

הצעת חוק דיני ממונות (סעיפים 7-17) פעולות משפטיות – נייר עמדה מעודכן

ישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט 6.5.2012

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 7-17). הוא מתייחס במיוחד למושג "הפעולה המשפטית" ותפקידו בקודיפיקציה שיש לה חלק כללי (בראש ובראשונה הקודקס הגרמני), אשר בו הוראות מיוחדות לגבי "פעולות משפטיות", אך גם לחשיבותו למדע המשפט ופרשנות הקודקס בשיטות משפט שאין בהן חלק כללי.

המסמך דן במושג "הפעולה המשפטית" בהצעת החוק, לאור ההגדרה שהוצעה ע"י משרד המשפטים והועלתה ביום 1 במאי על אתר וועדת חוקה, חוק ומשפט (1); סוקר את מושג "הפעולה המשפטית" במשפט הגרמני (2); סוקר את מושג "הפעולה המשפטית" ומשמעותו בשיטות משפט קונטיננטליות אחרות וכן ב-Draft Common Frame of Reference, ומבאר מדוע מושג זה לא פותח במשפט האנגלו-אמריקאי (3); מציע ניתוח ביקורתי של "הפעולה המשפטית" בהצעת החוק הישראלית (4); ולסיום סיכום והמלצות לגבי מבנה הקודקס ובמיוחד לגבי חלק 2, פרק 1, הצעת הקודיפיקציה (5).

1. מושג "הפעולה המשפטית" בהצעת משרד המשפטים מיום 1 במאי 2012

הצעת משרד המשפטים מגדירה את המושג "פעולה משפטית" כך:

פעולה המשנה את הזכויות או החובות של מבצע הפעולה או של אדם אחר, ובלבד שעל פי החוזה או החיקוק שעל פיו מתבצעת הפעולה, שינוי הזכויות או החובות מותנה ברצונו של מבצע הפעולה לגרום לשינוי כאמור.

ההגדרה והסעיפים המוצעים שונים מהמצוי בשיטות משפט אחרות בעניינים מרכזיים. כך, למשל, כפי שיתבאר מסקירת המשפט המשווה, ההגדרה על פיה "הפעולה המשפטית" משנה את הזכויות והחובות של מבצע הפעולה או של אדם אחר, להבדיל מפעולה שכוונתה לשנות זכויות או חובות, היא הצעה שאין לה מקבילה בשיטות משפט מפותחות אחרות. בשוני כשלעצמו אין שום רע, אלא שתכונה זו של "הפעולה המשפטית" המוצעת אילצה את מנסחי הצעת החוק לחוקק בעקבותיה שורה של הוראות מסובכות ברמת הפשטה בלתי אפשרית שאין בהן צורך בשיטות המשפט האחרות. הטעם לכך ברור. אם הפעולה לא רק מכוונת לשנות זכויות וחובות אלא גם משנה אותן בפועל, יש צורך לקבוע הוראות כיצד יש להביאה לידיעת מי שהפעולה משנה את זכויותיו (המכונה "נמען הפעולה"). מכיוון שהפעולות המשפטיות נושאות אופי מגוון ביותר, נאלץ

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

המחוקק גם להמציא מושגים חדשים כגון דרישת "קליטה" של "הפעולה המשפטית" (שהרי המילים "קיבול" ו"מסירה" כבר קיבלו משמעויות משלהן), וכל שופט יידרש להחליט איזו פעולה "טעונה קליטה" ואיזו איננה, ועל המחוקק גם לקבוע מה קורה כשהפעולה לא "נקלטה", או שלא היתה דרך סבירה ל"הקליט" אותה.

השאלות הנוקבות שהעלו חברי וועדת חוקה, חוק ומשפט הנכבדים בישיבה החולפת ביום 28 בפברואר 2012, לגבי משמעותן, פרשנותן ותוכן של ההוראות שנקבעו לעניין זה בהצעת החוק, הן הוכחה לקושי הגדול להבין הוראות אלה ולהחיל אותן על מקרים קונקרטיים. אך יש להבין שההוראות, וגם הקשיים שהן מעוררות, הם התוצאה הישירה של ההגדרה שנבחרה. בכל ההוראות האלה לא היה כלל צורך אילו היה המחוקק מסתפק בהגדרה של "הפעולה המשפטית" כפעולה שכוונתה לשנות זכויות או חובות, כפי ביטוייה בשיטות המשפט הקונטיננטליות (בתורת המשפט האנגלו-אמריקאית אין מושג דומה). לפני שאעבור לנתח את ההוראות המוצעות אחת לאחת אבאר את המושג בשיטות המשפט האחרות, עניין חיוני לצורך הבנת הנושא, חשיבותו והמסקנות העולות מהניתוח.

הדיון יתחיל במשפט הגרמני, מאחר שבקודקס הגרמני יש חלק כללי, שבמידת מה שימש מודל ומקור השראה למחברי הצעת החוק (שהרי בשיטות משפט קונטיננטליות חשובות אחרות אין חלק כללי מעין זה), לפחות מבחינה רעיונית. החלק הכללי מזקק מהקודיפיקציה את הנושאים הכלליים המשותפים לכל הספרים האחרים במטרה לחסוך חזרות מיותרות וריבוי הפניות לסעיפים אחרים. תרומתו ללכידות הקודקס חשובה ביותר.

2. מושג ה"פעולה המשפטית" במשפט הגרמני

מושג ה"פעולה המשפטית" (*Rechtsgeschäft*) הוא אבן-הפינה 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*] [§§ 1-89]; (ב) נכסים וחיות, שהם מושא הזכויות [*Rechtsobjekt*] [§§ 90-103].¹

הפעולה המשפטית היא המושג המשפטי שבאמצעותו יכול אדם לממש את חירותו האישית ולעצב יחסים משפטיים, על פי רצונו, 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 מקומו בחלק הכללי של ה-BGB הוא ביצירת מערכת כללים כוללת, אלגנטית וחסכונית החלה על כל הפעולות המשפטיות, יהא אשר יהא מקום הימצאן בקודקס.

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.² מטרת החלק הכללי היתה לדון במוסדות המשפטיים המשותפים לכל המשפט הפרטי (חייבים, קניין, דיני משפחה וירושה).

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

² Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press 1996), 30f.

מושג "הפעולה המשפטית" כולל לא רק חוזים מסחריים ואת הפעולות האינדיווידואליות הקשורות בחוזים אלה, אלא גם הסכמי ממון בין בני זוג והפעולות הקשורות בהם, עריכת צוואה, החלטות של האורגנים של חברה (כדוגמת החלטה להגדיל את הון החברה), מינוי שליח, וכיו"ב.

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. מחברי ה-BGB הקדישו לעניין זה את כל החלק השלישי: פעולות משפטיות, 81 סעיפים (§§ 104-185), של הספר הראשון – החלק הכללי. חלק זה כולל שישה סימנים:

סימן 1 עוסק בכשרות להתקשר בחוזה ולעשות פעולות משפטיות חד-צדדיות (§§ 104-113);

סימן 2 – בהצהרת הכוונות: היעדר כוונה רצינית ותוצאותיה, קרי: בטלות הפעולה המשפטית; הוראות מפורטות הנוגעות לביטול פעולות משפטיות בשל טעות או מסירה לא נכונה של ההצהרה, והתקופה שבה ניתן לבטל פעולות כאלה; ביטול פעולות משפטיות עקב הטעיה, כפייה או עושק, ותוצאות הביטול, גם אם ההטעיה וכיו"ב נעשו בידי צד ג'; בטלות הנובעת מהפרת הוראות צורניות מחייבות; דרישות כתב, כאשר החקיקה מחייבת זאת; הוראות צורניות אחרות – שימוש בהודעות אלקטרוניות, החובה להשתמש בטקסט מסוים או בטקסט מוסכם; תוקפה של הצהרה שנעשתה כלפי אדם שאינו נוכח במקום הינתן ההצהרה; תוקף הצהרה שניתנה כלפי אדם שאינו כשיר; פעולות משפטיות אסורות על פי דין (§§ 116-144);

סימן 3 – בהוראות כלליות הנוגעות לחוזים: הוראות לגבי הצעה וקיבול, התנאים לקיומו של חוזה מחייב, חוזה שנוצר במכירה פומבית, פרשנות חוזים (§§ 145-157);

סימן 4 – בתנאים ובהוראות לעניין מועדים: תנאי מתלה, תנאי מפסיק, והוראות קשורות בנושאים אלה (§§ 158-163);

סימן 5 – בשליחות וביפוי-כוח, אך ורק בהיבט של יכולת השלוח לעשות פעולות משפטיות על פי רצונו של אדם אחר, השולח, כלפי צדדים שלישיים (להבדיל מהחוזה שבין השולח לשלוח שבו החלק הכללי איננו עוסק) (§§ 164-181);

סימן 6 – בהסכמה ובאשרור [כגון שתוקפו של הסכם או של פעולה משפטית חד-צדדית תלויים בהסכמת צד ג' וההוראות החלות על ההסכמה, הסכמה מראש, הסכמה בדיעבד, ז"א אשרור] (§§ 182-185).

רוחב היריעה של "הפעולה המשפטית" איננו מאפשר הגדרה מדויקת של המושג וגם לא של תחומי תחולתו. ואולם, מוסכם על הכל שמושג "הפעולה המשפטית" מתבטא בהצהרת רצון המכוונת להשיג תוצאה משפטית ("הצהרת כוונות") שניתנת על ידי צד (צדדים), ובהכרה ב"הצהרת הכוונות" הזו על ידי שיטת המשפט.³ משום כך, גם מוסכם על הכל שההיבט החשוב ביותר של "הפעולה המשפטית" ב-BGB הוא "הצהרת הכוונות",⁴ והמושגים "פעולה משפטית" ו"הצהרת כוונות" אינם ניתנים להפרדה. עניין זה מסביר מדוע הסימן הראשון בחלק זה של ה-BGB מוקדש לכשרות משפטית. אנשים נעדרי כשרות אינם יכולים להצהיר על כוונותיהם. עניין זה גם מבהיר את התכלית של הוראות אחרות בחלק השלישי. משום כך, עניין יכולתו של השלוח להצהיר על כוונה שאיננה שלו אלא של אדם אחר [השולח] מוצאת את מקומה בחלק זה.

³ Jan Peter Schmidt, "Rechtsgeschäft", in: *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt and Reinhard Zimmermann [eds.]), (Mohr-Siebeck 2009), vol. 2, p. 1241.

⁴ Cf. Münchener Kommentar-Schmitt, 4th 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, 6th ed. (2012), vol. 1, *Überblick zu den §§ 116 bis 144* (overview of §§ 116 bis 144).

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.⁵ נטען אפוא, שייתכן שהיה זה עדיף לקבוע כללים לחוזים ולקבוע הוראה שכללים אלה יחולו גם על פעולות משפטיות אחרות שאינן בבחינת חוזה, בשינויים המחויבים.⁶ ליתרון הנובע מהחיסכון והיעדר החזרות על הוראות יש גם מחיר. לקורא הלא מקצועי קל יותר להבין הוראות המתייחסות לחוזים ומוחלות על דרך של הרחבה גם על פעולות משפטיות, מאשר להבין את ההוראות המופשטות יותר של החלק הכללי של ה-BGB.

3. מושג "הפעולה המשפטית" בשיטות משפט אחרות וב-DCFR

בקודקסים הקונטיננטליים האחרים, ברובם המכריע, אין ספר המוקדש לחלק הכללי. כך הדבר בספר החוקים האזרחי השווייצרי (ה-ZGB), אשר בו אי הכללתו של חלק כללי נבעה גם מסיבות היסטוריות. סמכות הקונפדרציה השווייצרית 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, מציין במפורש שהכוונה ל-*Rechtsgeschäfte*, בהם חוזים שנכרתו על פי ה-ZGB, דוגמת הסכמי ממון בין בני זוג (להבדיל מחוזים שנכרתו על פי קודקס החיובים), הצהרות חד-צדדיות, פעולות שמעצבות זכויות, וכו', וככל שהדבר מתאים ובשינויים מחויבים גם על חוזי ירושה, וכו'.⁷ 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).

כדי לענות על הצורך בשיטתיות בקודקס, שילבה גם צרפת (בשלב מאוחר בהרבה, בעקבות Raymond Saleilles, שחקר את שיטת המשפט הגרמני בשלהי המאה ה-19) את מושג ה-*Acte juridique* במדע המשפט (וכך גם הדין האיטלקי, ספרדי, וכו').

לעומתן, במדינות המשפט המקובל, שבהן המשפט מתפתח מתקדים לתקדים ולא על פי מתווה שיטתי שנקבע בקודקס, מושג "הפעולה המשפטית" איננו מוכר.

ראוי לציין גם את ההגדרה שאימצו עורכי ה-Draft Common Frame of Reference (DCFR).⁸ ה-DCFR כשמו כן הוא. המסמך הוא מסגרת התייחסות להגדרות, כללים ועקרונות לגבי

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

⁶ Zweigert & Kötz, *ibid.*

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

⁸ *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

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).

(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.

בתרגום לעברית: "פעולה משפטית" – הצהרה או הסכם, בין שנעשתה במפורש או שניתן להסיקה מכללא מהתנהגות, המכוונת להשיג תוצאה משפטית. הפעולה המשפטית יכולה להיות חד-צדדית, דו-צדדית או רב-צדדית.

להשלמת התמונה, אציין שמחברי ה-DCFR הציעו, בטיטה קודמת, נוסח שכלל, כאחת משתי חלופות, פעולות שיש להן תוצאות משפטיות (ספר שני, פרק ראשון, סעיף II-1:101-1(2)):

II. – 1.:101

(2) A juridical act is any statement or agreement or declaration of intention, whether express or implied from conduct, *which has* or is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral (emphasis added – TE).

בתרגום לעברית: "פעולה משפטית" – הצהרה או הסכם, בין שנעשתה במפורש או שניתן להסיקה מכללא מהתנהגות, שיש לה, או שהיא מכוונת להשיג תוצאה משפטית. הפעולה המשפטית עשויה להיות חד-צדדית, דו-צדדית או רב-צדדית (ההדגשה הוספה – טא).

נוסח זה דומה יותר להצעה שעל הפרק, במובן שעל פי נוסח זה מופיעה בהגדרה, אף כי רק לחילופין (בשונה מההצעה שלפנינו), התכונה שיש לה תוצאה משפטית, ז"א שהיא משנה זכויות וחובות. הנוסח זכה לביקורת נוקבת ואכן, כאמור לעיל, החלופה הזו הוצאה מהנוסח הסופי.

הגדרת "הפעולה המשפטית" בנוסחו הסופי של ה-DCFR 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: (א) הדרישות לתוקפה: כוונת עושה הפעולה להיות מחויב משפטית על פיה, כיצד קובעים שאכן היתה כוונה כזו, וכל כיו"ב, סעיף II-4:301; (ב) פרשנות – סעיף II-8:201. בעניינים אחרים חלות על הפעולה המשפטית ההוראות שנקבעו לגבי חוזים במישרין (כגון: (א) דרישות צורניות, סעיף II-1:106; (ב) בטלות חלקית [כלל העיפרון הכחול]), סעיף II-1:108), ויש עניינים שבהם יש להקיש, בשינויים מחויבים, מההוראות החלות על חוזים לגבי ההוראות שחלות על הפעולות המשפטיות (כגון תוקף, סעיף II-7:101(3)).

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).

עם זאת, ראוי לציין שעל ההגדרה ב-DCFR נמתחה ביקורת, המצביעה על כך שגם הגדרה זו לא הצליחה לתפוס את מכלול הפעולות המשפטיות שהיו אמורות לבוא בגדרה, מחד גיסא, ולהימנע מלכלול פעולות שאינן אמורות לבוא בגדרה, מאידך גיסא.⁹

4. ניתוח ביקורתי של "הפעולה המשפטית" בהצעת הקודקס הישראלית

לכאורה, בחרה ועדת הקודיפיקציה הישראלית בדרך שבה נקטו מחברי ה-BGB, בכך שקבעה חלק כללי, הכולל [בנוסח המקורי של הצעת החוק] 40 הוראות המתייחסות למושג "הפעולה המשפטית", ואשר מקומו בקודקס קודם לחלקים העוסקים במוסדות המשפטיים המיוחדים חיובים, קניין, ירושה והתיישנות. ואולם, כפי שצינתי, 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, אשר לאחר תיקון על ידי משרד המשפטים מנוסחות כך.

סעיף 7. מהותה של פעולה משפטית

פעולה משפטית היא פעולה המשנה זכויות או חובות של מבצע הפעולה או של אדם אחר ובלבד שלפי החוזה או החיקוק שעל פיו מתבצעת הפעולה, שינוי הזכויות או החובות מותנה ברצונו של מבצע הפעולה לגרום לשינוי כאמור.

סעיף 8. סוגי פעולות משפטיות

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

(ב) פעולה משפטית יכול שתהיה מותנית.

סעיף 9. אופן ביצוע פעולה משפטית

פעולה משפטית יכול שתבוצע בעל פה, בכתב או בהתנהגות.

סעיף 10. אי-הדירות פעולה משפטית

(א) פעולה משפטית חזקה שהיא בלתי הדירה החל במועד שבו היא הושלמה.
(ב) על אף האמור בס"ק (א), פעולה משפטית חד-צדדית שאינה טעונה קליטה, חזקה שהיא הדירה.

סעיף 11. בטלות פעולה משפטית

הוראות פרק שלישי: בטלות חוזה ונפסדותו בחלק משנה שני לחלק השלישי [סעיפים 109-117] יחולו, בשינויים המחויבים, על פעולה משפטית.

4.1 הערה כללית

כפי שניתן לראות, הוראות אלה שונות מאוד מההוראות החלות על הפעולה המשפטית בחלק הכללי של הקודקס הגרמני. בעוד שההוראות בחלק הכללי של הקודקס הגרמני מזקקות את הנושאים הכלליים המשותפים מכלל חלקי הקודקס במטרה לחסוך חזרות מיותרות וריבוי הפניות לסעיפים אחרים, ההיפך הוא הנכון בהצעת החוק.

בהצעה הישראלית חסרות כל ההוראות האופרטיביות – כ-80 במספר – המופיעות בחלק הכללי של ה-BGB. בעניין היחיד שבו יש דמיון – עניין הפגמים ברצון – מפנה ההצעה הישראלית בחלק הכללי דווקא להוראות לגבי חוזים. החשיבות של החלק הכללי נובעת כל כולה אך ורק מכך שההוראות של החלק הכללי תקבענה את הכלל מבלי שיהיה צורך לחזור על

⁹ 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.

ההוראות כלל, ואף לא להפנות אליהן, ביתר חלקי הקודקס. ואולם, בסעיף 11, במקום שמהכלל (ז"א, מהפעולה המשפטית) ייגזרו ההוראות החלות על החוזים (שהם מקרה פרטי של הפעולות המשפטיות), בוחרת ההצעה להחיל את המקרה הפרטי על הכלל. עניין זה מעמיד בסימן שאלה את הצורך בחלק כללי, אם זה ממילא שואב את תוכנו ממקרה פרטי יחיד המובא בפרוטרוט בהמשך.

4.2 הערות מפורטות לסעיפים המוצעים

סעיף 7

בהגדרה נקבע שהפעולה המשפטית היא פעולה "המשנה זכויות וחובות". לעניין זה שתי השלכות חשובות ביותר. האחת, שההגדרה לוקה בחסר. עריכת צוואה, שהיא אליבא דכולי עלמא "פעולה משפטית" איננה משנה שום זכות או חובה עד מועד פטירתו של המצווה. אמנם משרד המשפטים הביע דעה הפוכה בעניין זה, אך הספרות המשפטית הענפה הקיימת בנושא איננה מסכימה עם עמדת משרד המשפטים. גם החלטות שמקבלת חברה (באמצעות אורגניה) אינן בהכרח משנות זכויות וחובות. במקרים רבים הן רק מכוונות לשנות זכויות וחובות, והדבר נכון גם לגבי התחייבויות חד-צדדיות אחרות. מכאן, שההגדרה שהוצעה איננה תופסת את כלל הפעולות המשפטיות, ואיננה "המקום הגיאומטרי" שלהן.

ההשלכה השנייה נוגעת לצורך ל"הקליט" את ההוראה לנמען הפעולה. ברגע שהפעולה משנה זכויות וחובות יש לדאוג שמי שהיא משנה את זכויותיו, ובעיקר את חובותיו, ידע עליה (במאמר מוסגר ייאמר שלעניין זכויותיו היה צריך להתקיים העיקרון ש"זכין לאדם שלא בפניו"). מכאן הצורך בכל ההוראות שבסימן ב', שאין להן אח ורע בשום קודקס אחר, ואשר בהן אדון בפרוט להלן. שינוי ההגדרה, כמקובל בשיטות המשפט האחרות, יפתור את שתי הבעיות כאחת.

סעיף 8

סעיף 8(א) קובע שפעולה משפטית יכולה להיות חד-צדדית או רב-צדדית (ביטוי שכנראה כולל גם פעולות דו-צדדיות). לא ברור מדוע יש צורך בתוספת "בהתאם לחיקוק או לחוזה שעל פיו היא מבוצעת". מאחר שמלים אלה מופיעות בהגדרה, היה עדיף לענ"ד, מבחינה לשונית, להוסיף סעיף קטן (ב) להגדרה הקובע שפעולה משפטית יכולה להיות חד-צדדית, דו-צדדית או רב-צדדית.

סעיף 8(ב) קובע שפעולה משפטית יכולה להיות מותנית. כאן ניתן היה לצפות למצוא את ההוראות העוסקות במיני התנאים – תנאי מפסיק, תנאי מתלה, ומשמעותם המשפטית של כל אחד מתנאים אלה, ואולם ההוראה כפי שנוסחה כאן תיאורית בלבד, ואיננה מספקת שום מידע לגבי התוקף והמשמעות של הפעולה המשפטית המותנית. כנראה, צופה הצעת החוק, הפעם במשתמע ולא במפורש, שכאשר ייתקל המפרש בפעולה משפטית שנעשתה על תנאי, יפנה הלה להוראות המפורטות המופיעות בפרק על דיני חוזים ויחיל אותן על כלל הפעולות המשפטיות המותנות. השאלה המתבקשת שוב היא מדוע יש צורך בחלק כללי ומה תפקידו במסגרת הקודקס הישראלי? תהייה נוספת היא מדוע, מכל הנושאים החשובים מאוד שיש לבחון אותם לגבי כלל הפעולות המשפטיות, זכה דווקא עניין התנאי להתייחסות מיוחדת בסעיף 8? מכל מקום, אם יוחלט שרק אפשרות ההתנייה תהיה בחלק הכללי, מן הראוי להפנות גם כאן, כפי שנעשה בסעיף 10, להוראות המיוחדות לדיני חוזים.

סעיף 9

סעיף 9 הוא סעיף תיאורי שעניינו אופן ביצוע פעולה משפטית. לענ"ד, היה חשוב לסייג את ההוראה בכך שכאשר יש דרישת כתב בחיקוק חובה לעמוד בה. שוב, חשוב לציין את התוצאה המשפטית. לענ"ד, ראוי שכאשר עסקה איננה עומדת בדרישות הכתב שקבע המחוקק, העסקה

בטלה. מטרת הקודקס היא להרבות ודאות. חשוב שצדדים ידעו שבמקרים הבודדים שבהם המחוקק סבר שיש צורך בדרישת כתב, היא רצינית, ומשמעויותיה צריכות להיות כתובות בחוק עצמו, ולא להישאר בסימן שאלה עבור הצדדים ועניין של שיקול דעת לבתי המשפט. הוראה כעין זו המוצעת מצויה בספרי החוקים האזרחיים הקיימים. מחברי ה- Principles of European Contract Law (PECL) [עקרונות דיני החוזים האירופיים] מציינים במפורש שבכל המדינות, יש סוגי חוזים שהם טעונים כתב או מסמך נוטריוני, ואחרת – אין להם תוקף.¹⁰

סעיף 10

סעיף 10, הקובע את חזקת אי הדירותה של הפעולה המשפטית מהרגע שבו הושלמה, מעורר שאלות ותהיות קשות במיוחד.

(א) השאלה המרכזית שמעורר סעיף 10 היא שאלת ההצדקה של קביעת חזקת אי-ההדירות של כלל הפעולות המשפטיות. בספרי חוקים אזרחיים אחרים אין הוראה גורפת דומה. בצדק הצביע הייעוץ המשפטי של הוועדה שאין בפנינו מחקר מקיף של כלל הפעולות המשפטיות שבאמצעותן ניתן לבחון האם החזקה עומדת במבחן המציאות. הוראה כה גורפת היה ראוי לבסס על מחקר ובחינה יסודיים שיועלו על הכתב בנייר עמדה שיובא בפני הוועדה קודם שהיא מחליטה על הכללת ההוראה בהצעת החוק.

(ב) משמעות "השלמתה" של הפעולה המשפטית – בסעיף 13 נאמר שפעולה משפטית חד-צדדית הטעונה קליטה בידי נמען הפעולה, מושלמת עם קליטתה כאמור. אבל מה לגבי כל הפעולות המשפטיות האחרות? דוגמה: האם החלטות של חברות, המתקבלות באסיפה הכללית של חברה (לדוגמה: החלטה על הגדלת הון החברה) הן החלטות טעונות קליטה או שאינן טעונות קליטה? ואם הן טעונות קליטה – כיצד הן נקלטות? וכיצד הן מושלמות?

(ג) בס"ק (ב) נאמר שפעולה משפטית חד-צדדית שאינה טעונת קליטה, חזקה שהיא הדירה. אבל את ההוראה זו יש לקרוא עם הוראות סעיף 12 הקובעת שפעולה משפטית חד-צדדית חזקה שהיא טעונת קליטה בידי האדם שהפעולה משנה את זכויותיו. אם כן, מי שטוען שפעולה משפטית היא הדירה צריך להתגבר קודם כל על החזקה שפעולה משפטית חד-צדדית טעונה קליטה (ועל-כן איננה הדירה).

(ד) האמירה שפעולה חד-צדדית היא הדירה, כמו גם האמירה שהיא איננה הדירה, איננה אומרת דבר לגבי המשמעות המשפטית של ה"הדירות" או "אי ההדירות". לדוגמה: חוק המכר (מכר טובין בין לאומי), התש"ס-1999, המאמץ בנספח את אמנת ה-CISG, קובע בנספח כ:

15. (א) הצעה נכנסת לתוקפה כאשר היא מגיעה אל הניצע.
- (ב) הצעה, אפילו כשהיא בלתי חוזרת, ניתנת לחזרה אם הודעת החזרה הגיעה לניצע לפני ההצעה, או באותה עת.
16. (א) ניתן לחזור מהצעה, קודם כריתת החוזה, אם הודעת החזרה הגיעה אל הניצע לפני שהוא שיגר הודעת קיבול.
- (ב) על אף האמור, אין לחזור מהצעה באחד מהמקרים האלה:
 - (1) אם מצוין בהצעה, בין בקביעת מועד מסוים לקיבולה ובין בדרך אחרת, שהיא בלתי חוזרת;
 - (2) אם היה סביר שהניצע יסתמך על ההצעה כעל הצעה בלתי חוזרת, והניצע פעל תוך הסתמכות על ההצעה.
17. הצעה, אף כשהיא בלתי חוזרת, פוקעת בהגיע אל המציע הודעה על דחייתה.

¹⁰ *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, Ole Lando and High Beale (eds.) (Kluwer Law International 2000), pp. 142f.

במקרה זה, המתרגם לא דק פורתא בהשתמשו במלים "חזרה מהצעה", ומכיוון שעברית איננה שפה רשמית של האמנה, והאמנה מחייבת בסעיף 7 (שאף הוא אומץ כמובן מאליו בנספח) פירוש בהתחשב באופן הבין-לאומי של האמנה ובצורך בפרשנות אחידה, יש לפנות לנוסח האנגלי. בנוסח האנגלי.

Article 15

- (1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.
- (2) An offer, even if it is irrevocable, **may be withdrawn** if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer.

Article 16

- (1) Until a contract is concluded an offer **may be revoked** if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance.
- (2) However, an offer cannot be revoked:
 - (a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or
 - (b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

ז"א, בעוד שהנוסח העברי מצביע על "הדירות" ממין אחד, הנוסח האנגלי קובע שני מיני הדירות. (ה) בהקשר זה ראוי ללמוד מהמחקר ההשוואתי המקיף מאוד שעשו מחברי ה-DCFR.¹¹ הפתרון שהם בחרו היה זהיר בהרבה מזה המוצע על ידי משרד המשפטים:

Article II. – I:103: Binding effect

- (1) A valid contract is binding on the parties.
- (2) A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance.
- (3) This Article does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law.

כך גם נקבע ב-¹²Principles of European Contract Law (PECL) –

Article 2:107

A promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding.

ז"א, התחייבות חד-צדדית מחייבת את האדם שהתחייב אם הוא התכוון להתחייב, גם ללא קיבול על ידי הצד השני. חשוב לשים לב שבשני המקרים ההוראה מוגבלת להתחייבויות חד-צדדיות שאינן טעונות קיבול. בדברי ההסבר ל-DCFR נאמר שמשום כך ההוראה איננה חלה, בין היתר, על הצעה לכרות חוזה, מאחר שהצעה כזו מחייבת קיבול. ניסוח זה מסיר את החשש שהוראה זו עצמה תביא לכך שאנשים ימצאו את עצמם קשורים בחוזה מבלי שהתכוונו לכך. סייג כזה חסר בהוראה שבהצעת החוק, שבהחלט עלולה להביא לכך שאנשים ימצאו עצמם מחויבים מבלי שהתכוונו לכך.

¹¹ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, vol. 1 (Selier 2009), pp. 132ff.

¹² *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, Ole Lando and High Beale (eds.) (Kluwer Law International 2000), pp. 157ff.

סעיף 11

כאמור לעיל, בסעיף 11, בוחרת ההצעה להחיל את המקרה הפרטי על הכלל. עניין זה מעמיד בסימן שאלה את הצורך בחלק כללי, אם זה ממילא שואב את תוכנו ממקרה פרטי יחיד המובא בפרוטרוט בהמשך. לענ"ד, הדרך הראויה היא לנסח הוראות מפורטות בחלק הכללי, אשר יחולו על כל המקרים הפרטיים, ללא כל צורך בהפניות ובחזרות.

5. ההוראות המיוחדות שנקבעו לעניין פעולות משפטיות חד-צדדיות

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

סעיף 12. קליטת פעולה חד-צדדית

פעולה משפטית חד-צדדית חזקה שהיא 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.

כאמור, הצורך בחזקה נובע מההגדרה שפעולה משפטית משנה זכויות וחובות. ואולם, אם אכן הפעולה המשפטית תמיד, מעצם הגדרתה, משנה זכויות וחובות, הרי שראוי היה לקבוע שתמיד יש צורך ל"הקליט" אותה (בכפוף לעיקרון הכללי ש"זכין לאדם שלא בפניו", שאיננו מצוין כאן). לא זו אף זו – עצם השימוש במושג החדש "קליטה", להבדיל מה"מסירה" או "ההגעה לידיעתו של פלוני", המופיעים בחקיקה הקיימת בהקשרים שונים, מצביע על קושי נוסף הנובע מהניסיון להסדיר את הנושא ברמת הפשטה כה גבוהה. כלל לא ברור אם ניתן לקבוע הוראה אחידה לכל הפעולות המשפטיות ומה התועלת בהוראה כזו. בחינת החקיקה הקיימת מצביעה על כך שהיא מסדירה בכל מקרה פרטי האם ההודעה טעונה קליטה, את האופן שבו צריכה אותה פעולה להגיע לידיעתו של הצד השני או הצדדים האחרים, אם בכלל, וחשוב מכך – את הנפקות של הידיעה. שהרי, גם אם נודע לי שפלוני כתב צוואה לטובתי, אין לכך שום משמעות אופרטיבית, שכן הוא זכאי לשנות את צוואתו שוב ושוב עד שיילך לעולמו. והאם יעלה על הדעת שחברה לא תוכל לשנות את החלטותיה העסקיות רק מפני שאלה "נקלטו" בידי מי שהחלטות עשויות להשפיע על זכויותיהם וחובותיהם?

סעיף 13. 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.

מאחר שההצעה קובעת כי חזקה שפעולה משפטית טעונה קליטה, ממילא שהוראה זו אמורה לחול על רוב הפעולות המשפטיות החד-צדדיות. יתר על כן, היא קובעת גם את התוצאות המשפטיות – באיזה רגע אותה פעולה נכנסת לתוקף ומאיזה רגע אין היא עוד הדירה (אם בכלל). ואולם, האם יש להוראה זו משמעות מעשית? בחינת החקיקה הקיימת מעלה שהחוקים הקיימים קובעים כל אחד בנפרד את הנפקות של הפעולות המשפטיות שבהן אותו חוק עוסק, כולל המשמעות של "אי ההדירות" (פיצוי, אכיפה, או סעד אחר, אם בכלל, במקרה של ביטול), וכו'. חוק החוזים (חלק כללי) קובע את הפרטים הנוגעים להצעה וקיבול (בכפוף להבדלים בחוקי החוזים המיוחדים), חוק המתנה קובע את הפרטים לגבי התחייבות לתת מתנה, חוק הירושה קובע את הכללים החלים על עריכת צוואה, דיני החברות קובעים את הפרטים לגבי החלטות חברה הנעשות על ידי האורגנים של החברה, וכו'. מה המשמעות אפוא של האמירה שהפעולה המשפטית היא "מושלמת" עם קליטתה כאמור? האמנם ניתן בכלל להמיר את כל ההוראות הנ"ל בהוראה כללית אחת, למרות השוני הגדול בין הפעולות המשפטיות? גם בעניין זה ראוי שיעמוד בפני וועדת הכנסת מסמך המצביע על נחיצות ומשמעות הביטוי החדש, ומידת התאמתו להסדרים הקיימים במקרים הפרטיים של הפעולות המשפטיות המוכרות.

סעיף 14. הודעה על פעולה חד-צדדית

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

סעיף 15. נמען פעולה שלא אותר

היו קשיים מיוחדים במסירת ההודעה, תושלם הפעולה הטעונה קליטה לאחר שמבצע הפעולה פעל בשקיפה ראוייה בנסיבות העניין למתן ההודעה בדרך האמורה בסעיף 13, אלא אם כן נודע לנמען הפעולה על הפעולה קודם לכן, בדרך אחרת.

גם סעיפים 14 ו-15 מעוררים שאלות של הצורך בהוראות, מחד גיסא, ובהתאמת הוראות אלה הכללית להסדרים המפורטים בחקיקה הקיימת, שקובעים הסדרים שונים לפעולות משפטיות שונות. במיוחד סעיף 15 מעורר את החשש הכבד, עליו הצביעו חברי הוועדה בישיבה הקודמת, שיהיה קל לשנות זכויות של אנשים לרעה מבלי שהם יהיו מודעים לכך באמת.

סעיף 16. פעולה של הפעלת זכות ברירה

היתה הפעולה הטעונה קליטה הפעלת זכות ברירה אשר נוצרה בשל הפרת חיוב של נמען הפעולה או כאמור בסעיפים 20, 112(א) ו-113 עד 115, תושלם הפעולה 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.

ככל שהבנתי מגעת, סעיף זה קובע שהפעולה המשפטית במקרים המנויים בו איננה מושלמת עם קליטתה, אלא בתוך זמן סביר ממשלוח ההודעה לגביה, ז"א מעין חזקת קליטה כמעט חלוטה, שניתן להפריך אותה אך ורק אם אין זה סביר לצפות כי ההודעה תגיע לנמען הפעולה ב"מועד" [האם הכוונה היא ל"מועד" האמור בסעיף 17? עניין זה טעון הבהרה, במיוחד אם יוחלט בסעיף 17 לבחור את אופציה ג' – מחיקת הסעיף]. המשמעות היא שכעבור זמן סביר ממשלוח ההודעה חזקה שפעולה זו איננה הדירה. נוסח זה מעלה את שאלת המשמעות המעשית של אי ההדירות של הפעולה והמטרה שלשמה נקבעה ההוראה. הרי הודעת ביטול איננה בעצמה גוררת את בטלות העסקה, איננה כשלעצמה מייצרת זכות להשבה או לפיצוי, איננה פותרת את הבעיות שעלולות להתעורר אם מעורבות במקרה זכויות של צד ג', וכו'.

באשר להוראות הנוגעות לסעיפים 112(א), 113 עד 115, שעניין ביטול חוזה מחמת פגם ברצון, כבר הבעתי לעיל את דעתי שראוי היה לנסח הוראות אלה באופן כללי לגבי פעולות משפטיות, דבר שהיה מיותר הן את ההוראות המיוחדות לחוזים והן את כל החלק הנוגע להן בסעיף זה. אגב אורחא, מתעוררת השאלה האמנם זה צודק לקבוע הוראות השלמה נוחות במיוחד במקרה של טעות, אף אם הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך?

סעיף 17. המועד לביצוע הפעולה

(אופציה א'): המועד לביצוע פעולה משפטית חד-צדדית המפעילה זכות ברירה הוא בתוך זמן סביר מהמועד שבו נתבקש אדם להודיע על בחירתו.

(אופציה ב'): המועד לביצוע פעולה משפטית חד-צדדית המפעילה זכות ברירה הוא בתוך זמן סביר מהמועד שבו נודע לאדם על זכותו לבצע את הפעולה.

(אופציה ג'): מחיקת הסעיף

סעיף זה מתייחס לכלל הפעולות המשפטיות שיש בהן הפעלת זכות ברירה. יש לבחון הוראה זו במקרים פרטיים ולבחון את נחיצותה מול דיני ההתיישנות, השיהוי, ושאר דינים הקובעים את המועד לביצוע פעולות משפטיות. השאלה תהיה, כמו קודם, האם אפשר להכניס את כל המקרים למסגרת אחת ולקבוע להן כלל אחד? יש זכויות ברירה שאדם רשאי לבחור בהן עד למועד הגשת התביעה (קרי: מלוא תקופת ההתיישנות). יש זכויות ברירה שאדם חייב להפעיל תוך זמן סביר ממועד מסוים שנקבע בחוק (ר' סעיף 20 בעניין ביטול פעולה משפטית של קטין), יש זכויות ברירה שאדם רשאי להפעיל במועדים שונים שנקבעו בחוזה, וכו'. ספק אם צורך בהוראה זו.

5. סיכום והמלצות לגבי מבנה הקודקס ובמיוחד לגבי חלק 2, פרק 1, הצעת הקודיפיקציה

5.1 מבנה הקודקס

בהליך הקודיפיקציה יש לבחור בין שתי דרכים: האחת, המשמרת את החלק הכללי ומעניקה לו את מלוא המשמעות שתאפשר לו למלא את תפקידו. השנייה – לוותר על החלק הכללי. לכל אחת מהדרכים יתרונות וחסרונות.

בחירה בקודקס הכולל חלק כללי, דוגמת הקודקס הגרמני, מאפשרת זיקוק של המושגים הכלליים המשותפים לכלל חלק הקודקס, ולאחר מכן חסכון בהוראות מיותרות ובהפניות. ואולם, דרך זו מחייבת כתיבה מפורטת של כל ההוראות שצריכות להיות כלולות בו, מחד גיסא, והקפדה שלא ישתרבו לתוכן הוראות שאינן תורמות להחלתו הבהירה של הקודקס על הנושאים המפורטים בחלקיו האחרים. כך, למשל, חזקות צריכות להיקבע רק לאחר בחינה של המקרים הפרטיים המצביעה על כך שקביעת החזקה מוצדקת. חלק כללי שאינו מקיים תכונות אלה, אין בו טעם והוא אף עלול לסבך ולסרב את הבנת ההוראות הפרטניות.

לחילופין, ניתן לבחור בדרך שננקטה בקודקסים אחרים שאין להם חלק כללי מעין זה של ה-BGB, ולפתח את הכללים המשפטיים בנפרד לחוזים, מחד גיסא, ולחלק מהפעולות המשפטיות האחרות (דוגמת כתיבת צוואה), מאידך גיסא. 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 סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).¹³ בחירה בקודקס שאין בו חלק כללי מאפשרת התייחסות לכל נושא בנפרד וקביעת הוראות משותפות רק במקרים נדירים, דוגמת איחוד ההוראות בדבר ריבוי נושים וחייבים בדיני חיובים. בקודקס כזה גם קל יותר להכניס שינויים בשלב מאוחר יותר, משום שבדרך כלל די בתיקון אותו חלק של הקודקס שבו התיקון נדרש באופן מיידי, מבלי שיהיה צורך כל פעם לבחון הן את החלק הכללי והן את ההוראות שבחלקים המיוחדים. חסרונה של שיטה זו הוא בצורך להיזקק לחזרות ולהפניות, כמו גם קושי רב יותר לשמור על לכידות הקודקס מלכתחילה.

גם אם תיבחר הדרך השנייה, 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 ועל סוגים נוספים של "פעולות משפטיות".

5.2 בחירה בקודקס עם חלק כללי – המשמעות לגבי חלק 2, פרק 1, הצעת הקודיפיקציה

¹³ במאמר מוסגר יוער כי, אם תיבחר אפשרות זו, יהיה זה ראוי לחזור ולעיין בנוסח שהופיע בסעיף 64(ב) להצעת חוק החוזים (חלק כללי) ובשוני בינו לבין סעיף 61(ב) לחוק. בעוד שסעיף 64(ב) להצעת החוק קבע ש"הוראות הפרקים השני [ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו] והשלישי [צורת החוזה ותוכנו] יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה, והוראות הפרקים החמישי [קיום החוזה] והשישי [ריבוי חייבים ונושים] – גם על חיובים שאינם נובעים מחוזה", נשמטו מסעיף 61(ב) לחוק ההפניות לפרקים השונים של חוק החוזים (חלק כללי), שהן רלוונטיות בעת שמחילים את ההוראות החוק, על דרך היקש, על "פעולות משפטיות בתחום דיני הממונות, שאינן בבחינת חוזה, כגון הצהרות משפטיות חד-צדדיות, אופציות, הודעות, ועוד" על-פי דברי ההסבר להצעת החוק (הצעות חוק 880, כ"ט בניסן תש"ל, 5.5.1970), מחד גיסא, ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה (דוגמת עוולות), מאידך גיסא.

אם תחליט הוועדה לבחור בקודקס עם חלק כללי, הרי, לענ"ד, אין זה רצוי לאמץ את חלק 2, פרק 1, כפי שהוא מנוסח כעת. ההמלצות המוצעות הן כדלקמן:

א. להגדיר את הפעולה המשפטית בחלק הכללי, באופן שמובנה יהיה דומה לקיים בשיטות המשפט האחרות, לצורך זה ניתן להיעזר בנוסח שהוצע ב-DCFR

"פעולה משפטית" – הצהרה או הסכם, בין שנעשתה במפורש או שניתן להסיקה מכלל מהתנהגות, המכוונת להשיג תוצאה משפטית. הפעולה המשפטית יכולה להיות חד-צדדית, דו-צדדית או רב-צדדית.

היותו על הדרישה שהפעולה המשפטית משנה זכויות וחובות יביא לכך שאכן ההגדרה תקיף את כל מיני הפעולות המשפטיות ולא תחסיר את אלה שאינן כשלעצמן משנות זכויות וחובות, מחד גיסא, ותייטר את ההוראות בדבר ה"קליטה" של הפעולה המשפטית. נושא זה ניתן להשאיר להוראות העוסקות באופן פרטני בפעולות המשפטיות השונות, לפי טבען ואופיין המשתנים מפעולה אחת לשנייה.

ב. לזקק מכלל הוראות הצעת החוק (תוך הסתייעות בדוגמאות מהמשפט המשווה) את כל ההוראות הנוגעות באופן כללי ל"פעולה המשפטית" ולהצהרת הכוונות ולקבוע אותן במפורש ובאופן מפורט בחלק הכללי. הוראות כאלה הן ההוראות בדבר כשרות משפטית (שהרי באין כשרות אין יכולת לתת הצהרה), בדבר פגם ברצון, בדבר היכולת של שליח לבטא את רצונו של אדם אחר וליצור קשרים משפטיים בין השולח לאותו צד ג' וכל כיו"ב.