

דיני הערבות הכלליים – קושיות, מגמות והרפורמה המוצעת

מאת

מיגל דויטש*

למוסד הערבות חשיבות מרכזית בחיי המסחר. הרשימה בוחנת את ההסדרים הכלליים שבחוק הערבות, אשר נחקק ב-1967, ומצביעה על ליקויים הדורשים תיקון, והוראות הדורשות עידון, בצד פרשנותן הראויה של הוראות שונות. זאת, תוך עיון ביקורתי בהצעת-החוק שהוגשה לאחרונה לרפורמה בדיני הערבות, הצעה המפנה זרקור אל חלק מן הסוגיות. מרכזו של הדיון ברשימה סב סביב עיצוב גבולותיה של תכונת הטפילות והמישניות של הערבות. נדונות ההשלכות הנודעות לכיטול או שינוי בחיוב הנערב, על חבות הערב; זכותו של הערב לעשות שימוש בטענות הגנה של החייב, אשר החייב עצמו אינו נכון להפעילן; וכן, התנאים להפעלת זכות החזרה של הערב על החייב, לאורו של סעיף 10 לחוק. מקום נכבד מוקדש לדיון בסוגיה אחרונה זו, תוך מיקוד על "דילמת הערב": מצבים בהם הערב ער לקיומה הלכאורי של טענת הגנה כלפי הנושה, אך הוא מתקשה בהערכת התוצאה של התדיינות צפויה, ובכל הכרעה שיבחר טמונים סיכונים, בין אם לספיגת סנקציה כלפי הנושה ובין אם לאבדן זכות החזרה כלפי החייב, במקרה שיבחר בפרעון.

א. פתח דבר. ב. אופן יצירת הערבות. ג. השלכות כיטולו של החיוב הנערב על חיוב הערב. ד. שינוי בחוזה שבין החייב לנושה – השלכות על הערב. ה. טענות הגנה של הערב. ו. "דילמת הערב". ז. ריבוי ערבים. ח. כיטול ערבות לחיוב עתידי. ט. ערבות בלתי-מוגבלת בסכום – הערת-אזכור.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

א. פתח דבר

רבות סערה הציבוריות הישראלית לאחרונה, עם חקיקתו של חוק הערבות (תיקון), התשנ"ב-1992¹ (להלן: החוק המתקן) – חוק צרכני מובהק, אשר נועד לספק הסדר מיוחד, המקל על חלק ניכר של ציבור הערבים. נוסף על חוק זה הוגשה הצעת-חוק מטעם הממשלה² (להלן: הצעת-החוק), אשר במרכזה הצעה לתיקון ליקויים שונים בדין-הערבות הכללי, ובחלק אחד הימנה³ מוצע הסדר לערבויות הצרכניות.

אין בכוונתי לעסוק עתה בשאלה העיקרית שהדיון הציבורי נסב עליה, דהיינו: בשאלת ההצדקה למדיניות הצרכנית שבאה לכיטוי בחוק המתקן ובניתוחו. כן אינני בא לדון בגישה בפרק הערבויות המוגנות שבהצעת-החוק. זו סוגיה לעצמה, הדורשת עיון באמצעות כלים חברתיים, כלכליים והשוואתיים והראויה לבחינה נפרדת. אני מבקש לבחון את "משפט עורכי-הדין"⁴ של דין-הערבות, ולא את ההיבט הצרכני: את דין הערבות הכללי, ולא את דין הערב הצרכן. מחצית-היובל לאחר חקיקת חוק הערבות, תשכ"ז-1967⁵, מתעורר הצורך בביצוע תיקונים בדין-הערבות הכללי ובסילוקם של ליקויים שנתגלו בו. מטרתה של רשימה זו היא להצביע, בתמצית, על הסוגיות העיקריות הדורשות תיקון, על רקע הצעת-החוק ונפקיוותיה, ועל פרשנותן של הוראות סתומות. בכוונתנו להתמקד בשאלות העיקריות ולהצביע על פתרונן הראוי.

ב. אופן יצירת הערבות

סעיף 3 להצעה מציע לתקן את סעיף 1 לחוק הערבות, כך שאופן יצירתה של ערבות יהיה בחוזה בלבד, תוך שנשללת הדרך הקיימת כיום, בסעיף 3 לחוק, ליצירת ערבות גם בדרך של התחייבות חד-צדדית, שהודעה עליה ניתנה לנושה. הצעה זו מהווה נדבך חשוב בדרך לשמיטת תקפותה של ההתחייבות החד-צדדית⁶ בשיטתנו⁷. ואכן, אין מקום להכרה זו, שהרי ממה-נפשך: אם הנושה מסכים ליצירת הערבות, הרי שהסכמתו זו, מן הראוי שתלבש – לשם תפישתה כהסכמה מחייבת – את דפוסי הקיבול המוכרים בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, בדרך של הודעה, התנהגות, או לעתים אף שתיקה⁸; ואילו אם אין הוא מסכים לקבלת הערבות, מהי ההצדקה לכפות עליו חד-צדדית את קבלתה? יש לזכור, כי יצירת

1 ס"ח 144.

2 הצעת חוק הערבות (תיקון), התשנ"א-1990, ה"ח 68.

3 פרק ב להצעה.

4 למינות זה ראה, למשל, א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 291.

5 ס"ח 46.

6 "ההתחייבות חד-צדדית" הכוונה היא עתה, כמובן, לחד-צדדיות בדרך היצירה של האקט המשפטי, ולא בתוכנו. גם חוזה עשוי שיהיה חד-צדדי בתוכנו, כמובן זה שרק צד אחד מתחייב בו בחיובים. ראה ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים (תשנ"א) 25.

7 ראה פרידמן וכהן (לעיל, הערה 6), 29.

8 לקיבול בשתיקה ראה ג' שלו, דיני חוזים (תש"ן) 139 ואילך.

קשר ערבות תקף יוצר השלכות על מסכת היחסים בין הנושה לבין החייב: הוספת ביטחון לטובת הנושה עלולה לעתים לגרוע מטענות של הנושה כלפי החייב, אשר היו נתונות לו אלמלא כן⁹; וגם כאשר מדובר בהצעה מזכה או בהבטחת מתנה, אין השיטה שלנו מאפשרת כפיית קבלתה של ההנאה, אלא לעולם זכאי המקבל לדחות את ההנאה, בתוך זמן סביר¹⁰. אין אפוא כל הצדקה ליצירת דין שונה בשאלת הערבות.

האם יש מקום לשמירת המוסד של הערבות החד-צדדית, במצבים השגורים שבהם המצאת הערבות היא חלק מתהליך הביצוע של חוזה בין הנושה לחייב, שעל-פיו הוסכם כי כנגד המצאת ערבות יספק הנושה את ההלוואה או התמורה האחרת? השאלה תעלה, כאשר בניגוד להסכם בין הנושה לבין החייב, מסרב הנושה להתקשר עם הערב ובכך מכשיל את הבטחת החיוב הנגדי, המוטל עליו כלפי החייב בחיוב הנערב (דהיינו: במישור הקשר עם הערב, הנושה חוזר בו מן הנכונות להתקשר עם הערב, אף שבכך הוא מפר החוזה עם החייב). במצב דברים זה נתון אינטרס סביר לחייב לכך, שייווצר קשר ערבות תקף בין הנושה לערב, על-ידי התחייבות חד-צדדית של הערב, מבלי שיהיה על החייב להיזקק להליך משפטי לאכיפת חיובו של הנושה להתקשר בהסכם הערבות עם הערב. אך נראה כי לשם פתרון מקרה זה אין צורך להקנות הכרה לערבות החד-צדדית. בנסיבות הנזכרות, סירוב הנושה (שלא כדון) להתקשר בקשר חוזי עם הערב מסכל את קיום התנאי המוקדם ליצירת חיוב-שלו. הנושה יהיה מנוע מלהסתמך על אי-התקיימות התנאי¹¹. נוסף, כי ספק רב אם ניתן לגרוס, שבמסגרת החוזה העיקרי מציע הנושה לערב הצעה בלתי-חוזרת להתקשרות עמו¹².

לעניין הפקדת ערבות על-פי צו של רשות, כגון על-פי צו של בית-המשפט, המתלה מתן צו-מניעה זמני בהפקדת ערבות, ניתן לתהות האם הפקדת הערבות

9 כך, למשל, בעניין ע"א 748/80 גולדשטיין נ' גוב ארי בע"מ, פ"ד לב(1) 309, הובעה ההשקפה שקבלת ייפוי-כוח בלתי-חוזר על-ידי הקונה, בעסקה לרכישת מקרקעין, עשויה לשלול ממצא של הפרה יסודית מצד המוכר, בנסיבות בהן המוכר אחר בהעברת הבעלות, זאת כיוון שיפוי-הכח מכטיח באופן סביר את אינטרס הקונה (ראה ביקורת על פסק-הדין: "ויסמן", ייפוי-כוח בלתי חוזר כתחליף לבעלות" משפטים יד 572). טענת הנושה בענייננו תהא, כי אם לא מוטל עליו נטל לקבלת הערבות (בעניין גולדשטיין ראה בית-המשפט את הקונה כמי שמוטל עליו נטל לקבלת ייפוי-הכוח) ואם המצאת ערבות אינה חלק מהתהליך המוסכם, הרי שיש להשקיף על הפרה כלפיו על מלוא נפקותיה המשפטיות. הכרת הדין בכך שניתן ליצור ערבות כלפיו (על-ידי הערב) באופן חד-צדדי תגרע מטענה זו. אפשר, שאילו ניתן היה לכפות על הנושה, בעקבות ההפרה, קבלתה של ערבות, יכול היה החייב להצליח ביתר שאת בטענה, כי בנסיבות שבהן מופקד ביטחון (הערבות) בידי הנושה, אין ההפרה בגדר הפרה יסודית.

10 ראה סעיף 7 לחוק החוזים (חלק כללי) וסעיף 3 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968.

11 נוסף על עקרונות ההשתק ותוסס-הלב ניתן להחיל כאן גם היקש לסעיף 27 לחוק החוזים, המתייחס לחוזה מותלה (להבדיל מחיוב "פנימי" מותלה).

12 על-פי סעיף 3(ב) לחוק החוזים (חלק כללי). ההתקשרות לגוף העיסקה נעשית עם החייב ואין יסוד להניח הנחה כללית, לפיה הנושה מתכוון לערוך פגיה מחייבת ישירה כלפי הערב, לא במסגרת הצעה נפרדת כאמור, וגם לא על-ידי השקפה על החוזה עם החייב ככולל אופציה לטובת צד ג' (הערב), המזכה את הערב להתקשר עם הנושה. הקושי בולט במיוחד, כאשר מיהותו של הערב טרם ידועה בשעת ההתקשרות בין הנושה לחייב, אלא היא נותרה פתוחה לשיקול-דעת הנושה, או שעליה להחתך על בסיס תכונות מוסכמות, כגון אמינותו לפרעון.

בעקבות כך יוצרת קשר חוזי? מע"א 782/80 ארנס נ' בית-אל זכרון יעקב¹³ עולה ספק, אם אמנם נוצרת התחייבות חוזית, כשהתחייבות באה לצורך עמידה בתנאי שבצו השיפוטי. לפי תפישת בית-המשפט בעניין ארנס קיימת אפוא הצדקה להוראה המיוחדת אשר הצעת-החוק מותירה בעינה בסוגיה זו¹⁴, דהיינו: כי במקרים של הפקדה על-פי צו של רשות די במסירת כתב-הערבות לרשות¹⁵.

יועזר עוד, כי מסתמנת גישה מחמירה בפסיקה לגבי דרכי ההיסק בדבר יצירתה של ערבות. הערב מתחייב לשאת בחיובו של החייב, ולא על-נקלה תוסק התחייבות כזו, להכדיל ממצב שבו קיימת נכונות לשאת במעורבות מוגבלת יותר. כך, בעניין שר נ' כהן¹⁶ שיכנע הנתבע את התובע להשקיע כספים בחברה, והתובע השקיע מתוך אמון בנתבע. הנתבע אף הוסיף את חתימתו על החוזה למטרה שלא החברה. בית-המשפט מצא את הנתבע אחראי לנזקי התובע על-פי דיני תוס-הלב במשא ומתן, אולם דחה את טענת יצירתה של ערבות, אף שהנסיבות אכן היו עשויות לבסס מסקנה כזו¹⁷.

ג. השלכות ביטולו של החיוב הנערב על חיוב הערב

הכלל הקבוע כיום בחוק הערבות מבחין בין פגמים שונים בחיוב הנערב. כאשר הפגם נובע מפגם ברצון (כגון כאשר החייב העיקרי טעה), הסיכון מוטל על הנושה במובן זה, שעם נפילת תוקפו של החיוב הנערב נהנה מכך גם הערב, והביטול גורף גם את חיוב הערב. תוצאה זו נגזרת מאקססוריות הערבות, הקבועה, בין היתר, בסעיף 2 לחוק. אולם כאשר הערבות ניתנת לחיוב של אדם שנפל פגם בכשרותו או בייצוגו, הסיכון בעניין מוטל על הערב, וחיובו נותר בתוקפו, למרות ביטולו האפשרי של החיוב הנערב מחמת הפגם בכשרותו¹⁸. הבסיס הרעיוני למגמה — כך נאמר — הוא ההנחה כי החייב מוכר לערב באופן טוב יותר מאשר לנושה¹⁹. מובן, כי ניתן לתהות על תקפותה ונחיצותה של הנחה זו, תוך שהיא מושווית להנחה הקיימת לגבי פגמים ברצון. ודאי הדבר, כי ייתכנו מקרים קונקרטיים לא-חריגים שאינם עומדים בהנחה זו, על שני צדדיה, דהיינו: מצבים שבהם הפגם בכשרות ניתן לגילוי על-ידי הנושה ולא על-ידי הערב; וכך גם ייתכנו מקרים שבהם לערב

13 פ"ד לח(2) 645; לביקורת על פסק-הדין, ראה מ' דויטש, "החוזה הכפור והחופש מהתקשרות בחוזה" עיוני משפט 35.

14 ראה סעיף 5 להצעה.

15 פסק-הדין בעניין ארנס איננו שולל את תוקפה של ההתחייבות, בנסיבות אלה, אלא, כאמור, אך את תוקפה החוזי. אולם אלמלא הוצעה בהצעת-החוק ההוראה המיוחדת, ביתס להפקדת ערבות על-פי צו, היתה מתעוררת השאלה, לאור פסק-דין ארנס, אם התחייבותו של ערב על-פי צו היא תקפה. זאת, לאור היותה מנוגדת לדרך היצירה הבלעדית הקבועה בהצעת-החוק, דהיינו הדרך החוזית. נציין עוד, כי אפשר שניתן לגרוס הכולל בין שאלת התוקף החוזי של התחייבות אשר ניתנה על-ידי מבקש צו המניעה, כפי שהיו פני הדברים בעניין ארנס, לבין שאלת תוקפה של ערבות בנסיבות אלה. אולם כאשר הערב שותף לאינטרס להצלחת הבקשה, הגיון הדברים דומה.

16 ע"א 714/87 שר נ' כהן, פ"ד מג(3) 159.

17 לביקורת על פסק-הדין ראה פרידמן וכהן (לעיל, הערה 6), 541-542.

18 זו נחפשת כערבות "אוטונומית". ראה סעיף 17 לחוק הערבות.

19 ראה בדברי ההסבר להצעת החוק, עמ' 68.

יכולת עדיפה, לעומת הנושה, להתוודע לפגם ברצון אצל החייב, כיוון שמניעיו של החייב בהתקשרות ידועים לערב, הקרוב לחייב, ואינם נמסרים לנושה.

ניתוק תוכנו של הכלל מן הרציונלה לו איננו מוצדק, ויש מקום לשחרר את הערב, כאשר הנושה ידע או חייב היה לדעת על הפגם. זאת, בין אם עניינו הוא פגם ברצון או פגם בכשרות. אכן, יש שמוסד תוס-הלב ודיני-ההשתק ישללו את תביעת הנושה כנגד הערב, בנסיבות שבהן הנושה ידע או חייב היה לדעת על הפגם בכשרות²⁰; אולם המקרה שבו הנושה ידע או חייב היה לדעת על הפגם בכשרות הוא מקרה טיפוסי שמצדיק את שחרור הערב, ועל-כן אין להתירו להסדרם של הדינים המשלימים – דיני תוס-הלב וההשתק.

נוסף על כך, ספק גם האם יש לכרוך יחדיו פגם בכשרות ופגם בייצוג. אם לגבי אישיותו של החייב יש עדיין מקום-מה לגרסה המניחה כי לערב גישה טובה יותר לעובדות בסוגיה זו, הרי שלעניין פגם בייצוג המצב שונה. המדובר בפגמים אשר לחשיפתם דרושה לעתים קרובות אינפורמציה משפטית ומסמכים משפטיים. נושים, ובעיקר נושים ממוסדים, נוהגים לדרוש ראיות מספיקות לסוגיית ההסמכה והייצוג²¹, ובנושא זה אין סיבה להעדיף, ככלל, את הנושה על-פני הערב, אם מסתברת תקלה בנדון.

הצעת-החוק איננה מציעה לשנות את תמונת החלוקה של הסיכון, אשר תוארה לעיל. הסיכון לגבי הפגם בכשרות מוטל עדיין על הערב, כך שהוא לא משוחרר מחיובו, מחד גיסא, ונשללת זכות השיפוי שלו, מאידך גיסא²². עם זאת, במצב זה סעיף 4 להצעה יוצר שינוי בדפוס הערכות. על-פי החוק כיום, רואים את הערבות לחיוב הפגום בכשרות (ורק בכשרות), כהתחייבות לשיפוי, בהיות החיוב עצמאי ומנותק מן החיוב העיקרי. ההצעה מבקשת להחזיר ערבות כזו אל "משפחת" הערבות האקססורית, בכפיפות לשתי התוצאות המרכזיות הנזכרות, דהיינו: הותרת חיובו של הערב בתוקף, למרות הפגם בכשרות החייב העיקרי²³; ושליטת זכות השיפוי של הערב כנגד החייב שכשרותו נפגמה²⁴.

נראה, כי בדרך-כלל לא יהיה בשינוי התפישה המושגית, הגלום בהצעה, כדי להוביל לשינוי פוזיטיבי ממש. אין אכן הצדקה ליצירת אוטונומיה מושלמת בין חבות הערב לחבות החייב העיקרי, כפי שהמצב כיום. אולם גם כיום אין מניעה שהערב יסתמך על טענות הגנה אחרות הפתוחות בפני החייב, ואשר אינן נוגעות לכשרותו, כגון ביטול החוזה בעקבות פגם ברצון או בעקבות הפרה. סעיף 17 לחוק דן בערבות לחיוב שתוקפו פגום רק בכשרות או בייצוג, ומכאן שלעניין טענות-פגם אחרות, עקרון האקססוריות ממשיך לחול. כאמור, גם הצעת-החוק וגם החוק הקיים שוללים את ההסתמכות (על-ידי הערב) על טענת פטור מחמת הפגם בכשרות, ושוללים את זכות החזרה על החייב אשר כשרותו פגומה. שניהם גם מכירים,

20 ואפשר גם, כי בנסיבות אלה יוכל הערב להשתחרר מחיובו בטענת טעות על פי סעיף 14(א) לחוק החוזים (חלק כללי), או הטעיה על-פי סעיף 15 לאותו חוק.

21 כגון המצאת ייפוי-כוח, החלטה מאושרת של מועצת-מנהלים בחברה וכיו"ב.

22 ראה סעיפים 8 (הוספת סעיף 7(ד) לחוק) וסעיף 11 (סעיף 10(א)2) לחוק להצעת-החוק.

23 סעיף 8 להצעה.

24 סעיף 11 להצעה.

כנזכר, בתחולת העקרונות האקססוריים באשר לפגמים האחרים. מרבית הוראות החוק סבות סביב שתי סוגיות אלה: מידת האקססוריות וזכות החזרה על החייב, ולכן על-פי ההצעה, הנפקא-מינה הממשי לשינוי התפישת בנדרון הוא מוגבל בלבד. לא היינו כוללים בנפקא-מינה זה גם את הנטל לדרוש ביצוע מן החייב תחילה, על-פי סעיף 8 – נטל אשר יחול, על-פי ההצעה, גם לעניין הערכות לחיוב פגום בכשרות. אולם הדרישה כלפי חייב כזה אינה אופרטיבית ממילא, בהעדר חבות לפרוע. הנפקא-מינה הוא בתחולת הוראות סעיפים 14 (ערב בעד ערב) וסעיף 15 (ביטול הערכות לחיוב עתיד לבוא) – הוראות אשר אכן נראה כי מוצדק להחילן גם במקרה זה.

עוד נציין, כי ההסבר שבהצעת-החוק לגבי העניין הנדון, שעל-פיו אחת ממטרותיה של ההצעה היא להבטיח כי תישמר לערב הזכות לקבלת הבטחות שהיו לנושה²⁵, דומה שהוא שגוי: סעיף 12 לחוק אכן קובע סברוגציה של הבטחות, מנושה אל ערב שפרע, אך הביטחון בא להבטיח זכות מהותית נתונה, דהיינו: זכות החזרה של הערב אל החייב. כיוון שלגבי הפגם בכשרות נשללת זכות החזרה של הערב, אין כל הצדקה לאפשר העברת הבטחות אליו, להבטחת זכות שאיננה קיימת. מן הראוי אפוא כי תישלל הוראת סעיף 12 לחוק דווקא כאשר הפגם הנטען הוא פגם בכשרות.

ד. שינוי בחוזה שבין החייב לנושה – השלמתו על הערב

ההצעה המוצעת בנדרון (סעיף 7 להצעה) משחררת את הערב מן הנטל למסור הודעת השתחררות (נטל המוטל עליו כיום, על-פי סעיף 5 לחוק), במקרה שבו הנושה והחייב מסכימים לבצע שינוי בחיוב הנערב, כשבשינוי יש, על-פי הנוסח המוצע, משום "פגיעה של ממש" בזכויות הערב. במובן אחר מקשה ההצעה על הערב, שכן כיום נתונה לעולם האופציה לערב למלא חיובו ללא השינוי, אם הדבר ניתן; בעוד שעל-פי ההצעה, הערכות משתנה בהכרח על-פי השינוי שבין הצדדים, למעט אם יש בשינוי משום פגיעה של ממש בזכויות הערב, כאמור.

סוגיה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. המדובר במקרים שבהם לא ניתן למיין את השינוי המוסכם, לא כהגדלה של החיוב הנערב²⁶ ולא כהקטנה שלו²⁷, אלא כ"שינוי אחר", אשר בנסיבות עתידיות עשוי שיקל עם הערב ועלול שיקשה עליו, או שינוי אחר, אשר כורך, באופן מעורב, גם היבטים של החמרה וגם של הקלה, כאשר הדברים שלובים זה בזה.

כך הדבר, אם ניטול דוגמא מן הפסיקה בתחום אחר (של המחאת חיובים)²⁸, כאשר החייב והנושה מסכימים על דחייה במועד הביצוע של החיוב הנערב, כנגד הגדלת הפיצוי המוסכם בגין אי-הביצוע במועד החדש. הדחייה בביצוע היא הקלה והגדלת הפיצוי היא החמרה; כשהדברים שלובים, זהו אפוא "שינוי".

25 ראה בעמ' 68 להצעת-החוק.

26 לעניין הגדלת החיוב, ראה סעיף 5(ב) לחוק.

27 ראה סעיף 5(א) לחוק.

28 ע"א 330/75 גרבוז נ' רשות הנמלים, פ"ד לא (3) 146.

שחרור הערב, ואף שחרור המייד, במקרה של שתיקה מצדו – כמוצע בהצעה – הוא בוודאי ראוי במצבים שבהם לא ניתן לבצע את הערבות ללא השינוי. עם זאת, שאלה היא האם מוצדק כלל להקנות לערב זכות להשתחרר – בין בדרך של הודעה, ובין אם בשתיקה – כאשר ניתן לבצע את חיוב הערב ללא השינוי. במצב דברים זה זכות ההשתחררות נשמרת גם על-פי החוק כיום, וגם על-פי ההצעה.

נראה כי הגישה הראויה אמנם מחייבת ששחרור הערב יתאפשר, אף אם הוא יכול עדיין למלא את ערבותו המקורית, וזאת כאשר תנאי הביצוע על-ידי החייב השתנו כך, שהם מכבידים על הביצוע על-ידי החייב. הכבדה זו, דהיינו: הגדלת הסיכון המוטל על הערב, לא-קיום על-ידי החייב, היא זו הפוגעת בזכויות הערב. אכן, לא די בכך שניתן לקיים את הערבות ללא שינוי, כיוון שאם גדל הסיכון לאי-פרעון על-ידי החייב באורח מהותי, זכאי הערב לומר כי לסיכון זה הוא לא הסכים. בתחום של המחאת חיובים, שממנו שאלנו את הדוגמא הנזכרת, קבע בית-המשפט כי שינוי סביר מבחינה מסחרית, אשר נעשה בתום-לב בין הממחה לחייב, בטרם הגיע מועד הפרעון של הזכות המומחית – הוא שינוי תקין, אשר הנמחה כפוף לו²⁹.

דיני המחאת חיובים, כפי שפורשו בפסיקה, מאפשרים אפוא חופש תמרון משמעותי לצדדים (הממחה והחייב) – חופש שנועד לסייע להם לבצע התאמה סבירה של החוזה לצרכים מסחריים, מבלי להקנות "זכות וטו" לצד השלישי (הנמחה). הגישה בתחום הערבות היא שונה, כאמור: על-פי החוק, זכאי תמיד הערב לבצע על-פי החיוב המקורי, אם הדבר ניתן, ובכל מקרה לא מתאפשר ביצוע שינוי מהותי שיש בו "פגיעה של ממש בזכויות הערב", אף אם יכול הערב להמשיך ולקיים את הערבות ללא השינוי. אין חוק הערבות מקנה לנושה ולחייב את הזכות להכפיף את הערב לשינויים, אף מהטעם שהשינוי הוא שינוי מסחרי סביר בנסיבות הענין, הנעשה בתום-לב.

נראה, שיש מקום לשקול את האחדת המדיניות בשני הדינים. בשני המקרים מדובר בשינויים הנעשים בין שניים, כאשר שינוי זה משפיע על זכויותיו (במקרה של המחאה) או על חיובו (במקרה של ערבות), של צד שלישי, אשר הזכות או החובה שלו נגזרים מן החוזה המקורי.

מובן, שיש מקום נרחב לפרשנות בשאלה מהי אמת-המידה לבחינה של הסוגיה האם יש בשינוי משום פגיעה כאמור בזכויות הערב. בעניין זה יש לציין, כי אם "כיוון התנועה" החד-משמעי של השינוי הוא כלפי מעלה או כלפי מטה, השינוי יהיה משום "הגדלה" או "הקטנה" לפי העניין, אף אם אין המדובר בשינוי כספי דווקא. את "ההגדלה" או "ההקטנה" יש לפרש כ"החמרה" או כ"הקלה". לעניין זה אין סיבה להבחין בין שינוי כספי לאחר. אם כך, כיצד אפשר לומר על שינוי שיש בו משום פגיעה בזכויות הערב, מבלי לומר שהוא מהווה "הגדלה" של החיוב?

נראה בעליל, שהתשובה טמונה בכך, שלעניין "פגיעה בזכויות הערב" יש להסתפק בזאת שהשינוי כורך גם אפשרות להגדלת הסיכון לאי-ביצוע, אף אם בנסיבות עתידיות כאלה או אחרות עשוי להסתבר כי הסיכון פחת. על-פי מגמת

ההוראות, אין הנושה והחייב מוסמכים לחייב את הערב בהגדלה משמעותית של הסיכון, אף אם כנגד הגדלת הסיכון בעניין נתון ניתנת הקלה בסיכון בעניין אחר. בדוגמא שהבאנו לעיל, שבה התקבלה דחייה בביצוע כנגד הגדלת הפיצוי במקרה של איחור במועד החדש, לא הוגדל כלל הסיכון להפרה, שכן הדחייה בביצוע אך מועילה למניעת ההפרה. אמנם, הוגדל הסיכון לגבי גובה התשלום, במקרה של איחור, אך סיכון מוגדל זה לא ישפיע על הערב, אם הדין יאפשר לערב להיות כפוף רק לשיעור הפיצוי המקורי. זהו מצב שבו ניתן לקיים את הערכות ללא שינוי. במצב עניינים זה הדין הראוי הוא אפוא כי לא יתאפשר לערב להשתחרר מחבותו במקרה האמור, אולם הוא יהיה זכאי לקיים על-פי החיוב המקורי. נראה שנוסח החוק כיום אינו מאפשר תוצאה ראויה זו. אין הנפגע מחויב לבחור בחלופה של קיום על-פי הערכות המקורית, אלא זו אחת האופציות הניתנות לו. אם הוא לא בחר בה, תישפט שאלת הפגיעה בזכויותיו על-פי החוזה כפי ששונה (דהיינו: כולל הפיצוי המוגדל) ואזי יוכל הערב לגרוס כי התרחש שינוי כזה, המזכה אותו בשחרור מערכות³⁰. גם הצעת החוק איננה מאפשרת תוצאה ראויה זו ואינה מחייבת את הנפגע לבחור בקיום על-פי המתכונת המקורית. היא רק מזכה אותו לעשות כך, כחלופה אופציונלית על בטלות, כאשר יש בשינוי משום פגיעה. הפגיעה על-פי ההצעה תיבחן אפוא על בסיס החיוב כפי שהשתנה, אף אם ניתן לקיים במתכונת המקורית, וזאת אם הערב לא בחר בקיום על-פי הערכות המקורית. ראוי אפוא לשקול שינוי בנקודה זו.

ה. טענות הגנה של הערב

1. סעיף 8(ג) להצעת החוק כולל הוראה, המבהירה כי הערב יכול לקזח חיוב הניתן לקיזוז בידי החייב. הכלל, הקבוע כיום בחוק³¹, הוא כי הערב יכול להעלות רק טענות הגנה "בקשר לחיוב" (קביעה זו נותרה בעינה גם בהצעה, בצד ההוראה המיוחדת באשר לקיזוז). טענת קיזוז מעוררת קושי בדין הקיים, משום שהיא לא טענה מגוף החיוב הנערב, אלא מהווה טענה אישית של החייב, שצמצמה מכוח חיוב אחר³².

בעניין זה יש להבחין בין שני מצבים: המצב האחד הוא, כאשר החייב ביצע קיזוז. קיזוז הוא דרך של פירעון³³. אם עשה החייב שימוש בטענת הקיזוז, אין מניעה כי הערב יטען לכל דרך של פירעון, כולל לקיזוז שנעשה. זהו הדין גם כיום. המצב השני הוא כאשר החייב לא קיזז. החידוש בהצעה הוא בהקניית כוח הקיזוז לערב, גם במצב שבו החייב נמנע מלעשות בו שימוש מטעמי-של. מובן כי הקיזוז, הנעשה בידי הערב, פועל את פעולתו גם ביחסים בין החייב לבין הנושה, ורואים את החוב כנפרע גם ביחסים שבין החייב לנושה. אין מנוס

30 ראה סעיף 5(ג)2 לחוק.

31 סעיף 7 לחוק.

32 כגון חיוב נגדי באותו חוזה או חיוב בחוזה אחר, כאשר אם החיוב הנגדי נחשב כמצוי ב"עיסקה אחרת" יש צורך בחיוב קצוב. ראה סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי).

33 ראה, למשל, א' ידן, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) (פירוש לחוק החוזים בעריכת ג' טדסקי, תשל"א) 166.

מלהכיר בכך, שאם יתאפשר לערב ליהנות מטענת קיזוז, מן ההכרח שהחוב ייתפס כמקוזז, לאחר הודעה מאת הערב, גם ביחסים בין נושה לבין החייב. לא ניתן להותיר טענה זו כנוגעת רק ליחסים בין הנושה לבין הערב. כל צידוקה של הטענה הוא בכך, שרואים את הנושה כמי שנפרע, שכן החוב הנגדי המוטל עליו נמחל. אם הוא לא נמחל ביחסים בינו לבין החייב, לא הפיק הנושה תועלת ומתאפשר שחרור סתמי של הערב. מדובר אפוא, למעשה, לא בטענת הגנה גרידא, אלא בסכרוגציה מן הדין, מן החייב אל הערב, של זכות הקיזוז. זאת, באופן חלקי, במובן זה שהחייב לא מאבד את הכוח לקזז, אלא נוסף עליו שותף לכוח זה, הוא הערב, כשכל אחד מהצדדים – החייב והערב – זכאי להפעיל כוח זה באופן עצמאי³⁴. יש לשים לב לכך, שהעברת כוח הקיזוז (ליתר דיוק: זכות השיתוף בכוח זה) לערב, מכוח הדין, לא נוגעת רק לנושה. ההנמקה בהצעת-החוק, הבאה להצדיק את הקניית כוח הקיזוז לערב, מתייחסת רק לכך שאינטרס הנושה להימנעות מהקנייתו של כוח קיזוז לערב איננו מוצדק³⁵. ואמנם, כך הוא הדבר, אך דברי הסבר אלה מתעלמים מן האינטרס של החייב. יש שהוא לא יהיה נכון להפעיל את זכותו לקיזוז, שכן החוב הנגדי העומד לזכותו נושא ריבית עדיפה, או תנאי תשלום עדיפים אחרים, על-פני החוב המוטל עליו. האם יש לאפשר לערב אדנות על זכות הקיזוז של החייב? כפי שנובע מן ההסדר שבהצעה, ניתן לגרוס כי זהו מחיר שעל החייב לשלמו, שכן יש להטיל עליו הנטל למלט את הערב מתשלום, כאשר קיימת אפשרות כזו. גישה זו מבטאת מגמה שנועדה להקל עם הערב, תוך הבלטת המימד האקסטורי. על החייב לנקוט דרכי הגנה אפשריות לטובת הערב, אף אם כרוך בדבר אובדן-מה של אוטונומיות השליטה בזכויותיו.

2. שאלה חשובה נוספת, אשר הצעת-החוק נמנעה מטיפול בה, היא האם לגבי הזכות לביטול החוזה או לדרכי פקיעה אחרים של החיוב ראוי שתתקיים סכרוגציה חלקית, בדומה לזו שנקבעה בסוגיית הקיזוז. טול, למשל, טענה לביטול מחמת הפרה של החיובים הנגדיים, המוטלים על הנושה כלפי מי שחייב בחיוב הנערב. החייב איננו מעוניין להפעיל את כוחו לביטול, כיוון שבכך תאבד זכותו להמשך קיום העסקה, שעל תוקפה הוא מסתפק לשמור למרות ההפרה, תוך שהוא מעוניין בסעדי האכיפה והפיצוי. האם יש לאפשר לערב להפעיל את כוח הביטול של החייב? פרופ' טדסקי סובר, ללא הנמקה, כי כך הוא הדין כיום לגבי הערכות הרגילה, להבדיל מן הערכות האוטונומיות³⁶. האומנם?

דעתי היא, כי התשובה לכך שלילית. לערב היכולת ליהנות מטענות הגנה קיימות, אך אין ביכולתו לייצר טענות הגנה חדשות. אם החיוב הנגדי שהופר איננו מתלה את ביצוע החיוב הנערב, דהיינו: מדובר בחיובים עצמאיים, הרי שעצם

34 על-פי סעיף 59 לחוק החוזים (חלק כללי) הם מהווים או "ריבוי נושים" לענין זכות זו, כך שכל אחד מהם יכול להשתמש בזכות. שאלה היא, מהו היקף העצמאות של כל צד בשימוש בזכות, אולם נושא זה חורג ממסגרת עיונו עתה. מכל-מקום, הגורס את שיחופו של הערב בבעלות על הזכות, לא ימצא תועלת לגישתו אלא בהקניית מעמד עצמאי דיו לערב.

35 ראה בעמ' 70 להצעת החוק.

36 ראה ג' טדסקי, "על ההתחייבות לשיפוי וסכיבתה" משפטים כ (תשנ"א) 337, 348.

ההפרה אינו משעה את הביצוע של החיוב הנערב³⁷. מהו אפוא המקור המאפשר את הסברוגציה החלקית (דהיינו: את החלק היחסי בשיתוף) של כוח הביטול אל הערב? לחייב אינטרס לגיטימי לבחור באופציית-קיום, מבלי שקיומו של ערב ישלול אופציה זו. אין עליו לאבד את יתרונות העסקה, כאשר הדין מקנה לו ברירה בין סעדים, רק כדי להגן על אינטרס הערב להיות מופטר. בוודאי אין מקום להסיק סברוגציה כאמור, ללא תמיכה ממשית לכך בהוראות החוק.

הצעת-החוק שותקת בנדון. אך האם ניתן ללמוד על מגמה שונה בהצעת-החוק ביחס לסוגיה זו, לפי העולה מן התיקון המוצע בשאלת הקיזוז? אמנם, גם בסוגיית הקיזוז, כאמור, מועבר לערב כוח הנתון לחייב; והחייב (בסוגיית הקיזוז) מאבד יתרון, כגון ריבית עדיפה לזכותו, המובטחת לו בחיוב הנגדי, ובכל-זאת הצעת-החוק מציעה כי תתבצע סברוגציה מתאימה לערב. אולם נראה, כי האינטרס הלגיטימי של החייב להימנעות מביצוע קיזוז מוגבל יותר, והפגיעה בו נמוכה יותר באופן טיפוסי, מאשר בנוגע לשאלת המשך קיומה של עסקה או בטלותה. על-כן נראה, כי גם קבלת ההצעה לא תשנה את המציאות המשפטית הנוכחת, ועל-פיה אין הערב זכאי להפעיל את כוח הביטול הנתון לחייב.

1. "דילמת הערב"

1. סעיף 10(ב) לחוק הערכות מבקש להקל על "דילמת הערב", במצבים שבהם הוא נתון בקשיים להערכת תוצאותיה של התדיינות ביחס לתביעת הנושה. מחז גיסא, הוא עשוי להיות מעוניין, במקרים אלה, לקיים את החיוב, כדי להימנע מסנקציות שתוטלנה כלפיו לטובת הנושה. מאידך גיסא, אם יבצע החיוב ויחזור על החייב בתביעת שיפוי, עלולה תביעתו להיחסם מכוח העיקרון הקבוע בסעיף 10(א), שלפיו ערב שידע על טענה טובה ופרע, לא יוכל לחזור על החייב (שכן פרע כמתגדב). סעיף 10(ב) לחוק מאפשר לערב מוצא נח, באמצעות מתן הודעה לחייב טרם הפרעון, על-מנת ליתן לחייב שהות מספקת לפנות לבית-המשפט. אם החייב אינו פונה לבית-המשפט בבקשה מתאימה למניעת התשלום, ואינו זוכה בזמן לצו העוצר את התשלום, הוא לא יהיה זכאי לטעון כנגד הערב, כי הערב אינו זכאי לחזור עליו.

גישה זו של הדין היא חריגה לעקרונות הכלליים הנוהגים במשפט האזרחי. הערב ניצב בפני ברירה משפטית: הוא יכול לבחור בתשלום ויכול לבחור בהתגוננות. בהכרעה טמון סיכון, ואם יבחר שלא כהלכה, הוא יחויב כלפי אחד הצדדים. אכן, קשה לעתים להעריך מראש את ההחלטה השיפוטית. עם זאת, מצב זה אינו נדיר במשפט. כך הוא הדבר, כשחייב גמר אומר שלא לשלם את אשר נטען להיות חוב, בטענו טענות הגנה סבירות, ובכך הוא מסתכן בספיגת סנקציות, כגון פיצוי מוסכם, ריבית וכו'. כך הוא, למשל, גם במקרה של בחירה בין קיום חוזה לביטולו, כאשר עולה טענה של הפרה. אם ניתנה הודעת ביטול שלא כדין, הוא יהפוך

37 כפוף לאפשרות להגיע למסקנה המובילה להשעיה או התליה מכוח דיני תום-הלב. לאפשרות זו ראה, למשל, ע"א 701/79 שוחט (נסים) נ' לוביאנקר, פ"ד לו(2) 113.

בכך למפר ויספוג את הסנקציות המוטלות על מפר חוזה³⁸. ואם יימנע מביטול, יהיה עליו להמשיך ולקיים את חלקו ולהמתין למימוש זכויותיו שלו בערכאות, אלא אם ביצוע החיוב המופר מתלה את חיובו של הנפגע. גם במקרה של ביטול אין הדין נכון להקל בדרך-כלל על אי-הוודאות שבה מצוי הצד המכריע, על-אף מרכיבי אי-הוודאות הרבים שבהחלטה³⁹. הדין לא יצר הליך מיוחד שיקל על תהליך ההכרעה, ו"יחסן" במידה כלשהי את מקבל ההכרעה, מפני השלכות עמדתו המוטעית.

מדוע בחר הדין בהקלת מצוקתו של הערב בסוגיה זו, במובחן ממצוקת אחרים? התשובה נגזרת לכאורה מהיות הערבות חיוב מישני. הדין מורה לחייב: "קום ועשה מעשה". בעול הסופי של החיוב נושא החייב העיקרי. אין החייב זכאי להיות אדיש לעובדה, שהערב עלול לשאת בתוצאות של אי-הוודאות המשפטית. אם החייב מבקש למנוע את התשלום והשיפוי בעקבותיו, עליו לנקוט הליכים, בעקבות הודעה של הערב בדבר כוונתו לבצע.

באופיה המישני של חבות הערב יש כדי להצדיק, אם כן, את הדין המיוחד הנזכר. נעיר עוד, כי אפשר (והדבר דורש עיון נפרד) שרצויה תפישה כוללת שונה של אופן הטלת הסיכונים על צדדים בנוגע להערכתם את ההכרעה השיפוטית העתידית, בתקופת-הביניים שעד ההכרעה, אולם יש לבחון זאת במסגרת משפטית כוללת. נשלים ונציין, כי אין די בטענה שתגרוס שיש צורך בדין מיוחד בנושא הערבות, כיוון שלערב, להבדיל מחייב רגיל, אין גישה מספקת למידע. זאת משום שסעיף 10 ממילא שולל את זכות החזרה רק במקרה שבו היתה ידיעה על טענת ההגנה, ועל-כן, בהעדר ידיעה, אין כל מניעה שהערב יחזור על החייב, אף אם בפועל היתה קיימת טענה טובה.

2. הדין המגובש כיום בסעיף 10 לחוק מעלה שאלות קשות למדי. המדובר ב"ידיעה" של טענת ההגנה. האם "ידיעה" כוללת גם ידיעת אלמנטים משפטיים או שמא עובדתיים בלבד? לא נדיר הוא, שערב יידע את העובדות המקימות טענת הגנה, אולם לא יהיה צר למשמעותן המשפטית. אפשרות זו מתחזקת במקרים בהם לא קיימת תשובה משפטית מתחייבת אחת לסוגיה, דהיינו כאשר קיים "שיקול דעת שיפוטי"⁴⁰. האם יש אז לומר על הערב כי הוא ידע על טענת ההגנה, שכן די בידיעת העובדות (ועל כן לא יוכל לחזור על החייב, אלא אם נתן הודעה על-פי סעיף 10(ב) לחוק טרם הביצוע)? אמנם, עקרונית, אין המשפט האזרחי שלנו כיום שולל הקניית הגנה למי שמניח הנחות מוטעות שבדין⁴¹. אך נראה, כי זיכוי הערב בזכות חזרה כלפי החייב, בנסיבות הנדונות, בלא שיהיה על הערב למסור הודעה לחייב על פי סעיף 10(ב) לחוק, ירחיק לכת אל מעבר להסדרים המקילים הקיימים

38 ראה, למשל, לאחרונה, את ע"א 81/89 גולן ואת נ' מ"י, פ"ד מה(3) 824.

39 כגון לעניין השאלה אם ההפרה היתה יסודית, המועד הסביר לביטול, הצדק שבביטול (בהפרה לא יסודית) ועוד.

40 ברק (לעיל, הערה 4), שער ראשון.

41 לעניין טעות בהתקשרות בחוזה, ראה סעיף 14(ד) לחוק החוזים (חלק כללי); ובדיני עשיית עושר ולא במשפט, גם תשלום על בסיס טעות שבדין עשוי לזכות בהשבה: ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) 502.

כיום בתחומי דין אחרים, בסוגיית הטעות שבדין⁴². אין המדובר כאן במצב הדומה לזה של השתחררות מחוזה מחמת טעות, אשר מוביל, כידוע, להשבה הדדית למצב הקודם⁴³; ואין המדובר במצב דומה לזה הקיים ביחס לתביעה להשבתה של התעשרות מחמת תשלום על-פי טעות שבדין (שהרי החייב לא התעשר מן הפרעון של הערב לנושה. ההנחה היא שאכן הייתה לחייב טענת הגנה טובה, ולכן ממילא הוא לא היה נאלץ לפרוע לנושה, והוא לא קיבל זכיה כתוצאה מפרעון הערב).

הקניית זכות חזרה לערב, בתנאים אלה, מבלי שמסר הודעה מוקדמת לחייב, תגרום נזק לחייב ותחייבו בתשלום עודף על זה אשר הוא היה נושא בו, אלמלא כן⁴⁴. אין הצדקה לאפשר זאת בהקשר לטעות שבדין, אשר הערב עשוי היה לסלקה, לעתים קרובות, באמצעות ייעוץ משפטי, וכאמור, תוצאה זו גם איננה נגזרת מן ההשוואה למגזרי דין אחרים. זאת, מה גם שכל הנדרש מן הערב, בנסיבות בהן הוא נחשב כמי ש"יודע" על טענת ההגנה, הוא נקיטת צעד זהיר של מתן הודעה לחייב, טרם הפרעון, על פי סעיף 10(ב) לחוק. מאזן האינטרסים בין הערב לחייב מצדיק את הכפפתו של הערב למשטר שבסעיף 10, במקרה זה. הנטל לבדיקת הדין מוטל על הערב, והוא יכול בפועל לפטור עצמו מנטל זה, על-ידי מתן הודעה לחייב בכל מקרה, טרם פרעון. יתר על כן: למעשה, הפתרון אותו מספק לערב סעיף 10(ב) לחוק הערבות נועד לחול בעיקר במקרים שבהם קיים חוסר ידיעה או חוסר בהירות באשר לשאלה המשפטית. קיומו של מוצא זה מצביע על כך, שלשם מימצא בדבר "ידיעה", בסעיף 10, די בידיעת העובדות. אילו הערב היה נחשב כמי ש"יודע" רק לאחר שהוא יודע גם את התקפות המשפטית של הטענה, בנוסף לקיומה העובדתי, לא הייתה בנמצא כל דילמה הדורשת פתרון. בכל מקרה, על פי הנחה כזו למושג הידיעה, חפשי היה הערב להחליט לפרוע על סמך תפישתו הסובייקטיבית באשר לתוצאה הסופית, ללא חשש כי תאבד לו זכות החזרה כנגד החייב. בנוסף, הרי שאילו נכונה הייתה ההנחה הרואה כ"ידיעה" רק את ידיעת העובדות והדין גם יחד, ספק אם היה מקום, לשם כך בלבד, לקבוע את ההקלה שבסעיף 10(ב). אין מגיעים לסעיף 10(ב), אלא לאחר שהערב נחשב כ"יודע", על

42 ראה הערה 41 לעיל.

43 ובאשר לאינטרס ההסתמכות, הצד שכנגד לצד הטועה ייפגע ברוב המקרים באינטרס זה, רק אם היה אשם מוסרי בהתנהגותו. דין הטעות בחוזים מייחס למצבו הנפשי של הצד שכנגד ביחס לטעות, חשיבות מכרעת. על-מנת שהטועה ישתחרר באופן עצמי, על-פי סעיף 14(א) לחוק החוזים (חלק כללי), יש להצביע, כידוע, על כך שהצד השני ידע או צריך היה לדעת על הטעות (בעוד שבמקרה אחר, ההכרעה היא בידי בית-המשפט, על-פי סעיף 14(ב) לאותו חוק, ובית-המשפט רשאי אז לחייב את הטועה לפצות את הצד שכנגד בגין הנזק הנובע מהביטול). בעניינו, ההנחה היא כי הערב לא מסר הודעה לחייב בדבר כוונתו לבצע, ועל-כן בדרך-כלל אין החייב ער לטעותו של הערב בביצוע (לא נעסוק עתה במקרים החריגים, בהם החייב יודע בכל זאת על כוונת הביצוע של הערב, ממקור אחר. שאלה היא, אם אין לראות אז את הערב כמי שפטור מהנטל לתת הודעה על-פי סעיף 10(ב) לחוק). מכאן שהחייב, אם החייב בהשבה לערב, יימצא במצב נחות יותר מזה בו מצוי צד לתורה, אשר הצד שכנגד מבקש לבטלו מחמת טעות שבדין: הוא עלול לספוג חסרון כיס, ללא אשם מצידו, תוצאה שלא תתרחש בדרך-כלל במסגרת דיני הטעות; ומכאן שאין לגזור מיניה וביה גזירה שווה מן ההכרה בטעות שבדין, בדיני החוזים, אל סוגיתנו.

44 לעניין האפשרות לכך שהחייב יהיה זכאי או להשבה כלפי הנושה ולמשמעות הדבר, ראה הערה 45 להלן.

פי סעיף 10(א). ערב שיודע, אם כן, את כל מרכיביה של טענת ההגנה – הן הצד העובדתי והן הצד המשפטי – מדוע מוצדק לזכות אותו בזכות חזרה, אם החליט לפרוע למרות ידיעה מלאה זו, אפילו נתן הודעה לחייב בדבר כוונתו לפרוע? מכל מקום, בוודאי לא היה צידוק לקבוע מנגנון מקל כאמור, רק לשם פתורו של מקרה זה.

דומה אפוא, שהערר ידיעה בדבר המהות המשפטית של העובדות לא תאפשר תשלום על-ידי הערב תוך שמירת זכות החזרה על החייב, אלא-אם-כן מסר הודעה לחייב כנדרש בסעיף 10(ב) לחוק. נציין עוד, כי ניתן לשקול סייג למסקנתנו הנזכרת, המבקש להבחין בין מצבים בהם קיים שיקול-דעת שיפוטי (דהיינו: בהם ניתן לתת יותר מתשובה אחת לסוגיה) לבין המקרים האחרים. הטענה תהיה, כי במקרה מן הסוג הראשון, ערב הפורע על סמך הנחת תקפותה של אחת התשובות האפשריות – זו השוללת הגנה מן החייב כלפי הנושה – אין לראותו כמי שפרע מתוך ידיעה על קיומה של טענת ההגנה, אף שידע את המצב העובדתי. לכאורה יש ממש בטענה, לפיה מן הראוי כי חלוקת הסיכונים בין החייב לערב תהיה שונה במקרה זה, לעומת מקרים מן הסוג השני. ספק, יחד עם זאת, האם על פי הדין המצוי ניתן לקרוא הבחנה פרשנית כזו אל תוך סעיף 10.

3. סוגיה עקרונית שנייה בנרון היא מדוע יש מקום להסתפק בידיעה בפועל כדי לשלול את זכות הערב לחזרה, להבדיל מחובת ידיעה (דהיינו: ההיבט האובייקטיבי). נראה כי יש להרחיב את שלילת זכות החזרה, כך שתחול גם על מצבים אלה. לעניין זה יש לזכור מהי הנפקות הנודעת למסקנה, שלפיה לא נשללת מן הערב זכות החזרה: אף שבפועל, אובייקטיבית, לא היה הערב חייב לשלם, הוא זכאי לחזור על החייב. כפי שלעניינים שונים מוטלת חובת זהירות על החייב כלפי הערב, כך מוטלת חובת זהירות על הערב כלפי החייב. כתנאים שבהם הערב יכול היה לדעת על עילת ההגנה, הרי שהתשלום, כאשר אין לנושה עילה, גורם נזק לחייב, שכן עליו להשיב לערב אף שלא היה עליו לפרוע כלל. הערב גורם אפוא נזק לחייב, תוך התרשלות, ועל הערב לשאת בתוצאות הנובעות מכך⁴⁵. יש להוסיף, כי ממילא גם אם הערב יודע (או חייב לדעת – כהצעתנו) את דבר קיום הטענה, נתון לו המפלט לתת לחייב הודעה, באופן שחיפתח הדרך לבירור שיפוטי ראוי. על-כן אנו סבורים, שיש מקום להרחיב את סעיף 10 בנרון, כך שיחול גם על חובת ידיעה. אך ספק רב אם נוסחו של סעיף 10 כיום מאפשר הרחבה כזו, אף שאין לשלול מסקנה דומה, על סמך עקרונות-כלליים, כגון דיני ההשתק, וזאת במקרים מתאימים.

4. שאלה יסודית אחרת בהקשר זה נוגעת לקיומה של "הילת הסדר שלילי" או להיעדרה, בתחומו של סעיף 10, באשר למקרים שאינם מנויים בו, דהיינו: במצבים

45 אמנם, החייב יהיה זכאי להשבה כלפי הנושה שגבה שלא-כדן, על-פי דיני עשיית עושר ולא במשפט, אולם אין בדבר כדי לסלק את הנזק כל עוד לא נעשתה השבה בפועל, אשר ביצועה כמובן גם איננו וודאי.

גישתנו בסוגיה זו עולה בקנה אחד עם גישתנו לסוגיה הקודמת, באשר לאי-ידיעת הדין, גישה אשר נתמכה במידה רבה בהנחה, לפיה הערב יכול היה לבדוק את הדין. אם תתקבל תפיסתנו זו, ו"ידיעה" תורחב כך שתכלול גם חובת ידיעה, עשוי הדבר להפחית מן הצורך בהבחנה שבסוגיה הקודמת, בין ידיעת העובדות לידיעת הדין.

שבהם הערב פרע, מבלי שידע על קיומה של טענה טובה. סעיף 10 קובע, כי אם ידע הערב, נשללת זכות החזרה. האם מכאן עולה שכל־אימת שלא ידע, נשמרת זכות החזרה, אף שהייתה בנמצא טענה טובה, או שמא לעניין זה עלינו לפנות לעקרונות הרגילים שבדין⁴⁶? לכאורה תמוה הדבר, שהחייב יאלץ לפרוע לערב, כאשר הוא לא היה צד להתדיינות (אם היתה כזו) בין הנושה לערב או כאשר לא הסכים לתשלום. האין הוא זכאי לכך שזכויותיו לא תיפגענה עקב מעשה חז־צדדי של הערב, אף אם נעשה בתום־לב, או עקב תוצאות של התדיינות לה הוא לא היה צד?

אולם נראה בעליל, כי סעיף 10 לחוק הערבות נועד לקבוע הסדר שלילי (דהיינו: הוא שולל את שלילת זכות החזרה) במקרים שבהם הערב פרע למרות קיומה של טענה טובה, אם לא ידע עליה. על־פי הכללים הרגילים בדין, הרי שתנאי לחובת השיפוי הוא כי החייב אכן "חייב", אובייקטיבית, ואף החלטה בהתדיינות בין הנושה לערב, שעל־פיה על הערב לשלם, אינה מהווה מעשה בית־דין כלפי החייב⁴⁷. אך אם ממילא הזכות לחזרה נשללת על־פי הדין הכללי, במקרה שבו קיימת, אובייקטיבית, טענת הגנה טובה — לא היה צורך בעיסוק בסעיף 10 בשאלת הידיעה, ולכן יש לראות את סעיף 10 כממצה את הסוגיה.

באשר למידה שבה התוצאה על־פי סעיף 10 ראויה, נראה כי היא אכן כך לעתים קרובות, אך לא לעולם. ניתן לגרוס, שראוי להטיל על החייב את הנטל ליידע את הערב, המרוחק יותר למידע, ואשר חיובו מישני, באשר לקיומן של טענות הגנה. עשה כן החייב, יחול על הערב הנטל בסעיף 10(ב), המוטל על ערב שיוודע על קיום טענת הגנה. לא עשה כן החייב, אין להגביל את הערב. ברם, נימוק זה שפיר הוא כאשר החייב יודע על דרישת ביצוע על־ידי הנושה אשר נמסרה לערב, ואף שבדרך־כלל כך הדבר, ייתכן שלא כך יהיה. אמנם, מוטל על הנושה לפנות תחילה לחייב בדרישה לתשלום, בטרם יהיה זכאי להיפרע מן הערב, אך אין עליו הנטל להמתנה כלשהי בעקבות כך, בטרם יתבע פירעון מן הערב, למעט במקרים של ערבות יחיד, לפי חוק הערבות החדש⁴⁸. לכן אפשר שלא תהא שהות לחייב ליידע את הערב בטרם יפרע הערב. נוסף על כך, נטל הדרישה מתלה את התביעה כנגד הערב; אך נראה שפירעון מאת הערב לנושה, אף אם לא דרש הנושה תחילה פירעון מן החייב, הוא פירעון כשורה על־ידי הערב, המזכה אותו בהשבה מן החייב⁴⁹.

46 דהיינו: לכלל בחוק עשיית עושר ולא במשפט (סעיף 4), השולל בדרך־כלל זכות להשבה כאמור, אלא אם לזוכה לא היתה סיבה סבירה להתנגד לפעולה.

47 אולם אם הערב נתן הודעה לחייב בדבר ההתדיינות, נראה שההכרעה תשמש מעשה בית־דין גם כלפי החייב, אף אם לא הצטרף לדין. ראה נ' זלצמן, מעשה בית־דין בהליך אזרחי (תשנ"א) 397-398.

48 ראה לעיל, הערה 1. החוק החדש (סעיף 17 לחוק הערבות המתוקן) מחייב את הנושה לנקוט תחילה הליכים כנגד החייב.

49 אך מה אם ידע הערב על כך שלא היתה דרישה מוקדמת כלפי החייב? האם ניתן יהיה לטעון כלפיו כי ידע על טענת הגנה טובה (העדר דרישה כלפי החייב, אשר היא תנאי מוקדם לחבות הערב), ועל כן יש לשלול ממנו השבה מן החייב? נוסחו של סעיף 10 שולל זכות חזרה, כאשר מדובר בטענה הידועה לערב ואשר עמדה לחייב (ולא לערב) כלפי הנושה. אין זה תנאי לחיובו של החייב (להבדיל מאשר לעניין חיובו של הערב) כי תינתן קורם דרישה כלפי החייב. על אף הנוסח של סעיף 10, ברי כי יש לשלול השבה מן הערב גם במקרה בו ידע על טענה מעין זו, שהייתה נתונה לו עצמו (אף כי לא לחייב).

5. בסוגיה של דילמת הערב מציעה הצעת-החוק שינוי⁵⁰, הנוגע לסמכויות בית-המשפט, במסגרת דיון שיחיקיים בעקבות תובענה של החייב, הבאה לאחר הודעת הערב על כוונתו לקיים. על-פי הדין כיום, קיים קושי באשר לכוחו של בית-המשפט למתן הוראות מתאימות, בעקבות פנייה של החייב לבית-המשפט. המדובר בדרך-כלל, בהקשר לערבות, בשאלה כספית בלבד, ונטיית בית-המשפט תהא לומר לחייב, המבקש לעצור בעזרת צו-מניעה זמני את התשלום על-ידי הערב, כי נזק ניתן לפיצוי בכסף, ונזק כזה איננו מצדיק מתן צו-מניעה זמני⁵¹. החייב, אשר ייאלץ להשיב לערב שפרע, יהיה זכאי להשבה מן הנושה, שגבה את הערבות שלא כדין⁵², וייתכן כי גם לפיצוי; שכן דרישת הנושה מן הערב, כאשר אין עילה כדין לכך, עשויה להוות הפרה של חיובו המשתמע של הנושה כלפי החייב, לדרוש מן הערב רק פירעון כדין⁵³. ואמנם, החייב, כאמור לעיל, ייפגע כתוצאה מתקופת-ההמתנה עד להשבה מן הנושה, אך גם עיכוב זה ניתן לפיצוי מן הנושה שגבה⁵⁴.

הצעת-החוק מציעה להקנות לבית-המשפט את הסמכות לדרון בטענת ההגנה ולתת הוראות "ככל שיראה לנכון בנסיבות העניין". מטבע הדברים נראה, כי המדובר בהחלטה במסגרת הליך למתן צו זמני בלבד, שנועד לעצב את ההסדר בנוגע ל"דילמת הערב" האמורה. קשה להניח, כי בית-המשפט יוכל לדרון בטענת ההגנה, כהחלטה סופית, במנותק מהכרעה סופית בכלל מרקם הסכסוך. סמכות להכרעה סופית, להבדיל מהכרעה בצו זמני, לא הולמת את הצורך בדיון דחוף, כפי שפתרון דילמת הערב מחייב. הדעת נותנת שעל-פי ההצעה, לבית-המשפט יש דיסקרציה רחבה בשאלה הדיונית, של קביעת הסדר התשלום או ההימנעות הימנו, עד להכרעה השיפוטית הסופית. אולם במסגרת סמכותו זו אין הוא יכול להביא לשינוי בתוכן הענייני של החיובים ולהקנות פטור לערב באשר לתוצאות חיובו להימנע מתשלום בתקופת-הביניים. נראה, למשל, כי בית-המשפט לא יהיה מוסמך לקבוע כי חיובי הריבית של הערב כלפי הנושה יוקפאו ביחס לתקופת-הביניים. הוא מוסמך להורות על אי-תשלום עד להכרעה, אולם להקניית פטור מריבית כאמור, דרושה הוראה חקיקתית מוצקת ובהירה, המקנה כוח להתערבות כזו. ללא הוראה כאמור, הרי שאם תתקבל הצעת-החוק, שומה יהיה על בית-המשפט להפעיל את סמכותו שבהצעה בזהירות, תוך תשומת-לב להשלכות ההפעלה של הכוח הדיוני (וליתר דיוק – להעדר ההשלכות) על החבות המהותית.

ומכוחה יכול היה להתגונן כנגד הדרישה. אין המדובר בטענת הגנה אישית גרידא, אלא בטענה כללית הנחונה לערב, מכח היותו ערב.

סעיף 11 להצעה.

51 על הצורך להצביע על ההכרחיות במתן הצו כבר עתה, לפני בירור התביעה, ראה י' זוסמן, סדר הדין האזרחי (מהדורה שישייה, תשנ"א) 576-577.

52 על-פי דיני עשיית עושר ולא במשפט. ראה גם לעיל, הערה 45.

53 זאת, לאור התוצאה המזיקה העלולה להתרחש בעקבות דרישה כאמור.

54 שונה יהיה הדין, מסתמא, כאשר יש יסוד לחשש כי הנושה לא יהיה סולבנטי או שלא ניתן יהיה לאתר.

ז. ריבוי ערבים

1. דפוס השיתוף הקבוע כיום בחוק לגבי ריבוי ערבים הוא של חייבים יחד ולחוד⁵⁵. דפוס זה עלול לפגוע לעתים בנושה, שלא לצורך וללא הצדקה. כך הוא כאשר יצירת הערבות נעשית על-ידי הערבים, בלא שתהא הסתמכות של האחד על קיומו של האחר. עיקר ההבחנה המהותית⁵⁶ בין דפוס השיתוף של "יחד ולחוד" לבין "לחוד" נעוץ בהעדר ההסתמכות ההדדית של החייבים, האחד על קיומו של האחר, במקרה של חייבים לחוד, במובחן ממצב של חייבים ביחד ולחוד. כאשר קיימת הסתמכות, דהיינו: במצב של "יחד ולחוד", מוצדק כי עם נפילת תוקפו של חיוב אחד החייבים, יפול תוקפם של החייבים האחרים, אשר נוצרו תוך הסתמכות על קיום החיוב הנוסף⁵⁷, או, לכל המצער, יפקעו החיובים האחרים חלקית, בשיעור זכות החזרה כלפי החייב שחיובו פקע – זכות אשר נשללה עם נפילת התוקף של החיוב האמור⁵⁸. לא כך כאשר לא היתה הסתמכות כנוכח. במצב דברים זה לא נפגע אינטרס ההסתמכות של החייב הנותר ואין סיבה לפגוע בזכות הנושה כלפיו. הקביעה כי על-פי החוק כיום, בריבוי ערבים טיפוס השיתוף הוא של חייבים יחד ולחוד אינה עושה הבחנה בין המצבים העובדתיים השונים. הצעת-החוק מציעה לתקן עניין זה, כך שבהעדר הסתמכות בין הערבים, לא ייתפסו הם כחייבים יחד ולחוד, אלא כחייבים לחוד⁵⁹.

2. שאלה נוספת נוגעת למצבים שבהם קיימת ההסתמכות בין הערבים, כך שערכותם היא יחד ולחוד. כאשר נפל תוקפו של חיוב אחד החייבים, האם על חיוב האחרים להתבטל באופן מלא או שמא באופן חלקי בלבד, עד לשיעור הזכות להשתתפות שאבדה? דין ריבוי החייבים הכללי, בטיפוס של יחד ולחוד, החל כיום גם על ריבוי הערבים, גורס, כאמור, בטלות מלאה, אף שהפגיעה בפועל בערב היא רק בשיעור זכות ההשתתפות אשר אבדה לו. הצעת-החוק מבקשת לתקן מצב זה, בתחום של ריבוי הערבים, כך שהבטלות תחול רק עד לשיעור חלקו של הערב, אשר חיובו התבטל⁶⁰.

3. האם יש מקום לדין שונה, במקרה של ערבים יחד ולחוד, בין מקרה שבו נפילת התוקף של חיוב אחד הערבים נובע מפגם ברצון או מהפרה, למקרה שבו הוא נובע מפגם בכשרות או בייצוג? הכלל כיום, הן במקרה של ריבוי חייבים עיקריים⁶¹ הן

55 ראה סעיף 13 לחוק.

56 יסודן של ההבחנות בדין האנגלי הוא בדפוסי תביעה פרודורליים ובכמות העילות הנתונות לנושה. ראה, למשל, ד' פרידמן ונ' כהן, "סוגיות בדיני ריבוי חייבים" ספר לזכרנו (תשמ"ח) 58 ואילך.

57 להעדר הסתמכות בחיובים לחוד ראה שם, בעמ' 61.

58 החוק אצלנו (סעיף 55(ב) לחוק החוזים (חלק כללי)), קובע בטלות מוחלטת של החיוב המוטל על החייבים הנוספים, והדבר נראה כבלתי-מוצדק, אף שניתן אולי לגרוס כי עצם הנכונות להתקשר היתה מותנית בקיום החיוב הנוסף (ראה ד' פרידמן ונ' כהן, "ריבוי חייבים" – יסודות בדין ההגנות והגנות ראשוניות" ספר אורי ידן ב (בעריכת א' ברק וט' שפניץ, ירושלים, תש"ן) 169, 179 והדין בהמשך). מכל-מקום, כאשר קיימת הסתמכות, יש הצדקה לשחרור, לפחות כמידת זכות החזרה שהוכשלה.

59 סעיף 13 להצעה.

60 סעיף 14 להצעה (הוספת סעיף 13א(2) לחוק).

61 סעיף 55(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).

במקרה של חייבים אשר כוללים חייב עיקרי וערב⁶², הוא כי פגם בכשרות אינו מוביל לנפילת תוקף החיובים של החייבים האחרים. גם הצעת-החוק אינה גורסת שינוי במקרים אלה⁶³, אולם מוצעת תפישה שונה, כאשר המדובר בריבוי ערבים. בעניין זה מוצע⁶⁴, כי דין פגם בכשרות או בייצוג של אחד הערבים הוא כדינו של כל פגם אחר, כך שהפגם פועל גם לטובת הערבים האחרים ופוסט אותם עד לשיעור זכות ההשתתפות שאבדה להם. על-פי דברי ההסבר להצעה, ההנחה היא כי לעתים קרובות אין הערבים מכירים זה את זה, ועל-כן יש להטיל על הנושה את הסיכון שבחוסר-הבדיקה.

להצעה זו יש להעיר, כי ההשקפה האמורה, ככל שהיא מבוססת, נכונה גם לגבי דין ריבוי החייבים הכללי, ועל-כן, אם תאומץ, יש מקום להרחיבה אף מעבר לתחום הערבות. עם זאת, כפי שציינו⁶⁵, עדיפה גישה הקובעת כלל המבחין בתוצאות על-פי הנסיבות, דהיינו: על-פי השאלה על מי מוטל נטל הבדיקה בנסיבות.

ח. ביטול ערבות לחיוב עתידי

1. כיום קובע סעיף 15 לחוק הערבות, כי לגבי ערבות לחיוב "עתידי לבוא", רשאי הערב לבטל את ערבותו "כל עוד לא נוצר החיוב הנערב".

תחילה, יש לשים לב לכך שאין מדובר במצבים שבהם החיוב נוצר, אף שטרם הגיע מועד הביצוע שלו, אלא במקרים שבהם החיוב עצמו (כגון החוזה) טרם נוצר. לאחר יצירת החיוב נולד אינטרס מוקנה ומוגן לטובתו של הנושה, ושוב אין הערב יכול להשתחרר מערבותו⁶⁶.

מצב אחר שבו עשוי סעיף 15 לחול הוא כאשר קיים חוזה-מסגרת, ובמובן זה נוצר כבר חיוב "ערטילאי", אולם החיובים הקונקרטיים יצמחו רק עם ביצוע פעולה נוספת. כך, למשל, כאשר עסקינן בחוזה בין לקוח לבנק, המזכה את הלקוח באשראי. חוזה פתיחת החשבון קובע הוראות אשר תחולנה על המצבים שבהם נלקח אשראי, אולם כל עוד לא נלקח אשראי בפועל, ניתן לומר שהחיוב (הקונקרטי) טרם נוצר, לצורך סעיף 15 לחוק. דוגמא נוספת היא חוזה עסקי בין ספק לבין משווק, שבו נקבעים ההסדרים במקרה של הזמנת סחורות נתונות, ככמויות כאלה או אחרות. אולם ניתן לומר, שלפני עריכת ההזמנה עדיין לא קם חיוב קונקרטי בגינה. במצבים אלה יוכל אפוא הערב להודיע על ביטול ערבותו, קודם עריכת ההזמנה או משיכת הכספים.

מובן, כי לביטול הערבות תהא בדרך-כלל נפקות ביחסים בין הנושה לחייב, שכן החייב מסתמא התחייב ליתן ערבות ועתה מסתבר שבשלב זה אין הוא עומד בחיובו האמור⁶⁷.

62 סעיף 17 לחוק הערבות.

63 כפי שצוין לעיל, ברשימה זו.

64 ראה סעיף 14 להצעת-החוק, המבקש להוסיף את סעיף 13א(2) לחוק.

65 לעיל, פסקה ג.

66 לתפישה אחרת בסוגיה זו ראה בהצעת-החוק, כנסקר להלן.

67 שאלה היא, האם נתונה לחייב שהות-מה להמציא ערב חלופי או שמא הוא מצוי מיידית במצב של הפרה. נראה שאכן קיימת הפרה לאלתר, אף כי לענין יסודיותה אין לקבוע מסמרות מראש.

2. הצעת החוק מציעה כמה שינויים בנדרון, שראוי לבחנם:

(א) מה הוא המועד הקובע, אשר מעבר לו שוב לא נתונה לערב הזכות להשתחרר? כיום, על-פי סעיף 15 לחוק מדובר, כאמור, במועד "יצירת החיוב הנערב". על-פי ההצעה, מדובר ב"ערכות לחיוב שטרם בוצע". הכוונה כאן היא בוודאי לחיוב שהחיוב הנגדי לו טרם בוצע, שכן אם החיוב הנערב כבר בוצע, שוב אין צורך בערכות.

יש כאן שינוי מהותי לעומת החוק כיום: סעיף 15 לחוק מגן גם על אינטרס הציפייה החוזי המוקנה לנושה. משעה שנוצר החיוב הנערב, זכאי הנושה להגנה על ציפיותיו לגבי הזכות, כולל הציפייה לבטוחה, אשר נולדה באמצעות ערכות תקפה, כפי שהומצאה לו, מבלי שהערב יוכל להשתחרר ולפגוע בציפייה מוגנת זו. לעומת זאת, הצעת החוק נכונה להגן אך על ההסתמכות אשר המצאת הערכות יצרה אצל הנושה, אולם לא על ציפיותיו. אם הנושה טרם העביר תמורה לחייב, הרי שההנחה היא כי בעקבות ביטול הערכות יהיה הנושה זכאי להשתחרר מן החוזה עם החייב ובכך למנוע את נזקי ההסתמכות.

המשמעות היא, כאמור, כי אינטרס הציפייה של הנושה לא יוגן כראוי. בעקבות ביטול החוזה לאחר ביטול הערכות, אמנם יהיה הנושה זכאי לתביעה כנגד החייב בגין אובדן הרווח הצפוי מן העסקה, אלא שתביעה זו לא תהא מובטחת בערכות, כמוסכם בעסקה; שכן הערכות, כאמור, בוטלה כדין (מבחינת הערב). שאלה היא, אם מצב זה אכן רצוי. אמנם, סעיף 15 להצעה מזכה את הנושה (כפי שהמצב גם כיום) בפיצוי מהערב בגין "הנזק שנגרם לו עקב הביטול", אך ברי בעליל כי הכוונה היא לפיצוי שלילי בלבד; שאם לא תאמר כן, נמצאת מעקר כמעט לחלוטין את משמעות ההקלה אשר הסעיף מבקש להקנות לערב.

(ב) נקודה שנייה נוגעת להבחנה בין "ערכות חנם" לערכות אחרות. "ערכות חנם", משמע כאשר אין הערב מקבל תמורה בגין הערכות שהוא מספק. הצעת החוק מציעה, כי זכות ההשתחררות של הערב תינתן רק במקרים של ערכות-חנם. מכאן שערב המקבל תמורה לא יהיה זכאי להשתחרר, אף אם טרם סופקה התמורה הנגדית, שכן זהו סיכון שמן הראוי להטילו עליו.

(ג) בשל החשש מהתנאות של נושים (יש להניח, כי הכוונה בעיקר לגופים ממוסדים הפעילים באורח נרחב, כגון בנקים) על הוראת סעיף 15, מוצע בהצעה כי לא ניתן יהיה להתנות על הוראות הסעיף, אלא לטובת הערב. נראה אפוא, שתהא פסולה גם התנאה על מועד כניסתה של הודעת הביטול של הערב לתוקף, כפי שהדבר נהג כיום בחוזים בין ערבים לבנקים, ועל-פיהם הביטול נכנס לתוקף רק כעבור זמן מסוים (בדרך-כלל כחודש). זאת כשהערב חשוף עדיין להמשך משיכות הכספים של החייב, בתוך התקופה.

ט. ערכות בלתי-מוגבלת בסכום – הערת-אזכור

סעיף 16 להצעה מבקש להטיל, קוגנטית, חובת גילוי על הנושה, אשר עסקו ליתן אשראי, כלפי הערב, במקום שלא ננקב בחוזה הערכות סכום קצוב. למעשה מדובר לא בחובת "גילוי", שכן היות הערכות בלתי-מוגבלת מופיע בכתב-הערכות עצמו

משפטים כ"ב תשנ"ג דיני הערבות הכלליים – קושיות, מגמות והרפורמה המוצעת

ובכך נעשה "גילוי". הכוונה היא בפועל לחובת הסבר, כאשר תקנות אמורות לקבוע את דרך "הגילוי". ההצעה נוקבת בסנקציה לאי-גילוי, והיא שהערב "ימלא את ערבותו לפי אומד דעתו בעת כריתת החוזה", אלא-אם-כן "הוכיח הנושה שהערב ידע" על כך.

אף שהוראה זו הוצאה מגדר פרק הערבויות המוגנות שבהצעה וחלה גם על חיובים שאינם נכנסים לגדר "הערבות המוגנת" על-פי הפרק האמור, הרי שאופיה הצרכני ברור, ולכן מן הראוי לדון בשאלות המתעוררות בנדון, במסגרת דיון בסוגיית הערבות הצרכנית – דיון החורג ממסגרת רשימתנו זו.

