

“דיני בנקאות – ערבות לטובת תאגיד בנקאי ומשכון של נכסים נדים וניירות ערך”

מאת פרופ' ריקרדו בן-אוליאל*

רות פלאטו-שנער**

המאמר מתמקד בחלקו הראשון של הספר, בסוגיית הערבות לטובת תאגיד בנקאי. לדעתו של פרופ' בן-אוליאל, קיימות כמה בעיות עקרוניות בתיקונים שנעשו בחוק הערבות. ראשית, התיקונים מבוססים על הבחנות פורמליסטיות בין סוגי הערבים השונים, ללא צידוק ענייני מהותי. לפיכך ספק אם מוצדקים ההסדרים ההגנתיים שנקבעו בחוק הערבות. שנית, ספק אם התיקונים שנעשו בחוק מבטיחים את ההרמוניה החקיקתית המתבקשת בין חוק הערבות לבין החקיקה הבנקאית המיוחדת. שלישית, חוק הערבות המתוקן מנסה להגן על האינטרסים של הצדדים המעורבים בעסקה, כשהדמות הזקוקה למירב ההגנה היא הערב, אולם עדיין לא הושג האיוון הראוי בין האינטרסים השונים. לשיטתו של המחבר, הפתרון לבעיות אלו מצוי כל כולו בחובת הגילוי, באופן שבו המחבר מציע להרחיבה וליישמה.

המאמר דן אפוא בהרחבת חובת הגילוי לערב. ראשית, נבחנים המקורות המשפטיים השונים לחובת הגילוי וניסיון ליישב ביניהם. בהמשך המאמר נבחן את היקף פריסתה של חובת הגילוי, אם מבחינת מהות הערבים הנהנים ממנה, התקופה שהיא חלה בה ותוכנה המדויק. חלקו האחרון של המאמר סוקר שלוש סוגיות מהותיות בדיני ערבות: ריבוי ערבים וקביעת חלקו היחסי של כל ערב בחוב הכולל, הערבות בלתי מוגבלת בסכום, והכלל בדבר תובענה מהחייב תחילה. בכל אחת מסוגיות אלו נבחנת ההגנה שקבע המחוקק לערב, ולעומתה הפתרון הראוי לדעת המחבר, פתרון הנגזר במלואו מחובת הגילוי לערב.

א. מבוא. ב. מוסד הערבות. ג. חובת הגילוי לערב ומקורותיה. ד. סיווג הערבים הנהנים מחובת הגילוי. ה. תקופת הגילוי. ו. היקף חובת הגילוי. ז. ריבוי ערבים. ח. ערבות בלתי מוגבלת בסכום. ט. תובענה מהחייב תחילה. י. סיכום.

* הוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"ב.

** מרצה בכירה, המכללה האקדמית נתניה.

א. מברא

דיני בנקאות הם עולם ומלואו. השם "דיני בנקאות" מטעה כאילו מדובר בענף משפטי צר, אך למעשה הבנת הנושא המורכב דורשת התמצאות בכל ענפי המשפט, אזרחיים כפליליים, מהותיים כפרוצדורליים. דיני בנקאות אינם רק תחום משפטי החקוק עלי ספר אלא בעל השלכות מעשיות יום-יומיות על כל אחד ואחד מאתנו.

עד לאחרונה לא זכינו לספר בסיסי (text book) בנושא. בשנת תשנ"ו הוציא פרופ' ריקרדו בן-אוליאל, בעבר מורי וכיום עמיתי, את ספרו דיני בנקאות – חלק כללי,¹ ספר מקיף ויסודי הסוקר בשיטתיות מידע רב ומורכב. ספר זה היה אך צעד ראשון במחקר מקיף על דיני הבנקאות בישראל, שבמרכזו עומדים היחס בין הבנק ללקוחו, פתיחת חשבונות לסוגיהם, טכניקות הניהול השונות של החשבון וסקירת שירותים בנקאיים שונים.

הצעד הבא במחקר הוא סוגיית הבטוחות הבנקאיות. הספר הנוכחי מתמקד בשתיים מהן, ערבות ומשכון נכסים נדים וניירות ערך. הספר, כדרכו של פרופ' בן-אוליאל, מוגש לקורא בצורה בהירה ונעימה לקריאה. המחבר מעיד כי אין הוא מיועד רק למשפטנים הבקאיים בתחום אלא גם לקהל של סטודנטים בקורסים בדיני בנקאות. בספר סקירה יסודית של הנושאים והתייחסות גם למשפט משווה ובעיקר למשפט הקונטיננטלי, שרבים מהססים לפנות אליו, כנראה בשל קשיי שפה.

בחלקו הראשון של הספר, העוסק בערבות לטובת תאגיד בנקאי, המחבר דן בשאלות מהותיות בתחום דיני הערבות, כגון: מאפייני חוזה הערבות; מעמד הערב על פי דיני הערבות לעומת מעמדו על פי הדין הבנקאי; היחס בין התאגיד הבנקאי לבין הערב כשבמרכזו חובת הגילוי המוטלת על הנושה כלפי הערב; היקף הערבות; דרישת החוב מהערב במקרים של אי-קיום החיוב על ידי החייב העיקרי; היחס בין הערב לבין החייב העיקרי; ריבוי ערבים; ועוד. חלק זה של הספר בנוי בשיטה מעגלית. המחבר עוסק בסוגיות השונות, מעלה שאלות לא קלות ומציע פתרונות החוזרים כולם לאותו עניין ונגזרים ממנו – חובת הגילוי.

חלקו השני של הספר עוסק במשכון הבנקאי של נכסים נדים וניירות ערך. שם המחבר דן בסוגיות חשובות, כגון: מהותו של משכון בכלל ובייחודו של המשכון הבנקאי בפרט; אופן יצירת המשכון; היקף החיוב המובטח במשכון; שכלול המשכון בדרך של הפקדה תוך הבחנה בין משכון נכסים נדים, משכון ניירות ערך ומשכון שטרות; רישום המשכון; דרכי מימוש המשכון והאפשרות של מימוש עצמי על ידי הבנק; חובות התאגיד הבנקאי לפני מכירת הנכס.

במאמר זה בחרנו להתמקד בחלקו הראשון של הספר: סוגיית הערבות לטובת תאגיד בנקאי. בפרק הבא (פרק ב) נציג את ייחודו של מוסד הערבות בכלל והערבות לטובת תאגיד בנקאי בפרט. בפרק ג נעסוק בחובת הגילוי לערב, נבחן את המקורות המשפטיים לה, ונבדוק האם ריבוי מקורות אלו אינו פוגם בהרמוניה החקיקתית המתבקשת. הפרקים הבאים יוקדשו לבחינת פריסתה של חובת הגילוי מבחינת מיהות הערבים הנהנים ממנה (פרק ד),

1. ריקרדו בן-אוליאל, דיני בנקאות – חלק כללי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, האוניברסיטה העברית ירושלים, תשנ"ו).

התקופה שהיא חלה (פרק ה) ותוכנה המדויק (פרק ו). לאחר הדיון הרחב בחובת הגילוי לערב, נעבור לדון בשלוש סוגיות מהותיות בדיני ערבות: ריבוי ערבים וקביעת חלקו היחסי של כל ערב בחוב הכולל (פרק ז), הערבות הבלתי מוגבלת בסכום (פרק ח) והכלל בדבר תובענה מהחייב תחילה (פרק ט). בכל אחד מפרקים אלו נבחן את ההגנה שנתן המחוקק לערב, נראה את הביקורת של פרופ' בן-אוליאל על גישת המחוקק, ונציג את הפתרון הראוי לדעת המחבר, פתרון הנגזר כל כולו מחובת הגילוי לערב כפי שתופס אותה המחבר.

ב. מוסד הערבות

הערבות היא מוסד סבוך. הערבות נולדת בעקבות עסקה עיקרית בין חייב לבין נושה, כשמתן הערבות מוסיף למערכת היחסים הסינלגמטית שביניהם מערכת אקסטרית, היוצרת דגם משולש שבו נוטלים חלק כל המעורבים בשתי העסקאות גם יחד. הדגם המשולש אף מסתבך במקרה של ריבוי אחד הצדדים – נושים, חייבים או ערבים.²

בתחום הבנקאות הערבות ממלאת תפקיד מרכזי ביישום עיסוקם של הבנקים במתן אשראי. מעניין כי למרות המרכזיות של הערבות כעסקה נלווית לעיסוק של מתן אשראי, מעטה החקיקה הבנקאית העוסקת בה, ועיקר ההסדר מצוי בחקיקה הכללית, כגון: חוק הערבות, חוק החוזים (חלק כללי), וחוק החוזים האחרים.³ נקודת המוצא של פרופ' בן-אוליאל היא שדין הערבות צריך להיגזר ממעמדו של הנושה, וכי אין דין ערבות הניתנת לבנק כדין ערבות הניתנת לנושה אחר. הטעם לכך הוא שבמתן אשראי ובשימוש בכספי הציבור שבידו, מוטלת על הבנק החובה הבסיסית להיות זהיר במיוחד כדי להבטיח את השבת הכספים שהוא מלווה לאחרים. נוסף על כך, קבלת ערבויות כעיסוק דורשת רמה גבוהה של זהירות ומקצועיות לצורך שמירה על האינטרסים של אחרים המעורבים בעסקה.⁴ בשל מיהותו המיוחדת של הבנק כנושה, וסטנדרט ההתנהגות הגבוה הנדרש ממנו במיוחד,⁵ המחבר סבור כי יש להחמיר עם הבנק ולהטיל עליו חובה מיוחדת כלפי הערב, חובה שאין מקום להטילה גם על נושים אחרים בהכרח. לגישתו של המחבר, החזרת כחוט השני בספרו, על הבנק לנקוט אמצעים שיבטיחו כי הערב יהיה מודע להיקף האחריות הרובצת עליו לפני שהוא חותם על כתב הערבות.⁶

רעיון זה של המחבר מתאים למעשה לכל נושה העוסק במתן אשראי לציבור ונוהג לקבל

2. ריקרדו בן-אוליאל, דיני בנקאות – ערבות לטובת תאגיד בנקאי ומשכון של נכסים נדים וניירות ערך (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"ב), 11, 18; הדגם מסתבך אף יותר במקרה של ערבות לשטר שסוחר. ראו על כך רות פלאטו-שנער, "ערבות לשטר – הפער הנורמטיבי בין עקרון וודאות הפרעון לבין משטר הגנת הערב", ספר שמגר (טובה אולשן ויובל שני – עורכים, מאמרים חלק ג, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"ג) 437.

3. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 3.

4. שם, בעמ' 29.

5. סטנדרט זה מגולם בחובת האמון המוטלת על הבנקים. על חובה זו ראו בן-אוליאל (לעיל, הערה 1), בעמ' 99.

6. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 29, 45-46, 52, 86-87, 91.

ערבויות להבטחתו. כך שלספר הנוכחי, אף שהוא מתיימר לעסוק בערבויות לטובת תאגידים בנקאיים בלבד, השלכה על היקף רחב יותר של גופים ועסקאות, כגון מלווים בשוק האפור וגופים פיננסיים שונים הנוהגים ליתן הלוואות במהלך עסקיהם הרגילים.

החלק הדין בערבות מציג תזה חדשנית ומעניינת על אודות התיקונים שנעשו בחוק הערבות, תשכ"ז-1967.⁷ כידוע, בשנת תשנ"ב⁸ ולאחר מכן שוב בשנת תשנ"ח,⁹ תוקן חוק הערבות בצורה מהותית במטרה מוצהרת להגן על אוכלוסיית הערבים.¹⁰ התיקונים בחוק הערבות יצרו שלושה סוגים של ערבים: "ערב יחיד",¹¹ "ערב מוגן"¹² וכל ערב אחר (להלן: ערב רגיל). על כל אחד מסוגי הערבים חל דין שונה. ערב מוגן זוכה לכל ההגנות המנויות בפרק ב לחוק הערבות. ערב יחיד נהנה רק מחלק מההגנות המופיעות בפרק ב לחוק, ואילו ערב רגיל אינו נהנה מהגנה כלשהי על פי פרק ב לחוק.

לדעתו של פרופ' בן-אוליאל, קיימות כמה בעיות עקרוניות בתיקונים שנעשו בחוק הערבות. ראשית, התיקונים מבוססים על הבחנות פורמליסטיות בין סוג זה לבין סוג אחר של ערב, ללא צידוק ענייני מהותי. לפיכך ספק אם ההסדרים ההגנתיים שנקבעו בחוק הערבות מוצדקים, והאם עמדת המחוקק מאוזנת וסבירה ביצירת ההבחנות בין הקטגוריות השונות של הערבים.¹³ שנית, ספק אם התיקונים שנעשו בחוק מבטיחים את ההרמוניה החקיקתית המתבקשת בין חוק הערבות לבין החקיקה הבנקאית המיוחדת.¹⁴ שלישית, חוק הערבות המתוקן מנסה להגן על האינטרסים של שלושת הצדדים במידה זו או אחרת, כשהדמות החקיקה למרב ההגנה היא הערב, אולם עדיין לא הושג האיזון הראוי בין האינטרסים של המעורבים השונים בעסקה.¹⁵ לשיטתו של המחבר, הפתרון לבעיות אלו מצוי כל כולו בחובת הגילוי באופן שהמחבר מציע להרחיבה וליישמה.¹⁶

7. ס"ח 46.

8. חוק הערבות (תיקון), תשנ"ב-1992, ס"ח 144 (להלן: תיקון תשנ"ב).

9. חוק הערבות (תיקון), תשנ"ח-1997, ס"ח 1637 (להלן: תיקון תשנ"ח).

10. ראו את המבוא להצעת חוק הערבות (תיקון), תשנ"א-1990, ה"ח 67. דברי ההסבר להצעת חוק הערבות (תיקון), תשנ"א-1991, ה"ח 331. הדיונים בכנסת על חקיקת התיקון לחוק; ד"כ 122 (תשנ"א) 5291; ד"כ 125 (תשנ"ב) 3545, 3553.

11. "ערב יחיד" מוגדר בסעיף 19 לחוק הערבות, כפי שתוקן בתיקון תשנ"ח. הכוונה לערב שאיננו תאגיד, ולמעט שלושה חריגים: בן זוגו של החייב; שותפו של החייב בשותפות רשומה או בלתי רשומה; וכאשר החייב הנו תאגיד – בעל עניין בתאגיד, כהגדרת המונח בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, ס"ח 541.

12. "ערב מוגן" מוגדר בסעיף 19 לחוק הערבות, כפי שתוקן בתיקון תשנ"ח, כך: ערב יחיד, אשר סכום ערבותו אינו עולה על 60,000 ש"ח. ואם החייב הנערב נועד לרכישת זכויות בדירה המיועדת למגורי החייב, ילדיו הבגירים או הוריו – סכום שאינו עולה על 500,000 ש"ח. לפי סעיף 20 לחוק, הסכומים הללו יעודכנו מדי חצי שנה לפי שיעור עליית המדד.

13. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 38-39, 59-60.

14. שם, בעמ' 41.

15. שם, בעמ' 17, 18, 58; חוסר האיזון בולט גם בערבות לשטר כלפי אותו כשורה, ראו פלאטו-שנער (לעיל, הערה 2).

16. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 52.

ג. חובת הגילוי לערב ומקורותיה

חובת הגילוי לערב היא העניין המרכזי בחלק הדין בנושא הערבות, ובאמצעותה המחבר מדגים את ביקורתו על התיקונים לחוק, כידוע, לחובת הגילוי לערב מקורות רבים: עקרון תום הלב המגולם בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ב-1972;¹⁷ איסור ההטעיה המופיע בסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי)¹⁸ ובסעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981.¹⁹ חובת גילוי מפורשת מכוח סעיף 22 לחוק הערבות;²⁰ סעיף 33א לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשנ"ב-1992;²¹ והוראת "ניהול בנקאי תקין" של המפקח על הבנקים בנושא "ערבויות צד שלישי לטובת תאגיד בנקאי";²² לחובת הגילוי גם מקור נזיקי בדמות עוולת הרשלנות, כשבהקשר הבנקאי הוכרה בייחוד חובת הזהירות של הבנקאי, אם כלפי לקוחותיו ואם כלפי צדדים שלישיים.²³ מקור נוסף לחובת הגילוי הוא חובת האמון המוטלת על הבנק, חובה שחלה כלפי הלקוח, אך יש המחילים אותה גם כלפי הערב.^{24, 25}

17. ס"ח 118.

18. בהקשר זה ראוי להזכיר גם את הטענה החווית של *non est factum* לשימוש בטענה על ידי ערבים ראו רוי בריקמן, דיני הגנת הערב (נבו, 1998), 85.

19. ס"ח 258. החוק תוקן והוחל במפורש גם על ערבים בסעיף 17א שלו. פסק הדין החשוב שבבקבותיו תוקן החוק הוא ע"א 1304/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד (מוז) (5) 309 (להלן: ע"א ליפרט).

20. על הרקע לחקיקת סעיף 22, ראו את הצעת חוק הערבות (תיקון מס' 2) (ערבויות מוגנות), תשנ"ו-1995, ה"ח 211. הדיון בכנסת: הצעת חוק הערבות (תיקון מס' 2), תשנ"ח-1997, קריאה שנייה ושלישית מיום 4.11.1997. סעיפים נוספים בחוק הערבות שעניינם גילוי לערב הם סעיפים 23, 24, ו-26. ראו גם את תקנות הערבות, תשנ"ח-1998, ק"ת 716, תקנות 1, 2.

21. כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשנ"ב-1992, ק"ת 1512. בנק המפר כללים אלו יהיה כפוף לסנקציות של חוק הבנקאות (שירות ללקוח), לפי סעיף 10(א) לחוק זה; על הצורך בכללי גילוי נאות ראו את דו"ח הצוות לבחינת יישומו של חוק הבנקאות (שירות ללקוח). התשמ"א-1981 (ינואר 1985), אם כי לגבי ערבויות מצויה בו התייחסות מצומצמת ביותר בעמ' 26.

22. הוראה 1-453 סעיפים 2(ב)ג, 4-6, 8-9 (להלן: הוראת ניהול בנקאי תקין). הפרת ההוראה אינה מקנה לערב עילת תביעה נגד הבנק כשלעצמה, אבל יכולה לשמש בסיס לעוולת הרשלנות בקביעה את סטנדרט ההתנהגות הרצוי.

23. על חובת הזהירות המוטלת על הבנק, ראו בן-אוליאל (לעיל, הערה 1), בעמ' 86 ואילך; אריאל פורת, "אחריותם של בנקים בגין רשלנות: התפתחויות אחרונות", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (פרופ' א' רוזן-צבי - עורך, תשנ"ד) 324; על המקור הנזיקי לחובת הגילוי ראו גם דרורה פלפל, "חובת הבנק כלפי הערב", הפרקליט מא (תשנ"ד) 414, בעמ' 425. ע"א 6899/97 פייבושיץ נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד (נו) 364 (להלן: ע"א פייבושיץ), פסקה 22 לפסק הדין.

24. זו גישתה של השופטת פלפל, הבאה לביטוי במאמרה, שם, שם, ובפסקי הדין שלה כדוגמת ה"פ (ת"א) 672/96 פריוף נ' בנק הפועלים בע"מ, (לא פורסם); בן-אוליאל (לעיל הערה 2), בעמ' 54 מצייין, כי הפסיקה קבעה שמעמדו של הערב הוא זה של לקוח, "עם התוצאות ההגנתיות

פרופ' בן-אוליאל מצביע על אי-התאמה בין ההסדר בחוק הערבות לבין זה שבחוק הבנקאות (שירות ללקוח), באופן הבא: סעיף 22 לחוק הערבות מטיל על הבנק חובת גילוי כלפי ערב יחיד בלבד. התוצאה של הפרת חובת גילוי זו קבועה בסעיף 23 לחוק הערבות, והיא משתנה בהתאם לפרט המסוים שלא גילה הנושה לערב, לעתים ביטול מלא של הערבות אך לעתים רק צמצום היקפה. לעומת זאת על פי סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) הבנק מחויב לגלות לכל ערב, כולל ערב יחיד, פרטים מהותיים על ערבותו. הפרת חובה זו, שתיחשב בדרך כלל גם הטעיה לפי סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), מקנה לערב את הזכות לביטול מוחלט של הערבות, ולדעת המחבר, סעיף 23 אינו מתיר זאת.²⁶ אם כך, אף על פי שתכליתו של חוק הערבות היא הגנה על הערב, המחבר קובע שלא הושגה מטרה זו, כי בנסיבות מסוימות חוק הערבות מרע את מצבו לעומת חוק הבנקאות (שירות ללקוח).²⁷ למעשה, הבעיה שפרופ' בן-אוליאל מצביע עליה מורכבת אף יותר. הטעיית ערב על ידי בנק בניגוד לסעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) מוכה את הערב בסעד אחד ויחיד – פיצויים נזיקיים מכוה סעיף 15 לחוק.²⁸ חוק הבנקאות (שירות ללקוח) עצמו אינו מוכה כלל את הערב בסעד של ביטול הערבות, אף שמבחינת הערב זה הסעד הרצוי. דרך אפשרית לעקוף תוצאה קשה זו היא פסיקת פיצויים לערב בגובה הסכום שהוא נדרש לשלם מכוה ערבותו, והוראה על קיומו הסכומים זה כנגד זה,²⁹ אם כי זו דרך מלאכותית שכבר נמתחה עליה ביקורת.³⁰ הוא הדין כאשר עילת התביעה היא חובת הזהירות הנזיקית. לעומת זאת, הטעיית ערב בניגוד לסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי) מוכה את הערב בסעד האולטימטיבי של ביטול הערבות.³¹ סעד הביטול עומד לערב גם במקרה של הפרת חובת האמון מצד הבנק,

- הנובעות מכך", אך ראוי להבהיר שהפסיקה לא התייחסה במפורש לחובת האמון. השאלה האם ראוי להרחיב את חובת האמון גם כלפי ערבים חורגת מתחומי המאמר.
25. הניאל פרידמן וגילי כהן, חוזים (כרך ב, אבירם, תשנ"ג), 844, מציינים מקור נוסף לחובת הגילוי: חוזה ערבות מקים מעצם טיבו חובת גילוי חלקית, שבמסגרתה מוטל על הנושה לגלות לערב נסיבות יוצאות דופן המגדילות את הסיכון. זו חובת גילוי הקמה מכוה הנסיבות. אסור לנושה לסמוך על החייב שיגלה לערב את הפרטים הנדרשים, ויש להכיר בכך שהדבר מוטל גם על הנושה עצמו. עמדה זו מתחזקת כאשר מדובר בערב הפועל חינום ומבקש להיטיב עם החייב.
26. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 58.
27. שם, בעמ' 58-59.
28. סעיף 15 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) מוכה בפיצויים בין שנגרם הנזק במישרין או בעקיפין, בין שנגרם בהסרון כיס או מניעת רווח, ואף במקרה שבו לא התכוון הבנק לגרום את הנזק או לא יכול היה לצפותו מראש.
29. דרך זו ננקטה בע"א (י"ם) 31/90 ליפרט נ' טפחות בנק למשכנתאות בע"מ, פ"מ תשנ"א(2) 56, אולם בערעור נהפכה ההלכה מטעמים אחרים ושאלת הסעד לא התעוררה.
30. סיני דויטש, "יחסי בנק לקוח – אספקטים חוזיים וצרכניים", ספר זכרון לגד טרסקי (יצחק אנגלרד – עורך, המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, 1995), 163, בעמ' 173; פרידמן וכהן (לעיל, הערה 25), בעמ' 666, הערה 82, ובעמ' 832, הערה 246.
31. פרידמן וכהן, שם, בעמ' 786 מציינים כי לצד שהוטעה עשויה להיות ברירה נוספת והיא עמידה

הנחשבת כהפרת חוזה.³² והנה סעיפים 22-23 בחוק הערבות, הבאים להגן בייחוד על ערב יחיד, הם דווקא אינם מקנים את סעד הביטול בכל מקרה של הפרתם. בהקשר זה ראוי להוסיף כי קיימים הבדלים משמעותיים נוספים בין המקורות השונים לחובת הגילוי, מלבד לעניין הסעד שהם מקנים. אם ניקח לדוגמה את סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) ואת סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), סעיפים כמעט זהים בנוסחיהם, עדיין ניתן להצביע על הבדלים מהותיים ביניהם. סעיף 3 חל גם אם לא נכרת כלל חוזה בין הצדדים, בשעה שסעיף 15 חל רק אם נכרת חוזה. סעיף 3 חל הן אם נעשתה הטעיה בשלב המשא ומתן והן לאחר שנכרת החוזה, בעוד שסעיף 15 חל רק על שלב כריתת החוזה. סעיף 3 מסתפק בכך שעלולה הייתה להיות הטעיה³³ בעוד שסעיף 15 חל רק על הטעיה בפועל. סעיף 3 חל לגבי "כל עניין מהותי למתן השירות ללקוח" ומביא פירוט רשימה לא סגורה של עניינים מהותיים, בעוד שסעיף 15 מדבר בלשון אמורפית יותר על "אי גילוי עובדות שהיה על הצד השני לגלותן". סעיף 3 חל גם על הטעיה לגבי מחיר השירות והתשואה שניתן להפיק ממנו, בעוד שסעיף 15 אינו חל על טעות ככדאיות העסקה.³⁴ ולבסוף, סעיף 15 דורש קשר סיבתי כפול בין ההתקשרות לבין הטעות ולבין הטעיה שגרמה אותה, בעוד שסעיף 3 אינו מציב דרישה כזאת.³⁵

עם זאת, עיון נוסף בנושא יכול להוביל למסקנה הפוכה דווקא מזו שהגיע אליה המחבר. המקורות השונים לחובת הגילוי שהזכרנו לעיל נחלקים למעשה לשתי חובות, דומות זו לזו למראית עין אך למעשה שונות בתוכנן. האחת היא איסור הטעיה, כדוגמת סעיף 15 לחוק החוזים, או המקבילה הספציפית יותר לגבי בנקים - סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח). האחרת היא חובת גילוי כדוגמת סעיף 22 לחוק הערבות. חובות אלו משלימות זו את זו, תואמות זו את זו, ומעניקות לערב הגנה מצטברת טובה יותר ממה שיכול היה להשיג על פי כל אחת מהן בנפרד.

כאשר מדובר באיסור הטעיה, הערב צריך להוכיח כי הסתמך על המצג שיצר כלפיו הבנק ולכן טעה בהבנת הדברים. דרישה זו מופיעה בסעיף 15 לחוק החוזים בדמות הקשר הסיבתי הנדרש בין ההטעיה לבין ההתקשרות בחוזה הערבות.³⁶ אמנם סעיף 3 לחוק הבנקאות אינו דורש קשר סיבתי ומכיר, כאמור, גם במצב "העלול להטעות" את הערב, אף אם לא הטעה אותו בפועל. אולם כדי לזכות בסעד הפיצויים הנויקי הקבוע בחוק, יצטרך הערב

על קיומו של החוזה בהתאם לתוכן החוזה שהוסבר לו, אך בענייננו כמובן יעדיף הערב ביטול מוחלט.

32. בן-אוליאל (לעיל, הערה 1), בעמ' 106, הערה 144.

33. במקרה כזה לא יוכל הערב לקבל פיצויים מכוח סעיף 15 לחוק בהיעדר נזק בפועל, אך עדיין יהיה הבנק כפוף לסנקציות הפליליות שבסעיפים 11-12 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

34. לפי סעיף 14(ד) לחוק החוזים (חלק כללי).

35. בן-אוליאל (לעיל, הערה 1), בעמ' 76-77; ע"א ליפרט (לעיל, הערה 19), בעמ' 326; גבריאלה שלו, דיני חוזים (דין, מהדורה שנייה, תשנ"ה), 217; פרידמן וכהן (לעיל, הערה 25), בעמ' 854.

36. פרידמן וכהן, שם, בעמ' 855; שלו (לעיל, הערה 35), בעמ' 218.

להוכיח הטעיה למעשה, נזק בפועל וקיום קשר סיבתי ביניהם. לצורך כך יהיה עליו להוכיח גם כאן את הסתמכותו על מצג הבנק.³⁷ לעומת זאת, כשמדובר בחובת גילוי של פרטים ספציפיים, אין צורך להוכיח הסתמכות מצד הערב. גם אם לא הוטעה הערב בפועל, לא טעה ולא נגרם לו כל נזק, די באי-גילוי החובה כדי להקנות לערב את ההגנה הנדרשת.

ניתן לתאר אפוא את היחס בין החובות באופן הבא: סעיפי איסור ההטעיה קובעים חובה מהותית-ערכית, ואילו סעיפי הגילוי קובעים חובה פורמלית.³⁸ כל אחת מהחובות משקפת נורמה מסוג שונה. חובה מהותית-ערכית מחייבת את בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו על מנת לצקת תוכן קונקרטי לנורמה בכל מקרה לגופו, ולקבוע על סמך בחינת הנסיבות האם הופרה החובה אם לאו. אם אכן הופרה החובה, מוטל על בית המשפט להעריך את הנזק האמתי שנגרם בשל כך, ולקבוע בהתאם את הסעד המשפטי המתאים. לעומת זאת חובה פורמלית מקלה על מלאכתו של השופט במובן זה שהיא מנוסחת באמצעות פרמטרים טכניים ומותירה בידי בית המשפט את המלאכה הקלה יחסית של בדיקת קיומם או אי-קיומם של אותם פרמטרים. חובה פורמלית כדוגמת סעיפים 22-23 לחוק הערבות, אף פוטרת את בית המשפט מהצורך בהפעלת שיקול דעתו לעניין הסעד, בהכתיבה לא רק את יסודות העילה אלא גם את הסעד בגין הפרתה. חובה פורמלית יוצרת ודאות משפטית, ובנקודה זו גם המחבר מסכים כי זה יתרון חשוב של סעיף 22.³⁹ מכל מקום, סעיף 22, בקבועו חובה פורמלית, אינו בא לגרוע מהחובה המהותית הקיימת בדין אחר אלא רק להוסיף עליה ולתמוך בה.

ההרמוניה בין הסעיפים באה לידי ביטוי גם באופן הבא: במקרים רבים טענות הערבים להטעיה מצד הבנק מתבססות לא על הטעיה אקטיבית, כגון במסירת פרטים לא נכונים, אלא על הטעיה על דרך מחדל, בגין אי-מסירת מידע הנחוץ לערב לצורך קבלת החלטתו אם אכן להתקשר בעסקת הערבות. הטעיה על ידי מחדל נוצרת כאשר קיימת חובת גילוי.⁴⁰ חובת גילוי יכולה להימצא בדין, בנוהג, או להיווצר מכוח הנסיבות המאפיינות מקרה קונקרטי.⁴¹ אם כך, קיים קשר ענייני ישיר בין סעיפי איסור ההטעיה לבין סעיפי חובת הגילוי, משום שסעיפי הגילוי, בהקימם חובת גילוי על פי דין, מהווים את החובה העומדת בבסיס המחדל נשוא הטעיה.⁴²

37. על דרישת ההסתמכות בסעיפים המקבילים בחוק הגנת הצרכן, ראו דנ"א 5712/01 ברוני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(6) 385; אורנה דויטש, מעמד הצרכן במשפט (נבו, תשס"ג), 390, 414; סיני דויטש, דיני הגנת הצרכן (כרך א, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"א), 376.

38. השוו מנחם מאוטר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית", משפטים יז (תשמ"ח) 321, בעמ' 325-326.

39. בן-אוליאל ולעיל, הערה 2, בעמ' 58, 60.

40. פרידמן וכהן (לעיל, הערה 25), בעמ' 784, 810; שלו (לעיל, הערה 35), בעמ' 221; א' דויטש (לעיל, הערה 37), בעמ' 398.

41. סעיף 15 סיפא לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, ס"ח 118.

42. לפי גישה אחרת, הטעיה על ידי מחדל אינה מותנית בקיום חובת גילוי, ולפיה כל מחדל מגילוי מידע רלוונטי עשוי להצמיח טענת הטעיה. ראו ס' דויטש (לעיל, הערה 37), בעמ' 375. אולם גם

בשולי הדברים נזכיר כי סעיפים 22-23 מצויים בפרק ב לחוק הערבות, שכל כולו לא נועד אלא להגן על הערב, לכן אין לפרשם כבאים לשלול מהערב הגנה על פי המקורות האחרים שהעמיד לרשותו המחוקק. לא בכדי בחוק הערבות נכלל סעיף 33 העוסק בשמירת דינים ומבהיר כי חוק הערבות אינו בא לפגוע בדינים אחרים.⁴³ נראה כי ריבוי המקורות הנזכרים לעיל אינו פוגם בהרמוניה החקיקתית ופועל לטובת הערב. השאלה מי מהמקורות עדיף מבחינת הערב תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. על כן מן הראוי כי הערב ישקול היטב את המקור המשפטי שהוא מסתמך עליו, כשהשיקול היחיד אינו רק הסעד אלא גם, ואולי עוד קודם לכן, בדיקת קיומם של יסודות העילה הנדרשים.⁴⁴

ד. סיווג הערבים הנהנים מחובת הגילוי

כאמור, סעיף 22 לחוק הערבות מטיל חובת גילוי רק כלפי ערב יחיד. שאלה נכונה שפרופ' בן-אוליאל מעלה היא האומנם קיימת הצדקה להבחין בין סוגי הערבים בהקשר של הטלת חובת הגילוי.⁴⁵ נקודת המוצא של המחוקק היא שכאשר הערב הוא תאגיד, הרי בשל ניסיונו וידעתו בעניינים פיננסיים, קטן הסיכון של הטעיה ועל כן ניתן להפחית את חובת הגילוי כלפיו.⁴⁶ אך לדעת המחבר, אין לקבוע בוודאות כי כך המצב לגבי כל תאגיד, ולכן אין להסיק בהכרח כי הסיכון של אי-הבנת העסקה גדול יותר כאשר מדובר בערב יחיד לעומת ערב שהוא תאגיד. זאת ועוד: מדוע אדם פרטי שאינו ערב יחיד, כמו בן זוגו של החייב או שותפו של החייב, אינם זכאים לאותו סוג של מידע המגיע לערב היחיד?⁴⁷ לדעתו של פרופ' בן-אוליאל, יש לקבוע הסדר הגנתי אחיד שיחול על כל הערבים על כל סוגיהם, באותו אופן ובמידה שווה.⁴⁸

בנקודה זו אנו מסכימים עם עיקרי הדברים. אכן ראוי להחיל את חובת הגילוי כלפי כלל הערבים. אולם לשיטתנו, ההסדר ההגנתי אינו צריך להיות מיושם בהכרח באופן אחיד כלפי כל ערב וערב. קביעתנו זו נובעת מההבחנה שערכנו לעיל בין איסור הטעיה לבין חובת גילוי. חובת הגילוי, בהיותה דין פורמלי היוצר ודאות משפטית, אכן צריכה לחול באותו אופן ובמידה שווה על כל הערבים. אולם איסור הטעיה, בהיותו דין מהותי-ערכי, מושפע

לפי גישה זו, עדיין נודעת חשיבות לסעיפי הגילוי כסעיפים שנועדו להבהרה והדגמה אימתית יכולה להיווצר הטעיה ומה ראיות להיות תוצאותיה.

43. המחבר אכן ער לקיומו של סעיף 33, אך לדידו, במקרה של הפרת חובת הגילוי כלפי ערב יחיד, הפעלתו של דין אחר אינה אפשרית בשל הניגוד הבולט בין ההסדר של חוק הערבות לבין זה החל על פי חוק הבנקאות. ראו בן-אוליאל (לעיל הערה 2), בעמ' 87-88.

44. מקרה שבו לא פעל ערב על סמך הסעיף המתאים ועל כן הפסיד בדין, הוא ע"א ליפרט (לעיל, הערה 19). הערב התבסס שם על חוק הבנקאות (שירות ללקוח) עובר לתיקונו, בשעה שיכול היה להסתמך על חוק החוזים (חלק כללי).

45. בן-אוליאל (לעיל הערה 2), בעמ' 56, 59.

46. על ההיגיון שהגיע את המחוקק לקבוע כפי שקבע, ראו בר-קנה (לעיל, הערה 18), בעמ' 237.

47. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 59.

48. שם, בעמ' 59-60.

מנסיבות המקרה ובכללן מאישיות הערב ומטיב קשריו עם הבנק. לשם השוואה, הן לגבי חובת הזהירות⁴⁹ והן לגבי חובת האמון⁵⁰ המוטלות על הבנק, כבר נאמר כי היקפן משתנה ממקרה למקרה ועל פי הנסיבות, והן מושפעות בין השאר מאישיות הלקוח (גיל, רמת השכלה, מידת ההבנה, בתאגיד – גודלו, רמת הפעילות העסקית שלו), מטיב הקשר בינו לבין הבנק (האם הוא מוכר לבנק ולהנהלתו, מה מסכת היחסים שהתפתחה ביניהם, גודל הסניף ודרך הטיפול המקובלת בלקוחות), וממידת הסתמכותו (המוצדקת) של הלקוח על הבנק במקרה הנידון. בהתאם נאמר גם לגבי חובת הגילוי כלפי הלקוח, שהיקפה דינמי והוא ייבחן בכל מקרה לגופו.⁵¹ אנו סבורים כי ראוי להחיל גישה זו גם לגבי חובת הגילוי לערב. משמעות הדבר היא שלמיהות הערב עשויה להיות בכל זאת השפעה על היקף חובת הגילוי כלפיו. ודוק, הדבר ייבחן בכל מקרה לגופו לצורך קביעת היקף פריסתו של איסור ההטעיה באותו המקרה, להבדיל מהדין הפורמלי המתייחס לעצם קיומה של חובת הגילוי.

דיון בסוגי הערבים מהייב אותנו להתייחס לערב מסוג נוסף, והוא אדם שמשכן נכס משלו להבטחת חיובו של אחר. סעיף 12 לחוק המשכון קובע כי דינו של אדם כזה כדין מי שערב לאותו חיוב, אך אין להיפרע ממנו אלא במימוש המשכון (להלן: "הערב הריאלי").⁵² בשאלה הספציפית של תחולת התיקונים לחוק הערבות על הערב הריאלי, הובעו דעות שונות.⁵³ פרופ' בן-אוליאל מתייחס לסוגיה זו בספרו במסגרת החלק הדין במשכון, וקובע כי על הבנק לקיים בקפדנות את ההסדרים ההגנתיים הקוגנטיים שבפרק ב בחוק הערבות, גם כלפי ערב ריאלי העונה על הגדרת "ערב יחיד".⁵⁴ יתרה מזו, נאמן לשיטתו בדבר הרהבת חובת הגילוי כלפי כלל הערבים, המחבר מחיל את חובת הגילוי גם כלפי הערב הריאלי, אף אם אינו ערב יחיד.⁵⁵ המחבר תופס את הערב הריאלי כערב לכל דבר, הזכאי ליהנות מההגנות הניתנות לערבים מכוח המקורות המשפטיים השונים.⁵⁶ כמו כן הוא תופס את חוזה המשכון,

49. דנ"א 1740/91 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן, פ"ד מו(5) 31, בעמ' 61.

50. ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573 (להלן: ע"א צבאח), בעמ' 592.

51. שם, בעמ' 597, 598.

52. לניתוח סעיף 12 ראו יהושע וייסמן, חוק המשכון, תשכ"ז – 1967 (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשל"ה), 246 ואילך. המושג "ערב ריאלי" מופיע בה"פ (י-ם) 684/97 אוגלי נ' אביב שני זכרה לשירותים כלכליים בע"מ, פ"מ תשס"ב(2) 449 (להלן: ה"פ אוגלי), פסקה 33.

53. מיגל דויטש, קניין (כרך ב, בורסי, תשנ"ט), 68, מעלה שיקולים שונים ונוטה כנראה לגישה שלילית; בריקהן (לעיל, הערה 18), בעמ' 242, סבור שהתיקונים לחוק מתאימים גם לערב הריאלי; בע"א פייבושיץ (לעיל, הערה 23), לא הכריעו בעניין התיקונים עצמם אך קבעו שהוראת המעבר של תיקון תשנ"ב לא תחול על ממשכן כזה, ראו פסקאות 14-20 לפסק הדין; ובדומה, ע"א 6799/02 יולזרי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (טרם פורסם); ואילו בה"פ אוגלי השופט אוקון באוביטר מסכים להחיל את התיקונים בהסתייגות מסוימת, שם בפסקאות 33-34.

54. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 112, 123, 159.

55. שם, בעמ' 108, 110, 111.

56. שם, בעמ' 107-108, 112.

כפי תפיסתו את חוזה הערבות, כחוזה סינלגמאטי המטיל חובות גם על הבנק כלפי הממשכן ולא רק להפך.⁵⁷ לאור זאת תחול התזה של המחבר בדבר חובת הגילוי גם על הערב הריאלי, אם כי, כמובן, מעמדו המשפטי השונה ישליך על תוכנם של ההסברים שיינתנו לו על ידי הבנק.⁵⁸ בנקודה זו דעתנו כדעתו של פרופ' בן-אוליאל. ההבדל בין הערב הריאלי לבין ערב אחר נוגע ביכולת הפרעון מהערב, כשמדובר בערב ריאלי, לא יוכל הבנק לרדת לכלל נכסיו אלא רק לממש את המשכון על הנכס המשוועבד. לדבר זה יכולה להיות השלכה כאשר מדובר בהגנות אחרות שניתנו לערב בתיקונים לחוק הערבות, כדוגמת סעיף 27 לחוק הערבות המחייב את הבנק למצות את כל ההליכים נגד החייב העיקרי בטרם ידרוש את החוב מהערב. אולם כשמדובר באיסור הטעיה וחובות גילוי, חובות הנוגעות עוד בשלב הראשוני שבו הערב בכלל חוכך בדעתו אם למשכן את הנכס להבטחת חיוביו של אחר, ודאי וודאי שהנו זכאי למלוא ההסברים והמידע שזכאי להם ערב שאינו ערב ריאלי.

ה. תקופת הגילוי

פרופ' בן-אוליאל מצדד בהרחבת חובת הגילוי לא רק כלפי כלל הערבים כמוסבר לעיל אלא גם מבחינת תקופת הגילוי. סעיף 22 לחוק הערבות מטיל על הנושה חובת גילוי לפני כריתת חוזה הערבות. לדעת המחבר, יש להרחיב את חובת הגילוי כך שתחול לאורך כל תקופת הערבות.⁵⁹ במסגרת זו יהיה על הבנק הנושה לגלות לערב "פרטים מהותיים הנוגעים לעיסקה שבין הבנק לבין החייב כפי שהם מתבטאים במהלך היחסים שביניהם".⁶⁰ כמובן אין למסור דיווח שוטף לערב על מצבו של החייב העיקרי אלא רק "פרטים הנוגעים ישירות למידת האחריות של הערב".⁶¹

נקודה זו היא נקודה רגישה. הבנק חב כלפי לקוחו חובת סודיות בנקאית ואסור לו למסור לאחרים מידע על אודות הלקוח.⁶² הסודיות הבנקאית איננה חובה מוסרית גרידא אלא הוכרה על ידי בתי המשפט⁶³ כחובה משפטית ממש, הנוצרת מעצם יחסי בנק-לקוח,

57. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 108, 112.

58. כך למשל, המחבר מעלה את השאלה האם הקביעה בסעיף 12, שניתן להיפרע מהמשכון רק באמצעות מימוש הנכס הממושכן היא קוגנטית אם לאו, לאור סעיף 23 לחוק המשכון הקובע כי אין במתן המשכון כדי לגרוע מזכותו של הנושה לגבות את החיוב שלא על ידי מימוש המשכון. בהנחה שניתן לסטות מסעיף 12, המחבר סבור כי בנסיבות כאלה "מן הראוי שהבנק לא יימנע מלהסביר לערב את פרטי ההסדר החלים עליו". ראו בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 110, הערה 45; בעניין היחס בין סעיף 12 לסעיף 23, השוו וייסמן (לעיל, הערה 52), בעמ' 250.

59. בן-אוליאל, שם, בעמ' 60.

60. שם, שם.

61. שם, שם.

62. על הסודיות הבנקאית ועל הזכות לפרטיות ראו בן-אוליאל (לעיל, הערה 1), בעמ' 107; רות פלאטו-שנער, "הכספת הבנקאית באספקלריית הזכות לפרטיות", קריית המשפט א (2001) 279.

63. פסק הדין המרכזי בעניין הוא רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מו(5) 764.

ונמשכת אפילו לאחר מות הלקוח או לאחר סגירת החשבון. בארץ אין חוק המכיר בה במפורש, אולם ניתן לבסס אותה על חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, משום שהיא משקפת עקרונות של פרטיות וצנעת הפרט. הזכות לפרטיות זכתה למעמד של זכות יסוד, עם חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ודבר זה חיוק אף את מעמדה הנורמטיבי של הסודיות הבנקאית. אולם הסודיות הבנקאית, כמו גם הזכות לפרטיות, איננה מוחלטת. בתי המשפט הכירו בכמה חריגים שבהתקיימם הבנק רשאי, ולעתים אפילו חייב, למסור את המידע. אחד החריגים הוא הסכמת הלקוח למסירת הפרטים, לרבות הסכמה מכללא.⁶⁴ פרופ' בן־אוליאל סבור כי לקוח המקבל אשראי מהבנק נחשב כמסכים מכללא למסירת מידע על אודותיו לערב, כל עוד המידע נוגע בהסכם הערבות, אך הוא מודה כי גישה זו אינה מקובלת על הכול.⁶⁵

חריג אחר לחובת הסודיות הבנקאית הוא חובת הגילוי מכות הדין. כדוגמה להוראת דין המחייבת את הבנק למסור לערב פרטים על מצבו השוטף של הלקוח במהלך תקופת הערבות ניתן להביא את סעיף 26 לחוק הערבות החל על ערב יחיד. במקרה שלא קיים החייב את חיובו, הסעיף מחייב את הבנק להודיע על כך לערב היחיד בתוך תשעים יום. אם לא הודיע הבנק כאמור, יופטר הערב כדי הנזק שנגרם לו בשל כך.⁶⁶ חובת הודעה דומה מצויה בסעיף 9 להוראת ניהול בנקאי תקין החל על ערב שאיננו ערב יחיד. סעיף 26 לחוק הערבות גם מחייב את הבנק להודיע לערב יחיד מראש על החלטתו להעמיד לפירעון מוקדם הלוואה שהחייב מאחר בפירעונה. דוגמה נוספת לחובת הגילוי האמורה היא סעיף 6 להוראת ניהול בנקאי תקין המחייב את הבנק לתת לערב הודעות תקופתיות שבהן יזכיר את קיום הערבות ואת סכום יתרת החוב בעת מתן ההודעה. מלבד הוראות מפורשות אלו, ניתן להזכיר גם חלק מהמקורות לחובת הגילוי הנזכרים לעיל, שפורסים חסותם גם על התקופה שלאחר חתימת הערבות, כגון סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי),⁶⁷ סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), חובת הזהירות וחובת האמון.⁶⁸ אם כך, הצעתו של המחבר למסירת מידע לערב גם לאחר חתימת כתב הערבות, אינה מהווה הפרה של חובת הסודיות הבנקאית או פגיעה אסורה בזכות הלקוח לפרטיות. על כן מקובלת עלינו קביעתו בדבר הרחבת חובת הגילוי כך שתחול גם לאחר מעמד החתימה על הערבות, ולאורך כל תקופת הערבות.

64. שם, בעמ' 771. ע"א צבאח (לעיל, הערה 50), בעמ' 588; סעיף 3 בחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 128.

65. בן־אוליאל (לעיל, הערה 1), בעמ' 128.

66. חריג לכך קבוע בתקנה 4 לתקנות הערבות.

67. כדוגמה לשימוש שנעשה בעקרון תום הלב על מנת לחייב בנק להודיע לערבים על מתן ארכה שניתנה לחייב, ראו את ברע"א 2443/98 ליברמן ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נגד (4) 804; מקרה מעניין שבו ערב, שהיה גם לקוח של הבנק, ביקש פרטים על אודות הלקוח הנערב, הוא בש"א 32998/99 ח.א. מזון בע"מ ואח' נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (לא פורסם). במקרה זה נפסק כי בשל נסיבות המקרה המיוחדות, חובת הגילוי ללקוח הערב גוברת על חובת הסודיות כלפי הלקוח הנערב.

68. בהנחה שהחובת האמון חלה גם כלפי ערבים. ראו על כך לעיל, הערה 24.

ו. היקף חובת הגילוי

למרות השימוש בכינוי "חובת גילוי", התזה של פרופ' בן-אוליאל איננה חובת גילוי במובן הטכני של המילה אלא חובה רחבה הרבה יותר, שלפיה על הבנק לעורר את מודעות הערב ולהסב את תשומת לבו באופן מיוחד לסוגיות המהותיות לערבותו. על הבנק "לנקוט אמצעים אשר יבטיחו במידת האפשר את הבנת הערב לגבי היקף ערבותו", ובכך לפעול למניעת הטעיה.⁶⁹ ככלל אין חובה על צד לחוזה להסביר לצד האחר את תוכן החוזה. ייתכנו חריגים מסוימים לכלל זה בדין הכללי, כאשר ידוע לצד אחד לחוזה כי מדובר בהוראה יוצאת דופן או שונה באופן מהותי ממה שהצד האחר היה זכאי לצפות.⁷⁰ אולם לגבי בנקים המצב שונה: אף שבמקרה הרגיל ניתן ללמוד מהמסמך הבנקאי עצמו את טיבו ומהותו, מוטלת על הבנקים החובה שלא להטעות את הערבים ולו במחדל, לגבי תוכן החוזה ומהות העסקה.⁷¹ אכן, חלק מהפרטים שיש "לגלות" לערב מופיעים בכתב הערבות עצמו ובכך ממילא נעשה ה"גילוי".⁷² אולם לגבי פרטים אלו מתבקשת הרחבת החובה. מעבר לאמות המידה "הרגילות" של מסירת מידע וגילוי עובדות, קיימת חובת הבהרה ויידוע של מהות העסקה. היזמה לכך מוטלת על כתפי הבנק עצמו, בבחינת "את פתח לו".⁷² על הבנק לוודא שהערב מבין את ההסברים ויודע על מה הוא חותם. גם אם המידע מצוי בידיעת הערב, על הבנק לדאוג להפגמת המידע.

על פי רוב, התרשלות של צד לחוזה בהבנת תכני העסקה היא על סיכנונו בלבד. המשמעות של הטלת החובה על הבנק להבהיר הוראות מסוימות היא העברת הסיכון אל הבנק. חובת הגילוי תוארה כחלק ממגור כללי יותר של תורת המשפט, שעניינו "הסדרת הסיכונים ביחס למסרים תקשורתיים". חובת הגילוי במובן הצר מטילה על החייב בגילוי את הסיכון הנובע ממסרים תקשורתיים בלתי מלאים. חובת ההסבר נועדה להטיל את הסיכון ביחס לאי-הבהירות של המסר על מי שייחנה באופן פסול מאי-בהירות זו.⁷³ היקף חובת ההסבר והיידוע תלויים בערב הספציפי בכל מקרה ומקרה. יש ערב שכדי להסביר לו את האמור, די בהדגשת

69. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 29, 45-46, 52, 86-87, 91; במקום אחר בן-אוליאל מדבר על התערבות אקטיבית מצד הבנק וחובה להתערב בעסקה של הלקוח על מנת למנוע הטעיה מצד הלקוח לגבי פרטי העסקה: Ricardo Ben-Oliel, "New Banking Business Law in Israel - Critical Notes", 17 *Isr. L. R.* (1982) 334, p. 350; בדעה אחרת מחזיקה א' דויטש (לעיל, הערה 37), בעמ' 387, לגבי הסעיף המקביל בחוק הגנת הצרכן. לדעתה, איסור הטעיה אינו צריך לכלול חובת הדגשה והסבר של מידע המצוי בפני הלקוח אלא שקיים חשש כי הלקוח לא עיכל אותו כראוי ואינו מודע למלוא משמעויותיו.

70. פרידמן וכהן (לעיל, הערה 25), בעמ' 786.

71. ע"א ליפרט (לעיל, הערה 19), בעמ' 327.

72. השוו מיגל דויטש, "דיני הערבות הכלליים - קושיות, מגמות והרפורמה המוצעת", משפטים כב (תשנ"ג) 93, בעמ' 110.

72א. פלפל (לעיל, הערה 23), בעמ' 425.

73. א' דויטש (לעיל, הערה 37), בעמ' 356.

הסעיפים הרלוונטיים בהדפסה בולטת, בהפניית תשומת לבו אליהם ובחתימתו בסמוך לסעיפים ההם. ואילו יש ערבים כגון עולים חדשים, שהפניה כזאת לא תהיה מספקת, ויהיה צורך בהסבר מילולי של הפקיד בדרך ובשפה המובנת להם.⁷⁴ ה"גילוי" חייב להיות מלא על מנת לנטרל כל השפעה בלתי הוגנת על הערב, בין באמצעות החייב העיקרי ובין על ידי הבנק עצמו. הבנק נדרש לדאוג לאינטרס הערב על ידי הבטחת ייעוץ עצמאי. מוטלת עליו החובה לבחון האם הושגה הסכמת הערב כראוי ועל בסיס מידע מלא.⁷⁵

לשיטתו של פרופ' בן-אוליאל, חובת הגילוי במובנה הרחב אינה כוללת רק מסירת פרטים עובדתיים אלא גם מתן הסברים משפטיים.⁷⁶ אכן גילוי מלא חייב להתייחס גם להיבטים המשפטיים של העסקה, ובמסגרת זו יש לחייב את הבנק ליתן לערב הסבר גם לגבי הסוגיות המשפטיות הקשורות לערבותו, וכאלו יש לא מעט.⁷⁷

אם רוצים להבטיח לאוכלוסיית הערבים הגנה אמיתית, אין ספק שחובת הגילוי במובנה הרחב צריכה להיקבע בחקיקה בצורה מפורשת. אין לסמוך על הבנקים שיביאו בעצמם, ללא מעורבות הקיקתית, לאיזון סביר של האינטרסים בינם לבין הערבים. הבנקים לא הוכיחו דיסיון עצמי, הפיקוח המינהלי עליהם נכשל, בתי המשפט לא סייעו לציבור גדול של נפגעים, לכן התשובה היא התערבות חקיקתית ישירה.⁷⁸ החקיקה חייבת להיות מפורשת ומפורטת בדומה לתיקונים שנעשו בחוק הערבות, ואין להסתפק בהטלת חובת גילוי כללית או באיסור הטעיה. התיקונים לחוק הערבות הצליחו להגן על זכויות הערבים מסיבה ברורה: הוראות אלו מפורטות ודווקניות, ואינן מחייבות פנייה לבית משפט כדי ליישמן. הבנקים מכבדים אותן משום שהן ברורות וחד-משמעיות, וכמובן הוראות אלו קוגנטיות כך שהבנקים אינם רשאים להתנות עליהן אלא לטובת הערבים.⁷⁹ עם זאת, כשבאים לפרוט בחקיקה את חובת

74. פלפל (לעיל, הערה 23), בעמ' 425, 427.

75. ה"פ אוגלי (לעיל, הערה 52), בעמ' 31.

76. למען האמת, החובה למסור מידע משפטי מסוים מופיעה היום במידה מצומצמת בחוק הערבות עצמו: בסעיף 22(ב) (1) המחייב את הבנק לגלות לערב האם הוא מסווג כערב יחיד או כערב מוגן. בסעיף 26(ב) המחייב את הבנק לפרט בהודעה הנמסרת על אי-קיום החיוב על ידי החייב, גם את ההסדרים המשפטיים המופיעים בסעיפים 26(ד)(2)(3), 27 ו-29.

77. ראו את הדיון להלן בנושא ריבוי ערבים, בנושא הערבות הבלתי מוגבלת ובנושא תובענה מהחייב תחילה, וכן את הדיון לעיל לגבי הערב הריאלי. כן הוצע לספק לערב הסברים משפטיים גם במקרים הבאים: אם קיימת אפשרות שהערבות תישאר בתוקף גם במקרה של ביטול החיוב הנערב, ובכך תהפוך מחיוב טפל לחיוב עצמאי או להתחייבות לשיפוי ללא ההגנות שמקנה לערב חוק הערבות, יש להסביר זאת לערב. אם בנוסף על הערבות אמורה להינתן בטוחה על ידי החייב עצמו, יש ליידע את הערב כי גם אם בסופו של דבר לא תינתן הבטוחה האמורה או לא תאפשר להיפרע ממנה, יהיה הערב חייב בתשלום (אלו היו עובדות המקרה בע"א ליפרט (לעיל, הערה 19). כן הוצע לגלות לערב כל פטור הנתון לבנק ממילוי דרישות לפי כל דין, וכל ויתור על זכות כלשהי מזכויות הערב כלפי הבנק. ראו פלפל (לעיל, הערה 23), בעמ' 422.

78. סיני דויטש, "הגנת הצרכן הבנקאי: מכוח חוק או מכוח קודים אתיים – מה עדיף?", הפרקליט (תשס"ג) 241, בעמ' 249; ס' דויטש (לעיל, הערה 30), בעמ' 199.

79. שם, בעמ' 249.

הגילויי במובנה הרחב, יש להביא בחשבון גם את הקשיים המעשיים העלולים להתלוות לחובה רחבה מדיי שבה לא יוכלו הבנקים לעמוד. יש להתחשב באינטרס הציבורי שביציבות המערכת הבנקאית, הממלאת תפקיד מרכזי בפעילות הכלכלית במשק.⁸⁰ המטרה צריכה להיות השגת איזון אמתי בין האינטרסים של הצדדים הנוגעים בדבר, והכבדה על הבנקים רק במקום שהדבר אכן דרוש להשגת המטרה.

ז. ריבוי ערבים

דוגמה נוספת לביקורתו של המחבר על התיקונים לחוק הערבות, ניתן לראות בסיטואציה של ריבוי ערבים לחיוב אחד.⁸¹ כאשר הערבים השונים אינם ערבים מוגנים,⁸² חל עליהם סעיף 13 לחוק הערבות, הקובע שהערבים יהיו אחראים יחד ולחוד כל עוד אין משתמעת כוונה אחרת מן הערביות,⁸³ ועל כן הנושה רשאי לדרוש מכל אחד מהערבים בנפרד את קיום החוב במלואו או בחלקו.⁸⁴ לעומת זאת כאשר הערבים לחיוב, כולם או מקצתם, הם ערבים מוגנים, בחר המחוקק הסדר שמטרתו להגן על הערב המוגן. סעיף 29 לחוק הערבות קובע כי ערבים מוגנים יהיו חייבים כלפי הנושה בחלקים שווים. יתרה מזו, לצורך קביעת חלקו היחסי של הערב המוגן מתחשבים במספרם הכולל של הערבים לאותו חיוב, גם באלו שאינם ערבים מוגנים.⁸⁵ הסדר זה הוא כמובן קוגנטי, כמו כל פרק ב לחוק הערבות. בכל אחד מהמקרים, מספרם של הערבים האחרים הוא סוגיה מרכזית מבחינתו של הערב, כי היא משליכה במישרין על היקף ערבותו. למרות זאת קבע המחוקק חובת גילוי בעניין זה לגבי ערב יחיד בלבד. סעיף 22(ב)(2) לחוק הערבות מחייב את הבנק לגלות לערב היחיד לפני כריתת חוזה הערבות, את מספר הערבים ואת חלקו היחסי של הערב בחיוב. אם הפר הבנק חובה זו, כי אז "ימלא ערב היחיד את ערבותו לפי אומד דעתו בעת כריתת חוזה הערבות".⁸⁶ לדעת המחבר, הסדר זה מעורר גם הוא את הבעיות שהצביע עליהן בהקשרים הקודמים.⁸⁷ ראשית, המחוקק מספק לערב היחיד הגנה פחותה מזו שיכול היה לקבל על פי המקורות האחרים לחובת הגילוי העומדים לרשות כלל הערבים, מקורות שביכולתם להביא לבטלות מלאה של הערבות כדוגמת סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי). לדעת המחבר, למרות סעיף 33 לחוק הערבות בדבר שמירת הדינים, הפעלתו של דין אחר במקרה כזה אינה אפשרית

80. ע"א ליפרט (לעיל, הערה 19), בעמ' 328.

81. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 83-91.

82. כזכור, ערב מוגן הוא ערב יחיד שסכום ערבותו אינו עולה על תקרה מסוימת, ראו לעיל, הערה 12.

83. לביקורת על דפוס השיתוף "יחד ולחוד" בסיטואציה של ריבוי ערבים, ראו מ' דויטש (לעיל, הערה 72), בעמ' 108.

84. סעיף 55(א) לחוק החוזים (חלק כללי).

85. סעיף 29(א)(ב) לחוק הערבות.

86. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 87.

87. שם, שם.

לאור הניגוד הבולט בין ההסדרים. ההסדר האמור גם אינו תורם להרמוניה החקיקתית המתבקשת בין המקורות השונים, ואף אינו מבטיח ודאות משפטית בשל העמימות במונח "אומד הדעת". ולבסוף, לאור מהותה של הסוגיה מבחינת הערב, אין שום הצדקה לצמצם את חובת הגילוי בעניין זה לערב יחיד בלבד. לדעת המחבר, במסגרת חובת הגילוי על מקורותיה השונים, הבנק חייב לגלות לכל ערב ולא רק לערב יחיד, את מספר הערבים הנוספים ולהסביר לערב את משמעות העניין.⁸⁸

כבר הבענו לעיל את דעתנו הנוגדת על שני ראשי הביקורת הראשונים.⁸⁹ אולם אנו מסכימים בהחלט עם הקביעה האחרונה, שלפיה אין כל צידוק ענייני לקיום ההבחנה בין סוגי הערבים השונים בכל הנוגע בחובת הגילוי. ראוי להזכיר כי הוראת ניהול בנקאי תקין קובעת בסעיף 4(א) כי בעת החתמת כמה ערבים על ערבות לטובת הבנק, יציין הבנק ליד שמו של כל ערב אם הוא ערב לכל החיוב או רק לחלקו, ויציין את חלקו של הערב ואת מספר הערבים. כזכור הוראת ניהול בנקאי תקין פורסת חסותה על כל הערבים, ובמובן זה היא רחבה יותר מסעיף 22 לחוק הערבות.

פרופ' בן-אוליאל מציע להרחיב את חובת הגילוי במקרה של ריבוי ערבים בהיבט נוסף – הפטר של ערבים אחרים על ידי הבנק.⁹⁰ סעיף 55(ג) לחוק החוזים (חלק כללי), מאפשר לבנק להפטיר את אחד הערבים מן החיוב מבלי שיופטרו באותה המידה גם שאר הערבים, ובכך בעצם מגדיל את הסיכון המוטל על שאר הערבים. חוק הערבות מגן בעניין זה על ערב מוגן בלבד, בקבעו בסעיף 29, כי אחריותו של ערב מוגן נשארת מוגבלת לחלקו היחסי בחבות. ערב שאיננו ערב מוגן אינו נהנה מהגנה זו. על כן סבור פרופ' בן-אוליאל כי חובת גילוי בעניין זה מוטלת על הבנק דווקא כלפי ערב שאיננו ערב מוגן, ועליו "לוודא כי ערנות זו אכן קיימת בזמן בו הצדדים חותמים על כתבי הערבות".⁹¹ דברים אלו מקובלים עלינו ומהווים דוגמה נוספת להסברים המשפטיים שעל הבנק ליתן לערב במעמד ההתיימה על הערבות.

ח. ערבות בלתי מוגבלת בסכום

סוגיה חשובה בדיני ערבויות היא מוסד הערבות הבלתי מוגבלת בסכום והקושי המושגי שהיא מעוררת. יש הסוברים כי כאשר מדובר בערבים לא מסחריים, אין הצדקה להטיל עליהם אחריות לחובות בלתי מסוימים שאין הם מודעים לקיומם.⁹² ברזח זו סעיף 21 לחוק

88. שם, בעמ' 86-87.

89. לעיל, הטקסט שלאחר הערה 33.

90. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 90-91.

91. שם, בעמ' 91.

92. ס' דויטש (לעיל, הערה 30), בעמ' 204; יחיאל בהט, "חוק הערבות – על תיקון התיקון", רבעון לבנקאות לא (תשנ"ג) 77, בעמ' 79; גלעד גרקים ומירב מור, חובות החלות על הבנקים (כרך א, המכון למחקרי משפט וכלכלה, תשס"ב), 334. מאמר מקיף בנושא אפשר למצוא אצל רוי בריקמן, "ערבות בלתי מוגבלת בסכום – תוקפה וערכה כבטוחה לאור התיקונים לחוק הערבות", הפרקליט מד (תש"ס) 574.

הערבות קובע, כי אין להחתיים ערב יחיד על ערבות בלתי מוגבלת בסכום, ואם בכל זאת חתם על ערבות כזאת, יהיה מופטר מערבותו לחלוטין. סעיף 21 אינו חל על ערב שאיננו ערב יחיד; לגביו החופש החוזי חל במלואו בסוגיה זו ועל כן גם מוסד הערבות הבלתי מוגבלת בסכום. לדעתו של המחבר, ההצדקה להמשך קיומו של מוסד הערבות ללא הגבלה בסכום כרוכה במישרין לסוגיית חובת הגילוי.⁹³ במילים אחרות, השאלה אם להכיר במוסד האמור אם לאו, אינה צריכה להיות תלויה בסיווג הפורמלי של הערב, כפי שקבוע כיום בסעיף 21 לחוק הערבות אלא עליה להיקבע על פי ובהקשר של מילוי חובת הגילוי על ידי הנושה. לכן יש לאפשר גם לערב יחיד לחתום על ערבות ללא הגבלה בסכום כל עוד יובטח שהנושה "יעורר את מודעות הערב לגבי עניין זה".⁹⁴

למעשה כבר בהוראת ניהול בנקאי תקין נקבע חיוב דומה. סעיף 2(ב) להוראה מחייב בנק המחתיים ערב על ערבות ללא הגבלה בסכום "להפנות את תשומת ליבו המיוחדת של הערב למהות הערבות" ולמסור לערב הודעה בכתב שבה יצוין סכום החבות הידוע באותה העת. ההודעה תכלול פסקה מפורשת ומובלטת לעניין היקף הערבות לחבויות מסוגים שונים ולחבויות עתידיות, כפי הקבוע בחוזה הערבות. לאור קביעת המחוקק, שאין להחתיים ערב יחיד על ערבות ללא הגבלת סכום, מצטמצם היקפו של סעיף 2 להוראה לערבים שאינם ערבים יחידים. אולם אם תקבל גישתו של המחבר, יחול סעיף 2 על כלל הערבים.

בהצעה זו של פרופ' בן-אוליאל קיים היגיון רב. כאשר הערב מבין במדויק את משמעותה של הערבות ללא הגבלה בסכום ומעוניין להתחייב בה, מדוע לא לאפשר לו לעשות כן? כאשר שלושת הצדדים לעסקה מעוניינים, מדוע לא לאפשר לבנק לקבל בטוחה בעלת היקף רחב יותר במקרים שהדבר נדרש על מנת להוציא לפועל את העסקה העיקרית בינו לבין הלקוח? יתרה מזו, בהבחנות הפורמליסטיות שיצר המחוקק בין סוגי הערבים, אין בהכרח צידוק ענייני כשבאים לבחון את שאלת היקף הערבות: מדוע אדם יכול לחתום על ערבות ללא הגבלה בסכום להבטחת חובות אשתו, אך לא יוכל לחתום על ערבות כזאת להבטחת חובות ילדו? הקריטריון האמתי צריך להיות קריטריון מהותי של הבנה והסכמה מצד הערב, ולא סיווג שרירותי בין ערבים.

עם זאת יש לזכור, כי הבנת הערב איננה מספקת. הגנה מלאה תושג רק אם לערב, שיבין לאשורו את משמעות המצב המשפטי, תהיה אפשרות אמיתית להתנגד לחתימה על הערבות הבלתי מוגבלת בסכום. בסוגיית היקף הערבות קיים ניגוד אינטרסים בין הצדדים הקשורים לעסקת הערבות. אינטרס הערב הוא להגביל את היקף חבותו, ואילו לבנק ולחייב יש אינטרס משותף להגדילו. אם רוצים להבטיח לערב הגנה מלאה, יש לחייב את הבנקים לא רק "להשיג את הבנת הערב" אלא גם לאפשר לערב ברירה אמיתית וחופשית לגבי היקף ערבותו. השאלה היא כיצד ניתן להבטיח שהבנקים אכן יעמדו בכך.

93. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 43.

94. שם, בעמ' 43, 46.

ט. תובענה מהחייב תחילה

ביקורתו של פרופ' בן-אוליאל על התיקונים לחוק הערבות מודגמת בסוגיה נוספת – תובענה מהחייב תחילה.⁹⁵ סעיף 27 לחוק הערבות קובע הגנה חשובה ביותר לערב: אין לדרוש את החוב מהערב לפני מיצוי ההליכים נגד החייב העיקרי. סעיף 27 חל רק על ערב מוגן (שהוא, כזכור, ערב יחיד שסכום ערבותו אינו עולה על תקרה מסוימת).⁹⁶ לדעת פרופ' בן-אוליאל, אין סיבה שלא להחיל את הסעיף גם על שאר הערבים, לרבות תאגידים.⁹⁷ המחבר מונה כמה נימוקים ענייניים לגישה זו: בחוזה ערבות הערב הוא הצד החלש הזקוק להגנה, בעיקר כאשר התערבותו באה רק כדי לאפשר את עסקת האשראי שהבנק ולקוחו מרוויחים ממנה, ואילו לערב אין מכך כל תועלת או שכר. שנית, בהענקת אשראי על הבנקים לנקוט מדיניות זהירה יותר בהערכת יכולתם של החייבים העיקריים שהם לקוחותיהם. שלישית, הבנק הוא נושא הסיכון הטוב ביותר. ביכולתו לפזר את הנוק ולבטח את עצמו.⁹⁸ הגבלת ההגנה לערב מוגן בלבד היא פורמליזם מוגזם. לא זו בלבד שאין בה תועלת כשלעצמה אלא אף ניתן לעקוף אותה על ידי שינוי סיווגו של הערב מערב מוגן לערב יחיד.⁹⁹ כנגד החלה גורפת זו של סעיף 27 לטובת כל סוגי הערבים, לא זו בלבד שהמחבר מציע להמשיך ולהכיר בחריגים הקבועים כיום בסעיף 27(ב) לחוק המאפשרים לבנק לתבוע ישירות את הערב, אלא גם להקנות לסעיף 27 אופי דיספוזיטיבי כך שהבנקים יוכלו להתנות עליו. אולם תנאי דיספוזיטיביות הזאת הוא שהמחוקק ינקוט את האמצעים הדרושים "להבטחת ההבנה המוחלטת מצד הערב של האחריות שהוא מסכים לקבל על עצמו".¹⁰⁰ ודוק, על המחוקק להטיל על הבנקים חובה מפורשת לפעול כאמור ולגלות לכלל ערב וערב את משמעות הסוגיה.¹⁰¹

הצעה חדשנית זו ראויה לתשומת לב מיוחדת. במובן מסוים המחבר חוזר למצב המשפטי שקדם לתיקון חוק הערבות, שלפיו נאסר על הנושה לפנות לערב לפני דרישת החוב מהחייב,¹⁰² איסור שהל כלפי כלל הערבים והיה בעל אופי דיספוזיטיבי.¹⁰³ אולם לשיטתו של המחבר קיים הבדל מהותי בין האיסור האמור לבין הצעתו כעת. המחבר מוכן להגמיש את אופיו של האיסור ולאפשר לבנק להתנות עליו רק אם יובטח כי הבנק "ישיג את הבנת הערב לעניין".

95. שם, בעמ' 65.

96. לעיל, הערה 12.

97. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 70.

98. שם, בעמ' 70-71.

99. דרך פשוטה לשינוי סיווגו של הערב היא על ידי הגדלת סכום הערבות מעבר לתקרה הקבועה בסעיף 19 לחוק הערבות.

100. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 72.

101. שם, שם.

102. בסעיף 8 לחוק הערבות.

103. הוראה דומה נקבעה על ידי המפקח על הבנקים, לגבי ערב שאינו ערב מוגן. סעיף 10 להוראת ניהול בנקאי תקין קובע כי יש לדרוש את החוב תחילה, או בד בבד, מהחייב עצמו. רק במקרים

אכן הבנת הערב את המצב המשפטי היא הנדבך הראשון בהגנתו. אולם הגנה מלאה תושג רק אם לערב, שיבין לאשורו את משמעות המצב המשפטי, תהיה אפשרות להתנגד להתנאה האמורה מצד הבנק ולדרוש את החלת הכלל בדבר "תובענה מהחייב תחילה" על ערבותו.¹⁰⁴ במילים אחרות, אם רוצים להבטיח לערב הגנה מלאה, אין לחייב את הבנקים רק "להשיג את הבנת הערב", כי אם גם לאפשר לערב לבחור את ההסדר המשפטי שיחול על ערבותו. השאלה אם אכן ראוי לקבוע הסדר הגנתי שכזה, ובייחוד האם ראוי להחילו על כלל הערבים על סוגיהם השונים, היא שאלה ערכית המושפעת מהתפיסה האינדיווידואלית, והיא חורגת מתחומי המאמר.¹⁰⁵ השקפת המחבר בנקודה זו היא כי אם תושג "ההבנה המוחלטת" מצד הערב לגבי האחריות שהוא נוטל על עצמו, לא מן הנמנע כי הוא יסכים לחתום על כתב ערבות המאפשר לדרוש ממנו את החוב מבלי לפעול קודם נגד החייב.¹⁰⁶

י. סיכום

בספרו החדש פרופ' בן-אוליאל מציג זווית ראייה חדשנית ומעניינת בנושא הגנת הערב הבנקאי, המהווה תוספת ניכרת לשית המשפטי בתחום, ואבן דרך בפרשנותם של דיני הגנת הערב. הספר מהווה נדבך נוסף בסדרת הספרים של המחבר בנושא "דיני בנקאות". ספרים אלו יהוו, לאחר השלמת הסדרה, את המקור העיקרי לפרשנות דיני הבנקאות בישראל, ובכך יהוו תרומה חשובה למערכת המשפט שלנו.

חריגים ניתן לפנות תחילה לערב, כגון במקרה של ניתוק הקשר עם החייב, חדלות פירעון של החייב, וכיוצא באלה, או אם קיים צורך לפעול ללא דיתוי למימוש מידי של הערבות.
104. שאלה נוספת החורגת מתחומי מאמר זה היא האם ניתן לתקוף התנאה כזאת באמצעות חוק החוזים האחידים. לגישה השמרנית של בתי המשפט בנושא, ראו ס' דויטש (לעיל, הערה 30), בעמ' 177.

105. לביקורת על ההגנות הנרחבות שקובע פרק ב לחוק הערבות, ראו בהט (לעיל, הערה 92), בעמ' 80; איתן ברגלס, "היבטים כלכליים של חקיקה ופסיקה ביחסי בנק-לקוח", רבעון לבנקאות ל (תשנ"ב) 102; מיגל דויטש, "דיני חוזים", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב – תשנ"ג (תשנ"ד) 105, בעמ' 136; דברי שר המשפטים לשעבר מרידור, בדיונים בכנסת על חקיקת החוק: ד"כ 122 (תשנ"א) 5291-5296; ד"כ 125 (תשנ"ב) 3545.

106. בן-אוליאל (לעיל, הערה 2), בעמ' 72.

