

מתנה מחמת מיתה - עיון מחודש

רונן קריטנשטיין*

- א. מבוא
- ב. מהותו והגדרתו של מוסד מתנה מחמת מיתה
- ג. הנימוקים לאיסור מתן מתנה מחמת מיתה
- ד. הנימוקים לביטול איסור מתן מתנה מחמת מיתה
- ה. מתנה מחמת מיתה "בעל כורחה"
 1. "בעל כורחה" - הכיצד?
 2. התמודדות הדין עם מתנה בעל כורחה
 - 2.1 בניין אב ראשון
 - 2.2 בניין אב שני
 3. סיכום ביניים
- ו. כפירה בעיקר
 1. כפירה בעיקר - ביטול האיסור בכללותו
 2. ביטול האיסור בחלקו - הכרה בתוקפה של מתנה מחמת מיתה בעל כורחה
- ז. הצעה לסדר
 1. בין ראוי לרצוי ולא מצוי
 2. דרך החתחתים של הפסיקה
 3. הצעת: מתנה מחמת מיתה - שני סוגי מתנה שאינם דרים בכפיפה אחת
 4. שתי דרכים שהן שלוש או רפורמה רבתי ורפורמה זוטא
- ח. סיכום

א. מבוא

אדם המעוניין להיטיב עם זולתו, בין שהאחר הוא בנו ובין שהוא נכדו, חברו, שכנו, ארגון נזקקים וכדומה, על ידי הענקה וולונטרית או מתן מתנה, יכול לעשות זאת בשתי דרכים: הדרך האחת, מתן מתנה במשך ימי חייו, נעשית, בדרך כלל, על ידי המוסד המשפטי הקרוי "מתנה". הדרך השנייה, מתן מתנה לאחר מותו, נעשית, בדרך כלל, על ידי המוסד המשפטי הקרוי "צוואה". דרך נוספת, שהדין הישראלי שולל מכול וכול, היא מוסד ה"מתנה מחמת מיתה". מוסד זה מאפשר העברת נכסים באופן וולונטרי מאדם לזולתו באופן מדורג. ראשית תהליך ההעברה עוד בחיי הנותן וסופו לעת מות הנותן. במאמר זה אבקש לכפור בעיקר. אבקש לדון באיסור מתנה מחמת מיתה תוך עמידה על התובנות המצויות באיסור ובהיעדרו, כמו גם בדרכי התמודדות או אייחתמודדותו של הפוסק הישראלי עמו. זאת ועוד, במהלך הדיון האמור, וכדי לחזק את כפירתי בעיקר, אבקש להציג

* מרצה בבית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות לעידו ארליך ולתמר פישר, על העזרה המעולה במחקר. כמו כן ברצוני להודות לחברי כתב העת "הפרקליט" ובמיוחד לחברת המערכת, יסמין אלמוג ולעורכת המשנה, נטע פיבישביץ, על עבודת עריכה מעולה אשר השביחה את המאמר.

שני סוגים של מתנות מחמת מיתה. את האחד אכנה "מתנה מחמת מיתה בתצורתה הקלאסית" אשר הנה מתנה שהנותן מבקש להקנות רק לאחר מותו, ולכן תהליך העברה מתחיל בחייו אך מסתיים רק לעת מותו. את השני אכנה "מתנה מחמת מיתה בעל כורחה".

אך מהי מתנה זו? מתנה זו ניתנת עוד בחיי הנותן תוך שמירה על חלק מתוכני הבעלות בידי הנותן עד יום מותו, כך שרק לעת מותו עוברת הבעלות על כל תכניה לידי המקבל. רוצה לומר, מצב שבו אלמוני מעוניין להעביר לפלוני מתנה ואינו בהכרח מתכוון דווקא למתנה מחמת מיתה, אולם בשל שיקולים, שאעמור עליהם בהמשך, הוא מבקש לשמר לעצמו תוכני בעלות – תכנים אשר למעשה מאיינים את אפשרות העברת הבעלות בעת מתן המתנה בחייו. רק לעת פקיעת התכנים השמורים, במוות הנותן, עוברת למעשה הבעלות לידי המקבל. או אז מתגלה כי למעשה המתנה מעולם לא הייתה שייכת לפלוני כי אם לאלמוני, ובמותו – לעיזבונו, וזאת בשל איסור מתנה מחמת מיתה הקבוע בדין. מתנה זו – להבדיל ממתנה מחמת מיתה בתצורתה הקלאסית – אכנה "מתנה מחמת מיתה בעל כורחה".

בפרק ב' אבחן את מהותו והגדרתו של מוסד המתנה מחמת מיתה; בפרקים ג' וד' אתה על הנימוקים בעד ונגד איסור מתנה מחמת מיתה, המצויים בפסיקה ובספרות; בפרק ה' אבחן את משמעות "בעל כורחה" במתנה מחמת מיתה, וכמו כן אציג שני בנייני אב להתמודדות הדין עם מתנה מסוג זה; בפרק ו' אבקש לכפור בעיקר, דהיינו אטען לבטלות, לצמצום או לכרסום באיסור מתנה מחמת מיתה; בפרק ז' אבקש להציע את גישתי הבנויה מכמה נדבכים חלופיים לטיפול בסוגיית מתנה מחמת מיתה.

ב. מהותו והגדרתו של מוסד מתנה מחמת מיתה

סעיף 8(ב) לחוק הירושה מתייחס לעסקאות הנוגעות לירושה שמבצע המוריש במהלך חייו, כדלקמן: "מתנה שאדם נותן על מנת שתוקנה למקבל לאחר מותו של הנותן, אינה בת תוקף, אלא אם נעשתה בצוואה לפי הוראות חוק זה".¹ משמעות הסעיף הנה כי אף שאדם הקנה נכס במהלך חייו לרעהו באופן שהקניית הנכס שוכללה עם מותו, אין להקניה זו תוקף. נכס זה יעבור לעיזבונו ולא ל"מקבל" המתנה. הסעיף בנוסחו הנו מחמיר ביותר שכן לפיו, רק נכס הניתן מכוח צוואה מוקנה לאחר המוות. אין כל אפשרות להקניה לאחר המוות שלא בדרך של צוואה.²

כבר הדין הרומי הכיר במוסד המתנה מחמת מיתה. בספר החוקים של יוסיטיניאנוס אנו מוצאים כך: "מתנה מחמת מיתה היא זו שניתנה משום חשש מיתה. דהיינו, שכשארם נותן מתנה בתנאי שאם יקרה לו כמקרה כל אדם היא

1 ס' 8(ב) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק הירושה").
2 הגדרתו את הסעיף כמחמיר מושפעת משמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך 1, 93 (2002). הגדרה זו – כפי שאראה בהמשך – אינה משקפת את הדין בכללותו כיון שישנן העברות המוקנות לאחר המוות שלא בדרך צוואה אשר אינן בטלות.

החפץ למקבל ושאם יאריך נותן המתנה ימים אחריו או שיתחרט על המתנה או שימות מקבל המתנה קודם, יקבל הוא את החפץ חזרה".³

ראובן ירון במאמריו המאלפים⁴ על סוגיה זו, מציין כי יש להבחין בין שני סוגי מתנות מחמת מיתה. האחד, מתנה מחמת מיתה הניתנת מחשש סכנה, קרי חשש מפני מיתה צפויה. מתנה זו מכונה בפי ירון "מתנת סכנה". מתנה זו הנה סידור ארעי בלבד לרגל הסכנה המוחשית המאיימת על הנותן. סכנה זו היא היסוד המכונן של מתנה מחמת מיתה. חלפה הסכנה, בטלה המתנה. השיגה הסכנה את נותן המתנה, תקפה המתנה. השני, מתנה מחמת מיתה הניתנת מתוך מחשבה בעלמא על מיתה, ללא כל חשש לסכנת חיים מידית. מתנה זו מכונה בפי "מתנת פטירות". יסוד החרטה הנו יסוד בסיסי במתנה זו, וייתכן שאף העיקרי באפיונה לעומת מתנה מחיים בדין הרומי. יסוד זה, השונה כל כך בין שני סוגי המתנות, הנו יסוד המקרב עד מאוד את המתנה מחמת מיתה לצוואה הרגילה, אם כי יש לזכור כי בדין הרומי זכות החרטה הנה רחבה יותר. לנותן שמורה זכות חרטה אף לאחר הפיכתה של המתנה למוגמרת, וזאת, במקרה של התנהגות מחפירה מצד המקבל.⁵ השווה בין שני סוגי המתנות הנו שהנותן "רוצה יותר שיהיה לו לעצמו, מאשר לזה שהוא נותן לו מתנה".⁶ מעניין לציין כי בדרך כלל הדינים השונים תופסים את המתנה מחמת מיתה כמתנת סכנה, כלומר יסוד הסכנה האמור נדרש כדי לכונן מתנה מחמת מיתה,⁷ גם אם לפעמים פרשנות יסוד זה הנה גמישה ביותר. כך, למשל, בית המשפט העליון של מדינת ניו־ג'רזי הגדיר "מתנה מחמת מיתה":⁸

"[G]ift of personal property made by a party in expectation of death, the imminent, and upon the essential condition that the property belong fully to the donee in case the donor dies as anticipated, leaving the donee surviving him, and the gift is not in the meantime revoked, but not otherwise. To constitute a valid gift causa mortis, it must be made in view of the donor's impending death; the donor must die of the disorder or

-
- 3 שמואל איזנשטרט ספרי החוקים של יוסטיניאנוס קיסר – (CORPUS IURIS CIVILIS) כרך א: האינסטיטוציות (INSTITUTIONES) 53 (התרפ"ט).
- 4 ראובן ירון מחקרים במשפט הרומי 141–167 (1968) (על המתנה מחמת מיתה, מתנה מתוך מחשבת מיתה בעלמא); וראו גם שמואל איזנשטרט המשפט הרומאי, תולדותיו ותורתו 254 (מהדורה שנייה, 1962).
- 5 איזנשטרט ספרי החוקים של יוסטיניאנוס קיסר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 54; המתנה מהסוג הראשון הייתה קיימת במשפט הרומי עוד בתקופה הקלאסית. לעומת זאת, המתנה מן הסוג השני קיימת מן התקופה הבתר קלאסית המאוחרת. זוהי גישת ראובן ירון. ישנן גישות נוגדות הסבורות כי ניתן לייחס את מתנת הפטירות לתקופה הקלאסית – ראו ירון, לעיל ה"ש 4. שם, בעמ' 151.
- 6 זאת בין היתר בהשפעת גישות מנוגדות לגישת ירון בדבר הגדרתה של המתנה מחמת מיתה בדין הרומי.
- 8 Foster v. Reiss, 112 A.2d 553 (N.J. 1955).

peril; and there must be delivery of the thing given. The donor must be competent to make the gift; there must be an intent upon his part to do so; and an acceptance by the donee [...]. The delivery must be such as is actual, unequivocal, and complete during the lifetime of the donor, wholly divesting him of the possession, dominion and control thereof".

ובאופן די דומה, בעניין *Sen*⁹ נקבעו הדרישות המהותיות לצורך הכרה במתנה כמתנה מחמת מיתה בדין האנגלי:

"First, the gift must be made in contemplation, although not necessarily in expectation, of impending death. Secondly, the gift must be made upon the condition that it is to be absolute and perfected only on the donor's death, being revocable until that event occurs and ineffective if it does not. Thirdly, there must be a delivery of the subject matter of the gift, or the essential indicia of title thereto, which amounts to a parting with dominion and not mere physical possession over the subject matter of the gift".

ההגדרות האמורות מבליטות, בין שאר יסודות המתנה מחמת מיתה, את יסוד הסכנה.¹⁰ דהיינו כדי לכונו מתנה מחמת מיתה יש להראות כי בעת תהליך כינון המתנה מחמת מיתה, הייתה סכנה לחייו של הנותן. היעדר יסוד זה מביא לבטלות המתנה, וממילא הנכס מושא הדיון עובר לעיובון.

9 *Sen v. Headley*, All E.R. 636, 639 (C.A. 1991). יש לציין כי "מתנה מחמת מיתה" הופיעה במשפט האנגלי כבר במאה ה-13 בימי הביניים, ברם, המקרה שביסס את הכללים בנוגע ל"מתנה מחמת מיתה" בדין האנגלי (ובעקבותיו בדין האמריקני) הוא *Ward v. Turner*, (1752) 2 Ves. Sr. 431, 28 ER 275, Lc. ANDREW BORKOWSKI, DEATHBED GIFTS: THE LAW OF DONATIO MORTIS CAUSA 9 (1999). יש לציין כי המשפט האנגלי תחילה ראה את המתנה מחמת מיתה בעין שלילית, ניתן לזהות זאת כבר בפסק הדין *Ward* המפורסם. השופט Lord Hardwicke LC סלד מדרך העברה זו, ובפסק הדין ביטא את הרגשתו שלפיה היה מוטב שחוק ההונאה משנת 1677 היה מבטל כליל את מוסד המתנה מחמת מיתה. השופט Hardwicke נימק את דעתו בכך שהענקת באופן האמור פותחת פתח רחב למעשי הונאה בנכסי הנפטרים. דבר זה הביא לפרשנות נוקשה לכללי המתנה מחמת מיתה. אולם עם השנים הותרו הרסנים, והמשפט האנגלי עבר תמורות רבות מאז פסק דין *Ward* והחל מרחיב את הכללים האמורים. הרחבה מהותית נעשתה בעניין *Sen* שבו הכיר בית המשפט בהעברת שטח מקרקעין כהעברה תקפה לצורך מתנה מחמת מיתה, דבר אשר לא היה אפשרי עד לפסק הדין האמור.

10 ראו גם: *Thomas Frazer Reddy, Donations Mortis Causa*, 21 AM. L. REV. 732, 734 (1887).

אפשר להבחין כי קיים שוני מסוים בין הדין האמריקני לבין הדין האנגלי בדרך הגדרת גבולות הסכנה. יתר על כן, אפשר אף להבחין בניואנסים שונים בתוך הדין האמריקני בדרך ההגדרה האמורה. הדין האמריקני מחייב כי הנותן יחוש סכנה או חשש אמיתי לחייו בזמן הקרוב, וכאשר נותן המתנה לא נפטר בזמן סביר לאחר ההענקה, המתנה אינה תקפה.¹¹ כך למשל בעניין *Woo*,¹² קבע בית המשפט העליון בוורג'יניה כי המתנה צריכה להינתן כאשר הנותן מצוי תחת הרושם של מוות קרוב:

"Is under apprehension of imminent death".¹³

שוני זעיר אפשר למצוא בפסיקת בית המשפט העליון באינדיאנה בעניין *Dunnewind*,¹⁴ שם קבע בית המשפט לעניין יסוד הסכנה, כי המתנה צריכה להינתן בזמן שהנותן נמצא בסכנת מוות או תחת הרושם של מוות קרב מבעייה קיימת.¹⁵ יסוד הסכנה, הבא לידי ביטוי בצפי למוות או בתחושת הנותן לצפי למוות, הוא יסוד די ברור בדין האמריקני על אף הדקויות השונות הקיימות במדינות השונות.¹⁶ אין מדובר במתנת מחשבת מיתה בעלמא, אלא במתנת סכנה, גם אם פירוש הסכנה הוא פירושו הסובייקטיבי של הנותן בלבד.

11 ראו: *Jones v. Brown*, 34 N.H. 439 (1857) שבו נקבע כי פרק זמן של 8 חודשים בין הענקה לבין הפטירה הוא פרק זמן לא סביר, ולכן בית המשפט קבע כי לא הייתה זו מתנה מחמת מיתה. כמו כן, ישנה פסיקה בעניין מהי סכנה לחיים לצורך הענקה תקפה, לדוגמה בפסק הדין *Virgin v. Gaither*, 42 Ill. 39 (1866) נקבע כי מתנה שמוענת על ידי חייל ערב צאתו לחזית הלחימה היא מתנה תקפה.

12 *Woo v. Smart*, 442 S.E.2d 690 (1994).

13 שם, בעמ' 690, נותן המתנה היה גבר בן 51 אשר נפטר ממחלת לב. יומיים לפני פטירתו חש ברע והתלונן בפני המקבלת כי הוא מרגיש שמותו קרוב, וכאשר העניק לה את המתת (שלושה צ'קים על סך כספיו בבנקים השונים כאשר את הצ'ק השלישי נתן יום לפני פטירתו) אמר לה שהוא נותן לה כדי שתהיה מסודרת מבחינה כלכלית ושהיא תקבל את הכסף אם הוא ימות. ודוק: אין ספק כי לעין אובייקטיבית לא היה הנותן תחת רושם של מוות קרוב. בסופו של יום קבע בית המשפט כי המקבלת, אף שעמדה ביסוד "תחת הרושם של מוות קרוב", לא עמדה בכל יסודות המתנה מחמת מיתה כנדרש, ולכן המתנה אינה תקפה. נטל ההוכחה בדרך כלל הנו על המקבל, אם כי ישנן מדינות דוגמת נבאדה שבהן יש ספק בשאלה על מי מוטל נטל ההוכחה; ראו גם: *Pelton v. Meeks*, 993 F.Supp. 804 (D. Nevada, 1998) אם כי יש לשים לב שהתקדים שעליו מסתמך פסק הדין רלוונטי לקטינים בעיקר.

14 *Dunnewind v. Cook*, 697 N.E.2d 485 (Ind. Ct. App. 1998).

15 הנותנת ביצעה את פעולת הנתינה אחרי שנודע לה שיש לה מחלה סופנית, וכמה חודשים לפני מותה מאותה מחלה. נראה כי בית המשפט אף מחייב שהנותן ימות בגין אותה מחלה אשר הביאה לביצוע פעולת המתנה מחמת מיתה, ראו להלן ה"ש" 19 בהקשר של הדין האנגלי.

16 ולמען הגדלת הגיוון בניואנסים ראו: ELIAS CLARK, LOUIS LUSKY & ARTHUR W. MURPHY, CASES AND MATERIALS ON GRATUITOUS TRANSFERS: WILLS, INTERSTATE SUCCESSION, TRUSTS, GIFTS AND FUTURE INTERESTS, AND ESTATE AND GIFT TAXATION (3rd ed. 1985), שם מצוין כי על המתנה מחמת מיתה להיעשות אל מול מוות צפוי כאשר עניין הסמיכות למוות אינו מעניין את בית המשפט, שכן הסיבה לדרישה

יסוד הסכנה הנו יסוד מרכזי אף בדין האנגלי. Clark ו-Parry מציינים בספרם הידוע על דיני הירושה כי המתנה "Must be made by the donor in contemplation of death".¹⁷ לגישתם, לא מספיק לצפות למוות אפשרי אישם בעתיד, אלא על המוות להיות מגורם שהנותן מאמין שהוא ממשמש ובא.¹⁸ לשון אחר, אין מספיקה מחשבת מיתה בעלמא,¹⁹ אם כי לא נדרש שהוא יהיה על ערש דווי.²⁰ נדמה כי אפשר לזהות במשפט האנגלי שתי גישות: האחת דומה לגישה האמריקנית, ומוצאת ביטויה בדברי השופט Farwell:²¹

"Not the possibility of death some time or other, but death within the near future, what may be called death for some reason believed to be impending".

הגישה השנייה מתבטאת בפסק דין *Cain v. Moon*,²² שם נקבעה בהערת אגב הפרשנות הבאה:

"The gift or donation must have been made in contemplation, though not necessarily in the expectation, of death".

אינה דווקא מצבו של החולה, אלא המבנה הרעיוני של המודל. במבנה זה ניתן לזהות שלוש מדרגות: אחת, סכנה או תחושת סכנה של מוות. שתיים, לצדה של הסכנה נתינת מתנה מחמת מיתה. שלוש, מוות של הנותן. קיום שלוש המדרגות הללו מקיים את המבנה הרעיוני, וממילא מתנה מחמת מיתה תקפה. לכאורה או שלא לכאורה יוצא מדברים אלו כי אף אם הנותן מת שלא מהמחלה האמורה, המתנה תקפה. ראו לעיל, ה"ש 15, ולהלן ה"ש 19.

17 ROGER KERRIDGE, PARRY AND CLARK: THE LAW OF SUCCESSION 108 (11th ed. 2002). בנוסף לתנאי זה קיימים עוד שלושה תנאים: הראשון, כוונת הנותן היא כי המתנה מותנית במוות הנותן, ולכן עד למותו קיימת למעשה זכות חרטה לנותן. השני, הנותן צריך לוותר על השליטה בנכס, כאשר בהקשר זה יש חשיבות ליסוד משנה ביסוד זה והוא יסוד המסירה לסקירה נרחבת של רכיב ה"מסירה" בדין האנגלי. ראו גם BORKOWSKI, לעיל ה"ש 9, בעמ' 63-83. השלישי, נשוא המתנה צריך להיות עביר מבחינת דוקטרינת מתנה מחמת מיתה. כאשר בדרך כלל מרבית הנכסים כשירים למעט מקרקעין אשר בפסק דין מ'1827 נקבע כי אינו כשיר להיות נשוא מתנה. הלכה זו שררה במשך 150 שנה עד לשינויה לפני כ-15 שנה.

18 ראו PARRY & CLARK, לעיל ה"ש 17, בעמ' 108, ה"ש 70.

19 אם כי ניתן לזהות הרחבת מה של הגדרת יסוד הסכנה בכך שאין נדרש כי הנותן ימות דווקא מהמחלה אשר האמין כי ימות ממנה. כך מצטטים בהסכמה PARRY & CLARK שם, בה"ש 71 פסק דין שבו הנותן חלה בסרטן והאמין כי ימות ממנו בקרוב. אף שלא היה צפי לזמן ברור ניתנה מתנה מחמת מיתה וכחורש לאחר מכן הצטנן הנותן ומת מדלקת ריאות. בית המשפט קבע כי המתנה לא הייתה מותנית שימות דווקא מסיבה אשר בגינה ציפה הנותן כי ימות. מספיק כי הייתה הערכה, אפילו מוטעית, כי הוא ימות, ואפילו מת מסיבה אחרת, המתנה תקפה.

20 PHILIP H. PETTIT, EQUITY AND THE LAW OF TRUSTS 116-117 (10th ed. 2006).

21 *Re Craven's Estate* [1937] 1 Ch. 423, 426

22 *Cain v. Moon* 2Q.B. 283, 286 (1896)

הערת אגב זו צוטטה בספרות ואף בפסקי דין רבים,²³ ומבטאת הבחנה בין הרהור ועיון במוות לבין ציפייה למוות. לפי אמירה זו, דרישת הרהור במוות פחותה מהדרישה לציפייה למוות. ביטוי לגישה זאת ניתן בעניין *Smallcombe*:²⁴

“The donor must have been contemplating a comparatively early death from some cause or other, whether it be an existing illness, a dangerous journey or even extreme old age. While an expectation of immediate death is not required, nevertheless something more is required than a mere recognition of the inevitability of death itself”.

לאור האמור לעיל, ניתן לומר כי הגישה האמריקנית מתייחסת למתנה מחמת מיתה כמתנת סכנה גרידא, זאת בשונה מחלק מדוברי הגישה האנגלית אשר בדרך הרחבתם את קיומו של יסוד הסכנה מקרבים למעשה את מתנת הסכנה במידת מה למתנת פטירות, מתנת מחשבת מיתה בעלמא. אם כי יש לציין ולהדגיש כי אין מדובר במתנת פטירות ממש, דהיינו מתנה עם מחשבת מיתה בעלמא, אלא למעשה ניתן לזהות מעין יצור כלאיים שבין מתנת סכנה לפטירות.²⁵ למעשה, הגישה האנגלית מרחיבה את דרישת הסכנה, אולם עדיין ישנו קשר הדוק לציפייה למוות אפשרי בזמן הקרוב. אף במדינות הקונטיננטל ישנה התייחסות למוסד המתנה מחמת מיתה, אם כי במדינות אלו אפשר למצוא דינים אשר אוסרים לחלוטין קיומה של מתנה זו. כך, למשל, הדין הצרפתי אוסר מתנה זו ומאפשר העברה וולונטרית רק באמצעות מתנה מחיים או באמצעות צוואה.²⁶ לעומתו, הדין הגרמני אינו אוסר כינונה של מתנה זו, יתר על כן, הדרישה של צפי למוות על ידי הנותן אינה קיימת בקודקס הגרמני וקיימת רק דרישה כי המקבל יאריך ימים אחרי הנותן.²⁷

קיומו או היעדרו של יסוד הסכנה אינו משפיע על תקפות המתנה מחמת מיתה בדין הישראלי. זאת, בין שקיים ובין שנעדר יסוד זה, מתנה מחמת מיתה אינה תקפה. כלומר הדין הישראלי, באוסרו מתנה מחמת מיתה, כוונתו למתנה

23 לרוגמה עניין *Sen*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 639.

24 *Smallcombe v. Elder's Trustee and Executor Co. Ltd* [1963] W.A.R 3, 4-5.

25 אם כי עדין רחוקה מהגדרת מתנת מחשבת מיתה בעלמא, מתנת פטירות קרובה הרבה יותר למתנת סכנה.

26 לרוגמה: “One may dispose of his property gratuitously only by gift inter vivos or by will” THE FRENCH CIVIL CODE: REVISED EDITION AS AMENDED TO 1 JULY 1994 arts. 893, 955, 893 לקודקס הצרפתי כפי שתורגם לאנגלית: (John H. Crabb, trans., 1994) 960-961 (להלן: הקודקס הצרפתי). יש לציין כי בהוק הצרפתי הישן מתנה מחמת מיתה הייתה מותרת אם כי נעשתה במשורה.

27 THE GERMAN CIVIL CODE: REVISED EDITION AS AMENDED TO JANUARY 1, 1992 § 411 (Simon L. Goren trans., 1992) (להלן: הקודקס הגרמני).

מחמת מיתה מסוג פטירות ולא מתנת סכנה דווקא.²⁸ ניתן למצוא בפסיקה, על כל ערכאותיה, דוגמאות רבות למתנות אשר הנותן התכוון להקנותן לאחר מותו, אולם עשה זאת בדרך של מתנה בחייו ולא בדרך של צוואה. קרי הליך המתן נעשה בדרך נתינת מתנה בחיי הנותן, מתנה אשר נתינתה הושלמה לעת מות הנותן, מתוך רצון וכוונה כי כך יהיה. בשל כך נשלל תוקפה בהתאם לסעיף 8(ב) לעיל. כך, למשל, בעניין התאחדות עולי רומניה – סניף חיפה,²⁹ דחה בית המשפט את טענת המערערת כי מדובר בהתחייבות לתת מתנה לאלתר, וקבע כי מדובר בהתחייבות לתת מתנה לאחר המוות. לא היעדר גמר המתנה באמצעות רישום והיעדר רישום הערת אזהרה בלבד הוא אשר הכריע את הכף, אלא בית המשפט נתן דעתו אף לכך שלא התקיימו רכיבי בעלות – מצד מקבלת המתנה – הנדרשים כדי לומר כי המתנה ניתנה לאלתר: "לכל אורכה של התקופה לא נהגה המערערת בדירה מנהג בעלים, לא דרשה לעצמה את דמי השכירות על הנכס ממר ולדמן ואף לא הודיעה לו על בעלותה בדירה".³⁰ דהיינו הן לנותן והן למקבל ברי היה כי הנכס מועבר הלכה למעשה לעת מות הנותן. מכיוון שכך, לא נותר לבית המשפט אלא להכריע כי מדובר במתנה מחמת מיתה.

הוא הדין בפרשת צברי שבה העביר הנותן לילדיו, באמצעות תצהיר אשר נטען כי הנו שטר מתנה, את הבניין כולל המגרש "בתנאי שהכנסות של שכר הדירה נזקפים לזכותי והרשות של הבניין עוברת לילדי רק בסוף חיי, וכמו כן לא תהיה זכות לאף אחד מילדי על רשות הבניין כל עוד שאני חי".³¹ בית המשפט קבע כי הצהרה זו עונה באופן מוחלט על הגדרת מתנה מחמת מיתה.³² לא בכדי קבע כך בית המשפט, שכן כל הקורא את הדברים, מבין כי כוונת הנותן הנה לכך כי הבניין יהיה של ילדיו רק לאחר מותו ולא לפני כן.³³

לא תמיד אפשר לזהות אמירה ברורה המעידה כי רצון הנותן הנו להעניק את המתנה לאחר מותו. לעתים ניתן ללמוד על האמור רק מן הנסיבות השונות – נסיבות אלו יכול שיהיו דרכי ההתנהגות של המקבל והנותן בעת המתן ולאחריו – וכן מן המגבלות אשר ביקש הנותן להצמיד למתנה, המבקשות, למעשה, לבטא את רצון הנותן ומטרתו להעביר את המתנה רק לאחר מיתה.

28 ראו שילה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 98 ו-103, המציג סיטואציות של הקניה לכאורה לעת מיתת הנותן, בכולן אין כל רלוונטיות ליסוד הסכנה דווקא.
 29 ע"א 6277/95 התאחדות עולי רומניה – סניף חיפה נ' קרן, פ"ד נג(1) 817 (1999).
 30 שם, בעמ' 820.
 31 ע"א 524/84 צברי נ' שוקרי, פ"ד לט(2) 710, 712 (1985).
 32 לא בכל הפרשיות מוצאים הגדרות מוחלטות וגורפות כאלו.
 33 ניתן להדגים האמור בפסיקות נוספות ראו, למשל, ת"א (מחוזי י"ם) 1568/96 עזובן בן יאיר נ' הרב אליהו אברגיל, דינים מחוזי לב(1) 624 (1998): "זהו הדין גם בעניינינו. הן המנוח והן הנתבע התכוונו שהדירה תעבור לידי הנתבע בפועל רק לאחר מותו של המנוח"; כן ראו תמ"ש 17560/97 כובשי נ' שרעבי, דינים משפחה א 990 (2002). בפרשה זו שימשה עובדת אייזנשטין כיוסוד לקביעה כי מדובר במתנה מחמת מיתה. בפרשה זו הוכח כי הנותנת דרשה את אייזנשטין בימי חייה והתירה את הרישום רק לעת מותה, מתוך מטרה ברורה לתת את המתנה רק לאחר מיתה. אין צורך להזדקק גם למגבלות הנוספות בפרשה, מגבלות אשר הן כשלעצמן יכולות לסייע להסיק את אותה המסקנה.

כך, למשל, בפרשת נימר³⁴ נתן המנוח מתנת מקרקעין לבניו תוך שהגבילם בכיצוע העברת בעלות בנכסים. מדברי בית המשפט עולה כי מתנת מקרקעין זו הגה מתנה מחמת מיתה, שכן המגבלה נועדה להביא לכך כי ההקניה תהיה לאחר מות הנותן, ולכן מתן כאמור חייב להיעשות בדרך של צוואה, ולא בדרך של מתנה האסורה מכוח סעיף 8(ב) האמור.

דבר דומה התרחש בעניין בורשטיין.³⁵ שמחה בורשטיין העביר לילדיו במתנה נכסי מקרקעין אשר נרשמו במרשם המקרקעין, ובכך היו למתנה מוגמרת. לאחר זמן מה ביקש לבטל את המתנה. בית משפט נמנע מלקבוע אם האב הוטעה, אך ברי כי טעות הייתה בידו בנוגע למהות העסקה. המגבלות³⁶ אשר הוטלו על ידי האב בעת המתן לבניו לימדו יותר מכול כי רצונו ומטרתו היו שהנכס יועבר לאחר מותו. המגבלות הובנו כך אף על ידי לפחות אחד מן המקבלים.³⁷ ודוק, בכל המקרים הללו יש מקום לומר כי הנותן ביקש שלא להעביר לאלתר את הנכס במתנה. המגבלות, האמירות, הנסיבות וכדומה רק הוכיחו כי זו כוונת הנותן. לא תמיד אנו מוצאים אמירות גורפות ומוחלטות בעניין רצונו של הנותן, לעתים, כאמור, יש ללמוד על רצון הנותן בדרך "ראייתית" עקלקלה יותר. כלומר נסיבות שונות, עדויות שונות ומגבלות שונות המלמדות כולן על המסקנה כי כוונת הנותן הייתה ליתן את המתנה לאחר מותו. אין רצונו של הנותן כי הנכס יעבור לעיזבונו, אין רצונו שיעבור למאן שהוא אחר פרט למקבל, אלא רק לאחר מותו. מתנה זו הגה מתנה מחמת מיתה האסורה בדיון הישראלי. זו תכונה כאמור "מתנה מחמת מיתה בתצורתה הקלאסית".

ג. הנימוקים לאיסור מתנה מחמת מיתה

בפרשת ליבוב מציין השופט קיסטר את הרעיון העומד מאחורי איסור מתנה מחמת מיתה כדלקמן:

- 34 ע"א 726/76 נימר נ' רשם המקרקעין, פ"ד לב(1) 44 (1977).
- 35 ע"א 567/78 בורשטיין נ' בורשטיין, פ"ד לד(1) 388 (1979).
- 36 זכות מגורים לאב ולאשתו עד סוף חייהם, קבלת דמי שכירות מהנכס הנוסף אשר הועבר במתנה ואייעשיית כל דיספוזיציה בנכס בחיי האב.
- 37 ניתן למצוא פסיקות נוספות אשר בהן המגבלות לצדה של המתנה, הן אשר לימדו על רצון הנותן להקנות את הנכס לאחר מותו. ראו למשל ה"פ 11219/99 (מחוזי ת"א) תמם נ' שוקרי, דינים מחוזי לב(8) 486 (2000). שם נחתם הסכם מתנה להעברת זכויות בנכס מקרקעין. הסכם המתנה לא שוכלל לכלל מתנה מוגמרת, עקב איירישום במרשם המקרקעין. עקב כך הדיון התייחס להתחייבות לתת מתנה. לצדה של ההתחייבות היו כמה מגבלות אשר הטילה הנותנת ובהן: איסור מכירת הנכס עד מותה של הנותנת. המכירה נאסרה גם על יורשי המקבלת אם תמות לפני הנותנת. מגבלה זו בהתווסף לנסיבות נוספות ובמיוחד עדויות אשר לימדו כי "הוסכם בין המשיבה לבין המבקשת שהמבקשת תוכל לנהוג מנהג בעלים בדירה רק לאחר פטירתה של המשיבה", לימדו על כוונת הנותנת לתת את המתנה לאחר מותה בלבד. זאת ועוד, לדעת בית המשפט אף כוונת המקבלת הייתה לקבל את המתנה לאחר מותה של הנותנת: "עובדה זו מלמדת שכוונת שני הצדדים היתה שבפועל הדירה תהיה של המבקשת רק לאחר פטירתה של המשיבה" (ההרגשה שלי – ר.ק.).

"לא קשה להסביר את טעמו של הדבר. ראשית, המחוקק סבר שאדם אינו יודע את מידת ימיו ומה יהיו צרכיו עד לרגע האחרון. שנית, אדם עלול, בזמן שהוא שרוי במצב רוח מסוים, לקשור עצמו ואף למסור את השליטה או זכויות ברכושו לאדם מסוים כבר בחייו, ולאחר זמן יראה ששגה ויבקש לחזור בו ואם לא תהיה לו אפשרות לשנות את החלטתו יהיה מן הצועקים ואינם נענים. והמחוקק רצה למנוע זאת. על כן, קבע המחוקק שאדם יכול לעשות דיספוזיציה לאחר מותו, רק על ידי צוואה המקבלת תוקף רק עם פטירתו, ועד אז יוכל לשנותה כל אימת שירצה" (ההרגשה שלי – ר.ק.).³⁸

דהיינו, לדעת קיסטר, זכות החרטה המצויה בדיני הצוואות, ואשר אינה מצויה בדיני המתנה לאחר גמר המתנה, היא השוללת כל אפשרות להכרה במוסד המתנה מחמת מיתה. יש לאפשר הענקה לאחר המוות רק באמצעות צוואה השומרת למוריש את האפשרות לחזור בו עד יום מותו, כדי שלא יהיה האדם צועק ולא נענה לאחר שמסר את כל רכושו ונשאר תלוי בחסדי אחרים. ברי כי גישת קיסטר תופסת את מוסד המתנה מחמת מיתה כשייך לעולם המתנות באופן מלא, ומשום כך חלים עליו אותם כללים לרבות היעדר הזכות להתחרט, כאמור. ראבילו, לעומת זאת, תופס את מוסד המתנה מחמת מיתה באופן שונה. לטעמו, זכות החרטה קיימת במוסד מתנה מחמת מיתה ברומה למתנה מחמת מיתה מסוג פטירות בדין הרומי. כפי שנאמר, זכות זו היא אחד מהמאפיינים הברורים של מוסד המתנה מחמת מיתה. אולם יש לשים לב שזכות זו עומדת בניגוד גמור לאופי הקנייני של המתנה שמבטא העברה מוחלטת של המתנה בלא כל אפשרות להתחרט לאחר הפיכתה של המתנה למתנה המוגמרת.³⁹ נימוק נוסף שראבילו מציין לזכות איסור מתנה מחמת מיתה הנו שאיפת המחוקק כי אדם יקנה רכושו לאחר מותו בדרך של צוואה בלבד, וזאת, בשל תחושת האחריות ושיקול הדעת המתקיימים בעת עשיית צוואה. קיים חשש להיעדרם של יסודות אלה בעת נתינת מתנות מחמת מיתה.

יש לשים לב כי ניתן לסייג את הנימוק הראשון אליבא דראבילו ולשלול את זכות החזרה מן המתנה מחמת מיתה. דהיינו להביא לכך כי מתנה מחמת מיתה תהא מתנה מוגמרת, אולם תוצאה זו תביא לטרונניית קיסטר, ויתרה מכך אף לפיחות נוסף במעמדה של מתנה מחמת מיתה, לעומת צוואה. נוסף להיעדר תחושת החשיבות והאחריות במתן מתנה, לא יהיה אפשר לחזור מן המתנה. לעומת זאת, כאמור, בצוואה קיימת תחושת חשיבות הגוררת בעקבותיה את שיקול הדעת, ובכל זאת ניתן לחזור ממנה עד יום המיתה. נדמה, כי הדין הישראלי באוסרו את קיומו של מוסד מתנה מחמת מיתה, מתכוון דווקא,

38 ע"א 155/73 שרון נ' ליבוב, פ"ד כח(2) 673, 676 (1974).

39 מרדכי ראבילו "על מתנות ויום המוות – סעיף 8(ב) לחוק הירושה תשכ"ה – 1965" ספר זכרון לגד טרסקי 581 (התשנ"ו).

בסיוג האמור, שלא ניתן לחזור מן המתנה עד יום המיתה.⁴⁰ הכרה במתנה מחמת מיתה תביא לידי כך כי יהיה זה מוסד אשר מקנה רכוש לאחר המוות, בדומה למוסד הצוואה, אך חסר היתרונות המצויים במוסד הצוואה קרי, אפשרות החזרה אליבא דקיסטר, ותחושת החשיבות הגוררת שיקול דעת מעמיק יותר אליבא דראבילו לעיל.

נימוק נוסף, שמציין ראבילו, המצדד בקיומו של איסור מתנה מחמת מיתה הנו שימור הרכוש המשפחתי. דהיינו שימור הרכוש בתוך מסגרות המשפחה הרגילות, תוך שלילת האפשרות להוציאו מחוץ למסגרות אלו. זאת, כאשר מוסד המתנה מחמת מיתה חותר, למעשה, תחת עקרון שימור הרכוש המשפחתי במעברים הדוריים שמאפשר העברת רכוש לאחר המוות ללא כל מגבלה בדין. ראבילו מציין כי ברוב שיטות המשפט שבהן ישנו איסור לקיים את מוסד המתנה מחמת מיתה, ישנן גם מגבלות על חופש הציווי, והדין קובע כי חלק מוגדר מהירושה יעבור לבני משפחה מסוימים, בני זוג או ילדים, קרי חלק מהרכוש "משוריין", ולא ניתן להעבירו מחוץ למסגרות המשפחתיות באמצעות צוואה.

טרסקי מציע נימוק בעל פן נרחב יותר. לטענתו, הרעיון הבסיסי באיסור,⁴¹ הנו מניעת הכרה במוסד העלול לשמש בידי הפרטים כדרך לעקיפת דיני הירושה. כלומר יש במוסד זה כדי להביא לפגיעה בעצם קיומם של דיני ירושה כדינים המגדירים וקובעים כיצד מעביר אדם את רכושו במוותו. עצם האפשרות להעברת נכסים אשר גמר הבעלות בהם מתבצע למעשה לאחר המוות ולא בדרך של צוואה או ירושה על פי דין, הנו חתירה תחת דיני הירושה.

לסיכום, יש לומר כי הדין מעוניין שאדם יקנה רכוש לאחר מותו בדרך של צוואה בלבד. זאת, משני נימוקים עיקריים: האחד, בשל אפשרות החזרה הקיימת בצוואה; השני, בשל כפיפותה של הצוואה לכללים קפדניים – הן לעניין צורתה והן לעניין תוכנה – המוודאים קיום של תחושת אחריות ושיקול דעת. מאי נפקא מינא בין שני הנימוקים. לפי הנימוק הראשון, אם אפשרי ליצור הסדר שלפיו ניתן להקנות רכוש לאחר המוות תוך אפשרות חזרה מהקניה עד למוות אזי ההסדר ראוי. לפי הנימוק השני, כל מה שלא מוקנה בדרך של צוואה המייצגת חשיבות, מכובדות, אחריות ושיקול דעת, אינו ראוי שיהיה תקף ובלתי אפשרי להפוך את ההסדר של מתנה מחמת מיתה להסדר ראוי.

ד. הנימוקים לביטול איסור מתנה מחמת מיתה

לדעת ראבילו, יש מקום לביטולו של האיסור בדבר מתנה מחמת מיתה, שכן הנימוקים בדבר האיסור אינם עומדים במבחן הביקורת. אף הפסיקה מצטרפת לדעתו כי הנימוקים בעד האיסור אינם משכנעים ככל שהדבר נוגע לשיטת המשפט הישראלית.

40 ראו פרשת ליבוב, לעיל ה"ש 38, דברי השופט קיסטר; וכן ראו דברי המחוקקים עצמם ד"כ 44, 22 (התשכ"ו), אשר הרגישו דווקא את נקודת החזרה בכל עת מהצוואה כנימוק מרכזי לשלילת מתנה מחמת מיתה.

41 גר טרסקי "שליחות לאחר המוות (המשימה שיש לבצע אחרי מותו של בעל העניין)" עיוני משפט י' 257 (1984).

זכות החרטה קיימת בשיטת המשפט הישראלית כאשר מדובר בהתחייבות לתת מתנה.⁴² מכאן למד ראבילו "כי זכות החרטה אינה חריגה ואין היא סותרת את האופי ההסכמי הרוי צדדי החווי של המתנה".⁴³ מכאן שהמחוקק יכול לקבוע כי במתנות מחמת מיתה – ורק בהן – קיימת זכות חרטה בדיוק כמו בצוואות.⁴⁴ בדומה למתנה מחמת מיתה בדין הרומי. אין ספק כי הכרה בזכות החרטה במתנה מחמת מיתה תקרב את המחזיקים בגישת קיסטר, לראות בחיוב את מוסד המתנה מחמת מיתה שהרי יהיה האדם צועק ונענה מכיוון שיכול לחזור בו מן המתנה בדיוק כמו בדיני הצוואות.⁴⁵

חיווק לדבר ניתן למצוא בעניין אוניברסיטת בן גוריון. פסק הדין מסכים לאמור כי נימוקו של קיסטר אינו נותן הסבר מלא להוראת האיסור בסעיף (כ) לחוק הירושה כדלקמן: "לו היתה כוונת המחוקק בסעיף זה אך להבטיח את אפשרות החזרה של נותן המתנה לא היה צריך לקבוע שההתחייבות חייבת להיעשות בצוואה ושאחרת היא בטלה. במקום זאת יכול היה להסתפק בקביעה שנותן המתנה רשאי לחזור בו בכל עת עד ליום מותו, אולם אם לא עשה כן – ההתחייבות שרירה וקיימת".⁴⁶

אולם מה באשר לתחושת החשיבות הקיימת בעת כתיבת צוואה הגוררת יתר שיקול דעת שהדין רוצה לטעת בלב הנותן? במילים אחרות, כיצד ניצור את מרחב ההגנה הקיים במוסד הצוואה עקב דרישות צורניות ותוכניות מכבדות והנעדר ממוסד המתנה. נדמה כי אף נימוק זה אינו עומד במבחן הביקורת. אין אני מזלזל בדרישות הצורניות של דיני הצוואה. הדרישות הצורניות נובעות מייחודם של דינים אלו ומבקשות להגן על האינטרסים של מי שאינו עוד בחיים, דרך ההגנה על רצונו האמיתי כאשר יחולק רכושו לאחר מותו.⁴⁷

אולם בצדק טוען ראבילו כי דרישות התוכן והצורה הנדרשות בצוואה אינן יכולות להוות מכשול מפני כינונו של מוסד מתנה מחמת מיתה, שכן אף למוסד זה יש דרישות דוגמת דרישת הכתב. פרט לכך אפשר ליצור הכבדה צורנית נוספת ומיוחדת עבור מתנה מחמת מיתה, אשר תגן על מעשי הנותן ותקנה לו יתר שיקול דעת בעת נתינת המתנה מחמת מיתה. גישה זו מבקשת למעשה ליצור

42 ס' 5 (ב) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968: ראו גם מרדכי אלפרדו ראבילו חוק המתנה, תשכ"ח-1968 פירוש לחוקי החוזים 357-361 (מהדורה שנייה, 1996).

43 ראבילו, לעיל ה"ש 39.

44 לדעת ראבילו, שם, זכות החרטה במתנה מחמת מיתה בניגוד להתחייבות לתת מתנה, לא תסויג עקב הסתמכות המקבל, אלא תהיה אבסולוטית לפי רצון הנותן. ייתכן שיש להוסיף שזכות החרטה תהיה קוגנטית ללא אפשרות ויתור של הנותן.

45 אין ספק כי נימוק בדבר אפשרות החרטה הנו לכאורה משכנע ביותר. הרציונל במתן בכורה לדיני הירושה על דיני המתנה או ההקדשים, נועד בעיקרו למנוע את שלילת החופש של המצווה לחזור בו מצוואתו בכל עת. ראו גם שלמה כרם נאמנות 679 (מהדורה רביעית ומעודכנת, 2004); זהו גם הרציונל של ס' 18(ג) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, המאפשר ליוצר הקדש מחמת מיתה לחזור בו ממנו על דרך של ביטול צוואה; להרחבה לעניין הקדש ראו ע"א 5407/91 אגודת ישיבת פורת יוסף נ' שאולוף, פ"ד מו(3) 265 (1993).

46 ע"א 3727/99 אוניברסיטת בן גוריון בנגב נ' בן בסט, דינים עליון סג 597, פס' 3 לפסק דינו של המשנה ליון 599 (2001) (להלן: עניין אוניברסיטת בן גוריון).

47 ראו ע"א 2209/92 מורנו נ' מלר, דינים עליון לר 1 (1994).

מרחב משפטי למתנה מחמת מיתה הדומה למרחב המשפטי השמור למוסד הצוואה. בכך מתיירת למעשה כל התנגדות ממשית למוסד המתנה מחמת מיתה. אף טענת טרסקי כי בכך יצרנו כלי המבקש לעקוף את דיני הירושה, דינה להידחות. אין מטרת מוסד המתנה מחמת מיתה לעקוף את דיני הירושה. מטרת המוסד לאפשר העברת נכס במתנה בחיים ולאחר המוות כאחד. האם בכך נוצר צינור נוסף שדרכו עוברים נכסים שלא בדרך צוואה או ירושה על פי דין? אכן כן, אולם דבר זה אינו זר לדין, כפי שטרסקי עצמו מציין במאמרו "זכויות מלבר העזבון"⁴⁸, אשר כבר כותרתו מלמדת על אפשרות זו. הסעיף המפורסם שדבר זה נעשה דרכו הנו סעיף 147 לחוק הירושה. סעיף זה מצמצם משמעותית את תחולת איסור המתנה מחמת מיתה. סעיף זה מוציא משאבים מסוימים מירושת אדם ומאפשר להקנותם לאחר המוות שלא בדרך של צוואה: "סכומים שיש לשלם עקב מותו של אדם על פי חוזה ביטוח, על פי חברות בקופת קיצבה או בקופת תגמולים או על פי עילה דומה, אינם בכלל העזבון, זולת אם הותנה שהם מגיעים לעזבון"⁴⁹.

אף הסכם ממון יכול להביא להעברת רכוש לאחר המוות שלא בדרך צוואה. הסכם זה אינו "נופל" לגדר סעיף 8(ב) לחוק הירושה. לדעה זו נמצאים תומכים הן מנימוקים פנימיים של חוק הירושה והן מנימוקים חיצוניים לחוק.⁵⁰ הנימוק בדבר שימור הנכסים בקרב המשפחה אינו רלוונטי בדיננו השולל כל אפשרות שריון ומותר חופש ציווי מלא למוריש.

נדמה כי אפשר לכוון ואף להצדיק נורמטיבית גישה נוספת, אשר תכיר במוסד המתנה מחמת מיתה אף ללא החלת זכות חרטה על מוסד זה. זאת, בניגוד לגישת ראבילו ובניגוד להגדרת המתנה מחמת מיתה כפי שכוונה בדין הרומי ובדומה למתנה רגילה לאחר שכלול ההתחייבות לגמר המתנה. דיני המתנה ערים לבעייתיות הקיימת במתן אשר לעתים יכול שיהיה ספונטני וחסר שיקול דעת, ולכן הם מעניקים מרחב הגנה פטרנליסטי לנותן. אין כל סיבה שלא לאמץ מרחב זה בדיני מתנה מחמת מיתה, ולמהדרין אף ביתר שאת. לכן לא מובנת טרוניית קיסטר על הצועקים ואינם נענים דווקא בהקשר של המתנה מחמת מיתה. טרונייה זו כוחה יפה לכלל המתנות, ובכל זאת אינני טוען בשם טרונייה זו כי יש ליתן זכות חרטה לנותן לאחר גמר המתנה.

זאת ועוד, ישנם דינים אשר בהם מותרת זכות החרטה אף לאחר שכלול המתנה, קרי לאחר גמר המתנה בשלב הקנייני ולא רק בשלב האובליגטורי, וזאת מתוך התחשבות בנסיבות היכולות להיווצר לאחר גמר המתנה ולא להותיר הנותן "צועק ואינו נענה"⁵¹. דווקא הדין הישראלי עיקש בהתנגדותו למתן זכות זו לאחר גמר המתנה, ומותרת אך ורק לשלב האובליגטורי, ואינו מתרשם מנסיבות אשר

48 גר טרסקי "זכויות מלבר העזבון" משפטים יא 20 (1981).

49 ס' 147 לחוק הירושה.

50 ראו שילה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 98; כן ראו פנחס שיפמן "יחסי ממון בין בני הזוג" 126 קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה – החקיקה האזרחית החדשה (שמעון שיטרית עורך, 1976); ראו בהמשך, בה"ש 82–84 ובגוף הטקסט הסמוך להן.

51 ראו הקודקס הצרפתי, לעיל ה"ש 26, ס' 955, 960–961; וכן ראו הקודקס בגרמני, לעיל ה"ש 27, ס' 528 ו-530; כן ראו ראבילו, לעיל ה"ש 39, בעמ' 358.

יותירו הנותן "צועק ואינו נענה"⁵² ברי כי נימוק זה אינו עומד במבחן הביקורת בעניין איסור מתנה מחמת מיתה, שבשמו צריך היה לאסור כל מתן מתנה. לטעמי, אפשר אפוא להצדיק שתי גישות המכירות במתנה מחמת מיתה: האחת, השומרת על זכות החרטה בעבור הנותן עד יום מותו והאחרת, בדומה לשאר המתנות, אינה שומרת על זכות החרטה לאחר גמר המתנה.

ה. מתנה מחמת מיתה בעל כורחה

1. "בעל כורחה" – הכיצד?

כאמור לעיל, מוסד המתנה מחמת מיתה אוצר בתוכו למעשה שני סוגים של מתנה מחמת מיתה. האחד, מתנה מחמת מיתה בצורתה הקלאסית. השני, מתנה מחמת מיתה בעל כורחה.

כיצד נוצרת מתנה מחמת מיתה בעל כורחה? כדי לענות על שאלה זו יש להבין מה עומד בבסיס רעיון המתנה כאמור. הנותן מעוניין להעניק למקבל. אולם בכך לא סגי, שהרי לו רק זה היה רצון הנותן, יכול להעניק את רכושו, או מרכושו, בצוואה. הנותן מעוניין להעניק כעת. אולם אף בכך לא סגי כדי להבין את מלוא עומקה של המתנה כאמור, שהרי לו זה היה רצון הנותן, היה נותן כעת מתנה מחיים. הנותן מעוניין לתת כעת כדי להיטיב עם המקבל, אך גם כדי לשמר לו שסתומי ביטחון לעת בוא יום סגריר. ככל שהסתום הבא לידי ביטוי במגבלות הקנייניות המוטלות על המקבל יהיה חזק יותר, כך הביטחון לעת יום סגריר יהיה גבוה יותר.

בעסקאות מתנה, שיווי המשקל הנו בין הנותן לבין עצמו. קרי, בין רצונו להיטיב עם המקבל לבין רצונו לשייר לעצמו זכויות, עד כמה שניתן, אם כי קשה עליו הפרידה מנכסיו, ואם כי רוצה הוא להגן על עצמו לעתיד לבוא. מתן זה מתעצם ככל שהמתנה שבה מדובר הנה מתנת רוב הנכסים – עד כולם – דירת המגורים וכדומה.

המתנה מחמת מיתה בעל כורחה היא המכשיר האופטימלי לתכנון רכוש המשפחה הממקסם את הנתונה בכפוף למגבלות הביטחון של הנותן. כל מכשיר אחר או שפוגע באופטימום האמור או שפוגע במגבלות האמורות. מתנה מחמת מיתה בעל כורחה מביאה את הנותן לשיווי המשקל הנכון מבחינתו בעסקת המתנה. המתנה מחיים מחד גיסא והצוואה מאידך גיסא, הנם מכשירים חסרים כמוכּן זה; הם אינם יכולים להביא את הנותן לשיווי המשקל הנכון והראוי מבחינתו בעסקת המתנה. בדרך כלל אדם מעביר את רכושו בחייו או במותו לבני משפחתו ולקרובים אליו. בדרך כלל מדובר בעסקה הכלכלית הגדולה אשר מבצע הפרט. אולם כאשר הוא מבצע דרך צוואה, לא טמון בה כל סיכון. כאשר הוא מבצע דרך מתנה מחיים, טמון בה סיכון רב אשר לעתים עלותו גבוהה ביותר במיוחד אם מדובר במתן רכוש רב או במתן מרבית רכוש הנותן. מתנה מחמת מיתה בעל כורחה מביאה למזעור הסיכונים תוך מקסום אפשרות המתן והפקת התועלת מן המתן על

ידי המקבל. מתנה כאמור מאפשרת להעביר רכוש באופן שהמקבל יוכל להפיק תועלת כבר בחיי הנותן, והנותן יידע כי הוא מקטין בצורה דרמטית את הסכירות להיפגע מן המתן.

למעשה מתנות אלו משקפות מציאות חברתית. לא להינם אנו מוצאים מתנות שכאלו לרוב בהעברות הבין־דוריות קרי מהורים לילדים.⁵³ יתר על כן, דווקא במציאויות של מערכות משפחתיות מסובכות של ריבוי נישואין, של אחד או אף של שני בני הזוג, עם ילדים מנישואין ראשונים כאשר תכנון הרכוש המשפחתי אינו פשוט, נזקקים הפרטים למכשירים אשר יבטאו גם נתינה לאחר, בדרך כלל דור הילדים, וגם ביטחון לנותן, דור ההורים. העברות בין־דוריות באות לידי ביטוי במספר רב של היבטים,⁵⁴ אך בראש ובראשונה באמצעות העברות רכוש ברכי הצוואה והמתנה. העברות בין־דוריות נובעות ממגוון סיבות, לעתים מעורבות האחת ברעותה. ספרות המחקר מציינת סיבות דוגמת אלטרואיסטיות צרופה, דהיינו רצון להיטיב עם המקבל בלא זיקה למעשיו בעתיד,⁵⁵ חלק מתשלום הניתן למפרע ואשר יוחזר בבוא היום על ידי המקבלים בדמות טיפול בנותנים⁵⁶ ומשחק אסטרטגי רב־דורי שבו כל דור מעביר לדור הבא.⁵⁷

קשת הסיבות המגוונות רק מלמדת מדוע מתנה מחיים וצוואות הנן מכשירים חסרים. אף מי שנתינתו מונעת אך ורק מאלטרואיזם צרוף זקוק למכשיר המתנה מחמת מיתה בעל כורחה כמכשיר הממזער את סיכוניו ומאפשר לו להישאר אלטרואיסט. ללא המכשיר האמור, ואם ברצונו לשמר רמת אלטרואיסטיות גבוהה – רמה אשר תבוא לידי ביטוי בהטבה עם המקבל, דור הילדים – עליו ליטול סיכונים לא מעטים בדמות מתנה ללא כל מגבלות לצדה. זאת, קל וחומר כאשר מבינים כי הסיבות למתן אינן – או לפחות אינן רק – אלטרואיסטיות צרופה. אם הנותן אינו יכול להבטיח משפטית את התשלום העתידי, את הציפייה העתידית הבאה לידי ביטוי בהבטחה לא פורמלית של הדדיות תגמולית אישם בעתיד,⁵⁸ לפחות יבטיח לו משפטית תוכני בעלות אשר יסייעו בידו לעת יום סגריר. התקשרות בדרך של מתנה⁵⁹ נעשית בדרך כלל, ובסיסואציה האמורה בפרט, בין אנשים המצויים בווקה. הזיקה עשויה להיות חברית, ידידותית, משפחתית

-
- 53 ראו אף את הפסיקות הנסקרות במאמר זה, הן הישראליות והן הזרות.
 54 טיפול הורים בילדיהם, תמיכות כספיות במהלך החיים, חינוך וכדומה.
 55 להרחבה לעניין הסיבות ראו: Andrew B. Abel, *Precautionary Saving and Accidental Bequests*, 75 AM. ECON. REV. 777 (1985); סיבה נוספת השוללת דווקא אלטרואיסטיות ובכל זאת טוענת כי המטרה להיטיב עם דור הילדים, מונעת מתאוריית הגן האנוכי אשר הרעיון המרכזי בה הוא כי יחידים פועלים באופן שיטתי לטובת הגנים שלהם. להרחבה ראו: RICHARD DAWKINS, *THE SELFISH GENE* (1976); וכן EDWARD WILSON, *SOCIOBIOLOGY* (1975).
 56 לעתים כחווה גלוי ולעתים כחווה סמוי.
 57 ראו: Donald Cox, *Motives for Private Income Transfers*, 95 J. POL. ECON. 508 (1987);
 Laurence J. Kotlikoff & Avia Spivak, *The Family as an Incomplete Annuities Market*, 89 J. POL. ECON. 372 (1981).
 58 ELIZABETH ANDERSON, *VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS* 151 (1993).
 59 בניגוד להתקשרות המסחרית.

ולעתים אף תלוית.⁶⁰ כאמור, הסיטואציה המבוטאת במתנה ומגבלות קניניות לטובת הנותן לצדה, מצויה בהעברות בין־דוריות. לכן יש לומר כי בין שמדובר במתנה בין־דורית ובין שמדובר במתנות אחרות, כאשר אנו ניצבים בפני סיטואציה של מתנה עם מגבלות לצדה, ברי כי המניע של המתן טומן בחובו, במידה כזו או אחרת, רצון כן ואמיתי להיטיב עם המקבל ולצדו ייתכן שיש מניע גלוי או נסתר של התחייבות עתידית בגין מתן זה. לאור זאת ברי כי המתנות בכלל והבין־דוריות בפרט טומנות בחובן יתרונות רבים למקבל, אך גם לנותן החל מנחת רוח וסיפוק וכלה בתשלום עתידי. המגבלות הקניניות מבקשות לשמר תוכני בעלות בידי הנותן ולא לפגום במתן. לא לפגום ברצון להטיב אלא לתת ולהיטיב ולהמשיך להחזיק בתוכני בעלות מסוימים בלא לאבד תחושת ביטחון בסיסי.

שימור תוכני בעלות בא לידי ביטוי בצורות שונות, באמצעות הטלת מגבלות שונות על המקבל. לעתים המגבלות ואופן הטלתן מביאים לידי כך כי יש לבחון אם לאור הגדרת הבעלות הועברה, למעשה, הבעלות לידי המקבל ולא נשארה בידי הנותן. דהיינו, יש לשאול עד כמה אפשר לשירר תכנים בידי המעביר, ועדיין אפשר יהיה לקרוא למקבל "הבעלים".⁶¹ לעתים הדין מכריע כי התכנים אשר שוירו בידי הנותן מאיינים כל אפשרות להעברת הבעלות לידי המקבל. התכנים הנשמרים יופסקו להיות בידי הנותן רק לעת מיתתו. או אז נאלץ הדין להכריז כי בפנינו מתנה מחמת מיתה. הכרזה זו מחייבת את הדין להתמודד עם שאלת העברת הבעלות, דהיינו, האם התרחשה אי־שם בחיי הנותן או למעשה התרחשה רק לעת מיתתו. התמודדות זו נוגעת ביסודות דיני הקניין ומבקשת להבחין בין תכנים קנייניים שונים. קרי, תכנים אשר מבקש הנותן לשמרם בידיו ואינם מביאים לפגיעה בהעברת הבעלות לידי המקבל, לעומת תכנים אשר מבקש הנותן לשמרם בידיו ומביאים לפגיעה בהעברת הבעלות לידי המקבל. בראשון מדובר במתנה מחיים ולפיכך לא חל איסור מתנה מחמת מיתה, ואילו בשני מדובר במתנה מחמת מיתה, שהנה נטולת תוקף.

ואדגיש, המגבלות הקבועות לצדה של המתנה מחמת מיתה בעל כורחה מבקשות, בין היתר, לשמר תוכני בעלות מסוימים לנותן, ונעשות לשם שימור אותם תכנים בלבד ולא לשם הכרזה או הצהרה כי כוונת הנותן ליתן מתנה מחמת מיתה. נהפוך הוא, המטרה להכריז כי המתנה מועברת לאלתר, תוך שהיא כפופה לאותן המגבלות ללא שימת לב כי הדברים סותרים אהדדי, לאור הגדרת הדין. דהיינו, מטרת הנותן לתת דווקא למקבל, ולא למאן שהוא אחר כרוגמת עיזבונו. בכך דומה מתנה זו למתנה מחמת מיתה בתצורתה הקלאסית. אולם בזה מסתיים הדמיון. במתנה מחמת מיתה בעל כורחה אין רצונו של הנותן כי הנכס יעבור רק לאחר מותו, אלא רצונו הוא כי הנכס יעבור למקבל לאלתר.

ניתן להשקיף על האמור לעיל מנקודת מבט מעט שונה. במתנה מחמת מיתה בתצורתה הקלאסית אין פער בין רצון הנותן לבין הלבוש המשפטי הניתן לאותו רצון. הלבוש המשפטי מבטא את רצון הנותן באופן מלא ומושלם. רצון הנותן הנו כי המתנה תועבר לבעלות המקבל אך לאחר מותו. הדבר בא לידי ביטוי באמצעות

.GREGORY C.A., GIFTS AND COMMODITIES 100 (1992) 60

61 יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 2, 29–28 (1997).

אמירות, התנהגויות, מגבלות וכדומה. הלבוש המשפטי מותאם לרצון האמור. דא עקא כי אין כל אפשרות ללבוש זה בדין הישראלי בשל איסור מתנה מחמת מיתה. אולם במתנה מחמת מיתה בעל כורחה ישנו פער בין רצון הנותן לבין הלבוש המשפטי הניתן לו. רצון הנותן לתת את מתנתו כעת, אולם לאור הגדרת הבעלות ושימור התכנים המסוימים בידיו מביא לכך כי הנכס לא עובר לאלתר. הנכס מועבר לעת פקיעת שימור התכנים שהוא מות הנותן. אדגיש כעת, הנרטיב המנחה מתנה זו אינו כולל אפשרות להעברת רכוש לאחר המוות, אלא העברה לאלתר תוך שמירת תכנים מסוימים בידי הנותן. אין לנרטיב זה ולא כלום עם נרטיב המתנה מחמת מיתה.

2. התמודדות הדין עם מתנה בעל כורחה

התמודדות הדין עם שאלת שיור התכנים בידי הנותן ולמעשה עם שאלת הפער האמור, מנפיקה לעתים תוצאות שונות. ניתן לזהות הלכות המשמשות כבנייני אב בסוגיה זו: בניין אב אחד לפוסקים כי התכנים הנשארים בידי הנותן פוגעים בבעלות הנעבר. בניין אב שני לפוסקים כי התכנים הנשארים בידי הנותן אינם פוגעים בבעלות הנעבר.

2.1 בניין אב ראשון

בהלכת פילובסקי⁶² קבע בית המשפט כי שיור תכנים אשר כלל בין היתר זכות מכירת הנכס על ידי הנותן, זאת, לאחר שהנכס הועבר ונרשם במרשם המקרקעין על שמם של המקבלים, גורר קביעה כי מדובר במתנה מחמת מיתה. למעשה, הרישום במרשם המקרקעין הוא כל מה שקיבלו המקבלים במסגרת העסקה. המגבלה האמורה נדמית כמגבלה המרוקנת מתוכן את הבעלות. המקבלים אינם יכולים להעביר את הנכס לאחר, וכמו כן אינם יכולים להיות בעלי זכות, קניינית ושאינה קניינית, בנכס. הנותנת שימרה לעצמה את הזכות להעביר לאחר את הנכס, ולכן הנכס לא עבר מהותית לנכדים. הנכס יעבור לעת אייכולת הנותנת לפעול בהתאם לקבוע במסגרת המגבלות אשר הוטלו על המקבלים, דהיינו עם מותה. אם כן, יש בפנינו מתנה מחמת מיתה אשר אינה תקפה והנכס יעבור במות הנותנת, לעיזבון. האם זהו רצונה האמיתי של הסבתא? נדמה שלא. רצונה היה לתת למי שחפצה ביקרו ולא למי שיירש אותה על פי דין. לא זו אף זו, לטעמי, רצונה היה לתת לאלתר ולא לאחר מיתה. אולם לצד רצונה האמור ביקשה לשמר לה תכנים מסוימים. דהיינו, קיים פער בין רצונה לבין הלבוש המשפטי אשר הותאם לרצון זה. זוהי מתנה מחמת מיתה בעל כורחה. ניתן לחוש בדברים אלו אף בחלק מהשיח של בית המשפט. לדבריו, מצב הדברים העוברתי מלמד על קיומו של פער בין רצון הסבתא לבין הלבוש המשפטי אשר הולבש לרצון זה: "המנוחה הפצה להעניק לנכדיה ולבנה את דירתה, אולם אך ורק בתנאי שבפועל תהיה שלהם עם מותה. אין כל משמעות, מה צורה בחרה האם ליישום כוונתה זו, שכן

62 ע"א 763/88 פילובסקי נ' בלס, פ"ד מה(4) 521 (1991).

לצורך סעיף 8(ב) לחוק הירושה השאלה היא אחת בלבד – האם המתנה ניתנה למערערים לאלתר או שמא זכו הם בה בפועל רק עם מות המנוחה" (ההדגשות שלי – ר.ק.). לדעתי, הנותנת חפצה להעניק לאלתר את המתנה. אין לומר כדברי בית המשפט כי הנותנת חפצה כי בפועל תהיה שלהם עם מותה, אלא הנותנת חפצה להעניק המתנה לאלתר, תוך שימור תכנים מסוימים, אשר בפועל אכן הביאו לכך שהנכס הועבר רק במותה, לאור הגדרת הבעלות. לו הייתה הנותנת מבינה כי תוצאת הלבוש המשפטי הנה כי המתנה אינה עוברת לאלתר, מן הסתם הייתה מבקשת לבוש אחר לרצונה, לבוש שיענה הן על רצונה לתת לאלתר והן ייתן ביטוי לרצונה באמצעות שימור תכנים מסוימים ומתאימים בידיה. זאת ועוד, לו רצתה הנותנת לתת את הנכס לאחר מותה, הייתה נמנעת משכלול ההתחייבות לתת מתנה לכדי מתנה מוגמרת באמצעות איגמר הרישום במרשם המקרקעין. יתר על כן, רק לאור הגדרת הבעלות ושימור תכנים בעלי אופי קנייני נפגמה הבעלות שבידי הנעבר עד אשר איאפשר לקרוא לכך בעלות. לו הייתי קובע כי התכנים הנשמרים בידי הנותנת הנם בעלי אופי אובליגטורי בלבד,⁶³ אזי היה הדין נאלץ לקבוע כי מדובר במתנה לאלתר, וממילא אין כל אפשרות לקיומה של מתנה מחמת מיתה.

2.2 בניין אב שני

לעומת האמור לעיל, ישנן הלכות שבהן, על אף שימור תכנים משמעותיים בידי הנותן, לא סבר בית המשפט כי יש בכך פגיעה בבעלות הנעבר. כך, למשל, בפרשת מלך⁶⁴ הועברה מתנה תוך שימור תכנים שונים בידי הנותן בדמות מגבלות שונות, אשר אסרו למעשה עשיית כל עסקה בנכס על ידי המקבלים בחייהם ובמותם. ברוח הלכת פילובסקי, אין אלא לומר כי לא בעלות הוענקה בפרשת מלך, אלא רישום במרשם המקרקעין בלבד. לנוכח כל האיסורים והמגבלות המוטלות על מקבל המתנה קשה עד מאוד להבין איזו זכות קניינית ניתנה למקבל, מלבד זכות השימוש בנכס. לא זו אף זו, אף את זכות השימוש, המקבל אינו רשאי למסחר ואינו יכול לעשות בה כל שימוש מלבד שימוש אישי. על אף המגבלות האמורות, בית המשפט אינו נמנע מלקבוע כי מדובר בעסקת מתנה לכל דבר, ובהתאם לכך ברי כי הבעלות במתנה הנה בידי המקבלים. מדברי פסק הדין עולה מפורשות כי עניין הרישום מהווה מרכיב משמעותי בהחלטתו. כך, למשל, כדי לשלול אפשרות לזכות אחרת אשר הייתה בידי המקבלים, מציין בית המשפט כי הוצע לנותן לתת למקבלים מעמד של שוכרים, ואולם הדבר לא נעשה. בסופו של דבר, הדירה נרשמה על שם המקבלים. הרישום, כמו גם היבטים צורניים נוספים,⁶⁵ מהווה את הבריה המרכזי והעיקרי באיקבלת האפשרות של ראיית העסקה אלא כעסקת מתנה לכל דבר. אי לכך הגיע בית המשפט למסקנה כי המתנה שייכת לעיזבון במות המקבלים. הנגזרת

63 ראו ויסמן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 37.

64 ע"א 5997/92 מלך נ' דויטש, פ"ד נא(5) 1 (1997). שאלת מתנה מחמת מיתה לא נדונה כלל בפסק דין זה, ואולם שאלת התכנים עלתה במלוא עוזה.

65 למשל, עצם כריתת הסכם שכותרתו מתנה.

של תוצאה זו הנה, כי שימור התכנים בידי הנותן באמצעות מגבלה של איסור עשיית כל עסקה בנכס, הנם נעדרים פגיעה בבעלות הנעבר. באופן דומה אפשר אף להשקיף על הלכת מני.⁶⁶ בפרשה זו שימרה הנותנת לעצמה כמה תכנים קנייניים. בין התכנים המשוירים נכלל איסור על המקבלים לעשות כל עסקה בנכס, למעט עסקת שכירות ואף זאת לתקופת זמן קצרה. מגבלה זו המוטלת לצדה של המתנה שוללת למעשה יסוד עיקרי בבעלות מן המקבלים והוא השליטה בנכס. יסוד זה יועבר לידי המקבלים לעת מות הנותנת. לכן אם נקבע כי תכנים אלו פוגעים בבעלות הנעבר, ניאלץ לקבוע כי מדובר במתנה מחמת מיתה. על אף המגבלה הנוקשה ועל אף שלילת העבירות מהנכס אשר בידי המקבלים, בית המשפט לא דן כלל באפשרות כינונה של שאלת המתנה מחמת מיתה. כל הדיון נסב על הפרת המגבלות והסעדים בגין הפרתן. נגזרת תוצאה זו הנה, כי שימור התכנים בידי הנותן באמצעות המגבלה האמורה הנה נעדרת פגיעה בבעלות הנעבר.

הלכה נוספת אשר אף בה הכיר בית המשפט בשימור תכנים בידי הנותן כבלתי פוגעים בבעלות הנעבר, וממילא אין כל משמעות לפגיעה לעת מות הנותן, הנה הלכת סלי.⁶⁷ כאשר צד אחד מתכוון להעניק למשנהו מתנה דרך חשבון בנק משותף, מתעוררת בעיה בדרך כלל לאחר מותו של הנותן בין המקבל לבין היורשים. טענת היורשים, בדרך כלל, הנה כי מדובר במתנה המוקנית לאחר המוות, ובתור שכזאת המתנה בטלה מכוח סעיף 8(ב). הלכת סלי⁶⁸ היא פסק הדין המנחה בסוגייתנו והוא מאוזכר בכל פסק דין העוסק בסוגיית ההשקה שבין דיני המתנה לחשבון בנק משותף,⁶⁹ ונדון רבות בספרות. המנוח קרל שפר היה אלמן וערירי. בין המנוח לבין משפחת סלי נרקמו יחסי ידידות אמיתיים. בין המנוח לבין אילה לבית סלי נרקמו אף יחסי אהבה ורעות. לפיכך רשם המנוח את אילה בחשבון הבנק שלו.⁷⁰ עובדות פסק הדין מלמדות כי המנוח רצה להעניק לאילה סלי מתנה באמצעות כספיו. עובדות פסק הדין שוללות, באופן שאינו משתמע לשני פנים, את האפשרות כי החשבון נוצר לצורך אחר מלבד מתן מתנות. אולם דא עקא כי מעובדות המקרה אי-אפשר לשלול אפשרות כי המנוח התכוון ליתן מתנה מחמת מיתה. זאת, באשר כל אחד מבעלי החשבון, קרי, המנוח והילדה, אילה סלי, יכול היה למשוך את כל הכספים בכל רגע ורגע. דהיינו, בכל רגע,

66 ע"א 36/86 מני נ' מני, פ"ד מא(1) 248 (1987).

67 ע"א 679/76 סלי נ' עזבון שפר, פ"ד לב(2) 785 (1978).

68 שם.

69 על סוגיה זו בכלל ראו למשל ריקרדו בן אוליאל "הקניה דרך חשבון בנק משותף" הפרקליט לג 172 (1980); ריקרדו בן-אוליאל "חשבון בנק משותף – הערכה ביקורתית" משפטים י 439 (1980); ריקרדו בן-אוליאל "חשבון בנק משותף: שינוי תנאי הפעלת חשבון על פי הוראה של בעל חשבון אחר" משפטים יג 295 (1983); אורי ידן "מבט מורחב על חשבון בנק משותף" הפרקליט לג 572 (1981); אהוד קמר "מהותו של חשבון הבנק המשותף – גישה אחרת" הפרקליט מ 437 (1992); מרדכי ראבילי "מתנה וחשבון בנק משותף" משפטים כג 239 (1994).

70 זאת, מלבד מתנות יקרות אחרות אשר העניק לה, לרבות רישומה כנהנית בכספי קופת הגמל שלו.

הייתה לנותן – כמו גם למקבלת – שליטה מוחלטת על תוכני הבעלות של הנכס המועבר במתנה.⁷¹

עובדה זו, לנוכח איסור מתנה מחמת מיתה ועוד יותר לאור הלכת פילובסקי וההגיון המונח בצדה, מוליכה למסקנה כי אין בפנינו מתנה מוגמרת, אלא מתנה מחמת מיתה, שכן שליטת הנותן תפוג לעת מותו בלבד. אולם הלכת סלי קובעת, כי אפשר לתת מתנה, דרך השבון בנק משותף, אף כאשר הנותן משייר לעצמו את הזכות למשוך כספים כרצונו. הקונסטרוקציה המשפטית היא כי בפנינו מתנה על תנאי, וכדברי השופט אשר: "אין בחוק המתנה שלנו דבר שיאסור על נותן המתנה לערוך הסדר שלפיו תהיינה לו ולמקבל המתנה זכויות דומות בדבר המתנה. סעיף 4 לחוק המתנה מורה ש'מתנה יכול שתהיה על תנאי' ואין סיבה סבירה לחשוב שתנאי מסוג האמור לעיל הנו אסור".⁷² המתנה אשר הוקנתה לאילה היא הזכות למשוך כספים ולתת הוראות במסגרת החשבון. לדברי השופט אשר, אילה קיבלה במתנה, לאלתר, את יתרת החשבון הבנקאי. יתרה זו משתנה בכל יום ויום ויכול שתגיע אף לאפס. לכן יש לחלק את כספי החשבון בין העיזבון לבין אילה מקבלת המתנה.⁷³ בין המרכיבים המדריכים את השופט אשר בדרכו ובמסקנתו, מצויה מגבלת חוק הירושה בדבר מתנה מחמת מיתה. פתרון בית המשפט הביא לגישור על הפער אשר נוצר בין רצון הנותן לבין הלבוש המשפטי אשר הותאם לו.⁷⁴ פתרון זה של השופט אשר גרר ביקורת רבה. בין יתר הטענות שהועלו נגד פסק דינו של אשר נטען כי הגיונו הפנימי סתור. בנוגע לגישת השופט אשר נשאלת השאלה, מדוע נמנע המנוח מלתת לאילה את כל כספי חשבון הבנק? מהיכן הצורך להבחין בין מתן מחצית הכספים לבין מתן כל הכספים? ודאי שאין לומר כי שיוך הבעלות אשר השתייר בידי הנותן הוא העובדה המאבחת. לגישת אשר, השיור התייחס לכל כספי החשבון, ולא דווקא למחציתם. אם שיוך זה לא מנע מתן מחצית הכספים מדוע ימנע מתן כל הכספים?⁷⁵ אולם לעניינו חשוב כי בהלכת סלי שימר לעצמו הנותן את האפשרות "לקחת" בכל עת את המתנה, ולמעשה, את כל המתנה. הנותן לא שייר לעצמו חלק קטן מתוכני הבעלות, אלא את כל הבעלות על כל תכניה. שיוך זה פוקע לעת מיתתו, ובכל זאת בית המשפט קבע כי קיימת כאן מתנה לאלתר, ואין מדובר במתנה מחמת מיתה.

- 71 זאת, בניגוד למצב העובדתי אשר היה בפרשת ליבוב, לעיל ה"ש 38, שבו הייתה שליטה מוחלטת רק לנותן המתנה. עובדה זו הביאה לכך כי בית המשפט הכריע כי אף אם מדובר במתנה, הרי זו מתנה מחמת מיתה. זאת, מכיוון שרק לעת מיתת הנותן תפוגג שליטתו המוחלטת ויתאדו התכנים הקניינים השמורים בידי הנותן.
- 72 הלכת סלי, לעיל ה"ש 67, בעמ' 792.
- 73 בית המשפט צעד בעקבות הלכת סלי גם בע"א 398/80 שחר נ' שור, פ"ד לו(2) 281 (1982), תוך שהוא מסתמך על הפסיקה האנגלית בנדון כשם שעשה בית המשפט בהלכת סלי. (אף בית המשפט המחוזי, באותה פרשה, יישם את הלכת סלי בדרך לפתרון החלוקה בין השותפה בחשבון המשותף לבין העיזבון).
- 74 אם כי יש מקום לסברה כי לא בשלמות מכיוון שיייתכן מאוד שרצון הנותן היה לכל כספי החשבון ובשל מגבלות הדין הישראלי לא היה יכול בית המשפט להגיע כלל לפתרון זה. על הפער האמור עמד כבר בית המשפט קמא בהלכת סלי.
- 75 ראו למשל ידין, לעיל ה"ש 69; כן ראו ויסמן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 147.

על הלכת סלי נמתחה ביקורת רבה. אמנם היא צומצמה קמעה על ידי הפסיקה בדמות דרישה ברורה להצגת הוכחות ממשיות כי הנותן אכן התכוון למתן מחצית הסכום המופקד בחשבון, אולם בסופו של יום ההלכה נותרה בבסיסה, ואפשר לתת מתנה דרך חשבון בנק משותף. זאת, אף שהנותן שולט בכל רגע נתון באפשרות ריקון הנכס המועבר במתנה מתוכן. שליטה זו אליבא דהלכת פילובסקי הייתה אמורה להביא למסקנה כאמור כי אין מדובר במתנה לאלתר וממילא לעת פקיעת השליטה בפנינו מתנה מחמת מיתה, ולא היא.

3. סיכום ביניים

פסיקות רבות, מכלל הערכאות, הקובעות כי בפנינו מתנה מחמת מיתה, עושות כן תוך כדי הסתמכות, מי יותר ומי פחות, על הלכת פילובסקי.⁷⁶ זאת, אף אם הן מתמודדות עם מגבלות שונות, לאו דווקא כאלה הדומות למגבלות הלכת פילובסקי. לעומתן, פסיקות אחרות המתמודדות עם מגבלות לצדה של מתנה, נאחזות בהלכת מני ולעיתים אף בהלכת סלי כעוגן יציב לפסיקה המבקשת לקבוע כי אין מדובר במתנה מחמת מיתה. כלומר קיומן של מגבלות קנייניות על הנכס המועבר, אשר פוקעות לעת מיתת הנותן, אין בו כדי להביא לאיון הבעלות אשר בידי המקבל, וממילא יש לקבוע כי מדובר במתנה לאלתר.⁷⁷ הלכת מני והלכת

76 ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 11430/98 ק.ג. נ' ק.א. (טרם פורסם, 19.1.2005). בפרשה זו ניתנה מתנה לבני זוג מאבי בת הזוג כאשר הנותן משמר לעצמו תוכני בעלות שביטאו שליטה "כמעט מלאה בנחלה, כולל בבית, בעבירותו, לרבות העברת זכות השימוש בבית, בהכנסותיו ובפירותיו". בית המשפט קבע כי לאור מגבלות אלו הסכם המתנה בטל בהיותו מנוגד לסעיף 8(ב) לחוק הירושה, וזאת לאור היות המתנה למעשה מתנה מחמת מיתה. למעשה בית המשפט לא נתן סעד בגין טענה זו וזאת משום שהצדדים לא העלו טענה זו במפורש, ואולם החליט להתייחס אף לקונסטרוקציה משפטית זו. נראה שהגירווי להתייחסות נבע מהדמיון בנסיבות העובדתיות של התכנים המושארים בידי הנותן לנסיבות הלכת פילובסקי.

77 כך למשל בה"פ 155/94 כספרי נ' יעקובי, פ"מ התשנ"ה(1) 368 (1994). ההלכה עליה מסתמך בית המשפט הנה הלכת מני אשר לדעת בית המשפט נסיבותיה דומות לנסיבות מקרה זה ובה הוכר תוקפה של המתנה. זאת בשם לב לעובדה כי ניתן בהחלט לאבחן בין עניין כספרי להלכת מני, שהרי במני לא הייתה כל אפשרות לנותן לדרוש את מכירת הנכס במסגרת המגבלות לצדה של המתנה, ואילו בעניין כספרי הייתה אפשרות במסגרת המגבלות המוטלות לצדה של המתנה לדרוש את מכירת הנכס לצורך טיפול רפואי; דוגמה נוספת ניתן לראות בה"פ 1364/91 מטר נ' גלס (לא פורסם, 1.9.1993). אישה נתנה לחברתה הקרובה אליה זה שלושים שנה, במתנה את דירתה. המתנה הוגבלה באיסור עשיית כל דיספוזיציה בנכס ללא הסכמת הנותנת, וכן נחתם שטר משכנתה לביטחון על פיו הדירה משועבדת לנותנת. המשכנתה אינה ניתנת לפדיון ותפקע עם הסכמת הנותנת או עם פטירתה. בית המשפט תוך הסתמכות ברורה על הלכת מני ועוד יותר על הלכת סלי, קבע כי אין מדובר במתנה מחמת מיתה. שמירת השליטה בנכס המצויה בידי הנותנת אינה שונה מהקיים בסלי אשר אף בה בכל רגע נתון יכול היה הנותן למשוך את כל הכספים ולרוקן מתוכן את המתנה. נדמה כי בית המשפט מודע לבעייתיות הקיימת לאור עובדות המקרה בהתאם לפרשנותו הוא את העובדות, בעייתיות המעוררת במלוא עוונה את שאלת המתנה מחמת מיתה. לכן מסתמך בית המשפט על שתי הלכות אשר אף בהן נשמרו תכנים באופן שמעורר את השאלה האמורה ובכל זאת נקבע בהלכות אלו כי אין בתכנים כדי לגרור קביעה בדבר מתנה מחמת מיתה.

פלי מחד גיסא, והלכת פילובסקי מאידך גיסא, משמשות כל אחת בתורה כהלכה להסתמכות בפרשיות המעוררות את שאלת שימור התכנים בידי הנותן ואת שאלת קיומה של מתנה מחמת מיתה, וממילא את כינונו או אי־כינונו של איסור מתנה מחמת מיתה.

סיכומם של דברים מלמד כי במצבים שבהם יש פער בין רצון הנותן לבין הלבוש המשפטי בית המשפט נאלץ לעתים למתוח את יריעת הגדרת הבעלות, ובלבד שלא יביא לטריפת המתנה מידי המקבל, דרך הקביעה כי מדובר במתנה מחמת מיתה. כך אנו מוצאים פסיקות שבהן מגבלת עבירות נוקשה על הנכס המועבר אינה פוגעת כלל בבעלות הנעבר; ופסיקות אחרות, שבהן מגבלות נוקשות ביותר של אי־עשיית כל דיספוזיציה, ולו הקלה ביותר, אינן פוגעות בבעלות הנעבר, והנכס מושא המתנה מיוחס לבעלות הנעבר, אף שלא ברור מהם תוכני הבעלות המצויים ברשותו. אינני מתכחש לכך שניתן לאבחן בין הפסיקות השונות וליצור הלכה אשר תקבע את גבולות המגבלות אשר ניתן להטיל על הנעבר ובכל זאת לטעון כי שם בעלות מצוי בידו. כך למשל ניתן לטעון כי מגבלות דוגמת אלה המופיעות בהלכת פילובסקי פוגעות בבעלות הנעבר, ומגבלות דוגמת אלה המופיעות בהלכת מני אינן פוגעות בבעלות הנעבר, ולכאורה זהו הדין המצוי. אפשר אף לאבחן בין הלכת פילובסקי להלכת פלי: אף שבהלכת פילובסקי רק לנותנת הייתה שליטה למימוש הנכס, הרי בהלכת פלי הייתה שליטה דומה ושווה הן לנותן והן למקבל. ניתן כמובן לטעון אחרת כי אף מגבלות אליבא דהלכת מני פוגעות בבעלות הנעבר, והיינו מגבלת עבירות נוקשה כשלעצמה על הנכס פוגעת בבעלות הנעבר באופן שלא ניתן לומר כי הנכס בבעלות הנעבר.⁷⁸

ברם יש לטעון כמה טענות נגד אפשרות זו. ראשית, האבחונים הם לעתים קלים ביותר. שנית, ישנן פסיקות אשר אינן מקיימות בהכרח את האבחונים האמורים. שלישית, לעתים קיימת דיספרמוניה בין הפסיקות לעניין התכנים המשוררים בידי הנותן ונעדרי פגיעה בבעלות המקבל.⁷⁹ רביעית, וזה העיקר, בעיית הפער שבין רצון הנותן לבין הלבוש המשפטי המותאם לרצון זה, אינה נפתרת באמצעות האבחונים שבין הפסיקות השונות. לא ברור כלל אם המצוי הנו הרצוי ודאי שהוא אינו ראוי, וייתכן שיש מקום לדרך אחרת בפתרון הסוגיה.

ו. כפירה בעיקר

ו. כפירה בעיקר - ביטול האיסור בכללותו

איסור מתנה מחמת מיתה קבוע בדין הישראלי באופן נוקשה ביותר בדרך הגדרתו בחוק הירושה. אולם אי־אפשר להתעלם משלל הנימוקים כנגד איסור מתנה מחמת

78 השוו רונן קריטנשטיין מוסד המתנה מדין יחיד לדינים רבים (עבודת דוקטורט, האוניברסיטה העברית בירושלים - הפקולטה למשפטים, 2005) שם אכן נעשה ניסיון ליצור קו הבחנה ברור בין תכנים אשר פוגעים בבעלות נעבר לבין תכנים משוררים בידי נותן אשר אינם פוגעים בבעלות נעבר.

79 ראו למשל הלכת מלק, לעיל ה"ש 64, אשר אינה עולה בקנה אחד עם הלכת פילובסקי, לעיל ה"ש 62.

מיתה. יתר על כן, כפי שטוען בצדק ראבילו, הנימוקים לאיסור האמור אינם עומדים במבחן הביקורת.

אפשר להכיר בקיומו של מוסד מתנה מחמת מיתה בלא חשש לפגיעה בהגנה הפטרנליסטית של הנותן. אפשר ליצור מרחב הגנתי אשר יהיו בו מעט מדיני המתנה ומעט מדיני הצוואה יחדיו, ושיתן מענה הגנתי ניכר לנותן. סוף דבר, מתנה מחמת מיתה היא אינה מתנה ואינה צוואה – היא גם מתנה וגם צוואה. לכן המרחב ההגנתי השמור לנותן מחמת מיתה דומה ואינו דומה למרחב ההגנתי הקיים לנותן ולמצווה. אולם העיקר שהמרחב ההגנתי יהיה מספק, ונדמה כי כפי שכבר ציינת, אפשר לספק מענה זה בדמות דרישות צורניות מכבידות.⁸⁰ כמו כן, אין מקום לומר כי הנותן יהיה בבחינת "צועק ואינו נענה" יותר מאשר נותן מתנה רגיל. זאת אף אם תישלל זכות החרטה במוסד המתנה מחמת מיתה בדומה למוסד המתנה הרגיל. קל וחומר אם תישמר זכות זו בדומה למוסד הצוואה באופן שהנותן יוכל לחזור בו ממתנתו עד סוף ימי חייו.

מצב שבו תישמר זכות החרטה במוסד המתנה מחמת מיתה, מדמה עד מאוד את המתנה מחמת מיתה להתחייבות לתת מתנה. בשני המקרים האמורים, זכות החרטה שמורה לנותן עד יום מותו. למעשה, בשני המקרים עם מותו של הנותן, המתנה משתכללת. זאת משום שבמתנה מחמת מיתה אין מי שיתחרט, והוא הדין בהתחייבות לתת מתנה אשר זכות החרטה אינה שמורה לעיזבון,⁸¹ אף שהתחייבות לא שוכללה בחיי הנותן לכדי מתנה מוגמרת. למעשה, לא פעם משמר המתחייב את ההתחייבות ואינו משכללה למתנה מוגמרת, וזאת על מנת לשמר לו את זכות החרטה.⁸² באופן דומה מוצע כי תישמר זכות החרטה במתנה מחמת מיתה, וזאת בשונה ממתנה רגילה אשר לעת השתכללותה אין אפשרות לחזור ממנה. זאת ועוד, אין להתעלם מכך שקיימים מוסדות נוספים המאפשרים העברת רכוש לאחר המוות שלא דרך מוסד המתנה ולא דרך מוסד הצוואה כדוגמת סעיף 147 לחוק הירושה, הסכם ממון ועוד. דבר זה אף מודגש בהצעת ועדת הירושה בראשותו של השופט טירקל⁸³ לחוק הירושה החדש. הוועדה מבקשת לקבוע כי הסכם ממון לא יהיה בטל אף אם יהיה אפשר לטעון בנוגע

80 מעניין לציין כי אף בס' 10 לדברי ההסבר בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות (חלק הירושה), התשס"ו-2006, בעמ' 34 www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/7B5FF13D-B5EB-4E8E-83AE-7E47E5332948/0/yerasha.pdf (להלן: תזכיר הצעת החוק), מצוין כי כאשר ניתן ליצור מרחב משפטי העונה על מטרות הדרישות הצורניות אין לפסול מוסד אך ורק בשל כך כי הנו מקנה רכוש לאחר המוות ובכל זאת אינו צוואה. כך מנמקים דברי ההסבר בסעיף 10 את תקפותו של הסכם ממון על אף אפשרות היותו מתנה מחמת מיתה: "הואיל והדרישות הצורניות לגבי כריתת הסכם ממון הן קשיחות למדי, החשש כי הפעולה המשפטית תיעשה בהיסח הדעת, מתמעטת".

81 אף שיש מקום לפקפק בכלל זה.

82 על אף הסיכון בכך לאור התוצאה המשפטית לעת הסתמכות המקבל השוו בין ס' 5(ב) לס' 5(ג) לחוק המתנה.

83 ראו לעיל ה"ש 80, ועדת משנה לוועדת הקודיפיקציה אשר "נתבקשה לבחון את ההסדרים של חוק הירושה הקיים, לתקן את הדרוש תיקון או להציע הסדרים חדשים, וזאת מתוך התאמת ההסדרים המוצעים למסגרת הכללית של הקוד האזרחי ההולך ומתגבש".

אליו כי הנו מתנה מחמת מיתה.⁸⁴ לא זו אף זו, ההצעה האמורה קובעת אף חריג נוסף רחב מני ים והוא יצירת נאמנות. דהיינו יצירת נאמנות אשר אף אם ניתן יהיה לטעון בנוגע אליה כי הנה מתנה מחמת מיתה, תהיה תקפה.⁸⁵ ועל כל זאת יש להוסיף ולומר כי אייחורה בתוקפה של מתנה מחמת מיתה מביא לכך כי הנכס נשוא הדיון יעבור לעיבון וממילא לא יינתן למי שהנותן חפץ לתת לו. תוצאה זו, הפוגעת ברצון המעביר מה ייעשה ברכושו לאחר מותו, היא הקשה מכולן. רצון הפרט מה ייעשה ברכושו לאחר מותו צריך להיות הקן המנחה לפתרון הראוי. הכללים השונים, הפורמליים ושאינם פורמליים, הצורניים והמהותיים, כל מטרתם להביאנו לידי כך שנכבד את רצונו האמיתי של הפרט. דבר זה אינו מתקיים בעליל כאשר אין מכירים במתנה מחמת מיתה. יפים לכך דבריו של הנשיא שמגר לעניין כללי ההבחנה שבין מתנה מחיים לבין העברה לאחר המוות המבקשים להתחקות אחר כוונת הנותן או המצווה לצורך ההבחנה האמורה:

"השאלה הטעונה הבהרה מה הייתה כוונתו של מי שהורה מה ייעשה ברכושו. בבואנו לערוך את ההבחנה האמורה ייבחנו הנסיבות, שמהן ניתן ללמוד ולזהות את הכוונה. כאשר הכוונה היא להורות מה ייעשה בנכסיו לאחר ובעקבות מותו, הרי שבצוואה עסקינן".

ואם אין המסמך מתיימר למלא אחר הוראות דיני הצוואה אזי אין אפשרות לקיים את ההעברה ממילא נמצא מכשילים את כוונת הפרט אשר הורה מה ייעשה ברכושו לאחר מותו. ובהמשך אומר שמגר:

"בנסיבות מהן לא עולה הכוונה להורות מה ייעשה בנכסים לאחר המוות דווקא, לא ניתן להסיק כוונה לצוות, והמסקנה תהיה כי כוונת הרברים הייתה למתנה בחיים".⁸⁶

דהיינו כאשר ברי מה התכוון הפרט כאשר לרכושו לאחר מותו, ולא ביצע את בקשתו זו בהתאם לכללי הטקס המתווים בדין, עומדות בפנינו שתי אפשרויות. האחת, לקיים ולכבד את רצונו. האחרת, להכשיל את רצונו ולתת את הנכס דווקא למי שלא התכוון לתיתו. אייחורה בתוקפה של מתנה מחמת מיתה חוטא תמיד

84 או עסקה בירושה עתידה. למעשה בהצעת החוק החדש ס' 8(א) וס' 8(ב) לחוק הירושה דהיום, אוחדו לסעיף אחד – ס' 10 לתזכיר הצעת החוק הקובע כי "כל פעולה משפטית, למעט צוואה, שבה מתחייב אדם להקנות נכס לאחר, כאשר פטירתו של המתחייב מהווה תנאי או מועד להקניה [...] בטלה".

85 ראו שילה לעיל ה"ש 2, בעמ' 102 על כך יש לומר כי כבר שילה ציין שניתן להשתמש בהסדרי חוק הנאמנות כדי לעקוף למעשה את איסורי חוק הירושה ולהגיע לאותן התוצאות. אם דברי שילה אינם מספקים כדי לרוקן מתוכן איסורי חוק הירושה, בא התזכיר ועושה זאת בריש גלי ובאופן בלבדי לאיסור המתנה מחמת מיתה. תוצאת התזכיר תביא לכך כי ירבו הסדרי הנאמנויות כדי לעקוף את ס' 8(ב) לחוק הירושה, ובכך ייתכן שסעיף זה יהיה בבחינת אות קין מתה.

86 ע"א 235/88 שפיצר נ' עז"ד מזובר, פ"ד מו(4) 874, 877 (1992).

לכיבוד רצון הנותן. הפגיעה בכיבוד רצון הנותן והפגיעה באוטונומיה הרצונית של הנותן, הנה ללא כל הצדקה או למצער הצדקה מספקת. הפסיקה כבר נתנה דעתה, ובהרחבה, למשמעותו ולמהותו של עקרון חופש החוזים ולנגזר ממנו. כך למשל בעניין סער קבע בית המשפט: "מעיקרון זה נגזרת התפיסה, כי חוזים יש לקיים: pacta sunt servanda". אינטרס הציבור – אינטרס המשקף תפיסות של צדק, מוסר ויעילות חברתית גם יחד – הוא שהתחייבות שנטל על עצמו אדם (בגיר) תכובד על ידיו.⁸⁷ גם השופט חשין התבטא בעניין שוקר על כך כי חופש החוזים הנו עקרון-על בחשיבתנו המשפטית וכבודו על פני שיטת המשפט כולה.⁸⁸ בעניין בית יולם תואר העיקרון כאחד מעקרונות היסוד בתפיסתנו המשפטית והחברתית וכבעל זכות יסוד חוקתית.⁸⁹ ההתערבות בחופש החוזים נעשית אך ורק בשל אינטרסים וערכים כבדי משקל המייצגים הגינות מוסר חברתי וצדק.

בפסקי הדין הרבים שהכירו במעמדו של חופש החוזים, ניתן לזהות בכיבוד את הערכים הפוגעים ומסייגים את חופש החוזים – הגינות, צדק וכדומה, וגם זאת במשורה, לדוגמה ההגנה על חופש העיסוק, וההגנה על הציבור מפני הסדר כובל וכדומה.⁹⁰ יתר על כן, זכותו של אדם להעביר את רכושו למי שיחפוץ בכך מבטאת זכות חוקתית, כהגדרתו של ברק: "זכות של כבוד האדם שממנו נגזרת האוטונומיה של הרצון הפרטי"⁹¹ וכן – "חופש זה – האוטונומיה של הרצון הפרטי – הוא חופש חוקתי. הוא מעוגן בכבוד האדם ובקניין. ההגנה על הקניין משתרעת גם על ההגנה לעשות פעולה משפטית – בין פעולה בין החיים ובין פעולה מחמת המוות – בקניין".⁹² לסיכום הדברים ייאמר כי איסור קיומה של המתנה מחמת

87 ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 861-862 (2000).

88 ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 127, 138 (2000). ראו אף דבריו של חשין בעמ' 139, הקובע כי חובה פלוגית המוטלת בחוק יש לפרשה כריספוזיטיבית וזאת כנגזרת מעקרון חופש החוזים, והטוען לקוגנטיות אותה חובה, הוא יישא בנטל הפרשנות.

89 ד"נ 22/82 בית יולם בע"מ נ' רביב, פ"ד מג(1) 441 (1989).

90 צריך לציין כי גם בפסקי הדין בהם חופש החוזים מוגבל ומסויג, הדבר נעשה בשל שיקולים אשר לדעת בית המשפט מחייבים איוון בין חופש החוזים אל מול ערכים אשר עומדים באושיות החברה "נדרשת דרך ביניים, שקולה וזהירה, המעניקה את מלוא התוקף לחוזה, התואם את עיקרי הסדר הציבורי ואושיות החברה והשולל תוקף זה מחוזה החורג מתפיסותיו של הציבור הנאור", ראו ע"א 294/91 חברה קדישא גח"ש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 537 (1992); למותר לציין כי הדבר נעשה בפסקי דין בעלי משמעות ערכית משפטית החורגת מעבר לדיני החוזים הרגילים ראו, למשל, דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק"על 4000 (4) 587 (2000); ע"א 2600/90 עלית נ' פרננה, פ"ד מט(5) 790 (1996); דנ"א 4465/98 טבעול בע"מ נ' שף הים בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001); המעיין בפסקי הדין האמורים יגלה כי המוסדות הערכים המאוזנים אל מול חופש החוזים הנם כבדי משקל באופן משמעותי לעומת הנימוקים העומדים ביסוד סעיף 8(ב) אשר בנוסף לכך כמצוין לעיל אינם עומדים במבחן הביקורת.

91 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך המישי – פרשנות הצוואה 49 (2001). הדברים נאמרו בהקשר של הכוח לצוות, אולם כוחם יפה גם לכוח לתת למי שחפץ בכך האדם.

92 שם, בעמ' 51.

מיתה הנו פגיעה קשה באוטונומיה של הפרט להחליט על דרך העברת רכושו בלא שקיימת הצדקה אמיתית להגבלה האמורה.⁹³ תנא דמסייע לדברים האמורים ניתן למצוא בפרשנות המצמצמת לסעיף 8(א) לחוק הירושה בדבר עסקאות בירושה עתידה. כבר בעניין יקותיאל⁹⁴ נקבע כי פרשנותו של סעיף 8(א) צריכה להתבצע "על דרך הצמצום המירבי והקפדנות חמורה",⁹⁵ וזאת באשר סעיף זה העוסק באיסור עסקאות בירושה עתידה מגביל את חופש החושים. וכדברי השופט חיים כהן, "תקנת הציבור היא בהרחבת חופש החושים ולא בהגבלתו, בשמירה על קיום הבטחות ובהתחייבויות ולא בפתחת פתח להפרתן".⁹⁶ הדברים חזרו אף ונשנו בעניין ברדיגו.⁹⁷ נרטיב זה רלוונטי אף בפרשנות סעיף 8(ב), דהיינו מגמת פרשנות מצמצמת לתחולת הסעיף עולה בקנה אחד עם חופש החושים ועם זכותו של הפרט לקבוע מה ייעשה ברכושו. הדברים נשנו בעניין אוניברסיטת בן גוריון:

"היא הדבר אשר יהיה, אין ספק בדבר שנטיית הפרשן היא לתת לסעיף 8(ב) לחוק הירושה פרשנות מצמצמת. [...] גישה זו נובעת מהעמדה המקדשת את חופש החושים, ורואה בעין רעה ניסיון להגביל אדם מלהתחייב כרצונו התחייבות בנוגע לרכושו. היא בוודאי נכונה במקרים בהם אין ספק כי ההתחייבות נעשתה מרצון חופשי וללא השפעה זרה. הפרשנות המצמצמת של סעיף 8(ב) לחוק הירושה מתחייבת איפוא הן על יסוד שיקולים כלליים והן על רקע ההלכה הפסוקה".⁹⁸

משלל הנימוקים נגד איסור מתנה מחמת מיתה בנוסף לכיבוד רצונו של הנותן כי הנכס יעבור לפלוני ולא לאלמוני, עולה המסקנה שיש לבטל את איסור המתנה מחמת מיתה. איסור זה מביא תמיד לכך כי הנכס מועבר, באמצעות דרך שאינה תקפה ברין, לאדם שהנותן רצה להיטיב עמו. רק תיקון העניין באמצעות הכרה בתוקפה של הדרך האמורה יביא למצב הראוי ביותר שבו נוכל לקיים עד כמה שניתן את רצון המצווה.

93 מעניין לציין כי בדברי ההסבר לתזכיר הצעת החוק מצוין כי ההצעה מעדיפה את אייכבילת רצון המצווה מה ייעשה ברכושו עד יום מותו על פני חופש החושים. נימוק זה כבר מצוי בספרות וכפי שהראיתי אינו עומד במבחן הביקורת בלא קשר לעימותו אל מול חופש החושים, מקל וחומר כאשר מבקשים לעמת נימוק זה אל מול חופש החושים.
 94 ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברדגמן, פ"ד כט(2) 757 (1975).
 95 שם, בעמ' 762. לדעת השופט חיים כהן זהו פשיטא שכך צריך לפרש בשל ההגבלה על חופש החושים.
 96 שם, בעמ' 765.
 97 ד"נ 39/80 ברדיגו נ' טקסטיל, פ"ד לה(4) 197 (1981).
 98 ראו עניין אוניברסיטת בן גוריון, לעיל ה"ש 46, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא לוי. למותר לציין כי בית המשפט קבע כי אין מדובר במתנה מחמת מיתה והפך את החלטת המחוזי אשר סבר כי כוונת המנוחה הייתה למתנה מחמת מיתה. בשם לב כי מדובר במתנה מחמת מיתה בתצורתה הקלאסית דהיינו התחקות אחר כוונת הנותן בהיעדר פער בין רצונו לבין הלבוש המשפטי המולבש על רצון זה.

2. ביטול האיסור בחלקו – הכרה בתוקפה של מתנה מחמת מיתה בעל כורחה

בכל האמור ייתכן שכבר די לחשיבה מחודשת בנוגע לאיסור מתנה מחמת מיתה. אולם בכך לא סגי. המתנה מחמת מיתה בתצורתה השנייה היא למעשה לב הבעיה. היא למעשה זו היוצרת ומכוננת את מרבית הדיון בפסיקה בערכאותיה השונות. מדובר באותה מתנה אשר רצון נותנה ליתנה כעת, אולם הוא מבקש להצמיד לה מגבלה ברמות תנאי או חיוב. מגבלה זו עוקרת חלק מתוכני הבעלות המועברים למקבל. לעתים עוקרת יותר מדי. עקירה זו מביאה לידי כך כי המתנה לא עברה לאלתר בניגוד לרצון הנותן ולמחשבת המקבל. המעבר מתבצע לעת פקיעת המגבלה, קרי מות הנותן. או אז מכריז הדין על היות המתנה מתנה מחמת מיתה, ובשל כך בטלה. הסתירה שבין רצון הנותן לבין הלבוש המשפטי מחייבת פתרון, ואין זה הכרח כי הפתרון ייטה לכיוון השולל באופן קטגורי כיבוד רצונו של הנותן. כבר ציינתי מהיכן צומחות המגבלות האמורות לצדה של המתנה ומהיכן צומחות המגבלות המבקשות לשייר "משהו" מן המתן בידי הנותן.

כאמור, המתח שבין הרצון להיטיב לבין הרצון לשמר זכויות לרוב מוצא את ביטויו במתנות אנכיות. בסיטואציות האמורות מבקשים האב; האם; הסב או הסבתא להיטיב עם המקבל, לעתים קרובות באמצעות העברת חלק ניכר מרכושם במתנה, ואולם הם מבקשים לשמר לעצמם זכויות לשם הגנה לעת בוא יום סגריר. לכן התוצאה המתבקשת הנה, מתן לצאצא כדי שיוכל ליהנות ולהסתמך על המתנה, בכפוף למגבלות שמעקרות מתוכן חלק מהבעלות האמורה להיות מצויה בידי המקבל, לצורך ההגנה האמורה. אין להתבלבל, רצון הנותן לתת לפלוני ולא רק זאת אלא לתת לו כעת. אין רצונו לתת את המתן לאחר מיתה, אין רצונו לתת לאלמוני או לעיזבונו וכדומה, אלא לתת לפלוני ולא לתת.

הנימוקים האמורים לעיל נגד איסור המתנה מחמת מיתה בכללותו יפים קל וחומר למתנה מחמת מיתה בעל כורחה, מתנה מחמת מיתה בתצורת מגבלות לצדה. כל חטאה של מתנה מחמת מיתה בעל כורחה הוא שאינה לובשת את הלבוש המשפטי הנכון אשר הוכשר על ידי הדין. לפי הדין, לפחות לכאורה, מתנה הלובשת לבוש משפטי מסוג "הלכת פילובסקי" אינה מוכשרת כמתנה לאלתר ותוכרו כמתנה מחמת מיתה. מתנה הלובשת לבוש משפטי מסוג "הלכת מני" או "הלכת סלי" הנה מתנה לאלתר. למעשה, הסיבה היחידה שהיא נקראת "מחמת מיתה" היא היותה בעלת מגבלות נוקשות מדי, וכאמור המגבלות משקפות את רצון הנותן באופן ברור ליתן לאלתר. דווקא מכוח הרעיון של שימור כוונת הנותן, אין מקום כאמור לבטלות מתנה מחמת מיתה, והדברים יפים קל וחומר בנוגע למתנה, אשר כל עוונה הוא הצבת המגבלות האמורות לצדה, מגבלות אשר היוו לבוש משפטי שגוי לרצון הנותן. סוף דבר, לו היו שואלים את הנותן לפשר התוצאה המשפטית הנוצרת היה מסרב לה, ומבקש לרקום לבוש משפטי אחר אשר יעניק לו ביטחון מחד גיסא, ויעביר את המתנה למקבל מאידך גיסא. התוצאה שלפיה המתנה עוברת לעיזבונו בוודאי אינה משקפת את רצון הנותן, שהרי אם כן, לא היה מבצע כל פעולת נתינה.

יש מקום לדעה כי עקב נוקשותו של איסור מתנה מחמת מיתה, כפי שבא לידי ביטוי בניסוחו של סעיף 8(ב) לחוק הירושה, אף הפסיקה מתקשה לקבל

תוצאה שלפיה לא יינתן תוקף להוראה מפורשת שנתן האדם מה ייעשה בנכסיו לאחר מותו. כבר ציינתי כי אף שהפסיקה מצטרפת לדעתו של ראב"ל, הנימוקים בעד האיסור אינם משכנעים, ולימוד הזכות היחיד לאיסור שמוצא בית המשפט בעניין **אוניברסיטת בן גוריון**, הנו מניעת עקיפת ההסדרים המצויים בדיני הירושה באשר לירושה על פי צוואה. כבר ציינתי כי לטעמי אף נימוק זה אינו משכנע משני טעמים: ראשית, הדין מכיר בהסדרים מסוג זה. שנית, אין בפנינו ירושה על פי צוואה, אלא מוסד אשר אינו דווקא מתנה ואינו דווקא צוואה, אך יש בו גם מן המתנה וגם מן הצוואה. כלומר הכרה במוסד זה, אין בה משום עקיפת דיני הירושה. הדברים יפים קל וחומר בעבור מתנה מחמת מיתה בעל כורחה. אף מי שסובר כי כאשר רצון הנותן הוא דווקא להעביר לאחר המוות, אין לעשות זאת, אלא יש לאפשר העברה שכזו רק בדרך צוואה, אין סיבה שיתנגד למתנה מחמת מיתה בעל כורחה. סוף דבר, אין פה כל רצון או מניע להעביר רכוש לאחר המוות תוך עקיפת דיני הירושה, אלא רצון לתת מתנה לאלתר אשר למצער לובשת לבוש משפטי אשר גורם לכך – מסיבות לבר לדיני המתנה מחמת מיתה –⁹⁹ כי הנכס יועבר רק לאחר המוות. יתר על כן, הנרטיב המבקש לצמצם את תחולת האיסור של סעיף 8 בכללותו וסעיף 8(ב) בפרט, בשם קידוש חופש החוזים וכיבוד אוטונומיית הפרט "מה ייעשה ברצונו", נכון אף יותר כאשר מנסים להפעיל את סעיף 8(ב) בנוגע למתנה מחמת מיתה בעל כורחה. אם פרשנות מצמצמת בנוגע לתחולת סעיף 8(ב) מכרסמת באיסור מתנה מחמת מיתה, ובכך ישנה פגיעה בעצם האיסור, הרי אין הדבר נכון בנוגע למתנה מחמת מיתה בעל כורחה, שאז אין כרסום באיסור האמור. סוף דבר, מתנה מחמת מיתה בעל כורחה אינה כלל מתנה מחמת מיתה, ואינה כלל המתנה שהאיסור התכוון לאסור, קרי מתנה אשר רצון נותנה ליתנה רק לאחר מותו ולא רגע לפני כן. כלומר אף אם ניתן להצדיק את הפגיעה בחופש החוזים ולאסור מתנה מחמת מיתה בתצורתה הקלאסית – ולטעמי כאמור אין הדבר אפשרי מכיוון שהנימוקים בעד האיסור אינם עומדים במבחן הביקורת, וקל חומר בעימותם אל מול חופש החוזים – אין כל הצדקה לעשות כן ולפגוע בחופש החוזים במתנה מחמת מיתה בעל כורחה.

ז. הצעה לסדר

1. בין ראוי לרצוי ולא מצוי

לגישתי, יש כאמור מקום לביטולו של איסור מתנה מחמת מיתה באופן כולל וגורף. זאת באופן שהן מתנה מחמת מיתה בתצורתה הקלאסית והן מתנה מחמת מיתה בעל כורחה תהיינה תקפות. הצגתי שתי אפשרויות בנדון אשר לטעמי שתיהן קבילות. האחת, עם שימור זכות החרטה במוסד המתנה מחמת מיתה; והאחרת, אף בלא שימור זכות זו באופן דומה למצב הקיים כיום בדיני המתנה מחיים. לטעמי, זוהי הגישה הראויה.

99 הגדרת הבעלות ומשמעות שימור תכנים קניינים בידי המעביר.

אולם, להפיס דעתם של המחייבים את איסור המתנה מחמת מיתה, הרי נרמה שיש לפחות בקעה רחבה להתגדר בה לעניין בטלות האיסור למתנה מחמת מיתה בעל כורחה. מתנה כאמור אינה כלל מתנה מחמת מיתה, וכל הנימוקים אשר נאמרו לזכות האיסור – כוחם נחלש עוד יותר בהקשר של המתנה האמורה. אני מציע להשמיט את המתנה מחמת מיתה בעל כורחה מתחולת סעיף 8(ב) לחוק הירושה. השמטה זו שני פנים לה, ושניהם יכולים להיעשות בדרך פרשנות פסיקתית. פן אחד, פרשנות זו תוליך להשמטה קטגורית של מתנה מחמת מיתה בעל כורחה. הפן האחר, פרשנות פסיקתית קוואיסיטית אשר תביא לכך כי בכל פעם שהדין ייאלץ להתמודד עם מתנה מהסוג האמור, יוכר תוקפה של מתנה זו. הפן השני מבוצע, כאמור, בחלקיות מינימלית אף כיום, והצעתי תסייע ותחזק את המגמה בגיבוש הדרך באופן דוקטריני להתמודדות האמורה. ואדגיש, אני סבור כי הדרך הראויה הנה נקיטת הפן הראשון, אולם למהססים ולרווחים גישה זו נמצא לפחות מחזקים את הפן השני ובכל מקרה נחזק את ההכרה בתוקפה של המתנה מחמת מיתה.

2. דרך החתחתים של הפסיקה

הפסיקה, במסגרת פרשנותה המקלה לתחולת סעיף 8(ב), מפעילה פרשנות גמישה לא רק על האיסור עצמו, אלא אף על תוכני הבעלות המשוררים בידי הנותן, אותם תכנים אשר שוירו באמצעות המגבלות השונות ואשר מביאים, לפחות לכאורה, לתוצאה כי הבעלות לא עברה. כך אנו מוצאים כאמור פסיקות שבהן רק לכאורה נרמה כי תוכני הבעלות שאינם מועברים פוגעים בנעבר, והפסיקה אינה מייצרת כל נפקות לתכנים האמורים, וממילא שאלת המתנה מחמת מיתה כלל אינה עולה או שנפטרת כלאחר יד. מצב זה, כפי שכבר ציינתי, מביא לכך כי הפסיקות סותרות זו את זו הן בהקשר הפרטני של מתנה מחמת מיתה והן בהקשר כללי יותר – וזאת מבלי משים כמובן – בשאלה הכללית והרחבה מהי למעשה בעלות, ועד כמה ניתן לרוקנה מתוכן ועדיין לכנותה "בעלות". דיסהרמוניה זו נובעת מגישה המבקשת "להכשיר" מתנות כאמור ולהימנע מדיון אשר סופו יגרור אייחורה בתוקפה של המתנה. אין ספק כי ככל שהפרשנות לתכנים הנשארים בידי הנותן תהיה גמישה יותר, ייקל להכשיר את המתנה ולהימנע מהדיון האמור. פרשנות גמישה זו, סופה יכול להיות שהתכנים הנשארים בידי הנותן – בעלי עצמה ככל שיהיו – הנם אובליגטוריים לחלוטין. פרשנות זו תביא לכך כי בדרך כלל תבוא סוגיה זו על פתרונה כיוון שבהיעדר תוכן קנייני המצוי בידי הנותן, ניתן יהיה לנקוט גישה ברורה כי המתנה עברה לאלתר וממילא אין אפשרות לטענת מתנה מחמת מיתה. כלומר אין בשימור התכנים כדי לפגוע קניינית במצוי בידי המקבל, ולעת מיתת הנותן משתחרר המקבל מכבלי אובליגטוריות בלבד.¹⁰⁰ פרשנות זאת תביא למעשה לאיון מתנה מחמת מיתה בעל כורחה. ודוק: פתרון אשר ישאף לפרשנות הסבורה כי המגבלות הן אובליגטוריות בלבד אמנם יפתור את בעיית המקבל באשר המנה תהיה בבעלותו ולא תעבור לעיזבון, אולם

100 ראו ויסמן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 37 בהתייחסותו להלכת פילובסקי.

מה יהא על הנותן? תחושת הביטחון אשר הוקנתה לו על ידי המגבלות הקנייניות תתפוגג לחלוטין.

אם כן, לא רק שדרך התחתיים בפנינו, אלא שסופה של הדרך אינה מביאה כל פתרון ואף מרעה את מעמדו של הנותן. בפתרון שכזה ייתכן ששיווי המשקל המיטבי כדי לתת, להיטיב ולשמור על ודאות ביטחונית מסוימת, הנה לא לתת כלל. דרך ההתחתיים לצמצום ולכרסום סעיף 8 על שני סעיפיו הקטנים כפי שבא לידי ביטוי בעניין יקותיאל ובעניין אוניברסיטת בן גוריון מבטא למעשה שוב אי־נחת מתוצאה של אי־פרשנות כאמור. פרשנות הנוגדת גישה "המקדשת את חופש החוזים, והרואה בעין רעה ניסיון להגביל אדם מלהתחייב כרצונו התחייבות בנוגע לרכושו"¹⁰¹.

למעשה, הפוסק משתמש בפרשנות גמישה לתוכני הבעלות ובפרשנות מצמצמת לתחולת האיסור כדי להגיע לתוצאה הראויה. שתי דרכי פרשנות אלו מבטאות אי־נחת של הפוסק מהתוצאה המשפטית שאליה מגיעים ללא הפרשנות האמורה, דהיינו, אי־הכרה בתוקפה של המתנה המועברת.

3. הצעתי: מתנה מחמת מיתה – מוסד בעל שני ראשים שאינם דרים בכפיפה אחת

כאמור, דרך הפסיקה אינה דרך המלך. הדרך להגיע לתוצאה ראויה רצופה מכשולים ומהמורות, ונדמה כי יש מקום להציע דרך ברורה וישירה אשר תשאף להגיע לתוצאה הראויה ולא בדרך של פרשנות וקונסטרוקציות התלויות על בלימה, אלא בקביעה קטגורית פשוטה ואחידה. בכך נרוויח פעמיים. ראשית, מתנה מחמת מיתה בעל כורחה תושמט מתחולת סעיף 8(ב). שנית, וזה העיקר, דווקא לאוהדי ולמצדדי איסור מתנה מחמת מיתה, מגמת הצמצום והכרסום של סעיף 8(ב) תמצא את מבוקשה ומאווייה רק בגדר "מתנה מחמת מיתה בעל כורחה". כלומר מגמה זו אשר שני נדבכים לה כאמור, פרשנות גמישה לאיסור עצמו ופרשנות גמישה לתוכני בעלות, תמצא את המתנה מחמת מיתה בעל כורחה "בקעה ראויה להתגדר בה"¹⁰². דרך זו תקטין את הדיסהרמוניה, תגדיל את הודאות ותמצה את מאוויי הנתינה תוך שמירה הן על רצון הנותן לתת, והן על רצון הנותן בקיומם של מגבלותיו השונות.

אם כן, הדבר מוליכיני להצעת גישה ברורה וקטגורית אשר תבקש להבחין בין שני סוגי הסכמי מתנה לעניין סעיף 8(ב).¹⁰³ הסכם מתנה מחמת מיתה

101 ראו עניין אוניברסיטת בן גוריון, לעיל ה"ש 46, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא לוי. ראו בהמשך בנוגע להצעתי בדבר שתי דרכים להשמטת המתנה האמורה מתחולת הסעיף. שתי הדרכים ימצאו את המתנה האמורה "בקעה להתגדר בה" הגם כפי שאציין אחת הדרכים עדיפה מחברתה.

102 נדמה כי הבחנה בין שני סוגי הסכמים לצורך תחולת ס' 8(ב) לחוק הירושה אינו זר למטרת סעיף 8 בכללותו. בפרשת ברדיגו קבע הנשיא ברק כי יש להבחין בין שני סוגי הסכמים לצורך תחולת ס' 8(א) לחוק הירושה. האחד, הסכם אשר הוראותיו קובעות כי זכות עוברת מאחד למשנהו עם מותו של הראשון. השני, הסכם שעניינו "בהתרבות זכותו העצמאית של האחר, אשר יונקת כוחה מזכות עצמאית". פרשת ברדיגו, לעיל ה"ש 97, בעמ' 199. הסכם מן הסוג הראשון מוכל באיסור ס' 8(א) לחוק הירושה, הסכם מהסוג השני אינו מוכל.

בתצורתה הקלאסית רלוונטי לסעיף 8(ב). הסכם מתנה עם מגבלות כאמור אינו רלוונטי, וסעיף 8(ב) אינו מחיל כלל איסור לגביו. פתרון זה כאמור יותיר את איסור המוסד האמור על כנו, ולטעמי תוך אייפגיעה במוסד עצמו.

נדמה כי אף הפסיקה ערה להבחנה זו בין מתנה מחמת מיתה בתצורתה הקלאסית לבין מתנה מחמת מיתה שלא בתצורתה הקלאסית. הראשונה היא זו שבה הנותן אומר מפורשות כי מתנה עוברת למקבלים רק לאחר מותו,¹⁰⁴ או כאשר מהראיות, מהנסיבות, מהעדויות ואף מהתנהגות המקבל, עולה מסקנה המוליכה לכך כי כוונת הנותן הייתה לתת לאחר המוות.¹⁰⁵ השנייה היא זו שבה הנותן משמר בידיו את מלוא השליטה על הנכס,¹⁰⁶ וזאת בלא קשר דווקא לרצונו לתת את המתנה לאחר המוות. אולם אבחון זה אינו יוצר כל נפקות בפסיקה, ואני מבקש למלא תוכן באבחון האמור באמצעות הנפקות שבין שני סוגי המתנות.

יש לשים לב כי לעתים קיים גבול דק בנוגע להבחנה בין שני סוגי המתנות, כאשר הראיות היחידות המצויות הנן המגבלות המוטלות לצדה של המתנה, ואזי אכן ישנה בעיה בקביעה מהו רצון הנותן. הדין כיום אינו מבחין ביניהם, ובשל כך מקל לכאורה על הפוסק לקבוע כי מדובר במתנה מחמת מיתה בלא קשר לרצון הנותן אלא בגלל הלבוש המשפטי הקיים, קרי המגבלות. הרוצים להבחין יצטרכו להראות כי המגבלות אינן בבחינת ראייה לכוונת הנותן, או אז אין מדובר במתנה מחמת מיתה, אלא בפער בין רצון הנותן ללבוש המשפטי אשר לא צריכה להיות לו כל נפקות לסוגיית מתנה מחמת מיתה. אינני טוען כי המגבלות מעתה ואילך אינן רלוונטיות כלל לסוגיית המתנה מחמת מיתה. טענתי היא כי הן רלוונטיות במישור הראייתי, כדי לנסות ולדלות מה הייתה כוונת הנותן לתת מתנה, אם אלתר או לאחר מותו. כאשר כמובן נלוות נסיבות למגבלות דוגמת איימנהג בעלים מצד המקבל או התעקשות על איידישום במרשם המקרקעין ושכלול ההתחייבות למתנה מוגמרת, אין ספק כי כוונת הנותן הייתה לתת מתנה לאחר מיתה והמגבלות הנן בבחינת תנא דמסייע. כלומר על אייקומו של פער ניתן ללמוד כאמור, במפורש או במשתמע, מהמגבלות המותרות שליטה ברורה בידי הנותן ושמלמדות על כוונה להעביר דווקא לאחר המוות.¹⁰⁷ במקרה האמור יש להכריע כי מדובר במתנה מחמת מיתה אשר אינה תקפה לאור סעיף 8(ב). אבל, וזה העיקר, אין זה הכרח לומר כי קיומן של מגבלות מלמד כי כוונת הנותן הייתה למתנה מחמת מיתה, אלא לבוש משפטי לא נכון לרצון הנותן, ואזי אין כל תחולה לסעיף 8(ב).

104 ראו עניין צברי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 713: "לא תהיה זכות לאף אחד מילדי על רשות הבניין כל עוד שאני חי".

105 ראו עניין התאחדות עולי רומניה – סניף חיפה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 820 שבו דחה בית המשפט טענת מתנה לאחר מיתה מכיוון ש"על מנת להצליח בתביעתה היה על המערערת להוכיח שכוונתו של עקיבא הייתה להקנות לה את הדירה שלא לאחר מועד פטירתו וכוונה זו הוכחה לכיוון הפוך דווקא וזאת אף לאור התנהגות מקבלת המתנה אשר לא נהגה בדירה מנהג בעלים" (הדרגשה שלי – ר.ק.).

106 ראו הלכת פילובסקי, לעיל ה"ש 62.

107 ראו למשל עניין כובשי, לעיל ה"ש 33, בו המגבלות לימדו על הכוונה. ועל אייקומו של פער כאמור.

4. העולה מהצעתו – שתי דרכים שהן שלוש: רפורמה רבתי ורפורמה זוטא

לטעמי, כאמור יש מקום לביטולו של איסור מתנה מחמת מיתה באופן גורף, ואולם כדי להגיע לפתרון ראוי ורצוי, ולאור המבכרים את איסור המתנה מחמת מיתה, אני מבקש להביא לפחות להכרה במתנה מחמת מיתה בעל כורחה. גישתי מבקשת להבחין בבירור בין שני סוגי הסכמים. האחד המוכל באיסור מתנה מחמת מיתה. השני אינו מוחל באיסור האמור. ההסכם הראשון הנו מצב שבו נתן המתנה קובע במפורש כי הנכס יועבר לרשות המקבלים רק לאחר המוות או שניתן ללמוד על כך מן הראיות והנסיבות השונות כולל מגבלות שונות המצויות לצדה של המתנה. ההסכם השני הנו מצב שבו הנותן מותיר בידו שליטה מסוימת בנכס, באמצעות שימור תוכני בעלות מסוימים על ידי מגבלות על מכירה, משכון וכדומה ללא כל כוונה אמיתית להעביר דווקא לאחר המוות.

השטת מתנה מחמת מיתה בעל כורחה מתחולת סעיף 8(ב), שתי דרכים לה. האחת, והיא העדיפה בעיניי, ביטול קטגורי של מתנה מחמת מיתה בעל כורחה מתחולת האיסור. השנייה, צמצום קוואיסי בתחולת האיסור, דרך הכרה במתנה מחמת מיתה בעל כורחה באמצעות פרשנות גמישה לתוכני הבעלות המשוייכים בידי הנותן, ואשר אינם פוגעים בבעלות הנעבר. פרשנות זו תתקן לעברה של המתנה מחמת מיתה בעל כורחה. זאת, מתוך מטרה ברורה שלא להביא בדרך כלל לבטלותן של מתנות מחמת מיתה בעל כורחה. פרשנות זו תצטרך לבחון היטב שלא "יצא שכרה בהפסדה" דהיינו, שמרוב גמישות בפרשנות, יישארו התכנים שבידי הנותן חסרי כל תוכן קנייני אמיתי, ולא יביאו לנותן את האופטימום שלו הוא שואף במסגרת מתנה זו. אבקש להזכיר כי רצונו של הנותן להיטיב עם המקבל ולשמר לו בטחונות לעת בוא יום סגריר.

ח. סיכום

מתנה מחמת מיתה שבה עוסק הדין הישראלי ואוסרה, הנה המתנה מסוג פטירות כפי שהוגדרה בדין הרומי. כלומר מתנה הטומנת בחובה מחשבת מיתה בעלמא ולא דווקא מתנה נוכח פני הסכנה. דהיינו לא היעדרו של יסוד הסכנה כפי שנדרש בדינים שונים הוא אשר מביא לבטלות מתנה מחמת מיתה. כלומר הכרה במתנה מחמת מיתה, שהדין הישראלי אוסרה, לא תזדקק לקיומו של יסוד הסכנה כדי להכשיר את תוקפה.

במסגרת הדיון במתנה מחמת מיתה ניתן לזהות שני מצבים אפשריים המצויים במוסד המתנה מחמת מיתה. הראשון, אותן כיניתי מתנה מחמת מיתה בתצורתה הקלאסית. דהיינו, אותה מתנה אשר אין בה פער בין רצונו של הנותן לבין הלבוש המשפטי המותאם בנוגע לרצון זה. רצון הנותן הנו לתת את המתנה לאחר מותו ולא רגע לפני כן. השני, מתנה מחמת מיתה הנובעת מהפער שבין רצון הנותן לבין הלבוש המשפטי. רצון הנותן לתת את המתנה לאלתר, אולם לשמר לו תכנים מסוימים אשר יבואו לידי ביטוי בדמות מגבלות לצדה של המתנה המועברת. אי לכך, ועקב הגדרת הבעלות על תכניה השונים, המתנה מועברת למקבל מחמת מיתת הנותן. מתנה זו כיניתי מתנה מחמת מיתה בעל

כורחה. מוסד המתנה מחמת מיתה אף בתצורתו הקלאסית אינו צוואה ואינו מתנה. הוא מוסד אנדרדיגנוסי בין שני מוסדות אלו המבקש להתחיל במעשה המתן כחיי הנותן ולסיים זאת לאחר מותו של הנותן, בדומה למוסדות אחרים, אשר אינם צוואות ובכל זאת מביאים להעברת רכוש לאחר המוות. אין כל מניעה בקיומו של מוסד זה. כפי שכבר ציינתי, נימוקי הנגד אינם עומדים במבחן הביקורת במיוחד לגישה המבקשת לשמר זכות חרטה במוסד המתנה מחמת מיתה. לטעמי, אף בלא שימור זכות זו, הנימוקים אינם עומדים במבחן הביקורת וטענת ה"צועק ואינו נענה" כפי שאינה מביאה לשימור זכות החרטה במתנה רגילה, כך אין כל צורך כי תביא לשימור זכות החרטה במוסד המתנה מחמת מיתה. הדברים נכונים קל וחומר בנוגע למתנה מחמת מיתה בעל כורחה, מתנה זו אשר מלווה במגבלות ברמות חיוב או תנאי אינה למעשה מתנה מחמת מיתה כלל לטעמי.

הגדרת הבעלות היא אשר יוצרת מצב שבו עלינו לטעון כי המתן לא היה לאלתר והיות והמגבלות כוחן רפה לחלוטין לעת מות הנותן, אזי בהגדרה המתן הופך להיות מתן מחמת מיתה. דהיינו רק בגלל לבוש משפטי מסוים אשר לא ידוע לנותן ובא לידי ביטוי בהגדרת הבעלות, מתקבלת תוצאה ההפוכה מרצון הנותן. פרשנות אחרת לתוכני הבעלות המועברים מביאה לידי כך כי אין בפנינו מתנה מחמת מיתה. ברי כי מצב זה אינו ראוי, ואולי אף אבסורדי מבחינת מוסד המתנה מחמת מיתה אשר הופך לרביעניין, אולם לא באמת בתפקוד המוסד כפי שהובן וכוונן במשך מאות בשנים. מתנה אשר נותנה רוצה כי גמר שכלולה ייעשה לאחר מותו. לשון אחרת, הבעייתיות הקיימת בסוגיה זו אינה תולדת דיון במוסד המתנה מחמת מיתה, ואינה תולדת נרטיב של מוסד זה כלל. אכן, כאשר אנו מדברים על מתנה מחמת מיתה בתצורתה הקלאסית ברי כי השאלה נובעת מעצם ההכרה במוסד זה, ואולם אי־ההכרה בתוקפו של מוסד זה אינה מחייבת כאמור אי־הכרה במתנה מחמת מיתה בתצורת המגבלות, במתנה מחמת מיתה בעל כורחה. אין כל קשר משפטי בין התובנה המונחת באיסור המתנה מחמת מיתה לבין המתנה מחמת מיתה בעל כורחה. כלומר הכרה במוסד המתנה מחמת מיתה בעל כורחה אף לא תהיה בגדר כפירה בעיקר כפי שביקשתי לעשות במבוא למאמרי. ניתן להציע אפוא שתי גישות שהן שלוש. גישה אחת תשאף להביא לביטול של איסור מתנה מחמת מיתה. גישה שנייה, מתוך הבנה למבכרים איסור זה, תשאף להביא לביטול או לצמצום האיסור לעניין מתנה מחמת מיתה בעל כורחה.

הגישה השנייה, שתי דרכים טמונות בה. האחת, ביטול קטגורי של מתנה מחמת מיתה בעל כורחה. השנייה, צמצום קזואיסטי בתחולת איסור מתנה מחמת מיתה, דרך הכרה במתנה מחמת מיתה בעל כורחה באמצעות פרשנות גמישה לתחולת האיסור לתוכני בעלות המשוירים ביד הנותן ואינם פוגעים בבעלות הנעבר. פרשנות זו תתנקז לעברה של המתנה מחמת מיתה בעל כורחה בעיקר, זאת מתוך מטרה ברורה שלא להביא בדרך כלל לבטלותן של מתנות מחמת מיתה בעל כורחה.

הדרך השנייה, הגם שבחלקה מצויה ובכללותה רצויה היא, אינה הראויה. הדרך הראויה לטעמי היא הדרך הראשונה, דהיינו הכרה קטגורית במתנה מחמת מיתה בעל כורחה וכך כל צד ימצא וחצי תאוותו בידו. המתנגדים לאיסור המתנה מחמת

מיתה יתהדרו בהכרה בתוקפה של המתנה מחמת מיתה בעל כורחה. המבכרים את האיסור יתהדרו בהשארת האיסור על כנו ולטעמי אף בלא כל פגיעה בו, באשר סוף דבר מתנה מחמת מיתה בעל כורחה אינה כלל מתנה מחמת מיתה.