

התיישנות תביעה כנגד ערב לאור התיקונים לחוק הערבות

מאת: רוי בר-קהן¹

א. הצגת הנושא

השאלה בה דנה רשימה זו הינה באילו נסיבות יהיה נושה חסום מלתבוע ערב בשל טענת התיישנות. בחלקה הראשון נציג את הוראות הדין הרלבנטיות ערב חקיקת התיקונים לחוק הערבות ואת הבעייתיות שהתעוררה בכל הנוגע להתייחסות לטענת התיישנות המועלית על-ידי ערבים כתוצאה מחקיקת התיקונים, לאור העיכוב הכפוי בו הם מחייבים נושה טרם הגשת תביעה כנגד ערב יחיד / מוגן. בחלקה השני נסקור את העמדות הפרשניות (הסותרות) בפסיקת בתי-משפט השלום והמחוזי, ובסיומה נביע את עמדתנו לגבי האפשרות הפרשנית המועדפת.

ב. הוראות דין רלבנטיות ערב חקיקת התיקונים לחוק הערבות

סעיף 7(ב) לחוק הערבות, תשכ"ז-1967, קובע כי –

“התיישנה התביעה נגד החייב, מתיישנת גם התביעה נגד הערב, אם לא התיישנה לפני כן”

חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, קובע כי –

“התקופה שבה מתיישנת תביעה שלא הוגשה עליה תובענה (להלן – תקופת ההתיישנות) היא –

(1) בשאינו מקרקעין – שבע שנים...²”

סעיף 6 לחוק ההתיישנות קובע כי –

“תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילה התובענה”

כאשר המדובר בערבות עליה לא חלים התיקונים לחוק הערבות, הרי על-פי רוב תחול אותה תקופת התיישנות על חיובם של החייב ושל הערב. יחד עם זאת, גם לגבי ערבות כזו, חזוה המחוקק מצב בו “עילת התובענה” כנגד כל אחד משני החיובים תתחיל ביום שונה, וכך יתכן מצב בו לגבי אחד מהשניים תקופת ההתיישנות תופסק מסיבה שאין לה השפעה על מירוח ההתיישנות לגבי החיוב השני.³ לערב הוענקה הברירה לטעון הן את טענת ההתיישנות כלפיו, והן את טענת

1. מרצה במכללה למינהל, הפקולטה למשפטים, תלמיד מחקר של ב – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת ת"א.

2. סעיף 5 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, ס"ח 112 (להלן: “חוק ההתיישנות”).

3. חוק ההתיישנות מונה מספר אפשרויות בהן מירוח ההתיישנות יופסק /או יוארך. כך למשל ראה סעיפים 10-20 לחוק ההתיישנות: סעיף 10 לחוק ההתיישנות (אי-הבאה בתשכון של מנין זמן הקטיגור), סעיף 11 לחוק ההתיישנות (אי-הבאה במנין זמן בו היה התובע חולה נפש), סעיף 12 (מנין הזמן אינו כולל יחסי אפורטרופסות בין בעלי הדין), סעיף 13 (מנין הזמן אינו כולל תקופת נישואין בין בעלי הדין), סעיף 14 (מנין הזמן ביחס לשהות מחוץ לישראל במדינה בה לא ניתן היה לקיים בירור משפטי), סעיף 15 (תובענה שנדחתה), סעיף 16 (חישוב

ההתיישנות כלפי החייב העיקרי, לפי החישוב הנוח לו.⁴ כפי שנראה להלן, התיקונים לחוק הערבות הביאו לשינוי כפוי בענין זה.

ג. ההוראות הרלבנטיות בחוק הערבות לאחר תיקונו

ביום 24.3.92 התקבל בכנסת תיקון ראשון לחוק – הוא תיקון תשנ"ב לחוק הערבות.⁵ תיקון תשנ"ב הוסיף פרק נוסף לחוק הערבות ובו הוענקה הגנה קוגנטית לערבים מסוג מסויים אשר "הצליחו" להיכנס בגדר הפרק (ואשר כונו "ערב יחיד"). בתיקון תשנ"ב העניק המחוקק הגנות שונות ל"ערב יחיד" כהגדרתו בתיקון זה, בין היתר תוך שהוא מגביל את האפשרות לפתוח כנגדו בהליכים⁶ וקובע כי הינו אחראי

תקופת ההתיישנות לאחר העיכובים כאמור בטעיפים 10-15), סעיף 17 (סגירת בית-משפט), סעיף 19 (הסכם על תקופת התיישנות), סעיף 20 (הזכות להיפרע משעבוד). ראה גם לענין זה ז' יהודאי דיני התיישנות בישראל (השנ"א), 216-276. טענה מעניינת שהועלתה בענין ע"א (חי') 1365/00 כרובי ג' חברת גב ים לקרקעות (טרם פורסם. פסק-הדין ניתן על ידי הרכב סגן הנשיא פינקלמן, השופט שטמר והשופט ג'ג'ורה) התייחסה למצב בו נושה תבע חייב עיקרי, שוכרת בהסכם שכירות, מבלי שחבע את הערב. לאחר פסק-הדין כנגד החייב העיקרי, הגיש הנושה תביעה כנגד הערב. זה, מצידו, טען להתיישנות התביעה כנגדו. בית-משפט השלום קיבל את טענת הנושה לפיה פסק-הדין כנגד החייב העיקרי יצר את העילה כנגד הערב, ורק ממועד זה מתחיל מירון תקופת ההתיישנות. בית-המשפט המחוזי, בקבלו את ערעור הערב, קבע כי העילה כנגד הערב התגבשה עם התגבשות עילת התביעה נגד החייב, ולא רק במועד משלוח הרדישה לערב. משלא נתבע הערב ביחד עם השוכרת המפרה היא החייבת העיקרית במועד, מיום הוצרות העילה, והתיישנה התביעה נגדה, הרי היא התיישנה גם נגד הערב. בית-המשפט עמד על כך שההתיישנות ביחס לערב יכולה להיות במקביל להתיישנות נגד החייב העיקרי, ויכולה להסתיים לפני ההתיישנות כנגד החייב העיקרי, כגון במקרים בהם החייב העיקרי הודה או הוגשה תביעה נגדו. באותו ענין, פסק מירון ההתיישנות כנגד החייב העיקרי, בשל הגשת התביעה כנגדו, אך המשיך לגבי הערב, ולפיכך העילה כנגד הערב התיישנה בתום שבע שנים. לפסיקה נוספת בה הועלו טענות התיישנות ביחס לתביעות בהן כרוכות ערבויות ראה גם ה"פ (חיפה) 492/95 ויסכרג נ' בנק דיסקונט, תק-מח 96(2) 452, 457; בש"א (חי') 7853/98 שפי יצחק נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-מח 2001(2) 5094, 5098.

4. סעיף 7(ב) לחוק הערבות. וראה גם ע"א 255/89 פרדו נ' מ"י, פ"ד מו(5) 641, 657 (השופט שמגר). באותו עניין הודגשה על-ידי הנשיא שמגר חובת הפירוט בה חייב הטוען להתיישנות, והנשיא אף קבע כי מקום שטענת ההתיישנות הועלתה כאופן סתמי בבקשת הרשות להתגונן מבלי לציין מתי ולאילו תקופה מתייחס חובו של החייב העיקרי, הרי תידחה הטענה בהעדר תשתית עובדתית מינימלית. שם, בע' 658א.

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

6. סעיף 17 לחוק הערבות, לאחר תיקון תשנ"ב. ס"ק (א) קובע כי לא חוגש תובענה נגד ערב יחיד אלא לאחר שניתן פסק-דין נגד החייב ולאחר שיושב ראש ההוצאה לפועל אישר שעל מנת להיפרע מהחייב, נקט הנושה בכל הליכי ההוצאה לפועל, לרבות הליכים למימוש משכנתה על דירת מגורים. ס"ק (ב) מסייג הוראה זו בסיטואציות בהן החייב נפטר, הוכרו פסול דין, ניתן נגדו צו כינוס נכסים או יצא מן הארץ לצמיתות (ראה לדוגמא ע"א (חי') 594/93 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' שפון (טרם פורסם. פסק-הדין ניתן ביום 7.2.96 בהרכב השופטים סלוצקי, ד"ר בין וגלאור)). במקרה שהחייב היה מובטח במשכנתא לא יחול הסייג האמור, אלא אם כן קבע בית-המשפט או ראש ההוצאה לפועל, לפי הענין, שנעשו מאמצים סבירים לאיחור החייב או למימוש המשכנתא או המשכון.

רק לחלק יחסי מהחייב הנערב.⁷

ביום 4.11.97 התקבל בכנסת תיקון שני לחוק הערבות, הוא תיקון תשנ"ח לחוק הערבות.⁸ תיקון זה, אשר הינו מהפכני אף יותר מקודמו, נכנס לתוקפו ביום 1.6.98. תיקון תשנ"ח הופך את חוק הערבות לחוק צרכני מודרני. תיקון זה מאמץ את עקרונות תיקון תשנ"ב תוך הרחבתן העניינית והפרסונלית,⁹ הופך גם את ההוראות הוותיקות בחוק הערבות הכללי לקוגנטיות,¹⁰ ומטיל חובות גילוי וחובה על מתן הודעות אשר בצידן ניצבות סנקציות.¹¹ בנוסף, מקנה התיקון סמכות להתקנת חקיקת משנה,¹² אשר כבר חוקקה.¹³

מבין השינויים החקיקתיים הרבים והחשובים אותם הביאו עמם התיקונים לחוק הערבות,¹⁴ לאחד העקרונות המרכזיים בתיקונים השלכה ישירה על סוגיית

7. סעיף 17ה(א) לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ב. הסעיף קובע כי ערבים יחידים יהיו חייבים, כלפי הנושה, בחלקים שווים.
8. חוק הערבות (תיקון), תשנ"ח-1998, ס"ח 1637 (להלן: "תיקון תשנ"ח").
9. תיקון תשנ"ח מוסיף לערבים ה"רגילים" בהם דן חוק הערבות עובר לשני תיקוניו, שני סוגי ערבים נוספים: "ערב מוגן" ו"ערב יחיד" (סעיף 19 לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ח). יש ליתן את הדעת כי למרות זהות הכינוי "ערב יחיד" בתיקון תשנ"ב ובתיקון תשנ"ח, יש לערוך אבחנה ברורה ביניהם, כאשר למעשה "הערב המוגן" מתיקון תשנ"ח הוא מקבילו הרעיוני של "הערב היחיד" מתיקון תשנ"ב.
10. בהתאם להוראות סעיף 18 לחוק, לפני תיקון תשנ"ח, היו ההוראות בפרק א שבחוק הערבות דיספוזיטיביות. בהתאמה, במקרים רבים נדחתה טענת ערבים לתחולת הוראות סעיפים 5, 6, 7, 11 ו-12 לחוק הערבות, מקום שבת-המשפט אישרו את ההתנאה על סעיפים אלו. גם תיקון תשנ"ב, אשר לראשונה הפך חלק מהוראות חוק הערבות לקוגנטיות, לא התערב בהוראות הישנות של חוק הערבות, והוראת הקוגנטיות אותה הוא קבע התייחסה אך ורק לפרק ב, אשר הוסף בו. לפיכך, גם לאחר תיקון תשנ"ב לא היתה כל מניעה להמשיך ולהתנות על יתר הוראות חוק הערבות המצויות בפרק א' של החוק לאחר תיקון זה. סעיף 32 לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ח קובע, בדומה ליתר הוראות החקיקה הצרכנית, הוראת קוגנטיות "חד-סיטרית" המאפשרת התנאה על הוראות הפרק ועל סעיפים 5, 6, 7, 11 ו-12 אך ורק לטובת הערב. סעיף 5 לחוק הערבות קובע שכאשר חל שינוי בחיוב הנערב, משתנה חיובו של הערב לפי השינוי בחיובו של הנושה ובמקרים מסויימים אף יכול הערב לבטל את ערבותו. סעיף 6 לחוק קובע, כי אם גרם הנושה לאי-מילוי החיוב הנערב או לפגיעת ערובה לשניתנה להבטחת החיוב הנערב, מופטר באותה מידה הערב. סעיף 7(א) לחוק קובע כי טענות ההגנה של החייב העיקרי כנגד הנושה יעמדו גם לערב. סעיף 11 קובע כי לערב יהיו, לפני שמילא ערבותו, אותם הסעדים להבטחת זכותו לחזור על החייב הנתונים לנושה להבטחת חוב שטרם הגיע זמן פרעונו, וסעיף 12 קובע כי אם היה החיוב הנערב מובטח גם בשעבוד נכס של החייב, יעבור השעבוד לזכות הערב, לאחר שמילא ערבותו, להבטחת זכותו לחזור על החייב. סעיפים מסודתיים אלו בחוק הערבות, נחקקו במקורם על מנת להגן על הערב, אך באופן שיגרתי הינם סעיפים עליהם התנו הנושים בהסכמי הערבות, התניה אשר אושרה אף בפסיקת בית-המשפט העליון. התניה זו יצרה מצב קשה ביותר מבחינת הערבים ולאחר קבלת תיקון תשנ"ח אינה עוד אפשרית.
11. סעיפים 22-26 לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ח.
12. סעיף 34 לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ח.
13. תקנות הערבות, תשנ"ח-1998, ק"ת 5899 מיום 14.5.98.
14. על הביקורת שנמתחה על חוק הערבות טרם תיקונו ראה בין היתר מ' דויטש "דיני הערבות הכללים – קושיות, מגמות והרפורמה המוצעת" משפטים כב (תשנ"ג) 93; ס' דויטש "יחסי בנק-לקוח – אספקטים חוזיים וצרכניים" ספר זכרון לגר טרסקי (ירושלים, 1995), 163; ש'

ההתיישנות. המדובר בהוראת "מיצוי ההליכים" כנגד החייב העיקרי, אשר מצאה ביטוייה הן בתיקון תשנ"ב, והן בתיקון תשנ"ח.

בתיקון תשנ"ב לחוק הערבות נקובה ההוראה בסעיף 17ג לחוק הערבות לאחר תיקונו בשנת תשנ"ב,¹⁵ ובתיקון תשנ"ח, המדובר בסעיף 27 לחוק, לאחר תיקונו בשנת תשנ"ח.¹⁶

בהתאם להוראות אלו, לא יכול נושה, אשר בידו ערכות של ערב מוגן, כהגדרתו בתיקון תשנ"ח, או ערכות של ערב יחיד, עליו חלות הוראות פרק ב לתיקון תשנ"ב, לפתוח באופן ישיר בהליכים כנגד הערב ולצרפו כנתבע בתובענה אשר נפתחת כנגד החייב העיקרי. הגשת התביעה כנגד הערב אפשרית רק לאחר קיום התנאים המצטברים בסעיף 17ג או 27 לפי הענין. סעיפים אלה דורשים מהנושה, באופן כללי ובכפוף לחריגים המצויים בהמשך הסעיף, את ביצוע הפעולות המשפטיות הבאות: (א) הגשת תביעה כנגד החייב העיקרי; (ב) קבלת פסק-דין בתביעה כנגד החייב העיקרי; (ג) פתיחת תיק הוצאה לפועל לצורך גביית החוב מהחייב העיקרי; (ד) ביצוע כל הפעולות הסבירות האפשריות במסגרת תיק ההוצאה לפועל שנפתח כנגד החייב העיקרי לצורך גביית חובו של החייב העיקרי, לרבות נקיטה בהליכים לפינוי מדרת מגורים (בין אם קיימת משכנתא ובין אם לאו); (ה) קבלת אישור ראש ההוצאה לפועל כי ננקטו כל ההליכים הסבירים בנסיבות הענין לגביית החוב מהחייב העיקרי.

בהתאם לפסיקת בית-המשפט המחוזי והפרשנות אותה הוא נתן להוראות סעיף 27, על הנושה לזמן לדיון בפני ראש ההוצאה לפועל את הערכים.¹⁷

- גנוסר חוק הערבות, תשכ"ז-1967 (תשל"ט, פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי); על הערות נוספות ביחס להוראות החוק לאחר תיקונו והתייחסות להוראות התיקונים לחוק הערבות ראה גם ר' בן אוליאל "דיני בנקאות: ערכות לטובת תאגיד בנקאי ומשכון של נכסים נדירים וניירות ערך" (תשס"ב) 39-51, 61-74.
15. סעיף 17ג(א) לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ב קובע כדלקמן: "לא תוגש תובענה נגד ערב יחיד אלא לאחר שנחקיימו שניים אלה: (1) ניתן פסק-דין נגד החייב; (2) יושב ראש ההוצאה לפועל אישר שעל מנת להיפרע מהחייב, נקט הנושה בכל הליכי ההוצאה לפועל, לרבות הליכים למימוש משכנתא על דירת מגורים או למימוש משכון על זכויותיו בדירת מגורים, והכל כשהם סבירים בנסיבות הענין".
16. לשונו של סעיף 27(א) לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ח דומה להוראת סעיף 17ג לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ב, בכפוף לשינוי נוסח קל, אך יתכן ובעל משמעות מרחיקת לכת. בהתאם להוראות סעיף 27(א) הרי אישור ראש ההוצאה לפועל הינו כי "ננקטו" כל הליכי ההוצאה לפועל, וזאת במקום המינוח בו נקט המחוקק בסעיף 17ג אשר בו נכתב "נקט הנושה". להבדל שבין הלשון הסבילה בה נוקט סעיף 27(א) לבין לשונו האקטיבית של סעיף 17ג ניתן ליחס חשיבות בכל הנוגע לסוגיות המתעוררות באשר לנטל ההוכחה ומידת המאמץ המוטלת על הנושה לשכנע את ראש ההוצאה לפועל, מקום שמתבקש אישור על מיצוי ההליכים. כך לדוגמא, מתעוררת הסוגיה אם העובדה שנושה אחר, במסגרת תיק הוצאה לפועל אחר, ביצע הליכים, פוטרת את הנושה הספציפי המבקש את אישור ראש ההוצאה לפועל, מנקיטת אותם הליכים, כאשר ניתן לטעון כי שינוי לשון החוק מאפשרת גמישות יתר והקלה בהיבט זה עם הנושה (באופן לפיו אין חובה כי דווקא נושה ספציפי זה ינקוט בהליכים וניתן להיעזר בתוצאות הליכים בהם נקטו נושים אחרים).
17. בר"ע (ת"א) 20275/99 בנק הפועלים נ' דימיטרי (טרם פורסם). פסק-הדין ניתן על-ידי השופט בר-אופיר ביום 8.4.99; בר"ע (חי') 264/00 בנק הפועלים בע"מ נ' נאה (תק-מח 2001/1), 1847; ע"א 150/99 (מחוזי-נצ') בנק הפועלים נ' טראחנה מוהנד סלאח (טרם פורסם); ת"א

ד. הקושי לאור הוראות התיקונים לחוק הערבות והשאלה הפרשנית

הבעייתיות המתעוררת לאור הוראות התיקונים לחוק הערבות, נובעת מהעובדה שבמקרים בהם חלות הוראות התיקונים, יכול ויעברו למעלה משבע שנים מהמועד בו הפר החייב העיקרי את חיובו. השאלה המתעוררת הינה אם התקופה בה נאלץ הנושה לנהל את ההליך כנגד החייב העיקרי, לקבל פסק-דין כנגדו, ולקבל את אישור ראש ההוצאה לפועל, הינה תקופה שתכלול במסגרת מירון ההתיישנות כנגד הערב.

במילים אחרות: מה דינה של תביעה כנגד ערב, אשר הוגשה למעלה משבע שנים לאחר מועד הוצרות עילת התביעה כנגד החייב העיקרי, וזאת בשל אילוץ התיקונים לחוק הערבות? האם יכול הערב להעלות טענת התיישנות כנגד תביעה כזו, ואם כן – ממתאי ובאלו תנאים?¹⁸

מבחינה פרשנית, השאלה המתעוררת הינה מהו מועד הוצרות העילה בתביעה כנגד ערב עליו חלות הוראות התיקונים דלעיל.

לשאלה זו תיתכנה לכאורה שתי תשובות קיצוניות. האחת הינה כי המדובר במועד בו נוצרה העילה כנגד החייב העיקרי, והשניה כי המדובר במועד בו מתקבל אישור ראש ההוצאה לפועל בהתאם לסעיפים 17 או 27 לחוק הערבות.

התשובה לשאלה פרשנית זו יכולה להכריע את גורלה של תביעת הנושה מהטעם הפשוט שאם תקבל הפרשנות הראשונה, הרי אם הנושה לא יספיק לקבל את אישור ראש ההוצאה לפועל בתוך שבע שנים ממועד היווצרות העילה כנגד החייב העיקרי, תתיישן התביעה כנגד הערב, והנושה לא יוכל לעשות שימוש בערכות כנגדו, בעוד שאם תקבל הפרשנות השנייה, הרי שהערב יהיה חשוף לתקופת התיישנות מוארכת ביותר, אשר למעשה יכול ותהיה בלתי-מוגבלת.

לשון אחרת – במידה ויקבע כי מועד תחילת ההתיישנות הינו המועד בו נוצרה העילה כנגד החייב העיקרי, אזי יתכן כי גם בסיטואציות בהן פועל נושה במהירות האפשרית לצורך עמידה בתנאי התיקונים לחוק הערבות, עדיין, מטעמים שאינם

217394/02, בש"א 161166/03 רצאבי נ' בנק הפועלים (טרם פורסם). ההחלטה ניתנה על-ידי השופט ד"ר ורדי ביום 30.9.03). הרציונל לקביעה זו, כפי שנקבע על-ידי השופט בר-אופיר בענין דימיטרי, נובע מהעובדה לפיה "הגשת תובענה כספית נגד הערבים עלולה להטיל עליהם חובות ניכרים בהיותם ערבים בלבד לפרעון חובות אלה. פסק-הדין שיינתן נגדם עלול לגרום להם לקשיים כלכליים ככל שהחוב הפסוק גבוה יותר, ויהיה עליהם להתמודד זמן רב עם תוצאות ערכותם. על כן נכון יהיה להקנות לערבים זכות טיעון בטרם יתן ראש ההוצאה לפועל את החלטתו. זכות זו של הערבים עשויה להביא איתה גם פירות מעשיים: יתכן שבידי הערבים מצוי מידע על יכולתו הכלכלית של החייב, בעוד שהזוכה איננו יודע על כך דבר, וככל שמתבררים פרטים נוספים על יכולתו הכלכלית של החייב – אין לפנות לערבים, ועל הזוכה להמשיך בתהליך מיצוי ההליכים נגד החייבים" (סעיף 4 להחלטה).

18. יש לציין כי קיימת בעייתיות נוספת, בכל הנוגע למועד הוצרות עילת התביעה כנגד החייב העיקרי, ואולם זו אינה במרכז רשימה זו. לאבחנות בנוגע למועד הוצרות עילת התביעה כנגד החייב העיקרי, ראה ד"ר 32/84 עוזבן ולטר נחן נ' Israel British Bank, פ"ד מד(2) 265. כאמור להלן, ניתן לדעתנו להקיש מהלכת פסק-הדין והמבחנים שנקבעו בו בכל הנוגע למחלוקת שהתעוררה באותו ענין לגבי קביעת מועד הוצרות העילה כנגד החייב העיקרי, גם בכל הנוגע לפרשנות ולנסיון לקבוע מהו מועד הוצרות העילה כנגד ערב.

תלויים בו, תאבד הבטוחה שבידו מערכה, ולא יהא לה ערך כלכלי כלשהו, בשל מחסום ההתיישנות.

די בחשבון פשוט תוך מודעות למשך ניהול התדיינות כהליך רגיל על מנת להבין נקודה זו. כיוון שמשך הזמן לניהול הליך ממוצע בבית-משפט השלום הינו לפחות כשלוש שנים, עד לפסק-דין, וכיוון שמשך הזמן עד להפיכתו לחלוט יכול לקחת פרק זמן העולה על ארבע שנים נוספות, הרי עד לקבלת פסק-דין חלוט כנגד החייב העיקרי, יכול ותעבורנה למעלה משבע שנים. בהתאם להוראות התיקונים כפי שנסקרו לעיל, אין די בקבלת פסק-דין חלוט, ועל הנושה למצות את ההליכים כנגד החייב העיקרי, טרם יוכל לקבל את אישור ראש ההוצאה לפועל. המשמעות המעשית היא כי על הנושה לפתוח תיק הוצאה לפועל, להמציא אזהרה לחייב, ולנקוט בהליכי הוצאה לפועל מגוונים, לרבות הטלת עיקולים, מימושי מטלטלין אם קיימים נכסי דלא-ניידי לחייב, ואיתור זכויות נוספות אם קיימות כאלו לחייב העיקרי. ההליך אף יכול ויחארך מעבר לכך, וזאת אם לחייב העיקרי נכס מקרקעין, שאז בהתאם להוראות התיקונים על הנושה חובה לפעול למימוש, פעולה המחייבת נקיטת הליכים רבים נוספים. גם לאחר מכן, על הנושה להזמין את הערבים, בהתאם להלכת דימיטרי, לדיון בבקשה לקבלת אישור מיצוי ההליכים בפני ראש ההוצאה לפועל, ובמידה וראש ההוצאה לפועל ישתכנע מעמדת הערבים כי קיימים נכסים נוספים או אפשרויות נוספות, יכול הוא להפנות את הנושה לביצוע פעולות גביה נוספות. במילים אחרות – הסיטואציה לפיה ממועד הגשת התביעה כנגד החייב העיקרי ועד לקבלת אישור מיצוי ההליכים ומתן האפשרות להגיש את התביעה כנגד ערב יחיד/מוגן יעברו למעלה משבע שנים, הינה סיטואציה שכוחה וסבירה בהחלט. ונשאלת השאלה: האם יש הצדקה למנוע את מימוש הערבות מנושה אשר פעל באופן סביר למימוש זכויותיו, ואשר רק בשל הוראותיהן הקוגנטיות של התיקונים לחוק הערבות נמנע ממנו להגיש תביעה כנגד הערב, באופן שבו תפגע זכותו הקניינית לקבלת כספו?¹⁹

מאידך, גם אימוץ הפרשנות לפיה מועד תחילת ההתיישנות הינו המועד בו מתקבל אישור ראש ההוצאה לפועל, גורר אחריו בעיות קשות במספר מישורים. הבעיה העיקרית שמתעוררת נובעת מהעובדה שפרשנות זו מאפשרת בעצם לנושה לשלוט על משך תקופת ההתיישנות, ומותירה את הערב חשוף לתקופת התיישנות אשר לא רק שאינה נקובה בזמן או מועד כלשהו, אלא שהינה תלויה ברצונו הטוב ובפעולותיו של החייב העיקרי, בהליכים שלגביהם אין לו כל שליטה. כך למעשה הופכת תקופת ההתיישנות לבלתי-מוגבלת, שכן אם מחליט הנושה, מטעמיו שלו, לא לפעול כלל כנגד החייב העיקרי בהליכי הוצאה לפועל, או לא לפנות לקבלת אישור על מיצוי הליכים, יכול הערב להיות להלכה חשוף לתובענה גם לאחר עשרות שנים, משיחליט על כך הנושה, תובענה אשר העילה בגינה נוצרה

19. על העובדה שזכות נושה לגביית כספו, ככל זכות שהינה בעלת ערך כלכלי, הינה זכות קניינית המוגנת לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראה עוד בפסק-הדין המנחה בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221 (השופט שמגר בע' 1328).

בעבר הרחוק.²⁰ בנושא זה אף קיימת פסיקה של בית-המשפט העליון, אותה יכולים לגייס לעזרתם ערבים, לפיה מקום ששוננו הדין או ההלכה ולא שונה חוק ההתיישנות, לא יושעה מרוץ ההתיישנות.²¹

ה. עמדת בתי-המשפט בסוגיה

בבית-המשפט העליון לא ניתנה עדיין הכרעה בסוגיה. פסיקת ערכאות השלום והמחוזי, נחלקה בעמדתה לגבי הסוגיה. כפי שנראה להלן, מצויה פסיקה במסגרתה קובע בית-המשפט כי אין התיקונים לחוק הערכות מאריכים את תקופת ההתיישנות, ומשזו חלפה הרי דין התביעה כנגד הערב להידחות, גם אם פעל הנושה לצורך קבלת אישור על מיצוי הליכים. מאידך מצויה פסיקה אחרת הקובעת כי המועד הרלבנטי לצורך תחילת תקופת ההתיישנות הינו מועד קבלת אישור מיצוי ההליכים, אך זאת מבלי שפסיקה זו תתעכב או תרון בסוגיות הקשות המתעוררות כתוצאה מהשילוב שבין דיני ההתיישנות המסורתיים, מטרותיהם ותכליתן, לבין הוראות התיקונים לחוק הערכות.

להלן מספר דוגמאות להחלטות הידועות לנו, אשר אימצו את מועד קבלת אישור מיצוי ההליכים כמועד הוצרות העילה והמועד ממנו מתחיל מירון ההתיישנות:²²

20. בעיה קשה נפרדת, אשר בה איננו עוסקים ישירות ברשימה זו, מתעוררת בסיטואציה בה ערבים לחיוב הנערב, בנוסף לערבים יחידים (או מוגנים) עליהם חלות הוראות סעיפים 17 ג או 27 לפי הענין, גם ערבים רגילים. כנגד הערבים הרגילים לא חל מחסום האיטור על הגשת התביעה, הקבוע בסעיפים 17 ג או 27, והנושה יכול לתבוע אותם, כחייבים ביחד ולחוד, עם החייב העיקרי, גם טרם מיצוי ההליכים נגד הערבים היחידים/מוגנים. הבעיה מתעוררת לאור העובדה שלערבים אלה זכות השתתפות כלפי הערבים היחידים/מוגנים בהתאם להוראות סעיף 56(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. זכות זו אינה כפופה לכאורה למגבלות תקופת ההתיישנות במסגרת היחסים שבין הנושה לערב המוגן/יחיד, ולמעשה מירון ההתיישנות לגבי זכות זו, מתחיל ברגע בו שילם אחד מערבים אלה יותר מכפי חלקו (שאלה קשה נפרדת היא חישוב חלקו של כל אחד מהערבים בסיטואציה בה מעורבים סוגי ערבים שונים. לאפשרויות החישוב השונות בענין זה ראה ד' פרידמן נ' כהן "דיבוי חייבים" דיני חיובים – חלק כללי (ד' פרידמן עורך) 196-195 ובמיוחד הערה 178, וכן ר' בר-קהן דיני הגנת הערב (תשנ"ח) 269-276. בצורה זו, יכול גם מחסום ההתיישנות להיפרץ בכל הנוגע לערב, אשר במסגרת יחסיו "האנכיים" עם הנושה, התביעה כנגדו התיישנה בשל העובדה שתביעת הנושה כנגד החייב העיקרי התיישנה, אך עדיין חשוף הוא לתביעת השתתפות "אופקית" מצד ערב רגיל, לגביה מרוץ ההתיישנות עדיין תלוי בנושה ובמועד שבו נגכה מהערב הרגיל סכום שהינו מעבר לסכום ההשתתפות הסופי של ערב זה.
21. ראה את קביעת הנשיא ברק בע"א 531/89 להבי נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה, פ"ד מד(4) 719.
22. לדוגמאות נוספות בהן נקבע כי מרוץ ההתיישנות נגד "ערב יחיד" מתחיל רק לאחר מיצוי ההליכים נגד החייב העיקרי, דאה ת"א (שלום – ת"א) 107413/01 בנק הפועלים בע"מ נ' חזי (טרם פורסם. פסק-הדין ניתן על ידי השופטת אלמגור ביום 20.3.02); כש"א 113295/00 (ת"א – שלום – ת"א) 38873/00 סלומון נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל (טרם פורסם. פסק-הדין ניתן על-ידי השופט אטדג"י ביום 13.11.01).

(1) בכר"ע (חי') 355/03 ישראלי נ' בנק ערבי ישראלי²³ קבע השופט רון שפירא כי: " ... קיים למעשה מחסום דיוני המונע הגשת תובענה כנגד ערב יחיד, וזאת כל עוד לא מיצה הנושה את ההליכים כנגד החייב העיקרי. בנסיבות אלו, וכאשר נוכח הוראת חוק לא ניתן להגיש תביעה כנגד חייב, לא ניתן גם לטעון כי מירוץ ההתיישנות בענין התביעה הנ"ל החל. את תקופת ההתיישנות ניתן למנות רק מאותו מועד בו אישר ראש ההוצאה לפועל להגיש תביעה כנגד החייב, זאת מאחר וקודם לכן לא היתה למעשה עילה שניתן לתבוע בגינה את החייב".

(2) בת"א 16817/02 (בש"א 17671/02) רפיל נ' בנק הפועלים בע"מ²⁴ קובע בית-המשפט כי "משעה שהמחוקק, בתיקון תשנ"ב הנ"ל, ראה להיטיב עם הערב היחיד, בכך שהוא חוסם את הדרך להגיש תביעה כנגדו עד למיצוי ההליכים כנגד החייב העיקרי, ממילא קיימת אפשרות כי תביעה כאמור כנגד הערב היחיד תוגש לאחר זמן. אין הערב היחיד יכול להתזק במקל בשני קצותיו. גם להינות מהוראות תיקון תשנ"ב וגם להישמע בטענת התיישנות".

(3) בהמ' 5729/98 (שלי' ב"ש) מאיר נ' בנק הפועלים בע"מ²⁵ קובע בית-המשפט כי "המניעה שהטיל חוק הערבות על הגשת תביעה נגד הערב, כטרם מולאו התנאים שנקבעו בחוק הערבות, מפסיקה את מרוץ ההתיישנות לאותו פרק זמן שנקבע למיצוי ההליכים נגד החייב העיקרי. מרוץ ההתיישנות נפסק עם הגשת התביעה נגד החייב העיקרי והוא מתחדש מרגע שהותרה הגשת תביעה נגד הערב על-ידי ראש ההוצאה לפועל".

החלטה הנוקטת בעמדה פרשנית אחרת, ולפיה אין הוראות התיקון לחוק הערבות מעכבות את מירוץ ההתיישנות, ניתן למצוא בת"א 218706/02, בש"א 141097/02 אברמוביץ נ' בנק אוצר החייל בע"מ.²⁶ באותו ענין דחה בית-המשפט את תביעת הבנק בשל התיישנות, תוך שהוא מעלה מספר נימוקים לתמיכת החלטתו, שעיקרם כדלקמן:

- (1) בהעדר הוראה המאריכה את משך תקופת ההתיישנות, אין מקום כי בית-המשפט עצמו יאריך את תקופת ההתיישנות, במיוחד מקום שכאשר רצה המחוקק להאריך את משך תקופת ההתיישנות עשה הוא כך במפורש.
- (2) פרשנות כזו תחייב את הבנק הנושה לנקוט במאמצים נמרצים כדי לגבות את חובו מהחייב העיקרי, תוך מודעות לסד הזמן העומד לרשותו.
- (3) לא יתכן לחשוף את הערב לאפשרות, שתוגש תביעה לאחר פרק זמן ארוך למעשה ללא הגבלה, מאחר ואז לא יהא באפשרותו להתגונן כראוי.²⁷

23. טרם פורסם. ההחלטה ניתנה ביום 19.5.03.

24. טרם פורסם. ההחלטה ניתנה ביום 12.2.03 על-ידי השופט ש' לבנוני.

25. טרם פורסם.

26. טרם פורסם.

27. ובלשונו של בית-המשפט באותו ענין: "איני מסכימה עם כ"כ הבנק, שיש לפרש את חוק הערבות כך, שמועד היווצרות העילה, לעניין התיישנות תביעה נגד "ערב יחיד", הינה רק לאחר שיו"ד ההוצאה לפועל קובע, כי הליכי ההוצאה לפועל לגביית החוב מהחייב העיקרי מוצו וניתן להגיש תביעה נגד הערב... אכן לנוכח הוראות סעי' 17 לחוק הערבות, ביום 13.12.93 לא ניתן היה להגיש תביעה נגד המבקש (שהינו 'ערב יחיד'), וכך היה המצב עד שנתקבל

עמדת בית-המשפט בענין אברמוביץ אומצה בהסכמה בהחלטה נוספת שניתנה לאחרונה בבש"א (כ"ש) 1058/03 אלמקייס נ' בנק לאומי.²⁸ באותו ענין, הדגיש בית-המשפט בין היתר את השיקולים העקרוניים של אי-הענקת שליטה לנושה על מועד תקופת ההתיישנות ותכלית הוראות החיקונים לחוק הערבות כבסיס לעמדתו, כמו גם את השיקול הספציפי של אי-נקיטת הליכים באופן סביר מצד הבנק באותו ענין.

ו. הפתרון המוצע – איזון וריכוך באמצעות הטלת חובות אמון, זהירות ותום לב

(ו) התיישנות – לא; טענות הגנה מהותיות – כן

ההכרעה בין שתי הפרשנויות אינה קלה, וכל אחת מהן מעוררות בעיות קשות, ויוצרת עיוותים תוך העדפה קיצונית מחד של הערב, ומאידך של הנושה. אנו סבורים כי הפרשנות הראויה היא הפרשנות לפיה אכן מועד היווצרות העילה תביעה כנגד ערב יחיד/מוגן הינה רק במועד קבלת האישור על מיצוי ההליכים מראש ההוצאה לפועל, באופן לפיו לא ניתן למחוק על הסף בשל טענת התיישנות תביעה כזו המוגשת כנגד ערב.²⁹ יחד עם זאת, נראה כי פרשנות זו אינה יכולה לעמוד לבדה, ואינה יכולה להתעלם מיתר הנסיכות האופפות את הגשת התביעה כנגד הערב, וכי הערב עדיין יוכל למצוא מזוור בסיטואציה בה הגשת התביעה כנגדו נעשית מעבר לתקופת ההתיישנות, וזאת מכוח הוראות הדין הכללי. נראה לנו כי זכותו של הערב במקרים אלו, תהא לטעון לטענות מהותיות לגבי

אישור יו"ר ההוצל"פ ב-25.11.02, אולם לא הופנית הוראת חוק כלשהי, לפיה יש בהוראות סעיף 17 כדי למנוע היווצרות עילת תביעה כנגד הערב, כדי לרחות את מועד תחילת ההתיישנות, או כדי לקבוע, שבחישוב תקופת ההתיישנות לצורך הגשת תביעה נגד 'ערב יחיד', לא יבוא במניין הזמן, שבו לא ניתן היה להגיש תביעה כנגדו, בשל כך שטרם נתקבל אישורו של יו"ר ההוצל"פ כנדרש בסעיף 17(ג) לחוק. כאשר מצא המחוקק לנכון, שיש בנסיבות מסוימות כדי לרחות את תחילת תקופת ההתיישנות, או כדי להפסיק את חישוב תקופת ההתיישנות עשה זאת במפורש. הוראות כאלה מצויות בסעיפים 7, 8 ו-9, ובפרק השלישי לחוק ההתיישנות. הוראה מסוימת כזו מצאנו גם בסעיף 95 לחוק המים חשי"ט-1959. שומה על בית המשפט להיות ער לכך, שהוראות תיקון מס' 1 לחוק הערבות באו להיטיב עם אותם רבים, שנכנסו בגדר הגדרת 'ערב יחיד', ולהקל עליהם, לעומת המצב שהיה קודם לתיקון... יש לפרש את סעיף 17 הנ"ל כך, שמיד לאחר קבלת פסק דין כנגד החייב העיקרי, חובה על הנושה לפעול בצורה נמרצת כדי לגבות את חובו מהחייב העיקרי. אם לאחר ניסיונות נמרצים כנ"ל, לא יצליח תוך מספר שנים לגבות את החוב מהחייב העיקרי, עליו לפנות ליו"ר ההוצל"פ לקבלת אישור להגיש תביעה כנגד הערב – אך כל זאת כל עוד לא חלפה תקופת ההתיישנות מאז נולדה עילת התביעה. לא יתכן לחשוף את הערב לאפשרות, שתוגש נגדו תביעה לאחר שחלפו מעבר לשבע שנים מאז נתקבל פסק-דין כנגד החייב העיקרי, אם תותר הגשת תביעה כזו כמועד כה מאוחר עלול להיווצר מצב, בו בשל חלוף השנים יתכן ולא יהא באפשרותו של הערב להתגונן כראוי.

28. תק-של 2003(2) 822 (הרשם עידו רוזין). ההחלטה ניתנה ביום 4.6.03.

29. בהציגו עמדה זו, ובכפוף לסייגים שיפורטו להלן, אנו "מרכיבים" עמדה קודמת אשר הובעה על-ידינו. ראה ר' בר-קהן דיני הגנת זעיר (תשנ"ח) 266.

הפטרו מהחיוב, כולו או חלק ניכר ממנו, וזאת אם לא פעל הנושה בתום לב ובאופן סביר לקבלת האישור על מיצוי ההליכים בתוך תקופת ההתיישנות. טענות אלו יכול שתועלינה בשתי מסגרות משפטיות עיקריות: (א) כטענה להפרת חובות אמון וזהירות; (ב) כטענה להפרת חובת תום הלב.

(2) טענה להפרת חובות אמון וזהירות

פסיקה עקבית ונרחבת הטילה בשנים האחרונות חובות זהירות ואמון מוגברות על בנקים,³⁰ תוך שהיא מציינת את פערי המידע, האמון שניתן בבנקים על-ידי הציבור הרחב, הכישורים המיוחדים והאמצעים הטכניים שאינם נחלתו של הפרט המצויים בידי הבנקים כבסיס להטלת חובות אלו.³¹

נראה כי בנק אשר משתהה באופן בלתי-סביר טרם הגשת התביעה כנגד הערב, הגם שפורמלית אינו חורג ממסגרת תקופת ההתיישנות בהתאם לפרשנות לפיה מועד תחילת מירוץ ההתיישנות הינו מועד קבלת אישור ראש ההוצאה לפועל, יחשב כמפר את חובות האמון והזהירות אותן חב כלפי הערב.

באשר לקביעה מהו משך הזמן הסביר, הרי "מלאכה" זו אינה זרה לבית-המשפט, ואף מיושמת בתחום דיני הבנקאות באופן ספציפי. ניתן להעזר לענין זה בהלכת בית-המשפט העליון בד"צ 32/84 עזבון ולטר נתן נ' Israel British Bank,³² בו נקבע על-ידי הנשיא ברק, אליו הצטרפו ארבעת חברי ההרכב, כי כאשר פעולת התובע מתחילה את מירוץ ההתיישנות, עליו לעשות כן בתוך זמן סביר, אשר בחינתו תיעשה בהתאם לנסיבות.³³ באותו ענין נקבע כי פרק הזמן הסביר הוא "אותו זמן שיש להניח כי הצדדים ראו אותו כראוי בהתחשב בנסיבות מתן ההלוואה, מטרתה, הליכי המסחר בין הצדדים, ושאר נתונים הסוככים את ההלוואה ותנאיה". תוך ישום קביעה זו בהקשר הספציפי של התיקונים לחוק הערבות, ניתן בהחלט לקבוע כי בענייננו המדובר בפרק הזמן המביא בחשבון בין היתר את מקטעי

30. הגם שאנו משתמשים בשני המונחים, חובות אמון מחד, וחובות זהירות מאידך, כנשימה אחת, הרי יש להבהיר כי בסיסן הרעיוני והמשפטי של שתי החובות הוא כמובן נפרד ושונה מהותית.

31. לגבי חובות אמון, ראה למשל ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573. לגבי חובות זהירות, ראה למשל דנ"א 1740/91 בנק ברקלים דיסקונט נ' פרוסט, פ"ד מז(5) 31.

32. פ"ד מד(2) 265.

33. ובלשונו של השופט ברק בסעיף 23 לפסק-הדין (ע' 283-284): "דעתי הינה, איפוא, כי בחוב שפרעונו עם דרישה, הדרישה היא יסוד כגיבוש מועד הפרעון, ותקופת ההתיישנות אינה מתחילה אלא עם מתן הדרישה. בחוב שלא נקבע בו מועד פרעון, פרעונו תוך זמן סביר לאחר יצירתו, במועד שהנושה מודיע עליו לחייב. הן הדרישה (כחוב שפרעונו עם דרישה) והן ההודעה (בחוב שלא נקבע בו מועד פרעון) חייבים להתבצע בתוך זמן סביר מהיוצרות החוב. דין זה עולה בקנה אחד עם ציפיותיהם הסבירות של הצדדים מזה ועם הטעמים המיוחדים העומדים ביסוד ההתיישנות מזה. הוא תואם את התפיסה, המבקשת לעדן את תחילת מרוץ ההתיישנות במבחניו של האדם הסביר" (ע"א 165/83 הנוכר לעיל, בעמ' 559). אמת הדבר, הוא מכניס גורם מסויים של חוסר וודאות כאשר לתחילת מרוץ ההתיישנות (ראה Coburn v. Colledge 76 L.T (1897) 511, 608), אך הוא מביא לתוצאה הנראית כצודקת הן כלפי הנושה- התובע, הן כלפי החייב-הנתבע והן כלפי הציבור".

הזמן הבאים: (א) פרק הזמן החולף ממועד הוצרות חובו של החייב העיקרי ועד למועד הדרישה ממנו;³⁴ (ב) פרק הזמן החולף ממועד היווצרות העילה כנגד החייב העיקרי ועד למועד בו מוגשת התביעה כנגדו על ידי הנושה; (ג) משך זמן ניהול ההליך בכל הנוגע לבקשות, דחיות מועד או דרך ניהול הליך המעכבת את בידורו מצד הנושה, ואשר אינה מביאה בחשבון את התמשכות ההליך בשל אילוצי יומנו של בית-המשפט; (ד) משך הזמן שחולף בין מועד קבלת פסק-הדין על ידי הנושה לבין מועד פתיחת תיק ההוצאה לפועל על ידי הנושה; (ה) משך הזמן שחולף ממועד פתיחת תיק ההוצאה לפועל על-ידי הנושה ועד לנקיטת מלוא ההליכים האפשריים לצורך גביית החוב מהחייב העיקרי; (ו) משך הזמן שחולף לאחר מיצוי ההליכים ועד להגשת הבקשה לאישור מיצוי ההליכים בפני ראש ההוצאה לפועל; (ז) משך הזמן שחולף ממועד קבלת אישור מיצוי ההליכים על-ידי ראש ההוצאה לפועל ועד להגשת התביעה כנגד הערב היחיד / מוגן.

כן דומה כי יש להביא בחשבון בעת שקילת בחינת חובות האמון והזהירות המוטלות על הבנק, את השאלה אם שלח הבנק לערב הודעות מתאימות בהתאם לחובותיו על-פי הוראות המפקח על הבנקים, על-פי נוהליו, ועל-פי הוראות התיקונים לחוק הערבות.³⁵

מקום שפרקי זמן אלה אינם סבירים, תעמודנה לערב טענות טובות, אשר הגם שיכול ולא תאפשרנה את מחיקת התביעה על הסף באופן שהיה מתאפשר אילו עמדה לו טענת התיישנות, הרי שהן תהוונה בסיס ראוי הן לקבלת רשות להתגונן, והן בכל הנוגע להפחתת החיוב בצורה משמעותית עד כדי איוגו לחלוטין (כפונקציה של מידת התרשלות הבנק והקשר הסיבתי בינה לבין הנזק שנגרם לערב). באופן שגרתי, דומה כי לערב יעמדו במקרים אלו טענות טובות כנגד חיובו בריבית במשך כל השנים, וטענות הנוגעות לאפשרותו החוקתית להתגונן כראוי בפני תובענה שעילותיה, סיבותיה והראיות הרלבנטיות לה נעוצות בעבר הרחוק מבחינתו. ניתן יהיה לאמץ שיקולים המצויים בבסיס דיני ההתיישנות כטענות הגנה המעוגנות בדוקטרינות האמון והזהירות המוטלות על הבנק, והקניית יתרונות ראייתיים ו"הנחות" בדיני הראיות לערב.³⁶

34. שהוא אותו פרק זמן סביר, כפי שנקבע בד"ג 32/84. בענין זה יש לציין כי מובן שעצם קיומם של ערבים לחוב, הינו שיקול רלבנטי בכל הנוגע לקביעת משך זמן זה. כך למשל, נקבע בבש"א (תל-אביב-יפו) 113295/00 סלומון רבקה ג' הבנק הבינלאומי, תק-של 2001 (3) 369, 370, בסעיף 5 לפסק-הדין, כאשר בית-המשפט מיישם באותו ענין את הלכת ד"ג 32/84 בנסיבות הענין שבפניו.

35. סעיף 7 לחזור המפקח על הבנקים מספר 1408/06 דן בחובת מתן הודעה לערב במקרה בו החייב לא קיים את חיובו, וזאת בתוך 90 ימים מהיום שהיה על החייב לקיים את החיוב. סעיף 26 לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ח קובע בין היתר את חובת הנושה להודיע לערב יחיד על אי-קיום החיוב על-ידי החייב העיקרי והאפשרויות העומדות בפני הערב "להכנס בנעליו" של החייב העיקרי לצורך המשך ההלוואה בתנאיה המקוריים. סעיף 27(ג) לחוק הערבות לאחר תיקון תשנ"ח קובע את חובתו של הנושה למסור הודעה לכל ערב מוגן על הגשת תובענה נגד חייב, ואת זכותו של הערב להצטרף להליך.

36. ניתן לתאר למשל דוגמא בה מעלה ערב טענה להפטר שניתן לו מכתב הערבות בעל-פה או טענה לשינויים בחיוב הנערב שאירעו בסמוך לאחר חתימת ערבותו. במקרים אלה סביר כי בית-המשפט יקל עם הערב בכל הנוגע לסוג וכמות הראיות שיהא עליו להציג על מנת לעמוד

(3) טענה להפרת חובות תום הלב

בצורה דומה, הורחבה תחולתו של עקרון תום הלב אשר הוחל בתחומי המשפט הישראלי בהרחבה, תוך שבת-המשפט מיישמים עקרון זה גם במסגרת מערכת היחסים הספציפית בהם מעורבים ערבים.

בענין זה הוכיחו בתי-המשפט לא פעם כי אין הם נרתעים גם מפני תוצאה קיצונית לפיה תביעת נושה כנגד ערב תידחה כליל בשל חלוף הזמן. באחד המקרים ראה בית-המשפט באי-מתן הודעות לערב, משך שנה וחצי בלבד לאחר תוספת הלוואה בת שנה לחייב העיקרי, משום פרק זמן בלתי סביר שיש בו משום הפרת חובת תום הלב, תוך מתן סעד קיצוני של בטלות הערבות לחלוטין במקרה כזה.³⁷ נראה אם כן כי נושה אשר יתמהמה בתביעתו כנגד הערב באופן בלתי-סביר, מעבר למגבלות המוטלות עליו על-ידי הוראות התיקונים לחוק הערבות, בין אם מתוך רשלנות גרידא, ובין אם מתוך מטרה לקבל יתרונות דיוניים ומהותיים כתוצאה מתחלופ הזמן, יכול ויחשב על-ידי בתי-המשפט כמפר את חובת תום הלב המוטלת עליו כלפי הערב. מאחר והסעדים בגין הפרת חובת תום הלב הינם סעדים המותאמים לאופי ההפרה, יכול הסעד, במקרה בו יקבע בית-המשפט כי הפרה

כנטל ההוכחה, תוך שהוא יוקף לחובת הנושה את העובדה שהביורור העובדתי הנדרש נעשה אמנם בתוך תקופת ההתיישנות מבחינה פורמלית, אך עדיין שנים רבות לאחר קרות האירועים באופן שבו לגיטימי הדבר כי בידי הערב לא יהיו הראיות המאפשרות לו ביסוס טענות ההגנה שלו.

37. ראה פסק-דינו של הנשיא ברק ברע"א 2443/98 ליברמן נ' בנק דיסקונט, פ"ד נג(4) 804. ובלשונו של השופט ברק (בע' 814): "כפי שראינו, בין הבנק-הנושה לבין הערבים נכרת חוזה. מכוחו ערכו הערבים לחיובו של החייב-אזרי. להבטחת ההלוואה הם חתמו כערבים-אוול על שטר חוב לפקודת הבנק-הנושה. לדעתנו, מוטלת על הבנק הנושה – האוחז בשטר כנפרע – החובה להודיע לערבים בתוך זמן סביר על האורכה שניתנה לחייב העיקרי – העושה (השוו 3 S.C.R. 415 [1996] *Manulife Bank of Canada v. Conlin*). חובה זו – החלה ביחסים בין צדדים קרובים – מקורה בעקרון תום הלב הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) (השוו בג"ץ 59/80 שידותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828). אכן, תום הלב דורש, שאם הנפרע נתן אורכה לחייב העיקרי, תינתן הודעה על כך לערבים תוך זמן סביר. מטרת ההודעה לאפשר להם להבטיח את האינטרסים שלהם. דבר זה בולט במיוחד במקרה שלפנינו. אילו ידעו הערבים בזמן על האורכה שניתנה לאזרי, יכלו לפנות לאזרי ולנסות להביא לידי כך, כי התשלומים שהוא עשה ייוחסו לפרעון ההלוואה ולא לכיסוי הגרעון בחשבון העו"ש. זאת ועוד: אילו ידעו הערבים על דבר האורכה הם יכלו לנסות לנקוט באמצעים שיבטיחו, כי אזרי יפרע השטר בטרם יעזוב את הארץ, או לפחות יעמיד אמצעים מספיקים לפרעון השטר בהיותו מחוץ לישראל. באמצעים אלה לא נקטו הערבים, שכן הם לא ידעו כלל על האורכה שניתנה לחייב העיקרי. לדעתנו, הפר בכך הבנק-הנושה, האוחז בשטר כנפרע, את אמת המידה להתנהגות ראויה ביחסיו עם הערבים. ודוק: הבנק הנושה והערבים אינם "זרים" זה לזה. אין הם צדדים רחוקים. לפנינו יחס "קרוב" הן מבחינת הסכס הערבות והן מבחינת היחסים השטרניים. בהתקיים יחס קרוב שכזה, דורשת ההגינות ביחסים הבינאישיים, כי הבנק-הנושה, האוחז כנפרע בשטר, יודיע לערבים בתוך זמן סביר על אורכה שהוא עצמו נתן לחייב העיקרי. הכרה בחובת הודעה זו אינה מטילה נטל כבד על הבנק-הנושה. הוא מכיר את הערבים, לאור ההסכם שביניהם; הוא יודע על דבר האורכה, שכן הוא נתן אותה. בנסיבות אלה, תהא זו פרקטיקה פשוטה שאינה מכבידה, לשלוח הודעה לערבים בתוך זמן סביר כי ניתנה אורכה לחייב העיקרי."

חובת תום הלב, להגיע עד כדי ביטול הערכות לחלוטין,³⁸ וכך תושג תוצאה מעשית מקבילה (אם כי כמובן שונה במקורה העיוני) לתוצאה אילו היה בית-המשפט משתמש בעקרון ההתיישנות.

ז. סיכום

ניתן לסכם ולומר כי העמדה לפיה מועד תחילת תקופת ההתיישנות בתביעות כנגד ערב יחיד או מוגן מתחילה במועד קבלת אישור מיצוי ההליכים כנגדו הינה עמדה ראויה, המונעת תוצאות בלתי-סבירות הנובעות מחוסר התיאום בין שני חוקים. הגם שגישה זו עלולה לחייב מבחינת הערב ניהול הליך שלם טרם קבלת ההכרעה בתביעה נגדו (תוך העלאת טענות להפרת חובות אמון, זהירות או תום לב), למול אימוץ גישת ההתיישנות הדווקנית, ממנה נובעת מחיקת התביעה על הסף כבר בשלב הראשוני (במקרה של הכרה בטענת התיישנות), הרי דומה כי המדובר ב"רע במיעוטו", ומקום שעל הכף מונח אינטרס קנייני חוקתי של הנושה, לא ניתן לבטל למול אינטרס הערב שלא לאבד שליטה על מועד תחילתה של תקופת ההתיישנות.³⁹ דומה כי הצבת עמדה זו באשר לסוגיית ההתיישנות באופן בלעדי ותוך התעלמות מפרק הזמן החולף עד להגשת התביעה כנגד הערב, תהווה בכל זאת איוון בלתי-ראוי בין השיקולים המתחרים המגולמים בדיני ההתיישנות, דיני הקניין, והתיקונים לחוק הערכות. לפיכך ראוי כי בתי-המשפט יאזנו עמדה זו תוך שימוש בכלים המסורתיים העומדים לרשותם ובראשם העקרונות של דיני הנאמנות, הזהירות ותום הלב, תוך איוון האינטרסים המעורבים בצורה שלא תפגע בצדדים. יש להרתיע נושים מפני שיהוי בלתי-סביר בשימוש בזכויותיהם, וניצול השליטה הניתנת להם לכאורה בקביעת מועד התחלת מירון ההתיישנות, ולמנוע מהם ניהול בעצלתיים של ההליך כנגד החייב העיקרי או דחיית מועד הגשת הבקשה לאישור המיצוי של ההליכים.

בצורה כזו תימנע הסיטואציה במסגרתה נושה הפועל במסגרת הוראות החוק, מאבד בטוחה קניינית המצויה בידו, אך ורק בשל נסיבות שאינן תלויות בו, ומאידך תמנע חשיפת ערבים לשרירות ליבו של הנושה באמצעות "מתיחת" תקופת ההתיישנות עד בלי סוף, תוך העמדתם בנחיתות דיונית ומהותית כתוצאה מכך. דומה כי ניתן ורצוי להעניק שיקול דעת לבית-המשפט על מנת שיכריע אם בנסיבות הענין אכן פעל הנושה בסבירות, או שמא "שקט על שמריו" תוך שהוא מאפשר לזמן לחלוף, מבלי שידאג לביצוע הפעולות הסבירות הנדרשות ממנו לצורך גביית החוב מהחייב העיקרי. שיקול דעת מעין זה מיושם בנושאים דומים, הקריטריונים להפעלתו אינם קשים, ועד לתיקון חקיקתי מתאים, נראה כי הוא יביא בצורה הטובה ביותר לידי ביטוי את האינטרסים הנוגדים המעורבים בסוגיה.

38. ראה לדוגמה בענין ליכרמן, שם, סעיף 17 לפסק-הדין.

39. להגנה החוקתית על הקניין, ראה מ' דויטש קניין (כרך א, תשנ"ז) 203-297, ובמיוחד ראה הדיון והאבחנות בסוגיה אם ראוי להכיר בזכויות אובליגטוריות בעלות אופי רכושני כ"קניין", לצורך חוק יסוד: כבוד האדם והירותו (סעיף 4.35) והדיון במשקלו הסגולי של הקניין, בהשוואה ומול זכויות יסוד אחרות (סעיפים 4.44-4.60).