|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **לפני** | **כבוד השופט דוד גדעוני** | |
| **התובע** | | **אברהם דואיב**  ע"י ב"כ עו"ד אייל שוורץ |
| **נגד** | | |
| **הנתבע** | | **יורם אסי דיין**  ע"י ב"כ עו"ד אודי שושן |
|  | | |
| **פסק דין** | | |

לפניי בקשה לסילוק התביעה על הסף מחמת מעשה בית דין, השתק פלוגתא, נוכח פסק דין קודם שניתן בתביעת התובע נגד אשת הנתבע.

כללי

1. התביעה דנן נסבה על הסכם מיום 9.8.2012 שהוכתר "הסכם הלוואה" (**ההסכם** או **הסכם ההלוואה**). ההסכם נעשה בין התובע מצד אחד לבין הנתבע ואשתו מהצד האחר (להלן: **אשת הנתבע** או **האישה**). לטענת התובע, על רקע חובות של הנתבע בשוק האפור ולבקשת הנתבע ואשתו העמיד התובע לנתבע הלוואה בסך של 200,000 ₪. לטענת התובע סך של 112,500 ₪ הועבר לנתבע קודם לחתימת ההסכם, והיתרה הועברה זמן קצר לאחר מכן. לטענת התובע ההלוואה נפרעה באורח חלקי בלבד. כך, מתוך שמונה שיקים שמשכה אשת הנתבע לפקודת התובע לצורך פירעון ההלוואה, על סך 27,500 ₪ כל אחד, כובדו רק שני השיקים הראשונים. בתביעה שלפניי עותר התובע לחייב את הנתבע לשלם לו את יתרת ההלוואה, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כמו גם הוצאות שונות שבהן נשא בקשר עם קיום ההסכם.
2. הנתבע עתר לסילוק התביעה על הסף. בקשתו נסמכה על פסק הדין שניתן בתובענה שהגיש התובע בת"א (שלום י-ם) 55907-11-13 נגד אשת הנתבע (להלן: **התובענה הראשונה**, פסק הדין צורף כנספח לבקשה). בתובענה הראשונה עתר התובע לביצוע שיקים שמסרה לו אשת הנתבע, לטענתו לצורך החזר ההלוואה הנדונה. לטענת הנתבע פסק הדין בתובענה הראשונה נסב על אותה הלוואה ואותו הסכם ונקבע בו כי התובע לא נתן לנתבע ואשתו הלוואה בסך 200,000 ₪ כנטען אלא אך סך של 60,000 ₪ אשר נפרע במלואו. לטענת הנתבע מקים פסק הדין השתק פלוגתא שמכוחו יש להורות על דחיית התביעה נגדו על הסף. לעומתו טען התובע כי בנסיבות העניין לא מתקיימים התנאים לקיומו של השתק פלוגתא.
3. בפתח הדברים נעמוד על ההליכים שהתקיימו בתובענה הראשונה, על פסק הדין שניתן בגדרה ועל הממצאים שנקבעו בו. לאחר מכן נדון בטענות הצדדים בשאלה אם יש בפסק הדין האמור כדי להקים מחסום מפני התביעה הנוכחית של התובע.

ההליכים ופסק הדין בתובענה הראשונה

1. ההליכים בתובענה הראשונה החלו בבקשה שהגיש התובע לביצוע שיקים שמשכה אשת הנתבע. בין הצדדים לא היתה מחלוקת כי במעמד החתימה על ההסכם חתמה האישה על שמונה שיקים לפקודת התובע, על סך 27,500 ₪ כל אחד וכי רק שני השיקים הראשונים כובדו. בקשת התובע לביצוע שטרות נסבה על ששת השיקים שלא נפרעו. אשת הנתבע התנגדה לבקשה. בהתנגדותה טענה, בין היתר, כי מעולם לא קיבלה את סכום ההלוואה שצוין בהסכם, כי התובע לא העביר את סכום ההלוואה וכי עומדת לה טענת כישלון תמורה מלא. התנגדותה של האישה התקבלה וניתנה לה רשות להתגונן. בהמשך, הגישו הצדדים את ראיותיהם. התובע הגיש תצהירי עדות ראשית שלו, של שניים מבניו וכן של עורך דין מטעמו שהיה מעורב בחתימת ההסכם ומסמכים נלווים לו. האישה הגישה תצהיר שלה. בישיבת ההוכחות שהתקיימה העידו כל המצהירים ונחקרו על תצהיריהם. לאחר שהצדדים סיכמו את טענותיהם נתן בית המשפט (כבוד השופטת ת' בר אשר-צבן) ביום 14.6.2015 את פסק דינו.
2. בפסק הדין קבע בית המשפט, וחזר וקבע, כי עדותה של אשת הנתבע היתה "אמינה מאד" (למשל, בפסקה 27 לפסק הדין), כי "הותירה רושם אמין מאד" (שם), כי דבריה היו "ברורים ומשכנעים" (בפסקה 28 לפסק הדין), כי גרסתה "אמינה הרבה יותר ומשכנעת בהרבה" מגרסת התובע ועדיו (בפסקה 29 לפסק הדין). בית המשפט מצא לתת "אמון מלא" בדברי אשת הנתבע (למשל בפסקאות 36-35 לפסק הדין). פעם אחר פעם ראה בית המשפט לקבל את גרסת אשת הנתבע ולהעדיפה על פני גרסת התובע ועדיו. ביחס לגרסת התובע ציין בית המשפט כי "בלשון המעטה ... קשה לומר שהייתה אמינה" (בפסקה 24 לפסק הדין) וכי התגלו בה סתירות (בפסקה 40 לפסק הדין). עומרי, בנו של התובע, כך נקבע, "רחוק היה מלהותיר רושם אמין", נקבע כי עדותו בעניין מהותי "אינה אמת" (בפסקאות 29 ו-39 לפסק הדין) וכי אין לתת אמון בדבריו (בפסקה 39 לפסק הדין). בית המשפט התרשם כי בניו של התובע "דיקלמו באופן לא אמין" את גרסת התובע (שם) וכי גם עדותו של עורך הדין שהובא לעדות מטעם התובע היתה בבחינת "דיקלום" לא משכנע (בפסקה 29 לפסק הדין).
3. בית המשפט דחה את טענת התובע כי אינו עוסק במתן הלוואות ואת טענתו כי בשל כך חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1993 אינו חל על ההסכם. עדותו של התובע בעניין זה נמצאה בלתי אמינה (בפסקה 24 לפסק הדין). עם זאת, בהמשך פסק הדין לא נדרש בית המשפט לעניין זה, ולא נדרש לטענות שהועלו בקשר עם החוק האמור.
4. השאלה המרכזית אליה נדרש בית המשפט בפסק הדין היתה האם התובע נתן תמורה כלשהי בעד השיקים שמשכה אשת הנתבע והאם התובע העמיד, כטענתו, את כספי ההלוואה לנתבע. חלקו הארי של פרק "הדיון וההכרעה" בפסק הדין הוקדש לדיון בשאלה זו, אותה ראה בית המשפט "השאלה העיקרית הטעונה הכרעה" (ככותרת שקדמה לפסקה 31 לפסק הדין).
5. בית המשפט ציין כי תביעת התובע נסמכה על העילה השטרית אף שהתובע ניסה לבסס את טענותיו גם על עסקת היסוד, קרי: הסכם ההלוואה. בית המשפט קבע כי הנטל להוכיח את טענת כישלון התמורה, היינו את הטענה כי לא ניתנה תמורה בעד השיקים, מוטל על אשת הנתבע (בפסקאות 34-32 לפסק הדין). על יסוד בחינת הראיות הגיע בית המשפט למסקנה כי "עלה בידי [אשת הנתבע] להראות כי לא התקבלה כל תמורה בעד ההמחאות" (שם).
6. בפתח הדיון קבע בית המשפט כי יש לקבל את גרסת האישה לפיה הוצג לה מצג כאילו השיקים נועדו לרכישת סולר לעסקיו של הנתבע ולא לשם כיסוי חובותיו של הנתבע מהימורים. היות שאף לגרסת התובע לא נועדו הכספים לרכישת סולר ציין בית המשפט כי "... לכאורה, די בכך כדי שניתן יהיה לומר שלא ניתנה התמורה עבור ההמחאות, שניתנו לשם רכישת סולר ולא לשם החזר חובותיו של [הנתבע]" (בפסקה 35 סיפא לפסק הדין). אלא שבית המשפט לא הסתפק בכך ולמעשה, כפי שנראה להלן, פסק הדין ותוצאתו האופרטיבית כלל לא נסמכו על קביעה זו.
7. סמוך לאחר מכן קבע בית המשפט כי הוא נותן "אמון מלא בדברי [אשת הנתבע] כי בכל מקרה התובע כלל לא נתן תמורה בעד ההמחאות, גם לא כטענתו, לשם החזר חובותיו של [הנתבע]" (שם). בית המשפט סבר כי בנסיבות העניין אין לזקוף לחובת אשת הנתבע את אי זימונו של הנתבע לעדות. זאת, הן משום שנוכח התנהלותם המשותפת של התובע והנתבע כלפי אשת הנתבע התרשם בית המשפט שהנתבע אינו אמין בעיני אשתו, הן נוכח התמונה הכוללת שעלתה ביחס לנתבע. בהקשר זה ציין הליך קודם בנוגע להלוואה אחרת שלווה הנתבע מהתובע ושבקשר אליה העמיד הנתבע את דירת אמו הקשישה כבטוחה.
8. בית המשפט עמד על מידת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי וקבע כי נוכח הנסיבות שהובאו לפניו "המסקנה שאליה הגעתי היא, כי עלה בידי [אשת הנתבע] לשכנע במידה הדרושה במשפט אזרחי, כי התובע אמנם לא נתן תמורה בעד ההמחאות" (בפסקה 37 לפסק הדין, קו תחתי הוּסף).
9. בית המשפט בחן את הראיות שהציג התובע לתמיכה בטענתו בדבר העמדת כספי ההלוואה לנתבע. על יסוד אלה קבע ש"התובע לא הוכיח כי נתן את מלוא סכומי הכסף שהתחייב לתת בעד ההמחאות. לכל היותר ניתן לומר שהתובע הוכיח שנתן סך של 60,000 ₪" (בפסקה 38 לפסק הדין). בהקשר זה ציין בית המשפט כי התובע שטען פעם אחר פעם כי נתן לנתבע את כספי ההלוואה לא הניח כל תשתית ראייתית התומכת בכך; כי הראיות שהציג יכולות ללמד, לכל היותר, על כך שמשך כספים מחשבונו במועדים שונים אך אין בהן כדי ללמד כי הסכומים אכן ניתנו לנתבע; כי ביחס לאחד הסכומים שנטען כי בניו הם שמסרו אותו לנתבע, הרי שבניו של התובע "דיקלמו באופן לא אמין את אותה גרסה של התובע" וזאת לאחר שביחס לאחד הבנים נקבע שלא ניתן "לתת אמון בדבריו שכן ... נמצא כי לא העיד אמת בעניין מהותי" (בפסקה 39 לפסק הדין). כך סיכם בית המשפט את ממצאיו ומסקנותיו בעניין זה: " ... מעבר למסמכים המאשרים את עצם משיכת הכסף מחשבונו של התובע, לא הובאה כל ראיה הקושרת בין משיכת אותם סכומים לבין [הנתבע] או [אשת הנתבע] ולא כל ראיה לכך שסכום כלשהו מתוך כל אותם סכומים אמנם ניתן ל[אשת הנתבע], [לנתבע] או לכל אדם אחר. הסכום היחיד שלגביו ניתן לומר שהובאה ראיה בעניין נתינתו ל[נתבע], הוא הסכום שניתן באמצעות המחאה בסך 60,000 ₪ לפקודת [הנתבע], אשר אף אישר לכאורה, בחתימת ידו שקיבל סכום זה" (שם).
10. בית המשפט הוסיף וציין כי בעדות התובע התגלתה "סתירה מהותית" בכל הקשור לגרסתו באשר לאופן מתן הכסף לנתבע. כך, בעוד שבתצהירו התייחס להעברות כספים במזומן (זולת חריגים שצוינו), בעדותו טען שההעברות לנתבע נעשו גם באמצעות שיקים של לקוחות, אף שנמצא כי "אף לא סכום אחד ניתן באמצעות המחאה של לקוחות". סמוך לאחר מכן נקבע כי "לסתירה זו גם מצטרפת העובדה שכאמור וחרף שאלות חוזרות, לא הכחיש התובע כי אין בידיו כל אסמכתה לכך ש[הנתבע] אמנם קיבל את הסכום הנטען או את חלקו. התובע אף לא הכחיש את העובדה שכלל לא החתים את [הנתבע] על כך שלכאורה, קיבל סכום כסף כלשהו מהסכומים שבהם נקב בתצהירו. השאלה נשאלה פעם אחר פעם בדרכים שונות, אך התובע התחמק ממתן תשובה ובפועל, אישר כי [הנתבע] לא הוחתם על כך שלכאורה, קיבל סכום כלשהו" (בפסקה 40 לפסק הדין).
11. בהמשך הדיון נדרש בית המשפט להסכם ההלוואה גופו. בס' 1(א) להסכם נקבע כי חתימת הנתבע ואשתו על ההסכם מהווה אישור על קבלת סך של 112,500 ₪, הוא החלק הראשון של ההלוואה. התובע ביקש להיבנות מההסכם לשם תמיכה בטענתו כי העביר את הסכום האמור לידי הנתבע. בית המשפט לא קיבל את טענת התובע. בית המשפט עמד על כך שלטענת התובע הוא נתן לנתבע סכומי כסף שונים שמסתכמים לסך האמור במועדים שונים בחודשים שקדמו לחתימת ההסכם. בנסיבות העניין מצא בית המשפט כי "לא ניתן לקבל את טענת התובע, כי אמנם במשך חודשים נתן [לנתבע] סכומי כסף ניכרים, פעם אחר פעם, מבלי שיש בידיו אישור למתן אותם סכומים ומבלי שהבטיח בדרך כלשהי שיוחזרו" (בפסקה 41 לפסק הדין, קו תחתי הוּסף). בהקשר זה הזכיר בית המשפט כי מצא שהתובע מנוסה במתן הלוואות; כי הוא דואג להבטיח החזרי הלוואות במישכון דירות לטובתו (כפי שנעשה בהלוואה אחרת ביחס לדירת אמו של הנתבע); ועל אחת כמה וכמה נוכח היותו למוד ניסיון עם הנתבע כמי שלא מחזיר הלוואות (שם). בית המשפט הוסיף וציין שבהסכם צוין כי הסך האמור של 112,500 ₪ "יעבור לידי הלווים עד למועד החתימה" בעוד שלטענת התובע הסכומים הועברו וכבר ניתנו מספר חודשים קודם לחתימה. על רקע זה נקבע כי "עצם העובדה שחרף זאת שעל-פי טענת התובע הסכום האמור ניתן זמן ניכר בטרם חתימת ההסכם, הדבר לא נאמר בו במפורש, מלמדת שלא כך היה וכי הסכום האמור כלל לא ניתן קודם לחתימת ההסכם" (שם, קו תחתי הוּסף).
12. בית המשפט דן גם בטענת התובע כי פירעונם של שני השיקים הראשונים שמשכה אשת הנתבע לתובע מלמד על כך שהתובע נתן את תמורת ההלוואה. בית המשפט לא קיבל גם טענה זו. גם כאן מצא בית המשפט כי דבריה של אשת הנתבע היו אמינים מאד; כי פירעון שתי ההמחאות לא נבע מכך שניתנה תמורה בעדן; וכי נראה שהלחץ שהופעל על אשת הנתבע הן מצד הבנק שעלול היה להגביל את חשבונה, הן מצד התובע שטען לחובות הנתבע כלפיו, לצד העובדה שאשת הנתבע נאלצה לעזוב את ביתה עם ארבעת ילדיה, הם שהיו הסיבה לפירעון, אך "אין בכך כדי להוות ראייה לכך שאמנם התקבלה תמורה כנגד ההמחאות" (בפסקה 42 לפסק הדין).
13. כך סיכם בית המשפט את פסק דינו: "המסקנה העולה מן הראיות שעליהן עמדנו היא אפוא, כי לא עלה בידי התובע להוכיח שאמנם ניתנה תמורה כנגד ההמחאות, מעבר לסכום של 60,000 ₪, שבעניינו כאמור, ניתנה המחאה לפקודת [הנתבע], שאישר את קבלתה בחתימת ידו. לנוכח מסקנה זו, נראה כי אין עוד צורך להידרש אל שאר טענות הצדדים" (בפסקה 43 לפסק הדין, קו תחתי הוּסף); "טענת [אשת הנתבע] בדבר כישלון תמורה מתקבלת ומשלא עלה בידי התובע לסתור זאת, התוצאה היא, שהתביעה נדחית. עם זאת, מאחר שכאמור, הובאה ראיה באשר לסכום של 60,000 ₪ שניתן [לנתבע] ואף אין מחלוקת כי שתי המחאות בסך כולל של 55,000 ₪ (כל אחת בסך של 27,500 ₪), נפרעו, על [אשת הנתבע] לשלם לתובע את ההפרש, בסך של 5,000 ₪" (בפסקה 44 לפסק הדין, קו תחתי הוּסף). מבחינה אופרטיבית נקבע כי הסך האמור ינוכה מסכום שכר טרחת עורך הדין שנפסק לטובת אשת הנתבע (בפסקה 46 לפסק הדין).
14. לשלמות הדברים – כאמור לעיל, בית המשפט ציין שנוכח המסקנה אליה הגיע הוא לא נדרש ליתר טענות הצדדים. בכלל זה לא נדונו, למצער לא באורח ממשי, טענות אשת הנתבע מכוח חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות והטענות כי ההסכם נעשה למראית עין. אשר לטענת אשת הנתבע לעושק, נקבע כי לא הובאו די ראיות לביסוסה (בפסקה 27 סיפא לפסק הדין).
15. ערעור שהוגש על פסק הדין נדחה (ע"א 46810-06-15). פסק הדין הפך חלוט.

דיון והכרעה

1. תביעתו הנוכחית של התובע, זאת הפעם נגד הנתבע ולא נגד אשתו, נסמכת על הטענה כי העמיד לנתבע הלוואה בסך כולל של 200,000 ₪ – 112,500 ₪ קודם לחתימת ההסכם ואת היתרה זמן קצר לאחר מכן.
2. טענת הנתבע היא כי פסק הדין בתובענה הראשונה מקים השתק פלוגתא וחוסם את דרכו של התובע. לטענת התובע בנסיבות העניין לא מתקיימים התנאים להשתק.
3. הכלל שעניינו השתק פלוגתא מורה כי "אם במשפט הראשון הועמדה במחלוקת שאלה עובדתית מסויימת, שהיתה חיונית לתוצאה הסופית, והיא הוכרעה שם, בפירוש או מכללא, כי אז יהיו אותם בעלי הדין וחליפיהם מושתקים מלהתדיין לגביה מחדש במשפט השני, חרף אי-הזהות בין העילות של שתי התביעות" (ע"א 246/66 **קלוז'נר נ' שמעוני** פ"ד כב(2) 561, 584 (1968)). הכלל בדבר השתק פלוגתא נועד לקדם תכליות של יעילות דיונית ולמנוע הכרעות סותרות (למשל, יששכר רוזן צבי **ההליך האזרחי** 539-538 (2015)).
4. בפסיקה נקבעו ארבעה תנאים לתחולת הכלל של השתק פלוגתא: האחד, קיומה של זהות עובדתית ומשפטית בין הפלוגתא העולה בכל אחת מההתדיינויות; השני, בהליך הראשון קיימו הצדדים התדיינות בכל הנוגע לאותה פלוגתא ולצד שנגדו מועלית טענת ההשתק היה יומו בבית המשפט; השלישי, ההתדיינות הראשונה כללה קביעה פוזיטיבית; והרביעי, ההכרעה בפלוגתא היתה חיונית לתוצאה הסופית של פסק הדין (למשל, רע"א 1945/17 **המועצה המקומית עראבה נ' פלוני** בפסקה 6 להחלטת כבוד השופט י' עמית (1.6.2017); ע"א 1041/97 **סררו נ' נעלי תומרס בע"מ** פ"ד נד(1) 642, 650 (2000)).
5. בנסיבות המקרה שלפנינו, ולאחר שנתתי דעתי לכלל טענות הצדדים, סבורני כי דין בקשת הנתבע להתקבל ויש לקבוע שקם בענייננו השתק פלוגתא.
6. התנאי הראשון – נדבך הכרחי לתביעה הנוכחית של התובע היא טענתו כי העמיד לנתבע את כספי ההלוואה בהתאם להסכם ההלוואה שנעשה בין התובע לבין הנתבע ואשתו. אלא שפלוגתא זו ממש נדונה בהרחבה וכשאלה עיקרית בתובענה הראשונה. אכן, התביעה הראשונה נסבה על בקשה שהגיש התובע לביצוע שיקים שמשכה לטובתו אשת הנתבע. אולם, אין מחלוקת כי השיקים ניתנו במעמד חתימת הסכם ההלוואה ולצורך פירעון ההלוואה. כך טוען התובע גם בתביעה שלפניי (בס' 6 לכתב התביעה). כך נקבע במפורש גם בהסכם ההלוואה (ס' 2 סיפא לו). אשת הנתבע טענה בתובענה הראשונה, בין היתר, כי התובע לא העביר את סכום ההלוואה וכי עומדת לה טענת כישלון תמורה מלא. בית המשפט ציין בפסק דינו במפורש כי התובע ניסה לבסס את טענותיו גם על הסכם ההלוואה, הוא עסקת היסוד (בפסקה 31 לפסק הדין). בית המשפט דן בהרחבה ובפירוט בשאלה האם התובע העביר – כטענתו בתובענה הראשונה, היא גם טענתו בתביעה שלפניי – סכומים כלשהם לנתבע או לאשתו בזיקה להלוואה הנטענת. הוא התייחס במפורש לטענת התובע, שהועלתה כלשון בית המשפט "פעם אחר פעם", כי נתן את כספי ההלוואה לנתבע (למשל, בפסקה 39 לפסק הדין). הוא בחן את התשתית הראייתית שהובאה בהקשר זה. הוא נזקק להוראות הסכם ההלוואה הנוגעות לעניין. הטענות שהעלה התובע ביחס לאופן העברת כספי ההלוואה לנתבע הן אותן טענות שמעלה התובע בהליך שלפניי (ראו פירוט הטענות בפסקאות 9 ו-10 (פסקה שנייה) לפסק הדין אל מול ס' 4 לכתב התביעה). נראה גם שבכוונת התובע להסתמך על אותן ראיות (ראו החפיפה בין נספחי כתב התביעה לראיות שנזכרו בפסק הדין, וראו גם מבחני העזר שמזכיר **רוזן צבי** לעיל, בע' 543).

המסקנה העולה מן האמור היא מתקיימת הזהות הנדרשת וכי עניין לנו באותה פלוגתא.

בתשובתו טען התובע כי בתובענה הראשונה טענה אשת הנתבע כי השיקים לא ניתנו במסגרת הסכם הלוואה אלא בקשר לעסקה לרכישת סולר ולכן אין עסקינן בפלוגתא זהה (ס' 11 לתשובה). אין בידי לקבל את הטענה. כפי שצוין לעיל, בפסק הדין קבע בית המשפט כי יש לקבל את גרסת אשת הנתבע לפיה הוצג לה מצג כאילו השיקים נועדו לרכישת סולר לעסקיו של הנתבע ולא לשם כיסוי חובותיו של הנתבע מהימורים. כפי שנראה להלן פסק הדין לא נסמך על קביעה זו. מכל מקום, אין באמור כדי לשנות לעניין התנאי הראשון. העובדה שבית המשפט נדרש גם לשאלה נוספת – בקשר עם המצג שהוצג לאשת הנתבע – אינה גורעת מכך שהוא דן גם ובעיקר בפלוגתא המתעוררת בתביעה שלפני: שאלת העמדת כספי ההלוואה לנתבע או לאשתו.

1. התנאי השני – עניינו של התנאי השני בכך שבהליך הראשון קיימו הצדדים התדיינות בכל הנוגע לאותה פלוגתא ולצד שנגדו מועלית טענת ההשתק היה יומו בבית המשפט. טענת התובע היא כי תנאי זה לא התקיים משום שההליך הראשון התנהל נגד אשת הנתבע ואילו התביעה כאן הוגשה נגד הנתבע. משאין מדובר באותם בעלי דין הטענה היא שהתנאי השני לא מתקיים.

בנסיבות העניין – דין הטענה להידחות.

אכן, הכלל הוא שנדרשת זהות בין הצדדים בשני ההליכים כתנאי לתחולתו של השתק פלוגתא. עם זאת, בפסיקה הוכר חריג לכלל זה. על פי החריג, גם מי שהוא זר להליך הראשון יוכל להעלות טענה של השתק פלוגתא כטענת הגנה כלפי הצד שכנגד שהיה בעל דין בהליך הראשון וביחס לסוגיה שהוכרעה בהליך הראשון לחובת הצד שכנגד לאחר שניתנה לו הזדמנות להציג טענותיו (למשל, עניין **סררו**, בעמ' 655; ע"א 9551/04 **אספן בנייה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל** בפסקה 16 לפסק דינו של כבוד השופט י' דנציגר (12.10.2009); ע"א 735/07 **צמרות חברה לבניין נ' בנק מזרחי טפחות** בפסקה 29 לפסק דינה של כבוד השופטת א' פרוקצ'יה (5.1.2011); רע"א 8954/12 **נירוסופט תעשיות בע"מ נ' ימית סינון וטיפול במים בע"מ** בפסקה 7 להחלטת כבוד השופטת (כתוארה אז) א' חיות, והאסמכתאות שם (5.6.2013)). חריג זה נועד לקדם את תכליתו של עיקרון מעשה בית דין: צמצום היקף ההתדיינויות ומניעת הכרעות סותרות. הרציונאל הוא שהפלוגתא הפסוקה כבר הוכרעה לחובתו של התובע לאחר שזכה ליומו בבית המשפט בגדרי ההליך הראשון. פתיחת פתח לדיון מחודש בפלוגתא זהה שכבר הוכרעה יביא להרחבה ללא הצדקה של היקף ההתדיינות ויגביר את הסיכון להכרעות סותרות (עניין **נירוסופט**, שם, עניין **צמרות**, שם, וראו גם נינה זלצמן **מעשה בית דין בהליך אזרחי** 547-548 (1991)). כאמור, העלאת טענת השתק פלוגתא כטענת הגנה על ידי זר הוכרה כחריג בולט לכלל ההדדיות (עניין **נירוסופט**, שם). ממילא אין בטענת התובע כי לא מתקיימת הדדיות, כדי להביא לדחיית הבקשה.

לעיצומם של דברים, בענייננו היה לתובע את יומו בבית המשפט. בפסק הדין בתובענה הראשונה ציין בית המשפט כי התובע טען "פעם אחר פעם" כי נתן את כספי ההלוואה לנתבע (שם בפסקה 39). הוא הציג את ראיותיו בעניין (שם). עדותו ועדות העדים מטעמו נשמעה. הוצגו לו "שאלות חוזרות" בעניין העברת הכספים לנתבע ובעניין האסמכתאות לעניין זה (בפסקה 40 לפסק הדין). ניתנה לתובע הזדמנות מלאה להשיב ולהוכיח את טענותיו. התובע לא טען בתשובתו אחרת. משכך, אף שהנתבע לא היה צד לתובענה הראשונה אין בכך כדי למנוע ממנו, בנסיבות המקרה שלפנינו, להעלות טענה להשתק פלוגתא. זאת, משהטענה מועלית כטענת הגנה, ומשניתנה לתובע הזדמנות מלאה להציג את טענותיו בנוגע לפלוגתא בגדרי התובענה הראשונה. כאמור לעיל, גם טעמים של מדיניות משפטית מצדיקים שלא לאפשר לתובע – שטענותיו בנוגע לפלוגתא הנדונה נדחו בעבר – לפתוח את ההתדיינות בפלוגתא מחדש.

לשלמות הדיון יוּער כי הנתבע טען שבנסיבות העניין מתקיימת בינו לבין אשתו – היא שהיתה בעלת דין בתובענה הראשונה – קרבת אינטרסים מספקת באופן שיש בו כדי להצדיק את החלת הכלל של מעשה בית דין, אף שהנתבע עצמו לא היה צד לתובענה הראשונה. כידוע, בכל האמור בתנאי שעניינו זהות הצדדים בשני ההליכים, נקבע כי זה יתקיים גם במצב שבו מדובר במי שעומד ביחסי "קירבה משפטית" (Privity) עם בעל דין שהיה צד להליך הראשון, אם כחליפו בזכות או כמי שבא מכוחו בדרך אחרת. קירבה משפטית תתקיים מקום שבו קיימת קרבה עניינית או זיקת עניין הדוקה (**זלצמן**, בע' 377; ע"א 2360/99 **בחר נ' דיור בניין ופיתוח בע"מ** בפסקה 7 לפסק דינו של כבוד השופט א' א' לוי (23.5.01)). "'קירבה משפטית' כאמור עשויה להיווצר, בין היתר, כתוצאה מקשרים משפחתיים, מסחריים, או מכוח זיקה משותפת לעניין כספי משותף. המבחן לכך הוא האם מצויים שיקולים של מדיניות משפטית המצדיקים השוואת מעמדו של בעל דין בהליך נוכחי למעמדו של בעל דין בהליך הקודם, וקשירתו לתוצאותיו" (עניין **צמרות**, בפסקה 28 והאסמכתאות שם, קו תחתי הוּסף). בענייננו, מדובר בבני זוג אשר היו – שניהם יחד – צד להסכם ההלוואה עם התובע. בכל האמור בטענה כי התובע לא העביר את כספי ההלוואה נראה כי מתקיימת ביניהם זהות אינטרסים. במצב דברים זה ניתן היה לטעון כי מתקיימת זיקה עניינית-מהותית מספקת העולה כדי קירבה משפטית לצורך החלת מעשה בית דין. לצד זאת יש לזכור כי בתובענה הראשונה העלתה אשת הנתבע גם טענות קשות כלפי הנתבע עצמו, ובכלל זה כי היה שותף – יחד עם התובע – להטעייתה ולהתרחשויות שקדמו להסכם ההלוואה (וראו גם האמור בפסקה 28 לפסק הדין משם עולה כי בשלב מסוים התנהלו בין השניים הליכי גירושין, שהופסקו, אף שהתובע לא העלה כל טענה בהקשר זה). עניין זה יכול לשקול כנגד טענת הנתבע. במכלול הנסיבות, אפשר שעדיין היה מקום לקבוע כי מתקיימת גם זיקת קרבה מספקת לצורך החלת השתק פלוגתא. אולם, אינני נדרש להכריע בדבר. זאת משום שכפי שהובא לעיל, אף אם נראה בנתבע זר גמור להליכי התובענה הראשונה, משעסקינן בטענת הגנה ומשניתן לתובע יומו בגדרי התובענה הראשונה, יכול הנתבע להיבנות מהשתק פלוגתא.

בשולי הדברים אציין כי לעניין הקירבה המשפטית הפנה התובע לספרה הנזכר של **זלצמן**, לחלק שעניינו ריבוי חייבים (בס' 13 לתשובה). עיינתי באמור שם. אין בו כדי לשנות. הן נוכח ההלכה הפסוקה בדבר טענת השתק פלוגתא הגנתי גם בידי זר להליך הראשון. הן משום שהדיון שם נסב בעיקרו על מעשה בית דין מסוג השתק עילה בעוד שענייננו בטענת השתק פלוגתא (וראו, למשל, שם בע' 444 בפסקה 218 סיפא).

1. התנאי השלישי דורש כי ההתדיינות הראשונה כללה קביעה פוזיטיבית. טענת התובע היא כי תנאי זה לא התקיים. לטענתו קביעת בית המשפט בתובענה הראשונה בדבר כישלון התמורה – היינו: אי העברת כספי ההלוואה לידי הנתבע – נסמכת כל כולה על העדר הוכחה ולא על ממצא פוזיטיבי. כן טען כי בעוד שבתובענה הראשונה נמנע התובע מזימון הנתבע לעדות, כפי שקבע בית המשפט, הרי שבתביעה הנוכחית יידרש הנתבע ליתן את גרסתו וניתן יהיה לקבוע ממצא פוזיטיבי.

גם טענה זו אין לקבל.

בית המשפט קבע בפסק הדין ממצאים ברורים וממשיים. הוא קבע, וחזר וקבע, כי עדות אשת הנתבע היתה אמינה מאד, ברורה ומשכנעת בעוד שעדות התובע ועדות העדים מטעמו נמצאה להיות לא אמינה ולא משכנעת (ראו בפסקה 5 לעיל). בית המשפט עמד על כך שהנטל להוכיח את הטענה לכישלון תמורה – היינו כי התובע לא העביר את כספי ההלוואה לנתבע או לאשתו – הוטל על אשת הנתבע. והנה, גם נוכח האמור קבע כי "עלה בידי [אשת הנתבע] לשכנע במידה הדרושה במשפט אזרחי, כי התובע אמנם לא נתן תמורה בעד ההמחאות" (ראו בפסקאות 11-10 לעיל). מדובר בממצא פוזיטיבי. קביעה כי אשת הנתבע עמדה בנטל המוטל עליה תוך העדפת גרסתה על פני גרסת התובע, מהווה ממצא חיובי. לוּ הסתפק בית המשפט בקביעה של העדר הוכחה צריך היה הדבר לפעול בנסיבות העניין לחובת אשת הנתבע, שעל כתפיה הנטל, ולהביא לתוצאה הפוכה. זאת ועוד. בית המשפט דחה את טענת התובע בדבר העברת כספי ההלוואה לנתבע, זולת סכום אחד של 60,000 ₪, לא רק משום שהתובע לא הניח תשתית ראייתית לתמיכה בטענותיו, אלא גם משמצא כי אין לתת אמון בעדותו; כי העדים מטעמו "דיקלמו באופן לא אמין" את גרסתו (ראו בפסקה 12 לעיל); כי נמצאה "סתירה מהותית" בגרסתו ביחס לאופן מתן הכסף לנתבע (ראו בפסקה 13 לעיל); וכי התובע "התחמק" "פעם אחר פעם" ממתן תשובות (שם). לבסוף, כאשר נדרש להסכם ההלוואה עצמו, דחה בית המשפט את טענות התובע וקבע במפורש כי "לא ניתן לקבל את טענת התובע, כי אמנם במשך חודשים נתן [לנתבע] סכומי כסף ניכרים, פעם אחר פעם, מבלי שיש בידיו אישור למתן אותם סכומים ומבלי שהבטיח בדרך כלשהי שיוחזרו" (בפסקה 14 לעיל); עוד נקבע שבניגוד לטענת התובע כי נתן את הסכום הנזכר בהסכם זמן רב קודם לחתימתו הרי ש "... לא כך היה וכי הסכום האמור כלל לא ניתן קודם לחתימת ההסכם" (שם). לצד זאת, וכפי שאף הובא לעיל, קבע בית המשפט כי התובע הוכיח כי העביר לנתבע סך של 60,000 ₪ שביחס לכך הוצגה המחאה שניתנה לנתבע אשר אישר אותה (ראו בפסקה 16 לעיל).

מהאמור עולה המסקנה כי בית המשפט הכריע בפלוגתא – שאלת העברת כספי ההלוואה לנתבע – באורח מפורש, על דרך של קביעת ממצאים, תוך דחיית גרסתו של התובע כבלתי מהימנה, תוך העדפת גרסתה של אשת הנתבע, נוכח סתירה בגרסת התובע והתחמקות מצדו, וגם בשים לב לאי התאמה בין טענות התובע לבין לשון הסכם ההלוואה. משכך, אין לנו עניין אך בהעדר הוכחה וגם התנאי השלישי התקיים.

בתשובתו הדגיש התובע את אותם מקומות שבהם ציין בית המשפט כי התובע לא הניח תשתית ראייתית לטענותיו או כי לא עלה בידו להוכיח את מתן התמורה, כספי ההלוואה (ס' 14 לתשובה). התובע ביקש למצוא בלשון שבה נקט בית המשפט משום תמיכה לטענתו כי בתובענה הראשונה לא נקבע ממצא פוזיטיבי. אין בכך כדי לשנות ממהות הדברים ומהתמונה הכוללת העולה מפסק הדין כפי שהובאה לעיל. כפי שנפסק "לא לשונה של ההכרעה או צורתה קובעים בעניין זה, אלא תוכנה. לכן, עצם העובדה שבית המשפט מציין בפסק דינו כי טענה לא הוכחה, איננה מונעת יצירת השתק כאשר מגוף ההחלטה עולה כי תוצאה זו מבוססת, למעשה, על קביעת ממצא" (בר"ע (מחוזי י-ם) 871/09 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' מלכה** בפסקה 15 לפסק דינו של כבוד השופט י' ענבר (2.11.2009) וראו גם הפניות שם).

למעלה מהצורך יצוין כי הדרישה לממצא פוזיטיבי זכתה לביקורת, ראו למשל, **זלצמן** בע' 191, **רוזן צבי** בע' 576; בנסיבות שונות נשמעה עמדה שיש בה משום "ריכוך" מסוים של הדרישה, למשל עמדת כבוד השופטת (כתוארה אז) מ' נאור ברע"א 2237/06 **בנק הפועלים בע"מ נ' ויינשטיין** בפסקה 25 לפסק הדין (8.3.2009) לפיה השתק פלוגתא יכול לקום גם מקום שבו לא התקיימה התדיינות לגופה של הפלוגתא וממילא לא נקבע ממצא חיובי; בע"א 10443/08 **לופו נ' בנק איגוד לישראל** בפסקה 11 לפסק דינו של כבוד השופט י' דנציגר (22.7.2010) הובעה עמדה ממנה משתמע כי גם קביעה לפיה גרסת צד לא הוכחה כנדרש יכולה לעלות כדי קביעת ממצא פוזיטיבי לצורך השתק פלוגתא. גם בעמדות אלה, ובמגמה העולה מהן, יש כדי לתמוך במסקנה בדבר התקיימות התנאי השלישי.

1. התנאי הרביעי, עניינו בכך שההכרעה בפלוגתא היתה חיונית לתוצאה הסופית של פסק הדין.

התובע טען כי בנסיבות העניין קביעת בית המשפט כי הוא לא נתן את כספי ההלוואה לנתבע לא היתה חיונית לפסק הדין בתובענה הראשונה. את העוגן לטיעון זה מוצא התובע בקביעת בית המשפט לפיה יש לקבל את גרסת אשת הנתבע שהוצג לה מצג כאילו השיקים נועדו לרכישת סולר לעסקיו של הנתבע ולא לשם כיסוי חובותיו של הנתבע מהימורים. היות שאף לגרסת התובע לא נועדו הכספים לרכישת סולר ציין בית המשפט כי "... לכאורה, די בכך כדי שניתן יהיה לומר שלא ניתנה התמורה עבור ההמחאות, שניתנו לשם רכישת סולר ולא לשם החזר חובותיו של [הנתבע]" (בפסקה 35 לפסק הדין).

מהאמור לעיל מבקש התובע ללמוד כי בית המשפט לא נדרש להכריע בפלוגתא הנדונה – היינו אם ניתנו כספי ההלוואה אם לאו – שכן אף לוּ נקבע כי הכספים ניתנו לנתבע בפועל (כטענת התובע), הרי שהם לא שימשו לרכישת סולר, וממילא לא היה בכך כדי להשליך על תוצאת פסק הדין.

עיון מדוקדק בפסק הדין מגלה שגם את טענתו זו של התובע יש לדחות.

הקביעה כי הוצג לאשת הנתבע מצג שהשיקים נועדו לרכישת סולר וכי משלא כך היה נכשלה התמורה היא הקביעה האגבית. לעומת זאת, הקביעה כי התובע לא העביר את כספי ההלוואה לנתבע היא העיקר. היא העומדת ביסוד פסק הדין ותוצאתו. הקביעה בדבר מצג רכישת הסולר זוכה להתייחסות קצרה בת פסקה אחת בפסק הדין. בית המשפט לא מתייחס באורח ממשי ובפירוט לנפקותה המשפטית. הוא מציין כי "לכאורה" די בה כדי שניתן יהיה לומר שלא ניתנה תמורה. הרושם העולה למקרא הדברים הוא שמדובר בהערת אגב ולא בקביעה של ממש. בית המשפט אף לא נסמך על הדברים או חוזר עליהם בהמשך פסק הדין. שונים הם פני הדברים ביחס לקביעה כי התובע לא העביר את כספי ההלוואה לנתבע. קביעה זו באה לאחר דיון מפורט ומקיף ובלא שבית המשפט מתייחס אליה כאל קביעה שנעשית למעלה מהצורך. חשוב מכך, מתוצאתו האופרטיבית של פסק הדין עולה בבירור כי הקביעה בדבר אי מתן כספי ההלוואה, ולא ההערה הלכאורית בעניין מצג רכישת הסולר, היא שהיתה החיונית לצורך ההכרעה. כזכור, בית המשפט קבע כי אין לקבל את טענת התובע באשר להעברת כספי ההלוואה לנתבע, זולת סך אחד של 60,000 ₪ שכן ניתן לנתבע. כן נמצא כי שניים מהשיקים שמשכה אשת הנתבע לתובע, בסך כולל של 55,000 ₪, נפרעו. בסיכום פסק הדין נקבע שעל אשת הנתבע לשלם לתובע את ההפרש בסך 5,000 ₪. ככל שפסק הדין היה נסמך על ההערה הלכאורית לפיה התמורה נכשלה משהשיקים לא שימשו לצורך רכישת סולר כפי שהוצג לאשת הנתבע, נראה כי לא היה מקום לחייב את אשת הנתבע כלל. השורה התחתונה לפיה על אשת הנתבע לשלם את ההפרש מלמדת בבירור כי פסק הדין ותוצאתו האופרטיבית נסמכו על הקביעה שהתובע לא העביר את מלוא כספי ההלוואה כטענתו, זולת הסך של 60,000 ₪. קביעה זו מהווה נדבך חיוני והכרחי בדרך אל המסקנה בדבר חיובה של אשת הנתבע לשלם את יתרת סכום ההלוואה שהועמד אך לא נפרע ובדבר אי חיובה בסכום כלשהו מעבר לכך.

הנה כי כן, גם התנאי הרביעי שעניינו חיוניות ההכרעה מתקיים.

למעלה מהצורך יוער כי בנסיבות העניין מתקיימות במלואן גם התכליות העומדות בבסיס תנאי זה. התובע הביא את מלוא ראיותיו ועדיו בשאלת העברת כספי ההלוואה לנתבע. כפי שציין בית המשפט הוא טען פעם אחר פעם בעניין זה. הוא נשאל על כך שוב ושוב. ממילא צפה כי הממצאים שייקבעו בעניין זה יוכלו להכריע את התובענה הראשונה (כפי שאף היה). בית המשפט מצדו ראה בשאלת מתן כספי ההלוואה כתמורה כשאלה העיקרית הטעונה הכרעה. הוא דן בה בפירוט ובהרחבה. גם בכל אלה יש כדי לתמוך במסקנה כי התנאי הרביעי התקיים (וראו לעניין זה החלטת כבוד השופט נ' סולברג בבר"ע (מחוזי י-ם) 408/08 **סימן טוב נ' לוי** (15.5.08) והחלטת כבוד השופט א' רובין בת"א (שלום י-ם) 4320/05 **לוי נ' סימן טוב** (26.2.08) שם נקבע כי קם השתק פלוגתא אפילו מקום בו התנאי של חיוניות ההכרעה לא מתקיים באורח מלא מבחינה פורמאלית).

הערה לפני סיום

1. לשם שלמות הדברים אוסיף כי בנסיבות המקרה שלפנינו, לדעתי, אין בתוצאה האמורה כדי לקפח את התובע כהוא זה. לתובע היה את יומו בבית המשפט באורח מלא. הוא טען בתובענה הראשונה את מלוא טענותיו. הוא הציג את ראיותיו. עדותו שלו ועדות העדים מטעמו נשמעה. ניתנה לו הזדמנות מלאה להציג את מלוא טענותיו בקשר עם העברת כספי ההלוואה ולהשיב לשאלות שהוצגו בהקשר זה. בית המשפט בחן את כלל הראיות. הוא התרשם מהעדויות. כלל הטענות נדונו באורח מפורט בפסק הדין. התובע אף מיצה את זכות הערעור שעמדה לו. במצב דברים זה קשה לקבל את עמדת התובע ולאפשר לו לפתוח את הדיון בפלוגתא שהוכרעה מחדש, אך משום שמה שנקבע אינו לרוחו. עמדה כאמור עלולה לחתור תחת העיקרון של סופיות הדיון. היא עלולה להגביר, ללא הצדקה, את הסיכון להכרעות סותרות. יש בה גם כדי לפגוע באינטרס הציבורי-מערכתי בניהול יעיל ותכליתי של מערכת המשפט ובמניעת ריבוי הליכים והכבדה שלא לצורך.

**סיכום ותוצאה**

1. נוכח כל האמור לעיל בקשת הנתבע מתקבלת. התביעה נדחית על הסף מחמת קיומו של מעשה בית דין.
2. התובע יישא בהוצאות הנתבע ובשכר טרחת עורך דינו בסך כולל של 7,500 ₪. בהקשר זה הבאתי בחשבון את היקף העבודה שנדרש עד כה, שלא היה ניכר, ובשים לב גם לכך שטרם התקיים דיון בתביעה והנתבע טרם הגיש כתב הגנה.
3. **המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים.**

ניתן היום, כ"ד ניסן תשע"ח, 09 אפריל 2018, בהעדר הצדדים.

