

## השבת מתנות אירוסין בגין הפרת הבטחת נישואין לאור החקיקה האזרחית החדשה\*

עד לכניסתו לתוקף של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, ראה בית המשפט הישראלי את הבטחת הנישואין כחווה אזרחי אשר, בהתאם לכללי המשפט המקובל האנגלי שנקלטו באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922-1947, מקנה עילה לתביעה בגין הפרת הבטחת נישואין.<sup>2</sup> כמו כן היו הצדדים זכאים להחזרת כל מה שניתן בקשר עם ועקב הבטחת הנישואין כולל מתנות, טבעות וכדומה.<sup>3</sup> תוצאה זו הייתה מבוססת על ההנחה, שהדברים ניתנו מתוך תנאי מכללא שזכותו של מקבל המתנה תלויה בהקמת קשר הנישואין.<sup>4</sup> כשתנאי זה לא נתקיים, בטלה זכות זו ועליו להחזיר לבעלים המקוריים את אשר קיבל. אולם, לאמיתו של דבר, אין זה מדויק לומר ש"מתנות אירוסין" מותנות בהקמת קשר הנישואין, שהרי אם רק צד אחד מפר את הבטחת הנישואין בלי סיבה מוצדקת, אין לאותו צד כל זכות לדרוש השבה.<sup>5</sup> סייג זה מבוסס יותר על "מדיניות החוק" מאשר על זכויות חוזיות וקנייניות.<sup>7</sup>

- \* מתוך משפטים, כרך י (ירושלים, תש"ם), 329. תודתי לד"ר ברכיהו ליפשיץ ולד"ר גבריאלה שלו על הערותיהם הקולעות ועזרתם בהכנת מאמר זה.
- 1 ס"ח תשל"ג 118.
- 2 ת.א. 1279/54 ברגהויז נ' זילבר, פ"מ י 380; בד"מ 1/55 סידיס נ' סידיס, פ"ד יב 1121. ראה גם: מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (אקדמון, מהד' 4, ירושלים, תשכ"ה), 16-14; ע"א 174/65 בדש נ' שדה, פ"ד כ(1) 617 בעמ' 623 מול אותיות א-ב. עיין עוד: ב' שרשבסקי, דיני משפחה (ראובן מס, מהד' 2, ירושלים, 1971), 16-17. אולם ראה ע"א 473/75 רון נ' חזן, פ"ד לא(1) 40 בעמ' 47 מול אותיות ג-ד, ובראש עמ' 49. ברם, סייג חשוב קיים במקרה שניתן להוכיח שלפי המנהג המקובל בחוגי החברה או העדה שאליה משתייכים הצדדים אין ללכת בנידון זה אלא לפי הדין הדתי, או אם בקשר לשידוכין נערך מסמך בין הצדדים שעל פיו יש לקבוע כי בעת עריכתו היו עיניהם להוראות הדין הדתי. במקרים כאלה יחילו גם בתי המשפט האזרחיים את הדין הדתי. ראה: שרשבסקי, שם, 17, 21-22, והמקורות שהוא מביא; א"א שפטלוביץ, דיני המשפחה ושיפוטם ליהודי ישראלי (גוילים בע"מ, תל אביב, תשכ"ה), 23; והשווה: *Jacobs v. Davis* (1917) 2 K.B. 532.
- 3 ראה: *Jacobs v. Davis*, *ibid*; P.M. Bromley *Family Law* (Butterworths, 3rd. ed., London, 1966) 27-28; R. Goff & G. Jones, *The Law of Restitution* (Sweet and Maxwell, London, 1966) 363-364; שרשבסקי, שם, 19; ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (אבוקה בע"מ, תל אביב, תשל"ל) §134, עמ' 127.
- 4 *Jacobs v. Davis*, *ibid*; שרשבסקי, שם. ראה עוד: 44 Harv. L. Rev., 276-284.
- 5 *Cohen v. Sellar* (1926) 1 K.B. 536; Bromley, *op. cit.* (note 3); Goff & Jones, (*Supra*, note 3) שרשבסקי, שם.
- 6 ראה: Harv. L. Rev., *op. cit.* (*supra* note 4), at p. 279.

עם חקיקת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, וסעיף 63 שבו, החותך את חבל הטבור למשפט המקובל "בעניינים שחוק זה דן בהם", יש מקום לדון אם קיימת עילה חוזית של תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין לפי חוק זה<sup>8</sup>. נראה על פני הדברים, שאין דבר בחוק המחייב ביטול העילה<sup>9</sup>, או המחייב שנאמר ששאלה זו אינה מוסדרת על ידי הוראות החוק הישראלי<sup>10</sup>.

על רקע זה מתעוררת בעיה, שמשום מה עדיין לא נידונה לא בפסיקה ולא בספרות המשפטית, והיא: היום, לאחר חקיקת חוק החוזים הישראלי, על יסוד איזו עילה או הוראה בחוק ניתן - אם בכלל - לדרוש השבת מתנות ונכסים אחרים שניתנו לרגל אירוסין שנתבטלו בסופו של דבר.

סעיף 9(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970, קובע:

משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך.<sup>11</sup>

לדעתנו, אין בסעיף זה כדי לעזור לנו אלא במקצת. הסעיף דן במפורש על דברים שנתקבלו "על פי החוזה" כלומר, נכסים שהועברו על פי תנאי החוזה. אם, לדוגמה, הסכימו הצדדים או הוריהם בשעת האירוסין לתת זה לזה נכסים ידועים לקראת הנישואין, אזי מכוח סעיף 9 האמור זכאי כל צד לדרוש השבת הנכסים במקרה שהנישואין לא התקיימו. לא כן במקרה השכיח יותר, שהצדדים החליפו מתנות בלא

It is inaccurate to say of engagement gifts that they are conditional upon marriage, since the donor can not recover them if he wrongfully breaks the engagement.

7 ראה: *Cohen v. Sellar*, *op. cit.* (*supra* note 5), at pp. 540, 548.

8 באשר לנטיה החדישה בכמה ארצות לבדוק מחדש את עילת התביעה בגין הפרת הבטחת נישואין ראה: P.M. Bromley, *Family Law* (Butterworths, 5th ed., London, 1976) 16-18; S. Abrahams, *Law in Family Conflict* (Law - Arts Publishers, Inc., New York, 1970), 11-19. ראה גם: ג' טדסקי. **מסות במשפט** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ירושלים, תשל"ח) 69-71 (תורגם מאנגלית: "Some Aspects of the Concept of Contract", 1 *Isrt. L. Rev.* (1966) 223 at 236-238). ועיין עוד: ת.א. 1279/54 ברגהויז נ' זילבר (לעיל, הערה 2) שם; ע"א 4/66 פרץ נ' הלמוט, פ"ד (4) 337 בעמ' 359 מול אותיות ד-ה; ע"א 401/66 מרים נ' מרים פ"ד כא(1) 673 בעמ' 680, 686-682.

9 ראה: רות גביון, 'אכיפת מוסר, פיצויים בגין הפרת נישואין וחובת ההנמקה', **משפטים**, ח (תשל"ח), 282, הערה 2.

10 ראה: ע"א 545/77 פלוני נ' פלונית, פ"ד לב(2) 393.

11 ס"ח תשל"א 16.

כל הסכמה מפורשת הקשורה לנישואין. אין בכוח סעיף 9 לסייע במצב אחרון זה, שהרי המתנות לא הוחלפו "על פי החוזה". תוצאה זו נראית לנו בלתי נמנעת, אלא אם כן נפרש את המילים "על פי החוזה" בצורה ליברלית ביותר, כך שכוונתן תהיה "על יסוד הנחת קיום החוזה". לפי פירוש זה, בכל מקרה של הפרת חוזה וביטולו יש לכלל צד זכות השבה בכל נכס שניתן על יסוד ההנחה שהחוזה שריר וקיים. ואולם, אין פרשנות זו נראית בעינינו, שהרי כלל הוא בדינו: "אין מקרא יוצא מידי פשוטו"<sup>12</sup>. בעבר, בהתאם לכללי המשפט המקובל, ניתן היה לבסס תביעה להשבת מתנות במקרה של הפרת הבטחת נישואין על יסוד עילה של עשיית עושר ולא במשפט<sup>13</sup>. היום קיים חוק טריטוריאלי המסדיר את ענייני ה"השבה". סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט - 1979 אומר:

מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזוכה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.<sup>14</sup>

בנידון דידן קשה להגיד שהזוכה קיבל את הנכס "שלא על פי זכות שבדין". המתנה ניתנה על ידי המזכה לזוכה והוקנתה על ידי הנותן למקבל תוך הסכמה ביניהם שהדבר ניתן במתנה<sup>15</sup>. אין, אפוא, כל יסוד של עשיית עושר ולא במשפט. ברם, לאמיתו של דבר גם המשפט המקובל אינו טוען שהזכות להשבה נובעת מקבלת הנכס מלכתחילה שלא על פי זכות שבדין. כפי שראינו לעיל, יסודה של התביעה במשפט המקובל עבור השבת מתנות במקרה של הפרת הבטחת נישואין הייתה ההנחה שהמתנות ניתנו מתוך התנאי מכללא שהזכות בנכסים תעבור לשני רק עם התקשרות קשר הנישואין. משקשר זה לא נקשר מתברר למפרע שהמקבל קיבל, ועדיין מחזיק, נכס של הנותן שלא על פי זכות שבדין. עלינו לברר, אם כן, אם ובאיזו מידה מכיר המחוקק הישראלי באפשרות של הדירות בקשר למתנות שכבר ניתנו. סעיף 2 לחוק המתנה, תשכ"ח - 1968<sup>16</sup>, קובע,

12 בבלי, שבת, סג, א; בבלי, יבמות, כד, א; פסיקתא זוטרת, כט, ב; מט, ב.

13 Goff & Jones, *op. cit.* (supra note 3); פרידמן (לעיל, הערה 3).

14 ס"ח תשל"ט 42. ראוי לציין, שלכאורה עדיין קיימת הזיקה למשפט המקובל האנגלי במקרה של לאקונה בהסדרים הישראליים בענייני עשיית עושר ולא במשפט. סעיף עצמאות החוק, המופיע כסעיף 7 להצעת חוק (הצ"ח תשל"ח 266 בעמ' 268), הושמט בנוסח הסופי של החוק שהתקבל. אולם עיין במאמרו של א' ידון, 'כיצד יפורש חוק השומרים?', הפרקליט, כד (תשכ"ח), 493. ראה גם הפרוטוקול הסטנוגרפי של ישיבת הכנסת התשיעית, מושב שלישי, ישיבה ביום כ"ג בשבט תשל"ט (22/1/79), עמ' 53, 58-66, 68.

15 ראה סעיף 2 לחוק המתנה, תשכ"ח - 1968.

ש"מתנה נגמרת בהקנית דבר-המתנה על ידי הנותן למקבל תוך הסכמה ביניהם שהדבר ניתן במתנה". בניגוד להתחייבות לתת מתנה בעתיד<sup>17</sup> אין החוק מאפשר, לכאורה, דרך חזרה ממתנה לאחר שנגמרה<sup>18</sup>. המגמה הזאת באה לידי ביטוי מפורש בדברי ההסבר להצעת החוק<sup>19</sup> שבהם נאמר: "בהתאם לחוק המוצע אין הנותן יכול לחזור בו מן המתנה לאחר שנגמרה ודבר המתנה עבר לבעלות המקבל".  
למסקנה דומה הגיע שופט בית המשפט העליון יצחק כהן המעיר:

אין בחוק כל הוראה, שנותן מתנה יכול לחזור בו ממנה, אחרי שהבעלות בדבר המתנה עברה למקבל, אפשרות שהיתה קיימת לפי סעיף 864 למגילה ברשות בית המשפט, במקרים שלא היתה מניעה לחזרה. מכאן ניתן ללמוד, שלפי חוק המתנה, מתנה שהושלמה היא בלתי חוזרת.<sup>20</sup>

כפי שכבר ציינו כמה מהמשפטנים המלומדים<sup>21</sup> שכתבו עוד לפני חקיקתו של חוק החוזים הישראלי, הנוקשות היתרה בעמדה זו של חוק המתנה בולטת במיוחד כמשוויים את גישת החוק הישראלי עם גישתן של מערכות משפטיות אחרות כגון המשפט העברי<sup>22</sup>. "המבחן לביטול מתנה במשפט העברי", מסביר ד"ר נחום רקובר, "הוא אומדן דעתו של הנותן; למשל, מקום שהמתנה ניתנה בבירור על יסוד הנחה שנתגלתה כמוטעית - בטלה המתנה, למרות שהנותן לא התנה על כך במפורש"<sup>23</sup>. המחוקק הישראלי, במסגרת חוק המתנה, לא אימץ, לכאורה, קונסטרוקציה גמישה זו. זאת ועוד: אילנא רברבא כפרופ' ז' צלטנר, בפירושו לחוק החוזים הישראלי, מטייל בספק אם יש בחוק המתנה התייחסות בכלל לבעיה של השבת מתנות אירוסין בגין הפרת הבטחת נישואין, וזה לשונו:

- 16 ס"ח תשכ"ח 102.  
17 סעיף 5 לחוק המתנה.  
18 ראה: נ' רקובר, 'עקרונות המשפט העברי בחוק המתנה, תשכ"ח - 1968', הפרקליט, כד (תשכ"ח), 496 בעמ' 498; L. Landau & N. Rakoverm "The Gift Law, 1968" 4 *Isr. L. Rev.* (1968) 260 at 267, 271.  
19 הצ"ח תשכ"ח 368, 369.  
20 ע"א 173/72 גנאיים נ' גנאיים, פ"ד כז(1) 414 בראש עמ' 420.  
21 רקובר (לעיל, הערה 18), 198; Landau & Rakover, *op. cit.* (*supra* note 18) 267, 270-271.  
22 ראה גם סעיף 960 ל-Code Civil הצרפתי.  
23 רקובר (לעיל, הערה 21), ועיין במקורות המובאים שם, בהערות 15-14.

חוק המתנה אינו דן במתנות הניתנות לרגל אירוסין או שניתנו לרגל נישואין שנתבטלו. לפי הדין העברי דינן של מתנות כאלה שייך לדיני נישואין, ואם בתי המשפט יקבלו סיווג ומיון זה, נצטרך להחיל עליהן את הדין העברי.<sup>24</sup>

לדעתנו, לאור פסיקת בית המשפט העליון בנושא זה בעבר<sup>25</sup>, סביר להניח שבתי המשפט הישראליים ימשיכו גם בעתיד לראות בכל תביעה הכרוכה בהפרת הבטחת נישואין תביעה אזרחית גרידא, ללא קשר עם הדין האישי והדין הדתי. אמנם, שערי תשובה לא ננעלו. סעיף 4 לחוק המתנה קובע ש"מתנה יכול שתהיה על תנאי". נראה לנו בבירור, שכוונת המושג "על תנאי" בהקשר זה מתייחסת לסוג התנאים כגון אלה המפורשים בסעיף 27 לחוק החוזים (חלק כללי), דהיינו: תנאי מתלה ותנאי מפסיק<sup>26</sup>.

אם נקבע במפורש על ידי הצדדים שהמתנות נתונות רק על תנאי שקשר הנישואין יתקשר ואם תנאי זה אינו מתקיים אזי יש להחזיר את כל המתנות, ניתן להניח שלכל הדעות התנאי תקף בהתאם לסעיף 4 לחוק המתנה. אולם, בנידון דידן לא הותנה והוסכם על כך במפורש. השאלה היא, אפוא, אם חוק המתנה מאפשר את השלמת התנאי האמור בדרך אחרת, כלומר, האם אין מקום לטעון שעדיין קיימת היום הנחת תנאי מכללא - כעין זו במשפט המקובל - שהבעלות במתנות הניתנות לרגל האירוסין עוברת רק עם היווצרות הנישואין?

לדעתנו, יש לענות על שאלה זו בחיוב<sup>27</sup>. בע"א 173/72 גנאיים נ' גנאיים - עוד לפני חקיקת חוק החוזים (חלק כללי) - קבע בית המשפט:

24 ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (אבוקה בע"מ, תל אביב, תשל"ו), שער שני, עמ' 136.  
25 ראה לעיל, הערה 2. וכן ראה מ"א ראבילו, 'חוק המתנה, תשל"ח - 1968', פירוש לחוקי החוזים (בעריכת ג' טדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ירושלים, תשל"ט), § 30, עמ' 45-46, הערה 1.

26 וכן דעתו של ראבילו, שם § 52, עמ' 89-90. ואמנם, בהצעת החוק היה כתוב במפורש: "מתנה יכול שתהיה על תנאי הדוחה את זכות המקבל או על תנאי המפסיק את זכותו". לא ברור לנו מה חידש המחוקק על ידי זה שהשמיט את הסיפא של אותה שורה בנוסח הסופי של החוק. והשווה עם סעיף 43 לחוק הירושה, תשל"ח - 1965 (ס"ח תשכ"ה 63); רמב"ם, זכיה ומתנה, ז, ו. ועיין במאמרו של ד"ר נחום רקובר (לעיל, הערה 18), בעמ' 497. ראה גם: Landau, *op. cit. (supra note 18)* 264-265.

27 ראה לעניין זה ראבילו (לעיל, הערה 25), § 30, עמ' 45-46, § 53, עמ' 90. בדבר פניה לדין האנגלי להשלמת החסר בחוק המתנה עיין: ידין (לעיל, הערה 14) 494; Landau, *op. cit. (supra note 18)* 268; ג' טדסקי, 'על חוק המתנה, תשל"ח - 1968', משפטים א (תשל"ט), 639; ד' פרידמן, 'תרופות בשל הפרת חוזה', עיוני משפט ג (תשל"ג), 134 בעמ' 139 (תורגם לאנגלית ב Tel Aviv University Studies in Law, Vol 1 (1975) 178 at p. 170, הערה 27); צלטנר (לעיל, הערה 24), 128; ראבילו (לעיל, הערה 25), § 35, עמ' 16, § 43, עמ' 178.

...שעל מתנה יש להחיל את הדין הכללי של חוים בנושאים שלא הוסדרו על ידי חוק המתנה, כגון אופן קשירת החוזה, בטילותו והזכות לבטלו... כשם שהדין הכללי של חוים... ממשיך לחול על חוזה מכר, חווי משכון וחוים אחרים שלגביהם חוקקה הכנסת חוקים מיוחדים, כן חל דין זה על מתנה.<sup>28</sup>

לא ברור מתוך פסק הדין אם בית המשפט העליון, בהחילו את "הדין הכללי של חוים" על מתנה, רואה במתנה חוזה<sup>29</sup>; שמא אין בית המשפט מחיל את העקרונות של דיני החוים אלא בצורה אנלוגית גרידא<sup>30</sup>.

66. אפילו הייתה פניה כזו אפשרית אין לנו כל צורך בה לאור סעיף 61(ב) לחוק החוים (חלק כללי) וכדלהלן.

28 שם (לעיל, הערה 20) מפי השופט י' כהן. לפסק דינו הצטרף השופט ויתקון.

29 כן דעתם של: פרופ' צלטנר (לעיל, הערה 24), 127-128, 132; ד"ר ראבילו (לעיל, הערה 25) §5-6, עמ' 18-20, כאשר פרופ' צלטנר בדעה, שהמתנה היא חוזה דו צדדי, ואילו ד"ר ראבילו סבור, כי בדומה לגישה הקונטיננטלית המתנה היא עיסקה דו צדדית, אך חוזה חד צדדי. ראה גם המ' פת' ת"א 8935/73 כטרי אליהו נ' יוסף קטרי ואח' פ"מ תשל"ה (א) 87, מפי הנשיא התורן השופט קנת. עיין עוד: ג' טדסקי, 'חיוב מזונות במשפטנו האזרחי', משפטים, ו (תשל"ו), 242 בעמ' 247.

30 נראה שזו דעתו של פרופ' פרידמן (לעיל, הערה 27), בתרגום האנגלי, עמ' 178, הערה 28. באשר לנפקויות המשפטיות השונות בין שתי הגישות הנ"ל ראה שם (עמ' 139-140, הערה 28, בנוסח העברי). דעתנו נוטה, עם כל הכבוד, לדעתו על פרופ' פרידמן. לאור העובדה שהגדרתה של מתנה, בסעיף 1 לחוק המתנה, מנוסחת "לפי תפיסת המושג המשפט העברי" (ראה דברי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, משה אונא, בהביאו את הצעת החוק לקריאה השניה והשלישית, דברי הכנסת, כרך 52, עמ' 2348-2349). חשוב לציין את עמדת המשפט העברי בנושא, כפי שמסכמה הרב הראשי לישראל המנוח, ד"ר יצחק אייזיק הרצוג זצ"ל: "The transfer of property (Sale and Gift) is not, strictly speaking, contract... conveyance and contract, as already noted, are sharply distinguished" (Isaac Herzog, *The Main Institutions of Jewish Law* (The Soncino Press Limited, 2nd ed., London, 1967). Vol. II, "The Law of Obligations", p. 15). המשפט העברי מבחין, אפוא, בברור בין "חוזה" ובין "העברה", כשהמתנה כלולה בסוג השני. ראה והשווה ראבילו (לעיל, הערה 25) §4, עמ' 18, והמקורות המובאים שם, הערה 8.

זאת היא גם גישת המשפט האמריקני. את נימוקם של הדברים מבהיר פרופ' ארתור לינטון קורבין: "A contract, as this term is used herein, differs, from a gift, a barter, or other conveyance of property, in two ways: In contract, one of the operative facts is the making of a promise, whereas all of the others may take place without any promise. Secondly, they differ in their legal operation, a contract always creating a special right *in personam*, a right in the promise against the promisor, with the correlative special duty in the promisor to the promise of rendering the performance promised, The legal relations created by a gift, a barter, or any other conveyance, pure and simple, do not include any special rights and duties between the two parties involved; the legal relations created are relations *in rem*; that is, they are manifold relations with all other persons who are subject to law." (A.L. Corbin, *Corbin on Contracts* (West Publishing Co., Minnestora, 1960), Vol. 1, §4, p. 9). בזה, שסעיף 2 לחוק המתנה קובע שמתנה נגמרת רק "תוך הסכמה ביניהם שהדבר ניתן במתנה", אין, לדעתנו, כדי לגרוע מן ההבחנה הנ"ל. לא כל הסכם מהווה חוזה וכפי שכותב

היום, לאחר חקיקת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973 - גם אם היה מקום בעבר לראות במתנה חוזה וכל שכן אם לא היה מקום לכך - חוזרת השאלה אם יש להחיל על מתנה את הדין הכללי של חוזים. מקור הספק הוא מאמרו המאלף של פרופ' ג' טדסקי, "הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ל - 1970, וגבולותיה"<sup>31</sup>, שבו הוא מוכיח שהביטוי "חוזה" המופיע בחוק החוזים הישראלי אינו מכוון להסכמים שאינם אובליגטוריים, שתוצאותיהם מתמצות כבר בהווה<sup>32</sup>. ואולם, נראה לנו שגם אם נחליט שאין לכלול מתנה במסגרת הגדרתו של חוזה עדיין ניתן להחיל על מתנה את ההוראות של חוק החוזים (חלק כללי). מסקנתנו זו מבוססת על סעיף 61(ב) לחוק החוזים האמור הקובע: "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". אין כל

פרופ' טדסקי במאמרו, 'הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ל - 1970, וגבולותיה', משפטים, ג (תשל"ב), 106: "...המונח 'חוזה' מתאים יותר להסכם האובליגטורי, שתוצאותיו בעתיד, מאשר להסכמים הלא אובליגטוריים, שתוצאותיהם מתמצות כבר בהווה".

זאת ועוד: כבר ציין - ונראה לנו, עם כל הכבוד, בצדק - פרופ' טדסקי בספרו (לעיל, הערה 8) 63 (עמ' 231 במאמר האנגלי), ש"אפשר אפילו לומר כי... שני בני אדם מסכימים ביניהם אך אינם עורכים הסכם (make an agreement)... אפשר שהאחד מסכים לדברי השני ושלסכמה כזאת נועדות תוצאות משפטיות בלי שיהיה מקום לדבר על הסכם ביניהם ולא על התוצאות האופייניות להסכמים בכללם". השאלה במתנה היא אם הסכמתו של מקבל הנכס מהווה גילוי רצון המופנה כלפי הנותן או אולי היא בעצם רק הסכמה לפעולת הנותן, המאשר שאין המתנה ניתנת בניגוד לרצונו ודעתו, והמופנית לאמתו של דבר כלפי עצמו. בפן אחרון זה, הסכמת הנותן ואישורו של המקבל המצטרף לה, מהווים ביחד מעשה חד צדדי מורכב שאינו חוזה (בדומה לאישורו של אפוטרופוס להסכמתו של קטין. ועיין טדסקי, שם). גם אם נניח שבהסכמה זו יש אלמנט חוזי, עלינו לשאול אם בכוח אלמנט חוזי זה להפוך את כל האקט של הקניית המתנה לפעולה חוזית? לדעתנו, אין כל הכרח לענות על שאלה זו בחיוב. בהתאם לכך, ניתן לטעון שהסיבה שאין בידי המקנה לחזור בו במתנה לאחר שנגמרה, איננה, כדברי ד"ר ראבילו, שם, 478, עמ' 79, משום ש"מתניין" היסוד החיובי, החוזי... להבטחה להשאיר את הנכס המעבר אצל השני...", אלא משום שכבר הועברה הבעלות הקניינית לידי המקבל כך שלו כעת הזכות להחזיק בנכס (כמובן, כל עוד שלא הותנה תנאי אחר בהתאם לסעיף 4 לחוק).

דברינו האמורים למעלה יפים הם בעיקר כשמדובר במתנה לאלתר בהתאם לסעיף 2 לחוק. באשר להתחייבות לתת מתנה לפי סעיף 5 לחוק, הדבר עדיין טעון בירור. ועיין: פרידמן שם; טדסקי (לעיל, הערה 27) 646; צלטנר (לעיל, הערה 24) 127, הערה 1; ראבילו (לעיל, הערה 25) 58, עמ' 19, הערה 4; ראה גם הרב הרצוג, שם, עמ' 42-33.

31 משפטים, ג (תשל"ה). תודתי לפרופ' י' ויסמן על מקור חשוב זה.

32 והשווה: השופט קנת (לעיל, הערה 29) צלטנר (לעיל, הערה 24); ראבילו (לעיל, הערה 25), שהתעלמו מנקודה זו. וכן ראה שוב דברי ד"ר ראבילו, שם, 478, עמ' 79 ומה שכתבנו עליהם לעיל, הערה 30.

ספק, אפוא, שהוראות חוק החוזים (חלק כללי) חלות גם על מתנות "בשינויים המחויבים" - גם אם מתנה אינה בבחינת חוזה<sup>33</sup>.  
והרי סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי) מצווה:

חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה ובמדה שאינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות.

אם ניישם הוראה זו בענייני מתנה, ובהתאם ל"שינויים המחויבים" נקרא במקום "חוזה" את המילה "מתנה", אזי עולה ש"מתנה תפורש לפי אומד דעתם של הצדדים". יש מקום לטעון, לפי זה, שעלינו לפרש כל מתנה לפי אומד דעתם של הצדדים ובדומה לגישת המשפט העברי שראינו לעיל. יוצא, אפוא, שהמניעה מלחזור בו מן המתנה לאחר שנגמרה אינה כל כך נוקשה כפי שהיא נראית במבט ראשון. ומהכלל אל הפרט: נראה לנו ש"אומד דעתם של הצדדים" בנסיבות עניינינו מראה בעליל שכוונתם הייתה להעביר את הבעלות במתנות האירוסין רק בתנאי - תנאי מתלה<sup>34</sup> - שיתקשרו בקשר הנישואין, תנאי הנופל למסגרת הוראות סעיף 4 לחוק המתנה.

מה הדין, אפוא, במסגרת חוק המתנה, כשהתנאי שבמתנה לא נתמלא? אין לנו פתרון מפורש מפי המחוקק, ואילו החוק מבחינת זה הוא *Lex imperfecta*<sup>35</sup>. אמנם, אין ספק, שכוונת המחוקק היא להקנות זכות השבה במקרה כזה, וכהסברו של שר המשפטים דב יוסף לכנסת בהתייחסו לנידון: "...שאם המדובר הוא בתנאי הדוחה את זכות המקבל, כי אז יראו את המתנה כאילו לא ניתנה"<sup>36</sup>.

33 השווה דברי פרופ' טדסקי במאמרו (לעיל, הערה 30), 106. ואולם, יש להניח שגם פרופ' טדסקי יסכים למסקנתנו לאור הנוסח הסופי של סעיף 61(ב) שהתקבל בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, ובניגוד ללשונו של סעיף 64(ב) שבהצעת החוק האמור (הצ"ח תשל"ל 125).

34 בעניין ההבדל בין "Term" ל-"Condition" ראה: M.P. (ed.) *Cheshire & Fifoot's Law of Contract* (Furmston, Butterworths, 9th ed., London, 1976) 135-140. בעניין "Implied" or "Constructive Conditions" ראה A.L. Corbin, *op. cit.* (supra note 30); Vol. 3A, § 631-632, pp. 22-24.

35 ראה דברי הכנסת כרך 44 עמ' 29; 264 Landau, *op. cit.* (supra note 18); באשר לאפשרות להיזקק לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970, במסגרת חוק המתנה עיין פרידמן (לעיל, הערה 27) 143-139 (עמ' 185-177 בתרגום האנגלי); גם כאן אין צורך בדבר לאור סעיפים 15-20 לחוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969 (ס"ח תשכ"ט 259), סעיף 8 לחוק המיטלטלין, תשל"א - 1971 (ס"ח תשל"א 184), ולאחר כניסתו לתוקף של חוק עשיית עושר ולא במשפט. אולם ראה לעיל הערה 14.

36 דברי הכנסת, שם, עמ' 83: "חבר הכנסת האוזנר שאל מדוע לא קבענו הוראה ביחס למתנה שניתנה על תנאי כשלא נתקיים התנאי. התשובה היא, שאם המדובר הוא בתנאי הדוחה את זכות המקבל, כי אז



אולם, למי יש זכות השבה זו? כל עוד היינו כפופים למשפט המקובל האנגלי היינו כבולים גם למדיניות המשפטית שלו ובהתאם לכך, כפי שראינו לעיל, אין המפר זכאי להשבה. היום, אין לה למדיניות המשפטית האנגלית כל מקום, לדעתנו, במסגרת הוראות סעיפים 25-26 לחוק החוזים (חלק כללי); אין לנו עוד כל צורך להזקק לתורת התנאי מכללא של המשפט המקובל, עקב הנחיות ברורות של המחוקק הישראלי בדבר השלמת חוזה או חיוב משפטי אחר<sup>37</sup>. כתוצאה מכך, נראה לנו שהתנאי מכללא הנובע מאומד דעת הצדדים חייב לפעול, במקרה שלנו, לטובת שני הצדדים בלי הבדל בין המפר ובין הנפגע. גם המפר וגם הנפגע יהיה זכאי, אפוא, להשבת נכסיו שניתנו לרגל האירוסין שנתבטלו<sup>38</sup>.

גישה זו תואמת את עמדת המשפט העברי בנושא זה, דהיינו - שלשני הצדדים יש זכות השבה<sup>39</sup> כשטעמו של דבר הוא: "...דאומדן דעתה הוא שלא שלחה לו אלא על דעת שיכניסנה לחופה"<sup>40</sup>.

יש לשים לב לעובדה, שגם במשפט העברי זכות ההשבה מבוססת על תנאי מכללא הנובע מאומד דעת הצדדים. לשני הצדדים<sup>41</sup> הייתה אותה הכוונה, דהיינו: שהזכות בנכס תעבור לשני רק עם קשירת קשר הנישואין. כיוון שהאירוסין נתבטלו והנישואין לא התקיימו, אזי הזכויות המקוריות עומדות בעינן בלי כל התחשבות בשאלה מי הפר את ההבטחה לנישואין. וכך מסביר זאת רבנו שלמה בן אברהם אדרת, הידוע בשם הרשב"א, אחד מגדולי הרבנים הספרדיים במאה השלוש-עשרה, ובין חשובי המשיבים במשפט העברי:

...ואין הפרש בין סבלנות ו=מתנות ששלח החתן לבית חמיו ובין סבלנות ששלחה הכלה או אביה לבית החתן והכל טעם אחד ודין אחד יש להם שלא עשו דבר זה כהלכתא

- יראו את המתנה כאילו לא ניתנה; ואם המדובר הוא בתנאי המפסיק את זכות המקבל, יצטרך המקבל להחזיר את המתנה. בחוק הירושה, כשאי אפשר להחזיר את המתנה לנפטר, היה צורך לקבוע הוראה מיוחדת בקשר לכך. וראה ע"א 170/74 היסטר נ' פליישר, פ"ד כט(1) 132.
- 37 ראה גבריאלה שלו, 'כריתת חוזה', פירוש לחוקי החוזים (בעריכת ג' טדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ירושלים, תשל"ח), 17-12§, עמ' 11-16.
- 38 ראה גם ראבילו (לעיל, הערה 25), 30§, עמ' 46, המעיר (מבלי לנמק): "לדעתנו תנאי מכללא זה פועל גם לטובתו של מי שאחראי לכך שהצדדים לא יגיעו לידי נישואין; גם הוא יוכל לבקש את החזרת המתנות".
- 39 שולחן ערוך, אה"ע, ג, ד; ערוך השולחן, אה"ע, ג, יט.
- 40 תשובת הרשב"א המובאת בבית יוסף, אה"ע, ג; שולחן ערוך, שם.
- 41 ראה בערוך השולחן (לעיל, הערה 39), שם, הכותב: "זוה שהש"ס והפוסקים נקטו הכל שהוא שלח סבלונות להכלה משום דאורחא דמילתא שהחתן שולח להכלה אבל לעולם כמו שהדין במתנות ששלח החתן להכלה כמו כן הדין במתנות ששלחה הכלה או אביה להחתן". ועיין גם בביאור הגר"א, אה"ע, ג, יג.

בלא טעמא אלא בטעמא תליא מילתא = שלא עשו דבר זה כהלכה בלא טעם אלא בטעם תלוי הדבר דירדו חז"ל לטוף דעתן של בריות שהמשלח לבית חמיו לא על דעת ליתן לחלוטין ולטיבועין הוא שולח אלא משום אחתנוי = להתחתן... וולכון הכל חזור... לפי שלא שלח אלא על דעת נישואין והילכך הוא הדין והוא הטעם כששלח חמיו לבית החתן שלא שלח אלא על דעת שתנשא לו בתו... והילכך... בין שחזר בו החתן בין שחזר בו אבי הכלה הכל חזור.<sup>42</sup>

לאחרונה, כשבע מאות וחמישים שנה לאחר כתיבת תשובתו של הרשב"א, נתקבלה עמדה זו גם באנגליה, בדרך החקיקה של ה- Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970. סעיף 3(1) שבו קובע:

A party to an agreement to marry who makes a gift of property to the other party on the condition (expressed or implied) that it shall be returned if the agreement is terminated shall not be prevented from recovering the property by reason only of his having terminated the agreement.<sup>43</sup>

שתוצאה זו היא הרצויה מבחינת השקפת המחוקק הישראלי ניתן ללמוד בדרך של אנלוגיה עם סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)<sup>44</sup>, שגם שם הקפיד החוק על הדדיות בחובת ההשבה, גם למפר וגם לנפגע.<sup>45</sup> במקרה שהנכס שיש להשיבו אינו עוד בעין, נראה לנו ברור שיש לשלם את שווי<sup>46</sup>. זכות זו יכולה לנבוע מכמה מקורות<sup>47</sup>: (1) פקודת הנזיקין<sup>48</sup>; (2) חוק עשיית

42 ש"ת הרשב"א, ח"ג, צו.

43 ראה S. Cretney, "Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970", 33 *M.L. Rev.* (1970) 534 at pp. 534-536.

44 ראה גם סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973.

45 אולם, בניגוד לסעיף 9 האמור, אין לנפגע בנידון דידן, לפי גישתנו, הזכות לבחור בין השבת הנכס בעין ובין השבת שוויו. אם הנכס הינו בעין גם לנפגע כמו למפר יש רק זכות להשבת הנכס עצמו. אם הנכס אינו בעין עיין להלן. אין המדובר כאן על פיצויים עבור נזקים שנגרמו עקב הפרת ההבטחה לנישואין, שכמובן רק הנפגע זכאי להם. עיין: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970, סעיפים 2, 10, 13; שרשבסקי (לעיל, הערה 2) 23-26, והמקורות המובאים שם; ע"א 473/75 רון נ' חזן (לעיל, הערה 2), ראש עמ' 49.

46 ראה אוצר הפוסקים, אה"ע, נ, סעיף ג, ס"ק יג, אות א.

47 ראה סעיף 20 לחוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969.

48 נוסח חדש 10 תשכ"ח 266.

עושר ולא במשפט, תשל"ט - 1979; (3) חוק השומרים, תשכ"ז - 1967<sup>49</sup>, נפקא מינה בין העילות השונות יכולה להתעורר במקרה שהנכס אבד או נשמד ללא אשמת המחזיק<sup>50</sup>. כמובן, כיוון שאנו עוסקים באומד דעת הצדדים, אין להכליל במסגרת התנאי מכללא כל מתנה ונכס שהוחלף בין הצדדים, אלא יש לבחון כל דבר לגופו של עניין<sup>51</sup>. כך, למשל, מתנות שניתנו לפני האירוסין יש להניח שהן מתנות גמורות אשר אינן ניתנות להשבה<sup>52</sup>. כמו כן, הוא הדין לגבי נכסים שהועברו לאחר האירוסין, אולם, אם משום טיבם וטבעם ואם משום הנסיבות המיוחדות שבהן ניתנו, יש לראות בנכסים אלו מתנות גמורות<sup>53</sup>.

אמנם, חשוב לציין, שגם במשפט העברי<sup>54</sup> וגם במשפט המקובל<sup>55</sup> אומד דעת הצדדים בנסיבות של נתינת מתנות אירוסין נעשה בעיקר על פי מבחנים אובייקטיביים ומבלי לבדוק בדקדקנות מה היו הכוונות הסובייקטיביות של הצדדים במקרה הנדון בשעת נתינת המתנה<sup>56</sup>. השאלה איזה קריטריונים יחילו בתי המשפט הישראליים במסגרת סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, עדיין פתוחה. ואף על

49 ס"ח תשל"ז 52. יש לברר עדיין לאיזה סוג של שומר נחשב מחזיק הנכס במקרה זה. במשפט העברי יש חילוקי דעות בדבר: יש הסוברים שהמחזיק נחשב לשואל, ואילו לעומתם יש המסווגים את המחזיק לדין שומר שכר. ראה בזה אוצר הפוסקים (לעיל, הערה 46), אות ב.

50 ראה אוצר הפוסקים, שם. כמו כן ייתכן שיהיה הבדל בין אם נאבדו או נשמדו הנכסים לפני הפרת ההבטחה לנישואין ובין אם נאבדו או נשמדו לאחר הפרה, עיין שם.

51 364-365 *Goff & Jones, op. cit. (supra note 3)*; 18 *Bromley, op. cit. (supra note 8)*; פרידמן (לעיל, הערה 3); ראבילו (לעיל, הערה 25) § 30, עמ' 46.

52 ערוך השולחן (לעיל, הערה 39) סעיף ב; H.H. Clark, *The Law of Domestic Relations in the United States* (West Publishing Co., Minnesota, 1968) Ch. 1 § 1.6, p. 22.

53 ראה: המקורות המובאים לעיל, בהערה 51; דיון הפוסקים המובא באוצר הפוסקים, אה"ע, ג, סעיפים ג-ד.

54 ראה: שו"ת הרשב"א (לעיל, הערה 42); אלבק, דיני הממונות בתלמוד (דביר, תל אביב, תשל"ו), 133-132, 140-137, 194-193, 547-545.

55 ראה: *Harv. L. Rev (supra note 4)* 277-278; Clark, *op. cit. (supra note 52)*; Bromley, *op. cit. (supra note 18)*.

56 ברומלי, שם, 18 כותב:

It is suggested that the general test to be applied should be: was the gift made to the donee as an individual or solely as the donor's future spouse? If it is in the latter class, it will be regarded as conditional, whereas if it is in the former, it will be regarded as absolute and recoverable only in the same circumstances as any other gift - for example, on the ground that it was induced by fraud or undue influence

באשר לזכות לדרוש השבת מתנה שהוצאה במרמה במשפט הישראלי עיין שוב בע"א 173/72 גנאיים נ' גנאיים (לעיל, הערה 20).

פי שאין ראייה לדבר, נראה לנו שזכר לדבר טמון בלשונו של הסעיף: בחירתו של המחוקק במינוח "אומד דעתם של הצדדים" במקום "כוונת הצדדים" מצביע, לדעתנו, יותר לכיוון הקריטריונים האובייקטיביים מאשר לאלה הסובייקטיביים<sup>57</sup>. ולסיום: לאור "עצמאות" חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, מכוח סעיף 63 שבו, הייתי רוצה להצטרף, עם כל הכבוד, לדעת בית המשפט העליון<sup>58</sup>, שיש לקבוע ולייחד מקום בראש<sup>59</sup> למסורת המשפט העברי בבואנו לפרש מושגי חוק זה<sup>60</sup>. לפנינו עוד דוגמה מאלפת איך בידינו להעזר בניסיון החיים הרב של המשפט העברי.

57 השווה דברי שלו (לעיל, הערה 37) §17, עמ' 14-15.

58 ע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד לב(2) 141.

59 וזה, כמובן, מבלי לשלול את האפשרות להעזר במקרה מתאים גם בתקדימים משיטות משפט אחרות.

60 באותו פסק דין דן בית המשפט בפירוש המושג "תקנת הציבור", כפי שהיא מופיעה בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי).