

ערבות בנקאית: החריגים לעקרון העצמאות

רוי בר-קהן*

- א. מבוא
- ב. עצמאות הערבות הבנקאית
- ג. כלל התאמת המסמכים
- ד. חריג המרמה
- ה. חריג הנסיבות המיוחדות
- ו. החלת מודל החיוב המשני ועצירת מימוש הערבות מכוח עקרון ההפטר
- ז. המבוכה העיונית בסיווג מהותה של הערבות הבנקאית והקשיים שנוצרו
- ח. הערבות כחיוב משני, והערבות הבנקאית כחלק מדיני הערבות
- ט. אימוץ עקרונות המודל המוצע בפסיקה עדכנית – פסקי הדין בעניין אדמוב, ההתאחדות לכדורגל ומטאקש
- י. תוקפה של ערבות בנקאית שניתנה על ידי קבלן לבעלים שמכר זכויותיו
- יא. סיכום

א. מבוא

אחת הבטוחות הנפוצות ביותר בחיי המסחר בישראל הנה ערבות בנקאית. כך, לדוגמה, שוכרים נדרשים באופן שכיח למסור אותה לצורך הבטחת התחייבויותיהם בהסכם שכירות, ספקים מוסרים אותה כתנאי לאשראי עבור אספקת סחורה הניתנת להם, ומציעים הניגשים למכרזים מוסרים אותה להבטחת קיום הצעתם. מה מהותה של אותה ערבות בנקאית שכיחה? מה היתרונות בקבלתה כבטוחה? האם ניתן לעצור את מימושה, ואם כן – כיצד?

רשימה זו עוסקת בשאלות אלו, ודנה בהתפתחויות העדכניות בדין הישראלי בדבר תפיסתה העיונית של הערבות הבנקאית, ובהתלבטויות בדבר היישום המעשי של תפיסה עיונית זו. בחלקה הראשון של רשימה זו (פרקים ב' עד ה') אבחן את

* דוקטור, מורה מן החוץ בפקולטות למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב, המרכז הבינתחומי בהרצליה והמכללה למינהל בראשון-לציון. שותף במשרד עוה"ד בלושטיין, בר-קהן, צינגלאוב ושות'. תודותיי לפרופ' נילי כהן על עזרתה ועל הערותיה המועילות ומאירות העיניים ולעו"ד ישראל צינגלאוב.

המקורות העיוניים הנוכחיים שמהם צמח הדיון במוסד הערבות הבנקאית (דיני האשראי הדוקומנטרי), אבחן את הכללים המשפטיים אשר הוחלו על הערבות הבנקאית בשיטת המשפט הישראלית (כלל העצמאות וכלל התאמת המסמכים), אציג את הכללים אשר פותחו לצורך יצירת החריגים לעקרון העצמאות המגולם בערבות הבנקאית (חריג המרמה וחריג הנסיבות המיוחדות) ואסקור את העמימות, ההתלבטויות, חוסר האחידות והבעייתיות בנוגע ליישום כללים אלו. בחלקה השני של הרשימה (פרקים ו' עד ח') אציג את עמדתי בעניין התפיסה העיונית הראויה של מוסד הערבות הבנקאית, ואציע מודל מקורי לבחינת סוגיות שבהן מעורבות ערביות בנקאיות. בהתאם לתפיסה העיונית החדשה שאציע, אבחן סוגיות הקשורות בערביות בנקאיות ואיישם עקרונות יסוד מתחום דיני הערבות (ולא דיני האשראי הדוקומנטרי שנועדו ופותחו לצרכים אחרים). זאת, בשינויים המחויבים הנובעים מסיווג הערבות הבנקאית כהתחייבות לשיפוי שבה דן סעיף 16 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967. כן אדגים את עמדתי בשני מצבים שכיחים שבהם יישום המודל מביא למסקנה כי יש לעצור את מימוש הערבות הבנקאית: מצב שבו החיוב העיקרי פקע, ומצב שבו הערבות הבנקאית ניתנה להבטחת חיוב שונה. כפי שנראה, אימוץ הביקורת שנמתחה על המצב העיוני הקיים, והחלה בפועל של המודל בפסיקה עדכנית שבה התעוררו מצבים אלו, הביאו את בית המשפט למסקנה שלפיה אין מקום לאפשר, בנסיבות אלו, מימוש ערבות בנקאית, מבלי לפגוע בתפקידה הכלכלי החשוב ובעקרון העצמאות המאפיין אותה.

חשוב להדגיש כי עיקר הניתוח והביקורת המועלים ברשימה זו נוגעים לביסוס העיוני של תפיסת הערבות הבנקאית, ולא ליישום המעשי בפועל של המצבים שבהם יחולו החריגים לעקרון העצמאות. במילים אחרות: אימוץ התפיסה המועלית ברשימה זו אינו צפוי להרחיב באורח ניכר את קשת המקרים שבהם ניתן יהיה לפגוע בעקרון עצמאות הערבות הבנקאית. אימוץ המודל המוצע אינו צפוי לפגוע בתפקידה הכלכלי החשוב של הערבות הבנקאית כבטוחה זמינה ויעילה. מטרתו העיקרית היא להבהיר את המקור העיוני של מוסד כלכלי חשוב זה, לאפשר את פיתוחו ולהקל על בתי המשפט בדיונים הרבים הנוגעים לערבות הבנקאית. הקלה זו חיונית נוכח ניסיונם של השופטים להתמודד עם הרצון לשמור על עקרון העצמאות החשוב, מחד גיסא, ועם הרצון לאפשר במקרים הראויים חריגים לעיקרון זה, מאידך גיסא. במצבים החריגים יהיה מקום לדחות עיקרון זה מפני עקרונות אחרים ובשל אינטרסים אחרים. כך, למשל, העמדה המובעת ברשימה זו היא כי אין מקום לאמץ את עקרון ההתאמה הדווקני אשר חל בדיני האשראי הדוקומנטרי ואומץ אוטומטית בכל הנוגע לערביות בנקאיות. בהתאמה, טעויות סופר קלות אינן מצדיקות הימנעות ממימוש ערבות בנקאית. סוגיות הנוגעות לפרשנות ואומד דעת הצדדים בערבות בנקאית יידונו בהתאם לעקרונות החוזיים הרגילים החלים על ערבות "רגילה", בשינויים התואמים את מיקומה של הערבות הבנקאית כהתחייבות לשיפוי היוצרת חיוב עצמאי. מאידך

גיסא, בדוגמאות הנזכרות לעיל, שבהן פקע החיוב או שהערבות ניתנה להבטחת חיוב אחר, אימוץ המודל יביא באופן ישיר לעצירת הערבות הבנקאית. עם זאת, ניתן להניח בסבירות גבוהה כי גם בהתאם לניתוח הקיים כיום, לא ניתן יהיה לממש ערבויות כאלו. ואולם השיח כיום באפשרות מימושן של ערבויות בנקאיות, נעשה, כפי שיבואר להלן, באופן מאולץ ושגוי, תוך התמודדות עם קשיים עיוניים רבים. אני מקווה שקשיים אלו יפתרו ושהערבות הבנקאית תסווג במקומה הראוי, תוך הצבת נדבך נוסף בהתפתחות הפסיקה הישראלית המודרנית השואפת לאחידות דינים, לקוהרנטיות, לפשטות וליצירה משפטית מקורית שאינה נסמכת בהכרח על דינים זרים.

ב. עצמאות הערבות הבנקאית

ייחודה של הערבות הבנקאית הוא בעצמאותה. עצמאות זו באה לידי ביטוי בניתוק שבין הערבות הבנקאית לבין עסקת היסוד. ניתוק זה בולט במיוחד לאור השוני התהומי שבין הערבות הבנקאית לבין ערבות רגילה. תפיסת היסוד של ערבות רגילה היא כי ערבות זו הנה חיוב משני, ומשכך, הערב זכאי, בין היתר, להעלות את כל טענות החייב בנוגע לחיוב העיקרי.¹ לעומת זאת, כאשר מדובר בערבות בנקאית, התפיסה הבסיסית והעקבית גורסת כי הצד המחזיק בערבות הבנקאית מוגן מפני העלאת טענות במסגרת עסקת היסוד. יתרון נוסף של הערבות הבנקאית, בהשוואה לערבות רגילה, הוא שכבר בשלב הראשוני של הסכסוך מחזיק הערבות הבנקאית צפוי להמירה לסכום מזומן הנמצא בחזקתו, כך שנטל פתיחת תובענה, ניהולה וגביית סכום הערבות הוא על מוסר הערבות, בניגוד למצב הרגיל, שבו הנטל לנקוט הליך משפטי הוא על הטוען לחוב.²

¹ ההוראה הבולטת ביותר אשר מגלמת את עקרון משניות חיובו של הערב מצויה בסעיף 7(א) לחוק הערבות. סעיף זה קובע כי "כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו עומדת גם לערב". הוראה זו, כמובן, אינה ישימה בכל הנוגע לערבות הבנקאית, שבה תפיסת עקרון העצמאות היא כי הנושה אינו צריך להיות חשוף להעלאת טענות הנוגעות למערכת היחסים בינו לבין החייב כתנאי למימוש הערבות. עם זאת, בחוק הערבות סעיפים נוספים, היוצרים את הזיקה הישירה שבין חיובו של הערב לבין חיובו של החייב העיקרי, ומעידים על משניות חיובו של הערב בניגוד לתפיסת העצמאות המאפיינת את הערבות הבנקאית. כך, למשל, קובע סעיף 4(א) לחוק הערבות הן בתחומה של הערבות כי אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב ולא בחמור ממנו, לעומת מחזיק ערבות בנקאית שיכול לכאורה לממשה, גם אם סכום הערבות עולה על סכום החיוב; סעיף 5 לחוק הערבות דן בשינויים שונים בחיוב הנערב וקובע כי שינויים אלו משליכים ישירות על חיובו של הערב. שינוי יסודי הפוגע בזכויות הערב יכול אף להביא לביטול הערבות; וסעיף 6 לחוק הערבות דן בהפטר הערב במצבים שבהם הנושה גורם לאי-מילוי החיוב הנערב או לפגיעת ערובה שניתנה להבטחת החיוב הנערב.

² דוגמה למשך הזמן הרב שיכול לחלוף עד למימוש תביעת ההשבה ניתן למצוא בעניין ת"א

הערבות הבנקאית הנה התחייבות של בנק-ערב לכבד דרישה של מוטב הערבות לשלם לו סכום כסף בהתקיים תנאי הערבות. תוכנה של ההתחייבות מנותק בדרך כלל במידה זו או אחרת מהחוב העיקרי שבין יוזם מתן הערבות לבין המוטב. יוזם הערבות הוא לקוח הבנק, המבקש מהבנק לתת את הערבות, ומתחייב מצדו לשפות את הבנק עבור מתן הערבות ותשלומה. הסדר זה מערב שלושה צדדים: הלקוח, הבנק-הערב והמוטב. צדדים אלה קשורים ביניהם בכמה קשרים חוזיים: חוזה-היסוד בין הלקוח לבין המוטב; החוזה בין הבנק-הערב לבין הלקוח, שבו מתחייב הלקוח לשפות את הבנק במקרה שיידרש לשלם את סכום הערבות; ואחרון – הערבות הבנקאית עצמה, המהווה חוזה בין הבנק-הערב לבין המוטב, ובו מתחייב הבנק לממש את הערבות בהתקיים תנאי ערבות מסוימים שהוסכם עליהם.³ בפסיקה הוגדרה הערבות הבנקאית כ"התחייבות עצמית של בנק אשר מקבל על עצמו כלפי נושה אחריות מוגדרת ובלתי תלויה בחיובו של החייב העיקרי".⁴

ניתן להדגים את ההבדל העיקרי שבין ערבות בנקאית לערבות רגילה במצב השכיח, שבו בעל בית המשכיר דירה מבקש בטוחה לקיום התחייבויות השוכר. עדיף לבעל הבית לקבל מהשוכר ערבות בנקאית מאשר להחתים ערב רגיל. כך, אם למשל

(שלום י"ם) 1889/03 קול נ' שיש אלוני בע"מ (טרם פורסם, 2.1.2007). באותו מקרה מימשה קבוצת רוכשים של כלים סניטריים ערבות בנקאית על סך 200,000 ש"ח, שניתנה לה על ידי הספק במקביל לביצוע התשלום על ידה, לאחר שהקבוצה טענה כי עסקת היסוד עם הספק הופרה. באותו עניין העסקה נעשתה בשנת 2000, ורק בשנת 2007 קיבל הספק פסק דין לטובתו אשר קבע כי המימוש נעשה בסכום עודף בסך של 183,592 ש"ח. זאת לאחר קביעת ממצאים במסגרת עסקת היסוד ופירוט ההתחשבות בין הצדדים. למקרה מיוחד שבו תביעת ההשבה לאחר מימוש הערבות הבנקאית הוגשה על ידי הבנק ראו ת"א (שלום ת"א) 50362/04 בנק הפועלים נ' ליפשיץ (לא פורסם, 16.11.2006), שבו קבע בית המשפט כי במצב שבו הבנק לא זכה לשיפוי מהלקוח, מבקש הערבות, עומדת לבנק עילת תביעה בעילת עשיית עושר ולא במשפט במצב שבו הערבות חולטה מעבר לסכום החוב.

³ Note, *Letters of Credit: Injunction As a Remedy for Fraud in U.C.C. Section 5-114*, 63 MINN. L. REV. 487 (1979); RAYMOND JACK, ALI MALEK & DAVID QUEST, DOCUMENTARY CREDITS: THE LAW AND PRACTICE OF DOCUMENTARY CREDITS INCLUDING STANDBY CREDITS AND DEMAND GUARANTEES 242 (3rd ed. 2001); LAZAR SARNA, LETTERS OF CREDIT: THE LAW AND CURRENT PRACTICE 435–452 §§ 14.01–14.15 (3rd ed. 1989); ג'ד טדסקי "על ההתחייבות לשיפוי וסביבתה" משפטים כ 337 (1990); ע"א 3130/99 שובל הנדסה ובנין (1988) נ' י.ש.מ.פ. חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד נח(3) 118 (2004).

⁴ בלשונו של השופט אשר בע"א 529/78 איליט בע"מ נ' אלקו חרושת אלקטרו מכנית ישראלית בע"מ, פ"ד לד(2) 13, 17 (1979). לד"ן בארצות-הברית ראו Bernard S. Wheble, "Problem Children" – Stand-by Letters of Credit and Simple First Demand Guarantees, 24 ARIZ. L. REV. 301 (1982); Dean Pawlowic, *Standby Letters of Credit: Review and Update*, 23 U.C.C.L.J. 391 (1991); Henry Harfield, *Guaranties, Standby Letters of Credit, and Ugly Ducklings*, 26 U.C.C. L. J. 195 (1994).

לא יעמוד השוכר בתשלומי דמי השכירות, יוכל בעל הבית לדרוש מהבנק מוציא הערבות הבנקאית את מימוש הערבות, והוא יוכל לקבל את כספו מיד. אך אם בידי בעל הבית ערבות רגילה, הוא יצטרך להגיש תביעה לבית המשפט, לקבל פסק דין ולגבות פסק זה בהוצאה לפועל. יתרה מכך, כאשר לבעל הבית ערבות בנקאית, הבנק והשוכר אינם יכולים להעלות טענות הנוגעות למחלוקות חוזיות בעניין הסכם השכירות. מצב כזה יכול להיגרם למשל כאשר השוכר טוען שבעל הבית לא תיקן את הדוד, ועקב כך נגרם למיטלטליו נזק מנזילות. השוכר מבקש לקזז את נזקו מדמי השכירות, אך בעל הבית גורס כי על השוכר היה לתקן את הדוד, כך שאין הוא אחראי לנזק. כאשר לבעל הבית ערבות בנקאית, הוא לא יהסס לדרוש לממשה ולהמירה מיד למזומן. במצב זה, שבו השוכר עומד על טענת הקיזוז שלו, הוא זה שלאחר המימוש יאלץ לתבוע את בעל הבית, ובתביעה זו יעלו הצדדים את טענותיהם. מנגד, אם לבעל הבית ערבות רגילה של צד שלישי, יהא עליו להגיש תביעה רגילה נגד ערב זה, ואילו הערב יוכל להתגונן בכל טענות ההגנה של השוכר. במצב זה בעל הבית "מתרחק" מכספו, ויוכל לגבותו רק לאחר שבית המשפט ידון בהליך כולו, יבחן את כל טענות הצדדים ויאמץ את טענות בעל הבית. אם השוכר ימאן לשלם גם לאחר פסק הדין, יהא על בעל הבית לנקוט הליכי הוצאה לפועל לצורך גביית הסכום.⁵ אם יסתבר שהשוכר חדל פירעון או קשה גבייה, עלול בעל הבית להיוותר ללא תשלום החוב או תוך גבייה חלקית של החוב.⁶

⁵ להבחנה שבין ערבות רגילה לערבות בנקאית ראו גם: Gerald T. McLaughlin, *Standby Letters of Credit and Guaranties: an Exercise in Cartography*, 34 WM. & MARY L. REV. 1139 (1993). להעלאת טענת קיזוז על ידי ערב השוו: ע"א 118/93 **גמבש נ' בנק מרכנתיל לישראל בע"מ**, פ"ד מח (4) 463 (1994).

⁶ שני פסקי דין לדוגמה שבהם נדונו, ונדחו, בקשות למניעת מימוש ערבויות בנקאיות בהקשר של הסכמי שכירות הם ה"פ (מחוזי י"ם) 830/06 **א.ב. שירותי חניה ירושלים בע"מ נ' אמות השקעות בע"מ** (טרם פורסם, 21.5.2007) (להלן: **עניין אמות השקעות**) וה"פ (שלום ת"א) 200198/06 **DHULKIFI ZAMAN KHAN AL JAFFARI נ' בנק הפועלים בע"מ** (טרם פורסם, 27.3.2007) (להלן: **עניין אל-ג'פרי**). בעניין **אמות השקעות** נדחתה בקשה לעצירת מימוש ערבות בנקאית במסגרת עסקת הסכם שכירות שנחתם ביום 23.10.2002 לתפעול החניון בתחנה המרכזית של "אגד" בירושלים, תוך קביעה כי מדובר בסכסוך חוזי. בעניין **אל-ג'פרי** נדחתה בקשת שוכרים למנוע מימוש ערבות בנקאית ע"ס 156,254 ש"ח לאחר פינוי הדירה ותום תקופת השכירות, לאחר שבית המשפט השתכנע כי בין הצדדים קיימות מחלוקות בתום לב בנוגע לנזקים שנגרמו לדירה לאחר פינויה, ולאחר שסכום המימוש הופחת לסכום נזקים אלו שהועמד על סך של 98,000 ש"ח. לשני מקרים אחרים שבהם ניתן צו זמני כנגד מימוש ערבות בנקאית שניתנה להבטחת חיובים בהסכם שכירות ראו בש"א (שלום רמ') 1399/08 **ארי דורון נ' מורג כרמלה** (טרם פורסם, 23.3.2008) ובש"א (שלום ת"א) 172554/08 **איתן נ' מנחם** (טרם פורסם, 23.9.2008). לסקירת יתרונות הערבות הבנקאית כבטוחה בידי משכיר נכס, לאור עקרון העצמאות, ולבעייתיות המיוחדת המתעוררת בנושא זכות הסכרוגציה במצבים של חלדות פירעון מצד השוכר, ראו גם: Alan N. Resnick, *Letter of Credit as a Landlord's Protection*.

מקרים נוספים שבהם בית המשפט מסרב להתערב במימוש ערבות בנקאית, הם סכסוכים שונים שבמסגרתם ניתנה ערבות בנקאית על ידי אחד הצדדים. סכסוכים שכיחים כאלו הם, בין היתר: (א) סכסוכים שבהם מעורבים קבלנים שמסרו ערבויות בנקאיות להבטחת ביצוע עבודה או להבטחת טיב העבודה. בסכסוכים אלה בית המשפט מסרב לעצור את מימוש הערבות הבנקאית ומפנה את הצדדים לתביעות הדריות בנוגע לשאלה אם היה מקום לממשה;⁷ (ב) סכסוכים הנוגעים לערבויות

Against a Tenant's Bankruptcy: Assurance of Payment or False Sense of Security?, 82
AM. BANKR. L.J. 497 (2008)

7 כן לדוגמה בעניין ע"א 11123/03 ט.ש.ת. חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון (לא פורסם, 21.10.2005) (להלן: עניין ט.ש.ת.). באותו עניין זכתה המערערת במכרז של המדינה, לבניית 99 יחידות דיור בפסגת זאב ומכירתן במחיר מוזל אשר תקרתו העליונה נקבעה בהסכם. להבטחת קיום התחייבויות המערערת על פי החוזה, בכלל זה ההתחייבות למכור את הדירות במחיר שלא יעלה על המחיר המרבי, ניתנה על ידה ערבות בנקאית. בהתאם לנוסח הערבות, הבנק התחייב לשלם כל סכום שיירדש לשלמו בגבולות סכום הערבות בלא שהמשיבה תהא חייבת להמציא "כל הנמקה, ראיה, פט"ד, או אסמכתא משפטית אחרת" (שם, בעמ' 4). בפועל, בנתה והתקינה המערערת גם מעליות בבניינים, תוך שהיא גובה מהדיירים תשלום נוסף בגין עבודות אלו. תשלום נוסף זה חרג מהתקרה הקבועה בהסכם, ומשרד הבינוי והשיכון ביקש לממש את הערבות הבנקאית. בית המשפט העליון אימץ את קביעת בית המשפט המחוזי כי החזקה הבסיסית בעת הוצאת ערבות בנקאית היא כי מדובר בחיוב עצמאי, וכי נוסח כתב הערבות באותו עניין תומך בכך, ודחה את הערעור לאור עקרון העצמאות. פסק הדין מהווה סמן קיצוני המעניק עדיפות עליונה לעקרון העצמאות, וקובע כי לאור עקרון זה, לא נדרשת המדינה כלל להוכיח את הפרת ההסכם. יצוין כי בית המשפט היה מודע לבעייתיות שנגרמה בעקבות פסק הדין בעסקת היסוד, במערכת היחסים שבין הקבלן, המדינה והדיירים. שהרי לאור תוצאת פסק הדין, זכאית המערערת לכאורה למנוע מהדיירים שימוש במעליות. המדינה, מצדה, אמורה להשיב את כספי החילוט לדיירים, אולם ספק אם הם זכאים להם, וממילא מתעוררת הסוגיה מי זכאי, ובאיזה שיעור הוא זכאי. זאת, לאור העובדה שבינתיים הם עשו שימוש במעליות. "התחשבות" זו, במסגרת דיני עשיית עושר, ועסקת היסוד, לא מנעה את מימוש הערבות, ובית המשפט הבחין במועד ובמפורש בין הצורך בעשייתו ובטענות הצדדים האפשריות לגביה, לבין אפשרות מימוש הערבות. הד בלבד להחלת שיקולים אלו, ניתן למצוא בהערת האגב של בית המשפט (שם, ס' 18 לפסק הדין), כי לו היו נטענים בפניו במסגרת היקף סכום דרישת המימוש, היה בוחן אותם, אולם משלא נעשה כן, הוא לא התערב גם בנושא זה. דוגמה נוספת ניתן למצוא בעניין בש"א (מחוזי חי') 2123/06 הירשמן נ' פנורמה הצפון חברה לבניה בע"מ (לא פורסם, 20.4.2006). שם עתר כונס נכסים שמונה לחברה הקבלנית פנורמה, כנגד מימוש ערבות בנקאית שנתנה החברה ואשר נועדה להבטיח את חובותיה בתקופת הברק לתיקון ליקויים בדירות דיירים. הכונס טען כי נותרו בין 4 ל-9 דירות מתוך 117 דירות שסכומי התיקונים בהם זעומים, וכי דרישת חילוט הערבות על בסיס כזה הנה קנטרנית נועדה להעשיר את פנורמה בלבד, ועולה כדי חוסר תום לב קיצוני ומרמה. המשיבה חלקה על תיאור מינימלי זה, וטענה כי הועלו כלפיה דרישות מצד דיירים לליקויי בנייה נוספים בסכומים גבוהים. בית המשפט דחה את הבקשה, קבע כי המחלוקת בין הצדדים היא מחלוקת חוזית, ומתמקדת בשאלות עובדתיות, כגון: האם החברה עמדה בהתחייבויותיה ההסכמיות וטיפלה בכל הליקויים הנטענים על ידי הדיירים, כטענת כונס הנכסים. בנסיבות אלו, לטענת

בנקאיות אשר הופקדו כתנאי להשתתפות במכרזים; 8 (ג) סכסוכים בעסקאות מקרקעין; 9 (ד) מצבים שבהם הופקדה ערבות בנקאית כבטוחה לצורך שחרור ממעצר.¹⁰ בקשות רבות מוגשות כנגד מימוש ערבויות בנקאיות, וכדבר שבשגרה,

בית המשפט, אין מקום להתערב בעקרון עצמאות הערבות הבנקאית. עוד דוגמה לרחיית בקשת קבלן שכרת עם המדינה הסכם לבניית דירות לזכאי משרד השיכון וחרג בניסוח חוזים הסטנדרטיים עם הדיירים מהוראות ההסכם (בעיקר בנוגע להתייחסות לערבויות חוק המכר) ניתן למצוא בה"פ (שלום י"ם) 712/05 **מעוז דניאל חברה קבלנית לבניה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד השיכון** (לא פורסם, 29.10.2006).

8 בתחום דיני המכרזים נועדה הערבות הבנקאית, שמצורתה על ידי המציע להצעתו, להגשים שתי מטרות עיקריות: לעמוד על רצינותו של המציע במכרז ועל חוסנו הכלכלי, ולתת בידי בעל המכרז אמצעי יעיל לגביית פיצויים מהמציע אם יחזורבו מהצעתו שזכתה במכרז. ע"מ 1966/02 **המועצה המקומית מג'אר נ' גמאל אבראהים**, פ"ד נז(3) 511, 505 (2003); ע"מ 10785/02 **חברת י.ת.ב בע"מ נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(1) 897, 907 (2003); ע"מ 6242/09 **הג'אוי חברה לסיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי** (טרם פורסם, 10.11.2009). הדרישה לכך שהערבות הבנקאית המצורפת להצעה במכרז תהיה ערבות בנקאית אוטונומית נועדה להגשים בעיקר את המטרה השנייה מבין שתי המטרות שהוזכרו לעיל. דוגמה טובה להענקת עדיפות לעקרון העצמאות בדיני המכרזים ניתן למצוא בעניין בר"ם 11411/05 **איגוד ערים לאיכות הסביבה 'דרום יהודה' נ' חברת חופרי ר. אבוקוש בע"מ** (לא פורסם, 11.6.2006) (להלן: עניין **איגוד ערים**). באותו עניין קיבל בית המשפט העליון בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מנהליים שלפיה ניתן צו מניעה זמני האוסר על המבקש לחלט ערבות בנקאית שניתנה לו על ידי המשיבה במסגרת מכרז שהוציא המבקש לביצוע עבודות שונות במטמנת פסולת. בית המשפט העליון קבע כי גם אם עומדת למציע טענה טובה בגין פיצול המכרז בין המציעים השונים הרי זוהי מחלוקת פרשנית באשר לתנאי המכרז, אותו ניתן לראות כחווה בין בעל המכרז למשתתפים בו, וככזו מהווה היא מחלוקת חוזית בנוגע לעסקת היסוד שאינה פוגעת בעקרון העצמאות. דוגמה נוספת להחלת עקרון העצמאות ניתן למצוא בעניין ת"א (שלום ת"א) 61434/06 **ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (לא פורסם, 17.12.2006). באותו עניין נדחתה בקשת משתתף במכרז של חברת החשמל למנוע מימוש ערבות בנקאית למרות טענתו כי אכיפתו למימוש אופציה לאספקת מנתקי נתיכים נשלפים נוספים נעשתה באיחור, ובחוסר תום לב מאחר שחברת החשמל ידעה כי הופסק ייצורו של דגם מוצר זה.

9 כך לדוגמה בה"פ (שלום ת"א) 201000/06 **ק. מינץ חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' אמות השקעות בע"מ** (טרם פורסם, 27.2.2007). בעניין זה נדונה ערבות בנקאית שהוצאה במסגרת עסקת קומבינציה להבטחת התחייבויות שונות של בעלי הקרקע. גם כאן סירב בית המשפט להתערב בסכסוך בין הצדדים לאור עקרון העצמאות ובשל העובדה שראה בסכסוך חוזה גרידא.

10 כך לדוגמה בעניין בש"פ 10532/03 **רשל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(6) 469 (2005). באותו מקרה נדרשה הפקדת ערבות בנקאית כתנאי לשחרורו ממעצר של חשוד בעברות על חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968. על כתבי הערבות נכתב בראשם כי הם ניתנו לבקשת צדדים שלישיים. אותם צדדים שלישיים טענו בפני בית המשפט כי לאור הכיתוב האמור, לא היה מקום למימוש הערבות, לאחר שהחשוד יצא מהארץ ולא שב ארצה, ללא הזמנתם לדיון במסגרתו שונו תנאי היציאה מן הארץ של החשוד. בית המשפט קבע כי אזכור שמם של הצדדים השלישיים עניינו רק במסגרת מערכת היחסים שבינם לבין הבנק, ואין הוא יוצר זיקה משפטית מכל סוג שהוא

נקודת המוצא המאפיינת את הדיונים בבקשות אלה היא העדפת העיקרון של עצמאות הערבות הבנקאית ודחיית הבקשות למתן צו המניעה. זאת, תוך הפניית הצדדים להליך משפטי ממצה לצורך בירור ההתחשבות בין הצדדים.¹¹

ג. כלל התאמת המסמכים

תפיסת הערבות הבנקאית כחייב עצמאי, המנותק מעסקת היסוד, גרמה לפסיקה לערוך אנלוגיה בין מוסד הערבות הבנקאית לבין מוסד אחר שמאפיינו הבולט הוא עקרון העצמאות – האשראי הדוקומנטרי. בהתאם לעמדה המובעת ברשימה זו, תפיסה זו בעייתית, וראוי כיום לנסות ולהתנתק ממנה. לטעמי, יש להפגין עצמאות מחשבתית ולנתק את "הקשר הגורדי" שבין כללי האשראי הדוקומנטרי לכללים המוחלים על דיני הערבות הבנקאית בשל עקרון העצמאות המשותף לשני המוסדות. בין הערבות הבנקאית לאשראי הדוקומנטרי הבדלים רבים: אשראי דוקומנטרי הנו אמצעי תשלום בעסקאות סחר בין-לאומי, ואילו ערבות בנקאית הנה בטוחה; אשראי דוקומנטרי הוא בבסיסו עסקת מסמכים. המסמכים מגלמים בו את הטובין. ערבות בנקאית אינה העסקה, אלא הביטחון לקיום העסקה; עסקת אשראי דוקומנטרי מושלמת באמצעות העברת המסמכים. הערבות הבנקאית פוקעת ועוברת מן העולם במצב שבו העסקה הושלמה. הן הערבות הבנקאית והן האשראי הדוקומנטרי מאופיינים בניתוק מעסקת היסוד, אולם אין משמעות הדבר כי יש להחיל עליהם בהכרח מערכת דינים זהה. דיני האשראי הדוקומנטרי פותחו על מנת לפתור בעיות שהתעוררו במסגרת סחר בין-לאומי. דינים אלו התפתחו משך מאות בשנים בעקבות נהוג סוחרים, ומגולמים כיום בנוסח כללים ונהלים אחידים באשר לאשראים דוקומנטריים (UCP)¹² שהוציאה לשכת המסחר הבין-לאומית הממוקמת בצרפת

בינם לבין המוטב. החיוב להמציא ערבות בנקאית מוטל על החשוד – החייב, ואין כל חשיבות לשאלה מי הוא שביקש את הבנק להוציא ערבות בנקאית לטובתו.

¹¹ שאלה העולה בהקשר זה היא: האם כאשר מוסר הערבות מוכן להאריך את תוקפה עד לסיום בירור הסכסוך בין הצדדים, יש בכך משום הטיית מאזן הנוחות לטובתו, באופן המצדיק מתן צו מניעה זמני. בעניין זה, ניתן למצוא בפסיקה כמה אמירות, שלפיהן במסגרת מאזן הנוחות במצב המיוחד של צווי מניעה לצורך עצירת מימוש ערבות בנקאית, אין הנכונות האמורה משום שיקול רלוונטי, והשיקולים העיקריים הם אלו הדנים בהיבטים המשפטיים של החריגים לעקרון העצמאות. השוו: בר"ע (מחוזי ת"א) 21781/99 **ישראלופט (תעשיות) 1972 בע"מ נ' אשד (1980) מהנדסים ויועצים תעשיה ניהול ומיכון בע"מ** (לא פורסם, 28.4.2003); בש"א (שלום חי) 19952/06 **בן סימון תעשיות אלומיניום בע"מ נ' אלהר הנדסה ובניין בע"מ** (טרם פורסם, 15.1.2007).

¹² Uniform Customs and Practice for Documentary Credits. ב-1.7.2007 נכנסה לתוקף גרסה חדשה של כללים אלו המכונה UCP 600 ואשר החליפה את גרסת הכללים הקודמת שהייתה UCP 500 משנת 1994. הכללים המקוריים פורסמו לראשונה בשנת 1933, ותוקנו

(ICC).¹³ דינים אלו מתמודדים עם בעיות רבות הנובעות מהאופי המיוחד של הסחר הבין-לאומי, ומנסים להביא לפתרון בעיות אלה באופן אחיד בכל העולם.¹⁴ דינים אלו אינם בהכרח המסגרת העיונית המתאימה לשיטת המשפט הישראלית – שבה בעיות וכללים ייחודיים לארץ – לבחון סוגיות שבה מעורבים סכסוכים בנוגע לערבויות בנקאיות. לשיטתי, בידינו כיום לפתח מסגרות משפטיות מתאימות במסגרת תפיסה כוללת של דיני החיובים בשיטת המשפט הישראלית.¹⁵ בידינו למקם את הערבות הבנקאית בדינים אלו. בהתאמה, אציג בהמשך הרשימה את עמדתי בעניין מקומה המוצע של הערבות הבנקאית במסגרת דיני החיובים בשיטת המשפט הישראלית.

מכל מקום, בשל הזיקה הישירה שנוצרה בין דיני האשראי הדוקומנטרי לדיני הערבות הבנקאית על שום עקרון העצמאות החל בשניהם, אימצה הפסיקה הישראלית את הפסיקה בדין האנגלו-אמריקני בנוגע לכלל התאמת המסמכים, אשר פותח בדיני האשראי הדוקומנטרי.

מהו אותו "כלל התאמת המסמכים"? מה מטרתו? כיצד הוא יושם בדיני האשראי הדוקומנטרי בשיטות המשפט הזרות? וכיצד הוא יושם בארץ בכל הנוגע לערבויות בנקאיות?

כדי לענות על שאלות אלו, אסקור בקצרה את מהותה של עסקת האשראי הדוקומנטרי. בעסקת אשראי דוקומנטרי פשוטה, היבואן (המכונה Applicant) פונה לבנק שלו (המכונה הבנק הפותח – Issuing Bank), ומבקש ממנו להוציא מכתב אשראי (להלן: L.C.) לטובת היצואן (הוא המוטב – Beneficiary), בהתאם לפרטי עסקת המכר שהוסכמה בין השניים. בבקשה, מגדיר היבואן לבנק את התנאים שבהם על היצואן לעמוד, כגון משלוח סחורה עד מועד מסוים, משלוח של כל הסחורה בבת אחת או משלוח בחלקים, מקור הסחורה, משלוח מנמל מוצא מסוים הנמל יעד מסוים, שינוע הסחורה בים, באוויר, ביבשה או בהובלה משולמת וכיוצא באלו. הבנק של היבואן בוחן את הבקשה מול מסגרת האשראי שיש ללקוח. לאחר אישור העסקה, שולח הבנק של היבואן את ה-L.C. לבנק של היצואן (המכונה הבנק המודיע או

בשנים 1951, 1962, 1974, ו-1983.

¹³ International Chambers of Commerce.

¹⁴ לקשיים אשר האשראי הדוקומנטרי נועד להביא לפתרוןם ראו למשל ע"א 151/89 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מ.ג. ברין**, פ"ד מו(4) 101, 112 (1992). לחשיבות הכרת ובחינת הכללים הבין-לאומיים והכרת בית המשפט העליון בישראל בתוקפם המחייב במצב השכיח שבו הם "מאומצים" בהסכם האחיד שבין הבנק לבין הלקוח ראו ע"א 4602/97 **רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד נג(2) 577 (1999).

¹⁵ לניסיון ליצר מערכת כללים אחידה בדיני החיובים בשיטת המשפט הישראלית ראו תזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006, ניתן לצפייה בכתובת: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf (נבדק לאחרונה ב-18.11.2009). לדיון בפרק ריבוי החייבים ונושים בחוק האזרחי החדש ראו מיגל דויטש **פרשנות הקודם האזרחי** א 263–283 (2005).

הממונה – Advising / Nominated Bank), ובנק זה מודיע ליצואן כי נפתח לטובתו אשראי דוקומנטרי. היצואן מוודא כי ה-L.C. עונה על דרישותיו, ומבצע את העסקה. הוא מכין את הטובין למשלוח ואת המסמכים שנדרשו ב-L.C., ומציג את המסמכים לבנק שלו. הבנק של היצואן בודק את המסמכים שנדרשו ב-L.C., מאפשר ליצואן לבצע בהם תיקונים (אם נדרש ואם עוד אפשר), מחליט אם ייקח על עצמו לשלם ליצואן את תמורת המסמכים או ממתין לתגובת הבנק שפתח את ה-L.C. ושולח אליו את המסמכים. הבנק של היבואן בודק את המסמכים, ואם מצא אותם תקינים, משלם את תמורתם לבנק של היצואן, תוך חיוב של חשבון היבואן. במקביל מוסר הבנק של היבואן ללקוחו את המסמכים שבעזרתם יוכל לשחרר את הטובין שנשלחו על ידי היצואן. תנאי ה-L.C. הם אלו אשר מגדירים ומתארים את המסמכים השונים שעל היצואן להציג כדי להוכיח שעמד בדרישות, ושהוא זכאי לקבל את התשלום. כך, לדוגמה, מסמך המעיד על מחיר הסחורה יהיה חשבון הספק (Invoice), מסמך המעיד על הטענת הסחורה על כלי שיט ושההטענה בוצעה עד התאריך שנדרש יהיה שטר מטען (Bill of Lading), מסמך המעיד על ארץ הייצור יהיה תעודת מקור (Certificate of Origin) וכדומה. הכוח שבידי היבואן לקבוע ב-L.C. שכל המסמכים – למעט חשבון הספק ותעודת האריזה שמפיק היבואן – יפקו על ידי צדדים שלישיים עצמאיים, הוא הנותן ליבואן ביטחון שאכן דרישותיו האמורות יתמלאו.¹⁶

עקרון התאמת המסמכים ביני האשראי הדוקומנטרי, קובע כי המסמכים המוצגים באשראי הדוקומנטרי חייבים להתאים התאמה מלאה לתנאי האשראי הדוקומנטרי. מאחר שהעסקה היא עסקת מסמכים, ומאחר שהבנקים המעורבים אינם אמורים לבחון את אופן ביצוע העסקה, אלא את המסמכים בלבד, קבעו כללי ה-UCP והפסיקה הזרה כלל התאמה דווקני ומוחלט על מנת להגן על היבואן. זאת, מאחר

¹⁶ לספרות הענפה בנושא מכתבי אשראי דוקומנטרי ראו, בין היתר: J.F. DOLAN, THE LAW OF LETTERS OF CREDIT: COMMERCIAL AND STANDBY CREDITS (Rev. ed. 1999); E.P. ELLINGER, DOCUMENTARY LETTERS OF CREDIT: A COMPARATIVE STUDY (1970); BORIS KOZOLCHYK, COMMERCIAL LETTERS OF CREDIT IN THE AMERICAS: A COMPARATIVE STUDY OF CONTEMPORARY COMMERCIAL TRANSACTIONS (1966); Boris Kozolchyk, *Letters of Credit*, in 9 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF LAW, JACK, MALEK & QUEST (eds.), ch. 5 (Jacob S. Ziegel, ed., 1979); PAUL TODD, BILLS OF LADING AND BANKERS' DOCUMENTARY CREDITS 3 (3rd ed. 1998); H.C. GUTTERIDGE & MAURICE MEGRAH, THE LAW OF BANKERS' CREDITS (7th ed. 1984); SARNA, COMMERCIAL CREDITS (7th ed. 1984); MICHAEL ROWE, GUARANTEES: STANDBY LETTERS OF CREDIT AND OTHER SECURITIES (1987). לניתוח סטטיסטי של השימוש הנרחב במכתבי אשראי דוקומנטרי בארצות הברית וניסיון להסבירו ראו: Ronald J. Mann, *The Role of Letters of Credit in Payment Transaction*, 98 MIC. L. REV. 2494 (2000).

שהיבואן יוכל להתגונן כנגד ביצוע חסר או לקוי רק באמצעות המסמכים, שאת תוכנם ופרטיהם הכתיב הוא עצמו, כתחליף לבדיקה בעין של הטובין.¹⁷ להקפדה על ההתאמה בין פרטי האשראי הדוקומנטרי לבין המסמכים המוצגים מטרה נוספת, והיא לאפשר לבנק לבדוק בדיקה טכנית ונטולת שיקול דעת. כך, למשל, נקבע באנגליה כי מסמכי אשראי דוקומנטרי שהעידו על משלוח של 499.7 טון סוכר צריכים להידחות, מקום שמכתב האשראי הדוקומנטרי קבע כמות של 500 טון סוכר,¹⁸ ובארצות-הברית נקבע כי מאחר שבמכתב האשראי הדוקומנטרי נדרש שבשטר המטען יופיע שמו של Mohammad Sofan, הרי שטר מטען שבו צוין השם Mohammad Soran אינו עומד בתנאי כלל ההתאמה.¹⁹

כאמור לעיל, עקרון ההתאמה הוחל בפסיקה הישראלית גם על ערבויות בנקאיות. מאחר שכאמור, בערבות בנקאית אין מדובר בעסקת מסמכים, הרי האנלוגיה שביצעה הפסיקה התייחסה להתאמה המוחלטת אשר נדרשת בין התנאים הקבועים בלשון הערבות לבין דרישת המוטב, באופן שבו תהיה התאמה מלאה בין הפרטים הנדרשים בכתב הערבות לבין הפרטים המוצגים לבנק לשם קבלת תשלום הערבות. פרטים שכיחים לגביהם נבחנת ההתאמה הם זהות המוטב (הן במצב שבו הערבות בת הסבה, והן במצב שבו לא ניתן להסב את הערבות),²⁰ דרך הצגת דרישת התשלום בהתאם לערבות הבנקאית (אפשרות מימוש באמצעות הפקסימיליה, או דרישת משלוח מקור הערבות),²¹ מקום דרישת המימוש,²² מועד פקיעת האפשרות לדרוש את מימוש הערבות הבנקאית²³ ומסמכים שונים אשר בהתאם לתנאי הערבות צריכים להיות

¹⁷ הפרקים העוסקים בחובה העקרונית לבדיקת המסמכים והתאמתם הם פרקים 14 ו-15 ב- UCP 600, לעיל ה"ש 12. בהתאם לקבוע בפרקים אלו, על הבנק הממונה הפועל בהתאם למינויו, הבנק המקיים, אם ישנו, והן הבנק המוציא, חייבים לבחון את ההצגה על מנת לקבוע, על יסוד המסמכים בלבד, שלכאורה המסמכים מהווים או אינם מהווים הצגה מתאימה. דוגמה ליישום הוראות עקרוניות אלו ניתן למצוא, למשל, בפרק 18 סעיף ג' הקובע כי תיאור הטובין, השירותים או הביצוע בחשבון המסחרי חייב להתאים לזה המופיע באשראי. בשאר המסמכים, לעומת זאת, מספיק תיאור כללי, שאינו סותר את התיאור באשראי הדוקומנטרי.

¹⁸ Moralice (London) Ltd. v. E.D. & F. Man [1954] 2 Lloyd's Rep. 526.

¹⁹ Beyene v. Irving Trust Co., 762 F. 2d 4 (1985).

²⁰ בכתב ערבות בנקאית שכיח, מצוין באופן ברור מיהו המוטב תוך הגדרתו. כך, למשל, בערבויות בנקאיות המוצאות לבית המשפט לצורך שחרור בערובה, מוגדר כי בית המשפט הנו המוטב. השו: עניין **רשל**, לעיל ה"ש 10.

²¹ השו ת"א (שלום ת"א) 27901/06 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון** (טרם פורסם, 29.8.2007) (להלן: עניין **בנק דיסקונט**). באותו עניין עמד בית המשפט על העובדה שתנאי הערבות הבנקאית לא דרשו דווקא משלוח דרישה בדואר רשום, כך שלכאורה ניתן היה לשלוח את הערבות באמצעות הפקסימיליה.

²² כך, למשל, ייתכן שהערבות הבנקאית תנקוב בסעיף הבנק המיוחד שבו הוצאה הערבות, כמקום שאליו צריכה להגיע דרישת המימוש.

²³ ראו עניין **בנק דיסקונט**, לעיל ה"ש 21. באותו עניין קבע בית המשפט עובדתית כי למרות

מצורפים אליה לצורך מימושה.²⁴

כך, לדוגמה, במצב שבו ניתנה ערבות בנקאית להבטחת ביצוע עסקת מכר של מקרקעין שבה נקבע כי תנאי למימוש הערבות הנו הצגת דרישה של מוטב שאליה מצורף מסמך מאת המועצה המקומית רעננה המאשר כי לא ניתן לבנות על הקרקע, ואילו המוטב צירף אישור החתום על ידי מהנדס המועצה, נקבע כי צדק הבנק משסירב לפרוע את הערבות בטענה כי המהנדס לא חתם בשם המועצה.²⁵ בעניין אחר ניתנה ערבות בנקאית להבטחת ביצוע עבודות, ובה נקבע כי תנאי לחילוטה הוא קבלת דרישה שאליה מצורף תצהיר עד לתאריך מסוים אשר חל בשבת. המוטב מסר את הדרישה ביום ששי אך צירף את התצהיר רק ביום ראשון. בית המשפט קיבל את טענת הבנק כי המוטב לא מילא אחר תנאי הערבות "ככתבו וכלשונו", ומשכך אין מקום לממש את הערבות.²⁶ במקרה נוסף בכתבי הערבות שניתנו נרשמו המוטבים כחברה מתל-אביב ששמה "שלמה חבר בע"מ". התברר כי חברה זו אינה קיימת בפועל וחברה שמקום מושבה בישראל בע"מ "ג.י. אי. אל. בע"מ" או "G.E.L. בע"מ", בעוד שמבקשי פרעון הערבות היו אדם פרטי בשם שלמה חבר וחברה זרה בבעלותו בשם "J.E.L. Limited". נקבע כי אי-ההתאמה היא מהותית, וכי אין מקום לדרוש מהבנק לבדוק אם "שלמה חבר בע"מ" ו"שלמה חבר" הם אותה ישות משפטית, או אם חברת J.E.L. Limited מבקשת החילוטה, שמקום מושבה באיי הבריטניה, היא אותה חברה המוזכרת בכתב הערבות בשם אחר ובכתובת שונה לגמרי. לפיכך נקבע כי אין מקום במצב זה לממש את הערבות הבנקאית.²⁷

שמשרד הבינוי והשיכון הציג אישור על משלוח הערבות בדואר רשום לבנק, הרי הוא לא הצליח להוכיח כי הבנק קיבל בפועל את הערבות הבנקאית עד למועד אשר ננקב בה, ולפיכך הערבות הבנקאית פקעה. פסק דין זה מדגיח את חשיבות קבלת אישור מסירת הערבות הבנקאית במועד אשר נקב בה, ואת בחינת תנאי הערבות (שכן באותו עניין, כאמור לעיל, ציין בית המשפט כי לא הייתה מניעה לכאורה לשלוח את הדרישה למימוש הערבות באמצעות הפקסימיליה, פעולה שהייתה מייטרת את הדיון העובדתי הנרחב בשאלה מתי הגיע המכתב הרשום ששלח משרד הבינוי והשיכון). כן נציין, כי יש לערוך הבחנה בין המועד האחרון שבו יש לדרוש את מימוש הערבות הבנקאית, לבין הוראה שכיחה אחרת הקבועה בערבויות בנקאיות, הנוגעת למועד התשלום. המועד הראשון הנו תנאי מהותי אשר בהיעדר התקיימותו פוקעת הערבות, ואילו המועד השני דן רק במימוש הערבות, לאחר שהתקיימו התנאים לכך. בדרך כלל, פרק הזמן המופיע בערבויות בנקאיות שכיחות, הנו פרק זמן של שבועה ימים. באופן מעשי, פרק זמן זה הוא "חלון הזמן" שבמסגרתו יכול מוציא הערבות הבנקאית לקבל סעד זמני דחוף כנגד ביצוע התשלום בפועל, אם הוא סבור כי דרישת המימוש נעשתה שלא כדין.

24 כך, למשל, בכל הנוגע לערבויות בנקאיות הניתנות כתנאי לשחרור בערובה, תנאי שכיח לפיו הנו שלערבות הבנקאית יצורף "פס"ד/ החלטה/ צו שניתן בתיק הנ"ל מאושר ע"י ביהמ"ש" (ראו נוסח הערבות הבנקאית כפי שהוא מצוטט בעניין **רשל**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 474).

25 ע"א 241/64 זיברט נ' **בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד יח(3) 609 (1964).

26 ע"א 264/69 הית לפיתוח בע"מ נ' **בנק הפועל המזרחי בע"מ**, פ"ד כג(2) 282 (1969).

27 ע"א 7168/03 חבר נ' **עו"ד צוריאל לביא בתוקף תפקידו כנאמן של נגה אלקטרוטכניקה בע"מ**

שאלה שעמה התמודדה הפסיקה בשנים האחרונות, היא אם ראוי לאמץ את דרישת עקרון ההתאמה המוחלטת הנהוג בדיני האשראי הדוקומנטרי, או שניתן להסתפק בהתאמה מהותית. בעניין זה ניתן לאתר בפסיקה הישראלית שתי גישות. הגישה הנוקשה שואבת את עקרון ההתאמה המוחלטת מדיני האשראי הדוקומנטרי, ותובעת התאמה מושלמת. גישה אחרת, אשר בתי המשפט בארץ אימצו בחלק מהמקרים, מסתפקת בהתאמה מהותית.²⁸ גם כאן, בהתאם לגישה המובעת ברשימה זו, שלפיה יש לבחון את הסוגיות העומדות בבסיס הערבות הבנקאית בהתאם לעקרונות מודל החיוב המשני, תוך יישום מתאים של עקרון הידוע וההתפתחויות העדכניות בפסיקה הישראלית בכל הנוגע לחריגים לעקרון עצמאות הערבות הבנקאית, נראה כי אימוץ גישת ההתאמה המוחלטת אינו מתאים לדיני הערבות הבנקאית. אימוץ זה אף נוגד את ההתפתחות בפסיקה, בכל הנוגע להחלת עקרון תום הלב על דרישת מימוש הערבות, באמצעות יצירת חריג הנסיבות המיוחדות בו שנדון בהמשך. לכאורה דומה כי אין היגיון פרשני רב באימוץ כלל התאמת מסמכים מוחלט ודווקני (שטעמיו נכונים וראויים לעסקאות אשראי דוקומנטרי אך לא לעסקת ערבות בנקאית). כלל הנוגד את עקרון תום הלב, מקום שמאמצים במקביל חריג לעקרון עצמאות הערבות הבנקאית, המבוסס על עיקרון זה. כך, למשל, טעויות סופר קלות, דוגמת אלו שתוארו לעיל, לא ראוי כי יאפשרו לצד המבקש להתנער מעקרון העצמאות את ביטול הערבות הבנקאית. כפי שיבואר להלן, אימוץ מקורה העיוני של הערבות הבנקאית ותפיסתה כהתחייבות לשיפוי כהגדרתה בסעיף 16 לחוק הערבות,

(לא פורסם, 26.9.2005).

²⁸ לדיון בשתי הגישות ראו ת"א (שלום ת"א) 38478/06 י. מ. שובל 2000 הנדסה בניין ויזמות בע"מ נ' ברגמן תעשיות ונכסים 1996 בע"מ (לא פורסם, 18.9.2006). אותו עניין עסק בבקשה למתן צו מניעה זמני כנגד מימוש ערבות בנקאית מוארכת ומתוקנת שהוגשה על ידי חברה קבלנית (שובל) שהתקשרה בהסכם לבניית מפעל לייצור מזון לבעלי חיים באזור התעשייה עמק חפר עבור חברה אחרת (ברגמן). שובל העלתה כמה טענות נגד בקשת מימוש הערבות, הנוגעות לסיכול עסקת היסוד ועמידתה בעסקה זו, אולם לאור עקרון העצמאות, סירב בית המשפט לדון בטענות אלו. עם זאת, שעה בית המשפט לטענה נוספת של שובל, הנוגעת לעקרון ההתאמה. שובל טענה כי נפל פגם בדרישת החילוט. הערבות ניתנה ל"ברגמן תעשיות ונכסים בע"מ", אולם החוזה שנחתם הוא עם "ברגמן תעשיות ונכסים (1996) בע"מ", ומי שביקשה את מימוש הערבות הנה ברגמן תעשיות ונכסים בע"מ, אשר הנה גוף שאינו קיים. ברגמן הסבירה בתשובתה, כי דובר בטעות סופר, הנובעת מכך שחלק מניירות הלוגו שלה נושאות את השם המשובש של החברה, והראיה לכך היא כי הערבות המקורית, טרם תיקונה, התייחסה לשם החברה המלא. בית המשפט קבע כי בשלב הדיוני שבו מצויה הבקשה, יש בעובדה שהמוטב בערבות הבנקאית והדורש את מימושה הנו גוף משפטי שאינו קיים, על מנת להצדיק מתן צו מניעה זמני, תוך שהוא קובע כי מדובר באי-התאמה גלויה וכוללת לעין. לניתוח נרחב של שתי הגישות ותמיכה בגישת ההתאמה המהותית ראו אברהם וינרוט **ערבות בנקאית** 149-177 (2007).

יאפשר לבתי המשפט החלה מתאימה של כללי פרשנות, בחינת אומד דעת הצדדים והחלת עקרונות יסוד חוזיים גם בסוגיה אם היעדר התאמה קל בין שם המוטב לבין מבקש המימוש מצדיק פגיעה בעקרון העצמאות.

ד. חריג המרמה

כפי שאבאר להלן, לעמדת, חריג המרמה הנו חריג שגוי, לא רלוונטי, שגם הוא נקלט בשיטת המשפט הישראלית בכל הנוגע לערכות הבנקאית עקב אנאלוגיה מוטעית והיעדר חלופה עיונית מתאימה אחרת.²⁹ ואכן, באופן מעשי, השימוש שנעשה בו בשנים האחרונות נדיר עד אפסי.

מקורו של חריג המרמה הוא בדיני האשראי הדוקומנטרי. גם שם דובר בחריג יציר הפסיקה, אשר נוצר, יש מאין, בפסק דין מקורי של השופט שיינטג (Sheintag) מבית המשפט העליון של מדינת ניו יורק בעניין *Sztejn*³⁰ המפורסם. באותו עניין שיגר הספק אשר היה מוטב בהתאם לתנאי מכתב האשראי הדוקומנטרי זבל במקום הסחורה המוזמנת, אולם המסמכים תאמו לחלוטין את דרישות מכתב האשראי. הבנק יודע בעובדה זו, אולם, נאמן להלכות המשפטיות המצמצמות את שיקול דעתו שלא לכבד מכתב אשראי דוקומנטרי למצבים של אי-התאמת מסמכים, סירב לעצור את התשלום. השופט שיינטג קבע כי בנסיבות אלה, שבהן ידע הבנק כי המסמכים אינם משקפים את המציאות, מדובר במרמה, אשר יש לראות בה חריג לעקרון עצמאות האשראי הדוקומנטרי.³¹

חריג המרמה עצמו לא בואר מפורשות גם בשיטות המשפט הזרות. במשך עשרות שנים שימשה הלכת *Sztejn* כהלכה המנחה לגבי חריג המרמה בארצות הברית, ובהתאמה אומצה בהסכמה גם באנגליה,³² באוסטרליה³³ ובקנדה.³⁴ בשנת 1995 עוגן

²⁹ לדין במגבלות עקרון העצמאות ראו: Gerald T. McLaughlin, *Letters Of Credit and Illegal Contracts: The Limits of the Independence Principle*, 49 OHIO ST. L.J. 1197, 1203 (1989).

³⁰ *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, 31 N.Y.S. 2d 631, 634 (1941)
³¹ לניתוח חריג המרמה, ההצדקות והרקע ההסטורי לו, וכן ניתוח נרחב של פסק הדין בעניין *Sztejn* (שם) ראו Ross P. Buckler & Xiang Gao, *The Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law: The Journey So Far and the Road Ahead*, 23 U. PA. J. INT'L ECON. L. 663 (2002).

³² לניתוח והגדרת חריג המרמה באנגליה ראו: *United City Merchants (Investments) v. Royal Bank of Canada*, [1983] 1 A.C. 168 (השופט Diplock).

³³ לפסק הדין המנחה באוסטרליה שבו אומצה הלכת *Sztejn* (לעיל ה"ש 30) ראו *Contronic Distributors Pty Ltd. v. Bank of New South Wales*, [1984] 3 N.S.W.L.R. 110. לניתוח של חריג המרמה באוסטרליה, ולהרחבתו בכל הנוגע לערבויות בנקאיות, להבדיל ממכתב אשראי דוקומנטרי, ראו: Jeffrey J. Browne, *The Fraud Exception to Standby Letters of*

חיקתית חריג זה בארצות-הברית, באמצעות תיקון פרק 5 לקוד המסחרי האחד, ³⁵ וזאת, לאחר עבודת הכנה נרחבת של צוות היגוי מיוחד שמונה. ³⁶ הגדרת חריג המרמה בסעיף 109 לפרק 5 המתוקן נעשתה באופן מצמצם, תוך שימוש במונח "Material Fraud", ³⁷ באופן עמום וקשה ליישום. מאוחר יותר אימץ האו"ם אמנה שבמסגרתה נעשה ניסיון לבאר ולהגדיר בפירוט רב יותר את חריג המרמה. ³⁸ כללי ה-UCP,

Credit in Australia: Does it Embrace Statutory Unconscionability?, 11 BOND LAW REVIEW 97 (1999).

לפסק הדין המנחה בקנדה שבו אומצה הלכת *Sztejn* (שם) ראו Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd [1987] 36 D.L.R. (4th) 161. ³⁴

Uniform Commercial Code (להלן: U.C.C. או "הקוד המסחרי האחד"). ³⁵

לסקירת המלצות צוות ההיגוי וסקירת פרק 5 המתוקן ראו: Report of the Task Force on the Study of U.C.C. Article 5, *An Examination of UCC Article 5 (Letters of Credit)*, 45 BUS. LAW. 1521, 1614 (1990). ³⁶

הגדרת סעיף 109 לאחר תיקון פרק 5 ל-U.C.C. הנה כדלקמן: ³⁷

- (a) If [...] a required document is forged or materially fraudulent, or honor of the presentation would facilitate a material fraud by the beneficiary on the issuer or applicant, [...] the issuer, acting in good faith, may honor or dishonor the presentation[...]
- (b) If an applicant claims that a required document is forged or materially fraudulent or that honor of the presentation would facilitate a material fraud by the beneficiary on the issuer or applicant, a court of competent jurisdiction may temporarily or permanently enjoin the issuer from honoring a presentation or grant similar relief against the issuer or other persons".

לסקירה וניתוח התיקונים בפרק 5 ראו גם: Paul S. Turner, *Revised UCC Article 5: The New U.S. Uniform Law on Letters of Credit*, 11 BANKING & FIN. L. REV. 205, 225 (1996).

United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit, The United Nations Dec. 11, 1995 (להלן: "האמנה"). האמנה התקבלה על ידי ה- Commission on Trade Law (UNCITRAL), לאחר ניסוחה בין השנים 1989-1995, ונכנסה לתוקף ביום 1.1.2000. באמנה זו נעשה ניסיון, בניגוד לפרק 5 של ה-U.C.C. להימנע מהשימוש במונחים מרמה ושימוש לרעה. החריג לעקרון העצמאות הוגדר בסעיף 19(1) לאמנה כדלקמן: ³⁸

- (a) Any document is not genuine or has been falsified;
- (b) No payment is due on the basis asserted in the demand and the supporting documents; or
- (c) Judging by the type and purpose of the undertaking, the demand has no conceivable basis".
- הגדרת המונח "No conceivable basis" נעשתה בסעיף 19(2) לאמנה, כדלקמן:
- (a) The contingency or risk against which the undertaking was designed to secure the beneficiary has undoubtedly not materialized;

לעומת זאת, לא נתנו מענה בכל הנוגע להגדרת חריג המרמה.³⁹ הפסיקה הישראלית, אשר דנה בחריגים לעקרון עצמאות האשראי הדוקומנטרי, אימצה, ובצדק, את ההלכות בדין האנגלו-אמריקני, שלפיו עקרון העצמאות נדחה מקום שמתקיימת מרמה. ואולם הפסיקה המשיכה שלב נוסף באימוץ זה, ומתוך נקודת מוצא שלפיה אם הערבות הבנקאית מאופיינת גם היא בעקרון העצמאות, הרי ראוי להחיל גם על הערבות הבנקאית את החריג לעקרון העצמאות של האשראי הדוקומנטרי, הוא חריג המרמה.⁴⁰ יתרה מכך, בכל הנוגע לחריג המרמה בעסקאות אשראי דוקומנטרי, אימץ בית המשפט את הגישה הקיצונית, שלפיה רק **מרמה חמורה ביותר** מהווה עילה המצדיקה מניעת מימוש האשראי הדוקומנטרי. חריג המרמה פורש ככזה שלפיו דרגת המרמה הנדרשת צריכה להיות כזו שעיקרון העצמאות לא ישרת עוד שום מטרה לגיטימית, ושהמרמה לא תאפשר למבצעה לנצל יתרון לא הוגן ולהימלט עם כספו של הצד השני לעסקת היסוד.⁴¹

-
- (b) The undertaking obligation of the principal/applicant has been declared invalid by a court or arbitral tribunal, unless the undertaking indicates that such contingency falls within the risk to be covered by the undertaking;
 - (c) The underlying obligation has undoubtedly been fulfilled to the satisfaction of the beneficiary;
 - (d) Fulfilment of the underlying obligation has clearly been prevented by wilful misconduct of the beneficiary; or
 - (e) In the case of a demand under a counter-guarantee, the beneficiary of the counter-guarantee has made payment in bad faith as guarantor/issuer of the undertaking to which the counter-guarantee relates".

להרחבה ראו גם: Eric E. Bergsten, *A New Regime For International Independent Guarantees and Stand-By Letters Of Credit: The UNCITRAL Draft Convention On Guaranty Letters*, 27 INT'L LAW. 859, 872 (1993).

³⁹ לסקירה השוואתית של חריג המרמה בארצות-הברית (לפני ואחרי פרשת *Sztejn* (לעיל ה"ש 30) ותיקון סעיף 5 ל-U.C.C.), אנגליה, קנדה, אוסטרליה וכן בהתאם לאמנת האו"ם ולקריאה לעיגון חריג המרמה בכללי ה-U.C.P., ראו: Gao Xiang & Ross P. Buckley, *A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required Under the Fraud Rule in Letter of Credit*, 13(2) DUKE J. COMP. & INT'L L. 293 (2003).

⁴⁰ ראו למשל רע"א 1821/98 **ניקו בדים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פ"ד נד(1) 773, 789 (2000); ר"ע 646/84 **שוראב אינדסטרי אנד טריידינג קומפני נ' רמונד סבה-אונקס**, פ"ד לח(4) 698, 693 (1985).

⁴¹ עניין **שוראב אינדסטרי**, שם, בעמ' 698, פסק דינו של השופט שמגר; מנחם מאוטנר "עיסקת היסוד ומכתב האשראי: תרמית וביטול החוזה בדרך של התנהגות" **עיוני משפט** יא 501 (1986); יואב דותן "האשראי הדוקומנטרי: מרמה במכר ומרמה במסמכים" **משפטים** יז 92 (1987); מיכאל בן-יאיר "ערבות בנקאית ומכתבי אשראי: עקרון ההתאמה" **ספר לנדוי** ג 1137 (התשנ"ה).

ה. חריג הנסיבות המיוחדות

אימוץ הגישה הקיצונית והדווקנית בכל הנוגע לחריג המרמה, יצר בעייתיות בפסיקה. במקרים רבים סברו בתי המשפט כי ראוי לעצור את מימושה של הערבות הבנקאית, אך לאור הגדרתו המצמצמת של חריג המרמה במשפט המשווה, לא ניתן היה להשתמש בו. בעיה זו, וכן חוסר הנחת של הפסיקה מהתבניות המסורתיות שבהן היא מחויבת לכאורה לצורך מניעת מימוש ערבות בנקאית, הביאו ליצירת פתרון מאולץ, בדרך שהחלה כהערת אגב והפכה למטבע לשון המהווה הלכה, שבמסגרתה פותח והוכר חריג נוסף לעקרון עצמאות הערבות הבנקאית. בניגוד להקצנה באימוץ חריג המרמה באופן שבו הוא אומץ כטעון מרמה חמורה (בהתאם לכללים הנהוגים בעסקאות אשראי דוקומנטרי), הרי התופעה שהתרחשה בנוגע לחריג זה הייתה הפוכה, והפיתוח המשפטי הישראלי העצמאי נקט דרך של יצירת חריג בעל דרישות מקלות מאלו של מרמה "רגילה". החריג שבו מדובר כונה בפסיקה בשם "חריג הנסיבות המיוחדות". חריג ייחודי זה, שאין לו אח ורע בשיטות המשפט הזרות, ואשר מעניק שיקול דעת רחב לבית המשפט, הוגדר בכמה פסקי דין תוך שימוש בכמה מבחני עזר. בין היתר, ניתן למצוא בפסיקה הגדרה של החריג כחל במצבים הכוללים: (א) התנהגות חמורה מצד המוטב; (ב) התנהגות שרירותית מצד המוטב; (ג) התנהגות המונעת בעליל משיקולים זרים; (ד) הפעלת לחץ או נקמנות;⁴² (ה) מצבים של חוסר תום לב;⁴³ (ו) מצבים של אי-הגינות בולטת בקיום החוזה.⁴⁴

⁴² ראו הסקירה בעניין **שוכל הנדסה ובנין**, לעיל ה"ש 3, ס' 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ⁴³ ראו למשל רע"א 1765/00 **י. מושקוביץ חברה קבלנית לבנין (1988) בע"מ** נ' **תשורה ייזום ובנין בע"מ**, פ"ד נה(2) 447, 452-453 (2001). באותו עניין קובע בית המשפט כי תחולתו של חריג זה אינה מוגבלת אך למקרי זיוף או מרמה, והוא כולל התנהגות חמורה או שרירותית מצד הנערב בבואו לדרוש את חילוט הערבות או התנהגות המונעת בעליל משיקולים זרים, הפעלת לחץ או נקמנות. כן ראו רע"א 1228/01 **מלון הוד ים המלח בע"מ** נ' **שגב תאילנד בע"מ** (לא פורסם, 12.7.2001) (להלן: **עניין מלון הוד**), הקורא חריג זה כחריג מפורש בנוסף לחריג המרמה, וקורא אותו מפורשות גם מע"א 5717/91 **מליבו ישראל בע"מ** נ' **אז-דז טרום (1973) בע"מ ואח'**, פ"ד נה(2) 685 (1996) (להלן: **עניין מליבו**), ומרע"א 73/00 **AMS Technical Systems Inc. נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נד(2) 394, 402-403 (2000). כן ראו הרחבת כלל המרמה והזיוף ברע"א 4256/93 **שיכון עובדים בע"מ** נ' **ארז תעשיות בנייה בע"מ**, פ"ד מח(1) 450 (1993) (דברי השופט לוי): "וזאת במקרים נדירים, שבהם התנהגות הנערב הייתה חמורה במיוחד". שם, בעמ' 455) והיישום בעניין בש"א (מחוזי חי') 13582/02 **טופולסקי ושות' בע"מ** נ' **איס רשתות שיווק - מוצרי צריכה בע"מ** (לא פורסם, 7.11.2002). עניין **איגוד ערים**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 2 הוגדר חריג הנסיבות המיוחדות בערבות בנקאית בתחום דיני המכרזים כ"חוסר תום לב והגינות חמורים".

⁴⁴ השו"ת"א (שלום ת"א) 10149/07 **גואטה נ' גודר** (טרם פורסם, 28.2.2007) הנזכר לעיל. באותו עניין הדגים זאת בית המשפט במצבים שבהם נדרש מימוש ערבות ביצוע, בשעה שהמוטב אישר בכתב לצד האחר שביצוע העבודות נסתיים, או דרישה לממש ערבויות, כאשר חוסר תקפותה

כך, לדוגמה, במצב שבו נטען על ידי צד כי דרישה לחילוט ערבות אוטונומית נעשתה מתוך מניע זר, נתן בית המשפט צו מניעה זמני המעכב את מימושה לאור אפשרות קיום חריג של "הנסיבות המיוחדות".⁴⁵ כן נקבע כי אם הצדדים הסכימו להכפיף את מימוש הערבות הבנקאית להכרעת מנגנון התדיינות אלטרנטיבי (למשל בוררות) או אפילו יצרו מצב כאמור, גם אז מוצדק לעכב את מימוש הערבות.⁴⁶ שיקולים רלוונטיים נוספים שנבחנו בפסיקה, במסגרת המבחנים האמורים לעיל, היו, האם דרישת מימוש הערבות הבנקאית נעשתה ללא הודעה או התראה⁴⁷ ומה משך הזמן שחלף ממועד התגבשות עילת המימוש לטענת המוטב ועד למועד דרישת מימושה.⁴⁸

1. החלת מודל החיוב המשני ועצירת מימוש הערבות מכוח עקרון ההפטר

1.1 המבוכה העיונית בסיווג מהותה של הערבות הבנקאית והקשיים שנוצרו

כפי שהראיתי לעיל, הפסיקה התקשתה לסווג במדויק את הערבות הבנקאית. יש שהתייחסו אליה כהתחייבות לשיפוי, ויש שהתייחסו אליה כאל עסקת אשראי

של עסקת היסוד אינו מוטל בספק.

⁴⁵ רע"א 5273/07 **אמקור בע"מ נ' א.ארנסון בע"מ** (טרם פורסם, 12.8.2007). באותו עניין טענה מוסרת הערבות, ארנסון, כי קשיים כלכליים שאליהם נקלעה המוטבת, אמקור, הביאו לכך שזו נמנעה מלשלם את המגיע ממנה וכי דרישת חילוט הערבות הבנקאית נועדה למטרה הפסולה של הפעלת לחץ עליה לוותר על יתרת חוב ועל מנת להכניס כסף מהיר לקופתה של אמקור. לטענתה של ארנסון, מנהלה של אמקור אף הודה בדבר במהלך המגעים בין החברות. משלא הוגש תצהיר נגדי מטעמו של מנהל אמקור, נקבע כי ראוי לעצור את מימוש הערבות הבנקאית.

⁴⁶ רע"א 2494/02 **כפיר קבלנות בנין בע"מ נ' גזית ושחם חברה לבנין בע"מ** (לא פורסם, 16.4.2002). באותה פרשה קבע בית המשפט המחוזי כי הסכמה לכלול את נושא הערבות הבנקאית בהכרעת בורר, יש בה כדי לנתב את המקרה לגדר המקרים אשר במסגרתם מוצדק לעכב את מימוש הערבות עד תום הליכי הבוררות. למתן צו מניעה במצב דומה שבו ניהלו הצדדים הליך בוררות וקמה ביניהם מחלוקת בנוגע לשאלת היקף הסכמתם בנוגע לאוטונומיות הערבות בנוגע לניהול הליכי הבוררות ראו רע"א 7473/03 **צותא חב' לשיכון ובניה בע"מ נ' צמנטכל הנדסה וייזום צפון בע"מ** (לא פורסם, 30.3.2004). בפסק דין זה גם הדגיש בית המשפט העליון כי שאלת מידת התלות של הערבות בעסקת היסוד (או באותו עניין, בהחלטת הבורר) היא שאלה פרשנית, שהתשובה לה תמונה בכוונת הצדדים לכתב הערבות.

⁴⁷ עניין **מלון הוד**, לעיל ה"ש 43.

⁴⁸ רע"א 6435/04 **רשות שדות התעופה בישראל נ' סולל בונה בע"מ**, פ"ד נט(2) 130 (2004) (באותו עניין נקבע כי המתנה של 10 חודשים טרם מימוש הערבות במסגרתה התנהל משא ומתן אינה מונעת מימוש הערבות).

דוקומנטרי.⁴⁹ לרוב ניתן למצוא בפסיקה התייחסות מעורבת למוסד הערבות הבנקאית. כאשר בתי המשפט מבקשים להדגיש את אופייה העצמאי של הערבות הבנקאית, מצוטטות ההלכות מפסקי הדין הנוגעות למוסד ההתחייבות לשיפוי, וכאשר מבקשים בתי המשפט לבדוק את החריגים לעקרון העצמאות של הערבות הבנקאית, מצוטטים הכללים הנוהגים בעסקת אשראי דוקומנטרי הנוגעים לכלל התאמת המסמכים וחריג המרמה.⁵⁰ עירוב מושגים עיוני זה יוצר קושי מעשי בחיי המסחר השגרתיים. תפיסת הערבות הבנקאית כמוסד מקביל לעסקת אשראי דוקומנטרי, מביאה לקשיים ניכרים כאשר בתי המשפט מנסים ליישם בפועל כללים אחידים אשר יבהירו מתי יגבר עקרון העצמאות של הערבות הבנקאית, ומתי יחולו החריגים לעיקרון זה. קשיים אלו ניצבים גם בפני נושים המחזיקים בידם ערבות בנקאית כבטוחה. לכאורה, המאפיין העיקרי של בטוחה זו הנו עקרון העצמאות, והאפשרות של נושים אלו לממשה ללא סייגים. עם זאת, מאפיין זה עשוי, מחד גיסא, לגרום לצד המחזיק בערבות בנקאית לסבור כי בידו כוח להמיר את הערבות הבנקאית בסכום מזומן, גם במצבים גבוליים, שבהם אין ולא ראוי כי יעשה כן, ומאידך גיסא, לגרום לצד המוסר את הערבות הבנקאית, לחשוש מפני שימוש בבטוחה זו, במצבים שבהם אין הוא נותן אמון בשיקול דעתו של מקבל הבטוחה. דוגמה בולטת המדגימה קושי זה היטב ואשר תידון להלן היא מצב שבו החיוב העיקרי פקע – אם בשל קיום החיוב, ואם, לדוגמה, בשל המחאתו לאחר. במצב האמור, החלת עקרונות דיני האשראי הדוקומנטרי ואימוץ חריג המרמה, אינם רלוונטיים, ולכאורה אינם מאפשרים עצירת הערבות הבנקאית. אם יישמו, בהתאם להגדרתם בדיני המסחר הבין-לאומי, הרי מדובר ביישום מאולץ ביותר.

⁴⁹ אחד מפסקי הדין הראשונים שבו יצר בית המשפט העליון את הזיקה (שאינה מדויקת בהתאם לעמדה המובעת ברשימה זו) שבין החריגים לעקרון העצמאות שבאשראי הדוקומנטרי, לבין החריגים המוצעים לעקרון העצמאות של הערבות הבנקאית הוא רע"א 222/87 **פיתוח כוכב יאיר אגודה שיתופית בע"מ נ' דביר ג.פ.ש. חברה לבנין ופתוח בע"מ ואח'**, פ"ד מא(4) 430, 432 (1987). עם זאת, הדגיש בית המשפט באותו עניין, כי ככל שהדבר נוגע לערבות בנקאית, לדעתו יש להתיר את הרצועה, ולהכיר בחריגים נוספים באשר לעצמאות העילה של הערבות בנקאית האוטונומית. עמדה זו של השופטת בן פורת צוטטה בהסכמה גם בעניין **מליבו**, לעיל ה"ש 43, אשר נרחיב בו להלן, שם ציין השופט אור, כי אין הוא נזקק לפיתוח הלכה זו. השוו גם בארצות-הברית Boris Kozolchyk, *Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for a Return to the Fold*, 11 U.P.A.J.INT'L BUS. L. 1 (1989).

⁵⁰ עניין **איליט**, לעיל ה"ש 4; דוד מ' ששון, מאיר יפרח ואורלי שנקר **אשראים דוקומנטריים – היבטים מעשיים ומשפטיים** 60–70 (מהדורה שנייה, 1996); בן-יאיר, לעיל ה"ש 41; מאוסטר, לעיל ה"ש 41; דותן, לעיל ה"ש 41; אייל רוזובסקי "קיוזו כנגד אשראי דוקומנטרי" **רבעון לבנקאות** כח 136 (1989). גם בארצות-הברית חל הפרק בקוד המסחרי האחיד הון באשראים דוקומנטריים על ערבות בנקאית. ראו למשל O'Grady v. First Union Nat. Bank, 250 S.E. 2d 587 (1978).

2. הערבות כחיוב משני, והערבות הבנקאית כחלק מדיני הערבות

ייחודה של הערבות הוא במשניות חיובו של הערב. שיטת המשפט הישראלית אינה מכירה בחיוב המשני כחיוב הזכאי להחלת מערכת דינים מיוחדת, ודין ריבוי החייבים המוסדר כיום בהוראות פרק ו' לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, אינו מתייחס למצבים הרבים והשכיחים שבהם מדובר בחייבים שאינם שווי דרגה. עמדתה היא כי יש להכיר בחיוב המשני כחיוב הזכאי להחלת מערכת כללים ייחודית, אשר תביא לידי ביטוי את האופי המיוחד שלו ואת עקרון היסוד שלפיו במצב של ריבוי חיובים שאינם שווי דרגה, החייב העיקרי הוא זה שצריך לשאת בנטל עלות ביצוע החיוב.⁵¹ המודל אשר הצעתי לצורך זה מורכב משלושה עקרונות מרכזיים: עקרון הפטר, עקרון ההחזר ועקרון היידוע.⁵² מטרתו של עקרון הפטר היא להבטיח, שהחיוב יקום על ידי החייב העיקרי מלכתחילה, ולשאוף לכך שהחייב המשני כלל לא יחויב לקיים את החיוב. העיקרון כולל את מגוון הדוקטרינות המשפטיות שבמסגרתן ראוי שהחייב המשני יהיה פטור מקיום החיוב כבר בשלב הראשוני, בשל האופי המשני של חיובו.⁵³ עקרון ההחזר מופעל במצב שבו נאלץ החייב המשני לקיים את החיוב כולו או מקצתו. במצב זה ראוי להעניק לחייב המשני זכויות אשר יעבירו את עלות קיום החיוב, שבוצע בפועל על ידי החייב המשני בליט ברירה, לחייב העיקרי, שהיה צריך לשאת מראש בנטל קיום החיוב.⁵⁴ העיקרון השלישי, עקרון היידוע, מהווה עקרון עזר להחלת עקרונות הפטר וההחזר. הוא כולל את זכותו העקרונית של החייב המשני להיות מידוע באשר

⁵¹ להצגת הבעייתיות הנובעת מהיעדר ההתייחסות בדין ריבוי החייבים הנוכחי בדין הישראלי למצב של חיובים שאינם שווי דרגה ראו רוי בר-קהן **ערבות** 10-13 (2006). להצדקות להכרה ומיון נפרדים של החיוב המשני ראו שם, בעמ' 39-54. להכרה במעמדו המיוחד של החייב המשני ראו: ת"א (שלום ת"א) 104056/01 **נימר נ' דרזי** (טרם פורסם, 10.11.2008).

⁵² לתאור כללי של עקרונות מודל החיוב המשני (עקרונות הפטר, ההחזר והיידוע) ראו בר-קהן, שם, בעמ' 55-57.

⁵³ בין היתר כולל עקרון הפטר את אפשרות החייב המשני לעשות שימוש בטענות ההגנה ובעילות תביעה של החייב העיקרי, את תוקפו של החיוב המשני במצבים שבהם החיוב העיקרי נעדר תוקף, את המצבים שבהם החייב העיקרי נעדר כשרות או ייצוג ואת האפשרות להגביל את חיובו של החייב המשני. בנוסף, במסגרת זו, נכלל הדיון בטענות ההתיישנות, מעשה בי-דין, שינויים בחיוב העיקרי ומצבים שבהם הנושה גורם לירידת ערכה של בטוחה או לפקיעתה. להרחבה ראו בר-קהן, שם, בעמ' 165-261.

⁵⁴ שני המכשירים המשפטיים העיקריים המביאים לידי ביטוי עיקרון זה הם זכות השיפוי וזכות הסברוגציה. להרחבה ראו בר-קהן, שם, בעמ' 333-370; להכרה במעמדו של החייב המשני כזכאי לזכות שיפוי ראו גם ע"א (מחוזי חי') 21822-09-09 **פרוכטר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (טרם פורסם, 13.1.2010).

למערכת היחסים שבין הנושה לבין החייב הראשי עובר לנטילת החיוב המשני, במהלך קיומו של החיוב ולאחר הפרתו או פקיעתו.⁵⁵ אני סבור כי מודל זה, בשינויים המחויבים, ראוי שיחול גם על הערבות הבנקאית. לטעמי, עקרון המרמה אינו העיקרון הראוי להחלה כחריג לכלל העצמאות של הערבות הבנקאית. התפתחות עקרון המרמה כחריג לעקרון העצמאות בעסקאות אשראי דוקומנטרי נכונה ומתאימה לעסקאות אלו. כאשר מדובר בערבות בנקאית, הסיווג הנכון המוצע, צריך לנבוע מהמקור המשפטי המקובל בישראל כמקורה של הערבות הבנקאית – דיני הערבות כפי שהם מוצאים את ביטויים בסעיף 16 לחוק הערבות הדין בהתחייבות לשיפוי, המהווה חלק בלתי נפרד מדיני החיובים המשותפים שוני הדרגה.⁵⁶ הערבות הבנקאית לפי תפיסתי היא אמנם ערבות בעלת מאפיינים מסוימים של עסקת אשראי דוקומנטרי, אך השימוש בה ויישומה בארץ מצדיקים הכרה ייחודית בה כחיוב, שאינו שווה דרגה לחיוב העיקרי, שעליו יש להחיל את כללי מודל החיוב המשני. לטעמי, החלה זו תביא לתוצאות נכונות יותר, תאפשר גמישות פסיקתית רבה יותר, תאפשר התפתחות מוסד כלכלי חשוב זה, ותחסוך דיונים עקרים.⁵⁷ יצוין כי תפיסה דומה המסמנת שינוי מגמה, באשר לאפשרות להחיל את דיני הערבות על מכתב האשראי, ניתן למצוא גם בארצות-הברית.⁵⁸ גם באנגליה ניתן

⁵⁵ להרחבה ראו בר-קנהן, שם, בעמ' 371–404.

⁵⁶ לעניין זה אנו מאמצים את הדין המצוי והתפיסה הרווחת בציבור, ואשר הד לה ניתן למצוא בפסקי הדין העוסקים בתחום, הממקמים את הערבות הבנקאית מבחינה מעשית ומשפטית בתחום דיני הערבות. גישה קיצונית שנייה שניתן לנקוט היא גישה המבודדת למעשה את הערבות הבנקאית מתחום הערבות, תוך הוצאתה לחלוטין מחוק הערבות, וממקמת אותה בתחום דיני האשראי הדוקומנטרי. לאימוץ גישה זו, ראו ששון, יפרח ושנקר, לעיל ה"ש 50, בעמ' 60. לפי גישה זו, בכל מקום שבו נדונה עסקה של ערבות בנקאית, יש לשנות את המינוח למכתב אשראי דוקומנטרי לערבות, ולמרות השימוש במונחי ערבות יש להחיל את המינוחים מתחום האשראי הדוקומנטרי. גישה זו נראית כפויה ומאולצת, נסמכת על התפתחות התחום בדין האנגלו-אמריקני בשל אילוציו, ללא התייחסות לשינויים ולאופי המיוחד שקיבלה הערבות המיוחדת במשפט הישראלי. גישה זו אינה מאפשרת פיתוח ייחודי של מוסד כלכלי ומשפטי מיוחד זה, באופן טבעי ומנותק מדיני האשראי הדוקומנטרי הכלליים. כך, למשל, נזכיר כי בארצות-הברית המגמה להחיל את דיני הערבות הבנקאית תחת דיני האשראי הדוקומנטרי נבעה בתחילתה מהבעיה הפשוטה, שלפיה מערכת הפיקוח הבנקאית שם מתירה לבנקים להוציא מכתבי אשראי, אך אוסרת עליהם בדרך כלל לעסוק במתן ערבויות בלא היתר מיוחד. לתפיסה דומה, שלפיה יש למקם את דיני הערבות הבנקאית במסגרת חוק הערבות, ראו גם וינרוט, לעיל ה"ש 28, בעמ' 40–49; ריקרדו בן-אוליאל **דיני בנקאות (חלק כללי)** 479 (1996).

⁵⁷ ראו למשל חילוקי דעות שנתגלעו בין חברי ההרכב בע"א 650/98 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי**, פ"ד נגד (4) 433 (1999). כאשר השופט לזין כלל אינו מעוניין בסיווג המסמך, אלא פונה ללשונו, השופטת דורנר מסווגת את המסמך כערבות, ולפיכך דעתה היא דעת מיעוט, והשופט טירקל מצרף דעתו לדעת השופט לזין.

⁵⁸ זאת, אף שה-Restatement על ערבות מציין מפורשות, כי אין הוא חל על מכתב אשראי דוקומנטרי או ערבות בנקאית. הרציונל המובע לכך ב-Restatement הוא העובדה, שדיני

למצוא פסיקה מודרנית המבקשת לצמצם את חריג המרמה בכל הנוגע לערבויות בנקאיות, להבדיל מאשראים דוקומנטריים.⁵⁹ לטעמי, ראוי להחיל על הערבות הבנקאית בנוסף לעקרון ההחזר (שעניינו היחסים שבין הבנק לבין הלקוח שבמסגרתם זכאי הבנק לשיפוי מהלקוח במצב שבו הוא פורע את הערבות הבנקאית) גם את עקרונות ההפטר והיידוע, אם כי תוך התאמות המביאות בחשבון את אופייה של הערבות הבנקאית כהתחייבות לשיפוי שעליה חל סעיף 16 לחוק הערבות.⁶⁰ במקום לאמץ את חריג המרמה מדיני האשראי הדוקומנטרי אני מציע כי יאומץ עקרון ההפטר, תוך התאמותיו לאופי העסקי ולמטרותיה הכלכליות של הערבות הבנקאית. עם זאת, ראוי שהחלת עקרון ההפטר על התחייבות לשיפוי וערבות בנקאית, תהיה מתונה. בין היתר, יחול עקרון ההפטר, למשל, במקרים שבהם החיוב העיקרי פקע או שבהם אין כבר יריבות בין הצדדים. כך, לדוגמה, בנק שערב ערבות בנקאית להבטחת חיובו של לקוח, לא יאלץ לפרוע ערבות זו, מקום שהלקוח המחה את זכותו נשוא

האשראי הדוקומנטרי והערבות הבנקאית, המשמשים מטרה כלכלית חשובה, מפותחים, ו"כל תועלת לא תצמח מהתערבות" בדינים אלו. עם זאת, ה-*Restatement* "מוכן" להכיר בכך, שבמצב שבו דיני מכתב האשראי שותקים, דיני החיוב המשני יכולים להוות מקור להשלמה ואנאלוגיה. עמדת הקוד המסחרי האחד בעבר הייתה, כי דיני הערבות לא חלים על מכתב אשראי דוקומנטרי. ה-*Restatement* מציין, עם זאת, כי עמדה "עוינת" זו רוככה במעט, לאחר תיקון החלק החמישי בקוד שנערך בשנת 1995 (ראו *RESTATEMENT (THIRD) OF SURETYSHIP AND GUARANTY § 4 (1995)*). לספרות בארצות-הברית בנושא זה ראו בין היתר: JOHN F. DOLAN, *THE LAW OF LETTERS OF CREDIT: COMMERCIAL AND STANDBY CREDITS* (2nd ed. 1991); BORIS KOZOLCHYK, *LETTERS OF CREDITS* (1980) H. Arnold & E. Bransilver, *The Standby Letters of Credit: the Controversy Continues*, 10 U.C.C.L.J. 272 (1978); Amelia H. Boss, *Suretyship and Letters of Credit: Subrogation Revisited*, 34 WM. & MARY L. REV. 1087 (1993). (שם), המחבר מתייחס לעמדת ה-*Restatement*, וטוען כי אין מניעה להחלת הכללים המתאימים מתוך דיני החיוב המשני, ובראשם זכות הסברוגציה, גם על מכתבי אשראי). במאמר נוסף בנושא זה, טוען פרופ' דולן, כי אין מניעה להחלת עקרון ההחזר גם על כל ה-*Abstract Obligation*, דהיינו גם על ערבות בנקאית אוטונומית: John F. Dolan, *A Study of Subrogation Mostly in Lettes of Credit and Other Abstract Obligation Transactions*, 64 MO. L. REV. 789 (1999).

⁵⁹ לפסיקה מודרנית באנגליה אשר אף היא מרחיבה את חריג המרמה ראו GERALDIN MARY RICHARD MILLETT, *LAW OF GUARANTEES*, ANDREWS & 508, § 16.23 (3rd ed. 2001) 505.

⁶⁰ לדיון במעמדה של הערבות הבנקאית כחיוב משני, בהיבט זכות הסברוגציה של מנפיק הערבות בארצות-הברית ומעמדו ביחס לנושים אחרים של חזל הפירעון, בייחוד לאור סעיף 509 בחוק פשיטת הרגל האמריקני (Bankruptcy Code, 11 U.S.C. § 509) ראו: Mary Pappas, *Reconciling Standby Letters of Credit and the Principles of Subrogation in Section 509*, 7 BANK. DEV. J. 227 (1990).

הערבות, או קיים את החיוב שלהבטחתו ניתנה ערבות זו, או במקום שהלקוח הופטר מקיום התחייבות זו בעל פה או בהסכם מאוחר יותר על ידי הנושה. תוצאה זו מתחייבת מהעובדה שהערבות הבנקאית היא חיוב שאינו שווה דרגה לחיובו של החייב העיקרי, גם אם מדובר בחיוב משני בעל סממנים מיוחדים.⁶¹

החלת עקרון היידוע תיושם על ידי הטלת חיוב על הנושה המבקש לפרוע את הערבות הבנקאית, לקיים באופן דווקני את הוראות כתב הערבות בכל הנוגע ליידוע הבנק הערב בעניין המסמכים הדרושים על פי כתב הערבות ובעניין העובדות המהותיות הדרושות למימוש ערבות זו. בקצרה, כל נסיבה המקימה את עקרון ההפטר מחייבת את הנושה להודיע עליה לבנק. במובן זה כלל היידוע כולל גם את כלל התאמת המסמכים הנהוג במסגרת עסקאות האשראי הדוקומנטרי, ומוסיף עליו חובה אשר ממילא מתקיימת בהתאם לפרשנות הקיימת של חריג המרמה. עם זאת, עמדתי, כאמור לעיל, היא כי בהקשר זה, כלל התאמת המסמכים יהיה מהותי ולא מוחלט, בהתאם לתפיסה המשפטית בשיטת המשפט שלנו בכל הנוגע לדרישות במסגרת של מערכות יחסים חוזיות.

כאמור במבוא לרשימה זו, המרת חריג המרמה בעקרון ההפטר ועקרון ההתאמה בעקרון היידוע, אינה מכוונת לחולל "מהפכות" בדין הקיים בנוגע לערבות הבנקאית. במובן מסוים, מדובר בשינוי "סמנטי" בלבד. עם זאת, האפיון העיוני הנכון של הדיון במוסד הערבות הבנקאית, תוך אימוץ עקרונות ההפטר והיידוע של מודל החיוב המשני במקום העקרונות של חריג המרמה והתאמת המסמכים, יביא, לטעמי, להבנה טובה יותר של מוסד הערבות הבנקאית, ולהצבת פתרונות העולים בקנה אחד עם כל דיני החיוב המשני.

אדגים את עמדתי, תוך שימוש בעובדות עניין **מליבו**.⁶² באותו מקרה הוצאה ערבות בנקאית להבטחת ביצוע עבודות בניית שלד של מפעל לתרופות.⁶³ אף על פי

⁶¹ להפטר חייב משני בארצות הברית במצבים שבהם הופטר החייב העיקרי על ידי הנושה, גם במצב שבו החייב העיקרי והנושה התיימרו לשמר את המשך זכות התביעה כנגד החייב המשני ראו: Palmer V. Harcourt Brace Jovanovich, Inc, 629 A.2d 146 (1993); Taylor Burke V. Webb Boats, Inc, Claydon, 1999 Conn. Super. LEXIS 2661 (1999); Taylor Burke V. Webb Boats, Inc, 37 P.3d 811 (2001).

⁶² עניין **מליבו**, לעיל ה"ש 43.

⁶³ בשל חשיבות לשון נוסח הערבות, אציג את נוסחה של הערבות בעניין **מליבו**, שם: "אנו נשלם לכם, תוך 7 ימים לאחר יום קבלת דרישתכם הראשונה בכתב אליה יצורף תצהיר תחום על ידי המורשים לתחום בשם חברת אז-דזטרום 1973 בע"מ ומאומת על ידי עו"ד לפיו חברת דרוקר זכריה חברה קבלנית לעבודות אזרחיות בנין ופיתוח בע"מ, לא עמדה בהתחייביותיה כלפי חברת אז-דזטרום 1973 בע"מ בהתאם לחוזה שנחתם ביניהם מיום 14.2.1988, כל סכום בגבול סכום הערבות בלי להטיל עליכם לבסס את דרישתכם או לדרוש תחילה תשלום מאת החייב ובלבד שהסכום הכולל שיהיה עלינו לשלמו על פי כל דרישותיכם גם יחד לא יעלה על סכום הערבות המוגדל".

שעבודות הבנייה בוצעו, פנתה מקבלת הערבות בדרישה למימוש הערבות, תוך שהיא תומכת דרישתה זו, כנדרש בכתב הערבות, בתצהיר. אולם תצהיר זה היה שקרי, שכן לפיו לכאורה לא בוצעו עבודות בניית השלד. המחלוקת בין הצדדים התמקדה בשאלה אם היה על הבנק שהוציא את הערבות להתעלם משקריות התצהיר, ולפרוע את הערבות, לאור אופייה של הערבות כערבות אוטונומית. כאמור לעיל, שאלת המפתח בעניין זה היא מה דינה של ערבות בנקאית, מקום שפקע החיוב שלהבטחתו היא ניתנה. ואולם בית המשפט העליון בחן את הסוגיה תוך שהוא שבוי בדיני האשראי הדוקומנטרי שהחילה הפסיקה על ערבויות בנקאיות. הסוגיה שהציב הייתה, האם מתקיים חריג המרמה מקום שתצהיר, שניתן להוכיח את קיום החיוב, הוא שקרי. הכרעת בית המשפט, שלפיה אין על הבנק לקיים את ערבותו, התבססה על כך שבעצם הגשת התצהיר הכוזב יש משום מרמה, המצדיקה קביעתו של חריג לעקרון העצמאות החל על ערבות בנקאית.

כאמור, אף כי אני מסכים עם התוצאה, הייתי מציע כי הכללים החלים על הערבות הבנקאית ישאבו מדיני החיובים המשותפים שוני הדרגה. עקרונות הפטר, ההחזר והיידוע יחולו גם על ערבות זו, תוך התאמתם של עקרון העצמאות, כלל התאמת המסמכים וכלל המרמה לאופי המיוחד של הערבות שבה מדובר. תוצאה זו אף תואמת את מסקנות השופטים בבית המשפט העליון ונימוקיהם בעניין מליבו. הבסיס העובדתי לקבלת טענת מליבו בערעורה לעליון, היה עצם העובדה שלא הייתה מחלוקת, כי מליבו קיימה את חיובה העיקרי. עובדתית נקבע בפסק הדין, כי אז-דז אישרה את הקמת שלד המבנה, ואף הבטיחה להחזיר את הערבות הבנקאית. כן נקבע עובדתית כי התצהיר שהוגש לבנק דיסקונט היה תצהיר שקרי. עובדות אלו שימשו בסיס לקביעת חריג המרמה החמורה. לטעמי לא היה צריך בית המשפט לקבוע כי מדובר במרמה, אלא היה עליו להחיל את עקרון הפטר, ולקבוע כי מקום שהחייב העיקרי הופטר מחיובו, בין בצורת אישור כי ביצע את החיוב, ובין בצורת ההודעה על החזרת הערבות, הרי ממילא פטור החייב המשני, הוא הערב.

ואכן, בכל מקרה שבו יבקש נושה לממש ערבות בנקאית, במצב שבו החיוב קיים או שהחייב העיקרי הופטר, דהיינו במצבים שבהם מתקיים עקרון הפטר, אין הצדקה לחייב, גם לאור עקרון העצמאות, את הערב בקיום ערבותו. הדבר נובע מעצם החלת דיני החיובים שאינם שווי דרגה, ובאופן ספציפי – מעקרון הפטר. אין צורך "לרעות בשדות זרים" ולייבא חריג של מרמה חמורה או ליצור אמרת אגב בנוסח של "נסיבות מיוחדות" לצורך זה. יודגש גם שבניגוד למצב הרגיל של ריבוי חיובים שוני דרגה, הבנק, הערב, אינו במצב כה נחות. למעשה, ברוב המקרים, טרם הוצאת הערבות הבנקאית, דואג הבנק לקבל ביטחונות נזילים מלאים כנגדה.⁶⁴ במצב זה ספק אם

⁶⁴ פרופ' לרנר אף קובע מפורשות כי על הבנק "ליטול בטוחות בשיעור שהיה נוטל מהלקוח בהענקת הלוואה ישירה". ראו שלום לרנר **דיני שטרות** 42, ס' 1.21 (1999). להעלאת טיעון

ניתן לראות בבנק, הערב לכאורה, חייב משני. למעשה בשלב שבו מתבקשת החלת החריג לעקרון העצמאות, החייב העיקרי הופך לחייב משני, שכן הוא הנושא בנטל הסופי של הסיכון של פירעון הערבות מקום שעסקת היסוד קוימה. ואכן, ברוב המקרים שבהם מבקשים צו מניעה כנגד מימוש הערבות הבנקאית, הבקשה אינה מוגשת על ידי הערב, כפי שניתן היה לצפות במצב רגיל של חיוב משני, אלא על ידי החייב העיקרי, אשר מודע לכך שאם תמומש הערבות הבנקאית, הרי זכות ההחזר של הערב תמומש מיד באמצעות ביטחונות שנלקחו טרם הוצאת הערבות הבנקאית. נטילת ביטחונות אלו הופכת את היצורות כאשר הנושה מציג דרישה לפירעון הערבות הבנקאית במצבים שבהם חל כלל ההפטר. הסיכון במקרה כזה מוטל על החייב העיקרי, לא כתוצאה סופית פוטנציאלית, כשם שהדבר קורה במצב רגיל של חיוב משני וחייב רגיל, אלא באופן מידי שאינו מוטל בספק. במצבים אלו החייב העיקרי זכאי להחלת עקרונות דיני החיובים שוני הדרגה, כאילו היה חייב משני. במקום שבו הוא מצליח להראות כי חל עקרון ההפטר ואין מחלוקת כי החיוב העיקרי או רובו קיים⁶⁵ או כלל לא נכנס לתוקף,⁶⁶ הוא יהיה זכאי למנוע את מימוש הערבות הבנקאית.

מפורש של בנק אשר ביקש למנוע מימוש ערבות בנקאית, מהטעם שלא דאג לקבל די בטוחות, ומהטעם שלאור גובה הערבות באותו עניין הוא ייותר חשוף מול הלקוח, ראו בש"א 16741/08 (מחוזי ת"א) **בנק מזרחי-טפחות סניף המרכז נ' התאחדות כדורגל בישראל – הרשות לבקרת תקציבים** (טרם פורסם, 10.9.2008) אשר ידון בהרחבה בהמשך בגוף הטקסט. להבחנה שבין מערכת היחסים שבין הבנק לבין הלקוח, לבין זו שבין הבנק למוטב, ראו גם ע"א 2082/06 **בן עמי נ' עוה"ד מ. קידר-מפרק החברה** (טרם פורסם, 18.6.2007). באותו עניין המערער לקבלת הערעור. למרות זאת, נימק באופן חריג בית המשפט העליון באופן יזום ובהרחבה את קבלת הערעור, וזאת על מנת להבהיר את עמדתו שלפיה צד ג' אינו יכול לעקל ערבות בנקאית שניתנה להבטחת הוצאות בהליך משפטי על ידי חייב. כפי שהסביר בית המשפט, תוך בחינת מהותה של הערבות הבנקאית, אין תוקף לעיקול האמור, מאחר שערבות זו אינה מגלמת נכס של החייב, אלא התחייבות של הבנק שעליו לקיימה בהתאם לתנאים הקבועים בכתב הערבות, תוך הבחנה בין הכספים שמעמיד החייב או צד ג' לצורך הוצאת הערבות (במישור היחסים שבינו לבין הבנק) לבין הזכויות המגולמות בערבות של המחזיק, כלפי הבנק. ליישום עקרון ההבחנה בהקשר של מימוש ערבות בנקאית במצבים של חולות פירעון ראו רע"א 7483/95 **פ.א. ברקאי חברה לבניין וייזום בע"מ נ' תשכחות חברה להשקעות ישראליות בע"מ** (לא פורסם, 6.12.1995); רע"א 4612/00 **חנניה אלקסלסי הנדסה ובניה בע"מ נ' טש"ת חברה קבלנית לבניין בע"מ**, פ"ד נה(2) 582 (2001); וראו ורדה אלשיך וגדעון אורבך **הקפאת הליכים הלכה למעשה** 271 (2005). ולעניין זה יודגש כי גם בין אז-דז לבין מליבו היו כמה מחלוקות שאף הועברו לבוררות, ואולם בית המשפט לא ראה בהן משום מניעה לקביעה העובדתית כי עיקר החיוב העיקרי בוצע (עניין **מליבו**, לעיל ה"ש 43).

השוו רע"א 2078/02 **מוניטין עתונות בע"מ נ' מטרי**, פ"ד נו(6) 97 (2002). באותו עניין נחתם הסכם שבמסגרתו ניתנה הערבות מותנה בתנאי מתלה שלא התקיים, בנסיבות אלה, קבע השופט גרוניס כי כאשר יש מקום לטענה שהתנאי המתלה לא התקיים או שלא הייתה מצד המבקשת הפרה של ההסכם – התמלאו התנאים לעיכוב חילוט הערבות על אף היותה אוטונומית.

לכאורה, נראית עמדתי רחבה יותר מכלל המרמה החמורה, ואולם בחינה מדוקדקת של המקרים תורה כי אין הדבר כך. ברוב המקרים שבהם יחול כלל ההפטר, ולא תהיה על כך מחלוקת, יחול ממילא הכלל הקיים המכונה חריג הנסיבות המיוחדות. הוספת חריג הנסיבות המיוחדות, תוך "שינוי כיוון" ואימוץ גישה הפוכה לזו שננקטה בדיני האשראי הדוקומנטרי בכל הנוגע להרחבת הדרישות בכל הנוגע לחריג המרמה, וגישה הפוכה מזו של כלל התאמה מוחלט להבדיל ממהותי, מעידה על הבעייתיות שבה נתקלים בתי המשפט בניסיון להתאים את עקרונות האשראי הדוקומנטרי למצבים המשתנים שבהם מעורבות ערביות בנקאיות. עם זאת, לאור עמימותו, העדר מסימונתו, היקפו הרחב לכאורה והיעדר ביסוסו העיוני, דומה כי חריג זה רק מוסיף מבוכה בתחום משפטי זה. לכאורה, ולאור ההגדרות המתוארות לעיל בפסיקה של חריג הנסיבות המיוחדות, כלל לא ברור מהו חריג זה. שופטים אחדים מתייחסים אליו פשוט כחוסר תום לב, תוך הוספת המונח "קיצוני" או "חמור". התייחסות זו מעלה כמובן מיד את השאלה: האם מדובר פשוט בהרחבה נוספת של עקרון תום הלב? האם יש הבחנה בין חוסר תום לב "רגיל" לחוסר תום לב "חמור"? מובן כי השימוש בעקרון תום הלב, כעקרון "שסתום", מעיד על ההכרה בעובדה שחריג המרמה מיותר ולא רלוונטי, בקבעו "רף גבוה" מדי שאינו מתאים לצורך החריג לעקרון העצמאות. ואכן, בפועל מסקירת עשרות פסקי דין שבהם התבקשו צווי מניעה כנגד מימוש ערבות בנקאית, מעטים הם המקרים שבהם נקבע כי חריג ה"מרמה". בחלק מהם אף עמד בית המשפט מפורשות על העובדה שלמעשה חריג זה הנו תאורטי, ואינו רלוונטי כבר, לאור קיום חריג הנסיבות המיוחדות.⁶⁷ החריג הנכון אפוא, לטעמי, צריך להיות כרוך באימוץ כללי המודל המוצע ובהכרה באופייה המיוחד והמשני של הערבות הבנקאית תוך ביצוע ההתאמות המתחייבות. נבהיר כי אין להסיק מעמדתי כי על הבנק לבדוק את קיום עסקת היסוד בכל מקרה שבו מעורבת ערבות בנקאית. אכן, לאור תפקידה הכלכלי של הערבות הבנקאית, אין להטיל על

⁶⁷ ראו עניין **גואטה**, לעיל ה"ש 44. שם כינה בית המשפט חריג זה כתאורטי. ובלשונו: "למען האמת ייאמר כי בדיני הערבות בנקאית, חריג המרמה הוא חריג תיאורטי גרידא. נוכח קיומו של חריג הנסיבות המיוחדות, שידובר בו להלן, שוב אין צורך כי תתקיים מרמה על מנת למנוע חילוט הערבות, שכן חריג הנסיבות המיוחדות מסתפק ברף נמוך יותר במעט" (שם, פס' 23 לפסק הדין). להבעת עמדה זו עוד בעבר ראו עניין **ארקן**, לעיל ה"ש 8, פס' 24 לפסק הדין. כן נזכיר כי טענת מרמה מחויבת בפירוט ובנטל הבאת ראיות ושכנוע גבוה (תקנה 78 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984), יואל זוסמן **סדר דין אזרחי** 135 (מהדורה שביעית, 1995), ובמקרים רבים מועלית טענה זו על ידי המבקשים למנוע את מימוש הערבות הבנקאית ללא ביסוס עובדתי (שכן ברוב המקרים אין מדובר במרמה בהתאם להגדרה המקובלת). לפסק דין שבו נדחתה טענת המרמה על הסף תוך ביקורת על עצם העלאתה ללא כל ביסוס בסכסוך בדבר מימוש ערבות בנקאית שניתנה להבטחת חיובים במכרז לשירותי תוכנה ראו: ת"א (שלום ב"ש) 7150/07 **יעל תכנה ומערכות בע"מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב**, פס' 9 לפסק הדין (טרם פורסם, 24.12.2007).

הבנק נטל כזה.⁶⁸ ואולם במקום שבו חל עקרון ההפטר באופן ברור, ראוי כי מימוש הערבות יעוכב לא בשל חריג המרמה, אלא בשל חריג ההפטר. יצוין כי תפיסה זו אינה צפויה לגרוע מעקרון עצמאות הערבות הבנקאית. במקרים מסוימים, עקב דחיית עקרון ההתאמה הדווקני, היא דווקא תחזק את עקרון העצמאות. מכל מקום, עצמאות הערבות היא אינטרס אשר מולו עומדים אינטרסים נוגדים אחרים, השואבים כוחם מעצם תפיסת היסוד של הערבות הבנקאית כחייב משני. הרי אין חולק כי גם במצבים של ערבות בנקאית חל עקרון ההחזר. במצבים אלו ברור כי במקום שבו עקרון ההחזר לא ניתן למימוש, אין מקום להתעלם מעקרון ההפטר, ובתי המשפט אף התייחסו לבעייתיות זו. כך למשל בעניין **מליבו**, הדגיש בית המשפט כי אם הערבות תמוש, הרי מאחר שהנושה נקלע לפירוק, התוצאה תהא כי החייב העיקרי ישלם פעמיים, פעם בביצוע ופעם בערבות. לעומת זאת, הנושה יצא כשהוא מתעשר שלא כדין, מקום שהחייב העיקרי הופטר והערבות קוימה בכל זאת.⁶⁹ גם בעניין **ט.ש.ת.** עמד בית המשפט על הבעייתיות בכך שחילוט הערבות הבנקאית עלול להביא לסדרה של הליכים משפטיים עתידיים בין הצדדים, ולעורר בעיות משפטיות רבות, בעיקר בתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט.⁷⁰ במקרים אחרים יישמו בתי המשפט תפיסה זו בפועל.⁷¹ כן פותרת עמדה זו את ה"מלאכותיות" הנובעת מהניתוק המוחלט והדווקני לכאורה בין חיוב הערב לחיוב החייב העיקרי.⁷²

⁶⁸ להדגשת תפקידה הפיננסי של הערבות הבנקאית בחיי המסחר והכלכלה בפסיקת בית המשפט העליון ראו עניין **שובל הנדסה**, לעיל ה"ש 3, בייחוד פס' 25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ⁶⁹ "עוד נציין בהערת אגב כי האוטונומיה של הערבות הבנקאית, אשר בגינה אין הבנק הערב (בענייננו – דיסקונט) בודק את חיובי הצדדים לפי עסקת היסוד, נראית לכאורה מלאכותית בשל כך שהיא עלולה לגרום לתוצאות שאינן נראות הגיוניות מנקודת הראות של עסקת היסוד, כגון מימוש הערבות אף על פי שחיובי הצדדים במסגרת עסקת היסוד קוימו במלואם" (עניין **מליבו**, לעיל ה"ש 43, ס' 10 לפסק דינו של השופט טירקל). אם כי מיד לאחר ציטוט זה "מאזן" השופט עמדה זו תוך הפניה לתפקידה המסחרי של הערבות כמנגנון יעיל וזול. עמדתנו היא כי יעילותה של הערבות לא תיפגע בעקבות החלת כלל ההפטר במקום חריג המרמה, אלא בדיוק ההיפך.

⁷⁰ עניין **ט.ש.ת.**, לעיל ה"ש 7. עיקר הבעייתיות נובעת מהעובדה שבמערכת היחסים המשולשת, מדינה-קבלן-רוכשי דירות, מתן האפשרות למדינה לממש את הערבות הבנקאית, בעוד הדיירים ממשיכים לעשות שימוש במעליות שכפי שנקבע הותקנו על ידי הקבלן תוך הפרת ההסכם עם המדינה, מביא לתוצאה שלפיה הדיירים מתעשרים שלא כדין על חשבון הקבלן. בנסיבות אלו, הכיר בית המשפט באפשרות כי קביעתו תהווה אך פתח להליכים משפטיים עתידיים, הן בכל הנוגע לעצם זכות הדיירים להמשיך לעשות שימוש במעליות, הן בכל הנוגע לחובתם לשלם דמי שימוש ראויים, והן בכל הנוגע להתחשבות העתידית בין המדינה לבין הקבלן, לאור היעדר הזיקה בהכרח בין סכום החילוט לסכום הנזק שנגרם למדינה עקב הפרת החוזה.

⁷¹ שיקולים דומים הוחלו במצבים של מניעת מימוש ערבויות בנקאיות בהליכי חדלות פרעון ראו: אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 64, בעמ' 275.

⁷² במקרים של ערבות בנקאית, עקרון ההחזר פועל באופן מיידי, שכן כדבר שבשגרה, בנקים אינם

ז. אימוץ עקרונות המודל המוצע בפסיקה עדכנית – פסקי הדין בעניין אדמוב, ההתאחדות לכדורגל ומטקאש

כפי שאראה להלן, פסק דין שניתן בחודש אוקטובר 2007 בבית המשפט העליון, אימץ בפועל את העקרונות המוצעים במודל, ואף עמד על הבעייתיות שעמדנו עליה בדבר עמימות חריג הנסיבות המיוחדות, תוך יישום הקביעה שלפיה במקום שבו אין כלל חיוב, אין ולא ראוי לאפשר מימוש ערבות בנקאית. פסק דין זה יושם כבר בפועל בפסיקה נוספת שניתנה בכתי המשפט המחוזיים.

הלכת בית המשפט העליון המדוברת נקבעה בעניין אדמוב, שבו דן בית המשפט העליון ישירות בחריגים לעקרון עצמאות הערבות הבנקאית.⁷³ באותו עניין התעורר סכסוך בין שתי חברות בנוגע לאפשרות מימוש ערבות בנקאית שנועדה להבטיח השתתפות בחבות במס בגין מכירת מניות. סיטי סטייט, המשיבה 1, החזיקה במניות אדמוב, המערערת 1, שהחזיקה במניות חברת קרית שדה התעופה בע"מ, שאותן חפצה למכור לחברת יו.א.ל בע"מ. לשכלול עסקת המכר, נזקקה אדמוב להסכמת סיטי סטייט. השתיים חתמו על הסכם שבמסגרתו הוסכם, בין היתר, כי סיטי סטייט תישא בחובות המס. להבטחת החוב הועמדה בין היתר ערבות בנקאית אוטונומית על הסך של 5 מיליון ש"ח. בהתאם להסכם הוענקו סמכויות בוררות ונאמנות לרו"ח פלדמן וכן סמכויות הכרעה שונות. על סיטי סטייט הוטלה חבות מס בסך של 36 מיליון ש"ח, אשר הופחתה בהסכם פשרה שכרת רו"ח פלדמן לסך של 16.6 מיליון ש"ח. במקביל, חייב רו"ח פלדמן את סיטי סטייט בהשתתפות של 2 מיליון ש"ח. בין הצדדים התעוררה מחלוקת בנוגע לסמכותו של פלדמן לקבוע את שיעור ההשתתפות (המחלוקת הייתה דיונית בעיקרה ונבעה משאלת הפעלת סמכותו כבורר או כנאמן). בית המשפט קבע כי קביעת רו"ח פלדמן נעשתה בהתאם לסמכויות שהוענקו לו בהסכם וכי הכרעתו שלפיה סיטי סטייט תשלם 2 מיליון ש"ח מחייבת וסופית. סיטי סטייט שילמה, ובהתאמה ביקשה מהבנק לבטל את הערבות. אדמוב התנגדה לביטול והגישה לבנק את הערבות לחילוט.

שופטי בית המשפט העליון היו תמימי דעים בנוגע לעובדה שבנסיבות העניין אין מקום לאפשר את חילוט של הערבות הבנקאית. עם זאת, ניתן למצוא בפסק הדין שתי גישות בנוגע להיקף השימוש בחריג הנסיבות המיוחדות. השופטת ארבל לא נרתעה מהחלת חריג זה בנסיבות העניין. לדידה, דרישת המימוש הייתה נגועה בחוסר תום לב קיצוני, המחיל את עקרון הנסיבות המיוחדות.

מוציאים ערבות בנקאית, אלא אם כנגדה מופקד כסף מזומן או שווה ערך למימוש מידי. הבנק בהיבט זה הוא אכן ערב, ואולם סיכונו הוא אפסי, מאחר שהוא דואג מראש למימוש זכות החזר שלו. הסיכון העיקרי נותר אפוא במצבים של ערבות בנקאית, על החייב העיקרי.

⁷³ רע"א 9123/05 אדמוב פרויקטים (89) בע"מ נ' סיטי סטייט מקבוצת אלפו בע"מ (טרם פורסם, 25.10.2007) (להלן: עניין אדמוב).

לשיטתה, משקבע בית המשפט כי הצדדים מילאו את חלקם בעסקת היסוד, התאינה המחלוקת בין הצדדים, ותביעתם של המערערים לחילוט הערבות נגועה בחוסר תום לב קיצוני המקים את חריג הנסיבות המיוחדות.

השופט רובינשטיין, לעומתה, הסתייג מהחלת החריג, וביקש לערוך עיון מחודש בחריג זה וביישומו, תוך שהוא מפנה לגישה המוצעת לעיל שלפיה ייבחנו הסוגיות הנוגעות לערבות הבנקאית מתוך תפיסת מוצא הממקמת את הערבות הבנקאית כדיני הערבות ולאור מודל החיוב המשני תוך ביצוע התאמות מחויבות מקום שמדובר בהתחייבות לשיפוי. השופט רובינשטיין קבע כי ראוי לעיין במודל ההפטר, וכי יש מקום להחילו במצבים שבהם הוא חל בכירור. בנסיבות אותו עניין, יישם זאת השופט רובינשטיין, תוך שהוא קובע כי בהתאם לגישה זו, במקרה שלפניו, נובע ההפטר לכאורה, לאור הכרעתו של רו"ח פלדמן ולאור קביעת בית המשפט כי לא ניתן לערער עליה.

גישה זו של בית המשפט העליון, מצאה ביטוי ואומצה גם בפסיקה עדכנית של הערכאות הנמוכות יותר. מדובר בעניין **בנק מזרחי-טפחות** ובעניין **מטקאש**. בעניין **בנק מזרחי טפחות** נדונה ערבות בנקאית על סך 43,700,000 ש"ח שהוצאה על ידי בנק המזרחי לרשות לבקרת תקציבים להבטחת חובות, אם יהיו, של מועדון הכדורגל בית"ר ירושלים, וזאת לבקשתו של ארקדי גיידמק.⁷⁴ הערבות המקורית הייתה בתוקף עד ליום 31.8.2007, והוארכה עד ליום 31.8.2008. ביום 31.8.2008 דרשה הרשות לבקרת תקציבים את מימוש הערבות מבנק המזרחי. באופן לא שגרתי, בנק המזרחי (ולא הלקוח אשר ביקש את הוצאת הערבות וחשוף לצורך בתשלומה אם תמומש) הוא זה אשר פנה לבית המשפט, וביקש צו מניעה כנגד המימוש.⁷⁵ בית המשפט בחן את המסגרת שבה הוצאה הערבות הבנקאית, בהקשר המיוחד של ערבויות בנקאיות שניתנות לרשות לבקרת תקציבים. כפי שביאר בית המשפט, תפקידה של הבקרה התקציבית, הוא לפקח במסגרת ארגון התאחדות הכדורגל, על האיזון התקציבי של קבוצות הכדורגל הפועלות בישראל, מתוך מטרה להבריא לאורך זמן את מצבן הכספי. במסגרת זו, לצורך אישור תקציב של קבוצה **בעונת משחקים מסוימת**, לרבות אישור הסכמים עם שחקנים, מאמנים ובעלי תפקידים אחרים באותה עונת משחקים, חייבת הקבוצה להמציא לרשות בטוחות. הערבות הבנקאית נשוא הדיון ניתנה במקור לרשות להבטחת חובות בית"ר ירושלים לעונת המשחקים 2006/2007, והוארכה

⁷⁴ עניין **בנק מזרחי-טפחות**, לעיל ה"ש 64.

⁷⁵ הבנק טען מפורשות בבקשתו, כי בנסיבות העניין, מימוש הערבות הבנקאית יותיר אותו חשוף ללא ביטחונות כלפי ארקדי גיידמק, שעמו הוא נתון במחלוקת בנוגע לעניינים אחרים. הבנק טען כי אין בידו בטוחות ברמה מספקת כנגד הערבות, הואיל וגיידמק העמיס על הבטוחות שמסר במועד הוצאת הערבות במקור, הלוואות ופעילויות נוספות. בנוסף טען הבנק כי הבטוחה הראשונית בסך 10 מיליון דולר, נשחקה לרבות בשל ירידת שער הדולר ביחס לשקל ועליית מדד המחירים לצרכן. שם.

באופן שבו תשמש כבטוחה לעונת המשחקים הבאה, דהיינו עונת 2007/2008. בית המשפט קבע כי משהודתה הבקרה התקציבית כי אין כל יתרת חוב בגין עונת 2007/2008, אין ולא הייתה רשאית הבקרה לדרוש את מימוש הערבות. בית המשפט קבע כי על אף עצמאותה של הערבות, הרי לא ייתכן לממשה בקשר עם התחייבויות שלא היו בבסיס ההתקשרות שבמסגרתה ניתנה הערבות. בית המשפט קובע כי דרישת מימוש הערבות שלא לשם החוב שלמענו הוצאה הערבות, באה בגדר חריג הנסיבות המיוחדות, אף אם אין מדובר בהתנהלות העולה כדי חוסר תום לב קיצוני. בית המשפט קבע כי יש להבדיל בין מחלוקת שבין הצדדים לעסקת היסוד, שאז המוטב זכאי למימוש הערבות, לאור עקרון העצמאות, לבין מצב שבו המוטב ער להיעדרה של חבות בעסקת היסוד, ומבקש בכל זאת לעשות שימוש בערובת לשם עסקה אחרת. מהרגע שבו היה ברור כי עסקת היסוד שבמסגרתה ניתנה הערבות מתייחסת להבטחת חובות הקבוצה לעונת 2007/2008, לא הייתה רשאית הבקרה התקציבית לדרוש את מימושה, בשל העובדה שלא ניתנו לה ביטחונות עבור עונת 2008/2009. בית המשפט אף קובע מפורשות כי בנסיבות אלו, אין הוא מוצא צורך להיכנס לסיווג הלשוני של החריגים שנקבעו בפסיקה לעקרון העצמאות.⁷⁶ עמדה דומה הובעה גם בעניין **מטקאש**.⁷⁷ באותו עניין אימץ בית המשפט מפורשות את עקרון ההפטר וקבע, תוך אזכור הלכת **אדמוב**, כי מקום שדמי שכירות שולמו על ידי שוכר שהפקיד ערבות בנקאית, אין מקום להורות על מימוש ערבות בנקאית שהופקדה על ידי השוכר.

פסקי הדין בעניין **אדמוב** בעניין **בנק מזרחי-טפחות** ובעניין **מטאקש** מדגימים את הקושי העיוני שאליו נקלעה הפסיקה בכל הנוגע לחריגים לעקרון הערבות הבנקאית. שלושת פסקי דין אלו מאמצים בפועל את עקרון ההפטר, תוך שהם קובעים כי דרישה למימוש ערבות בנקאית, בשעה שחייבי הצדדים במסגרת עסקת היסוד קוימו במלואם, אינה ראויה, ועקרון העצמאות לא חל עליה. שלושת פסקי הדין אף מבהירים מפורשות, כי אין צורך בחוסר תום לב קיצוני (ללא קשר לקושי בהגדרת מונח זה, וההבחנה בינו לבין חוסר תום לב רגיל למשל), על מנת לשלול את אפשרות המוטב לדרוש את מימוש הערבות.

⁷⁶ ובלשונו: "בנסיבות אילו אין לטעמי צורך בהתנהלות שלא בתום לב מצד המוטב כדי לבוא בגדר חריג הנסיבות המיוחדות. דומה כי נכון לומר כי חריג הנסיבות המיוחדות שפותח בידי הפסיקה פועל 'בתוך' עיסקת היסוד, ומקום שמוטב מבקש לממש ערבות 'מחוץ' לעיסקת היסוד', אין צורך בעמידה בתנאי החריג האמור הואיל והערבות כלל אינה מכסה את אותו התחום שהוא 'מחוץ' לעיסקת היסוד". עניין **בנק מזרחי-טפחות**, שם, בעמ' 13.

⁷⁷ פרק (מחוזי חי') 973/07 **מטקאש סחר בע"מ נ' יעקב ריבנוביץ** (טרם פורסם, 4.2.2009).

ת. תוקפה של ערבות בנקאית שניתנה על ידי קבלן לבעלים שמכר זכויותיו

על מנת להדגים את עמדתי בדבר תחולת עקרון ההפטר, במצבים שבהם נדרש מימוש ערבות בנקאית, אדון להלן בסוג ערבות בנקאית שכיח נוסף, הוא ערבות ביצוע שניתנת על ידי קבלן, ובשאלה בדבר תוקפה בנסיבות שבהן הבעלים מכר את זכויותיו. אדון במקרה שבו בעלים של מקרקעין מזמין מקבלן מבצע הקמת מבנה. כדבר שבשגרה, הקבלן מוסר ערבות ביצוע לצורך בניית המבנה, אשר בהתאם לתנאי ההסכם, הופכת לאחר השלמת הביצוע לערבות טיב. מה הדין מקום שכמה שנים לאחר הקמת המבנה, אך עדיין במשך תקופת הבדק, מוכר הבעלים את זכויותיו במבנה לצד שלישי? האם רשאי הבעלים במצב האמור לדרוש את מימוש הערבות? לטעמי, מתן אפשרות למוטב במצב האמור לדרוש את מימוש הערבות הבנקאית, ללא כל התראה או דרישה להסבת הערבות לרוכש, עלול להביא למצב שבו הקבלן יאלץ לשלם פעמיים: פעם בביצוע (כלפי הרוכש) ופעם בערבות (כלפי המוטב שמכר את זכויותיו). לכאורה, לא יוכל גם הקבלן להעלות בעתיד כטענת הגנה כנגד דרישת הרוכש לתיקון הליקויים את הטענה שלפיה מומשה הערבות ולפיכך אין הוא חייב בביצוע. לעומת זאת, המוטב יצא כשהוא מתעשר שלא כדין (פעם כאשר קיבל את תמורת המכר, ופעם כאשר קיבל את דמי הערבות).⁷⁸

אם זכויות המוטב בקרקע נשוא הבניין היו חוזיות, הרי לאור הוראות חוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969, ממועד ההמחאה אין כל יריבות בין הממחה (המוטב) לבין הקבלן, והקשר הישיר הנו בין הרוכש לבין הקבלן. כן ראוי בהקשר זה להפנות גם להוראות סעיף 5 לחוק המחאת חיובים (בין כסעיף שחל ישירות אם זכויות המוטב במועד המכר הן חוזיות, ובין בדרך של היקש, אם הן קנייניות), אשר קובע כי "בכפוף להסכם ההמחאה כוללת המחאת זכות גם כל ערבות ושעבוד שניתנו להבטחתה וכל זכות אחרת הנלווית לזכות שנמחתה, במידה שהן עבירות". סעיף זה אף יושם ופורש בפסיקה בהקשר הרלוונטי לענייננו כמעניק את הזכות לדרוש תיקון ליקויים במבנה לרוכש מהקבלן המקורי.⁷⁹

⁷⁸ ליישום השיקול בדבר הקשיים בתביעת השבה מצד מוציא הערבות כנגד מבקשת מימוש שאינה קיימת ומניעת מימוש ערבות בנקאית בהקשר זה ראו: עניין י.מ. שובל 2000, לעיל ה"ש 28. באותו עניין קבע בית המשפט כי השיקול נובע מהפרת "כלל התאמת המסמכים" ומהעובדה שמבקשת חילוט הערבות הייתה חברה שאינה קיימת, כך ש"המבקשת עלולה לעמוד בפני שוקת שבורה אם אכן תמומש הערבות כפי שנדרש ע"י המוטב הנקוב" (שם, פס' 41 לפסק הדין).

⁷⁹ ת"א (שלום י"ם) 3297/01 כהן נ' אנגל חב' לקבלנות כללית בע"מ (טרם פורסם, 30.3.2007). כן ראו ע"א 886/97 בורשטיין נ' חודאד, פ"ד נב(4) 68 (1998). (קביעה כי בין היתר לאור הוראות סעיף 5 לחוק המחאת חיובים אין צורך בהסכמת המוכר לרישום הערת אזהרה לטובת רוכש י"ד שניה" מרוכש שלטובתו רשומה הערת אזהרה בלבד). לשיקולים ולניתוח הוראות סעיף 5 לחוק

במצבים שבהם כתב הערבות הבנקאית מציין את המוטב ולא את הרוכש, לכאורה קיימת סתירה בין זכויות הרוכש אשר הומחו או נמכרו במסגרת עסקת היסוד לבין זכויות המוטב בהתאם לכתב הערבות. ואולם סתירה לכאורית זו בין עסקת היסוד לבין הוראות כתב הערבות צריכה למצוא ביטויה, לכל היותר, בדרישה מצד המוטב לתיקון כתב הערבות (כפי שאף קובעות הוראות סעיף 5 סיפא לחוק המחאת חיובים), ולא באמצעות דרישה למימושה. במילים אחרות: הכללים הנוהגים כיום מחייבים מתן הודעה לקבלן ומתן אפשרות לתיקון כתב הערבות, טרם דרישת מימושה.

סיוג זכותו של המוטב במצב האמור, לא יפגע בוודאות וביציבות בחיי המסחר ולא יפגע באפשרות פירעונם של חובות ללא תלות בהכרעה במחלוקת הנוגעות לעסקת היסוד, שכן הזכות הרלוונטית הפכה להיות של הרוכש ולא של המוטב.⁸⁰ במצב האמור, אין מדובר במחלוקת חוזית גרידא בין צדדים יריבים, מהטעם שהמוטב והקבלן כבר אינם צדדים יריבים. מחלוקת עתידית בנוגע לעסקת היסוד, אם וככל שתהיה, עניינה במסגרת היחסים עם הרוכש.

מכר זכויותיו של מוטב לצד שלישי מצדיק יישום עקרון ההפטר, ושליטת אפשרות המוטב לדרוש את מימוש ערבות בנקאית אשר ניתנה כערבות ביצוע אשר הפכה לערבות טיב. מתן אפשרות למוטב לדרוש את מימוש הערבות הבנקאית, ללא כל התראה או דרישה להסבת הערבות לרוכש, מנוגד לעמדתו לעקרונות ההפטר והיידוע. מימוש הערבות הבנקאית בנסיבות אלו, דומה למצב שנדון בפסק הדין בעניין **אדמוב** שנזכר לעיל, במובן הזה שמבלי לגרוע מעקרון עצמאות הערבות הבנקאית, הרי המוטב אשר מכר את זכויותיו, אינו יריב כלשהו של הקבלן. במובן זה, אין כל מחלוקת בין הצדדים, וזכותו של הקבלן לדרוש את המימוש "התאינה", כלשונה של השופטת ארבל. הצדדים הרלוונטיים במסגרת עסקת היסוד הומרו בעקבות עסקת המכר. במצב זה ניתן לראות את החיוב ככל שהוא מתייחס למוטב המקורי כחיוב שפקע, מכוח עסקת המכר. וזאת, אף מבלי שבית המשפט יאלץ לעסוק בדיון במסגרת עסקת היסוד והמחלוקת החוזיות בין הצדדים. במצב כאמור, ובנסיבות דנן, לא ראוי אפוא לאפשר למוטב לממש את הערבות. תוצאה מתחייבת זו, לטעמי, תאזן באופן ראוי את האינטרסים המעורבים בסוגיה, וזאת, מבלי לפגוע בעקרון העצמאות העומד בבסיס מוסד הערבות הבנקאית. לכאורה, מצב זה נכלל בגדר פרשנות הפסיקה בכל הנוגע ל"חריג המרמה" ו"חריג הנסיבות המיוחדות", כפי שהם מכונים בפסיקה וכפי שהם פורשו בפסיקה, אולם, כאמור לעיל, אני הייתי מעדיף את בחינת עקרון ההפטר בנסיבות העניין.

המחאת חיובים ראו גם: שלום לרנר **המחאת חיובים** 201–208, ס' 12.25–12.33 (2002).

⁸⁰ לשיקול זה כעומד בבסיס עקרון העצמאות השוו עניין AMS, לעיל ה"ש 43; רע"א 1084/04 פיריון חברה להשקעות פיתוח ובנין בע"מ נ' לוקי בניה ופיתוח בע"מ (לא פורסם, 15.4.2004).

ט. סיכום

כפי שהראיתי לעיל, המקורות העיוניים בנוגע למהותה של הערבות הבנקאית והחריגים לעקרון עצמאותה מעורבים. ברובם הם שאובים מאנלוגיה לדיני האשראי הדוקומנטרי, ובמיעוטם מפיתוח עצמאי של בתי המשפט בישראל, אשר נזקקו להחלת כללים ייחודיים אשר יתאימו למקרים שבהם נעשה שימוש לרעה בערבות בנקאית, ואשר אינם מוצאים את פתרונם במסגרת דיני האשראי הדוקומנטרי.

העמדה המובעת במאמר זה היא כי המקור העיוני הראוי לצורך פתרון סוגיות בנושא הערבות הבנקאית, צריך שיהיה דיני הערבות. בהתאם לעמדה זו ערבות בנקאית הנה התחייבות לשיפוי, כהגדרתה בסעיף 16 לחוק הערבות, אשר ראוי להחיל עליה את עקרונות הערבות כחיוב משני, בשינויים המחויבים, הנובעים מאופייה המיוחד.

עמדה זו אינה מכוונת לחולל שינויים מהפכניים בדיני הערבות הבנקאית, אלא לבסס עיונית את מקורה, ולהקל בכך את קביעת המקרים (שאינם שכיחים) שבהם עקרון העצמאות המאפיין אותה לא יחול, ובהם ראוי שלא לאפשר למחזיק הערבות את מימושה. בהתאם לעמדה זו עקרון העצמאות עדיין יאפיין כמובן את הערבות הבנקאית. סכסוכים חוזיים במסגרת עסקת היסוד לא יפגעו באפשרות מימושה. יתרה מכך – בהתאם לעמדה זו ידחה כלל ההתאמה הדוקומנטרית הנהוג כיום, ועקרון העצמאות יוכר גם במצב של טעויות סופר קלות בשם המוטב. עם זאת, במצבים שבהם יחולו עקרונות הפטר והיידוע, המאפיינים את החיוב המשני, או במצבים שבהם תהיה פגיעה קיצונית בעקרון ההחזר – וזאת, בשינויים ובהתאמות המחויבים לגבי הערבות הבנקאית – תיעצר אפשרות מימוש הערבות.⁸¹ כמה מקרים בולטים כאלו, שבהם עסקתי במאמר זה, עוסקים במצבים שבהם החיוב העיקרי קיים, פקע או שאין הוא קשור כלל לערבות הבנקאית שמימושה מתבקש. יישום נוסף של עמדה זו ניתן למצוא בפסיקה הנוגעת לאפשרות מימוש ערבויות בנקאיות במצבים המיוחדים של חברות בהליכי חדלות פירעון.⁸² במצבים האמורים, עקרונות יסוד של דיני הערבות,

⁸¹ להתלבטות דומה בארצות-הברית לגבי היקף "חריג המרמה" בכל הנוגע לערבויות בנקאיות (Standby Letter of Credit) בהשוואה למכתבי אשראי דוקומנטרי "רגילים" (Commercial Letter of Credit), ולדין בהצעות שלפיהן חריג המרמה יפורש באופן רחב במצבים שבהם מדובר בערבות בנקאית ראו: Michel Stern, *The Independence Rule in Standby Letters of Credit*, 52 U. CHI. L. REV. 218 (1985).

⁸² לניתוח הפסיקה הדנה באפשרות בית המשפט למנוע את מימושה של ערבות בנקאית במצבים המיוחדים של חדלות פירעון, בין היתר בשל הפגיעה הצפויה בעקרון ההחזר, ראו אלשיך ואורבך, לעיל ה"ש 64, בעמ' 265–292. המחברים מציינים, בצדק, כי במצבים המיוחדים של חדלות פירעון, ההסתברות שהמפרק יהיה נכון להשקיע זמן וממון בתביעה להשבת כספי ערבות בנקאית שחולטו שלא כדין, היא נמוכה, ולפיכך בנסיבות אלו, ראוי לאמץ חריגים נוספים לעקרון עצמאות הערבות הבנקאית, ובין היתר, לא לאפשר מימוש ערבויות שלא לשם הפרויקט

ולפיהם חיובו של הערב פוקע במצב שבו פוקע החיוב העיקרי, מכוח עקרון משניות הערבות, יחולו גם על הערבות הבנקאית. במצבים אלו לא יוכל מחזיק הערבות לממשה, וזאת, ללא צורך בהגדרות המאולצות והעמומות הקיימות כיום, והשאובות מדיני האשראי הדוקומנטרי (חריג המרמה) או מפיתוח עצמאי נעדר בסיס עיוני (חריג הנסיבות המיוחדות). השופטים הדנים בבקשות הנוגעות למימוש ערבות בנקאית, נאלצים לחזור שוב ושוב על החריגים אשר השתרשו בפסיקה, וזאת אף שהראשון שבהם (חריג המרמה) אינו רלוונטי כלל בכל הנוגע לערבויות בנקאיות (ובפועל אף התייטר לאור הפיתוח העצמאי שהפסיקה עצמה ביצעה, עקב בצד אגודל, בשל הכרתה בחוסר האפשרות המעשית ליישם חריג זה בהקשרים שבהם מעורבות ערבויות בנקאיות), והשני שבהם ("חריג הנסיבות המיוחדות") הוגדר באופן עמום, מיושם בכל מקרה לגופו, ומעניק למעשה לבית המשפט שיקול דעת רחב, ללא קריטריונים מנחים. בית המשפט העליון הביע אף הוא את חוסר הנחת מאי-הבהירות בנוגע לחריג הנסיבות המיוחדות והגדרתו, ובפועל יישם עמדה זו בפסק הדין המנחה בעניין **אדמוב**. עמדה זו אף אומצה בפסיקת בתי המשפט המחוזיים (עניין **בנק מזרחי-טפחות** ועניין **מטקאש**) אשר קבעו מפורשות כי במצב שבו מתבקש מימוש הערבות הבנקאית שלא לצורך החיוב שלשמו ניתנה הערבות, ובמצב שבו שולם החיוב, אין כלל צורך בבחינת חריג הנסיבות המיוחדות, והערבות תיעצר, מכוח דיני החיובים ועקרון ההפטר. ראוי, לטעמי, כי שלושת פסקי דין אלו, בצירוף אימוץ הביסוס העיוני הראוי של מוסד הערבות הבנקאית, ינחו את בתי המשפט גם בהמשך, בכל הנוגע למצבים שבהם ראוי להימנע ממתן אפשרות לממש ערבות בנקאית. על הפסיקה הישראלית לנטוש את "הקשר הגורדי" הקיים בין החריג לעקרון העצמאות הבנקאית לחריג הרלוונטי לעסקאות האשראי הדוקומנטרי (חריג המרמה הקיצוני). עליה להימנע מהמשך דיון עיוני השבוי בתבניות המסורתיות שנוצקו בעבר, ועליה למקם, כפי שהשכילה לעשות עד עתה, את החריג שכונה "חריג הנסיבות המיוחדות" בבסיסו העיוני הראוי, תוך מתן קריטריונים והגדרות ברורות לחריג זה. קריטריונים אלו צריך שישאבו מדיני הערבות ויותאמו למעמדה המיוחד של הערבות הבנקאית וחשיבותה הרבה כמכשיר כלכלי ומסחרי מהמעלה הראשונה.⁸³

האיזון אשר נערך כיום, בין הרצון, מחד גיסא, שלא לפגוע בעקרון העצמאות, ובערכה של הערבות הבנקאית כבטוחה מוצלחת, וזאת על מנת להבטיח את פירעונם

שלשם ניתנו, או במצבים שבהם מימוש זה נעשה תוך ניצול קריסת החברה והעלאת טענות סרק של נזקים או קיזוז בעסקת היסוד. שם, בעמ' 275-284. בפועל, מאמצים המחברים את העמדה והביקורת המובעת ברשימה זו, תוך מציאת פתרונות לתחום המיוחד של דיני חללות הפירעון. אימוץ עקרונות המודל המוצע ברשימה זו, יפה כמובן גם למצבים אלו.

⁸³ Henry D. לסקירת וניתוח השימוש ההולך וגובר בערבויות בנקאיות גם בארצות-הברית ראו: Henry D. Gabriel, *Standby Letters of Credit: Does the risk outweigh the benefits?*, 3 COLUM. Bus. L. Rev. 750 (1988).

של חובות במהירות ובפשטות ועל ידי כך להגביר את היציבות והוודאות בחיי המסחר, לבין הרצון, מאידך גיסא, למנוע שימוש לרעה בערבות זו, צריך שימצא ביטוי לטעמי באופן שונה מזה הקיים כיום. איזון זה, ראוי שיושג לא באמצעות נטרול הרחבת חריג המרמה בדיני האשראי הדוקומנטרי וכלל התאמת המסמכים המוחלט. כללים אלו אשר "נשאבו" לדיני הערבות הבנקאית תוך היקש, הביאו ליצירת חריג עמום אחר, המבטל בפועל את חריג המרמה ומפורש מעת לעת באופן שונה, אך ברור כי מגמתו הפוכה מזו של חריג המרמה החמורה. הפתרון לדעתי הוא פנייה לעקרונות היסוד של דיני הערבות. אני מציע להשתמש בעקרונות ההפטר, ההחזר והיידוע לצורך זה, בשינויים המחויבים. הדגמתי לעיל יישום עקרונות אלו, במצב שבו החיוב העיקרי פקע או קוים. כשם שבאמצעות פרשנות שיפוטית, יצר השופט שיינטג את חריג המרמה, כאשר נזקק לכך לצורך סיוג עקרון העצמאות בעסקאות אשראי דוקומנטרי, וכהמשך ישיר להתפתחות הפסיקה בארץ בנוגע לחיובים עצמאיים אחרים,⁸⁴ אין מניעה כי בתי המשפט בארץ ייצרו חריג משלהם

⁸⁴ ניתן לדעתי בהקשר זה לערוך אנלוגיה להתפתחות המקבילה בפסיקה הישראלית בנוגע לחיוב השטרי, אשר בעבר מקובל היה לראות בו חיוב עצמאי לחלוטין המנותק מעסקת היסוד. אם בעבר החיוב השטרי הוכר כחיוב עצמאי לחלוטין, שטענות ההגנה כנגדו היו מוגבלות ותחומות במסגרת פקודת השטרות והדין האנגלי שנקלט בשיטת המשפט הישראלית, הרי הפסיקה המודרנית הכירה בעובדה שככל שמדובר בצדדים קרובים לשטר, יש להחיל על חיוב זה את דיני החיובים הכלליים, ולמעשה צמצמה את אופיו העצמאי, ככל שמדובר במערכות היחסים שבין צדדים קרובים, כמעט לחלוטין, תוך מתן אפשרות לצדדים לעסקה להעלות טענות במסגרת עסקת היסוד גם כטענות הגנה שטריות. כך, נקבע כי צדדים קרובים לשטר יכולים להעלות טענות הגנה חוזיות במסגרת עסקת היסוד גם כנגד הגשת החיוב השטרי לביצוע (דנ"א 258/98 צמח נ' שלשבסקי, פ"ד נה(4) 193 (1998); רע"א 611/02 כהן נ' מ. פלא ייזום עסקים בע"מ (לא פורסם, 27.2.2002), נקבע כי עקרון תום הלב הכללי חל גם על השטר (רע"א 2443/98 ליברמן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נג(4) 804 (1999), ונקבע כי דיני הקיזוז הכלליים אף הם חלים בין צדדים קרובים לשטר (רע"א Nordland Papier AG 6250/98 נ' מפעלי ייצור והוצאה לאור (ירושלים) מ.ס.ל. בע"מ, פ"ד נג(2) 274 (1999). בהחלט עקרונות אלו, היה בית המשפט מוכן לסטות מהלכות ותיקות בנות עשרות שנים שאומצו מהדין האנגלי, והיה נכון לסטות ממתן תוקף מלאכותי ומוחלט לעקרון העצמאות. לטעמי, השיקול העיקרי לעניין זה, ככל שהדבר נוגע לדיני השטרות, היה הרצון לפתור את הסכסוך האמיתי בין הצדדים, ללא צורך בהפנייתם להתדיינות נוספות, תוך שמירה על היתרונות הדינוניים והראייתיים שמעניקה פקודת השטרות לאוהז בשטר. שיקולים אלו יפים גם בכל הנוגע לדיון במוסד הערבות הבנקאית. גם בכל הנוגע למוסד זה, ראוי לאפשר לבתי המשפט את הכלי העיוני המתאים, אשר יאפשר להם, בנסיבות הראויות, להתנתק עיונית מהלכות היסטוריות, שאינן רלוונטיות לפיתוח הישראלי המקורי של מוסד הערבות הבנקאית ואינן תואמות בהכרח את מציאת הפתרונות המתחייבים לבעיות המתעוררות במסגרת תפקידה של הערבות הבנקאית בכלכלה הישראלית המודרנית, וזאת מבלי לפגוע בעקרון העצמאות המאפיין ערבות זו וביתרונותיה הכלכליים; להרחבה ראו רוי בר-קהן "שניים אוהזין – הרחבת טענות ההגנה בין צדדים קרובים לשטר" עורך הדין 6, 74 (2010).

לעקרון עצמאות הערבות הבנקאית, שהנו ברור ומוגדר דיו, תוך ביסוס דין ישראלי עצמאי המתאים לשיטת המשפט הישראלית. עקרון תום הלב, כעקרון-על, פועל לעניין זה, כבמקרים רבים אחרים, כבסיס משפטי זמני, בלית ברירה. ראוי ורצוי למצוא בסיס משפטי מתאים יותר, אשר עם פיתוחו והטמעתו, רק יגביר את הוודאות והיציבות בשימוש במכשיר הערבות הבנקאית.⁸⁵

⁸⁵ לנוסח מוצע של סעיף אשר יתווסף לפרק ו' בחוק החוזים (חלק כללי), ואשר יישא את הכותרת "חייבים משותפים שאינם שווי דרגה", ואשר יביא לידי ביטוי את ההכרה בחיוב המשני ככזה הראוי למערכת כללים נפרדת, ולתיקונים המוצעים בהתאמה לסעיפים 55(ב), 55(ג) ו-56(ד) לחוק בנוסחו כיום ראו בר-קהן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 76. לתפיסה שלפיה שיטת המשפט הישראלית ראויה להחלת כללים עצמאיים ראו אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197 (1991), שבו מגיע המחבר למסקנה כי שיטת המשפט הישראלית אשר התפתחה הנה שיטה יחודית, אשר בשל הקושי להעתיק במלואם עקרונות תורת משפט זרה נאלצת להתמודד באופן עצמאי בבעיות ייחודיות. את הפתרון לכך רואה המחבר בתקופת מעבר ארוכה שבה תשתזר יצירה עצמאית והשראה פרשנית, אשר תפתח במקביל לחיי היום יום במשפט, תוך אמון רב בשופטים כפרשנים, כמשלימי חסר בחקיקה וכמפתחי משפט מקובל נוסח ישראל. דומה כי קביעות אלו יפות לענייננו, וכי תקופת המעבר הנדרשת, בכל הנוגע לנושא הערבות הבנקאית, נמצאת בשלביה הסופיים.