

25 בינואר 2011

## הצעת חוק דיני ממונות (סעיפים 7-16) פעולות משפטיות – נייר עמדה

ישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט 31.1.2012

פרופ' טליה איינהורן\*

החלק השני של הצעת חוק דיני ממונות (סעיפים 7-33) דן בפעולות משפטיות. חלק זה כולל שלושה פרקים: פרק ראשון: הוראות כלליות (סימן א: פעולה משפטית; סימן ב: כשרות לביצוע פעולה משפטית); פרק שני: כשרות לביצוע פעולות משפטיות; פרק שלישי: שליחות.

נייר עמדה זה בוחן את הפרק הראשון (סעיפים 7-16). הוא מתייחס לסוגיות המושגיות והמבניות הכרוכות בקודיפיקציה שיש לה חלק כללי, אשר בו הוראות מיוחדות לגבי "פעולות משפטיות" (1); מנתח את היקפה של "הפעולה המשפטית" ואת התפקיד שהיא ממלאת בהצעת הקודיפיקציה, תוך השוואתה למושג "הפעולה המשפטית" בקודקס הגרמני ובשיטות משפט קונטיננטליות אחרות (2); מעריך את התרומה של מושג "הפעולה המשפטית" שבהצעת הקודיפיקציה לוודאות, לכידות ובהירות של הקודיפיקציה (3); ולבסוף מציע מסקנות והמלצות לגבי חלק 2, פרק ראשון של הצעת הקודיפיקציה (4).

### 1. מושג "הפעולה המשפטית": סוגיות מושגיות ומבניות

פרופ' מיגל דויטש, החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה, מקדיש פרק שלם בספרו החשוב ומאיר העיניים, *פרשנות הקודקס האזרחי*, ל"פעולות משפטיות".<sup>1</sup> הקורא את הפרק מתרשם שוועדת הקודיפיקציה בחרה להשתמש במושג זה, ולהחיל עליו שורת הוראות, מבלי להתייחס כלל לשום שיטה משפטית זרה. אינני יודעת אם התרשמות זו נכונה. ואולם, חשוב לציין שמושג זה מכב בהבלטה בקודקס הגרמני (ה-BGB), בשיטת משפט שכבר צברה ניסיון רב ביישומו. עוד ראוי לציין שמושג זה איננו מופיע בפרק נפרד בקודקסים אחרים, שבחרו במכוון, או מסיבות היסטוריות, שלא לכלול חלק כללי, מופשט בקודיפיקציה שלהן, אך עם זאת הוא מוכר היטב גם בשיטות משפט אלה ויש התייחסות אליו בספרות המקצועית המפרשת את הקודקסים. משום כך, יש צורך בסקירה משווה קצרה כדי לבחון את התפקיד שמושג זה נועד למלא בהצעת הקודיפיקציה הישראלית, ולאחר מכן להעריך את הדרך הראויה לשילובו בקודקס. החשיבות של הסקירה המשווה נובעת גם מכך שקשה להניח שוועדת הקודיפיקציה התכוונה להמציא מושג שאין לו מקבילה בשום שיטת משפט אחרת, כאשר היא בחרה מושג כה ידוע ומושרש ב-BGB, כמו גם בעקרונות היסוד של הקודקסים של כל שיטות המשפט האזרחי.

### היבט המשפט המשווה

מושג ה"פעולה המשפטית" (*Rechtsgeschäft*) הוא אבן-פינה השלישית של הקודקס הגרמני (ה-BGB), לצד שתי אבני הפינה שלהן מוקדשים הסעיפים 1-103 של הקודקס: (א) האדם (איש טבעי או אישיות משפטית), שהוא נושא הזכויות [*Rechtssubjekt*] [סעיפים 1-89]; (ב) נכסים וחיות, שהם מושא הזכויות [*Rechtsobjekt*] [סעיפים 90-103].<sup>2</sup> הפעולה המשפטית היא המושג

\* פרופ' למשפטים, המרכז האוניברסיטאי אריאל – המחלקה לכלכלה ומנהל עסקים/ עמית מחקר בכיר אורח, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה לניהול. <mailto:taliaeinhorn@gmail.com>

<sup>1</sup> מיגל דויטש, *פרשנות הקודקס האזרחי* (בורסי 2005), פרק 2 – פעולות משפטיות, עמ' 165-231.

<sup>2</sup> *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. 1 (general editor: Mathias Schmoeckel) (Mohr-Siebeck 2003), §104-Schermeier, pp. 354f.

המשפטי שבאמצעותו יכול אדם ליצור קשרים משפטיים כלפי אנשים אחרים (או גופים משפטיים) או כלפי נכסים וחיות. המושג מגלם את המאמץ להסדיר באמצעות מערכת כללים אחידה את הדרישות המשותפות וההשלכות המשפטיות של כל הפעולות המותרות על-פי דין. יתרונו העיקרי של האופן שבו הוא מופיע בחלק הכללי של ה-BGB הוא ביצירת מערכת כללים כוללת, אלגנטית וחכמת החלה על כל הפעולות המשפטיות, ללא צורך בחזרות מיותרות. תרומתו ללכידות של הקודקס חשובה ביותר.

השורשים ההיסטוריים של הטיפול הנפרד ב"פעולות משפטיות" בספר הראשון – החלק הכללי של ה-BGB, מצויים במאה ה-19. היו אלה הפנדקטיסטים שזיקקו מושג זה, לצד מושגים משפטיים אחרים הנידונים בחלק הכללי (כגון "אישיות טבעית", "אישיות משפטית"), ממקורותיהם במשפט הרומי וחיברו לכל אחד מהמושגים האלה מערכת כללים, המאורגנת באופן שיטתי בדייקנות מדעית.<sup>3</sup> מטרת החלק הכללי היתה לדון במוסדות המשפטיים המשותפים לכל המשפט הפרטי (חיובים, קניין, דיני משפחה וירושה). מושג "הפעולה המשפטית" כולל לא רק חוזים מסחריים ואת הפעולות האינדיווידואליות הקשורות בחוזים אלה, אלא גם הסכמי מומן בין בני זוג והפעולות הקשורות בהם, עריכת צוואה, החלטה של בעלי מניות בחברה להגדיל את הון החברה, מינוי שליח, וכיו"ב. הרעיון היסודי הוא להימנע מכפילויות. מערכת הכללים המופיעה בחלק הכללי צריכה לחול על כל פעולה משפטית, יהא אשר יהא מקום הימצאה בקודקס.

כדי להגשים עיקרון זה, הקדישו מחברי ה-BGB את כל החלק השלישי: פעולות משפטיות (§§ 104-185) של הספר הראשון – החלק הכללי, ל"פעולה המשפטית". חלק זה כולל שישה סימנים: סימן 1 עוסק בכשרות להתקשר בחוזה ולעשות פעולות משפטיות חד-צדדיות (§§ 104-113); חלק 2 – בהצהרת כוונות (§§ 116-144); חלק 3 – בהוראות כלליות הנוגעות לחוזים (§§ 145-157); חלק 4 – בתנאים ובהוראות לעניין מועדים (§§ 158-163); חלק 5 – בשליחות וביפוי-כוח (§§ 164-181); והחלק השישי – בהסכמה ובאשרור (§§ 182-185).

רוחב היריעה של "הפעולה המשפטית" איננו מאפשר הגדרה מדויקת של תחומי תחולתה. ואולם, מוסכם על הכל שההיבט החשוב ביותר של "הפעולה המשפטית" ב-BGB הוא "הצהרת הכוונות".<sup>4</sup> עניין זה מסביר מדוע הסימן הראשון מוקדש לכשרות משפטית. אנשים נעדרי כשרות אינם יכולים להצהיר על כוונותיהם. עניין זה גם מבהיר את התכלית של הוראות אחרות בחלק השלישי.

מאחר שהפעולה המשפטית היא האמצעי המשמש אדם כדי להשיג תוצאה משפטית וליצור, או לשנות, את היחס המשפטי כלפי אדם אחר, או כלפי נכס, היה צורך לאמץ מספר רב של כללים, שיאפשרו למושג זה למלא את תפקידו. הוראות ה-BGB העוסקות ב"פעולות משפטיות" דנות בהצהרת הכוונות ועל ידי כך מגבילות מלכתחילה את תחום הגדרתן של הפעולות המשפטיות; הן דנות בהעדר כוונה רצינית ובתוצאותיה (בטלות הפעולה המשפטית); בהוראות מפורטות הנוגעות לביטול פעולות משפטיות בשל טעות או מסירה לא נכונה של ההצהרה, והתקופה שבה ניתן לבטל פעולות כאלה (עד 10 שנים); בביטול פעולות משפטיות עקב הטעיה, כפייה או עושק, ותוצאות הביטול, גם אם ההטעיה וכיו"ב נעשו בידי צד ג'; בבטלות הנובעת מהפרת הוראות צורניות מחייבות; בדרישות כתב, כאשר החקיקה מחייבת זאת; בהוראות צורניות אחרות – שימוש בהודעות אלקטרוניות, החובה להשתמש בטקסט מסוים או

<sup>3</sup> Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press 1996), 30f.

<sup>4</sup> Cf. Münchener Kommentar-Schmitt, 4<sup>th</sup> ed. (2001), vol. 1, *Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte* (third part. Juridical Acts), *Normzweck der §§ 104ff* (purpose of the norms of Sections 104ff.), Marginal numbers 1ff.; more concisely Münchener Kommentar-Armbrüster, 6<sup>th</sup> ed. (2012), vol. 1, *Überblick zu den §§ 116 bis 144* (overview of §§ 116 bis 144).

בטקסט מוסכם; המסירה של הצהרת הכוונות ופרשנותה; וכן הוראות הנוגעות להעדר תוקף על פי דין של פעולות משפטיות מסוימות.

לגבי "הפעולה המשפטית" ב-BGB נאמר כי, אף על פי שהכללים המתייחסים ל"פעולות משפטיות" חלים על כלל הפעולות המשפטיות מכל סוג שהוא, הרי בפועל, החוזים הם אלה שעמדו בעיקר לעיני המנסחים.<sup>5</sup> נטען אפוא, שיתכן שהיה זה עדיף לקבוע כללים לחוזים ולקבוע הוראה שכללים אלה יחולו גם על פעולות משפטיות אחרות, בשינויים המחוייבים.<sup>6</sup> ליתרון הנובע מהחיסכון והיעדר החזרות על הוראות יש גם מחיר. לקורא הלא מקצועי קל יותר להבין הוראות המתייחסות לחוזים ומחלות על דרך של הרחבה לפעולות משפטיות, מאשר להבין את ההוראות המופשטות יותר של החלק הכללי של ה-BGB.

אכן, קודקסים אחרים בחרו בדרך שונה. אין בהן ספר המוקדש לחלק הכללי. כך נעשה בספר החוקים האזרחי השוויצרי (ה-ZGB), אשר בו הבחירה נבעה גם מסיבות היסטוריות. סמכות הקונפדרציה השוויצרית לחוקק ספר חוקים אזרחי שלם (להבדיל מסמכותם של הקנטונים לעניין זה) הושגה רק לאחר שהקודקס הנוגע לחיובים בלבד (ה-OR, *Obligationenrecht, Code of Obligations*) כבר חוקק על ידיה. לפיכך, נקבע ב-ZGB סעיף 7, המורה כי ההוראות הכלליות של קודקס החיובים בדבר ההתקשרות, הביצוע והסיום של חוזים יחולו גם על יחסים משפטיים אחרים במשפט האזרחי.

The general provisions of the Code of Obligations concerning the formation, performance and termination of contracts also apply to other civil law relations.

והקומנטאר, כשהוא מבאר מהם היחסים המשפטיים האחרים אליהם מכוון סעיף 7, מצוין במפורש שהכוונה ל-*Rechtsgeschäfte*, בהם חוזים שנכרתו על פי ה-ZGB (דוגמת הסכמי ממון בין בני זוג), הצהרות חד-צדדיות, פעולות שמעצבות זכויות, וכו', וככל שהדבר מתאים ובשינויים מחוייבים גם על חוזי ירושה, וכיו"ב.<sup>7</sup> פעולות משפטיות נוספות הן, למשל, הצעה להתקשרות בחוזה, קיבול, הודעות שצד אחד נותן לצד שני שיש להן השפעה על היחסים החוזיים, ועריכת צוואה.

בקודקס האוסטרי הפרק העוסק בחוזים מכונה "חוזים ופעולות משפטיות בכלל". §876 של פרק זה מרחיב את ההוראות החלות על חוזים גם על הצהרות כוונות אחרות שניתנו כלפי אדם אחר. הוראה דומה קיימת גם בקודקס האיטלקי (סעיף 1324).

בהקשר זה ראוי לציין גם את הגישה שאימצו עורכי ה-Draft Common Frame of Reference (DCFR).<sup>8</sup> ה-DCFR כשמו כן הוא. המסמך הוא מסגרת התייחסות להגדרות, כללים ועקרונות לגבי חלקים חשובים של המשפט הפרטי האירופי. עורכי ה-DCFR – פרופסורים ידועי שם בתחום המשפט האזרחי – מדגישים במבוא למסמך, שהמסמך הוא פרי מחקר אקדמי, שנתמך על ידי הנציבות האירופית, אך איננו הצעת קודיפיקציה (אגב, לאיחוד האירופי אין כלל סמכות לחוקק קודיפיקציה מחייבת של המשפט הפרטי לכלל המדינות החברות, למעט בנושאים מוגדרים דוגמת הגנת הצרכן). הספר השני של ה-DCFR עוסק ב"חוזים ופעולות משפטיות אחרות". הוא אף כולל הגדרה של כל אחד מאלה (סעיף II-1:101).

<sup>5</sup> Konrad Zweigert & Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3<sup>rd</sup> ed. (OUP 1998), 147.

<sup>6</sup> Zweigert & Kötz, *ibid.*

<sup>7</sup> Basler Kommentar/Schmid & Lardelli, 4<sup>th</sup> ed. (Helbing Lichtenhahn 2010), Art. 7, marginal numbers 5, 9.

<sup>8</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, Outline edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Ch. von Bar/ E. Clive/ H. Schulte-Nölke and H. Beale/ J. Herre/ J. Huet/ M. Storme/ S. Swann, P. Varul/ A. Veneziano and F. Zoll (eds.) (Sellier 2009).

(i) A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or a multilateral juridical act;

(ii) A juridical act is any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral.

הגדרת "הפעולה המשפטית" כוללת את המרכיב החיוני של כוונת עושה הפעולה. בלא כוונה אין פעולה משפטית. ב- DCFR ניתן למצוא בעניינים מסוימים הוראות מיוחדות החלות על הפעולות המשפטיות החד-צדדיות (כגון הדרישות לקיומה: כוונת עושה הפעולה להיות מחויב משפטית על פיה, כיצד קובעים שאכן היתה כוונה כזו וכיו"ב, סעיף 4:301-4; פרשנות – סעיף 8:201-8). בעניינים אחרים חלות על הפעולה המשפטית ההוראות לגבי חוזים במישרין (כגון: דרישות צורניות, סעיף 1:106-1; בטלות חלקית ["כלל העיפרון הכחול"], סעיף 1:108-1), ויש עניינים שבהם יש להקיש, בשינויים מחוייבים, מההוראות החלות על חוזים לגבי ההוראות שחלות על הפעולות המשפטיות (כגון תוקף, סעיף 7:101(3)-7).

עם זאת, ראוי לציין שעל עצם ההגדרה נמתחה ביקורת, עדות נוספת לכך שעד כה שום הגדרה לא הצליחה לתפוס את מכלול הפעולות המשפטיות הבאות בגידרה.<sup>9</sup>

## 2. תפקידה של "הפעולה המשפטית" בהצעת הקודקס הישראלית

לכאורה, בחרה ועדת הקודיפיקציה הישראלית בדרך שבה נקטו מחברי ה-BGB, בכך שקבעה חלק כללי, הכולל 40 הוראות המתייחסות למושג "הפעולה המשפטית", ואשר מקומו בקודקס קודם לחלקים העוסקים במוסדות המשפטיים המיוחדים חיובים, קניין, ירושה והתיישנות. ואולם, כפי שנראה להלן, יש שוני מהותי בין "הפעולה המשפטית" בהצעת החוק שלנו לבין "הפעולה המשפטית" המוכרת בשיטות המשפט האירופיות.

הצעת הקודיפיקציה הישראלית כוללת ארבע הוראות המתייחסות לפעולה המשפטית באופן כללי.

סעיף 7. סוגי הפעולה המשפטית

פעולה משפטית יכול שתהיה חד-צדדית או רב-צדדית, בהתאם לחיקוק או לחוזה שעל פיו היא מבוצעת.

סעיף 8. אופן ביצוע פעולה משפטית

פעולה משפטית יכול שתבוצע בעל פה, בכתב או בהתנהגות.

סעיף 9. אי-הדירות פעולה משפטית

פעולה משפטית היא בלתי הדירה החל במועד שבו היא הושלמה, אלא אם כן נקבע אחרת בחוזה או בחיקוק, או שהפעולה היא הדירה, לפי מהותה.

סעיף 10. בטלות פעולה משפטית

הוראות פרק שלישי: בטלות חוזה ונפסדותו בחלק משנה שני לחלק השלישי [סעיפים 109-117]

חולו, בשינויים המחוייבים, על פעולה משפטית.

<sup>9</sup> לביקורת על אי הדיוקים שבהגדרה ועל הקשיים בהם ייתקל כל מי שמבקש להגדיר מושג זה, ר' Nil Jansen & Reinhard Zimmermann, "Contract Formation and Mistake in European Contract Law – A Genetic Comparison of Transnational Model Rules", *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011) 625, part II.1 – The Concept of a Juridical Act.

הוראות כלליות אלה אינן מיידעות שום אדם, אף לא אם הוא עו"ד ממולח, האם קיים מאפיין משותף כלשהו של "הפעולה המשפטית". אף שנאמר שהפעולה המשפטית עשויה להיות חד-צדדית או רב-צדדית (וכנראה גם דו-צדדית), ועל אף שניתן לבצע אותה במספר רב של אופנים, ושלאחר השלמתה (אף כי דבר לא נאמר לגבי אופן השלמתה), היא איננה עוד הדירה על-פי ברירת המחל, בכל זאת ההוראות אינן מספקות שום רמז לגבי התפקיד שנועד למושג זה. אדרבא, על פי סעיף 10, במקום שמהכלל (ז"א, מהפעולה המשפטית) ייגזרו ההוראות החלות על מקרים פרטיים דוגמת חוזים, דווקא ההוראות החלות על הכלל נגזרות מהמקרה הפרטי.

הצעת הקודיפיקציה כוללת גם שש הוראות העוסקות בפעולות משפטיות חד-צדדיות.

סעיף 11. קליטת פעולה חד-צדדית

פעולה משפטית חד-צדדית טעונה קליטה בידי האדם שהפעולה משנה את זכויותיו (בסימן זה – נמען הפעולה), אלא אם כן נקבע אחרת בחוזה או בחיקוק או שהפעולה איננה טעונה קליטה לפי מהותה; לעניין זה, "קליטה", בידי נמען הפעולה – ידיעה של נמען הפעולה על הפעולה ואם נשלחה לו הודעה על הפעולה, יראו בקליטה גם הגעת ההודעה למענו של נמען הפעולה.

סעיף 12. השלמת פעולה חד-צדדית

פעולה משפטית חד-צדדית הטעונה קליטה בידי נמען הפעולה כאמור בסעיף 11 (בסימן זה – פעולה הטעונה קליטה), מושלמת עם קליטתה כאמור.

סעיף 13. הודעה על פעולה חד-צדדית

הודעה על פעולה הטעונה קליטה תינתן לנמען הפעולה בדרך המקובלת בנסיבות העניין.

סעיף 14. נמען פעולה שלא אותר

על אף הוראות סעיפים 11 ו-12, לא ניתן לאתר את נמען הפעולה במאמץ סביר, תושלם הפעולה הטעונה קליטה לאחר שמבצע הפעולה נקט אמצעים סבירים למתן ההודעה בדרך האמורה בסעיף 13, אלא אם כן נודע לנמען הפעולה על הפעולה קודם לכן, בדרך אחרת.

סעיף 15. פעולה של הפעלת זכות ברירה

היתה הפעולה הטעונה קליטה הפעלת זכות ברירה אשר נוצרה בשל הפרת חיוב של נמען הפעולה או בשל פגם ברצון של מבצע הפעולה, כאמור בסעיפים 20, 112 (א) ו-113 עד 115, תושלם הפעולה, על אף הוראות סעיפים 11 ו-12. בתוך זמן סביר ממשלוח ההודעה לגביה בדרך האמורה בסעיף 13, אף אם ההודעה איחרה להגיע לנמען הפעולה, או לא הגיעה כלל, ובלבד שבנסיבות העניין היה סביר לצפות כי ההודעה תגיע לנמען הפעולה במועד והכל אלא אם כן נודע לנמען הפעולה על הפעולה קודם לכן, בדרך אחרת.

סעיף 16. המועד לביצוע הפעולה

המועד לביצוע פעולה משפטית חד-צדדית הוא בתוך זמן סביר מהמועד שבו נודע לאדם על זכות לבצע את הפעולה.

מה ידוע לנו בשלב זה על "פעולות משפטיות"? עדיין מעט מאוד. מסעיפים 11 ו-12 אנו למדים שיש פעולות משפטיות חד-צדדיות הטעונות השלמה, בעוד שאחרות אינן כאלה (האם זאת אומרת שפעולות שאינן טעונות השלמה הן, כעניין של ברירת מחל, הדירות? האם יש גם פעולות רב-צדדיות שאינן טעונות השלמה? ומהי הנפקות המשפטית של מסקנה זו?). ואולם, אין חשיבות לתשובות לשאלות אלה, כל עוד איננו מבינים מדוע בכלל יצרו מנסחי הצעת החוק קטגוריה מיוחדת של פעולות משפטיות אשר לה הצמידו כללים נפרדים.

על-פי פרופ' דויטש, "מושג 'הפעולה המשפטית' אינו נושא בהכרח משמעות זהה בכל ההקשרים. כל הקשר נתון מחייב עיון באשר לתכליתו של מושג זה באותו הקשר".<sup>10</sup> דויטש מונה

<sup>10</sup> דויטש, פרשנות הקודקס האזרחי, הערה 1 דלעיל, עמ' 165, § 2.2.

שלושה הקשרים כאלה: (1) דיני הכשרות המשפטית; (2) דיני שליחות; ו-(3) סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) (אשר השימוש בו זכה לחיים חדשים בסעיף 10, הצעת הקודיפיקציה). דברי ההסבר להצעת החוק מאשרים דברים אלה. בדברי המבוא לחלק השני: פעולות משפטיות, פרק ראשון: הוראות כלליות, נכתב ש"המונח 'פעולה משפטית' עצמו איננו מוגדר, והוא ייוותר כעניין לפרשנות, בהתחשב בהקשר שבו הוא מופיע".<sup>11</sup> זו גם נקודת המוצא של נייר העמדה שהגיש הייעוץ המשפטי לוועדה (22.1.2012) לקראת הדיון ביום 31.1.2012.

אליבא דדויטש, יש לכלל הפעולות המשפטיות מכנה משותף: הן מאופיינות בכך שהן משנות את המצב המשפטי.<sup>12</sup> ההצדקה להוספת יסוד נוסף כלשהו (כולל שאלת כוונתו של מבצע הפעולה המשפטית) צריכה להיבחן לאורו של ההקשר הנתון. כך, למשל, הוא קובע באחד ההקשרים – "מובן, כי השאלה הקובעת אינה אם מבחינה עובדתית, מבצע הפעולה (במקרה נתון או במקרה טיפוסי) התכוון לשנות את המצב המשפטי, אלא אם כן קיומה של כוונה כזו הוא רלוונטי על פי הדין".<sup>13</sup> למכנה המשותף, על-פי גרסתו של דויטש, אין הד בהצעת החוק או בדברי ההסבר.

אם גישה זו נכונה, אזי "הפעולה המשפטית" של הצעת החוק הישראלי שונה תכלית שינוי מהמונח המופיע ב-BGB, מזה הקיים בעקרונות היסוד ובהוראות הכלולות בקודקסים האירופיים האחרים, וגם מזה הנזכר ב-DCFR. אגב, היא שונה גם בתכלית מ"הפעולה המשפטית" של סעיף 61(ב) של חוק החוזים (חלק כללי). על פי דברי ההסבר להצעת החוק (הצעות חוק 880, כ"ט בניסן תשל"ל, 5.5.1970), המדובר היה ב"פעולות משפטיות אחרות בתחום דיני הממונות, שאינן בבחינת חוזה, כגון הצהרות משפטיות חד-צדדיות, אופציות, הודעות, ועוד" (סעיף 64(ב) להצעת החוק).

מחד גיסא, היקפו של המושג הישראלי רחב ביותר ומכסה פעולות רבות שאינן כלולות בגדר המושג במובנו שם, כשהקווים התוחמים אותו מעורפלים ובלתי ודאיים. אם, אכן, כוונת מבצע הפעולה המשפטית, שלפעולתו יהיה תוקף משפטי, איננה דרישה מחייבת שבלעדיה לא תיחשב פעולתו ל"פעולה משפטית", ואם "הפעולה המשפטית" במקום זאת מאופיינת בכך שהיא משנה את המצב המשפטי, אזי כל מעשה נזיקין עשוי להיחשב "פעולה משפטית" על פי ההצעה. ואכן, דויטש מציין שאין מניעה ככלל שבגדר הפעולות המשפטיות שעליהן חלות ההוראות, יבואו הן חיובים רצוניים והן חיובים בלתי-רצוניים, ככל שהדבר מתאים לעניין. "לא מן הנמנע כי הוראות נוספות ביחס לחיובים ... יחולו לאחר סינון ובדיקה גם על חיובים חוץ-חוזיים".<sup>14</sup> אין ציון כיצד ייעשה הליך "הסינון והבדיקה".

מאידך גיסא, על פי פרשנות זו, לא כל "פעולה משפטית", במובנה ב-BGB, או כפי שניתן היה לצפות על פי הגיונם של דברים, תבוא בגדר "הפעולה המשפטית" על פי ההצעה. כתיבת צוואה, שהיא פעולה משפטית על פי ה-BGB, איננה, כשלעצמה, משנה את המצב המשפטי. כך גם הבטחת מתנה.

השימוש במושג אינו נעשה ברור יותר אם "הפעולה המשפטית" הישראלית איננה מאופיינת על ידי שינוי המצב המשפטי. שכן, אם כך הוא הדבר, אין לה מאפיין כלל. כמעט כל פעולה נעשית "פעולה משפטית" – הזמנה למסיבה, הבטחת נישואין, וכו'. בהתחשב בכך שעל פי ברירת המחדל, פעולות משפטיות אינן הדירות מעת השלמתן, חידוש זה עשוי להקנות חשיבות רבה יותר מאי פעם לביטוי "סייג לחוכמה שתיקה". אלא ששתיקה לא בהכרח תעזור,

<sup>11</sup> הצעות חוק 595, עמ' 717.

<sup>12</sup> דויטש, הערה 1 דלעיל, בעמ' 165, § 2.2.

<sup>13</sup> דויטש, הערה 1 דלעיל, בעמ' 166, § 2.3.

<sup>14</sup> דויטש, הערה 1 דלעיל, בעמ' 172, § 2.11.

שכן "מעשה", על פי הגדרתו בסעיף 6 להצעת הקודיפיקציה, כולל "מחדל", ודי בהתנהגות כדי להקים פעולה משפטית.

אין להתפלא אפוא ששום נורמות משפטיות לא הוצמדו למושג זה, פרט להוראות התיאוריות והמופשטות הספורות המנויות לעיל. אם מטרת הקודיפיקציה היא להודיע לאנשים את זכויותיהם וחובותיהם, הרי אין כל תועלת במושג מעורפל שכזה.

*מסקנה: התפקיד שנועד לפעולה המשפטית בהצעת הקודיפיקציה איננו ברור. "הפעולה המשפטית" הנזכרת בו היא מושג מעורפל, ריק מתוכן, האמור להתפרש באופן שונה בכל הקשר מיוחד שבו משתמשים בו.*

### **3. התרומה השלילית של "הפעולה המשפטית" שבהצעה לוודאות, לכידות ובהירות הקודקס**

מושג "הפעולה המשפטית", כפי שהוא מופיע בהצעת הקודיפיקציה, איננו ממלא תפקיד דומה לזה שיש למושג הזהה ב-BGB. אפילו מנסחי החוק השאירו לבתי המשפט את מלאכת הברור של הפעולות שתייחשבה כפעולות משפטיות שכן, לשיטתם, תוכנו של המושג תלוי בהקשר שבו הוא מופיע. על פי ההצעה הנוכחית, רק לאחר שבית משפט יכריז על פעולה מסוימת כ"פעולה משפטית", תימצאנה גם ההוראות החלות על אותה פעולה, קרוב לוודאי בין ההוראות החלות על הפעולה המסוימת שבה הדברים אמורים – חוזים, נזיקין, קניין, דיני משפחה וירושה. משום כך, כמעט כל הכללים המתייחסים למושג זה ב-BGB נעדרים מהצעת הקודיפיקציה, שכן כל עוד מושג זה ריק מתוכן, אי אפשר לייחס לו הוראות ברורות שחלות על המושג ככלל. מצב דברים זה מעורר את שאלת תכליתן ונחיצותן של ההוראות הבודדות המופיעות בהצעת החוק, המנוסחות בלשון מסורבלת, מופשטת ובלתי בהירה.

ואולם, האם ניתן להעלות על הדעת שמה שלא יעשה המחוקק בעניין זה, יהיו בתי המשפט או הצדדים מסוגלים לעשות בעת שהם דנים במקרה פרטי? הזמן לחקור ולהבין את המושגים הוא בשלב הקודם לאימוץ החוק, שכן בידי המחוקק יש כלים טובים בהרבה להבין את הנושא בכללותו ולבחון אותו מכל היבטיו (כולל הסתייעות במשפט משווה), מאלה העומדים לרשות בית המשפט שצריך להכריע במקרה פרטי תוך זמן סביר ואין לו זמן או יכולת, והוא גם לא אמור, להשיב על שאלות מסוג זה באופן מערכתי.

*מסקנה: הפעולה המשפטית וההוראות המתייחסות אליה, כפי שאלה מנוסחות כעת, אינן תורמות לוודאות, לכידות או בהירות. ההיפך הוא הנכון! מדובר במושג מעורפל, אשר עלול לשמש מקור נוסף לאי-וודאות ובלבול במערכת המשפט הישראלית.*

### **4. מסקנות והמלצות לגבי חלק 2, פרק 1, הצעת הקודיפיקציה**

לענ"ד, אין מקום לאמץ את פרק 1, כפי שהוא מנוסח. בהליך הקודיפיקציה יש לבחור בין שתי הדרכים הבאות:

א. לשמר את המושג "פעולה משפטית" בפרק הכללי, אך להעניק לו מובן ברור, אחיד וקבוע, בכל הקשר שבו המושג מופיע, כך שגם אם אין זה ניתן להגדיר אותו במדויק,<sup>15</sup> מכל מקום ניתן יהיה לזהות את הפעולות המשפטיות. מאחר שעניין הכוונה של עושה הפעולה הוא לב-לבה של

<sup>15</sup> לגבי הקושי בהגדרת המושג "פעולה משפטית", ר' Jansen & Zimmermann, הערה 9 דלעיל.

הפעולה המשפטית על פי כל שיטות המשפט, יש להדגיש עניין זה גם בשיטת המשפט הישראלית. ברגע שתוכנו של המושג יהיה ברור, לא יהיה גם קושי לנסח בשפה ברורה את ההוראות החלות על הפעולות המשפטיות. כך יישמר גם הרצף ההגיוני של הוראות החלק הכללי, שהרי ההוראות הבאות בהצעת החוק (סעיפים 17-32) דנות ב"כשרות לביצוע פעולה משפטית". כאמור, הטעם לכך שהוראות אלה מצויות כאן הוא משום שאנשים נעדרי כשרות אינם יכולים להצהיר על כוונותיהם ולפעולות משפטיות שהם מבצעים אין בדרך כלל תוקף.

ב. לבחור בדרך שננקטה בקודקסים אחרים שאין להן חלק כללי, ולפתח את הכללים בנפרד לחוזים ולחלק מהפעולות משפטיות אחרות (דוגמת כתיבת צוואה). במקביל יהיה צורך להרחיב את תחולתן של ההוראות החלות על חוזים, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם ל"פעולות משפטיות" נוספות, דוגמת ההוראה של סעיף 7 לקודקס השוויצרי, או 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי). אך שוב יש להדגיש – בכל שיטות המשפט משמעות "הפעולה המשפטית" זהה, וכוונת עושה הפעולה היא יסוד מהותי שלה. אם תיבחר דרך זו, ייתכן שבסופו של דבר יתברר כי, כדי לשמר את לכידות הקודקס ולחסוך כפילויות, ראוי להחיות את מושג "הפעולה המשפטית" בפרק ראשון כללי, ואולם זה יהיה סופו של התהליך ולא נקודת המוצא שלו. בהחלט ייתכן שהוועדה הנכבדה תעדיף הוראות ברורות בענייני חוזים בתוספת הוראה כללית המרחיבה את התחולה ל"פעולות משפטיות", על פני הוראות מופשטות יותר המתייחסות ל"פעולות משפטיות", אשר מהן יש להקיש את ההוראות החלות על דיני חוזים.