|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום בקריות** | | |
|  | | |
| ת"א 26669-06-10 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' ספיבק ואח' | | 25 מאי 2015 26669-06-10 |
|  | | |
| **השופטת** | לובנה שלאעטה חלאילה | |
|  | | |
| **תובע** | בנק מזרחי טפחות בע"מ ע"י עו"ד אורי שרם ואח' | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **נתבעים** | 1. פבל ספיבק 2. לריסה ספיבק 3. בוריס ליבקינד  ע"י עו"ד יעקב שטינמן ואח' | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

1. ביום 15.6.2000 נטלו בני הזוג ספיבק מבנק מזרחי טפחות, הלוואה ע"ס של 334,000 ₪ לרכישת דירת מגורים בטירת הכרמל. בוריס ליבקינד, חברו של ספיבק, צורף להלוואה וחתם על הסכם ההלוואה כ"לווה נוסף". לימים, לא עמדו בני הזוג ספיבק בהחזר ההלוואה והמשכון שהוטל על הדירה לטובת הבנק ולהבטחת החזר התשלומים מומש במסגרת הליכי כינוס שננקטו בלשכת ההוצל"פ. תביעה זו, שהוגשה נגדם ונגד הלווה הנוסף, עניינה יתרת חוב ההלוואה לאחר מכירת הדירה והעברת תמורתה לבנק. כנגד בני הזוג ספיבק ניתן פס"ד בהעדר הגנה ופסק דין זה עוסק ביחסים שבין הבנק לבין בוריס, הלווה הנוסף. הבנק טוען כי זה חייב כלפיו בכל יתרת ההלוואה, כמוהו כמו הזוג ספיבק; בוריס טוען מנגד, כי יש לראות בו כערב ולא כלווה נוסף, אם כי גם כערב פטור הוא מערבותו מאחר והבנק הפר את החובות המוטלות עליו בחוק הערבות. מה מעמדו של "לווה נוסף" בהסכם הלוואה עם הבנק, האם בוריס חתם על ההסכם כלווה או כערב והאם הבנק הפר את חובותיו בחוק הערבות, אלו השאלות העיקריות שידונו בפסק הדין. **התביעה וטענות הצדדים**
2. הנתבעים 1 ו- 2 (להלן: "הזוג ספיבק") פנו לתובע, בנק מזרחי טפחות סניף הדר (להלן: "הבנק") לקבלת הלוואה לרכישת דירת מגורים. לאחר בדיקת הנתונים הבסיסיים הודיע להם הבנק כי הם לא עומדים בתנאים לקבלת ההלוואה לאור הסכום שנתבקש וכי נדרש לווה נוסף, קרוב משפחה, לאישורה.
3. הזוג ספיבק הציע לבנק את הנתבע 3 (להלן: "בוריס") כלווה נוסף והציג לשם כך, בין היתר, תצהיר קרבה מאומת ע"י עו"ד, לפיו בוריס הוא אחיינו של ספיבק, הנתבע 1. בהמשך, חתמו בני הזוג ספיבק ובוריס, ביום 15.6.00 על הסכם הלוואה מכוחו הועמדה ללווים, ביום 21.6.00, הלוואה בסך של 334,000 ₪. בוריס חתום, כמו הזוג ספיבק, על ההסכם ועל כל מסמכי ההלוואה במקום המיועד לחתימת הלווים, ועל הוראת קבע לתשלום מחשבונו הפרטי שהתנהל בבנק לאומי, קרית אתא, לטובת תשלומי המשכנתא בגובה 30 % מגובה ההחזר החודשי של המשכנתא. הוא גם חתום על המסמכים הרלוונטיים להנפקת פוליסת ביטוח חיים לטובת הבנק. להבטחת פירעון ההלוואה חתמו על מסמכי ההלוואה, שני ערבים שאינם צד להליך זה.
4. בני הזוג ספיבק לא עמדו בהחזר ההלוואה ומכאן ננקטו ע"י הבנק הליכים למימוש המשכון, ובמסגרת זו נמכרה, בשנת 2009 בהליכי כינוס, הדירה אשר נרכשה מכספי ההלוואה ומושכנה להבטחת החזר התשלומים, תמורת סך של 225,000 ₪. לאחר העברת התמורה לבנק, נותרה יתרת חוב בהלוואה, בגינה הוגשה תביעה זו בסך של 353,014 ₪, כאשר סכום התביעה הועמד, לצורכי אגרה, ע"ס של 200,000 ₪. על סמך מצב דברים זה ולאחר שנדחתה בקשה שהגישו בני הזוג ספיבק, לוועדה הבינמשרדית, למחיקת יתרת חוב ההלוואה, מבקש הבנק לחייב את בוריס ביתרת החוב נשוא התביעה כשהוא נשען על המסמכים עליהם חתום ובעיקר על הסכם ההלוואה.
5. בוריס טוען, להגנתו, כי אין לראות בו כלווה בהלוואה שקבלו בני הזוג ספיבק. לשיטתו, הוא לא נטל כל הלוואה בקשר לדירה של הזוג ספיבק, לא קיבל כל חלק בכספים שניתנו או בדירה שנרכשה ומעולם לא התחייב לפרוע סכום כלשהו מתוך ההלוואה שניתנה להם.
6. בוריס לא הכחיש את חתימתו על הסכם ההלוואה ומסמכי הבנק השונים הקשורים באותה הלוואה, אם כי טען שחתם עליהם מבלי שקרא אותם והבין את תוכנם ומבלי שתוכנם הוסבר לו ע"י הבנק. הוא סיפר כי עלה לארץ בשנת 1996 ואחריו במספר שנים עלה ספיבק, אותו הוא מכיר מהעיר ניקואייב שבאקורנייה, בה גדלו. הם נפגשו כאן אצל מכרים משותפים וחזרו להיות בקשר טוב. ערב החתימה על הסכם ההלוואה, פנה אליו ספיבק ושאלו אם הוא מוכן להיות ערב למשכנתא שלו וזה השיב בחיוב, וכך היה. בוריס טען כי ביום החתימה, מתווך בשם יוסי, אשר עזר למשפחת ספיבק בכל הקשור לרכישת הדירה, הביא אותו ואת ספיבק לבנק, שם ישבו אצל פקידה בשם ליליה אשר סימנה להם היכן לחתום והוא חתם. בדיעבד, כך טען בוריס, התברר לו כי ליליה החתימה אותו על מסמכי ההלוואה, כאילו הוא לווה נוסף לה, למרות שמעולם לא היה לווה נוסף להלוואה, לא היה שותף בדירה ואין לו כל זכויות בה ומעולם לא נדרש לשלם 30% או חלק אחר מתשלומי המשכנתא החודשיים.
7. בוריס עוד טען כי מעולם לא היה אצל כל עו"ד לצורך חתימה על תצהיר הקרבה שהוצג לבנק, ולא חתם על שום מסמך ו/או הצהרה. בכל מקרה, כך הצהיר, אין בינו לבין ספיבק או אשתו כל קרבה משפחתית ומכאן שלא היתה לו כל סיבה לחתום בתור לווה נוסף ולקחת על עצמו אחריות שאולי יכולים לקחת על עצמם רק קרובים מדרגה ראשונה.
8. בוריס העלה טענות שונות כנגד התנהלותו של הבנק, ובין היתר כי הבנק הפר את חובת תום הלב ולא גילה לו מהות המסמכים עליהם הוא חתם, הציג לפניו מצג שווא, לא מסר לו עותק מהסכם ההלוואה ולא הודיע לו על הפיגור בתשלומי ההלוואה. בנוסף טען כי הבנק היה מנוע מלצרפו כלווה נוסף ופעל בחוסר תום לב מובהק עת החתימו על הסכם הלוואה בתור 'לווה נוסף" ולא כערב. הוא הפר חובות חקוקות, התרשל ולקח על עצמו את הסיכון שלא יוכל לאכוף את קיומו של הסכם ההלוואה בכל הנוגע ל"לווה נוסף". גם אם ביהמ"ש יקבל את טענותיו כי הוא חתם כערב, טען בוריס כי הוא פטור מערבות זו, בין היתר, מפני שלא קיים הסכם ערבות בכתב ומפני שהבנק הפר את חובת הגילוי כלפיו, הן לפני שהחתים אותו על ההסכם והן לאחר שהחלו להצטבר פיגורים.
9. מטעם הבנק הוגש תצהירו של מר חיים זילבר, מורשה חתימה במחלקת גביית משכנתאות בבנק מזרחי טפחות, ומטעם בוריס הוגשו תצהירים שלו ושל ספיבק. בנוסף ולבקשתו, זומנו למתן עדות, פקידת הבנק אשר החתימה אותו על מסמכי ההלוואה (ליליה), מנהלת הסניף באותה עת ומנהל ואחראי על המשכנתאות במרחב חיפה, בזמנים הרלוונטיים לאישור ההלוואה. עוה"ד שאישרה את החתימה הנחזית להיות חתימתו של בוריס, על תצהיר הקרבה, לא אותרהלמרות ניסיונותיו של ב"כ הנתבע לזמנה למתן עדות. המתווך, יוסי, אינו בחיים עוד. **לווה נוסף - עובדות ומשפט**
10. בוריס חתום על הסכם ההלוואה ועל מסמכי הבנק השונים הקשורים בהלוואה במקום המיועד לחתימת לווה. הוא לא קיבל חלק מכספי ההלוואה אשר הועמדה לרשות הזוג ספיבק ולא היתה לו כל זכות או טובת הנאה בדירה שנרכשה באותם כספים ומושכנה להבטחת פירעון ההלוואה. עובדות אלה אינן שנויות במחלוקת בין הצדדים. בניגוד לכתוב בתצהירי הקרבה שהוגשו לבנק, בין ספיבק לבוריס אין כל קרבה משפחתית, וגם על כך אין חולק (היום) בין הצדדים.
11. סלע המחלוקת נוגע למעמדו של בוריס ביחס להלוואה, האם לווה נוסף, כפי טענתו של הבנק, או שמא ערב כטענתו שלו.
12. שאלת מעמדו של "לווה נוסף" והסיווג המשפטי של הסכם בנק – "לווה נוסף" התעוררה לא אחת בפסיקה, כאשר מקובל לחשוב כי קיימים שני זרמים עיקריים בבתי המשפט המחוזיים בעניין(למיטב ידיעתי, השאלה לא עמדה להכרעה לפני ביהמ"ש העליון). האחד, זה הבא לידי ביטוי בפסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בחיפה (כב' השופטת וסרקרוג) בע"א (חי') 4735-07 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' אחמד בדווי והשני של ביהמ"ש המחוזי מרכז (כב' השופט אורנשטיין) בה"פ 19136-01-10 קדמון נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ. בפס"ד בדווי דן ביהמ"ש המחוזי בחיפה, בערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בימ"ש השלום בחיפה, שדחה תביעת בנק נגד "לווה נוסף" וקבע כי יש לראות בנתבע, בדוי, כערב ולא כלווה נוסף בקשר להלוואת משכנתא עליה הוא חתם, זאת חרף קביעתו, הנשענת על העובדות והראיות שהוצגו לפניו, כי הוא הבין את משמעות חתימתו על ההסכם ההלוואה. ביהמ"ש סבר כי מאחר והלווה הנוסף לא קיבל חלק בכספים ולא משכן זכויותיו שלו בנכס, צירופו לעסקה נועד לשמש בטוחה הנוגדת את החוק ואת איסור ההתנאה על הוראות חוק הערבות. בניגוד לכך, סבר ביהמ"ש המחוזי כי הסכם "בנק – לווה נוסף" אינו בגדר פיקציה ואינו חוזה פסול. הורים, או קרובי משפחה אחרים, המבקשים לעזור לזוג צעיר לרכוש דירה, יש לאפשר להם לעשות כן ולווה נוסף, אינו צריך שיהיה בעלים של הנכס החפצי המשועבד ואינו בהכרח מקבל כספי ההלוואה, אשר מלכתחילה יכולים להיות מיועדים לאחר, זאת בתנאי שהבינו היטב המשמעות המעשית-משפטית העומדת מאחורי התחייבות כזו. הבדיקה צריך שתעשה אפוא במישור העובדתי וזו צריכה להיות בדיקה דווקנית. הכלל צריך להיות עקרון חופש החוזים - כך קבע ביהמ"ש המחוזי; החריג - התערבות המחוקק במקרים חריגים. כלל זה המכיר בחירותם של פרטים להתקשר בחוזה ולקבוע תוכנו, אינו רק החופש ליצור חוזה, אלא גם החובה לקיימו, ובהעדר קיום, לאכפו בבית המשפט, במיוחד כאשר הבנק עמד על גילוי נדרש קפדני כלפי הפרט המעורב ודאג גם לאינטרס הציבורי-הכלכלי, שהלווה יכול לעמוד בהחזר.
13. במקרה שהתעורר בפס"ד קדמון, אשר הגיע לפתחו של ביהמ"ש המחוזי במסגרת המרצת פתיחה, חתמה המבקשת על הסכם הלוואה, כלווה שלישית, בנוסף לזוג 'בוקר' הלווים, וזאת לצורך הלוואה שהעמיד הבנק לרכישת דירה לזוג בוקר ומבלי שלמבקשת אינטרס או זיקה להלוואה ולדירה. ביהמ"ש קבע כי מעמדה המשפטי הנכון של המבקשת, שהינה אמה של גב' בוקר, הוא כשל "ערב" בהיותה עונה אחר הגדרת "ערב" בסעיף 1(א) לחוק הערבות המורה : "ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר כלפי אדם שלישי". מכאן, ועל יסוד הוראת סע' 18 לחוק הערבות, הגובר על עקרון חופש החוזים, על יסוד תקנת הציבור, אינטרס הציבור, מדיניות משפטית ראויה ודרישת תום הלב ביהמ"ש קבע כי: "חוזה "לווה נוסף" הוא "פיקציה פסולה", שנועדה לעקור תופעה שהמחוקק סבר שיש לעקר אותה מהשורש, אין להכשירה, אין ליתן לה יד ולעשות פלסתר את דברי המחוקק. אמנם, לא ניתן לשלול כי בנסיבות מתאימות, כגון מניעות בידי הלווה הנוסף, מהסוג שבפסק דין בדווי, ייאכף החיוב בהתעלם מההגנות המוענקות לערב יחיד, אך כזאת רק במקרים ובנסיבות חריגים".
14. כל אחד מהצדדים בהליך לפני מנסה לבסס את טיעוניו על פסה"ד התומך בתוצאה אליה הוא מייחל. להבנתי, ההבדל בין הגישות בשני פסקי הדין בא לידי ביטוי כבר בהצגת הקושיה הטעונה הכרעה, כאשר בפס"ד קדמון ניסח ביהמ"ש את השאלה בזו הלשון "מה מעמדו של מי שצורף להסכם הלוואה, "כלווה נוסף", הגם שבמהות הוא "ערב" שכן אין לו כל זיקה להלוואה". לצורך פסק הדין הבהיר ביהמ"ש כי "'לווה נוסף' משמעו מי שצורף כלווה, בנוסף ללווים שרכשו נכס, וההלוואה ניתנה לשם מימון הרכישה של אותו הנכס, ומבלי של"לווה הנוסף" כל טובת הנאה לנכס או זיקה אליו".
15. מדברים אלה עולה, למעשה, כי ביהמ"ש (כב' השופט אורנשטיין) בדעה כי לווה שאין לו טובת הנאה לנכס או זיקה אליו כאשר ההלוואה ניתנה לרכישת אותו נכס, הוא במהותו ערב והשאלה שבחן היתה, מה מעמדו של אותו לווה. ביהמ"ש קבע כי מעמדה המשפטי הנכון של המבקשת באותו הליך, מי שחתומה על ההסכם בתור "לווה נוספת" ללא כל זיקה אליו הוא כשל ערבה בהיותה עונה אחר ההגדרה של ערב בסעיף 1 לחוק הערבות.
16. מנגד, ביהמ"ש המחוזי בחיפה קבע כי אין קשר הכרחי בין זהות הלווה, זהות בעל הבטוחה החפצית וזהות המשלם. הלווה יכול שיהיה הורה והשעבוד ייעשה על הדירה הנרכשת של הילד שיצורף כלווה נוסף. (ראו לדוגמא ע"א (מחוזי-חי') 21822-09-09 פרוכטר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ). קבלת כספי ההלוואה על ידי מבקש ההלוואה בפועל, אינה תנאי מבחינת הבנק להכיר בו כלווה. בדוי - הלווה הנוסף, אינו צריך שיהיה בעלים של הנכס החפצי המשועבד, ואינו בהכרח מקבל כספי ההלוואה. אלה מלכתחילה יכולים להיות מיועדים לאחר, כאשר החבות לפרוע את החוב מוטלת על כל לווה.
17. בכל הכבוד והענווה, מסכימה אני לדברים אלה; לשיטתי, אין קשר הכרחי בין זהות הלווה לזהות הנהנה מהכספים מכוח הסכם ההלוואה ו/או בעל הזכויות בנכס אשר, לשם רכישתו ניטלה אותה הלוואה ומושכן לצורך הבטחת פרעונה. כך למשל יכול הורה, או כל קרוב משפחה אחר, ליטול הלוואה ולהתחייב בפרעונה, כאשר כספי ההלוואה מיועדים לבן לצורך רכישת דירת מגורים עליה יוטל משכון לטובת הבנק. לווה אינו בהכרח מי שקיבל את הכסף לצרכיו שלו, אם כי מי שהתחייב להשיבו; לווה אשר אינו נהנה באופן אישי מכספי ההלוואה ואין לו זיקה לנכס הממושכן אינו בהכרח ערב, שכן אם ביקש לקבל כספים מהבנק ונטל על עצמו התחייבות להחזירם, גם אם אלה יועדו לאחר, אין לומר כי התחייב לקיים חיוב של אדם אחר (כלשון סע' 1 לחוק הערבות); החיוב עצמו הוא שלו ומי שנהנה מהכסף הוא אחר. מכאן סבורתני כי, אין מקום לקביעה כללית וקטיגורית לפיה, כל הסכם בין בנק ללווה שאינו מקבל חלק בכספי ההלוואה או בדירה הנרכשת באותם כספים, הינו פיקציה שבאה לעקוף את חוק הערבות, שכן בהחלט ייתכנו מקרים בהם אותו לווה, התכוון, הבין והתחייב להשיב הלוואה למרות שכספיה יועדו מראש לאחר. מקרים אלה בעיקר נפוצים ביחסים שבין לקוחות צעירים שמרוויחים מעט והורים שיש להם הכנסה פנויה וחפצים לעזור לילדים ברכישת דירה. במקרים אלה, ולא רק, אין כל הצדקה לראות בהורים כערבים, ויש לראותם כלווים לכל דבר ועניין, בכפוף לכך שמעמדם והאחריות שהם נוטלים על עצמם הוסברו להם והובנו על ידם היטב והם נכנסים באופן פעיל למעגל התשלומים החודשי.
18. הסיטואציה הפשוטה שדומה כי אינה מעוררת קושי מיוחד מתקיימת, אפוא, במקרה בו הורה, לדוגמא, המעוניין לרכוש דירת מגורים לבנו ניגש לבנק וחותם על כל הניירת הרלוונטית, בין אם בגפו בתור מבקש ההלוואה ומי שמתחייב להחזירה ובין אם עם בנו, תוך ששניהם מתחייבים לפרוע את ההלוואה בתשלומים חודשיים בחלוקה כזו או אחרת ביניהם. סיטואציה דוגמא דא יכולה, ללא ספק, להתרחש במציאות ואין כל מניעה לטעמי, לראות באב כלווה לכל דבר ועניין, שכן מלכתחילה ביקש והתחייב להחזרת הלוואה ויש לראות בחיוב כחיוב שלו ולא כחיוב של אחר. הסיטואציה המורכבת, לכאורה, יותר הינה כאשר הלווה, אותו הורה לצורך הדוגמה, אשר אין לו זיקה לנכס, מצטרף בשלב מאוחר יותר ולאחר שהבנק דחה את בקשת ההלוואה של הבן המעוניין לרכוש את הדירה, כי אז מתעוררת השאלה בדבר מעמדו האמיתי של הלווה שהצטרף. גם במקרה זה אין מקום לקביעה כללית לפיה הלווה שהצטרף מאוחר יותר וזכה בכך ל'תואר' "הלווה הנוסף", הוא ערב. מעמדו של זה יוכרע, בכל מקרה ומקרה לפי נסיבות החתימה על ההסכם ועל בסיס ההסכמות, ההבנות והכוונות האמיתיות הקשורות בחתימתו.
19. עיגון המעמד של הלווה 'האחר' שהצטרף מאוחר יותר להסכם הלוואה, ומיסודו תחת המשבצת של 'לווה נוסף', הן בהיבט הפרוצידורה של אישור ההלוואה והן בהיבט הטופסולוגיה ומסמכי הבנק השונים, והרושם כי יציר זה של הבנק קשור לגל העלייה שפקד את המדינה ולתיקוני חוק הערבות, הם אלה שמחייבים אותנו לבחון את מעמדו של ה'לווה נוסף' בדקדקנות יתר ואולי אף בחשדנות, בכל מקרה ומקרה, כאשר השאלה בסופו של יום, כך לשיטתי, הינה שאלה עובדתית הנבחנת עפ"י נסיבותיו של אותו מקרה.
20. ומיד אומר כי בענייננו, לאחר ששמעתי את העדים והתרשמתי מעדותם, לאחר שעיינתי בכל הראיות בתיק ולאחר שבחנתי היטב את נסיבות החתימה על הסכם ההלוואה, שוכנעתי כי בוריס לא הבין את משמעות החתימה עליו, לא התכוון ולא התחייב בפועל לפרוע או לקחת חלק בפרעונה של ההלוואה. הבנק לא הסביר לבוריס את המשמעות המעשית והמשפטית של ההתחייבות שהוא נטל על עצמו ע"י חתימתו על ההסכם, ובמקרה הטוב העלים עין מהבנתו האמיתית של בוריס להסכם. כאמור, אין מחלוקת בין הצדדים כי בוריס לא קיבל כספים כלשהם מכספי ההלוואה שניתנה ע"י הבנק ולא מישכן את דירתו שלו, בקשר לאותה הלוואה. אין גם מחלוקת כי לא היתה לו כל זכות חוזית ו/או קניינית בדירה שנרכשה ע"י בני הזוג ספיבק, והשאלה היא, אם ההסכם עליו חתום כלווה משקף את התחייבותו כלפי הבנק, התחייבות שלקח על עצמו מתוך הבנה והסכמה, אם לאו.
21. טוב נעשה אם בתחילת הדיון סביב נסיבות החתימה והשלכותיה, נזכיר וניזכר כי בוריס, שאין בינו לבין ספיבק כל קרבת משפחה, חתם על ההסכם שנים בודדות לאחר עלייתו לארץ, לאחר שנטל בעצמו הלוואת משכנתא לרכישת דירת מגורים ולאחר שחתם לשני מכרים (מלבד ספיבק) כערב. כן נדגיש את העובדה כי החתימה נעשתה בזמן שבוריס לא ידע לדבר ולקרוא עברית, ולמעשה גם היום, 15 שנים אחרי, הבנתו לשפה העברית הינה דלה ביותר כפי שניכר היה מהדיונים שהתקיימו לפני ומחקירתו אשר התנהלה בעזרת מתורגמן.
22. ובכן, הרושם הבלתי נמנע משמיעת העדויות הוא כי שלושת הצדדים הרלוונטיים : ספיבק, בוריס והבנק היו מעוניינים עד מאוד ב"הבשלת העסקה" ואישור ההלוואה לזוג ספיבק.מה שעמד בראש מעיינו של ספיבק, ע ולה חדש אשר במועד החתימה על ההסכם שהה מספר חודשים בארץ וטרם השתלב בעבודה קבועה, היה לזכות בהלוואה לרכישת דירה ולצורך זה השיג והציג, בעזרתו של המתווך יוסי ז"ל, את כל המסמכים הנדרשים. בוריס חפץ היה לעזור לחברו לקבל את ההלוואה וחתם היכן שנתבקש לחתום על המסמכים השונים והבנק, אשר יש להניח כי זו לא היתה הפעם הראשונה בה נזקק לחתימה של "לווה נוסף", לא דק פורתא בניירת שהוצגה לו, ביכולת הפירעון של ספיבק ובהבנת בוריס למהות החתימה ומשמעותה ולא התעניין בסימני השאלה שהתעוררו בדרך. וכך, לסלילת הדרך לקבלת ההלוואה הוצגו תצהירי קרבה שקריים, לפיהם בוריס הינו אחיין של ספיבק, ובוריס חתם היכן שנתבקש בבנק לחתום, כולל על הוראת קבע לחיוב חשבונו, מדי חודש, ב – 30 % מההחזר החודשי של ההלוואה. במקביל, חתמו שניים אחרים שגייס ספיבק בעזרתו של יוסי ז"ל, כערבים להלוואה, כאשר 'מחיר' כל חתימה היה סך של 800 ₪ !!אישור ההלוואה חרף דלות הנתונים אודות הכנסתם החודשית של הזוג ספיבק (כדי לסבר את האוזן אציין כי בחודש החתימה על ההסכם, 6.2000, שולמה לספיבק קצבת הבטחת הכנסה, כפי שעולה מנספח ב' לתצהירו) ועל אף שבוריס פיגר בתשלומי המשכנתא לדירה שהוא רכש, חתם כערב לשתי הלוואות שנטלו מכרים והציג דפי חשבון בנק המלמדים על יתרת חובה, מלמדים יותר מכל כי לבנק היה רצון עז לאשר את ההלוואה ואולי בכך להתחרות עם בנקים אחרים ולהיות אחד המובילים במתן משכנתאות לעולים החדשים, כפי שנטען ע"י ב"כ הנתבעת.
23. וכעת לפירוט; מטעם הבנק הוגש תצהירו של עד אחד ויחיד, מר זילבר. עד זה לא היה במגע עם הזוג ספיבק או עם בוריס והוא כלל לא היה מעורב במתן ההלוואה נשוא התביעה ולא נטל חלק בהחתמת הנתבעים על מסמכי ההלוואה השונים; עדותו נשענת, למעשה, על מסמכי הבנק. הוא הצהיר כי בוריס חתם על הסכם ההלוואה במקום המיועד לחתימת הלווים וכי חתם על הוראת קבע לתשלום מחשבונו האישי שהתנהל בבנק לאומי לטובת תשלומי ההלוואה בגובה 30% מההחזר החודשי . על דברים אלה חזר גם בחקירתו הנגדית. **הפקידה ליליה**, אשר זומנה למתן עדות ע"י הנתבע דווקא, הינה היחידה מאנשי הבנק שזומנו אשר היתה בקשר עם הנתבעים שכן זו החתימה אותם על מסמכי ההלוואה. היא לא זכרה - וזה אך טבעי - את בוריס וגם לא את המקרה הספיציפי. היא העידה "המקרה הזה אני לא זוכרת אבל בדרך כלל מוסבר לווה הנוסף שהוא לווה לכל דבר כולל הוראות קבע כולל התחייבות בתשלומים כולל ביטוח חיים. לבוריס היה נסיון בעבר לחתום כערב". ובהמשך "הנתבע 3 חתם בעבר כערב בשתי הלוואות שונות". **ספיבק** העיד כי כל הליך קבלת ההלוואה עשה דרך המתווך אשר שכר עבורו את הדירה בשנה הראשונה כשהגיע ארצה. הוא סיפר כי ניגש למתווך וזה טיפל בכל הניירת בבנק, הצביע לו איפה לחתום על המסמכים השונים וחתם. המתווך, עפ"י עדותו של ספיבק, הכין את כל המסמכים, ביקש ממנו תעודת זהות, תלושי שכר ותעודת זכאות והוא טיפל ביתר. הוא גם העיד כי אף אחד לא הסביר לו כלום ושהפקידה ליליה דיברה עם יוסי ולא איתו. **בוריס** העיד בתורו כי נתבקש ע"י חברו ספיבק לחתום כערב להלוואה וכי הוא סבר שלכך יועדה חתימתו על מסמכי הבנק השונים, כאשר הפקידה ליליה לא נתנה לו הסברים כלשהם אודות ההסכם. הוא הוסיף כי הבין את המשמעות של המונח "ערבות", גם מפני שחתם בעבר כערב לשני מכרים שביקשו לרכוש דירה. בוריס העיד כי מעולם לא היה במשרדה של עוה"ד שאישרה את חתימתו על תצהיר הקרבה וכי מעולם לא הוסבר לו מהות חתימה זו. כבר כאן אומר כי עדותו של בוריס היתה אמינה עלי לחלוטין. אומנם אדם מוחזק כמי שהבין את המסמך עליו הוא חתום, אם כי יש לזכור כי מסמכי הבנק היו ערוכים בשפה העברית שעה שבוריס לא הבין ולא ידע לקרוא עברית, וטענתו בדבר ההבנה למהות המסמך עליו חתם עולה בקנה אחד עם מהות היחסים בינו לבין ספיבק, עם העובדה כי הוא נושא בתשלומים חודשים למשכנתא שהוא בעצמו נטל, עם עדותו של ספיבק בדבר פנייתו לבוריס כדי שיחתום לו כערב ועולה בקנה אחד עם הלהיטות של הבנק לאשר את ההלוואה באופן שמנע ממנו, ככל הנראה, להסביר לבוריס כי הוא חותם ומתחייב להשיב את ההלוואה ממש כמי ספיבק.
24. כל העדים, שיש להם נגיעה לבנק, בין אם העד מטעם התובע, מר זילבר ובין אם העדים השונים שזימן הנתבע, נשאלו אודות מעמדו של "לווה נוסף", אלא שתשובה אחת ואחידה לכולם אין לנו. העד זילבר הסביר: "כשלווה נוסף חותם יחד עם הלווים, כשלווה נוסף אינו חותם ברובליקות של הערבויות, כשלווה נוסף נדרש להביא מסמכים זהים ללווים עצמם. במקרה דנן הלווה נוסף עשה גם ביטוח חיים. במקרה דנן הוא גם נתן הוראות קבע מחשבונו. אלו ההבדלים בין השניים..." ובהמשך "הוא זה שאמור לשלם את ההלוואה. מהותית הוא לווה כמו הלווים הנוספים לכל דבר ועניין. הוא נדרש לדאוג לנושא התשלום, הוא נדרש גם במקרה שלנו לחתום על ביטוח חיים שיגן מפני מקרה של פטירה, וזה דברים מהותיים". מנגד העיד: "..הבנק אמר אני רוצה בטחון נוסף מכיוון שהלווים עצמם אינם מספקים אותי לבטחון" (ההדגשה אינה במקור). העדה ליליה הסבירה כי "זה לווה נוסף לכל דבר חוץ מבעל זכויות בדירה, הוא אחראי על תשלומים, יש לו ביטוח חיים שאם לווה הולך לעולמו המשכנתא היתה נמחקת כמו הלווה האחר" ובהמשך "לווה נוסף אחראי באותה מידה על תשלומים כמו לווה רגיל". אלא שבמקום אחר העידה "היה גל עליה וכולם רצו לקנות דירה. כדי לחזק את ההלוואה במידה והוא יהיה תקופה בלי עבודה יש לנו בטחון נוסף"(ההדגשה אינה במקור). גב' מירב אלזם, מי שהיתה בזמנים הרלוונטיים לתביעה מנהלת מחלקת משכנתאות בסניף, הסבירה כי להבנתה, לווה נוסף נושא באחריות לתשלומי המשכנתא בדיוק כמו של הלווים והוא צריך להיות חלק מתשלומי ההלוואה. הבנק מבקש במקרים המתאימים צירוף קרוב או אדם אחר שמוכן לחלוק איתן בהוראת הקבע החודשית. מר אדמץ עופר, מנהל המרחב בזמנים הרלוונטיים למתן ההלוואה, הסביר בעדותו בכל הקשור להבחנה בין ערב ללווה נוסף כי "המדיניות שלנו היתה שאותו לווה נוסף, שמצרפים, חייב לשלם חלק מהוראת הקבע שהרי אם הוא לא ישלם חלק מהוראת הקבע, אולי הוא סתם ערב, אבל זה לא המצב".
25. לחלק מהסממנים המבחינים בין ערב ללווה נוסף, כפי שתוארו ע"י נציגי הבנק השונים, בהחלט ניתן להסכים, ואולם על אף שלעדים אלה היה חשוב לספר כי ברגיל הלווה הנוסף נושא בתשלומים החודשיים, כמו הלווה העיקרי, לא הצליחו ליתן תשובות מניחות את הדעת כאשר נעשה ניסיון לבחון את מעמדו של בוריס, הלווה הנוסף "שלנו", לאור מאפיין עיקרי זה ועת נשאלו אם הוא נשא בפועל בתשלומים החודשיים של ההלוואה. מר זילבר נתבקש להציג אסמכתא לכך שבוריס שילם הוראת קבע או תשלומי משכנתא של משפחת ספיבק, למעט התשלום הראשון, והשיב שלא כמצופה מהעד היחיד מטעם הבנק כשהוא נשאל שאלה מהותית "אין לי אפשרות טכנית לענות לשאלה זו מכיוון שאם הייתי נשאל אותה מראש הייתי יכול לעשות בדיקה טכנית בבנק" . לא זו אף זו, הוא אישר בחקירתו הנגדית כי בזמן שהזוג ספיבק היו מפגרים בתשלומים החודשיים, בוריס "לא צריך לדעת מזה", והמשיך "לווה נוסף לא מקבל הודעה על פיגור בתשלום בגלל שבמערכת המחשב הוא רשום כמספר 3 ולא כמספר 1, ולכן הוא לא יכול לקבל דואר יזום ע"י הבנק". העדה אלזם נשאלה אם באמת בוריס נשא בתשלומי הקבע והשיבה כי לא עקבה אחר התשלומים. וליליה העידה, עת נשאלה אם בוריס נשא בהוראת הקבע, כי לאחר שני תשלומים ראשונים, הוראת קבע של בני הזוג ספיבק חזרה ואז ספיבק הגיע לבנק, אמר שאין לו כסף לשלם בחשבון וביקש לשלם בשוברים וכך היה. טכנית, היא הסבירה, לא ניתן לפצל את החיוב החודשי אם מבקשים לשלם בשובר ו"כל סכום ההחזר החודשי משולם דרך השובר"; חודש אחד הוא שילם במזומן ולאחר מכן ביקש לחדש את הוראת הקבע וכאשר חידשה, התשלום החודשי באופן אוטומטי ירד כולו מחשבון ספיבק. בוריס, לשיטתה של לילה, שילם פעמיים 339 ו- 668 ₪ (בעניין זה הצהיר בוריס כי נדרש לשלם במקום ספיבק תשלום אחד בלבד, מפני שלא היה כסף בחשבון הבנק שלו וליליה הציעה שישלם את התשלום במקומו, כדי לא לעכב את המשכנתא, וספיבק יחזיר לו לאחר מכן, וכך היה). ליליה נשאלה בחקירתה אם הסבירה לבוריס כי במקרה שספיבק לא משלם, הבנק יכול לפנות אליו ולדרוש כל סכום והשיבה "זו פונקציה של לווה. לווה אחראי על תשלומים. הנתבע 3 אחראית על כל ההלוואה".
26. עדות אנשי הבנק מראה כי הסברים לחוד ומעשים לחוד, שכן על אף עדותם באשר למעמדו ומחויבותו של הלווה נוסף, ועל אף שהבנק מבסס את התביעה על חתימתו של בוריס על ההסכם כלווה נוסף, התייצב העד היחיד מטעם הבנק, מר זילבר, לחקירה מבלי לבדוק אם זה שילם תשלומים חודשיים ע"ח ההלוואה; כך גם יתר העדים. חמור מכך, פקידת הבנק שהחתימה את ספיבק ובוריס על הסכם ההלוואה, סבורה בעצמה כי לווה אחראי על תשלומים חודשיים, בעוד שבוריס אחראי על כל ההלוואה (אחריות הנוגעת ברגיל לערב, למקרה והחייב העיקרי לא עומד בהחזר החודשי) ומכאן גם לא הסבירה לו כי אם ספיבק לא משלם את התשלומים החודשיים, הבנק יכול לפנות אליו ולדרוש את התשלום החודשי. עדות זו של ליליה מתיישבת עם עדותו של בוריס לפיה לא הוסבר לו כי הוא חותם על ההסכם בתור לווה וכי הוא האמין וסבר כי הוא חתם עליו בתור ערב.
27. ספיבק הצהיר, לעניין אופן ביצוע התשלום החודשי, כי בסמוך לאחר קבלת המשכנתא הבנק ביטל את הוראת הקבע של בוריס ושלו, כי לא היה לו מספיק כסף, וכי הוא נשא בתשלומים החודשיים במזומן. בין אם נקבל גרסה זו ובין אם גרסתה של ליליה לעניין ביטול הוראות הקבע, הרי שאין חולק כי בוריס לא נטל חלק בתשלומים החודשיים. אדרבא, נראה לכאורה כי השתלשלות הדברים כפי שתוארה מפי ליליה, לעניין ביטול זמני של הוראת הקבע של ספיבק, אינה מקרית ולא מן הנמנע כי היא תוצר של חשיבה ותכנון מוקדמים, שמטרתם להביא לאישור ההלוואה על בסיס הוראת קבע עליה חתם בוריס, כאשר לחלק מהמעורבים היה ברור כי זו עומדת להתבטל לאחר מכן . ממה נפשך : רק חודש אחד לאחר שהבנק סירב לאשר את ההלוואה בשל חוסר יכולת פרעון של בני הזוג ספיבק ודרש לווה נוסף שישתתף בחלק מהתשלומים החודשיים באמצעות חתימה על הוראת קבע, מבוטלות כל הוראות הקבע והתשלומים מבוצעים במזומן לפי גרסתו של ספיבק או באמצעות הוראת קבע של ספיבק בלבד, לגרסתה של ליליה, כאשר בוריס לא נטל כל חלק בתשלומים אלה ! ואין לנו אלא לתהות על כך שהבנק לא נקט בכל אמצעי כדי להחתים את בוריס על הוראת קבע חדשה או כדי לדרוש תשלום חלקו בתשלומים החודשיים על אף שהיו פיגורים בתשלומי המשכנתא עוד בחודשים הראשונים לאחר קבלתה.כיצד זה שהבנק התיר את המהלך של ביטול הוראת הקבע של בוריס, בחודש הראשון לאחר מתן ההלוואה ולאחר שההלוואה אושרה בזכות אותו 'לווה נוסף' וחתימתו על הוראת קבע ? כיצד זה שהבנק לאחר חידוש הוראת הקבע של ספיבק, לא דרש הוראת קבע חדשה חתומה ע"י בוריס וכיצד זה שהוא לא פנה אליו עוד בשנה הראשונה למתן ההלוואה ולאחר שספיבק לא עמד בתשלומיו בזמן. שאלות מהדהדות אלה מותירות ללא ספק הרושם כי הבנק לא התייחס לבוריס כאל לווה הנושא בנטל שווה כמו בני הזוג ספיבק.
28. גם הטענה כי בוריס חתם על מסמכי פוליסת ביטוח חיים, אקט אשר נעשה ברגיל ע"י הלווים במובחן מערבים אינה ממש מועילה לבנק, שכן עת נשאל העד פרץ מנהל המרחב בבנק, אם בוריס שילם את הפרמיה החודשית, השיב כי בזמנו היתה הוראת קבע שכללה גם את תשלומי המשכנתא וגם את תשלומי הפוליסה. זה נגבה בהוראת קבע אחת; הוא נשאל אם בוריס שילם את הפוליסה והשיב "אין לי כאן ניירת".ברור, אם כן, לאחר שהוברר כי הוראת הקבע של בוריס בוטלה וכי זה לא נשא בתשלומים החודשיים, כי פרמיה לא שולמה ושאין פוליסת ביטוח חיים תקפה (והרי אם היתה כזו, לא היתה כל מניעה להגישה או להגיש אישור מחברת הביטוח בדבר תקפותה) ומכאן שלטענת הבנק בעניין זה אין כל משקל.
29. הדרך בה 'תפס' הבנק את מעמדו של הלווה הנוסף נלמדת לא רק מהמקובץ לעיל, אם כי גם מהעובדה שבחלק ממסמכי ההלוואה ודפי "חיובים וזיכויים בהלוואה" שהנפיק הבנק, רשומים בני הזוג ספיבק בלבד. הסברו של מר זילבר כי במערכת המחשוב של הבנק, בוריס רשום מס' 3 ומכאן אינו מקבל דואר יזום, לאו הסבר הוא.
30. עינינו הרואות כי הבנק עצמו לא התייחס לבוריס כאל לווה שווה מעמד לזוג ספיבק, לא הסביר לו כי לבנק זכות לדרוש את התשלומים החודשיים ממנו, לא עקב אחר התשלומים שביצע או אחר פוליסת הביטוח שהנפיק ולא פנה אליו לחידוש הוראת הקבע. דברים אלה מבוססים על עדויות נציגי הבנק עצמם והם בהחלט יכולים, בצד התרשמותי מגרסתו האמינה של בוריס, ללמד על כך שהבנק לא הסביר לבוריס את משמעות חתימתו על ההסכם ולא תיקן את הבנתו כי הוא חותם עליו בתור ערב רגיל. אחרי ככלות הכל, יש לזכור כי לבוריס עצמו, אשר כבר קיבל משכנתא והיה עליו לעמוד בתשלומים החודשיים שלה, לא היה כל אינטרס או מניע להשתתף בתשלומים חודשיים, ודאי לא ארוכי טווח, של הלוואה שנטל ספיבק, חבר קרוב ככל שיהיה.במכלול הנסיבות ועל סמך הראיות בתיק, שוכנעתי כי הוא הסכים לחתום לו כערב וסבר כי כך עשה, הוא לא קיבל הסברים מהפקידה ליליה -אשר מלכתחילה סברה כי ניתן לאשר את ההלוואה אף ללא הלווה הנוסף ואשר לתפיסתה הוא לא אמור לדעת על הפרה של התשלומים החודשיים של ספיבק (מה שמלמד כיצד היא מתייחסת לחתימתו של בוריס) - ולא הוצגה לפניו ע"י הבנק כל המסכת הרלוונטית. מכאן, אני קובעת כי יש לראות את בוריס כמי שחתם על הסכם ההלוואה כערב. **בוריס כערב להלוואה**
31. המסקנה כי בוריס חתם על הסכם ההלוואה כערב, בין אם היא נשענת על הקביעה העובדתית כי כך הבין וכך התכוון לעשות במעמד החתימה ובין אם היא נשענת על השקפה משפטית לפיה הסכם בנק-לווה נוסף, הינו פיקציה הבאה לעקוף את חוק הערבות, אינה מביאה לפסילת ההתקשרות מדיעקרא ואינה מביאה לבטלותו של ההסכם ואיונו, אם כי מייבאת את מערך הדינים החלים על ערב ומחילה אותם על היחסים בין הבנק לבוריס. גם כב' השופט אורנשטיין, בפס"ד קדמון, לאחר שקבע כי מעמדו של הלווה הנוסף כמעמדו של ערב, סבר כי אין בכך כדי להביא לדחיית התביעה מניה ובניה וקבע : "ככל שבית המשפט מגיע למסקנה לפיה מעמד "הלווה הנוסף", הוא של "ערב", אין בכך כדי לעקר לחלוטין את התחייבותו כלפי הנושה, אלא יש להחיל על היחסים בינו לבין הנושה, את הוראות חוק הערבות ככלל ופרק ב' בפרט, הגם שהצדדים התקשרו ביניהם בהסכם הלוואה ולא בכתב ערבות". ובמקום אחר בפסה"ד (סע' 9) נכתב "עם זאת, אין בקביעה זו כדי לפסול מעיקרה את ההתקשרות בין הצדדים, שכן יהיה בכך משום פגיעה בלתי מידתית בבנק. אין חולק כי המבקשת ידעה שהיא מתחייבת כלפי הבנק בקשר עם הלוואה שהועמדה לזוג בוקר לקבלת מימון לדירתם. לכן, יש להחיל על מערכת היחסים שבין הצדדים, את ההוראות הקוגנטיות של חוק הערבות, שכן כאמור, אלה היחסים שהדין קובע שיחולו על נסיבות מקרה, מסוג זה הנדון לפניי".
32. השאלה שיש לבחון, איפוא, הינה אם הבנק קיים אחר החובות המוטלות עליו כלפי ערב, בהתאם לחוק הערבות. ב"כ הנתבע העלה טענות שונות בעניין והשליך את יהבו בעיקר על הטענה בדבר הפרת חובת הגילוי לפי סע' 22 לחוק הערבות והחובה להודיע לערב על הפיגורים בתשלומי החייב, לפי סע' 26 לחוק. סע' 22 לחוק קובע שורה של פרטים אותם חייב הבנק לגלול לערב טרם חתימת הערבות, ובין היתר הסכום הנקוב בחוזה שבין הבנק ללווה, שיעור הריבית השנתית, תקופת החיוב, סכומי הפירעון, בסיס ההצמדה, היות הערב ערב יחיד או ערב מוגן ומספר הערבים. חובת הגילוי כוללת בחובה את החובה לגלות לו גם כל גורם סיכון מהותי הכרוך במתן הערבות או המשכון. עפ"י תקנה 1 לתקנות הערבות, הגילוי לערב יחיד לפי סע' 22 לחוק ייעשה במסמך נפרד מחוזה הערבות, תוך מתן הזדמנות סבירה לערב לעיין בו לפני חתימת חוזה הערבות, כאשר נקבעו הוראות מפורטות בדבר צורת הגילוי, גודל האותיות, רווחים בין השורות וכיוצא באלה. על פני הדברים, במקרה דנא לא קיבל בוריס מסמכים כלשהם הקשורים בחתימתו כערב, שכן הבנק ביקש לראותו כלווה; עם זאת וכפי שנקבע בע"א 8611/06 בנק הפועלים בע"מ נ' מיכל מרטין, חובת הגילוי של הבנק היא חובה תכליתית. חובה זו נועדה לגלות מידע מקום שידיעתו של מידע זה אינו מצוי בידיעת הצד שחבים לו גילוי. כאשר המידע גלוי, וכאשר שני הצדדים יודעים זאת, אין טעם בהחלת חובת גילוי "פרוצדוראלית" המנותקת מידיעת הצדדים בפועל. לכן, נקבע בסעיף 23(ב) לחוק הערבות כי הסנקציה בגין אי גילוי לא תחול מקום שהנושה הוכיח כי הערב היחיד ידע פרט זה. סעיף זה מעביר, איפוא, את נטל השכנוע ואת נטל הבאת הראיות לנושה להוכיח את ידיעתו של הערב על הפרט שלא גולה. ייתכן ויצליח הבנק, בסופו של יום – ואיני קובעת כך – להתגבר על טענתו של בוריס להפרת חובת הגילוי בסע' 22 לחוק, לאור העובדה כי הסכם ההלוואה עליו חתום בוריס כלל לא מעט פרטים הרלוונטיים גם לחתימתו של ערב להלוואה. לבנק עומדת האפשרות להוכיח כי הוא ידע את הפרטים לגביהם חלה חובת גילוי ואם יוכיח זאת, לא יופטר בוריס מערבותו, על אף שהפרטים לא גולו לו על ידי הבנק (ראו לעניין זה למשל ה"פ (מחוזי ת"א) 1374/05 אמנון הויזמן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ).
33. בוריס טען, בנוסף, כי הבנק לא מילא אחר סע' 26 לחוק וכי לא נתקבל אצלו כל מכתב בעניין חובותיהם של הזוג ספיבק, עד ליום 12.8.09. לשונו של סעיף 26 לחוק ברורה, ולפיה אי מתן הודעה לערב אינה פוטרת אותו מערבותו, אלא כדי הנזק שנגרם לו. נטל הראיה, להוכחת הנזק הנטען, הקשר הסיבתי בינו לבין מחדלו של הבנק ושיעור הנזק מוטל על הערב. חובת ההודעה לערבים על הפרת החיוב הנערב אינה בגדר חובה פורמלית וטקסית, אם כי חובה שיש לצידה מטרה: לאפשר לערב להיכנס בנעלי החייב ולפרוע במקומו את החיוב (סעיף 26(ד) לחוק הערבות), או לאפשר לו לפעול ביחסיו עם החייב העיקרי על מנת להביא לתיקון ההפרה או הפסקתה. בתי המשפט פסקו, לא אחת, כי אין להסתפק בהשערות גרידא מצד הערב, ביחס לפעולות שיכול היה לנקוט בהן על מנת להקטין את חובו. על הערב להוכיח, בראיות ברורות ומפורטות אילו פעולות היה בכוחו לנקוט, והאם היו נושאות פרי. (ת"א (ת"א) 1950/01 בנק המזרחי טפחות בע"מ נ' שמשון קרליץ; ת"א (י-ם) 12345/06 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' דותן חיים ואח'; ע"א (חי') 2454/01 בנק דיסקונט נ' עמר; רע"א 1044/02 רוחמה עמר נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ). בענייננו, לא נטען, וממילא לא הוכח, כי לו היתה נמסרת לבוריס הודעה במועד, היה בכוחו לגרום לספיבק להסדיר את חובו, ובכך לפטור אותו מערבותו ומכאן נראה כי טענה זו אין בה כדי לפטור את בוריס מערבותו, אם כי יכול ויש בה כדי לפטור אותו מריבית הפיגורים שהצטברה (ראו לעניין זה ע"א (חי') 3875/06, ת"א (ת"א) 45173/03 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' חלי לוי, ת"א (ת"א) 27261/04 בנק אוצר החייל נ' קנינו יוסי).
34. בנסיבות, לא מצאתי להכריע בטענות הנתבע השונות ביחס להפרות הבנק לחובותיו בחוק הערבות, מפני שאני סבורה כי דינה של התביעה דחייה מהנימוק שהבנק לא עמד בתנאי הסף המקנה לו זכות להגשת תביעה נגד הערב ואין בידו אישור מיצוי הליכים כנגד החייבים/לווים. אבהיר;
35. כידוע, בשנת 1992 התקבל תיקון לחוק הערבות, (ס"ח 1390, התשנ"ב (14.11.1992) עמ' 144). מטרת התיקון הייתה להגן על הערב היחיד מפני פגיעה בלתי סבירה בו כתוצאה מחתימת ערבות ומפני ערבות בלתי מוגבלת. התיקון הוסיף לחוק פרק שעניינו ערבות היחיד אשר ביסס זיקה צרכנית שהיה בה כדי להטיב עם הערב, מחד, ולקבוע מגבלות לאפשרות הנושה להיפרע מהערב, מאידך. ערב 'מוגן' מוגדר, בסעיף 19 לחוק הערבות, כערב יחיד אשר ערבותו אינה עולה על הסכומים הנקובים בסעיף (ואין ספק כי הגדרה זו חלה על בוריס).כן נקבע, כי לא תוגש תובענה נגד ערב מוגן אלא לאחר שניתן פסק דין נגד החייב ולאחר שהנושה נקט בכל ההליכים האפשריים להיפרע מהחייב, כמצוות הוראת סעיף 27 לחוק הערבות. כב' השופט בר-אופיר הדגיש, בפסק הדין שניתן בבר"ע (ת"א) 20275/99 בנק הפועלים בע"מ נ' רודניק שהמחוקק "הציב חומת מגן סביב הערבים... זו הוצבה בקו התפר שבין יחסי נושה-חייב-ערב ... תכליתם המרכזית של התיקונים שחלו בחוק הערבות נועדה להגן על הערבים, משום שהנחה בסיסית היא שמי שצריך להחזיר הלוואה שהוא נטל, הוא מי שנטל את ההלוואה ולא חברו שעשה לו טובה וחתם על הערבות (רוי בר קהן, דיני הגנת הערבות, עמ' 188, 189)". דרישה זו נועדה, אפוא, ליצור חגורת בטחון אשר תמנע גישה ישירה אל הערב המוגן בטרם נבחנו הליכי ההוצאה לפועל (בר"ע 196/04 בנק הפועלים בע"מ נ' יאיר דוד). בפסיקה נקבע כי עילת התביעה נגד הערב לא קמה אלא לאחר שנתן ראש ההוצאה לפועל (רשם ההוצל"פ, כתוארו היום) את אישורו בהתאם לסע' 27, שכן כל עוד לא ניתן אישור מיצוי הליכים ע"י ראש ההוצל"פ, הנושה מחזיק לכל היותר ב "זכות תביעה מושגית", להבדיל מכוח תביעה קונקרטי המותנה בקיומו של אישור כזה (רע"א 8688/07 יהושע נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, מיום 20.12.10). הפניה אל הערב הינה "מסדר שני", כלשונו של כב' השופט ריבלין באותו פס"ד.
36. בענייננו, ולא יכול להיות חולק על כך, הבנק לא פנה בבקשה לאישור מיצוי הליכים, זאת כנראה מפני שראה בבוריס כלווה וקבלת פס"ד נגדו, היווה תנאי הכרחי להגשת בקשה לאישור מיצוי הליכים, ואולם, משקבעתי כי הוא חתם על ההסכם כערב, אין מנוס מפנייה כמצוות סע' 27 לחוק הערבות לקבלת אישור מיצוי הליכים כנגד הלווים העיקריים. פנייה זו הינה תנאי הכרחי, אם כי לא מספיק, לזכיית הבנק בתביעתו.
37. מכאן, בהעדר אישור מיצוי הליכים, ומבלי להכריע בטענות הנתבע השונות בדבר הפרת חובות הגילוי של הבנק כלפיו, בתור ערב, אין לי אלא להורות על דחיית התביעה. **סוף דבר – התביעה נדחית.** אני מחייבת את התובע לשלם לנתבע 3 הוצאות ושכ"ט עו"ד בסך כולל של 15,000 ₪. **המזכירות תמציא את פסה"ד לצדדים.** ניתן היום, ז' סיוון תשע"ה, 25 מאי 2015, בהעדר הצדדים. 