

ערבות שהיא ערבות לגוף

(בעקבות ע"א 8034/95 מאור – חברה לדלק בע"מ ואח' נ' לאה ג'ון ואח')*

מאת

ברכיהו ליפשיץ**

א. פתיחה. ב. העובדות הנחוצות. ג. פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי.
ד. פסק-הדין בבית-המשפט העליון. ה. הצעה לפתרון. ו. תקדים. ז. פקיעת
הערבות. ח. תרומתו של המשפט העברי. ט. סוף דבר.

א. פתיחה

במקום אחר אמרתי:

"עד כה היה עולמה של הערבות עולמם של המושגים המשפטיים
הטהורים... 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... אך למרות זאת נשמרה
חשיבותם של המושגים ככלי-מלאכתו העיקרי של המשפטן"¹.

הצבעתי על כך שהמונח "ערבות" החל להיתפס כ"ארגון גג של כל המוסדות
המשפטיים שהם התחייבות אישית אשר תכליתה היא להוסיף ביטחון לנושה..."².
הראיתי את ההשפעות הנודעות לטשטוש התחומין והדגמתי את התוצאות המעשיות

* פ"ד נב(4) 97 (להלן – פסק-הדין).

** פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים ומרצה במכללה האקדמית
למשפטים.

1 ב' ליפשיץ, "ערבות – הלכה למעשה", משפטים כו (תשנ"ו), 219, 258.

2 שם, שם, עמ' 259.

הראויות שבתי-המשפט יכולים להשיג על-ידי שימוש נכון בתאוריה המשפטית, המגבשת ניסיון מעשי רב-שנים לכדי כללים מופשטים. פסקי-הדין שניתנו בפרשת מאור, הן זה של בית-המשפט המחוזי³ והן אלה של שופטי בית-המשפט העליון, דווקא עמוסים בהגדרות פורמליות של מוסדות משפטיים שונים ובהבחנות שביניהם שאליהן נקשרות מסקנות הלכה למעשה, שופט שופט ועמדתו. אך היה זה מקרה קשה והמקרה הקשה הוליד, כרגיל, דין רע, ומן הראוי הוא לשוב ולבחון שמה בכל אופן יש במושכלות הראשונים כדי ליתן בידינו פתרון טוב יותר ולהעמיד את ההלכה על מכונה⁴. כמו כן יש ליתן את הדעת על השאלה, מהו הדבר שגרם לכך שעולמם של המושגים לא סיפק תשובה הולמת לדילמה שעלתה בפרשה זו.

ב. העובדות הנחוצות

על-פי בקשתה של הנושה עוכבה יציאתו של החייב לחוץ-לארץ. הנושה הסכימה להסיר הגבלה זו רק לאחר שנחתם על-ידי צדדים שלישיים שטר חוב להבטחת חזרתו ארצה של החייב וכן נחתם מסמך שכונה "כתב-ערבות". וזו לשונם של חלק מן הסעיפים המצויים בו, שהם הסעיפים החשובים לענייננו:

"1. הנני ערב כלפיכם לחזרתו לישראל של [החייב]... עד יום 15 ביוני 1993, ולכך ש[החייב] לא יצא את ישראל לאחר חזרתו אלא אם תינתן הסכמתכם לכך בכתב.

3 ה"פ (ת"א) 1976/93 (לא פורסם).

4 לפי מ' מאוטנר, "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי, עורך, תל-אביב תשנ"ד), 1, 16: "חיבור אקדמי המקובל על מלומד המשפט הפורמליסט הוא זה של 'הערת פסיקה', שבה מציע המלומד ניתוח משפטי חלופי לזה שנבחר על-ידי השופט בפסק-דין, היינו מלומד המשפט כאילו כותב מחדש את פסק-דין של השופט". ולהלן: "מלומדי משפט פורמליסטיים נוטים לראות עצמם כמי שאמורים להציע בכתיבתם 'הצעות' למערכת בתי-המשפט... כוונה שאלה יאומצו על-ידי בתי-המשפט... [הם] נוטים לראות את מבחן מידת 'הציטוט'... על-ידי מערכת בתי-המשפט... כמבחן העיקרי להצלחתם המקצועית... [הם] תופסים עצמם כפופים לשיפוטו ולהכרעותיו של בית-המשפט העליון..." (שם, עמ' 36). אך המשפט ופעולתו, המשפיעים כה רבות על חיינו, חשובים מכדי שייעשו על-ידי שופטים ועורכי-דין בלבד, וכל מי שבידו לסייע מחויב בכך. סמכותם של בתי-המשפט אינה פרושה על הכתיבה הלב-שיפוטית, ודחייתן או קבלתן של ההצעות המועלות בה על-ידי בתי-המשפט אינן מעלות ואינן מורידות ל"מלומד הפורמליסט" ביחס לגופי הדברים. העניין שלפנינו יכול גם להצביע על תוכנה מסוימת באשר לטיבו של השיח המשפטי דהיום.

2. אני אהיה ערב לכל חובות [החייב]... לכם וזאת בכל אחד מן המקרים הבאים:

2.2 אם [החייב] לא יחזור לישראל עד יום 15 ביוני 1993; או –
2.3 אם לאחר חזרתו של [החייב] לישראל הוא יעזוב את ישראל בלי שתינתן הסכמתכם לכך בכתב.

...
...
...

8. כתב ערבות זה יפקע במועד בו ימצא [החייב] בישראל ולבקשתכם ינתן כנגדו צו לעיכוב יציאתו ממנה".

לאחר מכן יצא החייב את הארץ, אך לא שב אליה במועד שנקבע. כשבועיים ממועד זה, וקודם למועד שובו המתוכנן על-ידיו, נהרג החייב בתאונת דרכים שאירעה בחוץ-לארץ. הנושה ביקשה להיפרע מן הערבים. אלה התנגדו, ולפיכך דנו בתי-המשפט בטענות הצדדים.

ג. פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי

הצדדים העלו כמה טענות מקאבריות, כגון שחזרה בארון מתים שמה חזרה, ושהיעדר האפשרות למתן צו עיכוב יציאה נגד הנפטר (למרות היעדר התועלת שבנתינתו) אינו מאפשר את מילוי התנאים לפקיעת כתב-הערבות, כקבוע בסעיף 8 שלו, כנזכר לעיל.

לדעתו של בית-המשפט המחוזי, "חזרה בארון קבורה בגדר 'חזרה' היא, המפקיעה... את תוקפו של כתב הערבות הנועד להבטיח את החזרה האמורה". לדעתו, הואיל ואין תועלת במתן צו לעיכוב יציאתו של המת את הארץ התמלאו התנאים הדרושים לפקיעת כתב-הערבות, דהיינו החייב בארץ (!) ואין הוא יכול לצאת ממנה⁵. ועדיין נותר לו לבית-המשפט להחליט בסוגיית האיחור ב"חזרה". בית-המשפט קבע:

"שטר הערבות נועד להבטיח שניים: האחד, את שובו של החייב, והשני, במועד קבוע, ודי בהפרת אחד מהם כדי להתיר את מימוש השטר... אך

5 בית-המשפט היה מוכן לומר גם שאם החייב מצא את מותו בחוץ-לארץ, "אלמנט ה'חזרה' מאבד מתוקפו, וכלל אין צורך להטיס את גופת המת ארצה כדי למלא תנאי זה". אפשר להמתין, כנראה, לגלגול המחילות אשר יתקיים קודם לתחיית המתים.

בעוד ששובו של החייב הוא תנאי עיקרי, מועד שובו הוא תנאי משני, והוא רלוונטי רק כל עוד התנאי העיקרי לא התקיים".

לפיכך, לדעת בית-המשפט, אם איחר החייב לשוב יום או יומיים, היה הנושה רשאי לממש את הערבות באותם יום או יומיים, אך אם לאחר מכן חזר החייב ארצה, פקעה זכות זו והואיל והתנאי העיקרי התקיים, "ושוב אין הצדקה להטבת מצבם של הנושים ומימוש השטר יהווה פעולה בחוסר תום-לב". בית-המשפט הדגיש, ששטר הערבות "לא נועד להיטיב את מצבה של הנושה... [ו]אינו נועד להוות סוג של תעודת ביטוח למשיבה, שתבטיח אותה לא רק מאי-חזרתו של המנוח ארצה, אלא גם ממותו – אם ימות".

סוף דבר, החיוב העיקרי לא הופר, אף כי החייב חזר (גם אם ללא צורך) במועד המאוחר יותר מזה שנקבע לו, אך כאמור, לדעת בית-המשפט אין בכך כלום. לפיכך הורה בית-המשפט על ביטול הערבות.

ההבחנה שעשה בית-המשפט – כדי לייחס את המקרה שלפנינו לאחד מצדדיה – בין עצם החזרה לבין מועד החזרה היא מלאכותית: אין משמעות ל"חזרה" ללא קציבת המועד לכך (במיוחד נכון הדבר אם גם חזרה לאחר מיתה שמה חזרה. עם זאת, ייתכן שאם החייב גרם להיעדר האפשרות שיחזור, כגון שהפיל עצמו לכבשן, כי אז יש לכך משמעות). כמו כן משקם החיוב לערבות, כשהחייב לא חזר במועד שנקבע, אין הוא יכול לפקוע רק משום שהחייב חזר, בסופו של דבר, לאחר המועד. אם לפי הדין החיוב פוקע, משמעות הדבר היא כי מלכתחילה לא נוצרו התנאים לקיומו. ואכן כך הוא: אם המועד לחזרה אינו חשוב, ואם חזרה מאוחרת שמה חזרה, הרי שאי-החזרה במועד אינה בגדר מאורע המקיים את החיוב האמור⁶. ובייחוד קשה – האומנם להבטחת "חזרה" כזאת התכוונו הצדדים?

לאחר ניפוי כל ההנמקות עולה, שדעתו של בית-המשפט הייתה שאין זה ראוי, ולכן בוודאי לא התכוונו לכך הצדדים, שבנסיבותיו של המקרה יקום חיוב הערבות. אך האומנם כך הוא? אם קם החיוב ברגע שחלף המועד לחזרה מדוע יפקע עם מותו של החייב? והרי אילו חזר החייב בסופו של דבר לארץ לאחר המועד ונפטר בה לאחר זמן לא היה מקום לביטולה של הערבות, שהרי כל זה כלול, לכאורה, בהתחייבות שנטלו על עצמם הצדדים השלישיים: שהם ייעשו לערבים בעת קרות המאורע המוסכם, ומאז ואילך יחולו עליהם כל החובות הרגילות שערב נוטל על עצמו, כולל חובת התשלום

6 השופט טירקל בפסק-דינו בבית-המשפט העליון העלה את האפשרות להאריך את המועד למילוי חובת החזרה. ספק אם אפשר לעשות כן ביחס להתחייבות פרטית בהבדל ממועד שנקבע על-ידי רשות שיפוטית. מכל מקום, הצורך בהארכת המועד מלמד על כך שאלמלי ההארכה הייתה זו הפרת התנאים לתחולתו של החיוב. וראו להלן.

אפילו לאחר מותו של החייב העיקרי⁷. אין בכך משום ביטוח וכדומה, כפי שתיארו זאת שופט בית-המשפט המחוזי והשופט טירקל בפסק-דין המיעוט שניתן בערעור שלפני בית-המשפט העליון. כי כאמור לעיל – מהיקפה של ההתחייבות שנטלו על עצמם הצדדים השלישיים – כלומר, להיות ערבים – מתחייב שהערב עלול לשאת בנטל התשלום גם לאחר מותו של החייב העיקרי, ומניין לנו לחלק בין הדבקים? ונראה, שקושי ברור זה, כשהוא מתנגש בהכרה שאין זה ראוי להטיל את החיוב על הנושה, הוליד את הקשיים שמצויים בפסק-הדין.

ד. פסק-הדין בבית-המשפט העליון

פסק-דינו של הרוב (שניתן על-ידי השופט מצא) פותח בדיון ב"סיווג המשפטי של התחייבות המשיבים", משום שלדעתו זוהי שאלה שחשוב שתידון תחילה קודם שיהיה אפשר להכריע במחלוקת שבין הצדדים. בית-המשפט לא אמר במפורש, מדוע יש חשיבות לדיון בסיווג שיש לסווג את ההתחייבות. השערה בדבר כוונתו ראו להלן (הערה 14). מכל מקום, "לשם כך [– קבע בית-המשפט –] עלינו לחזור אל מושכלות היסוד של דיני הערבות, ואל ההבחנה הקבועה בחוק הערבות, התשכ"ז 1967, בין ערבות לבין התחייבות לשיפוי". לדעת בית-המשפט, "ערבות" היא כשהחיוב הוא לקיים את חיובו של החייב העיקרי, כקבוע בסעיף 1 לחוק הערבות, "ואילו בהתחייבות לשיפוי החיוב עשוי להיות שונה – המתחייב לשיפוי מתחייב לשלם סכום כסף, גם אם חיובו של החייב העיקרי הוא אחר. הבדל זה, אם כן, מתבטא בתוכן החיוב".

רבים כבר התלבטו בשאלה מהו ההבדל בין ערבות לבין התחייבות לשיפוי, ומהי משמעותן של המילים שבסעיף 16 לחוק הערבות, המגדיר את ההתחייבות לשיפוי במילים: "כשהתחייבות אינה בבחינת ערבות", והועלו הצעות להבחנות שונות ביניהן⁸. האפשרות המוצעת כאן על-ידי בית-המשפט לא סיפקה את המתלבטים, כי ברוב המקרים גם הערבות מתייחסת לחיוב עיקרי שהוא חיוב כספי – ועל-כן גם היא תלבש דמות של חיוב כספי – ועדיין נראה שסעיף 16 לחוק הערבות מבדיל בין השתיים. כלומר, אף שנכון הוא שהתחייבות שאיננה למלא את חיובו של החייב העיקרי איננה בבחינת ערבות (ראו להלן), עדיין אין היא בהכרח בבחינת התחייבות לשיפוי, המבקשת להיות "בלתי-תלויה בחיוב העיקרי". כלומר, שיש כאן שני חיובים עיקריים ואין הם

7 כך הוא בשיטת המשפט הישראלי. המשפט האמריקני פוטר את הערב כמותו של החייב העיקרי.

8 ראה: ג' טדסקי, "על ההתחייבות לשיפוי וסביבתה", **משפטים** כ (תשנ"א), 337; ב' ליפשיץ (לעיל, הערה 1), עמ' 243-248 ומה שצוין שם.

קשורים זה בזה כפי שקשור חיובו של הערב בחיובו של הנערב. דבר זה בולט בשיטת המשפט האנגלי, שאיננו מגדיר את הערבות כפי שהיא מוגדרת בחוק הערבות שלנו, ואף הוא מכיר בהבחנה בין ערבות לבין התחייבות לשיפוי. קשה לומר, שהחוק שלנו הגדיר התחייבות לשיפוי בדרך אחרת רק מן הטעם שבחר להגדיר את הערבות כפי שהגדיר. אין כאן המקום לפרט את ההבחנות השונות בין השתיים, והמעוניין ייקחן מן המקומות שצוינו לעיל.

עוד הבחין בית-המשפט בין השתיים על-פי "מועד כניסת החיוב לתוקף":

"בערבות, חיובו של הערב קם עם כניסת הערבות לתוקף, ואילו התחייבות לשיפוי, שמטבעה הינה חיוב מותנה, תקים עילה לנושה רק אם וכאשר החייב העיקרי לא יקיים את חיובו כלפיו".

שתי ההנחות צריכות עיון. אכן, ערבות כשלעצמה – לפי חוק הערבות – איננה חיוב מותנה בתנאי⁹, אך עובדה היא שיש שיטות משפט המגדירות ערבות כהתחייבות על-תנאי¹⁰. מכאן, שאין דבר מה הטבוע במהותה של ה"ערבות", המונע ממנה מלהיות חיוב על-תנאי. השאלה היא באיזו "ערבות" מדובר, שהרי יש סוגים שונים של התחייבויות, הנקראות בשיטות משפט שונות בשם "ערבות", משום שתכליתן לשמש כבטוחות לנושה. זאת ועוד, אפילו הערבות שלפי חוק הערבות הישראלי יכולה היא עצמה להיות תלויה בתנאי (ומובן שהתנאי יכול להיות הפרת חיוב של החייב כלפי הנושה). כלומר, שהערב מתנה את כניסתו לחיוב הערבות, שהוא כשלעצמו חיוב בלתי מותנה, בתנאי מתלה. ואכן, בית-המשפט עצמו סבר בפרשתנו, בשלב מאוחר יותר של הדיון, שניתן לתאר את ההסכם שלפנינו כ"ערבות על-תנאי" – סוג של חוזה על-תנאי, כמשמעו בסעיף 27(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג 1973-: הצדדים כרתו חוזה ערבות, אך החוזה הוכפף לתנאי מתלה – והוא שהמנוח לא ישוב ארצה עד למועד שנקבע". אך ההתליה בתנאי אינה גורמת לשינוי במהותה של ההתחייבות והיא ממשיכה להיות ערבות. גם בהיותה תלויה בתנאי אין היא מקבלת כל סממן של התחייבות לשיפוי.

כמו כן, גם אין כל דבר הטבוע במהותה של ההתחייבות לשיפוי, שמכוחו יש לקבוע ש"מהותה היא חיוב מותנה"; כשם שבערבות "העדר הפירעון הוא חלק מעילת

9 למרות דבריו של ש' גינוסר, **חוק הערבות, חשכ"ז 1967-** (בסדרת הפירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טרסקי, המכון למחקרי חקיקה, ירושלים תשל"ט), 20, שהערבות היא התחייבות על-תנאי; ראה ב' ליפשיץ (לעיל, הערה 1), 235, הערה 39.

10 כ-guaranty שבמשפט האנגלי; ראה ליפשיץ, שם, שם.

התביעה ותנאי מוקדם לה, אך אין הוא תנאי לחיוב¹¹, כך הוא גם בהתחייבות לשיפוי. יתר-על-כן, דווקא ההתחייבות לשיפוי, שבדרך-כלל היא ידועה במציאות הכלכלית כ"ערבות הבנקאית", איננה נעשית על-תנאי, וזאת כדי להבטיח את מימוש זכותו של הנושה בקלות רבה על-ידי שחרורו מן הצורך להוכיח כל דרישה מוקדמת למימוש של החיוב (למעט מה שנקבע לגביו במפורש, כהצגת מסמכים מסוימים), ותנאי מתלה בכלל זה. אבל גם את ההתחייבות לשיפוי, כמוה כערבות, אין כל מניעה מלתלות בתנאי כלשהו, ולא דווקא בתנאי ש"החייב העיקרי"¹² לא יקיים את חיובו.

מכל מקום, על-פי שיטתו קבע בית-המשפט שההתחייבות המסוימת דידן היא ערבות מבחינת תוכן החיוב כי הצדדים השלישיים "התחייבו לשאת בכל חובותיו" של המנוח לנושה, ו"התחייבות מסוג זה מאפיינת ערבות". מנגד, "מבחינת מועד כניסת החיוב לתוקף, התחייבות המשיבים דומה יותר להתחייבות לשיפוי: התחייבותם לשאת בחובותיו של המנוח לא קמה מיד עם חתימתם על מסמכי הערבות, אלא הייתה מותנית וקמה רק לאחר שהתקיים התנאי המוסכם, מחדלו של המנוח לשוב ארצה במועד¹³. מבנה מותנה שכזה מאפיין התחייבות לשיפוי... אכן, התחייבותם של המשיבים היא הסדר מעורב, שיש בו גם מן הערבות וגם מן ההתחייבות לשיפוי... לפנינו הסדר מעשי שהדין מכיר בו, המטשטש את ההבחנה העיונית הברורה בין ערבות לבין התחייבות לשיפוי". כאמור, ההבחנה העיונית (הלא כל כך פשוטה) בין ערבות לבין התחייבות לשיפוי אינה זו שהוצעה על-ידי בית-המשפט, והמקרה שבפנינו אינו מטשטש אותה כלל ועיקר. לפי הנאמר עד כה (לדרכו של בית-המשפט), הרי זו ערבות רגילה, אף שהיא מותנית בתנאי.

יתרה מזאת, כאמור, בית-המשפט טרח להיכנס אל מושכלות היסוד של דיני הערבות ולהגדרתה של ההתחייבות משום שסבר שבטרם ידון בשאלה אם ה"ערבות" תקפה יש להבהיר את הסיווג המשפטי שלה. כאמור, הנפקות האפשרית להגדרה אינה מצויה במפורש בפסק-הדין, ואף במשתמע קשה להבחין בה. לטענת הצדדים השלישיים, תכליתה של הערבות הייתה למנוע מן החייב מלהתחמק מלשלם את חובו, אך הוא לא

11 ליפשיץ, שם, שם. על טיבו של החיוב המותנה ראה ג' שלו, דיני חוזים (ירושלים, תשנ"ה), 329 ואילך; ד' פרידמן, "הערה למשמעות המושג 'חווה על תנאי' שבסעיף 27 לחוק החוזים", עיוני משפט ח (תשמ"ב), 578.

12 על-פי דקדוקם של המושגים, אין מקום להשתמש במונח "חייב עיקרי" בקשר עם ההתחייבות לשיפוי. כאמור, בשלב מאוחר יותר של הדיון הוסיף בית-המשפט לדון בטיבה של העיסקה שלפנינו ואמר: "ניתן לתאר את התחייבותם של המשיבים כאחת משתיים. ניתן לכנותה 'התחייבות לערבות': המשיבים התחייבו – כדרך שמתחייבים בהתחייבות לשיפוי – שבהתקיים תנאי מסויים הם יהיו ערבים..." (עמ' 104 לפסק-הדין). נראה, שאין התאמה מלאה בין האפשרויות השונות שהועלו על-ידי בית-המשפט להגדרתה של ההתחייבות הנידונה כאן.

התחמק מכך, ובוואו ארצה נמנע רק בגלל מותו בתאונה. לכן, לטענתם, לא נכנסה הערבות לתוקף. על כך עונה בית-המשפט:

"המשיבים התחייבו כלפי המערערת שאם המנוח לא ישוב עד למועד שנקבע – ערבותם תיכנס לתוקף. המנוח אכן לא שב עד למועד זה, ועקב כך, ערבות המשיבים נכנסה לתוקף... הערבות נכנסה לתוקף... מעת שהמנוח לא שב עד למועד שנקבע".

למסקנה זו אפשר וצריך היה להגיע לפי כל אחת מן ההגדרות שהגדיר בית-המשפט את ההתחייבות ולפי כל סיווג שאפשר לסווגה. הסיווג המדויק דווקא אינו מעלה ואינו מוריד כלל ועיקר לצורך ההכרעה שבפרשתנו¹⁴.

ניתן לראות שבפני בית-המשפט הועלו נימוקים המבוססים בעיקרם על תכליתה של ההתקשרות, שהיא טכניקה פרשנית המקובלת על בתי-המשפט גם בעת שהם מפרשים הסכמים פורטיים¹⁵. כוונת הערבים הייתה לקרוא תנאי מכללא אל ההסכם על-פי תכליתו ולפיו, בדרך כלשהי, לא תחול הערבות – בין מלכתחילה ובין לאחר מעשה – אם ההימנעות של החייב מלבווא ארצה תנבע ממותו, אפילו לאחר המועד הקבוע לחזרתו¹⁶. הערבים בחרו בשיח בעל שני מישורים: האחד הוא מישור הפרשנות התכליתית, שהוא מישור התשתית שלבש במישור השני דמות של טיעון פורמלי, אך משום מה נענו על-ידי פסק-הדין של הרוב בתשובה בעלת אופי של שיח פורמלי וקשוח. השופט מצא אף לא הזכיר את הקושי שבתוצאה, שהוזכר בהרחבה על-ידי השופט טירקל ושימש בסיס לפסיקתו, ובצמצום על-ידי השופט אנגלרד.

14 אמנם לפי הגדרתו של פרופ' טרסקי (לעיל, הערה 8), תכליתה של התחייבות לשיפוי היא לפצות את הנערב על הנזק שנגרם לו וכך מוחלים דיני הפיצויים על קיומה של התחייבות זו. על-פי המבחנים שהוצעו על-ידי פרופ' טרסקי היה אפשר לבסס טיעון שתוצאתו הפחתת הסכום שהתחייבו לו המתחייבים לשיפוי. לפי פירושו הנכון של ההסכם (ראו להלן) יש מקום לפרש את ההתחייבות כהתחייבות לשיפוי במובן שמגדיר אותה פרופ' טרסקי. מדברי בית-המשפט: "ההתחייבות היא בגדר ערבות, שכן המשיבים לא התחייבו לשאת בסכום כסף שנקבע מראש כ'פיצוי' על כך שהמנוח לא חזר לישראל במועד, אלא התחייבו לשאת בכל חובותיו של המנוח למערערת. התחייבות מסוג זה מאפיינת ערבות", מדברים אלה אפשר אולי להבין שלכך התכוון. אך מאמרו של פרופ' טרסקי לא צוטט כאסמכתא להבחנה זו, וספק אם לכך התכוון בית-המשפט. בית-המשפט העליון לא קיבל עד כה הגדרה זו, ואי אפשר לעשות כן כבדרך אגב. לביקורת על גישתו של פרופ' טרסקי לגופו ראו ליפשיץ (לעיל, הערה 1). אם התכוון בית-המשפט לאמץ גישה זו, יש לייחס ביקורת זו גם אליו.

15 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265.

16 הדבר יכול להיעשות על-ידי קריאת תנאי – מתלה או מפסיק – מכללא, ששיג את התוצאה הרצויה.

שני סוגי השיח נמצאו לקויים, והמשתתפים בדיון נמצאו מגמגמים בהם ולא השיגו את תכליתם. נראה שהדוברים כבר אינם חשים בנוח לשוחח אף לא באחד מהם, וכי הם יצאו מכלל ישן ולכלל חדש לא הגיעו. הנימוקים שנתן בית-המשפט המחוזי וכן אלו שניתנו על-ידי שופט המיעוט בבית-המשפט העליון סובלים מן הצורך להכניס טיעונים תכליתיים אל תוך התבניות הפורמליות של דיני הערבות, שבמסגרתן הם מרגישים את הצורך לפעול. פער זה מוביל אותם להציע פתרונות רחוקים, דחוקים ומוזרים מאוד. המשיבים גם הם העלו את טענותיהם בלעגי טיעון מסיבה זו עצמה, ופסק-הדין הפורמליסטי של הרוב לוקה בכמה וכמה חסרונות, כפי שראינו לעיל.

ה. הצעה לפתרון

הקושי נעוץ אפוא בתחושה שכוונת הצדדים לא הייתה יכולה להיות שבנסיבות העניין תוכל הנושה להיפגע מן הצדדים השלישיים מצד אחד, ומן העובדה שבית-המשפט לא היה יכול להושיט סעד מתאים על-פי הסיווג המשפטי של ההתחייבות נושא הדיון מצד אחר. אך האמנם כך הם פני הדברים?
נראה שהתחייבותם הראשית של הצדדים השלישיים הייתה, כאמור בסעיף 1 למסמך המכיל אותה (ואשר צוטט לעיל), לכך שהחייב יקיים את התחייבותו לשוב ארצה עד למועד הנקוב בו וכן שלא לצאת אותה לאחר חזרתו אלא אם תינתן לכך הסכמתה של הנושה¹⁷. כפי שאמרתי במקום אחר:

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

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

17 בפסקי-הדין השונים שזורות אמירות שונות שמהן משתמע שהיה ברור שהחייב עצמו גם הוא התחייב לשוב ארצה באותו מועד. יש להניח, שהוא הדין גם לגבי החובה שלא לצאת מן הארץ בלא הסכמת הנושה. הנחה זו אינה מוכרחת לצורך המשך הדיון, וניתן לבנותה גם בלעדית. במקרה כזה תהיה זו התחייבותם של הצדדים השלישיים לגרום לכך שהחייב יחזור לארץ כקבוע בהסכם ולא יצא ממנה בלא לקבל את הסכמת הנושה לכך.

חיוב שאדם אחר לא יוכל לבצע, האחר יוכל להתחייב שישפיע על החייב לבצעו, אך התחייבות זאת אינה ערבות לפי החוק שלנו¹⁸.

דהיינו, התחייבות להשפיע על החייב לבצע את חיובו אינה באה בגדר סעיף 1 לחוק, ועל-כן אין היא הערבות שלפי החוק. מובן שלהתחייבות כזאת יהיה תוקף על-פי חוק החוזים הכללי, וייתכן אף שהסדרים שיהיו חסרים מהסכם מסוים בעל תכלית כזאת יושלמו בדרך של היקש מחוק הערבות, אך כל אלה לא יביאו אותם בגדר החוק גופו¹⁹. עולה מכך, שה"ערבים"²⁰ נטלו על עצמם התחייבות רגילה, שאינה ערבות, ואשר לפי חוק החוזים יש לה תוקף, והיא כוללת שתי התחייבויות משנה: א. שהחייב ישוב במועד; ב. שהחייב לא יצא את הארץ בלא הסכמת הנושה. לאחר מכן (בסעיף 2 להסכם) קבעו הצדדים את הסנקציה על הפרתו של כל אחד מחלקיה של ההתחייבות הזאת, והיא הפיכתם של הצדדים השלישיים לערבים. כלומר, הערבות לחוב היא הפיצוי המוסכם על הפרתה של כל אחת מן ההתחייבויות הראשיות. זהו פיצוי מוסכם אשר שוויו הכספי ידוע וקצוב, ואף שלכאורה יש ב"ערבות" גם יותר מכך, אין בכך ולא כלום לענייננו, ואין הבדל של ממש בין דרך זו לבין נקיבת הסכום המחושב בתיק ההוצאה לפועל בזמן כלשהו כפיצוי מוסכם²¹. כלומר, ה"ערבות" אינה חיוב מותנה, אלא התחייבות לפיצוי. היא עצמה מותנית, כמובן, בהפרה, אך זהו תנאי מסוג אחר. לפיכך נפתחת לבית-המשפט הדרך לעשות שימוש בסמכות הנתונה לו בסעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 - ולקבוע שאין יחס סביר בין סכום הפיצוי שנקבע לבין הנזק הסביר שהיה ניתן לראותו בעת מתן ההתחייבות. במסגרתו של דיון כזה היה בית-המשפט יכול להביא בחשבון את כל הנסיבות המלמדות על תכליתו של החוזה, ואשר

18 לעיל, הערה 8, עמ' 342.

19 ליפשיץ (לעיל, הערה 1), עמ' 235-236 ובהערה 40, שם.

20 על "ערב" במשמעות של "חייב" סתם ראה, D. Daube, "Sponsor and the History of Contract", 62 L.Q.R. (1946), 266-272 וכן בחיבורי, אסמכתא - חיוב וקניין במשפט העברי (ירושלים, תשמ"ח); "על הערב ועל כמה מונחים אחרים של התחייבות", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), 185, 190.

21 בפסק-הדין של הרוב בבית-המשפט העליון נאמר: "ההתחייבות היא בגדר ערבות, שכן המשיבים לא התחייבו לשאת בסכום כסף שנקבע מראש כ'פיצוי' על כך שהמנוח לא חזר לישראל במועד, אלא התחייבו לשאת בכל חובותיו של המנוח למערערת. התחייבות מסוג זה מאפיינת ערבות" (עמ' 103 לפסק-הדין). מן ההקשר ברור, שבית-המשפט לא התכוון כלל לסיווג המוצע כאן, אך המילים שנקט יפות לו בהחלט. הואיל וחוק הערבות לא חל על התחייבות זו, ממילא אין מקום לסיווג שמבקש בית-המשפט לעשות, ובגופו של הסיווג כבר עסקנו לעיל. והשווה הערה 14, לעיל.

חלקן צוטט לעיל כשהן משולבות בתוך הטיעונים המכוונים לעיצוב העיסקה באופן שה"ערבים" ייפטרו מחובתם²². לכאורה, השופט טירקל עמד בפסק־דינו על הדברים, אך לא הסיק מהם את המסקנה שהוצעה לעיל. וכך כתב:

"הערבות היתה אפוא לחזרתו של המנוח, שבה כרכו המשיבים התחייבות לשלם סכומי כסף מסויימים אם לא יחזור, אך לא היתה זו ערבות לחיוביו הכספיים".

ובהמשך דבריו כתב:

"המערערת מבקשת לאכוף את מסמכי הערבות – וביתר דיוק, את החיובים הכספיים שבהם – תוך התעלמות מן התנאי של אי החזרה, כאילו מדובר באכיפת ערבות לחיוביו הכספיים של המנוח ולא בערבות לחזרתו לישראל... בכך מנסה היא לזכות ביתרון שאינה זכאית לו. זהו שימוש במסמכי הערבות למטרה שלא נועדו לה..."²³.

לכאורה, אין לדברים אלה מובן, אלא אם כן נפרשם (כפי שראוי לעשות) על־פי הצעתנו.

לאחר שלא קוימה ההתחייבות העיקרית קם החיוב המשני. אמנם הנושה לא עשתה שימוש לרעה בזכותה, אך למרות זאת היה מקום להפחית את הפיצוי שאת תשלומו דרשה ועליו עמדה, וזאת מכוחו של סעיף 15(א) הנ"ל.

ו. תקדים

22 גם אם יש מגבלות על שיקול־דעתו של בית־המשפט בהפעלת סמכותו שלפי הסעיף האמור (ראה ג' שלו (לעיל, הערה 11), 592 ואילך) ניתן להתגבר עליהן ביתר קלות מאשר על המסגרות התאורטיות של החיובים השונים, שהרי, בעיקרו של דבר, מכוח לשונו של הסעיף עצמו אין מוטלת כל מגבלה על שיקול־הדעת הנמסר בו לבית־המשפט. וראה גם הערה 4, לעיל. כאמור שם, לפי הבנתנו את ההסכם היה אפשר לפרש ערבות זו כהתחייבות לפיצוי אליבא דשיטתו של פרופסור טדסקי. כך היינו שבים לאותה נקודת מוצא גם בשיטה זו כבשיטתנו. אך מכאן ואילך היו חלים דיני הוכחת הנזק על הנושה ועליה היה להוכיח מהו הנזק שנגרם לה. מלבד השוני במקום שבו מונח הנטל, ייתכן גם הבדל בתוצאה.

23 עמ' 113 לפסק־הדין.

בדרך זו הלך בית-המשפט המחוזי בת"א (ת"א) 284/77²⁴. באותו עניין ניתן צו פינוי נגד המחזיק בשטח מסוים, וזאת עד לתאריך שנקבע. להבטחת הביצוע של הצו נחתם המסמך הזה:

"אנו הח"מ מסכימים בזאת כי נשלם לנושה בתיק הנ"ל... סך של 120,000 (מאה עשרים אלף לירות) ביום 20.1.77 בדיוק נמרץ.

התחייבותנו זו תפקע באם...[החייב] יפנה את המגרש שבו הוא מנהל המוסך..."

המגרש לא פונה על-ידי החייב עד למועד הקבוע, והנושה תבע את עושי המסמך לתשלום הסכום הקצוב. בית-המשפט²⁵ סיווג את ההתחייבות כחווה לטובת צד שלישי (הנושה, הוא הבעלים של המגרש). אף שהיא עוצבה בדרך של התחייבות התלויה בתנאי מפסיק, שהוא פינוי המגרש, היה בית-המשפט מוכן לקרוא אותה אחרת לאור הנסיבות, דהיינו שהסכום שנקבע הוא למעשה פיצוי שהובטח לנושה אם ההבטחה (שנתנו כביכול עושי המסמך) לפינוי המגרש במועד לא תקום, ולפיכך הפעיל את סמכותו על-פי סעיף 15(א) לחוק התרופות והפחית באופן ניכר את הסכום שיש לשלם לנושה. על אחת כמה וכמה שהדברים נכונים באשר להסכם הערבות שנערך בנידון דידן, בו נאמרו הדברים במפורש, כאמור לעיל.

כפי שהראתה נ' כהן²⁶, סיווג ההתחייבות כחווה לטובת צד שלישי נועד להביאה תחת כנפי דיני החוזים ולאפשר את הפעלתו של סעיף 15 לחוק התרופות, אך היא הוסיפה והראתה שלגופו של עניין יש בכך קושי רב. כהן עצמה העדיפה לראות את ההתחייבות כחווה ערבות, ולדעתה הפתרון הראוי מצוי בדיני הערבות עצמם. לא ניכנס כאן לדיון בהצעה (קשה) זו לגופה, אך על-פי האמור לעיל, לפי הפרשנות שניתנה להתחייבות (מעבר לניסוחה הפורמלי), לא הייתה יכולה זאת להיות ערבות כפשוטה, שכן המתחייבים בעצמם לא היו יכולים לפנות את המגרש שלא היה בחזקתם כלל ועיקר. ממילא הייתה זו התחייבות לתשלום כסף בלבד, התקפה רק על-פי חוק החוזים הכללי²⁷, ואין היא בגדר ערבות במובנה המצומצם על-פי חוק הערבות. ממילא היה

24 אבא בן שמואל נ' הרשקוביץ ואח', פ"מ תשל"ה(1), 15.

25 לאחר שדחה את הטענה כאילו מועד הפינוי נדחה בהסכמה...!

26 נ' כהן, "דין חוזים ודין ערבות", עיוני משפט ז (תשל"ט), 225.

27 ראה במצוין לעיל, הערה 18. לפיכך לא היה אפשר להסתפק בדין הערבות, כפי שהציעה נ' כהן, שם, וצריך היה להשתמש בסעיף 15 לחוק התרופות. פסק-הדין עצמו לוקה בחסרונות נוספים מבחינת דיני הערבות, אך אין זה המקום לנתחו בפירוט.

אפשר לפנות בפשטות לחוק התרופות כדי להקל על המתחייבים ולא להעשיר את הנושה.

הכלים היו מוכנים אפוא והתקדים המפנה לכך אף הוא היה מצוי לעשיית הצדק בפרשה שלפנינו. השאלה היא, כמובן, מה גרם לסטייה מן המסלול הזה של הפרשנות. פתרון אפשרי לכך הוא, שכמו במקרים אחרים²⁸, הכותרת שניתנה למסמך – "כתב ערבות" – הסיטה את המחשבה מן ההתחייבות העיקרית, הנקראת ערבות גם היא, אל ההתחייבות לתשלום הממון שחויב בו החייב, לפי שכך רגילים לתפוס את הערבות. ולא היא.

ז. פקיעת הערבות

המשמעות המוטעית שייחסו באי-כוח הצדדים למונח "ערבות", המופיע בסעיף 1 להסכם נושא הדיון דידן, והקביעה המוטעית בדבר יחסה של "ערבות" זו לחיוב שבסעיף 2 גררו אחריהן אף את בתי-המשפט שעסקו בו. הרבה תשומת-לב ניתנה לסעיף 8 ל"כתב הערבות" העוסק, כזכור, בפקיעתו של כתב זה.

כעולה מנוסחו של סעיף 8 (שצוטט לעיל), הוא מניח את הימצאותו של החייב בישראל ואף-על-פי-כן הוא מניח גם את היותו של כתב-הערבות בר-תוקף באותה עת ממש. משום שהכול הניחו שהכוונה היא לערבות בה"א הידיעה, זו המשתכללת (לשיטתם) על-פי סעיף 2 ל"כתב-הערבות" אם החייב לא יחזור לארץ במועד או יעזוב את הארץ בלא הסכמת הנושה, פירשו הכול גם שפקיעת כתב הערבות מניחה את קיומו של אחד המקרים שבו נכנסת ערבות זו לתוקף. ומתוך כך נכנסו בתי-המשפט בפירושים שונים לאותה פקיעה כביכול.

אבל הקשר הדברים מלמד, שהכוונה היא לערבות העיקרית, כלומר להתחייבויות הכלולות בסעיף 1 ל"כתב הערבות", שהן רלוונטיות דווקא כשהחייב נמצא בארץ והנושה מבקשת שיינתן כנגדו צו עיכוב יציאה מן הארץ. או אז ישתחררו ה"ערבים" מהתחייבויותיהם הנזכרות והם לא יהיו נתונים עוד בסיכון שיחויבו כערבים לחובותיו של החייב. לסעיף זה אין עוד כל חשיבות לאחר שהערבות הכספית נכנסה לתוקף בעת שהחייב לא היה בארץ במועד. אפילו יחזור החייב לארץ לאחר מכן, והנושה תבקש

28 ראה במאמרי (לעיל, הערה 1), עמ' 256-260, על כך שגם ההתחייבות לשיפוי נתפסת כ"ערבות", אף שלפי סעיף 16 לחוק הערבות אין היא בבחינת ערבות, וכן על מה שאירע בפסק-הדין נושא המאמר ההוא ובע"א 819/87 החברה לפיתוח חלק מחלקה 9 נ' הארץ, פ"ד מג(2) 340. וראה שם בהרחבה על הסיבות לתופעה זו.

לעכב את יציאתו, עדיין תיוותר התחייבותם של הערבים לתשלום על כנה ואין לה כל דרך לפקוע.

ח. תרומתו של המשפט העברי

השופט אנגלרד הסכים לניתוחו של השופט מצא ולמסקנותיו, אך הוסיף "דברים אחדים ממקורות ההלכה על המקרה שנסיבותיו הן ללא ספק מצערות ותוצאותיו קשות למשפחת החייב". הוא מפנה למקורות העוסקים ב"ערב לגוף", שהוא, כלשונו של הרמב"ם (הלכות מלוה ולוה, פכ"ה, הי"ד):

"מי שאמר לחבירו: הלוהו ואני ערב לגופו של לווה זה – לא ערב לעצמו של ממון אלא כל זמן שתרצה אביאנו לך".

הרי לנו, שהערב לגוף מתחייב לגרום להתייבבותו של החייב לדין²⁹, והרמב"ם מוסיף שנחלקו הגאונים בשאלה אם התחייבותו של הערב לגוף לשלם את החוב אם לא ימלא אחר התחייבותו העיקרית יש לה תוקף אם לאו, ומוסיף השופט אנגלרד:

"אעיר בהקשר זה כי בנסיבות המקרה שלנו הערב לגוף התחייב במפורש לשלם במקום החייב וחתם לשם כך על כתב ערבות ועל שטר חוב כמנהג הסוחרים".

מי שרואה כך את הדברים, דהיינו שיש בפנינו התחייבות ראשית של ערב לגוף והתחייבות משנית לשלם ממון אם לא יקיים את התחייבותו הראשית, אינו יכול להסכים לא לניתוחו של השופט מצא – משום שהוא רואה אחרת את הדברים – וגם לא למסקנותיו – שכן לשיטתו יש מקום להמשיך ולדון בתחולתו של סעיף 15 לחוק התרופות על המקרה שלנו. בנקודה זו אי־אפשר להסתייע במשפט העברי ובמסקנות העולות מפרשת הערב לגוף שהביא השופט אנגלרד בפסק־דינו בהמשך דבריו. כאמור, פירוש ההסכם ברור גם ממנו ומתוכו, אך במקום שבו נתעלמה ההלכה היה המשפט העברי יכול להנהירה ולהורות את הדרך לגילויה. בכך היה ניתן תפקיד כלשהו למשפט העברי בהליך השיפוטי הזה. משום מה, לא כך אירע, והוראות המשפט העברי נותרו תלויות בחלל הדיון, להגדיל תורה ולהאדירה. כלומר, ללא תועלת של ממש³⁰.

29 להשוואה בין שחרור ממעצר בערובה הניתנת על־ידי צד שלישי לבין הערבות לגוף ראה: ב' ליפשיץ, "ערובה וערבות – ביחד ולחוד", **משפטים** כט (תשנ"ח), עמ' 239.

30 על פטור מן החיוב להביא את החייב שמת ראו דברי רבי שמואל בן חפני גאון, המובאים בידי ג' ליבזון, "ערבות לגוף", **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז), 121, 154, לעומת דברי המשיב **בתשובות**

ט. סוף דבר

בהחלטתו, הדוחה את העתירה לקיום דיון נוסף שהוגשה על-ידי ה"ערבים", כתב נשיא בית-המשפט העליון שפסק-הדין "אינו סותר הלכה קודמת... אף אינו קובע הלכה חדשה. עניינו הוא בפרשנות הסכם... המתבססת על עקרונות פרשנות מקובלים...: החלת עקרונות כלליים ברורים וידועים על נסיבות עובדתיות פרטניות ומשתנות".

נראה, שפסק-הדין אמנם עוסק (בשתיקה) בפירוש ההסכם ואמנם אין הוא קובע הלכות חדשות, שכן, כאמור, כל ההגדרות לחיובים השונים אינן חשובות לתוצאה שאליה הגיע בית-המשפט. אך עם זאת הוצעו בו הגדרות חדשות למונחים "ערבות" ו"התחייבות לשיפוי", ואילו הכללים, הברורים והידועים מכבר, לא הוחלו. דווקא כללים אלה, המבוססים על ניסיון רב-שנים של הפעלת העיקרון הגלום בהם עד שעוצב בכללים, היו יכולים להמציא תרופה נכונה למי שסבלו מן הנסיבות הקשות של הפרשה ולהביא לידי ביטוי משפטי מדויק את התחושות שחשו השופטים.

חכמי פרובינציא (ירושלים, תשכ"ז), ח"ב, סימן ל: "כשהחייב מת לא מצי למימר גברא אשלמת לי גברא אשלימית לך" (איש מסרת לי, איש מסרתי לך).