אקראי, יבצע את המשימה.

מכל-מקום, אני סבור שאין לחפש במונחים הכלכליים את ההצדקה להעדפת הגישה החד-צדדית על הגישה החוזית, ולו מן הטעם שאי-אפשר להוכיח עד כמה האחת עולה על האחרת ביעילותה הכלכלית. יתר על כן, ניתן לחשוב על מסגרת משפטית שמשלבת את שתי הגישות, לאמור, כאשר פלוני מבצע את המשימה הוא זכאי לפרס הן משום שההתחייבות החד-צדדית של המבטיח מחייבת והן משום שמשלבים את ההבטחה לציבור במסגרת דיני החוזים. ניתן לטעון כי השאלה בפועל אינה מהי המסגרת המשפטית, אלא עד כמה ובאילו דרכים המערכת אוכפת פניות לציבור.

מי שמפרסם הודעה לציבור פונה לקהל הרחב כדי להשיג תוצאה מסוימת שחשובה לו מאוד מבחינה זו או אחרת. מדוע אם כן לא לשלם את הפרס כאשר המבטיח קיבל את מבוקשו? רק משום שהצד האחר לא ידע כי קיימת הבטחה? אנשים יגלו נכונות רבה יותר להתחזר חפצים אבודים, לעזור לזולת ולתרום לו אם ידעו שכאשר פלוני הבטיח תמורה בעבור ביצוע אותם מעשים, הוא יקיים אותה ללא קשר לידיעתו של המבצע על קיום ההבטחה. לדעתי, הגישה החד-צדדית מחזקת את העיקרון של קיום הבטחות. ככל שיוכל הציבור לראות בפניות לציבור משום הצהרות בעלות אופי מחייב, יש סיכוי גדול יותר שאנשים ישקיעו מאמצים סבירים כדי להשיג את התוצאה.

מי שעוזר לזולת זכאי לגמול מעצם העובדה שתרם למי שהיה זקוק לכך, ואין נפקא מינה אם ידע על ההתחייבות אם לאו. אם לא כן יהיה עלינו להגיע למסקנה שרק מי שפעל מכוח אינטרס ישיר בתמורה ("בהסתמך") רשאי לקבל גמול, ואילו מי שעשה את המעשה ללא שיקולים אינטרסנטיים אינו זכאי לקבל גמול כלשהו.¹⁹⁰ במובן זה, לדעתי, אם יכיר המחוקק הישראלי בהבטחה לציבור, הוא יאזן בין שני ערכים שצריכים להנחות את הקודיפיקציה של המאה העשרים ואחת: אוטונומיית הרצון וסולידריות.¹⁹¹ גישה זו משתלבת עם המגמה שניתן למצוא בדברי חקיקה אחרים של המשפט הישראלי. למשל, סעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט אכן מעודד אלטרואיזם,¹⁹² ואין שום סיבה לא לתמוך בגישה זו.

190 בשולי הדברים ניתן לטעון כי אין זה מקרה שההתחייבות החד-צדדית הייתה שורשים דווקא בשיטות הקונטיננטליות. בשיטות אלה דיני החוזים מתבססים על עקרונות מוסריים בצורה בולטת יותר מאשר בשיטות המשפט המקובל, שבהן היחסים התועלתניים והיחס בין רווח והפסד (המקבלים ביטוי בתורת התמורה) ממלאים תפקיד מכריע יותר.

191 ראו: Martighn Hesselink *The New European Private Law* (The Hague, 2002) 156. השווה אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (1997) 77 ואילך.

192 חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ס"ח 42. ראו חנוך דגן "הפועל לשמירת עניין הזולת" משפטים כד (1995) 475. השווה: William M. Landes & Richard A. Posner

ומה לגבי אדם אשר פועל מנימוקים אלטרואיסטיים לכל דבר ומסרב לקבל את התמורה המובטחת? אכן, אי-אפשר להיטיב עם מישהו נגד רצונו. המבצע אינו חייב לקבל את התמורה, אך אין הדבר פוגע בחיובו של המבטיח לתת לו אותה – לא משום שהצדדים הסכימו על כך, אלא משום שהתחייב לכך. במקרה שהמבצע דוחה את התמורה יחולו ההוראות הכלליות של ויתור, שנמצאות בהצעת החוק בחלק הכללי של דיני חיובים. נשאלת השאלה אם עידוד אלטרואיום וסולידריות חברתית עולים בקנה אחד עם העובדה שהתמורה מגיעה רק למי שהצליח להשיג את התוצאה המבוקשת, ולא לכל מי שפעל בניסיון לעזור לזולת.¹⁹³ אכן, ההצלחה משמשת אמת-מידה מכרעת בקביעה מי זכאי לתמורה המובטחת. אולי היה עלינו לשאול, כדי להיות עקביים ולדבוק בעקרון הסולידריות, מדוע מי שמבטיח פרס לא יבטיח אותו לכל מי שנוטל חלק במשימה מסוימת, מבלי לדרוש תוצאות מוגדרות. עקרונית, ניתן לראות בהבטחה לציבור משום פנייה לביצוע חיוב, שהינה בגדר חיוב של תוצאה, ולא של השתדלות.¹⁹⁴ במובן זה הדבר דומה למצבים חוזיים שבהם התשלום מותנה במילוי מלא ומדויק של משימה, ללא קשר למאמצים שהניצע משקיע.¹⁹⁵ חלק מהמשימות אינן נושאות בהכרח תוצאה מסוימת. מצד אחר, קיימים מקרים שבהם המשימה יכולה להתבצע על-ידי כמה אנשים בו-זמנית. מכאן שיש לקבוע מסגרת שתאפשר ליצור איוון בין הצורך לעודד אלטרואיום לשמו וקיום הבטחות לבין הצורך של המבטיח לדעת בוודאות למי יהיה חייב לשלם וכמה. השיטה של הבטחה לציבור, המזכה רק את המצליח, יוצרת איוון בין הצורך לעודד השתתפות של מספר רב של אנשים לבין האפשרות להקדיש לכך משאבים מוגבלים. סוגיות אלה מקבלות תשובה בקביעה מיוחדת העוסקת במצבים של ריבוי מבצעים וחזרה מן ההבטחה. להלן אתייחס לסוגיות הללו.

(א) בעיית ריבוי המבצעים

ההבטחה לציבור הינה תמיד לאדם לא-מוגדר. השאלה המתעוררת בנושא זה היא מה הדין כאשר הביצוע נעשה על-ידי יותר מאדם אחד. כאשר אדם חותם על חוזה, הוא יודע כלפי מי הוא מתחייב. לעומת זאת, כאשר הוא מפרסם הודעה לציבור, הוא אינו יכול לדעת את זהותו של המבצע. יתר על כן, אופיו של הביצוע המבוקש עשוי ליצור מצבים לא-מעטים שבהם שני אנשים או יותר מבצעים את המשימה בעת ובעונה אחת. זה המצב, למשל, במקרה שבו המבטיח מבקש לקבל מידע על מקומה של מכונית, והוא מקבל תיאור מכמה אנשים בסמיכות זמנים. האם הוא מחויב כלפי כולם? אם ההבטחה לציבור מיועדת ליותר מאדם אחד (למשל, הבטחה לכל מי שימצא מטבעות מסוימים

"Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism" 7 *J. of Legal Studies* (1978) 83

193 ראו גם להלן בסעיף (א) של תת-פרק זה.

194 ראו איל זמיר חוק חרזה קבלנות, תשל"ד-1974 311 (1994).

195 כוזה הוא, למשל, חוזה עם עורך-דין במקרה של Contingent Fee.

או לכל מי שיצליח לשקם אסיר), אזי כל מי שיצליח במשימה רשאי לקבל תמורה.¹⁹⁶ אבל כאשר ההבטחה מיועדת לביצוע על-ידי גורם אחד, משום שהמטרה היא להשיג תוצאה נקודתית מסוימת (מציאת כלב שאבד, מסירת מידע על מכונית גנובה וכו'), אזי רק המבצע הראשון יהיה זכאי לפרס המובטח,¹⁹⁷ אלא אם כן משתמע מנוסח ההודעה פירוש אחר. בסופו של דבר מדובר בהחלת העיקרון הידוע והפשוט של "Prior Tempore, Potior Jure".

כאשר יותר מאדם אחד מגיע אל המבטיח עם התוצאה הראויה, ואי-אפשר לדעת מי ביצע את המשימה ראשון, יש להנהיג את הכלל של חלוקה שווה בין הזכאים.¹⁹⁸ כאשר הקיום בו-זמני, כלומר כאשר שני גורמים או יותר ביצעו את המעשה בו-זמנית, הכלל הוא שהמבצעים יחלקו ביניהם את הפרס שווה בשווה.¹⁹⁹

כאשר כמה אנשים מבצעים את מושא ההבטחה במשותף, אך כל אחד מהם תורם לביצוע במידה שונה, יש לחלק ביניהם את הפרס באופן יחסי לתרומתם.²⁰⁰ המשפט הגרמני מסמך את המבטיח לחלק את הפרס לפי עקרונות היושר, כלומר, על-פי חלקו של כל אחד. שקלול זה אינו קל תמיד לביצוע, והקביעה באשר לחלקו של כל אחד עשויה להיות בעייתית – הן משום שאי-אפשר לוודא כי פלוני אכן נטל "חלק" בביצוע,²⁰¹ והן משום שלא תמיד ניתן להעריך מה חלקו של כל אחד. המבטיח חייב לשלם לכל אחד את חלקו ותו לא, גם אם האחרים אינם תובעים את חלקם.²⁰²

196 ראו: Joseph D. Chitty *Chitty on Contracts* (London, 27th ed., 1994, Vol. 1) 97 כלל זה תקף לא רק בשיטות שאימצו במפורש את ההבטחה לציבור כהתחייבות חד-צדדית. כך גם במשפט האמריקאי. ראו: Williston, *supra* note 25, at p. 336. באשר לכלל זה במשפט האנגלי, ראו *Lancaster v. Welsh*, המצוטט אצל: Schlesinger, *supra* note 23, Vol. 2, at p. 1249.

198 פתרון זה נהוג בדין הגרמני (הקודקס האזרחי הגרמני, סעיף 660), בדין האיטלקי (סעיף 1991 לקודקס האזרחי האיטלקי), בקודקס של הפדרציה הרוסית (סעיף 1055(5)) וכו'. השוו לסיני 153 להצעת חוק דיני ממונות, הקובע כי "נושים משותפים זכאים לקיום החיוב בחלקים שווים".

199 הקודקס האזרחי הגרמני, סעיף 2(659); הקודקס הפורטוגלי, סעיף 462. ראו: Varela, *supra* note 136, at p. 431. ראו גם: Williston, *supra* note 25, at p. 338.

200 ראו הקודקס האזרחי הגרמני, סעיף 660; הקודקס של אוסטרליה, סעיף 860. 201 בארצות-הברית, למשל, חולק פרס על לכידת פושע באופן שווה בין ארבעה אנשים, אף שרק אחד מהם איתר אותו ותפס אותו, בעוד שלושת המשתתפים האחרים רק באו לעזרתו כאשר הפושע איים להשתלט עליו וסיכן את חייו. ראו: *Board of Commissioners v. Johnson* cited in Schlesinger, *supra* note 23, Vol. 2, at p. 1236.

202 זה הפתרון של המשפט הגרמני. ראו, סעיף 1(660). ראו: Wittman, *supra* note 173, at §8. Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch.

(ב) חזרה מהבטחה לציבור

נניח שאנשים קראו את ההודעה על הפרס, הוציאו מכספם והתחילו לעבוד, או טרחו בצורה זו או אחרת על-מנת להגיע למטרה הנכספת. מה צריך להיות הדין אם המבטיח מחליט במצב זה לחזור בו מהבטחתו?

כדי להכיר את מנגנון החזרה מהבטחה לציבור עלינו להבין כי כאשר אנחנו מגדירים את ההבטחה לציבור כהתחייבות חד-צדדית, אנו יוצרים שני מעגלים של אנשים שיכולים להיות זכאים לתמורה המובטחת: אלה שיודעים על קיומה ופועלים לפיה, ואלה שאינם יודעים על ההבטחה אך מבצעים את המשימה בצורה אקראית. הסייגים להדירות ההבטחה נובעים מן הצורך להגן על שני מעגלים אלה, שיש להם אינטרס בקיום ההבטחות.

גם מדינות שמכירות בהבטחה לציבור כהתחייבות חד-צדדית וגם מדינות שמתחייבות אליה כאל חוזה מגבילות את זכות החזרה. לעניות דעתי, על המחוקק לקבוע, כפי שנקבע ברוב השיטות שמקבלות את ההבטחה לציבור,²⁰³ כי הבטחה כזו יכולה להיות הדירה כל עוד: (1) לא בוצעה המשימה נושא ההבטחה; (2) ההודעה על החזרה מהבטחה פורסמה באותה דרך שבה פורסמה ההודעה על ההבטחה.

באשר לתנאי הראשון, יש אכן מתח מסוים בין גישה פורמליסטית, האומרת כי רק קיום מלא ומדויק מהווה בסיס לזכייה בתמורה,²⁰⁴ לבין גישה המתבססת על הגינות ותום-לב, אשר מנסה למנוע מצב שבו אדם השקיע מאמצים ומשאבים וברגע האחרון נותר ללא תמורה כתוצאה מהצהרה שרירותית של המבטיח.²⁰⁵ בשיטות משפט מסוימות ניתן לדרוש פיצוי כלשהו אם המבצע כבר התחיל לבצע את המשימה, וזו הופסקה כתוצאה מחזרה.²⁰⁶ בכל מקרה, לא תמיד המבצע הפוטנציאלי יכול לדעת אם יצליח בכך, וייתכנו מצבים שבהם מישוהו אחר ביצע לפניו את המשימה, והוא עצמו נשאר ללא פרס.

באשר לדרישה השנייה, זו מופיעה בכל הקודקסים שרואים בהבטחה לציבור משום

203 ראו: Gordley, *supra* note 126, at p. 603. וראו ביקורת על גישה זו: Melvin A. Eisenberg, "The Theory of Contract" in *The Theory of Contract Law: New Essays* (Cambridge, Peter Benson ed., 2001) 206–264; Sbisà *La Promessa al Pubblico*, *supra* note 167, at p. 266; Graziani, *supra* note 151, at p. 700; Jacques Martin de la Moutte *L'Acte Juridique Unilatéral: Essai sur sa Notion et sa Technique en Droit Civil* (Paris, 1951) 289 (השוו: Jacques Ghestin *Traité de Droit Civil — La Formation du Contrat* (Paris, 1993) 278).

204 יש לזכור כי לפי המודל האנגלו-אמריקאי של חוזה חד-צדדי, המצב מורכב יותר, משום שהקיום מהווה גם "קיבול" של ההצעה. ראו: Adams & Brownsword, *supra* note 29, at p. 54.

205 Smith, *supra* note 52, at p. 184.

206 כך נהוג, למשל, בשווייץ – ראו הקודקס השווייצרי של חיובים, סעיף 208(2) – וכן בהולנד.

התחייבות חד-צדדית. כך הדבר בקודקס הגרמני,²⁰⁷ בקודקס היווני,²⁰⁸ בקודקס האיטלקי,²⁰⁹ בקודקס האוסטרי,²¹⁰ בקודקס של הפדרציה הרוסית,²¹¹ בקודקס הפורטוגלי,²¹² בקודקס של לואיזיאנה²¹³ וכולי. גם בארצות-הברית, אשר אינה מכירה בגישה חד-צדדית, הגיעו בתי-המשפט לפתרון דומה.²¹⁴ באשר לאפשרות של הבטחה בלתי-חוזרת, אין סיבה לא להחיל את הכלל של הצעה בלתי-חוזרת, ולתת תוקף להצעה זו, אם כי ניתן להשאיר גם את האפשרות של חזרה מהבטחה בלתי-חוזרת במקרה של נסיבות מיוחדות.²¹⁵

5. המלצה לסיום

עד כאן דנתי בהיבטים השונים של הבטחה לציבור, וניסיתי להסביר מדוע אני סבור כי יש רבותא בהוספת הוראה מיוחדת אשר תכיר בצורה מפורשת במוסד זה. לסיום חלק זה ארשה לעצמי להציע למחוקק לשקול להוסיף לקודקס המוצע הוראה בחלק של כריתת החוזה. למשל, ניתן לקבוע כי סעיף 165, הדין בהצעה, יהיה מורכב משני חלקים: חלק א של הסעיף יהיה כלשון הסעיף המופיע בהצעה (ניסוח זהה לסעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי)), וחלק ב יאמר כלהלן:

"מי שמפרסם הודעה לציבור ומבטיח תמורה בעבור ביצוע מעשה מסוים יהיה מחויב כלפי מי שמבצע את המעשה, ובמקרה של ביצוע על-ידי כמה אנשים – כלפי המבצע הראשון. המבטיח יהיה רשאי לחזור בו מהבטחתו רק כל עוד המעשה נושא ההבטחה לא בוצע. הודעה על חזרה תיעשה באמצעים זהים או דומים לאלה ששימשו לפרסום ההבטחה."

207 סעיף 658 לקודקס האזרחי הגרמני. עם זאת, במקרים מיוחדים תיעשה ההודעה על חזרה באמצעים מיוחדים. כאשר המבטיח יודע כי איש או אנשים מסוימים מכינים עבודות לביצוע המשימה, וידוע לו כי יש אנשים שאינם יכולים לקבל את ההודעה על חזרתו מהבטחתו, עליו להשתמש בדרכים שיאפשרו את הגעת ההודעה לידיעתם של המיועדים לקבלה. סעיף 658(1) לקודקס האזרחי הגרמני. ראו: §4 658 *Münchener Kommentar, supra* note 118, at sec. 658 §4 *Eugen Bucher Schweizerisches Obligationrecht—Allgemeiner Teil* (Zurich, 1988) 150.

208 סעיף 710 לקודקס היווני.

209 סעיף 1990 סיפא לקודקס האזרחי האיטלקי.

210 סעיף 860 לקודקס האוסטרי.

211 סעיף 1056(1) לקודקס של הפדרציה הרוסית.

212 סעיף 461 לקודקס הפורטוגלי.

213 סעיף 1945 לקודקס האזרחי של לואיזיאנה. ראו: Lerner, *supra* note 134, at p. 93.

214 *Williston, supra* note 25, ראו: *Shuey, executor of v. United States*, 92 U.S. 73 (1876) Vol. 2, at pp. 330, 338; Lon L. Fuller & Melvin Aron Eisenberg *Basic Contract Law* (St. Paul, Minn., 4th ed., 1981) 376.

215 Netherlands Civil Code סעיף 6:220 לקודקס ההולנדי, כפי שמופיע בפרסום המוקדם. ראו: *Gordley, supra* note 44, at p. 301. Book 6 Draft Text (Leyden, 1972). ראו גם:

פרק ג: סוף-דבר

הקודקס המוצע ממשיך אומנם את השיטה הקיימת, אך מוסיף שינויים חשובים. בשלב זה הצעת הקודקס מהווה נייר-עבודה בלבד, ורק כאשר זה ייחפך לחוק, ובתי-המשפט ייתנו לו את דעתם, נוכל להסיק מסקנות. במאמר זה ניסיתי להראות, עם זאת, כי השינויים המופיעים בהצעה טעונים עיון מדוקדק. כמו בסוגיות אחרות בענייני מתנה, התוצאה הסופית היא המשך שילובן של שיטות שונות. במובן זה הקודקס המוצע יכול להוות דוגמה למגמת ההרמוניזציה בין שיטות המשפט.

באשר לפתרונות המוצעים, יש רבותא בכך שהוועדה מאמצת נוסח מפורט יותר מזה הקיים, ומבהירה סוגיות עקרוניות (כגון עניין המתנה לעובר, אשר מוכר כעת בסעיף 233 לקודקס). לדעתי, הגישה הכללית של הוועדה לגבי התיקונים בדיני המתנה היא נכונה, במיוחד משום שחלק מההוראות הקיימות כיום לא עוררו בעיות מיוחדות. לפיכך אין צורך להתחיל לבדוק נוסחות חדשות, אשר בסופו של דבר לא יתרמו בהכרח לשיפור השיטה.

מובן שהסכמה עם המגמה הכללית אינה פותרת את הפרשן מהמשך עיון ביקורתית בתיאוריה שהחקיקה המוצעת נשענת עליה. בהתאם לכך, דנתי כאן בשאלות-יסוד, כגון המתנה כחווה, ההבדל בין מתנה ריאלית לבין התחייבות לתת מתנה, ומקומו של עקרון ההסתמכות במנגנון החזרה מן ההבטחה. כמו-כן הצבעתי כאן על כמה נקודות שראוי לשקול בזהירות אם הפתרון שהן מציעות הוא אכן הראוי ביותר.

התוצאה הכללית של השינויים שנערכו במסגרת הקודקס היא חיזוק מעמדו של הנותן, תוך החלשה מסוימת של עקרון ההסתמכות (אם כי הנוסח החדש בתזכיר החוק משנת 2006 מציג תמונה מאוזנת יותר). אם מתנה היא חווה לכל דבר, אף אם מדובר בחווה ללא תמורה, אין סיבה להרחיק לכת עם הפטור מאחריותו של הנותן, במיוחד כאשר התנהגותו פוגעת בהסתמכותו של המקבל. אגב כך ציינתי כי לא רק הסתמכותו של המקבל חשובה, שכן יש מצבים שבהם הנותן הוא המסתמך על המתנה.

כמו-כן יש לשקול אם ראוי להחיל את דיני המתנה על כלל החוזים ללא תמורה, או שמא יש מקום להכין הוראות מיוחדות לעסקות ללא תמורה שיחולו על כלל העסקות, תוך שמירה על המאפיינים המיוחדים של דיני המתנה בחוק הישראלי.

חלקו השני של המאמר הוקדש להתחייבות החד-צדדית. דומני כי הדיון בשילובה בחקיקה הישראלית החדשה ההולכת ומתגבשת הינו מעניין לא רק עקב ההשלכות המעשיות של קבלת הגישה החד-צדדית במשפט הישראלי, אלא גם משום הניתוח של מוסד זה, אשר מרחיב את הדיון לגבי גבולות ההסכמה והחוב תוך העמקה ברעיונות-יסוד, כגון הסתמכות וסולידריות. המאמר לא התכוון לתת פתרונות טובים יותר. בשלב זה של הקודיפיקציה די לי בניסיון לבדוק את העקרונות מנקודות-מבט שונות, ולו רק כדי להביא לידי כך שחקיקת הקודקס תלווה ריענון והרחבה של השיח המשפטי בארץ. הוספתי המלצות אחדות לגבי הוראות מיוחדות בעניין חזרה מן ההבטחה וריבוי מבצעים, כמקובל בקודקסים אחרים שאימצו את הרעיון.

סביר להניח שהגרסה הסופית של הקודקס תהיה שונה בצורה זו או אחרת מן הגרסה

שאליה התייחסתי. קשה עוד יותר לנבא כיצד תתייחס הפסיקה לשינויים הללו, אך ניתן לצפות להתייחסות רחבה לענייני הקודקס בכלל ולדיני החיובים בפרט, דבר שיתרום להרחבת המסגרת העיונית שהמשפט הישראלי שואב ממנה את השראתו. יש מקום על-כן לברך על עבודתה של ועדת הקודיפיקציה, ולו בשל כך. הקודקס הינו פרויקט המשפט האזרחי החשוב ביותר שנכתב עד כה במשפט הישראלי. לפנינו שלד של קתדרלה עצומת-ממדים, שנבנה על בסיס תשתית קיימת – חוקי החוזים. לפיכך סגנון המבנה מוכר לנו, וחלק מהפינות ידועות היטב למשפטן הישראלי. הדיון והוויכוח באשר למהות הפתרונות וליטוש הניסוחים המוצעים יצליחו ליצור מבנה מפואר ומושלם עוד יותר. אם נכון הדבר שהשטן נמצא בפרטים הקטנים, אזי יש לוודא שהוא לא ייכנס לקתדרלה מבעד לחלונות שאינם נסגרים או מבעד לסדקים שנותרו פה ושם.

