

ביקורת ספרים

מוקדש לזכרו של פרופ' גד טרסקי ז"ל,
ממניחי-היסוד למשפט הישראלי.

ברוך כהנא: ערבות

(מתוך הסדרה: חוק לישראל בעריכת פרופ' נחום רקובר, בהוצאת מורשת המשפט בישראל, משרד המשפטים, ירושלים תשנ"ב-1991.)

מאת

יעקב מירון*

הספר שלפנינו מוכיח, למעשה, כי... אין חדש תחת השמש וסדנא דארעא חד הוא. המחלוקות המתגלעות בפסיקה ובחקיקה של ימינו וכן הפתרונות להן מצויים רובם ככולם במשפט היהודי מקדמת-דנא.

ספר זה סוקר את חוק הערבות, התשכ"ז-1967, סעיף אחר סעיף ומלה אחר מלה ומביא לגבי כל אחד מהם את המקורות, הדעות וההשקפות הנוגעים לו המצויים במשפט היהודי. בכך מביא הספר את דיני-הערבות היהודיים להישג-ידם של משפטנים בני-ימינו. מבחינה זו ספר זה הוא הראשון מסוגו בסוגייה הבעייתית של הערבות.

זוהי עבודת-ענק. הספר משתרע על-פני 800 עמודים ויותר הכוללים מפתח עניינים (עמ' 739-770) ומפתח מקורות (עמ' 771-829). מפתח המקורות ניתן היה לשכלול, ואפילו על-ידי מאמץ לא רב במיוחד בימינו כשמעבדי-תמלילים מצויים בידנו. במתכונתו הנוכחית, ועל-אף ממדיו הרחבים, אין המפתח מפנה בקלות אל חלק גדול מן המקורות הרבים הנזכרים בספר. לדוגמא: המאור הגדול, פרי-עטו של רבנו זרחיה הלוי, שיידון להלן; ואפילו היד החזקה של הרמב"ם — מתגלים במפתח המקורות רק אחרי מאמצים. יודעי ח"ן אמנם ימצאו את היד החזקה בערך "רמב"ם — יד חזקה" בעמ' 781, ואת המאור הגדול בעמ' 766 — זה האחרון כשהוא חבוי בין "הלוי" ו"ספר המאור" לפניו, ובין "ר' מאיר" ו"המאיר" מאחוריו. משום-מה ערך "הלוי" שלפניו מופרד מ"רבנו חיים הלוי" — חידושים על הרמב"ם" (בעמ' 798), ומעורר שלושה "הלוי" (בעמ' 804); ומה שחשוב לענייננו — גם מ"ר זרחיה הלוי — ראה המאור הגדול", החבוי בין "וייל" ו"זכרון יהודה" לפניו לבין

* פרופסור למשפטים. היועץ למשפט ארצות ערב, משרד המשפטים.

"חוקות הדיינים" מאתוריו (בעמ' 755). רצויה הפרדה בין "שמות המחברים" לבין "שמות חיבורים" על-פי הדוגמא הנאה בספרו של מנחם אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו ועקרונותיו (ירושלים, הוצאת מגנס, תשל"ג) ג עמ' 1372-1593. ב"שמות המחברים" רצוי לרכו את כל "הלוי"ם במקום אחד; ושמות מורכבים, כמו רבנו זרחיה הלוי, ראוי להם להופיע לא רק לפי השם הפרטי באות ז (זרחיה), אלא גם בין כל יתר "הלוי"ם שבמפתח. גם הרמב"ם, נוסף על מקומו הנוכחי באות ר, ראוי לו להופיע גם באות מ כ"משה בן מימון" ובאות ב כ"בן מימון". בכל הערכים החדשים הללו תהיה הפניה למקום הראשי שבו מרוכזים מראייהמקום. על-אף מגבלות אלה ואחרות ועל-אף הדבקות היחירה במבנה ובמלים של חוק הערבות, התשכ"ז-1967, שבינתים תוקן על-ידי חוק הערבות (תיקון), התשנ"ב-1992 — לפנינו ספר שהוא ללא ספק נקודת-ציון בדרכו של המשפט במדינת ישראל, כאשר הוא תורם רבות ליישום רציני הן של ההפניה ל"יסודות החירות, הצדק והשלום של נביאי ישראל" שבמגילת העצמאות והן של ההפניה ל"עקרונות החירות, הצדק והשלום של מורשת ישראל", האמורים בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

מקוצר היריעה נסתפק בכמה דוגמאות — אחת מתחום הפסיקה והשאר מתחום החקיקה.

א. פסיקה

בפרשת קוט נ' קוט, על שני גלגוליה בבית-המשפט העליון¹, נחלקו הדעות כשאלה האם זכאי גם ערב לארכה כאשר החייב העיקרי זוכה בארכה לפרעון חובו. בשלב הראשון בבית-המשפט העליון גברה דעתם של השופט מנחם אלון (כתוארו אז) והשופט ש' לוי, שהערב פטור גם הוא מתשלום ערבותו כל עוד מושהה חיובה של החייבת העיקרית, הגב' קוט. השופט יהודה כהן סבר, בדעת-מיעוט, כי על הערב (בפרשת קוט — הערבה) לשלם מיד, גם אם החייבת העיקרית פטורה מתשלום "עד שתעשיר". הקצרה נהפכה על-פיה בשלב השני בבית-המשפט העליון, כאשר הנשיא שמגר והשופט ברק הצטרפו לדעת השופט יהודה כהן; ולא עוד אלא שגם השופט ש' לוי שינה את דעתו והצטרף לרוב בדיון הנוסף. ההלכה הפסוקה היום היא, כי הערב יוצא קרח מכאן ומכאן: עליו לשלם מיד לנושה (באותו בג"ץ — מר קוט) ואין הוא זכאי להיפרע מהחייבת העיקרית (באותו בג"ץ — מהגב' קוט), עד שזו תעשיר.

רק דעת-המיעוט בדיון הנוסף, שהשופט מ' אלון שמר לה אמונים, המשיכה לסבור כי הערבה נהנית מאותה ארכה שזכתה לה החייבת העיקרית².

1 ע"א 255/81 קוט נ' קוט, פ"ד לו (1) 236. ד"ג 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח (3) 197.

2 דומה כי ניתן לאבחן את עמדותיהם של השופטים אלון וברק באופן שלא תישאר שום מחלוקת ביניהם: המעמסה היתירה שמטיל השופט ברק על הערב מבוססת על ההנחה שקיימת קירבה בין האשה, שהיא החייבת העיקרית, לבין הערב וכי קיימת אפוא נכונות מצד הערב לשאת בעול החיוב. לעומת זאת, עמדתו של השופט אלון אמורה במקרים שבהם הערב הוא אכן זר מוחלט לאותה אשה, "סתם מן השוק". דא עקא, שהשופט אלון דוחה מפורשות אבחון כזה (בעמ' 227 בד"ג 4/82). המשפט הגרמני בודק אם היה לערב אינטרס אישי בביצוע החיוב. כאשר קיים אינטרס אישי כזה, נוטה המשפט הגרמני לראות

מהספר שלפנינו עולה, כי המחלוקת בין דעת-הרוב בדיון הנוסף לבין דעת-המיעוט מצויה במשפט היהודי, אם כי על רקע שונה. במשפט היהודי הדיון נסוב לא על ערבות לשיפוי דמי-מזונות שנתבעו שלא כדין, כי אם על ערבות שניתנה על-ידי ערב לאביהם של יתומים בחייו. יתומים אינם חייבים לפרוע חובו של אביהם עד שיגדלו. השאלה שנדונה במשפט היהודי היתה, האם חייב הערב לשלם, גם שה"חייב העיקרי" – כלומר: היתומים הבאים תחתיו – פטורים מלשלם עד שיגדלו.

במשפט היהודי גברה אותה דעה שנתקבלה בר"נ 4/82: הערב חייב לשלם מיד והוא יוכל להיפרע רק לאחר-מכן, כשהיתומים יגדלו. זוהי דעתם של הרשב"ם (בערך 1080-1160) בפירושו לבבא בתרא קעד, ע"א; של בעלי התוספות באותו מקום; של הרמב"ם (1135-1204)³; של ר' יהונתן מלוניל (שעלה לארץ בשנת 1210)⁴; ושל ר' יעקב בעל הטורים (1270-1343)⁵ – הכול, כאמור, בספר שלפנינו, עמ' 217 והערה 40 שם. מנגד, דעת-המיעוט בדיון הנוסף – דעתו של השופט מנחם אלון – נתמכת הן על-ידי רבנו זרחיה הלוי, בן המאה הי"ב – גם הוא מהעיר לונגיל בדרום צרפת⁶ – והן על-ידי ר' שלמה בן אדרת, הרשב"א (1235-1310)⁷; וגם על-ידי סעיף 7(א) לחוק הערבות, תשכ"ז-1967, הקובע כי "כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו עומדת גם לערב".

להלכה נפסק בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קי, סעיף ג, כדעת רוב הפוסקים, הללו סוברים כי נזקקין לנכסי ערב כשהיתומים, בני החייב, קטנים. נושאי כליו

- בעסקה לא ערבות, אלא אחריות (Selbstständiger Garantievertrag). ראה, M. Fromont et A. Rieg, *Introduction au Droit Allemand* (Paris, Droit Privé, 1991) Vol. III 109 in fine.
- 3 "...מת הלווה והגיה יתומים שאין בית הדין נזקקין לנכסיהם – הרי זה תובע את הערב תחילה", הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה כו, ג.
- 4 בפירושו לבבא בתרא קעד, ע"א: "אין על היתומים לשלם לו [לערב] מה שפרע עכשיו [אלא] לכשיגדלו יוכלו לטעון ולהביא ראיה שאביהם פרע בחייו".
- 5 טור חושן משפט, סימן קי: "אין לגבות מהם".
- 6 בחיבורו המאור הגדול, הכניו בפירוש על הרי"ף (=רבי יצחק אלפסי, 1103-1103), בהתייחס לבבא בתרא קעא, ע"א.
- מעניין, שעמדת רבנו זרחיה מקובלת עד היום הזה במשפט הצרפתי במה שנוגע לארכה שניתנת לחייב העיקרי על-ידי הנושה. במשפט הצרפתי, ארכה "מוסכמת" כזו מועילה גם לערב, שגם אותו אי-אפשר לאלץ לשלם במועד קבוע מראש. Pascal Ancel, *Le Cautionnement des Dettes de l'Entreprise* (Paris, 1989) 213 § 529; p. 214 § 532.
- המשפט הצרפתי מבחין ארכה "מוסכמת" כזו מארכה המוענקת כמעשה חסד על-ידי בית-משפט. ארכה שכזו היא "אישית לחלוטין לחייב העיקרי" ועל-כן אין הערב נהנה ממנה. כאשר הארכה היא מן הדין, שוב כותן המשפט הצרפתי האם היא "אישית לחלוטין לחייב העיקרי" (שאו הערב חייב לשלם) או האם היא "באמת" משנה את החיוב ככך שהיא מרחיקה את מועד הפירעון.
- ההבחנה הזו איננה ניתנת ליישום קל אפילו במשפט הצרפתי עצמו, כאשר מפעלים בצרפת עוברים "שיקום" (redressement), הנועד למנוע את התמוטטותם. עדיין אין פסיקה בצרפת בשאלה אם ארכה הניתנת על-ידי הנושים למפעל ב"שיקום", שהוא החייב העיקרי, נחשבת לארכה "הסכמית" המהנה את הערבים, והמבוכה רבה (שם, עמ' 215, § 535). לעומת זאת ברור, שבפשיטת-רגל "אין שום סיבה למנוע את הנושה מלפעול נגד הערב" (שם, עמ' 216, § 537). פסיקה של בית-הדין לקסציה ברוח זו אומצה על-ידי המתוקק הצרפתי בחוק מיום 25 בינואר 1985 (שם, עמ' 217-218).
- 7 שר"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן ט.

של החושן משפט מאשרים, כי פסיקה זו היא כדעת-הרוב — או כדבריהם, כדעת הרמב"ם⁸ — דהיינו: ממש כמו דעת-הרוב בד"נ 4/82. "קרח מכאן ומכאן" הוא גם ערב סולידרי בצרפת שנתן ערבות למפעל הנמצא כעת ב"שיקום". הערב משלם מיידית לנושי המפעל, אך יוכל להיפרע מן המפעל, שהוא החייב העיקרי, רק לאחר תום תוכנית ה"שיקום"⁹.

ב. חקיקה

תמונה דומה מתגלה בתחום החקיקה. המהפך בדיני-הערבות בישראל, שנעשה על-ידי התיקון משנת התשנ"ב-1992 לחוק הערבות, התשכ"ז-1966¹⁰, אף-על-פי שלושה בסערה ציבורית לא קטנה¹¹, יש לו מקבילה מחוץ לישראל וכן גם במשפט היהודי.

בית-הדין לקסציה בצרפת, בהחלטה מיום 30 ביוני 1987, חידש חידוש מהפכני בקובעו כי ציון סכום הערבות בכתב-ידו של הערב בכתב-הערבות נועד לא רק, כבעבר, לצורכי ראיה, אלא הוא קונסטטיטויטיבי, היינו: למתן תוקף לערבות. שוב אי-אפשר להביא עדים להוכחת התחייבותו של הערב. אין תוקף לציון סכום הערבות במכונת-כתיבה. אין תוקף לציון הסכום במסמך נפרד ממסמך הערבות. פגם בצורה של המסמך דיו כדי לשחרר את הערב מכל התחייבות. ללא ציון הסכום בכתב-ידו של הערב אין תוקף לערבות.

אין לגבות מן הערב לא ריבית, לא הוצאות משפט ולא הצמדה, אם הערב לא כתב בכתב-ידו ליד הסכום "בתוספת ריבית", "בתוספת הוצאות משפט", "בתוספת הצמדה". הסכום שנכתב כך בכתב-ידו של הערב הוא הסכום המרבי שניתן לגבות ממנו¹².

המדהים בחידוש צרפתי זה, שהוא כולו פרי הפסיקה, בעוד שהבסיס החקיקתי

8 ר' יהושע ולק כ"ץ (1555-1614), מחבר ספר מאירת עינים (=סמ"ע) מבהיר, כי "דברי המחבר (ר' יוסף קארו) הן כדברי הרמב"ם; וכן שבתאי כהן (1621-1663), מחבר שפתי כהן (ש"ך), מבהיר כי דברי ר' יוסף קארו כאן תואמים את מה שכתב קודם בחיבורו ברק הבית (שהוא מעין תמצית של הקומפילציה הגדולה שלו בית יוסף), "שלענין הלכה אנו נוקטים כרמב"ם".

9 אנסל (לעיל, הערה 6), עמ' 218.

10 ס"ח 1390, י"ט באדר התשנ"ב-1992 (24.3.1992) 144.

11 "הבנקאים במלחמה נגד חברי הכנסת", "גל החוקים הפופוליסטים בכנסת" (מעריב, כ"ו בשבט התשנ"ב [31/1/1992]). "חוק הערבים התקבל בניגוד לדעת הממשלה" (מעריב, י"ג באדר א' התשנ"ב [17/2/1992]). עיקר הוצקה באה מצדום של אנשים שחתמו על ערבות לחבר או למכר על סכום צנוע, וכעבור זמן, גם בעקבות האינפלציה, מצאו את עצמם ערבים לסכומים גבוהים וחשופים לגביה באמצעות ההוצאה-לפרועל. על רקע זה קרא ח"כ פרופ' שמעון שטרית בשלב הראשון לביטולה המחלט של הערבות. קריאה זו משתלבת יפה בקריאה לרפורמה של מוסד הערבות בצרפת (ראה עמ' 22 בספרו של אנסל [לעיל, הערה 6]).

12 אנסל [לעיל, הערה 6], עמ' 84, §211; עמ' 49, §123 — עמ' 50, §127.

שלו רופף ביותר¹³, ועם זאת גרר החידוש הזה מהפכה דיני-הערבות בצרפת¹⁴. מהפכה זו קשורה ודאי להתפתחויות כלליות מעבר לתחום דיני-הערבות – תחייה של הפורמליזם במשפט, מותו של מיתוס חופש החוזים¹⁵ והנטייה הגוברת ל"הגנת הצרכן".

ביטויים למגמות חדישות אלה מצויים גם בחיקון משנת התשנ"ב-1992 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967. אמנם, אין למצוא בו הדגשה על פורמליזם כמו כתיבת סכום הערבות בכתב-ידו של הערב במלים ובספרות כנדרש בצרפת, אך בין חידושי קיים העיקרון של "תובענה מהחייב תחילה" בערבות של יחיד (בסעיף 217ג). עיקרון זה מוכר וידוע במשפט הצרפתי, כי הוא המבחין בין ערבות לבין ערבות סולידרית, ובמשפט היהודי הוא נוהג מזה אלפי שנים (ראה עמ' 212, 230-240 ו-417

13 לדעתו של אנסל (לעיל, הערה 6), עמ' 79, §81, (2067), ניתנת "לעמים" פרשנות נועזת לסעיפים בקודקס האזרחי (שם, עמ' 20). לשוא נחפש בסעיפים 1326 ו-2015 לקודקס האזרחי הצרפתי את המשמעות שנתן להם בית-הדין לקסציה (שם, עמ' 49). סעיף 1326, כפי שתוקן ב-12 ביולי 1980, קובע כי "פעולה משפטית שבה צד אחד בלבד מתחייב כלפי צד שני שלם לו סכום כסף... חייבת להחבטא במסמך (titre) הכולל את התחייבה של הצד המתחייב וכן ציון בכתב ידו של הסכום... במלים ובספרות. במקרה של סתירה, המסמך תקף עבור הסכום הכתוב במלים" (ההדגשה איננה במקור). לפני החיקון של ה-12 ביולי 1980 דרש הסעיף גם שימוש בנוסח "bon" או "approuvé" בכתב-ידו של החייב. הנוסח הראשון מוכר בפסיקה הישראלית מתוך ע"א 65/49 פריזלר נ' וייס, פ"ד ה-870. בצרפת, למרות ביטול הדרשה בחוק, ממשיכים להשתמש בפרקטיקה הנוסחה "bon pour", ואחריה סכום ההתחייבות.

אותה גישה פורמליסטית המחייבת העלאה על הכתב של הסכום גוברת גם באיטליה הן בחוק מ-1991 באשר לפעילותם של בנקים בשוק הכספים והן בחוק מ-1992 בדבר הגינות הבנקים, לפי הרצאתם של Salvatore Mazzamuto, Luca Nivarta, "General Principles and Special Legislation, Toward a New Role of the Italian Civil Code" בקונגרס לזכרו של פרופ' גד טוסקי על "המסורת המשפטית האירופאית וישראל", שהתקיים בירושלים בחנוכה התשנ"ג (20-23 בדצמבר 1992) על-ידי המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר.

14 עד כדי כך שהקודקס האזרחי הצרפתי חדל לשקף את דיני-הערבות הנוהגים בצרפת, אף-על-פי שההוראות הקבועות בו בנושא הערבות בסעיפים 2011-2043 מתיימרות כמאז ומתמיד להסדיר את מוסד הערבות (אנסל [לעיל, הערה 6], 22 רישא).

"מאז שנות השבעים עברה על הערבות, בפרקטיקה, התפתחות בלתי-רגילה" (אנסל, שם, עמ' 13, § 33). מצב דומה שורר גם באיטליה, שבה גוברת "הגישה הפורמליסטית", כאמור לעיל (בהערה הקודמת), ובה אף מרבדים על "דוקטרינה", כלומר: על תהליך של השתחררות מן הקודקס האזרחי. Mazzamuto ו-Nivarta אף מייחסים לקודקס האזרחי האיטלקי "תפקיד חדש" כמקור לכללים כלליים וכ"שומר על ההיגיון המשפטי הנצחי".

15 "החופש החוזי" בקודקס האזרחי הצרפתי "עתיד היה להתגלות כמכשיר יעיל לניצול היתר חלשים על-ידי היתר חזקים". Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de Droit Civil*; Jacques Ghestin, *Introduction Générale* (Paris, 2ème éd., 1983) 97. התערבות המחוקק בהיווצרות החוזה ובביצועו הגיעו לנקודה שבה לא נותר כלום מרעיונות חופש החוזים ומ"עצמאות הרצון" (autonomie de la volonté). "דחינו אפוא את הפילוסופיה ואת הטכניקה החקיקתית של 1804 (שנת חקיקת הקודקס הנפוליאוני), אך לא הבאנו דבר במקומו" Société de Législation Comparée, *Jalons — Dits et Ecrits d'André TUNC* (Paris, 1991) 77, 78. אולם לא זו היא הדעה השלטת בישראל: "חופש החוזים והאוטונומיה של הרצון הפרטי שולטים במשפט הפרטי ולא דרישות נוקשות של צורה" (אהרן ברק, "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט-מ(3) (אדר א' תשנ"ב – מארס 1992) 197, 207. "חפש החודים הוא מעקרונות היסוד של חפיטגו המשפטית והחברתית ומעמד לו בזכות חוקתית" (בר"ע 5248/90 אנטין נ' פרנקל, פ"ד מה(5) 139, 143ה).

בספר שלפנינו). ערב סולידרי, הקרוי במשפט היהודי ערב-קבלן, חשוף לתביעה מן הנושה אפילו מבלי שהנושה פנה תחילה לחייב העיקרי¹⁶. לעומת זאת, ערב "סתם", שאיננו סולידרי, איננו צפוי לתביעה מהנושה אלא רק לאחר שהחייב העיקרי נתבע תחילה וללא תוצאות, כדברי המשנה: "המלווה את חברו על-ידי ערב, לא יתבע מן הערב תחילה"¹⁷, אלא מוטל על הנושה לתבוע תחילה את החייב העיקרי (עמ' 69, 211-216 בספר שלפנינו). אפשר שאילו הלך חוק הערבות, התשכ"ז-1967, בדרכו של המשפט היהודי בנושא זה, היה נחסך לא מעט מהזעם שליווה את המסע הציבורי לתיקון החוק בתשנ"ב¹⁸.

אחד הנושאים החשובים בספר הוא ריבוי ערבים ומידת הסולידריות ביניהם, אם בכלל. בנושא זה נחלקו, מחד גיסא, חוק הערבות, התשכ"ז-1967, שקבע בסעיף 13 שלו אחריות סולידרית בין הערבים; ומאידך גיסא, סעיף 17 שנתוסף לחוק בתיקון משנת התשנ"ב וקובע, כי "ערבים יחידים יהיו חייבים, כלפי הנושה, בחלקים שווים". קביעה זו שוללת את הסולידריות בין הערבים שבהם מדובר. שוב, הבדלי דעות אלה שבחוק הישראלי באים לידי ביטוי במשפט היהודי מקדמת-דנא. דעת-הרוב, שנושא דגלה הוא הרמב"ם¹⁹, מצדדת בסולידריות בין ערבים כמו סעיף 13 לחוק מהתשכ"ז. לעומתה, דעת-המיעוט המטילה על כל ערב רק חלק מהערבות (עמ' 349 והערה 36 בעמ' 351 בספר שלפנינו) ראשיתה בתוספתא: "המלווה את חברו על-ידי שני ערבים, לא יפרע מאחד מהם..."²⁰. אולם אין פוסקים כתוספתא במקום שהתלמוד הבבלי חלוק עליה (עמ' 346). ואכן, התלמוד הבבלי חלוק עליה כי יש סימוכין לדעתו של הרמב"ם בתלמוד (כפי שציינו זאת הראשונים, עמ' 345).

כאמור, אף-על-פי שדווקא סעיף 13 לחוק הערבות התשכ"ז הוא הנאמן לדעת הרוב במשפט היהודי, קל למשפט היהודי לסגל לעצמו את הוראת סעיף 17 של התיקון מהתשנ"ב, בגבולות שהוראה זו עצמה קובעת, בדיוק כשם שהראב"ד (נפטר 1198) חלק על הרמב"ם והעדיף את חלוקת הערבות בין הערבים כמנהג הנוכרים בסביבתו בדרום-צרפת בזמנו (עמ' 351, הערה 50 בספר שלפנינו). כשאחד הערבים הוא ערב-קבלן, החוב הנערב ייגבה ממנו, ולא מן הערבים האחרים שאינם ערבים-קבלנים (עמ' 373). כזה הוא בדיוק הדין גם בצרפת²¹. במשפט היהודי מביא השולחן ערוך הן את הגישה המצדדת בסולידריות והן את הגישה השוללת אותה ועומדת על חלוקת הערבות בין הערבים מבלי להכריע ביניהן במפורש (עמ' 344 רישא בספר שלפנינו)²². אולם המשפט הישראלי מציע פתרון

16 אף-על-פי-כן, הן במשפט היהודי (עמ' 231 בספר שלפנינו) והן במשפט הצרפתי (אנסל [לעיל], הערה 16, 221) גם בערבות סולידרית "הנושה יפנה מן הסתם לחייב העיקרי" תחילה.
17 בבא בתרא קעג, ע"ב.
18 לעיל, הערה 11.
19 הלכות מלווה ולווה כה, י (עמ' 345 והערה 12). עם הרמב"ם מסכימים הרשב"א (שם, ועמ' 347 רישא) וכן המהר"ם מרוטנברג ושו"ת תשב"ץ (גם כן בהערה 12, בעמ' 345).
20 תוספתא בבא בתרא יא, ח (עמ' 343 והערה 3).
21 אנסל (לעיל, הערה 6) 238.
22 חוסר-החלטה בנקודה זו במשפט היהודי מזכיר את המבוכה באותה נקודה במשפט הצרפתי (לעיל, הערה 6 סיפא).

מעשי בקביעת הסולידריות בין חייבים ככלל (בסעיף 13 לחוק מהתשכ"ז) והחלוקה של הערבות בין הערבים, כשהם ערבים יחידים, כחריג לאותו כלל (בסעיף 17 שהוחק בתיקון מהתשנ"ב). עקרונית זהו הפתרון של המשפט הצרפתי: סולידריות בין ערבים היא הכלל²³ וחלוקת הערבות בין הערבים היא החריג²⁴.

הנה כי כן, החקיקה ה"פופוליסטית"²⁵ בישראל קירבה את דיני הערבות שלה לדינייה של אהת המדינות התרבותיות והמתקדמות ביותר בתחום המשפט ויי- תירה מזו: קירבה אותם למשפט היהודי – משפט אשר זה לא כבר תואר כנוקשה (rigid), קופא על שמריו (stagnant) וכמעט ללא חיות (vitality), כמידה מסוימת מיושן (antiquated) שחלק מהוראותיו בלתי-קבילות (unacceptable) ובלתי- מתאימות (unfit)²⁶, "...ההלכה לא נתקבלה בחוק בארץ, בעיקר מהסיבה שקשה להתאים את המשפט העברי לצורכי החברה המודרנית אלא רק לגבי שטח מצומצם מאוד"²⁷, ובקיצור, מדובר כאן בשיטת-משפט "שורבו-רובו של הציבור אינו מוכן לחיות על-פי הוראותיה"²⁸.

אפשר לטעון נגד התמוגגות זו, כי אין היא עומדת במבחן הביקורת; שהרי הניתוח הצליח, אבל... החולה מת. הבנקים אינם מעוניינים בערבות שאינה סולידרית. כך לא רק בארצנו, אלא גם באותה ארץ תרבותית שמשפטה המתקדם זכה לתשבחות כה רבות לעיל²⁹. "ידוע שבפרקטיקה הנוכחית של אשראי למפעלים כל הערבים מתחייבים באופן סולידרי, ויתירה מזו: מוותרים הם מפורשות על זכותם לדרוש קודם-כול אמצעים של הוצאה לפועל (bénéfice de discussion) נגד החייב העיקרי"³⁰. כאשר לזכותו של הערב לדרוש חלוקה של החוב בין כל הערבים (bénéfice de division), "ידוע שלא תהיה לה הזדמנות להתגשם, מאחר שכל הערבים (לפחות אלה המתחייבים לפי בקשת הנושה) מוותרים על זכותם זו"³¹.

יש להודות כי דרישות מחמירות כלפי ערבים, כמו הדרישה בצרפת שהערב יכתוב בכתב-ידו את סכום הערבות, הביאו לנהירה גוברת לעבר בטוחות אחרות, שהן אולי יותר מסוכנות לנותן הבטוחה³².

לפחות במה שנוגע לערבויות מסחריות, הנהירה לעבר בטוחות אחרות או סידורים אחרים מוכיחה את עצמה כמוצדקת. בנקים בארה"ב, במקום לדרוש ערבויות ממפעלים או מבעליהם, נכנסים לשותפות באותם מפעלים, כמובן לאחר מחקר-שווקים מדוקדק.

23 סעיף 2025 לקודקס האזרחי הצרפתי; ואנסל שם, עמ' 237.

24 סעיף 2026 לקודקס האזרחי הצרפתי; ואנסל שם, עמ' 238.

25 לעיל, הערה 11.

26 אהרן ברק וטנה שפניץ, ספר אורי ידיו כוך' א: האיש ופועלו (בעברית ובאנגלית); כך ב: מאמרים לזכרו (בעברית) (תל-אביב, הוצאת בורסי, תש"ן) א 341, 342.

27 ד"ר אלפרד ויתקין, משפט ושיפוט – קובץ מאמרים ורשימות (ירושלים, הוצאת שוקן, תשמ"ח-1988).

28 אהרן ברק, "חסר (לקונה) במשפט חוק יסודות המשפט" משפטים ב (תשנ"א) 233, 320. כפי הנראה, "רוב רובו של הציבור" אינו כולל את הפופוליסטים (הנוכחים לעיל, הערה 11).

29 "הערבות הפשוטה", כלומר: הלא-סולידרית, "היא למעשה לא בשימוש", le Cautionnement simple est pratiquement inusité (אנסל [לעיל, הערה 6], 30). וראה גם עמ' 10 רישא, ועמ' 31 75.

30 אנסל, שם, עמ' 219.

31 שם, עמ' 238.

32 תופעה זו הובחנה הן בבריטניה והן בשוויצריה. ראה אנסל (לעיל, הערה 6), 80, הערה 2.

בישראל, שבה חלק ניכר של הערביות, אם לא רובן, הן של יחידים, ואף לצורך כה חיוני כמו מימון רכישת מגורים – כנראה לא היה מנוס מהפגת הנוקשות והחומרה של הערכות הסולידרית והשבתה למובנה המקורי, הרגיל.

יש השואלים, האם המשפט הישראלי הוא "יתום משפטי". הספר שלפנינו מוכיח, כי לא יתום ולא אלמן ישראל. יש לנו ב"מורשת ישראל" לא מעט ממה שנחשב כנאור, מתקדם ועדכני במשפט של ימינו. יתירה מזו: כל משפטן וכל עורך־דין הניצב בפני בעיה מעשית יכול, באמצעות הספר הזה, לקבל מושג ברור, ואולי אף כיווני מחשבה, על כל שאלה מעשית בתחום הערכות המעסיקה אותו.