

ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב "אוול"*

א. הבעיה

מזה שנים שבפסיקה שלנו קיימת אי בהירות באשר לתשובה על השאלה, מה השפעתו של הסכם המעניק ארכה לחייב בשטר על חבותו של הערב בערכות "אוול"¹: האם גם חבותו של זה האחרון מוארכת² או שחבותו פוקעת³? מקורה של אי בהירות זו אינה בפירושו של דין נתון, אלא בקביעת הדין אליו יש לפנות: היש לחפש התשובה לשאלה במשפט האנגלי (הגורס בדרך כלל כי הסכם למתן ארכה לחייב משחרר את הערב⁴) או במשפט המקומי⁵ (הגורס בדרך כלל כי הסכם למתן ארכה לחייב גורר אחריו ארכה דומה לערב)? פסק הדין נשוא רשימה זו (להלן: פרשת רפפורט)⁶ השיב תשובה ברורה לבעיה הנוכרת: הדין החל הוא הדין המקומי, לפיו הסכם למתן ארכה לחייב גורר אחריו בדרך כלל ארכה דומה לערב בערכות "אוול". מטרת רשימה זו לנתח את הרקע לבעיה, לציין את השיקולים

- * הרשימה פורסמה בהפרקליט כ"ד (1968) 404.
- 1 ראה ע"א 693/66 פרי טעים בע"מ נ' לוי, פ"ד כב(1) 253, 256; ע"א 908/61 וגמן נ' פנסו, פ"ד טו 1864.
 - 2 כדעתה של השופטת בן פורת בהמ' 562/58 פפרברג נ' זקס, פ"מ יט 138.
 - 3 דעת בית המשפט העליון בתקופת המנדט בע"א 206/41 בנק המזרחי בע"מ נ' שורק, 8 פל"ר 494.
 - 4 לדין האנגלי, ראה 105 *Glanville Williams, Joint Obligations* (1949).
 - 5 בעבר — לפי המג'לה (סעיף 655) וכיום לפי חוק הערכות, תשכ"ז-1967, סעיף 5(ג). בהתאם לסעיף זה "חל בחיוב הנערב שינוי אחר [שאינו הגדלת החיוב או הקטנתו], על פי הסכם בין החייב לבין הנושה, משתנה חיובו של הערב לפי השינוי, אולם הברירה בידי הערב — (1) למלא ערכותו ללא שינוי, אם ניתן לעשות כן; (2) לבטל ערכותו אם השינוי היה שינוי יסודי הפוגע בזכויות הערב".
 - 6 ע"א 100/68 רפפורט נ' עצמון, פ"ד כב(2) 51.

דיני שטרות

השונים שיש לקחתם בחשבון כפתרונה, ולהעריך את תרומתו של פסק הדין לדיני השטרות בפרט ולמערכת המשפט שלנו בכלל.

ב. הרקע לבציה: ההבחנה בין דיני שטרות "במובן המצומצם" לבין דיני שטרות "במובן הרחב"

מקובל להבחין בין שתי מערכות דינים עיקריות החלות על שטר⁷. המערכת האחת, שנכנה אותה כדיני שטרות "במובן המצומצם", עוסקת בתכונותיו של השטר כמסמך סחיר. מערכת דינים זו דנה בזכויותיו וחובותיו של אוהז, באחיזה כשורה, בסיחור השטר, וכיוצא בזה דינים המטפלים ביסוד הסחרות שבשטר⁸. המערכת האחרת, שנכנה אותה כדיני שטרות "במובן הרחב", עוסקת בתכונותיו של השטר כחפץ וכחיוב⁹. דינים אלה אינם עוסקים בתכונותיו המיוחדות של השטר כמסמך סחיר, אלא בתכונות המשותפות לשטר ולשאר החפצים והחיובים, כגון גזילת שטר, הורשת שטר, וכיוצא בזה דינים המטפלים ביסודות הקניין והחיובים שבשטר. קיומן של שתי מערכות דינים אלה נובע מתוך כך שהשטר הינו תופעה מיוחדת במינה במערכות המשפט. השטר הינו חיוב, עליו חלים דיני החיובים הרגילים; השטר הינו חפץ, עליו חלים דיני הקניין הרגילים¹⁰; השטר הינו תרכובת בין חיוב לחפץ המוליד את הסחרות, עליה חלים דיני הטוחרים המיוחדים¹¹. מרבית דיני השטרות "במובן המצומצם" רוכזו בישראל בפקודת השטרות. יחד עם זאת אין זהות גמורה בין היקפה של פקודת השטרות לבין היקפם של

- 7 על כך עמדנו בהרחבה ברשימתנו *Bills and Notes in Israel*, 2 *Isr. L. Rev.* (1967) 499.
- 8 ראה, Falconbridge, *The Law of Bank and Banking, Bills, Cheques and Notes* (6th ed., 1956) 435.
- 9 כינוי זה אינו מוצלח, שכן המונח "רחב" מניח כי דיני השטרות במובן "המצומצם" כלולים בו, ולא זו הכוונה.
- 10 מפורסמים דבריו של Chalmers האומר: "A bill is a chattel; therefore it may be transferred as a chattel. A bill is a chose in action, therefore it may be assigned as a chose in action." Chalmers, *Bills of Exchange* (13th ed., 1964) 133.
- 11 ראה רשימתי (הערה 7 לעיל) עמ' 500.

ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב "אול"

דיני השטרות "במובן המצומצם". המסגרת "הארגונית" אינה חופפת למסגרת "הפונקציונלית". אי-חפיפה זו קיימת לשני הכיוונים: לא כל מה שנכלל במסגרת הפקודה ניתן לסווגו כמשתיך לדיני השטרות "במובן המצומצם"¹², וקיימים בוודאי דיני שטרות "במובן המצומצם" שאינם נכללים במסגרת הפקודה¹³. המבחן להשתייכות דין פלוני לדיני השטרות "במובן המצומצם" או לדיני השטרות "במובן הרחב" הינו, איפוא, מבחן ענייני כלכד. שאלת המפתח הינה, האם דין פלוני נגזר מיסוד הסחרות שבשטר או מיסוד החיוב הרגיל והקניין הרגיל שבשטר? במקרה הראשון נאמר כי אותו דין שייך לדיני השטרות "במובן המצומצם" ובמקרה השני נאמר כי אותו דין שייך לדיני השטרות "במובן הרחב".

ג. חשיבות ההבחנה בין דיני שטרות "במובן המצומצם"

לבין דיני שטרות "במובן הרחב"

להבחנה בין שני הסוגים של דיני שטרות אין חשיבות רבה במסגרת המשפט האנגלי עצמו. שני סוגי הדינים היו לפני חקיקת חוק השטרות מ-1882 חלק מהמשפט המקובל¹⁴, וחקיקת החוק – שכאמור אינו תואם את ההבחנה הנזכרת – לא באה למנוע תחולת המשפט המקובל עד כמה שהוראותיו אינן בלתי מתיישבות עם הוראת החוק¹⁵. בהיעדר הוראה בעניין שטר (שאינה שקולה כנגד הסדר שלילי) בחוק השטרות עצמו, יש לפנות באנגליה למשפט המקובל, ואין נפקא מינה אם הוראה זו משתייכת מבחינה עניינית לדיני השטרות "במובן המצומצם" או לדיני השטרות "במובן הרחב".

להבחנה האמורה בין שני הסוגים של דיני שטרות נודעת חשיבות רבה

12 כך, למשל, אחריות "המעביר במסירה" לפי סעיף 59 לפקודה אינה אלא אחריותו של מוכר, ואינה נוגעת ליסוד הסחרות שבשטר.

13 כגון, דינה של עסקת היסוד כאשר השטר הושמד. הוראות הפקודה דנות בשטר שאבד: האם הוראות אלו חלות גם על שטר שהושמד, או שמא זו לאקונה בפקודה, שלשם השלמתה יש לפנות למשפט האנגלי?

14 מבחינה היסטורית מהווים דיני השטרות "במובן המצומצם" חלק מדיני הסוחרים (Law of Mercantile), אך אלה מוזגו עוד כמאה ה-17 לתוך המשפט המקובל עצמו.

15 ראה סעיף 97(2) לחוק השטרות האנגלי.

דיני שטרות

במספר ארצות שחוקי השטרות שלהן הועתקו מחוק השטרות האנגלי מ-1882. הרלבנטיות של ההבחנה משתנה בארצות השונות. באוסטרליה, למשל, נודעת להבחנה הנזכרת חשיבות קונסטיטוציונית¹⁶. חוקת הקהיליה מסמיכה את הפרלמנט של הקהיליה לקבוע הוראות בענייני שטרות¹⁷. עד כמה שהוראות אלה אינן תואמות (inconsistent) עם החקיקה של המדינות (states) בקהיליה, יד הראשונה על העליונה, והוראת המדינה אינה תקיפה (invalid)¹⁸. שאלה המפתח הינה, איפוא, מתי הוראת הקהיליה אינה תואמת עם ההוראה של המדינה. בפתרם שאלה זו נזקקו בתי המשפט באוסטרליה להבחנה, שבמהותה מקבילה להבחנה בין דיני שטרות "במובן המצומצם" לבין דיני שטרות "במובן הרחב"¹⁹. חקיקה הקהיליה עוסקת ביסוד הסחורות שבשטר. מכאן, שחקיקת המדינה העוסקת בשטר כחוב וכחפץ רגילים לרוב אינה "בלתי תואמת" (inconsistent) לחקיקת הקהיליה. בקנדה, לעומת זאת, נודעת להבחנה הנזכרת הן חשיבות קונסטיטוציונית והן חשיבות מבחינת הקשר למשפט המקובל האנגלי²⁰. חשיבות אחרונה זו נובעת מתוך כך, שסעיף 10 לחוק הפדרלי הקנדי בעניין שטרות קובע, כי –

"The rules of the common law of England, including the law merchant, save in so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act, apply to bills of exchange, promissory notes and cheques".

משפט מקובל זה שונה לעתים קרובות מ"המשפט המקובל" של הפרובינציות השונות עצמן, בעיקר במקרה של קוויבק, שם שולט הדין האזרחי על דיני החיובים והקניין הכלליים. מכאן שבקנדה מתעוררת השאלה מהם דיני המשפט המקובל האנגלי החלים על שטרות? בתשובה על שאלה זו נזקקו בתי המשפט בקנדה

16 ראה *Riley, The Law Relating to Bills of Exchange in Australia* (1964) 15 *et seq.*

17 *The Commonwealth of Australia Constitution Act, sec 5* (63 & 64 Vict.)

18 חסר תוקף אין פירושו אולטרה וירס. כך, למשל, אם ההוראה בחוקה תבטל, יינתן תוקף להוראות המדינה. ראה *Carter v. Egg & Egg Pulp Marketing Board* (1942) 66 C.L.R. 557, 573.

19 פסק הדין המרכזי הינו *Stock Motor Ploughs Ltd. v. Forsyth* (1932) 48 C.L.R. 128. לניתוח הפסיקה כולה, ראה *Riley, op. cit.*, p. 15 *et seq.*

20 ראה *Falconbridge, op. cit.*, p. 426 *et seq.*

ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב "אחול"

להבחנה בין שני סוגי דיני השטרות. לפי גישתם, הוראת סעיף 10 מפנה למשפט המקובל האנגלי לקליטת דיני שטרות "במובן המצומצם" בלבד²¹. להבחנה הנזכרת בין דיני שטרות "במובן המצומצם" לבין דיני שטרות "במובן הרחב" נודעת חשיבות רבה – שהובלטה בפרשת רפפורט – בישראל. שלא כמו באוסטרליה, אין זו חשיבות קונסטיטוציונית, אלא כדומה לקנדה, זו חשיבות מבחינת הקשר למשפט המקובל האנגלי, קשר הקיים מכוח סעיף הפרשנות שבפקודת השטרות, ומכוח סימן 46 לדבר המלך כמועצתו, 1922.

ד. חשיבות ההבחנה בין שני סוגי הדינים לאור סעיף הפרשנות

שבפקודת השטרות

סעיף 2 לפקודת השטרות קובע כי "פקודה זו תתפרש בסימוכין לדיני אנגליה בעניין שטרי חליפין, שיקים ושטרי חוב". מה פירושה של הוראת פרשנות זו? האם מכוחה יש לפנות בכל עניין הנוגע לשטר למשפט האנגלי, או שמא הפנייה היא מצומצמת יותר; ואם תאמר מצומצמת, מהו הקריטריון לצמצום זה? היו שגרסו כי משמעות הוראה זו הינה כי "במידה שפקודת השטרות אינה מכילה הוראות מנוגדות, על בתי הדין בישראל לפסוק בתביעות המבוססות על שטרי חוב, כאילו הובאה תביעה זו באנגליה"²². עקרון פרשנות זה, הגורס כי "בית המשפט בישראל [חייב] לפסוק בתביעת שטר ממש כמו שבית משפט אנגלי היה פוסק אילו הוגשה התובענה באנגליה"²³, לא זכתה להכרה כללית בישראל. כך, למשל, פסקר בתי משפט בישראל כי הכושר לחוב בשטר נקבע לפי דיני הכשרות

21 ראה Falconbridge, האומר: "Effect is given to this provision [sec 10] in Canada only within the limits of what may be called the law of bills and notes in the strict sense, including of course the form, issue, negotiation and discharge of bills or notes but not including all the consequences of, or all the rights or liabilities resulting from the contracts entered into by parties, to bills or notes" (p. 435).

22 רברי השופט טובבין בת.א. 356/51 בנק קלינגר נ' המפקח על נכסי נפקדים, פ"מ ו 468, 480, המסתמך על ע"א 206/41 הנ"ל.

23 זוסמן, דיני שטרות (מהדורה רביעית) סעיף 11, עמ' 21.

דיני שטרות

בישראל ולא באנגליה²⁴, כי הדינים לקביעת תקיפותו של החיוב השטרי הם הדינים הנוהגים בישראל ולא באנגליה²⁵, כי שיעור הריבית לשטר ממועד הפרעון עד למועד פסק הדין הוא שיעור הריבית הכללי הנוהג בישראל ולא באנגליה²⁶; כי שאלת התמורה לחיוב הערב לשטר נקבעה לפי הדין המקומי ולא האנגלי²⁷, ועוד ועוד. מהו העיקרון הכללי העולה מאסמכתאות אלה ואחרות בכל הנוגע לפירוש הוראת הפרשנות? נראה לנו כי שניים הם העקרונות הללו:

ראשית, הפנייה למשפט האנגלי היא לצורכי פרשנות ולא לשם קליטת הוראות שהפקודה עוברת עליהן בשתיקה²⁸. את המונחים "חווה", "כשרות", "ביחד" ולחוד", וכיוצא בהם מונחים בהם משתמשת הפקודה נפרש כמשמעותם במשפט האנגלי. בכך תסתיים הפנייה למשפט האנגלי. מהם דיני החווה, או דיני הכשרות, או דינים החלים על חיוב מהסוג של "ביחד-ולחוד" לא נחפש במשפט האנגלי, אלא במשפטנו אנו.

שנית, זו תרומתה העיקרית של פרשת רפפורט, הפנייה הינה לדיני השטרות האנגליים, ולא לדינים האנגליים הכלליים החלים על כלל החיובים והקניינים, ולרבות החיוב והקניין שמקורם בשטר²⁹. "מניין לנו" – שואל השופט ויתקון בפרשת רפפורט³⁰ – "שדיני הערבות האנגליים הכלליים כלולים בדיני אנגליה בעניין שטרי חליפין, שיקים ושטרי חוב דוקא, שאליהם – ואליהם בלבד – חייבים אנו להזקק כמצוות סעיף 2 לפקודתנו".

עולה מהאמור, כי להבחנה בין דיני שטרות "במובן המצומצם" לבין דיני שטרות "במובן הרחב" יש חשיבות עקרונית במסגרת סעיף הפרשנות שבפקודה. מכוחו אנו מופנים לצורכי פרשנות לדיני השטרות האנגליים "במובן המצומצם" ולא לדיני

24 ע"א 275/62 "בוהן" נ' סימון, פ"ד יז 164.

25 ראה ע"א 352/61 זופוביץ נ' רייזל, פ"ד טז 1833.

26 ע"א 461/63 רשות הפיתוח נ' אמת בנין, פ"ד יח(1) 491.

27 ראה ע"א 269/59 זימן נ' רוט, פ"ד יג 1874.

28 ראה, למשל, ע"א 275/62 הנ"ל: "אין הסעיף מתיר להכניס את החוק האנגלי בנוגע לגיל הבגיר בענייני חושים" (עמ' 167). ראה גם וייסמן, "שעבוד נכסי חברה", הפרקליט כב 420.

29 לדעה אחרת, ראה וייסמן, שם.

30 שם, עמ' 56.

ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב "אול"

השטרות האנגליים "במובן הרחב". אכן, פסיקה זו מתיישבת יפה עם גישת בתי המשפט הקנדיים, שכזכור עמדו בפני בעיה דומה, ופתרוה באופן דומה³¹.

ה. חשיבות ההבחנה בין שני סוגי הדינים לאור סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922

סימן 46 לדבר המלך במועצתו מפנה אותנו כידוע למשפט המקובל ולדיני היושר האנגליים בכל מקרה שבו קיימת לאקונה בשיטתנו אנו. היש לעשות שימוש בהוראה זו בכל מקרה שפקודת השטרות אינה כוללת בחובה הוראה בעניין שטר? נראה לנו כי לפתרון שאלה זו נודעת חשיבות להבחנה בין שני סוגי הדינים הנזכרים. ראינו כי פקודת השטרות כוללת בחובה את עיקרי הדינים העוסקים בשטר כמסמך סחיר. טבעי על כן כי אין בדרך כלל כל דיון בדיני השטרות "במובן הרחב". דין זה אין מקומו בפקודת השטרות, אלא בדין הכללי של חיובים וחפצים. שתיקת הפקודה בעניין זה, אין בה לרוב לא הסדר שלילי ולא לאקונה המחייבת פנייה למשפט באנגליה. את דיני השטרות "במובן הרחב" יש לחפש לרוב בדין הכללי, ובו בלבד. רק במקרה של שתיקת הדין הכללי, שאינה שקולה כנגד הסדר שלילי, יש לפנות למשפט האנגלי³². לא כן לגבי שתיקת הפקודה בעניין שהוא דיני שטרות "במובן המצומצם". שתיקה זו מעוררת חשד: שמא התכוון המחוקק להסדר שלילי, שאם לא כן, מדוע לא נכלל דין השטרות המיוחד במסגרת הפקודה עצמה³³. יש, על כן,

31 הפסיקה הקנדית אף מרחיקה לכת, שכן לשונו של סעיף 10 לחוק השטרות הקנדי מפנה למשפט המקובל בדרך כלל, ולא למשפט המקובל בענייני שטרות.

32 ראה, למשל, ע"א 206/47 ליפשיץ נ' ארנולד, פ"ד ב 421; פס"ע א, ס"ח, 293.

33 יש לשים לב לדברים הבאים של השופט Dixon J. על חוקי השטרות האוסטרלי והאנגלי המשקים על מלאכת הבדיקה: It is not a statutory expression of any design or plan conceived or policy devised by the legislature. It is an attempt to convert a part of the *lex non scripta* into *lex scripta*. It has been said that it does not purport to be a scientific code dealing with the whole law relating to bills exchange but is more in the nature of a digest of the law on the subject": *Stock Motor Ploughs Ltd. v. Forsyth* (1932) 48 C.L.R. 128, 137

לבצע חקירה ולבחון את שתיקת הפקודה; והיה ושתיקה זו תתפרש כהסדר שלילי – אין מקום לפנות למשפט האנגלי; והיה והשתיקה תתפרש כלאקונה – יש לפנות ישירות למשפט האנגלי, בלא להתחשב כלל בדין הכללי המקומי.

יושם אל לב: איננו גורסים כי המסגרת הארגונית של הפקודה פותרת את שאלת המיון המהותית. יתכן ודין שטרות פלוני "במובן הרחב" מצא מקומו במסגרת הפקודה, באופן שדין שטרות אלמוני "במובן הרחב" יחשב ככלתי קיים לפי כללי ההסדר השלילי³⁴, ובדומה, ייתכן ודין שטרות פלוני "במובן המצומצם" לא מצא מקומו במסגרת הפקודה, אך יש מקום לקלוטו מהמשפט האנגלי, שכן שתיקת הפקודה לגביו אינה בחינת "הסדר שלילי"³⁵. גישתנו היתה ונשארה פונקציונלית. יחד עם זאת, כאשר הדין החסר משתייך לדיני השטרות "במובן הרחב" אין לחפשו לרוב במסגרת הפקודה. מקומו הגיאומטרי הוא בדין הכללי. שתיקת הפקודה לגביו מהווה אינדיקציה חזקה כי הפקודה כלל לא נתכוונה לחתוך דינו, לא לחיוב ולא לשלילה, אלא השאירה את פתרונו לדין הכללי. לעומת זאת, שתיקת הפקודה לגבי דיני השטרות "במובן המצומצם" מעוררת חשד: לכאורה, מקומו של דין זה הוא במסגרת הפקודה, ועל כן, מדוע זה נכחד מקומו?

הן במקרה של דין שטרות "במובן המצומצם" והן במקרה של דין שטרות "במובן הרחב" תיתכן לאקונה המחייבת פנייה למשפט האנגלי. במקרה הראשון זו לרוב לאקונה בפקודת השטרות; במקרה השני זו לרוב לאקונה בחוק הכללי. בשני המקרים נעשית פנייה למשפט המקובל ולדיני היושר האנגליים. כאשר הלאקונה היא בדיני השטרות במובן הרחב המקומיים, קרי בדין הכללי המקומי, הפנייה היא לדין הכללי האנגלי. כאשר הלאקונה היא בדיני השטרות במובן המצומצם, הפנייה הראשונית תהיה בודאי לדיני השטרות האנגלים במובן המצומצם, אך בהיעדר דין כזה, ינהג השופט בישראל כפי ששופט אנגלי היה פוסק במקומו.

כאמור, הן במקרה של דין שטרות "במובן המצומצם" והן במקרה של דין שטרות "במובן הרחב" תיתכן לאקונה המחייבת פנייה למשפט האנגלי. במקרה

34 דוגמא לכך עשוי להיות העניין הבא: הפקודה קובעת בסעיף 59 ערוכת מכר בשטר למוכר. אין הפקודה כוללת ערוכת מכר בשטר לפקודה. כיצד יש לפרש שתיקה זו? האם זהו הסדר שלילי? לגופו של עניין, הדעה המקובלת הינה שאין כל מניעה להחלת דין המכר הכללי בהעברת שטר לפקודה, אך אין דבר זה נקי מספקות. ראה זוסמן (הערה 23 לעיל) סעיף 152, עמ' 191.

35 בעיקר לאור האופי הלא מדעי של מבנה הפקודה. ראה לעיל, הערה 33.

ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב "אול"

הראשון זו לרוב לאקונה בפקודת השטרות. הסדרי הדין הכללי אינם נלקחים בחשבון, שכן הם מצויים במישור אחר. במקרה השני זו לרוב לאקונה בדין הכללי. בשני המקרים הפנייה היא למשפט המקובל ולדיני היושר האנגליים כמשמעותם בסימן 46 לדבר המלך במועצתו. בשני המקרים, אם המשפט האנגלי "הראשוני" אינו כולל תשובה לשאלה – שאין בו דין שטרות "מצומצם" במקרה הראשון, או דין שטרות "רחב" במקרה השני – על בית המשפט בישראל למצוא תשובה לשאלתו במסגרת המשפט האנגלי עצמו, ועליו לנקוט בשיטת המחקר ששופט אנגלי היה נוקט במקומו³⁶.

הפעלה של עקרונות כלליים אלה נעשתה בע"א 206/47 ליפשיץ נ' ארנולד³⁷. בפרשה זו נדונה השאלה הכאה: "שניים שערכו ערבות 'אול' לחובו של שלישי, ופרע אחד מהם את החוב, מה דינו של הפורע כלפי חברו"³⁸. בעניין זה אין כל הוראה בפקודת השטרות. מהו הדין החל? השופט חשין פתח כשאלת המיון³⁹:

"דין ערבות 'אול' מצוי בסעיף 57 של פקודת השטרות. אלא לא בסעיף זה ולא בסעיפים האחרים של הפקודה לא נאמר מה דינם של שני ערבי 'אול' זה מול זה והטעם ברור: הפקודה דנה בהלכות שטרות ובחייבים הנובעים משטרות; ואילו היחסים שבין ערב אחד למשנהו אינם נוצרים לא על רקע של שטר ולא בשל חיוב הנובע משטר".

נראה, איפוא, כי השופט חשין גרס כי סוגייתו שייכת לדיני שטרות "כמובן הרחב"; שתיקת הפקודה אינה לא הסדר שלילי אף לא לאקונה – המחייבת פנייה למשפט המקובל ודיני היושר האנגליים. את התשובה לשאלה הנזכרת יש לחפש בדין הכללי. אכן, השופט חשין פונה למגילה, כמקור בו יש למצוא את הדין הכללי. דא עקא, שאין למצוא גם במגילה הוראה בעניין זה. שתיקה זו פירש השופט

36 ראה טרסקי, "כעית הליקויים בחוק (lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו", מחקרים במשפט ארצנו (מהדורה שניה) 178. ער כמה שמסקנה זו היא בלתי רצויה, הרי יש בה ביקורת כלפי הסדרו של סימן 46 לדבר המלך במועצתו.

37 פס"ע א, ס"ח, 293.

38 שם, עמ' 294.

39 שם.

דיני שטרות

כלאקונה ולא כהסדר שלילי⁴⁰, ועל כן פנה בשלב זה אל דיני היושר האנגליים מהם שאב הלכתו.

מעניין לציין כי השופט חשין העלה את האפשרות של "קיצור הדרך" למשפט האנגלי, וזאת מכוח סעיף הפרשנות שבפקודה, אך הוא דחה אפשרות זו, באמרו כי –

"המשפט [האנגלי] אינו יודע 'אוול' מהו ועל שטרי חליפין, שטרי חוב ושיקים אין חותמים כאנגליה ערבות כזאת. נמצא, כי את הפירוש לסעיף 57 של הפקודה אין לחפש בחוק האנגלי המתייחס לשטרי חליפין וכו'".⁴¹

מסכימים אנו למסקנתו של השופט חשין אך לא להנמקתו. גם המגילה אינה יודעת "אוול" מהו, על שום מה, על כן, תיתכן הפנייה אליה? אמור, כי הקובע הוא מיונו של האוואל כערבות, ובערבות דנה המגילה. אם כך, אין מניעה שלא לפנות למשפט האנגלי, המכיר גם הוא בערבות לשטר. למרות זאת, מסכימים אנו עם מסקנתו של השופט חשין. דיני ערבים לשטר בינם לבין עצמם הינם לדעתנו – ועל כך נדון בהמשך – דיני שטרות "במובן הרחב" ולא דיני שטרות "במובן המצומצם", ועל כן אין מקום לשימוש בסעיף 2 הנ"ל. זאת ועוד: הזרמת דינים אלה – אפילו היו אלה דיני שטרות "במובן המצומצם" – אינה מתיישבת עם האופי "הפרשני" של הפנייה למשפט האנגלי מכוח סעיף 2 הנ"ל.

ו. ההבחנה בין דיני שטרות "במובן המצומצם" ודיני שטרות "במובן הרחב" וסוגיית הארכה לחייב הראשי והשפעתה על חבות הערב בערבות "אוול"

על רקע הניתוח הכללי שנעשה עד כה ניתן עתה לגשת לפתרון השאלה הספציפית

40 על מסקנתו זו נמתחה ביקורת על ידי פרופ' צלטנר, והדיון בה חורג ממסגרת הערה זו: "הסימן 46 לדבר המלך במועצתו כהוראת משפט בין שכבתי", הפרקליט טו 300, 308 ואילך.

41 ע"א 206/47 הנ"ל, עמ' 294.

ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב "אוויל"

שהתעוררה בפרישת רפפורט: הנושה הסכים עם עושה השטר (החייב הראשי) על מתן ארכה. מה השפעתו של הסכם זה על הערב בערבות "אוויל" (הערב) לעושה? פקודת השטרות אינה משיבה על שאלה זו, לא לחיוב ולא לשלילה. כיצד תפורש שתיקה זאת לאור הוראת הפרשנות שבפקודה, והוראת סימן 46 לדבר המלך במועצתו? נבחון שאלה זו ביחס לכל אחת משתי ההוראות הנדונות⁴²:

1. סעיף הפרשנות שבפקודה

הפעלת סעיף הפרשנות נעשית כאשר קיימת בעיית פרשנות. במקרה זה יש לפנות לדיני השטרות האנגליים "במובן המצומצם". נבדוק שני עניינים אלה לאור בעייתנו:

(א) "פרשנות"

בפרשת רפפורט לא נדונה השאלה הראשונה כלל. בית המשפט העליון הניח כנראה כי יש מקום להפעלה עקרונית של הוראת הפרשנות, ועבר מיד לתחלת היסוד השני מבין שני היסודות הנזכרים לעיל. אכן, בכך צדק בית המשפט. ההוראה הדורשת פירוש היא זו הקובעת כי "ערב לשטר חב עם האדם שלחתימתו ערב, ביחד ולחוד"⁴³. חבות "ביחד ולחוד" זו מה פירושה? זוהי שאלת פרשנות "קלאסית" שלשם פתרונה אנו מופנים אל המשפט האנגלי.

מהו "עומק" הפנייה למשפט האנגלי? בעניין זה ניתן להיעזר בניסיון המשפטי שהצטבר תוך פירוש הוראת הפרשנות שבפקודת הנזיקין⁴⁴. בהתאם לפסיקה בענייני נזיקין "על בית המשפט להשתמש בהגדרתו של המשפט האנגלי רק כדי לדלות מתוכו את העקרון שהונח בה; ואולם משעשה כן, עליו להחיל אותו עקרון על המקרה הקונקרטי שלפניו בשים לב לתנאים המיוחדים השוררים בארץ ובהתאם למושגיהם והשקפותיהם של בני החברה הישראלית"⁴⁵. נראה, איפוא, כי יש להסתפק בשאיבת העיקרון אך לא בהחלתו⁴⁶. במקרה שלפנינו יש לשאוב את

42 יש לפתוח, כמובן, בהוראת הפרשנות, שכן ייתכן והשימוש בה ייתר את השימוש בסימן 46 לדבר המלך במועצה: ראה טרסקי (הערה 36 לעיל) עמ' 154.

43 סעיף 57(ג) לפקודה.

44 בעיקר, ע"א 294/54 שטרן נ' שמיר, פ"ד יב 421.

45 שם, עמ' 427.

46 ראה גם טרסקי, "בעיית הליקויים כחוק (Lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו"

דיני שטרות

המהות המשפטית של חבות "ביחד ולחוד", אך לא את פרטי דיניה. מהות משפטית זו הינה, כי בחבות "ביחד ולחוד" חב כל אחד מהחייבים על מלוא הסכום ולא על חלקו בלבד. לנושה בתוקף חבות "ביחד ולחוד" ניתנות עילות תביעה שמספרן שווה למספר החייבים⁴⁷. עד כאן העיקרון. בכך מסתיימת לדעתנו החדירה למשפט האנגלי. אין להמשיך ולשאול את המשפט האנגלי – אפילו משפט זה שייך לדיני השטרות "כמובן המצומצם" – מה דיניה של חבות מסוג זה, ובעיקר, אם בחבות מסוג זה ארכה לחייב אחד משחרר את האחר, אם לאו. סימוכין להשקפתנו ניתן למצוא בפרשה קנדית ידועה *Cook v. Doods* (1903)⁴⁸, בה התעוררה בעיה דומה. בפרשה זו עשו שניים שטר חוב. בהתאם לדין הקנדי חבותם היא ביחד (joint). בתביעה שהוגשה נתבע רק אחד מבין שני החייבים. כיוון שנתבע זה היה מנהל עזבונו של החייב, הרי לפי המשפט המקובל האנגלי, אין הוא אחראי. דא עקא, שבאונטריו (Ontario) היה חיקוק לפיו מנהלי עיזבון של חייב "ביחד" שנפטר, כפופים לתביעה כאילו חב המנוח בחבות "ביחד ולחוד". השאלה שהתעוררה בפרשה הנזכרת הייתה זו: היש לתת תוקף לדין המקומי המשנה את התוצאות המשפטיות של חבות "ביחד", או שיש לפנות גם בעניין הדין החל – ולא רק הגדרת המונחים – למשפט המקובל האנגלי, המשמש כזכור מקור להשלמת חוק השטרות הקנדי. בית המשפט באונטריו פסק כי יש לתת תוקף לחיקוק המקומי. אומר השופט Meredith C.J.:

"The Bills of Exchange Act does not deal with the consequences which are to flow from the character which, according to its provisions, is attached to the promise which a bill or promissory note contains, whether that of a joint or joint and several liability. These consequences, in my opinion, fall to be determined according

(הערה 36 לעיל) עמ' 160, הערה 73: "ס"ק זה (1)2§ לפקורת הנויקין) מפנה אל המשפט האנגלי לצורך פירוש הביטויים הבאים בפקודה, ולא כדי ליחס לכללים הא"י את הכוח המיוחס לכללים המקבילים במשפט האנגלי".

47 זוסמן (הערה 23 לעיל) סעיף 23, עמ' 96.

48 6 O.L.R. 608 (1903).

ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב "אוול"

to the law of the province in which the liability is sought to be enforced".

(ב) דיני אנגליה בענייני שטרות

משקיימת בעיית פרשנות, מופנים אנו מכוח הוראת סעיף 2 לפקודה אל דיני אנגליה בענייני שטרות, וזאת לשאיבת העיקרון המונח ביסוד המשפט האנגלי. ראינו כי דינים אלה משמעותם לא כלל דיני אנגליה שיש להם נגיעה בשטר, אלא הדינים האנגליים העוסקים ביסוד הסחרות שבשטר, דהיינו, דיני השטרות "במובן המצומצם". הקיימים דינים כאלה באנגליה בכל הנוגע למתן ארכה? לפני שניגש למשפט האנגלי יש להעיר שתי הערות מוקדמות: ראשית, כידוע אין המשפט האנגלי מכיר בערכות "אוול". מטעם זה בלבד אין מקום לחפש במשפט האנגלי את העיקרון המסתתר בחבות "ביחד ולחוד" לעניין אחריות "אוול". לדעתנו, אין בכך בלבד כדי למנוע פנייה למשפט האנגלי⁴⁹. הפנייה למשפט האנגלי אינה כדי למצוא בו תשובה לחבות הערב בערכות "אוול". הפנייה אליו היא כדי למצוא תשובה למהות החבות "ביחד ולחוד", בין אם החב הוא ערב "אוול" או ערב אחר בשטר; שנית, בפנותנו אל המשפט האנגלי, נפנה אל מה שלפי המיון שלנו הינו דיני שטרות "במובן המצומצם", לשון אחרת: המיון בין דיני שטרות "במובן המצומצם" לבין דיני שטרות "במובן הרחב" נעשה לפי כללי המיון של המשפט הישראלי ואיננו כפופים, בעניין זה, לכללי המיון האנגליים⁵⁰.

בפנותנו אל המשפט האנגלי בכל הנוגע לחבות "ביחד ולחוד", נמצא כי יש להבחין בין שתי רמות של דינים, כללית וספציפית. הרמה הכללית קובעת את דיני החבות "ביחד ולחוד" במקרה הכללי; הרמה הספציפית קובעת דין מיוחד לחבות "ביחד ולחוד" כאשר אחד החבים הוא חייב ראשי והאחר הוא ערב⁵¹. אין דין מיוחד לערב על פי שטר לחייב על פי שטר. דין זה נגזר מהרמה הספציפית העוסקת בחייבים ראשיים בדרך כלל וערבים בדרך כלל⁵². מה ניתן להסיק ממצב דברים

49 אחר סבר השופט חשין בע"א 206/47 הנ"ל.

50 בעניין זה, ראה הערות 58 ו-59 להלן.

51 ראה Glanville Williams, *op. cit.*, p. 151.

52 ראה Byles, *Bills of Exchange* (22nd ed., 1965) 398 *et seq.*

דיני שטרות

זה? נראה לנו כי שתי מסקנות חשובות עולות מכך: ראשית, המושג "ביחד ולחוד" הינו מושג כללי, הטומן בחוכו עיקרון ידוע. עיקרון זה מופעל במשפט האנגלי עצמו בצורה אחת לעניין חייבים העומדים על מישור אחד, ובצורה אחרת לעניין חייבים שאינם עומדים על מישור אחד. ההבחנה בין העיקרון ודיניו עולה, איפוא, יפה מהמשפט האנגלי עצמו; שנית, הן הרמה הכללית והן הרמה הספציפית, שתיהן שייכות לדיני שטרות "במובן הרחב". אין למשפט האנגלי הגדרה של המונח "ביחד ולחוד" (ואף לא דינים) המיוחדים לדיני שטרות. העיקרון ודיניו נשאבים מהדין הכללי.

המסקנה המתבקשת מכך בסוגייתנו עולה מאליה: אינו קיים עיקרון אנגלי בעניין החבות "ביחד ולחוד" שהוא מיוחד ליסוד הסחרות שבשטר. מכאן שאין לעשות שימוש בסעיף הפרשנות שבפקודה ואין הוא מקדם אותנו בפתרון בעייתנו. אכן, למסקנה דומה הגיעו גם בתי המשפט בקוויבק, בהם התעוררה בעיה דומה. בפרשת *Guy v. Paré* (1892)⁵³ התעוררה השאלה הבאה: מה השפעת ארכה לחייב העיקרי בשטר, על חבות המסיבים. היחול הדין המקומי בקוויבק, לפיו ארכה לחייב הראשי משחררת ערב? יושם אל לב: לא נדונה בעיית הערב בערכות "אול", אלא בעיית ערב לשטר. למרות זאת, הפרשה הקוויבקית אנלוגית לבעייתנו, שכן בתי המשפט בקוויבק יצאו מתוך ההנחה, על יסוד שיטת המיון שלהם, כי היחס בין חייב עיקרי למסב הינו יחס של ערבות. על יסוד הנחה זו נפסק כי בעניין הארכה יחול הדין המקומי ולא הדין האנגלי. בהסבירו החלטה זו אומר Falconbridge⁵⁴:

"It was held, by a majority judgment, that the law of Quebec, and not the 'laws of England' applied; and in the *considerants* of the judgment the opinion was expressed that article 2340 [המקביל 2340] related merely to the form, negotiability and proof of bills and notes, and that the civil obligations resulting from the contracts embodied in bills and notes were governed by the law of Quebec, that is, by the relevant provisions of the Civil Code under the title of Obligations".

(1892) 1 Que.S.C. 443 53
Falconbridge, *op. cit.*, p. 435 54

למסקנה דומה הגיע גם השופט ויתקון בפרשת רפפורט. השופט בחן את דיני הערבות האנגליים, והגיע למסקנה כי דינים אלה "יוצאים מכלל דיני השטרות האנגליים"⁵⁵. למסקנה זו מסכימים אנו כמוכח. הערתנו היחידה היא זו: השופט ויתקון פנה לדיני הערבות האנגליים, ובחן אם הם נכללים בתחום דיני השטרות האנגליים. בכך הוא העמיק לחדור יתר על המידה אל המשפט האנגלי. נראה לנו, שהפנייה למשפט באנגליה מכוח סעיף הפרשנות היתה צריכה להיעצר בפירוש המונח "ביחד ולחוד", ולא היה מקום לרדת לדינים הספציפיים החלים על סוג חבות זה. התוצאה הסופית אינה משתנה, שכן הן עיקרון החבות "ביחד ולחוד" והן הדינים הנגזרים ממנה, שייכים לדיני השטרות "במובן הרחב", ועל כן "יוצאים מכלל דיני השטרות האנגליים".

לאור מסקנה זו, נראה לנו שיש לפנות לסימן 46 לדבר המלך במועצתו, ולבחון אם יש בו כדי לקדם את פתרון הבעיה שהועלתה בפרשת רפפורט.

2. סימן 46 לדבר המלך במועצתו

תנאי להפעלת סימן 46 לדבר המלך במועצתו הוא כי שתיקת הדין המקומי שקולה כנגד לאקונה. האם זהו המצב לאור שתיקת פקודת השטרות בעניין ארכה לחייב הראשי והשפעתה על חבות הערב? ראינו כי פקודת השטרות באה להסדיר בעיקרו של דבר את דיני השטרות "במובן המצומצם", ולא התיימרה כלל להוות דבר חקיקה כללי לכל ענייני השטרות. טבעי, לכן, כי שתיקתה בעניין שהוא שייך לדיני השטרות "במובן הרחב" לא תיחשב בדרך כלל כהסדר שלילי. שתיקה זו טבעית היא, שכן המקום הראוי לדיני שטרות אלה הוא בחוק הכללי ולא בפקודת השטרות. עולה, איפוא, שאלת המיון: דיני הארכה הנזכרים, כלום שייכים הם לדיני השטרות "במובן המצומצם" (באופן ששתיקת הפקודה בגינם עשויה — אך לא בהכרח — להיחשב כהסדר שלילי), או לדיני השטרות "במובן הרחב" (באופן ששתיקת הפקודה בגינם עשויה — אך לא בהכרח — להתפרש כהפנייה לדין הכללי)? המשפט האנגלי ממיין את דיני הארכה הנזכרים לתחום דיני השטרות "במובן הרחב". כמוכח, שאין למצוא במשפט האנגלי מיון כנוצר לגבי הערב "אוול", שהרי מוסד זה אינו מוכר באנגליה, אך קיימים מספר מקרים אנלוגיים שיש בהם כדי

55 פרשת רפפורט, עמ' 56.

דיני שטרות

לבסס מסקנתנו. כך, למשל, רואה המשפט האנגלי את היחס בין החייב העיקרי בשטר לבין המסיבים כיחס של חייב ראשי לערב, ומפעיל ביחס זה את דיני הארכה הכלליים החלים ביחס ערבות⁵⁶. כבר ראינו, שאין אנו כפופים לשיטת מיון זו. עלינו לבצע את המיון בהתאם למבחנים של שיטתנו, ואיננו כבולים למיון האנגלי. אף לכך ניתן למצוא סימוכין בפסיקה דרום אפריקנית⁵⁷ וישראלית⁵⁸ שסטתה משיטת המיון האנגלית באשר ליחסים בין מוטב למיטיב.

נראה לנו שלפתרון שאלת המיון הנזכרת רצוי להבחין בין ערבות "רגילה" הניתנת לחיוב שטרי, לבין ערבות סחירה הניתנת לחיוב שטרי. נראה כי אין קושי מיוחד בקביעה כי ערבות "רגילה" לחיוב שטרי אינה שייכת לדיני השטרות "במוכח המצומצם", רק משום שהחיוב הנערב הוא שטרי. ממהותה של ערבות "רגילה" שהיא ניתנת לחיובים מסוגים שונים, ואין בכך כדי ליטול ממנה, ומיחסיה לחיוב הנערב, את אופי "הערבותי" הרגיל. אכן, טבעי הוא כי בתי המשפט בישראל החילו ללא התלבטות יתירה בשורה ארוכה של מקרים את הדין המקומי על ערבות זו, ויחסיה עם החיוב הנערב⁵⁹.

אך מה דינה של ערבות "אוול"? כידוע זוהי ערבות סחירה לחיוב סחיר. היש בעובדה זו כדי לשנות מהתוצאה המתבקשת לעניין הערבות "הרגילה" לחיוב סחיר? האם המערכת הפנימית בין ערבות סחירה לחיוב סחיר היא אותה מערכת כמו זו החלה בערבות "רגילה" לחיוב "רגיל" וערבות "רגילה" לחיוב "סחיר", או שמא זו מערכת מיוחדת המושפעת מהאופי הסחיר של החיובים? ראינו כי גישת המשפט האנגלי הינה כי מהות החיובים אינה משפיעה על אופי היחסים הפנימיים. מהי גישתנו?

בית המשפט העליון בפרשת רפפורט נתן דעתו לשאלה זו וקבע כי היחס בין הערב בערבות "אוול" לבין הנערב הוא היחס הרגיל של ערבות. מכאן הסיק בית המשפט כי על יחס זה יחול הדין הכללי הישראלי העוסק בערבות. עיון בהוראת סעיף 57 לפקודה תומך במסקנה זו. הסעיף דן בכללו בסוגיית הערבות. החרג היחיד הנוכח בסעיף — ושמצדו רק מלמד על הכלל — הינו זה הקובע כי הערב

56 ראה לעיל, הערה 52.

57 ראה דיון ממצה בסוגיה זו אצל Cowen, *The Law of Negotiable Instruments in South Africa* (4th ed., 1966) 204 et seq.

58 ראה ע"א 94/50 א.ב. נ' ג.ד., פ"ד ד 791.

59 לרשימת אסמכתאות, ראה פרשת רפפורט, עמ' 55.

ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב "אוול"

"אוול" חב אף אם התחייבותו של הצד שבעדו ערב פסולה מכל סיבה שאינה פגם בצורה⁶⁰. מכאן, שבמקרה של פסלות החיוב העיקרי מכל סיבה שהיא שבצורה הערב משוחרר אף הוא, דבר המבליט את האופי האקצסורי של הערבות. זאת ועוד: דין מיוחד זה, הסוטה מדיני הערבות הרגילים, חל רק כאשר הפסלות נוגעת ליצירת חבותו של ערב. "רק במידה זו נותקה חבות שבאה להבטיח חבותו של אחר מחבותו הראשונית של זה, ופסול ב'התחייבותו של הצד שבעדו ערב' הערב, אינה אלא פסול שמנע את לידת ההתחייבות. ואילו עילה שנולדה לאחר מכן והיא פוטרת את החייב העיקרי או משמשת לו טענת הגנה אחרת, עילה זו עומדת גם לערב. לגבי כל מה שאירע לאחר שנוצרה החבות, שוב תופס הרעיון כי הערב הבטיח פרעון השטר על ידי אחר, ואם זה אינו חב, טענתו עומדת גם לערב"⁶¹. מכאן, שברוך כלל הפקודה רואה בערבות "אוול" ערבות אקצסורית, פרט למקרה המיוחד בעניין פגם ביצירת החבות שאינו פגם בצורה.

האופי האקצסורי של ערבות "האוול" מסביר היטב את שתיקת הפקודה בענייני דיני הארכה. הפקודה עצמה הניחה כי דין זה ימצא מקומו בדין הכללי החל בענייני ערבות. מכאן, ששתיקת הפקודה אינה לא לאקונה ולא הסדר שלילי, אלא הפנייה אילמת אל הדין הכללי בענייני ערבות.

שאלה יפה היא, אם מיון זה של היחסים הפנימיים בין הערב לנערב בשטר יש לראותו תמיד כעניין של ערבות הנוגע לדיני שטרות "במובן הרחב", או שמא יהיו מקרים⁶², בהם נראה ביחסים אלה עניין הנוגע לדיני שטרות "במובן המצומצם". טול את מקרהו של ערב לחייב העיקרי, שחתם בשמו בלבד. על פי הדין הנוהג בישראל די בחתימה כדי ליצור ערבות "אוול" – ובלבד שנתלוותה לה כוונה מתאימה – ואין צורך בתוספת מלים מיוחדות⁶³. צד שלישי האוחז בשטר אינו יודע, ואף אינו יכול לדעת, אם חתימה זו חתימת ערב היא או חתימת חייב ראשי. בנסיבות אלה, המוצדק לראות את היחסים בין שני החייבים כיחסי ערבות, או שמא קיימים שיקולי סחרות, שמכוחם יש לראות יחסים אלה כיחסים בין חייבים

60 סעיף 57(ג) לפקודה.

61 זוסמן (הערה 23 לעיל) סעיף 246, עמ' 302.

62 ברומה ליחסים בין מוטב למיטיב, כנוכח בהערה 57 לעיל.

63 ראה לאחרונה ע"א 447/67 בן אברהם נ' פרכשטיין, פ"ד כב(1) 435.

ראשיים⁶⁴. שאלות אלה ואחרות חורגות מתחום רשימה זו, שכן בפרשת רפפורט היתה עובדת הערבות גלויה על פני השטר⁶⁵.

ז. הדין הכללי בענייני ערבות והסכם למתן

ארכה לנערב בערבות "אוול"

מהניתוח שנעשה לעיל עולה כי את הפתרון לבעיית הארכה אין למצוא, לא בסעיף הפרשנות שבפקודה, אף לא בסימן 46 לדבר המלך כמועצתו, אלא בדיני הערבות הכלליים בישראל. בכך טרם תם "מרוץ המכשולים". אילו שתקה פקודת השטרות באשר למהות חבותם של הערב והנערב, היינו פונים ישירות לדין הכללי. אך הפקודה אינה שותקת שתיקה מלאה. היא קובעת, כי הערב "אוול" והנערב חבים "ביחד ולחוד". זה העיקרון העולה מהפקודה, ועל כן הוא דוחה דיני ערבות כלליים העומדים בסתירה אליו, והמצויים מחוץ לפקודה⁶⁶. מכאן, שלפני שנוכל להפעיל את הדין הכללי בסוגיה כלשהי, לרבות סוגיית הארכה, יש לבחון אם ההסדר העולה מהדין הכללי מתיישב עם קביעתה העקרונית של הפקודה כי הערב בערבות "אוול" והנערב חבים "ביחד ולחוד".

בדיקה עקרונית זו אינה מעוררת קשיים מיוחדים במקרה הספציפי שלפנינו, ומכמה טעמים: ראשית, מתוך המשפט האנגלי עצמו ראינו כי חבות "ביחד ולחוד" מתיישבת הן עם דין הארכה החל במישור הכללי, והן עם דין הארכה החל במישור הערב והנערב. נראה, על כן, כי סוג החבות "ביחד ולחוד" מתיישב עם מספר פתרונות אלטרנטיביים – לרבות פתרונות המצויים בדין הכללי בישראל – באשר להשפעתה של הארכה. אמת הדבר, ההסדר האנגלי והגישה האנגלית אינם

64 הקושי נובע מהדין כי ניתן להביא ראיות מחוץ לשטר להוכחת מהות החתימה וסדר הופעתה: ע"א 330/60 אטלס נ' הירטמן, פ"ד טו 793, 797, המתבסס על *MacDonald v. Whitfield* [1883] 8 A.C. 733.

65 ראה פסק הדין המחוזי בת.א. 219/67 עצמון נ' רפפורט, פ"מ ס 97.

66 כאשר קיימת סתירה בין סוג החבות לבין פרטי דיניה במסגרת דבר חקיקה אחד, לפנינו בעיה רגילה של פרשנות חוק. לא כן המקרה שלפנינו. קיומה של סתירה בין העיקרון הקבוע בפקודת השטרות, לבין פרטי הדינים הקבועים בחוק הכללי, מעמיד בסימן שאלה את עצם הפנייה לדין הכללי.

ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב "אוול"

מחייבים אותנו, אך יש בהם כדי להצביע על יכולת "הדור־קיום בשלום" בין חבות מסוג "ביחד ולחוד", ודינים מגוונים באשר להשפעת הארכה; שנית, חוק הערבות, תשכ"ז-1967 קובע כי "הערב והחייב אחראים כלפי הנושה ביחד ולחוד"⁶⁷. יש מקום להנחה כי המחוקק הישראלי דאג לכך כי תתקיים התאמה בתוך חוק הערבות בין סוג הערבות לבין פרטי דיניה. כמובן, גם הנחה זו "ניתנת לסתירה", אך יש בה בוודאי אינדיקציה חזקה, כל עוד לא נסתרה, על התיישבות בין חבות מסוג "ביחד ולחוד" לבין פרטי הדינים המופיעים בחוק הערבות.

הניתוח שנעשה לעיל מניח כי המונח "ביחד ולחוד" המופיע בפקודת השטרות זהה בהיקפו ובמהותו למונח "ביחד ולחוד" המופיע בחוק הערבות. הנחה זו נכונה רק מבחינה זו שאת שני המונחים הללו צריך בית משפט בישראל לפרש ללא כל פנייה מחייבת למשפט האנגלי, אלא מתוך התחשבות במסורת המשפטית הנוהגת בישראל — מסורת שמצידה מושפעת כמובן מהמסורת האנגלית. כך הוא בוודאי לגבי מונח זה כשהוא מופיע בחוק הערבות⁶⁸, וכך הוא גם, לפי פירושו, למונח זה בחוק השטרות, שכן מונח זה אינו חלק מ"דיני השטרות" האנגליים אלא מ"דיני הערבות" האנגליים. עד כאן המשותף בין שני מונחים אלה. השוני נובע מתוך כך שכל אחד מהשניים מופיע בחוק שונה, ופרשנותו צמודה וקשורה להקשר הכללי בו הוא מופיע. אין כל מניעה עקרונית לכך כי אותו מונח יקבל פירוש שונה בחוקים שונים ואף באותו דבר חקיקה עצמו⁶⁹. יחד עם זאת, יש מקום להשערה כי הדמיון בין השניים הוא רב, וזאת לא רק בשל מוצאם האנגלי המשותף, אלא גם בשל ההקשר הדומה — תיאור חבותם של הערב והגערב — בהם הם מופיעים.

ח. סיכום

דרך ארוכה חייב בית משפט בישראל לעבור כדי להגיע לפתרון שאלה שהיא בסיסית במהותה. האם כדאי מאמץ זה? האם לא פשוט יותר היה לפנות במישורין

67 סעיף 8 לחוק.

68 או בחוקים ישראלים אחרים שאין בהם סעיף הפנייה למשפט האנגלי: ראה, למשל, סעיף 7 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

69 ע"א 479/60 אפלשטיין נ' אהרוני, פ"ד טו 682.

למשפט האנגלי – בעיקר בהסתמך על סעיף הפרשנות – ולקלוט מתוכו את ההלכה המבוקשת, ובכך להגיע לפתרון בדרך מהירה ופשוטה, ואף להביא לאחדות בין הפקודה לבין מקורותיה האנגליים? נראה לנו כי המאמץ כדאי גם כדאי. ייתכן וניתן להצדיק את בית המשפט העליון בתקופת המנדט⁷⁰ ואת הפסיקה הישראלית⁷¹ בתחילת המדינה על שביקשו לשמור על קשר הדוק עם המשפט האנגלי בסוגייתנו, ופסקו כתוצאה מכך כי "על בתי הדין בישראל לפסוק בתביעות מבוססות על שטרי חוב, כאילו הובאה תביעה זו באנגליה". אך "אין לכחד, שעם שינוי העתים, משתנים אף הדינים עצמם"⁷². כיום, לאחר עשרים שנה של קיום עצמאות משפטית, נראה לנו כי כל מאמץ כדאי כדי להגיע לפתרון אליו הגיע השופט ויתקון בפרשת רפפורט. בכך תרומתו החשובה של פסק דין זה לדיני השטרות בפרט, ולמערכת המשפט שלנו בכלל. היתרונות בגישתו של השופט ויתקון, כפי שמצאה ביטוי בפרשת רפפורט⁷³, הם בעיקר שלושה: ראשית, גישתו של השופט ויתקון מכניסה סימטריה והרמוניה במסגרת השיטה המקומית. אין כל הצדקה לכך שיסוד החיוב והקניין שבשטר יקבלו הסדר שונה מזה הניתן לכל חיוב או קניין⁷⁴. לגישה זו נודעת חשיבות רבה, מעבר לדיני הערבות עצמם, ואף מעבר לדיני השטרות. במסגרת דיני השטרות, היא תומכת בהשקפה כי הדין הישראלי הכללי יחול בכל מקרה שבו נדונה בעיה הנוגעת לאספקטים הכלליים של שטר. תהיה לה בוודאי השפעה על בעיית התמורה לשטר⁷⁵; על שאלת ערבויות המכר⁷⁶; על הפעלת דיני

70 בע"א 206/41 הנ"ל.

71 בת.א. 356/51 הנ"ל. במהדורה השנייה של ספרו על דיני שטרות, שיצא לאור ב-1954 חוזר ד"ר זוסמן על ההלכה כי "בית משפט בישראל חייב, איפוא, לפסוק במשפטי שטרות כאילו היה יושב בבית משפט אנגלי ועליו לנהוג לפי הדין האנגלי בין שהוא כלול בחוק השטרות האנגלי ובין שהוא מצוי מחוצה לו" (עמ' 29). אך מה ראה הד"ר זוסמן לחזור על נוסחה זו, הן במהדורה השלישית (עמ' 21) והן במהדורה הרביעית (עמ' 21)? המתישבת היא עם ע"א 275/62 הנ"ל המצוטט במהדורות אלה?

72 סעיף 39 למגילה.

73 גישה זו אינה חדשה לשופט ויתקון. ראה ע"א 81/55 כוכבי נ' בקר, פ"ד יא 225.

74 לפיתוח גישה זו, ראה רשימתנו (הערה 7 לעיל).

75 ראה ברק (הערה 7 לעיל).

76 כוונתנו לערבויות מכר בשטר לפקודה.

ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב "אוול"

השליחות⁷⁷; הסיכול⁷⁸; האילוץ⁷⁹ וכיוצא בהם דינים שאינם רואים בשטר מסמך בעל אופי מיוחד, אלא מתייחסים אליו כאל אחד החיובים והחפצים. לגישה זו תהיה בוודאי השפעה גם מעבר לפקודת השטרות, שכן בעיות דומות קיימות גם בפקודות אחרות, כגון פקודת החברות⁸⁰.

שנית, גישתו של השופט ויתקון מעוררת חשיבה עצמית ויצירה עצמית של העוסקים בפיתוח המשפט בישראל.

שלישית, וזו הנמקה מיוחדת לפרשת רפפורט, ההסדר המקומי בעניין השפעת הסכם לארכה על חבות הערב, טוב לאין שיעור מההסדר האנגלי⁸¹. קשה להצדיק שיטת משפט הפוטרת את הערב רק בשל ארכה שניתנת לנערב, וזאת גם אם הארכה אינה גורמת נזק כל שהוא לערב, או אף מועילה לו⁸². על הדין האנגלי נמתחה ביקורת קשה, הן באנגליה⁸³ והן מחוצה לה⁸⁴, ושפר חלקנו על שאיננו חייבים לפנות לדין זה, לא כדיני החיובים בכלל ולא כדיני השטרות בפרט.

77 לדעתנו יש להפעיל את חוק השליחות, חשכ"ה-1965 בכל מקרה בו נדון שטר "במובנו הרחב", ולא את הדין האנגלי. לדעה אחרת, ראה זוסמן (הערה 23 לעיל) סעיף 29, עמ' 42.

78 השווה ע"א 16/49 אלבראנס נ' שמטרלינג, פ"ד ד 573, בו נדונה שאלת הסיכול של התמורה לשטר.

79 השווה ע"א 352/61 זופוביץ נ' רייזל, פ"ד טז 1833.

80 ראה סעיף 2(2) לפקודת החברות. גישה דומה לזו של השופט ויתקון בפרשת רפפורט ניתן למצוא, ולו בשפה רפה, בפסק דינו של השופט לנרוי בע"א 547/65 המוסד לכיטוח לאומי נ' רויצקי, פ"ד כ(3) 29. לביקורת השקפה זו, ראה ויסמן, "שעבוד נכסי חברה", הפרקליט כב 420, 428, הערה 13.

81 ראה פרשת רפפורט, עמ' 56.

82 לטעמו של הדין האנגלי, ראה המ' 562/58 הנ"ל.

83 ראה Glanville Williams, *op. cit.*, p. 137 *et seq.*

84 ביקורת חריפה על הדין האנגלי ניתן למצוא אצל B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (Yale U. Press) 152-155.

