ערבות בנקאית

(מהדורה שנייה מורחבת)

ד"ר אברהם וינרוט

©
כל הזכויות שמורות

©
All Rights Reserved

אין לצלם, להעתיק ולעשות כל שימוש מסחרי
בלא לקבל אישור בכתב מראש מהמחבר

הוצאת שואב בע"מ
רח' הגלגל 44 רמת גן, 52391
0525-257005
תש"ע 2010

להוריי, רעייתי ולילדיי היקרים

תוכן העניינים

שלמי תודה והקדמה למהדורה ראשונה ושנייה..... 13

מבוא – ערבות בנקאית מהי?..... 23

פרק א: הערבות הבנקאית כחוזה..... 39
א(1) שלוש זירות חוזיות..... 39
א(2) הערבות הבנקאית – התחייבות לשיפוי..... 48
א(3) התחייבות לשיפוי – הבסיס לאוטונומיות של הערבות הבנקאית... 57
א(4) כללי הפרשנות ביחס לערבויות בנקאיות..... 64
א(4)(א) חזקת האוטונומיות 66
א(4)(ב) "על־פי דרישה ראשונה"..... 67
א(4)(ג) "בלא צורך לבסס ולנמק את הדרישה"..... 71
א(4)(ד) ערבויות ביצוע וערבויות פיננסיות..... 75
א(5) פגמים בתוקף המשפטי של הערבות הבנקאית..... 78

פרק ב: האוטונומיות של הערבות הבנקאית..... 83
ב(1) מהותו של עקרון העצמאות..... 83
ב(2) היעדר נפקות לפגמים בהליך הפנימי של החברה ביצירת
עסקת היסוד..... 94
ב(3) האפשרות ליצור ערבות בנקאית סמי־אוטונומית..... 97
ב(4) פרשנות כתב הערבות במנותק ממסמכי עסקת היסוד..... 100
ב(5) אוטונומיות הערבות על אף אזכור והפניה לעסקת היסוד..... 103
ב(6) שימוש בערבות בנקאית לצורך אחר מזה שלשמו נמסרה..... 112
ב(7) עיקול הערבות הבנקאית מכוח עסקת היסוד..... 119
ב(8) קיזוז כנגד ערבות בנקאית..... 134
ב(9) מימוש ערבות בנקאית עת שהחייב בעסקת היסוד נקלע להליכי
פירוק..... 140

פרק ג: עקרון ההתאמה..... 149
ג(1) מהותו של עקרון ההתאמה..... 149

ג(2) מהתאמה מוחלטת להתאמה מהותית..... 161
ג(3) יישום עקרון ההתאמה בערבויות בנקאיות..... 183

פרק ד: חריג המרמה..... 195
ד(1) מרמה חמורה – באילו נסיבות?..... 206
ד(2) אי סחירות של הערבות הבנקאית ומרמה של ממחה..... 220
ד(3) מרמה במסגרת עסקת היסוד..... 225
ד(4) מרמה באמצעות זיוף מסמכים..... 229
ד(5) צווי מניעה נגד מימוש ערבות בנקאית..... 233

פרק ה: חריג הנסיבות המיוחדות..... 245
ה(1) מקורו של חריג הנסיבות המיוחדות ומהותו..... 245
ה(2) יישום חריג הנסיבות המיוחדות בפסיקה..... 264
ה(3) חריג הנסיבות המיוחדות עקב אי חוקיות..... 273
ה(4) הפרת שיווי המשקל..... 280

פרק ו: ערבויות חוק מכר..... 287
ו(1) מהותה ותכליתה של ערבות חוק מכר..... 288
ו(2) התכלית השונה של ערבות חוק מכר לעומת ערבות
בנקאית פיננסית..... 297
ו(3) האם ערבות מכר מגינה מפני אי התאמה של הדירה למפרט
ולמצגים..... 303
ו(4) ההבחנות בין ערבות חוק מכר לבין ערבות בנקאית פיננסית –
סיכום..... 313
ו(5) התיקון לחוק המכר..... 314

פרק ז: ערבות בנקאית במכרז..... 323
מבוא – הצגת הנושא..... 323
ז(1) התכלית של הערבות הבנקאית במכרז..... 328
ז(2) ההבחנה בין פגם טכני מהותי והפיכת כל מישור לעקוב..... 335
ז(3) הגישה הפרקטית בפסיקת בתי המשפט..... 342
ז(4) רציונאליים לגישה הפורמאלית של בית המשפט העליון – סקירה
ביקורתית..... 351
ז(4)(א) פגיעה בעקרון השוויון גם בלי יתרון כלכלי למציע..... 352

ז(4)(ב) האינטרס הציבורי מול האינטרס העסקי – כשל בהנחת המבוקש 357
ז(4)(ג) הרצון למנוע כר של שיקול דעת מוועדת המכרזים – יעילות וודאות 362
ז(4)(ד) הרצון למנוע כר של שיקול דעת מוועדת המכרזים – טוהר המידות 365
ז(4)(ה) ההקפדה על הערבות הבנקאית – חינוך הציבור 371
ז(5) ערבות בנקאית כאי בודד בשיטת המשפט 375
ז(6) דרך הביניים – הפתרון המוצע 384
ז(7) סיכום 393

נספחים 397
נוסח כתב ערבות לפי חוק המכר (דירות) 399
דוגמה של שובר לפי חוק המכר (דירות) 402
חוק הערבות 403
כללי ה־UCP 411
סעיף 5 לכללי ה־UCC 413
כללי ה־ICC בנוגע לערבויות על־פי דרישה 424
הוראות נוהל של המפקח על הבנקים – בקרה על הוצאת ערבויות על ידי תאגיד בנקאי 426
חוזר מס' 1530/06 של בנק ישראל 428
דוגמאות של ערבות בנקאית וערבות חוק מכר 429

מפתחות 437
מפתח חקיקה ישראלית 437
מפתח חקיקה זרה וכללי לשכת המסחר הבינלאומית 441
מפתח פסיקה ישראלית 442
מפתח פסיקה זרה 460
מפתח ספרות ומאמרים ישראליים 465
מפתח ספרות ומאמרים זרים 469
מפתח מקורות במשפט העברי 472

פתח דבר למהדורה שנייה מורחבת

לאחר הוצאתו לאור של ספר זה התעורר הצורך בהוצאת מהדורה שנייה ומורחבת, בעיקר מחמת שתי סיבות מהותיות:

1. בשנת 2007 התחולל משבר חמור בשוק הדיור עקב קריסתה של חברת "חפציבה". הדבר הביא לשינוי יסודי בחוק המכר (דירות). ערבויות חוק המכר, אשר עד אותה עת היו בבחינת כיסוי של טפח וגילוי של טפחיים, הפכו להיות חלק מהסדר העשוי להקנות ביטחון מסוים לקונה של דירה "על הנייר" – עוד בטרם היותה. הסדר יסודי זה מחייב התייחסות וסקירה.

2. פרק נכבד במהדורה זו הוקדש לסוגיית הערבות הבנקאית במכרז. כידוע, הכלל הוא כי "אחרי הפעולות נמשכים הלבבות"[1]. אדם משתנה ומשנה את מחשבותיו ואת דעותיו בהתאם לחוויות שהוא חווה בעשייתו. הפרקטיקה המשפטית היא לעיתים זרם בתוואי שאינו צפוי מראש. זרם עשייה זה זימן לידי לטפל בייצוג משפטי של כמה חברות, לאחר שאלה הגישו הצעות למכרז והצעותיהן נפסלו על הסף, עקב קוצו של יוד של פגם שאירע בנוסח הערבות הבנקאית שצורפה להצעה. מצד שני, מוניתי כיועץ משפטי לכמה תאגידים גדולים המקיימים ועדות מכרזים, והיועץ המשפטי נדרש ללוות את הליך בחינת ההצעות ובכלל זה את הערבות הבנקאית. ושמא בכך לא די, הרי שגם ליוויתי לאחרונה כמה גופים שהגישו הצעות במכרזים, ונכחתי אישית בהליך הלחוץ והבהול של הגשת ההצעה והשגת הערבות הבנקאית. מתברר כי הערבות הבנקאית הפכה להיות אימתם של גופים הניגשים למכרז, שכן חודשים של עבודת הכנה מפרכת עלולים לרדת לטמיון כתוצאה מסרך של פגם בערבות הבנקאית. קיימת פסיקה נוקשה מאוד של חלק משופטי בית המשפט בסוגיית הערבות הבנקאית במכרז. בפנינו אנומליה, שכן הערבות בנקאית במכרז היא אי בודד בשיטת המשפט, שעברה

---

1 ספר החינוך מצווה ט"ז: "דע, כי האדם נפעל כפי פעולותיו. ולבו וכל מחשבותיו תמיד אחר מעשיו שהוא עושה בהם, אם טוב ואם רע. ואפילו רשע גמור בלבבו וכל יצר מחשבות לבו רק רע כל היום, אם יערה רוחו וישים השתדלותו ועסקו בהתמדה בתורה ובמצוות, ואפילו שלא לשם שמים, מיד יטה אל הטוב, ובכח מעשיו ימית היצר הרע, כי אחרי הפעולות נמשכים הלבבות. ואפילו אם יהיה האדם צדיק גמור ולבבו ישר ותמים חפץ בתורה ובמצות אם יעסוק תמיד בדברים של דופי ... ישוב בזמן מן הזמנים מצדקת לבו להיות רשע גמור, כי ידוע הדבר ואמת שכל האדם נפעל כפי פעולותיו... ועל כן אמרו חכמינו ז"ל רצה הקב"ה לזכות את ישראל לפיכך הרבה להם תורה ומצות כי מתוך הפעולות הטובות אנחנו נפעלים להיות טובים וזוכים לחיי עד. ... לכן אתה ראה גם ראה מה מלאכתך ועסקיך כי אחריהם תמשך ואתה לא תמשכם".

מפורמליזם למהות ולבחינת התוכן הכלכלי של הדברים. האם גישה זו מחויבת המציאות? האם היא מכירה בקשיי המציאות כהווייתם? מעיון בסוגיה זו עולה כי אין אחידות בפסיקה וגם אין משנה סדורה וערוכה. נראה בעליל כי הנושא זקוק לסקירה מסודרת – דבר דבור על אופניו. על כן הקדשנו פרק נרחב לערבות הבנקאית במכרז, ובכלל זה בחנו את התכליות של הערבות הבנקאית במכרז, עמדנו על ההבחנה בין פגם טכני לבין פגם מהותי, הצגנו את הגישות השונות בפסיקה וניתחנו את הרציונלים של הגישה הפורמאלית. לבסוף אף הצענו דרך ביניים שלא תקפד את פתיל חייה של ההצעה, כאשר על־פי דיני הערבויות הבנקאיות עצמם, כפי שהם נסקרים בשאר פרקיו של ספר זה, לא נפל פגם בערבות הבנקאית.

בפרק זה באה לידי ביטוי זווית ראייה המשקפת את תכליתו של הספר, כמשלב בין פרקטיקה לבין עיון שיטתי. ואכן, ספר זה מיועד לשמש בשני היבטים:

למעיין המעמיק, הנדרש לנושא בלא שחווה אותו מן המישור הפרקטי – נותן הספר את זווית הראייה המעשית, שהרי כידוע "דברים שרואים מכאן לא רואים משם", ולהיפך.

למשפטן העוסק בערבות בנקאית מן ההיבט הפרקטי, נועד ספר זה לספק כלים חיוניים להעמקת העיון ולהתמצאות שיטתית, הן בפסיקה הענפה המובאת בפניו באופן סדור ונגיש, והן ברציונלים העיוניים של הסוגיות השונות, שאינם מצויים תדיר תחת ידו של מי שנדרש לנושא ונאלץ לכתוב או לטעון כשהוא מצוי בסד זמנים.

מובן כי ניצלנו הזדמנות פז זו של התקנת מהדורה שנייה לספר על ערבות בנקאית, כדי לעדכן את כל הפרקים בעדכוני פסיקה חשובים, שהצטברו בינתיים, כדרכם של ענפי משפט העוסקים בתחום כלכלי דינמי, שבהם כמעט אין בית משפט בלא חידוש.

הנני נושא תפילה קצרה, בנוסחו של רבי נחוניה בן הקנה, במשנה במסכת ברכות דף כ"ח עמוד ב': בכניסתי, הנני תפילה שלא יארע דבר תקלה על ידי, "ולא אומר על טמא טהור ולא על טהור טמא, ולא יכשלו חברי בדבר הלכה ואשמח בהם", וביציאתי הנני נותן הודאה על חלקי.

בסיומם של דברים, מבקש אני לברך ברכת הנהנין וברכת השבח על הסיוע שקיבלתי מעורכת הדין דקלה לביא, שעשתה רבות באיסוף החומר, בשיקול דעת ובשום שכל.

תודתי מכל לב לאסף קוינט, אשר נטל על עצמו ביד חרוצה ואחראית את מלאכת ההגהות, עריכת הערות השוליים והמפתחות, והבאת הדברים מכלל חומר היולי למשנה כתובה וסדורה.

כמו כן, מבקש אני להודות מכל לב לגב' מיטל שרף, על העריכה הלשונית המדוקדקת ולגב' רחל שמיר על העריכה הגראפית הנאה.

ואחרונה חביבה, מודה אני לרעייתי, נוות ביתי, שהינה ה"ערבות הבנקאית" הניצבת ביסודה של כל פעילותי.

פנחס ינאי

הקדמה ושלמי תודה למהדורה ראשונה

חיבור זה נועד להקנות כלים משפטיים בסיסיים להכרת הנושא של "ערבות בנקאית", שהינם חיוניים בחיי המעשה של המשפטן, איש העסקים והבנקאי.

הערבות הבנקאית זכתה להסדר דל מאוד מצד המחוקק, ומוסד כלכלי חיוני וחשוב זה התפתח בפסיקת בתי המשפט. מטבע הדברים, וכיאות לבטוחה שנעשה בה שימוש כה רחב, הפסיקה שהצטברה היא ענפה מאוד. חלק ניכר מממנה לא פורסם. הפסיקה לא ניתנה בשיטתיות ובאחידות, וניכר צורך בספר שיסכם את הדברים, ויתווה תמונה ברורה וסדורה.

יתרה מכך, עיון שיטתי ומקיף בסוגיית הערבות הבנקאית מגלה, כי יש במסגרתה נקודת שיווי משקל עדינה בין שני מרכיבים המאפיינים את הערבות הבנקאית: מצד אחד עיקרון האוטונומיה של הערבות, המנתק ומבודד אותה מעסקת היסוד, ומצד שני – עיקרון ההתאמה, לפיו תמומש הערבות רק כאשר יש התאמה מוחלטת לתנאי המימוש המפורטים בכתב הערבות הבנקאית. נעמוד על עקרונות אלה בפירוט ונראה כי בכל הנוגע לעיקרון ההתאמה, דבקה הפסיקה בגישה דווקנית שאף נטתה לפורמליזם נוקשה. לעומת זאת, בכל הנוגע לעיקרון האוטונומיה של הערבות, נטתה הפסיקה ליצירת חריגים (לא רק "חריג המרמה" אלא גם "חריג הנסיבות המיוחדות") המאפשרים, בנסיבות מסוימות, לקבל צו מניעה כנגד מימוש הערבות הבנקאית מכוח עילות שיסודן, למעשה, ביחסי הצדדים לעסקת היסוד. נקודת שיווי המשקל בין שני עקרונות אלו (האוטונומיות מחד גיסא, וההתאמה מאידך גיסא) הופרה במידה רבה עקב פסיקה, שהחמירה והכבידה בכף אחת של המאזניים והקלה בכף השנייה שלהן, ונראה שהדברים נעשו, בכל הכבוד, בלא שקדמה לכך ראיה כוללת של הנושא ומדיניות שיפוטית ראויה. ניכר אפוא צורך בחיבור שיטתי שיסקור את הנושא באופן סדור, כאשר הפרטים משתבצים בתמונת מכלול, המאפשרת לשמור על האיזון הכולל ביניהם. בחיבור זה נעמוד על ההגיונות הניצבים בבסיס הערבות הבנקאית, על העקרונות המשפטיים שנקבעו בפסיקה ביחס לדרך מימושה, על ההתפתחות שאירעה בפסיקה ועל החריגים שנוצרו לכללים המקוריים, כך שבסופו של דבר תעמוד בפני המעיין תמונה שלמה וסדורה, עם איזונים ונקודת שיווי משקל ברורה בין העקרונות השונים.

עם סיום כתיבת הספר, פניתי לשתיים מבכירות השופטות בישראל, אשר כתבו את פסקי הדין המרכזיים והחשובים אשר ניתחו באופן מעמיק ויסודי את סוגיית הערבות הבנקאית. ביקשתי מהן כי תעבורנה על הדברים שכתבתי ותקדשנה מילות פתיחה לספר זה. נעניתי בחיוב הן על־ידי כב' שופטת בית המשפט העליון, הגב' איילה פרוקצ'יה והן

על־ידי כב׳ סגנית נשיא בית המשפט המחוזי בתל־אביב, הגב׳ ורדה אלשיך. תודתי להן מקרב לב על הדברים החשובים שהואילו לכתוב כפתיח לספר.

הרעיון לכתיבת ספר זה נבע בעת שייצגתי לקוח, אשר ביקש לממש ערבות בנקאית. באישון לילה נאלצנו להכין תגובה לבקשת צו מניעה שהוגשה כנגד מימוש כתב הערבות. מטבע הדברים, תרנו אחר ספרות שתנתח סוגיה יסודית וחשובה זו ונדהמנו לגלות כי – אין.

באיסוף החומר המשפטי וניתוחו סייע לי עו״ד בועז אדלשטיין. עם סיום הדיון, ציינו לעצמנו כי ראוי שנקדיש מעיתותינו לכתיבת ספר בנושא זה, המשווע לכך. טרחנו ואספנו פסקי דין מלא הטנא, אולם חלפו שנים, צרכים דחופים נוצרו בכל עת, והכתיבה לא הסתייעה. רק לאחרונה נוצרו נסיבות שבהן נטלתי עיתותי בידי לכתיבה מרוכזת. תודה מכל לב מגיעה אפוא לבועז, שותפי לרעיון ולהתרקמותו הראשונית.

בכתיבה עצמה ובניסוח הדברים היה לי שותף נאמן עוה״ד יניב אהרונוביץ׳.
מסירותו, חריצותו, תבונתו וכישרונותיו הברוכים ניכרים בכל, והם שאפשרו לי להפוך אבחה אחת של מאמץ מרוכז לכדי חיבור זה. אסיר תודה אני ליניב – מקרב לב!

חובה נעימה היא לי להודות לגב׳ יעל צ׳רבינסקי ומר עופר פרלמן על סיועם בכתיבת הפרק על ערבויות חוק המכר; תודתי מכל לב לאביהו זפט, אשר נטל על עצמו ביד חרוצה ואחראית את מלאכת ההגהות, עריכת הערות השוליים והמפתחות, והבאת הדברים מכלל חומר היולי למשנה כתובה וסדורה. כמו כן, תודתי לגב׳ מיטל שרף, על העריכה הלשונית המדוקדקת ולגב׳ רחל שמיר על העריכה הגראפית והעימוד.
ואחרון אחרון אהוב, תודתי לנוות ביתי, שושי, שכל אשר לי, שלה ובזכותה הוא. לך, אין לי מילים ואין די במילים כדי להודות.

דברי הקדמה
מאת כב׳ השופטת איילה פרוקצ׳יה
שופטת בית המשפט העליון

ערבות בנקאית – מאת ד"ר א. ויינרוט

הקדמה

1. תכלית המשפט בחברה מודרנית לקבוע נורמות התנהגות חיוניות לקיום חיי חברה תקינים. הוא נועד לאזן בין צורכי החברה לבין זכויותיו של הפרט; יסודותיו נועדו לאפשר לבני אדם לחיות בצוותא במשטר הבנוי על יסודות של חופש, תוך כיבוד זכויות היסוד של האדם.
בגדר היסודות הנורמטיביים של המשפט, יוחד מקום חשוב לעקרון חופש ההתקשרות החוזי. עקרון זה הוא מסימני ההיכר של הכלכלה החופשית, והוא אחד ממאפייניו של משטר דמוקרטי שבו רשאים בני אדם לעצב את עסקאותיהם הכלכליות כרצונם, ולתת להן לבוש כלכלי ומשפטי העונה לצרכיהם המיוחדים. המשפט ממעט להתערב בחופש החוזי, והוא מציב אך מגבלות מעטות שנועדו, בעיקרן, להבטיח קיומם של חוקיות, תקינות, הגינות, ותום לב, בקשרים העיסקיים בין בני האדם.

2. בגדר החופש החוזי הנרחב, מספק המשפט אמצעים שונים שנועדו לסייע לבני האדם לקדם את קשריהם העיסקיים תוך הבטחת יציבות, וודאות ובטחון מפני סיכונים הנילווים לעסקאות הכלכליות.

3. מורכבות חיי המשק והכלכלה המודרניים, אליהם מתלווים היבטים המיוחדים לכלכלה הישראלית, שמקורם במצב המדיני והבטחוני המיוחד בו נתונה המדינה, משליכים על רמת הסיכונים ואי הוודאות הנילווים לעסקאות בין פרטים בתחומי משק שונים. בעולם כלכלי מורכב כזה, נדרשים מכשירים פיננסיים משוכללים אשר יספקו מידת בטחון ראויה לצדדים לעיסקה מפני סיכונים שונים המובנים בתוכה. המשפט מספק אמצעים כאלה, ומקומו בחברה נבחן לא רק על פי נורמות

התנהגות ואתיקה הנקבעות על ידיו, אלא גם על פי מידת האפקטיביות שלו באספקת מכשירים יעילים שבאמצעותם יכולים גורמים הפועלים במשק לפעול תוך הבטחת האינטרסים הכלכליים ההוגנים שלהם. קיומם של אמצעים אלה הוא מנוף לפיתוח כלכלי־עיסקי.

4. הערבות הבנקאית היא אחד המכשירים היעילים ביותר שהמשפט יצר כדי לספק בטחון לצד לעסקה מפני סיכונים שונים הנילווים אליה. הערבות הבנקאית הינה התחייבות של בנק ערב לכבד דרישה של צד לעיסקה, הוא המוטב, לשלם לו סכום כסף בהתקיים תנאי הערבות. הערבות ניתנת על רקע קשרים חוזיים רב־מימדיים המערבים, מספר צדדים: החייב העיקרי והמוטב, שהם הצדדים הישירים לחוזה היסוד; הבנק הערב והחייב על פי עיסקת היסוד, שלבקשתו נותן הבנק את הערבות להבטחת אינטרס המוטב; ולבסוף הבנק הערב והמוטב, שלטובתו ניתנת הערבות, שמימושה תלוי בהתקיים תנאי ערבות מוסכמים. ייחודה של הערבות הבנקאית בניתוקה מעיסקת היסוד, ובבטחון שהיא מעניקה למוטב כי בהתקיים תנאי הערבות הוא יזכה בפרעונה, בלא קשר הכרחי למערכת היחסים החוזית הישירה המתקיימת בינו לבין החייב, העשויה להצריך דיון והכרעה במערכת נפרדת ובעיתוי אחר. יתרונה של הערבות הבנקאית במימד העצמאות שבה, וביכולתו של המוטב להיפרע ממנה בלא תלות ביכולתו הכלכלית של החייב, ובלא צורך לקיים התדיינות משפטית נרחבת בענין עיסקת היסוד כתנאי מוקדם למימושה. הערבות הבנקאית מספקת הגנה חשובה למוטב מפני חשש לחדלות פרעון של החייב, היא נותנת בידיו סעד מהיר בלא צורך בניהול הליך משפטי ארוך, היא פוטרת אותו מנטל ניהול הליכי גבייה של כספים שהוא טוען לזכות בהם, והיא מקנה לו יתרונות ראייתיים שונים.

5. הערבות הבנקאית היא מכשיר פיננסי הנשלט על ידי דין החוזים. ככזו, ובגידרו של חופש החוזים, תכניה וצורותיה של הערבות הבנקאית הם מגוונים ורחבים מיני־ים, כפרי דמיונם היוצר של הצדדים לעיסקה. ניתן לשוות לערבות תכנים שונים ומגוונים הן מבחינת התכלית שלשמה היא ניתנת, והן מבחינת דרגת עצמאותה ומידת ניתוקה מעיסקת היסוד. מיגוון הצורות והדפוסים האפשריים של הערבויות הבנקאיות הוא, אכן, רחב ביותר, והוא משקף את עושר האפשרויות שהחופש החוזי מקנה לאדם. וכך, ערבויות אוטונומיות ניתנות לתכליות שונות, ובהן הבטחת תשלומים בעסקות כספיות, הבטחת ביצוע תקין בעסקות קבלניות, לצורך עסקות מימון, ובמסגרת מיכרזים של רשויות ציבוריות. עצמאותה של ערבות הבנקאית היא ענין שניתן להתנות עליו, ולהתאימו לצרכים המיוחדים של העסקה ובעליה, ובין ערבות המנותקת כליל מעיסקת היסוד, לבין ערבות

רגילה התלויה ושזורה כולה בעיסקה העיקרית ייתכנו הסדרי כלאיים שונים ומשונים, כיד רוחם היוצרת של הצדדים.

6. אף שתכליתה של הערבות הבנקאית הינה להבטיח את עניינו של המוטב מפני סיכוני העיסקה, אין זו אמת מוחלטת הפועלת בלא סייג. כדרכן של אמיתות המשפט שלרוב אינן מוחלטות, אלא מאזנות בין שיקולים ואינטרסים נוגדים, כך גם בסוגייה זו. בצד עצמאותה של הערבות האוטונומית מעיסקת היסוד, מבטיח המשפט, בדרכו, גם את זכויותיו של החייב העיקרי, שמטעמו ניתנה הערבות, בלא לפגוע פגיעה מהותית בייחודו של אמצעי חשוב זה. זאת הוא עושה בשניים: *ראשית*, עקרון "ההתאמה" מחייב עמידה קפדנית על קיום תנאי הערבות האוטונומית כתנאי מוקדם לפרעונה, וכל סטייה, קלה כגדולה, עלולה לסכל את העמדתה לפרעון. פרשנות דווקנית של תנאי הערבות נועדה להגן על החייב מפני פרעון שאינו ראוי. *שנית*, בצד עצמאותה של הערבות מעיסקת היסוד, יצר המשפט חוליה מקשרת בין הערבות האוטונומית לבין המציאות בשטח המעוגנת בעסקת היסוד ובהתנהגות הצדדים לה. אמנם, לא כל סטייה והפרה של עיסקת היסוד תהווה עילה להתערבות בפרעונה של הערבות הבנקאית, שאחרת היה הדבר מביא לאובדן ייחודה; אולם במסגרת חריגים מיוחדים ונדירים, עשויה חובת הפרעון העצמאי של הערבות לסגת מפני גילוי מרמה בעל חומרה קיצונית מצד המוטב, או בהתקיים נסיבות חריגות מיוחדות אחרות הקשורות בהתנהגות חסרת תום לב מצידו. שאז, עשוי בית המשפט להתערב בעצמאותה של הערבות ולעצור את חילוטה. המשפט מייחס מעמד בכורה לבטחון ולהגנה שהערבות העצמאית מספקת למוטב, אולם בה בעת, במצבים קיצוניים, הוא נמנע מלהקריב על מזבח היעילות והבטחון העיסקי שהערבות מקנה לבעליה, את חובות תום הלב וההגינות שצדדים במערכות היחסים העיסקיות חבים זה לזה, חובות השזורות שתי וערב במערכת המשפט האזרחי והציבורי כולו. בכך, מאזן המשפט בין גורם היעילות, הוודאות והבטחון העיסקי שהערבות מספקת בחיי הכלכלה לבין החתירה לצדק ולהגינות ביחסי הצדדים לעיסקה. בכך, משתלב ייחודה של הערבות כמכשיר עצמאי, מנותק מעיסקת היסוד, עם הצורך לשמור על שוליים חיוניים של עשיית צדק, לבל יזכה מעוול מפירות עוולתו.

7. ד"ר אברהם ויינרוט פורש בספרו החשוב שלפנינו יריעת ניתוח נרחבת של מוסד הערבות הבנקאית על כל מאפייניה וצורותיה. הוא בוחן את אופייה המשפטי המורכב ואת השלכותיה המעשיות בשטח; הוא מנתח את מהותה העיונית על מיגוון פניה, ועומד בהרחבה על המתח הפנימי העמוק הקיים בין דרישת ההגנה המשפטית על עצמאות הערבות לצורך השגת תכליתה הכלכלית, מול הכורח,

לעתים נדירות וחריגות, להקריב עצמאות זו על מזבח דרישת הצדק, תום הלב וההגינות ביחסים העיסקיים. הוא מביא בהרחבה את עיקריה של ההלכה הפסוקה לדורותיה, ומנתח אותה באיזמל חד. ניתוח זה מביא את המחבר להדגשת חשיבות ההגנה על עצמאותה של הערבות הבנקאית, תוך הבלטת חשיבות הריסון המתבקש בהחלת החריגים להגנה זו, כדי לשמר את ייחודה של הערבות ואת מקומה המיוחד בחיי המשק והכלכלה.

8. לפנינו מחקר משפטי נרחב ומעמיק כאחד, הפורש בפני הקורא את הרבדים המשפטיים והמעשיים של מכשיר משפטי־פיננסי מורכב שנוכחותו בחיי הכלכלה הולכת ומתעצמת עם השנים. הוא חושף את יופיו של דין החוזים הפורש כר נרחב בידי האדם ליצור ולבנות מכשירים משפטיים מגוונים הלובשים צורה בהתאם לרצונם החופשי של הצדדים לעסקה, כדי להגשים את צרכיהם העיסקיים בתנאי בטחון וודאות יחסיים. הוא מבטא, דרך ניתוח הדין, את הרוח המיוחדת האופפת מוסד משפטי זה, ואת המתחים הפנימיים בין השיקולים השונים המתמודדים סביבו, ודרך האיזון הראוייה המתבקשת ביניהם.

9. יש לברך על ספרו של ד"ר ויינרוט, המהווה תרומה חשובה לידע ולהבנה של התחום המשפטי הנוגע לערבות הבנקאית. מחקר זה ללא ספק יאיר את עיני הציבור המקצועי, הנזקק, כמעשה יום יום, לנושא זה על גווניו השונים.

אילה פרוקצ'יה
שופטת בית המשפט העליון

דברי הקדמה
מאת כב׳ השופטת ורדה אלשיך
סגנית נשיא בית המשפט המחוזי בתל־אביב

ספר חשוב זה של ד״ר אבי ויינרוט עוסק בדיני הערבות האוטונומית. נושא משפטי בעל השפעה חשובה, הן בדין האזרחי־מסחרי והן בדיני חדלות הפירעון. הספר הינו בעל חשיבות מרובה, לאור העובדה כי בשנים האחרונות נושא הערבות האוטונומית שב ועלה בפסיקה פעמים רבות.

הערבות הבנקאית האוטונומית, הנחשבת ל״בטוחה אולטימטיבית״ ניכרת בחוסנה ובביטחון שהיא מעניקה למוטבה, ואי לכך – בקושי הרב לתוקפה. זאת, אף בנסיבות בהן נראה כי השימוש בה הנו בלתי־צודק ובלתי־מבוסס לכאורה. פרשנותה של הערבות האוטונומית, והדינים השונים בהם היא נוגעת משיקים לתחומים ותהליכים רבים בשיטת המשפט הישראלית. זאת, החל במעבר מפרשנות פורמליסטית לפרשנות מהותית של טקסטים משפטיים, וכלה בהתפתחויות החדשות בדיני חדלות הפירעון. כך, בעיקר, משעסקינן בקריסת קבוצה מסועפת של חברות קשורות, אשר עשו שימוש רחב ומרובה בערבות הבנקאית.

מקרים רבים הובאו להכרעה בערכאות, בשנים האחרונות. היו אלה מקרים של ערבויות בנקאיות אשר שימשו לצרכים שונים בתכלית מאלו להם נועד מוסד זה במקורו. הדיון באותם מקרים הקנה חשיבות רבה לבדיקת מטרותיה והחריגים השונים לעצמאותה של הערבות הבנקאית האוטונומית כמו גם לניתוקה מעסקת היסוד.

ספרו של ד״ר אבי ויינרוט השכיל לשפוך אור רב על מוסד חשוב זה, שעד לעת האחרונה לא זכה אלא להתייחסות מצומצמת יחסית. במסגרת ספרו, מעלה המחבר דיון מפורט ומאיר־עיניים ביסודותיה של הערבות, בעקרון העצמאות של הערבות וניתוקה מעסקת היסוד. כמו כן הוא מעלה ומנתח בכשרון אף את שני החריגים לעקרון זה: חריג המרמה וחריג הנסיבות המיוחדות.

זאת ועוד; הספר אינו מסתפק בהבאת הפסיקה השונה הקיימת בתחום הערבות האוטונומית ובסקירת התפתחותה לאורך השנים. המחבר טורח וסוקר את הנושא באורח מושכל וביקורתי, מנתח בכשרון, ובלשון בהירה רהוטה וברורה, את המגמות העולות ממנה, ואת השפעתן האפשרית על כוחות השוק.

ספרו של ד״ר אבי ויינרוט, עשוי להיות לעזר רב, לא רק למבקשים ללמוד את הדין החל, אלא גם לאלה המבקשים לרדת לעומקו ולהבין את הגישות השונות ואת הערכים והאינטרסים המתנגשים שהן באות לאזן.

אין ספק כי ספר זה מהווה נדבך חשוב בספרות הקיימת בנושאי המשפט האזרחי־מסחרי ובדיני חדלות הפרעון. עם צאתו לאור של ספר חשוב זה, מן הראוי לברך, לשבח ולהודות לד"ר אבי ויינרוט, המחבר, על מפעלו, ועל תרומתו ללימוד, ליבון ודיון בנושא משפטי חשוב זה.

ורדה אלשיך, שופטת

סגנית נשיא בית המשפט המחוזי ת"א

מבוא

מבוא

ערבות בנקאית מהי?

1. "ערבות בנקאית" אינה ערבות, שהרי היא נבדלת ממנה בתחום המרכזי ביותר, המגדיר ערבות. ערבות מוגדרת בסעיף 1(א) לחוק הערבות, התשכ"ז־1967, כ"התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר כלפי אדם שלישי". כלומר, ערבות היא חיוב טפל לחובו של אדם אחר, שהוא החייב העיקרי. אם אין חיוב של אדם אחר – אין ערבות.

לעומת זאת, "ערבות בנקאית" היא התחייבות עצמאית (אוטונומית) לבצע תשלום, גם אם אין חיוב של אדם אחר. האירוע היוצר את החיוב לתשלום מכוח הערבות הבנקאית מפורט בכתב ההתחייבות ואינו מותלה בחיוב על־פי עסקת היסוד. כך, למשל, בחלק ניכר מן הערבויות הבנקאיות האוטונומיות נקבע כי העילה לתשלומן היא "דרישה ראשונה בלי צורך בביסוס ובהנמקה" של מוטב כתב הערבות הבנקאית. במקרה זה, הדרישה היא כשלעצמה העילה למימוש הערבות הבנקאית. המאפיין הבולט ביותר של הערבות הבנקאית הוא האוטונומיות שלה. בשפה המשפטית הנוהגת באנגליה ובארצות הברית נהוג לתאר את התחייבותו של ערב אוטונומי כ"התחייבות ראשונית" (primary) בניגוד ל"התחייבות משנית" (secondary) של ערב בערבות נלווית. הערבות הבנקאית שונה אפוא בבסיסה מן הערבות, והיא מהווה התחייבות ראשונית של מנפיק כתב הערבות כלפי מוטב הערבות.

"ערבות בנקאית" אינה בהכרח בנקאית. חוק הבנקאות (רישוי) תשמ"א־1981, הקובע כי תאגיד בנקאי הוא הגורם היחיד המוסמך להעניק שירותים בנקאיים, אינו מתייחס להנפקה של ערבויות בנקאיות.[1] ואכן, גם גורמים פיננסיים שונים, כמו חברות ביטוח, מנפיקים "ערבויות אוטונומיות".[2]

---

1 ס' 21(א) לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א־1981, ס"ח 1022, קובע כי "מי שאינו תאגיד בנקאי לא יעסוק: (1) בקבלת פיקדונות כספיים ובמתן אשראי כאחת; (2) בהנפקת ניירות ערך החייבים בתשקיף לפי סעיף 15 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח־1968, ס"ח 541, ובמתן אשראי כאחת". אכן, המונח "אשראי" מוגדר בסעיף 1 ככולל "ערבות", אך כאמור "ערבות בנקאית" אינה "ערבות", ומכל מקום אין איסור על גוף שאינו תאגיד בנקאי להנפיק ערבות, כאמור, כל עוד שהוא אינו עוסק כאחת גם בקבלת פיקדונות כספיים.

2 ברע"א 7642/07 ע.ס.מ צמ"ה בע"מ נ' מקורות חברה מים בע"מ, פדאור 07(28) 45 (2007), עסק בית המשפט העליון ב"ערבות בנקאית" שהוצאה על־ידי חברת ביטוח וקבע כי הכללים ביחס לערבות "בנקאית" שהוצאה על־ידי חברת ביטוח זהים לכללים החלים לגבי ערבות בנקאית שהוצאה על־ידי בנק.

אם הערבות הבנקאית אינה ערבות ואף אינה בהכרח בנקאית, מהי מהותה של "ערבות בנקאית" ומדוע מכנים אותה בשם זה? נראה כי הבנת התהליך של יצירת הערבות הבנקאית ילמדנו על טיבה ועל טבעה.

התהוותה של הערבות הבנקאית

2. הורתה ולידתה של הערבות הבנקאית בחיי המעשה. בדרך כלל סוף מעשה במחשבה תחילה, אך במקרה זה, אין המדובר בתופעה כלכלית יציר הדין, אלא להפך – הדין נתן ביטוי לפרקטיקה קיימת. בארצות הברית נוצרה הערבות הבנקאית (המכונה "מכתב אשראי לערבות") בעקבות שני גורמים:

הגורם הראשון היה ה־National Bank Act מ־3 ביוני 1864, המפרט את הפעולות שמוסד בנקאי רשאי לבצע. בעקבות חוק זה רווחה ההנחה הכללית כי בנק אינו יכול לתת ערבות הטפלה לעסקת היסוד, שכן אינו רשאי לקבל על עצמו אחריות לחובות של אחרים. הנפקת ערבויות על־ידי בנקים נתפסה על כן כחריגה מסמכות והדעה הרווחת הייתה כי הנפקת ערבויות היא נחלתן הבלעדית של חברות ביטוח ושל חברות שהתמחו בהנפקת ערובות. כדי לעקוף איסור זה נזקקו הבנקים בארצות הברית לתחבולות, כגון הסבה של שטרי חליפין והוצאת מכתבי אשראי, אף שבפועל שימשו מכשירים אלה לערוב לחובות פוטנציאליים של לקוחותיהם.

הגורם השני נעוץ בטעמו של הכלל המושרש, אשר אסר על בנקים לערוב ללקוחותיהם, ואשר נבע משני רציונלים: האחד – אם בנק פועל כערב, עליו להעריך את הסיכויים שהחייב העיקרי יחדל בביצוע התחייבותו; והאחר – בנק הנוטל על עצמו ערבות משנית צריך לקבוע, בטרם התשלום, האם אכן קמה העילה לתשלום על־פי עסקת היסוד. בשני המקרים, מדובר בביצוע חקירות שבנקים אינם ערוכים לבצע.

קשיים אלה הוסדרו בעזרת הכלי המשפטי אשר כונה "standby letter of credit", שבו אחריות הבנק מנותקת מעסקת היסוד, וגדריה נקבעים באופן מלא בכתב האשראי בלבד, המתנה את החיוב לשלם בהצגת מסמכים מסוימים, ולא בקיומה של חבות מכוח עסקת היסוד.[3]

---

3 כוחם של הבנקים בארצות הברית להוציא מכתבי אשראי והתחייבויות בלתי תלויות או אוט־נומיות אחרות לשלם כנגד מסמכים, מבלי לבצע חקירה עובדתית של עסקת היסוד, הוכר באופן סופי בגרסה האחרונה של החלטת הפרשנות מס' 7.1016 של המפקח על המטבע מיום 9 בפברואר 1996 (כפי שעודכנה ביום 1 בינואר 2000).

3. הצורך העסקי במוסד האשראי הדוקומנטרי נבע מן הקושי הנעוץ בעסקאות בינלאומיות, שבהן מתעורר חשש מובנה בהספקת סחורה בטרם קבלת תשלום, שמא לאחר שהסחורה תסופק, ייתקל המוכר בקושי בגביית התמורה. קושי זה נוצר הן בשל המרחקים הגיאוגרפיים המונעים מפגש ישיר בין הצדדים, הן בעקבות החשש מפני התדיינות במדינה אחרת, תוך התמודדות עם שיפוט זר ועם אכיפה של הפסיקה במדינה זרה.[4] מאידך גיסא, הקונה חושש אף הוא להקדים את התשלום לקבלת הסחורה, פן ישלם, ולאחר מכן יקבל סחורה שונה מזו שהזמין, או סחורה פגומה, או שלא יקבל סחורה בכלל.[5] הפתרון לקשיים נמצא באמצעות האשראי הדוקומנטרי, לפיו מתבצע התשלום על־ידי בנק כנגד קבלת דוקומנטים המעידים שהסחורה נשלחה. עסקת האשראי הדוקומנטרי כוללת ארבעה גורמים: מוכר, קונה, בנק מנפיק (issuer) ובנק מאשר (correspondent). אלה שלבי העסקה:

א) הקונה מבקש מן הבנק שלו (הבנק המנפיק) להנפיק מכתב אשראי דוקומנטרי, ובו הבנק המנפיק מתחייב לשלם למוכר (המוטב – beneficiary – של מכתב האשראי) סכום הנקוב בכתב האשראי, בתנאי שבתוך תקופה נקובה יגיש המוטב דרישת תשלום ויציג שטר מטען או מסמכים אחרים המפורטים בכתב האשראי.

ב) המוטב יכול להמציא את המסמכים לסניף של הבנק המנפיק במדינת המוטב או להמציאם לבנק אחר (הבנק המאשר).

---

4 ראה א' שנקר "האשראי הדוקומנטרי והערבות הבנקאית – סוגיית המרמה" עיוני משפט י(3) 555 (1985).

5 לתיאור הקושי האמור, אשר האשראי הדוקומנטרי נועד להביא לפתרונו, ראה ע"א 151/89 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ברין, פ"ד מו(4) 101, 112–113 (1992): "האשראי הדוקומנטרי הינו אמצעי תשלום נפוץ ומקובל בין קונים ומוכרים של טובין, המרוחקים זה מזה, שתחילת השימוש בו עוד במאה ה־19... המרחק הגיאוגרפי בין הצדדים אינו מאפשר החלפה סימולטנית של הממכר ותמורתו. במצב זה נוצר סיכון שגם הממכר וגם תמורתו ייוותרו בידי צד אחר לעסקה. הקונה חושש כי אם תשולם התמורה קודם למשלוח הסחורה, עלול המוכר להימנע ממשלוח הסחורה. המוכר חושש מפני המצב ההפוך, שבו תישלח הסחורה מבלי שתתקבל תמורתה. המרחק בין הצ־דדים והיותם לא פעם זרים זה לזה יוצרים גם סכנה של משלוח סחורה בלתי מתאימה; לעניין זה ראה גם: י' דותן "האשראי הדוקומנטרי, מרמה במכר ומרמה במסמכים" משפטים יז 92, 93–94 (1987); מ' מאוטנר "עסקת היסוד ומכתב האשראי: תרמית וביטול החוזה בדרך של התנהגות" עיוני משפט יא 501 (1987);

B. Kozolchuk, *Letters of Credit, in* International Encyclopedia of Comparative Law Vol. IX 3–5, 501–504, 505 (K. Zweigert ed., 1973)

ג) הבנק המאשר יכול לערוב בעצמו לתשלום תמורת המסמכים ולהיות אחראי ישיר כלפי המוטב. במקרה זה, הוא הגורם הרביעי בעסקה (נוסף על הבנק המנפיק, על המוטב ועל מבקש האשראי), ושני הבנקים (הבנק המנפיק והבנק המאשר) מחויבים ישירות כלפי המוטב, הרשאי לבחור למי מהם הוא מציג דרישת תשלום.

ד) אחרי שהבנק המאשר מקבל את דרישת התשלום והמסמכים מהמוטב ומשלם לו, הוא מעביר את המסמכים לבנק המנפיק ומקבל ממנו שיפוי.

ה) הבנק המנפיק משלם לבנק המאשר ואחר כך מעביר את המסמכים לידי הקונה. מסמכים מאפשרים לקונה לקבל את הסחורה שבגינה שילם.[6]

---

6 בעניין זה ראה עניין ברין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 112–113, ובו מבהיר בית המשפט כי "במתווה הרגיל של עסקה שבה נעשה שימוש באשראי דוקומנטרי מבקש הקונה ("המבקש") מבנק ("הבנק הפותח"), הנמצא בדרך כלל במקום מושבו של המבקש, להוציא לו מכתב אשראי לטובת המוכר ("הנהנה"). הבנק הפותח שולח לנהנה את מכתב האשראי, ובו הוא מודיע לנהנה על פתיחת מכתב אשראי לטובתו. במכתב האשראי מתחייב הבנק הפותח לשלם לנהנה סכום כסף מסוים כנגד הצגת מסמכים מסוימים על־ידי הנהנה, אשר תוכנם יהיה תואם לאמור במכתב האשראי. לעתים יפנה הבנק הפותח, אם ביוזמתו ואם על־פי בקשת המבקש, לבנק מכותב, הנמצא בארצו של הנהנה, מתוך כוונה שהבנק המכותב ייטול תפקיד במסגרת ביצוע תשלום האשראי. הבנק המכותב יכול לפעול במסגרת שתי כשירויות: האחת, זו של בנק מודיע (advising bank) שעיקר תפקידו מת־מצה, בדרך כלל, במסירת ההודעה לנהנה על פתיחת מכתב האשראי לטובתו, ובהעברת מסמכים וכסף בין הנהנה לבין הבנק הפותח; האחרת, זו של בנק מאשר (confirming bank), אשר מתחייב כלפי הנהנה כי יכבד בעצמו התחייבות זהה לזו שנטל על עצמו הבנק הפותח. מדובר בהתחייבות עצמאית של הבנק המאשר, אשר משפרת את מעמדו של הנהנה, שכן היא פותחת לו אפשרות להיפרע ישירות מהבנק המכותב, נוסף על האפשרות להיפרע מהבנק הפותח... בעסקה שבה מעו־רבים מבקש, בנק פותח, בנק מודיע ונהנה, אפשר למנות ארבעה הסכמים עיקריים, והם: האחד, הסכם בגין עסקת היסוד בין המבקש לבין הנהנה, עסקה שעניינה אינו במסמכי האשראי כי אם בטובין; השני, הסכם בין הבנק הפותח לבין המבקש, אשר בו מתחייב הבנק הפותח לפתוח עבור המבקש מכתב אשראי לטובת הנהנה, בעוד שהמבקש מתחייב לשפות את הבנק הפותח כנגד כל תשלום, שיבצע האחרון על־פי תנאי מכתב האשראי, ולהוסיף לכך תשלום עמלה בגין שירותי הבנק; השלישי, הסכם בין הבנק הפותח לבין הנהנה, אשר תוכנו הרגיל הוא שהבנק הפותח מת־חייב התחייבות מוחלטת לשלם לנהנה את סכום האשראי כנגד הצגת המסמכים על־ידי הנהנה, בהתאם לתנאי מכתב האשראי; הרביעי, הסכם בין הבנק הפותח לבין הבנק המכותב..." לעניין זה ראה גם ניתוחו של Lord Diplock בפרשת United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada, 2 ALL.E.R. 720 (H.L) (1982); J.F. Dolan, The Law of Letters of Credit 1–12 (Boston, 1984).

4. בדרך זו פועל מנגנון העסקה המכונה אשראי דוקומנטרי למימון, שמטרתו מימון עסקת מכר או קבלנות בינלאומית, כאשר מבקש האשראי הוא הקונה; המוטב הוא המוכר; הבנק המנפיק הוא הבנק במדינת הקונה; והבנק המאשר הוא הבנק במדינת המוכר; המסמכים מייצגים את הסחורה, למשל שטר מטען. מדובר במסמכים סחירים, שהאדם המחזיק בהם הוא בעל הזכות להחזיק בסחורה. אפשר לסחור במסמכים בלי להזיז את הסחורה, כשהקונה האחרון ממש את המסמכים ופודה את הסחורה.

5. על בסיס המנגנון של "אשראי דוקומנטרי למימון" פיתחה הפרקטיקה את המוסד המכונה "אשראי דוקומנטרי לערבות" שהוא בגדר ערבות לביצוע חיובים בעסקת היסוד, כאשר המסמכים במקרה זה מעידים כי הופרה חובה לביצוע חיובים. כלומר, מכתב האשראי המסחרי (commercial letter of credit) הוא אמצעי תשלום במקרה של קיום החוזה. לעומת זאת, מכתב אשראי לשיפוי משמש ערובה לקבלת שיפוי מן הבנק במקרה של הפרת החוזה.[7] כדי להבחין בין מכתב האשראי המסורתי ("אשראי דוקומנטרי"), אשר שימש אמצעי תשלום בעסקאות מכר בינלאומיות ובמהלך הביצוע הרגיל של עסקאות אלה, לבין מכתבי האשראי לערבות, המשמשים כבטוחה במקרה של מחדל בביצוע החוזה, וכדי להדגיש את האופי הדוקומנטרי והבלתי תלוי של ההתחייבות הניתנת במסמך זה, כונה המסמך החדש בתואר: "standby letter of credit" ואילו את מכתב האשראי המסורתי החלו לכנות "commercial letter of credit".

6. ביחס למכתבי אשראי דוקומנטרי, החילה לשכת המסחר הבינלאומית (ICC) כללים אחידים, המכונים Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (אשר יכונו להלן בספר זה כ"כללי ה־UCP"), ואשר יש לראות אותם כחלים ביחס לכל כתב אשראי דוקומנטרי כאשר הצדדים משלבים אותם בנוסח כתב האשראי, אלא אם כן צוין בו במפורש כי כלל מסוים לא יחול. בסעיף 1 לכללי ה־UCP נקבע כי הכללים הללו יחולו בשינויים המחויבים גם לגבי standby letters of credit.[8]

---

7 אצל מאוטנר, בעמ' 503–504.

8 סעיף 1 לכללי ה־UCP קובע: "The Uniform Customs and Practice of Documentary Credits, 1993 Revision, ICC Publication No. 500, shall apply to all Documentary Credits (including to the extent to which they may be applicable, Standby Letter(s) of Credit) where they are incorporated into the text of the Credit. They are biding on all parties thereto, unless otherqise expressly stipulated in the Credit".
אחד מן המבקרים בכתב העת George Washington Journal of International Law and Ec-

7. בכל מכתבי האשראי מופיע חיוב בתשלום מצד הבנק בכפוף להצגת מסמך מסוים על־ידי המוטב.[9] המייחד את מכתב האשראי לשיפוי הוא אפוא שהתחייבות הבנק לבצע תשלום תלויה אך ורק בהצגה של מסמכים כמפורט במכתב האשראי גופו, וללא צורך בחקירה ובדרישה עובדתיות באשר לקיומו של חיוב מכוח עסקת היסוד. במקרה של מכתב אשראי לערבות לפי דרישה ראשונה, די בהצהרה חד צדדית בכתב של מוטב ההתחייבות שבה נאמר שהחייב העיקרי חדל בביצוע התחייבויותיו, כדי להפעיל את מכתב האשראי.

ההמשגה המשפטית

8. הפרקטיקה נטלה אפוא את המונח הכללי של "ערבות", שהוא כעיקרון התחייבות משנית הטפלה לעסקת היסוד, ושכללה אותו, כך שיהווה חיוב אוטונומי ראשוני בלתי מותלה. וכך בתקופה הראשונית המשיכו לקרוא לערבות האוטונומית בתואר "ערבות", אף שמדובר היה בחיוב עצמאי התלוי אך ורק בהצגת מסמכים מסוימים (בדומה למכתב האשראי למימון). הדרך להבחין בין ערבות אוטונומית לבין ערבות נלווית הייתה באמצעות הוספת שם התואר "בנקאית", כאשר המונח "ערבות בנקאית" נועד לבטא את היותה של הערבות אוטונומית. אכן, לא רק בנקים מנפיקים את "הערבות הבנקאית", אבל נוצרה פרקטיקה שבה המאפיין של ערבות שהונפקה על־ידי בנק הייתה העצמאות שלה והיותה חיוב בלתי מותלה. מכאן, המונח "ערבות בנקאית" כביטוי נרדף לערבות אוטונומית, על אף שאין המדובר כלל בערבות, ועל אף שאין הכרח כי מנפיק הבטוחה האמורה יהא בנק דווקא.

9. בפרקטיקה ממשיכים להשתמש במונח זהה (guarantee) לערבות אוטונומית ולערבות נלווית. אכן במדינות הקונטיננט החל הדין לייחד את המונח guarantee לערבות האוטונומית, ואילו את המונח suretyship לערבות נלווית. לעומת זאת, באנגליה, ממשיך בלבול המושגים לשרור לא רק בפרקטיקה אלא גם בהמשגה המשפטית, והמונח guarantee מציין גם ערובה מסוג של ערבות נלווית (או

---

nomics העריך כי כ־95% מן האשראים המונפקים בעולם כפופים לכללי ה־UCP. לעניין זה ראה: Ross P. Buckley, *The 1993 Revision of the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, 28 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 265, 266 (1995).

9 סעיפים 5–117 – 5–101 של הקוד המסחרי האחיד (U.C.C.), העוסקים במכתבי אשראי, מסדרים הן את מכתבי האשראי המסורתיים (או מכתבי האשראי המסחריים) והן את מכתבי האשראי לערבות על־פי דרישה ראשונה.

"מותנית"). המונח suretyship, המיוחד לערבות נלווית בלבד, הפך באנגליה למושג מיושן ששוב אין משתמשים בו, או למצער, אין מרבים להשתמש בו. המונח guarantee קיבל אפוא משמעות ניטרלית, המבטא הן ערבות התלויה בעסקת היסוד והן ערבות אוטונומית. ההבחנה בין סוגי הערבות (אוטונומית או נלווית) אינה נעשית באמצעות הכותרת של המסמך וכינויו, אלא באמצעות עיון בתנאי כתב הערבות ובהוראות הקבועות במסמך גופו. עיקר מהותה ויתרונותיה של הערבות הבנקאית טמון באוטונומיות שבה. יהא זה אפוא נכון יותר לכנות את "הערבות הבנקאית" בתואר "ערבות אוטונומית", שכן המאפיין של ה"ערבות הבנקאית" אינו ה"בנקאיות" שלה,[10] ואף לא "הערבות" שבה, אלא האוטונומיות שלה והיותה חיוב "בלתי חוזר", "מופשט" או "בלתי מותנה".

ייחודה של הערבות הבנקאית ויתרונותיה

10. ההבחנה בין ערבות אוטונומית לבין ערבות נלווית עתיקה כימי עולם, ובמשפט העברי יוחד לערבות האוטונומית המונח "ערב קבלן",[11] המובחן מן הערב הרגיל בכך שאפשר לפנות אליו באופן עצמאי בלא שיהיה צורך לפנות אל החייב העיקרי תחילה.[12]

---

10 אכן, ערבויות אוטונומיות מוצאות בדרך כלל על־ידי בנק, וזהו ההסבר לשימוש הרווח במונח "ערבות בנקאית", אף שלא כל ערבות המוצאת על־ידי בנק היא בהכרח ערבות אוטונומית. עם זאת, אין הכרח שערבויות אוטונומיות יונפקו דווקא על־ידי בנקים ולא על־ידי מוסדות פיננסיים אחרים. כך, למשל, בארצות הברית ובקנדה מונפקות ערבויות אוטונומיות גם על־ידי חברות ביטוח ועל־ידי חברות המתמחות במתן ערובות אוטונומיות, בעיקר בענף הבנייה. חברות אחדות העוסקות בביטוח סיכוני סחר חוץ עוסקות אף הן בהוצאה של ערבויות אוטונומיות.

11 בע"א 573/73 שמן תעשיות בע"מ נ' *ISL*, פ"ד כח(2) 737, 747 (1974) מתייחס כב' השופט (כתוארו אז) חיים כהן לערבות אוטונומית תוך השוואתו למונח של "ערב קבלן", ומבהיר כי "הערב הקבלן נבדל מן הערב סתם על־ידי שהוא מקבל על עצמו כלפי הנושה חיוב עיקרי וישיר אשר אינו תלוי בחיובו של החייב, ואינו מותנה בכך שהנושה יתבע את החייב תחילה. חיובו של הערב נוצר בלשון 'תן לו ואני אתן לך' או בלשון 'תן לו ואני קבלן' (הגהת הרמ"א לחושן משפט קכט יח, בשם הרא"ש והרשב"א)".

העצמאות המוחלטת של הערבות האוטונומית (המכונה "ערבות קבלן") באה לידי ביטוי חד בשו"ת הריטב"א קכח, המבהיר כי אין מניעה שהנושה ימנה את החייב העיקרי כדי לשמש מורשה שלו לגביית החוב מן הערב הקבלן. במקרה זה יוצא שהחייב גובה מן הערב הקבלן את החוב שיצר הוא עצמו כלפי הנושה. הדבר בכל זאת אפשרי מכיוון שחיובו של הערב הקבלן הוא חיוב עצמאי ובלתי תלוי.

12 להמחשה של יישום עיקרון זה במשפט העברי, ראו למשל את דברי המהרש"ם (הרב שלום מרדכי

11. הרציונל הניצב בבסיס "הערבות הבנקאית" נעוץ באפשרות להיפרע באופן בלתי תלוי מגורם אמין ויציב כגון בנק[13] – בלא שהנושה יהיה תלוי ביכולתו הכלכלית

הכהן שבדרון, מגאוני יהדות פולין במאה ה־19), בשו"ת מהרש"ם ב, קנח, אשר נדרש למקרה הבא: ראובן התבקש על־ידי בן אצולה מקומי להלוות לו כספים. מטבע הדברים, חשש ראובן כי בן האצולה לא יחזיר לו את הכסף, אולם ידע שבן האצולה לא יקבל בעין יפה תשובה שלילית. הוא שכנע על כן את חברו כי יואיל לתת את ההלוואה לבן האצולה, כאשר הוא (ראובן) ערב לחוב. לימים, הגיע מועד הפירעון, וכצפוי, החוב לא נפרע. המלווה פנה אל ראובן, וביקש לממש את ערבותו. בשלב זה טען ראובן כי כתב הערבות לא מציין את המונח "ערב קבלן" ועל כן אין לפנות אליו בטרם שממצים את ההליך מול החייב העיקרי, שהרי אם אין חיוב – אין ערבות. ממילא מוטל על המלווה לפנות תחילה לבן האצולה ולמצות עמו את הדין, ורק אז – אם יישאר בחיים – יוכל לפנות אליו. המהרש"ם פתר את העוול שיצר ראובן בניסוח כתב הערבות, באמצעות עיון בדברי המהרש"א (רבינו שמואל אידלש, המאות ה־16 וה־17, מגדולי פרשני התלמוד) על מסכת פסחים.

בבבלי, פסחים קיח ב מובא כי כאשר עברו בני ישראל את ים סוף, הם חששו שמא כשם שהם חוצים את הים ביבשה, כך נבקע הים גם למצרים, שיעלו אף הם מן הים. כדי להפיג חשש זה, אמר הקב"ה ל"שר של ים" כי יפלוט את גופות המצרים אל היבשה. הים השיב לקב"ה: "כלום יש עבד שנותן לו רבו מתנה וחוזר ונוטל ממנו?" הבטיח הקב"ה לים כי יפצה אותו "פי אחד ומחצה". אמר הים לקב"ה: כיצד מבקש את ממני לוותר על מתנה שיש לי כבר בידי, על בסיס הבטחה עתידית, "וכי יש עבד שתובע את רבו?" כלומר, איך אתבע ממך לקיים את ההבטחה בעתיד? השיב לו על כך הקב"ה: "נחל קישון יהיה לי ערב". ואכן, לימים גרף נחל קישון אל הים 900 רכב ברזל של סיסרא, ובכך פיצה את הים על 600 רכב ברזל של פרעה ופרשיו.

ביחס לאגדת חז"ל זו מקשה המהרש"א הכיצד היה יכול נחל קישון לשמש ערב לקיום הבטחתו של הקב"ה? הרי הכלל הוא שאין נפרעים מן הערב בטרם שתובעים את החייב העיקרי תחילה. ובמקרה זה – לא היה אפשר לתבוע את החייב העיקרי, שכן עבד אינו יכול לתבוע את רבו. על כך משיב המהרש"א כי ערבות הניתנת בנסיבות שבהן אי אפשר להיפרע מן החייב העיקרי, מוגדרת במהותה כערבות עצמאית ("ערב קבלן"), שהרי זו כל תכליתה (ובלשונו של המהרש"א, שם:"הגם שתובעים את הלווה תחילה בסתם ערב, הכא כיוון שאין עבד תובע רבו, נעשה הערב <u>מן הסתם</u> לערב קבלן".

בהתאם לדברי המהרש"א הללו, פסק המהרש"ם כי ראובן, שנתן ערבות למי שהלווה לאציל את הכספים, מסר בידו ערבות עצמאית אוטונומית, ואין צורך לתבוע את החייב העיקרי ולהיווכח בקיומו של חוב תקף מצד חייב זה. כל תכליתה של הערבות היה לתת למלווה בטוחה שממנה יוכל להיפרע גם אם לא יוכל לברר את דינו מול החייב העיקרי. מכיוון שכך, יש להגדיר ערבות זו כערבות אוטונומית ובלתי מותנית.

13 R. Millet, Law of Guarantees 445 (3rd ed., London, 2000):

"... a guarantee given by a bank may be an acceptable form of security, and in the first two examples given above (i.e security for costs of a litigation or a security provided to release an injunction, and a bank guarantee to secure payment of any judgment or arbitration award — my comment — A.W), such guarantees have probably overtaken payments into court as the normal form of security. This reflects the commercial reality that such guaran-

של החייב העיקרי ובלא צורך לקיים התדיינות נרחבת ביחס לקיומו של חיוב על־פי עסקת היסוד. על יתרונותיה של הערבות הבנקאית למוטב, עמדו אלשיך ואורבך[14]:

> "אין חילוטה של הערבות מונע מהחייב לבוא חשבון עם המוטב מאוחר יותר, בתביעת השבה המבוססת על עסקת היסוד, אלא שבתקופת הביניים מקנה הערבות למוטבה יתרון דיוני. הוא נמצא במצב נוח לאין ערוך מזה של המוטב בערבות רגילה, החייב להוכיח תחילה את צדקת זכותו לפי עסקת היסוד. כך למשל הובהר בפש"ר (ת"א) 1201/01 בש"א 10863/01 פרינטלייף נ' דרבן, פס"מ תש"ס(2) 591, כי אין להקל ראש במהותה של הערבות האוטונומית כמכשיר לניתוב סיכונים, באשר:
> 'מטרתה העיקרית הינה לשמש אמצעי שיאפשר סעד עצמי מהיר למוטבה להיפרע מיד ולאלתר מכל נזקיו, זאת בלא להיות נאלץ קודם לכן לעבור הליך משפטי ארוך, כאשר הצדדים גוררים זה את זה בערכאות השונות אגב העלאת מגוון טענות וטענות שכנגד. הערבות האוטונומית נועדה לאפשר למוטבה להיות הצד שהכסף השנוי במחלוקת מונח בכיסו בעת שמתבררת המחלוקת בבית המשפט.
> זאת לצד התכלית השנייה, שעניינה "חיסון" מוטב הערבות מפני סיכון שמא בעודו מנהל הליך נגד מוציא הערבות (החייב העיקרי) יקרוס זה ויהפוך לחדל פירעון'".

12. הנה כי כן, העובדה שהערבות הבנקאית יוצרת חיוב עצמאי ובלתי מותנה של הגורם המנפיק את הערבות הבנקאית (בדרך כלל בנק) כלפי האוחז בכתב הערבות, מעניקה ארבעה יתרונות בסיסיים:

א) הנושה מוגן מפני חדלות פירעון של החייב העיקרי. מימוש הערבות הבנקאית מאפשר קבלת הכספים מבנק או ממוסד פיננסי אחר שהנפיק אותה. ממילא נהנה מוטב הערבות הבנקאית מן האיתנות הפיננסית של הגופים המנפיקים

---

tees are rarely dishonoured, because banks generally honour their contractual obligations, and are unlikely to become insolvent".

14 ו' אלשיך וג' אורבך הקפאת הליכים 266 (תשס"ו).

ערבויות אלה, ואינו חשוף לסכנה של חדלות פירעון העלולה להתרחש אצל הצד לעסקה המקורית.

ב) מתן אפשרות לסעד מהיר, ללא צורך בקיום הליך משפטי ארוך. מוטב הערבות הבנקאית יכול לממש אותה על־ידי פנייה פשוטה לבנק שבה הוא מראה כי התקיימו התנאים הקבועים בכתב הערבות עצמו, וזאת גם אם שאלת זכאותו לכספים אלה מכוח עסקת היסוד שנויה במחלוקת וטעונה בירור משפטי מקיף. במקרה של חילוקי דעות ביחס לחיוב על־פי עסקת היסוד, יהא סדר הדברים זה: ראשית יגבה הנושה את הכספים ממנפיק הערבות הבנקאית, ורק לאחר מכן יתדיין עם החייב העיקרי שיתבע את השבתם, בבחינת "קודם תשלם, אחר כך תתווכח".[15]

ג) סדר האירועים של חילוט הערבות הבנקאית, בטרם התדיינות עם החייב העיקרי, מקנה למוטב כתב הערבות הבנקאית יתרון נוסף – ראייתי. לא זו בלבד שהכסף מצוי בידי הנושה (המוטב) בכל תקופת ההתדיינות, אלא שהנושה לא יצטרך להימצא בעמדת "תובע" כדי לקבל את הכסף. אדרבה, החייב על־פי עסקת היסוד יהא זה שייאלץ להגיש תביעה כדי לקבל את הכסף בחזרה. התוצאה היא שהחייב הוא שיוגדר כמי ש"מוציא מחברו" אשר עליו מוטל נטל הראיה. על כן, בכל מקרה של ספק, יגבר הנושה, אשר מימש את הערבות הבנקאית, ומוגדר כנתבע, לאחר שכבר קיבל את הכספים באמצעות מימוש הערבות הבנקאית.

ד) מוטב הערבות הבנקאית אינו צריך לנקוט הליכי גבייה מול החייב העיקרי, והוא מקבל את הכספים במישרין ממנפיק הערבות, על־פי דרישתו. הנטל בנקיטה בהליכי גבייה יוטל על החייב על־פי עסקת היסוד, שלבקשתו ניתנה הערבות הבנקאית וכעת תובע את הכספים.

---

15 בעניין זה מציין R.F. Bertrams, Bank Guarantees in International Credit 73 (3rd Ed. Paris–New York, 2004) כי חלוקת הסיכונים הכלכליים בעקבות הנפקת ערבות בנקאית מחייבת לפעול על־פי הכלל "קודם שלם, ואחר כך תתווכח", דהיינו קודם תמומש הערבות הבנקאית לטובת המוטב, ורק אחר כך יוכל החייב בעסקת היסוד לתבוע החזר מן המוטב, ובלשונו: "The quintesence of the reallocation of risks from the creditor (beneficiary) to the principal debtor (account party) by virtue of an agreement in respect of a first demand guarantee is fittingly conveyed in the universally adopted expression 'pay first, argue later'". לעניין זה ראה: Itek Corporation v. First National Bank 730 F. 2d 19 (1st Cir. 1984); E–Systems v. Islamic Republic of Iran 491 F. Supp. 1294 (N.D. Tex. 1980).

השימוש בערבות בנקאית

13. האוטונומיות של החיוב מכוח כתב אשראי למימון – הלא היא הערבות הבנקאית, והאפשרות לגבות את הכספים בלא הליך משפטי, מגורם פיננסי יציב שהנפיק את הערבות (בדרך כלל בנק), מאפשרות להפחית את הסיכון בעסקאות. דבר זה הפך את השימוש בערבויות בנקאיות (מכתבי אשראי לשיפוי) שכיח מאוד, במיוחד בעסקאות בינלאומיות. בעסקאות אלה הופך הסיכון לגורם בעל חשיבות גדולה יותר, בעיקר מכיוון שהצורך להתדיין עם צדדים זרים בבתי משפט בארצות שונות הופך את הגבייה, במקרה של סכסוך או סיבוך עסקי, מורכבת ומסובכת. השימוש בערבות ה"רגילה" – הנלווית לעסקת היסוד, אינו מהווה פתרון למקרים אלה, שכן הנושה חשוף לאפשרות של הערב להעלות כל טענת הגנה שהחייב העיקרי יכול לעורר. מצב זה לעתים קרובות מאלץ את הנושה לפתוח בהליכים משפטיים (בארצות שונות), כדי לגבות את כספו. נוסף על כך, בנקים אינם נוטים, כאמור, לשמש ערבים נלווים לחייבים עיקריים, שכן קשה להם לקבוע באילו מצבים יהא עליהם לפרוע את ערבותם וכן מפני החשש להיות מעורבים בסכסוכים משפטיים בין הצדדים לעסקת היסוד. הפתרון לבעיות אלה נמצא אפוא בפרקטיקה באמצעות אותם מכתבי אשראי לשיפוי – הלא היא הערבות הבנקאית האוטונומית, הניתנת על־ידי מוסדות אמינים ובעלי איתנות כספית כגון בנקים.

14. הצורך בערבויות אוטונומיות מסוג זה נעשה אקוטי במיוחד לנוכח התרחבות הכלכלה והעובדה כי גורמים מסחריים, שאינם ממשלות או חברות ממשלתיות, מבצעים פרויקטים בעלי היקף כספי נרחב – דבר המגביר את היקף הסיכון במקרה של הסתבכות כלכלית.[16] זאת ועוד, בשל גודלן ומורכבותן של עסקאות אלה, עשוי המימוש של הפרויקטים להימשך זמן רב ולהיות תלוי במגוון רחב של אירועים, העלולים למנוע או להכשיל את השלמת הפרויקט. כמו כן, לאור מגמת הגלובליזציה, עשויים להיות מעורבים במיזם אחד גורמים כלכליים רבים ממדינות שונות. כך, למשל, חברות בנייה אנגלית והולנדית עשויות להיות שותפות להקמת נמל תעופה בערב הסעודית, להעסיק לצורך כך קבלני משנה

16 Bertrams מבהיר כי ראשית השימוש הנרחב בערבויות בנקאיות ("standby letter of credit") ב־רצות הברית, נעשה עקב הגידול בפרויקטים של חברות אמריקאיות במדינות המזרח התיכון, החל בשנות השבעים של המאה העשרים, כגון פרויקטים לפיתוח ולשיפור תשתיות (כבישים, נמלי תעופה ונמלים), לביצוע עבודות ציבוריות (הקמת בתי מגורים, בתי חולים, רשתות תקשורת, תחנות כוח), ופרויקטים בתחום החקלאות והתעשייה ובתחום הביטחון הלאומי.

מטורקיה ומדרום קוריאה, ולרכוש ציוד מכני מספקים צרפתיים וגרמניים. בנסיבות אלה – כאשר על כפות המאזניים מונחים סכומי כסף גדולים; ואילו האפשרות לאמוד ולמזער את הסיכונים הכרוכים בעסקאות היא בעלת היקף מוגבל; והצורך בהתדיינות משפטית עלול להיפרס על פני מדינות רבות – נעשה שימוש טבעי במנגנון של ערבות בנקאית אוטונומית.

15. הערבות הבנקאית ("standby letter of credit") מתייחדת בכך שאין המדובר באמצעי להבטחת תשלום בלבד, אלא גם באמצעי להבטחת ביצוע.
בכל הנוגע לאמצעים להבטחת תשלום, קיימות דרכים אחרות, מלבד השימוש בערבות בנקאית, כדי לפתור את הסיכון לאי תשלום בעסקאות בינלאומיות, וזאת על־ידי שימוש באשראים דוקומנטריים או ערבויות (אוואל) של בנק לשטר חליפין. טכניקות אלה עשויות להבטיח מקור כספי לגביית הסכומים, בלא צורך בהתדיינות במדינות אחרות.
ברם, ככל שמדובר בסיכון של אי ביצוע התחייבות שאיננה תשלום, אין המנגנונים הללו מציעים פתרון יעיל, ונוצר הצורך בערבויות בנקאיות.

בניגוד למכתבי אשראי דוקומנטריים למימון, המשמשים אמצעי תשלום, הערבות הבנקאית (או מכתב האשראי לשיפוי) מהווה בטוחה, הן לקבלת התמורה והן לקבלת פיצוי כספי במקרה של אי ביצוע החוזה.[17] בית המשפט הבהיר בהקשר זה בעניין AMS,[18] כי "בעסקת האשראי הדוקומנטרי, הבנק אחראי לחילופין בין הסחורה לבין התשלום. לא כך הדבר בערבות בנקאית אוטונומית. זוהי התחייבות לשיפוי על־פי הכתוב בערבות ותו לא". הערבות הבנקאית היא אפוא אמצעי יעיל להבטחת ביצוע, ולא רק להבטחת תשלום, וזהו מותר הערבות הבנקאית על מכתב האשראי הדוקומנטרי. אולם הערבות הבנקאית התפתחה על בסיס המוסד של האשראי הדוקומנטרי, היא פועלת בבסיסה בצורה דומה למדי לאשראי דוקומנטרי, ויש לה מאפיינים דומים רבים לאשראי דוקומנטרי, הן בתחום האוטונומיות של הערבות הבנקאית, שעליו עמדנו לעיל, והן ביחס לכלל ההתאמה הדווקנית, לפיו מימוש הערבות מותנה במילוי דווקני של התנאים המפורטים בכתב הערבות.

---

17 לעניין זה ראה למשל: ש' לרנר דיני שטרות 42 (תשנ"ט): "מכתב האשראי הוא אמצעי תשלום, והבנק אמור לשלם למוכר, לאחר שזה ישלח את הסחורה ליעדו של הרוכש, ויציג לפני הבנק מסמכים אחדים. הערבות הבנקאית היא בטוחה, וייתכן וזהו המצב האופטימלי, שהבנק לא יידרש לקיים את התחייבותו. ההתחייבות של הבנק בערבות בנקאית אינה באה לקיים חיוב, בנוסף לחייב או במקומו, אלא להבטיח את קיומו על־ידי החייב".

18 רע"א 73/00 **AMS Technical Systems Inc** נ' בזק, פ"ד נד(2) 394 (2000).

16. תכונותיה ויתרונותיה האמורים של הערבות הבנקאית מאפשרים לה להבטיח עסקאות מכל הסוגים. ואכן, מכיוון שהערבות הבנקאית עשויה להבטיח הן תשלום והן ביצוע, נעשה בה שימוש רחב לא רק בהקשרים של הסכמים בינלאומיים, אלא גם בהסכמים פנים־ארציים.

ערבות בנקאית משמשת להבטחת תשלום במסגרת עסקאות כספיות: הלוואות; קווי אשראי; השתתפויות במיזמים משותפים; הנפקות של אגרות חוב; ביטוח משנה; והתחייבויות כספיות אחרות.

ערבות בנקאית משמשת גם להבטחת הביצוע או התשלום במסגרת עסקאות שאינן כספיות: כבטוחה לביצוע הסכמי מכר; כבטוחה לתשלום בהסכמי שכירות; וכבטוחה לביצוע בהסכמי בנייה.[19]

מכיוון שהערבות הבנקאית משמשת הן כבטוחה לתשלום והן כבטוחה לביצוע, הרי שנעשה בה שימוש הן על־ידי הצד הזכאי לתשלום (כגון מוכר, קבלן, מלווה, משכיר וכיו"ב), והן, במישור הביצועי, על־ידי הצד הזכאי לקבל טובין או שירותים (כגון קונה, מזמין, שוכר וכיו"ב).

הערבות הבנקאית נדרשת לפעמים גם כדי לתת אינדיקציה באשר למצבו הכספי של החייב העיקרי (האם יש בידו האמצעים הכספיים המאפשרים לו להמציא ערבות בנקאית כאמור), באשר ליכולתו לבצע את התחייבויותיו ובאשר לרצינות כוונותיו. כך למשל דרישה מקובלת היא, כי אדם שמשתתף במכרז ימציא ערבות בנקאית בשיעור של 10% מערך הצעתו, אשר תחולט אם יזכה במכרז ולאחר מכן יחליט לסגת מהצעתו.[20]

ערבות בנקאית שאינה אוטונומית

17. עם זאת, ראוי לשים לב כי לעתים נעשה שימוש בערבות המונפקת על־ידי בנק

---

19 כך למשל מבהיר בית המשפט העליון בע"א 3130/99 שובל הנדסה ובניין (1988) בע"מ נ' י.ש.מ.פ. חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד נח(3) 118 (2004): "בהיות הערבות האוטונומית מבוססת על חוזה, תכניה והקשרי השימוש בה הם מגוונים ביותר. מתוך מגוון רב של אפשרויות, נפוצות במיוחד ערבויות ביצוע הניתנות על־ידי צד לחוזה באמצעות בנק לטובת הצד האחר, שמטרתן להבטיח ביצוע התחייבויותיו על־פי החוזה – בין התחייבות לתשלום כספים ובין התחייבות לביצוע פעולות (להלן: ערבויות ביצוע)"; וראה גם G.M. Andrews, R. Millett, Law of Guarantees 477 (London, 3rd ed, 2000).

20 לעניין זה ראה למשל ה"פ (ב"ש) 4064/98 חברת א.י. יסף הנדסה נ' ראש המועצה המקומית חורה, תק־מח 98(2) 1209 (1998), מפי כב' השופטת אבידע והפסיקה הרבה הנזכרת שם בהקשר זה.

להבטחת ביצוע (performance bond), בדרך כלל בקשר להסכמי בנייה – בלא שהערבות תהיה אוטונומית. אדם שאינו בקיא במאטריה המשפטית דנא עלול לראות לנגד עיניו ערבות המונפקת על־ידי בנק, ולא יהא ער לכך כי בפועל עיקר העיקרים של "הערבות הבנקאית" חסר ממנה, שכן מדובר בערבות שאינה אוטונומית. בעוד שערבות פיננסית מבטיחה אשראי, הרי ש"ערבויות הביצוע" מבטיחות למזמין כי במקרה שהקבלן ייכשל בביצוע פרויקט הבנייה – הרי שתהא בטוחה כספית שתאפשר השלמת הפרויקט על־ידי קבלן אחר, או שהמזמין יקבל במקרה זה פיצוי כספי בגין הפרת ההסכם עמו.

"ערובות ביצוע" אלה הן בטוחה שהיא בגדר יצור כלאיים: מחד גיסא, אי אפשר לתאר את טיבן במונחים של אי תלות או אוטונומיה, שהרי "ערבויות ביצוע" אינן משולמות באופן אוטומטי "לפי דרישה ראשונה בלי צורך בהנמקה וביסוס", והן מחייבות ראיות (מסוימות) על כישלון הפרויקט. מאידך גיסא, אין המדובר בחיוב הזהה בהיקפו לעסקת היסוד. מדובר אפוא בערבות הניתנת על־ידי בנק, יש בה כדי להוות בטוחה מסוימת במישור הכספי, אבל נעדרים ממנה מרכיבים בסיסיים מאוד של הערבות הבנקאית האוטונומית הקלאסית.

18. דוגמה מובהקת לערבות ביצוע הניתנת על־ידי בנק, ועם זאת שונה במרכיבים רבים מן הערבות הבנקאית האוטונומית, היא "ערבות חוק המכר", המונפקת על־ידי בנק, במסגרת הסכם לרכישת דירה, מכוח חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה־1974.[21]

---

21 סעיף 2 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה־1974, ס"ח 794, קובע כי מוכר לא יקבל מקונה, על חשבון מחיר דירה, סכום העולה על 15% מהמחיר, אלא אם מסר בידו אחת מחמש הבטוחות הבאות:

א. מסר לקונה ערבות בנקאית להבטחת החזרתם של כל הכספים ששילם לו הקונה על חשבון המחיר, במקרה שלא יוכל להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המכר, מחמת עיקול שהוטל על הדירה או על הקרקע שעליה היא נבנית או מחמת צו לקבלת נכסים, צו פירוק או צו למינוי כונס נכסים שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע האמור;

ב. ביטח את עצמו אצל מבטח כמשמעותו בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשי"א־1951, ס"ח 79 שאישר לעניין זה המפקח על הביטוח, להבטחת החזרתם של כל הכספים כאמור בפסקה (1), והקונה צוין כמוטב על־פי פוליסת הביטוח ודמי הביטוח שולמו מראש;

ג. שעבד את הדירה או חלק יחסי מהקרקע שעליה היא נבנית, במשכנתה ראשונה לטובת הקונה או לטובת חברת נאמנות שאישר לכך שר השיכון, להבטחת החזרת כל הכספים כאמור בפסקה (1);

ד. רשם לגבי הדירה או לגבי חלק יחסי של הקרקע שעליה היא נבנית, הערת אזהרה על מכירת הדירה בהתאם להוראות סעיף 126 לחוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, ס"ח 575 ובלבד שלא נרשמו לגביהם שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי שיש להם עדיפות על ההערה;

ה. העביר על שם הקונה את הבעלות או זכות אחרת בדירה, או בחלק יחסי מהקרקע שעליה היא

הרציונל העומד בבסיס "ערבות חוק המכר" הוא להגן על הכספים ששילם הקונה על חשבון דירה שרכש, כדי למנוע היוותרותו ללא הדירה וללא הכספים ששילם תמורתה.[22] תכליתה של "ערבות חוק מכר" היא להגן על הזכות הבסיסית למגורים ולמנוע סיכון שינבע מאי השלמת הדירה או מאי העברת הבעלות או החכירה בדירה כמוסכם בחוזה המכר, מחמת עיקול או מחמת צו כינוס או פירוק שניתן כנגד המוכר. אולם הערבות האמורה אינה מגינה על הרוכש בגין ליקויי בנייה, איחורים במסירה, או אף אי ההתאמה של הדירה לתיאור החוזי שלה, ולמפרט הנלווה לחוזה המכר, מכוח הוראות חוק המכר (דירות)[23]. על אף שערבות חוק מכר מונפקת על־ידי בנק, היא אינה "ערבות בנקאית אוטונומית", היא פוקעת עם מסירת החזקה בנכס ורישום הערת אזהרה על שם הרוכש ואינה מבטיחה את הרוכש מפני כל נזק שייגרם לו עקב הפרות שביצע או יבצע הקבלן.[24]

19. משעמדנו על מושגי היסוד והבהרנו את דרכי התהוותה ופעולתה של הערבות הבנקאית, נעבור לבחון להלן, בפרקים הבאים, את מהותה ואת טיבה המשפטי של הערבות הבנקאית ואת הכללים שנקבעו בפסיקת בתי המשפט ביחס לדרכי יצירתה, האוטונומיות שלה והתנאים למימושה.

נבנית, כמוסכם בחוזה המכר, כשהדירה או הקרקע נקיות מכל שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי.

22 סעיף 2(4) לחוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות מאפשר לקבלן להבטיח את זכויות הרוכש באמצעות רישום הערת אזהרה, במקום ערבות בנקאית, אך בסיפא לסעיף זה נוסף "ובלבד שלא נרשמו לגביהם [המקרקעין] עיקול או זכות של צד שלישי שיש להם עדיפות על ההערה". ממילא, בפרויקט הממומן באמצעות ליווי פיננסי, אי אפשר להבטיח את הרוכשים באמצעות רישום הערת אזהרה על המקרקעין, שהרי המקרקעין משועבדים לבנק המלווה כחלק ממארג הביטחונות של הקבלן. כמו כן, בדרך כלל, גם קובע הבנק בהסכם הליווי, כי הקבלן יימנע משעבוד נוסף ומרישום הערות אזהרה, כך שאין אפשרות להפיק ערבויות בנקאיות על־ידי בנק אחר. להרחבה בהקשר זה ולהבנת דרך פעילותו של הסכם הליווי, ראה א' וינרוט, "אחריות בנק מלווה כלפי רוכשי דירות ובעלי קרקע", הפרקליט מח 68 (2005).

23 חוק המכר (דירות), התשל"ג־1973, ס"ח 706.

24 כך, למשל, אין בערבות זו כדי לפצות את הרוכש בגין נזקים הנובעים מאיחור במסירה, מאיכות בנייה לקויה, מאי התאמה של הממכר למפרט, מפגיעה במוניטין של הפרויקט שהושלם על־ידי כונס נכסים מטעם הבנק, וכיו"ב נזקים.
לערבויות חוק מכר יוקדש דיון מפורט בפרק ו להלן.

פרק א: הערבות הבנקאית כחוזה

א(1) שלוש זירות חוזיות

20. ביסודה של הערבות הבנקאית ניצבת התקשרות חוזית בין הבנק המנפיק את הערבות לבין מוטב הערבות, שאליו מופנית התחייבות הבנק בכתב הערבות הבנקאית.[1] תנאיה של ההתקשרות בין הצדדים הללו מוסדרים בכתב הערבות הבנקאית, המשמש חוזה בין הבנק לבין המוטב. בדרך כלל, התקשרות חוזית זו קצרה ופשוטה מאוד, ועניינה התחייבות של הבנק מנפיק הערבות הבנקאית כלפי המוטב, לשלם למוטב סכום הנקוב באותה התחייבות, בהתקיים התנאים הנקובים בכתב הערבות הבנקאית. הערבות הבנקאית כוללת, על כן, פרטים בסיסיים בלבד, אודות הצדדים, סכום נקוב, תנאי המימוש של סכום זה ותוקף הערבות (המועד או האירוע שבו תפוג).[2]

21. בדרך כלל, בהתקשרות בין צדדים לעסקה יש קשר ישיר בין הצדדים: האחד

---

1 ראה בפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) מ' חשין, ברע"א 1821/98 ניקו בדים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נד(1) 773, 812(2000): "הערבות הבנקאית האוטונומית, אין צורך שנרחיב עליה דברים. עניינה התחייבותו של בנק (הבנק הערב) כלפי פלוני, לשלם לפלוני סכום הנקוב באותה התחייבות אם יימסר לבנק מסמך – כאמור בהתחייבות – שיש בו כדי להעיד כי מבקש ההתחייבות (הערבות) לא קיים חיוב מסוים"; כמו כן, ראה: ר' בן־אוליאל דיני בנקאות – חלק כללי 479 (תשנ"ו) ; ג' טדסקי "על ההתחייבות לשיפוי וסביבתה", משפטים כ 337, 369–370, 342–343 (1991); J.R. Paget, Law of Banking 646–645 (London, 11th, M. Hapgood ed., 1996); H. Van Houtte, The Law of International Trade 302–303 (London, 1995).

2 לעניין זה ראה למשל סעיף 3 לכללי ה־URDG של לשכת המסחר הבינלאומית (ICC) המבהירים כי:

"All instructions for the issue of Guarantees and amendments thereto and Guarantees and amendments themselves should be clear and precise and should avoid excessive detail. Accordingly, all Guarantees should stipulate: a) the Principal; b) the Beneficiary; c) the Guarantor; d) the underlying transaction requiring the issue of the Guarantee; e) the maximum amount payable and the currency in which it is payable; f) the Expiry Date and/or Expiry Event of the Guarantee; g) the termns for demanding payment; h) any provision for reduction of the guarantee amount.

כמו כן, יצוינו בהקשר זה הוראות בנק ישראל ביחס לתוכן כתב הערבות הבנקאית ודרכי הנפקתה ועיצובה. לעניין זה ראה הוראת נוהל בנקאי תקין 353, המצורף כנספח לספר זה.

נותן תמורה והאחר מעניק שירות או מוצר. לעומת זאת, כתב הערבות הבנקאית מונפק על־ידי הבנק למוטב, שאינו משלם לבנק, אינו מפקיד ביטחונות ואינו עומד בקשר ישיר עם הבנק – למעט זכותו החד צדדית כלפי הבנק לקבל תשלום, בהתקיים התנאים הקבועים בכתב הערבות. יחסים חוזיים מסוג זה מקובלים בדרך כלל רק ביחסים שבין ערב לבין מוטב. אלא שעסקה בין ערב לבין מוטב היא טפלה לעסקת יסוד, שבמסגרתה ניתנת ערבותו של הערב. לעומת זאת, בנק המנפיק ערבות בנקאית אינו ערב לביצוע התחייבות של צד ג' כלשהו. ההתחייבות הקבועה בכתב הערבות הבנקאית, כמוה כהתחייבות של חייב עיקרי והיא מהווה עסקת יסוד הניצבת על רגליה שלה ואינה טפלה לעסקה אחרת כלשהי.

22. הבנק המנפיק את הערבות הבנקאית מתחייב באופן חד צדדי כלפי המוטב לשלם לו את הסכום הנקוב בכתב הערבות הבנקאית בהתקיים התנאים הקבועים בה, וכל זאת לנוכח פנייה שנעשתה אליו מטעם לקוח של הבנק, שאינו המוטב. לקוח זה משלם עמלה בגין השירות האמור. הוא גם מפקיד בידי הבנק את הביטחונות שמהם ייפרע הבנק במקרה של מימוש הערבות הבנקאית על־ידי המוטב.[3] לקוח זה גם קובע את משך הזמן שבו תהיה הערבות הבנקאית בת תוקף, והבנק אינו יכול ליטול מן הביטחונות של הלקוח ועל בסיסם להנפיק ערבות בנקאית או להאריך את תקופת תוקפה, בלא הסכמת הלקוח.[4]

נמצא אפוא כי כאשר הבנק מנפיק ערבות בנקאית, בפנינו שתי זירות אירועים: בזירה אחת ניצבים הבנק ומוטב הערבות הבנקאית. בין השניים הללו מתקיימים יחסים חד צדדיים – הבנק משלם למוטב סכום קבוע ומוגדר בקרות האירוע המפורט בכתב הערבות. בזירה האחרת ניצבים הבנק מול לקוחו. הלקוח הוא זה שביקש מהבנק להנפיק את הערבות למוטב, הוא שמשלם בגינה עמלה, ומנכסיו

---

3 לעניין זה ראה אצל לרנר: "התחייבות הבנק בכתב הערבות, כמו גם במכתב אשראי, כרוכה בס־כון פיננסי, שמא לקוחו של הבנק ייקלע לחדלות פירעון ויתקשה להחזיר את מה שהבנק שילם למוטב. מבחינת הבנק, ההתחייבות [לשלם למוטב את סכום נשוא כתב הערבות הבנקאית – ו"א] מהווה למעשה הענקת אשראי ללקוח, ועליו ליטול בטוחות בשיעור שהיה נוטל מהלקוח בהענקת הלוואה ישירה. הבנק עלול לשאת בנזקים, אם לא יצליח לגבות מלקוחו את הסכום ששילם למו־טב. סיכון זה בא לידי ביטוי בשיעור העמלה שהבנק נוטל מהלקוח.

4 כך קבע בית המשפט בע"א 1523/01 בנק דיסקונט נ' אדמנור שירותים בע"מ, תק־מח 2003(1) 7233 (2003), כי כאשר נודע לבנק על דרישה של מוטב הערבות הבנקאית להאריך את תוקפה, עליו לקבל לשם כך את הסכמת החייב, שלבקשתו הוצאה הערבות, ולהותיר בידו את ההחלטה האם להסכים להארכת התוקף. הבנק אינו רשאי להאריך בעצמו את תוקף הערבויות. אלמלא היה מאריך הבנק את הערבות, היא הייתה פוקעת בלא שקמה הזכות לחלט את הערבות.

ייטול הבנק אם ייאלץ לשלם את הסכום הנקוב בערבות הבנקאית. זירות אירועים אלה משיקות אמנם זו לזו ומוליכות זו אל זו, אך מבחינה משפטית נפרדות הן לחלוטין זו מזו. כך, למשל, אם מתברר לבנק שהלקוח רימה אותו ושאי אפשר לממש את הנכסים ששימשו ביטחונות לערבות הבנקאית או שאין להם ערך כלכלי, אין הבנק יכול להעלות טענה זו נגד מוטב הערבות הבנקאית, האוחז בהתחייבות בלתי מותנית של הבנק כלפיו.[5]

23. ההפרדה בין הזירה המשפטית של יחסי הבנק עם לקוחו, אשר מחמתה מנפיק הבנק ערבות בנקאית, לבין זירת האירועים המשפטית בין הבנק מנפיק הערבות לבין מוטב הערבות הבנקאית, מונעת מן הלקוח של הבנק להשפיע על כתב הערבות לאחר שהוצא. כך למשל קבע בית המשפט (כב' השופטת אלשיך) בעניין אחוזת סביון,[6] כי חייב אינו יכול להתיר למוטב הערבות לעשות בה שימוש שונה מן השימוש המקורי שלשמו הונפקה בלא אישור של הבנק מוציא הערבות, שכן בעשותו כן מבקש החייב להתערב ולשנות תנאים בחוזה שהוא לא צד לו (בין הבנק מנפיק הערבות לבין המוטב). כדי שלהסכמה זו של החייב יהיה תוקף, והערבות אכן תוכל לשמש גם לצרכים נוספים השונים מאלו שלשמם הונפקה מלכתחילה, צריך המוטב לקבל את הסכמת הבנק ולא די בהסכמת החייב על־פי עסקת היסוד.

---

5 כך למשל, בת"א (י־ם) 1602/98 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בנק דיסקונט בע"מ, תק־מח 2004(1) 1164 (2004), דחה כב' השופט חבש טענה שהעלה מוטב ערבות בנקאית ביחס לעסקה שנכרתה בין הבנק מנפיק הערבות לבין לקוחו. ובלשונו (בפסקה 26 לפסק הדין): "מוטב הערבות, ועל אחת כמה וכמה המוטב בעניינו – בנק המזרחי, אין מעניינו לדעת על המתרחש בין הבנק מוציא הערבות... לבין החייב... ואין עליו חובה כלשהי לברר את התנאים שקבע בנק דיסקונט להוצאת הערבות, ומה הביטחונות שביקש או הנמצאים בידיו. עניינים אלה נסגרים בין שני הצ־דדים לעסקה הזו [העסקה שבין החייב־הלקוח לבין הבנק המנפיק – ו.א.]. גולדן הוא הלקוח של בנק דיסקונט, והביטחונות אשר ביקש בנק דיסקונט נקבעו על ידיו הוא, ללא מעורבות כלשהי מצד בנק המזרחי או אברת [מוטבי הערבות]".

6 פש"ר (ת"א) 1734/02 אחוזת סביון נ' מיאב חברה קבלנית לבנין בע"מ, תק־מח 2003(1), 366 (2003): "חוזה הערבות, עליו מסתמכת המבקשת בבקשה לנתק את הערבות והדיון בה מעסקת היסוד, אינו אלא הסכם בינה לבין הבנק. יוצא כי כדי לשנותו, היה עליה להציג מכתב מעם הבנק עצמו התומך בגרסתה, אשר הוצא לאחר קבלת מכתבה של מיאב. מכתב כזה לא הוצג בפניי. בהיעדר מכתב מעם הבנק, לא שונה החוזה, ואין בפניי אלא, לכל היותר, התחייבות חוזית עצ־מאית של חברת מיאב לפעול למען שינוי החוזה. קרי, עסקינן בהתחייבות ישירה שנתנה מיאב למבקשת, ואשר בגינה זכאית המבקשת, לכל היותר, לזכות תביעה כנגד מיאב, בכפוף לדיני הקפאת ההליכים".

24. למעשה, כאשר בפנינו ערבות בנקאית, היא מהווה פרק שלישי בהשתלשלות אירועים, כאשר בפרק הראשון ניצבת מסכת היחסים שבין הלקוח של הבנק לבין מוטב הערבות הבנקאית. בין השניים הללו נערכת מטבע הדברים עסקה מסוימת, שהיא הניצבת בבסיס מערכת ההתרחשויות כולה. בעסקת היסוד מתחייב צד אחד כלפי משנהו לשלם והצד השני מתחייב לספק מוצר או שירות ולהעניק תמורה בגין תשלום, ואחד מן הצדדים נדרש למסור בטוחה להבטחת התחייבותו החוזית כלפי משנהו. אילו היה הדבר תלוי בחייב, הוא היה מסתפק במתן ערבות רגילה. ברם, שהצד השני לעסקת היסוד אינו מסתפק בערבות שהיא טפלה לעסקת היסוד, כאשר לערב עומדות כל הטענות העומדות לזכות החייב, והוא מבקש בטוחה שתהיה אוטונומית, ותבטיח לו תשלום מצד גורם אמין ובעל יציבות כלכלית – מבלי שהדבר יהיה תלוי בהתדיינות משפטית ביחס לקיום עסקת היסוד. בנסיבות אלה, פונה החייב על־פי עסקת היסוד אל הבנק שלו ודואג לכך שהבנק ינפיק ערבות בנקאית לטובת הצד השני בעסקת היסוד – הלא הוא מוטב הערבות הבנקאית. נמצא אפוא כי בפנינו שלוש זירות אירועים ושלוש מערכות חוזיות נפרדות, המנותקות זו מזו:

א) עסקת היסוד בין החייב לבין הנושה.

ב) עסקה בין החייב לבין הבנק שהוא לקוחו, שבה מוסר החייב לבנק בטוחות ומשלם עמלה תמורת הנפקת ערבות בנקאית.

ג) עסקה חד צדדית בין הבנק לבין הנושה בעסקת היסוד (מוטב הערבות הבנקאית), שבה מתחייב הבנק לשלם סכום מסוים ומוגדר למוטב הערבות הבנקאית, בהתקיים התנאים המפורטים בכתב הערבות הבנקאית.

25. מבנה חוזי זה תיארה כב' השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין בעניין שובל הנדסה:[7]

"הערבות הבנקאית האוטונומית הינה התחייבות של בנק־

7 ראה עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא בעמ' 130; כב' השופטת פרוקצ'יה מציינת מקורות המתייחסים לאשראי דוקומנטרי, שהוא, כמבואר בפרק המבוא, מוסד בעל מרכיבים בסיסיים דומים לערבות הבנקאית בהקשר זה. ראה: Note "*Letters of Credit: Injunction As A Remedy For Fraud In U.C.C. Section 5–114*" 63 Minn. L. Rev. 487 (1978–1979).; R. Jack Documentary Credits 238 (London, 1991); L. Sarna, Letters of Credit: The Law and Current Practice (Toronto, 2nd ed., 1986); UCC, Article 5.

ערב לכבד דרישה של מוטב הערבות לשלם לו סכום כסף בהתקיים תנאי הערבות.

"תוכנה של התחייבות כאמור מנותק בדרך כלל במידה זו או אחרת מהחיוב העיקרי שבין יוזם מתן הערבות לבין המוטב.

"יוזם הערבות, הוא לקוח הבנק, המבקש מהבנק ליתן את הערבות, מתחייב 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;

"חוזה בין הבנק־הערב לבין הלקוח, שבו הלקוח מתחייב לשפות את הבנק במקרה שיידרש לשלם את סכום הערבות;

"אחרון – הערבות הבנקאית עצמה, שהיא חוזה בין הבנק־הערב לבין המוטב, שבו מתחייב הראשון לממש את הערבות בהתקיים תנאי ערבות מסוימים שהוסכם עליהם".

26. בעניין שובל הנדסה הנ"ל, עמד בית המשפט העליון על סיטואציה שבה נמסרה ערבות בנקאית על־ידי צד לעסקת היסוד כאמצעי תשלום לנושה בעסקת היסוד, ואילו הנושה מצידו עשה שימוש בערבות הבנקאית כבטוחה לקבלת אשראי. במקרה זה, שבו בנק נתן הלוואה ללקוחו על בסיס ערבות בנקאית שהנפיק בנק אחר, ואשר לקוחו הוא המוטב שלה, נמצא כי נוצרו ארבע זירות משפטיות כדלהלן:

א) הזירה שבין הצדדים לעסקת היסוד.

ב) הזירה שבין הבנק מנפיק הערבות לבין לקוחו – החייב על־פי עסקת היסוד.

ג) הזירה שבין הבנק מנפיק הערבות לבין המוטב – הנושה על־פי עסקת היסוד.

ד) הזירה שבין המוטב לבין הבנק שלו, שנתן לו אשראי על בסיס התחייבות

הבנק מנפיק הערבות הבנקאית. למעשה, הבנק נותן האשראי למוטב הפך במקרה זה להיות מוטב הערבות הבנקאית שהועברה אליו. בדרך זו, נמצא כי בזירה (ג) המוטב חדל להיות הנושה הישיר על־פי עסקת היסוד, ובמקומו בא הבנק השני – זה שהלווה כספים למוטב על בסיס ערבות זו.

בהקשר זה הבהיר בית המשפט העליון:

> "במקרה זה, בצד עסקת היסוד העיקרית בין הצדדים, מתקיימת 'עסקת יסוד משנית', שהיא עסקת ההלוואה בין הבנק, נותן האשראי שהוא מוטב הערבות, לבין מקבל האשראי, שהוא גם צד לעסקת היסוד העיקרית. במסגרת עסקה משנית זו, הבנק המוטב זכאי לממש את הערבות אם נתקיימו תנאיה".[8]

27. חשיבות רבה נודעת לניתוק בין זירות האירועים החוזיים, שעל בסיסם נוצרת הערבות הבנקאית, שכן ניתוק זה מאפשר לזירת האירועים הסופית (יחסי הבנק מנפיק הערבות עם מוטב הערבות הבנקאית) להיות פשוטה וברורה. אלמלא ניתוק זה, היינו רואים כתב ערבות בנקאית שיש בו "מבוא" הכולל שורה של "הואילים" המתארת את כל מערכות היחסים שקדמו להנפקת הערבות הבנקאית, כאשר כתב הערבות הבנקאית היה מאמץ אותן, תלוי בהן ולוקה בכל מורכבויותיהן. בפועל, כתב הערבות הבנקאית פשוט וברור, קצר וחד, בזכות העובדה שמדובר בזירה חוזית נפרדת מכל אלו שקדמו לה, בבחינת ילוד שניתקו את חבל הטבור שלו, וכעת עומד כ"חי הנושא את עצמו".[9]

28. בפסק הדין שנתן כב' הנשיא לנדוי בעניין קיראון,[10] נדונה מסכת היחסים הבאה:

---

8 בית המשפט הוסיף וקבע בהקשר זה בעניין שובל, לעיל ה"ש 18 במבוא בעמ' 118, כי: "תנאים אלה עשויים להיות מנותקים לחלוטין מעסקת היסוד העיקרית ובלתי תלויים בה. ואם כך הוא, גם החריגים למימושה של ערבות כזו יהיו קשורים בדרך כלל לעסקת ההלוואה בלבד, ולא יהיו תלויים בעסקת היסוד העיקרית. מסקנה זו גלמדת מאופייה העצמאי של הערבות הבנקאית הניתנת כביטחון לאשראי בלבד, ומהעובדה שניתנה במישרין לבנק המוטב נותן האשראי ולא לצד האחר לעסקת היסוד, ומן הצורך לשמר את יעילותה ואת יציבותה של הערבות כבטוחה מקובלת במהלך העסקים הבנקאי הרגיל".

9 בגמרא, שבת קמא, ב; בגמרא, יומא סו, ב.

10 ע"א 388/74 קיראון להשקעות בע"מ נ' עוזדר בניין ופיתוח בע"מ, פ"ד ל(2) 151 (1976).

בנק הנפיק ערבות בנקאית בלא שהיו בידי החייב (לקוחו) ביטחונות מספיקים. על אף זאת, כיבד הבנק את הערבות הבנקאית שהנפיק ופרע אותה במלואה למוטב, עם התקיימות תנאיה. מאוחר יותר התברר כי הסכום ששילם הבנק למוטב, בהתאם לכתב הערבות הבנקאית, עולה על סכום חובו של החייב למוטב – הלא הוא הנושה על־פי עסקת היסוד.

בשלב זה, היו שניים אוחזין בזכות לקבלת ההפרש לכיסם.

החייב על־פי עסקת היסוד טען כי ההפרש מגיע לו, שהרי סכום זה נגבה ביתר על־ידי הנושה שלו בעסקת היסוד; החייב טען כי ביחסי הבנק מנפיק הערבות עם המוטב – שולם הסכום המדויק המגיע על־פי כתב הערבות הבנקאית, בלא שבזירה חוזית זו תחול זכות להחזר כלשהו. הזכות להחזר חלה ביחסים שבין הנושה לבין החייב בעסקת היסוד ועל כן זכאי הוא, החייב, להחזר זה.

מן הצד השני ניצב הבנק, שטען כי הוא ששילם את הכספים ביתר. הבנק גם הבהיר כי החייב לא העמיד לרשותו בטוחות מספיקות, וממילא אם יועברו הכספים לידי החייב, יישאר הוא – הבנק – בפני שוקת שבורה, בהיעדר זכות תביעה כלפי המוטב, אשר קיבל מהבנק כספים בסכום המדויק המופיע בכתב הערבות הבנקאית, ובהיעדר יכולת גבייה (וביטחונות) מן החייב.

כב' הנשיא לנדוי קבע כי הבנק הוא שזכאי להשבת הכספים אליו. דרך הילוכו של כב' הנשיא לנדוי לא עשתה שימוש בזכויות עקיבה כלשהן והייתה כדלהלן:

א) מוטב המקבל מבנק ערבות בנקאית אוחז בידו בטוחה, אבל אינו משפר את היקף החיוב כלפיו במישור המהותי. גובהו של חיוב זה נקבע בעסקת היסוד, שבין המוטב לבין החייב, בהתאם לעסקת היסוד. אם הבטוחה עודפת על הסכום המגיע לו בהתאם לעסקת היסוד, הרי שקמה חובת השבה של הכספים על־ידי המוטב.

ב) מי ששילם את הכספים הוא הבנק מנפיק הערבות הבנקאית. ממילא, מששולמו כספים ביתר – מעבר למה שהגיע למוטב, עליו להחזיר את הכספים למי ששילמם, דהיינו – לבנק.

ג) היה ובידי הבנק מנפיק הערבות הבנקאית יש בטוחות מספיקות, שמומשו על־ידו, ישיב הבנק ללקוחו (החייב על־פי עסקת היסוד) את העודף שאותו קיבל בחזרה מן המוטב. ואולם, אם לא נפרע הבנק מנפיק הערבות הבנקאית מבטוחות אחרות, הרי שהוא יוכל להיפרע מן ההחזר שהעביר לידו המוטב.

29. נראה כי פסק הדין האמור בעניין קיראון מתעלם מן ההפרדה השוררת בין הזירות החוזיות השונות. בזירה החוזית שבין הבנק מנפיק הערבות לבין המוטב לא בוצע כל תשלום עודף, שהרי המוטב קיבל מן הבנק כספים בדיוק על־פי הקבוע בכתב הערבות הבנקאית. החוזה בין השניים הללו קוים ככתבו וכלשונו. הבנק אינו זכאי אפוא להחזר של אגורה אחת מן המוטב. העובדה שהבנק הנפיק את הערבות הבנקאית, בלא שהיו לו בטוחות מספיקות מלקוחו (החייב על־פי עסקת היסוד), רלוונטית אך ורק בזירת יחסים אחרת – זו שבין הבנק לבין לקוחו. אין לכך ולא כלום לזירת היחסים שבין הבנק לבין מוטב הערבות הבנקאית. כמו כן, העובדה שהמוטב (הנושה על־פי עסקת היסוד) גבה כספים מעבר למגיע לו על־פי עסקת היסוד, רלוונטית אך ורק למישור היחסים שבינו לבין החייב על־פי עסקת היסוד. אין לכך ולא כלום לזירת היחסים שבין המוטב לבין הבנק.

30. ניתוח מערכות היחסים העומדות בבסיס הערבות הבנקאית, תוך יצירת קו ההפרדה בין הזירות החוזיות השונות, מוביל אפוא למסקנה כי בנסיבות פסק הדין בעניין קיראון היה על המוטב להשיב את העודף שקיבל מכוח מימוש הערבות הבנקאית – לחייב על־פי עסקת היסוד, ולא לבנק.[11] אכן, הבנק הוא זה ששילם, ואילו הכספים הוחזרו לחייב על־פי עסקת היסוד. אבל במישור החוזי, יש להגדיר את הכספים כמי ששולמו בעודף רק לנוכח עסקת היסוד, והבנק אינו צד לעסקה זו, אלא החייב. ככל שהדבר נוגע ליחסי הבנק והמוטב, הרי שהבנק, מצידו, לא שילם כל סכום עודף, שהרי הוא שילם כספים בדיוק כקבוע בכתב הערבות הבנקאית. כמו כן, במישור המהותי, ברור הדבר כי כאשר יש בידי הבנק מנפיק הערבות הבנקאית בטוחות מלאות מן החייב, על־פי עסקת היסוד, הרי שהכספים ייצאו כולם בסופו של יום מן החייב, שהבטוחות שלו ימומשו בגובה הערבות הבנקאית שמומשה, וממילא חייב זה הוא שזכאי לקבל החזר של עודף הכספים מן המוטב. אין כל היגיון שהבנק יהיה זה שיגבה את הכספים, ולאחר מכן יעבירם לחייב.

---

11 בדומה לכך העיר בספרו פרופ' ש' גינוסר חוק הערבות, התשכ"ז-1967 (פירוש לחוקי החוזים) 70 (ג' טדסקי עורך, התשל"ט), ביחס להערת אגב של כב' השופט (כתוארו אז) זוסמן בע"א 298/63 בנק דיסקונט נ' גרבשטיין, פ"ד יז 2814 (1963) לפיה בערבות בנקאית ייתכן שהמוטב נפרע מן הבנק, אך יהיה חייב בהשבה לחייב העיקרי כי: "אמרת אגב זו של השופט זוסמן טעונה תיקון ביחס להשבת כספים שהנושה קיבל מן הערב מעבר למגיע לו מן החייב. עליו להחזירם לא לחייב אלא לערב (לבנק – ו"א), ואין להבחין בנדון בין ערבות בנקאית לבין ערבות סתם".

31. ודוק, כב' הנשיא לנדוי מביא בהקשר זה את דבריו של כב' המשנה לנשיא השופט זוסמן בפסק הדין בעניין אגף ייבוא מזון,[12] כי:

> "בערבות אוטונומית שכזאת, ייתכן שהנערב נפרע מן הערב אף יהיה חייב בהשבה לחייב העיקרי".

ברם, המשמעות של דברים אלו היא, בפשטות, שהבנק מנפיק הערבות אינו צד לעסקת היסוד, ועל כן, אם על־פי עסקת היסוד אין חיוב, הרי שעל אף שהנושה גבה כספים מכוח הערבות הבנקאית, יוכל החייב לתבוע השבה של כספים אלו מן הנושה (המוטב). אולם הבנק מצידו צריך לשלם למוטב על־פי כתב הערבות הבנקאית ולא מגיע לו כל החזר מן המוטב, שקיבל כספים בדיוק על־פי התחייבות הבנק כלפיו.

32. כב' הנשיא לנדוי פירש את הקביעה הנ"ל של כב' השופט זוסמן:

> "כמוסבת על המקרה שהזכרתי, כאשר הבנק הערב כבר בא על מלוא כספו, בדרך מימוש בטוחה נגדית שקיבל מאת החייב. אמנם גם במקרה כזה לא ישלם הנושה במישרין לחייב, אלא שוב ישלם לערב, אך הלה יעביר את אשר קיבל, לחייב".[13]

ברם, נראה כי כב' השופט זוסמן הדגיש דווקא את הניתוק שבין הזירה שבה ניצבת עסקת היסוד לבין הזירה החוזית של הערבות הבנקאית, ומשום כך קבע כי הנושה יהיה חייב בהשבה לחייב על־פי עסקת היסוד. ודוק, לחייב, ולא לבנק, שיהווה צינור להעברת הכספים לחייב רק לאחר שהוא מצידו בא על סיפוקו. הבנק מצידו נפרע מן הביטחונות שמסר לו לקוחו – החייב על־פי עסקת היסוד, ואין לו כל יריבות שתזכה אותו בגביית הכספים הללו מן המוטב. יתרה מכך, נראה כי גם אם הנפיק הבנק ערבות בנקאית, בלא שיהיו בידיו בטוחות מספיקות, הרי שהדבר נוגע למישור היחסים שבין הבנק לבין לקוחו – החייב, ואין הדבר מקנה לבנק זכות לקבל כספים מן המוטב. נראה אפוא כי שגגה נפלה תחת ידו של כב' הנשיא לנדוי בהקשר זה.[14]

---

12 בר"ע 46/71 מדינת ישראל – אגף יבוא המזון, משרד המסחר והתעשייה נ' החברה הא"י לקירור ואספקה בע"מ, פ"ד כד(1) 529, 532 (1971)

13 בעניין קיראון. לעיל ה"ש 10 בעמ' 155.

14 על טעות דומה של כב' השופט לנדוי, בכל הכבוד, נעמוד להלן בפרק ה (העוסק בחריג הנסיבות

א(2) הערבות הבנקאית – התחייבות לשיפוי

33. לאחר שראינו כי הערבות הבנקאית משקפת זירה חוזית נפרדת בין הבנק מנפיק הערבות הבנקאית לבין מוטב הערבות הבנקאית (הלא הוא הנושה בעסקת היסוד), נבחן להלן את מהותה של מערכת יחסים חוזית זו. הפסיקה מגדירה ערבות בנקאית כ"התחייבות לשיפוי" כמובנה בסעיף 16 לחוק הערבות, התשכ"ז־1967 (להלן: "חוק הערבות"). נבהיר דברים אלו להלן.

34. חוק הערבות כולל התייחסות לשני מבנים משפטיים שונים בתכלית:

א) ערבות, המוגדרת בסעיף 1(א) לחוק הערבות:

> "ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר כלפי אדם שלישי".

כלומר, כאשר יש עסקת יסוד שבה ראובן חייב לשמעון סכום כסף מסוים, הרי שהערב נכנס לנעליו של ראובן לכל דבר ועניין. הערב יחוב בחובותיו של ראובן, וגם יוכל להעלות את אותן טענות שיכול היה ראובן להעלות כדי להתגונן מפני תביעתו של שמעון. אין לערב מחויבות עצמאית, נפרדת ושונה, אלא חבותו חופפת לחבות של שמעון, טפלה לה ונגזרת ממנה.

ב) שיפוי, המוגדר בסעיף 16 לחוק הערבות:

> "התחייבות של אדם לשפות נושה בשל אי קיום חיובו של חייב כלפי הנושה, כשההתחייבות אינה בבחינת ערבות.

המיוחדות), עת שננתח את פסק הדין שנתן בע"א 340/78 איליט בע"מ נ' אלקו חרושת אלקטרו מכנית ישראלית בע"מ, פ"ד לב(3) 318 (1978). באותו עניין סבר כב' השופט לנדוי כי חל על ערבות בנקאית חוק הערבות, התשכ"ז־1967, ס"ח 496, היוצר זיקה בין החייב לבין עסקת היסוד, על אף שבפועל מדובר בהתחייבות אוטונומית לשיפוי, ובזירת יחסים נפרדת העומדת על רגליה שלה באופן עצמאי. להלן נראה עוד כי ערבות בנקאית מוגדרת כ"התחייבות לשיפוי", כמשמעות מונח זה בסעיף 16 לחוק הערבות. סעיף 16 מחיל על התחייבות לשיפוי את הוראות סעיף 9 לחוק הערבות, המאפשרות לנותן כתב השיפוי לחזור אל החייב על־פי עסקת היסוד. החזרה היא אפוא אל החייב – ולא אל המוטב עצמו.

יחולו עליה סעיפים 3, 9, 11 ו־12, בשינויים המחויבים לפי העניין".[15]

שיפוי מוגדר אפוא כהתחייבות שאינה בבחינת ערבות. אין המדובר בהתחייבות הטפלה לעסקת היסוד, ומוסר כתב השיפוי אינו בא בנעליו של החייב לשאת בחובותיו או לזכות בזכויות המשפטיות העומדות לו. השיפוי הוא בגדר התחייבות עצמאית של צד ג' לשלם לצד א', כאשר נגרם לו נזק או חבות על־ידי צד ב'. דוגמה קלאסית לשיפוי היא ביטוח. חברת הביטוח לא גרמה נזק, היא לא חבה בחבותו של המזיק והיא לא עוולה ברשלנות או בהפרת חובה חקוקה כלשהי. לחברת הביטוח יש התחייבות עצמאית, מכוח הסכם הפוליסה, לשפות את המבוטח בקרות אירוע ביטוחי. אדרבה, לפעמים גורם הנזק הוא רשלנותו של המבוטח עצמו, ועם זאת, על־פי הסכם הפוליסה, זכאי הוא לשיפוי.

35. בעניין קוט[16] הבהיר כב' השופט (כתוארו אז) ברק, כי ערבות היא בטוחה מוגבלת, מכיוון שהנושה עלול למצוא עצמו נאלץ להתמודד עם טענות המועלות מכוח עסקת היסוד הן על־ידי החייב והן על־ידי הערב. לעומת זאת, כתב השיפוי מהווה בטוחה טובה יותר, שכן טענות מכוח עסקת היסוד יכולות לעלות נגדו אך ורק ביחסיו עם החייב, אך לא ביחסיו עם נותן כתב השיפוי:

---

15 הנורמות היחידות מתוך חוק הערבות המוחלות על התחייבות לשיפוי (ואף זאת רק "בשינויים המחויבים לפי העניין") מצויות אפוא בסעיפים 3, 9, 11 ו־12 לחוק הערבות, שבהם נקבע כדלה־לן:

סעיף 3 לחוק הערבות עוסק בדרך יצירת הערבות, וקובע כי "הערבות נוצרת בהסכם בין הערב לבין הנושה או בהתחייבותו של הערב שהודעה עליה ניתנה לנושה; ואם הייתה הערבות על־פי צו של רשות – משנמסר כתב הערבות לרשות".

סעיף 9 לחוק הערבות קובע כי: "זולת אם ניתנה הערבות שלא בהסכמת החייב, זכאי הערב לחזור על החייב ולהיפרע ממנו מה שנתן למילוי ערבותו, בתוספת הוצאות סבירות שהוציא לרגל הער־בות וריבית בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, התשכ"א־1961, ס"ח 348 מיום מילוי הערבות או מיום ההוצאות".

סעיף 11 לחוק הערבות קובע כי "לערב יהיו, לפני שמילא ערבותו, אותם הסעדים להבטחת זכותו לחזור על החייב הנתונים לנושה להבטחת חוב שטרם הגיע זמן פירעונו".

סעיף 12 לחוק הערבות קובע כי "היה החיוב הנערב מובטח גם בשעבוד נכס של החייב, יעבור השעבוד לזכות הערב, לאחר שמילא ערבותו, להבטחת זכותו לחזור על החייב, ועל נותן השעבוד והנושה לעשות, לפי דרישת הערב, את הפעולות הדרושות כדי שכוחה של ההעברה יהיה יפה לכל דבר; והכול במידה שאין הדבר פוגע בזכויות הנושה".

16 ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח(3) 197 (1984).

"האופי ה'אקצסורי' [טפל] של הערבות עשוי לעתים להכביד על הנושה, שכן הוא עשוי למצוא עצמו חסר זכות הן כלפי החייב (המעלה נגדו, למשל, טענת הגנה טובה), והן כלפי הערב (הנסמך על אותה הגנה עצמה). בנסיבות אלה ואחרות עשוי להיווצר הצורך לנתק את חובתו של הערב מחובתו של החייב ולהעמיד את חובתו של 'הערב' על בסיס עצמאי ואוטונומי... חוק הערבות מכיר באפשרות זו (סעיף 16 לחוק הערבות). החבות שנוטל על עצמו אדם, בסוג זה של מקרים, היא 'התחייבות לשיפוי', והיא שונה מהערבות בכך, שבערבות נוטל על עצמו אדם לקיים כלפי נושה את חיובו של החייב, ואילו ב'התחייבות לשיפוי' נוטל על עצמו אדם לשפות נושה, אם החייב לא יקיים חיובו כלפי הנושה. השוני בין שני סוגי החבות הללו בא לידי ביטוי במקום שיש לו לחייב הגנה טובה כלפי הנושה. הגנה זו עשויה להועיל לערב. הגנה זו אין בה כדי להועיל לחב בחובת השיפוי".[17]

36. פרופ' ש' גינוסר, בספרו חוק הערבות,[18] מבהיר כי דוגמה מובהקת להתחייבות לשיפוי היא הערבות הבנקאית:

"סעיף 16 [לחוק הערבות – ו.א.] הינו חידוש שהוכנס בחוק על־פי יוזמת ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת כדי 'להבחין בין ערבות לבין התחייבות לשיפוי, השונה בכך שהיא חיוב עצמאי נפרד... הדוגמה הראשונה לכך היא 'ערבות בנקאית'. בשם זה מכנים התחייבות של בנק לשלם לפלוני סכום קבוע מראש מיד אם יוגש לו מסמך המוכיח כי אלמוני לא קיים חיוב מסוים כלפי פלוני".

...

"השימוש בכינוי 'ערבות בנקאית' עלול להטעות, מה גם

17 שם, בעמ' 212.

18 אצל גינוסר, ה"ש 11 בעמ' 70–71; כמו כן, ראה: ת"א (חיפה) 1648/68 בנק לאומי נ' מ.ק.ש. חברה קבלנית לבנוין בע"מ, פס"מ עד 194, 197 (1968); ע"א 108/59 פריצקר נ' ניב בע"מ, פ"ד יד 1545, 1548 (1959); המר' (ת"א) 5758/73 חירם לנדא עבודות עפר נ' פיתוח מקורות מים, פס"מ תשל"א 1 206.

> שלפי נוסחי סעיף 16 עצמם, ואף לפי לשונו, אין זו ערבות כלל, אלא כאמור 'חיוב עצמאי נפרד'. הבנקים המוכרים את 'ערבותם' ללקוחותיהם יתרגלו לדרוש ערובה דומה למתן אשראי, וכבר נתגלו בפסיקה מקרים שבהם ניתנו לטובת מוסד פיננסי ערבות שיש למלאה 'לפי דרישתו הראשונה'".

37. הערבות הבנקאית היא אפוא חיוב עצמאי לשיפוי. חיוב זה אינו טפל לעסקת היסוד. הבנק המנפיק את הערבות הבנקאית אינו "ערב" של לקוחו ואינו חייב בחיוביו. הבנק מנפיק הערבות ניצב בחזית של יחסים חוזיים במישרין מול המוטב, ומתחייב לשפות אותו בהתקיים התנאים הקבועים בכתב הערבות הבנקאית. בעוד שהמאפיין הבסיסי של ערבות רגילה הוא כי אם אין חיוב עיקרי בר תוקף של החייב על־פי עסקת היסוד, אין גם קיום לערבות (סעיף 2 לחוק הערבות), וכמו כן לא ייתכן שתביעתו של ערב תעלה על זו של החיוב העיקרי (סעיף 4(א) לחוק הערבות), הרי שהמאפיין את הערבות הבנקאית הוא דווקא היותה חוזה עצמאי ונפרד בין הבנק לבין המוטב, שבו מקבל על עצמו הבנק כלפי המוטב חיוב מוגדר שאינו תלוי בחיובו של החייב על־פי עסקת היסוד. נמצא אפוא כי השימוש במונח "ערבות בנקאית" אינו מדויק, שכן בפועל אין המדובר בערבות כלל, אלא בכתב שיפוי.

38. עמד על הדברים כב' השופט לנדוי אשר בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין איליט[19]:

> "... ברצוני להפנות את תשומת הלב אל המינוח הבלתי מדויק והבלתי נכון שניתן בארץ למסמך הקרוי 'ערבות בנקאית'. לפי מינוח זה היינו מצפים שהמסמך הנושא שם זה יהווה 'ערבות' לפי חוק הערבות, ולא היא. לפי סעיף 1 לחוק הערבות, מוגדרת 'ערבות' כהתחייבותו של אדם לקיים

---

19 עניין איליט, לעיל ה"ש 14; כמו כן, ראה רע"א 4256/93 שיכון עובדים בע"מ נ' ארז תעשיות בנייה בע"מ, פ"ד מח(1) 450, 454 (1993); עניין שובל ה"ש 18 במבוא, בעמ' 130; ע"א 146/85 גמליאל נ' מנורה, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מא(3) 746 (1987); ע"ע 650/98 בנק המזרחי נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נג(4) 433 (1999); בר"ע (י־ם) 192/04 ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ נ' שלמי עד בע"מ, תק־מח 2004(3) 6609 (2004); 20 Halsbury, The Laws of England 54 (London, 4th ed., 1978); K.P. McGuinness, The Law of Guarantee 36–37 (London, 1986):

חיובו של אדם אחר כלפי צד ג', היינו שמדובר כאן בחיוב טפל, הבא לשמש ערובה לחיוב אחר שהוא העיקרי. אם אין חיוב עיקרי בר תוקף אין גם קיום לערבות (סעיף 2 לחוק הערבות), ועל כל פנים לא ייתכן שתביעתו של ערב תעלה על זו של החיוב העיקרי (סעיף 4(א) לחוק).
"אם נתבונן בערבות בנקאית אוטונומית נמצא שחסרות בה התכונות הנ"ל ההכרחיות לקיומה של ערבות. 'ערבות בנקאית', כדוגמת אלה שהיו קיימות במקרה דנן, היא התחייבות עצמית של בנק אשר מקבל על עצמו כלפי נושה אחריות מוגדרת ובלתי תלויה בחיובו של החייב העיקרי.
"המינוח הנכון לערבות בנקאית מעין זו הוא 'התחייבות לשיפוי' (באנגלית - indemnity, להבדיל מ־guarantee שהוא ערבות)".[20]

...

39. בבואה לחוקק את חוק הערבות, עמדה הכנסת על ההבדל המהותי שבין ערבות לבין התחייבות שיפוי, והקדישה לזו האחרונה את סעיף 16 לחוק.
סיכומו של דבר - ערבות בנקאית אוטונומית אינה ערבות במובן החוק אלא חיוב עצמאי נפרד והשימוש במילה "ערבות" מטעה.[21]

40. למעשה, ההגדרה של הערבות הבנקאית כהתחייבות לשיפוי ולא כערבות נובעת מן ההפרדה של הזירות החוזיות השונות שעליה עמדנו לעיל. ראינו כי הערבות הבנקאית משקפת זירה חוזית עצמאית בין הבנק מנפיק הערבות לבין המוטב. בחוזה הניצב בבסיס הערבות הבנקאית יש רק שני צדדים (הבנק והמוטב), ונשוא

---

20 "In many American Jurisdictions, a distinction is drawn between the concepts of guarantee and suretyship. This distinction is in addition to the distinction recognized in Commonwealth jurisdictions between guarantees and indemnities. In American terminology, the term "guarantee" is used to describe a collateral undertaking which creates a secondary liability, while the term "suretyship" is a direct and independent or original undertaking, under which the promisor is primarily and jointly liable with the principal to the creditor, albeit in an accessory capacity".

21 בהתאם לרציונל זה קבע בית המשפט העליון בעניין איליט לעיל ה"ש 14, כי מכיוון שערבות בנקאית איננה ערבות, אלא התחייבות לשיפוי, לא חל ביחס לחיוב מכוח ערבות בנקאית סעיף 7 לחוק הערבות, הקובע כי: "(א) כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו עומדת גם לערב; (ב) התיישנה התביעה נגד החייב, מתיישנת גם התביעה נגד הערב, אם לא התיישנה לפני כן".

החוזה הוא התחייבות חד צדדית של הבנק לשלם למוטב הערבות הבנקאית סכום מוגדר, בקרות האירוע המפורט בכתב הערבות. הזירות החוזיות שקדמו לכתב הערבות הבנקאית: בין החייב בעסקת היסוד לבין הנושה, ולאחר מכן בין החייב בעסקת היסוד לבין הבנק מנפיק הערבות הבנקאית – אינן אלא מבוא לזירה הנפרדת של הערבות הבנקאית, ואלה הן זירות הניצבות בזו אחר זו בטור, בלא שהאחת תחדור לתחום רעותה. לעומת זאת, בערבות "רגילה" בפנינו חוזה ששותפים לו שלושה צדדים, כאשר הנושה ניצב בו זמנית מול החייב העיקרי ומול הערב. הערב נכנס אל הזירה שבין החייב לבין הנושה ומצטרף כצד שלישי לאותה זירה עצמה. הבחנה יסודית זו ניצבת בבסיס השוני בין מוסד הערבות לבין מוסד השיפוי – הערבות הבנקאית. על הבדל זה שבין ערבות (guarantee) לבין התחייבות לשיפוי (indemnity), שהיא הערבות הבנקאית, עמד Reeday בספרו The Law Relating to Banking:[22]

> "A guarantee is an engagement to be collaterally answerable for the debt, default or miscarriage of another person. It must be distinguished from an indemnity which is a promise to be primarily liable. A contract of guarantee involves the existence of another prior contract, one party being common to each contract; the principal debtor is liable on the first contract, the guarantor or surety is only liable on the second contract, whereas the creditor is a party to both contracts. In an indemnity there are only two parties to the contract, and the person giving the indemnity has primary liability for the debt."

41. בכתב שיפוי משתכלל החיוב עם קרות אירוע המוגדר בכתב השיפוי עצמו. החיוב במקרה זה הוא חוזי, ואינו תלוי בקיומו של נזק או אשמה. כעיקרון, אפשר ליצור כתב שיפוי לפיו אם ראובן יזכה בהתערבות מול שמעון, הרי שהבנק של שמעון יצטרך לשלם לראובן את סכום הזכייה. אם הבנק מנפיק ערבות בנקאית שבה הוא מתחייב לשלם בקרות זכייה בהתערבות, הרי שבפנינו כתב שיפוי המחייב את הבנק לשלם למוטב – על אף שאין כל נזק או אשמה של גורם כלשהו. כמו כן, כתב השיפוי אינו תלוי בקיומו של חיוב מצד גורם אחר כלשהו. אכן, צריך שיקרה האירוע המכונן את החיוב על־פי כתב הערבות הבנקאית. אבל אירוע זה לא חייב להיות קשור במישרין לקיומו של חיוב על־פי עסקת היסוד בין החייב

22 T.G. Reeday, The Law Relating to Banking 292 (3rd Ed.).

לבין הנושה מוטב הערבות. האירוע המכונן את החיוב על־פי כתב הערבות הבנקאית איננו חיובו של אדם אחר מכוח עסקת יסוד כלשהי, אלא מדובר בהתחייבות עצמאית ונפרדת לחלוטין.[23] לכן, העובדה שהצדדים מציינים בכתב הערבות הבנקאית כי החוב ישתכלל עם קרות אירוע מסוים, שהוא גם האירוע המכונן את החיוב בעסקת יסוד בין החייב לבין הנושה (מוטב הערבות), אינה יוצרת תלות של החיוב על־פי הערבות הבנקאית בקיומו של חיוב על־פי עסקת היסוד. עמד על כך כב' הנשיא שמגר בפסק הדין בעניין ארנס נ' בית אל:[24]

> "הערבות הבנקאית במובנה המקובל אינה ערבות כלל, אלא התחייבות לשיפוי, שהיא בבחינת חיוב עצמאי נפרד, הנכנסת לגדר סעיף 16 לחוק הערבות. הווה אומר, בדרך כלל אין מדובר בהתחייבות של הבנק, המצטרפת לחיוב עיקרי כלשהו, והקשר בין חיובו של הערב, בהתאם לכתב הערבות, לבין החיוב העיקרי. שונה מזה המוגדר בסעיף 1 לחוק הנ"ל... הבנק מחויב אך ורק בהתאם לכתב הערבות ככתבו וכלשונו, ואינו מקבל על עצמו את התפקיד לברר אם ביצע החייב העיקרי את חיובו אם לאו. כפי שנאמר [בפסק הדין בעניין אגף ייבוא מזון]: 'בתתו ערבות אוטונומית... קובע הבנק לעצמו קנה מידה פשוט ומכני לחובתו...' בסוג זה של ערבות אין חשיבות מכרעת לחיוב העיקרי, אף אם נרמז עליו בכתב הערבות".

---

23 בעניין זה נראה לכאורה, בכל הכבוד, כי כב' השופט עדיאל לא דק פורתא, בע"א 7168/03 שלמה חבר נ' צוריאל לביא בתוקף תפקידו כנאמן של נגה אלקטרוטכניקה בע"מ בהקפאת הליכים ושל נגה תעשיות אלקטרו־מכניות 1986 בע"מ בהקפאת הליכים, תק־על 2005(3) 3910, 3913 (2005) כאשר ציין כי: "ערבות בנקאית אוטונומית היא, למעשה, התחייבות של הבנק לש־פוי המוטב מקום בו החייב, לקוח של הבנק, אינו עומד בהתחייבותו למוטב על־פי עסקת היסוד שביניהם". לעומת דברים אלו, ראה למשל פסק דינו של כב' הנשיא שמגר בע"א 255/89 ד' פרדו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (5) 641, 650 (1992): "ביטויו המרכזי של השוני האמור בין הערבות לבין ההתחייבות לשיפוי נמצא בזיקה הקיימת בין חיובו של הערב, בכל אחד ממוסדות אלו, ובין חיובו של החייב: כאשר מדובר בערבות, חיובו של הערב טפל לחיובו של החייב העיקרי ונסמך עליו... שונים פני הדברים כאשר אנו עוסקים בהתחייבות לשיפוי. כאן מדובר בהתחייבות עצמאית ונפרדת לכל דבר, שבמסגרתה נושא המתחייב בחבות עיקרית כלפי הנושה, וזו אינה יונקת את חיותה מקיום חיוב של החייב העיקרי כלפי הנושה...".

24 ע"א 732/80 ארנס נ' "בית אל – זכרון יעקב", פ"ד לח(2) 645, 647 (1984).

42. להבחנה זו יש נפקות ברורה, שכן אם ערבות תלויה בקיומה של חבות על־פי עסקת יסוד, הרי שיש לבחון את החוזה הניצב בבסיס עסקת היסוד ואת קיומו של חיוב מכוחו. כך, למשל, אם סופקה סחורה פגומה, או שבידי הקונה טענת קיזוז לסכום קצוב מכוח עסקה אחרת, מתעורר צורך לברר מסכת עובדתית מורכבת כדי לבחון את קיומה של החבות. לעומת זאת, אם מדובר בהתחייבות עצמאית לשיפוי, הרי שאין לבדוק את עסקת היסוד, ודי לנו בבדיקה טכנית של התקיימות התנאים הקבועים בכתב הערבות הבנקאית. עמד על כך כב' השופט טירקל בפסק הדין בעניין מליבו:[25]

> "הנפקות העיקרית של ההבחנה בין ערבות 'רגילה' לבין ערבות שהיא 'מכתב אשראי לשיפוי' נוגעת לדרך שבה קמה חובת התשלום לפי כל אחד ממוסדות אלה. אם בערבות 'רגילה' עסקינן, כאשר חיובו של הערב טפל לחיוב העיקרי, קמה חובת התשלום בעקבות הפרה בפועל של החוזה שעל בסיסו ניתנה הערבות (עסקת היסוד). לעומת זאת, אם בערבות בנקאית אוטונומית עסקינן, חיובו של הערב הוא חיוב ראשוני, שאינו מושפע מדרך קיום עסקת היסוד, ולכן חובת התשלום של הערב קמה בעקבות הצגת המסמכים המהווים תנאי לתשלום לפניו, בלי שהוא נדרש לבדוק אם הייתה בפועל הפרה של עסקת היסוד".[26]

43. בהתאם לעיקרון זה, כאשר בפנינו ערבות בנקאית, להבדיל מערבות "רגילה", אין נפקות לשאלת "חקר האמת" בדבר קיומו של חיוב מכוח עסקת היסוד, ודי בכך שיימסרו – במישור הטכני – מסמכים שנקבעו בכתב הערבות הבנקאית כמשכללים את חובת השיפוי. כך למשל בעניין זיברט[27] נדונה ערבות בנקאית, אשר החיוב מכוחה משתכלל עם מסירת מסמך, המעיד כי אי אפשר לבנות על מקרקעין מסוימים. באותו מקרה, אכן לא היה אפשר לבנות על המקרקעין, אך לא נמסר המסמך על־ידי הגורם המתאים, ועל כן הערבות לא השתכללה. בית המשפט העליון הבהיר כי אילו נמסר המסמך האמור, הייתה הערבות הבנקאית

---

25 ע"א 5717/91 מליבו ישראל בע"מ נ' אז־דז טרום (1973) בע"מ (בפירוק), פ"ד נ(2) 685, 695–696 (1996).

26 וראה גם B. Geva, "*Contractual Defences as Claims to the Instruments: The Right to Block Payment on a Banker's Instrument*" 58 Ore. L. Rev. 283 (1979).

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

ממומשת והכול בלא תלות בשאלה האם באמת ובתמים בפועל אפשר או אי אפשר לבנות על המגרש. שאלה זו רלוונטית ביחסים שבין החייב לבין הנושה על־פי עסקת היסוד, אך היא אינה רלוונטית ליחסים שבין הבנק לבין המוטב על־פי כתב הערבות הבנקאית.

44. עם זאת, יושם אל לב, כי על אף שיש לעמוד בדרישות המופיעות בכתב הערבות הבנקאית, ולמסור באופן דווקני את המסמכים הנזכרים בכתב הערבות הבנקאית, כתנאי לביצוע התשלום על־פיו, הרי שאין הכרח להציג את כתב הערבות עצמו. בית המשפט קבע כי ערבות בנקאית מחייבת את הבנק לשפות את המוטב, אף אם המוטב אינו מחזיק בידו בכתב ערבות בנקאית מקורי. השתכללות ההתחייבות נשוא הערבות הבנקאית מצד הבנק מנפיק הערבות כלפי המוטב – אינה תלויה במסירת מסמך כלשהו לידי המוטב, ודי בחתימת הבנק על כתב ערבות בנקאית כדי ליצור מחויבות שלו כלפי המוטב. אכן, כתב הערבות הבנקאית משמש אמצעי הוכחה יעיל מקום שהבנק מכחיש, כי אכן התחייב בפועל לשפות את המוטב, אך אפשר להוכיח את דבר קיומה של ערבות בנקאית גם בהיעדר מסמך כתוב, ומחויבות הבנק כלפי המוטב אינה מותלית בהחזקת המוטב בכתב הערבות הבנקאית. כך, למשל, בעניין בנק המזרחי נ' בנק דיסקונט,[28] נדונו ערבויות בנקאיות, שלא היה ספק כי בנק דיסקונט הנפיק אותן, בייל אותן ורשם אותן בספריו. בנסיבות אלה, קבע בית המשפט כי בהתאם לחוק הערבות, לא צריך למסור את כתב הערבות המקורי כדי ליצור מחויבות לשיפוי, וכי ההתחייבות החוזית לשיפוי קיימת מעצם הוצאת הדרישה.

45. בשל הניתוק בין החיובים, על־פי עסקת היסוד של הצדדים לעסקה זו, לבין חיובו הנפרד והעצמאי של הבנק כלפי המוטב לשפות אותו, המוטב יכול לטעון

28 ראה עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5. כמו כן, ראה פסק דינו של כב' הנשיא זיילר בת"א (י־ם) 568/88 מדינת ישראל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם). באותו מקרה, קיבלה המד־נה ערבות בנקאית, אשר הוצאה על־ידי בנק לאומי לישראל, והיא תבעה את מימושה, על אף שערבות זו לא הייתה מצויה בידיה. השאלה שנדונה בהחלטה הייתה: בהנחה שכתב הערבות יצא או הוצא מחזקת המדינה, שלא מתוך רצונה והסכמתה, האם פג החיוב הכלול בערבות. התשובה הייתה שלילית. כב' השופט זיילר השווה את כתב הערבות הבנקאית לשטר חליפין, וקבע: "... כשהכתב אבד, לעולם שמורה הזכות למעוניין להוכיח בדרך אחרת את שהיה כתוב באותו כתב, ומשעשה כך, יהיה מצבו כמצבו של מי שהציג את הכתב... אין בעובדה שהמדינה אינה מחזיקה בערבות הבנקאית כדי למנוע פירעון הערבות, זאת אם יוכח שלא מרצונה 'נפרדה' המדינה מכתב הערבות". נראה, לכאורה, כי אף אם המדינה נפרדה מרצונה מכתב הערבות, אין הערבות פוקעת, אלא אם מדובר בהמחאת הזכויות לצד ג'.

את טענותיו כלפי הבנק גם אם אינו לקוח של הבנק, לא שילם לבנק דבר, מעולם לא עמד בקשר עם הבנק, ואף לא היה מודע מלכתחילה, בעת הוצאת כתב הערבות, לדבר הוצאתה. די בכך שהבנק התחייב לשפותו – כדי שתקום לו זכות תביעה כלפי הבנק לקבל כספים על־פי תנאי השיפוי. הדברים באו לידי ביטוי חד בפסק דין שניתן בעניין בנק איגוד נ' עמידר,[29] ובו הובהר כי:

> "לפי פרשנות נכונה של חוק הערבות, יש לקבוע כי בעת שהבנק מתחייב באופן חד צדדי לשפות את המוטב התחייבות אוטונומית ובלתי חוזרת יש לראות בכך הצעה מזכה[30] וברגע שמגיעה הצעה זו לידיעת הניצע, נכרת חוזה מחייב ללא צורך בקיבול מפורש ובלבד שהניצע אינו דוחה את ההצעה".

א(3) התחייבות לשיפוי – הבסיס לאוטונומיות של הערבות הבנקאית

46. פועל יוצא ישיר מכך שהערבות הבנקאית איננה ערבות כהגדרה בחוק הערבות הוא כי אין המדובר בחיוב התלוי בעסקת היסוד, אלא מדובר בחיוב עצמאי ונפרד לחלוטין. ברם, שלא הכול מסכימים עם תוצאה זו. כך, למשל, פרופ' בן־אוליאל בספרו דיני בנקאות[31] מבהיר כי על אף שערבות בנקאית מוגדרת כהתחייבות לשיפוי:

---

29 המ' (ת"א) 111111/95 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' עמידר החברה הלאומית לשירון בישראל בע"מ (לא פורסם). באותו עניין התייחס בית המשפט גם לאי החזקת המוטב בכתב ערבות בנקאית, וקבע נחרצות כי: "לא מצאתי בסיס חוקי לטענה שיש למסור מסמך בכתב לידי המוטב כתנאי לתוקף ערבות בנקאית... ברגע שבנק חתם על כתב ערבות מקורי לטובת מוטב והדבר נודע למוטב, זכותו להתייצב במשרדי הבנק ולדרוש תשלום על־פי אותו כתב ערבות... ביצוע התשלום אינו תלוי במסירת מסמך זה או אחר, אלא תלוי הוא בשאלה האם הבנק אכן התחייב לשפותו או לא. המשמעות היחידה של כתב הערבות היא שהוא משמש אמצעי הוכחה יעיל מקום שהבנק מכחיש כי אכן התחייב בפועל לשפות... הטענות בעניין מקור המסמך או העתקו הן טענות חסרות ערך אשר הבנק חייב להבין שאין להן משמעות כלפיו כל עוד ידע הבנק כי אכן בפועל התחייב לשפות וחתם חתימות אמת על כתב הערבות המקורי".

30 לפי סעיף 7 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, ס"ח 694: "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה, זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה".

31 אצל בן אוליאל, בעמ' 487.

"היא עדיין בגדר של ערבות במובן הרחב של המושג, ומכאן הסיבה למיקום ההסדר הפוזיטיבי של ההתחייבות לשיפוי – בהקשר של חוק הערבות".[32] כלומר, התחייבות לשיפוי מוסדרת בסעיף 16 לחוק הערבות, שכן במובן הרחב זוהי עדיין ערבות".

על בסיס הנחה זו מסיק פרופ' בן־אוליאל:

"בהיות ההתחייבות לשיפוי סוג מיוחד של ערבות, לא ייתכן כי העצמאות, שהתחייבותו של הבנק נהנית ממנה, לא תסבול הגבלה כלשהי. מכאן הצורך לקבוע ביתר דייקנות את אמות המידה של כלל העצמאות. במילים אחרות, יש להבין באילו נסיבות לא ניתן להפעיל עיקרון זה".

ובהמשך הדברים מציין פרופ' בן־אוליאל:

"העצמאות של התחייבות הבנק בערבות האוטונומית לעומת החיוב הנערב אינה מוחלטת. בהיותה סוג של ערבות, עדיין נשאר הקשר בין שני החיובים. על־פי נוסח כתב הערבות, יוכל הבנק להקל את התנאים למימוש התחייבותו, אך ספק אם יגיע הדבר לדרגה של ניתוק מוחלט בין חיובו של הבנק לבין זה של החייב העיקרי".

---

32 עמדה זו של פרופ' בן־אוליאל צוטטה על־ידי כב' השופט חבש בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5, והוא מבהיר בעמ' 5 לפסה"ד: "סעיף 3 לחוק הערבות, התשכ"ז־1967 (להלן: "חוק הערבות") קובע: 'הערבות נוצרת בהסכם בין הערב לבין הנושה או בהתחייבותו של הערב שהודעה עליה ניתנה לנושה; ואם הייתה הערבות על־פי צו של רשות – משנמסר כתב הערבות לרשות'. ערבות בנקאית היא, אם כן, חוזה בין הבנק (הערב) לבין הנושה, לפיו מתחייב הבנק הערב לשלם את חובו של החייב לנושה. על סיווגן של הערבויות דנן, ולאיזו קטגוריה הן שייכות, הראשונה או השנייה, נדון בהמשך בהרחבה". ודוק: ההפניה של כב' השופט חבש לסעיף 3 לחוק הערבות, נכונה, בכל הכבוד, שהרי סעיף 16 לחוק הערבות, מחיל את סעיף 3 גם על כתב שיפוי. ברם, ראיית הערבות הבנקאית כמחויבות של "הבנק הערב לשלם את חובו של החייב לנושה" כלשון בית המשפט, היא מוטעית, בכל הכבוד. בפועל, נראה שאין המדובר כלל בערבות של הבנק לשלם את חובו של החייב על־פי עסקת היסוד, אלא מדובר בהתחייבות עצמאית ונפרדת של הבנק לשיפוי כמפורט לעיל.

47. גישה זו נראית לנו, בכל הכבוד, מוטעית, שכן בית המשפט העליון הבהיר באופן ברור ומפורש כי הערבות הבנקאית איננה ערבות אלא כתב שיפוי, וכי אין המדובר בחיוב שיש לו זיקה לעסקת היסוד, אלא אכן מדובר בעסקה המנותקת לחלוטין מעסקת היסוד. כך למשל ראינו כי:

א) הערבות הבנקאית מוסדרת בסעיף 16 לחוק הערבות, העוסק בהתחייבות לשיפוי, ולשון הסעיף היא: "התחייבות של אדם לשפות נושה בשל אי קיום חיובו של חייב כלפי הנושה, כשההתחייבות אינה בבחינת ערבות...". אי אפשר אפוא להסיק מהסדרת נושא השיפוי במסגרת חוק הערבות כי מדובר בסוג מסוים של ערבות, שהרי החוק קובע במפורש את ההפך ומבהיר כי מדובר בהתחייבות ש"אינה בבחינת ערבות". כמו כן, יושם אל לב כי מלבד הוראות בודדות מחוק הערבות המוחלות, בשינויים המחויבים, גם על כתב שיפוי, הרי שכל יתר הוראות חוק הערבות אינן מוחלות על־ידי סעיף 16 על התחייבות לשיפוי. כך, למשל, ההוראות בדבר החפיפה בין חבות הערב והחייב (סעיף 4), יכולתו של הערב להעלות כלפי הנושה את טענות ההגנה של החייב כלפי הנושה (סעיף 7), חבותם של הערב והחייב יחד ולחוד (סעיף 8) ופטור החייב כלפי הערב בהסתמך על טענת פטור של החייב כלפי הנושה, שהערב ידע עליה (סעיף 10) – אינם מוחלים ביחס להתחייבות לשיפוי.[33]

ב) פרופ' טדסקי מבהיר[34] כי חוק הערבות מתייחס הן לערבות והן לשיפוי, אך התחייבות לשיפוי היא מוסד נפרד לחלוטין ממוסד הערבות, ומהווה בן חורג למחוקק, אשר הוראות מעטות בלבד נוגעות לו (סעיף 16 לחוק הערבות, וכן ארבע הוראות חוק המתייחסות לערבות רגילה, ואשר סעיף 16 מחיל אותן, גם ביחס לשיפוי ואף זאת רק ב"שינויים המחויבים"), שכן בהצעת החוק שעיבד משרד המשפטים ואשר הוגשה על־ידי הממשלה לכנסת[35] לא נכללה התחייבות לשיפוי. הכנסת היא שהוסיפה את ההתייחסות לשיפוי בעת שחוקקה את חוק הערבות, ובוועדת חוקה, חוק ומשפט הוסף סעיף 16 כדי:

---

33 ראה בעניין זה דבריו של מאוטנר, בעמ' 516.

34 אצל טדסקי, בעמ' 337; כמו כן ראה מ' בן יאיר "ערבות בנקאית ומכתבי אשראי – עקרון ההתאמה" ספר לנדוי 1137, 1138 (א' ברק וא' מזוז עורכים, התשנ"ה), המבהיר כי ערבות בנקאית איננה ערבות כלל, אלא התחייבות לשיפוי.

35 הצעת חוק דיני ערבות, התשכ"ה־1964, ה"ח 71.

"להבחין בין ערבות לבין התחייבות לשיפוי, השונה בכך שהיא חיוב עצמאי נפרד".

בדברי הכנסת, כרך 41, עמ' 2,146, אף מובהר ביחס לסעיף 16 כי מדובר בהתחייבות של "אדם המקבל על עצמו ביודעין אחריות בלעדית ובלתי תלויה לטובתו של אדם אחר, ואינו ערב אלא חייב עיקרי. ממילא, אין הוראות החוק המוצע חלות עליו".

ג) בפסק הדין בעניין איליט[36] הובהר כי על אף שמוסד השיפוי מוסדר בחוק הערבות, הרי ששיפוי וערבות שונים לחלוטין זה מזו, והשימוש במונח "ערבות" כדי לתאר ערבות בנקאית הוא שימוש שגוי. בפועל אין המדובר כלל בערבות, אלא בהתחייבות עצמאית ונפרדת לשיפוי.

ד) כב' הנשיא שמגר הבהיר בהקשר זה בעניין פרדו[37] באופן ברור ומפורש כי בחוק הערבות יש שני מוסדות משפטיים – שיפוי וערבות – ולא הרי זה כהרי זה, כאשר ההבחנה ביניהם נגזרת על־פי מידת התלות של ההתקשרות בקיומו של חיוב שני, חיצוני לה, של חייב כלשהו כלפי הנושה. ובלשון בית המשפט:

"כאשר עולה, מתוך בחינת מכלול תנאי ההתקשרות ומרכיביה, כי כוונת הצדדים הייתה להתלות את חיובו של הערב כלפי הנושה בחיובו של החייב, משמעות הדברים היא שהצדדים התכוונו ליצור יחס של ערבות. כאשר בחינת ההתקשרות מוליכה למסקנה כי הצדדים התכוונו ליצור התקשרות עצמאית, הרי שמדובר בהתחייבות לשיפוי".

ה) O'Donovan ו־Phillips מבהירים בספרם The Modern Contract of Guarantee,[38] כי קיימים שני סוגי בטוחות להבטחת חיוב חוזי. האחד הוא ערבות והאחר הוא שיפוי, וההבחנה שביניהם היא כי שיפוי הוא חיוב ראשוני הקיים גם אם

36 עניין איליט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 17–18.

37 עניין פרדו, לעיל ה"ש 23, בעמ' 650.

38 J. O'Donovan & J. Phillips, The Modern Contract of Guarantee 37 (London, 2003). על ההבחנה בין שיפוי לבין ערבות ראה בהרחבה בפסקי הדין הנזכרים אצל McGuinness, בעמ' 27–47.

צד ג' לא הפר את ההסכם, ואילו ערבות מתקיימת רק כחיוב משני, מקום שבו החייב העיקרי לא קיים את חיובו. הסכם שיפוי הוא אפוא חוזה המבטיח את פלוני כי לא יינזק,[39] בלא שהדבר יהא תלוי בקיומו של חיוב מתמשך מצידו של החייב העיקרי.[40]

ו) בית המשפט העליון דחה מכול וכול טענות לפיהן מכיוון שמוסד השיפוי כלול בחוק הערבות יש ליצור זיקה מסוימת בין עסקת היסוד לבין הערבות הבנקאית, וקבע למשל בעניין יוטבין:[41]

> "טענת המבקשת כי ההלכה הפסוקה בדבר האוטונומיות של ערבויות כאלו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק הערבות, התשכ"ז-1967, וראויה היא שבית משפט זה יעיין בה מחדש ויבטלה – אין לה סיכוי סביר להתקבל, מששינה ושילש בית משפט זה בהרכבים שונים הלכה זו גם לאחר תחילתו של חוק הערבות, והיא נשתרשה היטב ונעשתה לנוהג בין הסוחרים".

48. הנה כי כן, ערבות בנקאית איננה ערבות והיא בגדר התחייבות עצמאית הנפרדת מעסקת היסוד. עם זאת, נראה לכאורה כי צודק פרופ' בן-אוליאל בכך שהערבות הבנקאית בסופו של יום אינה יכולה להיות מנותקת לחלוטין מעסקת היסוד, שהרי יש לשים אל לב לכך שמסעיף 16 לחוק הערבות אפשר ללמוד כי התחייבות לשיפוי היא "התחייבות של אדם לשפות נושה בשל אי קיום חיובו של חייב כלפי הנושה, כשההתחייבות אינה בבחינת ערבות...". הנה כי כן, אם אין התחייבות של חייב כלפי הנושה, אין גם מקום לשיפוי. ברם, שאם כך הם פני הדברים, במה מתבטאת העובדה שמדובר בהתחייבות עצמאית לשיפוי,

---

39 ההגדרה של שיפוי היא:
"A contract by one party to keep the other harmless against loss".
לעניין זה ראה: Yeoman Credit Ltd v Latter, 1 W.L.R. 828, 830–831 (1961); Total Oil Products (Aust) Pty Ltd v Robinson, N.S.W.R. 701, 703 (1970). בעניין Sutton & Co. v. Grey, Q.B. 285, 288–289 (1984) מגדיר הלורד Esher שיפוי בהאי לישנא: "An indemnity as an independent obligation to make good a loss".

40 עם זאת, להלן נראה כי אם לא היה מעולם חיוב עיקרי – גם אין מקום לשיפוי. השיפוי יוצא אפוא לדרכו יחד עם החיוב העיקרי, אך משם ואילך מתפצלות דרכיהם, וגם אם החיוב העיקרי נשר ונמוג במהלך הדרך, השיפוי יכול להמשיך בדרכו בלעדיו.

41 בר"ע 239/80 יוטבין מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 335, 337 (1980).

ולא בערבות הטפלה לעסקת היסוד? נראה לכאורה כי ההסבר לדברים הוא כדלהלן:

א) בדיני החוזים קיימת הבחנה בין חוזה המותנה בהתנהגות של צד ג', אשר אינו מחויב כלל לבצע פעולה זו או אחרת, לבין חוזה המותנה בהתנהגות של צד ג', המחויב לבצע פעולה כאמור. כך, למשל, ראובן יכול להתחייב כלפי שמעון כי אם לוי לא יעשה פעולה מסוימת, הוא – ראובן – ישפה אותו. במקרה זה, לוי מצידו אינו מחויב כלל לעשות את הפעולה האמורה, הוא אינו צד להסכם ואף אינו יודע עליו. זהו חוזה על תנאי, תקף בהחלט, ולפיו אם אדם שלישי לא יקיים את התנאי (שהוא לא חייב לקיימו), יחול חיוב של צד א' כלפי צד ב' בסכום קבוע מראש. התשלום של ראובן במקרה זה אינו נובע מכך שלוי הפר מחויבות שלו, וכמוהו כהתחייבות לתשלום – אם מחר ירד גשם. ברם, התחייבות כזו אינה התחייבות לשיפוי, שכן אין המדובר בשיפוי בגין חיובו של חייב כלפי נושה, שהרי אין חייב ואין נושה. זהו חיוב מותנה, שאינו בגדר שיפוי. ביחס לכך מבהיר פרופ' גינוסר כי:[42]

> "בזה, חרגנו לגמרי ממסגרת הערבות ואף סעיף 16 לא יחול על התחייבות כזו, כי לא יימצא כאן עוד שמץ של "חיובו של חייב כלפי נושה".

ב) ערבות בנקאית היא כתב שיפוי ולא חוזה מותנה, וממילא היא מותנית בכך שיש עסקת יסוד, ושיש "חיובו של חייב כלפי נושה", להבדיל מהתחייבות המותנית במעשה של צד ג' שאינו חייב לעשותו.

49. לכן צודק פרופ' בן־אוליאל כי אם יש מרמה בעסקת היסוד, ומתברר שאין בכלל עסקת יסוד, הרי שעל אף שהערבות הבנקאית היא חיוב (עצמאי) לשיפוי ולא ערבות, עדיין מדובר בשיפוי בגין "חיובו של חייב כלפי נושה", ואם אין חיוב שכזה – נפלה גם ההתחייבות לשיפוי.

50. בפנינו זירות חוזיות נפרדות והערבות הבנקאית נפרדת מעסקת היסוד ומהווה זירת חיוב עצמאית, העומדת על רגליה שלה. כדי לבחון האם קמה חובת שיפוי מכוח הערבות הבנקאית, עלינו להתמקד באמור בכתב הערבות, ולבחון את החיוב באופן נפרד, עצמאי ומנותק מעסקת היסוד. הבנק המנפיק ערבות בנקאית

42 ראה אצל גינוסר, בעמ' 72.

אינו בוחן את גדר החיובים על־פי עסקת היסוד, ואת השתכללות החיוב מכוחה של עסקה זו, אלא מתמקד בזירה החוזית הנפרדת הקיימת בינו לבין מוטב הערבות הבנקאית. ייתכן שבזירה הנוגעת לעסקת היסוד לא השתכלל חיוב או שיש טענות הגנה מצוינות נגדו, ובכל זאת יקום חיוב מכוח הערבות הבנקאית. זהו חיוב עצמאי ונפרד המתחולל בזירה חוזית משל עצמה. אבל זוהי זירה מספר 2 במערכה דו־שלבית, ונתון הבסיס הוא כי קדמה לה זירה מספר 1 ביחסים שבין חייב לבין נושה בעסקת יסוד. טול הנחה זו – ומתמוטט המבנה כולו. אם יש מרמה ומתברר שבכלל לא הייתה עסקת יסוד, הרי שאין בפנינו שיפוי ואין מקום להחלת חיובים מכוח כתב הערבות הבנקאית. זהו הבסיס הנורמטיבי להחלת "חריג המרמה", שעליו נעמוד להלן (בפרק ד) בספר זה.[43]

51. יש אפוא לבצע הבחנה ברורה בין שני סוגי טענות. הסוג האחד הוא כי התרחשה עסקת יסוד, אך בחינת הדברים מכוח עסקת יסוד זו מחייבת להגיע למסקנה שאין חיוב של החייב כלפי הנושה, או כי לחייב עומדת זכות קיזוז כלפי הנושה, או כי החיוב התיישן, וכיו"ב. טענות מסוג זה לא ניתן להעלות כדי לעכב את מימושה של הערבות הבנקאית, שהיא בגדר חיוב עצמאי ונפרד. בעניין ע.ס.מ צמ"ה[44] קבע בית המשפט העליון כי גם כאשר יש טענה בדבר פגמים בכריתת החוזה או הפרתו אין די בכך כדי למנוע את מימוש הערבות הבנקאית.

52. סוג אחר של טענות הוא כי מעולם לא הייתה עסקת יסוד וכי כתב הערבות הבנקאית אינו יכול לשמש שיפוי בגין חיובו של אדם אחר, מכיוון שחיוב כזה הושג במרמה ולא השתכלל מעולם. טענות מסוג זה אפשר להעלות גם נגד כתב ערבות בנקאית, שהוא בגדר שיפוי בגין חיובו של אדם אחר. נראה אפוא כי היה

43 בסיס נורמטיבי זה קיים לכאורה גם ביחס ל"חריג הנסיבות המיוחדות" שעליו נעמוד בפרק ה להלן. בהקשר זה נראה להלן כי "חריג המרמה" מתקיים רק בנסיבות קיצוניות מאוד של מרמה חמורה ו"כישלון תמורה מלא" המשמיט לחלוטין את עצם קיומה של הזירה החוזית הראשונה בין החייב לבין הנושה (מוטב הערבות הבנקאית). בדומה לכך נראה להלן כי "חריג הנסיבות המיוחדות" אינו חל במקרה "רגיל" של מוטב הנוהג בחוסר תום לב, בשרירות או בנקמנות בבואו לממש את כתב הערבות הבנקאית, אלא רק בסיטואציה שבה לכל הדעות, ואף לשיטת הנושה, לא קמה כל עילת חיוב מכח עסקת היסוד ומוטב כתב הערבות מנסה לממש את הערבות הבנקאית בלא שקדמה לכך, אף לשיטתו שלו, חבות כלשהי בזירה החוזית הראשונה שבינו לבין החייב בעסקת היסוד. בהתקיים חריגים אלו, נמצא אפוא כי אין בכלל חיוב מכוח עסקת יסוד – לכל הדעות, ועל כן אין מקום לשיפוי.

44 ראה רע"א ע.ס.מ צמ"ה, לעיל ה"ש 2 במבוא.

מן הראוי לסייג את האמור בעניין ע.ס.מ צמ"ה הנ"ל לפגמים בכריתה שאינם עולים כדי טענת מרמה או חוזה למראית עין.

53. זוהי אפוא ההבחנה: אם יש עסקת יסוד ולטענת המוטב היא גם מקימה חבויות שונות, הרי שאין כלל מקום לבדוק עניין זה לגופו וכל טענות ההגנה של החייב בעסקת היסוד נגד הנושה – אינן מעניינו בבואנו לממש את כתב הערבות הבנקאית. זאת גם כאשר עסקינן בטענה כי החוזה נשוא עסקת היסוד הופר או שנפל פגם בכריתתו, שאינו עולה כדי מרמה או חוזה למראית עין. אבל לעומת זאת, אם לטענת החייב אין בכלל עסקת יסוד, כגון כאשר על אוניה הועמסו מכולות המלאות באשפה ולא בסחורה, ומדובר במרמה המגיעה כדי כישלון תמורה מלא, שמחמתו לא השתכללה עסקה כלל, או כאשר אין חולק וגם המוטב מודה כי אין חיוב וניכר בעליל כי מימוש הערבות הבנקאית נעשה כאקט שרירותי ונקמני גרידא, הרי שתבוא לידי ביטוי העובדה כי ערבות בנקאית היא בגדר "כתב שיפוי", המוגדר בסעיף 16 לחוק הערבות התשכ"ז-1967 כ"התחייבות לשפות נושה בשל אי קיום חיובו של החייב כלפי הנושה" ואם אין מלכתחילה חיוב כלשהו כלפי נושה – אין שיפוי.

54. הנה כי כן, כתב הערבות הבנקאית הוא בגדר התחייבות לשיפוי עצמאית ונפרדת, אך עיון מדוקדק בהוראות סעיף 16 לחוק הערבות מלמד כי עצמאות זו אינה מוחלטת, ואם נשמט הבסיס מעסקת היסוד (כגון כתוצאה ממרמה), אין עוד מקום למימוש הערבות הבנקאית. מכאן נובע כי אם אין כלל עסקת יסוד ואין מחויבות בסיסית וצדדים מבקשים ליצור ערבות בנקאית פיננסית כשטר וכאמצעי תשלום שייסחר על ידם – אין אפשרות אפקטיבית לעשות זאת. ערבות בנקאית אינה אמצעי תשלום אלא בטוחה, ואם אין בכלל עסקת יסוד – אין לה קיום.

א(4) כללי הפרשנות ביחס לערבויות בנקאיות

55. הנפקויות בין ערבות בנקאית, המהווה כתב שיפוי עצמאי ונפרד, לבין ערבות רגילה, הטפלה לעסקת היסוד, הן רבות ומהותיות. ברם, לא תמיד נושאת הערבות הבנקאית "תווית" על גבה, המגדירה אותה בבירור ככתב שיפוי, להבדיל מערבות "רגילה". לעתים, נעשה שימוש בערבות בנקאית במסגרת עסקה בין צדדים, כאמצעי תשלום, שכן מי שמחזיק בידו את כתב הערבות יכול להשתמש

בו כבטוחה לקבלת אשראי.[45] במקרה זה, הזירות המשפטיות השונות מתערבבות זו בזו, ומידת הקשר של ערבות כזו לעסקת היסוד תלויה במידה רבה במתכונת שנבחרה על־ידי הצדדים.[46]

56. "באין דעת – הבדלה מנין?"[47] כיצד נדע להגדיר את כתב הערבות המצוי בפנינו, האם הוא בגדר ערבות הטפלה לעסקת היסוד או כתב שיפוי עצמאי? התשובה לכך היא כי זהו עניין לפרשנות, וחלים במקרה זה כללי הפרשנות הרגילים הנוהגים על־פי דיני החוזים. הטעם לכך פשוט הוא, שהרי ערבות בנקאית, ככל ערבות, היא חוזה שיש לפרשו על־פי אומד דעת הצדדים. בהקשר זה נקבע על כן, על־ידי בית המשפט העליון, בעניין שובל הנדסה:[48]

> "סיווג ערבות כערבות רגילה, הטפלה לחיוב עיקרי, או כערבות בנקאית אוטונומית בבחינת התחייבות עצמאית לשיפוי, הוא עניין לפרשנות משפטית. ערבות ככזו, על כל צורותיה, ובכללה ערבות בנקאית אוטונומית, הינה בגדר

---

45 מעניין הדבר כי דווקא הכללת תניה לפיה תחול החבות, על אף ויתור כלפי החייב בעסקת היסוד, הביאה להגדרת המסמך ככתב ערבות מכיוון שבכתב שיפוי אין צורך בתניה, כאמור, באשר החיוב ממילא אינו תלוי בעסקת היסוד. לעניין זה ראה Western Credit Ltd v Alberry, 2 All E.R. 938, (1964) 940. כמו כן יצוינו דבריו של השופט Kilgour בעניין McPherson v. Forlong 3 W.W.R. (1928) 45 (Man.) לפיהם יש לבחון את לשון ההסכם ולא את עסקת היסוד, כדי לבחון את מהותו של החיוב, כערבות או כשיפוי. McGuinness, בעמ' 36–37 מבהיר כי ההבחנה האמיתית בין שיפוי לבין ערבות ניתנת לתמצות בכך שבכתב שיפוי קיים החיוב כלפי המוטב אף כאשר חיובו של החייב על־פי עסקת היסוד אינו קיים עוד. עם זאת, הוא מציין כי במקרים קיצוניים ההבחנה פשוטה ואילו במקרי הביניים בהירותה מתעמעמת וטעונה פרשנות. ובלשונו:
"At the extremes of the spectrum, the distinction between the two classes of agreements is clear. At a certain point, however, the distinction blurs and becomes difficult to trace".

46 כך, למשל, הבהיר בית המשפט העליון בעניין שובל, לעיל ה"ש 18 במבוא: "ייתכנו אף שימושים אחרים לערבויות אוטונומיות במסגרת עסקה בין צדדים, כגון מתן ערבות בנקאית אוטונומית על־ידי צד לעסקת יסוד שנועדה לשמש את הצד האחר לצורכי קבלת אשראי. מידת הקשר של ערבות כזו לעסקת היסוד תלויה במתכונת שנבחרה על־ידי הצדדים".

47 שו"ת שבט הלוי ט, נז.

48 בעניין שובל, שם; וכן ראה דבריו של כב' הנשיא שמגר בעניין פרדו, לעיל ה"ש 23, בעמ' 650: "מובן, כי יש לבצע את התהליך הפרשני האמור בהתאם לכללים הרגילים החלים על פירוש הת־קשרויות חוזיות, כפי שאלו הותוו בחוק ועוצבו בפסיקתו הענפה של בית משפט זה"; וכן ראה: ע"א 177/77 בנק ישראל נ' תוסיה – כהן, פ"ד לב (1) 524, 528 (1978); ע"א 431/88 ישיבת ישמח משה עיה"ק ירושלים נ בנק צפון אמריקה בע"מ , פ"ד מד (4) 177, 187 (1990).

חוזה שיש לפרשו על־פי אומד דעתם של הצדדים לו – על־פי לשונו, רוחו, הגיונו ותכליתו".

א(4)(א) חזקת האוטונומיות

57. אכן, מדובר בחוזה הנתון לפרשנות על־פי אומד דעת הצדדים, על־פי הכללים הקבועים בסעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973. עם זאת, קבע בית המשפט העליון כי קיימת הנחה בסיסית ולפיה כאשר הצדדים אינם קובעים באופן ברור ומפורש כי חיובי הערב לפי כתב הערבות הם משניים לחיובים לפי עסקת היסוד וכי הם קמים רק אם חיובים אלה לא קוימו, הרי שבפנינו ערבות בנקאית במובן של כתב שיפוי, ולא ערבות "רגילה", הטפלה לעסקת היסוד. הנחה זו נובעת, בין השאר, מתוך הכרה בחשיבותה של הערבות הבנקאית כמוסד המשרה ביטחון עסקי והמאפשר גביית כספים על־פיו, בלא צורך בבירור יסודי של החבות על־פי עסקת היסוד. כך ציין בית המשפט העליון בעניין מליבו:[49]

> "הבדיקה אם הערבות שבה מדובר היא בגדר ערבות 'רגילה' או שהיא ערבות בנקאית אוטונומית תיעשה אפוא לפי מידת התלות של הערבות בעסקת היסוד, כפי שנקבעה על־ידי הצדדים".
>
> ...
>
> "שאלה זו, של מידת התלות, היא שאלה פרשנית, שהתשובה לה טמונה בכוונת הצדדים לכתב הערבות: האם כוונתם הייתה ליצור חיוב אוטונומי או טפל. לדעתי, ההנחה הבסיסית חייבת להיות שכוונת הצדדים המשתמשים בערבות בנקאית היא לתת ערבות אוטונומית וכי הפיכתה לערבות רגילה חייבת להיעשות בצורה מפורשת, שתבהיר כי חיובי הערב לפי כתב הערבות הם משניים לחיובים לפי עסקת היסוד והם קמים רק אם אלה לא קוימו. גישה פרשנית זאת מבוססת על כך שהמטרה העיקרית שהביאה ליצירת המוסד המשפטי של אשראי דוקומנטרי ושל ערבות בנקאית הייתה יצירת ביטחון עסקי שיאפשר קיום עסקות מסחריות ללא חשש.

---

49 ראה עניין מליבו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 696; כמו כן, ראה שם, בעמ' 650 את דברי כב' הנשיא שמגר לפיהם: "שאלת סיווגה של התקשרות פלונית בין ערב לנושה כאחד משני המוסדות המש־פטיים שתוארו [ערבות 'רגילה' וערבות בנקאית אוטונומית – ו"א] צריכה להיחתך על־פי מידת התלות של אותה התקשרות בקיומו של חיוב שני, חיצוני לה, של חייב כלשהו כלפי הנושה...".

ביטחון זה יכול להיווצר רק אם הצדדים לעסקה יידעו בוודאות שבידיהם חיוב הניתן למימוש ללא קשר לעסקת היסוד וללא חשש ליכולת הפירעון של המתקשר השני".

א(4)(ב) על־פי דרישה ראשונה

58. אינדיקציה להיותו של כתב ערבות בגדר ערבות בנקאית במובן של כתב שיפוי, ולא ערבות "רגילה" הטפלה לעסקת היסוד, היא תניית המידיות, המופיעה בחלק מכתבי הערבות הבנקאית, ולפיה המוטב זכאי לתשלום מידי "על־פי דרישה ראשונה".

59. ואכן, כך מוגדרת ערבות זו בסעיף 2(a) לכללי ה־Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG):[50]

> "For the purposes of these Rules, a demand guarantee (hereinafter referred to as "Guarantee") means any guarantee, bond or other payment undertaking, however named or described, by a bank, insurance company or other body or person (hereinafter called "the Guarantor") given in writing for the payment of money on presentation in conformity with the terms of the undertaking of a written demand for payment and such other document(s) (for example, a certificate by an architect or engineer, a judgement or an arbitral award) as may be specified in the Guarantee, such undertaking being given

50 כללי ה־URDG נערכו בשנת 1992 על־ידי לשכת המסחר הבינלאומית (ICC). סעיף 1 לכללים אלו קובע כי הם יחולו כמכלול ביחס לכל ערבות המפנה אליהם, מלבד סעיפים שהוחרגו במפורש בכתב הערבות, ובלשון הסעיף:

"These Rules apply to any demand guarantee and amendment thereto which a Guarantor (as hereinafter described) has been instructed to issue and which states that it is subject to the Uniform Rules for Denand Guarantees of the International Chamber of Commerce (Publication No. 458) and are binding on all parties thereto except as otherwise expressly stated in the Guarantee or any amendment thereto".

כללים אלו אינם חלים על ערבויות שאינן מפנות אליהם, אך יש בהם כדי להוות מדריך בדבר הדין והנוהג הרצויים. כשם שכללי ה־UCP מהווים אינדיקציה כאמור ביחס לאשראים דוקומנט־ריים.

i) at the request or on the instructions and under the liability of a party (hereinafter called "the Principal"); or

ii) at the request or on the instructions and under the liability of a bank, insurance company or any other body or person (hereinafter: "the instructing Party") acting on the instruction of a Principal to another party (hereinafter the "Beneficiary")".

60. במקרה של ערבות אשר מימושה הוא על־פי דרישה, נמצא על־פי נוסח כתב הערבות עצמו כי הבנק חייב לבצע את התשלום ללא כל צורך בשמץ של ראיה מהותית בנוגע למחדלו של החייב העיקרי. בנסיבות אלה, נראה לכאורה, על פניו, כי בפנינו כתב שיפוי.[51]
בהקשר זה מציין Bertrams:[52]

"In international trade, payment on the beneficiary's first demand is probably the prevailing type of payment mechanism. If the guarantee provides for this mechanism the beneficiary is entitled to payment without any condition other than submitting the request for payment. He need not adduce any evidence or corroboration concerning the principal debtor's default or his entitlement to compensation according to the underlying relationship. Further, the beneficiary is entitled to claim the full amount of the guarantee without proof or specification of the size of his loss. In

51 אצל גינוסר, בעמ' 69–70: "... יתרונה של ערבות בנקאית, שבה מתחייב הבנק לשלם לנערב 'לפי דרישה ראשונה' כי גם היא מכוונת לבודד את תביעת הנערב מכל מיני השגות שהחייב העי־קרי עשוי להשיג על תביעת הנערב כלפיו. גם כאן אין הבנק הנערב מקבל על עצמו את התפקיד לברר אם ביצע החייב העיקרי את החוזה, או שמא הפר אותו...".

52 אצל Bertrams, בעמ' 48.

its turn, the bank is not permitted to ask for any evidence or to enquire into these matters. At any rate, any queries and doubts on the part of the bank do not exonerate the bank from the obligation to proceed to payment forthwith when the beneficiary demands it. In short, the beneficiary's substantive entitlement to compensation according to the underlying relationship is not an issue which can be addressed as far as the contract of guarantee is concerned. That issue can be raised by the account party after payment by the bank".

61. יתרונה של ערבות לתשלום "על־פי דרישה ראשונה" נעוץ באפשרותו של המוטב לקבל תשלום מידי, בלא שיהיה עליו להוכיח תחילה את החוב מכוח עסקת היסוד. במקרה זה, המוטב יחזיק בכספים, כל עוד שלא נקבע אחרת בהכרעה סופית בסכסוך בין הצדדים לעסקת היסוד; זוהי אכן אחת מן המטרות המובהקות של ערבות בנקאית.[53] כך, למשל, מצינו בעניין אמרז,[54] בו קובע בית המשפט קמא, מפי השופטת סוקולוב, כי מכיוון שבנוסח הערבות נאמר כי החיוב לשלם הוא מיד עם דרישה ראשונה, ללא צורך לנמק, הרי שזהו כתב שיפוי על־פי סעיף 16 לחוק הערבות, ואין המדובר בחיוב הטפל לעסקת היסוד. בית המשפט העליון (כב' השופט אנגלרד) אישר את הקביעה האמורה, תוך שהוא מוסיף כי יש חשיבות גדולה לשמור על עצמאותה של ערבות אוטונומית, לשם יעילותה המסחרית, כך שלא תהא תלויה בעסקת היסוד. אי תלות זו מצמצמת צמצום רב ביותר את אפשרויות ההתגוננות מפני חובת התשלום לפי כתב הערבות האוטונומית. הגיעו דברים לידי כך שהשופט Kerr בפרשת Harbottle[55] ציין כי מימוש של ערבות באופן כה חד צדדי על־ידי המוטב מעורר השתאות, אך זוהי הפרקטיקה הנוהגת (במיוחד במזרח התיכון). ובלשונו:

"Performance guarantees in such unqualified terms seem astonishing, but I am told that they are by no means unusual, particularly in transactions with customers in the Middle East".

---

53 יתרון זה של תניית המידיות של הערבות הבנקאית שתנאי מימושה הם "על־פי דרישה ראשונה" של המוטב, מכונה בשם "נזילות" (או "תשלום ללא דיחוי").

54 ע"א 3568/98 שלופה אליאס נ' אמרז בע"מ, פ"ד נד(2) 85 (2000).

55 Harbottle (Mercantile) Ltd. v. Nat. Westminster Bank, 2 All ER 862, 865 (1977)

62. ברם, שבעניין אחר קבע בית המשפט העליון כי למילים "לפי דרישה ראשונה" אין לתת משקל מכריע בסיווגו של המסמך כהתחייבות לשיפוי, ויש לבחון את כתב הערבות בכללותו, ואת מידת התאמתו לתניות נשוא עסקת היסוד. יש ליתן משקל מהותי ביותר לתוכן כתב הערבות, ולמידת ההתאמה בין האמור בכתב הערבות לבין החוזה נשוא עסקת היסוד אשר להבטחת ביצועו ניתן כתב הערבות. מקום שהערבות הולכת עקב בצד אגודל אחר תניות החוזה, בפנינו ערבות הטפלה לעסקת היסוד. לעומת זאת, ככל שמתרחב הפער בין האמור בכתב הערבות לבין תניות עסקת היסוד, הרי שבפנינו כתב שיפוי. כך ראה את הדברים כב' הנשיא שמגר בעניין פרדו.[56] באותו עניין, ניתח בית המשפט כתב ערבות כדי לבדוק האם יסווג כשיפוי או כערבות, וזאת, בין השאר, על בסיס ההתחייבות לשלם "עם דרישה ראשונה". בית המשפט קבע, מחד גיסא, כי:

> "לשימוש בתיבה זו יש משקל ניכר בגיבוש המסקנה, כי בכתבי הערבות אכן מגולמת התחייבות אוטונומית לשיפוי. גישה זו מצאה ביטוי עקבי בפסיקתו של בית משפט זה... והיא מושתתת על הלשון ההחלטית הננקטת בתיבה האמורה. לשון זו מבטאת כוונה לכאורית של הצדדים שלא להכפיף את חבות הערב לבירור מקדים וממצה של חבות החייב, ולכן יש בה, על פניה, כדי להצביע על כוונה של הצדדים ליצור התחייבות אוטונומית לשיפוי".

63. עם זאת, בית המשפט לא ראה בביטוי "על־פי דרישה ראשונה" את חזות הכול, ובאותו עניין קבע כי על אף שנכללו בכתב הערבות המילים "על־פי דרישה ראשונה", הרי שבחינת כתב הערבות בכללותו מובילה למסקנה כי אין מדובר בהתחייבות אוטונומית לשיפוי אלא בערבות רגילה, הטפלה לעסקת היסוד. וכך הבהיר בית המשפט בהקשר זה:

> "אינני סבור כי יש בצירוף מילים זה כדי לבסס מסקנה החלטית בדבר סיווגו של מסמך, ולדעתי ראוי כי סיווג זה – גם כשמדובר במסמך בו נעשה שימוש בתיבה האמורה – ייעשה על יסוד התייחסות למכלול ההוראות והקביעות המצויות בו".[57]

---

56 עניין פרדו, לעיל ה"ש 23, בעמ' 651–652.

57 כב' הנשיא שמגר, בפסק הדין הנ"ל בעניין פרדו, לעיל ה"ש 23, ניתח את פסק הדין של בית

א(4)(ג) "בלא צורך לבסס ולנמק את הדרישה"

64. אינדיקציה מהותית נוספת להיותה של ערבות בנקאית מסמך אוטונומי המנותק מעסקת היסוד, להבדיל מחיוב משני, היא האמירה לפיה הערבות תמומש עם דרישת המוטב – מבלי שיהא עליו לבסס ולנמק דרישה זו. מובן מאליו כי אדם אינו יכול לנהוג בשרירותיות, אך העובדה שניתנת לו זכות לממש את הערבות בלי צורך לבסס ולנמק את דרישתו, נועדה להדגיש כי מדובר בחבות נפרדת, שאינה תלויה בעסקת היסוד. ביטוי זה גם מגלם אמירה שלפיה אף אם יש טענות נוקבות לחייב על־פי עסקת היסוד, הוא לא יהא רשאי להעלותן ככל שהדברים נוגעים למימוש הערבות הבנקאית, וביחס לזו – המימוש יתאפשר בכל מקרה על־פי דרישת המוטב. אמירה זו היא על כן בגדר "ביטוי מפתח", המאפיין ערבות בנקאית אוטונומית. יתרה מכך, לאמירה זו יש משקל עצום בפרשנות כתב הערבות הבנקאית. בית המשפט העליון הבהיר בעניין גרבשטיין[58] כי משנכללת בכתב הערבות הבנקאית תניה לפיה אפשר לממש את כתב הערבות על־פי דרישת המוטב, מבלי שיהיה עליו לנמק או לבסס אותה, הרי שאמירה זו אף גוברת על הזכרת עסקת היסוד בכתב הערבות הבנקאית, והופכת אזכור זה ל"פיטומי מילי בעלמא", כלומר לפטפוט מילים בעלמא – חסר משמעות.

65. הכללת הביטוי "בהיעדר צורך לנמק" היא אפוא אינדיקציה ברורה להיותה של הערבות אוטונומית. אולם Bertrams סבור כי גם כאשר נקבע באופן פוזיטיבי כי על הדרישה הראשונה של המוטב להיות מוצדקת ומבוססת, בפנינו כתב שיפוי ולא ערבות הטפלה לעסקת היסוד.[59] בישראל לא נדונה שאלה זו בפסיקה, אך

המשפט העליון בעניין אגף ייבוא המזון, לעיל ה"ש 12, ובו ציטט בית המשפט את לשון כתב הערבות, וקבע בעמ' 531: "כנראה בעליל, לא זו בלבד שהערבות לא הייתה לגוף אחד עם חוזה המכר, אלא היא גם אינה הולכת אחר לשון החוזה בכל פרטיו... מקום שהערבות הולכת בכול וכול אחרי תניות החוזה, אין הנערב יכול להיפרע מן הערב, אלא אם יוכיח את זכותו להיפרע, ממש כדרך שחייב להוכיחה כאשר הוא תובע את החייב העיקרי. ואולם בענייננו התחייב הבנק לשלם למדינה את סכום הערבות לפי דרישה ראשונה, ומטרתה של ערבות כזו היא... לבודד את תביעת הנערב כלפי הערב מכל מיני השגות שהחייב העיקרי עשוי להשיג על תביעת הנערב כלפיו ".
עם זאת, הבהיר כב' הנשיא שמגר כי הדברים שם לא נחתכו על בסיס המילים "לפי דרישה ראשונה", וכי למילים אלו לא ניתן משקל מכריע בסיווגו של המסמך כהתחייבות לשיפוי. כב' הנשיא שמגר ציין כי: "... מסקנת בית המשפט באותו עניין הושתתה לא רק על השימוש בתיבה 'לפי דרישה ראשונה', אלא גם על אי ההתאמה אותה מצא בין האמור בכתב הערבות ובין תניות החוזה, אשר להבטחת ביצועו ניתן כתב הערבות. חיזוק לקו מחשבה זה מוצא אני באמור בהמשך פסק הדין... שם מעמיד בית המשפט את מסקנתו במפורש על שני הנדבכים האמורים".

58 ראה בעניין גרבשטיין, לעיל ה"ש 11, מפי כב' השופט (כתוארו אז) זילברג.

59 אצל Bertrams, בעמ' 53:

מצינו התייחסות לשאלה מה יהיה הדין מקום שבו כתב הערבות הבנקאית שותק ואינו מציין את היעדר הצורך לנמק או לבסס את דרישת המוטב למימוש הערבות, כפי שאינו מציין את הזכות למסור הודעה שאינה מנומקת ואינה מבוססת. האם שתיקה זו מלמדת כי הערבות אינה אוטונומית? סוגיה זו נדונה בעניין פרדו,[60] ובו הבהיר כב' הנשיא שמגר כי על אף שלא נקבע בכתב הערבות כי מימושה טעון ראיה או נימוק, אין בכך כדי להוכיח כי אין המדובר בהתחייבות אוטונומית לשיפוי, שכן לצורך כך צריך הוראה מפורשת בכתב הערבות המחייבת בהנמקה או בביסוס. ובלשונו:

> "... אין מחלוקת כי בכתבי הערבות לא מופיעה דרישה מפורשת להנמקה או לביסוס כלשהם של דרישת המנהל מאת הערבים. נתון זה ניתן, לדעתי, לפירוש דו משמעי: מצד אחד, ניתן לגרוס – כפי שעשה בית המשפט קמא – כי דרישת התשלום מכוח כתבי הערבות אינה טעונה הנמקה או ביסוס כלשהם. מצד שני, בשורה ארוכה של עניינים, שבהם נדון סיווגם המשפטי של כתבי ערבות, הורו הצדדים במפורש, כי לא יהיה צורך בביסוס דרישתו של הנערב מן הערב... והדבר הובא בחשבון בסיווג המסמכים כהתחייבויות אוטונומיות לשיפוי".
>
> ...
>
> "... ניתן לגרוס כי בהיעדרה של הוראה מפורשת, הפוטרת את הנערב מחובת הנמקה או ביסוס של דרישתו, יש כדי להחליש את הטענה בדבר היות המסמך התחייבות אוטונומית לשיפוי.
>
> "לאור מגמות סותרות אלו אינני סבור כי יש לייחס משקל לנתון האמור במסגרת תהליך סיווגו של המסמך שלפנינו".

66. לכאורה, בהתאם לקביעתו זו של בית המשפט העליון, אין לייחס כל משקל

"Guarantee instruments sometimes state that they are payable on 'first justified demand'. The question of whether these instruments amount to proper first demand guarantees or to something else, and what meaning is to be given to the adjective 'justified' is a matter of construction. In the absence of clear indications to the contrary, case law treats these 'guarantees' as independent guarantees requiring the submission of a statement of default ..."

60 עניין פרדו, לעיל ה"ש 23, בעמ' 652; כמו כן ראה בעניין חירם לנדא, לעיל ה"ש 18.

להיעדרה של הוראה בדבר היעדר צורך בהנמקה או בביסוס לדרישת המוטב למימוש הערבות. אכן, כאשר קיימות מילות מפתח אלו הפוטרות מן הצורך בהנמקה או בביסוס – אות הוא כי הערבות היא אוטונומית, אך מהיעדרן של מילים אלו אין ללמוד על דרך השלילה כי הערבות אינה אוטונומית. ברם, שבעניין מיאב[61] הסיק בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) מן הנסיבות הספציפיות של הוצאות הערבות, כי השמטת המילים הללו נעשתה באופן מכוון, מתוך מטרה להימנע מנטילת הסיכון הכלכלי הכרוך במימוש הערבות באופן המנותק לחלוטין מעסקת היסוד. היעדרן של מילים אלה מכתב הערבות לא נעשה בדרך של השמטה מקרית על־ידי מי שאינם בקיאים בניסוח כתב ערבות בנקאית, אלא נעשה על־ידי גורם מיומן ומיוצג היטב, והדבר נבע מאומד דעת ברור שהביא לחתימת כתב הערבות, שנסיבות הוצאתה ותפקידה היו שונות באופן ניכר מאלו של ערבות בנקאית רגילה בין שני צדדים לחוזה מסחרי.[62] באותו מקרה דן בית המשפט בערבות בנקאית, שבה מחד גיסא נכתב כי היא ניתנת למימוש "על־פי דרישה ראשונה" של המוטב, אך מאידך גיסא, לא נאמר בה כי היא ניתנת למימוש על־פי דרישה "בלא צורך בהנמקה או בביסוס". השאלה שהתעוררה הייתה האם במקרה כזה בפנינו אינדיקציות סותרות לאוטונומיות של הערבות? בית המשפט קבע כי אין לקבל את הטענה לפיה עסקינן בערבות רגילה, קרי – חיוב טפל לחיוב העיקרי, הדורש נקיטת הליכים והוכחות משפטיות כנגד החייב. דבר זה נשלל במפורש בכתב הערבות עצמו, ואין כל עילה "להופכו על ראשו" על־ידי פרשנות שיפוטית. עם זאת, קבע בית המשפט כי אי אפשר להתעלם או לשלול נפקות מניסוחה המיוחד של הערבות וכי היעדרה של התניה "בלא שיהיה עליכם לבסס או לנמק את דרישתכם" לא היה מקרי כלל וכלל, אלא הולם היטב את התכלית ואת הנסיבות שעמדו מאחורי חתימת החוזה. בית המשפט הדגיש כי לא יוכל להשלים עבור הצדדים את ניסוח כתב הערבות, ולכלול בו אמירה בדבר "היעדר צורך בהנמקת הדרישה" של המוטב, מקום שבו היא אינה קיימת. דבר שכזה לא יהיה בגדר של פרשנות שיפוטית, אלא שינוי מהותי בדיעבד במערך ההסכמות היסודי בין הצדדים, שכן ההלכה שנקבעה בעניין גרבשטיין הנ"ל, לפיה אין תוקף לאזכור עסקת היסוד בכתב הערבות הבנקאית, נפסקה כך רק על בסיס מילות המפתח "בלא שיהיה

61 עניין מיאב, לעיל ה"ש 5.

62 בעניין מיאב, שם: "היעדר תניה הפוטרת את העירייה מנימוק וביסוס דרישתה אינו מקרי, אלא חלק מהותי מן ההסכמות בין הצדדים, ועל בית המשפט ליתן לכך נפקות, בדונו בגורלה של הערבות דנן. זאת ועוד; עניין לנו בצד לחוזה שהינו גוף מנהלי מבוסס, בעל ניסיון ומיוצג היטב, אשר אין להניח לגביו כי היה בלתי מודע למשמעות הניסוח של כתב הערבות (כאשר כוח המיקוח העדיף נותר לאורך כל הדרך בידיו, מעצם כוחו המנהלי ויכולתו לסרב ליתן היתר בנייה...)".

עליכם לבסס או לנמק את דרישתכם". ממילא, בהיעדר מילות מפתח אלו, יש משקל לאזכור עסקת היסוד שמופיעה בכתב הערבות.

67. הניתוק של הסכם השיפוי, נשוא הערבות הבנקאית, מעסקת היסוד, מאפשר למוטב לממש את הערבות הבנקאית באופן כמעט "אוטומטי", מבלי שהוא נדרש לנמק ולהוכיח האם וכיצד הופרה עסקת היסוד.[63] עם זאת, דווקא ה"אוטומטיות" שביצירת החבות מכוח ערבות בנקאית, מחייבת זהירות יתר בבחינת השאלה האם על־פי פרשנות נכונה של הזירה החוזית המבודדת בין הבנק מנפיק הערבות הבנקאית לבין המוטב, קמה אכן חבות בתשלום. אמנם אין צורך לבחון את החבות על־פי עסקת היסוד, אבל יש צורך מוגבר בבחינה מדוקדקת של החבות על־פי כתב הערבות הבנקאית עצמו. עמדה על כך כב' השופטת אלשיך בעניין אחוזת סביון:[64]

> "כתב הערבות דנן הינו חוזה לכל דבר ועניין בין הבנק לבין מוטב הערבות. זאת, בכפוף לאומד הדעת הכללי האוכף את החוזים מסוג זה (מעצם מהותם כחוזי ערבות אוטונומית אשר יסודם במטרה ליצור ודאות וביטחון בדרגה גבוהה), אשר מחיל פיחות מהותי ויורד לשורשו של עניין בעניין כוחן של נסיבות חיצוניות לחוזה, הכרוכות בעסקת היסוד.
> "יוצא, כי שאלת מימוש הערבות תלויה, בסופו של יום, בהתקיימות התנאים החוזיים המופיעים בכתב הערבות עצמו. פרשנותו של זה נעשית לפי דיני החוזים לכל דבר ועניין, תוך מתן חשיבות ראויה ללשון הטקסט ושאיפה לפירוש הרמוני של סעיפי החוזה. יוצא, כי ככל שעסקינן בכתב הערבות עצמו, הרי שאין המושג 'ערבות אוטונומית' פועל כ'מילת קסם', הפוטרת את מוטב הערבות מלהוכיח כי התקיימו התנאים החוזיים בערבות עצמה המאפשרים לו לדרוש את מימושה. זאת בניגוד לדין הקיים לגבי תנאים

63 כך למשל קבעה כב' השופטת אלשיך בעניין מיאב, שם: "כאשר עסקינן בדרישה לחילוט הערבות בגין עילה השייכת לתחום המוסכם המכוסה על־ידה, כפי שנקבע בידי הצדדים בכתב הערבות... אין חלה על מוטב הערבות כל חובה לנמק ולהוכיח האם וכיצד הפרה החברה החייבת את עסקת היסוד. אולם אין בסעיף העוסק באופן הדרישה בכדי להכניס לכתב הערבות יותר מאשר יש בו, וכאשר נקבעה הגבלה מפורשת, הרי שהיא תוסיף לחול".

64 שם, בעמ' 368.

חוזיים המופיעים בחוזה בין הצדדים לעסקת היסוד, אשר עוסק בדרישה להעמיד ערבות ובתנאים לחילוטה.
"זאת ועוד; דווקא מעמדה המיוחד ורב העוצמה של הערבות האוטונומית, על ניתוקה מעסקת היסוד ולעתים אף מתנאים חוזיים בעסקת היסוד העוסקים בערבות עצמה, דורש מבית המשפט לנקוט זהירות רבה כאשר הוא עוסק בפרשנות כתב הערבות עצמו. זאת משום שלהוציא חריגים קשים להוכחה של מרמה ונסיבות מיוחדות, אין ברשות מוציא הערבות כל כלי אפקטיבי להתגונן מפני מוטב הערבות, מלבד התנאים המופיעים בכתב הערבות עצמו. זאת אף אם עולות ראיות לכאורה כי מוטב הערבות פועל שלא כדין, חב בעצמו כספים למוציא הערבות, או מנסה להתעשר על חשבונו שלא כדין. יתר על כן: ההגבלות המופיעות בכתב הערבות הינן האמצעי היחיד בו ניתן לאבחן אילו סיכונים כלכליים היה מוציא הערבות מוכן לקחת על עצמו ולהכליל במסגרת ערבות בנקאית אוטונומית, ואילו מהם סירב לקחת על עצמו, ועמד על כך כי תביעה בגינם תיעשה לפי עסקת היסוד, על כל המשתמע מכך".

א(4)(ד) ערבויות ביצוע וערבויות פיננסיות

68. לעתים הערבות הבנקאית משמשת כלי לתשלום "על־פי דרישה ראשונה", ובמקרים אלה מלאכתו של הפרשן קלה יחסית, בקביעה כי זוהי ערבות אוטונומית. אולם לעתים נקבע בכתב הערבות הבנקאית כי הערבות ניתנת למימוש כנגד הצגה של החלטה שיפוטית או פסק בוררים להוכחת הפרת ההסכם על־ידי החייב העיקרי. במקרה זה, הערבות נוטה הרבה יותר לכיוון של ערבות נלווית, והרציונל שלה לא יהא נעוץ בניתוקה מעסקת היסוד, אלא בעיקר באפשרות של המוטב להיפרע מגורם פיננסי יציב, בלא להיות תלוי במאסת הנכסים של החייב על־פי עסקת היסוד ובלא צורך לנקוט באמצעי גבייה. השימוש הקלאסי הנעשה בערבות בנקאית בדרך זו, שאיננה "לפי דרישה ראשונה", אלא דווקא לפי פסק בוררים, הינו במסגרת של ערבויות ביצוע.

69. בהקשר זה יש לעמוד על ההבחנה בין ערבות בנקאית המיועדת להבטיח תשלום במקרה של ביצוע חוזה לבין ערבות בנקאית המיועדת להבטיח תשלום במקרה של הפרת חוזה. הבחנה זו היא בסיסית וחיונית לפרשנות כתב הערבות הבנקאית, באשר הערבות הבנקאית המשמשת כבטוחה לתשלום (המכונה "ערבות פיננסית")

מנותקת יותר מעסקת היסוד. לעומת זאת, הערבות הבנקאית שתכליתה להבטיח את ביצוע עסקת היסוד (המכונה "ערבות ביצוע") ניחנה בזיקה הדוקה יותר לעסקת היסוד, ויש לפרשה ולממשה תוך השקפה מסוימת על עסקת היסוד הניצבת בבסיסה. יש אפוא להבחין בין שני סוגים אלה של ערבויות בנקאיות (ערבויות ביצוע וערבויות פיננסיות) ולשים לב כי הן אינן עשויות מעור אחד. כך למשל מבהירים ששון, יפרח ושנקר בספרם אשראים דוקומנטריים – היבטים מעשיים ומשפטיים:[65]

> "מכתב האשראי לערבות שונה מערבות ביצוע, שמימושה מותנה בדרך כלל בהחלטה (שיפוטית או אחרת), המכירה בזכות הנערב לממשה; ואין לערבב בין שני סוגי 'ערבויות' אלו".

70. ערבות פיננסית מיועדת להבטיח אשראי, אשר המוטב (הנושה בעסקת היסוד) מעניק לחייב. החבות אינה מותנית בביצוע הפרויקט אלא בביצוע של תשלום, וממילא מימושה אמור להיות חד וחלק. ברגע שהמוטב מגלה כי התשלום לא בוצע על־ידי החייב, הוא נפנה להיפרע מן הערבות הבנקאית. בדרך כלל זוהי הערבות הבנקאית שבה תיכלל פסקת המימוש "לפי דרישה ראשונה בלא צורך בהנמקה או ביסוס".

לעומת זאת, ערבות ביצוע נועדה להבטיח את ביצועו של פרויקט – כלומר, את ההתחייבויות החוזיות של החייב בעסקת היסוד כלפי הנושה – מוטב הערבות הבנקאית. ערבות זו אינה משמשת אמצעי להבטחת המימון ואינה מיועדת להבטיח את פירעון התמורה במקרה של עמידה בתנאי החוזה. אדרבה, היא משמשת דווקא כבטוחה לקיומן של מקורות להיפרע מהם דווקא במקרה של הפרת החוזה וביצועו הכושל. לעתים אף משמשת הערבות הבנקאית אמצעי לחץ על החייב בעסקת היסוד להשלים את ביצוע המוסכם לשביעות רצונו של המוטב, כאשר עצם האיום כי הלה יממש את הערבות הבנקאית במקרה של הפרת חוזה, מהווה תמריץ כבד משקל לחייב העיקרי לבצע את התחייבויותיו ללא דיחוי ובאופן משביע רצון. מימושה של ערבות זו מותנה בדרך כלל בהחלטה שיפוטית

65 ד' מ' ששון, מ' יפרח, א' שנקר אשראים דוקומנטריים – היבטים מעשיים ומשפטיים 62-60 (מהדורה שנייה, תשנ"ו). הם מבהירים שם כי ערבות בנקאית היא סוג של מכתב אשראי ולא סוג של ערבות (ערבות בנקאית מכונה בארצות הברית standby letter of credit, או guarantee letter of credit). ההבדל העיקרי בין מכתב האשראי המסחרי לבין הערבות הבנקאית (מכתב האשראי לערבות) הוא כי מכתב האשראי המסחרי בא להבטיח תשלום כנגד ביצוע התחייבויות חוזיות מסוימות, ואילו הערבות הבנקאית באה להבטיח תשלום דווקא בעת הפרת ההתחייבות החוזית.

או אחרת בדבר הפרת ההתחייבויות נשוא עסקת היסוד, שאם לא כן מנין יידע הבנק כי התחייבויות אלו לא בוצעו?

71. להבחנה בין "ערבות ביצוע" לבין "ערבות פיננסית" יש חשיבות רבה מבחינת הבנק מנפיק הערבות, משום שעל־פי סוג הערבות קובעים הבנקים את רמת הסיכון הצפויה להם.[66] מקום שבו מדובר ב"ערבות פיננסית", הרי שהמנגנון המהיר והכמעט אוטומטי למימוש ערבות זו מחייב את הבנק להתייחס אליה כאל כספים העלולים בכל רגע להימשך מן החשבון של החייב ולאור רמת הסיכון הגבוהה, יש להפחית סכומים אלו מראש מצבת הנכסים של החייב בעסקת היסוד – הלקוח של הבנק (דהיינו, יש להתייחס לכך כאל יתרת חובה באובליגו של הלקוח). לעומת זאת, כאשר מדובר ב"ערבות ביצוע", הרי שהסיכון למימוש הערבות נמוך יותר, הן משום שמנגנון המימוש הקבוע בכתב הערבות אינו "על־פי דרישה ראשונה" של המוטב, אלא דורש הצגת מסמך המעיד על כישלון בביצוע של חוזה, והן משום שבמקרים אלו לעתים קרובות המימוש תלוי בקיומה של הכרעה שיפוטית המקיימת זיקה מסוימת לעסקת היסוד. כך סיכם את הדברים בית המשפט העליון (כב' השופט עדיאל) בעניין צוריאל לביא:[67]

> "ערבות ביצוע הנה ערבות שנועדה להבטיח ביצוען של התחייבויותיו החוזיות של הלקוח מבקש הערבות כלפי המוטב, זאת בשונה מערבות פיננסית שנועדה להבטיח אשראי אשר מעניק המוטב ללקוח, מבקש הערבות...
> "מהראיות שבאו בפני בית המשפט קמא גם עולה שהסיכון הכרוך, מבחינת הבנק, במתן ערבות פיננסית, עולה בהרבה על זה הכרוך במתן ערבות ביצוע".

---

66 כך למשל בפש"ר (ת"א) 1896/02, בש"א 17225/02 צוריאל לביא בתפקידו כנאמן נגה אלק־רוטכניקה בע"מ ונגה תעשיות אלקטרו־מכניות (1986) בע"מ נ' בנק המזרחי, תק־מח 2003(2) 2030 (2003), השתמע שמדובר בערבות ביצוע, ובפועל עשו בה שימוש כערבות פיננסית, לכן התעוררה שאלה האם אפשר למנוע את חילוט הערבות. בית המשפט קבע בהקשר זה כי הבנק מנפיק הערבות מביא לידי ביטוי בין שיקוליו את השאלה האם זו ערבות פיננסית שמימושה הוא כמעט אוטומטי, או שמדובר בערבות ביצוע, שמימושה מותלה בכישלונו של פרויקט, ולעתים בהכרעה שיפוטית בדבר כישלון שכזה. כמו כן, ציין בית המשפט כי לצורך אותה הערכת סיכונים מייחסים הבנקים חשיבות לשאלה האם המוטב הוא חברה זרה או חברה מקומית, והאם המוטב הוא אדם או חברה פרטית.

67 עניין חבר, לעיל ה"ש 23.

יש אפוא נפקות רבה להגדרת סוג הערבות כאשר עסקינן בפירושה ובאופן מימושה, ולא הרי ערבות פיננסית כהרי ערבות ביצוע. הראשונה מנותקת לחלוטין מעסקת היסוד, ואילו השנייה נקראת על רקע עסקת היסוד, מתפרשת וממומשת בהקשר התלוי בנסיבות עסקת היסוד ודרך ביצועה. שאלת פרשנות מקדמית היא על כן, האם הערבות שבה עסקינן היא ערבות ביצוע או ערבות פיננסית. בהקשר זה הבהיר כב' השופט עדיאל, בעניין לביא הנ"ל כי כאשר בכתב הערבות הבנקאית מופיעות המילים "בקשר לביצוע הסכם", הרי שבפנינו ערבות ביצוע. לעומת זאת, כאשר בכתב הערבות הבנקאית מופיעות המילים "בקשר להסכם" (בלי המילה "ביצוע"), אפשר לפרש את הערבות גם כפיננסית, כבטוחה שניתנה להבטחת האשראי שניתן במסגרת אותו הסכם.

א(5) פגמים בתוקף המשפטי של הערבות הבנקאית

72. לנוכח העובדה כי הערבות הבנקאית היא חוזה בין הבנק – מנפיק הערבות, לבין מוטב הערבות הבנקאית, חלים דיני החוזים לא רק בנוגע לפרשנות ההסכם,[68] אלא גם ההוראות העוסקות בפגמים בכריתת חוזה. כך מבהיר בית המשפט העליון בעניין צוריאל לביא:[69]

> "לית מאן דפליג כי היחסים הנוצרים בין בנק המוציא ערבות בנקאית האוטונומית לבין המוטב בערבות הבנקאית, הנם יחסים בעלי אופי חוזי... על יחסים אלו חלים דיני החוזים ובכללם הדינים העוסקים בפגמים בכריתת חוזה".

73. משום כך, בבירור קיומה של עילה משפטית מכוח ערבות בנקאית, יש לתת את הדעת לחוקיות דרישת המימוש (וזוהי הסוגיה של חריג המרמה וחריג הנסיבות המיוחדות, שיידונו להלן בפרקים ד ו־ה, בהתאמה), וכן יש לתת את הדעת

---

68 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 693: "ערבות בנקאית, בין שנראה אותה כערבות רגילה, כהגדרתה בסעיף 1 לחוק הערבות, התשכ"ז־1967, ובין שנראה אותה כערבות בנקאית אוטונומית – שהיא, בעצם, חיוב עצמאי – או כ"התחייבות לשיפוי" לפי סעיף 16 לחוק, היא התחייבות בעלת אופי חוזי (סעיף 3 לחוק הערבות)... שעליה חלים עקרונות הפרשנות החוזיים, ובראש ובראשונה, הפרשנות בהתאם לאומד דעתם של הצדדים (סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973)".

69 עניין חבר, לעיל ה"ש 23, בפסקה 20 לפסק הדין; וראה גם: ע"א 4724/90 א.ש.ת. כספים בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד, פ"ד מו(3) 570, 578־579 (1992).

לשאלה האם מבחינה חוזית יש תוקף להתחייבות הבנק, או שמא נפל פגם בערבויות עצמן, המונע את תוקפן המשפטי. כך הבהיר בית המשפט העליון בעניין שובל הנדסה:[70]

> "הערבות הבנקאית בנויה על בסיס חוזי, וחל עליה דין החוזים, ובכלל זה הדין הנוגע לפגמים בחוזה כגון הטעיה, כפייה, עושק, אי חוקיות וכיוצא באלה (פרק ב לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). אם מוכח כי נפל פגם בבסיס ההסכמי של הערבות הבנקאית בגדר אחת מעילות הפגם בדין החוזים, כי אז אפשר שניתן לבטלה בדרכים הקבועות לכך באותו דין".

74. בהתאם לכך, אם מתעוררת טענה מצד הבנק כי הוא הוטעה על־ידי המוטב והנפיק את הערבות הבנקאית מכוח טעות או הטעיה, הרי שהבנק יוכל לטעון לביטולה של הערבות הבנקאית. בהקשר זה יש להבהיר כדלקמן:

א) הערבות הבנקאית היא הסכם עצמאי, הנפרד מעסקת היסוד. טענות בדבר טעות, הטעיה, כפייה, עושק, אי חוקיות וכיו"ב טענות בדבר פגמים בכריתת החוזה הנוגעים לתקפות החבות מכוח עסקת היסוד – אינן רלוונטיות למישור היחסים שבין הבנק לבין המוטב, ואי אפשר להעלותן כנגד ערבות בנקאית (אלא אם כן מדובר בנסיבות המקימות את "חריג המרמה" שעליו נעמוד בפרק ד להלן). בהקשר זה מבהיר Bertrams:

> "Defences such as mistake, misinterpretation, economic duress and undue influence, which would entitle the account party to avoid or rescind the secured contract, are unlikely to amount to fraud. Within the constraints of preliminary proceedings, it will be extremely difficult for the account party to prove these allegation and that, if established, these

70 עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא: "בבירור קיומה של עילה משפטית למנוע את מימוש הע־בויות יש לתת את הדעת על שני היבטים: האחד – האם נפל פגם בערבויות עצמן הפוגע בתקפותן המשפטית? האחר – האם יש פגם בדרישת מימושן על־ידי המוטב, מסוג הפגם המוכר בדין כחריג לחובת מימושה של הערבות הבנקאית העצמאית?"

facts clearly justify avoidance of the contract. This is borne out by case law. Moreover, the nature of such defences is not sufficiently material as to deprive the beneficiary's demand for payment under the guarantee from any conceivable basis".[71]

ב) לעומת זאת, מקום שבו הבנק אינו טוען טענות שיסודן בעסקת היסוד, אלא טענות שיסודן בקשר החוזי נשוא הערבות הבנקאית עצמה, הרי שהדבר לגיטימי, שכן מדובר בהסכם שנכרת בין הבנק לבין המוטב, וביחס למסגרת חוזית נפרדת זו, רשאי הבנק להעלות טענות בדבר פגמים ברצון המפקיעים את תוקף החוזה. אין בכך כדי לפגום בעצמאות העילה נשוא הערבות הבנקאית כחוזה נפרד מעסקת היסוד, שהרי לא עסקינן בטענות הנוגעות לזירה החוזית הראשונה – שבין החייב לבין הנושה – אלא לטענות הנוגעות לזירה חוזית זו עצמה, שבין הבנק לבין המוטב.[72]

ב) בהתאם לכך קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) בעניין צוריאל לביא[73] כי כאשר בנק מנפיק ערבות, על בסיס מצג כי מדובר בערבות ביצוע, אשר גדר הסיכון שלה תחום לנסיבות שבהן החברה לא תבצע את עבודותיה, ולאחר מכן מגלה הבנק, כי בפועל מדובר בערבות פיננסית, ששימשה בטוחה לקבלת אשראי, ואשר גדר הסיכון במימושה נרחב הרבה יותר, הרי שהבנק רשאי בהחלט להעלות טענה של הטעיה, ולטעון לבטלותה של הערבות הבנקאית:

---

71 אצל Bertrams, בעמ' 62, וכן ראה פסקי דין נוספים שבהם נדחתה טענה ביחס לפגם בכריתה של החוזה נשוא עסקת היסוד, ככל שזו הועלתה כעילה נגד מימוש הערבות הבנקאית: Group Josi v. Walbrook Insurance, 1 Lloyd's Rep. 345 (1996); Csarnikow–Rionda v. Standard Bank London, 2 Lloyd's Rep. 187 (1999); Deutsche Ruckverisicherung v. Walbrook Insurance, 4 All ER 181 (1994).

72 בהתאם לכך קבע בית המשפט העליון בעניין חבר, לעיל ה"ש 23, כי "אין ממש בטענת המער־רים כי החלת הדינים העוסקים בכריתת חוזה על ערבות בנקאית אוטונומית תפגע בעקרון העצ־מאות של הערבות"; לעניין זה ראה גם אצל בן־אוליאל, בעמ' 489: "נכון כי מכוח כלל העצמאות לא עומדת לבנק טענת ההגנה של החייב העיקרי כלפי הנושה הנערב, אך אין הדבר אומר כי הבנק לא יוכל להתגונן כנגד הנושה הנערב על סמך טענות ההגנה של הבנק עצמו. על־כן, הבנק יכול להעלות כנגד הנושה הנערב טענות הגנה הקשורות ליצירת ההתחייבות הבנקאית אם, למשל, היא תוצאה של הטעיה שבוצעה נגד הבנק"; כמו כן ראה בעניין ברין, לעיל ה"ש 5 במבוא, בעמ' 114; אצל דותן, בעמ' 96; וכן אצל לרנר, בעמ' 42–43.

73 ראה בש"א צוריאל, לעיל ה"ש 66.

"בנסיבות המקרה דנן, הפכו הבנקים מוציאי הערבות לצד לכל דבר ועניין בבקשה. בכך, הוכנס לדיון רובד משפטי חדש, והוא הרובד החוזי שבין הבנק ליתרת הצדדים; רובד, אשר 'גולת הכותרת' שלו הינה החוזה המגולם בעצם כתב הערבות (להבדיל מעסקת היסוד, אשר הבנק אינו צד לה). בנסיבות המקרה דנן, טוענים הבנקים כי עצם הוצאת כתבי הערבות נבעה מהטעיה שהוטעו, ואי לכך קמה להם זכות לבטלם. בעניין זה, טוענים הבנקים כי הוטעו להאמין כי עסקינן בערבויות ביצוע, וזאת הן בשל נוסחן המרמז על כך, והן בשל הבהרות שניתנו להם... זאת, בעוד עתה טוענים המשיבים, ואף מבקשים לחלט את הערבות בתור ערבות פיננסית; לעניין זה, טוענים הבנקים כי עסקינן בערבות שונה לחלוטין ומסוכנת יותר, אשר תנאי הוצאתה ובדיקתה אחרים...".

ד) יתרה מכך, בית המשפט העליון (כב' השופט, כתוארו אז, ברק) קבע בפסק הדין בעניין בנק טפחות[74] כי בנק רשאי להעלות את טענת ההטעיה ביחס לתוקף הערבות הבנקאית, גם כאשר הוטעה על־ידי החייב בעסקת היסוד שלבקשתו ועל בסיס מערך הביטחונות שלו הנפיק את הערבות הבנקאית, וזאת אם מוטב הערבות הבנקאית היה מודע להטעיה זו.

75. על רקע זה נראה שגוי, בכל הכבוד, פסק הדין שניתן על־ידי בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין בנק דיסקונט,[75] ובו נטען כי הבנק טעה בהנפקת כתב

74 ע"א 508/89 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' דובובי־אלמוג, פ"ד מה(3) 68 (1991).

75 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5, מפי כב' השופט חבש: "לדעתי, אלה הם משחקי לשון שאין בהם ממש ואין להישמע להם. לאמיתו של דבר, זהו דבר והיפוכו: מצד אחד, הודאה ואישור שאין להעלות טענות הנוגעות לעסקת היסוד, ומצד שני, רצון עז ועיקש להיכנס דווקא לעסקת היסוד. דומה העניין כמי שמהלך בין הטיפות. האצטלה שניסה בנק דיסקונט להלביש לטיעונו הינה שקופה ביותר ודינה דחייה. סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), קובע החלת דיני החוזים צריכה להיעשות: 'ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים'. מכאן, כי אין מקום להחלת ואכיפת דיני החוזים כאשר יש בכך כדי לגרום לסטייה מעקרון העצמאות ולביטול תכונותיה של הערבות הבנקאית כערבות אוטונומית... נראה שיש לראות במכתב האשראי וביחסי המוטב והבנק מערכת חיובים SUI GENERIS. ככזה ייכלל הוא בהגדרת 'פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה' ו'חיובים שאינם נובעים מחוזה', ועל כן, יחולו עליו, בשינויים המחויבים, וככל שהדבר מתאים לעניין, הוראות חוק החוזים מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים. במילים אחרות, יש לבחון אם

הערבות הבנקאית, וכי רשלנות ומחדלים של הנושה ושל בנק המזרחי (אשר הנושה המחה לו את הערבות כנגד קבלת אשראי), גרמו ותרמו לבנק מנפיק הערבות (בנק דיסקונט) להוצאת כתבי הערבות. בית המשפט דחה טענה זו, בקובעו כי העלאת טענת הטעיה, כאמור, על־ידי החייב בעסקת היסוד, פוגעת בעצמאות של הערבות הבנקאית כחוזה נפרד מעסקה זו. קביעה זו הייתה נכונה אילו היינו אכן עוסקים בטענות מכוח עסקת היסוד. לעומת זאת, ככל שהטענה היא להטעיה במסגרת העסקה של הוצאת הערבות הבנקאית עצמה, אין לכך מקום.

בפרק זה, נמצאנו למדים כי הערבות הבנקאית היא כתב שיפוי המהווה הסכם עצמאי בין הבנק מנפיק הערבות לבין המוטב. הערבות הבנקאית מתפרשת על־פי דיני החוזים, בהתאם לעקרונות הפרשנות הרגילים המקובלים ביחס לחוזה, והיא גם ניתנת לביטול בשל פגמים בכריתה, על־פי דיני החוזים. באופן עקרוני, אמורה הערבות הבנקאית לעמוד על רגליה שלה תוך ניתוק מעסקת היסוד. האוטונומיות של הערבות הבנקאית היא לב לבה של ערבות זו, ויש לשמור עליה. אולם מידת האוטונומיות, הניתוק והעצמאות של הערבות הבנקאית מעסקת היסוד תלויים בסוג הערבות ובנסיבות הוצאתה. על כך נעמוד בהרחבה בפרק הבא.

הכללים שמבקשים להחילם מתיישבים עם הדינים הספציפיים, החלים על הערבות הבנקאית, ועם אופייה המיוחד".

פרק ב: האוטונומיות של הערבות הבנקאית

ב(1) מהותו של עקרון העצמאות

76. לב לבה ונשמת אפה של הערבות הבנקאית היא האוטונומיות שלה, דהיינו היותה חיוב עצמאי, נפרד ובלתי תלוי בעסקת היסוד. הגדרה ראויה של ערבות בנקאית היא:

"ערבות שהערב חייב לשלמה, ללא בירור בדבר צדקתה".[1]

להגדרה זו יש להוסיף את העובדה כי מדובר בהתחייבות שיפוי בלתי הדירה.[2] מכל מקום, אין המדובר בערבות כלל, אלא בחיוב ראשוני של הבנק מנפיק הערבות לשפות את המוטב. נעמוד להלן על סוגיה זו, נבהירה ונפרטה, ובתוך כך נעמוד גם על גדריה, נפקויותיה וסייגיה.

77. ערבות "רגילה" כמשמעה בחוק הערבות, היא התחייבות משנית, שבה אדם אחד ערב לקיום חיובו של אדם אחר כלפי נושה (סעיף 1(א) לחוק הערבות). ממילא, הערבות תלויה בכל היבטיה בקיומו של החיוב הראשוני. היה ופקע או הצטמצם החיוב הראשוני, יפקע או ישתנה בהתאם גם החיוב מכוח כתב הערבות. בהתאם לכך נקבע בחוק הערבות התשכ"ז־1976, כי אין ערבות אלא לחיוב בר תוקף (סעיף 2 לחוק הערבות); אין הערב חב יותר מחיובו של החייב, ולא בחמור ממנו (סעיף 4(א) לחוק הערבות); הוקטן החיוב הנערב, על־פי הסכם בין החייב לבין הנושה או על־פי ויתור של הנושה, מופטר הערב במידה שהופטר החייב (סעיף 5(א) לחוק הערבות); חל בחיוב הנערב שינוי אחר, משתנה חיובו של הערב לפי השינוי, והברירה בידי הערב לבטל את ערבותו אם השינוי היה יסודי ופוגע בזכויות הערב (סעיף 5(ג) לחוק הערבות); גרם הנושה לאי־מילוי החיוב

---

1 דברי כב' השופט א' שטרוזמן, המצוטטים בהסכמה על־ידי בית המשפט העליון בעניין שיכון עובדים, לעיל ה"ש 19 בפרק א', בעמ' 453.

2 ההגדרה צריכה על כן להיות: "ערבות בלתי הדירה שהערב חייב לשלמה, ללא בירור בדבר צ־קתה". ראה בהקשר זה בסעיף 5 לכללי ה־URDG של לשכת המסחר הבינלאומית (ICC), לפיו: "All Guarantees and Counter Guarantees are irrevocable unless otherwise indicated".

הנערב, מופטר הערב (סעיף 6(א) לחוק הערבות); גרם הנושה לפקיעת ערובה שניתנה להבטחת החיוב הנערב, ונגרם על־ידי כך נזק לערב, מופטר הערב כדי סכום הנזק (סעיף 6(ב) לחוק הערבות); כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו – עומדת גם לערב (סעיף 7(א) לחוק הערבות); התיישנה התביעה נגד החייב, מתיישנת גם התביעה נגד הערב (סעיף 7(ב) לחוק הערבות) – כלומר, חיובו של הערב טפל לחלוטין לחיובו של החייב בעסקת היסוד, תלוי בו, ומותנה בקיומו ובהיקפו.

78. שונה לחלוטין הוא חיוב מכוח ערבות בנקאית. במקרה זה, בפנינו חיוב עצמאי ובלתי תלוי בעסקת היסוד. יכול[3] בהחלט להיות מצב שבו בעסקת היסוד הנושה אינו זכאי לאגורה אחת מן החייב העיקרי, ועם זאת הוא מממש את הערבות הבנקאית ומקבל את מלוא סכום הערבות מן הבנק מנפיק הערבות.[4] הגורם היחיד שבו תלויה השתכללות החיוב מכוח ערבות בנקאית הוא קיומם של התנאים הקבועים בכתב הערבות עצמו. אדרבה, ההבחנה בין ערבות רגילה לבין ערבות בנקאית אוטונומית נעוצה בעצמאות מעסקת היסוד.[5]

---

3 כך מבהירה כב' השופטת פרוקצ'יה בעניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא, בעמ' 118: "הערבות הבנקאית האוטונומית שונה מן הערבות הרגילה במובן זה שהיא מהווה חיוב עצמאי ונפרד מן החיוב העיקרי של הבנק הערב כלפי המוטב, ולפיו, בהתקיים תנאים מסוימים האמורים בכתב הערבות, ישלם הבנק למוטב את סכום הערבות" וכן: "בעוד הערבות הרגילה תלויה בחיוב העיקרי שבין הצדדים לעסקת היסוד וטפלה לו, מתאפיינת הערבות האוטונומית במידת ניתוקה מעסקת היסוד שבין החייב, יוזם הערבות, לבין הנושה־המוטב".

4 עניין גרבשטיין, לעיל ה"ש 11 בפרק א, בעמ' 2814, מפי כב' השופט (כתוארו אז) זוסמן: "ב־רבות אוטונומית שכזאת, ייתכן שהנערב נפרע מן הערב, אך יהיה חייב בהשבה לחייב העיקרי, וייתכן גם שלא יוכל להיפרע מן הערב, אך החייב העיקרי חב לו. עילות החבות של השניים, החייב העיקרי והערב, אינן זהות". עם זאת, מעיר גינוסר, בעמ' 70, כי: "אמרת אגב זו של השופט זוסמן טעונה תיקון ביחס להשבת כספים שהנושה קיבל מן הערב מעבר למגיע לו מן החייב. עליו להחזירם לא לחייב אלא לערב, ואין להבחין בנדון בין ערבות בנקאית לבין ערבות סתם". כלומר, אם הערבות הבנקאית עומדת, למשל, על סך של 1,000 ₪ והחוב בעסקת היסוד עומד על סך של 900 ₪, הרי שלאחר גביית מלוא סכום הערבות הבנקאית, צריך מוטב הערבות להחזיר את ה־100 ₪ העודפים על החוב נשוא עסקת היסוד לבנק מנפיק הערבות הבנקאית ולא לחייב על־פי עסקת היסוד. לעניין זה ראה התייחסותנו לעניין קיראון, לעיל ה"ש 10 בפרק א, בעמ' 155.

5 כך מבהירה כב' השופטת פרוקצ'יה בעניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא, כי: "ההבחנה בין ערבות רגילה לבין ערבות עצמאית נבחנת על־פי אופי התחייבות הערב, התנאים המקימים את חובת התשלום ומידת התלות וההשפעה שיש לעסקת היסוד על הערבות"; כמו כן ראה לעניין זה אצל ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 64–66.

בכללי ה־URDG של לשכת המסחר הבינלאומית (ICC) מובהר בהקשר זה (בסעיף 2(b)) כי:

> "Guarantees by their nature are separate transactions from the contract(s) or tender conditions on which they may be based, and Guarantors are in no way concerened with or bound by such contract(s), or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them on the Guarantee. The duty of a Guarantor under a guarantee is to pay the sum or sums therein stated on the presentation of a written demand for payment and other documents specified in the Guarantee which appeak on their dace to be in accordane with the terms of the Guarantee".

79. הבנק מנפיק הערבות הבנקאית אינו בוחן האם יש חיוב מכוח עסקת היסוד, מכיוון שהחבות מכוח הערבות הבנקאית אינה תלויה בעסקת היסוד, והיא בגדר חיוב ראשוני ועצמאי – הנפרד מעסקה זו. כך, למשל, מבהיר כב' השופט (כתוארו אז) אור, בעניין מליבו:[6]

> "משמעות עיקרון זה היא כי בנסיבות רגילות הבנק הערב אינו רשאי לבחון את עסקת היסוד, כדי לוודא כי החייב אכן לא עמד בהתחייבויותיו, כטענת הנושה. משעה שהציג הנושה לפני הבנק הערב את המסמכים הדרושים על־פי כתב הערבות, קמה חובתו של הבנק לשלם את סכום הערבות".

80. כב' השופטת אלשיך הבהירה בעניין אליאנס,[7] כי חובת הבנק לשלם מכוח ערבות בנקאית אינה תלויה בקיום הפרה בפועל של עסקת היסוד, אלא די בפניית המוטב אל הבנק ובהצגת המסמכים המהווים תנאי לתשלום. לעתים די אף בהצהרה של המוטב עצמו שבוצעה הפרה, על מנת לקיים את חובת התשלום. מכך נובע כי אחריות הבנק כלפי המוטב היא ראשונית ובלתי תלויה במעשי כל הצדדים האחרים לעסקת היסוד. דרש המוטב תשלום ומילא אחר תנאי הצורה

---

6 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 703.

7 פש"ר 104/97 יורופיאן אליאנס נ' בנק הפועלים, תק־מח 92(2) 2335 (1999).

והתוכן שבכתב הערבות הבנקאית, חובה על הבנק לשלם לו. כמו כן, במקרה שבו על־פי תנאי כתב הערבות הבנקאית מוטל על המוטב להציג מסמכים שנטען בהם כי הייתה הפרה של תנאי עסקת היסוד, חובה על הבנק לקבלם, בלא לבדוק את אמיתות תוכנם. כך למשל מבהיר פרופ' גינוסר:[8]

> "יתרונה של ערבות בנקאית שבה מתחייב הבנק לשלם 'לפי דרישה ראשונה' כי גם היא מכוונת לבודד את תביעת הנערב מכל מיני השגות שהחייב העיקרי עשוי להשיג על תביעת הנערב כלפיו. גם כאן אין הבנק הערב מקבל על עצמו את התפקיד לברר אם ביצע החייב העיקרי את החוזה, או שמא הפר אותו. הבנק אינו שופט ואינו בורר, ואין לו הכלים לברר את האמת לאמיתה... בתיתו ערבות אוטונומית, קובע הבנק לעצמו קנה מידה פשוט ומכני לחובתו. לפיכך, בסוג זה של ערבות אין חשיבות לעסקת היסוד, אפילו נרמז עליה בכתב הערבות, מה גם שהרמז אינו בהכרח משקף את המציאות".

81. יתרה מכך, בעניין איליט[9] הבהיר בית המשפט העליון כי גם אם נראה על פני הדברים לכאורה, כי אין חבות על־פי עסקת היסוד, אין בכך לגרוע מן התוקף של הערבות הבנקאית, שהיא בגדר חיוב עצמאי וראשוני המנותק מעסקת היסוד. החיוב של הבנק כלפי מוטב הערבות הבנקאית אינו קשור בקיום חבות של החייב כלפי הנושה על־פי עסקת היסוד. אכן, הערבות הבנקאית ניתנה כדי להבטיח ביצוע של חיובים מכוח עסקת היסוד. ברם, מדובר בהתחייבות עצמאית של הבנק לשיפוי של המוטב, הקמה על־פי דרישת המוטב, בלא שהמוטב יצטרך לבסס דרישה זו. בית המשפט הסיק על כן מן האוטונומיות של הערבות הבנקאית כי אפילו דרישה הנראית על פניה בלתי מבוססת מחייבת את הבנק לשלם את הסכום המובטח. בית המשפט מבהיר כי אף אם הטענות בדבר היעדר חבות על־פי עסקת היסוד מבוססות על ראיות מהימנות לכאורה, הרי שייפוי כוחן של טענות אלה למנוע ממוטב הערבות הבנקאית את חילוטה, עשוי לגרוע מתכליתה של הערבות הבנקאית לשמש אמצעי חשוב להקניית ביטחון ויציבות

---

8 אצל גינוסר, בעמ' 70.

9 עניין איליט, לעיל ה"ש 14 בפרק א, בעמ' 20–22 (מפי כב' השופט אשר). יושם אל לב כי במקרה זה לא יושם חריג הנסיבות המיוחדות, עליו נעמוד בפרק ה לעיל, על אף ההנחה כי מדובר בדרישה בלתי מבוססת לגופו של עניין.

בעסקאות מסחריות.[10] אכן, הערבות נועדה לשפות את המוטב בגין הפסד הנובע ממחדלו של החייב בעסקת היסוד, אך זכותו של המוטב לתבוע תשלום על־פי כתב הערבות הבנקאית תוכרע אך ורק על־פי התנאים וההוראות הנקובים בכתב הערבות עצמו, והבנק אינו רשאי להעלות טענות הגנה הנובעות מההסכם העיקרי.[11]

82. בית המשפט העליון הבהיר עוד בעניין AMS כי גם אם ניתן לקבל סעד מכוח עסקת היסוד, אשר יוכיח כי מימוש הערבות נעשה כדי לפרוע חוב שאינו קיים, הרי שתביעה כזו אינה יכולה למנוע את מימוש הערבות הבנקאית עצמה, ואינה מהווה עילה לקבלת סעד של צו מניעה זמני כנגד מימוש הערבות הבנקאית:[12]

> "... אין בחילוט הערבויות כדי לגרוע מזכויותיה של המבקשת לתרופות חוזיות על־פי עסקת היסוד, אלא שתרופות אלה, שלעתיד אין בכוחן לזכות את המבקשת לקבל סעד זמני המעכב את חילוט הערבויות היום, או כל סעד המקצץ בכנפיו של עקרון העצמאות ומתנה בפועל את פרעון הערבות הבנקאית בבירור המחלוקת העולה מעסקת היסוד".

83. הביטחון והיציבות של הערבות הבנקאית נעוצים באוטונומיות של ערבות זו. כדי לאפשר יציבות מסחרית זו, קבע בית המשפט כי למעט חריגים קשים להוכחה של מרמה ונסיבות מיוחדות, תמומש הערבות גם אם מוצגות בפניו ראיות, לכאורה, כי מוטב הערבות פועל שלא כדין, חב בעצמו כספים למנפיק הערבות הבנקאית, או אף מנסה להתעשר על חשבונו שלא כדין. למעשה, אין בידי הבנק

---

10 רע"א 1765/00 י' מושקוביץ חברה קבלנית לבניין (1988) בע"מ נ' תשורה ייזום ובניין בע"מ, פ"ד נה(2) 447, 452 (2001); וראה גם דבריו של כב' השופט עדיאל בעניין חבר, לעיל ה"ש 23 בפרק א, המבהיר כי: "על־פי עקרון העצמאות (או "עקרון האוטונומיה"), עסקת הערבות הנה עסקה בעלת מעמד עצמאי, והיא מנותקת מעסקת היסוד, שהערבות באה לתמוך בה ולחזקה. עיקרון זה מקנה ביטחון למוטב, שבהתקיים התנאים הנקובים בכתב הערבות, הוא יוכל לממש את הערבות מבלי שיהיה תלוי בהכרעה במחלוקות אשר מקורן בעסקת היסוד".

11 כך למשל קבע בית המשפט העליון בעניין יוטבין, לעיל ה"ש 41 בפרק א, בעמ' 336: "טענת המבקשת היא שאין היא חבה למדינה ולא כלום. טענה זו נראתה בעיני השופט המלומד בבית המשפט המחוזי בלתי רלוונטית: אין טענה אשר כזאת נשמעת כנגד ערבות אוטונומית, שלפי ההלכה הפסוקה עומדת היא לפירעון, בין אם קיימת חבות החייב כלפי הנושה ובין אם לאו".

12 ראה עניין AMS, לעיל ה"ש 18 במבוא.

מנפיק הערבות הבנקאית כלי יעיל שיאפשר לו למנוע את מימושה.[13] ואכן, בית המשפט העליון (כב' השופטת נאור) מבהיר בעניין נחמד[14] כי בנק המפיק ערבות בנקאית אוטונומית אינו מקבל על עצמו את התפקיד לברר אם ביצע החייב העיקרי את החוזה או שמא הפר אותו. "הבנק אינו שופט ואינו בורר ואין לו הכלים לברר את האמת לאמיתה".

84. במקרה של חילוקי דעות ביחס לחיוב על־פי עסקת היסוד, יוכל מוטב הערבות הבנקאית לממש את הערבות, ורק לאחר מכן יהא צפוי לתביעה מצד החייב על־פי עסקת היסוד. בית המשפט העליון הבהיר בהקשר זה בעניין אגף ייבוא המזון כי:[15]

> "ערבות על־פיה ייפרע הנערב לפי דרישתו הראשונה, מיועדת ליתן לזה מרב הביטחון. משזכה עקב חוזהו לבטוחה המנתקת אותו, ביחסים שבינו לבין הערב, מתניות החוזה, ומשהעניקה לו זכות גבייה לפי דרישה, באין נסיבות מיוחדות, לא מן המידה שבית המשפט יהפוך את הקערה על־פיה, ויאלץ בעל זכות גבייה מידית להמתין עד שיצליח להעמיד זכותו כלפי החייב העיקרי בתובענה משפטית. לא כך הוסכם בין הנערב לבין הערב, וגם לא בין הנערב לבין החייב העיקרי (לגבי חבות הערב), ועל שום מה ישנה בית המשפט את ההסכם שנעשה?".

בית המשפט מוסיף ומציין שם כי תיתכן בהחלט אפשרות שבה ייקבע כי לא הייתה חבות על־פי עסקת היסוד, וממילא מחויב המוטב על־פי כתב הערבות הבנקאית להשיב את הכספים שקיבל עקב מימוש הערבות הבנקאית לידי הצד שכנגד בעסקת היסוד, שלבקשתו הונפקה ערבות זו, ואשר מן הבטוחות שלו נגס הבנק בעת מימוש הערבות. ואולם, זכות חזרה זו של החייב אל הנושה על־פי עסקת היסוד נעשית רק לאחר מעשה. אין בה כדי למנוע את מימוש הערבות מלכתחילה, אם התקיימו התנאים הקבועים בכתב הערבות הבנקאית

13 עניין מיאב, לעיל ה"ש 6 בפרק א, בפסקה 16 לפסק הדין, מפי כב' השופטת אלשיך.

14 ע"א 4033/07 נחמד נ' בן ארי, תק־על 2008(4) 1804, 1811 (2008).

15 עניין אגף ייבוא המזון, לעיל ה"ש 12 בפרק א, בעמ' 531–532.

עצמו למימושו. בדומה לכך הבהיר בית המשפט העליון בעניין נס[16] כי אף משהוכח כי ערבות בנקאית ניתנה להבטחת תמורה בגין בנייה (באותו מקרה – 91 קוטג'ים) וזו לא בוצעה, אין בכך כדי להוות עילה לעכב את מימוש הערבות הבנקאית, בהיותה חיוב אוטונומי בלתי מותלה. בהתאם לכך קבע בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטת דברת) בעניין סולארא[17] כי ערבות בנקאית שמסרה חברת בנייה להבטחת ביצוע של פרויקט באילת, ניתנת למימוש, על אף שהפרויקט לא נבנה והחברה נקלעה לכינוס נכסים, וזאת לנוכח האוטונומיות של הערבות הבנקאית, המחייבת התעלמות מעסקת היסוד.

85. אכן, מקום שבו מועלית טענה של החייב כי בהתאם לעסקת היסוד אין הנושה (מוטב הערבות הבנקאית) זכאי כלל להמשיך ולהחזיק בכתב הערבות הבנקאית, רשאי החייב לתקוף החזקה זו, ולדרוש מן הנושה כי ישיב את כתב הערבות הבנקאית לידיו, ובהקשר זה באה לידי ביטוי עסקת היסוד. אולם, ככל שבפנינו ניסיון של המוטב לממש את הערבות הבנקאית, הרי שנבחנת זכות זו באופן אוטונומי ונפרד לחלוטין מעסקת היסוד.[18]

86. הערבות הבנקאית מעניקה למחזיק בכתב הערבות ביטחון כי יהיה לו ממי להיפרע, שכן מלבד החייב על־פי עסקת היסוד, ניצב מולו חייב נוסף בדמות המוסד הפיננסי שהנפיק את הערבות הבנקאית. המחזיק בכתב ערבות בנקאית נהנה על כן מן האיתנות הפיננסית של הגופים המנפיקים ערבויות אלה, ואינו חשוף לסכנה של חדלות פירעון העלולה להתרחש אצל הצד שכנגד בעסקה המקורית. ברם, יתרונה של הערבות הבנקאית אינו רק בהיותה בטוחה לקיומו של "כיס עמוק" שממנו אפשר יהיה להיפרע, אלא בעיקר בכך שהנושה – המוטב מכוח הערבות הבנקאית – יכול לממש אותה על־ידי פנייה פשוטה לבנק,

---

16 רע"א 5719/94 חברת נס בנייה 1992 בע"מ נ' היכל הנשיא בע"מ, דינים עליון לח 160 (1994), מפי כב' השופט אור.

17 פש"ר (ב"ש) 9036/99 סולארא בע"מ נ' דורון כוכבי, עו"ד, מפרק זמני לחברות, תק מח 99(2) 21992 (1999).

18 רע"א 2078/02 מוניטין עיתונות בע"מ נ' עו"ד מטרי, פ"ד נו(6) 97, 102 (2002): "השאלה שנתעוררה בע"א 553/00 הייתה אם הנערב רשאי להמשיך ולהחזיק בערבויות הבנקאיות בלא שטען כי עומדת לו זכות לחילוטן באותה עת. השאלה בדבר הזכות להמשיך ולהחזיק בערבות אוטונומית מוכרעת, מטבע הדברים, על־פי האמור בעסקת היסוד, אולם מרגע שהנערב טוען כי זכאי הוא לממש את הערבות האוטונומית, נבחנת זכותו אך ורק על־פי עקרונות העצמאות וההתאמה, ובכפוף לחריגים של מרמה ונסיבות מיוחדות"; וראה עוד: ע"א 553/00 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' אראל רחובות בע"מ, דינים עליון 2002 (5) 1008 (2002).

שבה הוא מראה כי התקיימו התנאים הקבועים בכתב הערבות עצמו, וזאת גם אם שאלת זכאותו לכספים אלו מכוח עסקת היסוד שנויה במחלוקת וטעונה בירור משפטי מקיף. כך הבהיר בית המשפט העליון בעניין זיברט[19] כי מימוש ערבות בנקאית תלוי בקיומו של תנאי ספציפי מבודד ומאותר הנקוב בכתב הערבות עצמו, וכי הדבר נועד לבודד את תביעת המוטב כלפי הבנק, מכל מיני השגות שהחייב על־פי עסקת היסוד עשוי להשיג על תביעת המוטב (הנושה) כלפיו:

> "בערבות כזאת, שהיא מבודדת מעסקת היסוד המובטחת על ידה, אין לבית המשפט עניין לטענות ומענות שבין מוכר וקונה. השאלה היחידה היא האם על־פי תנאי הערבות זכאי הנערב להיפרע".[20]

87. בית המשפט העליון הדגיש בעניין מליבו[21] כי חשיבותה של הערבות הבנקאית בחיי המסחר נובעת במידה רבה מן האוטונומיות של ערבות זו, המהווה חיוב ראשוני, ואשר מבטיחה את אמינות פירעונה. כב' השופט טירקל מבהיר בהקשר זה כי המטרה העיקרית שהביאה ליצירת המוסד המשפטי של ערבות בנקאית היא יצירת ביטחון עסקי שיאפשר קיום עסקות מסחריות ללא חשש כי הגבייה תיתקל בצורך לקיים התדיינות משפטית. ביטחון זה יכול להיווצר רק אם הצדדים לעסקה יידעו בוודאות שבידיהם חיוב הניתן למימוש ללא קשר לעסקת היסוד וללא חשש ליכולת הפירעון של המתקשר השני.[22] כב' השופט טירקל מוסיף ומציין

---

19 עניין זיברט, לעיל ה"ש 26 בפרק א, בעמ' 613.

20 עניין ברין, לעיל ה"ש 5 במבוא, בעמ' 114; כמו כן ראה אצל מאוטנר, בעמ' 517: "התחייבותו של הבנק המוציא כלפי המוטב על־פי מכתב האשראי היא עצמאית ונבדלת מעסקת היסוד שבין הלקוח (הקונה או המבטיח) והמוטב (המוכר או מקבל ההבטחה): כל עוד המוטב ממלא אחר התנאים שנקבעו במכתב האשראי, מוטל על הבנק המוציא לקיים כלפיו את חיוב התשלום, בלא שתהא רלוונטיות... למידה שבה הלקוח־המבטיח קיים את חיוביו על־פי עסקת היסוד כלפי המוטב־מקבל ההבטחה..."; וכן ראה אצל בן־יאיר, בעמ' 1142–1143.

21 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 703.

22 לעניין זה ראה גם דבריו של כב' השופט גרוניס ברע"א 6435/04 רשות שדות התעופה בישראל נ' סולל בונה, פ"ד נט(2) 130, 133 (2004): "גופו של עניין, על־פי לשונו המפורשת של כתב הערבות, התנאי היחיד למימוש הערבות הוא מתן דרישה בכתב על־ידי המבקשת. זכותה של המבקשת לממש את הערבות אינה מותנית בדבר, כך שהיא אף אינה חייבת לבסס את דרישתה. הערבות הבנקאית האוטונומית היא כלי חשוב להגברת הוודאות והיציבות בחיי המסחר בכך שהיא מבטיחה פירעונם של חובות במהירות ובפשטות ללא תלות בהכרעה במחלוקות הנוגעות לעסקת היסוד"; כמו כן ראה רע"א 1084/04 פרירון חברה להשקעות פיתוח ובניין בע"מ נ' לוקי בנייה ופיתוח בע"מ, פ"ד נח(5) 535 (2004).

כי לאוטונומיות של הערבות הבנקאית יתרון נוסף בכך שהיא מאפשרת לבנק מנפיק הערבות הבנקאית לדעת מראש את היקף חיובו ומידת הסיכון כי החיוב יתממש. ואכן, האוטונומיות של הערבות הבנקאית משחררת את הבנק מן החשש כי בעת שהוא משלם למוטב כתב הערבות, הוא ייתבע על־ידי החייב בעסקת היסוד (לקוחו של הבנק שלבקשתו הונפקה הערבות הבנקאית) בטענה כי בירור של החיובים לגופם היה מעלה שלא קם חיוב שלו מכוח עסקת היסוד. הבנק אינו אמור לשמש בורר או מברר ביחס לקיומו של חיוב על־פי עסקת היסוד, ואם אך שילם את הכספים בהתאם לתנאים הקבועים בכתב הערבות הבנקאית עצמו, מופטר הבנק מאחריות כלשהי כלפי החייב על־פי עסקת היסוד.

88. מנקודת הראות של הבנק, עקרון האוטונומיה מקנה יתרון משמעותי, שכן כאשר מתבקש מימושה של הערבות הבנקאית על־ידי דרישתו של המוטב, תפקידו של הבנק מתמצה לבדיקה האם התמלאו התנאים וההוראות שנקבעו בגוף הערבות. על מטלה זו מקילה בדרך כלל העובדה שנהוג לקבוע כי התשלום יבוצע עם הצגת מסמכים כגון דרישה בכתב של מוטב הערבות לתשלום ("ערבות לפי דרישה ראשונה"), שאליה יש לצרף בדרך כלל הצהרה פורמלית וחד צדדית של המוטב בדבר המחדל של החייב העיקרי, או הצגת מסמכים מטעם צד שלישי אשר מעידים על אי ביצוע או מידת הביצוע של עסקת היסוד, ובמקרה של ערבות ביצוע הצגת פסק דין או החלטת בוררים. תפקידו היחיד של הבנק במקרה זה הוא לערוך השוואה פשוטה בין המסמכים שנמסרו לו לבין המסמכים שנקבעו בכתב הערבות הבנקאית כמשכללי החיוב לפיו. הבנק מצידו אינו מתערב בזכויות ובחובות שבין הצדדים על־פי עסקת היסוד, והוא פטור מלעסוק בכל מחלוקת בין החייב לבין המוטב. הבנק נדרש להקפיד על התנאים הפורמליים למימוש הערבות הבנקאית, ואם אך עשה כן, אין הוא חשוף לתביעה מצד החייב על־פי עסקת היסוד, בעקבות תשלום למוטב על־פי כתב הערבות הבנקאית.

89. מבחינת המוטב על־פי כתב הערבות הבנקאית, היתרון הנעוץ באוטונומיות של הערבות הבנקאית, פשוט ומובן מאליו, שהרי הערבות הבנקאית יוצרת חיוב ראשוני ובלתי מותנה בעסקת היסוד כלפיו – מצד בנק או גורם פיננסי אחר שהנפיק את הערבות הבנקאית. כתב הערבות הבנקאית מוסיף למוטב הן מקור מימון אמין ויציב והן מקור חיוב עצמאי נוסף. בהתאם לכך נמצא כי גם אם החייב בעסקת היסוד נקלע למצב של חדלות פירעון, אין בכך כדי לגרוע מיכולתו של הנושה־המוטב של הערבות הבנקאית להיפרע מן הבנק. לערבות הבנקאית יש אפוא יתרון עצום מבחינתו של נושה בכך שהוא מופטר מבחינת מצבו הפיננסי של החייב בטרם שיתקשר עמו בעסקת היסוד, והוא מופטר מן החשש שמא

יתערער מצבו הכספי של החייב במהלך ביצועה של העסקה. כך הבהיר כב' השופט טירקל בעניין מליבו:[23]

> "יש לבחון אוטונומיות זאת גם לאור התפקיד המסחרי של האשראי הדוקומנטרי, שהוא יצירת מנגנון יעיל וזול להבטחת התשלום למוטב.
> יעיל – מכיוון שהמוטב נדרש רק לפנות לבנק שהוציא את מכתב האשראי ואין הוא תלוי ביכולת הפירעון המשתנה של החייב, ומכיוון שהבנק נדרש רק לבחון את המסמכים שמוגשים לו ולא את עסקת היסוד עצמה.
> זול – מכיוון שברוב המקרים יוכל הבנק לבדוק את יכולת הפירעון של החייב ביתר קלות מאשר המוטב, ולכן העמלה שיגבה הבנק בגין מכתב האשראי תהיה נמוכה מהעלות שהייתה מוטלת על המוטב אילו נדרש לבדוק את יכולת הפירעון של החייב".

90. עם זאת יושם אל לב כי האוטונומיות האמורה של הערבות הבנקאית עלולה להיות חרב פיפיות, שהרי היא לא תהיה ניתנת למימוש אם התנאים הקבועים בה לא יתממשו, וזאת אף אם על־פי תנאי העסקה בכללותה היה נכון לדרוש את מימושה. על כן, מוטב של ערבות בנקאית צריך להתכבד ולהכניס את כל הסיכונים שמהם הוא חפץ להתגונן, אל תוך כתב הערבות עצמו, כדי שהאינטרסים שלו יהיו אכן מובטחים ומוגנים. כך למשל הבהיר בית המשפט בעניין אחוזת סביון:[24]

> "מוטב הערבות זכאי לממשה כאשר התקיימו התנאים הכתובים בה, זאת אף אם חוזה חיצוני בין הצדדים קובע אחרת. אין לנקוט דין אחר מכך כאשר כתב הערבות פועל

23 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 696. בדומה לכך הבהיר בית המשפט העליון בעניין AMS, לעיל ה"ש 18 במבוא, בעמ' 400–401: "מותר הערבות הבנקאית האוטונומית טמון בידיעת המוטב כי בהתקיים התנאים הנקובים בכתב הערבות יקבל לידיו את כספי הערבות בלא שיהיה תלוי בהכרעה במחלוקות אשר מקורן בעסקת היסוד. הערבות האוטונומית נועדה לשחרר את הנהנה על־פיה גם מן התלות ברצונו של החייב לפרוע את חובתו או בעצם היותו בר פירעון".

24 עניין מיאב, לעיל ה"ש 6 בפרק א, בפסקה 17 לפסק הדין, מפי כב' השופטת אלשיך; וראה גם רע"א 270/87 רובין נ' פמר חברה לבנייה ועבודות ציבוריות בע"מ, פ"ד מא(3) 753, 754 (1987).

לרעת המוטב, ולא לטובתו. שהרי, ממה נפשך: הכיצד יכול מוטב הערבות לדרוש, כאשר נוח לו הדבר, התעלמות מוחלטת מנסיבות חיצוניות, ומאידך גיסא, לבקש להתחשב בהן בעניינים הנוחים לו?
לכן כאשר אירוע מסוים איננו מכוסה במפורש על־ידי כתב הערבות, הרי שבדרך כלל לא ימהר בית המשפט להכניסו לשם בשל טענות חיצוניות לחוזה זה, קל וחומר טענות הקשורות לעסקת היסוד. נושה החפץ בביטחון שבמוסד משפטי מיוחד זה, צריך להתכבד ולהכניס את כל הסיכונים מהם הוא חפץ להתגונן, אל תוך כתב הערבות עצמו".

91. לסיכום, נמצאנו למדים, אפוא, כי עקרון האוטונומיה (העצמאות) של הערבות הבנקאית מחייב להפוך את החיוב מכוח כתב הערבות הבנקאית לחיוב טכני וכמעט אוטומטי, כאשר כדי להיפרע מן הבנק מנפיק הערבות הבנקאית, די בכך שהמוטב על־פי כתב הערבות הבנקאית יציג בפני הבנק את המסמכים או את הדרישה בנוסח שנקבע בכתב הערבות הבנקאית, כאקט המשכלל את החיוב. מדובר במכשיר פיננסי האמור להבטיח את זכויות המוטב בלא קשר תלות בשאלת קיומו של חיוב מכוח עסקת היסוד. בית המשפט קבע על כן כי הערבות תמומש אף אם עומדות לחייב כלפי הנושה מוטב הערבות, טענות במסגרת היחסים החוזיים על־פי עסקת היסוד.[25] בית המשפט קבע כי כדי להבטיח את יעילותה של הערבות הבנקאית כמכשיר פיננסי להבטחת זכויות צדדים לעסקאות כלכליות, בלא קשר תלות בקיום הכרעה במחלוקות הקשורות בעסקת היסוד, יצומצמו מאוד תחומי ההתערבות בעצמאותה של הערבות הבנקאית, והיא לא תוכפף לעניינים הקשורים בעסקת היסוד.[26] בית המשפט העליון הבהיר בהקשר זה כי מטרתה של הערבות הבנקאית היא לנתק בין התנאים שבעסקת היסוד (שבין החייב לבין הנושה – מוטב הערבות הבנקאית) לבין התנאים המאפשרים את מימוש הערבות הבנקאית, שכן:

---

25 עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא. כמו כן ראה דברי כב' המשנה לנשיא השופט חשין בעניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, בעמ' 809–810, כי: "מאפיינה העיקרי של הערבות הבנקאית הוא באוטונומיות – בעצמאות – שבה, ביחסה לעסקת היסוד שהערבות באה לתמוך בה ולחזקה. לשון אחר: עיקרה של הערבות הבנקאית האוטונומית הוא בניתוק (היחסי) בינה לבין עסקת היסוד. די לו לנערב כי ימלא אחר התנאים הפורמליים־הדווקניים הקבועים בכתב הערבות – בלא קשר פרטני לעסקת היסוד – כדי שיזכה לקבל תשלום מן הבנק".

26 עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא.

"אם על הנערב להוכיח את זכותו לפי עסקת היסוד כתנאי למימוש, כאילו אמרנו שהתנאים הכלולים בעסקת היסוד הפכו לחלק מן הערבות הבנקאית. קרי אין היא עצמאית עוד".[27]

92. במונח "אוטונומיה" (או "אי תלות") נעשה שימוש בהקשר נוסף, והוא מציין את אי התלות בין הסכם הערבות לבין היחסים המחייבים בין הבנק לבין החייב העיקרי או בעל החשבון, ובהם ההוראות של בעל החשבון לבנק להוציא עבורו את הערבות. לפיכך, הבנק אינו יכול להעלות טענות הגנה שעשויות להיות לו נגד החייב העיקרי או בעל החשבון. חיובו של הבנק כלפי המוטב אינו מושפע כלל ממערכת היחסים שבין הבנק לבין לקוחו, הלא הוא החייב בעסקת היסוד שלבקשתו הונפקה הערבות הבנקאית למוטב. אלו מערכות יחסים נפרדות ולחלוטין בלתי תלויות.

ב(2) היעדר נפקות לפגמים בהליך הפנימי של החברה ביצירת עסקת היסוד

93. עקרון האוטונומיות מנתק בין הערבות הבנקאית כיוצרת חבות עצמאית של הבנק מנפיק הערבות כלפי מוטב כתב הערבות, לבין הזירות החוזיות שבין המוטב לבין החייב בעסקת היסוד ובין הבנק לבין החייב בעסקת היסוד (שהוא לקוחו של הבנק ואשר לבקשתו הונפקה הערבות הבנקאית). אף אם יימצא כי על־פי דיני החברות החלטת החברה להורות לבנק להנפיק את הערבות הבנקאית לטובת המוטב בטלה מעיקרה, הרי שכוחה של עילה זו יפה ביחסים שבין החברה החייבת על־פי עסקת היסוד לבין הבנק מנפיק כתב הערבות הבנקאית, אבל אין בה כדי לפטור את הבנק מתשלום הערבות למוטב של הערבות. בהתאם לכך קבע בית המשפט כי אין מקום לפגוע באוטונומיות של הערבות הבנקאית מכוח טענות שיסודן בדרך ההתנהלות הפנימית הבלתי ראויה של החברה החייבת בעסקת היסוד. כך קבעה כב' השופטת אלשיך בעניין אחוזת סביון,[28] כי אין לקבל טענה מכוח סעיף 280 לחוק החברות, הקובע כי בטלה היא עסקה של חברה עם בעל עניין בה שלא

27 ראו עניין מוניטין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 101 (מפי כב' השופט גרוניס); ראו גם עניין אגף יבוא המזון, לעיל ה"ש 12 בפרק א.

28 עניין מיאב, לעיל ה"ש 6 בפרק א, בפסקה 15 לפסק הדין.

אושרה כדין.[29] בית המשפט דחה את הטענה כי יש לבטל עסקה של הוצאת ערבות בנקאית לבקשת חברה, באשר מדובר בעסקה עם בעל עניין שאינה תקפה על־פי דיני החברות. בית המשפט קבע בהקשר זה כי מכיוון שהערבות הבנקאית היא אוטונומית ומנותקת מעסקת היסוד, הרי שצד ג׳, המוטב של הערבות הבנקאית, לא צריך לפשפש בשאלה האם החייב, שהפקיד בידו ערבות בנקאית, קיבל את ההחלטות כדין ולשאלה זו אין נפקות כלל במישור היחסים שבין הבנק מנפיק כתב הערבות הבנקאית לבין המוטב של ערבות זו. כך קבע בית המשפט:

> ״צד ג׳ אשר מקבל ערבות בנקאית אינו נדרש לפשפש ולבדוק במהות הקשרים בין שתי חברות קשורות המעורבות בפרויקט, ואשר מטעמן הוצאה הערבות. נהפוך הוא; מעצם משמעותה של הערבות האוטונומית, המעמידה את מוטב הערבות מול בנק, ולא מול החברות הקשורות עמו בעסקת היסוד, עולה שאיפה להגן על מוטב הערבות דווקא, ובעיקר, מאותן טענות אשר מעלה נאמן משב בעניין בטלות הערבות, ואשר כרוכות ביחסים פנימיים והשגת אישורים אלו ואחרים לפי דיני החברות. בכך, מקבל מוטב הערבות ביטחון ו׳פטור׳ מעריכת בדיקות מעמיקות בעניין יחסים בין מוציא הערבות לבין גורמים אחרים הקשורים בעסקת היסוד. דומה שפסיקה לפיה בעל הפרויקט ׳צריך היה לדעת׳ על הפגמים במובנן של סעיף 280 לחוק החברות שקולה, למעשה, לריקון מוסד הערבות הבנקאית מתוכן. מעצם הבחירה של כלי משפטי זה [ערבות בנקאית – א״ו], עולה אומד דעת חד משמעי של הצדדים לפטור את מוטב הערבות מחובת בדיקה וידיעה מסוג זה״.

94. כמו כן, ובהתאם לאותו עיקרון, הבהירה כב׳ השופטת אלשיך בעניין יוניברסל

---

29 סעיף 280 לחוק החברות, התשנ״ט־1999, ס״ח 1711 קובע לאמור: ״(א) לעסקה של חברה עם נושא משרה בה או לעסקה חריגה של חברה ציבורית עם בעל שליטה בה לא יהיה תוקף כלפי החברה וכלפי נושא המשרה או בעל השליטה, אם העסקה לא אושרה בהתאם לקבוע בפרק זה, לרבות אם נפל בהליך האישור פגם מהותי, או אם העסקה נעשתה בחריגה מהותית מן האישור; (ב) לעסקה כאמור בסעיף קטן (א) לא יהיה תוקף גם כלפי אדם אחר אם אותו אדם ידע על עניינו האישי של נושא המשרה או של בעל השליטה באישור העסקה, וידע או היה עליו לדעת על היעדר אישור לעסקה כנדרש לפי פרק זה״.

מוטורס[30] כי כאשר הוצאו ערבויות בנקאיות במסגרת יחסים בין חברות קשורות, אין נפקות מבחינת מוטב כתב הערבות לשאלה האם תהליך קבלת ההחלטות בחברה החייבת על־פי עסקת היסוד היה תקין אם לאו:

> "עיקרון בסיסי וברור הוא, כי חלק בלתי נפרד מעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית בא לשחרר את המוטב מכל בדיקה של ההליכים הפנימיים, אשר התנהלו בחברה מוציאת הערבות, קל וחומר בין החברה דנן לחברות קשורות. יתר על כן, אף אם יתברר כי בשל עילה מדיני החברות, החלטת החברה להוציא את הערבות הינה בטלה מעיקרה, הרי בדרך כלל לא יהיה כוחה של עילה זו יפה אלא ביחסים שבין החברה לבין הבנק הערב, ולא יהיה בכך כדי לפטור את הבנק מתשלום הערבות האוטונומית למוטבה. חריג לכלל זה יתקיים אך ורק כאשר מוטב הערבות ידע בפועל על הפסול המהותי בערבות טרם הוצאתה, או כאשר מוטב הערבות הינו למעשה צד הקשור בקשר פנימי בל ינתק לאותם יחסים פנימיים פסולים".[31]

95. מקום שבו מתנהלות עסקאות בין קבוצת חברות קשורות ומתעוררת שאלה מי מהן הוא החייב על־פי עסקת היסוד, הרי שזוהי סוגיה נשוא התחשבנות בין החברות לבין עצמן, או בינן לבין הבנק. ברם, שאין לכך כל נפקות לשאלת חבותו העצמאית של הבנק כלפי המוטב מכוח כתב הערבות הבנקאית. על כן, השאלה האם קיים חוב נשוא עסקת יסוד כלפי החברה מוציאת הערבות או כלפי חברה אחרת הקשורה בה, איננה טענת הגנה כנגד חילוט הערבות.[32] יתרה מכך,

---

30 פש"ר (ת"א) 1739/02 בש"א 16920/02 רו"ח ברדיצ'ב בתפקידו כמנהל מיוחד לחברת פויכטוונגר תעשיות בע"מ נ' יוניברסל מוטורס ישראל בע"מ, תק־מח 2003(1) 3932 (2003).

31 ובהמשך, שם: "לעניין זה, אם רצה הנאמן להפוך את הפסול שביחסים הפנימיים בתוך הקבוצה לעילה לבטלות ערבות אוטונומית, היה עליו להתכבד ולהוכיח מעורבות פסולה של המשיבה עצמה, בין אם במסגרת 'קנוניה' או 'תרמית'".

32 ראה בש"א צוריאל, לעיל ה"ש 66 בפרק א. בהקשר זה הבהירה כב' השופטת אלשיך, בפסקה 63 את פסק הדין שנתנה בעניין UMI: "... שם נקבע במפורש, כי אף אם הדרך בה ערבה חברה קשורה א', לחובה של חברה קשורה ב', הייתה פסולה ועומדת בניגוד למהלך עסקים רגיל, הרי אין לגולל עוון זה על מוטב הערבות, אלא אם היה שותף לכך בעצמו, או שהוא עצמו אינו אלא חברה קשורה הנשלטת במישרין או בעקיפין בידי אותם בעלי שליטה. יוצא כי אין בטענות אלו, בדבר מיהות החברות החבות, כדי לסייע לנאמן בנסיבות המקרה, ואי לכך דינן להדחות".

אף אם מתברר כי המהלכים שהובילו להנפקת הערבות הבנקאית מקימים את עילת הבטלות מכוח סעיף 280 לחוק החברות ואף אילו היו חמורים יותר וגובלים בפלילים, עדיין אין בכך כדי למנוע חילוט של ערבות בנקאית, שהרי ביחסים שבין הבנק לבין המוטב אין כל בסיס לביטול כתב הערבות. בית המשפט מבהיר בהקשר זה כי עקרון הבסיס שממנו כמעט אין סוטים הינו הדרישה להוכחת מרמה או התנהגות חמורה ביותר מצד מוטב הערבות. משלא הוכחה מרמה מצד מוטב הערבות, הרי שקיומה של עילת תביעה כנגד בעלי השליטה בחברה החייבת אינה מביאה לבטלותו של החיוב העצמאי של הבנק כלפי המוטב.[33]

ב(3) האפשרות ליצור ערבות בנקאית סמי־אוטונומית

96. על אף שהעצמאות של הערבות הבנקאית היא ממאפייני היסוד שלה, אין הכרח כי כל ערבות בנקאית תהא אוטונומית. הצדדים יכולים ליצור ערבות שאינה אוטונומית לחלוטין, או אף לרקוח על־פי רצונם את מידת האוטונומיות של הערבות.[34] מעקרון חופש החוזים נובע כי הצדדים לעסקת הערבות יכולים לעצב את ההתקשרות ביניהם כראות עיניהם, ובין היתר לקשור את עסקת היסוד לערבות הבנקאית, בדרך זו או אחרת. במקרה זה, יחולו על הערבות הוראות חוק הערבות או הוראות אחרות שעליהן יסכימו.[35] כך הבהיר כב' השופט (כתוארו אז) ברק בעניין קוט:[36]

> "חוק הערבות קובע כי הוראותיו – לרבות התוצאות המתבקשות מאופייה הטפל של הערבות – יחולו 'באין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים' (סעיף 18 לחוק הערבות). הנושה והערב רשאים אפוא לקבוע הסדרים משלהם. עד כמה שהסדרים אלה הופכים את חבותו של הערב לחובת שיפוי, אין בהם קושי. אך לעתים יש בהם בהסדרים שבין הצדדים כדי לעורר ספק, אם הערבות נשארה בעינה,

33 שם.

34 ראה עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא: "הצדדים לעסקת היסוד חופשיים לעצב עסקת ערבות בעלת מאפיינים כאלה או אחרים, בין ערבות רגילה הנלווית לעסקת היסוד ואחוזה בה, ובין ערבות אוטונומית, שמידת עצמאותה וניתוקה מעסקת היסוד עשויה להשתנות ממקרה למקרה".

35 ראה עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 695.

36 ראה עניין קוט, לעיל ה"ש 16 בפרק א, בעמ' 213.

תוך תוספת זו או אחרת, או שמא חדל ההסדר מלהיות הסדר
של ערבות והפך להיות הסדר של 'חובת שיפוי'".

97. כך, למשל, מצינו ערבות שהונפקה על־ידי בנק ואשר אינה בגדר ערבות בנקאית אוטונומית אלא ערבות רגילה, כמשמעה בחוק הערבות, בע"א (חי') 4069/97 פרוכטר ישראל נ' בל"ל, תק־מח 97(3) 249, ובו קבע בית המשפט המחוזי בחיפה כי הצדדים התכוונו להתלות את החיוב כלפי הבנק במילוי חיובו של החייב לפירעון האשראי שהוענק לו בעסקת היסוד. בהתאם לכך קבע בית המשפט כי מדובר בערבות הטפלה לעסקת היסוד, ולא בקשר עצמאי של שיפוי. בית המשפט החיל על כן על היחסים בין הצדדים את הוראות חוק הערבות, ומשפרע הבנק את סכום הערבות, נקבע כי הוא זכאי להשבתו מן החייב, לא רק בדרך של מימוש הבטוחות שעל בסיסן ניתנה הערבות הבנקאית, אלא כדרכו של ערב הזכאי להשבה מן החייב.

98. בהתאם לכך, נראה כי כאשר ניצבת בפנינו ערבות שהוציא בנק, המוכתרת במילים "ערבות בנקאית" – אין בכך כדי ללמד ממילא, כדבר המובן מאליו כי מדובר בערבות אוטונומית המנותקת באופן מוחלט מעסקת היסוד, ומידת העצמאות של הערבות צריכה להיבחן בהתאם לנסיבות העניין ולכוונת הצדדים, כאשר תוכן ההסכם ביניהם עשוי להשתנות מעניין לעניין וממקרה למקרה. לעתים, הערבות הבנקאית איננה עצמאית באופן מלא, ומימושה מותנה בקיום תנאים מסוימים שהם מקבילים לעסקת היסוד, ולעתים היא אף טפלה לעסקת היסוד. המונח של ערבות בנקאית כולל אפוא קשת רחבה של ערבויות. בקצה האחד ניצבת הערבות הבנקאית שמימושה אוטומטי ומנותק לחלוטין מעסקת היסוד; בקצה האחר יש ערבות רגילה, שאמנם הוצאה על־ידי בנק, אך איננה התחייבות לשיפוי, אלא מהווה חיוב טפל לעסקת היסוד; ובין שני הקצוות הללו קיימים הסדרי כלאיים כאלו ואחרים – הכול בהתאם לתוכן ולנוסח הערבות הבנקאית הספציפית שבפנינו.[37] מידת התלות של הערבות הבנקאית הספציפית

37 בהקשר זה ראה: ראה עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא: "מאפיין ה'עצמאות' בערבות האוט־נומית הוא מושג 'יחסי', שתוכנו עשוי להשתנות מעניין לעניין וממקרה למקרה", ובהמשך: "עצמאות הערבות היא עניין של דרגה. ככל שיפחתו הטענות שניתן להעלות כנגדה בהסתמך על עסקת היסוד, כן תהיה הזכות 'עצמאית' או 'אוטונומית' יותר", ועוד בהמשך: "לעתים עצמאות הערבות לא תהיה מוחלטת, אלא מימושה יותנה בקיום תנאים מסוימים, חוזיים או אחרים. לעתים כתב הערבות האוטונומי עשוי לשקף התחייבות המנותקת מעסקת היסוד, המבודדת אותה לחלוטין ממערכת היחסים שבין הצדדים לעסקה. וכך, בין 'ערבות רגילה' לבין 'התחיבות לשיפוי' עשויים להתגבש הסדרי כלאיים כאלה ואחרים – הכול על־פי התוכן והאופי שבחרו הצדדים לשוות

בעסקת היסוד היא שאלה פרשנית, שהתשובה לה טמונה בכוונת הצדדים לכתב הערבות: האם כוונתם הייתה ליצור חיוב אוטונומי או טפל לעסקת היסוד.[38]

99. בית המשפט העליון הבהיר, עם זאת, כי נקודת המוצא הבסיסית היא כי כוונת הצדדים המשתמשים בערבות בנקאית היא לעשותה אוטונומית, ואילו פגימת האוטונומיות של הערבות והפיכתה לערבות רגילה חייבת להיעשות בצורה מפורשת, שתבהיר כי חיובי הערב לפי כתב הערבות הם משניים לחיובים לפי עסקת היסוד. חזקת האוטונומיות של כתב הערבות הבנקאית, שעליה עמדנו בפרק א לעיל, נובעת מכך שככלל תכלית הערבות הבנקאית היא, כאמור, להשרות ביטחון עסקי שיאפשר קיום עסקאות מסחריות ללא חשש כי הגבייה תיתקל בקשיים, או בצורך לקיים התדיינות ממושכת על־פי עסקת היסוד.[39] ההלכה הפסוקה יוצאת על כן מנקודת הנחה כי כאשר צדדים נזקקים לערבות בנקאית (להבדיל מערבות רגילה) הם מבקשים לשוות לה אופי עצמאי. הכופר בהנחת מוצא זו חייב להביא הוכחות לסתור.[40]

משום כך, לא די בניסוח כוללני שמקשר בין הערבות הבנקאית לבין עסקת היסוד, ומקום שבו נקבע בכתב הערבות הבנקאית כי תנאי למימושה הוא צירוף של תצהיר בדבר קיומו של חיוב מכוח עסקת היסוד, אין בכך כדי להצביע באופן

לערבות שניתנה ביניהם"; כן ראה עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, 696; עניין AMS, לעיל ה"ש 18 במבוא, בעמ' 400; אצל בן־אוליאל, בעמ' 486; ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט 975 (מהדורה שנייה, כרך ב, התשנ"ח).

38 עניין פרדו, לעיל ה"ש 23 בפרק א, בעמ' 650: שאלת סיווגה של התקשרות פלונית בין ערב לנושה כאחד משני המוסדות המשפטיים שתוארו צריכה להיחתך על־פי מידת התלות של אותה התקשרות בקיומו של חיוב שני, חיצוני לה, של חייב כלשהו כלפי הנושה. כאשר עולה, מתוך בחינת מכלול תנאי ההתקשרות ומרכיביה, כי כוונת הצדדים הייתה להתלות את חיובו של הערב כלפי הנושה בחיובו של החייב, משמעות הדברים היא שהצדדים התכוונו ליצור יחס של ערבות. כאשר בחינת ההתקשרות מוליכה למסקנה כי הצדדים התכוונו ליצור התקשרות עצמאית, ברי שמדובר בהתחייבות לשיפוי".

39 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 696; כמו כן ראה עניין סולארא, לעיל ה"ש 17, בעמ' 21992.

40 עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא: "ההלכה הפסוקה נוטה לדעה כי מקום שצדדים נזקקים לע־בות בנקאית, הנחה היא כי הם מבקשים לשוות לה אופי עצמאי, אלא אם עולה בבירור מתוכנה כי התכוונו לראותה כערבות רגילה, שהחיוב על־פיה יקום או ייפול על־פי חיובי עסקת היסוד. גישה זו ניזונה מתפיסת התכלית הכלכלית־עסקית המונחת ביסוד ההיזקקות לערבות הבנקאית, שעיקרה השגת עצמאות במידה כלשהי מעסקת היסוד כדי להבטיח את עניינו של צד לעסקה מסחרית. על הכופר בהנחת מוצא זו להביא הוכחות לסתור".

חד משמעי על הכוונה לשלול את האוטונומיות של הערבות הבנקאית.[41] הנחת היסוד בפרשנות הערבות הבנקאית היא כי מדובר בערבות אוטונומית וממילא אין באמירה זו כדי להוות קביעה מפורשת המבטלת את אוטונמיות הערבות הבנקאית. על כן, די בקבלת הצהרה מאת המוטב, ואין לבחון את תוכנה ואת אמיתותה של הצהרה זו לאור בחינת עסקת היסוד לגופה. אין לפנות לתנאים המופיעים בחוזה נשוא עסקת היסוד, כדי לבחון את התקיימות התנאים להעמדת הערבות הבנקאית ואת התנאים לחילוטה. עם זאת, יש להוכיח כמובן כי התקיימו התנאים החוזיים הכלולים בכתב הערבות הבנקאית עצמו למימוש הערבות. יתרה מכך, בית המשפט בעניין אחוזת סביון מבהיר ומדגיש כי:[42]

> "דווקא מעמדה המיוחד ורב העוצמה של הערבות האוטונומית, על ניתוקה מעסקת היסוד ולעתים אף מתנאים חוזיים בעסקת היסוד העוסקים בערבות עצמה, דורש מבית המשפט לנקוט זהירות רבה כאשר הוא עוסק בפרשנות כתב הערבות עצמו. זאת משום שלהוציא חריגים קשים להוכחה של מרמה ונסיבות מיוחדות, אין ברשות מוציא הערבות כל כלי אפקטיבי להתגונן מפני מוטב הערבות, מלבד התנאים המופיעים בכתב הערבות עצמו. זאת אף אם עולות ראיות לכאורה כי מוטב הערבות פועל שלא כדין".

ב(4) פרשנות כתב הערבות במנותק ממסמכי עסקת היסוד

100. בעניין AMS קבע בית המשפט העליון כי עקרון האוטונומיה של הערבות הבנקאית גורם לבידוד מלא של כתב הערבות הבנקאית, וניתוקו מעסקת היסוד, גם לצורכי פרשנות.

כתב הערבות הבנקאית הוא מסמך העומד בפני עצמו (stand alone), ועל כן כל שאלה פרשנית ביחס למסמך זה טמונה בכתב הערבות עצמו, ולא בהסכם נשוא עסקת היסוד.

הקביעה האם כתב הערבות שבפנינו אוטנומי לחלוטין אם לאו – נגזרת מלשונו שלו. כך קבע בית המשפט בעניין AMS:[43]

---

41 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 697.

42 עניין מיאב, לעיל ה"ש 6 בפרק א, מפי כב' השופטת אלשיך.

43 עניין AMS, לעיל ה"ש 18 במבוא. באותו עניין טען בית המשפט: "כתבי הערבות במקרה זה לא

"משבחרה לחתום על כתבי הערבויות כנוסחם, נתנה המבקשת, מניה וביה, הסכמתה לניתוקם מן התנאים שפורשו בעסקת היסוד בכל הנוגע למימושם. כבר נפסק כי 'שאלה זו, של מידת התלות [בעסקת היסוד – א"ו], היא שאלה פרשנית, שהתשובה לה טמונה בכוונת הצדדים לכתב הערבות: האם כוונתם הייתה ליצור חיוב אוטונומי או טפל'[44] ודוק: התשובה טמונה בכתב הערבות ולא בהסכם המפרש את עסקת היסוד".

101. בדומה לכך קבע בית המשפט המחוזי, מפי כב' השופטת אלשיך, בעניין צוריאל לביא,[45] כי ערבות בנקאית אוטונומית הינה, בבסיסה, חוזה שעליו חלים דיני החוזים אך יסוד היסודות של הערבות הבנקאית הוא האוטונומיות שלה, ועיקרון זה גוזר כללי פרשנות מיוחדים של כתב הערבות הבנקאית. לעקרון האוטונומיות יש "קדימות" בכל הנוגע לפרשנות כתב הערבות הבנקאית, והוא גובר על הכללים הפרשניים הרגילים של דיני החוזים. על כן, בעוד שפרשנות חוזית רגילה מקנה חשיבות רבה לנסיבות החיצוניות האופפות את כריתת החוזה, אומד דעת הצדדים הכרוך בהן וכיו"ב, הרי שעקרון העצמאות החל בפרשנות כתב הערבות הבנקאית מחייב ניתוק של הפרשנות מאותן "נסיבות חיצוניות" של עסקת היסוד, והתמקדות בפרשנות לשונית דווקנית של כתב הערבות הבנקאית עצמו.

102. הדברים מקבלים ביטוי חד עת שיש סתירה בין הוראות כתב הערבות הבנקאית לבין עסקת היסוד. בהקשר זה הבהיר בית המשפט העליון באופן חד משמעי בעניין שובל הנדסה כי:[46]

"בבחינת אופיין של הערבויות הבנקאיות יש להתמקד

כללו את התנאים המוקדמים שהוצבו בעסקת היסוד. התנאי האחד שהוצב למימוש הערבויות לא היה אלא דרישת פירעון מאת המשיבה בלא צורך לבסס את זכותה על־פי עסקת היסוד. התנאי האחד הזה, ולא התנאים שנקבעו במסגרת עסקת היסוד, הוא הקובע. המבקשת מיטיבה להעלות דוגמאות לקושי העלול לבוא ביחסים שבין הצדדים לעסקת היסוד, בשל אימוץ דווקני של עקרון העצמאות, באותם מצבים בהם חילוט הערבות נעשה בניגוד למוסכם בעסקת היסוד. אכן כך...".

44 דברי השופט י' טירקל בעניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 696.

45 בש"א צוריאל, לעיל ה"ש 66 בפרק א, בפסקה 74 לפסק הדין.

46 עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא.

במסמכי הערבויות ובתוכנם גם אם אין הם עולים בקנה אחד עם 'מסמך ההתחייבות' שקדם להם".

...

"תוכנם של התנאים למימוש הערבות נקבע על־פי נוסחו של כתב הערבות ולא על־פי ההסכם העיקרי בין הצדדים לעסקת היסוד, ומקום שקיימת סתירה בין השניים, יכריע תוכנו של כתב הערבות".

103. על רקע זה נראה לכאורה כי שגה, בכל הכבוד, בית משפט השלום בתל אביב בעניין שיש אלוני[47] עת שקבע כי:

"כאשר עולה הטענה שהערבות ניתנה למטרה א' ונעשה בה שימוש למטרה ב', ניתן ללכת מעבר לכתב הערבות על מנת לאתר את מטרתה גם בשלב שבו מתבקש עיכוב מימוש הערבות, לפחות כאשר קיים עגון בכתב הערבות לקיומה של תכלית זו או אחרת".

104. כמו כן, ציינו לעיל, כי שגויה היא לכאורה קביעת בית המשפט בעניין בנק המזרחי[48] לפיו אין להחיל על כתב הערבות הבנקאית את דיני החוזים, וכי אין מקום להעלות טענות בדבר טעות, הטעיה, ופגמים ברצון המתקשר, שעליהם אפשר ללמוד מעסקת היסוד לעיל. יש להעדיף בהקשר זה את קביעת בית המשפט בעניין צוריאל לביא[49] בו הובהר כי לנוכח העובדה שכתב הערבות הבנקאית הוא ביסודו חוזה, ניתן להעלות טענות בדבר פגמים ברצון המתקשר (כגון טעות והטעיה). כדי להוכיח פגמים אלו, אפשר בהחלט לפנות לעסקת היסוד ולבחון

---

47 בש"א (ת"א) 9385/02 שיש אלוני בע"מ נ' עו"ד קול רוני, תק־של 2003(1) 14667, 14669 (2003), מפי כב' השופטת שירלי רנר.

48 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5 בפרק א, לפיו אין להחיל על כתב הערבות הבנקאית את דיני החוזים, וכי אין מקום להעלות טענות בדבר טעות, הטעיה ופגמים ברצון המתקשר, שעליהם ניתן ללמוד מעסקת היסוד. לעניין זה ראה ביקורתנו על פסה"ד בסעיף 3 בפרק א לעיל.

49 בש"א צוריאל, לעיל ה"ש 66 בפרק א, בפסקה 74 לפסק הדין: "יהא אשר יהא כוחו של עקרון העצמאות, ואף של תניות חוזיות שהוכנסו לכתב הערבות העצמה המתירות לחלטה בלא הוכחה או נימוק, הרי שדיני החוזים מוסיפים לחול; כשם שהזכות לחלט קמה לפי תנאי החוזה, כך כפוף חוזה הערבות גם לדין החוזי הרגיל של פגמים ברצון. לשון אחר; מקום שמוכח לבית המשפט, כי החוזה נכרת בשל טעות, הטעיה, כפייה או עושק, הרי קמה לצד הנפגע הזכות לבטל את החוזה, ואין הוא חייב לקיימו".

את הנסיבות שבהן הונפקה הערבות הבנקאית. במקרה זה, לא תתבסס טענת ההטעיה על עילה הנובעת מעסקת היסוד עצמה, וגם פרשנות כתב הערבות הבנקאית, שהוא עצמאי ומנותק מעסקת היסוד, לא יתבסס על עסקה זו, אלא שהנסיבות שהביאו להנפקת הערבות הבנקאית יוכלו ללמדנו על טעות, הטעיה או פגם אחר ברצון המתקשר, ואלו יהוו עילת ביטול – מכוח ההסכם נשוא כתב הערבות עצמו. אכן, טענה בדבר הפרת החוזה נשוא עסקת היסוד אינה רלוונטית למימוש כתב הערבות הבנקאית ואינה יכולה לשמש עילה לאי אכיפת החיוב לפי כתב הערבות הבנקאית. אולם כאשר הטענה היא לפגם ברצון המתקשר שמחמתו לא השתכלל מלכתחילה ההסכם הניצב ביסוד כתב הערבות הבנקאית, הרי שבפנינו טענה שכדי לבחון אותה יש להתמקד בנסיבות שאפפו את הנפקת הערבות הבנקאית, ובבחינת נסיבות אלה, יש משקל רב לעסקת היסוד, שהיא זירת ההתרחשות שקדמה לזירה החוזית נשוא הערבות הבנקאית.

ב(5) אוטונומיות הערבות על אף אזכור והפניה לעסקת היסוד

105. לעתים נקבעים בערבות הבנקאית תנאי מימוש, השאובים מעסקת היסוד. הערבות הבנקאית נוקטת אמנם בלשון של מימוש "על־פי דרישה ראשונה" של המחזיק בכתב הערבות, ואף נקבע כי דרישה זו יכולה להינתן בלא צורך בהנמקה או בביסוס, אך מאידך גיסא יש זיקה ברורה בין התנאים למימוש הערבות הבנקאית, הנקובים בכתב הערבות כתנאי למימושה, לבין החוזה נשוא עסקת היסוד, והמוטב מתבקש, בדרך כלל, למסור תצהיר בדבר קיומה של חבות מכוח עסקת היסוד.[50]

50 ראה סעיף 29 לכללי ה־URDG של לשכת המסחר הבינלאומית (ICC), הקובע:

-"a) Any demand for the payment under the Guarantee shall be in writing and shall (in a dition to such other documents as may be specified in the Guarantee) be supported by a written statement (whether in the demand itself or in a separate document or documents accompanying the demand and referred to in it) stating: (i) That the Principal is in breach of this obligation(s) under the underlying contract(s) or, in the case of a tender guarantee, the tender conditions; and (ii) the respect in which the Principal is in breach.

b) Any demand under the Counter–Guarantee shall be supported by a written statement that the Guarantor has received a demand for payment under the Guarantee in accordance with its terms and with this Article.

c) Paragraph (a) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the Guarantee. Paragraph (b) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terns of the Counter–Guarantee".

אמירות אלה אינן אמורות לפגוע בהיותה של הערבות אוטונומית,[51] והבנק מנוע מלבחון את נכונותו של התצהיר האמור ואת השאלה האם אכן קיימת חבות מכוח עסקת היסוד.

106. מקרה מסוג זה נדון בפסק הדין בעניין אגף יבוא מזון,[52] שבו צוין בכתב הערבות הבנקאית כי הבנק ישלם על־פי דרישה ראשונה סכום מסוים – במקרה שפעילות מסוימת נשוא עסקת היסוד (באותו מקרה – שחיטה של בקר) תתבצע במועדים ולפי לוחות הזמנים הקבועים בהסכם, ובלשון כתב הערבות:

> "On behalf of our above named clients, we hereby undertake as Guarantors to pay to you, on your first demand, the amount of ... in case our clients will not start the slaughtering at time fixed in the agreement or will not carry out the slaughtering during the agreed time in the Agreement or will not deliver to you the meat at dates fixed in the Agreement or will not fulfill any other terms or conditions of the Agreement".

במקרה זה, התעורר קושי, שכן לשון כתב הערבות הבנקאית אינה זהה ללשון החוזה נשוא עסקת היסוד, אולם מבחינה מהותית יש אינטגרציה ברורה בין המסמכים. אכן, בכתב הערבות נקבע כי מימושה הוא "לפי דרישה ראשונה", אך מה הוא הדין כאשר בפנינו דרישה שאינה מוצדקת, מפני שהחייב עמד בתנאי עסקת היסוד, שאליו מפנה כתב הערבות הבנקאית? בעניין זה קבע מ"מ הנשיא (כתוארו אז) זוסמן:[53]

> "לדעתנו, לגבי חבות הבנק, המילים הקובעות הן 'לפי דרישה ראשונה'. מטבע הדברים אין הבנק־הערב מקבל על עצמו

---

51 אצל McGuiness, בעמ' 36–37:
"Even where an undertaking relates incidentally in some way to the performance of a duty or obligation by some other party, the undertaking may be framed in such a way that it ceases to posses the characteristics of a guarantee".
כלומר, ההפניה לעסקת היסוד אינה גורעת מפירוש ההתחייבות כשיפוי, להבדיל מערבות.

52 עניין אגף יבוא המזון, לעיל ה"ש 12 בפרק א.

53 שם, בעמ' 532; וראה גם Trade Indemnity Co., Ltd. v. Workington Harbour and Dock Board L.T., 507 All.E.R. 1 454 (1936).

את התפקיד לברר אם ביצע החייב העיקרי את החוזה, או שמא הפר אותו. הבנק אינו שופט ואינו בורר ואין לו הכלים לברר את האמת לאמיתה. הבנק אף אינו חפץ להסתבך במשפטים עקב סכסוכים שנתגלעו בין הצדדים לעסקה המובטחת בערבותו. כך גם לא נקט הבנק בעניין דנא כל עמדה, הוא מוכן לשלם אם בית המשפט לא ימנע אותו מעשות כן. בתתו ערבות 'אוטונומית' כמו שהיא נקראת... קובע הבנק לעצמו קנה מידה פשוט ומכני לחבותו...".

107. בעניין רובין[54] הוסיפה והבהירה כב' המשנה לנשיא, השופטת בן פורת, כי אזכור של תניות החוזה בכתב הערבות הבנקאית אינו גורע מן האוטונומיות של כתב הערבות הבנקאית, ומהיותה של ערבות זו חיוב ראשוני שאינו תלוי בעסקת היסוד ואינו מטיל על הבנק חובה לבחון את תנאי קיומו של חיוב על־פי עסקת היסוד.[55] "על הערבות להיות 'לגוף אחד עם חוזה המכר' כדי שלא יראו אותה כאוטונומית".[56] יתרה מכך, כדי שערבות בנקאית תחדל להיות אוטונומית ותהיה ערבות "רגילה" הכפופה לתנאי עסקת היסוד, על כתב הערבות ללכת "בכל וכל אחרי תניות החוזה", בלשון כב' השופט זוסמן בעניין אגף יבוא מזון.[57]

---

54 עניין רובין, לעיל ה"ש 24.

55 בדומה לכך, מצינו בכללי ה־URDG של לשכת המסחר הבינלאומית (ICC), בסעיף 2(b), כי: "Guarantees by their nature are separate transactions from the contract(s) or tender conditions on which they may be based, and Guarantors are in no way concerened with or bound by such contract(s), or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them on the Guarantee".

56 עניין רובין, לעיל ה"ש 24.

57 דוגמאות לערבויות שהלכו "בכל וכל" אחרי תניות החוזה, ועל כן הוגדרו על־ידי בית המשפט כערבויות רגילות ובלתי אוטונומיות מצינו בכמה פסקי הדין של בית המשפט המחוזי: בה"פ (ת"א) 850/79 תה"ל מהנדסים יועצים בע"מ נ' אב־ואקהאק מהנדסים יועצים (לא פורסם) נדון חוזה בין תה"ל לבין חברה איראנית שבמסגרתו נתנה תה"ל לחברה האיראנית מסמך שכונה "ערבות בנקאית", הוצא על־ידי בנק, ובו נקבע כי הבנק ישלם את סכום הערבות, should the said amount be due to you by virtue of Tahal ... failing to perform its undertaking under the said agreement. תנאי לתשלום הוא הצגת הצהרה בדבר הפרה. החברה האיראנית ביטלה את החוזה והגישה את הערבות לפירעון. תה"ל ביקשה להוציא צו מניעה, הן מכיוון שלטענתה לא הפרה את עסקת היסוד, והן מכיוון שלא הוצגה הצהרה בדבר הפרה כאמור. הבנק השיב שהערבות אוטונומית ואין לבדוק את עסקת היסוד. בית המשפט (כב' השופט מלץ), קיבל את הבקשה משני נימוקיה וציין כי מכיוון שהערבות הותנתה במפורש בקיומו של חוב על־פי החוזה, ולאור התנאי הקושר בין הערבות לבין עסקת היסוד, אין זו עסקה של "מכתב אשראי לערבות" והערבות אינה

108. בדומה לכך, קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת דותן) בעניין Aviation[58] כי יש לראות כערבות אוטונומית – כתב ערבות בנקאית אשר צוין בו כי הוא נועד להבטיח תשלום מקדמה בקשר לזיכרון דברים, וכי תנאי למימושו הוא דרישה בכתב של המוטב, ובה יציין המוטב כי החייב כשל בביצוע אספקה תקופתית על־פי ההסכם האמור. בית המשפט הפנה לפסיקת בית המשפט העליון בעניין אגף יבוא מזון, והבהיר כי אזכור עסקת היסוד אינו הופך את הערבות לחלק ממנה ועצם העובדה שהמימוש מותנה בדרישה ראשונה של המוטב, בלא שהבנק יקבל על עצמו תפקיד לברר האם אכן דרישה זו נכונה לגופה, משמעה כי עסקינן בערבות בנקאית. בהקשר זה, הדגיש בית המשפט את העובדה כי במתן הדרישה הראשונה כאמור לא נדרש המוטב לתת תצהיר אלא הצהרה חתומה, וכי לא הוכח הקשר בין ההצהרה לבין תניות ההסכם.[59]

109. יתרה מזו, O'Donovan ו־Phillips מציינים כי בכל ספק פרשני האם בפנינו כתב שיפוי או ערבות, יש לבחון האם החיוב חופף לחלוטין את עסקת היסוד (במקרה זה בפנינו ערבות) או שמא בפנינו חיוב השונה מעסקת היסוד, והמתקיים גם אם החייב בעסקת היסוד לא הפר את ההסכם, או שיש מחויבות מסוג שונה, בעילות שונות או בסכומים הגדולים יותר מאלו המנויים בעסקת היסוד[60].

110. בהתאם לכך, קבע בית המשפט העליון בעניין היתת[61] כי על אף שבכתב הערבות

אוטונומית. כמו כן בבר"ע 3121/98 סנה נ' אלואל חברה לבניין בע"מ, דינים מחוזי לב 705 (1998), הורתה כב' השופטת שידלובסקי־אור לעכב את מימושה של ערבות בנקאית המאוכרת את החוזה והצועדת בכל עניין אחר תניותיו. במקרה זה, מכיוון שהערבות הבנקאית הורתה כי מימושה ייעשה בתנאים הקבועים בחוזה, הרי שאבדה האוטונומיות שלה והיא סווגה כערבות רגילה ולא כהתחייבות עצמאית לשיפוי.

58 בר"ע (ת־א) 2436/05 Aviation Protection Systems נ' התעשייה הצבאית לישראל בע"מ, תק־מח 2006(1) 1780, 1781–1782 (2006).

59 שם, בית המשפט הוסיף וציין כי "כשם שמוסכם על הכול כי תנאי לתשלום אשראי דוקומנ־רי הינו הצגת מסמכים המעידים על המשלוח מבלי שהדבר פוגע באוטונומיות של ההתחייבות והמסמכים מטרתם לבסס את תנאי הערבות להבדיל מעסקת היסוד, כך גם בענייננו הדרישה שנוסחה בכתב הערבות אינה יוצרת קשר בין עסקת היסוד לבין הערבות אלא מהווה תנאי מתנאי הערבות".

60 אצל J. O'Donovan & J. Phillips, בעמ' 38–39; כמו כן ראה עניין 'מעב Yeoman Credit Ltd 832–833; Direct Acceptance Finance Ltd v Cumberland Furnishing Pty Ltd N.S.W.R. ;1504, 1509 (1965); Agro Carribean Group Ltd v Lewis 2 Lloyd's Rep. 289, 296 (1976) וכן אצל McGuiness, בעמ' 27–41

61 ע"א 264/69 היתת לפיתוח בע"מ נ' בנק הפועל המזרחי בע"מ, פ"ד כג(2) 282.

עצמו נקבע כי הוא ניתן "בקשר עם ההסכם שהעתקו רצוף בזה ומהווה חלק בלתי נפרד מערבות זו", הרי שאין בכך כדי לגרוע מן האוטונומיות של הערבות הבנקאית. את הכף באותו מקרה הכריעה הקביעה בכתב הערבות הבנקאית, לפיה היא תמומש בתוך שבעה ימים מתאריך דרישה (שתעשה עד מועד מסוים), בתנאי שיצורפו לדרישה כתב הערבות ותצהיר של מהנדס מסוים.

111. נמצא אפוא כי בכל מקום שבו יש סתירה מניה וביה בערבות הבנקאית, כאשר מצד אחד, היא מזכירה את עסקת היסוד, ומצד שני קובעת שהמימוש שלה ייעשה "על־פי דרישה ראשונה", באופן בלתי תלוי ובלתי מותנה בעסקת היסוד, הרי שבפנינו ערבות אוטונומית ויש להתעלם מעסקת היסוד. סתירה יוצרת ספק פרשני והכלל הוא כי כל ספק שכזה מוכרע לטובת עקרון האוטונומיות. נביא דוגמאות אחדות לכך מפסיקת בית המשפט העליון:

112. בעניין גרבשטיין,[62] נדון כתב ערבות בנקאית, אשר בפתיח לו נאמר כי הוא ניתן "בקשר לפינוי דירה". משום כך נטען כי מכיוון שהערבות ניתנה בפועל על סמך הלוואה, ולא בקשר עם פינוי דירה, אין תחולה לכתב הערבות.
מצד שני, נאמר בסיפא של כתב הערבות הבנקאית, כי הבנק מתחייב לשלמה "לפי דרישתכם הראשונה בכתב, מבלי להטיל על כבודכם לבסס את דרישתכם".
בהקשר זה קבע כב' השופט (כתוארו אז) זילברג כי המילים "בקשר לפינוי דירה" הן בגדר "פיטומי מילי בעלמא" (כלומר, פטפוט סרק של מילים)[63], ולא היה בהן

62 עניין גרבשטיין, לעיל ה"ש 11 בפרק א, בעמ' 2817.

63 במשפט העברי מוכר העיקרון לפיו אין בהכרח לתת משקל ותוקף משפטי לכל דיבור של אדם, ויש להתייחס כאל פטפוט סרק למילים הגורעות מן התוקף המשפטי של הפעולה שנעשתה. כך למשל מצינו בגמרא כי אדם מכר קרקע והבהיר בשטר המכר כי מדובר במכר בלא אחריות, דהיינו כי גם אם הנושים יגבו את הקרקע בחובם, לא יוחזרו הכספים למוכר. ראה המוכר את הקונה כשהוא עצוב וחושש כי יפסיד את כספו, ואמר לו: "אם ייקחו ממך את השדה, אפצה אותך". לאחר זמן, התעוררה השאלה מה תוקף ההבטחה האמורה, והובעו דעות לפיהן דברי המוכר העומדים בניגוד לאמור בשטר המכר אינם אלא בגדר גיבוב דברים (פיטומי מילי) שנועד לנחם את הקונה בלא שיהא בכך התחייבות בעלת תוקף משפטי. דוגמה דומה היא המקרה של אדם גוסס שנתן הנותן גט לאשתו כדי שלא תישאר אלמנה ולא תהא חייבת בייבום או בחליצה. בעת מתן הגט, נאנח אותו אדם והצטער, והאשה ניחמה אותו באומרה "מה אתה נאנח? אם תישאר בחיים – אשאר אשתך". האיש הבריא, וטען כי הגט היה מותנה. ביחס לכך מצינו כי הגט תקף באופן בלתי מותנה, ודברי הניחומים של האישה היו בגדר "מילות הרגעה" הנעדרות תוקף משפטי, והן בבחינת "פיטומי מילי בעלמא" (לעניין זה ראה למשל דברי הרי"ף בגמרא, בבא מציעא לז, ע"א, וכן ראה רבינו ירוחם תולדות אדם וחוה נתיב כד חלק ד דף רי טור ג). כמו כן, אדם המוכר בית או שדה והקונה אומר למוכר "כשיהיו לי מעות, אחזירן לך" – אין בכך כל בעיה של הלוואה בריבית,

משום השפעה כלשהי על היקף התחייבותו של הבנק מנפיק הערבות. מילים אלו, כך קבע כב' השופט זילברג, כאילו נמחו ונמחקו על־ידי הפסוק האחרון "מבלי להטיל על כבודכם לבסס את דרישתכם".
בית המשפט קבע כי הבנק היה מודע באותו מקרה לכך שלא היו שום עסקי דירה תלויים ועומדים בין הצדדים, ועל כן "בשל הגינותו הידועה של הבנק לדיסקונט" אין להניח שהבנק הכשיל את נותן הערבות בהצהרת שקר, כדי שלבנק תהיה טענה טובה על שהוציאו את כספו, בניגוד לתנאים שהותנו על־ידו. משום כך, הניח בית המשפט כי המילים הללו, שנכללו בכתב הערבות הבנקאית, הן בבחינת "לאו דווקא, נעדרי כל תוכן ממשי, ולא היה כל הבדל וכל נפקא מינה בדבר לגבי ערבותו של הבנק".

113. בעניין מליבו[64] נדונה ערבות בנקאית שבה נקבע כי עילת המימוש תהא מסירת תצהיר של מוטב הערבות הבנקאית בדבר אי קיומן של כמה תניות לפי החוזה נשוא עסקת היסוד. כמו כן, נקבע בכתב הערבות הבנקאית תנאי כולל שלפיו קמה חובת התשלום אם החברה "will not fulfill any other terms or conditions of... the agreement". כלומר, הערבות עצמה מפנה לעסקת היסוד. ועם זאת, קבע בית המשפט העליון כי נשמרה האוטונומיות שלה. כב' השופט טירקל ציין בהקשר זה את ההלכה הפסוקה בדבר האוטונומיות של הערבות הבנקאית וניתוקה מעסקת היסוד, וכן את דבריו הנ"ל של כב' השופט זילברג בעניין גרבשטיין, לפיהם הביטוי בכתב הערבות "מבלי להטיל על כבודכם לבסס את דרישתכם" הופך את ההפניה לעסקת היסוד ל"פיטומי מילי בעלמא". על כן, קבע כב' השופט טירקל בעניין מליבו כי למרות הקשר הקיים לכאורה בין הערבות לבין עסקת היסוד, המשתמע מן החובה לצרף את התצהיר בנוסח האמור לעיל, "הוחלש" קשר זה על־ידי הפטור מהחובה לבסס את הדרישה או לדרוש תחילה את התשלום מהערב, ולפיכך יש לראות את הערבות כאוטונומית.

114. בעניין איליט[65] נדון כתב ערבות בנקאית אשר ברישא שלו נאמר כי "אנו נשלם לכם מדי פעם בפעם, מיד עם דרישתכם הראשונה בכתב, כל סכום שיצוין באותה

מכיוון שהאמירה האמורה אינה בגדר תנאי למכירה, והיא בבחינת "פיטומי מילי בעלמא" (לעניין זה ראה ספר מצוות קטן, מצווה ר"ס). כמו כן, האומר לאישה "הרי את מקודשת על מנת שתעלי לרקיע", אין שום תוקף לתנאי הבלתי סביר שלו. האישה מקודשת והתנאי שבו נקט הוא בגדר "פיטומי מילי בעלמא". לעניין זה ראה למשל בגמרא, שבה גם נקבע כלל כי כל דבר שאי אפשר לקיימו ואדם מתנה בו תוקף של פעולה משפטית "אינו אלא כמפליג בדברים".

64 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 697–698.

65 עניין איליט, לעיל ה"ש 14 בפרק א, בעמ' 322 (מפי כב' השופט, כתוארו אז, לנדוי).

דרישה, מבלי להטיל עליכם לבסס את דרישתכם...". בהמשך כתב הערבות נקבע כי היא ניתנת לסילוק כל סכום "שתדרשו מאת איליט בע"מ... בקשר לתיקונים וטיב ביצוע על־ידי הנערבת". בית המשפט קבע כי אין בדברים אלה, המציינים את העילה למתן הערבות הבנקאית, כדי לגרוע מן הלשון המוחלטת שבה נוסחה חובת הבנק לעמוד בערבותו ומן האוטונומיות של הערבות הבנקאית.

115. בעניין שיכון עובדים[66] קבע כב' המשנה לנשיא, השופט לוין, כי ציון העילה למתן הערבות בכתב הערבות הבנקאית אינו פוגע באוטונומיות של הערבות, המתבטאת בהתחייבות הערב לשלם לפי דרישה ראשונה של הנערב, בלי שהלה יצטרך לבסס את דרישתו.

116. בעניין לה כודיאר[67] נקבע כי מוטב הערבות (באותו מקרה – בנק איגוד) התרשל בכך שדרש את חילוט הערבות הבנקאית על אף שלא התקיימה העילה על־פי עסקת היסוד. עם זאת, הטענה כי על־פי נוסח הערבות לא היה למוטבה זכות לגבות את הכסף באותו שלב, נדחתה, שכן נאמר שם כי הערבות היא: "In connection with the proceeds of diamond shipments..."', וכספי הערבות אמנם נדרשו ושולמו בקשר עם תמורת יהלומים. הנה כי כן, על אף שהערבות הבנקאית הזכירה את עסקת היסוד, ועל־פי עסקת היסוד לא קמה הזכות לקבל את התמורה, קבע בית המשפט כי אפשר לממש את הערבות הבנקאית.

117. בעניין עמותת טל[68] נדונה ערבות בנקאית אשר הסעיף הראשון שלה אזכר את מטרת מתן הערבויות. על אף זאת, קבע בית המשפט כי אין בכך כדי להכפיף את כתב הערבות הבנקאית לקיום ההתחייבויות על־פי עסקת היסוד. בית המשפט הבהיר כי אכן:

> "הערבויות באות להבטיח תשלום זה או אחר, שמבצעת המערערת למשיבה על־פי החוזה. אין הן באות להבטיח קיום תנאי זה או אחר שבחוזה.
>
> ...

66 עניין שיכון עובדים, לעיל ה"ש 19 בפרק א, בעמ' 455.

67 ע"א 168/86 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לה כודיאר בע"מ, פ"ד מב(3) 77, 83 (1988), מפי כב' השופטת נתניהו.

68 ע"א 169/94 עמותת טל ייזום וניהול פרויקט להתיישבות נ' אלטר צבי ובניו בע"מ, פס"מ תשנ"ו(1) 209 (1995).

לאזכור העילה למתן התחייבות אין רלוונטיות לשאלת סיווגה, מקום בו ישנה הוראה מפורשת בכתב הערבות הפוטרת את הדורש מהוכחת דרישתו ונימוקה".

118. כמו כן, בעניין ט.ש.ת[69] קבע בית המשפט העליון כי גם כאשר בכותרת כתב הערבות נאמר כי מדובר בערבות ביצוע להבטחה, בין היתר, של "פרסום הדירות עם המחירים ומכירתן בפועל על־פי מחירי הזכייה במכרז במחיר מרבי וסופי", ואף בגוף הערבות נאמר כי הערבות היא למילוי ההתחייבויות על־פי החוזה, אין הדבר גורע מן האוטונומיות של הערבות הבנקאית. האוטונומיות מתבטאת בהתחייבות הערב לשלם לפי דרישה ראשונה של הנערב, מבלי שהלה יצטרך לבסס את דרישתו. אוטונומיות זו אינה נפגעת על־ידי ציון העילה למתן הערבות בכתב הערבות. יתרה מזו, ההלכה הפסוקה נוטה לדעה כי מקום שהצדדים נזקקים לערבות הבנקאית, הנחה היא כי הם מבקשים לשוות לה אופי עצמאי, אלא אם כן עולה בבירור מתוכנה כי התכוונו לראותה כערבות רגילה, שהחיוב על־פיה מותלה בחיובי עסקת היסוד.[70] ממילא, מקום שבו נקבע בערבות כי מוטל על הבנק לשלם כל סכום שיידרש לשלמו בלא שהמחזיק בכתב הערבות יהיה חייב להמציא "כל הנמקה, ראיה, פסק דין או אסמכתא משפטית אחרת",[71] הרי שהדבר נחשב כסממן העיקרי המאפיין את האוטונומיות של הערבות הבנקאית, והעובדה שבגוף כתב הערבות נאמר כי היא ניתנה למילוי התחייבויות על־פי החוזה אינה גורעת מהאוטונומיות של הערבות הבנקאית. בהתאם לכך קבע בית המשפט העליון כי על אף שהתעוררו טענות ולפיהן חילוט הערבות הוא בניגוד לחוזה, או בניגוד להסכמה מאוחרת ששינתה את החוזה, "מדובר בטענות חוזיות רגילות שגם אם היה בהן ממש, לא היה בהן כדי למנוע את החילוט".[72]

119. לעומת זאת, בעניין פרדו[73] דן כב' הנשיא שמגר בערבות בנקאית, אשר צוין בה כי היא ניתנת "בקשר לעסקת היסוד", ולא צוין בה, מאידך גיסא, כי המימוש שלה ייעשה על־פי דרישה של המוטב, בלא צורך בהנמקת הדרישה. בנסיבות אלה, קבע כב' הנשיא שמגר כי בהיעדר אמירה כאמור, יש בקביעה לפיה הערבות ניתנת "בקשר לעסקת היסוד" כדי להכשיל את הגדרתה כ"התחייבות לשיפוי"

69 ע"א 11123/03 ט.ש.ת. חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־על 2005(4) 1, 6 (2005).

70 עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא, בעמ' 135־134.

71 עניין ט.ש.ת לעיל ה"ש 69, בעמ' 2.

72 שם, בעמ' 11.

73 עניין פרדו, לעיל ה"ש 23 בפרק א, בעמ' 654.

הניצבת על רגליה שלה, ויש בכך כדי להביא למסקנה כי המדובר בערבות רגילה, הטפלה לעסקת היסוד.

120. מעיון בפסיקת בית המשפט העליון עולה אפוא כדלהלן:

א) מקום שבו הערבות הבנקאית מזכירה את עסקת היסוד, אך אינה הולכת "בכל וכל אחרי תניות החוזה", אלא התנאים הקבועים בכתב הערבות הבנקאית שונים מן האמור בעסקת היסוד – נשמרת האוטונומיות של הערבות הבנקאית, ויש לראותה כעסקה נפרדת ומנותקת מעסקת היסוד. דוגמה קלאסית לכך היא תניית מימוש "על־פי דרישה ראשונה", בלא צורך בהנמקה. דוגמה אחרת היא מקרה שבו נכלל בכתב הערבות הבנקאית פטור מהחובה לבסס את הדרישה או לדרוש תחילה את התשלום מהערב.[74]

ב) מקום שבו הערבות הבנקאית הולכת "בכל וכל אחרי תניות החוזה" – הרי שהיא מאבדת את מרכיב האוטונומיות שלה, ורואים בה ערבות רגילה, הטפלה לעסקת היסוד.

ג) מקום שבו הערבות הבנקאית מפנה לעסקת היסוד (אף בלא שזו תלך "בכל וכל אחרי תניות החוזה"), ואין בה אמירה שתלמד על האוטונומיות שבה,

---

74 לעומת זאת, במשפט העברי ההבחנה בין ערבות הטפלה לעסקת היסוד לבין "ערב קבלן", שערב־תו היא אוטונומית ואינה טפלה לעסקת היסוד, תלויה בין השאר בכך שהערבות אינה מזכירה כלל את חובו של החייב בעסקת היסוד. מקום שבו מוזכרת עסקת היסוד במקביל לחיובו של הערב, משמעות הדבר היא כי הערבות טפלה לעסקת היסוד. כמו כן, ערבות שבה משתמשים במילה "הלוואה" ("הלווה לו, ואני פורע"), מתפרשת כערבות רגילה, הטפלה לעסקת היסוד, להבדיל מן המילה "תן לו, ואני חייב לך". לעניין זה ראה ב' כהנא ערבות 233 (נ' רקובר עורך, 1996) והמקורות המובאים שם, ובהם פירוש הרשב"ם על מסכת בבא בתרא קעד, ע"א, דיבור המתחיל: "בר מתן"; בית יוסף, חושן משפט קכט, יט; כסף משנה על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, כה, ה; ר"ש בר חפני, ספר הערבות והקבלנות פרק ג, ובפירושו לתורה, בראשית מג, ט (הובא בספר העיטור, ערב, ליד האות ל'); שולחן ערוך, חושן משפט קכט, יז; ספר התרומות, שער לה, א, אות ל"ד; שו"ת מהרי"ל דיסקין, סימן יג, ב; מחנה יהודה קכט, יט; נתיבות משפט על ספר מישרים, נתיב כג, ג; יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סימן קעה, ופרק י, סימן קל; סמ"ג, עשה צד; עליות דרבנו יונה, בבא בתרא קעד, ע"א (מובא בשיטה מקובצת); אור זרוע, בבא בתרא, סימן רמו; שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן נא וסימן רנח; המאירי, בבא בתרא קעד, ע"א, דיבור המתחיל "איזה הוא"; חידושי רבנו קרשקש, גיטין מט, ע"ב; שו"ת הרדב"ז, קל, אלף קפז; שו"ת מהר"ן מינץ סימן לג; נימוקי יוסף, בבא בתרא טז ע"ב, מדפי הרי"ף, דיבור המתחיל "ערבא"; שולחן ערוך, חושן משפט קכט, יז (לעומת הרמ"א, שם).

כגון תניית מימוש "על־פי דרישה ראשונה" – אבדה האוטונומיות של הערבות.

ד) הרוצה לשמור על האוטונומיות של הערבות חייב אפוא להקפיד ולהכליל בה תניית מימוש שאינה תלויה בתניות עסקת היסוד, או פטור מהחובה לבסס את הדרישה או לדרוש תחילה את התשלום מהערב. רק במקרה זה, לא יהא בהפניה אל עסקת היסוד ובאזכורה כדי לגרוע מן האוטונומיות של הערבות הבנקאית.

ב(6) שימוש בערבות הבנקאית לצורך אחר מזה שלשמו נמסרה

121. על אף שיש לפרש את כתב הערבות הבנקאית באופן מנותק ומבודד מעסקת היסוד, הרי שבמקרה שכתב הערבות הבנקאית מפנה אל עסקת היסוד, תהא לכך השלכה פרשנית על הוראות כתב הערבות עצמו, כאשר מתעוררת טענה כי התנאים הקבועים בו עצמו למימוש הערבות לא התממשו. כך, למשל, לעתים הצדדים מציינים בתוך כתב הערבות עצמו את הנסיבות שלשמן ניתנה, כדי שמימוש הערבות ייעשה אך ורק לשם כיסוי סיכון מסוג אחד, ולא תנוצל לצורך כיסוי סיכון מסוג אחר. אמירה זו בתוך כתב הערבות עצמו נועדה לפתור את "בעיית הערבות המתגלגלת", דהיינו, למנוע מימוש של הערבות שלא לצורך שבגינו נמסרה.[75] כך, למשל, קבלן, המקבל מקדמה מבעל הקרקע ומוסר לבעל הקרקע ערבות בנקאית להבטחת החזר המקדמה במקרה של אי ביצוע הפרויקט. הערבות לא ניתנה כדי לכסות סיכון בתחום אחר, כמו עמידה בזמני ביצוע או ביצוע עבודות בדק. לאחר מכן, כשהחברה נקלעת לחדלות פירעון, מנסה המוטב לגלגל את הערבות שניתנה במסגרת הסיכון הראשון, כך שתכסה את הסיכון השני. כדי למנוע זאת, מציינים הצדדים בתוך כתב הערבות הבנקאית את הנסיבות שלשמן ניתנה, כך שתהא מוגבלת לאותם דברים עצמם, ולא לכיסוי סיכון אחר. בהתאם לכך, מצינו בעניין יוטבין כי בית המשפט פנה לעסקת היסוד כדי לבחון האם הגיעה העת למימוש הערבויות הבנקאיות, והאם חלה הגבלה כלשהי מכוח הסכמת הצדדים על מימושן.[76]

---

75 לעניין זה ראה למשל את דבריו של כב' השופט עדיאל, בעניין חבר, לעיל ה"ש 23 בפרק א, לפיהם "ההפניה לעסקת היסוד בראש הערבות הבנקאית נועדה להגדיר את מטרתה של הערבות ואת היקף הסיכון שיש לבנק"; כמו כן ראה בספרו של Bertrams בעמ' 138.

76 עניין יוטבין, לעיל ה"ש 41 בפרק א, בעמ' 337: "אם במישור היחסים שבין המבקשת לבין ה־

122. מהו הדין כאשר הצדדים מציינים בתוך כתב הערבות הבנקאית עצמו את הסיבות להנפקת הערבות, ובכך מבקשים להגביל את המימוש לשם כיסוי סיכון אחד מסוים, ומצד שני מציינים בכתב הערבות כי ניתן לממשה לפי דרישה ראשונה ובלא צורך לנמק? לכאורה, בהתאם לפסק הדין של כב' השופט זילברג בעניין גרבשטיין, גוברת האמירה השומרת על האוטונומיות של הערבות, והופכת את ההפניה לעסקת היסוד ל"פיטומי מילי בעלמא". ולא היא.

123. ו' אלשיך וג' אורבך,[77] בספרם על הקפאת הליכים, מבהירים בהקשר זה כי ההפניה של כתב הערבות הבנקאית אל עסקת היסוד משליכה על פרשנות הערבות עצמה ועל תנאי מימושה. לאור הלכת אפרופים[78] יש לראות את הערבות הבנקאית כמכלול, המתפרש על־פי נסיבות הנפקתה – ועל כן, אין לומר כי ההפניה אל עסקת היסוד היא בגדר "פיטומי מילי בעלמא", אלא יש לה השלכה ברורה על פרשנות הערבות ועל הנסיבות שבהן תמומש. עם זאת, התניה הקובעת כי המימוש הוא "על־פי דרישה ראשונה" שומרת על האוטונומיות של הערבות הבנקאית.

124. הכלל האמור בא לידי ביטוי חד בעניין בועז כהן.[79] באותו עניין, הונפקו ערבויות בנקאיות במסגרת סדרה של חוזים, כאשר בכל ערבות וערבות צוינה עילת מימוש – הקשורה לחוזה שבגדרו הונפקה. המוטב ניסה לחלט את הערבות הבנקאית שניתנה במסגרת חוזה אחד, כדי לכסות על סיכון שנגרם במסגרת חוזה אחר. בעשותו כן, ביקש מוטב הערבות להתבסס על האוטונומיות של הערבות הבנקאית ועל ניתוקה מעסקת היסוד, וכן על הנוסח המוחלט של תנאי המימוש,

---

שיבה יש מקום לומר שהמשיבה אינה רשאית לממש את הערבויות שבידה, ולו גם ערבויות אוטו־נומיות, אין זאת אלא אם התחייבה המשיבה כלפי המבקשת, בחוזה או בדרך אחרת, שלא לממשן אלא בתנאים מסוימים. חיפשתי בחוזה שבין בעלי הדין ולא מצאתי בו לא זכר ולא רמז להגבלה כלשהי, שתחול על המדינה במימוש הערבויות. המבקשת היא שמסרה לידי המדינה את הערבויות, והיא שהבנקאים שלה ניסחו אותן 'להנחת דעתה של הממשלה'; ואין המבקשת יכולה לבוא עכשיו בטענה, שהערבויות הללו אינן עומדות לפירעון, כפי שנוסחו מטעמה, וכפי שהמשיבה קיבלתן כתנאי למתן המפרעות".

77 אלשיך ואורבך, בעמ' 278–284.

78 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995); כמו כן ראה בספרו של אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החוזה 481 (כרך רביעי, 2001); וכן ראה פסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־על 2006(2) 1681 (2006).

79 פש"ר (ת"א) 1933/01 בש"א 18895/02 בועז כהן נ' החברה למשק וכלכלה של השלטון המק־מי בע"מ, תק־מח 2003(2) 6758 (2003).

הקבועים בכתב הערבות הבנקאית. עם זאת, מוטב הערבות סתר את טענותיו האמורות שלו עצמו בדבר האוטונומיות של הערבות, עת שטען כי אין בהפניה של הערבות הבנקאית אל עסקת יסוד מסוימת כדי להציג את דרישת החילוט כחסרת תום לב, לנוכח העובדה כי בחוזה נשוא עסקת היסוד, נכלל סעיף שהתיר לערוך קיזוזים בין תמורות המגיעות מחוזים שונים. בית משפט של פירוק (כב' השופטת אלשיך) קבע כדלהלן:

א) עקרון העצמאות פועל לשני הכיוונים: כשם שהוא מונע מהחייב להתגונן מכוח תניות השאובות מעסקת היסוד, כך הוא מונע מהמוטב לגייס נימוקים למימוש השאובים מעסקת היסוד. המוטב אינו יכול להשיג לעצמו יתרון מתחום עסקת היסוד על בסיס העובדה שהערבות היא אוטונומית, ומאידך גיסא להשתמש בעקרון העצמאות כדי לחסום את הצד שכנגד מלהתגונן בנימוקים מתחום אותה עסקת יסוד.

ב) ניסיון לחלט ערבות בנקאית בניגוד לעילה להנפקת הערבות המצוינת בכתב הערבות הבנקאית עצמו, עולה כדי התנהגות חמורה, המהווה חריג מוכר לעקרון העצמאות של הערבות הבנקאית.

125. בעניין בועז כהן הוגש ערעור לבית המשפט העליון,[80] ובו נפסק כי צדק בית המשפט קמא בקביעתו האמורה, ולא היה אפשר לחלט ערבויות בנקאיות שניתנו במסגרת חוזה אחד בגין הפרה של חוזה אחר:

> "אבן הבוחן לשאלה האם ניתן לחלט ערבות בנקאית הינה כתב הערבות עצמו. לפי לשונם של כתבי הערבות בענייננו, הערבויות ניתנו כבטוחה למילוי הוראות חוזה המכרז או הזמנות עבודה ספציפיות של רשויות מקומיות, קרי ניתן לחלט את הערובות הבנקאיות רק במצב בו לא ממולאות הוראות אותם חוזים או הזמנות עבודה".

126. ו' אלשיך וג' אורבך בספרם על הקפאת הליכים[81] מציינים מובאת פסיקה זו של בית המשפט העליון בעניין בועז כהן, כאות לכך שבית המשפט העליון אכן

---

80 רע"א 4883/03 החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ נ' בועז כהן כונס נכסים, פדאור 03(7) 158 (2003), מפי כב' השופט ריבלין.

81 אלשיך ואורבך, בעמ' 281–282.

סטה מהלכת גרבשטיין, ואינו רואה עוד באזכור פרטים מעסקת היסוד במסגרת כתב הערבות הבנקאית משום "פיטומי מילי בעלמא". אלשיך ואורבך רואים בפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין בועז כהן משום צעידת כברת דרך להתאמת דיני הערבויות הבנקאיות האוטונומיות לעקרונות הלכת אפרופים, המחייבים לקרוא את כתב הערבות הבנקאית על רקע הנסיבות הכלליות של הנפקתו, בלא לתת עדיפות ללשון כתב הערבות הבנקאית. כמו כן הם מציינים כי ככלל, פס"ד גרבשטיין משקף לדעתם הלכה שאינה ראויה, שיש בה כדי לרוקן מתוכן את תיחום הסיכונים שערכו הצדדים בעצמם, והתערבות פטרנליסטית המפקיעה את חופש החוזים מן הצדדים. בנוסף, גורסים אלשיך ואורבך, כי כאשר נכנסת החברה להליכי חדלות פירעון, שכיחים המצבים שבהם מוטבים מנסים להשתמש בערבות הבנקאית שבידם כדי לפצות עצמם בגין נזקים שונים לחלוטין מאלו שלשמם נמסרה, ואשר לגביהם הם בגדר נושים בלתי מובטחים. בדרך זו הם למעשה "מוציאים עצמם מן התור", והופכים מנושים לא מובטחים לנושים מובטחים, תוך פגיעה בעקרון השוויון בין הנושים ובאיסור להעדיף נושה באמצעות כלי בטוחתי – שנועד לעניינים שונים לחלוטין. אלשיך ואורבך מוסיפים ומציינים כי כאשר חברה נקלעת למצב של חדלות פירעון, יוצר גל של חילוטי ערבויות בנקאיות תוצאה הרסנית כלפי האפשרות להפעיל את החברה בהקפאת הליכים, ולגבש לה הסדר נושים ראוי, המקנה לנושים הבלתי מובטחים דיבידנד של ממש.

127. בהקשר זה נראה כי יש לשים לב להילוך הדברים הבא בפסיקת בית המשפט העליון ביחס לדיני החוזים בכלל וביחס למימוש ערבויות בנקאיות בפרט:

א) סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973 קובע לאמור:

> "(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות".

ב) בהתאם ללשונו זו של סעיף 25(א) לחוק החוזים, שררה הלכת "שני השלבים", לפיה נבחן אומד דעת הצדדים בהתאם למשתמע מתוך החוזה, ורק אם התברר כי אומד הדעת אינו משתמע מתוך החוזה עצמו – פנה בית המשפט אל השלב השני של בחינת הנסיבות לכריתת החוזה.

ג) בהלכת אפרופים בוטלה הלכת שני השלבים, ופרשנות החוזה נעשית כבר

בשלב הראשון בהתאם לאומד הדעת של הצדדים כפי שהוא עולה ממכלול הנסיבות.[82] בענין אפרופים חל מהפך בפרשנות חוזים ונקבע על־ידי כב' הנשיא ברק כי חוזה יש לפרש בהתאם לתכליתו הסובייקטיבית. דהיינו: בהתאם למטרות, ליעדים, לאינטרסים ולתוכניות שהצדדים ביקשו להגשים במשותף. את אלה יש ללמוד הן מן המקור הפנימי, קרי: החוזה, והן מהמקור החיצוני, קרי: הנסיבות החיצוניות. הזדקקות זו לשילוב המקורות, אינה תלויה בקיומם של תנאים מוקדמים ואינה מוגבלת למקרים שבהם לשון החוזה אינה ברורה. אומד הדעת הרלוונטי אינו אומד הדעת הסובייקטיבי של אחד הצדדים, אלא אומד הדעת הסובייקטיבי המשותף להם או לפחות כוונה סובייקטיבית של אחד הצדדים, כאשר השני מודע לה ויודע כי הבנת החוזה על־ידי הצד האחר מבוססת עליו. במקרים שבהם אומד הדעת הסובייקטיבי של הצדדים שונה, יש צורך לפרש את החוזה לפי תכליתו הסובייקטיבית. דהיינו, המטרות, האינטרסים והתכליות שחוזה כזה נועד להגשים. תכלית זו נקבעת על־פי מבחן אובייקטיבי המושפע מתום הלב וממערכת הערכים שהוא מבטא, תוך התחשבות בשיקולי ההיגיון והיעילות העסקית ושיקול דעתם של אנשי עסקים סבירים והוגנים. במאבק בין התכלית האובייקטיבית והסובייקטיבית, ידה של האחרונה היא על העליונה.

128. הלכת גרבשטיין נקבעה על־ידי כב' השופט זילברג בשנות ה־60, עת שהדוקטרינה הפרשנית ששלטה בכיפה הייתה כי חוזה יש לפרש באופן הדבק במילותיו באופן דווקני ואף פורמליסטי. בהתאם לדיני החוזים ששררו באותה עת, משנקבע בכתב הערבות הבנקאית כי הוא ניתן למימוש בלא סייג ובלא תנאי, הפך עקרון האוטונומיה של הערבות הבנקאית למוחלט. בית המשפט התעלם, על כן, מהפניה של כתב הערבות הבנקאית אל עסקת היסוד ואל הנסיבות החיצוניות שהביאו להנפקת כתב הערבות הבנקאית. נסיבות אלה נסוגו מפני לשון כתב הערבות, ואף האמירות בכתב הערבות שהפנו אל עסקת היסוד פורשו כ"פיטומי מילי בעלמא".

129. ברם, לאחר המפנה שהביאה בכנפיה הלכת אפרופים, נראה לכאורה, כי כאשר

82 בהקשר זה ראה דבריו של כב' השופט ריבלין בעניין מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 78: "בבחינת אומד דעתם של הצדדים לחוזה, השופט אינו בוחן דברים שבלב, ומנסה לאתר את רצונם הסובייקטיבי המשותף של הצדדים, עת שכרתו את החוזה ביניהם, כפי שהוא משתקף ב'סיפור' שהם מספרים, מתחילתו בשלב המשא ומתן והרקע שקדם לו, ועד לסופו... כך מתחייב מעקרון תום הלב. אכן, החוזה הכתוב הוא פרק חשוב – לעתים החשוב ביותר – בסיפור. אולם השופט אינו יכול להסתפק בבחינת מילותיו של החוזה...".

כתב הערבות הבנקאית מפנה אל עסקת היסוד, אין להתעלם מן הנסיבות שהביאו להנפקת כתב הערבות הבנקאית, ולכריתת החוזה נשוא הערבות הבנקאית. על כן, מקום שבו כתב הערבות הבנקאית מפנה לחוזה, אין להתעלם מכך ולראות זאת כ"פיטומי מילי בעלמא". אכן, כתב הערבות הבנקאית כולל תניית מימוש בלתי מסויגת ("לפי דרישה ראשונה וללא הנמקה"), אך כל חוזה כולל גם את ההתחייבות לממשו בתום לב, והתעלמות מנסיבות יצירת החוזה ומן הסיכון הספציפי שלשמו ובגדרו הונפק כתב הערבות הבנקאית, עולה כדי חוסר תום לב.

130. מאידך גיסא, יש לזכור כי יסודה של הערבות הבנקאית הוא האוטונומיות שלה וניתוקה מעסקת היסוד. כיצד ניתן אפוא ליישם את הלכת אפרופים ביחס לערבות בנקאית בלא לפגוע באוטונומיות של הערבות הבנקאית?

131. את התשובה לכך נותנת כב' השופטת אלשיך באמצעות ההבחנה דלהלן:

א) מקום שבו מצוין בכתב הערבות הבנקאית הרקע להוצאתה (הפניה לעסקת היסוד) ממנו עולה כי הערבות הבנקאית נועדה להבטיח מפני סיכון מסוים, אין לממשה כדי לכסות באמצעותה סיכון אחר ("גלגול ערבות"). ניסיון מעין זה עולה כדי חוסר תום לב, ובית המשפט סיווג אותו במסגרת "חריג הנסיבות המיוחדות", אשר עליו עוד נעמוד להלן, המונע מימוש של ערבות בנקאית.[83]

ב) בהתאם לכך, בפרשת אחוזת סביון,[84] דחה בית המשפט ניסיון לחלט ערבות בנקאית שנועדה להבטיח השבת מקדמה במקרה של אי ביצוע הפרויקט, לאחר שהוברר כי המקדמה הושבה במלואה, ואילו המימוש של הערבות

---

83 בעניין שיש אלוני, לעיל ה"ש 47, קבעה כב' השופטת רנר מבית משפט השלום בתל אביב כי כאשר הערבות הבנקאית התקבלה לצורך מסוים ומבקשים לעשות בה שימוש לצורך אחר, נופלים הדברים לגדר חריג המרמה, שעליו נעמוד בפרק ד. ובלשונה: "מה דינה של טענה ולפיה על־פי עסקת היסוד הוסכם בין החייב לנושה כי הערבות האוטונומית תשמש למטרה א' ואילו הזכאי על־פי כתב הערבות דורש את מימושה למטרה ב'? מוכנה אני להניח בשלב זה כי אם אכן תוכח טענה זו, הרי שהיא נופלת למסגרת אותם חריגים לכלל בדבר אוטונומיות הערבות, חריגים המצ־דיקים את אי מימושה של הערבות. הנתק בין הערבות לעסקת היסוד, אין פירושו כי ניתן להפעיל את הערבות בקשר לעסקה אחרת... אם נעשה שימוש בכתב הערבות למטרה שונה מהמוסכם, יש לראות בהתנהגות הנערב כהתנהגות חמורה שאולי אף עולה כדי מרמה".

84 עניין מיאב, לעיל ה"ש 6 בפרק א.

הבנקאית נדרש כדי לפצות בגין סיכון שונה לחלוטין – של פגמים שנפלו בביצוע (איחורים ובדק).

ג) הפסקה בכתב הערבות הבנקאית לפיה המימוש ייעשה על־פי דרישה ראשונה "בלא שיהיה עליכם לנמק או לבסס את דרישתכם" שומרת על האוטונומיות של הערבות הבנקאית והפרדתה מעסקת היסוד, והיא חלה במלואה, כל אימת שלא עסקינן במצב קיצוני וחריג שבו מנסה מוטב הערבות לחלטה, אף שברור וגלוי הוא, ואין חולק, כי העילה שבכתב הערבות עצמו לא התקיימה, תוך שהוא הופך לכלי ריק מתוכן את הסתמכות הצד השני על ציון העילה להוצאת כתב הערבות הבנקאית. לנוכח האוטונומיות של הערבות הבנקאית והתניה לפיה מימושה נעשה בלא צורך לנמק או לבסס את הדרישה, הרי שהכלל הוא כי כל אימת שקיימת מחלוקת בתום לב האם חלה העילה למימוש הערבות אם לאו, תחול זכותו של מוטב הערבות לחלטה, בלא לבסס או לנמק את דרישתו. רק במקום שבו ברור לחלוטין, ואין חולק, כי עסקינן בניסיון לחלט ערבות בשל עילה אחרת בתכלית מזו שלשמה ניתנה, יחול החריג המצומצם של "הנסיבות המיוחדות", שפורט לעיל.

ד) בהתאם לכך, דחתה כב' השופטת אלשיך את טענת הנאמן בעניין יוניברסל מוטורס,[85] כי העובדה שהמוטבת חילטה ערבות, ביצוע עקב הפרת החוזה, מתוך רצון להחזיר לעצמה דווקא את המקדמה, אינה עילה להתערבות בית המשפט.

132. קו ההבחנה אפוא הוא האם קיימת מחלוקת אמיתית בין הצדדים בדבר התקיימות עילת הערבות, אשר לגביו חלה התניה "בלא שיהיה עליכם לנמק או לבסס את דרישתכם", לבין מצב שבו נראה בעליל כי העילה המקורית שלשמה ניתנה הערבות, והמצוינת בכתב הערבות הבנקאית עצמו – לא התקיימה, והחילוט של הערבות הבנקאית נעשה כדי לכסות על סיכונים אחרים.

133. כלומר, הניתוק מעסקת היסוד אינו מוחלט, ומקום שבו כתב הערבות הבנקאית מפנה אל עסקת היסוד, יש לבחון את העילה ואת הרקע להוצאת כתב הערבות, כדי לדעת מהו הסיכון שבגדרו הוצא כתב הערבות האמור, ושאותו הוא בא לכסות. מקום שבו נטען בתום לב כי הערבות ממומשת לצורך כיסוי של אותו

85 ראה עניין יוניברסל מוטורס, לעיל ה"ש 30.

סיכון, אין בית המשפט בודק האם אכן, לאמיתו של דבר, צודק מוטב כתב הערבות בדרישתו, ואינו בוחן את תנאי עסקת היסוד וקיומה של חבות על־פיה. בהקשר זה הערבות הבנקאית היא בגדר חיוב אוטונומי. לעומת זאת, מקום שבו ברור כי הסיכון נשוא עסקת היסוד אינו קיים עוד, ובערבות הבנקאית נעשה שימוש שונה לחלוטין מזה שלשמו הונפקה, אין אפשרות לחסות תחת האוטונומיות של הערבות הבנקאית. במקרה זה יש לבחון את נסיבות הוצאת כתב הערבות, ולדחות ניסיון לממש את הערבות הבנקאית לצרכים שונים לחלוטין.

134. לסיכום, נמצא אפוא כי כאשר הערבות הבנקאית מזכירה את עסקת היסוד, אך אינה הולכת "בכל וכל אחרי תניות החוזה", נשמרת האוטונומיות של הערבות הבנקאית, ויש לראותה כעסקה נפרדת ומנותקת מעסקת היסוד; מקום שבו הערבות הבנקאית מפנה לעסקת היסוד (אף בלא שזו תלך "בכל וכל אחרי תניות החוזה"), ואין בה אמירה שתלמד על האוטונומיות שבה, כגון תניית מימוש "על־פי דרישה ראשונה" – אבדה האוטונומיות של הערבות; מקום שבו נקבע בכתב הערבות הבנקאית כי היא ניתנת למימוש על־פי דרישה ראשונה או בלי צורך בהנמקה, בפנינו ערבות בנקאית אוטונומית, הניתנת למימוש מבלי שתיבדק קיומה של חבות על־פי עסקת היסוד, וזאת כל עוד קיימת מחלוקת בתום לב האם חלה העילה למימוש הערבות אם לאו. עם זאת, מקום שבו נזכרת בכתב הערבות הבנקאית עילת הוצאתה מכוח עסקת היסוד, וברור לחלוטין כי העילה האמורה אינה מתקיימת, וכי המדובר בניסיון לחלט את הערבות הבנקאית כדי לכסות על סיכון אחר בתכלית ("גלגול ערבות"), הדבר מהווה חוסר תום לב, ובית המשפט יטה למנוע את מימושה של ערבות זו.

ב(7) עיקול הערבות הבנקאית מכוח עסקת היסוד

135. האם רשאי צד לעסקת היסוד להטיל עיקול על כספי הערבות הבנקאית, לאחר שזו מומשה? לכאורה, אפשר לטעון כי הכספים שמקבל הנושה בעסקת היסוד, ממימוש הערבות הבנקאית, אינם שונים מכל מקור כספי אחר ומכל נכס אחר המצוי בידיו, ומשקיימת עילה לעיקול הכספים, אין להבדיל בין כסף לכסף. ועם זאת, ברור כי מתן אפשרות לחייב על־פי עסקת היסוד להטיל עיקול על כספי הערבות הבנקאית, מסכלת ומרוקנת מתוכן את הביטחון שמקנה הערבות הבנקאית למוטב, כי יוכל להיפרע בלא צורך בקיומה של התדיינות מכוח עסקת היסוד. מקום שבו הנושה מקבל אמנם את הכסף מהבנק מנפיק הערבות הבנקאית,

אך מנוע מלהשתמש בו עקב צו עיקול,[86] עד אשר תתקיים התדיינות משפטית ביחס לעסקת היסוד, נגזר עליו למעשה שלא לקבל את הכסף במובן הפרקטי (של האפשרות לנצלו ולהשתמש בו) בלא תלות בקיומה של עילה מכוח עסקת היסוד. הטלת עיקול על כספי הערבות הבנקאית פוגעת אפוא פגיעה אנושה באוטונומיות של הערבות הבנקאית.

136. כב' המשנה לנשיא השופט חשין בעניין ניקו בדים[87] דן בשאלת האפשרות להטיל עיקול זמני על אשראי דוקומנטרי, וקבע כי הדבר אינו אפשרי ביחסים בין הצדדים לעסקת היסוד, שכן עסקת אשראי דוקומנטרי חיונית "לזרימת הדמים בעורקי הסחר הבינלאומי", ועל כן אין זה ראוי להעמיד מעצורים על אותה זרימה "המזינה את הסחר והנותנת בו חיים". כב' המשנה לנשיא השופט חשין קבע כי הדברים נכונים גם ביחס לערבות בנקאית, וכי יוטל עיקול רק בנסיבות שבהן תוכח מרמה חמורה.[88]

137. ואכן, נראה כי יש לעשות אנלוגיה בסוגיה זו בין ערבות בנקאית לבין אשראי דוקומנטרי, שכן עקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית מקביל לעקרון האוטונומיות המקובל ביחס לאשראי דוקומנטרי. יש חיץ והפרדה ברורים בין

---

86 ואכן, מקום שבו ניתן להטיל עיקול, כגון לבקשת צד ג', כפי שנראה לעיל, סדר הדברים צריך להיות זה: מימוש כספי הערבות הבנקאית והעברתם מחשבון החייב אל חשבון המוטב, והטלת העיקול על הכספים כשהם מצויים כבר בחשבון המוטב. זאת מכיוון שכל עוד לא מומשה הערבות, מדובר בזכות עתידית שטרם התגבשה ואינה בת עיקול. לעניין זה ראה עניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, בעמ' 795–796, ופירוט הדברים בה"ש 112.

87 עניין ניקו בדים, שם. כב' המשנה לנשיא השופט חשין ציין כי גם במדינות הקונטיננט – שההלכה בהן הכירה בזכותו של צד לעסקת היסוד להטיל עיקול על כספי אשראי דוקומנטרי – נמתחה בי־קורת חריפה על ההלכה; כמו כן ראה המ' (חי') 5626/86, ת"א 818/86 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' א' לוי קבלני בניין בע"מ, פ"מ תשמ"ז (2) 485, 493–494 (1986).

88 ובלשונו של כב' המשנה לנשיא השופט חשין: "עם זאת, ייתכנו מקרים ואירועים שבהם יהא אינטרס התובע כה חזק וכה מובהק, עד שיהא בכוחו לגבור על האינטרסים האחרים יריביו. ניתן להעלות על הדעת, למשל, מקרים שבהם הטעם להגנה על האשראי הדוקומנטרי יהא טעם ריק מתוכן; כך בעניינו של סוחר, איש כזב, המבקש לנצל את האשראי הדוקומנטרי לחמוק מאחריות, בעוד אשר התובע היה כאיוב בשעתו ובמקומו: איש תם וישר וירא אלוהים וסר מרע. סירוב לעיקול זמני יכול שיסתום את הגולל על זכותו של התובע לָעַד, ובמקרה זה אפשר יזכה דווקא הוא וצו העיקול הזמני יינתן. אכן, דוגמה זו אינה אלא בת קול לחריג המרמה החמורה, והוא חריג לעיקר העצמאות המוצא את מקומו – בראש ובראשונה – בין צדדים לעסקת היסוד. אפשר להעלות דוגמאות נוספות, כגון צדדים שלישיים שניזוקו באורח חמור, ובנסיבות מיוחדות יצדיק האינטרס שלהם הוצאתו של צו עיקול".

עסקת האשראי הדוקומנטרי לבין עסקת היסוד, וכך רוכש מוטב כתב האשראי (מוכר הטובין) ודאות כי עם הצגת המסמכים יזכה בתשלום מן הבנק, בלא צורך בהתדיינות עם קונה הטובין. הפרדה זו חלה גם כאשר עסקת האשראי הדוקומנטרי מפנה לעסקת היסוד והטעם להפרדה זו נעוץ בכך שמדובר בעסקה נפרדת, כאשר עסקת האשראי הדוקומנטרי היא "עסקת מסמכים" ולא "עסקת טובין", או "עסקת שירותים" או "עסקת ביצוע". כלומר, התמורה שבגינה משולם כסף בעסקת אשראי דוקומנטרי היא – המסמכים המעידים על משלוח הסחורה, ולא הסחורה עצמה או שירות אחר כלשהו. מובן כי לאחר מכן מסמכים אלו מקנים זכות לשחרר סחורות, אך התשלום אינו בגין הסחורה, אלא בגין עצם הצגת המסמכים, וממילא שורר ניתוק בין עסקת האשראי הדוקומנטרי לבין עסקת היסוד.[89]

138. הטעמה זו עולה באופן ברור מכללי ה־UCP,[90] בסעיפים 3 ו־4, הקובעים לאמור:

> "Article 3: Credits v. Contracts
> (a) Credits, by their nature, are separate transactions from the sales or other contract(s) on which they may be based and banks are in no way concerned with or bound by such contract(s), even if any reference

89 לעניין זה ראה בעניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, בעמ' 788 (מפי כב' המשנה לנשיא השופט חשין): "טענות שעניינן הפרתה של עסקת היסוד מקומן לא יכירן, ככלל, בגדרי האשראי הדוקומנטרי, וכנגזר מכך: טענות מכוחה של עסקת היסוד אין בכוחן למנוע תשלום המובטח בכתב האשראי. כך קונה המוטב־המוכר ודאות כי עם הצגת המסמכים יזכה בתשלום מן הבנק, וכך נמנע סיכון של אי תשלום מצד הקונה"; כמו כן ראה ע"א 4004/90 אבי לוי קורפ. בע"מ נ' פולירול, פ"ד נ(1) 705, 715 (1996); ת"א (ת"א) 1765/83 בן סעדון (נעלי לימור) נ' בנק המז־רחי המאוחד, פ"מ תשמ"ה (2) 28 (1985); United City Merchants v. Royal Bank of Canada, 2 All E.R. 720 (H.L.) (1982).

90 כללי ה־UCP (Uniform Customs and Practices for Documentary Credits 1993) הם כללי לשכת המסחר הבינלאומית. בעניין זה מבהיר בית המשפט העליון בעניין ברין, לעיל ה"ש 5 במבוא, בעמ' 113, כי: "המסגרת הנורמטיבית על־פיה מתבצעת, בדרך כלל, עסקת האשראי הדוקומנטרי היא מסגרת חוזית, אשר במקרים מוסכמים מוכפפת לכללי ה־UCP. אלה הם כללים אחידים המנוסחים על־ידי לשכת המסחר הבינלאומי, ואמורים לתת ביטוי לנהגים הבנקאיים בנוגע לטיפול באשראי הדוקומנטרי"; לעניין זה ראה עוד ששון ושנקר אשראים דוקומנטריים 53 (ירושלים־תל אביב, התשמ"ו). בארצות הברית הוסדרה המסגרת הנורמטיבית להפעלת האשראי הדוקומנטרי ב־Section 5 של ה־UCC.

whatsoever to such contract(s) is included in the Credit. Consequently, the undertaking of a bank to pay, accept and pay draft(s) or negotiate and/or to fulfill any other obligation under the credit, is not subject to claims or defences by the applicant resulting from his relationships with the issuing bank or the beneficiary.
(b) ...
Article 4: Documents v. Goods/ Services/ Performances
In credit operations all parties concerned deal with documents, and not with goods, services and/or other performances to which the documents may relate".

139. בהתאם לעקרון עצמאות זה של כתב האשראי הדוקומנטרי, קבעה כב' השופטת אלשיך בעניין האחים חממה,[91] כי אין להיעתר לבקשת עיקול, כאשר זו הוגשה על־ידי מי שלבקשתו נפתח מכתב האשראי:

"הכלל הוא כי עסקת אשראי דוקומנטרי היא עסקה עצמאית ונפרדת מעסקת היסוד. ראוי ויש לנתק את 'שתי העסקאות' הללו. בית המשפט לא ייעתר לבקשות שתוצאתן היא סיכול ביצועה של עסקת האשראי, אף אם נכשלה עסקת היסוד מכוחה הוצא מכתב האשראי, ואף אם נתגלו בה פגמים.
...הטלת עיקול זמני על כספי אשראי דוקומנטרי על־ידי מי שלבקשתו נפתח מכתב האשראי [ההדגשה במקור], שם לאל את כל אותן ההלכות הברורות והחד משמעיות שהגיונן הוא כי אין לפגוע ביכולתו ובאיכותו של מכתב האשראי כבטוחה בעלת דרגת ביטחון מסחרי גבוה".

140. באנגליה אף קבע הלורד דנינג כי השימוש באשראי הדוקומנטרי, באשר הוא, יש בו כדי ללמד כי המתקשר הסכים מראש והתחייב כי לא זו בלבד שלא יעלה טענות הנובעות מעסקת היסוד כנגד החיוב נשוא כתב האשראי, אלא התחייב גם שלא להגיש שום תביעה נגדית ולא להעלות כל טענת קיזוז שמכוחן יבקש אחר

91 ע"א (ת"א) 706/96 אחים חממה ושות' בע"מ נ' **Heleka Weldehaimanot Soquar**, דינים מחוזי תל אביב 1996 (2) 1347 (1996).

כך לעקל את כספי האשראי:[92]

> "...[L]etters of credit should be honoured and not nullified by an attachment order at the suit of the buyer. Added to this, it seems to me that the buyer himself by his conduct has precluded himself from asking for an attachment order. By opening the letter of credit in favour of the seller, he is implicitly agreed that he will not raise any set–off or counterclaim, such as to delay or resist payment... and implicitly that he will not seek an attachment order"[93]

141. עקרונות אלו, שנקבעו לגבי אשראי דוקומנטרי, הוחלו כהווייתם גם לגבי ערבות בנקאית בפסק דינו של כב' השופט בן יאיר בעניין חברת החשמל.[94] באותו עניין השתתפה חברת האחים לוי במכרז וזכתה. אחר כך הודיעה שהיא מבטלת את השתתפותה. חברת החשמל פנתה לממש את הערבות הבנקאית שניתנה על־ידי חברת האחים לוי במסגרת המכרז. האחרונה טענה שהמכרז כלל מצגים כוזבים, ועל כן הגישה תביעה וביקשה לעקל את הסכומים נשוא הערבות הבנקאית. כב' השופט בן יאיר קבע כי יש להשוות בין ערבות בנקאית אוטונומית לבין אשראי דוקומנטרי, ואין לאפשר את העיקול, כדי לא לפגוע באוטונומיות של הערבות הבנקאית.

142. נראה כי הילוך הדברים הוא זה:

א) ערבות בנקאית אוטונומית יוצרת חיוב עצמאי ונפרד של הבנק כלפי המוטב. חיוב זה מנותק מן החיובים החוזיים ההדדיים שבין בעלי החוזה, אינו מותנה בהם ואינו תלוי בקיומם. ככזה, טיבו של החיוב העצמאי שנוצר מן הערבות הבנקאית האוטונומית זהה לטיבו של החיוב שנוצר על־ידי האשראי הדוקומנטרי.

---

92 Power Curber International Ltd. v. National Bank of Kuwait, 3 AII ER 607, 613 (1981). לביקורת על דעה זו, ראה ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 132.

93 הלורד דנינג הוסיף וציין שם כי: "So it is part of the law of international trade that letter of credit should be honoured and not nullified by an attachment order at the suit of the buyer".

94 עניין חברת חשמל, לעיל ה"ש 87.

ב) כיוון שכך, יחולו על הערבות הבנקאית אותם כללים שנקבעו לגבי החיוב העצמאי שנוצר מן האשראי הדוקומנטרי. בכלל זה, הכללים המחמירים שנקבעו לעצירת התשלום של חיוב שנובע מאשראי דוקומנטרי יחולו גם על עצירתו של תשלום של חיוב שנובע מערבות בנקאית אוטונומית.[95]

ג) על כן, כשם שבאשראי דוקומנטרי אין מטילים עיקול זמני לבקשת צד ישיר לעסקה, (אלא אם כן מתקיים חריג המרמה), הוא הדין בערבות בנקאית – לא יוטל עיקול זמני לבקשת החייב בעסקת היסוד.

ד) כב' השופט בן יאיר מבהיר בהקשר זה כי האוטונומיות של הערבות וניתוקה מעסקת היסוד אינם יכולים לעלות בקנה אחד עם אפשרות לעקל את כספי הערבות הבנקאית על־ידי אחד מן הצדדים לעסקת היסוד, מכוח טענות הנובעות מעסקה זו. ובלשונו:

> "נהוג בארץ שהערבות הבנקאית האוטונומית היא הבטוחה האמינה והיציבה ביותר. אמינותה ויציבותה נובעות משני יסודות: יציבותם הפיננסית של הבנקים ואמינות הפירעון של כתב הערבות. היסוד הראשון מבוסס על נכסיהם של הבנקים ועל אמון הציבור ביכולתם הפיננסית... היסוד השני מבוסס על הקפדה יתרה על ביצוע החיובים הנפרדים והעצמאיים של הבנקים, לפי הוראותיו של כתב הערבות האוטונומי... עניין זה חייב להיות שיקול מכריע בנקיטת המדיניות השיפוטית. אל לו לבית המשפט לתת את ידו לערעור האמינות בפירעונה המלא והמדויק של ערבות בנקאית אוטונומית. אל לו לבית המשפט ליצור תחושה של היעדר ביטחון בפירעונה של הערבות הבנקאית ואל לו לגרום לשיבוש חמור בתקינותם של יחסי המסחר, כתוצאה מיצירת התחושה הזאת. בעשותו כך, ישמיט בית המשפט את המסד היציב מתחת רגליה של הערבות הבנקאית וייטול ממנה את עוצמתה העסקית והמסחרית...[96] ועל כן, אם

95 לעניין זה ראה בר"ע 646/84 שוראב אינדסטרי אנד טריידינג קומפני נ' רמונד סבה "אונקס", פ"ד לח(4) 693 (1985); ע"א 182/82 ג'ינג'ט בע"מ נ' ברקליס בנק אינטרשיונל, פ"ד לט(3) 785 (1985); עניין נעלי לימור, לעיל ה"ש 89.

96 בית המשפט התייחס בהקשר זה להבחנה, הקיימת לכאורה, בין בקשת צו מניעה כנגד התשלום –

מבקש העיקול הוא מי שלבקשתו הוצאה הערבות הבנקאית האוטונומית, להבדיל מצד שלישי שיש לו דין ודברים נפרד עם המוטב, יהיה הוא חייב להוכיח לכאורה את קיומה של מרמה חמורה מצד המוטב, על מנת שיהיה זכאי לקבל את צו העיקול הזמני, והכול במידת ההוכחה שנדרשת ממנו כדי לקבל צו שימנע את פירעונה של הערבות הבנקאית".[97]

143. הדברים שונים לכאורה לחלוטין כאשר צד ג', אשר אינו קשור בעסקת היסוד, מבקש לעקל את כספי הערבות הבנקאית. במקרה זה, לא חל הרציונל שציין הלורד דנינג בדבר מחויבות הצד השני לעסקת האשראי הדוקומנטרי להימנע מהעלאת טענות כנגד התשלום מכוח כתב האשראי, מכוח עסקת היסוד או אף מכוח תביעה אחרת או זכות קיזוז, שהרי הצד השני לעסקה ניצב דומם, וככל שהדבר נוגע לו, רשאי המוטב לגבות את הכספים מן הבנק. אכן, "צדיקים מלאכתם נעשית בידי אחרים" ורצה הגורל כי הכסף יעוקל – לנוכח בקשה של צד ג', אבל מבחינת החייב הועמד מלוא הסכום לרשות המוטב. אם יש מכאן ואילך למוטב נושים או התדיינות עם צד ג' – זהו עניין נפרד לחלוטין שאינו נוגע לחייב כלל. מאומה אינו נגרע אפוא מן האוטונומיה של הערבות הבנקאית ומניתוקה מעסקת היסוד, כאשר צד ג' הוא שמעקל את הכספים, עקב חובו הנטען של מוטב הערבות כלפיו. אדרבה, כאשר צד ג' מטיל את העיקול אצל מוטב הערבות הבנקאית, הרי שמבחינה עיונית, משמעות העיקול היא כי הכסף

הסותרת לעצמאותה של הערבות הבנקאית ואפשרות מימושה בלא כל תנאי וסייג, לבין צו עיקול שבמסגרתו הערבות ממומשת והכספים עוברים לידי המוטב, אלא שהוא חייב להותירם בידו ולא לעשות בהם כל טרנזקציה, כדי להבטיח מקור מימון לגביית הכספים בעקבות תביעה אחרת, ומשהובאו ראיות לכאורה שיש בה ממש. אין המדובר במקרה זה במניעת המימוש של הערבות הבנקאית ולכאורה הדינים הכלליים החלים בסוגיית העיקול, מחייבים מתן סעד גם במקרה זה. ואולם, מטעמים של מדיניות משפטית, נדחתה טענה זו, ובית המשפט הבהיר כי יש "לגדור את תחומה של ההבחנה שעשתה הערכאה הראשונה בין טיבו העיוני של צו מניעה זמני ובין טיבו העיוני של צו עיקול זמני, ככל שתוצאתם המעשית היא עצירה פיסית של תשלום כספי הערבות הבנקאית האוטונומית לידיו של המוטב. ועל כן, גם אם נכונה ההבחנה האמורה מבחינה עיונית, עלינו לדחותה, שמא תהיה ל'גולם הקם על יוצרו' במקום להיות 'שפחה המשרתת את צורכי אדונה'...

לפיכך, ומאחר שכבר נקבע, שעצירת התשלום של כספי הערבות הבנקאית האוטונומית לא תיעשה אלא במקרים נדירים, שבהם הובאו ראיות לכאורה מספיקות לקיומה של מרמה חמורה... ראוי לראות את הטלת העיקול הזמני על כספי הערבות הבנקאית כסוגיה מיוחדת (sui generis)".

97 וראה גם ביחס לאשראי דוקומנטרי: בני ג'ורג' שוקחה (שותפות) נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"מ תשמ"ו (3) 258 (1986).

הגיע אל מוטב הערבות הבנקאית, ועוקל אצלו לאחר מכן על־ידי נושיו. ואכן, כך ראה את הדברים כב' הנשיא גורן, בשעה שנתן צו המורה על עיקול כספי אשראי דוקומנטרי לבקשת צד ג'.[98] ובלשונו:

> "במצב בו מבקש העיקול הינו צד זר לעסקה, אין למנוע את הטלת העיקול. במצב זה העיקול מוטל מתוך הכרה בעקרון העצמאות ובכך שהכספים מגיעים למוטב. המעקל לא רק שאינו מעלה כל טענה כנגד עסקת היסוד, אלא אינו מעלה כל טענה כנגד עסקת האשראי הדוקומנטרי. להפך, המעקל מבקש להכיר בעסקת האשראי הדוקומנטרי, ולהכיר בכך שעל בסיסה מגיעים למוטב כספים מסוימים, ושזכותו להיפרע מכספי כתב האשראי".

ובהמשך:

> "...האשראי הדוקומנטרי נועד להבטיח את המוטב מפני אי תשלום של החייב, ולא מפני כל טענה משפטית שהיא שתהא לצד שלישי כנגדו, שאין בינה לבין עסקת היסוד דבר. האשראי הדוקומנטרי מבטיח שכספים המגיעים למוטב לא יעצרו בדרך בשל טענות של החייב. האפשרות להטלת עיקול רק מבטיחה שכספים המגיעים (על־פי זכות שהתגבשה או זכות לכאורה) מהמוטב לצד שלישי יעשו גם הם את דרכם למי שזכאי לקבלם. בכך הייתי אומר, אפילו, שמתן האפשרות להטלת עיקול על כספים אלה הגיונה דומה להיגיון שמאחורי ההגנה על עסקת האשראי – שניהם מבטיחים שצד שאמור לשלם כספים, בין לפי חוזה ובין מכוח הדין, אכן יעמוד בחובתו זו".

144. אולם גישה זו של כב' הנשיא גורן נדחתה על־ידי בית המשפט העליון בעניין ניקו בדים,[99] עת שנדונה בקשת עיקול על־ידי צד ג' כנגד אשראי דוקומנטרי. בית המשפט העליון ציין את הנימוקים הבאים:

---

98 ע"א (ת"א) 53/98 שופר סל בע"מ נ' **TCC Continuity Holdings N.V.**, דינים מחוזי תל אביב 1998 (3) 200 (1998).

99 עניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א.

א) פגיעה במוטב כתב האשראי הנאלץ להתדיין במדינה זרה. כתב אשראי דוקומנטרי נועד להבטיח תשלום בלא צורך בהתדיינות משפטית, בין צדדים המצויים במדינות שונות. המוכר של הסחורה נמצא במדינה אחת, והוא מבקש לקבל קודם כול את התמורה בגין הסחורה, שאם לא כן, יימצא במצב של משלוח הסחורה בלא שקיבל את התמורה לידיו, תוך חשיפה לצורך בהתדיינות במדינה זרה ובהפעלת אמצעי גבייה שם, כדי לקבל את כספו. הרוכש של הסחורה חושש אף הוא להעביר כספים לפני שקיבל סחורה ובדק אותה, שמא יימצא במצב שהכסף כבר שולם, ובמקרה של אי קבלת הסחורה הוא יצטרך להתדיין במדינה אחרת, כדי לקבל השבה של כספו. כתב האשראי הדוקומנטרי נועד לפתור בעיית אמון זו.[100] ממילא מובן כי עיקול זמני מסכל את המהות של כתב האשראי, שהרי המוטב ומטיל העיקול נמצאים במדינות שונות, והמרחק בין המדינות מקשה על ההתדיינות. המשמעות של מתן עיקול היא שהמוטב אמור לכתת רגליו למדינה זרה, כדי לפעול להסרת העיקול והדבר מדגיש עד כמה אין הכסף מצוי בידי המוטב במדינתו שלו לאחר שהסחורה כבר סופקה על ידו, שהרי עובדה היא כי בהיות הכסף עדיין בחשבון החייב – הוא מעוקל שם. אכן, הדבר אינו נעשה לבקשת צד לעסקה, אלא לבקשת צד ג', אך אין בכך כדי לשנות מן העובדה שהעיקול שהוטל מסכל את נשמת אפו וכל תכליתו של כתב האשראי הדוקומנטרי כגורם המבטיח גבייה בלא צורך בהתדיינות במדינה אחרת.[101]

ב) פגיעה בנותני אשראי למוטב כתב האשראי. כתב אשראי הניתן למוטב

---

100 שם, בעמ' 782: "מכשיר האשראי הדוקומנטרי הינו אמצעי התשלום השכיח בעסקאות בי־לאומיות... והוא הפתרון שנמצא לבעיות המובנות בסחר בינלאומי, שבו שוכנים קונה ומוכר במקומות מרוחקים זה מזה... המערכת הבנקאית באה להבטיח כי סחורה נשלחה וכי תמורתה תשולם"; וכן ראה עניין ברין, לעיל ה"ש 3 במבוא, בעמ' 113: "המרחק הגיאוגרפי בין הצדדים אינו מאפשר החלפה סימולטנית של הממכר ותמורתו. במצב זה, נוצר סיכון שגם הממכר וגם תמורתו ייוותרו בידי צד אחד לעסקה".

101 עניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, בעמ' 805, בלשונו של כב' המשנה לנשיא השופט חשין: "זכותו של המוטב – זכותו לקניינו – נפגעת, ועל סמך ראיות לכאורה בלבד. אכן, כל עיקול פוגע בקניינו של היחיד, אך הפגיעה קשה במיוחד במי שנתגבשה זכותו לתמורה מכוח כתב אש־ראי, שנפרד הוא מסחורתו על יסוד הנחה כי יזכה בתמורתה לאלתר, והנה אין הוא זוכה לתמורה בעסקה שאמורה הייתה להבטיח לו תזרים מזומנים. יתר על כן: עניין שבשגרה הוא, שמוטב כתב אשראי עושה את כתב האשראי אמצעי מימון עסקי להמשך עסקים, והנה בא העיקול ומסכל אותה יכולת מימון. על כל אלה נזכור נתון עיקרי, ולפיו מצויים המוטב ומטיל העיקול במדינות שונות. לו הייתה העסקה נעשית בין נוכחים (*inter praesentes*), אפשר לא היה המוטב נושא בקושי יתר, אלא שבעלי העסקה מרוחקים זה מזה, והמרחק בין המדינות הוא הגורם המכביד במיוחד. פירוש הדברים הוא שהמוטב אמור לכתת את רגליו למדינה זרה לו ולהתדיין בה להסרת העיקול".

נחשב בעולם הכלכלי שווה ערך לכסף מזומן. גופים כלכליים שונים נותנים על כן אשראי, למוטב ולאחרים העוקבים אותו, בהסתמך על כתב האשראי הדוקומנטרי. היה ומוטל עיקול, הרי שבפנינו פגיעה בכל אותם גורמים שהסתמכו על כתב האשראי, ופגיעה בזרימת המסחר השוטפת. בית המשפט נותן דוגמה למעצור שייווצר בזרימת המסחר השוטפת במקרה שהמוטב מתקשר עם מוביל של הסחורה, ומשלם לו באשראי – בהסתמך על כתב האשראי הדוקומנטרי. עם עיקול התמורה, לא יוכל להתבצע תשלום ההובלה, המוביל לא ישחרר את הסחורה, וייווצר מעגל שוטה שיפגע גם במוביל וגם בקונה ובכל שטף המסחר.[102]

ג) פגיעה בבנקים ובמוניטין של מערכת הבנקאות העולמית. עסקת אשראי דוקומנטרי מושתתת על ההנחה שהכספים יגיעו בוודאות מוחלטת. הבנקים מתייחסים לעסקה זו כאל העברה בנקאית. האפשרות להטיל עיקול על התמורה נשוא אשראי דוקומנטרי פוגעת פגיעה קשה במוניטין של מערכת הבנקאות הבינלאומית, ועלולה אף לערער את היחסים בין הבנקים.[103]

---

102 טיעון זה כשלעצמו מעלה תמיהה לכאורה, שהרי זו תוצאתו של כל עיקול, ודווקא העובדה שכתב האשראי כמוהו ככסף מזומן היא עילה לבצע את העיקול, ולא להימנע מכך. אין זאת אלא שבית המשפט ראה במסמך אשראי דוקומנטרי מקבילה של מסמך סחיר, אשר לגביו חל עקרון ה"טהירות", לפיו משהגיע המסמך לידי צד ג', בתמורה ובתום לב, כך שהלה נחשב "אוחז כשו־רה", אי אפשר להטיל עיקול ולהעלות כלפי צד ג' טענות שניתן היה להעלותן כלפי מי שסיחר לו את המסמך. זאת מכיוון שמדובר באמצעי תשלום וכדי לשמור על שטף המסחר וביטחונו. רציונל זה לא יחול ביחס לערבות בנקאית שאינה אמצעי תשלום אלא בטוחה, ואשר בפסיקה נקבע כי אינה בגדר של "מסמך סחיר", ולא חלה לגביה תכונת ה"טהירות" המקנה לצד ג' זכויות טהורות ונקיות מן הפגמים שהיו בזכות בטרם שסיחר אותה לצד ג' האמור. על עניין זה נעמוד בהרחבה לעיל, בפרק זה.

103 עניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, בעמ' 807, בלשונו של כב' המשנה לנשיא השופט חשין: "נזכור כי עסקת אשראי דוקומנטרי נשענת בכל כובדה על המוניטין של הבנקים ועל הציפייה כי יעמדו בתשלום. יתר על כן: מוסד האשראי הדוקומנטרי, נזכור, נולד בתוך המערכת הבנקאית ויונק הוא את חיותו כל שעה וכל רגע מן הבנקים. הבנקים הם יָכִין וּבֹעַז של האשראי הדוקומנטרי. עצירת תשלומים בשל טענות שונות המועלות כנגד המוטב, תפגע בהכרח בבנקים המעורבים – לעתים, כפי שראינו, מעורבים במערכת יותר מבנק אחד – במוניטין שלהם ובקשריהם עם בנקים אחרים. כך, למשל, 'בנק מודיע' יכול שיקדים תשלום ללקוחו (המוטב) – אף אם לא הוסמך לכך בכתב האשראי – והוא יעשה כן בהסתמכו על התחייבות 'הבנק הפותח' לשפות את המוטב בבוא הזמן. עצירת זרימתם של הכספים תגרום בהכרח לפגיעה בבנק המודיע, ואפשר תביא אף לערעור יחסים בינו לבין הבנק הפותח".

ד) פגיעה במעמד האשראי הדוקומנטרי כ"נוזל סיכה" למכונת הסחר הבינלאומית.

ה) כתב אשראי דוקומנטרי הוא גורם מרכזי בחיי הסחר הבינלאומי, והוא גלגל המניע את יחסי המסחר. האפשרות להטיל עיקול על כספים אלו היא בבחינת "מקל בגלגלי הכלכלה", והדבר עלול לפגוע במסחר הבינלאומי ובוודאות שבאשראי הדוקומנטרי. ובלשונו של כב' המשנה לנשיא השופט חשין:[104]

> "סוחר שיחשוש מעיקול כספי האשראי במדינה זרה – שבה יידרש להתדיין ולעמוד על זכויותיו – יחשוש לשלוח סחורה; ספקי השירותים שלהם נזקק הסוחר לא עוד יסתמכו על האשראי הדוקומנטרי כמקור לתשלום וכביטחון לאשראי ספקים; הבנקים יימנעו ממתן מימון, או למצער, ייַקְרו את המימון. כך תעבור מן העולם תהילתו של האשראי הדוקומנטרי או למצער, יוּעַם זוהרה במאוד".

145. רציונלים אלו שעמדו בבסיס הקביעה כי אין להטיל עיקול על כספי אשראי דוקומנטרי גם לבקשת צד ג' שאינו קשור לעסקת היסוד – אינם חלים, לכאורה, ביחס לערבות בנקאית. בית המשפט העליון מבהיר בעניין ניקו בדים כי יש להבחין בין ערבות בנקאית לבין כתב אשראי דוקומנטרי לעניין הטלת עיקול לבקשת צד ג':

א) עסקה פנים־מדינתית לעומת עסקה בינלאומית:

---

104 שם, בעמ' 806, וראה שם עוד: "עיקר בכל אלה הוא החשש לפגיעה אנושה באמצעי תשלום זה של אשראי דוקומנטרי – בו ובמערך הסחר הבינלאומי. הביטחון של אנשי עסקים בעולם כי עם הצגתם של מסמכים מסוימים יזכו לתשלום מן הבנק שהעניק אשראי דוקומנטרי (ושמו של האש־ראי מדבר בעד עצמו – "אשראי מסמכים", כסף כנגד מסמכים), הקנה לאמצעי תשלום זה מעמד מרכזי בחיי הסחר הבינלאומי. האשראי הדוקומנטרי היה כנוזל סיכה למכונת הסחר... אכן, הסת־מכות על אשראי דוקומנטרי מאפשרת עסקאות פיננסיות שונות ומגוונות, ובהן: הקדמת תשלום למוטב, גורם שעשוי להיות חיוני למימונו של עסק; הוצאתו של אשראי דוקומנטרי נוסף כנגד אשראי דוקומנטרי קיים – "גב־אל־גב" – למימונן של עסקות נוספות; דחיית תשלומים הכרוכים בעסקת הסחר, כגון הובלה, ביטוח וכיו"ב. כל דרכי מימון חשובות אלו ייפגעו אנושות – ואפשר אף ייעלמו בחלקן – בהפחתת הוודאות שבאשראי הדוקומנטרי. וזאת נדע כי ערכו הכלכלי של אמצעי תשלום מותנה בגורם בלתי נראה ובלתי נשמע של ודאות משפטית הנלווית אליו".

ערבות בנקאית ניתנת, על־פי רוב, במסגרת עסקה בין צדדים המצויים באותה מדינה, להבדיל מאשראי דוקומנטרי, שתכליתו להשרות ביטחון ביחסים בין צדדים המצויים במדינות שונות.

ב) ניהול התדיינות במדינה זרה:
עיקול על כספי אשראי דוקומנטרי עלול לאלץ את המוטב לנהל התדיינות במדינת הקונה. שיקול זה אינו רלוונטי בעניינה של ערבות בנקאית פנים־מדינתית רגילה.

ג) הסתמכות של נותני שירותים נלווים:
בעסקת אשראי דוקומנטרי רגילה קיים יסוד של הסתמכות נותני שירותים נלווים לעסקת היסוד (הובלה, ביטוח וכיו"ב) המעניקים אשראי על בסיס כתב האשראי. הטלת עיקול תפגע בהם, ומשלא יבואו אל שכרם, יעכבו את הטובין בהחזקתם. לעומת זאת, בעניינה של ערבות בנקאית תרחישים אלה אינם מוּבָנִים במערכת.

ד) ודאות המערכת המסועפת המסתמכת על כתב האשראי:

> "... בדרכו הרגילה – ולהבדילו מן הערבות הבנקאית[105] – שולח האשראי הדוקומנטרי זרועותיו לעברים – אל צדדים שלישיים – ופקעת ההסתמכויות על קיומו של האשראי סבוכה ומורכבת: אשראי ספקים, הקצאת אשראי נוסף, הקדמת תשלום וכו'. משידענו כי כל אלה ועוד תולים עצמם בוודאות התשלום בעסקת האשראי, נוסיף ונדע כי בהיסדק הוודאות, עלולה המערכת כולה לקרוס. שיקולים אלה אינם קיימים – ודאי שלא באותה עוצמה – בעניינה של ערבות בנקאית אוטונומית".[106]

---

105 לכאורה, גם ערבות בנקאית פיננסית משמשת כבטוחה לאשראי, וניתנת לעתים על־ידי המוטב לבנק "שלו", המעניק לו אשראי על בסיסה. אולם מלבד הצדדים הרגילים לעסקה (בנק, מוטב וחייב), אין הכרח ורגילות לקיומם של צדדים נוספים, וכפי שמציין כב' המשנה לנשיא השופט חשין ביחס לשיקול אחר: "בערבות בנקאית עניינו בחריג, בעוד אשר בעניינו של אשראי דוקו־מנטרי זה הכלל".

106 עניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, בעמ' 815.

ה) פגיעה במערכת היחסים הבין־בנקאית, שחלה ככלל באשראי דוקומנטרי, ורק באופן חריג בערבות בנקאית:

> "... במקביל לעסקת היסוד שבין מוכר לקונה, נוצרת באשראי דוקומנטרי מערכת יחסים – לעתים מערכת מורכבת למדיי – בין בנקים שונים. פגיעה בוודאות התשלום של האשראי הדוקומנטרי תביא בהכרח לפגיעת שרשרת בבנקים, ובין הבנקים ביניהם לבין עצמם. ואף שגם בערבות בנקאית יכולה שתיווצר מערכת מעין זו... הנה בערבות בנקאית עניינו בחריג, בעוד אשר בעניינו של אשראי דוקומנטרי זה הכלל".[107]

146. ביחס לאשראי דוקומנטרי, קבע על כן בית המשפט העליון בעניין ניקו בדים כי ניתן יהיה להטיל צו עיקול על אשראי דוקומנטרי אך ורק בהתקיים שלושת האלמנטים הבאים:

א) עיקול כספי האשראי הדוקומנטרי הינו – בנסיבות העניין – הבטוחה היחידה האפשרית.

ב) התובע הציג לפני בית המשפט ראיות חזקות במיוחד לצדקת תביעתו.

ג) בית משפט בישראל הינו פורום ראוי להתדיינות. ולהפך: במקום שבו זיקות רבות תצבענה אל עבר פורום ראוי אחר דווקא – גם אם בית המשפט בישראל אינו *Forum non Conveniens* – יהא זה שיקול כבד נגד מתן צו עיקול בישראל.

147. לעומת זאת, הבהיר בית המשפט העליון בעניין ניקו בדים, כי לכאורה שונה הוא הדין לגבי ערבות בנקאית, שהרי הרציונלים האמורים אינם חלים ביחס להטלת עיקול לבקשת צד ג' על תמורת הערבות הבנקאית. כב' המשנה לנשיא חשין ציין כי בתי המשפט המחוזיים קבעו שצד ג', שאינו צד לעסקת היסוד,[108] רשאי לקבל

---

107 שם, בעמ' 815–816; כן ראה אצל Van Houtte, בעמ' 307.

108 ראו למשל עניין חברת חשמל, לעיל ה"ש 87, בעמ' 493, מפי השופט מ' בן־יאיר; וכן דברי השופט ש' פינקלמן הנסמכים עליהם בבר"ע (חי') 66/94 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עמותת בוני אלון הגליל, פ"מ תשנ"ה (2) 144, 150 (1994): "כספי ערבות בנקאית הם נכס ככל נכס אחר

עיקול כאמור על כספי ערבות בנקאית ובית המשפט העליון טרם אמר את דברו בסוגיה זו. על כן ממשיך כב' השופט חשין את הדיון בפסק הדין, כאשר נקודת המוצא היא שאפשר לקבל צו עיקול כאמור כנגד ערבות בנקאית.

148. עם זאת, ציין בית המשפט בעניין ניקו בדים, כי גם לגבי ערבות בנקאית לא יינתן צו עיקול לטובת צד ג', אם מדובר בנסיבות של סחר בינלאומי, המערבות כמה בנקים. במקרה זה יחולו הכללים החלים לגבי אשראי דוקומנטרי,[109] שכן במצב של סחר בינלאומי חשובה הזרימה החופשית בין המדינות והביטחון, כי כספי תמורה בגין סחורה שנמכרה לא "ייתקעו" במדינה זרה עקב צו עיקול שניתן לטובת צד ג' כלשהו. ההבחנה היחידה הקיימת בהקשר זה בין ערבות בנקאית לבין אשראי דוקומנטרי נובעת אפוא מכך שכתב האשראי ניתן כמעט תמיד בהקשר של עסקה בינלאומית, ואילו הערבות הבנקאית שכיחה ומצויה גם בעסקאות מקומיות. לכך יש השלכה על פרישתו ועוצמתו של עקרון העצמאות. ובלשונו של כב' המשנה לנשיא השופט חשין בעניין ניקו בדים:[110]

> "עיקר העצמאות (האוטונומיה) פרישתו רחבה ועוצמתו רבה באשראי הדוקומנטרי מפרישתו ומעוצמתו של אותו עיקר בערבות הבנקאית. נזכיר ונזכור, כי בשדה האשראי הדוקומנטרי עיקר העצמאות הוא בבחינת עקרון־על – מעין זכות יסוד של הסחר הבין־מדינתי – בעיקר משום שנכרך הוא בסחר בין־מדינתי על כל המורכבות הנלווית לסחר זה. אל נא נלך שולל אחרי זהות המושג – "עיקר העצמאות" – המשמש גם באשראי הדוקומנטרי גם בערבות הבנקאית. אכן, גם באשראי הדוקומנטרי גם בערבות הבנקאית אמור

(נכס – לרבות זכות אובליגטורית). אשר על כן, כל צד שלישי לעסקת היסוד שבין החייב לבין המוטב, אשר לו תביעה כנגד המוטב, המנותקת מעסקת היסוד, יכול, בהתמלא התנאים הקבועים לכך בתקנה 360 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד־1984, ק"ת 4685, להטיל עיקול על כספי ערבות בנקאית, בין שנתקבלו בפועל ובין שבשלה הזכות לקבלתם".

109 עניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, בעמ' 818–819: "... באותם מקרים שבהם יימנו בערבות בנקאית אותם סימנים שמנינו באשראי הדוקומנטרי – כולם או חלק ניכר בהם – יהא זה ראוי, לדעתנו, להחיל על הערבות הבנקאית אותם כללים שהחלנו על האשראי הדוקומנטרי. כך, למשל, בערבות בנקאית הניתנת להבטחתה של עסקת סחר בינלאומית המערבת בנקים מספר. במקרים מעין אלה ישקול בית המשפט בזהירות יתרה הטלתו של עיקול זמני ומאותם טעמי זהירות התו־פסים בעניינו של אשראי דוקומנטרי".

110 שם, בעמ' 816.

> עיקר זה להשיג – בתחומיו – אותה תכלית של ודאות וביטחון, ואולם מתוך ששתי מערכות שונות ילדו, כל אחת לעצמה, את עיקר העצמאות שלה, ממילא לא נוכל ללמוד על כל אחד מאותם שני עיקרים נפרדים, אלא על רקע המערכת שילדה אותן".

על בסיס זה מסיק כב' המשנה לנשיא חשין בעניין ניקו בדים,[111] כי כשם שעיקר העצמאות השורר בעסקה של ערבות בנקאית מוגבל בתחומי תחולתו בין בעלי העסקה, כן יהא מוגבל בתחולתו כלפי צדדים שלישיים. ונהפוך הוא באשראי דוקומנטרי: כשם שעיקר העצמאות שליט נוקשה הוא ביחסים בין בעלי העסקה, כן סביר להניח כי יהא נוקשה גם כלפי צדדים שלישיים. ובמילים אחרות: ביחס לערבות בנקאית ניתן להטיל עיקולים לבקשת צד ג', שאינו צד לעסקת היסוד, כשאין המדובר בנסיבות של סחר בינלאומי, בעוד שבאשראי דוקומנטרי אין אפשרות לעשות כן.

149. נמצאנו למדים אפוא כי בערבות בנקאית מחייב עקרון האוטונומיה שלא ניתן יהא להטיל עיקול על כספי הערבות הבנקאית לבקשת אחד מן הצדדים לעסקת היסוד. לעומת זאת, אין מניעה להטיל את העיקול לבקשת צד ג', שאינו צד לעסקת היסוד. שונים הם הדברים כאשר מדובר בערבות בנקאית שנועדה להבטיח עסקה של סחר בינלאומי, ושם יחולו הכללים שנקבעו ביחס לאשראי דוקומנטרי, המונעים הטלת עיקול כאמור גם לבקשתו של צד שלישי, אלא אם כן הציג התובע ראיות חזקות במיוחד לצדקת תביעתו, העיקול הוא הבטוחה היחידה האפשרית ובית המשפט בישראל הוא הפורום הראוי להתדיינות. כמו כן, יש לשים אל לב, כי את העיקול לבקשת צד ג' על כספי ערבות בנקאית אפשר להטיל רק לאחר שנמסרה הודעת המוטב בדבר מימוש הערבות, ולא קודם לכן, שכן עד אותו שלב מדובר בזכות עתידית, שטרם התגבשה, ואשר אינה בת עיקול.[112]

---

111 שם, בעמ' 816–817.

112 שם, בעמ' 795–796, הבהיר כב' המשנה לנשיא השופט חשין ביחס לכתב אשראי כי כל עוד שלא מומש כתב האשראי, אי אפשר להטיל עיקול זמני על הכספים, להבדיל ממקרה שבו התגבשה הזכות, והבנק הפותח מחזיק בזכות בעבור המוטב (אף שלא הגיע מועד הפירעון): "אין ניתנים לעיקול חוב או זכות שעילתם טרם נתגבשה. כך, למשל, "תקווה", "ציפייה" או "סיכוי" בעלמא לזכות אשר טרם באה לעולם, אינם ניתנים לעיקול... בגדריה של זכות שאינה ניתנת לעיקול תפקוד עצמה היכולת למשיכת יתר בבנק, אם זו אינה אלא זכות לפנות לבנק מדי פעם בבקשה לקבל אשראי, בקשה שהבנק רשאי להיעתר או שלא להיעתר לה... יישומה של ההלכה על מסמכי

ב(8) קיזוז כנגד ערבות בנקאית

150. לאחר שעמדנו על הנסיבות שבהן אי אפשר לבצע עיקול של זכויות נשוא הערבות הבנקאית כתוצאה מעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית, נעמוד להלן על השאלה, האם אפשר לבצע קיזוז של חבויות כנגד ערבות בנקאית?
סעיף 53(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, קובע:

> "חיובים כספיים שצדדים חבים זה לזה מתוך עסקה אחת, והגיע המועד לקיומם, ניתנים לקיזוז בהודעה של צד אחד למשנהו, והוא הדין בחיובים כספיים שלא מתוך עסקה אחת, אם הם חיובים קצובים".

151. בהתאם להוראה זו, אפשר לקזז חיובים, גם אם אינם קצובים, במסגרת אותה עסקה, וכן אפשר לקזז חיובים קצובים, גם אם מקורם אינו באותה עסקה.
השאלה הנשאלת אפוא היא: האם יוכל החייב בעסקת היסוד למסור הודעת קיזוז, מכל עילה שהיא, כנגד מוטב הערבות הבנקאית? והאם יוכל לעשות כן צד ג', כאשר בידו טענת קיזוז מכוח סכום קצוב?

152. בכל הנוגע לחייב מכוח עסקת היסוד, נראה לכאורה כי הוא לא יוכל להעלות טענת קיזוז כנגד מוטב הערבות הבנקאית, שהרי ערבות זו היא בגדר חיוב נפרד ושונה לחלוטין של הבנק כלפי המוטב. על כן, יכול בהחלט להיות שלחייב אין כל חבות מכוח עסקת היסוד, לנוכח העובדה שהוא קיים את כל חיוביו כלפי המוטב, או מכיוון שהמוטב חייב לו סכומים מקבילים וממילא חובו נפרע במלואו בדרך של קיזוז. ועם זאת, יוכל המוטב לגבות את מלוא הסכום בדרך של מימוש

אשראי דוקומנטרי ילמדנו כי אין ניתן לעקל את כספי האשראי כל עוד זכותו של המוטב להיפרע מן הבנק אינה זכות מושלמת, קרי: כל עוד מחזיק הוא בידו אך ציפייה להיוולדה של זכות לעתיד להיפרע מן הבנק, ומחזיק הוא אך בציפייה, כל עוד לא מילא המוטב אחר התנאים המגבשים את זכותו לתשלום. כך, למשל, אמר בית המשפט בפרשת Union Planters National Bank v. World Energy Systems Associates,816 F.2d 1092 (6th cir.) 1098 (1987):
"[U]ntil the conforming documents were presented to and accepted by [the advising bank], the letter of credit remained wholly executory and [the beneficiary] had not entitlement to the proceeds thereunder. Therefore, the writ of maritime attachment served prior to execution of the letter of credit was ineffective and void".
נראה לנו כי דברים אלה נכונים כהווייתם גם לגבי עיקול של ערבות בנקאית, שלא ניתן לבצעו כל עוד שהערבות טרם מומשה על-ידי המוטב.

הערבות הבנקאית, שהרי חיוב זה הוא של גורם אחר לחלוטין – הבנק, ומחמת עילה אחרת לחלוטין – כתב הערבות הבנקאית. מה ימנע אפוא את מימוש הערבות? ואכן, כך ראה את הדברים בית המשפט העליון בעניין מושקוביץ[113] אשר הבהיר כי שאלות המתעוררות ביחס לעסקת היסוד אינן רלוונטיות לטענת קיזוז של סכום בלתי קצוב כנגד הערבות הבנקאית האוטונומית, שכן אלה עסקאות שונות ונפרדות. הדברים בוארו ביתר פירוט על־ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב׳ השופט אבן ארי) בעניין פילובסקי,[114] אשר הבהיר כי:

> ״השאלה של מילוי התחייבויות הצדדים השונים הינה בלתי רלוונטית לחלוטין. הנערב כלל אינו חייב לנמק את דרישתו ועל הבנק הערב לעמוד בהתחייבותו. מכאן, שכל ׳טענת קיזוז׳ של החייב העיקרי אין לה כל בסיס ורלוונטיות, באשר קיזוז ניתן לבצע בין צדדים ישירים מתוך אותה עסקה״.

153. עם זאת, נראה לכאורה כי ההפרדה של הערבות הבנקאית ועסקת היסוד כחיובים נפרדים, של גופים נפרדים עם עילות נפרדות, אינה עולה בהכרח כדי עילה מספקת למניעת קיזוז, מכיוון שהמונח ״עסקה אחת״ בסעיף 53 לחוק החוזים, אינו מושג משפטי, דוגמת הביטוי ״עילה״, אלא המונח ״עסקה״ הינו ״מצב עובדתי־מסחרי, היכול לשמש יסוד לצמיחת עילות וטענות משפטיות״.[115] פרופ׳ מאוטנר הבהיר בהקשר זה:[116]

> ״חיוביהם של חייב ונושה ייחשבו כנובעים מתוך ׳עסקה

113 עניין מושקוביץ, לעיל ה״ש 10, בעמ׳ 453: ״גם מסקנתו, לכאורה, של בית משפט קמא כי המ־קשת חבה כספים למשיבה, והתמיהות שהעלה ביחס לשאר דרישותיה הכספיות של המבקשת, אינן מצביעות על נסיבות מיוחדות המקימות תחולה לחריג האמור. מקומן של טענות אלה במסגרת ההליכים המשפטיים הנובעים מעסקת היסוד ושילובן בשאלת חילוטה של הערבות הבנקאית יוצר בפועל קיזוז של סכום בלתי קצוב כנגד סכום הערבות הבנקאית האוטונומית״.

114 ע״א (ת״א) 1602/86 פילובסקי נ׳ לנדקו – רובינשטיין השקעות בע״מ (לא פורסם); לעניין זה ראה גם אצל ז׳ צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל א 169–170 (התשל״ד).

115 צלטנר, שם, בעמ׳ 169; הדברים הובאו בהסכמה על־ידי כב׳ השופט בך בע״א 377/82 התעשייה האווירית לישראל בע״מ נ׳ צור גת – חברה לפיתוח ולגידור בע״מ, פ״ד מב(2) 725, 732 (1988); ע״א 2390/92 גרינשפון נ׳ שכטר, פ״ד מט(1) 843 (1995); וראה גם ע״א 725/87 חברת ביר־טל סחר מזון בע״מ נ׳ חברת אוליווקס בע״מ, פ״ד מד(1) 177, 180 (1989).

116 מ׳ מאוטנר ״קיזוז״ דיני חיובים – חלק כללי 462 (ד׳ פרידמן עורך, התשנ״ד).

> אחת', בגדר סעיף 53, אם קיים קשר עובדתי הדוק יחסית בין חיובו של החייב כלפי הנושה ובין חיובו של הנושה כלפי החייב".

154. על בסיס הלכה זו קבע בית המשפט העליון (כב' הנשיא ברק) בעניין Noeland[117] כי דיני הקיזוז הקבועים בחוק החוזים מאפשרים קיזוז של חיוב מכוח עסקת יסוד גם כנגד חיוב שטרי. אכן, החיוב השטרי נהנה מעצמאות. הוא מהווה לכאורה "עסקה" בפני עצמה, וממילא מבחינה משפטית אפשר היה לטעון כי אין לראות בו עסקה אחת עם עסקת היסוד. אולם בית המשפט דחה טענה זו, לנוכח העובדה שהמונח "עסקה אחת" בחוק החוזים אינו מבטא עילה משפטית, אלא מציאות מסחרית שבה קיים "קשר עובדתי הדוק יחסית" בין העילות המשפטיות השונות. בית המשפט קבע כי קיים קשר "הדוק יחסית" בין החיוב השטרי לבין עסקת היסוד שבגדרה אפשר, ובלשונו של כב' הנשיא ברק:

> "כאשר ראובן קונה נכס משמעון ועושה שטר לפקודתו לפירעון (על תנאי) של העסקה, קיים קשר הדוק בין החיוב השטרי של ראובן כלפי שמעון לבין עסקת היסוד שבינו לבין שמעון. שני החיובים – השטר ועסקת היסוד – הם במסגרת "עסקה אחת". האופי העצמאי של החיוב השטרי אינו עניין לכאן.
> אכן, השטר יוצר חיוב משלו; הוא מגבש עילה משלו; אך הוא גם מהווה עסקה מסחרית אחת עם עסקת היסוד, שגם היא יוצרת חיוב משלה ועילה משלה".

155. בהתאם לכך, אפשר לכאורה לטעון כי גם ערבות בנקאית היא אמנם עילה נפרדת לחלוטין מעסקת היסוד, אך לצורך הגדרת המונח "עסקה אחת" (כמשמעו של מונח זה לצורך סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג־1973 המקנה זכות קיזוז) – איננו בודקים קיומן של עילות משפטיות שונות, אלא קיומו של קשר הדוק במישור העסקי בין העילות השונות, ואין ספק לכאורה כי עסקת היסוד והערבות הבנקאית שניתנה בגדרה, צמחו ממערך עסקי אחד.

---

117 רע"א 6250/98 Nordland Papier AG נ' מפעלי ייצור והוצאה, פ"ד נג(2) 274, 284≈285 (1999); וראה גם א' רוזן־צבי "טענת קיזוז נגד זכות שטרית" עיוני משפט ז 653 (התשל"ט־התש"ם); אצל לרנר, בעמ' 346.

156. עם זאת, יש לכאורה להבחין בהקשר זה בין ערבות בנקאית לבין חיוב שטרי, שכן בערבות בנקאית לא די בכך שהעילות שונות, אלא שגם הצדדים שונים, שהרי הצדדים לעסקת היסוד הם החייב והנושה, ואילו במסגרת הערבות הבנקאית ניצב הנושה האמור (מוטב הערבות הבנקאית) – מול הבנק. אולם הבחנה זו אינה מספיקה, שכן בעניין Norland הנ"ל המשיך וציין כב' הנשיא ברק כי ייתכן שאפשר להעלות טענת קיזוז גם כלפי צדדים רחוקים. כל עוד נתפסה טענת הקיזוז כטענת הגנה אישית בעלת אופי דיוני, היא הייתה "הגנה קולטרלית", בהיותה חיצונית לשטר,[118] היא לא עמדה כנגד "אוחז כשורה" (סעיף 37(2) לפקודת השטרות), ואף לא כנגד אדם שנעשה "אוחז" בשטר לאחר שעבר זמנו (סעיף 35(ב) ו־(ה) לפקודת השטרות). אולם, משחוקק סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), נקבע כי קיזוז הוא טענה מהותית, וממילא אין טענה זו חיצונית לשטר, אלא היא יורדת לשורש החיוב השטרי, ומביאה לכך שהשטר נפרע. משום כך, השאיר בית המשפט בצריך עיון את השאלה האם אפשר להעלות טענת קיזוז כנגד שטר על־ידי "צד רחוק".[119] האם שאלה זו תחול גם ביחס לערבות בנקאית?

157. נראה לנו כי שאלה זו אינה רלוונטית לערבות בנקאית, שכן ככל שמדובר בערבות בנקאית, לא מדובר בעילה משפטית אחת, לא מדובר בצדדים קרובים (שהרי מי שהנפיק את הערבות הבנקאית הוא הבנק, ולא החייב בעסקת היסוד) ועיקר העיקרים – גם היעדרו של חיוב מכוח עסקת היסוד אינו עילה להשמטת החיוב מכוח הערבות הבנקאית. בעוד שבשטר פקיעת החיוב שמכוחו הוצא השטר משליך על החבות השטרית, הרי שערבות בנקאית היא נפרדת גם במובן זה שהעילה קיימת גם אם נפרע החיוב מכוח עסקת היסוד. יתרה מכך, בעוד שבאשראי דוקומנטרי קיימת נקודת השקה בין עסקת היסוד לבין כתב האשראי מבחינת נקודת הזמן שבו מתחוללים שני החיובים הללו ומקבלים תוקף, הרי שביחס לערבות בנקאית, גם מועדי החיובים הם נפרדים. כך הבהיר בית המשפט

118 א' ברק מהותו של שטר 53 (התשל"ב).

119 ובלשונו של בית המשפט בעניין מפעלי ייצור, לעיל ה"ש 117, בעמ' 286: "האם ניתן לראות בקיזוז 'פירעון כשורה' (כמוגדר בסעיף 60(א) לפקודת השטרות) המפקיע לא רק את החיוב השטרי, אלא אף את השטר עצמו? האם ניתן לעלות טענת קיזוז כלפי אוחז (רחוק) שאינו אוחז כשורה, שלא ידע על דבר הקיזוז? ה־Uniform Commercial Code כולל בעניין זה הסדר סטטוטורי מקיף (סעיף 3־305 החדש). נקבע כי קיזוז אינה טענה טובה כנגד אוחז כשורה. לעומת זאת, הקיזוז מהווה טענה טובה כנגד אוחז (רחוק) שאינו אוחז כשורה, ובלבד שזו טענת קיזוז אשר מקורה בעסקה עם הנפרע. הסדר זה אינו פשוט כלל ועיקר".

העליון (מפי כב' השופט ריבלין) בעניין AMS[120] כי באשראי דוקומנטרי נקודת הזמן שבה משתכללת העסקה זהה לנקודת הזמן של ביצוע עסקת היסוד:

> "קו פרשת המים, המפריד בין המועד שבו עומדת לקונה בעסקת אשראי דוקומנטרי הזכות לקבלת סעד מניעתי שעילתו בעסקת היסוד, לבין המועד שממנו והלאה אין הקונה יכול לסמוך אלא על התנאים הקבועים בכתב האשראי עצמו – הוא פועל יוצא של מהותה של העסקה ושל הגיונה".
>
> ...
>
> "כל עוד לא יצאה הסחורה מרשות המוכר, לא בא לעולם המסמך המעיד על שיגורה. הטענה כי הסחורה לא יצאה מרשות המוכר אינה טענה 'חיצונית' לעסקת האשראי עצמה ובמהותה אין היא אלא טענה כי תנאי עסקת האשראי עצמה לא באו לעולם, וממילא לא עברו מן העולם הטענות שעילתן בעסקת היסוד".

לעומת זאת, בכל הנוגע לערבות בנקאית, מבהיר בית המשפט בעניין AMS הנ"ל כי נקודת הזמן לבחינת החבות על־פי כתב הערבות היא מועד חתימת כתב הערבות, ולא מועד ביצוע עסקת היסוד:

> "אכן גם בבסיס הערבות הבנקאית האוטונומית, כמו ביסוד עסקת האשראי הדוקומנטרי, עומדים זה בצד זה עקרון העצמאות ועקרון ההתאמה. אלא שהנקודה אשר ממנה והלאה שוב אין מבקש הערבות רשאי להעלות טענות שצידוקן בעסקת היסוד, מונחת במקום גיאומטרי שונה – המצוי בנקודת הזמן שבה נחתם כתב הערבות".

158. עם זאת, ככל שעסקינן בסכום קצוב, אין לכאורה מניעה לבצע קיזוז כאמור, שהרי בהתאם להוראת סעיף 53(א) לחוק החוזים, גם אם אין עסקינן ב"עסקה אחת", ניתן לבצע קיזוז של סכומים קצובים. אולם נראה כי גם כאשר הסכומים הם קצובים לא ניתן יהא לבצע קיזוז דווקא כאשר עסקינן בצדדים לעסקת

120 עניין AMS, לעיל ה"ש 18 במבוא.

היסוד, וזאת לאור הוראת סעיף 53(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, הקובע לאמור:

"אין לקזז חיוב שהזכות לקיימו אינה ניתנת לעיקול".

159. ראינו לעיל כי לנוכח האוטונומיות של הערבות הבנקאית, אין אפשרות להטיל עיקול על כספי ערבות בנקאית מכוח חבות הנובעת מעסקת היסוד, לבקשת אחד מן הצדדים לעסקת היסוד. בהיעדר אפשרות לעיקול, ברור אפוא כי אין אפשרות לקזז מכוח חיובים נשוא עסקת היסוד, ואף לא מכוח עסקאות אחרות, גם כשהסכום קצוב, ככל שהודעת הקיזוז נעשית על־ידי החייב בעסקת היסוד – שאין לו זכות לבקש צו עיקול.[121]

160. לעומת זאת, בכל הנוגע לזכויות של צד ג', שאינו צד לעסקת היסוד, נראה לכאורה כי כשם שהוא יכול לעקל את כספי הערבות הבנקאית, הרי שהוא יוכל גם לקזז חיוב קצוב כנגד זכות הנובעת מהערבות הבנקאית.[122] עם זאת, צד המבקש למנוע קיזוז על־ידי הבנק מנפיק הערבות הבנקאית יכול לבקש לכלול בכתב הערבות הבנקאית סעיף מפורש השולל מהבנק את זכות הקיזוז האמורה. אולם עצה זו אינה יכולה להועיל, לכאורה, כלפי צד ג', שאינו הבנק מנפיק הערבות הבנקאית, והלה יוכל לכאורה לבצע קיזוז של זכויות כנגד הערבות הבנקאית.

161. נמצא אפוא כי הצד לעסקת היסוד אינו יכול לקזז כנגד כספי הערבות הבנקאית, בין שמדובר בסכום קצוב ובין שלאו, ובין שמדובר בעילה שיסודה בעסקת היסוד ובין שלאו. לעומת זאת, צד ג' יוכל לבצע קיזוז, כאמור, כשהסכום קצוב, וכמו כן יהא הבנק מנפיק הערבות הבנקאית רשאי לבצע קיזוז, כאמור, אלא אם כן נקבע בכתב הערבות הבנקאית כי לא יהא רשאי לעשות כן.[123]

---

121 לענין זה ראו, הפ"ב (חי) 622/08 ורד הזהב 1994 בע"מ נ' שטרלינג מהנדסים חברה לבניה וניהול (1994) בע"מ, תק־מח 2009(1) 4372, 4379 (2009) בו קיבלה כב' השופטת וסרקרוג את עמדתנו בענין זה, על בסיס התייחסות לספר זה במהדורתו הקודמת משנת תשס"ז־2007.

122 א' רוזובסקי "קיזוז כנגד אשראי דוקומנטרי" רבעון לבנקאות 111 (כח) 136, מציין דברים אלו בכל הנוגע לאשראי דוקומנטרי. ספק בעניינו אם הדברים נכונים לגבי קיזוז הנעשה על־ידי צד ג' כנגד אשראי דוקומנטרי. עם זאת, לאור עניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, הסקנו כי בע־רבות בנקאית בוודאי ובוודאי שניתן לבצע עיקול לטובת צד ג', וממילא ברור לכאורה שאין כל מניעה לבצע קיזוז לטובת צד ג'. לעומת זאת, קיזוז שמבצע הצד לעסקת היסוד לא יהיה אפשרי לכאורה, גם אם מדובר בסכום קצוב, שכן לצדדים על־פי עסקת היסוד אין זכות עיקול.

123 חשוב לכאורה מבחינת המוטב לכלול בכתב הערבות הבנקאית סעיף המונע קיזוז מצד הבנק מנפיק

ב(9) מימוש ערבות בנקאית עת שהחייב בעסקת היסוד נקלע להליכי פירוק

162. עקרון העצמאות של הערבות הבנקאית בא לידי ביטוי חד עת שהחייב על־פי עסקת היסוד נקלע למצב של חדלות פירעון, וניתן כנגדו צו פירוק או צו הקפאת הליכים. אילו הייתה זיקה בין הערבות הבנקאית לבין עסקת היסוד, הרי שלא ניתן היה להיפרע מן הערבות הבנקאית, כשם שלא ניתן להיפרע מהחייב העיקרי על־פי עסקת היסוד. יתרה מכך, מימוש של ערבות בנקאית גם פוגע לכאורה, בעקרון השוויון, שהרי בעוד שכל שאר הנושים ייאלצו להסתפק בחלוקה ביניהם של נכסי החברה, הרי שממש הערבות הבנקאית מוציא את עצמו מן הכלל וגובה את מלוא הסכום מן הבנק, על אף שברור כי הבנק מצידו יממש לאחר מכן את הביטחונות שיש לו ביחס לנכסי החברה, שבהם הוא בדרך כלל נושה מובטח. ועם זאת, אחת מן התכונות הבולטות ביותר של האוטונומיה של הערבות הבנקאית היא זכותו של הנושה (מוטב הערבות הבנקאית) לגבות את מלוא כספי הערבות הבנקאית מן הבנק שהנפיק את הערבות, גם אם החברה – החייבת בעסקת היסוד – הפכה לחדלת פירעון. החבות מול הבנק מכוח הערבות הבנקאית היא חבות עצמאית ונפרדת, העומדת על רגליה שלה, והיא מתקיימת גם כאשר אין חבות או אפשרות לגבות מכוח עסקת היסוד. אדרבא, אחת מן התכליות של הערבות הבנקאית היא להבטיח את הנושה מפני חדלות פירעון של החייב, כאשר הוא מצידו יכול לגבות מן הבנק בכל עת ובכל מצב. כך קבע בית המשפט העליון בעניין AMS:[124]

> "הערבות האוטונומית נועדה לשחרר את הנהנה על־פיה גם מן התלות ברצונו של החייב לפרוע את חובתו או בעצם היותו בר פירעון".

בדומה לכך, הבהיר בית המשפט העליון בעניין AMS:[125]

> "מותר הערבות הבנקאית האוטונומית טמון בידיעת המוטב כי בהתקיים התנאים הנקובים בכתב הערבות יקבל לידיו את

הערבות, כדי שהחייב על־פי עסקת היסוד לא ימחה לבנק את זכויותיו כלפי המוטב ויזכה בדרך זו באפשרות ליהנות מהודעת קיזוז שתינתן על־ידי הבנק.

124 עניין AMS, לעיל ה"ש 18 במבוא, בעמ' 400–401.

125 שם.

> כספי הערבות בלא שיהיה תלוי בהכרעה במחלוקות אשר מקורן בעסקת היסוד. הערבות האוטונומית נועדה לשחרר את הנהנה על־פיה גם מן התלות ברצונו של החייב לפרוע את חובתו או בעצם היותו בר פירעון".

163. כב' השופטת אלשיך הוסיפה והבהירה בעניין פרינטלייף[126] כי הערבות הבנקאית היא מכשיר לניתוב סיכונים, והיא מאפשרת למוטב להחזיק בכספים בעת התדיינות משפטית עם החייב על־פי עסקת היסוד, כאשר מצבו הכלכלי של החייב ומצבת נושיו, או אף היותו במצב של הקפאת הליכים אינה מעניינו של המוטב על־פי כתב הערבות הבנקאית. המימוש של הערבות הבנקאית נעשה באופן אוטונומי ממוסד פיננסי, ואינו מותלה במאום.

164. בית המשפט העליון עסק בסוגיה זו בהרחבה בעניין תשבחות[127] בכל הנוגע לחברה שניתן לגביה צו הקפאת הליכים מכוח סעיף 233 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג־1983. החברה מסרה ערבות בנקאית אוטונומית, ולאחר מכן נקלעה לקשיים כלכליים וניתן לגביה צו הקפאת הליכים. בעקבות כך, ביקשה תשבחות, מוטבת הערבות הבנקאית, לממש את הערבות הבנקאית שבידה. הבנק ביקש שצו הקפאת ההליכים יחול גם על הערבות הבנקאית, אך בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה. בקשת רשות הערעור נדחתה על־ידי בית המשפט העליון וכב' השופט מצא קבע:

> "טענת המבקשת היא כי הערבות הבנקאית הינה נכס מנכסיה. מסירתה ל'תשבחות' היא בגדר 'צורה אחרת של מתן נכסים כערובה', כמשמעה בהגדרת 'שעבוד' שבסעיף 1 לפקודה. מכאן כי דין תשבחות כדין 'נושה מובטח', שצו להקפאת הליכים מתלה את זכותו למימוש השעבוד בקבלת

126 פש"ר (ת"א) 1201/01 בש"א 10863/01 פרינטלייף נ' דרבן, פס"מ תש"ס(2) 591; כמו כן ראה אצל טסדקי, בעמ' 342–343.

127 רע"א 7483/95 פ.א. ברקאי חברה לבניין וייזום בע"מ נ' תשבחות חברה להשקעות ישראליות בע"מ, תק־על 95(4) 510 (1995). בדומה לכך, קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) בעניין מיאב, לעיל ה"ש 6 בפרק א, כי "אין חולק כי עסקינן בערבות בנקאית אוטונומית. המדובר בהתחייבות עצמית של הבנק, המקבל על עצמו אחריות מוגדרת ובלתי תלויה בחיובו של החייב העיקרי. ערבות זו איננה נכללת בנכסי החברות החייבות, וזאת לפי ההלכה המחייבת אשר קבע בית המשפט העליון בעניין 'תשבחות'... אי לכך, כפי שנקבע במפורש באותו פסק דין, אין מימושה של ערבות שכזו נעצר בשל צו הקפאת הליכים שניתן נגד החברה החייבת".

> היתר מבתי המשפט, לפי סעיף 233(א2) לפקודה. בטענה זו אין ממש. ערבות בנקאית אוטונומית אינה נכס של החייב, ואף אינה 'ערבות' כמשמעה בסעיף 1 לחוק הערבות (קרי: התחייבות לקיים את חיובו של אדם אחר כלפי צד שלישי), אלא 'התחייבות עצמית של בנק אשר מקבל על עצמו כלפי נושה אחריות מוגדרת ובלתי תלויה בחיובו של החייב העיקרי'... חובת הבנק לפרוע את הסכום הנדרש מידו על־ידי תשבחות, בגבולות סכום הערבות הבנקאית, אינה תלויה כל עיקר בחיובה של המבקשת, וממילא אין צו הקפאת הליכים יכול להשפיע עליה".[128]

165. הנה כי כן, מעקרון העצמאות של הערבות הבנקאית נובע כי הערבות הבנקאית אינה נכס מנכסי החייב, אלא התחייבות העומדת על רגליה שלה, מצד הבנק מנפיק כתב הערבות הבנקאית כלפי המוטב. על כן, גם כאשר מוצא צו הקפאת הליכים נגד החברה החייבת בעסקת היסוד, לא נגרע תוקפה המשפטי של הערבות הבנקאית, ואפשר לממש את הערבות כנגד הבנק. הלכה זו שקבע בית המשפט העליון, באשר לצו הקפאת הליכים, הוחלה כהווייתה על־ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך), ומאותם טעמים, גם כלפי פירוק, שהרי בהקשר זה אין נפקות בין צו פירוק לבין צו להקפאת הליכים, לנוכח מעמדה האוטונומי של ערבות בנקאית, ולעניין תוקפה כלפי המפרק וכלפי הבנק מנפיק הערבות:

> "... בהיעדר כל הצדקה להבחנה בין מעמד נושים בחברה לטובתה ניתן צו להקפאת הליכים לבין מעמד נושים בחברה בפירוק. משמעות עקרון האוטונומיות של הערבות היא כי בין המפרק לבין המוטב אין כל יריבות, ומשום כך, אין למפרק מעמד לבקש את ביטול הערבות או למנוע את מימושה. מימוש הערבות גורם לתשלום ישיר מאת הערב לידי המוטב, ולפיכך, אין הוא מהווה עסקה בנכסי החברה".

---

128 בהמשך ההחלטה בעניין ברקאי, שם, קבע בית המשפט: "אכן, צו הקפאת ההליכים מעכב פעולות שבידי 'תשבחות' לנקוט כנגד המבקשת. אך תביעת 'תשבחות' לפירעון הערבות הבנקאית אינה בגדר הליך נגד המבקשת, אלא בגדר הליך נגד הבנק. תביעה זו אינה מבוססת על חיובה של המבקשת אלא חיובו העצמי של הבנק. לבנק אין טענה כנגד תביעה כזאת, ואף למבקשת אין פתחון פה לעכב בעד הפירעון".

166. בית המשפט העליון הוסיף וקבע בעניין מושקוביץ,[129] כי חדלות פירעון אינה מקימה את "חריג הנסיבות המיוחדות" (שעליו נעמוד בפרק ה להלן), המצדיק הימנעות ממימוש הערבות הבנקאית, מקום שבו אין חבות מכוח עסקת היסוד ומימוש הערבות נובע מטעמים שאינם נוגעים לגופו של עניין. כמו כן, בעניין פרינטלייף[130] דחה בית המשפט המחוזי בתל אביב טענה של כונס נכסים לפיה קריסה של החברה החייבת בעסקת היסוד היא בגדר "סיכול חוזי",[131] המונע את מימוש הערבות הבנקאית, שהרי הערבות הבנקאית אינה מסוכלת במקרה של חדלות פירעון אלא דווקא ממלאת את ייעודה – בעיקר במצבי קריסה של החברה החייבת בעסקת היסוד. בעניין פרינטלייף נדחתה גם הטענה כי קיומן של בטוחות שניתנו לנושה על־ידי החברה החייבת, הופך את הניסיון לחלט את הערבות לחסר תום לב. בית המשפט הבהיר כי טבעי הוא שהנושה האמור (מוטב הערבות הבנקאית) יעדיף להפעיל את הערבות הבנקאית שבידו, שאינה מחייבת אותו להגיש בקשות למתן הוראות נגד הכונס, ואין הוא מושפע וכפוף לעקרון השוויון החל על חלוקת נכסיה של חברה חדלת פירעון.

167. עם זאת יצוין כי בעניין ארנסון[132] קבע בית המשפט העליון (כב' השופט גרוניס) כי יינתן צו למניעת מימוש הערבות הבנקאית מכיוון שמנכ"ל חברת ארנסון, אשר מסרה את הערבות הבנקאית למזמין העבודות, הצהיר כי "מצבה הכלכלי של החברה אינו מאפשר את מימוש הערבויות, בעת הזו, מבלי לסכן באופן ממשי את המשך פעילות החברה". ודוק, לכאורה, מבחינה משפטית לא היה מקום להתחשב במצבו הכלכלי של החייב על־פי עסקת היסוד, בכל הנוגע למימוש הערבויות, שהן בגדר התחייבות אוטונומית נפרדת. ייתכן כי באותו מקרה נבעה קביעתו של בית המשפט מן העובדה כי בין הצדדים התעוררו מחלוקות באשר לליקויי בנייה והתוצאה ממימוש ערבויות הביצוע היא "חיסול היריב". כלומר, אין מדובר במימוש של ערבויות מגוף שכבר מצוי במצב של אי סולבנטיות, אלא

---

129 ראה עניין מושקוביץ, לעיל ה"ש 10.

130 עניין פרינטלייף, לעיל ה"ש 126.

131 סעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, ס"ח 610: "הייתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע, ולא היה עליו לדעת עליהן, או שלא ראה, ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי, או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים".

132 רע"א 1221/10 א. ארנסון בע"מ נ' מע"צ – חברה לאומית לדרכים בישראל בע"מ (לא פורסם, 28.3.2010).

בכדור שלג ויצירת אי הסולבנטיות עצמה על ידי מימוש הערבויות.[133] במקרה זה, העדיף על כן בית המשפט את האינטרס הכלכלי של נושי החברה העלולים להינזק עקב הפיכתה לחדלת פירעון על פני האינטרס של מקבל הערבות.[134] ברם, קביעה זו של בית המשפט יוצרת קושי בשלושה מובנים: פורמאלי, כלכלי ונורמטיבי. נבהיר:

קושי פורמלי – מהי העילה המשפטית לעיכוב מימוש הערבות? קושי זה חמור במיוחד לאור קביעתו של בית המשפט כי לא חל באותו מקרה חריג המרמה או חריג הנסיבות המיוחדות. אם כן, על בסיס מה עוכב מימושה של הערבות הבנקאית?

קושי בהבנת המשמעות הכלכלית של הקביעה – מבחינה כלכלית לא מובנת כלל הטענה שהעלתה חברת ארנסון, ולפיה מימוש הערבויות יביא לקריסתה, שהרי בנק אינו מנפיק ערבות בנקאית, אלא אם כן ייחד לשם כך כספים ונכסים של החייב, המבקש את הנפקת הערבות. נכסים וכספים אלו אינם יכולים לשמש בטוחה לאשראי אחר, שהרי הבנק חשוף במקרה זה למצב שבו לא יהא בידו מהיכן להיפרע לאחר שהערבות האוטונומית תמומש. מבחינה כלכלית יש להביט בערבות בנקאית כעל חשבון נאמנות נפרד, שכספיו יוחדו למטרה מסוימת בלבד והופרדו ממסת נכסי החברה האחרים המשמשים לשאר פעולותיה ולכיסוי חובותיה. נמצא, אפוא, כי מבחינת הסולבנטיות של החייב שלבקשתו הונפקה הערבות, אין נפקות אם הערבות ממומשת אם לאו, שהרי ממילא הבטוחות שעל בסיסן הונפקה הערבות אינן נכללות במסת הנכסים המשמשת לצורך פעילות שוטפת או להבטחת אשראי אחר. קשה להבין אפוא כיצד ייתכן כי מימוש הערבות הבנקאית יגרום לקריסתו של החייב?

קושי נורמטיבי – מבחינת מדיניות משפטית לא ברור מדוע החליט בית המשפט כי הפגיעה הכלכלית של מושך הערבות מצדיקה סטייה מן העיקרון הבסיסי של אוטונומיות הערבות הבנקאית. לכאורה, קביעה מסוג זה פוגעת ביסוד היסודות

---

133 כאנלוגיה יצוין כי במשפט העברי יש הבחנה ידועה בין הסרת מחסום שבעקבותיו לא נעצרת משאית שהתדרדרה במורד (דבר הנחשב ל"גרמא"), לבין הסרת מחסום לאחר שהמשאית כבר נעצרה על ידו (דבר הנחשב לנזק ישיר). לעניין זה ראו יד רמה על מסכת סנהדרין דף ע"ז עמ' ב' וכן הרב חיים עוזר גרודז'נסקי, שו"ת אחיעזר חלק ג' סימן ס' אשר יישם הבחנה זו לגבי הפעלת מתג חשמלי בשבת.

134 וראו דבריו של כב' השופט סובל בבש"א (י"ם) 3002/06 אפ.טי.אס־פורמולה טלקום סולושנס בע"מ נ' מערכות דרכים מתקדמות בע"מ, תק־מח 2006(4) 1683, 1686 (2006) "ההסבר לאפ־שרות ההצצה מעבר לפרגוד אל עסקת היסוד, חרף עצמאותה של הערבות, נעוץ בכך שהמשפט איננו מכשיר טכני אלא אמצעי חברתי המונע על־ידי שיקולים ערכיים וחותר להגשמתם".

של הערבות הבנקאית – המיועדת להבטיח את המוטב דווקא מפני מצבים שבהם איתנותו הפיננסית של החייב בעסקת היסוד גבולית והוא עלול להפוך לאי סולבנטי.

168. ודוק, ערבות בנקאית היא התחייבות של צד ג' סולבנטי (בנק) לשפות את המוטב – במנותק מעסקת היסוד, והיא מאפשרת למוטב להימנע מהצורך לנשות במישרין בחברה הקורסת. מוטב הערבות הבנקאית רשאי להיפרע מהבנק, תוך שימוש בעקרון העצמאות, ולהותיר את הבנק להיות הנושה של החברה, כאשר המפרק או הנאמן בהקפאת הליכים יתבעו אותו אחר כך בהליך האזרחי. ו' אלשיך וג' אורבך, בספרם הקפאת הליכים,[135] מבהירים כי תוצאה זו ראויה מבחינה כלכלית ולוגית, שכן הבנק המנפיק את הערבות הבנקאית מודע לכך שיצטרך לשפות את המוטב, גם אם החברה שלבקשתה הופקה הערבות תהיה לא סולבנטית, ולשם כך הוא דורש ביטחונות. הבנק שמסר למוטב את הערבות הבנקאית הוא גוף בעל עוצמה, מידע ויכולת לבחון את עסקי החברה לפני שהוא מנפיק לה ערבויות בנקאיות. הבנק מנפיק הערבות גם ייטיב לברר לאילו סיכונים הוא נחשף לפני שיאשר ערבויות אלו. על כן, שיקולי מדיניות כלכלית וציבורית מחייבים כי הבנק יישא בסיכון זה ולא יגלגל אותו על המוטב.

169. עם זאת, אלשיך ואורבך מבהירים בספרם האמור כי כאשר החברה היא חדלת פירעון, עלול נושה לנצל את הדבר כדי לנסות ולחלט ערבות בנקאית גם כאשר חלים עליה "חריג המרמה", או "חריג הנסיבות המיוחדות" שמכוחם לא מן הדין לחלט את הערבות. כל עוד שהחברה פעילה, נמנע בדרך כלל מוטב כתב הערבות מלממש אותו באופן שרירותי, הן מכיוון שהדבר יסכל כל אפשרות להמשך שיתוף פעולה עסקי שלו עם הצד שכנגד בעסקת היסוד, והן מכיוון שלאחר מימוש הערבות הבנקאית הוא צפוי לתביעה מן הצד שכנגד. לעומת זאת, כאשר החייב על־פי עסקת היסוד נקלע להליכי פירוק, הרי שאין יחסים עתידיים שאותם יבקש הנושה לשמר, וממילא אין לו כל תמריץ שימנע ממנו את חילוט הערבות. נוסף על כך, אין מוטב הערבות הבנקאית חושש עוד מפני תביעה להחזר הכספים, שכן המפרק או הנאמן מוגבל ב"אורך הנשימה" שלו וביכולתו להתדיין בערכאות. אכן, בידי המפרק להגיש תביעה להחזר הסכומים

135 אלשיך ואורבך, בעמ' 271.

שגבה הנושה עם חילוט הערבות הבנקאית,[136] אך ספק רב אם יעשה כן בהיעדר שכר טרחה כאשר קופת הפירוק ריקה.[137]

170. בעקבות פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין תשבחות,[138] לפיו ערבות בנקאית אינה נכס מנכסי החברה, לא היה עוד ספק כי אין עילה חוקית למנוע את מימוש הערבות כאשר החברה החייבת על־פי עסקת היסוד נקלעה לחדלות פירעון. עם זאת, בעניין דחפור הגולן,[139] דן בית המשפט המחוזי בנצרת (כב' השופט ממן) בשאלה האם אפשרי לקבוע כי הערבות הבנקאית תמומש, אך הכסף שיגיע לנושה יעוכב תחת ידו, לצורך התחשבנות עסקית ישירה בינו, כנושה, לבין החברה שבהקפאת הליכים. בית המשפט דחה טענה זו, שכן סעיף 350 לחוק החברות אינו מעניק לבית המשפט הדן בפירוק סמכות למנוע קיזוז של כספים

---

136 כאמור, החברה החייבת על־פי עסקת היסוד ניזוקה קשות כתוצאה מחילוט הערבות הבנקאית על־ידי הנושה – מוטב הערבות הבנקאית, שהרי לאחר שהבנק נאלץ לפרוע את הערבות חוזר הבנק אל החברה, ומכיוון שבדרך כלל בידי הבנק ביטחונות (שעל בסיסם הנפיק את כתב הערבות הבנקאית), והבנק הוא נושה מובטח ביחס לביטחונות אלה, התוצאה תהיה צמצום של אחוז הדי־בידנד שיזכו לו הנושים הלא מובטחים. בנוסף, מבהירים אלשיך ואורבך כי מימוש של ערבויות בנקאיות מקשה על האפשרות לגבש הסדר נושים, שהרי כדי לגבש הסדר נושים, צריך רוב מיוחס של 75% מערך הנשייה בכל אחת מקבוצות הנושים. במצב שבו הנשייה המובטחת גדלה (כי לאחר שהבנק פורע את הערבות הבנקאית הוא חוזר אל החברה כנושה מובטח), קטן הסיכוי שהנושים הבלתי מובטחים יאשרו את ההסדר.

137 בעניין מיאב, לעיל ה"ש 6 בפרק א, הוסיף והבהיר בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) כי לאור האוטונומיות של הערבות הבנקאית אין תוקף לאישור שנתנה החברה החייבת מכוח עסקת היסוד להשתמש בערבות הבנקאית לצרכים נוספים מאלו שבגינם ניתנה מלכתחילה, שהרי החברה אינה צד כלל להסכם נשוא הערבות הבנקאית ומדובר בחוזה שהצדדים לו הם הנושה (מוטב הערבות הבנקאית) והבנק. בנוסף, קבע בית המשפט בעניין זה כי מכיוון שמדובר בחברה, חל סעיף 355 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשל"א־1971, דמ"י 37, ויבחנו את החלטת החברה להאריך את תוקף הערבות הבנקאית, כך שאם יימצא כי מדובר בהתחייבות חריגה, שניתנה פחות משלושה חודשים בטרם הוצאת צו הקפאת הליכים, לא יהיה לה תוקף. בית המשפט גם נתן הנחיה כללית לנאמני חברות (באותו עניין הנאמנים בקבוצת פויכטוונגר) כדלהלן:
"לבית המשפט יש שיקול דעת החורג לעתים מלשון התקנות או החוק במובן זה שעליו להסתכל על המכלול כולו. אשר על כן, אני סבורה כי נכון יהיה להעניק לכל אחד מהנאמנים סמכות לפנות לבית המשפט... כאשר יהיה לו בסיס סביר להניח שערבות בנקאית זו הוצאה במרמה ובין בכל דרך אחרת שאיננה מהלך העסקים הרגיל".

138 ראה עניין ברקאי, לעיל ה"ש 127.

139 בש"א (נצ') 1095/02 דחפור הגולן עבודות עפר ופיתוח נ' פריצקר יזמות בע"מ, תק־מח 2001, 1772 (2002).

שכבר יצאו מתחת יד החברה, והגיעו אל אחד הנושים במישרין מן הבנק, הגם שמדובר בכספי החברה שלגביה ניתן הצו.

171. לסיכום, נמצאנו למדים כי האוטונומיות של הערבות הבנקאית ובידודה מעסקת היסוד, מונעים אפשרות לבצע קיזוז או עיקול של זכויות המוטב על־ידי החייב או כל צד אחר לעסקת היסוד, ורק צד ג׳, שאינו החייב על־פי עסקת היסוד יוכל לעקל זכויות אלה וכן לבצע קיזוז. כמו כן, נובע מאוטונומיות זו של הערבות הבנקאית כ ניתן יהא לממש את הערבות גם כשהחברה החייבת מכוח עסקת היסוד הינה חדלת פירעון ונקלעה לפירוק, לכינוס נכסים או להקפאת הליכים.

172. משעמדנו על מהותה ועל תוצאותיה של האוטונומיות של הערבות הבנקאית ועל ההשלכות הנובעות מניתוקה ומבידודה של הערבות הבנקאית מעסקת היסוד, נעמוד להלן, בפרק הבא, על עיקרון נוסף המאפיין את הערבות הבנקאית, והוא "עקרון ההתאמה", ולפיו תמומש הערבות הבנקאית רק בהתקיים התאמה מלאה לתנאים הקבועים בכתב הערבות הבנקאית עצמו.

פרק ג: עקרון ההתאמה

ג(1) מהותו של עקרון ההתאמה

173. בפרק הקודם עמדנו על עקרון העצמאות של הערבות הבנקאית, המעניק ביטחון למוטב הערבות, כי גם אם יתעוררו טענות להיעדר חבות מכוח עסקת היסוד, הדבר לא יגרע מן האפשרות לממש באופן מלא, מהיר ובלתי תלוי את הערבות הבנקאית. בפרק זה נבקש לעמוד על צידו השני של מטבע זה, המגן על החייב, ולפיו חובת הבנק לשלם מכוח כתב הערבות הבנקאית מותלה בקיומם הדווקני והמלא של התנאים המופיעים בכתב הערבות הבנקאית, תוך התאמה מוחלטת לדרישות כתב הערבות הבנקאית,[1] ותוך שהבנק מוודא כי הדרישה למימוש הערבות התקבלה בעת שהערבות בתוקף, ולא חל אירוע או חלף המועד שמביא לפקיעתה.[2] הבנק מחויב לבחון האם המסמכים שהוצגו לו מקיימים, על פניהם, את התנאים שנכללו בכתב הערבות הבנקאית, לשם מימושה. עיקרון זה, המכונה "עקרון ההתאמה", מוגדר בסעיף 9 לכללי ה־URDG של לשכת המסחר הבינלאומית (ICC) כדלהלן:

> "All documents specified and presented under a Guarantee, including the demand, shall be examined by the Guarantor with reasonable care to ascertain

---

1 עניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, בעמ' 809–810, מגדיר כב' המשנה לנשיא חשין את עקרון ההתאמה כדלהלן: "בצד 'עיקר העצמאות' של הערבות הבנקאית, ניצב עומד לו 'עיקר ההתאמה', קרא: עיקר ההקפדה על קיום התאמה בין המסמכים (הראיות) המוצגים לבנק לקבלת תשלום הערבות לבין המסמכים (הראיות) הנדרשים בכתב הערבות. וכשם שעיקר העצמאות נועד להגן – ואכן מגן הוא – על הנערב, כן עקרון ההתאמה נועד להגן – ואכן מגן הוא – על מבקש הערבות". בדומה לכך, ראה הגדרתו של כב' השופט גרוניס בעניין מוניטין, לעיל ה"ש 17 בפרק ב, בעמ' 101: "[עקרון ההתאמה] מחייב תיאום מלא בין הפרטים המוצגים לבנק לשם קבלת תש־לום הערבות לבין הפרטים הנדרשים בכתב הערבות"; וכן ראה עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא, בעמ' 118: "עקרון ההתאמה מחייב קיומם הדווקני של תנאי הערבות האוטונומית כתנאי מוקדם למימושה".

2 ראה סעיף 19 לכללי ה־URDG של לשכת המסחר הבינלאומי (ICC) הקובע לאמור:
-"A demand shall be made in accordance with the terms of the Guarantee before its e piry, that is, on or before its Expiry Date and before any Expiry Event ... In particular, all documents specified in the Guarantee for the purpose of the demand, and any statement required by Article 20, shall be presented to the Guarantor before its expiry at its place of issue; otherwise the demand shall be refused by the Guarantor".

whether or not they appear on their face to conform with the terms of the Guarantee. Where such documents do not appear so to conform or appear on their face to be inconsistent with one another, they shall be refused".

174. הבנק מחויב אפוא לבדוק את המסמכים, תוך שהוא עומד בסטנדרטים של סבירות. הבנק גם כפוף בבדיקותיו אלו לנורמות של תום לב והגינות ראויה.[3] הבנק מחויב לבצע את הבדיקה בתוך זמן סביר ולהודיע לחייב על מימוש הערבות, או להודיע למוטב על אי ההתאמה.[4] עם זאת, המסמכים נבדקים על־פי מראית פניהם בלבד. הבנק אינו אחראי לתוכן המסמכים הללו ואינו צריך לבדוק האם הם אכן משקפים את המציאות. הבדיקה היא "על פני הדברים" בלבד.[5] כמו כן, ראוי לשים אל לב, כי עקרון ההתאמה מחייב את הבנק שהנפיק את כתב הערבות הבנקאית להימנע מבחינת "מהות העסקה" וקיומה של חבות מכוח עסקת היסוד, כדי לקבוע האם יש מקום למימוש הערבות, ועליו להתמקד בבחינה טכנית של כתב הערבות הבנקאית עצמו כדי לראות האם התקיימו כל התנאים הקבועים בו, שאם לא כן, לא יממש את הערבות הבנקאית – אף אם יש חבות מכוח עסקת היסוד.

Bertrams מציין בהקשר זה כי:

---

3 ראה סעיף 15 לכללי ה־URDG של לשכת המסחר הבינלאומית (ICC), הקובע לאמור:
"Guarantors and Instructing Parties shall not be excluded from liability or responsibility ... for their failure to act in good faith and with reasonable care".

4 ראה סעיף 10 לכללי ה־URDG של לשכת המסחר הבינלאומית (ICC), הקובע לאמור:
"a) A Guarantor shall have a reasonable time within which to examine a demand under a Guarantee and to decide whether to pay or to refuse the demand.
b) If the Guarantor decides to refuse a demand, he shall immediately give notice thereof to the Beneficiary by teletransmission, or, if that is not possible, by other expeditious means. Any documents presented under the Guarantee shall be held at the disposal of the Beneficiary".
כמו כן ראה סעיף 17 לכללי ה־URDG, הקובע לאמור:
"Without prejudice to the terms of Article 10, in the event of a demand the Guarantor shall without delay so inform the Principal or, where applicable, his Instructing Party, and in that case the Instructing Party shall so inform the Principal".

5 ראה סעיף 11 לכללי ה־URDG של לשכת המסחר הבינלאומית (ICC), הקובע לאמור:
-"Guarantors and Instructing Parties assume no liability or responsibility for the form, su ficiency, accuracy, genuineness, falsification, or legal effect of any document presented to them or for the general and/or particular statements made therein, nor for the good faith or acts or omissions of any person whomsoever".

"... the bank is not entitled to investigate the veracity or correctness of the statements contained in the documents or to verify or require proof of the principal debtor's default in any other way than as stipulated in the guarantee. The bank also owes no duty to its customer in this regard. Nor is the bank concerned with disputes regarding the rights and liabilities of the beneficiary and account party as they may exist on the basis of the underlying contract. The reverse is also true. If the conditions for the payment of the guarantee have not been complied with, the beneficiary cannot claim payment under the guarantee by alleging that he is entitled to payment on the basis of the underlying contract".[6]

175. בהתאם לעקרון ההתאמה, הבנק חייב לוודא כי הדרישות המופיעות בכתב הערבות הבנקאית, בדבר הצגת מסמכים מסוימים שישכללו את החיוב, קוימו במלואן באופן דווקני ומדויק. כך, למשל, אם צריך להגיש מסמך בנוסח מסוים, אי אפשר להגיש מסמך בנוסח דומה, אלא צריך נוסח זהה. כאשר צריך להגיש מסמך בתאריך מסוים, אי אפשר להגישו בתאריך קרוב לכך, אלא בתאריך המדויק שנקבע בכתב הערבות. משמעותו הדווקנית של עקרון ההתאמה, בוטאה באמרתו המפורסמת של השופט Sumner Viscount, בפסק הדין בעניין Equitable Trust:[7]

"There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well..."

176. עקרון ההתאמה מגן על החייב בעסקת היסוד, שלבקשתו הונפקה הערבות הבנקאית ונמסרה לנושה – מוטב הערבות. החייב בעסקת היסוד יוצא למעשה מן התמונה

6 Bertrams, בעמ' 137, וכן ראה: Howe Richardson v. Polimex–Cekop, 1 Lloyd's Rep. 161 (1978); Edward Owen v. Barclays Bank, per Lord Denning MR, 1 All ER 976 (1978); Harbottle (Mercantile) Ltd. V. Nat. Westminster Bank, 2 All ER 862 (1977); Siporex Trade SA v. Banque Indosuez, 2 Lloyd's Rep. 146 (1986); Turkiye Is Bankasi v. Bank of China, 2 Lloyd's Rep. 250 (1996).

7 Equitable Trust Company of New York v. Dawson Partners Ltd., Lloyd's l. re. 49, 52 (h.l.) (1927)

כאשר הוא מפקיד בידי הנושה את כתב הערבות הבנקאית, ומאותה עת ואילך יכול הנושה לגבות את הכספים ישירות מן הבנק, בלא כל תלות בחייב. ההגנה היחידה העומדת אפוא לחייב היא כי הבנק לא יפרע את הערבות הבנקאית אם לא יתממשו, ככתבם וכלשונם, התנאים הקבועים בכתב הערבות הבנקאית. ככל שהבנק מקפיד יותר, קלה כחמורה, על קיומם של תנאי כתב הערבות הבנקאית, הרי שהחייב מוגן יותר מפני מימוש הערבות בלא שהדבר מוצדק על־פי תנאיה עצמה. כך מבהיר בית המשפט העליון בעניין ברין:[8]

> "עקרון ההתאמה הנו הגנתו העיקרית של המבקש מפני חיובו בתשלום עבור טובין, אשר הוא אינו מעוניין בקבלתם. בכך מופחת הסיכון שנושא בו המבקש, אשר כפי שציינו לעיל, כל ביטחונו במסגרת עסקת האשראי הדוקומנטרי הוא בנכונותם ובהתאמתם של המסמכים הנ"ל".

בעניין צוריאל לביא[9] הבהיר בית המשפט המחוזי (כב' השופטת אלשיך) כי עקרון ההתאמה מגן על החברה החייבת בעסקת היסוד גם מפני הסבת הערבות לצדדים זרים ומפני שינוי בלתי הוגן של מערך הסיכונים הגלום בה, על חשבון החייב אשר ביקש את הוצאת הערבות.

עקרון ההתאמה מחייב כי הגורם אשר יחלט את הערבות יהא המוטב, אשר לטובתו הוצאה הערבות מלכתחילה. בית המשפט מוסיף ומבהיר, בעניין צוריאל לביא,[10] כי עקרון ההתאמה עשוי להגן על החברה החייבת בעסקת היסוד גם מפני פעולות לא חוקיות שבוצעו על־ידי בעלי השליטה בה. כך, למשל, כאשר מתברר כי בעלי שליטה עשו בחברה פעולות פסולות שלא לטובתה, ודרדרו אותה לכדי קריסה, הרי עקרון ההתאמה יכול ויגן על החברה מהגדלת האובליגו שלה כלפי הבנקים (דבר המקטין את סיכוייה להשתקם ואת שיעור הדיבידנד לשאר נושיה), אך לא בא אלא מפני שבעלי השליטה הוציאו ערבויות בנקאיות שלא כדין ושלא לטובת החברה, תוך הטעיית הבנקים וצדדים נוספים. בית המשפט מבהיר בהקשר זה:

> "... אם מזכה החוזה את א ו־ב בלבד בזכות החוזית לבוא אל הבנק ולדרוש את חילוט הערבות בלא לנמק, הרי אין פירושם של דברים כאילו נתונה זכות זו אף ל־ג ו־ד, אשר לא בא

8 עניין ברין, לעיל ה"ש 5 במבוא.

9 ראה בש"א צוריאל, לעיל ה"ש 66 בפרק א.

10 שם.

> זכרם בהסכם. זאת, במיוחד כאשר עסקינן בערבות לעניינה נקבע במפורש כי אין היא ניתנת להסבה. אף במקרה זה, אין 'עקרון העצמאות' פועל כמילת קסם המאפשרת חילוט בכל מקרה, ולטובת כל המעוניין".[11]

177. בית המשפט העליון בעניין ברין מוסיף ומבהיר כי עקרון ההתאמה מבטא גם את הרצון להפוך את בדיקת הבנק לפעולה טכנית ופשוטה ככל האפשר. בהקשר זה יצוינו דבריו של פרופ' בן־אוליאל, המבהיר כי אחד מסימני ההיכר היסודיים של הערבות הבנקאית הוא "פורמליזם העומד מאחורי המילוי של כתב הערבות".[12] בדומה לכך מציינים ששון, יפרח ושנקר בספרם על אשראים דוקומנטריים כי דרישת ההתאמה נועדה להשיג שתי מטרות עיקריות:[13]

> "ראשית, היא מחייבת מוטבים לדאוג להשגת המסמכים הדרושים, ובכך להקטין את אפשרות התשלום כאשר עסקת היסוד לא בוצעה כשורה;
> שנית, כאשר דרישת ההתאמה הנה כה מוחלטת וכה קפדנית, הבדיקה שעל הבנק לבצע בטרם יעביר את התשלום לידי

---

11 דוגמה יפה לכך מצינו בפש"ר (ת"א) 1855/02 בש"א 13159/03 נוגה נ' עיריית קריית גת, תק־מח 2003(3) 4706 (2003). באותו מקרה, חברה השתתפה במכרז שהוציאה העירייה, והיא מסרה ערבות בנקאית כדי להבטיח את רצינות ההצעה. החברה זכתה במכרז והתקשרה בחוזה עם החברה הכלכלית של העירייה. לימים, נקלעה החברה לקשיים כלכליים, והחברה הכלכלית של העירייה ביקשה לחלט את הערבות. הערבות הייתה בלתי ניתנת להסבה, והחברה טענה כי היא ניתנה לטובת העירייה, ולא לטובת החברה הכלכלית, וכמו כן טענה כי היא ניתנה כדי להבטיח רצינות של הצעה במכרז, ולא כדי להבטיח, שנים לאחר מכן, את פעילותה העסקית. החברה הכלכלית טענה מצידה כי היא מהווה ידה הארוכה של העירייה. בית המשפט (כב' השופטת אלשיך) דחה את טענת החברה הכלכלית בטענה כי היא מתעלמת מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת, בהסתמך על קביעותיו של הנשיא ברק בע"א 419/89 אולשטיין נ' זקסוניה, פ"ד מו(1) 174 (1991), לפיה "אין התאגדות לחצאים", וקבע כי מכיוון שתחמו את הסיכון והפכו את הערבות לבלתי ניתנת להסבה, לא ניתן היה לבצע "הרמת מסך" – וזאת לאור עקרון ההתאמה.

12 בן־אוליאל, בעמ' 480–482, לדבריו: "מאחר שיש לממש את התחייבותו של הבנק מבלי שיתערב בעסקת היסוד שבין הנערב לבין החייב העיקרי, 'לפי דרישה ראשונה', אין פלא כי הבנק יחפש דרך שתגן עליו בשלב מתן השיפוי. דרך זו טוענת שתנאי הכרחי למימוש ההתחייבות הוא כי הנערב ימלא בקפדנות את דרישות כתב הערבות בעניין צורתם ותוכנם של האישורים שעליו להגיש לבנק".

13 ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 154.

המוטב הנה טכנית לחלוטין: השוואה בין שני ניירות וקביעה אם הם זהים אם לאו".

178. ואכן, עקרון ההתאמה מגן גם על הבנק עצמו, שכן ככל שהבנק מקפיד יותר באופן דווקני לקיים את תנאי כתב הערבות הבנקאית ככתבו וכלשונו, כן הוא חשוף פחות לטענה מצד החייב כי הכספים חולטו שלא כדין. כך מבהיר Bertrams כי עקרון ההתאמה צריך לחול באופן דקדקני, וכי אם יש שוני בין המסמכים או אם לא הוצג המסמך המעיד על הפרה, או אם מציגים לבנק אישור על תשלום שבוצע לאחר המועד הקבוע לכך, צריך הבנק לפעול על־פי כלל ההתאמה שמחמתו הוא יימנע מתשלום במקרה זה, בלא צורך להפעיל שיקול דעת האם קוימו או הופרו האינטרסים והציפיות של הלקוח או האם ההפרה היא יסודית. דרישה של התאמה דווקנית נועדה למנוע את הסיכון של תשלום על־ידי הבנק, כאשר הוא נגרר לתוך מחלוקת בין הצדדים לעסקת היסוד בדבר קיומה של חבות מכוחה. דרישת ההתאמה מקלה על אופן ביצוע תפקידו של הבנק, ובכך גם מפחיתה מן העלויות. עם זאת, מציין Bertrams כי יש ליישם את עקרון ההתאמה בשום שכל, באופן שימנע תוצאות שאינן סבירות ואף אבסורדיות, כגון אי תשלום לאחר שברור כי העסקה הושלמה.[14] Bertrams מבהיר עוד כי דרישת ההתאמה מאפשרת לבנק לפעול במהירות ובקלות, ובאופן כמעט מכני, תוך השוואה פשוטה בין המסמכים הנדרשים לבין אלו שסופקו בפועל, כאשר מלאכתו של הבנק יכולה להתבצע על־ידי דרג הפקידות הבינוני בבנק, הפועל מאחורי שולחן הכתיבה, בלא צורך בביצוע של בדיקות שטח ובלא צורך בשיקול דעת מעמיק.[15]

---

14 ראה בעניין זה אצל Bertrams, בעמ' 114–115.

"At the same time, the rule of strict compliance equally serves the interest of the bank, since it clarifies its position. When the terms and conditions have not been strictly complied with, for example if the documents submitted are at variance with the prescribed document, or if the required statement of default has not been presented or if the demand for payment has been made shortly after the expire date, the bank knows that payment is to be refused and there is no need to apply its judgment as to whether the interests of its customer would or would not be impaired or whether the discrepancies are material. The requirement of strict compliance also avoids the risk for the bank of becoming involved in differences of opinion between the parties to the underlying contract. Thus the doctrine greatly facilitates the performance of the duties of the bank, which also helps to reduce the costs of its services. On the other hand, the doctrine of strict compliance should not be allowed to produce results which are manifestly unreasonable or absurd".

15 ראה בעניין זה: אצל Bertrams, בעמ' 69–70:

"The relatively modest remuneration is based on the assumption that the bank's task is

179. בעניין צוריאל לביא, הוסיף בית המשפט והבהיר כי אחת מתכליות עקרון ההתאמה היא להגן על הבנק מנפיק כתב הערבות הבנקאית, שכן הבנק מנפיק הערבות הנו חלק מהותי ועיקרי מן המערכת החוזית ה"פנימית" המגולמת בכתב הערבות. בהנפיקו את כתב הערבות, מסתמך הבנק על האמור בכתב הערבות הבנקאית כדי לתמחר את העסקה, לבחון אילו ביטחונות ידרוש, והאם בכלל יעניק את השירות האמור. מקום שבו נדרש חילוט הערבות הבנקאית על־ידי גורם השונה באורח מהותי מזה המופיע בכתב הערבות, עלול הדבר לשנות לרעה את מצב הבנק, ולהעמידו אל מול סיכון שאותו לא הביא בחשבון מלכתחילה. לעניין זה, אין נפקא מינה, כי הבנק הגן על עצמו אף בעזרת דרישת ביטחונות מהחברה החייבת. נהפוך הוא; ביטחונות אלה עשויים להיות מושפעים מהסתמכות הבנק על זהות המוטב ועל עקרון ההתאמה. במקרה הנדון ציין בית המשפט כי אילו ידע הבנק שמוטב הערבות הנו חברה זרה, ייתכן מאוד כי היה מבין שאין המדובר בערבות ביצוע, אלא בערבות פיננסית שהסיכון למימושה גבוה הרבה יותר (לאבחנה בין ערבות ביצוע לבין ערבות פיננסית ראה פרק ו(1)). במקרה זה, היה נמנע הבנק מהעמדת הערבות או מתנה אותה בתנאים ובביטחונות נוספים.

180. בדומה לכך, קבע בית המשפט העליון בעניין צוריאל לביא:[16]

> "אכן, עקרון ההתאמה נועד, על דרך הכלל, להגן על מבקשי הערבות... אולם עקרון ההתאמה מבטא גם אינטרס של הבנק. שכן עקרון ההתאמה גם מבטא את הרצון להפוך את בדיקת הבנק לפעולה טכנית ופשוטה ככל האפשר... בדרך זו, עקרון ההתאמה פוטר את הבנק מקבלת החלטה, האם תוכן הבקשה למימוש הערבות תואם, מבחינה מהותית, את תנאי הערבות הבנקאית ומצמצם את שיקול הדעת המופעל על־ידי הבנק לבדיקה טכנית פשוטה של ההתאמה בין המסמכים".

כב' השופט עדיאל מבהיר כי צמצום שיקול הדעת המופעל על־ידי הבנק מצמצם

---

confined to duties which can be performed quickly, easily and almost mechanically. The work must be capable of being carried out by the medium echelon of the bank from behind the desks. This provides another explanation of why banks have a legitimate interest in the principle of independence..."

16 בעניין חבר, לעיל ה"ש 23 בפרק א.

את אחריות הבנק מפני תביעה של החייב, ומאידך גיסא גם מפחית את הסיכון כי הלקוח יוכל למנוע מן הבנק את מימוש הביטחונות שנתן להבטחת הסכום שיהא על הבנק לשלם בעת מימוש הערבות הבנקאית. יישום העיקרון האמור במקרה שנדון בעניין צוריאל לביא הנ"ל חייב את הבנק להימנע ממימוש כתב הערבות הבנקאית, שכן:

> "דרישה מהבנק לבדוק האם 'שלמה חבר בע"מ' ו'שלמה חבר' הם אותה ישות משפטית, או האם חברת J.E.L. Limited, מבקשת החילוט, שמקום מושבה באיי הבתולה, היא אותה חברה המוזכרת בכתב הערבות בשם אחר ובכתובת שונה לגמרי, הנה דרישה אשר תפגע במגמה האמורה להקל על פעולת מימוש הערבות ותגדיל את הסיכונים המוטלים על הבנקים בסוג זה של שירותים בנקאיים".

181. דוגמאות מובהקות ליישום עקרון ההתאמה הן פסקי הדין של בית המשפט העליון בעניין זיברט ובעניין היית. בעניין זיברט[17] יושם עקרון ההתאמה באופן חד וחריף. באותו מקרה ניתנה ערבות בנקאית אוטונומית להבטחת ביצוע עסקת מכר של מקרקעין. בכתב הערבות נאמר כי תנאי למימוש הערבות הנו הצגת דרישה של המוטב, כאשר אליה מצורף מסמך מאת המועצה המקומית רעננה המאשר כי לא ניתן לבנות על המקרקעין. המוטב צירף אישור החתום על־ידי מהנדס המועצה וממנו עולה בעליל שאכן לא ניתן לבנות על המקרקעין שנמכרו. אולם הבנק סירב לפרוע את הערבות בטענה כי זהו מכתב של מהנדס המועצה ולא של המועצה עצמה, וממילא לא התקיימו תנאי הערבות באופן דווקני. בית המשפט קיבל טענה זו וקבע מפי כב' השופט (כתוארו אז) לנדוי:[18]

> "הצד השני למטבע זה של 'אוטונומיות' כתב הערבות הוא שעל המערערים למלא אחרי כתב הערבות ככתבו וכלשונו, ולא – לא יוכלו לזכות בתשלום סך הערבות. פירושו של דבר, שאם לא עלה בידם להגיש לבנק אישור הממלא בתוכנו ובצורתו אחרי דרישת כתב הערבות, אין על הבנק לשלם להם, אפילו היה בידי המערערים להוכיח באמצעי הוכחה אחרים, שבפועל לא ניתן לבנות על האדמה. ובוודאי לא

17 עניין זיברט, לעיל ה"ש 26 בפרק א, בעמ' 613–614.

18 שם, בעמ' 613; לעניין זה ראה אצל ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 60–66.

> יורשו המערערים להוכיח דברים שהתרחשו ביניהם לבין המוכרת, שלא בהשתתפות הבנק או לפחות בידיעתו, כדי לפרש את האמור בכתב הערבות. וכן, אילו הייתה, למשל, קיימת אי התאמה בין נוסח כתב הערבות ובין נוסח הסעיף בחוזה בין המערערים, שעל יסודו ניתנה הערבות, הקובע כאן הוא נוסח הערבות בלבד. ואין זו פורמליסטיקה יתירה: הבנק זכאי לעמוד על מילוי תנאי כתב הערבות כלשונם, שהרי אם ישלם למערערים, למרות אי מילוי התנאים הללו, עלול הוא לאבד את זכות החזרה שלו (אל החייב – ו.א.)..."

הנה כי כן, גם אם ברור לחלוטין שעל המקרקעין אי אפשר לבנות, ובמישור המהותי התקיימו תנאיה של עסקת היסוד לביצוע התשלום, כל עוד שבחינה דווקנית של תנאי כתב הערבות, כשהם עומדים בפני עצמם, מנותקים ומבודדים מעסקת היסוד, לא התקיימו ככתבם וכלשונם, אין מקום למימוש הערבות הבנקאית, וזהו "עקרון ההתאמה", שהוא הצד השני של מטבע האוטונומיות של הערבות הבנקאית וניתוקה מעסקת היסוד.

182. ביטוי חד נוסף לעקרון ההתאמה נמצא בפסק הדין שניתן בעניין הית.[19] באותו מקרה ניתנה ערבות בנקאית להבטחת ביצוע עבודות ונקבע בה כי תנאי לחילוטה הוא קבלת דרישה מצד המחזיק בכתב הערבות הבנקאית, כאשר לדרישה זו מצורף תצהיר שיוגש עד תאריך מסוים. התאריך האמור חל בשבת. המוטב מסר, על כן, לבנק את הדרישה לחילוט הערבות ביום שישי ואילו את התצהיר הנלווה צירף ביום ראשון. בית המשפט קיבל את טענת הבנק כי המוטב לא מילא אחר תנאי כתב הערבות "ככתבו וכלשונו" ומשכך, אין לממש את הערבות. כב' השופט י' כהן ציין:

> "לא היה כאן מקרה שצד להסכם מנע מבעד הצד שכנגד, בזדון או במפתיע, למלא אחר תנאי של חוזה.[20] אמנם סעיף

---

19 עניין הית, לעיל ה"ש 61 בפרק ב.

20 מאמירה זו משמע כי אם צד לחוזה הוא שגרם לאי קיום התנאי, הרי שהוא יהיה מנוע מלהעלות טענה זו. לכאורה, הדברים מכוונים להוראת סעיף 28 לחוק החוזים (חלק כללי) הקובע לאמור: "(א) היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי קיומו; (ב) היה חוזה מותנה בתנאי מפסיק וצד אחד גרם לקיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על קיומו; (ג) הוראות סעיף זה לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה, לפי החוזה, בן חורין

> 5(2) לפקודת הפרשנות שבו נאמר שתקופה שנקבעה לא תושפע על־ידי העובדה שהיום האחרון לתקופה הוא יום מנוחה – חל רק על חיקוקים ולא על חוזים. אך בהיעדר כל דין הקובע אחרת, יש לפרש את החוזה ככתבו, ואם נקבע בו יום אחרון של תקופה, שהוא יום מנוחה – אין צד לחוזה זכאי להארכת המועד עד ליום העסקים שאחרי אותו יום מנוחה ...".

183. עקרון ההתאמה הוא עיקרון יסוד גם ביחס לכתב אשראי דוקומנטרי, והוא מצא ביטוי בסעיף 13 ל־UCP (Standard for Examination of Documents) הקובע לאמור:

> "(a) Banks must examine all documents stipulated in the Credit with reasonable care to ascertain whether or not they appear on their face to be in compliance with the terms and conditions of the Credit. Compliance of the stipulated documents on their face with the terms and conditions of the Credit, shall be determined by international standard banking practice, as reflected in these Articles.
> Documents which appear on their face to be inconsistent with one another will be considered as not appearing on their face to be in compliance with the terms and condition of the Credit.
> Documents not stipulated in the Credit will not be examined by banks. If they receive such documents, they shall return them to the presenter or pass them on without responsibility.

לעשותו או לא לעשותו, ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו שלא בזדון ושלא ברשלנות". אולם יושם אל לב כי הצד לעסקת היסוד (דהיינו, החייב) אינו הצד השני של הנושה ביחס לכתב הערבות הבנקאית, ושם ניצב הוא כמוטב מול הבנק מנפיק הערבות. ממילא, אף אם גרם הצד לעסקת היסוד שלא יחולו תנאי כתב הערבות הבנקאית, יש בכך אולי משום גרם הפרת חוזה, כמשמעו בסעיף 62(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], דמ"י 10, אך ספק אם חל ביחס לכך סעיף 28 לחוק החוזים (חלק כללי), וזאת לאור ההפרדה המוחלטת בין הערבות הבנקאית לבין עסקת היסוד, ועקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית.

(b) The Issuing Bank, the Confirming Bank, if any, or a Nominated Bank acting on their behalf, shall each have reasonable time not to exceed seven banking days following the day of receipt of the documents, to examine the documents and determine whether to take up or refuse the documents and to inform the party from which it received the documents accordingly.
(c) If a Credit contains conditions without stating the document(s) to be presented in compliance therewith, banks will deem such conditions as not stated and will disregard them".

184. הרציונלים של עקרון ההתאמה ביחס לאשראי דוקומנטרי דומים מאוד לאלו שניתנו ביחס להחלת עיקרון זה בנוגע לערבות בנקאית. בעניין ברין[21] הבהיר בית המשפט העליון כי עקרון ההתאמה באשראי דוקומנטרי הנו הגנתו העיקרית של החייב מפני חיובו בתשלום עבור טובין, אשר הוא אינו מעוניין בקבלתם. בכך מופחת הסיכון שנושא בו רוכש הסחורה, אשר כל ביטחונו במסגרת עסקת האשראי הדוקומנטרי הוא בנכונותם ובהתאמתם של המסמכים שעל בסיסם משחרר הבנק את כספי התמורה. עקרון ההתאמה גם מבטא את הרצון להפוך את בדיקת הבנק לפעולה טכנית ופשוטה ככל האפשר.[22] בעניין בני ג'ורג' שוקחה[23] הוסיף בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט בן יאיר) נימוקים נוספים לעקרון ההתאמה ובהם:

א) הפיכת עסקת האשראי בכללותה לעניין נוח, קל וברור. דרישות מכתב האשראי מפורטות ביותר ומדויקות ולכן מאפשרות למוטב להבין, ללא ספקות, מהם התנאים הברורים והחד משמעיים שבהם הוא נדרש לעמוד כתנאי לתשלום.

---

21 עניין ברין, לעיל ה"ש 5 במבוא; כמו כן ראה אצל ששון ושנקר, בעמ' 89; וכן אצל דותן, בעמ' 100–101.

22 כמו כן ראה ת"א (ת"א) 1765/83 בן סעדון נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"מ תשמ"ה(2) 28 (1985), בו קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת בן עתו) כי עקרון ההתאמה נועד להגן על האינטרסים של הקונה, שכן בדיקה מדויקת של המסמכים על־ידי הבנק, מבטיחה את הקונה מפני קבלת טובין, אשר אינם תואמים את שהוזמן על ידיו, ומוודאת כי ציפיותיו מהעסקה יוגשמו.

23 עניין בני ג'ורג', לעיל ה"ש 97 בפרק ב.

ב) תפקידו של הבנק, אשר אינו מתמצא בכל פרטי העסקה הספציפית, הוא עניין טכני, פשוט ונוח לבדיקה. בכך מושגת יעילות בעבודת הבנק, אשר מביאה, בסופו של דבר, לשיפורה של עסקת האשראי הדוקומנטרי ולהוזלתה.

ג) המסמכים במהלך של עסקת אשראי דוקומנטרי נבדקים הן על־ידי הבנק המנפיק והן על־ידי הבנק המאשר. ההתאמה המוחלטת מבטיחה את בחינת המסמכים לפי קריטריון אחיד וברור, ובעקבות כך גם החלטות שאינן סותרות זו לזו ומניעת מצב שבו התשלום מאושר על־ידי בנק אחד אך נדחה על־ידי בנק אחר.

ד) עקרון ההתאמה המוחלטת מבטיח את קיומו היעיל של ההסכם בין הבנק לבין הקונה ומגן על הבנק מפני טענות אפשריות מצד הקונה, בגין אישור התשלום במקום שראוי היה לדחותו.

ה) הקונה מוגן בדרך זו מפני רשלנות של הבנק בבדיקת המסמכים, שהרי עומדת לו הזכות לדחות את דרישת הבנק לשיפוי בגין התשלום למוטב, במקום שבו לא הייתה התאמה מוחלטת במסמכים.

ו) Bertrams[24] מציין כי כיוון שעקרון ההתאמה ביחס לערבות בנקאית דומה לעקרון ההתאמה שנקבע ביחס לאשראים דוקומנטריים, הרי שהיישום של העיקרון האמור ביחס לאשראים דוקומנטריים תקף גם ביחס לערבות בנקאית:

> "Most of the conditions of payment ordinarily relate to the tender of specific documents and hence the examination predominantly consists in verifying whether the documents presented conform to the documents prescribed in the guarantee. With documentary credits, the bank performs a similar task. The principles applying to documentary credits are therefore also valid for guarantees".

24 אצל Bertrams, בעמ' 135.

ג(2) מהתאמה מוחלטת להתאמה מהותית

185. בשל יישומו הדווקני של עקרון ההתאמה בכל הנוגע למכתבי אשראי דוקומנטרי אירעו תקלות ונפגעה אמינותו של כלי פיננסי זה. מחקר שנערך בארצות הברית גילה כי קרוב ל־90 אחוז מכתבי האשראי לוקים באי התאמה כזו או אחרת.[25] עם זאת, כללי ה־UCP מאפשרים לבנק לפנות אל החייב ולקבל את הסכמתו לוויתור על אי ההתאמה,[26] וברוב המקרים (90 אחוז מהפניות) ניתנת הסכמה זו.[27] ברם, מקום שבו ההסכמה אינה ניתנת – בפנינו ניצול של טעות טכנית כדי להתחמק מתשלום.

186. נוקשותו של העיקרון בגרסתו הדווקנית לקתה גם בחוסר צדק, מקום שבו המוטב קיים את חיוביו בתום לב, אך בשל אי התאמה טכנית או שולית במסמכים, נדחתה דרישתו לתשלום והוא נותר כשידיו על ראשו, כאשר הוא נאלץ לנקוט אמצעים משפטיים נגד הקונה כדי לקבל את המגיע לו, בלא שבידיו בטוחה כלשהי. יש לזכור כי עסקת האשראי הדוקומנטרי נועדה למנוע מצב זה על־ידי הבטחת תשלום מוחלטת מבלי שהמוטב ייאלץ לרדוף אחר כספו בארצו של הקונה, לאחר שכבר סיפק את הסחורה, ומטרה זו עצמה סוכלה. פרופ' Kozolchyk ציין בהקשר זה כי לנוכח העובדה שאי ההתאמות הטכניות הן בגדר השכיח, ואילו ההתאמות המוחלטות הן בגדר היוצא מן הכלל, הרי ש:[28]

> "issuing banks should act as trusted financers and not as finders of reasons for non–payment".

בעקבות כך, התערער אמון הצדדים במנגנון האשראי הדוקומנטרי כפתרון לחששות המתעוררים במסחר הבינלאומי, וצד שקיבל כתב אשראי, שוב לא יכול

---

25 Boris Kozolchyk, Strict Compliance and the Reasonable Document Checker, 56 Brook. L. Rev., 45, 48 (1990); כמו כן ראה לעניין זה: E. Byrne, 3 Letter of Credit Update 7, 14 (1987).

26 סעיף 14(c) לכללי ה־UCP הקובע כי:

-"If the Issuing Bank determines that the documents appear on their face not to be in co pliance with the terms and conditions of the Credit, it may in its sole judgement approach the Applicant for a waiver of the discrepancy(ies)".

27 ראה אצל Buckley, בעמ' 266.

28 אצל Kozolchyk, בעמ' 61. פרופ' Kozolchyk מוסיף ומציין, בעמ' 65, כי הבנק אמור להיות מודע להשלכות המסחריות של היעדר מסמך מסוים או דרישה מסוימת על תנאי כתב האשראי.

היה להיות בטוח כי יקבל את כספו וכי לא תועלה נגד כתב האשראי טענה דווקנית כלשהי מחמת פגם טכני שנפל במסמך כלשהו, על אף שאין לכך דבר באופן מהותי עם המוצר או עם השירות שסופק.
זאת ועוד, החלתו הדווקנית של עקרון ההתאמה הטילה על המוטבים להשיג מסמכים התואמים בנוסחם במדויק לנדרש במכתב האשראי הדוקומנטרי, ולעתים נטל זה כבד מנשוא, שכן מדובר במסמכים שאינם מנוסחים על־ידי המוטבים עצמם.
הבנקים מצידם נאלצו, לא אחת, לעכב את תשלום האשראי בשל הבדלי ניסוח בלתי מהותיים בין המסמכים השונים, אף שבפועל ברור היה כי תשלום האשראי מוצדק וכי פורמליזם נוקשה גרם לכך שנמנעה השלמתה של עסקת המכר.
מקום שבו צדדים קיימו את העסקה באופן מהותי ובתום לב וכאשר מגיע עת תשלום נמנע הבנק מביצוע התשלום עקב פורמליסטיקה בלתי סבירה המגיעה לקיצוניות – נפגמת האמינות של מכתב האשראי הדוקומנטרי כאמצעי שיבטיח תשלום באופן סביר ויעיל.

187. דוגמה ליישומו הדווקני של עקרון ההתאמה ביחס למכתב אשראי דוקומנטרי אפשר למצוא בפסק הדין בעניין **Hanil Bank**,[29] שם נדחתה תביעה בשל אי התאמה קלה שחלה בשם המוטב, עת שבמקום השם "Sung **Jin** Electronics Co. Ltd" נכתב השם "Sung **Jun** Electronics Co. Ltd".[30] דוגמה נוספת לנוקשותו של עקרון ההתאמה

---

29 Hanil Bank v. PT. Bank Negara Indon. (Persero), 41 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 618 (2000).

30 בית המשפט בעניין **Hanil** ציין כי קיימות אי התאמות שהן כה בלתי משמעותיות, עד כי יי־דיקו הימנעות מתשלום. בית המשפט ציין בהקשר זה את פסק הדין בעניין Bank of Montreal v. Federal National Bank & Trust Co., 622 F. Supp. 6 (W.D. Okla.)(1984), ובו הוחלט כי שתי טעויות הדפסה אינן מהוות אי התאמה. בית המשפט בעניין **Hanil** אף הכיר בעובדה כי מדובר בשגיאת הקלדה. עם זאת, קבע בית המשפט כי מדובר באי התאמה משמעותית, שמחמתה מוצדקת מניעת התשלום, והוא ציין כי "The beneficiary must inspect the Letter of Credit and is responsible for any negligent failure to discover that the credit does not achieve the desired commercial ends". לניתוח שלל ביקורות על פסק דין זה ראה: Kyle Roane *Hanil Bank v. Pt. Bank Negara Indonesia (Persero): Continuing The Quandary of Documentary Compliance Under International Letters of Credit* 41 Hous. L. Rev. 1053, 1063–1077 (2004); כמו כן, לעניין יישומו הדווקני של עיקרון ההתאמה, ראה: David J. Barru *How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit* 37 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 51, 74–76 (2005).

היא פסק הדין שניתן בעניין **Moralice**,[31] בו נקבע כי סטייה של 300 ק"ג בלבד (בין משקל של 500,000 ק"ג, שהופיע במכתב האשראי לבין משקל של 499,700 ק"ג שהופיע במסמכים), גוררת דחייתם של המסמכים ואי תשלום על־פיהם. בעקבות מקרים מסוג זה[32] חל עידון מסוים בעקרון ההתאמה המוחלטת והמטוטלת נעה אל עבר עקרון ההתאמה המהותית. מגמה זו התפתחה בארצות הברית בפסיקה שקבעה כי יש להעדיף את ההתאמה המהותית ("substantial compliance") של מסמכי האשראי על פני ההתאמה המוחלטת("compliance strict").[33] כך, למשל, בעניין **Crocker Commercial Services** דן בית המשפט בשאלה האם שינוי מסוים בשם המוטב לעומת מסמכי האשראי מצדיקים סירוב לכבד את מכתב האשראי, וקבעו כי מדובר בשוני מזערי, שאינו עומד בניגוד לדרישת התאמה סבירה, בהתאם לסטנדרטים של עקרון ההתאמה המהותית.[34]

188. Bertrams מציין בספרו שלושה פסקי דין שניתנו במדינות שונות באירופה, ואשר שימשו ציון דרך במעבר מעקרון ההתאמה הדווקני אל עבר עקרון התאמה מהותי יותר:[35]

---

31 Moralice (London) Ltd. v. E.D. & F. Mann, Lloyds L. Rev. 526 (1954).

32 ראה למשל: Rayner & Co. Ltd. v. Hambro's Bank Ltd., 1 K.B. 36 (1943), שם נדחו מסמכי אשראי דוקומנטרי שהטובין הוגדר בהם בשם שונה מהשם הנקוב במכתב האשראי, וזאת למרות שעל־פי המינוחים המקובלים בענף המסחרי הנדון, שני השמות הנם היינו הך; וכן ראה: Beyene v. Irving Trust Co., 762 F.2d 4 (1985), שם נקבע כי קיימת אי התאמה במסמכים, שכן בעוד שבמכתב האשראי נדרש שבשטר המטען יופיע שמו של Mohammad Sofan, בשטר המטען צוין השם Mohammad Soran; כמו כן ראה: Alaska Textile Co. v. Chase Manhattan Bank, N.A. 982 F. 2d 813, 816 (2d Cir. 1992); Marino Indus. Corp. v. Chase Manhattan Bank, N.A. 686 D.2d 112, 114 (2d Cir. 1982); Mutual Export Corp. v. Westpac Banking Corp., 983 F.2d 420 (2d. Cir. 1993).

33 Banco Espanol De Credito v. State Street Bank & Trust Co., 385 F. 2d, 230; Flagship Cruises Ltd. v. New England Merchants National Bank of Boston, 569 F. 2d 669 (1978); First Arlington Bank v. Gas Stathis 413 N.E. 2d 1288 (1981); Midland Bank Ltd. v. Seymour, 2 Lloyds Rep. 147 (1955); Lawrence Lausidi v. American Exchange National Bank, 239 N.Y. 234 (1924)

34 Crocker Commercial Services Inc. v. Countryside Bank, 538 F. Supp. 1360 (N.D. Ill. 1981). יושם אל לב כי השוני שם חורג משגיאת כתיב, אלא התייחס לשם שונה של החברה, ובמקום המילים "Crocker Commercial Services" נכתב "Crocker United Factors Inc.". על אף זאת, קבע בית המשפט כי מדובר בהתאמה מהותית. בית המשפט הגדיר את המונח התאמה מהותית (substantial compliance) בתואר "התאמה סבירה" (reasonable compliance).

35 אצל Bertrams בעמ' 140–143.

א) בעניין שהתעורר בגרמניה,[36] ניתנה ערבות בנקאית אשר מימושה הותנה בהצגת פסק בורר בדבר קיומו של חיוב. בפועל, לא נדון העניין בפני בורר, אלא בהסכמת הצדדים לעסקת היסוד נדונה הסוגיה בבית המשפט. נגד החייב ניתן פסק דין של בית משפט, שהוא לכל הפחות טוב כמו פסק בורר, אך מובן שאינו פסק בורר אלא פסק דין של בית משפט. המוטב הגיש את פסק הדין של בית המשפט לבנק וביקש לממש את הערבות הבנקאית, שהרי אין ספק כי קיימת חובה מכוח עסקת היסוד, וזו אושרה בפסק דין חלוט. הבנק מצידו טען כי בהתאם לעקרון ההתאמה הדווקנית, יש להציג לו פסק בורר דווקא, ומסמך כזה – אין. בית המשפט של ערעור קבע כי גם אם אפשר לקבל בדרך כלל את גישת הבנק לדרוש מסמך המתאים באופן דווקני לתנאי כתב הערבות הבנקאית, הרי שבמקרה דנא, בפנינו עוול ברור. האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים אינם מתקיימים באמצעות יישום דווקני של דוקטרינת ההתאמה, ובמקרים מסוג זה מחויב הבנק להפעיל שיקול דעת, שמשמעותו המעשית היא דרישת "התאמה מהותית" של מסמכים – לאלו הקבועים במכתב האשראי, חלף דרישת התאמה פורמליסטית.

ב) בעניין דומה שהתעורר בצרפת[37] נדונה שוב ערבות בנקאית אשר התנאי למימושה הוא הצגת פסק בורר, אלא שבאותו עניין נקבע בעסקת היסוד כי הליכי הבוררות יוכלו להיפתח רק לאחר סיום הפרויקט. החייב על־פי עסקת היסוד, חברת בנייה, נטש את הפרויקט מבלי לסיים את בנייתו. התוצאה הייתה כי דווקא לנוכח החבות הברורה שלו, אין אפשרות לקבל פסק בורר, שהרי הפרויקט לא הסתיים וממילא לא ניתן היה לפעול פי תניית הבוררות. בית המשפט לערעורים בפריז קבע כי בהיעדר אפשרות לקבל פסק בורר, אפשר "להסתפק" בפסק דין של בית משפט. אכן, בכתב הערבות הבנקאית נאמר כי מימושו מותנה בפסק בורר, ולא בפסק דין, אך בנסיבות מסוג זה קבע בית המשפט כי עקרון ההתאמה יופעל באופן מהותי, ולא ברוח דווקנית.

ג) בית המשפט העליון של הולנד,[38] הכיר באחרונה באפשרות לחרוג מעקרון ההתאמה הדווקנית, ויישם את עקרון ההתאמה המהותי. המקרה שנדון היה ערבות בנקאית אשר התנאי למימושה היה הגשת דוח של שמאי עצמאי (א')

36 OLG Hamburg, 7 July 1977

37 Paris, 17 September 1991, D. 1992 Somm., 240

38 HR 26 March 2004

ביחס לכך שהחייב (בונה ספינות) הפר את החוזה נשוא עסקת היסוד. בונה הספינות נקלע לקשיים כלכליים וטכניים, חדל לבנות את הספינה, ובכך הפר את עסקת היסוד. המוטב ביקש מן השמאי א' להוציא את הדוח הנדרש. אולם שמאי א' הודיע כי הוא מנוע מלעשות כן, לנוכח היותו נגוע באופן אישי בניגוד עניינים. בנסיבות אלה פנה המוטב לשמאי אחר (ב') וביקש ממנו להוציא את הדוח. המוטב הציג את דוח שמאי ב' לבנק, ודרש לממש את הערבות הבנקאית. אולם הבנק טען שעל־פי תנאי הערבות הבנקאית היא ניתנת למימוש רק עם הצגת דוח של שמאי א', והנה מוצג לה דוח של שמאי ב'. בנסיבות אלה, שבהן לא ניתן לקבל דוח מידיו של השמאי (א') קבע בית המשפט כי יישום עקרון ההתאמה המהותית.

189. מגמת הריכוך קיבלה ביטוי גם בסעיף 37(c) לכללי ה־UCP בו נקבע כי דרישת ההתאמה הדווקנית תצומצם לתיאור הטובין בחשבון הספק המנוסח על־ידו בעצמו, ואשר חייב להתאים במדויק לתיאורם במכתב האשראי; לעומת זאת, בשאר המסמכים, שצדדים אחרים הם המנפיקים אותם, הותר תיאור כללי של הטובין, ובלבד שאינו סותר את התיאור במכתב האשראי:

> "The description of the goods in the commercial invoice must correspond with the description in the Credit. In all other documents, the goods may be described in general terms, not inconsistent with the description of the goods in the Credit".

כמו כן, הוכפף עקרון ההתאמה לנוהג הבנקאי, בקביעת פטורים כאלו או אחרים בגין טעויות טכניות ובהפעלת עקרונות פרשנות חוזיים ועקרונות מדיני היושר.[39]

190. מעבר זה של עקרון ההתאמה מגישה דקדקנית־פורמליסטית לגישה הבוחנת את מהות הדברים, כדי לראות האם קיימת התאמה מהותית בין המסמכים שסופקו לבין התנאים הנקובים במכתב האשראי הבנקאי, בא לידי ביטוי בפסיקה הישראלית,

---

39 לעניין זה ראה כלל 32(c) לכללי ה־UCP, ולדיון מפורט ראה: G. T. Mclaughlin "*On the Periphery of Letter–of–Credit Law: Softening the Rigors of Strict Compliance*", 106 Banking L.J. (1989).

בכמה פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים. בפסק הדין שניתן בעניין **Hallmex**[40] הבהיר בית המשפט כי אין לקבל טענה דווקנית המהווה דקדוקי עניות ביחס להתאמת מסמכים למכתב אשראי דוקומנטרי והדבר עולה כדי חוסר תום לב. בית המשפט החיל את עקרון תום הלב גם ביחס לעקרון ההתאמה,[41] מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, והבהיר כי אין הדעת סובלת כי בנק הבודק התאמה במסמכים, ידחה אותם ועל־ידי כך ימנע תשלום ממוטב, אשר עמד בחיוביו על פי עסקת המכר, בשל טעויות כתיב או אי דיוקים דקדוקיים בלתי מהותיים. כך, למשל, הגדיר בית המשפט כחוסר תום לב: "הקפדה על קוצו של 'N' בשמה של המשיבה". בית המשפט מוסיף ומבהיר כי עקרון תום הלב מבטא מהפכה שחלה בדיני החוזים בישראל, ובמשפט הישראלי בכללותו, תוך מעבר מכללים נוקשים ופורמליסטיים לגישה המבטאת את הצורך בבחינת מהות העסקה ותכליתה. בית המשפט היה ער לטענה כי הכרה בתחולת עקרון תום הלב על אשראים דוקומנטריים עלולה להתיר את הרצועה וליצור חוסר ביטחון וחוסר ודאות בסחר הבינלאומי. תשובתו של בית המשפט בעניין זה היא כדלהלן:

> "בעניין זה אפנה רק לדברי השופט ברק (כתוארו אז) בעניין זוננשטיין,[42] אשר נאמרו בקשר לתחולת עקרון תום הלב על דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין:[43]
> 'אמת הדבר, הכרה בתחולת עקרון תום הלב גם לעניין דרישת הכתב עשויה להביא לחוסר ביטחון מסוים, בעיקר בראשית צעדיה של גישה זו. עם זאת, סבור אני כי בטווח הארוך, כאשר ההלכה תכה שורש וכאשר יובהר לכל אדם כי 'אדם לאדם – אדם', וכאשר יתברר כי השימוש בדוקטרינה זו של תום לב נעשה על־ידי בית המשפט בזהירות ובנסיבות מיוחדות, יגבר הביטחון המשפטי...'".

191. בית המשפט מסיק על כן בעניין **Halimex** כי עקרון ההתאמה ימשיך לחול

---

40 ע"א (ת"א) 1059/91 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' **Halimex Trade A.G.**, פ"מ התשנ"ד(3) 353 (1994).

41 ובלשונו של כב' השופט שלו: "מצינו בעניין זה במקורותינו לאמור: 'ג' דברים מעבירים את האדם על דעתו ועל דעת קונו ואלו הן: עובדי כוכבים ורוח רעה ודקדוקי עניות' ... (עירובין דף מ"א עמ' ב') ... דקדוקי עניות, אשר הם בבחינת הקפדה על 'קוצו של יוד', עשויים לעתים להעביר אדם על דעתו או לכל הפחות להבעיר בו את חמתו".

42 ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בניין, פ"ד מב(2) 278 (1988).

43 סעיף 8 לחוק המקרקעין קובע כי: "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב".

כהווייתו, כדרישה להתאמה מוחלטת בין המסמכים המוצגים לבנק בעת המימוש לבין הדרישות המופיעות במכתב אשראי דוקומנטרי. עם זאת, האיזון לדווקנות הנובעת מעקרון ההתאמה תושג באמצעות עקרון תום הלב, אשר יביא להגמשה של עקרון ההתאמה המוחלטת. הדוגמא המובאת בהקשר זה להחלה של עקרון תום הלב היא כי יהא זה חוסר תום לב מצד בנק שלא לכבד מסמכים שהוצגו לו מחמת טעויות טריוויאליות ושוליות, אשר כל כולן דקדוקי עניות.

192. בית המשפט קבע כי היה ועסקת היסוד בין הקונה לבין הספק (המוטב) הושלמה, לשביעות רצונם המלאה של הצדדים, וקיימת פנייה של הקונה (בתנאי שאינו חדל פירעון) לבנק, המורה לו במפורש לשלם למוטב את סכום האשראי, חרף אי ההתאמות שהתגלו, יהא זה חוסר תום לב מצד הבנק שלא לכבד את המסמכים שהוצגו לו, בשל דרישת ההתאמה המוחלטת.

193. גישת ההתאמה המהותית אומצה על־ידי בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט בן יאיר) בעניין ח'ורי,[44] ובו נקבע כי:

> "יש לנהוג בגישה מקלה בבדיקת התאמתם של מסמכי האשראי, בכל הנוגע לתיאור הטובין, טיבם ואיכותם. ראוי גם לנהוג במידה של גמישות בבדיקת ההתאמה של

---

44 ת"א (חי') 1497/83 ח'ורי נ' בל"ל (לא פורסם). באותו מקרה נדון עקרון ההתאמה – בדיעבד, בבחינה ביקורתית של כיבוד כתב אשראי לאחר שכבר שולם. העובדות היו כדלקמן: בנק לאומי בחיפה פתח כתב אשראי דוקומנטרי לבקשת לקוח בשם ניקולא ח'ורי, כתב אשראי דוקומנטרי לטובת מוטב בספרד, בקשר עם ייבוא 200 טון אורז. כתב האשראי מומש, לבנק הספרדי נמסרו הדוקומנטים הרלוונטיים, והוא שילם לספק. כעבור שנתיים הוגשה תביעה נגד הבנק בגין מימוש כתב האשראי, שכן התברר כי האורז פגום, מאיכות ירודה ואף נגוע בתולעים. התברר כי הבנק לא בדק את המסמכים, ובין השאר לא דרש הצגתה של תעודת חיטוי שהייתה צריכה להיות בין הדוקומנטים. יתרה מכך, הסחורה תוארה כ"אורז מעובד" סוג 2 עם שברים של 5%, שעה שעל־פי תנאי האשראי היה צריך לקבל סחורה סוג 1 עם שברים של %־%. בית המשפט קיבל את טענת הבנק כי על ההתאמה להיות מהותית ולא מלאה. אכן, הבנק אחראי אם יש התאמה העולה מן העיון במסמכים עצמם, אולם אין לבוא בטענה אל הבנק כאשר תיאור הסחורה והמסמכים העיקריים, כגון תעודת הספק, תואמים את תנאי האשראי. נמצא כי פס"ד זה דווקא הקל עם הבנק ולא השית עליו אחריות הנובעת מתשלום בניגוד לעקרון ההתאמה. עם זאת, לאור הנמקת פסה"ד זכה פס"ד זה לביקורת במאמרו של מ' בכר "חובת הבנק הפותח אשראי דוקומנטרי כלפי לקוחו – היבואן" רבעון לבנקאות 110 כח 90, שסבר כי הפעלת שיקול דעת על־ידי בנק בבחינת כתב אשראי היא בבחינת גזרה שאין הציבור הבנקאי יכול לעמוד בה, שכן פקיד הבנק אינו יכול להיות אינסטנציה שתבחין בין אי התאמה לבין "סתירה" בתיאור הסחורה.

> כמויות ומחירים, ובלבד שאין הוראות מפורשות במכתב האשראי, ששוללות גישה זאת. לשם כך, ראוי לפרש את כללי לשכת המסחר (כלומר ה־UCP) מתוך גישה מקלה, תוך העדפה של עקרון ההתאמה המהותית על עקרון ההתאמה המוחלטת".[45]

כב' השופט בן יאיר מבהיר בהקשר זה, כי אכן בטרם שניתן פסק הדין בעניין ח'ורי הוא הגיע למסקנה הפוכה בפסק הדין שנתן בעניין בני ג'ורג' שוקחה.[46] כמו כן, הייתה המסקנה שונה בעניין בן סעדון[47] ובעניין ברין.[48] אולם מ' בן יאיר[49] מבהיר כי בפסקי דין אלו אומץ עקרון ההתאמה המוחלטת בלא שקדם לכך דיון עקרוני. ובלשונו:

> "בעניין שוקחה נ' בל"ל נאמר ש'המקרה של אי התאמת דוקומנטים הוא מקרה בו לא נתקיימו תנאי האשראי, ובו חייב הבנק, כמוציא האשראי, לקיים את העיקרון של ההתאמה המוחלטת של הדוקומנטים לנדרש במכתב האשראי, ועל יסוד עיקרון זה – לעצור את התשלום. אולם גם שם לא קדם לדברים אלה דיון עקרוני, ובכך חולשתם

---

45 ראה גם אצל בן יאיר, בעמ' 1,155–1,156.

46 עניין בני ג'ורג', לעיל ה"ש 97 בפרק ב.

47 עניין בן סעדון, לעיל ה"ש 22, בעמ' 33.

48 עניין ברין, לעיל ה"ש 5 במבוא. באותו מקרה הוצא אשראי דוקומנטרי לטובת ספק בדים מהונג קונג, שהונה את הלקוחות הישראלים, וסיפק להם בד בטנה במקום בד למעילי גשם, כאשר תיאור הבד במסמכיו תאם במדויק את הנדרש בכתב האשראי הדוקומנטרי. בית המשפט מצא פגמים בכך ששטר המטען לא ציין את כמות הבדים במטרים, אלא במספר האריזות, וכן בכך שהמשקל הכולל של האריזות בשטר המטען לא תאם את משקל הבדים לפי חשבון הספק והמפרט. ביחס לכך טוען בכר,בעמ' 90, כי לפי התפיסה המקובלת בעולם המסחר, היבואן הוא בעל המק־צוע ואילו הבנק נותן שירות פיננסי. האם ניתן לצפות מפקיד הבנק, יהיה מקצועי ככל שיהיה, כי יבין בכל תחום ספציפי של סחר בינלאומי יותר מהסוחר היבואן? האם ניתן לדרוש מהבנק המנפיק כי יהיה שותף מלא לסיכוניו המסחריים של היבואן וכי יהיה חשוף לתביעה של היבואן לכיסוי הפסדים הנובעים, ברוב המקרים, מלהיטות לעשות רווחים קלים ומהירים ומאי בדיקה מדוקדקת של הספק ומהימנותו?"

בהקשר זה נראה לנו כי התשובה לכך היא, בכל הכבוד, שהבנקאי אכן אינו צריך להבין בסחורה, אבל הוא צריך להקפיד על התאמה במסמכים, תחום שהוא מבין בו יותר מאשר ספק הבדים.

49 אצל בן יאיר, בעמ' 1,150.

של הדברים, שנאמרו בבחינת המובן מאליו שאינו טעון, כביכול, עיון ובדיקה".[50]

194. גישת ההתאמה המהותית אומצה גם בפסק הדין שניתן בעניין בנק ברקליס.[51] באותו עניין תוקן מכתב אשראי כך שדרישתו המילולית הייתה למסמכי יצוא של סחורה שאת תשלום תמורתה הוא נועד להבטיח, בעוד שבפועל מדובר היה במשלוח הסחורה לארץ, כלומר יבוא של סחורה. הבנק טען שלא קוימו תנאי מכתב האשראי לאור דוקטרינת ההתאמה הדווקנית מילולית. בית המשפט (כב' השופטת מ' רובינשטיין) דחה את טענת הבנק וחייב אותו לפרוע את האשראי הדוקומנטרי תוך החלה של סעיף 16 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, המתייחס לטעות סופר, ולאור ההלכה שקבע בית המשפט העליון בעניין פרקש[52] בדבר המבחן העקרוני־מהותי ביחס לטעויות סופר. בית המשפט מציין את פסקי הדין בעניין זיברט ובעניין היית, לפיהם "הנערב נדרש למלא אחר כתב הערבות ככתבו וכלשונו", ברם את המונח "ככתבו וכלשונו" מפרש בית המשפט באופן מהותי ולא באופן דווקני.

---

50 בכר, בעמ' 90, בו מבקר הכותב את פסקי הדין בעניין ברין ובעניין ח'ורי בטענה שעקרון ההת־מה המהותית מכביד מאוד על מערכת הבנקים ומחייב אותה לבדוק דברים לגופם. לדבריו, קהילת העוסקים בארץ ובחו"ל באמצעות לשכת המסחר הבינלאומית, קבעה כללים לפי הנוהל שהשתרש בפרקטיקה, שנועדו לגשר על פני גישות עסקיות ומשפטיות במדינות השונות המעורבות בעסקת אשראי דוקומנטרי. בתי המשפט הנחו את עצמם בהתאם לכללים אלה וישראל אינה יכולה לשנות כללים שהתקבלו בכל העולם, שכן בכך יהיה הבנק הישראלי חשוף לתביעות של לקוחותיו, ולא יוכל לתבוע במקביל בנקים קורספונדנטים בחו"ל. לדבריו, הפסיקה של כב' השופט בן יאיר ערערה שני עקרונות בסיסיים של האמנה הבינלאומית: (א) ערעור על תקינות דוקומנטים חייב להיעשות מיד עם קבלת הדוקומנטים. לעומת זאת, אם הלקוח משתמש בדוקומנטים כדי לקבל את הסחורה, הוא מונע מהבנק אפשרות לערער על תקינותם, ומונע מעצמו לתבוע את הבנק. (ב) כשהבנק המנפיק משתמש בשירותיו של בנק אחר לצורך בדיקת הוראות הלקוח, האחריות בגין מחדל של בנק בחו"ל – היא של הלקוח. לדברי בכר, הבנקים עלולים כעת להיות יותר בררנים ומסויגים בנכונותם לפתוח אשראים דוקומנטריים, ולהגביל פעילות זו רק לעסקאות קטנות ופשוטות, כדי שלא יטילו עליהם אחריות לכל כישלון או תקלה "בתואנות פורמליות שונות, אשר המחפש אותן בזכוכית מגדלת ימצאן תמיד". מר בכר מזהיר כי הנפגעים מכך יהיו בראש ובראשונה היבואנים עצמם.

51 ת"א (ת"א) 35922/87 Ehage B.V. נ' בנק ברקליס דיסקונט בע"מ, פס"מ התשנ"א (3) 32 (1987).

52 ע"א 424/89 פרקש נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פ"ד מד(4) 31 (1990).

195. בבית המשפט העליון, בעניין ברין,[53] נדונה השאלה האם נדרשת התאמה מהותית או דווקנית בין מכתב האשראי לבין המסמכים האחרים, וכב' הנשיא שמגר לא הכריע בשאלה זו, שכן באותו מקרה, גם על־פי מבחן ההתאמה המהותית, שררה אי התאמה שחייבה את הבנק לא לשלם מכוח מכתב האשראי. בית המשפט קבע כי באותו מקרה לא היה מדובר באי התאמה טכנית (כמו ציון כמות במילים במקום ספרות או סטייה של עד 10 אחוזים בכמות או במחיר כאמור בסעיף 39(a) ל־UCP), אלא מדובר היה בסתירה של ממש בין מסמכים שאינם ניתנים להשלמה הדדית, ובהיעדר אפשרות לזהות כי אכן מדובר באותה סחורה מתוך קריאת כל המסמכים בצוותא חדא, כמכלול אחד.[54] באותו מקרה, נדון נתון מספרי של כמות הטובין, שהופיע במכתב האשראי, אך נפקד משטר המטען. לא ניתן היה לעשות שימוש בסעיף 39(c) ל־UCP, שכן במקרה זה הנתון שמתייחס למשקל הסחורה היה אמור להתאים לאמור במכתב האשראי, ובפועל, חילוק המשקל המופיע בשטר המטען, במשקל למטר רץ כפי שהופיע בשאר המסמכים, הביא למסקנה חד משמעית של סתירה בתיאור הטובין. משום כך, ברור היה כי במקרה זה קבע בית המשפט שאין לממש את מכתב האשראי, שהרי אף לפי עקרון ההתאמה המהותית זו התוצאה המתחייבת.[55]

---

53 עניין ברין, לעיל ה"ש 5 במבוא.

54 בעניין **Voeste–Alpin, 167 F. Supp. 2d at 947**, קבע בית המשפט כי על אף שהייתה אי התאמה בשם החברה, הרי שקריאת המסמכים כמכלול מלמדת על זיקה ברורה בינם לבין כתב האשראי, לנוכח התאמה בכתובות. בית המשפט הוסיף וציין שם כי כללי ה־UCP אינם מחייבים התאמה מדויקת ("exact application").

55 סעיף 39 לכללי ה־UCP קובע כדלהלן:

-"(a) The words "about", "approximately", "circa" or similar expressions used in connection with the amount of the Credit or the quantity or the unit price stated in the Credit are to be construed as allowing a difference not to exceed 10% more or 10% less than the amount or the quantity or the unit price to which they refer.

(b) Unless a Credit stipulates that the quantity of the goods specified must not be exceeded or reduced, a tolerance of 5% more or 5% less will be permissible, always provided that the amount of the drawings does not exceed the amount of the credit. This tolerance doesn't apply when the Credit stipulates the quantity in terms of a stated number of packing units or individual items.

(c) Unless a Credit which prohibits partial shipments stipulates otherwise, or unless sub–article (b) above is applicable, a tolerance of 5% less in the amount of the drawing will be permissible, provided that if the Credit stipulates the quantity of the goods, such quantity of goods is shipped in full, and if the credit stipulates a unit price, such price is not reduced. This provision does not apply when the expressions referred to in sub–article (a) above are used in the Credit".

196. אולם נראה כי ההלכה שנקבעה על־ידי בתי המשפט המחוזיים, בדבר מעבר מפרשנות דווקנית־מילולית לפרשנות הבוחנת את מהות המסמך ותוכנו הכלכלי, מקבלת משנה תוקף לאור המגמה החדשה שנקבעה בפסיקת בית המשפט העליון בדיני החוזים, לפיה יש לבחון את מהות הדברים ואת תוכנם הכלכלי, בלא היצמדות ללשון הדווקנית שלהם. בהקשר זה, התחולל מהפך בהלכת אפרופים[56] ביחס לפרשנות מסמכים חוזיים, ונקבע כי אין להיצמד עוד באופן פורמליסטי ללשון הכתוב, ויש לפרש מסמך בהתאם לנסיבות הכריתה שלו, כוונת הצדדים, התוכן הכלכלי של ההתקשרות ותכליתה.[57] בהתאם למגמה זו, נראה בעליל כי יש מקום רב להחלה של עקרון ההתאמה המהותי והעדפתו על־פני עקרון ההתאמה הדווקני.

197. על פסק דין Halimex ועל ההחלה של דוקטרינת ההתאמה המהותית נמתחה ביקורת חריפה על־ידי ששון, יפרח ושנקר בספרם אשראים דוקומנטריים.[58] נביא את עיקרי הדברים, תוך התייחסות והסתייגות שלנו, בכל הכבוד, לכל אחת מן הנקודות שצוינו, בבחינת "שטר ושוברו בצידו":

א) ששון, יפרח ושנקר מציינים כי על־פי רוב נוטה הפסיקה האנגלו־אמריקאית להחיל את דוקטרינת ההתאמה המוחלטת בגרסתה הדווקנית.[59]

---

56 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 78 בפרק ב; כמו כן ראה אצל א' ברק – פרשנות החוזה, בעמ' 481; וכן ראה פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 78 בפרק ב. בסעיף 51 בפרק ב' לעיל עמדנו בהרחבה על מהפך זה בפסיקת בית המשפט העליון ביחס לפרשנות חוזה, ועל משמעויותיו ויישומו של עניין זה ביחס לערבות בנקאית הכוללת הפניה אל עסקת היסוד.

57 וראה גם בג"ץ 846/93 ברק נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד נא(1) 3 (1994), ובו מציין כב' המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק את הניגוד בין פירוש לשוני־מילולי לבין פירוש משפטי על־פי ההקשר העסקי (התכלית האובייקטיבית); ראה עוד גבריאלה שלו דיני חוזים 400–426 (מהדורה שנייה, 1995); וכן ראה גבריאלה שלו "ניצחון רוח הדברים על האות הכתובה" בית המשפט – 50 שנות שפיטה בישראל 204 (משרד הביטחון, התשנ"ט); וכן סעיף 188(א) להצעת חוק דיני ממונות.

58 ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 178–187.

59 ראה גם: Equitable Trust Company of New York v. Dawson Partners Ltd., Lloyd's l. re. 49, 52 (h.l.) (1927); Venizelos S.A. v. Chase Manhattan Bank, 425 F. 2d. 461 (1970); Association de Azucareros de Guatemala v. U.S. National Bank of Oregon, 423 F. 2d 638 (1970); Insurance Co. of North America v. Heritage Bank N.A., 595 F. 2d 171, 175 (1977); Courtlands North America Inc. v. North Carolina National Bank, 528 F. 2d 802 (1975); Far Eastern Textile Ltd. v. Rayner & Co. Ltd. v. Hambro's Bank Ltd., 1 K.B. 36 (1943);

עם זאת, מודים ששון, יפרח ושנקר כי הפסיקה יצרה את החריג של "ציות לנוהג הבנקאי", לפיו הופטרו הבנקים מעקרון ההתאמה ככל שהדבר נגע לטעויות טכניות ובהפעלת עקרונות פרשנות חוזיים ועקרונות מדיני היושר. ואכן, בהתאם להוראות סעיף 5 ל־UCC, בוחני מסמכי האשראי הדוקומנטרי בבנקים חייבים להבין את החשיבות של אי התאמות בהתאם לסטנדרטים בנקאיים מקובלים, אך הם אינם אחראים לאי התאמות בעלות אופי מסחרי.[60]

ב) בפסיקת בית המשפט העליון בישראל ננקטה הגישה הדווקנית, ובהקשר זה מצוינים פסקי הדין בעניין זיברט ובעניין היח.

אולם יש לזכור כי פסיקה זו ניתנה בשנות ה־60, ומאז חלו התפתחויות מהותיות מאוד בפסיקה של בתי המשפט, במיוחד לנוכח ההתפתחות של דיני החוזים וההחלה של דוקטרינת תום הלב בכל תחומי המשפט. כמו כן, יש לזכור כי בפסיקה של בתי המשפט המחוזיים, שניתנה לאחר מכן, נשבה רוח חדשה וחלף הדרישה להתאמה מוחלטת ניצבת הדרישה להתאמה מהותית. בפסיקת בית

City National Bank & Trust Co. 430 F. Supp. 193 (1977); Banco Nacional de Desarrollo v. Mellon Bank N.A., 726 F. 2d 87 (1984); Board of Trade v. Swiss Credit Bank, 728 F. 2d 1241 (1984); Corporation de Mercado Agricola v. Mellon Bank International, 608 F. 2d 43 (1979); Fiedelity National Bank of South Miami v. Dade County, 371 So. 2d 545 (1979); Beyene v. Irving Trust Co., 762 F. 2d 4 (1985); Sea Management Service Ltd. v. Club Sea Inc., 512 So. 2d 1025 (1987); Board of Trade of San Fransisco v. Swiss Credit Bank, 597 F. 2d 146 (1984); Bounty Trading Corp. v. S.E.K. Sportswear Ltd., 345 N.Y.S. 2d 4 (1975); United Technologies Corp. v. Citybank N.A., 469 F. Supp. 473 (1979); First National Bank of Council Bluffs v. Rosebud Housing Authority, Iowa, 291 N.W. 2d 41 (1980); Colorado National Bank of Denver v. Board of Commissioners of Routt County, Colorado, 634 P. 2d 32 (1981); Chase Manhattan Bank v. Equibank, 550 F. 2d 882 (1977); Philadelphia Gear Corp. v. Central Bank, 717 F. 2d 230 (1983); Pro–Fab Inc. 772 F. 2d 847 (1985); Banque Paribas v. Hamilton Industries International Inc., 767 F. 2d 380 (1985); Wood v. State Bank of Long Island, 609 N.Y.S. 2d 665 (1994).

60 לעניין זה ראה אצל **Roane**, בעמ' 1,073. כמו כן ראה בהקשר זה אצל **Kozolchyk**, בעמ' 63. המציין כי:

-"Although banks are not required to have knowledge of the industry underlying the co tract between the buyer and the seller, they are charged with diferentiating between the commercial documents described in LC transaction, regardless of their commercial impacts".

המשפט העליון התחולל מהפך מוחלט עת שניתן פס"ד אפרופים וחל מעבר מפרשנות מילולית פורמליסטית לפרשנות הנובעת מן התכלית הכלכלית של החוזה ונסיבות כריתתו.

ג) הגישה המחילה את מבחן ההתאמה המהותית מטילה על הבנק העוסק בבדיקת המסמכים חובה להפעיל שיקול דעת, כדי לקבוע היכן יש מקום לגמישות והיכן אין. לדעת ששון, יפרח ושנקר: "שיקול דעת זה לא נועד מעולם להיות מוקנה לבנק". לדבריהם, מוטל על הבנק לבצע תפקיד טכני של התאמת המסמכים, בלי להפעיל שיקול דעת.
לכאורה יש בקביעה זו משום הנחת המבוקש, שהרי לא ברור מהיכן שאובה ההנחה כי המבחן שאותו מפעיל הבנק צריך להיות טכני בלי שיקול דעת, וכי הבנק רשאי שלא לפרוע מכתב אשראי בגלל טעות דפוס טכנית, אף כאשר ברורה כוונת הצדדים?
עם זאת, נראה לכאורה כי אפשר לבסס הנחה זו על העובדה כי הבנקים מצידם אינם ששים לקבל לידיהם את הסמכות להפעיל שיקול דעת, כדי שלא יוטלו עליהם סיכונים משפטיים ומסחריים, בלא שהדבר מעניק להם כל יתרון ממשי. בדומה לכך, ציין פרופ' דותן, ביחס להפעלת שיקול דעת מטעם הבנק לבדיקת קיומו של חריג המרמה (שעליו נעמוד להלן):[61]

> "ראיה מובהקת לכך שהמערכת הבנקאית מעוניינת להשאיר את הטיפול בבעיית המרמה למערכת המשפטית מספקים כללי ה־UCP עצמם. מנסחי הכללים היו מודעים היטב לחשיבות של בעיית המרמה, אך בכל זאת נמנעו מלתת לה פתרון כלשהו, במסגרת הסמכויות והזכויות שהכללים מעניקים לבנקים. הכללים מצביעים בבירור על כך שהגורמים שניסחו אותם ראו את תפקידו של הבנק כמסתיים ברגע שהטענות כנגד המוכר חורגות מעבר לבדיקה על פני המסמך".

פרופ' דותן מציין עוד כי הפרקטיקה הבינלאומית מתנגדת להענקת שיקול דעת לבנק, אפילו במסגרת הצרה של דוקטרינת ההתאמה המוחלטת.[62]
עם זאת, נראה כי הדברים נכונים ביחס לחריג המרמה, שבו נדרשת בדיקה

61 אצל דותן, בעמ' 120–121.

62 E. P. Ellinger, Documentary Letters of Credit, 285–284 (University of Singapore Press, 1970)

מעבר למה שנגלה על פני המסמך. לעומת זאת, עת שאנו בוחנים את עקרון ההתאמה, הרי שהבדיקה מתייחסת לאמור במסמך עצמו, ובדיקת ההתאמה המהותית, להבדיל מההתאמה הדווקנית, אינה דורשת מן הבנק לחדור לנבכיה של עסקת היסוד ואופן קיומה.[63]

ד) ששון, יפרח ושנקר מוסיפים עוד ומציינים כי אימוץ מבחן ההתאמה המהותית מביא ל:

> "חשיפתו של הבנק לסיכון משמעותי, הנובע מהפעלת שיקול דעת מוטעה".

ביקורת זו כשלעצמה היא שוב במידה רבה, הנחת המבוקש, שהרי מה פסול יש בכך שהבנק יהא אחראי למעשיו ויכבד את מכתב האשראי, כאשר שיקול דעת סביר מחייב לכבדו? נוסף על כך, יש לזכור כי הבנק דואג ומסוגל לדאוג לביטוח מפני תביעות מסוג זה, וממילא באים לידי ביטוי הרציונלים של "פיזור הנזק" לעומת מבחן האשמה.[64] מבחן פיזור הנזק קובע כי סיכונים מסוימים הם חלק בלתי נפרד מהמציאות הכלכלית־חברתית של ימינו. מסיכונים אלו אפשר להשתחרר על־ידי החזרת מחוגי הציוויליזציה. אולם החברה השכילה להגיע להכרה כי עדיף לשמור על רמת חיים מודרנית על סיכוניה, על פני רמת חיים נמוכה יותר המשוחררת מסיכונים אלה. מכאן, שקיומם של הסיכונים הללו הנו אינטרס של החברה עצמה, ועל כן היא צריכה לשלם את מחיר הסיכון. על־פי השקפה זו, אין זה מוצדק להטיל את מלוא הסיכון על פרט, העשוי לעתים קרובות לכרוע תחת כובד העומס, ויש לפזר את הסיכון על החברה כולה, או לפחות על החלקים בה המשתתפים ביצירת הסיכון, באופן שכל פרט יישא רק בחלק קטן מן הסיכון. כדי להשיג מטרה זו, יש להטיל את הסיכון הראשוני על הפרט שהוא נושא סיכון (risk bearer) "טוב", דהיינו על אדם שמסוגל להימנע מספיגת הסיכון כולו בעצמו, ואשר ביכולתו לגלגל אותו לציבור כולו (למשל, באמצעות עשיית ביטוח ופיזור

---

63 יתרה מכך, אף ביחס לחריג המרמה, אימצו בחלק ממדינות ארצות הברית את ההסדר הסטטוטורי הקבוע בסעיף 5–114(2)(b) ל־UCC, לפיו יש לבנק המוציא אפשרות לעצור תשלום כאשר מת־עוררת טענת מרמה.

64 בהקשר זה ראה Fleming James, Jr., *Accident Liability Reconsidered: The impact of liability insurance*, 57 Yale L. J. 549 (1947); Friedmann, *Social Insuracne and the Principle of Tort Liability*, 63 H.L.R. 241 (1949); Callabresi, *Some Thought on Risk Distrbution and the Law of Tort*, 70 Yale L. J. 499 (1960).

עלות הפרמיה על הציבור בכללותו). משום כך, נקבע למשל כי בסיכונים הנובעים מזיוף שטרות, נושא הסיכון הטוב ביותר הוא הבנק, שהרי הוא מסוגל בדרך כלל לגלגל את הסיכון הסופי על כלל המשתמשים בשירותיו באמצעות ביטוח.[65] רציונל זה חל, לכאורה, כהווייתו במקרה דנא.

ה) ששון, יפרח ושנקר מציינים כי החובה להפעיל שיקול דעת עלולה לחייב טיפול בבדיקת המסמכים על־ידי גורמים בכירים יותר מאשר הדרג הפקידותי הזוטר:

> "אין צריך לומר כי הדבר עלול לגרור בעקבותיו הגברת עלויות הבנק, אשר יוטלו בסופו של דבר על שכם הלקוח".

אולם גם בהקשר זה נראה לכאורה כי עקרון פיזור הנזק מחייב דווקא הטלת האחריות בעניין זה על הבנק. הטלת חובה על הבנק להפעיל שיקול דעת תביא לכך שהבנק יוודא כי נעשה ביטוח למקרה של טעות בשיקול הדעת, תוך פיזור עלות הפרמיות על הציבור בכללותו. פתרון זה עדיף לאין ערוך על פני החלת כלל בלתי צודק ופורמליסטי, הפוגע בביטחון כי ייגבו הכספים נשוא מכתב האשראי הדוקומנטרי, ואשר מחמתו עלול מוכר למצוא את עצמו מספק סחורה ללקוח במדינה זרה ולאחר מכן כורע תחת העומס, בהיעדר תשלום עקב פגם טכני־פורמלי במסמכים שהמציא לבנק.
כמו כן, נראים לכאורה בהקשר זה דבריו של כב' השופט בן יאיר,[66] לפיהם:

> "... על הבנקים להכשיר עובדים שיהיו בקיאים ומיומנים בהלכות הסחר הבינלאומי, ובמונחים השגורים בפיהם של סוחרים אלה, בשטחים רבים ומגוונים. נכון שיש בכך קושי מסוים, ונכון שעלולה להיות מידה מסוימת של אי ודאות בתוצאות הבדיקה הבנקאית. יחד עם זאת, אין להפריז בהערכתם של הקשיים האמורים. מדובר בסופו של דבר בבדיקת הבדלי ניסוח של מסמכים, שתוכנם פשוט ושגרתי. על כן, עדיף בעיניי שתוטל מידה מסוימת של סיכון על

65 ביחס לרציונלים אלו, ראה למשל דבריו של א' ברק "זיוף במשיכת צ'ק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוחו" משפטים א 134 (התש"ל).

66 אצל בן יאיר, בעמ' 1,157.

הבנקים מאשר שתיגרם עצירה או השהיה בפעולותיהם של גלגלי הסחר הבינלאומי. אנו חיים בעולם שמרחקיו הגיאוגרפיים וגבולותיו המסחריים הולכים ומתקצרים, ועל הבנקים, כנותני שירותים, להתאים את שיטות הפעולה שלהם לעולם דינמי זה".

ו) ששון, יפרח ושנקר מציינים עוד כי "החלת עקרון ההתאמה המהותית דורשת מפקידי הבנק להפעיל שיקול דעת סובייקטיבי ביחס לשאלה אם אי ההתאמה מהותית או בלתי מהותית, וברי שאין לקבל מצב דברים זה בעת שנדרשת השוואת מסמכים". בהקשר זה הם מציינים את דבריו של Dolan,[67] לפיהם:

> "The substantial compliance approach does not lend itself well to the bank letter of credit department, where document examiners must review the documents against the credit, and decide promptly whether to honor the beneficiary's draft. The kind of inquiry that the minority rule command takes more time and requires more legal analysis than document examiners can give, and more than the credit transaction can afford".

אולם, נראה, בכל הכבוד, כי אין לייחס משקל רב מדי לדרישות המוטלות על הבנק, כאשר בפנינו מסמך וכל אשר הבנק נדרש הוא לבחון את ההתאמה שלו לתנאי מכתב האשראי – באופן מהותי וסביר, להבדיל מבדיקה טכנית־דווקנית. הבנק אינו נדרש במקרה זה להיות פרשן של המסמך, או אף להיות בעל השכלה משפטית או כלכלית. מדובר בהשוואה מהותית של מסמכים שבמיומנות פשוטה ובשיקול דעת סביר אפשר לבצעה בנקל. כך גם ראה את הדברים בית המשפט בפסק הדין בעניין **Odiorne**[68] מה עוד שהבנק מצויד במחלקה משפטית ובמומחים כלכליים, שאפשר להתייעץ עמם בעת הצורך.

---

67 J. Dolan, The Law of Letter of Credit (Sec. 6.02, 1984)

68 New Braunfels National Bank v. Odiorne, 780 S.W. 2d 313, 317–318 (1989). באותו עניין הבחין בית המשפט בין הפעלת שיקול דעת בנוגע לנושאים מסחריים לבין שיקול הדעת המתבקש ביחס לטעויות סופר. בעניין זה ראה גם אצל **Roane**, בעמ' 1063–1077.

ז) ששון, יפרח ושנקר מציינים כי במקרה שבנק ישראלי ייתן את אישורו וקיומו למכתב אשראי שהנפיק בנק זר לטובת מוטב, יימצא כי הבנק יאשר למוטב את סכום מכתב האשראי, אך משיפנה אל הבנק המנפיק המצוי בחו"ל – הרי שבנק זה יסרב לשפות אותו, שכן המושג של "אי התאמות בלתי מהותיות" או "אי התאמות טכניות" אינו מוכר לבנק בחו"ל כמאפשר תשלום. במקרה זה, נותר הבנק המאשר (הישראלי) קירח מכאן ומכאן, שהרי מחד גיסא שילם הוא למוטב את סכום מכתב האשראי, ומאידך גיסא, הבנק המנפיק לא ישפה אותו.
אולם נראה כי אין להגזים בחשש זה, שהרי ראינו לעיל כי עקרון ההתאמה המהותית הוא השליט גם על־פי כללי ה־UCP, וגם בקונטיננט חל שינוי ברור בפסיקה ומעבר מעקרון ההתאמה המוחלטת והפורמליסטית אל עבר התאמה מהותית.[69]

ח) ששון, יפרח ושנקר מציינים כי מכתב האשראי הדוקומנטרי מהווה כתב הוראות בעל גוון של שליחות, לפיו רק אם תנאי תשלום מסוימים התקיימו בשלמותם, קמה ונוצרה חבותו של הבנק לשלם למוטב. משום כך, שואלים הם: "הניתן להעלות על הדעת כי בנק יורשה לסטות מההוראות שניתנו לבנק על־ידי הלקוח? אם יסטה הבנק מן ההוראות, יהיה רשאי הלקוח למאן לשפות את הבנק בשל כך שחרג ממסגרת השליחות". לדידם של ששון, יפרח ושנקר אין לעקרון ההתאמה המוחלטת דבר וחצי דבר עם עקרון תום הלב, שהרי מדובר בחריגה משליחות ובהתאם להלכת ורד הלבשה,[70] שלוח אינו יכול להפעיל שיקול דעת שיש בו משום חריגה מהוראות השליחות. הם מבהירים כי מבקש האשראי הוא השולח, הבנק המנפיק הוא השלוח להנפקת האשראי, כאשר תפקיד הבנק הוא לוודא כי עם הצגת מסמכים מילא המוטב אחר ההוראות והתנאים. אם יתעלם הבנק מהוראות שולחו, וישלם למוטב חרף היעדרו של ניסוח מסוים, הרי שהוא נוטל סיכון שלקוחו (השולח) יסרב לשפותו או יתבע ממנו את נזקיו:

"אין לבנק רשות לסטות מן ההוראות שקיבל מבלי שלקוחו

69 בכללי ה־UCP נקבע כאמור כי ההתאמה תיקבע בהתאם לסטנדרטים בנקאיים בינלאומיים (- co pliance "shall be determined by international standard banking practice". עם זאת **Roane**, בעמ' 1,073 במאמרו, סבור כי הכלל האמור יוצר חוסר ודאות ועל כן אין בו כדי לסייע בהגדרת הדין המצוי ביחס לאשראים דוקומנטריים.

70 ע"א 1286/90 בנק הפועלים נ' ורד הלבשה, פ"ד מח(5) 799 (1994).

> אישר לו לעשות כן. גם אין זה עניינו של הבנק מדוע הופיעה דרישה מסוימת במכתב האשראי, או מדוע דרש מבקש האשראי כי המוטב יציג מסמך מסוים הכולל תוכן ספציפי כלשהו, או אם מסמך מסוים אכן משרת את עניינו המסחרי של מבקש האשראי".[71]

אולם עיון בדברים מעורר תמיהה, מנין שאובה נקודת ההנחה לפיה הבנק יחרוג מכתב השליחות אם ידרוש התאמת המסמכים באופן ראוי וסביר, תוך הפעלת שיקול דעת ולא באופן פורמליסטי, המתעלם ממהות המסמכים ומתנאי העסקה? מדוע פרשנות מהותית של כתב השליחות יעלה כדי סטייה מן השליחות? לכאורה, בפנינו שוב הנחת המבוקש עת שטוענים כי צריך לפרש את כתב השליחות באופן דווקני, כך שסטייה מן הנוסח המילולי היא סטייה מהוראות השליחות. אדרבה, סביר הרבה יותר לקבוע כי את כתב השליחות יש לפרש באופן מהותי וממילא הפרשנות המהותית היא המהווה את כתב השליחות האמיתי ומקיימת נכונה את רצון השולח. בהתאם לפרשנות זו יימצא כי סטייה מן השליחות האמיתית תהא דווקא החלטה של הבנק שלא לכבד את מכתב האשראי ולא לשלם מכוחו, אף שהומצאו מסמכים שמבחינה מהותית תואמים לתנאים הנקובים במכתב האשראי.
זאת ועוד, כל מה שנאמר לגבי שליחות – מתייחס אך ורק למכתב אשראי, ואינו נכון לגבי ערבות בנקאית, שבה הבנק המנפיק של כתב הערבות הבנקאית אינו משמש כשלוחו של איש אלא מעניק התחייבות אוטונומית משלו כלפי מוטב הערבות. מקום שבו הבנק פורע את הסכום הנקוב בכתב הערבות הבנקאית, אין הוא עושה דברו או שליחותו של מאן דהוא, אלא משלם מכוח ההתחייבות העצמאית שלו. לבנק גם יש ביטחונות נגד הערבות הבנקאית שהנפיק, והוא יכול ורשאי לממש אותן. על כן, נראה לכאורה ברור כי בכל הנוגע לערבות בנקאית יהא בדרישת ההתאמה הדווקנית משום ניסיון להתחמק מחיוב בחוסר תום לב, ולא שליחות שקוימה אלא דווקא שליחות שהוחטאה ולא קוימה.

ט) ששון, יפרח ושנקר מבקרים את הסתמכותו של כב' השופט בן יאיר בפרשת ח'ורי הנ"ל על הפסיקה בארצות הברית המעדיפה את ההתאמה המהותית על

---

71 בעניין זה ראה: Commercial Banking Co. of Sidney Ltd. v. Jalsard Pty. Ltd., 16 A.C. 279 (1973); Seaconsar Far East Ltd. v. Bank Markazi Jmhuri Islami, Iran, 1 Lloyds Rep. 36 (1993).

ההתאמה המוחלטת. ביחס לכך מציינים הם כדלהלן:

"האומנם? זה לא מכבר פורסמה הצעת תיקון לסעיף 5 של ה־UCC העוסק באשראים דוקומנטריים.[72] בסעיף 5–110, העוסק בזכויותיו וחובותיו של בנק מודיע, נאמר:

'... an issuer shall honor a presentment that appears on its face strictly to comply ...'

בדברי ההסבר נאמר בלשון מפורשת וחד משמעית:
'The section rejects that standard that commentators have called substantial compliance'.

נקווה שבכך נסתם הגולל על הניסיון להחיל בישראל את מבחן ההתאמה המהותית שמלכתחילה לא הייתה לו כל הצדקה".

ברם כשעיינו בהוראה המעודכנת של סעיף 5–108(a) ל־UCC העוסק ב־Issuer's Rights and Obligations, קובעת והנה מוצאים אנו כי הנוסח המעודכן של סעיף זה הוא כדלהלן:

"Except as otherwise provided in Section 5–109, an issuer shall honor a presentation that, as determined by the standard practice referred to in subsection (e), appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit. Except as otherwise provided in Section 5–113 and unless otherwise agreed with the applicant, an issuer shall dishonor a presentation that does not appear so to comply".

אכן, נקבע בסעיף כי על המסמכים להתאים באופן קפדני (strictly to comply)

72 הצעה מיום 31.3.93, פורסמה על־ידי The American Law Institute, בשיתוף עם ה־National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. נוסח ההצעה הובא ב־Letter of Credit Update, מאי 1993, בעמ' 31, Seq. 9.

עם הוראות מכתב האשראי הדוקומנטרי, אך יש לשים לב כי הדברים הם בכפוף לנוהג (standard practice), שאליו מפנה הוראת סעיף 5-108(e) ל־UCC. בסעיף 5-108(e) נקבע:

> "An issuer shall observe standard practice of financial institutions that regularly issue letters of credit. Determination of the issuer's observance of the standard practice is a matter of interpretation for the court. The court shall offer the parties a reasonable opportunity to present evidence of the standard practice".

נמצא אפוא כי כאשר הנוהג כולל בתוכו הוראות של התאמה מהותית, הרי שאלו יוכרו גם בהתאם להוראות ה־UCC.[73] ואכן Gustavus מבהיר על כן כי המונח "strictly to comply" אינו דורש מהבנק לנהוג בדווקנות נוקדנית ("slavish conformity"). יתרה מכך, מכיוון שה־UCC הכיר בנוהגים מקומיים שונים, המשתנים ממקום למקום, על בתי המשפט לקבוע, בהתאם לכך, את הסטנדרטים שיוחלו ביחס לעקרון ההתאמה, ולנוכח העובדה כי הנוהג הבנקאי הבינלאומי משתנה כל העת, אך הגיוני הדבר כי הפרשנות של כלל ההתאמה תחיל נוהגים שטרם קיבלו ביטוי קודיפיקטיבי בכללי ה־UCP.[74]
בכל הנוגע להוראות הנוהג, ראינו לעיל כי ה־UCP צמצם את עקרון ההתאמה המוחלטת אך ורק לחשבונות שהספק עצמו מפיק, ואילו לגבי מסמכים המופקים על־ידי צדדים שלישיים חלה הגמשה רבתי. כך למשל ציינו את סעיף 17 לכללי ה־UCP בנוגע לתיאור כמויות, משקל, איכות, אריזה, ערך או קיום של טובין, ואת סעיף 18 לכללי ה־UCP בנוגע לטעויות בתרגומם או בפירושם של מונחים טכניים וכן לבחינת כל מסמכי האשראי באופן קומולטיבי, כשהם נקראים כחטיבה אחת. כמו כן, הוכפף עקרון ההתאמה לנוהג הבנקאי, בקביעת פטורים כאלו או אחרים בגין טעות טכניות ובהפעלת עקרונות פרשנות חוזיים ועקרונות מדיני היושר. בפסיקה

---

73 לעניין זה ראה גם: Roy Goode, *Symposium New Developments in The Law of Credit Enhancement: Domestic And International Symposium Article: Abstract Payment Undertakings in International Transactions*, Brooklyn J. Int'l L. 1, 6 (1996).

74 כמו כן ראה: Joseph D. Gustavus, *Letter of Credit Compliance Under Revised UCC Article 5 and UCP 500*, 144 Banking L. J. 55, 56–57 (1997); Sandra Stern, *The Impact of UCC Article 5*, *in* What Lawyers Need to Know About the UCC Article 5, Letters of Credit 7, 9 (Sandra Stern ed., 2002)

האמריקאית אומץ עקרון ההתאמה המהותית בבתי משפט של כמה וכמה מדינות, לנוכח הגמישות שעיקרון זה מקנה הן לבנקים והן לבתי המשפט מבחינת התאמת מסמכים למכתב האשראי, ולנוכח העובדה כי מדובר בכלל המקדם עקרונות של יושר והגינות.[75]
נראה לנו אפוא כי אימוץ כללי ה־UCC בנוסחם האמור מאפשר לבתי המשפט ליישם את עקרון ההתאמה המהותית, לאור הנורמה הכללית של תום לב ולאור כללי הפרשנות הכלליים של דיני חוזים, אשר עברו מדווקנות פורמליסטית ופרשנות המעניקה למילה הכתובה את כובד המשקל המרבי, לכללים המעניקים משקל מרבי לתוכן הכלכלי של העסקה, לנסיבות ההסכם ולתכליתו.

198. ששון, יפרח ושנקר מציינים[76] כי לעקרון ההתאמה הדווקנית יש חמישה יתרונות וחיסרון אחד. היתרונות הם:

א) דקדקנות במסמכים תעיד על ביצוע מדויק ותחייב להקפיד על ביצוע כזה. אולם נראה לנו לכאורה, כי גם התאמה מהותית תאפשר להקפיד על סטנדרטים, והדווקנות המילולית לא מוסיפה לכך. אדרבה, הפעלת שיקול דעת וחשיבה בדרך כלל אינה גורעת מאיכות הביצוע וההקפדה על קיומו, להפך.

ב) התאמה דווקנית ונטולת פשרות היא ברורה וחד משמעית יותר. נמנעים מן המוטב ספקות באשר לקריטריונים שלפיהם ימומש מכתב האשראי.
אולם נראה לנו כי אין זה מוצדק לוותר על הפעלת שיקול דעת כדי להשיג התאמה ברורה יותר. להתאמה הפורמלית יש היבטים חריפים של שרירותיות ואי צדק, וגורם מסחרי סביר סבור בדרך כלל, ובצדק למקרא הדברים ולאור הנסיבות, כי יקבל את כספו. דווקא שלילת אפשרות המימוש באופן דווקני עלולה להשרות ממד של הפתעה ואף לערער את הביטחון במכתב האשראי

---

75 בעניין זה ראה: Steven C. Ratner, *Comment, Letters of Credit: A return to the Historical Documetary Compliance Standard*, 46 U. Pitt. L. Rev. 457, 469–470 (1985), והפסיקה הנרחבת הנזכרת במאמרו האמור; כמו כן ראה: Arthur Fama Jr., *Note: Letters of Credit: The Role of Issuer Discretion in Determining Documentary Compliance*, 53 Fordham L. Rev. 1519, 1528 (1985), המבהיר כי כלל ההתאמה המהותית מגן על מוטבים מפני ניסיונם של בנקים לחמוק מתשלום תוך שימוש בטיעונים טכניים ודווקניים ("using highly technical arguments").

76 אצל ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 187.

הדוקומנטרי כאמצעי פיננסי המבטיח תשלום, כשהסחורה סופקה.

ג) השוואה בין מסמך למסמך היא פעולה טכנית פשוטה, מהירה, שאינה דורשת מיומנות או שיקול דעת – בכך מתייעלת ומזורזת פעולת הבנק, והעסקה נעשית זולה יותר.
אולם, נראה לנו, בכל הכבוד, כי ויתור על שיקול דעת בשם היעילות, כמוהו כוויתור על עקרון תום הלב בשם היעילות, וזהו דבר שלא ייעשה.

ד) אי הפעלת שיקול דעת על־ידי הבנק מגינה עליו מפני אחריות לאי התאמה.
אולם בהקשר זה ציינו לעיל את עקרון פיזור הנזק, המחייב דווקא להחיל את האחריות על הבנק, ולדרוש ממנו להפעיל שיקול דעת, כאשר הבנק מבוטח ומביא לידי ביטוי את העלות השולית של הפרמיות במסגרת העמלות. פיזור עלות זו על כלל האוכלוסייה הוא שולי, ואילו מצב שבו גורם כלכלי סיפק סחורה ויוצא כשידיו על ראשו עקב חששו של הבנק מהפעלת שיקול דעת, גורר תוצאה כלכלית חריפה ומסוכנת הרבה יותר.

ה) הגנה מפני זלזול והתרשלות הבנק בבדיקת מסמכים.
טיעון זה אינו ברור, שכן על פניו דווקא כאשר בנק צריך להפעיל שיקול דעת, הוא יתרשל פחות, הן מכיוון שהאחריות המוטלת עליו גדולה יותר, והן מכיוון שהפקידים שיטפלו בנושא יהיו בכירים ומיומנים יותר.

199. ששון, יפרח ושנקר מבהירים כי החיסרון בעקרון ההתאמה הדווקנית הוא כדלהלן:

> "נוקשותה היתרה בגרסתה הדווקנית (של דוקטרינת ההתאמה) אשר יישומה עלול לנגוד את תחושת הצדק ואת ההיגיון כאחת, במיוחד כאשר המוטב נהג בתום לב, ביצע את חלקו בעסקת היסוד בדקדקנות, ובשל טעות ניסוחית של אחד מעורכי המסמכים איבד את זכותו לתשלום.
> הדבר בולט במיוחד במקרים שבהם השתנו תנאי השוק לאחר חתימת חוזה המכר, והעסקה שוב אינה כדאית למבקש, והלה, בהיתלו בפגמים טכניים במסמכים, מונע תשלום מן המוטב (אם העסקה כדאית לכולם, יקרה לא אחת שכל הצדדים יתעלמו מעניין פורמלי זה, ויסכימו לכל שינוי או תיקון במכתב האשראי, שיאפשר את ביצוע העסקה)".

כלומר, לדברי ששון, יפרח ושנקר, עקרון ההתאמה הדווקנית בא לידי ביטוי חד כאשר העסקה הפכה להיות לא כדאית לאחד הצדדים, שכן אם היא כדאית, הם מוותרים, בדרך כלל, על הצורך בהתאמה מוחלטת, והם רשאים לעשות כן. דרישת ההתאמה המוחלטת מתעוררת אפוא ככסות פורמלית לניסיון של צד לחמוק מן העסקה שהתבררה לו בינתיים כבלתי כדאית עבורו. בהתאם לתובנה חשובה זו, נראה בעליל כי עקרון ההתאמה בגרסתו הדווקנית הוא בגדר חוסר תום לב מובהק, וצדק, בכל הכבוד, בית המשפט בעניין **Halimex** בציינו כי התנגדות זו של מי מהצדדים למימוש מכתב האשראי אינה תואמת את דיני החוזים, שלפיהם טעות בכדאיות העסקה אינה עילה לביטולה (סעיף 15(ג) לחוק החוזים).

ששון, יפרח ושנקר מציינים כי ה־**UCP** התגבר במידה מסוימת על חיסרון זה, באמצעות הגמישות בדרישת ההתאמה, ביחס לתיאור הטובין. אולם גם הם מציינים כי ההגמשה האמורה מתייחסת רק לעניין תיאור הטובין, ואינה חלה על תאריכים, סכומים, מפרטים, כמויות, שלגביהם אין כל גמישות בדרישות ההתאמה המוחלטת, שכן "אין שינוי נוסח בלא שינוי מהות, מאחר שמדובר במספרים".

לאור החיסרון המהותי האמור בעקרון ההתאמה הדווקנית ותחושת חוסר ההגינות הנודפת ממנו, נראה בעליל כי אכן ראוי ונכון לאמץ את עקרון ההתאמה המהותית, התואם יותר לדיני החוזים הנוהגים בישראל, ולהתפתחות שחלה בהם, הן בעקבות המשקל שניתן לנורמה של תום לב, והן בעקבות כללי הפרשנות המהותית שהשתררו בעקבות פסק הדין בעניין **אפרופים** (ראה סקירה בפרק ב' לעיל).

ג(3) יישום עקרון ההתאמה בערבויות בנקאיות

200. הסקירה דלעיל התייחסה לאשראי דוקומנטרי, והשאלה הנשאלת היא האם יהא הדין זהה גם ביחס לערבות בנקאית? האם גם ביחס לערבות בנקאית כאמור חל מעבר מהתאמה דווקנית להתאמה מהותית? Bertrams[77] מציין בהקשר זה כי יש להבחין בין אשראי דוקומנטרי לבין ערבות בנקאית, שכן באשראי דוקומנטרי בפנינו רצף של עסקאות בינלאומיות, המחייב זרימה שלהן תוך ביצוע תשלום כנגד קבלת מסמכי עסקה המעידים על הספקת סחורה, כאשר עקרון ההתאמה הדווקנית מסייע לוודאות כי הסחורה סופקה. לעומת זאת, ערבות בנקאית ניתנת בדרך כלל במסגרת של עסקה מקומית, כאשר הבנק המודע לתנאי הארץ ותושביה יכול להפעיל שיקול דעת, ולהימנע מעצירת החילוט כשהדבר מסב עוול למוטב.

77 אצל Bertrams, בעמ' 143.

201. ואכן, עיון בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) בעניין צוריאל לביא מלמד כי בכל הנוגע לערבות בנקאית, ראה בית המשפט לנגד עיניו את עקרון ההתאמה המהותית דווקא ועל בסיסו בחן את המקרה שבפניו.[78] כך ציין בית המשפט:

> "אמנם ייתכנו מקרים בהם אין עסקינן אלא בטעות סופר בלתי משמעותית, אשר עמידה עליה איננה אלא חוסר תום לב מצד הבנק מוציא הערבות. כך הוא, למשל, במקרה של שגיאת כתיב גרידא בשם המוטב. אלא שאין זה הדין בהכרח כאשר החוזה נוקב בתאגיד בתור מוטב, ואילו דורש החילוט הוא אדם פרטי, אף אם השם זהה. מכוח קל וחומר, שאין להקל ראש בהבדל בין מוטב מקומי לבין מוטב שהוא חברה זרה".

202. הנה כי כן, בית המשפט מבהיר כי טעות כתיב בשם המוטב לא תהווה עילה לאי תשלום מכוח הערבות הבנקאית, והעלאת טענה כזאת מצד הבנק אף תהווה חוסר תום לב. דרישת ההתאמה הדווקנית־טכנית נדחתה אפוא על־ידי בית המשפט באופן ברור ומפורש. בית המשפט המשיך עוד באותו עניין והבהיר כי בעקרון ההתאמה יש ביטוי לדיני החוזים הכלליים. בית המשפט ניתח את נסיבות הוצאת כתב הערבות על בסיס מתווה הסיכונים שנקבע בעסקת היסוד, תוך יישום דיני החוזים (סעיפים 14 ו־15 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, העוסקים בטעות ובהטעיה), ותוך בחינת עקרון ההתאמה על רקע תכלית העסקה ודיני החוזים בכללותם. ניתוח מסוג זה הוא בגדר יישום קלאסי של עקרון ההתאמה המהותי, והוא שונה לחלוטין מעקרון ההתאמה הדווקני. ואכן בית המשפט מציין

78 ראה בש"א צוריאל, לעיל ה"ש 66 בפרק א. באותו עניין ביקשו בעלי שליטה בחברה להוציא ערבות לטובת תושב חוץ המקורב אליהם. על אף שדובר באדם ממקסיקו, דווח לבנק הערב כי מדובר בחברה ישראלית בשם דומה, שלא הייתה קיימת במציאות. בית המשפט סירב לאשר את חילוט הערבות, תוך שהוא מציין כי הכנסת מוטב זר אינה מתיישבת עם ערבות ביצוע והלוואה צמודה שקלית, וכי עסקינן ב"קפיצת מדרגה" בסיכון שנוטל הבנק על עצמו, שהרי עניין אחד הוא להתדיין מול חברה מקומית – שאף אם ישולמו לה כספים בשל עקרון העצמאות של הערבות האוטונומית, אפשר יהיה להתמודד מולה לאחר מכן מכוח עסקת היסוד – ועניין אחר הוא לעשות זאת מול חברה זרה, אשר מרגע שיחולטו הכספים לטובתה, ייתכן שיהיה זה צעד בלתי הפיך ויהיה קשה לגבות ממנה את הכסף – תוך תביעה בחו"ל. ההבדל בין תאגיד לאדם פרטי "זועק" מבחינת היכולת להוציא את פסק הדין אל הפועל אחרי הזכייה בדין, ואין זה הגיוני שאיש עסקים מנוסה יטה להקל בו ראש. לכן, על־פי עקרון ההתאמה, לא ניתן היה לגבות את הערבות.

כי קיים מפגש בין עקרון ההתאמה לבין דיני החוזים הכלליים, וכי לא עסקינן בפורמליזם דווקני.[79]

203. יצוין כי בית המשפט העליון בעניין צוריאל לביא[80] אימץ את מסקנת בית המשפט המחוזי בהקשר זה, אם כי בכל הנוגע לשאלת המבחן ההתאמה המהותי או הדווקני, טרם אמר את דברו, והותיר סוגיה זו בצריך עיון. זאת מכיוון שבאותו מקרה, גם על־פי דרישת ההתאמה המהותית, לא היה מקום למימוש כתב הערבות. באותו מקרה, צוין בכתב הערבות כי המוטב הוא חברת "שלמה חבר בע"מ", ואילו בפרטים שנמסרו לבנק לצורך מימוש הערבות נאמר "שלמה חבר" כאדם פרטי. בית המשפט ציין כי המילה בע"מ משנה לחלוטין את זהותו של המוטב, ומדובר באי התאמה מהותית. בדומה לכך, קבע בית המשפט כי יש אי התאמה מהותית בין חברה שמקום מושבה בתל אביב לבין חברה שמקום מושבה באיי הבתולה. דבר זה יורד לשורש הסיכון שנוטל על עצמו הבנק בהנפקת כתב הערבות הבנקאית,

---

79 ובלשון בית המשפט:

"בפועל, מצאו עצמם מעורבים במתן ערבות פיננסית לחברה אשר חרגה ממסגרת הערבויות הפיננסיות אשר הוקצתה לה, זאת לטובת מוטבים שהינם אזרח חוץ וחברה זרה שלא נרשמה בארץ. יוצא כי הבנקים התקשרו בעסקה מסוכנת ושונה באופן מהותי מן העסקה אליה חשבו כי הם נכנסים; העובדה כי ייתכן ויכלו לפעול ביתר זהירות אינה משנה מהותית מושכלה זאת.

"אכן, לא הוכחה הטעיה שביצעו המשיבים (להבדיל מבעלי השליטה של נגה) כלפי הבנקים; יוצא מכך, כי אין הבנקים יכולים להסתמך על סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), בכדי לבטל את החוזה (קרי, את כתב הערבות). זאת היות וסעיף ההטעיה דורש כי המתקשר החוזי שכנגד יהיה המטעה, ואין הוא חל כאשר המטעה הנו צד ג', אשר איננו צד ישיר לחוזה, אף אם הוא קשור קשר הדוק לנסיבות הוצאתו.

"אלא שמר חבר ידע היטב על טעותם של הבנקים, ולמצער צריך היה לדעת על כך; זאת באשר הטעות הייתה בחלקה ניכרת ו'זועקת' מכתב הערבות, אשר כל בעל דין (קל וחומר איש עסקים) אשר עיניו בראשו היה מבחין בה עם קריאת כתב הערבות, אלא אם נקט ב'עצימת עיניים'. אי לכך, מאחר ומר חבר בחר שלא להתערב, זכאים הבנקים לבטל את החוזה לפי סעיף 14א לחוק החוזים (חלק כללי), אשר עניינו טעות אשר הצד השני ידע או צריך היה לדעת עליה. זאת כאשר ניתוח החוזה לפי דיני הערבות הבנקאית האוטונומית מביא למסקנה כי עסקינן באי התאמה מהותית ובולטת על פניה, שנפלה באופן 'סדרתי' בכל אחת מהערבויות נשוא הבקשה. לאור דיני הפרשנות המיוחדים של כתב ערבות (למצער), די בכך כדי למנוע את חילוטן.

"בכך, למעשה, נוצר מפגש בין עקרון אי ההתאמה לבין דיני החוזים הכלליים; המבט לפי דיני החוזים מבהיר את עקרון אי ההתאמה, ומעיד כי אין עסקינן בפורמליזם דווקני גרידא, אלא בשמירה על אינטרס לגיטימי של הבנקים, להתוות ולדעת מראש את מסגרת הסיכונים אליהם הם נכנסים כאשר הם מוציאים ערבות אוטונומית".

80 ראה עניין חבר, לעיל ה"ש 23 בפרק א.

ולא הייתה אפשרות לומר כי המדובר בטעויות סופר וכי יש לבחון את כוונת הצדדים, וזאת הן מכיוון שבחינתה של טענה זו מחייבת בדיקה של תנאי עסקת היסוד, בניגוד לכלל העצמאות של הערבות,[81] והן מכיוון שמבחינה מהותית, נקבע על־ידי בית המשפט קמא כי מדובר בסטייה של הטקסט מהסכמת הצדדים, העומדת בבסיס החוזה, ועל כן אין זו טעות סופר.[82]

204. בענין רשל[83] דן בית המשפט העליון בשאלת מעמדם של הורים אשר מסרו ערבות בנקאית להבטחת תנאי שחרור בערובה של בנם. התנאים הופרו והערבויות חולטו. ההורים טוענים כי לא היו צד להליך, ובית המשפט העליון נדרש לשאלה האם יש מעמד למי שלבקשתם הפיק הבנק את הערבות הבנקאית? האם עומדת להם זכות הטיעון לעת שינוי תנאי השחרור או לעת חילוט הערבויות, והאם שמורות להם – ולו בנסיבות מסוימות – הגנות כנגד החילוט? בית המשפט הסיק מן האוטונומיות של הערבות הבנקאית, המהווה התחייבות עצמאית של הבנק כלפי המוטב, כי אין כל מעמד למי שלבקשתם הפיק הבנק את הערבות. אגב כך, סקר כב' השופט חשין[84] את מהותה של הערבות הבנקאית והבהיר כי "מימוש הערבות הבנקאית יקום או ייפול כדבר התנאים המפורטים בכתב הערבות. הבנק לא יפרע את הערבות אלא אם ימלא הנושה (המדינה) אחר הדרישות הקבועות בכתב הערבות ככתבן וכלשונן. ולענייננו: שומה עליה, על המדינה, להציג לבנקים החלטות שניתנו בתיקי המעצרים והקובעות חילוט הערבויות; כך ולא אחרת. הנחרצות של חיוב התשלום בערבות הבנקאית, נחרצות זו היא אף המכתיבה גישה קפדנית ודווקנית באשר לקיום מדוקדק של התנאי מְחַלֵּט הערבות". בית המשפט המחוזי במחוז מרכז (כב' השופט יפרח) בעניין מרקעי תקשורת בע"מ[85] הסיק מן המילים "ככתבן וכלשונן" ומן המילים "גישה קפדנית ודווקנית" כי יש להעדיף את עקרון

81 ראה בהקשר זה עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 700: "יש לזכור כי הערבות הבנקאית האוטונומית היא עסקה 'משנית', שכל מטרתה היא לשרת את ביצועה של עסקת היסוד, וכי ההנחה הבסיסית היא שיש לחזק את מעמדה של הערבות הבנקאית לצורך הביטחון המסחרי של הצדדים לעסקה 'העיקרית'...".

82 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 78 בפרק ב, בעמ' 39.

83 בש"פ 10532/03 רשל נ' מדינת ישראל פ"ד נט (6) 469 (2005).

84 שם, בעמ' 475.

85 ת"א (מרכז) 6104-08-08 מרקעי תקשורת בע"מ נגד נצב"א אחזקות 1995 בע"מ, תק־מח 2008(4) 7561 (2008). כב' השופט יפרח אשר נתן את פסק הדין, הינו ממחברי הספר אשראים דוקומנטריים ושם חל עקרון ההתאמה באופן דווקני, כאמור. ברם, כב' השופט יפרח מציין בעניין מרקעי תקשורת בעמ' 7566 כי חריג הנסיבות המיוחדות אינו מכיר בדיני אשראים דוקומנטריים – "אלה מכירים אך בחריג המרמה בצדק אין הם נכונים להסתפק ברף נמוך מן המרמה".

ההתאמה הדווקני על פני עקרון ההתאמה המהותי.[86] ספק רב בעינינו האם לכך התכוון בית המשפט העליון אשר כלל לא דן בעניין זה ומן הראוי לשים אל לב כי פסק הדין בעניין חבר ניתן לאחר פרשת רשל הנ"ל, ובו דן בית המשפט העליון בסוגיה זו באופן ספציפי וטרם הכריע בה.

205. בעניין קליינברגר[87] החיל בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט פינקלמן) את עקרון ההתאמה המהותית באופן ברור וחד, כאשר נשוא הדיון היה ערבות חוק מכר. באותו מקרה, נדונה ערבות בנקאית, שניתנה בהתאם להוראות סעיף 2(1) לחוק המכר (דירות) (אבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה־1974 (לסקירת טיבן ומהותן של ערבויות חוק המכר ראה בפרק ו' להלן). לשון כתב הערבות היה זהה ללשון סעיף החוק, לפיו היא ניתנת למימוש במקרה שהחברה הקבלנית לא תוכל להעביר את הבעלות בדירה על שם הרוכש, מחמת אחד מארבעה גורמים: עיקול, צו קבלת נכסים נגד המוכר (החברה) או נגד בעל הקרקע, צו פירוק, מינוי כונס נכסים למוכר (החברה) או לבעל הקרקע. בפועל, לא קרה דבר מארבעת הדברים הללו; אירע דבר פרוזאי הרבה יותר: החברה הקבלנית נקלעה לקשיים,

86 שם, בעמ' 7565, בית המשפט הוסיף וציין "דומה כי אף השופטת פרוקצ'יה סבורה כך. בדברי ההקדמה שכתבה לספרו של א' וינרוט ערבות בנקאית (2007), מצינו בעמ' 9 את האמור להלן: "עקרון ההתאמה מחייב עמידה קפדנית על קיום תנאי הערבות האוטונומית כתנאי מוקדם לפי־רעונה וכל סטייה קלה כגדולה עלולה לסכל את העמדתה לפירעון. פרשנות דווקנית של תנאי הערבות נועדה להגן על החייב מפני פירעון שאינו ראוי". ברם, המעיין בדברים כמכלול, יראה כי ספק רב האם הכוונה לעקרון ההתאמה הדווקני להבדיל מעקרון התאמה מהותי. הן ברור כי גם מי שמצדד בעקרון ההתאמה המהותי סבור כי יש להקפיד על קיום תנאי הערבות כתנאי מוקדם לפירעונה בלא לסטות מהם כמלוא נימה, אלא שפרשנותם של תנאים אלה תיעשה באופן של בחינת המהות הכלכלית של הדברים בלא להיצמד דווקא למישור המילולי. יש לזכור כי כב' השופטת פרוקצ'יה תומכת נמרצות בהלכת אפרופים לעיל ה"ש 78 בפרק ב, כפי שהדברים באו לידי ביטוי בפסק הדין שנתנה בעניין מגדלי הירקות. לעיל ה"ש 78 בפרק ב. אדרבה, בדברי ההקדמה הבהירה כב' השופטת פרוקצ'יה כי אף שתכליתה של הערבות הבנקאית הינה להבטיח את עניינו של המוטב מפני סיכוני העסקה, אין זו אמת מוחלטת הפועלת בלא סייג, וכדרכן של אמיתות המשפט, שלרוב אינן מוחלטות אלא מאזנות בין שיקולים ואינטרסים נוגדים, משתלב ייחודה של הערבות הבנקאית כמכשיר עצמאי עם הצורך לשמור על שוליים חיוניים של עשיית צדק, לבל יזכה מעוול מפירות עוולתו. להלן נראה כי איזון זה מחייב להחיל על עקרון ההתאמה את כללי הפרשנות המהותית, כפי שאלו הוחלו על כף המאזניים השנייה העוסקת בחריג הנסיבות המיוחדות, שבו נעסוק להלן. יצוין כי כב' השופט יפרח ציין בהמשך הדברים את דעתנו המצדדת בהחלת עקרון ההתאמה באופן מהותי, והבהיר כי המקרה שבפניו אינו דורש העמקת חקר בסוגיה זו. דברים זהים מצינו גם בפסק דינו של כב' השופט יפרח בת"א (ת"א) 10149/07 גואטה נ' גודר, תק־של 2007(1) 19945 (2007).

87 ה"פ (חי') 30258/97 קליינברגר נ' בנק דיסקונט, תק־מח 97(4) 253 (1998).

שמחמתם לא יכלה לעמוד בתשלומים עבור המקרקעין, ועל כן ביטלה את ההסכם עם בעלי המקרקעין. מחמת אירוע זה, ברור לחלוטין כי החברה הקבלנית לא תוכל להשלים את הפרויקט ולמסור דירות לרוכשים – בהיעדר קרקע. מכיוון שנשמטה הקרקע (תרתי משמע) מתחת לפרויקט, פנו רוכשי הדירות למימוש הערבות שהייתה בידם. אולם הבנק טען כי בדיקה פורמלית ודווקנית של תנאי כתב הערבות מלמדת כי הם לא התקיימו בהיעדר צו כינוס, עיקול או פירוק נגד החברה, וממילא טען כי אין אפשרות לממש את הערבות הבנקאית. בית המשפט פנה לבחינת הנושא תוך זיקה ברורה של כתב הערבות עם הנסיבות החיצוניות של כריתתו, קרי: עסקת היסוד ותכליתה הכלכלית. בית המשפט פנה לפסק הדין בעניין אפרופים,[88] ובפנינו דוגמה מובהקת ליישום עקרון ההתאמה המהותית. בית המשפט הבהיר כי כתב הערבות הבנקאית נועד במקרה זה, על־פי מהותו, להגן על הקונה ולהבטיח כספים ששילם לקבלן, כדי שלא יימצא בלי הכסף ובלי דירה. אכן, בחינת הלשון הדווקנית של כתב הערבות מחייבת הוצאת צו עיקול נגד החברה. אולם הצו אינו העיקר, אלא סימן דרך למציאות שבה נתונה החברה הקבלנית. זו אינה יכולה לקיים את ההסכם בלי קרקע ובלי כספים לרכישתה, ועל כן, גם אם לא הוטל צו עיקול, התוצאה זהה וברורה. על כן, בהתאם לעקרון ההתאמה המהותי, ולאור בחינת מהותם של דברים, קבע בית המשפט כי הערבות הבנקאית תמומש וכי הקונה לא יצא וידיו על ראשו. ואכן, נראה בכל הכבוד, כי זוהי תוצאה נכונה, צודקת ומחויבת המציאות.

206. בדומה לכך, קבע בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט עוני חבש) בעניין

---

88 שם, בעמ' 254: "השאלה הצריכה הכרעה מצויה אפוא בתחום הפירוש הנכון שיש ליתן לסעיף 1 לכתב הערבות. האם פירוש דווקני מצומצם, בבחינת 'כזה ראה וקדש' או שמא פירוש רחב יותר. לשאלה זו של פרשנות הסכם כבר נזקקו רבים. באחרונה נדרש לנושא זה גם נשיא בית המשפט העליון בעניין אפרופים, לעיל ה"ש 78 בפרק ב: "...במקרה דנן חתמו הצדדים על כתב ערבות בנקאית, אשר על פי מהותו וטבעו נועד להגן על הקונה ולהבטיח כספים ששילם לקבלן – הח־ברה. אכן, הלשון הדווקנית של כתב הערבות מחייבת הוצאת צו נגד החברה כתנאי למימושה, כמפורט לעיל. אולם הצו הוא גופו אינו עיקר, אלא סימן דרך בלבד למציאות שבה נתונה החברה. זו מעידה על עצמה כי 'מסיבות שונות' היא נאלצה להסכים לביטול ההסכם עם בעל המקרקעין וברי לכל כי היא לא תוכל למלא אחר ההסכם שחתמה עם המבקש. אשר על כן גם הודיעה לו על ביטול ההסכם עמו. בכגון דא, 'מה לי הכא מה לי התם'. מה לי אם הוטל עיקול בפועל או שלא הוטל עדיין עיקול בפועל על הקרקע שעליה אמור היה הבניין להיבנות. שהרי הקרקע אינה קיימת עוד לקבלן – החברה. מה לי אם ניתן צו נגד החברה או שצו כזה לא ניתן עדיין. התוצאה שווה, זהה וברורה. העיקר הוא: '... אבטחת החזרתם של כל הכספים ששילם הקונה למוכר על חשבון המחיר של הדירה... במקרה שלא יוכל המוכר להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה...'. זה העיקר. המותר, ציון דרך בלבד".

בנק המזרחי המאוחד[89] כי על אף שעל־פי דין ועל־פי הפרקטיקה והנוהג, ערבות בנקאית נשענת על כתב ערבות מקורי כשהיא נכנסת לתוקף עם מסירתו של כתב הערבות המקורי לידי המוטב ופוקעת עם החזרתו למוציא הערבות, הרי שאין להקפיד על הגשת המקור, ודי בכך שעל־פי לשון הערבות היא חלה "על־פי דרישה". בעת שבנק מתחייב באופן חד צדדי לשפות את המוטב התחייבות אוטונומית ובלתי חוזרת על־פי דרישתו של המוטב, יש לראות בכך הצעה מזכה, המחייבת את הבנק ברגע שהיא מגיעה לידיעת המוטב, וממילא זכותו להתייצב במשרדי הבנק ולדרוש תשלום על־פי אותו כתב ערבות, גם אם המסמך אינו בידו.[90] בהקשר זה, ציין בית המשפט כי אין לגזור גזירה שווה בין ערבות בנקאית אוטונומית לבין אשראי דוקומנטרי, וכי ההיגיון מחייב שאם ישנו שוני מהותי בין שני מסמכים משפטיים, הבאים לשרת מטרות כלכליות שונות, אין להכפיפם לאותם כללים בצורה עיוורת. כאשר אשראי דוקומנטרי ניתן בתנאי שהסחורה נשוא האשראי תהא תואמת למסמכים הנוגעים בדבר, הרי שדרישת ההתאמה והצגת המקור היא דרישה בסיסית ומהותית הנוגעת לעסקת היסוד שבגינה ניתן האשראי. ואולם, עקרון ההתאמה מקבל מובן אחר ושונה בערבות בנקאית אוטונומית – שהיא ביסודה מנותקת מעסקת היסוד. זו התחייבות לשיפוי על־פי הכתוב בכתב הערבות ותו לא, וממילא עקרון ההתאמה יפורש באופן שונה ולא יחייב את הגשת מקור הערבות כתנאי לדרישת מימושה.

207. בעניין אפ.טי.אס[91] הוסיף בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט סובל) וציין כי מכיוון שהערבות הבנקאית היא לעולם שיפוי בגין חיוב המותנה בקיומו של חיוב, ועל כן חוסה תחת המונח "ערבות" על אף היותה כתב שיפוי, יש לפרש את הערבות הבנקאית תוך איזון בין הצורך לשמור על האוטונומיות שלה לבין העובדה שבכל זאת מדובר בחיוב שנבט על בסיס עסקת יסוד. בית המשפט מבהיר על כן כי יש לעתים לאפשר הצצה מעבר לפרגוד אל עסקת היסוד מכיוון שהמשפט אינו מכשיר טכני, אלא אמצעי חברתי וכלכלי המוּנָע על־ידי שיקולים ערכיים וחותר להגשמתם. על כן "ניסוח של מסמכים הינו דבר חשוב, במיוחד בתחום העסקי שבו נדרשת הגברת הוודאות, ולמרות זאת – המילה הכתובה איננה לעולם חזות הכול".

---

89 ת"א (י־ם) 1654/98 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, תק־מח 2004(1) 1164, 1175–1176 (2004).

90 וראה גם ענין בנק לאומי לישראל, לעיל ה"ש 52 בפרק א וענין בנק איגוד, לעיל ה"ש 29 בפרק א.

91 ענין אפ.טי.אס, לעיל ה"ש 134 בפרק ב, בעמ' 1686.

208. ואכן, נראה לנו, כי בעוד שלגבי מכתבי אשראי דוקומנטריים יש התלבטות בין הגישה המצדדת ביישום עקרון ההתאמה באופן דווקני, לבין הגישה המצדדת במעבר מהתאמה דווקנית להתאמה מהותית, הרי שלגבי ערבות בנקאית מן הראוי לצדד אך ורק בעקרון ההתאמה המהותית. זאת מחמת שלושה גורמים:
אשראי דוקומנטרי ניתן בעסקאות בינלאומיות, כאשר הבנק מנפיק מכתב האשראי מתבקש לקבוע האם יש התאמה בין המסמכים לבין מכתב האשראי, ובפנינו סיטואציה של סחורה, האמורה להגיע ממדינה זרה, והבנק חושש שמא עומד הוא לאשר תשלום בעוד שסחורה מתאימה למה שהוזמן לא התקבלה. במקרה זה, שבו מתבקש הבנק לקחת אחריות לעסקה שבה עסקינן באספקת סחורה ממדינה זרה, מבקש הבנק להגן על עצמו באמצעות התאמה דווקנית ומוחלטת של המסמכים המתארים את הסחורה. לעומת זאת, הפעלת שיקול דעת בנוגע לתנאי המימוש של ערבות בנקאית נוגעת בדרך כלל לנושאים מקומיים שיש לבנק מושג ויכולת להפעיל שיקול דעת לגביהם, תוך שהוא מתמצא בתנאי הארץ ותושביה. יש לזכור כי הבנק אינו נדרש לבחון האם קיימת מרמה המשמיטה את קיומה של חבות על־פי עסקת היסוד,[92] ואף אינו מתבקש להיות שופט או בורר לגבי קיומה של חבות על־פי עסקת היסוד,[93] אלא אך להפעיל שיקול דעת סביר ביחס לתנאי הערבות הבנקאית עצמה. הפעלת עקרון ההתאמה המהותית מחייב במקרה זה להימנע מראייה דווקנית וטכנית, ובדוגמת פסק הדין בעניין זיברט הנ"ל, כאשר ניתן אישור של מהנדס העיר לפיו אי אפשר לבנות על מקרקעין מסוימים לפי התב"ע הקיימת, יכול בהחלט הבנק לקבוע שהתקיימו תנאי הערבות הבנקאית, גם אם האישור אינו חתום על־ידי מועצת העיר, שהרי במהות הדברים ברור שבפנינו אישור תקף לפיו לא ניתן לבנות על המקרקעין.

---

92 לעניין זה ראה עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 701: "[עקרון ההתאמה] איננו מונע את התשלום על־פי כתב הערבות אם מתקיימת התאמה מוחלטת, גם כאשר זו קיומה באמצעות מרמה, שאינה עולה על פני הדברים במסמכים שהוגשו לבנק הערב... לעומת זאת, חריג התרמית עלול לחול במצב שבו מדובר במרמה במסמכים שלגביהם התמלאה דרישת ההתאמה המוחלטת, אולם תוכנם של המסמכים אינו מציג את מצב הדברים הנכון".

93 לעניין זה ראה עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא, ובו מבהיר בית המשפט: "אשר לממד ה'התאמה' – התנאים הנקובים בכתב הערבות האוטונומית הם המכתיבים את התנאים המקדמיים למימושה. על המוטב המבקש לממשה להצביע בפני הבנק הערב כי תנאיה נתקיימו, שאם לא כן, לא תתגבש חבות הבנק לפורעה"; כמו כן ראה עניין מושקוביץ, לעיל ה"ש 10 בפרק ב, בעמ' 451–452; עניין אגף ייבוא המזון, לעיל ה"ש 12 בפרק א; עניין שיכון עובדים, לעיל ה"ש 19 בפרק א; עניין ברין, לעיל ה"ש 5 במבוא, בעמ' 123; אצל ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 88–90; אצל דותן, בעמ' 99–101.

209. בעוד שלגבי אשראי דוקומנטרי צריך הבנק המנפיק לעמוד מול בנק אחר במדינה אחרת (הבנק המאשר) ונדרשת אחידות בדרך ההפעלה והפרשנות של מכתב האשראי, הרי שבכל הנוגע לערבות בנקאית, מעורב בדרך כלל רק בנק אחד (מנפיק כתב הערבות), ואין צורך ליצור הרמוניה עם הפרשנות המקובלת של אותו מכתב אשראי על־ידי בנק הנמצא במדינה אחרת. אדרבה, קיים היגיון רב ביצירת הרמוניה בפרשנות המסמך של הערבות הבנקאית – עם כללי הפרשנות הנוהגים בישראל לגבי מסמכים משפטיים אחרים. מכיוון שכללי הפרשנות בישראל עברו משיטה דווקנית, מילולית וטכנית לשיטה הבוחנת את מהות העסקה, הגיונה הכלכלי ונסיבות כריתתה,[94] נראה כי יש להחיל את עקרון ההתאמה לגבי ערבות בנקאית באופן מהותי.

210. זאת ועוד, בפרקים הבאים נראה כי על אף האוטונומיות של הערבות הבנקאית וניתוקה מעסקת היסוד, יצרו בתי המשפט שני חריגים מהותיים ("חריג המרמה" ו"חריג הנסיבות המיוחדות"), אשר בהתקיימם לא ניתן לממש את כתב הערבות הבנקאית. חריגים אלו בוחנים את הערבות הבנקאית על רקע נסיבות הוצאתה. יש בהם פנייה ברורה מן המישור הטכני, הדווקני והמילולי של כתב הערבות הבנקאית, אל המישור המהותי ואל תכלית העסקה בכללותה. בהתאם לכך נראה, כי מכיוון שעקרון האוטונומיה של הערבות הבנקאית מתפרש באופן מהותי, הרי שיש לפרש גם את עקרון ההתאמה באופן מהותי. זאת מכיוון שמדובר בשתי כפות מאזניים, שיש לשמור על איזון ביניהן:

א) כף המאזניים האחת היא עקרון האוטונומיות, המבודד את הערבות הבנקאית מעסקת היסוד, ובכך מגן על מוטב כתב הערבות הבנקאית.

ב) כף המאזניים השנייה, השומרת על איזון המערכת, היא עקרון ההתאמה, המוודא כי לא יבוצע תשלום על־ידי הבנק למוטב אם אין התאמה מוחלטת לתנאי כתב הערבות שנוסחו בהסכמה עם החייב, ובכך מגן על החייב בעסקת היסוד.[95]

---

94 לעניין זה ראה למשל: ד' שורץ "סעדים זמניים – קווים מנחים בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי" מחקרי משפט יג 441 (התשנ"ז); ד' שורץ "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי" עיוני משפט כא 295 (התשנ"ח). כמו כן ראה אצל מאוטנר, בעמ' 519.

95 לעניין זה ראה בבש"א צוריאל, לעיל ה"ש 66 בפרק א, בו מציין בית המשפט (כב' השופטת אלשיך) כי עקרון ההתאמה החל בערבות בנקאית אוטונומית הנו "צידו השני של מטבע הערבות", הניצב מול עקרון העצמאות. יתר על כן; במקרה וקמה אי התאמה אשר אינה שגיאת סופר גרידא, אין המוטב רשאי כמובן מאליו להיאחז בנסיבות חיצוניות לכתב הערבות כדי לטעון כי השגיאה

211. החלת חריגים לעקרון האוטונומיה ופרשנות כתב הערבות באופן מהותי ולא מילולי על רקע עסקת היסוד ביחס לכף המאזניים האחת – המגנה על המוטב, חייבות להתאזן על־ידי החלת עקרון ההתאמה המהותית גם ביחס לכף המאזניים השנייה, המגנה על החייב בעסקת היסוד. על היבט זה נעמוד גם בשלהי פרק ה להלן, עת שהבהרנו כי עקרון ההתאמה הוא צידו השני של עקרון עצמאות הערבות הבנקאית, והוא דורש הקפדה על התאמה בין מסמכי בקשת חילוט הערבות לבין הדרישות שבכתב הערבות, על מנת לאפשר לבנק לשלם את הכספים נשוא הערבות, תוך סיכון מינימאלי כי ישא באחריות עקב היענותו לבקשת מימוש אוטונומית שאינה תלויה בעסקת היסוד.[96] מצופה מהבנק לממש את הערבות מבלי לברר את פרטי עסקת היסוד, ואלמלא דרישת ההתאמה הפורמאלית, היה הבנק מסתכן באיבוד זכות החזרה שלו כלפי יוזם הערבות.[97] נמצא אפוא כי בפנינו כפות מאזניים, אשר באחת נמצא עקרון העצמאות של הערבות הבנקאית ובשנייה נמצא עקרון ההתאמה, ושני העקרונות הללו מאזנים זה את זה ושקולים זה לזה. ברם, מצד אחד, הייתה הפסיקה דווקנית מאוד ונוקשה בהחלת עקרון ההתאמה, כפי שראינו לעיל בהלכות זיברט[98] והית,[99] שבהם קבע בית המשפט כי איחור של יום בעמידה בתנאי הערבות (כשהיום האחרון היה שבת) או מסירת אישור של מהנדס מועצה מקומית חלף אישור המועצה עצמה, באופן שאינו תואם באופן דווקני ופורמליסטי לתנאי כתב הערבות הבנקאית, ימנע את מימושה, אף שברור כי קיימת לכך הצדקה מלאה, עת שבוחנים את הדברים במישור המהותי ועל רקע עסקת היסוד. לעומת זאת, בכל הנוגע לעקרון העצמאות, לא הסתפק בית המשפט בחריג המרמה, והחיל גם את חריג הנסיבות המיוחדות, שיש בו כדי לגרור את בית המשפט לבחינת היבטים של קיום החבות מכוח עסקת היסוד, והמערער במידה מסוימת את היותה של הערבות הבנקאית בטוחה ודאית לגביית הכספים. בהקשר זה נראה כי נקודת האיזון מתערערת, שהרי אם חוזרים לעסקת היסוד ובוחנים את תום הלב, החוקיות, המטרה שלשמה ניתנה הערבות הבנקאית וכיוצ"ב עילות להחלת חריג הנסיבות המיוחדות, הכיצד זה משאירים על כנו את עקרון ההתאמה באופן דווקני? נראה לנו על כן כי מדיניות משפטית ראויה צריכה להביט על

אינה מהותית. במקרה זה, עשוי עקרון העצמאות של ערבות אוטונומית וניתוקה מעסקת היסוד לפעול את פעולתו נגד המוטב עצמו, ולחסום את דרכו להתבסס על עסקת היסוד".

96 עניין חבר, לעיל ה"ש 23 בפרק א, בעמ' 3913–3918; אצל בן אוליאל, בעמ' 482.

97 סיכום זה מצוי בפסה"ד של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט גינת) בפר"ק 973/07 מ' קאש סחר בע"מ נ' ריבנוביץ ולוקשינסקי בתפקידם ככונסי נכסים, תק־מח 2008(4) 11560, 11562 (2008).

98 עניין זיברט, לעיל ה"ש 26 בפרק א.

99 עניין הית, לעיל ה"ש 61 בפרק ב.

הסוגיה בראייה מערכתית כמכלול אחד, כאשר החלטה להרחיב גדריו של חריג לעקרון העצמאות צריכה להתאזן באמצעות הגמשה מקבילה של עקרון ההתאמה. ההתפתחות בפסיקה שהביאה להחלת חריג הנסיבות המיוחדות חייבת להתבטא גם במעבר מעקרון התאמה דווקני לעקרון התאמה מהותי, כדי שתישמר נקודת האיזון בין ההגנה על החייב לבין ההגנה על המוטב.

ראייה כוללת זו של עקרונות הערבות הבנקאית מחייבת אפוא כשלעצמה להחיל את עקרון ההתאמה המהותית, לאור ההתפתחויות שחלו בפסיקה ואשר קבעו חריגים לעקרון האוטונומיה, ופירשו אותו על בסיס התכלית הכלכלית של עסקת היסוד ונסיבות הנפקת כתב הערבות.

פרק ד: חריג המרמה

212. עקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית ובידודה מעסקת היסוד הפך להיות כלל – שיש לו יוצאים מן הכלל. היוצאים מן הכלל המרכזיים הם "חריג המרמה" ו"חריג הנסיבות המיוחדות". בהינתן חריגים אלו התוצאה היא כי העצמאות של הערבות הבנקאית שוב אינה דבר מוחלט, ויש נסיבות (יוצאות דופן מאוד וחריגות), שבהן אפשר למנוע את מימוש הערבות הבנקאית.[1] בפרק זה נעסוק בחריג המרכזי והחשוב ביותר לעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית – הלא הוא חריג המרמה. חריג זה הוכר באופן אוניברסלי בכל שיטות המשפט, ולפיו לא יכבד בנק כתב ערבות בנקאית שהושג במרמה, או שמימושו מתבקש באמצעי מרמה. ובלשונו של כב' המשנה לנשיא חשין בעניין ניקו בדים:[2]

> "חריג אחד יש לו לכלל העצמאות והוא החריג האוניברסלי במשפט: חריג המרמה. חריג זה – לאמיתם של דברים – אינו כלל חריג, והרי כולנו ידענו והכרנו כי ציווי ראשוני בשדה המשפט הוא שמרמה תקעקע כל מעשה ותקרקר כל חומה, כי עָוֶל לא יימצא נשכר בעוולתו וכי הזורע כזב יקצור ריק".

213. הפסיקה שבמסגרתה פותח באופן רחב חריג המרמה עוסקת בעיקרה באשראים דוקומנטריים, אולם בית המשפט העליון הבהיר בעניין ניקו בדים[3] כי:

---

1 ראה בהקשר זה בעניין מוניטין, לעיל ה"ש 18 בפרק ב (מפי כב' השופט גרוניס): "העיקרון בדבר עצמאותה של הערבות אינו מוחלט, שכן ניתן למנוע מימושה של ערבות אוטונומית במקרה של מרמה... או בהתקיים נסיבות מיוחדות, כאשר הכוונה היא בעיקר להתנהגות חמורה במיוחד של הנערב, אף שאינה מגיעה כדי מרמה"; כמו כן, ראה דבריו של כב' השופט גרוניס בעניין רשות שדות התעופה, לעיל ה"ש 22 בפרק ב, בעמ' 133; וראה עוד עניין ברין, לעיל ה"ש 5 במבוא, בעמ' 125–127; עניין שיכון עובדים, לעיל ה"ש 19 בפרק א, בעמ' 455.

2 עניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, בעמ' 789; וכן ראה: בג"ץ 706/94 רונן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נג(5) 389, 417–418 (1999).

3 שם, בעמ' 813; לעניין זה ראה עוד עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 694–695: "ערבות בנקאית איננה, בדרך כלל, הערבות ה'רגילה' שבה עוסק חוק הערבות, והחיוב שבה אינו חיוב טפל לחיוב עיקרי כלשהו (ראה סעיף 1(א) לחוק הערבות)... בשל כך נהוג לראות בערבות בנקאית 'מכתב אשראי לשיפוי' או stand by letter of credit ולהחיל עליה את הדינים החלים על עסקת אשראי דוקומנטרי"; עניין חבר, לעיל ה"ש 23 בפרק א: "גם בבסיס מוסד האשראי הדוקומנטרי

"האשראי הדוקומנטרי והערבות הבנקאית היו, לכאורה, כתאומים שפניהם דומים זה לזה – שבאחד, כן ברעהו, שולט 'עיקר העצמאות' ובצדו 'עיקר ההתאמה'. המסקנה הנדרשת היא, לכאורה, כי דין השניים יהא דין אחד, שהדין החל על האחד חייב, כמו מאליו, שיחול על האחר אף הוא. לא ייפלא מאיתנו אפוא, כי ההלכה עשתה רבות להשוואת הדין החל על השניים, וגם כללי ה־UCP (בסעיף 2 בהם)[4] מחילים אותם כללים על אשראי דוקומנטרי ועל ערבות בנקאית אם במהותה זהה היא לאשראי דוקומנטרי ...
"כך, למשל, חריג המרמה הוחל בהלכה על הערבות הבנקאית כדרך שהוחל על האשראי הדוקומנטרי".

214. חריג המרמה קובע כי מקום שבו התנהגות המוטב, המבקש את מימוש הערבות, נגועה במעשי מרמה חמורים כלפי הצד האחר לעסקת היסוד, אפשר לחסום את מימוש הערבות, זאת כדי שלא יצא חוטא נשכר.[5] בארצות הברית נעשה שימוש בחריג המרמה עת שחברות אמריקאיות רכשו סחורה ונפט מחברות איראניות בתקופת שלטונו של השאה הפרסי, ובתמורה מסרו מכתבי אשראי דוקומנטרי

ניצבים עקרון העצמאות, לפיו מכתב האשראי שבין הבנק הפותח ובין המוכר, עצמאי ומנותק מע־סקת היסוד, ועקרון ההתאמה, לפיו על המוכר למלא את כל התנאים המפורטים במכתב האשראי על מנת לזכות בתמורה מצד הקונה. על כן, נפסק, נוהגים 'להחיל עליה [על הערבות הבנקאית] את הדינים החלים על עסקת אשראי דוקומנטרי'"; רע"א 222/87 פיתוח כוכב יאיר אגודה שיתופית בע"מ נ' דביר ג.פ.ש חברה לבניין ופיתוח בע"מ, פ"ד מא(4) 430 (1987); עניין חברת חשמל, לעיל ה"ש 87 בפרק ב, בעמ' 492; Edward Owen v. Barclays Bank International, A11 E.R. 1 976 (1978); United City Merchants v. Royal Bank of Canada, 2 All E.R. 720 (H.L.) 725 (1982); להחלת הפרק ב־UCC הדן באשראים דוקומנטריים גם על ערבות בנקאית ראה O'Grady v. First Union Bank 587 D. 2 S.E. 250 (1978); וכן ראה אצל H. Van Houtte, בעמ' 303–305; אצל ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 42; לדעה שונה ראה אצל דותן, בעמ' 92.

4 בכללי ה־UCP על־פי נוסחם הנוכחי (משנת 1993), נקבע בסעיף 1 כי:
"The [UCP] shall apply to all documentary credits including to the extent to which they may be applicable, Standby Letter(s) of Credit...".

5 עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא: "מוכרים מצבים קיצוניים שבהם התרחשויות הקשורות בעסקת היסוד עשויות להשפיע על הערבות חרף עצמאותה ולהביא למניעת מימושה, אפילו נתקיימו כל תנאיה. שניים הם החריגים המוכרים לעניין זה: חריג המרמה וחריג הנסיבות המיוחדות, העשויים להצדיק התערבות בעצמאותה של הערבות. מקום שהתנהגות המוטב המבקש את מימוש הערבות נגועה במעשי מרמה חמורים כלפי הצד האחר לעסקת היסוד, ניתן לחסום את מימוש הערבות כדי שלא יצא חוטא נשכר"; כמו כן ראה עניין טפחות, לעיל ה"ש 74 בפרק א, בעמ' 68.

וערבויות בנקאיות להבטחת התשלום. בעקבות המהפכה האסלאמית באיראן, בשנים 1979–1980, מנע השלטון החדש ביצוע של החיובים, אך במקביל פנה לתבוע מימוש של כתבי האשראי והערבויות הבנקאיות. בתי המשפט בארצות הברית מנעו זאת תוך עשיית שימוש בחריג המרמה.[6] להלן שלוש דוגמאות מן הפסיקה בעניין זה:

א) פסק הדין בעניין **Itek**:[7] ממשלת איראן שילמה ליצרן אמריקאי של ציוד אופטי "דמי קדימה", ולהבטחת החזרתם במקרה של אי אספקת הסחורה, מסר הספק האמור מכתב אשראי לשיפוי (כלומר, ערבות בנקאית). החברה האמריקאית סיפקה סחורה בשווי העולה על דמי הקדימה, אך עם עליית המשטר האסלאמי באיראן, נמנע מן החברה להמשיך ולספק את יתרת הסחורה, ועל אף זאת דרשו האיראנים מימוש של מכתב האשראי. המשמעות הייתה השבת הכספים בגין סחורה שסופקה, כך שזו תיוותר בידי ממשלת איראן – בלא ששולמה תמורה בגינה. בית המשפט קבע שזוהי תרמית כפשוטה, ולא אפשר חילוט מכתב האשראי הדוקומנטרי.

ב) פסק הדין בעניין **Rockwell**:[8] ספק אמריקאי מסר מכתבי אשראי לשיפוי (כלומר ערבויות בנקאיות) להבטחת חיובים חוזיים של ספק אמריקאי כלפי ממשלת איראן. בעקבות נפילת השאה והמשבר ביחסי ארצות הברית ואיראן, עקב תפיסת בני הערובה האמריקאים בטהרן, מנעה ממשלת איראן מן הספק האמריקאי לבצע את החוזה. הספק האמריקאי היה מוכן מצידו לספק את הסחורה, על אף שהיה יכול לטעון לסיכול, ברם שהאיראנים מנעו את הביצוע. אם לא די בכך, הרי שהם גם ביקשו לחלט את הערבות שניתנה להבטחת הביצוע, שאותו סיכלו בעצמם. בית המשפט מנע את חילוט מכתב האשראי, בקובעו כי מקום שבו צד גורם להפרת חוזה, ולאחר מכן דורש תשלום בגין ההפרה שלה גרם בעצמו – בפנינו תרמית:[9]

"We think that the essence of the fraud exception is

---

6 לעניין זה ר' H. Getz, *Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Iranian Letters of Credit Cases*, 21 Harv. Int. L. J 189 (1980); Note: *Fraud in the Transaction: Enjoining Letters of Credit during the Iranian Revolution*, 39 Harv. L. Rev. 992(1980); Note: *The Role of Standby Letters of Credit in International Commerce: Reflections after Iran*, 20 Va. J. Int'l L. 459(1980).

7 Itek Corp. v. First National Bank of Boston, 730 F. 2d. (1984). 19

8 Rockwell International Systems Inc. v. Citibank NA, 719 F. 2d. 583 (1983).

9 שם, בעמ' 589.

> that the principle of the independence of a bank's obligation under the letter of credit should not be extended to protect a party that behaves so as to prevent performance of the underlying obligation ... the fraud inheres in first causing the default and then attempting to reap the benefit of the guarantee".

ג) פסק הדין בעניין **Harris**:[10] באותו מקרה התקשרה חברה אמריקאית עם רשות הרדיו והטלוויזיה של איראן בחוזה לאספקת 144 ממסרי שידור. Harris סיפקה 138 ממסרי שידור, ונמנע ממנה לספק את היתרה (שישה ממסרים) בעקבות המהפכה שהתרחשה באיראן. על אף זאת, דרשה רשות הטלוויזיה האיראנית לגבות את מלוא התשלום על־פי מכתב האשראי. בית המשפט קבע כי Harris ביצעה "קיום מהותי" של עסקת היסוד, לכן סיווג את דרישת התשלום של רשות הטלוויזיה האיראנית כתרמית, ומנע את מימוש מכתב האשראי.

215. עם זאת, מובן כי הערבות הבנקאית חייבת להישאר מנותקת מעסקת היסוד, ולא, כל טענה בדבר הפרת ההסכם תעלה כדי מרמה. דרגת המרמה שמחמתה אפשר לעכב מימוש של ערבות בנקאית חייבת להיות גבוהה ביותר, עד כדי כך שמדובר יהיה בעליל בניסיון לנצל יתרון לא הוגן, ולהימלט עם כספו של הקונה, מבלי לספק לו סחורה כלל. בהתאם לכך, הבהיר בית המשפט העליון בעניין שוראב כי:[11]

> "הגישה המקובלת היא כי רק מרמה חמורה מצד המוכר אשר לא מילא כלל את חיוביו וחובותיו במסגרת חוזה המכר, מצדיקה הוצאת צו האוסר על הבנק לשלם לו בהתאם להתחייבותו במסגרת מכתב האשראי.
> דרגת המרמה, הנדרשת מהמוכר בכל הקשור לחוזה המכר, צריכה להיות כזאת, אשר תגרום לכך שהעיקרון החשוב של ניתוק מכתב האשראי מחוזה המכר לא ישרת עוד שום

10 Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television 691 F. 2d. 1344 (1982).

11 ראה בעניין זה עניין שוראב, לעיל ה"ש 95 בפרק ב, בעמ' 698, ובו מציין כב' הנשיא שמגר כי דרגת המרמה חייבת להיות ברמה "אשר תגרום לכך שהעיקרון החשוב של ניתוק מכתב האשראי מחוזה המכר לא ישרת עוד שום מטרה לגיטימית, ושהמרמה לא תאפשר למבצעה לנצל יתרון לא הוגן ולהימלט עם כספו של הקונה".

מטרה לגיטימית, ושהמרמה לא תאפשר למבצעה לנצל יתרון לא הוגן ולהימלט עם כספו של הקונה...

...

אי התאמת הסחורה לחוזה המכר עדיין אינה מורה על קיום יסוד נפשי של ידיעה על המרמה או על כוונה להטעות. מובן שבטענת מרמה אין די. החריג הפסיקתי של מרמה בחוזה המכר בו התשלום נעשה על־ידי מכתב אשראי, התוחם את גבולו של העיקרון המרכזי והחשוב של עצמאות מכתב האשראי הדוקומנטרי, נועד למנוע ניצולו של עיקרון זה לתשלום לידי רמאים, ובשום פנים אין להחילו על מקרה פשוט של אי התאמה חוזית הגורמת להפרת חוזה (ולו גם חמורה) ואפילו מונח האשם החוזי כולו על כתפי המוכר".

216. בעניין שוראב הבהיר בית המשפט העליון כי קיימות שתי תזות ביחס לחריג המרמה:

א) גישתו של Symons[12] – כי יש להסתפק בהוכחת מרמה במובנה הרגיל, דהיינו עוולת התרמית הנזיקית, המקשרת את עקרון המרמה בחוזה המכר נשוא עסקת היסוד לעקרונות חוזיים כלליים של תום לב. גישה זו אינה מקובלת היום בבתי המשפט באנגליה ובארצות הברית.

ב) הגישה המקובלת היא כי צריך מרמה חמורה ביותר, עד כדי כך שעקרון העצמאות לא ישרת עוד שום מטרה לגיטימית והחריג יוחל רק כאשר תכליתו לוודא כי לא יתאפשר למבצע המרמה לנצל יתרון לא הוגן ולהימלט עם כספו של הקונה. כלומר, החריג יחול כאשר בפנינו מרמה המשמיטה כליל את הבסיס המסחרי של חוזה המכר. דוגמה לכך היא מקרה שבו המוכר שלח במקום סחורה, חומר חסר כל ערך, כמו פסולת או אבנים, או לא שלח סחורה בכלל. בכל מקרה אחר, יהיה על הקונה לברר את הסכסוך עם המוכר בדרך של תביעה על יסוד עסקת היסוד, ולא בדרך של צו המונע את מימוש מכתב האשראי. כך למשל קבע בית המשפט האנגלי בעניין **Harbottle** כי אין למנוע מימוש של כתב אשראי, על אף שהטענה היא כי עומדים לממשו שלא בתום לב. בית המשפט שם סירב ליתן צו מניעה כנגד

12 E.L. Symons, *Letters of Credit: Fraud, Good Faith and the Basis for Injunctive Relief*, 54 TUL. L. Rev. 338 (1979–1980); כמו כן ראה Roman Ceramics Corp. v. People's Nat. Bank, 526 F. Supp. (1981).

מימוש מכתב האשראי, ובין יתר המניעים לדחיית הבקשה ציין כי הנזק שייגרם למוסד מכתב האשראי הדוקומנטרי עקב הימנעות הבנק מלממשן גדול בהרבה מן הנזק שייגרם לחייב על־פי עסקת היסוד אם ימומש מכתב האשראי הדוקומנטרי. [13]

שאלה קשה תהא האם יינתן צו למניעת מימוש מכתב האשראי במקרה של משלוח סחורה פגומה בפגם קשה וחמור, ומהו קו הגבול בין מקרה זה לבין משלוח פסולת חסרת כל ערך כלכלי.[14]

217. מבין שתי הגישות הללו, מאמץ כב' הנשיא שמגר ביחס לאשראי דוקומנטרי את השנייה, הדורשת מרמה חמורה ביותר לצורך עיכוב מימוש מכתב האשראי הבנקאי, והוא דוחה את הגישה הראשונה, המסתפקת במרמה "רגילה" לעניין זה. כב' הנשיא שמגר הבהיר כי:

> "גישה מרחיבה זו איננה מקובלת בעיקר משום החשש הרב כי יעילותו המסחרית של מכתב האשראי תיפגע, אם תהיה לקונה אפשרות לעצור את התשלום בכל מקרה שבו נוצרות נסיבות עובדתיות, המאפשרות העלאתה של טענה לכאורית של מרמה, כגון נסיבות של אי התאמת הממכר לתנאי חוזה המכר. יש להזכיר כי ההליך, שבו מתבקש צו לעצירת התשלום, הוא הליך הנעשה בדרך כלל בארצו של הקונה, ואשר המוכר איננו נוכח בו (כמו במקרה דנן, שבו נוכחים נציגי הבנק המוציא והקונה, והמוכר איננו נוכח). הקלה בדרישות המחמירות לגבי טענת המרמה (הן במישור המהותי והן במישור הראייתי) עלולה להביא למצב שבו יוכל הקונה להשתמש בתובענה לעצירת תשלום, כאמצעי לחץ על המוכר. דא עקא, שזה האחרון כבר שלח בשלב זה את הסחורה, ואפילו מדובר בסחורה פגומה – הרי עדיין יש כאן השקעה כספית ממשית מצדו, שתחייב אותו להופיע ולהתדיין בארצו של הקונה. מצב זה עלול לשמוט

---

13 R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd., 1QB 146 (1978): 'The damage incurred by the Bank if it failed to honour its international obligations far outweighed any damage likely to be incurred by the plaintiffs'.

14 ראה בעניין זה: United Bank Ltd. v. Cambridge Sport Goods N.E., 943 D2 949 (1981).

את הבסיס המסחרי של מכתב האשראי, שמטרתו המרכזית היא הבטחת תשלום בלתי מותנה למוכר, שהוכיח על־ידי מסמכים שהסחורה נשלחה לקונה".

218. יושם אל לב, כי להנמקה זו, העוסקת בעצירת המסחר הבינלאומי ובצורך לקיים התדיינות במדינה זרה בעקבות עצירת תשלום לאחר שהסחורה כבר נשלחה, משקל רב ביחס לאשראי דוקומנטרי, אך לכאורה אין מקום להחילה גם ביחס לערבות בנקאית, שאינה ניתנת בדרך כלל במצבים של סחר בינלאומי כדי להבטיח תשלום לאחַר אספקת סחורה למדינה זרה. עם זאת, יש לאמץ את התוצאה האמורה גם ביחס לערבות בנקאית, שכן עקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית מחייב ניתוק מעסקת היסוד בלא שמימוש הערבות מותנה בבחינת השאלה האם קם חיוב מכוח עסקת היסוד אם לאו. על כן, מחלוקת מסחרית רגילה ביחס לקיומה של הפרה בעסקת היסוד אינה עילה לעיכוב במימוש הערבות הבנקאית – ולא תוגדר כמרמה. אם לא תאמר כן, תימצא לוקה מידת הבטוחה שמעניקה הערבות הבנקאית, וכל טענה בדבר הפרה של החוזה נשוא עסקת היסוד תחייב בירור: האם אין המדובר בחריג המרמה, לנוכח חוסר תום הלב החוזי בעסקת היסוד, או הפרה של החוזה ובכך יימצא כי הלכה למעשה מימוש הערבות הבנקאית יהפוך להיות תלוי בהתדיינות ביחס לעסקת היסוד.

219. בהקשר זה, מוסיפים ששון, יפרח ושנקר[15] הנמקה נוספת, הנכונה כהווייתה גם לגבי ערבות בנקאית ולא רק לגבי אשראי דוקומנטרי, כי:

"אין צורך לדאוג לביטחונו של הרמאי, אך השיטה נועדה לדאוג לביטחונם של תמי הלב, אף אם טעו או התרשלו. יש להניח כי בעוד שהרמאי ימשיך וישתדל להחזיק בכסף שהושג במרמה בלא לתת תמורה הולמת, ישאף המוכר תם הלב להגיע להסדר הוגן עם הקונה, ולו רק כדי לשמור על אמינותו ושמו הטוב. מסיבה זו על בתי המשפט לשקול היטב אם להיעתר לבקשה להוצאת צו מניעה כנגד בנק, שהתחייב לכבד אשראי דוקומנטרי, ולשקול את כל הנסיבות לרבות הנזק שהוצאת צו כזה עלולה לגרום למוניטין של המערכת הבנקאית, ולביטחון המלא המוענק להתחייבויותיה".

220. על כן, רק מרמה חמורה מהווה עילה המחייבת לחרוג מעקרון האוטונומיות ומצדיקה

15 ראה אצל ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 149.

למנוע את מימוש הערבות הבנקאית. חומרת המרמה היא המאפשרת לחריגה מעקרון האוטונומיות להוות חריג רחוק, שאינו פוגע ככלל בזרימה החופשית של המסחר המתבצע על בסיס הביטחון, שמקנה כתב הערבות הבנקאית. כך למשל מבהיר Van Houtte[16] כי כאשר מדובר במרמה חמורה, שהבנק מודע לה, מחויב הבנק להימנע ממימוש הערבות הבנקאית, ואולם כדי שהבנק לא ייאלץ לברר את סוגיית החבות מכוח עסקת היסוד – חייבת המרמה להיות חמורה:

> "The bank is not entitled to pay the guarantee when there has been manifest fraud by the beneficiary of which the bank is aware. Because the guarantor should not be concerned with the underlying contract, the fraud must be 'manifest'..."

221. חריג המרמה יחול אפוא רק במקרים נדירים, שבהם התנהגות מוטב כתב הערבות היא חמורה במיוחד.[17] אכן, אין החריג האמור מוגבל למעשי מרמה וזיוף, אך תחולתו היא במשורה, ובמקרים קיצוניים ביותר.[18] כך למשל הבהיר בית המשפט בעניין צוריאל לביא[19] כי:

> "לשם הקמת החריגים לעקרון עצמאות הערבות האוטונומית, הלכה פסוקה היא כי אין די בהוכחת תרמית מצד החברה החייבת, אלא יש צורך בהתנהגות פסולה, חמורה ויורדת לשורשו של עניין מצד מוטב הערבות עצמו".

222. בית המשפט העליון סיכם את ההלכה בעניין זה בעניין ניקו בדים[20], בהבהירו כי:

> "קביעת גבולותיו של החריג על דרך צמצומו למרמה חמורה דווקא, נועדה ליצור שיווי משקל ראוי – לדעת ההלכה – בין

16 אצל Van Houtte, בעמ' 309–310.

17 ראה בהקשר זה עניין שיכון עובדים, לעיל ה"ש 19 בפרק א, בעמ' 455, מפי המשנה לנשיא ש' לוין; כמו כן ראה עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 703; וכן ראה עניין ברין, לעיל ה"ש 5 במבוא, בעמ' 124.

18 ראה בהקשר זה עניין AMS, לעיל ה"ש 18 במבוא, בעמ' 403.

19 ראה בש"א צוריאל, לעיל ה"ש 66 בפרק א.

20 עניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, בעמ' 790.

'עצמאותו' של האשראי הדוקומנטרי לבין כיבוד העיקרון כי מרמה לא תעלה אלא פרי באושים. כך באשר לאירוע שבו הייתה מרמה חמורה. ואולם, בכל מקרה אחר – מקרה שאינו עולה כדי מרמה חמורה, בין מרמה בביצוע החוזה בין מרמה במסמכי החוזה – בירור טענותיו של הקונה ייעשה בגדריה של תביעה נפרדת המיוסדת על חוזה המכר ולא במניעת ביצועה של עסקת האשראי האוטונומית".

223. בהתאם לכך, ממשיכים ששון, יפרח ושנקר ומבהירים[21] כי הבנק כשלעצמו אינו יכול להחיל את חריג המרמה ויש צורך בקבלת צו מניעה מבית משפט, לאחר שהחייב על־פי עסקת היסוד מוכיח בפניו את המרמה. בנק לא יישמע בטענת הגנה כי מסרו לו מידע לפיו נחה דעתו שאירעה מרמה, או שבנקאי סביר היה מסיק בנסיבות העניין קיומה של מרמה, שאם לא כן, יהיה על המוטב להוכיח היעדר מרמה כתנאי לתשלום. משום כך, אין די בכך שבעיני בנקאי סביר יתעורר חשש (אף אם מבוסס) לקיומה של מרמה, ואין די בכך שהמידע שקיבל מלקוחו יהיה כזה שיוביל בנקאי סביר למסקנה בדבר קיום מרמה, המצדיקה הימנעות מתשלום. מי שטוען לקיום מרמה, חייב להוכיחה בבית המשפט, ואם לא יעשה כן – יכבד הבנק את הערבות הבנקאית שהנפיק, ולא יעכב את מימושה כדי לא לפגוע במידת הבטוחה שהיא מספקת.

224. החייב על־פי עסקת היסוד הפונה לבית המשפט כדי להחיל את חריג המרמה, נדרש להוכיח מעל לכל ספק את קיומה של המרמה בעסקה הנוכחית, ולא די בחשש, אף כי מבוסס וממשי, למרמה עתידית. בהתאם לכך קבע בית המשפט בעניין לב,[22] כי אין ליתן צו מניעה לעצירת תשלום מכוח כתב אשראי דוקומנטרי, שכן המרמה הנטענת התייחסה לעסקה קודמת, והחשש כי אף בעסקה הנוכחית תתרחש תרמית הוא חשש עתידי ולא הוכח. מצד שני, יושם אל לב כי אם מתבקש צו המניעה מבית המשפט, לאחר שהבנק כבר שילם את הכספים נשוא הערבות הבנקאית, הרי שבפנינו צו הנעדר כל תוקף, שהרי הבנק כבר מיצה את חובותיו מכוח כתב הערבות הבנקאית ובכך יצא מן התמונה. בדומה לכך, אם הבנק סיחר את השטר ל"אוחז כשורה" – אי אפשר עוד לעצור את התשלום. יש להגיש אפוא את הבקשה למתן צו מניעה בשלב שלפני מימוש הערבות הבנקאית, ולאחר

21 אצל ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 189.

22 המ' (ת"א) 9531/92 ת"א 1116/92 לב בע"מ נ' בל"ל (לא פורסם); וראה גם: KMW International v. Chase Manhattan Bank, 606 F2d 10 (1979).

שאפשר להוכיח מעשה מרמה ממשי ולא עתידי.

225. נמחיש את יישום העקרונות האמורים באמצעות עיון בשורת פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שניתנו ביחס לאשראי דוקומנטרי:

א) בעניין אמסלם[23] נדון מקרה של מטען דגים שנמצא פסול למאכל אדם. בית המשפט קבע כי כאשר מטען בסדר גודל כזה (24 טון) נמסר כשהוא כולו פסול למאכל, ומתבקש תשלום בגינו תוך ניסיון לממש את מכתב האשראי, בפנינו מקרה קלאסי של מרמה רבתי המשמיטה את הבסיס המסחרי של חוזה המכר, ומצדיקה צו למניעת התשלום למוכר.

ב) לעומת זאת, בעניין ערטול גליל[24] נדון מקרה שבו סופק מטען פגום של משקאות קלים. בית המשפט קבע כי יש לבחון את טענת התרמית על בסיס מועד המשלוח, ולא על בסיס מועד הגעת המטען לגמל היעד, וכאשר ייתכן כי הטובין נפגמו בזמן האחסנה, לאחר שהם יצאו משליטתו של המוכר, הרי שאף אם המוכר פעל ברשלנות, אין להחיל את חריג התרמית.

ג) יתרה מכך, בעניין ט.ר.[25] נדון מקרה שבו נקבע בעסקת היסוד כי יסופקו סחורות (עצים) בלחות הנעה סביבות 20%, ובפועל סופקו סחורות בלחות של 27%. בית המשפט ציין כי אף אם מדובר בהפרה של ההסכם, אין המדובר במרמה רבתי, המצדיקה הוצאת צו למניעת התשלום למוכר.

ד) כמו כן, בעניין מן[26] סופקו מוצרי נייר שלא תאמו את המוזמן ואף היו חסרי ערך. בית המשפט קבע כי גם אם המדובר בהפרה של ההסכם, אין המדובר במרמה רבתי, וממילא אין מקום להוצאת צו למניעת התשלום למוכר.

226. דוגמה מובהקת למרמה חמורה, שבה הוחל חריג המרמה, היא פסק הדין המנחה

---

23 המ' (חי') 6200/91 אמסלם חברה לשיווק בע"מ נ' בנק המזרחי (לא פורסם).

24 המ' (חי') 12545/93 Trade Investment International (1933) Ltd. נ' ערטול גליל למשקאות קלים בע"מ (לא פורסם).

25 המ' (ת"א) 2757/86 בל"ל נ' ט.ר. חברה למסחר וייבוא עצים בע"מ, פס"מ תמש"ט (3) 461.

26 המ' (רמ') 1418/94 מן אכסנה ייצור ושיווק נייר ומוצריו בע"מ נ' Tracopac International (לא פורסם); וראה גם המ' (י"ם) 4142/89 א.ג.אי.ד.ס. סחר בינלאומי בע"מ נ' בל"ל (לא פורסם).

של בית המשפט העליון של מדינת ניו יורק בעניין **Sztejn**.[27] באותו מקרה הספק (המוטב לפי מכתב האשראי) העמיס על הספינה אשפה (שערות פרה, חומר חסר ערך אחר וזבל) במקום הסחורה המוזמנת (זיפים). כלומר, הוצגו מסמכים שתאמו לחלוטין את הדרישות המופיעות במכתב האשראי, אבל בפועל הייתה כאן מרמה על־פי עסקת היסוד, ומה שסופק אף לא התיימר לקיים את תנאי עסקת היסוד. עובדה זו הובאה לידיעת הבנק, ועל אף זאת גרס הבנק כי מכיוון שיש התאמה מוחלטת בין המסמכים שהוצגו לו לבין תנאי מכתב האשראי, מוטל עליו לבצע את התשלום. בית המשפט העליון של מדינת ניו יורק (השופט Sheintag) קבע, בנסיבות אלה, את חריג המרמה כאחד מכללי היסוד בשיטת האשראי הדוקומנטרי בארצות הברית. הוא הבהיר כי אלמלא היה מגיע מידע לידי הבנק, והוא היה מבצע את התשלום על בסיס ההתאמה בין המסמכים שהוצגו לו לבין תנאי מכתב האשראי, הרי שלא ניתן היה להלין במאומה על הבנק, שהרי לא מוטל על הבנק להרים את המעטה ולהציץ אל המציאות כפי שהיא נגלית מעבר למתואר במסמכים. אולם כאשר יש בידי הבנק מידע לפיו המסמכים אינם משקפים את המציאות, ובדבר קיומה של מרמה, הרי שאין מקום למימוש מכתב האשראי. ובלשונו של בית המשפט:

> "....Where the seller's fraud has been called to the Bank's attention before the drafts and documents have been presented for payment, the principle of the independence of the Bank's obligation under the letter of credit should not be extended to protect the unscrupulous seller.
> It is true that even though the documents are forged or fraudulent, if the issuing bank has already paid the draft before receiving notice of the Seller's fraud, it will be protected if it exercised reasonable diligence before making such payment".28

27 Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp., 2 NY supp. 631, 634 (1941); כב' המשנה לנשיא חשין, מציין בעניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, כי פסק הדין בעניין **Sztejn** הוא פסק הדין המפורסם ביותר והמנחה בעניין חריג המרמה לגבי אשראי דוקומנטרי; כמו כן, ראה בסוגיה זו את פסק הדין המנחה באנגליה בעניין Edward Owen v. Barclays Bank (International), All. E. R. 976 (1978).

28 באותו מקרה נדונה בקשה למחיקה על הסף בהיעדר עילה, שהגיש הבנק מנפיק מכתב האשראי הדוקומנטרי, וזאת על בסיס עקרון האוטונומיה של הערבות וניתוקה מעסקת היסוד. מכיוון

א) יצוין כי על אף שמאז הלכת **Sztejn** לא חלק איש על קיום חריג המרמה, הרי שיש מחלוקות לגבי פרטיו של חריג זה, והסוגיה אינה מוצאת ביטוי ב־UCP. באנגליה הוסדרה סוגיית המרמה בפסיקה בלבד, והדיון הגיע לבית הלורדים רק בשנת 1981 בעניין **United City Merchants**.[29] בארצות הברית הוסדר חריג המרמה בסעיף 5–114 ל־UCC, שהוא דבר החקיקה היחיד המסדיר את סוגיית חריג המרמה.[30] בישראל התעוררה מחלוקת עזה בדבר ההגדרה של מרמה חמורה, ועליה נעמוד להלן.

ד(1) מרמה חמורה – באילו נסיבות?

227. ראינו לעיל כי חריג המרמה הוחל אך ורק כאשר התרחשה מרמה חמורה, להבדיל ממקרים רגילים של הפרת חוזה. אימתי יוגדרו הדברים כמרמה חמורה ומה מותרה של מרמה זו על פני הפרה "רגילה" של חוזה? סוגיה זו מתבהרת לעומקה ובמלוא היקפה, עת שנדונה מחלוקת מלומדים, בין פרופ' י' דותן לבין פרופ' מ' מאוטנר, בשאלה: האם יש צורך במרמה חמורה רק בעת שעסקינן בהפרה של עסקת היסוד, אך בעת שבפנינו הפרה של תנאי מכתב האשראי עצמו ניתן להסתפק במרמה "רגילה", או שמא גם ביחס לכתב הערבות עצמו נחוצה מרמה חמורה דווקא? נסקור אפוא את דעותיהם של דותן ומאוטנר בסוגיית המרמה, נעמוד על הנמקותיהם ודרך הילוכם, ולאחר מכן נראה את הכרעתו של בית המשפט העליון בסוגיה זו, בפסק הדין בעניין מליבו.[31]

228. פרופ' דותן מביא שלוש גישות להגדרתה של "מרמה חמורה":[32]

שמדובר היה בשלב ראשוני של ההתדיינות, ביסס בית המשפט (השופט שיינטג) את פסק דינו על ההנחות שנקבעו בכתב התביעה עצמו (כמקובל בבקשות לסילוק על הסף), לפיהן לא מדובר היה בהפרת חוזה או ברשלנות, אלא במרמה רבתי. כמו כן, הניח בית המשפט כי האוחז בשטר החוב לא היה "אוחז כשורה", שכן היה זה הבנק המכותב שפעל כשלוחו של המוכר הרמאי. מובן, עם זאת, כי אילו היה מדובר בתובע המחזיק בכתב האשראי כ"אוחז כשורה" (כמשמעו של מונח זה על־פי דיני השטרות), היה הבנק המנפיק מחויב בתשלום; לעניין זה ראה ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 192.

29 United City Merchants (Investments) v. Royal Bank of Canada, 2 W.L.R. 1039 (1982).

30 ראה בהקשר זה: Note: *Letters of Credit: Injunction as a Remedy for Fraud in UCC Section 5–114*, 63 Minn. L. Rev. 487, 506–507 (1978–1979).

31 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א.

32 אצל דותן, בעמ' 92.

א) גישת המרמה המכוונת הרגילה: גישתו של פרופ' Symons המוצאת ביטוי בכמה פסקי דין שניתנו בארצות הברית,[33] היא, כי הגדרת המרמה לעניין "חריג המרמה" המצדיק עצירת תשלום מכוח מכתב אשראי דוקומנטרי או ערבות בנקאית – זהה להגדרת המרמה ביתר תחומי המשפט האזרחי.[34] כלומר, חריג המרמה יופעל בכל מקום שבו בפנינו "מרמה מכוונת", דהיינו מצג שווא מכוון של המוכר המציג מסמכים התואמים על פניהם את דרישות מכתב האשראי הדוקומנטרי, אך בפועל אינם מייצגים את הסחורה שהם מתיימרים לייצג, זאת מתוך כוונה להטעות. בהתאם להגדרה זו נמצא כי בכל מקרה שבו מוצגים מסמכים התואמים לדרישות מכתב האשראי, אך המוכר מפר במודע את חובותיו על־פי חוזה המכר, בפנינו מצב המצדיק הענקת צו מניעה נגד התשלום.

ההנמקה לגישה זו היא כי יש למנוע ממוכר לא ישר לנצל לרעה את עקרון האוטונומיה של האשראי הדוקומנטרי, לכן בכל מקרה של הפרה בזדון של חוזה המכר, יש למנוע קבלת התשלום.

פרופ' Symons מבסס את גישתו על נימוקי מוסר ויושר, וגם על נימוקי יעילות, שכן שימוש לרעה בעקרון האוטונומיה על־ידי מוכרים לא ישרים יפגע לדעתו באמינות האשראי הדוקומנטרי. כדי למנוע שימוש לרעה בחריג המרמה הוא מצדד בהוכחה ברורה של יסוד נפשי של מרמה מצד המוכר.

פרופ' דותן מבקר נמרצות גישה זו, לאור הרציונל המסחרי והמשפטי של האשראי הדוקומנטרי, שתכליתו להשיג הבטחה אבסולוטית לתשלום מצד הבנק, אשר תחסוך ויכוח או טענות המתייחסות לעסקת היסוד. פרופ' דותן

33 NMC Enterprises Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc., 14 UCC Serv. 1427, 1429 (1974); West Virginia Housing Development Fund v. Soroka, 415 F. Supp. 1107, 1114 (1976).

34 ראה סעיפים 56 ו־57 לפקודת הנזיקין, העוסקים בעוולת התרמית: "56. תרמית היא הצג כוזב של עובדה, בידיעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות ראש, כשלא אכפת למציג אם אמת היא או כזב, ובכוונה שהמוטעה על־ידי ההיצג יפעל על־פיו; אולם אין להגיש תובענה על היצג כאמור, אלא אם היה מכוון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על־פיו וסבל על־ידי כך נזק ממון; 57. אין להגיש תובענה על היצג כאמור בסעיף 56, שנעשתה בנוגע לאפיו של אדם, להתנהגותו, לאשראי שלו, לכושרו, למלאכתו או לעיסוקו, כדי להשיג בשבילו אשראי, כסף או טובין, אלא אם היה ההיצג בכתב חתום בידי הנתבע עצמו". עוולת התרמית הנזיקית מורכבת אפוא מחמישה יסודות: מצג כוזב של עובדה; ידיעה שהמצג כוזב; כוונה שהתובע יוטעה על־ידי המצג ויפעל בהסתמך עליו; פעולת התובע נעשתה בהסתמך על המצג; נגרם נזק ממון לתובע עקב פעולתו על סמך המצג; לעניין זה ראה עדה בר שירה התרמית 7 (ירושלים, התשל"ט).

מבהיר כי שיטתו של Symons תאפשר לקונה למנוע או לעכב תשלום גם כשהסחורה כבר לא בידי המוכר, על־ידי העלאת טענות לגבי אי התאמת הסחורה ולגבי יסוד נפשי של מרמה. פרופ' דותן סבור כי הפתרון המוצע לכך על־ידי תומכי הגישה של המרמה הרגילה – הצבת דרישות הוכחתיות קשות בדבר היסוד הנפשי – אינה פותרת את עצם ההתדיינות, ואדרבה – היא מאריכה את ההתדיינות, שהרי צריך להוכיח יסוד נפשי, שזהו עניין מורכב. על כן, מציין פרופ' דותן, כי הקריטריון לחריג המרמה בפסיקה האנגלית צר הרבה יותר, הן במישור המהותי והן במישור הראייתי.[35]

ב) גישת המרמה החמורה ביותר (Egregious Fraud): לפי גישה זו יינתן צו מניעה רק אם המרמה כה חמורה עד כי השמירה על עקרון האוטונומיה ירוקן מתוכן את העסקה כולה. לפי גישה זו, אין די בהפרה מודעת של עסקת היסוד, ואף לא במצג שווא, אלא על המרמה להיות כסות להפרה טוטאלית של עסקת היסוד. כך, למשל, לא די לשלוח מכונה מדגם שונה מן המוסכם, או עם פגם במנוע, אלא במשלוח ארגז ריק ("היה מנוע...?") או ערימת גרוטאות.

לפי גישה זו, פגיעה בעקרון האוטונומיה תהיה רק אם המרמה היא מוחלטת, זאת כדי לשמור על עקרון היעילות המסחרית. רק במקרים פתולוגיים של רמאי מקצועי שבו גם ההוכחה של המרמה היא קלה ופשוטה מבחינה ראייתית – יחול החריג.

פרופ' דותן מציין בהקשר להצדקת גישה זו כי קיימים שני סוגי סיכונים ביחס להפרת חוזה: סיכון ראשוני – הסיכון שייגרם מחמת הפרת העסקה עצמה; סיכון משני – הצורך לנהל הליכים משפטיים כדי להיפרע. במסגרת עסקת אשראי דוקומנטרי, מסכימים הצדדים כי הסיכון המשני לא יחול על המוכר, שאינו צריך לקיים התדיינות משפטית כדי לקבל את כספו. צו עצירת תשלום משנה את סדר חלוקת הסיכונים ומטיל את הסיכון המשני על המוכר. דבר זה מוצדק רק כשיש מרמה רבתי, שאז חל למעשה הסיכון הראשוני, בהיעדר עסקה כלל.

גישה זו אומצה בפסק הדין הנ"ל בעניין **Stejzn**, שבו עמד המוטב על־פי עסקת היסוד בכל תנאי עקרון ההתאמה, והציג מסמכים התואמים לחלוטין

---

35 באנגליה ראה: R. D. Hardbottle Merchentile Ltd. v. National Westminster Bank, 2 All E.R. 862, 870 (1977); Discount Records v. Barclays Bank, 1 W.L.R. 315, 319 (1975); ובארצות הברית ראה: Intraworld Industries Inc v. Girard Trust Bank, 336 A 2nd. 316 (1975); Roman Ceramics Corp. v. People's National Bank, 517 F. Supp. 526, 535 (1981).

על־פי מכתב האשראי, אלא שבפועל המטען שהיה על הספינה לא כלל את הסחורה המוזמנת, אלא אשפה.

ג) הגישה הצרה – מרמה במסמכים בלבד: מרמה, ולו גם חמורה, שאינה מתייחסת למסמכי האשראי אלא לעסקת היסוד, אינה מהווה עילה לעצירת תשלום.[36]

גישה זו מגשימה באופן מלא את עקרון האוטונומיה של האשראי הדוקומנטרי ואת היתרונות הפרקטיים שלו, שהרי חריג המרמה יוחל רק לגבי מכתב האשראי עצמו.

נגד גישה זו נטען כי אין זה סביר לייחס לקונה הסכמה מכללא למעשי מרמה מצד המוכר – באותם פרטים שאינם מכוסים על־ידי מסמכים. כלומר, העובדה שהקונה לא דרש כיסוי דוקומנטרי לפרט מסוים, אין פירושה כי הוא מחל על זכותו לטעון למרמה לגבי אותו פרט.

על כך משיב פרופ׳ דותן כי טיעון זה מבלבל בין הסכמה למרמה שהתרחשה בפועל (הסיכון הראשוני) לבין נכונות של צד לחוזה לקחת על עצמו את הסיכון הכרוך בצורך בהתדיינות (הסיכון המשני), סיכון שאותו הקונה לא קיבל על עצמו. אכן, שערי טיעון בדבר מרמה לא ננעלו מעולם, אבל אין כל סיבה שהקונה ייאלץ להתדיין ביחס לכך בטרם יוכל לממש את מכתב האשראי שבידו.

טענה נוספת מועלית נגד גישה זו והיא שההבחנה בין מקרים שבהם יוחל חריג המרמה למקרים שבהם לא יינתן צו שיעצור את מימוש מכתב האשראי, תיגזר ממיקומו של הסעיף שהופר, והאם הוא נכלל בעסקת היסוד, או שמא מדובר בהסכמה שנכללה במכתב האשראי עצמו. לעומת זאת, אין משקל לגודל המרמה, היקפה ומשקלה הכלכלי וחומרת התנהגותו של המוכר. כך, למשל, אפילו המרמה היא בפרט שולי וחסר ערך שאינו משפיע כלל על ערך הממכר – יוכל הקונה שהוכיח מרמה להשיג צו לעצירת תשלום. הטעם לצורך בהפרה מהותית נעוץ היה בניתוק מכתב האשראי מעסקת היסוד. אך אם עסקינן במרמה ביחס למכתב האשראי עצמו, הרי שלכאורה גם מרמה רגילה תאפשר הוצאת צו שימנע את מימוש מכתב האשראי.

---

36 בגישה זו תומך: H. Harfield, *Enjoining Letter of Credit Transaction*, 95 Banking L. J. 596 (1978); וכן: J. B. Justice, *Letters of Credit — Expectations and Frustrations*, 94 Banking L. J. 424 (1977); וכן ראה: Siderios Inc. v. Wallace Co. Inc., 383 S.W. 2. d. 852, 859 (1979).

229. פרופ' דותן מצדד בגישה משולבת של שתי השיטות האחרונות (גישת המרמה החמורה וגישת המרמה במסמכים), ולדידו אפשר יהיה לעצור מימוש של מכתב אשראי במקרה של מרמה רבתי או במקרה של מרמה במסמכים או זיוף. כלומר, הצורך במרמה רבתי מתעורר רק כאשר המרמה אינה מתייחסת לתנאי מכתב האשראי עצמם, אלא לתנאי עסקת היסוד. לעומת זאת, מרמה הנוגעת ישירות לתנאים הקבועים במכתב האשראי עצמו – יחול חריג המרמה, גם כאשר אין המדובר במרמה רבתי.

230. על גישה זו חולק פרופ' מאוטנר מכול וכול וניתוחו מנותב בדרך ההילוך הבאה:[37]

א) פרופ' מאוטנר מבחין בין שתי קונספציות:

(1) הפרה יסודית שיסודה בדיני החוזים – במקרה של הפרה יסודית, אפשר לבטל חד צדדית את החוזה, בלא צורך בפנייה לצד השני למתן ארכה לקיום ההתחייבות.[38] מושג ההפרה נמדד על־פי מידת ההגנה על אינטרס הציפייה של המתקשר בחוזה לקבל את התמורה הקבועה בחוזה. חוזה הופר כאשר האינטרס שהובטח באמצעותו אינו מתקיים. כך, למשל, יכול להיות שמישהו מספק סחורה בעלת ערך כלכלי רב, אבל היא לא מן הסוג שציפה לו הצד השני לחוזה, והדבר ייחשב הפרה יסודית, המאפשרת את ביטולו של החוזה.

(2) כישלון תמורה מוחלט, שיסודו בדיני שטרות ובדיני עשיית עושר ולא במשפט. האינטרס המוגן בהקשר זה הוא אינטרס ההסתמכות שמכוחו מקנה המשפט שיפוי בגין ההוצאות שהוציא צד לחוזה בהסתמך על התקשרותו החוזית, באופן שמצבו יושווה למצב שבו היה מצוי אלמלא מצגי השווא שמחמתם כרת את החוזה. כמו כן, מוגן במקרה זה אינטרס ההשבה, שמכוחו יש להשיב לצד הנפגע את כל מה שהעניק לצד המפר בעת כריתת החוזה. התביעה היא לתשלום על־פי דיני עשיית עושר ותנאי להצלחתה הוא שהפרת החוזה מגיעה לדרגה של כישלון תמורה מוחלט, כך שהנתבע לא קיים אף אחד מן החיובים שנטל

37 אצל מאוטנר, בעמ' 501.

38 סעיף 7(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

על עצמו, או שקיים את חיוביו באופן שהוא חסר כל ערך לחלוטין מבחינה כלכלית.

ב) פרופ' מאוטנר גורס כי כשמדובר במכתב אשראי מסחרי, הרי שהיקפו של חריג המרמה צריך להיתחם באופן שיהא מקביל לכישלון תמורה מוחלט, ולא להפרה יסודית של חוזה.

231. הטעם לכך הוא כי מוכר רשלן עלול לשלוח לקונה בתום לב טובין שאינם מתאימים. דבר זה יהווה הפרה יסודית של עסקת היסוד ויפגע באינטרס הציפייה של הקונה. עם זאת, אין המדובר ברמאי השולח טובין שהם חסרי ערך מיסודם.

232. לעומת זאת, מבחן המבוסס על דוקטרינה של כישלון תמורה מוחלט, במובן של היעדר תמורה או של אספקת סחורה הנעדרת שווי כלכלי כלשהו – מאפשר להבחין בין רשלנים לבין רמאים. האחרונים מהווים סיכון לא רק במישור המשני של הצורך בהתדיינות, אלא גם במישור הראשוני של האפשרות לגבות את הכספים נשוא עסקת היסוד, שכן בדרך כלל רמאי מכלכל את צעדיו מראש בדרכי תרמית, ואינו מסתפק במשלוח סחורה חסרת ערך, אלא מבריח רכוש כך שלא ניתן יהיה לגבות ממנו את החזר הסכום שהוצא במרמה, גם לאחר מעשה, בעת נקיטת הליך משפטי. הדוקטרינה של כישלון תמורה מלא, מאפשרת להבחין בין מוכרים הגונים, שהתנהגותם אינה מצביעה על סיכון כזה, לבין רמאים, שיש חשש כי יבריחו רכוש.

233. בנוסף, פרופ' מאוטנר מציין את דעתם של Fuller ו־Perdue,[39] המדרגים את הצורך להגן על אינטרסים לאור שיקולי הצדק כדלהלן: בראש ובראשונה בא אינטרס ההשבה, אחריו אינטרס ההסתמכות, ורק אחרון בא אינטרס הציפייה. על כן, הדוקטרינה של הפרה יסודית, המגנה על אינטרס הציפייה, מהווה עילה חלשה יותר למניעת תשלום מכוח מכתב אשראי מסחרי, לעומת הדוקטרינה של כישלון תמורה מוחלט, המתמקדת באינטרס ההשבה – עקב משלוח טובין חסרי ערך על־ידי המוכר.

234. פרופ' מאוטנר מציין עוד כי ביחס לאשראי דוקומנטרי, יש להקטין את ההרתעה

39 L. Fuller & W. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 Yale L. J. 52, 73 (1936–1937).

של הצדדים מן ההתקשרות, ולפיכך יש להגן על אינטרס צר יותר (של ההשבה) ולא על אינטרס הציפייה, שהוא רחב יותר.

235. פרופ' מאוטנר מצדד במבחן של כישלון תמורה מלא גם מכיוון שבכל הנוגע למכתב אשראי דוקומנטרי, המהווה אמצעי תשלום, עסקינן במאטריה שטרית, שהרי מכתב האשראי הדוקומנטרי הוא שטר.[40] ואכן, יושם אל לב כי בעניין **Sztejn** הנ"ל קבע השופט Sheintag כי חריג המרמה לא יחול מקום שהצד התובע תשלום על־פי מכתב האשראי הוא נעבר של המוכר, הנמצא במעמד של "אוחז כשורה" ביחס למסמכים המוצגים על ידו.[41]

236. את פסק הדין של השופט Sheintag בעניין **Sztejn** מבהיר מאוטנר על רקע פסק הדין בעניין **Old Colony**,[42] בו נדון מקרה של מוכר שהציג לבנק "תעודות מחסנאי" שהתיימרו לייצג כמות של 10,000 שקי סוכר. בפועל נודע לבנק כי במחסן אין שקי סוכר כלשהם, על כן סירב הבנק לשלם על־פי המסמך. השופט Mayer הצדיק את סירוב הבנק לשלם מכוח מסמך כוזב שאינו מייצג טובין. במקרה זה, כמו גם בעניין **Sztejn**, שבו הוצג מסמך בדבר קיומם של טובין על גבי אונייה, כאשר בפועל מולאו הארגזים באשפה, בפנינו טובין נעדרי כל ערך כלכלי. בעניין **Old Colony** מדובר בכישלון תמורה מוחלט עקב אי אספקת תמורה כלשהי, ובעניין **Sztejn** מדובר בכישלון תמורה מוחלט עקב אספקת

---

40 בפרק המבוא הבהרנו כי הערבות הבנקאית מכונה בארצות הברית "מכתב אשראי לשיפוי" והיא נוצרה בארצות הברית על בסיס מכתב האשראי המסחרי. אולם נראה לכאורה כי הנמקה ספציפית זו, של החלת עקרון "כישלון התמורה" עקב היותה של המאטריה שטרית, אינה רלוונטית כשל־עצמה לערבות בנקאית, שהרי בעוד שכתב אשראי הוא אמצעי תשלום ומהווה מסמך סחיר, הרי שערבות בנקאית היא בטוחה ואינה מסמך סחיר (במובן של עקרון הטהירות המקנה לנעבר זכויות טובות משל המעביר). על עניין זה עמוד באופן מפורט בפרק ד(2) להלן.

41 בדומה לכך, ראה בפסק הדין בעניין Discount Records v. Barclays Bank, 1 W.L.R. 315 (1975). באותו מקרה, שלח המוכר רק 275 תקליטים מתוך 8,625 תקליטים שהוזמנו, ויתרת התיבות במשלוח היו מלאות באשפה ובתקליטים שבורים. חלק מהתיבות כלל לא נשלח והיה כי־שלון תמורה טוטאלי כמעט, קרי מרמה רבתי. הייתה שם גם מרמה בקשר להצגת המסמכים, שכן היו מחיקות בכתובות שעל התיבות, כדי להתאים אותן על־פי צורתן החיצונית לדרישות מכתב האשראי. ולמרות זה, דחה בית המשפט את הבקשה למתן צו לעצירת התשלום, וקבע כי הקונה לא עמד בנטל הוכחת טענת המרמה. פרופ' דותן מציין בהקשר זה כי ניתן להצדיק את תוצאת פסק הדין (להבדיל מגישתו לבעיית המרמה) בכך שבאותו מקרה ניתן האשראי על־ידי קיבול של שטר החליפין, כלומר על־ידי אוחז כשורה הגובר בדרך זו על כישלון תמורה מלא. ראה אצל דותן, בעמ' 92.

42 Old Colony Trust Co. v. Lawyers Title and Trust Co., 297 F. 152 (C. C. A. 2d, 1924).

תמורה חסרת ערך. ברם, בשני המקרים הובהר כי חריג התרמית נובע מהיעדר כל ערך כלכלי.

237. לעומת זאת, מקום שבו יש ערך כלכלי לסחורה, הרי שגם אם יש הפרה יסודית של ההסכם או של מכתב האשראי – יצטרך הקונה למצוא את תרופתו בבית המשפט על־ידי הגשת תביעה נפרדת, ולא על־ידי הוצאת צו מניעה נגד האשראי הדוקומנטרי.[43] כך למשל קבע בית המשפט בעניין **Intraworld**:[44]

> "We think that the circumstances which will justify an injunction against honor must be narrowly limited to situations of fraud in which the wrongdoing of the beneficiary has so vitiated the entire transaction that the legitimate purposes of the independence of the issuer's obligation would no longer be served".

238. לעומת זאת סבור פרופ' מאוטנר כי אין לערב אלמנט נפשי של "כוונה" במסגרת חריג המרמה, בשונה מהנדרש לצורך הוכחת עוולת התרמית הנזיקית. אלמנט זה הוא זר לדיני חוזים, ואם יוטל על קונה להוכיח כוונת מרמה של המוכר – הרי שמוצב בפניו נטל שיתקשה לעמוד בו, שהרי מנין לו כי מדובר במרמה ולא בהפרת חוזה, עקב טעות בתום לב או ברשלנות.

239. לנוכח הניתוח האמור, חולק אפוא פרופ' מאוטנר על גישתו של פרופ' דותן, והוא סבור כי גם כאשר בפנינו טענת מרמה הנוגעת להיעדר התאמה בין הסחורה שסופקה לבין מסמכי מכתב האשראי, לא יחול חריג המרמה כל עוד שאין המדובר באי התאמה העולה כדי כישלון תמורה מלא.

240. בשולי המבנה המשפטי המרהיב של פרופ' מאוטנר, נכללת תיאוריה נוספת המהווה סימוכין נוספים לניתוח המשפטי. פרופ' מאוטנר מציין כדלהלן:

---

43 כך למשל מבהיר השופט Sheintag בעניין Asbury Park & Ocena Grove Bank v. National City Bank of New York, 35 N.Y.S. 2d 985 (Sup. Ct. 1942):
"Letters of Credit are independent of the contract of purchase between the seller and the purchaser, unless there was such a fraud on the part of the seller that there were no goods shipped even though shipping tickets were presented".

44 Intraworld Industries, Inc. v. Girard Trust Bank, D. 2A 316, 324–325 (1975).

א) בדיני החוזים חלה התפתחות מהותית מהמאה ה־19 למאה ה־20.[45] בעוד שבמאה ה־19 הקנו דיני החוזים משקל מכריע להסכמה הפורמלית של הצדדים, והשאיפה הייתה לגבש מערכת כללים נוקשה בלא התחשבות בהשלכותיהם על מאזן הצדק בין המתקשרים, הרי שבמאה ה־20, נחלש התוקף החוזי המחייב הניתן להסכמת הצדדים, וגדל משקלם של ערכי תום לב וצדק, בעיצוב הכללים המסדירים את הקשר בין הצדדים.

ב) כך נוצרו והורחבו דוקטרינות המאפשרות פטור מאחריות חוזית (טעות, סיכול), דוקטרינות המאפשרות ביטול חוזה עקב היותו בלתי חוקי או בלתי מוסרי, ותוכן החוזה נבחן על־פי קני מידה חיצוניים (תום לב, סבירות). בתי המשפט גם הוסיפו תניות מכללא להסכמות הצדדים, מתוך מטרה להשיג פתרון צודק בין המתדיינים.

ג) פרופ' מאוטנר מציין על כן כי:

> "עלייתו של חריג התרמית משקפת את המעבר של דיני חוזים מאחריות מוחלטת לאחריות מסויגת תוך יצירת סטנדרט המאפשר יישום צודק בהתאם לתנאיהם העובדתיים של מקרים פרטיקולריים. אילו עניין Sztejn היה מתעורר במאה ה־19, קרוב לוודאי כי בית המשפט היה אומר שהקונה הסכים לאפשר תשלום למוכר בהתקיים תנאים מסוימים... ומשתנאים אלו התקיימו, אין זה מתפקידו של בית המשפט להוסיף עליהם כדי לחלץ את הקונה מהעסקה לה הסכים. לעומת זאת, השופט Sheintag התערב בקשר שבין המוכר והקונה, תוך שהוא מוסיף עליו תנאי שלא נמצא במסגרתו קודם לכן. בכך הוא מנע תוצאה בלתי צודקת בעליל, במסגרת יחסי המוכר והקונה שנדונו בפניו, ותוך סיוג חבותו של הבנק – שעד אז על־פי כלל העצמאות, נחשבה מוחלטת, בהתקיים תנאי מכתב האשראי. הוא יצר את סטנדרט התרמית האמור להיות מיושם על־ידי בתי המשפט בהתאם לתנאיהם העובדתיים של מקרים נדונים".

---

45 לעניין זה ראה: L. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract (Oxford, 1979); G. Gilmore, The Death of Contract (Ohio, 1974); Friedman, Contract Law in America, (Maddison, 1965).

ד) עם זאת, נראה לנו לכאורה כי ניתוח זה אינו מתיישב עם קביעתו של פרופ' מאוטנר לפיה חריג המרמה ביחס לאשראים דוקומנטריים וערבויות בנקאיות אינו משקף כלל סטנדרטים חוזיים (של הפרה יסודית) אלא נעוץ בסטנדרטים שטריים (של כישלון תמורה מלא). פרופ' מאוטנר מבהיר כי חריג המרמה לא חל במקרה של הפרה יסודית אלא רק במקרה של כישלון תמורה מלא, וממילא אין מקום לייחס את חריג המרמה לגמישות שחלה בדיני החוזים ובדוקטרינות החוזיות.

ה) ואכן, ראינו לעיל כי השופט Sheintag בעניין **Sztejn** קבע סייג לחריג המרמה לפיו יחוב הבנק במימוש מכתב האשראי על אף קיומה של תרמית מצד המוכר – מקום שהצד התובע תשלום על־פי מכתב האשראי הוא נעבר של המוכר, המצוי במעמד של "אוחז כשורה" ביחס למסמכים המוצגים על ידו.

ו) נראה לנו אפוא כי הניתוח האמור של הדוקטרינות החוזיות יפה דווקא לגבי עקרון ההתאמה עליו עמדנו בפרק ג לעיל (ותומך בגישה לפיה יש להחיל את עקרון ההתאמה באופן מהותי ולא באופן דווקני, מילולי ופורמליסטי נוקשה), אך ספק אם יש לתיאוריה חוזית זו מקום ביחס לחריג המרמה.

241. גישתו של פרופ' מאוטנר, לפיה חריג המרמה יוחל במצב של "כישלון תמורה מלא" להבדיל ממצבים של הפרת חוזה ביחס לעסקת היסוד, התקבלה על־ידי בית המשפט העליון בעניין **פוליבה**.[46] באותו מקרה התגלו חומרים רעילים בשמן,

---

46 רע"א 9622/05 **פוליבה** בע"מ נ' בל"ל, תק־על 2006(1) 680 (2006). בית המשפט ציין כי אכן מדובר בהפרה בוטה של חוזה המכר נשוא עסקת היסוד, אולם לא כל הפרה היא מרמה, שכן ההפרה יכולה להיות תוצאה של טעות או של רשלנות, ולאו דווקא של מרמה. אין להשוות זאת למקרה שלא נשלחה סחורה כלל, או שנשלחה סחורה בלי כל ערך כלכלי. בית המשפט ציין כי לא מן הנמנע שהחברה הברזילאית כלל לא הייתה מודעת להימצאותם של חומרים רעילים בשמן, מה עוד שלא היו לה אמצעים טכניים לשם ביצוע הבדיקות, ומדובר בחריגה מזערית בחומציות השמן, אשר יכול ותיגרם עקב טעות אנוש ולא עקב מרמה. בהקשר זה יצוין כי על אף שפסק הדין מפנה למאמרו של פרופ' מאוטנר, הרי שבפועל בהנמקה זו חורג פסק הדין מגישתו של פרופ' מאוטנר לפיה אין לערב אלמנט נפשי של כוונה בחריג המרמה, שכן אלמנט זה הוא זר לדיני חוזים, ובמידה שיוטל על קונה להוכיח כוונת מרמה של המוכר – הרי שמוצב בפניו נטל שהוא יתקשה לעמוד בו, שהרי מנין לו כי מדובר במרמה ולא בהפרת חוזה עקב טעות בתום לב או ברשלנות. בדומה לכך, ציין בית המשפט העליון את האלמנט הנפשי גם בפסק הדין בעניין שוראב, לעיל ה"ש 95 בפרק ב, בעמ' 698: "אי התאמת הסחורה לחוזה המכר עדיין אינה מורה על קיום יסוד נפשי של ידיעה על המרמה או על כוונה להטעות".

אשר מחמתם הוכח כי השמן מסוכן לבריאותם של בעלי חיים, אך לא הוכח כי בעקבות כך השמן נעדר כל ערך כלכלי. בנסיבות אלה קבע בית המשפט העליון (כב' השופט גרוניס) כי לא יחול חריג המרמה. אולם כב' השופט גרוניס הביא בהקשר זה גם את דבריו של פרופ' דותן, ולא נראה שיש בפסק דין זה משום הכרעה במחלוקת המלומדים בשאלה האם יחול חריג המרמה גם בהתקיים מרמה שאינה חמורה, כאשר נשוא הדיון אינו עסקת היסוד, אלא הקיום של התנאים הקבועים במכתב האשראי הדוקומנטרי עצמו.

242. בית המשפט העליון הכריע במחלוקת זו שבין פרופ' דותן לבין פרופ' מאוטנר, בפסק הדין שניתן בעניין מליבו.[47] בעניין זה קיבל בית המשפט את דעתו של פרופ' מאוטנר, וקבע כי חריג המרמה יוחל רק במקרה של מרמה חמורה, וזאת גם כאשר עסקינן בטענת מרמה המועלית נגד התנאים הנזכרים במכתב האשראי עצמו. בית המשפט קבע כי כדי להחיל את חריג המרמה, יש צורך במרמה העולה כדי כישלון תמורה מלא ולא די בהפרה יסודית, זאת כדי לצמצם את תחולתו של חריג זה ככל שרק אפשר, ולמנוע את הפגיעה בעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית. בית המשפט הוסיף והבהיר בהקשר זה:

> "אשר להיקפו של חריג התרמית, נראה לי כי במקרה של מרמה במסמכים נדרשת מרמה חמורה מצדו של דורש התשלום על מנת שבית המשפט ימנע תשלום על־פי ערבות בנקאית.
> לדעתי, אין לנקוט גישה שלפיה כל אי דיוק במסמכים שמוגשים מהווה עילה לאי תשלום הערבות (גישה שנוקט דותן, במאמרו הנ"ל ...)
> הסיבה לכך היא שהיתרונות שאנו מבקשים להשיג באמצעות שימוש במוסד של ערבות בנקאית מחייבים שלא להטיל על הבנק הערב את החובה לבדוק את אמינות תוכנם של המסמכים המוגשים לו, וממילא את ביצועה של עסקת היסוד עצמה.
> חובה כזאת גם תייקר את עלות הערבות הבנקאית, מאחר שאין לבנק כלים מתאימים כדי לבצע בדיקה שהיא יותר מבדיקה טכנית גרידא של התאמת המסמכים המוגשים לו לדרישות כתב הערבות.

47 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 701.

> ברור כי גישה זאת מטילה על המתחייב את הסיכון, בנסיבות של מרמה שאינה חמורה, אך באפשרותו לצמצם את הסיכון על־ידי דרישת מסמכים מתאימים מגופים חסרי פניות שהסיכון של מרמה מצדם קטן יותר, בלי שהדבר יטיל עליו עלות נכבדה (מאוטנר, במאמרו הנ"ל...)".

243. בבוא כב' השופט טירקל ליישם את חריג המרמה בעניין מליבו, הוא קובע כי מכיוון שמדובר בחוזה שכבר בוצע, ומימוש הערבות הבנקאית יוצר "קיום כפול" כלומר תשלום כפל,[48] ומכיוון שגם התצהיר בדבר קיום החיוב (שניתן על־ידי המוטב כדי לקיים את תנאי כתב הערבות הבנקאית) ניתן בידיעה שאינו אמת, ובניגוד להתחייבות כי הערבות הבנקאית תוחזר, הרי ש"נסיבות אלה עולות כדי מרמה חמורה המצדיקה את החלתו של חריג התרמית". בדומה לכך, קבע כב' השופט אור באותו עניין כי מכיוון שניתן תצהיר כוזב ביודעין, בפנינו מרמה חמורה המאפשרת את החלת חריג המרמה.

244. עם זאת, ראוי לציון שיקול נוסף שבא לידי ביטוי בפסק הדין של כב' השופט טירקל בעניין מליבו[49] – והוא העובדה כי מימוש הערבות הבנקאית היה בגדר אקט בלתי הפיך. זאת מכיוון שמממש הערבות באותו מקרה הוא גוף חדל פירעון, שלא ניתן יהא לקבל ממנו החזר של הכספים לאחר מכן. הנמקה דומה מציין פרופ' מאוטנר במאמרו הנ"ל:[50]

> "ההצדקה ליצירתו של החריג מבוססת, בין היתר, על כך שיש מקרים שבהם יבוצע תשלום לפי כתב הערבות – בהתאם לכלל

---

48 בדומה לכך ראה אצל מאוטנר, בעמ' 518: "לפי חריג התרמית עשוי הערב להיות משוחרר מחיוב התשלום שלו כלפי המוכר [הזכאי לתשלום לפי כתב הערבות], כל אימת שדרך הקיום של חיוב המוכר על־פי עסקת היסוד עולה כדי תרמית".

49 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 702: "נוסף לכך, מרמה חמורה זאת מצדה של אז־דז, בצירוף העובדה שאז־דז היא היום חברה בפירוק, מעלה ספקות לגבי סיכוייה של תביעה חוזרת של מליבו כנגד אז־דז. התוצאה של אי החלת חריג התרמית תהיה אפוא הכרעה סופית בזכויותיהם של הצדדים לרעתו של נותן הערבות. כאמור לעיל, יש בתוצאה כזאת כדי לפגום ביעילותה של הערבות הבנקאית כמכשיר מסחרי (מאוטנר, בעמ' 521–522)".

50 שם, בעמ' 521–522; כמו כן ראה: א' שנקר "האשראי הדוקומנטרי והערבות הבנקאית – סוגיית המרמה" עיוני משפט י 555 (תשמ"ב); אצל דותן, בעמ' 96; עניין רובין, לעיל ה"ש 24 בפרק ב, בעמ' 754; רע"א 206/87 ויליגר בע"מ נ' P.V.B.A. Dekayser, תק־על 87(2) 625 (1987).

העצמאות שמנתק את חובת התשלום ממצב חיובי הצדדים לפי עסקת היסוד – אולם המתקשר השני בעסקת היסוד, שיידרש על־ידי הבנק הערב לשפותו, לא יוכל לתבוע מאת המוטב להשיב לו את הכספים שזה גבה, משום שתביעה חוזרת מעין זו לא תהיה בגדר אפשרות ריאלית. במילים אחרות, מימושו הדווקני וללא חריגים של 'כלל העצמאות' עלול להביא לשינוי במערך של זכויות הצדדים בהשוואה למערך שהיה צפוי בהתאם לעסקת היסוד ביניהם".

245. לעומת זאת, כב' השופט אור בעניין מליבו חלק על שיקול זה, והבהיר כי העובדה שהמוטב המבקש את מימוש הערבות הבנקאית הוא חברה בפירוק, אינה מעלה ואינה מורידה לעניין חריג המרמה. אילו הייתה מחלוקת בתום לב לגבי זכויות הצדדים על־פי עסקת היסוד, ואלמלא היה מדובר בתצהיר כוזב שהגיש המוטב כדי לזכות בכספי הערבות הבנקאית, הרי שלא היה מקום לעכב כלל את מימוש כתב הערבות הבנקאית. ברם, העובדה שהמוטב הממש את הערבות הבנקאית נמצא במצב של חדלות פירעון המקשה על גביית החזר הכספים לאחר שאלו שולמו לו על־ידי הבנק – אינה מצדיקה כשלעצמה עיכוב של מימוש כתב הערבות הבנקאית.[51]

246. בפסק הדין שניתן בעניין מליבו ראינו מכל מקום, כי בית המשפט העליון קיבל את עמדתו של פרופ' מאוטנר והעדיף אותה על פני עמדתו של פרופ' דותן, ועל כן גם כאשר עסקינן בטענת מרמה ביחס לתנאי כתב הערבות הבנקאית עצמו, ולא בעסקת היסוד, דרושה מרמה חמורה. עם זאת, נראה כי הלכה זו לא הוטמעה בפסיקת בתי המשפט בערכאות הנמוכות יותר, וכאשר מתברר כי מוטב כתב הערבות הבנקאית מבקש לממש אותה מכוח עילות השונות לחלוטין מאלו שלשמן ניתנה, הרי שבית המשפט נוטה להגדיר את הדברים כנופלים בגדר חריג המרמה. אכן, לכאורה אין הדבר עולה כדי מרמה חמורה, אך מכיוון שהמרמה אינה מתייחסת לעסקת היסוד אלא לתנאי כתב הערבות הבנקאית עצמו, ראו בכך בתי המשפט משום מרמה המצדיקה מניעת המימוש של כתב הערבות (זאת

51 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 704; כמו כן, ראה אצל בן יאיר, בעמ' 1142–1143: "בדומה לכך תהא תקפה חבותו של הבנק הפותח כלפי המוטב גם כאשר הקונה מבקש האשראי נקלע למצוקה כלכלית, כדי אובדן יכולתו להחזיר לבנק הפותח את האשראי שהועמד לרשותו. וכך אף תהא תקפה חבותו של הבנק המאשר כלפי המוטב גם כאשר הבנק הפותח התמוטט וברור שלא יהיה ביכולתו לשפות את הבנק המאשר על ביצוע התשלום למוטב".

בניגוד להלכת מליבו). כך למשל ציין בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' הנשיא זילר) בעניין ניסן גדעון:[52]

> "יצוין שהאוטונומיה של ערבות בנקאית איננה משריינת את הבנק מפני הפרת תנאי הערבות ובנק אינו זכאי לפרוע ערבות שניתנה רק למטרה א' גם למטרה ב'. האוטונומיות של כתב ערבות איננה שרירות לב ואיננה חוסמת טענות של הפרת התנאות הכלולות בה".

הדברים באו לידי ביטוי חד בפסיקת בית משפט השלום בתל אביב (כב' השופטת שירלי רנר) בעניין שיש אלוני,[53] בו הבהיר בית המשפט כי כאשר הערבות הבנקאית התקבלה לצורך מסוים ומבקשים לעשות בה שימוש לצורך אחר, יש בכך חריג לכלל האוטונומיה של הערבות, וזו התנהגות חמורה, הנכנסת לחריג המרמה.

247. דוגמה מובהקת להבחנה בין "מרמה", כהגדרתה במשפט האזרחי הכללי, לבין "מרמה חמורה", המהווה תנאי להחלת חריג המרמה ומניעת מימוש ערבות בנקאית, מצויה בפסק הדין שניתן בעניין חברת המזח הצפוני.[54] באותו מקרה, נדונה ערבות בנקאית שניתנה להבטחת ביצוע של בנייה. לא היה חולק כי תנאי מימוש הערבות הבנקאית התקיימו, שכן החברה לא בנתה. אולם החברה הקבלנית טענה כי לא גילו לה על קיומם של ליקויים מהותיים באתר שנועד להקמת המיזם העסקי, ושמחמתם לא ניתן היה לבנות בו. החברה הקבלנית ביקשה על כן למנוע את מימוש הערבות הבנקאית. החברה היזמית טענה כי מדובר בסכסוך הנוגע לעסקת היסוד, ואילו החברה הקבלנית טענה כי אי הגילוי במקרה זה עולה כדי מרמה, ומקים את "חריג המרמה". כב' השופטת פלפל דחתה

---

52 ת"א (י-ם) 1653/97 ניסן גדעון נ' סאסי 2000 פיתוח ובנייה (1994) בע"מ, תק-מח 99(1) 3041 (1999).

53 עניין שיש אלוני, לעיל ה"ש 47 בפרק ב: "מה דינה של טענה ולפיה על-פי עסקת היסוד הוסכם בין החייב לנושה כי הערבות האוטונומית תשמש למטרה א' ואילו הזכאי על-פי כתב הערבות דורש את מימושה למטרה ב'? מוכנה אני להניח בשלב זה כי אם אכן תוכח טענה זו, הרי שהיא נופלת למסגרת אותם חריגים לכלל בדבר אוטונומיות הערבות, חריגים המצדיקים את אי מימושה של הערבות. הנתק בין הערבות לעסקת היסוד, אין פירושו כי ניתן להפעיל את הערבות בקשר לעסקה אחרת... אם נעשה שימוש בכתב הערבות למטרה שונה מהמוסכם, יש לראות בהתנהגות הנערב כהתנהגות חמורה שאולי אף עולה כדי מרמה".

54 רע"א 5387/98 חברת המזח הצפוני בע"מ נ' אריה רונה, תק-על 89(3) 1465 (1998).

את הבקשה להוצאת צו מניעה נגד מימוש הערבות הבנקאית, וקבעה כי אי גילוי אינו מרמה כמובנו של מונח זה לצורך חריג המרמה. קביעה זו אושרה בבית המשפט העליון מפי כב' השופטת דורנר, שקבעה:

> "עקרון היסוד המונח בבסיסה של הערבות הבנקאית האוטונומית הוא עקרון העצמאות, המנתק את העסקה הדוקומנטרית מעסקת היסוד שבין הצדדים. לפיכך, רק במצבים קיצוניים ביותר, כגון במצבים של תרמית, אפשר לקשור בין שתי העסקאות ולמנוע את מימוש הערבות הבנקאית האוטונומית. ... ברם, בהקשר זה אין די בכך שהמבקש למנוע את מימוש הערבות הבנקאית האוטונומית ישתמש במילה "תרמית" או במילים אחרות הדומות לה במסגרת בקשתו, אלא עליו לבסס את התרמית הנטענת בעובדות המקרה ולתמוך את טענתו בראיות ברורות.
> במקרה שלפנינו טענה אמנם המבקשת לתרמית מצד המבקשים, אך מן העובדות שתוארו על ידיה בבקשתה אין מצטיירת לכאורה תמונה של תרמית, אלא לכל היותר תמונה של אי גילוי עובדות חשובות מצד המשיבים".

ד(2) אי סחירות של הערבות הבנקאית ומרמה של ממחה

248. בפסק הדין בעניין בנק המזרחי[55] דן בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט חבש) בערבות בנקאית שהונפקה על־ידי בנק אחד (בנק דיסקונט) ואשר המוטב

---

55 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5 בפרק א: "הקשר המשפטי בין הבנק המוטב לבין החייב נהפך לקשר רחוק, כי הבנק הערב נכנס לנעליו ולקח על עצמו את האחריות המלאה לקיום הערבות ופירעונה במועדה הקבוע, אם החייב לא עומד בזאת. במילים אחרות, הערבות הבנקאית האוטו־נומית הבלתי תלויה, מקימה חיוב עצמאי, והאחריות הכספית של הבנק הערב הנובעת ממנה היא אחריות ישירה ובלתי תלויה... ערעור האמון של המוטב בערבות הבנקאית, שהיא, כאמור, מכשיר פיננסי יעיל ומבוקש בחיי המסחר, יש בו כדי לערער עד מאוד את חיי המסחר ועולם העסקים. איש לא יהיה מוכן לסמוך על ערבות בנקאית, ביודעו, כמוטב, שכספו איננו מובטח יותר באופן מלא. במקרה כזה, המוסדות הבנקאיים, שהם עמוד התווך של חיי הכלכלה, יפסיקו להיות גורם אמין הפועל ליציבות חיי הכלכלה והעסקים. מכאן, שעל מנת שלבנק דיסקונט תעמוד עילה שלא לפרוע את הערבויות הבנקאיות שהוציא, היה עליו לבסס טענה בדבר תרמית של בנק המזרחי, או ידע על קיומה, או להוכיח שהוא התנהג בצורה חמורה העולה כדי תרמית".

המחה אותה לבנק אחר (בנק המזרחי). הנמחה ביקש לממש את הערבות על־פי התנאים הקבועים בה, בהתעלם מן התכלית שלשמה הוצאה. לדידו, כ"אוחז כשורה" בשטר, אין נפקות לתכלית המקורית שלשמה נמסרה הערבות הבנקאית. הבנק המנפיק של כתב הערבות טען כי מדובר בחריג המרמה. בית המשפט המחוזי קבע כי מכיוון שהערבות היא שטר שאפשר לסחר אותו, הרי שלא ניתן להעלות את טענת המרמה כלפי הנמחה של כתב הערבות, אלא אם כן אפשר יהיה להוכיח כי הנמחה (בנק המזרחי) ידע על קיומה של תכלית אחרת להנפקת כתב הערבות, או שהתנהג בצורה חמורה העולה כדי תרמית. בית המשפט הבהיר כי אם הנמחה לא עוול במרמה כלשהי, הרי שאין נפקות לכך שהמוטב המקורי של כתב הערבות קיבל אותה לתכלית שונה, שכן יש להפריד הפרדה ברורה בין כתב הערבות הבנקאית לבין עסקת היסוד.

249. פסק דין זה נראה לנו שגוי, בכל הכבוד, מכיוון שערבות בנקאית אינה מסמך סחיר במובן של סחירות מהותית.[56] נבהיר את הדברים באופן סדור:

א) בדיני שטרות, מוכרת ההבחנה בין שני סוגים של סחירות (negotiability)[57]:

---

56 הדברים אמורים לגבי ערבות בנקאית, שהיא בטוחה, ולא אמצעי תשלום. עם זאת יצוין, כי הם נכונים לכאורה גם לגבי אשראי דוקומנטרי, המהווה אמצעי תשלום, שכן בסעיף 49 לכללי ה־UCP נקבע כי אפשר להמחות את הכספים עצמם, אך אין אפשרות להעביר את הזכויות על־פי מכתב האשראי עצמו, אלא אם כן נקבע בו כך במפורש. כך קובע סעיף 49:

"The fact that a Credit is not stated to be transferable shall not affect the beneficiay's right to assign any proceeds to which he may be, or may become, entitled under such credit, in accordance with the provisions of the applicable law. The Artilce relates only to the assignment of proceeds and not to the assignment of the right to perform under the Credit itself".

כלל דומה נקבע על־ידי לשכת המסחר הבינלאומית (ICC) ביחס לערבויות. בסעיף 4 לכללי ה־URDG מצינו בהקשר זה:

"The Beneficiary's right to make a demand under a Guarantee is not assignable unless expressly stated in the Guarantee or in an amendment thereto. This Article shall not, however, affect the Beneficiary's right to assign any proceeds to which he may be, or may become, entitled under the Guarantee".

57 ראה למשל: ד"נ 16/82 פקיד השומה נ' לידור, פ"ד לט(2) 757 (1985); ע"א 1560/90 ציטיאט נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מח(4) 498 (1994); אצל ברק (מהותו של שטר) בעמ' 23; אצל לרנר, בעמ' 125–132.

(1) סחירות "פורמלית" – שמשמעותה היכולת להעביר את השטר ולהמחות את הזכויות מכוחו מן האחד אל השני;[58]

(2) סחירות "מהותית" – המבטאת "טהירות", דהיינו שהנעבר רוכש זכות טובה מזו שהייתה למעביר, זכות הנקייה וטהורה ממגבלות שהוטלו על המעביר.[59]

ב) יש מסמכים הנהנים מתכונת הסחרות הפורמלית והם עבירים, אך אינם נהנים מתכונת הסחרות המהותית, והנמחה כפוף לאותה מצבת זכויות וחובות של הממחה. דוגמה מובהקת לכך היא שיק משורטט, שעליו המילים "לא סחיר". ביחס לשיק זה, קובע סעיף 81 לפקודת השטרות [נוסח חדש] כי אין לנעבר "זכות קניין בשיק טובה מן הזכות שהייתה לאדם שממנו נטלו". כלומר, השיק עביר – אך אינו טהיר. דוגמה מובהקת נוספת למסמך שהוא עביר אך אינו טהיר היא שטר מטען.[60] הבעלות בסחורה עוברת מפלוני לאחר עם העברת שטר המטען, אך אם, דרך משל, נגנב המסמך מבעליו, אין הרוכש תם הלב מקבל זכות נקייה.[61]

ג) תכונת הטהירות מאפיינת את ה"מסמכים הסחירים" בלבד, ו"חוג המסמכים

---

58 שם, בעמ' 128 כי: "שיטות המשפט השונות, ובכלל זה הדין הישראלי, רואות כיום בזכות חוזית רגילה, אף אם לא באה לידי ביטוי במסמך כלשהו, נכס הניתן להעברה. חוק המחאת חיובים, התשכ"ט־1969, ס"ח 573, קובע (סעיף 1(א)) כי 'זכותו של נושה ... ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב'. גורם העבירות אינו מייחד עוד את המסמכים הסחירים, ומצוי לכאורה בכל זכות חוזית".

59 שם, בעמ' 131, כי: "הטהירות מאפיינת את המסמכים הסחירים בלבד, ואילו זכויות חוזיות רג־לות נעדרות תכונה זו. לפי האמור בסעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים: 'לחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה'. הווה אומר, אם החייב מוכיח כי הוא פטור מקיום הזכות כלפי הנושה המקורי – הממחה, דרך משל, בשל הפרת החוזה על־ידי האחרון, הוא מופטר גם כלפי הנמחה".

60 ראה בעניין זה: ע"א 6260/97 **Polska Zegluga Morska נ' Banque Nationale de Paris, New York**, פ"ד נז(5) 193, 208–209 (2003).

61 בהקשר זה מבהיר לרנר, בעמ' 127 כי: "שטר מטען מעיד שסחורה מסוימת מצויה בידי מוביל ימי או אווירי, והאוחז בשטר זכאי לקבלה עם הצגתו. שטר המטען אינו מסמך ראייתי בלבד, אלא מסמך קנייני (document of title) המייצג את הסחורה. משום כך, אפשר להעביר את הבעלות בסחורה עם העברת הבעלות במסמך. סעיף 7–104 לקוד האמריקאי קובע כי שטרי מטען הם מסמכים סחירים (negotiable), ואולם הכוונה היא לתכונת העבירות בלבד".

הסחירים הוא סגור. אין אדם יכול, בהבל פיו, להוסיף עליהם וליצור מסמך סחיר בלא שיהיו לכך סימוכין בחוק".[62]

ד) ה"מסמכים הסחירים" העיקריים בפרקטיקה הם השטרות השונים המנויים בפקודת השטרות (שטר חליפין, שטר חוב ושיק). נעבר של שטר שדבקה בו תכונת העבירות מוגדר כ"אוחז כשורה". כמו כן, הוסיפה הפרקטיקה לרשימת ה"מסמכים הסחירים", מכוח נוהג הסוחרים, אגרות חוב ממשלתיות שהונפקו מכוח חוק מלווה פיתוח,[63] תעודות מניה למוכ"ז.[64] הפסיקה בארצות הברית הוסיפה לרשימה זו גם "המחאות נוסעים" (traveler's cheques) שאינם נחשבים שטרות על־פי דרישות החוק, אך רכשו את תכונת הסחרות מכוח נוהג הסוחרים,[65] וקרוב לוודאי כי גם שיק בנקאי ייחשב מסמך סחיר מכוח נוהג הסוחרים, על אף שאינו שטר במובן של פקודת השטרות.[66]

ה) ערבות בנקאית איננה שטר, כמובנו בפקודת השטרות, וגם אין נוהג סוחרים שיקנה לה את תכונת הסחרות. מבחינה מהותית הערבות הבנקאית גם אינה אמצעי תשלום אלא בטוחה.

ו) הערבות הבנקאית יכולה, על כן, להיות עבירה, אך אינה יכולה ליהנות מסחרות מהותית, דהיינו מטהירות. ואכן, בית המשפט העליון קובע בעניין שובל הנדסה[67] כי כתב ערבות בנקאית הוא עביר, אך לא טהיר:

> "הדעה המקובלת היא כי ערבות בנקאית, גם אם ניתנת היא להעברה בהתאם לכוונת הצדדים, אין היא מסמך סחיר

---

62 ע"א 352/58 בראלי נ' עיריית רחובות, פ"ד יד(2) 719 (1960). בית המשפט הבהיר עם זאת, בע"א 231/73 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' הלוואה וחיסכון בע"מ, פ"ד כח(1) 113, 122–123 (1973), כי: "ישנם שני מפתחות, אחד בידי החוק הכול יכול, ואחד בידי נוהג הסוחרים, ובאמצעותם ניתן לפתוח את החוג הסגור, ולהכניס מדי פעם חברים חדשים". ההלכה לפיה נוהג הסוחרים מהווה אף הוא מקור ליצירת מסמכים סחירים נקלטה מן המשפט האנגלי. לעניין זה ראה Ralph W. Aigler, *Recognition of New Types of Negotiable Instruments*, 24 Columbia L. Rev. 563 (1924).

63 עניין בנק דיסקונט, שם.

64 ע"א 197/47 לויטין נ' סלזובסקי, פ"ד ב 268 (1949).

65 Ashford v. Thomas Cook & Son (Bankers) Ltd., 471 P. 2d 530 (1970).

66 אצל לרנר, בעמ' 137.

67 עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא.

במובן המהותי, ומכאן שאין בהעברתה לאחר כדי להקנות לו זכות טובה מזו שהייתה בידי המעביר".

ז) בדומה לכך, קבע בית המשפט העליון בעניין מליבו[68] כי ערבות בנקאית איננה מסמך סחיר במובן של "טהירות", ועל כן, על אף שאפשר להעביר את הזכויות נשוא הערבות הבנקאית, מדובר בהמחאת זכות אשר חל עליה סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט־1969, לפיו "המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה". משום כך קבע בית המשפט באותו עניין כי כשם שעומדת טענת התרמית כלפי הממחה, כן היא עומדת כלפי הנמחה.

ח) בהתאם לכך, מקום שבו סיחר מוטב של ערבות בנקאית את כתב הערבות לידי צד ג' (במקרה הנדון בפסק הדין בעניין בנק המזרחי[69] סוחר כתב הערבות לידי בנק המזרחי) – לא תעמוד לצד ג' תכונת הטהירות של דיני השטרות, וכל טענה העומדת לבנק מנפיק הערבות כלפי המוטב, תעמוד לו גם כלפי הנמחה של המוטב. ממילא טענה בדבר מרמה שיכולה לעמוד כלפי המוטב – עומדת גם כלפי הבנק שאליו הומחתה הערבות.

ט) על כן, מקום שבו נעשה שימוש בערבות הבנקאית בניגוד לתכלית אשר לשמה ניתנה, והדבר מוגדר בפרקטיקה כמרמה מצד מוטב הערבות, תוכל טענה זו, בדבר החלת חריג המרמה לעלות לא רק כלפי המוטב, אלא גם כלפי מי שאליו סוחר כתב הערבות.

י) עם זאת, נראה לנו, בכל הכבוד, כי תוצאת פסק הדין בעניין בנק המזרחי, להבדיל מהנמקתו, נכונה היא. אכן אין לומר כי טענת המרמה אינה יכולה לעמוד כלפי נעבר של מוטב כתב הערבות, אך נראה שלגופם של דברים, אין המדובר במרמה חמורה, הניצבת במבחני חריג המרמה. בהקשר זה ראינו בפסק הדין בעניין מליבו, כי אף כאשר טענת המרמה מועלית נגד תנאי

68 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 694 (מפי כב' השופט טירקל), וכן בעמ' 703 (מפי כב' השופט אור): "הערבות הבנקאית בעניינו אינה מסמך סחיר, והיא הומחתה לבנק הפועלים על דרך של המחאת זכות, על־פי חוק המחאת חיובים. לפיכך, לחייב (בנק דיסקונט) עומדות כלפי הנמחה (בנק הפועלים) כל טענות ההגנה אשר עשויות היו לעמוד לו כלפי הממחה (אז־דז), ובכלל זה טענת התרמית"; כמו כן ראה: ש' לרנר המחאת חיובים 21, 38–39 (התשנ"ג).

69 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5 בפרק א.

כתב הערבות הבנקאית עצמו, ולא כלפי עסקת היסוד, הרי שרק מרמה חמורה מקימה את חריג המרמה.

ד(3) מרמה במסגרת עסקת היסוד

250. עד כה סקרנו את ההלכה הפסוקה ביחס לטענת מרמה שהועלתה בנוגע למימוש כתב הערבות הבנקאית. ברם, מהו הדין כאשר במימוש כתב הערבות אין כל מרמה והמרמה התבצעה במסגרת עסקת היסוד, או שמתברר כי כלל לא הייתה עסקת יסוד? במקרה זה, עלול מימוש הערבות הבנקאית להעשיר את הרמאי המתבסס על עקרון העצמאות של הערבות הבנקאית וניתוקה מעסקת היסוד. האומנם?

251. בפסק הדין שניתן בבית המשפט העליון בעניין שוראב[70] קבע כב' הנשיא שמגר ביחס למכתב אשראי דוקומנטרי, כי המרמה הנטענת צריכה להתייחס למכתב האשראי עצמו ולתנאי מימושו, ולא לעסקת היסוד. ובלשונו:

> "במקרה דנן, המרמה הנטענת מתייחסת לחוזה המכר עצמו. ללא שום קשר או התייחסות למסמכים, שהצגתם נדרשה על־ידי מכתב האשראי, ואין ספק, כי הבנק במקרה זה היה רשאי וחייב לשלם לספק עם הצגת המסמכים הרלוונטיים, עם בחינת המסמכים על פניהם".

252. אולם ששון, יפרח ושנקר סבורים כי זוהי אמרת אגב בלבד, שכן באותו מקרה לא הוכחה מרמה כלל, וכי מקום שבו מוכחת מרמה יחול חריג המרמה גם אם המרמה אינה מתבטאת במסמכים עצמם ובמישור היחסים שבין הבנק למוטב, אלא במישור היחסים שבין החייב בעסקת היסוד לבין המוטב.[71]

253. כב' המשנה לנשיא השופטת בן פורת בעניין פיתוח כוכב יאיר קיבלה את דעתם

70 עניין שוראב, לעיל ה"ש 95 בפרק ב, בעמ' 699.

71 ראה אצל ששון ושנקר, בעמ' 105: "באותו מקרה נקבע כי לא הוכחה מרמה, ולפיכך ייתכן שיש לראות בקביעה הנ"ל הערת אגב בלבד. לנו נראה כי גם מרמה שאיננה מגיעה לידי ביטוי במס־מכים מספיקה לצורך תחולת החריג".

של ששון, יפרח ושנקר וקבעה כי יש להחיל את חריג המרמה גם כאשר המרמה מתייחסת לעסקת היסוד:[72]

> "כלל ידוע הוא כי מבחינה משפטית נפרדים יחסי הצדדים לעסקת היסוד מיחסי הבנק והמוטב, המגולמים בערבות בנקאית אוטונומית. הפרדה זו קיימת, אולי מדרך קל וחומר, בין הצדדים לעסקת היסוד לבין יחסי הבנק והמוטב, המגולמים במכתב האשראי. אילו היה נשמר עקרון ההפרדה בצורה הרמטית, היה הדבר עשוי להעשיר גם מוטב רמאי, שכן אפילו ידיעת הבנק על קיומה של הרמאות במסגרת עסקת היסוד לא הייתה גורעת מחובתו לבצע את התשלום (כאשר נתקיימה דרישת ההתאמה המוחלטת למסמכים). לכאורה, ניתן למצוא תמיכה לכלל גורף כזה גם בהלכה הפסוקה בישראל. למשל, בר"ע 646/84 (מפי הנשיא שמגר) [עניין שוראב הנ"ל].
>
> ...
>
> ברם, כפי שבצדק צוין על־ידי ד' מ' ששון, א' שנקר, ...:
> 'באותו מקרה נקבע כי לא הוכחה מרמה, ולפיכך ייתכן שיש לראות בקביעה הנ"ל הערת אגב בלבד. לנו נראה כי גם מרמה שאיננה מגיעה לידי ביטוי במסמכים מספיקה לצורך תחולת החריג'.
> זו גם דעתי...
> כנרמז, אם עקרון העצמאות בסוגיה של האשראי הדוקומנטרי כפוף לחריגים, מחויב ההיגיון הוא, שעצמאותה (או האוטונומיה) של הערבות לא תהא גם היא מוחלטת. אדרבה, לגביה יש לדעתי מקום להתרת הרצועה מעבר לחריגים הבודדים, התופסים לגבי המכתב הדוקומנטרי (מרמה וזיוף)".

---

72 עניין פיתוח כוכב יאיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 431–432; לכאורה, ניתן היה למנוע את מימוש הערבות הבנקאית מבלי להזדקק לחריג המרמה, לנוכח העובדה כי לא קמה כלל הזכות להחזיק בערבות הבנקאית, לאחר שזו הושגה במרמה. בהקשר זה ראינו בפרק ד(2)לעיל, כי הערבות הבנ־קאית אינה מסמך סחיר במובן של סחירות מהותית ("טהירות"), ולא ניתן להתגבר על היעדר זכות קניינית להחזיק במסמך מקום שבו הוא הושג במרמה. עם זאת, נראה שיש צורך בהכרעה האמורה בדבר תחולתו של חריג המרמה, במקרה שבו עברו משלב ההחזקה בערבות הבנקאית לשלב של מימוש הערבות הבנקאית.

254. ברוח זו צעד בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) בעניין משב תעשיות קירור.[73] באותו מקרה, נדונה עסקה שנחתמה בין שתי חברות שהוחזקו בשליטתם האפקטיבית של אותם האנשים. האחת שימשה קבלן משנה של השנייה, והיא התחייבה לתת מקדמה בסכום חריג של 50% מהתשלום תמורת ביצוע עבודות. להבטחת החזר המקדמה, ניתנה ערבות בנקאית אוטונומית. אלא שבפועל, לא בוצע תשלום המקדמה על־פי עסקת היסוד והכספים שיצאו מכיסו של המוטב לא הגיעו אל החייב, אלא לחברה אחרת בתוך הקונצרן, שהעבירה אותם לחשבון רדום, ומשם לחברה פרטית השייכת לבעלי העניין. כלומר, הייתה עסקת יסוד אמיתית בין החייב (קבלן המשנה) לבין המוטב, אלא שהסעיפים הנוגעים לתשלום מקדמה והבטחת החזרתה באמצעות ערבות בנקאית, לא היו אלא כסות להעברת כספים פנימית מחברות ציבוריות לחברות פרטיות, במטרה להעשיר את בעלי השליטה. אילו הייתה הערבות הבנקאית מחולטת, הרי שיכולת החזרה של הבנק מנפיק כתב הערבות לאותן חברות הייתה תיאורטית בלבד, לאור חדלות הפירעון שלהן. אכן, כב' השופט אור (להבדיל מכב' השופט טירקל) הבהיר בעניין מליבו[74] כי חדלות פירעון של מוטב כתב הערבות הבנקאית אינה עילה להחלת חריג המרמה. אולם בנסיבות העניין הנדון, קבע בית המשפט המחוזי כי מדובר בסיטואציה שבה לא נשמר עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, וכי חל חריג המרמה.

255. על הרציונל הניצב בבסיסה של פסיקה זו, לפיה יוחל חריג המרמה מקום שבו לא נשמר עקרון האישיות המשפטית הנפרדת במסגרת עסקת היסוד, עמד בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) ביתר הרחבה, בפסק הדין שנתן בעניין בסט בית.[75] באותו מקרה, נדרש חילוט ערבות בנקאית שמסרה חברה ציבורית כדי להבטיח עסקת יסוד עם חברה פרטית שהייתה קשורה באותו קונצרן, ושבאמצעותה הועברו כספים, בקשר שרשור מתוחכם, לטובת אביה של אחת "הנפשות הפועלות" בקונצרן. בית המשפט קבע כי לא היה חוזה בבסיס עסקת היסוד, ובדיעבד זויף מסמך, כדי להצדיק את חילוט הערבות. בנסיבות אלה, קבע בית המשפט כי חל חריג המרמה. אכן, הערבות הבנקאית ניצבת בפני עצמה ומנותקת מעסקת היסוד, ואולם חריג המרמה הוחל לאחר שהתברר כי אין

73 פש"ר (ת"א) 1748/02, בש"א 23309/02 משב תעשיות קירור בע"מ נ' אפקון, תק־על 2003(2) 30567 (2003); וראה עוד אצל אלשיך ואורבך, בעמ' 286–290.

74 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 704.

75 פש"ר (ת"א) 1793/02, בש"א 21203/02 ברדיצ'ב נ' בסט בית חב' לבנין בע"מ בכינוס נכסים, תק־מח 2003(3) 2896 (2003); וראה עוד אצל אלשיך ואורבך, בעמ' 291–292.

עסקת יסוד והערבות לא הייתה אלא כסות להברחת נכסים מחברה על בסיס עסקת יסוד פיקטיבית. בהקשר זה מציינת כב' השופטת אלשיך כי עקרון העצמאות מניח שהערבות הבנקאית האוטונומית משמשת בטוחה בעסקה אמיתית. אולם כאשר מדובר בחייב ובמוטב שהם חלק מאותו קונצרן, המקיים ערבוב נכסים ופועל שלא כדין – מן הראוי להתייחס לממד המהותי ואין להסתתר מאחורי משוכות פורמליות של "אישיות משפטית נפרדת" ושל "עקרון העצמאות". זאת כדי לשמור על הערבות הבנקאית האוטונומית כבטוחה, ולא להפוך אותה מכשיר לעסקאות סיבוביות ולהברחות נכסים בתוך הקונצרן. בית המשפט קבע כי אין להשלים עם מצב שבו המונח "עקרון העצמאות" הופך למילת קסם המחסנת, דה־פקטו, בעלי שליטה מבדיקת הפעולות שביצעו בחברה שלא כדין. יש אפוא לראות את התמונה המהותית כמכלול, להתעלות מעבר לפורמליזם ריק מתוכן, המנוצל בידי המעוולים למטרותיהם.

256. בהקשר זה עמדנו בפרק א(3) לעיל, על רציונל נוסף הבא לידי ביטוי בהקשר זה וכדלהלן: ראינו כי הערבות הבנקאית מוגדרת בפסיקה ככתב שיפוי. ביחס לכך קובע סעיף 16 לחוק הערבות התשכ"ז־1967 כי זוהי "התחייבות של אדם לשפות נושה בשל אי קיום חיובו של החייב כלפי הנושה". ערבות בנקאית היא אפוא חיוב של הבנק מנפיק כתב הערבות הבנקאית לשפות את מוטב כתב הערבות, כאשר יש עסקת יסוד שמכוחה קיים "חיובו של החייב כלפי הנושה". אכן, חבותו של הבנק כלפי המוטב היא חבות ראשונית שאינה טפלה לחבות החייב לנושה, וזוהי חבות נפרדת שאינה תלויה בעסקת היסוד בין החייב לבין הנושה. על כן, אם יש חילוקי דעות בתום לב ביחס לקיומה של חבות מכוח עסקת היסוד, אין הדבר גורע או נוגע לחבותו העצמאית של הבנק, וכתב הערבות הבנקאית ניתן למימוש באופן מידי ובלתי תלוי בבירור מחלוקת זו. אבל אם הייתה מרמה חמורה ברמה של כישלון תמורה מלא, כלומר לא סופקה סחורה בכלל או שבמכולה שהגיעה סופקה אשפה במקום סחורה (להבדיל מאספקת המוצר כשהוא פגום או כשיש מחלוקת לגבי טיבו), מתברר למעשה כי לא הייתה עסקת יסוד ונשמט הבסיס מכתב השיפוי בהיעדר "חיובו של החייב כלפי הנושה". ערבות בנקאית היא לעולם זירה חוזית שנייה (בין מוטב לבין בנק) – אחרי הזירה החוזית הראשונה בין החייב בעסקת היסוד לבין הנושה (מוטב הערבות הבנקאית). אם מתברר שלא הייתה בכלל זירה חוזית ראשונה (להבדיל ממחלוקת לגבי החבויות שנוצרו במסגרתה), הרי שאין מקום גם לזירה החוזית השנייה. בהיעדר חיוב ראשוני – אין שיפוי. ממילא ברור כי בהיעדר זירה חוזית כלל בין החייב לביו הנושה, עקב מרמה שהשמיטה כליל את עסקת היסוד, אין מקום לזירה חוזית שנייה ועוקבת של חובת שיפוי בין הבנק לבין המוטב (הנושה בעסקה הראשונה). זהו הבסיס

העיוני והנורמטיבי להחלת חריג המרמה אף ביחס למרמה בעסקת היסוד. מבסיס נורמטיבי זה מתחייב כי המרמה תהיה כה יסודית עד שלא ניתן יהיה לטעון לקיומה של עסקת יסוד (כשיש מחלוקת לגבי גדר החיובים הנובעים ממנה) וזו תיחשב כמי שלא התקיימה כלל.

ד(4) מרמה באמצעות זיוף מסמכים

257. מקום שבו תנאי המימוש הנקוב בכתב ערבות בנקאית כולל הצגה של מסמכים, והמסמכים המוצגים לבנק הם מזויפים, בפנינו לכאורה מרמה מובהקת ויחול בהקשר זה חריג המרמה. ואכן, בעת שנקבע חריג המרמה בעניין **Sztejn**[76] הנ"ל, קבע בית המשפט כי הזיוף והמרמה הולכים יד ביד ומקימים שניהם עילה לעצירת התשלום מכוח מכתב האשראי הדוקומנטרי. המרמה והזיוף גם נזכרים באותה קטגוריה בחריג המרמה הקבוע בסעיף 5–114 של ה־UCC, והדין החל עליהם זהה. זיוף מסמכים הוא מקרה מובהק שבו יסכימו בתי המשפט להוצאת צו האוסר על הבנק לשלם למוטב, או האוסר על המוטב לגבות את התשלום.

258. על אף שהזיוף והמרמה חוסים תחת אותה קטגוריה ומהווים עילה לעצירת מימוש כתב הערבות הבנקאית, נראה לכאורה כי יש הבחנה בין מרמה לבין זיוף, מקום שבו נמסר מסמך שאינו משקף את המציאות, אך מוטב מכתב האשראי הבנקאי לא היה מודע לכך. בהקשר זה התעוררה מחלוקת (נוספת) בין פרופ' מאוטנר לבין פרופ' דותן, שאליו הצטרף בן יאיר, כדלהלן.

א) פרופ' מאוטנר[77] סבור כי הבנק אינו אמור לבחון את האותנטיות של המסמכים ואת הנסיבות שבהן הונפקו. אם, על פני הדברים, המסמכים נחזים להיות תקינים, יש לממש את מכתב האשראי הדוקומנטרי. לגישת פרופ' מאוטנר, מעבר של הבנק מבחינת מראית פני המסמך אל בחינת המציאות ובדיקה האם המסמך משקף את המציאות האותנטית עלולה להביא לעיכובים במימוש מכתב האשראי ולפגיעה באמינות האשראי הדוקומנטרי ככלי המבטיח תשלום מהיר ויעיל, בלא צורך בבדיקות ובהתדיינויות משפטיות. על כן, סבור פרופ' מאוטנר כי תנאי לעצירת תשלום מכוח מכתב אשראי

76 Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp., 2 NY supp. 631 (1941).

77 אצל מאוטנר, בעמ' 501.

הוא אשם פעיל של מוטב מכתב האשראי המודע לכך שהמסמכים שהציג אינם משקפים את המציאות האותנטית.

עמדה זו של פרופ' מאוטנר התקבלה על־ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת בן עתו) בעניין בן סעדון[78] בו נפסק כי מקום שבו הוצגו מסמכים שאינם משקפים את המציאות, אך המוטב לא היה מודע להם (המרמה בוצעה על־ידי המוביל והייתה בידיעתו הבלעדית, ולא הוכחה מרמה או ידיעה של המוכר) – ימומש מכתב האשראי הדוקומנטרי.

ב) פרופ' דותן,[79] לעומת זאת, סבור כי במסגרת מכתב האשראי הדוקומנטרי נוטל על עצמו המוכר את האחריות להציג בפני הבנק, מנפיק מכתב האשראי, מסמכים שיעידו על אספקת הסחורה. זוהי אחריות שלו להשיג את המסמכים האותנטיים ולהציגם; הוא זה שבא במגע עם הגופים המנפיקים מסמכים אלו, הוא הסכים לתנאי לפיו יבוצע התשלום רק אם יציג את המסמכים האותנטיים האמורים. כלומר, הצדדים הסכימו כי מסמכים שאינם אותנטיים יהוו סיכון המוטל על כתפיו של המוכר, ומשום כך הצגת מסמכים לא אותנטיים מסכלת את ציפיות הצדדים ואת חלוקת הסיכונים הניצבת בבסיס עסקת האשראי.[80]

על כן, הצגת מסמכים כוזבים לא תיחשב מילוי דרישות האשראי הדוקומנטרי, ללא קשר לזהות הגורם לאי האותנטיות ואף בלא שהספק ידע על אי האותנטיות של המסמך.[81]

ג) בן יאיר[82] סבור כי עקרון ההתאמה מחייב כי המסמכים המוצגים לבנק לשם מימוש מכתב האשראי יתאימו לדרישות מכתב האשראי בשני מובנים

---

78 עניין בן סעדון, לעיל ה"ש 22 בפרק ג.

79 אצל דותן, בעמ' 92.

80 פרופ' דותן מוסיף ומבהיר כי לכאורה, בהתאם לעקרון ההתאמה הדווקנית, היה מקום לסברה כי מימוש מכתב האשראי הדוקומנטרי לא ייעצר כאשר מתברר כי מבחינה מהותית הוא אינו משקף את המציאות, שהרי התנאי שהוצג במכתב האשראי הבנקאי קוים על־פי כתבו ולשונו, ואילו המהות של העסקה אינה מובאת בחשבון. אולם, פרופ' דותן דוחה מכול וכול גישה זו, ומבהיר כי בדיקת האותנטיות של המסמכים על־ידי בית המשפט אינה סותרת את עקרון ההתאמה, גם לפי הגרסה הדווקנית שלה, בדבר בדיקת מסמכים על פניהם בלבד, שכן מדובר במישורי בדיקה והפרה שונים.

81 לחלופין בלבד, מציע פרופ' דותן כלל דיוני של היפוך נטל ההוכחה, לפיו יוטל על הספק – המ־טב, להוכיח את היעדר מעורבותו וידיעתו ביחס לאי האותנטיות של המסמך.

82 להרחבה בנושא זה, ראה אצל בן יאיר, בעמ' 1145.

משלימים: הן בהתאמה המהותית־העניינית לדרישות האמורות, והן בהיותם אותנטיים ומשקפים את המציאות. מכאן מסיק בן יאיר כי נדרשת מצד הבנק בדיקה של אותנטיות המסמך ומידת שיקופו את המציאות, מעבר לעולה ממראית פני המסמך. בן יאיר מצדד אפוא בגישתו של פרופ׳ דותן וסבור כי ההימנעות מהתערבות במקרי רישום כוזב והתנייתה בהוכחת אשם של הספק תביא לכך שאשראי דוקומנטרי ינוצל למעשי מרמה. לדידו, ייפגע בכך אמצעי ההגנה היחיד של הקונה, ובטווח הארוך תיפגע עקב כך יעילותו של אמצעי תשלום זה.

על כן סבור בן יאיר כי המוכר חשוף לסיכון של אי מימוש מכתב האשראי רק במקרים של מרמה (גם אם הקונה לא היה צד לה ולא ידע עליה), של אי חוקיות בעסקת היסוד ושל זיוף המסמכים. בכל שאר המקרים תבוצע עסקת האשראי בשלמות וביעילות.

259. בהקשר זה מתעוררת סוגיה חשובה, שיש בה כדי להוות נקודת הבחנה בין ערבות בנקאית לבין אשראי דוקומנטרי:

א) בן יאיר במאמרו האמור משווה את האשראי הדוקומנטרי להעדפה הניתנת ל״אוחז כשורה״ במסמך סחיר, על פני טענותיו של עושה המסמך הטוען לכישלון תמורה חלקי. ואכן, ביחס לכתב אשראי דוקומנטרי הוחלו דיני ה״אחיזה כשורה״, שמכוחם האוחז במסמך שסוחר אליו בתום לב ובתמורה נהנה מזכויות ״טהירות״ – שאינן מוגבלות עקב חיוביו של הממחה.[83]

ב) בכל הנוגע למסמך מזויף, התעוררה על כן שאלה בדין האנגלי, האם מסמך מזויף הוא מסמך, או שמא אין הוא אלא פיסת נייר. הנפקות היא כאשר המסמך המזויף מצוי בידי ״אוחז כשורה״ לפי דיני השטרות, כלומר הוא מצוי בידי מי שאין לו ידיעה על הזיוף. שאלה זו התעוררה בבית הלורדים בעניין **MCU**[84] ובית המשפט הותיר אותה בצריך עיון. עם זאת, קבע בית המשפט כי חריג הזיוף לא ימנע מימוש של מכתב אשראי כשהזיוף בוצע

83 הכלל בדבר ״אחיזה כשורה״ נועד להבטיח כי על צד שלישי האוחז בשטר בתמורה ובתום לב לא יחול חריג המרמה. זכויותיו יועדפו כדי לשמור על ביטחון חיי המסחר על פני כל שיקול אחר. עיקרון זה נקבע למשל בסעיף 5–114(c)(a) ל־UCC, והוא דומה רעיונית לעקרון ״תקנת השוק״ בדיני המכר. עם זאת, מובן כי מי שטוען לאחיזה כשורה, הנטל לכך מוטל עליו; לעניין זה ראה United Bank v. Cambridge Sporting Goods Corp., 360 N.E. 2d 943 (1976).

84 United City Merchants (Investments) v. Royal Bank of Canada, 2 W.R. 1039 (H.L.) (1982).

בלי ידיעת המוטב ולא פגע בערך המסחרי של המסמכים, כגון כאשר מדובר בשינוי בתאריך שטר מטען על־ידי סוכן אונייה (להבדיל משינוי בתיאור הטובין וכמוּתם). בהתאם לכך נקבע כי מוטב המציג לבנק שטר חליפין לפירעון שקובל על־פי מכתב האשראי, ועומד בדרישות ה"אחיזה כשורה" על־פי דיני השטרות, זכאי לפירעון השטר – גם אם מתברר כי המסמכים שהוצגו היו מזויפים או שקריים. הנעבר אינו צריך לחשוש אפוא מפני אי תשלום עקב מרמה שהוא לא צד לה ואינו יודע עליה.

ג) עם זאת, הפסיקה האמורה אינה רלוונטית, לכאורה, ביחס לערבות בנקאית, שכן בעוד שכתב אשראי דוקומנטרי הוא אמצעי תשלום, וממילא הוא מוגדר כשטר, הרי שערבות בנקאית היא רק בטוחה.[85] ראינו על כן בפרק ד(2) לעיל כי ערבות בנקאית אינה בגדר שטר כמשמעו בפקודת השטרות, ולא ניתן להיות "אוחז כשורה" בכתב ערבות בנקאית. על כן, גם אם חל עקרון העבירות, המאפשר לסחר ערבות בנקאית ולהמחות את הזכויות בה (סחרות פורמלית), הרי שלנמחה לא עומדות זכויות עדיפות על אלו של הממחה, וכתב הערבות הבנקאית אינו מתאפיין בתכונת הטהירות, הלא היא הסחירות המהותית, המאפיינת את דיני השטרות.[86]

260. ברם, עשויה להיות נפקות לשאלה האם מסמך מזויף הוא "מסמך" או פיסת נייר בעלמא, מקום שבו בפנינו זיוף של מסמך בנושא הפוגע בערכו המסחרי (כגון זיוף של תיאור הטובין, מחירם וכיו"ב), להבדיל מזיוף בתחום שאינו פוגע בערכו הכלכלי של המסמך (כגון בתאריך הפקתו). ככלל, די בכך שהרישום הכוזב נעשה ביודעין על־ידי צד כלשהו, כדי שלא ניתן יהא לכבד את מכתב האשראי כולו.[87] ברם, אם מדובר ב"מסמך", הרי שיש ליתן לו תוקף, מקום שבו

---

85 לעניין זה ראה למשל אצל לרנר, בעמ' 42: "מכתב האשראי הוא אמצעי תשלום, והבנק אמור לשלם למוכר, לאחר שזה ישלח את הסחורה ליעדו של הרוכש, ויציג לפני הבנק מסמכים אחדים. הערבות הבנקאית היא בטוחה, וייתכן וזהו המצב האופטימלי, שהבנק לא יידרש לקיים את הת־חייבותו. ההתחייבות של הבנק בערבות בנקאית אינה באה לקיים חיוב, בנוסף לחייב או במקומו, אלא להבטיח את קיומו על־ידי החייב"; עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 694.

86 בעניין זה ראה עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא.

87 בפסק דין United City Merchants v. Royal Bank of Canada נדון מקרה, שבו נמכרה סחורה מאנגליה לפרו. חוקי המטבע של פרו הגבילו החזקת מט"ח, והקונים רצו לנצל את חוזה המכר כדי לעקוף את המגבלות. לשם כך, הם נקבו במחיר כפול, שיאפשר להם לקבל מממשלת פרו אישור רכישת מט"ח בסכום כפול מזה שהיו זקוקים לו. הקונים פתחו מכתב אשראי על מלוא הסכום, וסיכמו עם המוכרים כי הללו יחזירו להם את התשלום העודף על־ידי הפקדתו בחשבון

מדובר בזיוף בתחום שאינו פוגע בערכו הכלכלי של המסמך וכאשר מוטב כתב הערבות הבנקאית לא ביצע בעצמו את המרמה, לא שיתף פעולה עם מבצעיה, ואף לא ידע על המרמה ידיעה השוללת את תום לבו.[88] לעומת זאת, אם נסיק כי מסמך מזויף כלל אינו מסמך אלא פיסת נייר, הרי שיש מקום לסברה כי אף בהיעדר ידיעה על הזיוף האמור, לא יהיה כל ערך למסמך שהוצג לבנק ולא ניתן יהיה לממש את כתב הערבות הבנקאית.[89]

ד(5) צווי מניעה נגד מימוש ערבות בנקאית

261. סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984, מעניק לבתי המשפט סמכות להעניק סעדים, ככל שיראו לנכון בנסיבות העניין שלפניהם – ובכלל זה צווי מניעה.[90] עם זאת, הכלל הוא כי צו מניעה לא יינתן אלא אם כן מטרתו להגן על זכות המוכרת בדין. אם אין התובע יכול להצביע על זכות שלמען ההגנה עליה דרוש לו הסעד האמור, לא ייעתר בית המשפט לבקשה למתן צו מניעה.[91]

בנק בארצות הברית. במקרה זה, נעברה עבירה על חוקי המטבע של פרו, ועל־פי הדין האנגלי עסקאות המנוגדות לחוקי פיקוח של מדינות זרות החברות בקרן המטבע הבינלאומי אינן אכיפות באנגליה. הנושא נחשף בבית המשפט לאחר שהתברר כי בוצעה מרמה בשטר המטען (בתאריך המשלוח), שמחמתה סירב הבנק המנפיק לשלם. הלורד Diplock הפעיל את "עקרון העיפרון הכחול", וקבע שיש לשלם את מחציתו האמיתית של סכום מכתב האשראי. כלומר, אי חוקיות אינה עילה להמנעות מתשלום, כאשר ניתן לנטרל את החלק הבלתי חוקי של העסקה מחלקה החוקי. לעומת זאת, שופטי הרוב בבית המשפט לערעורים קבעו כי די בכך שהרישום הכוזב נעשה ביודעין על־ידי צד כלשהו, לאו דווקא על־ידי המוכר או בידיעתו, כדי שלא ניתן יהא לכבד את מכתב האשראי כולו.

88 באנגליה נקבע הדבר בהערת אגב בפסק הדין בעניין European Asian Bank AG v. Punjab & Sind Bank (no. 1), 2 Lloyd's Rep. 642, 651 (1981); לקביעה זו בארצות הברית ראה פסק הדין בעניין United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp., 392 N.Y. Supp. 2d 265 (1976).

89 לעניין זה ראה אצל ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 207.

90 סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984, ס"ח 1123, קובע: "כל בית משפט הדן בעניין אזרחי, מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא תעשה, צו ביצוע בעין, וכל סעד אחר, ככל שייראה לנכון בנסיבות שלפניו"; לעניין זה ראה: י' זוסמן סדרי הדין האזרחי 570–573 (מהדורה שביעית, 1995).

91 בר"ע 3/73 גלעד נ' סופר, פ"ד כז(1) 596, 600 (1973), בו ציין כב' מ"מ הנשיא (כתוארו אז) זוסמן, כי: "עניינו של סעיף 75 לחוק בתי המשפט הוא סמכותו, או ביתר דיוק כוחו, של בית המשפט ליתן לבעל דין סעד פלוני, אך אין בעל דין זוכה בסעד מפני סמכותו של בית המשפט בלבד, אלא הוא ניתן לו אם על־פי הדין החל על עניינו, קמה לו הזכות לקבל אותו הסעד".

החלטת בית המשפט לתת צו מניעה או להימנע מכך היא פרי של שיקול דעת שיפוטי. בהקשר זה קבע כב' השופט (כתוארו אז) ברק בעניין אבנרי:[92]

> "סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. מתן צו מניעה, לשעה או לתמיד, נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. זכות הנפגע לסעד זה אינה מוחלטת, אלא כאמור נתונה לשיקול דעת שיפוטי. שיקול דעת זה אינו שרירותי, הוא מופעל על־פי המסגרות הנורמטיביות שהדין קובע. בהפעלת שיקול דעתו, על בית המשפט להתחשב בשני פרמטרים עיקריים: האחד – האינטרסים והערכים הבאים לידי התנגשות. הפרמטר השני הוא השלב בהליך השיפוטי בו מתעוררת השאלה. בעניין זה יש להבחין בין השלב שבו אחריות הנתבע טרם נקבעה, ובית המשפט צריך לעשות שימוש בשיקול דעתו לעניין מתן צו מניעה לשעה, לבין השלב שבו האחריות כבר נקבעה, ובית המשפט צריך לעשות שימוש בשיקול דעתו למתן צו מניעה לתמיד".[93]

262. בנקודה זו, של הפעלת שיקול הדעת לגבי מתן צו מניעה זמני, קיים שוני מהותי בין מכלול הנושאים שבגדרם מוגשות בקשות לצווי מניעה, לבין בקשת צו מניעה נגד מימוש ערבות בנקאית:

א) ככלל, בבקשה למתן צו מניעה זמני, אין התובע חייב להוכיח את זכותו, אשר למענה דורש הוא סעד והגנה עד תום הדיונים, כבר בשלב בקשת צו המניעה הזמני, שכן בית המשפט כלל אינו רשאי, באותו שלב, על סמך התצהירים בלבד, לחוות דעה לגופו של עניין. כב' ממלא מקום הנשיא

---

92 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 854 (1989).

93 שיקול הדעת בהקשר זה מתייחס ביסודו לשני מרכיבים מרכזיים, והם קיומה של העילה על־פי דין, ומאזן הנוחות. בהקשר זה ראה למשל דבריו של כב' השופט בייסקי בע"א 418/79 תאני נ' כהן, פ"ד לד(4) 161, 165–166 (1980): "השיקול בדבר הסיכוי להצליח בתביעה הוא רק אחד השיקולים אותו ייקח בית המשפט בחשבון, בבואו להכריע אם להעניק הסעד המבוקש כבר בשלב המוקדם. משום כך, ככל שסיכוי זה אינו חזק במידה מספקת, כך תקטן גם הנטייה להעניק את הסעד ואפילו אם אי מתן הסעד עלול לסכל את אכיפת העסקה במקרקעין... ואולם מלבד שיקול זה על בית המשפט עוד לבחון את מאזן הנוחות של בעלי הדין ומי מהשניים ייפגע יותר על־ידי מתן הסעד או סירובו"; לעניין זה ראה גם: ע"א 252/78 ברון נ' מנדיס טורס בע"מ, פ"ד לג(2) 437 (1979).

ח' כהן, הבהיר בהקשר זה בעניין תאני[94] כי אם רואה בית המשפט שאין לתובענה שום סיכוי, אם מפני שכתב התביעה אינו מגלה עילה, ואם מפני שהתביעה קנטרנית על פניה, או שקיימת עילה למחקה על הסף מסיבה אחרת – לא יושיט לתובע כל סעד זמני. אבל אין זאת אומרת שתוך כדי דיון בבקשה למתן סעד זמני ייכנס בית המשפט לפני ולפנים ויבדוק עילות התביעה וההגנה לגופן, על מנת להגיע לידי אומדן של סיכויי התובענה.[95] ד"ר י' זוסמן מסכם את ההלכה בהקשר זה בהבהירו כי:[96]

> "הנוסחה המקובלת היא: 'התובע צריך להוכיח את זכותו לכאורה' – פירושו של דבר, שהתובע צריך להוכיח סיכוי של הצלחה בתביעה".

ב) לעומת זאת, כאשר מתבקש צו מניעה נגד מימוש של ערבות בנקאית, נדרשת רמת הוכחה גבוהה הרבה יותר מאשר "זכות לכאורה". הטעם לכך נעוץ באוטונומיות של הערבות הבנקאית, ובכך שאי אפשר להעלות טענות הנוגעות לעסקת היסוד. יתרה מכך, ראינו לעיל, כי חוסר תום לב גרידא או הפרה "רגילה" של ההסכם אינם חוסים תחת חריג המרמה ואינם מהווים עילה למניעת מימוש הערבות הבנקאית. יש צורך ב"כישלון תמורה מלא" כדי להביא לעיכוב התשלום. משום כך, כדי לזכות בצו מניעה זמני, יהא על המבקש להתכבד ולהוכיח מרמה חמורה וקריסה קולוסלית של ההסכם.

263. ואכן, בעניין מרקעי תקשורת[97] קבע בית המשפט במחוז מרכז (כב' השופט יפרח)

---

94 עניין תאני, לעיל ה"ש 93, בעמ' 167–168.

95 כב' השופט בייסקי הוסיף והבהיר בעניין תאני, שם, בעמ' 163–166, כי בשלב של מתן סעד ביניים של צו מניעה זמני, אין על בית המשפט לנקוט עמדה בפלוגתות המתעוררות והוא אף אינו רשאי באותו שלב, ועל סמך תצהירים בלבד, לחוות דעה לגופו של עניין. מבחינה זו על בית המשפט רק לבחון אם המבקש הוכיח לכאורה קיום זכותו, פירושו של דבר: עליו להוכיח סיכוי של הצלחה בתביעה; ממילא אין על בית המשפט להתעלם מהנסיבות ומהעובדות העולות מהתצהירים ומכתבי הטענות; לעניין זה ראה עוד: ע"א 229/51, המ' 129/51 כהן נ' ברלנד, פ"ד ו 218, 220 (1952); ע"א 171/53 אשקר נ' בית ידלין בע"מ, פ"ד ז 910 (1953); ע"א 497/61 סיאני נ' יצהרי, פ"ד טו(4) 2310 (1961); ע"א 217/63 רב־און נ' הולצמן, פ"ד יז(4) 2717 (1963); ע"א 238/73 שרעבי נ' חמצני, פ"ד כח(1) 85 (1973).

96 אצל זוסמן, בעמ' 616. לשיקול הדעת בהענקת צווי מניעה זמניים ראה א' וינוגרד צווי מניעה (חלק כללי) 94–108 (התשנ"ג).

97 עניין מרקעי תקשורת, לעיל ה"ש 85 בפרק ג, בעמ' 7568.

כי על מבקש סעד זמני רובץ הנטל להראות כי תביעתו העיקרית אינה טרדנית וכי קיימת שאלה רצינית שיש לדון בה. ברם, כיוון שכל הטענות שהועלו נגעו לעסקת היסוד, ואילו בכל הנוגע לערבות הבנקאית לא הובא טעם שיש בו כדי להצדיק את החלת החריגים למימושה, הרי שאין זכות לכאורה ובהיעדר זכות לכאורה אין מקום וצורך להידרש לסוגיות של מאזן נוחות או לשיקולי יושר ומידתיות, ואף אם נוטה הכף מבחינת יסודות אלה לעבר מבקשת הסעד, יש לדחות את הבקשה מחמת היעדר זכות לכאורה.

264. בית המשפט עשוי ליתן צו מניעה כנגד מימוש ערבות מקום שבו העילה לבקשת צו המניעה אינה נעוצה כלל בטענות בדבר היעדר עילה על־פי עסקת היסוד, אלא למשל, כאשר מועלית טענה ולפיה בכתב הערבות או בעסקת היסוד נקבע כי סוגיית המימוש של הערבות תידון היא עצמה בפני בורר.[98] במקרה זה, כשם שבית המשפט עצמו עשוי לדון בשאלה, כך הוא עשוי להפנותה להכרעתו של בורר – כל זאת מבלי לפגוע באוטונומיות של הערבות הבנקאית. אולם, מקום שבו הבורר נקרא להכריע בשאלת החבות על־פי עסקת היסוד, אין בכך כדי לעכב את מימוש הערבות הבנקאית, גם אם משתכנע בית המשפט כי יש שאלות מהותיות שהבורר צריך לדון בהן כדי להכריע האם בכלל יש חבות על־פי עסקת היסוד.[99] צו מניעה, כאמור, יפגע קשות באוטונומיות של הערבות הבנקאית.

265. בהקשר זה יש לזכור כי שונה הוא בתכלית צו מניעה נגד מימוש ערבות בנקאית מן המקרה הקלאסי של התדיינות שבמסגרתה מתבקש צו מניעה, שכן במקרה

---

98 רע"א 1228/01 מלון הוד ים המלח בע"מ נ' שגב תאילנד בע"מ תק־על 2001(2), 356 (2001); רע"א 2494/02 כפיר קבלנות בנין בע"מ נ' גזית ושחם חב' לבנין בע"מ תק־על 2002 (2), 237; רע"א 7473/03 צוותא חברה לשיכון ובניה בע"מ נ' צמנטכל הנדסה וייזום צפון בע"מ תק־על 2004 (1) 3009.

99 בר"ע (ת"א) 21781/99 ישראליפט (תעשיות) 1972 בע"מ נ' אשד (1980) מהנדסים ויועצים תעשיה ניהול ומיכון בע"מ, תק־מח 2003(2) 32718 (2203) וכן עמד על הבחנה זו בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט סובל) בעניין אפ.טי.אס, לעיל ה"ש 91 בפרק ג. באותו עניין הוסיף והבהיר בית המשפט כי בעוד שלגבי עיקול קיימת מחלוקת האם בורר מוסמך ליתן צו עיקול זמני [בע"א 603/80 אטבליסמנט נהל נ' הולידיי אינס.אינק פ"ד לה(3) 393, 395 (1981) ציין כב' השופט לנדוי בהערת אגב כי בורר אינו מוסמך ליתן עיקול זמני, ואילו ברע"א 2060/93 אלבריצ'י אינטרנשיונל נ' אחים רחמני בע"מ תק־על 93(2) 1919 (1993) קבע בית המשפט כי בורר מוסמך ליתן סעד זמני של עיקול], הרי שלגבי סעד של מתן צו מניעה זמני אין חולק כי בורר מוסמך ליתן סעד זה לנוכח הוראת סעיף 16(א)(5) לחוק הבוררות תשכ"ח־1968, ס"ח 535, כפי שגם נקבע על ידי כב' השופט ביין בה"מ (חיפה) 149/93 לוי נ' שער (לא פורסם, (7.3.1993) וכפי שסבורה פרופ' ס' אוטולנגי בספרה בוררות דין ונוהל 668–669 (מהדורה רביעית, 2005).

הרגיל מקום שבו ניצב בית המשפט בפני מחלוקת בתום לב, יוצא הוא בשלב המקדמי של הדיון מנקודת הנחה כי הנטען בכתב התביעה עשוי שיוכח וכי קיימת זכות תביעה (כל עוד שהתביעה לא הוכחה על פניה כנעדרת עילה) ועל כן, כדי למנוע נזק בלתי הפיך וכדי שלא לנעול את דלתות בית המשפט בפני ההתדיינות המשפטית והאפשרות הפרקטית לקבל סעד בגדרה, ניתן צו המניעה הזמני המונע שינוי במצב הקיים עד בירור התובענה לגופה.[100] לעומת זאת, בכל הנוגע למימוש של ערבות בנקאית, קיומה של מחלוקת בתום לב אינו מאפשר את מימוש הערבות הבנקאית, שהרי מקום שבו יש מחלוקת בתום לב לגבי קיומה של חבות, לא חל חריג המרמה, והכלל הוא כי ערבות בנקאית ניתנת למימוש גם אם יש מחלוקת בדבר קיומה של חבות בעסקת היסוד[101]. זוהי תכלית קיומה של ערבות בנקאית כי מימושה לא יותנה בקיום התדיינות משפטית כלשהי, וזהו הבסיס שלה כבטוחה וכאמצעי מסחרי חשוב לעולם המסחר. בעניין זה מציין Bertramms[102] כי חלוקת הסיכונים הכלכליים בעקבות הנפקת ערבות בנקאית מחייבת לפעול על־פי הכלל "קודם שלם ואחר כך תתווכח", דהיינו קודם תמומש הערבות הבנקאית לטובת המוטב, ורק אחר כך יוכל החייב בעסקת היסוד לתבוע החזר מן המוטב, ובלשונו: "The quintessence of the reallocation of risks from the creditor (beneficiary) to the principal debtor (account party) by virtue of an agreement in respect of a first demand guarantee is fittingly conveyed in the universally adopted expression 'pay first, argue later'."

266. בהתאם לכך ראינו לעיל כי רק כאשר מדובר במרמה חמורה, אפשר לעכב את מימוש הערבות הבנקאית ויחול החריג לכלל הגדול בדבר האוטונומיות של הערבות הבנקאית. על כן, נקודת המוצא ניצבת דווקא בגישה השוללת מתן צו

---

100 וינוגרד, בעמ' 95, מציין ביחס למתן צווי מניעה, הערות כלליות שנאמרו על־ידי בית המשפט העליון בעניין הפעלת שיקול דעת בע"א 245/60 אמריקן סיאנמיד קומפאני נ' הירשהורן לפ־טיט ואביק, פ"ד טז(2) 788, 801–803 (1962), היפות גם לעניין צו מניעה: "הכלל הוא שכשניתן שיקול דעת לבית משפט להושיט סעד, אין לו לסרב לתיתו אלא כשקיימת סיבה אשר לדעתו מחייבת לסרבו, כדברי הנשיא זמורה: 'אין אני גורס צרות עין במתן הסעד... אין לבית המשפט לקפוץ את ידו ממתן הסעד' (ע"א 26/49 דיאבילה נ' סלונים, פ"ד ה 298, 303)".

101 דברים מקבילים קבע בית המשפט המחוזי (כב' השופט יפרח) ברע"א (מרכז) 15389–11–08 אודר הנדסה ובניין בע"מ נ' תנובות קש"ת בע"מ, תק־מח 2009(1) 1866, 1873, 1876 (2009) לגבי חריג הנסיבות המיוחדות. בית המשפט הבהיר שם כי "חריג הנסיבות המיוחדות אינו חל עת שעניין לנו במחלוקת חוזית 'רגילה'". על כן, קבע בית המשפט באותו עניין כי אין מקום ליתן צו מניעה כנגד מימוש הערבות הבנקאית.

102 אצל Bertrams, בעמ' 73.

מניעה נגד מימוש הערבות הבנקאית, אלא אם כן יובאו ראיות כבדות משקל מאוד בדבר קיומה של מרמה חמורה. כמו כן, לא למותר לציין עוד כי בדרך כלל כאשר המרמה היא כה חמורה ומתבטאת בכישלון תמורה מלא ומוחלט – יש גם אפשרות להוכיח אותה באופן משכנע כבר על פני הדברים. כך, למשל, כאשר נשלחה אשפה במקום סחורה, קל להוכיח את כישלון התמורה המלא ואת המרמה החמורה.

267. פרופ' דותן[103] מציין בהקשר זה כי יש לאפשר מתן צו ארעי שיעכב את ביצוע התשלום בימים ספורים, עד שהמבקש יאסוף את ראיותיו בדבר המרמה החמורה, ויביאם בפני בית המשפט בטרם שמומשה הערבות. לעומת זאת, צו מניעה זמני נגד מימוש הערבות הבנקאית עד בירור התובענה העיקרית לא ניתן לקבל בלא שיהא בידי המבקש להוכיח את המרמה ברמת הסתברות גבוהה. אכן, מדובר בשלב מקדמי של בירור התובענה, ואין מקום לדרוש הוכחה קונקלוסיבית של מרמה מעל לכל ספק סביר.[104] אבל נדרשות ראיות אובייקטיביות מבוססות היטב (להבדיל מהסתמכות על תצהיר או על עדות של המבקש עצמו).

268. בהקשר זה יש לתת משקל מכריע להיותה של הערבות הבנקאית בטוחה האמורה להעניק ביטחון מלא באפשרות לקבל את הכספים, בלא צורך להתדיין בנוגע לעסקת היסוד. מתן צו מניעה עד לבירור החבות נשוא עסקת היסוד מעקר לחלוטין את כל תכליתה של הערבות הבנקאית. יש להצביע אפוא על נזק בלתי ניתן לתיקון כדי לשנות את מאזן הכוחות המסחרי בין הצדדים ולחייב את המוכר שקיבל "הבטחה אבסולוטית" לתשלום, לנהל משפט כדי לקבל את הכספים.[105]

---

103 אצל דותן, בעמ' 123. לעניין זה ראה גם: Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd., 1 All E.R. 976, 893 (1978); R. D. Harbottle Merchentile Ltd. v. West-minster Bank, 2d All E.R. 862, 870 (1977); כמו כן, ביחס להוצאת צו מניעה בעסקת אשראי דוקומנטרי, ראה ע"א 4004/90 אב. לוי קורפ. בע"מ נ' פולירול בע"מ, פ"ד נ(1) 705 (1996).

104 בספרם מבהירים אלשיך ואורבך בהקשר זה, כי במקרים המתאימים יינתן צו מניעה כדי למנוע את חריג המרמה, ולא ניתן לדרוש הוכחות קונקלוסיביות, מכיוון שהדבר יסכל אפשרות להחלת חריג זה. הדברים נכונים במיוחד כאשר מבקש הצו הוא חברה חדלת פירעון הפועלת באמצעות מפרק או כונס, שאינם בקיאים בדרך ההתנהלות של החברה, ומבקשים למנוע נזקים בלתי הפיכים. מאזן הנוחות מקבל אפוא משקל רב בהקשר זה. עם זאת, נראה כאמור כי הטענה אינה יכולה להתייחס רק למרמה "רגילה", ועל ההוכחות המובאות להוות אינדיקציה לכישלון תמורה מלא ולמרמה חמורה.

105 בעניין זה ראה: Shuffer v. Brooklyn Park Garden Apartments, 250 NW 2d 172, 181 (1977); Dynamics Corp. of America v. Citizens and Southern Nat. Bank, 365 F. Supp. 991 (1973).

בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטת ברקאי) הבהיר בעניין יעל[106] כי טענה ולפיה המוטב רימה את החייב בעת שדרש פירעון הערבות הבנקאית אינה יכולה להיטען באופן לקוני ועל הטוען להתכבד ולפרט מהו דבר המרמה, כיצד הוצאה המרמה אל הפועל ובאיזה אופן.[107] טענת התרמית דורשת חובת הוכחה מוגדרת, כאשר מוטל על מי שמעלה את הטענה להביא את כל העובדות והראיות הקיימות בעניין זה כבר בשלב הגשת הבקשה עצמה.[108] לכן אין די בכך שהמבקש למנוע את מימוש הערבות הבנקאית האוטונומית ישתמש במילה תרמית או יטען כי החייב נהג בחוסר תום לב קיצוני המגיע לכדי מרמה, ויש צורך לבסס את התרמית הנטענת בעובדות המקרה ולתמוך את הטענה בראיות ברורות.[109] יתרה מזו, על טענת התרמית להתייחס לעצם ההתקשרות בין הצדדים בעסקת היסוד ולא לנסיבות חיצוניות לעסקה זו.

269. כב' השופט יפרח הוסיף והבהיר בעניין גואטה[110] כי עקרון עצמאותה של הערבות הבנקאית מונע העלאת טענות שמקורן בעסקת היסוד. האוטונומיות של הערבות מתגבשת עם מסירת הערבות הבנקאית לידי המוטב, ואינה מתפוגגת במועד פירעון הערבות הבנקאית על־ידי הבנק והעברת כספיה למוטב, אלא רק לאחר שכספי הערבות נתמזגו ונתערבבו עם יתר כספיו של המוטב, עד שאין לזהותם ככספי הערבות. על כן, רק ממועד זה ואילך, ניתן לעתור לסעדים זמניים ביחס לכספים אלה, בהסתמך על עסקת היסוד. אלמלא כן, הייתה מתקבלת תוצאה קשה ולפיה מבקש הערבות יכול היה להתגבר בקלות על עקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית על־ידי כך שסמוך לפירעונה היה עותר לקבלת צו המגביל את המוטב בעשיית שימוש בכספיה (בין אם בדרך של עיקול זמני ובין אם בדרך של צו מניעה זמני). ביחס לכך ציין בית המשפט: "האם בדרך כה פשוטה יוכל מבקש הערבות לעקוף את עקרון העצמאות ולאיין אותו הלכה למעשה? סבורני

106 בש"א 7150/07 יעל תוכנה ומערכות בע"מ נ' אונ' בן גוריון בנגב, תק־מח 2007(4) 14261, 14267 (2007).

107 ראו תקנה 78 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד־1984 וכן אצל זוסמן סדר דין אזרחי בעמ' 135.

108 רע"א 5387/98 חברת המזרח הצפוני בע"מ נ' רונה, תק־על 98(3) 1465 (1998) מפי כב' השופטת דורנר.

109 בין הראיות הדרושות ישנו תצהיר של מי שפעל בשם החייבת והיה בסוד הדברים אל מול המוטב בשעת כריתת ההסכם ולאורך ביצועו. היעדרו של תצהיר כאמור נחשב על ידי בית המשפט להימנעות מגמתית שיש בה כשלעצמה כדי להביא לדחיית הבקשה ולפחות להטות את הכף לרעת המבקשת. ראו י' קדמי על הראיות 1648 (מהדורת תשס"ד־2003) וכן רע"א 5273/07 אמקור בע"מ נ' ארנסון, תק־על 2007(3) 3149 (2007).

110 עניין גואטה, לעיל ה"ש 86 בפרק ג, בעמ' 19954.

כי אם חפצים אנו לשמור על מעמד הבכורה של הערבות הבנקאית, חלילה לנו מליתן יד לתוצאה אפשרית מעין זו".[111]

270. אכן, בהיעדר אפשרות לתת צו מניעה זמני נגד מימוש ערבות בנקאית, בלא ראיות בדבר קיומה של מרמה חמורה, עלול להיגרם נזק בלתי הפיך, כגון במצב שבו הערבות הבנקאית תמומש על־ידי המוטב, ולאחר מכן ייאלץ החייב על־פי עסקת היסוד לתבוע החזר של הכספים מאת המוטב (הנושה בעסקת היסוד) כאשר אפשרויות הגבייה ממנו אינן ריאליות. אולם זהו מחירה של האוטונומיות שממנה נהנית הערבות הבנקאית, המהווה בטוחה לגביית הכספים, בלא צורך להתדיין ביחס לקיומה של חבות על־פי עסקת היסוד.[112]

271. פתרון מקורי לקושי האמור, של היעדר צו מניעה נגד מימוש של ערבות בנקאית, הציע בית המשפט בעניין מוניטין.[113] בית המשפט המחוזי קבע שם כי כספי הערבות הבנקאית שמומשה יופקדו בנאמנות ולא יועברו לנושים עד אשר אלה ייתנו מצידם כתבי שיפוי לטובת החייבת על־פי עסקת היסוד. עם זאת, התעורר קושי, שכן כתבי שיפוי אלו אינם מבטיחים כמובן את אפשרות הגבייה במקרה של אי סולבנטיות מצד המוטבים הללו. בית המשפט העליון הציע על כן כי המוטבים הגובים את כספי הערבות הבנקאית יתכבדו מצידם ויפקידו ערבות בנקאית בידי החייב כדי להבטיח אפשרות גבייה בחזרה מהם במקרה של היעדר חבות על־פי עסקת היסוד.

---

111 בית המשפט הוסיף וקבע שם כי סעד של צו מניעה זמני המבוקש כנגד השימוש בכספי הערבות זהה – רעיונית – לעיקולם (הזמני) של הכספים שנתקבלו עקב פירעון הערבות. נקודת המוצא היא כי כספי הערבות הבנקאית שחולטה הם כספי המוטב (הנתבע). ממילא, לא ניתן לעקל כספים אלה, שכן לפי תקנה 374 (ב) לתקנות סד"א, ניתן לעקל רק נכס השייך לנתבע. וכשם שעיקול הכספים (המצויים בחשבון הבנק של המוטב) יהווה שימת יד על הכספים, באופן שימנע מן הזכאי לכספים לעשות בהם שימוש כטוב בעיניו, כך הוא אף שעה שיינתן צו מניעה זמני האוסר על המוטב להשתמש בכספים אלה, שנתקבלו עקב מימוש הערבות הבנקאית.

112 יפים בהקשר זה דבריה של כב' השופטת רנר בעניין שיש אלוני, לעיל ה"ש 47 בפרק ב: "נכון אמנם כי אם תידחה בקשתה של המבקשת, יוכרע בכך גם גורל התביעה שהגישה ובה עתרה למתן צו מניעה קבוע האוסר על המשיבים לממש את הערבות וצו המורה למשיב 1 להחזיר את הערבות למבקשת. יחד עם זאת, כשאני שוקלת את האינטרס הציבורי הטמון במתן אפשרות להסתמך על ערבות אוטונומית, את הנטל הכבד במיוחד המוטל על המבקשת הרוצה למנוע מימושה של ערבות בנקאית ואת העובדה שאף גרסתה שלה אינה מקימה לה זכות לכאורה בשלב זה, אני סבורה כי אין מקום להיעתר לבקשה למתן צו מניעה זמני".

113 עניין מוניטין, לעיל ה"ש 18 בפרק ב, בעמ' 103.

.272 נראה לנו, בכל הכבוד, כי פתרון זה מכביד מאוד על האפשרות להשתמש בערבות בנקאית כבטוחה המאפשרת גבייה בלא צורך בהוכחת חבות מכוח התביעה העיקרית. אין די בכך שהכסף מגיע לידיו של המוטב, אלא יש לאפשר לו להשתמש בכספים הללו. המשמעות האופרטיבית של פס"ד מוניטין היא כי כאשר קיבל הנושה בעסקת היסוד ערבות בנקאית, הוא יוכל אמנם לממשה, אך לא יוכל בפועל להשתמש בכספים עד אשר יסתיים בירורה של תובענה ביחס לעסקת היסוד. זאת מכיוון שכאשר אדם מממש ערבות בנקאית, אך נדרש מיד לאחר מכן לתת מצידו ערבות בנקאית כנגד מלוא הסכום, הרי שמבחינה פיננסית עליו להפקיד בחזרה בידי הבנק את הכספים שקיבל ממימוש הערבות הבנקאית כדי שאלו ישמשו בטוחה שתאפשר לבנק להנפיק לבקשתו ערבות בנקאית לטובת החייב על־פי עסקת היסוד.[114] ואם כן, מה הועילו חכמים בתקנתם?

.273 נראה אפוא כי הוראה המחייבת את מוטב הערבות הבנקאית להפקיד מצידו ערבות בנקאית פיננסית – להבטחת זכויות החייב, מסכלת את מהות מימושה של הערבות הבנקאית על־ידי המוטב באופן שיוכל לקבל את כספי הערבות לשימוש מידי ובלתי תלוי בהתדיינות משפטית כלשהי. עם זאת, יש להימנע ממצב שבו תנוצל הערבות הבנקאית לרעה, כדרך לביצוע פעולת "פגע וברח" – שבה מממש המוטב את הערבות הבנקאית ביודעין שאין חבות מכוח עסקת היסוד ובאופן שברור לו כי לאחר מכן יתקשה החייב על־פי עסקת היסוד לתבוע את החזר הכספים (או מחמת מצבו הרעוע של החייב שייקלע לחדלות פירעון,

114 לעניין זה ראה ניתוח הדברים בפרק ו לעיל, בסעיף 11, עת שהבהרנו כי בערבות בנקאית אוטונומית (ערבות פיננסית) רשאי מוטב הערבות הבנקאית בכל עת לממש אותה על־פי דרישה ראשונה. על כן, מבחינת הבנק מהווה הנפקת ערבות בנקאית למוטב, משום הענקת אשראי ללקוח שלבקשתו הונפקה הערבות הבנקאית. בנק המנפיק ערבות בנקאית לבקשת לקוח, רואה את עצמו כמי שמלווה את מלוא הסכום ללקוח. הבנק חושש, מטבע הדברים, שמא לקוחו ייקלע לחדלות פירעון ויתקשה להחזיר את מה שהבנק שילם למוטב. על כן, נוטל הבנק מן הלקוח בטוחות בשי־עור שהיה נוטל ממנו בהענקת הלוואה ישירה. נמצא כי כאשר המוטב מממש את הערבות הבנקאית אך נדרש מצידו להפקיד בידי החייב על־פי עסקת היסוד ערבות בנקאית פיננסית, הרי שהבנק דורש ממנו להותיר בידיו את מלא הכספים שמימש, כדי שישמשו בטוחה לערבות הבנקאית שהוא מנפיק כעת לבקשת המוטב האמור ולטובת החייב. נמצא כי אופרטיבית לא גבה המוטב דבר, ואינו יכול להשתמש בכספים אלו כלל. הכסף נותר מוקפא בידי הבנק וההבדל היחיד הוא שעד כה היה הכסף מוקפא בידי החייב כשהמוטב החזיק בערבות בנקאית, ואילו כעת הכסף מוקפא בידי המוטב והחייב מחזיק בערבות בנקאית שהוא מוטבה, והיחיד שירוויח מכך יהא רק הבנק שיגבה עמלות. ביחס ל"סיבוב" מסוג זה, שאינו מניב למעשה דבר, אומרת הגמרא, כתובות קי, ע"א: "אפוכי מטרתא למה לי?" (להחליף את כיוון הכסף ומטרתו – בלא שיהא לכך כל אפקט ממשי – אין טעם).

או מחמת מצבו הרעוע של המוטב – שייקלע עד אז לחדלות פירעון). נראה כי במקרים חמורים ויוצאי דופן אלה, אפשר לחייב את המוטב להפקיד בטוחה אחרת (שאינה ערבות בנקאית מקבילה) ואשר תניח את דעתו של בית המשפט כי פעולת "פגע וברח" שכזו, לא תתרחש.[115]

274. לסיכום פרק זה, נמצאנו למדים כי חריג המרמה הוחל אך ורק ביחס ל"מרמה חמורה". הפסיקה אימצה את דעתו של פרופ' מאוטנר, לפיה מרמה חמורה מתבטאת ב"כישלון תמורה מלא", דהיינו באספקת סחורה שהינה נעדרת כל ערך כלכלי. לעומת זאת, מקום שבו בפנינו סחורה שהינה בת ערך, והטענה היא רק למרמה "רגילה", המקבילה להפרה של חוזה או לחוסר תום לב חוזי, הרי שלא יוחל חריג המרמה ומובן כי לא יינתן צו מניעה כנגד מימוש הערבות הבנקאית. הפסיקה אימצה גישה זו הן במקרה של טענה השאובה ממישור היחסים נשוא עסקת היסוד, והן בכל הנוגע לטענות הנוגעות ליישום של תנאי כתב הערבות הבנקאית עצמו, וקבעה כי בהיעדר מרמה חמורה לא יינתן צו מניעה כנגד מימוש כתב הערבות הבנקאית. בדומה לכך, סבור פרופ' מאוטנר (בניגוד לדעתם של פרופ' דותן וכב' השופט בדימוס בן יאיר), כי מקום שבו מוגש לבנק מסמך הנחזה על פניו כמילוי של תנאי כתב הערבות הבנקאית, הרי שלא יינתן צו

115 רעיון אחר הוא לתת צו מניעה, אך להתנות אותו בהפקדת ערובות גבוהות מאוד מצד מבקש הצו. ברעיון זה מצדדים עם זאת ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 195: "... קיים מתח מתמיד בין האפשרות של ניצול מכתב האשראי לערבות [ערבות בנקאית] לרעה על־ידי רמאים – לעומת המגמה למנוע זאת ולמנוע אפשרות ממבקש האשראי להתחמק מתשלום על יסוד טענות שאינן בגדר מרמה רבתי. הדרך הדיונית אשר בעזרתה ניתן ליישב את המתח האמור היא התניית מתן צו המניעה בהפקדת ערובה כספית גבוהה על־ידי מבקש צו המניעה. אם יאומץ רעיון זה ומבקש צו המניעה ייאלץ להפקיד בטוחה בערך העולה משמעותית על סכום חבות הבנק, לא יהיה מקום לניצול לרעה של הגמישות הדיונית המוצעת, וייתכן שתימנע מרמאים אפשרות של 'עשיית כסף קל'... הגמשה כלשהי לגבי הסעד המבוקש בדרך המוצעת (הפקדת ערובה משמעותית בסכום הכולל בתוכו אלמנט של הוצאות משמעותיות לדוגמה) לא תפתח פרצה לניצול לרעה מטעם מבקשים שלא יוכלו לעמוד במבחן המהותי המחמיר של החריג, אך עשויה בהחלט למנוע מרמאים נגישות לכסף לא להם, שההלכה הנוכחית מאפשרת". לעניין זה ראה גם אצל זוסמן, בעמ' 587–588 ו־620; כמו כן, ראה תקנה 364(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, הקובעת: "בית המשפט לא ייתן סעד זמני אלא בכפוף להמצאת התחייבות עצמית כאמור בתקנה 365(ב) וכן ערבות מספקת להנחת דעתו, לשם פיצוי בגין כל נזק שייגרם למי שאליו מופנה הצו כתוצאה ממתן הצו, אם תיפסק התובענה או אם יפקע הצו מסיבה אחרת...". לדעתנו, דרך זו מגבילה את אפשרויות מימוש הערבות הבנקאית ועל כן אינה נראית לנו נכונה. עדיף להימנע מכל פעולה של עיכוב המימוש של הערבות הבנקאית והטלת הנטל הכבד של הפקדת ערובות וביטחונות מתאימים על המוטב, המממש את הערבות הבנקאית.

לעצירת מימוש הערבות, גם אם קיימת טענה לפיה המסמך האמור אינו משקף את המציאות האותנטית. משסקרנו את חריג המרמה, נעבור לסקור, בפרק הבא, חריג חשוב נוסף לעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית, הלא הוא חריג "הנסיבות המיוחדות".[116]

116 בפרק דלהלן נראה כי חריג הנסיבות המיוחדות מסתפק ברף נמוך מאשר חריג המרמה. בנסיבות אלה, נמצא כי "בכלל מאתיים מנה" ובכל מקרה שבו חל חריג המרמה, יחול חריג הנסיבות המיוחדות מקל וחומר. ואדרבה, בנסיבות רבות יחול חריג הנסיבות המיוחדות אף שלא מתקיים הרף הנורמטיבי הקבוע בחריג המרמה. נמצא אפוא כי חריג המרמה הופך במידה רבה לאמצעי מיותר. ברם, שחריג המרמה נוצר לפני חריג הנסיבות המיוחדות, ולהלן נראה כי יסודו של חריג הנסיבות המיוחדות בפיתוח מקורי של הפסיקה, מכוח הערת אגב של כב' השופט זוסמן, שספק רב אם התכוונה לכונן חריג זה. ברם, משנוצר החריג האמור, נראה כי צודק כב' השופט יפרח בציינו בעניין מרקעי תקשורת, לעיל ה"ש 85 בפרק ג, בעמ' 7566: "דרגת המרמה הנדרשת צריכה להיות כזו, אשר תגרום לכך שעקרון העצמאות לא ישרת עוד שום מטרה לגיטימית ושהמרמה לא תאפ־שר למבצעה לנצל יתרון לא הוגן ולהימלט עם כספו של הצד השני לעסקת היסוד. למען האמת ייאמר כי בדיני הערבות הבנקאית חריג המרמה הוא חריג תיאורטי גרידא. נוכח קיומו של חריג הנסיבות המיוחדות שוב אין צורך כי תתקיים מרמה על מנת למנוע חילוט הערבות, שכן חריג הנסיבות המיוחדות מסתפק ברף נמוך במעט". ברם, לאור זאת, נראה כי הוויכוח החשוב בין פרופ' דותן לפרופ' מאוטנר, בדבר גדרי תחולתו של חריג המרמה, הופך אף הוא לאקדמי לאור הנמכת הרף שנעשתה ממילא עם קביעת חריג הנסיבות המיוחדות. יש להצר עם זאת על כך שבעת קביעת חריג הנסיבות המיוחדות לא הביא בית המשפט לידי ביטוי את הרציונלים שעמדו ביסודה של ההתלבטות האמורה שבאה לידי ביטוי ביחס לחריג המרמה, אשר זכה לדיון ולניתוח מפורט כאמור.

פרק ה: חריג הנסיבות המיוחדות

ה(1) מקורו של חריג הנסיבות המיוחדות ומהותו

275. חריג נוסף לעקרון העצמאות של הערבות הבנקאית הוא "חריג הנסיבות המיוחדות". מקורו של חריג זה בהערה של כב' מ"מ הנשיא (כתוארו אז), השופט זוסמן, בעניין אגף ייבוא מזון,[1] שזו לשונה:

> "ערבות על־פיה ייפרע הנערב לפי דרישתו הראשונה, מיועדת ליתן לזה מרב הביטחון. משזכה עקב חוזהו לבטוחה המנתקת אותו, ביחסים שבינו לבין הערב, מתניות החוזה, ומשהעניקה לו זכות גבייה לפי דרישה, באין נסיבות מיוחדות, לא מן המידה שבית המשפט יהפוך את הקערה על־פיה, ויאלץ בעל זכות גבייה מידית להמתין עד שיצליח להעמיד זכותו כלפי החייב העיקרי בתובענה משפטית".

276. המעיין בדברים אלה ובהקשרם נוכח בעליל כי אמירה זו של כב' השופט זוסמן לא נועדה ולא באה כלל לקבוע חריג נוסף על חריג המרמה, אשר יכונה "חריג הנסיבות המיוחדות", אלא דווקא להדגיש את עקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית, ואת זכותו של המוטב לממש את הערבות, תוך אי תלות בקיום חבות על־פי עסקת היסוד. על אף זאת, על בסיס דברים אלו של כב' מ"מ הנשיא, השופט זוסמן השתית כב' השופט לנדוי את "חריג הנסיבות המיוחדות", בפסק הדין שנתן בעניין איליט.[2] בעניין איליט הבהיר כב' השופט (כתוארו אז) לנדוי כי עקרון האוטונומיות כבר סויג על־ידי כב' מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, בעניין אגף יבוא מזון, והותנה בכך ש"אין נסיבות מיוחדות". על כן, לנוכח העובדה כי במקרה שבפניו הוצגו "נסיבות מיוחדות" יש ליתן צו מניעה זמני כנגד מימוש ערבות בנקאית. באותו מקרה נדון עניינה של חברה קבלנית, שמסרה ערבות בנקאית להבטחת בנייה. היחסים בין בעלי הדין הופרו, והנסיבות המיוחדות שנטענו כנגד מימוש הערבות הבנקאית היו היעדר דרישה מאת המפקח או מאת מוטב הערבות הבנקאית לתקן או לבנות מחדש משהו ממה שבנתה החברה עד ניתוק היחסים בין הצדדים. אכן, התברר כי לא חלף המועד להגיש דרישה כזאת,

---

1 עניין אגף ייבוא המזון, לעיל ה"ש 12 בפרק ב, בעמ' 532.

2 עניין איליט, לעיל ה"ש 14 בפרק א, בעמ' 322.

וייתכן כי היא תוגש במועדה, אך כב' השופט לנדוי קבע כי אין בכך כדי ליצור חבות מידית על־פי עסקת היסוד, וממילא בפנינו "נסיבות מיוחדות" לאי מימוש הערבות הבנקאית. לכאורה זוהי טענה מובהקת של היעדר חבות מכוח עסקת היסוד, שאינה אמורה לעכב את מימוש הערבות הבנקאית, לאור עקרון האוטונומיות של ערבות זו. ואכן, כב' השופט לנדוי ציין את העובדה כי נוסח הערבות הבנקאית נועד לבודד את החבות מכוחו מן הטענות הקיימות על־פי עסקת היסוד. ועם זאת, הבהיר כב' השופט לנדוי כי בעוד שאין חובה להוכיח שקיים חוב על־פי עסקת היסוד, יש לפחות להראות שקיימת טענה בדבר קיומה של חבות כאמור:

> "... כי אחרי ככלות הכול קיים סעיף 7(א) לחוק הערבות, התשכ"ז־1967, הקובע כי 'כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו עומדת גם לערב'. מן הפסיקה של בית משפט זה יוצא שעל־ידי נוסח מתאים של כתב הערבות, יכולים הצדדים להתנות על הוראה זו, במה שנוגע להוכחת החוב בין החייב והערב, אך אין הם יכולים לעקור את הוראת הסעיף 7(א) מעיקרה, כאשר אנו יודעים מפי הנושה עצמו שאין לו, או עדיין אין לו, תביעת חוב טובה כלפי החייב".

277. נראה, בכל הכבוד, כי פסק הדין שניתן בעניין איליט שגוי מן היסוד, ולוקה בכשלים הבאים:

א) האמירה של מ"מ הנשיא, כב' השופט זוסמן, בעניין אגף יבוא מזון לא נועדה כלל ליצור חריג לעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית שיאפשר לעצור מימוש של ערבות בנקאית גם כאשר לא חל חריג המרמה. אדרבה, עיון בדבריו של מ"מ הנשיא, כב' השופט זוסמן, מלמד בעליל כי מדובר באמירה שנועדה דווקא לקבוע את עקרון האוטונומיות של הערבות, המיועדת לתת את מרב הביטחון למוטב כתב הערבות כי יוכל לגבות את הכספים נשוא כתב הערבות, בלא צורך להתדיין ביחס לעילות נשוא עסקת היסוד.

ב) כב' השופט (כתוארו אז) לנדוי סבר כי על ערבות בנקאית חלה הוראת סעיף 7(א) לחוק הערבות הקובע כי: "כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו עומדת גם לערב". בפועל, כפי שהבהרנו בהרחבה בפרק א לעיל, ערבות בנקאית היא בגדר התחייבות לשיפוי, ולא בגדר חיוב הטפל לעסקת

היסוד. הסעיף החל על ערבות בנקאית הוא סעיף 16 לחוק הערבות. סעיף זה מחיל על התחייבות לשיפוי אך ורק את סעיפים 3, 9, 11 ו־12 לחוק הערבות, אך לא את סעיף 7 לחוק הערבות.[3]

ג) כב' השופט לנדוי (כתוארו אז) קובע כי אי אפשר לעקור את הוראת סעיף 7(א) כאשר אנו יודעים מפי הנושה "שאין לו או עדיין אין לו תביעת חוב טובה כלפי החייב". ודוק: מקום שבו ברור כי לא זו בלבד שאין תביעת חוב, אלא גם לא תהיה תביעת חוב, הרי שניסיון לממש את הערבות הבנקאית עשוי להיכלל בגדר חריג המרמה. לעומת זאת, כאשר אין אמנם תביעת מכוח עסקת היסוד, אך לא ניתן לקבוע שמדובר במרמה, שכן בהחלט יכולה להיות עדיין חבות מכוח עסקת היסוד, איזה בסיס יש למניעת מימוש של הערבות הבנקאית? האם ייתכן כי מכיוון שמוטב הערבות טרם מסר דרישה פורמלית לתקן בנייה מסוימת, וממילא טרם הגיע הזמן לקיום החיוב על־פי עסקת היסוד, לא נאפשר מימוש של החיוב מכוח כתב הערבות הבנקאית? הן ראינו לעיל כי זוהי אחת מן הזכויות המובהקות של מוטב כתב ערבות בנקאית לגרום לכך שקודם כול יהיו בידו הכספים ורק אחר כך יתחיל להתדיין ביחס לקיום חבות מכוח עסקת היסוד בבחינת "קודם תשלם ואחר כך תתווכח".[4]

---

3 ואכן, פסק דין מאוחר יותר שניתן בעניין איליט, שם, בעמ' 17–18, הבהיר בית המשפט העליון (מפי כב' השופט אשר) כי הערבות הבנקאית איננה בגדר ערבות הטפלה לעסקת היסוד, אלא שיפוי שעליו חל סעיף 16 לחוק הערבות. ובלשונו: "... ברצוני להפנות את תשומת הלב אל המינוח הבלתי מדויק והבלתי נכון שניתן בארץ למסמך הקרוי 'ערבות בנקאית'. לפי מינוח זה היינו מצפים שהמסמך הנושא שם זה יהווה 'ערבות' לפי חוק הערבות, ולא היא. לפי סעיף 1 לחוק הערבות מוגדרת 'ערבות' כהתחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר כלפי צד ג', היינו שמדובר כאן בחיוב טפל, הבא לשמש ערובה לחיוב אחר שהוא העיקרי. אם אין חיוב עיקרי בר תוקף אין גם קיום לערבות (סעיף 2 לחוק הערבות), ועל כל פנים לא ייתכן שתביעתו של ערב תעלה על זו של החייב העיקרי (סעיף 4(א) לחוק). אם נתבונן בערבות בנקאית אוטונומית נמצא שחסרות בה התכונות הנ"ל ההכרחיות לקיומה של ערבות. 'ערבות בנקאית' ... היא התחייבות עצמית של בנק אשר מקבל על עצמו כלפי נושה אחריות מוגדרת ובלתי תלויה בחיובו של החייב העיקרי. המינוח הנכון לערבות בנקאית מעין זו הוא 'התחייבות לשיפוי' (באנגלית – indemnity, להבדיל מ־guarantee שהוא ערבות) ...בבואה לחוקק את חוק הערבות, עמדה הכנסת על ההבדל המהותי שבין ערבות לבין התחייבות שיפוי, והקדישה לזו האחרונה את סעיף 16 לחוק ...".

4 בעניין זה ראינו לעיל את דבריו של Bertrams, בעמ' 73, כי חלוקת הסיכונים הכלכליים בעקבות הנפקת ערבות בנקאית מחייבת לפעול על־פי הכלל "קודם שלם, ואחר כך תתווכח", דהיינו קודם תמומש הערבות הבנקאית לטובת המוטב, ורק אחר כך יוכל החייב בעסקת היסוד לתבוע החזר מן המוטב, ובלשונו: "The quintessence of the reallocation of risks from the creditor

ד) בפועל, בחן כב' השופט לנדוי (כתוארו אז) את גדרו של החיוב מכוח עסקת היסוד, ברם שמהותה ולב לבה של הערבות הבנקאית הם היותה חיוב אוטונומי המנותק מעסקה זו, ולא היה מן הדין לבחון את החבות על־פי עסקת היסוד. לכאורה, אין המדובר בנסיבות מיוחדות המצדיקות לחרוג מעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית, וזהו מקרה מובהק של נסיבות רגילות בעליל שבהן אין מקום לבחון את החבות על־פי עסקת היסוד. ודוק: כב' השופטת (כתוארה אז) בן פורת הבהירה באותו עניין כי כדי להניח יסוד לחילוט הערבות, צריך לפחות לטעון שדרושים תיקונים או שיש השגות על טיב הבנייה, ואילו במקרה הנדון, ביום שבו פג תוקף הערבות, לא היו טענות על טיב העבודות. קביעתה זו של כב' השופטת בן פורת לא נבעה מקשירת החבות מכוח כתב הערבות הבנקאית לקיומה של חבות מכוח עסקת היסוד, אלא מכיוון שבכתב הערבות הבנקאית עצמו צוין כי תנאי למימוש הערבות הוא דרישה לביצוע תיקונים. הקביעה היא אפוא שבהתאם לאמור בכתב הערבות הבנקאית עצמו, לא התגבשה עילה למימוש כתב הערבות. קביעה זו אינה בגדר יצירה של חריג "נסיבות מיוחדות" לעקרון העצמאות של הערבות, אלא פרשנות של כתב הערבות עצמו. אולם כב' השופט לנדוי קובע כי גם אם בכתב הערבות הבנקאית מצוינת הזיקה לעסקת היסוד, זו רק העילה למתן הערבות, והיא אינה גורעת מהלשון המוחלטת שבה נוסחה חובת הבנק לשלם למוטב כתב הערבות. אם כך הם פני הדברים, ומבחינת כתב הערבות הבנקאית עצמו אפשר לחלט את הערבות, הרי שלא נכון לעצור את המימוש מכוח נתון הנוגע לחבות על־פי עסקת היסוד. נראה לנו בכל הכבוד, כי ככל שפסק הדין מבקש ליצור חריג לעקרון האוטונומיה של הערבות, להבדיל מפרשנות תנאי המימוש המופיעים בכתב הערבות הבנקאית עצמו, הרי שהרציונל של הדברים אינו ברור כלל ועיקר.[5]

(beneficiary) to the principal debtor (account party) by virtue of an agreement in respect of a first demand guarantee is fittingly conveyed in the universally adopted expression 'pay first, argue later'". לעניין זה ראה: Itek Corporation v. First National Bank, 730 F 2d 19 (1984); E–Systems v. Islamic Republic of Iran, 491 F. Supp. 1294 (N.D. Tex. 1980).

5 עם זאת, נראה לכאורה שניתן להבין את פסק הדין האמור על רקע קביעת בית המשפט בעמוד 323 לפסק הדין, כי חילוט הערבות הבנקאית לא נעשה מסיבות ענייניות כדי להבטיח את טיב העבודות, אלא עקב ניתוק היחסים מתוך נקמנות או כדי להפעיל לחץ, במסגרת של התדיינות משפטית המתנהלת בין הצדדים. אם אכן ברור שאין בכלל חבות, גם לא עתידית, מובן ההיגיון לעכב את חילוט הערבות הבנקאית. אכן, סעיף 7 לחוק הערבות אינו רלוונטי, אלא סעיף 16 לחוק הערבות, אבל גם לפי סעיף 16 חובת שיפוי קימת עקב "אי קיום חיובו של חייב כלפי הנושה, וממילא נחוץ שתהא מלכתחילה חבות עקב עסקת יסוד".

278. הסבר מסוים לגישתו של בית המשפט העליון בעניין איליט אפשר למצוא בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט סובל) בעניין אפ.טי.אס.[6] פסק הדין מבהיר כי "ההסבר לאפשרות ההצצה מעבר לפרגוד אל עסקת היסוד, חרף עצמאותה של הערבות, נעוץ בכך שהמשפט איננו מכשיר טכני אלא אמצעי חברתי וכלכלי המונע על־ידי שיקולים ערכיים וחותר להגשמתם. ניסוח של מסמכים הוא דבר חשוב, במיוחד בתחום העסקי שבו נדרשת הגברת הוודאות, ולמרות זאת המילה הכתובה איננה לעולם חזות הכול. מבלי להקל בחשיבותו של סעיף 7, אין הוא המשפט היחיד המופיע בכתבי הערבות. ... אמנם נפסק כי השימוש בביטוי "ערבות", בהקשר של ערבות בנקאית אוטונומית, אינו מכוון לערבות רגילה לפי סעיף 1 לחוק הערבות, תשכ"ז־1967, אלא להתחייבות לשיפוי לפי סעיף 16 לחוק (עניין שובל[7]). אולם קיומו של חיוב מצד המציע (יוזם הערבות) כלפי המוטב הוא תנאי אף בהתחייבות לשיפוי, שלפי סעיף 16 לחוק קמה "בשל אי־קיום חיובו של חייב כלפי הנושה"... יפים לכאן דבריו של בן־אוליאל בעמ' 487: "התחייבותו של הבנק, כהתחייבות לשיפוי, היא עדיין בגדר של 'ערבות' במובן הרחב של המושג, ומכאן הסיבה למיקום ההסדר הפוזיטיבי של ההתחייבות לשיפוי בהקשר של חוק הערבות. בהיות ההתחייבות לשיפוי סוג מיוחד של ערבות, לא ייתכן כי העצמאות, שהתחייבותו של הבנק נהנית ממנה, לא תסבול הגבלה כלשהי". בית המשפט מסיק על כן, כי "בהיותה סוג של ערבות, קשה להסכים לטענה בדבר היתכנותה של ערבות בנקאית אוטונומית המנוסחת באופן המחסן אותה מפני הגבלה כלשהי הנעוצה בחיובו של החייב העיקרי במסגרת עסקת היסוד, תהא חשיבותה ושורשיותה של ההגבלה ככל שתהא. טענה כזאת – שפירושה המעשי הוא מניעת מימוש הערבות רק בשל טענות הגנה של הבנק עצמו אך לא בשל טענה כלשהי של החייב העיקרי, גם לא מרמה או נסיבות מיוחדות – אפשרית שעה שמדובר בהתחייבות סתם, אך לא בהתחייבות הנושאת עליה שם "ערבות". ... למניעת תוצאה שכזו, נועדו החריגים ההלכתיים לאכיפת הערבות. חריגים אלה מצומצמים עד מאוד, דווקא בשל הניסוח הדווקני של ערבויות אוטונומיות, אך עדיין פותחים הם פתח להתערבות שיפוטית שמטרתה "להגן במקרים קיצוניים מפני מימושן של ערבויות בידי מוטב הנגוע במניעי מרמה או חוסר תום לב ואי־הגינות בולטים, מקום שמימוש כאמור עלול להביא לתוצאות בלתי צודקות ביחסים שבין הצדדים לעסקת היסוד".[8] זהו האיזון הנוהג בדין בין הכוונה לנתק את הערבות הבנקאית מהמחלוקות המתעוררות במסגרת

6 עניין אפ.טי.אס, לעיל ה"ש 91 בפרק ג', בעמ' 1686.

7 עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא, בעמ' 130.

8 שם, בעמ' 134.

עסקת היסוד לבין העובדה שבכל זאת הערבות הבנקאית ניתנה מכוחה של עסקת היסוד ולצורך הבטחת החיובים על־פיה".

279. דברים דומים עולים מעיון בדברי ההקדמה של כב' השופטת פרוקצ'יה לספרי זה, עת שהיא מבהירה כי "אף שתכליתה של הערבות הבנקאית הינה להבטיח את עניינו של המוטב מפני סיכוני העסקה, אין זו אמת מוחלטת בלא סייג. כדרכן של אמיתות המשפט שלרוב אינן מוחלטות, אלא מאזנות בין שיקולים ואינטרסים נוגדים, כך גם בסוגיה זו... בצד עצמאותה של הערבות מעסקת היסוד, יצר המשפט חוליה מקשרת בין הערבות האוטונומית לבין המציאות בשטח המעוגנת בעסקת היסוד ובהתנהגות הצדדים לה. אמנם לא כל סטייה והפרה של עסקת היסוד תהווה עילה להתערבות ופירעונה של הערבות הבנקאית, שאחרת היה הדבר מביא לאובדן ייחודה, אולם במסגרת חריגים מיוחדים ונדירים עשויה חובת הפירעון העצמאי של הערבות לסגת מפני גילוי מרמה בעל חומרה קיצונית מצד המוטב, או בהתקיים נסיבות חריגות מיוחדות אחרות הקשורות בהתנהגות חסרת תום לב מצידו, שאז עשוי בית המשפט להתערב בעצמאותה של הערבות ולעצור את חילוטה. המשפט מייחס מעמד בכורה לביטחון ולהגנה שהערבות העצמאית מספקת למוטב. אולם בא בעת, במצבים קיצוניים, הוא נמנע מלהקריב על מזבח היעילות והביטחון העסקי שהערבות מקנה לבעליה, את חובות תום הלב וההגינות שצדדים במערכות היחסים העסקיות חבים זה לזה, חובות השזורות שתי וערב במערכת המשפט האזרחי והציבורי כולו. בכך מאזן המשפט בין גורם היעילות, הוודאות והביטחון העסקי שהערבות מספקת בחיי הכלכלה לבין החתירה לצדק ולהגינות ביחסי הצדדים לעסקה. בכך משתלב ייחודה של הערבות כמכשיר עצמאי מנותק מעסקת היסוד, עם הצורך לשמור על שוליים חיוניים של עשיית צדק, לבל יזכה מעוול מפירות עוולתו".

280. הנה כי כן, ערבות בנקאית היא כתב שיפוי, ולא ייתכן שיפוי כאשר אין חולק כי אין חיוב. על כן, נקודת האיזון אמורה להיות כי מקום שבו יש מחלוקת בדבר קיומה של עילה על־פי עסקת יסוד – ניתן יהא לממש את הערבות הבנקאית באופן אוטונומי מעסקת היסוד. זו תכליתה של הערבות, לאפשר למחזיק בה להיות בגדר "מוחזק" בעת קיום ההתדיינות. לעומת זאת, מקום שבו אין חולק כי אין חבות על־פי עסקת היסוד ובפנינו דרישה שנעשתה מתוך אינטרס זר של רגשי נקם, ושלא בתום לב, אין מקום להפעיל את הערבות בנקאית כנשק, שהרי המשפט אכן איננו מכשיר טכני אלא אמצעי חברתי וכלכלי המונע על־ידי שיקולים ערכיים וחותר להגשמתם, תוך איזון בין גורם היעילות והוודאות שמספק מוסד הערבות הבנקאית לבין הצורך לחתור לצדק ולהגינות ביחסי הצדדים.

281. ואכן, רציונאל זה בא לידי ביטוי בעת שבית המשפט העליון (כב' המשנה לנשיא בן פורת) עשה צעד נוסף להחלת חריג הנסיבות המיוחדות בפסק הדין בעניין פיתוח כוכב יאיר.[9] באותו עניין, החיל בית המשפט את חריג המרמה ביחס לערבות בנקאית (קודם לפס"ד זה הוחל חריג המרמה רק ביחס לאשראים דוקומנטריים) ובהערת אגב ציין בית המשפט כי יש מקום להחלת חריגים נוספים ביחס לערבות בנקאית, מעבר לאלו של זיוף ומרמה הנוהגים ביחס לאשראי דוקומנטרי. באותו מקרה, הטענה הייתה כי יש לעכב מימוש ערבות בנקאית מכיוון שדרישת הפירעון של המוטב היא "מעשה נקמנות ובגדר הפעלת לחץ וכי בפועל (מבקשת הערבות) אינה חבה למוטב כספים אלה". כלומר, הטענה הייתה כי בפנינו מימוש זכות שלא בתום לב. אכן, אין המדובר במרמה המצדיקה את הפעלת חריג המרמה, אבל המימוש נעשה מתוך מניעים זרים של לחץ ונקמנות, והכלל הוא כי לא ניתן לממש זכות כלשהי במשפט – שלא בתום לב,[10] וכי

---

9 עניין פיתוח כוכב יאיר, לעיל ה"ש 3 בפרק ד, בעמ' 432: "... אם עקרון העצמאות בסוגיה של האשראי הדוקומנטרי כפוף לחריגים, מחויב ההיגיון הוא שעצמאותה (או האוטונומיה) של הערבות, לא תהא גם היא מוחלטת. אדרבה, לגביה יש, לדעתי, מקום להתרת הרצועה מעבר לחריגים הבודדים, התופסים לגבי המכתב הדוקומנטרי (מרמה וזיוף)". בעת שכב' השופט אור ניתח את הפסיקה בהקשר זה במסגרת פסק הדין שנתן בעניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 704, הוא ציין כי כב' המשנה לנשיא בן פורת החילה בפסק דין פיתוח כוכב יאיר את חריג המרמה וציינה, אגב אורחא, כי לדעתה "יש מקום להתיר את הרצועה ולהכיר בחריגים נוספים באשר לעצמאות העילה של הערבות הבנקאית האוטונומית, אולם הכרעה בעניין זה אינה נדרשת בענייננו".

10 ההלכה הפסוקה היא כי כל זכות ניתן לממש אך ורק בתום לב. כך למשל קבע כב' השופט (כתוארו אז) ברק בבר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3), 449, 463–464 (1981) כי: "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) מטיל את החובה לנהוג 'בדרך מקובלת ובתום לב' לעניין חיוב הנובע מחוזה ולעניין השימוש בזכות הנובעת מחוזה. מבחינה זו תחולתה של החובה מוגבלת ליחס החוזי בלבד. אך תחולתה של חובה זו הורחבה, והריהי משתרעת גם לעניין 'פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה' (סעיף 61 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי) ... חובתו זו של בעל דין להפעיל את כוחותיו המשפטיים־דיוניים 'בדרך מקובלת ובתום לב', מטילה עליו את החובה לפעול, כפי שבעל דין הגון וסביר היה פועל במקומו"; בעקבות פסק דין זה, ציינה ד' פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973 והזיקה לדין הגרמני" הפרקליט לו 53, 62 (1985): "המשמעות המשפטית אשר ניתן לדעתי לייחס לקביעה זו היא שיש להכיר בהוראות סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) כהוראת־על נורמטיבית המצטרפת להוראות חוק אזרחיות־דיוניות הקיימות בדין הישראלי ... נראה לי שאם תתקבל הפרשנות המוצעת לגי־שתו של השופט ברק, כדין מחייב, וזו אכן המדיניות הרצויה והפרשנות הנבונה של סעיף 39 הנ"ל – כי אז אין זה מספיק שבעל דין יצביע על זכות או על דין שמזכים אותו לפעול פעולה מסוימת בזמן נתון, אלא הוא צריך לעשות שימוש בזכות המוקנית לו או בתרופה המוענקת לו על־פי הדין, בתום לב ובדרך מקובלת. הפעלה 'שרירותית' של הזכות, דהיינו, הפעלתה שלא

כלל זה חל גם ביחס למימוש ערבות בנקאית, על אף שברור כי ביחס לאשראי דוקומנטרי – לא יחול חריג כלשהו, מלבד חריג המרמה והזיוף.[11]

.282 ששון, יפרח ושנקר[12] מבקרים באופן חריף את אמרת האגב האמורה בעניין פיתוח כוכב יאיר, שכן לדעתם סטה בית המשפט מן ההלכה המושרשת בדבר עצמאות כתב הערבות הבנקאית, בלא שתהיה הצדקה עיונית להבחנה בין מכתב אשראי דוקומנטרי לבין ערבות בנקאית. הם סבורים, כי מבחינה עיונית אין מקום להתיר עיכוב מימוש של ערבות בנקאית, שעה שהתנהגות המוטב היא "התנהגות חמורה" שאינה עולה כדי מרמה רבתי. ואכן, בית המשפט העליון קבע בעניין רשות שדות התעופה:[13]

> "כפי שנפסק לא אחת, לאור המטרות העומדות בבסיס עצמאותה של הערבות הבנקאית מן הראוי כי השימוש בחריגים לעיקרון זה ייעשה במשורה. לא די בחוסר תום לב

בתום לב ובדרך מקובלת, תהיה שימוש לרעה בזכות"; לעניין זה ראה גם: בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1 (1985); רע"א 8883/99 דן כוכבי נ' גזית קונסוליום השקעות ופיתוח, תק־על 2001(1), 338 (2001); על"ע 2531/01 שמעון חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב־יפו, פ"ד נח(4), 55, 73–74 (2004); רע"א 6630/00 ועד הנאמנים תל אביב־יפו נ' יוסף סילקו, תק־על 2001(3), 575, עמ' 576 (2001); רע"א 6339/97 משה רוקר ואח' נ' משה סלומון ו־3 אח', פ"ד נה(1) 199 (1999), שבו קבע הנשיא ברק כי עקרון תום הלב הוא: "עיקרון מלכותי החופה על המשפט הפרטי הישראלי כולו"; בג"ץ 1683/93 יבין פלסט נ' הית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702, 708 (1993); אצל שוורץ, בעמ' 295; ש' לוין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 47 (ירושלים, התשנ"ט); הגיעו דברים לידי כך שבע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבנייה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 127 (2000), דן מ"מ הנשיא חשין בשאלה, האם דוקטרינת תום הלב עשויה להתגבר אף על הוראת חוק קוגנטית; ביחס להשתק אל מול הוראות חוק קוגנטיות ראה גם ד' פרידמן וג' כהן דיני חוזים 613–615 (תשנ"א); ת"א 3555/94 גלאון נ' זלינגר חברה לקבלנות בע"מ (שלום כ"ס) דינים שלום טו 316 (1999); עמרי ידלין "תום לב במשפט העבודה הישראלי: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב 867, 869 (1998).

11 בעניין ניקו בדים, לעיל ה"ש 1 בפרק א, בעמ' 816–817, הבהיר כב' המשנה לנשיא חשין ב־קבות פסק הדין בעניין פיתוח כוכב יאיר, כי אכן שונה היא הערבות הבנקאית בהקשר זה מכתב האשראי הדוקומנטרי, ובעוד שבמכתב האשראי קיים רק חריג המרמה, הרי שבכל הנוגע לערבות הבנקאית, אפשר שעקרון העצמאות יידחה מחמת "נסיבות מיוחדות בנות בלי שם, נסיבות שאינן בהכרח מרמה או זיוף".

12 ד' אצל ששון, יפרח ושנקר, בעמ' 195.

13 עניין רשות שדות התעופה, לעיל ה"ש 22 בפרק ב, בעמ' 133; כמו כן ראה בעניין רובין, לעיל ה"ש 24 בפרק ב.

> **של המוטב על מנת למנוע את מימוש הערבות, אלא נדרשת התנהגות חמורה במיוחד מצדו".[14]**

283. "ואף על פי כן נוע תנוע". לאור פסה"ד האמורים בעניין איליט ובעניין פיתוח כוכב יאיר החלה להשתרש הלכה בדבר קיומו של "חריג נסיבות מיוחדות", ובית המשפט העליון ציין, בהערות אגב, בכמה וכמה פסקי דין, כי ייתכנו מקרים נדירים שבהם המוטב המבקש לממש את כתב הערבות הבנקאית, התנהג במסגרת עסקת היסוד באופן כה חמור, עד שבית המשפט יורה שלא לכבד את דרישתו למימוש הערבות הבנקאית. כך למשל נאמר על־ידי בית המשפט בעניין רובין,[15] בעניין מושקוביץ,[16] בעניין שיכון עובדים,[17] בעניין יוטבין,[18] ובעניין חירם לנדאו[19] כי התנהגות חמורה מצד המוטב המונעת בעליל משיקולים זרים, רצון להפעיל לחץ או נקמנות, עלולה להביא למניעת חילוט הערבות.

284. בית המשפט העליון (כב' השופט עדיאל) סיכם את ההלכה הפסוקה בעניין זה בפסק הדין בעניין צוריאל לביא:[20]

> **"עקרון העצמאות של הערבות הבנקאית איננו עיקרון מוחלט, שכן החלה דווקנית של עיקרון זה תחשוף את מבקש הערבות לסיכונים, ותפגע בביטחון וביתרונות המסחריים אותם נועד להשיג מוסד הערבות הבנקאית. עם**

---

14 עם זאת, גם ששון, יפרח ושנקר ערים לצורך המתעורר לעתים להגמיש את הכללים החלים ביחס לאשראי דוקומנטרי ולכתב ערבות בנקאית, ולאפשר מתן צו מניעה כנגד מימוש הערבות כאשר ברור על פני הדברים כי מדובר במימוש כתב הערבות באופן שרירותי, הגורם עוול והנעשה מטעמים שאינם לגופו של עניין. הצעתם בהקשר זה היא אפוא לאפשר יצירת חריגים נוספים לצד חריג המרמה, אך מאידך גיסא להתנות מתן צו מניעה המוצא כנגד מימוש ערבות בנקאית בהפקדת ערובות כספיות גבוהות, בערך העולה משמעותית על סכום חבות הבנק.

15 עניין רובין, לעיל ה"ש 24 בפרק ב, בעמ' 754.

16 עניין מושקוביץ, לעיל ה"ש 10 בפרק ב, בעמ' 452.

17 עניין שיכון עובדים, לעיל ה"ש 1 בפרק ב. בעניין זה קבע בית המשפט כי במקרים חריגים שבהם התנהגות המוטב היא חמורה במיוחד, יינתן צו מניעה כנגד מימוש הערבות, וזאת אף אם אין המדובר במקרה של מרמה וזיוף. עם זאת, מבהיר בית המשפט כי טענה בדבר הפרת עסקת היסוד אינה נכללת בגדר חריג הנסיבות המיוחדות, והעלאתה נוגדת את האוטונומיות של הערבות הבנקאית.

18 עניין יוטבין, לעיל ה"ש 11 בפרק ב, בעמ' 336.

19 עניין חירם לנדאו, לעיל ה"ש 18 בפרק א, בעמ' 145.

20 עניין חבר, לעיל ה"ש 23 בפרק א.

> זאת, החריגים לכלל האוטונומיה של הערבות הבנקאית הם נדירים. נפסק שניתן למנוע את מימוש הערבות על יסוד שיקולים הקשורים בעסקת היסוד, רק מקום בו בוצע מעשה תרמית חמור מצד המוטב... או בהתקיים נסיבות מיוחדות אחרות שעניינן התנהגות חמורה או שרירותית מצד הנערב בבואו לדרוש את חילוט הערבות, או התנהגות המונעת בעליל משיקולים זרים, הפעלת לחץ או נקמנות".

285. בעניין שובל הנדסה,[21] הבהיר בית המשפט העליון כי "חריג הנסיבות המיוחדות" נועד להרחיב את חריג המרמה העוסק במקרי זיוף או מרמה, אך מנגד, כדי להיכנס לגדרו, אין די בקיום מחלוקת חוזית בין הצדדים לעסקת היסוד. בגדר "נסיבות מיוחדות" עשויה לבוא התנהגות חמורה או שרירותית של המוטב בבואו לדרוש את חילוט הערבות. דהיינו, התנהגות המונעת בעליל משיקולים זרים, הפעלת לחץ או נקמנות. דוגמה מובהקת להחלת חריג הנסיבות המיוחדות, מצוי במקום שבו המוטב דורש מימוש ערבויות בנקאיות שניתנו להבטחת ביצוע עבודות, על אף שהוא עצמו אישר בכתב כי העבודות הללו בוצעו והסתיימו, או כאשר הוא דורש את מימוש הערבויות הבנקאיות כאשר אין חולק כי עסקת היסוד אינה תקפה כלל.

286. דוגמה מובהקת לחריג הנסיבות המיוחדות מצויה בפסק הדין של בית המשפט העליון (כב' השופט גרוניס) בעניין אמקור.[22] באותו מקרה דרשה חברה חילוט של ערבויות בנקאיות והדרישה נדחתה בבית המשפט קמא (כב' השופט גריל)[23] משום שהמבנה נשוא ההסכם בעסקת היסוד נמסר, והעבודות הושלמו כמעט לחלוטין.[24] מקום שבו אין חבות מכוח עסקת היסוד, שהרי המבנה ניצב בפנינו,

---

21 עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא.

22 עניין אמקור, לעיל ה"ש 109 בפרק ד.

23 בש"א (חי') 4654/07 א. ארנסון בע"מ נ' אמקור בע"מ, תק־מח 2007(2) 4399 (2007).

24 מימוש הערבויות נדרש למעלה משנה לאחר ביצוע העבודות ולאחר שהוגש חשבון סופי, משה קבלו "תעודת גמר" ו"טופס 4". הקבלן (ארנסון) טען כי ערבויות הביצוע נמסרות על־ידי הקבלן במהלך הבנייה עת שהוא קובע את קצב העבודות. המזמין נתון לחסדיו של הקבלן ומשום כך מוסר למזמין ערבויות בנקאיות שתכליתן לגשר על פערי הכוחות בין הצדדים במהלך תקופת הבנייה. ברם, משמסיים הקבלן את ביצוע העבודות ועוזב את אתר הבניה, חוזרת השליטה למזמין ומאזן הכוחות מתהפך. בשלב זה, זקוק דווקא הקבלן להגנה ולא המזמין. מימוש הערבויות מתבקש על כן לטענת ארנסון לא כדי לממש את תכליתן ומטרתן, קרי הבטחת ביצוע העבודות, שהרי אלו כבר בוצעו, אלא מתוך צורך כספי גרידא.

התקיים חריג הנסיבות המיוחדות.[25] בית המשפט העליון לא גרס כי טענה זו מקימה את חריג הנסיבות המיוחדות, ובצדק, שהרי עסקינן במחלוקת חריפה לגבי קיומו של החיוב על־פי עסקת היסוד.[26] ברם, בית המשפט העליון קבע כי חל חריג הנסיבות המיוחדות לאחר שהוגש תצהיר מנכ"ל החברה הקבלנית ולפיו בשיחה עם מנכ"ל החברה שרכשה את שירותי הבנייה הובהר לו המניע האמיתי לבקשה לחלט את הערבויות, על אף שהבנייה נעשתה וכדלהלן: החברה שהזמינה את הבניין קיבלה הלוואה גדולה שהובטחה בשעבוד על הפרויקט ועל הכנסותיו. חלק מכספי ההלוואה שימש לצורך תשלום פיצויים לעובדים. כעת נוצר הפסד ניכר בפרויקט והחברה שהזמינה את הבנייה זקוקה לכספים. ובכן, כדי להשיג כספים אלו היא תנסה לחלט את הערבויות הבנקאיות. כלומר, מדובר במקרה שבו מימוש הערבויות לא נעשה מכיוון שמבקש החיוב סבור באמת ובתמים שקיים חיוב על־פי עסקת היסוד, אלא מכיוון שהמחזיק בערבות זקוק לכסף מטעמיו שלו, והוא מצא לו "בקעה להתגדר בה" ומקור להשיג כסף – על־ידי מימוש ערבות בנקאית שבידו. ואכן, אין ספק כי עובדות שכאלו, אם הן נכונות, עולות כדי חוסר תום לב קיצוני, אשר אך כפסע בינו לבין חריג המרמה, המצדיק את החלת חריג הנסיבות המיוחדות.

בדומה לכך, קבע בית המשפט בעניין מליבו[27] כי דרישה שרירותית לחילוט הערבות הבנקאית, שהינה חסרת היגיון מנקודת הראות של עסקת היסוד לחילוט הערבות הבנקאית, עלולה אף היא להביא לעצירת התשלום.

---

25 בית המשפט קמא הקיש בעניין זה מן ההלכה שנקבעה ביחס לערבויות מכוח חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה־1974, בע"א 8343/01 עובדיה נ' סובל נהריה בע"מ פ"ד נח (5) 400, 406–411 (2004). ביהמ"ש גרס אפוא כי דינה של "ערבות ביצוע" הניתנת ע"י קבלן, כדין "ערבות חוק מכר". ברם, שבעניין זה נראה לנו כי אין מקום לעריכת אנלוגיה שכן ערבויות חוק מכר (וערבות ביצוע בכלל זה) שונות הן במהותן מערבויות פיננסיות כפי שמובהר להלן בפרק ז' להלן.

26 אכן, בית המשפט קמא בעמ' 4409 הבהיר כי המזמין (אמקור) לא נמצא בפני שוקת שבורה שבה קבלן נוטש פרויקט בעודו באיבו, אלא קיבל לידיו בניין הניצב על מכונו אשר ניתן לאכלסו. אולם, בית המשפט ציין עוד כי קיימת מחלוקת חריפה בנוגע לליקויים והפרות נטענות שדינן להתברר במסגרת התובענה הכספית. מקום שבו בפנינו מחלוקת בתום לב ביחס לעסקת היסוד, אין מקום להחלת חריג הנסיבות המיוחדות, ויש להקפיד על האוטונומיות של הערבות הבנ־קאית.

27 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 696: "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 במ־סגרת עסקת היסוד קוימו במלואם".

287. נכון יהיה אפוא לסכם את חריג הנסיבות המיוחדות כחריג המתייחס למקרים מובהקים וברורים שבהם מנסה מוטב הערבות הבנקאית לחלט אותה, על אף שאין חולק וגם הוא עצמו מסכים, כי אין לו עילה עניינית לעשות כן. לעומת זאת, בכל מקום שבו קיימת מחלוקת בתום לב בדבר קיומה של חבות מכוח עסקת היסוד, תהא זו זכותו של מוטב הערבות הבנקאית לחלט אותה בהתעלם מבירור המחלוקת ביחס לעסקת היסוד.

288. ואכן, כך הובהרו הדברים בספרם של O'Donovan ו־Phillips, "The Modern Contract of Guarantee",[28] המתייחסים לכלל ולפיו הבנק רשאי להימנע מתשלום כאשר בפניו מרמה של המוטב. ביחס לאשראים דוקומנטריים, אפשר להוכיח את המרמה כאשר המסמכים המוצגים לבנק מכילים מצגים עובדתיים כוזבים. לעומת זאת, ביחס לערבות בנקאית, אין צורך לעתים קרובות בהצגת מסמכים כלשהם, מלבד דרישות המוטב, ועל כן תוגדר מרמה כדרישה של המוטב לקבלת כספים, על אף שהוא עצמו מודע לכך שלא קיים חוב מכוח עסקת היסוד.[29] אכן, יש הגורסים כי מכיוון שכתב הערבות הבנקאית מותנה רק במסירת הודעת מימוש של המוטב, הרי שהוא רשאי, בהגדרה, לממשו על־פי רצונו, בכל עת, ודבר זה אינו יכול לעלות כדי מרמה, אף אם אין חבות מכוח עסקת היסוד, שהיא עסקה נפרדת.[30] אולם, ככלל, קבעה הפסיקה באנגליה כי כמרמה תיחשב בקשה למימוש ערבות בנקאית, כאשר המוטב מודע לכך כי אין חבות מכוח עסקת היסוד בהיעדר הפרה של עסקה זו, או כאשר החייב מילא את חובותיו על־פי עסקה זו, בידיעת המוטב.[31] כך למשל קבע בית המשפט לערעורים בעניין **Balfour Beatty**, עת שהבהיר כי נשוא הדיון אינו נוגע כלל לשאלה האם אכן קיימת חבות מכוח עסקת היסוד, אלא לשאלה האם דרישת מימוש הערבות נעשתה על־ידי המוטב, ביודעין כי חבות שכזו אינה קיימת.[32]

---

28 אצל J. O'Donovan & J. Phillips, בעמ' 808–812.

29 GKN Contractors v. Lloyds Bank plc, 30 B.L.R. 48, 63 (1985) Deutsche Ruckversic - herung AG v. Walbrook Insurance Co Ltd, 4 All E.R. 181, 187 (1994).

30 זוהי גישתו של כב' השופט Moore–Bick בעניין Standard Bank (London) Ltd v. Canara Bank (unreported):

"Even in a case where the Beneficiary knew that the underlying contract was void or unenforceable, it would still be open to him to make a valid demand under the guarantee, because that is what is contemplates".

31 CDN Research & Development Bank ltd v. Bank of Nova Scotia, 18 C.P.C. 62 (1980).

32 (1999) 68 Con. L.R. 180, 190–191.

-"In the assessment one is entitled to remind oneself that the question is not whether Lea

289. נמצא אפוא כי חריג הנסיבות המיוחדות הוא למעשה פיתוח של חריג המרמה. אין בו כדי להכפיף את החבות מכוח הערבות הבנקאית לבדיקת קיומה של חבות מכוח עסקת היסוד, אלא בפנינו חובה המוטלת על המוטב לנהוג בתום לב, והשאלה היחידה הנשאלת היא האם המוטב, לשיטתו שלו, סבור בתום לב שאכן קיימת חבות כאמור.

290. הדברים הובהרו באופן חד ונוקב על־ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) בעניין צוריאל לביא:[33]

> "... הלכה זו נועדה למקרים מובהקים וברורים, ואין היא בשום פנים ואופן פתח להפר את עקרון העצמאות של ערבות בנקאית אוטונומית על־ידי כניסה לבירור עובדתי בעניין אומד דעת הצדדים, דבר אשר גולש למעשה לתחומי עסקת היסוד. לעניין זה התייחסתי בעניין UMI, כדלקמן:
> "יוצא כי הפסקה 'בלא שיהיה עליכם לנמק או לבסס את דרישתכם' שבכתב הערבות איננה נחלשת או מתייתרת, נהפוך הוא; היא חלה, ובמלואה, כל אימת שאין עסקינן במצב הקיצוני והחריג, בו מנסה מוטב הערבות לחלטה למרות שברור וגלוי הוא, ואין חולק כי העילה שבכתב הערבות עצמו לא התקיימה, תוך שהוא הופך את הסתמכות הצד השני על ציון העילה לכלי ריק מתוכן.
> יוסף ויודגש: כל אימת שקיימת מחלוקת בתום לב, האם חלה העילה או לא, תחול זכותו של מוטב הערבות לחלטה 'בלא לבסס או לנמק את דרישתו'. רק במקום בו ברור כי עסקינן בניסיון לחלט ערבות בשל עילה אחרת בתכלית, יחול החריג המצומצם. הא ותו לא".

---

rail or its liquidator might be able to show that the sum clained under the bond was not in fact due. Nor is the question whether the beneficiary in the light of the evidence might not have some anxiety as to whether the sum was due and have some anxiety about whether Leadrail might not have a good claim to the return of the money if it is paid by the surety. The question is whether when the demand was made the persons acting on behalf of the plaintiffs knew that the sum claimed was not due from Leadrail, and dishonestly made a demand despite that knowledge".

33 בש"א צוריאל, לעיל ה"ש 66, בפסקה 72 לפסק הדין.

.291 בית המשפט העליון הבהיר בעניין פרירון[34] כי גם כאשר צד מביא ראיות לכאורה המלמדות כי הדין עמו, וכי לא קמה חבות מכוח עסקת היסוד, לא ייתן בית המשפט צו המונע את חילוט הערבות הבנקאית. כלומר, עקרון העצמאות של הערבות הבנקאית מחייב שלא להידרש כלל לבחינת קיומה של חבות מכוח עסקת היסוד, ודי בעצם קיומה של מחלוקת בעניין זה (גם אם לדעת בית המשפט הדין נוטה בבירור לצד מסוים במחלוקת זו) כדי שלא יוחל חריג הנסיבות המיוחדות.[35] הנה כי כן, רק כאשר אין חולק בדבר היעדר חבות מכוח עסקת היסוד – יחול חריג הנסיבות המיוחדות, ואילו כאשר יש מחלוקת בשאלה זו – הרי שהערבות תחולט. יתרה מכך, בית המשפט העליון מוסיף וקובע כי לשם החלת חריג הנסיבות המיוחדות לא די בטענה כי המוטב פעל בחוסר תום לב, ודרוש "חוסר תום לב קיצוני". ואכן, בעניין נחמד[36] הבהיר בית המשפט העליון כי חריג הנסיבות המיוחדות מתקיים כאשר בפנינו התנהגות חמורה במיוחד, אף שאינה מגיעה כדי מרמה או חוסר תום לב קיצוני. בית המשפט מבהיר כי כאשר יש מחלוקת חוזית לגיטימית בין שני צדדים, בירורה צריך להיעשות במסגרת ההליכים המשפטיים הנובעים מעסקת היסוד, ולא בהקשר של מימוש הערבות הבנקאית. חוסר תום לב קיצוני יכול לנבוע משני גורמים:

---

34 עניין פרירון, לעיל ה"ש 22 בפרק ב: "אף שבעיקרון קיימים החריגים האמורים לעצמאותה של הערבות, הרי ייעשה בהם שימוש במשורה, מקום בו התנהגותו של המבקש את מימוש הערבות הייתה חמורה ... על בית המשפט לשקול את הצורך להגן על מוסד הערבות, ומנגד לו – את הצורך למנוע מימוש ערבויות בידי מוטב הנגוע במרמה או בחוסר תום לב ואי הגינות בולטים (ראו פס"ד שובל הנדסה). בעניין דנא, דעתי היא כי יש להעדיף את האינטרס הראשון. המחלוקת בין הצדדים שלפניי נוגעת לעסקת היסוד ביניהם, להסכם המשולש ולכרוך באלה. טענות סותרות של בעלי דין באשר לקיום ולהפרת התחייבויות הדדיות עומדות, מטבען, במרכזם של הליכים משפטיים רבים. קיומה של מחלוקת חוזית איננו תנאי מספיק כדי לחסות בצילו של חריג הנסיבות המיוחדות [פס"ד שובל הנדסה]. כוחה ומעמדה של הערבות הבנקאית האוטונומית ייפגעו באופן ניכר, אם די יהיה בהעלאת טענות רגילות הנוגעות לעסקת היסוד, אף אם נתמכות הן בראיות לכאורה, בכדי להביא למתן סעד זמני שימנע את מימוש הערבות ... המקרה הנוכחי אינו שונה באופן מהותי ממקרים רבים אחרים בהם כל אחד מן הצדדים לחוזה טוען כלפי משנהו 'אתה המפר'. אף אם בית המשפט מגיע למסקנה לכאורית, כי אחד הצדדים הוא המפר, אין בכך על מנת להוביל בהכרח למתן צו זמני שימנע מימושה של הערבות הבנקאית האוטונומית. גם האמירה כי המוטב פעל לכאורה בחוסר תום לב אינה חייבת להביא לקביעה, כי עסקינן בנסיבות מיוחדות. דרוש חוסר תום לב קיצוני על מנת שנאמר כי מתקיים החריג של נסיבות מיוחדות".

35 בדומה לכך פסק בית המשפט העליון בעניין מושקוביץ, לעיל ה"ש 10 בפרק ב, כי אין בכוחן של טענות פרי עסקת היסוד, גם אם הן מבוססות בראיות לכאורה, כדי למנוע חילוט ערבות אוטונומית, וזאת גם אם נראה לכאורה כי דווקא החברה מבקשת החילוט היא שחבה כספים לצד שכנגד.

36 עניין נחמד, לעיל ה"ש 14 בפרק ב, בעמ' 1811.

א) התנהגות חמורה הנופלת באופן חמור ומשמעותי מרף ההתנהגות הנורמטיבי המקובל.

ב) התנהגות החורגת מרף נורמטיבי גבוה במיוחד – החל במקרה הנדון כתוצאה מחובת הגינות מוגברת החלה על מוטב הערבות הבנקאית, לאור זהותו של מוטב זה, והיותו: רשות מנהלית או בעל תפקיד בהליכי חדלות פירעון, כגון מפרק, כונס נכסים, נאמן בהליכי הקפאת הליכים וכיו"ב. כך מבהירים ו' אלשיך וג' אורבך בספרם הקפאת הליכים כי:[37]

> "מחלוקת חוזית, חריפה ככל שתהיה, אין בה כדי להקים את החריג האמור. מאידך גיסא, מידת התפרסותו עשויה להיות מושפעת מכך שהמוטב חב ברמה גבוהה יותר של הגינות (למשל, רשות מנהלית או בעל תפקיד בהליכי חדלות פירעון)".

292. מדברים אלו עולה, כי ככל שהרף הנורמטיבי החל על מוטב הערבות הבנקאית הוא גבוה יותר, כן תגבר ותתעצם ההגדרה של חריגה מסטנדרטים אלו כמקימה את חריג הנסיבות המיוחדות. ביטוי לדברים מצינו בפסק הדין בעניין רו"ח טרבלסי.[38] באותו מקרה, ביקש מפרק של חברה לחלט ערבות בנקאית, על אף שהיה ברור על פניו כי החברה שבפירוק (מוטבת הערבות) הפרה את החוזה נשוא עסקת היסוד. נראה כי במקרה רגיל לא היה בית המשפט בוחן את קיומה של החבות על־פי עסקת היסוד, אך מכיוון שמדובר היה במפרק, החיל בית המשפט את חריג הנסיבות המיוחדות ומנע מן המפרק לממש את הערבות, בהסתמך על חובת ההגינות המוגברת המוטלת על מפרק, העולה על זו של צד עסקי רגיל.

293. ראוי לציין כי בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) בעניין רו"ח ברדיצ'ב[39] החיל את חריג הנסיבות המיוחדות לא רק במקום שבו מימוש הערבות

---

37 ראה אלשיך ואורבך, בעמ' 268.

38 פש"ר (ת"א) 2166/03 בש"א 22204/03 צ'והדרוגלו אלומיניום סנטיי וי טיקרט אנונים סירקטי בע"מ נ' רואה חשבון טרבלסי, בתפקידו כמפרק זמני של חברת חירם גת – חברה להנדסה ובניין בע"מ, תק־מח 2004(1) 2438 (2004).

39 פש"ר (ת"א) 1739/02, 16920/02 רו"ח חן ברדיצ'ב בתפקידו כמנהל מיוחד נ' בנק הפועלים בע"מ, תק־מח 2003(1) 40445 (2003): "והיכן ניתן למצוא 'נסיבות מיוחדות' יותר מאשר מקרה בו מנסה צד לחוזה ערבות, בחוסר תום לב, להשתמש בה למטרה אחרת מזו לשמה יועדה במפורש

נעשה בשרירות, או משיקולים זרים של הפעלת לחץ או נקמנות, אלא גם במקרה שבו ניסה מוטב הערבות הבנקאית להשתמש בה למטרה שונה מזו אשר לשמה נמסרה לו. הניסיון לממש את הערבות לצורך עילה אחרת עלה כדי חוסר תום לב, והוא נעשה באופן שרירותי וחמור. נראה, עם זאת, כי באותו מקרה הוחל החריג מכיוון שהיה ברור כי העילה שצוינה במפורש בכתב הערבות הבנקאית עצמו לא התקיימה ולא היה צורך בבירור בדבר מטרת הפקדת הערבות ובדבר קיומה של חבות מכוח עסקת היסוד.

294. בדומה לכך, קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופט מגן אלטוביה) בעניין ההתאחדות לכדורגל בישראל[40] כי כאשר ניתנה ערבות בנקאית לצורך הבטחת תקציבים בעונת כדורגל מסוימת, ומבקשים לממשה כדי להבטיח הפקדת ערבות נוספת לעונת הכדורגל הבאה, בפנינו מימוש ערבות שלא לשם החוב שלמענו הופקדה והדבר בא בגדר חריג הנסיבות המיוחדות. בית המשפט בחן בהקשר זה את עסקת היסוד ופירש את התקנון של ההתאחדות לכדורגל כמחייב אגודת ספורט להפקיד ערבות לשם הבטחת חובות והתחייבויות בעונת כדורגל אחת בכל פעם, ולא בקשר עם התחייבויות שנוצרו בתוך אותה עונה בקשר עם העונה הבאה. בעקבות כך, קבע בית המשפט ביחס לדרישה למימוש הערבויות "אם תמת לב היא אם לאו, אין בידי לקבוע – אולם יש בה מן ההתחכמות בכל הכבוד והתחמקות מהתמודדות עם העובדות". בית המשפט מציין כי מימוש הערבות בא על כן בגדר חריג הנסיבות המיוחדות אף אם אין המדובר בהתנהלות העולה כדי חוסר תום לב. "דומה כי נכון לומר כי חריג הנסיבות המיוחדות שפותח בידי הפסיקה, פועל 'בתוך עסקת היסוד', ומקום שמוטב מבקש לממש ערבות 'מחוץ לעסקת היסוד', אין צורך בעמידה בתנאי החריג האמור, הואיל וערבות כלל אינה מכסה את אותו תחום שמחוץ לעסקת היסוד". המעיין בדברים חש אל נכון כי בפנינו בחינת תוקף הערבות – על בסיס עסקת היסוד. ברם, שבית המשפט מוסיף ומבהיר כי "יש להבדיל בין מחלוקת שבין הצדדים לעסקת היסוד, שאז המוטב זכאי למימוש ערבות אוטונומית בהתעלם מהמחלוקת, וזאת בשל עקרון עצמאות הערבות האוטונומית, שהרי לשם כך נועדה ואין לכרסם בכוחה הכלכלי והמשפטי, לבין מצב שבו המוטב ער להיעדרה של חבות בעסקת היסוד ומבקש בכל זאת לעשות שימוש בערבות לשם עסקה אחרת".

בכתב הערבות עצמו, כאשר אין מחלוקת כי עילת הערבות לא נתקיימה הכול תוך פגיעה בסי־כויים להבריא את החברה ולהבטיח את פרנסתן של משפחות קשות יום התלויות בה למחייתן?"

40 בש"א (ת"א) 16741/08, בנק מזרחי טפחות סניף המרכז נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל הרשות לבקרת תקציבים, תק־מח 2008(3) 11302, 11309–11311 (2008).

295. Van Houtte[41] סבור כי יש להרחיב את גדרי "חריג הנסיבות המיוחדות" ולעצור מימוש של ערבות בנקאית גם כאשר לא הוכחה מרמה חמורה, אלא רק שימוש לרעה בזכות, הנובע מכוונה להזיק או אף מחריגה מחובת הזהירות של האדם סביר בבואו לממש את זכויותיו. ובלשונו:

> "If no manifest fraud can be established, the court will examine whether the beneficiary has committed a manifest abuse of law. This could be the case when he has used his right to demand the guarantee, either with the intent to cause damage, or without the normal care with which a reasonable person would exercise this right".

296. אולם בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) בעניין צוריאל לביא,[42] השאיר בצריך עיון את השאלה האם חריגה מחובת הזהירות העולה כדי רשלנות, מהווה עילה להחלת חריג הנסיבות המיוחדות ולעצירת תשלום מכוח מימוש ערבות בנקאית. בית המשפט הבהיר, עם זאת, כי מקום שבו בפנינו רשלנות רבתי, להבדיל מרשלנות רגילה, וכאשר הדברים עולים כדי התנהגות חמורה, יש פנים להחלת חריג הנסיבות המיוחדות, וההתנהגות מתקרבת לאותו "קו גבול", שבו יהא מוטב כתב הערבות מנוע מלדרוש את חילוטה. ואכן, יושם אל לב כי הרשלנות שבה עסקינן במקרה זה, נוגעת למצב שבו המוטב ישב מנגד בעת שראה כיצד מטעים את הבנק ומביאים אותו להנפיק ערבויות על בסיס עובדות לא נכונות, בלא שעשה מאומה כדי להעמיד דברים על מכונם. נסיבות

41 אצל Van Houtte, בעמ' 309–310.

42 בש"א צוריאל, לעיל ה"ש 66 בפרק א, בפסקה 71 לפסק הדין: "נכון הוא כי לא הוכחה מעו־בות ישירה של מר חבר בתרמית שביצעו לכאורה מנהלי נגה, קרי, באופן בו 'נעלמו' הכספים שהעביר, ככל הנראה לכיסיהם האישיים. במובן זה, לא הוכחה מרמה מצידו, במובן של מעורבות ביודעין באותה קנוניה. אולם מר חבר בחר לשבת מנגד, כשהוא רואה כיצד מטעה נגה את הבנקים ומביאה אותם להנפיק ערבויות בלתי נכונות, בלא שיעשה מאומה או יטרח להעמיד דברים על דיוקם. אמנם מרמה אין כאן, אולם התנהגות חמורה יש אף יש, וזו חורגת מתחומה של רשלנות גרידא. עולה השאלה, האם הוטלה על מר חבר חובת גילוי, אשר הפרתה מקימה נגדו מניעות מל־דרוש את חילוט הערבות – קרי, האם עולה חומרת ההתנהגות לידי כך שתקים את 'חריג הנסיבות המיוחדות'. שאלה זו אינה מן הפשוטות, ויש לה פנים לכאן ולכאן; יוער כי אף אם ייקבע שאין בהתנהגות חבר כדי להקים נסיבות מיוחדות הבולמות חילוט ערבות אוטונומית, הרי שעניין לנו במקרה גבול אשר היה קרוב למדי לאותו 'קו גבול' רב חשיבות".

אלה אינן עוסקות אפוא ברשלנות גרידא, אלא בהתנהגות חמורה של צד הרואה מרמה מתחוללת ומחשה.

297. בית המשפט המחוזי הוסיף והבהיר בעניין צוריאל לביא,[43] כי אם מתברר שיש רשלנות תורמת גבוהה אף יותר מצד הבנק, הרי שהיא תגבר על רשלנותו של המוטב ולא יוחל חריג הנסיבות המיוחדות. בית המשפט העליון (כב' השופט עדיאל) קבע אף הוא בעניין צוריאל לביא[44] כי רשלנות של הבנק בהנפקת הערבות עשויה לגרור טענת מניעות ונטילת סיכון מרצון, שמחמתה יהא הבנק מנוע מלעשות שימוש בזכותו לבטל את החוזה ואת כתב הערבות.[45] עם זאת, בית המשפט העליון לא קיבל את פסיקת בית המשפט המחוזי, לפיה ההתרשלות כשלעצמה, מצד הבנק, מצדיקה את ביטול החוזה שמכוחו הנפיק את כתב הערבות הבנקאית. בהקשר זה הבהיר בית המשפט העליון כי:

> "... אף אם אניח כי יש ממש בטענה כי הבנקים התרשלו בהוצאת הערבויות וכי טעותם נגרמה, בין היתר, בשל התרשלותם, אין בכך כדי לשלול את זכותם לבטל את הערבות.
> לעניין זה, הגישה המקובלת היא כי בהתרשלות הצד הטועה

---

43 שם: "זאת ועוד; אין כל מקום להשוות התנהגות זו ל'רשלנותם' הנטענת של הבנקים, אם אכן הייתה רשלנות כזו. מחומר הראיות עולה כי הבנקים אכן לא בדקו פרטים עקרוניים הקשורים בעסקת היסוד, אלא הסתפקו בהצהרות החברה, בה נתנו אמון, ובבירור מספר פרטי מפתח – כגון סוג הערבות (ערבות ביצוע, אם לאו). ייתכן מאוד כי ידם של הבנקים הייתה 'קלה מדי' על 'ברז' הערבויות, וכי טוב היו עושים לו בירורו פרטים נוספים, ולא הסתפקו ביחסי אמון וב'גבול הסיכון' שהתוותה מסגרת ערבויות הביצוע. זאת, אף כי ספק אם גם בירור פרטים נוספים יכול היה למנוע מחברה הנחושה בדעתה להטעות את הבנק מלהצליח בתוכניתה. לעניין זה, צודקים הבנקים כי לאור צורת פעולתם והיקף הידע שבידם, ומספר הפעולות מסוג זה שהם מבצעים, הרי יכולתם לברר כל עסקת יסוד לעומקה הינה לעולם מוגבלת. אלא שכך או כך, לא הגיעה התנהגות הבנקים לכדי 'רשלנות רבתי', כנטען על־ידי מר חבר; קל וחומר, שאין להעמידה בקנה אחד עם שתיקתו התמוהה של חבר, או עם ההטעיה שהטעו אותם החברה ובעלי השליטה שלה".

44 עניין חבר, לעיל ה"ש 23 בפרק א. בית המשפט הוסיף והבהיר שם כי יש מקרים שבהם שימוש בזכות הביטול, חרף התרשלות חמורה של הבנק, יעלה כדי שימוש בזכות בחוסר תום לב. כמו כן, התרשלות חמורה של הטועה עשויה לנתק את הקשר הסיבתי בין הטעות לבין כריתת החוזה. בנוסף, דן בית המשפט בסוגיית הטעות ההדדית, ומבהיר כי החוזה יבוטל בבירור כאשר הצד המטעה היה צריך לדעת על הטעות של הצד הטועה, והרשלנות שלו גדולה יותר מאשר זו של הצד הטועה, ועולה כדי עצימת עיניים.

45 ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס, פ"ד נז(4) 817, 842 (2003).

> אין כדי לשלול את זכותו לביטול החוזה לפי סעיפים 14(א) ו־15 לחוק החוזים ... עמדה על כך פרופ׳ ג׳ שלו בספרה פגמים בכריתת חוזה (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג׳ טדסקי, התשמ״א), 39: ׳בהיות הטעות מעצם טיבה סובייקטיבית, יש להתחשב בה גם כאשר היא נגרמת עקב רשלנות או תרומת רשלנות של הטועה׳.
> גם האפשרות לפנות לבית המשפט על מנת לבטל חוזה לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, הדן במקרים בהם הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על הטעות ויסודיותה, אינה נשללת בשל רשלנותו של הטועה ומידת רשלנותו מהווה אחד משיקולי הצדק המנחים את בית המשפט״.

298. בית המשפט העליון קבע כי במקרה הנדון לא התרשלו הבנקים בהוצאת הערבות, שכן הבנק לא צריך לעיין במסמכי היסוד של העסקה או ברישומי רשם החברות כדי לבדוק האם הגוף שביקש ממנו להנפיק עבורו את הערבות הבנקאית הוא אכן הגוף המתאים לכך. דרישה כזו תפגע ביעילות של ההליך, ואדרבה, המוטב עצמו הוא הגורם הזול והיעיל ביותר לבדיקת השאלה האם הערבות הופנתה לגורם המתאים.

299. בעניין אודר[46] ציין בית המשפט המחוזי מחוז מרכז (כב׳ השופט יפרח) כי לא בכדי מכונה חריג הנסיבות המיוחדות בשם כללי כל כך, שכן ״עמימות שמו מצביעה על עמימות תוכנו״. לא ניתן להגדיר במדויק את כל קשת המקרים היכולים להיכלל בחריג זה. מקרים אלה הם פרי פיתוח עקב בצד אגודל של ההלכה הפסוקה. כך, למשל, ניתן למנות חוסר תום לב קיצוני; התנהגות חמורה במיוחד של המוטב, גם אם אינה מגיעה למרמה; התנהגות שרירותית מצד המוטב בבואו לחלט את הערבות; התנהגות המונעת בעליל משיקולים זרים; הפעלת לחץ או נקמנות, כגון מחמת ניתוק יחסים מסחריים בין הצדדים; אי הגינות בולטת בקיום החוזה, דוגמת דרישה למימוש ערבות ביצוע, בשעה שהמוטב אישר בכתב לצד האחר שביצוע העבודות נסתיים, או דרישה לממש ערבויות, כאשר חוסר תקפותה של עסקת היסוד אינו מוטל בספק״[47].

---

46 עניין אודר, לעיל ה״ש 101 בפרק ד, בעמ׳ 1873 בית המשפט הבהיר שם כי ״חריג הנסיבות המיוחדות אינו חל עת שעניין לנו במחלוקת חוזית ״רגילה״ וממילא קבע בית המשפט באותו עניין כי אין מקום ליתן צו מניעה כנגד מימוש הערבות הבנקאית.

47 בה״פ 201000/06 ק. מינץ חברה קבלנית לבנין בע״מ נ׳ אמות השקעות בע״מ, תק־של 2007(1)

300. נראה כי הצד השווה לכל המקרים הללו מסוכם היטב בדבריהם של ו' אלשיך וג' אורבך בספרם כדלהלן:[48]

> "חריג הנסיבות המיוחדות הוא 'סעיף סל', העוסק במצב בו 'התנהגות הנערב חמורה במיוחד' אף כי באופן שאינו עולה כדי מרמה. כללית, עניין לנו בשורה של מצבים בהם התנהגות הנערב היא שרירותית, מיועדת לגרום נזק או לוקה בחוסר תום לב מהותי וגלוי על פניו".

301. לאחר שעמדנו על ההשתלשלות שהביאה להחלת חריג הנסיבות המיוחדות ועל גדריו של החריג האמור, נעמוד להלן על הדרך שבה יושמו הדברים בפסיקת בתי המשפט.

ה(2) יישום חריג הנסיבות המיוחדות בפסיקה

302. טענה שכיחה כנגד מימוש של ערבות בנקאית היא כי המימוש נעשה בחוסר תום לב ומקים את חריג הנסיבות המיוחדות, שכן חל שיהוי רב מעת שקמה העילה הנטענת על־פי עסקת היסוד ועד מועד המימוש של הערבות הבנקאית. אולם בפסק הדין בעניין רשות שדות התעופה,[49] דחה בית המשפט העליון מכול וכול טיעון זה, בקובעו כי אין להלין על מוטב ערבות בנקאית על כי נמנע מלממש את הערבות מיד עם העלאת טענת החוב. מימוש של ערבות בנקאית הוא כלי דרסטי, שאינו מותיר פתח להסדרת המחלוקת בדרך של פשרה. גישה הדורשת מן המוטב לממש את הערבות הבנקאית מיד עם התגבשות החוב כלפיו, עלולה להוות תמריץ שלילי לניהול משא ומתן לפשרה.

303. בעקבות פסיקה זו, צעד בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת מזרחי) בעניין ערים,[50] עת שקבע כי שיהוי רב (חמש שנים) שבו נקט נושה עד להצגת

19883, 19885 (2007) ציין בית המשפט (כב' השופט אטדגי יונה) כי יתכן ובמקרים קיצוניים וב־לטים ניתן לראות אף בהמשך החזקת הערבות הבנקאית בידי המוטב, כאשר עליו להשיבה לחייב, "נסיבות מיוחדות" שיצדיקו את הפעלת החריג לעצמאותה של הערבות הבנקאית האוטונומית."

48 אצל אלשיך ואורבך, בעמ' 268.

49 עניין רשות שדות התעופה, לעיל ה"ש 22 בפרק ב, בעמ' 134.

50 בר"ע (י־ם) 192/04 ערים – חברה לפיתוח עירוני בע"מ נ' שלמי עד בע"מ, תק־מח 2004(3) 6609 (2004).

הדרישה לחילוט ערבויות בנקאיות, נבע אכן מרצונו של המוטב לגבות את כספי הערבות הבנקאית כדי לממן תיקון של ליקויים שהתגלו לאחר עריכת החשבון הסופי נשוא עסקת היסוד. עם זאת, קבע בית המשפט כי אין בכך כדי להביא למסקנה לפיה מימוש הערבות הבנקאית נעשה בחוסר תום לב חמור ובמטרה ליצור לחץ, וממילא אין בכך כדי להקים את חריג הנסיבות המיוחדות.

304. לעומת זאת, בעניין תורג'מן[51] קבע בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת בן עמי) כי יש לראות כחוסר תום לב סיטואציה שבה נזכר מוטב לממש ערבות חמש שנים לאחר שבוצעו עבודות לקויות לכאורה, תוך סמיכות אירועים לבקשת פירוק שהוגשה כנגד החייב. בית המשפט הבהיר כי "ככלל, אכן הנערב יכול לממש את הערבות בכל מועד שיחפוץ מבלי להזדקק להסכמת מבקש הערבות או לידיעו. עם זאת, בחינת נסיבות המקרה דנא: הארכת תוקף הערבות מבלי קבלת אישור המפרק והעובדה כי דרישת המימוש הוגשה לבנק פחות מחודש ימים לאחר שהתקבלה אצל המשיבה בקשת המפרק, כאשר למשיבה אין הסבר סביר לכך, מעלה כי מימוש הערבות הבנקאית נעשה בחוסר תום לב, ודינו להתבטל"[52].

305. אחת הטענות המועלות כנגד מימוש של ערבות בנקאית היא שלא ניתן לממשה מכיוון שעוד לא נעשה חשבון סופי בין הצדדים לעסקת היסוד. הטענה היא כי הצד הדורש את מימוש הערבות הבנקאית אינו עושה כן בתום לב, שהרי הוא עצמו לא יכול לדעת האם מגיע לו כסף מכוח עסקת היסוד אם לאו, כל עוד

51 בש"א (י-ם) 2737/05 א. א. תורג'מן בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, תק-מח 2006(4) 7330, 7335 (2006).

52 שם, בעמ' 7338 באותו עניין קבע בית המשפט כי הארכת תוקפה של הערבות הבנקאית נעשה אף הוא שלא כדין וממילא די בכך כדי שהערבות לא תהא בתוקף, כך שלא היה צורך להחיל את חריג הנסיבות המיוחדות. בית המשפט ציין על כן כי הקביעה בדבר מימוש הערבות הבנקאית בחוסר תום הלב נאמרה כהערת אגב ולמעלה מן הצורך. בכל הנוגע להארכת תוקף הערבות, קבע בית המשפט כי בשל מעמדה המיוחד, הקרוב למעמדו של שטר עצמאי, מהווה הערבות הבנקאית כלי יעיל בחיי המסחר התקינים ובתי המשפט נזהרו תכלית הזהירות מלפגוע בתוקפה של הערבות על-ידי קביעת תניות לתוכה. על כן, יש לפרש את הערבות במנותק מעסקת היסוד ואין "לגרור" תנאים מעסקת היסוד לתוך כתב הערבות. אין לאפשר את הארכת תוקפה, בניגוד לאמור בערבות עצמה, רק מכיוון שעל-פי תנאי עסקת היסוד זה המקום להאריך את תוקף הערבות. מדובר בע-רבות אוטונומית המוגבלת בגבולות ובמסגרת התנאים הנקובים בה, וכשם שלא יעלה על הדעת כי אופיה האוטונומי של הערבות יאפשר את הגדלת סכומה, מבלי אישור מבקש הערבות בהסתמך על עסקת הסוד, כך לא ייתכן כי הארכת תוקפה של הערבות תיעשה באופן עצמאי וללא רשותו של המבקש.

שלא נעשתה התחשבנות בין הצדדים. אכן, ברור הדבר כי לא ניתן לגרור את הערבות הבנקאית אל תוככי הזירה של עסקת היסוד, כאשר חלף חבות ברורה ומוחלטת המאפשרת גבייה על־פי דרישה ראשונה, נזקק לפתע לבחינת החבות לגופה ולעריכת ההתחשבנות נשוא עסקת היסוד. אבל הטענה היא כי התביעה מוגשת בחוסר תום לב, מכיוון שהנושה עצמו אינו יודע אם מגיעים לו כספים, כל עוד לא נערך החשבון הסופי. מנגד, זהו מדרון חלקלק הנוגס ומכרסם באופן משמעותי באוטונומיה של הערבות הבנקאית, שכן התנאי הקבוע בכתב הערבות הבנקאית למימושה הוא "על־פי דרישה ראשונה", ולא נקבע סייג בדבר מתן הדרישה רק עם סיום הפרויקט ועריכת ההתחשבנות הסופית. בית המשפט המחוזי (כב' השופט גינת) בעניין טל ייזום,[53] קובע על כן כי על אף שיש לתת את הדרישה שמכוחה ממומשת הערבות הבנקאית בתום לב, הרי שאין לקבוע כי דרישה זו תינתן רק לאחר עריכת חשבון בין הצדדים, שאם לא כן, ישמיט הדבר את הקרקע תחת רגלי ההלכה כי הערבויות הבנקאיות הן אוטונומיות.

306. עם זאת, התקבלה בבית המשפט המחוזי בנצרת (כב' השופטת דנון) בעניין כנרת[54] טענה בדבר "חריג הנסיבות המיוחדות", מקום שבו נדרש חילוט של ערבות בנקאית שניתנה להבטחת טיב עבודות קבלניות, על אף שהמוטב עצמו (הנושה על־פי עסקת היסוד) לא ביקש כלל תיקונים בבניין. בית המשפט ציין בהקשר זה כי חילוט הערבות התבקש בעקבות דרישה של סכום מקביל מצד הקבלן המבצע במסגרת החוזה, ומתעורר הרושם כי חילוט הערבות הבנקאית נעשה רק מטעמי נקמנות.[55] בנסיבות אלה, נתנה כב' השופטת דנון צו מניעה נגד חילוט הערבות. פסיקה זו של בית המשפט מתחילה לכאורה לגלוש באותו מדרון חלקלק של כרסום באוטונומיות של הערבות הבנקאית ובחינת החבויות על־פי עסקת היסוד. כך אירע למשל בעניין ארנסון:[56] בית המשפט עיכב הפעלה של ערבות בנקאית לאחר שהתברר כי מבוקש מימוש של ערבות בדבר ביצוע עבודות שעה שהבניין ניצב על מכונו וניתן היה לאכלסו. בית המשפט ציין כי

53 עניין טל ייזום, לעיל ה"ש 68 בפרק ב.

54 המ' (נצ') 6506/97 כנרת חברה לבניין ופיתוח נ' אבני עמות, תק־מח 98(1) 3914 (1998).

55 שם, בפסקה 8 לפסק הדין: "אינני יכולה להשתחרר מהמסקנה הלכאורית כי הנסיבות מצביעות על רצון ללחוץ ולהכביד על המבקשת בהקשר לתביעה כספית שהגישה נגד המשיבות, וכי הבקשה למימוש הערבויות, כאשר לא נטענה טענת קיזוז בהגנה לתביעה העיקרית, מעלה חשד של כוונה לממש זכות שלא בתום לב". לעומת זאת ראה המ' (ת"א) 12456/95 ברסול נ' דנאל פורמות שותפות רשומה, דינים מחוזי כו 904 (1995), ובה נדחתה טענה כי דרישת מימוש הערבות נובעת מלחץ או מנקמנות.

56 עניין ארנסון, לעיל ה"ש 23.

אמנם יש טענות בדבר ליקויים והפרות, אך את אלו ניתן לברר במסגרת תובענה כספית ו"אין זה מסוג המקרים שבו מימוש הערבויות הבנקאיות האוטונומיות נעשה משום שהמזמין מצוי בפני שוקת שבורה, מאחר שהקבלן המבצע נטש את הפרויקט בעודו באיבו"[57]. בית המשפט הניח כנראה כי מדובר בערבות הממומשת בניגוד למטרה שלשמה נמסרה. אולם יש בדברים התייחסות ברורה לבחינת העילה על־פי עסקת היסוד, שהרי ערבויות ביצוע ניתנות גם להבטחת טיב ולא רק למצב שבו הקבלן מותיר את מקבל הערבות במצב של שוקת שבורה.[58] יתרה מזו, בהמשך אותו פסק דין מציין בית המשפט כי "בשום פנים ואופן אין לפרש את האמור בהחלטה זו כאילו התנהגותה של אמקור בעצם דרישת מימוש הערבויות הבנקאיות האוטונומיות נגועה בחוסר תום לב"[59]. בנסיבות אלה, מתעוררת אפוא תמיהה חמורה הכיצד זה נמנע מימושה של הערבות הבנקאית בלא שיחול חריג הנסיבות המיוחדות, המאופיין בחוסר תום לב קיצוני של מימוש הערבות.[60] יש לזכור בהקשר זה את קביעת בית המשפט העליון בעניין רשות שדות התעופה[61] כי יש להיזהר בהחלת חריג הנסיבות המיוחדות כדי שלא ייווצר דפוס ההתנהגות הבא: גורם החב כספים מכוח עסקת יסוד ימהר להגיש מצידו תובענת סרק נגד מוטב כתב הערבות הבנקאית, כדי שיוכל לטעון לאחר מכן כי מימוש הערבות הבנקאית נעשה כאקט של נקמנות וכתגובה על הגשת כתב תביעה מצידו של החייב כנגד מוטב הערבות הבנקאית. בית המשפט מדגיש על כן, כי כדי להחיל את חריג הנסיבות המיוחדות יש להוכיח חוסר תום לב בדרגה גבוהה במיוחד, וכי חריג זה יופעל במשורה.

---

57 שם, בעמ' 4409.

58 לעומת זאת ראו עניין אודר (כב' השופט יפרח), לעיל ה"ש 101 בפרק ד, כי גם כאשר יש טענה כי פרויקט הושלם ובריח התיכון של המחלוקת נוגע לאופן הקיום של עסקת היסוד וטיב הבנייה, אין מקום למנוע את חילוט הערבות הבנקאית, שכן זוהי מחלוקת בתום לב בגדרי עסקת היסוד, וממילא אין מקום לפגוע באוטונומיות של הערבות הבנקאית. עם זאת יש לשים לב כי באותו עניין הבהיר בית המשפט כי אחת מן המחלוקות היא אם תם שלב הביצוע ומחלוקת זו היא מח־לוקת עובדתית המצריכה הבאת ראיות והמבקשת לא הביאה ולו ראשית ראיה להראות כי תם שלב הביצוע (לדוגמה, המבקשת לא צירפה לבקשתה עותק מתעודת השלמה למבנה, שבכוחה להוות ראיה לסיום שלב הביצוע). בנסיבות אלה ברורה אפוא על פניה קביעת בית המשפט שם בעמ' 1874 כי "בהיעדר ראיה לסתור, יש לבחון את כתב הערבות על־פי לשונו, המצביעה על כך שתכליתו היא הבטחתם של חיובים משני מינים: חיובי ביצוע וחיובי בדק, כאחד".

59 עניין ארנסון, לעיל ה"ש 23, בעמ' 4410.

60 ואכן, בית המשפט העליון בעניין אמקור, לעיל ה"ש 109 בפרק ד, בעמ' 3151 צוין מפי כב' השופט גרוניס כי הערבות הבנקאית לא תחולט ש"לא מטעמיה של הערכאה הדיונית".

61 ראה עניין רשות שדות התעופה, לעיל ה"ש 22 בפרק ב, בעמ' 134.

307. לעומת פסק הדין בעניין ארנסון, קבע בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטת ברקאי) בעניין יעל[62] כי את חריג הנסיבות המיוחדות יש לפרש באופן מצומצם ביותר וגם אם נקודת המוצא הינה שבחילוט הערבות הבנקאית נהג המוטב, הדורש את החילוט, תוך הפרה של ההסכם נשוא עסקת היסוד שבין הצדדים, לא ניתן למנוע את חילוט הערבות הבנקאית.[63] ואכן, מחלוקת חוזית כשלעצמה בנוגע לעסקת היסוד, אינה יכולה להצדיק סטייה מעקרון העצמאות של הערבות הבנקאית האוטונומית, וזאת גם אם נראה לכאורה כי במחלוקת זו יש להכריע את הדין לטובת החייב.[64] כל עוד המוטב מחזיק בתום לב, בטענתו שלו, הרי שגם אם יש מקום לסבור כי היא מוטעית על פניה – אין מקום למנוע ממנו את חילוט הערבות הבנקאית.

308. בעניין אדמוב[65] הוסיף בית המשפט העליון (כב' השופטת ארבל) וקבע כי אין די במחלוקת חוזית בין הצדדים לעסקת היסוד, אין די בטענות בעלמא ואף אין די בראיות לכאורה, כדי להחיל את חריג הנסיבות המיוחדות. רק כאשר אין חולק בדבר היעדר חבות מכוח עסקת היסוד, יחול חריג הנסיבות המיוחדות.[66] בהקשר זה יצוין כי אם אכן בפנינו סיטואציה שבה אין חולק בדבר היעדר חבות מכוח עסקת היסוד, נמצא לכאורה כי מימוש הערבות עולה כדי מרמה. ברם, אין צורך להגדיר את בקשת חילוט הערבות בשם "החגיגי" מרמה, ודי לכנותו כנופל בגדר חריג הנסיבות המיוחדות. כב' השופט רובינשטיין מוסיף ומבהיר כי מכיוון שבאותו עניין היה פסק בורר הקובע כי החיובים על־פי ההסכם בוצעו, אין מקום למימוש הערבות הבנקאית, וזאת אף בלא צורך להגיע לחריג הנסיבות המיוחדות, ואף בלא צורך להגיע למחוזות של חוסר תום לב קיצוני. עצם הכרעתו של הבורר מסיר מן המחזיק בערבות את "שריון תום הלב האובייקטיבי". קרי,

---

62 עניין יעל, לעיל ה"ש 106 בפרק ד.

63 שם, בעמ' 14270 בית המשפט ציין כי המקרה שבפניו שונה מעניין ארנסון, שבו הוכח לכאורה כי מימוש הערבות נבע ממניע פסול והוא הצורך בכספים מזומנים, כאשר המוטב בוחר שלא ליתן תשובה מוסמכת לטענה זו, כך שהיא לא נסתרה. לעומת זאת, במקרה שבפניו, הטענה בדבר נקמנות או מניע זר לא הוכחה ואף לא הועלתה על־ידי מנכ"ל החייבת, אשר ניהל את המו"מ עם המוטב באופן אישי.

64 עניין יוטבין, לעיל ה"ש 41 בפרק א.

65 רע"א 9123/05 אדמוב פרויקטים (89) בע"מ נ' סיטי סטייט מקבוצת אלפו בע"מ, תק־על 2007(4) 533 (2007).

66 עניין רשות שדות התעופה, לעיל ה"ש 22 בפרק ב, בעמ' 133.

בפשטות, מקום שבו לא יכול להיות חולק שאין חוב על־פי עסקת היסוד – גם לא ניתן לממש את הערבות הבנקאית.[67]

309. כב' השופט רובינשטיין מוסיף ומציין בהערת אגב בעניין אדמוב כי "יש עניין בגישת המלומד ד"ר רוי בר־קהן", המבקש להציב בנושא הערבות הבנקאית מודל של חיוב שאינו שווה דרגה לחיוב העיקרי, ולפיו בנק שערב ערבות בנקאית להבטחת חיובו של לקוח לא יאלץ לפרוע ערבות זו מקום שהלקוח קיים את החיוב שלהבטחתו ניתנה ערבות זו. המודל המוצע על־ידי ד"ר בר־קהן בספרו ערבות[68] הינו כי במקרים שבהם החיוב העיקרי פקע יוחל גם על ערבות בנקאית, עקרון ההפטר שיסודו בדיני הערבות הכלליים[69] חלף החלת חריגים שיסודם בדיני האשראי הדוקומנטרי. לעיקרון זה יתווסף עקרון היידוע, ולפיו כל נסיבה

67 עניין אדמוב, ראה לעיל ה"ש 65 בעמ' 546. קביעה דומה מצויה בפסה"ד של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט גינת) בענין מטקאש, לעיל ה"ש 97 בפרק ג. גם באותו מקרה, התבקש מימוש של ערבות בנקאית, כאשר לא היה ספק כי שולמו דמי השכירות ודמי ניהול עד למועד ביטול החוזה ומימוש הערבויות היה גורם לתשלום כפול. בית המשפט ציין בהקשר זה את המלצתו של ד"ר רוי בר קהן להמיר את חריג הנסיבות המיוחדות במודל של הפטר, המקים חריג לעצמאות הע־רבות הבנקאית, מקום שההפטר חל באופן ברור. בית המשפט מציין כי בהצעה זו יש משום סטייה מעקרון עצמאות הערבות הבנקאית, אך זו נובעת מההכרה בגבולותיה של עצמאות הערבות. עם זאת, בית המשפט נמנע מלקבוע מסמרות בנושא זה וציין כי הדברים נאמרים אגב אורחא בלבד.

68 עניין אדמוב, ראה לעיל ה"ש 65 בעמ' 546; ר' בר קהן ערבות 11–103 (2006).

69 גישה זו היא המשך ישיר לגישתו של ד"ר בר־קהן בעמ' 105 לספרו בה"ש 13, הגורס כי יש למקם את הערבות הבנקאית מבחינה מעשית בתחום דיני הערבות, תוך שהוא חולק על גישתם של ששון, יפרח ושנקר בעמ' 60–70 תוך הסתמכות על הדין האנגלו־אמריקאי. אנו חולקים בכל הכבוד על גישתו של ד"ר בר קהן, שכן כמובהר לעיל, ערבות בנקאית אינה ערבות כלל אלא היא בגדר כתב שיפוי, ולבד מן העובדה כי הנושא מוסדר טכנית במסגרת סעיף 16 לחוק הערבות, לא עסקינן כלל בערבות שהיא חיוב טפל לחיוב העיקרי, אלא בפנינו חיוב אוטונומי, שונה ונפרד מעסקת היסוד. בהקשר זה כבר ציינו בפרק א לעיל כי סעיף 16 לחוק הערבות קובע כי שיפוי הוא התחייבות ש"אינה בבחינת ערבות". אי אפשר אפוא להסיק מהסדרת נושא השיפוי במסגרת חוק הערבות כי מדובר כביכול בסוג מסוים של ערבות, שהרי החוק קובע במפורש את ההיפך ומבהיר כי עסקינן בהתחייבות שאינה בבחינת ערבות. כמו כן, ציינו כי מלבד הוראות בודדות מחוק הערבות המוחלות, בשינויים המחויבים, גם על כתב שיפוי, הרי שכל יתר הוראות חוק הערבות אינן מוחלות על־ידי סעיף 16 על התחייבות לשיפוי. הערבות הבנקאית אינה ערבות כלל ועיקר, והיא קרובה הרבה יותר למוסד האשראי הדוקומנטרי, שנועד אף הוא ליצור זרימה ישירה של כספים מהבנק אל מחזיק כתב האשראי, בלא צורך להידרש לעסקת היסוד בין הצדדים לעסקה. בהקשר זה יש לזכור את דבריו של כב' המשנה לנשיא חשין בעניין רשל, לעיל ה"ש 83 בפרק ג, בעמ' 474, כי הערבות הבנקאית היא מעין "עסקת יסוד לעצמה", שכן הבנק אינו בא תחת החייב העיקרי ואינו פורע את חובו של חייב זה, אלא חב חבות עצמאית ונפרדת משלו.

המקימה את ההפטר מחייבת את הנושה להודיע עליה לבנק. לדבריו, אימוץ עקרונות "ההפטר" ו"היידוע" במקום העקרונות של "חריג המרמה" ו"הנסיבות המיוחדות" יביא להבנה טובה יותר של מוסד הערבות הבנקאית. לדבריו, "לאור עמימותו, היעדר מסוימותו, היקפו הרחב לכאורה והיעדר ביסוסו העיוני, דומה כי חריג הנסיבות המיוחדות רק יוסיף מבוכה בתחום משפטי זה. החריג הנכון אפוא לטעמנו צריך להיות כרוך באימוץ כללי המודל המוצע והכרה באופייה המיוחד והמשני של הערבות הבנקאית תוך ביצוע ההתאמות המחויבות". ד"ר בר קהן מציין כי "אין להסיק כי על הבנק לבדוק את קיום עסקת היסוד בכל מקרה בו מעורבת ערבות בנקאית. אכן, לאור תפקידה הכלכלי של הערבות הבנקאית אין להטיל על הבנק נטל כזה. ואולם, במקום שבו חל עקרון ההפטר באופן ברור, ראוי כי מימוש הערבות יעוכב לא בשל חריג המרמה אלא בשל חריג ההפטר".

310. לכאורה, הדברים מקבילים מאוד לאופן שבו מיישם בית המשפט העליון את חריג הנסיבות המיוחדות. וד"ר בר־קהן מציין כי במובן מסוים מדובר בשינוי "סמנטי" בלבד. ברם, בעיון נוסף בדבריו של ד"ר בר־קהן נראה כי לא כן הם הדברים. זאת מכיוון שד"ר בר־קהן מבהיר שם[70] כי בהתאם למודל המוצע על־ידו, הערבות הבנקאית לא תמומש "מקום שהלקוח קיים את החיוב שלהבטחתו ניתנה ערבות זו, או במקום שהלקוח הופטר מקיום התחייבות זו בעל פה על־ידי הנושה". נראה בעליל כי הרחבת החריג למקרים מסוג זה היא בעייתית ביותר, שכן די בכך כי החייב יעלה טענה בדבר קיומו של "הפטר בעל פה" כביכול על־ידי הנושה, כדי שמימוש הערבות יעוכב. אם אכן, ייושם החריג באופן זה, הרי שהדבר עלול לסכן את אושיות קיומו של מוסד הערבות הבנקאית.[71] ואכן, ד"ר בר־קהן מציין בשולי הצעתו האמורה כי "אנו מודעים לכך שלכאורה גורעת תפיסה זו מעקרון עצמאות הערבות הבנקאית"[72]. בהקשר זה לא למותר לציין

70 שם, בעמ' 107.

71 בנוסף, ציין כב' השופט רובינשטיין בעניין אדמוב הנ"ל בה"ש 65 בפסקה ג(2) לפסה"ד, ביחס למודל ההפטר הנ"ל של ד"ר בר קהן כי "הדעת נותנת כי מודל ההפטר אינו נטול בעייתיות, בעיקר בשל דירוג החיובים (החיוב של הבנק הוא חיוב משני לחיוב העיקרי – ואף אינו תלוי בו! – ו"א) וקשיי יישום, אך ראיתי לציינו כראוי לעיון".

72 ד"ר בר קהן מוסיף ומציין כי גישתו פוטרת את "המלאכותיות הנובעת מהניתוק המוחלט והדווקני לכאורה בין חיוב הערב לחיוב החייב העיקרי". פסקה זו איננו מבינים בכל הכבוד, שהרי תמצית מהותה של הערבות הבנקאית היא אותו ניתוק מוחלט ודווקני בין חיובו של הבנק הערב לבין חיובו של החייב העיקרי על־פי עסקת היסוד.

את דבריו של כב' השופט רובינשטיין בעניין אדמוב[73] כי "לערבות הבנקאית האוטונומית מעמד מיוחד, ואילולא דמסתפינא (אלמלא הייתי חושש – ו"א), גם במובן המינוח, הייתי משתמש בביטוי 'מעין קדושה'". ערבות זו היא מכשיר רב ערך בחיי המעשה, המקנה ביטחון למתקשר המסכן את כספו ומאפשר על כן לעסקאות רבות להתממש ואם כן הוא מעין מנוע בעולם הכלכלי. מכשיר זה יהיה יעיל ככל שינוטרל הבנק נותן הערבות מהסכסוכים בין הצדדים". מובן כי גישה זו של הפסיקה, המתייחסת ביראת הרוממות לאוטונומיות של הערבות הבנקאית, אינה מתיישבת עם האפשרות להעלות טענות בדבר הפטר בעל פה מקיום החיובים על־פי עסקת היסוד. נראה כי חריג הנסיבות המיוחדות הוא בגדר של פגיעה ניכרת באוטונומיה ובוודאות של הערבות הבנקאית, והמודל המוצע על־ידי ד"ר רוי בר־קהן עלול לגרום להרחבה נוספת העלולה לפגוע עוד יותר באוטונומיות של הערבות הבנקאית.

311. ההצדקה שמציין ד"ר בר־קהן לכרסום זה ביסוד היסודות של הערבות הבנקאית נעוצה לדבריו בתפיסת היסוד של הערבות הבנקאית כחיוב משני כאשר ברור כי במידה והערבות תמומש שעה שאין מקום לחיוב על־פי עסקת היסוד, נמצא כי החייב העיקרי משלם פעמיים – פעם בביצוע ופעם בערבות, ולעומת זאת הנושה יצא כשהוא מתעשר שלא כדין. ברם, שעם כל הכבוד לא פסו בתי משפט מן הארץ, ונושה הממומש ערבות בנקאית שלא כדין, צפוי לתביעת השבה פשוטה על־ידי החייב. אולם אין בכך כדי להצדיק את עיכוב המימוש של הערבות הבנקאית, שכן החייב נטל על עצמו מלכתחילה את הסיכון בצורך לקיים הליכים לשם גביית הכספים במקרה של מימוש בניגוד לעסקת היסוד, ואילו הנושה סיכם עמו במפורש שהוא יוכל להיות המחזיק בכספים בכל עת שבה קיימת מחלוקת לגבי הזכות לגבות כספים על־פי עסקת היסוד. על כן, נראה ברור לשיטתנו כי אין זה נכון להחיל חריג למימוש הערבות הבנקאית מעבר לחריג הנסיבות המיוחדות, לפיו יעוכב מימוש הערבות רק מקום שבו גם הנושה מודה שאין חיוב על־פי עסקת היסוד ואין עוד אפשרות למחלוקת בתום לב בעניין זה.

312. ואכן, בעניין ט.ש.ת.[74] קבע בית המשפט העליון כי ההפעלה של חריג הנסיבות המיוחדות נעשה במשורה, כאשר בית המשפט שוקל את הצורך להגן על מוסד הערבות הבנקאית, ונמנע מכך רק כאשר בפנינו מימוש הנגוע במרמה או בחוסר

73 עניין אדמוב, ראה לעיל ה"ש 65, בעמ' 546.

74 עניין ט.ש.ת, לעיל ה"ש 69 בפרק ב.

תום לב ואי הגינות בולטים.[75] על כן, מקום שבו טענותיו של מוסר הערבות הבנקאית נגד חילוטה הן טענות חוזיות, לפיהן עסקינן בדרישה העומדת בניגוד לחוזה, או להסכמה מאוחרת ששינתה את החוזה, אין בכך כדי למנוע את החילוט בגדרו של חריג הנסיבות המיוחדות. בית המשפט העליון מוסיף ומציין[76] כי טענה בדבר עשיית עושר שלא במשפט אינה יכולה למנוע את חילוט הערבות. טעם זה, המהווה כאמור הצדק עיוני לדידו של ד"ר בר־קהן לפגיעה באוטונומיות של הערבות הבנקאית, נדחה מכול וכול על־ידי בית המשפט העליון המבהיר כי "אם ניצל הנושה את עצמאותה של הזכות וגבה מן הערב, אף שלא היה זכאי לעשות כן, התשלום שגבה הוא בגדר זכייה 'שלא על־פי זכות שבדין' במובנו של סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט[77]. אולם גבייה בניגוד לעסקת היסוד, הגם שהיא בגדר 'עשיית עושר' ועל כן מצמיחה זכות השבה, אין בה כדי למנוע את חילוט הערבות עצמה. אם לא תאמר כן, כי אז בכל מקרה שהחילוט נעשה בניגוד לעסקת היסוד ניתן יהא למנוע את החילוט, ובכך לסכל את מעמדה העצמאי ומטרתה של הערבות הבנקאית".

313. בית המשפט מקפיד אפוא מאוד שלא לפגוע באוטונומיות של הערבות הבנקאית, וכל מקום שבו יש ספק בתום לב ביחס לחבות על־פי עסקת היסוד, נזהר בית המשפט מלדון בעניין וקובע כי אין לעצור את חילוט הערבות הבנקאית. אולם החריג חל מקום שבו חש בית המשפט כי בפנינו צד המבקש את חילוט הערבות הבנקאית בלא שהוא מאמין בעצמו בקיומה של עילה מכוח עסקת היסוד. חריג זה בא לידי ביטוי בקשת רחבה של מקרים, ובהם:

א) כאשר ברור ואין חולק כי אין עילת חיוב מכוח עסקת היסוד.

ב) כאשר בפנינו צד הנוהג בחוסר תום לב חמור, בשרירותיות או כתגובה נקמנית.

ג) כאשר מוטב הערבות הבנקאית היה מעורב בעצמו וביודעין בעסקת יסוד בלתי חוקית, באופן השולל את תום לבו של המוטב בבואו לממש את הערבות הבנקאית.

---

75 רע"א 1084/04 פרירון חברה להשקעות פיתוח ובניין בע"מ נ' לוקי בנייה ופיתוח בע"מ, פ"ד נח(5) 535 (2004).

76 עניין ט.ש.ת, לעיל ה"ש 69 בפרק ב, בעמ' 8.

77 חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט־1979, ס"ח 924; אצל פרידמן, בעמ' 978.

ד) כאשר מוטב הערבות הבנקאית מנסה לחלט את הערבות הבנקאית בנסיבות השונות מאלו שלשמן קיבל אותה לידיו והמפורטות בכתב הערבות הבנקאית.

ה(3) חריג הנסיבות המיוחדות עקב אי חוקיות

314. אחד מן המקרים שבהם מוחל חריג הנסיבות המיוחדות הינו מצב שבו בפנינו בקשה לחילוט ערבות הלוקה באי חוקיות. בהקשר זה, מציין בית המשפט המחוזי מרכז (כב' השופט יפרח) בעניין מרקעי תקשורת[78] שלושה מצבים טיפוסיים לאי חוקיות: אי חוקיות הנובעת מעברות על חוקי פיקוח על המטבע;[79] אי חוקיות הנובעת מדרישת רשות מנהלית לקבל ערבות בנקאית ולחלטה;[80] אי חוקיות הנובעת מכך שהוצאת הערבות וניסיון חילוטה אינם אלא מסווה להברחת כספי חברה מנושיה לבעלים או למקורביו.[81]

315. בעניין מיאב[82] קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) כי חריג הנסיבות המיוחדות יחול בכל מקום שבו ברור, על פני הדברים, כי עסקת היסוד שמכוחה הונפקה הערבות הבנקאית – אינה קיימת בפועל. כך, למשל, כאשר הוצאה ערבות בנקאית להבטחת החזר של מקדמה שאמורה הייתה להיות משולמת על־ידי יזם לחברה קבלנית, ומתבקש חילוט הערבות, כאשר בפועל מתברר כי המקדמה שהערבות באה להבטיחה לא הועברה כלל לידי החייב.[83] הוא הדין כאשר רשות מנהלית דורשת תשלום והדרישה היא במובהק בלתי חוקית. דרישה כזו בטלה מעיקרא, ודומה ביסודה למצב שבו לא התקיימה עסקת יסוד. בהיעדר עסקת יסוד, נמצא כי הדרישה לחילוט הערבות היא שרירותית וחוסה תחת חריג הנסיבות המיוחדות.

---

78 עניין מרקעי תקשורת, לעיל ה"ש 97 בפרק ד, בעמ' 7567.

79 United City Merchants (Investments) Ltd vs. Royal Bank of Canada, 1 A.C. 168 (1983).

80 ה"פ (ת"א) TDC 177715/98 קבלנות כללית לישראל נ' ה.ק.ב. חברה לשירותים בענף הבניה בע"מ דינים שלום יז347 (1999) ועניין מיאב שיוזכר מיד להלן.

81 עניין בסט בית, לעיל ה"ש 75 בפרק ד; עניין משב תעשיות קירור, לעיל ה"ש 73 בפרק ד, בעמ' 30573–30576.

82 פש"ר (ת"א) 1357/03 בש"א 22650/03 כונסת הנכסים של חברת מיאב נ' עיריית תל אביב, פדאור 04(20) 29 (2004).

83 עניין משב תעשיות קירור, לעיל ה"ש 73 בפרק ד.

316. מה יהא הדין במצב שבו צדדים מתקשרים בעסקת יסוד, ולאחר שאחד מהם נהנה מן העסקה והגיע תורו לשלם את חלקו – הוא "נזכר" בכך שהיא בלתי חוקית? האם גם בנסיבות אלה יחול חריג הנסיבות המיוחדות?

317. אכן, אילו היה בית המשפט נדרש לאכוף את עסקת היסוד, ברור כי היה מגיע למסקנה כי לא קמה מכוחה חבות כלשהי, לאור הוראת סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, הקובע כי "חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים – בטל". אולם, עקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית מחייב שלא לבחון כלל את קיומה של החבות מכוח עסקת היסוד, לרבות בחינת ההתנהגות של הצדדים לעסקה זו בראי החוק האזרחי או הפלילי. חריג הנסיבות המיוחדות קם רק עקב התנהגות שרירותית או חסרת תום לב באופן קיצוני של הצדדים ביחסים שבינם לבין עצמם, להבדיל מן ההתייחסות להתנהגות זו בעיני החוק. מאידך גיסא, אפשר לטעון לכאורה, כי אם אין חבות מכוח עסקת יסוד בהיותה בלתי חוקית – הרי שאין מקום לדרישה לחילוט הערבות הבנקאית לנוכח הוראת סעיף 16 לחוק הערבות התשכ"ז־1967 הקובע כי קיימת חובת שיפוי רק כאשר בפנינו "אי קיום חיובו של חייב כלפי הנושה". בהיעדר חייב ונושה, עקב אי חוקיות העסקה ביניהם, אין שיפוי ובפנינו דרישה שרירותית לחלוט את הערבות הבנקאית הנופלת בגדרו של חריג הנסיבות המיוחדות. אולם בהקשר זה, נראה כי יש לעמוד על התובנה של הדברים בהתאם לדרך ההילוך הבא:

א) בבית המשפט העליון נחלקו הדעות בעניין שף הים,[84] האם יש להיעתר לטענת צד להסכם כי אין לאכוף אותו מכיוון שההסכם הוא "הסכם כובל", כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח־1988. הטענה מקוממת כאשר היא נשמעת מפיו של מי שהיה בעצמו צד להסכם, נהנה מכריתתו ומיישומו, וכעת, כאשר באים לאכוף עליו את קיום חלקו בהסכם, הוא "נזכר" כי ההסכם אינו חוקי. ובכל זאת בפנינו חוזה בלתי חוקי שמבקשים לאכפו בניגוד לדין.

ב) כב' השופט טירקל, בדעת מיעוט, קבע בעניין זה[85] כי טענה זו בדבר אי חוקיות ההסכם – לא תישמע! אכן, יש להגן על הערך של "תחרות חופשית", אשר לשמו ולכבודו נחקק חוק ההגבלים העסקיים, ונקבע שהסכם כובל,

84 דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001).

85 שם, בעמ' 113.

המגביל את התחרות החופשית, הוא בלתי חוקי. אולם באותה מידה:

"... על ישראל לשמור מכל משמר על פרחי הערכים של תום לב, של הגינות ושל יושר ולא לרמוס אותם, אף לא בגלילי המכבש הכבד של התחרות החופשית. פריחתם של ערכים אלה לא רק עושה את היחסים בין יחידי החברה לאנושיים, אלא גם מפריחה את ישראל כמדינה וכחברה. כוחה יונק מהם ובלעדיהם הוא תש. לשון אחרת, האינטרסים של אותו קולקטיב אנונימי, שנהוג לכנותו "הציבור" – שבשמם שועט מכבש התחרות החופשית – אינם נאבקים באינטרסים ה'פרטיים' של היחידים המתקשרים זה עם זה, המצפים שהיחסים ביניהם יושתתו על תום לב, הגינות ויושר. יותר מכך, התחרות החופשית אינה יכולה להשיג את יעדיה העיקריים – פיתוח המשק הלאומי ורווחת הכלל והפרט – אלא אם כן מושתתים היחסים בין יחידי החברה – לרבות אלה המתחרים זה בזה – על בסיס מוצק של ערכים ולא על חולות נודדים".

ג) לעומת זאת, כב' המשנה לנשיא, השופט חשין, בדעת הרוב, קבע כי החוזה לא ייאכף, על אף שיש טעם לפגם כאשר טענת אי חוקיות נשמעת מפיו של נתבע שחתם מרצונו על הסכם, ואף נהנה מפירותיו, וכעת סב על עקביו ומתכחש לחיובים שנטל על עצמו, תוך שהוא נושא לפתע ברמה דגל של שלטון החוק. בתחרות שבין שני צדדים אלו (התובע והנתבע) – אין ספק כי יש לנטות לטובת התובע. אולם כיוון שהחוזה אינו חוקי, הרי שבית המשפט מנוע מלאכוף אותו, שהרי יש אינטרס של צד ג' שיש להגן עליו, הלא הוא אינטרס הציבור. בית המשפט מנוע מלאכוף חוזה שהדין קובע כי אינו חוקי, שאם לא כן, יימצא צד מפר את החוק – בחסות בית המשפט ובהכשר הבג"ץ. על כן, התובע צודק, ובכל זאת החוזה לא ייאכף.[86]

86 שם, בעמ' 105–106: "אכן, טענת אי חוקיות הנשמעת מפיו של נתבע מסבה אי נחת רבה. פלוני כרת מרצונו הסכם עם תובע, ובמהלך הדברים הרגיל אף נהנה מפירותיו. והנה עתה, סב הוא פלוני על עקביו, מתכחש הוא לחיובים שנטל על עצמו ונושא הוא ברמה דגל של שמירת שלטון החוק. נתבע מעין זה אפשר נבוז לו בלבנו, והיה הוא בעינינו כטובל ושרץ בידו. עם זאת תהא הרגשתנו רעה כאשר תהא, חייבים אנו להשיב על שאלה התובעת פתרון במפגיע, והשאלה היא: האם נסב ראשנו אל צד ונתעלם מאי החוקיות, או שמא נסיק את המסקנה הנדרשת ונמנע סעד מן התובע. גם ראשונים עמדו לפני קושי זה והכרעתם הייתה חד משמעית, לאמור: תובע לא יישמע

ד) מכאן נעבור לניתוח סוגיה זו כאשר בפנינו ערבות בנקאית, והטענה היא שעסקת היסוד לוקה באי חוקיות. ודוק היטב: בכל הנוגע למישור החבות החוזית של הבנק לשלם למוטב הערבות – הרי שברור כי חבות שכזו קיימת גם קיימת והיא חוקית לגמרי, שהרי עסקת היסוד (בין הנושה לבין החייב) היא שאינה חוקית ואין מכוחה חבות, אבל הערבות הבנקאית היא חיוב נפרד ואוטונומי של הבנק כלפי המוטב, ובחבות נפרדת ושונה זו אין שום רבב של אי חוקיות. במישור החוזי הטהור, אין אפוא כל סיבה שלא לכבד את החיוב נשוא הערבות הבנקאית, ואין כל עילה למתן צו המונע את מימושה. אין זה מצב שבו נדרש בית משפט לפסוק בניגוד לחוק, ובית משפט כי יורה על קיום חוזה הערבות הבנקאית שנכרת בין הבנק לבין המוטב, אינו מורה על אכיפת עסקת היסוד בין המוטב לבין החייב.

ה) הטעם היחיד לבקשת צו המניעה הוא אפוא השרירותיות שבאכיפת החיוב הנפרד נשוא הערבות הבנקאית – מקום שבו ברור שאין חבות מכוח עסקת היסוד עקב אי חוקיותה. אולם שרירותיות זו היא ביטוי לחוסר תום לב, וזה אינו קיים מקום שבו אין כל רבב של חוסר תום לב במישור היחסים שבין הצדדים לבין עצמם. הן בית המשפט בעניין שף הים הגדיר דווקא את הצד שמעלה את טענת אי החוקיות כמי שנוהג בחוסר תום לב, ואף תיאר אותו כמעורר תחושת בוז, כיאות למי שטובל ושרץ בידו. חריג הנסיבות המיוחדות, המונע מימוש ערבות בנקאית בחוסר תום לב, אינו רלוונטי אפוא במקרה זה, שבו מימוש הערבות נעשה בתום לב גמור, ודווקא הצד המתנגד לכך (כשרוממות אי החוקיות בשפתיו, לאחר שהיה בעצמו צד לחוזה) הוא הנוהג בחוסר תום לב מובהק.

ו) גם אין זה מצב שבו נדרש שיפוי בהיעדר חבות מכוח עסקת יסוד – שהרי בעניין שף ים מצינו דעה[87] (של כב' השופט טירקל) לפיה החבות מכוח עסקת היסוד קיימת והחוזה אף נאכף. אכן, לדעת הרוב בעניין שף ים אין לאכוף את עסקת היסוד על אף חוסר תום הלב שבדבר – עקב אי חוקיותה.

בתביעה הסומכת עצמה על הסכם בלתי חוקי; נבלע את רוקנו ונדחה תביעה הסומכת עצמה על עילה בת עוולה. ... כשאני לעצמי, אלך בדרך ראשונים ואגזור כנגד תובע. נדקדק, לא לטובת נתבע אלא כנגד תובע. אכן, אני מתקשה להבין כיצד לא נישמע לטענת האי חוקיות, והרי כמור־דים במלכות ניחשב. משגזר המחוקק על הסכם פלוני כי הסכם בלתי חוקי הוא, כיצד זה שנתעלם מדברו כמו לא היה? והרי אם נעבור על פני החוק ולא נשגיח בו, בעצם מחדלנו זה נרוקן את החוק מתוכו. כזאת לא הותרנו לעשות".

87 שם, בעמ' 114–1124.

אבל כאשר עסקינן בחיוב עצמאי ונפרד מעסקת היסוד, שאין בו כל אי חוקיות, נראה כי גם דעת הרוב בעניין שף הים תסכים שיש להכיר בחבות – לצורך השיפוי, שהרי אלמלא גזירת המחוקק שלא לאכוף את החוזה, היה החיוב נאכף, ולגבי חובת השיפוי אין גזירת מחוקק האוסרת לשפות בגין חיוב זה, שלא קוים.

ז) אין אפוא כל מניעה חוקית לקיומה של חובת שיפוי, ואין חולק כי במקרה זה דווקא הצד המעלה את טענת אי החוקיות הוא נטול תום הלב, ואי אפשר לטעון כלפי הנושה כי דווקא הוא חסר תום לב, עת שהוא פונה למימוש הערבות הבנקאית.

ח) נראה על כן, כי אין מקום למנוע מימוש של ערבות בנקאית עקב אי חוקיות שדבקה בעסקת היסוד. בפנינו עילה נפרדת מעסקת היסוד (הערבות הבנקאית), בה לא דבק רב של אי חוקיות, ולא תישמע טענה של שרירותיות מצד מוטב הערבות הבנקאית עקב אי חוקיות עסקת היסוד – כשטענה זו מועלית על־ידי מי שהיה בעצמו צד לעסקה זו.

318. נראה כי בדרך זו ראה את הדברים בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) בעניין צוריאל לביא[88] בו קבע כי:

> "... אף במקרים בהם הייתה התנהגות בעלי השליטה בחברה החייבת, והמהלכים בה, ערב הוצאות הערבות חמורים ביותר וגובלים בפלילים (או מקימים את עילת הבטלות של סעיף 280 לחוק החברות), אין די בכך, לכשעצמו, כדי למנוע חילוטה של ערבות בנקאית אוטונומית".

319. בית המשפט לא החיל אפוא את חריג הנסיבות המיוחדות, על אף שההסכם נשוא עסקת היסוד היה נעדר תוקף לנוכח הוראת סעיף 280 לחוק החברות, התשנ"ט־1999, ועל אף שהנסיבות היו חמורות ואף גבלו בפלילים.

320. בדומה לכך פסק בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) בעניין

88 ראה בש"א צוריאל, לעיל ה"ש 65 בפרק א, בפסקה 62 לפסק הדין.

אחוזת סביון.[89] באותו עניין נדונה עסקה שנכרתה בין חברה לבין נושא משרה בה. סעיף 280 לחוק החברות, התשנ"ט־1999, קובע כי "לעסקה של חברה עם נושא משרה בה... לא יהיה תוקף כלפי החברה וכלפי נושא המשרה ובעל השליטה, אם העסקה לא אושרה בהתאם לקבוע בפרק זה...". העסקה באותו מקרה לא אושרה כדין, ולהבטחת החיובים מכוחה הוצאה ערבות בנקאית. בית המשפט קבע כי המוטב רשאי לממש את הערבות הבנקאית, וכי בטלותה של עסקת היסוד עקב אי אישורה כדין, אינה משליכה על הזכות לממש את הערבות הבנקאית, זאת לאור האוטונומיות של הערבות הבנקאית.

321. אכן, בעניין אחוזת סביון הוסיף וקבע בית המשפט כי אם המוטב היה מעורב בעצמו בעסקת היסוד וידע על אופן עריכתה הבלתי חוקי, יכול שיקום חריג הנסיבות המיוחדות[90] (בית המשפט השאיר שאלה זו בצריך עיון וקבע כי "אין זה המקרה אשר בפנינו"). אך יש להבין כי גדר הספק בהקשר זה נובע מכך שצד ג' (המוטב) פועל בנסיבות אלה בשרירותיות ובחוסר תום לב קיצוני כלפי החברה שלבקשתה הונפקה הערבות הבנקאית, אותה ניצל עת שחבר לבעל עניין בחברה שיש לו עניין אישי בעסקה. במקרה זה, הדרישה לחילוט הערבות היא המשך ישיר להתנהגות שרירותית של המוטב שהחלה בעצם מעורבותו בעסקת היסוד.

322. בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) הבהיר רציונל זה באופן חד, עת שהבחין, בעניין מיאב,[91] בין אי חוקיות בדרישה של רשות מנהלית לתשלום כספים, שהיא בטלה מעיקרה וממילא מקימה את חריג הנסיבות המיוחדות, לבין פסק הדין שניתן בעניין יוניברסל,[92] בו נדונה אי חוקיות מתחום דיני החברות, שנפלה במהלכים אשר הביאו להוצאת הערבות אצל החברה החייבת. בעניין יוניברסל קבע בית המשפט כי על אף אי החוקיות הניצבת בבסיס עסקת היסוד, אין מקום לעצור את חילוט הערבות הבנקאית כאשר זו באה מצידו של צד ג' תם לב שהתקשר עם החברה בעסקת היסוד. במקרה זה, קיים בסיס חוזי תקף לתביעת הכספים מכוח העילה העצמאית והנפרדת של הערבות הבנקאית, ואין להגדיר את דרישת חילוט הערבות כחסרת תום לב, עת שהיא באה מצד ג' שלא נפל כל פגם בהתנהגותו. לעומת זאת, הפסול של אי החוקיות שבעסקת היסוד

89 עניין מיאב, לעיל ה"ש 6 בפרק א, בעמ' 366.

90 שם, בעמ' 366: "ייתכן כי בנסיבות קיצוניות, בהן היה מוטב הערבות מעורב ביחסים בין החברות לבין עצמן, או בעל אינטרס אישי באופן עריכתה הבלתי חוקי של העסקה בין שתי החברות הקשורות, מן הראוי היה לשקול את השימוש בחריג 'הנסיבות המיוחדות' ...".

91 עניין כונסת הנכסים של חברת מיאב, לעיל ה"ש 82.

92 עניין רו"ח ברדיצ'ב, לעיל ה"ש 39.

עלול לפגוע במוטב, אם יתברר כי היה שותף לאי החוקיות וכי אינו תם לב. בית המשפט מבהיר כי:

> "בכך נעוץ ההבדל התהומי בין אי החוקיות שנידון בעניין יוניברסל מוטורס לבין המצב בו עסקת היסוד עצמה הינה דרישה בלתי חוקית מצד רשות מנהלית. במצב זה, לא זאת בלבד כי אי החוקיות נעוצה לא בנסיבות שהביאו את החברה החייבת להוציא ערבות או להתקשר בעסקה כפי שהתקשרה, אלא בעסקת היסוד עצמה, אלא שהמוטב (קרי, הרשות המנהלית), הוא עצמו הינו היוזם והמניע מאחורי אותה אי חוקיות – ואי לכך הוא נופל במובהק אל תוך חריג 'הנסיבות המיוחדות'".[93]

323. מפסק הדין של בית המשפט בעניין מיאב[94] עולה כי עקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית מחייב לקבוע שני סייגים ביחס לטענת אי חוקיות כעילה להחלת חריג הנסיבות המיוחדות:

א) יש להוכיח כי המוטב עצמו היה צד לאי החוקיות נשוא עסקת היסוד, וכי התנהגותו עולה מלכתחילה כדי ניסיון להוציא כספים שלא כדין ושלא בתום לב. כלומר, לא די בהוכחת אי החוקיות שדבקה בעסקת היסוד ובטענה גרידא כי המוטב היה שותף לכך או מודע לכך, אלא יש להוכיח גם את השותפות של המוטב בהקשר הבלתי חוקי.

ב) יש להראות כי הדרישה של המוטב למימוש הערבות הבנקאית היא סוף מעשה במחשבה בלתי חוקית תחילה, שיסודה בעסקת היסוד, ואשר המוטב עצמו צד לה, בין שבמסגרת "קנוניה" או "תרמית".

324. מקום שבו נטושה בין הצדדים מחלוקת בתום לב על שאלת אי החוקיות, הרי שאין מקום להתערב בעקרון העצמאות, זאת עקב מהותה של הערבות כמכשיר

---

93 מקום שבו ההתנהגות הלא חוקית נעשית על־ידי רשות מנהלית, בפנינו היבט מבחין נוסף, שכן ראינו לעיל כי ככל שהרף הנורמטיבי החל על הגוף הנדון גבוה יותר, כך יטה בית המשפט להגדיר את החריגה מן הנורמה כחמורה יותר, והדבר יעלה כדי חוסר תום לב חמור, המצדיק את החלת חריג הנסיבות המיוחדות.

94 עניין כונסת הנכסים של חברת מיאב, לעיל ה"ש 82.

המאפשר למוטב לערוך את הבירור המשפטי כאשר הכספים מצויים בכיסו.

325. דוגמה מעניינת לניסיון להחיל את חריג הנסיבות המיוחדות במקרה של אי חוקיות נדונה בבית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת פרוקצ'יה) בעניין נידר.[95] באותו מקרה, לא נטענה טענה של אי חוקיות בחוזה נשוא עסקת היסוד, אלא נטענה טענה לפיה רשאי צד לסגת מעסקת היסוד מכיוון שנתקל בתופעות עבריינית המזכות אותו בזכות "לברוח" מכל העניין, וממילא כי בהיעדר חבות מכוח עסקת היסוד, תהיה הדרישה לחילוט הערבות הבנקאית בגדר אקט שרירותי וחסר תום לב. המקרה היה כדלקמן: חברת נידר זכתה במכרז בפרויקט "פינוי ובינוי" של "שכונת הארגזים" בתל אביב. במהלך המכרז מסרה נידר ערבות בנקאית להבטחת חיוביה החוזיים. משזכתה במכרז, נמצא מטען חבלה על אדן חלון ביתו של אחד ממנהליה, והחשד נפל על גורמים עבריינים הקשורים באוכלוסייה האמורה להתפנות מהפרויקט. בנסיבות אלה, הודיעה נידר על ביטול זכייתה במכרז ודרשה להשיב לה את הכספים ששילמה ואת הערבויות הבנקאיות שמסרה. בית המשפט קבע כי גם אם יש עילה לביטול עסקת היסוד, אין לכך ולא כלום עם מימוש הערבות הבנקאית, שהיא "התחייבות לשיפוי" המנותקת מעסקת היסוד. ממילא, אין להחיל במקרה דנא את חריג הנסיבות המיוחדות. בית המשפט הדגיש באותו עניין את חשיבות האוטונומיות של כתב הערבות הבנקאית ואת ההשלכות על דיני המכרזים של כרסום אשר יחול באוטונומיות זו, והוסיף כי אסור שייווצר הרושם כי מתן ערבויות אוטונומיות הוא אקט מרוקן מתוכן ממשי בבוא יום פקודה.

ה(4) הפרת שיווי המשקל

326. חריג הנסיבות המיוחדות הוא אפוא מונח עמום, אשר בית המשפט מפתח אותו בכיוון ברור. לנו נראה, בכל הכבוד, כי מן הראוי להציב תמרור "עצור" ביחס למגמה זו. נראה כי פסיקת בית המשפט, אשר פיתחה עוד ועוד את חריג הנסיבות המיוחדות, לא שמה לנגד עיניה את המבנה המערכתי הכולל של האיזונים הנדרשים ביחס לערבות בנקאית. נבהיר:

א) הערבות הבנקאית היא בטוחה אמינה מאוד הן מכיוון שהגורם המשלם הוא

95 ת"א (י-ם) 1235/99 נידר – חברה לבניין ולפיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, תק מח 99(2) 2679 (2003).

גוף כלכלי בעל יכולת פיננסית איתנה (בנק או חברת ביטוח), והן מכיוון שהערבות הבנקאית היא אוטונומית, וניתן לגבות את הכספים מכוחה בלא צורך להוכיח את החבות מכוח עסקת היסוד.[96]

ב) תנאי מימוש הערבות הבנקאית אינם כפופים להתקיימות החבות על־פי עסקת היסוד. אדרבה, אחד מן המאפיינים המרכזיים של הערבות הבנקאית הוא האפשרות לגבות את הכספים "לפי דרישה ראשונה", ואף בלי צורך לנמק דרישה זו ולהוכיח קיומה של חבות. אולם בית המשפט הסיק מעקרון העצמאות של הערבות הבנקאית את עקרון ההתאמה, לפיו תמומש הערבות הבנקאית תוך ניתוק מלא מעסקת היסוד, כאשר תנאי המימוש נקבעים בכתב הערבות הבנקאית עצמו, ונדרשת התאמה מלאה בין תנאים אלו לבין דרישת חילוט הערבות הבנקאית. עקרון ההתאמה מגן על החייב מכוח עסקת היסוד ונועד לוודא כי הערבות הבנקאית לא תמומש כל עוד המוטב לא קיים את תנאי כתב הערבות באופן מלא ומדוקדק.

ג) הפסיקה יצרה חריגים לעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית, והבהירה כי בטוחה זו אינה רק מעניינו של מוטב כתב הערבות הבנקאית, אלא גם מעניינו של החייב על־פי עסקת היסוד, אשר לבקשתו הנפיק הבנק את הערבות. כשם שמוטב כתב הערבות צריך להיות בטוח כי יוכל לקבל את הכספים בלא צורך להתדיין בדבר קיומה של חבות על־פי עסקת היסוד, כך צריך החייב בעסקת היסוד להיות בטוח כי לא יוכלו לממש את הערבות

96 עניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 87 בפרק ב, בפסקה 5 לפסק הדין: "מן המפורסמות הוא שערבות בנקאית אוטונומית קנתה לה חלק נכבד ומרכזי בחיי המסחר בארץ, כפי שקנתה לה מעמד כזה בחיי המסחר במדינות נאורות אחרות. בעסקאות רבות נדרשת הגשתה של בטוחה אמינה, בין לה־בטחת התשלום של התמורה, בין להבטחת הביצוע של העבודות ובין להבטחת יצירת הקשר החוזי המחייב בין בעלי העסקה. נהוג בארץ, שהערבות הבנקאית האוטונומית היא הבטוחה האמינה והיציבה ביותר. אמינותה ויציבותה נובעות משני יסודות: יציבותם הפיננסית של הבנקים ואמי־נות הפירעון של כתב הערבות. היסוד הראשון מבוסס על נכסיהם של הבנקים ועל אמון הציבור ביכולתם הפיננסית. בכך אין אנו עוסקים בהחלטה זאת. היסוד השני מבוסס על הקפדה יתרה על ביצוע החיובים הנפרדים והעצמאיים של הבנקים, לפי הוראותיו של כתב הערבות האוטונומי. בכך אנו עוסקים בהחלטה זאת, ועניין זה חייב להיות שיקול מכריע בנקיטת המדיניות השיפוטית. אל לו לבית המשפט לתת את ידו לערעור האמינות בפירעונה המלא והמדויק של ערבות בנקאית אוטונומית. אל לו לבית המשפט ליצור תחושה של היעדר ביטחון בפירעונה של הערבות הבנקאית ואל לו לגרום לשיבוש חמור בתקינותם של יחסי המסחר, כתוצאה מיצירת התחושה הזאת. בעשו־תו כך, ישמיט בית המשפט את המסד היציב מתחת רגליה של הערבות הבנקאית וייטול ממנה את עוצמתה העסקית והמסחרית".

במצבים שבהם בכלל לא סיפקו לו סחורה או שירות (להבדיל ממצבים של מחלוקת בנוגע לטיבם או לערכם).[97] נותן כתב הערבות צריך להיות בטוח כי היא לא תיגבה בנסיבות שבהן מרמים אותו, שאם לא כן הוא יהסס להשתמש בכלי זה, שכמוהו כמתן תשלום מראש, לפני קבלת הסחורה או השירות. על רקע זה הוחל חריג המרמה.

ד) בית המשפט העליון הבהיר בהקשר זה בעניין מליבו,[98] כי בנקודה זו על בית המשפט לאזן בין שני אינטרסים נוגדים, כדלהלן:

> "מנקודת ראותם של מוטבי הערבות הבנקאית – יש לצמצם את החריגים לעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית, כדי להפחית את הסיכון הצפוי מהעסקה, ולהבטיח את ודאות התשלום. הפחתת הסיכון הכרוך בעסקה מאפשרת להוריד את המחיר ולהרחיב את נפח העסקאות. לעומת זאת, ככל שהוודאות לגביית הכספים מכוח הערבות הבנקאית תהיה נמוכה יותר, וככל שניתן יהא לעצור אותה באמצעות צווי מניעה, הרי שהסיכון בעסקה עולה והדבר משתקף בצמצום השוק ובעליית המחיר. מנקודת ראותם של החייבים בעסקת היסוד, אשר לבקשתם הונפקה הערבות הבנקאית למוטב, מובן כי חשוב להרחיב את החריגים בעקרון האוטונומיות, כך שתהא זהות, ככל שניתן, בין אמצעי התשלום לבין המימוש של העסקה בכללותה. חייבים אלו חוששים שמא לא תקום להם חבות מכוח עסקת היסוד, ועל אף זאת תמומש הערבות הבנקאית, ובעקבות המימוש יגבה מהם הבנק את הכספים ששימשו כבטוחה להנפקת הערבות הבנקאית. אכן, גם לחייבים עצמם יש עניין בשמירה על עקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית, כדי שהעלויות של העסקה תהיינה זולות יותר, וגם להם ברור כי אם הבטוחה אינה בטוחה, הרי

---

97 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 699: "... יש לזכור כי ביטחון זה איננו רק מעניינו של מי שזכאי לגבות את כתב הערבות, אלא גם מעניינו של מי שהתחייב לפי עסקת היסוד ונתן את הערבות – שלא יידרש לשלם במקרה שאינו חייב בכך לפי עסקת היסוד. החלה דווקנית של כלל העצמאות תפגע בביטחון של מתקשר זה וממילא תפגע ביתרונות המסחריים שאותם אנו מבקשים להשיג. כדי למנוע מצבים כאלה, הכירה הפסיקה האמריקנית ב'חריג התרמית' ...".

98 שם, בעמ' 700; וכן ראה אצל מאוטנר, בעמ' 523.

שהמוכר או נותן השירות ידרוש תשלום בעין מראש, או ייקר את המחיר כדי לשקף את תוספת הסיכון".

ה) בית המשפט הבהיר בעניין שובל הנדסה[99] כי החריגים לעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית הם ביטוי לאיזון האינטרסים האמור, כאשר מצד אחד ניצב הצורך להגן על אופייה העצמאי של הערבות האוטונומית, לנוכח חשיבותה המרכזית בעולם הכלכלה כמכשיר הגנה יעיל על צדדים לעסקות מסחר מורכבות בעולם המודרני; ומצד שני, ניצב הצורך להגן במקרים קיצוניים מפני מימושן של ערבויות בידי מוטב הנגוע במניעי מרמה או חוסר תום לב ואי הגינות בולטים, מקום שמימוש הערבות הבנקאית עלול להביא לתוצאות שאינן צודקות ביחסים שבין הצדדים לעסקת היסוד.

ו) עם זאת, יש לשים אל לב היטב כי בהתנגשות אינטרסים זו יש לתת משקל עודף לאינטרס של מוטב הערבות ולהעדיפו על האינטרס של החייב על־פי עסקת היסוד, שכן הערבות הבנקאית היא אמצעי פיננסי רב חשיבות בחיי המסחר והכלכלה, ועקרון האוטונומיות מגן על יציבותה ועל אמינותה. כך הבהיר בית המשפט העליון בעניין שובל הנדסה:[100]

"כאשר הבנק המוטב מסתמך על הערבות כבטוחה טובה לאשראי ופועל במהלך עסקיו הבנקאי הרגיל, יש להגן על עניינו המסחרי הלגיטימי, ובתוך כך גם על ערכה של הערבות האוטונומית כבטוחה ראויה בחיי המסחר והכלכלה. בנסיבות אלה, באיזון הראוי שבין הנזק העלול להיגרם לצד לעסקת היסוד העיקרית במימוש הערבויות, לבין הפגיעה העלולה להיגרם לבנק המוטב אם תישלל יכולתו לממשן, יש להעדיף בנסיבות העניין את עניינו של האחרון. העדפה זו לא רק תענה לעניינו הראוי של מוטב הערבות, אלא אף תיתן ביטוי למדיניות שיפוטית כללית ראויה המקנה לערבות האוטונומית את מלוא יתרונותיה וערכה המשפטי ופורסת הגנתה על מוסדות בנקאיים הפועלים בתחום עסקי הבנקאות בתום לב ובמהלך העסקים הרגיל. בכך יישמרו הבסיס היציב

99 עניין שובל, לעיל ה"ש 19 במבוא.

100 שם; וכן ראה אצל בן יאיר, בעמ' 1,142–1,143.

והעוצמה העסקית והמסחרית של הערבות הבנקאית, ותינתן הגנה ראויה למוסדות פיננסיים המסתמכים בתום לב על בטוחות הניתנות בידיהם" [ההדגשה הוספה – ו.א.]

ז) נקודת האיזון הראויה בין האינטרסים הנוגדים מחייבת אפוא להעדיף את האינטרס של מוטב הערבות ולשמר את הבסיס היציב, והעוצמה העסקית והמסחרית של הערבות הבנקאית. הרחבה של החריגים לעקרון האוטונומיה מפרה לדעתנו את נקודת האיזון האמורה. אכן, ברור לגמרי הצורך להחיל את חריג המרמה, אך היצירה של חריג נוסף בדמות "הנסיבות המיוחדות", שאינו מוכר ביחס לאשראי דוקומנטרי, אשר הוא פרי פיתוח מקורי של הפסיקה הישראלית בנוגע לערבות בנקאית, מהווה נגיסה חמורה בעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית והפרה של נקודת שיווי המשקל הראויה בהקשר זה.

ח) יתרה מכך, על אף שכפות המאזניים באיזון השיקולים בין הגנת החייב על־פי עסקת היסוד לבין הגנת מוטב הערבות הבנקאית, נוטות לכיוונו של האחרון, נראה כי הפסיקה התעלמה מראיית המכלול בהקשר זה. נבהיר:

(1) עקרון ההתאמה הוא צידו השני של עקרון עצמאות הערבות הבנקאית, והוא דורש הקפדה על התאמה בין מסמכי בקשת חילוט הערבות לבין הדרישות שבכתב הערבות, על מנת לאפשר לבנק לשלם את הכספים נשוא הערבות, תוך סיכון מינימאלי כי יישא באחריות עקב היענותו לבקשת מימוש אוטונומית שאינה תלויה בעסקת היסוד.[101] מצופה מהבנק לממש את הערבות מבלי לברר את פרטי עסקת היסוד, ואלמלא דרישת ההתאמה הפורמלית, היה הבנק מסתכן באיבוד זכות החזרה שלו כלפי יוזם הערבות.[102] נמצא אפוא כי בפנינו כפות מאזניים, אשר באחת נמצא עקרון העצמאות של הערבות הבנקאית, ובשנייה נמצא עקרון ההתאמה, ושני העקרונות הללו מאזנים זה את זה ושקולים זה לזה.

(2) מצד אחד, הייתה הפסיקה דווקנית מאוד ונוקשה בהחלת עקרון

101 עניין חבר, לעיל ה"ש 23 בפרק א; אצל בן אוליאל, בעמ' 482.

102 סיכום זה מצוי בפסה"ד של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט גינת) בעניין מטקאש, לעיל ה"ש 67, בעמ' 11562.

ההתאמה, כפי שראינו לעיל בהלכות זיברט[103] והית,[104] שבהם קבע בית המשפט כי איחור של יום בעמידה בתנאי הערבות (כשהיום האחרון היה שבת) או מסירת אישור של מהנדס מועצה מקומית חלף אישור המועצה עצמה, באופן שאינו תואם באופן דווקני ופורמליסטי לתנאי כתב הערבות הבנקאית ימנע את מימושה, אף שברור כי קיימת לכך הצדקה מלאה, עת שבוחנים את הדברים במישור המהותי ועל רקע עסקת היסוד.

(3) לעומת זאת, בכל הנוגע לעקרון העצמאות, לא הסתפק בית המשפט בחריג המרמה, והחיל גם את חריג הנסיבות המיוחדות, שיש בו כדי לגרור את בית המשפט לבחינת היבטים של קיום החבות מכוח עסקת היסוד, והמערער במידה מסוימת את היותה של הערבות הבנקאית בטוחה ודאית לגביית הכספים.

(4) בהקשר זה נראה כי נקודת האיזון מתערערת, שהרי אם חוזרים לעסקת היסוד ובוחנים את תום הלב, החוקיות, המטרה שלשמה ניתנה הערבות הבנקאית וכיוצ"ב עילות להחלת חריג הנסיבות המיוחדות, הכיצד זה משאירים על כנו את עקרון ההתאמה באופן דווקני?

(5) נראה לנו על כן כי מדיניות משפטית ראויה צריכה להביט על הסוגיה בראייה מערכתית כמכלול אחד, כאשר החלטה להרחיב גדריו של חריג לעקרון העצמאות צריכה להתאזן באמצעות הגמשה מקבילה של עקרון ההתאמה, ולהיפך. אין זה נכון להתבונן רק על מקטע אחד מתוך המכלול, ולהרחיב את גדריו, בלא לשים לב לתמונת המכלול ולמגמה של הפסיקה בהתייחס למקטעים אחרים של אותו מכלול.

(6) נראה אפוא כי בבוא בתי המשפט לפרש את חריג הנסיבות המיוחדות, מן הראוי כי יבחנו אותו בראייה כוללת ומערכתית, על רקע הצורך לאזן בין האינטרסים השונים הניצבים בבסיסה של הערבות הבנקאית, תוך מתן עדיפות לאינטרס של מוטב הערבות הבנקאית והשמירה על האמינות של הערבות הבנקאית ככלי המבטיח תשלום.

(7) נראה לנו על כן, כי ההתפתחות בפסיקה שהביאה להחלת חריג הנסיבות

---

103 עניין זיברט, לעיל ה"ש 26 בפרק א.

104 עניין הית, לעיל ה"ש 61 בפרק ב.

המיוחדות חייבת להתבטא גם במעבר מעקרון התאמה דווקני לעקרון התאמה מהותי, כדי שתישמר נקודת האיזון בין ההגנה על החייב לבין ההגנה על המוטב.

327. לסיכום, חריג הנסיבות המיוחדות הוא חידוש פרי הפסיקה הישראלית, שאינו מוכר ביחס לאשראים דוקומנטריים והוחל רק ביחס לערבות בנקאית. חריג זה לעקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית נוצר על בסיס אמירות אגב והפך להלכה פסוקה. זוהי דוגמה מובהקת למגמה הכוללת של מעבר הפסיקה מכללים נוקשים ופורמליסטיים אל עבר בחינת מהות העסקה ותכליתה. עם זאת, כיוון שעסקינן בערבות בנקאית, האמורה להיות בטוחה ודאית לגביית כספים בלא צורך בהתדיינות משפטית לגבי קיומו של חיוב, נראה כי יש צורך להותיר על כנה בהותרת נקודת איזון נוקשה, לפיה תכובד האוטונומיות של הערבות הבנקאית ובית המשפט יימנע מלעכב את מימושה, בכל מקרה של ספק ספקא בדבר קיומה של חבות מכוח עסקת היסוד, ובכל מקרה שבו המוטב סבור בתום לב כי קיימת חבות כאמור, ואין בפנינו הודיה ברורה של המוטב בהיעדר חבות.

פרק ו: ערבויות חוק מכר

328. בפרק זה נדון בקטגוריה שונה ונפרדת של ערבויות בנקאיות, פרי פיתוחו של הדין הישראלי, הלא הן הערבויות הבנקאיות הניתנות על־פי הוראות חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) התשל"ה־1974 (להלן: "חוק המכר הבטחת השקעות"). ערבויות אלה מהוות קטגוריה בפני עצמה, השונה באופן מהותי מן הערבות הבנקאית האוטונומית הקלאסית. המרחק בין ערבות בנקאית אוטונומית לבין ערבות זו הוא תהומי.

329. הצרכן רואה לנגד עיניו מסמך שכותרתו היא "ערבות בנקאית". המסמך מונפק על־ידי בנק, על גבי נייר מיוחד, ממוספר באופן סידורי כדרכן של ערבויות בנקאיות, חתום על־ידי מורשה החתימה בסניף הבנק ונרשם בספר הערבויות של הבנק.[1] לכאורה, "בעל חיים עם זנב, שהולך על ארבע, נראה כמו כלב ונובח כמו כלב – הוא כלב". אלא שלעתים "לכלב אין שיניים". אכן, בפנינו ניצב לכאורה מסמך הנראה לכל דבר ועניין כערבות בנקאית, שבה הבנק הוא המבטיח את החיוב, וזו באמת ערבות בנקאית. אלא שהצרכן אינו מודע, בדרך כלל, לעובדה כי על אף שהדבר נראה כמו ערבות בנקאית מבחינה צורנית חיצונית, הרי שלמעשה, במהותה, ערבות זו מבטיחה רק מקטע צר מאוד של אינטרסים מסוימים בלבד, ואין לראות בה ערבות אוטונומית שהצרכן רשאי לממש, לפי דרישה ראשונה בלא צורך בהנמקה או בביסוס.

330. עם זאת, בעקבות קריסתה של חברת "חפציבה" והותרת אלפי רוכשי דירות בפני שוקת שבורה, חל שינוי מהותי בהקשר זה עת שחוק מכר הדירות תוקן. התיקון נועד להקטין את רמת הסיכון שנוטל על שכמו רוכש דירה, המסתמך על

---

1 הוראה מספר 353 להוראות נוהל בנקאי תקין "בקרה על הוצאת ערבויות על־ידי תאגיד בנקאי (המבוססת על חוזר בנק ישראל 1471/06)" (12/95), קובעת את הדרך להנפקת הערבות הבנקאית לרבות נוסח אחיד לכל סוג של ערבות והסדרים לאישור חריגים מהנוסח האחיד על־ידי גורם מו־סמך בבנק; הדפסת הערבויות על נייר מיוחד; מספור מראש על טופסי הערבויות, כשכל סוג של ערבות יישא סדרת מספרים שונה; הסדרים לשמירת הטפסים במקום סגור ובטוח, כשהגישה אליו מבוקרת; רישום פרטי הערבויות בספר שינוהל בכל סניף, לפי סוג הערבות, כאשר בספר יפורט מספור טופסי הערבויות עוד לפני השימוש בהם, לפי סדר רציף; אופן האישור של כתב הערבות על־ידי מורשה חתימה בבנק, תוך התייחסות לאישור ערבויות בסכומים גדולים, כפי שתקבע ההנהלה; אופן הוצאת הערבות: הרישום בספר הערבויות, הרישום בחשבונות, תיוק ההעתקים השונים וכדומה.

ערבות חוק המכר הניתנת לו, כך שזו תשקף במידה גוברת את היקף ההשקעה של רוכש הדירה, ותבטיח לא רק את עצם הבנייה של הדירה, אלא גם היבטים נוספים החיוניים לניצול היכולת להשתמש בדירה זו לצרכיו של רוכש הדירה. נפרט דברים אלה כסדרם, כך שתפורט תחילה התכלית של החוק בהתאם לנוסחו המקורי, הפסיקה שבאה בעקבותיו ולבסוף – השינוי שהתחולל.

ו(1) מהותה של ערבות חוק מכר ותכליתה

.331 כדי להבין את מהותה, את טיבה ואת טבעה של הערבות הבנקאית המוצאת מכוח חוק המכר (הבטחת השקעות), נפרט להלן את המסגרת הנורמטיבית המסדירה סוגיה זו ואת הפסיקה שניתנה בגדרה.

.332 בשנת 1973 הוגשה לכנסת הצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) התשל"ג־1973.[2] בדברי המבוא להצעת חוק זו הובהרה תכלית החוק כדלהלן:

> "לעתים נאלצים הדיירים לרכוש את דירותיהם עוד לפני הקמת הבניין שבו נמצאת הדירה. לפי חוזה הרכישה משלם הדייר אחוז מסוים ממחיר הדירה עם חתימת החוזה, והשאר בתשלומים קצובים לפי התקדמות בניית הבניין. במצב החוקי הקיים, אין הדייר רוכש כל זכות חפצית בדירה עד לרישומה על שמו במשרד ספרי האחוזה [טאבו]. במקרה של פשיטת רגל של הקבלן־הבונה לפני רישום הדירה, כאמור, אין זכותו של הדייר עדיפה על זכויותיהם של נושים אחרים של הקבלן, שהם בדרך כלל סוחרים, ספקים ומוסדות בנקאיים. התוצאה היא שהדייר משקיע סכומים ניכרים ביותר, לרוב מיטב כספו וסכומי הלוואות שהשיג ממקורות שונים, תמורת חיוב 'על הנייר' בלבד, שאין בו כל ערובה להשקעתו במקרה שהקבלן יפשוט את הרגל.
> זאת ועוד, במקרים רבים נקבע בחוזה הרכישה שעל הדייר לשלם את יתרת המחיר בעת מסירת החזקה בדירה לידיו, ואילו רישום הדירה על שמו נדחה לזמן מאוחר יותר, אחרי

2 הצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ג־1973, ה"ח 1074.

רישום הבניין כבית משותף. בנסיבות אלה צפוי הדייר – אם יפשוט הקבלן את הרגל – גם לפינויו מהדירה לאחר שנטל בה את החזקה".[3]

333. בחוק המקרקעין נקבע כללית שרישום הערת אזהרה על עסקה במקרקעין, כוחה יפה נגד כל עיקול ונגד צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל ונגד צו פירוק כלפי בעל המקרקעין, שבאו לאחר רישום ההערה[4]. בלי ספק יש בחוק זה כדי להקל על בעיית רכישת דירה "על הנייר", אולם אין בו פתרון כללי לבעיה, וזאת משני טעמים: ראשית החוק אינו מחייב את הקבלן לרשום את ההערה, ורוכשים רבים אינם מנצלים את זכותם לעשות כן; שנית, וזה העיקר, אם המקרקעין שועבדו במשכנתה לפני ביצוע העסקה של רכישת הדירה, או שהעיקול הוטל לפני כן,

---

3 אמירה זו אינה נראית לנו נכונה, בכל הכבוד, בשים לב לעובדה כי רוכש הדירה יכול לטעון לזכות קניינית בה מכוח עיכבון, בהתאם להוראת סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), הקובע כי "קיבל הנפגע עקב החוזה נכס של המפר שעליו להחזירו, תהא לנפגע זכות עיכבון באותו נכס כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המפר עקב ההפרה", וכן לנוכח הוראת סעיף 31(א) לחוק המכר התשכ"ח־1968, ס"ח 529. הכלל הוא כי בעל עיכבון הוא בגדר של "נושה מובטח" עת שהחברה הקבלנית נקלעת לפירוק, וזאת לאור הוראת סעיף 353 לפקודת החברות, המחיל את דיני פשיטת הרגל על פירוק, ובכללם סעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם־1980, דמ"י 34, המגדיר "נושה מובטח" ככולל "מי שבידו שעבוד או עיכבון על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב". כמו כן, מכוח סעיף 353 לפקודת החברות, חל ביחס לפירוק סעיף 20(ב) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], הקובע, כי צו כינוס אינו גורע מכוחו "של נושה מובטח לממש את ערובתו או לעשות בה בדרך אחרת". ההלכה הפסוקה שנקבעה בע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' גרוס, פ"ד מד(3) 185 (1990), קובעת כי זכות העיכבון אף קודמת לשעבוד רשום. לעניין זה ראה נ' זלצמן עכבון 199–208 (התשנ"ט), המבהירה כי עיכבון חל גם על זכויות במקרקעין והסוקרת את הפסיקה בדבר הגדרת "ההחזקה" במקרקעין.

4 בשלהי שנת 2009 ובשנת 2010 רווחת מאוד רכישה של דירות באמצעות "קבוצת רכישה". בדרך זו נמצא כי לרוכשים אין "קבלן" המחויב לספק להם ערבויות חוק מכר, אלא הם רוכשים בע־צמם את הקרקע כחלק מקבוצה, מוגנים מכוח הערת אזהרה או אף רישום בטאבו ביחס לרכישת הקרקע, ולאחר מכן שוכרים בעצמם שירותי בנייה. ברם, שבדרך זו הקרקע ממושכנת והרכישה מותנית ביכולת פירעון של כל חברי הקבוצה וביכולת הארגון שלהם עצמם ביחס לבניית הפ־רויקט. אם מתעוררים קשיים במהלך הבניה, עקב חדלות פירעון של חלק מחברי הקבוצה, או עקב חדלות פירעון של חברת הבנייה, או עקב חוסר מיומנות אחר הגורם לכישלון ניהולי ולהסתבכות פיננסית, נמצא כי אין לרוכשים ערבויות שישמשו מקור מימון להשלמת הפרויקט. בנוסף, לאור הגדרת "מוכר" בחוק המכר, כמפורט בה"ש 12 להלן, נמצא לכאורה כי מי שרוכש דירה באמצעות קבוצת רכישה, מתוך מטרה ספקולטיבית, ימצא כי כאשר הוא ימכור אותה לפני השלמת הבנייה – יוטל עליו לתת ערבויות חוק מכר לקונה.

אין רישום ההערה מועיל לרוכש. חוק המכר (הבטחת השקעות) בא למנוע שקבלן יקבל מרוכש דירה על חשבון מחיר הדירה, סכום העולה על 25% מהמחיר,[5] אלא אם הבטיח את כספי הרוכש באחת הדרכים המפורטות בחוק. כלומר, תכליתו של חוק המכר (הבטחת השקעות) היא לוודא כי לרוכש דירה נמסרה בטוחה מתאימה, שתמנע מצב שבו עקב חדלות פירעון של המוכר, ייאלץ הרוכש להיוותר בלא השקעתו ובלא הדירה שרכש.[6]

334. עמד על הדברים כבוד השופט (כתוארו אז) חשין בעניין שוקר,[7] אשר הבהיר כי

---

5 בחוק עצמו, להבדיל מהצעת החוק, נקבע בסעיף 2 כי הסכום שאין לקבל מהרוכש בלא הבטחת השקעתו עומד על 15% ממחיר הדירה.

6 חוק המכר (דירות) הינו חוק צרכני מובהק. ראה בעניין זה מ' דויטש, דיני חוזים מיוחדים 251 (כרך ראשון, 2008). עסקת רכישת דירה גוררת תשלומים נכבדים, והצרכן מצוי במצב של חוסר שוויון מול המוכר המתבטא בהבדלים ביכולת המיקוח, בפערי המידע בין הצדדים, בפערי מומ־חיות ומיומנות. לעניין זה ראה ת"א (חי') 745/06 איטח נ' ש.פ. חברה לנאמנות ניהול ואחזקות בע"מ, דינים מחוזי חיפה 2009 (23) 489 (2009) וכן ראה ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן (כרך ראשון, 2001), בעמ' 96 ואילך. כיוון שחוק המכר דירות נועד להגן על הצרכן הפרטי בשל היעדר השוויון בין הקבלן לבין רוכש הדירה, נקבע בבש"א (ת"א) 10403/09 רו"ח עליזה שרון כונסת נכסים נ' עובד לוי תיעוש האבן והבניה בע"מ (לא פורסם) כי אין מקום להחיל את החוק, ואין להעניק הגנה צרכנית מיוחדת, בגין רכישות שצבען המסחרי מובהק. כך למשל נשללה באותו עניין הגנת החוק ביחס לאדם שרכש עשרות דירות בתוך שלושה חודשים.

7 עניין שוקר, לעיל ה"ש 10 בפרק ה. באותו עניין דן בית המשפט בשאלה האם רשאי הקבלן לסכם עם רוכש הדירה כי העלות של הוצאת הערבות הבנקאית תיפול על שכמו של הרוכש. אכן הקבלן מנפיק לרוכש ערבות בנקאית, ואף מפקיד בידי הבנק את הבטוחות הנדרשות, אלא שהוא מבקש מן הרוכש לשאת בעלות הכרוכה בכך. המערערים טענו כי הוראת החוק הינה קוגנטית וכי כאשר מוטל על הקבלן להבטיח את הקונה נכללת בכך הדרישה לממן את הבטוחה, שאם לא כן עלול הקונה לוותר על הערבות הבנקאית כדי לשלם על הדירה סכום נמוך יותר. לעניין זה ראה אצל פרידמן וכהן, בעמ' 65־45; א' זמיר "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)" משפטים ל, 505, 509 (התש"ס); א' זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 160 (התש"ן). בית המשפט קבע בסופו של דבר כי מדובר בחובה דיספוזיטיבית. הקבלן חייב להמציא בטוחה וזוהי חובה קוגנטית, אבל את העלויות של בטוחה זו יכול הוא לגלגל על רוכש הדירה, כשם שדבר לא מונע ממנו להעלות את מחיר הדירה. מה אפוא מן הקבלן יהלוך, אם יאמר להטיל את חובת המימון על רוכש הדירה או יישא בנטל מימון הערבות בעצמו, אך יעלה את מחיר הדירה באותו סכום? ברם, בעקבות פסק דין זה שניתן ביום 6.7.2000 תוקן חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות לרוכשי דירות), התשל"ה־1974, ס"ח 749, ביום 2.8.2000 וחוקק סעיף 3א(א) לחוק הקובע כי "כל תשלומי העמ־לות וההוצאות הכרוכות בהבטחת כספי הקונה, לפי חוק זה, יחולו על המוכר", בכך הפכה חובה זו לקוגנטית, ומוטל על הקבל לשאת גם בעלות הפקת הערבות הבנקאית, שהינה עלות בלתי מבוטלת ומגיעה במקרים מסוימים כדי 0.5%–1% מסכום הערבות הבנקאית.

משאת נפשם של אנשים בישראל היא להיות בעלי דירות משלהם,[8] והם משקיעים את כל חסכונותיהם ומוסיפים ונוטלים הלוואות כדי להגשים משאלה זו. מכיוון שהדירות נרכשות בטרם שהתבצעה בנייתן ו"עוד בטרם היותן", והקבלן בונה את הדירות, בין היתר, מהכספים שהרוכשים משלמים לו מעת לעת, דעת לנבון נקל, כי אם הקבלן יהפוך לחדל פירעון, או אם ייעלם ואיננו קודם לרישום הדירה על שם הרוכשים, עלול כספם של רוכשי הדירות לרדת לטמיון.[9] בעוד שלגבי מוצרים רגילים רכישת מוצר מיד ראשונה היא בטוחה יותר מאשר רכישת מוצר משומש, הרי שבקניית דירה גדל הסיכון דווקא בעת רכישת דירה מיד ראשונה ובמיוחד כשהדירה היא עדיין "על הנייר". חוק המכר (הבטחת השקעות) נועד להתמודד עם נושא זה, ועם החשש כי הרוכש יישאר, בסופו של יום, בלי דירה ובלי כספו. יתרה מכך, במקרה שרוכש הדירה נטל הלוואה (משכנתה) ומסר את הכספים לקבלן, והלה הפך לחדל פירעון, התוצאה תהא שלרוכש אין דירה, ומוטל עליו להמשיך ולפרוע את ההלוואה שנטל מן הבנק. יתירה מכך, במקרים מסוימים יהא על רוכש הדירה לפרוע את המשכנתה שנטל, תוך שהוא גם משלם דמי שכירות, בהיעדר הדירה שאותה רכש. מצב זה עלול לגרור את רוכש הדירה לסחרור כלכלי.[10] תכליתו של חוק המכר (הבטחת השקעות) היא על כן להבטיח

8 לעניין זה ראה עוד ע"א 148/77 **רוט נ' ישופה בנייה**, פ"ד לג(1) 617, 624 (1979), בו הבהיר כבוד השופט (כתוארו אז) שמגר כי: "הבעלות על מקום מגורים וההתקשרות החוזית בקשר אליו הפכה אצלנו לנושא חברתי וכלכלי ראשון במעלה, החורג בהשפעתו ובמשמעותו מתחום יחסי המסחר כפשוטם. אך נדוש יהיה אם נחזור ונזכיר בהקשר זה כי עניין רכישת הבעלות בדירה אינו אלא היבט אחד של נושא מורכב יותר – הוא נושא הדיור – אשר אין להפריז בחומרת השלכותיו החברתיות ובפרט של הקשיים הנולדים עקב הפערים בין ההיצע והביקוש ועוד יותר מכך, עקב הפערים בין הרצוי והדרוש לבין המצוי ובר ההשגה. אך מובן כי לממדים המיוחדים של הנושא ול־חיוניותו השלכה ישירה על היקף הפיקוח החקיקתי הדרוש ואף במידה לא פחותה על מידת הפיקוח השיפוטי המתחייבת ועל הצורך למדוד את התופעה באמות מידה מיוחדות, המבטאות כראוי את האינטרס הציבורי הטמון בנושא שלפנינו ושאינן ישימות דווקא ביחסי מסחר כפשוטן".

9 ראה גם א' פרוקצ'יה "הערות להצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) תשל"ג־1973", משפטים ה 452 (תשל"ג).

10 ראה לעניין זה פש"ר (ת"א) 1896/02 **הבר נ' בנק המזרחי**, תק־מח 2004(1), 4742, 4744 (2004), מפי כב' השופטת אלשיך: "רכישת דירת מגורים הינה בדרך כלל העסקה הגדולה והמורכבת ביותר שעורך 'האזרח הקטן' במהלך חייו. במסגרת זו, הוא נוטל עליו נטל כבד וארוך טווח... חיי המעשה, טרם חקיקת הדינים להגנה על רוכשי דירות, לימדו כי כאשר קורסים עסקי הקבלן והוא אינו מסוגל לעמוד בהתחייבויותיו כלפי הקונה, נקלע הקונה למצב שבו איבד את כספו ונותר שקוע בחובות, בלא שזכה בדירת מגוריו. מצב זה גרם נזקים רבים ומגוונים, כולל סיכון מוחשי כי הרוכש ייקלע ל'סחרור כספי', בשל הצורך לשלם דמי שכירות ומשכנתה כאחת, תוך שהוא מאבד את היכולת לזכות במקום מגורים קבוע, על כל המשתמע מכך... כאשר עניין לנו ברוכש, אשר מכר את דירתו הקודמת או נכנס לחובות משכנתה הצוברים ריבית גבוהה בגין פיגורים בתשלום,

כי במקרה שהקבלן הפך לחדל פירעון והרוכש נותר בלא האפשרות לקבל את הבעלות בדירה שרכש, הוא יקבל, לכל הפחות, את כספו בחזרה (בדרך של מימוש ערבות בנקאית או גביית כספי ביטוח) או שיקבל את הזכויות בדירה שאת החזקה בה קיבל וזאת מכוח שעבוד, או רישום לטובתו בלשכת רישום המקרקעין.

335. על רקע זה ולצורך הסדרת מערכת סיכונים חריפה זו, חוקק חוק המכר (הבטחת השקעות), ונקבע בסעיף 2 לחוק בנוסחו הקודם[11], כי מוכר לא יקבל מן הקונה על חשבון מחיר הדירה סכום העולה על 15% ממחיר הדירה[12], אלא אם עשה אחת מאלה:

> "(1) מסר לקונה ערבות בנקאית להבטחת החזרתם של כל הכספים ששילם לו הקונה על חשבון המחיר, במקרה שלא יוכל להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המכר, מחמת עיקול שהוטל על הדירה או על הקרקע שעליה היא נבנית או מחמת צו לקבלת נכסים, צו פירוק או צו למינוי כונס נכסים שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע האמור;
>
> (2) ביטח את עצמו אצל מבטח כמשמעותו בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשי"א־1951, שאישר לעניין זה המפקח על הביטוח, להבטחת החזרתם של כל הכספים כאמור בפסקה (1), והקונה צוין כמוטב על־פי פוליסת הביטוח ודמי הביטוח שולמו מראש;
>
> (3) שעבד את הדירה, או חלק יחסי מהקרקע שעליה היא

אך ברור הוא כי תשלום מאוחר וחלקי במסגרת דיבידנד בפירוק, כמעט ושקול להיעדר פיצוי כלל ועיקר. מבחינת המדיניות החברתית, יש למנוע היווצרות מצבים כאלו, העשויים לדרדר פרטים רבים, על לא עוול בכפם, אל סף קריסה כלכלית ואישית".

11 ביום 6.4.2008 נכנס לתוקפו תיקון מס' 4 לחוק שאליו נתייחס באופן מפורט להלן בפרק ו(5) להלן. אחד השינויים הבולטים בהתאם לנוסח זה הוא כי יש לספק ערבות חוק מכר החל מתשלום של 7% ממחיר הדירה על־ידי הקונה.

12 "מוכר" מוגדר בחוק המכר (הבטחת השקעות) כדלהלן: "מי שמוכר דירה שבנה או שעתיד לבנות בעצמו או על־ידי אדם אחר, על קרקע שלו או של זולתו, על מנת למכרה, לרבות מי שמוכר דירה שקנה אותה, על מנת למכרה, מאדם שבנה או שעתיד לבנות אותה כאמור, למעט מוכר דירה שלא בנה אותה בעצמו ולא קיבל מהקונה תמורה בעד מכירתה".

נבנית, במשכנתה ראשונה לטובת הקונה או לטובת חברת נאמנות שאישר לכך שר השיכון, להבטחת החזרת כל הכספים כאמור בפסקה (1);

(4) רשם לגבי הדירה, או לגבי חלק יחסי של הקרקע שעליה היא נבנית, הערת אזהרה על מכירת הדירה בהתאם להוראות סעיף 126 לחוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, ובלבד שלא נרשמו לגביהם שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי שיש להם עדיפות על ההערה;

(5) העביר על שם הקונה את הבעלות או זכות אחרת בדירה, או בחלק יחסי מהקרקע שעליה היא נבנית, כמוסכם בחוזה המכר, כשהדירה או הקרקע נקיים מכל שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי"[13].

336. הבטוחה הפשוטה והזולה ביותר היא, לכאורה, רישום הערת אזהרה לטובת הקונה, בהתאם למפורט בסעיף 2(4) לחוק הבטחת השקעות. עם זאת, רישום הערת אזהרה מגביל את הקבלן בקצב גביית התשלומים מרוכשי הדירות, שכן סעיף 3 לחוק המכר (הבטחת השקעות) קובע כי קונה של דירה שכספים ששילם או שעליו לשלם לא הובטחו באמצעות ערבות בנקאית או ביטוח, לא יהא חייב בתשלומים על חשבון מחיר הדירה בשיעורים העולים על אלה שנקבעו בתקנות.[14] יתרה מכך, בסיפא לסעיף 2(4) הנ"ל מובהר כי הערת אזהרה היא בטוחה מספקת לקונה רק אם לא נרשמו על המקרקעין שעבוד או עיקול או

13 החוק קובע אפוא חמישה סוגי בטוחות שנועדו להבטיח את זכותו של המוכר, כאשר שתי הבטוחות הראשונות (ביטוח או ערבות בנקאית) הן בטוחות פיננסיות, ושלוש הבטוחות האחרות הן בטוחות בעלות אופי קנייני. ע"א 570/87 בורשטיין נ' זאב לב הר חברה לבניין והשקעות בע"מ (בפי־רוק), מד(2) 793, 799 (1990).

14 תקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (סייג לתשלומים על חשבון מחיר דירה), התשל"ה־1975, ק"ת 3285, קובעות כי קונה של דירה שלא קיבל בטוחה, כאמור, לא יהיה חייב בתשלומים על חשבון מחיר הדירה בשיעורים העולים על אלו הקבועים בתוספת לתקנות. בתוספת זו נקבעו תשלומים באחוזים ממחיר הדירה שישולמו לפי שלבי הבנייה שבוצעו.
בנוסף, הלכה פסוקה היא כי מוכר שלא נתן בטוחה בהתאם לחוק המכר דירות הבטחת השקעות, לא יוכל לטעון נגד הרוכש כי הפר את החוזה, אם לא עמד בתשלום היתרה שתנאי לתשלומה, היה מתן הבטוחה. לעניין זה ראה ת"א (חי') 1269/75 קידר נ' ח.ה.ב. בע"מ, פס"מ תשל"ו (1) 116 (1975) (מפי כב' השופטת נתניהו).

זכות של צד ג' העדיפים על ההערה. מכיוון שלעתים קרובות מימון הבנייה נעשה באמצעות ליווי פיננסי של בנק, אשר לטובתו משועבדים המקרקעין כחלק ממארג הביטחונות שניתן על־ידי הקבלן, הרי שלא ניתן להבטיח את הרוכשים באמצעות רישום הערת אזהרה על המקרקעין.[15] הבטוחה המקובלת היא על כן מסירת ערבות בנקאית לפי סעיף 2(1) לחוק המכר (הבטחת השקעות). בטוחה זו מחייבת את הקבלן להוציא לקונה ערבות בנקאית כנגד כל סכום המשולם על־ידו.

337. הערבות הבנקאית, על־פי חוק המכר (הבטחת השקעות), אמורה להבטיח כי רוכש הדירה יקבל בחזרה את כספו במקרה שהקבלן אינו יכול להעביר לו בעלות או זכות אחרת כמוסכם בחוזה, כתוצאה מצו שיפוטי (עיקול, מינוי כונס נכסים, פירוק). ודוק: הטלת עיקול כשלעצמו אינה מקנה את הזכות לקבל את כספי ערבות חוק המכר, וזאת תהא ניתנת למימוש רק כאשר כתוצאה מהצו השיפוטי נמנעת האפשרות להעביר לרוכש הדירה את החזקה או את הבעלות בממכר.[16] בדומה לכך, מינוי כונס נכסים אינו מביא בהכרח למימוש ערבויות חוק מכר, מקום שבו אין כל מניעה כי כונס הנכסים יעביר את הבעלות בדירות לרוכשיהן.[17] עם זאת בעניין **סיבל**[18] קבע בית המשפט כי המונח הקבוע בסעיף 2(1) לחוק המכר (הבטחת השקעות) "לא יוכל להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המכר", נבחן על־פי "מבחן התוצאה". דהיינו, גם אם אין מניעה מוחלטת להשלמת הבנייה ולהעברת הקניין, די במניעה של ממש לטווח זמן הנראה לעין כדי שניתן יהיה לממש את ערבות חוק המכר. בהתאם להלכה זו ולנוכח "מבחן התוצאה" הורה בית המשפט בעניין **כרמון**[19] על חילוט

15 בדרך כלל גם קובע הבנק במסגרת הסכם הליווי כי הקבלן יימנע משעבוד נוסף או מרישום הערות אזהרה. כתוצאה מכך, גם לא ניתן בדרך כלל להפיק ערבויות בנקאיות על־ידי בנק אחר והבטחת השקעתם של הרוכשים נעשית באמצעות הנפקת "ערבויות חוק מכר" על־ידי הבנק המלווה. להרחבה בעניין זה ראה מאמרם של א' וינרוט וב' אדלשטיין.

16 בש"א (חי') 5975/99 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' סטיב הלמן**, תק־מח 2001(2) 7945 (2001). כמו כן ראה ה"פ (חי') 132/01 **וייס נ' סיבל נהריה בע"מ** תק־מח 2001(3), 4332, 4341 (2001): "לא די כי הוטל עיקול על הקרקע או על הדירה או כי הוצא צו קבלת נכסים, או ניתן צו פירוק, או מונה כונס נכסים על המוכר. דרוש שאלה יגרמו לחוסר היכולת להעביר את הקניין"; וראה עוד ה"פ 176095/02 **זילברמן נ' בנק הפועלים**, תק־של 2003(2) 15423 (2003).

17 ה"פ (י־ם) 622/99 **קהתי נ' הירש (צבי) כהן בע"צ**, תק־מח 2000(3),10265 (2000).

18 עניין וייס, לעיל ה"ש 16.

19 ה"פ 200004/03 **ד"ר כרמון נ' בנק הפועלים**, תק־של 2004(2) 9829 (2004), ניתן על־ידי כב' השופט ורדי בבית המשפט השלום בתל אביב. באותו מקרה לא שולמה מלוא התמורה וממילא לא נמסרה החזקה בדירות ולא נרשמה הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות. הרוכשים אמנם נכנסו

של ערבויות חוק המכר לאחר שהתברר כי עברו שנים מעת כריתת החוזה וקיימת מניעה של ממש, ואף לא נראה פתרון וטווח זמן, שניתן יהיה להעביר את הקניין בדירות לרוכשיהן.

338. הוראת סעיף 2(1) לחוק המכר (הבטחת השקעות) היא קוגנטית,[20] ולא ניתן לתת בידי רוכשי הדירות ערבות בנקאית שאינה מכסה את מלוא הסיכונים הקבועים בחוק המכר (הבטחת השקעות). לעתים מבקש הבנק המנפיק את הערבות הבנקאית להפחית את הסיכון למימושה, מכיוון שמצבת הבטוחות של הקבלן היא מוגבלת והוא כולל בתנאי הערבות הבנקאית תנאי מימוש המגבילים את המימוש אף מעבר לקבוע בחוק המכר דירות הבטחת השקעות[21]. במקרים אלה אין להגבלה האמורה תוקף, והבנק אינו יכול לפגוע בדרך כלשהי בזכויות רוכשי הדירות לממש את הערבות הבנקאית, אם הם זכאים לכך על־פי החוק.[22] לעומת

לדירות ואכלסו אותן לפרק זמן מסוים, אך לא ניתן היה להגדיר זאת כמסירת חזקה, בהיעדר אישור מהנדס, בהתאם להוראת תקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות – הוכ־חה בדבר השלמת בנייתה של דירה) התשל"ז־1976.

20 ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183 (1985). סעיף 4 לחוק המכר (הבטחת השקעות) קובע כי מוכר העובר על הוראות סעיף 2 דינו מאסר או קנס, ואם היה קבלן לעבודות הנדסה בנאיות כמשמעותן בחוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות התשכ"ט־1959, ס"ח 2020, רשאי בית המשפט לפסול אותו לרישום בפנקס. כלומר, מדובר בנורמה פלילית עם סנקציות עונשיות.

21 לעניין זה ראה ע' קרנר וא' בכר "ערבות מכוח חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) – יעדים כשלים ופתרונות" המשפט כג 45 (2007) אשר קראו לקביעת תנאי ערבות חוק המכר בחקיקה באופן שלא יחייב קשר סיבתי בין אי התאמת הדירה להסכם הרכישה לבין מצבה הפיננסי של המוכר. בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' הש' עמית) הצטרף לקריאה זו בפסק הדין שנתן בת"א (חי') 606/07 בינר נ' בנק המזרחי, תק־מח 2008(4) 11285 (2008). באותו עניין קבע בית המשפט כי מימוש הערבויות אינו מאפשר לבנק להיכנס בנעלי הרוכשים ולהסב אליו את הערת האזהרה שנרשמה באותו מקרה לזכותם של הרוכשים. באותו מקרה מדובר היה באנומליה כפולה שכן הבנק שהנפיק את ערבות חוק המכר כלל לא היה קשור לפרויקט מחד גיסא, וכמו כן הרוכשים קיבלו כפל בטוחות, קרי הן הערת אזהרה והן ערבות חוק מכר.

22 עניין וייס, לעיל ה"ש 16, מפי כבוד השופט ש' ברלינר. כמו כן ראה: א' נ' ורדי דיני מכר דירות, ליקויי בנייה והבטחת זכויות הרוכשים 150 (1997): "תנאים אלו ואחרים הכלולים בערבויות חוק המכר, עומדים בניגוד לחוק המכר (הבטחת השקעות) ויש בהם משום הפרת החובה הבסיסית של הקבלן ליתן לרוכש ערובה ממשית ובלתי מותנית להשבת כספי הרוכש ביום פקודה... רוכש המקבל לידיו ערבות חוק המכר, כלל אינו ער לאותם דקדוקי עניות ולאותם סעיפים קטנים, אשר מתנים את זכותו למימוש הערבות, בתנאים שאינם סבירים ואשר יש בהם, לדעתנו, משום 'עי־קור' מטרת חוק המכר דירות הבטחת השקעות ומשום פגיעה משמעותית בזכויותיו של הרוכש... ". לעניין זה ראה גם ה"פ (ת"א) 175024/02 קרן נ' בנק טפחות, תק־של 2003(3) 2321 (2003)

זאת, הלכה פסוקה היא כי ניתן להרחיב את היקפה של אחריות הבנק מכוח כתב הערבות, על־פי מכלול הנתונים המעידים על אומד דעתם של הצדדים, אם ניתן ללמוד מהם, ובעיקר מתוך הכתוב בערבות עצמה, כי הבנק אכן נטל על עצמו, במפורש או מכללא, הרחבה כזו.[23] אכן, הערבות הבנקאית מתפרשת מתוכה ולא על־פי האמור בעסקת היסוד. אולם, בית המשפט קבע כי ארבע הסיבות המפורטות בסעיף 2 לחוק המכר (הבטחת השקעות), לחוסר יכולתו של הקבלן להקנות את הקניין לרוכש הדירה – אינן בגדר רשימה סגורה, וכי יש לפרש את הערבות כך שניתן יהא לממשה גם במקרים נוספים, שעה שברור כי הרוכש נותר בלא כסף ובלא דירה. כך למשל נקבע בעניין קליינברגר[24] שבו נדונה ערבות חוק מכר אשר לשונה היה זהה לארבעת התנאים הקבועים בסעיף 2 לחוק המכר (הבטחת השקעות). בפועל התברר כי הקבלן אינו יכול להשלים את הבנייה, מהטעם הפרוזאי שלא היו לו את הכספים לשלם עבור הקרקע, וממילא הוא ביטל את ההסכם לרכישת הקרקע. הבנק טען כי לא ניתן לממש את כתב הערבות, שכן לא התקיימו תנאי המימוש הקבועים בה, בהיעדר צו לעיקול, כינוס נכסים, קבלת נכסים או פירוק. אולם בעקבות כללי הפרשנות שנקבעו בעניין אפרופים,[25] פירש בית המשפט את כתב הערבות הבנקאית בהתאם למהות הכלכלית של העסקה והאינטרס שעליו באה להגן, ועל כן קבע כי יש לפרש את הערבות הבנקאית כמאפשרת את מימושה בכל מקרה שבו רוכש הדירה עלול להיוותר בלי דירה ובלי כספו.[26]

מפי כב' השופט ורדי.

23 ה"פ (שלום חי') 622/01 שובינסקי נ' בנק דיסקונט, (לא פורסם, 11.7.2001), בו ציין כב' השופט עמית: "המחוקק לא קבע בחוק המכר דירות את נוסח הערבות הבנקאית וניתן לראות את הבנק כמי שהסכים להרחיב תחולת הערבות גם על סיטואציות נוספות... באנלוגיה לפוליסות רכב ודי־רה, הרי שחברות הביטוח נוהגות להוסיף על הפוליסה התקנית הקבועה בחוק... הציפיות הסבירות של המבקשים היו כי הערבות תבטיח אותם בכל מקרה שבו לא יקבלו את הדירה, יהא הטעם אשר יהא, ובלבד שאי קבלת הדירה נובעת מהמוכר".

24 ענין קליינברגר, לעיל ה"ש 87 בפרק ג. בית המשפט הבהיר באותו מקרה כי מקום שבו קבלן לא פעל באמצעות חברה בע"מ אלא באופן פרטי, ועקב חדלות פירעונו הוא "הוכרז כפושט רגל" אך מכיוון שהוא אינו חברה לא הוצא נגדו צו פירוק – ברור כי יוחלו הוראות סעיף 2(1) לחוק המכר (הבטחת השקעות), ובית המשפט יאפשר את מימוש הערבות, כדי שלא להותיר את רוכש הדירה בפני שוקת שבורה.

25 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 78 בפרק ב.

26 בדומה לכך, קבע כבוד השופט עמית בעניין שובינסקי, לעיל ה"ש 23, כי: "אין חולק כי חוק המכר דירות מכסה על־פי נוסחו ארבע סיטואציות כאמור בסעיף 1(2) לחוק. עולה השאלה מה הדין מקום בו רוכש הדירה לא יכול לקבל את הדירה בסיטואציה שאינה נופלת לאחת מארבע האפשרויות המנויות בסעיף הנ"ל. שאלה זו ידועה בדיני פרשנות כשאלה האם לפנינו הסדר

ו(2) התכלית השונה של ערבות חוק מכר לעומת ערבות בנקאית פיננסית

339. ערבות חוק מכר שונה ורחוקה כמטחווי קשת מערבות בנקאית פיננסית. גבולותיה וסייגיה של ערבות חוק מכר נובעים מן המבנה הכלכלי אשר בגדרו נמסרת ערבות חוק המכר. אילו היה מוטל על הקבלן לתת לרוכש ערבות בנקאית אוטונומית מוחלטת כנגד מלוא כספו, הרי שמשמעות הדבר מבחינה פיננסית הייתה כי הקבלן לא היה יכול להשתמש בכספים הללו כדי לבנות את הדירה, וכאילו לא גבה דבר. נבהיר:

א) בערבות בנקאית אוטונומית (ערבות פיננסית) רשאי מוטב הערבות הבנקאית בכל עת לממש אותה על־פי דרישה ראשונה. על כן, מבחינת הבנק מהווה הנפקת ערבות בנקאית למוטב, משום הענקת אשראי ללקוח שלבקשתו הונפקה הערבות הבנקאית. בנק המנפיק ערבות בנקאית לבקשת לקוח, רואה את עצמו כמי שמלווה את מלוא הסכום ללקוח.

ב) הבנק חושש, מטבע הדברים, שמא לקוחו ייקלע לחדלות פירעון ויתקשה להחזיר את מה שהבנק שילם למוטב. על כן, נוטל הבנק מן הלקוח בטוחות בשיעור שהיה נוטל ממנו בהענקת הלוואה ישירה.

ג) בהתאם לכך, אם הבנק מנפיק ערבות בנקאית לרוכש הדירה לבקשת הקבלן (לקוחו של הבנק), הרי שהבנק דורש כי מלוא הכספים שהתקבלו מרוכש הדירה יופקדו בידו כבטוחה כנגד הערבות הבנקאית.

ד) במקרה זה נמצא כי הקבלן מקבל מן הלקוח כספים (על־פי התקדמות הבנייה), ומיד מפקיד את כל הכספים הללו בידי הבנק ומנוע מלעשות בהם כל שימוש, מכיוון שהם משמשים בידי הבנק בטוחה לערבות בנקאית שמנפיק הבנק על אותו סכום עצמו לרוכש הדירה.

ה) מבחינת הקבלן, נמצא אפוא כי אין כל משמעות כלכלית לקבלת כספים

שלילי או לאקונה. אומר באופן חד משמעי כי אין לי ספק שלפנינו לאקונה ולא הסדר שלילי... מטרת החוק, על רקע המעמד המיוחד של רכישת דירה על־ידי צרכן בישראל... היא להגן על רוכש הדירה על מנת שבסופו של יום לא יצא קירח מכל הצדדים וימצא עצמו ללא דירה וללא כסף".

מהלקוח במהלך הבנייה, אם עליו לתת ללקוח בחזרה את אותו סכום עצמו בדרך של ערבות בנקאית.

ו) הבטוחה שדורש החוק לתת ללקוח – במסגרת החלופה הקבועה בסעיף 2(1) לחוק המכר (הבטחת השקעות), מסכלת לכאורה את יכולתו של הקבלן לממן את הבנייה מכספים שהוא מקבל מרוכשי הדירות.

ז) הפתרון לבעיה כלכלית זו מצוי בעובדה שערבות לפי חוק המכר (הבטחת השקעות) אינה ערבות בנקאית אוטונומית מן הסוג המכונה "ערבות פיננסית", והבנק מאפשר לקבלן להשתמש בכספי הרוכשים לקידום הבנייה, מכיוון שאינו חושש כי רוכש הדירה יממש את הערבות הבנקאית בלא נימוק, על־פי דרישה ראשונה באשר הערבות האמורה אינה מאפשרת למוטב לממשה אלא בהתקיים נסיבות מאד מיוחדות. מדובר בערבות המבטיחה סיכון ספציפי מאותר וממוקד המוגדר בסעיף 2(1) לחוק ואותו בלבד, ואין זו ערבות בנקאית "רגילה" שמחמתה נזקק הבנק לבטוחה בדמות הפקדת כל הכספים הללו בידו.

ח) סעיף 2(1) לחוק המכר (הבטחת השקעות) מבהיר כי הערבות הבנקאית נמסרת להבטחת החזר הכספים במקרה שהקבלן אינו יכול להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה, מחמת עיקול, צו קבלת נכסים, צו פירוק או צו מינוי נכסים. היה ולא יתקיימו הנסיבות המיוחדות והקיצוניות הללו – הערבות הבנקאית אינה ניתנת למימוש. בהינתן סיכון ספציפי רחוק וממוקד זה אין הבנק רואה בערבות הבנקאית הניתנת על־פי חוק המכר (הבטחת השקעות), הלוואה לכל דבר ועניין ואינו נזקק למלוא הכספים המתקבלים מרוכשי הדירות לשם מתן ההלוואה האמורה, אלא מאפשר לקבלן להשתמש בכספים אלו לשם הבנייה.

340. בהתאם להגיון כלכלי זה נמצא כי הערבות הבנקאית המונפקת על־ידי הבנקים מכוח חוק המכר (הבטחת השקעות), המכונה "ערבות חוק מכר", אינה ערבות אוטונומית שרוכש הדירה רשאי לממש בכל עת על־פי דרישה ראשונה, אלא מדובר בערבות בנקאית המבטיחה החזר כספי הלקוח אך ורק במקרה של חדלות פירעון המונעת את העברת הזכויות לרוכש הדירה. ערבות זו אינה מבטיחה את כלל התחייבויות הקבלן: לטיב, למפרט, לביצוע במועד וכיו"ב, ורוכש הדירה לא יוכל לממש את הערבות כדי לגבות פיצויים המגיעים לו בגין איחור במסירה, ליקויים בדירה ולכיסוי כל שאר הנזקים העשויים להיגרם לרוכש אם המוכר אינו

עומד במילוי התחייבויותיו שבהסכם המכר, במלואן ובמועדן. רוכש הדירה גם לא יוכל לממש את הערבות הבנקאית "על־פי דרישה ראשונה וללא צורך לנמק ולבסס את דרישתו", אלא יהא עליו להראות כי אכן בלא מימוש הערבות הוא יימצא במצב שבו כספו יאבד בלא אפשרות לקבל את הזכויות בנכס. בהקשר זה הבהיר בית המשפט בעניין סיבל[27] כי:

> "רוכש המקבל לידיו כתב ערבות מאת הבנק שניתנה על־פי הוראות החוק, עלול לחשוב כי הערבות המובטחת לו מכוח החוק היא ערבות בנקאית המבטיחה את כל התחייבויות הקבלן, וכי הוא יוכל לממש את הערבות, אם יהיה זכאי להשבה במקרה של ביטול החוזה, או לפיצויים עבור איחור במסירה וליקויים בדירה ולכיסוי כל שאר הנזקים העשויים להיגרם לרוכש אם המוכר אינו עומד במילוי התחייבויותיו שבהסכם המכר, במלואן ובמועדן.
>
> עוד עלול הרוכש להתפתות ולחשוב כי מדובר ב'ערבות בנקאית אוטונומית', המבטיחה את ההחזר עם דרישה, באופן שהרוכש אינו צריך להוכיח כלפי הבנק כי יש הצדקה לדרישתו.
>
> אולם החוק אינו מדבר בערבות בנקאית אוטונומית, וגם לא בערבות לכל נזק העשוי להיגרם לרוכש עקב הפרת החוזה מצד המוכר. זוהי ערבות מיוחדת, ובלשונו של כב' השופט עמית, 'ערבות מסוג מיוחד באשר נוצרה לאורו של חוק המכר דירות'. למעשה, זוהי התחייבות לשיפוי... כמתחייב מן החוק וממטרתו".

341. בית המשפט הבהיר בעניין קרן,[28] על בסיס ניתוח של דברי המבוא להצעת חוק המכר (הבטחת השקעות), דברי ההסבר בסעיף 2 להצעת החוק[29] וניתוח של הוראות

---

27 עניין וייס, לעיל ה"ש 16.

28 עניין קרן, לעיל ה"ש 22.

29 בדברי ההסבר לסעיף 2 להצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), נאמר: "הסעיף מונה חמש דרכים חלופיות להבטחת השקעותיו של הרוכש בדירה במקרה של חוסר אפשרות מצד הקבלן־הבונה להעביר לו את הבעלות או זכות אחרת שהוסכם עליה בחוזה המכר". הסעיף עוסק בחוסר אפשרות להעביר את הזכויות ולא באיחור במסירה וכיו"ב.

החוק[30] כי חוק המכר (הבטחת השקעות) לא נועד להגן על רוכשי הדירות מפני מכלול ההפרות של הסכם המכר על־ידי הקבלן, אלא להגן על כספים שמשלמים רוכשי הדירות על חשבון נכס עתידי, כדי למנוע היוותרותם בלי דירה ובלי תמורתה. על כן, אין די בהפרת הסכם הרכישה כדי להיכנס לגדרו של החוק, ורק כאשר הקונים ייוותרו בלי כספם ובלי דירה כלל ועיקר, ניתן לחלט את ערבויות חוק המכר. בהתאם לכך, קבע בית המשפט באותו עניין כי מכיוון שכונס נכסים שמונה לנכס פועל להשלמת הפרויקט ולהעברת הדירות לבעלות הרוכשים, הרי שאין מקום לחילוט הערבויות. דברים אלה אושרו על־ידי בית המשפט העליון בעניין עובדיה,[31] אשר הוסיף והבהיר כי שמו של חוק המכר (הבטחת השקעות) ולשונו המפורשת מלמדים על תכליתו – להבטיח את השקעותיהם של רוכשי דירות מפני סיכונים הנובעים מחדלות פירעונו של הקבלן. אכן, כאשר מתמנה כונס נכסים לנכס והוא פועל להשלמת הפרויקט, התוצאה היא בדרך כלל כי רוכשי הדירות מקבלים את הדירות באיחור רב, בהיעדר אפשרות לתבוע תיקונים בתקופת הבדק, במפרט נמוך יותר, כאשר עליהם להשלים כספים מכיסם כדי להביא להשלמת הפרויקט וכאשר הם מקבלים, בסופו של יום, פרויקט עם מוניטין וערך כלכלי פחות בהרבה מזה שרכשו. הקונים זכאים להגיש תביעה ביחס לכך מכוח עסקת היסוד, (ובמקרים מסוימים הם רשאים גם לתבוע נזקים אלו מן הבנק המלווה, בגין רשלנות בפיקוח או הפרת חובות האמון שלו כלפיהם[32]), אך הם אינם רשאים לחלט את ערבויות חוק המכר שאינן מיועדות להבטיח אינטרס זה של רוכשי הדירות, אלא רק את עצם השלמת הדירות והעברתם על שם הרוכשים.

342. החוק משקף איזון בין שיקולים שונים וההגנה על רוכש הדירה אינה השיקול היחיד שיש להביא בחשבון בבואנו לפרשו. מחד גיסא, עומד האינטרס של רוכש הדירה לממש את הערבות שקיבל, כדרך מהירה ויעילה להחזיר את כספו במקרה שאין בכוחו של הקבלן למסור לו את הדירה. מאידך גיסא, ניצבת השאיפה למנוע ניצול לרעה מצד רוכש הדירה, במצב כזה, על־ידי ביטול בלתי מוצדק

30 בית המשפט הגיע למסקנה זו על בסיס העובדה כי המחוקק בחר להעמיד את רף תחולת חוק המכר (הבטחת השקעות) על תשלום העולה על סכום 15% ממחיר הדירה ולא על כל שיעור תשלום ששולם בגינה.

31 ענין עובדיה, לעיל ה"ש 25 בפרק ה. לעניין זה ראה גם א' פרוקצ'יה דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל 87–89 (התשמ"ד).

32 להרחבה ראה מאמרם של א' וינרוט וב' אדלשטיין.

של החוזה, וגביית פיצויים עבור נזקים שאינם קשורים במישרין לאי קבלת הדירה.[33]

343. בהקשר זה נראה כי יש אינטרס נוסף שיש להביאו לידי ביטוי – וזהו האינטרס של הבנק המלווה את הפרויקט ואשר הנפיק ערבויות אלה. נבהיר:

א) השיטה השכיחה בישראל למימון פרויקט של בנייה היא שיטת "הליווי הפיננסי" (Construction Loan). לפי שיטה זו מועברים כל תקבולי הפרויקט לחשבון מיוחד ו"סגור" המפוקח על־ידי הבנק. מחשבון זה רשאי הקבלן להוציא כספים רק לצורך בניית הפרויקט, באישור הבנק ובפיקוחו. הביטחון העיקרי למתן האשראי הוא אפוא הפרויקט עצמו ולא נכסים אחרים של הקבלן, אך הסיכון שאותו נוטל הבנק מוגבל ומתוחם לנוכח הפרדת הפרויקט מכלל עסקי הקבלן, כאשר הבנק בוחן את חשיפתו לסיכון מנקודת המבט של "גישת ההשלמה". בהתאם לגישה זו, שומר הבנק בידיו את האפשרות, במקרה של כשל, להיכנס ל"נעלי היזם", להשלים את הפרויקט במקומו ולמסור את היחידות לרוכשים. לפי גישת ההשלמה יפרע הבנק מהמקורות שינבעו מהפרויקט כשהוא מושלם, תוך קבלת מלוא התמורה מידי הרוכשים, ותוך שהבנק פטור ממימוש ערבויות חוק המכר שמסר לרוכשים, שהרי הללו יקבלו את הדירה שרכשו.[34] בהתאם לכך נמצא כי לבנק המלווה יש אינטרס לגיטימי ראוי להגנה כי יאפשרו לו למנות כונס נכסים, אשר ישלים את הפרויקט בלא שערבויות חוק המכר ימומשו.[35]

ב) בסעיף 2א' לחוק המכר (הבטחת השקעות) נקבע כי משהשלים הקבלן את בניית הדירה ומסר את החזקה בה לקונה,[36] רשאי הקבלן להחליף את ערבות

---

33 לעניין זה ראה דברי כב' השופטת אלשיך בעניין הבר, לעיל ה"ש 10.

34 לעניין זה ראה אצל א' וינרוט וב' אדלשטיין, בעמ' 70–71.

35 אינטרס זה בא לידי ביטוי על־ידי כב' השופט ורדי בעניין קרן, לעיל ה"ש 22. כמו כן ראה ד־ריו של כב' השופט ריבלין בעניין עובדיה, לעיל ה"ש 25 בפרק ה, לפיהם אם ניתן יהא לממש ערבויות חוק מכר בכל מקרה של אי התאמה בין הדירה לבין הסכם המכר, ירתיע הדבר את הבנק המלווה מלבוא בנעליו של הקבלן ומהשלמת הבנייה.

36 בתקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (הוכחה בדבר השלמת בנייתה של דירה), התשל"ז־1976, ק"ת 3623, נקבע כי הוכחה בדבר השלמת בניית דירה לעניין סעיף 2א' לחוק המכר (הבטחת השקעות) תהא בדרך של אישור מאת מהנדס רשום בפנקס המהנדסים והאד־ריכלים לפי חוק המהנדסים והאדריכלים, התשי"ח־1958, ס"ח 250, בדבר השלמת בנייתה של דירה לפי המפרט שבהתאם לחוק המכר (דירות), אשר המוכר המציא לקונה.

חוק המכר בבטוחה אחרת לכספי הקונה בדרך של רישום הערת אזהרה, או שעבוד, או בעלות/חכירה.[37] בהתאם לכך נמצא כי כאשר הקבלן משלים את בניית הפרויקט ומוסר את הדירות לדיירים, תוך רישום הערת אזהרה על שמם, פוקעות ערבויות חוק המכר שבידיהם, ואף מוטל עליהם להשיב את הערבויות לקבלן. הערבויות הללו אינן מבטיחות אפוא דבר מעבר לקבלת חזקה וזכות קניינית בדירה.

ג) בית המשפט הבהיר עם זאת, בעניין סיבל[38] כי אין לפרש את חוק המכר (הבטחת השקעות), כמקנה את הזכות למימוש הערבות, רק למקרה שבו בוטל החוזה, והכספים נדרשים כהשבה.[39] מימוש ערבות חוק מכר ייתכן גם במקרה שבו מבקש רוכש הדירה לקבל את הכספים דווקא לצורך קיום החוזה, כגון כאשר הקבלן נטש את הבנייה בעיצומה, והרוכש מבקש לממש את הערבות כדי לממן באמצעותה את השלמת הבנייה. כמו כן, מוסיף בית המשפט ומבהיר כי ערבות חוק מכר מבטיחה לא רק העברת זכויות הקניין בדירה, אלא גם את השלמתה. סעיף 2(1) לחוק המכר (הבטחת השקעות) מניח כי הדירה שלגביה יש להעביר את הקניין קיימת. לאור מטרת החוק ותכליתו, ועל סמך הלשון הנוקבת במונח "דירה" ובמונח "כמוסכם בחוזה המכר", ומכיוון שהערבות נסבה על מלוא המחיר, קבע בית המשפט כי הערבות מבטיחה הן את זכאות הרוכש לקניין בדירה והן את זכותו לקבל דירה שלמה, גמורה, הראויה למגורים ולשימוש.[40]

---

37 במקרה של רישום הבעלות וגם מסירת החזקה, מדובר לכאורה בהשלמת ההתחייבות כולה ולא רק בהחלפת בטוחות. נראה אפוא כי כוונת הסעיף להבטיח גם את רישום הבית המשותף וייחוד הרישום לדירה הספציפית.

38 עניין וייס, לעיל ה"ש 16.

39 מימוש ערבות חוק מכר אופייני במיוחד למצב דברים שבו בוטל החוזה וקמה לרוכש הדירה "זכות השבה לאחר ביטול", כקבוע בסעיף 9 של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

40 בית המשפט הבהיר בהקשר זה כי כאשר הבנייה לא הושלמה, מוצדק לעתים לממש חלק מן הסכום הנקוב בערבות, הדרוש לשם השלמת הבנייה. כמו כן, אם יש קושי בהעברת הקניין, ניתן לממש את הסכום הספציפי הנדרש לשם השלמת צורך זה. בית המשפט הוסיף והבהיר כי התחייבויות הבנק מכוח הערבות ימשיכו לעמוד בעינן בלי שהבנק יהיה רשאי להשתחרר מחובתו מכוח הע־רבות, כל עוד שלא נוצרה זיקה קניינית בין הרוכש לבין הדירה שרכש (רישום הערת אזהרה או משכנתה או בעלות/חכירה) וכל עוד שהדירה לא הושלמה ונמסרה לרוכש, תוך אישור בכתב של מהנדס (שאישור אמת הוא) כנדרש לפי תקנה 1 לתקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות). אישור זה אינו צריך להוכיח את השלמת הדירה בזמן, או על־פי הוראות החוזה, או כי המוכר עמד בכל התחייבויותיו. אישור זה גם אינו מתייחס להשלמת הפרויקט כולו, אלא מתייחס לדירה בלבד. על כן, קבע בית המשפט באותו עניין, כי אם הקבלן מוסר דירה אך אינו

ו(3) האם ערבות מכר מגנה מפני אי התאמה של הדירה למפרט ולמצגים?

344. בפסיקה התעוררה שאלה – מהו הדין כאשר רוכש הדירה יכול לקבל את זכויות הקניין בדירה שבנייתה הושלמה ואשר הינה ראויה לשימוש, אלא שזו אינה ראויה לשימושים הספציפיים שהוסכמו בהסכם הרכישה. שאלה זו התעוררה בכמה פסקי דין כאשר היא נדונה תחילה על־ידי בית משפט השלום בתל אביב (כב' השופט ורדי) בעניין זילברמן.[41] באותו מקרה נמכרו דירות כיחידות נופש, בפרויקט כולל אשר היה מיועד למלונאות ונופש. לימים ניתן פסק דין על־ידי בית המשפט העליון בעניין שוויצר,[42] ובו דחה בית המשפט את ערעורי דיירי הפרויקט, ואישר את קביעות בתי המשפט השלום והמחוזי כי אין המדובר בדירות נופש ובשימוש למלונאות. רוכשי הדירות ביקשו לממש את "ערבויות חוק המכר" שבידיהם בטענה כי הם לא קיבלו את הממכר שרכשו. הם טענו כי יש לפרש את ההגנה נשוא הערבות הבנקאית באופן רחב, כך שזו תגן עליהם מפני קבלת דירות שאינן מקיימות את תכונותיו הבסיסיות של הממכר שאותו רכשו, ואשר אינו מאפשר להשתמש בו לאותם שימושים. לעומת זאת, המשיבים טענו כי לא זאת התכלית של ערבויות חוק מכר. ערבויות חוק המכר לא נועדו להבטיח מפני הפרות של הסכם המכר, אלא כל תכליתן להבטיח את החזר הכספים במקרה של חדלות פירעון של הקבלן, המונעת את רישום הבעלות בממכר על שם הרוכשים.

345. בית המשפט קיבל טענה זו של המשיבים וקבע כי מכיוון שרוכשי הדירות יכולים לקבל את הדירה ולרשום אותה על שמם, וההגבלה היא רק ביחס למטרות הנופש, הרי שלא מתקיימת תכלית החוק להבטיח את רוכשי הדירות מפני מצב פטאלי שבו ייוותרו בלא כספם ובלא דירתם. מקום שבו יש להם דירה, אלא שהיא לא "דירת החלומות" שלהם, ואיננה ממוקמת בפרויקט נופש, אין ספק כי הופר

מוסר בריכת שחייה ומתקני נופש, הרי שלא ניתן לממש את ערבות חוק המכר לשם כך. עם זאת, ראוי לשים לב לקביעת בית המשפט כי כאשר נמסרת חנייה חיצונית, שאינה שוות ערך לחנייה תת קרקעית שהובטחה בחוזה, הרי שישנו פגם בקניין ו"אפשר שניתן יהיה לממש את הערבות ולהשיב למבקשים את ההחזר המתחייב". על אמירת אגב זו יש לתמוה, בכל הכבוד, שכן העברת חנייה שאינה מתאימה למפרט, כמוה לכל היותר כמסירת דירה החורגת מן המפרט, והיא אינה בגדר של פגיעה בזכות הקניין. זוהי כמובן הפרת הסכם המזכה בפיצויים, אך לא לשם כך נועדה ערבות חוק המכר.

41 ראה עניין זילברמן, לעיל ה"ש 16.

42 רע"פ 1520/01 שוויצר נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה פ"ד נו(3), 595 (2002).

החוזה נשוא עסקת היסוד וזו עילת תביעה ראויה נגד הקבלן, אך אין זו עילה ראויה למימוש ערבות חוק המכר נגד הבנק.

346. סוגיה זו הועלתה לדיון בבית המשפט העליון בעניין עובדיה,[43] בערעור על פסק הדין שניתן בעניין סיבל. באותו מקרה רכשו המערערים דירות נופש בפרויקט אשר אמור היה לכלול שלושה בניינים וכן בית מלון עם בריכת שחייה. כונס הנכסים השלים בנייתו של בניין אחד בלבד, וחלף דירת נופש בפרויקט מלונאי, קיבלו הרוכשים דירת מגורים רגילה בבית משותף, כהגדרתו בסעיף 52 לחוק המקרקעין התשכ"ט־1969. בבית המשפט העליון נחלקו הדעות בעניין זה כדלהלן:

א) כב' השופט טירקל קבע כי יש לדחות הערעור, וזאת מכוח דרך ההילוך הבאה:

(1) אכן, רוכשי הדירות לא קיבלו את הדירה שאותה ביקשו לרכוש. בחוזה המכר שלהם הוגדרה הדירה כ"דירת נופש" וכוונת הצדדים הייתה לקבל יחידות בתוך מכלול של סביבה ומתקנים, שלא סופקו להם. כב' השופט טירקל גם מציין את דבריו של זמיר בספרו על חוק המכר, כי:[44]

> "ההחלטה לקנות דירה פלונית וההנאה ממנה לאחר קבלתה תלויות לא רק בתכונות היחידה עצמה, אלא גם בתכונות ובמאפיינים של הבניין כולו. כמו כן, מן הדין להסכים אף למושכלה נוספת העולה מפסקי הדין, והיא כי יש ליתן נפקות למערכת החוזית בין הצדדים, במידה וזו מעמידה את אומד דעת הצדדים לגבי הסביר והבלתי סביר בנסיבות המקרה".

(2) עם זאת, קבע כב' השופט טירקל כי אין אפשרות לממש את ערבויות חוק המכר במקרה זה, שכן הערבויות באו להבטיח את מסירת הדירה ולא את מכלול התחייבויות הקבלן שלא קוימו, בנוגע לפרטי תכנונה של הדירה. כל עוד שם "דירה" נקרא עליה, והיא ניתנת להעברה, על שמם של הרוכשים, לא ניתן לממש את הערבויות. הרוכש רשאי

43 עניין עובדיה, לעיל ה"ש 25 בפרק ה.

44 א' זמיר חוק המכר (דירות) התשל"ג־1973 138 (התשס"ב).

לתבוע מן הקבלן אכיפה או פיצויים בגין הפרת ההסכם, אך אין הוא זכאי לתבוע זאת מן הבנק שנתן את הערבות הבנקאית, שהוא בגדר צד שלישי חיצוני וזר לעסקת היסוד.

(3) כב' השופט טירקל משתית תוצאה זו על עקרון האוטונומיות של הערבות הבנקאית. היה והמילים "כמוסכם בחוזה המכר" הקבועות בסעיף 2(1) לחוק המכר (הבטחת השקעות), יפורשו כמוסבות גם על התחייבות אחרות של הקבלן, מלבד ההתחייבות הבסיסית למסור "דירה" ששמה נקרא עליה, יצריך תהליך מימוש הערבות בדיקה מדוקדקת של הדירה, במטרה לקבוע אם הקבלן קיים את כל מה שהוטל עליו במסגרת ההסכם. בפועל, מימוש של ערבות בנקאית צריך להיות קל, פשוט ומנותק מעסקת היסוד.[45]

(4) בהקשר זה יוער כי הנמקה זו אינה ברורה, בכל הכבוד, שהרי ראינו לעיל כי ערבות חוק המכר אינה ערבות אוטונומית קלאסית ולא ניתן לממשה על־פי דרישה ראשונה בלא צורך בהנמקה וביסוס, כמקובל בערבויות בנקאיות אוטונומיות. זאת ועוד, גם דרך ההילוך העומדת בבסיס הנמקתו של כב' השופט טירקל אינה ברורה בנקודה זו, שהרי האוטונומיות של הערבות הבנקאית הקלאסית נועדה להגן על מוטב הערבות (ולא על הבנק מנפיק הערבות) ולאפשר למוטב לממש את האינטרסים שלו גם בהיעדר חבות מכוח עסקת היסוד. ואילו במקרה דנא, נקבע כי יש צורך דווקא לפגוע במוטב שלא יוכל לממש את הערבות הבנקאית, גם כאשר קיימת חבות מכוח עסקת היסוד. נראה אפוא כי ההזדקקות למונחים השאובים מדיני הערבויות הבנקאיות, כדי לנמק את תוצאת פסק הדין במקרה זה, לוקה בכשל הנובע מן העובדה שערבות חוק מכר שונה מאד מערבות בנקאית רגילה. לעומת זאת, מובנת היא לחלוטין, בכל הכבוד, ההנמקה הבסיסית של כב' השופט טירקל, לפיה מדובר בערבויות שנועדו להבטיח אינטרס צר, מוגדר וממוקד של מניעת קטסטרופה מוחלטת, להבדיל ממצב שבו הלקוח מקבל דירה, גם אם אינה "דירת חלומותיו" והיא אינה משקיפה על בריכת שחייה של מלון.

45 עניין מליבו, לעיל ה"ש 25 בפרק א, בעמ' 696-695.

ב) כב' השופט ריבלין קבע אף הוא כי יש לדחות את הערעור, וזאת בהתאם לדרך ההילוך הבאה:

(1) אכן יסודו שלחוק המכר (הבטחת השקעות) בהכרת המחוקק בחשיבותה של דירת המגורים לפרט, הן בהיותה הנכס העיקרי שבו מחזיקים רוב תושבי ישראל, והן במלאה צורך אנושי בסיסי בקורת גג. על כן, מרכז הכובד של החוק הוא אכן מסירה של דירה (או השבת התמורה ששולמה בעדה) וזאת להבדיל מהבטחת קיומו של הסכם המכר כלשונו. בכך צעד כב' השופט ריבלין בדרכו של כב' השופט טירקל.

(2) להנמקה המשפטית של כב' השופט טירקל הוסיף כב' השופט ריבלין נימוק פרקטי, לפיו קביעה גורפת כי ניתן יהיה לממש ערבויות חוק מכר בכל מקרה של אי התאמה בין הדירה לבין המוסכם בין הצדדים, עלולה להרתיע בנקים מלבוא בנעליו של הקבלן והשלמת הבנייה.[46]

(3) טעם פרקטי נוסף הוא כי מימוש ערבויות חוק המכר בכל מקרה של אי התאמה לעסקת היסוד, יביא לקיפוח של קונים שיעדיפו לקבל דירה, אפילו אינה תואמת את שהובטח להם, על פני השבת כספם.

(4) הנחת היסוד של כב' השופט ריבלין בנימוק אחרון זה היא כי בפרויקט בנייה יש צורך להחליט בין השלמת הפרויקט על־ידי הבנק המלווה, במחיר אי המימוש של ערבויות חוק המכר, כאשר כלל הדיירים מקבלים דירות ולא החזר כספי, לבין מימוש הערבויות וקבלת החזר של התמורה חלף קבלת הדירות. ממילא, אם חלק מהדיירים מממש את הערבויות, הרי שהדבר פוגע ביכולתם של דיירים אחרים להשלים את הפרויקט. אכן, מימוש ערבויות חוק מכר אינו מחייב ביטול של ההסכם, וניתן לממש את הערבויות כדי להשתמש בכספים לצורך השלמת הפרויקט. אולם ברגע שמומשו הערבויות, התוצאה היא כי "איש לאוהליך ישראל" (תרתי משמע), חלק מהרוכשים יבקשו להשתמש בכספים לשם השלמת הפרויקט, אך חלק אחר ייקח את הכספים וינסה לבנות את ביתו במקום אחר, ובמקרה שכזה נפרדת החבילה ולא ניתן להשלים את הפרויקט.

(5) עם זאת, כבוד השופט ריבלין חלוק על דעתו של כב' השופט טירקל

46 על אינטרס זה עמדנו בהרחבה בסעיף 11 לעיל.

וסבור כי כאשר אי ההתאמה בין הדירה שנבנתה לבין המוסכם בחוזה המכר יורדת לשורשם של דברים – ניתן יהא לממש את ערבויות חוק המכר ולראות בכך אי מסירה של הדירה.[47] דוגמה לכך תהא מקרה שבו נמסרה דירה, בטרם שחוברה למערכת הביוב, החשמל והטלפון, בטרם נוצק משטח הכניסה לבניין, ואף בטרם שהיו לבניין מדרגות ומעלית.[48] במקרה זה, בפנינו אי התאמה כה חמורה עד שניתן לראות בה אי מסירה, וניתן יהיה לממש את הערבות שניתנה לפי סעיף 2(1) לחוק המכר (הבטחת השקעות).[49]

(6) עם זאת, סבר כבוד השופט ריבלין כי במקרה הנדון אי ההתאמה בין הדירה לבין המוסכם בחוזה אינה מצדיקה את מימוש ערבויות חוק המכר. הדירות עצמן נבנו בהתאם למוסכם, וכל שנגרע מן הרוכשים הינו שירותים ומתקנים נלווים לדירות. אי התאמה זו אינה עולה לדעתו כדי אי מסירה. הטעם לכך הוא שחוק המכר (הבטחת השקעות) נועד להבטיח את העברתה של דירה ועיקר תכליתו לממש את זכויות הרוכש בנכס שנועד למגורים. הבטחת זכויות נוספות, כמו זכאות להשתמש במתקני נופש ליד הדירה, חורגת מגדרי כוחו של החוק ותכליתו.

ג) כב' השופטת חיות סברה כי יש לקבל את הערעור. דרך הילוכה הייתה כדלקמן:

---

47 כב' השופט ריבלין ציין כי הסוגיה של התאמת הדירה שנמסרה להסכם המכר מוסדרת באופן מקיף בחוק המכר (דירות), ולפי הוראות חוק זה אין דינה של אי התאמה כדינה של אי מסירה. עם זאת, יש מקרים חמורים שבהם אי התאמה עולה כדי הפרת ההתחייבות למסירה. לדיון רחב ביחס שבין חיובי מסירה לחיובי התאמה ראה אצל זמיר (עקרון ההתאמה בקיום חוזים), בעמ' 115–122.

48 דוגמה זו לאי התאמה חמורה נדונה בע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ, פ"ד נה(3) 913 (2001).

49 כב' השופט ריבלין מציין כי אף כאשר הדירה שנמסרה לוקה באי התאמה חמורה להסכם, קיים סייג למימוש הערבות, שתתאפשר רק "בתנאי שאי ההתאמה החמורה נובעת מהנסיבות המנויות בסעיף 2 לחוק המכר (הבטחת השקעות) – קרי עיקול שהוטל על הדירה, צו פירוק, צו כינוס נכסים וכיו"ב. סייג זה נראה לנו שגוי, בכל הכבוד, שכן אם מתקיימים כשלים בהעברת הבעלות בדירה, ניתן בפשטות לממש את הערבות הבנקאית, לנוכח הוראתו המפורשת של חוק המכר (הבטחת השקעות). נשוא הדיון במקרה דנא נוגע למקרים שבהם העברת הבעלות אפשרית, ורק השלמת הדירה אינה מתאפשרת במישור הטכני. בהקשר זה אין צורך בחדלות פירעון של הקבלן שתמנע את השלמת הפרויקט ודי בכך שעל־פי "מבחן התוצאה" הדירה לא נמסרה ומסירתה אינה מתאפשרת, מכל טעם שהוא, בטווח הנראה לעין.

(1) בדומה לגישתו של כב' השופט ריבלין סברה כב' השופטת חיות כי ייתכנו מקרים שבהם תיווצר אי התאמה כה מהותית בין מה שנבנה לבין מה שהוסכם, עד כי אי ההתאמה תהא שוות ערך לאי מסירת הדירה.

(2) כב' השופטת חיות גם הסכימה לכך שגדר המקרים שבהם ניתן יהיה לממש את ערבות חוק המכר בשל אי התאמה, תתוחם למצבים קיצוניים וחריגים ביותר, שבהם אי ההתאמה יורד לשורש עסקת המכר.

(3) אולם כב' השופטת חיות סברה כי אי התאמה יסודית, שכמוה כאי מסירה, מתקיימת לא רק מקום שלא ניתן לעשות שימוש בדירה לצורכי מגורים, אלא גם במקום שהממכר שונה במובהק ובמהות מן המוסכם, עד כדי היעדר אפשרות להשתמש בו, למטרה אשר לשמה נועד. כך, למשל, אם יבקש המוכר למסור לקונה חנות במקום דירה, ניתן יהא לאמר כי הממכר לא נמסר, על אף שגם "חנות" עונה להגדרת המונח "דירה" בסעיף 1 לחוק המכר (הבטחת השקעות). דוגמה נוספת היא מקום שבו רכש קונה יחידת דיור בבית אבות, ולבסוף קיבל דירת מגורים רגילה.

(4) בהתאם לכך, מסיקה כבוד השופטת חיות כי כשם שקונה של דירת מגורים זכאי לממש את הערבויות אם הדירה אינה יכולה לשמש למגורים, כך רשאי רוכש של דירת נופש לממש את ערבויות חוק המכר, אם הדירה אינה יכולה לשמש כדירת נופש, מכיוון שנמסרה ללא מתקני הנופש וסממניו.[50]

347. תוצאת פסק הדין בעניין עובדיה הייתה אפוא כי הערעור נדחה. אכן שררה הסכמה עקרונית בין כב' השופטים ריבלין וחיות לפיה ניתן לממש ערבות חוק מכר כאשר קיימת אי התאמה יסודית בין הדירה שנמסרה לבין המוסכם בהסכם המכר, אך בכל הנוגע ליישומה של הלכה זו ביחס לעובדות המקרה הנדון, לא

50 אולם נראה לכאורה כי אין הנמשל דומה לראיה שכן הדוגמאות שהובאו על־ידי כבוד השופטת חיות עוסקות בהגנה על עצם אינטרס הדיור הבסיסי של רוכשי הדירות, ולכן ברור לחלוטין שהן נופלות בגדרו של חוק המכר (הבטחת השקעות). אין לכאורה להשוות מקרים אלו לסיטואציה שבה אינטרס הדיור נשמר, ורק צרכים אחרים, חשובים אך לא קיומיים, (כגון בריכת שחייה ומתקני נופש) הם שנפגעו עקב אי ההתאמה.

הייתה תמימות דעים. כב' השופטת חיות סברה כי המרחק בין דירות נופש לבין דירות מגורים הוא קיצוני ורב עד כדי הצדקת מימוש ערבויות חוק המכר, אך כב' השופט ריבלין, בדומה לכב' השופט טירקל, סבור היה כי חוק המכר (הבטחת השקעות) מגן רק על האינטרס הבסיסי של רוכש הדירה לזכות בדירת מגורים, וממילא משקיבל דירה הראויה למגורים ונגרעו ממנו רק שירותים ומתקנים לנופש – אין בכך עילה למימוש ערבויות חוק המכר. ביחס למקרה האמור, הוגשה בקשה לדיון נוסף, אשר נדונה על־ידי כב' המשנה לנשיא השופט חשין[51]. כב' השופט חשין דחה את הבקשה בקובעו כי:

> "לבי עם העותרים: ביקשו את רחל והנה ניתנה להם לאה; רכשו במיטב כספם דירת נופש וקיבלו לידיהם מוצר שאינו דירת נופש. אלא שלא את לבי מבקשים העותרים, אלא את מימושה של הערבות הבנקאית, ולכך – עם כל הצער שבדבר – לא אוכל להיעתר. טעם הדבר: רוב שופטי ההרכב – השופטים ריבלין וחיות – נעתרו לטענותיהם המשפטיות של העותרים ודחו את טענותיו המשפטיות של הבנק. אמת, דעות השופטים נחלקו באשר ליישומם של הדברים על עובדות המקרה, ואולם בידוע הוא כי טענות כנגד יישומה של הלכה מקומן בערעור, ולא בדיון הנוסף שתכליתו בחינה מחודשת של הלכות משפטיות שנפסקו".[52]

348. בעניין ארבס[53] דן בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת ע' כהן) בעוללות אחרות של אותה פרשת סיבל. בית המשפט ניתח את פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין עובדיה על־פי הקריטריונים להגדרת "תקדים מחייב" וקבע כי אין בעיקרון אשר עליו הסכימו כב' השופטים ריבלין וחיות בפס"ד זה כדי להוות תקדים מחייב, שכן עיקרון זה לא הוליך אל ההחלטה שהחליט בית המשפט, הלכה ולמעשה.[54] בית המשפט ציין עם זאת כי הוא מנוע מלהגיע לתוצאה אחרת,

---

51 דנ"א 7542/04 עובדיה נ' סיבל נהריה בע"מ, תק־על 2005(3) 1391 (2005).

52 שם, בעמ' 1393. בבש"א (חי') 17860/05, פש"ר (חי') 449/00 סיבל נהריה בע"מ (בכינוס נ־סים) נ' רשם המקרקעין חיפה, תק־מח 2006(2), 6107 (2006), נדון בבית המשפט המחוזי בחיפה (כב' הנשיאה ב' גילאור) סירובם של הרוכשים להשיב את הערבויות. עם דחיית הבקשה לקיום דיון נוסף, נסתם הגולל על שאלת חילוט הערבויות בשל אי ההתאמה בין הדירות שנמסרו לבין מה שהובטח בחוזה המכר, ובית המשפט קבע כי יש להחזיר את הערבויות לקבלן.

53 ה"פ (י־ם) 585/01 ארבס נ' הבנק הבינלאומי הראשון, תק־של 2005(3) 12347 (2005).

54 לעניין זה ראה: ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועמ"ש פ"ד י 281 (1956), והתייחסות בית המשפט

שכן עובדות המקרה שנדונו בפניו עסקו באותו פרויקט, באותו בניין, באותו סוג של דירה, באותם הסכמי מכר ובאותן ערבויות. עם זאת, ציין כי היה מצטרף לדעתה של כב' השופטת חיות, אילו רק היה רשאי לעשות כן:

> "לו יכולתי לבחור בין עמדת כב' השופט ריבלין ובין עמדת כב' השופטת חיות... הייתי מעדיפה את עמדת כב' השופטת חיות לפיה אכן מדובר במקרה הנדון באי התאמה מהותית וכי מקום בו רכש קונה דירת נופש, המהווה חלק מפרויקט שלם, ובמקום דירת הנופש מוסרים לו דירת מגורים בבית משותף הנעדר כל סממן של פרויקט נופש, הממכר שרכש אותו קונה לא נמסר לידיו והוא זכאי לדרוש את מימוש הערבות שקיבל להבטחת הכספים ששילם. אלא שלטעמי לא די בכך כדי להגיע לתוצאה בתיק זה, שכן בבואי לפסוק בתובענה זו, לא אוכל להתעלם מהתוצאה האופרטיבית של פסק הדין בפרשת סיבל".[55]

349. בהתאם לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין עובדיה,[56] קבע בית המשפט

העליון לשאלת הגדרתו של פס"ד זה כתקדים מחייב במסגרת ע"פ 185/55 מיזאן נ' היועמ"ש פ"ד יא 769 (1957). כמו כן ראה מ' בן פורת "Ratio Decidendi" הד המשפט 2 24, 28 (1956); נ' ליפשיץ "תקדים מאי?" ספר זוסמן 95, 114 (אהרן ברק עורך, התשמ"ד).

55 ענין ארבס, לעיל ה"ש 53, בעמ' 123352. בית המשפט ציין כי מכיוון שמדובר באותן עובדות ממש, הרי שאם יגיע לתוצאה שונה הדבר יהיה בלתי סביר. ערעור על פסק דין זה נדחה בהס־כמת הצדדים בעניין ארבס, לאור המלצת בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופטים גל, זילברטל ומזרחי), אשר הבהיר כי בין שפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין מהווה תקדים מחייב מבחינה פורמלית, ובין שלאו, לא ניתן לסטות מתוצאתו. ברם, מפסק הדין שניתן על־ידי בית משפט השלום (כב' השופטת ע' כהן) עולה כי אילו אך היו העובדות שונות, ולו בווריאציה כלשהי המאפשרת ביצוע הבחנה, הרי שבית המשפט היה מאפשר את מימוש ערבויות חוק המכר, בהתאם לפסק דינה של כב' השופטת חיות. יצוין כי בעניין זה הוגשה בר"ע לבית המשפט העליון, רע"א 1990/06 ארבס נ' סיבל נהריה בע"מ, תק־על 2007(2) 1240 (2007) וזו נדחתה תוך שכב' השופט רובינשטיין ציין כי בפרשת סיבל הסכימו השופטים ריבלין וחיות, בניגוד לדעתו החולקת של השופט טירקל, על עיקרון כללי ולפיו ייתכנו מצבים שבהם אי התאמה תעלה כדי אי מסירה. יישומיו, גדריו וגבולותיו של עיקרון זה יפותחו בעתיד. כב' השופט רובינשטיין מקבל כשלעצמו עיקרון זה ולו בגדרי חובת תום הלב החוסה על המשפט האזרחי. ביחס ליישום מציין בית המשפט כי אין חולק שרוכשי דירות נפגעו, למרבה הצער, והתקיימו בהם דברי הפסוק (קהלת ה' י"ג) "ואבד העושר ההוא בעניין רע". אך את הערבות – לא ניתן לממש בנסיבות המקרה הנדון.

56 עניין עובדיה, לעיל ה"ש 25 בפרק ה.

המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אלשיך) בעניין עדי כהן[57] כי מקום שבו ניתן לבצע את הסכם המכר בדרך של "ביצוע בקרוב" לא ימומשו ערבויות חוק המכר.[58] באותו מקרה מונה כונס לפרויקט. הלה השלים בניית המבנים הכלולים בשלב הראשון של הפרויקט ואשר היו בשלבי בנייה מתקדמים, אך נמנע מלהשלים את בניית המבנים הכלולים בשלב אחר של הפרויקט, שבנייתם הייתה בשלביה ההתחלתיים ולא הייתה כדאיות כלכלית בהשלמתם. רוכשי הדירות שבעניינם דן בית המשפט היו אמורים לקבל דירות בחלק מסוים של הפרויקט – שלא נבנה. כונס הנכסים הציע להם לקבל דירות חלופיות, הדומות לדירות המקוריות שרכשו, מתוך מלאי הדירות שלא נמכרו, במסגרת השלב הראשון של הפרויקט – שהושלם, תוך התחייבות מצידו לתשלום פיצוי כספי הולם לאור הפרשי שווי בין הדירה המוצעת לבין הדירה המקורית. הרוכשים לא הגיבו להצעה זו ובית המשפט ראה אותם כמי שהסכימו לה. כונס הנכסים ביקש לפעול על־פי דוקטרינת "הביצוע בקירוב".[59] בית המשפט קבע בהקשר זה כי בהיעדר "אובדן השקעה" מוחלט, אין בפנינו אי התאמה חריגה העולה כדי אי מסירה, באופן המקים זכות לפדות את הבטוחות מכוח חוק המכר.[60]

350. כמו כן, בעניין זילברמן[61] קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב כי אין אפשרות לחלט ערבות חוק מכר לאחר שהרוכשים קיבלו את ביתם והתגוררו בו יותר משנתיים, אך בשל אי התאמה בין התב"ע לבין הבנייה בפועל היה עליהם לפנות את ביתם. בית המשפט סוקר את הוראות פסק הדין של בית המשפט העליון

57 פש"ר (ת"א) 1053/01 עו"ד עדי כהן בתפקידו ככונס נכסים של חברת רמת שחומי בע"מ נ' שללי, תק־מח 2004(4), 5184 (2004).

58 באותו מקרה הבטוחה שניתנה לא הייתה ערבות אלא פוליסת ביטוח שהפיקה חברת ביטוח לרוכשי הדירות בגין אותם חלקים ששולמו באמצעות הלוואות שנטלו מבנק טפחות. מדובר היה אפוא בבטוחה בהתאם לסעיף 2(2) לחוק המכר (הבטחת השקעות). בית המשפט התייחס לבטוחה זו באופן זהה למה שנקבע ביחס למימוש ערבויות חוק מכר שניתנו על־ידי בנק במסגרת סעיף 2(1) לחוק המכר (הבטחת השקעות).

59 ע"א 2686/99 אייזמן נ' קדמת עדן בע"מ, פ"ד נה(5) 365 (2001).

60 עניין שללי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 5,199: "אם נבקש להשליך מהאמור בפסק הדין בעניין סיבל נהריה לנסיבותיו של המקרה דנן, אין לנו אלא להגיע למסקנה כי אין מקום לפרוע את פוליסות הביטוח. הבנק צפוי לקבל דירות הזהות בשוויין ובתכונותיהן לדירות שהחברה התחייבה למסור לו, וגם אם לא יקבל את אותן הדירות ממש, הרי ש'אובדן השקעה' בוודאי אין כאן. כמו כן, איני סבורה כי יש במסירת דירות חלופיות משום אי התאמה חריגה העולה כדי אי מסירה, באופן המקים עילה לפדיון הפוליסות, והדברים נכונים שבעתיים נוכח העובדה כי לבנק אין כל עניין ממשי בזהות הדירות, אלא בערכן"

61 ע"א (ת"א) 2406/03 זילברמן נ. בנק הפועלים, תק־מח 2006(4) 11369 (2006).

בעניין עובדיה ומסיק כי גם אם ניתן היה לראות באיסור לשימוש מגורים בבית כאי התאמה חמורה של הסכם המכר, הרי שהדבר אינו נובע ממצבה של המוכרת – שהינה סולבנטית – ועל כן לא חלים התנאים למימוש הערבות, שכן נדרש קשר סיבתי בין אי ההתאמה לבין מצבה הכלכלי של המוכרת. בית המשפט מציין כי זהו מקרה נוסף המצביע על הצורך בתיקון חוק המכר (דירות), שהרי זהו חוק קוגנטי ויישומו כרוך לא אחת בהוצאה כספית נכבדת, והנה בפנינו תוצאה המקפחת את זכויות הקונה ואינה מאפשרת את מימוש הערבות.

351. בעניין קמיר[62] קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב כי לאור ההלכה הפסוקה ולפיה ערבות חוק מכר לא באה להבטיח את מלוא התחייבויותיו של הקבלן הבונה כלפי הרוכש, הרי שאין מקום לדרישת הרוכשים למנוע את החזרת הערבות למוכר עד שתוסדר סוגיית הבדק.[63] בית המשפט הבהיר כי סוגיית ביצוע תיקוני הבדק היא במישור היחסים שבין הרוכשים לבין המוכרת ואין לה כל קשר לערבות המכר.[64] בעניין מינין[65] הוסיף בית המשפט וציין כי ככלל, חובתו של בנק לכיסוי ערבות בנקאית על־פי חוק המכר מסתיימת ותמה כאשר דירת המגורים נבנית ונמסרת לידי הרוכש ואין הוא חב כלפי הרוכשים במילוי כל תנאי ופרט של חוזה המכר, המפרט ונספחיו.

---

62 בש"א (ת"א) 14070/04 קמיר נ' א.צ.ברנוביץ' ובניו (1985) בע"מ, דינים מחוזי 2005 (2) 197 (2005).

63 לעומת זאת, ראה פסק הדין בה"פ 200491/07 די.קיי.טי אינבסטמנטס בע"מ נ' היימברג, תק־של 2008(2) 13615 (2008) שבו נקבע כי אין מקום להשיב ערבויות חוק מכר מקום שבו הן מתייחסות גם לשטח פרטי פתוח (שפ"פ) כאשר זה טרם נבנה וטרם הובטחו זכויות הרוכש בו. באותו עניין הבהיר בית המשפט כי הקוגנטיות של חוק המכר פועלת לטובתו של הרוכש בלבד וכי אין כל מניעה להרחיב את היקפה של אחריות הבנק מכוח כתב הערבות לנושאים שאין חובה להבטיחם על־פי החוק. לעניין זה הפנה המשפט לענין שובינסקי, לעיל ה"ש 23 וענין קליינברגר, לעיל ה"ש 87 בפרק ג וכן לעמ' 262 במהדורה הקודמת של ספרי זה.

64 בית המשפט הוסיף וציין בעניין קמיר, לעיל ה"ש 62 כי: "לאור ההלכה כי אין הערבות באה לה־טיח את מלוא ההתחייבויות של הקבלן הבונה כלפי הרוכש, הרי שבוודאי אין כל מקום לדרישתם של המבקשים שלא להחזיר את הערבות עד שתוסדר סוגיית הבדק.
סוגיית ביצוע תיקוני הבדק הינה ביחסים שבין המבקשים לבין החברה בלבד, ואין לה כל קשר לערבות המכר... בכל מחלוקת אשר תעלה בין המבקשים לעניין ליקויים או פגמים – יש לאמץ את דברי כב' השופט טירקל בפס"ד סיבל, על פיהם היריב האמיתי והנכון בעניין זה איננו הבנק אלא החברה אשר נגדה עליהם לכוון את טענותיהם".

65 ה"פ (ב"ש) 2069/07 מינין נ' בנק מרכנתיל, תק־מח 2009(2) 16540 (2008).

ו(4) ההבחנות בין ערבות חוק מכר לבין ערבות בנקאית פיננסית – סיכום

352. מן האמור לעיל נמצאנו למדים כי ערבות חוק מכר שונה מהותית מערבות בנקאית אוטונומית. זוהי אכן ערבות עצמאית של בנק להבטחת השקעתו של הרוכש, אבל רוכש הדירה אינו יכול לממש את הערבות לפי דרישה ראשונה, בלא צורך לנמק את דרישתו ולבססה. חוק המכר (הבטחת השקעות) בא להגן אך ורק על האינטרס הבסיסי של הרוכש, כי הדירה שרכש תושלם ותועבר לבעלותו. אך ערבות חוק מכר אינה מגנה על נזקים הנגרמים כתוצאה מאיחור במסירת הדירה, אי התאמה למפרט, ליקויים וכיוצ"ב. חוק המכר (הבטחת השקעות) נועד להבטיח כי במקרה שהקבלן הפך לחדל פירעון לא ימצא עצמו הרוכש בלי כסף ובלי דירה. אולם ערבות חוק המכר אינה ניתנת למימוש לצורך הגנה על הפרת ההסכם בין רוכש הדירה לבין הקבלן ואין לראות בה ערבות פיננסית. אכן, במקרה שהדירה הנמסרת חורגת באופן מהותי ביותר מזו שנרכשה, עד כדי היעדר אפשרות לגור בה באופן סביר, קבעו רוב שופטי בית המשפט העליון, כי ניתן יהא לממש את הערבות הבנקאית. אולם, הערבות אינה מיועדת להגשים את כלל ציפיות הרוכש על־פי ההסכם. כך, למשל, במקרה שבו נרכשה דירת נופש, ועל־פי התב"ע ניתן לעשות בה שימוש רק למגורים, לא ניתן על־פי פסיקת בית המשפט, לממש את ערבות חוק המכר.

353. ערבות חוק המכר שונה מן הערבות הבנקאית הרגילה בהיבט נוסף והוא שתנאי המימוש של הערבות נגזרים מהוראות חוק המכר (הבטחת השקעות), ולא מלשון הערבות עצמה. כך, למשל, מקום שבו נכללו בכתב הערבות תנאי מימוש שאינם תואמים להוראות החוק, יתעלם בית המשפט מתנאים אלו[66]. כמו כן, ראינו

66 עם זאת יצוין כי אם הערבות הוחזרה, לא ניתן לתבוע את הבנק מכוח הערבות, בטענה שהחוק קובע הגנה במקרה זה, שהרי החוק מחייב להפקיד ערבות אך אינו קובע כשלעצמו הגנה, ועל כן אם הערבות אינה בנמצא – אין מקור למתן סעד. בעניין זה ראה דבריו של כב' השופט שנלר בעניין זילברמן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 11382: "ודוק, עילת התביעה אינה העילה מכוח החוק, אלא עניינה מכוח הערבות שהוצאה לפיו. יכול ופרשנותה של הערבות תילמד מהוראות החוק, אך לא עילת התביעה". בנסיבות אלה קבע בית המשפט כי משפקעו כתבי הערבות לא ניתן לבסס עילת תביעה על פיהם. כמו כן, ראה פסק דינם של כב' השופטים גרסטל, פוגלמן ושילה בע"א (ת"א) 1559/05 כרמל – בנק איגוד למשכנתאות והשקעות בע"מ נ' חוה רמרז, תק־מח 2007(2) 10473 (2007), בו נקבע כי הערבויות נועדו להבטיח כשלים העלולים להיווצר בהשלמת המכר ומטרה זו ממומשת כאשר העסקה לא הושלמה בשל מעשים ומחדלים של המוכר שעלו כדי הפרה של הסכם המכר. על כן, ביטול הסכם המכר אינו פוגע בתוקפן של הערבויות הבנקאיות. לכן גם

כי ערבות זו מתפרשת בהתאם לעקרון ההתאמה המהותי, על־פי תכלית החוק ומהותו. על כן, גם אם נקבעו בערבות תנאי מימוש הזהים לאלה שנקבעו בחוק המכר (הבטחת השקעות) – כגון: חדלות פירעון המונעת את העברת הדירה על שם הרוכש, והנובעת מצו שיפוטי של כינוס נכסים, פירוק, קבלת נכסים, עיקול, ובפועל העברת הנכס על שם הקונה אינה מתאפשרת עקב גורם אחר שאינו נכלל בתנאים אלה (כגון היעדר אמצעים לרכישת הקרקע), קבע בית המשפט כי הערבות תמומש, לאור תכלית החוק ומטרתו.

ו(5) התיקון לחוק המכר

354. בעקבות קריסת קבוצת חפציבה[67] והשלכות המשבר שבא בעקבות קריסה זו על שוק רכישת הדירות מקבלנים בישראל בשנת 2007, התקבל חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון מס' 4) (אחריות המוכר והבנק ומינוי ממונה) תשס"ח־2008,[68] שנועד להבטיח הגנה טובה יותר לרוכשי הדירות מפני מקרים שבהם מוכר הדירה אינו עומד בהתחייבויותיו על־פי הסכם המכר. החוק מטיל אחריות גם על התאגיד הבנקאי המלווה את פרויקט הבנייה וקובע כי ימונה ממונה מטעם משרד הבינוי והשיכון לפקח על ביצוע הוראות החוק.

355. לפיכך, נוסחו של סעיף 2 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה־1974 הוא כיום כדלהלן:

אם מונה כונס נכסים רק לאחר ביטול ההסכם יש מקום למימוש הערבות, שהרי בעת המימוש, שהיא המועד הרלוונטי – המוכרת לא הייתה סולבנטית. הנה כי כן, בחינת הדברים לא נעשתה בפריזמה של הערבות עצמה אלא של חוק המכר ותכליותיו. בדומה לכך, נקבע מפי כב' השופט ד"ר ורדי בע"א (ת"א) 3159/07 קוורצה (ישראל) מסחר והשקעות בע"מ נ' בנק הפועלים, תק־מח 2009(2) 15143 (2009).

67 קבוצת חפציבה הייתה אחראית בתחילת 2007 לכ־10% מהבנייה למגורים בישראל. באוגוסט 2007 קרסה החברה וחובותיה נאמדו בכ־1.5 מיליארד שקל. התברר כי לרבים מרוכשי הדירות לא ניתנו ערבויות חוק מכר כנגד הכספים ששילמו, בניגוד לחוק. רוכשים קשי יום הסכימו להוזלה במחיר הדירה שרכשו כנגד הוויתור על ערבויות חוק המכר – וממילא עם קריסת החברה מצאו את עצמם בפני שוקת שבורה בהיעדר מקור מימון להשלמת הדירות. תופעה זו התאפשרה בהיעדר מנגנוני פיקוח שיוודאו כי כל תקבול מגיע אך ורק לחשבונות הליווי של החברה, אשר כנגדם מוציא הבנק המלווה ערבויות חוק מכר. תיקון 4 לחוק המכר נועד למנוע הישנותה של תופעה זו.

68 ס"ח תשס"ח 2146. באותו יום גם הוחל תיקון מס' 5 לחוק, וכמו כן הוחלו הוראות נוהל תקין 326 (לווי פיננסי), והוראת נוהל תקין 456 (ערבויות מכר). לכל אלו ייקרא להלן במאוחד "התיקון בחוק המכר".

א. לא יקבל מוכר מקונה, על חשבון מחיר הדירה, סכום העולה על שבעה אחוזים מהמחיר, אלא אם עשה אחת מאלה, והכול על אף האמור בחוזה המכר:

(1) מסר לקונה ערבות בנקאית להבטחת החזרתם של כל הכספים ששילם לו הקונה על חשבון המחיר, במקרה שלא יוכל להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המכר, מחמת עיקול שהוטל על הדירה או על הקרקע שעליה היא נבנית צו הקפאת הליכים, או מחמת צו לקבלת נכסים, צו פירוק או צו למינוי כונס נכסים שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע האמור, או מחמת נסיבות שבהן נוצרה מניעה מוחלטת למסור את ההחזקה בדירה, ואולם ביטול חוזה המכר כשלעצמו לא יהווה מניעה מוחלטת לעניין זה; השר, בהסכמת המפקח, רשאי לקבוע לעניין זה את נוסח הערבות הבנקאית;

(2) ביטח את עצמו אצל מבטח כמשמעותו בחוק הפיקוח על שירותים פיננסים (ביטוח), התשמ"א־1981, שאישר לעניין זה המפקח על הביטוח, להבטחת החזרתם של כל הכספים כאמור בפסקה (1), והקונה צוין כמוטב על־פי פוליסת הביטוח ודמי הביטוח שולמו מראש; שר האוצר, רשאי לקבוע לעניין זה את נוסח פוליסת הביטוח;

(3) שעבד את הדירה, או חלק יחסי מהקרקע שעליה היא נבנית, במשכנתה ראשונה לטובת הקונה או לטובת חברת נאמנות שאישר לכך השר, להבטחת החזרת כל הכספים כאמור בפסקה (1);

(4) רשם לגבי הדירה, או לגבי חלק יחסי של הקרקע שעליה היא נבנית, הערת אזהרה על מכירת הדירה בהתאם להוראות סעיף 126 לחוק המקרקעין, תשכ"ט־1969, ובלבד שלא נרשמו לגביהם שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי שיש להם עדיפות על ההערה;

356. (5) העביר על שם הקונה את הבעלות או זכות אחרת בדירה, או בחלק יחסי מהקרקע שעליה היא נבנית, כמוסכם בחוזה המכר, כשהדירה או הקרקע נקיים מכל שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי".

357. השינויים המרכזיים שהתחוללו במסגרת תיקון מס' 4 לחוק הם כדלהלן:

א) יחס ישיר בין הרוכש לבין הבנק המלווה – בהתאם להסדר החדש, נמסר לרוכש הדירה כי הקבלן המחה על דרך השעבוד (לפי חוק המחאת חיובים) לטובת הבנק, את כל זכויותיו כלפי הרוכש, וניתנת לרוכש הוראה בלתי חוזרת לשלם את כל הכספים והתשלומים שיגיעו ממנו למוכר, על־פי ההסכם שביניהם, לחשבון הליווי. הרוכש מצידו מאשר קבלת ההוראה הבלתי חוזרת ומתחייב לפעול על־פיה. הרוכש מתחייב כלפי הבנק כי הדרך היחידה והבלעדית לתשלום סכום כלשהו על חשבון מחיר הדירה המגיע ממנו למוכר, תיעשה באמצעות שוברי התשלום שנמסרו לו על־ידי המוכר.[69] הרוכש מתחייב שלא ישלם למוכר סכום כלשהו בגין רכישת הדירה על חשבון מחיר הדירה אלא באמצעות שוברי התשלום האמורים. הרוכש מאשר כי ידוע לו כי רק תשלום כאמור ייחשב כתשלום על חשבון התמורה על־פי חוזה זה והוא בלבד יחייב את המוכר והבנק להמציא לו בטוחה. הבנק מצידו מחויב לוודא את איתנותו הפיננסית של המוכר[70] ולהגיש דיווחים ל"ממונה על אכיפת חוק המכר" במשרד השיכון.

ב) הסדר שוברים ופיקוח בנקאי – כדי להגביר את הפיקוח של התאגיד הבנקאי ואת אחריותו כלפי הרוכשים ביחס למתחולל בפרויקט הבנייה, נקבע כי תאגיד המעניק מימון פיננסי יעשה זאת רק בדרך של "ליווי סגור" וכי התשלומים יבוצעו באמצעות שוברים בלבד, אשר יופקו על־ידי התאגיד הבנקאי המלווה ויועברו לקונה באמצעות המוכר. התאגיד הבנקאי יקבל את התשלומים, באמצעות השוברים, יידע את הרוכש על אודות זכותו לקבל בטוחות, ויפיק ערבות חוק מכר כנגד כל תקבול. כמו כן, נקבע כי תאגיד

---

69 כך למשל נקבע כסעיף סטנדרטי כי המוכר מסר לרוכש כי חשבון הפרויקט הוא חשבון מס' ——— על שם הקבלן. את כל הכספים והתשלומים המגיעים ושיגיעו למוכר על־פי הסכם הרכישה. הרוכש אינו משלם ישירות למוכר אלא אך ורק באמצעות פנקס השוברים לחשבון הליווי או לחשבון אחר שעליו יורה הבנק. כל תשלום שלא בוצע כאמור, לא ייחשב על־ידי הבנק כתשלום למוכר לפי חוזה המכר אלא יוגדר כהלוואה לקבלן.

70 חקיקה זו משנה כליל את המצב המשפטי ששרר קודם לכן, שכן הפסיקה קבעה באופן ברור כי חוזה המכר שבין המוכרים לרוכשים אינו חוזה משולש והבנק אינו צד לו. בעניין זה ראה למשל עניין מינין, לעיל ה"ש 65, בעמ' 16542. בפסק דין זה ציין בית המשפט בהקשר זה את פסק הדין ת"א (ת"א) 1794/95 חייק נ' בנק הפועלים בע"מ, תק־מח 2002(4) 820 (2002) ולפיו חב הבנק בחובת זהירות כלפי הרוכש. אולם הבהיר בעמ' 16542 כי "כדי לצאת ידי חובתו ולהסיר את חובת הזהירות שלו כלפי הרוכש על הבנק להביא לידיעת הרוכש הודעה האומרת כי הפיקוח על פרויקט הבנייה נעשה לצורכי הבטחת האשראי של הבנק בלבד".

בנקאי המעניק הלוואה לרכישת דירה יחויב שלא להעביר את כספי הלוואה בטרם שקיבל הקונה בטוחה.

ג) פיקוח ועניישה – הוקם אגף חדש במשרד השיכון העוסק בפיקוח על ביצועו של חוק המכר, אשר בראשו ניצב ה"ממונה על אכיפת חוק המכר". כל קבלן מחויב במסירת דיווח לממונה שיכלול את פרטי המוכרים, הרוכשים, המחיר, מפרט הדירה והביטחונות שסופקו. כמו כן, נקבע בחוק כי במקרה של הפרת הוראות מסוימות מוסמך הממונה להטיל על המוכרים קנסות בסכומים נכבדים.[71]

ד) אחריות אישית של נושא משרה בתאגיד להפקת ערבויות חוק מכר – החוק בנוסחו החדש החיל אחריות אישית על נושא משרה בתאגיד לפקח ולעשות כל שניתן להבטחת מתן בטוחות לרוכשי דירות כאשר הפרת חובה זו תגרור הטלת סנקציות עונשיות בצד היותה עוולה נזיקית.[72]

ה) הרחבת עילות המימוש – בהתאם לנוסח הקודם של החוק היו נסיבות ספציפיות שבהן קמה לקונה הזכות לממש את הערבות בשל אי מסירת דירה: עיקול, כינוס נכסים ופירוק. כמו כן, נקבע בפסיקה[73] כי קונה זכאי לממש את הערבות בשל אי התאמה קיצונית ומהותית בין הדירה שנמסרה לו לבין המוסכם בחוזה. התיקון הרחיב את קשת המצבים שבהם ניתן לממש את הערבות, גם ביחס לסיטואציה של חברה הנקלעת למצב של הקפאת

71 בהקשר זה קובע סעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז־1977, ס"ח 864, עיצומים כספיים כדל־לן: המוכר לא דיווח לממונה על מכירה של דירה – 25,000 ₪; המוכר לא יידע בכתב את הקונה בדבר זכותו על־פי החוק – 50,000 ₪; המוכר לא מסר פנקס שוברים לקונה – 200,000 ₪; המוכר קיבל תשלומים בעבור הדירה, שלא באמצעות שובר – 200,000 ₪; המוכר קיבל סכום כסף העולה על 7% ממחיר הדירה – 400,000 ₪; הבנק המלווה לא הפיק פנקס שוברים – מיליון ₪; הבנק המלווה לא הפקיד את תשלומי השוברים בחשבון הליווי – מיליון ₪; הבנק המלווה לא הוציא ערבות מכר או לא וידא שהקונה קיבל בטוחה – מיליון ₪; הבנק שנותן הלוואה לקונה לא יידע אותו על זכויותיו – מיליון ₪; הבנק שנותן הלוואה לקונה לא וידא כי ניתנה בטוחה/התחייבות לבטוחה לפני שהעביר את הכספים – מיליון ₪.

72 רע"א 10700/05 מ.ד. נאור השקעות בע"מ נ' ניב, פדאור 06(7) 422 (2006); ת"א (חי') 140/05 מג'רוב נ' בולוס גד בע"מ, פדאור 07 (37) (2007).

73 עניין עובדיה, לעיל ה"ש 25 בפרק ה.

הליכים ולנסיבות אחרות שבהן יש מניעה מוחלטת למסירת החזקה בדירה בלא שיתקיימו התנאים הקבועים בחוק למימוש הערבות.[74]

ו) הרחבת ההגדרה של "מחיר דירה" – בעוד שבחוק בנוסחו הקודם יכלו קבלנים להתחכם ולקבוע כי תשלומים שונים הינם בגין תוספות לדירה, כגון שדרוג מטבח, תוספות בנייה, אגרות מדידה או רישום וכיוצ"ב הוצאות, שאינן מובטחות על־ידי חוק המכר, הרי שהתיקון לחוק הרחיב את הגדרת "מחיר הדירה" כך שיכלול גם סכומים שהקונה התחייב לשלם בחוזה, בקשר לרכישת הדירה. עם זאת ביחס לשכ"ט עו"ד, התשלום אינו מובטח בערבות חוק המכר, שכן הלקוח כלל אינו מעביר זאת לחשבון הליווי הבנקאי, אלא התשלום משולם ישירות לעורכי הדין. בדומה לכך, תשלום בגין שינויים שאינם מבוצעים על־ידי הקבלן המוכר את הדירה גם הוא אינו מובטח בערבות חוק המכר, שכן אינו מועבר לחשבון הליווי, אלא משולם על־ידי הרוכש ישירות לקבלן המבצע.

ז) הורדת הרף לשבעה אחוזים – החוק ביקש למנוע אובדן השקעה של קונים ששילמו סכום הנמוך מ־15% ממחיר הדירה וקבע כי כל כספי הקונה יובטחו לאחר ששילם סכום העולה על 7% ממחיר הדירה.

ח) ערבות המכר צמודה – סעיף 3א לחוק מכפיף את סכום הערבות להפרשי הצמדה בהתאם לאמור בחוזה המכר, ובהעדר קביעה למדד תשומות הבנייה.

---

74 עם זאת נקבע בסעיף זה כי ביטול חוזה המכר כשלעצמו לא נחשב למניעה מוחלטת למסירת החזקה בנכס. לעניין זה ראה עניין קוורצה, לעיל ה"ש 66. באותו עניין בעמ' 15155 הוסיף וציין כב' השופט ד"ר קובי ורדי, כי "גם אם היה צורך ב'עיבוי' של נסיבה כזו או אחרת, ואף בהיעדר נסיבה מהרשימה שהייתה קיימת נכון למועד פסה"ד, היה מקום, לטעמי, להכיר במימוש הערבות עקב המניעות שהייתה לגבי מסירת החזקה בנכס והעברת זכות הבעלות, זאת משהמערערת יצאה 'קרחת מכאן ומכאן' ללא כסף וללא נכס, וזאת בזמן שעברו כ־13 שנה מחתימת הסכם המכר ולא נרשמה אף הערת אזהרה לטובתה, והכול נובע עקב מצבה הכלכלי הקשה של א.ט.ג והסכסוך עם בעלי הקרקע". כב' השופטת לבהר־שרון הוסיפה וציינה באותו עניין כי "זו התוצאה הראויה והצו־דקת בנסיבות העניין, תוצאה אשר ממלאה אחר כוונת המחוקק ותכלית חוק המכר, שבאה להבטיח את ההשקעות של רוכשי דירות, ולדאוג לכך שרוכש דירה יקבל ערבויות לפי החוק, שמטרתן לדאוג לכך שבגין התמורה שהשקיע ברכישת הדירה יקבל הן את החזקה והן את רישום הבעלות על שמו בממכר, שכן לצורך כך ניתנו לו הערבויות. מרגע שהקבלן לא השלים את התחייבויותיו, והרוכש לא קיבל את החזקה ו/או את הבעלות – זכותו לממש את הערבויות שניתנו לו".

358. במסגרת התיקון לחוק המכר, אימץ המחוקק את שיטת השוברים, ולפיה הבנק המלווה מחויב להנפיק פנקסי שוברים ולמסור אותם לקבלן, כדי שהלה יסכם עם רוכש הדירה כי כל תשלום לקבלן או למי מטעמו יבוצע אך ורק באמצעות השובר. בהקשר זה הותקנה הוראה 326 של בנק ישראל, ולפיה הפקדת הכספים על־ידי הרוכשים בחשבון הפרויקט, תיעשה באמצעות השוברים, וכך נמסר בידי הרוכש כלי פיזי ופשוט, שנועד להבטיח, ככל האפשר, כי כל הכספים בגין הדירה הנרכשת, החל מהתשלום הראשון, אכן יופקדו בחשבון הפרויקט ולא "יזלגו" החוצה לתכליות שמשרתות את הקבלן אך לא את הפרויקט הספציפי שבו נבנית הדירה הנרכשת.[75] הבנק מצידו מחויב להנפיק ערבות חוק מכר כנגד כל סכום שמופיע בשובר. שיטת השוברים פועלת אפוא על שני עקרונות:

א) מודעות הרוכש לזכויותיו – רוכש דירה ידע מהן זכויותיו על־פי החוק להבטחת כספו, האם יש או אין ליווי פיננסי (שכן כשיש ליווי כאמור אפשר לשלם רק בשוברים), והאם יש אחריות של הבנק לכספיו.

ב) קביעת מנגנון להבטחה מרבית של הכספים – תשלום באמצעות השוברים מבטיח לרוכש הדירה כי התאגיד הבנקאי אכן יקבל את כספי תמורת רכישת הדירה לחשבון הפרויקט, וכי הרוכש יקבל ערבות או בטוחה אחרת בגין כספים אלה.[76]

---

75 לחשבון הפרויקט חשיבות מכרעת בכל הנוגע למניעת כשל האשראי שניתן לקבלן, מחד גיסא, ולהבטחת כספי רוכשי הדירות, מאידך גיסא. חשיבותו כאמור של חשבון הפרויקט לתאגיד הבנקאי נובעת בעיקר מכך שמימון הפרויקט יהיה "סגור", קרי: מניעת זליגת כספים מחוץ לפרויקט. בד בבד, חשיבותו של חשבון הפרויקט להבטחת כספי רוכשי הדירות נובעת בעיקר מכך שהפקדת הכספים בחשבון מבטיחה את זכותו של הרוכש לקבל ערבות בנקאית, ומכך שהיא מגבירה באופן משמעותי את הסיכוי להצלחת הפרויקט, וכפועל יוצא מכך – את הסיכוי לקבל את הדירה הנרכשת. הכישלונות בשנים האחרונות של בניית הפרויקטים שמומנו בשיטת הליווי הפיננסי מלמדים שגורם עיקרי בכשל היה זליגת כספים מחשבון הפרויקט, באופן שבו רוכשי הדירות לא הפקידו את תמורת רכישת הדירה בחשבון הפרויקט, בעיקר בשל אי ידיעתם ואי הבנתם את מידת חשיבות הדבר מבחינתם. כך, נותרו רוכשי הדירות פעמים רבות בלא בטוחה מתאימה, ולעתים אף איבדו חלק ניכר מכספם.

76 בהקשר זה קובע תיקון התשס"ח לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) את ההוראות הבאות: "2א1. (א) לא ימכור מוכר דירה לקונה, אלא אם כן הודיע לקונה בכתב, במועד חתימת חוזה המכר, על זכותו על־פי חוק זה להבטחת הכספים ששולמו ועל הדרכים שנקבעו לפי החוק לעניין זה; (ב) מוכר שלא התקשר עם תאגיד בנקאי בהסכם למתן ליווי פיננסי, יודיע על כך לקונה בכתב, עד מועד חתימת חוזה המכר; השר רשאי לקבוע הוראות בדבר אופן ומועד מסירת ההודעה". סעיף 3ג. מוסיף וקובע כי "נתן תאגיד בנקאי או תאגיד אחר הלוואה לקונה לרכישת

359. שיטת השוברים עובדת בפועל באופן הבא:

לכל פרויקט ייפתח חשבון יחיד ונפרד אשר יאופיין בסמל מסוים (למשל: סמל 53 בבנק לאומי): לא ניתן לבצע הפקדות/העברות לחשבון למעט באמצעות שוברי התשלום.[77]
כל הפקדה לחשבון שלא באמצעות שוברים תיחסם אוטומטית.
מקדמות/הרשמות מבוצעות אך ורק באמצעות חשבון נאמנות.
השובר נשלח לסניף הבנק מלווה אשר מצידו מנפיק ערבות מכר לטובת הרוכשים על־פי הפרטים המופיעים בשובר.
היזם נדרש להעביר לסניף את חוזה המכר שנחתם עם הרוכש.
נוסח הערבות הוא אחיד על־פי הוראה 456 של בנק ישראל.
זמן מרבי להנפקת הערבות הוא 14 ימים ממועד התשלום.
על־פי הוראות בנק ישראל זכאים הרוכשים לוודא כי הפרויקט מנוהל בשיטת הליווי הפיננסי.

360. בהקשר זה הבהיר המפקח על הבנקים בישיבה משותפת של ועדת הכלכלה והכספים מיום 20.8.07: רוכש דירה אשר אין מחלוקת כי כספיו הופקדו בחשבון הפרויקט, והבנק לא הוציא לו ערבות לפי חוק המכר – הסעד שיינתן במקרה זה:

דירה, חייב הוא – (1) להודיע לקונה בכתב על הוראות חוק זה ועל זכויותיו להבטחת הכספים ששולמו למוכר בעבור הדירה; (2) להעביר את כספי ההלוואה למוכר רק לאחר שווידא כי ניתנה בטוחה לטובת הקונה בהתאם להוראות סעיף 2 או התחייבות בכתב של המוכר למתן בטוחה כאמור". "ליווי פיננסי" מוגדר כמימון לפרויקט בנייה על־ידי תאגיד בנקאי במסגרת הסכם ליווי בין המוכר לבין התאגיד הבנקאי. "מימון לפרויקט בנייה" מוגדר כשיטת מימון שבה המוכר מנהל את כל הפעילות הכספית של פרויקט בנייה שלו בחשבון בנק נפרד אחד המשמש למטרה זו בלבד (להלן – "חשבון הליווי"). סעיף 3ב(א) קובע: "תאגיד בנקאי מלווה ומוכר שהתקשרו בהסכם למתן ליווי פיננסי יפעלו בדרך זו בלבד". וסעיף 3ב(ה) קובע לאמור: "תאגיד בנקאי מלווה ימציא ערבות בנקאית... תוך 14 ימי עסקים... אין בהוראה זו כדי לגרוע מאחריותו של תאגיד בנקאי לפי כל דין".

77 בשוברים שמנפיק הבנק מופיעים בין השאר הפרטים הבסיסיים הבאים: שם היזם ומספר מזהה (ח.פ./ח.צ.); מספר חשבון הבנק של הקבלן ושם הפרויקט לרבות: כתובת הפרויקט, פרטי גוש, חלקה ותתי חלקות; מספרי הבניינים, מספר הקומות בבניין ומספר הדירות בכל קומה. דוגמת שובר מצורפת כנספח לספר זה.

הוצאת ערבות חוק מכר על־ידי הבנק המלווה. רוכש דירה אשר ברשותו ערבות חוק מכר שתוקפה מותנה בהפקדת כספים לחשבון הפרויקט (בין אם בכלל ובין הפקדה עד לתאריך מסוים הנקוב בטופס הערבות) – עמדת המפקח על הבנקים היא כי התניה כזו היא בגדר תנאי מקפח בחוזה אחיד. הסעד שיינתן במקרה זה: דינה של ערבות זו כדין ערבות ללא ההתניה האמורה. על הבנק יהיה להוציא לרוכש הודעה המאשרת כי הערבות שברשותו הנה בתוקף.

361. בד בבד עם הסדר השוברים שנקבע בחוק, הוציא המפקח על הבנקים הוראה הקובעת נוסח אחיד לכתב הערבות לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה־1974.[78] בהוראה זו יישם המפקח על הבנקים את פסק הדין של בית הדין לחוזים אחידים מיום 25.11.07[79] וקבע כי יבוטלו רשימה של תנאים למימוש ערבות חוק המכר, וביניהם: תנאי המתלה את פירעון ערבות חוק המכר בהפקדה של הלקוח לחשבון הליווי.[80] תנאי המחייב את הרוכש לפנות תחילה לקבלן בדרישה לקיום התחייבותו, ומתן תצהיר על אודות כך.

362. אכן, ערבות חוק המכר איננה ערבות פיננסית והבטוחה רחוקה מלהיות מוחלטת. אין אנו חיים בעולם אידיאלי ואי אפשר לדרוש מקבלן לספק ערבות פיננסית לכל רוכש כנגד הכספים ששילם במהלך הבנייה, שהרי במקרה זה המשמעות הכלכלית היא שהקבלן ייאלץ להפקיד את מלוא כספי התמורה בידי הבנק כבטוחה מפני מימוש הערבות, ואילו הקבלן מצידו אינו יכול להפקיד את הכספים כבטוחה לערבות הבנקאית – שהרי הוא צריך לבנות עם הכסף הזה. הרוכש מצידו גם לא צריך בטוחה פיננסית, כאמור, שהרי כל עוד שהכסף ששילם אכן מושקע כולו בבנייה, הדבר מקדם אותו כשלעצמו באופן המיטבי ביותר לקראת השלמת משאלתו לקבל דירת מגורים. אכן, צריך ליצור עתודה כספית להשלמת הפרויקט בעת כשל של הקבלן, ולצורך ספציפי זה נוצרה ערבות חוק המכר. בהקשר זה פעל המחוקק בתיקון לחוק המכר, ליצור שיטת תשלום פיקוח

78 נוסח כתב הערבות המחייב מצורף כנספח לספר זה.

79 ח"א 8011/02 המפקח על הבנקים – בנק ישראל נ' "טפחות" בנק למשכנתאות ישראל בע"מ, דינים חוזים אחידים 2007 (54) 197 (2007).

80 התניית תוקף הערבות בהפקדת כספי התמורה בחשבון הפרויקט עלולה לפגוע קשות בצרכן, שהרי הוא מצידו שילם את הכספים על־פי עסקת היסוד, ונוצרו אצלו ציפיות לגיטימיות כי הערבות שקיבל כנגדם תכובד. בהתאם לחוזה המכר הקבלן הוא האחראי בדרך כלל להעברת כספי התמורה לחשבון הבנק. הבנק אינו אלא נלווה לעסקת היסוד ונכנס לתמונה רק כאשר הקבלן בוחר כבטוחה בערבות חוק המכר. תהא זו פגיעה קשה ברוכש הדירה אם יימצא כי אין תוקף לערבות שבידו עקב הפרת חובת הקבלן להעביר את הכספים לידי הבנק.

ויידוע שתתאים את הסיכון של רוכש הדירה ותצמצם אותו מלכתחילה, באופן שגם ערבות מוגבלת זו הניתנת לידי רוכש הדירה עשויה להספיק כדי להבטיח את הסיכון הספציפי שלשמו נועדה מלכתחילה. התיקון לחוק המכר קירב מאוד את הערבות הניתנת לגדר הציפיות של רוכש הדירה כי השקעתו אכן תובטח, והמחוקק יצר זיקה ישירה בין הבנק מנפיק הערבות לבין הלקוח (המוטב לפי הערבות), כאשר הבנק אמור לוודא כי הלקוח מבין את זכויותיו, מודע לצורך לשלם אך ורק באופן שהכספים יגיעו ליעדם ויקדמו את הפרויקט, ומחויב להנפיק ערבות החופפת את הסכומים שהופקדו.

פרק ז: ערבות בנקאית במכרז

מבוא – הצגת הנושא

363. הערבות הבנקאית המוגשת כדי להבטיח הצעות במכרז הציבורי הפכה להיות אימתם של גופים הניגשים למכרז. חודשים של עבודת הכנה מפרכת עלולים לרדת לטמיון עקב פגם בערבות, המוגדר כאי עמידה בתנאי סף. הצעה המוגשת למכרז עשויה להיות מעולה מכל היבט אפשרי של איכות, מחיר, יעילות, ארגון, טיב, ולהיחשב למשוש נפשו של עורך המכרז, ועם זאת היא לא תזכה כלל לדיון לגופו של עניין כיוון שנמצא רבב בערבות הבנקאית שצורפה לה. האינטרס הכספי של עורך המכרז אינו מהווה שיקול בר משמעות, כך שלעתים כתוצאה מהקפדה על קוצו של יוד בערבות, המתבטאת בעשרות שקלים בודדים, נפסלת הצעה שמיטיבה עם הציבור לעומת שאר ההצעות במכרז – סכומים של מיליוני שקלים. יתרה מזו, פגמים בהצעה לגופה עשויים להיות נסלחים או בני תיקון אם הם טכניים במהותם. לעומת זאת, פגם בערבות הבנקאית במכרז נחשב כמעט תמיד לפגם מהותי, וכל אות ותג נבחנים בראייה דווקנית ובגישה של בית שמאי.

364. נמחיש את הדברים באמצעות "דוגמה מהשטח" שאותה חווינו לאחרונה:[1] שתי קבוצות מציעים עלו לישורת האחרונה במכרז. הקבוצה שהצעתה הייתה טובה יותר על־פי כל אמות המידה של תוכן ומהות – נפסלה לפתע. התברר כי הערבות הבנקאית שהגישה, על סך של 500,000 ₪, הייתה על־פי הנוסח המדויק שנקבע במסמכי המכרז, אבל הבנק שהפיק את הערבות לא דורג על־ידי חברות המדרוג הפרטיות, בעוד שבמכרז נקבע כי יש להגיש ערבות של "בנק מדורג". מדובר היה בבנק "רוטשילד" (המכונה היום בנק U מקבוצת הבינלאומי) בעל הלימות הון מהגבוהות בישראל, שתנאי לפתוח בו חשבון הוא החזקת סך גבוה מאוד. הבנק מיועד לאלפיון העליון בלבד, ועל כן לא טרח בנק זה להיות מדורג. לא היה ספק כי אין לבנק האמור כל קושי לכבד את הערבות הבנקאית, ובמיוחד לנוכח הסך הנמוך יחסית של הערבות. גם לא היה ספק כי המציע שהגיש את הערבות האמורה לא הפיק כל תועלת מהוצאת הערבות על־ידי בנק לא מדורג,

1 עת"מ 8526/08 חברת "קול המבשר" שידורי תורני ספרדי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, דינים מחוזי 2008 (38) 1244 (2008). הדיון הסתיים מסיבות שונות במשיכת ההליך בלא מתן פסק דין לאחר שמיעת הערותיו של בית המשפט כמפורט להלן.

לעומת ערבות שמפיק בנק מדורג. המציע טען על כן כי מדובר בערבות בנקאית ללא רבב וכי למעשה פוסלים את הבנק מוציא הערבות.

.365 ועל אף האבסורד שבדבר, הבהיר בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת י' צור) במהלך הדיון כי מן ההכרח למשוך את ההליך, שכן "אין מה לעשות" – ההצעה צריכה להיפסל על הסף. בית המשפט ציין כי אכן, הדבר יוצר תחושת עוול חמור, אולם גם בהיעדר רציונאל פרקטי המצדיק את פסילת ההצעה, אין מנוס מפסילתה, שכן בית המשפט העליון הנחה בבירור כי ערבות בנקאית היא בבחינת "קודש קודשים" וכל סטייה קלה שבקלות מתנאי המכרז ביחס לערבות הבנקאית מביאה לפסילה אוטומטית של ההצעה בלא מקום להפעלת שיקול דעת. ואכן, נראה להלן כי בבית המשפט העליון יש גם פסיקה שונה (מפי כב' השופט ג'ובראן) אך הקו השליט בפסיקה (מפי כב' הנשיא בדימוס ברק, כב' הנשיאה ביניש וכב' השופט רובינשטיין) הוא כי מקום שבו נפל פגם בערבות, זהו נגע ממאיר והעניין סופני. אין אפילו מה לטפל או לתקן.

.366 גישה זו יוצרת לעתים תחושה קשה של עוול, הן אצל מגיש ההצעה שאינו מבין במה עוול ומדוע פסלו אותו, והן אצל ועדת המכרז הנאלצת לפסול הצעה מעולה – בלא שיש סיבה מהותית המצדיקה זאת. ברור כי אם נפגע חלילה עקרון השוויון באופן מהותי הרי שלטוהר המידות הנורמטיבי אין מחיר. אבל המצב כיום הוא כי בית המשפט העליון מגדיר כמעט כל פגם בערבות בנקאית כפגיעה בעקרון השוויון, אף על פי שמגיש הערבות לא הפיק תועלת ממשית כלשהי ועל אף שבמישור המהותי לא נפגע כלל עקרון השוויון וההגינות במכרז.

.367 חברי ועדת המכרזים חבים חובת אמון לציבור.[2] המכרז הוא כלי שרת במשפט

---

2 לניתוח משמעותה של חובת האמון, החלה בכל מקום שבו פועל אדם עבור זולתו ובכל מקום שבו יש עודף כוח של איש על פני רעהו, ראה א' וינרוט *חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המנהלי* 98–103 (1995) וכן א' וינרוט "חובתו של בנק כלפי לקוח בעת קריסת שווקים" משפט ועסקים יא 357, 361–365 (התשס"ט) בין השאר בהתבסס על ההבחנה שמשתית עמנואל לוינס (E. Levinas, Les Imprevus de L'histoire 201 (2000)) בין יחסים של הדדיות לבין יחסים של תחושת מחויבות לזולת. לוינס מבהיר כי הנורמה הכללית השוררת ביחסים שבין אדם לחברו מכירה בדומיננטיות של האינטרס האישי, שהרי שאיפתו הטבעית של כל "יש" קיים להתמיד בקיומו, ושאיפה זו היא מה שניתן לזהות כמלחמת הקיום, שבה – במלחמה כמו במלחמה – המטרה היא לנצח ואין מקום למחוות, ממילא אין חובה להעדיף את אינטרס הזולת על האינטרס העצמי, באשר נורמה כזו אם תוצב תהא בלתי טבעית ותסתור את אינטרס הקיום האנושי. על בסיס הנחה זו מושתת המשפט הפרטי שבו ערך היסוד הנורמטיבי הוא הדדיות ומפגש אינטרסים. ברם, אנושיותו של האדם מתבטאת

הציבורי שתכליתו להבטיח כי ההצעה הטובה ביותר היא שתזכה. והנה, בכל הנוגע לערבות הבנקאית גוברת הטכניקה על המהות, והצעות אשר טובת הציבור מחייבת לקבל אותן נדחות, בלא שיש בסיס מהותי המצדיק זאת. עיקור זה של שיקול הדעת פוגע באפשרות לקיים באופן ראוי והולם את תכלית המכרז ואת חובות האמון המוטלות על חברי ועדת המכרז.

368. גישה זו תמוהה גם לאור המעבר של המשפט הפרטי כולו מפורמליזם למהות ואף בתחומי המשפט הציבורי יש מעבר מבטלות לנפסדות ולבטלות יחסית. מדוע זה ייקבע דווקא ביחס לערבות בנקאית במכרז כי יש להקפיד בקוצו של יוד ולהגיע לתוצאה קיצונית בלא הפעלת שיקול דעת ומידתיות? תוצאה זו אינה נובעת מחמת דיני הערבות הבנקאית. אדרבה, לגבי נוסח הערבות הבנקאית ככלל, חלה הגמשה משמעותית מאוד ב"עקרון ההתאמה" שעליו עמדנו בפרק ג לעיל, והדקדקנות הפורמליסטית פינתה את מקומה למבחן מהותי, המתייחס למכלול הנסיבות, להקשר הכללי של הדברים ולתכלית הכלכלית שלהם. גישה זו גם אינה נובעת מדיני מכרזים, שבהם מאפשרים תיקון של פגם טכני ומותירים בידי ועדת המכרזים כר של שיקול דעת.

369. ההתייחסות לערבות הבנקאית במכרז לא הייתה קיצונית מאז ומעולם. בתחילה הודגש הצורך לאזן בין האינטרס הציבורי במכרז לבין האינטרס העסקי. לאחר מכן נזנח האינטרס העסקי והושם בקרן זווית. שינוי זה נעשה על־ידי כב' השופט ברק בלא שלווה בהסבר רציונאלי, והוא לא התקבל על חלק משופטי בית המשפט העליון (כב' השופטים ג'ובראן ואדמונד לוי) וגרם למבוכה ומבולקה בפסיקת בית המשפט המחוזי, כך שמשתררות מגמות שונות בעניין זה. האחת, דוגמטית ופורמליסטית והשנייה פרקטית וגמישה. לאחרונה הבהיר בית המשפט

ביכולתו להכיר בקדימות של האחר שאותו הוא מעדיף על פני האינטרס האישי שלו. קדימות זו של אינטרס הזולת על פני האינטרס האישי היא המאפיין של המשפט הציבורי. חובות האמון הן הנורמה המשפטית הניצבת כנגד עודף הכוח שיש לאדם כלפי זולתו והן המאזנות ומתעלות את השימוש בו לאפיקים נכונים. לעניין זה ראה: L.S. Sealy, *Fiduciary Relationships* 20 Cambridge L.J. 69 (1962); L.S. Sealy, *Some Principles of Fiducairy Obligation* 21 Cambridge L.J 119 (1963); T. Frenkel, *Fiduciary Law* 71 Cal. L. Rev. 795 (1983). הדברים אומצו בפסיקת בית המשפט העליון, למשל בפסקי הדין הבאים: ע"א 793/76 לוקמן נ' חיים שיף, פ"ד לג(2) 533 (1979); בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2)566 (1980) ובעקבות כך מאמרו של א' ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י 11 (התש"מ); ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י"ל פויכוונכר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984) וכן ד"נ 29/84 קוסוי נ' פויכטוונגר, פ"ד לח(4) 505 (1984).

העליון (כב' הנשיאה בייניש והשופט רובינשטיין) את הרציונאל אשר מחמתו יש לנקוט לדידם בגישה הפורמליסטית והדקדקנית ביחס לערבות הבנקאית במכרז. לדידם, נעשה הדבר מתוך מגמה להפוך את ההתייחסות לתנאי הסף של המכרז למערך נוקשה של כללים טכניים, דווקניים, שנועדו למנוע הפעלת שיקול דעת. בית המשפט אינו מסתיר כלל את גישתו ולפיה ועדת המכרזים נחשדת בשיקולים שאינם טהורים וממילא יש לסגור כל קוצה של מחט שמא ייפתח פתח כפתחו של אולם.

370. ברם, שהנמקה זו תמוהה היא, שכן תיקון של פגם טכני בערבות בנקאית אינו נושא כספי ואילו בנושאים אחרים – חלקם כספיים מובהקים – מותירים בידי ועדת המכרזים שיקול דעת. מדוע דווקא בסוגיה זו חשודה היא ועדת המכרזים על אי ניקיון כפיים?

371. נראה לנו כי אין כל קדושה בערבות הבנקאית ולא נכון לעקר את שיקול הדעת של ועדות המכרז דווקא בסוגיה זו. הערבות הבנקאית במכרז אמורה להיות שפחת ההצעה ולא אדוניה, היא אמורה להעיד על חוסנו הכלכלי של המציע ועל רצינות כוונותיו ולהבטיח תשלום במקרה של זכייה. הערבות הבנקאית אינה אמורה להפוך למסמך מאיים, הנבחן בזכוכית מגדלת כדי להפוך כל מישור לעקוב, שהרי במקום שבו לא נפגע עקרון השוויון והמציע לא הפיק כל טובת הנאה כלכלית משינוי הנוסח הקל שחל בערבות הבנקאית, מחייבת טובת הציבור כי תתקבל ההצעה הטובה ביותר לגופה, ואמור לשרור הכלל ולפיו "let the best man win" – יזכה נא בתחרות המציע שהצעתו היא הטובה ביותר, ולא ייכשל בעמדו על קו הזינוק. כללים משפטיים אמורים להיות מאוזנים ואל להם להיות מכשילים. בוודאי שלא מן הראוי כי ייצרו תחושת עוול חמור, הן לגופים שטרחו ועמלו לשווא והן לציבור הרחב שאינו זוכה ליהנות משירותיו של המציע הטוב ביותר, עקב טעות טכנית הניתנת לתיקון. הכלל הוא כי "טעות לעולם חוזרת" ויש לקבלה כחלק משגרת החיים. ניתן לנסות לשרש טעויות מהותיות או דברים הנובעים מחוסר תום לב, אבל לא ניתן ללחום בשיבושים טכניים, שהרי אלו לעולם יקרו. נורמה משפטית אמורה להתאים לטבע האדם ולא תוכל להצליח ולשרת את מטרתה אם תנגוד לו.[3] על כן, נראה לנו כי יש לצעוד בנושא

3 דוד המלך אומר בתהלים (י"ט, י') "שגיאות מי יבין מנסתרות נַקֵּנִי". ומבאר רש"י שם: "שגיאות מי יבין – אני נזהרתי בהם אבל אי אפשר להיזהר שלא אשגה בהם ואתה נקני מנסתרות שנסתרו ממני ולא ידעתי בחטאי בשגגה". נורמה משפטית צריכה להיות מותאמת לאדם הבינוני ולטבע האנוש, ושגיאות טכניות הן בלתי נמנעות. בהקשר זה ראו דבריו של כב' השופט זילברג בע"פ

זה ב"שביל הזהב" כהגדרת הרמב"ם ב"שמונה פרקים", כלומר בדרך האמצע המאזנת בין האינטרסים השונים בלא להיתפס לגישה נוקדנית ונוקשה לשמה.

372. בהתאם למוצע יוכשרו ערבויות בנקאיות העומדות בשלושה תנאים:

א. על־פי הדינים הספציפיים של ערבות בנקאית בפנינו ערבות אוטונומית, התקפה בכל התקופה הרלוונטית למכרז ולא נפגעו תוקף ואופן המימוש של הערבות;

ב. יש בערבות כדי לקיים את התכליות הספציפיות שלשמן נועדה (כגון, כושרו וחוסנו הכלכלי של המציע ורצינות הצעתו, הבטחת תשלום מצידו בעת זכייה במכרז);

ג. היה ועמדה הערבות בשני המבחנים הראשונים – ורק אז – תיבחן הערבות גם במבחן שלישי ותישאל השאלה האם הפגם שנפל בערבות אינו פוגע בעקרון השוויון באשר הערבות שהוגשה לא מקנה למציע טובת הנאה כלכלית, כאשר הבחינה של הדברים היא בחינה מהותית ולא נוקדנית.

373. על כן, אם בפנינו ערבות בנקאית שה"פגם" שנפל בה הוא טכני בנוסח הערבות, אך אינו משנה את תוקף הערבות או את אופן מימושה, אין בכך כדי להקנות יתרון כלשהו ביחס לשאר ההצעות במכרז ולא נפגע השוויון בין המציעים במכרז ובין המציעים הפוטנציאליים. על כן, אין לפסול את ההצעה גם אם השוואה נוקדנית של נוסח הערבות שנמסר מגלה כי יש בו שוני לעומת הנוסח שנקבע במכרז.

374. כך למשל: ערבות בנקאית שנאמר בה כי הסכום שנקב ניתן למימוש "מפעם לפעם בתוך 15 יום" ולא נאמר בה "אנו נשלם לכם את הסכום הנ"ל בתוך 15 יום"[4]. במקרה זה ברי כי הנוסח של "תשלום מפעם לפעם" של כל סכום שיצוין

10/49 היועמ"ש נ' פתניאב, פ"ד ב(1) 424, 448 (1949): "שאיפתו של החוק להיות מעשי, מציאותי, מצליח; נושאו הוא האדם הבינוני, בעל הטבע הבינוני, בעל המוסר הבינוני; לכן אין החוק אוסר דבר שלא ניתן להיאסר ו"אינו גוזר גזירה אלא אם כן רוב הציבור יכולים לעמוד בה" (ההדגשה במקור).

4 עובדות אלו ניצבו בבסיס פסק הדין בעע"מ 6200/07 פ.פ.ס ריהאב בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־על 2008(2) 2385 (2008). בעניין זה נחלקו הדעות בין כב' השופט ג'ובראן (בדעת רוב בהסכמת כב' השופט י' אלון) אשר הכשיר את הערבות, לבין דעתה של כב' הנשיאה בייניש אשר פסלה אותה.

בדרישה כולל בחובו את האפשרות לדרוש את מלוא סכום הערבות בבת אחת, והשוני בניסוחים הוא סמנטי. בנוסף, ברור על פניו כי מגיש הערבות לא הפיק שום טובת הנאה מכך שפקיד הבנק סלסל בלשונו, או דבק בנוסח הסטנדרטי של הבנק, וממילא אין מקום לקביעה כאילו הגשת ערבות שכזו "פוגעת בעקרון השוויון". רק לאחר שבית המשפט יוצא מנקודת הנחה שכל דבר בערבות בנקאית פוגע בעקרון השוויון, ניתן להגדיר גם "פגם" שכזה כפגיעה בשוויון. אבל זוהי, בכל הכבוד, פרשנות מאולצת, שהרי בחינה לגוף הדברים של היתרון הכלכלי שהופק ממסירת ערבות זו אינה מגלה שיש יתרון כלכלי שכזה שהפיק מי שמסר אותה על פני המציעים האחרים, וממילא אין כאן פגיעה בעקרון השוויון.

375. בדומה לכך, כאשר נמסרת ערבות של בנק יוקרתי שאינו מדורג, אין בכך כדי להוזיל את עלות הערבות או לפגוע בתוקפה וביכולת מימושה, וממילא בהיעדר יתרון כלכלי כלשהו למגיש ההצעה, אין כאן פגיעה בעקרון השוויון ואין מקום לפסול את ההצעה.

376. נראה כי גישה מהותית זו תמנע תוצאות שיש בהן היבט מובהק של שרירות. היא יוצרת הרמוניה בשיטתנו המשפטית המעדיפה מהות כלכלית על פני דוקנות פורמליסטית, מעדיפה בטֵלות יחסית ומידתית על פני בטֵלות מוחלטת, ודוגלת במידתיות ובהפעלת שיקול דעת.

ז(1) התכליות של הערבות הבנקאית במכרז

377. הצעה במכרז נבחנת בשני שלבים. תחילה בוחנים אם עמדה בתנאי הסף ולאחר מכן בוחנים אותה לגופה. אחת מדרישות הסף הקלאסיות במכרזים היא צירוף של ערבות בנקאית המתייחסת לאחוז מסוים מן ההצעה שהוגשה במכרז (למשל 10%). הרציונאליים הניצבים בבסיס דרישה זו הם: א. להבטיח את רצינות כוונותיו של המציע; ב. לאפשר לבעל המכרז לגבות מן המציע את סכום הערבות אם לא יקיים התחייבויותיו. כך למשל אם המציע יוגדר כזוכה במכרז ויבקש לחזור בו – תחולט הערבות הבנקאית שמסר; ג. מתן הערבות הבנקאית עשוי ללמד על חוסנו הכלכלי של המציע, שהרי בנק אינו מפיק ערבות בנקאית לבקשת מציע, אלא אם כן יש לו מהיכן להיפרע את הסכום נשוא הערבות האמורה.[5]

5 עע"מ 10392/05 אחים אוזן חברה לבניה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2009(3) 104 (2009).

378. כיוון שנורמה משפטית אמורה לשרת תכלית מסוימת, ברי כי השאלה הראשונה שיש לשאול בנוגע לערבות בנקאית המוגשת בצירוף להצעה במכרז היא, האם ערבות זו ממלאת אחר התכלית שלשמה הוגשה. בעניין גוזלן,[6] נפל פגם בערבות בנקאית וחלף ערבות בגובה של 5% מערך ההצעה הוגשה ערבות בגובה של 2% ממחיר ההצעה. המציע טען כי מדובר בפגם טכני שנבע מטעות בהבנת פרטי המכרז, ולחלופין ביקש כי תימסר לו חלק מן העבודה כשיעור ערבותו.[7] בית המשפט, כבוד השופט (כתוארו אז) שמגר, בחן סוגיה זו על־פי שתי אמות מידה מצטברות: א. האם הפגם אינו חוטא לתכליתו של הליך המכרז בכללותו; ב. האם הערבות הבנקאית שהוגשה מקיימת את התכלית הספציפית, אשר לשמה מוגשת ערבות בנקאית במכרז.

379. בכל הנוגע לתכלית הליך המכרז בכללותו מבהיר בית המשפט כי קיים איזון בין שני אינטרסים שיש מתח ברור ביניהם:[8]

---

6 בג"ץ 368/76, 376/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית־שמש, פ"ד לא (1) 505 (1976).

7 לפי נוסחו של המכרז רשאית הייתה המועצה לפצל את העבודה בין כמה מציעים. על כן טען המציע כי במקום לראות את הצעתו לעבודה בהיקף של 100%, אשר לגביה הוגשה ערבות של 2% (חלף 5% כנדרש), ניתן לראות את הצעתו לעבודה בהיקף של 40% מכלל הפרויקטים, כך שסכום הערבות שהפקיד יבטיח 5% מן ההצעה. לטענתו ניתן להעניק לו לכל הפחות את העבודה המצומצמת יותר, כי הרי קיים כל יתר תנאי המכרז.

8 המתח בין האינטרסים השונים הוא ברור, שכן יש מצבים שבהם מבחינה עסקית כדאי לקבל הצעה מסוימת ואילו מבחינת האינטרס הציבורי קבלת ההצעה תפגום בעקרון השוויון. דוגמה מובהקת לכך היא מצב שבו הוגשו שתי הצעות, האחת מעולה והאחרת ירודה, אך מגיש ההצעה המעולה לא צירף אליה ערבות בנקאית במעמד הגשת ההצעה. כך ציין בית המשפט בבג"ץ 272/69 משיעל נ' עיריית שפרעם, פ"ד כד(1) 133 (1970) (מפי כב' השופט לנדוי) כי אי הגשת ערבות במועד פותחת פתח לתכסיס פסול, שכן אחרי עבור המועד להגשת ההצעות מסתננות ביתר קלות אל המציעים ידיעות על המחירים שהציעו מתחריהם, ומי שנודע לו בינתיים שבלאו הכי אין לו סיכוי לקבל את העבודה יחסוך לעצמו את ההוצאות הכרוכות בהשגת הערבות. יתרה מזו, גם כאשר לא ניתן לבצע תכסיס כלשהו, נפסלה ההצעה. כך הבהיר בית המשפט בבג"ץ 41/84 מוראן קבלנות והנדסת בנין בע"מ נ' עיריית ראשון־לציון, פ"ד לח(2) 743 (1984) שבו צורפה הערבות הבנקאית שלושה ימים לאחר הגשת ההצעה – אך עוד בטרם נפתחה תיבת המכרזים. במקרה זה פסל בית המשפט את ההצעה המעולה למרות האינטרס העסקי לקבל אותה ולמרות שבעת פתיחת תיבת המכרזים הייתה בפניו הצעה שנלוותה לה ערבות בנקאית כדת וכדין, ועל אף שלא ניתן לבצע תכסיסים כאמור כאשר תיבת המכרזים כלל לא נפתחה. על אף זאת קבע בית המשפט כי אי הגשת הערבות הבנקאית יחד עם מסמכי המכרז מהווה פגם מהותי בהצעה. בית המשפט (השופט ש. לוין) היה ער לעובדה כי מדובר בהפרש של שלושה ימים בלבד ועם זאת, הדבר לא הוכר כפגם טכני הניתן לתיקון, אלא הוגדר כפגם מהותי הפוגע בשוויון, שכן הדבר מקנה יתרון למציע הן כלפי המציעים הספציפיים שהשתתפו במכרז, שהתייגעו והוציאו הוצאות הכרוכות בהמצאתה של

מחד גיסא, האינטרס העסקי שתכליתו להשיג שירות או מוצר בעלי האיכות המעולה ביותר האפשרית, תמורת מחיר נמוך ככל האפשר ותוך המועד התואם דרישותיה של הרשות.

מאידך גיסא, האינטרס הציבורי בממשל תקין תוך מתן סיכוי שווה ויחס זהה והוגן לכל איש מתוך הציבור לזכות במכרז.[9] אינטרס זה מחייב את הרשות לנהוג בשוויון ובהיעדר משוא פנים וליצור אמון בשיקוליהם ובהוראותיהם של המופקדים על המִנהל הציבורי. אינטרס זה מחייב הקפדה דווקנית על נהלים פורמאליים כדי למנוע רשלנות ואי דיוק, העלולים להצמיח אפליה, שרירות מנהלית ופגיעה בטוהר המידות.[10] מקום שבו נפגם עקרון השוויון לא ניתן משקל לאינטרס העסקי בקבלת ההצעה הזולה ביותר, וגובר האינטרס הציבורי בהבטחת אמון הציבור בשיטת המכרזים בפרט ובמִנהל הציבורי בכלל.[11]

הערבות הבנקאית ליום הנדרש, והן כלפי מציעים פוטנציאליים ש"אולי נתייאשו מן המכרז ובשל כך נמנעו מלהגיש את הצעתם". בית המשפט הוסיף והבהיר כי אין מקום לאפשר פריצת גדר, אף לא במקצת, שכן "אם בנסיבות אלה נכשיר את הצעתה של המשיבה 1, הרי שניתן לה יתרון בלתי הוגן על פני מציעים אלה, וייפרצו גדרות המכרז; שכל מציע יעשה לעצמו את החשבון, שאין צורך לדייק בפרטי המכרז, וכל פגם, שניתן להשלמה מאוחר יותר מן המועד הרלוואנטי, יסולח לו".

9 באינטרס ציבורי זה משתלב גם האינטרס של הקבלן או הספק, המבקש ליטול חלק בתחרות, כי המכרז פותח בפניו "אפשרות לזכות בעבודה המוצעת על יסוד תחרות הוגנת בתנאים של שוויון". ראו בג"ץ 187/71 "רמט" נ' החברה לשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה, פ"ד כו(1) 118, 122 (1971) וכן, ראה גם ע"א 1368/02 צמנטכל ב. קוטיק בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1), 516, 526 (2002); עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשבחים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590 (2003).

10 בית המשפט מבהיר בהקשר זה כי אי היצמדות לנהלים עלול לשלול מן המחליט במכרז כל אמת מידה לפעלו ויפתח פתח להטייתו לפי כל רוח מצויה.

11 בהקשר זה מבהיר כב' השופט ברק בבג"ץ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבנין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה פ"ד לו(2) 472 (1982) כי דווקא עמידה על כללי המכרז, תוך הבחנה ראויה בין עיקר לטפל, בין מהותי לשולי, היא שתביא, בסופו של דבר, לא רק לשמירה על טוהר המידות במנהל הציבורי, אלא גם לקבלתן של ההצעות הטובות ביותר, שהוצעו בנפש חפצה על ידי בעלי הצעות, הסומכים על הגינות המנהל. ייתכן שבטווח הקצר תביא פסילת הצעת העותרת לנזק כספי מסוים, אך בטווח הארוך יבטיח הדבר תועלת כלכלית במסגרת מנהל תקין. בעניין אחים אוזן, לעיל ה"ש 5, הוסיף בית המשפט העליון והבהיר כי משום כך אין זהות במשקלם של עקרונות היסוד העומדים ביסוד המכרז, קרי עקרון השוויון וטוהר המידות, לעומת האינטרס הכלכלי של בעל המכרז. ההלכה נותנת משקל מכריע לעקרון השוויון, ובמתן בכורה לעיקרון זה יש גם כדי לקדם במובנים מסוימים את האינטרס הכלכלי של בעל המכרז, שהרי הקפדה על הנורמות הציבוריות מגבירה את אמון הציבור בשיטת המכרז ומעודדת השתתפות מציעים מן הציבור במכרזים הציבוריים, דבר התורם לאינטרס הכלכלי שבבסיס הליך המכרזים.

איזון ראוי זה בין האינטרס העסקי לבין האינטרס הציבורי הוא מטרתו ומגמתו של דין המכרזים.

380. בית המשפט בהיר כי לשם הבטחת האינטרס הציבורי של המכרז יש לבחון ארבעה מרכיבים של הערבות הבנקאית שהגשתה מוגדרת כתנאי סף במכרז[12] והם: (1) צורתה הפורמלית של הערבות; (2) תוכנה, היינו בעיקר תוקפה; (3) משך תחולתה; (4) שיעורה. פגיעה מהותית באחד מהעקרונות הללו פוגעת בתכלית המכרז בכללותו, שהרי לאלמנטים אלו יש השלכה ישירה על העלות של הפקת הערבות הבנקאית, וממילא "מפאת השוויון המתחייב בין המתחרים לא ייתכן כי אחד מהם יתחרה עם האחרים, תוך פריקת חובה זו, כולה או מקצתה. לעניין זה אין נפקא מינה אם אי הקיום של תנאי הערבות נעשה בתום לב או בלעדיו, כי התוצאה היא בכל מקרה היעדר שוויון בין המתחרים"[13].

381. בכל הנוגע לתכלית הספציפית של הערבות הבנקאית המוגשת במסגרת המכרז, מבהיר בית המשפט כי היא אמורה להגשים גם את האינטרס של הצורך לוודא את חוסנו הכלכלי של המציע, שהרי בנק אינו מפיק ערבות בנקאית לבקשת מציע אלא אם כן יש לו מהיכן להיפרע את הסכום נשוא הערבות האמורה. משום כך, צירוף של שֶׁק עצמי או שֶׁק של חברת ביטוח אינו יכול לבוא חלף הגשת ערבות בנקאית.[14] בית המשפט העליון אף קבע כי הפקדת מכתב קיזוז בידי

---

12 בית המשפט מציין כי אי קיום התנאי בדבר הגשת ערבות, או אי מילוי אחר פרטי הדרישה מבחינת הצורה או התוכן, פוסלים את ההצעה ומונעים את השתתפותו של המציע בעת בדיקתן של ההצעות זו לעומת זו. לעניין זה, אין נפקא מינה אם כלל לא צורפה ערבות כנדרש או אם צורפה ערבות אשר אינה מקיימת את הדרישות, כפי שפורטו במכרז. לעניין זה ראו גם: בג"ץ 390/71 אליאב נ' המועצה המקומית רעננה, פ"ד כה(2) 641 (1971); בג"ץ 235/71, 238/01 רמדו נ' ראש מועצת עירית תל־אביב־יפו, פ"ד כו(1) 150, 153 (1971).

13 ראה גם עניין משיעל, לעיל ה"ש 8, בעמ' 136; וכן בג"ץ 320/71 (לא פורסם).

14 ראה עניין אליאב, לעיל ה"ש 12; עניין רמדו, לעיל ה"ש 12. הטעם לפסול ערובה של חברת ביטוח אינו נובע מהבחנה ביציבות הפיננסית של חברת ביטוח לעומת בנק, אלא מכך שבנק אינו מנפיק ערבות בנקאית ללא שיהא לכך כיסוי מקביל בנכסים ובכספים של מבקש הערבות. לעומת זאת, חברת ביטוח עשויה להפיק התחיבות שמביאה בחשבון את שיעור הסיכון להתממשות הפוליסה, בלא שיהא למבוטח סכום מקביל שאותו משעבדים להבטחת הפוליסה. ממילא אין בכתב הכיסוי הביטוחי כדי להעיד על איתנותו הפיננסית של הגוף המבוטח. לעומת זאת, בעניין ע"א 248/97 איי.אף.אן. מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (2) 646 (1997) קבע בית המשפט (כב' השופט מצא) כי ציון שמו של גורם אחר כמי שביקש להוציא את הערבות, אינו פוסל את הערבות. גם במקרה זה אין בידינו אינדיקציה לאיתנותו הכלכלית של המציע. בית המשפט מציין בעמ' 649 כי "הדעת נותנת כי מי שבידו להשיג ערבות בעזרתו של צד שלישי, חזקה שיוכל

הרשות המאפשר לה לקזז כספים המגיעים למציע במקרה של אי עמידה בתנאי המכרז אינה מקיימת את הרציונאליים של ערבות בנקאית, שכן מכתב זה אינו מעיד על חוסן כלכלי.[15]

382. מקום שבו נפל פגם בתוקף הערבות או במשך תחולתה, ברור כי נפגעה התכלית הספציפית של הערבות, וממילא אין ספק כי זהו פגם מהותי המביא לפסילת ההצעה. כך, למשל, ערבות בנקאית לתקופת זמן קצרה מן הנדרש, משמעה כי בבוא עת פקודה, שבה מבקשים לממש את הערבות – יגלה עורך המכרז כי אין בידו ערבות בת תוקף ואין לו מה לממש. במקרה זה סוכלה התכלית שנועדה לאפשר לבעל המכרז לגבות מן המציע את סכום הערבות אם לא יקיים התחייבויותיו וממילא ברור כי ההצעה פסולה.[16] בדומה לכך, כאשר בפנינו

להשיג – כנגד בטוחה נגדית שימציא הצד השלישי לבנק – מכתב ערבות שבו יצוין כי הערבות הוצאה לפי בקשתו". הלכה זו אינה ברורה לנו, בכל הכבוד, שהרי ככלל בנק אינו מוציא ערבות בנקאית לבקשת צד ג' תוך ציון העובדה כי הדבר נעשה לבקשת צד ב', וכאשר הנכסים הניצבים כנגד הערבות הם של צד ג', הרי שמצוין כי הערבות מוצאת לבקשת צד ג'. יתרה מזו, חשוב לעניין דנא שהערבות הבנקאית תשקף נכונה את המקור הנכסי שעל בסיסו היא הוצאה, כדי שנדע אל נכון את איתנותו הפיננסית של המציע במכרז. העובדה שלחבר של המציע יש כסף, אינה רלוונטית כמובן בהקשר זה. לכן נראה בכל הכבוד כי אם כיסוי ביטוחי לא הוכר כתחליף לערבות הבנקאית מכיוון שאינו מעיד על איתנותו הפיננסית של המציע, הרי שערבות בנקאית שהוצאה לבקשת צד ג' צריכה להיפסל מקל וחומר בן בנו של קל וחומר.

15 עע"ם 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים, פ"ד נז(3) 505 (2003). בעניין זה הפך בית המשפט העליון (כב' השופט ברק) את ההלכה שנקבעה קודם לכן מפי כב' השופט ברנזון בבג"ץ 203/75 בן־יקר נ' המועצה האזורית באר־טוביה, פ"ד כ"ט(2) 707 (1975). בית המשפט הבהיר כי אכן יש בהודעת הקיזוז כדי להבטיח לבעל המכרז כי יוכל לגבות כספים במקרה שהמציע יחזור בו מהצעתו. ברם, שהערבות הבנקאית היא התחייבות עצמית של בנק, אשר מקבל על עצמו כלפי נושה אחריות מוגדרת ובלתי תלויה בחיובו של החייב העיקרי. לא כך הם פני הדברים ביחס למכתב קיזוז שמימושו כפוף להתדיינות, וייתכנו מקרים שבהם עצם קיומו של החוב, שיעורו המדויק או מועד עמידתו לרשות הנושה נתונים במחלוקת בין הצדדים. בנוסף, מבהיר בית המשפט כי הסכמת בנק להמציא את הערבות הבנקאית מותנית בחוסנו הכלכלי של מי שביקש את הוצאת הערבות, וממילא יכולתו של מציע לקבל ערבות בנקאית מהווה אינדיקציה לאיתנותו הפיננסית, כמו גם ליכולתו להוציא אל הפועל את ההתחייבויות שאותן לקח על עצמו בהצעה שהגיש לוועדת המכרזים. גם בהיבט זה, אין החוב לבעל המכרז מהווה חלופה הולמת. א־סימטריה זו בין הערבות הבנקאית לבין מכתב הקיזוז משליכה באופן ישיר גם על עקרון השוויון. לביקורת על פסק דין זה ראה ע' דקל מכרזים 578־579 (כרך א, 2004).

16 דוגמאות לפגמים בערבות בנקאית החוטאים לתכלית הספציפית של ערבות זו הן בין השאר כדלהלן: ערבות בנקאית לתקופת זמן קצרה מן הנדרש. במקרה זה, בבוא עת פקודה שבה מבקשים לממש את הערבות – מגלים כי אין לה תוקף ואין מה לממש, וממילא נפגעה התכלית בדבר

ערבות בסכום הנמוך משמעותית מהנדרש, נפגעה תכלית הערבות הבנקאית וההצעה פסולה. בעניין זה אין נפקות לכך שהפגם נפל עקב טעות בתום לב, כגון עקב סברה כי הערבות צריכה להתייחס לסכום ההצעה ללא מע"מ. בהקשר זה מבהירה הפסיקה כי לא עסקינן בעונש למציע, אלא בערבות המחטיאה את מטרתה הספציפית.[17] בדומה לכך, מי שניגש למכרז כדי לזכות במספר פרויקטים,

---

הצורך לאפשר לבעל המכרז לגבות מן המציע את סכום הערבות אם לא יקיים התחייבויותיו. לעניין זה ראה: בג"ץ 665/87 ג'רייס ברבארה בע"מ נ' המועצה המקומית, תק־על 88(1) 64 (1988). בדומה לכך ראה בג"ץ 751/89 א. לוי קבלני בנין בע"מ נ' עיריית נצרת, פ"ד מד(2) 441 (1990) ובו הבהיר כב' השופט ברק כי ערבות בנקאית אשר תקופת תחולתה קצרה מן הנדרש וסכומה נמוך מן הנדרש לוקה בפגם מהותי, וממילא אין נפקא מינה, כי המציעה פעלה בתום לב, וכי שגגה נפלה לפניה. אין בתום הלב של הזוכה כדי להתגבר על פגם מהותי בהצעתו (רק על פגם טכני רשאי עושה המכרז להתגבר אם הזוכה פעל בתום לב). כמו כן, ראה בעניין זה עע"מ 6242/09 חג'אזי חברה לסיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, תק־על 2009(3) 3630 (2009) מפי כב' השופטת חיות.

17 ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות, פ"ד נ(5) 59 (1996) ובו פסלה כב' השופטת דורנר הצעה על שום שהערבות ניתנה לגבי הסכום לא כולל מע"מ, בהבהירה כי "ככלל, פגם בסכום הערבות איננו פגם/טכני הניתן לתיקון. שכן, למציע ערבות בסכום נמוך מן הנדרש ניתנת עדיפות על פני הממלאים אחרי תנאי המכרז ואף על פני מציעים פוטנציאליים שנמנעו מלהשתתף במכרז משום שלא רצו או לא יכלו להשיג בעוד מועד את הערבות הנדרשת. בכך נפגע עקרון התחרות השוויונית, שהוא עקרון יסוד בדיני המכרזים. על כן, ככלל, גם כאשר המציע המגיש ערבות בשיעור פחות מן הנדרש עשה זאת בתום לב – תיפסל הצעתו". בדומה לכך הבהיר כב' השופט ברק בעניין מבני פלס, לעיל ה"ש 11, ביחס לערבות שהוגשה על סכום של 145,000 שקל במקום על סכום של 1,450,000 שקל כי תום לבו של המציע הוא עניין קשה להוכחה, והכרה בתום לב כעילה סובייקטיבית, המתגברת על פגם אובייקטיבי בערבות, יש בה כדי לפתוח פתח לעקיפת הדין במקום לאכיפתו ולשימוש לרעה בו וביסודותיו. אכן, כפי שנכתב בעמ' 475 "מי לידינו כף יתקע כי בעתיד לא ינסו מציעים להערים על תנאי המכרז, ולהגיש תחילה ערבות שאינה מקיימת את תנאי המכרז ולאחר שיזכו בו, ימירו אותה בערבות כדין, תוך טענת תום לב שקשה יהיה להפריכה. אל לנו לפתוח פתח, במקרה כמו זה שלפנינו, לסטות מלשון המכרז, שכן כפי שצוין בבג"ץ 624/78 הנזכר – 'בכך ניתן יד ליצירת חריגים, וחריגים לחריגים, אשר סופם אבוד כל אמת מידה לניהול תקין של המכרז'" (בג"ץ 786/78). השופט ברק מבהיר כי יהא נכון לסטות מגישה זו רק במקרים מיוחדים ויוצאי דופן, כגון פליטת קולמוס או מקרים אחרים, שבהם פעל המציע בתום לב, וחזות המסמך מעידה על דבר הטעות, ואין צורך להיזקק לעניין זה לראיות חיצוניות, באופן שביחסים שבין בעל המכרז לבין הבנק לא היה הבנק מתגונן בפני תביעת בעל המכרז. בסיפא זו של דברי השופט ברק, יש לכאורה ריכוך מסוים לגישה הדווקנית, ופתיחת פתח לתיקון טעות טכנית כאשר ניתן אובייקטיבית לראות כי עסקינן בטעות, בלא צורך להיות חוקר כליות ותום לב. בהתאם לעיקרון זה נראה למשל כי במקרה שפקיד הבנק הקליד כמספר המכרז בכותרת כתב הערבות "1012001" ולא "10/2001" לא יהיה מקום לפסול את הערבות, והטעות ניכרת על פניה. בפועל במקרה של "פגם" שכזה פסלה ועדת המכרזים את ההצעה ועמד

אך מוסר ערבות בנקאית להבטחת פרויקט אחד בלבד, במקרה זה פשיטא כי ביחס לאחד מן הפרויקטים לא צורפה ערבות בכלל, וזהו פגם מהותי לאו בר תיקון בהצעתו, שהרי הדבר פוגע בתכלית ההגשה של הערבות הבנקאית ובעקרון השוויון בין המציעים.[18]

383. ברם, מהו הדין כאשר אין פגם בתוקפה של הערבות ולא במשך תחולתה או בשיעורה, אלא הפגם מתייחס לצורתה הפורמלית של הערבות, או שנפל פגם קל ערך בנוגע לשיעור הערבות? ערבות בנקאית זו ממלאת אחר שלוש התכליות הספציפיות של ערבות בנקאית במכרז. האם נפסול ערבות זו משום שאינה מגשימה את האינטרס הציבורי של דיני המכרזים בכללותם? האם יש בהקשר זה הבחנה בין פגם טכני לבין פגם מהותי?

384. בנקודה זו, נחלקו הדעות בעניין גוזלן.[19] כב' השופט כתוארו אז שמגר (בדעת רוב) סבור היה כי אם נפל פגם בערבות, הרי שהיא אינה משרתת באופן יעיל ומלא את האינטרס הציבורי של דיני המכרזים בכללותם. לעומת זאת, כב' השופטת כתוארה אז בן פורת (בדעת מיעוט) גרסה כי אין לראות בשאלת הערבות הבלתי מספקת – בשיעור 2% מכלל המחיר במקום 5% – גורם המאפשר למציע לבוא בהצעה נמוכה בהרבה מן השאר. ההוצאה הכרוכה במתן ערבות כנדרש אינה עומדת בשום יחס להפרש המחירים בהצעות עצמן, וערכה הכספי גרידא הוא מבוטל. מתן ערבות זו לא גרם לכך שסיכוייהם של המציעים האחרים או יכולתם להתמודד בעניין המחיר פחתו כהוא זה ועל כן – כשרה היא ההצעה.

385. מן הניתוח דלעיל עולה אפוא הבחנה ברורה בין פגם בערבות הבנקאית הגורם להחטאת התכליות הספציפיות שלשמן מוגשת הערבות במכרז, ואשר לגביו לית מאן דפליג כי בגינו ההצעה פסולה, לבין מקרה שבו התכליות הספציפיות של הערבות הבנקאית מוגשמות ומבחינת תוקף הערבות ומשך תחולתה לא נפל כל פגם. במקרה זה מתעוררת השאלה האם עסקינן בפגם מהותי, לאור בחינת הדברים בפריזמה של דיני המכרזים בכללותם, או שמא עסקינן בפגם טכני הניתן לתיקון.

על כך ג' אופנהיימר "חוק חובת מכרזים – רווח או הפסד" (22.4.2006) www.e-mago.co.il/articles/10.htm.

18 עניין אחים אוזן, לעיל ה"ש 5.

19 עניין גוזלן, לעיל ה"ש 6.

ז(2) ההבחנה בין פגם טכני לבין פגם מהותי והפיכת כל מישור לעקוב

386. יסודה של ההבחנה אשר בית המשפט העליון עורך בין פגם טכני שאותו מאפשרים לתקן, לבין פגם מהותי שבגינו נפסלת הערבות הבנקאית, מצוי במתח שבין האינטרס הציבורי של דיני המכרזים לבין האינטרס העסקי. האינטרס הציבורי מחייב לפסול הצעה אשר פגמיה פוגעים בעקרון השוויון. האינטרס העסקי מחייב שלא לפסול הצעות אשר מבחינה כלכלית יש בהן כדי לתרום לציבור. האיזון בין האינטרסים הללו נמצא בכך שפגמים טכניים התירו לתקן ואילו פגמים מהותיים הביאו לפסילת ההצעה. ההבחנה בין טכני לבין מהותי נעוצה אפוא בשאלה האם מדובר בפגם שיש בו כדי לפגוע בעקרון השוויון ובאינטרס הציבורי של דיני המכרזים, או שמא אין המדובר בפגם כזה.

387. נתאר בקצרה את הפסיקה אשר התפתחה בהתאם לדרך חשיבה זו, ולאחר מכן נראה כי כאשר באו בתי המשפט להגדיר פגם כפוגע בעקרון השוויון, הגיעה הפסיקה לפרשת דרכים, שבה יש הסוברים כי כל פגם בערבות בנקאית מוגדר באופן אוטומטי כפוגע בעקרון השוויון (דוגמת גישתו של הנשיא שמגר בעניין גוזלן[20]) ויש הגורסים כי מן הראוי לבחון את הדברים מזווית ראייה כלכלית – האם מדובר בפגם שהעניק יתרון ממשי למציע, שאם לא כן – יוגדר הפגם כטכני ותינתן אפשרות לתקנו (דוגמת גישתה של כב' השופטת בן פורת בעניין גוזלן).

388. ההבחנה היסודית בין פגם טכני לבין פגם מהותי נקבעה בעניין בן יקר[21] שבו הובהר כי פגמים בעלי אופי טכני שאינם יורדים לשורשו של עניין ושאינם פוגעים בכללי היסוד של שיטת המכרזים הציבוריים, לא יביאו לפסול הצעה. שיטת המכרזים הציבוריים נועדה לאפשר לבעל המכרז לקבל את ההצעה הטובה, הנוחה והמתאימה ביותר, ולהבטיח למשתתפים במכרז יחס הוגן מצד בעל המכרז ואפשרות של התחרות בתנאי שוויון, תוך שמירה על טוהר המידות וניקיון הכפיים בהליך המכרז. מאינטרס עסקי זה נובע כי כאשר נופל פגם שאין בו כדי להעלות חשד של משוא פנים או חוסר ניקיון כפיים, אין למהר ולפסול את ההצעה.

---

20 שם.

21 עניין בן־יקר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 711.

389. הבחנה זו השתכללה בפסה"ד של כב' השופט ברק בעניין סן טרופז[22] ובו הובהר כי החלטת רשות מנהלית בהליכי מכרז היא מעשה מנהלי, ורק פגם מהותי מביא לפסילתו של אקט מנהלי.[23] לעומת זאת בפגם טכני, אין כשלעצמו כדי להביא לפסילת המעשה המנהלי, אלא אם כן הוא כרוך בחוסר תום לב, בכוונת זדון או בחוסר הגינות מנהלית. בית המשפט מציין בהקשר זה את ההבחנה הבאה:

> "קו הגבול בין פגם מהותי לבין פגם שאינו מהותי אינו קל כלל ועיקר, והרי הוא קשור, מטבע הדברים, במטרה העניינית העומדת ביסוד הדין, בתקלה ובנזק שייגרמו לצדדים ולציבור, וכיוצא בהם שיקולים של מדיניות משפטית וסדר ציבורי.
> לענינו ניתן לומר כי פגם מהותי הוא פגם הפוגע באחד מעקרונות היסוד של דיני המכרזים, כגון עקרון השוויון והתחרות ההוגנת, ואילו פגם שאינו מהותי הוא פגם שאין בו כדי להביא לפגיעה בעקרונות היסוד.[24]
> ...
> במקום שמעשה המנהל פוגע בעקרונות המהותיים העומדים ביסוד המערכת הנורמטיבית, אין מנוס מביטול המעשה המנהלי, שכן הבסיס המהותי לתוקפו נעלם.
> על כן ייפסל המעשה המנהלי גם אם הוא נעשה בתום לב ובהגינות, שכן תום הלב וההגינות אין בהם כדי להוות משקל מספיק כנגד הפגיעה בעקרונות היסוד העומדים ביסוד ההסדר הנורמטיבי.

---

22 בג"ץ 161/80 מלון סן טרופז בע"מ נגד מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד(4) 709 (1980) באותו מקרה אחד מתנאי המכרז היה צירוף המלצה ממשרד התעשייה. ההצעה הזוכה הוגשה ללא ההמלצה, וההמלצה בכתב עצמה התקבלה רק שלושה ימים לפני פתיחת ההצעות.

23 גישה זו עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הציבורי והמעבר מבטלות לבטלות יחסית. בהתאם לעיקרון זה, נפקות ההפרה של כלל מכללי המשפט המנהלי אינה נקבעת עוד מכנית, לפי הדיכוטומיה הקלאסית, כלומר "בטל" או "נפסד". חלף זאת, יש לקבוע את נפקות ההפרה לפי משתנים שונים המובילים לתוצאות שונות: מה חומרת הפגם, מי התובע, מה התביעה, האם התקיפה ישירה או עקיפה ועוד. לפי המשתנים יכול להיות כי הפגם שנפל בהחלטה מסוימת יוביל לתוצאות שונות במקרים שונים. לעניין זה ראה י' זמיר הסמכות המנהלית 830–831 (מהדורה שנייה, כרך ב, 2010); י' דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (תשנ"ד); ד' ברק ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519 (התשנ"ה); בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 306 (1994); ע"א 530/78 מיפרומאל ירושלים בע"מ נ' מנהל המכס והבלו, פ"ד לה(2) 169 (1980).

24 עניין סן טרופז, לעיל ה"ש 22, בעמ' 710.

שונים פני הדברים במקום שהאקט המנהלי פוגע אך בנורמות בעלות אופי טכני. המעלות הכרוכות בביטולו של האקט המנהלי – ומעלות אלה קיימות גם אם הפגם הוא טכני בלבד – לרוב אינן שקולות כנגד הנזק שייגרם כתוצאה מהביטול. במצב דברים זה מן הראוי הוא להעדיף את המהות על פני הצורה.

אך לגישה זו מן הראוי הוא להצמיד סייג. פגיעה בנורמה טכנית גרידא, הנעשית שלא בתום לב אלא מתוך זדון, מן הדין שתביא לפסילת המעשה, שכן חוסר תום הלב פוגע בערך מהותי השזור בכל החלטה מנהלית, הוא הערך כי המעשה ייעשה מתוך הגינות".[25]

390. הפסיקה בראשית דרכה בסוגיה זו גיבשה אפוא רציונאליים ברורים ונתנה ביטוי הן לאינטרס הציבורי של דיני המכרזים והן לאינטרס העסקי – שגם לו יש ליתן משקל רב תוקף. להלן נראה כי לימים היטשטש ונחלש המשקל של השיקול העסקי ובית המשפט העדיף את הצורה על המהות עת שנשוא הדיון הוא הערבות הבנקאית. ברם, עוד בטרם שהתחולל המפנה האמור התגלעו חילוקי דעות ביחס להגדרת המונח "פגם מהותי", בעניין כח (2000) אחזקות בע"מ.[26] כב' השופט ש' לוין חזר על הלכת סן טרופז[27] כפשוטה וקבע כי "'פגם מהותי' הוא פגם הפוגע בשוויון שבין המציעים ו'פגם טכני' הוא פגם שאינו פוגע בשוויון בין המציעים". לעומת זאת, כב' השופט בך נתן משקל כבד יותר לתוכנו של הפגם מבחינת תכליתו הספציפית של המכרז. לדידו, במונח "פגם מהותי" יש לכלול פגם משמעותי, בעל דרגת חומרה מיוחדת. לעומת זאת, "פגם טכני" הוא פגם קל ערך, בלתי משמעותי בנסיבות המכרז שבו מדובר, ומובן שאין בו משום פגיעה בעיקרון של דיני המכרזים, או בתנאי בעל חשיבות של המכרז. כך, למשל, היעדרה של חתימה על הצעה אינה נבחנת בפריזמה של שוויון אלא בפריזמה של חשיבותה מבחינה עניינית בעת בחינת ההצעה.[28] כב' השופט בך מציע על כן

25 שם, בעמ' 712.

26 בג"ץ 504/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לז(1) 651 (1983) שבו התקבלו שתי הצעות לחכירת קרקע שניתנו על גבי טפסים סטנדרטיים שנמסרו על־ידי ממ"י. בעת פתיחת ההצעות התברר שבטופס של ההצעה הגבוהה יותר, נשארו המשבצות "חתימת המציע" ו"שם המציע" ריקות. הצעה זו לא הובאה בחשבון למרות שעקרון השוויון לא נפגע עקב פגם זה.

27 עניין סן טרופז, לעיל ה"ש 22.

28 כך, למשל, מקום שבו יש משקל לשמו הטוב ולזהותו של המציע – זהו פרט מהותי שיביא

שלא להסתפק בשאלה האם מדובר בפגיעה בשוויון אם לאו, אלא יש לסווג את המקרים על־פי קלאסיפיקציה המונה ארבעה מצבים: א. האם נפל הפגם כתוצאה מחוסר תום לב או מזיד, שאז פסולה ההצעה גם אם מדובר בפגם טכני; ב. אם נבע הפגם מטעות בתום לב והוא במהותו פגם טכני גרידא, חסר משמעות, כי אז לא יגרום, בדרך כלל, לביטול ההצעה או המכרז; ג. היה הפגם מהותי וגורם הוא להפרת השוויון בין המתחרים במכרז או לפגיעה בעקרון ההגינות, אזי חייב הוא להביא לפסילת ההצעה או המכרז, אפילו נבע ממעשה בתום לב; ד. אם הפגם הוא מהותי אך נבע מטעות בתום לב ואין הוא עלול לגרום להפרת השוויון, תלויה ההחלטה בשיקול דעתה של ועדת המכרזים בהתאם לתוכנו של הפגם מבחינת תכליתו הספציפית של המכרז.[29]

391. הן גישתו של כב' השופט לוין והן גישתו של כב' השופט בך יוצאות מנקודת הנחה כי יש לאזן בין האינטרס העסקי לבין האינטרס הציבורי, ובמקום שבו אין פגיעה ממשית בעקרון השוויון או בתכליתו הספציפית של המכרז, הוגדר הפגם כטכני ולא נפסלה הצעה טובה, תוך התחשבות באינטרס העסקי המחייב קבלת הצעות המיטיבות עם קופת הציבור מבחינה כלכלית.[30] ברם, שבכל הנוגע לערבות בנקאית במכרז שינה בית המשפט העליון לפתע את הרטוריקה והמסר אשר יצא מירושלים היה כי **פגם בערבות בנקאית הוא כמעט תמיד, Per Se, פגם מהותי הפוסל את ההצעה.** השיקול העסקי נדחק לחלוטין לקרן זווית, וכאילו נשכחה הקביעה שהושתתה בראשית הדרך בעניין סן טרופז כי מן הראוי להעדיף את המהות על הצורה, ואין לפסול הצעות המוגשות במסגרת מכרז, שכן המעלה הכרוכה בכך אינה שקולה כנגד הנזק הנגרם לציבור עקב הפסילה.

392. מגמה זו של החמרה קיבלה ביטוי בכמה פסקי דין שניתנו על־ידי כב' השופט

לפסילת ההצעה גם אם מבחינת כללי השוויון לא נגרע דבר אם החתימה והשם יוספו מאוחר יותר.

29 דוגמה להחלטת בית משפט שלא להתערב בשיקול דעת של ועדת המכרזים היא החלטתו של כב' השופט ע' פוגלמן בעת שכיהן כשופט בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב בעת"מ 2156/09 מוטק ניהול מים בע"מ נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה, תק־מח 2009(3) 7191 (2009). באותו מקרה נקבע בתנאי המכרז כי יש למסור ערבות בנקאית שתהא ניתנת למימוש מיידי. בפועל נמסרה ערבות הניתנת למימוש בתוך שבעה ימים. בית המשפט קבע כי מימוש תוך שבעה ימים אינו מימוש מיידי. ועל אף שלכאורה עיכוב של שבעה ימים אינו מעלה ואינו מוריד, הרי שלנוכח החומרה היתרה הנודעת לפגמים בערבות בנקאית המוגשת במסגרת הצעה במכרז אין להתערב בשיקול דעתה של ועדת המכרזים אשר החליטה לפסול את ההצעה.

30 ראה א' גורן בתי משפט מנהליים 108־109 (תשס"ח, 2008).

ברק עצמו, אשר נתן שנים קודם לכן את פסק הדין בעניין סן־טרופז.[31] כך בעניין מג'אר[32] קבע בית המשפט כי פועל יוצא של הגישה העומדת על חשיבותה הרבה של הערבות ועל הקשר ההדוק בינה לבין עקרונות היסוד של דיני המכרזים היא ההלכה ולפיה פגם בערבות נחשב ככלל כפגם מהותי, אשר יש בו כדי להביא לפסילת ההצעה אף אם נעשה בתום לב. זאת, למעט במקרים מיוחדים ויוצאי דופן, כגון פליטות קולמוס או מקרים אחרים שבהם פעל המציע בתום לב והטעות עולה מן הערבות עצמה בלא שנזקקים לעניין זה לראיות חיצוניות. בדומה לכך נקבע בעניין ניר־אפליקום[33] כי נדירים יהיו המקרים שבהם יוכשרו פגמים בערבות, וכי מעצם העובדה כי הערבות היא תנאי סף להשתתפות במכרז, אי עמידה בו מהווה, בדרך כלל, פגם מהותי בהצעה. כתוצאה מאמירות אלו השתררה הלכה המתייחסת אל הערבות הבנקאית במכרז ביראת הרוממות ואינה בודקת כלל האם על־פי המבחנים המנויים בפסקי הדין בעניין סן טרופז ו־כח (2000) אחזקות בע"מ[34] מדובר בפגם הפוגם בעקרון השוויון או באינטרסים הספציפיים של מתן ערבות בנקאית במכרז. בית המשפט יוצא מנקודת הנחה כי כל פגם בערבות בנקאית ייחשב אוטומטית כפגם מהותי שאינו ניתן לתיקון, וזאת גם כאשר מדובר בפגם טכני שאינו פוגע בתוקף הערבות, בתקופת תוקפה או בסכומה.

393. הדברים נכתבו כאילו הם מובנים מאליהם אך בפועל החמרה זו אינה מובנת כלל ועיקר. פסילת הצעות טובות על בסיס פגמים קלים וטכניים, שאינם פוגעים בתוקף הערבות או ביכולת מימושה ושאין בהם אכן כדי להקנות יתרון כלכלי ממשי למציע אינם פוגעים בעקרון השוויון, ופסילת הערבות וההצעה יוצרת תחושת עוול קשה הן אצל ועדות המכרזים והן אצל המציעים שהצעתם נפסלה. בנוסף, כאשר הצעות טובות נפסלות הציבור מפסיד, האינטרס העסקי נפגע – והסיבה לכך אינה ברורה.

394 כיוון שהרציונאל אינו ברור והרטוריקה בהמשך הדרך אינה תואמת את זו ששררה בתחילתה, הוחמרה חוסר האחידות בפסיקת בתי המשפט המחוזיים עד לכדי התפתחותן של שתי מגמות סותרות, האחת דוגמטית המבקשת לחנך את הציבור

31 עניין סן טרופז, לעיל ה"ש 22.

32 עניין מג'אר, לעיל ה"ש 15.

33 עע"מ 4150/03 ניר־אפליקום מוצרי תוכנה (אפ.סי.טי) בע"מ נ' מדינת ישראל, כ"ד פ"ד נח(4) 817 (2004).

34 עניין כח (2000) אחזקות בע"מ, לעיל ה"ש 26.

להקפיד בקלה כבחמורה והשנייה פרגמטית המבקשת להביא בחשבון גם את האינטרס העסקי. גישה זו היא תוצאה טבעית מן הצורך של כללי המשפט להיות פרקטיים. מקום שבו מערכת הכללים אינה מתיישבת עם היגיון עסקי – נוצר קושי אימננטי להטמיע את הדברים. יתרה מזו, בהיעדר אמות מידה ברורות ורציונאליים בהירים נמצא כי אותם שופטים עצמם הגיעו לתוצאות סותרות בהתאם לאינטואיציה שאותה הפעילו בתיקים שונים. כך לדוגמה:

א) האם ניתן לקבל ערבות בנקאית, אשר הוסף בה סעיף ולפיו כדי לממשה יש צורך בפנייה בכתב שתימסר לבנק ולא די בדרישה שתגיע לבנק באמצעות פקסימיליה, טלקס או מברק? מדובר באי התאמה טכנית של כתב הערבות לעומת הנוסח המצוין במכרז עצמו, אך יש פסיקה ולפיה בערבות בנקאית – כל פגם טכני הוא מהותי. מה תעשה אפוא ועדת המכרז? על כך משיב כב' השופט זפט בעניין דשא[35] כי הוועדה יכולה לבחור ככל שתחפץ והחלטתה תיחשב לסבירה, שכן יש פסיקות סותרות של בית המשפט המחוזי בירושלים שהקל בעניין זה לעומת בית המשפט המחוזי בת"א שהחמיר בסוגיה זו.[36]

ב) מה הדין כאשר בפנינו כתב ערבות בנקאית שחסרה בו חותמת הבנק הנחוצה כדי ליתן לה תוקף מחייב? לכאורה היה מקום לפסול הצעה זו מכול וכול, שהרי בהיעדר חתימה נפגם תוקפה של הערבות הבנקאית. מקום שבו הערבות נעדרת תוקף בפנינו פגם מהותי, שכן התכליות הספציפיות של ערבות בנקאית במכרז אינן מתקיימות. הדברים אמורים להיות נכונים מקל וחומר לאור הפסיקה של בית המשפט העליון הקובעת כי ביחס לערבות בנקאית גם פגם טכני מוגדר כפגם מהותי. ואף על פי כן, עשה הבלבול הנורמטיבי את שלו גם בסוגיה זו ואנו מוצאים פסיקה סותרת, כאשר בית המשפט המחוזי בירושלים מקל ובית המשפט המחוזי בת"א מחמיר. כך בעניין ג'ילבר[37] קבע כב' השופט עדיאל בבית המשפט המחוזי בירושלים כי מדובר בפגם שעל פניו הוא פגם טכני שמקורו בחוסר שימת לב, וכי במישור

35 עת"מ (ת"א) 1292/02 דשא איכות הסביבה בע"מ נ' עיריית פתח תקווה, תק־מח 2002(4) 15684 (2002).

36 ה"פ 11122/99 ארנסן בע"מ נ' מפעל הפיס (לא פורסם), מפי כב' השופט זפט עצמו לעומת ה"פ (ירו') 599/99 א.ג.י. בניה ופיתוח בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון, תק־מח 2000(1) 1120 (2000).

37 עת"מ (ירושלים) 285/01 ג'ילבר ובניו מפעלי מתכת נ' רשות הדואר תק־מח 2001(3) 3508 (2001); בדומה לכך ראה ה"פ (ת"א) 1571/00, בש"א 29003/00 נאות דורית בע"מ נ' עיריית ראש העין (לא פורסם).

המהותי – אין חשש שבנק המכבד את עצמו יתכחש לערבות הבנקאית.[38] ולעומת זאת, בעניין א.ד. מירז'[39] קבע כב' השופט זפט בבית המחוזי בתל אביב כי מדובר בפגם מהותי שהרי במפורש נקבע בכתב הערבות כי תוקפו מותנה בקיומה של חותמת הבנק, ובלעדיה בפנינו מסמך חסר תוקף. בית המשפט הוסיף וציין באותו מקרה כי יש לפסול את הערבות הבנקאית מטעם נוסף, שכן בנוסח המכרז נדרשה ערבות החלה הן על עמידה בתנאי המכרז והן על הבטחת תנאי חוזה ההתקשרות, ואילו בערבויות שצורפו להצעה לא הייתה התייחסות לקיום תנאי החוזה. הנה כי כן כל קוצו של יוד בערבות הבנקאית הפך לפגם מהותי לדידו של בית המשפט המחוזי בתל אביב.

ג) מהו הדין כאשר במכרז נדרשה ערבות מיידית הניתנת למימוש מיידי וסופקה ערבות שלפי נוסחה היא ניתנת לתשלום "בתוך 10 ימים מהצגת הדרישה". בית המשפט המחוזי בת"א (כב' השופט זפט) קבע בעניין א.ד. מירז'[40] כי הדבר עולה כדי פגם מהותי בערבות. לעומת זאת בית המשפט העליון (מפי כב' השופט מצא) קבע בעניין ר.ג.א. שירותים ונקיון[41] כי הדרישה שהערבות תהא "ניתנת לגבייה מיידית בכל עת" עשויה להתפרש

38 ככלל, גישתו של כב' השופט עדיאל היא פרגמטית מאוד והוא בוחן את הפגמים בערבות הבנקאית במכרז בבחינה מהותית. כך למשל בעת"מ 867/07 עתיד רשת מכללות טכנולוגיות בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־מח 2007(4) 8041 (2007), שהתברר עניינה של ערבות בנקאית הסוטה מן הנוסח של המכרז בכך שבנוסח המכרז נאמר כי הסכום ישולם על־ידי הבנק בתוך 15 יום מקבלת דרישה בכתב "מבלי שתהיו חייבים לנמק את דרישתכם ומבלי לטעון כלפיכם טענת הגנה כלשהי... או לדרוש תחילה את סילוק הסכום האמור מאת החייב". לעומת זאת, בנוסח הערבות שנמסרה נאמר "או לדרוש תחילה את סילוק כל הסכום האמור מאת החייב". כלומר מישהו ישב עם זכוכית מגדלת בבחינת "מצא את ההבדלים" ומצא שהוספה המילה "כל". בית המשפט (כב' השופט עדיאל) הבהיר כי על אף שסטייה של ערבות בנקאית ממסמכי המכרז היא פגם חמור והכשרתה של הצעה כזו אפשרית רק במקרים נדירים שבהם עסקינן בפגם שאינו משמעותי, שנוצר בתום לב, שאינו מסכל את מטרת הערבות ושאינו פוגע בעקרונות השוויון, התחרות ההוגנת וטוהר המידות – אין מקום לפסול את ההצעה במקרה זה. אף שבהוספת המילה "כל" סטתה הערבות הבנקאית מנוסח כתב הערבות שנקבע במכרז, מדובר בסטייה טכנית ושולית שאינה משנה את תוכנה של הערבות הבנקאית הנדרשת. זאת מכיוון שמבחינה מהותית מתפרשת ממילא הערבות הבנקאית באופן שלתנאי האמור אין כל משמעות מעשית, גם עם המילה "כל" לא נפגם דבר באוטונומיה של הערבות הבנקאית ובתוקפה.

39 ה"פ 658/00 א.ד. מירז' תעשיות בע"מ נגד החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ, דינים מחוזי 2000(5) 849 (2000).

40 שם.

41 ע"א 6160/97 ר.ג.א. שירותים ונקיון בע"מ נ' עיריית בת־ים, תק־על 98(3) 1418 (1998).

– בדוחק[42] – כמתייחסת למועד כניסתה של הערבות לתוקף וממילא אין המדובר בסתירה לתנאי המכרז. בית המשפט מבהיר כי זוהי פרשנות דחוקה, אך מכיוון שלמכרז לא צורפה דוגמה של ערבות בנקאית אין זה מוצדק לפסול, בשל נוסחו, כתב ערבות כלשהו, כל עוד ניתן לפרשו כעומד בתנאי המכרז.

395. נעמוד אפוא להלן על המגמות השונות שהשתררו בפסיקת בתי המשפט – בהיעדר רציונאל ברור שיבהיר את טעמה של ההחמרה שהתחוללה בעניין זה. לאחר מכן נראה כי לאחרונה התגבשה רציונאליזציה חדשה בבית המשפט העליון (מפי כב' הנשיאה בייניש ומפי כב' השופט רובינשטיין) ולפיה בכל הנוגע לערבות בנקאית יש להגדיר כל פגם כמהותי ולשלול לחלוטין את שיקול הדעת של ועדות המכרזים, שכן שיקול דעת זה הוא פרצה הקוראת לפגיעה בטוהר המידות. ננתח ונבקר פסיקה זו.

ז(3) הגישה הפרקטית בפסיקת בתי המשפט

396. המגמה השלטת בבית המשפט העליון היא הגישה הדוגמטית שהותוותה בפסקי הדין הנ"ל בעניין מג'אר[43] ובעניין ניו־אפליקום[44] על־ידי כב' הנשיא ברק, ומצדדים בה כב' הנשיאה בייניש וכב' השופט רובינשטיין. אולם גישה זו לא סחפה את כל בית המשפט העליון. כב' השופט ג'ובראן נוקט בגישה שונה. כב' השופט ג'ובראן אמנם אינו מציג את הדברים כנקיטת עמדה שונה ביחס לזו שמונחת בפסקי הדין בעניין מג'אר וניו־אפליקום, אך ניכרים הם חילוקי הדעות המהותיים שלו עם הקביעות בפסקי דין אלו.

397. כך למשל קבע כב' השופט ג'ובראן בדעת הרוב בעניין וייספיש[45] כי אין לפסול הצעה כאשר הפגמים שנפלו בערבות הבנקאית הם פגמים טכניים שאינם מקנים יתרון כלשהו למגיש ההצעה. באותו עניין נטען כי מכיוון שההצעה הוגשה על־ידי שני גורמים היה צורך לציין בערבות הבנקאית את שם שני המציעים

42 לעומת זאת, כב' השופט אריאל סבר שם בדעת מיעוט כי צריך הרבה יותר מפרשנות מרחיבה ומגמישה כדי לקבוע כי מה שאמור בערבות הבנקאית זהה לדרישת תנאי המכרז.

43 עניין מג'אר, לעיל ה"ש 15.

44 עניין ניו־אפליקום, לעיל ה"ש 33.

45 עע"מ 5022/06 וייספיש נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק־על 2008(2) 352 (2008).

ובפועל צוין שמה של מציעה אחת בלבד. כמו כן, היה הבדל בין שם המציעה כפי שהופיע בהצעה לבין שמה בכתב הערבות. לא צוין בכתב הערבות מספר החברה של המציעה בכתב הערבות. כב' השופט ג'ובראן קבע כי מדובר בפגמים טכניים ושוליים, שאינם מעידים על חוסר תום לֵבן של המציעות ושאינן מעניקות להן יתרון כלשהו על יריבותיהן במכרז. כב' השופט ג'ובראן הבהיר כי מבחינה מהותית אין צורך שהערבות הבנקאית תירשם על שמם של כל השותפים להצעה, שכן ממילא התחייבותו של אחד המציעים מחייבת גם את שאר השותפים להצעתו, וערבותם כלפי עורך המכרז היא הדדית. בכל הנוגע לטעויות בשם המופיע בכתב הערבות הבנקאית והיעדר מספר החברה ציין בית המשפט כי הדברים אינם פוגעים באוטונומיות של הערבות הבנקאית ובאפשרות לחלט אותה, וממילא אין לפסול את ההצעה.[46]

גישתו של כב' השופט ג'ובראן היא אפוא פרקטית ובחינת הדברים נעשית בפריזמה של דיני הערבות הבנקאית הכלליים, כאשר כל פגם שאינו גורע מתוקפה של הערבות, מתקופתה ומן האוטונומיות שלה והאפשרות לממשה – מוגדר כפגם טכני. גישה זו של כב' השופט ג'ובראן מנוגדת לחלוטין לרוח הנושבת מפסקי הדין בעניין מג'אר וניר־אפליקום, אשר היו מביאים לתוצאה הפוכה לחלוטין, כפי שאכן קבע כב' השופט רובינשטיין בעניין וייספיש (בדעת מיעוט), בהבהירו כי כל פגם בערבות הבנקאית, מלבד טעות דפוס שולית, יהפוך לפגם מהותי ויפסול את ההצעה בלי כל מרווח של שיקול דעת.

398. גישתו של כב' השופט רובינשטיין, כפי שנראה להלן, היא כי יש לחשוד בוועדות המכרזים בשיקול דעת מוטה ועל כן נכון לצמצם ככל האפשר את שיקול הדעת

---

46 גישה שונה לחלוטין מצינו בעת"מ (ת"א) 1459/02 חברת מדי פלוס בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־מח 2003(3) 4496 (2003) (כב' השופטת קובו) ובו נקבע כי כאשר שני מציעים מגישים הצעה משותפת מוטל על שניהם לעמוד בתנאי המכרז ולכן אין די בכך שרק אחד מן המציעים הגיש ערבות בנקאית. בית המשפט יוצא מנקודת הנחה כי הדבר פוגם בעקרון השוויון, שכן יש בו משום איחוד כוחות כנגד יתר המשתתפים במכרז. איחוד הכוחות מקנה למציעות במשותף יתרון על פני יתר המתמודדים ומאפשר לכל אחת מהמציעות שהתאגדו להקטין את הסיכונים אליהם היו נחשפים לו היו מתמודדות לבד במכרז. ברם, שהנמקה זו תמוהה בכל הכבוד שכן לא היה איסור על שני מציעים להגיש הצעה משותפת, וממילא הסידור הפנימי ביניהן בדבר הנשיאה בעול הוצאת הערבות הבנקאית אינו מעניינם של המציעים האחרים. בנוסף, ציין בית המשפט באותו עניין כי עלול להיות קושי במימוש הערבות הבנקאית. קושי זה אינו ברור לנו לנוכח העובדה כי מדובר בערבות אוטונומית, מה עוד שחבותם של משתתפים במכרז המגישים הצעה משותפת היא חבות יחד ולחוד, כך שגם אלמלא האוטונומיות של הערבות הבנקאית לא היה קושי לממש אותה עקב הפרה של אחד המציעים את תנאי המכרז. לביקורת על פסק דין זה ראה אצל דקל, בעמ' 580–581.

המסור להם ולהפוך את תנאי הסף למבחנים אוטומטיים. בנקודה זו בפנינו אפוא מחלוקת יסודית בהשקפת עולם, שכן אל מול החשד הזה בכשרות המנהלית של ועדות המכרזים הבהיר כב' השופט ג'ובראן בעניין וייספיש כי יש להחיל על דיני המכרזים דווקא את חזקת הכשרות המנהלית ולפיה כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר, מוחזק המעשה המנהלי ככשר וכראוי, כך שפסילה של הצעה עקב פגם בערבות הבנקאית ייעשה רק כאשר הוכח שנפלו בה פגמים היורדים לשורשו של עניין.

399. גישה זו של כב' השופט ג'ובראן באה לידי ביטוי (ושוב בדעת רוב) גם בעניין ריהאב.[47] באותו עניין נקבע במכרז כי נוסחו של כתב הערבות הנדרש הוא: "אנו נשלם לכם את הסכום הנ"ל בתוך 15 ימים מתאריך דרישתכם הראשונה". ברם, נוסחו של כתב הערבות כפי שצורף להצעת המערערות היה: "נשלם לכם מפעם לפעם, תוך 15 ימים לאחר קבלת דרישתכם כל סכום שיצוין בדרישתכם". כב' השופט ג'ובראן ציין כי קריאה פשוטה של שני הנוסחים מובילה למסקנה כי למרות השוני הסמנטי בשני הנוסחים, מדובר בכתב ערבות זהה במהותו ובהשלכותיו האופרטיביות שכן ברי כי תשלום "מפעם לפעם" של "כל סכום שיצוין בדרישתכם" כולל בתוכו את האפשרות לדרוש את תשלום מלוא סכום הערבות בבת אחת.[48] כב' השופט ג'ובראן מבהיר כי "הבדל שולי כגון זה בנוסח הערבות, שלא היה מכוון להשגת יתרון שלא כדין, אין בו כדי לפגוע בשוויון בין המציעים במכרז ובין המציעים הפוטנציאלים, ואין הוא מקנה למערערות יתרון כזה או אחר ביחס לשאר ההצעות במכרז. כפי שנקבע בעניין מ.ג.ע.ר,[49] אין עוד השאלה האם פגם הוא "מהותי" או "טכני", אלא יש לשאול את עצמנו האם הפגם שנפל הוא מסוג הפגמים המצדיקים ביטול ההצעה אם לאו. הפגם שעומד במרכז ערעור זה אינו משנה את תוכן הערבות או את אופן מימושה, על כן, נחה דעתי כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה".[50]

400. פסיקה זו של כב' השופט ג'ובראן מבטאת גישה פרגמטית והיא שונה, מקלה וליברלית יותר מזו שנקבעה בעניין מג'אר וניר־אפליקום. לעומת זאת, כב'

---

47 עניין ריהאב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 2389–2390.

48 לעניין פרשנות זו ראה: עת"מ (חי') 1136/03 אבו עקסה ובניו מעיליא בע"מ נ' מועצה מקומית כסרא־סמיע, תק־מח 2003(2) 9954 (2003); עת"מ (י־ם) 722/06 ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־מח 2006(4) 11341 (2006).

49 עע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ, תק־על 2006(1) 2654 (2006).

50 עניין ריהאב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 2390.

הנשיאה בייניש בדעת מיעוט בעניין ריהאב הנ"ל חולקת על גישתו של כב' השופט ג'ובראן וקובעת כי יש לפסול את ההצעה, שכן לא התקיימו תנאי הסף במכרז, וזאת לאור הגישה המחמירה במיוחד שהתווה בית המשפט העליון בעניין מג'אר באשר לערבות בנקאית הנלווית להצעה במכרז.[51] כב' הנשיאה בייניש

51 בדרך זו צעד בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' הנשיאה מוסיה ארד), בעת"מ 1504/09 חג'אזי חברה לסיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, תק־מח 2009(3) 3611 (2009). באותו עניין צורפה ערבות אשר נפלו בה הפגמים הבאים: לא צוין שם מבקש הערבות על גבי כתב הערבות; הוספו המילים "המגיע או העשוי להגיע"; הוספו המילים "נשלם לכם מדי פעם בפעם"; וכן חלה הטבה בערבות בכך שהבנק התחייב להעביר את הסכום הנדרש בתוך 7 ימים ממועד הדרישה ולא בתוך 10 ימים כפי שהופיע בנוסח הערבות שצורף לתנאי המכרז. בית המשפט קבע כי אין המדובר במקרה שבו האופי הטכני של הפגם ברור וגלוי, ולכן פסל את ההצעה. אכן בית המשפט היה ער לעובדה כי לא מדובר בפגמים שעל־פי דיני הערבויות הבנקאיות יביאו לכישלון במימוש הערבות הבנקאית עת שזו תעמוד למבחן, אך בית המשפט הבהיר בעמ' 3616 כי "גם אם בסופו של יום יעלה בידו של המשיב לממש את הערבות חרף הפגם האמור, אין בכך כדי לחייב את המשיב להכשיר הצעה שצורף לה כתב ערבות שאינו בנוסח הנדרש". כפי שנפסק לא אחת "המזמין אינו חייב לקבל הצעה אם הערבות אינה מנוסחת כדבעי. אפילו תאמר שיש למזמין סיכוי סביר לזכות בתביעה נגד הערב אין הוא חייב להשלים עם מסמך שיסבך אותו במשפטים עם נותן הערבות. מן הצורך שכתב הערבות יהא חד וחלק כך שניתן לאכוף את התשלום על הערב ללא בעיות" (בג"ץ 134/72 "רמיר" חברה קבלנית בע"מ נגד עירית פתח תקווה פ"ד כו(2) 183 (1972))". ברם, יושם אל לב כי בעניין רמיר דווקא הכשיר כב' השופט (כתוארו אז) זוסמן ערבות בנקאית בהבהירו בעמ' 186 כי בנסיבות העניין: "בנק המכבד את עצמו לא היה מתגונן מפני תביעת הנערב בטענה, שעל אף דרישה שהוגשה בעוד מועד, לא תהא ערבותו בת תוקף למשך שלושה חדשים נוספים. אין סיבה לחשוש שמפאת הטעות האמורה, הגלויה לעין, הייתה העירייה נזקקת למשפטים כדי להיפרע". הדברים האמורים נכונים לכאורה כהווייתם גם ביחס לפגמים שנפלו בערבות דנא, ונראה כי הטעם לפסילתה נעוץ בגישה הכללית שהתוותה בפסיקתה של כב' הנשיאה בייניש בעניין מ.ג.ע.ר, לעיל ה"ש 49. ואכן גישה זו של כב' הנשיאה ארד באה לידי ביטוי חריף בפסק הדין שניתן בעת"מ 1562/09 העמותה למען החבר הוותיק במודיעים נ' יצחק הרצוג, שר הרווחה והשירותים החברתיים, תק־מח 2009(3) 5640 (2009). באותו עניין העמותה צירפה להצעתה כתב ערבות בנקאית הכולל התחייבות מטעם הבנק לשלם את סכום הערבות "תוך 10", במקום "תוך עשרה ימים" כנדרש בנוסח הערבות המחייב. לכאורה, זוהי דוגמה מובהקת שבמובהקת לטעות קולמוס שצריך לאפשר לתקנה, ואשר אין לפסול בגינה הצעה של מציע, ואם לא במקרה זה, אימתי? ועל אף זאת קבע בית המשפט כי יש לפסול את ההצעה והבהיר כי "אכן, אין לשלול כי כוונת הבנק שסיפק את הערבות הייתה להתחייב לשלם את סכום הערבות תוך עשרה ימים וכי השמטת המילה 'ימים' מקורה בטעות בתום לב של הבנק. כמו כן, אין לשלול כי אם היה מדובר במסמך רגיל הניתן לתיקון בידי הוועדה במהלך בדיקת ההצעות ולא בכתב ערבות, ניתן היה אולי לראות בכך טעות סופר כמשמעותה בתקנה 20(ג) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג־1993, ק"ת 5523. ואולם, בנסיבות הנדונות בהן מדובר בכתבי ערבות האמורים להיות תקפים וברי מימוש במועד הגשת ההצעות ובטעות העלולה להקשות על חילוט הערבות, לא ניתן

מציינת את הפסיקה ולפיה קיימת אפשרות לסטות מהגישה הקפדנית המתוארת, אולם היא מבהירה כי אפשרות זו מוגבלת למקרים נדירים ביותר, כגון פליטת קולמוס או טעות בלתי משמעותית בחישוב, להבדיל משוני בניסוח. אכן בית המשפט מכיר בעובדה כי נוסח הערבות שצירפה ריהאב להצעתה אינו מונע מעורך המכרז לדרוש את חילוט מלוא סכום הערבות בבקשה יחידה, אך אדרבה היא מציינת כי עסקינן בנוסח המאפשר לעורך המכרז אפשרות נוספת לפרוע את הערבות גם לשיעורין. שוני זה הוא שוני, ואין נפקות האם הוא מקל על עורך המכרז או מקשה עמו, שכן כבר נפסק על־ידי בית המשפט העליון (מפי כב' השופטת ארבל) בעניין אמנון מסילות,[52] כי שגם הצעה שנלווית לה ערבות, שעשויה להיטיב עם עורך המכרז מעבר לנדרש במסמכי המכרז, עלולה להיפסל בשל הפגיעה האפשרית בשוויון.[53] זאת ועוד, עצם הצורך להיזקק לשאלה זו ולבחון את השפעתו הצפויה של ההבדל בנוסח על אפשרות מימוש הערבות מצביע, לדעת כב' הנשיאה בייניש, על כך שאין מדובר באחד מאותם מקרים נדירים וחריגים, שבהם לא תיפסל הצעה במכרז על אף הפגם שנפל בערבות הבנקאית המצורפת לה.

לומר כי מדובר בפגם טכני הניתן לתיקון בדיעבד". עם זאת, בעת"מ 1612/09 נאות השרון שירותי סיעוד ורפואה (2009) בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, תק־מח 2009(3) 8691 (2009) הכשירה כב' השופטת ארד הצעה שצורף לה כתב ערבות, אשר לאחר ציון סכום הערבות הוספו בה המילים "אשר יהיה צמוד בהתאם לתנאי ההצמדה המפורטים להלן". בית המשפט ציין כי מקרה זה בא בגדר "המקרים הנדירים" המהווים "חריג שבחריג" שבהם ניתן לראות בפגם שנפל בערבות, פגם טכני שאין בו כדי להביא לפסילת ההצעה. זאת מכיוון שהתוספת האמורה לכתב הערבות חסרת כל משמעות, אינה מוסיפה לערבות ואינה גורעת ממנה, אינה מקנה למציע כל יתרון, ואין בה כדי להשפיע, ולו לכאורה, על יכולתו של בעל המכרז לממש את הערבות.

52 עע"ם 8610/03 אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר, פ"ד נח(755) 6, 765–766 (2004) (מפי כב' השופטת ע' ארבל). לעומת זאת, השופט א' גרוניס השאיר שאלה זו בצריך עיון.

53 לעומת זאת, ראה פסק דינה של כב' השופטת ד"ר מיכל אגמון־גונן בעת"מ 2443/08 אי.פי. אי (תנועה וחניה ישראל) בע"מ נ' עיריית נתניה, תק־מח 2009(3) 7724 (2009) אשר לא פסלה הצעה שצורפה לה ערבות בנקאית הגבוהה ב־50% מהסכום הנדרש על־פי תנאי המכרז, מכיוון שבפועל גובה הערבות לא השפיע על בחירת הזוכים. למכרז ניגשו חמישה מציעים וכל ההצעות נדונו לגופן תוך התעלמות מגובה הערבות הבנקאית. אדרבה, מציעה אחת הייתה בין הזוכות על אף שסכום הערבות שצירפה היה נמוך באופן משמעותי מזה של מגישה אחרת, ומכאן שסכום הערבות לא הקנה יתרון ולא יצר פגיעה בשוויון בין המציעים. הנה כי כן, בית המשפט לא ראה את עצם השוני כיוצר אוטומטית כשלעצמו פגיעה בשוויון. הבחינה של הדברים הייתה לגופם על־פי מה שנעשה בפועל, ולא על־פי פוטנציאל הפגיעה בשוויון.

401. כב' הנשיאה בייניש יוצרת אפוא אקסיומה ולפיה כל שוני בניסוח של ערבות בנקאית אל מול הנוסח שבמכרז – הוא "בהגדרה" פגיעה בעקרון השוויון, וזאת אף אם בחינה של הדברים לגוף הדברים הייתה מוליכה למסקנה כי מגיש הערבות לא השיג יתרון כלכלי כלשהו.

כלומר, אם ישאל השואל: בהעידר יתרון – מדוע נפגע עקרון השוויון? משיבה לו כב' הנשיאה בייניש כי מכיוון שוועדת המכרזים צריכה לדון בדברים לגופם כדי לבחון האם יש יתרון שכזה הרי שהדבר מלמד כשלעצמו כי אין המדובר ב"טעות קולמוס" בעלמא. והכלל הוא, לדידה של כב' השופטת בייניש, כי כל מה שאינו טעות קולמוס – יוגדר כפגם מהותי וייפסל.

נראה כי פסק דין זה הוא דוגמה מובהקת להבחנה בין הגישה הפרקטית (של כב' השופט ג'ובראן) לבין הגישה הדוגמטית שנקבעה בעניין מג'אר[54] וניו־אפליקום.[55]

בגישה זו של כב' הנשיאה בייניש מצדד גם כב' השופט רובינשטיין המבהיר בפסה"ד בעניין אדמונית החורש[56] כי בכל הנוגע לערבויות בנקאיות יש לצדד בגישה הדווקנית והמחמירה וכי "בחילוקי הדעות שנפלו בפרשת מרגלית ובפרשת ריהאב דעתי נוטה למחמירים, ואף שרוצה הייתי לאחוז על דרך הכלל במידת בית הלל שהלכה כמותם, בדיני המכרזים סבורני כי יש לדבוק במידת בית שמאי, ואין בכך משום חידוש".

402. בתי המשפט המחוזיים התקשו להפנים את ההחמרה שהתחוללה בעניין מג'אר ובעניין ניו־אפליקום, ולהלן נראה שורה של פסקי דין אשר בחנו את הערבות הבנקאית במכרז בחינה מהותית, תוך שהם שואלים את עצמם האם מדובר בפגם המונע את מימוש הערבות או בפגם המעניק יתרון משמעותי למציע ובכך פוגע בעקרון השוויון. מקום שבו אין יתרון כזה, הוגדר הפגם כטכני והתאפשר לתקנו או למחול עליו, אף כאשר עסקינן בערבות בנקאית.

403. דוגמה יפה לכך היא פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופט זפט) בעניין סני.[57] באותו עניין נרשם בכתב הערבות כי היא אינה ניתנת להעברה או להסבה, שעה שהתנאה כזו לא נכללה בנוסח הקבוע בטופס הערבות שצורף

54 עניין מג'אר, לעיל ה"ש 15.

55 עניין ניו־אפליום, לעיל ה"ש 33.

56 עמ"מ 5834/09 אדמונית החורש נ' המוסד לביטוח לאומי, תק־על 2010(1) 2085, 2092 (2010).

57 עת"מ 001375/01 סני שירותי תברואה בע"מ נ' עירית תל אביב, דינים מחוזי 2001(23) 1291 (2001).

למכרז. בית המשפט הבהיר באותו מקרה כי רק פגם מהותי מביא לפסילת הצעה וכי מקום שבו מבקשת ועדת המכרזים לפסול הצעה בשל פגם טכני, עליה לשקול: את מהות הפגם, את השפעת הפגם על טיב ההצעה ובהירותה, ואת הרקע להיווצרות הפגם. בדקה ומצאה כי הפגם אינו אלא זוטי דברים, נטול השפעה על טיב ההצעה ובהירותה, ונבע משגגה בתום לב, מן הראוי כי תאפשר לתקן את הפגם, ובמקרים מתאימים אף תוכל למחול עליו. אדרבה, בית המשפט מבהיר כי פסילת הצעה בשל פגם טכני כזה עשויה להיפסל על־ידי בית המשפט בשל חריגה ממתחם הסבירות.

ובנוגע למקרה שלפניו, הבהיר בית המשפט כי הפגם לא העניק למציעה יתרון כלשהו על פני שאר המציעים. לא חיסכון בעלות הערבות, אף לא כל יתרון אחר. בית המשפט בחן את הנושא בהתאם לדיני הערבות הבנקאית הכלליים, ולאפשרות להסב על־פיהם ערבות בנקאית.[58] בהתאם לכך קבע בית המשפט כי הפגם לא גרם לפיחות, אפילו לא מזערי, בזכות עורך המכרז כלפי הבנק מוציא הערבות הבנקאית.

משהגיע בית המשפט למסקנה כי אין חשש שהפגם נגרם שלא בתום לב ולא זיכה את המציעה בשמץ יתרון, הסיק בית המשפט כי עניין לנו בפגם טכני גרידא, נטול כל השפעה על טיב הערבות וכי יש לתקנה.

בית המשפט הדגיש את האינטרס העסקי המונח ביסוד דיני המכרזים והבהיר כי פסילת הצעה בשל פגם כזה אינה משרתת את מטרת המכרז לאסוף הצעות רבות ככל האפשר כדי שניתן יהיה לבחור מהן את הטובה ביותר.

404. דוגמה לקושי של בית המשפט המחוזי להטמיע את ההלכות שיצאו מפי בית המשפט העליון המבקשות להפוך את המבחנים לדוגמטיים נמצאת בפסק דינה של כב' השופטת דותן בעניין מימון.[59] במקרה זה עדים אנו לגישה פרגמטית של בית המשפט המחוזי תוך מתן הצדקות ספציפיות לחריגה מן הכלל שהתווה בית המשפט העליון. בית המשפט ציין כי מגישת ההצעה "חטאה" (המירכאות במקור) בכך שצירפה ערבות בנקאית שסכומה עולה על הנדרש. בפני בית המשפט ניצבה

58 בית המשפט בחן בעין דומה גם את הטענה כי על־פי נוסח כתב הערבות שהוגש לא ניתן לממש את הערבות באמצעות דרישת מימוש המועברת לבנק בפקסימיליה. בית המשפט קבע כי גם פגם זה הינו פגם טכני גרידא, שאינו גורע במאומה מזכות עורך המכרז כלפי הבנק מפיק הערבות הבנקאית, שכן ממילא על־פי כללי המכרז צריכה הדרישה להישלח בדואר רשום או להימסר במסירה אישית כנגד חתימת הבנק.

59 עת"מ (ת"א) 3108/04 אהרון מימון חברה לבנין ולפיתוח בע"מ נ' עיריית אור יהודה, תק־מח 2005(1) 8136 (2005).

ההלכה שנקבעה כאמור בבית המשפט העליון בעניין אמנון מסילות[60] ולפיה ערבות העולה על הנדרש פוגעת בעקרון השוויון, שכן לוועדת המכרזים ידוע כי במידה שאותו מציע לא יעמוד בהתחייבויותיו, סכום הכסף שיועמד לשיפויה גבוה מזה שתקבל אם תבחר בכל אחד מהמציעים האחרים. על אף זאת קבע בית המשפט המחוזי כי "אין בידי לקבל גישה זו". הכיצד סטה בית המשפט המחוזי מתקדים שקבע בית המשפט העליון בסוגיה זו עצמה? התשובה הייתה ביצוע הבחנה במישור הפרקטי בנוגע לגובהה של הערבות הבנקאית. פסק הדין בעניין אמנון מסילות התייחס למצב שבו הערבות הבנקאית גבוהה ב־40% מהדרוש. שונות היו העובדות בעניין מימון שבו הבהיר בית המשפט כי אין מדובר בהפרש ניכר וממילא כאשר ההפרש בין הערבות שהגישו המציעות השונות הוא כ־6%, הרי שהנימוקים שצוינו על־ידי בית המשפט העליון אינם רלוונטיים. בית המשפט הפעיל אפוא מבחן פרקטי מובהק כדי לבחון לגוף הדברים את מידת היתרון שבו זוכה מציע אחד על פני משנהו, ובהיעדר יתרון ממשי שכזה – קבע בית המשפט כי ההצעה אינה פסולה.

405. בגישה דומה נקט בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת שטמר) בעניין אבו עקסה.[61] באותו עניין נטען כי בכתב הערבות נכתב כי הבנק מתחייב לשלם סכומים שיידרש לשלמם "מפעם לפעם". הטענה הייתה כי זו חריגה מנוסח ההצעה שבמכרז, וכי אף עלולה להיות לכך נפקות, שכן עורך המכרז לא יוכל לדרוש את מימוש כל הערבות בבת אחת.

ודוק, אילו נבחנו הדברים על־פי הגישה הדוגמטית שהתווה בית המשפט העליון בעניין מג'אר[62] ובעניין ניו־אפליקום,[63] הרי שדינה של ההצעה האמורה היה נחרץ לנוכח עצם העובדה שבפנינו ערבות אשר לשונה אינה תואמת לנוסח שהותווה במסמכי המכרז. ואולם, בית המשפט המחוזי לא בחן את הדברים בגישה דוגמטית אלא בגישה פרקטית ושאל את עצמו האם על־פי דיני הערבויות הבנקאיות נגרע משהו מתוקפה של הערבות או מסכומה והאם הוקנה יתרון כלשהו למגיש ההצעה. בהתאם למבחן זה קבע בית המשפט כי עסקינן בפגם טכני שניתן לתקנו, שכן השימוש במילים "מפעם לפעם" יחד עם הביטוי "כל סכום", אינו משנה את תוכן הערבות באופן העלול לפגוע בזכות השוויון של המתחרים. מדובר אך ורק בשינוי נוסח זניח, שאינו משנה את הזכות לחלט את כל הסכום בפעם אחת או

60 עניין אמנון מסילות, לעיל ה"ש 52.

61 עניין אבו עקסה, לעיל ה"ש 48.

62 עניין מג'אר, לעיל ה"ש 15.

63 עניין ניו־אפליקום, לעיל ה"ש 33.

לדרוש מדי פעם חילוט של חלק מהסכום. בית המשפט מבהיר כי "הקובע הוא כי הערבות היא 'ערבות אוטונומית', שניתן להיפרע על כל סכומה עם דרישה"[64].

406. בדומה לכך פסק בית המשפט המחוזי בנצרת (כב' השופט הווארי) בעניין א.ד.פ.א[65] אשר אפשר למגיש ההצעה להגיש ערבות בנוסח שהוא נוח לו יותר לאור קיומה של סתירה מסוימת במסמכי המכרז. בית המשפט הבהיר באותו עניין את נקודת ראותו ולפיה בהיעדר ראיה לכך שעסקינן בחוסר תום לב כלשהו מצד המציע או בפגם שגרם להפרת עקרון השוויון – אין מקום לפסול את ההצעה.

407. גישה זו הגיעה לקיצוניות מסוימת בפסק הדין שניתן על־ידי בית המשפט המחוזי בנצרת (כב' השופט ח'טיב) בעניין חיראללה.[66] באותו עניין הוגשה ערבות בנקאית שתקופתה הייתה קצרה ביום אחד מהתקופה שנקבעה במכרז. בהקשר זה יושם אל לב כי בחינת הדברים על־פי דיני הערבות הבנקאית הכלליים הייתה מביאה לפסילה של הצעה זו, שכן משמעו של הפגם הוא כי בחלק מהתקופה הרלוונטית אם יבוא עורך המכרז לממש את הערבות הבנקאית – הוא ייוותר כשחרס בידו.[67] כיוון שעסקינן בתוקף הערבות, הרי שלכאורה בפנינו פגם היורד לשורשם של דברים.[68] אולם בית המשפט לא ראה כך את פני הדברים וציין כי מכיוון שההבדל

---

64 עניין אבו עקסה, לעיל ה"ש 48, בעמ' 9956. בנוסף נטען באותו עניין כי בעוד שבנוסח המכרז נקבע כי תצורף ערבות הצמודה למדד לצרכן, הרי שבכתב הערבות צוין סכום הצמוד "למדד לצרכן הכולל ירקות ופירות". בהקשר זה ציין בית המשפט כי תוספת זו אינה פוסלת את ההצעה שכן עורכת המכרז לא כתבה בתנאי המכרז את נוסח הערבות או את תנאי ההצמדה, ובתוספת זו אין בהכרח, להקטין את סכום הערבות. בנסיבות אלה קבע בית המשפט כי מכיוון שלא מדובר בחוסר תום לב. הרי שגם אם יש כאן פגם, הרי שזהו פגם פורמאלי, זניח, שניתן לתיקון.

65 ה"פ (נצרת) 261/00 א.ד.פ.א בע"מ נ' ואסל טאהא ראש המועצה המקומית כפר כנא תק־מח 2001(2) 66198 (2001). בדומה לכך ר' ה"פ (חי') 30173/97 אחים אבו עיאש נגד המועצה המקומית דלית אל כרמל (לא פורסם) וכן ה"פ (חיפה) 282/98 עלי נגד חב' יפה נוף תחבורה ותשתיות בע"מ (לא פורסם).

66 ה"פ (נצרת) 310/99 חיראללה נ' המועצה גליל תחתון תק־מח 99(3) 2489 (1999).

67 נראה לכאורה כי בית המשפט לא הקפיד על התכלית של הערבות הבנקאית ככלי לשיפוי עורך המכרז במקרה שהזוכה אינו עומד בהתחייבויותיו, אלא שם את הדגש על הערבות הבנקאית ככלי לבחינת רצינותו וחוסנו הכלכלי של מגיש ההצעה. מבחינה זו אכן אין הבדל בין ערבות למלוא התקופה לבין ערבות הנופלת ממנה ביום אחד בלבד. עם זאת, בהמשך פסק הדין ציין בית המשפט כי בהיעדר איסור מפורש בתנאי המכרז אין מניעה כי משתתף יגיש ערבות בנקאית שהוצאה לבקשת צד ג. זאת על אף שערבות המוצאת לבקשת צד ג ואינה נשענת על מצבת הנכסים של המשתתף במכרז אינה מעידה על חוסנו הכלכלי של המשתתף.

68 ואכן, בעת"מ (יר') 436/02 טרילוג בע"מ נ' הרשות לשמירת הטבע תק־מח 2002(2) 365

הוא של יום אחד בלבד – הרי שהוא לא הקנה יתרון ממשי למגיש ההצעה[69] וממילא לא פגע בעקרון השוויון. בנסיבות אלה קבע בית המשפט כי מדובר בפגם טכני ולא בפגם מהותי. בסיום פסק הדין מציין בית המשפט: "אמנם נפלו פגמים בערבות הבנקאית שהוגשה על־ידי המשיבה, אולם אלה הם פגמים שניתן להגדירם כפגמים טכניים גרידא, שנפלו כתוצאה מטעויות בתום לב; ומכל מקום, גם אם פגמים אלה ייחשבו כפגמים מהותיים, לאור הגישה הקודמת והמחמירה לפיה כל פגם בערבות הבנקאית הינו פגם מהותי, גם אז, לא גרמו פגמים אלה להפרת עקרון השוויון או להקניית יתרון של ממש למשיבה, ועל כן אין בהם כדי להביא לפסילת הצעת המשיבה"[70]. עיון בדברים אלה מראה עד כמה לא הוברר המסר שנקבע בהלכת מג'אר[71] ובהלכת ניו־אפליקום[72] בדבר פסילה אוטומטית של כל פגם הנופל בערבות בנקאית והגדרתו כפגיעה בעקרון השוויון – גם אם הוא לא מקנה יתרון ממשי כלשהו למגיש ההצעה.

408. מצב שבו קיים דיסוננס בין פסיקת בית המשפט העליון לבין יישומה על־ידי בתי המשפט לעניינים מנהליים, חייב התייחסות מחודשת של בית המשפט העליון במטרה "ליישר קו" – לכאן או לכאן, ובמטרה להבהיר את הרציונאליים העומדים בבסיס פסיקתו כך שזו תיושם נכונה ובאופן עקבי. נעמוד להלן על פסיקה זו.

ז(4) רציונאליים לגישה הפורמלית של בית המשפט העליון – סקירה ביקורתית

409. בית המשפט העליון (בעיקר מפי כב' השופטת כתוארה אז בייניש וכב' השופט רובינשטיין) מצדדים בקו פורמליסטי נוקשה, ובשורה של פסקי דין הבהירו את

(2002) קבע כב' השופט ע' קמא כי יש לפסול הצעה אשר חסרו שקלים בודדים בערבות הבנקאית שצורפה לה. בית המשפט הבהיר בהקשר זה כי לעניין זה, אין נפקא מינה אם כלל לא צורפה ערבות כנדרש או אם צורפה ערבות אשר אינה מקיימת את הדרישות.

69 בית המשפט בחן את הדברים בפריזמה של עלות הוצאת הערבות הבנקאית ובנסיבות אלה קבע כי גם אם נניח שקיצור תקופת הערבות ביום אחד חסך ממגיש ההצעה עמלה בגין אותו יום, הרי שחיסכון זה הינו זניח ביותר, ומתבטא במספר שקלים בודדים, עד שקשה להגדיר זאת יתרון. להבדיל כמובן ממקרה שבו תקופת הערבות תהיה קצרה משמעותית מהתקופה שנקבעה במכרז.

70 שם, בעמ' 2494.

71 עניין מג'אר, לעיל ה"ש 15.

72 עניין ניו־אפליקום, לעיל ה"ש 33.

הרציונאליים הניצבים לדעתם בבסיסי הגישה שהותוותה בעניין מג'אר וניר־אפליקום. נסקור להלן פסקי דין אלו בסקירה ביקורתית, ננתח את הרציונאליים העומדים בבסיס הגישה האמורה ונבקר אותם, בבחינת הצגת ה"שטר" כששוברו בצידו.

410. בהקשר זה ראוי להדגיש ולהבהיר את יסודי הדברים:
אין חולק כי אם נפגע תוקף הערבות הבנקאית או האפשרות לממשה, הרי שלא התקיימו תנאי הסף של המכרז, וזאת גם אם לא נפגע עקרון השוויון. במקרה זה לא צריך לבדוק האם הפיק מגיש ההצעה יתרון כלשהו מן הנוסח של הערבות הבנקאית, שכן הוא לא מסר ערבות אוטונומית בת תוקף ואפשרות מימוש לכל תקופת ההצעה.
כמו כן, אין חולק על עקרון השוויון כרציונאל יסודי הניצב בבסיסם של דיני המכרזים. השאלה היא רק זו: האם פגיעה בעקרון השוויון היא דבר שבוחנים אותו אמפירית – קרי בחינה עניינית של היתרון הכלכלי שהפיק מגיש ההצעה; או שמא עקרון השוויון הוא סיסמה – ולפיה כל סטייה בקוצו של יוד מהנוסח שנקבע במכרז היא בהגדרה חריגה מעקרון השוויון, גם כאשר אין כל יתרון כלכלי בנוסח השונה שהוגש?

ז(4)(א) פגיעה בעקרון השוויון גם בלי יתרון כלכלי למציע

411. פסה"ד המרכזי של כב' השופטת בייניש בסוגיה זו ניתן בעניין י.ת.ב.[73]
באותו מקרה נפל פגם בערבות הבנקאית שהייתה קצרה בחודש ימים לעומת הדרישה שהופיעה במכרז. המציעה שהגישה ערבות זו טענה כי לא קנתה כל יתרון מבחינת היקף הביטחונות שדרש הבנק בגין הנפקת הערבות וכן כי מבחינת העמלה עמד החיסכון על סך שולי של 250 ₪ בלבד. כב' השופטת בייניש לא קיבלה טענה זו וקבעה כי עסקינן בפגיעה בעקרון השוויון, בציינה כי אכן בחינה של הדברים אל מול המציעים האחרים אינה מגלה יתרון מהותי כלפי שאר המציעים. ברם, שאת ההצעה יש לבחון גם לאור פגיעה אפשרית בשוויון מול מציעים פוטנציאליים,[74] אשר ייתכן כי בחנו את תנאי המכרז ולא הגישו הצעה מכיוון שלא יכלו להגיש ערבות בנקאית העומדת בתנאי המכרז כלשונם.[75]

---

73 עע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' מדינת ישראל תק־על 2003(4) 58 (2003).

74 הכלל הוא כי הבלגה על פגם מסוים במכרז עלולה לפגוע במציע פוטנציאלי, שייתכן כי לא השתתף במכרז מאחר שלא היה ביכולתו להמציא הצעה שאינה לוקה בפגם זה. לעניין זה ראה ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 643, 647־646 (1997) וראה גם פסק הדין בעניין האחים אוזן, לעיל ה"ש 5 .

75 יצוין כי בעע"מ 10064/04 מרגלית ש.א. רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 495 (2004)

412. ודוק, בכל הנוגע לעובדות פסק הדין האמור נראה כי מובנת היא לחלוטין קביעתו, שהרי בחינת הערבות על־פי דיני הערבויות הבנקאית הכלליים, מלמדת כי בפנינו ערבות אשר בחלק מן התקופה הרלוונטית הייתה נעדרת תוקף. ברם, שהקביעות בפסק הדין חרגו מהתוויית עמדה בעניין הספציפי הנדון וקבעו הלכה כללית ולפיה ערבות בנקאית היא תנאי סף במכרז שלגביו ישרור הכלל כי כמעט כל פגם בערבות כמביא לפסילת ההצעה וכפגיעה בעקרון השוויון. למעט טעות הנובעת מפליטת קולמוס או מטעות קלת ערך, כגון טעות בחישוב הניכרת על פניה מהערבות עצמה, ייחשב כמעט כל פגם הנופל בה לפגם מהותי המביא לפסילה אוטומטית של ההצעה. בעוד שלגבי פגמים אחרים ייערך מבחן מהותי כדי לבחון האם יש נפגע עקרון השוויון והאם יש יתרון כלשהו למציע, הרי שביחס לערבות הבנקאית נקבע עיקרון ולפיו – כל פגם הוא בהגדרה פגיעה בשוויון – יהא הפגם אשר יהא.

413. בית המשפט מתייחס לטענה, השבה ועולה בבתי המשפט המנהליים, ולפיה יש מקום לסטות מ"הרטוריקה הדווקנית", שבאה לידי ביטוי בפסיקתו של בית המשפט העליון ביחס לפגמים בערבות ומבקשת לעבור "מגישה פורמליסטית לגישה פרקטית". לפי טענה זו, גישה פורמליסטית כלפי פגמים בערבות אינה מתאימה למציאות החיים הדינאמית, המחייבת התחשבות במכלול של שיקולים כבסיס להכרעה בדבר תוצאתם של פגמים בהליכי המכרז. בית המשפט מציין כי כתמיכה לעמדה זו הובאה בפניו פסיקה של בתי משפט מחוזיים ביושבם כבתי משפט לעניינים מנהליים, המבטאת תפיסה "פרקטית" ויתר גמישות בהכשרת פגמים בערבות. ברם, בית המשפט העליון דוחה גישה זו מכול וכול, בהבהירו:

> "טיעון זה מתעלם מכך שסווג פגמים אשר נראים כ'טכניים' או 'פורמאליים' בהקשרים אחרים אינו מתאים כאשר מדובר בפגמים בערבות. הקפדה על דרישות דווקניות ביחס לערבות, אינה ביטוי לגישה "פורמליסטית" אלא ליישום של עקרונות דיני המכרזים על הסוגיה המיוחדת של פגמים בערבות. לא ברטוריקה מדובר אלא במהות שסטייה ממנה עלולה לפסול את ההצעה. פסיקה שיצאה תחת ידיו של בית משפט זה מתווה

הוסיף בית המשפט העליון (כב' השופט עדיאל) וקבע כי גם בעת שעסקינן במכרז סגור שבו אין מציעים פוטנציאלים העלולים להיפגע תיפסל הצעה אשר נפל פגם בערבות הבנקאית המצורפת לה, שכן המבחן לקיומה של פגיעה בשוויון בין המציעים, יימצא בפגיעה הפוטנציאלית בשוויון ולא בהתממשותה של הפגיעה הלכה למעשה.

> את דרך המלך שבה צריכות לצעוד ועדות המכרזים בבוחנן פגמים בערבות – תוצאתם הרגילה של פגמים בערבות היא פסלות ההצעה. זאת ועוד, הקפדה על צעידה בדרך זו משרתת את האינטרס של ודאות משפטית בהליכי המכרז – אינטרס המקבל משנה תוקף בהתחשב במרכזיות התפקיד שממלאת הערבות במכרזים ציבוריים".[76]

414. ברם, שהנמקה זו של בית המשפט העליון אינה בהירה דייה, שהרי הדין המוחל ביחס לערבות בנקאית במכרז אינו יישום רגיל של דיני המכרזים הכלליים, אלא יישום מחמיר ודקדקני במיוחד, ואנו מוצאים הכבדה יתרה בסוגיה ספציפית זו, מעבר למקובל בדיני מכרזים. כך מבהיר בית המשפט העליון בפסק דין זה עצמו כי:

> "ככלל, העקרונות הבסיסיים החלים על מכרז באשר הוא ישימים גם ביחס לפגמים בערבות. עם זאת, ניתן לומר כי הכלל שלפיו דין הצעה פגומה להיפסל מקבל משנה תוקף כאשר מדובר בפגם בערבות, בשל היותה דרישת סף מהותית כמוסבר לעיל. המקרים החריגים שבהם ניתן להכשיר פגמים בהצעות המוגשות למכרז בשל היותם פגמים 'טכניים' או 'פורמאליים' גרידא, יהיו נדירים ביותר כאשר מדובר בפגמים בערבות".[77]

הכיצד ניתן אפוא לציין כי גישת בית המשפט העליון בסוגיה בעניין זה אינה פורמליסטית ונובעת מיישום רגיל של עקרונות דיני המכרזים, שעה שבית המשפט קובע באותו פסק דין כי יש להתייחס אל הערבות הבנקאית בגישה מחמירה יותר מן הרגיל ומבהיר כי זוהי סוגיה שבה יש להקפיד ביתר תוקף מן המקובל בדיני המכרזים הכלליים?

415. כמו כן, ההנמקה לפיה ההקפדה בעניין זה משרתת את האינטרס של ודאות משפטית אינה ברורה דיה, שהרי אינטרס זה קיים לא רק בנוגע לתנאי הסף של ערבות בנקאית אלא בנוגע לכל שאר תנאי הסף ובכל זאת הערבות הבנקאית במכרז היא שזוכה ליחס מיוחד.

---

76 עניין י.ת.ב, לעיל ה"ש 73, בעמ' 65.

77 שם, בעמ' 64.

416. כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש מוסיפה ומבהירה כי בעת שבית המשפט מאזן בין האינטרס הציבורי במכרז (שמירה על עקרונות של שוויון והגינות בין המתחרים) לבין האינטרס העסקי במכרז (בחירת ההצעה הטובה ביותר) ניתן מעמד בכורה לאינטרס הציבורי.[78] על כן, גם אם קיים פער גדול בכדאיות הכלכלית בין ההצעה שנפסלה לבין הצעות אחרות ואף אם התוצאה היא קשה, יועדף האינטרס הציבורי על פני האינטרס העסקי. מפסק הדין משתמע כי שיקול זה ניצב בבסיס הרציונאל להחמרה בהתייחסות לפגמים בערבות בנקאית, בהיותה של זו תנאי סף הנוגע בעקרון השוויון.

417. ברם, שרציונאל זה אינו ברור לכאורה, שכן בית המשפט הוא שהגדיר כל פגם טכני בערבות כפגיעה אוטומטית בעקרון השוויון, ובעקבות הגדרה זו הסיק כי בפנינו פגיעה באינטרס הציבורי. הגדרה זו עצמה של הפגם כפוגע בעקרון השוויון היא אפוא זו שעומדת למבחן, וממילא לא ניתן לנמק את הגישה הדווקנית בעניין זה באמצעות הפנייה אל העדיפות הנורמטיבית של האינטרס הציבורי, שהרי זוהי לכאורה הנחת המבוקש.

אדרבה, בחינה מהותית של הערבות הבנקאית מביאה למסקנה כי לא חלה פגיעה

---

78 שם, בעמ' 63. בהקשר זה נראה כי גישתה של כב' השופטת ביניש מושרשת היטב בפסיקה של בית המשפט העליון בדיני מכרזים. כך למשל בבג"ץ 19/82, 632/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות פ"ד לו(2) 673 (1982) עמד בית המשפט על החומרה הרבה של ביטול מכרז ועל כך שהדבר משים לאל את כל העבודה וההוצאות הרבות המושקעות בהכנת ההצעות שהוגשו, ועל כן אם נפל רק פגם טכני לא יהא בכך כדי להביא לפסילת המכרז, אלא אם כן הוא כרוך בחוסר תום לב, בכוונת זדון או בחוסר הגינות מנהלית. אולם בית המשפט מבהיר כי טיבו של הפגם ומידת השפעתו על גורלו של המכרז נדונים על־פי שקלול של שני עקרונות, שהם ביסוד כל דיני המכרזים: העיקרון האחד – הדאגה לבעל המכרז, שהוא גוף ציבורי, שיקבל את ההצעה הטובה, הנוחה והמתאימה ביותר; והעיקרון האחר – ההבטחה כי הצעות המציעים עצמם לבצע את המכרז יזכו ליחס הוגן ולאפשרות של תחרות בתנאים של שוויון. בית המשפט אינו מעניק מעמד בכורה לאיזה מן האינטרסים הללו וקובע כי תפקידו למצוא את האיזון הנאות בין השגת שתי המטרות שביסוד שני העקרונות האמורים. מן הראוי ששתי מטרות אלה יעלו בקנה אחד, אך יש שבמקרה מסוים צהובות הן זו לזו ומטרה אחת מתקפחת על־ידי חברתה. ביחס למקרה זה מבהיר בית המשפט (כב' השופט אלון) כי בתחום דיני מכרזים, כבענף המשפט המנהלי בכללו, מקפיד בית המשפט, בראש ובראשונה, על שמירתם של כללי יסוד שבתורת המשפט הציבורי־מנהלי, כגון, שלא להפלות הפליה בלתי מוצדקת, שלא לנהוג בשחיתות, בשרירות או בחוסר תום לב, וכיוצא באלה. אשר על כן, מכרז, שיש בו משום עבֵרה על ציוויים־איסורים אלה, ואף אם אינו אלא אבק עבֵרה, יש בכך בלבד כדי לפסול את המכרז ולבטלו. הרעיון המרכזי שביסוד ציוויים־איסורים אלה הוא מניעת שימוש לרעה בכוח השררה המצוי – אם בהרבה ואם במעט – בידיה של הרשות הציבורית. בתור נאמן הציבור "עליה להישמר ולהתרחק מכל אבק של שימוש לרעה בשררה ובפיתוייה".

בעקרון השוויון וממילא המסקנה תהא כי האינטרס הציבורי לא נפגע.
זאת ועוד, בהמשך פסק הדין מבהירה כב' השופטת בייניש כי בכל הנוגע לפגמים טכניים שאירעו בתום לב באלמנטים אחרים בהצעה (להבדיל מערבות בנקאית) רשאית ועדת המכרז להפעיל שיקול דעת לאחר שבחנה את מהות הפגם, ובעשותה כן רשאית ועדת המכרז להביא בחשבון גם את השיקול העסקי – בדבר הכדאיות הכלכלית של ההצעה הפגומה לעומת ההצעות האחרות. נמצא כי מעמד הבכורה של האינטרס הציבורי על פני האינטרס העסקי אינו אמור להביא להתעלמות מן האינטרס העסקי, ואינו יכול להוות כשלעצמו עילה להגדרת כל פגם טכני בערבות בנקאית כפגם מהותי, גם כאשר בבחינה מהותית של הדברים לא נפגע עקרון השוויון.

418. בית המשפט העליון מציין כי דינה של ערבות בנקאית שונה מן הדין החל ביחס לפגמים אחרים של דיני מכרזים. ברם, שנשאלת השאלה: למה? במה שונה היא ערבות בנקאית מכל מרכיב אחר בהצעה המהווה תנאי סף? מדוע יש לומר כי ביחס לערבות בנקאית כל פגם טכני ייחשב כמעט תמיד למהותי, ויוגדר כפוגע בעקרון השוויון, גם אם במישור המהותי לא הקנה כל יתרון למציע על פני מציעים אחרים, קיימים או פוטנציאליים. מדוע ראה בית המשפט העליון להחמיר דווקא בדינה של ערבות בנקאית שמוגשת במכרז?

419. ברור לגמרי כי אם נופל פגם בערבות הבנקאית השולל את תוקף הערבות (כפי שקרה בעניין י.ת.ב) בפנינו אי עמידה בתנאי סף, ואין צורך לבחון אם נוצר יתרון כלשהו למגיש הערבות, שהרי גם בלי יתרון כאמור, ההצעה פסולה – בהיעדר ערבות בת תוקף. מצב שונה לחלוטין הוא כאשר בפנינו ערבות אשר מבחינת דיני הערבות הבנקאית אין בשוני הניסוח כדי לפגוע בתוקף הערבות או ביכולת לממשה באופן אוטונומי. ביחס למקרה זה, היה מן הראוי לבחון, בחינה לגופו של עניין, האם בפנינו פגיעה בעקרון השוויון, במובן זה שהמציע הפיק טובת הנאה כלכלית או אחרת מן השוני האמור. ברם, מכיוון שבית המשפט הבהיר ביחס למבחן הראשון כי אין נפקות האם יש יתרון כלשהו למגיש הערבות, הוא כבר החיל את אותם הדברים גם ביחס למבחן השני, וקבע כי גם אם בשוני שחל בנוסח הערבות אין כדי לפגוע בתוקפה או באופן מימושה, לא נבחן האם בפנינו פגיעה בעקרון השוויון. נראה לכאורה כי בית המשפט עשה בהקשר זה מיזוג בין שני מבחנים שונים לחלוטין וזהו, בכל הכבוד, יישום לא נכון של מבחן אחד ביחס למשנהו וערבוב של מין בשאינו במינו.

ז(4)(ב) האינטרס הציבורי מול האינטרס העסקי – כשל הנחת המבוקש

420. בפסיקתה של כב' השופטת (כתוארה אז) בייניש בעניין מרגלית[79] מופיעה הנמקה אחרת לקביעת בית המשפט העליון ולפיה כל פגם בערבות בנקאית הוא בהגדרה חריגה מעקרון השוויון גם אם בבדיקה אמפירית יימצא שלא הופק יתרון כלשהו למגיש ההצעה. בעניין זה מבהירה כב' השופטת בייניש כי לאור מעמד הבכורה של האינטרס הציבורי על פני האינטרס העסקי בדיני מכרזים, יש לקבוע כי די בחשש פוטנציאלי מפני הפגיעה בשוויון כדי לפסול הצעה. חשש פוטנציאלי זה הוא העיקרון המנחה בבחינת הפגמים בערבות ולא תום הלב של מגיש הערבות הפגומה. על כן, בכל מקרה שבו נפל פגם בערבות הבנקאית, קיים פוטנציאל לפגיעה בשוויון היא זו שצריכה להנחות את ועדת המכרזים ואת בית המשפט, ולא השאלה אם בפועל הוכח כי אכן נגרמה פגיעה בשוויון.

421. ברם, נראה כי אין בהנמקה זו כדי להבהיר מהו הטעם לכך שיש להעדיף את האינטרס הציבורי על פני האינטרס העסקי? נראה בעליל כי יש לעשות כן כדי שלא לפגוע בעקרון השוויון שהוא עיקרון ערכי, שאינו נמדד בשיקולי תועלת עסקיים. אבל רק אם עקרון השוויון אכן נפגע, יש מקום לקביעה כי העיקרון העסקי יידחה מפני אינטרס ציבורי. ממילא, נכון היה לערוך בדיקה אמפירית – האם בנסיבותיו של המקרה הנדון נפגע עקרון השוויון והופק יתרון כלכלי כלשהו למגיש ההצעה. רק לאחר שמגיעים למסקנה כי עקרון השוויון אכן נפגע באופן ממשי יש מקום להעדיף את האינטרס הציבורי על פני האינטרס העסקי. בלי שעקרון השוויון נפגע – אין מקום להנחה כי האינטרס הציבורי עדיף, ונמצאנו פוגעים באינטרס העסקי של דיני המכרזים בלא שתהא הצדקה מספקת לכך. בהקשר זה יש לזכור כי התועלת העסקית אינה רק עניין מטריאלי אלא עסקינן בכספי ציבור ואם פוסלים הצעות טובות – פוגעים בציבור. אין מקום לפגוע פגיעה שכזו בשם עקרון השוויון, או בשם האינטרס הציבורי, שעה שבדיקה אמפירית של הדברים מראה כי בפועל עקרון השוויון לא נפגע כלל.

422. ואכן, נראה כי זהו הבסיס לקביעתו של כב' השופט לוי שהחזיק בדעת המיעוט בעניין מרגלית הנ"ל. כב' השופט לוי הבהיר כי עם כל החשיבות של עקרון השוויון במכרזים שעורכת הרשות הציבורית, יש לזכור גם כי כל רשות מחויבת לפעול ביעילות ותוך הגשמת האינטרס העסקי. אינטרס זה מחייב כי התקשרויותיה החוזיות יניבו לקופה הציבורית תמורה גבוהה ככל האפשר. לדידו של כב' השופט לוי אין מעמד בכורה לאינטרס הציבורי על פני האינטרס העסקי וממילא לא די

79 עניין מרגלית, לעיל ה"ש 75.

בהצבעה על קיומו של חשש רחוק ובלתי ממשי לפגיעה בשוויון בין המציעים. יש להצביע לכל הפחות על חשש ממשי, כי בשל פעולתה של הרשות המזמינה יופר עקרון השוויון במכרז. אדרבה, לשיטתו של כב' השופט לוי, כל עוד שלא הוכחה פגיעה ממשית בשוויון בין המציעים – יש להקנות מעמד בכורה דווקא לאינטרס העסקי ולעקרון יעילות המנהל. לאורו של איזון עקרונות זה קבע השופט לוי כי יש לבחון את שאלת היכולת לתקן הצעה פגומה שהוגשה למכרז ציבורי, ובכלל זה הצעות הלוקות בכתב הערבות שהועמד. השופט לוי מבהיר כי אין צידוק לקביעה קטגורית, השוללת מניה־וביה כל תיקון שאינו אך טכני וקל ערך. כל פגם יש לבחון לגופו, תוך מתן הדעת לשתי שאלות עיקריות: האחת, אם הפגם שנפל בהצעה, כמו גם נכונות המזמין להתיר את תיקונו, מעוררים ולו חשד קל שבקלים לחוסר תום לבו של המציע או מקימים חשש לפגיעה, ולו למראית עין, בהגינות השלטון; והשנייה, אם תיקון הפגם יקנה למציע יתרון כלשהו על פני מתחריו, שלא היה בידיו לולא נפל מלכתחילה הפגם בהצעה. רק מקום שבו התשובה על אחת משאלות אלה היא בחיוב, לא יותר למציע לתקן את הצעתו, ואולם בכל מקרה אחר אין פסול בהתרת התיקון.

423. מקום שבו נפגע האינטרס הציבורי ועקרון השוויון הופר – מובן מדוע הצעה נפסלת אף על פי שיש פגיעה באינטרס העסקי. ברם, שהחמרה גורפת הפוסלת הצעות גם כאשר אין פגיעה מהותית באינטרס הציבורי, ואין פגיעה בטוהר המידות ובעקרון השוויון – מהווה פגיעה באינטרס העסקי של הציבור, בלא שתהא לכך הצדקה. הכיצד ניתן להחמיר בעניין שכזה מעבר לנדרש על אף שהציבור מפסיד מבחינה כלכלית? הרי משמעותה של ההחמרה היא כי לא נעשה איזון ראוי וזאת על אף שנפגע אינטרס קריטי של דיני המכרזים. היכן הוא עקרון הסבירות המחייב להביא בחשבון את כל השיקולים הרלוונטיים ולאזן ביניהם נכונה?[80]

80 ביקורת זו מובאת למעשה כאחד מהרציונאלים לפסיקתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופט מודריק) בעת"מ (ת"א) 1377/03 י.ע.ז. חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־מח 2003(3) 1799 (2003). באותו עניין הוגשה ערבות בת תוקף בעת שנפתחה תיבת המכרזים. אולם כיוון שמהלכי ההחלטה של ועדת המכרזים התעכבו כמה חודשים היה צורך להאריך את משך הערבות ושתי הזוכות לא האריכו את תוקפה. על כן הועלתה טענה כי חל פגם מהותי בהתנהלות הזוכות במכרז וכי הופר עקרון השוויון. בית המשפט קבע כי לית מאן דפליג שפגם בערבות הוא פגם מהותי ולא תועיל לדיפויו העובדה שמדובר בסכום כספי נמוך ביותר. על אף זאת נפסק כי מדובר ב"פגם טכני" שניתן להתגבר עליו אם המציע פעל בתום לב. בית המשפט ציין כמה טעמים לקביעה זו, כגון העובדה כי המחדל התהווה לאחר הגשת ההצעה ולאחר שנפתחה תיבת המכרזים ואין להשוותו לפגם שנופל במועד הגשת ההצעה. אחד מן הטעמים המועלה על־ידי

424. נראה לכאורה כי נכונים ביחס למקרה זה דבריו הנוקבים של המשנה לנשיא כתוארו אז כב' השופט אלון בעניין מיגדה.[81] שם הובהר כי פיקוח, שכתוצאה הימנו נפסל מכרז או הליך מהליכיו, כאשר אין חשש להפרת תנאי שוויון ותחרות הוגנת – וכאשר אין אבק חשש של שיקולים פסולים וחוסר תום לב מטעם הרשות הציבורית – לא זו בלבד שאין לו הצדקה עניינית, אלא שנזקו מרובה מתועלתו. זאת מכיוון שפיקוח זה חותר תחת כושר פעילותה הכלכלית של הרשות הציבורית, גורם לבזבוז כספיה ופוגע בטובת ענייניה וצרכיה; ופלוני היחיד נמצא משתכר, שלא כראוי ושלא ביושר, מהפסדה.

טול דוגמה ערבות בנקאית שאינה מבוילת. אכן, ברור כי ביול הוא כשלעצמו פגם טכני.[82] אבל לכאורה זהו פגם בערבות הבנקאית, ולפי הסיסמה שמניחה כי כל פגיעה בציפורן של ערבות בנקאית היא בהגדרתה פגיעה בעקרון השוויון במכרז, היה אמור דינה של ההצעה להיחרץ. ובכן, בפועל ניכר כי אין כאן שום פגיעה בעקרון השוויון ואין כל טעם לפגוע באינטרס הכלכלי של הציבור ולפסול הצעה זו. פגם טכני לא הופך למהותי ואינו פוגע בשוויון רק מכיוון שהוא מצוי בערבות בנקאית. בהקשר זה מסכימים אנו בכל הכבוד עם ההנמקה שניתנה בפסה"ד לוגיסטי־קר בע"מ[83] אשר בחן את המקרה לגופו של עניין וקבע כי לא חלה פגיעה בעקרון השוויון[84] בלא להניח את המבוקש בקביעה כי

השופט מודריק הוצג על ידו בעמ' 1808־1807 כדלהלן: "את הטעם השלישי אציג בזהירות – דווקא בסוגיה זו של התנגשות אינטרסים במכרז נקט בית המשפט העליון גישה דווקנית, עקבית ומושרשת שהעדיפה את עקרון השוויון על פני אינטרס של יעילות כלכלית. טעמיה של פסיקה זו עמה. אולם זה לא מכבר הזדמן לי לעיין במחקר של המלומד ד"ר עומר דקל... שהביע דעתו שגם בכגון זה ראוי להפעיל מנגנוני איזון כדי לאתר על־פי הנסיבות הקונקרטיות איזה אינטרס ראוי להעדפה. לא נעלם ממני, כמובן, שאין לי רשות ואין לי סמכות לפסוק בניגוד להלכה ברורה של בית המשפט העליון. הערתי מכוונת לומר שאילו ניתן בידי להפעיל, בעניינו מנגנוני איזון הייתי קובע שהפגיעה בשוויון כמעט אינה קיימת ולפיכך יש להעדיף את שיקולי התועלת הכלכלית".

81 בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85 (1982).

82 מסעיף 14 לחוק מס הבולים על מסמכים, התשכ"א־1961, ס"ח 334 על מסמכים עולה כי פגם בביול הוא פגם הניתן לריפוי, וודאי שאינו פגם הפוגע במהות המסמך שיש לביילו. כמו כן, לעניין מסמכים שלא בוילו והוגשו בפני ערכאה שיפוטית מקובל כי בעלי הדין לא יטענו לעניין, וכי אם השופט הדן קיבל את המסמך על אף החוסר, אין העניין נושא לערעור. ראה אצל זוסמן, בעמ' 505–506, 819; א' הרנון דיני ראיות 150–151 (כרך א, תש"ל).

83 עת"מ 433/02 לוגיסטי־קר בע"מ נ' מדינת ישראל, פמ"מ תשס"ב 350 (2002), מפי כב' השופטת שידלובסקי־אור. וראה גם ת"א (ת"א) 551/94 טלדור שירותים טכניים בע"מ נ' חברת נתיבי איילון בע"מ, פ"מ תשנ"ה(2) 315, 332–333 (1994); ה"פ (ת"א) 964/00 יבטח בע"מ נ' החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ, דינים מחוזי 2000 (6) 190 (2000).

84 בית המשפט קבע בעניין לוגיסטי־קר, לעיל ה"ש 82, בעמ' 358 כי "הפגם לא העניק לעותרות

כל פגיעה בערבות בנקאית היא אוטומטית פגיעה בעקרון השוויון.[85] מסקנתו של בית המשפט היא על כן, כי "מדובר בנסיבות שבהן הפגיעה בשוויון הינה טכנית ושואפת לאפס, המעשה נעשה בתום לב והטעות קלה ביותר וניתנת לתיקון פורמאלי. במקרה כזה אין לדקדק בציציותיה של הערבות, שכן דקדוק שכזה פוגע בעקרון קבלת ההצעה הטובה ביותר העומד גם הוא בבסיס המכרז, והוא למעשה מטרתו"[86]. בית המשפט הכשיר על כן ערבות "פגומה ובלתי מבוילת" זו וציין כי "על ועדת המכרזים לשרת את הציבור על־ידי בחירת ההצעה המתאימה, ועל כן טובת הציבור מחייבת לאפשר לוועדת המכרזים להגיע לתוצאה הטובה ביותר של המכרז, תוך הקפדה על כשירות המציעים וקיום כל תנאי המכרז, אך ללא עמידה על קוצו של יוד כאשר נפל פגם בתום לב. דווקנות במקום שבו אין לה דורש – חורגת ממתחם הסבירות"[87].

425. נראה כי כשל הנחת המבוקש דבק בפסיקת בית המשפט העליון בשני פסקי דין נוספים, שגם בהם אין בית המשפט משתף אותנו בהבהרה מדוע נקבע באופן

יתרון כל שהוא על פני שאר המציעים. מדובר בסכום פעוט במיוחד. הטעות ניכרת על פניו של המסמך. הטעות תוקנה מיד כשנודע עליה לעותרות, וההתחייבות שבערבות נשארה בעינה. מכאן עולה כי מדובר בפגם טכני בלבד". כמו כן קבע שם בית המשפט כי מכיוון שעסקינן בפגם טכני יש לבחון את תום לבן של המציעות, ולאור הסכום הפעוט שמדובר בו (80 ש"ח בלבד), אין מקום להטיל ספק בתום לבן.

85 בגישה דומה נקט בית המשפט העליון (מפי כב' השופט ח' מלצר) בעניין אדמונית החורש, לעיל ה"ש 56 עת שבחן פגם טכני שנפל בערבות בנקאית. באותו מקרה קבע בית המשפט כי ערבות בנקאית שנכתבה בה האות הספרדית "ה" במקום הציון ש"ח אינה פסולה, תוך שהוא מציין בעמ' 2090 כי "אין בטעות ובתיקונה כדי לפגוע בעקרונות שבבסיס דיני המכרזים, ובפרט – בעקרון השוויון, שכן לא מדובר פה בחשש ממשי כי בנסיבות הענין הערבות בנוסחה האמור לא תהיה ניתנת למימוש, שהרי בנק המכבד עצמו לא יכפור בתוקפה... בנוסף – אין בערבות הפגומה אף כדי לפגוע ביכולת עורך המכרז לעמוד על חוסנה הכלכלי של המערערת־המציעה, או על גמירות דעתה בהצעתה". הנה כי כן, בית המשפט לא יצא מנקודת הנחה לפיה עצם העובדה שעסקינן בפגם בערבות בנקאית מהווה פגם בעקרון השוויון וממילא זהו פגם מהותי שאינו ניתן לריפוי. חלף זאת, הדברים נבחנו לגופו של עניין, ומשהגיע בית המשפט למסקנה כי לא נגרע במאומה עקרון השוויון הוכשרה הערבות.

86 עניין לוגיסטי־קר, לעיל ה"ש 83, בעמ' 358. בית המשפט ציין בהקשר זה כי אין מקום לפסול את הערבות האמורה גם לאור בחינה מהותית של תכלית הערבות הבנקאית במכרז: רצינות המציע ואפשרות מימוש קל. בהקשר זה ציין שם בית המשפט כי "לאור סכום הביול הפעוט, אין באי ביולה של הערבות כדי להצביע על היעדר רצינות מצדן של העותרות. גם לעניין המימוש דומה כי הערבות שהוגשה ממלאת אחר התנאי, שכן נפסק בעבר כי מקום שבנק המכבד את עצמו לא ימאן להכיר בערבות, יש לראות בערבות כבת מימוש כנדרש".

87 שם, בעמ' 356.

דוגמטי כי כל פגם בערבות בנקאית הוא בהגדרה פגיעה בעקרון השוויון, בלא שייבחן באופן פרגמטי האם בפועל הפיק מגיש ההצעה יתרון כלכלי כלשהו מן השוני בערבות הבנקאית.

426. כך אירע בעניין כפרי יעקב[88] שבו נדון מקרה שבו המועד האחרון להגשת ההצעות נדחה בשבוע, וממילא הערבות שהוגשה לא תאמה את מסמכי המכרז. מגישת ההצעה טענה כי אין באי הארכת תוקף הערבות כדי לזכותה ביתרון כלשהו על פני המתמודדים האחרים, וכי העלות הכספית של הארכת תוקף הערבות בשבוע נוסף היא זניחה מבחינתה. כב' השופטת בייניש דחתה את הערעור תוך שהיא שבה ומבהירה כי פגם בערבות ייחשב בדרך כלל כפגם מהותי הפוגע בשוויון בין המציעים במכרז ועל כן דינה של הצעה שהערבות שצורפה אליה פגומה – להיפסל. הפרש העלות השולי בין הערבות הנדרשת לבין הערבות הפגומה אינו מלמד כי הפגם אינו פוגע בעקרון השוויון ואין במבחן זה כדי לחשוף את היתרון היחסי שרכש המציע שצירף ערבות פגומה על פני יתר המשתתפים במכרז. ברם, שאין בפסק דין זה רציונאליזציה לגישה נוקשה זו.

427. בגישה דומה נקט בית המשפט העליון בעניין מ.ג.ע.ר.[89] באותו מקרה נקבע בערבות הבנקאית כי דרישה לצורך מימוש הערבות אינה יכולה להימסר באמצעות פקס. בעבר הוכשרה ערבות שכללה הוראה זו, שכן גם מבלי שהדברים ייאמרו בנוסח הערבות הבנקאית לא ניתן היה לממשה באמצעות הודעה המשודרת בפקס, וממילא לא היה בנוסח זה של הערבות הבנקאית כדי ליצור הכבדה שאינה קיימת על דרך הרגיל. ברם, בית המשפט העליון חרג מפסיקה זו וציין כי עם שינוי תנאי השוק המאפשרים על דרך הרגיל מימוש ערבות בנקאית באמצעות הודעת

פקסימיליה, נמצא כי הכללת פסקה מגבילה בעניין זה שהוגשה למכרז היא בגדר הכבדה מעבר לקבוע בנוסח המכרז – והדבר פוסל את ההצעה.
ודוק, נראה על פני הדברים כי אין כל יתרון למגיש הערבות הבנקאית בכך שנכללת בה הגבלה על מימוש באמצעות פקס וממילא קשה לראות במה נפגם עקרון השוויון עקב פגם זה.
זוהי אפוא דוגמה מובהקת להגדרת כל פגם בערבות הבנקאית כפגם מהותי הפוסל את ההצעה. ואכן, כב' השופטת נאור הבהירה כי ככלל ניכרת מגמה

88 בר"מ 6734/05 כפרי נ' החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, תק-על 2005(3) 575 (2005).

89 עניין מ.ג.ע.ר, לעיל ה"ש 49.

של החמרה בכללים הנוגעים לערבות בנקאית במכרז, וכי היא שותפה על דרך העיקרון לקו מחמיר זה. ברם, שפסק הדין אינו מבהיר את הרציונאל להחמרה זו ואין בו הבהרה מדוע יש להחמיר בערבות בנקאית יותר מאשר בכל תנאי סף אחר ומדוע קובעים שחל פגם בעקרון השוויון – כשבפועל אין המציע נהנה מיתרון כלשהו על פני חבריו. במה נפגע עקרון השוויון ולמה אין בודקים שאלה זו באופן אמפירי בנסיבות המקרה הנדון? על כך – אין תשובה.

ז(4)(ג) הרצון למנוע כר של שיקול דעת מוועדות המכרזים – יעילות וודאות

428. בפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין בעניין מ.ג.ע.ר מובהר כי שיקול מרכזי לשלילת מרחב שיקול הדעת של ועדת המכרזים לאפשר תיקון של פגם טכני בערבות בנקאית או למחול עליו נעוץ ברצון להפוך את הליך בדיקת העמידה בתנאי הסף לכמעט אוטומטי, בלא צורך ב"מגע יד אדם" או בשיקול דעתו. הרציונאליים הניצבים בבסיס מגמה זו הם: שיקולי יעילות וודאות. יעילות במובן זה שוועדת המכרזים לא תידרש לבחון כל מקרה לגופו ולשבת על המדוכה לגביו. וודאות, שהרי מקום שבו קיים שיקול דעת של חברי ועדות מכרזים שונים, תשתררנה מטבע הדברים גם תוצאות שונות, שכן "כשם שפרצופיהם של בני אדם שונים כך דעותיהן שונות"[90], ויש אינטרס להשיג ודאות ואחידות. אכן, כב' השופט רובינשטיין גורס[91] (בשונה מקביעתה של כב' השופטת בייניש בעניין י.ת.ב[92]) כי אין הבחנה בין ערבות בנקאית במכרז לבין כל שאר תנאי הסף במכרז. ברם, שביחס לכל תנאי הסף כאחד מן הראוי לדידו להחמיר, שכן:

> "לדידי ההקפדה היתרה צריך שתחול לא רק על ענייני ערבות בלבד, אלא על כל תנאי מתנאי המכרז. פשיטא הוא, כי ככל שייוותר כר מועט יותר ל'פרשנות יצירתית' של תנאי מכרז, כן ייטב לשוויון, להגינות, ולעשיית צדק עם כולי עלמא.
> הותרת מרווח לפרשנות בענייני מכרזים משמעה, כפי שציינה חברתי בפרשת א.ג.י, חוסר יעילות וביטול זמן בועדות המכרזים, דיונים שיפוטיים לאחר מכן, וכיוצא בזה; ולא למותר לציין כי כל ההתדיינויות הללו עולות ממון רב לקופות הציבור וגם לצדדים אחרים.
> ולא אלה בלבד, אלא גם – ובל אחטא בשפתי – במכרז הנתון

90 תלמוד ירושלמי, ברכות דף ט', עמ' א'.

91 עניין מ.ג.ע.ר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 2659.

92 עניין י.ת.ב, לעיל ה"ש 73.

לפרשנות פותח פתח לשאלות של טוהר המידות (אין הדברים נאמרים כלפי העניין שבפנינו כשלעצמו).
כל אלה נאמרים כמשקל נגד לנטייה הרווחת לעתים להקל ראש בפורמליות של מכרזים, ובדרך כלל הקלת הראש תהא כשהיא נוחה למקל הראש ומשיגה לו יתרון. אשר על כן, לדידי על מגישי הצעות במכרזים לבדוק בשבע עיניים אם מילאו אחד לאחד את התנאים למיניהם, ובבוא ועדות המכרזים לדון בהם, גישתן צריכה להיות קפדנית".

429. בהתאם לגישה זו ההבחנה בין פגם טכני לפגם מהותי דורשת מומחיות ועמה יבואו ויכוחים והתדיינויות, וממילא יש להגדיר את הכול כמהותי וכפסול. ואכן "כח דהיתרא עדיף"[93] – כדי להקל צריך להבין במה מדובר ואילו להחמיר ולפסול קל מאוד. אבל האם זו סיבה להחמיר? לכאורה, מסקנה לפיה צריך תמיד להחמיר כדי להשיג יעילות וודאות היא פשטנית בדיוק כמו המסקנה ולפיה צריך תמיד להקל כדי להשיג ודאות ויעילות. ברם, כשם שברור כי בשם עקרון היעילות והוודאות לא נכון לקבוע כלל לפיו הכול כשר כך לא ניתן בשם עיקרון זה לקבוע כלל ולפיו הכול פסול. נראה לכאורה כי לא נכון לוותר על שיקול דעת ולפסול פסילה גורפת שבה נרמסת הצעה שהושקעה בה עבודה עצומה ואשר חשוב לציבור לקבלה, רק מכיוון שרוצים להיות יעילים ומהירים. האם נכון מבחינת כללי המשפט המנהלי לבטל את שיקול דעת ולפסול בלי הבחנה רק כדי שהכול יהיה ודאי וברור? הרי קיים בסוגיה זו גם אינטרס עסקי ברור שצריך לייצג אותו ומחמת אינטרס זה – אין מקום לפסול הצעות טובות אם הן אינן פוגעות בעקרון השוויון. הכיצד זה ניתן אפוא מכוח שאיפה ליעילות ולוודאות לפסול הצעות באופן גורף, בלי שיקול דעת ובלי בדיקה האם בפועל אכן נפגע עקרון השוויון, והאם הפיק מציע כלשהו טובת הנאה כלשהי, או שמא הפגם בקוצו של יוד בערבות הוא אכן טכני ותיקונו אינו פוגע בעקרון השוויון במאומה?

430. יש לזכור גם כי יעילות אינה נבחנת רק לפי מבחן של מהירות, אלא גם בבחירת ההצעה הטובה ביותר מבחינת האינטרס הציבורי, הכולל מרכיב של מחיר (חיסכון בכספי ציבור), טיב, איכות – ומהירות ביצוע. כך למשל נתאר לעצמנו מכרז

93 ראה מסכת ביצה דף ב', עמ' ב', שם מבהיר רש"י כלל פרשני זה כי "טוב לו להשמיענו כח דברי המתיר, שהוא סומך על שמועתו ואינו ירא להתיר, אבל כח האוסרין אינה ראיה, שהכל יכולין להחמיר, ואפילו בדבר המותר".

אשר מטעמי יעילות פסלו בו הצעה מסוימת שלא אפשרו לתקן פגם טכני שנפל בה, וחלף זאת קיבלו במהירות עצומה הצעה אחרת והכריעו במכרז. אלא שיש הבדל "קטן" אחד בין ההצעות. זו שנדחתה הייתה מביאה לסיום העבודות בתוך שנה וזו שנבחרה תביא לסיום העבודות נשוא המכרז בתוך חמש שנים. האם בכך שהזדרזו לפסול את ההצעה נעשה שירות טוב ליעילות ההליך, או שמא נכון לומר כי חטאנו ליעילות בכך שנבחרה "דרך קצרה שהיא ארוכה"[94] ופעלנו לפי אחד מ"חוקי מרפי" כי "A shortcut is the longest way between two points".

431. נראה לכאורה כי החלטה שמקבלת ועדת מכרזים בלי להפעיל שיקול דעת היא החלטה פגומה בהגדרתה על־פי דיני המשפט המנהלי, שכן רשות מנהלית אינה רשאית להימנע מהפעלת שיקול דעת. אם מבקשים להחריג את ועדות המכרזים משקילת אינטרס שהיא מופקדת עליו וביצוע פסילה אוטומטית של הצעה, הדבר צריך להיות מעוגן בעקרונות השיטה כפי שעוצבו על־ידי המחוקק או מחוקק המשנה בעת שהלה עיצב את דיני המכרזים. ברם, שמחוקק המשנה דווקא בחר להקנות שיקול דעת לוועדות המכרזים ולא להפוך את ההליך לאוטומטי. כך למשל סעיף 16ב(ב)(1) לתקנות חובת מכרזים (תיקון), התשס"ט־2009[95] מעניק לוועדת המכרזים שיקול דעת בכל הנוגע ל "...חילוט ערבות מכרז של מציע, כולה או חלקה, אחרי שניתנה לו הזדמנות להשמיע את טענותיו אם... הוא נהג במהלך המכרז בעורמה, בתכסיסנות, או בחוסר ניקיון כפיים". הסוגיה של ערבות בנקאית נדונה אפוא על־ידי ועדת המכרזים לגופה, ונבחן ניקיון הכפיים של מגיש ההצעה. בנוסף, מוצאים אנו את תקנה 8א(ב) לתקנות הנ"ל המאפשר לוועדת המכרזים למנות ועדת משנה שתביא לפניה המלצה בשורה של נושאים. משמעות הדבר היא כי ועדת המכרזים יכולה למנות אנשים בעלי מומחיות מתאימה לקביעה אילו פגמים ייחשבו כטכניים ואילו פגמים יביאו לפסילת ההצעה. מחוקק המשנה סבור היה אפוא כי הפעלת שיקול דעת של ועדת המכרזים היא דבר ראוי, ואף העניק לה כר נרחב של שיקול דעת בתחום מימוש

94 מסכת ערובין דף נ"ג, עמ' ב': "אמר רבי יהושע בן חנניה: מימיי לא ניצחני אדם חוץ מאישה, תינוק ותינוקת ... פעם אחת הייתי מהלך בדרך וראיתי תינוק יושב על פרשת דרכים. ואמרתי לו: באיזה דרך אלך לעיר? אמר לי, זו קצרה וארוכה, וזו – ארוכה וקצרה. והלכתי בקצרה וארוכה. כיוון שהגעתי לעיר, מצאתי שמקיפין אותה גנות ופרדסים. חזרתי לאחורי, אמרתי לו: הלא אמרת לי (שדרך זו) קצרה? אמר לי: ולא אמרתי לך ארוכה? נשקתיו על ראשו ואמרתי לו, אשריכם ישראל שכולכם חכמים גדולים אתם, מגדולכם ועד קטנכם". כלומר, יש דרך שהיא אמנם "קיצור דרך" אך בסופו של יום היא ארוכה יותר ובלתי יעילה. ויש דרך שהיא ארוכה יותר, אך בפועל היא הדרך הקצרה והיעילה.

95 ק"ת 441.

הערבויות הבנקאיות וכן מסר בידה את הכלים להפעלת שיקול דעת זה. מדוע בחר אפוא בית המשפט העליון לשלול את שיקול הדעת שהעניק מחוקק המשנה לוועדות המכרזים?

ז(4)(ד) הרצון למנוע כר של שיקול דעת מוועדות המכרזים – טוהר המידות

432. נראה כי עיקרה של הרציונאליזציה לגישתו של כב' השופט רובינשטיין נעוץ בסיפא של דבריו בעניין מ.ג.ע.ר,[96] שם מציין הוא כי אין להותיר מרחב של שיקול דעת בידי ועדת המכרז, שכן דבר זה "פותח פתח לשאלות של טוהר המידות". לאמור, כי הותרת שיקול דעת בידי ועדת מכרז, אף לצורך תיקון פגמים טכניים בלבד, אינו רצוי ופותח פתח לשחיתות. בבחינת דברי הגמרא במסכת קידושין (דף נ"ו, עמ' ב): "לאו עכברא גנב אלא חורא גנב" (לא העכבר גונב, אלא החור – הפִרצה היא הקוראת לגנב). כר של שיקול דעת – הוא בבחינת פרצה כאמור וזו הסיבה שיש להחמיר.

433. הדברים נאמרו בשפה מרומזת גם בדעת המיעוט של כב' השופט רובינשטיין בעניין וייספיש.[97] באותו עניין קבע, כאמור, כב' השופט ג'ובראן בדעת הרוב כי על ועדות המכרז חלה חזקת הכשרות המנהלית וכי יש להכשיר פגמים שנפלו בערבות בנקאית שאינם פוגעים בעקרון השוויון. לעומת זאת, כב' השופט רובינשטיין מבהיר כי לדידו עסקינן במדרון חלקלק ועל כן שומה על ועדות המכרז להקפיד בענייני מכרזים על קלה כבחמורה.[98] לדידו, הבדיקה צריכה להיות כמו בדיקה של מבחן במתמטיקה, דהיינו – אוטומטית וללא כל שיקול דעת.[99] כב' השופט רובינשטיין אף מציע[100] כי תאומץ "ערכת בדיקה למכרזים" (check list) היכולה להיות אף ממוחשבת – שבה תיבדק על אתר הפורמליות של המכרז לכל פרטיה ודקדוקיה, כך שייחסכו עוגמת נפש והתדיינויות, ולעתים גם

---

96 עניין מ.ג.ע.ר, לעיל ה"ש 49.

97 עניין וייספיש, לעיל ה"ש 45.

98 שם, בעמ' 354. ובמקור בעניין מ.ג.ע.ר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 2659 בלשונו: "כמובן יהיו מקרים שפגם יהא זניח בגדרי השכל הישר, או יימצא כדי כך בתוך המובן מאליו, שלא יהא מקום לפסול בגינו; אך מקרים אלה הם לדעתי החריג שבחריג, והכלל הוא כי פגם הוא פגם ותוצאותיו עמו. אם לא כן, במציאות הישראלית, שאין צריך להכביר עליה מלים, יש חשש לא מבוטל למדרון חלקלק, ופתח שהוא 'כחודה של מחט' עלול להיפתח כפתח 'שיהיו עגלות וקרוניות נכנסות בו' (שיר השירים רבה, ה')".

99 השווה לעניין זה דבריו של כב' השופט זמיר בבג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, תק־על 97(3) 332 (1997).

100 עניין וייספיש, לעיל ה"ש 45, בעמ' 357.

ייחשפו "תרגילים". כב' השופט רובינשטיין מציין כי גישה זו "נובעת ממבט רחב אל כלל הנסיבות הממשלתיות והציבוריות בישראל, בלא שארצה לפגוע חלילה בפלוני או אלמוני" – משמע, לא רק שאין מקום לחזקת הכשרות המנהלית המוחלת על כל מעשי המנהל – אלא שהרשות נחשדת לפתע בהפעלת שיקול דעתה.

434. בית המשפט ביקש אפוא למנוע שחיתות ולשם כך קיצץ בנטיעות וצמצם את כר שיקול הדעת של ועדת המכרזים. שיקול זה המועלה על־ידי כב' השופט רובינשטיין מבוסס מן הסתם על ניסיון והוא בגדר שיקול חשוב ביותר שבוודאי אין להקל בו ראש. אבל מבחינת מדיניות משפטית ראויה, נראה כי הדרך למנוע שחיתות איננה על־ידי שלילת שיקול הדעת מאנשי המנהל אלא באמצעות שקיפות ומנגנוני פיקוח הולמים. הרב אברהם יצחק הכהן קוק נהג לומר כי "צדיקים טהורים אינם קובלים על הרשעה – אלא מוסיפים צדק, אינם קובלים על הכפירה אלא מוסיפים אמונה, אינם קובלים על הבערות אלא מוסיפים חוכמה". אם יש חשש לטוהר המידות של ועדות מכרזים ורוצים "לתקן עולם במלכות", הרי שהשיטה אינה צריכה להיות שלילה מוחלטת של שיקול הדעת כך שלא יתאפשר תיקון של פגם טכני של מציע, ואינה על־ידי שלילה סיטונאית של הצעות, אלא על־ידי הידוק מנגנוני הבקרה והפיקוח. יש לזכור כי המכרזים מובאים לביקורתו של בית המשפט בעתירות מנהליות ויש שקיפות המאפשרת לצד שהפסיד במכרז לפקח הדק היטב על שיקול דעתה של ועדת המכרזים. כמו כן, ניתן היה לכאורה לפעול לכך שבוועדות המכרזים ישבו דרך קבע יועצים משפטיים עם ותק מסוים, וביחס למכרזים בעלי היקף כספי מסוים אף שופטים בדימוס. כמו כן, ניתן לקבוע כי דירקטורים מטעם הציבור יהיו חברי קבע בוועדות המכרזים,[101] וכיוצ"ב הליכים שיגבירו את האמון בוועדות המכרזים וירחיקו את החשש מפני השחתת המידות. לעומת זאת, השלילה המוחלטת של שיקול הדעת פוגעת פגיעה שאינה מידתית ואינה תואמת לחזקת הכשרות הנושבת במשפט המנהלי בכל נושא אחר.

435. יתרה מזו, רציונאל זה של בית המשפט העליון מעורר את השאלה: מדוע דווקא

101 פתרון זה של מינוי דירקטורים מטעם הציבור סייע להתמודד עם עסקאות של חברה עם בעל עניין – ראה סעיפים 268–283 לחוק החברות, תשנ"ט־1999, בדגש על סעיף 279 הקובע כי בוועדת הביקורת שאמונה על אישור עסקאות עם בעלי עניין כמתואר בסעיפים הללו יכהנו שני דירקטורים חיצוניים במועד מתן האישור וכי לפחות אחד מהם ינכח בדיון שבו הוחלט על אישור העסקה הספציפית עם בעל העניין.

בנושא זה, של פגם טכני בנוסח ערבות בנקאית, מתעורר חשש כי הרשות תיכשל יותר מאשר בכל עניין אחר שבו מסורים בידה שיקולים וסמכויות הנוגעים לכספי ציבור?[102] מדוע דווקא ביחס לדיני מכרזים יש להחמיר והאם אין בהחמרה זו משום הפרת האיזון בין האינטרס הציבורי שקיים ספק ספיקא אם ייפגע, לבין האינטרס העסקי – שנפגע מראש כתוצאה מפסילה גורפת של הצעות, גם אם כתוצאה מכך תתקבל הצעה הנופלת בסדרי גודל מחברתה הטובה ממנה?

436. תיקון של פגם טכני בערבות בנקאית אינו נושא כספי, ולא נדרש בו יושר מיוחד מצד ועדת המכרזים. קשה להבין מדוע דווקא בהקשר זה חשודה היא ועדת המכרזים בחוסר טוהר מידות והיכן הוא הפתח שיימצא לשחיתות. כך, למשל, כאשר בפנינו ערבות בנקאית שבמקום לכתוב כי הסכום ייגבה כולו על־פי דרישה, נאמר כי ניתן לגבותו "מפעם לפעם" על־פי דרישה. זהו שינוי נוסח טכני שבטכני ושיקול הדעת המאפשר לתקן או למחול על "פגם" שכזה אינו פותח פתח לשחיתות כלשהי. מעניין הדבר כי דווקא בית המשפט המחוזי הקרוב יותר אל המציאות הפרקטית[103] מוכן לתת קרדיט לוועדות המכרזים ולהביע אמון בעבודתן, בעוד שבית המשפט העליון מפקפק ביושרה של גופים אלו. אין זאת אלא כי בית המשפט המחוזי לא רואה בתיקון פגם טכני בערבות פתח שיכול לאפשר שחיתות במכרז. בהקשר זה יצוין כי בהחלטת בית המשפט המנהלי בתל

---

102 ואכן, כב' השופט לוי בעניין מרגלית, לעיל ה"ש 75, בעמ' 516–517 חולק מכול וכול על רציונאל זה ומבהיר: "נתתי דעתי לטענה הנשמעת לא־אחת ולפיה לדיני המכרזים, באופן מובהק ביחס לענפי משפט אחרים, מאפיינים ייחודיים המחייבים נקיטתה של גישה דווקנית ונוקשה א־פריורי. לא אוכל לקבל גישה זו, בפרט לנוכח התפישה שאינה חדשה עמנו, כי סוגיות משפטיות נבחנות על־פי מהותן ואל מול התכלית שבבסיס הדינים המסדירים אותן. לא השתכנעתי כי נקיטתה של שיטה הבוחנת מהותית ולגופו כל פגם שנפל בהצעה שהוגשה במכרז, תפתח פתח לשימוש לרעה בהליכי המכרז עד כדי חשש – בבחינת 'מדרון חלקלק' – מאובדן מוחלט של היכולת להבטיח את תקינותם של הליכים אלה".

103 אכן, כב' הנשיא ברק, הנשיאה בייניש והשופט רובינשטיין שימשו בפרקטיקה בתפקידי יועצים משפטיים לממשלה ופרקליטת המדינה, ובתוך כך נתקלו מן הסתם לא פעם בתופעות של חוסר ניקיון כפיים של ועדות מכרזים שונות. אבל הניסיון הפרקטי שבו עסקינן הינו זה של העוסקים במלאכת הכנת המכרז. מי שעוסק בתחום זה "חי" את הלחץ שבו נתון עורך המכרז, הנאלץ להגיש הצעה הגדושה בנתונים ובפרטים, ממלא ספרים עבי כרס, מצוי בסד זמנים חריף, ונוסף על הכול מתמודד עם פקידי בנק, שיש להם דוגמה קבועה, גמישות מינימלית ופקידים שאינם בעלי אינטרס ממשי להקפיד בקוצו של יוד ולהתאים ערבות בנקאית למכרז, עד כי לא תשרור כל אי התאמה בשום קוצו של יוד. נראה כי בתי המשפט המחוזיים הם הנתקלים בתופעות היומיום הללו, והם ערים על כן לכך שמלאכה רבתי יורדת לטמיון, בשל הקפדה על תופעה שאינה ניתנת למיגור.

אביב (כב' השופטת ד"ר פלפל) בעניין וייספיש[104] קבע בית המשפט כי כל הפגמים שנפלו בהצעה היו בגדר אי דיוקים טכניים, שאינם פוגמים בעקרון השוויון[105] וכי נקודת המוצא הנראית לעין היא כי תום לבם של המציעים לא הופר. בית המשפט נתקל בקושי לאור ההלכה שיצאה מבית המשפט העליון בעניין מ.ג.ע.ר[106] שבו ציין כאמור כב' השופט רובינשטיין כי על אף שיהיו מקרים שפגם יהא זניח בגדרי השכל הישר, הרי שמקרים אלה הם החריג שבחריג, והכלל הוא כי "פגם הוא פגם ותוצאותיו עמו", שאם לא כן יש חשש למדרון חלקלק, ופתח שהוא "כחודה של מחט" עלול להיפתח כפתח "שיהיו עגלות וקרוניות נכנסות בו"[107]. ביחס לכך מציינת כב' השופטת פלפל כי "גדרי השכל הישר הכא, לטעמי, לא מוצאים פתח כזה, שחודה של מחט יכול לעבור בה"[108].

437. זאת ועוד, בנושאים אחרים – חלקם כספיים מובהקים – מותירים בידי ועדת המכרזים שיקול דעת. נשאלת אפוא השאלה, מדוע דווקא בסוגיית הפגם הטכני בערבות בנקאית חשודה היא ועדת המכרזים באי ניקיון כפיים ואילו בנושאים כספיים מובהקים נותר בידה כר עצום של שיקול דעת? הרי מי שאינו בר לבב ימצא דרך להעדיף הצעה אחת על פני רעותה בנושאים אחרים שיש בהם שיקול דעת, ודווקא שם נותנים לו מרחב ובקעה להתגדר בה. מדוע זה אפוא מצא בית

---

104 עת"מ (ת"א) 2461/05 וייספיש נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק־מח 2006(2) 5121 (2006).

105 הטענות שהועלו כלפי ההצעה היו אלו: ההצעה למכרז הינה ללא תאריך; המכתב חתום על־ידי מציע אחד ולא על־ידי שני המציעים; אי מילוי כל הפרטים הנדרשים בטופס ההצעה כמו: טלפון, כתובת רשומה, אלא ת"ד בלבד.

הטענות שהועלו כלפי הערבות היו: כי קיים הבדל בין שם המציעה בהצעה לבין שמה בכתב הערבות; ואי ציון של מספר הזיהוי של המציעה בכתב הערבות (ח.פ.).

106 עניין מ.ג.ע.ר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 2569.

107 כב' השופט רובינשטיין חזר על עמדתו זו בבר"מ 6990/09 האגודה לבריאות הציבור נ' מדינת ישראל, תק־על 2009(4) 804 (2009) בפסק דין שבו נפסלה הצעה, שכן חלף הגשת כתב ערבות עם הארכת תוקף, נמסר כתב הארכה בלבד. נראה כי לא היה ספק שניתן היה לחלט את הערבות גם על סמך כתב ההארכה בלבד, ועל כן נטען כי מדובר בפגם טכני שיש לאפשר את תיקונו בהתאם לתקנה 20 (ג) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג־1993. בית המשפט בעמ' 807 חזר על הלכת מ.ג.ע.ר וציין כי "אכן במדיניות מעין זו ייתכן כי ייפלו שבבים ושמא המקרה הנוכחי הוא אחד מהם. אך היא הנותנת 'פתיחת הדלת' ראשיתה מצער ואחריתה מי ישורנה. המלומד ע' דקל (מכרזים א' (2004) (עמ' 127–139) אמנם מציע גישה גמישה יותר בדיני המכרזים בעניין הערבות ורכיב השוויון בכלל, למשל הוא מבקר את טיעון 'המדרון החלקלק' בכגון דא (עמ' 133). חוששני שדעתי שונה, ועדיף שלא לפתוח לרשויות פתח, כאמור מעלה במובאה מעניין מ.ג.ע.ר".

108 עניין וייספיש, לעיל ה"ש 104, בעמ' 5125.

המשפט העליון לקבוע כי דווקא בנוגע לפגמים טכניים בערבות בנקאית אין מאפשרים לתקן פגם שאינו מהותי, ושוללים את מרחב שיקול הדעת. מה השתנה עניין זה מכל שאר הסוגיות שבהן יש שיקול דעת בידי ועדת המכרזים?

438. בנוסף, יש לזכור כי גם פורמליזם נוקשה עלול להיות כלי שרת בידי מי שמנסה להכשיל הצעות מטעמים לא ענייניים. כך למשל כאשר יושבת ועדת מכרזים ומבקשת לפסול הצעה כלשהי שהיא רחמנא ליצלן עדיפה על פני רעותה לגופו של עניין, נוטלים זכוכית מגדלת ומאתרים "פגמון" כלשהו בקוץ של היוד בנוסח הערבות, מביאים לפסילתה של ההצעה העדיפה ומגלגלים עיניים כלפי מעלה אל בית המשפט העליון בטענה כי זו גזֵרה השוללת אפשרות לשיקול דעת ולקבלת ההצעה. והרי לך פתח שעגלות וקרוניות נכנסות בו – דווקא בחסות הכלל שקבע בית המשפט העליון ובהכשרו.

439. בעניין כאלדי[109] הבהיר בית המשפט העליון כי גישת "בית שמאי" בעניין דנא נחוצה כדי להגביר את אמון הציבור בשיטת המכרז. ובלשונו:

> "לתורת המכרזים יפה גישת בית שמאי. אין מנוס. שמירה קפדנית ודקדקנית על כללים ברורים ואחידים היא ערובה לקיום העקרונות המהותיים של שוויון והגינות המכרז, להגברת אמון הציבור בשיטת המכרזים, למאמץ לנעילת דלתי השחיתות ולשינוי היחס המקל ראש. לעתים, בדרישות המכרז מצד חלק מהמציעים. גישה אחרת אולי תועיל לקופת הציבור במקרים מסוימים לטווח קצר, אך יפגע בה קלקול המידות בטווח הארוך, ועמו כל החולאים הכרוכים בכך".

440. מגישה זו יוצא אפוא כי הכלל של חשדהו ואל תכבדהו בשיקול דעת נובע מנקודת הנחה כי לצורך הגברת אמון הציבור בשיטת המכרזים מן הראוי להקפיד על קלה כחמורה, גם ביודעין שמדובר בקלה ולא בחמורה. ברם, שנשאלת

---

109 עע"מ 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, תק־על 2007(1) 342, 349 (2007). כמו כן ראה קביעתו של כב' השופט רובינשטיין בפסה"ד מיום 19.1.09 בעע"ם 8092/08 איזנברגר חברה לבנין ועבודות ציבוריות בע"מ נ' שירותיון – שירותים ניידים בע"מ, דינים עליון 2009 (7) 912 (2009) שבו נפל שוב פגם בערבות הבנקאית בכך שבכתב הערבות הושמטה פסקה ולפיה דרישת חילוט הערבות לא תישלח בפקס או באמצעי אלקטרוני אחר. בית המשפט הבהיר כי "ככלל, המגמה היא לדקדק בקיום תנאי המכרז, וההקפדה היא הקפדה יתרה, בפרט שעניינו בערבות".

השאלה, האם אמנם הקפדה על קוצו של יוד וגישה נוקדנית – היוצרת תחושה קשה של עוול ושרירות – מקנות אמון בוועדות המכרז? ושמא להיפך? שמא יש בה בגישה זו כדי למרמר את הציבור החש כי המשחק אינו הוגן אלא הוא בגדר של מיטת סדום שבה קוצצים רגליים וראשים כדי להתאים את האדם למיטה ולא את המיטה לאדם? ד"ר עומר דקל בעמ' 537-538 מוסיף ומציין כי פסילת הצעות טובות עלולה לפגוע באמון של פקידי הרשות בעריכת מכרזים – דבר שעלול להיות מתורגם לניסיונות התחמקות מעריכת מכרזים. כלומר צריך להתחשב לא רק באמון של הציבור בשיטת המכרזים אלא גם לשמירת אמון הרשות בשיטת המכרזים – דבר שיושג רק אם ועדת המכרזים תוסמך לקבל החלטות יעילות ולא תיאלץ להקריב דרך קבע את האינטרס העסקי של הציבור על מזבחם של ערכים אחרים.

441. כב' השופט (כתוארו אז) מנחם אלון ציין בעניין מיגדה[110] כי אדרבה, פיקוח, שכתוצאה הימנו נפסל מכרז או הליך מהליכיו, כאשר אין חשש להפרת תנאי שוויון ותחרות הוגנת – וכאשר אין אבק חשש של שיקולים פסולים וחוסר תום לב מטעם הרשות הציבורית – לא זו בלבד שאין לו הצדקה ענייינית, אלא נזקו מרובה מתועלתו. פיקוח שכזה חותר תחת כושר פעילותה הכלכלית של הרשות הציבורית, גורם לבזבוז כספיה ופוגע בטובת ענייניה וצרכיה; ופלוני היחיד נמצא משתכר, שלא כראוי ושלא ביושר, מהפסדה. אדרבה, גישה מחמירה בהקשר זה היא שתעודד חוסר הגינות ותפגע בטוהר המידות, שכן היא תביא לכך שמי שהפסיד במישור המהותי, יילחם בהצעה הזוכה במישור הטכני והדווקני ויביא לפסילתה מטעמים שאינם לגופו של עניין. ובלשונו:

> "חוששני, נמצאנו מעודדים חוסר הגינות ואי יושר ביחסים הכלכליים שבין האזרח לבין הרשות הציבורית ומחטיאים את עצם תכליתה של שיטת המכרזים. והמקרה שלפנינו יוכיח".

ובהמשך דבריו:[111]

> "אחת המטרות המרכזיות של דיני המכרזים היא, כאמור, הבטחתה של תחרות הוגנת, בתנאים של שוויון. זוהי תחרות רצויה וברוכה בתחום חיי המשק והכלכלה, ועלינו לטפחה

110 עניין מיגדה, לעיל ה"ש 81, בעמ' 106.

111 שם, בעמ' 108.

ולשמרה, לבל יבולע לה. והנה, מתוך כך החלה מתפתחת תופעה, שאינה עולה בקנה אחד עמה. הגיבורים העיקריים והראשיים כבר ירדו מהבמה; התחרות הכלכלית נסתיימה, אך בעקבותיה ולאחריה מתחילה תחרות משפטית, היזומה על־ידי מי שיצא נפסד בתחרות הכלכלית. מפסיד זה מחפש ומחטט, לעתים בדרך הסלולה ולעתים בדרכי עקיפין, בשיטין ובין השיטין של המכרז והצעות המציעים האחרים, ונתלה בכל חריג ובכל פגמון, קטנים וטפלים ככל שיהיו, מעלה את כולם בעתירה בבית משפט זה, מתוך תקווה, אולי מידת הדין תבוא לעזרו, במקום שנכשל לפי חוקי הכלכלה. לדעתי, מן הראוי לבלום תופעה זו ולהתריע עליה".

ז(4)(ה) ההקפדה על הערבות הבנקאית – חינוך הציבור

442. הנמקה נוספת העולה מפסקי הדין האמורים של בית המשפט העליון היא כי הקפדה בקוצו של יוד במכרז תחנך את הציבור לדייקנות ותמנע רשלנות.[112] ניכר כי נושבת סברה ולפיה די בכך שהצעות ייפסלו כמה פעמים כדי שהציבור ילמד לקח ויקפיד על קלה כבחמורה, הנורמה תשתרש והתופעה של אי דיוק בנוסח לא תישנה. היה וכך יהיה הרי שייחסך הצורך בהתדיינויות משפטיות ענפות. בגישת בית המשפט העליון יש אפוא היבט חינוכי המיועד לשרש את תופעת אי הדיוק בנוסח הערבות הבנקאית המוגשת במכרז.

443. כך למשל ציין כב' השופט רובינשטיין בעניין אדמונית החורש,[113] עת שמצא לנכון ליתן "עצה מחייבת": "על המגישים הצעות במכרזים להפנים ולשנן כי יש לבדוק 'בשבע עיניים' את ההצעה בטרם הוגשה, שכן אין מנוס ככלל ממדיניות דווקנית". בדומה לכך מוסיף ומציין כב' השופט הנדל באותו פס"ד:[114] "להשקפתי, על המציע המשתתף במכרז להבין כי עסקינן בסוג של מקצוע. משמע, נדרשת מהמציע מקצועיות גם במילוי אחר דרישותיו הטכניות. אחת מהדרישות היא בדיקה דקדקנית של הערבות הבנקאית המצורפת להצעה. בל נשכח כי מדובר בהליך מנהלי והמבחן הדומיננטי הוא שמירה על השוויון, כאשר מבחנים הזוכים בתחומים אחרים בבכורה – כגון תום לב והיעדר רשלנות – אינם ניצבים במרכז הבימה. רוצה לומר, מציע הנוהג בחוסר תום לב וברשלנות עלול להפסיד את

112 ראה גם פסק דינה של כב' השופטת בייניש בעניין ריהאב, לעיל ה"ש 4.

113 עניין אדמונית החורש, לעיל ה"ש 56, בעמ' 2092.

114 שם, בעמ' 2093.

זכייתו במכרז בשל כך. עם זאת, טענת מציע כי אמנם לא מילא בפרוטרוט אחר הוראות הערבות הבנקאית, אך 'לא התרשלתי ונהגתי בתום לב' – לא תושיעו בהכרח".

ברם, ספק אם ניתן לחנך את הציבור שלא לטעות, ויש לזכור כי מכרז מוגש בפועל בלחץ נסיבות המוליד טעויות אנוש – כתוצאה כמעט בלתי נמנעת. מי שעוסק בתחום הפרקטי מודע היטב לכך שהצעות במכרז גדושות בנתונים ועמוסות בפרטים, כאשר יש למלא חוברות עבות כרס ולפעמים ספרים עבי כרס ולעבור משוכות רבות. המצאת ערבות בנקאית תלויה גם בגורם נוסף, הלוא הם פקידי הבנק, המתערבים לעתים בניסוח הערבות הבנקאית, דבקים בשטאנץ שלהם, ומערימים קשיים בכל עת שמבוקש נוסח שונה, שאותו הם מדפיסים בלי לדייק בקוצו של יוד, שהרי הוא לא רלוונטי לבנק.[115] ולכל אלו

115 פתרון מסוים לכשל זה עשוי להימצא על־ידי הטלת אחריות על הבנק לכשלים כאמור. ואכן, סנונית ראשונה בהקשר זה נמצאה בפסיקת בית המשפט המחוזי בת"א (כב' השופטת ע' ברון) בפס"ד שניתן ביום 14.5.09 בעניין א.ד. מירז', לעיל ה"ש 39, ובו חויב בנק בפיצויים בגין רשלנות בהפקת ערבות בנקאית פגומה שצורפה למכרז. חיוב זה הושת בנסיבות קיצוניות של היעדר תוקף לערבות עקב היעדר חתימה עליה ואי ביולה, כך שלמעשה הבנק הפיק מסמך שאינו אלא פיסת נייר ריקה מתוכן. בנסיבות אלה דחה בית המשפט את טענת הבנק כי הכשל נבע מלחץ זמנים שבו היה נתון להפיק את הערבות כך שתוגש במועד הקבוע במכרז. ואכן, כשל יסודי של היעדר חתימה ופגיעה בתוקף הערבות – לא צריך לקרות גם בלחץ זמנים. לעומת זאת, פגם טכני בנוסח הערבות, שאינו פוגם בתוקפה, הוא מסוג הדברים שספק אם הבנק יחויב בגינו ברשלנות, אם הופק כדרכם של דברים בלחץ זמנים נוקב. עם זאת, יושם אל לב להנמקת בית המשפט שציין כי "מאחר שעיסוקו של הבנק הוא (בין היתר) במתן שירות של הנפקת ערבויות בנקאיות ללקוחותיו, ומכיוון שהוא נוהג לבצע שירות זה באופן תדיר ולעתים אף בלחץ של זמנים – ברי כי הבנק אינו יכול להישמע בטענה כי התובעת העמידה אותו במצב של לחץ וחוסר זמן כצידוק לכך שהוא כשל בביצוע החובה המוטלת עליו לספק לה את הערבות כשהיא נקייה מכל פגם. אם נציגי הבנק אשר טיפלו בהדפסת הערבות או אישורה היו בדעה כי עקב לחץ זמנים אין באפשרותם להנפיק את הערבות כשהיא תקפה וערוכה על־פי דרישות התובעת והדין, היה עליהם לסרב ליתן לתובעת שירות זה – ואולם משהסכימו לתיתו היה עליהם לעשות זאת כדבעי, והדברים ברורים". כמו כן, ראה את פס"ד של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט כרמל) בת"א 9100/07 גליר פיתוח טכני בע"מ נ' בנק הפועלים, תק־מח 2009(2) 9325 (2009), ובו חייב בית המשפט את הבנק בגין רשלנות עת שסיפק הבנק ערבות שאינה תואמת מבחינת תוכנה לנוסח הערבות שנקבע במכרז. השוני מצא ביטוי בסעיף שהוסף בנוסח שהנפיק הבנק ולפיו "דרישה בכתב כאמור בערבות זו, אין פירושה דרישה שתגיע לבנק באמצעות פקסימיליה, טלקס או מברק". שוני זה הביא לפסילת ההצעה שהוגשה למכרז והלקוח תבע את הבנק שהפקיד בידו ערבות בנקאית שנוסחה סוטה מזה שנקבע במכרז. לעומת זאת, דחה בית משפט השלום בחדרה (כב' השופטת אסיף) בת"א 2198/07 שדה נ' בנק הפועלים, תק־של 2009(3) 4179 (2009) תביעה נגד בנק עת שלא הוכח כי הלקוח מסר לפקיד הבנק את נוסח הערבות הבנקאית כפי שצורף לחוברת

נוסף אלמנט חריף של לחץ זמנים. בנסיבות אלו – טעות היא אנושית וכמעט ודאית. יש אלמנט חריף של עוול כלפי מי שפגם בתום לב טעות זניחה וקלת ערך כתוצאה מלחץ נסיבות המוליד טעויות שכאלה. יתרה מזו, "טעות לעולם חוזרת" – ונראה כי הניסיון ללחום בשיבושים טכניים בנסיבות שכאלה הוא דבר בלתי צליח. ניתן לשרש חוסר תום לב. ניתן גם לשרש טעויות מהותיות. אבל לא ניתן לשרש פגמים טכניים, שכן זהו טבע האדם שאינו מכונה, ואינו חף מטעויות מסוג זה, ובמיוחד כאשר ההצעות מוגשות בנסיבות המזמינות טעות. על כך כבר נאמר בספר תהלים (י"ט, י): "שגיאות מי יבין מנסתרות נַקֵּנִי"[116]. נראה כי בית המשפט העליון נמנע בכל הכבוד מלהכיר במציאות היומיומית האמורה, שבה פגמים נופלים וימשיכו ליפול מטבע הדברים.

444. בנסיבות אלה נראה כי לא ניתן לשרש טעויות אנוש באמצעות נורמות מחמירות[117] והעלאת הרף הנורמטיבי לא תשנה את המציאות, אלא רק תרחיק את הנורמה המשפטית מן המציאות.[118] נורמה משפטית שאינה מתיישבת עם טבע אנוש – לא תיכון ולא תצלח וסופה שתביא רק לתסכול ולצביעות אך לא תתקן עולם במלכות.[119] בהקשר זה יפים דבריו של כב' השופט זילברג בעניין פתניאב[120]

המכרז, וכן משהוברר כי הלקוח קיבל לידיו את הערבות, עיין בה ואישר בחתימתו את התאמתה לדרישותיו.

116 ומבאר רש"י שם: "שגיאות מי יבין – אני נזהרתי בהם אבל אי אפשר להיזהר שלא אשגה בהם ואתה נקני מנסתרות שנסתרו ממני ולא ידעתי בחטאי בשגגה".

117 המלומד דקל, בעמ' 537 מוסיף ומציין בהקשר זה כי המחשבה שמדיניות שיפוטית קשיחה תחנך את ציבור המציעים צריכה להתבסס על ההנחה שציבור המציעים הינו ציבור מוגדר וסטטי, וכי הוא מודע לפסיקת בתי המשפט בתחום המכרזים. אולם בפועל הנחה זו אינה תקפה.

118 ראה א' ברק שופט בחברה דמוקרטית 55–76 (תשס"ד) שם מבהיר פרופ' ברק כי אחד מתפקידיו המרכזיים של השופט הוא לגשר על הפער שבין המשפט למציאות החיים.

119 בספרי פמיניזם ויהדות 128–129 (2001) הבאתי מקורות רבים המראים כי ההלכה לעולם אינה מנוגדת לטבע אנוש. על כן, היהדות ככלל אינה דוגלת בדיכוי יצרים, מהטעם הפשוט שאת טבע האדם לא ניתן לשנות ואת יצרו לא ניתן לדכא. יצר מדוכא כמוהו כקפיץ, אשר ככל שכובשים אותו יותר, סופו שיתפרץ יותר, ואף יסטה ממסלולו. תכליתה של ההלכה היא על כן אך ורק לעדן את היצרים ולתעל אותם לכיוונים חיוביים, אך לא לדכא אותם. משום כך, אין איסור בתורה ליהנות ממאכלים, אלא שיש לאכול מזון כשר. כמו כן, בהלכה היהודית (בניגוד לנצרות) לא נאסרו יחסי אישות ואין הם בגדר חטא אלא דווקא בגדר מצווה, אלא שיש לקיימם בסייגים הראויים – נאסרו עריות, נאסרה אשת איש, אך הותרו יחסי אישות במסגרת הנישואין ואדם נדרש להשתמש ביצרו באיזון ראוי. ככלל, לא נאסר דבר טבעי כלשהו – וכל שנדרש מן האדם הוא חוש מידה ואיזון ראוי.

120 ע"פ 10/49 היועץ המשפטי נ' פתניאב, ב(1) 424, 448 (1949).

המבהיר כי יש שוני והבדל בין הגישות וקנה המידה של המשפט לעומת המוסר: "שאיפתו של החוק היא להיות מעשי, מציאותי, מצליח; נושאו הוא: האדם הבינוני, בעל הטבע הבינוני, בעל המוסר הבינוני: לכן אין החוק אוסר דבר שלא ניתן להיאסר, ואינו גוזר גזֵרה 'אלא אם כן רוב הציבור יכולים לעמוד בה'. לא כן דרכו של המוסר 'שמחוץ לחוק', הפונה אל המיעוט דווקא – אל 'בני עליה והן מועטין' – ואינו תולה את דרישותיו במידה ההצלחה שבהן כלל".

445. עוד יפה בהקשר זה פסיקה קודמת של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופט שטרוזמן) בעניין טלדור.[121] בעניין זה נדונה ערבות שהתווסף בה משפט ולפיו היא אינה ניתנת להעברה או להסבה. בית המשפט קבע כי יש להכשיר את הפגם באשר אין בו כדי פגיעה בעקרון השוויון וסיבתו בהתנהגות תמת לב. בית המשפט בחן את הדברים – במבחן העלות־תועלת שלהם, וקבע כי מכיוון שאין למגיש ההצעה חיסכון כלשהו בעלויות בעת הגשת ערבות בנקאית שממנה יושמט הסעיף הסטנדרטי האוסר על הסבתה – הרי שלא נפגע השוויון בין המציעים. ובמישור העקרוני של בחינת מדיניות שיפוטית רצויה, ההנחה הניצבת ביסודה של הגישה הפורמליסטית היא האמון בחינוך המשתתפים במכרז לקיום מדויק של כל תנאי ההשתתפות,[122] וזאת כדי להבטיח את טוהר המִנהל הציבורי, כדברי כבוד השופט (כתוארו אז) ברק בעניין מבני פלס,[123] אבל:

> "הרשלנות רובצת לפתחו של כל אדם, גם אם הוא מגדולי המקפידים על הליכותיו ומסמכיו. איש לא יינקה מטעות; מהיעדר הבנה או מפרשנות בלתי נכונה של תנאי המכרז – אין מנוס. על כן, למרות רצונה של מערכת השפיטה לשמור על קלה כחמורה בקיום תנאי ההשתתפות במכרז, אין לעשות כן ללא גרימת נזק לציבור כתוצאה מדחיית ההצעות

121 עניין טלדור, לעיל ה"ש 83.

122 בגישה חינוכית נוקט גם בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט הנדל) בעת"מ (באר־שבע) 242/01 אליהו נ' חב' המושבים בדרום תק־מח 2001(3) 269 (2001). באותו עניין ספר מגיש ההצעה באופן בלתי נכון את מניין 60 הימים ומשכך אירעה תקלה שפגה הערבות יום לפני תום המועד. בית המשפט ציין כי "הקורא את הכתוב יבין כי עליו להקפיד הקפדה יתרה בעניין הערבות. כל שהיה על העותר הוא לספור. בענייננו, לא הייתה כל הצדקה לכך שהעותר לא ימלא את התנאי כנדרש. על המשתתף במכרז הרוצה לזכות – שאחרת מה טעם לגשת למכרז – לנהוג במקצועיות. מקצועיות בהקשר זה משמע לא רק רצון ויכולת לבצע את העבודה, אלא הקפדה על קיום הדרישות.

123 עניין מבני פלס, לעיל ה"ש 11.

הטובות בגלל פגמים שונים שנעשו בתום לב בהגשת ההצעות למכרז.[124]

...

ועדת המכרזים צריכה לשרת את הציבור על־ידי בחירת ההצעה המתאימה, גם אם בחירה זו מחייבת התמודדות עם כל הקשיים העומדים בפניה על־ידי הבחנה בין פגם טכני ל בין פגם מהותי ובין פגם מהותי המחייב את פסילת ההצעה לפגם מהותי שאין בו כדי לחייב פסילה. אם לא תשכיל הוועדה לעשות כן ותשגה בהחלטתה – תבוא ההחלטה על תיקונה בבית המשפט.

החשש מהתמודדות עם קשיים בהצעות אינו עילה לבחירת ההצעה הגרועה עבור הרשות השלטונית או הרשות הציבורית. בתי המשפט מתמודדים כל יום עם טענות ומענות בדבר חששות דומים בתחומים שונים של החיים, וכך הם עושים בתחום המכרזים. על כן, טובת הציבור מחייבת לאפשר לוועדת המכרזים להגיע לתוצאה הטובה ביותר במכרז מתוך הקפדה על כשירות המציעים ועל קיום כל תנאי המכרז, אך ללא עמידה 'על קוצו של יוד', אם נפל פגם בתום לב בהצעת מציע.

...

חושש אני שפסילת ההצעה בגלל פגמיה המתוארים לעיל פוגעת בשוויון ובהגינות".[125]

ז(5) ערבות בנקאית במכרז כאי בודד בשיטת המשפט

446. גישתם הנוקדנית של חלק משופטי בית המשפט העליון בסוגיית הערבות הבנקאית במכרז היא בגדר אנומליה במשפט הישראלי. לא זו בלבד שלא מצאנו רציונאליים המחייבים לנקוט בגישה זו, אלא שהיא גם לא חיה בהרמוניה עם גישת המשפט הכללית השוררת בארצנו, ואשר לפיה ניכרת בעליל ירידת הפורמליזם ועליית

124 עניין טלדור, לעיל ה"ש 83, בעמ' 330.

125 שם, בעמ' 332.

הערכים,[126] העדפת מהות ותוכן על פני צורה, פרשנות כלכלית[127] ותכליתית,[128] ושיקול דעת רחב לבית המשפט.[129]

447. בדיני החוזים הועדפה המהות על הצורה ונושבת הרוח של הלכת אפרופים,[130] עקרון תום הלב הוכר כ"עקרון על" – "מלכותי" המוחל ביחס לכל תחום אפשרי.[131] דברים אלה אינם מוגבלים לתחומי המשפט הפרטי והם חלים גם בתחומי המשפט הציבורי העובר מבטלות לנפסדות ולבטלות יחסית,[132] כאשר בית המשפט "מרכך" תוצאה המתקבלת מהיעדר שיקול דעת ומאפשר פתרונות ביניים של תיקון פגמים בהתאם לעקרונות הסבירות והמידתיות.[133] הכיצד זה

---

126 ראה בהרחבה מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים (תשנ"ג) וכן מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט י"ז 503 (תשנ"ג).ראה בהקשר זה גם את אבחנתו של פרדריק שאואר בין תורת משפט של כללים לתורת משפט של טעמים: Frederick Shauer, "The Jurisprudence of Reasons", 85 Mich. L. Rev. 847 (1987).
כמו כן, ראה F. Schauer, *Formalism*, 97 Yale L.J. 509 (1978). כמו כן, ראה ניתוחו המקיף של ח' דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט" ספר דליה דורנר 303 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכות, התשס"ט) וכן מאמרה של מיכל אלברשטיין "מדד הפורמליזם: כתיבתה של השופטת דורנר כמקרה מבחן" ספר דליה דורנר 57 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכות, התשס"ט).

127 ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, לט(2) 70 (1985), ע"א 1527/97 אינטרבילדינג חברה לבנין בע"מ נ' פקיד שומה ת"א, נג(1) 699 (1999), ע"א 900/01 קלס נגד פקיד שומה תל אביב, נז(3) 750 (2003).

128 אצל ברק, בספרו פרשנות במשפט, בעמ' 60, א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003), עניין אפרופים, לעיל ה"ש 78 בפרק ב, עניין ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 78 בפרק ב, דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 95(2) 1446 (1995).

129 אצל ברק, בספרו שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 390-398; ד' פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט י"א 9, 18 (2006) המגדיר אקטיביזם שיפוטי "כמגמה להרחיב את סמכויות בתי המשפט ואת התחומים שבהם ניתן להם להפעיל שיקול דעת, להחיל את שיקול הדעת הלכה ולמעשה, ולצמצם ואף לבטל כללים המגבילים או מצמצמים שיקול דעת זה".

130 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 78 בפרק ב.

131 עניין פלסט, לעיל ה"ש 10 בפרק ה, בעמ' 708, עניין שילה, לעיל ה"ש 10 בפרק ה, בעמ' 461-462, ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, נז (2) 385 (2003), עניין רוקר, לעיל ה"ש 10 בפרק ה, ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742 (1984).

132 ראה בהרחבה ד' ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כ"ד 519 (התשנ"ה).

133 ד' דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 281 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000), י' זמיר "המשפט המנהלי של ישראל בהשוואה למשפט המנהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109 (1994), וראה גם בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 839 (2004), בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות וספורט, פ"ד מט(5)

אפוא אירע כי דווקא לגבי ערבות בנקאית במכרז תשרור רוח נגדית – דווקנית, מחמירה ונוקשה? הכיצד זה אירע כי בכל נושא משפטי אחר ירד קרנו של הפורמליזם ודווקא לגבי ערבות בנקאית במכרז רמה קרנו? הרי בפנינו נטע זר, ופסיקה שאינה מתיישבת עם אורחו ושיגו של בית המשפט העליון בכל שאר ענפי המשפט. המשפט הוא מוזיקה שבה אין צורך לכתוב את כל התווים והשומע יכול להשלים את הפרטים בעצמו משהבין את המנגינה.[134] המשפט אינו יכול על כן לדבר בשני קולות ולנגן בו זמנית בסגנונות שונים. לא ייתכן כי בו זמנית תישוב במשפט, מחד גיסא, רוח של העדפת מהות כלכלית על פני

1 (1996), בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997), בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994).

134 וראה רבי משה חיים לוצאטו (הרמח"ל) בספרו "מסילת ישרים" פרק י"ג המבהיר כי המשפט מוסר בידינו כללים ואילו את היישום שלהם – הוא מותיר לשיקול דעתנו. ובלשונו: "הנה זה כלל נאמן, אך משפט הפרטים על־פי הכלל הזה, אינו מסור אלא אל שיקול הדעת, ולפי שכלו יהולל איש". בדומה לכך ראה רמב"ן על הפסוק (דברים ו', י"ח) "ועשית הישר והטוב בעיני ה'": "וזה עניין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותיקוני הישוב והמדינות כולם. אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה, כגון לא תלך רכיל (ויקרא י"ט, ט"ז), לא תקום ולא תטור (שם, י"ח), ולא תעמוד על דם רעך (שם, ט"ז), לא תקלל חרש (שם, י"ד), מפני שיבה תקום (שם, ל"ב), וכיוצא בהן, חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שייכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין". כלומר, דיני התורה אינם בגדר רשימה סגורה וממצה, אלא בגדר דוגמאות הבאות ליישם את הכלל הגדול ולפיו מוטל על האדם להיות ישר וטוב בעיני ה'. פרטי הדינים השונים רק מנחים את האדם לקראת משימתו זו, ואין הם אלא אמצעי להשגת מטרה נעלה. על כן, קבעה התורה חיוב כללי של "ועשית הישר והטוב", שתכליתו לעגן את כל הוראות חז"ל החורגים מדיני התורה הספציפיים ואשר נועדו אף הם להביא לכלל המטרה האמורה. בדומה לכך מצינו ב"מגיד משנה" על הרמב"ם, הלכות שכנים פרק י"ד הלכה ה: "שתורתנו התמימה נתנה בתיקון מדות האדם ובהנהגתו בעולם כללים, באמירת 'קדושים תהיו' (ויקרא י"ט, ב) והכוונה, כמו שאמרו ז"ל (יבמות דף כ עמ' א): 'קדש עצמך במותר לך', שלא יהא שטוף אחר התאוות. וכן אמר 'ועשית הישר והטוב', והכוונה, שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני אדם. ולא היה מן הראוי בכל זה לצוות הפרטים, לפי שמצוות התורה הם בכל עת ובכל זמן ובכל עניין, ובהכרח חייב לעשות כן, ומדות האדם והנהגתו מתחלפות לפי הזמן והאישים. והחכמים ז"ל כתבו קצת פרטים מועילים נופלים תחת כללים אלו ומהם שיעשו אותם בדין גמור ומהם לכתחילה ודרך חסידות והכל מדבריהם ז"ל...". הנה כי כן, לבית הדין נתונות סמכויות לפסוק הלכות בנושאים שאין להם מקור קונקרטי בדין אלא הם שאובים מערכי היסוד של השיטה, ולכן הם מכונים "לפנים משורת הדין". אך עם פסיקתם הם אכן בגדר דין לכל דבר ועניין. להרחבה וניתוח בסוגיה זו ראה א' וינרוט "כופין על לפנים משורת הדין" סיני קכ"ח ע"ב (2001).

צורה, ומאידך גיסא לגבי ערבות בנקאית במכרז תשרור רוח נגדית – דווקנית, מחמירה ונוקשה.

448. האנומליה הזו תמוהה במיוחד כיוון שעסקינן ב"ערבות בנקאית במכרז" ונראה כי הן דיני המכרזים והן דיני הערבות הבנקאית הכלליים אינם מחייבים תוצאה של הקפדה נוקדנית ומדובר בנטע זר גם מבחינת המטריה המשפטית הנוהגת בתחומי משפט אלו. להלן נראה כי בדיני הערבות הבנקאית הכלליים מוחל "עקרון ההתאמה המהותי" ולפיו טענות פורמליסטיות אף מוגדרות כחוסר תום לב. כמו כן, דיני המכרזים אינם מאמצים גישה נוקדנית ולגבי כל שאר הפגמים הנופלים במכרז הכלל הוא כי פגם טכני שאינו פוגע בעקרון השוויון – יש לאפשר את תיקונו.[135]

449. יתרה מזו, דיני המכרזים נשלטים על־פי עקרונות של משפט ציבורי ובאלו יש הקפדה יתרה על תום לב ועל רמה נורמטיבית גבוהה מן המקובל במשפט הפרטי. ברם, שערבות בנקאית הלוקה בפגם טכני אינה בגדר חוסר תום לב ופסילתה אינה משקפת רמה נורמטיבית גבוהה יותר. אדרבה, בבסיסו של המשפט הציבורי ניצבת חובת האמון שחבה הרשות הציבורית כלפי הציבור.[136] חובה זו הרואה

---

135 ראה בנושא זה בעניין כח (2000) אחזקות בע"מ, לעיל ה"ש 26, שם מבהיר כב' השופט בך כי במידה והפגם בהצעה נבע מטעות בתום לב והוא במהותו פגם טכני גרידא, לא יהיה בו כדי להוביל לביטול ההצעה. יתרה מזו, כב' השופט בך מוסיף כי גם כשהפגם הוא מהותי אך עולה מהנסיבות כי הוא נובע מטעות בתום לב ואין בו כדי להפר את עקרון השוויון – הרי שלא ימהר בית המשפט להתערב בשיקול הדעת של ועדת המכרזים.

136 עקרונות המשפט המנהלי מבוססים על חובות האמון של הרשות הפועלת כנאמן של הציבור אשר משלו אין לו ולא כלום. יסודם של דברים עוד בבג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז(3) 2101 (1962) בו נקבע כי חובת האמון קיימת לא רק בעת שהרשות עושה שימוש בסמכויות שלטוניות אלא גם כאשר הרשות משתמשת בנכסיה (באותו מקרה השכרת אולם ציבורי על־ידי רשות מקומית). היות והרשות הציבורית משמשת כנאמן של הציבור היא מחויבת במתן יחס שווה אל שווים, וכן נובעים מחובת אמון זו כל כללי המשפט הציבורי כגון תום לב, היעדר מטרה זרה, וכיוצ"ב עקרונות, שאינם אלא כללי הגינות מנהלית עניינית. ראה בהקשר זה אצל ברק בספרו שופט בחברה דמוקרטית, שם עומד פרופ' ברק על הדינאמיות של המשפט בכל הנוגע להחלת העקרונות הנובעים מחובת הנאמנות, כדי לאפשר מתן פתרון לבעיות חדשות ובעמ' 310–311 מציין כי: "נאמנות מחייבת הגינות, והגינות מחייבת יושר, ענייניות, שוויון וסבירות. רשימה זו של עקרונות הנגזרים ממעמד הנאמנות אינה סגורה, ורשימה זו של ערכים הנובעים מחובת ההגינות אינה קפואה. כדרכם של עקרונות וערכים, הם יציבים מחד ומתפתחים מאידך. הם נטועים בנשמת העם ואינם מתכופפים כנגד רוחות שעה חולפות. הם מלאי חיות ומתפתחים כדי ליתן פתרונות ראויים לבעיות חדשות". ראה גם א' ברק שיקול דעת שיפוטי

באנשי הרשות נאמנים על האינטרס הציבורי מחייבת דווקא לשקול גם את משקלו של האינטרס העסקי של הציבור לקבל את ההצעה הטובה ביותר מבחינת איכות, טיב, לוחות זמנים, אמינות ביצוע ומחיר, ולא לפסול באופן שרירותי הצעה העשויה להיטיב עם הציבור. בחינת הסוגיה דנא בפריזמה של חובות האמון מחייבת הפעלת שיקול דעת על־ידי ועדת המכרזים ומתן אפשרות למקסם את האינטרס הציבורי – ולא פסילה גורפת של הצעות.

450. בהשוואה שערך ד"ר דקל בספרו[137] לשיטת המשפט בארצות הברית נמצא כי בהסדרים רבים הנוהגים בעולם מוענקת לנציג הרשות סמכות לאפשר תיקון של טעויות שנפלו בהצעה. כך לדוגמה בחקיקת מדינת מסצ'וסטס נקבע כי לרשות יש שיקול דעת לאפשר למציעים להכניס תיקון קל שאינו יוצר אפליה כלפי מציעים אחרים.[138] בדומה לכך קובעות תקנות המכרזים של מדינת קונטיקט כי לנציג הרשות מסור שיקול דעת להבליג על טעויות מינוריות או לאפשר את תיקונן, כל עוד הדבר משרת את האינטרס הציבורי. דוגמאות ל"טעויות מינוריות" הן טעויות טכניות כגון חתימה שחסרה או אף תיקונים שהשפעתם על המחיר, על הכמות, על האיכות או על מועד האספקה היא זניחה.[139] מודל דומה גובש על־ידי לשכת עורכי הדין בארצות הברית[140] וכן תקנות הרכישה הפדראליות המאפשרות תיקון של מה שמכונה "טעות משרדית"[141]. כמו כן, בכל הנוגע לערבות בנקאית במכרז קיים הסדר מפורט המאפשר תיקון של הערבות כאשר חסרה חתימה או תאריך או כאשר נופל פגם במוטב וכיוצ"ב פגמים טכניים – שאינם גורעים מתוקף הערבות ומאפשרים את מימושה.[142] כך מצינו

(1987), שם מפנה בהקשר זה פרופ' ברק לדברי השופט סימונד (Viscont Simonds) בעניין Scrttons v. Midland Silicons, 1 All E.R. 1, 7 (1962) לפיהם המשפט מתפתח על־ידי אימוץ ויישום של עקרונות ישנים לנסיבות חדשות, ובכך טמונה גאונותה של השיטה.

137 אצל דקל, בעמ' 561–564.

138 801 CMR 21.06 (8).

139 Connecticut Regs 4a–52–19.

140 American Bar Association, The model Procurement Code for State and Local Governemnt, Recommended Regulations (1980) R3–202.13.1. להרחבה ראה אצל דקל, בעמ' 562.

141 FAR 14.407–2.

142 ראה בהרחבה אצל דקל, בעמ' 583–584. שם הוא מציין כי בארצות הברית קובעות תקנות הרכישה הפדרליות שהצעה שצורפה לה ערבות פגומה תיפסל ככלל, אולם לכלל זה קיימים חריגים, וביניהם אפשרות לתת למציע לתקן את הפגם בערבותו במסגרת שלב שיפור ההצעות או כשניתנה הצעה אחת בלבד במכרז ובטרם התקבלה הכרעתה של ועדת המכרזים – FAR 28.101–4(c)(1)); אפשרות למחול על הפגם בערבות כשהערבות נמוכה מהסכום שנדרש במסמכי המכרז, אך גבוהה או שווה בסכומה להפרש שבין הצעה זו להצעה הבאה אחריה או כשהיא נמוכה מהסכום

בתקנות הרכישה הפדראליות בסעיף 28.101־4 העוסק באי התאמות בדרישות הערבות המצורפת להצעה ובו מצוינים כמה מקרים שבהם ניתן בכל זאת למחול על הפגם (אלא אם נציג הרשות קובע בכתב כי קבלת ההצעה תפגע באינטרס הציבור).

451. הנה כי כן, דיני המכרזים אינם מחייבים גישה לפיה פגם בערבות הבנקאית יביא לפסילתה של ההצעה. אדרבה, הן במבט המשווה את דיני המכרזים בישראל בסוגיות אחרות והן במבט המשווה את הנוהג בשיטת המשפט האמריקאית מתקבלת המסקנה כי פגם טכני – צריך לאפשר לתקן. שמא נאמר כי הגישה הדוגמטית נובעת מדיני הערבות הבנקאית הכלליים? פתרון שכזה הוצע על־ידי בית המשפט המנהלי בתל אביב (כב' השופטת ד"ר פלפל) בעניין וייספיש.[143] באותו מקרה קבע בית המשפט כי כל הפגמים שנפלו בהצעה היו בגדר אי דיוקים טכניים, שאינם פוגמים בעקרון השוויון[144] וכי נקודת המוצא הנראית לעין היא כי תום לבם של המציעים לא הופר. כב' השופטת פלפל הציעה על כן כי הכלל הרחב בעניין זה ינוסח לפי המתווה הבא:[145]

> "לטעמי רצוי היה, שבדיקת המסמכים המוגשים למכרז תהיה ברוח הבדיקה בכלל של ערבות בנקאית אוטונומית, קרי: במתכונת של עקרון התאמה מוחלט (לא מהותי) בין דרישות המכרז לבין המסמכים המוגשים. גישה מעין זו הייתה מייתרת התדיינויות מרובות בבתי המשפט, ומטילה נטל בדיקה לא מסובך על 'בעל המכרז' בבודקו את ההצעות ומסמכיהן. אבל

הנדרש לגבי הכמות המקסימלית שהמציע יכול היה לזכות בה ((FAR 28.101–4(c)(2)); ואפילו כשחסרה חתימה של המציע על הערבות או כשהערבות נושאת תאריך שגוי או שאין עליה תאריך כלל או כשהמוטב על־פי הערבות אינו ממשלת ארצות הברית, אך שאר פרטי הערבות מדויקים (FAR 28.101–4 (c)(7)(9)).

143 עניין וייספיש, לעיל ה"ש 104. הצעה זו הייתה מקובלת גם על בית המשפט העליון בעת שעניין וייספיש הגיע לדיון בפניו, וכב' השופט רובינשטיין העיר כי וניתן למצוא נוסחה מעין זו שהוצעה על־ידי כב' השופטת פלפל בדבר אימוץ "עקרון ההתאמה המוחלט".

144 הטענות שהועלו כלפי ההצעה היו אלו: ההצעה למכרז הינה ללא תאריך; המכתב חתום על־ידי מציע אחד ולא על־ידי שני המציעים; אי מילוי כל הפרטים הנדרשים בטופס ההצעה כמו: טלפון, כתובת רשומה, אלא ת"ד בלבד.

הטענות שהועלו כלפי הערבות היו: כי קיים הבדל בין שם המציעה בהצעה לבין שמה בכתב הערבות; ואי ציון של מספר הזיהוי של המציעה בכתב הערבות (ח.פ.).

145 שם, בעמ' 5124–5125.

גישה מעין זו מצריכה לימוד, תקופת הפנמה ואולי גם חקיקה מתאימה, ולא ניתן 'להנחיתה' בשלב זה לאור התפתחות דיני המכרזים עד כה".

452. ברם, בפרק משנה ג לעיל ראינו כי גם דיני הערבות הבנקאיים הכלליים אינם תואמים לגישה שהתקבלה ביחס לערבות בנקאית במכרז, שהרי במסגרת זו עמדנו על כך שעקרון ההתאמה המוחלטת נדחה ואף הוגדר כחוסר תום לב, וכי חלף זאת אומץ עקרון ההתאמה המהותית. ערבות בנקאית היא חוזה שיש לפרשו לפי אומד דעת הצדדים ככל חוזה שהוא,[146] וראינו לעיל כי בעקבות שורה של מקרים שבהם גרם יישום דווקני של עקרון ההתאמה לחוסר צדק חריף[147] חל עידון מסוים בעקרון ההתאמה המוחלטת והמטוטלת נעה אל עבר עקרון ההתאמה המהותית. מגמה זו התפתחה בארצות הברית בפסיקה שקבעה כי יש להעדיף את ההתאמה המהותית ("substantial compliance") של מסמכי האשראי על ההתאמה המוחלטת ("Strict compliance")[148]. שינוי מגמה זו מסתמן גם בפסיקה הישראלית, וכבר עמדנו על דבריו של בית המשפט בעניין Halimex[149] (כב' השופט שלו) אשר ציין

146 ראה ע"א 3130/99 יובל הנדסה ובנין (1988) נ' י.ש.פ.מ חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד נח (3) 118, 134 (2004) וכן עניין אדמונית החורש, לעיל ה"ש 56, בין השאר על בסיס האמור במהדורה הראשונה של ספרי זה בעמ' 57.

147 ראה למשל: עניין **Rayner**, לעיל ה"ש 32 בפרק ג, שם נדחו מסמכי אשראי דוקומנטארי שהטובין הוגדר בהם בשם שונה מהשם הנקוב במכתב האשראי, וזאת למרות שעל־פי המינוחים המקובלים בענף המסחרי הנדון, שני השמות הנם הייגו הך; וכן ראה עניין **Beyene**, לעיל ה"ש 32 בפרק ג, שם נקבע כי קיימת אי התאמה במסמכים, שכן בעוד שבמכתב האשראי נדרש שבשטר המטען יופיע שמו של Mohammad Sofan, בשטר המטען צוין השם Mohammad Soran; כמו כן ראה: עניין **Alaska Textile Co.**, לעיל ה"ש 32 בפרק ג; עניין **Marino Indus. Corp.**, לעיל ה"ש 32 בפרק ג; עניין **Mutual Export Corp**, לעיל ה"ש 32 בפרק ג.

148 עניין **Banco Espanol De Credito**, לעיל ה"ש 33 בפרק ג; עניין **Flagship Cruises Ltd.**, לעיל ה"ש 33 בפרק ג; עניין **First Arlington Bank**, לעיל ה"ש 33 בפרק ג; עניין **Midland Bank Ltd.**, לעיל ה"ש 33 בפרק ג; עניין **Lawrence Lausidi**, לעיל ה"ש 33 בפרק ג.
בעקבות העידון שחל בעקרון ההתאמה דן בית המשפט בעניין **Crocker Commercial Services Inc.**, לעיל ה"ש 34 בפרק ג, בשאלה, האם שינוי מסוים בשם המוטב לעומת מסמכי האשראי מצדיקים סירוב לכבד את כתב האשראי. בית המשפט קבע כי מדובר בשוני מינורי, שאינו עומד בניגוד לדרישת התאמה סבירה, בהתאם לסטנדרטים של עקרון ההתאמה המהותית. יושם אל לב כי השוני שם חורג משגיאת כתיב, אלא התייחס לשם שונה של החברה, ובמקום המילים "Crocker Commercial Services" נכתב "Crocker United Factors Inc.". על אף זאת, קבע בית המשפט כי מדובר בהתאמה מהותית. בית המשפט הגדיר את המונח התאמה מהותית (substantial compliance) בתואר "התאמה סבירה" (reasonable compliance).

149 עניין **Halimex**, לעיל ה"ש 40 בפרק ג, בעמ' 373.

בהקשר זה את דברי הגמרא במסכת עירובין (דף מ"א, עמ' ב): "שלושה דברים מעבירים את האדם על דעתו ועל דעת קונו ואלו הן: עובדי כוכבים ורוח רעה ודקדוקי עניות". על כן ציין בית המשפט כי:

> "דקדוקי עניות, אשר הם בבחינת הקפדה על 'קוצו של יוד', עשויים לעתים להעביר אדם על דעתו או לכל הפחות להבעיר בו את חמתו".

453. לאור זאת, נראה כי אין מקום להחיל דווקא על ערבות בנקאית במכרז את עקרון ההתאמה הפורמאלי. אין מקום לקבוע כי כל מה שנאמר ביחס לדיני ערבות בנקאית כלליים, לא יוחל בעת שאותה ערבות בנקאית מוגשת במסגרת מכרז. על אף כל ההקפדה היתרה בדיני הערבות הבנקאית הוחל לגביהם עקרון תום הלב, והוחלו לגביהם עקרונות הפרשנות החוזיים הכלליים והלכת אפרופים,[150]

150 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 78 בפרק ב, גישה זו עוררה ביקורת נוקבת. כך למשל, ראה אצל פרידמן וכהן, בעמ' 245–249 דעתה של כב' השופטת שטרסברג כהן בע"א 3102/95 כהן נ' כהן פ"ד מט(5) 739, 745 (1996); מ' מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כ"ט 17 (2005); ג' שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים י"ז 465, 468 (1984); ד' פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים", המשפט ח 483, 491 (2003); ס' דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" מאזני משפט ו 21, 55 (2007). ברם, שהלכת אפרופים הלכה והשתרשה, כפי העולה מפסק דינו של בית המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 78 בפרק ב, וראה עוד בספרו של כב' הנשיא ברק פרשנות במשפט – פרשנות החוזה, בעמ' 401. עם זאת, נראה כי בהקשר הספציפי של דיני חוזים חלה מידה מסוימת של חזרה אל גישתו של המיעוט (כב' השופט גרוניס) בעניין ארגון מגדלי הירקות ולפיה "מעורבות היתר של בית המשפט בפרשנות חוזים צופנת בחובה פגיעה בוודאות המשפטית". גישה חדשה זו הובעה בפסיקתו של כב' השופט י' דנציגר בע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ, תק־על 2008(1) 840 (2008), וע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ, תק־על 2008(1) 22205 (2008), חילוקי הדעות בבית המשפט העליון התחדדו בע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, תק־על 2010(1) 9412 (2010) ובו הבהיר כב' השופט דנציגר בעמ' 9423: "אכן, גישתי בסוגיית פרשנות החוזה שונה מגישת חבריי. בתמצית ייאמר כי לגישתי מאחר ובית המשפט אינו מכונן חוזים אלא מפרש את האמור בהם, כל עוד לשון החוזה בהירה וברורה הרי שהיא משקפת את אומד דעת הצדדים ולכן יש להעניק לה משקל מכריע בפרשנותו ולתת לחוזה את המשמעות הפשוטה והברורה העולה מלשונו". לעומת זאת, ראה דבריו של כב' המשנה לנשיאה השופט ריבלין החולק נמרצות על קביעה זו ומבהיר בעמ' 9429 כי "פסק־הדין של בית משפט זה בהרכב מורחב, בעניין מגדלי הירקות העמיד הלכה על מכונה וביאר את הטעון ביאור. אכן, מפגיעה בוודאות וביציבות המשפטית יש להיזהר בתחום פרשנות החוזה, ולא פחות מכך – בתחום פרשנות החקיקה. גם סטייה שאין בה הכרח מהלכה מושרשת עשויה לפגוע בוודאות וביציבות המשפטית"; כב' השופט

תוך מעבר מפורמליזם למהות ומדוגמטיות להיגיון כלכלי.[151] מדוע ישתנה אפוא דינה של ערבות בנקאית זו, עת שהיא מוגשת במכרז? מדוע ייקבע אפוא לפתע כי ביחס לאותה ערבות עצמה יהפוך כל מישור לעקוב ולמכשול עת שעסקינן במכרז? תורה אחת תהיה לערבות הבנקאית בישראל, בין כשהיא ניתנת לדייר הרוכש דירה במיטב כספו ובין כשהיא ניתנת להבטחת עסקה גדולה, ובין כשהיא ניתנת להבטחת הצעה המוגשת במכרז.

454. ראינו כי גם דיני המכרזים מאפשרים לתקן פגמים טכניים שאין בהם כדי לפגוע בעקרון השוויון, וכמו כן כללי המשפט הציבורי אינם תומכים במסקנה שמביאה לבטלות מוחלטת ובלתי מידתית של הצעה בלא שיינתן מרחב של שיקול דעת תוך איזון בין האינטרסים השונים. אדרבה, כללי המשפט הציבורי מושתתים על ההכרה בחובות האמון שחב איש הציבור כלפי הציבור וחובת אמון זו מחייבת להגן גם על האינטרס העסקי ולא לפסול א־פריורי הצעות טובות. בנסיבות אלה נראה כי תחושת העוול שהביאה להגמשת עקרון ההתאמה הפורמאלי, בדיני הערבות הבנקאית הכלליים, והמרתו בעקרון ההתאמה המהותי, נכונה כהווייתה ואף ביתר שאת עת שעסקינן במכרז, אשר לגביו יש להביא בחשבון גם את האינטרס העסקי של הציבור לקבל הצעות טובות יותר ולערוך את ההתמודדות בין ההצעות במישור המהותי של הדברים ולא על בסיס נוקדנות פורמאלית במילוי הטפסים.

דנציגר חזר על גישתו זו גם ברע"א 239/10 באום נ' כנפי פז תעופה ותיירות בע"מ, תק־על 2010(1) (2010), וכן ברע"א 3676/07 המוסד לביטוח לאומי נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, תק־על 2010(2) 3583 (2010). עם זאת, ראה מערכת כתב העת "מגמות חדשות בפרשנות חוזים" משפט ועסקים י"א 431 (תשס"ט) הגורס כי הפסיקה של כב' השופט דנציגר לא שינתה את ההלכה הנוהגת בפרשנות חוזים ואת הגיונה ולמעשה מדובר בניסיון להשפיע רק על יישומה של הלכה זו, כלומר, לצמצם את מכלול הנסיבות שלאורן תיבחן לשון החוזה. למרות השאיפה שהובעה בפסיקה החדשה להגיע לפרשנות חוזה מתוך לשונו בלבד, בפועל הפרשן נזקק לנסיבות. הפסיקה החדשה רק מבקשת לצמצם את היקף הנסיבות שאליהן יפנה הפרשן. על כן, סבורים הכותבים כי הפסיקה החדשה אינה מבשרת תפנית קונספטואלית לפרשנות החוזים בישראל, אלא רק "שינוי אווירה" באמצעות מתן מקום של כבוד ללשון ההסכם. לדידם קשה לשרטט בשלב זה במדויק את ההשפעה האמיתית שתהא לגישה פרשנית חדשה זו על פסיקות עתידיות בתחום.

151 ראה ג' שלו "ניצחון רוח הדברים על האות הכתובה" בית המשפט – 50 שנות שפיטה בישראל 204 (תשנ"ט), וכן ג' שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" ספר מישאל חשין 645, 665 (עורכים אהרון ברק, יצחק זמיר, יגאל מרזל, 2009).

ז(6) דרך הביניים – הפתרון המוצע

455. לאור האמור נראה לנו כי מקום שבו נפל פגם טכני בערבות המוגשת במכרז אין מקום לפסילה אוטומטית, ומקום שבו מגיש ההצעה אינו מפיק תועלת מהותית מן הפגם, אין המדובר בפגיעה בעקרון השוויון, ויש להכשיר את ההצעה. זאת בתנאי שהערבות הבנקאית עומדת בשלושה תנאים:

א) על־פי הדינים הספציפיים של ערבות בנקאית, בפנינו ערבות אוטונומית, התקפה בכל התקופה הרלוונטית למכרז ולא נפגעו תוקף ואופן המימוש של הערבות.[152] ככל שעסקינן בשאלת האוטונומיות והתוקף של הערבות הבנקאית, אין מקום להקלות ולשיקול דעת;[153]

---

152 כך למשל ערבות שהינה לתקופה הקצרה מזו הנדרשת על־פי תנאי המכרז היא ערבות פגומה שאי אפשר לממש אותה בעת הצורך. דוגמה קיצונית לכך היא פסק הדין עת"מ 1436/06 **אסף 2001 עבודות עפר וכבישים בע"מ נ' עירית אור יהודה**, תק־מח 2006(2) 5681 (2006), ובו נפסלה הצעה במכרז עקב הגשת ערבות אשר הוצאה ביום 29.1.06 והייתה בתוקף עד יום 20.5.05 במקום 20.5.06. ניכר כי מדובר בטעות המתרחשת בחודש ינואר שבו אנשים טרם התרגלו לצורך להחליף את המספר המציין את השנה החדשה. אבל "עם תום הלב לא קונים במכולת", ובפועל זוהי חתיכת נייר נטולת ערך ולא ערבות בנקאית. בדומה לכך נפסק בעת"מ 153/09 **פיתגל חברת בנין ועבודות פיתוח בע"מ נ' מועצה אזורית מרום הגליל**, תק־מח 2009(2) 17441 (2009) ובו נפסלה הצעה בשל העובדה שהערבות הבנקאית שצורפה לה הייתה תקפה ל־90 יום במקום 120 ימים כנדרש במכרז. גם במקרה זה הניח בית המשפט כי מדובר בטעות בתום לב אך הבהיר כי רק פגם טכני ניתן לתקן אם הוא נעשה בתום לב, ואולם ערבות שאינה תקפה בעת הרלוונטית מהווה פגם מהותי. ואכן, כאן יש להבין כי התוקף של הערבות הבנקאית נדרש במיוחד בימים האחרונים שלה, שהם המועד הקריטי למימוש. היה ובפנינו ערבות שאינה תקפה בימים הקריטיים של ההכרעה בדבר הזוכה במכרז, הרי שהמציע שזכה יוכל לחמוק מהצעתו בלא חשש מפני חילוט הערבות, ואין לך פגם חמור מכך בעקרון השוויון.

153 כך למשל בעת"מ (י־ם) 121/07 **טקטרנדס בע"מ נ' משרד התעשיה, המסחר והתעסוקה**, תק־מח 2007(1) 5186 (2007) נשמט מכתב הערבות משפט המופיע בנוסח הערבות שצורף למכרז לפיו הבנק ישלם למשיב את סכום הערבות "... מבלי לטעון כלפיכם טענת הגנה כלשהי שיכולה לעמוד לחייב בקשר לחיוב כלפיכם...". זהו משפט המבסס את האוטונומיות של הערבות הבנקאית ולכן יורד לשורש העניין. אכן בית המשפט ציין באותו עניין כי ייתכן שגם ללא המשפט הזה לא הייתה נמנעת בסופו של יום האפשרות למימוש הערבות. אולם ועדת המכרזים, על אף שהיא מלווה ביועץ משפטי, עלולה להתקשות להכריע בשאלה אם מדובר בפגם טכני או בפגם מהותי. לכן אין לומר כי החלטת הוועדה לדבוק בנוסח הנדרש בתנאי הסף, ולפסול הצעה שכתב הערבות שצורף לה לא תאם נוסח זה, היא בלתי סבירה במידה המצדיקה את התערבות בית המשפט. בהקשר זה נפסק כאמור בעניין רמיר, לעיל ה"ש 48, בעמ' 186 כי: "המזמין אינו חייב לקבל הצעה אם הערבות אינה מנוסחת כדבעי. אפילו תאמר שיש למזמין סיכוי סביר לזכות בתביעה

ב) יש בערבות כדי לקיים את התכליות הספציפיות שלשמן נועדה (כגון, רצינות המציע, כושרו וחוסנו הכלכלי, הבטחת תשלום מצידו על־פי תנאי המכרז);

ג) היה ועמדה הערבות בשני המבחנים הראשונים – ורק אז – תיבחן הערבות גם במבחן שלישי ותישאל השאלה האם הפגם שנפל בערבות אינו פוגע בעקרון השוויון באשר הוא לא מעניק יתרון ממשי למגיש הערבות ולא מקנה לו טובת הנאה כלכלית, כאשר הבחינה של הדברים היא בחינה מהותית ולא נוקדנית.

456. היה והוגשה ערבות בנקאית שאינה אוטונומית או שתקופת תחולתה פחותה מן התקופה שנקבעה במכרז – בפנינו פגם מהותי כיוון שתנאי הסף של הגשת ערבות הניתנת למימוש בכל תקופת המכרז אינו מתקיים. כמו כן, אם במקום ערבות בנקאית מופקדים מזומנים, הרי שאחת מתכליות ההגשה של ערבות בנקאית במכרז (בחינת חוסנו הכלכלי של המציע ויכולתו להעמיד ביטחונות נאותים) אינה מתקיימת – ודין ההצעה פסלות. כמו כן, מקום שבו מוגשת ערבות בנקאית אוטונומית אבל היא מנוסחת באופן שהסיכון למימושה יהיה נמוך יותר ולכן הבנק ידרוש פחות ביטחונות – בפנינו פגם בערבות הפוסל את ההצעה על הסף. אבל מקום שבו מוגשת ערבות בנקאית המקיימת את התכליות הספציפיות שלשמן נועדה והפגם שנפל בה אינו פוגם באוטונומיות של הערבות, בתוקפה ובאפשרות מימושה בכל משך הזמן הרלוונטי, השאלה היחידה שתישאל היא האם הפיק המציע טובת הנאה כלכלית (קרי עמלות נמוכות או הנחה בשיעור הביטחונות הנדרשים, או חיסכון משמעותי אחר בעלויות) מן השוני שחל בערבות שהגיש. ואם התשובה היא שלילית – אין מקום לפסול את ההצעה. כך למשל: ערבות בנקאית שנאמר בה כי הסכום שנקב ניתן למימוש "מפעם לפעם בתוך

נגד הערב, אין הוא חייב להשלים אם מסמך שיסבך אותו במשפטים עם נותן הערבות. מן הצורך, שכתב הערבות יהא חד וחלק, כך שניתן לאכוף את התשלום של ערב ללא בעיות" וראה גם עת"מ (י־ם) 746/04 איסתא ליינס חברת הנסיעות של הסטודנטים בישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־מח 2004(2) 5068 (2004), שבו נרשם בכתב הערבות כי הוא ניתן "בקשר עם חוזה" ולא נאמר בו כלשון המכרז כי הוא ניתן "להבטחת קיום ההצעה והמכרז". בית המשפט ציין כי כתב ערבות בנוסח זה עלול לעורר התנגדות למימושו בטענה כי הוא לא חל ביחס לשלב הטרום חוזי – כל עוד לא נחתם חוזה. אמנם, לא מן הנמנע, כי בהתדיינות עתידית יפסוק בית המשפט כי ניתן לממש את הערבות. אולם השאלה הנשאלת עתה איננה אם ניתן יהיה, בסופו של יום, לממש את כתב הערבות, אלא אם הסטייה מנוסחה הדווקני של הוראת המכרז מקימה פתח למחלוקות עתידיות.

15 יום" ולא נאמר בה "אנו נשלם לכם את הסכום הנ"ל בתוך 15 יום"[154]. במקרה זה ברי כי הנוסח של "תשלום מפעם לפעם של כל סכום שיצוין בדרישה", כולל בחובו את האפשרות לדרוש את מלוא סכום הערבות בבת אחת, והשוני בניסוחים הוא סמנטי. בנוסף, ברור על פניו כי מגיש הערבות לא מפיק שום טובת הנאה מהשוני שחל בנוסח הערבות, והדבר לא גורם טובת הנאה כלשהי למגיש ההצעה (הוא אינו חוסך עמלה, אינו נדרש להפקיד פחות ביטחונות, ולמעשה אינו מפיק שום תועלת משינוי הנוסח). במקרה זה, בהיעדר יתרון ממשי ביחס לשאר ההצעות במכרז לא נפגע השוויון בין המציעים במכרז ובין המציעים הפוטנציאליים, ואין מקום לפסול את ההצעה ולהיבחן לגופה.

457. בדומה לכך, כאשר נמסרת ערבות של בנק יוקרתי עם הלימות הון גבוהה מאוד, שאינו מדורג, מובן כי בפנינו ערבות העומדת בתנאי הראשון של אוטונומיות, תוקף ויכולת מימוש. הערבות עומדת גם בתנאי השני של עמידה בתכליות הערבות הבנקאית, קרי הצבעה על רצינות המציע המוכן לשים את כספו ביחד עם דברתו, עדות ליכולתו הכלכלית של המציע (שהרי הבנק אינו מנפיק ערבות כאמור בלא ביטחונות כנגדם) ויכולת של עורך המכרז לממש את הכספים במקרה של הפרת ההסכם על־ידי המציע. יש אפוא מקום למבחן השלישי ובמסגרתו נראה בבירור כי מכיוון שהגשת ערבות שכזו אינה מוזילה את העלות, אינה מקלה על האפשרות להשיג ערבות בנקאית, ובהיעדר יתרון כלכלי אחר כלשהו למגיש ההצעה – אין כאן פגיעה בעקרון השוויון ומשום כך – אין מקום לדחות את ההצעה על הסף, ויש לבחון אותה לגופה. אם טובה היא לציבור, מגשימה את האינטרס העסקי ועדיפה על ההצעות המתחרות, דין ההצעה להתקבל.

458. ודוק, בעניין איגוד ערים[155] קבעה כב' השופטת (כתוארה אז) בייניש, כי לערבות הבנקאית המוגשת במכרז שתי תכליות: להעיד על חוסנו הכלכלי של המציע, וכן לשמש אמצעי יעיל לגביית פיצוי אם יחזור בו מהצעתו לאחר שזכה במכרז. הדרישה כי הערבות תהיה אוטונומית נועדה להגשים את המטרה השנייה – קרי להוות אמצעי גבייה. בעקבות קביעה זו בחן בית המשפט העליון את האפשרות לחלט את הערבות על־פי דיני הערבויות הבנקאיות הכלליים, תוך שהוא קובע,

154 עובדות אלו ניצבו בבסיס פסק הדין בעניין ריהאב, לעיל ה"ש 4. בעניין זה נחלקו הדעות בין כב' השופט ג'ובראן (בדעת רוב בהסכמת כב' השופט אלון) אשר הכשיר את הערבות לבין דעתה של כב' הנשיאה בייניש אשר פסלה אותה.

155 בר"מ 11411/05 איגוד ערים לאיכות הסביבה "דרום יהודה" נ' חברת חופרי ר. אבוקוש בע"מ, תק־על 2006(2) 3539 (2006).

למשל, כי מחלוקת פרשנית באשר לתנאי המכרז היא בגדר מחלוקת בין צדדים לעסקת היסוד שאין בה כדי להיכנס לגדרו של חריג הנסיבות המיוחדות. נראה לנו כי מה שנעשה בעת הדיון בנוגע לחילוט הערבות – יש לעשות גם מלכתחילה בעת שנבחנת השאלה האם נפל בה פגם יסודי. את הסוגיה הזו יש לבחון על־פי דיני הערבות הבנקאית הכלליים, המפורטים בפרקיו הקודמים של ספר זה. זו הפריזמה הראויה לבחינתה של ערבות בנקאית בעת המימוש – וגם בעת ההפקדה שלה בצירוף למכרז.

459. בחינת הערבות הבנקאית המוגשת למכרז בפריזמה של דיני הערבות הבנקאית הכלליים, היא בחינה מהותית ולא טכנית. בבחינה זו, מה שלא פוגם בתוקף הערבות וביכולת לממש אותה בעת פקודה, אינו מוגדר כפגם מהותי במכרז. על כן נראה לנו כי לא כל "פגם הוא פגם ותוצאותיו עמו", כלשון בית המשפט בעניין מ.ג.ע.ר,[156] אלא – יש פגמים שאין בהם ממש מבחינת שלושת העקרונות דלעיל, ומקרים אלה אינם "החריג שבחריג". בחלק ניכר מן המקרים נראה בעליל כי אילו היינו בוחנים אותם בפריזמה של דיני הערבות הבנקאית הכלליים, אין ספק שהיינו מכשירים אותם. ערבויות שכאלה אין סיבה לפסול גם כשהן מוגשות במסגרת מכרז, ובלבד שלא נפגם עקרון השוויון במובן זה שמגיש ההצעה לא הפיק יתרון כלכלי עקב השוני שחל בערבות.

460. בית המשפט העליון ביקש להפוך את הבדיקה לאוטומטית כיוון שסבר כי אין בידי ועדת המכרזים יכולת להכריע בשאלות ערכיות. ואכן, אין מקום שוועדת המכרזים תבדוק את תום הלב של המציע ואת הגורמים ליצירת התקלה. זהו שיקול שוועדת מכרזים אינה צריכה להידרש לו, אלא אם כן ניכר חוסר תום הלב על פני הדברים. בכך חלוקים אנו בכל הכבוד על גישתו של ד"ר דקל בספרו "מכרזים", ולפיה שומה על ועדת המכרזים לשקול לא רק את סוג הפגם שנפל בערבות, אלא גם את הטעמים שגרמו לנפילת הפגם.[157]
כמו כן, איננו שותפים לגישתו של דקל כי ועדת המכרזים צריכה לשקול כשיקול לגיטימי גם את המשמעות הכלכלית של פסילת ההצעה לקופת הציבור. נראה לנו כי מקום שבו הפגם מהותי וממילא פוגע בעקרון השוויון באופן ממשי, אין מקום לבחינת השאלה כמה כסף יכול היה הציבור להרוויח מקבלת הצעה פסולה זו. לעומת זאת, נראה לנו כי יש לעצב את הכללים באופן שלא תיפסל הצעה כאשר הפגם שנפל בערבות אינו פוגע בתוקפה של הערבות ובאפשרות לממשה בכל

156 עניין מ.ג.ע.ר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 2569.
157 אצל דקל, בעמ' 585.

התקופה הרלוונטית, אינו פוגע בהגשמת התכליות שלשמן הוגשה הערבות, וגם אינו מקנה יתרון כלכלי למגיש ההצעה כך שאין כאן פגיעה בעקרון השוויון. נראה לנו כי כללים לבחינת ערבות בנקאית לא חייבים לשלול כל פגם באופן אוטומטי וגורף כדי להיות ישימים ופשוטים, וגם כללים הבוחנים את מהותם של הדברים יכולים בהחלט להיות מובנים וסדורים.

461. כמו כן, נראה כי יש להתוות מדיניות ברורה שתקבע מהם אותם מקרים המהווים "חריג שבחריג" ואשר בהם לא תיפסל ערבות בנקאית מחמת פגם טכני בלבד, שאם לא תאמר כן יימצא כי אותו "חריג שבחריג" הנזכר בפסיקה – בפועל כמעט שלא יהיה בנמצא. בהקשר זה נקבעו כללים ברורים בפסה"ד של כב' השופט חנן מלצר בעניין אדמונית החורש.[158] בית המשפט הבהיר כי תוכשר ערבות בנקאית שנפל בה פגם טכני הנובע מפליטת קולמוס, או מטעות סופר, או מהשמטה מקרית, או מהוספת דבר באקראי, אם התקיימו התנאים המצטברים הבאים:[159]

א. הטעות נלמדת מהערבות עצמה;

ב. ניתן לעמוד על כוונתו המדויקת של השוגה, תוך שימוש בראיות אובייקטיביות מובהקות, המצויות בפני ועדת המכרזים במועד פתיחת תיבת המכרזים;

ג. על פני הדברים נראה כי הטעות או אי גילויה טרם הגשת ההצעה, מקורם בתום לב והם נובעים מהיסח דעת גרידא ולא מכוונת מכוון כלשהי של המציע או של הבנק הערב;

ד. אין בטעות ובתיקונה כדי להקנות למציע יתרון הפוגע בעקרון השוויון וביתר הכללים של דיני המכרזים.[160]

---

158 עניין אדמונית החורש, לעיל ה"ש 56.

159 עם זאת, נראה כי במישור של קביעת כללים לא הייתה זו דעת הרוב. אדרבה, כב' השופט הנדל מציין שם, בעמ' 2093, בהקשר זה כי על אף שהוא מסכים עם תוצאת פסה"ד של כב' השופט מלצר במקרה ספציפי זה, ועל אף שהוא מסכים כי ההצעה להתוות אמות מידה ומצבים שונים שבהם פגם בערבות בנקאית לא יביא לביטול ההצעה למכרז – מבורכת. הרי שהוא מצטרף להסתייגותו הכללית של כב' השופט רובינשטיין וסבור כי התנאים המצטברים הללו הם "כלים יפים לאיתור החריג, אך כשלעצמי הייתי נמנע מלהגדירן כמבחנים. בנוסף, סבורני כי לא בשלה העת לקביעת כללים מחייבים בנדון... בכגון דא, דעתי היא שהניסיון בשטח שצברנו עד כה ונרכוש אף בעתיד לבוא – עשוי להיות לנו יותר לעזר בקביעת הדין הרצוי מאשר קביעת עקרונות על־פי התקדימים המשפטיים העומדים כעת לרשותנו".

160 בהתאם לעקרונות אלה קבע בית המשפט כי ערבות בנקאית שנכתבה בה האות הספרדית "ה" במקום הציון ש"ח אינה פסולה. באותו מקרה מדובר בכתב ערבות שהופק על־ידי הבנק הערבי־

462. כדי לעמוד על דרך היישום של הפתרון המוצע על־ידינו לעיל, ניטול כ"מקרה מבחן" את עובדות פסק הדין בעניין א.ג.י.[161] באותו מקרה נדונה שורה של כשלים שנפלו בערבות הבנקאית שהוגשה במכרז. נדון להלן בכשלים אלו כסדרם ונראה כיצד יש להתייחס אליהם על־פי הפתרון המוצע:

א) מחיקה בטיפקס ועליה מודפסת המילה "יומיים" בלא חתימת מורשי החתימה – זהו בבירור פגם מהותי שכן נוצר ספק ביחס לאפשרות לממש את הערבות לכשתידרש. כתב הערבות, כפי שהוא מוגש לוועדת המכרזים, צריך להיות ברור ותקין על פניו, בלי צורך בבירורים מאוחרים עם הבנק או עם מגיש ההצעה.

ב) היעדר חתימת הלקוח לאחר הציון כי הלקוחות מסכימים לאמור בכתב

הישראלי בסניף בית ג'אן ומערכת המחשב שלו היא שגרמה לרישום הסימן האמור חלף המילה ש"ח. בית המשפט קיבל את הערעור וקבע כי "כעולה מעיון בערבות עצמה, עסקינן בפליטת קולמוס מובהקת: ציון סימן חסר פשר – "ñ" (אות ספרדית, אשר ראוי להעיר כי מבחינה גרפית – דומה ל" ₪ "), בצד רישום הסכום, בלא סימון כל סוג של מטבע. טעות זו, שעל פני המסמך, זועקת לתיקון. בהקשר זה כוונת המציע והבנק גם יחד, כי הערבות תהיה בש"ח מתבקשת: הדבר עולה בבירור הן מן ההקשר שבו נערך המכרז, והן מהקפדת המציע והבנק להעתיק אל תוך הערבות, שצורפה להצעה (למעט אותו סימן חסר פשר) – את נוסח הערבות הנדרש במכרז, מילה במילה... בשים לב לאופי הטעות, ברור כי מקורה הוא בחוסר תשומת לב כלשהי ולא בכוונת מכוון". בית המשפט הסתמך בהקשר זה גם על פסיקה זרה המאפשרת תיקון טעויות שכאלו לרבות השלמת סוג המטבע שהוחסר בטעות בשטרי חוב ובערבויות. באנגליה הדבר נקבע מקדמת דנא – ראה: Coles v. Hulme, 8 B&C 568 (1828) ו־Mourmand v. Le Clair, 2 K.B. 216 (1903) (שם הושלמה המילה "Pounds" בערבות ובשטר מכר (בהתאמה), במקומות שבהם נשכח ציון סוג המטבע). פסקי דין אלה משמשים עד היום כאסמכתאות לענייננו בספר מוביל על פרשנות חוזים בבריטניה - ראה: K. Lewison, The Interpretation of Contracts 351–352 (4th ed., 2007). גישה דומה לגבי טעויות מעין אלו, בהצעות המוגשות במכרז מצאנו גם בניו זילנד: *Mirelle Pty. Ltd. v. The Attorney General and the Ministry of Commerce et al* (1992) (המובא אצל: R.W.Craig, Procurement Law 558–561 (1999)). בית המשפט ציין עוד כי גישה קרובה קיימת במשפט העברי, ראה ש' ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי 298־291 (תשל"ד) (בפרק "טעות סופר"). כמו כן ציין בית המשפט כי השמטת ציון סוג המטבע שבו מדובר ותיקונה בהתאמה, מכוח סעיף 16 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973 הם אחת מהדוגמאות המובאות בספרם של פרידמן וכהן, בעמ' 760.

161 עניין א.ג.י, לעיל ה"ש 36. כב' השופטת נאור, בעת שכיהנה בית המשפט המחוזי בירושלים, המליצה לפתור את הקשיים הרבים הנופלים בערבות הבנקאית המוגשת במכרז על־ידי כך שמגישי ההצעות במכרזים יעמדו על כך שהבנק ינפק להם כתב ערבות, התואם, ככתבו וכלשונו, את נוסח הערבות המבוקש בתנאי המכרז.

הערבות – פגם זה אינו פוסל את ההצעה, שכן ניתן לחלט את הערבות, בהיותה ערבות אוטונומית, למרות היעדר חתימת הלקוח.

ג) ציון המילים "תוך יומיים" במקום המילה "יומיים" – פגם זה אינו מקנה למציע "יתרון בולט" על פני המתחרים האחרים. סכום הערבות הוא על סך 42,000 ש"ח. אין זה סכום גבוה. היתרון המושג בדחיית התשלום בנסיבות שתוארו, הוא לכאורה זניח מבחינה כלכלית ועל כן אין מניעה להכשיר סטייה זו. ואכן כך ציינה כב' השופטת נאור בפסק הדין.

ד) השמטת המילים "או לדרוש תחילה את סילוק החוב מאת החייב" – כאן ישנה אמנם סטייה מנוסח הערבות שנדרש, אך המילים שצוינו באותו כתב ערבות ולפיהן הוא ניתן למימוש לפי דרישה – "מבלי להתיר עליכם לבסס את דרישתכם", מנתקות בעליל את הקשר אל החייב, וברור מהן שמדובר בערבות בנקאית אוטונומית. בהתאם לכך מובן כי יש להכשיר את הערבות הבנקאית ובפנינו פגם טכני זניח.

ה) במקום המילים "המגיע או עשוי להגיע לכם", הופיעו המילים "שתדרשו מאת הנ"ל" – בעניין זה בפנינו נוסח המדגיש עוד יותר את האוטונומיות של הערבות. על כן, אף שיש בפנינו סטייה מן הנוסח של הערבות כפי שזו מופיעה במכרז, אין מקום לפסול את ההצעה.

ו) צירוף ערבות בנקאית אחת לשתי ההצעות שהוגשו למתחמים שונים במכרז, בסכום המספיק לשני המתחמים הגדולים ביותר (בניגוד להוראת המכרז הקובעת כי לכל הצעה יש לצרף ערבות בנקאית בפני עצמה) – בהקשר זה קבעה כב' השופטת נאור: "אכן, בכך לא דקדקה ... בתנאי המכרז, כפי שצריכה הייתה לעשות. עם זאת, לא הראתה ... במה פגם הדבר או יכול היה לפגום בעקרון השוויון בין המציעים השונים או ביכולת מימוש הערבות אילו זכתה ... בשני מתחמים. מסקנתי שלי היא שאכן מדובר בפגם, אך הפגם הוא פגם טכני בלבד"[162].

ז) היעדר חתימה על כריכת הערבות – גם בעניין זה קבעה כב' השופטת נאור "ישנו פגם, אך בעיני הוא פורמלי לחלוטין"[163].

---

162 שם, בעמ' 1130.

163 שם, בעמ' 1131.

ח) השם אינו השם המלא (שמה המלא והנכון של החברה שהגישה הצעה במכרז הינו "טל מישאל הנדסה ובנין (1992) בע"מ", בעוד שעל הערבות נכתב "טל מישאל הנדסה ובנין בע"מ", בלא ציון השנה). בחינת שאלה זו על־פי עקרון ההתאמה הפורמאלי מביא לפסילת ההצעה, שכן יתעורר קושי במימוש הערבות הבנקאית.[164] לעומת זאת, החלה של עקרון ההתאמה המהותי בדיני הערבויות הבנקאיות הכלליים תביא להכשרתה של הצעה זו, שהרי אין בפגם האמור כדי לפגום באפשרות לממש את הערבות הבנקאית.

463. כדי לעמוד על ישימותו של הפתרון המוצע נראה להלן כי למעשה כבר ניתן לו ביטוי בכמה וכמה פסקי דין. אמנם הרציונאל שהובע שם לא כלל את הניתוח השיטתי שהובא לעיל, אבל האינטואיציה השיפוטית של בית המשפט הביאה אותו להחלה מעשית של הפתרון המוצע.

464. בדרך זו צעד למשל כב' השופט עדיאל בבית המשפט המחוזי בירושלים בעניין ארי יוסי אבטחה.[165] בפסק דין זה ניתח בית המשפט שורה של פגמים שנפלו בערבות הבנקאית, כאשר הקריטריון הוא תמיד אחד: תוקף הערבות הבנקאית והאוטונומיות שלה על־פי דיני הערבות הבנקאית הכלליים. מקום שבו ניתן לגבות את הערבות ללא חשש ולא נפגעת האוטונומיות של הערבות – הוגדר הפגם כטכני. לעומת זאת, מקום שבו יוצר שינוי הנוסח זיקה בין הערבות לבין עסקת היסוד באופן שנוצר חשש ממשי כי מימוש הערבות ייתקל בקשיים ובצורך בהתדיינות – נפסלה ההצעה. בהקשר זה נראה כי השאלה האם נפגעה האוטונומיות של הערבות היא אכן שאלה משפטית, שלא תמיד היא נהירה לחברי ועדת מכרזים אם אין להם השכלה משפטית. אבל זהו תנאי בלעדיו אין – שלא ניתן לוותר עליו ולהכשיר גם ערבות שאינה עומדת במבחן ראשוני זה

---

164 ואכן, כך קבע בית המשפט באותו עניין, בעמ' 1132, כי: "עמדתי היא כי כאן אין מדובר בפגם טכני. מקובלת עלי עמדתו של השופט ד' ביין בה"פ (חיפה) 245/98 מגידו שירותי שמירה נ' עיריית אום אל פאחם, תק־מח 98(2) 221 (1998), ולפיה: "שם של חברה מגלם את הזהות שלה ושינוי אפילו קטן בשם די בו כדי להבדיל תאגיד אחד מחברו, והרי עניין שבכל יום הוא שצצות חברות בשם דומה (בעיקר כשמדובר בחברות שונות בשליטה של אותם אנשים או בחברות בנות או אחיות) כשההבדל בין כל אחת מהשנייה מתבטא בשינוי קל בשם (לפעמים באה רק הוספת שנה בסוגריים או הוספת מילה או גריעתה)". ובהמשך: "אין אני סבורה שמדובר, על פניו, בטעות קולמוס גרידא... בעיני אין המדובר בפגם טכני הניתן לתיקון בדיעבד. כפי שציינתי לעניין א.ג.י., המועד הקובע לעניין תקינות הערבות הוא מועד הגשת ההצעה ולא מועד מאוחר ממנו".

165 עת"מ (ירושלים) 722/06 ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־מח 2006(4) 11341 (2006).

ועל כן – אף אם יש קושי יישומי כלשהו, ברור כי לא ניתן לוותר עליו. מאידך גיסא, נראה כי מבחן זה אינו יוצר קושי יישומי ממשי, שכן מטבע הדברים נבחנת שאלת ההתאמה של ערבות בנקאית לתנאי המכרז על־ידי ועדות משנה של ועדת המכרזים האמונות על הקריטריונים בעניין זה, וכמו כן נעזרות ועדות אלה ביועץ משפטי פנימי או חיצוני, ובכל מקרה ההבחנה בין ערבות בנקאית אוטונומית לבין ערבות שנפגעה האוטונומיות שלה ונוצרה זיקה לעילת היסוד – אינם מבחנים מורכבים ודעת לנבון להבינם.[166]

465. בעניין רמיר[167] הבהיר כב' השופט זוסמן כי ככלל המזמין אינו חייב לקבל הצעה אם הערבות אינה מנוסחת כדבעי. אפילו תאמר שיש למזמין סיכוי סביר לזכות בתביעה נגד הבנק הערב, אין הוא חייב להשלים עם מסמך שיסבך אותו במשפטים עם נותן הערבות, ועל כן מן הצורך שכתב הערבות יהא חד וחלק, כך שניתן לאכוף את התשלום ללא בעיות. עם זאת, הכשיר כב' השופט זוסמן ערבות שנפלה בה טעות קולמוס מהטעם שבנסיבות העניין: "בנק המכבד את עצמו לא היה מתגונן מפני תביעת הנערב בטענה, שעל אף דרישה שהוגשה בעוד מועד, לא תהא ערבותו בת תוקף למשך שלושה חדשים נוספים. אין סיבה לחשוש שמפאת הטעות האמורה, הגלויה לעין, הייתה העירייה נזקקת למשפטים כדי להיפרע"[168]. הנה כי כן, דרך הבחינה של הדברים לא הביטה עוון בערבות ולא ראתה עמל בה, אלא התבוננה על הדברים בראייה פרגמטית מובהקת של דיני ערבויות בנקאיות כלליים ושאלה את השאלה הפשוטה, האם בפנינו ערבות שעלול להיגרם חשש ממשי לקושי בגבייתה. משהייתה התשובה שלילית, הוכשרה ההצעה על אף פגמיה.

466. בדומה לכך בחן את הסוגיה כב' השופט טירקל בפסק הדין בעניין האחים שרבט[169] על־פי אותם מבחנים של דיני הערבות הבנקאית הכלליים. כך למשל באותו עניין נפלו כמה וכמה פגמים צורניים בערבות, כגון: בשם הנערב נכתב "י.ח. דימרי בניה ופיתוח בע"מ" במקום "י.ח. דמרי בניה ופיתוח בע"מ"; בכתב הערבות נכללה הסתייגות כי "ערבות זו אינה ניתנת להעברה"; הוספה בערבות הסתייגות ולפיה דרישה לתשלום צריכה להימסר "למשרדי הסניף החתום מטה בשעות שבהן הסניף פתוח לקבלת קהל". בית המשפט קבע כי מדובר בפגמים

166 ראה מהדורה ראשונה של ספר זה בעמ' 75–102.

167 עניין רמיר, לעיל ה"ש 51.

168 שם, בעמ' 186.

169 עע"ם 9177/01 אחים שרבט יוזמים ובונים נ' עיריית תל־אביב, פ"ד נו(2) 163 (2001).

טכניים מכיוון שאין בהם כדי למנוע מעורך המכרז לגבות את סכום הערבות מן הבנק הערב.

467. דוגמה מובהקת ליישום הפתרון המוצע מצויה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט גריל) בעניין הסעות סכנין.[170] באותו מקרה היה שוני בין נוסח הערבות שבתנאי המכרז לבין נוסח הערבות שהגיש אחד המציעים.[171] בית המשפט קבע כי עניינית לא הוכח שההבדל בניסוח עשוי להקנות יתרון כלשהו לאותו מציע שכן "פשיטא שהערבות בה מדובר היא ערבות אוטונומית, ובין אם נכתב בנוסח כי ההתחייבות היא לשלם את סכום הערבות מיד עם דרישתה הראשונה בכתב של הרשות המקומית, ובין אם נכתב שהתשלום יתבצע תוך שבעה ימים לאחר קבלת דרישה ראשונה בכתב, יחולו על ערבות אוטונומית זו הכללים המשפטיים המנחים בכל הנוגע למימוש ערבות אוטונומית"[172].

הנה כי כן מדובר בפתרון שלא רק שאין מניעה ליישם אותו, אלא שבפועל אכן נעשה כן במקרים רבים.

ז(7) סיכום

468. עמדנו לעיל על המגמה העקבית של ההחמרה שהתחוללה בפסיקת בית המשפט בנוגע לפגם שנפל בערבות בנקאית. בתחילת הדרך נבחנו הדברים לגופם כאשר פגמים מהותיים הביאו לפסילת ההצעה ואילו פגמים טכניים אפשר בית המשפט לתקן. הייתה אמנם מחלוקת ביחס להגדרת המונח פגם טכני, אבל שררה תמימות דעים כי יש לאזן בין האינטרס העסקי לבין האינטרס הציבורי, ובמקום שבו אין פגיעה ממשית בעקרון השוויון או בתכליתו הספציפית של המכרז, הוגדר הפגם

170 עת"מ (חיפה) 627/02 הסעות סכנין (1997) נ' מועצה מקומית, תק־מח 2002(3) 10955 (2002).

171 בנוסח שבתנאי המכרז נאמר:"אנו מתחייבים לשלם לכם כל סכום או סכומים עד לסך הנ"ל בתוספת הפרשי הצמדה מיד עם דרישתכם הראשונה בכתב שתגיע אלינו, מבלי להטיל עליכם לבסס או לנמק את דרישתכם באופן כלשהו או לדרוש את הסכום תחילה מאת המבקשים בתביעה משפטית או בכל דרך אחרת...". לעומת זאת, בנוסח הערבות הבנקאית שהוגש נאמר: "אנו נשלם לכם מפעם לפעם, בכל מקרה תוך 7 ימים לאחר יום קבלת דרישתכם הראשונה בכתב, כל סכום בגבול סכום הערבות המוגדל, מבלי להטיל עליכם לבסס את דרישתכם או לדרוש תחילה תשלום מהחייב...".

172 שם, בעמ' 10959.

כטכני. השופט ברק הבהיר בעניין סן טרופז[173] כי מן הראוי להעדיף את המהות על הצורה, ואין לפסול הצעות המוגשות במסגרת מכרז, שכן המעלה הכרוכה בכך אינה שקולה כנגד הנזק הנגרם לציבור עקב הפסילה. ברם, שלפתע חל מהפך בלא שניתנה לכך הסבר כלשהו, ובכל הנוגע לערבות בנקאית במכרז קבע כב' השופט ברק עצמו כי פגם בערבות בנקאית הוא כמעט תמיד, בהגדרה, פגם מהותי הפוסל את ההצעה.

469. מקום שבו הנורמה הנקבעת אינה מתיישבת עם צרכים פרקטיים, היא אינה מכה שורשים בקרקע המציאות, ועל כן ראינו שורה של פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שהמשיכו לבחון את הערבות הבנקאית במבחנים מהותיים ולא הפנימו את המסר כי בערבות בנקאית המוגשת במכרז כל פגם טכני מוגדר כפגם מהותי וגם אם המציע לא הפיק טובת הנאה ממשית כלשהי, רואים אותו כמי שהפר את עקרון השוויון. בהיעדר רציונאל ברור גם נוצרה פסיקה סותרת ביישומה של הנורמה. בנסיבות אלה, הגיעו הדברים להקצנה נוספת בפסיקת בית המשפט העליון, אשר הבהיר כי אין מקום להפקיד "מרחב של שיקול דעת" בידי ועדות המכרזים, הן מכיוון שאלה לא ידעו ליישם מבחנים שאינם אוטומטיים והן מכיוון שמתעורר חשש לטוהר המידות אם מותירים מרחב של שיקול דעת. לאמור: בעוד שבמשפט המִנהלי שוררת ככלל חזקה בדבר כשרות המעשה המנהלי, וזאת גם כשעסקינן בחלוקה של משאבי ציבור, הרי שבכל הנוגע למכרזים הנחת המוצא היא הפוכה.

470. נוצרה גישה דווקנית מאוד היוצרת עוול כלפי מציעים רבים ופוסלת הצעות באופן סיטונאי בלא שתהיה לכך הצדקה עניינית. האינטרס העסקי נפגע והצעות המיטיבות עם הציבור במיליוני שקלים עלולות להיפסל על הסף עקב פגמים קלי ערך שערכם יסולא בשקלים בודדים. המגמה השוררת היא דווקנית ודקדקנית. במקום התמודדות כלכלית בין המציעים השונים, מחפש כל צד בזכוכית מגדלת בשיטין ובין השיטין, שמא פגם משנהו בקוצו של יוד, טכני שבטכני, צורני שבצורני, חיצוני שבחיצוני, בערבות הבנקאית כדרך לפסול את הצעתו.

471. קידוש הפורמליזם על חשבון המהות ומתן תוקף לדקדוקי עניות מזכירים במידה מסוימת את שירו של אוגדן נאש אודות "הדקדקן"[174]:

173 עניין סן טרופז, לעיל ה"ש 22.

174 ראה גם שירו הידוע של י"ל גורדון "קוצו של יוד", כתבי י"ל גורדון – שירה קכ"ט (תש"י).

"קבלו נא את פרופסור טויסט:
ידען, מדען, פרפקציוניסט.
"הוא לא טועה!", לכן מיד;
נשלח אל יערות העד.
לחוף נהר גילה פתאום; שנעלמו עקבות אשתו;
שכן, מורה הדרך סח; את האישה אכל תמסח.
פרופסור טויסט חייך בגיל:
"כוונתך לקרוקודיל".[175]

472. גישה זו זרה לכללים הנוהגים במשפט הישראלי בכללותו. בדיני החוזים הועדפה המהות על הצורה, ונושבת הרוח של הלכת אפרופים,[176] עקרון תום הלב הוכר כ"עיקרון על" המוחל ביחס לכל תחום אפשרי, ואף בעת שעסקינן בדיני ערבות בנקאית כלליים מוחל עקרון ההתאמה המהותי וטענות פורמליסטיות מוגדרות כחוסר תום לב. דברים אלה אינם מוגבלים לתחומי המשפט הפרטי והם חלים גם בתחומי המשפט הציבורי העובר מבטלות לנפסדות ולבטלות יחסית, כאשר בית המשפט "מרכך" תוצאה המתקבלת מהיעדר שיקול דעת ומאפשר פתרונות ביניים של תיקון פגמים בהתאם לעקרונות הסבירות והמידתיות. לא מסתבר אפוא כי דווקא לגבי ערבות בנקאית במכרז תשרור רוח נגדית - דווקנית, מחמירה ונוקשה. גם אין כל הצדקה לכך. יש לזכור גם כי חברי ועדות המכרזים חבים חובת אמון לציבור, וחובה זו כוללת בחובה את הצורך לקבל הצעות החוסכות בכספי ציבור. זוהי אחת התכליות המרכזיות של המכרז המאפשר התמודדות יעילה במישור הכלכלי. מקום שבו מורים לנאמני הציבור שלא לשקול שיקולים החיוניים למילוי תפקידם ולפסול הצעות באופן מכני, גם אם לכך הצדקה מהותית, הרי שהקריטריון אינו מתיישב עם חובות אמון ועם כללים בסיסיים של סבירות ומידתיות.

473. משום כך הצענו פתרון ביניים פרקטי ולפיו תיפסל ערבות בנקאית רק אם

---

175 ובמקור "The Purist" by Ogden Nash:

I give you now Professor Twist, a conscientious scientist,
Trustees exclaimed "He never bungles!" and sent him off to distinct jungles.
Camped on a tropic riverside, one day he missed his loving bride.
She had, the guide informed him later, been eaten by an alligator.
Professor Twist could not smile,
"You mean", he said, "a crocodile".

176 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 78 בפרק ב.

על־פי דיני הערבות הבנקאית הכלליים יש בפגם כדי למנוע אפשרות לממש את הערבות וליישם את התכליות שלשמן נמסרת ערבות בנקאית במכרז. גם מבחינת עקרון השוויון, מן הראוי לקבוע כי רק במקום שבו יש יתרון כלכלי למגיש ההצעה עקב הפגם שנפל בערבות – היא תיפסל. לעומת זאת, פגמים צורניים שאינם מקנים יתרון, כאמור – אינם פוגעים בעקרון השוויון ואין סיבה לפוסלם. עקרונות אלה ישימים הם, וראינו שורה של פסקי דין אשר הפעילו את אמות המידה הללו מכוח האינטואיציה השיפוטית. נראה גם כי עקרונות אלה אינם בגדר פִּרצה הקוראת לאי ניקיון כפיים חלילה, ואין בהם מורכבות אשר ועדת מכרזים סבירה אינה יכולה להתמודד עמה. "לא בשמיים היא" אלא "בפיך ובלבבך לעשותו".

נספחים

בנק ישראל

הפיקוח על הבנקים

נוסח כתב ערבות לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974

תאגיד בנקאי המוציא ערבות לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 יעשה כן בנוסח המפורט להלן:

כללי

פרטים על הדירה (גוש, חלקה, מספר הבניין, מספר הדירה), המוכר והבנק.

מהות הערבות

הרינו ערבים בזה כלפיכם בסכום של _____, ששילמתם למוכר על חשבון מחיר הדירה (להלן: סכום הערבות), וזאת במקרים הבאים (להלן: "העילות למימוש הערבות"):

- אם המוכר לא יוכל להעביר לכם בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המכר, מחמת עיקול שהוטל על הדירה או על הקרקע שעליה היא נבנית (למעט עיקול שהוטל לבקשתכם או כנגדכם) או מחמת צו הקפאת הליכים, צו לקבלת נכסים, צו פירוק או צו למינוי כונס נכסים שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע (להלן – הצווים);

- אם אין ולא תהיה אפשרות בשום מועד שהוא למסור לכם את הדירה, ולא רק בשל ביטול חוזה המכר (להלן: "המניעה המוחלטת"), ולא הושבו לכם הכספים המגיעים לכם עקב המניעה המוחלטת.

הפרשי הצמדה

סכום הערבות יהיה כפוף להפרשי הצמדה כמפורט להלן (בהתאם לאמור בחוזה המכר. בהעדר קביעה בחוזה המכר תחול הצמדה למדד תשומות הבניה):

צמוד למדד התשומות בבניה למגורים, כפי שהוא מתפרסם על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ולמחקר כלכלי, או כל מוסד רשמי אחר שיבוא במקומה, בין אם יהיה בנוי על אותם נתונים שעליהם בנוי המדד הקיים ובין אם לאו.

צמוד למדד המחירים לצרכן, שהוא מדד המחירים, כולל פירות וירקות, כפי שהוא מתפרסם על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ולמחקר כלכלי, או כל מוסד רשמי אחר שיבוא במקומה, בין אם יהיה בנוי על אותם נתונים שעליהם בנוי המדד הקיים ובין אם לאו.

אם המדד ביום התשלום יעלה על מדד הבסיס, נשלם לכם את סכום הערבות, כשהוא מוגדל בשיעור זהה לשיעור עליית המדד. אם המדד ביום התשלום ירד ממדד הבסיס, נשלם לכם את סכום הערבות כפי שהוא. "מדד הבסיס" – המדד הידוע ביום תשלום הכספים למוכר.

צמוד לשער היציג של _____ (מטבע החוץ הרלבנטי), המתפרסם על ידי בנק ישראל. אם בנק ישראל לא יפרסם את השער האמור, יבוא במקומו שער העברות והמחאות של _____ (הבנק הספציפי) בעת הרלבנטית.

אם שער _____ (מטבע החוץ הרלבנטי) ביום התשלום יעלה על שער הבסיס, נשלם לכם את סכום הערבות, כשהוא מוגדל בשיעור זהה לשיעור עליית השער. אם השער ביום התשלום ירד משער הבסיס, נשלם לכם את סכום הערבות כפי שהוא. "שער הבסיס" – השער הידוע ביום תשלום הכספים למוכר.

(יש לאפשר לסמן אחת מאופציות אלה או לחילופין למחוק את המיותר).

<u>מועד התשלום</u>

אנו נשלם לכם כל סכום שתדרשו מאיתנו בגבולות סכום הערבות, בצירוף הפרשי ההצמדה כמפורט לעיל, וכל עוד לא אירע אירוע המפקיע את תוקף הערבות או המבטל את העילה, תוך 60 ימים לאחר קבלת דרישתכם הראשונה בכתב ב_____ (המקום אליו רוצים שהרוכש ישלח את הדרישה), ובתנאי שהדירה ריקה מכל אדם וחפץ, ושלדרישתכם יצורפו כל המסמכים שלהלן:

- כתב ערבות זה (מקור). אם כתב הערבות אבד או הושמד, יצורף במקומו תצהיר חתום על ידכם ומאומת בפני עורך דין, המפרט את נסיבות האובדן או ההשמדה כאמור.

- עותק מאושר של פסק דין או החלטה אחרת של רשות שיפוטית מוסמכת בישראל, לפיו התקיימה אחת העילות לתשלום על פי הערבות, המפורטות בסעיף __ לעיל (סעיף "מהות הערבות"). הנכם פטורים מצירוף עותק של פסק דין או החלטה כאמור, כל עוד פסק הדין או ההחלטה כבר מצויים בידי הבנק או בידי בא כוחו, אשר ייצגו בהליכים הנוגעים לפסק הדין או ההחלטה כאמור.

- התחייבותכם, לפיה עם קבלת הסכומים על פי ערבות זו, הנכם מוותרים על כל זכות בדירה ועל כל בטוחה אחרת שקיבלתם ממוכר הדירה בגינה. הבנק יהיה רשאי לדרוש מכם, כתנאי לתשלום על פי ערבות זו, להמחות לו את כל זכויותיכם בדירה. הבנק יהיה רשאי לדרוש מכם לחתום על כל מסמך הנדרש לשם ויתור או המחאה כאמור.

<u>פקיעת הערבות</u>

ערבות זו תפקע, בין אם התקבלה אצלנו דרישתכם לתשלום וטרם נענתה ובין אם טרם התקבלה, וזאת בכל אחד מהמקרים הבאים:

1. בנייתה של הדירה הסתיימה ונמסר לנו מסמך חתום על ידיכם, המעיד כי הדירה נמסרה לכם, או לחלופין, נמסר לנו אישור על השלמת הבנייה על פי תקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (הוכחה בדבר השלמת בנייתה של דירה), התשל"ז-1976, בצירוף מכתב של המוכר המופנה אליכם והמודיע על כך שהדירה נמסרה לכם; וכן התקיים אחד התנאים המפורטים להלן, לפי הענין:

1.1. הומצא לנו נסח רישום לפיו נרשמה העברת הבעלות או החכירה, לפי הענין, בדירה, על שמכם.

1.2. הומצא לנו נסח רישום מקרקעין לפיו נרשמה לטובתכם בפנקסי לשכת רישום המקרקעין הערת אזהרה לגבי מכירת הזכות בדירה, או בחלק יחסי של הקרקע שעליה הדירה נבנית, הקודמת לכל שעבוד, עיקול או זכות אחרת, למעט אם זכויות אלה נרשמו לטובת צד שלישי, לבקשתכם או לחובתכם, ולמעט אם השעבוד רשום על שמנו, ואנו מסרנו לכם התחייבות בכתב, לפיה ביחסים שביננו לביניכם יראו את הדירה או חלק יחסי של הקרקע שעליה הדירה נבנית, כאילו הוצאו מתחולת השעבוד.

- 1.3. אם הקרקע עליה נבנית הדירה היא קרקע של מנהל מקרקעי ישראל: הומצא לנו עותק חתום של חוזה חכירה בין מנהל מקרקעי ישראל לביניכם, או אישור ממנהל מקרקעי ישראל באשר לחתימת חוזה כאמור, בו מתחייב מנהל מקרקעי ישראל להביא לרישום על שמכם של זכות חכירה בדירה לתקופה של למעלה מעשרים וחמש שנים, כשהיא נקיה מכל שעבוד או התחייבות לשעבוד, עיקול וכל זכות אחרת לטובת צד שלישי, למעט אם זכויות אלה נרשמו לטובת צד שלישי, לבקשתכם או לחובתכם.

2. נמסר לנו אישור בכתב של מבטח, אשר אושר על ידי המפקח על הביטוח, הכל כאמור בסעיף 2(2) לחוק, כי החזרת הסכומים על פי ערבות זו מובטחים על ידו בפוליסה בה הנכם המוטבים.

3. בוטל הסכם המכר, ונמסר לנו מסמך חתום על ידכם ומאושר על ידי עורך דין, המאשר כי הושבו לכם הכספים ששילמתם על חשבון מחיר הדירה בצירוף הפרשי הצמדה כאמור בערבות זו, בניכוי כל סכום עליו הוסכם ביניכם לבין המוכר במסמך ביטול ההסכם בכתב ו/או בניכוי כל סכום שנקבע בפסק דין או החלטה אחרת של רשות שיפוטית מוסמכת בישראל.

<u>המחאת הזכויות על פי הערבות</u>

- הזכויות על פי ערבות זו אינן ניתנות להמחאה, אלא בהסכמתנו מראש ובכתב.

- על אף האמור לעיל, אם נתתם לנו הוראות בלתי חוזרות, אשר אושרו על ידנו, לשלם מהסכום המגיע לכם על פי ערבות זו לתאגיד בנקאי או מבטח, אשר נתנו לכם הלוואה לצורך רכישת הדירה (להלן – המוסדות הפיננסיים), בגין חובכם למוסדות הפיננסיים כאמור, אנו נעביר תחילה את הסכומים האמורים המגיעים למוסדות הפיננסיים מכם באותה עת. סכומים אלה יהיו כפי שימסרו לנו המוסדות הפיננסיים. במקרה שההוראות הבלתי חוזרות שנתתם לנו מתייחסות למספר מוסדות פיננסיים בדרגה שווה, היחס בין הסכומים שנעביר להם כאמור יהיה על פי חלקם היחסי בהלוואות שנתנו לכם בגין רכישת הדירה.

<u>ערבות לשניים או יותר</u>

הוצאה ערבות זו לטובת שניים או יותר, על הדרישה על פיה להיעשות על ידי כולם ביחד, וכל תשלום על פיה ייעשה על ידנו לכולם ביחד.

לאומי leumi

קבלה/הוראת תשלום

מס' שובר וקבלה	מס' דירה	מס' קומה	מס' בנין
010/06	10	4	1234567

דוגמה

פרטי הפרוייקט

שם הקבלן/המוכר	מספר מזהה
פרויקטים בע"מ	12345678
	12345678-9

שם הפרוייקט	מס' בנין	מס' חלקה/אות	
קרית ישראל	1234	123	

מיקום גיאוגרפי / כתובת	מס' פרוייקט
ישראלי 1 רמת שומקום	1234567

פרטי הרוכשים

שמות הרוכשים (שם+שם משפחה / שם תאגיד)	מספר מזהה
ישראל ישראלי	12345678-9

לתשומת לב:

- עם זיכוי חשבון הפרוייקט בתשלום שבוצע בשובר זה, זכאי רוכש הדירה לקבל מהבנק ערבות בגין סכום הכסף ששולם באמצעות השובר.
- השוברים ממוספרים ברצף.
- אין בתשלום השובר ובהוצאת ערבות בעקבותיו, כשלעצמם, כדי ליצור זכות לרוכש מעבר לזכויותיו על פי דין, לרבות לעניין מכתב החרגה של היחידה מתחולת שיעבוד המקרקעין לתאגיד הבנקאי, בנסיבות בהן אין התאגיד הבנקאי מחוייב לעשות כן.
- ניתן לשלם באמצעות כל סניפי הבנקים.
- לא ניתן לתשלום באמצעות שיק/שיק בנקאי.
- אין בתשלום השובר ובאימות הפרטים משום מצג כלשהו מצד התאגיד הבנקאי בדבר מצב הפרויקט ו/או מצב הקבלן.

מס' חשבון (13 ספרות) חשבון לזיכוי הפרויקט: 10-123-88888888

מס' חשבון / סניף / בנק

לאימות שם הפרויקט ומספר חשבון הפרויקט:
- אתר האינטרנט: WWW.LEUMI.CO.IL
- טל. עד - 31.08.09: 03-5147575 (מספר הקלטון מה- 1.09.09 ילחה *5534)

אין לשנות פרט כלשהו המוסבע על גבי השובר

סכום לתשלום ₪

קוד מוסב:

חתימה וחותמת הסניף

העתק ללקוח

לאומי leumi

הודעת זיכוי

מס' שובר וקבלה	מס' דירה	מס' קומה	מס' בנין
010/06			

חשבון לזיכוי הפרויקט: 10-123-88888888

מס' חשבון / סניף / בנק (13 ספרות)

שם הפרויקט: קרית ישראל

שם הפרוייקט

010

בנין 1234	חלקה/אות 123	תאריך הקבלה
ישראלי 1, רמת שומקום	אשדר	תב"ע 12345678/9
מיקום גיאוגרפי / כתובת	ישראל ישראלי	12345678/9
1234567		
מס' פרוייקט	שם הקבלן	מספר מזהה

אין לשנות פרט כלשהו המוסבע על גבי השובר

קוד מוסב

חתימה וחותמת הסניף

סכום לתשלום ₪

שם הרוכש — מספר מזהה

חוק הערבות, תשכ"ז-1967[1]

פרק א': הוראות כלליות

1. (א) ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר כלפי אדם שלישי.
(ב) הערבות יכול שתהיה לחיוב כולו או מקצתו, קיים או עתיד לבוא, מתחדש או מותנה, קצוב או בלתי קצוב.

2. אין ערבות אלא לחיוב בר-תוקף.

3. הערבות נוצרת בהסכם בין הערב לבין הנושה או בהתחייבותו של הערב שהודעה עליה ניתנה לנושה; ואם היתה הערבות על פי צו של רשות - משנמסר כתב הערבות לרשות.

4. (א) אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב ולא בחמור ממנו.
(ב) הערב חב גם בריבית, בהוצאות ובדמי נזק שנתחייב בהם החייב בשל החיוב הנערב, ודינם של כל אלה כדין החיוב הנערב; והוא כשאין כוונה אחרת משתמעת מן הערבות.
(ג) היה היקף הערבות מוגבל, אין הערב חב אלא בתחום ערבותו.

5. (א) הוקטן החיוב הנערב, על פי הסכם בין החייב לבין הנושה או על פי ויתור של הנושה, מופטר הערב במידה שהופטר החייב.
(ב) הוגדל החיוב הנערב, על פי הסכם בין החייב לבין הנושה, אין הדבר משנה בחיובו של הערב.
(ג) חל בחיוב הנערב שינוי אחר, על פי הסכם בין החייב לבין הנושה, משתנה חיובו של הערב לפי השינוי, אולם הברירה בידי הערב -

---

1 פורסם ס"ח תשכ"ז מס' 496 מיום 21.4.1967 עמ' 46.
ת"ט ס"ח מס' 638 מיום 26.11.1971 עמ' 3.
תוקן ס"ח תשנ"ב מס' 1390 מיום 24.3.1992 עמ' 144 (ה"ח תשנ"א מס' 2072 עמ' 331) - תיקון מס' 1; תחילתו 30 ימים מיום פרסומו ור' סעיפים 5, 6(ב) לענין הוראות מעבר.
ס"ח תשנ"ח מס' 1637 מיום 14.11.1997 עמ' 2 (ה"ח תשנ"ו מס' 2443 עמ' 212) - תיקון מס' 2; תחילתו ביום 1.6.1998 ור' סעיף 2 לענין תחילה, תחולה והוראות מעבר.

(1) למלא ערבותו ללא שינוי, אם ניתן לעשות כן;
(2) לבטל ערבותו אם השינוי היה שינוי יסודי הפוגע בזכויות הערב.

6. (א) גרם הנושה לאי־מילוי החיוב הנערב, מופטר הערב.
(ב) גרם הנושה לפקיעת ערובה שניתנה להבטחת החיוב הנערב ונגרם על ידי כך לערב נזק, מופטר הערב כדי סכום הנזק.

7. (א) כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו עומדת גם לערב.
(ב) התיישנה התביעה נגד החייב, מתיישנת גם התביעה נגד הערב, אם לא התיישנה לפני כן.

8. הערב והחייב אחראים כלפי הנושה יחד ולחוד, אולם אין הנושה רשאי לדרוש מן הערב מילוי ערבותו בלי שדרש תחילה מן החייב קיום חיובו, אלא באחת הנסיבות האלה:
(א) הערב ויתר על הדרישה מן החייב;
(ב) ניתן נגד החייב צו קבלת נכסים או צו פירוק;
(ג) החייב מת או נמצא מחוץ לישראל או שמתן הדרישה כרוך בקשיים מיוחדים.

9. זולת אם ניתנה הערבות שלא בהסכמת החייב, זכאי הערב לחזור על החייב ולהיפרע ממנו מה שנתן למילוי ערבותו, בתוספת הוצאות סבירות שהוציא לרגל הערבות וריבית בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א־1961, מיום מילוי הערבות או מיום ההוצאות.

10. (א) הערב לא יהיה זכאי לחזור על החייב במידה שהוא היה עשוי להיות מופטר על ידי טענה שעמדה לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו והטענה היתה ידועה לערב ולא התגונן בה; ובלבד שזכות הערב לחזור על החייב אינה נפגעת אם עשה כאמור בסעיף 5(ג)(1).
(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו אם הערב מילא את ערבותו לאחר ששלח לחייב הודעה על כוונתו לעשות כן ונתן לו זמן סביר לפנות לבית המשפט.

11. לערב יהיו, לפני שמילא ערבותו, אותם הסעדים להבטחת זכותו לחזור על החייב הנתונים לנושה להבטחת חוב שטרם הגיע זמן פרעונו.

12. היה החיוב הנערב מובטח גם בשעבוד נכס של החייב, יעבור השעבוד לזכות הערב, לאחר שמילא ערבותו, להבטחת זכותו לחזור על החייב, ועל נותן השעבוד והנושה לעשות, לפי דרישת הערב, את הפעולות הדרושות כדי שכוחה של ההעברה יהיה יפה לכל דבר; והכל במידה שאין הדבר פוגע בזכויות הנושה.

13. שנים או יותר שערבו חיוב אחד, אם במאוחד ואם בנפרד, יהיו אחראים יחד ולחוד; ואם היה היקף הערבויות שונה, יהיו אחראים כאמור בתחום הערבות המשותפת; והכל כשאין כוונה אחרת משתמעת מן הערבויות.

14. נתן אדם לנושה התחייבות למילוי ערבותו של ערב, יהא דין ערבותו של הערב כלפי הנושה כדין חיוב נערב הן לענין היחסים בין אותו אדם לבין הנושה והן לענין היחסים בינו לבין הערב.

15. (א) ניתנה ערבות לחיוב עתיד לבוא רשאי הערב, כל עוד לא נוצר החיוב הנערב, לבטל ערבותו על ידי מתן הודעה בכתב לנושה, אולם עליו לפצות את הנושה בעד הנזק שנגרם לו עקב הביטול.

(ב) ניתנה ערבות כאמור בהסכמת החייב וביטל הערב ערבותו בלי שנתן לחייב הודעה על כך זמן סביר מראש, על הערב לפצות את החייב בעד הנזק שנגרם לו עקב אי־מתן ההודעה.

16. התחייבות של אדם לשפות נושה בשל אי־קיום חיובו של חייב כלפי הנושה, כשההתחייבות אינה בבחינת ערבות, יחולו עליה סעיפים 3, 9, 11 ו־12, בשינויים המחוייבים לפי הענין.

17. ערבות לחיוב שתקפו פגום רק מבחינת כשרותו או ייצוגו של החייב יראוה כהתחייבות לשיפוי; על התחייבות לשיפוי בשל אי־קיום חיוב כאמור לא יחולו סעיפים 9, 11 ו־12.

פרק ב׳: ערבות של ערב יחיד

18. הוראות פרק זה יחולו על ערבות שנתן ערב יחיד לנושה, יהא כינויה אשר יהא, לרבות התחייבות לשיפוי.

19. בפרק זה –

"נושה" – מי שמתן הלוואות הוא במהלך עסקיו הרגיל, אף אם אינו עיסוקו העיקרי;

"ערב יחיד" – מי שאינו תאגיד, ולמעט בן זוג של החייב או שותפו של החייב, בין בשותפות רשומה ובין בשותפות שאינה רשומה; היה החייב תאגיד, לא ייחשב כערב יחיד גם מי שהוא בעל ענין בתאגיד; לענין זה, "בעל ענין בתאגיד" – כהגדרת "בעל ענין" בתאגיד, בחוק ניירות ערך, תשכ"ח־1968;

"ערב מוגן" – אחד מאלה:

(1) ערב יחיד, שבחוזה הערבות בינו לבין הנושה נקוב סכום שאינו עולה על 60,000 שקלים חדשים;

(2) ערב יחיד, שבחוזה הערבות בינו לבין הנושה נקוב סכום שאינו עולה על 500,000 שקלים חדשים, ובלבד שהחיוב הנערב נועד לרכישת זכויות בדירה המיועדת למגורי החייב, ילדיו הבגירים או הוריו.

20. (א) הסכומים הנקובים בהגדרה "ערב מוגן" בסעיף 19 יעודכנו ב־1 בינואר וב־1 ביולי של כל שנה (להלן – יום העדכון), לפי שיעור עליית המדד החדש לעומת המדד היסודי; ואולם יום העדכון הראשון יהיה ביום ג' באדר תשנ"ח (1 במרס 1998).

(ב) לענין סעיף זה –

"מדד" – מדד המחירים לצרכן שמפרסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה;

"המדד החדש" – המדד שפורסם לאחרונה לפני יום העדכון;

"המדד היסודי" – המדד שפורסם לאחרונה לפני יום העדכון הקודם, ולענין יום העדכון הראשון – המדד שפורסם בחודש יולי 1997.

21. (א) ערב יחיד ערב רק לסכום הנקוב בחוזה הערבות ולתוספות כמפורט בסעיף 25.

(ב) לא נקוב בחוזה הערבות סכום קצוב – פטור ערב יחיד מערבותו.

22. (א) נושה יגלה לערב יחיד, לפני כריתת חוזה הערבות, את כל הפרטים הבאים, כפי שנקבעו בחוזה שבינו לבין החייב:

(1) הסכום הנקוב בחוזה שבין הנושה לבין החייב (להלן – הקרן);

(2) שיעור הריבית השנתי, בחישוב המביא בחשבון ריבית דריבית בהתאם למועד הפרעון;

(3) תקופת החיוב, סכומי הפרעון של הקרן ושל הריבית ומועדי הפרעון;

(4) היתה הריבית משתנה – שיעור הריבית בעת כריתת החוזה בהתחשב בריבית דריבית בהתאם למועד הפרעון בעת כריתת החוזה, ודרך השינוי;

(5) היות הקרן או הריבית צמודות, ובסיס ההצמדה;

(6) תוספות שנקבעו לפי סעיף 25(א)(4);

(7) שיעור ריבית בשל איחור בפרעון וכן כל תשלום שיחויב בו החייב בשל אי קיום החיוב הנערב.

(ב) נושה יגלה לערב יחיד, לפני כריתת חוזה הערבות, בנוסף לפרטים לפי סעיף קטן (א), את הפרטים הבאים:

(1) היות הערב ערב יחיד או ערב מוגן;

(2) מספר הערבים וחלקו היחסי של הערב בחיוב;

(3) היות הערבות ערבות לחיוב קיים או לחיוב המחליף חיוב קיים;

(4) שיעור הריבית כמשמעותה בסעיף 25(א)(2).

(ג) גילוי הפרטים המפורטים בסעיף קטן (א)(1), (3) ו־(4), יהא כפי שהם מעודכנים למועד כריתת חוזה הערבות.

(ד) גילוי הפרטים שבסעיף קטן (א) לגבי ערבות לחיוב עתיד לבוא, יהא כפי שהם ידועים לנושה בעת כריתת חוזה הערבות או כפי שניתן לקבוע אותם במועד האמור.

23. (א) לא גילה הנושה לערב יחיד את הפרטים המפורטים –

(1) בסעיף 22(א)(1) – פטור ערב יחיד מערבותו אם בעת כריתת החוזה היה פער משמעותי בין סכום הערבות לסכום ההלוואה;

(2) בסעיף 22(א)(2) – ימלא ערב יחיד את ערבותו לפי שיעור הריבית המינימלי המקובל בחוזים מאותו סוג;

(3) בסעיף 22(א)(4) – ימלא ערב יחיד את ערבותו לפי שיעור הריבית המינימלי המקובל בחוזים מאותו סוג;

(4) בסעיף 22(א)(3), (5), (6) או (7) ובסעיף 22(ב)(2) – ימלא ערב יחיד את ערבותו לפי אומד דעתו בעת כריתת חוזה הערבות;

(5) בסעיף 22(ב)(1), (3) או (4) – פטור ערב יחיד מערבותו.

(ב) הוכיח הנושה שערב יחיד ידע פרט מהפרטים הקבועים בסעיף 22, לא יחול סעיף קטן (א) בכל הנוגע לאותו פרט.

24. (א) נושה העומד לחתום על חוזה ערבות עם ערב יחיד, ימסור לו העתק מהחוזה

ויתן לו הזדמנות סבירה לעיין בו לפני חתימתו, וכן ימסור לו העתק חתום לאחר החתימה.

(ב) נושה ימסור לערב יחיד, לפי בקשתו, העתק מהחוזה שבין הנושה לחייב.

25. (א) ערב יחיד ערב, בנוסף לסכום הנקוב בחוזה הערבות, רק לתוספות אלה:

(1) הפרשי הצמדה וריבית שלא יעלו על המוסכם בין הנושה לבין החייב;

(2) ריבית בשל איחור בפרעון, ובלבד שלא יעלה שיעורה על ארבע נקודות אחוז מעל הריבית שנקבעה בחוזה שבין הנושה לבין החייב באין איחור בפרעון (להלן – ריבית מקורית); היתה הריבית המקורית ריבית משתנה, ייעשה החישוב על פי אותה ריבית כפי שינוייה מעת לעת, בתוספת שלא תעלה על ארבע נקודות אחוז על שיעור הריבית המקורית;

(3) הוצאות שקבע בית המשפט או ראש ההוצאה לפועל;

(4) תוספת שיקבע שר המשפטים בהתייעצות עם נגיד בנק ישראל.

(ב) ערב יחיד יהיה חייב בתוספת המפורטת בסעיף קטן (א)(2) רק עבור התקופה שלאחר תום 15 הימים מיום שקיבל את ההודעה על אי קיום החיוב כאמור בסעיף 26.

26. (א) לא קיים החייב את חיובו, יודיע על כך הנושה לערב יחיד תוך 90 ימים מיום שהיה על החייב לקיים את החיוב; לא הודיע כאמור, יופטר הערב כדי הנזק שנגרם לו בשל כך.

(ב) בהודעה כאמור בסעיף קטן (א), יפרט הנושה את תוכן הוראות סעיף קטן (ד)(2) ו־(3) ואת תוכנן של הוראות סעיפים 27 ו־29.

(ג) שר המשפטים רשאי, בהתייעצות עם נגיד בנק ישראל, לקבוע סוג וסכום של חיובים שלגביהם פטור הנושה מלהודיע לערב על אי־קיום החיוב כאמור בסעיף קטן (א).

(ד) (1) ביקש נושה להעמיד לפרעון מוקדם הלוואה לפרעון בתשלומים, בשל איחור בפרעון, יודיע על כך לערב יחיד לפחות 15 ימים מראש; לא הודיע הנושה כאמור, לא יהיה הערב היחיד חייב בפרעון המוקדם;

(2) הודיע הערב היחיד על רצונו לפרוע את ההלוואה בתשלומים, רשאי הוא לפרוע את ההלוואה בהתאם לתנאי ההלוואה ולתנאי פריסת התשלומים כפי שנקבעו בחוזה שבין הנושה לחייב, וזאת מבלי לגרוע מזכויותיו כערב מוגן;

(3) לא הודיע הערב היחיד על רצונו לפרוע את ההלוואה כאמור בפסקה (2) תוך 15 ימים מיום שקיבל את ההודעה של הנושה כאמור בפסקה (1), יהיה הנושה רשאי להעמיד את ההלוואה לפרעון מוקדם.

(ה) הודעה של נושה לפי סעיפים קטנים (א) ו־(ד)(1) תישלח בדואר רשום לפי המען שמסר הערב לנושה; דרך מסירת הודעה של ערב יחיד לפי סעיף קטן (ד)(2) תיקבע בתקנות.

27. (א) לא תוגש תובענה נגד ערב מוגן אלא לאחר שנתקיימו שניים אלה:

(1) ניתן פסק דין נגד החייב;

(2) יושב ראש ההוצאה לפועל אישר שעל מנת להיפרע מהחייב, ננקטו כל הליכי ההוצאה לפועל, לרבות הליכים למימוש משכנתה על דירת מגורים או למימוש משכון על זכויותיו בדירת מגורים והכל כשהם סבירים בנסיבות הענין.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), ניתן להגיש תובענה נגד ערב מוגן למילוי ערבותו אם התקיים אחד משני הסייגים הבאים:

(1) החייב נפטר, הוכרז פסול דין, ניתן נגדו צו כינוס נכסים או יצא מן הארץ לצמיתות; היה החיוב מובטח במשכנתה או במשכון, לא יחול סייג זה אלא אם כן קבע בית המשפט או ראש ההוצאה לפועל, לפי הענין, שנעשו מאמצים סבירים לאיתור החייב או למימוש המשכנתה או המשכון;

(2) היה החייב תאגיד – ניתן נגדו צו כינוס נכסים או צו פירוק.

(ג) הוגשה תובענה נגד חייב, ימסור הנושה הודעה לכל ערב מוגן, והוא יהיה רשאי להצטרף להליך.

(ד) לענין סעיף זה, "הגשת תובענה" – לרבות דרישה לתשלום החוב, כולו או מקצתו, קיזוז, או מימוש כל סעד שיש לנושה כלפי הערב המוגן.

28. מילא ערב מוגן את ערבותו, כולה או מקצתה, יהא דינו כדין הנושה לענין הליכי גביית החוב מאת החייב שבהם פתח הנושה, והוא יהיה רשאי להמשיך בהליכים אלה.

29. (א) ערבים מוגנים יהיו חייבים כלפי הנושה בחלקים שווים.

(ב) היו לאותו חיוב גם ערבים שאינם ערבים מוגנים, יחושב חלקו של כל ערב מוגן לפי מספרם של כלל הערבים.

(ג) היה הסכום הנקוב בחוזה הערבות של ערב מוגן נמוך מחלקו לפי סעיפים

קטנים (א) או (ב), לא יהא אותו ערב חב מעבר לסכום הנקוב בחוזה ערבותו; אין בהוראה זו כדי להשפיע על חלקם של יתר הערבים.

30. אין בהוראות פרק זה כדי לגרוע מהוראות סעיף 4(א).

31. הוראות פרק זה יחולו על אף האמור בסעיף 57 לפקודת השטרות.

32. על אף האמור בכל דין, בערבות לפי פרק זה, התניה על הוראות הפרק ועל סעיפים 5, 6, 7, 11 ו־12 שאינה לטובת ערב יחיד – בטלה.

פרק ג': הוראות שונות

33. חוק זה בא להוסיף על כל דין אחר ולא לגרוע ממנו.

34. שר המשפטים ממונה על ביצועו של חוק זה והוא רשאי, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו, ובין השאר –

(1) לקבוע פרטים נוספים שעל הנושה לגלות לערב יחיד;

(2) לקבוע את דרכי הגילוי של פרטים שהנושה חייב לגלותם לערב יחיד לפי סעיף 22;

(3) לקבוע את דרך הצגת המידע האמור בסעיף 22(א)(3);

(4) לקבוע את התוספות שערב יחיד ערב להן לפי סעיף 25(א)(4);

(5) לקבוע פטור מהודעה לפי סעיף 26(ג);

(6) לקבוע הליכים למשך גביית חוב לפי סעיף 28.

שניאור זלמן שזר	לוי אשכול	יעקב ש' שפירא
נשיא המדינה	ראש הממשלה	שר המשפטים

סעיפים נבחרים מתוך כללי ה־UCP

Article 3
Credits v. Contracts

a Credits, by their nature, are separate transactions from the sales or other contract(s) on which they may be based and banks are in no way concerned with or bound by such contract(s), even if any reference whatsoever to such contract(s) is included in the Credit. Consequently, the undertaking of a bank to pay, accept and pay Draft(s) or negotiate and/or to fulfil any other obligation under the Credit, is not subject to claims or defences by the Applicant resulting from his relationships with the Issuing Bank or the Beneficiary.

b A Beneficiary can in no case avail himself of the contractual relationships existing between the banks or between the Applicant and the Issuing Bank.

Article 4
Documents v. Goods/Services/Performances

In Credit operations all parties concerned deal with documents, and not with goods, services and/or other performances to which the documents may relate.

Article 13
Standard for Examination of Documents

a Banks must examine all documents stipulated in the Credit with reasonable care, to ascertain whether or not they appear, on their face, to be in compliance with the terms and conditions of the Credit.Compliance of the stipulated documents on their face with the terms and conditions of the Credit, shall be determined by international standard banking practice as reflected in these Articles. Documents which appear on their face to be inconsistent with one another will be considered as not appearing on their face to be in compliance

with the terms and conditions of the Credit.
Documents not stipulated in the Credit will not be examined by banks. If they receive such documents, they shall return them to the presenter or pass them on without responsibility.

b The Issuing Bank, the Confirming Bank, if any, or a Nominated Bank acting on their behalf, shall each have a reasonable time, not to exceed seven banking days following the day of receipt of the documents, to examine the documents and determine whether to take up or refuse the documents and to inform the party from which it received the documents accordingly.

c If a Credit contains conditions without stating the document(s) to be presented in compliance therewith, banks will deem such conditions as not stated and will disregard them.

Article 15
Disclaimer on Effectiveness of Documents

Banks assume no liability or responsibility for the form, sufficiency, accuracy, genuineness, falsification or legal effect of any document(s), or for the general and/or particular conditions stipulated in the document(s) or superimposed thereon; nor do they assume any liability or responsibility for the description, quantity, weight, quality, condition, packing, delivery, value or existence of the goods represented by any document(s), or for the good faith or acts and/or omissions, solvency, performance or standing of the consignors, the carriers, the forwarders, the consignees or the insurers of the goods, or any other person whomsoever.

Article 49
Assignment of Proceeds

The fact that a Credit is not stated to be transferable shall not affect the Beneficiary's right to assign any proceeds to which he may be, or may become, entitled under such Credit, in accordance with the provisions of the applicable law. This Article relates only to the assignment of proceeds and not to the assignment of the right to perform under the Credit itself.

Uniform Commercial Code (UCC)-ל 5 סעיף

§ 5–101. Short Title.

This Article shall be known and may be cited as Uniform Commercial Code–Letters of Credit.

§ 5–102. Definitions.

(a) In this article:

(1) "Adviser" means a person who, at the request of the issuer, a confirmer, or another adviser, notifies or requests another adviser to notify the beneficiary that a letter of credit has been issued, confirmed, or amended.

(2) "Applicant" means a person at whose request or for whose account a letter of credit is issued. The term includes a person who requests an issuer to issue a letter of credit on behalf of another if the person making the request undertakes an obligation to reimburse the issuer.

(3) "Beneficiary" means a person who under the terms of a letter of credit is entitled to have its complying presentation honored. The term includes a person to whom drawing rights have been transferred under a transferable letter of credit.

(4) "Confirmer" means a nominated person who undertakes, at the request or with the consent of the issuer, to honor a presentation under a letter of credit issued by another.

(5) "Dishonor" of a letter of credit means failure timely to honor or to take an interim action, such as acceptance of a draft, that may be required by the letter of credit.

(6) "Document" means a draft or other demand, document of title, investment security, certificate, invoice, or other record, statement, or representation of fact, law, right, or opinion (i) which is presented in a written or other medium permitted by the letter of credit or, unless prohibited by the letter of credit, by the standard practice referred to in Section 5–108(e) and (ii) which is capable of being examined for compliance with the terms and conditions of the letter of credit. A document may not be oral.

(7) "Good faith" means honesty in fact in the conduct or transaction concerned.

(8) "Honor" of a letter of credit means performance of the issuer's undertaking in the letter of credit to pay or deliver an item of value. Unless the letter of credit otherwise provides, "honor" occurs (i)

upon payment,(ii) if the letter of credit provides for acceptance, upon acceptance of a draft and, at maturity, its payment, or(iii) if the letter of credit provides for incurring a deferred obligation, upon incurring the obligation and, at maturity, its performance.

(9) "Issuer" means a bank or other person that issues a letter of credit, but does not include an individual who makes an engagement for personal, family, or household purposes.

(10) "Letter of credit" means a definite undertaking that satisfies the requirements of Section 5–104 by an issuer to a beneficiary at the request or for the account of an applicant or, in the case of a financial institution, to itself or for its own account, to honor a documentary presentation by payment or delivery of an item of value.

(11) "Nominated person" means a person whom the issuer (i) designates or authorizes to pay, accept, negotiate, or otherwise give value under a letter of credit and (ii) undertakes by agreement or custom and practice to reimburse.

(12) "Presentation" means delivery of a document to an issuer or nominated person for honor or giving of value under a letter of credit.

(13) "Presenter" means a person making a presentation as or on behalf of a beneficiary or nominated person.

(14) "Record" means information that is inscribed on a tangible medium, or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form.

(15) "Successor of a beneficiary" means a person who succeeds to substantially all of the rights of a beneficiary by operation of law, including a corporation with or into which the beneficiary has been merged or consolidated, an administrator, executor, personal representative, trustee in bankruptcy, debtor in possession, liquidator, and receiver.

(b) Definitions in other Articles applying to this article and the sections in which they appear are:
"Accept" or "Acceptance" Section 3–409
"Value Sections 3–303, 4–211

(c) Article 1 contains certain additional general definitions and principles of construction and interpretation applicable throughout this article.

§ 5–103. Scope.

(a) This article applies to letters of credit and to certain rights and obligations arising out of transactions involving letters of credit.

(b) The statement of a rule in this article does not by itself require, imply, or negate

application of the same or a different rule to a situation not provided for, or to a person not specified, in this article.

(c) With the exception of this subsection, subsections (a) and (d), Sections 5–102(a)(9) and (10), 5–106(d), and 5–114(d), and except to the extent prohibited in Sections 1–302 and 5–117(d), the effect of this article may be varied by agreement or by a provision stated or incorporated by reference in an undertaking. A term in an agreement or undertaking generally excusing liability or generally limiting remedies for failure to perform obligations is not sufficient to vary obligations prescribed by this article.

(d) Rights and obligations of an issuer to a beneficiary or a nominated person under a letter of credit are independent of the existence, performance, or nonperformance of a contract or arrangement out of which the letter of credit arises or which underlies it, including contracts or arrangements between the issuer and the applicant and between the applicant and the beneficiary.

§ 5–104. Formal Requirements.

A letter of credit, confirmation, advice, transfer, amendment, or cancellation may be issued in any form that is a record and is authenticated (i) by a signature or (ii) in accordance with the agreement of the parties or the standard practice referred to in Section 5–108(e).

§ 5–105. Consideration.

Consideration is not required to issue, amend, transfer, or cancel a letter of credit, advice, or confirmation.

§ 5–106. Issuance, Amendment, Cancellation, and Duration.

(a) A letter of credit is issued and becomes enforceable according to its terms against the issuer when the issuer sends or otherwise transmits it to the person requested to advise or to the beneficiary. A letter of credit is revocable only if it so provides.

(b) After a letter of credit is issued, rights and obligations of a beneficiary, applicant, confirmer, and issuer are not affected by an amendment or cancellation to which that person has not consented except to the extent the letter of credit provides that it is revocable or that the issuer may amend or cancel the letter of credit without that consent.

(c) If there is no stated expiration date or other provision that determines its duration, a letter of credit expires one year after its stated date of issuance or, if none is stated, after the date on which it is issued.

(d) A letter of credit that states that it is perpetual expires five years after its stated date of issuance, or if none is stated, after the date on which it is issued.

§ 5–107. Confirmer, Nominated Person, and Adviser.

(a) A confirmer is directly obligated on a letter of credit and has the rights and obligations of an issuer to the extent of its confirmation. The confirmer also has rights against and obligations to the issuer as if the issuer were an applicant and the confirmer had issued the letter of credit at the request and for the account of the issuer.

(b) A nominated person who is not a confirmer is not obligated to honor or otherwise give value for a presentation.

(c) A person requested to advise may decline to act as an adviser. An adviser that is not a confirmer is not obligated to honor or give value for a presentation. An adviser undertakes to the issuer and to the beneficiary accurately to advise the terms of the letter of credit, confirmation, amendment, or advice received by that person and undertakes to the beneficiary to check the apparent authenticity of the request to advise. Even if the advice is inaccurate, the letter of credit, confirmation, or amendment is enforceable as issued.

(d) A person who notifies a transferee beneficiary of the terms of a letter of credit, confirmation, amendment, or advice has the rights and obligations of an adviser under subsection (c). The terms in the notice to the transferee beneficiary may differ from the terms in any notice to the transferor beneficiary to the extent permitted by the letter of credit, confirmation, amendment, or advice received by the person who so notifies.

§ 5–108. Issuer's Rights and Obligations

(a) Except as otherwise provided in Section 5–109, an issuer shall honor a presentation that, as determined by the standard practice referred to in subsection (e), appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit. Except as otherwise provided in Section 5–113 and unless otherwise agreed with the applicant, an issuer shall dishonor a presentation that does not appear so to comply.

(b) An issuer has a reasonable time after presentation, but not beyond the end of the seventh business day of the issuer after the day of its receipt of documents:
   (1) to honor,
   (2) if the letter of credit provides for honor to be completed more than seven business days after presentation, to accept a draft or incur a deferred obligation, or
   (3) to give notice to the presenter of discrepancies in the presentation.

(c) Except as otherwise provided in subsection (d), an issuer is precluded from asserting as a basis for dishonor any discrepancy if timely notice is not given, or any discrepancy not stated in the notice if timely notice is given.

(d) Failure to give the notice specified in subsection (b) or to mention fraud,

forgery, or expiration in the notice does not preclude the issuer from asserting as a basis for dishonor fraud or forgery as described in Section 5–109(a) or expiration of the letter of credit before presentation.

(e) An issuer shall observe standard practice of financial institutions that regularly issue letters of credit. Determination of the issuer's observance of the standard practice is a matter of interpretation for the court. The court shall offer the parties a reasonable opportunity to present evidence of the standard practice.

(f) An issuer is not responsible for:

(1) the performance or nonperformance of the underlying contract, arrangement, or transaction,

(2) an act or omission of others, or

(3) observance or knowledge of the usage of a particular trade other than the standard practice referred to in subsection (e).

(g) If an undertaking constituting a letter of credit under Section 5–102(a)(10) contains nondocumentary conditions, an issuer shall disregard the nondocumentary conditions and treat them as if they were not stated.

(h) An issuer that has dishonored a presentation shall return the documents or hold them at the disposal of, and send advice to that effect to, the presenter.

(i) An issuer that has honored a presentation as permitted or required by this article:

(1) is entitled to be reimbursed by the applicant in immediately available funds not later than the date of its payment of funds;

(2) takes the documents free of claims of the beneficiary or presenter;

(3) is precluded from asserting a right of recourse on a draft under Sections 3–414 and 3–415;

(4) except as otherwise provided in Sections 5–110 and 5–117, is precluded from restitution of money paid or other value given by mistake to the extent the mistake concerns discrepancies in the documents or tender which are apparent on the face of the presentation; and

(5) is discharged to the extent of its performance under the letter of credit unless the issuer honored a presentation in which a required signature of a beneficiary was forged.

§ 5–109. Fraud and Forgery.

(a) If a presentation is made that appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit, but 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:

(1) the issuer shall honor the presentation, if honor is demanded by (i) a nominated person who has given value in good faith and without

notice of forgery or material fraud, (ii) a confirmer who has honored its confirmation in good faith, (iii) a holder in due course of a draft drawn under the letter of credit which was taken after acceptance by the issuer or nominated person, or (iv) an assignee of the issuer's or nominated person's deferred obligation that was taken for value and without notice of forgery or material fraud after the obligation was incurred by the issuer or nominated person; and

(2) the issuer, acting in good faith, may honor or dishonor the presentation in any other case.

(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 only if the court finds that:

(1) the relief is not prohibited under the law applicable to an accepted draft or deferred obligation incurred by the issuer;

(2) a beneficiary, issuer, or nominated person who may be adversely affected is adequately protected against loss that it may suffer because the relief is granted;

(3) all of the conditions to entitle a person to the relief under the law of this State have been met; and

(4) on the basis of the information submitted to the court, the applicant is more likely than not to succeed under its claim of forgery or material fraud and the person demanding honor does not qualify for protection under subsection (a)(1).

§ 5–110. Warranties.

(a) If its presentation is honored, the beneficiary warrants:

(1) to the issuer, any other person to whom presentation is made, and the applicant that there is no fraud or forgery of the kind described in Section 5–109(a); and

(2) to the applicant that the drawing does not violate any agreement between the applicant and beneficiary or any other agreement intended by them to be augmented by the letter of credit.

(b) The warranties in subsection (a) are in addition to warranties arising under Article 3, 4, 7, and 8 because of the presentation or transfer of documents covered by any of those articles.

§ 5–111. Remedies.

(a) If an issuer wrongfully dishonors or repudiates its obligation to pay money under a letter of credit before presentation, the beneficiary, successor, or nominated person presenting on its own behalf may recover from the issuer the amount that is the subject of the dishonor or repudiation. If the issuer's obligation under the letter of credit is not for the payment of money, the claimant may obtain specific performance or, at the claimant's election, recover an amount equal to the value of performance from the issuer. In either case, the claimant may also recover incidental but not consequential damages. The claimant is not obligated to take action to avoid damages that might be due from the issuer under this subsection. If, although not obligated to do so, the claimant avoids damages, the claimant's recovery from the issuer must be reduced by the amount of damages avoided. The issuer has the burden of proving the amount of damages avoided. In the case of repudiation the claimant need not present any document.

(b) If an issuer wrongfully dishonors a draft or demand presented under a letter of credit or honors a draft or demand in breach of its obligation to the applicant, the applicant may recover damages resulting from the breach, including incidental but not consequential damages, less any amount saved as a result of the breach.

(c) If an adviser or nominated person other than a confirmer breaches an obligation under this article or an issuer breaches an obligation not covered in subsection (a) or (b), a person to whom the obligation is owed may recover damages resulting from the breach, including incidental but not consequential damages, less any amount saved as a result of the breach. To the extent of the confirmation, a confirmer has the liability of an issuer specified in this subsection and subsections (a) and (b).

(d) An issuer, nominated person, or adviser who is found liable under subsection (a), (b), or (c) shall pay interest on the amount owed thereunder from the date of wrongful dishonor or other appropriate date.

(e) Reasonable attorney's fees and other expenses of litigation must be awarded to the prevailing party in an action in which a remedy is sought under this article.

(f) Damages that would otherwise be payable by a party for breach of an obligation under this article may be liquidated by agreement or undertaking, but only in an amount or by a formula that is reasonable in light of the harm anticipated.

§ 5–112. Transfer of Letter of Credit.

(a) Except as otherwise provided in Section 5–113, unless a letter of credit provides that it is transferable, the right of a beneficiary to draw or otherwise demand

performance under a letter of credit may not be transferred.

(b) Even if a letter of credit provides that it is transferable, the issuer may refuse to recognize or carry out a transfer if:

(1) the transfer would violate applicable law; or

(2) the transferor or transferee has failed to comply with any requirement stated in the letter of credit or any other requirement relating to transfer imposed by the issuer which is within the standard practice referred to in Section 5–108(e) or is otherwise reasonable under the circumstances.

§ 5–113. Transfer by Operation of Law.

(a) A successor of a beneficiary may consent to amendments, sign and present documents, and receive payment or other items of value in the name of the beneficiary without disclosing its status as a successor.

(b) A successor of a beneficiary may consent to amendments, sign and present documents, and receive payment or other items of value in its own name as the disclosed successor of the beneficiary. Except as otherwise provided in subsection (e), an issuer shall recognize a disclosed successor of a beneficiary as beneficiary in full substitution for its predecessor upon compliance with the requirements for recognition by the issuer of a transfer of drawing rights by operation of law under the standard practice referred to in Section 5–108(e) or, in the absence of such a practice, compliance with other reasonable procedures sufficient to protect the issuer.

(c) An issuer is not obliged to determine whether a purported successor is a successor of a beneficiary or whether the signature of a purported successor is genuine or authorized.

(d) Honor of a purported successor's apparently complying presentation under subsection (a) or (b) has the consequences specified in Section 5–108(i) even if the purported successor is not the successor of a beneficiary. Documents signed in the name of the beneficiary or of a disclosed successor by a person who is neither the beneficiary nor the successor of the beneficiary are forged documents for the purposes of Section 5–109.

(e) An issuer whose rights of reimbursement are not covered by subsection (d) or substantially similar law and any confirmer or nominated person may decline to recognize a presentation under subsection (b).

(f) A beneficiary whose name is changed after the issuance of a letter of credit has the same rights and obligations as a successor of a beneficiary under this section.

§ 5–114. Assignment of Proceeds.

(a) In this section, "proceeds of a letter of credit" means the cash, check, accepted

draft, or other item of value paid or delivered upon honor or giving of value by the issuer or any nominated person under the letter of credit. The term does not include a beneficiary's drawing rights or documents presented by the beneficiary.

(b) A beneficiary may assign its right to part or all of the proceeds of a letter of credit. The beneficiary may do so before presentation as a present assignment of its right to receive proceeds contingent upon its compliance with the terms and conditions of the letter of credit.

(c) An issuer or nominated person need not recognize an assignment of proceeds of a letter of credit until it consents to the assignment.

(d) An issuer or nominated person has no obligation to give or withhold its consent to an assignment of proceeds of a letter of credit, but consent may not be unreasonably withheld if the assignee possesses and exhibits the letter of credit and presentation of the letter of credit is a condition to honor.

(e) Rights of a transferee beneficiary or nominated person are independent of the beneficiary's assignment of the proceeds of a letter of credit and are superior to the assignee's right to the proceeds.

(f) Neither the rights recognized by this section between an assignee and an issuer, transferee beneficiary, or nominated person nor the issuer's or nominated person's payment of proceeds to an assignee or a third person affect the rights between the assignee and any person other than the issuer, transferee beneficiary, or nominated person. The mode of creating and perfecting a security interest in or granting an assignment of a beneficiary's rights to proceeds is governed by Article 9 or other law. Against persons other than the issuer, transferee beneficiary, or nominated person, the rights and obligations arising upon the creation of a security interest or other assignment of a beneficiary's right to proceeds and its perfection are governed by Article 9 or other law.

§ 5–115. Statute of Limitations.

An action to enforce a right or obligation arising under this article must be commenced within one year after the expiration date of the relevant letter of credit or one year after the [claim for relief] [cause of action] accrues, whichever occurs later. A [claim for relief] [cause of action] accrues when the breach occurs, regardless of the aggrieved party's lack of knowledge of the breach.

§ 5–116. Choice of Law and Forum.

(a) The liability of an issuer, nominated person, or adviser for action or omission is governed by the law of the jurisdiction chosen by an agreement in the form of a record signed or otherwise authenticated by the affected parties in the manner provided in Section 5–104 or by a provision in the person's letter of credit,

confirmation, or other undertaking. The jurisdiction whose law is chosen need not bear any relation to the transaction.

(b) Unless subsection (a) applies, the liability of an issuer, nominated person, or adviser for action or omission is governed by the law of the jurisdiction in which the person is located. The person is considered to be located at the address indicated in the person's undertaking. If more than one address is indicated, the person is considered to be located at the address from which the person's undertaking was issued. For the purpose of jurisdiction, choice of law, and recognition of interbranch letters of credit, but not enforcement of a judgment, all branches of a bank are considered separate juridical entities and a bank is considered to be located at the place where its relevant branch is considered to be located under this subsection.

(c) Except as otherwise provided in this subsection, the liability of an issuer, nominated person, or adviser is governed by any rules of custom or practice, such as the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, to which the letter of credit, confirmation, or other undertaking is expressly made subject. If (i) this article would govern the liability of an issuer, nominated person, or adviser under subsection (a) or (b), (ii) the relevant undertaking incorporates rules of custom or practice, and (iii) there is conflict between this article and those rules as applied to that undertaking, those rules govern except to the extent of any conflict with the nonvariable provisions specified in Section 5–103(c).

(d) If there is conflict between this article and Article 3, 4, 4A, or 9, this article governs.

(e) The forum for settling disputes arising out of an undertaking within this article may be chosen in the manner and with the binding effect that governing law may be chosen in accordance with subsection (a).

§ 5–117. Subrogation of Issuer, Applicant, and Nominated Person.

(a) An issuer that honors a beneficiary's presentation is subrogated to the rights of the beneficiary to the same extent as if the issuer were a secondary obligor of the underlying obligation owed to the beneficiary and of the applicant to the same extent as if the issuer were the secondary obligor of the underlying obligation owed to the applicant.

(b) An applicant that reimburses an issuer is subrogated to the rights of the issuer against any beneficiary, presenter, or nominated person to the same extent as if the applicant were the secondary obligor of the obligations owed to the issuer and has the rights of subrogation of the issuer to the rights of the beneficiary stated in subsection (a).

(c) A nominated person who pays or gives value against a draft or demand

presented under a letter of credit is subrogated to the rights of:

(1) the issuer against the applicant to the same extent as if the nominated person were a secondary obligor of the obligation owed to the issuer by the applicant;

(2) the beneficiary to the same extent as if the nominated person were a secondary obligor of the underlying obligation owed to the beneficiary; and

(3) the applicant to same extent as if the nominated person were a secondary obligor of the underlying obligation owed to the applicant.

(d) Notwithstanding any agreement or term to the contrary, the rights of subrogation stated in subsections (a) and (b) do not arise until the issuer honors the letter of credit or otherwise pays and the rights in subsection (c) do not arise until the nominated person pays or otherwise gives value. Until then, the issuer, nominated person, and the applicant do not derive under this section present or prospective rights forming the basis of a claim, defense, or excuse.

§ 5–118. Security Interest of Issuer or Nominated Person.

(a) An issuer or nominated person has a security interest in a document presented under a letter of credit and any identifiable proceeds of the collateral to the extent that the issuer or nominated person honors or gives value for the presentation.

(b) Subject to subsection (c), as long as and to the extent that an issuer or nominated person has not been reimbursed or has not otherwise recovered the value given with respect to a security interest in a document under subsection (a), the security interest continues and is subject to Article 9, but:

(1) a security agreement is not necessary to make the security interest enforceable under Section 9–203(b)(3);

(2) if the document is presented in a medium other than a written or other tangible medium, the security interest is perfected; and

(3) if the document is presented in a written or other tangible medium and is not a certificated security, chattel paper, a document of title, an instrument, or a letter of credit, so long as the debtor does not have possession of the document, the security interest is perfected and has priority over a conflicting security interest in the document.

Uniform Rules for Demand Guarantees
Selected Articles from the ICC's Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)

Article 5
All Guarantees and Counter Guarantees are irrevocable unless otherwise indicated.

Article 9
All documents specified and presented under a Guarantee, including the demand, shall be examined by the Guarantor with reasonable care to ascertain whether or not they appear on their face to conform with the terms of the Guarantee. Where such documents do not appear so to conform or appear on their face to be inconsistent with one another, they shall be refused.

Article 10
1) A Guarantor shall have a reasonable time within which to examine a demand under a Guarantee and to decide whether to pay or to refuse the demand.
2) Id the Guarantor decides to refuse a demand, he shall immediately give notice thereof to the Beneficiary by teletransmission, or, if that is not possible, by other expeditious means. Any documents presented under the Guarantee shall be held at the disposal of the Beneficiary.

Article 11
Guarantors and Instructing Parties assume no liability or responsibility for the form, sufficiency, accuracy, genuineness, falsification, or legal effect of any document presented to them or for the general and/or particular statements made therein, nor for the good faith or acts or omissions of any person whomsoever.

Article 15
Guarantors and Instructing Parties shall not be excluded from liability or responsibility under the terms of Articles 11, 12 and 14 above for their failure to act in good faith and with reasonable care.

Article 17
Without prejudice to the terms of Article 10, in the event of a demand the Guarantor shall without delay so inform the Principal or, where applicable, his Instructing Party, and in that case the Instructing Party shall so inform the Principal.

Article 19

A demand shall be made in accordance with the terms of the Guarantee before its expiry, that is, on or before its Expiry Date and before any Expiry Event as defined in Article 22. In particular, all documents specified in the Guarantee for the purpose of the demand, and any statement required by Article 20, shall be presented to the Guarantor before its expiry at its place of issue; otherwise the demand shall be refused by the Guarantor.

Article 20

1) Any demand for the payment under the Guarantee shall be in writing and shall (in addition to such other documents as may be specified in the Guarantee) be supported by a written statement (whether in the demand itself or in a separate document or documents accompanying the demand and referred to in it) stating:
   (1) That the Principal is in breach of this obligation(s) under the underlying contract(s) or, in the case of a tender guarantee, the tender conditions; and
   (2) the respect in which the Principal is in breach.
2) Any demand under the Counter–Guarantee shall be supported by a written statement that the Guarantor has received a demand for payment under the Guarantee in accordance with its terms and with this Article.
3) Paragraph (a) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the Guarantee. Paragraph (b) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terns of the Counter–Guarantee.

הוראות נוהל של המפקח על הבנקים - בקרה על הוצאת ערבויות על־ידי תאגיד בנקאי

בנק ישראל
הפיקוח על הבנקים

הנדון: בקרה על הוצאת ערבויות על־ידי תאגיד בנקאי

(ניהול בנקאי תקין, הוראה מס' 353)

בנהלים שהנהלת תאגיד בנקאי צריכה לקבוע בנושא הוצאת ערבויות, יש להתייחס, בין השאר, לנושאים אלה :

4) סוג הערבויות שהתאגיד הבנקאי יוציא;

5) נוסח אחיד לכל סוג ערבות והסדרים לאישור חריגים מהנוסח האחיד על ידי גורם מוסמך;

6) הדפסת הערבויות על נייר מיוחד לנושא זה;

7) מספור מראש על טופסי הערבויות, כשכל סוג של ערבות ישא סדרת מספרים שונה;

8) הסדרים לשמירת הטפסים במקום סגור ובטוח, כשהגישה אליו מבוקרת;

9) רישום פרטי הערבויות בספר ערבויות שינוהל בכל סניף, לפי סוג הערבות, כאשר בספר יפורט מספור טופסי הערבויות עוד לפני השימוש בהם, לפי סדר רציף;

10) אופן האישור של כתב הערבות על ידי מורשה חתימה, תוך התייחסות לאישור ערבויות בסכומים גדולים, כפי שתקבע ההנהלה;

11) אופן הוצאת הערבות: הרישום בספר הערבויות, הרישום בחשבונות, תיוק ההעתקים השונים וכד';

12) אופן המעקב בסניף אחר מלאי טופסי ערבויות ריקים, על ידי התאמה תקופתית בין המספרים של טופסי הערבויות הרשומים בספר הערבויות, שטרם נעשה בהם שימוש, לבין מלאי הטפסים הריקים , רצוי כי המעקב יהיה ממוחשב באופן שהמספרים של טופסי הערבויות המונפקים לכל סניף ידווחו למחשב. בעת הוצאת ערבות יימחק מספרה בקובץ המחשב וזאת כחלק מהרישום בהנהלת החשבונות, כך שבכל עת ניתן יהיה לקבל דוח על המספרים של הטפסים הריקים שצריכים להיות במלאי. תיקבע התדירות של דיווח זה ואופן בדיקתו;

13) מקום שהערבות הבנקאית תלויה בעסקת היסוד בין מבקש הערבות לבין מי שלטובתו הוצאה הערבות - מעקב אחר קיום החיוב שבגינו ניתנה הערבות וביטול הערבות עם פקיעתה עקב קיום החיוב;

14) מעקב אחר שלמות הרישומים בהנהלת החשבונות על ידי התאמה תקופתית בין היתרה בספר הערבויות לבין היתרה הרשומה בחשבונות.

בנק ישראל
הפיקוח על הבנקים

ירושלים, ג' בכסלו התשנ"ב
10 בנובמבר 1991
חוזר מס' 1530/06
הבנקאיים

הנדון: בקרה על הוצאת ערבויות על־ידי תאגיד בנקאי
(ניהול בנקאי תקין, הוראה מס' 353)

מבוא

2. בהוראה מס' 353 פורטו נהלים שהנהלת תאגיד בנקאי צריכה לקבוע בנושא הוצאת ערבויות. פיסקה(י) בנהלים אלה מתייחסת ל"מעקב אחר קיום החיוב שבגינו ניתנה הערבות וביטול הערבות עם פקיעתה עקב קיום החיוב".

3. מאחר שיש מקום למעקב כאמור רק כשהערבות הבנקאית תלויה בעסקת היסוד, הוחלט לתקן את ההוראה על מנת להבהיר את הענין.

תיקון הוראה מס' 353

4. במקום פסקה (י) בהוראה מס' 353, יבוא:

"(י) מקום שהערבות הבנקאית תלויה בעיסקת היסוד בין מבקש הערבות לבין מי שלטובתו הוצאה הערבות – מעקב אחר קיום החיוב שבגינו ניתנה הערבות וביטול הערבות עם פקיעתה עקב קיום החיוב ו"

עדכון הקובץ

5. מצ"ב דף החלפה עמ' 353־1 – לעדכון קובץ הוראות ניהול בנקאי תקין.

בכבוד רב

ד"ר אמנון גולדשמידט
המפקח על הבנקים

(5186)

1. דוגמאות של טפסי ערבות בנקאית.
2. דוגמאות של טפסי ערבות חוק מכר.

- דוגמא לכתב ערבות בנקאית -

לכבוד
[פרטי הלקוח]

אסמכתא: *****

הנדון: ערבות מספר *********

1. הננו ערבים בזה כלפיכם לתשלום כל סכום עד לסך ******** (הסכום במילים) בצירוף הפרשי הצמדה לשער יציג כמפורט להלן, (להלן: "סכום הערבות") המגיע או עשוי להגיע לכם מאת ******* (להלן: "החייב") בקשר עם הבטחת חוזה ****** עבור דירה *****.

2. סכום הערבות יהיה צמוד לשער יציג של דולר ארה"ב לעומת השקל[1], כדלקמן:
   א. "שער יציג" משמעו: השער היציג המתפרסם ע"י בנק ישראל מפעם לפעם.
   ב. "השער הבסיסי" משמעו: שער דולר ארה"ב שפורסם ביום ******* שהוא ****** ש"ח לדולר ארה"ב אחד.
   ג. "השער הקובע" משמעו: שער יציג שפורסם לאחרונה לפני יום ביצוע תשלום סכום הערבות.

   אם יתברר כי בעת תשלום כלשהו על פי ערבות זו כי השער הקובע גבוה מהשער הבסיסי - אזי הסכום שישולם על ידנו יחושב כשהוא מוגדל בסכום השווה לשיעור עליית השער הקובע לעומת השער הבסיסי. אם יתברר שהשער הקובע נמוך או שווה לשער הבסיסי - ישולם סכום הערבות המקורי הנקוב לעיל.

3. אנו נשלם לכם תוך שבעה ימים מיום קבלת דרישתכם הראשונה בכתב, כל סכום הנקוב בדרישה ובלבד שלא יעלה על סכום הערבות המוגדל, וזאת בלי להטיל עליכם כל חובה להוכיח או לבסס את דרישתכם או לדרוש תחילה את תשלומו מאת החייב.

---

1 כתב ערבות בנקאית זה קובע הצמדה. אולם יתכנו כתבי ערבות בנקאית בהם יוצמד התשלום למדד או לא יוצמד כלל - על פי הסכמת הצדדים.

4. ערבותנו זו תישאר בתוקפה עד ליום ****** (ועד בכלל) וכל דרישה על פיה צריכה להגיע למשרדי הסניף החתום מטה לא יאוחר מהתאריך הנ"ל. לאחר התאריך הנ"ל, ערבות זו תהיה בטלה ומבוטלת וכל דרישה שתגיע לאחר התאריך הנ"ל לא תיענה.

5. כל תשלום שיבוצע על ידנו על פי כתב ערבות זה, יבוצע באמצעות זיכוי חשבון במוסד בנקאי בישראל, כפי שתודיע לנו במכתב הדרישה.

6. ערבות זו אינה ניתנת להעברה או להסבה בכל צורה שהיא.

בכבוד רב,

בנק *******

– דוגמא לכתב ערבות חוק המכר –

לכבוד
[פרטי הבנק]
[שם הלקוח]

[תאריך]

א.ג.נ.,

הנדון: כתב ערבות מס' ****/******** בהתאם לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974**

הואיל ו******* (להלן: "המוכרת") התחייבה למכור לכם דירה או בית עסק כמשמעותו בחוק שבנדון לפי חוזה ביניכם לבין המוכרת מיום ***** (להלן: "חוזה המכר") והידועה בתור דירה או בית עסק מס' **** בבית מס' **** ברחוב ********** בשכונת ********* בעיר ******** (בגוש *** חלקה ****) (להלן: "הדירה");

והואיל והמוכרת התחייבה להקנות לכם זכות חזקה וכן זכות חכירה או זכות בעלות בגין הדירה, בהתאם למוסכם בחוזה המכר (להלן: "ההתחייבות הנ"ל");

והואיל והמוכרת ביקשה אותנו ליתן לכם ערבות כמפורט להלן;

לפיכך הרינו מאשרים בפניכם כדלהלן:

1. א. הננו ערבים בזה כלפיכם להחזרתם של הסכומים ששילמתם למוכרת בפועל על חשבון מחיר הדירה לזכות החשבון הנזכר בפסקה ב. להלן, עד לסכום כולל בסך ****** ש"ח (להלן: "סכום הערבות"), וזאת במקרה שהמוכרת לא תוכל לבצע את ההתחייבויות הנ"ל מחמת אחת או יותר מסיבות ההפרה, כהגדרתן בסעיף ב. שבתנאים המיוחדים המצוינים מעבר לדף ומהווים חלק בלתי נפרד מעורבותנו זו (להלן: "התנאים המיוחדים").

ב. תנאי מתלה לכניסת ערבות זו לתוקף הוא שסכום השווה לסכום הערבות

הופקד, או יופקד על ידכם תוך 10 ימים מהוצאת כתב ערבות זה, לזכות חשבון המוכרת מס' ***** בסניף **** של בנק ****.

2. סכום הערבות יהיה:

צמוד למדד המחירים לצרכן (להלן: "המדד"), כפי שהוא מתפרסם מפעם לפעם על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ולמחקר כלכלי או כל מוסד אחר שיבוא במקומה.

המדד היסודי לעניין סכום הערבות יהא המדד בגין חודש *** שנת **** בשיעור ******* נקודות (בסיס 1980), ***** נקודות (בסיס 1998).

המדד החדש לעניין ערבות זו יהא המדד שפורסם לאחרונה לפני התשלום על ידינו על פי ערבות זו.

הפרשי ההצמדה יחושבו כדלהלן:

אם יתברר כי המדד החדש עלה לעומת המדד היסודי, יוגדל סכום הערבות בשיעור העלייה של המדד החדש לעומת המדד היסודי.

אם המדד החדש יהיה נמוך מהמדד היסודי או שווה לו, אזי נשלם לכם את סכום הערבות בסכומו הנקוב ללא כל הפרשי הצמדה.

בכבוד רב,

בנק ******

תנאים מיוחדים:

1. תנאים מיוחדים אלה חלים על ערבותנו ומהווים חלק בלתי נפרד ממנה.

2. לצרכי תשלום עפ"י ערבותנו, כל אחת מהסיבות הבאות תחשב "כסיבת הפרה": עיקול שהוטל על הדירה או על המקרקעין שעליהן היא נבנית או נבנתה (למעט עיקול שהוצא נגדכם), או צו לקבלת נכסים, או צו פירוק, או צו למינוי כונס נכסים, לרבות צו זמני כאמור, שניתנו נגד המוכרת או נגד בעל המקרקעין הנ"ל ואשר לא בוטלו תוך 60 יום מיום קבלת דרישתכם כאמור בסעיף ג להלן.

3. בכפוף לאמור בסעיף 1 לערבות ובסעיף ב לתנאים מיוחדים אלה, וכל עוד ערבותנו זו בתוקף, אנו נשלם לכן כל סכום עד לסכום הערבות בצירוף הפרשי הצמדה/הפרשי שער בהתאם לתנאי סעיף 2 לערבותנו, תוך 70 יום מיום קבלת דרישתכם הראשונה בכתב על ידינו ובתנאי שלדרישתכם יצורפו כל המסמכים הבאים:

א. כתב ערבות זה;

ב. מסמך הנחזה להיות עותק מאושר של פסק דין, צו, או כל החלטה אחרת של רשות שיפוטית מוסמכת בישראל, ממנו עולה כי נתקיימה אחת או יותר מסיבות ההפרה;

ג. תצהיר חתום על ידכם ומאושר כדין, לפיו אינכם מחזיקים בדירה בפועל וכי הינכם מוותרים על כל זכויותיכם בדירה, או בהתאם לבחירתנו כי הנכם ממחים לנו בהמחאה מוחלטת ובלתי חוזרת את כל זכויותיכם בדירה לרבות זכויות החזקה בה, וכי המחאה זו תכנס לתוקף עם קבלת הסכום שיגיע לכם על פי הערבות. לתצהיר כאמור יצורף ייפוי כוח נוטריוני בלתי חוזר לטובתנו לצורך העברת זכויותיכם בדירה אלינו, אם נבחר בחלופה זו.

4. ערבותנו זו תהיה בתוקף עד למועד ביצוע ההתחייבות הנ"ל, אך תתבטל מאליה בין אם התקבלה כבר דרישתכם למימוש הערבות אך טרם ענתה, ובין אם טרם התקבלה, בקרות אחד מהמקרים שלהלן:

א. בוצעה ההתחייבות הנ"ל;

ב. בוטל חוזה המכר הדדית והומצא לנו כתב בחתימתכם, או בחתימתכם ובחתימת המוכרת המעיד על כך.

ג. בוטל חוזה המכר בשל הפרתו על ידכם והומצא לנו פסק דין של בית המשפט המצהיר כי החוזה נתבטל כאמור.

ד. הומצא לנו מסמך הנחזה להיות חתום על ידכם המאשר כי הושלמה בניית

הדירה ונמסרה לכם החזקה בה וכן נתקיים אחד מהתנאים הבאים:

1. נרשמה לגבי הדירה הערת אזהרה לטובתכם בהתאם להוראות סעיף 126 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ובלבד שלא נרשמו לגביה שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי שיש להם עדיפות על ההערה, למעט הערת אזהרה ו/או שעבוד ו/או התחייבות לרישום משכנתא שנעשו לבקשתכם;

או

2. במקרה שהקרקע הינה ממקרקעי ישראל, כמשמעותם בחוק יסוד: מקרקעי ישראל - מסמך נחזה להיות חתום בידי מנהל מקרקעי ישראל, לפיו נחתם ביניכם ובין המנהל חוזה חכירה לתקופה העולה על עשרים וחמש שנים, לגבי הדירה, כשזכות החכירה נקייה מכל שעבוד, התחייבות לשעבוד, עיקול, וכל זכות אחרת לטובת צד שלישי, למעט שיעבוד או התחייבות לשעבוד לבקשתכם.

5. אם הוצעה ערבות זו לשניים או יותר, כי אז כל דרישה על פי ערבות זו צריכה להיעשות על ידי כולם ביחד וכל תשלום על פיה ייעשה על ידינו לכולם ביחד.

6. אם לצורך רכישת הדירה קבלתם או תקבלו מאיתנו הלוואה/ות, כי אז כל סכום שיגיע לכם מאיתנו (אם יגיע לכם), בתוקף דרישתכם על פי ערבותנו זו, יקוזז תחילה על ידנו בגבול הסכומים שיגיעו לכם מאיתנו, וזו בין אם הגיעה מועד פירעונה המוסכם של ההלוואה/ות שקיבלתם מאיתנו ובין אם לאו.

7. ערבות זו אינה ניתנת להעברה או להסבה.

מפתחות

חקיקה ישראלית:

- חוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א־1981, ס"ח 1022
  - סעיף 21(א): [1]
- חוק ניירות ערך, התשכ"ח־1968, ס"ח 541
  - סעיף 15: [1]
- חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה־1974, ס"ח 7
  94: [352] [353] [354] [357] [358] [360] [361] [362]
  - סעיף 2: [18] [335] [355]
  - סעיף 2(1): [205]
  - סעיף 2(4): [18]
  - סעיף 2א1: [358]
  - סעיף 3ג: [358]
  - סעיף 3ב(א): [358]
  - סעיף 3ב(ה): [358]
- חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשי"א־1951, ס"ח 79: [18]
- חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, ס"ח 575
  - סעיף 126: [18]
  - סעיף 8: [190]
- חוק המכר (דירות), התשל"ג־1973, ס"ח 706: [18] [330] [333] [350] [351]
- חוק הערבות, התשכ"ז־1967, ס"ח 496: [36] [38] [39] [44] [45] [46] [47] [96] [97]
  - סעיף 1: [38] [164] [278]
  - סעיף 1(א): [1] [34] [77]
  - סעיף 2: [37] [38] [77]

- סעיף 4(א): [37] [77]
- סעיף 5(א): [77]
- סעיף 6(א): [77]
- סעיף 6(ב): [77]
- סעיף 7(א): [77] [276] [277]
- סעיף 7(ב): [77]
- סעיף 16: [33] [34] [35] [36] [41] [46] [47] [48] [53] [54] [61] [256] [277] [278] [309] [317]
- סעיף 18: [96]

• חוק פסיקת ריבית, התשכ"א־1961, ס"ח 348: [35]

• חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, ס"ח 694: [73] [154]
- סעיף 7: [45]
- סעיף 14: [202]
- סעיף 14(א): [203] [297]
- סעיף 14(ב): [297]
- סעיף 15: [202] [203] [297]
- סעיף 15(ג): [198]
- סעיף 16: [195] [462]
- סעיף 18(א): [166]
- סעיף 25: [57]
- סעיף 25(א): [72] [127]
- סעיף 28: [182]
- סעיף 30: [317]
- סעיף 39: [281]
- סעיף 53: [1531] [155] [156]
- סעיף 53(א): [150] [158]
- סעיף 53(ב): [158]
- סעיף 61(ב): [75] [190] [245]

• הצעת חוק דיני ערבות, התשכ"ה־1964, ה"ח 71: [47]

• חוק החברות, התשנ"ט־1999, ס"ח 1711
- סעיפים 268–283: [434]

- סעיף 280: [93] [95] [318] [319] [320]
- סעיף 350: [170]

• תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד־1984, ק"ת 4685
- תקנה 78: [268]
- תקנה 360: [147]
- תקנה 364(א): [273]
- תקנה 374(ב): [269]

• פקודת השטרות [נוסח חדש], דמ"י 2: [253]
- סעיף35(ב): [156]
- סעיף 35(ה): [156]
- סעיף 35(2): [156]
- סעיף 60(א): [157]
- סעיף 81: [249]

• חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א־1970, ס"ח 610
- סעיף 7(א): [230]
- סעיף 18(א): [166]

• פקודת החברות [נוסח חדש], התשל"א־1971, דמ"י 37
- סעיף 355: [169]

• פקודת הנזיקין [נוסח חדש], דמ"י 10
- סעיף 56: [228]
- סעיף 57: [228]
- סעיף 62(א): [182]

• חוק המחאת חיובים, התשכ"ט־1969, ס"ח 573
- סעיף 1(א): [249]
- סעיף 2(א): [249]

• חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984, ס"ח 1123
- סעיף 75: [261]

- חוק הבוררות, התשכ"ח־1968, ס"ח 535
  - סעיף 16(א)(5): [264]

- חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט־1979, ס"ח 924
  - סעיף 1: [312]

- חוק העונשין, התשל"ז־1977, ס"ח 864:
  - סעיף 61(א)(4): [357]
- חוק מס הבולים על מסמכים, התשכ"א־1961, ס"ח 334
  - סעיף 14: [424]

- תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג־1995, ק"ת 5523
  - תקנה 8א(ב): [431]
  - תקנה 16ב(ב)(1): [431]
  - תקנה 20(ג): [400] [436]

חקיקה זרה

- The UCP Rules [6] [59] [138] [183] [185] [186] [189] [193] [195] [197] [199] [213] [226] [249]
- The URDG Rules [20] [59] [76] [78] [105] [107] [173] [174] [249]
- The UCC Rules [25] [138] [197] [213] [226] [228] [257] [260]
- Connecticut Regulations (Connecticut Reg.)
  – 4a–52–19: [450]
- Massachusetts Regulations (801 CMR)
  – 21.06(8): [450]
- FAR — Federal Acquisition Regulation
  – 14.407–2: [450]
  – 28.101–4(c)(1): [450]
  – 28.101–4(c)(2): [450]
  – 28.101–4 (c)(7)(9): [450]
- American Bar Association, The model Procurement Code for State and Local Governemnt, Recommended Regulations (1980)
  – R3–202.13.1: [450]

פסיקה ישראלית

א

- פש"ר (ת"א) 1734/02 אחוזת סביון נ' מיאב חברה חברה קבלנית לבנין בע"מ, תק־מח 2003(1), 366 (2003): [23] [66] [83] [90] [93] [99] [129] [164] [169] [320]
- ע"א 340/78 איליט בע"מ נ' אלקו חרושת אלקטרו מכנית ישראלית בע"מ, פ"ד לב(3) 318 (1978): [32] [38] [39] [47] [81] [114] [276] [277] [278]
- ע"א 732/80 ארנס נ' "בית אל – זכרון יעקב", פ"ד לח(2) 645 (1984): [41]
- ע"א 4724/90 א.ש.ת. כספים בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד, פ"ד מו(3) 570 (1992): [72]
- דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־על 2006(2) 1681 (2006): [123] [196] [204] [446] [453]
- ע"א 4004/90 אבי לוי קורפ. בע"מ נ' פולירול, פ"ד נ(1) 705 (1996): [137]
- ע"א (ת"א) 706/96 אחים חממה ושות' בע"מ נ' Heleka Weldehaimanot, דינים מחוזי תל אביב 1996 (2) 1347 (1996): [139]
- רע"א 1221/10 א. ארנסון בע"מ נ' מע"צ – חברה לאומית לדרכים בישראל בע"מ (לא פורסם): [167] [286] [306] [307]
- בש"א (י־ם) 3002/06 אפ.טי.אס־פורמולה טלקום סולושנס בע"מ נ' מערכות דרכים מתקדמות בע"מ, תק־מח 2006(4) 1683 (2006): [167] [207] [264] [278]
- ע"א 419/89 אולשטיין נ' זקסוניה, פ"ד מו(1) 174 (1991): [177]
- המ' (חי') 6200/91 אמסלם חברה לשיווק בע"מ נ' בנק המזרחי (לא פורסם): [225]
- המ' (י־ם) 4142/89 א.ג.אי.ד.ס. סחר בינלאומי בע"מ נ' בל"ל (לא פורסם): [225]
- פש"ר (ת"א) 1739/02 בש"א 21203/02 אפקון נ' ס.נ. תעשיות קרטון ואריזה (לא פורסם): [255]
- ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989): [261]
- ע"א 171/53 אשקר נ' בית ידלין בע"מ, פ"ד ז 910 (1953): [262]
- רע"א 2060/93 אלבריצ'י אינטרנשיונל נ' אחים רחמני בע"מ, תק־על 93(2) 1919 (1993): [264]
- ע"א 603/80 אטבליסמנט נהל נ' הולידיי אינס.אינק, פ"ד לה(3) 393 (1981): [264]

- ע"א 245/60 אמריקן סיאנמיד קומפאני נ' הירשהורן לפטיט ואביק, פ"ד טז(2) 788 (1962): [265]
- רע"א (מרכז) 15389-11-08 אודר הנדסה ובניין בע"מ נ' תנובות קש"ת בע"מ, תק-מח 2009(1) 1866 (2009): [265] [299] [306]
- רע"א 5273/07 אמקור בע"מ נ' ארנסון, תק-על 2007(3) 3149 (2007): [268] [286] [306]
- רע"א 9123/05 אדמוב פרויקטים (89) בע"מ נ' סיטי סטייט מקבוצת אלפו בע"מ, תק-על 2007(4) 533 (2007): [308] [309] [310]
- ת"א (חי') 745/06 איטה נ' ש.פ. חברה לנאמנות ניהול ואחזקות בע"מ, דינים מחוזי חיפה 2009 (23) 489 (2009): [333]
- ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ, פ"ד נה(3) 913 (2001): [346]
- רע"א 1990/06 ארבס נ' סיבל נהריה בע"מ, תק-על 2007(2) 1240 (2007): [348]
- ה"פ (י-ם) 585/01 ארבס נ' הבנק הבינלאומי הראשון, תק-של 2005(3) 12347 (2005): [348]
- ע"א 2686/99 אייזמן נ' קדמת עדן בע"מ, פ"ד נה(5) 365 (2001): [349]
- עע"מ 10392/05 אחים אוזן חברה לבניה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2009(3) 104 (2009): [377] [379] [382] [411]
- בג"צ 390/71 אליאב נ' המועצה המקומית רעננה, פ"ד כה(2) 641 (1971): [380] [381]
- ע"א 248/97 איי.אף.אן. מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 646 (1997): [381]
- ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות, פ"ד נ(5) 59 (1996): [382]
- בג"צ 751/89 א. לוי קבלני בנין בע"מ נ' עיריית נצרת, פ"ד מד(2) 441 (1990): [382]
- ה"פ (ירו') 599/99 א.ג.י. בניה ופיתוח בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון, תק-מח 2000(1) 1120 (2000): [394] [462]
- ה"פ 658/00 א.ד. מירז' תעשיות בע"מ נגד החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ, דינים מחוזי 2000 (5) 849 (2000): [394] [443]
- ה"פ 11122/99 ארנסן בע"מ נ' מפעל הפיס (לא פורסם): [394]
- עת"מ (חי') 1136/03 אבו עקסה ובניו מעיליא בע"מ נ' מועצה מקומית כסרא-סמיע, תק-מח 2003(2) 9954 (2003): [399] [405]
- עת"מ (י-ם) 722/06 ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ נ' מדינת ישראל,

תק־מח 2006(4) 11341 (2006): [399]

- עע"ם 8610/03 אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר, פ"ד נח(755) 6 (2004): [400] [402] [405] [407] [409]
- עת"מ 2443/08 אי.פי.אי (תנועה וחניה ישראל) בע"מ נ' עיריית נתניה, תק־מח 2009(3) 7724 (2009): [400]
- עמ"מ 5834/09 אדמונית החורש נ' המוסד לביטוח לאומי, תק־על 2010(1) 2085 (2010): [401] [424] [443] [452] [461]
- עת"מ (ת"א) 3108/04 אהרון מימון חברה לבנין ולפיתוח בע"מ נ' עיריית אור יהודה, תק־מח 2005(1) 8136 (2005): [404]
- ה"פ (נצרת) 261/00 א.ד.פ.א בע"מ נ' ואסל טאהא ראש המועצה המקומית כפר כנא תק־מח 2001(2) 66198 (2001): [406]
- ה"פ (חי') 30173/97 אחים אבו עיאש נגד המועצה המקומית דלית אל כרמל (לא פורסם): [406]
- עע"מ 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, תק־על 2007(1) 342 (2007): [439]
- עע"ם 8092/08 איזנברגר חברה לבנין ועבודות ציבוריות בע"מ נ' שירותיון – שירותים ניידים בע"מ, דינים עליון 2009 (7) 912 (2009): [439]
- עת"מ (באר־שבע) 242/01 אליהו נ' חב' המושבים בדרום, תק־מח 2001(3) 269 (2001): [445]
- ע"א 1527/97 אינטרבילדינג חברה לבנין בע"מ נ' פקיד שומה ת"א, נג(1) 699 (1999): [446]
- עע"ם 9177/01 אחים שרבט יוזמים ובונים נ' עיריית תל־אביב, פ"ד נו(2) 163 (2001): [466]
- דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־על 95(2) 1446 (1995): [446]
- עת"מ 1436/06 אסף 2001 עבודות עפר וכבישים בע"מ נ' עירית אור יהודה, תק־מח 2006(2) 5681 (2006): [455]
- עת"מ (י־ם) 746/04 איסתא ליינס חברת הנסיעות של הסטודנטים בישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־מח 2004(2) 5068 (2004): [455]
- בר"מ 11411/05 איגוד ערים לאיכות הסביבה "דרום יהודה" נ' חברת חופרי ר. אבוקוש בע"מ, תק־על 2006(2) 3539 (2006): [457]
- עת"מ (ירושלים) 722/06 ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־מח 2006(4) 11341 (2006): [464]

ב

- ע"א 151/89 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ברין, פ"ד מו(4) 101 (1992): [3] [74] [86] [138] [144] [176] [177] [184] [193] [195] [208] [212] [221]
- ע"א 1523/01 בנק דיסקונט נ' אדמנור שירותים בע"מ, תק־מח 2003(1) 7233 (2003): [22]
- ת"א (י־ם) 1602/98 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בנק דיסקונט בע"מ, תק־מח 2004(1) 1164 (2004):[22] [44] [46] [75] [104] [248]
- בע"א 298/63 בנק דיסקונט נ' גרבשטיין, פ"ד יז(1) 2814 (1963): [30] [64] [78] [112]
- ת"א (חיפה) 1648/68 בנק לאומי נ' מ.ק.ש. חברה קבלנית לבניין בע"מ, פס"מ עד 194 (1968): [36]
- ע"ע 650/98 בנק המזרחי נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נג(4) 433 (1999): [38]
- המ' (ת"א) 111111/95 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ (לא פורסם): [45] [206]
- ע"א 177/77 בנק ישראל נ' תוסיה – כהן , פ"ד לב(1) 524 (1978): [56]
- ע"א 168/86 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לה כודיאר בע"מ, פ"ד מב(3) 77 (1988): [116]
- פש"ר (ת"א) 1933/01 בש"א 18895/02 כהן נ' החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ (לא פורסם): [124]
- ת"א (ת"א) 1765/83 בן סעדון (נעלי לימור) נ' בנק המזרחי המאוחד, פ"מ תשמ"ה(2) 28 (1985): [137] [193] [258]
- ת"א (חי') 1594/84 בני ג'ורג' שוקחה (שותפות) נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"מ תשמ"ו(3) 258 (1986): [142] [184] [193]
- בר"ע (חי') 66/94 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עמותת בוני אלון הגליל, פ"מ תשנ"ה(2) 144 150 (1994): [147]
- ע"א (ת"א) 1059/91 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' Halimex Trade A.G., פ"מ תשנ"ד(3) 353 (1994): [190] [197] [452]
- בג"ץ 846/93 ברק נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד נא(1) 3 (1994): [196]
- ע"א 1286/90 בנק הפועלים נ' ורד הלבשה, פ"ד מח(5) 799 (1994): [197]
- ת"א (י־ם) 1654/98 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, תק־מח 2004(1) 1164 (2004): [206]
- המ' (ת"א) 2757/86 בל"ל נ' ס.ט. חברה למסחר וייבוא עצים בע"מ, פס"מ תמ"ש(3) 461 (1986): [225]

- ע"א 352/58 בראלי נ' עיריית רחובות, פ"ד יד(2) 719 (1960): [249]
- ע"א 231/73 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' הלוואה וחיסכון בע"מ, פ"ד כח(1) 113 (1973): [249]
- פש"ר (ת"א) 1793/02, בש"א 21203/02 ברדיצ'ב נ' בסט בית חב' לבנין בע"מ בכינוס נכסים, תק־מח 2003(3) 2896 (2003): [255] [314]
- ע"א 252/78 ברון נ' מנדיס טורס בע"מ, פ"ד לג(2) 437 (1979): [261]
- בש"א (ת"א) 16741/08, בנק מזרחי טפחות סניף המרכז נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל הרשות לבקרת תקציבים, תק־מח 2008(3) 11302 (2008): [294]
- המ' (ת"א) 12456/95 ברסול נ' דנאל פורמות שותפות רשומה, דינים מחוזי כו 904 (1995): [306]
- ע"א 570/87 בורשטיין נ' זאב לב הר חברה לבניין והשקעות בע"מ (בפירוק), מד(2) 793 (1990): [335]
- בש"א (חי') 5975/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' סטיב הלמן, תק־מח 2001(2) 7945 (2001): [337]
- ת"א (חי') 606/07 בינר נ' בנק המזרחי, תק־מח 2008(4) 11285 (2008): [338]
- בג"צ 203/75 בן־יקר נ' המועצה האזורית באר־טוביה, פ"ד כ"ט(2) 707 (1975): [381] [388]
- בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות וספורט, פ"ד מט(5) 1 (1996): [447]
- ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, תק־על 2010(1) 9412 (2010): [453]
- ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ, תק־על 2008(1) 22205 (2008): [453]
- רע"א 239/10 באום נ' כנפי פז תעופה ותיירות בע"מ, תק־על 2010(1) (2010): [453]

ג

- ע"א 146/85 גמליאל נ' מנורה, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מא(3) 746 (1987): [38]
- ע"א 182/82 ג'ינג'ט בע"מ נ' ברקליס בנק אינטרשיונל, פ"ד לט(3) 785 (1985): [142]
- ע"א 2390/92 גרינשפון נ' שכטר, פ"ד מט(1) 843 (1995): [153]
- בש"א (ת"א) 10149/07 גואטה נ' גודר, תק־של 2007(1) 19945 (2007): [204] [269]
- בר"ע 3/73 גלעד נ' סופר, פ"ד כז(1) 596 (1973): [261]

- ת"א 3555/94 גלאון נ' זלינגר חברה לקבלנות בע"מ, דינים שלום טו 316 (19 99): [281]
- בג"צ 368/76, 376/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית־שמש, פ"ד לא(1) 505 (1976): [378] [382] [384] [387]
- בג"צ 665/87 ג'רייס ברבארה בע"מ נ' המועצה המקומית, תק־על 88(1) 64 (1988): [382]
- עת"מ (ירושלים) 285/01 ג'ילבר ובניו מפעלי מתכת נ' רשות הדואר תק־מח 2001(3) 3508 (2001): [394]
- ת"א 9100/07 גליר פיתוח טכני בע"מ נ' בנק הפועלים, תק־מח 2009(2) 9325 (2009): [443]
- ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, נז(2) 385 (2003): [447]

ד

- בע"א 255/89 פרדו נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 641 (1992): [41] [47] [56] [62] [63] [65] [98] [119]
- בש"א (נצ') 1095/02 דחפור הגולן עבודות עפר ופיתוח נ' פריצקר יזמות בע"מ, תק־מח 2001(1) 1772 (2002): [170]
- רע"א 8883/99 דן כוכבי נ' גזית קונסוליום השקעות ופיתוח, תק־על 2001(1) 338 (2001): [281]
- ע"א (ת"א) 2406/03 זילברמן נ. בנק הפועלים, תק־מח 2006(4) 11369 (2006): [337] [344] [350] [353]
- ה"פ 200004/03 ד"ר כרמון נ' בנק הפועלים (לא פורסם): [337]
- ה"פ 200491/07 די.קיי.טי אינבסטמנטס בע"מ נ' היימברג, תק־של 2008(2) 13615 (2008): [351]
- עת"מ (ת"א) 1292/02 דשא איכות הסביבה בע"מ נ' עיריית פתח תקוה, תק־מח 2002(4) 15684 (2002): [394]

ה

- ע"א 264/69 היט לפיתוח בע"מ נ' בנק הפועל המזרחי בע"מ, פ"ד כג(2) 282: [110] [182] [211] [326]
- רע"א 4883/03 החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ נ' בועז כהן כונס נכסים, פדאור 03(7) 158 (2003): [125]
- בע"א 377/82 התעשייה האווירית לישראל בע"מ נ' צור גת – חברה לפיתוח ולגידור בע"מ, פ"ד מב(2) 725 (1988): [153]

- פש"ר (ת"א) 1896/02 הבר נ' בנק המזרחי, תק־מח 2004(1) 4742 (2004): [343] [334]
- ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183 (1985): [338]
- ח"א 8011/02 המפקח על הבנקים – בנק ישראל נ' "טפחות" בנק למשכנתאות ישראל בע"מ, דינים חוזים אחידים 2007 (54) 197 (2007): [361]
- ע"פ 10/49 היועץ המשפטי לממשלה נ' פתניאב, פ"ד ב(1) 424 (1949): [371]
- עע"ם 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים, פ"ד נז(3) 505 (2003): [402] [401] [400] [397] [396] [392] [381]
- עת"מ 1562/09 העמותה למען החבר הוותיק במודיעים נ' יצחק הרצוג, שר הרווחה והשירותים החברתיים, תק־מח 2009(3) 5640 (2009): [400]
- בר"מ 6990/09 האגודה לבריאות הציבור נ' מדינת ישראל, תק־על 2009(4) 804 (2009): [436]
- רע"א 3676/07 המוסד לביטוח לאומי נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, תק־על 2010(2) 3583 (2010): [453]
- עת"מ (חיפה) 627/02 הסעות סכנין (1997) נ' מועצה מקומית, תק־מח 2002(3) 10955 (2002): [467]

ו

- הפ"ב (חי) 622/08 ורד הזהב 1994 בע"מ נ' שטרלינג מהנדסים חברה לבניה וניהול (1994) בע"מ, תק־מח 2009(1) 4372 (2009): [159]
- רע"א 206/87 ויליגר בע"מ נ' P.V.B.A. Dekayser, תק־על 87(2) 625 (1987).: [244]
- רע"א 6630/00 ועד הנאמנים תל אביב־יפו נ' יוסף סילקו, תק־על 2001(3) 575 (2001): [281]
- עע"מ 5022/06 וייספיש נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק־על 2008(2) 352 (2008): [433] [398] [397]
- ה"פ (חי') 132/01 וייס נ' סיבל נהריה בע"מ, תק־מח 2001(3) 4332 (2001): [342] [316] [314] [313]
- עת"מ (ת"א) 2461/05 וייספיש נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק־מח 2006(2) 5121 (2006): [451] [436]

ז

- ע"א 241/64 זיברט נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד יח(3) 609 (1964): [43] [86] [181] [211]
- ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ קבלני בניין, פ"ד מב(2) 278 (1988): [190]

ח

- ה"פ (ב"ש) 4064/98 חברת א.י. יסף הנדסה נ' ראש המועצה המקומית חורה, תק־מח 98(2) 1209 (1998): [16]
- המר' (ת"א) 5758/73 חירם לנדא עבודות עפר נ' פיתוח מקורות מים, פס"מ תשל"א 1 206: [36] [65] [283]
- המ' (חי') 5626/86 ת"א 818/86 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' א' לוי קבלני בניין בע"מ, פ"מ תשמ"ז (2) 485 (1986): [136] [326]
- ע"א 725/87 חברת ביר־טל סחר מזון בע"מ נ' חברת אוליווקס בע"מ, פ"ד מד(1) 177 (1989): [153]
- ת"א (חי') 1497/83 ח'ורי נ' בל"ל (לא פורסם): [193]
- רע"א 5387/98 חברת המזח הצפוני בע"מ נ' רונה, תק־על 89(3) 1465 (1998): [247] [268]
- ת"א (ת"א) 1794/95 חייק נ' בנק הפועלים בע"מ, תק־מח 2002(4) 820 (2002): [357]
- עת"מ 8526/08 חברת "קול המבשר" שידורי תורני ספרדי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, דינים מחוזי 2008 (38) 1244 (2008): [364]
- עת"מ (ת"א) 1459/02 חברת מדי פלוס בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־מח 2003(3) 4496 (2003): [397]
- עע"מ 6242/09 חג'אזי חברה לסיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, תק־על 2009(3) 3630 (2009): [382] [400]
- ה"פ (נצרת) 310/99 חיראללה נ' המועצה גליל תחתון תק־מח 99(3) 2489 (1999): [407]
- עע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' מדינת ישראל תק־על 2003(4) 58 (2003): [411] [413] [414] [416] [419] [428]

ט

- ע"א 508/89 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' דובובי־אלמוג, פ"ד מה(3) 68 (1991): [75] [214]

- רע"א 5719/94 חברת נס בנייה 1992 בע"מ נ' היכל הנשיא בע"מ, דינים עליון לח 160 (1994): [84]
- ע"א 11123/03 ט.ש.ת. חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־על 2005(4) 1 (2005): [118] [312]
- דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001): [317]
- ה"פ 622/01 טובינסקי נ' בנק דיסקונט לישראל (לא פורסם): [351]
- עת"מ (יר') 436/02 טרילוג בע"מ נ' הרשות לשמירת הטבע תק־מח 2002(2) 365 (2002): [407]
- ת"א (ת"א) 551/94 טלדור שירותים טכניים בע"מ נ' חברת נתיבי איילון בע"מ, פ"מ תשנ"ה(2) 315 (1994): [424] [445]
- עת"מ (י־ם) 121/07 טקטרנדס בע"מ נ' משרד התעשיה, המסחר והתעסוקה, תק־מח 2007(1) 5186 (2007): [455]

י

- בר"ע 239/80 יוטבין מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 335(1980): [47] [81] [121] [283] [307]
- ע"א 431/88 ישיבת ישמח משה עיה"ק ירושלים נ בנק צפון אמריקה בע"מ, פ"ד מד(4) 177 (1990): [56]
- פש"ר 104/97 יורופיאן אליאנס נ' בנק הפועלים, תק־מח 92(2) 2335 (1999): [80]
- רע"א 1765/00 י' מושקוביץ חברה קבלנית לבניין (1988) בע"מ נ' תשורה ייזום ובניין בע"מ, פ"ד נה(2) 447 (2001): [81] [152] [166] [283] [291]
- בר"ע (ת"א) 21781/99 ישראליפט (תעשיות) 1972 בע"מ נ' אשד (1980) מהנדסים ויועצים תעשיה ניהול ומיכון בע"מ, תק־מח 2003(2) 32718 (2003): [264]
- בש"א 7150/07 יעל תוכנה ומערכות בע"מ נ' אונ' בן גוריון בנגב, תק־מח 2007(4) 14261 (2007): [268] [307]
- בג"ץ 1683/93 יבין פלסט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702 (1993): [281] [447]
- ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 643 (1997): [411]
- עת"מ (ת"א) 1377/03 י.ע.ז. חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־מח 2003(3) 1799 (2003): [423]
- ה"פ (ת"א) 964/00 יבטח בע"מ נ' החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי

בע"מ, דינים מחוזי 2000 (6) 190 (2000) [424]
• ע"א 3130/99 יובל הנדסה ובנין (1988) נ' י.ש.פ.מ חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד נח(3) 118 (2004): [452]

כ

• ע"א 229/51 המ' 129/51 כהן נ' ברלנד, פ"ד ו 220 (1952): [262]
• רע"א 2494/02 כפיר קבלנות בנין בע"מ נ' גזית ושחם חב' לבנין בע"מ תק־על 2002(2) 237 (2002) [264]
• המ' (נצ') 6506/97 כנרת חברה לבניין ופיתוח נ' אבני עמות, תק־מח 98(1) 3914 (1998) [306]
• פש"ר (ת"א) 1357/03 בש"א 22650/03 כונסת הנכסים של חברת מיאב נ' עיריית תל אביב, פדאור 04(20) 29 (2004): [314] [315] [322] [323]
• ע"א (ת"א) 1559/05 כרמל – בנק איגוד למשכנתאות והשקעות בע"מ נ' חוה רמרז, תק־מח 2007(2) 10473 (2007): [353]
• בר"מ 6734/05 כפרי נ' החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, תק־על 2005(3) 575 (2005): [426]
• ע"א 3102/95 כהן נ' כהן פ"ד מט(5) 739 (1996): [453]

ל

• המ' (ת"א) 9531/92 ת"א 1116/92 לב בע"מ נ' בל"ל (לא פורסם): [224]
• ע"א 197/47 לויטין נ' סלזובסקי, פ"ד ב 268 (1949): [249]
• ה"מ (חיפה) 149/93 לוי נ' שער (לא פורסם): [264]
• ע"א 793/76 לוקמן נ' חיים שיף, פ"ד לג(2) 533 (1979): [367]
• עת"מ 433/02 לוגיסטי־קר בע"מ נ' מדינת ישראל, פמ"מ תשס"ב 350 (2002): [424]
• בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997): [447]
• ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ, תק־על 2008(1) 840 (2008): [453]

מ

• בר"ע 46/71 מדינת ישראל – אגף יבוא המזון, משרד המסחר והתעשייה נ' החברה הא"י לקירור ואספקה בע"מ, פ"ד כד(1) 529 (1971): [31] [63] [84] [91] [106] [107] [108] [208] [275]
• ע"א 5717/91 מליבו ישראל בע"מ נ' אז־דז טרום (1973) בע"מ (בפירוק), פ"ד

נ(2) 685 (1996): [42] [57] [72] [79] [87] [89] [96] [98] [99] [100] [113] [203] [208] [213] [221] [227] [242] [244] [245] [249] [254] [259] [281] [283] [286] [326]

- ת"א (י-ם) 568/88 מדינת ישראל נ' בל"ל (לא פורסם): [44]
- ת"א (י-ם) 568/88 מדינת ישראל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם): [44] [206]
- רע"א 2078/02 מוניטין עיתונות בע"מ נ' עו"ד מטרי, פ"ד נו(6) 97 (2002): [85] [91] [173] [212] [262]
- ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995): [123] [193] [203] [204] [205] [446] [447] [453] [472]
- ת"א (מרכז) 6104-08-08 מרקעי תקשורת בע"מ נגד נצב"א אחזקות 1995 בע"מ, תק-מח 2008(4) 7561 (2008): [204] [263] [274] [314]
- פר"ק 973/07 מטקאש סחר בע"מ נ' ריבנוביץ ולוקשינסקי בתפקידם ככונסי נכסים, תק-מח 2008(4) 11560 (2008): [211] [308] [326]
- המ' (רמ') 1418/94 מן אכסנה ייצור ושיווק נייר ומוצריו בע"מ נ' Tracopac International (לא פורסם): [225]
- רע"א 1228/01 מלון הוד ים המלח בע"מ נ' שגב תאילנד בע"מ תק-על 2001(2) 356 (2001): [264]
- רע"א 6339/97 משה רוקר נ' משה סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999): [281] [447]
- ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועמ"ש, פ"ד י 281 (1956): [348]
- ע"פ 185/55 מיזאן נ' היועמ"ש, פ"ד יא 769 (1957): [348]
- ה"פ (ב"ש) 2069/07 מינין נ' בנק מרכנתיל, תק-מח 2009(2) 16540 (2008): [351] [357]
- ת"א (חי') 140/05 מג'רוב נ' בולוס גד בע"מ, פדאור 07(37) (2007): [357]
- רע"א 10700/05 מ.ד. נאור השקעות בע"מ נ' ניב, פדאור 06(7) 422 (2006): [357]
- בג"צ 272/69 משיעל נ' עירית שפרעם, פ"ד כד(1) 133 (1970): [379] [380]
- בג"צ 41/84 מוראן קבלנות והנדסת בנין בע"מ נ' עיריית ראשון-לציון, פ"ד לח(2) 743 (1984): [379]
- בג"צ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבנין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה פ"ד לו(2) 472 (1982): [379] [382] [445]
- עת"מ 2156/09 מוטק ניהול מים בע"מ נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה, תק-מח 2009(3) 7191 (2009): [390]
- עע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003)

בע"מ, תק־על 2006(1) 2654 (2006): [399] [400] [427] [428] [432] [433] [436] [459]

- עע"מ 10064/04 מרגלית ש.א. רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 495 (2004): [412] [420] [422] [435]
- בג"צ 19/82, 632/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות פ"ד לו(2) 673 (1982): [416]
- בג"צ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85 (1982): [424] [441]
- בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004): [447]
- ה"פ (חי') 245/98 מגידו שירותי שמירה בע"מ נ' עיריית אום אל פאחם, תק־מח 98(2) 221 (1998): [462]

נ

- רע"א 1821/98 ניקו בדים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נד(1) 773(2000): [20] [91] [135] [136] [137] [144] [145] [146] [147] [148] [212] [213] [222]
- ע"א 4033/07 נחמד נ' בן ארי, תק־על 2008(4) 1804 (2008): [83] [291]
- פש"ר (ת"א) 1855/02 בש"א 13159/03 נוגה נ' עיריית קריית גת, תק־מח 2003(3) 4706 (2003): [176]
- ת"א (י־ם) 1653/97 ניסן גדעון נ' סאסי 2000 פיתוח ובנייה (1994) בע"מ, תק־מח 99(1) 3041 (1999): [246]
- ת"א (י־ם) 1235/99 נידר – חברה לבניין ולפיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, תק מח 99(2) 2679 (2003): [325]
- ה"פ (ת"א) 1571/00, בש"א 29003/00 נאות דורית בע"מ נ' עיריית ראש העין (לא פורסם): [394]
- עע"מ 4150/03 ניר־אפליקום מוצרי תוכנה (אפ.סי.טי) בע"מ נ' מדינת ישראל, כ"ד פ"ד נח(4) 817 (2004): [392] [396] [397] [400] [401] [402] [405] [407] [409]
- עת"מ 1612/09 נאות השרון שירותי סיעוד ורפואה (2009) בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, תק־מח 2009(3) 8691 (2009): [400]
- בג"צ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994): [447]

ס

- פש"ר (ב"ש) 9036/99 סולארא בע"מ נ' דורון כוכבי עו"ד מפרק זמני לחברות, תק מח 99(2) 21992 (1999): [84] [99]
- בר"ע 3121/98 סנה נ' אלואל חברה לבניין בע"מ, דינים מחוזי לב 705 (1998): [107]
- ע"א 497/61 סיאני נ' יצהרי, פ"ד טו(4) 2310 (1961): [262]
- בש"א (חי') 17860/05 פש"ר (חי') 449/00 סיבל נהריה בע"מ (בכינוס נכסים) נ' רשם המקרקעין חיפה, תק־מח 2006(2) 6107 (2006): [337]
- בג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעירית פתח תקוה נ' מועצת עירית פתח תקוה, פ"ד לד(2) 566 (1980): [367]
- עת"מ 001375/01 סני שירותי תברואה בע"מ נ' עירית תל אביב, דינים מחוזי 2001(23) 1291 (2001): [403]
- בג"צ 161/80 מלון סן טרופז בע"מ נגד מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד(4) 709 (1980): [389] [390] [391] [392] [468]

ע

- רע"א 7642/07 ע.ס.מ צמ"ה בע"מ נ' מקורות חברה מים בע"מ, פדאור 07(28) 45 (2007): [1] [51] [52]
- בר"ע (י־ם) 192/04 ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ נ' שלמי עד בע"מ, תק־מח 2004(3) 6609 (2004): [38] [303]
- ע"א 169/94 עמותת טל ייזום וניהול פרויקט להתיישבות נ' אלטר צבי ובניו בע"מ, פס"מ תשנ"ו(1) 209 (1995): [117] [305]
- בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1 (1985): [281]
- ע"א 8343/01 עובדיה נ' סיבל נהריה בע"מ (בכינוס נכסים), פ"ד נח(6) 400 (2004): [286] [341] [342] [346] [347] [349] [350] [351] [357]
- פש"ר (ת"א) 1053/01 עו"ד עדי כהן בתפקידו ככונס נכסים של חברת רמת שחומי בע"מ נ' שללי, תק־מח 2004(4) 5184 (2004): [349]
- עת"מ 867/07 עתיד רשת מכללות טכנולוגיות בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־מח 2007(4) 8041 (2007): [394]
- ה"פ (חיפה) 282/98 עלי נגד חב' יפה נוף תחבורה ותשתיות בע"מ (לא פורסם): [406]

פ

- ע"א 108/59 פריצקר נ' ניב בע"מ, פ"ד יד 1545 (1959): [36]

- רע"א 1084/04 פרירון חברה להשקעות פיתוח ובניין בע"מ נ' לוקי בנייה ופיתוח בע"מ, פ"ד נח(5) 535 (2004): [87] [291] [312]
- ע"א (ת"א) 1602/86 פילובסקי נ' לנדקו – רובינשטיין השקעות בע"מ (לא פורסם): [153]
- פש"ר (ת"א) 1201/01 בש"א 10863/01 פרינטלייף נ' דרבן, פס"מ תש"ס(2) 591: [163] [166]
- רע"א 7483/95 פ.א. ברקאי חברה לבניין וייזום בע"מ נ' תשבחות חברה להשקעות ישראליות בע"מ (לא פורסם): [164] [170]
- ע"א 424/89 פרקש נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פ"ד מד(4) 31 (1990): [194]
- רע"א 222/87 פיתוח כוכב יאיר אגודה שיתופית בע"מ נ' דביר ג.פ.ש חברה לבניין ופיתוח בע"מ, פ"ד מא(4) 430 (1987): [213] [253] [281] [282]
- רע"א 9622/05 פוליבה בע"מ נ' בל"ל, תק־על 2006(1) 680 (2006): [241]
- ד"נ 16/82 פקיד השומה נ' לידור, פ"ד לט(2) 757 (1985): [249]
- ע"פ 10/49 היועץ המשפטי נ' פתניאב, ב(1) 424 (1949): [444]
- ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736 (1984): [447]
- בג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז(3) 2101 (1962): [449]
- עת"מ 153/09 פיתגל חברת בנין ועבודות פיתוח בע"מ נ' מועצה איזורית מרום הגליל, תק־מח 2009(2) 17441 (2009): [455]

צ

- פש"ר (ת"א) 1896/02 בש"א 17225/02 צוריאל לביא בתפקידו כנאמן של החברות נגה אלקטרוטכניקה בע"מ ונגה תעשיות אלקטרו־מכניות (1986) בע"מ נ' בנק המזרחי, תק־מח 2003(2) 2030 (2003): [71] [74] [95][10] [104] [176] [201] [210] [221] [290] [296] [318]
- ע"א 1560/90 ציטיאט נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל, בע"מ פ"ד מח(4) 498 (1994): [249]
- רע"א 7473/03 צוותא חברה לשיכון ובניה בע"מ נ' צמנטכל הנדסה וייזום צפון בע"מ תק־על 2004(1) 3009 (2004): [264]
- פש"ר (ת"א) 2166/03 בש"א 22203/03 צ'והדרוגלו אלומיניום סנטיי וי טיקרט אנונים סירקטי בע"מ נ' רואה חשבון טרבלסי בתפקידו כמפרק זמני של חברת חירם גת – חברה להנדסה ובניין בע"מ (לא פורסם): [292]
- ע"א 1368/02 צמנטכל ב. קוטיק בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 516 (2002): [379]

ק

- ע"א 388/74 קיראון להשקעות בע"מ נ' עוזדר בניין ופיתוח בע"מ, פ"ד ל(2) 151 (1976): [28] [32] [78]
- ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח(3) 197 (1984): [35]
- ה"פ (חי') 30258/97 קליינברגר נ' בנק דיסקונט, תק־מח 97(4) 253 (1998): [205] [338] [351]
- ה"פ 201000/06 ק. מינץ חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' אמות השקעות בע"מ, תק־של 2007(1) 19883 (2007): [299]
- ת"א (חי') 1269/75 קידר נ' ח.ה.ב. בע"מ, פס"מ תשל"ו (1) 116 (1975): [336]
- ה"פ (י־ם) 622/99 קהתי נ' הירש (צבי) כהן בע"צ, תק־מח 2000(3) 10265 (2000): [337]
- ה"פ (ת"א) 175024/02 קרן נ' בנק טפחות (לא פורסם): [338] [341] [342]
- בש"א (ת"א) 14070/04 קמיר נ' א.צ.ברנוביץ' ובניו (1985) בע"מ, דינים מחוזי 2005 (2) 197 (2005): [351]
- ע"א (ת"א) 3159/07 קוורצה (ישראל) מסחר והשקעות בע"מ נ' בנק הפועלים, תק־מח 2009(2) 15143 (2009): [353] [357]
- ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכוונכר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984): [367]
- ד"נ 29/84 קוסוי נ' פויכטוונגר, פ"ד לח(4) 505 (1984): [367]
- עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשבחים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590 (2003): [379]
- ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, לט(2) 70 (1985): [446]
- ע"א 900/01 קלס נגד פקיד שומה תל אביב, נז(3) 750 (2003): [446]

ר

- רע"א 6435/04 רשות שדות התעופה בישראל נ' סולל בונה, פ"ד נט(2) 130 (2004): [87] [212] [282] [302] [306] [308]
- רע"א 270/87 רובין נ' פמר חברה לבנייה ועבודות ציבוריות בע"מ, פ"ד מא(3) 753 (1987): [90] [107] [244] [282] [283]
- פש"ר (ת"א) 1739/02 בש"א 16920/02 רו"ח ברדיצ'ב בתפקידו כמנהל מיוחד לחברת פויכטוונגר תעשיות בע"מ נ' יוניברסל מוטורס ישראל בע"מ, תק־מח 2003(1) 3932 (2003): [94] [129]
- בש"פ 10532/03 רשל נ' מדינת ישראל פ"ד נט(6) 469 (2005): [204]

- בג"ץ 706/94 רונן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נג(5) 389 (1999): [212]
- פש"ר (ת"א) 1748/02 בש"א 23309/02 רו"ח להב מנהל מיוחד ונאמן לחברת משב תעשיות קירור בע"מ נ' אפקון (לא פורסם): [254] [314] [315]
- ע"א 217/63 רב־און נ' הולצמן, פ"ד יז(4) 2717 (1963): [262]
- פש"ר (ת"א) 1739/02 רו"ח חן ברדיצ'ב בתפקידו כמנהל מיוחד נ' בנק הפועלים בע"מ (לא פורסם): [293] [322]
- ע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' גרוס, פ"ד מד(3) 185 (1990): [332]
- בש"א (ת"א) 10403/09 רו"ח עליזה שרון כונסת נכסים נ' עובד לוי תיעוש האבן והבניה בע"מ (לא פורסם): [333]
- ע"א 148/77 רוט נ' ישופה בנייה, פ"ד לג(1) 617 (1979): [334]
- עע"מ 6200/07 פ.פ.ס ריהאב בע"מ נ' מדינת ישראל, תק־על 2008(2) 2385 (2008): [374] [399] [400] [442] [456]
- בג"צ 187/71 "רמט" נ' החברה לשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה, פ"ד כו(1) 118 (1971): [379]
- בג"צ 235/71, 238/01 רמדו נ' ראש מועצת עירית תל־אביב־יפו, פ"ד כו(1) 150 (1971): [380] [381]
- ע"א 6160/97 ר.ג.א. שירותים ונקיון בע"מ נ' עיריית בת־ים, תק־על 98(3) 1418 (1998): [394]
- בג"צ 134/72 "רמיר" חברה קבלנית בע"מ נגד עירית פתח־תקוה פ"ד כו(2) 183 (1972): [400] [455] [465]

ש

- בע"א 573/73 שמן תעשיות בע"מ נ' ISL, פ"ד כח(2) 737 (1974): [10]
- בע"א 3130/99 שובל הנדסה ובניין (1988) בע"מ נ' י.ש.מ.פ. חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד נח(3) 118 (2004): [16] [25] [26] [38] [55] [56] [73] [78] [102] [118] [250] [278] [285] [326]
- ע"א 4256/93 שיכון עובדים בע"מ נ' ארז תעשיות בנייה בע"מ, פ"ד מח(1) 450 (1993): [38] [115] [208] [212] [221] [283]
- ע"א 7168/03 שלמה חבר נ' צוריאל לביא בתוקף תפקידו כנאמן של נגה אלקטרוטכניקה בע"מ בהקפאת הליכים ושל נגה תעשיות אלקטרו־מכניות 1986 בע"מ בהקפאת הליכים (לא פורסם): [41] [71] [72] [74] [81] [121] [180] [203] [204] [211] [213] [284] [297] [326]
- ע"א 3568/98 שלופה אליאס נ' אמרז בע"מ, פ"ד נד(2) 85 (2000): [61]
- ע"א 553/00 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' אראל רחובות בע"מ, דינים עליון 2002 (5) 1008 (2002): [85]

- בש"א (ת"א) 9385/02 שיש אלוני בע"מ נ' עו"ד קול רוני, תק־של 2003(1) 14667 (2003): [103] [131] [246] [270]
- בר"ע 646/84 שוראב אינדסטרי אנד טריידינג קומפני נ' רמונד סבה "אונקס", פ"ד לח(4) 693 (1985): [142] [215] [241] [251]
- ע"א (ת"א) 53/98 שופר סל בע"מ נ' TCC Continuity Holdings N.V., דינים מחוזי תל אביב 1998 (3) 200 (1998): [143]
- ע"א 238/73 שרעבי נ' חמצני, פ"ד כח(1) 85 (1973): [262]
- בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449 (1981): [281] [447]
- על"ע 2531/01 שמעון חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב־יפו, פ"ד נח(4) 55 73–74 (2004): [281]
- בע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבנייה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 127 (2000): [281] [334]
- ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס, פ"ד נז(4) 817 (2003): [297]
- ה"פ (שלום חי') 622/01 שובינסקי נ' בנק דיסקונט (לא פורסם): [338]
- רע"פ 1520/01 שוויצר נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, פ"ד נו(3) 595 (2002): [344]
- ת"א 2198/07 שדה נ' בנק הפועלים, תק־של 2009(3) 4179 (2009): [443]

ת

- ה"פ (ת"א) 850/79 תה"ל מהנדסים יועצים בע"מ נ' אב־ואקהאק מהנדסים יועצים (לא פורסם): [107]
- ע"א 418/79 תאני נ' כהן, פ"ד לד(4) 161 (1980): [261]
- בש"א (י־ם) 2737/05 א.א.תורג'מן בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, תק־מח 2006(4) 7330 (2006): [304]
- בג"צ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, תק־על 97(3) 332 (1997): [433]

לועזי

- רע"א 73/00 AMS Technical Systems Inc נ' בזק, פ"ד נד(2) 394 (2000): [15] [82] [89] [98] [100] [157] [162] [221]
- בר"ע (ת־א) 2436/05 Aviation Protection Systems נ' התעשיה הצבאית לישראל בע"מ, תק־מח 2006(1) 1780 (2006): [108]
- רע"א 6250/98 Nordland Papier AG נ' מפעלי ייצור והוצאה, פ"ד נג(2) 274 (1999): [154] [156]
- ת"א (ת"א) 35922/87 Ehage B.V. נ' בנק ברקליס דיסקונט בע"מ, פס"מ התשנ"א (3) 32 (1987): [194]
- המ' (חי') 12545/93 Trade Investment International (1933) Ltd. נ' ערטול גליל למשקאות קלים בע"מ (לא פורסם): [225] [226]
- ע"א 6260/97 Polska Zegluga Morska נ' Banque Nationale de Paris New York, פ"ד נז(5) 193 (2003): [249]
- ה"פ (ת"א) 177715/98 TDC קבלנות כללית לישראל נ' ה.ק.ב. חברה לשירותים בענף הבניה בע"מ דינים שלום יז 347 (1999): [314]

פסיקה זרה

- Agro Carribean Group Ltd v Lewis 2 Lloyd's Rep. 289 (1976): [110]
- Alaska Textile Co. v. Chase Manhattan Bank, N.A. 982 F. 2d 813 (2d Cir. 1992): [187] [452]
- Asbury Park & Ocena Grove Bank v. National City Bank of New York, 35 N.Y.S. 2d Ashford v. Thomas Cook & Son (Bankers) Ltd., 471 P. 2d 530 (1970): [228]
- Association de Azucareros de Guatemala v. U.S. National Bank of Oregon, 423 F. 2d Banco Espanol De Credito v. State Street Bank & Trust Co., 385 F. 2d, 230: [187] [452]
- Banco Nacional de Desarrollo v. Mellon Bank N.A., 726 F. 2d 87 (1984): [197]
- Bank of Montreal v. Federal National Bank & Trust Co., 622 F. Supp. 6 (W.D. Okla.)(1984): [187]
- Banque Paribas v. Hamilton Industries International Inc., 767 F. 2d 380 (1985): [197]
- Beyene v. Irving Trust Co., 762 F.2d 4 (1985): [187] [197] [452]
- Board of Trade of San Fransisco v. Swiss Credit Bank, 597 F. 2d 146 (1984): [197]
- Bounty Trading Corp. v. S.E.K. Sportswear Ltd., 345 N.Y.S. 2d 4 (1975): [197]
- CDN Research & Development Bank ltd v. Bank of Nova Scotia, 18 C.P.C. 62 (1980): [288]
- Chase Manhattan Bank v. Equibank, 550 F. 2d 882 (1977): [197]
- Coles v. Hulme, 8 B&C 568 [1828]: [461]
- Colorado National Bank of Denver v. Board of Commissioners of Routt County, Colorado, 634 P. 2d 32 (1981): [197]
- Commercial Banking Co. of Sidney Ltd. v. Jalsard Pty. Ltd., 16 A.C. 279 (1973): [197]
- Corporation de Mercado Agricola v. Mellon Bank International, 608 F. 2d 43 (1979): [197]
- Courtlands North America Inc. v. North Carolina National Bank, 528 F. 2d 802 (1975): [197]

- Crocker Commercial Services Inc. v. Countryside Bank, 538 F. Supp. 1360 (N.D. Ill. 1981): [187] [452]
- Csarnikow–Rionda v. Standard Bank London, 2 Lloyd's Rep. 187 (1999): [74]
- Deutsche Ruckverisicherung v. Walbrook Insurance, 4 All ER 181(1994): [74] [288]
- Deutsche Ruckversichherung AG v. Walbrook Insurance Co Ltd, 4 All E.R. 181 (1994): [288]
- Direct Acceptance Finance Ltd v Cumberland Furnishing Pty Ltd N.S.W.R. 1504 (1965): [109]
- Discount Records v. Barclays Bank, 1 W.L.R. 315, 319 (1975): [228] [235]
- Dynamics Corp. of America v. Citizens and Southern Nat. Bank, 365 F. Supp. 991 (1973): [268]
- Edward Owen v. Barclays Bank, per Lord Denning MR, 1 All ER 976 (1978): [171] [207] [226] [267]
- Equitable Trust Company of New York v. Dawson Partners Ltd., Lloyd's l. re. 49, 52 (h.l.)(1927): [175] [197]
- E–Systems v. Islamic Republic of Iran 491 F. Supp. 1294 (N.D. Tex. 1980): [12] [277]
- European Asian Bank AG v. Punjab & Sind Bank (no. 1), 2 Lloyd's Rep. 642 (1981): [260]
- Far Eastern Textile Ltd. v. City National Bank & Trust Co. 430 F. Supp. 193 (1977): [197]
- Fiedelity National Bank of South Miami v. Dade County, 371 So. 2d 545 (1979): [197]
- First Arlington Bank v. Gas Stathis 413 N.E. 2d 1288 (1981): [187] [452]
- First National Bank of Council Bluffs v. Rosebud Housing Authority, Iowa, 291 N.W. 2d 41 (1980): [197]
- Flagship Cruises Ltd. v. New England Merchants National Bank of Boston, 569 F. 2d 669 (1978): [187] [452]
- GKN Contractors v. Lloyds Bank plc, 30 B.L.R. 48 (1985): [288]
- Group Josi v. Walbrook Insurance, 1 Lloyd's Rep. 345 (1996): [74]
- Hanil Bank v. PT. Bank Negara Indon. (Persero), 41 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 618 (2000): [187]
- Harbottle (Mercantile) Ltd. v. Nat. Westminster Bank, 2 All ER 862 (1977):

[61] [175] [216] [267]

- Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television 691 F. 2d. 1344 (1982): [214]
- Howe Richardson v. Polimex–Cekop, 1 Lloyd's Rep. 161 (1978): [174]
- HR 26 March 2004: [188]
- Insurance Co. of North America v. Heritage Bank N.A., 595 F. 2d 171 (1977): [197]
- Intraworld Industries Inc v. Girard Trust Bank, 336 A 2nd. 316 (1975): [228] [231]
- Itek Corporation v. First National Bank 730 F. 2d 19(1st Cir. 1984): [12] [214] [277]
- KMW International v. Chase Manhattan Bank, 606 F2d 10 (1979): [224]
- Lawrence Lausidi v. American Exchange National Bank, 239 N.Y. 234 (1924): [187] [452]
- Mirelle Pty. Ltd. v. The Attorney General and the Ministry of Commerce et al (1992): [461]
- Marino Indus. Corp. v. Chase Manhattan Bank, N.A. 686 D.2d 112, 114 (2d Cir. 1982): [187] [452]
- McPherson v. Forlong 3 W.W.R. 45 (Man.)(1928): [55]
- Midland Bank Ltd. v. Seymour, 2 Lloyds Rep. 147 (1955): [187] [452]
- Moralice (London) Ltd. v. E.D. & F. Mann, Lloyds L. Rev. 526 (1954): [187]
- Mourmand v. Le Clair, 2 K.B. 216 (1903): [461]
- Mutual Export Corp. v. Westpac Banking Corp., 983 F.2d 420 (2d. Cir. 1993): [187] [452]
- New Braunfels National Bank v. Odiorne, 780 S.W. 2d 313, 317–318 (1989): [197]
- NMC Enterprises Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc., 14 UCC Serv. 1427 (1974): [228]
- O'Grady v. First Union Bank 587 D. 2 S.E. 250 (1978): [213]
- Old Colony Trust Co. v. Lawyers Title and Trust Co., 297 F. 152 (C. C. A. 2d, 1924): [236]
- OLG Hamburg, 7 July 1977: [188]
- Paris, 17 September 1991, D. 1992 Somm.: [188]
- Philadelphia Gear Corp. v. Central Bank, 717 F. 2d 230 (1983): [197]
- Power Curber International Ltd. v. National Bank of Kuwait, 3 AII ER 607

(1981): [140]
- Pro–Fab Inc. 772 F. 2d 847 (1985): [197]
- Rayner & Co. Ltd. v. Hambro's Bank Ltd., 1 K.B. 36 (1943): [187] [197] [452]
- Rockwell International Systems Inc. v. Citibank NA, 719 F. 2d. 583 (1983): [214]
- Roman Ceramics Corp. v. People's Nat. Bank, 526 F. Supp. (1981): [216] [228]
- Scrttons v. Midland Silicons, 1 All E.R. 1 (1962): [449]
- Sea Management Service Ltd. v. Club Sea Inc., 512 So. 2d 1025 (1987): [197]
- Seaconsar Far East Ltd. v. Bank Markazi Jmhuri Islami, Iran, 1 Lloyds Rep. 36 (1993): [197]
- Shuffer v. Brooklyn Park Garden Apartments, 250 NW 2d 172, 181 (1977): [268]
- Siderios Inc. v. Wallace Co. Inc., 383 S.W. 2. d. 852, 859 (1979): [228]
- Siporex Trade SA v. Banque Indosuez, 2 Lloyd's Rep. 146 (1986): [174]
- Standard Bank (London) Ltd v. Canara Bank (unreported): [288]
- Sutton & Co. v. Grey, Q.B. 285 (1984): [47]
- Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp., 2 NY supp. 631 (1941): [226] [235] [236] [240] [257]
- Total Oil Products (Aust) Pty Ltd v Robinson, N.S.W.R. 701 (1970): [47]
- Trade Indemnity Co., Ltd. v. Workington Harbour and Dock Board L.T., 507 All.E.R. 1 454 (1936): [106]
- Turkiye Is Bankasi v. Bank of China, 2 Lloyd's Rep. 250 (1996): [171]
- Union Planters National Bank v. World Energy Systems Associates,816 F.2d 1092 (6th cir.) 1098 (1987): [149]
- United Bank Ltd. v. Cambridge Sport Goods N.E., 943 D2 (1981): [216]
- United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada, 2 720 ALL.E.R. (H.L) (1982): [3] [137] [213] [226] [259] [260]
- United City Merchants (Investments) Ltd vs. Royal Bank of Canada, 1 A.C. 168 (1983): [314]
- United Technologies Corp. v. Citybank N.A., 469 F. Supp. 473 (1979): [197]
- Venizelos S.A. v. Chase Manhattan Bank, 425 F. 2d. 461 (1970): [197]
- Voeste–Alpin, 167 F. Supp. 2d at 947: [195]

- West Virginia Housing Development Fund v. Soroka, 415 F. Supp. 1107, 1114 (1976): [228]
- Western Credit Ltd v Alberry, 2 All E.R. 938, 940 (1964): [55]
- Wood v. State Bank of Long Island, 609 N.Y.S. 2d 665 (1994): [197]
- Yeoman Credit Ltd v Latter, 1 W.L.R. 828 (1961): [47] [109]

ספרות עברית

ספרים:

- א' ברק מהותו של שטר (התשל"ב): [154] [249]
- א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות החוזה (כרך רביעי, 2001): [123] [446] [453]
- א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003): [446]
- א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (התשס"ד): [444] [446] [449]
- א' ברק שיקול דעת שיפוטי (1987): [449]
- א' גורן בתי משפט מנהליים (התשס"ח, 2008): [391]
- א' הרנון דיני ראיות (כרך א, התש"ל): [424]
- א' וינוגרד צווי מניעה (חלק כללי) (התשנ"ג): [262] [265]
- א' וינרוט חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המנהלי (1995): [367]
- א' וינרוט פמיניזם ויהדות (2001): [444]
- א' וינרוט ערבות בנקאית (2007): [452] [464]
- א' זמיר חוק המכר (דירות) התשל"ג-1973 (התשס"ב): [346]
- א' זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים (התש"ן): [333] [346]
- א' נ' ורדי דיני מכר דירות, ליקויי בנייה והבטחת זכויות הרוכשים (1997): [338]
- א' פרוקצ'יה דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל (התשמ"ד): [341]
- ב' כהנא ערבות (נ' רקובר עורך, 1996): [120]
- ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, 1995): [196] [453]
- ד' מ' ששון וא' שנקר אשראים דוקומנטריים (התשמ"ו): [138] [184] [252]
- ד' מ' ששון, מ' יפרח, א' שנקר אשראים דוקומנטריים – היבטים מעשיים ומשפטיים (מהדורה שנייה, התשנ"ו): [69] [78] [140] [174] [178] [197] [198] [208] [213] [219] [223] [260] [273] [282] [309]
- ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, כרך ב, התשנ"ח): [98] [312]
- ד' פרידמן ונ' כהן דיני חוזים (התשנ"א): [281] [333] [461]
- ו' אלשיך וג' אורבך הקפאת הליכים (התשס"ו): [11] [67] [123] [126] [168] [169] [254] [255] [267] [278] [300]
- ז' צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל א (התשל"ד): [151] [153]
- י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, 1995): [261] [262] [268] [424]

- י' זמיר הסמכות המנהלית (כרך ב', 1996): [389]
- י' קדמי על הראיות (מהדורת תשס"ד, 2003): [268]
- מ' דויטש דיני חוזים מיוחדים (כרך ראשון, 2008): [333]
- מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים (התשנ"ג): [445]
- מ' מאוטנר "קיזוז" דיני חיובים – חלק כללי (ד' פרידמן עורך, התשנ"ד): [153]
- נ' זלצמן עכבון (התשנ"ט): [333]
- ס' אוטולנגי בוררות דין ונוהל (מהדורה רביעית, 2005): [264]
- ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן (כרך ראשון, 2001): [333]
- ע' בר שירה התרמית (התשל"ט): [228]
- ע' דקל מכרזים (כרך א, 2004): [381] [397] [436] [440] [444] [450] [460]
- ר' בן־אוליאל דיני בנקאות – חלק כללי (התשנ"ו): [20] [46] [48] [49] [74] [98] [177] [211] [278] [326]
- ר' בר קהן ערבות (2006): [309] [310] [312]
- ש' גינוסר חוק הערבות, התשכ"ד־1967 (פירוש לחוקי החוזים) (ג' טדסקי עורך, התשל"ט): [30] [36] [48] [59] [78] [80]
- ש' ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי (התשל"ד): [461]
- ש' לוין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (התשנ"ט): [281]
- ש' לרנר דיני שטרות (התשנ"ט): [15] [22] [74] [154] [249] [259]
- ש' לרנר המחאת חיובים (התשנ"ג): [249]

מאמרים:

- א' ברק "זיוף במשיכת צ'ק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוחו" משפטים א 134 (התש"ל): [197]
- א' ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י 11 (התש"מ): [367]
- א' וינרוט וב' אדלשטיין "אחריות בנק מלווה כלפי רוכשי דירות ובעלי קרקע" הפרקליט מח 68 (2005): [18] [336] [341] [342]
- א' וינרוט "חובתו של בנק כלפי לקוח בעת קריסת שווקים" משפט ועסקים יא 357 (התשס"ט): [367]
- א' וינרוט "כופין על לפנים משורת הדין" סיני קכח ע"ב (2001): [447]
- א' זמיר "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)" משפטים ל 505 (התש"ס): [333]
- א' פרוקצ'יה "הערות להצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) תשל"ג־1973", משפטים ה 452 (תשל"ג): [334]

- א' רוזובסקי "קיזוז כנגד אשראי דוקומנטרי" **רבעון לבנקאות** 111 (כח) 136: [160]
- א' רוזן־צבי "טענת קיזוז נגד זכות שטרית" **עיוני משפט** ז 653 (התשל"ט־התש"ם): [154]
- א' שנקר "האשראי הדוקומנטרי והערבות הבנקאית – סוגיית המרמה" **עיוני משפט** י(3) 555 (1985): [3] [244]
- ג. אופנהיימר "חוק חובת מכרזים – רווח או הפסד" (22.4.2006) www.e–mago.co.il/articles/10.htm: [382]
- ג' טדסקי "על ההתחייבות לשיפוי וסביבתה" **משפטים** כ 337 (1991): [20] [30] [47]
- ג' שלו "מה נותר מחופש החוזים" **משפטים** יז 465 (1984): [453]
- ג' שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" **ספר מישאל חשין** 645 (א' ברק, י' זמיר וי' מרזל עורכים, 2009): [453]
- ג' שלו "ניצחון רוח הדברים על האות הכתובה" **בית המשפט – 50 שנות שפיטה בישראל** 204 (משרד הביטחון, התשנ"ט): [196] [453]
- ד' ברק־ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" **משפטים** כד 519 (התשנ"ה): [389] [447]
- ד' דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 281 (א' ברק וח' ברנזון עורכים, 2000): [447]
- ד' פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973 והזיקה לדין הגרמני" **הפרקליט** לו 53 (1985): [281]
- ד' פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" **המשפט** ח 483 (2003): [453]
- ד' פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" **המשפט** יא 9 (2006): [446]
- ד' שורץ "סעדים זמניים – קווים מנחים בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי" **מחקרי משפט** יג 441 (התשנ"ז): [209] [281]
- ד' שורץ "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי" **עיוני משפט** כא 295 (התשנ"ח): [209]
- י' דותן, "האשראי הדוקומנטרי, מרמה במכר ומרמה במסמכים" **משפטים** יז 92 (1987): [3] [74] [184] [208] [213] [228] [235] [244] [258] [267]
- י' זמיר "המשפט המנהלי של ישראל בהשוואה למשפט המנהלי של גרמניה" **משפט וממשל** ב 109 (1994): [447]
- מ' בכר "חובת הבנק הפותח אשראי דוקומנטרי כלפי לקוחו – היבואן" **רבעון לבנקאות** 110 כח 90: [193] [194]

- מ' בן יאיר "ערבות בנקאית ומכתבי אשראי – עקרון ההתאמה" ספר לנדוי 1137 (א' ברק וא' מזוז עורכים, התשנ"ה): [47] [86] [193] [194] [197] [245] [258] [259]
- מ' בן פורת "Ratio Decidendi" הד המשפט 2 (1956): [348]
- מ' מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17 (2005): [453]
- מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (תשנ"ג): [445]
- מ' מאוטנר "עסקת היסוד ומכתב האשראי: תרמית וביטול החוזה בדרך של התנהגות" עיוני משפט יא 501 (1987): [3] [5] [47] [86] [209] [230] [241] [243] [244] [258] [326]
- מערכת כתב העת "מגמות חדשות בפרשנות חוזים" משפט ועסקים יא 431 (תשס"ט): [453]
- נ' ליפשיץ "תקדים מאי?" ספר זוסמן 95 (א' ברק עורך, התשמ"ד): [348]
- ס' דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" מאזני משפט ו 21 (2007): [453]
- ע' ידלין "תום לב במשפט העבודה הישראלי: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב 867 (1998): [281]
- ע' קרנר וא' בכר "ערבות מכוח חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) – יעדים כשלים ופתרונות" המשפט כג 45 (2007): [338]

ספרות זרה

ספרים:

- 20 Halsbury, The Laws of England 54 (London, 4th ed., 1978): [38]
- Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract (Oxford, 1979): [240]
- B. Kozolchuk, *Letters of Credit, in* International Encyclopedia of Comparative Law Vol. IX 3–5 505 (K. Zweigert ed., 1973): [3]
- E. Byrne, 3 Letter of Credit Update 7, 14 (1987): [185]
- E. Levinas, Les Imprevus de L'histoire 201 (2000): [367]
- E. P. Ellinger, Documentary Letters of Credit, 285–284 (University of Singapore Press, 1970): [197]
- G. Gilmore, The Death of Contract (Ohio, 1974): [240]
- G.M. Andrews, R. Millett, Law of Guarantees (London, 3rd ed, 2000): [16]
- H. Van Houtte, The Law of International Trade 302–303 (London, 1995): [20] [146] [213] [220] [295]
- J. O'Donovan & J. Phillips, The Modern Contract of Guarantee (London, 2003): [47] [109] [288]
- J.F. Dolan, The Law of Letters of Credit (Boston, 1984): [3] [197]
- K. Lewison, The Interpretation of Contracts (4th ed., 2007): [461]
- K.P. McGuinness, The Law of Guarantee (London, 1986): [38] [47] [55]
- L. Friedman, Contract Law in America, (Maddison, 1965): [240]
- L. Sarna, Letters of Credit: The Law and Current Practice (Toronto, 2nd ed., 1986): [25]
- L.S. Sealy, *Fiduciary Relationships* 20 Cambridge L.J. 69 (1962): [367]
- L.S. Sealy, *Some Principles of Fiducairy Obligation* 21 Cambridge L.J 119 (1963): [367]
- R. Millet, Law of Guarantees (3rd ed., London, 2000): [11]
- R.F. Bertrams, Bank Guarantees in International Credit (3rd Ed. Paris–New York, 2004): [12] [15]
- R.W.Craig, Procurement Law (1999): [461]
- T. Frenkel, .Fiduciary Law 71 Cal. L. Rev. 795 (1983): [367]
- T.G. Reeday, The Law Relating to Banking 292 (3rd Ed.): [40]

מאמרים:

- Arthur Fama Jr., *Note: Letters of Credit: The Role of Issuer Discretion in Determining Documentary Compliance*, 53 Fordham L. Rev. 1519, 1528 (1985): [197]
- B. Geva, *Contractual Defences as Claims to the Instruments: The Right to Block Payment on a Banker's Instrument* 58 Ore. L. Rev. 283 (1979): [42]
- Boris Kozolchyk, "*Strict Compliance and the Reasonable Document Checker*", 56 Brook. L. Rev., 45, 48 (1990): [185] [186] [197]
- Callabresi, *Some Thought on Risk Distrbution and the Law of Tort*, 70 Yale L. J. 499 (1960): [197]
- David J. Barru *How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit* 37 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 51, 74–76 (2005): [187]
- E.L. Symons, *Letters of Credit: Fraud, Good Faith and the Basis for Injunctive Relief*, 54 TUL. L. Rev. 338 (1979–1980): [216]
- Fleming James, Jr., "*Accident Liability Reconsidered: The impact of liability insurance*", 57 Yale L. J. 549 (1947): [197]
- Friedmann, *Social Insuracne and the Principle of Tort Liability*, 63 H.L.R. 241 (1949): [197]
- F. Schauer, *Formalism*, 97 Yale L.J. 509 (1978): [445]
- G. T. Mclaughlin "*On the Periphery of Letter–of–Credit Law: Softening the Rigors of Strict Compliance*", 106 Banking L.J. (1989): [189]
- H. Getz, *Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Iranian Letters of Credit Cases*, 21 Harv. Int. L. J 189 (1980): [214]
- H. Harfield, *Enjoining Letter of Credit Transaction*, 95 Banking L. J. 596 (1978): [228]
- J. B. Justice, *Letters of Credit — Expectations and Frustrations*, 94 Banking L. J. 424 (1977): [228]
- Joseph D. Gustavus, *Letter of Credit Compliance Under Revised UCC Article 5 and UCP 500*, 144 Banking L. J. 55, 56–57 (1997): [197]
- Kyle Roane *Hanil Bank v. Pt. Bank Negara Indonesia (Persero): Continuing The Quandary of Documentary Compliance Under International Letters of Credit* 41 Hous. L. Rev. 1053, 1063–1077 (2004): [187] [197]
- L. Fuller & W. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 Yale L.

J. 52, 73 (1936–1937): [233]

- Note "*Letters of Credit: Injunction As A Remedy For Fraud In U.C.C. Section 5–114*" 63 Minn. L. Rev 487 (1978–1979): [25] [226]
- Note: *Fraud in the Transaction: Enjoining Letters of Credit during the Iranian Revolution*, 39 Harv. L. Rev. 992(1980): [214]
- Note: *The Role of Standby Letters of Credit in International Commerce: Reflections after Iran*, 20 Va. J. Int'l L. 459(1980): [214]
- Ralph W. Aigler, *Recognition of New Types of Negotiable Instruments*, 24 Columbia L. Rev. 563 (1924): [249]
- Ross P. Buckley, The 1993 *Revision of the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, 28 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 265 (1995): [7]
- Roy Goode, *Symposium New Developments in The Law of Credit Enhancement: Domestic And International Symposium Article: Abstract Payment Undertakings in International Transactions*, Brooklyn J. Int'l L. 1, 6 (1996): [197]
- Sandra Stern, *The Impact of UCC Article 5, in* What Lawyers Need to Know About the UCC Article 5, Letters of Credit 7, 9 (Sandra Stern ed., 2002): [197]
- Steven C. Ratner, *Comment, Letters of Credit: A return to the Historical Documetary Compliance Standard*, 46 U. Pitt. L. Rev. 457, 469–470 (1985): [197]

משפט עברי

- משנה תורה לרמב"ם, הלכות שכנים פרק יד, הלכה ה [447]
- רמב"ן על דברים פרק ו, פס' יח [447]
- רבי משה חיים לוצאטו (הרמח"ל), מסילת ישרים, פרק י"ג [447]
- עירובין דף מ"א, עמ' ב [452]
- קידושין דף נ"ו, עמ' ב [432]
- רש"י על ביצה דף ב, עמ' ב [429]
- רש"י על תהילים פרק יט, פס' י [443]
- ערובין דף נ"ג, עמ' ב [429]
- תלמוד ירושלמי, ברכות דף ט, עמ' א [428]
- בבא מציעא דף לז, עמ' א [112]
- פסחים, קיח, עמ' ב [10]
- יומא, דף סו, עמ' ב [27]
- שבת דף קמא, עמ' ב [27]
- יד רמה, בבא בתרא, פרק ג, סימן קעח, וכן בפרק י', סימן קל [120]
- רבינו ירוחם, תולדות אדם וחווה, נתיב כד, חלק ד,
- דף רי, טור ג [112]
- המאירי, בבא בתרא, קעד, עמ' א [120]
- נימוקי יוסף, בבא בתרא, טז, עמ' ב [120]
- ספר התרומות, שער לה, א, אות לד [120]
- ספר מצוות קטן, מצווה רס [112]
- ספר מצוות גדול, מצוות עשה צד [120]
- עליות דרבנו יונה, בבא בתרא, קעד, עמ' א [120]
- שו"ת הרדב"ז, קל אלף קפז [120]
- שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן נא, סימן רנח, סימן רמו [120]
- חידושי רבנו קרשקש, גיטין מט, עמ' ב [120]
- שו"ת הריטב"א, קכח [10]
- ר"ש בר חפני, ספר הערבות והקבלנות, פרק ג [120]
- פירוש ר"ש בר חפני לתורה, בראשית מג, ט
- (הובא בספר העיטור, ערב, ליד האות ל) [120]
- רשב"ם, בבא בתרא, קעד, עמ' א [120]
- נתיבות משפט על ספר מישרים, נתיב כג, ג [120]
- שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קכט, סעיף יז [120]

- בית יוסף, חושן משפט, סימן קכט, סעיף יט [120]
- משנה תורה לרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כה, הלכה ה [120]
- הגהת הרמ"א על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קכט, סעיף יח
- (בשם הרא"ש והרשב"א) [10]
- יד רמה על מסכת סנהדרין, דף ע"ז, עמ' ב [167]
- שו"ת מהר"ן מינץ, סימן לג [120]
- שו"ת אחיעזר חלק ג, סימן ס [167]
- שו"ת מהרש"ם ב, קנח [10]
- שו"ת מהרי"ל דיסקין, סימן יג, עמ' ב [120]
- שו"ת שבט הלוי ט, נז [56]
- מהרש"א על פסחים קיח, עמ' ב [10]
- מחנה יהודה קכט, יט [120]

©
All Rights Reserved

Printed in Israel – 2010

Bank Guarantees
Expanded Second Edition

Dr. Avraham Weinroth