

## שלב ההתחייבות במוסד המתנה: אובליגציה שאינה אובליגטורית

דור פסקא\*, רונן קריטנשטיין\*\*

קיימת מחלוקת בספרות המשפטית לגבי ההסדרה הראויה של דיני המתנה, הווי אומר, אם ההתחייבות לתת מתנה צריכה להיות הדירה ובלתי אכיפה או אכיפה ובלתי הדירה, בדומה להתחייבות שבחווה מכר. נימוקים שונים עומדים לצידי החולקים, כמו גם רקעים ו"בתי מדרש" שונים אשר מצויים ביסוד עמדותיהם. הגישות השונות נעות על מנעד בין אי-אכיפה מוחלטת לבין אכיפה מוחלטת.

במאמר זה אנו מבקשים לנתח את המחלוקת הקיימת בספרות לגבי דינה של הבטחת מתנה כפונקציה של הרגישות לאפיוניו של מוסד המתנה. כלומר, נבקש להראות כי ככל שקיימת אצל החולקים רגישות רבה יותר לאפיוניו של מוסד המתנה, הם נוטים יותר לקביעה כי הדוקטרינה החוזית לא תוחל או תוחל בשינויים אשר מפוררים אותה עד בלי הכר; וככל שרגישותם לאפיוניו של מוסד המתנה פחותה עד כדי התעלמות מוחלטת מהם, הם מצדיקים ביתר שאת את החלת הדוקטרינה במלוא עוצמתה. נבקש "למקם" את ההוגים השונים, החולקים בגדרי הדיון, על המנעד המוצע, ובתוך כך ננתח גם את הגישה העולה מהסדרי הדין הישראלי באשר להבטחות מתנה, ונציבה במקום הראוי לה בין החולקים.

אנו נטען כי ניתוח נכון של הדין הישראלי מלמד כי ההסדר בגדרו שואף לקצה המנעד שבו אפיוניו של מוסד המתנה וההגנה עליהם הם היסודות המרכזיים. ארבעה רכיבים מובילים למסקנה האמורה. ראשית, בררת המחלוקת היא זכות חרטה, הדירות, ולא להפך; דהיינו, הסדר אי-אכיפה עם אפשרות התנאה על כך. שנית, זכות החרטה היא "אינסופית", ובמסגרתה המתחייב רשאי לחזור בו ללא כל סיבה. שלישית, הסייגים לבררת המחלוקת

\* מתמחה בלשכת כבוד השופט נעם סולברג, בית המשפט העליון. מוקדש לסבי, עו"ד עוזי ברנר ועו"ד שלום פסקא, זכרונם לברכה.

\*\* מרצה בכיר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. אנחנו מבקשים להודות לשופטי המאמר ולחברי מערכת כתב העת **משפט ועסקים** רועי בן-צור (עורך), נועה זקצר (עורכת), מאיה גזית, אור גלוטר ולורן עיני על הערות מצוינות שתרמו לו רבות.

(הסתמכות או ויתור בכתב על זכות החרטה), שקיומם יהפוך את ההבטחה לבלתי הדירה, "ניחנים" גם הם בסייגים, שהם בעלי אופי מתנתי מובהק: פטור במקרים של הרעה כלכלית או התנהגות מחפירה. **רביעית**, הפרשנות בפסיקה בשאלת רוחבם של הסייגים להדירותה של ההתחייבות לתת מתנה מצומצמת ככל האפשר, מה שמדגיש עוד יותר את זכות החרטה ואת מקומה בדין הישראלי.

#### מבוא

- פרק א : הכניסה להסדר החוזי והיציאה ממנו
- פרק ב : המחלוקת בספרות כפונקציה של הרגישות לאפיונו של מוסד המתנה
- פרק ג : בין האפיון החוזי לאפיון המתנתי
1. אפיונו של מוסד המתנה ואין בלתם
  2. ניסיון כושל לאחוז במקל משני קצותיו – אפיון מתנתי מזה וקשיחות חוזית מזה
  3. אפיונה של הדוקטרינה החוזית ואין בלתם
  4. ניסיון מוצלח(?) לאחוז במקל משני קצותיו
- פרק ד : מיקומו של ההסדר בדין הישראלי בין האפיון החוזי לאפיון המתנתי
- סיכום

## מבוא

הדוקטרינה החוזית נועדה, בין היתר, לשקף יציבות וודאות, בהיותה המכשיר המשפטי המרכזי המאפשר לפרט "לחוקק לעצמו" בגיבויו ובתמיכתו של הדין.<sup>1</sup> ככזו, קיים פיתוי רב לאמצה כמסגרת משפטית לסיטואציות שבהן אנו נזקקים למאפיינים כאלה. הדוקטרינה החוזית שולטת בכניסה להסדר המשפטי באמצעות מבחנים חוזיים המקובלים בפסיקה ובספרות המשפטית. מבחנים אלה מביאים לידי כך שבשלב מסוים הפרטים בסיטואציה הספציפית יודעים ברמת ודאות גבוהה כי הם מחויבים להתנהגות, לשיח או לנכתב ביניהם. שלב זה נקבע על ידי המבחנים החוזיים האמורים, ובדרך כלל הוא ניתן לזיהוי ולחילוץ מתוך השיח שבין הפרטים. הדוקטרינה החוזית שולטת ביציאה מההסדר המשפטי (הפרה) באמצעות סעד האכיפה או סעד פיצויי הקיום. סעדים אלה אמורים להביא לידי כך שהמתחייבים במסגרת החוזית יוכלו להסתמך ברמה גבוהה מאוד על ההסדר המשפטי. כך, למשל, צדדים להסדר המבקש להעביר בעתיד נכס מפלוני לאלמוני כנגד תמורה (חווה מכר) יכולים להסתמך על ההסדר החוזי ברמה

1 ראו גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 13–17 (מהדורה רביעית, 2019).

קרובה לזו המאפיינת מצב שבו החליפין מבוצע כבר כעת. יכולת הסתמכות זו נובעת מקיומם של סעדים המוקנים בגדרי ההסדר החוזי, החוסמים את אפשרות היציאה מההסדר (או מקנים תמריץ שלילי ליציאה). זהו האפיון של הדוקטרינה החוזית המאפשר לנבטח להסתמך על התחייבותו של המבטיח ולפעול כאילו זו כבר קוימה. אפיון זה הינו בסיסי והכרחי לחלק ממערכות החיים, והוא המאפשר, למשל, את קיומו של שוק האשראי.

בדומה לאפשרות ליצור שלב אובליגטורי בהעברת נכס מפלוני לאלמוני בתמורה, באמצעות התחייבות הדדית הקרויה חוזה מכר, קיימת אפשרות ליצירת שלב אובליגטורי גם בהעברת נכס מפלוני לאלמוני ללא תמורה, וזאת באמצעות חוזה (או הבטחת) מתנה. דא עקא, אין דמיון בחלק מהדינים ובחלק מהשיטות בספרות בין השלבים האובליגטוריים של שתי האפשרויות האמורות. שלב אובליגטורי מהסוג הראשון נשלט על ידי דיני החוזים במלוא כוחם, וכזוה הוא צריך לעמוד במבחני כניסה; משעמד במבחני הכניסה, מתקיים חסם או תמריץ שלילי ליציאה. לעומת זאת, לשלב האובליגטורי מהסוג השני אין נפקות מעשית באותה עוצמה לפי חלק מהשיטות בספרות ומהדינים החלים בפועל, וזאת מכיוון שקיימת זכות חרטה למתחייב. משמעותה של זכות החרטה היא שההתחייבות הדירה, והיציאה ממנה אינה מלווה תמריץ שלילי, בהעדר סעדי אכיפה ופיצויים.

קיימת מחלוקת בספרות המשפטית לגבי ההסדרה הראויה של דיני המתנה, הווי אומר, אם ההתחייבות לתת מתנה צריכה להיות הדירה ובלתי אכיפה או אכיפה ובלתי הדירה, בדומה להתחייבות שבחווה מכר. נימוקים שונים עומדים לצידי החולקים, כמו גם רקעים ו"בתי מדרש" שונים אשר מצויים ביסוד עמדותיהם. הגישות השונות נעות על מנעד בין אי-אכיפה מוחלטת לבין אכיפה מוחלטת.

בבסיסו של מוסד המתנה – מוסד אשר העדרה של תמורה הוא המאפיין המגדיר שלו – טמון רקע רגשי המייצג מערכת יחסים אישית, חברית, קרובה, בעלת רקע של "מפגשים" ואינטראקציות מרובות ומורכבות עובר למתן המתנה, וציפיות לגבי המשכה של מערכת היחסים בעתיד. זהו "האפיון המתנתי". האפיון המגדיר והאפיון המתנתי הינם שני צדדיה של אותה מטבע.

במאמר זה נבקש לנתח את המחלוקת הקיימת בספרות לגבי דינה של הבטחת מתנה כפונקציה של הרגישות לאפיוניו של מוסד המתנה. כלומר, נבקש להראות כי ככל שקיימת אצל החולקים רגישות רבה יותר לאפיוניו של מוסד המתנה, הם נוטים יותר לקביעה כי הדוקטרינה החוזית לא תוחל או תוחל בשינויים אשר מפוררים אותה עד בלי הכר; וככל שרגישותם לאפיוניו של מוסד המתנה פחותה עד כדי התעלמות מוחלטת מהם, הם מצדיקים ביתר שאת את החלת הדוקטרינה במלוא עוצמתה. נבקש "למקם" את ההוגים השונים, החולקים בגדרי הדין, על המנעד המוצע, ובתוך כך ננתח גם את הגישה העולה מהסדרי הדין הישראלי באשר להבטחות מתנה, ונציבה במקום הראוי לה בין החולקים.

נבהיר כי מאמר זה אינו עוסק בשאלה הנורמטיבית עד כמה נכון להחיל דוקטרינה חוזית על מוסד המתנה. המאמר עוסק בתיאור ובסיווג של המחלוקת ושל החולקים בספרות כפונקציה של הרגישות לאפיוניו של מוסד המתנה. דרך הילוכנו תהא זו: **בפרק א** נתייחס להיבטי הכניסה להסדר החוזי ולהיבטי היציאה ממנו, כפי שקיימים בדין החוזים הרגיל. נדגים בעיקר מהדין הישראלי, אולם כבר כעת נציין כי היבטי הכניסה והיציאה האמורים אינם שונים ככלל בשיטות המשפט השונות באופן המשליך על ענייננו. נבקש להצביע על אופיים הקשיח של מבחני הכניסה והיציאה החוזיים, תוך הצבעה על הקונסטרוקציות המשפטיות המאפשרות את הגמשת המבחנים הללו. **בפרק זה** נתייחס גם לשלב האובליגטורי של מוסד המתנה, ונדגים בקצרה את המצב הקיים בדין הישראלי. **בפרק ב** נבקש להציג את אפיוניו של מוסד המתנה ואת ציוני הדרך בניתוח המחלוקת בספרות בין גישות רבות ושונות הבאות מרקעים שונים ומבתי מדרש שונים. **בפרק ג** נבקש להציג בנייני אב לגישות השונות, החל בגישה הרואה את אפיוניו של מוסד המתנה כגורם המכריע במתח, המשך בגישות המנסות לאחוז במקל משני קצותיו, וכלה בגישה הרואה באפיון הדוקטרינה החוזית את חזות הכל. **בפרק ד** נעמוד על הגישה שמבטא לטעמנו הדין הישראלי ביחס להתחייבות לתת מתנה, ונעמוד על מיקומו בין בנייני האב שנסקרו בפרק ג.

## פרק א: הכניסה להסדר החוזי והיציאה ממנו

דיני החוזים קובעים כללים ברורים לכניסה להסדר החוזי וליציאה ממנו. למעשה, אם נבחן את הדין הישראלי כדוגמה, כללים אלה חלים על כלל ההסדרים החוזיים, יהיה נושאם אשר יהיה.

הכניסה להסדר החוזי מחייבת שהפרטים המכוננים את ההסדר יהיו בעלי גמירות הדעת והמסוימות הנדרשות כדי לכוון את ההצעה והקיבול, וכדי שיתהווה בכך מפגש רצונות כנדרש.<sup>2</sup> פעמים רבות נטען להעדרה של גמירות דעת או כי המסוימות אינה מספקת – דבר הגורר את המסקנה כי אין הסכמה משותפת, וממילא אין חוזה תקף ואין צידוק לאכיפת ההסכמות בעת הפרתו. דרך כלל, בהיות גמירות הדעת מבחן אובייקטיבי, ניתן לחלץ מתוך השיח בין הצדדים אם אכן התקיימה גמירות דעת, והבחינה היא בחינה עובדתית בעיקרה. גמירות הדעת היא אובייקטיבית כאמור, אך נבחנת בראי הנסיבות שעמדו לנגד עיני הצדדים; בעניין דור אנרגיה נקבע כי "את גמירת הדעת יש לבחון דרך עיניו של מתקשר סביר במעמדם של המתקשרים".<sup>3</sup>

2 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 300–301 (מהדורה שנייה, 2018). חשוב לציין כי דרישת המסוימות רוככה בדיני החוזים, וקיומם של מנגנוני השלמה יכול להפוך חוזה בלתי שלם ובלתי מסוים לשלם ומסוים. ראו שם, בעמ' 303.

3 ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5) 820, 831 (1997). ראו גם ע"א 1932/90

הדין הישראלי, אם כי לא באופן שמוסכם על הכל, רואה את בחינת הכוונה ליצור יחסים משפטיים כחלק ממבחן גמירות הדעת.<sup>4</sup> כבר הספרות האנגלית המוקדמת בדיני החוזים נתנה דוגמאות, בעלות אופי מסוים מאוד, לסיטואציות שבהן המבחן אינו מתקיים – למשל, אם שני אנשים קובעים לקרוא ספר יחדיו, לא יהא מדובר בחוזה מחייב.<sup>5</sup> מאיקיומה של אותה כוונה נגזר "אי־משפוטה" של הסיטואציה, וממילא אין מקום ליסוד האכיפות.<sup>6</sup> כך ניסח זאת השופט שמגר בעניין **זנדבנק**: "נראית לי יותר ההשקפה כי בנקיטת לשון גמירת־דעת לא נתכוון המחוקק להצביע על רצינות הכוונה גרידא, אלא אימץ יסודות המקובלים בשיטות המשפט הקונטיננטליות והאנגליות גם יחד וביקש לראות את 'הכוונה ליצירת יחסים משפטיים' כמונחת ביסודה של כריתת החוזה."<sup>7</sup> בהמשך ציין השופט שמגר כי "באנגליה בה נדרשת תמורה לכריתתו של חוזה תקף, מהווה הכוונה ליצירת יחסים משפטיים תנאי מהותי להיווצרותו של חוזה... במשפט הצרפתי והגרמני – הרי הכוונה ליצור יחסים משפטיים היא תנאי מובן ובסיסי, העולה ממהותם של דיני החוזים האלה, בהם מושגת החוזה בעיקרו על פגישת הרצונות של הצדדים... בחוק החרות הישראלי – בו נעדרת עתה הדרישה לתמורה – ואשר הולך על־כן בסוגיה זו במידה רבה בעקבות התפיסות הקונטיננטליות, יש לראות בכוונה ליצור יחסים משפטיים תנאי לקיום החוזה, ותנאי זה בא לידי ביטוי במונח 'גמירת־דעת'.<sup>8</sup>

מן האמור עולה כי קיים שיח, בין בעל פה בין בכתב, אשר לא יצלה את מבחני הכניסה, אף אם יהא בעל מינוח התחייבותי, מן הטעם שלא נדע לזהות אם אכן הייתה גמירות דעת או מסוימות מספקת, או מן הטעם שהשיח לא צלח את מבחן הכוונה ליצור יחסים משפטיים. כאמור לעיל, קיימות סיטואציות שבהן השיח מוגדר אקס אנטה כשיח שאינו יכול לצלוח מבחן זה, דוגמת הזמנה לארוחת ערב, התחייבות לקרוא ספר יחדיו וכיוצא בהן, וקיימות סיטואציות שבהן השיח מוגדר אקס פוסט ככזה שאינו יכול לצלוח את מבחן הכוונה ליצור יחסים משפטיים. מכאן שמבחני הכניסה החוזיים קשיחים

**פרץ בוני הנגב – אחים פרץ בע"מ נ' בוחבוט**, פ"ד מז(1) 357 (1993), לעניין הריכוך הסובייקטיבי של המבחנים האובייקטיביים.

4 המלומדים שלו וצמח סבורים כי מבחן הכוונה ליצור יחסים משפטיים הינו "מבחן מקדמי, חיצוני, ליצירת חוזה", וכי הוא "תנאי מקדמי לעצם הכניסה לטריטוריה הנשלטת בידי דיני החוזים". ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 147.

5 "If people make arrangement to go out for a walk, or to read a book together, that is no agreement in a legal sense. Why not? Because their intention is not directed to legal consequences, but merely to extra-legal ones; no rights or duties are to be created".  
FREDERICK POLLOCK, PRINCIPLES OF CONTRACT 2 (13th ed. 1950)

6 יסוד האכיפות משמעו אכיפה בפועל או פיצויי קיום, דהיינו, סעדים המבטאים את קיומו המלא של החוזה.

7 ע"א 440/75 **זנדבנק נ' דנציגר**, פ"ד ל(2) 260, 266 (1976).

8 שם, בעמ' 267.

במובן זה שהם מציבים דרישות שלא כל ההבטחות יעמדו בהן, בפרט הדרישה לגמירות דעת (והדרישה לכוונה ליצור יחסים משפטיים).<sup>9</sup>

גם היציאה מההסדר החוזי מוסדרת. יסוד האכיפות הוא המונע ממי שצלח את מבחני הכניסה לשיח החוזי את היציאה מההסדר החוזי (בשיטות המבכרות את סעד האכיפה) או לפחות מתמרץ שלילית את היציאה האמורה (בשיטות המבכרות את פיצויי הקיום). אמת נכון הדבר, יש המכנים "חווה" גם מצבים שיסוד האכיפה אינו קיים בהם, אולם לא רק שחווה שאינו בר אכיפה הוא רופף, אלא ספק אם יש נפקות לכינויו "חווה". הטעם לכך הוא ש"חווה" כאמור נעדר היבטים משפטיים ברורים המשוכיכים לחווה, בהינתן שאין כל משמעות ל"דלת היציאה" במובן המשפטי; צד הבוחר לפרוש מהשיח ומן ההסדר יכול לעשות זאת כאוות נפשו וללא תנאים. חווה מתקיים בין פרטים שמצפים כי בית המשפט יתערב במסגרת היחסים ביניהם וידאג לקיום החיובים שעליהם הסכימו. כאשר בית המשפט נמנע מעשות כן, אין כל כוח לשיח שבין הפרטים. כלומר, גם אם ייטען כי צלחנו את מבחני הכניסה – דהיינו, שניתן לזהות את גמירות הדעת ואת הכוונה ליצור יחסים משפטיים – אם אין כל אפשרות משפטית לחסום או לתמרץ שלילית את היציאה, ולמעשה היציאה פתוחה לכל רוחב היריעה, אזי קשה לראות את השיח כ"ממושפט", לפחות במובן של הקונסטרוקציה החוזית;<sup>10</sup> להחלת המשפט עליו אין כל נפקות בחיי המעשה.

כאמור, הדוקטרינה החוזית שולטת ביציאה מההסדר המשפטי באמצעות סעד האכיפה או סעד פיצויי הקיום. סעדים אלה אמורים להביא לידי כך שהמתחייבים במסגרת משפטית חוזית יוכלו להסתמך ברמה גבוהה מאוד על ההסדר המשפטי. כך, אם ההסדר החוזי מבקש להביא לידי העברת נכס מפלוני לאלמוני, אזי הצדדים להסדר החוזי (חווה מכר בדוגמתנו) יכולים להסתמך עליו ברמה קרובה לזו המאפיינת מצב שבו הנכסים המוחלפים (טובין כנגד טובין או כסף כנגד טובין) מועברים כבר כעת. הסעדים החוזיים אשר חוסמים את היציאה או מתמרצים אותה שלילית הם המביאים לידי כך שרמת ההסתמכות כה גבוהה. הדוקטרינה החוזית מאפשרת עשיית עסקאות לא רק באופן ריאלי ו"בזמן אמת", ומכאן יתרונותיה העצומים ותרומתה לפיתוח הכלכלי והעסקי. האפשרות להסתמך על ההתחייבות מאפשרת להרחיב את אופי העסקאות ומשכללת את השוק בצורה דרמטית. ההסתמכות מאפשרת תכנונים מתוחכמים – כאמור, רק הביטחון כי ההבטחה תקוים מאפשר תכנונים כאלה ועסקאות מורכבות בעלות מופעים רבים. הדוקטרינה החוזית מאפשרת, למשל, את שוק האשראי, שבו אי-אפשר לבצע עסקאות ריאליות. הבסיס לכל אלה הוא יכולת ההסתמכות והביטחון כי ההתחייבות תקוים באופן הקרוב ביותר לעסקה הריאלית שבה הטובין מוחלפים אהדדי

9 ראו עניין ע"א 3833/93 לוינ' לוינ', פ"ד מח(2) 862 (1994).

10 המצב מורכב יותר כאשר השיח אינו יכול לייצר את יסוד האכיפות אבל יכול לייצר פיצויי הסתמכות. במצב זה עולה השאלה אם מקוימת תכלית החווה. נדמה כי זה המצב לגבי הבטחת נישואים בדין הישראלי, להבדיל מהדין האנגלי, שבו ההתחייבות אינה יכולה לתפוס כלל. לגבי שאלה זו ראו גם להלן בתפרק 4ג.

באותו זמן.<sup>11</sup> פן נוסף לחיזוק זה ניתן לראות גם בדיני העסקאות הנוגדות, שעל פיהם לזכות החוזית הראשונה בזמן יש מעמד של קניין שביזשור.<sup>12</sup> לכאורה ניתן לסייג את קשיחותו של חסם היציאה החוזי, שכן הוא כפוף לחריגים, כגון דיני הסיכול וההפרה היעילה (היכן שמקובל). אלה נחזים כיוצרים בקיעים בקשיחותו של חסם היציאה, אולם אלה אינם חריגים, אלא "חריגים מדומים".<sup>13</sup> דין הסיכול אשר גורר פטור מקיום החוזה אינו פוגם בקשיחותו של חסם היציאה מהסדר החוזי. סוגיית הסיכול עולה בדרך כלל בחוזים ארוכי טווח, כאשר יש פער בין ההסכמות לעת כריתת החוזה לבין המצב בעת ביצועו, או במצבים שבהם הביצוע מתרחש על פני שנים רבות. במקרים אלה הנסיבות עשויות להשתנות עד כדי כך שאי־אפשר עוד לומר כי מדובר בסיכונים המצויים בגדרי הקצאת הסיכונים שעליה הסכימו הצדדים. חשוב לציין כי ניתן להתנות על דין הסיכול באמצעות התנאה על סיכונים אפשריים והכללתם במסגרת מבחן הציפייה, אולם לא תמיד חשיבה זו אפשרית – לעיתים מסיבות אובייקטיביות ולעיתים מסיבות קוגניטיביות כאלה ואחרות. דין הסיכול מבקש לטעון באופן משלים לדיני הטעות, דהיינו, להתחשב בנסיבות שנוצרו לאחר כריתת החוזה ולפיקח לא תומחרו או הובאו בחשבון, ואשר בעטיין אי־אפשר כעת לקיים את החוזה. על כן, בהתאם לדין זה ניתן פטור למי שכעת, עקב השינוי כאמור בנסיבות, אינו יכול לקיים את החוזה. לכן אין לראות בדין הסיכול חריג לאמירתנו בדבר קשיחותו של חסם היציאה החוזי. כלומר, אין בכך חריג המאפשר לטעון כי אין כוח משפטי לשיח שבין הפרטים.<sup>14</sup>

11 ראו את דבריה של השופטת חיות בפסק הדין שניתן בע"א 5131/10 **אזימוב נ' בנימיני**, פ"ד (סו) 11 461, 442 (2013): "דיני החוזים הישראליים ביצרו מאז חקיקת חוק התרופות את מעמד הבכורה של תרופת האכיפה כתרופה העיקרית שזכאי לה הנפגע בעקבות הפרת חוזה." יוצא אפוא כי האכיפה הינה מלכת הסעדים בדין הישראלי, גם כאשר עסקינן בנסיבות רגשיות ייחודיות, דוגמת אלה שנדונו בעניין **אזימוב**.

12 ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרנוב**, פ"ד נג(4) 199, 247 (1999). ראו גם ע"א 2454/98 **לינדאור נ' רינגל**, פ"ד נו(1) 225 (2001). לטעמנו, אין בעניין **לינדאור**, המאפשר התנאה על האכיפה, כדי לפגוע בקביעות האמורות.

13 "חריגים" אפשריים נוספים, אשר לא נרחיב את הדיון בהם, הם דיני הפגם ברצון, המוצאים ביטוי בפרק ב לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, והדין הנוגע בתנאי מקפח בחוזה אחיד. לטעמנו, גם אלה אינם חריגים של ממש, ואפילו לא "חריגים מדומים". אין מדובר ב"פתחי יציאה" הפוגמים בכוחו המשפטי של השיח החוזי, כי אם בסיטואציות שבמהותן נמצאות "מעבר" לשיח החוזי כמייצג של רצון הצדדים – המשותף להן, בעיקרו, הוא שהן שומטות את הבסיס הרצוני מלכתחילה לעצם יצירת הקשר החוזי, דהיינו, את מקור הלגיטימציה לקיומו של חסם יציאה.

14 לנוכח האמור אין צורך להזדקק לנימוק אפשרי שלפיו הסיכול אינו חריג משום שדין הסיכול אינו נפוץ ו"קשה להשגה", כפי שהיה בעבר בדין הישראלי ואולי במידה מסוימת גם כיום. ראו ע"א 715/78 **כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ**, פ"ד לג(3) 639 (1979).

אין לראות גם את דוקטרינת ההפרה היעילה ככלל הפוגם בקיומו או בקשיחותו של חסם היציאה. ראשית, שיטות רבות ומלומדים שונים אינם תומכים בדוקטרינה זו,<sup>15</sup> המחייבת סיטואציה מסוימת מאוד שרק בה תוכר אפשרות היציאה מההסדר. שנית, אף שלכאורה חריג זה מערער את קשיחותו של חסם היציאה החוזי, שכן הוא מייצג "ויתור" מראש, בהגדרה, על עצם אפשרות האכיפה בעין, לא אלה פני הדברים, שכן ה"ויתור" נעשה תוך החלפת האכיפה בעין בפיצוי העולה כדי שוויו של אינטרס הציפייה. הדבר חופף בעיקרו ובמהותו את קיומה של ההתחייבות ממש, למצער לשיטתם של התומכים בדוקטרינה.<sup>16</sup> על כן דוקטרינה זו אינה מבקשת למעט מקשיחותו של חסם היציאה, אלא לשנותו בשם אינטרסים אחרים. אין מדובר בחריג לקשיחותו של חסם היציאה, אלא למעשה בתת-מקרה של פיצויי ציפייה, שגם הם ביטוי לחסם יציאה קשיח במסגרת החוזית. הדיון בגדרי ההפרה היעילה הוא למעשה דיון במידת הלגיטימציה של היציאה מהחווה תוך תשלום פיצויים. הקשיחות נותרת בעינה, אך ככל שמשטר זה נוהג, המשמעות היא שאין מדובר בקשיחות "אינסופית" (מוחלטת), אלא בקשיחות "בגבול מסוים", דהיינו, בגובה אינטרס הציפייה של הניפר. חשוב להדגיש כי תומכי ההפרה היעילה מתאמצים מאוד להראות שההצדקה לדוקטרינה זו טמונה לא רק בהיבטים תוצאתניים, אלא גם בהיבטים דאונטולוגיים, ובראשם הטענה כי הסדר זה משקף הסכמה משוערת אקס אנטה של הפרטים.<sup>17</sup>

להבדיל מדיני הסיכול וההפרה היעילה, חריג אשר מאפשר פגימה בכוח שהשיח החוזי אמור לייצר, דהיינו פגימה בקשיחותו של חסם היציאה, נמצא בדוקטרינות המתקנות.<sup>18</sup> אלה מאפשרות מצב שבו החווה יקום לחלוטין, להלכה, אולם למעשה יקום רק במרבו. כאשר "חל שיבוש באפשרות הביצוע של החווה או בתועלת המופקת מקיומו, נכון בית המשפט בנסיבות מתאימות להורות על 'התאמה' – או שינוי – של

15 השיטה הישראלית ראו ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנץ בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (1988). כן ראו Daniel Friedmann, *The Efficient Breach Fallacy*, 18 J. LEGAL STUD. 1 (1989).

16 שהרי יסוד האכיפות מחייב סעדי אכיפה ופיצויי קיום יתאפשרו אקס אנטה, ואילו דוקטרינת ההפרה היעילה מבקשת לקבוע שניתן להכריז אקס אנטה כי אכיפה בלבד (במצבים מסוימים) אינה קיימת.

17 אריאל פורת "מתי ירצו צדדים לחוה הפרות יעילות?" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 171 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008); Steven Shavell, *Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts*, 107 MICH. L. REV. 1569, 1575 (2009).

18 בהקשר זה נעיר כי ניתן לכאורה להשקיף באופן דומה גם על ההסדר הנוגע בתקנת הציבור בדיון הישראלי. אולם גם תקנת הציבור אינה חריג מובהק לקשיחותו של חסם היציאה החוזי. תקנת הציבור מייצגת ציפיות חברתיות-משפטיות המוקנות בקונסטרוקציה החוזית, אשר רצונם של הצדדים והחווה כולו כפופים אליהן מלכתחילה. הסיטואציה החוזית צריכה לעמוד בנורמות ראויות בעת התנהלותה בהיבטיה השונים. אם הסיטואציה החוזית אינה עומדת ברף הנורמות הראויות, אזי מטעמים פנימיים של חשיבות הנורמות וכדומה אין מקום להכיר במחויבות שנוצרה בסיטואציה. יש בכך דמיון לדברים האמורים ביחס לדיני הפגם ברצון, ראו לעיל ה"ש 13.



ההתחייבויות שנטלו עליהם הצדדים במפורש<sup>19</sup>. פתרון זה שונה כמובן מדין הסיכול, שהרי הוא מוביל לקיומו של החוזה, אולם לא במלואו כפי שציפו הצדדים בהתחייבויותיהם. בדרך כלל הקונסטרוקציות הרלוונטיות לכך הן ביצוע בקירוב והתאמת החוזה לשינוי בנסיבות<sup>20</sup>.

דוקטרינת הביצוע בקירוב מאפשרת לקיים את החוזה באופן שאינו מלא. למעשה, הדוקטרינה מאפשרת לסטות מהביצוע המלא של החיובים ועדיין להישאר בגדר אי-הפרת החוזה<sup>21</sup>. אולם גם לגבי חריג זה ניתן לטעון כי הוא אינו מוציאנו מגדרי יסוד האכיפות, שהרי בסופו של דבר החוזה מקיים – אומנם לא כפי הכוונה המקורית, אולם אי-אפשר לטעון לקיומה של "דלת יציאה" הפתוחה לחלוטין. לכן גם דוקטרינה זו ניתן לראות לא ככזו אשר פוגמת בקשיחותו של חסם היציאה מתוך כוונה לפגוע בו, אלא כדוקטרינה שהיא "פנימית" למטרותיו – שימור חסם היציאה תוך התאמתו לנסיבות חיצוניות אשר אלמלא כן, ללא ההתאמה, היו עלולות לפגום בו באופן חזק יותר. כך, לדוגמה, קבלן אשר מכר דירה ולא יכול לספק את הדירה הספציפית עשוי להיות מחויב למסור דירה דומה. היות שהמציאות מגבילה באופן אובייקטיבי את האפשרות למסור את הדירה המקורית, חלופה זו היא למעשה אמצעי השימור הטוב ביותר האפשרי של החסם<sup>22</sup>.

חריג ברור ובולט לגבי כללי הכניסה להסדר החוזי והיציאה ממנו הוא חוזה המתנה – השלב האובליגטורי במוסד המתנה. אומנם כללי הכניסה הרגילים חלים על חוזה המתנה: יש צורך לזהות הצעה, קיבול, גמירות דעת ומסוימות, ונדרש כמובן לצלוח את מבחן הכוונה ליצור יחסים משפטיים. אולם בחינת הדברים שונה לחלוטין מבחינה של התחייבויות שאינן מתנתיות. דרך כלל, המבחן האובייקטיבי משתנה למבחן סובייקטיבי<sup>23</sup> של המתחייב לתת מתנה, והסיבה ברורה: ההגנה על מתחייב לתת מתנה

19 ברק מדינה "סיכול חוזה" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 411, 413 (2003).

20 ראו גם בספרו של דוד (פרדי) רונן **התאמת חוזים לנסיבות משתנות** (2001).

21 מקורה של דוקטרינה זו הוא בדיני היושר של המשפט האנגלי. הדרך המתאימה להשגת התוצאה של ביצוע בקירוב היא באמצעות הסתמכות על עקרון תום הלב, וזאת באחד משני אופנים: האחד, על ידי הכפפת דיני האכיפה לעקרון תום הלב; והאחר, על ידי הכפפת הקיום עצמו לעקרון תום הלב. ראו איל זמיר **עקרון ההתאמה בקיום חוזים** 285–287 (1990). ראו גם מדינה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 462 וכן בה"ש 225. ראו גם ס' 135 בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 712, הדן בקיום בקירוב בשל אירוע מסכל. כן ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 785: "גם היום ניתן להשיג תוצאה דומה [לקיום בקירוב], באמצעות עקרון תום-הלב... כדי להתאים את החוזה לנסיבות החדשות."

22 פסק הדין שהשתמש לראשונה בדוקטרינה הוא ע"א 79/49 **פרנט נ' יהודאי**, פ"ד ד 375 (1950). כן ראו, לדוגמה, ע"א 289/78 **אשר נ' לובר**, פ"ד לג(1) 13, 20 (1978): "ההיגיון וחוש הצדק מחייבים את המשך קיומו של כלל 'הביצוע-בקירוב'." ראו גם ע"א 2686/99 **אייזמן נ' קרמת עדן בע"מ**, פ"ד נה(5) 365, 378 (2001): "עקרון תום-הלב פורס את כנפיו על כלל דיני החוזים, ולכן גם על דרך אכיפתו של חוזה."

23 לנוכח ייחודה של עסקת המתנה, ההגנה על אינטרס ההסתמכות של מקבל המתנה פוחתת, ומשום כך המבחן האובייקטיבי-החיצוני אינו המבחן הבלעדי. ראו ע"א 3601/96 **בראשי נ' עיזבון בראשי**, פ"ד

אל מול מקבל ההתחייבות שונה באופן מובהק מההגנה על שני מתחייבים בהתחייבות שאינה מתנתית.<sup>24</sup>

לפיכך, בחוזה המתנה כללי הכניסה – ועוד יותר מהם כללי היציאה – שונים מהכללים ה"רגילים" במוסדות משפטיים שהקונסטרוקציה החוזית חלה עליהם. למעשה, בחינת שיטות המשפט השונות תלמד כי ניתן לצאת מההסדר החוזי הקרוי התחייבות לתת מתנה בין על סמך נסיבה מפורשת ובין ללא כל סיבה. לעיתים הנסיבה היא לחלוטין בשליטת המתחייב.<sup>25</sup> בדין הישראלי, בתמצית,<sup>26</sup> זכות החרטה קיימת כבררת מחדל, ומבטיח המתנה אינו נזקק לכל סיבה כדי להפעילה. כלומר, בשגרה ההתחייבות לתת מתנה היא הדירה ובלתי אכיפה. בשיטות שונות קיימים הסדרים שונים לשלב האובליגטורי של מוסד המתנה, אך רובם אינם דומים לשלב האובליגטורי של החוזה הרגיל. לא לחינם הספרות מציינת את ההתחייבות לתת מתנה כדוגמה להתחייבות שאינה נאכפת. הנה, למשל, התבטאותו של פרנסוורת' (Farnsworth):

"The most significant class of promises unenforceable for lack of consideration is made up of purely gratuitous (or gift) promises – promises for which there has been no exchange at all."<sup>27</sup>

ובאופן דומה קלמרי ופרילו (Calamari & Perillo):

"The starting point is that donative promises, *generally* are not enforced."<sup>28</sup>

נב (2) 582, 598 (1998): "נוכח אופייה של העיסקה החד-צדדית של מתנה, ישנה ציפייה סבירה שמקבל המתנה יעמוד על כוונותיו של המעניק ויודא כי הגילוי החיצוני של רצונו משקף נאמנה את כוונתו הסובייקטיבית. והיה כי יתגלה פער בין כוונתו הסובייקטיבית למצג האובייקטיבי של המעניק יהיה זה מוצדק להגן על אינטרס ההסתמכות של מקבל המתנה רק כאשר המצג האובייקטיבי של כוונת המעניק הוא ברור וחד-משמעי."

24 "בחוזה החד-צדדי מתחייבת רמה גבוהה יותר של הוכחת גמירת-דעת, משום שגובר האינטרס להגן על מעניק המתנה." שם, בעמ' 601–602.

25 בחלק מן הדין הקונטיננטלי נסיבה של שינוי מצב לרעה אצל המתחייב מאפשרת לו להפעיל את זכות החרטה ולחזור בו מהתחייבותו.

26 בפרק הרביעי נערוך ניתוח דסקריפטיבי מעמיק של הדין הישראלי, ונסה להראות ולהוכיח היכן ההסדר שבדין הישראלי מצוי במסגרת הסיווג המוצע על ידינו.

27 EDWARD ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS 50 (1998).

28 JOHN D. CALAMARI & JOSEPH M. PERILLO, THE LAW OF CONTRACTS 166 (4th ed. 1998) (ההדגשה במקור).

## פרק ב: המחלוקת בספרות כפונקציה של הרגישות לאפיוניו של מוסד המתנה

מוסד המתנה, בדומה למוסד המכר, מוביל בסיום התהליך לכך שפלוני, אשר היה בעליו של נכס לפני התהליך, מאבד את בעלותו בנכס, ואילו אלמוני, אשר לא היה בעלי הנכס לפני התהליך, נהפך לבעליו לכל דבר ועניין. שני המוסדות מקנים זכויות ברורות לאחר סיום התהליך, דהיינו, לאחר ההעברה בפועל של הקניין מושא החוזה.<sup>29</sup> דא עקא, יש הבחנה ברורה בין שני המוסדות בשלב האובליגטורי. ככלל, השלב האובליגטורי במוסד המתנה אינו אכיף, להבדיל מהשלב האובליגטורי במוסד המכר.

קיימת ספרות משפטית אמריקנית נכבדה וענפה המתייחסת לסוגיית אכיפתה של ההתחייבות לתת מתנה. חלק מן הכותבים תומכים באכיפת ההתחייבות, וחלק מתנגדים; חלק מגיעים מגישות דוקטריניות, וחלק מגישות כלכליות; חלק מונעים מהנחה קמאית בדבר נחיתותו של מוסד המתנה, וחלק מונעים דווקא מעליונותו.<sup>30</sup>

במאמר מתוחכם מחלקת שרודר (Schroeder) את שלל הכותבים על מוסד המתנה – או ליתר דיוק את החולקים בשאלה אם ההתחייבות צריכה להיות אכיפה או לא – לכותבים "רומנטיקנים" ולכותבים "תועלתנים". שתי הגישות הן "נקודות קיצון", ועל התווך שביניהן ניתן לסווג את העוסקים במחלוקת. לפי החלוקה ששרודר מציעה, התועלתנים מנתחים ככלל את מערכות היחסים האנושיות במונחים של תועלת עצמית, ומתמקדים במקסום עושר או תועלת. לגישתם, המתנה היא צורה פרימיטיבית ונחותה של החוזה המסחרי המודרני, במובן זה ששניהם מהווים, במהותם, עסקאות כלכליות שמטרתן למקסם את עושרו או תועלתו של נותן הנכס מושא העסקה. בהינתן הזהות במטרתם של המכשירים המשפטיים הללו, ובהינתן עדיפותו של החוזה על המתנה, אין זה ראוי, לשיטתם, שהחברה תשקיע משאבים בהגנה על מוסד המתנה ובעידודו. לעומתם, הרומנטיקנים, לשיטתה של שרודר, מתייחסים ככלל למערכות היחסים האנושיות ככאלה שיכולות וצריכות להתבסס על זולתנות (אלטרואיזם). המתנה היא "אירוטית" מטבעה, להבדיל מהחוזה, המבוסס על היגיון (logos). לפיכך המתנה מסייעת

29 למעשה, לאחר העברת "מקל הקניין" אין הבדל מהותי בבעלות הנעבר אם ההעברה הייתה מכוח מכר או מכוח מתנה. להבדלים הקיימים בדין ולטענה הנורמטיבית שחלקם מיתרים ראו וונן קריטנשטיין "עזו לתמורה: מעמדו הבין-מוסדי של מוסד המתנה" משפט ועסקים יא 133 (2009).

30 Melvin Aron Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, 85 CAL. L. REV. 821 (1997) (להלן: Eisenberg, *The World of Contract*); Melvin Aron Eisenberg, *Donative*; Jane B. (1979) *Promises*, 47 U. CHI. L. REV. 1 (1979) (להלן: Eisenberg, *Donative Promises*); Baron, *Do We Believe in Generosity?: Reflections on the Relationship Between Gifts and Exchanges*, 44 FLA. L. REV. 355 (1992); LEWIS HYDE, *THE GIFT: IMAGINATION AND THE EROTIC LIFE OF PROPERTY* (1983); Steven Shavell, *An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts*, 20 J. LEGAL STUD. 401 (1991); Richard A. Posner, *Gratuitous Promises in Economics and Law*, 6 J. LEGAL STUD. 411 (1977).

בבניית מערכות יחסים מתמשכות, להבדיל מהחווה, אשר יוצר ריחוק בין אנשים. מנקודת מבט זו נגזרת עמדתם של הרומנטיקנים, שלפיה מוסד המתנה שונה במהותו מהחווה המסחרי, וגם עדיף עליו מבחינה חברתית. לפיכך, לשיטתם, יש להעדיף ולעודד את מוסד המתנה, ובמקביל להניא משימוש במוסד החווה – או אף לאסור את השימוש בו – ביחס לסוגי רכוש מסוימים.<sup>31</sup>

חלוקתה של שרודר אינה חופפת בהכרח את החלוקה בין תומכי אכיפתה של ההתחייבות לתת מתנה לבין מתנגדיה של אכיפה זו. חרף התיאור התמציתי לעיל של שתי "נקודות הקצה" – תועלתנים ורומנטיקנים – לא כל הכותבים בגדרי אותו "בית מדרש" מגיעים למסקנה סופית זהה לגבי דינה של הבטחת המתנה. בהתאם, החלוקה ששרודר מציעה מתבססת על המתודולוגיה שהכותבים נוקטים, ולא בהכרח על תוצאת הניתוח. אנו נבקש להציע חלוקה שונה מעט. החלוקה שאנו מציעים ממקדת את המבט באותם יסודות של מוסד המתנה אשר עומדים, לשיטתנו, ביסוד המחלוקת בין הכותבים השונים. החלוקה שאנו מציעים היא פונקציה של הרגישות לאפיוניו של מוסד המתנה.

למוסד המתנה יש שני אפיונים מרכזיים, אשר מהותיים לו. האפיון הראשון נגזר באופן ישיר מתיאור המוסד, וייקרא בפניו "האפיון המתאר" או "האפיון המגדיר". תוכנו של האפיון הוא זה: צד אחד למוסד המשפטי חב "חבות" של העברת נכס, והצד האחר נטול כל חבות, ואמור לקבל את הנכס מושא ה"עסקה" ללא כל תמורה. האפיון השני מבטא את תכלית המוסד. הוא קשור למניע הנתינה ולמערכת היחסים. בדרך כלל מדובר במניע זולתני (אך לא בהכרח) ובמערכת יחסים אישית-אינטימית-ידידותית, ובהכרח לא זרה. מדובר במערכת יחסים בעלת "פעילות" או "מפגשים" רבים, המושתתת על מגוון של אינטראקציות מורכבות, המתרחשות על פני זמן ממושך מאוד לפני ה"עסקה". אפיון זה ייקרא בפניו "האפיון המתנתי". שני האפיונים הם תנאים הכרחיים לקיומה של "מתנה אישית".<sup>32</sup> ודוק: האפיון המתאר שלוב באפיון המתנתי. בדרך כלל הסיבה לפנייה למוסד המתנה, על אפיונו המתאר, קשורה לכך שמערכת היחסים בין הצדדים לאינטראקציה היא בעלת "אופי מתנתי". הדוקטרינה החוזית סותרת מניה וביה את התכונות המצויות בעומקם של האפיונים, באשר היא מבקשת, לעת כשל במערכת היחסים (במצבים הפתולוגיים של היחסים), לקיים את ההתחייבות מושא האינטראקציה בניגוד לדעתו ולרצונו של המתחייב.

לדידנו, המחלוקת שבין הכותבים היא פונקציה של רגישותם לאפיוניו של מוסד המתנה. מצד אחד מצויים כותבים אשר חוששים מעוצמת השפעתה של הדוקטרינה

Jeanne L. Schroeder, *Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts*, 46 UCLA L. REV. 815, 31 825–827, 830–836 (1999).

32 אם האפיון המתאר מתקיים אך אין היכרות מוקדמת רבת "פעילות" כאמור – כלומר, אין מערכת יחסים אישית ידידותית – אזי אין מדובר ב"מתנה אישית", אלא במתנה פילנתרופית, שאופן התנהלותה והתנהגותה המשפטית עשוי להיות שונה מבחינתם של מלומדים שונים. העדרו של האפיון המתאר יוביל לתחמומו של חווה המכר, בלי קשר לטיבה של מערכת היחסים בין הצדדים, כלומר, גם אם יתקיים האפיון המתנתי.

החוזית על מוסד המתנה, ובשל כך סבורים כי ההתחייבות לתת מתנה צריכה להיות הדירה בשלב האובליגטורי. הם אינם מוכנים לשאת בעלות הכרוכה בשינוי אפיוניו של מוסד המתנה – דבר שיקרה אם הדוקטרינה החוזית תוחל על המוסד. הם סבורים כי במקרה זה "אין הצר שווה בנזק המלך", ולכן אין להחיל את הדוקטרינה החוזית – שעוצמתה הרבה מצויה בעוכריה בהקשר זה – על מוסד המתנה. מהצד האחר מצויים כותבים הסבורים כי "הצר שווה בנזק המלך". על אף מודעותם לעוצמה השלילית של הדוקטרינה החוזית לנוכח השינוי באפיוניו של מוסד המתנה, הם מוכנים לקבל את ה"עלות" הכרוכה בכך או לחלופין רגישותם לאפיוני המוסד קהה. למעשה, קיים מנעד בין מבכרי האפיונים עד כדי דחייה מוחלטת של הדוקטרינה החוזית, מצד אחד, לבין מבכרי הדוקטרינה החוזית עד כדי דחייה מוחלטת של אפיוני המוסד המתנתי, מן הצד האחר.

מכיוון שהדיון עוסק בחסם היציאה, דהיינו בשאלת אכיפתה של ההתחייבות לאחר היווצרותה, אין לכאורה כל מחלוקת לגבי הניואנסים של מבחני הכניסה. אולם למעשה המחלוקת מתייחסת לגזרה כולה, וההכרעה היא לגבי הגזרה כולה, שהרי מרגע שמוכרע כי ההתחייבות אינה אכיפה כלל, אין משמעות לשלב האובליגטורי, וממילא אין משמעות לדיון בכניסה אליו.<sup>33</sup> מכאן שההכרעה בדיון – שהיא בינרית מטבעה, קרי, יש חסם יציאה וההתחייבות אינה הדירה או אין חסם יציאה וההתחייבות הדירה – היא למעשה הכרעה בשאלה אם על ההתחייבות לתת מתנה תוחל הקונסטרוקציה החוזית במלוא עוצמתה, דהיינו, אם יהיו נפקויות משפטיות מלאות להתחייבות לתת מתנה. חשוב להדגיש כי אין אנו מנסים לטעון טענה נורמטיבית ולהכריע בשאלה אם ההתחייבות צריכה להיות אכיפה או לא, ואין אנו מנסים לשרטט את ההסדר הראוי בנוגע לשלב האובליגטורי של מוסד המתנה. מטרתנו כאן היא לנסות לנתח את שורש המחלוקת בין הכותבים השונים בספרות – בין המצדדים באכיפת הבטחת מתנה לבין השוללים אותה – ולטעון כי שורש המחלוקת קשור לרגישותם של הכותבים לשינוי באפיוניו של מוסד המתנה. שינוי זה הוא פועל יוצא מהחלת הדוקטרינה החוזית במלוא עוצמתה על הבטחת המתנה, הווי אומר, אכיפת ההתחייבות תוך כינון חסם יציאה מההסדר.<sup>34</sup>

33 למעט אולי לעניין פיצויי הסתמכות, אך אלה אינם מבטאים יסוד אכיפות.

34 אין להשוות את הסוגיה שבה עסקינן לסוגיה המטופלת על ידי הריג המצוי בס' (2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, המכיר ברגישות האכיפה לחוזים בעלי מרקם אישי. בחוזים אלה, דוגמת חוזה עבודה, המרקם האישי מצוי, אבל אינו מסמל את עיקר מערכת היחסים.

## פרק ג: בין האפיון החוזי לאפיון המתנתי

בעמודים הבאים נתאר את הגישות השונות הקיימות בספרות כ"בנייני אב", כפונקציה של מידת הרגישות לאפיונו של מוסד המתנה. לשיטתנו, קיים מנעד בין שתי גישות קיצוניות: גישת קיצון אחת שוללת את החלת הדוקטרינה החוזית, ומולה גישת קיצון אחרת הגורסת החלה של הדוקטרינה החוזית לכל דבר ועניין, מה שמוציא את קיומם של אפיוני המוסד.

נתחיל בגישה שמביאה לידי ביטוי את אפיונו של מוסד המתנה, ואשר גורסת כי אלה מחייבים שלילה של אכיפת ההתחייבות לתת מתנה (של החלת הדוקטרינה החוזית), כלומר, גישה הרואה באפיון המתנתי את חזות הכל. לאחריה תובא גישה אשר מנסה להחיל את הדוקטרינה החוזית על הבטחת מתנה "בשינויים המחויבים" אולם מרימה אף היא ידיים לנוכח רצונה לא לפגוע באפיונו של מוסד המתנה. בהמשך תוצג גישה המצויה בקצהו האחר של המנעד – גישה המתעלמת מאפיונו של מוסד המתנה (או מוכנה לשאת בעלות שינויים), כלומר, גישה הרואה באפיון החוזי את חזות הכל. נסיים בהצגת גישה אשר מבכרת באופן כללי את החלת הדוקטרינה החוזית אולם מבלי לקבוע מסמרות בחלקיה הנרטיביים העיקריים. גישה זו מבקשת לשרטט הסדר שבגדרו תתקיים נורמה של אכיפה "כלשהי" ביחס להבטחות מתנה, אך מבלי להקים דרישות באשר לטיבה של האכיפה.

### 1. אפיונו של מוסד המתנה ואין בלתם

בתת־פרק זה יוצגו שתי עמדות המתנגדות באופן מובהק להחלת הדוקטרינה החוזית על ההתחייבות לתת מתנה. התנגדותה של כל אחת מהעמדות מיוסדת על ניתוח שונה, אולם נבקש להראות כי הטעמים המונחים ביסוד שתיהן נובעים מן האופן שבו הן תופסות את אפיונו של מוסד המתנה.

לון פולר (Fuller)<sup>35</sup> נמנה עם הכותבים המבקשים להצדיק את היות ההתחייבות הדירה, בלתי אכיפה. לדידו, בהבטחת מתנה אין לקיים חסם יציאה כלל, ולא צריכה להיות כל משמעות אובליגטורית אמיתית לשיח שבגדרו אלמוני מבטא את רצונו להעביר נכס לפלוני כמתנה. כדי להצדיק את ההבחנה בין עסקת חליפין (הבטחה אשר מגובה בתמורה, ודינה כדין חוזה מסחרי – בלתי הדירה) לבין עסקת מתנה (הבטחה שאינה מגובה בתמורה, ודינה להיותר הדירה), פולר מצדיק הצדקות צורניות והצדקות מהותיות. פולר מונה שלוש הצדקות צורניות שבגינן דווקא התחייבות עם תמורה בצידה צריכה להיות אכיפה, להבדיל מהתחייבות מתנתית. ראשית, התחייבות שאינה מתנתית, שהוחלפה במסגרתה תמורה, מתאפיינת ביכולת ראייתית גבוהה להתקיימותה, מעצם העובדה שהוחלפה תמורה. שנית, להתחייבות שאינה מתנתית יש יכולת "הרתעתית",

<sup>35</sup> Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 COLUM. L. REV. 799 (1941)

בשל כך שנדרש ביצועו של מעשה פיזי בדמות החלפת תמורה. מעשה זה גורם לכך שהמתחייב ישקול שוב את משמעות פעולתו, ובכך מוודא כי המתחייב אכן התכוון להתחייב, ולא שוחח עם הנעבר שיחה שאינה מחייבת או פעל בהעדר מחשבה. **שלישית**, העברת התמורה מהווה צורת תקשורת אובייקטיבית, אשר מראיתה אינה מושפעת לרוב מהנסיבות שבהן היא נעשית, ולפיכך היא מאפשרת לצדדים לתקשר את כוונתם המשפטית באופן ברור שכפוף פחות לפרשנות סובייקטיבית. לכן התחייבות שאינה מתנתית, מעצם העברת התמורה, מייצרת בהגדרתה אינדיקציות ברורות וטבעיות לכוונה ליצירת יחסים משפטיים ונפקויות משפטיות לשיח, מה שאין לומר על ההתחייבות המתנתית, מחמת העדר תמורה.

הנושא שמטריד את פולר יותר מכל הוא היתכנותו של מצב שבו ירצה המתחייב לחזור בו מהתחייבותו, ותוצאותיו של רצון זה. במתנה, כפי שעולה מנימוקי הצורניים של פולר, הסיכוי לחרטה ולטעויות משפטיות גבוה יותר, שהרי אולי הכוונה מאחורי השיח לא הייתה כלל ליצור שיח מחייב. אופייה של הסיטואציה המתנתית מחייב זאת, לדעת פולר, לנוכח העדר התמורה. להבדיל מהמצב בנוגע להבטחת מתנה, הבסיסים הצורניים האמורים אינם מעלים חששות כאשר מדובר בהתחייבות שאינה מתנתית. רק לעיתים נדירות עולה שאלה בנוגע לכוונה ליצור יחסים משפטיים בשיח עסקי, ולעיתים רחוקות אף יותר אנו דואגים שמא המתחייב לא התכוון למה שאמר כאשר שוחח עם חברו, בפרט משנדונה וסוכמה ביניהם החלפת תמורת. אין אנו מתעלמים מכך שפולר מגיע מגישה הרואה את המתנה בנחיתותה, ואין אנו מתעלמים גם מכך שניתן לנתח הכל בראי עלויות ההתדיינות, שיהיו גבוהות עקב חולשות הבסיסים הצורניים, כך שיתכן שמאחורי הטיעון הדוקטרינרי מסתתרת סיבה "כלכלית". היות שבמתנה אין ערך חברתי רב אליבא דפולר,<sup>36</sup> העדר התמורה, ואי-קיום הבסיסים הצורניים בעקבות זאת, יגרמו לעלויות בירור גבוהות אשר עלולות על התועלת הפוטנציאלית מאכיפת המתנה, ולכן אכיפה זו מלכתחילה אינה מוצדקת.

הבחינה הבסיסית אצל פולר היא בשאלה הראשונית אם ניתן להחיל את הדוקטרינה החוזית. תשובתו היא שכשם שאי-אפשר להחילה על הזמנה לארוחת ערב – ואם נחילה, לא נדע בוודאות כי אכן הייתה התחייבות, אם המשיח (המזמין) אכן התכוון ליצור יחסים משפטיים, ועד כמה הוא שקל את דבריו (בשל העדר עדות מוחשית לכך) – כך אי-אפשר להחילה על ההתחייבות המתנתית. יודגש כי אפשר לראות בנקל שכל האמור נגזר מהאפיונים של מוסד המתנה שעליהם עמדנו: האפיון המתאר, השולל קיומה של תמורה; והאפיון המתנתי, שעניינו השיח החברי והידידותי (להבדיל משיח עסקי) בין הצדדים להבטחה. שילובם של האפיונים – העדר התמורה, כ"העדה חיצונית" לכוונות, והרקע האישי, אשר ממילא "מועד לפורענות" – שולל את האפשרות להחיל את הדוקטרינה החוזית. המשמעות העוצמתית שהדוקטרינה החוזית נושאת בחובה (כגון חסם יציאה קשיח) דורשות כי ההתחייבות שהדוקטרינה מוחלת עליה תהא כזו שבהסתברות גבוהה מאוד אכן ניתנה בכלל; מתוך שיקול דעת מספיק; ומתוך כוונה

36 ראו שם, בעמ' 815.

ברורה – הניתנת לזיהוי אובייקטיבי – ליצור יחסים משפטיים. ההסתברות הגבוהה להתקיימות התנאים האמורים היא אשר גוררת את קיומו של חסם היציאה ומצדיקה אותו; הסתברות נמוכה שוללת את ההצדקה לקיומו של חסם יציאה. גם הבסיסים התוכניים של פולר נעים באותו כיוון.<sup>37</sup> אחת מהצדקותיה המהותיות של פולר עניינה עקרון האוטונומיה של הפרט, המוכר כרציונל יסודי של דיני החוזים – יכולתו של הפרט "לחוקק לעצמו". לדידו, התחום הגרעיני שבו האוטונומיה של הפרטים לחוקק לעצמם אמורה לבוא לידי ביטוי, כהצדקה מהותית להגנה משפטית של הבטחותיהם, הוא תחום החליפין המסחרי, ויש לסייג את התפרשותה של האוטונומיה כהצדקה לאכיפה משפטית מעבר לתחומים המצויים בגרעין זה. הטעם לכך, לגישתו, הוא הצורך לשרטט את גבולות האכיפה באותה נקודה אשר ממנה והלאה "החקיקה העצמית" כבר אינה האמצעי הטוב ביותר לאסדרת היחסים בין הפרטים. אליבא דפולר, רציונל האוטונומיה של הפרט אינו תקף ביחס להבטחות מתנה:

"[G]ratuities such as this one do not present an especially pressing case for the application of the principle of private autonomy, particularly if we bear in mind the substantive deterrents to judicial intervention."<sup>38</sup>

דהיינו, הבטחות מתנה מצויות ב"פריפריה" של הרצונות שעליהם ראוי להגן במסגרת ההגנה על האוטונומיה של הפרט, והן אינן ראויות להגנה בהתחשב בטיעונים המועלים נגד האכיפה. הטעם לכך הוא שאין תועלת או ערך מיוחד באכיפת הבטחת מתנה שעשויים להצדיק התמודדות עם טיעוני הנגד והעלויות הפוטנציאליות של טעויות כאמור. במילותיו המפורסמות:

"While an exchange of goods is a transaction which conduces to the production of wealth and the division of labor, a gift is... a 'sterile transmission.'<sup>39</sup>

מדבריו של פולר עולה כי האפיון המתאר של מוסד המתנה מונע את החלת הדוקטרינה החוזית גם מבחינת הלימתה לשלושת היסודות הפורמליים שקיומם הופך

37 פולר מתייחס לשלושה בסיסים תוכניים: הראשון הוא הגנה על הסתמכות; השני הוא התעשרות לא כדן, הרלוונטית אף היא בהתחייבות שאינה מתנתית; והשלישי, ואולי המעניין מכולם לצורך מאמרנו, הוא האוטונומיה השמורה לפרט לייצר הסדר אשר לעת כשל תהא התערבותו של הכוח ה"ציבורי" מוצדקת. ראו פירוט של בסיס זה בגוף הטקסט. פולר אינו תומך באכיפת ההתחייבות לתת מתנה כשם שהוא אינו תומך בהסדרה המבקשת להגן מפני הבטחות כזב בדבר הזמנה לארוחת ערב. ראו שם, בעמ' 806–813.

38 שם, בעמ' 815.

39 שם.



אכיפת הבטחה לרצויה<sup>40</sup> וגם על בסיס ההצדקות המהותיות שהוא מונה. פולר מגיע למסקנה כי ההבטחה לתת מתנה נעדרת כל תכונה המצדיקה את אכיפתה. העדר חליפין של תמורות כלכליות מאיין את ההצדקה המהותית להשית עלויות אכיפה (אשר ייתכנו בשל העדר הבסיסים הצורניים) לטובת הבטחה שהיא "ריקה מתועלת".<sup>41</sup> קיום מערכת יחסים אישית אינטימית פוגם ב"שיח העסקי", ולנוכח העדר התמורה נפגם קיומן של ההצדקות הצורניות. שני אפיוניו המובהקים של מוסד המתנה מונעים אם כן את תמיכתם של בסיסי התוכן והצורה באכיפה בשלב האובליגטורי של מוסד המתנה.

הגישה הקיצונית ביותר בדחיית הדוקטרינה החוזית, תוך ביכור אפיוניו של מוסד המתנה, מצויה בכתיבתו של אייזנברג (Eisenberg).<sup>42</sup> אייזנברג מפריד בין העולם החוזי (world of contract) לבין עולם המתנה (world of gift). העולם החוזי מונע משיקולים שאינם אישיים או רגשיים, כי אם כלכליים. בעולם החוזי האמצעים שמניעים את קיום ההבטחות הם אמצעים כופים – אורגני המדינה. אמצעים אלה הם קרים ובלתי אישיים; הם מתערבים במערכת היחסים בין הצדדים, אך באופן שמתאים לאופייה של מערכת היחסים החוזית.<sup>43</sup> אייזנברג תומך את עמדתו בניתוחה של רדין (Radin), המושתת על ההיגיון הבסיסי שלפיו ההכנסה של יסודות "מכמתים" לתוך הבטחות מתנה מכתימה את המסר שאלה מעבירות. לפי רדין, אם נאפשר מכירה של פונקציות אישיות מסוימות (דוגמת איברים או יחסי מין), הן יעברו הסחרה (קומודיפיקציה), שתפגע גם ביכולת לתת אותן במתנה ולהעביר על ידי כך מסר בין-אישי. לכל הפחות יהא מדובר במתן "סחורה", להבדיל מאובייקט עם משמעויות וערכים פנימיים הנלווים אליו. המסר הבין-אישי כבר לא יוכל לעבור בשעה שהדבר אשר ניתן במתנה יכול להינתן גם כחלק מעסקה. מכאן שמסחור של דברים מסוימים (בעיקר פונקציות אישיות) יוצר הפרדה בין-אישית, ואילו נתינת הדברים כמתנה, בשעה שהם אינם ממוסחרים, מגבירה את החיבור הבין-אישי בין פרטים.<sup>44</sup> אכיפת הבטחות מתנה, לדעת אייזנברג, תערוך כימות כלפי מערכת היחסים המתנתית הבין-אישית עצמה, כך שכבר לא יהיה אפשר לדעת אם המתנה, משהובטחה, מוענקת מתוך הרגשות המתנתיים שמהם נבעה הבטחתה, ואשר אותם היא נועדה לחזק ולבצר, או שמא מתוך החשש מסנקציה. כבר לא יהיה ברור אם מדובר במתן בין-אישי או במתן שהוא כעין סחורה, שנועד למלא חיוב משפטי ולהימנע

40 ש.ם.

41 שם, בעמ' 817–818. סיכומם של דברים, בנתחו את הרציונלים שניתן לדלות מדוקטרינת התמורה וביישמו אותם על הבטחת מתנה, פולר מציג טיעון שהוא כלכלי בבסיסו נגד אכיפתה. עלויות האכיפה בהבטחה זו גבוהות מדי, בהינתן שהיא אינה מקיימת את ה"desiderata" הפורמליים-הצורניים, ומולן ניצבת תועלת חברתית מינורית, כפי שמעידים היסודות המהותיים. הטענה היא כי מוסד המתנה הוא מוסד נחות, "עסקה עקרה" שאינה תורמת לרווחה החברתית המצרפית, ולכן אין להשחית עליה משאבים שיפוטיים (עלויות חברתיות).

42 Eisenberg, *The World of Contract*, לעיל ה"ש 30.

43 שם, בעמ' 847.

44 Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849, 1907–1908 (1987)

מאיום של תביעה.<sup>45</sup> לגישתו של אייזנברג, אין לאפשר העברת נכס במתנה באמצעות סעד האכיפה. מהלך כזה ירושש את המתנה מערכיה, ויפגום ברגש המתנתי שנלווה להתחייבות מלכתחילה. כל הטובין המתנתי הרגשי שהיה אמור לעבור עם הנכס לא רק שלא יעבור, אלא ככל הנראה יעבור באופן שלילי: ברי כי נותן שמעביר נכס נגד רצונו אינו רואה שום יחסים מתנתיים בינו לבין הנעבר, ואף לא יחסים ניטרליים, אלא ההעברה תהא שלילית באופן קיצוני. לשון אחר, אין לאפשר קיומו של חסם יציאה קשיח, גם אם נדע לייצר בו פתחי יציאה או תניות שחרור. גם אם נכרסם כדבעי בחסם היציאה ונתאים אותו לסיטואציה המתנתית, עצם קיומו (אשר נובע מהחלת הדוקטרינה החוזית) הוא שורש הרע.

## 2. ניסיון כושל לאחוז במקל משני קצותיו – אפיון מתנתי מזה וקשיחות חוזית מזה

נקודת המוצא של הגישות שיוצגו בתת־פרק זה היא כי רצוי לאכוף הבטחות מתנה כאמצעי לחיזוקו של מוסד זה, שקיומו רצוי אף הוא. עם זאת, גישות אלה מגיעות – כל אחת מטעמיה – לתובנה שהדוקטרינה החוזית והמתנה אינן יכולות לדור בכפיפה אחת. סופה של האכיפה, דהיינו של החלת הדוקטרינה החוזית, להיות בעוכריו של מוסד הבטחת המתנה; אי־אפשר לאחוז במקל משני קצותיו.

אייזנברג במאמרו הראשון<sup>46</sup> הולך בדרך דומה במיוחד לזו של פולר<sup>47</sup> בהיבטים הצורניים, וזאת (כפי שמציין אייזנברג) על רקע הסיטואציה שבה מצוי השיח של ההתחייבות המתנתית. אולם אצל אייזנברג קיימת תוספת מסוימת. לדידו, גם במקרים שבהם תהא אכיפה, קרי חסם היציאה החוזי יתקיים, יש מקום ליצירת "פתחים" בחסם היציאה, במיוחד להבטחות מתנה. פתחים אלה יתקיימו במקרים שהוא מגדירים כאי־הכרת טובה מצד המקבל (בדומה אולי ללשון הדין הישראלי המכנה זאת "התנהגות מחפירה") וכן במקרים של שינוי לרעה במצבו הכלכלי של המתחייב. כלומר, לטענת אייזנברג, מבחינה נורמטיבית ומוסרית ברי כי במצבים אלה הנעבר צריך לסגת, ועל כן, אם תינקט מדיניות של אכיפת הבטחות מתנה, יהא זה לא ראוי מבחינה נורמטיבית לאכוף את ההבטחה במצבים אלה, ופתחי יציאה כאמור יפתרו את העניין. כבר בכך ברי כי אייזנברג מבין שהדוקטרינה החוזית אינה יכולה לחול ביציאה במלוא עוצמתה. היא

45 Eisenberg, *The World of Contract*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 848.

46 Eisenberg, *Donative Promises*, לעיל ה"ש 30. מאמרו זה קודם בזמן למאמר שנסקר בתת־הפרק הקודם, ומבטא גישה שונה מזו שהוצגה שם. בתמצית, גישתו המאוחרת של אייזנברג שוללת מניה וביה את האכיפה כלפי הבטחת מתנה, כדבר שהוא בלתי רצוי מלכתחילה. גישתו המוקדמת של אייזנברג, המוצגת כאן, מנסה לתת בדבר סימנים – היא יוצאת מנקודת הנחה שהאכיפה עשויה להיות רצויה, בוחנת על בסיס אמות מידה סדורות אם אכן כך הדבר, ואף מנסה "להתאים" את חסם היציאה לסיטואציה המתנתית – אך זאת ללא הצלחה, כפי שיבואר.

47 ראו לעיל ליד ה"ש 35–41.

אינה מתאימה לסיטואציה המתנתית בגלל קשיחותה, ולכן יש ליצור לדעתו חריגים – "פתחי יציאה" – שיאפשרו יציאה מהסדר החוזי.

אולם מתוך הראייה שקיומם של חריגים ייצור פתח לסובייקטיביזציה<sup>48</sup> ולא־ודאות בהחלת הדין, אייזנברג רואה לנכון להבנות את פתחי היציאה לכלל קטגוריות סדורות. החריגים אמורים להתמודד עם כך שהאכיפה סותרת מניה וביה את אפיוניו של מוסד המתנה, ולכן אמורים ליתן מענה לרבדיה של מערכת היחסים המתנתית ולרכך את האכיפה בהתאם.<sup>49</sup> ודוק: אייזנברג היה יכול להסתפק בדוקטרינות מתקנות הכוללות בבסיסן ערכי צדק, אולם הוא מעדיף פתחי יציאה קטגוריים, ולא דוקטרינות עמומות. למעשה, ניתן לראות את הקטגוריזציה כניסיון למזער מראש את העלויות הטמונות בקיומם של חריגים שאופיים עשוי להיות סובייקטיבי במיוחד לנוכח טיבם של היחסים והסיטואציה המתנתית.

אילו עצרנו כאן היה אפשר לטעון כי אליבא דאייזנברג ניתן להחיל את הדוקטרינה החוזית על ההתחייבות המתנתית תוך ציון קטגוריות סדורות וסגורות לפתחי יציאה (שאלה מעניינת היא אם יש להתיר התנאה עליהן או לאוסרה). אולם לטענתו יצירת החריגים אינה פשוטה, מכיוון שמדובר בחריגים בעלי היבט סובייקטיבי ברור. משום כך עלויות ההתדיינות יהיו גבוהות מהרגיל, וייתכן ששכרנו יצא בהפסדנו. כלומר, אליבא דאייזנברג אפילו פתחים קטגוריים אינם מנויים וסגורים באופן מספק בגלל ההיבט הסובייקטיבי שלהם. מסקנתו הסופית היא כי ההתחייבות צריכה להיות הדירה, היות שהתועלות הטמונות בהפיכת הבטחת המתנה לאכיפה זניחות אל מול העלויות הכרוכות בה ולכן אינן מצדיקות אותה.<sup>50</sup>

48 ובפרט לחששות של פרטים מכך שעמדתם לגבי "קו הגבול", אשר ממנו והלאה החריג צריך לחול, לא תהא זהה לעמדתו של בית המשפט בעניין זה.

49 אין צורך להכביר מילים על כך שב"שיח עסקי" רגיל לא ניצר פתח יציאה הנתלה בקיומה של התנהגות מחפירה.

50 כפות המאזניים, לגישתו, מעוינות בהבטחות מתנה, ואין סיבה לאמץ הסדר המאפשר אכיפת הבטחת מתנה. ניתן עם זאת לציין שבפן התועלות אייזנברג מתייחס, בהבטחות מתנה "פשוטות" (אשר נעדרות הסתמכות או עשיית עושר מצד המקבל), רק לתועלות שנובעות מחלוקה שוויונית יותר של הכנסות הנעשית דרך מוסד המתנה, בהינתן שהמתנה עוברת לרוב מפרטים עשירים יותר לפרטים עשירים פחות, ולכן גורמת להפקת תועלת רבה יותר מכל יחידת רכוש שמועברת, בשל התועלת השולית הפוחתת של כסף ורכוש. עבור אייזנברג המתנה היא "עסקה עקה", כניסוחו של פולר, אך בתוספת של התועלת הנובעת מחלוקה שוויונית יותר של רכוש. מכאן, לדעתנו, אפשר לסייג את קיצוניות מסקנתו. ניתן להכיר בכך שמוסד המתנה יוצר תועלת חברתית באפיקים נוספים, כגון התועלת שהנותן הוולנטי (האלטרואיסט) מפיק מהעלייה בתועלתו של המקבל או חיזוק ערכי המתנתיות בחברה (חיזוק שאייזנברג עצמו עומד עליו בכתיבתו המאוחרת). בהינתן אפיקים אלה, ייתכן שכפות המאזניים כבר אינן מעוינות. נזכיר כי מסקנתו של אייזנברג בדבר העדר ערך חברתי מיוחד (independent social interest) באכיפת הבטחת מתנה פשוטה, אל מול העלויות הפוטנציאליות הנובעות מן הסבירות הגבוהה לטעויות שיפטיות בשל העדר בסיסים צורניים, היא אשר הובילה אותו בסופו של דבר לעמדה כי אין הצדקה להחיל משטר של אכיפה ולהשקיע את העלויות הכרוכות בהקמתו ובתכנון החריגים לו.

אִי-אפשר להתעלם מכך שהחלת הדוקטרינה החוזית היא המייצרת, לשיטתו של אייזנברג, את אי-הוודאות הנורמטיבית,<sup>51</sup> קרי, מצבים שבהם תוצאת השיחה כדבר מחייב אינה ראויה, ואף קביעה קטגורית של החריגים הנובעים מאופייה האישי האינטימי של ההתחייבות לא תפתור את הבעיה, אלא תהא בעוכרי המוסד. הדיוק בגישת אייזנברג הוא שאין הוא רואה בהכרח את המבנה החוזי כקשיח מדי בעבור מוסדות משפטיים שונים, ביניהם מוסד המתנה, כלומר, לא הדוקטרינה החוזית בפני עצמה היא שיוצרת את אי-הוודאות. אי-הוודאות (והעלויות שבאות בעקבותיה) נוצרת בשל השילוב של הדוקטרינה החוזית עם אפיוניו של מוסד המתנה – כאשר מוסד המתנה טומן בחובו שלב אובליגטורי, המבנה הקשיח אינו מתאים.<sup>52</sup> כאשר השלב האובליגטורי לובש צורה "עסקית" ומתקרב לצורת החוזה המסחרי, דוגמת מתנות פילנתרופיות תאגידיות (שהן בעלות אופי פורמלי יותר מאשר מתנות אישיות), ייתכן בהחלט שאייזנברג יחייב את המבנה החוזי, ואפילו ללא פתחי היציאה הקטגוריים. במצבים אלה הרציונלים שאייזנברג דן בהם משתנים, ונעים לאפשרות של אכיפה, שהרי אין בעיית הוכחה ורצינות, ואף אינטרס הציפייה של המקבל חזק יותר. במצבים אלה, לדעתנו, יגיע אייזנברג למסקנה שאין מניעה להחיל את הדוקטרינה החוזית.<sup>53</sup> במצבים אלה לא יהיה צורך לשיטתו ליצור פתחי יציאה קטגוריים (שהם בעלי אופי סובייקטיבי, כאמור), ולכן לא ייווצרו עלויות התדיינות גבוהות.

אולם יש גם גישות מפותחות יותר, כגון זו של ג'ן וסקוט (Goetz & Scott).<sup>54</sup> גישתם מבטאת הבנה מוחלטת של ה"נוזק" הטמון בהחלת הדוקטרינה החוזית, ולפיכך הם מציעים להחילה בצורה מדויקת וקונקרטית יותר. באופן כללי הם מבקשים למצוא פתרון להסתמכות החסר על הבטחות מתנה מצד מקבליהן, בהיותה תופעה לא יעילה. הסתמכות החסר נובעת מחוסר ודאות של מקבלי ההבטחה שהמתנה אכן תינתן ושהוצאות ההסתמכות לא ירדו לטמיון. לכן, לכאורה, החלת חסם יציאה חוזי קשיח תניב תוצאה חיובית, שכן היא תגביר את ההסתמכות לרמה יעילה. אולם, בהסתכלם על

51 אשר יוצרת בתורה את העלויות שמתאזנות אל מול תועלות ההסדר.

52 בכל אחד מהמוסדות בפני עצמו הבעיה אינה מתעוררת: המסגרת החוזית, כשלעצמה, אינה יוצרת אי-ודאות, אלא להפך; והמוסד המתנתי כשלעצמו אפוף ומלא מטבעו אי-ודאות, אך זו אינה גוררת נזקים בפועל, היות שהמוסד אינו אכיף. אולם בשילוב של השניים מתעוררת בעיה. החלת חסם יציאה חוזי קשיח מחייבת יצירה של פתחי יציאה בעלי אופי התואם את האפיון המתנתי, כדי למתן את הקשיחות החוזית ולהתאימה לשיח, ופתחים אלה יוצרים פוטנציאל לעלויות ולרתיעה מהמוסד.

53 שורש התנגדותו של אייזנברג הוא הצורך ליצור פתחי יציאה קטגוריים, שהם כאמור בעלי אופי סובייקטיבי מובהק. צורך זה קיים רק בשלב האובליגטורי במתנות אישיות, בעלות האפיון המתנתי. לכן, לדעתנו, אייזנברג לא יתנגד לאכיפה במתנות פילנתרופיות-תאגידיות, אשר ברי כי אינן מיוסדות על מערכת יחסים אישית קודמת ולכן אינן מחייבות את הסובייקטיביזציה של חסם היציאה. במאמר מוסגר נציין כי ייתכן לדעתנו שמתנות פילנתרופיות אישיות יזכו ביחס שונה, ואולי אף ראוי שהן יזכו ביחס שונה.

54 Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, 89 YALE L.J. 1261 (1980).

האופן שבו ישפיע חסם יציאה קשיח על תמריצי הצדדים, מגיעים גן וסקוט למסקנה ההפוכה – דווקא אי-אכיפה, דהיינו הימנעות מהחלת החסם הקשיח, היא שתוביל לתוצאה הרצויה של חיזוק מוסד המתנה. הטעם לכך הוא שהאכיפה תרתיע בסופו של דבר מפני מתן מתנות, ודבר זה אינו יעיל באופן מצרפי. הילוך ניתוחם הוא זה: ככל שהבטחות מתנה ייאכפו, המבטיח – בשל החסם הקשיח ביציאה – יבקש לקבוע בהתחייבות עצמה תניות שחרור, פתחי יציאה. דא עקא, עצם ההידרשות לתניות שחרור טומנת בחובה עלויות כספיות (ואנו נסיף כי היא טומנת בחובה גם עלויות רגשיות). ככל שהעלות תהא גבוהה, המתחייב עלול לסגת מכוונתו זו לקבוע תניות שחרור, וממילא גם מכוונתו להתחייב לתת מתנה. לפיכך, אם מוחל חסם יציאה קשיח, הנותן עלול לוותר על מתן ההבטחה כליל. כך, עקב קשיחותו של חסם היציאה, יצא שכר החברה בהפסדה – נותנים יורתעו ממתן הבטחות או יישאו בעלויות ניסוחן של תניות שחרור, שעלויות להיות גבוהות מהתועלת שחסם היציאה מניב דרך הגברת ההסתמכות. מסקנתם הסופית של גן וסקוט היא כי אין לאכוף את ההתחייבות לתת מתנה, וממילא אין להחיל חסם יציאה חוזי, דהיינו, כלל אי-אכיפה מוחלט. מסקנה זו מתבססת על שתי סיבות. ראשית, ב"סביבה המתנתית" מתקיימות סנקציות לבר-משפטיות שירתעו ממילא מפני הפרת ההבטחה,<sup>55</sup> ואשר אינן גוררות עימן עלויות של החלת המערכת השיפוטית והערכת גובה הפיצוי. שנית, ב"סביבה המתנתית" הנותן שרוי לרוב בחוסר יכולת להתאים את תנאי הבטחתו לאי-ודאויות באמצעות יצירת תניות שחרור (ואנו נסיף כי הדבר נובע גם מסיבות קוגניטיביות, כגון הטיית אופטימיות יתר). חוסר יכולת זה, ככל שתתקיים אכיפה כמשטר כללי, ירתיע מראש מפני מתן הבטחות מתנה.<sup>56</sup> לעומת זאת, תחת משטר אי-אכיפה המקבלים יכולים להתאים את עצמם ביתר קלות לאפשרות שההבטחה תופר, על ידי מיתון הסתמכותם (דהיינו, הם הנושאים היעילים בנזקי אי-הוודאות). מסקנתם של גן וסקוט היא כי "האפקט המצנן" שיביא עימו משטר של אכיפה יגרור אובדן תועלת גדול יותר מאשר אובדן התועלת שבהסתמכות ת-אופטימלית תחת משטר אי-אכיפה, ולכן האחרון הוא המשטר הרצוי. חסם היציאה החוזי, כאשר הוא מוחל על המסגרת המתנתית, דורש ביצוע התאמות לסיטואציה המתנתית (יצירת תניות שחרור), ועלותן של אלה עלולה להאפיל על התועלת מהחלת החסם ומהוודאות שהוא מקנה. מעבר לכך, הצדדים בסיטואציה המתנתית, שנתפסת

55 מעבר ל"תוכחה החברתית", אותן סיטואציות מתאפיינות לרוב גם בהפנמת תועלתו ונזקיו של המקבל על ידי הנותן (interdependent utility functions). שם, בעמ' 1304. טיעון זה דומה לטיעון שניסח פוזנר. ראו בהמשך את הטקסט ליד ה"ש 67.

56 "[T]he supply of donative promises is likely to be very sensitive to the attachment of legal liability. Social considerations frequently will deter the qualitative precautionary option of attaching explicit conditions to the promise... The only alternative to announcing a narrow promise may be forgoing any announcement at all" (ההדגשה הוספה). לביקורת על עמדה זו ראו Andrew Kull, *Reconsidering Gratuitous Promises*, 21 J. LEGAL STUD. 39, 58 (1992).

כרגשית יותר וכמחושבת פחות, עשויים לא להיות מסוגלים כלל לערוך את ההתאמות המחויבות, כגון יצירת תניות שחרור ("פתחי יציאה").

### 3. אפיוניה של הדוקטרינה החוזית ואין בלתם

הגישות שיובאו בתת־פרק זה מכירות אף הן באפיוניו של מוסד המתנה. בגדרי הסיווג המוצע ייחודן של גישות אלה טמון בנכונותן "להקריב" את אפיוניו של מוסד המתנה על מזבחות שונים, כתלות בתוצאתו הסופית של הניתוח המוצע בגדרי כל אחת מהן.

נקודת המבט של פוזנר (Posner)<sup>57</sup> היא כלכלית. בבואו להכריע בשאלה אם ראוי לאכוף התחייבות לתת מתנה, הוא בוחן את צדדי המשוואה של תועלת מול עלות. מבלי להיכנס לפרטי ניתוחו של פוזנר, נציין כי הסתמכותו של המקבל על כך שההתחייבות תמומש היא מרכיב מרכזי בסל התועלות,<sup>58</sup> מכיוון שהיא משפיעה על תוחלת התועלת שיפיק המקבל, ומזו נובעת בתורה גם תועלתו של הפרט המתחייב לתת מתנה. אליבא דפוזנר, ההבטחה משרתת מטרה שונה בתכלית כאשר מדובר במתנה, לעומת מטרתה כאשר מדובר בחוזה מסחרי. העדר ההדדיות (האפיון המתאר) הוא הבסיס לשוני באופיים של המוסדות בראי מערכות היחסים שהם מסדירים.

בקצרה, ב"עולם החוזי" ההבטחה נועדה לשדל להדדיות, ולכאורה אין לה צידוק ב"עולם המתנתני". ובהרחבה, אופיו המנוכר של המוסד החוזי, כמוסד המסדיר יחסים בין צדדים שבלעדיו אין ביניהם כלום, הוא הדורש את ההבטחה (וכפועל יוצא מכך את היותה בלתי הדירה). ב"עולם החוזי", בעסקאות מסחריות הדדיות, נדרשת הבטחה לתמורה מראש כדי לשדל לביצוע הדדי, אשר לא יתקיים אם לא תינתן כנגדו הבטחה לתמורה בעתיד. לעומת זאת, במתנה אין ביצוע הדדי, כנגדו מהאפיון המתאר של מוסד המתנה. ההבטחות כמוסד המתנה באות במסגרת מערכת יחסים בעלת אופי שונה, המלווה לרוב קשר אישי ורגשי מוקדם (האפיון המתנתני). לכן כמוסד זה אין לכאורה הצדקה לאכיפה של הבטחה, כאשר זו אינה נוצרת כדי לשדל לביצוע הדדי, כלומר, היות שמדובר בהעברה חד־צדדית אשר מלכתחילה אינה דורשת כל תמורה.<sup>59</sup> למעשה, מצב שבו תיאכף הבטחה מראש כדי לשדל לביצוע הדדי תלמד בהכרח כי אין מדובר במתנה.<sup>60</sup>

אחר הדברים האלה נזכיר את שהתחלנו בו: לשיטתו של פוזנר, תועלתו של המתחייב לתת מתנה עולה ככל שהמקבל מסתמך על הבטחתו (דהיינו, ככל שהמקבל

57 Posner, לעיל ה"ש 30.

58 מרכיב נוסף הוא גודל המתנה, אולם הגדלתו תגרור הגדלת עלויות מצידו של הנותן, ועל כן דרך זו יעילה פחות מבחינה מצרפית למקסום התועלת החברתית.

59 Posner, לעיל ה"ש 30, בעמ' 412–413.

60 הדבר יקרה לעיתים במתנה פילנתרופית שבצידה חיוב גדול. על שלב השידול במתנה הפילנתרופית ראו Ilana F Silber, *The Angry Gift: A Neglected Facet of Philanthropy*, 60 CURRENT SOCIOLOGY 320 (2012).

מפיק תועלת גבוהה יותר מהמתנה). כדי שתוחלת התועלת המופקת מן המתנה תעלה,<sup>61</sup> רצוי שתהא אכיפה כמו בהתחייבויות שאינן מתנתיות, דהיינו שחסם היציאה יהיה קשיח ויאפשר הסתמכות מצד מקבל ההבטחה, וזאת אף שחסם זה אינו תואם את האפיון המתני, ובתורו יגרום לשינויו.

לאחר הגיעו למסקנה זו, מתייחס פוזנר למאזן העלויות והתועלות בהבטחת מתנה. מצד התועלות, הוא גורס כי אלה מקיימות מתאם חיובי עם גודל המתנה – ככל שהמתנה גדולה יותר, התועלת הנוספת מאכיפתה גדלה גם היא.<sup>62</sup> מצד העלויות, עלויות האכיפה<sup>63</sup> (שהן עלות חברתית) מקיימות בחלקן יחס של מתאם שלילי ובחלקן יחס של מתאם חיובי עם גודל המתנה.<sup>64</sup> משכך, הציר המרכזי שלפיו תיבחן הצדקת האכיפה של הבטחות מתנה הוא גודל המתנה (ושוב בלא קשר לאפיון המתנתי). ודוק: לשיטתו, במתנות קטנות יאפילו עלויות האכיפה על התועלת שזו תניב, ואילו במתנות גדולות ייתכן שהתועלת הנוספת מהגדלת ההסתמכות תהא גבוהה מעלויות האכיפה (וככל שהמתנות יהיו גדולות יותר כן תתחזק המסקנה).<sup>65</sup> משכך, יש לערוך הפרדה קטגורית בין מתנות על בסיס גודלן, כך שככל שמתנה תהא גדולה יותר (מעל לרף מסוים של גודל), היא תהיה ראויה יותר לאכיפה. לעומת זאת, מתנות קטנות במיוחד לא יצדיקו אכיפה, שכן אלה מניבות תועלת מינורית בלבד, כך שעלויות האכיפה ועלות הטעות המשפטית יהיו גבוהות במיוחד יחסית אליה.<sup>66</sup>

סיבה נוספת לכך שאין לאכוף מתנות קטנות, אליבא דפוזנר, היא שברוב המקרים מתנות אלה ניתנות בסיטואציות "מתנתיות" (דוגמת יחסי משפחה או קשרי חיבה ארוכים), שבגדריהן קיימת ממילא "סנקציה" לבר-משפטית: הפגיעה במהימנות ובמוניטין של המבטיח החוזר בו או תוכחה חברתית-מוסרית.<sup>67</sup> מכאן, גורס פוזנר,

61 באופן יעיל, דהיינו, על ידי הגדלת ההסתברות הנתפסת בעיני המקבל שההתחייבות תמומש, במקום על ידי הגדלת המתנה עצמה – ראו לעיל ה"ש 58.

62 Posner, לעיל ה"ש 30, בעמ' 415.

63 המורכבות, לשיטתו, מעלויות ההתדיינות, מעלויות הפעלתו של בית המשפט ומעלויות של טעויות שיפוטיות. שם.

64 כך, לדוגמה, ככל שהמתנה מושא הסכסוך תגדל, יגדלו הוצאות ההתדיינות שישקיעו הצדדים. אולם הגדלת הוצאות ההתדיינות תביא, לפי ההנחה, לידי התדיינות איכותית יותר, וזו תצמצם את הסיכוי לטעות שיפוטית. שם.

65 פוזנר מגיע למסקנה זו על סמך ניתוח פורמלי, אך הוא מסייג אותו, שכן אין יכולת להסיק מניתוח זה כיצד בדיוק תשפיע הגדלת המתנה על סך עלויות האכיפה. הסיבה לכך היא שעלויות האכיפה, לשיטתו, חשופות להשפעות נוגדות כתוצאה מהגדלת המתנה: הגדלת העלות של טעות משפטית, ככל שזו תתממש, וכנגד זה הירידה בהסתברות התרחשותה (בעקבות העלייה בהשקעה בהתדיינות, שהיא פונקציה חיובית של גודל המתנה). את מסקנתו הסופית פוזנר גוזר מההנחה כי מבנה עלויות האכיפה כולל גם גורם עלויות קבוע כלשהו, שלגבי מתנות קטנות מהווה עלות אשר גבוהה מהתועלת שבאכיפתן, שהרי התועלת היא יחסית לגודל המתנה. ראו שם, בעמ' 425–426.

66 שם, בעמ' 417. דוגמאות קלסיות לכך הן הבטחה לצאת לארצות ערב והבטחה להוריד את הזבל.

67 שם. גם אייזנברג מתייחס לכך. ראו Eisenberg, *Donative Promises*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 2: "The question, what promises should the law enforce, must not be confused with its cousin, what

ייתכן שההנמקה לא־אכיפת הבטחות מתנה מתבססת על ההשערה האמפירית שהבטחות מתנה מערבות ברובן סכומים קטנים<sup>68</sup> וניתנות בסיטואציות "מתנתיות". המשמעות של צירוף הדברים היא שעלויות האכיפה יגברו על התועלת שבהבטחה, ושקיימת חלופה יעילה יותר לאכיפה מוסדית־משפטית, והיא "אכיפה" חברתית.<sup>69</sup>

kinds of promises should people keep. Withholding legal enforcement from a promise does not license its breach. A promise-breaker may lose business, friends, or self-respect, and the prospect of such losses may be more of an impetus to performance than the prospect of money damages"

68 בעמדה זו של פוזנר, שלפיה החשש הרלוונטי מנקודת המבט הכלכלית בשאלת אכיפת הבטחות מתנה נוגע בעלויות ההתדיינות, מחזיק גם טאן (Tan). עמדתו של טאן מתבססת על ההנחה שרוב המתנות הן טריוויאליות, וההתדיינות סביבן עלולה להיות יקרה יותר משוויין בפועל ומהתועלת שהעברתן מפקיחה. טאן מדגיש אמרת אגב של פוזנר שלפיה ההבחנה חייבת להיות קטגורית שכן עצם הצורך להכריע בין הבטחות מתנה שראויות לאכיפה לבין כאלה שאינן ראויות לאכיפה יהווה מקור גדול נוסף לעלויות אכיפה: "Most gratuitous promises are likely to relate to trivial matters and a clear rule against enforcement is efficient as courts should not be required to determine whether particular gratuitous promises are trivial or non-trivial" ראו Cheng Han Tan, *Contract Modifications, Consideration and Moral Hazard*, 17 SAJLJ 566, 571 (2005).

69 כאן ראוי להבהיר כי שיטתו של פוזנר בכתיבתו זו נעה, לדעתנו, בין "ניתוח כלכלי של המשפט" לבין "משפט וכלכלה" – שתי סוגות שקיים לעיתים בלבול ביניהן (כמו גם בין לבין שיטות אחרות) מבחינת אופן פעולתן. בעוד הניתוח הכלכלי של המשפט מנסה להסביר את המשפט באמצעות כלים כלכליים מלבר, סוגת ה"משפט וכלכלה" מקיימת יחסי גומלין הדדיים בין המשפט לכלכלה. נפקותו העיקרית של ההבדל היא במקרים שבהם הפתרונות המשפטיים המצויים אינם תואמים את התיאוריה הכלכלית. הניתוח הכלכלי של המשפט "משחרר" מקרים שבהם הפתרון המשפטי אינו תואם את התיאוריה הכלכלית כלא רציונליים, כשגויים או כ"שטותיים". לעומתו, סוגת ה"משפט וכלכלה" עשויה לראות לנכון לשנות או להתאים את התיאוריה הכלכלית המשמשת לבחינת עולם המשפט בעקבות מצבים אלה אשר אינם נכנסים בגדר ה"שבלונות" הכלכליות המוכרות (ניתן לציין כי טיבה של מערכת יחסים זו בין המשפט לכלכלה דומה לטיבה של מערכת היחסים בין הפסיכולוגיה האמפירית לכלכלה בסוגת ה"כלכלה ההתנהגותית"). לחידוד הבחנה זו ראו GUIDO CALABRESI, THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION ch. 1 (2016).

פוזנר מגיע בכלים כלכליים למסקנה כי ייתכן שראוי לאכוף הבטחות מתנה גדולות ולא ראוי לאכוף הבטחות מתנה קטנות. המצב המשפטי שפוזנר מנתח הוא אי־אכיפה מוחלטת (המצב בדיון האמריקני). פוזנר מניח כי כלל אי־האכיפה המשפטי מבוסס על "empirical hunch" של בתי המשפט שלפיו רוב המתנות הן קטנות ולכן לא ראוי להחיל אכיפה כלפי המוסד במלואו. לדעתנו, צורת פתרון זו מרחיקה את פוזנר מסוגת ה"משפט וכלכלה" אל עבר יישום חלקי של הניתוח הכלכלי של המשפט: בפתרונו הוא כאילו אומר כי מחד גיסא, התיאוריה הכלכלית מובילה למסקנה מסוימת, ומאידך גיסא, המציאות המשפטית נוקטת דרך פעולה אחרת, כאבן שאין לה הופכין. ברי כי פוזנר אינו משנה את התיאוריה הכלכלית שהוא נוקט, הגם שהיא אינה מתארת כדבעי את המציאות המשפטית (ובכך הוא מתרחק מן ה"משפט וכלכלה"), אולם מאידך גיסא, הוא גם אינו פועל כדי להציע את השינוי במדיניות המשפטית שהניתוח הכלכלי של המשפט מחייב, אם נלך בו את מלוא



מסקנתו של פוזנר היא שהבטחת המתנה היא מוסד שהקשיחות החוזית אינה מתאימה לאופיו. לדידו, המסגרות שבהן הבטחות מתנה מתקיימות מתאפיינות בגדלים קטנים ובקיום "אכיפה חלופית" – מעין פיתוח חברתי-מוסרי אשר מתאים יותר למתנה (בשל היותו זול יותר להפעלה בנסיבות המתנתיות)<sup>70</sup> מאשר חסם היציאה החוזי הקשיח. החלת החסם החוזי משמעותה השתת עלויות שאינן דרושות, וזאת בשל אופיו של מוסד המתנה, אשר אינו דורש קשיחות זו, לשיטתו של פוזנר, לשם תפקוד ראוי. מאידך גיסא, כאשר מדובר במתנה גדולה או במצב שבו לא מתקיימת אכיפה חוץ-משפטית, יהיה מקום, מבחינת פוזנר, לחסם יציאה קשיח.

מבלי להיכנס לביקורת הרבה המופנית כלפי פוזנר, נציין כי ברי שברמה המעשית לא יהיה אפשר לייצר קו הפרדה ברור. אין זה ברור שמבחינה אמפירית מתנות אישיות אכן מסתכמות בעיקרן בסכומים קטנים, ודוק – בסכומים קטנים מאלה שנדונים בתביעות נזיקיות או חוזיות, שבהן אין עוררין על מקומה של האכיפה.<sup>71</sup> זאת ועוד, פוזנר עצמו מבהיר כי לעניין הרציונלים שבהם הוא דן אין הבדל בין מתנות לבין חוזים מסחריים בגדלים דומים,<sup>72</sup> אולם במסקנתו הוא "פוטר" למעשה את כלל החוזים המסחריים המסתכמים בסכומים קטנים מתחולת התזה שלו.<sup>73</sup> ברי עוד יותר שבמסגרת המשפחתית

הדרך. הרי לפי הניתוח הכלכלי של המשפט, ככל שהמציאות המשפטית אינה תואמת את התיאוריה הכלכלית, ניתן לעשות אחד משניים – להצהיר כי המציאות המשפטית אינה הגיונית או להציע את השינוי המתבקש במדיניות המשפטית: "Economic Analysis of Law uses economic theory to analyze the legal world. It examines that world from the standpoint of economic theory and, as a result of that examination, confirms, casts doubt upon, and often seeks reform of legal reality. In effect, it acts as an Archimedean place to stand and upon which to place a lever, a lever that permits the scholar, when appropriate, to argue for change in that legal reality".<sup>74</sup> שם, בעמ' 2. דומה שפוזנר מנסה לאחוז במקל משני קצותיו: מחד גיסא, הוא נמנע מהצהרה מפורשת שהמצב החקוק אינו הגיוני בראייה כלכלית ומהצעה לשינוי המצב המשפטי (הפעולות המתחייבות מתוך הניתוח הכלכלי של המשפט), ומאידך גיסא, הוא מנסה לשמר את עמדתו הכלכלית (הפעולה המתחייבת מפעולה בגדריה של סוגת ה"משפט וכלכלה"). אותו "empirical hunch" שפוזנר מייחס לבתי המשפט מהווה הנחת המבוקש בהקשר זה.

70 ניתן גם לשער כי הניתוח הכלכלי יתמוך במסקנה מכיוון הפוך של הניתוח. כשם ש"האכיפה החוזית" אינה מתאימה למתנה, שכן היא גוררת עלויות שהן מיותרות בסיטואציה המתנתית, דומה ש"האכיפה המתנתית" לא תתאים, בראייה כלכלית, לחוזה. ניסיון להסתמך על תוכחה חברתית-מוסרית כחסם יציאה בלעדי בסיטואציה חוזית-מסחרית לא יעודד ככל הנראה הסתמכות ברמה הדרושה בסיטואציה החוזית. הסיבה לכך היא שהסיטואציה החוזית, להבדיל מהמתנתית, אינה מתאפיינת מראש בקיום קשרים רגשיים אשר החברה רואה את הפגיעה בהם כעוון מוסרי הראוי לגינוי מיוחד. לכן דרוש חסם יציאה קשיח יותר, בדמות כפייה משפטית (אכיפה).

71 Eisenberg, *Donative Promises*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 6-8.

72 Posner, לעיל ה"ש 30, בעמ' 417.

73 Robert A. Prentice, "Law & Gratuitous Promises", 2007 U. ILL. L. REV. 881, 911. מכך נובעות שתי בעיות: התיאוריה של פוזנר אינה מסבירה מדוע הבטחות מסחריות קטנות מוכרות

קיימות הן מתנות קטנות והן מתנות גדולות. למעשה, רוב מתנות המקרקעין, הניתנות בדרך כלל במסגרת המשפחתית, אינן מתנות קטנות. בהקשר זה פוזנר גם אינו מסביר מדוע אין לאכוף הבטחות מתנה גדולות שנעשות באופן מפורש עם גיבוי צורני, כך שמחד גיסא תועלתן גבוהה הודות לגודלן, ומאידך גיסא עלויות אכיפתן יהיו נמוכות הודות לגיבוי הצורני.<sup>74</sup>

נדמה כי קביעתו של פוזנר שלפיה בסיטואציה המשפחתית ניתנות מתנות קטנות מכוונת אולי למשהו אחר, והוא שבסיטואציה זו – היא גודלה של המתנה אשר היא – הסתברות הטעות, כלומר האפשרות להגיע בכלל להתדיינות, גדולה יותר מאשר בהתחייבות שאינה מתנתית או אף בהתחייבות פילנתרופית. יתרה מזו, ניתן אף לטעון כי החלוקה בין מתנות גדולות לקטנות מכוונת למעשה לחלוקה בין מתנות אישיות למתנות פילנתרופיות.<sup>75</sup> לפי קו זה, מתנות אישיות הן קטנות ומצויות בסביבה טבעית של אכיפה יעילה חוץ-משפטית. מתנות פילנתרופיות, לעומת זאת, הן גדולות ומצויות בסביבה שבה אכיפה חוץ-משפטית אינה מתקיימת, ולפיכך גם לשיטתו של פוזנר נראה שמתנות כאלה יש לאכוף. מבלי להזדקק לאמור מקודם, שלפיו נדמה כי אין תימוכין אמפיריים לחלוקה שניתן לייחס לפוזנר, עולה מגישתו של פוזנר כי מתנה גדולה (אשר מצדיקה אכיפה) במסגרת המשפחתית ראוי לה חסם יציאה קשית, וזאת תוך התעלמות מוחלטת מאפיוני המתנה – הן מאלה הנגזרים מתיאורה והן מאלה הנגזרים ממהותה. ברור כי אכיפה במתנה גדולה בסיטואציות מתנתיות אמיתיות הנעדרות אכיפה חוץ-משפטית יעילה צריכה להיות רצויה לשיטתו של פוזנר, ודבר זה יגרור בתורו שינוי באפיוניו של מוסד המתנה.

התחשבות רק בעלויותיה ובתועלתיה של האכיפה וביעילות האכיפה החוץ-משפטית (אשר כשלעצמה מכירה במערכת היחסים המיוחדת שבה ניתנה המתנה) מתעלמת לחלוטין מהאפיון המתנתי של מוסד המתנה – אותו אפיון שמחייב אי-אכיפה בשלב האובליגטורי או הכרה בכך שאכיפה תחייב נשיאה בעלות של שינוי האפיון. פוזנר מודע לאפיון<sup>76</sup> אולם בוחר להתעלם ממנו, מתוך הנחה כי העלות של שינוי האפיון של מוסד המתנה "שווה בנזק המלך", דהיינו, בתועלת האכיפה של מתנה שהיא גדולה מספיק.

באופן דומה מבחינת המודעות לאפיוניו של מוסד המתנה ומבחינת הנשיאה בעלות השינויים צועד שאוול (Shavell),<sup>77</sup> אם כי בקונסטרוקציה שונה מזו של פוזנר. שאוול מצדד באופן ברור באכיפת ההתחייבות לתת מתנה, וממילא בהחלת הדוקטרינה החוזית

כאכופות, ונוסף על כך היא אינה מסבירה מדוע הבטחות מתנה גדולות אינן מוכרות כאכופות. שם, בעמ' 910–911.

74 למעשה, גם מסקנה זו מתחייבת מן המתודולוגיה של פוזנר, אך הוא מתעלם ממנה. Kull, לעיל ה"ש 56, בעמ' 57.

75 בדומה לקיים בס' 90 לריסטייטמנט האמריקני: RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 90 (AM. LAW INST. 1981).

76 שהרי הוא מודע לאפשרות האכיפה החוץ-משפטית, שיסודה למעשה באפיון המתנתי.

77 Shavell, לעיל ה"ש 30.

במלוא עוצמתה. בנייתו הוא מסתכל על התועלות הכלכליות שצומחות מהעברת נכס במתנה, ודוק – על התועלות שצומחות מקיום שלב אובליגטורי מחייב ואשר נובעות ממתן האפשרות למקבלי הבטחות מתנה להסתמך עליהן ברמה יעילה, ללא חשש שהבטחה לא תמומש (חשש שיוביל בתורו להסתמכות חסר ולהפקת תועלת פחותה מן ההבטחה הן על ידי המקבל והן על ידי הנותן<sup>78</sup>). בנייתו מתייחס שאוול, כמשל, לצורך של מקבלי הבטחות להבחין בין נותנים "אמיתיים", אשר מתכוונים לתת את המתנה, לבין נותנים שהם "מתחזים", אשר אינם מתכוונים לכך. הדבר מהווה משל לניתוח המציאות, שכן דומה שהתרחיש נכון באופן כללי לגבי מצבים שבהם מקבל ההבטחה נדרש לחשב את ההסתברות שהוא אכן יקבל את המתנה, דהיינו, לבנות לעצמו תוחלת של תועלת מן המתנה, אשר רק בהתאם לה הוא יסתמך על ההבטחה (גובה ההסתמכות, אליבא דשאוול, נובע מגובה המתנה שהמקבל צופה לקבל, ומותאם אליה). ברי כי ככל שהתוחלת נמוכה מגובה המתנה בפועל, לא יסתמך המקבל כדבעי, ובכך תפחת התועלת החברתית. קיום שלב אובליגטורי מחייב יעודד לפיכך הסתמכות ברמה יעילה (שכן הוא ישווה את התוחלת לגובה המתנה הוודאית), ולכן חסם יציאה חוזי – במלוא עוצמתה של הדוקטרינה החוזית – הוא רצוי.

שאוול מודע גם הוא להשפעותיה של הקשיחות החוזית בסיטואציה המתנתית. הוא אינו מתעלם לחלוטין מהאפיון המתנתי, ולכן מציין אף הוא כי המסגרת החוזית המוצעת צריכה להגמיש את חסם היציאה החוזי, על מנת להתאימו במידת מה לעולם המתנה. ההגמשה תיעשה על ידי יצירת "תניות שחרור" אשר יפטרו את הנותן מחבותו במצבי עולם מסוימים, שהם כמובן אופייניים יותר לעולם המתנה – התנהגות מחפירה, הזדמנות השקעה נחשקת או הידרדרות כלכלית של הנותן. בלא הגמשה זו, בחלק ניכר מהמצבים יורתע הנותן לכתחילה ממתן ההבטחה (ככל שהיא מחייבת, כהצעת שאוול): הוא ייתן לכל היותר הצהרת כוונות בלתי מחייבת, כדי לא להיות כפוף להבטחתו גם במצב עתידי שבו הוא לא ירצה עוד לקיימה. הדבר יפגום כמובן ביכולת ההסתמכות של המקבלים ובתועלת הכללית מהמוסד. אולם, ראשית, לטעמנו לא ברור אם הצדדים אכן ידעו לייצר במעמד מתן ההבטחה את התניות הנכונות להם באופן סובייקטיבי. שנית, לא ברור ביתר שאת – ושאוול דן בכך במפורש – אם בתי המשפט יגיעו לתוצאה הנכונה (בראיתם הסובייקטיבית של הצדדים) בשאלה אם מבחינה עובדתית אכן התממש מצב עולם שבגדרו התכוונו הצדדים לפטור את הנותן ממחויבותו. על נקודה זו ראוי להוסיף: שאוול מתייחס לאפשרות שבתי המשפט לא ידעו לפרש נכונה בדיעבד – דהיינו, בהתאם לכוונת הצדדים הסובייקטיבית בעת עשיית החוזה – אם במקרים מסוימים אכן התממש מצב עולם שבגיניו רצה הנותן להחריג את חבותו המתנתית. נפקותו של חשש זה היא אחת משתיים: האחת, נותנים ימשיכו בכל זאת לתת הבטחות מתנה מחייבות, ואז ייזקקו בכך שיחובו גם מקום שהם התכוונו להיות פטורים, בשל כשל אפשרי בפרשנותן של

78 בהינתן שנותן ההבטחה מפיק תועלת מתועלתו של המקבל. ראו גם Posner, לעיל ה"ש 30, בעמ' Gary S. Becker, *A Theory of Social Interactions*, 82 J. POL. ECON. 1063, 1091 (1974); 412 James D. Adams, *Personal Wealth Transfers*, 95 Q.J. ECON. 159, 161 (1980)

תניות השחרור בדיעבד (אך מאידך גיסא מצבם של המקבלים ייטב בשל יכולתם להסתמך על המתנה המחייבת, ובשל קיומה של ההבטחה גם במקרים שבהם היא לא הייתה אמורה להתממש אך נאכפה בשל הכשל בפירושה של תניות השחרור); והאחרת, נותני המתנות יורתעו מלכתחילה ממתן הבטחה מחייבת. בגדרי החלופה השנייה שני הצדדים נפגעים: המקבלים לא יוכלו להסתמך בצורה מלאה ויעילה, דבר שיוביל, לפי שאוול, גם להקטנת גודל המתנה שתינתן או אף לאי־נתינתה כלל (מקום שנותנים יראו שמקבלי ההבטחות מנמעים מלהסתמך על הבטחותיהם);<sup>79</sup> והנותנים לא יוכלו לעודד מקבלים להסתמך ברמה יעילה, ולא ייתנו להם מתנות גם בכל מצבי העולם שבהם הם היו רוצים לתיתן.

אם נפרש את החשש שאוול מביע בראי המינוח שאנו נוקטים כאן, ניתן בהחלט לומר כי שאוול מתייחס לעובדה שהצורך להתאים את חסם היציאה החוזי לנסיבות המתנתיות עלול להוביל לכשלים רבים שיהיו בעוכריו של המוסד בכללותו, כגון יצירת אי־ודאות של הצדדים בשאלה כיצד יאכוף בית המשפט את תניות הפטור שהם יכתבו. הצורך להרחיב את החסם החוזי כדי שיכלול "תניות פטור מתנתיות" עלול להוביל לכשלים של בית המשפט בפרשנות בדיעבד של תניות פטור אלה. החשש לכשל פרשני כאן שונה מהחשש לכשל פרשני בכל סיטואציה משפטית אחרת, בשל האופי ה"מתנתי" של תניות הפטור. הן בעלות אופי סובייקטיבי במיוחד, אולי הסובייקטיבי ביותר שניתן לדמיין בעולם המשפט, שכן הן מתייחסות למצבים עדינים שבהם המבקש יהא פטור מאחריותו המתנתית. הדבר משתנה כמובן בהתאם למבטיח ולנבטח, למצבם היחסי ולרמת המחויבות שמערכת היחסים האישית ביניהם יכולה לעורר ולעודד. לא הרי מחויבותו של אב פלוני לבנו כמחויבותו של אב פלמוני לבנו שלו. ייתכן שפלוני יהא מוכן לספוג הפסד כלכלי ניכר יותר מחברו לפני שיבקש פטור מההבטחה. אחריות מתנתית זו שונה מבחינה מוסרית מכל אחריות אחרת, עד כדי כך שיש האומרים כי ללא קשר למשטר האחריות, חובתו המוסרית של מקבל המתנה היא לשחרר את הנותן מהתחייבותו אפילו אם רק נמלך בדעתו וחזר בו מהבטחתו.<sup>80</sup> מכאן, ייתכן בהחלט שתניות הפטור שיקבעו הצדדים יהיו רחבות מאלה שבתי המשפט מכירים – למשל, אם בגדרי הרעה כלכלית תיכלל גם ירידה בשווי עסקו של הנותן – והדבר עלול להציג קושי שבתי המשפט לא ידעו להתמודד עימו לפי השבלונות המשפטיות הקיימות.<sup>81</sup> לשון אחר, האופי המתנתי של ההרחבות לחסם היציאה החוזי (תניות השחרור) גורר את היותן סובייקטיביות במיוחד, באופן שמזמין כשלים אפשריים בפרשנות שייתן להן בית המשפט, אשר יידרש להכניס את עצמו לנבכי מערכת היחסים של הצדדים. הדבר ייצור אי־ודאות בשאלה כיצד יפרש בית המשפט את התרחשותם של מקרי הפטור, וזו עלולה להרתיע לכתחילה ממתן הבטחת מתנה.

79 Shavell, לעיל ה"ש 30, בעמ' 407.

80 על החובה המוסרית של המקבל ראו Eisenberg, *The World of Contract*, לעיל ה"ש 30.

81 Shavell, לעיל ה"ש 30, בעמ' 407.

עם זאת, מסקנתו הסופית של שאוול היא כי יש לאפשר לנותנים להתחייב בצורה חוזית בהבטחות מתנה. כלומר, שאוול מודע לעוצמת הקשיחות ביציאה ולנזקים שעלולים לנבוע מאי־התאמה בינה לבין אפיוני המתנה. אולם תועלתה של הקשיחות ביציאה רבה לטעמו מנזקיה, ויש לצמצם את העלויות על ידי תניות השחרור – פתחי היציאה. הדבר מלמד עד כמה גם שאוול מבין את ה"נזק" שבהחלת הדוקטרינה החוזית. קיימת לדידו אי־התאמה בין החסם החוזי הקשיח לבין הצרכים המתנתיים, ואי־התאמה זו גוררת עלות ניכרת, אולם "הצר שווה בנזק המלך".

אם שאוול מעוניין באכיפה מטעמים תועלתניים, פריד<sup>82</sup> מעוניין בה מטעמים דאונטולוגיים. לכן הקשיחות בחסם היציאה לא רק שאינה מטרידה אותו כלל, אלא אף רצויה בעיניו. מבחינתו, הבטחה שצלחה מבחן כניסה משפטי אינה יכולה להיות הדירה, שכן קביעה כזו תמוטט את כל המסד שעליו יושבות ההבטחות הממושפטות (ואולי תשפיע לרעה גם על ההבטחות הלא־מושפטות).

אליבא דפריד, כחלק מהצורך לאפשר מידה מרבית של חירות ואוטונומיה לפרטים, יש לאפשר להם לכבול את עצמם באופן מהימן. כדי לעודד פרט אחר לסייע לנו בהשגת מטרותנו (כחלק ממימוש האוטונומיה שלנו), עלינו להיות מסוגלים לעורר את אמונו בכך שנעזור לו בתמורה כאשר הוא יבקש זאת מאיתנו. לדידו של פריד, ניתן לרתום ערכים מוסריים כדי להניע פרטים לפעול האחד למען מטרותיו של רעהו (ודוק – כדי לאפשר לפרטים להאמין בקיום היכולת ליצור שיתוף פעולה). לגישתו של פריד, כאשר האמון נסמך על ציווי מוסרי, כגון זה האוסר הפרת הבטחה, ניתן להשתמש בו ככלי משמעותי להגברת החירות והאוטונומיה של פרטים:

"When my confidence in your assistance derives from my conviction that you will do what is right (not just what is prudent), then I trust you, and trust becomes a powerful tool for our working our mutual wills in the world."<sup>83</sup>

ההבטחה נועדה לכבול את העתיד.<sup>84</sup> היא הכלי אשר מתעל ומגבש את האמון באופן הברור ביותר לכלל מחויבות קונקרטית וכת סמך, שמגובה בחיוב מוסרי של המבטיח לפעול לפיה, ואשר ניתן על כן להסתמך עליה. היא נשענת על האמון שביכולתה לעורר, נסמכת עליו במעין מעגל קסמים, כדי ליצור אותו במקרה הקונקרטי. לכן, לפי פריד, הבטחה צריכה להיות מחייבת – דהיינו, יש מקום לחסם יציאה קשיח – וזאת לא בגלל התעשרות של המבטיח, לא משום שניתנה הצהרה מפורשת בדבר כוונותיו, לא בגלל

CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION 82  
(2nd ed. 2015).

שם, בעמ' 8.

שם, בעמ' 115: "The point of contracting is to tie down the future..." 84

קיומה של הסתמכות ולא בגלל יסוד ה"הזמנה"<sup>85</sup>. הסיבה לכך היא דו-שלבית: ראשית, מעמדה המחייב של ההבטחה מתבסס על המוסכמה החברתית הכללית שלפיה הבטחות הן מחייבות;<sup>86</sup> שנית, חובתו המוסרית האינדיווידואלית של המבטיח לקיים את הבטחתו נובעת מכך שהוא "זימן", ככוונה תחילה, את מוסד ההבטחה כאסמכתה מוסרית לשם יצירת ציפייה בעיני הנבטח לכך שההבטחה אכן תקיים.<sup>87</sup> אין מדובר בשיקולי עלות-תועלת ביחס למוסד הבטחת המתנה, שכן הדיון הוא במוסד גדול וחשוב ממנו במידה משמעותית. על כן הדיון בחשיבותו של חסם היציאה הקשיח וביתרון שבו, אל מול החיסרון שבשינוי האפיון המתנתי, בטל בשישים לעומת הנזק האפשרי למוסד ההבטחה בכללותו, שהבטחת המתנה היא רק חלק קטן ממנו. פריד מעוניין באכיפה כאינטרס מהותי של מוסד ההבטחה כולו; מוסד הבטחת המתנה (יחד עם מוסדות נוספים) חוסה תחת כותרת ההבטחה, ומשתמש במוסכמה החברתית שבבסיסה. האפיון של מוסד ההבטחה חשוב יותר מכל אפיון מוסדי. מובן שפריד מתעלם לפיכך מהאופי השונה של המוסדות השונים החוסים לשיטתו תחת ה"הבטחה", כגון מתנה או חוזה, ובכך חוטא ל"נזק" הנגרם לאפיון המתנתי. בכך, באופן מפורש, "הצר שווה בנזק המלך" בעיניו.<sup>88</sup> מכאן נובע כי חסם היציאה הקשיח רצוי כלפי הבטחות בכלל, באשר הן מסתמכות על המוסכמה החברתית בדבר האמון המשתמע מתוך מוסד ההבטחה. העדר אכיפה ימוטט את המוסכמה החברתית, על יכולתה ליצור אמון. המבטיח מזמין אמון באופן פעיל על ידי התבססות על מוסד חברתי (הבטחה), שמהווה קונקרטיזציה של מוסכמה חברתית (הבטחות הן מחייבות), ואשר נועד לקדם ולממש ערך זה. בהפרת ההבטחה המבטיח מנצל את המוסד, את האמון ואת הפרט הבוטח בו, ועושהו כלי להשגת מטרותיו. בכך נפגעת עצם יכולתו של המוסד לעזור אמון, שכן מתערערת המוסכמה החברתית היסודית שבבסיסו. באופן חיובי, הטלת חסם יציאה כלפי הבטחה, אשר כובל את המבטיח להבטחתו, מתחייבת מתוך תפיסה המשכית (בזמן) של האדם אשר מכבדת אותו כיצור חופשי ורציונלי. לכן ברור מדוע לגישתו של פריד אין לאכוף הבטחה לארוחת ערב או להורדת האשפה – שהרי אין מדובר בהבטחות הנשענות על האמון הבסיסי בין הצדדים, אלא בעניינים של מה בכך – אבל יש לאכוף התחייבות לתת מתנה, קטנה כגדולה.

85 ניתן לחשוב שכאשר אדם בוחר להצהיר על כוונותיו, מעצם העובדה שהוא "מזמין" את השומע להסתמך על כוונותיו משתמעת גם מחויבות לא לשנות את כוונותיו בעתיד. אולם, לפי פריד, ככל שלא ניתנה הבטחה מפורשת, אין סיבה שהצהרה על כוונותינו בהווה תכבול אותנו ותמנע מאיתנו את האפשרות לשנותן בעתיד.

86 FRIED, לעיל ה"ש 82, בעמ' 12: "To have force in a particular case promises must be assumed to have force generally" (ההדגשה במקור).

87 שם: "Once that general assumption is made, the effects we intentionally produce by a particular promise may be morally attributed to us" 16. בעמ' 16.

88 אם נרצה, ניתן לנסח זאת גם כך: העלות הגלומה בפגיעה במוסד ההבטחה, המשמש את כל המוסדות האחרים (מתנה, חוזה), גבוהה מהעלות הגלומה בפגיעה באפיוניו של מוסד המתנה.

ניתן "למתוח" עוד את גישתו של פריד. ניתן לטעון כי נכונותו "לרמוס" את האפיון המתנתי אינה נובעת מביטול חשיבותו, אלא בעצם מאי־הכרה בניגוד שבינו לבין חסם היציאה החוזי. לפי טיעון זה, פריד אינו רואה קושי בהחלת חסם יציאה כלפי הבטחות מתנה, שכן הוא אינו רואה בחסם היציאה "יצור חוזי". ההצדקה לקיום חסם יציאה היא "על-מוסדית"; היא נובעת ממכנה שהוא משותף הן לחוזה והן למתנה. מכנה משותף זה הוא השימוש במוסד ההבטחה. חסם היציאה הוא צורך הנובע מציווי מוסרי. הוא נדרש כדי לאפשר את קיומו התקין של מוסד ההבטחה כמוסד המעורר אמון. החוזה והחיוב החוזי הם תת-מקרה של ציווי מוסרי זה. הבטחת מתנה היא תת-מקרה אחר. לשיטתו של פריד, אי-הדירותה של הבטחת מתנה אינה "גלימה חוזית" אשר "מולבשת" על הבטחת מתנה כמוסד שאינו חוזי. האכיפה אינה "משויכת" למוסד החוזי המסחרי, ודומה שלפי פריד היא אף אינה טעונה בערכיו. יש להחילה כלפי הבטחת המתנה בדיוק כשם שיש להחילה כלפי חוזה, באשר שניהם מבטאים הבטחות אשר נסמכות על האמון שבין הצדדים ומקדמות אותו.

#### 4. ניסיון מוצלח(?) לאחוז במקל משני קצותיו

בתת־פרק זה תוצג גישה שניתן לראותה כמנסה לאחוז באפיוניו של מוסד המתנה אך בד בבד גם לא להסיר את ידיה מחסם היציאה החוזי. גישה מעין זו עשויה לתאר ניסיון ראשוני ובוסרי ליישב בין אפיוני המוסד לבין הצורך בחסם יציאה קשיח. מהביקורת שמעלה קרסוול (Craswell) על התזה של פריד<sup>89</sup> ניתן לברוא יש מאין גישה מעט שונה, המבקשת לאחוז את המקל משני קצותיו (גם אם פריד וקרסוול אינם מתכוונים לכך במקור): מחד גיסא, לדאוג לקיום ההבטחה בגיבוי סנקציה משפטית, ומאידך גיסא, לא לעשות זאת באמצעות חסם יציאה קשיח בהכרח. נקודת המוצא של הביקורת היא שאין בתיאוריה של פריד מימד מנחה לגבי יישומה בפועל. התיאוריה מבקשת אומנם להצדיק את עצם הצורך בקיומו של חסם יציאה (דהיינו, בקיום מימד מחייב להבטחה), אך היא אינה נותנת מענה לשאלת טיבו של חסם היציאה הדרוש. בבסיסה, התיאוריה של פריד דורשת בפשטות שהפרט אשר עושה שימוש במוסד ההבטחה ימלא את הבטחתו. תוכן חברותו לשם הגשמת ההבטחה בפועל ייקבע בהתאם לדבריו הקונקרטיים של המבטיח ולכללי הרקע שקובעים את בררת המחדל לביצוע חיובים (דהיינו, ה־default rules או ה־background rules)<sup>90</sup> הנוגעים בהשלמה (של חוזים או הבטחות). מכאן, היות שהמוסד מסתמך על כללי הרקע הקיימים, אין לפריד

Richard Craswell, *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, 88 89  
MICH. L. REV. 489 (1989).

90 במסגרת דיונו של קרסוול, כללי הרקע מוגדרים כמערכת הכללים אשר קובעים את תוכן מחיובותו של הפרט, לרבות המקרים שבהם אי-ביצוע ייחשב מוצדק, ואת הסנקציות שיוטלו בגין אי-ביצוע שאינו מוצדק. ראו שם, בעמ' 503.

עמדה נורמטיבית לגבי טיבם או תוכנם.<sup>91</sup> לפיכך התזה של פריד, אליבא דקרוסול, אינה מנחה למעשה לגבי תוכן ההבטחה,<sup>92</sup> ומקל וחומר – לגבי התרופה הדרושה בהפרתה ולגבי אופיו ומידת חוזקו של חסם היציאה.<sup>93</sup>

חשוב להדגיש כי בעוד פריד טוען במפורש כי מילוויה של הבטחה מחייב עמידה באינטרס הציפייה,<sup>94</sup> קרוסול גורס כי התיאוריה של חוזה כהבטחה אינה מחייבת בחירה דווקא באינטרס הציפייה.<sup>95</sup> לדידו, לצורכי התיאוריה של פריד, למעשה כל מידה של הגבלה – פיצויי הסתמכות, פיצויים עונשיים או ביצוע בעין – הופכת את אופן הפעולה שהובטח ללא-אופציונלי. בכך כל מידה של הגבלה משרתת לשיטתו את שימורו של מוסד האמון, שעליו נשענת ההבטחה (שהוא למעשה האילוץ המוסרי הכובל בגדרי התיאוריה של פריד); זאת, כל עוד הפרט נותר חופשי לקבוע לעצמו מהי מידת הכבילה שירצה (דהיינו, מהו חסם היציאה ועל איזה אינטרס הוא יגן), ככל שהוא יבחר לעסוק

91 שם, בעמ' 490 ו-504.

92 להבדיל מכתיבה המבוססת על אדנים תיאורטיים שונים – כגון הניתוח הכלכלי של המשפט – אשר מלבד היכולת לתת צידוק מהותי להפיכת הבטחות למחייבות, מכילה גם מימד מנחה לגבי התוכן הרצוי של כללי הרקע. ראו שם, בעמ' 508–511.

93 זאת, שכן לשיטתו של קרוסול, כל דבר מלבד ניטרליות לגבי תוכן ההבטחה (דהיינו, קביעה נורמטיבית לגבי רמת המחויבות, וכפועל יוצא מכך – לגבי הסנקציה בעת הפרה) ייצור למעשה תיאוריה אשר "would tell people what kinds of promises they ought to make" – דבר שהכותבים הדוגלים בתיאוריות אלה נמנעים ממנו באופן מובהק. כפועל יוצא מכך תיאוריות אלה אינן תורמות דבר, אליבא דקרוסול, ביחס לבחירת כללי הרקע הנוגעים בהשלמה של תנאים בהבטחות, בצידוקים להפרה ובתורפות כגין הפרה בלתי מוצדקת. ראו שם, בעמ' 516. לתיאוריה אשר נותנת משמעות מלאה וקשיחה יותר לתוכנה של ההבטחה ראו Seana Valentine Shiffirin, *The Divergence of Contract and Promise*, 120 HARV. L. REV. 708 (2007) לדידה, חסם היציאה חייב להיות קשיח ולחייב אכיפה בפועל (במובן הצר), למעט במקרים חריגים ביותר, כגון חוסר אפשרות ממשי לקיים את המובטח. ביקורת חריפה מזו הביעו דגן והלר. לשיטתם, בעיה עיקרית בתיאוריית ה"חוזה כהבטחה" של פריד היא שיישום הכוח הכופה של המדינה לאכיפת חוזים (במובן הרחב) אינו מתיישב עם הגדרתו של פריד לאוטונומיה של הפרט. החובה האתית לקיים הבטחה אינה מנביעה בהכרח חובה משפטית. זאת ועוד, הנזק למוסד ההבטחה, שהוא הבסיס שפריד נשען עליו, אינו שקול בעיני המבקרים – מבחינה רעיונית ומבחינת משמעותו התיאורטית – לנזק שנגרם לנבטח שהסתמך. נזק קמא אינו מצדיק בהכרח חיוב משפטי, בעוד נזק בתרא מצדיקו כנראה. ראו HANOCH DAGAN & MICHAEL HELLER, *THE CHOICE THEORY OF CONTRACT* (2017) 14–30.

94 שהוא "a normal and natural measure for contract damages", ראו FRIED, לעיל ה"ש 82, בעמ' 21. הסיבה לכך היא שלשיטתו של פריד, "[i]f I make a promise to you, I should do as I promise... [or] hand over the equivalent of the promised performance". שם, בעמ' 17.

95 Craswell, לעיל ה"ש 89, בעמ' 515: "any default rule would... be consistent with individual freedom, as long as the parties are allowed [ex ante] to change the rule by appropriate language... [the autonomy-based theory is] completely content-neutral".



בדבר. 96 כן, אם תתקבל ביקורתו של קרסוול, אזי כל שדרוש בגרמי התיאוריה של פריד הוא מימד מחייב כלשהו של ההבטחה. 97 כל סוג של חסם יציאה מתאים לתיאוריה של פריד, שכן זו מלכתחילה אינה יכולה להצדיק (ולכן גם אינה דורשת) העדפה של חסם יציאה כלשהו. 98 ודוק: לפי פריד, אכיפה היא הנובעת מכל הבטחה, ולכן אכיפה היא המתבקשת ככלל בררת המחדל של חסם היציאה. 99 לפי קרסוול, אין מקום לכלל בררת מחדל של אכיפה.

הדבר מאפשר ליישב את עמדתו הנחרצת של פריד דווקא עם המתנגדים להחלת חסם חוזי קשיח על הבטחת מתנה, או אף להציע גישה שונה המסתמכת על כתיבתו של פריד. בכך ניתן להראות מדוע הסתירה על פניה בין הגישות אינה כה חזקה או לפחות להסביר מדוע הקשיחות של חסם יציאה חוזי "רגיל" אינה צריכה להפריע לפריד בהקשר של מתנות. לנוכח האמור לעיל, פריד אינו נדרש לבעיות ששאר הכותבים מתמודדים עימן, אשר מדגישות את הקשיים שבהחלת חסמים חוזיים על מוסד המתנה: הצורך להגמיש את התוכן ה"חוזי" של הבטחה – כגון קיומה של חובה לקיים גם במצבים של הרעה כלכלית או התנהגות מחפירה של המקבל – ולהתאימו לאופי המתנת, ואי-הוודאות שעלולה לנבוע מכך. כך, גם אכיפה הכוללת הגמשות משמעותיות לחסם היציאה (כגון פטור במצבים של הרעה כלכלית או התנהגות מחפירה של המקבל) יכולה לענות על דרישות התזה של פריד, לפי ביקורתו של קרסוול. ככל שמתקיימת אכיפה (במובן הרחב) ברמה כלשהי, אשר הופכת את קיום ההבטחה ללא-אופציונלי ובכך משלמת את "מס השפתיים" לביצורו ולשימורו של המוסד החברתי של הבטחה, התוכן

96 שם, בעמ' 518: "There is surely nothing in the idea of individual autonomy that requires the exact degree of non-optionality provided by the expectation measure. The idea of individual autonomy does suggest that individuals should be allowed to make their conduct nonoptional to any extent they choose" Daniel Markovits, *Contract and Collaboration*, 113 YALE L.J. 1417, 1502–1503 (2004): "There is... no immediate reason to believe (and Fried has proposed none) that respect requires the precise extent of enforcement imposed by the expectation remedy. Fried's argument fails... to establish a sufficiently precise connection between the moral ideals from which it begins and the expectation remedy that it purports to defend"

97 על טיעונו של קרסוול נשמעה ביקורת שלפיה אין די ב"מידה כלשהי" של העדר אופציונליות, אלא דרוש ששלילת האופציונליות תהא בפרופורציה למה שהובטח (דהיינו, אינטרס הציפיה) – לא יותר ולא פחות – כדי להפוך את דרך הפעולה המובטחת, להבדיל מדרכים דומות, ללא-אופציונלית. ראו DORI KIMEL, FROM PROMISE TO CONTRACT: TOWARDS A LIBERAL THEORY OF CONTRACT 92–94 (2003); Dori Kimel, *Remedial Rights and Substantive Rights in Contract Law*, 8 LEGAL THEORY 313, 318–330 (2002).

98 קרסוול מתייחס לפנייתו המפורשת של פריד לאמת המידה של פיצויי ציפיה ככזו שאינה נתמכת בתיאוריה שלו, אלא עשויה להיתמך בשיקולים חיצוניים לה – שיקולים אשר פריד אינו מעלה בספרו, לטענת קרסוול. Craswell, לעיל ה"ש 89, בעמ' 518–520.

99 ברי כי הצדדים רשאים להתנות על כלל זה ולקבוע ביניהם הסדר אחר, דוגמת פיצויי הסתמכות בלבד.

או ההיקף של המחויבות אינם מעניינו של פריד, ככל שברמה התיאורטית ההבטחה מחייבת ואכיפה.<sup>100</sup> לא ברור, כאמור, אם קרסוול צודק בביקורתו על פריד, או אם נדיק – אם ניתן לטעון שאליבא דפריד כל חסם יציאה אשר הופך את היציאה מהסדר ללא־אופציונלית הוא "קשיח" דיו. יתר על כן, אפילו במישור הנורמטיבי עולה קושי: האם סוג של תמרוץ שאינו חסם יציאה קשיח אליבא דכולי עלמא אך מהווה חסם קשיח דיו לפי פריד (כגון פיצויי הסתמכות) אכן יכול לענות ברמה מספקת על הצורך בשימור מוסד ההבטחה ובשמירה על האמון שבבסיסו ואשר נובע ממנו? קושי נורמטיבי מצידו האחר של המתרס טמון בשאלה אם יש בהחלת חסם יציאה שאינו קשיח במלוא העוצמה החוזית (אכיפה או פיצויי קיום) כדי לתמרץ כנדרש – ובכך להביא לידי "אכיפת" ההתחייבות מבלי לפגוע באפיוניו של מוסד המתנה – או שמא כל חסם, לרבות כזה שאינו קשיח במלואו, פוגע באפיוני המוסד, ואז ממילא גם הפתרון העולה מביקורתו של קרסוול על פריד אינו מסייע לעניין.

בין אם קרסוול צודק בביקורתו על פריד ובין אם לאו, בין אם הקשיים הנורמטיביים אכן קשיים הם ובין אם לאו, קריאתו של פריד לאור ביקורתו של קרסוול מעלה לפנינו גישה חדשה, שונה מעט, הטוענת לחשיבות קיומה של ההבטחה כפי טיעוניו של פריד, ומגבה זאת באופן ודאי בסנקציה משפטית. אולם ניתן לראותה ככזו המותירה לצדדים להכריע מה יהיה טיב הסנקציה, החל בחסם יציאה רך ועד חסם יציאה קשיח, ככל שיתקיים חסם כלשהו, וזאת מבלי להכריע לגבי הצורך בכלל בררת מחדל (דיספוזיטיבי) של אכיפה או אולי אפילו בכלל בררת מחדל של פיצויי הסתמכות או סעד "רך" אחר.

### פרק ד: מיקומו של ההסדר בדין הישראלי בין האפיון החוזי לאפיון המתנתי

כבר בפתח הדברים נטען כי ניתוח נכון של הדין הישראלי מלמד כי ההסדר בגדרו שואף לקצה המנעד שבו אפיוניו של מוסד המתנה וההגנה עליהם הם היסודות המרכזיים. ארבעה רכיבים מובילים למסקנה האמורה. ראשית, בררת המחדל היא זכות חרטה, הדירות, ולא להפך; דהיינו, הסדר אי־אכיפה עם אפשרות התנאה על כך. שנית, זכות החרטה היא "אינסופית", ובמסגרתה המתחייב רשאי לחזור בו ללא כל סיבה. שלישית, הסייגים לבררת המחדל (הסתמכות או ויתור בכתב על זכות החרטה), שקיומם יהפוך את ההבטחה לבלתי הדירה, "ניחנים" גם הם בסייגים, שהם בעלי אופי מתנתי מובהק: פטור במקרים של הרעה כלכלית או התנהגות מחפירה. רביעית, הפרשנות בפסיקה בשאלת

100 כדבריו של קרסוול: "[T]he fidelity principle is consistent with any set of background rules because those rules merely fill out the details of what it is a person has to remain faithful to, or what a person's prior commitment is deemed to be" שם, בעמ' 490. לפיכך אין זה משנה לדידו אם יינקט חסם יציאה קשיח או חסם יציאה גמיש.

רוחבם של הסייגים להדירותה של ההתחייבות לתת מתנה מצומצמת ככל האפשר, מה שמדגיש עוד יותר את זכות החרטה ואת מקומה בדין הישראלי. להלן נבאר את דברינו. בררת המחלף בדין הישראלי היא שההתחייבות לתת מתנה היא הדירה, בלתי אכיפה. בסיסו של מוסד החוזה, לעומת זאת, מביא לידי כך שהחובה יקום כבררת מחלף, וזאת באמצעות תמריצים קשיחים, בדמות סעדי אכיפה ופיצויי קיום, ההופכים את החוזה לקרוב מאוד לשלב הקנייני. בסיס זה אינו קיים ככלל במוסד המתנה. בשיטות משפט אחרות המצב הפוך – הכלל הוא שההתחייבות לתת מתנה היא אכיפה, אך בהתקיים נסיבות מסוימות תיהפך ההתחייבות להדירה.<sup>101</sup> לניסוחה של בררת המחלף יש חשיבות רבה הן מבחינה משפטית והן מבחינה חברתית. בררת המחלף כהסדר דיספוזיטיבי משמשת לעיתים, לדעת כותבים שונים, להכוונת ההתנהגות לנורמה החברתית הרצויה. לפי גישה זו, אנו צופים בהכוונת התנהגות שונה בשני סוגי ההתחייבויות.

יתר על כן, ההתחייבות לתת מתנה בדין הישראלי היא כאמור **הדירה באופן מוחלט**. זכות החרטה השמורה למתחייב אינה תלויה נסיבות. התחייבותו של פרט להעביר מתנה היא חסרת נפקות מעשית, שהרי המתחייב יכול לחזור בו בכל עת וללא כל סיבה. זכות החרטה היא "אינסופית". אומנם, בדין הישראלי קיימים סייגים אשר יכול שיביאו לידי כך שזכות החרטה תאויץ, כך שההתחייבות לתת מתנה תהא בלתי הדירה וניתנת לאכיפה, אך הם מצומצמים ביותר לטובת חיווך זכות החרטה, שהיא "כלל בררת המחלף". הסייגים הם הסתמכות ברורה ומשמעותית של מקבל ההתחייבות<sup>102</sup> או ויתור (בכתב) על זכות החרטה מצד המתחייב.<sup>103</sup> אין אפשרות בדין הישראלי להביא לידי אי-הדירותה של ההתחייבות באמצעים אחרים, לרבות באמצעות מסמך נוטריוני חתום או כל אמצעי צורני מהותי,<sup>104</sup> דוגמת הקיים במשפט המקובל.

101 ראו ס' 855 ו-953 לספר החוקים הצרפתי (Fr.) (CODE CIVIL [C. CIV.]), ס' 519 ו-530 (1) לספר החוקים הגרמני (Ger.) (BÜRGERLICHES GESETZBUCH [BGB]), וס' 250 לקודקס האזרחי השווייצרי (Switz.) (SCHWEIZERISCHES ZIVILGESETZBUCH [ZGB]).

102 ראו מרדכי אלפרדו ראבילו **פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טרסקי – חוק המתנה, תשכ"ח-1968** 362 (מהדורה שנייה, 1996). ראבילו מדגיש כי אין מדובר בהסתמכות גרידא, אלא בשינוי מצב עקב ההסתמכות, ולפי פרשנותו, "לא כל שינוי שולי וקל-ערך חוסם חזרה מן המתנה".

103 מצב של איוץ זכות החרטה והפרתו על ידי המתחייב יגרור סנקציה כלפי המתחייב. אולם, בניגוד למצב החוזי הרגיל, הסנקציה שתינקט כלפי המתחייב אינה בהכרח אכיפה. אומנם, בהתאם לדיני התרופות בדין הישראלי זוהי הסנקציה המועדפת, אולם נראה כי בסיטואציה המתנתית לא כך הוא הדבר. ראו שם, בעמ' 354-355. ראבילו מציין כי במקרה שבו עברה ההתחייבות לעיזבון, הסעד המתאים הוא אכיפה. ראו גם שם, בעמ' 34. אולם מדבריו של ראבילו עולה כי במקרים אחרים קיים מנעד של סעדים מתאימים, **יש לבחור מתוכו סעד שיבטיח כי הנותן לא יסבול עקב נדיבותו**. ראו גם מיגל דויטש "הרווייה של דין המתנה בקודקס" **משפט ועסקים** ד 321, 325 (2006); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ד 228-230 (2011).

104 על אף דרישת כתב קוגנטית מהותית בהתחייבות לתת מתנה, בדומה להסדרים אחרים הדורשים שיקול דעת מהפרט לפני שהוא מתחיל בפעולה המשפטית (עסקת מקרקעין, ויתור על טענת התיישנות וכדומה), קיום הדרישה אינו מאיץ את הדירות ההתחייבות. ראו דנ"א 1522/94 **ניגר נ' מיטלברג**, פ"ד מט(5) 314 (1996), הקושר את דרישת הכתב עם מבחן הכוונה ליצור יחסים

אולם בכך לא סגוי. בדין הישראלי קיימים "סייגים לסייגים", אשר מכוננים מחדש את זכות החרטה והופכים את ההתחייבות שוב להדירה. סייגים אלה הם התנהגות מחפירה של מקבל ההתחייבות ושינוי לרעה במצבו של המתחייב. יוצא מכך שלזכות החרטה יש מעמד עליון (אם כי לאחר מעבר הנכס למקבל, קרי במעבר לשלב הקנייני, אין עוד כל משמעות כמובן להתנהגות מחפירה או לשינוי מצב לרעה). בכך מתקבע באופן ברור כי אומנם השלב האובליגטורי מכונה "חווה מתנה", אבל בעוד מתנה אולי יש, חווה – אין. לא זו אף זו, פרשנותם של הסייגים וה"סייגים לסייגים", כפי שעולה בפסיקה הישראלית, צועדת באותו כיוון של דחיית כל אפשרות למעטפת חוזית קשיחה או זכר לכך. בפרשת וייסר נ' שביט<sup>105</sup> דן השופט טירקל, במסגרת דעת הרוב, בחריגים לכלל המעניק זכות חרטה למתחייב לתת מתנה. חריגים אלה יש לפרש לשיטתו בצמצום עד כמה שאפשר, כדי לא לפגוע בכלל. אולם ב"חריגים לחריגים" (הרעה כלכלית והתנהגות מחפירה) יש מקום לפרשנות רחבה, שהרי ה"חריג לחריג" מחזירנו אל הכלל הבסיסי, שראוי לפרשו בצורה רחבה לאור תכליתו של ההסדר המשפטי. מהיכן גישה זו נובעת?

"שאלת המוצא היא כיצד רואים את ההתחייבות לתת מתנה בעתיד, שנעשתה כחוק במסמך בכתב, לרבות הוויתור על הזכות לחזור ממנה: האם כהתחייבות 'דמוית חווה' בין שני צדדים שמעמדם שווה, או דומה, שעליה שורה רוח העיקרון הבסיסי ש'חוזים יש לקיים'; או שרואים אותה כהתחייבות חד-צדדית מצדו של הנותן, שהיא בגדר מעשה צדקה וחסד שעושה הנותן עם המקבל...?"<sup>106</sup>

על דחיית המעטפת החוזית ניתן אולי ללמוד עוד יותר מדעת המיעוט, שמייצגת ניסיון להימנע מדחייה מוחלטת של דוקטרינה חוזית. לפי עמדתו של השופט לוי, דווקא משום שהחריג לחריג מביאנו לחיזוק זכות החרטה, יש לפרשו בצמצום. לאחר שאנו מצויים כבר בשלב שבו המקבל הסתמך (או בשלב שבו המתחייב ויתר על זכות החרטה), אי-אפשר ליתן פרשנות רחבה לחריג אשר מעניק למעשה למתחייב זכות גורפת לחזרה מן ההתחייבות, בלא קשר לויתור או להסתמכות:

"אמנם, ההתחייבות למתן מתנה ניתנת ללא תמורה מצדו של המקבל, אך אין פירושו של דבר שאין הוא מסתמך עליה. הסתמכות זו הינה תולדה של פעולתו של הנותן אשר נעשתה מרצונו החופשי והמלא, אשר אף ניתן לו ביטוי בכתב

משפטיים. אולם בקיום הדרישה הצורנית אין עדיין כל כוח לסייע להתחייבות המתנתית ליהפך מהדירה לבלתי הדירה.

105 ע"א 350/96 וייסר נ' שביט, פ"ד נב(5) 797 (1999).

106 שם, בעמ' 812.

(שכאמור מהווה דרישה מהותית לתוקפה של ההתחייבות...). אין מקום אפוא לפתוח פתח כרוחבו של אולם לפגיעה בציפיות אלו.<sup>107</sup>

בעוד בשיטות אחרות יש מקום לומר כי הכלל שואף לאכיפה, בדין הישראלי הכלל שואף לאי-אכיפה.<sup>108</sup> ייחודה של זכות החרטה בדין הישראלי בשלב ההתחייבות בולט במיוחד על רקע העדרה בשלב גמר המתנה, קרי, בשלב הקנייני. העדר זה אינו דבר של מה בכך. הוא יוצר עיוות שעליו כבר עמד טדסקי, בציינו כי מבטיח מתנה שפיגר בקיום התחייבותו רשאי לחזור מן ההתחייבות, בעוד מבטיח אשר מיהר לקיים את התחייבותו אינו רשאי לחזור בו, וכי "התוצאה היא בלתי מוסרית כי על ידה ניתן פרס למפגר לעומת המקיים".<sup>109</sup>

מן המקובץ עולה כי הקונסטרוקציה החוזית אינה מוחלת הלכה למעשה על ההתחייבות לתת מתנה, שהרי אין כל משמעות אמיתית להתחייבות – אין במצב הרגיל נפקות בפועל לנטילתה.<sup>110</sup> אין יסוד של אכיפות להתחייבות המתנתית. לכן קשה לקבל את ניסוחם של פרידמן וכהן לגבי מתנה, שלפיו מדובר ב"חוזים שאי קיומם אינו מהווה כלל הפרה".<sup>111</sup> זוהי הגדרה אשר לכל הפחות אינה ממצה; אם השלב האובליגטורי אינו מוליך לכך שהפרתו נחשבת להפרה – וממילא לא ייגזרו סעדים המיועדים לתמרץ שלילית את ההפרה – אזי אין למעשה שלב אובליגטורי. ואם אין שלב אובליגטורי, איה החוזה? למעשה, כאשר נשאלת השאלה מהי נפקות ההתחייבות, מה התוקף שיש להתחייבות (שהרי צלחנו את מבחני הכניסה, כולל דרישת הכתב המסייעת למבחן הכוונה ליצירת יחסים משפטיים), התשובה היא כי **אין כל תוקף להתחייבות והיא אינה אכיפה**. אין להתחייבות נפקות מעשית שמקנה לה המשפט, להבדיל מהנפקות המרשימה הקיימת להתחייבות החוזית הרגילה. למעשה, הנפקות היחידה המצויה בספרות ומגובה על ידי הפסיקה היא שבסיטואציה שבה ניתנה התחייבות והמתחייב נפטר, יש מקום להפוך את ההתחייבות לבלתי הדירה. גם אז הסיבה לכך אינה שינוי שחל בתפיסת מהותה של ההתחייבות, שפתאום "הצמיחה לה" כוח משפטי חדש, אלא שזכות החזרה היא אישית ושמורה למתחייב בלבד.<sup>112</sup>

107 שם, בעמ' 810.

108 ראו לעיל ה"ש 103.

109 ג' טדסקי "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968" **משפטים** א 639, 645 (1969). פתרון לפרדוקס זה יושג באמצעות צמצום הפער ההגנתי שבין שני השלבים. צמצום זה יכול שיעשה על ידי הגברת ההגנות בשלב הקנייני או על ידי צמצום ההגנות בשלב ההתחייבות.

110 לדרישה הצורנית כאשר היא נדרשת, דוגמת דרישת הכתב בדין הישראלי, כאמור לעיל בה"ש 104, אין כל משמעות לעניין הפיכת ההתחייבות לתת מתנה מהדירה לבלתי הדירה.

111 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 368.

112 ראו ע"א 1330/93 **אלבו נ' אלבו** (פורסם באר"ש, 12.6.1997). נוסף על כך יש לשים לב שאין כל משמעות להעברת השימוש בזכות החזרה לעיזבון, כאשר זה בוודאי יחזור מן ההתחייבות על מנת להגדיל את עצמו. ראו גם ראבילור, לעיל ה"ש 102, בעמ' 34: "העיזבון לא יהיה רשאי לחזור בו מן ההתחייבות במקומו של הנותן, ואם לא יבצע את ההתחייבות, הרי שהסעד המתאים הוא אכיפה".

למעשה, כאשר המשפט אינו אוכף את ההתחייבות לתת מתנה, התייחסותו דומה ליחס שהוא נוקט כלפי הסכם ג'נטלמני, כהסכם שאינו יוצר חובה משפטית: "ניתן לומר כי המשפט אדיש לקיומם. המשפט לא יתערב כדי להחזיר לקדמותו את מה שנעשה; אף לא כדי לצוות על עשייתו של מה שלא נעשה."<sup>113</sup> אומנם, זיהוי של הבטחת המתנה כחוזה ג'נטלמני נראה מוגזם ומרחיק לכת, אולם אין הוא מופרך בהכרח, שהרי בשיטות שבהן אין כל אפשרות לאכיפה (ואולי אף לפי השיטה הישראלית) אין שוני בין השניים, ואנו סבורים כי אף בשיטות שבהן תוקיים אכיפה בכפוף לנסיבה ספציפית בלבד השוני אינו רב כל כך. סוף דבר, הקו המבחין הוא אם המשפט מתערב כדי להביא לידי אכיפה או לא. הדמיון של חוזה מתנה ברוב השיטות לחוזה הג'נטלמני גדול מהדמיון שלו לחוזה שאינו מתנתי, אשר נאכף כעניין שבשגרה. למעשה, ביד אחת הדין הישראלי מתיימר ליתן תוקף ונפקות לאינטראקציה האמורה, בעוד בידו האחרת הוא מרוקן אותה מתוכן: התחייבות לתת מתנה, מבחינת נפקויותיה, אינה חוזה "אמיתי", והמשפט עושה שימוש יומרני במסגרת החוזית ביחס אליה.

## סיכום

דיני החוזים הרגילים מובילים כבררת מחדל לקיומה של ההסכמה האובליגטורית שבין הצדדים, באמצעות קביעה של חסמי יציאה קשיחים ככלל. בספרות קיימת מחלוקת לגבי דינו של השלב האובליגטורי במוסד המתנה, קרי, של ההתחייבות לתת מתנה: האם דינה כהתחייבות של המבקש למכור את נכסו או לא? בחינת הכתיבה המשפטית המתחייבת לאפשרות של אכיפת ההתחייבות המתנתית מעלה כמה גישות שונות.

ביקשנו לנתח את שורש המחלוקת בין הכותבים השונים לעניין אכיפת ההתחייבות לתת מתנה, ולטעון כי שורש המחלוקת הוא פונקציה של הרגישות לאפיוניו של מוסד המתנה. לשיטתנו, למוסד המתנה יש שני אפיונים מרכזיים, ולאורם בחנו את אופי ההבטחה: האחד, ההתחייבות היא של צד אחד לעסקה; והאחר, המניע והרקע לנתניה. לפי החלוקה המוצעת על ידינו, ככל שהגישה מכירה באפיוניו של מוסד המתנה ומקנה להם חשיבות, היא תבקש להתרחק מהאפיון החוזי, וככל שההפך הוא הנכון, היא תבקש להחיל את הדוקטרינה החוזית, ובמלוא עוצמתה. החולקים, כפי שהוצגו, נעים על מנעד נרחב, שהוא פונקציה של האופן שבו הם תופסים את הבטחת המתנה: גישה אחת, שהיא גישת קיצון המיוצגת באופן כללי על ידי פולר ואייזנברג, מתנגדת באופן מוחלט להחלת הדוקטרינה החוזית ולאכיפת חוזה המתנה; זאת, דווקא על יסוד תפיסתם בנוגע לאפיוניו של מוסד המתנה עצמו – מי לחיוב ומי לשלילה. גישות ביניים מבית מדרשם של ג'ן וסקוט, וכן של אייזנברג בכתיבתו המוקדמת, מגבשות עמדה על יסוד ניתוח מוסד המתנה כשלעצמו. גישות אלה מגיעות למסקנותיהן הסופיות לנוכח ההתנגשויות שבין

113 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 369.

אפיוניו של מוסד המתנה לבין הדוקטרינה החוזית, ובהתאם ל"משקלם היחסי" של שני הצדדים המתנגשים בעיני כל אחד מהכותבים. **בקצהו האחר** של המנעד מצויות גישות קיצון, המוצאות ביטוי בכתיבתם של שאוול ופריד, המעודדת את החלת הדוקטרינה החוזית ואת אכיפת ההתחייבות המתנתית. יתרונו של המודל שלנו – כמודל מסביר מתאים ושיטתי יותר מהמודל של שרודר לניתוח המחלוקת בין הכותבים – טמון בכך שהוא מסייע בניתוח בהיר של המחלוקת בדיני המתנה בכלל ובהבנת גישתו של הדין הישראלי בפרט.

ביד אחת הדין הישראלי מתיימר ליתן תוקף ונפקות לאינטראקציה המתנתית, בעוד בידו האחרת הוא מרוקן אותה מתוכן. כתוצאה מכך ההתחייבות לתת מתנה אינה מחייבת מבחינה חוזית, והמשפט עושה שימוש יומרני במסגרת החוזית בהקשר של מוסד המתנה.