

עוז לתמורה*: מעמדו הבין-מוסדי של מוסד המתנה

רונן קריטנשטיין**

מוסד המתנה טומן בחובו תרומה חיובית למערכת האנושית, המוצאת את ביטויה בפנים שונים. תרומה זו חשובה הן לחברה בכלל והן לדין בפרט, וזאת מאחר שמוסד המתנה מאפשר החדרת ערכים חיוביים וראויים, דוגמת אמון וסולידריות, שהינם ערכים חיוניים והכרחיים לחברה ולדין, במיוחד בימים שבהם לדעת רבים ערכים אלה נעדרים מהמערכות השונות.

יתר על כן, ואולי החשוב מכל, עידוד מוסד המתנה, על רעיון הנתינה שבו, חוצה באופן ברור את גבולותיו של עולם המשפט וטומן בחובו חינוך לנתינה ולאטרואיסטיות, חינוך לקיומן של נורמות חברתיות ראויות. אי-לכך על הדין, כיתר הגורמים המעצבים את החברה, לתרום את תרומתו לעידוד עולם המתנות ולחיזוקן ולביצורן של מוסד המתנה, ודרכו לחיזוקם של כל ערכי הנתינה אשר טמונים במוסד זה ומושלכים ממנו לשאר הערכים והמוסדות החברתיים.

למסקנה זו יש כמה נפקויות. מאמר זה בוחן את הנפקות בהקשר של המעמד הבין-מוסדי של מוסד המתנה, וזאת מתוך הנחה מוקדמת לכאורית כי יסוד התמורה, אשר נעדר באופן אינהרנטי והגדרתי ממוסד המתנה, מוביל לנחיתותו בכל תחרות בין-מוסדית. הנחה זו יכולה להוביל לתוצאות משפטיות לא-ראויות, אליבא דגישתנו.

* תמורה משמשת כאן בשתי הגדרותיה העיקריות: האחת - שינוי; והאחרת - "ערך דבר בכסף, מחיר במזומנים" (אברהם אבן שושן המלון החדש כרך חמישי, ערך "תמורה").

** מרצה, המרכז האקדמי כרמל, חיפה. אני מבקש להודות לברק אייזנברג על עזרה בטיטות מוקדמות של מאמר זה, למורן גליקשטיין על סיוע במחקר ולרועי שפירא על עבודתו המעולה בסיכום המשפט המשווה. כמו-כן ברצוני להודות לעו"ד מגי בר-אשר קריטנשטיין, לעמוס ישראל, לד"ר אמנון להבי, לד"ר יובל פרוקצ'יה ולקורא האנונימי על הערותיהם המועילות. תודתי נתונה גם לחברי המערכת של כתב-העת משפט ועסקים אביב גאון ושני אורן וכן לעורך סער רוסמן על עבודת עריכה מעולה ומסורה אשר השביחה את המאמר, וכמובן למשתתפי הסמינר על "מתנות וירושות" במרכז הבינתחומי הרצליה ובאוניברסיטה העברית בירושלים.

אין אנו קוראים לכך שבתחרות הבין-מוסדית ימצא עצמו מוסד המתנה תמיד וידו על העליונה, אולם אנו סבורים כי מן הראוי שאף כאשר ימצא עצמו וידו על התחתונה, ינבע הדבר מעליונותה המוסרית-הערכית של המתנה, ולא מנחיתותה. בוודאי אין מקום לקבוע כי בשל נחיתות קטגורית, הנובעת מההעדר ההגדרתי של יסוד התמורה, ימצא עצמו מוסד המתנה תמיד וידו על התחתונה. בחינת מעמדו ומקומו של מוסד המתנה אל מול מוסדות משפטיים אחרים, חוזיים ושאינם חוזיים, נעשית באמצעות עיון בארבע סוגיות שונות, הדנות בתחרות בין מוסדות משפטיים שונים בתחומי משפט שונים: בדיני הירושה, בדיני חדלות-פירעון, בדיני התחרות בין זכויות ובסוגיית דינא דבר מצרא.

מבוא

פרק א:

מוסד המתנה – תרומה חברתית וערכית

1. עוינות, אדישות ואהבה
2. מוסד המתנה – תרומה כלכלית וחברתית
3. מוסד המתנה – תרומה לדין
4. מוסד המתנה – חינוך לערכים של נתינה ונדיבות
5. הנפקות המשפטית של תמרוץ מוסד המתנה

פרק ב:

מוסד המתנה ומוסד הנשייה לחיוב מזונות

1. מטרתו ומשמעותו של הסדר טריפת המתנות על-ידי נושה לחיוב מזונות
2. הצמצומים והסייגים להסדר בסעיף 36
 - (א) מתנות הנהוגות בנסיבות העניין
 - (ב) כליון המתנה
 - (ג) מתנה ותמורה בעבר לצידה
 - (ד) כפיפותה של חובת ההשבה לשיקול-דעתו של בית-המשפט
 - (ה) הגנת צד ג
3. טריפת מתנות אל מול נשיית חוב למזונות – דין משווה
4. מוסד המתנה אל מול מוסד הנשייה לחיוב מזונות – דין מצוי ודין ראוי

פרק ג:

מוסד המתנה אל מול מוסד הנשייה בחדלות-פירעון

1. טריפת מתנות בחדלות-פירעון: הדין הישראלי – הכלל
2. טריפת מתנות בחדלות-פירעון: הדין האמריקאי והדין האנגלי – הכלל
3. החריגים לכלל בדין הישראלי
4. החריגים לכלל בדין האמריקאי
5. טריפת מתנות בחדלות-פירעון – כפירה בכלל

פרק ד:

מוסד המתנה אל מול מוסד הנשייה – גישה אחרת

1. הבחנה דו-שלבית
2. מה בין ההבחנה החד-שלבית להבחנה הדו-שלבית

פרק ה:

תחרות בין זכויות

משפט ועסקים יא, התשס"ט עוז לתמורה: מעמדו הבין-מוסדי של מוסד המתנה

1. כללי
 2. ראשון זוכה, שני ללא תמורה בוכה
 3. ראשון בזמן בעל עסקת מתנה או כיצד העדר יסוד התמורה אינו משפיע על התוצאה
 4. סוף-דבר: לא (רק) על התמורה יקום וייפול דבר
- פרק ו: דינא דבר מצרא
1. דינא דבר מצרא, מהו?
 2. מתנה ודינא דבר מצרא
 3. הרציונלים לשלילת דינא דבר מצרא בדיני מתנה
- פרק ז: סיכום

מבוא

מאמר זה חותר להבהיר את יחסם של הדין המצוי והדין הרצוי למוסד המתנה, על-ידי השוואתו למוסדות משפטיים אחרים. ההשוואה הבסיסית היא ההשוואה הפנים-מוסדית. בחינת מוסד המתנה אל מול מוסדות משפטיים אחרים מעלה כי לעיתים אותה בעיה משפטית מנפיקה תוצאה אחת כאשר היא מתעוררת במסגרת מוסד המתנה ותוצאה אחרת כאשר היא מתעוררת במסגרת מוסד חוץ-מוסדי כזה או אחר. דהיינו, אותה בעיה משפטית פנים-מוסדית – קרי, בין נותן לבין מקבל ובין מוכר לבין קונה – יכול שתנפיק תוצאה אחת כאשר היא נובעת מחוזה מתנה ותוצאה אחרת כאשר היא נובעת מחוזה מכר. שוני זה בא לידי ביטוי במוסד המתנה בהגנה הניכרת הניתנת לצד הנותן, קרי, לצד המתחייב לתת מתנה. כך, אנו מוצאים בדינים השונים יסוד צורני מהותי הנדרש לצורך כינון חוזה המתנה. אי-מילוויה של דרישה צורנית זו הופך את ההתחייבות לתת מתנה לבלתי-תקפה. דרישה זו יכול שתהיה דרישת כתב, כבדין הישראלי;¹ דרישת מסמך נוטריוני במתנות מקרקעין, כבדינים השווייצרי והספרדי;² ודרישת מסמך נוטריוני לכלל ההתחייבות לתת, בין מתנת מקרקעין ובין מתנה שאינה מקרקעין, כבדינים הצרפתי והגרמני.³ למעשה, אין אפשרות לכונן התחייבות לתת מתנה מבלי למלא דרישה צורנית כלשהי, ויפים דבריו של המלומד Zweigert על כך:

1 ס' 5 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968, (להלן: חוק המתנה). ראו גם ע"א 11/75 ועד הישיבות בא"י נ' מיכאלי, פ"ד ל(1) 639 (1975); ע"א 2215/00 ג'זרי נ' דנגור, פ"ד נו(3) 932 (2002). לא למותר לציין כי הכוונה לדרישת כתב מהותית, ולא ראייתית.

2 ראו: Co art. 243 (Switz); Código Civil [C.C.] art. 633 (So).

3 CODE CIVIL [C. civ.] art. 933 (Fr); BÜRGERLICHES GESETZBUCH [BGB] [Civil Code] § 518.

"[W]here a person promises to effect gratuitous transfer of money or property without getting anything in return the promise is valid only if some form is observed, be it notarization, writing or a deed."⁴

ביטויים להגנה ניכרת על נותן המתנה ניתן למצוא אף בעצם קיומה של זכות החרטה, השמורה למתחייב לתת מתנה, זכות זו מבדילה עדי-מאוד את החוזה המתנתי מהחווה המסחרית. היא מאפשרת למתחייב לתת מתנה לחזור בו מהתחייבותו. משמעותה של זכות זו היא שההתחייבות לתת מתנה אינה אכיפה, ובכל עת המתחייב יכול להודיע כי הוא אינו מעוניין לתת את מתנתו או לחלופין לא להודיע דבר ולא לשכלל את התחייבותו לכלל מתנה מוגמרת. דהיינו, בניגוד גמור לחווה עסקית, הסכמתו של מקבל ההתחייבות – קרי, קיבול של הצעת ההתחייבות – אינה שוללת מן המתחייב את הזכות לחזור בו מהתחייבותו. זכות זו, אשר פוגעת באופן ישיר בערך "הבטחות יש לקיים ותמיד"⁵, הינה זכות השמורה לצד המתחייב לתת מתנה במסגרת חוזה מתנה בלבד. היא מאפשרת למתחייב לערוך "מקצה שיפורים" נוסף בנוגע להחלטתו בטרם תיחסם אפשרות החרטה שלו. נדגיש, זכות החרטה אינה דורשת כל נימוק, סיבה או הצדקה. בכך עומדת למתחייב האפשרות לחזור בו מהחלטתו אם קיבל, למשל, את החלטתו בחופזה וללא מחשבה מעמיקה וכעת הוא מבקש להתחרט ולחזור בו.⁶

מאמר זה לא יעסוק בהיבטים הפנים-מוסדיים של מוסד המתנה ובהצדקות הנורמטיביות לאותם היבטים, אלא יעסוק בהיבטים הבין-מוסדיים. דהיינו, מאמר זה יבחן את התחרות בין מוסד המתנה לבין מוסדות משפטיים אחרים. השאלה שתיבחן היא אם בעיה משפטית המתעוררת במסגרת תחרות בין מוסד המתנה לבין מוסד משפטי אחר תנפיק תוצאה שונה מזו שתיווצר אם אותה בעיה משפטית תתעורר במסגרת תחרות בין מוסד המכר החוזי לבין מוסד משפטי אחר. באמצעות ההשוואה הבין-מוסדית נבקש לעמוד על מעמדו של מוסד המתנה.

בפרק הבא אראה כי הגישה התיאורטית הרווחת למוסד המתנה הינה גישה עוינת או אדישה. באופן דומה רווחת התפיסה שהדין מעניק עדיפות לחווה המסחרית על חווה המתנה, וכי באופן כללי, בהתמודדות ישירה בין מוסד המכר החוזי לבין מוסד המתנה, האחרון יוצא וידו על התחווה. גישה זו כלפי מוסד המתנה נובעת מיסוד התמורה – או ליתר דיוק העדר התמורה – הטמון במוסד המתנה. דהיינו, העדר תמורה מקבע את נחיתותו של מוסד המתנה אל מול כל מוסד משפטי אחר – חוזי או לא-חוזי.

הנחת-היסוד של מאמר זה היא שמוסד המתנה אינו נחות קטגורית ממוסדות משפטיים אחרים. למוסד המתנה יש חשיבות מבחינה תיאורטית, תרבותית וכלכלית. לאחר שתוצג תפיסה זו בקצרה בחלק הבא, יבקש שאר המאמר לבחון את יחסו של הדין הקיים למתנה ואת יחסו של הדין הרצוי בסוגיה האמורה.

4 (KONARD ZWEIFERT & HEIN KOTZ, INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW 392 (1998))

5 ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) (1988).

6 אם כי לשון הסעיף מתירה למתחייב חזרה בכל מקרה, כמובן, אף אם קיבל את החלטתו לאחר מחשבה מעמיקה.

לגישתנו, אין מקום לקבוע כי העדר התמורה מקבע את נחיתותו של מוסד המתנה. אין הכרח אף לקבוע קטגורית כי ידו של מוסד המתנה תהא על התחנתונה בכל מאבק משפטי אל מול מוסד משפטי אחר בכלל, ומול מוסד המכר החוזי בפרט. יתר על כן, גם במצבים שבהם ניווכח אף אנו כי ידו של מוסד המתנה על התחנתונה, או נבקש ליצור תוצאה כזו, לא ילמד הדבר כי נחיתות א־פריורית היא אשר הובילה לתוצאה האמורה, אלא התוצאה תהיה מוצדקת דווקא מתוך הכרה במאפייני המתנה ובערכיותם.

בין לבין נבקש להציע גישה ראויה לבחינת התחרות בין מוסד המתנה לבין מוסדות נשייה. גישה זו תבקש לבחון את המתנה על-פי מניעה ואפיונה האמיתיים, מלבד היותה כמובן מתנה אמיתית, ולא מתנת-תרמית. את הגישה הזו כינינו "גישת ההבחנה הדו-שלבית", להבדיל מ"גישת ההבחנה החד-שלבית", המבקשת להבחין בין מתנות לבין מתנות-תרמית.

את האמור לעיל נבחן באמצעות ארבע סוגיות שונות הדנות בתחרות מוסדית ברורה בין מוסד המתנה לבין מוסדות משפטיים אחרים – שלוש סוגיות מהדין הישראלי וסוגיה מעניינת אחת מהדין העברי. בארבע הסוגיות האמורות קיימת התמודדות בין-מוסדית ברורה בין מוסד המתנה לבין מוסדות משפטיים אחרים. ארבע הסוגיות הינן מתחומי המשפט השונים: בדיני ירושה נבחן את התמודדותו של מוסד המתנה אל מול מוסד הנשייה לחיוב מזונות; בדיני פשיטת-הרגל נבחן את התמודדותו של מוסד המתנה אל מול נושה בחדלות-פירעון; בדיני העסקות הנוגדות נבחן התמודדות ישירה של מוסד המתנה אל מול מוסד המכר;⁷ ולבסוף נבקש לבחון את המעמד הבין-מוסדי של מוסד המתנה בדין העברי, שבו נמצא גישה ברורה המכירה בערכיותה של המתנה. בחינה זו תיעשה בסוגיית "דינא דבר מצרא".

לטעמנו, הדין חייב להתערב במערכות המתנתיות, תוך עידוד קיומו של עולם זה. דרושה התייחסות פעילה שאינה אדישה לעולם המתנות, קל וחומר שאינה עוינת אותו. למוסד המתנה יש תרומה ערכית חברתית-תרבותית רבה ביותר, כמו גם תרומה בפנים שונים של מערכות החיים. לכן התערבותו של הדין צריכה להיעשות תחת הנחה המכירה בתרומתו המוסרית-הערכית של עולם זה ובתרומתו הרבה לעיצוב הנורמות הראויות בחברה בכלל ובדין בפרט.

אך בטרם נעשה כן נבקש לעמוד על גישתנו בדבר חשיבותה הערכית החברתית-התרבותית של המתנה ועל הזיקה שבין חשיבות זו לבין תוצאות העימות בין מוסד המתנה לבין מוסדות משפטיים אחרים.

7 חשיבותה של סוגיה זו נובעת הן מהתמודדות הישירה בין מוסד המתנה לבין מוסד המכר החוזי-העסקי והן מהייחוס הגבוה שיסוד התמורה זוכה בו דווקא בסוגיה זו, אשר מקבע, לכאורה לפחות, את מעמדו של מוסד המתנה.

1: מוסד המתנה – תרומה חברתית וערכית

1. עוינות, אדישות ואהבה

קיימות דעות שונות בספרות המשפט לגבי הזיקה שבין הדין והמשפט לבין עולם המתנות, החל בהתייחסות עוינת, המשך באדישות מוחלטת וכלה בהתייחסות אוהדת, אם כי בוו האחרונה, יש להדגיש, מדובר בדעות יחידאיות. התייחסות עוינת מוצאת את ביטויה, בין היתר, בפרשנות המוענקת בספרות המשפטית לכך שהדין ממאן לאכוף התחייבות לתת מתנה. ההתחייבות לתת מתנה נתפסת כדוגמה הטובה ביותר לסוג ההתחייבויות אשר אינן נאכפות משפטית.

"The most significant class of promises unenforceable for lack of consideration is made up of purely gratuitous (or gift) promise — promises for which there has been no exchange at all."⁸

אין ספק שהתייחסות שלילית למעמדה ולתרומתה של המתנה בכלכלה ובחברה, מן הבחינה הערכית, היא העומדת בבסיסם של הנימוקים התוכניים למניעת האכיפה או לפחות בבסיס חלקם. לדברי Fuller,⁹ למשל, בעוד עסקת החליפין העסקי "conduces to the production of wealth and the division of labor",¹⁰ עסקת המתנה היא "sterile transaction",¹⁰ דהיינו, עסקה עקרה, עסקה שאינה תורמת לפעילות הכלכלית. Posner מצייין באופן דומה כי הדין נמנע מלאכוף התחייבות לתת מתנה, לעומת התחייבויות עסקיות, בשל השוני במטרתה של כל אחת מהן. בעסקת החליפין המסחרי המטרה היא "to facilitate

8 E. ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS 50 (3rd ed. 2004). ראו גם: JOHN

D. CALAMARI & JOSEPH M. PERILLO, THE LAW OF CONTRACTS 166 (4th ed. 1998): "The starting point is that donative promises generally are not enforced"

9 Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 COLUM. L. REV. 799 (1941). פולר מצייין נימוקים תוכניים ונימוקים צורניים העומדים בבסיס המניע לאכיפת התחייבות. הוא קובע כי נימוקים אלה נעדרים בהתחייבות לתת מתנה, ולכן מגיע למסקנה כי אין לאכוף התחייבות זו.

10 פולר שאב מושג זה מכותב צרפתי בשם Claude Buffnoir, אשר התבטא כך בספרו: CLAUDE BUFFNOIR, PROPRIETE ET CONTRACT 487 (2nd ed. 1924). ראו Fuller, שם, בעמ' 815, ה"ש 23. ראו גם: David Gamage & Allon Kedem, *Commodification and Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundation*, 73 U. CHI. L. REV. 1299, 1311 (2006).

the movement of resources, by voluntary exchange, to their most valuable uses"¹¹

- מטרה שאינה קיימת בעסקת המתנה.¹²

יתר על כן, העובדה ששני סוגי ההתחייבויות - דהיינו, העסקיות והמתנתיות - מוליכים לתוצאה שונה מעידה, לדעת רבים, כי מעמדן של ההתחייבויות לתת מתנה נמוך יותר, וכי כך החברה מבקשת לראות את מוסד המתנה כולו.¹³ במאמר מאלף חילקה Schroder את הכותבים על המתנה לשני סוגים: ה-"utilitarian וה-"romantic. התועלתניים משקיפים על מוסד המתנה בעיניים אדישות עד שוללות, ואילו הרומנטיים משקיפים עליו בעיניים אוהדות ואוהבות, ורואים בו מוסד אשר "not merely fundamentally different from the market regime of contract, but superior"¹⁴.

מאמר זה יוצא מנקודת-הנחה אשר קרובה לגישתם של הרומנטיים.¹⁵ על בסיס הנחה זו נטען כי מוסד המתנה ראוי לתמרוץ ולעידוד על-ידי הגורמים המעצבים את החברה, וביניהם עולם המשפט. אין זה המקום להרחיב בניסיון להכריע בין הגישות החלוקות האמורות, אולם פטור בלא-כלום אי-אפשר, ולכן בשורות הבאות נבקש להצביע בקצרה על תרומתו של מוסד המתנה בשלל היבטי החיים השונים.

2. מוסד המתנה - תרומה כלכלית וחברתית

מוסד המתנה ממלא תפקיד חיובי ביותר מן הבחינה הכלכלית, שכן למתנות יש תפקיד חשוב בסוגיית ההעברות הבין-דוריות. בסוגיה זו המתנה משמשת זרז לצמיחה ולהתפתחות מקרו-כלכליות.¹⁶ נוסף על כך, חלק מהמתנות מגלמות ניצול טוב יותר של המשאבים

11 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 96 (4th ed. 1992)

12 כמו-כן, דאוסון מציין כי: "In the common law the starting point is that most promises of gift are wasted words, and it is only their performance that counts" JOHN P. ראו:

DAWSON, GIFT AND PROMISES: CONTINENTAL AND AMERICAN LAW COMPARED 2 (1980)

13 Jane B. Baron, *Gifts, Bargains and Form*, 64 IND. L.J. 155 (1988-1989). ראו גם Fuller, לעיל ה"ש 9, וכן FARNSWORTH, לעיל ה"ש 8, בעמ' 362. כן ראו את דבריו של DAWSON, לעיל ה"ש 12.

14 Jeanne L. Schroeder, *Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gift*, 46 UCLA L. REV. 815, 824-825 (1999). ראו גם Gamage & Kedem, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1311 ואילך.

15 יש לציין כי גישתו של כותב המאמר קרובה גם לדעה כי אלטרואיזם אכן קיים ומצוי. מאמרים רבים נכתבו בסוגיה זו. אחד המעניינים מביניהם, המביע גישה ייחודית, הוא מאמרו של ריצ'רד אפשטיין, המציג ניתוח כלכלי של האלטרואיסטיות. ראו: Richard A. Epstein, *The Human and Economic Dimensions of Altruism: The case of Organ Transplantation* (2008), papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1087143.

16 להרחבה ולעיון נוסף השוו: Elon Kohlberg, *A Model of Economic Growth with Altruism*; Laurence J. Kotlikoff & Roger Gordon & Hal Varian, *Accumulation*, 89 J. POL. ECON. 706 (1981); Laurence H. Summers, *The Role of Intergenerational Transfers in Aggregate Capital*, 13 J. ECON. THEORY 1 (1976). כן ראו: between Generations.

המוקצים בחברה. למשל, במצבים שונים התועלת השולית שמקבל מתנה פילנתרופית מפיק גבוהה לאין שיעור מהתועלת השולית שנותן המתנה מפיק מהנכס המועבר,¹⁷ כך שמן הבחינה הכלכלית אין ספק שקיים יתרון רב במוסד המתנתי. יתרון זה בא לידי ביטוי בדין, המבקש לעודד סוגים שונים של מתנות שהוא חפץ ביקרן מן הבחינה הכלכלית.¹⁸ התרומה הכלכלית אינה השאור שבעיסה. מוסד המתנה ממלא תפקיד חשוב מאין כמוהו אף מן הבחינה החברתית. המערכת המתנתית טומנת בחובה ערכים דוגמת סולידריות, הדדיות ואמון, אשר נדרשים ונוצרים בין פרטים המתקשרים בעסקת מתנה. על המשמעות החברתית העצומה של מוסד המתנה, כיסוד אשר מכונן, מתחזק ומשמר שיתוף-פעולה, סולידריות ואף אמון, ניתן ללמוד מתיאוריו ומניתוחיו של Malinowski, אשר חקר את טקסי הקולא בקרב הילידים באיים הטרובריאנדיים.¹⁹ תופעת הקולא הינה מתנה טקסית הניתנת בהתאם לכללים ולחוקים מסוימים. מוסד זה יוצר קשר וזיקה בין פרטים במבנה גיאוגרפי המשתרע על-פני מאות קילומטרים של שטחי האוקיינוס השקט. עסקות המתנה מלוות תמיד טקסים שונים, וממלאות תפקידים שאינם כלכליים גרידא, ואולי אף לא כלכליים כלל. כל מטרתן היא חברתית והתנהגותית – לחזק את הקשר שבין תושבי האיים השונים. מוסד הקולא "מצמצם" למעשה את המרחקים העצומים, ומעקר את משמעות המרחק בכל הנוגע בזרות ובאי-שיתוף-פעולה. באמצעות הקולא ניתן להגביר את הקרבה, שיתוף-הפעולה וההדדיות שבין התושבים באותם איים שונים, המצויים במרחקים

¹⁷ *Intergenerational Risk Sharing*, 37 J. Pub. Econ. 185 (1988), הגורסים כי העברות בין דוריות מאפשרות פיזור של נזקים עצומים – דוגמת אלה הנגרמים על-ידי אסונות עולמיים בלתי-צפויים או משברים כלכליים חריפים – על-פני כמה דורות, וכך מונעות מצב שבו דור אחד "ייאנק" לבדו תחת נטל המעמסה. להרחבה ראו רונו קריטנשטיין מוסד המתנה: מדין יחיד לדינים רבים (עבודת גמר לתואר "דוקטור במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2005). יש לציין כי קיימות דעות המבקשות בצורה כזו או אחרת להתערב בדרך ההעברות הבין-דוריות, בדרך-כלל לצורך חלוקתן לדור הבא בצורה שוויונית יותר. דבר זה בא לידי ביטוי בדרך-כלל במיסוין של העברות בין-דוריות. הד לדבר זה ניתן לראות בדוח הוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה (דוח ועדת בן בסט). ראו גם אבי בן בסט "הצעת רפורמת המס 2000" רפורמות מס 35, 51-54 (דוד גליקסברג עורך, 2005): "הנימוק השני הוא הרצון לצמצם את העברת אי השוויון מדור לדור – שהרי העברת העושר הבין דורית היא אחד המנגנונים העיקריים להגברת העברתו של אי השוויון מדור לדור – ובכך להגדיל את שוויון ההזדמנויות בחברה." לדעה אחרת ראו: Joseph E. Stiglitz, *Notes on Estate Taxes, Redistribution, and the Concept of Balanced Growth Path Incidence*, J. Pol. Econ. 86 (1978).

17 הסבירות נותנת כי היתרון היחסי המופק על-ידי נכד או בן – מקבלי המתנה הבין-דורית – גבוה מהיתרון היחסי שהורה או סב מפיקים מהנכס המועבר.

18 דוגמת עידוד תרומות שהמחוקק חפץ ביקרן באמצעות דיני המס.

19 BRONISLAW MALINOWSKI, *Argonauts of the Western Pacific: An Account of Native Enterprise and Adventure in the Archipelagoes of Melanesian New Guinea* 81 (1922).

עצומים זה מזה. מוסד הקולא מאפשר יצירת מערכת יחסים רחבת-היקף הן מבחינת השטח והן מבחינת קבוצות האנשים, באמצעות "binding them with definite ties of reciprocal obligation".²⁰ ניתן לומר כי הקולא הינה מנגנון סוציולוגי רחב-היקף המיועד כל-כולו ליצור ולתחזק שיתוף-פעולה והדדיות. התוצאות האמורות – קרבה, הדדיות וכולי – באות לעולם הודות למוסד המתנה הטקסית. ללא מוסד זה הייתה נותרת זרות בין הקבוצות והאנשים השונים, המרחק היה נותן את אותותיו, וכל שיתוף-פעולה, ולו מינימלי, לא היה בא כלל לעולם. המתנה הטקסית לא רק מצמצמת את המרחק ויוצרת קרבה, היכרות ושיתוף-פעולה, אלא אף בונה אמון וסולידריות בין השותפים למוסד זה.²¹ הקולא נועדה בראש ובראשונה "to display, to share, to bestow the deep tendency to create social ties through exchange of gifts"²²

מתן מתנות בתחילתו של קשר יכול להפיג תחושת אי-אמון ולאפשר שיתוף-פעולה טוב יותר.²³ הפגת אי-האמון מובילה לשיתוף ולהדדיות,²⁴ ואילו הדדיות בתורה בונה סולידריות ואמון.²⁵ לכן לעולם המתנות יש תפקיד חשוב ביצירת אמון בין פרטים מתקשרים

20 שם, בפרק הסיום, בעמ' 510.

21 מעניין שקפלו מציין כי תופעת הקולא קיימת עדיין. ראו: Theodore Caplow, *Christmas Gifts and Kin Networks*, 47 AM. SOC. REV. 383, note 3 (1982).

22 MALINOWSKI, לעיל ה"ש 19, בעמ' 175.

23 ראו: Lorne H. Carmichael & W. Bentley Macleod, *Gift Giving and the Evolution of Cooperation*, 38 INT'L ECON. REV. 485, esp. § 2.4 at 497 ff. (1997). כן ראו: C. Camerer, *Gifts as Economic Signals and Social Symbols*, 94 AM. J. SOC. 180 (1988).

24 רעיון דומה נמצא אף במוסד המתנה בחברות אחרות. "The primary function of spontaneous giving, although rare in some villages, is to establish friendliness. It is a way of indicating a desire for continuing informal social relationship" ראו: Ralph L. Beals, *Gift Giving, Reciprocity, Savings, and Credit in Peasant Oaxaca*, 26 SW. J. ANTHROPOLOGY 231, 232 (1970). כן ראו נורית בירד-דוד "הסביבה הנדיבה: היבט שונה על השיטה הכלכלית של מלקטים-ציידיים" החוויה הבין-תרבותית: מקראה באנתרופולוגיה 155 (משה שוקד ושלמה דשן עורכים, 1998). בירד-דוד סקרה וניתחה את שבטי הבאל והמולוקורמובה בהודו, וגילתה כי העברת מתנות מפרט א לפרט ב, מפרט ב לפרט ג וכן הלאה יצרה "נתיבים של חובות נתינה המחברים בין אנשים במארג סבוך של יחסי הדדיות".

25 האמון כמוסד חברתי מודגש הן על-ידי בלאו (ראו: PETER M. BLAU, EXCHANGE AND POWER (1964) 97, 104 (in SOCIAL LIFE), הן על-ידי לוי-שטראוס (ראו: CLAUDE LEVI-STRAUSS, THE ELEMENTARY STRUCTURES OF KINSHIP 265 (1969) והן על-ידי מוס (ראו מרסל מוס מסה על המתנה: צורתו וסיבתו של החליפין בחברות הארכאיות (אילנה סילבר עורכת, הילה קרס מתרגמת, 2004)). שלושת הכותבים מדגישים את היות האמון ערך מרכזי ועיקרי בתיאוריית החליפין החברתי. אומנם, כפי שמציין אקה, קיים הבדל בין לוי-שטראוס ומוס לבין בלאו. ראו: PETER P. EKEH, SOCIAL EXCHANGE THEORY: THE TWO TRADITIONS 175 (1974). לפי לוי-שטראוס ומוס, האמון הינו מרכיב הכרחי במערכת שהם מתארים, בדומה להדגשתנו כי במערכת המתנתית האמון הינו יסוד הכרחי. לפי בלאו, לעומת זאת, מערכת החליפין החברתי נועדה לבנות אמון בין הפרטים, קרי, האמון הינו תוצאה של המערכת, ולא

בפרט ובמערכות יחסים חברתיות ככלל.²⁶ עולם המתנות הינו מרכיב חשוב אף בתחזוקו ובשמירתו של אותו אמון.

במסה על המתנה מאת מרסל מוס²⁷ מדגיש המחבר את חשיבותה של המתנה. כבר בעמוד הראשון למסתו ניתן לחוש בחשיבותה הערכית, אשר יוצאת מגדרי ההדדיות, הסולידריות והאמון, ופונה לרכיבים עמוקים יותר בהתנהגות האנושית המיוחסת למתנה. בצטטו מפואמה עתיקה, הוא קובע כי "...כל אלה המשיבים זה לזה מתנות נשארים חברים לזמן רב". מתוך הנחה שחברות הינה ערך שיש לטפח, לעודד ולתמרץ, ברי כי גם המתנות המביאות לידי גיבושו של ערך זה הינן מושא לעידוד ולתמרוץ. בהמשך הוא אומר:

"המתנות אינן משמשות לאותה מטרה כמו המסחר או החליפין בחברות המפותחות יותר. המטרה היא בראש ובראשונה מוסרית, והתכלית היא ליצור תחושת ידידות בין שני אנשים המעורבים בדבר..."²⁸

3. מוסד המתנה – תרומה לדין

תרומתו של מוסד המתנה לכינונם ולביצורם של ערכים דוגמת אמון וסולידריות חשובה אף לדין, כפי שעולה מדבריהם של מאוטנר ובוקשפן.²⁹ במערכת החזונית-המסחרית האמון הכרחי. ראשית, ככל שרמת האמון והסולידריות בין מתקשרים חוזיים עולה כן ניתן להשיג חיסכון בעלויות ההתקשרות, שכן אין צורך לפרט כל תניה ותניה בפרוטרוט, וכן אין צורך ליצור הגנה בעבור כל תניה ותניה.³⁰ במצב של חוסר אמון או אמון מוגבל יש צורך לפרט כל תניה בהתקשרות "ברחל בתך הקטנה".³¹ זאת ועוד, רעיון האמון הכרחי אף ביתר שאת

יסוד בה. ברם, בין שנקבל את גישתם של מוס ולוי-שטראוס ובין שנקבל את גישתו של בלאו, נימצא למדים על חשיבותו של מוסד האמון לקיום מערכת חברתית בכלל ומערכת חליפין חברתי בפרט.

26 ראו: Alvin W. Gouldner, *The Norm of Reciprocity: A Preliminary Statement*, 25 *Am. Soc. Rev.* 161, 176–178 (1960).

27 מוס, לעיל ה"ש 25. קפלו מכנה את ספרו של מוס "the best known work". Caplow, לעיל ה"ש 21, בעמ' 390.

28 מוס, לעיל ה"ש 25, בעמ' 57.

29 ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג); עלי בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר" עיוני משפט כג 11 (התש"ס).

30 בכך גלום כמובן חיסכון בעלויות העסקה, כגון עלויות של חקירות ובדיקות כלכליות ולא-כלכליות, וכן עלויות משפטיות. להרחבה ראו: David Collard, *Love is Not Enough: The Economics of Altruism* 97–102 (Stefano Zagmani ed., 1975). כן ראו: Amitai Etzioni, *The Moral Dimension: Toward a New Economics* (1988).

31 מבלי להכביר במילים, נדמה, לצערנו, כי האמון שהיה קיים בעבר הרחוק והלא-רחוק בין

בחוזים מסחריים ארוכי-טווח, שבהם ערכים של אמון וסולידריות הינם יסודות מכוננים והכרחיים.³²

רעיון האמון והסולידריות קנה וקונה לו שביתה בדין בדמות דוקטרינות עצמאיות כבדות-משקל. מוס ציין כי מערכות החליפין הכלכליות-המסחריות של ימינו חסרות את האפיונים מכונני היחסים שהתקיימו במערכות החליפין הארכאיות,³³ אשר ביטאו בחלקם אמון וסולידריות. דוקטרינת תום-הלב מבקשת להחזיר במעט עטרה ליושנה, ולצקת יסודות אשר עברו זה כבר מן העולם. אומנם, נראה כי עיקרון זה לא ישיב במלואה עטרה ליושנה, אולם ייתכן שהוא יצליח "לייבא" מעט מאותם אפיונים אל המערכת המסחרית של ימינו. האמון הקיים באופן אינהרנטי במוסד המתנה מקרין ויקרין על האמון הנדרש אף ביתר המוסדות המשפטיים, ובכך יימצא תנא דמסייע לעקרון תום-הלב בהחדרת ערכים ראויים.

4. מוסד המתנה – חינוך לערכים של נתינה ונדיבות

יתר על כן, ואולי החשוב מכל, עידוד מוסד המתנה, על רעיון הנתינה שבו, הוצה באופן ברור את גבולותיו של עולם המשפט, וטומן בחובו חינוך לנתינה ולאטרואיסטיות, חינוך לקיומן של נורמות חברתיות ראויות.³⁴ כפי שכבר ציין טיטמוס, במחקרו הגדול על תרומות דם,³⁵ אלטרואיזם הינו אחד הכוחות המניעים את הפרטים בחברה האנושית. אליבא

פרטים להתקשרות נמוג. כיום יש צורך במעצבי חברה אשר ישיבו את האמון למערכות החברתיות והכלכליות.

32 ראו רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998). כן ראו: Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, 72 Nw. U. L. Rev. 854 (1977-1978); Lisa Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. Legal Stud. 115 (1992); Lisa Bernstein, *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms and Institution*, 99 MICH. L. REV. 1724 (2001).

33 מוס מבקש להשיב יחסים אלה, המתאפיינים בדפוסי נתינה, אל החברות המודרניות של ימינו. זאת, מבלי להתייחס לשתי הגישות הפרשניות. ראו מוס, לעיל ה"ש 25. עוד בעניין דבריו של מוס ראו קריטנשטיין, לעיל ה"ש 16, פרק א'. כן ראו את הקדמתה של אילנה סילבר למהדורה העברית של המסה על המתנה, לעיל ה"ש 25. מעניין שגישתו של מוס היא כי "תהליכי הנתינה נעשו שוליים בהקשר המודרני כתוצאה מההשיבות העליונה המיוחסת להתנהגות התועלתנית האופיינית לכלכלת שוק..." (שם).

34 הגדרות רבות קיימות למונח "אלטרואיסטיות". לטעמנו, ההגדרה הבאה ממצה יותר מכל את תפיסתנו שלנו בהקשר של מושג זה: "Altruism here simply means that in choosing how to behave agents take into consideration how their behavior will affect the welfare of other agents in the population" Michael Waldman, *The Role of Altruism in Economic Interaction*, 21 J. ECON. BEHAV. & ORG. 1 (1993).

35 ריצ'רד מ' טיטמוס יחסי תשורה – מדם אנוש למדיניות סוציאלית 26 (1979).

דטיטמוס, הדחף לזולתיות טבוע באדם, וכל שיש לעשות הוא להעלותו אל פני השטח.³⁶ בהקשר זה מעניין שבמחקר רפואי פסיכיאטרי משנת 2002 גילו החוקרים, באמצעות שימוש בטכנולוגיית MRI לבדיקת הפעילות המוחית, כי פעילות של שיתוף-פעולה והעדפת נורמה של הדדיות על נורמה של אי-הדדיות מביאות לידי הארת מעגלים במוח הקשורים להתנהגות המעוררת תחושת עונג. רוצה לומר, הפרטים "מתוכנתים" לשתף פעולה. נראה אם כן שהאדם אלטרואיסט הרבה יותר מכפי שאנו חושבים.³⁷

זאת ועוד, הדין, בעודדו את הנתינה, מוליד תהליך אבולוציוני: עידוד נתינה מכוח שיתוף-פעולה אף בין כאלה שאינם משתפים פעולה ברגיל יכול שביא לידי נתינה מכוח הכרה נורמטיבית שערכי האחוה והסולידריות הינם ערכים "מנצחים". נתינה מכוח אמון וסולידריות תרבה בוודאי את התועלת לכל אחד מ"שחקני" המערכת. יהיו אשר כבר בשלב זה יראו לפחות "מעין" אלטרואיסטיות בהכרה הנורמטיבית האמורה, ובוודאי אי-אפשר להתעלם מהתועלת הנובעת מריבוי הסולידריות והאמון במערכות החברתיות בכלל ובמערכות המשפטיות-החוזיות בפרט. אולם אף לאלה שאינם מקבלים גישה זו ייאמר כי מבין הפרטים האמורים יהיו אשר יגיעו בסופו של יום – לא כולם, כמובן – אף לנתינה מכוח הרצון הכן להיטיב ולתת בשם מניע אלטרואיסטי טהור.

במילים אחרות, הרעיון שביסוד חובת הנתינה הוא חינוך לנדיבות ולעזרה הדדית. אף אצל מי שמטרה זו אינה מושגת במלואה לפחות יחזקו שיתוף-הפעולה, הסולידריות והאמון. חשיבותם של ערכים אלה לחברה בכלל ולדין בפרט אינה מסולאת בפז.

יתר על כן, אף אם נמצאנו למדים כי הנתינה הינה ערך בפני עצמו, ייתכן שהדבר נובע מחינוך אלטרואיסטי, מחינוך לנתינה בעברה של החברה או מתפיסה דתית, חברתית או תרבותית של החברה, שכתוצאה מהם החברה ופרטיה רואים בנתינה ערך כשלעצמו, ולא דווקא מטרה להיטיב עם פלוני מסוים. אולם על-מנת להגיע לנתינה מסוג זה, יש לדבוק אף ביסודות חינוכיים.

המשפט, בין יתר הגורמים המעצבים את הנורמות השולטות בחברה,³⁸ ראוי שישתתף בעידוד זה של עולם המתנות, כדי להביא לידי יצירת הנורמה הנכונה. עידוד עולם המתנות אינו נוגע אך ורק בנתינות האלטרואיסטיות, אלא אף בנתינות "ערכיות פחות", דוגמת מתנות של אמון וסולידריות. מעבר לכך ששמור למתנות אלה מקום של כבוד בעיצוב

36 לכן, לטעמו, מערכת דם וולונטרית עדיפה על מערכת דם מסחרית. לטענתו, בעצם קיומה של מערכת דם וולונטרית נוצר יסוד חינוכי אשר דוחף ומעודד את האדם לנתינה. שם.

37 James K. Rilling, David A. Gutman, Thorsten R. Zen, Giuseppe Pagnoni, Gregory S. Berns & Clinton D. Kilts, *A Neural Basis for Social Cooperation*, 35 NEURON 395, 399–405 (2002).

38 ראו חנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" משפט והיסטוריה 165 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוסטר עורכים, תשנ"ט); חנוך דגן "הפועל לשמירת עניין הוולת" משפטים כד 463 (1995). ראו גם אייל זמיר חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 66 (2002), הגורס לעניין ההשפעה החינוכית של הדין הדיספוזיטיבי כי "...הדין הדיספוזיטיבי אינו רק משקף את הציפיות הטיפוסיות של הצדדים (בהנחה שהוא אכן עושה כן) אלא גם מעצב אותן..."

הנורמות, ייתכן אף שעידודן יוביל לנתינות טהורות, צרופות, הטומנות בחובן רק את הרצון להיטיב עם האחר ולהעניק לו. כך נמצא כי "מתוך שלא לשמה יבוא לשמה".³⁹

5. הנפקות המשפטית של תמרוץ מוסד המתנה

עידוד ותמרוץ של מוסד המתנה מוצאים את ביטויים בדין הן בסוגיה הפנים-מוסדית והן בסוגיה הבין-מוסדית. אי-אכיפת ההתחייבות לתת מתנה אינה מבטאת לגישתנו עוינות או אדישות של הדין, אלא זו התוצאה הראויה, הנובעת דווקא מראייה חיובית של עולם המתנות, המכירה בעליונותו המוסרית-הערכית. דווקא אכיפתה של ההתחייבות לתת מתנה תוביל לפגיעה בערכים המתנתיים, או כפי שמציין Eisenberg – להתרוששותם של הערכים המתנתיים.⁴⁰

לכאורה, עצם ההגנה הנרחבת המוענקת למתחייב לתת מתנה, אשר באה לידי ביטוי באפשרות היציאה הקלה ממסגרת החוזה, יכולה לעורר את המחשבה בדבר נחיתותו של מוסד המתנה. דהיינו, דווקא אכיפת ההתחייבות לתת מתנה הייתה מחזקת לכאורה את מעמדו של מוסד המתנה, ואם הדין מוצא לנכון לא לאכוף אותה, אזי הדבר מעיד יותר מכל על נחיתותו של מוסד המתנה. ולא היא. הרעיון המתנתי נמצא הרבה מעבר לרעיון של אכיפת התחייבויות. המוסד המתנתי, הבנוי על ערכים של אמון, סולידריות ואלטרואיסטיות, אינו יכול לדור בכפיפה אחת עם אכיפת התחייבויות כפי שהדבר נעשה בעולם החוזים העסקיים. אי-אכיפת ההתחייבות כבררת-המחדל⁴¹ במוסד המצוי תחת כנפי המשפט מלמדת דווקא על עליונותו של מוסד זה, המבקש פתרונות משפטיים לבעיותיו, אך לא בדרך של עולם החוזים העסקיים; המבקש להיות מתומרץ ומעודד אף על-ידי עולם המשפט, אך בד בבד לשמר את ערכיו היסודיים.

כלומר, לטעמנו, התוצאה המשפטית הפנים-מוסדית, אשר אינה נידונה במאמר זה,

39 ראוי לשים לב כי ההבחנה בין מתנות שרצוי לעודד לבין מתנות שאין צורך לעודד אינה חופפת בהכרח את ההבחנה בין מתנות אמיתיות לבין מתנות-תרמית. כך, למשל, ראוי ורצוי לעודד מתנות הניתנות מתוך מוטיבים אלטרואיסטיים ומוטיבים של סולידריות ואמון, אולם לא ברור בהכרח אם יש צורך או אם רצוי לעודד מתנות תועלתניות (ראו רונן קריטשנשטיין "מתנות תאגידיות" משפט ועסקים ג 367 (2005)). אלה ואלה מתנות אמיתיות אשר ניתנו על-מנת להיפרד מהן באמת ובתמים, ואינן מתנות-תרמית, בוודאי לפי הגדרתנו בגישה החד-שלבית. אכן, בגישה הדו-שלבית, היורדת עמוק יותר אל שורשיו של מוסד המתנה, יש חפיפה מסוימת בין שתי ההבחנות. לעניין זה ראו להלן תת-פרק ד1.

40 Melvin Aron Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, 85 CAL. L. REV. 821 (1997).

41 לעיתים אומנם תיעשה אכיפה – למשל, במצבי הסתמכות – אך ככל הנראה לא במצבי הסתמכות קלים. ראו מרדכי אלפרדו ראבילו חוק המתנה, תשכ"ח-1968 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של גד טדסקי, מהדורה שנייה, 1996). ראו במיוחד את הדוגמות שהוא נותן שם, המבטאות הסתמכות ברורה ועמוקה.

וכן תוצאה המשפטית בתחרות הבין-מוסדית נובעות דווקא מעליונותו של מוסד המתנה, ולא מנחיתותו. ודוק: נחיתותו לכאורה של מוסד המתנה במאבק הבין-מוסדי באה לידי ביטוי דווקא אצל מקבל המתנה, אשר הוא המפסיד בהתמודדות אל מול שחקן משפטי אחר. תוצאה זו מתיישבת לכאורה עם ההגנות הנרחבות המוענקות לנותן המתנה, המעמידות את מקבל המתנה במעמד חלש. ולא היא.

ראשית ועיקר, יש להבחין בין מסגרת היחסים של נותן מתנה עם מקבלה לבין מסגרת היחסים של מוסד המתנה עם מוסדות אחרים. הקביעה כי המתחייב לתת מתנה מקבל הגנה נרחבת במסגרת יחסיו עם המקבל היא נכונה וראויה לטעמנו, אבל אין בינה לבין ההתמודדות המשפטית גרידא – דהיינו, מוסד המתנה כמוסד אל מול מוסדות אחרים – ולא כלום. יתר על כן, הגנה נרחבת זו, בדמות זכות החרטה, רלוונטית רק לשלב ההתחייבות לתת מתנה, ולא לשלב הקנייני, שבו אין זכות חרטה לנותן.⁴² אומנם, ההתמודדות באה לידי ביטוי ב"נקודת הקצה" של העסקה בין המקבל לבין שחקן משפטי אחר, אבל התוצאות המשפטיות רלוונטיות למעמדו של מוסד המתנה, לתקפותה של עסקת המתנה, ועוד יותר מכך לתוקף הקנייני הנובע מעסקה זו. באותם מצבים שבהם מוסד המתנה מוצא את עצמו וידו על התחונה, משמעות הדבר תהיה פגיעה בתוקף הקנייני שעסקת המתנה הקנתה זה לא כבר. קביעה קטגורית כי מוסד המתנה נחות תפגע קשות במוסד זה ובתוקף הקנייני של העסקת הנובעות ממנו. בהשוואה מול מוסד משפטי אחר עומד המעשה המתנתי כולו, ולא אך מקבל המתנה לבדו, ומעשה זה אינו חלש כלל ועיקר.

נדגיש שוב כי אין אנו אומרים שמוסד המתנה אמור לנצח תמיד, אלא שאף אם יפסיד, יהא הפסד זה צריך לנבוע מאפיוניו ומערכיו של מוסד המתנה ומתרומותיו האפשריות לחברה. לטעמנו, פגיעה כאמור בתוקף הקנייני שהקנתה עסקת המתנה אינה נשללת לחלוטין, אולם אין לקבלה כאקסיומה מוחלטת. אין כל סיבה נורמטיבית שהתוקף הקנייני שהקנתה עסקה להעברת רכוש הקרויה "מתנה" יהיה שונה באופן מוחלט מהתוקף הקנייני של העברת רכוש שהקנתה עסקה אחרת, כגון מכר. שלילת התוקף הקנייני בכל התמודדות של מוסד המתנה אל מול מוסד אחר אינה מסייעת בעידודה ובתמרוצה של הנתנה, ומגלה יחס עוין לא-ראוי לעולם המתנות. כאשר רוצים לפגוע בתוקף הקנייני שהקנתה עסקת המתנה, צריכה להיות לכך הצדקה נורמטיבית טובה וראויה.

שנית, קביעה קטגורית המביאה לידי פגיעה בתוקף הקנייני של כל עסקת מתנה בכואה להתמודד אל מול מוסד משפטי אחר תאיין את רצון הנותן ואת שאיפתו ומאווייו הגלומים בעסקת המתנה. מעבר להיבטים של מקבל המתנה, הדבר יורד לשורש זכותו של הנותן לתת מתנה למי שליבו חפץ. כאשר הנותן פועל בתום-לב, ולא מתוך כוונת זדון, תרמית וכדומה, מדוע רצונו הבא לידי ביטוי בעסקת המתנה ראוי תמיד לכישלון? שלישית, ולא עיקר, מקבל המתנה הינו אכן שחקן משפטי חלש, אולם אין לטעון שבגין קביעה זו, אשר רלוונטית למערכת יחסיו עם הנותן, תוקפו הקנייני של רכוש המצוי בידיו יופלה לעומת רכוש המצוי בידי אחר מתוקף עסקה אחרת של העברת רכוש. כאשר

42 לכאורה, לפחות לגבי שלב ההתחייבות אכן יש קשר, שהרי המתחייב מבטא בעצם התחייבותו השנייה חזרה מההתחייבות הראשונה. על כך ראו בהמשך תת-פרק ה3.

אין כל דופי בפעולותיו לקבלת הרכוש ובפעולותיו של הנותן, מדוע הקניין שבידו אינו קניין?

אנו מבקשים למנוע את התוצאות הדוקטריניות הקשיחות הנובעות מהעדר הגדרתי של התמורה במוסד המתנה. מניעה זו, כפי שנראה, הינה מוצדקת וראויה, ונובעת מתוקפה הקנייני של עסקת המתנה ומהכרה באי-נחיתותו של מוסד המתנה אל מול כל מוסד משפטי אחר. ההנחה כי מוסד המתנה נחות היא הגורם העיקרי לתוצאות הלא-ראויות. זאת ועוד, תוצאה זו אינה אומרת בהכרח שמוסד המתנה ינצח בכל תחרות משפטית אל מול מוסד אחר, אלא שאף אם יפסיד, לא ינבע הדבר מנחיתותו הקטגורית של המוסד, הנובעת כאמור מהעדר הגדרתי של יסוד התמורה. יתר על כן, המשטר המשפטי שאנו מבקשים לקדם אינו מייצר בהכרח עודף סטנדרטים לעומת המשטר המשפטי הנוכחי, וממילא אינו מביא לידי הגברת אי-הוודאות. לא זו אף זו, אפילו דובר במשטר משפטי המייצר עודף סטנדרטים, היו לכך הצדקות טובות, כפי שטענו וגם נטען בהמשך.

כאמור, המשפט, כאחד הגורמים המעצבים את הנורמות הראויות בחברה, צריך לעודד את עולם המתנות (שוק המתנות). עידוד זה שני פנים לו: הפן הפנים-מוסדי, שבו לא נעסוק במאמרנו זה; והפן הבין-מוסדי, שבו עוסק מאמרנו, המבקש לעקור מן השורש את הקביעה בדבר נחיתותו של מוסד המתנה בהתמודדותו אל מול כל מוסד משפטי אחר.

2: מוסד המתנה ומוסד הנשייה לחיוב מזונות

1. מטרתו ומשמעותו של הסדר טריפת המתנות על-ידי נושה לחיוב מזונות

סעיף 63 לחוק הירושה⁴³ קובע הסדר המרחיב את מסת נכסי העיזבון במטרה לספק את צורכי המזונות לזכאים למזונות על-פי דין. ההסדר קובע כי ניתן להביא לידי ביטולן של מתנות⁴⁴ שניתנו על-ידי המוריש במהלך השנתיים⁴⁵ שלפני מותו. ביטולן של המתנות גורר את החזרתן לעזבונו של המוריש – דבר המוביל ממילא להגדלת העיזבון. ראוי לשים לב כי הסעיף כולל למעשה שני מצבים הגוררים ביטול כאמור: האחד, מתנות שמועברות לצורך הברחתן מהזכאים למזונות מהעיזבון (להלן: הזכאים למזונות) ואשר ניתנות כפיקציה בלבד; והאחר, מתנות שמועברות כמתנות אמיתיות ואשר אין בהעברתן

43 חוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 446 (להלן: חוק הירושה).

44 לשון הסעיף רחבה יותר ומתייחסת לכל רכוש שנתן המוריש "בלי תמורה נאותה". ברי לכל כי מונח זה כולל אף מתנות. לעניין זה ראו שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך ג 90 (2002).

45 יש משטרים משפטיים הקובעים פרקי-זמן שונים. באנגליה, לדוגמה, נקבע פרק-זמן של שש שנים.

כל מניע של הברחת נכסים. אנו נתמקד כמובן במצב השני,⁴⁶ שכן נכסים הניתנים כמתנות לצורך הברחתן מהנושים הינם מתנות-תרמית, ולא בגדר מתנות, ולכן אין לנו כל עניין בהם במסגרת מאמרו. מטרתנו היא לבחון את תוקפן של מתנות אמיתיות וטהורות אשר ניתנו לשם מתנה מתוך רצון להעניק לאחר ולהיטיב עימו.

ברי כי אין כל הסדר דומה המביא לידי ביטולן של עסקות חוזיות מסחריות⁴⁷ במטרה להגדיל את נכסי העיזבון לצורך סיפוק מזונות לזכאים להם. הסיבה העיקרית לכך היא הוודאות הקניינית המסחרית ואינטרס ההסתמכות של הצד האחר לעסקה, אשר גוברים על האינטרס של הזכאים למזונות מן העיזבון מכוח הדין. הדין מעדיף, באופן חד וברור, צד חווי לעסקה מסחרית על הזכאים למזונות מהעיזבון. דהיינו, אין ספק מי ה"מנצח" בתחרות שבין מוסד החוזה המסחרי העסקי לבין מוסד הזכאות למזונות. לעומת זאת, לנוכח ההסדר הקבוע בדין לגבי בטלותן של מתנות, יוצא כי ידו של מוסד הזכאות למזונות על העליונה בהתמודדותו מול מוסד המתנה. בכך, לכאורה, הדין מבכר את המוסד החוזה-המסחרי על מוסד המתנה כאשר שניהם באים להתמודד מול מוסד הזכאות למזונות.⁴⁸

על כך נשאל: במה נגרע חלקו של מוסד המתנה? מדוע אין הוא ראוי להגנה בשם אותה ודאות קניינית מסחרית? מדוע הקניין המועבר מכוח עסקת מתנה אינו תקף ומושלם ככל קניין המועבר על-ידי עסקה להעברת רכוש ונכסים? מדוע מקבל המתנה אינו ראוי לאותה ודאות קניינית שקונה נכס זכאי לה?⁴⁹ מדוע מקבל המתנה אינו זכאי להגנת אינטרס ההסתמכות שלו כפי שקונה נכס זכאי לה?⁵⁰

46 מסיבה זו לא נעסוק בס' 7 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, המתייחס למתנות שנתן בן-זוג לפני פירוק היחסים ואשר הדין מבקש לראותן כ"מתנות" השייכות לסל איזון המשאבים. זאת, כפי שטוען שילה, ובצדק, כי צריך "להוכיח 'כוונה לסכל זכותו של בן הזוג' לאיזון הנכסים". שילה, לעיל ה"ש 44, בעמ' 89. אנו עוסקים בבטלותן של מתנות שניתנו כמתנות אמיתיות, ללא כל מניע אחר המסתתר מאחוריהן.

47 כוונתנו היא שאין כל הסדר המביא לידי בטלותן של עסקות שנעשו לא מתוך מטרה לגרוע מנכסי העיזבון.

48 נדגיש, אנו יוצאים מנקודת-הנחה כי בעת המתן בפועל הנותן אינו מודע לכך שבעוד כשנתיים לא יהיה עזבונו מסוגל לשלם מזונות לאלמנה. כלומר, הנחת-היסוד היא תום-לב ברור ואי-ידיעה על מצב שלילי, כעת או לעתיד, של מצבת הנכסים.

49 לעובדה שהתמורה מהווה מקור להיפרע מהעיזבון, ושבעסקה מסחרית יש קבלת תמורה ולפיכך מצבת הנכסים אינה נגרעת וממילא לצד ג יש מהיכן להיפרע, לא צריכה להיות השפעה על דברינו, שאם לא כן היה צריך להיפרע מכל מתנה, כולל כזו שניתנה אף שנים רבות לפני מות הנותן. עצם קיומו של מקור להיפרע אינו יכול להוות סיבה להעדפת מוסד אחד על אחר כאשר ה"שחקנים" בשני המוסדות תמי-לב לחלוטין. ייתכן שיש לכך משמעות לעניין הכבדת הבדיקה שאין מדובר במתנת-תרמית, למשל, אך לא מעבר לכך. יתר על כן, אף הדין המצוי, כפי שניזכר בהמשך, אינו מתחשב בכך יתר על המידה.

50 התגברות על בעיית אינטרס ההסתמכות אפשרית במידת-מה באמצעות הענקת אפשרות למקבל המתנה לטעון את טענותיו נגד הפעלת ס' 63 לחוק הירושה. אפשרות זו הייתה

כלומר, מקבל מתנה מקבלת בתנאי שלא ימות הנותן וכן בתנאי שאם ימות הנותן יספק עזבונו מזונות לזכאים להם, שאם לא כן תיטרף המתנה. רק כעבור שנתיים ימים ידע המקבל בוודאות כי המתנה אכן שלו ולא תילקח ממנו עוד. תיחום הזמן מסייע בידי המקבל לדעת מאימתי המתנה הינה "מתנתו שלו" באופן מוחלט ואינה עוד "על-תנאי". כלומר, תיחום הזמן קובע כי רק לאחר שנתיים יש תוקף מלא ומושלם לקניין המועבר מכוחה של עסקת מתנה. לכאורה, הקביעה האמורה מוליכה למסקנה בדבר נחיתותו של מוסד המתנה אל מול המוסד החוזי העסקי הרגיל.

2. הצמצומים והסייגים להסדר בסעיף 63

ניתוח מעמיק של ההסדר בסעיף 63 מגלה כי יש כרסומים וצמצומים לקביעה הקטגורית בדבר טריפת מתנות שניתנו במסגרת השנתיים שלפני מות הנותן. יתר על כן, כפי שנטען בהמשך, הפרשנות הראויה היא שצמצומים אלה מבטאים – במשים או מבלי משים – את אי-הנחת של הדין מטריפת מתנות אמיתיות כדבר שבשגרה.

(1) מתנות הנהוגות בנסיבות העניין

הצמצום העיקרי נעשה באמצעות הסיפא של סעיף 63(א) לחוק הירושה, הקובע: "למעט מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות העניין". משמעותו של צמצום זה היא שהדין האמור בדבר בטלות המתנות אינו חל על סוג מסוים של מתנות. סוג מסוים זה של מתנות יוצא וידו על העליונה בהתמודדותו אל מול מוסד הזכאות למזונות.

על פניו נראה כי צמצום זה הינו מזערי ושולי, שכן הוא נוגע בחלק קטן וחסר משמעות בעולם המתנות.⁵¹ אולם בפרשת שחר נ' שור הרחיב בית-המשפט את ההגדרה הרבה מעבר למשמעותה הלשונית הפשוטה. בפרשה זו קבע בית-המשפט כי קניית דירה בעבור בת הינה מתנה אשר נהוגה בנסיבות העניין, ואינה בטלה על-פי סעיף 63 לחוק הירושה.⁵² ברי לכל כי פרשנות זו של בית-המשפט יוצאת ממשוטו של מקרא בדבר "מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות העניין". בית-המשפט, אשר חש כי טריפת המתנה אינה ראויה ומהווה הכבדה יתרה על מקבל המתנה, ומתוך הנחה כי כל הצדדים בעסקת המתנה היו תמי-לב, סבר כי אין כל סיבה לפגוע בתוקפה הקנייני של המתנה. רק כך ניתן להבין פסיקה זו. הקונסטרוקציה שאפשרה לבית-המשפט להגיע לתוצאה זו הייתה פרשנות מרחיבה ביותר למונח "מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות העניין".

בכך פתח בית-המשפט סדק לא-צר בסכר, שדרכו יוכלו לעבור מתנות רבות. אין ספק

מעוגנת במסגרת תק' 319 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 4685, וכיום היא

מעוגנת בתק' 30 לתקנות הירושה, התשנ"ח-1998, ק"ת 5923.

51 לדוגמה, מתנות חתונה ובר-מצווה.

52 ע"א 398/80 שחר נ' שור, פ"ד לו(2) 281, 291 (1982) (להלן: פרשת שחר נ' שור) ("רכישת

דירה לבת היחידה היתה בגדר מתנה הניתנת לפי הנהוג בנסיבות העניין...").

כי דרך סדק זה יוכלו לעבור כל המתנות המשפחתיות. אם מתנת דירה מאב לבת הינה מתנה הנהוגה בנסיבות העניין, קל וחומר מתנות אשר פחותות בערכן מדירה. אם מתנת דירה מאב לבת הינה מתנה הנהוגה בנסיבות העניין, במה שונה מתנת דירה מבעל אוהב לאשתו האהובה – האין זו מתנה הנהוגה בנסיבות העניין? במה שונה מתנת מקרקעין מסב לנכדו האהוב – האין זו מתנה הנהוגה בנסיבות העניין? ויכולנו להכביר בדוגמות אין-ספור.

קצת נבחן אם אך ורק מתנות משפחתיות עוברות דרך הסדק האמור. נדמה כי לנוכח פרשת שחר נ' שור יש מקום לחשיבה מחודשת גם בנוגע למתנות אמיתיות וטהורות הניתנות בין אנשים שאינם בני משפחה. אם מתנת אב לבתו נחשבת לנהוגה בנסיבות העניין בשל היחסים המשפחתיים שבין האב לבת, הכוללים, מטבע הדברים, יחסי רעות, נתינה ורצון להיטיב זה עם זה, האין זה ראוי לקבוע כי דין דומה יחול אף בין אנשים שאינם בני משפחה אשר העניקו זה לזה מתנה מתוך רצון להעניק, להיטיב וכדומה? מן המפורסמות הוא כי לעיתים יחסי הרעות, החברות, הנתינה וההענקה בין חברים קרובים אינם פחותים מיחסי הנתינה וההענקה במסגרת יחסים משפחתיים, ולעיתים אף חזקים מהם. הניתן לקבוע קטגורית כי רק מתנות משפחתיות עוברות בסדק? לגישתנו, הלכת שחר נ' שור פתחה סדק שדרכו עשויות לעבור אף מתנות הניתנות לא במסגרת המערכת המשפחתית. אומנם, ייתכן שבמערכות חברתיות (שאינן משפחתיות) הנטל להראות כי מדובר במתנות אמיתיות, להבדיל מניסיון להברחת נכסים, יהיה כבד יותר מאשר במערכות משפחתיות. אולם משהוכח שהמתנה אמיתית, אין להפלות בין מתנות הניתנות במסגרת המשפחתית לבין מתנות הניתנות במסגרת שאינה משפחתית.⁵³

אנו נכונים להציע אף הקשחה נוספת ביחס למתנות שאינן משפחתיות. ייתכן שלגבי מתנות אלה יש מקום לדרוש כי נטל הראיה לצורך הוכחה כי הן "נהוגות בנסיבות העניין" יהיה כבד יותר מאשר מתנות הניתנות במערכות משפחתיות,⁵⁴ אולם בזה – ולנוכח המוצג לעיל אולי אף בלא זה – מסתכם ההבדל בין מתנות משפחתיות לבין מתנות שאינן משפחתיות.

אם כך, נמצאנו למדים כי מתנות לא-מעטות, בהתמודדותן עם מוסד הזכאות למזונות, יוצאות וידן על העליונה. רק מתנות שאינן עוברות את סף "המתנות הנהוגות בנסיבות העניין" יוצאות וידן על התחתונה בהתמודדות האמורה.

ודוק: אין אנו טוענים כי האינטרס החברתי של עידוד מתנות הוא אשר מביא בהכרח לידי העדפת המתנה על מוסד המזונות מן העיזבון, אלא שאין הצדקה נורמטיבית לפגוע

53 באופן דומה פועלים אף דיני המס. ככלל, מתנה על רקע יחסים אישיים במסגרת המשפחתית אינה ממוסה. ראו ע"א 254/87 ג'אלב אסעד סלפוחי נ' פ"ש נצרת, פ"ד מד(1) 714 (1990). ראו גם ע"א 278/88 פפר נ' מנהל לשכת ביקורת חשבוניות בבית המכס ירושלים, פ"ד מו(2) 320 (1992). אולם אף אם מדובר ביחסים אישיים שאינם במסגרת המשפחתית יש מקום להקלת מס.

54 ודוק: כוונתנו לנטל הוכחה נוסף על הנטל להראות כי המתנה אכן אמיתית.

בתוקפה הקנייני של עסקה להעברת נכס מהכא להתם רק משום שהעסקה בתחילתה – קרי, בשלב האובליגטורי שלה – נשלטת על-ידי חוזה מתנה.⁵⁵

(2) כליון המתנה

אולם בכך לא סגי. צמצום נוסף, בעל היקף רחב ביותר, קיים בסעיף 63(ב) לחוק הירושה. סעיף זה קובע כי מקבל המתנה חייב להשיב לעיזבון רק את חלק המתנה שנותר בידי בעת מות המוריש. אין הוא חייב להחזיר את שווייה של המתנה שקיבל.⁵⁶ בכך ברי כי מקבל המתנה אינו מוגבל בשימוש במתנה ובכליונה: היה אם נשאר דבר מן המתנה, ייאלץ להשיב את הנותר לעיזבון; היה אם כלתה המתנה, לא ישיב דבר לעיזבון. מציאות החיים מלמדת כי חלק מן המתנה יתכלה במהלך הזמן. כלומר, מתנות מסוימות, בהתמודדותן עם מוסד הזכאות למזונות, יוצאות וידן על העליונה, שכן לעת מות המוריש הן התכלו (באופן מלא או חלקי), ואין חובה להשיב את שוויין. אילו רצה הדין לבכר את מוסד המזונות לזכאים על מוסד המתנה, הוא היה קובע כי לעת מותו של המוריש יוחזר שווייה הכספי של המתנה. אך הדין מניח כי בכך תהיה הכבדה מוגזמת ולא-צודקת על מקבלי מתנות תמימים. הסבירות נותנת כי במוצרים אשר מתכלים מטבעם, התרחקות בזמן מעת קבלתם תגרור כיליון, לפחות חלקי, ואז בכל מקרה ישיב הנותן לעיזבון שווי נמוך מזה שקיבל.⁵⁷

(3) מתנה ותמורה בעבר לצידה

נשאלת השאלה⁵⁸ אם מתנה המוענקת בשל תמורה שניתנה בעבר ראויה לבטלות אליבא דסעיף 63. נתינה על-סמך תמורה מן העבר הינה מתנה לכל דבר. כך אנו מכריעים בדיני המתנה.⁵⁹ כלומר, תמורה בעבר אינה נחשבת תמורה, ואינה מייצרת זיקה אכיפתית לעניין

55 הכל, כמובן, בהנחה שאין מדובר במתנת-תרמית, שהצדדים אינם לוקים בחוסר תום-לב וכדומה.

56 אלא אם כן קיבל את המתנה לא בתום-לב, שאז עליו להחזיר את שווי של מה שקיבל.
57 שילה, לעיל ה"ש 44, בעמ' 94. כאשר מדובר בנכס עצמו, המקבל רשאי להשתמש בו ללא חשש, ואף אם מכר את הנכס עצמו, הוא רשאי לכלות את הכספים ללא חשש. נראה כי במתנה עם חיוב יש מקום להתיר למקבל המתנה להפחית את שווי החיוב משווי של חלק המתנה שנותר בידי ואשר עליו להחזיר בהתאם לס' 63(ב).

58 שילה, לעיל ה"ש 44, בעמ' 96.

59 ראבילו, לעיל ה"ש 41, בעמ' 115, 192-194. ראו, למשל: Murray v. Lichtman, 339 F.2d 749, 752 (D.C. Cir. 1964): "past consideration is no consideration" כפי שראבילו מציין בצדק, אין אנו חייבים לאמץ גישה זו לאחר ההשתחררות מגישת התמורה האנגלית, אולם ניתן עדיין להגיע לאותה תוצאה עקב "חסרון העילה המשפטית". ולאלה הדוחים גם את האמור ניתן לומר כי בכל מקרה "אין בהכרת תודה על שירות שניתן בעבר, כשלעצמה, כדי להוציא את הנתינה מגדר חוק המתנה. אם הוסכם בין הצדדים, כי השירות ניתן חינם, ומקבל השירות רוצה להביע רגשי תודתו בצורה מוחשית הרי יש כאן מתנה...".

המתנה שניתנה לאחר התמורה.⁶⁰ אם כך, נדמה כי התשובה פשוטה, ומתנה כאמור יכול שתבוטל על-פי ההסדר המצוי בסעיף 63. אולם שילה סבור, בסתירה ברורה לאמור לעיל, כי אף שלפנינו מתנה לכל דבר ועניין, יש מקום לומר כי אי-אפשר לבטל מתנה זו באמצעות סעיף 63. לדעתו, מדובר במתנה שתמורה נאותה בצידה, ואילו לשון הסעיף דורשת תמורה לא-נאותה, ולפיכך אין מתנה זו עונה על הדרישה האמורה לצורך בטלות מתנה.⁶¹ יודגש שניתן כי דרך זו שבחר שילה אינה עולה בקנה אחד עם דיני המתנה, שלפיהם יש לומר כי מתנה לאחר תמורה בעבר הינה מתנה לכל דבר ועניין, לרבות לעניין בטלות מתנה לפי סעיף 63. שילה אינו מבקש להכריע אחרת, אלא מבקש לאחוז במקל בשני קצותיו. מתנה הניתנת בשל תמורה מן העבר הינה מתנה לכל דבר ועניין, למעט לעניין ההסדר המצוי בסעיף 63, שאז נאמר כי התמורה בעבר מאיינת את אפשרות השימוש בהסדר האמור. בכך מצאנו פתח נוסף המאפשר מתן בכירות למוסד המתנה אל מול מוסד הזכאות למזונות.

(4) כפיפותה של חובת ההשבה לשיקול-דעתו של בית-המשפט

על כל האמור יש להוסיף כי סעיף 63 אינו קובע חובת השבה על-ידי המקבל באופן מוחלט, אלא מעניק בעניין זה שיקול-דעת לבית-המשפט. מנוסח החוק עולה באופן ברור כי לבית-המשפט שמור שיקול-דעת, וכי סמכות זו מוקנית לו ללא חובת הפעלה בצידה. לדעת שילה, יש חשיבות רבה להבחנה בין שני המצבים דלעיל. דהיינו, מקבל מתנה אמיתית, להבדיל ממסייע להברחת מתנות לשם מתנות-תרמית, יזכה באופן קשבת בבית-המשפט בכל הנוגע בהחזרת הנכסים לעיזבון.⁶² כלומר, לדעת שילה, ייתכן ששיקול-דעתו של בית-המשפט יבוא לידי ביטוי בהבחנה בין שני סוגי המתנות. זאת, ללא קשר, כמובן, לשווייה של המתנה ו/או להיותה בלתי-נהוגה בנסיבות העניין.

(5) הגנת צד ג

אף הוודאות הקניינית שבאה לידי ביטוי בהגנה על מסחור הנכס, אשר הדין כה מחשיבנה

60 השוו: Clay B. Tousey III, *Exceptional Circumstances: The Material Benefit Rule in Practice and Theory*, 28 CAMPBELL L. REV. 153, 166–168 (2006), המתייחס, בין היתר, לעניין אכיפת התחייבות לתת מתנה לאחר תמורה בעבר.

61 שילה, לעיל ה"ש 44, בעמ' 96.

62 שם. ראו גם בפרשת שחר נ' שור, לעיל ה"ש 52, שם, בעמ' 291–292, שם סבר בית-המשפט כי ניתן לילך בדרך נוספת על-מנת להגיע לתוצאה שלפיה הדירה לא תיכלל בעיזבון לצורך ס' 63: "מכל מקום המדובר במתנה אשר לגביה רשאי בית-המשפט להפעיל את שיקול דעתו כדי לא להכלילה בעיזבון. בנסיבותיו של מקרה זה רשאי היה בית-המשפט, למשל, להביע בגדר שיקוליו כי בקשתה של האלמנה היתה מרחיקת לכת בתוכנה ולו נענו לה היה בכך כדי לשלול מן הבת כל חלק בעיזבון של האב דבר שאין למצוא לו הצדקה...". ודוק: הדברים אינם נאמרים דווקא לגבי מתנה הניתנת לפי הנהוג בנסיבות העניין. כלומר, אף לגבי מתנה שאינה ניתנת על-פי הנהוג בנסיבות העניין – מתנה גדולה יותר – היה בית-המשפט יכול לומר כן.

בעסקות מסחריות, כוחה יפה לה גם בעסקות מתנתיות. בכל מקרה שבו צד ג קנה את הנכס ממקבל המתנה, הוא קנה אותו נקי מכל חובה, ואין כל אפשרות לטרוף ממנו את הנכס. משמעות הדבר היא שההעברה הקניינית שנעשתה מהמוריש למקבל המתנה אינה בטלה. המחוקק הטיל חובה על מקבל המתנה להשיב את המתנה רק אם היא מצויה בידיו.⁶³ אם כן, נמצאנו למדים כי במסגרת התחרות שבין מוסד המתנה לבין מוסד הזכאות למזונות מכוח הדין, בחר המחוקק להגן באופן ישיר על הוודאות הקניינית, אף כאשר היא הוקנתה על-ידי חוזה מתנה.

3. טריפת מתנות אל מול נשיית חוב למזונות – דין משווה

עיון בשיטות משפט אחרות מלמד כי לכאורה, בדומה לדין הישראלי, מוסד המתנה מוצא את עצמו בנחיתות בסוגיה דנן. אולם גם בשיטות האחרות, בדומה לדין הישראלי, ניתן לגלות סימנים לנטייה של הדין "לסייע" למתנה האמיתית.

דוגמות רבות ומגוונות להסדרים שמרחיבים את העיזבון ניתן למצוא גם במשפט המשווה. לענייננו רלוונטיים כמובן אלה המאפשרים טריפה של מתנות המוריש במסגרת הרחבת נכסי העיזבון. בדומה לדין הישראלי, שבו מטרת המוסד של טריפת מתנות המוריש היא סיפוק צורכיהם של הזכאים למזונות בנסיבות מסוימות, כך גם בשיטות המשפט השונות מטרת העל של הגנה על הנתמכים כלכלית על-ידי המוריש היא העומדת בבסיסם של רוב ההסדרים המאפשרים טריפת מתנות לטובת הרחבת העיזבון.

העיון האמור מגלה כי אף מקום שניתן לטרוף מתנות בשם המטרה האמורה, טריפה זו נעשית תחת הגבלות רבות. למעשה, עיון מעמיק מגלה כי היא מכוננת כל-כולה למתנות שאינן אמיתיות.

הדין האמריקאי מכיל מטבע הדברים – בהיות הנושא מוסדר על-ידי הדין המדינתי במדינות הפדרציה השונות – מגוון רחב של הסדרים המאפשרים פגיעה במתנות המוריש.⁶⁴

63 ראו שילה, לעיל ה"ש 44, בעמ' 97. אף מתנה שניתנה לצורך הברחת נכסים אין לטרוף מצד ג, אולם במקרה זה מוטלת חובה על המקבל להחזיר את שווייה של המתנה.

64 בסוגיה שבה עסקינן קיים נוסח של המוסד הלא-ממשלתי NCCUSL, המציע נוסחי חקיקה למדינות השונות במטרה להאחיד את הדינים (ראו את אתר הבית של המוסד: www.nccusl.org/Update - ה"ח Uniform Probate Code). לענייננו רלוונטי ה"ח Unif. Prob. Code § 2-202. ברם, כמו בסוגיות רבות אחרות (ראו הסבר כללי ב" www.law.cornell.edu/uniform/), גם כאשר מדינות רבות מאמצות נוסחים דומים לנוסח המוצע, אין משיגים אחידות של ממש. ראו לעניין זה: Andra J. Hedrick, Note: *Protection Against Spousal Disinheritance: A Critical Analysis of Tennessee's New Forced Share System*, 28 U. MEM. L. REV. 561, 563 (1998): "Surviving spouses enjoy different levels of protection against disinheritance depending on the law of the state exercising jurisdiction over the decedent's estate". על ההיסטוריה החקיקתית של ההסדרים בארצות-הברית ובכלל ראו: G. Michael Bridge, Note: *Uniform Probate Code Section 2-202: A Proposal to*

עם זאת, ניתן לאתר מאפיינים כלליים.

הסדרת סוגיית ההרחבה של מסת נכסי העיזבון בדין האמריקאי רלוונטית לא רק בהקשר של זכאים למונוות, אלא ככלל, לזכאים לירושה. ההסדרה מתמקדת בהגדרת "העיזבון המורחב" (augmented estate) – מה נכלל בו ומה לא. במדינות רבות קיימים הסדרים חקוקים המאפשרים להכליל במסגרת העיזבון המורחב נכסים שניתן לחלקם לשני סוגים: מתנות לא-אמיתיות (כגון העברות נכסים על-ידי חליפי-צוואה במטרה לנשל את הזכאי לתמיכה כלכלית מהמוריש מזכאותו)⁶⁵ ומתנות טהורות.⁶⁶ ככל שניתן לזהות מגמה בדינים המדינתיים המגוונים, עיקר העיסוק בבתי-המשפט נסב דווקא סביב הסוג הראשון.⁶⁷ במילים אחרות, ברוב המקרים שבהם הסדר הרחבת העיזבון מופעל בבתי-המשפט, הסמכות המוקנית לבתי-המשפט בחוק מופעלת כדי למנוע הברחות נכסים למיניהן, ולא על-מנת לטרוף מתנות טהורות.⁶⁸ מכך נובע שההסדר אינו משמיע בהכרח נחיתות ברורה של מוסד

Include Life Insurance Assets Within the Augmented Estate, 74 CORNELL L. REV. 511, 511–522 (1989). לסקירת המהלכים שהובילו לנוסח המוצע ומידת אימוצו במדינות השונות ראו במיוחד שם, ה"ש 81 והטקסט הסמוך לה. יצוין במאמר מוסגר כי הנושא נוגע בסוגיה כללית של יחסי הקניין בין בני-זוג במערכות המדינתיות. קיימות מדינות שבהן המשטר בסוגיה זו נשען על בסיס קונטיננטלי יותר מאשר על המשפט המקובל, ובהן אין עולה כלל שאלת הרחבת העיזבון, וממילא גם השאלה בדבר טריפת מתנות לטובת הרחבת העיזבון. לעניין זה ראו שם, ה"ש 34 והטקסט הסמוך לה.

לסקירה של כמה הסדרים מדינתיים שאותם לא הבאנו כדוגמות בפסקות הבאות ראו: Kathleen M. O'Connor, *Note: Marital Property Reform in Massachusetts: A Choice for the New Millennium*, 34 NEW ENG. L. REV. 261 (1999); Robert L. Stenger, *Provision for the Surviving Spouse Under Kentucky Law*, 25 N. KY. L. REV. 429 (1998); Bradley B. Wrightsel, *A Proposed Solution to Spousal Disinheritance in Ohio: The Uniform Probate Code's Elective Share Revision*, 19 OHIO N.U. L. REV. 951 (1993); Terry S. Kogan & Michael F. Thomson, *Piercing the Façade of Utah's "Improved" Elective Share Statue*, UTAH L. REV. 677 (1999).

65 להסבר כללי על חליפי-צוואה ראו Bridge, שם.

66 ראו, לדוגמה, את הסדר הרחבת העיזבון בדקוטה הצפונית (המתבסס על ה-Uniform Probate Code Va. (Code Ann. § 30.1-05-02, Sec. 2-202; או את ההסדר בוורג'יניה: Code Ann. 64.1-16.1(A)(1-3).

67 לסקירה היסטורית של ההסדרים, שממנה משתמע הדגש האמור במתנות לא-אמיתיות, ראו Bridge, לעיל ה"ש 64, בעמ' 516–522.

68 זאת, אולי בשל העובדה שהעיסוק בסעיפים הרלוונטיים בחוק נסב על הפרשנות לגבי מה נכלל בעיזבון המורחב ומה אינו נכלל בו, ולא על התמודדות של זכאי פרטני מול נמען מתנה פרטני. כך, רבים מהדיונים אינם עוסקים כלל בשאלה אילו נכסים צריכים להיכנס למסת העיזבון, אלא אילו נכסים צריכים לצאת ממנו. מוסד המתנה "מככב" גם בהקשר הפוך זה. ראו את ניתוח הסוגיה בדין של וירג'יניה אצל: J. Rodney Johnson, *Wills, Trusts, and Estates*, 39 U. RICH. L. REV. 447 (2004).

המתנה אל מול מוסד החוזה העסקי, בהינתן ההנחה שפגיעתו הרעה אינה מורגשת כמעט בפועל אצל נמעני מתנות טהורות.

יתר על כן, גם בדין האמריקאי ניתן למצוא הגבלות משמעותיות של יכולת הטריפה (או למצער של יכולת הפגיעה בנמען המתנה). ראשית, נטל הראייה לשם הכללת נכס מסוים בעיזבון המורחב נופל לרוב על הזכאי לתמיכה.⁶⁹ שנית, פרק-הזמן שבו מתאפשרת הפגיעה בנמען המתנה מוגבל לעיתים אף יותר מכפי שנהוג בדין הישראלי.⁷⁰ עם זאת, במקרים מסוימים, שבהם שווייה של המתנה עולה על סכום נקוב לא-מבוטל, פרק-הזמן האמור מורחב באופן משמעותי.⁷¹ נושא שווייה של המתנה מוביל אותנו להגבלה המשמעותית השלישית, והיא סכום-הסך שרק מתנות העולות עליו בשוויין חשופות לפגיעתו של הסדר הרחבת העיזבון. השווי הקבוע בהסדרים מסוימים מוציא בפועל מתחולת ההסדר את רוב המתנות הטהורות ה"רגילות",⁷² ומשאיר שם רק מתנות חריגות בהיקפן, ולמעשה רק כאלה אשר מלכתחילה מעוררות חשד באשר להיותן מתנות טהורות.

אף בדין האמריקאי, שבו קיימים הסדרים להרחבת נכסי העיזבון המאפשרים לכאורה

69 לניתוח הדוגמה הפרטנית של וירג'יניה בתחום זה ראו שם, בעמ' 459-460.

70 פרק-הזמן שנקבע במקור ב-Uniform Probate Code הוא שנתיים, כבישראל (ראו Unif. Prob. Code § 2-202(1)(iv)). ההסדרים המדינתיים מאמצים את ההגבלה (כמו בדקוטה הצפונית או במונטנה - הדוגמה נגישה ב-data.opi.state.mt.us/bills/mca_toc/72_2_2_2.htm) או אף מקשיחים אותה. כך, לדוגמה, קיימים הסדרים המגבילים את פרק-הזמן הנוכח לעיל לאותה שנה קלנדרית, דהיינו, לא למתנות שניתנו ב-365 ימים הקודמים למותו של המוריש נותן המתנה, אלא למתנות שניתנו באותה שנה אזרחית. כך שאם נמען המתנה קיבלה לקראת סוף השנה הקלנדרית, תוך ימים ספורים תוענק לו ודאות לגביה. ניתן לחשוב, לדוגמה, על מתנות הניתנות בחג המולד, ימים ספורים לפני סיום השנה האזרחית. השוו להסדר בוירג'יניה: Va. Code Ann. 64.1-16.1(A)(3)(d). הסדרים אחרים מסתפקים בהגבלה הקיימת בדין הקנדי - שנה - אשר קשוחה אף היא מההגבלה הישראלית. ראו בגוף הטקסט בשורות הבאות. ראו, לדוגמה, את ניתוח ההסדר במינסוטה אצל: Andrew E. Tanick & Pamela L. Johnson, *Probate Reform: The New Minnesota Elective Share Statutes*, 70 MINN. L. REV. 241, notes 58-63 and accompanying text (1985).

71 בדוגמה לעיל, במקרה של מתנות ששוויין עולה על 10,000 דולר, הזמן מורחב מאותה שנה קלנדרית לחמש השנים הקלנדריות לפני מותו של המוריש. ראו Va. Code Ann. 64.1-16.1(A)(3)(d).

72 הסכום שנקבע במקור ב-Uniform Probate Code הוא 3,000 דולר. בהמשך הוצע להכתיב סכום שיתעדכן בהתאם לחוקי המיסים החלים על מתנות. עם זאת, המדינות השונות מאמצות לא אחת הסדרים שבהם השווי הנקוב בחוק גבוה בהרבה. ראו את הדוגמה של מינסוטה, הקובעת הגבלה של 30,000 דולר, או את זאת של דקוטה הצפונית, שם ההגבלה עומדת על 10,000 דולר "בלבד". כאשר הגבלות אלה מצטרפות להקשחת פרק-הזמן שבו מותר לפגוע במתנה (בניגוד למקרים שבהם הקשחת הסכום באה על-חשבון צמצומה של הגבלת פרק-הזמן, כפי שראינו לעיל בוירג'יניה), המשמעות המעשית היא חמיקתן של רוב המתנות מן המכ"ם של הסדר טריפת המתנות לטובת הרחבת נכסי העיזבון. ראו ביקורת על כך אצל Tanick & Johnson, לעיל ה"ש 70, ה"ש 36 ו-63 והטקסט הסמוך להן.

פגיעה במוסד המתנה, נחיתותו בפועל אל מול מוסד החוזה העסקי אינה משמעותית כלל ועיקר. זאת ועוד, הטריפה מתבצעת למעשה לגבי מתנות שאינן אמיתיות. יתר על כן, אף כאשר מתנות אמיתיות מצויות ב"סל הטריפה", הדבר נובע מיעילות אכיפתית (קושי ראייתי בהבחנה בין מתנות-תרמית לבין מתנות-אמת), ולא מנימוקים ערכיים בדבר נחיתותו של מוסד המתנה אל מול מוסד משפטי אחר.

מבט ממעוף הציפור על הדין האנגלי בענייננו⁷³ יכול ללמד כיצד גם שם הסדר המאפשר פגיעה בנמענין של מתנות המוריש לטובת הרחבת העיזבון אינו מלמד בהכרח על נחיתות בולטת של מוסד המתנה אל מול מוסד החוזה העסקי.

בדומה לארצות-הברית, נקודת-המוצא היא המושג "net estate" ומה נכלל בו. לענייננו רלוונטי סעיף 10 לחוק האמור, המקנה סמכות לבית-המשפט להורות לנמעני מתנות להרחיב את העיזבון על-חשבון מתנה שקיבלו מהמוריש בתקופת-זמן מסוימת. מחד גיסא, הגבלות מסוימות שראינו בדינים הישראלי והאמריקאי – הגבלות לגבי הכוח לטרוף או לפגוע במתנות וכך לצמצם את אי הוודאות סביבן – נעדרות או למצער מטושטשות בדין האנגלי. הדוגמה הבולטת לכך היא פרק-הזמן שבו הטריפה אפשרית – שש שנים⁷⁴ מאידך גיסא, לשון ההסדר החוקי, ההיסטוריה החקיקתית שלו ופרשנותו של ההסדר בבתי-המשפט עוסקים ברובם המכריע, בדומה לארצות-הברית, במקרים של מתנות לא-אמיתיות, כאלה הנעשות מתוך כוונה להבריח נכס ממסת נכסי העיזבון.⁷⁵

נוסף על כך, ושוב בדומה לארצות-הברית, ההסדר עוסק בשיקול-הדעת הנתון לבית-המשפט להורות לנמען המתנה לשלם סכום מסוים – שיקול-דעת אשר כפוף להנחיות מצמצמות בחקיקה.⁷⁶ הוודאות הקניינית אינה נפגמת מאחר שהפרשנות שבית-המשפט האנגלי מעניק להסדר משקפת, כפי שצוין לעיל, מגמה שלפיה הסדר טריפת המתנות מכווון לטריפת מתנות לא-אמיתיות. כמו-כן, באמצעות הסדר הדומה להסדר הישראלי, הדין האנגלי מבטיח ודאות קניינית לאדם שקיבל את הנכס מנמען המתנה.⁷⁷

73 לנורמה החקיקה ראו: Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act, 1975, C. 63, § 10 (Eng.) (להלן בתת-פרק זה: החוק). לניתוח הדין בסוגיה שבענייננו ראו: W.J. WILLIAMS, WILLIAMS ON WILLS 945-975 (C.H. Sherrin, R.F.D. Barlow & R.A. Wallington eds., 7th ed. 1995).

74 ראו C. 63, § 10(2)(a) לחוק.

75 ראו WILLIAMS, לעיל ה"ש 73, בעמ' 969-973, המסביר כיצד תכליתו של הסעיף היא למנוע עיקור של תכלית הפרק בדבר תמיכה בזכאים. ריקון כזה היה עלול להיעשות באמצעות העברת עושרו של המוריש על-ידי מתנות לפני מותו, תוך ריקון העיזבון, שהיה מרוקן בתורו מתוכן את הסעיפים המבטיחים לזכאים לכך תמיכה מסוימת מהעיזבון.

76 ראו ס' 10, 12 ו-13 לחוק האמור. החוק גם מבחין בין העברות של כסף לבין העברות של סוגי נכסים אחרים. קשה הרבה יותר, בדומה למצב בישראל, לפגוע במתנות שהן נכסים מתכלים. לעניין הקשיים וההגבלות בנוגע לפגיעה במתנות ראו WILLIAMS, לעיל ה"ש 73, בעמ' 970-971.

77 עם זאת, ניתן להורות במקרה כזה לנמען המתנה לשלם סכום מסוים. ראו לעניין זה WILLIAMS, לעיל ה"ש 73, בעמ' 971, והשוו לס' 13 לחוק. יוער גם כי נמען מתנה הכפוף לפגיעה מכוח

רוצה לומר, ככל שעסקינן במתנות טהורות, גם הסדר הרחבת העיזבון האנגלי אינו פוגע באופן משמעותי במוסד המתנה בהשוואה למוסד החווה העסקי.⁷⁸ אף הוא, בדומה לדין האמריקאי, כאשר הוא מאפשר טריפת מתנות אמיתיות, הדבר נובע אך ורק מייעילות אכיפתית ותו לא.

במחוזות הקנדיים רווחים הסדרים⁷⁹ המאפשרים להרחיב את נכסי העיזבון⁸⁰ גם על-חשבון נעבר של המוריש, וזאת בפרק-זמן של שנה לפני מותו של האחרון⁸¹ ובכפוף לכמה תנאים: ההעברה צריכה להיות "unreasonably large";⁸² אין עמידה בדרישת התמורה (המוריש לא קיבל בתמורה את שוויו האמיתי של הנכס שהעביר);⁸³ והעיזבון אינו מספיק לשם תמיכה בזכאים לתמיכה כלכלית מהמוריש.⁸⁴ ודוק: הרחבת נכסי העיזבון נעשית לא על-ידי טריפת המתנה עצמה, אלא על-ידי הוראה של בית-המשפט לנמען המתנה לשלם סכום שביית-המשפט יראה כ"הולם" לטובת הזכאים לתמיכה כלכלית מהעיזבון.⁸⁵ הפגיעה הלכאורית במוסד המתנה המשתמעת מהסדר מפחית-ודאות זה מצומצמת על-ידי ההנחיות המפורטות לפרשנות ההסדר, אשר מובנות בהסדר החקוק עצמו.⁸⁶ ראשית, בדומה לדין הישראלי, חובת ההשבה אינה מוחלטת, אלא נתונה לשיקול-דעתו של בית-המשפט בכפוף לנסיבות הפרטניות. שנית ועיקר, בית-המשפט מונחה לשקול שורה של

ס' 10 לחוק יכול לפנות ולהראות מקור אחר – מתנה אחרת שניתנה במסגרת פרק-הזמן של שש השנים ממות המוריש – שממנו אפשר להרחיב את העיזבון. ראו WILLIAMS, שם, וכן ס' 10(5) לחוק.

78 אפילו כאשר נדרשים לסיבה לגודלו של משך הזמן שבו הטריפה אפשרית, הסיבות הניתנות לקביעה השירותית של שש שנים שמות דגש בקשיים הראייתיים לעמוד על כוונתו של המוריש בהעברות שנעשו מעבר לתקופה זו. קרי, גם כאן הדגש הוא בפן הלא-מתנתי של המתנה, ולא במתנות טהורות ובוודאות של מקבליהן. ראו לעניין זה WILLIAMS, לעיל ה"ש 73, בעמ' 970, ה"ש 39.

79 כנרמו בטקסט, ובדומה למצב בארצות-הברית, המחוזות הקנדיים חופשיים לאמץ נוסח אחיד של חקיקה בתחום זה או לסטות ממנו כאשר הם מוצאים זאת לנכון. אולם בניגוד לארצות-הברית, ההסדר הקנדי הרלוונטי לענייננו הינו אחיד פחות או יותר. ככלל, ראו את ס' 21 ל-Uniform Dependents' Relief Act (להלן: UDRA), הנגיש ב-www.ulcc.ca/en/us/index.cfm?sec=1&sub=1d2. ההפניות בפסקות הקרובות הן למספרי הסעיפים כפי שמופיעים בו, אלא אם כן צוין אחרת.

80 על הרחבת העיזבון באופן כללי ותמציתי ראו: Darrell A. Kreeel, *The Judicial Reconstruction of Wills in Manitoba*, 28 MAN. L.J. 413, 432–439 (2002).

81 ראו, לדוגמה, את ההסדר המופיע ב-Dependents' Relief Act של טריטוריית Yukon: R.S.Y. 2002, c. 56, § 21 (שכותרתו "Charging of Gifts"), ס"ק (1)(a). דוגמה נוספת: R.S.P.E.I. 1988, c. D-7, s. 20(1)(a).

82 ראו Sec. 21(1)(a) ל-UDRA.

83 ראו (i)–(ii) ל-UDRA Sec. 21(1)(a).

84 ראו (b) ל-UDRA Sec. 21(1).

85 ראו Sec. 21(1) ל-UDRA.

86 לשורת ההנחיות ראו (1)–(6) ל-UDRA Sec. 21(2).

שיקולים במסגרת ההחלטה על סכום התמיכה שיידרש נמען המתנה לשלם. הנחיות אלה, מעצם טבען, מצמצמות עד מאינות את נחיתותו של מוסד המתנה אל מול מוסד החוזה העסקי. ראוי לציון מיוחד בהקשר זה ההנחיה, הדומה לזו המצויה בדין הישראלי, אשר מגינה על הוודאות הקניינית – אין אפשרות טריפה או חזרת שווי של מתנה שהועברה מצד ב, אשר קיבלה מהמוריש, לצד ג. שלישית, הפגיעה במוסד המתנה מצומצמת גם על ידי התנאי המוקדם של העברה ששווייה גדול במיוחד ("unreasonably large"), ועל ידי ההנחיות המדוקדקות לפרשנותו של מונח זה המצויות בהסדר החקוק.⁸⁷ לבסוף, הדוגמה הברורה להגבלה המצמצמת את הפגיעה במוסד המתנה, אף יותר מהנהוג בישראל, היא פרק-הזמן הקצר יותר שבו ניתן לפגוע בנמען המתנה – שנה בקנדה לעומת שנתיים בישראל.⁸⁸

אם כן, נמצאנו למדים כי הכלל הנוהג בקנדה מאפשר להיטיב את מצבם של הזכאים לתמיכה כלכלית מהמוריש על-חשבון מקבלי מתנות מהמוריש, ומשתמעת ממנו פגיעה לכאורית במוסד המתנה בהשוואה למוסד החוזה העסקי. ברם, כאשר בוחנים את ההסדר בצורה מדוקדקת, רואים שהכלל מכיל הגבלות רבות לגבי פגיעה זו, בצורה שמאינת כמעט את הפגיעה באותן מתנות אמיתיות וטהורות, ומותירה בפועל את ההסדר ככלי השמור בידי בית-המשפט למצבים שבהם עסקינות במתנות לא-אמיתיות שאינן אלא נסיונות להבריה נכסים ממסת נכסי העיזבון. עד כמה שניתן להוציא מסקנה גורפת לגבי הדינים הקנדיים, הגבלות אלה מאינות את נחיתותו של מוסד המתנה אל מול מוסד החוזה העסקי, אולי אף יותר מההגבלות שבדין הישראלי.

4. מוסד המתנה אל מול מוסד הנשייה לחיוב מזונות – דין מצוי ודין ראוי

העדר קביעה נורמטיבית ברורה המבחינה בין מתנות-תרמית, אשר נטרפות, לבין מתנות אמיתיות, אשר אינן נטרפות, אינה ראויה. העדר הקביעה מוביל לפגיעה בתקפות הקניין המוקנה על-ידי עסקת המתנה, לעיוות רצונו של הנותן ולפגיעה בוודאות ובאינטרס ההסתמכות של מקבלי מתנה תמי-לב.

ברי כי מתנות רבות, המהוות חלק נרחב מעולם המתנות, יוצאות וידן על העליונה בהתמודדותן אל מול מוסד הזכאות למזונות: חלקן – רבות עד-מאוד עקב היותן מתנות הנהוגות בנסיבות העניין, בוודאי לנוכח הפרשנות המרחיבה של הלכת שחר נ' שור; חלקן לעת כליונן; חלקן עקב נתינתן על-סמך אירוע מיטיב שאירע בעברו של המקבל; חלקן לנוכח נסיבות מיוחדות, כגון הסתמכות מיוחדת של המקבל,⁸⁹ המצדיקות את איונו

87 ראו ל-UDRA Sec. 21(3)(a-e).

88 פרק-הזמן שבו ניתן לטרוף את מתנות המוריש נתפס לרוב כשרירותי, וככה הוא אינו אחיד במשפט המשווה. ראו לעניין זה שילה, לעיל ה"ש 44, בעמ' 93. כאמור לעיל, תיחום הזמן מחזיר מידה מסוימת של ודאות למקבל המתנה – ודאות אשר נפגמת קשות כתוצאה מההסדר המאפשר טריפה.

89 אין ספק שהסתמכותו של המקבל תהווה פרמטר בשיקול-דעתו של בית-המשפט. ייתכן שאף

של דין הבטלות מכוח שיקול-הדעת המסור לבית-המשפט; וחלקן כי הן אינן מצויות כבר בידי המקבל, אלא מוסחרו לצד ג. המתנות שיוצאות וידן על התחונה הן תמיד מתנות-תרמית.

צמצומים אלה מבטאים למעשה את תחושת הדין באשר לתוצאה הלא-צודקת של טריפת מתנות אמיתיות כשם שטורפים מתנות-תרמית. כלומר, צמצומים אלה, אף בתצורתם המצומצמת, אי-אפשר לפרשם אלא כניסיון ליצור הבחנה מסוימת בין מתנות-תרמית לבין מתנות אמיתיות – ניסיון להביא לידי כך שמתנות אמיתיות לא ייטרפו אף אם ניתנו במסגרת השנתיים שלפני מות הנותן.

יש לדוק היטב בדבר העדר הקביעה האמורה. פרשנות נכונה וראויה של הסדרי הצמצומים היא שהדין נרתע מקבלה קטגורית של טריפת מתנות אמיתיות, מחד גיסא, אך אינו מוכן לקבל קביעה נורמטיבית חדה וברורה בדבר אי-טריפת מתנות, מאידך גיסא. העדר קביעה נורמטיבית בדבר אי-טריפת מתנות אמיתיות אינה מלמדת על אמירה נורמטיבית בהקשר של מתנות אמיתיות, אלא מלמדת על קביעה נורמטיבית של חשדות לגבי העברות וולונטריות. הצמצומים המפורטים לעיל ממלאים את מקומה של הקביעה האמורה. יש לצלוח את משוכת הדין בכל הנוגע בחשד כי המתנות הן נכסים מוברחים מנושים, ולא מתנות אמיתיות, ורק אז ניתן לקבוע כי הן תקפות. תוקף זה נקבע בעזרת אותם צמצומים וכרסומים. כלומר, השימוש במסגרת הצמצומים והכרסומים, במקום בקביעה נורמטיבית, נועד להקשות מתנות-תרמית.

אולם לטעמנו, אין להסתפק באותם צמצומים וכרסומים מכוח הדין. הפרשנות המרחיבה שנקטנו אנו, אשר מתבקשת לנוכח קביעות הדין, תקרב אותנו עדי-מאוד לתוצאת הקביעה הנורמטיבית, אך אף היא אינה מספקת בעינינו. אף שנדמה כי בדיני הירושה הפער בין הדין המצוי לבין הדין הרצוי אינו רב כל-כך,⁹⁰ בוודאי לנוכח הפרשנות המרחיבה שנקטנו לגבי הלכת שחר נ' שור, אין להתעלם מהעדר הקביעה הנורמטיבית. לגישתנו, כאמור, יש מקום לקביעה נורמטיבית ברורה באשר לאי-טריפת מתנות אמיתיות ולטריפת מתנות-תרמית. אין זה בטוח כלל שהעדר הקביעה האמורה מסייע בטריפת מתנות-תרמית יותר מאשר מבחנים ראיתיים אחרים. יתר על כן, וזה העיקר, העדר הקביעה פוגע לא לצורך במוסד המתנה. יש מקום להקשות המבחנים במקרים מסוימים, כפי שהצענו אף אנו, כדי למנוע "הכשרת" מתנות-תרמית. אולם בחירה בדרך המתעלמת מהקביעה הנורמטיבית האמורה, וזאת כדי להימנע מהכשרת מתנות-תרמית, פגיעתה קשה בהרבה מתועלתה.⁹¹

הסתמכות אשר אינה מביאה לידי הפיכת התחייבות הדירה לבלתי-הדירה בהתאם לס' 5(ב) לחוק המתנה תהווה פרמטר בשיקול-דעתו של בית-המשפט.

90 זאת, בניגוד ברור לסוגיות שינותחו להלן.

91 יתר על כן, דווקא אפיוני המתנה מבקשים קביעה נורמטיבית אשר תכיל התייחסות לנתמכי הנותן. לכן, אם נשאר מן המתנה, אך טבעי הוא שיתרתה תינתן לנתמכי הנותן, שכן בכך לא יחסר למקבל דבר. האם ניתן לדרוש ממנו אף מעבר לכך? בזאת איננו בטוחים. כשלעצמנו, היינו בוחרים להשאיר את הסוגיה לעת מצוא. עם זאת, יצוין כי ברמה המוסרית, הציפייה הנגזרת מן ההדדיות ביחסים שבין הנותן למקבל (בוודאי אם קיבל מתנה גדולה) היא להחזרה מסוימת, כחלק מעולם המתנות. החזרת מה שנשאר מן הכיליון ייתכן שמבטאת בקשה מוסרית

3: מוסד המתנה אל מול מוסד הנשייה בחדלות-פירעון

1. טריפת מתנות בחדלות-פירעון: הדין הישראלי – הכלל

סעיף 96 לפקודת פשיטת-הרגל⁹² קובע הסדר דומה להסדר המצוי בדיני הירושה. הסדר זה מגדיל את נכסי החייב באמצעות ביטולן של מתנות אשר ניתנו על-ידי פושט-הרגל לפני פשיטת-הרגל. ההסדר קובע כי מתנות אשר ניתנו על-ידי אדם שנעשה פושט-רגל במהלך תקופה של שנתיים ימים קודם לפשיטת-הרגל הינן מתנות בטלות.⁹³ באומרנו "בטלות" כוונתנו שתוקפן הקנייני של מתנות אלה בטל כלפי הנאמן בפשיטת-רגל. זאת ועוד, ניתן להביא לידי בטלותן של מתנות שניתנו במהלך עשר שנים שלפני פשיטת-הרגל אם מקבל המתנה לא הצליח להוכיח "כי בזמן שנעשתה ההענקה היה המעניק כשר-פרעון של כל חובותיו בלי להיזקק לנכס הכלול בהענקה".⁹⁴ כלומר, אי-קיומה של פשיטת-רגל בתקופה הרלוונטית אינו מספק. יצוין כי קיים תנאי נוסף שלפיו הזכות בנכסים תעבור לנהנה מייד, ולא בעתיד.⁹⁵

משמעות התערבותם של דיני פשיטת-הרגל בתוקפן של עסקות היא ערעור תוקפה של מתנה וערעור ההשלכות הקנייניות הנובעות מאותה מתנה. זאת, אף שהדין האזרחי הכללי מכיר בתוקפה המושלם של אותה מתנה, על כלל השלכותיה הקנייניות. ערעור זה עשוי להביא לידי בטלותה של המתנה, כך, למשל, בפרשת קונויסר⁹⁶ ביטל הנאמן מתנות כספיות שהעניק אב לילדיו, מכיוון שאלה ניתנו במהלך השנתיים שקדמו למועד פשיטת-הרגל.⁹⁷ מגמת הסעיף היא אם כן להפקיע, בין היתר, את תוקפן של מתנות שניתנו על-ידי החייב לפני תחילת פשיטת-הרגל. הפעלת ההסדר הקבוע בסעיף 96 נעשית רק לאחר שהחייב הוכרו פושט-רגל.⁹⁸ המתנות שההסדר מתייחס אליהן יכול שניתנו לשם הברחת נכסים, כך שלמעשה ההליך המתנתי הינו פיקציה, ויכול שניתנו כמתנות אמיתיות. אולם

90. אין לטעון כי הדין מחריג צריכה סבירה דווקא, מכיוון שאי-אפשר להתעלם מכך שהדין

מחריג מתנות (ראו הלכת שחר נ' שור, לעיל ה"ש 52).

92 פקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), התש"ם-1980, נ"ח 639 (להלן: פקודת פשיטת-הרגל).

93 ס' 96 לפקודת פשיטת-הרגל. הסעיף עצמו משתמש במונח "הענקות".

94 ס' 96(ב) לפקודת פשיטת-הרגל.

95 שלמה לויין ואשר גרוניס פשיטת רגל 316 (מהדורה שנייה, 2000). האפשרות הראשונה מכונה

"התקופה הקצרה", והאפשרות השנייה מכונה "התקופה הארוכה". ראו ע"א 5709/99 לויין נ'

שילר, פ"ד נה(4) 925 (2001).

96 ע"א 368/72 קונויסר נ' הנאמן בפשיטת-רגל של אריה קונויסר, פ"ד כו(1) 302 (1973).

97 באמצעות ס' 42 לפקודת פשיטת-הרגל דאו, הוא ס' 96 לפקודת פשיטת-הרגל דהיום.

98 לויין וגרוניס, לעיל ה"ש 95, בעמ' 309.

עיון בסעיף האמור מעלה כי הדין אינו מבחין בין שני סוגי המתנות.⁹⁹ ודוק: נוקשות הדין בנשייה בחללות-פירעון מביאה לידי כך שמתנות אמיתיות ייטרפו תמיד. זאת, בניגוד ברור למצב הקיים בנשיית חיוב למוזנות, שבה הדין מספק כמה אפשרויות אשר "מסייעות" למתנות אמיתיות בתחרותן עם נושה לחיוב מוזנות. אפשרויות אלה יוצרות הבחנה – אם כי מצומצמת לטעמנו – בין מתנות אמיתיות לבין מתנות-תרמית.

2. טריפת מתנות בחללות-פירעון: הדין האמריקאי והדין האנגלי – הכלל

בדומה למצב בדין הישראלי,¹⁰⁰ מתנות נטרפות גם בדיני פשיטת-הרגל בדין האמריקאי. סעיפים 548 ו-544(b) לקוד פשיטת-הרגל הפדרלי מעניקים כוח לנאמן בפשיטת-הרגל לטרוף, בין היתר, את המתנות שהעניק החייב בתנאים מסוימים.¹⁰¹ כוח זה רלוונטי הן במישור הפדרלי והן במישור המדינתי. תקופת-הזמן שבה המתנה כפופה לדיני הטריפה לפי סעיף 548 האמור היא שנה.

יודגש, נושה של חייב אינו צריך לעמוד בדרישה ראייתית כלשהי ולהוכיח כי העברת הנכסים ללא תמורה הייתה העברת-תרמית. משעה שהמעביר – קרי, הנותן – מוכפף לדיני חללות-הפירעון, ומוכח כי ההעברה נעשתה ללא כל תמורה סבירה, עומדת לנושה של החייב אפשרות לטרוף את ההעברה. דהיינו, אין הבחנה ממשית בין מתנות אמיתיות לבין מתנות-תרמית.

אף הדין האנגלי מעגן באופן קטגורי את טריפת המתנות שנתן החייב, מבלי להבחין בין מתנה אמיתית לבין העברת-תרמית. העיקרון של טריפת מתנות החייב זוכה בעיגון סטטוטורי בסעיף 339 לחוק חללות-הפירעון האנגלי.¹⁰² הסעיף האמור מסמיך את בית-המשפט להיענות לבקשת הנאמן לטרוף מתנה שנתן אדם אשר נהפך לפושט-הרגל בתוך תקופת-זמן מסוימת מיום הענקת המתנה.¹⁰³ מהי אותה תקופת-זמן? לכאורה, תקופת-הזמן

99 ראו, למשל, בש"א 64204/99 עו"ד בלייר נ' לאה ליניבקר (לא פורסם, 09.12.2001).

100 ראו: Kenneth N. Klee, *Tithing and Bankruptcy*, 75 AM. BANKR. L.J. 157 (2001).
 ראו: Boston Trading Group, Inc. v. Burnazos, 835 F2d 1504, 1508 (1st Cir, 1987), שם נטען כי אדם צריך להיות קודם-כל הוגן, ורק אחר כך נדיב.

101 כבר חוקי פשיטת-הרגל הפדרליים המוקדמים מראשית המאה התשע-עשרה כללו חקיקה מפורשת המתירה טריפה של מתנות החייב במטרה להגדיל את מאגר הנכסים של הנושים. מעניין שדיני חללות-הפירעון המוקדמים בארצות-הברית היו אף תקיפים יותר כלפי מוסד המתנה. ראו: C. Scott Pryor, *Tension Between the Trustee & the Tithe*, 15(4) ABII 1, (1996) note 2.

102 ראו: Insolvency Act, 1986, c.45, § 339 (Eng.). יש לציין כי כבר במאה השש-עשרה הייתה נורמה חקוקה של העדפת נושים על מקבלי מתנות. נורמה זו מצאה את ביטויה בפרקטיקה נוהגת של טריפת מתנות כדבר שבשגרה. להרחבה ראו Klee, לעיל ה"ש 100, בעמ' 157 ובטקסט הסמוך לה"ש 40 שם. עוד ראו: Thomas E. Plank, *Why Bankruptcy Judges Need Not and Should Not Be Article III Judges*, 72 AM. BANKR. L.J. 567, 584–586 (1998).

103 לניתוח העיקרון של טריפת מתנות החייב בחוק האנגלי ראו: Clive Zietman, 99%

שבה מתנתו של החייב חשופה לטריפה היא שנתיים. ברם, התקופה מוארכת לחמש שנים (!) אם בזמן הענקת המתנה היה נותן המתנה חדל-פירעון או נעשה כזה בעקבות הענקתה. בפועל רוב המתנות חשופות לתקופת-הזמן הארוכה יותר של חמש שנים, בשל החזקה הפרשנית המצויה בחוק: כאשר נמען המתנה הוא "associate" של נותן המתנה – תיבה אשר מוגדרת בצורה רחבה בסעיף 435 (ככוללת מתנות בתוך המשפחה, בין שותפים עסקיים ועוד) – סעיף 341 מקים חוקה שלפיה נותן המתנה היה חדל-פירעון בעת הענקתה או נהפך לחדל-פירעון כתוצאה ממנה.¹⁰⁴ ככלל, בתי-המשפט האנגליים נוטים לפרש בצורה רחבה את הסעיפים הנוגעים בטריפת מתנות,¹⁰⁵ כך שפרקטיקת הטריפה נהנית מעוצמה משמעותית בדין האנגלי כיום.

3. החריגים לכלל בדין הישראלי

אף שבנשייה בחדלות-פירעון אין סייגים קטגוריים ומוגדרים כמו בדיני ירושה, ניתן למצוא פתחים בחומה הבצורה של סעיף 96. סעיף 96(ג) מוציא מגדר המושג "הענקתה" כמה סוגים של הענקות אשר לא יהיו בטלות מכוח סעיף 96(א). אחת ההענקות כאמור היא הענקת "בשל נישואין ולפניהם". דהיינו, למרות האמור בסעיף 96, המתנה לא תהא בטלה אם ניתנה בשל נישואים ולפניהם. הרציונל העומד מאחורי סייג זה הוא הרצון למלט מן החזקה האמורה מתנות שניתנו בין בני-זוג לצורך כינון נישואיהם ושמירה עליהם. לפיכך נראה לנו כי ניתן להרחיב סייג זה לכלל המתנות הניתנות בין בני-זוג, בין שניתנו ערב הנישואים, בעת עריכת הנישואים או לאחריהם, ובלבד שאין מטרתן הברחת נכסים, אלא שמירה על הנישואים. נדמה כי על בסיס תובנה זו ניתן למלט את כלל המתנות הטהורות אשר ניתנו בשם מערכת היחסים הבין-זוגית. פרשנות זו עולה בוודאי בקנה אחד עם טענתם של לזין

Judgment Proof, LSG 89.4(22) (1992). יוער כי אם נותן המתנה מוכרז פושט-רגל עוד לפני נתינתה, המצב המשפטי מוסדר בצורה אחרת, על-ידי ס' 284 לחוק חדלות-הפירעון האנגלי. כשרות-הפירעון של נותן המתנה בזמן הענקת המתנה רלוונטית לגבי תקופת-הזמן שבה המתנה חשופה לטריפה. ראו גם: Ian Storey, *Postbox: Insolvency Act*, LSG 85.14(9) (1988).

104 לניתוח פרשנותם של סעיפי החוק העוסקים בתקופת-הזמן הרלוונטיות לטריפה ראו: S.R. Evans, *Problems Presented by Gifts*, 140(6454) New L.J. 643 (1990); Tim Costley–White, *Bankruptcy: Back to Basics*, 30 Fam. L.J. 181 (2000). יוער כי במשך שנים ארוכות הייתה תקופת-הזמן הרלוונטית עשר שנים (!), כפי שנקבע בחוק חדלות-הפירעון משנת 1914. ס' 42 של החוק משנת 1914 הוחלף כאמור על-ידי ס' 339 של החוק משנת 1986 וההסדרים הרלוונטיים הנוספים. להשתלשלות ההיסטוריה החקיקתית בנושא זה ראו: Howel Lewis, *Merry Christmas! The Insolvency Act 1986*, 136(6285) New L.J. 1202 (1986).

105 לניתוח פסיקה המפרשת את סעיפי החוק לאחר ניסוחו של עקרון טריפת המתנות בצורתו ה"נוקשה" יחסית, בשנת 1986, ראו Costley–White, שם.

וגרונים כי ייתכן "שהחריג יחול על הענקה כדי להמריץ את עריכת הנישואין של אחרים, כגון ילדי המעניק, או להקל על עריכתם".¹⁰⁶

המחוקק סדק את החומה הבצורה של סעיף 96 באופן שונה מכפי שעשה בדיני הירושה, אולם בכך הוא מבטא – אם כי בשולי הדברים – את רצונו כי מתנות אמיתיות מסוג מסוים, להבדיל משאר המתנות האמיתיות, לא ייטרפו. ייתכן שיש מקום, אליבא דפרשנות זו, אף להחרגת מתנות טהורות בין הורים לילדים מהחוקה הקבועה בסעיף 96.¹⁰⁷

4. החריגים לכלל בדין האמריקאי

בדין האמריקאי חל שינוי בשנת 1998, כאשר נכנס לתוקף חריג חקוק למדיניות הכללית עתיקת-היומין של טריפת מתנות לטובת הרחבת מאגר נכסיו של החייב. הקונגרס האמריקאי העביר חוק¹⁰⁸ אשר מתקן את קוד פשיטת-הרגל הפדרלי ומגן בתנאים מסוימים, הן במישור הפדרלי והן במישור המדינתי, על תרומות למוסדות דתיים מפני הפרקטיקה הנוהגת של טריפתן כאשר התורם חדל-פירעון.¹⁰⁹ ההליך החקיקתי שהוביל לחקיקה זו וכן השלכותיה על דיני פשיטת-הרגל ספגו קיתונות של ביקורת.¹¹⁰ הביקורת המרכזית נוגעת בהפרדה המלאכותית בין מתנות לנמענים מסוימים (=מוסדות דתיים) לבין יתר המתנות. לפי המבקרים, הנימוקים כבדי-המשקל העומדים בבסיסם של דיני טריפת המתנות במסגרת חדלות-הפירעון אינם מאבדים מתוקפם כתלות בזוהותו של נמען המתנה, שהרי הוא אינו מן העניין. טענת-הנגד החוקתית מבססת את הוצאת המתנות למוסדות דתיים מתחולת הטריפה בשיקולים חוקתיים, כגון חופש לדת.¹¹¹ כלומר, אף שהדין האמריקאי אינו מבחין בין מתנות אמיתיות לבין מתנות-תרמית, ומאפשר לנושה לטרוף את כלל המתנות, מתנות לנמענים מסוימים מאוד, כגון מוסדות דת, מוצאות מהכלל האמור. ברי כי הנחת-היסוד

106 לוי וגרונים, לעיל ה"ש 95, בעמ' 317.

107 דבר זה יכול להיעשות על-ידי בית-המשפט במסגרת פרשנות תכליתית רחבה של לשון הסעיף.

108 ראו: The Religious Liberty and Charitable Donation Protection Act of 1998, Pub. L. No. 105-183, § 1, 112 Stat. 517 (1998).

109 לסקירה כללית של החוק החדש והתירתו תחת המדיניות של טריפת מתנותיו של החייב ראו: Thomas M. Walsh, *Note: Religious Liberty and Charitable Donation Act of 1998: Putting the Fear of God into Bankruptcy Creditors*, 7 AM. BANKR. INST. L. REV. 235, 236-238, note 132 and accompanying text (1999).

110 ראו, לדוגמה, Klee, לעיל ה"ש 100, בעמ' 157-162 ובה"ש 40; לטיעוני-נגד ראו: Wendell J. Sherk, *Putting the Fear of God into Bankruptcy Creditors: A Reply*, 7 AM. BANKR. INST. L. REV. 625 (1999).

111 ראו: Julianne Belaga, *Now You See It, Now You Don't: The Impact of RFRA's Invalidation on Religious Tithes in Bankruptcy*, 14 BANKR. DEV. J. 343, 359-363, 377-378 (1998).

היא שהמתנות הינן אמיתיות, ואם יתברר כי מדובר במתנות-תרמית, הן ייטרפו ככל מתנות-התרמית.

5. טריפת מתנות בחדלות-פירעון – כפירה בכלל

לטעמנו, הקביעה הקטגורית הנוקשה כי מתנה אמיתית תיטרף על-ידי הנושה של החייב אינה ראויה. כבר ראינו כי נושה לחיוב מזונות, אף ברמת הדין המצוי, אינו טורף תמיד מתנה אמיתית, בניגוד ברור למתנות-תרמית. יתר על כן, לטעמנו, מסגרת הצמצומים לכלל בדיני הירושה מבטאת את תחושת הדין הלא-נוחה מטריפת מתנות אמיתיות כבשגרה. לא זו אף זו, באופן הצגתו של צמצום הכללי יש משום ניסיון להבחין בין מתנות-תרמית לבין מתנות אמיתיות. לעומת זאת, כפי שנוכחנו בסוגיית הנשייה בחדלות-פירעון, הכלל הקטגורי נוקשה, ואף החריגים – הגם שהם מבטאים תחושה לא-נוחה מטריפת מתנות אמיתיות אשר רלוונטיות לחריג – אינם מבקשים או מנסים ליצור כל הבחנה בין מתנות אמיתיות לבין מתנות-תרמית. כך, למשל, יש לזכור כי לשון הסעיף בדיני הירושה ערה לשני סוגי המתנות, בעוד לשון הסעיף בדיני פשיטת-הרגל מתעלמת מכך לחלוטין. כך גם לאלה הדוחים את הפרשנות המרחיבה למסגרת הצמצומים שהצגנו לעיל יש עדיין כר נרחב להבחנה בין שתי הסוגיות – נשייה בחדלות-פירעון ונשייה לחיוב מזונות.

אין כל הבדל בין נושה בחדלות-פירעון לבין נושה לחיוב מזונות היכול להסביר מדוע יש להעדיף את הראשון על השני בבואם להתמודד מול מוסד המתנה. אדרבא, היה אפשר לצפות שהדין יגלה יתר סולידריות כלפי נושים לחיוב מזונות מאשר כלפי נושים בחדלות-פירעון – לפחות כלפי הרצוניים מביניהם – שהינם בדרך-כלל נושים עסקיים אשר יכולים וצריכים לתמחר את סיכוניהם.¹¹² יתר על כן, סיבות סוציאליות אמורות להניע את הדין לגלות יתר סימפתיה ואהדה כלפי אלמנה הנשארת בחוסר-כל. אף-על-פי-כן הדין המצוי בוחר לשלול מנושה לחיוב מזונות, באופן ברור למדי, את האפשרות לטרוף את כלל המתנות, כולל האמיתיות, ובמקביל להעניק יכולת זו לנושה בחדלות-פירעון.¹¹³ ההסדר בפשיטת-הרגל מצריך אם כן דיון.

קיימות שתי סיבות לקביעה הקטגורית הנוקשה: האחת היא הקושי בהבחנה המעשית בחדלות-פירעון מסחרית בין מתנה אמיתית לבין מתנת-תרמית; ואת האחרת, ניתן למצוא בדבריו של ראב"ל, הסבור כי "ככלל, התנגשות בין חיוב בתמורה לבין חיוב חנם מצדיקה

112 מעניין שס' 96 לפקודת פשיטת-הרגל – המבטא הגנה על צרכים מסחריים גרידא, כגון נשייה – נוסח באופן גורף יותר מאשר ס' 63 לחוק הירושה, המגן על בני משפחה, בכל הנוגע במקבלי מתנות.

113 ניתן לכאורה לטעון כי בסוגיה הירושתית הנותן אינו יודע את יום מותו, בעוד בסוגיה מתחום פשיטת-הרגל הנותן יודע, על-פירוב לפחות, כי הוא עובר לחדלות-פירעון. אולם גם הבחנה זו אינה מחזיקה מים. ראשית, אין זה בטוח כלל שהנותן יודע ומאמין בהכרח כי הוא קרב לחדלות-פירעון. שנית, אם הוא אכן יודע ברמה מסוימת כי זה מצבו, אזי עקרון תום-הלב יבוא וינצח בעבור הנושה. ראו בהמשך ה"ש 141.

את העדפתו של החיוב בתמורה".¹¹⁴ עוד מציין ראבילו כי יש לתת פתחון-פה לכלל האומר כי אין האדם נדבן אלא אם כן הוא משוחרר מחובות.¹¹⁵ כלומר, אף אם המתנה אמיתית, אין סיבה לתת תוקף קנייני לנובע מעסקת המתנה ולהעדיפו על הנושה.

ראשון ראשון, אחרון אחרון.

באשר לקושי הראשון, יש מקום לסברה כי המחוקק בחר בדרך הקלה של קביעה גורפת כי כל המתנות שניתנו לפני פשיטת-הרגל הינן מתנות-תרמית. בדיני חדלות-פירעון, בשל החשד הכבד יותר, הדין מציג גישה נוקשה יותר בהתייחסותו למתנות אמיתיות, קרי, אינו מבחין כלל בין שני סוגי המתנות בבואו לטורפן. בכך פטר המחוקק את עצמו מהצורך להבחין בין שני סוגי המתנות: מתנות-תרמית ומתנות אמיתיות. לדעתנו, כאמור, דרך זו אינה ראויה ואינה רצויה, שכן היא אינה צודקת, וסיבה של יעילות אכיפתית¹¹⁶ אינה יכולה לבוא במקום קביעה נורמטיבית נכונה.

כאשר לפנינו עסקה אמיתית להעברת נכסים המייצרת בעקבותיה תוקף קנייני, אין כל סיבה, לפחות לכאורה, לפגוע בתוקף זה. אין זה אומר שמתנה אמיתית לעולם לא תיטרף,¹¹⁷ אלא שהרמה הנורמטיבית מחייבת הכרה מלאה בתוצאותיה של עסקת המתנה, תוך הבחנה בין עסקה אמיתית לבין עסקה פיקטיבית. העדר קביעה כאמור פוגע לא לצורך במעשה המתנתי, באמצעות פגיעתו באופן מוחלט בקניין המוקנה בעקבות עסקת המתנה. העדר הקביעה מעוות את רצונו של הנותן התמים, אשר אינו מודע להיותו קרוב לחדלות-פירעון, ופוגע בוודאות ובאינטרס ההסתמכות של המקבל.

קעת שומה עלינו להתמודד עם הכלל כי אין אדם נדבן אלא אם כן הוא משוחרר מחובות. אין אנו בטוחים כי אנו מסכימים באופן גורף לכלל. נדמה כי דיני פשיטת-הרגל עצמם אינם מסכימים באופן גורף לכלל, שהרי הם מבחינים בין שתי תקופות ובינן לבין התקופה שלפניהן. כלומר, אם אדם היה נדבן עשר שנים לפני פשיטת-הרגל, מתנתו לא תיטרף, אף אם היו לו כבר אז חובות.¹¹⁸

אף ראבילו – מדוברי הגישה האמורה – סבור כי יש להבטיח "ודאות כלשהי לחוזי מתנה מתוך הגנה על הסתמכותו של מקבל המתנה".¹¹⁹ אם כן, איזו ודאות אנו יכולים להבטיח אם כל מתנה הניתנת במהלך שנתיים לפני פשיטת-רגל נטרפת ממקבלה? לכן, לטעמנו, בסופו של יום שתי ההצדקות נובעות מאותו שורש של חשש לתת-אכיפה אם נכיר

114 ראבילו, לעיל ה"ש 41, בעמ' 111.

115 שם, בעמ' 112, בטקסט הסמוך לה"ש 5.

116 אף אם ניתן למוצאה בדין במקומות אחרים, כגון בדיני המס, ייתכן שגם שם היא אינה מוצדקת וייתכן שניתן להצדיקה בסיבות מקומיות.

117 ייתכן שמתנה אמיתית לא תצליח לעבור את המשוכה הראייתית המאיינת את היותה מתנת-תרמית.

118 השוו ע"א 4374/98 עצמון נ' עו"ד אורי רף, פ"ד נו(3) 433 (2002), שבו בעל, קבלן במקצועו, העביר לאשתו נכסים שלוש-עשרה שנה לפני שפשט-רגל, אך ברור למדי שעשה זאת במחשבה תחילה, כדי שכיום סגריר ייוותרו בידי אשתו נכסים נקיים מנשייה. בית-המשפט סבר כי ס' 96 אינו חל בשל חלוף הזמן.

119 ראבילו, לעיל ה"ש 41, בעמ' 112.

בהבחנה האמורה. נדמה כי הכלל מבקש להחשיד מתנות כמתנות-תרמית הן בשל החשד הכבד שמתנות מעוררות בסיטואציה האמורה והן בשל יעילות אכיפתית, דהיינו, הקושי להבחין ראייתית בין שני סוגי המתנות. אולם לגישתנו, כאמור, יש להכריע נורמטיבית בדבר ההבחנה האמורה, ועל הדין לארגן במסגרת כליו השונים את המבחנים, נוקשים ככל שיהיו, אף אם יכרסמו באופן משמעותי באופן מעשי בקביעה הנורמטיבית. ייתכן אף שיש מקום לקביעת חוקה הניתנת לסתירה בדבר היות המתנה מתנת-תרמית.¹²⁰

הצעתנו האמורה מובילה למעשה לאיון החוקה החלוטה של תרמית שקבע הדין בסעיף 96 לפקודת פשיטת-הרגל, שכן לפיה אין מקום לראות בכל מתנה הניתנת במהלך השנתיים שקדמו לפשיטת-הרגל משום מתנת-תרמית. חוקה חלוטה נראית לנו לא-ראויה הן מבחינה חברתית והן מבחינה כלכלית, וזאת אף אם אין פגיעה בוודאות הקניינית, קרי, אף אם אי-אפשר לטרוף את המתנה מידי צד ג שקנאָה בתום-לב ממקבל המתנה המקורי.¹²¹ נראה כי איון זה מחייב שינוי חקיקתי או לפחות הלכתי.¹²²

לכן, לגישתנו, אין להסתפק באימוץ הקיים בדיני ירושה,¹²³ על-אף היותו ראוי יותר מהסדר הקיים בדיני חדלות-פירעון. אין להסתפק אף בפרשנות המרחיבה שהצענו למסגרת הצמצומים, אשר מייצרת, ברמה המעשית, הבחנה ברורה למדי בין מתנות-תרמית לבין מתנות אמיתיות. לגישתנו, יש לאמץ קביעה נורמטיבית חדה אשר תאמר בלשון ברורה כי מתנות-תרמית ייטרפו תמיד וכי מתנות אמיתיות לעולם לא ייטרפו. אין זה אומר שהקביעות המעשיות לא יכרסמו בקביעה נורמטיבית זו.¹²⁴ יש מקום לגיבוש מבחנים

120 זאת, כנגד המצוי כיום, אשר מבטא למעשה חוקה חלוטה שהנותן יודע בשנתיים שלפני חדלות-הפירעון כי הוא מצוי בבעיית תורים מזומנים, ולכן מצפים ממנו להימנע לגמרי ממתן מתנות. ודוק: לפי דיני פשיטת-הרגל הקיימים, אם נתן חדל-הפירעון מתנות שלוש שנים לפני החדלות, בזמן שהיה כשר-פירעון אבל ידע או היה יכול לדעת שהוא חדל-פירעון, אין אפשרות לטריפת המתנות.

121 זאת, בניגוד ברור לקיים בדין האנגלי, שבו אפשר החוק משנת 1986 לטרוף מתנות גם ממי שרכשו מתנות ממקבלי המתנות בתמורה מלאה ובתום-לב. חידוש זה עורר ביקורת קשה, ולטעמנו מוצדקת ביותר, בדבר הפגיעה בוודאות המסחרית. ביקורת זו הובילה בסופו של דבר לתיקון ס' 342 לחוק האנגלי בשנת 1994, אולם התיקון מותר עדיין אפשרויות שונות לטריפת נכס שנקנה בתום-לב ובתמורה ממקבל מתנה.

122 ברוח דברינו כאמור לגבי ס' 63, שהינו בבחינת מצוי, ולא רק רצוי.

123 יש לציין כי אף ראבילו, בספרו על חוק המתנה (לעיל ה"ש 41), הציע כי ההסדר של ס' 63 לחוק הירושה יהיה הסדר כללי לטריפת מתנות-תרמית. סיבותיו אינן קשורות כלל לסיבותינו, המבקשות לאמץ את ההסדר המצוי בס' 63 גם למצב של חדלות-פירעון בשל ההבחנה הקיימת בחוק הירושה בין מתנות-תרמית לבין מתנות אמיתיות. לכן גם הצעתו אינה כוללת את האופן שבו אנו מבקשים לתפוס את ההסדר בס' 63 לחוק הירושה. הצעה זו נדחתה על-ידי אוריאל פרוקצ'יה בשל השוני בין מטרות הסעיפים: בעוד ס' 63 רלוונטי לנושה למוזנות בלבד, ולא לכלל החובות, ס' 96 מתייחס לכלל החובות, ולא לחוב ספציפי. ראו אוריאל פרוקצ'יה דיני פשיטת רגל 120-122 (המכון למחקרי חקיקה, 1984).

124 למשל, עקב סמיכות זמנים, אשר תיצור חוקה ראייתית לתרמית.

נוקשים לצורך הקביעה כי מדובר במתנה אמיתית, ולא בפיקציה. החמרה זו טוביל מן הסתם לכרוסום בהבחנה האמורה, אבל לא תפגע בקביעה הנורמטיבית ובמעמד הקנייני הנובע מעסקת המתנה.

מבחן זה מאזן באופן ראוי בין מוסד המתנה לבין מוסד הנשייה. אין אנו מעוניינים ליצור חוסר ודאות מוחלט ואינהרנטי במוסד המתנה. ניתן אומנם להסכים לחוסר ודאות אשר תחום בזמן, אך לא מעבר לכך. מתנות-תרמית, דהיינו מתנות אשר ניתנו על-מנת להברית נכסים מהנושים, דינן אחד – דין אשר יתחשב בנושים בלבד. מתנות אמיתיות דינן אחר – דין אשר יתחשב גם במקבלי המתנות, תוך איזון מרבי בינם לבין הנושים, וכן במטרותיו החברתיות של מוסד המתנה. המבחן האמור מתחשב גם בחשד, שאינו בלתי-סביר, כי מתנות בנסיבות אלה הינן מתנות-תרמית.¹²⁵ בדיני חדלות-פירעון ייתכן שיש מקום כאמור להחמיר במבחן זה, לנוכח החשד הכבד יותר למתנת-תרמית.¹²⁶

איסור להשתמש במוסד חיובי לצורך מטרה שלילית צריך להיות ברור מאליו, ולא מוסתר. אנו סבורים כי עצם ההבדלה המפורשת בחקיקה ובפסיקה, הן בתוצאה המשפטית והן בהנמקה, הינה חשובה. ביטולה של מתנת-תרמית צריך להיות ברור מאליו. אי-הבחנה

125 ייתכן שיש מקום לנוסחת חישוב של "היקף הטריפה" בהתאם לכובד החשד שהמתנה הינה מתנת-תרמית, ואז למידת הקרבה בזמן בין מועד מתן המתנה לבין האירוע של חדלות-פירעון יהיה בהחלט משקל באותה נוסחה. דבר זה יבטא את החשד הקיים לגבי מתנות בדיני פשיטת-הרגל, אשר נדמה לנו כבד יותר ומוצדק יותר מאשר בסוגיית דיני הירושה.

126 ראו ע"א 353/82 גיטר בפש"ר נ' משה מכנס עו"ד בתור הנאמן על נכסיו, פ"ד (ל"ט) 3) 813 (1985). ניתן להיווכח כי העדר הבחנה בין מתנות אמיתיות לבין מתנות-תרמית עלול להוביל לתוצאות לא-צודקות. בפרשה זו העניק אב לבתו דירה במתנה. ערכאת המחוזי קבעה כי המתנה בטלה, שכן האב העניק לבתו את הדירה במהלך השנתיים שקדמו לפשיטת-הרגל, ואף שהמתנה הייתה ככל הנראה טהורה ואמיתית, לא היה בדבר כדי לסייע לבת. להזכירנו, לעניין ס' 63 לחוק הירושה, ובנסיבות דומות, קבע בית-המשפט בהלכת שחר נ' שור (לעיל ה"ש 52) כי דירה הניתנת כמתנת אב לבת הינה מתנה אשר נהוג לתיתה בנסיבות העניין, וככזו פטרה מבטלות מכוח ס' 63 האמור. בדיני פשיטת-הרגל, הנעדרים כל הבחנה בין מתנות-תרמית לבין מתנות אמיתיות, הבת יוצאת וידה על התחוננה. ערכאת העליון חשה ככל הנראה בעוול שנגרם כתוצאה מהפעלת ס' 96 בנסיבות האמורות, ולפיכך מצאה פתרון. הפתרון שהציעה ערכאת העליון היה שהאב נתן את כספי הדירה. כלומר, "כיוון שאין חולק כי לא היו לקטינה כספים משלה ומחיר הדירה (בין אם בשלמותו ובין אם בחלקו) מומן ע"י האב, הרי שיש לראות מסירת כספים אלה על ידו לקבלן כממזגת בתוכה בעת ובעונה אחת שתי פעולות משפטיות נפרדות: נתינת הכסף במתנה לקטינה ותשלומו על ידה (באמצעות אביה) לקבלן". כל מטרת פעולתו של האב הייתה קניית הדירה לבתו – אילו נכשלה עסקת קניית הדירה, האם היה הכסף נותר ברשותה של הקטינה? דבר זה אינו ברור מעובדות פסק-הדין, אולם ככל הנראה התשובה לכך שלילית. קשה לא להתרשם שבית-המשפט מתח עד קצה גבול יכולתו את הפרשנות של עובדות המקרה כדי לא להיכנס לגדר החזקה הקבועה בס' 96, דהיינו, כדי לא לבטל את המתנה שקיבלה הבת. המבחן להפעלת ס' 96, אליבא דערכאת העליון, הוא לגבי הכספים, ולא לגבי הדירה. מכיוון שהכספים ניתנו לפני קניית הדירה, ייתכן שזמנם יאין את אפשרות הפעלתו של ס' 96.

הנורמטיבית בין מתנות-תרמית לבין מתנות אמיתיות נובעת אך ורק מסיבות של יעילות אכיפתית. הדין בחר לו את הדרך הקלה למנוע מתנות-תרמית, תוך שהוא "מוכן" לספוג אף טריפת מתנות אמיתיות, אשר עצם קיומן מוטל לדידו בספק בנסיבות של חדלות-פירעון. לגישתנו, יש מקום להבחנה נורמטיבית ברורה וחדה בין מתנות אמיתיות לבין מתנות-תרמית. ייתכן שהמבחנים להבחנה האמורה יכרסמו לעיתים באופן מעשי אף בתחולתן של מתנות אמיתיות, קרי, אף מתנות כאלה ימצאו את עצמן נטרפות. אולם עדיין הקביעה שתהדהד תהיה כי יש מקום להבדל בתוצאה המשפטית בין מתנה לבין מה שאך נחזה כמתנה.¹²⁷

4: מוסד המתנה אל מול מוסד הנשייה – גישה אחרת

1. הבחנה דו-שלבית

בשורות הבאות נבקש להציע גישה נורמטיבית שונה מעט וקוהרנטית יותר לתיאור התוצאות המשפטיות הראויות בתחרות שבין מוסד המתנה לבין מוסד הנשייה, בין שמדובר בנושה לחיוב מזונות, בנושה מסחרי בחדלות-פירעון או בכל מוסד נשייה אחר. לטעמנו, ביטולה של מתנה אמיתית צריך לעולם הנמקה שונה מביטולה של מתנת-תרמית, והטריפה צריכה להגשים את הרוח המתנתית, את המטרות והערכים המתנתיים, כך שערכיותו של מוסד המתנה תישמר.

במצב של תחרות מול מוסד נשייה, מתנה צריכה לעמוד בשני מבחנים מצטברים. המבחן הראשון הוא הבחנה בין מתנות-תרמית לבין מתנות אמיתיות – בין אותן מתנות שניתנות כפיקציה, אשר בפועל הנותן אינו נפרד מהן כלל וסופן לחזור אליו, לבין מתנות שניתנות על-מנת להיפרד מהן באמת ובתמים. הבחנה מסדר שני צריכה להיעשות בתוך עולם המתנות האמיתיות בין מתנות הנוהגות בנסיבות העניין לבין מתנות שאינן נוהגות בנסיבות העניין. ההבחנה, לפי פרשנותנו, היא שמתנות הנוהגות בנסיבות העניין הינן מתנות שהיו ניתנות בכל מקרה, ללא קשר לקיומו של "אחר" היכול לקבלן נגד רצונו של הנותן מכוח נשייה מסוימת. מתנה שאינה נוהגת בנסיבות העניין היא מתנה שאינה ניתנת אומנם כפיקציה – דהיינו, לא היא ולא שווייה או כל טובת-הנאה אחרת חוזרים לבעליהן – אולם כל מהות ניתנתה (האמיתית, על-מנת להיפרד ממנה) נובעת רק מקיומו (ככוח או בפועל) של "אחר", נושה, אשר עתיד לקבל את הנכס לידי אדם זה לא יינתן כמתנה.

127 לגישה שונה, שגם לפיה לא ייטרפו בהכרח מתנות ותרומות, ראו: Evelyn Brody, *The Charity in Bankruptcy and Ghosts of Donors Past, Present, and Future*, 29 SETON HALL LEGIS. J. 471, end of note 5 (2005).

תוקפה הקנייני של מתנה כאמור אינו מושלם, וקיומו של נושה יביא לידי טריפת הנכס מושא המתנה.¹²⁸

התוצאה המשפטית של מתנה אמיתית אשר אינה נהוגה בנסיבות העניין מלמדת לכאורה כי ידו של מוסד המתנה על התחבונה, לפחות בכל הנוגע במתנות אלה. כאמור, מתנות אלה הינן מתנות אמיתיות, ולא מתנות-תרמית. אולם יש לדוק היטב בתובנות המונחות בבסיסה של המתנה. מתנה כאמור – אף שהיא אמיתית, ולא מתנת-תרמית – אינה משקפת את האפיונים של מוסד המתנה, את רוח המתנה ואת הערכים הגלומים במוסד המתנה. מתנה כזו אינה משקפת נתינה ברוח נאמנה ומושלמת, ואינה משקפת את כל היפה והראוי הטמון במוסד המתנה. מתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין סיבתה אחת: קיומו של מאן דהוא אחר – פרט או מוסד – היכול לקבל את רכוש הנותן. כלומר, כל סיבת הנתינה במתנה כאמור היא שקיים נושה אחר הזכאי לקבל את הנכס, ומכיוון שהנותן מעדיף באופן טבעי את המקבל (בן משפחתו, חברו), נוצרת "עסקת מתנה". אלמלא קיומו של בעל החוב, הנושה, לא הייתה פעולת הנתינה נוצרת. לא מניעים של אמון וסולידריות אמיתיים ולא מניעי אלטרואיסטיות הם המייצרים את המתנה האמורה, אלא רק העדפה של המקבל על הנושה. העדפה זו נובעת אומנם מתוך סולידריות, אולם זוהי סולידריות יחסית ועל-תנאי: היא יחסית לנושה ובתנאי שקיים נושה; בהעדרו היא אינה קיימת. מתנה כזו ניתנת מתוך רצון להיטיב עם המקבל, אולם רק בגלל קיומו של "אחר". מתנה זו, אף שאמיתית היא ותוקפה הקנייני במישור היחסים שבין הנותן לבין המקבל הינו מושלם, אין כוחה הקנייני יכול לעמוד לה בתחרות אל מול חיוב בתמורה. אין בכך פגיעה בערכים המתנתיים שמן הדין לתמצם ולעודד, מכיוון שלא ערכים אלה הם שהניעו את ההליך המתנתי, אלא רק קיומו של "אחר" היכול לקבל את הנכסים מושאי המתנות והעדפת המקבל על אותו "אחר". לכן מוצדק נורמטיבית לפגוע בתוקף הקנייני שהוקנה על-ידי עסקת מתנה כזו.

מתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין, אף שהיא אינה תרמית ואינה פיקציה ולא תחזור לנותנה, אינה יכולה להיחשב מתנה לכל דבר ועניין, ולמעשה יסודה בהברחת נכסים מהזכאי למונות או מהנושה בחדלות-פירעון. הברחה זו אינה עתידה אומנם להגיע בסופה לידי הנותן, אולם יש בכל-זאת מקום לפגיעה בתוקפה הקנייני. יש הצדקה נורמטיבית לפגיעה בתוקפה הקנייני. הפגיעה בתוקף הקנייני אינה מצביעה על נחיתותו של מוסד המתנה, אלא מעידה דווקא על חוסנו ומעמדו של מוסד זה: מתנה אשר מניעים מתנתיים הם אשר הניעו את נתינתה אינה נטרפת, ואין פגיעה בתוקפה הקנייני.

אם מוכרע כי מדובר במתנה הנהוגה בנסיבות העניין, אזי משמעות הדבר היא שכל היפה והראוי הטמון במוסד המתנה קיים בה, שכל הערכים הראויים לתמרוץ ולעידוד מצויים בה, ושהם אשר הניעו את ההליך המתנתי. אין כל סיבה לפגוע בתוקף הקנייני המוקנה מעסקה זו. לעומת זאת, כאשר אין אנו משיאים את המתנה לרום פסגתה – קרי, כאשר כל סיבת נתינתה, אמיתית ככל שתהיה, היא רק שהמקבל נהנה מעודף סולידריות

128 נזכיר שוב כי ההנחה היא שהמתן נעשה מתוך אמונה של הנותן כי מצבת נכסיו טובה, שאם לא כן הנותן אינו תם-לב. כמו-כן, אין הכרח שיש קשר בין ה"אחר" והאשראי שסיפק בעבר לבין המתנה שניתנה.

בהשוואה לנושה, ואלמלא הנושה לא היה זכר לא לסולידריות ולא למתנה – אין כל סיבה להעדיף את המקבל על הנושה.

כך יש לפרש גם את פרשת שחר נ' שור, שבה נקבע כי מתנת דירה של אב לבתו הינה נהוגה בנסיבות העניין. משמעותו ופרשנותו של ההיגד "נהוגה בנסיבות העניין" הן שהאב העניק את המתנה ללא כל קשר לקיומו של "אחר" בפועל או בכוח. הרצון להיטיב ולהעניק מתוך מניעים אלטרואיסטיים הוא אשר כונן את המתנה, ולא סולידריות המעדיפה את הבת, באופן טבעי, על הנושה האחר. אילו אכן ניתנה המתנה רק בגין קיומו של נושה אחר, היה דינה להיטרף.¹²⁹

ההבחנה האמורה בין מתנות-תרמית לבין מתנות אמיתיות, ועוד יותר מכך ההבחנה בין מתנה נהוגה בנסיבות העניין לבין מתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין, מבקשות לקבע את מעמדה של המתנה אשר אין לפגוע בתוקף הקנייני של העברת הנכסים הנעשית באמצעותה. זאת, דווקא בשל אפיונו של מוסד המתנה – אפיונים של נתינה ואלטרואיסטיות. כאשר אפיונים אלה הם המניעים את המעשה המתנתי, יש לתמרצם ולעודדם, ואין סיבה לפגוע בכל תוקף קנייני המוקנה בעקבות המעשה. כאשר אלה אינם המניעים למעשה המתנתי, קיומו של זכאי אחר לנכס יכול שיביא לידי פגיעה בתוקף הקנייני המוקנה בעקבות עסקת המתנה.¹³⁰

להבחנה הדו-שלבית יש שתי משמעויות. הראשונה אינה קשורה כלל לעולם המתנות, ומביעה עמדה נורמטיבית ברורה באשר למעמדו של מוסד המתנה. מאחר שיש חשד, שאינו בלתי-סביר, כי מתנות בנסיבות אלה אינן מתנות כלל, יש מקום להטלת נטל ראיה כבד כדי להוכיח כי אלה מתנות אמיתיות שניתנו על-מנת להיפרד מהן. כעת, משבאנו בשערי עולם המתנה, יש לבחון את סיבת היווצרותה של המתנה – אם רק מניעים מתנתיים שימשו בהיווצרות זו או שמא מניעי סולידריות, רגעיים בלבד, אשר הדין אינו צריך לתמרצם. סיבת היווצרות שאינה קשורה להעדפה סולידרית של המקבל על זכאי "אחר" תבוכר בשם הערכים המתנתיים.

יודגש, אין אנו סבורים כי בשם סולידריות ו/או תמרוצה של סולידריות עם נושה לחיוב מזונות או נושה בחדלות-פירעון ראוי לשלול באופן מוחלט תוקף קנייני שהקנתה עסקת מתנה אמיתית, בניגוד למתנת-תרמית, שאינה מתנה כלל. אין בקביעה זו כדי להכריע לגבי העדפות הדין בתמרוצי סולידריות בין מקבל המתנה לבין נושה לחיוב מזונות או נושה בחדלות-פירעון. כל שהקביעה אומרת הוא כי מרגע שהוקנה תוקף קנייני על-ידי עסקת המתנה, אין כל סיבה נורמטיבית לשלול תוקף זה. כלומר, הקביעה הראשונית היא שעסקה להעברת נכסים הקרויה "מתנה" מקנה תוקף קנייני מושלם כלפי צדדים יריבים לעסקה וכלפי צדדי ג לעסקה. זאת, בהתאם לתוצאה המשפטית של כל עסקה להעברת נכסים, כגון

129 זאת, לגישתנו, וכפי שנטען בהמשך, אף אם המתנה ניתנה לפני השנתיים. דיונו של בית- המשפט אימתי ניתנה המתנה הינו מיותר לפיכך על-פי גישתנו.

130 ברי כי כאשר המתנה ניתנת מתוך רצון ליצור מותגיות לצורך סימון מעמד חברתי, תוך ידיעה כי חדלות-הפירעון הקרבה תהיה בבחינת מצג שקרי לגבי תקינותו של תורים המזומנים, יש מקום לטורפה, בהיותה מתנת-תרמית לכל דבר ועניין.

מכר. כל תוצאה אחרת במתנות כאמור תהווה פגיעה במעשה המתנתי (באמצעות הפגיעה בוודאות הקניינית שעסקה זו אמורה להקנות), תעוות את רצונו של הנותן ותפגע באינטרס ההסתמכות ובוודאות הקניינית של המקבל. רק כאשר יש סיבה נורמטיבית היורדת לשורשי ערכיו של מוסד המתנה, יש מקום להפריך את הקביעה האמורה, ולפגוע במוסד המתנה על-ידי פגיעה במעשה המתנתי, בתוקף הקנייני המוקנה בעקבותיו ובאינטרס ההסתמכות של המקבל.

אנו מסכימים כאמור כי במתנה אשר כל סיבת נתינתה היא קיומם של נושים, אף אם ניתנה על-מנת להיפרד ממנה, יש להעדיף את הנושים על המקבל. זאת, מכיוון שהסיבות הנורמטיביות העומדות ביסוד עידודו של מוסד המתנה אינן ממלאות תפקיד עיקרי וחשוב בנתינה כאמור, כך שאין כל סיבה להעדיפה על הנושים. למעשה, מדובר בנתינה אמיתית אולם מסיבות מלאכותיות – סיבות שאינן ראויות להגנה ולתמרון.

ניתן לדמות את היחס שבין מתנה אמיתית הנהוגה בנסיבות העניין, מתנה אמיתית שאינה נהוגה בנסיבות העניין ומתנת-תרמית ליחס הקיים בין חוזה אמיתי, עסקה מלאכותית וחוזה למראית-עין.¹³¹

חוזה אמיתי הינו חוזה שבו הצדדים רוצים להגיע לתוצאה מסוימת ומגיעים אליה בדרך אמיתית. חוזה מלאכותי הינו חוזה ש"הצדדים לו שואפים להשיג תוצאה מסוימת והם מגיעים אליה בדרך מלאכותית".¹³² הצדדים מעוניינים בקיומה של העסקה כפי שהיא נחזית כלפי כולי עלמא, אולם הם מגיעים אליה בדרך מלאכותית – למשל, עסקה שכל טעמה אינו מכוון לתכלית מסוימת הנובעת מן העסקה, אלא כל מטרתה הימנעות מתשלום מס. לכן עסקה כזו קרויה "עסקה מלאכותית". בחוזה למראית-עין הצדדים אינם מעוניינים אף במהות העסקה עצמה – הם אינם מעוניינים בתוצאות העסקה כפי שהן משתקפות כלפי כולי עלמא. כפי שאומר בית-המשפט, "אין לערבב בין חוזה למראית עין לבין חוזה מלאכותי. בחוזה למראית עין, אין הצדדים מעוניינים בקיומו של החוזה כפי שהוא משתקף כלפי חוץ. לעומת זאת בחוזה מלאכותי, מעוניינים הצדדים בקיומה של העסקה המוצהרת, אם כי הם הגיעו אליה בדרך מלאכותית".¹³³

חוזה למראית-עין אינו תקף. חוזה מלאכותי תקף, ולכן יש צורך להתיר לרשויות המס לא להתייחס אליו כאל חוזה תקף לצורך ההימנעות מתשלומי מיסים.¹³⁴ אולם לצורך ההתקשרות שבין הצדדים יש לחוזה מלוא התוקף, על כל ההשלכות החוזיות והקנייניות הנובעות ממנו.¹³⁵

מתנת-תרמית נחזית כלפי כולי עלמא כמתנה, אולם בפועל היא פיקציה ולמראית-עין

131 השוו גם הרב שלמה משה עמאר "בדין מבריה נכסיו מפני בעל חובו" מאזני משפט ד 715 (תשס"ט).

132 גבריאלה שלו דיני חוזים 264 (מהדורה שנייה, 1995).

133 ע"א 630/78 ביטון נ' מזרחי, פ"ד לג(2) 576 (1979).

134 ראו ס' 86 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961, וכן ס' 84 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963, ס"ח 405.

135 ראו ע"א 53/86 סולל נ' צוקרמן, פ"ד מב(2) 625 (1988), והשוו דוד גליקסברג גבולות תכנון המס 145 (המכון למחקרי משפט וחקיקה, 1990).

בלבד, בדומה לחוזה למראית-עין. מתנה אמיתית שאינה נהוגה בנסיבות העניין הינה מתנה להלכה ולמעשה – הנכס הניתן במתנה לא יחזור לנותנו – כפי שהתוצאה המתקבלת בחוזה מלאכותי הינה התוצאה הסופית של המעשה החוזי הספציפי. אולם הדרך לתוצאה, הסיבה לתוצאה, אינן הסיבה והתכלית ה"נכונות", אלא מה שמעניין הוא רק התוצאה. לכן, בדומה לחוזה מלאכותי, המתנה תקפה. בחוזה מלאכותי, כפי שראינו, הדין מתיר לרשויות המס – בשל המלאכותיות האמורה ומסיבות נורמטיביות – להתעלם מקיומו של החוזה. באופן דומה, במתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין, בשל המלאכותיות האמורה, יש מקום להתיר לנושה להתערב ולשלול את תוקפה הקנייני של המתנה.

תנא דמסייע לרעיון זה ניתן למצוא בסוגיה של צוואות הדידות. כידוע, צוואות הדידות הינן התחייבויות הדידות שבין שני מורשים הקובעות כי הרכוש יעבור לבן-הזוג הנותר בחיים, ולאחר-מכן ליורש מוסכם על שניהם. הדין מגביל את היורש הראשון – קרי, את הנותר בחיים – בכתיבת צוואה חדשה להעברת הרכוש המצוי בהסדר הצוואות ההדדיות. אולם מעבר להגבלה זו היורש הראשון רשאי לעשות ככל העולה על רוחו.¹³⁶ מה לגבי מתן מתנות במהלך חייו של הנותר בחיים? הדין האנגלי, בהתפתחות מאוחרת, אוסר אף מתן מתנות, כפי שמבינים זאת הפרשנים של דיני הירושה בדין האנגלי.¹³⁷ באופן דומה אף הדין האמריקאי, בחלק מפסיקותיו, אוסר מתן מתנות, מתוך הנחה כי מתן מתנות עלול לרוקן את ההסדר מתכליתו ולפגוע ברכוש המיועד ליורש המוסכם. אלא מאי? אם נדקדק היטב בפסיקה האנגלית, נגלה כי הפסיקה מכוונת דווקא למתן מתנות שנועדו לעקוף את ההסדר. כלומר, מתנות שניתנו באמת ובתמים על-מנת להיפרד מהן אבל נועדו לפגוע בהסדר הצוואות ההדדיות – נאסרות. לעומתן, מתנות שניתנו בלא כל קשר להסדר אינן נאסרות, אף אם הן גדולות.¹³⁸ זאת, אף אם בפועל שני סוגי המתנות מוליכים לתוצאה זהה מבחינת הסדר הצוואות ההדדיות. גישה דומה נוקט גם הדין האמריקאי, אשר מציע מבחן אובייקטיבי (אחוז מסך הרכוש) כדי לקבוע אם המתנות נועדו לעקוף את ההסדר אם לאו. מן הכלל אל הפרט. משמעות הדברים האמורים תבוא לידי ביטוי באופן מעשי במיוחד בנשייה בחדלות-פירעון. כאשר קיים נושה בפועל או בכוח, סביר שאף אם המתנה אמיתית, מדובר במתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין. אף אם אין זו מתנת-תרמית, ייתכן שמדובר בהעדפה סולידרית, ולכן, לטעמנו, דווקא בסוגיית הנשייה בחדלות-פירעון יש מקום להקשיח את מבחני ההבחנה הדו-שלבית.¹³⁹

יתר על כן, נתינת מתנות אמיתיות שאינן נהוגות בנסיבות העניין כאשר הנותן יודע כי

136 בדומה לדוקטרינה של יורש אחר יורש.

137 ראו: SIR DAVID HUGHES PERRY & R. KERRIDGE, PERRY AND CLARK: THE LAW OF SUCCESSION 103 (11th ed. 2002).

138 אם כי מתנות גדולות ולא-שגרתיות מעוררות כמובן את החשד שמטרתן אינה אלא לעקוף את ההסדר. ראו: Cleaver v. Insley, [1981] 2 All E.R. 1018. השוו לפירושו של שילה בהקשר של התנהגות יורש ראשון בדוקטרינה של יורש אחר יורש – שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך א 378 (1992).

139 בנשייה לחיוב מזונות – מטבע הדברים והיות שאין אדם יודע את יום מותו – הסבירות למתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין קטנה עד-מאוד.

הוא מצויי בחדלות-פירעון או עתיד להגיע לחדלות כזו – אף אם אחרים אינם יודעים זאת¹⁴⁰ – ייטרפו אף אם ניתנו בתקופה שלפני השנתיים שקדמו ליום שבו נעשה פושט-רגל.¹⁴¹ בכך אנו מחמירים את הדין הקיים כיום, ויוצרים תוצאות משפטיות שבהן ימצא עצמו מוסד המתנה וידו על התחבונה, אולם תוצאה זו עולה בקנה אחד עם גישתנו, שכן אף כאשר תוצאה כאמור מתרחשת, הדבר נובע מסיבות מתנתיות, ולא מהגדרה קבועה ומוגדרת בדבר נחיתותו של מוסד המתנה אל מול מוסד אחר.¹⁴²

2. מה בין ההבחנה החד-שלבית להבחנה הדו-שלבית

בפרק העוסק בתחרות בין מוסד הנשייה בדיני המזונות לבין מוסד המתנה התוודענו לגישה המבקשת לערוך הבחנה נורמטיבית בין מתנות-תרמית לבין מתנות אמיתיות, היא גישת ההבחנה החד-שלבית. גישת ההבחנה החד-שלבית סבורה כי אין לחפש – וממילא אין למצוא – נחיתות במוסד המתנה. מוסד המתנה הינו מוסד משפטי המערב שלבים אובליגטוריים עם שלבים קניינים בחיי המוסד, בדומה למוסדות אחרים בדין. כאשר הקניין מושלם בהתאם לכללי הדין, כאשר העסקה אינה פיקציה, אלא אמיתית, כאשר מכר הינו מכר, ולא הברחה, וכאשר מתנה הינה מתנה, ולא עסקה להשבה של נכס ו/או טובת-הנאה – אין כל אפשרות לפגוע בתוקף הקנייני הנובע מן העסקה. גישת ההבחנה החד-שלבית מכוונת רק לטריפת מתנות-תרמית.

גישת ההבחנה הדו-שלבית הינה גישה נורמטיבית היורדת לשורשיו של מוסד המתנה. אף כאשר העסקה "כשרה" ואינה תרמית, אם היא אינה טומנת בחובה את כלל הרכיבים והאפיונים המתנתיים, ייתכן שמוסד משפטי אחר יגבר עליה בתחרות הבין-מוסדית. אין הדבר נובע מנחיתותה של המתנה. אדרבא, יש לומר כי דווקא הרוח המתנתית ואפיוני המתנה הם המחייבים שכאשר אין שלמות מתנתית במתנה – קרי, כאשר המתנה לא ניתנה בשל סיבות אלטרואיסטיות ו/או אמון וסולידריות עם המקבל באופן בלעדי, אלא מתוך עודף של האמור על הנושה – היא תיסוג מפני נושה בחדלות-פירעון. הסיבות הנורמטיביות

140 יש להדגיש כי נטל הראייה לעניין היות המתנה נהוגה בנסיבות העניין יהיה מכביד יותר כאשר מדובר במסגרת משפחתית.

141 מתנות-תרמית בוודאי ייטרפו. הסעיף הקיים, כפרשנותו בפסיקה, אינו מאפשר טריפת מתנות מעבר לשנתיים אם החייב היה כשר-פירעון. לטעמנו, מתנות-תרמית ואף מתנות שאינן נוהגות בנסיבות העניין, אשר ניתנו מתוך מודעות או ידיעה כלשהי לעניין חדלות-הפירעון, דינן להיטרף בלא קשר לזמן נתינתן, וזאת מכוח עקרון תום-הלב. בשולי הדברים ניתן לציין כי לא פעם בעלי מניות או בעלי השליטה בחברה מודעים לחדלות-הפירעון הצפויה זמן רב לפני החדלות, ומעשיהם יוכיחו זאת.

142 ההבחנה הדו-שלבית מייתרת את סייג הנישואים שנידון לעיל וכן את החריג הקיים בדין האמריקאי, כאשר בסופו של יום, אם התרומה למוסד הדתי הינה בבחינת מתנה הנהוגה בנסיבות העניין, היא לא תיטרף, ואם היא מתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין, היא תיטרף. קל וחומר אם מדובר במתנת-תרמית.

של כינון המתנה מחייבות שהאדם ישלם את חובותיו לפני שייתן מתנות אשר ניתנות רק בגלל חובותיו.

דיני חדלות-הפירעון דהיום פוסחים על שני הסעיפים, דהיינו: מתנת-תרמית שניתנה יותר משנתיים לפני חדלות-הפירעון, כאשר החייב היה כשר-פירעון אבל היה מודע ברמה כזו או אחרת לאפשרות של חדלות-הפירעון, לא תיטרף; ואילו מתנה אמיתית שניתנה בתוך השנתיים שלפני חדלות-הפירעון, כאשר החייב היה כשר-פירעון ובלתי-מודע לחלוטין לאפשרות של קרות חדלות-הפירעון ולקיומם של נושים בפועל או בכוח, תיטרף. הקביעה הקטגורית של טווח זמן וטריפת כל מתנה המצויה בתוכו אינן ראויות הן מבחינת דיני המתנה, לנוכח האפשרות של טריפת מתנות אמיתיות, והן מבחינת דיני פשיטת-הרגל, לנוכח האפשרות של אי-טריפת מתנות-תרמית ועוד יותר מכך מתנות שאינן נהוגות בנסיבות העניין אשר אינן מצויות בטווח הזמן.

5: תחרות בין זכויות

1. כללי

דיני תחרות זכויות קובעים כללי הכרעה שעל-פיהם נקבע למי הזכות בנכס מוענקת. הכרעה זו טומנת בחובה העדפת אינטרסים לגיטימיים של האחד על האינטרסים הלגיטימיים של רעהו. העדפה זו הינה פרי מדיניות משפטית הכוללת שיקולים מוסריים, כלכליים וחברתיים, כפי שהחברה מוצאת לנכון להשתמש בהם ולאזנם.¹⁴³ הכלל היסודי הוא שקדימות בזמן מקנה עדיפות, ושאינן אדם יכול להעביר יותר מאשר יש לו. לעיתים כללי ההכרעה חורגים מהכלל היסודי האמור, ומאפשרים מצב שבו אדם יכול להעביר לרעהו זכויות רבות יותר משיש לו. קרי, לא בהכרח בדיקת זכויות המעביר תעיד על זכויות הנעבר. אם ברצוננו לתאר בקצרה את המטרה המונחת ביסוד הפתרון בדיני התחרות, נדמה כי דבריו הבאים של בהט מתארים יפה את הדילמה שלאורה יונח הפתרון: דיני התחרות באים להתמודד עם "תוצאה של תאונה עסקית או משפטית... עומדת בפני ביהמ"ש הכרעה בין זכויותיהם של צדדים (שניים או יותר) הזורים עקרונית זה לזה. גורלם הפגיש אותם בעל כורחם, מבלי שהתכוונו לקשר זה".¹⁴⁴

143 לא כאן המקום לפרט שיקולים אלה, הגם שחלקם יעלו באופן טבעי בהמשך. כוונתנו בעיקר לשיקולי מניעה ולשיקולים חלוקתיים. ראו: M. Mautner, "The Eternal Triangles of the Law": Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties, 90 MICH. L. REV. 95 (1991-1992); חנוך דגן "תקנת השוק כביטוח" ספר ויסמן 15 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002).

144 יחיאל בהט "גבולות החלוקה הבינארית בדיני תחרות" ספר שמגר כרך ג 459, 462 (2003).

להלן נבקש לבחון את מעמדו של מוסד המתנה במסגרת דיני התחרות על זכויות, תוך התייחסות לחסרונו של יסוד התמורה בו. חיסרון זה אמור להובילו בדרך-כלל להפסד בכל מצב של תחרות על זכויות, אולם אנו נראה כי הנחה זו אינה עומדת תמיד במבחן המציאות, וכי אף כאשר היא עומדת במבחן המציאות, היא אינה תוצאה הראויה והרצויה. אנו נציע דרך שבה לא בהכרח ימצא עצמו מוסד המתנה וידו על התחנות בכל מאבק על זכויות, ויתר על כן תמיד, אף כאשר ימצא עצמו מפסיד, לא ינבע הדבר משיקול התמורה.¹⁴⁵

2. ראשון זוכה, שני ללא תמורה בוכה

התמורה, אשר מקומה נפקד כיסוד ביצירת החוזה בדין הישראלי, משמשת יסוד חשוב בדיני העסקות הנוגדות¹⁴⁶ ובדיני תקנת השוק.¹⁴⁷

כך, למשל, סעיף 9 לחוק המקרקעין וסעיף 12 לחוק המיטלטלין¹⁴⁸ קובעים הסדרים ברורים שלפיהם בעל הזכות הראשון בזמן (להלן: ראשון בזמן) זוכה. אולם אם רכש בעל הזכות השנייה (להלן: שני בזמן) את זכותו בתמורה, בתום-לב ותוך שכלול הזכות לזכות קניינית, הוא יגבר על הראשון בזמן. היה אם שני בזמן חסר אחת מן הדרישות המפורטות, ראשון בזמן זוכה ללא כל תנאי.¹⁴⁹

ברי כי יסוד התמורה – אשר אינו מצוי באופן הגדרתי בעסקת המתנה – יכשיל את עסקת המתנה בבואה להתחרות מול עסקת מכר. שני בזמן שהינו בעל עסקת מתנה יפסיד תמיד לראשון בזמן בשל העדר דרישת התמורה, אפילו אין פגם בתום-ליבו ואפילו שכלל קניין, בניגוד ברור לבעל עסקת מכר תם-לב ששכלל קניין. בכך נוצר מצב שבו מוסד המתנה מצוי לכאורה בנחיתות קטגורית אל מול מוסדות חוזיים אחרים, שקיימת בהם דרישת תמורה, בכל הנוגע בתחרות זכויות בכלל ובדיני העסקות הנוגדות ובדיני תקנת השוק בפרט.

אולם בכך לא דיינו. נשאלת השאלה: כאשר השני בזמן הינו בעל עסקת מתנה והראשון בזמן אף הוא בעל עסקת מתנה, האם גם אז הראשון בזמן זוכה? לכאורה, התשובה לכך חיובית, וזאת בהתאם לכלל האמור לעיל. דרישת התמורה נדרשת רק מהשני בזמן, המבקש להתגבר על הראשון בזמן. דרישות מחמירות נדרשות אך ורק מהשני בזמן, וזאת על-מנת

145 בוודאי לא כשיקול בלבד.

146 ראו דניאל פרידמן "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ג 153 (התשל"ג), המתייחס במאמרו לשימושי התמורה הנפקדים והקיימים בדין הישראלי.

147 דרישת התמורה אינה מופיעה אומנם באופן ישיר וברור בס' 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968. אולם הדבר נגזר מהגדרת חוזה המכר המופיעה בס' 1 לחוק. הגדרה זו חלה כמוזן על כל הוראות החוק.

148 חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 575 (להלן: חוק המקרקעין); חוק המיטלטלין, התשל"א-1971, ס"ח 636.

149 בהמשך נסייג אמירה זו.

להתגבר על הכלל היסודי האמור, קרי, העדר היכולת להעניק את מה שאינו של המעביר-הנותן. לפיכך בתחרות בין עסקות מתנה נוגדות ימצא עצמו תמיד בעל העסקה השנייה וידו על התחנתנה. זאת, אף ששניהם חסרי תמורה.¹⁵⁰

3. ראשון בזמן בעל עסקת מתנה או כיצד העדר יסוד התמורה אינו משפיע על התוצאה

נשאלת השאלה מה באשר למצב שבו הראשון בזמן הינו בעל עסקת מתנה והשני בזמן הינו בעל עסקת מכר. התוצאה המשפטית היא כי שני בזמן שקיים את דרישת התמורה ותום-הלב ושכלל קניין יגבר על הראשון בזמן. אולם אם שני בזמן קיים את דרישת התמורה ואת דרישת תום-הלב אך לא שכלל קניין – האם יפסיד לראשון בזמן בעל עסקת מתנה, אשר חסרה, מעצם הגדרתה, את יסוד התמורה? לכאורה, התשובה לכך חיובית, שכן השני בזמן לא עמד בכל הדרישות המחמירות שהדין דורש ממנו, ואך ממנו. כלומר, אף הדין דהיום – המסכים כי יסוד התמורה הינו יסוד הכרחי בעולם העסקות הנוגדות, וכי הכרחיותו שוללת באופן קטגורי עדיפות משני בזמן אשר חסר יסוד זה, בלא קשר לזהותו של הראשון בזמן – מכיר בכך שהכרחיותו אינה פוגמת בהכרח בראשון בזמן.¹⁵¹ לכן ראשון בזמן בעל עסקת מתנה יכול שיגבר על שני בזמן בעל עסקת מכר אשר לא שכלל קניין, וזאת אף ששני בזמן הינו בעל יסוד התמורה ואילו ראשון בזמן חסר את יסוד התמורה.

אולם האם תוצאה זו, המסרבת להתחשב בחסרון התמורה אצל הראשון, ראויה? ומה באשר לשיקולי צדק? מה באשר לשיקולים אשר יתחשבו במי שעלול להיפגע קשה יותר? האין מקום לומר כי השני בזמן ניווק יותר מהראשון בזמן שכן הסתמכותו הביאה אותו לידי גיוס משאבי ממון, ואולי אף משאבים נוספים, אשר הראשון בזמן בעל עסקת המתנה לא נאלץ לגייסם (בוודאי לא את המשאבים שגייס השני בזמן לצורך התמורה)? האם אי-אפשר לטעון כי אכיפת החוזה של בעל העסקה הראשונה הינה "בלתי-צודקת בנסיבות העניין", בהתאם לסייג האכיפה המצוי בחוק התרופות?¹⁵² ודוק: מכיוון שהדין אינו דורש את קיום הדרישות המחמירות מן הראשון בזמן,¹⁵³ משמעות הדבר היא שהדין אינו נרתע מלהעדיף

150 בעוד את התוצאה הראשונה ניתן להסביר בשיקולי צדק (הגם שבהמשך לא נקבל בהכרח תוצאה זו), את התוצאה השנייה (עסקות מתנה נוגדות) אי-אפשר להסביר במונחים אלה.
151 ראו בהמשך את התייחסותנו לעניין לאניאדו, להלן ה"ש 162, הקורא לכאורה תיגר על האמור. אין אנו מתעלמים מההנמקה שכדי להתגבר על הכלל האמור יש צורך בדרישות מסוימות שהדין דורש, אולם בסופו של יום יש לשים לב כי יסוד התמורה – או ליתר דיוק העדרו – משפיע לרעה רק על השני בזמן.

152 ס' 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

153 מובן שרק השני בזמן צריך להתגבר על הכלל היסודי שאי-אפשר להעביר יותר ממה שיש בידך.

בעל עסקת מתנה, אף שהוא חסר את יסוד התמורה, על כל המשמעויות ההלכתיות הנובעות מכך.¹⁵⁴

אנו סבורים כי תוצאה זו אינה בהכרח התוצאה התמידית, כפי שנראה בשורות הבאות, אבל ניתן להסיק מכאן כי הדין נכון "להתגבר" על העדר יסוד התמורה ולהגיע להכרעה שתתעלם מן השאלה מי נפגע יותר.¹⁵⁵

בהלכת בנק אוצר החייל¹⁵⁶ העלו השופטים חשין ודורנר נימוקים הטומנים בחובם שיקולי צדק ברורים. התרשלות רבתי של ראשון בזמן אשר נמנע מרישום הערת-אזהרה, שהייתה עשויה למנוע את התאונה המשפטית, יכול שתשלול ממנו את הזכות לעמוד על זכותו ולגבור על השני בזמן. עמידה על עדיפותו במקרה זה היא בגדר עמידה על זכות שאינה בתום-לב, ומהווה שימוש בזכות לא בתום-לב. בהלכת גנז¹⁵⁷ סבר הנשיא ברק כי ראוי להטיל על הזכאי הראשון את הנטל לרשום הערת-אזהרה אשר תמנע את התאונה המשפטית, וזאת מכוח עקרון תום-הלב. כלומר, שיקולים של צדק ו/או תום-לב יש בכוחם להדיח את הראשון בזמן מבכירותו, במיוחד כאשר ניתן להצביע על חוסר תום-לב או התרשלות רבתי שלו.¹⁵⁸

לגישתנו, התוצאות החד-משמעיות בשתי הסיטואציות הבאות – (1) ראשון בעל עסקת מכר מנצח תמיד שני בעל עסקת מתנה החסר את יסוד התמורה; (2) ראשון בעל עסקת מתנה מנצח תמיד שני בעל עסקת מכר שלא שכלל קניין – הינן תוצאות לא-ראויות. עם זאת, הן אינן משקפות בהכרח קביעה כי ליסוד התמורה יש תפקיד מכריע בהכרעת הסוגיה.

אליבא דהלכת בנק אוצר החייל, ראשון שהתחיל להתחיל את עסקת רבתי יפסיד. לגישתנו, הדבר נכון בין שהראשון הינו בעל עסקת מכר או בעל עסקת מתנה, וכן בין שהשני הינו בעל עסקת מכר או בעל עסקת מתנה. מכאן נובע שמתנה לא תפסיד בהכרח אל מול עסקת מכר, על-אף העדר התמורה. קרי, ראשון בזמן בעל עסקת מכר אשר התחיל להתחיל את עסקת רבתי או גילה חוסר תום-לב יפסיד לשני בזמן בעל עסקת מתנה. מי שיכול למנוע את התאונה המשפטית ולא מנע – יישא בעלותה.¹⁵⁹ יש לשים לב כי עיקרון זה מחמיר עם מוסד המתנה לעת היותו ראשון בזמן אל מול בעל עסקת מכר שני בזמן אשר לא שכלל

154 השוו דנ"א 2568/97 כנען נ' ארצות-הברית, פ"ד נו(2) 632 (2003) (להלן: עניין כנען), לעניין פער גדול בתמורה היכול להעיד על חוסר תום-לב.

155 למעשה, תבקש רק התחשבות בכלל האמור ואיך מתגברים על הכלל.

156 ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999) (להלן: הלכת בנק אוצר החייל).

157 ע"א 2643/97 שלמה גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נו(2) 385 (2003) (להלן: הלכת גנז).

158 אין להתעלם מכך שגם הטיעון בדבר העדר התמורה בעניין כנען, לעיל ה"ש 154, טמן בחובו שיקולי צדק, הגם שנגע אף בשיקולים של חלוקת נזקים.

159 אין אנו מתעלמים מכך שיש בכך העדפה – ערכית, יש לומר – להכרעה על-פי כללי מניעה, ולא על-פי צדק חלוקתי.

קניין. לגישתנו, התרשלות רבתי או חוסר תום־לב ימנעו מראשון בזמן ניצחון, אף אם שני בזמן לא שכלל קניין.

בהלכת חיג'אזי¹⁶⁰ התייחסה השופטת פרוקצ'יה לסוגייתנו בהערת־אגב כדלקמן: לאור הלכת בנק אוצר החייל, בעל זכות שביושר, אף אם לא רשם הערת־אזהרה, גובר על מעקל, אף אם האחרון רשם את העיקול במרשם המקרקעין. לבעל הזכות שביושר יש זכות "מעין־קניינית", שכוחה יפה אף כלפי צדדי ג. העיקול אינו גובר על זכות זו, אלא כפוף לה, שכן הוא נוצר לאחר שהזכות שביושר באה לעולם. אין נפקא מינה, לדעת פרוקצ'יה, אם שילם הקונה את מלוא התמורה אם לאו. לאור הלכה זו שואלת השופטת פרוקצ'יה כך: "[ה]אם הרציונל האמור בפרשת בנק אוצר החייל, שהביא לייחוס זכות 'מעין־קניינית' לקונה בעיסקת מכר מקרקעין, פועל באותה מידה גם מקום שמדובר בעיסקת מתנה ומקבל מתנה, ו[ה]אם גם בעיסקה כזו עשויה זכותו של הנהנה מהסכם המתנה לגבור על זכות נושה של נותן המתנה אשר הטיל עיקול על הנכס, נשוא המתנה?"¹⁶¹ לדעת פרוקצ'יה, יש להבחין בין עסקת מכר לבין עסקת מתנה, שכן יסוד התמורה הינו מהותי בעסקת המכר, והוא אשר יוצר את מרחב הציפיות הלגיטימיות של הקונה.

בעניין לאניאדו נ' הולנד¹⁶² התייחס בית־המשפט לסוגיה דנן באופן הכרעתי, ולא אגב אורחא. בית־המשפט ממשיך, לכאורה לפחות, בקו שהתוותה פרשת חיג'אזי, וקובע כי מקבל המתנה נסוג לעומת הנושה, בניגוד ברור להלכת בנק אוצר החייל, תוך שהוא מאזן בין שני המקרים. "שיקולים ואיזונים אלה משתנים בהתנגשות הזכויות שבין מקבל ההתחייבות למתנה לבין נושה של הנותן, ובודאי שאין הם באותה העוצמה בה באים הם לידי ביטוי בהתנגשות הזכויות שבין הקונה לבין הנושה."¹⁶³

אנו חולקים על גישה זו. כאשר לפנינו עסקת מתנה, יסוד התמורה אינו נדרש מן הראשון בזמן¹⁶⁴ – ולכך ערה אף השופטת פרוקצ'יה – ולא בכדי. אנו סבורים כי אין להבחין בין עסקת מתנה לבין עסקת מכר. האם יש הבדל בין קונה שטרם שילם את התמורה שהתחייב לה לבין מקבל מתנה? זאת ועוד, לא יקשה עלינו לצייר תרחישים שבהם הסתמכותו של מקבל מתנה תהיה אף גדולה מזו של קונה אשר שילם רק חלק מהתמורה. לכן, אם בהסתמכות בלבד עסקינו, נראה כי לא התמורה היא שצריכה לקבוע את עוצמתה של ההסתמכות.¹⁶⁵

160 ע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי, פ"ד נה(4) 730 (1999) (להלן: פרשת חיג'אזי).
 161 שם, בעמ' 748.
 162 ע"א 11502/05 לאניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ (טרם פורסם, 24.2.2008) (להלן: עניין לאניאדו).
 163 שם, פס' 8 לפסק־דינו של השופט אלון.
 164 עד כדי כך שראשון בזמן בעל עסקת מתנה גובר אף על שני בזמן בעל עסקת מכר שלא שכלל קניין.
 165 זאת ועוד, מה נאמר במקרה שבו המתחייב ויתר על זכותו לחזור בו מן ההתחייבות וכך הגביר את הציפיות ו/או ההסתמכות של מקבל ההתחייבות? ראו גם מיגל דויטש קניין כרך ג 241–242, 372–373 (1997), שם מבצבץ וצף לו מבין השורות – ואף בשורות עצמן – הנימוק שמא מדובר במתנת־תרמית, ולכן אין מקום להעדיף עסקת מתנה מול נושה. כזכור,

יתר על כן, נדמה כי ההכרעה בעניין לאניאדו מוכיחה יותר מכל את טענתנו המרכזית. ראשית, יש לציין כי בית-המשפט בעניין לאניאדו לא סגר את הדלת בפני מקבל ההתחייבות, והותיר פתח ניכר. "יהיו ודאי מקרים בהם גם בתחרות שבין מקבל המתנה לבין הנושה תגבר ידו של מקבל המתנה."¹⁶⁶ שנית, בבואנו לבחון מהם השיקולים שיהיו להעדפת מקבל ההתחייבות, אנו מגלים כי השיקול המכונה "הבחינה העיקרית" אינו רלוונטי כלל לענייננו. "הבחינה העיקרית לאותם המקרים תהיה בבחינת תום הלב של נותן המתנה והמקבל והסרת כל ספק סביר שמא ההתחייבות למתנה נובעת מניסיון להברחת רכוש מנושי הנותן..."¹⁶⁷ אבל איננו עוסקים במתנות-תרמית. אינדיקציה כאמור מותאמת גם לשיטתנו. האינדיקציה הנוספת, אשר אינה "הבחינה העיקרית", אכן נוגעת באפשרות לחסום את יכולת החזרה של המתחייב, ורלוונטית לאפשרות ההסתמכות של מקבל ההתחייבות לפני רישום העיקול.¹⁶⁸ אולם בהמשך פסק-הדין, שוב ברטוריקת האיזונים, מדגיש בית-המשפט כי "נקודת המוצא בתחרות זו תהיה בהעדפת הנושה על פני מקבל המתנה. אולם, פתוחה תהיה הדרך בפני מקבל ההתחייבות למתנה לנסות ולהוכיח כי עניינו הקונקרטי נמנה על אותם החריגים שבהם במאזן הציפיות המוגנות שלו ושל הנושה – תיטה הכף להעדפת עניינו."¹⁶⁹ אולם כעת בית-המשפט מדגיש "ראש וראשון" את עניין תום-הלב ואת האפשרות שהמתנה נועדה להבריה נכסים מהנושים "או למטרה בלתי ראויה אחרת",¹⁷⁰ ומתעלם מהאינדיקציה הנוספת. רוצה לומר, לסוגיית תום-הלב ולאפשרות הברחת הנכס יש משקל עצום בהכרעה האמורה, וכותן יפה בוודאי מזה של השיקולים האחרים, אליבא דבית-המשפט.

שלישית, וזה העיקר, מהשיטין ומבין השיטין¹⁷¹ עולה גישתנו הטוענת כי הדין חושש לעיתים שהמתנה הינה מתנת-תרמית, שבמתנה יש "כתמים" שליליים וכדומה. בעניין לאניאדו חזר בית-המשפט ואמר כי על-אף הטענה לאפשרות שההתחייבות לתת מתנה הינה חוזה למראית-עין, אין לקבל טענה זו, אשר הוכחה כקביעה עובדתית ברמת בית-המשפט המחוזי, והיא אינה אמורה להיכלל במסכת השיקולים. כלומר, המאבק הוא בין מקבל התחייבות "צדיק" לבין נושה "צדיק". לכן תמוהה הדגשתה של סוגיית תום-הלב לעיל. אבל

טענו כבר מקודם כי נימוק זה כשלעצמו אין בו כדי לטרוף מתנה אמיתית או להביא לידי הפסדה.

166 עניין לאניאדו, לעיל ה"ש 162, פס' 8 לפסק-דינו של השופט אלון.

167 שם.

168 ראו גם לעיל ה"ש 165.

169 עניין לאניאדו, לעיל ה"ש 162, פס' 8 לפסק-דינו של השופט אלון.

170 שם.

171 ונדמה לנו שאף בציטוטים וברטוריקה של השופט רובינשטיין ניתן לזהות את התגנבות החשש האמור. לאחר שהוא מביא ציטוטים, שחלקם מתייחסים לאפשרות הערמה וכדומה, הוא קובע כי "גם אם לא נשתמש – נוכח קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי שהתחייבות המנוחה למתן המתנה לא היתה למראית עין, וההתחייבות בעינה עומדת – בביטוי 'משקל נוצה'... לעניין הזכויות שנוצרו על-ידי ההתחייבות, עדיין פשיטא, בשכל הישר, שאין היא יכולה לגבור על זכויות המשיבה בסיטואציה דנא". עניין לאניאדו, לעיל ה"ש 162, בעמ' 18.

אם על זאת ניתן לענות כי בית-המשפט משיח לפי תומו ועוסק בסוגיה אף בפנים העיוניים שאינם רלוונטיים באופן מעשי לעניין הנידון, הכיצד נסביר שבית-המשפט, בבואו "מן הכלל אל הפרט", מונה שלוש נסיבות וקובע כי "מכלול נסיבות אלה אינו נותן לסווג המתנה דנן באחד מאותם החריגים בהם ישקול בית המשפט להעדיף את זכות מקבל המתנה על זכותו של הנושה"¹⁷²? שתי הנסיבות הראשונות מעיבות-משהו על הנותנים והמקבלים, וזאת בלשון המעטה: "המנוחה לא נתנה את דירתה במתנה לשני ילדיה. תחת זאת נתנה את מחצית הזכויות לבתה, שלא היתה בין הערבים... בכך, על פני הדברים, נמנעה לכאורה מלכלול במקבלי המתנה מי מילדיה או מבני משפחתה הנמנה על הערבים לחובות החברה המשפחתית למשיבה."¹⁷³ הנסיבה השנייה היא ש"המנוחה [ו] שלושת המערערים... לא הביאו את דבר חתימת מסמכי המתנה... לידיעת המשיכה"¹⁷⁴. יצוין כי בעת החתימה על ההתחייבות לתת מתנה הייתה החברה המשפחתית מושא הערכות במצב כספי קשה. נדמה לנו כי לנוכח דברינו להלן לעניין הקשחת מבחני תום-הלב – ואולי אף בלי ההקשחה האמורה – אף אנו, החולקים מהותית ועקרונית על בית-המשפט, היינו מגיעים לאותה תוצאה.

רביעית, היינו מגיעים לאותה תוצאה אף בגין הנסיבה השלישית: "איש מהם גם לא טרח לרשום הערת אזהרה"¹⁷⁵. בכך גרמו המערערים לנושה ציפיות והסתמכות על היות הדירה הנכס היחיד לפירעון החובות. אילו נרשמה הערת-אזהרה, האם התוצאה של בית-המשפט בעניין לאניאדו הייתה שונה? נראה, לכאורה לפחות, כי אכן כן.

יוצא מן האמור כי אף שאנו חולקים עקרונית על גישתו של בית-המשפט בעניין לאניאדו,¹⁷⁶ לתוצאה המעשית שאליה הגיע אנו מסכימים. זאת ועוד, אם עניין לאניאדו נראה לכאורה כקורא תיגר על גישתנו, אנו סבורים כי הוא מלמד יותר מכל כי מגמת הדין היא להימנע מהצהרה ברורה עקרונית ונורמטיבית לעניין מוסד המתנה, אף שבאי-התקיימותן של הנסיבות האמורות ייתכן שאף הוא היה מביא לידי נצחוננו של מוסד המתנה.¹⁷⁷

אם הכרענו כי מקבל המתנה הינו בעל זכות שביושר, דינו אינו שונה מבעל זכות שביושר מכוח עסקת מכר. אנו סבורים כי דינו של בעל זכות שביושר מכוח מתנה שווה לדינו של בעל זכות שביושר מכוח מכר.¹⁷⁸ שני המוסדות הינם מוסדות משפטיים המעבירים

172 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט אלון.

173 שם.

174 שם.

175 שם.

176 ולנוכח זאת כנראה אף על ס' 183(ב) לתזכיר חוק דיני ממונות התשס"ו-2006.

177 מה התוצאה אליבא דעניין לאניאדו אם נרשמה הערת-אזהרה והמתחייב חזר בו?

178 ייתכן שנסייג את דברינו בנוגע למתנה בעלת ערך פעוט, אשר ברי כי ההסתמכות לגביה שולית וזניחה או אף אינה קיימת. אולם האם ניתן להתעלם מכך שמקבל התחייבות למתנת מקרקעין הינו בעל זכות שביושר? הרי אילו רשם הערת-אזהרה לטובתו, היה גובר בכל מקרה על צדדי ג. אין אנו מסכימים אף לנדבך נוסף שהשופטת פרוקצ'יה פורשת. לטענתה, עקב זכות החרטה ושאר הסייגים בס' 5 לחוק המתנה, הזכות האובליגטורית בעסקת מתנה הינה שברירית: "עוצמת התחייבותו של נותן המתנה לתת אותה ולא לחזור בו ממנה חלשה מזו של מתקשר בחווה אחר..." (פרשת חיג'אזי, לעיל ה"ש 160, שם בעמ' 764). אולם יש

נכסים מהכא להתם, מפלוני לאלמוני. הקניין שהאחד יוצר זהה לקניין שהאחר יוצר. לנוכח זאת אין סיבה לטעון כי הזכות שביושר שהאחד יוצר שונה מהזכות שביושר שהאחר יוצר. שוויון זה מתקיים, לדעתנו, אף אליבא דגישתה של השופטת דורנר, אשר מבקשת לקבוע כי בנסיבות מסוימות שבהן אי-רישום הערת-אזהרה (על-ידי הראשון בזמן, כמוכן) נבע מרשלנות חמורה – והדברים יפים מקל וחומר בכל הנוגע באי-רישום הערת-אזהרה שנבע מהטעיה – עמידה כזו על הזכות תהיה בבחינת שימוש בזכות לא בתום-לב. לדעתנו, הוא הדין לגבי עסקת מתנה. רשלנות של ממש, ולא כל שכן הטעיה, יביאו לידי הפסדו של הראשון בזמן בעל עסקת המתנה בתחרות על הזכויות.¹⁷⁹

כלומר, ראשון בזמן אשר מנצח שני בזמן שלא שכלל קניין – מנצח מכוח היותו בעל זכות שביושר, בין שהוא בעל עסקת מכר ובין שהוא בעל עסקת מתנה. לא התמורה היא שמשפיעה על הגורם המנצח. יתר על כן, דווקא שיקולים של צדק ו/או תום-לב הם אשר יכולים להביא לידי הדחת ראשון בזמן בעל עסקת מתנה מפני שני בזמן בעל עסקת מכר.¹⁸⁰

אנו סבורים כי יש מקום "להקשות" על מוסד המתנה. מבחני אי-הרישום לגבי עסקת מתנה יהיו מבחנים נוקשים ומחמירים יותר, שכן סיטואציות מתנתיות שונות עלולות להוביל ליתר קלות-ראש מצד המקבל. רוצה לומר, ייתכן שיש להקל על המתחרה אל מול בעל עסקת מתנה אשר לא רשם הערת-אזהרה. עם זאת, אין לקבוע באופן גורף כי אי-רישום הערת-אזהרה על-ידי בעל עסקת מתנה יביא לידי הפסדה של עסקת המתנה. אנו טוענים לקביעת מבחנים נוקשים כאמור שכן יש מקום לסברה שבמקרים רבים מקבל המתנה, עקב העדר הסתמכות ואי-גיוס משאבים לרכישת הנכס, מקל ראש ואינו ממהר לשכלל את הקניין ו/או לבצע רישום "מזהיר", ובכך גורם בהינף-יד לתאונה המשפטית. אין לומר עקב כך שמוסד המתנה ימצא את עצמו וידו על התחנות. כל אשר יש לומר הוא שיש מקום לסברה מחמירה מבחינה ראייתית עם מקבלי מתנות בדבר התנהגותם לאחר

להדגיש כי זכות החרטה והסייגים האמורים רלוונטיים למישור היחסים הישירים שבין נותן המתנה לבין מקבלה. מה לסייגים אלה ולמישור היחסים העקיפים שבין מקבל המתנה לבין צד ג' כלשהו, כגון מעקל? עם זאת, בהתאם לגישתנו האמורה, אנו מסכימים עם השופטת פרוקצ'יה כי בנסיבות העניין ייתכן שאי-רישום הערת-אזהרה הינו סיבה להפסד הבכורה של מקבל המתנה. אי-רישום הערת-אזהרה במשך זמן רב מקנה עדיפות למעקל על מקבל מתנה (ולטעמנו, ייתכן שהדברים נכונים אף בעסקת מכר בנסיבות דומות, אך לא נכריע בכך). אי-אפשר להתעלם ממחדל כה חמור וזועק של מקבל המתנה, והוא מצדיק את הדחתו מבכורתו. ייתכן שגם מחדל קטן יותר בעסקת מתנה – בניגוד לעסקת מכר – היה מוביל להדרת הראשון מעדיפותו. זאת, בהתאם להצעתנו האמורה לעיל ביחס למבחני המחדל באי-רישום הערת-אזהרה.

179 ייתכן שגישתה של השופטת דורנר מתנגשת בגישתנו באופן הגדרתי, באשר לפיה, במקרה שבו קונה לא שילם כלל בעבור הנכס או שילם סכום קטן, תימנע ממנו האפשרות לעמוד על זכותו כנגד צדדי ג. אם קביעה זו תוליך למסקנה כי הקטגוריה של עסקת מתנה מונעת עמידה על זכות, אין אנו מסכימים לא למסקנה ולא לקביעה.

180 אשר לא שכלל קניין.

קבלת המתנה לצורך מניעת תאונה משפטית. היה אם יראה מקבל המתנה כי נקט את הפעולות הנדרשות למניעת התאונה – הוא ינצח.¹⁸¹

4. סוף-דבר: לא (רק) על התמורה יקום ויפול דבר

התשובה לשאלה אם ראשון בזמן בעל עסקת מתנה יגבר תמיד על שני בזמן בעל עסקת מכר שלא שכלל קניין, או אף על בעל עסקת מתנה, אינה חד-משמעית. כך גם התשובה לשאלה לגבי בעל עסקת מכר ראשון בזמן אל מול בעל עסקת מתנה שני בזמן. לא תמיד ינצח ראשון בזמן, ולצורך ההכרעה בעניין זה יש להביא בחשבון, בין היתר, את סוגיית תום-הלב מבעד למשקפי הרישום או אי-הרישום של הערת-אזהרה. דהיינו, לא התמורה היא שתוליך לניצחון, אלא שיקולים של צדק, תום-לב וכדומה. לכן ראשון בזמן בעל כל עסקה מנצח שני בזמן שלא שכלל קניין, מכוח היותו בעל זכות קניין שביושר. ייתכן שראשון בזמן בעל כל עסקה (מכר או מתנה) אשר התרשל התרשלות רבתי יפסיד לשני בזמן בעל כל עסקה (מכר או מתנה).

אין אנו רוצים לקבוע מסמרות מהי הדרך הנכונה בסוגיה של עסקות נוגדות.¹⁸² אולם ניתן לומר כי בכל צורה שהיא, לשיקולים של צדק ותום-לב יש תפקיד מרכזי בהכרעה, וליתר דיוק התנהגותו של ראשון בזמן תהווה פרמטר, לצד פרמטרים נוספים, בכללי ההכרעה. משמעות הדברים היא שלנוכח הלכת גנז יש לומר כי היסודות הנוקשים – ובראשם יסוד התמורה – של ההגדרות הקמאיות של דיני תחרות זכויות עברו מטמורפוזה ריכוכית, ובכך נפתח פתח לשקילת שיקולים של צדק ותום-לב בהכרעת העדיפות בין הזכאים השונים. לנוכח הלכת גנז, יסוד התמורה אינו עוד מרכיב בלעדי או אף עיקרי בהכרעת התוצאה המשפטית.¹⁸³

בהקשר של סוגייתנו ניתן לומר כי ההנחה שיסוד התמורה הוא יסוד שאינו מכריע מביאה לידי כך שעסקת המתנה לא תצא וידה על התחנתה אל מול עסקת המכר בכל סיטואציה אפשרית. יש לשים לב כי גישתנו הרעה עם עסקת המתנה בהיותה ראשונה בזמן, בהטילה אף עליה חובת זהירות. יתר על כן, דווקא לנוכח אופייה של עסקת המתנה אנו

181 יש מקום לדעה כי אותה רמת מחדל אשר תוביל לקביעת עדיפותו של השני בזמן על הראשון בזמן בעסקות מכר מקרקעין נוגדות תידרש אף לגבי קביעת עדיפות כאמור במתנות מקרקעין נוגדות.

182 ראו רוני קריטנשטיין "עסקות נוגדות – לבור התבן מן הבר" (טרם פורסם). במאמר זה אנו מציעים גישה שאנו מכנים "גישת איזון תמי-הלב בין ראשון בזמן לבין שני בזמן". גישה זו כוללת בין מרכיביה את ההתנהגויות של הראשון בזמן והשני בזמן, את תום-ליבם, את יסוד התמורה כיסוד המצביע על רמת תום-הלב ועוד.

183 אם כי אין אנו אומרים שיסוד התמורה עבר מן העולם. כך, למשל, ראשון בזמן תם-לב בעל עסקת מכר ולא-רשלן יכול שינצח בעל עסקת מתנה שני בזמן, אף אם שכלל קניין, וזאת בשל העדר התמורה. עם זאת, אף על כך ניתן לחלוק, ולו בשל המשוואה "הסתמכות שווה תמורה".

סבורים כי מבחן הזהירות במניעת התאונה המשפטית צריך להיות מבחן נוקשה יותר. אין הדבר נובע מנחיתותה של עסקת המתנה, אלא מכך שייכתנו מקרים שבהם, עקב העדר תמורה ואי-השקעת מאמץ בקבלת המתנה, אכן יקל המקבל ראש ויתרשל בפעולת-מנע לתאונה משפטית. אולם היה אם עמד בעל עסקת המתנה במבחנים הנדרשים, אין כל סיבה לקפח את מעמדו במסגרת תחרות הזכויות. יש מקום להתחשב הן במעמדו של המקבל, שהרי סוף דבר אין עומדת לפניו אפשרות אחרת לקבלת המתנה, והן בחשיבותו של המעשה המתנתי כמקנה תוקף קנייני כבכל עסקת העברת רכוש אחרת.

6: דינא דבר מצרא

1. דינא דבר מצרא, מהו?¹⁸⁴

לפי דינא דבר מצרא, בעל קרקע אשר מעוניין למכור את שדהו מחויב ליתן דין קדימה לשכנו בעל השדה הסמוך לשדהו.¹⁸⁵ דהיינו, דינא דבר מצרא מקנה עדיפות לבעל הקרקע הסמוכה לקרקע של המוכר (להלן: המצרן) על קונה אחר.¹⁸⁶ כך פוסק השולחן ערוך:

”המוכר קרקעו לאחר, בין שמכרה הוא בין שמכר שלווחו בין שמכרו בית דין, יש לחבירו שהוא בצד המצר שלו ליתן דמים ללוקח ולסלק אותו.”¹⁸⁷

התובנה המונחת בבסיס הלכה זו היא יעילות מסחרית, הבאה להקל על בעלי הקרקע. ברי כי מבחינת יעילות מסחרית עדיף לבעל קרקע המעוניין להגדיל את שטחי קרקעותיו – לצורכי הקלאות, למשל – לרכוש קרקעות הסמוכות לקרקעותיו. דבר זה יקל עליו את עבודתו ויוזיל את עלויות עסקיו בפרט ואת העלויות הכלליות של החברה בכלל.¹⁸⁸ העלות

184 השוו לעמדת הדין הישראלי לעניין התחרות בין מתנה לבין זכות קדימה בס' 104 לחוק המקרקעין. בחרנו לערוך את הדיון בסוגיית דינא דבר מצרא, ולא בסוגיית זכות קדימה בדין הישראלי, מכיוון שהוא מקיף יותר בסוגיית התחרות ומגלה תובנות מתנתיות. יש לשים לב כי על-אף הדמיון, בסוגיית דינא דבר מצרא בכללותה יש מן השוני לעניין המוסד של זכות קדימה.

185 ראו בבלי, בבא מציעא קה, ע"א: ”נהרדעי אמרי: אפילו משום דינא דבר מצרא מסלקינן ליה, משום שנאמר ועשית הישר והטוב בעיני ה'.”

186 ניתן להגדיר זכות זו כזכות סירוב ראשונה.

187 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קעה סעיף ו.

188 ככל שיגדלו עלויותיו של מגדל הגידולים, יגדלו אף עלויותיהם של הספקים, הרוכשים, הצרכנים וכולי.

לקונה האחר אינה רבה, באשר הוא יכול למצוא קרקעות במקום אחר. אף אם עלותו של הקונה האחר רבה, היא אינה זהה לעלות שעולה להיגרם למצרן אם נכריע נגדו. בעוד המצרן יכול למנוע מצב שבו קרקעותיו יהיו פזורות בכמה מקומות,¹⁸⁹ הקונה האחר אינו יכול למנוע מצב זה, אם יש לו קרקעות נוספות.¹⁹⁰ לנוכח האמור מובנת הלכת הטור:

”דינא דבר מצרא תקנת חכמים היא משום ועשית הישר והטוב הואיל שהוא רוצה למכור טוב וישר שיקנה המצרן יותר מאדם אחר רחוק.”¹⁹¹

אם מכר בעל הקרקע את מקרקעיו לקונה אחר, ולא למצרן, ”אין מכירתו כלום וצריך ליתנה לבעל המצר.”¹⁹² כלומר, פעולת המכר שבין בעל השדה המוכר לבין הקונה אינה מקנה כל תוקף קנייני לעסקה, ובעל המצר יכול לטרוף את העסקה.¹⁹³

2. מתנה ודינא דבר מצרא

נשאלת השאלה אם מצרן גובר אף על מקבל מתנה. לכאורה, מאי שנא מקבל מתנה ומאי שנא קונה אחר? אם הנחנו כי הדין מבקש לעזור למצרן לזכות בקרקע של שכנו, המבקש ”להיפטר” מקרקעו, מטעמים של יעילות מסחרית, באמצעות דין קדימה, אזי יש לומר כי מצרן עדיף אף על מקבל מתנה, שהרי סוף דבר יקבל האחרון את שווייה של הקרקע מן המצרן. אולם התלמוד הבבלי קובע כי ”מתנה לית בה משום דינא דבר מצרא”,¹⁹⁴ והפוסקים הולכים בעקבותיו. כך פוסק הרמב”ם: ”הנותן מתנה אין בה דין בן המצר”,¹⁹⁵ כלומר, בתחרות בין המצרן לבין מקבל המתנה גובר מקבל המתנה. דהיינו, מקבל מתנת מקרקעין עדיף על קונה מקרקעין ביחס לתחרות אל מול המצרן.

האם כל מקבל מתנה גובר על מצרן? ”אמר אמימר: אי כתב ליה אחריות – אית בה משום דינא דבר מצרא”,¹⁹⁶ והמפרשים והפוסקים הולכים בעקבותיו. כך, למשל, לפי

189 דבר אשר מייקר, כמובן, את עלויות תשתיותיו, כגון הובלה, קווי מים וכדומה.
 190 ויפיים לכך דבריו של רש”י, בבא מציעא קח, ע”א, ד”ה ”ועשית הישר וטוב”: ”דבר שאי אתה נחסר כל כך, שתמצא קרקעות במקום אחר ולא תטריח על בן המצר להיות נכסיו חלוקין.”
 191 רבנו יעקב בר אשר, ארבעה טורים, חושן משפט, סימן קעה.
 192 הרב חיים דוד הלוי, מקור חיים השלם 474 (הוועדה להוצאת כתבי הגר”ד הלוי, תשמ”ו). על כוחו של המצרן ניתן ללמוד מההלכה הקובעת כי אף אם הקונה תלמיד חכם וקרוב והמצרן עם־הארץ ורחוק, המצרן גובר.
 193 מובן שהקונה יקבל את תשלום שווי הקרקע.
 194 בבלי, בבא מציעא קח, ע”ב.
 195 הרמב”ם, משנה תורה, שכנים, פרק יג, הלכה א. ראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קעה, סעיף נד.
 196 בבלי, בבא מציעא קח, ע”ב.

הריטב"א, "...אבל כל היכא דמפיק ליה לשטר מכר אית בה משום דינא דבר מצרא דאפילו במתנה גרידא אי אית בה אחריות אית בה משום דינא דבר מצרא דאמרינן איערומי קא מערים".¹⁹⁷ כלומר, אם הנותן כתב בשטר המתנה כי הוא נותן אחריות מפני טריפת הנכס, אזי דינא דבר מצרא חל. הלכה זו אינה נובעת מכך שהדין מביע עמדה שונה ביחס למתנה, אלא מכך שקיומה של אחריות מעיד כי אין מדובר במתנה, אלא בהעברת-תרמית. כפי שמפרש הרא"ש, "לפי שאין דרך אדם לקבל על שדה מתנה אחריות שאין מקבל המתנה מפסיד כלום אם יטרפנה בעל חוב ממנו אלא ודאי מכר הוא ואיערומי קא מערים..."¹⁹⁸ דהיינו, מכר המוסווה כמתנה.¹⁹⁹ דהיינו, מתנות-תרמית יפסידו תמיד, ומתנות אמיתיות ינצחו תמיד.

3. הרציונלים לשלילת דינא דבר מצרא בדיני מתנה

שתי תובנות מצויות בשלילת דינא דבר מצרא בעסקת מתנה. התובנה האחת, מתחשבת במהותה של עסקת המתנה, הטומנת בחובה רגשות מתנתיים אשר אין לדין לזלזל בהם. התובנה האמורה – תובנה מתנתית, אם נרצה – מבקשת לקיים את רצונו של הנותן להיטיב ולהעניק לאותו אדם שבו בחר. כפי שמתבטא בעל השולחן ערוך בספרו "בית יוסף":

"דבמכר לא איכפת למוכר שיקנה זה או זה ומשום הכי אית ביה דינא דבר מצרא"

197 חידושי הריטב"א למסכת כתובות, דף מד, ע"א.

198 רא"ש, בבא מציעא ט, סימן כו. ראו גם ברי"ף על-אתר: "דאמרינן איערומי קא מערים הוא שכתב לשון מתנה..." ובאופן דומה בספר מאירת עינים, סימן קטן קה: "שאיין דרך הנותנים לקבל עליהן אחריות על מה שנתנו לאחרים חנם ובוודאי ערמה היא ביניהן". קיימות עוד דוגמות רבות לכך בכתביהם של המפרשים והפוסקים השונים.

199 ראו רש"י, בבא מציעא קח, ע"ב, ד"ה "ואי כתב ליה אחריות", הסובר כי עצם קיומה של האחריות מאיין כל אפשרות לקיומה של מתנה. ראו גם שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קע: "...אינו דומה למתנה באחריות שבגופה יש הוכחה להערמה..." לכאורה, יש מקום לביקורת שנמתחה לעיל לעניין דין טריפת המתנות שנתן החייב בשל טעמים של אכיפה יעילה, המביא לידי כך שכל ההעברות הוולונטריות של החייב נדמות כהעברות-תרמית. רוצה לומר, מדוע כל המתנות עם אחריות לצידן מכוננות את קיומו של דינא דבר מצרא? וכי לא ייתכן שמתנה מסוימת תהיה מתנה אמיתית? ייתכן שיש מקום לביקורת זו, אולם השתמשנו בכל-זאת ב"לכאורה" מכיוון שבסופו של יום אין מדובר בכלל ההעברות הוולונטריות, אלא רק באותן העברות וולונטריות אשר קיימת לצידן ראייה בדבר הערמה. דהיינו, דיני הראיות הם אשר מביאים לידי כך שדינא דבר מצרא מכונן, דהיינו, אותם דינים שביקשנו כי יכריעו אף במתנותיו של חייב. ראו לשון הרי"ף, הסובר כי יש לטעון להערמה על-אף לשון המתנה: "...אע"ג דליכא סהדי דמכר טפי ממתנה שהרי עדים חתומים על השטר שמדכר לשון מתנה אינו מועיל דניכרין דברי אמת." ייתכן שאם יוכח בוודאות, באמצעות ראיות אחרות ברורות וודאיות, כי אין מדובר בהערמה, אזי יאויין דינא דבר מצרא מחדש אף בשטר מתנה שלצידו אחריות.

אבל במתנה רוצה הנותן שיתקיים ביד המקבל מתנה להיות לו לשם שנתן לו אותה המתנה ואותו השדה.²⁰⁰

וכדברי הסמ"ע במקום:

"...דניחא ליה להנותן להיות להמקבל זכרון במתנתו שנתן לו שעשה עימו טובה."²⁰¹

קרי, במכר אין למוכר רצון מיוחד שהקרקע תהא שייכת לפלוני, ולא לאלמוני. במתנה, לעומת זאת, כל רצונו וכוונתו של הנותן הם שהקרקע תשתייך דווקא לפלוני, ולא לאלמוני. רצונו המתנתי הוא להעניק דווקא לפלוני, ולא לאדם אחר. ודוק: ברי כי מקבל המתנה יכול למכור את הקרקע בכל עת שירצה, וממילא יתאיין נימוק הרצון המתנתי. אף-על-פי-כן ההלכה מבקשת לשמר את הרצון המתנתי, וקובעת כי כל זמן שהמקבל ירצה בכך, תישאר המתנה בידי, ואין זכות למאן שהוא לטרוף את קניינו. אין ההלכה מסתפקת בכך שהמקבל יכול לקבל את שווייה מן המצרן, אלא מבקשת שדווקא הנכס מושא עסקת המתנה, אשר בו טמונים האפיונים המתנתיים של הרצון להיטיב ולהעניק, יישמר בידי המקבל, ובכך לא ייפגעו ההשלכות הקנייניות הנובעות מעסקת המתנה, ולא ייפגע המעשה המתנתי. התבונה השנייה מבקשת להתחשב במעמדו של המקבל. קרי, הדין מבקש להתחשב בכך שהמקבל אינו יכול לקבל מתנת מקרקעין במקום אחר ממישהו אחר. המקבל יכול לקבל רק את הקרקע המוצעת לו במתנה. משיקולי צדק, אשר יבקשו כי ההחלטה המשפטית תכריע לטובתו של הנפגע יותר, אין ספק שהמצרן נפגע יותר, שהרי בסופו של יום מקבל המתנה יקבל את שווייה בכל-זאת:

"...והוא בשלמא גבי מכר מצי אמר לו המצרן לא היה לך להיכנס בגבולי דכר אתה יכול ליקח במקום אחר אבל במתנה לא מצי אמר ליה היה לך לאחר שיתן דלא משכח ליה שיתן לו כי אם זה."²⁰²

כלומר, אם נתיר למצרן לטרוף את המתנה, הוא ייאלץ לשלם את שווייה למקבל, ולכן, משיקולי צדק כאמור, אין זה ודאי שמקבל המתנה ייפגע כלל, בוודאי לא יותר מן המצרן.

200 בית יוסף, חושן משפט, סימן קעה, אות נד. באופן דומה ראו בלבוש, חושן משפט, סימן קעה, סעיף נד.

201 יהושע ולק כץ, ספר מאירת עינים (סמ"ע), שם, סימן קטן קא.

202 לחם משנה, הלכות זכיה ומתנה, פרק א, הלכה ו. אותה תבונה, על נפקותה ההלכתית לגבי דיני מתנה, משמשת אצל חלק מן הפוסקים לשלילת דין "עני המהפך בחררה" לעניין מציאה. ראו באור זרוע, חלק ג, פסקי בבא מציעא, סימן סט: "אבל אם יש ריוח גדול שאין מצוי לו לקנות במקום אחר דומיא דמציאה אז אין בו משום עני המהפך בחררה... ודכוותה אמרינן מתנה לית בה משום דינא דבר מצרא."

שהרי בכל מקרה, ובסופו של יום, יימצא בידי מקבל המתנה ממון לרכישת קרקע אחרת במקום הקרקע שניתנה במתנה.

חרף זאת, ההלכה מבקשת, אליבא דתובנה זו, לקבוע כי הקרקע – דווקא היא, ולא שווייה – תימצא בידי המקבל בהתאם להשלכה הקניינית הנובעת מן העסקה, ולא תיטרף בידי המצרן. כלומר, קניינו של הנכס מושא עסקת המתנה שלם ומלא בידי המקבל, ואין כל פגימה בקניין זה אשר תאפשר את טריפת הנכס בידי מאן דהוא. יש לשים לב שתובנה זו מכוונת כל-כולה להתחשבות במעמדו של השחקן המשפטי הקרוי "מקבל".²⁰³

אם נשתמש במינוח של דינא דבר מצרא, יש לומר כי אין זה טוב וישר שבתחרות בין המקבל לבין המצרן נעדיף את המצרן. דווקא שיקולים של "טוב וישר" – השיקולים אשר עומדים בבסיסה של הלכת בר מצרא – מוליכים אותנו להעדפת מקבל המתנה על המצרן, וזאת בשל כיבוד הרצון המתנתי, שיקולי צדק וכולי.²⁰⁴

חשיבותו של כיבוד הרצון המתנתי באה לידי ביטוי אף בתחרות שבין המצרן לבין מקבל המתנה מקונה. מצרן אשר גובר על קונה אינו גובר²⁰⁵ על מקבל מתנה מלוקה, כפי שפוסק השולחן ערוך:

"נתן הלוקח הקרקע במתנה לאחר, שלא באחריות, אין המצרן יכול לסלקו".²⁰⁶

הנימוק לדין זה מוסבר על-ידי בעל השולחן ערוך בבית יוסף:

"דכיון דדינא דבר מצרא אינו אלא משום ועשית הישר והטוב... וכן ניהא ליה דהמקבל מתנה יזכרהו על מתנתו".²⁰⁷

כיבוד הרצון המתנתי מביא לידי כך שהמצרן, בהתמודדותו אל מול כל מקבל מתנה, בין שקיבל את הקרקע מבעל הקרקע המקורי ובין שקיבלה מקונה של בעל הקרקע המקורי, יוצא וידו על התחנתונה. שיקולי המצרנות, אשר חזקים דיים לסלק קונה, אין בהם כדי לסלק את מקבלי המתנות למיניהם.²⁰⁸

נתעכב עוד קמעה על התובנה הראשונה. כאמור, מקבל המתנה גובר על המצרן מכיוון

203 ואם באמת יעדיף כסף, הוא ימכור את הקרקע לשכן.

204 אין הדבר זר לדין. כך ההלכה קובעת ביחס לתחרות בין מצרן לבין קונים שהינם יתומים קטנים. הרמב"ם, משנה תורה, שכנים, פרק יב, הלכה יג, קובע: "המוכר ליתומים קטנים אין בו דין בעל המצר. הטוב והישר שעושיםין חסד עם אלו יתר מבעל המצר." העדפת המקבל אינה טומנת בחובה הגבלה של עבירות הקרקע לאחר הקנייתה במתנה. אולם עצם שלילתה של זכות הקדימה מקדם את השיקולים באופן שהמקבל אחראי לתוצאה, ובכל מקרה בשלב של הקניית הנכס המקבל מועדף על המצרן.

205 לפחות לפי חלק מהשיטות.

206 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קעה סעיף יח. "והוא שלא יהא רמאות בדבר".

207 בית יוסף, חושן משפט, סימן קעה.

208 להזכירנו, אין הכוונה לסלק בלא-כלום, אלא לסלק תוך נתינת תמורת הקרקע למסולק.

שהדין מבקש להתחשב במהותה של עסקת המתנה. הדין מבקש להתחשב במערכת המתנתית – ברכיב המתנתי המניע את הנותן לתת משלו, להיטיב עם מי שהוא אוהב, מחבב וכדומה. עינינו הרואות כי הדין אינו מאפשר את סיכול רצונו המתנתי של הנותן כפי שהוא מסכל את רצונו החוזי-המסחרי של המוכר בעסקת מכר. הדין העברי מכיר בחשיבותה הערכית-החברתית-המוסרית של המתנה. הדין העברי מכיר בחשיבות עידודו של המעשה המתנתי, המבקש להיטיב ולהעניק, ובחשיבות תמרוצם של היחסים שבין הנותן למקבל, "דניחא ליה להנותן להיות להמקבל זכרון במתנתו..."²⁰⁹.

7: סיכום

מוסד המתנה טומן בחובו תרומה חיובית למערכת האנושית. תרומה זו מוצאת את ביטויה בפנים שונים – כלכליים, חברתיים, ערכיים ועוד. תרומה זו הינה הן לחברה בכלל והן לדין בפרט, וזאת באמצעות "הזרקת" ערכים חיוביים וראויים, דוגמת אמון וסולידריות, שהינם ערכים חיוניים והכרחיים לחברה ולדין, במיוחד בימים שבהם לדעת רבים ערכים אלה נעדרים מהמערכות השונות.

יתר על כן, ואולי החשוב מכל, עידוד מוסד המתנה, על רעיון הנתינה שבו, חוצה באופן ברור את גבולותיו של עולם המשפט וטומן בחובו חינוך לנתינה ולאטרואיסטיות, חינוך לקיומן של נורמות חברתיות ראויות. אי-לכך על הדין, כיתר הגורמים המעצבים את החברה, לתרום את תרומתו לעידוד עולם המתנות ולחיזוקו ולביצורו של מוסד המתנה, ודרכו לחיזוקם של כל ערכי הנתינה אשר טמונים במוסד זה ומושלכים ממנו לשאר הערכים והמוסדות החברתיים.

למסקנה זו יש כמה נפקויות. אנו ביקשנו לבחון את הנפקות בהקשר של המעמד הביניים-מוסדי של מוסד המתנה, וזאת מתוך הנחה מוקדמת לכאורית כי יסוד התמורה, אשר נעדר באופן אינהרנטי והגדרתי ממוסד המתנה, מוביל לנחיתותו בכל תחרות בין-מוסדית. הנחה זו יכולה להוביל לתוצאות משפטיות לא-ראויות, אליבא דגישתנו.

רוצה לומר: אין אנו קוראים לכך שבתחרות הביניים-מוסדית ימצא עצמו מוסד המתנה תמיד וידו על העליונה, אולם אנו אכן סבורים כי מן הראוי שאף כאשר ימצא עצמו וידו על התחתונה, ינבע הדבר מעליונותה המוסרית-הערכית של המתנה, ולא מנחיתותה. בוודאי אין מקום לקבוע כי בשל נחיתות קטגורית, הנובעת מההעדר ההגדרתי של יסוד התמורה, ימצא עצמו מוסד המתנה תמיד וידו על התחתונה.

בחינת מעמדו ומקומו של מוסד המתנה אל מול מוסדות משפטיים אחרים, חוזיים ושאינם חוזיים, נעשתה על-ידינו באמצעות עיון בארבע סוגיות שונות, הדנות בתחרות בין מוסדות משפטיים שונים בתחומי משפט שונים.

209 לעיל ה"ש 201.

עיון מעמיק בהתמודדותו של מוסד הנשייה לחיוב מזונות אל מול מוסד המתנה מגלה כי ברוב המקרים המתנות מוצאות את עצמן וידן על העליונה בתחרות זו, בין משום שהן כבר הועברו לצד ג; בין משום שהן מתנות הנהוגות בנסיבות העניין, אליבא דפרשנות המרחיבה של הלכת שחר נ' שור; ובין אם הן כבר פולו. למעשה, נדמה כי מתנה אמיתית לא תמצא עצמה וידה על התחונה בתחרות מול מוסד הנשייה לחיוב מזונות. זאת, בניגוד ברור למתנת-תרמית. הקביעה הנורמטיבית המבחינה בין שני סוגי המתנות האמורות חסרה בדין, אולם הצמצומים והכרסומים הקיימים בו מביאים לידי כך שהקביעה קיימת למעשה, גם אם לא להלכה.

יש מקום לקביעה כאמור, אולם לטעמנו העדר הקביעה אינו מלמד על אמירה נורמטיבית בהקשר של מתנות אמיתיות, אלא מלמד על קביעה נורמטיבית של חשדנות לגבי העברות וולונטריות בסיטואציה האמורה. היה אם נעלמה החשדנות, יקל על הפוסק להכשיר את תוקפה הקנייני של המתנה אשר ניתנה זה לא כבר. זאת ועוד, אף טריפת המתנות בדין המשווה מכוונת כל-כולה למתנות שאינן אמיתיות.

לגישתנו, פרשנותו של הדין המצוי לגבי ההתמודדות של מוסד הנשייה בחללות-פירעון אל מול מוסד המתנה אינה מגלה כל אמירה נורמטיבית לעניין מעמדו של מוסד המתנה, אלא נובעת מחשדנות-יתר כלפי העברות וולונטריות בסיטואציה של חללות-פירעון. יש מקום, לטעמנו, לקביעה קטגורית לעניין ההבחנה הברורה בין מתנות אמיתיות לבין מתנות-תרמית אשר ניתנו רק כפיקציה ואינן מתנות כלל. קביעה זו תביא לידי איון החוקה החלוטה של תרמית הקיימת כיום בדין. קביעה זו נדמית בעינינו ראויה, ויש ליצור את המבנים הנכונים כדי להפכה למעשית. ייתכן שקביעת חוקה הניתנת לסתירה הינה הדרך הנכונה.

לעומת ההבחנה החד-שלבית – אשר מצויה לטעמנו בצורה כזו או אחרת בדיני הירושה דהיום (אם כי בצורה חלשה עדיין מכפי שאנו סבורים שצריך להיות), ואשר יש לאמצה באופן ברור גם בדיני פשיטת-הרגל – אנו מציעים הצעה נוספת, ראויה יותר, הבנויה על הבחנה דו-שלבית. גישה זו נורמטיבית יותר וקוהרנטית יותר לתיאור התוצאות המשפטיות הראויות בתחרות שבין מוסד המתנה לבין מוסד הנשייה – נשייה לחיוב מזונות, נשייה של חדל-פירעון וכדומה.

לפי גישה זו, יש לערוך שתי הבחנות מצטברות כדי לתת תוקף לעסקת המתנה. ההבחנה הראשונה היא בין מתנות-תרמית לבין מתנות אמיתיות – בין אותן מתנות הניתנות כפיקציה לבין מתנות שניתנות על-מנת להיפרד מהן באמת ובתמים. הבחנה מסדר שני צריכה להיעשות בתוך עולם המתנות האמיתיות בין מתנות הנהוגות בנסיבות העניין לבין מתנות שאינן נוהגות בנסיבות העניין. ההבחנה, לפי פרשנותנו, היא שמתנות הנהוגות בנסיבות העניין הינן מתנות שהיו ניתנות בכל מקרה, ללא קשר לקיומו של "אחר" היכול לקבלן נגד רצונו של הנותן מכוח נשייה מסוימת. מתנה שאינה נוהגת בנסיבות העניין היא מתנה שאינה ניתנת אומנם כפיקציה – דהיינו, לא היא ולא שווייה או כל טובת-הנאה אחרת חוזרים לבעליהן – אולם כל מהות נתינתה (האמיתית, על-מנת להיפרד ממנה) נובעת רק מקיומו (בכוח או בפועל) של "אחר", נושה, אשר עתיד לקבל את הנכס לידי אדם זה לא ינתן כמתנה. תוקפה הקנייני של מתנה כאמור אינו מושלם, וקיומו של נושה יביא לידי טריפת הנכס מושא המתנה.

קביעה זו אינה מצביעה על נחיתותו של מוסד המתנה, אלא דווקא על חוזקו וחוסנו. דווקא ההבחנה האמורה בין מתנות-תרמית לבין מתנות אמיתיות, ועוד יותר מכך ההבחנה בין מתנה הנהוגה בנסיבות העניין לבין מתנה שאינה נהוגה בנסיבות העניין, מבקשות לקבע את מעמדה של המתנה אשר אין לפגוע בתוקף הקנייני של העברת הנכסים הנעשית באמצעותה. זאת, דווקא בשל אפיונו של מוסד המתנה – אפיונים של סולידריות ואמון. כאשר אפיונים אלה הם המניעים את המעשה המתנתי, יש לתמרצם ולעודדם, ואין סיבה לפגוע בכל תוקף קנייני המוקנה בעקבות המעשה. כאשר אלה אינם המניעים למעשה המתנתי, קיומו של זכאי אחר לנכס יכול שיביא לידי פגיעה בתוקף הקנייני המוקנה בעקבות עסקת המתנה. בתחרות בין זכויות ביקשנו לעמת באופן ישיר בין מוסד המתנה לבין מוסד המכר, ולהתעמת עם סוגיית התמורה – או ליתר דיוק העדר התמורה – במוסד המתנה. הראינו כי יסוד זה אינו בהכרח היסוד המנצח בתחרות בין עסקות נוגדות, ועמדנו על שיקולים נוספים שצריכים לכוון לתוצאה הראויה אשר יסוד התמורה משרתם. יסוד התמורה הינו יסוד חשוב, אולם כיסוד-עזר "משרת", ולא "אדון". יסוד זה נלווה לקיומו או לאי-קיומו של תום-הלב. אולם העדרו של יסוד זה אינו אמור להוליך בהכרח להפסדו של החסר אותו, ואינו מעיד בהכרח על חוסר תום-לב. מי שחסר יסוד זה יכול עדיין – אם כי בקושי רב יותר לנכח העדר התמורה – לעמוד במבחני תום-הלב. עמידה במבחן תום-הלב היא המפתח לקביעת המנצח בתחרות בין הזכויות.

נורמת ההתנהגות הנדרשת מה"שחקנים" של מוסד המתנה אינה צריכה להיות פחותה מנורמת ההתנהגות הנדרשת מה"שחקנים" של כל מוסד חוץ ו/או קנייני אחר. נהפוך הוא: לטעמנו, נורמת ההתנהגות במערכת המתנתית צריכה להיות גבוהה יותר, וניתן לצפות משחקני מערכת זו – ואולי אף לחייב אותם – להתנהגות מושכלת יותר, זהירה יותר, אשר תמנע תאונות משפטיות.

כפי שנוכחנו בסוגיית דינא דבר מצרא, קיימת בדין העברי גישה שמבקשת להבליט את האפיונים המתנתיים, ואשר כתוצאה מכך מנפיקה תוצאות משפטיות הטומנות בחובן העדפה ברורה וערכית למוסד המתנה. בנימוקי ההעדפה שמור מקום של כבוד לתובנה המתנתית המכירה בסגולות המיוחדות והייחודיות של מוסד המתנה, באפיונו וברצון לא לפגוע ברוח המתנתית.

כאמור, למוסד המתנה יש השפעה חיובית על החברה, הכלכלה והדין. מוסד המתנה אוצר בתוכו ערכים ומושגים המבטאים נורמות התנהגות ראויות בין פרטים. לערכים ולמושגים כאמור יש השפעה עצומה על טיבן של מערכות יחסים משפטיות ושאין משפטיות. גישה נכונה של הדין חשובה לביצורו של מוסד זה, ובכך לביצורם של אותם ערכים שמוסד זה מייצג. גישה נכונה של הדין תבקש להתייחס לעסקת המתנה באופן מהותי ותכליתי, קרי, כמכלול שלם של רכיבים, להבדיל מגישה שלפיה יש לבחון את קיומו או העדרו של פריט אחד בלבד – יסוד התמורה – ועל-פיו להכריע בסוגיה כולה.²¹⁰ במילים

210 בכך יעומעם המושג "תמורה" ויקבל את מקומו הראוי לו אף בדיני התחרות על זכויות. זאת, בהתאם לקו המצוי זה כבר בדין הישראלי, אשר אינו דורש את יסוד התמורה לצורך כינון החווה.

אחרות, אנו דוחים את ההנחה כי העדרו של יסוד התמורה אמור להתוות את התוצאה המשפטית. אפיוניו של מוסד המתנה הם המתווה הנכון והראוי לתוצאה המשפטית. לנוכח הסיבות האמורות, המגוונות והרבות, מוטל על הדין ליטול חלק פעיל בעידודו של מוסד המתנה, כשם שהדין מבקש לעודד נורמות מעצבות ראויות ומועילות לחיי החברה התקינים.²¹¹ עידוד עולם המתנות ותמרוץ הנתינה יתרמו לעליית קרנם של מושגים דוגמת "אמון" ו"סולידריות". למושגים אלה יש חשיבות רבתי בחיי החברה בכלל ובדין בפרט, באמצעות השפעתם על מערכות יחסים חוזיות. לעידוד הנתינה יש ערך משל עצמה, כיסוד חינוכי אשר ישפיע על עיצוב נורמת התנהגות ראויה ביחסיהם של בני-אדם בינם לבין עצמם ובינם לבין החברה בכללותה.

מתנתיות אינה מתחילה ומסתיימת דווקא בעצם המתנה. מתנתיות נוגעת בהיבטי חיים נרחבים, ומשפיעה על מרקם יחסים רחב-היקף. לא המתנה היא העיקר, אלא המתנתיות, קרי, רגשותיהם של נותניה, מקבליה וסובביה, ומערכת היחסים שבין הנותן לבין המקבל. כפי שהדבר בא לידי ביטוי בדבריו של מוס וכן אצל חלק מן הפוסקים בדין העברי – "... זכרון במתנתו שנתן לו שעשה עימו טובה".²¹²

211 על הקשר שבין רעיון הנתינה לבין רעיון המשטר החברתי הראוי ראו בספרו של מוס, לעיל ה"ש 25.

212 לעיל ה"ש 201.

