

על התאוריה של חוזה המתנה

מאת

יובל פרוקצ'יה*

דיני המתנה מגבילים את תוקפו של החיוב החוזי להעניק מתנה בדרכים שונות. ההצדקה המקובלת לכך נטועה בתפיסה מוסרית, שלפיה ההבטחה להעניק מתנה היא בעלת כוח חלש משל הבטחה שניתנת בתמורה. ואולם, נימוק זה מעורר קושי: המבטיח כורת את חוזה המתנה, משום שהתוקף המשפטי משרת את מטרותיו. מטרות אלה הן שקובעות את גבולות החיוב הרצויים לו. לפיכך, כדי להצדיק את הגבלת תוקפו של החיוב, אין די בהצבעה על חולשתה המוסרית של ההבטחה, אלא יש להצביע על טעמים שבגינם הגבלת התוקף עולה בקנה אחד עם התכלית שהחיוב נועד לקדם.

המאמר מבקש אפוא להציע תאוריה לדיני המתנה, שאינה נשענת על כוחה המוסרי של ההבטחה, אלא קושרת בין תכליתו של חיוב המתנה מנקודת מבטו של המבטיח ובין טיבו של הדין הדיספוזיטיבי המסדיר אותו. בחלקו הראשון של המאמר, הניתוח ישים להצדקת הסדריו המיוחדים של דין המתנה, החורגים מאלה החלים בדיני החוזים הכלליים. בחלקו השני, הניתוח יאיר יתרונות שעשויים להיות לאימוצם של הסדרים מיוחדים נוספים. בפרט, המאמר מבסס הצדקה להחלפת האינטרס המוגן בחוזה המתנה – מאינטרס הציפייה לאינטרס ההסתמכות, וכן להחלפת משטר האחריות – מאחריות חמורה לרשלנות.

תקציר. מבווא. א. התפיסה המסורתית של מוסד המתנה. ב. תכלית חוזה המתנה. ג. הסדרים החלים מכוח חוק המתנה. ד. האינטרס המוגן של הנבטח; 1. מזעור עלויות הכבילה של המבטיח; 2. השפעה על הסתמכותו היעילה של הנבטח. ה. אחריות חמורה או רשלנות. סיכום.

מבוא

דיני החוזים קובעים, באמצעים שונים, את "גבולותיה" של ההתחייבות החוזית. כך למשל, דיני הכריתה קובעים את התנאים שבהם היא נכנסת לתוקף, דיני הפרשנות מגדירים את היקפה ודיני התרופות קובעים את תוצאות הפרתה. ככלל, הדין החוזי

* מרצה בכיר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן (המרכז הבינתחומי הרצליה). תודה לחברי מערכת דין ודברים על הערותיהם הטובות, ולעידו שדה על עבודת המחקר המעולה.

הדיספוזיטיבי מתווה גבולות אלה על בסיס המטרה שההתחייבות החוזית מבקשת לקדם. בקביעת קווי הגבול הוא מבקש לשקף את רצון הצדדים, ובכך לסייע להם להשיג את המרב מן הקשר החוזי ביניהם.

באופן דומה, דיני המתנה מתווים את גבולות ההתחייבות החוזית כאשר התחייבות זו ניתנת ללא תמורה.¹ אלא שבתחום המתנה, גבולות אלה מותווים בדרך מיוחדת, השונה מהותית מזו החלה בחוזים רגילים. בחוזה מתנה, הדין מתיר לחייב לחזור בו מחיובו במגוון רחב של נסיבות; התרופות בגין הפרתו של החוזה מצומצמות יותר; ותנאי הכריתה מחמירים יותר.² דיני המתנה מעוררים אפוא את השאלה מדוע היעדרה של תמורה מוביל לכך שגבולותיו של החיוב החוזי נקבעים בדרך אחרת מזו שבחוזה רגיל. ומדוע היעדר התמורה משפיע על גבולות אלה דווקא בדרך זו, ולא בדרך אחרת.

התשובה המקובלת לשאלות אלה מושתתת בדרך כלל על נימוק מוסרי. על פי נימוק זה, החיוב החוזי הרגיל שואב חלק מכוחו המחייב מן העובדה שאל מולו ניצב חיוב נגדי: כשאדם מקבל טובות הנאה מן החוזה, ובה בעת מסרב לקיים את חיוביו שלו – הרי הוא גוזל משהו, ומתעשר שלא בצדק על חשבוננו של הצד שכנגד. ואולם, אם מלכתחילה אדם התחייב רק לתת, מבלי לצפות לדבר בתמורה, הרי חזרתו מן ההתחייבות אינה גוזלת דבר. החובה המוסרית המוטלת עליו לקיים את חיובו נתפסת אפוא כחלשה מן החובה לקיים חיוב בתמורה.³

עמדה זו, על אף כוחה האינטואיטיבי, מעוררת קושי כהצדקה כללית להוראותיהם של דיני המתנה. המבטיח מתחייב בחוזה המתנה משום שהוא מעוניין כי הדין יקנה תוקף להתחייבותו. אם הדין גורע מתוקף זה, וגריעה זו אינה תואמת את רצונו של המבטיח, הרי אין בה כדי לשרת איש. השאלה אם להתחייבות המתנה ראוי לקבוע גבולות אחרים מאלה הנקבעים לזכות החוזית הרגילה תלויה בניתוח התכלית שההתחייבות מיועדת להגשים. אם ראוי לצמצם את גבולותיה של ההתחייבות, הרי אין זה משום חולשתה המוסרית של ההבטחה, אלא משום שזו המטרה העומדת בבסיסה של ההתחייבות. ואם

1 המקור החקוק המרכזי המסדיר דינים אלה הוא חוק המתנה, תשכ"ח–1968, ס"ח 102 (להלן: חוק המתנה).

2 לדיון במאפיינים אלה, ראו הערות 32–39 להלן.

3 לדיון בנימוקים מוסריים למגבלות על תוקפה המחייב של הבטחת המתנה, ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** (כרך א, מהדורה שנייה, תשע"ח) בעמ' 551–553; עלי בוקשפן, **המהפכה החברתית במשפט העסקי** (תשס"ז) בעמ' 407–412; Melvin Aron Eisenberg, "The World of Contract and the World of Gift", 85 *Calif. L. Rev.* (1997) 821, pp. 846–852; ראו גם ע"א 4092/90 **מיטלברג נ' נייגר**, פ"ד מח(2) 529, בעמ' 551 (1994); ע"א 350/96 **וייסר נ' שביט**, פ"ד נב(5) 797, בעמ' 813 (1999); ע"א 6369/98 **גרינברג נ' גרינברג**, פ"ד נד(4) 409, בעמ' 420 (2000); ע"א 11502/05 **לאניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ**, 8 בעמ' 8–10 (פורסם בנבו, 2008). ראו גם הצדקה אחרת שנשמעת לעיתים והיא שעסקת המתנה היא "עסקה עקרה", שאין בה ערך פרודוקטיבי. לדיון בתפיסה זו, ראו חלקים א' וב' להלן.

תכליתו של החוזה היא שלהתחייבות יוקנה תוקף רחב, הרי אין בחולשתה המוסרית כדי להצדיק גריעה מתוקפה.

בהתאם לכך, מאמר זה מבקש לפתח תאוריה בדבר אופיים הרצוי של דיני המתנה, הקושרת בין תכלית ההתחייבות להעניק מתנה ובין הוראות הדין המסדירות את תנאיה וגבולותיה. התאוריה מניחה כי המבטיח מעוניין בהקניית המתנה בשל רגשות אלטרואיסטיים שהוא חש כלפי הנבטח.⁴ עם זאת, כאשר הוא מצהיר על כוונתו להעניק את המתנה בעתיד, הוא מודע לכך שבפרק הזמן שיחלוף עד למימושה בפועל, העדפותיו עשויות להשתנות. בפרט, ייתכן כי מצבו הכלכלי יידרדר; כי מצבו של הנבטח ישתנה, באופן שייתר את הצורך במתנה; או שהיחסים בין הצדדים יתערערו, כך שהתועלת האלטרואיסטית מהקניית המתנה תחדל מלהתקיים.⁵

לנוכח שיקולים אלה, על המבטיח לקבוע את היקף התחייבותו ואת תנאיה. בניגוד לחוזה שנכרת בתמורה, שהוראותיו נקבעות על בסיס משא ומתן בין הצדדים, ההתחייבות להעניק מתנה נקבעת על פי רצונו הבלעדי של המבטיח. לנבטח אין כוח להשפיע על תנאי ההתקשרות, משום שבין שהתחייבותו של המבטיח נדיבה ובין שהיא צנועה – לנבטח כדאי לקבלה. יתרה מזאת, בהיעדר תמורה, לרשותו של הנבטח לא עומד אמצעי הלחץ שבחוזה רגיל מאפשר לו להניע את המבטיח לשנות את עמדותיו. אין בכוחו להציע תמורה גבוהה יותר, לאיים בהפחתת התמורה או לאיים בפרישה מן המשא ומתן החוזי. תנאי ההתקשרות משקפים אפוא את העדפותיו של המבטיח באופן בלעדי. השאלה "מה רצו הצדדים להגשים באמצעות החוזה", העומדת ברגיל בבסיס הניתוח הנוגע לחוזים הנכרתים בתמורה, מוחלפת בחוזה המתנה בשאלה "מה רצה להגשים המבטיח".⁶

4 הטעמים לדחיית המתנה למועד עתידי, כמו גם המניעים לנתינתה, הם מגוונים. לדיון, ראו חלק ב' להלן.

5 Steven Shavell, "An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts", 20 *J. Legal Stud.* (1991) 401; Charles J. Goetz & Robert E. Scott, "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract", 89 *Yale L. J.* (1980) 1261; Andrew Kull, "Reconsidering Gratuitous Promises", 21 *J. Legal Stud.* (1992) 39.

6 לאור זאת, התאוריה המוצגת כאן מובחנת מן התאוריה הכלכלית הקלסית, העוסקת בחוזים בתמורה. התאוריה הקלסית רואה את הדין כמכשיר לקידומה של יעילות (הן במובן פרטו והן במובן קלדור־הייקס). מאחר שלצדדים אינטרס משותף בכריתתו של חוזה המשיא את רווחתם המצרפית (שכן הגדלת ה"עוגה" מאפשרת לשניהם לשפר את מצבם), השאלות "מהן ההוראות היעילות ביותר" ו"מהן ההוראות המגשימות את תכלית החוזה" הן למעשה אותה השאלה עצמה. בהתאם לכך, השלמת חסרים בדרך התואמת את ההסדר היעיל צפויה בדרך כלל לשקף נכונה את התכלית העומדת בבסיס ההתקשרות. לדיון בתפיסה זו בדבר תפקידם של כללים דיספוזיטיביים, ראו למשל, Charles J. Goetz & Robert E. Scott, "The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation", 69 *Va. L. Rev.* (1983) 967; Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004) pp.

בהחלטה אם להקנות להבטחת המתנה תוקף משפטי, על המבטיח להכריע בין שני שיקולים נוגדים מרכזיים. מצד אחד, כבילתו לחוזה מחייב מטילה עליו עלות, שכן היא מצמצמת את חירותו לחזור בו על סמך העדפותיו המעודכנות בעת המימוש. מצד שני, הכבילה המשפטית עשויה להקנות לו גם תועלת, אם יש בה כדי לעודד הסתמכות רצויה של הנבטח. אם הנבטח אינו משוכנע ברגשותיו האלטרואיסטיים של המבטיח, או אם אינו יודע להעריך נכונה את ההסתברות שתעמודנה בעיניו עד למועד המימוש, הרי שבמחויבות המשפטית יש כדי לאותת לו על כוונתו הכנה של המבטיח לקיים את הבטחתו. האפשרות להסתמך מעלה את ערכה של המתנה לנבטח, ולנוכח העדפותיו האלטרואיסטיות של המבטיח – היא מעלה את ערכה גם עבורו. בפרט, יש בה כדי לאפשר למבטיח להפיק ערך גבוה יותר מהקנייתה של אותה המתנה עצמה.

הבנה זו בדבר מסגרת השיקולים העומדים בבסיס ההתחייבות להעניק מתנה מולידה כמה מסקנות המשליכות על אופיים הרצוי של דיני המתנה. מסקנה מרכזית אחת היא שלמבטיח תהיה לעיתים קרובות העדפה להותיר את הבטחתו מחוץ לתחומיו של המשפט. הותרת ההבטחה בלתי מחייבת חוסכת את עלויותיה של הכבילה המשפטית, ושיקול זה עשוי לגבור על השאיפה לעודד את הסתמכות הנבטח. יתרה מזאת, לעיתים הכבילה המשפטית אף אינה נדרשת כדי לעודד הסתמכות זו. הנבטח עשוי להסתמך גם ללא חוזה מחייב אם הוא מכיר בהעדפותיו האלטרואיסטיות של המבטיח, או אם הוא מאמין כי קיימים תמריצים חוץ-משפטיים שדי בהם כדי להניע את קיום ההתחייבות (כגון שיקולי מוניטין או השאיפה לשמור על תקינותה של מערכת היחסים).⁷ לאור זאת, דיני המתנה זקוקים למנגנון זיהוי, שיש בו כדי להבחין באופן ברור בין הבטחות שנועדו לכבול את המבטיח לבין הצהרות שנועדו רק לבטא את כוונותיו, מבלי שיהיה בהן כדי ליצור חיוב משפטי.

מסקנה מרכזית שנייה היא שכאשר המבטיח מבקש לקבל על עצמו מחויבות משפטית, מטרתו בכך היא לעודד את הסתמכותו היעילה של הנבטח, תוך מזעור עלויותיה של הכבילה. בפרט, המבטיח מעוניין במחויבות חוזית המתווה נכון את גבולות התחייבותו. בתוך כך, הוא מבקש לתמרץ את הנבטח להסתמך על ההבטחה

301–304. לדיון כללי בניתוח הכלכלי של דיני החוזים, ראו עמרי בן שחר ויובל פרקציה, "חוזים", **הגישה הכלכלית למשפט** (אוריאל פרקציה עורך, תשע"ב) 153. לעומת זאת, כשמדובר בהתחייבות להענקת מתנה, אין עוד מקום להנחה שתכלית החוזה היא לאמץ את ההסדר היעיל ביותר. בהיעדר תמורה, המבטיח קובע תנאים להתחייבותו, שעשויים לסטות מן ההסדר היעיל בהיבטים שונים. ככלל, ההתחייבות צפויה להיות חלשה ומסויגת יותר מזו המשיאה את הרווחה המצרפית. לדיון, ראו להלן הערה 46 והטקסט הנלווה לה.

7 לדיון, ראו Kull (לעיל הערה 5); Shavell (לעיל הערה 5).

בדרך המביאה בחשבון הן את הסיכוי שהמתנה תמומש והן את הסיכוי שלא תמומש.⁸ מטרתם של דיני המתנה הדיספוזיטיביים היא לקדם תכלית זו של המבטיח. במסגרת זו, ההגנה שמקנה הדין לאינטרסים של הנבטח נגזרת אף היא מאינטרס המבטיח. הנבטח זוכה בהגנת הדין כדי לאפשר למבטיח לכבול את עצמו, ובכך לעודד את הסתמכותו של הנבטח.

השוואה בין המסקנות האמורות ובין ההסדרים הקיימים של דיני המתנה מלמדת כי הדין הנוהג משקף את תכליתה של ההתחייבות באופן חלקי. דיני המתנה הקיימים מחילים הסדרים מיוחדים אשר עולים בקנה אחד עם תכליתו של חוזה המתנה. אולם, כדי להגשים תכלית זו במלואה נדרשים גם הסדרים מיוחדים נוספים – שהדין הנוהג טרם אימץ. הדיון שלהלן יציג אפוא הצדקה להסדרים הקיימים, אך יציע להוסיף עליהם הסדרים נוספים שלעת עתה אינם כלולים בו.

דיני המתנה הקיימים משקפים את תכליתו של חוזה המתנה בכמה מובנים מרכזיים. ראשית, הם משקפים את העובדה כי הבטחת המתנה לעתים קרובות מיועדת להיוותר מחוץ לתחומיו של המשפט. לאור זאת הם מחילים כללי כריתה מחמירים, המיועדים למנוע ייחוס מוטעה של מחויבות משפטית למי שאינו חפץ בה.⁹ שנית, הם משקפים את הסייגים שהמבטיח מעוניין שיחולו על הבטחתו, כדי שזו תשרת באופן מיטבי את מטרותיו. מאחר שתכליתה המרכזית של ההתחייבות היא לעודד הסתמכות יעילה של הנבטח, דיני המתנה מאפשרים למבטיח לחזור בו מן ההתחייבות אם הנבטח טרם הסתמך עליה. נוסף על כך, הם מאפשרים לו להשתחרר בנסיבות שבהן חלה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי או כאשר חלה הידרדרות ביחסי הצדדים עקב "התנהגות מחפירה" של הנבטח.¹⁰ כפי שיידון להלן, הוראות אלה רצויות למבטיח, הן משום שהן מוזילות את העלות הכרוכה בכבילה המשפטית והן משום שהן מיעילות את החלטות ההסתמכות של הנבטח.¹¹

8 לדיון מפורט בטיב ההסתמכות שהמבטיח מעוניין בה, ראו חלק ד.2. להלן.
9 כללים אלה כוללים דרישה להעדה מיוחדת על גמירת דעת (העולה במובהקותה על זו הנדרשת בחוזה רגיל), וכן דרישת כתב "מהותית" (קונסטטיטובית). לעניין הדרישה המחמירה להעדה על גמירת דעת, ראו מרדכי אלפרדו ראבילור, **חוק המתנה, תשכ"ח-1968** (מהדורה שנייה, תשנ"ז) בעמ' 37-38. ראו גם ע"א 268/81 **ברעם נ' גרטי**, פ"ד לח(3) 45, בעמ' 48 (1984); ע"א 7051/93 **האפוטרופוס הכללי נ' גולדברג** (פורסם בנבו, 1995). לעניין המהותיות של דרישת הכתב, ראו ע"א 723/71 **גרוסמן את ק.ב.ק שותפות רשומה נ' מנהלי עובד בירמן**, פ"ד כו(2) 781, בעמ' 790 (1972); ע"א 11/75 **ועד הישיבות בארץ ישראל נ' מיכאלי**, פ"ד ל(1) 639, בעמ' 643 (1975). לדיון בהבחנה שבין הדרישה המהותית לראייתית, ראו גבריאלה שלו ואפי צמח, **דיני חוזים** (מהדורה רביעית, תשע"ט) בעמ' 263-264; וכן פרידמן וכהן (לעיל הערה 3) בעמ' 478-485.
10 כך על פי לשונו של סעיף 5(ג) לחוק המתנה.
11 ראו חלק ג' להלן.

עם זאת, קיימים כאמור היבטים מהותיים אחרים, שבהם דיני המתנה אינם מאמצים דין מיוחד, אף שנראה כי דין כזה היה משקף נאמנה את האינטרס הטיפוסי של המבטיח. היבט אחד נוגע להגדרת האינטרס המוגן של הנבטח בעת הפרה. חוק המתנה אינו קובע דין תרופתי מיוחד, ולפיכך מחיל על חוזה המתנה את חוק התרופות הכללי כדין שיו"ר.¹² לאור זאת, בדומה לחוזה בתמורה, האינטרס המוגן בחוזה המתנה הוא אינטרס הציפייה. אלא שככלל, אין להניח כי דין זה עולה בקנה אחד עם אינטרס המבטיח. מאחר שמטרת המבטיח היא לעודד את הסתמכות הנבטח תוך מזעור של עלויות הכבילה, דין תרופתי מתאים יותר יהיה בדרך כלל זה המגן על אינטרס ההסתמכות. בהשוואה לאינטרס הציפייה, ההגנה על אינטרס ההסתמכות מפחיתה את עלות הכבילה למבטיח, ובה בעת אין בה כדי לפגוע בתמריצי ההסתמכות של הנבטח.¹³ מאחר שהעדפת אינטרס ההסתמכות מתיישבת עם שתי המטרות המרכזיות של המבטיח, יש להניח כי הבחירה בו משקפת באופן נאמן יותר את התכלית המונחת בבסיס ההתחייבות.

היבט אחר שבו דין מיוחד עשוי לשקף באופן מדויק יותר את אינטרס המבטיח נוגע למשטר האחריות. דיני התרופות הכלליים מחילים בחוזה המתנה את משטר האחריות החמורה.¹⁴ המבטיח אחראי אפוא לנזקי ההפרה, גם אם לא היה בידו למנוע אותה באופן סביר. כלל זה, שהגיונו בצידו כאשר מדובר בחוזה בתמורה, אינו הולם באותה המידה את חוזה המתנה. לעומת האחריות החמורה, משטר הרשלנות מוזיל את עלויות הכבילה המשפטית למבטיח, ובה בעת מייעל את תמריצי ההסתמכות של הנבטח. משני טעמים אלה, יש במשטר הרשלנות משום יתרון עבור המבטיח במועד הכריתה. באופן מעניין, ההצעה להחליף את המשטר הקיים במשטר רשלנות היא אחד מחידושיה המרכזיים של הצעת הקודיפיקציה.¹⁵ הצעה זו אף עולה בקנה אחד עם דיני המתנה בשיטות משפט שונות,¹⁶ וכן מתיישבת עם הסדר שאומץ במשפט הישראלי בסוגיות הקרובות למתנה, כגון שמירת חנם ושאלה.¹⁷ ההנמקה התאורטית המובאת כאן תומכת אפוא באימוצה של גישה זו.

חלקיו הבאים של המאמר יהיו בנויים כדלהלן. חלק א' יסקור את התפיסה המסורתית של מוסד המתנה, בישראל ובשיטות משפט אחרות. חלק ב' יציג את עיקרי התפיסה

12 ראו סעיף 22(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16. (להלן: חוק התרופות).

13 ראו חלק ד' להלן.

14 ראו הערה 71 להלן והטקסט הנלווה לה.

15 סעיף 183 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011, ה"ח 712.

16 לסקירה משווה, ראו A.M. Rabello, "The Responsibility of the Donor for Breach", 18 *Isr. L. Rev.* (1983) 118; Martin Hogg, *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives* (2011) pp. 376-394.

17 ראו סעיף 2(א) לחוק השומרים, תשכ"ז-1967, ס"ח 52 וכן סעיף 28(א) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160, המגביל את אחריותו של משאיל לאי-התאמה במושאל למצבים בהם "ידע עליה המשאיל בעת כריתת החוזה והשואל לא ידע עליה".

המוצעת, המבקשת לקשור בין המטרות העומדות בבסיס ההתחייבות להעניק מתנה ובין אופיים הרצוי של דיני המתנה הדיספוזיטיביים. לאור תפיסה זו, חלק ג' יבחן את ההסדרים המיוחדים של דיני המתנה ויציע להם הצדקה פונקציונלית. חלק ד' יבחן את טיבו של האינטרס המוגן הרצוי ויצג טעמים להחלפתו של אינטרס הציפייה באינטרס ההסתמכות. חלק ה' יבחן את משטר האחריות הרצוי ויצג טעמים לאימוצו של משטר רשלנות, במקום המשטר הנוהג של אחריות חמורה. לבסוף, סיכום קצר יסיים את הדיון.

א. התפיסה המסורתית של מוסד המתנה

המשפט המקובל נרתע באופן מסורתי מהקניית תוקף להבטחת המתנה. רתיעה זו באה לידי ביטוי, בראש ובראשונה, בקביעה שהתמורה היא תנאי לכריתתו של חוזה. במאמר רב-השפעה משנת 1941 הציג לון פולר הצדקה לדרישת התמורה, שמאז הפכה להצדקה המקובלת.¹⁸ פולר ראה כמה טעמים מרכזיים לשלילת התוקף של התחייבויות ללא תמורה. ראשית, לעמדתו, התועלת החברתית מאכיפתם של הסכמים משוללי תמורה היא נמוכה, משום שהפרתם בדרך כלל אינה גורמת נזק ממשי לנבטח ואינה מובילה להתעשרות בלתי צודקת של המבטיח. שנית, מאחר שההתחייבות להעניק מתנה נוגדת את האינטרס העצמי של המבטיח, היא מעוררת חשש שניתנה בפזיזות וללא שיקול דעת מספיק. שלישית, ההכרה בהתחייבות להעניק מתנה עלולה לעורר קושי ראייתי בהבחנה שבין הצהרת רצון גרידא ובין חיוב שנועד לשאת תוקף משפטי מחייב. ולבסוף, פולר ראה בעסקת המתנה משום "עסקה עקרה", מפני שכל מה שיש בה הוא העברה של טובין מאדם לאדם, בשונה מייצור של דבר חדש. פולר סבר שמטעם זה ערכה החברתי של עסקת המתנה אינו רב, ועל כן אין הצדקה להשקיע משאבי מערכת באכיפתה.¹⁹ אלא שנימוקים אלה, שהועלו במחצית הראשונה של המאה העשרים, כיום אינם נראים משכנעים. בדומה לנזק הנגרם מהפרת חוזה בתמורה, גם הפרת ההתחייבות להעניק מתנה עלולה לגרום לנבטח נזק ניכר, המתבטא באובדן השקעת ההסתמכות שלו. אין להניח כי נבטח נמנע מלהסתמך על הבטחה רק משום שלא עומד כנגדה חיוב נגדי. נהפוך הוא: העובדה שהבטחת המתנה ניתנת בשל הזדהות רגשית או רעיונית עם הנבטח עשויה לטעת בו נכונות מוגברת להסתמך, העולה על זו שבחווה מסחרי רגיל. אשר לחששות שהמבטיח יקבל את ההתחייבות בפזיזות, או שאחריות תיוחס באופן מוטעה

18 ראו Lon L. Fuller, "Consideration and Form", 41 *Colum. L. Rev.* (1941) 799, pp. 814–815. לדיון בתפיסתו של פולר ראו למשל Eisenberg (לעיל הערה 3) בעמ' 826–827. לביקורת על תפיסתו ראו Kull (לעיל הערה 5).
19 את הטענה שעסקת המתנה היא "עקרה", פולר מייחס למשפטן הצרפתי קלוד בופנואר. ראו C. Bufnoir, *Propriete et Contrat* (2nd ed., 1924) 487. לגירסה מודרנית יותר של טענה זו, ראו Michael Trebilcock, *The Limits Of Freedom Of Contract* (1993) pp. 170–173.

למי שלא רצה בה – הרי אפשר להפיגם באמצעות כללי כריתה המחייבים הצהרה פורמלית ומפורשת בדבר הרצון להתחייב.²⁰ לבסוף, הטענה שעסקת המתנה אינה תורמת לרווחה החברתית מתעלמת מן המניעים ליצירתה. החוזה לכריתת המתנה נכרת משום ששני הצדדים נהנים ממנו: הנבטח מפיק ממנו תועלת עצמית, ואילו המבטיח מפיק ממנו תועלת אלטרואיסטית (או תועלת מעורבת – עצמית ואלטרואיסטית). אלמלא רצו הצדדים בחוזה והפיקו ממנו ערך, לא היו כורתים אותו. העובדה ש"תמורתו" של המבטיח היא אלטרואיסטית ולא חומרית אין משמעה שהחוזה אינו מיטיב עימו. בדומה לחוזה בתמורה, הכבילה המשפטית מאפשרת למבטיח להגשים מטרה שלא היה יכול להגשים בדרך אחרת. אותם הטעמים שבגינם החוזה בתמורה תורם לרווחה החברתית חלים אפוא גם ביחס לחוזה המתנה.

ואכן, המשפט המקובל פיתח דרכים שונות ומגוונות להקנות תוקף להבטחת המתנה חרף דרישת התמורה.²¹ דרך אחת הייתה במתן פרשנות מצמצמת מאוד לדרישה זו.²²

20 כאמור, כך עושה למשל הדין הישראלי, בדורשו כי ההתחייבות תיעשה בכתב וכי תהיה בה העדה מובהקת במיוחד על גמירת דעתו של המבטיח. ראו הערה 9 לעיל. החשש מהתחייבויות פזיזות הוא אחד השיקולים העומדים בבסיס האיסור הקיים במשפט הישראלי על "מתנה מחמת מיתה", כלומר מתנה "שאדם נותן על מנת שתוקנה למקבל רק לאחר מותו של הנותן" ושאינה על פי צוואה. ראו סעיף 8(ב) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63. ואולם, על איסור זה נמתחה ביקורת מוצדקת. ראו רונן קריטשטיין, "מתנה מחמת מיתה – עיון מחודש", הפרקליט מט (תשס"ז-תשס"ח) 403; מרדכי א' ראבילו, "על מתנות ויום המוות – סעיף 8(ב) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 ושאלת ההבחנה בין מתנות inter vivos לבין מתנות mortis causa", ספר זכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראבילו, גבריאלה שלו עורכים, תשנ"א) 581.

21 ברוח זו, Andrew Kull טוען כי הכלל הנוהג בפועל במשפט האמריקאי דווקא מכיר בתוקפה של ההתחייבות, חרף קיומו של כלל פורמלי הפוך. ראו Kull (לעיל הערה 5). לדיון כללי בדרישת התמורה וחריגיה במשפט האמריקאי, ראו E. Allan Farnsworth, George S. Geis, "Gift and Promises and the Edge of Contract Law", 2014 U. Ill. L. Rev. (2014) p. 663. ביחס למשפט האנגלי, ראו Guenter H. Treitel and Edwin Peel, *The Law of Contract* (14th ed., 2015) ch.3.

22 הצמצום המשמעותי ביותר היה בקביעה כי לשם עמידה בדרישת התמורה אין צורך להראות שקילות בתמורות. פעולה מצידו של הנבטח עשויה לשמש "תמורה" אף אם היא נופלת בערכה באופן ניכר מחיובו של המבטיח. ביחס למשפט האנגלי, ראו Treitel & Peel, שם, בסעיפים 3-016–3-013. ביחס למשפט האמריקאי, ראו Farnsworth, שם בעמ' 79–83. ואולם, דרישת התמורה צומצמה גם במגוון דרכים נוספות. כך למשל, מתנות למוסדות צדקה הופטרו כליל מן הדרישה לתמורה במשפט האמריקאי, ובמשפט האנגלי הן זוכות לתוקף בכפוף לקיומה של הסתמכות. לדיון השוואתי, ראו Richard Hyland, *Gifts: A Study in Comparative Law* (2009) pp. 338, 346–347. חלק מן המדינות בארצות הברית קבעו כי "תמורה" אף עשויה להיות "תמורה מוסרית", כלומר התחייבות חד-צדדית של המבטיח, המבקשת לגמול לנבטח על מעשה שביצע הנבטח בעבר. ראו Restatement (Second) of Contracts, sec. 86 (1981) (להלן: ה-Restatement). המשפט האנגלי, לעומת

דרך נוספת, שאומצה במשפט האנגלי ובמדינות מסוימות בארצות הברית, הייתה ההכרה בתוקפה של התחייבות ללא תמורה, אם בוצעה באמצעות מסמך פורמלי (deed) או באמצעות חותם (seal).²³ דרך שלישית הייתה בפיתוח מקור חלופי להקניית תוקף, הוא "השתק ההבטחה". דוקטרינת השתק ההבטחה מקנה לנבטח עילת תביעה גם בהיעדר תמורה, אם הסתמך על ההבטחה באופן סביר. המשפט האמריקאי מכיר בהשתק זה הן כטענת הגנה והן כעילת תביעה, ולפיכך השתק משמש אפיק עצמאי, לא חוזי, לאכיפת הבטחות ללא תמורה.²⁴ המשפט האנגלי מכיר בהשתק ההבטחה כטענת הגנה בלבד,²⁵ אך בה בעת מכיר ב"השתק קנייני" (proprietary estoppel) גם כטענת תביעה.²⁶ ההשתק הקנייני מגן על מי שהסתמך על הבטחה ללא תמורה בתחום המקרקעין, בנסיבות שבהן ההתכחות לה תהא בלתי צודקת.

גם בשיטות המשפט הקונטיננטליות ניכרת שניות דומה בהתייחסות לחוזה המתנה. המשפט הגרמני, כמו זה הצרפתי, מכירים בכוחה המחייב של ההתחייבות להעניק מתנה, אך מתנים זאת בתנאים פרוצדורליים מחמירים של כתב ואישור נוטריוני.²⁷ אמצעים אלה נועדו להבטיח כי ההחלטה להתקשר התקבלה באופן מושכל, וכי אחריות תיוחס רק למי שקיבל אותה לאחר הפנמת מלוא משמעותה.²⁸ בה בעת, הן מכירות בנסיבות שבהן רשאי המבטיח לחזור בו מן ההתחייבות. הקוד הגרמני מאפשר למבטיח להשתחרר מן ההתחייבות אם מצבו הכלכלי אינו מאפשר לו לקיימה באורח סביר או אם הנבטח נהג בו בכפיות טובה.²⁹ בדומה לכך, הקוד הצרפתי מאפשר למבטיח להשתחרר בשל אי-הכרת תודה מצידו של הנבטח או בנסיבות שבהן נולד למבטיח צאצא בלתי צפוי.³⁰

-
- זאת, לא הכיר בכך כתמורה בת תוקף. ראו Joseph Chitty & Hugh Beale, *Chitty on Contracts* (32nd ed., 2015) 419–428.
- 23 Treitel & Peel (לעיל הערה 21) סעיפים 3-173–3-170. ביחס למשפט האמריקאי, ראו Restatement, סעיף 95 פסקה 1.
- 24 סעיף 90 ל-Farnsworth ; Restatement (לעיל הערה 21) בעמ' 167–184.
- 25 ראו Treitel & Peel (לעיל הערה 21) סעיף 3-150.
- 26 שם, בסעיפים 3-152–3-118, וראו גם Gillett v. Holt [2000] Ch 210 (CA).
- 27 § 518 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB], (להלן: BGB); Code Civil [C. civ.] art. 931; (להלן: Code Civil) (FR).
- 28 ראו Melvin A. Eisenberg, "Donative Promises", 47 *U. Chi. L. Rev.* (1979) 1, pp. 12–13.
- 29 סעיפים 519 ו-530(1) ל-BGB בהתאמה.
- 30 פורמלית, המשפט הצרפתי אינו מכיר בתוקפו של חוזה מתנה. ואולם, הוא מכיר בהצהרה של אדם על כי הוא חב בחוב כלפי אדם אחר, גם בנסיבות שבהן אין כל עילה ליצירתו של חוב זה. "הכרה בחוב" משמשת לפיכך בפועל כאמצעי ליצירתה של התחייבות תקפה למתנה. ראו Hyland (לעיל הערה 22) בעמ' 330–331. באשר לאפשרות לחזור ממתנה (אפילו לאחר הקנייתה) בשל אי-הכרת תודה, או הולדתם הבלתי צפויה של צאצאים, ראו סעיף 953 ל-Code Civil.

דין המתנה הישראלי מחיל הוראות הדומות ברוחן לאלה המוחלות בדין הקונטיננטלי.³¹ בהתאם לכך, הוא מכיר בהתחייבות להעניק מתנה כ"חווה", אך מתנה את כריתתו בקיומו של כתב – שפורש בפסיקה כדרישה קונסטיטוטיבית.³² מעבר לכך, הוא דורש כי ה"העדה" על גמירת הדעת תביע רצון מובהק לקבל את המחויבות המשפטית, העולה בעוצמתה על זו הנדרשת בחווה רגיל.³³ עם זאת, בשורה של מצבים הוא מאפשר למבטיח לחזור בו מחיובו. בפרט, נתונה למבטיח זכות חזרה אם הנבטח טרם הסתמך על ההתחייבות; אם חלה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי של המבטיח; או אם הנבטח נהג במבטיח או בכך משפחתו בדרך "מחפירה".³⁴

כאמור, ההצדקה המקובלת במשפט הישראלי לסיוגה של ההתחייבות להעניק מתנה נשענת על התפיסה שכוחה המוסרי חלש מזה של התחייבות שניתנה כנגדה תמורה.³⁵ המבטיח אינו מתעשר כתוצאה מכריתתו של חווה המתנה. יתרה מזאת, תלונתו של הנבטח בגין הפרת ההתחייבות ניצבת אל מול העובדה שהוא עצמו לא נתן למבטיח דבר. בהשוואה לדין החוזי הכללי, דין המתנה מתפרש אפוא כנוטה יותר להגנה על אינטרס המבטיח. ברוח תפיסה זו הוצע כי דיני המתנה ייטו לטובת המבטיח גם בשורה של היבטים נוספים. בפרט הוצע כי המבחן האובייקטיבי בכריתת החווה ירוכך,³⁶ כי דיני

-
- 31 לדיון במקורות החוק, ראו ראבילו (לעיל הערה 9), בעמ' 22–26.
- 32 לעניין ההכרה ביחסי הצדדים כ"חווה", ראו ע"א 495/80 **ברקוביץ נ' קלימר**, פ"ד לו(4) 57 (1982). לעניין המהותיות של דרישת הכתב, ראו הערה 9 לעיל.
- 33 שם.
- 34 סעיף 5 לחוק המתנה. ראו גם ע"א 476/89 **גוטהילף נ' נוימן**, פ"ד מו(1) 648 (1992) (הקובע כי זכות החזרה נותרת בעינה אלא אם הסתמכותו של הנבטח היא "משמעותית" ונעשתה בתום לב).
- 35 ראו לעיל, הערה 3.
- 36 המבחן האובייקטיבי משמעו כי בבחינת קיומה של "העדה על גמירת דעת" הנדרשת לכריתת חווה, השאלה אינה אם צד "גמר בדעתו" להתקשר בחווה, אלא אם "העיד" על רצון זה, כלומר נתן לכך ביטוי חיצוני. ההתמקדות בביטוי החיצוני של הרצון נועד לאפשר לצד שכנגד להסתמך עליו. נסיגה מן המבחן האובייקטיבי בדיני המתנה צפויה אפוא להעמיד את הנבטח בסיכון שחרף ההעדה החיצונית של המבטיח להתקשר בחווה, ייקבע בדיעבד כי החווה לא נכרת.
- ראו ע"א 5187/91 **מקסימוב נ' מקסימוב**, פ"ד מז(3) 177, בעמ' 186 (1993); ע"א 3601/96 **בראשי נ' בראשי**, פ"ד נב(2) 582, בעמ' 597–599 (1998). לדיון, ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** (כרך ג, תשס"ד) בעמ' 292–295; אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ד: **פרשנות החווה**, תשס"א) בעמ' 47–50.

הטעות והכפייה יתפרשו באופן רחב,³⁷ כי פרשנות החוזה תיטה לטובת המבטיח,³⁸ וכי תוגבלנה התרופות שלהן יהיה זכאי הנבטח בעת הפרה.³⁹ ואולם, הנמקה זו אינה מסבירה מדוע הגבלת התוקף של חיוב המתנה עולה בקנה אחד עם תכליתו של החוזה. המבטיח מתחייב בחוזה המתנה, משום שהכבילה המשפטית משרתת את מטרותיו. היא מאפשרת לו לעודד את הסתמכותו היעילה של הנבטח, כדי שערכה של המתנה יעלה. לאור זאת, אין זה ברור כי הגבלת כוחה המחייב של ההבטחה מיטיבה את מצבו.⁴⁰ לאור זאת, גם אם ההנחה היא שמעמדה המוסרי של להבטחת המתנה חלש משל התחייבות חוזית רגילה, לא נובע מכך כי ראוי לסייג את תוקפה המשפטי. ממילא לא עולה מכך באילו מובנים יש לסייגה ועד כמה סייגים אלה צריכים להרחיק לכת.

כדי לאפיין את ההסדרים הרצויים של דיני המתנה נדרשת אפוא תאוריה הקושרת בין המטרות שחוזה המתנה מיועד להגשים ובין גבולותיה הרצויים של ההתחייבות המשפטית. תאוריה כזאת מאפשרת להעריך הן את ההסדרים שבהם דיני המתנה חורגים מן הדין הכללי והן את אלה שבהם הם מותירים את הדין הכללי על כנו.

ב. תכלית חוזה המתנה

הספרות התאורטית הדנה בתכליתו של חוזה המתנה התמקדה בשלוש שאלות מרכזיות.⁴¹ השאלה הראשונה היא מה מניע הענקה של מתנות; השנייה היא מדוע אדם המבקש להעניק מתנה עשוי לרצות לדחות את מימושה למועד עתידי (במקום להקנותה מייד); והשלישית היא מדוע מבטיח עשוי לרצות לכבול עצמו בחוזה מתנה, בניגוד להסתפקות בהצהרת רצון גרידא.

- 37 ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** (כרך ב, תשנ"ג) בעמ' 769–776; ראבילו (לעיל הערה 9) בעמ' 37–45; וראו גם ע"א 567/78 **בורשטיין נ' בורשטיין**, פ"ד לד(1) 388 (1979).
- 38 ראו פרידמן וכהן (לעיל הערה 3) בעמ' 553.
- 39 מגבלה אחת מקורה בסעיף 12 לחוק התרופות, הקובע כי אם התמורה שכנגד החיוב שהופר הייתה בלתי סבירה, או לא הייתה תמורה כלל, בית המשפט רשאי להפחית את הפיצוי בגין הפרה להפרש שבין שווי הנכס בעת ביטול החוזה לגובה התמורה החוזית. משמעותה של הוראה זו היא שהפיצוי עשוי להצטמצם לנזקים ישירים בלבד ולא לכלול נזקים תוצאתיים. ואולם, נוסף על מגבלה זו, הוצע גם לפרש בצמצום את זכותו של הנבטח לאכיפה. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** (כרך ד, תשע"א) בעמ' 228–229, 712–714. וכן ראו מיגל דויטש, "הרוויזיה של דין המתנה בקודקס", **משפט ועסקים** ד (תשס"ו), 321 בעמ' 325.
- 40 שיקול זה אינו מיוחד כמובן לחוזה המתנה. לדיון כללי, ראו בן שחר ופרוקצ'יה (לעיל הערה 6) בעמ' 153–156.
- 41 ראו Shavell (לעיל הערה 6) בעמ' 58–59; Goetz & Scott (לעיל הערה 5); Richard Posner, "Gratuitous Promises in Economics and Law", 6 *J. Legal Stud.* (1977) 411.

המניע המרכזי להענקת המתנה הוא כמובן זה האלטרואיסטי: בהתקיים יחס של קרבה רגשית או הזדהות רעיונית בין המבטיח והנבטח, שיפור רווחתו של הנבטח עשויה להסב תועלת גם למבטיח. ואולם, לצידה של התועלת האלטרואיסטית עשויים להניע את המתנה גם שיקולים קרובים נוספים. כך למשל, ייתכן כי הנתינה מקנה למבטיח תחושה של סיפוק פנימי ("warm glow");⁴² ייתכן כי היא מאפשרת לו לפרוע חוב מוסרי, הנסמך על יחסי הצדדים בעבר; ייתכן כי קידום רווחתו של הנבטח מחזקת את המוניטין החברתי או העסקי של המבטיח; וייתכן כי מטרתו של המבטיח היא לאותת על רצונו בקשר עתידי ארוך טווח עם הנבטח.⁴³

שורה של טעמים עשויים להסביר את העדפת המבטיח לדחות את מימוש המתנה למועד עתידי, לעומת הקנייתה מייד.⁴⁴ כך למשל, כספי המבטיח עשויים להיות בלתי נזילים; למבטיח עשויה להיות גישה להשקעה רווחית יותר של נכסי המתנה בתקופת הביניים בהשוואה לנבטח; וייתכן כי רצונו של המבטיח לממש את המתנה מוגבל לנסיבות מסוימות בלבד, והוא מבקש לוודא כי נסיבות אלה יתקיימו טרם המימוש. שיקולים אלה עשויים להסביר את הצורך האפשרי בהקניית תוקף משפטי להתחייבות העתידית. כדי להשיא את ערכה של המתנה, המבטיח מעוניין לעודד את הסתמכותו היעילה של הנבטח.⁴⁵ ואולם, אם הנבטח אינו משוכנע במידת מחויבותו של המבטיח – במניעיו או בשיקולים שעשויים להניעו לחזור בו מכוונתו – הוא עלול להירתע מן ההסתמכות. ההתחייבות המשפטית היא אפוא אמצעי לאותת לנבטח באופן אמין על כוונתו הכנה של המבטיח לממש את התחייבותו.

באופן מעניין, הספרות עסקה פחות בשאלה הבאה המתבקשת בסדר הניתוח, והיא כיצד ראוי לעצב את פרטי הדין החל על חוזה המתנה – אילו דיני כריתת ראוי להחיל בו, כיצד יש להשלים בו חסרים, ואילו תרופות יש להקנות בגין הפרתו. התשובות לשאלות אלה צריכות להיגזר מהבנת התכלית שחוזה המתנה מבקש להגשים. תכליתו של חוזה המתנה שונה מזו של החוזה בתמורה כמובן מהותי. בעוד התחייבות בתמורה מיועדת לאפשר לצדדים למצות במשותף את הרווח הפוטנציאלי הטמון בחליפין ביניהם, ההתחייבות להעניק מתנה מיועדת לאפשר למבטיח להשיא את ערכה של מתנתו, ובכך לממש את העדפותיו האלטרואיסטיות. להבדל זה, שעשוי להיראות דק במבט ראשון,

42 על תאוריית ה־"warm glow" והבחנתה מאלטרואיזם במובנו הטהור, ראו James Andreoni, "Impure Altruism and Donations to Public Goods: A Theory of Warm-Glow Giving", 100 *Econ J.* (1990) 464.

43 עם זאת, בשלושת המקרים האחרונים, תועלתו של המבטיח עשויה להתפרש כ"תמורה" המפקיעה את תחולתם של דיני המתנה מכוח סעיף 1 לחוק. לדיון המבקש לצמצם את תחולתם של דיני המתנה במקרים מסוג זה ראו רונן קריטנשטיין, "מתנות תאגידיות", **משפט ועסקים** ג (תשס"ה) 367; פרידמן וכהן (לעיל הערה 3) בעמ' 272–274; וכן ראבילו (לעיל הערה 9) בעמ' 190–198.

44 ראו Shavell (לעיל הערה 41) בעמ' 401–403; Posner (לעיל הערה 41) בעמ' 411–414.

45 ראו Shavell, שם, בעמ' 402–404, וכן Geis (לעיל הערה 21) בעמ' 682–685.

השלכות על אופיים הרצוי של דיני המתנה ועל היחס שבינם ובין דיני החוזים הכלליים. בעוד ערך החליפין בין צדדים לחוזה בתמורה מובא למקסימום כאשר תנאי החוזה יעילים (במובן המצרפי), המבטיח בחוזה המתנה אינו חותר להשאת יעילות דווקא. מטרתו היא להשיא את ההפרש שבין התועלת האלטרואיסטית שבידו להפיק מן המתנה ובין העלות הכרוכה בה מבחינתו. המנגנון המקדם יעילות בחוזה בתמורה – זה שבגדרו הנבטח משלם למבטיח כדי שיסכים לקבל על עצמו מחויבות יעילה יותר – אינו קיים בחוזה המתנה. תנאי ההתחייבות נגזרים אפוא לא ממידת יעילותם, אלא ממידת נדיבותו של המבטיח. הבדל זה בתכלית החוזה משפיע כמובן על השאלה כיצד ראוי לעצב את הכללים הדיספוזיטיביים שיחולו בו.

הדוגמה הבאה ממחישה נקודה זו. טלו מבטיח השוקל אם להגדיל את מתנתו מ-100 ל-200. אם יעשה כן, הנבטח ירוויח 100, ואילו המבטיח יחווה שתי השפעות נוגדות: מצד אחד תועלתו תרד ב-100 (בשל הירידה ביכולת הצריכה העצמית), ומצד שני תועלתו האלטרואיסטית תעלה ב-50. בשיקול המצרפי, הגדלת המתנה יעילה, שכן סך התועלת שהיא מניבה (150) עולה על סך העלות (100). ואולם, המבטיח, הרואה את השפעת המתנה על עצמו בלבד, אינו צפוי להגדיל את המתנה (שכן $100 < 50$). לפיכך, בקביעת תנאי המתנה, המבטיח אינו מבקש לעצבם בדרך היעילה מצרפית; מטרתו היא לקובעם בדרך המשקפת את מידת נדיבותו.⁴⁶ המבטיח זקוק לכך שהדין יקנה להתחייבותו תוקף משפטי, שכן מימוש מטרותיו כרוך, בין היתר, בנכונותו של הנבטח להסתמך. ואולם, בה בעת הוא מעוניין כי גבולותיה של ההתחייבות ייקבעו בדרך אחרת מזו החלה על חוזים בתמורה.

לו היה בידי המבטיח לבטא את רצונו במסגרת חוזה "שלם" – כלומר בחוזה ללא חסרים, המתאר את גבולות התחייבותו באופן מלא ומדויק – הוא יכול היה להגשים את מטרתו במלואה.⁴⁷ בגדרו של חוזה זה, הוא היה מתאר את מצבי העולם שבהם הוא מעוניין במימוש המתנה, ופוטר את עצמו מן החובה במצבי העולם האחרים. חוזה זה היה מתמרץ את הנבטח להסתמך באופן יעיל על המתנה, שכן הוא היה משקף נכונה את מצבי העולם שבהם המתנה תמומש.⁴⁸ אלא שבעולם המעשה, המבטיח אינו יכול לתאר את חיובו במסגרת חוזה שלם. עמידה על כלל מצבי העולם אינה אפשרית עקב עלויות

46 לנוכח הפער הקיים בין מאפייניו של ההסדר הרצוי למבטיח למאפייניו של ההסדר היעיל, הוצע כי המדינה תעניק סבסוד למתנות. ואכן, חלק מדיני המס עשויים להתפרש כמדיניות שזו תכליתה. לדיון, ראו Louis Kaplow, "A Note on Subsidizing Gifts", 58 *J. Public Econ.* (1995) 469. וכן Shavell (לעיל הערה 41) בעמ' 58–59.

47 על מושג החוזה השלם, והשלכתו על התאוריה הכלכלית של דיני החוזים, ראו Shavell (לעיל הערה 41) בעמ' 299–304. לכתובה הכלכלית, שממנה שאוב מושג זה, ראו Oliver D. Hart, "Incomplete Contracts" *Allocation, Information and Markets* (J. Eatwell, M. Milgate and P. Newman eds, 1987) 163. Oliver D. Hart and John H. Moore, "Foundations of Incomplete Contracts", 66 *Rev. Econ. Stud.* (1999) 115.

48 על הטעמים שבגינם הסתמכות זו יעילה, ראו דיון בחלק ד.2 להלן.

העסקה הכרוכות בכך ועקב מגבלות התיאור והדמיון. היא אף אינה אפשרית משום שתנאים מסוימים עשויים לעורר קשיי הוכחה טבועים, ועל כן אין טעם בהכללתם בחוזה. לאור זאת, חוזים הנכרתים בפועל הם לעולם בלתי שלמים, ובאופן בלתי נמנע, הם מתארים את רצונו של המבטיח באופן חלקי בלבד.⁴⁹

על רקע זה, תפקידם של דיני המתנה הוא להשלים את החסרים באמצעות הסדרים מן הדין. משימה זו מורכבת, לנוכח הקונפליקט שבין שתי המטרות שהמבטיח מעוניין בקידומן. מצד אחד, המבטיח מעוניין לעודד את הסתמכותו היעילה של הנבטח; מצד שני, הוא שואף למזער את העלות הנובעת מכבילתו המשפטית. העובדה שתיאור חיובו של המבטיח הוא חלקי עלולה להוביל לכך שהמבטיח יחויב במימוש המתנה גם במצבי עולם שבהם היה מעדיף להיות משוחרר ממנו. האתגר של דין המתנה הדיספוזיטיבי הוא אפוא לשרטט את קווי המתאר של ההתחייבות, בדרך המביאה את שני השיקולים האמורים בחשבון, ושיש בה כדי להתחקות אחר רצונו העמוק של המבטיח.

על בסיס הבנה זו, פרק ג' להלן בוחן את רציונם של ההסדרים שאימצו דיני המתנה הנוהגים. פרקים ד' וה' יבחנו היבטים אחרים של חוזה המתנה, שבהם לא נקבע בדין הסדר מיוחד. דיון זה יאיר יתרונות הגלומים באימוצו של הסדר כזה, בסוגיית האינטרס המוגן של הנבטח ובסוגיית משטר האחוריות החל על הפרת התחייבותו של המבטיח.

ג. הסדרים החלים מכוח חוק המתנה

חוק המתנה קובע שני הסדרים מרכזיים, החורגים מן ההסדר החל בדין החוזי הכללי. ההסדר האחד נוגע לפרוצדורת ההתקשרות: כדי לכרות חוזה מתנה אין די בקיום יסודות הכריתה הרגילים (העדה על גמירת דעת ומסוימות), אלא יש להעלות את ההתחייבות על הכתב. יתרה מזאת, דרישה זו פורשה באופן מחמיר כדרישה "מהותית" (או "קונסטיטוטיבית"), להבדיל מדרישה "ראייתית" גרידא.⁵⁰ הכתב אינו משמש אך כאמצעי להוכחתה של כריתת החוזה, אלא הוא תנאי לעצם כריתתו. לפיכך, גם אם גמירת דעתו של המבטיח אינה במחלוקת, אין בכך כדי להקנות תוקף לחיובו, אלא אם היא הובעה באופן מובהק גם בכתב.⁵¹

היבט אחר, חשוב יותר, שבו חורגים דיני המתנה מדיני החוזים הכלליים נוגע לנסיבות שונות שבהן המבטיח רשאי לחזור בו מן ההתחייבות. המבטיח זכאי לסגת מן ההתחייבות אפילו לאחר שכלולו של החוזה, כל עוד הנבטח טרם הסתמך עליה.⁵² הוא

49 ראו Shavell (לעיל הערה 41) בעמ' 299–304.

50 ראו לעיל, הערה 9.

51 שם.

52 סעיף 5(ב) לחוק המתנה.

אף זכאי לעשות זאת אם חלה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי,⁵³ או אם בתקופת הביניים שבין כריתת החוזה לבין ביצועו הנבטח נהג בו או בבני משפחתו באופן "מחפיר".⁵⁴ בשני המובנים האמורים, קל לראות את הטעמים לאימוצו של הדין החוזי המיוחד. דרישות הכריתה המחמירות מבטאות את העובדה שבמגוון של נסיבות, המבטיח עשוי להצהיר על כוונתו מבלי שירצה להקנות לה תוקף משפטי מחייב. אם הצורך לעודד את הסתמכות הנבטח אינו מהותי, או אם הנבטח מכיר בכוונתו האלטרואיסטית של המבטיח ויודע להעריך את סיכויי מימושה, אין בכבילה המשפטית צורך. יתרה מזאת, לעיתים ההתחייבות המשפטית זרה למערכת היחסים בין הצדדים, המושגתים על יחסי אמון.⁵⁵ הקנייה של תוקף פורמלי לחיוב עלולה לאותת באופן בלתי רצוי על קיומו של סדק באמון זה.⁵⁶ ואולם, בנסיבות אחרות עשוי להיות להתחייבות המשפטית ערך רב בקידום מטרותיה של המתנה. על רקע זה, דרישת הכתב ממלאת תפקיד כפול: היא גם מגינה על המבטיח מפני כבילה פזיזה בנסיבות שבהן הוא איננו רוצה בה, וגם מקנה לבית המשפט אמצעי להבחנה בין מביטחים שבחרו לקבל על עצמם את המחויבות משפטית, לאלה שביקשו רק להצהיר על כוונותיהם העתידיות.

גם זכותו של המבטיח לחזור בו מהתחייבות שהשתכללה בתנאים המנויים בחוק היא ביטוי למטרות שמבקש המבטיח להגשים באמצעות הכבילה המשפטית. כאמור, ההחלטה להתקשר בחוזה היא פרי של איזון בין שני אינטרסים נוגדים של המבטיח: עידוד הסתמכותו היעילה של הנבטח, והתוויית גבולותיה של ההתחייבות בדרך התואמת את העדפותיו. זכות החזרה המוגדרת בחוק נוגעת למצבים שבהם קידומן של מטרות אלה מתיישב עם הפטרתו של המבטיח מן החיוב.

המקרה הראשון הוא זה שבו המבטיח מבקש לחזור בו עוד טרם הסתמכותו של הנבטח. הותרת אפשרות החזרה בנסיבות אלה מועילה למבטיח, שכן היא מוזילה את העלות הכרוכה בכבילתו המשפטית. מנגד, היא אינה מחלישה את תמריצי ההסתמכות של הנבטח, שכן תחולתה מוגבלת רק לפרק הזמן שבו טרם הסתמך. יש אפוא להניח כי זכות החזרה מתיישבת בנסיבות אלה עם מטרותיו של המבטיח. עם זאת, ראוי לציין כי להוראה עשוי להיות גם חיסרון מסוים, המתבטא בתמרוצו האפשרי של הנבטח להקדים את הסתמכותו משיקולים אסטרטגיים. הנבטח עשוי להזדרז להסתמך, גם אם הסתמכות

53 סעיף 5(ג), ש.ם.

54 ש.ם.

55 על תפיסה ברוח זו ראו רונן קריטנשטיין, "עוז לתמורה: מעמדו הבין-מוסדי של מוסד המתנה" **משפט ועסקים** יא (תשס"ט) 133; Eisenberg (לעיל הערה 18).

56 על החשש מאיתות שלילי, המוביל להימנעות מכריתה של חוזים (ובהם חוזים רצויים), ראו למשל: Kathryn E. Spier, "Incomplete Contracts and Signaling", 23 *Rand J. Econ* (1992) 432; Jason Scott Johnston, "Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules", 100 *Yale L.J.* (1990) 615 (לעיל הערה 40). בעמ' 189–191.

מוקדמת אינה יעילה, רק כדי לכבול את המבטיח. הסתמכות כזאת, בתורה, עלולה להפחית את ערכה הכולל של המתנה, ובכך להסב נזק לשני הצדדים כאחד.⁵⁷ סיכון זה מתמתן במידה מה לנוכח ההלכה הפסוקה, הקובעת כי זכות החזרה של המבטיח נשללת רק כאשר הסתמכותו של הנבטח נעשתה "בתום לב".⁵⁸ כאשר מצוי בידי בית המשפט המידע הנדרש כדי לזהות השקעות הסתמכות "אסטרטגיות", הרי יש בהלכה זו כדי למתן את החשש.⁵⁹

המקרה השני שבו מוקנית למבטיח זכות חזרה הוא זה שבו חלה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי. הוראה זו משקפת את ההנחה שהנכונות להעניק מתנה מאפיינת בדרך כלל את מי שהאמצעים מצויים בידי. נכונות זו צפויה להיחלש באופן ניכר אם המבטיח יורד מנכסיו. לאדם עני קשה יותר להעניק מתנות, שכן הענקתן מחייבת ויתור על צרכים חיוניים יותר. זכות החזרה מבטאת לפיכך את ההנחה שנכונותו של המבטיח לכבול את עצמו כשמצבו הכלכלי איתן אינה מוסיפה לעמוד כשחלה הרעה ניכרת במצבו. גם זה נראה אפוא כלל דיספוזיטיבי המשרת את מטרותיו המרכזיות של המבטיח במועד הכריתה.

המקרה השלישי והאחרון הוא זה שבגדרו המבטיח מבקש לחזור בו מן ההתחייבות בנסיבות שבהן הנבטח נהג בו, או בבן משפחתו, באופן שהחוק מכנה "מחפיר". ההנחה במקרה זה היא שרצונו של המבטיח להעניק את המתנה נגזר ממערכת היחסים שבין הצדדים. העדפותיו האלטרואיסטיות נשענות על הזדהות רגשית או רעיונית עם הנבטח. ערעורם של יחסים אלה שומט את הבסיס שעליו נשענת המתנה, ועל כן לא סביר להניח כי המבטיח יהיה מעוניין במימושה כשיחסים אלה חדלים מלעמוד.

עם זאת, יש לשים לב כי לא כל ערעור ביחסי הצדדים מוביל להפטרותו של המבטיח מחיובו. כוחו להשתחרר מותנה בכך שהגורם לערעור היחסים הוא התנהגותו ה"מחפירה" של הנבטח, להבדיל משינוי שחל בהעדפות המבטיח מטעמים אחרים. בפרט, אם המבטיח חדל לחוש רגשות אלטרואיסטיים כלפי הנבטח מטעמים שאינם נובעים מהתנהגותו ה"מחפירה", אין בכך כדי לשחררו מן החיוב. גם הבחנה זו מתיישבת

57 כך למשל, טלו הבטחה של א' שירכוש מכונית עבור ב'. אם א' יכול לחזור בו מן ההבטחה טרם הסתמכותו של ב', ל"ב' תמריץ להקדים את הסתמכותו ככל האפשר, למשל על ידי מכירה מיידית של מכוניתו הקיימת במחיר נמוך. ההסתמכות האסטרטגית פוגעת אפוא באינטרס של הנבטח, משום שיש בה כדי להפחית את התועלת הכוללת המופקת מהבטחת המתנה. היא צפויה לפגוע במבטיח, הן בשל ירידת ערכה של המתנה לנבטח (המשפיעה על תועלתו של המבטיח בשל יחסו האלטרואיסטי כלפיו), והן בשל העלאת עלויות הכבילה שלו (הנובעת מהקדמת המועד שבו נשללת זכות החזרה).

58 ראו פרשת **גוטהילף** (לעיל הערה 34) בעמ' 652.

59 שיקול ההשקעה האסטרטגית יהפוך לשולי עוד יותר, אם תאומץ ההצעה המוצעת בחלקים ד' ו"ה' להלן. בפרט, אם האינטרס המוגן בעת הפרה יהיה אינטרס ההסתמכות, ומשטר האחריות יהיה משטר הרשלנות – הרווח שיוכל הנבטח להפיק מן ההשקעה האסטרטגית ירד, ובהתאם לכך, התמריץ לבצעה יפחת עוד יותר.

עם מטרותיו של המבטיח בעת כריתת החוזה. ההתחייבות המשפטית נדרשת מלכתחילה בנסיבות שבהן הסתמכותו של הנבטח תלויה בכבילתו המשפטית של המבטיח, שבאמצעותה הוא מאותת על כנות כוונותיו. לו הוקנתה למבטיח זכות חזרה גם כאשר העדפותיו השתנו מטעמים שאינם נעוצים באשמת הנבטח, ההתחייבות המשפטית הייתה מאבדת מערכה כאמצעי איתות אמין. לפיכך, חרף העובדה כי גם במצבים האחרונים היה המבטיח מעוניין להשתחרר מחיובו (ועל כן החוזה השלם היה פוטר אותו מן החיוב גם במצבים אלה), אין פירוש הדבר שהוא מעוניין בכך גם בגדרו של החוזה הבלתי שלם. גבולות ההתחייבות, כפי שהם באים לידי ביטוי בחוזה הבלתי שלם, הם אלה שרואה הנבטח. לפיכך, כדי שהנבטח יוכל להסתמך עליו, על המבטיח להיות כבול לחוזה גם בהם.

הסדריו המרכזיים של חוק המתנה עולים אפוא בקנה אחד עם התפיסה המוצגת כאן בדבר תכליתו של חוזה המתנה. "חולשתה" של ההתחייבות להעניק מתנה אינה נובעת, על פי הסבר זה, מכוחה המוסרי המוחלש של ההבטחה לנוכח היעדר התמורה. סייגיה נובעים מן העובדה שלמבטיח שליטה בתנאי ההתקשרות, ומכך שהסייגים האמורים משקפים את מטרותיה של ההתחייבות מנקודת מבטו. בקובעו את זכות החזרה, דין המתנה מתחקה אחר גבולות ההתחייבות הרצויים למבטיח. בה בעת, הוא מותיר את ההתחייבות על כנה כשתוקף זה נדרש לשם הבטחת הסתמכותו היעילה של הנבטח. בשני היבטים אלה, דין המתנה מתחקה אחר רצונו של המבטיח במועד הכריתה, תוך שהוא מביא בחשבון את טיבו הבלתי שלם של החוזה.

בהיבטים שבהם אימץ דין המתנה הסדר מיוחד, אפשר אפוא להצדיקו על רקע הבנת תכליתו של חוזה המתנה. ואולם, קיימים היבטים נוספים של יחסי הצדדים, שבהם דין המתנה לא קבע הסדרים מיוחדים, אף שהסדרים כאלה עשויים לשרת את מטרותיו של המבטיח. לדיון בהיבטים אלה נפנה בחלקים הבאים.

ד. האינטרס המוגן של הנבטח

חוק המתנה אינו קובע הסדר מיוחד באשר לתרופות המגיעות לנבטח במקרה שבו הפר המבטיח את חיובו. בדרך שיוויון חל אפוא על חוזה המתנה חוק התרופות הכללי. בהתאם לכך, האינטרס המוגן של הנבטח בחוזה המתנה הוא אינטרס הציפיה: ככל נפגע מהפרת חוזה, הנבטח זכאי לתרופה שתעמידו במקום שבו היה ניצב לו קיום החוזה עימו.⁶⁰

אילו היה המבטיח יכול לתאר את התחייבותו במסגרת חוזה שלם, לא היה מתעורר תמריץ להפר. החוזה היה כובל אותו להתחייבותו רק בנסיבות שבהן היה מעוניין

60 זאת בכפוף למגבלות קלות החלות ספציפית על חוזה המתנה. ראו הערה 39 לעיל.

במימוש המתנה, והשאיפה לחזור בו מן ההתחייבות לא הייתה מתעוררת. ואולם, בגדרו של החוזה הבלתי שלם, הנכרת בפועל, ייתכנו מצבים שבהם יחייב החוזה את קיום ההתחייבות אף שהמבטיח אינו מעוניין בכך. כדי שההתחייבות תוכל להגשים את מטרתה לעודד את הסתמכותו היעילה של הנבטח, יש אפוא לראות באי-מימושה משום הפרה, שבצידה מוקנית לנבטח הזכות לתרופה.

על רקע זה, נשאלת השאלה מהי התרופה שמעוניין המבטיח להתחייב בה בגדרו של החוזה הבלתי שלם, בנסיבות שבהן אי-קיום מוגדר כ"הפרה". הוראת התרופה, בדומה להוראות האחרות בחוזה המתנה, מיועדת לתמוך בזוג המטרות שמבקש חוזה המתנה להגשים: עידוד הסתמכותו היעילה של הנבטח, ומזעור עלויות הכבילה של המבטיח. הדיון שלהלן ישווה אפוא, על בסיס מטרות אלה, בין ההסדר התרופתי הקיים – המגן על אינטרס הציפייה, ובין הסדר חלופי – שבגדרו תוגבל ההגנה לאינטרס הסתמכות בלבד. כפי שהדיון יעלה, להגנה על אינטרס ההסתמכות יתרונות מהותיים, התומכים בהפיכתה לדין דיספוזיטיבי נוהג.⁶¹

1. מזעור עלויות הכבילה של המבטיח

בהיבט של מזעור עלויות הכבילה של המבטיח, היחס בין התרופות השונות ברור. מאחר שחוזה המתנה הוא ככלל "חוזה רווח", פיצויי ההסתמכות נמוכים מפיצויי הציפייה.⁶² פירוש הדבר שבמצבים שבהם ירצה המבטיח להפר את החוזה, כלל של פיצויי הסתמכות יהיה זול יותר עבורו מכלל של פיצויי ציפייה. באופן דומה, כלל של פיצויי ציפייה יהיה זול מכלל של אכיפה. אומנם אין זה הכרחי שמיושם המתנה יעלה למבטיח פחות מפיצוי על הפרה,⁶³ אך הכלל של פיצויי הציפייה יהיה בכל מקרה עדיף עבורו, שכן הוא מותיר בידיו את האפשרות לפעול בדרך המועדפת עליו. כאשר הקיום בעין יהיה יקר מפיצויי הציפייה יוכל המבטיח לבחור בפיצויים ולהימנע מן הקיום; וכאשר הקיום בעין יהיה זול מן הפיצויים, הוא יוכל לקיים את החוזה ולהימנע מן הפיצוי. לפיכך, הכלל של פיצויי הציפייה יטיל עליו נטל קל יותר, באשר הוא ישמר את כוח הבחירה בידיו.

עולה מכך שהשיקול הנוגע למזעור עלויות הכבילה המשפטית מוביל להעדפה ברורה של פיצויי ההסתמכות על פיצויי הציפייה, ועל העדפת פיצויי הציפייה על

61 לעמדה התומכת בהגנה על אינטרס ההסתמכות מטעמים מוסריים (בהקשר לאי התאמה), ראו איל זמיר, **עקרון ההתאמה בקיום חוזים** (תש"ן) בעמ' 364–366.

62 "חוזה רווח" הוא חוזה שמיושמו מעמיד את הנבטח במצב טוב משהיה בו קודם לכריתת החוזה. לפיכך, כאשר מדובר בחוזה רווח, ההגנה על אינטרס הציפייה (המבטיחה את מימושו של הרווח) רחבה מן ההגנה על אינטרס ההסתמכות (המבטיחה רק כי הנפגע לא ייזק עקב כריתת החוזה). לנוכח היעדר התמורה, חוזה המתנה הוא ככלל "חוזה רווח" עבור הנבטח, ולכן פיצויי הציפייה גבוהים מפיצויי ההסתמכות.

63 כך למשל, אם ההבטחה היא להקניית חפץ שהמבטיח מייחס לו ערך נמוך מזה שמייחס לו הנבטח, עלות הקיום למבטיח תהיה נמוכה מפיצויי הציפייה.

האכיפה. השאלה המתעוררת היא אם סדר העדפה זה עומד בעינו גם כאשר מובאת בחשבון ההשפעה הצפויה של התרופות על תמריץ ההסתמכות של הנבטח.

2. השפעה על הסתמכותו היעילה של הנבטח

כאמור, ערכה של המתנה נגזר, בין היתר, מנכונותו של הנבטח להסתמך עליה. מנקודת מבטו של הנבטח, הסתמכות זו היא "השקעה" מסוכנת: היא מניבה ערך חיובי כאשר המתנה ממומשת, אך ערך שלילי אם המבטיח חוזר בו מכוונתו או מפר את החוזה. כך למשל, אם תורם מתחייב לממן הקמה של אגף חדש בבית חולים במועד עתידי, בית החולים עשוי להשיא את ערכה של התרומה אם יחל בגיוס של צוות רפואי מיד, כדי שיוכל לפעול בו עם הקמתו. ואולם, אם לבסוף התרומה לא תתממש, גיוס הצוות ירע את מצבו. באופן דומה, אם אדם מבטיח להעביר לקרובו הקצבה חודשית בעתיד, הקרוב עשוי להשיא את ערך המתנה אם ישנה את החלטותיו הכלכליות כבר בהווה (למשל ברכישה של נכס או בהחלפת מקום עבודה). ואולם, אם המבטיח לבסוף לא יקיים את הבטחתו, החלטות אלה יגרמו לו נזק.

ככלל, בהחלטת ההסתמכות כרוכה גם בחירה של מידה והיקף: הנבטח עשוי לבחור בהסתמכות "מצומצמת", כלומר בפעולה מדודה, שבצידה תועלת והפסד מוגבלים, או בהסתמכות "רחבה", שבצידה פוטנציאל לתועלת ניכרת, אך גם להפסד ניכר. רציונה של ההסתמכות והיקפה תלויים אפוא בפוטנציאל התועלת והעלות שהיא מסבה ובהסתברות שהחווה יקיים או יופר. בהתאם לכך, הסתמכותו של הנבטח "יעילה", אם היא משקללת באופן אופטימלי את הפרמטרים השונים המשפיעים על תוצאותיה. בפרט, עליה להתבצע רק אם תועלתה עולה על עלותה (בשקלול ההסתברות למימוש המתנה), ועל היקפה להיבחר כך שהפער בין התועלת לעלות יהיה מרבי.⁶⁴ הסתמכות "יעילה" משיאה את ערכה של המתנה, משום שהיא מאפשרת מיצוי אופטימלי של התועלת הצפויה ממנה.

בהיעדר התחייבות, חששו של המבטיח הוא שהנבטח יסתמך פחות מדי. חשש זה מבוסס על כך שאם הנבטח יעריך בחסר את ההסתברות שהמתנה תמומש, הוא יחס משקל-יתר לסיכון שההסתמכות תובילו להפסד. ההסתמכות תיראה בעיניו רווחית פחות, ומסוכנת יותר, מכפי שהיא בפועל. הסתמכות החסר תוביל אפוא לפגיעה בערכה של המתנה וברווחתם של המבטיח ושל הנבטח כאחד.

64 בתיאור פורמלי יותר, אם רמת ההסתמכות (המייצגת גם את עלותה) היא r , ההסתברות למימוש המתנה (התלויה ברמת ההסתמכות בשל הקנייתה של התרופה) היא $p(r)$ והתועלת של הנבטח מן המתנה היא $v(r)$, אזי רמת ההסתמכות היעילה היא זו המשיאה את הביטוי $p(r)v(r) - r$. ברמת ההסתמכות זו, השקל השולי המושקע בהסתמכות מגדיל בשקל את תוחלת הערך מן ההסתמכות.

כאשר החוזה מעגן את התחייבות המבטיח בתרופה המגינה על אינטרס הציפייה על אינטרס ההסתמכות, החשש מהסתמכות-חסר מופג. תרופה המגינה על אינטרס הציפייה מבטיחה כי הנבטח לא יינזק מן ההפרה. בפרט, היא מבטיחה כי הנבטח יפיק את אותה התועלת מן ההסתמכות במצבי קיום והפרה, ולכן האפשרות להפרה לא תרתיע את הסתמכותו. פיצויי ההסתמכות אף הם מפיגים את החשש מהסתמכות-חסר, שכן הם מבטחים את הנבטח מפני הפסדים במצבי הפרה. תחת פיצויי ההסתמכות, הנבטח מפיך את מלוא התועלת מן ההסתמכות כשהחוזה מקיים, ואינו נושא בהפסדיה אם החוזה מופר. לפיכך גם תחת תרופה זו, החשש מהפרה אינו פוגע בנכונותו להסתמך. ואולם, הן פיצויי ההסתמכות והן פיצויי ציפייה ואכיפה עלולים לעורר חשש הפוך, להסתמכות-יתר של הנבטח.⁶⁵ אם הפרה היא מצב עולם אפשרי, הרי יש בכך כדי להשפיע על טיבה והיקפה של ההסתמכות היעילה. ככל שסיכויי ההפרה גבוה יותר, כך יעיל כי ההסתמכות תהיה מצומצמת יותר. ואולם, מאחר שהנבטח אינו נושא בסיכון להפסד בעת ההפרה, הוא אינו מביא את סיכויי ההפרה במניין שיקוליו. הוא מפנים את רווחי ההסתמכות במצבי קיום, אך מחזין את הפסדיה במצבי הפרה. התרופות, המסבות את נזקי ההפרה אל המבטיח, עלולות אפוא להניע את הנבטח להסתמך יתר על המידה.⁶⁶ דרך אפשרית למתן חשש זה היא להגביל את הפיצוי המגיע לנבטח, להפסד שהיה נגרם לו אילו הסתמך באופן "סביר". תחת משטר של פיצויי ציפייה, משמעותה של ההגבלה היא שהנבטח לא יזכה בפיצוי בגין מלוא התועלת שנמנעה עקב ההפרה, אלא רק בגין זו שהייתה נמנעת לו הייתה ההסתמכותו סבירה. תחת פיצויי ההסתמכות, משמעותה היא שהנבטח לא יזכה בפיצוי בגין מלוא ההפסדים שנגרמו לו עקב נטילת ההתחייבות, אלא רק בגין אלה שהיו נגרמים לו אילו הסתמך באופן סביר. מגבלה זו עשויה לתקן את התמריץ להסתמכות-יתר, באשר היא מובילה את הנבטח להפנים את

65 על חשש זה במקרה החוזי הכללי, ראו Steven Shavell, "Damage Measures for Breach of Contract", 11 *Bell J. Econ.* (1980) 466.

66 בניסוח פורמלי יותר, הנבטח ייטה להוסיף להסתמך כל עוד השקל השולי המושקע בהסתמכות מניב לפחות שקל אחד של תועלת במצבי קיום. ההסתברות להפרה, וגובה ההפסד הנגרם במצבי הפרה, לא יובאו בחשבון על-ידו. יש לציין כי הספרות התאורטית עמדה על כך שתחת פיצויי ההסתמכות רמת ההשקעה עשויה אפילו להיות אף גבוהה יותר. ראו Shavell, שם, בעמ' 479-480. הטעם לכך הוא שתחת כלל של פיצויי ההסתמכות, החלטת ההסתמכות של הנבטח עשויה להשפיע לא רק על התועלת מן המתנה במצבי קיום, אלא גם על **הסתברות הקיום**, שהנבטח מעוניין בהגדלתה. ככל שעולה היקף ההסתמכותו של הנבטח, כך ההפרה הופכת ליקרה יותר עבור מבטיח, ולכן הסיכוי להפרה פוחת. עם זאת, הדעת נותנת כי שיקול אחרון זה יהיה בדרך-כלל שולי בחשיבותו. בטווח שבו שקל שולי המושקע בהסתמכות מניב במצבי קיום תועלת הנמוכה משקל, ההסתמכות השולית מסבה לנבטח נזק במצבי הקיום. מאחר שבדרך-כלל הסיכוי לקיום גבוה משמעותית מסיכוי ההפרה (או אחרת ההבטחה לא הייתה ניתנת), ומאחר שכוחה של השקעת-יתר זו למנוע הפרה שאחרת הייתה מתממשת היא מוגבלת, יש להניח כי השקעת היתר המבוססת על מניע זה תהיה בדרך-כלל נמוכה.

הסיכון הכרוך בהסתמכות כאשר זו חורגת מן הרמה היעילה. כלל ברוח זו חל במשפט האמריקאי כחלק מדוקטרינת השתק ההבטחה,⁶⁷ ונראה כי הוא חל גם במשפט הישראלי.⁶⁸ גם במובן זה, תרופת הפיצוי עדיפה מתרופת האכיפה: בעוד ריסון הסתמכות-היתר בדרך זו היא אפשרית כחלק מכלל של פיצוי, אין היא אפשרית כאשר המבטיח נדרש לקיים את חיובו בעין.

עולה אפוא מן הניתוח המסקנה הכללית הבאה: בהשוואה שבין פיצויי הסתמכות, פיצויי ציפייה ואכיפה, פיצויי ההסתמכות ממזערים את עלות הכבילה של המבטיח, כאשר הם מטילים עליו את הנטל הקל ביותר במצבים של הפרה. בהיבט ההשפעה על הסתמכות הנבטח, פיצויי ההסתמכות והציפייה מובילים לתוצאות דומות, שבתורן עדיפות מאלה שמובילה אליהן האכיפה. במבט כולל, הניתוח מאיר אפוא יתרון שיש לפיצויי ההסתמכות כדין דיספוזיטיבי רצוי.

באימוצם של פיצויי הסתמכות גלום גם יתרון נלווה נוסף. כזכור, למבטיח בחוזה המתנה שמורה הזכות לחזור בו מהתחייבותו כל עוד הנבטח טרם הסתמך עליה. הקניית זכות זו לחזרה, לצד הקביעה שהאינטרס המוגן של הנבטח הוא אינטרס הציפייה, משמיעה כי כל הסתמכות של הנבטח, ולו הקלה ביותר, משנה באופן חד את אופיו של המצב המשפטי – מהיעדר מחויבות, למחויבות מלאה. לעומת זאת, אם הנבטח זכאי להגנה על אינטרס ההסתמכות בלבד, אחריותו של המבטיח היא מדורגת: כאשר ההסתמכות נמוכה, כך גם הסנקציה המושגת על המבטיח בעת הפרה; וככל שהיא גדלה, היקפה של הסנקציה גדל עימה. אחריות מדורגת זו עדיפה משני טעמים מרכזיים.

67 על פי כלל ההשתק, המבטיח חייב רק בגין נזקי ההסתמכות שיכול היה לצפותם באופן סביר במועד מתן ההבטחה. ראו סעיף 90 ל-"Restatement (A) which the promisor should *reasonably* expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding (b) if injustice can be avoided only by enforcement of the promise". ראו גם את הערה (b) לסעיף זה.

68 כאשר מדובר בפיצויי ציפייה, הגבלת הזכאות להסתמכות סבירה עשויה לנבוע מדרישת הצפיות, שלפיה נזק הוא בר-פיצוי רק אם המפר יכול היה לראותו בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של הפרה. ראו סעיף 10 לחוק התרופות. כשמדובר בפיצויי הסתמכות, נראה כי הפסיקה נוטה להחיל כלל דומה. ראו למשל את פסק דינו של השופט מלץ בע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, בעמ' 59-60 (1992) ("גם מקום שבו המשפט פוסק פיצויי הסתמכות [...] נדרש שההוצאות שהנפגע מההפרה טוען שהוציא בהסתמך על קיום החוזה תהיינה הוצאות שהמפר ראה אותן או שהיה עליו לראותן מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת מהסתמכות על קיום החוזה"). ראו בהקשר זה גם גבריאלה שלו ויהודה אדר, דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ט) בעמ' 291-292.

ראשית, כאמור לעיל, יש בה כדי להוזיל את עלויות הכבילה של המבטיח מבלי לפגוע בתמריצי ההסתמכות של הנבטח. שנית, יש בה כדי למנוע את יצירת התמריץ להקדים את ההסתמכות באופן אסטרטגי, הקדמה שתכליתה לכבול את המבטיח מוקדם ככל האפשר. שיקול אסטרטגי זה אינו יעיל, והוא אינו עולה בקנה אחד עם מטרותיו של המבטיח בעת הכריתה.⁶⁹ המעבר מפיצויי ציפייה לפיצויי הסתמכות מנטרל מניע זה ומייעל את החלטת ההסתמכות של הנבטח גם בהיבט זה.⁷⁰

ה. אחריות חמורה או רשלנות

משטר האחריות החל בדיני החוזים הכלליים הוא ככלל משטר של אחריות חמורה.⁷¹ משמעותו היא שהפרת החוזה אינה תלויה באשם: אם חיוב על פי החוזה לא קיים, הרי החייב הוא "מפר", והצד שכנגד זכאי לתרופה. המבטיח אינו יכול להשתחרר מסיווגו

69 ראו דיון בחלק ג' לעיל.

70 טענה שהושמעה לא פעם בספרות כנגד השימוש בפיצויי הסתמכות נוגעת לקושי שעלול להתעורר בהוכחתם. ברוח זו, Fuller & Perdue טענו במאמר ידוע כי האינטרס המרכזי הראוי להגנה בדיני החוזים הוא אינטרס ההסתמכות, אולם קשיי הוכחה הם אשר מסבירים את העדפתו של הדין הנוהג לאינטרס הציפייה. ראו L.L. Fuller and William R. Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages: 1", 46 *Yale L.J.* (1936) 52. אלא שטענה זו נוגעת בעיקר להסתמכות הקשורה בויתור על הזדמנויות חלופיות (ראו שם, בעמ' 60–62). כאשר חוזה נכרת בתנאי שוק, כריתתו כרוכה באופן רגיל בויתור על חוזה אחר, וככל שהשוק תחרותי יותר, כך הנזק הנובע מן הויתור שואף להיקפם של פיצויי הציפייה. על רקע זה, הקניית זכאות לפיצויי ציפייה כרוכה ביתרון כפול: היא חוסכת את הצורך להוכיח את תנאיה של עסקה חלופית שמעולם לא נכרתה, ובה בעת היא מובילה להערכה נכונה באופן מקורב של נזקי ההסתמכות.

ואולם, בניגוד לחוזים בתמורה, הקטגוריה של אובדן הזדמנות חלופית היא שולית בדרך כלל כשמדובר בחוזה המתנה. המתנה אינה עסקת שוק, וההסתמכות על המתנה אינה באה לידי ביטוי בדרך כלל בויתור על עסקת מתנה אחרת. יתרונותיהם של פיצויי הציפייה כשמדובר בחוזה בתמורה אינם חלים אפוא באופן דומה בחוזה מתנה. יתרה מזאת, פיצויי הציפייה עצמם מעוררים קשיי הוכחה ניכרים, שלעיתים קרובות עולים על אלה המתעוררים תחת פיצויי ההסתמכות. כימותו של אינטרס הציפייה כרוך באמידה של נזקים סובייקטיביים, הנגזרים מהעדפותיו הפנימיות של הנפגע, ומנזקים ספקולטיביים, הנגזרים מהתרחשויות עתידיות שקשה להעריך כיצד היו מתפתחות אלמלא ההפרה. שיקולים ראייתיים אינם נוטים אפוא בהכרח להעדפתם של פיצויי הציפייה. לדיון, ראו למשל שלו ואדר (לעיל הערה 68) בעמ' 345–351.

71 ראו סעיף 1 לחוק התרופות, המגדיר "הפרה" כ"מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה", מבלי להתלות אותם באשם. עם זאת, גם בגדרו של המשפט הישראלי, דיני החוזים מרככים את האחריות החמורה בהקשרים מסוימים (למשל בפרשנות חיובים כחיובי השתדלות או כחיובים מותנים, או באמצעות דוקטרינות הסיכול, תום הלב בקיום חיובים, הטעות ודיני השעיית החיובים). לדיון נורמטיבי במקומו של האשם במשטר האחריות החוזי, ראו Omri Ben Shahr & Ariel Porat (eds.), *Fault in American Contract Law* (2011).

כמפר, רק משום שלא יכול היה למנוע את ההפרה במאמץ סביר. מאחר שחוק המתנה אינו קובע הוראה מיוחדת לעניין משטר האחריות, האחריות החמורה חלה באופן שיורי גם על המבטיח בחוזה המתנה. כך למשל, אם מבטיח התחייב להעביר במתנה את מכוניתו, אך תאונה שהתרחשה שלא באשמתו מנעה את האפשרות לממש את ההתחייבות – החיוב המשפטי נותר על כנו.⁷²

הצעת חוק דיני ממונות מבקשת לשנות משטר זה בדיני המתנה, ולהמירו במשטר רשלנות. על-פי לשון ההצעה, "אין המתחייב להקניית מתנה אחראי בשל אי-קיום החיוב, אלא אם כן הוא נגרם בהתרשלותו".⁷³ הצעה ברוח דומה הוצעה גם בספרות,⁷⁴ והיא מוצאת ביטוי גם בדין הנוהג בתחומים הקרובים לחוזה המתנה, כמו שמירת חינם או שאילה.⁷⁵ מתעוררת אפוא השאלה מהו משטר האחריות התואם את תכליתו של חוזה המתנה. הדיון שלהלן יצביע על כמה שיקולים מרכזיים התומכים באימוצו של משטר הרשלנות.⁷⁶

במישור עלות הכבילה, ברי כי מעבר למשטר רשלנות מוזיל את העלות שנושא בה המבטיח. משטר רשלנות מסייג את האחריות בתנאי שאיננו קיים תחת האחריות החמורה, ובכך מוזיל את עלותה הצפויה עבור המבטיח. יתרה מזאת, המבטיח יכול להימנע כליל מן החבות אם יבחר לפעול באופן סביר. במובן זה, משטר הרשלנות מוביל לתוצאה דומה לזו שהייתה מתקבלת תחת החוזה השלם: המבטיח ככול להתחייבותו רק כאשר הוא יכול לקיימה באופן סביר, ופטור ממנה כאשר אין ביכולתו לעשות כן. למשטר הרשלנות נתון, ככלל, יתרון גם בהיבט ההשפעה על הסתמכות הנבטת. במצבים שבהם המתנה אינה ממומשת, השקעת ההסתמכות שלו יורדת לטמיון. כדי שתמריצי ההסתמכות של הנבטח יהיו יעילים, עליו להביא בחשבון את האפשרות שמצבים אלה יתרחשו, ולהפחית את הסתמכותו ככל שאפשרות זו מסתברת יותר. תחת משטר רשלנות, הנבטח נושא בהפסדי ההסתמכות במצבים אלה, ולפיכך מפנים את

72 ראו דויטש (לעיל הערה 39) בעמ' 321.

73 סעיף 183 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011, ה"ח 712. הצעת החוק מספקת לכך נימוק לקוני בלבד, שלפיו "ההוראה החדשה המוצעת מטרתה לבטא את האופי המיוחד של עסקת מתנה, את ציפיות הצדדים ואת מידת הצדק בעסקה כאמור".

74 ראו פרידמן וכהן (לעיל הערה 38) בעמ' 403–404; זמיר (לעיל הערה 61); וכן דויטש (לעיל הערה 39) בעמ' 325–327.

75 סעיף 2(א) לחוק השומרים וסעיף 28(א) לחוק השכירות והשאילה (הקובע סטנדרט הדומה לרשלנות ביחס לאי התאמה במושאל). משטר הרשלנות מקובל גם בכמה משיטות המשפט הקונטיננטלי. ראו Hogg ו-Rabello (לעיל הערה 16).

76 הדיון שלהלן יניח כי תחת משטר הרשלנות תוסיף לעמוד למבטיח זכות החזרה הקבועה בחוק, בתנאים הרחבים שבהם היא חלה. לפיכך, מבטיח יהיה רשאי להשתחרר מחיובו כל עוד הנבטח טרם הסתמך, וכאשר הנבטח נהג כלפיו באופן מחפיר, או כאשר חלה הרעה ניכרת במצבו הכלכלי של המבטיח. בדומה לכלל הנוהג, זכות זו תעמוד אפילו בנסיבות שבהן המבטיח רשלין. הנימוקים שנדונו בפרק ג' לעיל, התומכים בהכרה בזכות זו תחת הדין הקיים, תומכים בהותרתה על כנה גם תחת משטר הרשלנות.

עלותם. הוא מפיק אפוא את רווחיה של ההסתמכות כאשר המתנה ממומשת, ונושא בהפסדיה כאשר אינה ממומשת, עקב נסיבות שאינן בשליטתו הסבירה של המבטיח. לעומת זאת, תחת אחריות חמורה הנבטח אינו מפנים את הפסדי ההסתמכות במצבים אלה, שכן הם מוסבים אל המבטיח. מאחר שסיכון זה אינו עומד לפתחו, הסתמכותו תיטה להיות הסתמכות־יתר.

לאור זאת, עולה השאלה אם קיימים נימוקים אחרים – שאינם נשענים על הוזלת עלויות הכבילה או ייעול ההסתמכות – שעשויים בכל זאת להטות את הכף להותרתה של האחריות החמורה על כנה. הספרות התאורטית, הממוקדת בחוזה בתמורה, הציגה שני שיקולים מרכזיים התומכים באחריות החמורה במקרה החוזי הרגיל. שיקול אחד נוגע להשפעתו על עלויות ההתדיינות.⁷⁷ הצורך להוכיח רשלנות כתנאי להצלחתה של תביעת הפרה מטיל על התובע נטל כבד יותר בהוכחת עילתו. משטר הרשלנות הופך אפוא את תביעת ההפרה ליקרה יותר. יתרה מזאת, לייקור ההתדיינות השפעת לוואי חשובה נוספת: כאשר חייב יודע כי תביעה נגדו צפויה להיות יקרה ומורכבת, הוא עלול שלא להירתע מן ההפרה מלכתחילה.⁷⁸ משטר הרשלנות עלול אפוא להחליש את כוחה המחייב של ההתחייבות החוזית. כנגד זאת, מעבר לאחריות החמורה מוזיל את עלויות התביעה, ובהתאם לכך גם הופך את החיוב החוזי לאמין יותר.

שיקול אחר התומך באימוצה של אחריות חמורה בדין הכללי קשור בהשפעתו של משטר האחריות על פערי המידע שבין הצדדים. תחת משטר רשלנות, לחייב אינטרס להסתיר מידע בדבר האפשרות שלא יוכל לקיים את חיוביו: בידוע כי במצבים אלה יהיה פטור מן החובה לפצות את הנבטח, הוא מעדיף כי בעת הכריתה יעריך הנבטח בחסר את ההסתברות שמצבים אלה יתרחשו. בהינתן הערכת־חסר כזאת, הנבטח יהיה נכון יותר להתקשר עימו בחוזה ואף ידרוש תמורה נמוכה יותר, שאינה משקפת את מלוא הסיכון שההתקשרות החוזית מטילה עליו. אלא שמנקודת מבטו של הנבטח, הידיעה שלמבטיח אינטרס טבוע בהסתרת מידע מפניו מותרת אותו באי־ודאות במועד כריתת החוזה. אי־ודאות זו פוגעת ביכולתו להעריך את שווי ההתקשרות, וביכולתו לתמחרה. היא אף פוגעת ביכולת ההשוואה בין אופציות חוזיות אחרות ובין שותפים חוזיים חלופיים. בעיות אלה נפתרות במידה רבה באמצעות המעבר לאחריות חמורה.⁷⁹ תחת אחריות חמורה, החייב נושא בהפסדים הנובעים מאי־קיום החיוב, אפילו כאשר לא

77 ראו למשל Robert E. Scott, "In (Partial) Defense of Strict Liability in Contract", 107 *Mich. L. Rev.* (2009) 1381, pp. 1391–1392.

78 ראו Robert E. Scott and George G. Triantis, "Anticipating Litigation in Contract Design", 115 *Yale L.J.* (2006) 814.

79 ראו Stefan Grundmann, "The Fault Principle as the Chameleon of Contract Law: A Market Function Approach", 107 *Mich. L. Rev.* (2009) 1583. טענה זו היא אנלוגית לזו המועלית לעיתים קרובות ביחס למשטר האחריות על מוצרים פגומים. ראו Steven Shavell, "Strict Liability versus Negligence", 9 *J. Legal Stud.* (1980) 1, pp. 4-8.

התרשל. הנבטח יודע אפוא כי תהיה אשר תהיה ההסתברות שהמבטיח יקיים את חיוביו – אינטרס הציפייה שלו ימומש, בין בקיום ובין בפיצוי. הערך שהחווה מקנה לו הופך להיות בהיר, ויכולתו להשוות בין חלופות חוזיות שונות משתפרת.⁸⁰

אלא ששיקולים אלה, התומכים באחריות החמורה בהקשר החוזי הכללי, חלשים במידה ניכרת בהקשר המיוחד של דיני המתנה. השיקול הנוגע לייקורה של עלות ההתדיינות מבוסס בעיקרו על החשש שהחייב ירצה להפר את החווה באופן כלתי יעיל, אגב ניצול לרעה של העלות הכרוכה בהוכחת הרשלנות. חשש זה, שהינו סביר למדי כשמדובר בחווה בתמורה, מתון בהרבה כשמדובר בחווה המתנה. ככלל, המבטיח בחווה המתנה מקבל על עצמו את המחויבות כדי לשרת את מטרותיו האלטרואיסטיות, היכולות להתממש רק בקיום ההתחייבות, לא בהפרתה הרשלנית. בשונה מן החווה בתמורה, המבטיח בחווה המתנה מעוניין לקיים את ההתחייבות ממניעיו הפנימיים, וככלל אינו מעוניין בהפרתה כשאפשר לקיימה במאמץ סביר. החשש שמשטר רשלנות יתמרצו להפר באופן רשלני הוא אפוא חשש מתון באופן ניכר.

בדומה לכך, החשש שמשטר רשלנות יוסיף לאי-הסימטריה במידע בין הצדדים מתמתן אף הוא בחווה המתנה. מטרתו של המבטיח בקבלת ההתחייבות היא להשיא את ערכה של המתנה באמצעות עידוד הסתמכותו היעילה של הנבטח. הוא מעוניין אפוא בכך שהנבטח יעריך נכונה את ההסתברות שהמתנה תמומש – לא בחסר ולא ביתר. המבטיח אינו חושש כי הנבטח יירתע מכריתת החווה, שכן החווה בבירור משפר את מצבו. הוא אף אינו חושש כי גילוי המידע יוביל לשינוי במחיר החוזי, שכן הנבטח מלכתחילה אינו מציע תמורה. לפיכך, בניגוד לחווה בתמורה, האינטרס של המבטיח הוא לשתף את הנבטח במידע שברשותו, ולא להסתירו.

אף השיקול שלפיו הרשלנות עלולה לפגוע ביכולת התמחור של החווה, וביכולת ההשוואה בין אופציות חוזיות חלופיות, ככלל אינו עומד בחווה המתנה. לנוכח היעדר התמורה, פעולת התמחור אינה נדרשת. בדומה לכך, הצורך בהשוואת אופציות חוזיות חלופיות אינו מתעורר, שכן הנבטח בדרך כלל אינו ניצב בפני ברירה בין שני חוזי מתנה, שבאפשרותו לירות רק אחד מהם. גם אם הוא ניצב בפני בחירה כזאת, השוואת האפשרויות תהיה אפשרית בדרך כלל, לנוכח האינטרס של המבטיח לשתף עימו את המידע שברשותו.

מן האמור עולה אפוא כי שיקולים ה"פנימיים" לחווה המתנה (כלומר הוזלת עלויות הכבילה ועידוד ההסתמכות היעילה) נוטים לאימוצו של משטר הרשלנות. לעומת זאת, השיקולים התומכים באחריות חמורה ביחס לחוזים בתמורה מאבדים חלק ניכר

80 מבטיחים שעבורם הסיכוי להפרה שאינה רשלנית נמוך יציעו אפוא לקבל על עצמם את האחריות החמורה. לדיון תאורטי אנלוגי, ראו Michael Spence, "Consumer Misperceptions, Product Failure, and Product Liability", 44 *Rev. Econ. Stud.* (1977) 561; Sanford J. Grossman, "The informational role of warranties and private disclosure about product quality", 21 *J. L. & Econ.* (1981) 461.

ממשעותם כשמדובר בחוזה מתנה. מסקנות אלה תומכות אפוא באימוצו של משטר רשלנות ככלל דיספוזיטיבי בדין המתנה.

מן האמור לא נובע כי אחריות חמורה לעולם לא תהיה רצויה למבטיח בחוזה מתנה. בפרט, אפשר להעלות על הדעת מצבים שבהם, חרף תמריץ הגילוי, הנבטח יעריך בחסר את הסיכוי למימוש המתנה, והסתמכותו תהיה נמוכה מדי. אומנם, כפי שנדון לעיל, המעבר לאחריות חמורה הוא פתרון מוקשה לבעיה זו, שכן האחריות החמורה צפויה להוביל לבעיה הפוכה של הסתמכות-יתר; אך אם נזקה של הסתמכות-יתר נמוך מזו של הסתמכות החסר, ייתכן כי תועלתה של האחריות החמורה יעלה על חסרונותיה. עוד אפשר להעלות על הדעת כי המבטיח יהיה מעוניין לקבל על עצמו אחריות חמורה כדרך להעניק לנבטח ביטוח מפני נזקי ההסתמכות. כאשר פערי העושר בין הצדדים ניכרים, המבטיח עשוי לשמש מבטח יעיל של נזקים אלה ולרצות בהקניית הביטוח כחלק ממתנתו.⁸¹ משני הטעמים, מבטיחים עשויים אפוא להעדיף את האחריות החמורה במצבים מסוימים. ואולם, כל עוד אין מדובר בכלל אלא בחריג לו, משטר הרשלנות יוסיף לשמש כמשטר הדיספוזיטיבי הרצוי.

סיכום

מאמר זה מציע תאוריה של דיני המתנה, הנשענת על הבנת התכלית שחווה המתנה מבקש לקדם. חוזה המתנה נכרת על בסיס רצונו של המבטיח, השולט בתנאי ההתקשרות. בקבלת המחויבות המשפטית, מטרתו לעודד את הסתמכותו היעילה של הנבטח, ובה בעת להבטיח כי ההתחייבות תשקף נאמנה את מרחב המצבים שבהם ירצה במימוש המתנה. מאחר שאין בכוחו לכרות חוזה שלם, תפקידם של דיני המתנה הוא להשלים את חסריו של החוזה, בדרך המגשימה מטרות אלה באופן מיטבי. בתאוריה פשוטה זו יש כדי לספק הצדקה אינסטרומנטלית לדיני המתנה הקיימים, הנוגעים בעיקרם לפרוצדורת הכריתה של חוזה המתנה ולתנאים שבהם רשאי המבטיח לחזור בו מחיובו. ואולם, מעבר לכך, יש בה גם כדי להצביע על יתרונות באימוצם של הסדרים מיוחדים נוספים. השיקולים האמורים מצביעים על היתרון שבבחירת אינטרס ההסתמכות כאינטרס המוגן הדיספוזיטיבי של דיני המתנה, בשונה מאינטרס הציפייה המוגן בדין הכללי. העדפתו של אינטרס ההסתמכות מוזילה את עלות הכבילה של

81 על שיקול הביטוח בתרופות חוזיות, ראו למשל: A. Mitchell Polinsky, "Risk Sharing through Breach of Contract Remedies", 12 *J. Legal Stud.* (1983) 427.

המבטיח מבלי לפגוע בתמריצי ההסתמכות של הנבטח. הסדר זה עשוי אפוא לשקף באופן נאמן יותר את תכליתה של ההתחייבות במועד הכריתה. שיקולים דומים אף תומכים בהחלפת משטר האחריות בחוזה המתנה – מאחריות חמורה לרשלנות. בשינוי זה יש כדי להוזיל את עלויות הכבילה, ואף לייעל את החלטות ההסתמכות של הנבטח. שני השיקולים המרכזיים המניעים את המבטיח בעיצוב גבולות התחייבותו תומכים לפיכך במעבר למשטר זה.

הניתוח מעלה אפוא כי בהיבטים שונים, ההתחייבות שהמבטיח רוצה לקבל על עצמו חלשה מזו שבחוזה רגיל. על תנאי הכריתה להיות מחמירים יותר, על האפשרות להשתחרר להיות קלה יותר, ועל התרופות בגין הפרה להיות מתונות יותר. ואולם, מסקנות אלה אינן נגזרות מתפיסה באשר לחולשתה המוסרית של הבטחת המתנה. היא אינה נובעת ממעמדו החלש של נבטח שלא סיפק תמורה, או מזכות־היתר הנתונה למי שהתכוון לעשות מעשה חסד. היא נובעת מתכליתה של ההתחייבות החוזית ומן המטרות שהמבטיח מבקש להגשים באמצעותה.