

ערבות – הלכה למעשה

(ע"א 1304/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' אלן ליפרט)*

מאת

ברכיהו ליפשיץ**

בפרשת ליפרט התלבט בית-המשפט העליון פעם נוספת בשאלה, האם הערב יכול להיחשב כלקוח של הבנק? לכאורה, מן הבחינות הפורמליות של דיני-הבנקאות ושל דיני-החוזים צדקו שופטי-הרוב בענותם תשובה שלילית לשאלה הנזכרת. אכן, ניתן להציע כי לפי תפיסה מסוימת של חוזה-ערבות עצמו – היא התפיסה הקוריאלית – שלפיה יש הזדהות בין חיוב הערב לבין חיובו של החייב העיקרי, יש אפשרות לראות גם את הערב כ"לקוח" של הבנק. תפיסה זו, כך הוא מהלכה של הטענה, היא-היא תפישתו המקורית של חוק הערבות, תשכ"ז-1967, והיא משתקפת גם בפסיקה; אלא שמשמעותה המלאה לא הוכרה, והחקיקה החדשה בנוגע לערבות תורמת עוד להסתרפנים זה.

א. פתיחה. ב. פרשת ליפרט בערכאות הראשונות. ג. פסק-הדין בפרשת ליפרט. ד. תפיסות של ערבות. ה. הערבות הקוריאלית. ו. המשפט המקובל. ז. עמדתו של חוק הערבות. ח. עמדת הפסיקה. ט. ערבות והתחייבות לשיפוי. י. המשפט העברי. יא. שוב לפסק-הדין בעניין ליפרט. יב. פרשת שלוש נ' בנק לאומי לישראל. יג. מסטטוס לחוזה ובחזרה. יד. חוק הערבות (תיקון), תשנ"א-1991, והשפעתו. טו. לפני סיום. טז. אפילוג.

* פ"ד מז(3) 309 (להלן: פסק-הדין).

** פרופסור-חבר, דיקן הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
תודתי נחונה לד"ר איל זמיר ולפרופסור נילי כהן על הערותיהם החשובות.

א. פתיחה

1. בית-המשפט העליון קיבל ברוב דעות את ערעורו של בנק טפחות על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בירושלים¹. המשיב ביקש מבית-המשפט העליון לדון דיון נוסף בעניינו, אך קודם שניתנה ההחלטה בבקשה זו הגיעו הצדדים להסדר: העתירה תבוטל, ובנק טפחות לא יתבע את ליפרט לשלם על-פי פסק-הדין שבערעור. בסופו של דבר, היו שני הצדדים מרוצים: הבנק, שכנראה לא יכול היה לממש את פסק-הדין נגד ליפרט, נחלץ מן הסיכון שפסק-הדין ישונה בדיון הנוסף וכך נותרה בידיו ההלכה העקרונית, שנקבעה בפסק-הדין ואשר היתה לטובתו. וליפרט? הוא מה לו הלכה? ממון הוא מחפש, והוא מצא! בעסקה זו.

כשמסרה העיתונות על מה שאירע לאחר מתן פסק-הדין, התגנבה לדיווח זה ביקורת על שני הצדדים המתדיינים, שהעדיפו את האינטרסים שלהם על-פני האפשרות להבאת העניין לעיון נוסף בפני בית-המשפט. לביקורת משתמעת זו אין הצדקה. גם פסק-דין שניתן בהיכל המשפט תלוי במזל, ונתינתו או ההימנעות מנתינתו תלויות ברצון הצדדים לנהל דיון משפטי ולערער על ההחלטה של הערכאות הראשונות בפני בית-המשפט העליון.

אף-על-פי-כן, חבל שלא נדונה הסוגיה פעם נוספת. לו נעשה כן, שמא היו מתבררים עוד כמה עניינים, השייכים לסוגיות שבית-המשפט דן בהן, ושמא היו מתגלים קשרים מעניינים בין הלכה למעשה בפסק-הדין עצמו. משלא התמזל מזלו של פסק-הדין להיות נדון בדיון נוסף, נעיין בו אנו מנקודת-המבט של התיאוריה המשפטית, המבקשת להציע פתרון מעשי ולהלבישו ניסוח עיוני.

ב. פרשת ליפרט בערכאות הראשונות

2. אפילו היה אלן ליפרט דובר עברית, ספק אם היה קורא את הסכם-הערכות שחתם עליו; ואפילו היה קורא את ההסכם, ספק אם היה מבין את מלוא משמעותו. אבל אלן ליפרט לא הבין כלל עברית, ואף-על-פי-כן הסכים לערוב להלוואות שנתן בנק טפחות לאחים נקש. ההלוואות ניתנו לצורך רכישת דירות, שלא נרכשו. הלוואים נטלו את הכסף ועזבו את הארץ, ובנק טפחות תבע את אלן ליפרט לקיום

1 ע"א (י-ם) 31/90 אלן ליפרט נ' טפחות — בנק משכנתאות לישראל בע"מ, פ"מ תשנ"א (3) 56.

התחייבותו. ליפרט טען טענת "לא נעשה דבר", אך זו נדחתה – ובדין – על-ידי שתי הערכאות הראשונות ולא נדרגה עוד בבית-המשפט העליון. הערכאה הראשונה דחתה גם את הטענה שהעלה ליפרט, שכפועולותיו של הבנק היתה הפרה של חובות הבנק כלפיו לפי חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, משום שלדעת בית-המשפט השלום, הערב ללקוח של בנק אינו בעצמו לקוח של הבנק. אך בית-המשפט המחוזי, שליפרט ערער אליו, קיבל את הטענה הזאת, ואלה נימוקיו:

בע"א 219/76 דניאל אזולאי ואח' נ' בנק עצמאות לפיתוח משכנתאות בע"מ² נאמר בדעת הרוב... כי גם ערב הוא בגדר "לקוח" של הבנק. אמנם, בערעור ההוא לא עסק בית המשפט בפרשנות של חוק הבנקאות הנ"ל שאז עוד לא בא לעולם, אלא בחוק הערבות ובחוק חוזים אחידים, תשכ"ד, אבל האמור שם כוחו יפה גם לענין חוק הבנקאות. נכונות הבנק לתת אשראי על סמך ערבותו של ערב היא שירות הניתן לערב. קשה גם להעלות על הדעת, שחוק הבנקאות יגן רק על לקוח ישיר של הבנק, ולא יגן על "לקוח" עקיף, כמו ערב, שלעתים קרובות פגיע הרבה יותר מן הלקוח הישיר. חשיבה כעין זו מצינו בע"א 219/76 הנ"ל לענין חוק חוזים אחידים, המגן על לקוח מפני ספק. ואומר שם בית המשפט...: "לעניות דעתי, ערב, שנכונותו לערוב מותנית בנכונות הנושה, הוא חלק מהתקשרות הקיימת בין השלושה... קשה לי גם להניח, שבחוקקו את חוק החוזים האחידים לא התכוון המחוקק להסכמי ערבות, שלא פעם כוללים הוראות שאין הדעת סובלתן"³.

בית-המשפט המחוזי עבר אפוא לבחון את הוראות החוק ואת עובדות המקרה ומצא, כי הבנק לא עמד כלפי הערב בחובותיו שלפי אותן הוראות.

ג. פסק-הדין בפרשת ליפרט

3. בבית-המשפט העליון שבה הכף ונטתה לטובת בנק טפחות. אמנם, הנשיא שמגר

2 פ"ד לב(2) 365.

3 ע"א (י"ם) 31/90, לעיל הערה 1, בעמ' 59.

תמך בעמדתו של בית-המשפט המחוזי, אך השופטים מצא ואור חלקו עליו והשיבו את פסק-הדין של בית-המשפט השלום על מכונה. כאמור, הנשיא שמגר אימץ את עמדתו של בית-המשפט המחוזי והוסיף לה הסבר. הוא סבר, כי פרשנות לשונו של חוק הבנקאות (שירות ללקוח), מאפשרת לומר, כי גם ערב הוא "לקוח" על-פי החוק וכי פרשנות זו מתיישבת עם התכלית החקיקתית של החוק הנזכר:

אף שאין הערב מקבל לידי את כספי ההלוואה, ניתן לראות בו, לניכח הקשר המשולש הנוצר בין הנושה, החייב והערב בעסקת ערבות ובשל היותו של הערב על פי רוב חלק חיוני ובלתי נפרד מעסקת ההלוואה – את מי שמקבל שירות מן הבנק, ולו בעקיפין. זאת ועוד, למתן השירות בפועל (קרי – מתן כספי ההלוואה) קודמת בזמן – מטבע הדברים – ההסכמה של התאגיד הבנקאי ליתן את השירות וניתן לראות בהסכמה זו חלק מן השירות שניתן על ידי התאגיד הבנקאי. עובדה זו מחזקת את התיזה בה דגל בית המשפט המחוזי. נכונותו של המלווה להלוות כספים ללווה היא השירות שמקבל הערב... מכאן כי מתן הכסף ללווה כפועל יוצא מן הערבות הוא השירות. במילים אחרות, אין מניעה לראות בעצם מתן ההלוואה משום שירות (כמשמעותו של מונח זה בחוק הבנקאות (שירות ללקוח)), הניתן לערב. הערב פונה לבנק מתוך רצון לקיים את מתן ההלוואה, היינו מתוך רצון שהבנק ישרת עניין שגם הוא חפץ ביקרו ואשר בעטיו הוא פונה לבנק⁴.

אלה הם נימוקיו של הנשיא לכך, שהמשמעות הלשונית של המונח "לקוח", המצוי בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), יכולה לסבול גם את הערב למי שלווה מן הבנק (ואשר לגביו אין ספק בדבר היותו "לקוח")⁵. בחינה קרובה של דבריו מעלה, כי יש בהם כמה נדבכים שלכאורה אין הם זהים.

הטעם הראשון שנתן הנשיא הוא, שהקשר המשולש וחיוניותו של הערב לעסקה מאפשרים לראות את הערב כ"מקבל שירות מן הבנק – ולו בעקיפין". ניתן להבין, כי האשראי הוא השירות הניתן; ואף שאין האשראי מגיע לירי הערב, בכל אופן הוא ניתן לערב "בעקיפין". דרך-עקיפין זו אי-אפשר יודע מה טיבה: מהו "הקשר המשולש", אשר לא במהרה יינתק? ומדוע קיומו של קשר כזה – יהיה טיבו

4 עמ' 320-321 לפסק הדין. ההדגשות הן בגוף פסק-הדין.

5 בשל קבלתו של "אשראי לזמן ארוך למימון רכישתם של מקרקעין", כמשמעו בסעיף 14(3) לחוק הבנקאות (רישור), התשמ"א-1981, שאליו מפנה סעיף 1 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981 לשם הגדרת המונח "שירות", שאותו מקבל "לקוח".

כאשר יהיה – מצדיק את האמירה שהשירות מוענק לערב? וכיצד חיוניותו של הערב לעסקה – אפילו לא נטיל בכך ספק – עושה אותו ל"מקבל שירות"? השופט מצא טען כנגד נימוק זה, כי אם הערב אינו גם בעל זיקה חוזית-פורמלית לעסקה העיקרית (מלבד היותו ערב), הרי שאין מקום לראותו ולהחשיבו כצד לעסקת ההלוואה, קרי: מתן האשראי. הואיל וכך, אין הוא מקבל שירות מן הבנק כמשמעותו בחוק הנוכח. מימוש המטרה, המובנת מאליה, שהלווה יקבל את ההלוואה כתוצאה ממתן הערבות, אינו זהה לקבלת הכסף על-ידי הערב. טעמו השני של הנשיא שמגר הוא, כי "נכונותו של המלווה להלוות כספים ללווה הינו השירות שמקבל הערב". אך נגד כך יש לטעון, כי נכונות זו כשלעצמה איננה מנויה בין השירותים שלפי סעיף 14 לחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981. לפיכך, כנראה, ממשיך הנשיא ועובר מן הנכונות הערטילאית אל מימושה למעשה, כדי שזו תשמש טעם לדבריו:

מכאן כי מתן הכסף ללווה כפועל יוצא מן הערבות הוא השירות. במלים אחרות, אין מניעה לראות בעצם מתן ההלוואה משום שירות (כמשמעותו של מונח זה בחוק הבנקאות (שירות ללקוח)), הניתן לערב.

כלומר: אף שמשמעותו הפשוטה של "מתן האשראי" כשירות היא מתן האשראי ללווה, הנהנה מאשראי זה, סבור הנשיא כי "מתן האשראי" ללווה יכול להיות גם שירות הניתן לערב. ספק הוא, אם פירוש כזה יכול להינתן לחוק ואם הוא עובר אפילו את הסף של אחיזה חלשה בפרשנות המילולית⁶. בין כך ובין כך, השופט מצא טען נגד פירוש זה, בעשותו שימוש בלשונו של השופט לנדוי בפרשת

6 ייתכן שזו הסיבה לכך שהנשיא מסמך ל"משמעות הלשונית" גם את "המשמעות העניינית" באומרו: "לטעמי, גישה זו איננה ממצה את מרווח המשמעות הלשונית והעניינית אשר ניתן לייחס להגדרת המונח לקוח". ובמסקנה: "מסקנתי היא, איפוא, כי לגישתו של בית המשפט המחוזי ניתן למצוא אחיזה לשונית ועניינית בהוראות חוק הבנקאות (שירות ללקוח)". ממהלך הדברים נראה, כי ה"אחיזה העניינית" של אותה גישה בחוק איננה מתבססת על "התכלית החקיקתית" שלו. מכאן, שגילוייה והוכחתה של "המשמעות העניינית" קודמים אפוא לבירור התכלית החקיקתית. כמורכב עולה מן הדברים, ש"משמעות עניינית" שונה גם מן ה"פרשנות המילולית הצרה", ואם כך יש להסיק כי לפנינו דרך פרשנות נוספת לחוק: לא רק מה שכתוב בו, אלא גם מה שצריך היה להיות כתוב בו מן הבחינה העניינית. מנקודת-מבט זו, הסמכתה של "המשמעות העניינית" אל "המשמעות הלשונית" אינה מוצדקת. דומה, כי יש מקום לנקיטת המשמעות העניינית רק לצורך השימוש במידת ההיקש כדי להחיל תוצאה דומה גם במקרה אחר. אבל השימוש במידת ההיקש מניח כמובן דווקא את איתחולתה של הוראת החוק הנדון על המקרה שיש לו אותה "משמעות עניינית".

אזולאי⁷, כי "לא בכל מקרה יש לערב ענין משלו במתן ההלוואה לחייב. יש ואת ערבותו הוא נותן בתור טובה גרידא לחייב". ומוסיף השופט מצא, כי

בבחינת היקף חבותו (או הסייגים לחבותו) של ערב, לא הייתי מבחין בין ערב שהוא בעל עניין, עקיף וסמוי, בעיסקה העיקרית לבין ערב שאינו בעל עניין כזה.

מנימוקים אלה פסקו שופטי-הרוב, שאין לראות את הערב כלקוח של הבנק.

4. אכן, עניין זה טעון בירור נוסף. אין ספק, כי יש מקרים שבהם מתן הכסף לצד שלישי הוא מטרתו הישירה של הערב וזה כל תכליתו של ההסכם שנכרת בינו לבין הנושה. אמנם, בנסיבות כאלה ניתן היה להצדיק את פסק-דינו של הנשיא.

על עניין כגון זה נסב פסק-דינו של השופט ברק בע"א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע"מ ואח' נ' מימי טרבלוס ר"ר אה"י⁸, דהיינו: על מקרה שבו "ראובן עשה חוזה עם שמעון, שלפיו ישלם ראובן כספים ללוי, תמורת התחייבות של שמעון כלפי ראובן"⁹. אם הפר שמעון את התחייבותו כלפי ראובן, יהיה ראובן זכאי להשבה משמעון לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט:

אמת הדבר, שמעון לא קיבל פיזית את התשלום, אך התשלום שבוצע מגשים את ההידברות עמו. במישור הנורמטיבי, יש לראותו כמי שקיבל את התשלום... את הביטוי "קיבל" בסעיף זה [9(א)] לחוק התרופות] אין לפרש על דרך הצמצום, ואין להגבילו לקבלה "פיזית". יש לפרש את הביטוי "קיבל" על רקע מטרת ההשבה, ויש להעניק לו פירוש מרחיב, המשתרע על קבלה "נורמטיבית"... שמעון "קיבל" את הסכומים שראובן שילם ללוי, שכן זה בדיוק ה-bargain לו הוא שאף¹⁰.

נראה, שהמקרה הנדון שם הוא כזה, ששמעון אף רשאי היה לאכוף את ראובן לשלם את הכספים ללוי. זהו כמובן אינו המצב בחוזה של ערב רגיל. ואכן:

7 ע"א 219/76 אזולאי נ' בנק עצמאות לפיתוח ומשכנתאות בע"מ, פ"ד לב(2) 365, 372.

8 פ"ד לג(1) 197.

9 שם, בעמ' 205. במקרה הטיפוסי, לוי יהיה נושהו של שמעון ועם התשלום על-ידי ראובן יסולק חובו של שמעון. אך מטרת ההטבה עם לוי איננה חשובה.

10 שם, בעמ' 205-206. כזה יהיה המצב אף אם יאמר שמעון לראובן לזרוק את הכסף לים הגדול או להניחו על-גבי סלע. זוהי קבלת הכסף על-ידי שמעון. "קבלה פיזית" משמעותה אפוא דווקנית ביותר: לידיו, ממש, של המקבל. כך מצטמצמת גם המשמעות של "קבלה נורמטיבית".

באנגליה נפסק, בנסיבות אלה, כי הערב פטור מהשבה¹¹, ו-Treitel מציין כי הבסיס להלכה הוא שהערב לא התעשר בפועל הואיל והכספים לא נתקבלו על ידו וממילא אין לחייבו בהשבה¹².

ד' פרידמן ונ' כהן סברו, כי "נוכח ההכרה באפשרות של התעשרות נורמטיבית ו'מיוחסת', יש ליתן הסבר אחר לתוצאה צודקת זו"¹³. אך נראה, כי מטרתו הטיפוסית של הערב איננה כזאת היכולה לגרום לראיית הכספים שהגיעו ללווה כאילו הגיעו אליו גופו, וכדבריו של השופט מצא שהוזכרו לעיל. לכן נראה, שאין לקבל את ביקורתם של פרידמן וכהן לגבי הפסיקה האנגלית על הסברה הנזכרת ולכן אין להשתמש בטעם זה בפרשת ליפרט, המייצגת את המקרה הטיפוסי של הערבות.

5. מן העניין הוא להזכיר באשר לשאלת "הקבלה הנורמטיבית" מחלוקת רבת, שנתגלעה בין המפרשים והפוסקים הראשונים של המשפט העברי בסוגיית הערבות גופה.

במסכת קידושין (ו, ב – ז, א) למדנו:

אמר רבא: [אמרה האשה]: תן מנה לפלוני ואקדש אני לך, מקודשת מדין ערב: ערב לאו אף על גב דלא מטי הנאה לידו משעבד נפשיה,

11 Mackenzie v. Royal Bank of Canada [1934] A.C. 468

12 ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (חלק ב, תשנ"א) 1209-1208. יש להדגיש, כי אף שלפי שיטת המשפט האנגלי מתן הכסף (או ההבטחה לעשות כן) לחייב משמש כתמורה (consideration) להסכם הערבות ונותן לו תוקף, אין להסיק מכך שהכסף עצמו נחשב כניתן לערב. ה"תמורה" (consideration) הזאת כשלעצמה איננה ניתנת כמובן להשבה וגם אין לדרוש את השבתה. והשווה לדברי הרייטב"א, קידושין, ז, א, ד"ה "ערב":

לאו למימרא דלא מטי ליה (=לערב) שום הנאה, דאם כן כמה משתעבד? אלא לומר, דאע"ג דלא מטי ליה הנאת מעות שהוציא המלוה, ולא הגיע לידי של ערב לא כסף ולא שוה כסף, אפילו הכי משתעבד בהנאה דמטי ליה כמה שהלוה לזה על אמונתו.

מטעם דומה אין אפשרות ליצור זיקה פורמלית בין חוזה-ההלוואה ובין חוזה-הערבות, גם אם נסכים שמתן ההלוואה הוא תנאי לערבות ובוודאי אם מתן ההלוואה הוא רק מטרת הערבות. להבחנה ביניהם ראה ג' טדסקי "סיכול החוזה בהיפסק עניין הנושה בביצוע החיוב" מסות במשפט (תשל"ח) 106. לטשטוש ההבחנה ראה ע"א 495/80 ברקוביץ נ' קלימר, פ"ד לו(4) 57.

13 ד' פרידמן ונ' כהן, שם, בעמ' 1209. הסברם הוא, "שבנסיבות שתוארו מוצדק לפטור את הערב מהשבה על יסוד ההגנה הכללית שבסעיף 2 לחוק עשיית עושר".

האי איתתא גמי אף על גב דלא מטי הנאה לידה משעברא ומקניא נפשה.

[תרגום – אמר רבא: [אמרה האשה]: חן מנה לפלוני ואקדש אני לך – מקודשת מדין ערב; ערב האם לא כך הוא שאף על גב שלא הגיעה הנאה לידי משעבד הוא את עצמו, אשה זו גם כן, אף על גב שלא הגיעה הנאה לידה – משעבדת ומקנה את עצמה].

בשאלה, מהו "דין הערב" שממנו יש להקיש לדין הקידושין, נחלקו הראשונים¹⁴. יש מהם שסברו, שקידושי האשה נעשים ממש במעות שניתנו לפלוני על-פי בקשתה, משום שהנתינה לפלוני נחשבת כנתינת המעות לאשה עצמה¹⁵. אך יש מן הראשונים שסברו¹⁶, כי הקידושין אינם במעות, משום שאת גוף הממון לא קיבלה האשה, אלא שהקידושין נעשים בהנאה שיש לאשה מכך שהאיש נתן מעות לפלוני על-פי בקשתה.

בין כך ובין כך, יש לשוב ולהדגיש כי באותו מקרה נעשה מתן המעות לפלוני על-פי בקשתה של האשה, מה שאין כן בערבות הטיפוסית. אם נייחס את קבלת המעות על-ידי אחר לערב, לא תהיה זו קבלה גורמטיבית, אלא קבלה פיקטיבית. שאלה היא, אם ראוי ליצור פיקציה כזאת. בין כך ובין כך, מדבריו של הנשיא שמגר אין נראית כוונה לעשות כן.

6. בפסק-דינו החולק הוסיף השופט מצא דברים בעניין "התפישה המשפטית המקובלת ביחס למהותה של הערבות", שהיא טפלה לעסקת-ההלואה, שהיא העסקה העיקרית. הערבות מתלווה להלוואה, אך אינה חופפת לה.

חיובו של הערב... מספק אינטרס של המתקשרים בחוזה העיקרי... אך אינו קונה בכך כל זכויות לעצמו בנושא החוזה העיקרי... הוא עלול לחוב בפרעון ההלוואה, במקום החייב העיקרי, אך אינו זכאי לדרוש שכספי ההלוואה יימסרו, מדעיקרא, לידי במקום לידי החייב העיקרי, ואף לא שיימסרו לידי החייב העיקרי עצמו.

14 ראה ב' ליפשיץ אסמכתא – חיוב וקניין במשפט העברי (תשמ"ח) 209 ואילך, וראה שם הצעת פתרון שונה לסוגיא זו.

15 ראה תוספות, בבא מציעא, נו, ב, ד"ה "לספק"; שם, עא, ב, ד"ה "מצאו". ראה גם פסקי הרא"ש לקידושין פרק א, סימן ו ובתשובותיו כלל קח, סימן יג. לעניין זה גם השלכה לדיני-ריבית, ראה מתנה אפרים, הלכות מלוה ולוה, דיני ריבית, סימן יא. וראה ח' סולוביצ'יק "ערב בריבית" ציון לו (תשל"ב) 1, 9 ואילך.

16 רשב"א, קידושין, ו, ב, ד"ה "תן מנה"; ריטב"א, שם, ז, א, ד"ה "ערב" ואחרים. ראה מתנה אפרים שם. לפרטים נוספים באשר לעמדתו של המשפט העברי ראה עוד להלן.

אלו דברים נכוחים, אך אין הם שנויים במחלוקת וודאי שאף הנשיא שמגר יסכים להם. מדבריו של הנשיא שמגר נראה, שהוא היה ער לכך שאין חפיפה בין שני ההסכמים. אך הואיל ומתקיימים קשרים הדוקים ביניהם, יש – לדעתו – להחיל את הוראות חוק הבנקאות (שירות ללקוח) גם על הערב. לכאורה הנשיא שמגר אינו דן במהות הערבות, אלא מפרש את חוק הבנקאות (שירות ללקוח) כדי שיחול גם על הערב למרות התפיסה המקובלת, ואשר מקובלת גם עליו, בדבר מהות הערבות. מבחינה זו אפוא החזרה על המושכלות הראשונים היא לכאורה כהתפרצות לדלת פתוחה.

ד. תפיסות של ערבות

7. אמרנו: "לכאורה", שכן עיון נוסף יעמידנו על כך, שיש טעם בערעור על מושכלות הנחשבים כראשונים ובהעמדת דברים על מקורם הראשון. מאחורי הדברים שכתבו הנשיא שמגר והשופט מצא מצויות תבניות משפטיות שונות של הערבות, שעמידה על קיומן ועל משמעותן יכולה היתה להביא דווקא לידי התוצאה שביקש הנשיא להגיע אליה, גם בלי לראות את מתן המעות ללווה כנתינתן לערב.

תפיסות מסוימות של הערבות יכולות היו להביא את העסקה תחת כנפיו של חוק הבנקאות (שירות ללקוח), גם בלי להזדקק לדרך הפרשנות שנקטה על-ידי הנשיא בענייננו¹⁷. נעיין תחילה באפשרויות אלו ובמשמעויותיהן. לאחר-מכן נבקש להבין, מדוע ובשל מה אירעה הסטייה מתבניות של ערבות שהיו לכאורה מקובלות קודם-לכן? ומהי המסקנה העולה מכך?

השופט מצא הזכיר בפסק-דינו את "התפיסה המשפטית המקובלת של הערבות". ניסוח רומה נקט השופט ברק בד"צ 4/82 קוט ב' קוט, בדבריו על "התפיסות המשפטיות הרגילות, הקיימות בדיני הערבות"¹⁸. אך מה הן התפיסות המקובלות של הערבות? ערבות היא מונח כולל לשורה של הסדרים שתכליתם דומה: להבטיח

17 הטכניקה הפרשנית של "חוק הכלים הלא-שלובים" – דהיינו: ככל שהתכלית החקיקתית ברורה יותר כן יכול הביסוס המילולי להיות קלוש יותר – טענות סכנות. "תכלית חקיקתית" היא מושג ערטילאי, הנתון לעיצוב בידיו של הפרשן. מושג זה עלול לשמש מצע יחיד להחלטה השיפוטית כשהבסיס הבלשני חלול לחלוטין – כפי שהודגם במקרה דנן – לפחות לפי דעת הרוב. במקרה כזה תעלה השאלה, האם בסיס לשוני רצוף לחיזה אחת אינו יכול ללמד על קיומו של בסיס לשוני חזק, המשליך עניינית על קביעת "מטרת החקיקה" דווקא בביוון ההפוך? זו דוגמא לכך, שניסוח מפורש של כלל פרשני משמש באופן לא ראוי, ועצם הניסוח המפורש של הכלל מחליש את הכלל עצמו, שאין להטיל ספק בקיומו ובחשיבותו.

18 פ"ד לח(3) 197, 216.

את החזרת החוב על-ידי הסתייעות באדם שלישי, הוא הערב. ההסדרים נבדלים זה מזה, ראשית לכול, בטיב ההתחייבות שנוטל הערב על עצמו. תחילה היה הערב נחשב לא יותר מאשר בן-ערובה להשבת החוב¹⁹. אין אנו נוקטים עוד תפיסה זו, אך גם לא הרי האומר: "אני אלחץ על פלוני החייב כדי שיפרע את חובו", אפילו קיבל על עצמו קנסות שונים אם לחצו לא ישא פרי²⁰, כהרי מי שמתחייב להביא את החייב גופו כדי שהנושה יוכל לפעול נגדו לגביית החוב על-ידי העמדתו לדין²¹. ולא הרי שניהם כמי שאומר: "אני אקיים את חיובו של פלוני אם הלה לא יקיימו", או "אני אשלם אם פלוני לא יקיים את חיובו"²², אלה הן "ערכויות שיעבוד", שבהן הערב נוטל על עצמו את החיוב שהחייב נושא בו²³. אך למרות השוני בדרכי ההתחייבות של הערב, בעיצובן ובתוצאותיהן, הרי שתכליתן, כאמור, אחת היא. אכן, קל לראות שכאשר מביטים על הערכות מנקודת-המבט של המטרה המבוקשת, יכולות להיכלל במונח זה גם התחייבויות כגון זו הנובעת מפוליסת-ביטוח או מהתחייבות משותפת לפי סעיפים 55 ו-56 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, כאשר ביחסים הפנימיים שבין החייבים המשותפים נושא האחד בכל החיוב, והאחר פטור ממנו מכול וכול²⁴. להלן נרחיב

- 19 ראה: William H. Loyd "The Surety" 66 *Un. of Penn. L.R.* (1917–1918) 40, 41. לשלב זה יש חשיבות רבה בהבנת המעבר שבין התפיסה הקניינית ובין ההכרה בחיוב כשלעצמו, ראה R. Zimmermann *The Law of Obligation — Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) 4–6. וראה גם D. Daube "Sponsor and the History of Contract" 62 *L.Q.R.* (1946) 266–272. פירוש המלה "ערב" כשלעצמה בעברית הוא "תחליף", אך יש לבחון תמיד תחליף למה — לחוב, לאדם החייב וכו'? ראה ב' ליפשיץ "על הערב ועל כמה מונחים אחרים של התחייבות" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 185.
- 20 ראה ח' סולוביצ'יק, לעיל הערה 15, בעמ' 2 והערה 6 שם. כפי שמציין סולוביצ'יק "אחריות בעד החוב, ההתחייבות של החייב, עצם קבלת עול החוב (ערב שיעבוד) לא היתה קיימת". נציין גם את הערכות הקדומה יותר, שלפיה שוחרר החייב מזוהו. ראה סולוביצ'יק, שם, בעמ' 1. וראה סעיף 648 למג'לה: "ערבות שיש עמה תנאי של פטורי החייב העיקרי, הפכה להיות המחאה", והו "ערב שלוף-דרך" הנזכר בתלמוד יבמות, קט, ב, כלומר: שהחייב נשלף מזה (=החייב) וננעץ בזה (=הערב).
- 21 זהו ה"ערב לגוף", כבסוגיא בבבא בתרא, קעג, ב. וראה ג' ליבזון "ערבות לגוף; בספר הערכות לרשב"ח, בתשובות הגאונים, כרמב"ם ובספרות המוסלמית המקבילה" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 121. יש כאן שתי עסקות: הלוואה של כסף מן הנושה לחייב העיקרי והפקדת החייב כביכול בידיו של הערב.
- 22 ראה להלן ליד הערה 36 ואילך.
- 23 ראה לעיל הערה 20.
- 24 ראה הרחבתה של התפיסה אצל נ' כהן גרם הפרת חוזה (בסדרה דיני נזיקין — העולות

על כך את הדיבור, ולפי שעה נתרכז בערבויות השיעבוד, שגם הן בעלות גוונים שונים.

כאמור, מטרתנו היא לבחון תפיסות שונות של ערבות ואת התאמתן לחוק הערבות ואת יעילותן לפתרון בעיות המתעוררות בסוגיית הערבות, כמו בעניין ליפרט. בשל כך יוצאת חשיבותו של פסק-הדין אל מעבר לעובדותיו.

ה. הערבות הקוריאלית

8. הערבות שנהגה ברומי היא זו שהשפיעה על עיצובה של הערבות שבארצות הקונטיננט, ההולכות בעקבות המשפט הרומי²⁵. דיון מפורט בתולדותיהן של הערבויות השונות ברומי על פרטיהן אינו מענייננו עתה²⁶, אלא בתפיסתה של הערבות כחיוב אקססורי, דהיינו: נטפל, נלווה, לחיוב העיקרי, או נגזר ממנו. רוב הפרשנים של המשפט הרומי רואים באקססוריות טפלות במובן המהותי: הערבות נטפלת ונספחת לחיוב העיקרי, ושניהם כאחד יוצרים חיוב חדש, שונה משני מרכיביו, והוא חיוב אחד – חיוב קוריאלי. חיוב זה

הושתת על הרעיון לפיו אף שישנם מספר חייבים הרי קיים לאמיתו של דבר חיוב אחד המשותף לכולם. מכיוון שהחיוב היה חיוב אחד משותף, ומכיוון שכל אחד מן החייבים היה אחראי לכל החוב כולו, דאו בכל אחד כמייצג את החוב כולו. החוב היה פוקע, כמובן, במקרה של קיום על-ידי אחד החייבים, אך הוא פקע גם במקרים אחרים בהם מיצה הנושה זכותו כלפי חייב אחד. כך, אם ניתן פסק-דין נגד אחד החייבים, הרי אף אם לא היה אותו חייב בר פרעון, מיצה הנושה את זכותו ולא יכול היה לתבוע את האחרים. בדומה לכך, אם ויתר הנושה לאחד החייבים פקעה זכותו כלפי היתר²⁷.

השונות, תשמ"ו) 279, על כך שהוראל וחבותרו של המפר וחבותרו של הגורם להפרה מכסות אותו נזק, הרי שבכך היחס דומה ליחס של ערבות. וראה שם, הערה 25.

25 וכן בורדס-אפריקה. ראה: L.R. Caney The Law of Suretyship in South Africa (1970).

26 ראה צימרמן, לעיל הערה 19, בעמ' 114 ואילך; וכן לוי, לעיל הערה 19, בעמ' 43 ואילך.

27 ד' פרידמן ונ' כהן "סוגיות בדיני ריבוי חייבים" ספר לובנברג – מחקרים לזכרו של השופט שלמה ה' לובנברג (תשמ"ח) 51, 54; ד' פרידמן ונ' כהן "ריבוי חייבים" דיני חייבים – חלק כללי (ד' פרידמן עורך, תשנ"ד) 155, 161 ואילך.

תוצאותיה של תפיסה זו באשר לערכות היו, למשל, שתשלום על-ידי הערב הפקיע את החוב²⁸; שהערב חייב היה לשלם אף אם הוא נתבע תחילה ולא החייב העיקרי; לא היתה לערב הזכות לחזור על החייב העיקרי כדי להיפרע ממנו מה ששילם; תביעה נגד הערב, אפילו נכשלה, ביטלה את אפשרות התביעה נגד החייב, ואם היו כמה ערבים – לא היתה לערב עילת תביעה נגדם להשתתפות בתשלום! כדי להקל מן הקשיים הללו, שנגרמו כתוצאה מתפיסת החיוב כחיוב קוריאלי, העניקו הקיסרים הרומים לערב את הזכות להשתתפות כלפי יתר הערבים; הוענקה לערב הזכות לסוברוגציה מן החייב; וניתנה לערב הזכות לדרוש מן הנושה שיתבע את החייב תחילה. לבסוף בא יוסטיניאן וקבע, כי החוב לא בוטל עד ששולם לנושה, אפילו הוא נכשל בתביעתו נגד החייב או נגד הערב.

בכך נעלמו למעשה רוב סימני הקוריאליות מן הערכות, אך בין השלבים של היעלמותם, ואף לאחריהם, עדיין נחשבו חיוביהם של החייב ושל הערב קשורים ביניהם במובן זה, שהערב נחשב כמי שצירף את חיובו לזה של החייב העיקרי. עניין זה, שמקורו ברעיון הקוריאליות, נותר ביסודו של דבר מונח בבסיסן של הלכות הערכות. כך, חיובו של הערב לא היה יכול להיות גדול מן החיוב העיקרי ולא היה אפשר לחיובו של הערב להסתפח לחיוב שאינו ברתוקף. חיובו של הערב שאב כביכול את כוחו ואת תוקפו מן החיוב העיקרי.

כמו-כן, מטעם זה הוכר בספרות הקונטיננטלית תוקפה של ערבות ל"חיוב טבעי", כגון לחיובו של הקטין או לחיובו של מי שנפל פגם בייצוגו. אמנם, לא היה אפשר לתבוע חייבים אלה לקיים את חיוביהם, אך חיוביהם הם "בני-תוקף" לעניינים שונים. משום-כך, אפשר היה לערוב להם, כלומר: שנתפסה בהם ערבות, ולערבות זו היה תוקף.

זהו גם מקורה של ההבחנה בין הגנות *in rem* כלפי עצם החיוב של החייב העיקרי לבין הגנות *in personam*, שמעלה החייב העיקרי²⁹. במקרה של טענת הגנה אישית החיוב אינו פוקע מלכתחילה, ועל-כן תיתכן בו תפיסתה של הערכות. השאלה, האם ההגנה האישית תעמוד גם לערב, היא שאלה נוספת, הבאה לאחר הקביעה שלערכות יש חיוב עיקרי שתתפוס בו. והוא-הדין לגבי טענת התיישנות:

28 השווה לעמדה ה"פרקטית" לפי הגישה האחרת שבע"א 531/63 וינוגרד נ' בנק קופת-עם בע"מ, פ"ד יח(2) 607, 613:

משנושה מקבל את החוב מהערב אין הוא יכול עוד לתבוע את החוב מהחייב העיקרי; ולא מפני שבאופן אוטומטי "נצמד פטור" לחייב העיקרי, אלא מן הטעם, שאם הערב שילם את החוב והנושה יגבה את החוב גם מהחייב העיקרי, אז החייב יתוייב לשלם את החוב פעמיים, כלומר גם לערב שיחזור עליו (ההדגשה במקור – ב.ל.).

והשווה להלן הערה 58.

29 ראה מה שהובא בפסק-הדין בד"ג 4/82, לעיל הערה 18.

אם ההתיישנות איננה מהותית, אלא פרוצסואלית בלבד, כי אז ימשיך החיוב להתקיים גם לאחר תקופת ההתיישנות של החיוב העיקרי, ועמו ימשיך להתקיים חיובו של הערב גם-כן. כלומר: אם מתחילת חיובו של הערב טרם עברה תקופת ההתיישנות, ייתכן יהיה לטעון שטענת ההתיישנות של החייב לא תעמוד גם לערב בהיותה "טענה אישית" גרידא ולא טענה המפקיעה את קיומו של החיוב³⁰.

9. אך מן הראוי להזכיר את הדעה, הכופרת מכול-וכול בטענה שהמשפט הרומי עצמו הכיר את החיוב הקוריאלי במשמעות הנודעת לו על-פי הפירוש דלעיל. דעה זו הביע באופן נחרץ צימרמן (Zimmermann), ולדבריו יש חשיבות רבה לעניין שאנו עוסקים בו הן לעצם שאלת קיומו של "חיוב קוריאלי" והן לשאלת יצירתה של תיאוריה משפטית, חשיבותה ויחסה להיסטוריה, שהם מעיקר עיונו כאן. לכן יש חשיבות להבאת דבריו באריכות מסוימת:

Both the term ("accessory") and the idea do, indeed, go back to Roman law, but it would, of course, be ahistorical to expect the Roman sources to conform to, for instance, the rigid conceptualization of the BGB: "The extent of the principal obligation at any time determines the obligation of the surety". Whilst, in fact, many of their decisions would fit in well this definition, the Roman lawyers took a much more flexible categories such as "accessoriness". Nor did they actually use that term in the modern technical sense ... How far, then, was this "added" obligation of the fiderussor dependent upon the obligation it was designed to secure? The answer of the Roman lawyers was, function and purpose of the surety's promise required... Generally speaking, one can say that the surety was not to be liable more strictly than the main debtor. Suretyship is a way of ensuring that the creditor gets what the debtor owes him; where the debtor does not owe anything, the third party cannot really be said to stand surety³¹.

אם צדק צימרמן בהבנתו את הערבות בתקופת רומי, כי אז עשויה הערבות הרומית, כמובנה המקורי, להיות דומה לגישות בנות-זמננו לעניין חוזים בכלל, ופירושם לפי מטרתו הכללית של כל חוזה. גישה זו נרתעת מהגדרות נוקשות של

30 ראה שם.

31 צימרמן, לעיל הערה 19, בעמ' 121-122.

מוסדות משפטיים והיא מעדיפה הגדרות רופפות יותר. באשר לחיוב הקוריאלי ויחסו לערבות, אומר צימרמן את הדברים הבאים, שיש בהם מידע נוסף על-אודות חיוב זה, שאינו מוכר דיו למשפטן הישראלי:

A distinction was drawn between (simple) solidarity and correality: the term "solidarity" was used to indicate two (or more) obligations directed to one and the same juristic end, but not identified, and thus extinguished only by solution; correality, on the other hand, was taken to refer to the concurrence of two (or more) obligations which were objectively identified so as constructively to form one, the liability of *correi* falling away as soon as *litis contestatio* with one of them had taken place. Fideiussor and main debtor, for example, in these terms were related to each other in the form of correal liability. As far as the basis for this distinction was concerned, the sheer quantity of literature that came to be produced was equalled only by its absolute barrenness. Rudolf von Jhering referred to the correal obligations as a legal figure "possessed with a truly demoniacal obstinacy", and the refined and esoteric levels of analysis to which they were elevated is probably the most striking example of what he described in the following terms:

Then there arise opinions and theories which can maintain their life only in the place where they received the same, to wit, in the lecturer's chair, but which, if they venture into the outside world, at once prove that they cannot bear the raw air of reality; opinions... in the highest degree learned, but also in the highest degree perverted — hot-house plants without sap and energy, bastards of logic and erudition with law, unsound lecture-room jurisprudence.

It was pandectism at its worst. Today, such theorizing in terms of "solidarity" and "correality" should be avoided, not only for the reasons given by Jhering but also because it would be an entirely ahistorical enterprise. The Roman lawyers neither knew this terminology nor were they concerned with abstract analyses concerning the conceptual nature of the various cases of plurality of debtors³².

32 ראה שם, בעמ' 128-129 ובהערה 101, שם הוא מביא ציטוט נוסף משל יינהרין לעניין הטענות

אכן, מלים כדורבנות, המעמידות את התיאוריה המשפטית ואת זכותה לגבש מסקנות מופשטות מן העובדות שבפניה תחת התקפה ריטורית כבדה. אך בדברים שצוטטו אין עובדות לסתור, אלא טענות בלבד. הפשטה והמשגה של מוסדות משפטיים היו מאז ומעולם דרכיו של המשפט, המבקש להסביר ולהבין, באמצעות התיאוריה, את המעשה המשפטי. התיאוריה המשפטית חשובה כדי שלא יהיה דברו של המעשה המשפטי בבחינת צו לצו, קו לקו, זעיר שם וזעיר שם. הגישה הפרקטית והפשוטה כביכול לחיוב המשותף, העולה מדבריו של צימרמן, אינה ההשקפה היחידה האפשרית להסברתן של העובדות וההלכות המוכרות לנו מן המשפט הרומי. כמו־כן נשתדל להצביע על כך, שבתפיסה הנוגדת יש גם יתרונות מעשיים של ממש. כפי שנראה להלן – דווקא בקשת התוצאה הראויה תצא נשכרת מהגדרת הערבות באמצעות ניסוח מעודן ומבחין. יסתבר, כי הלעג על כסאו של המרצה, המחדש תיאוריות שאינן יכולות לנשום את אוויר המציאות והן ממזריו של ההיגיון, אינו במקומו.

בין כך ובין כך יש לקבוע, שהתפיסה הקוריאלית היא זו שהשפיעה על הקודקס הגרמני³³ והצרפתי³⁴ וכן על תפיסת הערבות בארצות נוספות בקונטיננט ומחוצה לו, לפחות כאילו זו היתה באמת ההשקפה הרומית המקורית. אין אפוא חשיבות מכרעת לשאלה, מהי האמת ההיסטורית. העובדה המשפטית-היסטורית היא, שתפיסה קוריאלית של החיוב קיימת ופועלת ומשפיעה, והיא זו המעצבת בקונטיננט את "התפיסה המשפטית המקובלת ביחס למהותה של הערבות"³⁵. גישתו של צימרמן, המציגה קוריאליות "מרוככת", היא אפשרית כמובן ולכאורה החוק הישראלי ניתן להתפרש על-ידיה; אך – כפי שנראה להלן – יש בו סימנים להעדפת הגישה האחרת.

בדבר קיומה של "הערבות הקוריאלית": "A juristic writing which fundamentally ignores the practical application of its subject! a cunningly constructed which is not intended to go!"

33 אכן, ה-B.G.B. ביטל את ההבחנה בתוצאות המשפטיות בין קוריאליות לבין סולידריות בחיובים (ראה פרידמן וכהן, לעיל הערה 27, בעמ' 57), אך אין בהשוואת התוצאות הדיוניות של שני סוגי החיובים כדי ללמד על כך שגם עצם ההבחנה השתנתה. ובמקום שהיא חשובה, כבענייננו, יש לשמרה ולעשות בה שימוש. וראה להלן הערה 69. אבל ראה: K. Pennington, "Learned Law, Droit Savant, Gelehrtes Recht: The Tyranny of a Concept", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 20 (1994), 205-215.

34 פרידמן וכהן, לעיל הערה 27, בעמ' 55.

35 ראה גם: P.K. Jones, Jr., "Roman Law Bases of Suretyship in Some Modern Civil Codes" 52 *Tulane L.R.* (1977), 129.

ו. המשפט המקובל

10. אכן, סוגי הערבות שהם מתולדותיו של המשפט המקובל אינם כעין הערבות הקונטיננטלית. סוג ערבות אחד, המוכר במשפט האנגלי, הוא ערבות שעיקרה בגזיקין, אפילו היה החיוב שבקשר אליו ניתנה הערבות חיוב מסוג debt. התחייבותו של הערב לא היתה לשלם סכום-כסף במקרה של אי-קיום החיוב של החייב העיקרי, אלא להבטיח שהחייב העיקרי יבצע את חיובו. החובה לשלם איננה נובעת אפוא מן ההתחייבות לעשות כן, אלא מן האחריות הנזיקית שקמה כשנכשל הערב במאמציו לגרום לכך שהחייב העיקרי ימלא את חיובו³⁶.

לכך יש כמה תוצאות: אין הנושה צריך להודיע לערב על כך שהחייב העיקרי לא קיים את חיובו; שהרי על הערב מוטל לדאוג לכך שהחיוב יבוצע, ולשם כך אין צורך בהודעה כלשהי של הנושה. כמין-כן ברור, שהנושה אינו חייב לתבוע את החייב העיקרי שיקיים את החיוב כדי להקים עילת חיוב נגד הערב. זוהי גם הסיבה להלכה, הפוטרת את הערב מחובו כעת שהנושה נותן אורכה לחייב העיקרי: בכך נמנעת מן הערב הזכות האקוויטבילית לאכוף את חיובו במועד שהתחייב לו³⁷.

על-פי תפיסה זו, פשיטא שאין חיוביהם של החייב העיקרי ושל הערב "חיוב אחד". ממילא עולה, כי אין הם חייבים ביחד, אלא לחוד בלבד. אין הם יוצרים בעיני החוק אישיות אחת, החבה חיוב אחד³⁸.

36 לעניין זה ראה פסק-הדין בעניין *Moschi v. Lep Air Services Ltd.* [1972] 2 All E.R. 393. להצגת העמדה, שגם לפי המשפט העברי בסיס החיוב של הערב הוא נזיקין, ראה י"ש קפלן "יסודות נזיקין בדיני הערבות במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ט-י (תשמ"ב-תשמ"ג) 359. אכן, יש מן המפרשים המציעים דרך זו, אך אין לקבל את דעתם. ניסיון זה נעשה כתוצאה מן הצורך למצוא בסיס לחיוב הערבות, שיהיה שונה מן הבסיס של ההתחייבות. לפי המשפט העברי, התחייבות לעשות מעשה בעתיד אינה בת-תוקף ולכן התגלו קשיים מרובים בהסברת העובדה שערבות – שעיקרה הוא, לכאורה, בהתחייבות לשלם אם החייב העיקרי לא ישלם – היא בת-תוקף למרות זאת. לכל העניין ראה ב' ליפשיץ אסמכתא – חיוב וקניין במשפט העברי (תשמ"ח) בפרק השלישי. וראה עוד להלן, מיד לאחר הערה 37.

37 ראה לעניין זה: L.P. Simpson *Handbook on the Law of Suretyship* (St. Paul, 1958). וראה לעיל הערה 35.

38 אילו היה זה "חיוב אחד", היו ריניו כעין החיוב הקוריאלי! וראה: Halsbury *The Laws of England* XX 51. לעניין הערב ראה פרידמן וכהן, לעיל הערה 27, בעמ' 58. אגב, במשפט הישראלי אין הוראות בדבר "חיוב לתור", אך ראה הוראות סעיפים 13 ו-14 לה"ח חוק הערבות (תיקון), התשנ"א-1990. לעניין "חיוב יחד" ראה ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שניה, תשמ"ב) 191 ואילך; א' ברק חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (סדרת הפירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, תשל"ה) 418.

הבסיס הנזיקי של הערבות מובן על רקע העובדה, שמוסד הערבות קדם להכרה בעילה החוזית, המאפשרת לאדם להתחייב בתוקף ככל שיחפוץ. לאחר שהוסרה המניעה המשפטית הזאת, ואדם יכול היה להתחייב כמעט ככל שיעלה על דעתו להתחייב בו, נפתחה הדרך בפני ערבות שתוכנה הוא "אם פלוני לא ישלם, כי אז אשלם אנוכי". אי-התשלום (או אי-הביצוע) על-ידי החייב העיקרי הוא תנאי מתלה לחיובו של הערב. בספרות האמריקאית יוחד לערבות זו המונח guaranty. סוג ערבות אחר הוא זה המכונה suretyship. זוהי התחייבות ראשית (primary) לקיומו של חיוב כעין חיובו של החייב העיקרי, והיא אינה מותנית באי-קיומו של החיוב על-ידי החייב העיקרי. בשאר דיניה היא דומה ל-guaranty, לאחר שהאחרונה נכנסה לתוקף כשהתנאי לא קיים. בשני המקרים, האקססוריות של הערבות מובנת אך ורק במשמעות שהיא התחייבות שניתנה להבטחת חיובו של אחר, ואשר אותו אחר הוא זה אשר יצטרך בסופו של דבר לשאת בחוב הנובע מחיובו³⁹!

אף זו היא אפוא "תפישה מקובלת" של הערבות, אך הפעם זו הערבות שלפי המשפט המקובל. ערבות זו – על שתי פניה – שונה מן הערבות הקוראלית בכך שהערב והחייב העיקרי אינם נתפשים כישות אחת לעניין החיוב, אלא שחיוביהם תלויים, במידה מסוימת ומעצם טיבם, זה בזה על-פי מטרת הערבות, שהיא לשלם לנושה אם החייב לא יעשה כן. הבחנה זו היא החשובה לענייננו. כיצד נכריע בין התפיסות הללו? מהי עמדתו של המחוקק הישראלי במחלוקת זו? ומהי עמדתו של הפסיקה ושל הפרשנות המשפטית?

ז. עמדתו של חוק הערבות

11. חוק הערבות איננו חל על כל ההתחייבויות, שתכליתן היא להבטיח את הבטחתה של החזרת החוב על-ידי הסתייעות באדם שלישי, הוא הערב. כך, למשל, קובע פרופ' טרסקי:

אמנם, ברגיל ניתנת ערבות לחיוב כספי; אך סעיף 1 לחוק, בהגדירו

39 סימפסון, לעיל הערה 37, בעמ' 16-6, 21-29. ראה גם ג' טרסקי "על ההתחייבות לשיפור וסביבתה" משפטים כ (תשנ"א) 337, 340; גינוסר (חוק הערבות, תשכ"ז-1967) סדרת הפירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טרסקי, תשל"ט 20 ובמקומות נוספים, שם) סבר, שערבות לפי החוק היא התחייבות על-תנאי שהחייב לא ישלם. אך הואיל והחייב העיקרי והערב הם חייבים ביחד ולחוד (סעיף 8 לחוק), אי-אפשר לראות את הערב כחייב על-תנאי. היעדר הפירעון הוא חלק מעילת התביעה ותנאי מוקדם לה, אך אין הוא תנאי לחיוב. במובן זה הערבות שלפי החוק היא כ-suretyship. לעמדת המשפט העברי, הפוסלת התחייבות עתידית על תנאי, ראה ב' ליפשיץ אסמכתא – חיוב וקניין במשפט העברי (תשמ"ח) בפרק השלישי.

את הערבות, אינו מדבר על חיוב כספי או על חוב, אלא על סתם חיוב. ואולם, בהטילו על הערב את קיום חיובו של החייב, סעיף 1 מניח שהחיוב הנדון יהיה בר-קיום אף בידי אדם אחר, שונה מן החייב. לגבי חיוב שאדם אחר לא יוכל לבצע, האחר יוכל להתחייב שישפיע על החייב לבצעו, אך התחייבות זאת אינה ערבות לפי החוק שלנ"ל.⁴⁰

דהיינו: התחייבות להשפיע על החייב לבצע את חיובו אינה באה בגדר סעיף 1 לחוק, ועליכן אין היא הערבות שלפי החוק. מובן שלתחייבות כזאת יהיה תוקף על-פי חוק החוזים הכללי⁴¹, וייתכן אף שהסדרים שיהיו חסרים מהסכם מסוים בעל תכלית כזאת יושלמו בדרך של היקש מחוק הערבות, אך כל אלה לא יביאו אותם בגדר החוק גופו.

באותה מידה נכונים הדברים לגבי ההתחייבות לשלם לנושה אם פלוני החייב לא יקיים את חיובו. גם זו איננה התחייבות לפי חוק הערבות, המגדיר ערבות כ"התחייבות לקיים חיובו של אדם אחר"⁴². המחוקק בחר אפוא סוג מסוים של ערבות להגדירה כערבות בה"א הידיעה. במה נתייחדה אפוא ערבות זו –

40 טרסקי, לעיל הערה 39, בעמ' 342. בדברים אלה פרופ' טרסקי חולק באופן נחרץ על עמדתו של ש' גינוסר, לעיל, הערה 39, בעמ' 17 (דעה זו אומצה על-ידי נ' כהן, לעיל הערה 24, בעמ' 25, הערה 10. דעתם של גינוסר ושל כהן אומצה בת"א 3022/84 מיכאלי נ' גרעון רובינשטיין חברה לבניין והשקעות בע"מ ואח', פ"מ תשנ"א (1) 365, 370), הסובר שהערבות היא לתשלום כסף בלבד, ראה המשך דבריו של טרסקי, שם. בכל הכבוד, אנו מצטרפים לדעתו של פרופ' טרסקי. לדעתנו, בהתחייבותו של הערב כשלעצמה אין דבר המונע ממנו מלקיים אותו החיוב גופו שהתחייב בו החייב העיקרי. במקרה שבו ממהותו של החיוב אי-אפשר לקיימו על-ידי אחר, כי אז על הנושה לבקש ערבות מסוג guaranty; אך לא זוהי הערבות שלפי החוק.

41 ראה דברי השופט זוסמן בע"א 573/73 שמן תעשיות בע"מ נ' אי.אס.אל. חברה לשירותי תעשייה בע"מ, פ"ד כח(2) 737, 747, כי יש כאן "גוון של ערבות". להסכם שם ניתן תוקף גם אם לא השתבץ בדיוק אל תוך חוק הערבות. ייאמר כאן בדרך-אגב, כי הערב באותו עניין איננו יכול להיחשב כערב-קבלן לפי המשפט העברי, שלא כדבריו של השופט ח' כהן, שם.

42 גם ההתחייבות שנדונה בת"א (ת"א) 284/77 בן שמואל נ' הרשקוביץ, פ"מ תשל"ח (1) 15, שהיתה: "אני מתחייב לשלם לך סכום מסויים. התחייבותי זו תפקע אם פלוני יעשה מעשה מסויים עד לתאריך זה וזה" – איננה ערבות במובן ההגדרה של סעיף 1 לחוק. על-כן צדק בית-המשפט בקובעו, שזהו הסכם לטובת צד שלישי. לעומת זאת, נ' כהן, במאמרה "דין חוזים ודין ערבות" עיוני משפט ז (תשל"ט) 225, ראתה גם את ההתחייבות הזאת כערבות ויכולה היתה לעשות כן משום שסברה שהתחייבות של ערב היא תמיד לתשלום כסף וכאילו הוא תמיד אומר "אני מתחייב לשלם סכום מסויים", כהתחייבות שבת"א 284/77 הנ"ל. אכן, לדעתנו, אין הדבר כן, וראה לעיל הערה 40.

ההתחייבות לקיים חיובו של אדם אחר – משאר הערבויות; ובמה זכתה דווקא היא להוראות חוק, המיוחדות רק לה?

נראה שאין זה רחוק מלשער, שהערבות מן הטיפוס הקונטיננטלי היא זו ששימשה את מנסחי החוק כדגם שלפיו עוצבה הערבות שעל-פי חוק הערבות. איכותו של החיוב הקוריאלי, המיוחסת לערבות מהטיפוס הזה, היא-היא המבדילה אפוא בין הערבות שלפי החוק לבין התחייבויות אחרות, המשרתות אותה המטרה. להתחייבות מיוחדת כזאת, שהיא בעלת איכות שונה מכלל ההתחייבויות המוכרות בשיטת המשפט שלנו, מן הראוי ליחד הוראות מיוחדות.

12. הנטייה כלפי "הערבות הרומית" ניכרת ביותר בהצעת חוק דיני הערבות, תשכ"ה-1964⁴³, ששימשה בסיס לחוק הערבות, תשכ"ז-1967. סעיף 5 להצעה קובע:

אין ערבות תופסת אלא בחיוב בר-תוקף, אך אם היה תוקפו של החיוב הנערב פגום רק מבחינת כשרותו או ייצוגו של החייב – תהא הערבות תופסת, אך לא תהיה לערב זכות שיפוי מן החייב.

נדמה, שסעיף 5 להצעת החוק ביקש להגדיר את מהותה של הערבות לפי תפיסת המציעים. הנוסח, המדבר על הערבות "התופסת בחיוב", מכון כלפי הבנת הערבות כחיוב הנתפס בחיוב וכחיוב הנוקף לחיוב האחר כדי לקבל את תוקפו. הערבות יונקת את חיותה מהיצמדותה אל החיוב העיקרי, ובהיעדרו של חיוב עיקרי בר-תוקף נפל עוזר וכשל עזר.

לפי השקפה זו, מובנת אפוא היטב הסמכתו של הסייג לכלל הקבוע ברישא של סעיף 5 הנ"ל, דהיינו: ש"אם היה תוקפו של החיוב הנערב פגום רק מבחינת כשרותו או ייצוגו של החייב – תהא הערבות תופסת". כפי שנאמר כבר לעיל, הפגם בכשרות או בייצוג אינו מבטל את החיוב לחלוטין; ואף שאין אפשרות לתבוע את החוב מן החייב העיקרי, הרי החיוב הוא "חיוב טבעי", שכוונו עמו "לתפוס" חיוב אחר, הוא חיוב הערבות, ולתת לו תוקף. על-כן "תהא הערבות תופסת" בחיוב כזה. אכן, שאלה היא, אם המשפט הישראלי מכיר ב"חיוב טבעי" כזה? אך מקורו של סעיף 5 להצעה וניסוחו מלמדים על הצורך לנטות למתן תשובה חיובית לשאלה זו. כאמור, ההשקפה הזאת תבחין כמובן גם בין הגנות שונות, העומדות לחייב, לעניין זכותו של הערב להסתמך עליהן. היא תבחין אפוא בין הגנות *in rem*, המבטלות את החיוב עצמו, והן עומדות גם לערב הואיל ואין עוד חיוב שתיתפס בו

הערבות, לבין הגנות העומדות לחייב *in personam*, שהן אינן משמיטות את בסיס החיוב ולפיכך אינן עומדות לערב, והוא יחויב לשלם אם ייתבע לעשות כן. על-פי הגיונה הפנימי, השיטה האנגלית באשר ל-*guaranty* לא היתה יכולה לעשות שימוש בהבחנה זו, מפני שמבחינתו של הערב, שהתחייבותו, כזכור, היתה לגרום לכך שהחיוב העיקרי יקרים על-ידי החייב, מתוך הנחה שעל החייב לקיים חיוב זה, אין זה משנה מדוע אין החייב צריך לקיימו: בין אם בטל החיוב בשל הגנה *in rem* בין אם אין לאוכפו משום הגנה אישית העומדת לחייב, בין כך ובין כך אין אפשרות לאוכפו ועל-כן יש לפטור את הערב בשני המקרים. כשהתעוררו מקרים קשים, כגון ערבות שניתנה לחיובו של קטין, או ערבותו של מנהל בחברה, שהתחייבה בחיוב החורג מכוחותיה שעל-פי מסמכי ההתאגדות שלה, פירשו בתי-המשפט האנגליים ערבויות אלה כהתחייבויות לשיפוי, שהן התחייבויות עצמאיות אשר אינן תלויות בתוקפו של החיוב העיקרי. בתי-המשפט עשו שימוש בפרשנותו של לשון המסמך שכוונן את ההתחייבות ובכלל הנסיבות. היה זה אפוא מטבעם של דברים, שלא היה מקום לקביעתו של כלל גורף, אשר בכל מקרה של חיוב הפגום בכשרותו או בייצוגו של החייב תיחשב התחייבותו של הערב כהתחייבות לשיפוי. הכול תלוי היה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. למרות זאת, נקלטה ההבחנה הקונטיננטלית בין סוגי הפגמים הללו גם על-ידי האנגלים. אפשר שהדבר נעשה בתיווכו של ספרו של פותיה על המשפט הקונטיננטלי, שתורגם לאנגלית⁴⁴. המשפטים האנגלים, ששאלות של תיאוריה משפטית לא הטרידו אותם במידה יתירה⁴⁵, נטלו הבחנה זו והשתמשו בה במקרים המתאימים בלבד ולא בכל המקרים. הטעם המעשי הנראה לעין לקליטה זו היה העובדה, שראייתה של התחייבות זו כהתחייבות לשיפוי היתה שוללת מן המתחייב, שהתכוון לערבות דווקא, את זכותו להשתמש בהגנות שיהיו לחייב העיקרי כלפי הנושה, הגם שהוא לא היה צריך להיזקק להן למעשה, מכיוון שבין כך ובין כך חיובו היה פגום, כגון הגנת הטעות וכדומה. על-ידי כך שניתן

44 R.E. Mitchell "Is a Surety's Liability Co-Extensive with that of the Principal Debtor?" 63 *L.Q.R.* (1947) 355. הדן במושג האקססוריות על-פי המשפט האנגלי לפי הגדרות המשפט הקונטיננטלי שהובאו לתודעתם של המשפטים האנגלים על-ידי ספרו של פותיה. אכן, הם ערבו מין בשאינו מינו, שכן, כאמור לעיל, טיפוסי הערבות האנגליים אינם מעוצבים כמתכונתה של הערבות הקונטיננטלית. על-כן מוצב סימן שאלה בכותרת המאמר הנ"ל, כי הוא מצביע למעשה על הפער שבין התיאוריה, הלקוחה מן הקונטיננט, ובין המעשה (והשווה ד"ר 4/82, לעיל הערה 18, העוסק בבעיה). וראה גם: J. Steyn "Guarantees — The Co-Extensiveness Principle" 90 *L.Q.R.* (1974) 246.

45 השווה ג' טדסקי "קניין ועבירות — הבעלות על השתל המופק מן החי" הפרקליט לח (תשמ"ח-תשמ"ט) 281, 283.

תוקף להתחייבות זו כערבות, גם כשהחייב העיקרי נפגם בשל ליקוי שנפל בכשרותו או בייצוגו של החייב, נשמרו זכויותיו של הערב, מלבד כמובן מן האפשרות לחזור על החייב העיקרי.

13. עתה יכולים אנו לבחון את מה שאירע לנוסח ההצעה כשעובדו הדברים בחוק עצמו. בניסוחו הסופי של החוק נדלדל הרישא של סעיף 5 להצעה והפך לסעיף 2 לחוק, האומר: "אין ערבות אלא לחיוב בר-תוקף", בלי לדבר עוד במפורש על ההיתפסות בחיוב העיקרי.

הדלדול של הנוסח גרר אחריו את הטענה, שהוראת סעיף 2 היא "הוראה מיותרת ואף מטעה" – כדעתו של גינוסר⁴⁶. לדבריו, לנורמה זו, הקבועה בסעיף 2

יש כבר ביטוי מספיק בהוראה אחרת. ההוראה המיוחדת עלולה רק להטעות את הפרשן, שיהיה נוטה לייחס לה כוונה סמויה שלא היתה לה מעולם ושעומדת בסתירה עם שאר הוראות החוק. סעיף 2 הוא דוגמא מאלפת לכך. אם, כפי שאנו גורסים, משמעותו היא רק שמקום שאין חיוב, אין גם ערבות ואם החייב אינו כלל חייב גם הערב פטור – הסעיף אינו כלל "סייג" להוראת סעיף 1, אלא רק תוצאה ישירה מעקרון הטפילות הנובע ממנה, ובלשון ברורה יותר מסעיפים 4(א)... ו-7(א)...

אכן, משמעותו של סעיף 2 איננה "רק" זו שמייחס לה פרופ' גינוסר, ואין הוא רק תוצאה ישירה של עקרון הטפילות, הנובע מסעיף 1 לחוק. על הרקע ההיסטורי של החקיקה ברור, שסעיף זה עצמו נועד להגדיר את הטפילות המיוחדת והמסוימת של הערבות, דהיינו: לטענתנו, הערבות הקוריאלית, השונה מן הטפילות שגורס פרופ' גינוסר, היא הטפילות הפונקציונלית (שהיא תולדת ההנחה, כי הערב מתחייב בהתחייבות שהיקפה כהיקף ההתחייבות הראשית). סעיף כזה מצוי בכל חקיקה הקובעת את הערבות על-פי הדפוס הרומי, על סעיף זה גאוותן ותפארתן של שיטות אלה, ולא עולה על דעתן כלל ועיקר לבטלו ואפילו לא להחשיבו ולסובלו כמיותר. במהלך עיצובו הסופי של החוק השתנה גם מעמדן של הערבויות לחיובים עיקריים, שהיו פגומים בשל פגם בכשרותו או בייצוגו של החייב העיקרי, והן הפכו להיות התחייבויות לשיפוי – כקבוע בסעיף 17 לחוק. נראה שלאחר שהוספה, שלא בטובתם של מציגיו, ההתחייבות לשיפוי אל החוק (בסעיף 16)⁴⁸, עלתה

46 גינוסר, לעיל הערה 39, בעמ' 22.

47 שם, שם. על הוראות חוק, האומרות את המובן מאליו או המנסות לבטא כלל מובן וידוע, ראה גם ד' פרידמן "הסיכון החוזי וטעות הטעיה בכראיות" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 459.

48 ראה גינוסר, לעיל הערה 39; טרסקי, לעיל הערה 39.

האפשרות לראות ערכויות אלה כהתחייבויות לשיפוי. בעשותם כן, עברו המנסחים אף על מה שנקבע במשפט האנגלי וקבעו באופן גורף שכל התחייבות כזאת היא כהתחייבות לשיפוי, גם בלי לשים לב לנסיבות שבהן ניתנה ההתחייבות, או לנוסח ההסכם שבו ניתנה ההתחייבות. בכך פגעו שלא לצורך בערבים שהתחייבו לקיים חיובים כאלה ושללו מהם כל הגנה שהיתה עומדת לחייב אלמלי היה חיובו פגום בין כך ובין כך.

ואכן, בהצעת החוק שמטעם הממשלה לתיקון חוק הערכות⁴⁹ החזירו עטרה ליושנה, ובסעיף 4 להצעה נאמר: "האמור בסעיף 2 לחוק יסומן (א) ואחריו יבוא: (ב) על אף האמור בס"ק א, יכול שערכות תהיה לחיוב שתקפו פגום מבחינת כשרותו של החייב או מבחינת ייצוגו".

מעשיהם של המציעים רצויים, אך כוונתם אינה רצויה, שכן הם נימקו את השוני באומנם בדברי ההסבר להצעת החוק הנזכרת כי

מוצע לקבוע שערכות לחיוב, הפגום מבחינת כשרותו של החייב או מבחינת ייצוגו, תהיה ערכות לכל דבר, אלא שלערב לא יעמדו טענות ההגנה של החייב, ותישלל ממנו זכות החזרה על החייב. בנושאים אחרים לא נמצא שום הצדקה לגרוע מזכויותיו של הערב ששילם את החוב, כמו למשל מזכותו לקבל בטוחות שהיו בידי הנושה.

הנימוק לסייג, לפיו על הערב לקיים את ערכותו למרות שהחייב פטור, הוא שסביר להניח שהחייב מוכר לערב, דבר שאינו נכון בהכרח לגבי הנושה. משום כך מוצע שהערב ישא בסיכון של פגם בכשרותו של החייב או בייצוגו.

דברי ההסבר אינם מתכוונים בוודאי אלא לשלילת הזכות מן הערב (שבו מדובר) לטעון טענות פגם בכשרות או בייצוג — כקבוע בסעיף 8(ד) להצעת החוק, הבא להחליף את סעיף 7 לחוק הקיים, באומרו: "טענת הגנה בקשר לכשרותו של החייב או לייצוגו שהיתה לחייב כלפי הנושה לא תעמוד לערב". שאר ההגנות יעמדו לערב.

כמורכך, וכפי שהעיר כבר מ' דויטש⁵⁰, ההסבר שמטרת השינוי היא להבטיח קבלת הבטוחות על-ידי הערב ששילם מן הנושה שנפרע, אינו נכון: הואיל ובמקרה זה אין לערב זכות חזרה על החייב העיקרי, אין גם מקום להיפרע מבטוחות שנתן. אך עיקר החסרון טמון — לדעתנו — בהנמקה שניתנה לעצם הטלת הסיכון על

49 חוק הערכות (תיקון), התשנ"א-1990.

50 מ' דויטש "דיני הערכות הכלליים — קושיות, מגמות והרפורמה המוצעת" משפטים כב (תשנ"ג) 93, 98.

הערב ולא על הנושה במקרה שנפל פגם בכשרותו של החייב העיקרי או בייצוגו⁵¹. גם אם נתעלם מן הספקות בקשר לנכונותה של ההנחה, שהערב ולא הנושה ראוי שישא במקרים אלה בסיכון⁵², הרי שכעצם נתינתה של הנמקה זו יש משום שינוי מן הטעם שעמד כנראה ביסודה של ההוראה – כפי שנקבעה לראשונה בהצעת החוק וכפי שהוסבר לעיל. הנימוק ה"פרקטי", העוסק בחלוקה הראויה של הסיכונים ובהערכת כוונותיהם של הצדדים, החליף את הטעם המושגי, העוסק באפשרות ההיתפסות של הערבות בחיוב העיקרי, ולפיכך הוא מאפשר את ההבחנה בין חיוב שהוא בטל מכול-וכול לבין "חיוב טבעי".

אכן, הצעת החוק מטעם הממשלה אינה עקיבה בעמדתה, בקובעה בסעיף 8(ב) כי "התיישנה זכות התביעה נגד החייב, מתיישנת גם זכות התביעה נגד הערב, אם לא התיישנה לפני כן". טענת ההתיישנות נחשבת כטענה דיונית ואין היא מפקיעה את החיוב עצמו, ועל-כן היה בכוחו של החיוב העיקרי "לתפוס" את הערבות ולהצמידה אליו; אך אין בסיטייה זו בלבד כדי לערער על עצם מגמתה ותפיסתה של הצעת החוק את הערבות⁵³.

14. סעיף 6(א) להצעת החוק מבליט ביותר דווקא את עקרון הקוריאליות, בקובעו:

לעולם אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב ולא בחמור ממנו, ואפילו אם נתערב כך למעשה (ההדגשות שלי – ב.ל.).

כלומר: אפילו התחייבותו המפורשת של הערב להיות נושא בחיוב גדול, או חמור, מזה של החייב העיקרי, לא תסייע לעולם להעניק תוקף לחיוב כזה. אם התחייבותו

51 ראה להלן הערה 69. כבר עתה יצוין, שגם סעיף 55(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 נוקט את ההבחנה בין הפגמים השונים, הנקוטה גם בחוק הערבות. פרופ' פרידמן (בספרו עשיית עושר ולא במשפט [מהדורה שניה, תשמ"ב] 193) הוא זה שהציע, ש"הסייג משקף את חלוקת הסיכון בין הצדדים. הסיכון לפגם מחמת כשרות או ייצוג מוטל על החייבים האחרים, אולי מחמת הסברה כי, במקרה הנפוץ, הם קרובים לאותו חייב במידה שתאפשר לעמוד על פגם זה. הסיכון לפגמים אחרים רובן, בדרך כלל, על הנושה, שהוא הצד המתקשר עם החייב, והדאגה לתוקף העיסקה היא באחריותו". וראה גם ד' פרידמן ונ' כהן "ריכוזי חייבים – יסודות בדין ההגנות והגנות ראשוניות" ספר אורי ידן (תש"ן) 169, 178, 186. וראה גם ע"א 4664/90 חממי נ' ר' אייזנקוט ואח', פ"ד מז(1) 52, 59. הסברה, כאמור, אינה מוכרחת, והיא מועלית מתוך ההכרח לפרש את הדין, אך באמת היסוד הוא בחיוב הקוריאלי. השוואת המידות בין סוגי החיובים המשותפים (ראה להלן הערה 60) היא שגרמה לתחולת ההוראה הזאת גם על חיובים משותפים "רגילים".

52 ראה הערותיו של דויטש, לעיל הערה 50, בעמ' 96 ואילך.

53 על סטיות שונות מרעיון האקססוריות ראה דברי השופט ברק בד"נ 4/82, לעיל הערה 18. כאמור, כבר יוסטיניאן וקודמיו ביטלו הרבה מסימני הקוריאליות של חיוב הערב.

של הערב התחייבות רגילה היא, קשה להסביר את עמדתם של המציעים; שהרי לפי העיקרון של חופש החוזים יש לתת תוקף לכל ההתחייבויות. אך עקרון הקוריאליות מספק בנקל הסבר לכך: על חיובו של הערב להיתפס בחיובו של החייב העיקרי כדי שיהא בר-תוקף כערבות במובנה המצומצם. הסרח של חיוב הערב, העודף על החיוב העיקרי, נמצא מידלדל כביכול בלא תמיכתו של החיוב העיקרי, ועל-כן אין לו תוקף: כערבות המיוחדת אין הוא יכול להתקיים, ובחיוב רגיל לא התכוון הערב להתחייב.

גם בסעיף זה חל שינוי בהליכי החקיקה, וסעיף 4(א) לחוק קובע עתה רק כי "אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב ולא בתמור ממנו". הפתיחה "לעולם", והסיום "ואפילו אם נתערב כך למעשה", הושמטו מן הנוסח הסופי של החוק.

15. בכך, כמו גם כמה שאירע לסעיף 2 של החוק — כפי שתואר לעיל — נפתחו שערי פרשנות לפני מי שיטענו כי בהכניסה שינוי זה ביקשה הכנסת (במודע או שלא במודע) לשנות מן התפישה הקוריאלית, שהונחה בבסיסה של הצעת החוק, ולהעמיד במקומה את הגרסה הפונקציונלית של האקססוריות של הערבות. מהלך טיעון כזה הוא אפשרי כמובן, אך לא הכרחי. גם בנוסחו הנוכחי של חוק הערבות יש די כדי לפרנס את ההשקפה הקוריאלית של הערבות. דומה, כי קיצור הדברים שהיו בהצעת החוק במהלך גיבושה לכלל חוק אינו משנה מן המהות שהוצגה בהצעת החוק, ומכלול ההוראות שבחוק, כמו גם קריאתן של מילותיו של החוק כמות שהן, מאפשרים את קיומו של הטיעון בדבר המהות הקוריאלית של הערבות שלפי החוק ואף תומכים בו.

ח. עמדת הפסיקה

16. נראה, שאם נקרא את התבטאויותיהם של השופטים, אשר עסקו בהגדרת הערבות כחיוב אקססורי לחיוב העיקרי על רקע התפישה הקוריאלית של החיוב, נוכל לגלות בהן התאמה לתפישה זו. אכן, עדיין ספק הוא אם השופטים מודעים לחלוטין לתפיסה הקוריאלית של החיוב, היכולה להשתקף בדבריהם, או שמא אין הם אלא עושים שימוש בלתי-מודע בריטוריקה ובנוסחאות הלכותיות מן הספרות המבטאת תפיסה זו, אף שאין הם מתכוונים להחילה במלוא משמעותה.

כך, למשל, כתב הנשיא אגרנט, כי הוראות סעיפים 3 ו-8 לחוק הערבות:

מלמדות בין השאר, את שלושת אלה: ראשית, הערבות מקנה לנושה

זכות שהיא נלווית לחיוב המובטח על-ידיה, כך שאין לערבות קיום נפרד מן החיוב שהיא באה לשרתו⁵⁴.

בוהירות מסוימת התבטא הנשיא שמגר:

נמצא, שאנו דנים בחיובים משני סוגים: חיובו של הערב, היינו, הערבות, והחיוב הנערב, כשהיחס ביניהם, אף כי הדבר לא נאמר במפורש בחוק, הוא במידת מה של טפל ועיקר... הערבות היא חיוב טפל לחיוב שאותו היא באה לשרת, ותכליתה לשמש ערובה לחיוב העיקרי⁵⁵.

54 ע"א 706/74 ידאוני נ' הלוחאה וחשכון, פ"ד כט(2) 365 (ההדגשה הוספה). השווה גם סעיף 612 למג'לה: "ערבות היא צורך חיוב בררית דבר. כלומר, הצטרפות אדם לחברו והתחייבותו להענות לדרישה שחייב בה הלה"; וכן סעיף 618: "ערב הוא מי שמצטרף לחיובו לחיוב חברו, כלומר, מי שנעשה אחראי אף הוא לדבר שאחראי לו אחר". והשווה ע"א (ת"א) 603/67 מדינת ישראל נ' קולנוע מתמיד, פ"מ סד 62, 66: "אין זו אלא קביעה, בלשונה הארכאית של המג'לה, כי הערבות היא התחייבות סובסידיארית. אותו רעיון מוצא ביטוי בסעיף 1(א) לחוק הערבות". אך לשונה הארכאית של המג'לה מבהירה את מה שמסתירה מעט לשונו החדשה של החוק.

55 ע"א 732/80 ארנס ואח' נ' בית אל זכרון יעקב, פ"ד לח(2) 645, 654. הדברים האחרונים לקוחים מדבריו של גינוסר, לעיל הערה 39, בעמ' 14. אכן, מן המלים האחרונות של המובאה, המתארות את הערבות כבטוחה לחיוב, ניתן להגדיר יחס אחר של טפילות: כזה שבין חיוב עיקרי ובטוחה, וכאילו היתה הערבות כמשכון, שגם לו אין קיום עצמאי בלעדי החיוב העיקרי שאותו הוא בא להבטיח (השווה י' ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, תשל"ה) 11. השווה גם לדבריו של ג' טרסקי "בעלות ושיתוף בבית המשותף" הפרקליט ל (תשל"ו) 214, 233: "זכויות הבטוחה הקנייניות והאישיות צמודות לחיובים שהם נוגעות להן... זכות הבטוחה וזיקת ההנאה על מקרקעין הן זכויות נספחות, נסמכות, שאין להן קיום בלי הזכות העיקרית, הסומכת, שאין להעבירן בלעדית... וברגיל הן עוברות יחד אתה". זה יכול להיות טעמו של סעיף 5 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, הקובע כי "בכפוף להסכם ההמחאה כוללת המחאת זכות גם כל ערבות ושעבוד שניתנו להבטחתה" (ראה גם מ' בן-פורת חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969 (סדרת הפירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טרסקי, תשל"ב); ג' טרסקי, לעיל הערה 39, בעמ' 345 ושם, הערה 38). אך נראה, כי אין צורך בהגדרה כזאת של הטפילות כדי להסביר את סעיף 5 לחוק המחאת חיובים, וגם ההגדרה הקוריאטית יפה לכך. מכאן גם בסיס לטענה, שיש להבחין בין המחאה של ערבות לבין המחאת חיובים של חייבים משותפים (ראה להלן, בגוף הטקסט): נושה, הרוצה להמחות את חייביהם של חייבים משותפים, צריך לנקוט את דרך ההמחאה לגבי שני החייבים, ואין די בהמחאת חיובו של אחד מהם, מה שאין כן בחייב עיקרי וערב. ואכן, אף שתכליתה של הערבות היא לשמש בטוחה לחיוב העיקרי, עיצובה של הערבות איננו כשל בטוחה. למעשה, הערב הוא תחליף לחייב העיקרי, ואילו בטוחה ריאלית היא תחליף לחיוב העיקרי (סעיף 1(א) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967), ואמנם היא בטוחה לתשלום תמורת החיוב,

בעניין אחר, ולעניין ההבחנה בין התחייבות לשיפוי לבין ערבות⁵⁶, נקט הנשיא שמגר לשון זו:

שונים פני הדברים כאשר אנו עוסקים בהתחייבות לשיפוי: כאן מדובר בהתחייבות עצמאית ונפרדת לכל דבר, במסגרתה נושא המתחייב בחבות עיקרית כלפי הנושה, וזו אינה יונקת את חיותה מקיום חיוב של החייב העיקרי כלפי הנושה⁵⁷.

הדימוי של יניקת חיותה של הערבות מן החיוב העיקרי לקוח מעולם המושגים של הערבות הקונטיננטלית⁵⁸. כאמור, ייתכן שהדימוי של האקססוריות של חיוב הערב אצל השופטים אינו זה של החיוב הקוריאלי. הקוריאלי אינה נזכרת בדבריהם, ולו

שיכול להיות אף חיוב לביצוע וכדומה (וראה לעיל הערה 31). וראה ע"א 706/74, לעיל הערה 45, שם קבע הנשיא אגרוט, שגם מי שמשכן נכס שלו להבטחת חיובו של אחר, הרי על אף שסעיף 12 לחוק המשכון אומר שדינו כערב ("מושכן נכס של אדם כערובה לחיובו של אדם אחר, יהא דינו של בעל הנכס כדין מי שערב אותו חיוב, אך אין להיפרע מבעל הנכס אלא במימוש המשכון..."), ערבותו "היא ערבות מוגבלת" – לאמור: כפיפותו לנושה אינה כפיפות אישית-אובליגטורית, כי אם כפיפות חפצית בלבד, המוגבלת לכך, שהנושה יוכל להיפרע על החיוב מהנכס הממושכן ואין הוא יכול להיפרע מנכסים אחרים של הממשכן" (ראה גם "ויסמן חוק המשכון, שם, בעמ' 250; פרידמן וכהן, לעיל הערה 27, בעמ' 80, הערה 147; ד' פרידמן, לעיל הערה 38, בעמ' 210. נראה, שיש מקום לסייג ניסוח זה: לנושה יש זכות ישירה כלפי הממשכן והוא רשאי לתובעו שישלם לו את כל החוב; אך אם זה לא יפרע לו, יוכל הנושה לרדת ולהיפרע רק מן הנכס הממושכן ותו לא.

56 ראה על כך עוד להלן.

57 ע"א 255/89, 300 פדרו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 641, 650.

58 והשווה לשונו של השופט ברק בד"נ 4/82, לעיל הערה 18, בעמ' 212:

חיובו של הערב כלפי הנושה הוא חיוב נלווה, או נגזר או טפל לחיובו של החייב כלפי הנושה... חיובו של הערב הוא חיוב לקיומו של חיוב (סעיף 1(א) לחוק הערבות), על-כן נקבע, כי "אין ערבות אלא לחיוב ברתוקף" (סעיף 2 לחוק הערבות), וכי "אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב ולא בחמור ממנו" (סעיף 4 לחוק הערבות). שינוי בחיוב הנערב, שבא בעקבות הסכם בין הנושה לבין החייב, יש בו כדי להשפיע על חבותו של הערב (סעיף 5 לחוק הערבות), לערב עומדות כלפי הנושה כל אותן הטענות, שיש לו לחייב כלפי הנושה (סעיף 7(א) לחוק הערבות) (ההדגשה הוספה – ב.ל.).

אגב ייאמר, שגם ביסודו של סעיף 5 לחוק (שינוי בחיוב הנערב בעקבות הסכם) עומדת ההשקפה הקונטיננטלית: אם שונה החיוב בהסכם, ממילא משתנה החיוב הצמוד לו, אך לא אם שונה דבר-מה בחיוב שלא בהסכם. במקרה אחרון זה החיוב לא שונה, אלא רק דרך קיומו היא שהשתנתה, ועל-כן אין מקום לשנות מן הערבות, הנוחרת צמודה לחיוב, שלא השתנה. זה גם מקור ההבחנה בין מחילה לחייב העיקרי, הפוטרת גם את הערב, לבין ויתור על זכות

פעם אחת. אף-על-פי-כן, תיאוריה זו מספקת את ההסבר הטוב ביותר הן לדבריהם הן להוראות החוק שעליהן הם מסתמכים בדבריהם.

ט. ערבות והתחייבות לשיפוי

17. אימוצה של התפיסה הקוריאלית של הערבות יש בו כדי להמציא פתרון גם לבעיית ההבחנה בין החיובים הנוצרים בערבות, בהתחייבות לשיפוי ובחיוב משותף: הערבות תיצור חיוב קוריאלי, בחיוב המשותף ייווצר חיוב סולידרי ובהתחייבות לשיפוי ייווצר חיוב אוטונומי. אמנם, ההבחנה בין חיוב קוריאלי לבין חיוב משותף (=סולידרי) אינה מקובלת על הכול⁵⁹ ויש שביטולה לאחר שהכירו בקיומה⁶⁰, אך בין כך ובין כך אי-אפשר להתכחש לאפשרות שהבחנה זו יכולה להתקיים מן הבחינה המושגית⁶¹, על-אף ספקות היכולים להתקיים באשר לתועלת הכוללת שבהכרה זו. כאמור, כאשר המדובר בהבחנה בין דגמים של חיובים, ההבחנה העיונית היא עיצומו של הדבר והיא ממין העניין.

באשר להבחנה בין הערבות כחיוב קוריאלי ובין ההתחייבות לשיפוי כחיוב אוטונומי, הרי שההגדרה הזאת מבהירה מאוד את ההבחנה ביניהן. ניתן לשוב ולהשתמש בדבריו של הנשיא שמגר בע"א 300, 255/89 הנ"ל⁶² כניסוח היכול

התביעה נגד החייב העיקרי, שאינו פוטר את הערב. ראה, למשל, ע"א 561/71 דינוביץ נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד כו(1) 729. הטעם, הניתן להבחנה זו על-ידי השופטים של המשפט המקובל, הוא אחר, כמובא שם בפסק-הדין, בעמ' 732: "הלכה זו מבוססת על הטעם הפשוט, שלא יהיה ממש בפיטורי החייב העיקרי או אחד מהחייבים המשותפים, אם יוכל הנושה לתבוע את חובו מהערב או מהחייבים האחרים, ואותו ערב או החייבים האחרים יתבעו לאחר מכן את התזרת התשלום או השתתפות בתשלום מתחייב שהופטר" (ראה גם ע"א 286/70 כהן נ' אסייג, פ"ד כה(2) 517, 518). הגישה ה"פרקטית" עומדת בניגוד מובחן לגישה ה"קונצפטואלית" (והשווה לעיל הערה 28). והשווה ע"א 49/63 צוקר נ' ליבוביץ, פ"ד יח(1) 337, שם הוסבר, כי המונח "ביחוד ולחוד שבפקודת הנזיקין משמעותו שונה מזו שבדיני החוזים: כשנתבע מזיק אחד אין הנזוק יכול לתבוע את האחרים, ואם שוחרר מזיק אחד, משתחררים האחרים. עילת התביעה שהיא אחת ובלתי ניתנת לחלוקה, בוטלה על ידי השחרור והתוצאה היא שחרורם של כל שאר האנשים שחבו על פיה". אך החקיקה האנגלית שינתה את המצב. וראה להלן הערה 70. ראה גם ד' פרידמן ונ' כהן, לעיל הערה 51, בעמ' 169.

59 ראה פרידמן וכהן, לעיל הערה 27, בעמ' 55.

60 כמו ב-B.G.B.; ראה פרידמן וכהן, לעיל הערה 27, בעמ' 57.

61 ראה לעיל ליד הערה 31 ואילך.

62 לעיל הערה 57.

לשקף היטב את ההבחנה (על-אף שכאמור אין ביטחון גמור שלכך התכוון הנשיא): בהתחייבות לשיפוי מדובר בהתחייבות עצמאית ונפרדת, שהיא חבות עיקרית כלפי הנושה, אשר "אינה יונקת את חיותה מקיום חיוב של החייב העיקרי כלפי הנושה כמו בערבות".

אלה הם אפוא "המושגים המשפטיים הטהורים", שבעולמם "קיימת הבחנה ברורה בין הערבות לבין חובת השיפוי" — כדברי השופט ברק בד"נ 4/82 הנ"ל⁶³.

18. פרופ' טדסקי חלק ככל הנראה על עמדה זו. לדעתו, אמנם הזיקה שבין החיוב העיקרי ובין חיובו של הערב היא אמיצה ביותר, אך אין החיובים מזדהים. לדבריו

אין לומר שהערב משתתף בחיוב הנערב (על-אחת-כמה-וכמה נכונים הדברים ביחס למתחייב בשיפוי). אילו השתתף בו, היינו חורגים ממסגרת הערבות וגולשים למוסד אחר: חיובים משותפים. כך יהיה אף אם המצטרף לחיוב חברו אינו מעוניין בו אישית והוא משתתף בחיוב לשם ערובה. אין התחייבות הערב מזדהה עם החיוב הנערב ואינה שווה לו. עילת הערבות היא טיפוטית ואחת, ואילו עילת החיוב הנערב יכולה להיות כל עילה שהיא (לרבות עילת ערבות, אם החיוב הנערב הוא ערבות דווקא) ... חיוב הערב עשוי לפקוע משום עילה הנוגעת לו בלבד, נוסף על עילות הנוגעות לחיוב הנערב. כללו של דבר: גם הערב מקיים חיוב שלו והתחייבות נפרדת מן החיוב הנערב, אך המושא שלה הוא כמושא החיוב הנערב (או חלק ממנו). בזה היא נבדלת מהתחייבות לשיפוי אשר לה מושא משלה ... בחוק הערבות מתבטאת הטפלות של הערבות בחשיפותה לטענות הערב בהתאם לטענות שהחייב רשאי להעמיד כלפי הנושה⁶⁴.

לשיטתו של פרופ' טדסקי, הוראת סעיף 2 לחוק הערבות, ש"אין ערבות אלא לחיוב ברי"תוקף", אינה מבטאת עניין מהותי, אלא רק את המובן מאליו: "כל בטוחה מניחה ודורשת שתתקיים החובה שהיא באה להבטיח, ולכן אין לה כל שחר כאשר החובה הנדונה בטלה"⁶⁵. ואגב כך, בהערה הוא מבליט את המחלוקת בין הגישות

63 לעיל הערה 18, בעמ' 213.

64 טדסקי, לעיל הערה 39, בעמ' 344-345 (ההדגשות הוספו — ב.ל.). וראה Kaney, לעיל הערה 25, בעמ' 147. והשווה פרידמן וכהן, לעיל הערה 27, בעמ' 52. על דבריהם יש להעיר, כי אין זה ברור מאליו שהחיוב הוא אחד רק משום שהערב נטל על עצמו לקיים את חיובו של החייב העיקרי, וכדבריו של פרופ' טדסקי. הדבר בולט בערב לאחר מתן מעות (השווה הנחתם שם, בעמ' 54).

65 טדסקי, לעיל הערה 39, בעמ' 353.

השונות באומרו: "השווה ע"א 66732/80, [בעמ' 654, שם מקשר הנשיא בין דיני הערבות לבין היות החיוב המובטח בר-תוקף; ולא היא"⁶⁷. אך, כאמור, ודאי שכן הוא לשיטה הקוריאלית, שהיא מקשרת גם מקשרת בין הדברים, כאמור לעיל. לשיטה אחרונה זו אכן דומה חיוב הערב לחיוב משותף, אך הזיקה בין חיוב הערב ובין החיוב העיקרי הדוקה יותר מזו שבין חיוביהם של החייבים המשותפים. לכן קובע סעיף 8 לחוק הערבות, כי "הערב והחייב אחראים כלפי הנושה יחד ולחוד". לעומת זאת, לדעת פרופ' טדסקי

כיוון שבסעיף 8 נאמר שהערב והחייב אחראים כלפי הנושה ביחד ולחוד – כלשון סעיף 54 לחוק החוזים הכללי בעניין חיוב משותף – עלול להתעורר הרעיון שגם כאן מדובר באותו ענין. ולא היא: הדמיון בין שתי ההוראות אינו שלם, כי סעיף 8 מסוייג בסייגים; ובעיקר: הסדר דומה לגבי ההיבט הנדון בהן אינו מחייב את הטענה הנזכרת⁶⁸.

אכן, ההסדר אינו מלמד על מהותן הזהה לחלוטין של שתי ההתחייבויות, אך לדעתנו הוא מגלה קיומה של קרבה רבה ביניהן⁶⁹.

66 לעיל הערה 55.

67 טדסקי, לעיל הערה 39, בהערה 77.

68 טדסקי, לעיל הערה 39, בעמ' 344.

69 נטייתו של החקיקה בכל הארצות היא לאחד את הקטיגוריות השונות של החייבים המשותפים. ראה פרידמן וכהן, לעיל הערה 27, בעמ' 62: "למעשה קיימת נטייה למוג את שתי הקטיגוריות על ידי החלת דין החיוב יחד ולחוד גם על החיוב יחד. מגמה דומה משתקפת בדין הישראלי..." "מגמה זו משתקפת בצורה מרחיקת-לכת בחוק הערבות..." (על חיוב יחד ראה הערה 25 לעיל). לביקורת על ההאחדה ראה הנ"ל, לעיל הערה 51, בעמ' 177. לעומת זאת, השווה השוני בתוצאותיו של המונח "ביחד ולחוד" שבנויקין מאלה של אותו מונח בדיני-החוזים בע"א 260/56 שמידט ואח' נ' שמואלי ואח', פ"ד יא 1157, 1165; ע"א 49/63 צוקר נ' ליבוביץ, פ"ד יח(1) 337 (ראה לעיל הערה 58); ופרידמן וכהן, לעיל הערה 27, בעמ' 59 ואילך. על האפשרות להחלתו של סעיף 55(ג) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 על חוק הערבות ראה: ע"א 538/86 זמיר ואח' נ' הבנק הבינלאומי לישראל בע"מ, פ"ד מב(4) 433. ראה גם דבריו של ג'ונס, לעיל הערה 26, המציין את פסיקתו של בית המשפט-העליון של לואיזיאנה, שקבע כי לערב ששילם הזכות לסוברוגציה דומה לזכות להשתתפות של *co-debitors in solido*. בכך ניתנה לנושה הרשות להתייחס לחייב ולערב כאל חייבים משותפים ולשחרר את החייב העיקרי או בטוחה שנתן. ג'ונס טוען, שעלידי ביטול הזכות לסוברוגציה איבדה הערבות כל משמעות של מעמד נבדל, וחשיבותה היא היסטורית בלבד. לדעתו, הערב הוא חייב עיקרי (כבשיטה הגרמנית העתיקה), והאמירה שהוא חייב סולידי היא מס'שפתיים בלבד. תהליך זה זורז עלידי הפרקטיקה שבה חייב הערב את עצמו במפורש להיות כחייב משותף. והשווה גם סעיף 2047 לחוק האזרחי הפיליפיני, שלפיו guarantor הוא מי שמתחייב לשלם לנושה

גם טענתו האחרת של פרופ' טדסקי – דהיינו: שעילת הערבות שונה מן העילה של החיוב הנערב – אף שאין ספק שהיא נכונה מן ההיבט התיאורי, אין בה כדי לסתור את האפשרות, שלאחר שנוצרה הערבות על-פי עילתה המיוחדת, השונה מן העילה של החיוב הנערב, שהיא תהיה בעלת אופי של חיוב קוריאלי. לא דרך היווצרותו של החיוב, אלא מטרתו היא הגורמת לו להיעשות לבעל אופי כזה. כך היה כמובן גם במשפט הרומי: הערבות נוצרה בדרך המאפשרת יצירתן של ההתחייבויות והפכה לחיוב קוריאלי עם חיובו של החייב העיקרי.

בשל עמדתו זו נזקק פרופ' טדסקי לאמצעי אחר כדי להבחין בין הערבות לבין ההתחייבות לשיפוי. אמצעי זה הוא הגדרת השיפוי כחשבת הנזק, הנגרם לנושה מאי-קיומו של החיוב הנערב. מהגדרה זו נובעות תוצאות שונות, הנגזרות מן הצורך בקיומו של נזק – הדורש מצדו קיומו של חיוב שהפרתו תגרום נזק – ופרופ' טדסקי מונה אותן אחת לאחת. כך הופכת ההתחייבות לשיפוי חשופה לטענות הגנה מגוונות של המתחייב בשיפוי – והן יכולות להיות שונות מן ההגנות העומדות לערב – ובכך נעשית ההתחייבות לשיפוי פחות ופחות "אוטונומית" ויותר קשורה, בדרכה, לחיוב העיקרי! בכך מתמעטת הרבה תועלתה כהתחייבות הניתנת למימוש מהיר ומיידי ושכליתיה היתה להתנתק ככל האפשר מן החיוב העיקרי. ספק גדול הוא, אם לכך מכוננת הפרקטיקה של הערבות הבנקאית ואם להתחייבות כזאת נושאים הנושים את עיניהם בעת שהם דורשים מן החייבים השגתה של "ערבות אוטונומית".

הפרשנות הטהורה כביכול של מושגי המשפט יש לה אפוא השלכה של ממש גם על חיי-המעשה. העדיפות במישור התיאורטי של הגישה, הרואה בחיוב הערב חיוב קוריאלי, על-פני הדעה האחרת, מקבילה לעדיפותה גם למעשה.

י. המשפט העברי

19. לפי דברי מציעי הצעת חוק דיני-ערבות, אחד מן המקורות שנעשה בהם שימוש בניסוח ההצעה היה המשפט העברי.

במחקרים אחרים הצבעתי על השינוי שחל בתפישת מוסד הערבות לפי המשפט

כשהחייב לא יעשה כן; ואילו surety הוא מי שמתחייב באופן סולידרי עם החייב העיקרי. בכך משתווה ה-surety כמעט בכלל לחייב משותף. על היחס שבין הביטוי "ביחד ולחוד" שבסעיף 57 לפקודת השטרות (נוסח חדש) ובין זה שבחוק הערבות ראה א' ברק "ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב 'אוואל' – משפט אנגלי נ' משפט מקומי" הפרקליט כד (תשכ"ז) 404.

העברי. אכן, יש לדייק ולומר, שהמדובר לפחות בשני סוגים של ערבות: הערב סתם, שעליכן הוא נקרא בסתם "ערב"; והערב־קבלן, הנקרא סתם "קבלן". שני סוגים אלה של ערבות עברו הליך דומה של שינוי, שניתן להגדירו כמעבר מתפיסה של סטטוס – הקדושה במידה רבה לרעיון של קניין – אל תפיסה של התחייבות לעשיית מעשה בעתיד. הליך זה הוא חלק מן המגמה הכללית, שחלה במשפט העברי במאה הי"ג ושעברה על מוסדות משפטיים רבים, להשקיף עליהם כעל התחייבויות. הערבות לא יצאה מכלל זה.⁷⁰ ניתן לקבוע, כי משמעותו של תהליך זה בתולדות המשפט העברי היא מעבר מהיעדר־הכרה בתוקפה המחייב של הבטחה אל הכרה בתוקפה של הבטחה.⁷¹

על־פי הדעה שקדמה בזמן, הערב מתחייב במובן זה שהוא משעבד את נכסיו למלווה, דהיינו: רכושו של הערב מצטרף לכלל הנכסים, שהמלווה רשאי לגבות מהם את חובו אם הלווה לא יפרענו. הערב אינו בגדר "חייב" כלל ולכן אי־אפשר לתובעו תחילה, כי הליך של תביעה ייתכן רק כלפי מי שהוא "חייב". רק לאחר שהחייב נתבע לדין ויוצא חייב בדינו ניתן לרדת לנכסיו, ונכסי הערב בכלל זה, אם לא מילא החייב אחרי פסק־הדין.⁷²

הדעה השנייה סוברת, שהערב גם הוא "חייב" לגבי הנושה, אלא שהתחייבותו מסויגת בסייגים על־פי הכוונה הטיפוסית המיוחסת לו. כך, למשל, אין לתובעו תחילה ויש להקדים ולתבוע את החייב העיקרי, משום "שלא נעשה ערב אלא על מנת שאם ימות הלווה, או ימאן לבוא לדין, או שיחייבוהו בית דין ולא יהיה לו מה לפרוע – יפרע מן הערב".⁷³

70 להצגת העמדה של החכמים עד המאה הי"ג והתייחסותם של החכמים שלאחר־מכן לטקסטים הקדומים ראה ב' ליפשיץ אסמכתא – חיוב וקניין במשפט העברי, לעיל הערה 39. להשפעה שנודעה לתהליך הנזכר על חוזה־העבודה וחוזה־הקבלנות ראה ב' ליפשיץ עובד וקבלן – בין קניין לבין התחייבות (תשנ"ד).

71 יש, כמובן לסייג קביעה זו, שכן השפעתם של העמדות הקודמות לא פגה, אף לא היתה יכולה לפגוע על־פי עקרונותיו של המשפט העברי, המשמר את הטקסטים הקדומים שמשמשים לו בסיס ותמיכה. גם הפרשנות המצמצמת של בעלי הדעה האחרונה לא היה בכוחה לכסות לחלוטין על המשמעות הראשונה של המקורות הראשונים. ואף־על־פי־כן אפשר לראות את הטיעון שבגוף הטקסט כתקף באופן עקרוני. על הנימוקים האפשריים לשלילת תוקפה של ההבטחה ראה ב' ליפשיץ "מדוע אין המשפט העברי אוסף קיומה של הבטחה?" משפטים כה (תשנ"ה) 161.

72 ראה ב' ליפשיץ "גבייה מן הערב כשאי־אפשר לגבות מן החייב" שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א) 243. לדעה זו, הערב אינו מקיים את חיובו שלו, אלא את חיובו של החייב העיקרי. ראה שם. וראה להלן הערה 82.

73 רשב"ם, בבא בתרא, קעג, ב, ד"ה "לא יתבע ערב תחילה". וראה במאמרי, "גבייה מן הערב", לעיל הערה 72, לנפקויות נוספות בין שתי השיטות הללו.

הוא הדין לגבי הערב-קבלן. לפי הדעה האחת, זו שקדמה בזמן, הקבלן נחשב כלווה עצמו⁷⁴; ואילו לפי הדעה המאוחרת, המלווה על הלווה הוא, אלא שתנאי הוא שהקבלן יפרע לנושה:

הקבלן אינו חייב כלפי המלווה משום שהוא כלווה עצמו, אלא משום שהתחייב לכך. כפי שהערב יכול להתחייב לפרוע למלווה אם המלווה לא יכול להיפרע מן הלווה, כך יכול הקבלן להתחייב לפרוע למלווה גם אם יש בידי המלווה להיפרע מן הלווה תחילה. כלשונו של סולוביצ'יק: "אפשר ואפשר הוא שערב קבלן הינו כל כולו בעל התחייבות נפרדת, אלא שגם התחייב שניתן יהיה לתובעו תחילה בשביל חוב של אחר. העובדה שהוא קודם לתביעה איננה מוכיחה כלום על מהותו, היא מצביעה רק על הסכמתו"⁷⁵.

נטען, שחלק גדול מהוראותיו של חוק הערבות תואם את המשפט העברי, אף-על-פי "שבנושא המרכזי שבו הוא נוקט עמדה הפוכה מעמדת המשפט העברי"⁷⁶, דהיינו: שאין צורך לתבוע את החייב העיקרי תחילה ואפשר לתבוע את הערב לאחר פנייה אל החייב לפרוע את חובו — כהוראת סעיף 8 לחוק. משום-מה הניחו, ולפיכך ראו בכך פגיעה במשפט העברי, שהכוונה בחוק היא לערב סתם ולא העלו כלל על הדעת שהחוק בחר בערבות-קבלנות, שגם היא מוכרת במשפט העברי כדגם להוראותיו⁷⁷.

מהי תבנית הקבלנות, שהמחוקק יכול היה לראותה כמתאימה לכוונתו? האם זו הקבלנות שהיא כהתחייבות סולידרית או כקבלנות שהיא התחייבות נפרדת ונבדלת מן החיוב העיקרי? מדבריו של פרופ' טדסקי שהובאו לעיל עולה, כי הערבות שלפי החוק היא התחייבות נפרדת: "אין לומר שהערב משתתף בחיוב הנערב... אילו השתתף בו, היינו חורגים ממסגרת הערבות וגולשים למוסד אחר: חיובים משותפים"⁷⁸; והוא מציין בקשר לכך, ש"במשפט היהודי מכונה המתחייב כ'ערב קבלן' הלוקח על עצמו להיות חייב באופן סולידרי עם החייב העיקרי"⁷⁹.

לפי מה שהובא לעיל בעניין העמדות שגובשו במשפט העברי באשר למהותו

74 ראה ספרי אסמכתא, לעיל הערה 70, בעמ' 222. ראה גם ע"א 573/73, לעיל הערה 41, בעמ' 747 ואילך (ראה גם טדסקי, לעיל הערה 39, בעמ' 344, הערה 36).

75 ראה ספרי אסמכתא, לעיל הערה 70, בעמ' 227.

76 מ' אלון המשפט העברי (תשל"ג) 106.

77 ראה ב' ליפשיץ "המשפט הישראלי והמשפט העברי — זיקה ועצמאות" משפטים יט (תש"ן) 866, 859.

78 טדסקי, לעיל הערה 39, בעמ' 344.

79 שם, שם, הערה 36.

של הערב-קבלן, קשה לקבל את קביעתו של פרופ' טדסקי שאין הערב משתתף בחיוב הנערב. הרי אין לפנינו אלא השם "ערב", והנה ערב-קבלן, לפחות לפי שיטה אחת, שפרופ' טדסקי עצמו בחר להביא, אמנם משתתף בחיוב הנערב. לפי שיטה זו, עובדה היא שיתכן כי על-אף שהעילה של יצירת חיובו של הערב שונה מן העילה שיצרה את החיוב הנערב, ייתכן לומר שהתחייבותו של הערב מזדהה בסופו של דבר עם החיוב הנערב.

דווקא סעיף 8 לחוק, על שתי פניו – שהערב והחייב העיקרי חבים ביחד ולחוד וכי די בפנייה אל החייב כדי להכשיר את תביעת הערב – יכול לרמוז על כך שכונת המחוקק יכולה היתה לנטות אחר הערב-קבלן אליבא דהשיטה הראשונה במשפט העברי, שהערב הוא כחייב העיקרי.

יא. שוב לפסק-הדין בעניין ליפרט

20. לאחר שסקרנו תפיסות שונות של ערבות, נוכל לשוב למה שפתחנו בו כדי לבחון מחדש את השאלה, האם ניתן לראות את הערב כלקוח של הבנק. כזכור, השופט מצא התייחס בפסק-דינו בעניין ליפרט לטיעון שהעלה הנשיא שמגר, שיש לקשור בין החיוב העיקרי לבין חיוב הערב. נביא שוב את דבריו בעניין זה במלואם⁸⁰:

רק אם הערב, זולת היותו ערב, הינו גם צד להתקשרות בעסקה העיקרית (כגון חברה ומנהלה שהתקשרו בחוזה עם אחר והמנהל גם ערב לחביות החברה) הריהו בעל זיקה לעסקה העיקרית. אך אם על-פי החוזה אין לערב אלא ערבותו בלבד, כי אז יחול הכלל הרגיל לפיו נתפסת הערבות כמתלווה לעסקה החוזית העיקרית, אך אינה חופפת לה... חיובו של הערב, להבדיל מחיובו של החייב העיקרי, נושא אופי חד-צדדי: הוא מספק אינטרס של המתקשרים בחוזה העיקרי... אך אינו קונה בכך כל זכויות לעצמו בנושא החוזה העיקרי. הערב לפרעון הלוואה, למשל, הינו צד רק לעסקת הערבות, אך אינו צד לעסקת ההלוואה. הוא עלול לחוב בפרעון ההלוואה, במקום החייב העיקרי, אך אינו זכאי לדרוש שכספי ההלוואה יימסרו, מדעיקרא, לידי, במקום לידי החייב העיקרי, ואף לא שיימסרו לידי החייב העיקרי עצמו.

80 ראה לעיל, ליד הערה 6. הציטוט הוא מעמ' 330 לפסק-הדין.

ניכר מדברים אלה, שהשופט מצא נוקט עמדה כעין זו של פרופ' טרסקי, דהיינו: שהערב אינו משתתף בחיוב הנערב. כדי שכך יהיה נדרש, ש"הערב זולת היותו ערב, הינו גם צד להתקשרות בעסקה העיקרית". לדידו של השופט מצא, הסימן להיותו של הערב צד גם לעסקה העיקרית יהיה קיומה של זכותו של הערב לדרוש מן המלווה שימסור את כספי ההלוואה לו עצמו או אפילו לחייב.

אבל האומנם הכרח הוא שיתקיים קשר דו-צדדי שלם בין הערב ובין הנושה, הכולל גם זכות לערב בזכותו של החייב העיקרי, כדי שהערב ייחשב כמשתתף בחיובו של החייב העיקרי? דומה שהדגם הקונטיננטלי של הערבות, כמו גם הדגם של הערב-קבלן לפי המשפט העברי, מלמדים על כך שקשר כזה איננו הכרחי. לפי דגמים אלה של ערבות, אמנם הערב משתתף בחיובו של החייב העיקרי, והערב נחשב כ"לווה" עצמו, אף-על-פי שאין הוא זכאי כלפי הנושה כלוה עצמו. וכך, אילו ננקטה עמדה זו אפשר היה לקבוע בפשטות, שאמנם הערב אף הוא לווה ואף הוא לקוח, ממש כחייב העיקרי עצמו. וכך לכאורה כתב בית-המשפט המחוזי בחיפה, כמשיח לפי תומו ובלא שיביא כל ראיה לדבריו, בקובעו שהערב הוא לקוחו של הבנק, כי "חיובו של ערב הוא חיוב נלווה או נגזר מחיובו של החייב העיקרי, ולערב עומדות כלפי הנושה כל אותן הגנות שיש לחייב בקשר לחיוב כלפי הנושה"⁸¹. אך שם את החייב עצמו לא הטעה הבנק ולכן לחייב לא עמדה כל טענה כלפי הנושה, ואם כן, זכות כזאת לערב מניין? רק התפיסה הקוריאלית יכולה לשמש בסיס לטיעון האמור של בית-המשפט המחוזי בחיפה⁸².

81 המ' (ח"י) 1850/87 בנק דיסקונט נ' י.ז.מ. מערכות רפואיות, פ"מ תשמ"ז (1) 485. השווה פסק-דינו של אותו שופט, הנוקט עמדה הפוכה בת"א (ח"י) 1464/86 בנק דיסקונט נ' מגדלור מרכז תאורה בע"מ, פ"מ תש"ן (1) 62. בעניין ליפרט עמד הנשיא על הפסיקה הסותרת בבתי-המשפט המחוזיים, שעסקו בסוגייתנו. והשווה ת.ב. (י-ס) 236/64 סולביצ'יק נ' הס, פ"מ מב 418, שם קבע בית-המשפט: "נראית לי טענת ב"כ המבקש כי ס' 656 של המג'לה אינו חל על ערב, אלא רק על חייב... שאם החייב רוצה לצאת למדינה אחרת, יכול בעל החוב לדרוש שימציא ערב. הערב אינו נהפך לחייב כל עוד החייב מקיים את התחייבותו, ואין לכנות ערבות כ'חוב שפרעונו לאחר זמן'". דומה, שקביעות אלה אינן מדויקות מן הפן העקרוני. אכן, השיקול המעשי שמעלה בית-המשפט לאחר-מכן לפטור את הערב החפץ לצאת את הארץ ליתן ערובה — דהיינו: שעל-ידי כך יימנעו הבריות מלערוב לחובות — שיקול זה הוא מוצדק.

82 נדגיש, כי גם לפי התפיסה הקוריאלית הערב ייחשב כמי שמקיים את חיובו שלו, ראה ג' טרסקי "המקיים את חיוב הזולת וזכותו להשבה" משפטים י (תש"ס) 17, 18; ד' פרידמן עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שניה, תשמ"ב) 188. לעומת זאת, השווה את עמדתו של המשפט העברי לפי הכנתם של הגאונים, כפי שזו נדונה במאמרי "גבייה מן הערב", לעיל הערה 72. בשלב זה מתבקש היה להעלות את השאלה, שמא היה מקום לבחון מחדש גם את התוצאה של פסק-הדין בד"נ 4/82 גופו. כידוע, באותה פרשה התחייבה האשה בהסכם הגירושין לשאת

יב. פרשת שלוש נ' בנק לאומי לישראל

21. נראה, שתפיסה של הזדהות כזאת בין הערב ובין הלווה מצויה גם בפרשה אחרת, שנדונה בבית-המשפט העליון חודשים מספר קודם שניתן פסק-הדין בעניין ליפרט. בע"א 395/87 שלוש נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ואח' 83 ניתנה על-ידי המערער ערבות לחיובו של חייב, שקיבל אשראי מן הבנק המשיב. כפי שיקרה רבות, החייב לא עמד בהתחייבותו, והבנק נפרע מחשבונו של המערער-הערב. אחת מטענותיו של הערב היתה, שהעסקה העיקרית, זו שבין הבנק ובין החייב, היתה נגועה באי-חוקיות, משום שהאשראי שניתן לפי עסקה זו הוענק בלא היתר – כנדרש לפי חוק הפיקוח על המטבע, תשל"ח-1978 – למי שהיה תושב-חוץ. פסק-הדין בערעור ניתן על-ידי השופט מצא. הוא קבע את הכלל הבא:

דין הערב, בגין חיוב "בטל", כדין החייב העיקרי. אם נמצא שמן הדין לפטור את החייב העיקרי, עקב הבטלות, יופטר הערב; אך

בהוצאות גידול הכן וכן התחייבה האשה לשפות את הבעל, אם זה ייתבע על-ידי הבן לתשלום מזונותיו. להתחייבות לשיפוי הועמדה ערכה. הבן תבע את האב וזכה בתביעתו. התביעה כלפי האשה על-פי סעיף השיפוי נדחתה מכוח הלכת "עד שתעשיר". הלכה זו קובעת, שאין לחייב את האשה כתשלומים לבעלה אם חיובה יפגע בטובת הילד. על כן פשוט היה, שאין לחייב את האשה, והשופטים נחלקו בשאלה, מהי השפעתה של קביעה זו על חיובו של הערב. לדעת הרוב, על הערב לשלם לבעל ולהמתין בתביעתו את האשה "עד שתעשיר". לדעת המיעוט, יש לדחות את התביעה גם נגד הערב מן הטעם שאם יחויב הערב יוכל זה לחזור מיד על האשה וכך ייפגע הקטין. לאור האמור יש לעיין בשאלה, האם אפשר להעלות את הטענה, שעל-פי התפיסה הקוריאלית של הערבות עומדת גם לערב הלכת "עד שתעשיר" כפי שהיא עומדת לאשה, וכביכול היה אף הוא כאשה עצמה? כלומר, האם כשם שבפרשת ליפרט יכול הערב להחשב כלקוח כך גם בפרשת קוט יוכל הערב להחשב כאשה. נראה, שאין הנדון דומה לראיה. טענת "עד שתעשיר" איננה טענתה של האשה עבור עצמה, אלא טענתו של הקטין היא זו שמושמעת בפיה. זוהי, אם כן, איננה "טענת הגנה העומדת לחייב" (כלשון סעיף 7 לחוק), ואין כל סיבה שתעמוד, משום-כך, לערב. לפיכך, ההסתמכות על סעיף זה והדיון בו בפרשת קוט (בדיון הראשון ובדיון הנוסף) סטו אפוא מעניינו של הסעיף. מבחינה זו, אין זו אפילו טענה "אישית" של החייב כנגד חיובו, ולפיכך רחוקה יותר מן הערב, גם לפי השיקולים של הערבות הקוריאלית. הדיון במהותה של הערבות צריך היה להיות אפוא מתוך יותר, ולמעשה הוא איננו רלבנטי להכרעה בפרשת קוט. זוהי הכרעה שהיתה צריכה ליפול על יסוד שיקולי טובת הקטין במכלול הרחב ביותר, ראה: א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל, תל-אביב תש"ן, 382 ואילך. שיקולים אלה אינם מעניינו כאן.

83 פ"ד מו(5) 529. פסק-הדין הזה הוזכר על-ידי השופט מצא בפסק-דינו בעניין ליפרט.

ככל שחיובו של החייב העיקרי – חרף הבטלות – נמצא ראוי לאכיפה, במסגרת סעיף 31, סיפא, לחוק החוזים (חלק כללי), יהוייב הערב לקיים את ערבותו⁸⁴.

הנימוק לכלל זה

טמון באופייה של הערבות כ"חוב נלווה או נגזר או טפל לחיובו של החייב כלפי הנושה...". אופי זה, שביטוי מצוי בהוראות שונות של חוק הערבות, בא לכלל ביטוי גם בסעיף 2 לחוק... הפרשנות הראויה למושג "בר־תוקף" היא הפרשנות המגשימה את תכליתה של הערבות ושומרת על אופייה כחוב טפל לחיוב העיקרי... אם חיובו של החייב העיקרי, חרף בטלותו, נמצא ראוי להיאכף בין הצדדים לחוזה, יהא דין הערב כדינו של החייב העיקרי. חיוב כזה, לצורך סעיף 2 לחוק הערבות, הינו "חיוב בר־תוקף"⁸⁵.

מכאן עבר השופט לבחינת החוזה שבין הבנק ובין החייב העיקרי ולבחינת אי־החוקיות שבו, כדי לעמוד על האפשרות לאוכפו לפי הוראת סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), למרות בטלותו לפי הוראת סעיף 30 לחוק האמור. הוא קבע, כי הפגם שנפל בהתקשרות זו הוא אינצידנטלי להתקשרות ואינו יורד לשורש ההתקשרות, ומכיוון שהבנק קיים את חיובו על־פי החוזה, "יטה בית המשפט לעשות צדק עם הצד שקיים את חלקו לפי החוזה ויחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד או חלקו"⁸⁶. וכך פסק בית־המשפט. מכאן התבקשה לו, כביכול ממילא, גם מסקנתו שיש לחייב גם את הערב.

אך השלכה אוטומטית זו בדבר החיוב של החייב כלפי הבנק על חיובו של הערב כלפי הבנק איננה יכולה להיעשות אם חיובו של הערב הוא חיוב נפרד ונבדל מחיובו של החייב כלפי הנושה – כפי שהאריך השופט מצא לטעון בפרשת ליפרט. הנחה זו של הפרדה בין שני החיובים היתה דורשת בחינה נבדלת של חוזה הערבות לפי הנחיותיהם של סעיפים 30 ו־31 לחוק החוזים (חלק כללי). השימוש בנוסחה בדבר "הפרשנות הראויה למושג 'בר־תוקף'" כ"פרשנות המגשימה את תכליתה של הערבות ושומרת על אופייה כחוב טפל לחיוב העיקרי" אין בו די. לכל היותר, בכוחה של פרשנות זו רק שלא לפסול את תוקפה של הערבות לפי סעיף 2 לחוק הערבות עצמו (וספק בעיני אם יכולה היא לעשות כן), אך אפילו כך יהיה, עדיין תתבקש בחינת תוקפה לפי סעיפים 30 ו־31 לחוק החוזים (חלק כללי).

84 שם, בעמ' 537. ההדגשה במקור.

85 שם, בעמ' 538.

86 שם, בעמ' 539.

ערבות לחוזה בלתי-חוקי בטלה אף היא⁸⁷ ואין אנו מתחשבים ברצונו של הערב לקבוע את היקפה של התחייבותו. התחייבות זו עצמה עומדת למבחן החוקיות, ואכיפתה יכולה להתקיים רק לפי הוראות סעיף 31 הנ"ל; אך הפעלתם הישירה של המבחנים הקבועים בסעיף 31 על חוזה הערבות וידן ספק אם היתה מביאה לתוצאה שהגיע אליה בית-המשפט. בסעיף זה נאמר, שמוסמך בית-המשפט אם "צד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו"; ואם הערב "אינו זכאי לדרוש שכספי ההלוואה יימסרו, מדעיקרא, לידיו, במקום לידי החייב העיקרי, ואף לא שיימסרו לידי החייב העיקרי עצמו" – כדבריו של השופט מצא בעניין ליפרט – דהיינו: שחיובו של הערב הוא חיוב חד-צדדי, שאין כנגדו כל חיוב של הנושה – מהו הבסיס לחייבו בקיום חיובו לפי סעיף 31 סיפא הנ"ל⁸⁸?

מתן תוקף לערבות שניתנה בפרשת שלוש יכול היה להיעשות ביתר קלות על יסוד זיהוין של התחייבות הערב עם התחייבותו של החייב העיקרי על-פי הדגמים שהוצגו לעיל. אר-אז יחול על חיובו של הערב מה שיחול על חיובו של החייב העיקרי: מה זה יחויב בתשלום לפי סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), כך אף זה. למה הדבר דומה? לחיוב טבעי של החייב העיקרי, שיש בו כוח לתפוס את חיובו של הערב, וכפי שהוסבר בהרחבה לעיל⁸⁹. גם חיוב הנאכף לפי סעיף 31 הנ"ל יהיה לו כוח כזה.

הנה כי כן, ברבדים של פסקי-הדין, הן בפסק-דינו של הנשיא שמגר בעניין ליפרט הן בפסק-דינו של השופט מצא בעניין שלוש, כמו גם מן ההתבטאויות השונות של השופטים בעניין האקסטריות של הערבות, מצויה ההכרה בדבר הזדהותן של שתי ההתחייבויות, זו של החייב העיקרי וזו של הערב, אך ההנמקות שניתנו בפסקי-הדין הללו משקפות "תרבות חוזים" אחרת מזו המונחת בתשתיתם העמוקה של פסקי-הדין הללו. פער זה הוא המעלה את הקשיים שהצבענו עליהם בדיוננו דלעיל. הכרה בטיבו המיוחד של חיוב הערב תבטל פער זה. יש להיענות לתחושה העולה מפסקי-הדין בדבר האקסטריות המהותית של הערבות ולתת לערבות מקום נבדל בין ההתחייבויות המופרות במשפטנו.

87 ראה בג"צ 1523/90, 1540 עו"ד שלום לוי נ' יצחק שמיר ואח'; מינצר ואח' נ' ח"כ יצחק מודעי ואח', פ"ד מד(2) 213. אכן, בעניין זה הושם דגש באי-החוקיות שבערבות עצמה ולא באי-החוקיות של החיוב הנערב, אך נראה שאין להבדיל בין המקרים. אך ראה נ' כהן "ההסכם הפוליטי" המשפט א (תשנ"ג) 59, 67 ואילך.

88 באופן כללי נראה לומר, שחיוב חד-צדדי לא ייאכף לפי סעיף 31 סיפא.

89 ראה לעיל ליד הערה 29.

יג. מסטטוס לחוזה ובחזרה

22. סוגי הערכות המיוחדים שהזכרנו מאופיינים בהיותם מיוסדים על הזדהות החיוב של הערב עם חיובו של החייב העיקרי. בראשיתם של הדברים היה חיובו של החייב העיקרי חיוב שלא היה מסוג החיובים הנוצרים על-ידי חוזה לעשיית מעשה בעתיד. הסיבה לכך פשוטה: באותם ימים ראשונים התחייבות לעתיד לא הוכרה כבעלת-תוקף. נראה, שמן הראוי להזכיר מה שכמעט נשכח בעקבות שלטונו של החוזה: גם החובה להשיב הלוואה לא היתה מיוסדת מעולם על התחייבות להשיבה. מוסד קדום ושכיח זה נוצר עוד קודם לתקופתו של החוזה המודרני ולכן חובה זו נתבססה על זכות הקניין בכסף שניתן ללווה על-ידי המלווה או על ה"סטטוס" של הלווה, שממנו נגזרת החובה להשיבה. הערכות מטבעה היא התחייבות לתשלום בעתיד. כיצד אפוא יינתן לה תוקף⁹⁰? אחת הדרכים לעשות כן היתה על-ידי שהיא תצטרף ותזדהה עם החיוב העיקרי. וזה האחרון, כאמור, כבר נוסד, ובוודאי נוסד כראוי.

הזדהותו של חיוב הערב עם החיוב הנערב משמעותה אפוא, בהדבק זה של הדברים, "צביעת" חיובו של הערב בצבעים של סטטוס, ממש כחיוב העיקרי. כשאנו אומרים אפוא, שהערב הוא כחייב העיקרי, כלוזה, כוונתנו לומר דברים כפשוטם.

מובן שכיום, בעת שמוכר תוקפה של ההתחייבות העתידית, לא היה אפשר להותיר מצב זה כמות שהוא ולכן טרחו להורות במפורש בסעיף 1(ב) לחוק הערכות, כי "הערכות יכול שתהיה לחיוב... קיים או עתיד לבוא"⁹¹; אך בכך אין כדי לשלול את האפשרות שחיוביהם של הערב ושל החייב העיקרי יזדהו במתכונת של חיובים קוריאליים.

אין טעם לוותר על העושר שבתבניות המשפטיות, המוכנות מימים-ימימה, רק משום שתבנית חדשה יכולה לענות על רוב הצרכים של הסוגיא. יש צרכים שאין להם תשובה ראויה וברורה אלא בשימוש במושגים שונים, המאפשרים את עידון התפישה. כאשר המושגים הללו גם מעוגנים בניסוחיו של החוק ובמסורות משפטיות חיות וקיימות, אין להצדיק את העלמתם. ניתן לקיימם בשלום לצד ההתחייבויות החוזיות "הרגילות", ודוגמת הערכות תוכיח.

23. אך הבחנה חדה וברורה צריכה להיעשות. דומה כי דברים שנאמרו בד"נ 4/82

90 ראה בהרחבה בספרי אסמכתא, לעיל הערה 70.

91 לעניין זה אין אנו צריכים להכריע בשאלה, האם הכוונה לחיוב שטרם הגיע זמן קיומו, אף שההתחייבות נוצרה, או שמא להתחייבות שטרם ניתנה כלל. ראה י' ויסמן חוק המשכון, לעיל הערה 55, בעמ' 49; גינוסר, לעיל הערה 39, בעמ' 19.

הנ"ל⁹² יכולים להדגים את יחסי הגומלין שבין שתי הגישות לגבי הערכות ולהוסיף צידוק להפרדה המושגית ביניהן.

בפסק-דינו הצביע השופט ברק על כך, שהערבות היא מוסד סבוך ומורכב, הכולל מצבי-ביניים רבים שהגדרתם קשה. "ההכרעה צריכה ליפול, בסופו של דבר, על-פי שיקולים דוגמאטיים ופראגמאטיים גם יחד"⁹³. תיאוריית ההסכם מכללא נקראה לעזרה כשניסה השופט ברק, באחד השלבים של דיונו בפסק-הדין, להסביר את החריג שביקש ליצור במקרה שנדון שם באומרו:

הביטוי הפורמלי לתפיסה זו הוא בהסכם משתמע בין הבעל-הנושה לבין הערב, לפיו ערבותו של הערב משתרעת בעיקר על מצב הדברים, שבו ביצוע חובת השיפוי המוטלת על האשה נדחית. כפי שראינו, הוראותיו של חוק הערבות הן בעיקרן דיספוזיטביות... והצדדים יכולים להגיע להסדרים משלהם. הסדרים אלה יכול שיהיו מפורשים ויכול שיהיו משתמעים. במקרה המיוחד שלפנינו קיימת בוודאי הסכמה משתמעת כזו⁹⁴.

ולאחר-מכן הוא אומר:

שנית, אפילו נתעלם מקיומו האפשרי של הסכם מכללא, הרי על פי התפיסות המשפטיות הרגילות, הקיימות בדיני הערבות...⁹⁵

מן האמור עולה, ש"הביטוי הפורמלי של הסכם מכללא" אינו זהה ל"תפיסות המשפטיות הרגילות הקיימות בדיני הערבות". הרעיון של ההסכם מכללא והכוונה המשווערת של הצדדים הוא שנתפס כעיקרי על-ידי השופט אלון, שכלפיו הוא כיוון רבים מחציו בחוות-דעתו החולקת⁹⁶, ומן הטענות הזה השתכנע גם השופט יהודה כהן לשנות מעמדו שנקט בדיון הראשון⁹⁷. אך דומה, שהשופט לוין הבחין יפה בין הדברים באומרו:

בדיון הראשון לא התעלמתי מכוונת המשוערת ואפילו המפורשת של בעלי הדין... אך סברתי שלאחר שהערכה הבאה עניינה במשבצת

92 לעיל הערה 18.

93 שם, בעמ' 214.

94 שם, בעמ' 215-216. ההדגשה הוספה.

95 שם, שם. ההדגשה הוספה.

96 שם, בעמ' 225 ואילך.

97 שם, שם.

המשפטיות של הערבות, אין מנוס מלקבוע שחיובה נגרר אחרי חבות השיפוי של האשה⁹⁸.

מדוע "אין מנוס" מלקבוע גם בניגוד לכוונתם המפורשת של הצדדים? משום שהעניין הובא "במשבצת המשפטיות של הערבות"! קשיחותה של המשבצת המשפטית מלמדת על הנחה, שהיא מייצגת סוג אחר של חיוב, ועל-כן ההסכמה להביא את העניין במשבצת זו היא גם הסכמה מכללא שהעניין יידון על-פי הכללים החלים על חיוב זה. לערבות — זו שלפי חוק הערבות — יש ליחד אפוא משבצת משפטית מיוחדת.

אך ספק אם הלבבות מוכשרים לכך. עד כה היה עולמה של הערבות "עולמם של המושגים המשפטיים הטהורים, שבו קיימת הבחנה ברורה בין הערבות לבין חובת השיפוי"⁹⁹. על ההבחנה, על הסיווג ועל המיון המשפטי-תיאורטי היה העולם עומד. אכן, לא תמיד היה הסיווג קל ופשוט, בשל פריצתו של עולם-המעשה אל עולמם של המושגים, כשהוא פוגע בטהרתם בגשמיותו הגסה; אך למרות זאת נשמרה חשיבותם של המושגים ככלי-מלאכתו העיקרי של המשפטן.

יד. חוק הערבות (תיקון), תשנ"א-1991, והשפעתו

24. סעיף 17(א) לתיקון לחוק מחיל את הוראות התיקון על "ערבות לחיוב שנתן ערב יחיד לנוושה, יהא כינויה אשר יהא, לרבות התחייבות לשיפוי". ה"ערבות" הנזכרת ברישא היא בוודאי כהגדרתה בסעיף 1 לחוק גופו, ואילו ה"התחייבות לשיפוי" שבסיפא היא כהגדרתה שבסעיף 16 לחוק, העומד ומכריז עליה שהיא "התחייבות שאינה בגדר ערבות". שני הכתובים מכחישים זה את זה. אם ערבות היא מוסד הנקבע על-פי עיצובו, הרי שכינויו של המוסד הוא חלק מהותי מדרך עיצובו, ואם כך הוא, כיצד ניתן לומר על ערבות שהיא ערבות — "יהא כינויה אשר יהא"?

כמובן אין זה אלא קושי פורמלי, וכוונתם של המנסחים, אף שלא צלחה כל-כך בידם, צריכה להתפרש כעין כוונתו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, האומר: "הוראות חוק זה יחולו על כל עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העיסקה אשר יהא".

אך אם כך הם פני הדברים, הרי שמאחורי ההגדרה האמורה מסתתרת תפישה שונה של הערבות: אין היא עוד מוסד המוגדר על-פי גבולותיו המשפטיים,

98 שם, בעמ' 231 (ההדגשה הוספה). לביקורת על פסק-הדין ראה גם א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל — בין קודש לחול (תש"ן) 384 ואילך.

99 ד"נ 4/82, שם, בעמ' 213.

אלא על-פי תכליתו. הערבות היא אפוא מוסד טיליאולוגי. הערבות נתפשת אפוא כארגון-גג של כל המוסדות המשפטיים שהם התחייבות אישית אשר תכליתה היא להוסיף ביטחון לנושה, והם מתאפיינים בכך שבסופו של התהליך, אם יגיע למיצויו, יוטל הנטל כולו על החייב העיקרי לשאת בקיום כל החיוב כלפי הנושה. זוהי הגדרתה החדשה של הטפילות המיוחסת לערבות.

תפישה זו היתה כל כך טבעית ופשוטה למנסחי התיקון, עד שהקושי הפורמלי שהוצג לעיל נעלם מהם וכאילו אין מצויה כל סתירה בניסוח.

ואל יהא הדבר קל בעינינו. תחת כנפיה של ההגדרה החדשה, העומדת למעשה בניגוד לאמור בחוק העיקרי, יכולה ליפול גם התחייבותו של אדם להשפיע על החייב לקיים את חיובו, בעוד שלפי המצב הקיים, "התחייבות זו אינה ערבות לפי החוק שלנו"¹⁰⁰. הוא-הדין בקשר להתחייבות שבה משתתף ה"ערב" בחיוב הנערב, שעליה מעיר פרופ' טדסקי, כי אילו היה הערב שלפי החוק נכלל בה, "היינו חורגים ממסגרת הערבות וגולשים למוסד אחר: חייבים משותפים. כך יהיה אף אם המצטרף לחיוב חברו אינו מעוניין בו אישית והוא משתתף בחיוב לשם ערובה"¹⁰¹. על-פי התפיסה החדשה, גם זו "ערבות" היא. ולכשנעיין, אף ביטוח בכלל ערבות הוא. כך בא הקץ גם על עולמם של המושגים הטהורים שתיאר השופט ברק, וממילא מתבטל המתח שבין הערבות לבין התחייבות לשיפוי ונמנע מאתנו הצורך להכריע במקרים הקשים שביניהם. דין אחד יהיה לכול.

25. יסודותיו של המעבר נטועים כבר בראשית תהליך החקיקה של החוק. סעיף 16 לחוק, העוסק בהתחייבות לשיפוי, לא נכלל בהצעת החוק של הממשלה; שכן שר-המשפטים סבר, כי "אדם המקבל על עצמו בידעין אחריות בלעדית ובלתי תלויה לטובתו של אדם אחר, ואינו ערב, אלא חייב עיקרי, ממילא אין הנוראות החוק המוצע חלות עליו"¹⁰². אך נציגי איגוד-הבנקים חששו שלא כך יהיה הדבר, וההתחייבויות הניתנות לבנקים, שהן התחייבויות לשיפוי, יתפסו בהנוראות החוק. פרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט שדנה בכך מלמד, כי על-אף שחזרו לפניהם על דברי ההרגעה לא פג חששם, וכך זכינו להוראה מפורשת בחוק, שאמורה היתה להסדיר את עניין הערבות הבנקאית.

לאחר החקיקה התריעו בתי-המשפט כמה וכמה פעמים כעין דבריו של השופט אשר על "המינוח הבלתי מדויק והבלתי נכון שניתן בארץ למסמך הקרוי 'ערבות בנקאית'"¹⁰³ ועוד.

100 לעיל ליד הערה 40.

101 שם.

102 ד"כ 41, 474.

103 ע"א 529/78 איליט בע"מ נ' אלקי חרושת אלקטרוניקנית ישראל בע"מ, פ"ד לד(2) 13, 17.

אך העם בשל, והכינני הרווח להתחייבות לשיפוי הניתנת על-ידי הבנקים כ"ערבות" מלמד על איתנותה של התופעה שתיארנו. אך גם בתי-המשפט, הגם שהיו מודעים להבחנה האמורה, נטו ליצור קשרים של ממש בין החיוב העיקרי ובין החיוב לשיפוי, למרות היותו "עצמאי" כביכול. לאחרונה נוצרה עוד התדמות רבה ביותר בין הערבות ובין ההתחייבות לשיפוי על-ידי פרופ' טרסקי במאמרו הנזכר¹⁰⁴.

עירוב התחומים חל לא רק לגבי הערבות הבנקאית, אלא גם באשר לחיוב המשותף. בעניין אחד¹⁰⁵ נדון הסכם שלפיו התחייב החייב לדאוג להעמדתו של ערב להבטחת חיובו. וכך נאמר בפסק-הדין:

המערערת 2 ו-3 (להלן – הערבות) נתבעו על פי כתב ערבות שחתמו לטובת הארץ... וזה נוסח כתב הערבות:
אנו מקבלים על עצמנו בזה את התחייבויות החברה כלפיהם... ביחד עם החברה ובנפרד, ואנו מתחייבים בזה ביחד, לשלם לכם את כל המחיר הנקוב...¹⁰⁶.

ברור, שאין זו ערבות על-פי מובנה הרגיל, אלא התחייבות משותפת שמטרתה היא מתן ערובה ובטוחה אישית לנושה. ואף-על-פי-כן התייחס אליה בתי-המשפט כאל "ערבות".

ההתבדלות בין ההלכה המשפטית המקובלת לבין המעשה הוזנה הרבה מן העובדה שבדין-הערבות נהגו שתי מערכות: זו של ההלכה, דהיינו: החוק, וזו של המעשה, דהיינו: הסכמי-הערבות של הבנקים, שהפכו לחוק הערבות הנוהג בפועל, כשהשימוש הגורף בכוח ההתנאה הקבוע בחוק הפך את הערבים לחייבים

104 ראה לעיל ליד הערה 39 ואילך.

105 ע"א 819/87 החברה לפיתוח חלק מחלקה 9 נ' הארץ, פ"ד מג(2) 340.

106 שם, בעמ' 345 (ההדגשות הוספו). ברור שאין להכליל בעניין זה, כמו גם בעניינים אחרים, והדברים שבע"א 819/87, כאלה שבפסק-הדין בעניין ליפרט, הם דוגמא לכשל אפשרי. בע"א 255/89, 300, לעיל הערה 57, עמד בתי-המשפט היטב על הצורך בבדיקת הסכם-הערבות לגופו, כדי לקבוע האם זו ערבות או התחייבות לשיפוי, וקבע נכונה, שאין להתייחס לכותרת בלבד כדי להחליט בשאלה זו. עם זאת, יש להדגיש שהשאלה, אם התחייבות מסוימת היא ערבות או התחייבות לשיפוי, יש בה בולטות רבה יותר מאשר השאלה, מה דינה של ערבות שהתנו בה על כל סעיפי חוק הערבות שנוסחה כהתחייבות משותפת. על הפיכתם של חייבים במשותף לחייב ולערב על-ידי הסכמה ביניהם, שהועברה לנושה, ראה *Rouse v. The Bradford Banking Company Ltd.* (1894) A.C. 586. והשווה דברי גינוסר, לעיל הערה 39, בעמ' 15: "אין פלא, אפוא, כי כאשר צד לחוזה מורכב ממספר בני אדם שמתחייבים יחד ולחוד כלפי הצד השני, יתחייבו הם בערכות הדדית, אם כי בעצם לא ימצא כאן לא חייב עיקרי ולא ערב". דבריו אינם מובנים לי. והשווה סעיף 1216 לקוד סיביל.

משותפים. אין פלא אפוא אם, מצד אחד, נוצרה זהות בין "ערבות" ובין כל אותן הוראות שהסכמי-הערבות של הבנקים כללו בתוכם, ואשר בינן ובין דיני-הערבות הקלסיים לא היה ולא כלום; ומצד אחר, נוצר פער בין תודעתם של הערכים, שסברו כי החוב איננו "חוב שלהם", למרות כל האמור באותם מסמכים, אשר דווקא הסתמכו על התיאוריה המשפטית בנסותם להפוך את הערכים לחייבים עיקריים, היינו: למי שהחוב אכן שלהם הוא וחובת פרעונו רובצת לפתחם.

26. והנה, עד כדי כך השפיעו הדברים עד שכת"ה-המשפט שדנו בעניין ליפרט ואשר עיינו כנראה ב"כתב-הערבות" שעל-פיו הוא נתבע לדין לא גילו, כי למעשה אין בו כל סממן של ערבות¹⁰⁷. הבנקים ניצלו את חופש ההתנאה על החוק והם התנו על כל סעיף בו בכתב-הערבות שעליהם הם מחתימים את הערכים להלוואות שהם נותנים. התנאה זו היא כמובן רק לטובתם של הבנקים. בכך הפך מי שאמור היה להיות ערב לחייב משותף. הווה אומר: שמר ליפרט היה חייב משותף ממש בלווה עצמו, ובתור שכזה צריכות היו לחול עליו הוראות חוק הבנקאות (שירות ללקוח); שכן לא היה מקום לאפשר לבנק לאחוז את החבל משני קצותיו. אך המונח "כתב-ערבות" כשלעצמו – כך נראה – הסתיר את העובדות הללו מעיני בית-המשפט ומעיני פרקליט המשיב.

כל הדיונים שהיו בפרשה זו בבית-המשפט היו אפוא מיותרים¹⁰⁸. כך גם דברינו. הם היו יכולים להיות לא מיותרים עבור מקרים המסתמכים על ערבות שניתנה לאחר תחולתו של חוק הערבות (תיקון) ואשר הם בגדר תחולתו של החוק. במקרים אלה ההתנאה לא תועיל ו"הערב" – יהיו כינויו והמסגרת המשפטית שבאמצעותה בחר לפעול כאשר יהיו – הוא תמיד ערב במובנו של החוק. דא עקא, שעל-פי הגיונו של החוק המתקן – כפי שעמדנו עליו לעיל – דווקא בטלות ההבחנות המושגיות בין סוגי הערבות השונים ולפיכך הוא עומד בניגוד לדעתנו. החקיקה

107 השווה מה שאירע לבית-המשפט בע"א 819/87, לעיל הערה 105.

108 הם יכולים היו להתייחר גם אילו היה דין בית-המשפט בקיומם של פגמים בגמירת-הדעת, החלים מכוחם של דיני-החוזים הכלליים גם על חוזה-הערבות – כפי שרמז לכך השופט מצא בחוות-דעתו בפסק-הדין. אכן, כתיב-המשפט החלו לאחרונה לבחון את חוזה-הערבות לפי קניימיה אלה ופסלו חוזים שנכרתו בין בנקים לערכים על-יסוד עילות הטעות וההטעיה וכדומה. דרך זו, של פסיקה בכל מקרה לגופו ולפי נסיבותיו, יפה יותר לשמירת היציבות של התיאוריה ושל המעשה גם שניהם מאשר שינוי חוק, המשנה את התפישה המשפטית. לבחינתו של פסק-הדין בעניין ליפרט מנקודת-המבט של חוקי הבנקאות ושל דיני החוזים והנזיקין ראה ד' פלפל "חבות הבנק כלפי ערב" הפרקליט מא (תשנ"ד) 414. נראה, שדיני-הבנקאות לא היו יכולים לשמש בסיס לרחיית הערעור משום שאין לראות בערבות "שירות" או "פעולה נלווית" משום נוסחים המביאים את הערבות תחת כנפי חוקי הבנקאות – כהצעתה של ד"ר פלפל.

החדשה, בהחילה את הנראות חוק הבנקאות (שירות ללקוח) גם על הערב¹⁰⁹, רק תערפל עוד יותר את ההבחנות העיוניות. מעתה אפשר יהיה להעלות את הטענה שבתיקון זה אומצה תפישת הערכות של הנשיא בפרשת ליפרט. אך לא אלה הם פני הדברים. הקביעה שעבר דינו כלקוח משרתת את דיני הבנקאות ואין בכוחה לשנות את מהות הערכות, ואפילו כדי גילוי-דעת בדבר טיבה של הערכות אין היא צריכה לעלות. לפיכך עדיין חשובים דברינו להלכה וגם למעשה.

טו. לפני סיום

27. החקיקה הישראלית היא אקלקטית:

התכנון המשפטי... לא התעכב מעולם על הגיבוש של בסיס רעיוני שממנו צריכים היו לנבוע, לכאורה, הפתרונות החקיקתיים לכל עניין ועניין... השיטה שננקטה... היא כולה פרגמטית. הפתרונות השונים לשאלה מסוימת שהמשפט המקומי, המשפט העברי והמשפטים של עמים זרים מציגים בפני המחוקק, נבחנים לגופם, לפי מה שנראה יעיל וצודק ביותר לאותו עניין, ורק על-פי מבחן זה נעשית הברירה ביניהם¹¹⁰.

לעובדה זו, שאין מקור מוגדר אחד לחוק,

...נודעת השפעה על דרך פרשנות החוק. לא נוכל לפנות לשיטת משפט חיצונית מסוימת כדי לדלות מתוכה את המשמעות הנכונה של הנראה כלשהי מהנראות [ה]חוק...¹¹¹

109 סעיף 17א לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), שהוא תוצאה מהצעות החוק הפרטיות שהגישו חברי הכנסת ג' גל וחי' אורון, בעקבות פסק-דינו של הרוב בפרשת ליפרט.

110 א' ידן "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל" עיוני משפט ג (תשל"ג) 26, 31. ראה גם י' ויסמן חוק המשכון, לעיל הערה 55, בעמ' 4, על כך שלחוק המשכון לא היה מקור אחד, והשופט שאל, שהיה ראש הוועדה שהציעה את החוק, בחר מבין ההסדרים השונים "את ההסדר שנראה היה בעיניו כהולם ביותר". השופט שאל ישב גם בראש הוועדה שהציעה את הצעת חוק הערכות. ואף-על-פי-כן!

111 י' ויסמן חוק המשכון, לעיל הערה 55, שם. ראה גם א' ברק חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (סדרת הפירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, תשל"ה) 25.

אך אין אנו רשאים, גם אין אנו יכולים, לעשות שבת לעצמנו. למסורת¹¹² המחשבה המשפטית יש חשיבות רבה ואיננו רשאים להתעלם ממנה, וכדבריו של פרופ' טרסקי בעניין אחר:

חוק המקרקעין הוא חוק ישראלי עצמאי, ועל עצמאות החוק מכריז סעיף 160... בכל זאת אין לשלול שהחוק בכללו, ובענין זיקת הנאה בפרט, הולך בתלם המסורת המערבית, וביחוד בתלם המסורת הרומאית-קונטיננטלית. לא ייתכן שהפרשנות תתעלם מכך, לגבי כל הבטי ההסדר שבהם אין סימן להינתקות החוק הישראלי מרקעו ההיסטורי¹¹³.

הדברים נכונים במיוחד כלפי תפיסות-יסוד ומושגים בסיסיים, המשמשים מצע משותף לשיח המשפטי. הערבות ותפיסת הקשר שבין הערב ובין החייב העיקרי והנושה הן בין תפיסות-היסוד הללו. ההרמוניה המשפטית כבודה במקומה מונח, אך ההרמוניה תעלה דווקא מן הצורות השונות ומן הגוונים השונים. אל-לנו למנוע את עצמנו מעושר הדעות ומגיוון במקום שהמסורת והתועלת תומכות בכך, ולעיתים אפילו כשאין התועלת משתלבת לחלוטין במסורת. כדאית היא תועלתה של הצמידות למסורת המשפטית כשלעצמה שישולם תמורתה המחיר של שלילת התועלת המקרית במקרים קשים, היוצרים כלל רע. גם אין מקום להשתבח באקלקטיקה ולראות בה תכלית לעצמה. הגיע הזמן, שדבר החוק ייחדל להיות צו לצו, קו לקו, זעיר שם זעיר שם. דבריו של Corbin יפים במידה רבה גם למצבה המתואר לעיל של החקיקה הישראלית:

It is a constantly recurring phenomenon in all systems of law that generalizations drawn from antecedents experience become insufficient to do justice in the disputes of new times and become too narrow to explain decisions that are actually being made. We are at first tempted to say that the inconsistent decisions are wrong and that "the law" is otherwise. But, if these "wrong" decisions continue to seem just and are themselves followed as precedents,

112 על "מסורת משפטית" בכלל ראה א' ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"ב) 197.

113 ג' טרסקי "זיקת ההנאה שלא לטובת מקרקעין" משפטים ז (תשל"ו-תשל"ז) 456, 488. ראה גם ג' טרסקי "מכר מקרקעין והשבה בעין עקב ביטול" משפטים יג (תשמ"ד) 265, 269-270. לזהירות בהשוואה בין שיטות-משפט זרות ובין המשפט הישראלי ראה דבריו של פרופ' טרסקי במאמרו, "lura novit curia" – לא תמיד "עיוני משפט ט (תשמ"ג-תשמ"ד) 205, 209.

they "make the law" in exactly the same way that former decisions made the former law. So a new and corrected generalization is necessary and a new "Restatement" of the law is in order. So it will always be¹¹⁴.

אין די בנחמה, שכך יהיה. הבה ונשתתף בתהליך.

טז. אפילו

28. לאחר שרשימה זו נמסרה לדפוס, ניתן בבית-המשפט העליון פסק-הדין בע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר¹¹⁵. באותה פרשה עָרַב המשיב לחובו של לקוחו של הבנק המערער והוא טען שהוטעה על-ידי פקיד-הבנק. טענתו התקבלה בבית-המשפט המחוזי, והוא הופטר מערבותו. על כך הוגש ערעור לבית-המשפט העליון, והנה

בסמוך לאחר הגשת סיכומי הצדדים הגיש הבנק בקשה לפיה ידון הערעור בפני הרכב מורחב. את בקשתו נימק בכך שביום בו הוגשו סיכומיו ניתן על ידי בית משפט זה פסק דין ליפרט שהינו בעל השלכה משמעותית על תוצאת ערעור זה. בקשתו התקבלה, ההרכב הורחב והוגשו טעונים נוספים¹¹⁶.

הנה כי כן, בסופו של דבר זכתה במובן מסוים הלכת ליפרט לדיון נוסף בהרכב של חמישה שופטים. אכן, לא היה זה דיון נוסף במלוא מובן המלה בשאלה המשפטית שעמדה להכרעה בפרשת ליפרט. סוף-סוף, בפרשת ציגלר ניתן פסק-הדין על-יסוד דין-החוזים הכללי. רק לו התערער יסוד זה, היה (אולי) מקום לשוב ולבחון את הלכת ליפרט כדי לבסס – אליבא דדעת-המיעוט בפרשת ליפרט – את אחריות הבנק כלפי הערב על הוראותיו של חוק הבנקאות (שירות ללקוח). מכיוון שכל השופטים לא הצביעו על פגם בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי שדן בפרשת ציגלר, הרי שכל מה שנאמר שם בעניינה של הלכת ליפרט הוא בבחינת אמרת-אגב בלבד¹¹⁷.

114 533 Corbin On Contract (revised ed., 1963). (דבריו הובאו על-ידי P.S. Atiyah Essays on Contract (Oxford, 1986) 179.

115 פסק-הדין ניתן ביום 19.3.95 וטרם פורסם (להלן: פסק-דין ציגלר).

116 פסקה 4 לפסק-דין ליפרט, מתוך פסק-הדין של כב' השופט שטרסברג-כהן.

117 השופט שטרסברג-כהן (בפסקה 6 לפסק-דינה בעניין ציגלר) היתה ערה לכך שניתן היה לבחון את שאלת חבותו של המשיב על-פי דיני-החוזים, אלא שראתה בחוק הבנקאות "חוק

בין כך ובין כך זכינו להבהרה נוספת של הנשיא שמגר לעמדתו, שהובעה כבר בפרשת ליפרט:

כולם הם בגדר מעוניינים; הבנק מעוניין ברווח הנובע ממתן ההלוואה, הלווה מעוניין בקבלת הלוואה מן הבנק, והערב מעוניין לסייע בידי הלווה בקבלת הלוואה מן הבנק. האינטרס המשולב הופך את הערב למי שהבנק מעוניין בפנייתו אליו; והערב מעוניין בכך שיטופל בעניין ערבותו על ידי הבנק בדרך הראויה, כי אחת לא תצמח מחתימתו ההלוואה ללווה. מי שמתייבב בבנק, לדרישת הבנק, כדי להיות חלק מהותי מעסקה בין הבנק לבין הלווה, ומי שהבנק מטפל במעמד זה בהחתמתו ובהסכרת מהות התחייבותו, הוא, לטעמי, במעמד של לקוח.

מיוחד שעל פיו – ולא על פי הדין הכללי – תוכרע חבותו של הערב. אכן, קשה לראות מדוע לא יחול הדין הכללי ומדוע אין להשתמש בתרופות שהוא מציע במקרה זה. נימוק שני שהביא את השופט שטרסברג-כהן לעיין מחדש בהלכת ליפרט הוא, שלוי נמצא כי על-פי הדין הכללי רק הערבות בטלה, צריך היה לשוב ולדון בחוק הבנקאות ובהשלכותיו על המקרה; אך ספק הוא, אם אכן צריך היה לעשות כן לאחר שהעניין כבר הוכרע על-ידי בית-המשפט. בין כך ובין כך דברים אלה נראים כסותרים את מה שנאמר באותו פסק-דין (בפסקה 18), כי ראוי שייאמר "כי גם מבלי לראות בערב לקוח... היו מוטלות על הבנק חובות כלפיו לפי דיני התחום; אלא שאין לי עניין לענות בהן לאור המסקנה אליה הגעתי, לפיה יש להחיל בענייננו את חוק הבנקאות". שני עניינים אלה הודגשו על-ידי שופטי הרוב בפרשת ציגלר. הואיל ואין בפנינו דיון נוסף במשמעותו הדווקנית, נזקקו השופטים גם לשאלה באיזו מידה מן הראוי לשקול שינוי של תקדים. על כך נוספה עוד עובדת שינוי של חוק הבנקאות, שהפכה את הלכת ליפרט לצופה פני עבר, ולפיכך "מה לנו כי נהפוך את הקערה על פיה וניתן פירוש חדש לחוק אשר עוד מעט וחשיבותו תהיה היסטורית בלבד" (ע"א 525/73 עזובן סולומון עבדאללה עיסה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 729, 733). כל אלה הן שאלות מעניינות, שאינן בתחום דיונה הישיר של רשימה זו. רק זאת אעיר כאן, כי העובדה שחוק הבנקאות (שירות ללקוח) שונה באופן שיתאים לתוצאה שהגיע אליה המיעוט בפרשת ליפרט אינה יכולה, כשלעצמה, לשמש עילה לבדיקה מחודשת של התקדים. אין בשינוי החוק משום קביעה, שעמדת הרוב לא אומצה; הרוב פירש את החוק כמות שהוא, ופירוש זה לא זו ממקומו. דווקא משום-כך צריך היה לשנות את החוק, וכפי שהעיר השופט מצא: "גם משהחליט המחוקק להרחיב את תחולת החוק גם על הערבים, עשה כן בהוספתה לחוק של הוראה חדשה ומיוחדת לעניין זה, ולא על-דרך תיקון הגדרתו המקורית של 'לקוח'" (פסקה 3 לפסק-דינו בפרשת ציגלר). בפרשת ליפרט היתה לשונו של החוק, המגדיר "לקוח", הבסיס להלכת הרוב. אפילו סברו שופטי הרוב כי באופן עקרוני מן הראוי היה לראות את הערב כ"לקוח" גם-כן, הנימוקים לכך עניינם "בדין הרצוי" – והדין אכן תוקן בינתיים – אך לא לעניין הדין המצוי, כפי שהיה בתוקפו קודם תיקון חוק הבנקאות" (כדברי השופט אור בפסק-דינו בעניין ציגלר).

השופטת שטרסברג-כהן הוסיפה מצדה כמה שיקולים, שעיקרם הוא הצורך במתן הגנה מיוחדת לערב כלפי נושה שהוא תאגיד בנקאי. טעמים אלה נעוצים בדיני הגנת הצרכן. נראה, שעם כל חשיבותם אלו הם שיקולים משניים בלבד ואין בכוחם להבהיר את מהותה של הערבות. שימת הדגש בשיקולים אלה הפכה את הלכת ליפרט לבעלת חשיבות היסטורית בלבד. אלה הם שיקולים מצומצמים יותר בקשר למהותה של הערבות אף מאלו שהציע הנשיא. אנו הצבענו ברשימתנו על קיומה של דרך אחרת, העוברת בלב-לבם של דיני-הערבות גופם, ובה אפשר ללכת גם בעתיד.