

בבית המשפט העליון

רע"א 2237/06

ע"א 4483/06

ע"א 5882/06

ע"א 4298/07

כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר

בפני :

המבקש ב-רע"א 2237/06
והמערער ב-ע"א 4483/07
וב-ע"א 4298/07 והמשיב ב-
ע"א 5882/06 :

בנק הפועלים בע"מ

נ ג ד

המשיבה ב-רע"א 2237/06,
ב-ע"א 4483/07 וב-ע"א
4298/07 והמערער ב-ע"א
5882/06 :

ערעורים ובקשת רשות ערעור על פסקי דינו של בית
המשפט המחוזי בחיפה ב-ע"א 3111/04 ו-ע"א
3150/04 מיום 14/09/2005 שניתן על ידי כבוד השופט
עודד גרשון וב-ת"א 963/91 מיום 23/1/2006 שניתן
על ידי כבוד השופטת שלומית וסרקרוג

ה' בחשון התשס"ח (17.10.2007)
ד' באדר א' התשס"ח (10.02.08)

תאריכי ישיבות :
תאריכי ישיבות :

עו"ד כרמית נעמן ; עו"ד איילת פניש

בשם המבקש ב-רע"א
2237/06 :

עו"ד אלון יואלי ; עו"ד ינקי פפר ; עו"ד אלון מגן

בשם המערער ב-ע"א 4483/06
וב-ע"א 4298/07 והמשיב ב-
ע"א 5882/06 :

עו"ד יאיר אבני ; עו"ד אביגדור פלדמן

בשם המשיבה ב-רע"א
2237/06, ב-ע"א 4483/06 וב-
ע"א 4298/07 והמערער ב-
ע"א 5882/06 :

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

בנק הגיש תביעה בסדר דין מקוצר נגד לקוחו בגין יתרת חוב בחשבון. בקשת הלקוח לרשות להתגונן בטענה כי הוא אינו הבעלים של החשבון נדחתה. ניתן פסק דין לטובת הבנק. כעבור כשש שנים הגיש הלקוח תביעת נזיקין נגד הבנק בגין נזקים שנגרמו לו בשל ייחוס החוב שהצטבר בחשבון שלטענתו אינו בעליו. האם פסק הדין שניתן בתביעה בסדר הדין המקוצר מהווה מעשה בית דין לעניין הבעלות בחשבון והחוב לפיו? זו השאלה העיקרית העומדת להכרעתנו במסגרת ערעור זה.

1. לפנינו שלושה ערעורים ובקשת רשות ערעור אחת הנוגעים למערכת היחסים שבין בנק הפועלים לבין הגברת רלה וינשטיין. מדובר בהתדיינות מסועפת שתחילתה באמצע שנות השמונים. לצערנו, ניסיוננו להביא את הצדדים לידי פשרה לא עלו יפה. בין הצדדים התדייניות נוספות (שפרטיהן אינם ידועים לנו), וסופה של הפרשה – מי ישורנו. העובדות הנוגעות לעניין הן סבוכות, ואנסה לפשט את הצגתן בכך שאתייחס רק לאותן עובדות וטענות שיש בהן לדעתי כדי להכריע את גורל הערעורים.

ההתדיינות הראשונה והתפתחויותיה

2. תחילת הפרשה לפני למעלה מ-20 שנים. בשנת 1985 תבע הבנק את וינשטיין ואחרים בגין יתרת חובה בחשבון שנוהל בסניף בית הקרנות (להלן: "החשבון"). התביעה (ת"א 797/85) הוגשה בסדר דין מקוצר. וינשטיין הגישה בקשת רשות להתגונן בה טענה, בין השאר, כי אין המדובר בחשבון אישי שלה אלא בחשבון של חברה בייסוד, אולטרהדנט שמה. אולם, בהגיע המועד לחקירה על תצהירה לא התייצבה וינשטיין בבית המשפט. בית המשפט המחוזי (השופטת ב' גילאור) דחה את בקשת הרשות להתגונן. בהחלטתו מיום 24.11.1985 ציין:

"על פני המסמכים שצורפו לתביעה עולה שהבקשה לפתיחת החשבון נחתמה על ידי הנתבעת מס' 1 [וינשטיין – מ.נ.] בערבות הנתבע מס' 3 אם כי צוין בבקשה כי קיימת חב' ביסוד שעבורה ביקשו הנתבעת מס' 1 ואחרים לפתוח את החשבון נשוא התביעה. לאור כך ניתן לומר כי אין יסוד לטענה כי אין יריבות בין התובעת לבין הנתבעת מס' 1 ומס' 3."

הוא הדין לעניין סכומי התביעה ולא שמעתי טענה כי הנתבעים 1 ו-3 קיבלו דפי בנק וביקשו לסתור אותה או לא קיבלו דפים כאלה לפני הגשת התביעה. לאור כך, ובהעדר התייבות של המצהירים להיחקר על תצהירם, אני דוחה הבקשה שהוגשה מטעמם לרשות להתגונן.

הבנק נטל פסק דין על סכום התביעה בו ביום. זהו ההליך הראשון בין הצדדים, הליך לגביו אציע לחברי לקבוע כי הוא מקים מניעות או מעשה בית דין החוסמים את ההתדיינות השנייה, התדיינות שהיא פרי יוזמתה של וינשטיין ותחילתה בשנת 1991.

3. ואולם, עד שאגיע להתדיינות השנייה, אעמוד כאן, ולו בקצרה, על ההסתעפות של ההתדיינות הראשונה: הבנק פתח בהליכי הוצאה לפועל של פסק הדין הראשון בלשכת ההוצאה לפועל בחיפה. במסגרת תיק ההוצאה לפועל (02-01913-86-0) העלתה וינשטיין טענת "פרעתי". הטענה התקבלה באופן חלקי. שני הצדדים הגישו ערעור לבית המשפט המחוזי. ערעורו של הבנק נדחה ואילו ערעורה של וינשטיין התקבל באופן חלקי. על פסק דינו זה של בית המשפט המחוזי (השופט ע' גרשון) הגיש הבנק בקשת רשות ערעור. זהו אחד ההליכים שבפנינו (רע"א 2237/06) שגורלו יושפע מהמסקנה אליה הגעתי, כפי שעוד יפורט.

ההתדיינות השנייה

4. כאמור, בשנת 1991 פתחה וינשטיין בהתדיינות השניה (ת"א 963/91). וינשטיין הגישה נגד הבנק תביעה בגין נזקים שנגרמו לה, לטענתה, עקב ניהול כושל של החשבון בבית הקרנות, הוא, כזכור, החשבון שעמד במרכז של ההתדיינות הראשונה. הלז של טענותיה הוא כי החשבון האמור לא היה חשבונה שלה אלא של חברת אולטרהדנט וכל הפעולות שעשה הבנק כאילו המדובר היה בחשבונה האישי - נעשו שלא כדין וגרמו לה נזקים. בגין נזקים אלה תבעה וינשטיין פיצוי. הבנק טען מצידו, כי פסק הדין שניתן בהתדיינות הראשונה מקים השתק פלוגתא בפני וינשטיין בסוגיית הבעלות בחשבון. בשנת 1993 הגישה וינשטיין "בקשה בדרך המרצה" (בש"א 4393/93) ובה ביקשה, בין היתר, לתקן את כתב תביעתה על ידי הוספת עילה של ביטול פסק הדין ב-ת"א 797/85, הוא פסק הדין בהתדיינות הראשונה, מחמת תרמית. לטענת וינשטיין, הבנק נתן ידו ליצירת מצג שווא כלפי בית המשפט בהתדיינות הראשונה לפיו היא החייבת בחשבון באופן אישי וזאת למרות שהבנק ידע כי החשבון היה במקור של חברת אולטרהדנט. לדבריה, הבנק אף העביר כספים מהחשבון ללא הרשאה. בפעולות אלה, כך טענה וינשטיין, גרם הבנק לקבלת פסק דין כנגדה בתרמית

ובחוסר תום לב. בהחלטה בבקשה מיום 18.2.1997 התיר בית המשפט "הגשת כתב תביעה מתוקן, ככל שזה מתייחס לנושא ביטול פסקי הדין בת"א 797/85... בבית המשפט המחוזי בחיפה...". ובהמשך ציין כי "התיקון, בהעדר החלטה אחרת, ייעשה בדרך של צירוף סעיפים 1א'-ד' לכתב הבקשה שהוגש בת"ה 4393/96 [בש"א 4393/93, מ.נ.], לכתב התביעה המתוקן...".

5. התביעה התקבלה באופן חלקי. לא נעמוד כאן, משום שאין צורך בדבר, על כל קביעותיה של הערכאה הראשונה. החשובה בהן לענייננו היא זו לפיה קיבל בית המשפט המחוזי, על פי מאזן ההסתברויות, את הטענה כי חשבון בית הקרנות היה חשבון של חברה ביסוד (אולטרהדנט). לפיכך, קבע בית המשפט כי וינשטיין אינה חבה בגינו, אלא בגין ערבות (חלקית) שנתנה לחשבון ופסק לה פיצויים. בית המשפט דחה את טענת הבנק לפיה פסק הדין בהתדיינות הראשונה מקים השתק פלוגתא לעניין הבעלות בחשבון. אשר לבקשה לתיקון כתב התביעה על דרך של הוספת עילה של ביטול פסק הדין בהתדיינות הראשונה מחמת תרמית, קבע בית המשפט כי בקשה זו נדחתה בהחלטה מיום 14.1.1997.

6. הערעורים שלפנינו נוגעים להתדיינות השנייה במישורין. הראשון (ע"א 4483/06) הוא ערעור שהגיש הבנק על פסק דינה של השופטת וסרקרוג. השני (ע"א 5882/06) הוא ערעור שהגיש וינשטיין על פסק הדין האמור, ובמסגרתו הגיש הבנק גם ערעור שכנגד. אם לא די בכך, לפנינו ערעור נוסף (ע"א 4298/07), שלישי במספר, שהגיש הבנק על החלטת הבהרה שניתנה על ידי השופטת וסרקרוג ביום 1.4.2007 לבקשת ראש ההוצאה לפועל בעניין אופן שערך הריבית של הסכום שנפסק בהתדיינות השנייה לטובת וינשטיין. ערעורי הצדדים, כך עלה מהדיונים שהתקיימו בפנינו, עשויים להביא לתוצאות קוטביות לזכות או לחובת אחד מן הצדדים. הסיכונים רבים הם לכל אחד מהצדדים והעמדנו אותם על כך. ניסינו, ללא הצלחה, להביא לפשרה בין הצדדים. נוכח המסקנות אליהן הגעתי ואותן אפרט להלן, אינני רואה צורך לעמוד על מרבית טענות הצדדים, ואזכיר רק בקצרה שאחת מטענותיו של הבנק בערעורו היא שבית המשפט המחוזי בפסק הדין נשוא הערעור שגה בקביעתו כי החשבון לא היה חשבון אישי של וינשטיין. וינשטיין מצידה שבה וטוענת כי החשבון אכן לא היה חשבונה האישי אלא של החברה אולטרהדנט. אשר לבקשתה לביטול פסק הדין בהתדיינות הראשונה טוענת וינשטיין, כי בית המשפט שגה כאשר קבע כי בקשתה זו נדחתה שעה שבפועל הוא התיר לה לתקן את כתב התביעה. הבנק מציין בסיכומיו כי בעניין זה "נראה לכאורה כי הצדק עם המערערת [וינשטיין, מ.נ.]" (פסקה 6 לסיכומי

הבנק ב-ע"א 5882/06). אדון תחילה בסעד שעניינו ביטול פסק הדין בהתדיינות הראשונה.

הבקשה לביטול פסק הדין שניתן במסגרת ההתדיינות הראשונה

7. מעיון בהחלטת בית המשפט המחוזי ב-בש"א 4393/93 מיום 18.2.1997 עולה כי בית המשפט אכן התיר לויןשטיין לתקן את כתב התביעה ונראה כי הקביעה בפסק הדין לפיה בקשה זו נדחתה מקורה בטעות. נוכח הטעות האמורה לא ערך בית המשפט המחוזי דיון בטענת התרמית לגופה. במצב דברים זה, מצאנו לנכון לאפשר לצדדים להגיש השלמת סיכומים לעניין הבקשה לביטול פסק הדין בהתדיינות הראשונה על יסוד טענת התרמית. בסיכומיה הפליגה וינשטיין בטענות גם כנגד פסק הדין שניתן ב-ת"א 1017/85, שהוא הליך בו תבעה חברת "ליסינג הפועלים בע"מ" את וינשטיין ואת שותפה, מר כספי, בגין אי תשלום דמי שכירות בעבור ציוד שהשכירה להם. אלא שמקובלת עליי מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה אין מקום לדון בטענותיה של וינשטיין בעניין פסק דין זה מאחר והתובעת בהליך זה, חברת הפועלים ליסינג בע"מ, אינה צד להליך הנוכחי. אשר לפסק הדין שניתן ב-ת"א 797/85, חוזרת וינשטיין על טענתה לפיה למרות שהבנק ידע היטב כי חברת אולטרהדנט היא בעלת החשבון הוא יצר מצג שווא כלפי בית המשפט כאילו וינשטיין היא בעלת החשבון. לדבריה, החוב נוצר כתוצאה מפעולות מרמה של הבנק בחשבון ודף החשבון שהגיש הבנק לבית המשפט מייצג חיובים בחשבון שנעשו ללא הרשאה והוא בבחינת "ראיה כוזבת".

8. הבנק מציין, כי וינשטיין אינה טוענת לתרמית בעצם ניהול ההליך ששללה את יכולתה להתגונן כנגד תביעת הבנק ומשכך, אין טענותיה יכולות לשמש בסיס לביטול פסק דין בשל תרמית. לגישת הבנק, וינשטיין טוענת לכל היותר להעלאת "טענה כוזבת" על ידי הבנק, וזו אינה מהווה עילה לביטול פסק דין מחמת תרמית. בהקשר זה טוען הבנק כי אין המדובר בטענה כוזבת באשר עמדת הבנק מבוססת על פרשנות סבירה להסכמות הצדדים. נטען, כי אפילו היתה פרשנות זו מוטעית, אין לראות בה משום תרמית, בין היתר משום שהבנק לא העלה אותה מתוך מודעות לכך שמדובר בטענה כוזבת. הבנק טוען, כי נטל השכנוע המוטל על וינשטיין בבואה לעתור לביטול פסקי הדין המוקדמים מחמת תרמית הוא מוגבר, במיוחד נוכח השיהוי הרב בהגשת תביעתה. לדברי הבנק, וינשטיין מעולם לא טענה כי הבקשה לפתיחת החשבון היתה "ראיה כוזבת" במובן זה שהיא זויפה או לא נחתמה על-ידה. הבנק טוען, כי מעולם לא הסתיר מבית המשפט שדן בתביעתו את העובדה שיש חברה המעורבת בחשבון, הנמצאת, נכון לאותו מועד, ביסוד. הבנק מפנה בהקשר זה להחלטת השופטת גילאור

בבקשת וינשטיין לרשות להתגונן שם נקבע מפורשות כי מהבקשה לפתיחת החשבון עולה כי "קיימת חברה בייסוד שעבורה ביקשו הנתבעת 1 [וינשטיין, מ.ג.] ואחרים לפתוח את החשבון נשוא התביעה". לטענת הבנק, משלא מיצתה וינשטיין את זכויותיה בהליך המקורי משנת 1985, אין היא יכולה לעתור לביטול פסק הדין בהתדיינות הראשונה. לגישתו, הימנעותה של וינשטיין מערעור על פסק הדין, כמו גם השיהוי הרב בו הוגשה תביעת וינשטיין, שוללים את זכותה לעתור לביטולו כעת.

9. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים הגעתי לכלל מסקנה כי אין להורות על ביטול פסק הדין בהתדיינות הראשונה. פסק הדין בהתדיינות הראשונה הוא חלוט. אמנם, במקרים חריגים וקיצוניים במיוחד, ניתן לתקוף גם פסק דין חלוט, למשל בטענה שהוא הושג במרמה (ע"א 10564/05 גת נ' מתיתיהו (טרם פורסם, 19.9.2007) (להלן: עניין גת); ע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית, פ"ד נח(3) 17-16 (2004)), ואולם המקרה שלפנינו אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים. טענתה העיקרית של וינשטיין היא, כאמור, כי הבנק יצר מצג שווא כלפי בית המשפט כאילו היא היתה בעלת החשבון. הבנק אכן טען בפני בית המשפט כי וינשטיין היא בעלת החשבון, אלא שבפני בית המשפט עמדה גם טענתה של וינשטיין במסגרת בקשת הרשות להתגונן כי היא אינה בעלת החשבון. זו היתה, כפי שעור אראה להלן, המחלוקת העיקרית במסגרת ההתדיינות הראשונה. בית המשפט היה ער לעובדה כי "קיימת חב' ביסוד שעבורה ביקשו הנתבעת מס' 1 [וינשטיין, מ.ג.] ואחרים לפתוח את החשבון נשוא התביעה" (החלטת השופטת גילאור מיום 24.11.1985) ובכל זאת קבע את שקבע. יוצא איפוא, שבפני בית המשפט עמדה, טרם מתן ההחלטה האמורה, התמונה המלאה: מחד גיסא, טענת הבנק המגובה בבקשה לפתיחת החשבון (לגביה לא נטען כי היא זויפה) לפיה וינשטיין היא בעלת החשבון ומאידך גיסא, העובדה כי קיימת חברה ביסוד שעבורה ביקשה וינשטיין לפתוח את החשבון וטענת וינשטיין כי היא לא בעלת החשבון. במצב דברים זה, לא ניתן לומר שהוכח כי מי מהצדדים נקט כלפי בית המשפט במרמה המצדיקה ביטול פסק הדין. עוד ראוי להזכיר כי וינשטיין הגישה את הבקשה לתיקון כתב התביעה (בש"א 4393/93), ובה הבקשה להוספת עילה לביטול פסק הדין, בשיהוי ניכר, כשמונה שנים לאחר מתן פסק הדין, ולפיכך נטל השכנוע המוטל עליה בעניין זה כבד יותר (ראו: החלטתו של חברי השופט א' רובינשטיין ב-רע"א 33/08 לוי נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם, 21.5.2008)). אכן וינשטיין נקטה הליכים נגד מי שהיה עורך דינה בהתדיינות הראשונה, אך הליכים אלה אינם עניינו של הבנק.

10. גם טענת וינשטיין לפיה החוב נוצר כתוצאה מפעולות מרמה של הבנק בחשבון עמדה לנגד עיניו של בית המשפט בהתדיינות הראשונה (ראו סעיפים 4-11 לתצהירה

של וינשטיין שהוגש לבית המשפט). בית המשפט לא קיבל טענה זו. וינשטיין לא ערערה על קביעה זו ואין מקום לשוב ולהידרש לטענה בשלב דיוני זה כאשר היא עוטה לבוש חדש של טענת תרמית.

11. לפיכך, אין מקום לבטל את פסק הדין בהתדיינות הראשונה מחמת מרמה והוא נותר איפוא על כנו. השאלה הנשאלת היא האם פסק דין זה יוצר מעשה בית דין בשאלת הבעלות בחשבון? לכך אעבור עתה.

מעשה בית דין

12. מסקנתי היא, כאמור, כי פסק הדין שניתן בהתדיינות הראשונה בין הצדדים יצר מעשה בית דין לגבי ההתדיינות השנייה. בלשון אחרת: וינשטיין לא היתה יכולה, בנסיבותיו של עניין זה, לחזור ו"לפתוח" בשנת 1991 את השאלה האם החשבון בבית הקרנות, לפיו היא חויבה, הוא חשבונה שלה או חשבון של חברת אולטרהדנט. לפיכך יש מקום, לדעתי, להתערב בהכרעת בית המשפט במסגרת ההתדיינות השנייה לפיה ההתדיינות הראשונה לא יצרה מעשה בית דין בין הצדדים. לשאלה זו ייחדנו את רובה המכריע של הישיבה שקיימנו בערעורים ביום 10.2.2008.

13. כזכור, פסק הדין בהתדיינות הראשונה היה מבוסס על תביעה בסדר דין מקוצר שהגיש הבנק נגד וינשטיין לאחר שבקשתה של וינשטיין לרשות להתגונן נדחתה. שאלת כוחו המחייב של פסק דין שניתן בהעדר הגנה או בהעדר התייצבות כהשתק פלוגתא היא שאלה מערכתית. היא יכולה לעלות במגוון של מצבים: נתבע בסדר דין מקוצר שלא התגונן, נתבע בסדר דין מקוצר שהתגונן אך לא התייצב לחקירה על תצהירו (וכזה הוא המקרה שבפנינו), נתבע שלא הגיש כתב הגנה והתובע נטל פסק דין ועוד. יתכן שהנתבע יכול היה להדוף את התביעה נגדו אילו התגונן, או התגונן כדבעי, אולם הוא לא עשה כן, וניתן נגדו פסק דין. האם עומדת לו, לאותו נתבע, האפשרות לחזור ולהעלות ולמעשה "לפתוח", בהתדיינות מאוחרת, את השאלה האם הוא חייב לתובע את הסכום שנקבע בפסק הדין המוקדם? יבוא הנתבע ויאמר: אין כל מניעה לעשות כן. ההלכה שנקבעה ב-ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561 (1968) (להלן: עניין קלוז'נר) קובעת שתי צורות של מעשה בית דין:

"כידוע, תורת ה-RES JUDICATA של המשפט המקובל מושתתת על שני כללים עיקריים. הכלל האחד הוא: מקום שתביעה נדונה לגופה והוכרעה על-ידי בית-משפט מוסמך, שוב אסור להיזקק לתביעה נוספת בין

אותם הצדדים או חליפיהם, אם זו מבוססת על עילה זהה. במקרה כזה, אם במשפט הראשון זכה התובע בדין, כי אז אומרים שעילת תביעתו שם 'נבלעה' (MERGED) בפסק-הדין, אשר הכיר בזכותו ובא במקום העילה, שאיננה עוד, בחינת TRANSIT IN REM JUDICATAM; וכן, אם במשפט הראשון זכה הנתבע בדין, אזי אומרים שקם מחסום (BAR) המשתיק את התובע מלחזור על תביעה שניה המבוססת על אותה עילה, בחינת היותה חסומה או מושתקת PER REM JUDICATAM.

עד כאן הכלל הראשון ורגילים לכנותו בשם 'ענין שנדון' (EADEM RES) ולאחרונה בשם 'השתק ישיר' (DIRECT ESTOPPEL) ואף 'השתק העילה' (CAUSE OF ACTION ESTOPPEL). הכלל העיקרי האחר הוא: אם במשפט הראשון הועמדה במחלוקת שאלה עובדתית מסוימת, 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. העיקר הזה ידוע בשם הכלל של EADEM QUAESTIO ויש המכנים אותו בשם 'השתק עקיף' (COLLATERAL ESTOPPEL) או 'השתק הפלוגתה' (ISSUE ESTOPPEL).

14. הנה כי כן, יטען הנתבע, לא נוצר כלפיו השתק עילה משום שהוא היה הנתבע בהליך הראשון ובהליך השני הוא התובע (ראו: רע"א 785/05 בנק הפועלים בע"מ נ' חזן (טרם פורסם, 31.10.2005) (להלן: עניין חזן) שניתן בדין יחיד; החלטתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן ב-המ' (חיפה) 1968/87 רשות הפיתוח נ' שחורי, פ"מ תשנ"ג(3) 117 (1992) וכן נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך האזרחי 44-45 (1991). לגישה שונה ראו: רע"א 6498/05 צבעוני נ' בנק הפועלים בע"מ (טרם פורסם, 23.2.2006) (להלן: עניין צבעוני), שגם הוא ניתן בדין יחיד, שם נקבע כי "קיים בין הצדדים השתק עילה, אפילו היתה המבקשת נתבעת בהליך הראשון ולא תובעת, שכן מדובר באותו עניין... שכבר הוכרע"). אציין, כי הצדדים לא העלו טענה לפיה מתקיים בענייננו השתק עילה.

15. אשר להשתק פלוגתא, הרי שלשיטתו של אותו נתבע גם הוא לא מתקיים במצב דברים זה, אפילו היתה הפלוגתא העולה בכל אחת מן ההתדיינויות אותה פלוגתא על רכיביה העובדתיים והמשפטיים, ואפילו היתה ההכרעה בה חיונית לפסק הדין בהתדיינות הראשונה. לגישת אותו נתבע, בהעדר התדיינות בין הצדדים באותה פלוגתא במסגרת ההליך הראשון, אין לומר כי היה לו "יומו בבית המשפט" ביחס לאותה פלוגתא. יוסיף ויטען הנתבע, כי פסק דין שניתן בהעדר הגנה או בהעדר התייצבות אינו מכריע בשום פלוגתא, ואין בו "ממצא חיובי" הנדרש, מימים ימימה לקיום השתק

פלוגתא (לפי הלכת ע"א 126/51 פלמן נ' שחב, פ"ד ו(1) 313 (1952)). לשם ביסוס טענתו זו יקרא הנתבע לעזרתו גם את פסק הדין ב-ע"א 202/70 אליהו נ' יחזקאל, פ"ד כה(2) 425 (1971) (להלן: עניין אליהו) שם נקבע, בין היתר, כי החלטת בית משפט השלום בהתדיינות הראשונה לדחות את בקשת הרשות להתגונן אינה קובעת ממצא ואינה מהווה השתק פלוגתא בהתדיינות נוספת בין הצדדים, משום שלא ניתן לומר כי באותו הליך פלוגתא של ממש הועלתה לדיון, התבררה והוכרעה לגופה (וראו גם: יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 688 (מהדורה שביעית, 1995); רע"א 7152/94 שידלוב נ' קיהן מט(5) 312, 309 (1996) (להלן: עניין שידלוב). לפירוט התנאים העיקריים להיווצרותו של השתק פלוגתא ראו למשל: ע"א 9245/99 קאפח נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם, 1.5.2006); ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769, 796 (2004); זלצמן, מעשה בית דין בהליך האזרחי, בעמ' 141-198). נמצא, לגישתו של אותו נתבע, כי פסק הדין שניתן בהתדיינות הראשונה כלל אינו מהווה מעשה בית דין כנגדו. אין כל מניעה מבחינתו, כך על פי גישה זו, לשוב ולפתוח את סוגית חבותו בבוא העת כאשר יחפוץ בכך.

16. בטיעוניו של אותו נתבע נאחזת וינשטיין ומוסיפה, כי במסגרת ההליך הראשון לא התקיימה התדיינות אדוורסרית ולא נשמעו עדים או ראיות כלשהן. לטענתה, ההכרעה בעניין היריבות בינה ובין הבנק (דהיינו: האם מדובר בחשבון של חברה ביסוד) לא היתה חיונית לפסק הדין. ממצא זה שהופיע רק בהחלטה הדוחה את הבקשה לרשות להתגונן היה בבחינת "תוספת חינוס" שכן על מנת להגיע לתוצאה של דחיית בקשה זו היה ניתן להסתפק בדחיה על בסיס העדר ההופעה מצידה של וינשטיין.

17. לטענת הבנק, בקביעותיה של השופטת גילאור בעניין היריבות ובעובדה כי השופטת גילאור חייבה את וינשטיין בתשלום סכום החוב הנטען על ידי הבנק בפסק הדין, נמצא אותו "ממצא חיובי" נדרש בפלוגתת החבות. עוד טוען הבנק, כי השופטת גילאור לא ביססה את החלטתה לדחות את בקשתה של וינשטיין להתגונן על אי התייצבותה של האחרונה לדיון אלא על דחיית טענותיה של וינשטיין בפלוגתת החבות.

לעניין הלכת אליהו, טוען הבנק כי משמעותה של זו היא איון מוחלט של ההתדיינות בין הצדדים במסגרת התביעה בסדר דין מקוצר. כך, יוכל נתבע בסדר דין מקוצר להימנע מלהגיש בקשת רשות להתגונן ולאחר מכן, במועד בו יבחר, יוכל לצאת כנגד הכרעות שהתקבלו במסגרת ההליך הראשון באמצעות תביעה חדשה בסדר דין רגיל שיגיש כנגד התובע בהליך הראשון. במצב דברים זה, כך נטען, נותר התובע בהליך הראשון (שזכה בפסק דין לטובתו) חשוף לאפשרות שבעתיד, ובמועד בלתי

ידוע, ייאלץ לנהל הליך נוסף ביחס לפלוגתאות שהוכרעו בהליך הראשון. כתוצאה מכך, לגישת הבנק, נפגע עיקרון סופיות הדיון ואינטרס ההסתמכות של התובע בהליך הראשון על פסק הדין שניתן לטובתו.

הבנק טוען, כי הלכת אליהו צומצמה על ידי האבחנה בין החלטה הדוחה בקשת רשות להתגונן לבין פסק דין שניתן בעקבותיה, תוך קביעה כי בפסק דין כזה יש כדי לשכלל מעשה בית דין, לרבות השתק פלוגתא (לעניין זה מפנה הבנק לעניין חזן; לעניין צבעוני; ול-ע"א (מחוזי תל-אביב) 1154/84 אימפורט בע"מ נ' יזלוביץ, פ"מ תשמ"ו(3) 485 (1986) (להלן: עניין אימפורט)). בהקשר זה מוסיף הבנק כי פסק דין שניתן בעקבות החלטה הדוחה בקשת לרשות להתגונן "בולע" החלטות ביניים ובכללן החלטה בבקשה לרשות להתגונן ואלה מהוות חלק בלתי נפרד ממנו. לפיכך, כך טוען הבנק, אין לקבל את טענתה של וינשטיין כי בעובדה שההכרעה בפלוגתת החבות לא צוינה בפסק הדין עצמו, יש כדי למנוע שכלולו של השתק פלוגתא.

בנוסף, טוען הבנק, כי הלכת אליהו צומצמה גם באמצעות הקביעה לפיה השתק פלוגתא ישתכלל באותם מקרים בהם הפלוגתא שהוכרעה במסגרת ההחלטה הדוחה בקשת רשות להתגונן היתה פלוגתא מרכזית (לעניין זה מפנה הבנק ל-בר"ע (מחוזי ירושלים) 3118/97 ארכה בע"מ נ' דולר (לא פורסם, 24.9.1997) (להלן: עניין ארכה)). פלוגתת החבות בין הבנק לוינשטיין, דהיינו היותה של וינשטיין בעלת חשבון בית הקרנות היא, לגישת הבנק, הסוגיה המרכזית שהיתה שנויה במחלוקת בין הצדדים.

עוד טוען הבנק, כי אפשרות הנתבע בהליך הראשון להגיש תביעה חדשה עלולה להכביד על בתי המשפט ולהגדיל את העומס המוטל עליו. נטען, כי נוכח חלוף הזמן עד להגשת התביעה השניה קיים חשש כי זו תידון במנותק מהמצב העובדתי והמשפטי שהיה בתוקף בעת ההכרעה בהליך הראשון. בהקשר זה מוסיף הבנק, כי לאחר שזכה התובע בהליך הראשון והסתמך על פסק הדין שניתן לטובתו, ייאלץ הוא, לצורך ההתגוננות מפני התביעה החדשה, לאתר ראיות שלא מן הנמנע שבשל חלוף הזמן כבר אינן בידו, ולזמן עדים שפרטי האירועים אולי נשכחו כבר מזיכרונם.

18. פרופ' נינה זלצמן בספרה מעשה בית דין בהליך האזרחי (בעמ' 317-325) דנה ארוכות בשאלה האם פסק דין שניתן בהעדר הגנה יכול להקים השתק פלוגתא. בפתח הדיון זלצמן מבקשת להבחין לעניין זה בין פלוגתא שהיא נושא ההתדיינות הראשונה, ואשר הוכרעה לטובת התובע בפסק הדין, לבין כל פלוגתא אחרת שההכרעה בה היתה נחוצה לצורך פסק הדין:

"לגבי פלוגתא מן הסוג הראשון נאמר, כי פסק-הדין מונע מהנתבע כל אפשרות להעלות, בהתדיינות אחרת כלשהי, טענה הסותרת או מכחישה את שנקבע בו. פסק הדין גורם לסיומם המוחלט של כל הנושאים והעניינים שהוכרעו בו במפורש. כל עוד לא בוטל פסק הדין בהליך הפרוצדורלי הראוי, אין הנתבע יכול לכפור בו בהתדיינות אחרת כלשהי, ובכך לערער בדרך עקיפין את יסודותיו".

אשר לפלוגתא מן הסוג השני, מעלה זלצמן את השאלה האם גם ממצא שנקבע בפלוגתא מעין זו יכול להוות נושא לטענת השתק בהתדיינות אחרת בין אותם צדדים, או שמא, מחמת היעדרו של רכיב ההתדיינות, יוגבל כלל השתק הפלוגתא רק לפלוגתאות מן הסוג הראשון. היא מעלה שיקולים לכאן ולכאן ומותחת, בסיכומו של דיון בשאלה זו, קו גבול בין נתבע שנמנע באופן מוחלט מלהתגונן לבין מקרה בו התייחס הנתבע לפלוגתאות על ידי הכחשתן של טענות התובע בכתב ההגנה, אך נמנע מלברר את הפלוגתאות בדרכי הבירור וההוכחה המקובלות. במקרה הראשון, אין לדעתה לדבר על מחלוקת שהועמדה לדיון, ואילו במקרה השני, כאשר נתמלאו שאר התנאים של כלל השתק הפלוגתא, ובכללם שההכרעה באותה פלוגתא היתה נדרשת לצורך ביסוסו של פסק הדין, הנתבע יהא מנוע, לדעת זלצמן, מלהתכחש או מלסתור בהתדיינות נוספת בין בעלי הדין את ההכרעה שניתנה בפלוגתא בהתדיינות הראשונה.

19. במספר פסקי דין של בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים נקבע, כי מי שלא הגיש בקשת רשות להתגונן כנגד תביעה שטרית או שבקשתו לרשות להתגונן נדחתה, לא יוכל לתבוע לאחר מכן, בהליך נפרד, את מי שהיה תובע בהליך הראשון להחזרת סכום השטר בעוררו שוב את שאלת החבות על פי השטר משום שזו הפלוגתא העיקרית שהוכרעה בהליך הראשון (ראו: פסק דינה של השופטת מ' מזרחי ב-ת"א (שלום ירושלים) 4348/91 אטיאס נ' שבתאי (לא פורסם) (להלן: עניין אטיאס); החלטתה של השופטת מ' אביב ב-ת"א (שלום ירושלים) 12275/97 ברלה סחר מכוניות בע"מ נ' רמי רון 1993 בע"מ (לא פורסם, 10.2.2002); פסק דינו של השופט ד' חשין בעניין ארכה; פסק דינו של השופט י' ענבר ב-ת"א (שלום ירושלים) 23668/97 פנחס נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם, 16.8.1998) ופסק דינו של השופט י' לויט בעניין אימפורט). בפסק דינו של סגן הנשיא ר' כרמל ב-ת"א (שלום ירושלים) 7512/05 קלימי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם, 19.11.2006) נקבע כי הנתבעים בהליך הראשון, שעניינו תביעה שהגיש בנק לסכום קצוב בעילה חוזית, צריכים היו להעלות את טענותיהם המהוות את בסיס עילתם במסגרת ההליך הראשון שכן טענות אלה היו

חיוניות ונחוצות להגנתם. נקבע, כי פסק הדין שניתן לאחר שנמחק כתב הגנתם של הנתבעים ושקיבל במלואה את תביעת הבנק, הכריע את הפלוגתא העיקרית במפורש או מכללא והקים ממצא שלא ניתן לסתרו. בפסקי הדין הנזכרים עובר כחוט השני הרעיון לפיו הכרעה בפלוגתא העיקרית שעניינה בעצם חבותו של הנתבע על פי פסק הדין הראשון, שניתן בהעדר הגנה, יוצרת השתק. כך, למשל, ציינה השופטת מזרחי בעניין אטיאס כאשר הגיעה לכלל מסקנה כי קיים בסיטואציה כזו השתק פלוגתא:

“...שהרי אחרת לא תהא כל משמעות להתדיינות הקודמת, אם גם הפלוגתא העיקרית אינה 'סגורה', וגם לא מתקיים השתק עילה. אם כך יהא המצב, אזי הנתבע בהתדיינות הקודמת יבחר לו את הזמן להתדיין כפי נוחיותו. ירצה – יתגונן, לא ירצה – ימתין להזדמנות נוחה, ואז חרף ההתדיינות הראשונה, בהסתמכו על עילת תביעתו (שכאמור אינה חסומה) יוכל להביא לביטול תוצאות ההתדיינות הראשונה. מסקנה כזו היא בלתי מתקבלת על הדעת, ואינה מתבקשת ע"י עקרונות של צדק”

דברים ברוח דומה (אמנם – בדן יחיד) נמצא בהחלטה של השופטת ארבל בעניין צבעוני, שעובדותיו דומות לענייננו. באותו מקרה הגיש הבנק נגד הנתבעת תביעה בסדר דין מקוצר בגין יתרת חובה בחשבון. הנתבעת לא הגישה בקשת רשות להתגונן, ניתן נגדה פסק דין שחייב אותה בסכום התביעה, וננקטו הליכי הוצאה לפועל. הנתבעת הגישה, באיחור, בקשה לביטול פסק הדין ובקשה זו נדחתה. כעבור מספר שנים הגישה מי שהיתה הנתבעת בהליך הראשון תביעת נזיקין נגד הבנק בה ביקשה החזר הכספים שחויבה בהם בהליך הראשון. בבקשה זו טענה, בין השאר, שההלוואות שהיו בחשבון הוצאו ממנה במרמה על ידי בעלה שרקח קנוניה עם פקיד הבנק. בית משפט השלום דחה את התביעה על הסף בשל השתק עילה. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי. לא ארחיב כאן בעניין הדעות השונות שהובאו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ואציין רק כי הערעור נדחה. בקשת רשות הערעור שהגישה הנתבעת לבית משפט זה נדחתה כאמור על ידי השופטת ארבל שקבעה כך:

“...בקרב השופטים היתה תמימות דעים כי היה על המבקשת להעלות את טענותיה בנוגע לנסיבות קבלת ההלוואות במסגרת התגוננותה בפני התביעה בהליך הראשון וכי משלא עשתה כן, ניתן לראות באי הגשת כתב ההגנה מטעמה משום הודאה בטענות המשיב שהועלו בכתב תביעתו. משניתן פסק דין בהליך הראשון הרי שקיים מעשה בית דין בין בעלי הדין, אף אם פסק הדין ניתן ללא בירור לגופו של עניין בהעדר הגנה. אשר

לסוג ההשתק שנוצר, תביעתה של המבקשת מבוססת על עילה זוהי ביסודה לעילת תביעת הבנק. כך נקבע כממצא עובדתי על ידי בית משפט השלום. לפיכך, קיים בין הצדדים השתק עילה, אפילו היתה המבקשת נתבעת בהליך הראשון ולא תובעת, שכן מדובר באותו עניין - תשלום יתרת 3 ההלוואות - שכבר הוכרע (ראה בעניין זה נ' זלצמן, מעשה בית דין בהליך אזרחי (תשנ"א), בע' 304). לדעתי, קיים כאן גם השתק פלוגתא, שכן כאמור, נסיבות החתימה על ההלוואות הועמדו בלב המחלוקת העובדתית שהוכרעה בתוצאה הסופית של פסק הדין שניתן בהליך הראשון, בהעדר הגנה.

בעניין חזן הנזכר ציינה השופטת ארבל, בדחותה את בקשת רשות הערעור:

"גם על-פי הלכת יחזקאלי [הלכת אליהו, מ.נ.], ברי הוא שפסק הדין בסופו של ההליך יוצר מעשה בית דין. אחרת, הנתבע, אשר בקשת הרשות להתגונן שהגיש נדחתה, יוכל לתבוע את התובע בהליך הקודם כתביעה עצמאית, שבה הוא יצא כנגד הקביעות שהיוו את הבסיס ההכרחי לפסק הדין שניתן בסדר דין מקוצר. תוצאה כזו תאיין את מטרת סדר הדין המקוצר, ותביא לריבוי מיותר של התדיינויות."

20. מקובלת עלי המדיניות השיפוטית שבוטאה בבהירות הן על ידי השופטת ארבל (בדן יחיד) והן על ידי השופטת מזרחי בקטע שהובא לעיל (וצוטט אף בפסקי דין אחרים). כמוהן, גם אני סבורה, כי פסק דין שניתן בהעדר הגנה ומכריע מכללא לטובת התובע בפלוגתא עיקרית, שהיא נושא ההתדיינות הראשונה וההכרעה בה היא בבחינת הכרעה שבלעדיה אין, מונע מן הנתבע לשוב ולהעלות בהתדיינות נוספת טענות החותרות תחת הכרעה זו. לאמיתו של דבר, כל מסקנה אחרת תחתור תחת הצורך להגיש כתבי הגנה, או בקשות רשות להתגונן או להתייצב לדיונים. בשיטה המאפשרת לנהוג כך, פסקי דין שניתנו בהעדר הגנה לעולם לא יהיו חלוטים. לא יהיה צורך בהגשת בקשה לביטול פסקי דין כאלה ולא תהיה משמעות למועדים להגשת בקשת הביטול. נתבעים יוכלו, גם בחלוף שנים (כפי שארע בענייננו), להפוך לתובעים ולטעון טענות נגד החיוב, לרבות טענות מרכזיות ביותר, כמו הטענה שהעלתה וינשטיין בענייננו כי החשבון הוא חשבון של חברה ביסוד ואינו חשבונה שלה. כך ייפגע הן האינטרס של בעל הדין שזכה בדינו להגנה מפני הטרדות חוזרות ונשנות מצידו של בעל הדין שכנגד והן האינטרס הציבורי בסופיות הדיון ובניצול יעיל של המשאבים השיפוטיים המוגבלים. אם נאפשר לבעל דין לשוב ולהתדיין בעניין שכבר הוכרע, ייפגעו מתדיינים אחרים הממתינים ליוםם בבית המשפט (עניין גת). שיקול נוסף שיש לשקול הוא הרצון לצמצם את האפשרות להכרעות סותרות באותה סוגיה (עניין קלוד'נר,

בעמ' 587) כבמקרה שלנו. אני סבורה שלא בכדי אין כמעט פסיקה הדנה בשאלה אם מהלך כזה אפשרי הוא. דומני שהדבר נובע מכך שברור לכל, או למצער כמעט לכל, שאין הדבר אפשרי. ב-ת"א (מחוזי ירושלים) 4582/03 ידיעות תקשורת בע"מ נ' פרופ' משה צימרמן (לא פורסם, 24.2.2004) שעניינו תביעה לביטול פסק דין קבע השופט נ' סולברג כך: "דעת לנכון נקל, כי סופיות הדיון איננה 'לעומתית' לצדק. התדיינות שאינה פוסקת, היא-היא היוצרת עיוות, מבוכה ועוול. דרך הכלל היא, כי סופיות הדיון משרתת את הצדק. היוצא מן הכלל הוא, מצב שבו סופיות הדיון גורעת מן הצדק". דברים אלה יפים הם גם לענייננו אנו.

21. בענייננו, פסק הדין שניתן לטובת הבנק בהתדיינות הראשונה הכריע בפלוגתא העיקרית שהיתה נושא ההתדיינות בין וינשטיין ובין הבנק. אין לפרשו אלא כקביעה, כי וינשטיין חבה על פי החשבון שבבעלותה. פסק דין זה מונע מוינשטיין לשוב ולהעלות בהתדיינות השניה טענות החותרות תחת ההכרעה בפלוגתא זו תוך ניסיון לאיין את תוצאות פסק הדין, כפי שניסתה לעשות.

22. ואולם, יקשה השואל, כיצד מדיניות משפטית זו מתיישבת עם הלכת אליהו, אותה ציטט בא כוחה של וינשטיין וגם חלק מהשופטים שאת פסקי הדין שלהם הזכרתי? על כך אשיב בשלוש דרכים: האחת, שהמעין היטב בפסק הדין בעניין אליהו ימצא שאין המדובר אלא באימרת אגב, שלא היתה נדרשת להכרעה; השנייה – שאם אכן הלכת אליהו מביאה לתוצאה עליה עמדתי – איני רואה מנוס אלא לסטות ממנה. השלישית – שאם חבריי הנכבדים להרכב לא יסברו כמוני כי מתקיים בענייננו השתק פלוגתא אציע להם לילך בדרך אחרת שתוביל לתוצאה זהה ועניינה קביעה כי נתבע חייב להתגונן מפני תביעה שמוגשת נגדו במסלול שקבע החוק לכך, ואם לא עשה כן, הרי שהוא מנוע מלהעלות את טענותיו במסלול אחר. אעמוד עתה ביתר הרחבה על שלוש דרכים אלה.

הלכת אליהו כאמרת אגב

23. עתה נדקדק בפרטי ההליך בפרשת אליהו. מעשה שהיה כך היה: בהליך הראשון הגיש יחזקאלי לבית משפט השלום תביעה נגד אליהו לחייב את אליהו לפי שטרות שמסר לו. אליהו הגיש בקשת רשות להתגונן ובה טען כי אין הוא חייב דבר וכי את השטרות מסר כפיקדון וכערובה בלבד. וכך באר בתצהירו: אדם בשם וגר, היה חייב ליחזקאלי 5,000 ל"י והוא משך לפקודתו שיק על סכום זה. השיק לא כובד ויחזקאלי לחץ על וגר לשלמו. לפי בקשת וגר הסכים אליהו לעזור לו, ונתן ליחזקאלי מזומנים

ושטרות. השטרות ניתנו כהלוואה שתוחזר כאשר וגר ישלם את חובו. וגר לא שילם את חובו ויחזקאלי הגיש את התביעה על פי השטרות בהגיע מועד פירעונם. בקשת הרשות להתגונן נדחתה. בית משפט השלום ציין כי מתוך תצהירו של אליהו עולה כי אליהו שילם כסף במזומנים ונתן שטרות ליחזקאלי כערב בעד וגר שהיה חייב ליחזקאלי, ומשאותו וגר לא שילם ליחזקאלי את החוב, זכאי יחזקאלי לחזור לאליהו. לאחר שבקשת הרשות להתגונן נדחתה ניתן פסק דין. יחזקאלי נקט בהליכי הוצאה לפועל.

24. עד כאן ההתדיינות הראשונה בפרשת אליהו, ומכאן להתדיינות נשוא פסק הדין שניתן בעניין זה: הפעם היה זה אליהו שתבע בבית המשפט המחוזי את יחזקאלי ואת וגר לפי שיק שנתן וגר ליחזקאלי אשר הוסב על ידי יחזקאלי לאליהו. בית המשפט המחוזי דחה את תביעתו של אליהו על הסף משני נימוקים: האחד - שהתביעה מושגת מחמת מעשה בית דין; האחר - שמדובר בתביעה קנטרנית. ערעורו של אליהו לבית משפט זה נדחה. בית המשפט דחה את הטענה לפיה קיים מעשה בית דין אך קיבל את הטענה שמדובר בתביעה קנטרנית וזאת בהתבסס על גרסתו של אליהו כפי שעלתה בהתדיינות הקודמת. נוכח גרסה זו, כך נפסק, אין לתביעה כמעט סיכוי להצלחה. מה עוד, כך הוסבר שם, "שהעניין לא נכנס לתחום של השתק עקיף אך ורק מבחינה משפטית צרה" (ההדגשה אינה במקור, מ.ג.). פסק הדין העיקרי נכתב על ידי הנשיא אגרנט עמו הסכים השופט עציוני. מ"מ הנשיא זוסמן ציין כי אף הוא סבור כי תובענתו של אליהו "היתה קנטרנית עד כדי להצדיק את מחיקתה בעוד היא באיבה".

25. לעניין קנטרנות התביעה עוד אשוב כאשר אדון בנושא המניעות. עתה אתרכז בכך שמה שנאמר בפרשת אליהו הנו, בסופו של יום, אמרת אגב. צא וראה: ערעורו של אליהו נדחה. די היה איפוא במסקנה כי התביעה היא טורדנית כדי לדחות את הערעור וממילא הדיון בסוגית מעשה בית הדין היה בבחינת אמרת אגב. אין לכתוד, עם זאת, כי זוהי אמרת אגב כבדת משקל שצוטטה בפסיקה (ראו למשל: פסק דינו של השופט ש' לויין בעניין שידלוב, בעמ' 312. גם השופט ריבלין (כדן יחיד) הסתמך על הלכה זו ב-רע"א 144/00 ש.ג. גימורים בע"מ נ' בנק הפועלים לישראל בע"מ (לא פורסם, 2.7.2000) הגם שפסק דין זה בוטל לאחר מכן). בעניין חזן נדרשה השופטת ארבל לשאלת היחס בין הלכת אליהו ובין קביעות השופט ריבלין בפרשת ש.ג. גימורים בע"מ וכך אמרה:

"ההלכה לגבי יצירת מעשה בית דין על-ידי החלטה הדוחה בקשת רשות להתגונן, נקבעה כבר בפרשת יחזקאלי [פרשת אליהו, מ.ג.]. הכלל הוא כי החלטה הדוחה בקשת רשות להתגונן איננה יוצרת השתק פלוגתא בהתדיינות נוספת בין הצדדים. זוהי הלכה

ותיקה ומושרשת (ראו גם: י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי, (מהדורה שביעית, 1995) 688; א' גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי (תשס"ה) 167; ד' בר-אופיר, סדר דין מקוצר בהלכה פסוקה (מהדורה שביעית, 2004) 33). לגבי פסק הדין ברע"א ש.נ. גימורים והיחס בינו לבין הלכת יחזקאלי, יש לציין כי פסק דין זה בוטל על-ידי בית המשפט (רע"א 144/00 ש.נ. גימורים נ' בנק הפועלים לישראל (לא פורסם, ניתן ביום 7.7.02)). אף לגופו של עניין, מה שנקבע בפסק דין זה עולה בקנה אחד עם הלכת יחזקאלי. פסק הדין ברע"א ש.נ. גימורים חזר על הלכה זו, והוסיף, בעקבות פסקי דין אחרים של בית המשפט העליון, כי פסק הדין שניתן בסופו של ההליך בסדר דין מקוצר יוצר מעשה בית דין (הן השתק עילה והן השתק פלוגתא). על כן, אין כל סתירה בין פסק הדין ברע"א ש.נ. גימורים לבין הלכת יחזקאלי. גם על-פי הלכת יחזקאלי, ברי הוא שפסק הדין בסופו של ההליך יוצר מעשה בית דין. אחרת, הנתבע, אשר בקשת הרשות להתגונן שהגיש נדחתה, יוכל לתבוע את התובע בהליך הקודם בתביעה עצמאית, שבה הוא יצא כנגד הקביעות שהיוו את הבסיס ההכרחי לפסק הדין שניתן בסדר דין מקוצר. תוצאה כזו תאיין את מטרת סדר הדין המקוצר, ותביא לריבוי מיותר של התדיינויות. [ההדגשה הוספה, מ.נ.]

אף אם הלכת אליהו החלה כאמרת אגב (אמנם, אין לכחד, אימרת אגב מפורטת מאוד), היא קנתה לה שביתה בחלק מפסקי הדין. לעומת זאת, בפסקי דין אחרים שניתנו בערכאות הדיוניות ובדן יחיד בבית משפט זה נקבע כי העניין העיקרי שהוכרע בהתדיינות הראשונה הוא בגדר פלוגתא פסוקה. חלקי עם פסקי הדין האחרונים, ואם יש צורך בדבר, אציע לחבריי לקבוע כי קיים מעשה בית דין במובן של השתק פלוגתא בסוגית הבעלות בחשבון וחיובה של וינשטיין על-פיו. ברי, בנסיבות המקרה שלפנינו, כי עניין זה שהוכרע בהתדיינות הראשונה היה הפלוגתא העיקרית בין בעלי הדין. אכן דרך זו מחייבת "ריכוך" מה בהלכת "הממצא החיובי", שהיא הלכה אשר אין לה אח ורע בשיטת המשפט המקובל האנגלי ובזו האמריקנית (ראו: זלצמן, מעשה בית דין בהליך האזרחי, בעמ' 190-191), אך איני רואה מנוס מכך. מערכת משפט אינה יכולה להסכין עם התופעה שפסקי דין בהעדר הגנה או התייצבות שלא ננקט הליך לביטולם, לא יהיו חלוטים, גם אם אין החיוב שהוכר בהם יכול לעלות בקנה אחד עם טענה שמעלה לימים מי שהיה הנתבע בהליך המוקדם.

מניעות

26. כאמור, אציע לחברי גם דרך חלופית שתוצאותיה דומות לתוצאות החלתו של השתק פלוגתא: הלכה היא שכאשר המחוקק מתווה דרך מסוימת להתדיינות, תתנהל

ההתדיינות בהכרח בדרך שנקבעה (השוו: ע"מ 5640/04 מקורות חברת מים בע"מ נ' מועצה אזורית לכיש (לא פורסם, 5.9.2005) בפסקה 5 לפסק הדין; ע"א 5080/90 קפלן נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נצרת, פ"ד מו(4) 561, 567 (1992); ע"א 1130/90 חברת מצות ישראל בע"מ נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד מו(4) 778, 782 (1992); ע"א 739/89 מיכקשוילי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מה(3) 769 (1991); ע"א 367/85 מדינת ישראל נ' קיטאי, פ"ד מא(3) 398 (1987)). אני סבורה שהנימוק המרכזי לדחיית הערעור בפרשת אליהו, דהיינו היות התביעה השנייה "קנטרנית", גם הוא מבוסס על רעיון של השתק או מניעות, אף אם, כאמור שם, "מבחינה משפטית צרה" אין העניין נכנס בגדר השתק עקיף. המחוקק קבע כי כאשר מוגשת תביעה על הנתבע להתגונן (או להגיש בקשת רשות להתגונן, לפי העניין). אם לא עשה כן – נסחפה שדהו. בלשון משפטית אומר כי קיימת מניעות להעלות טענות שחובה היה להעלותן בהתדיינות קודמת בין הצדדים וחליפיהם. רעיון זה של מניעות בא לידי ביטוי גם בפסק הדין ב-ע"א 4087/04 גורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (טרם פורסם, 8.9.2005), שם נקבע כי בעל דין מנוע מלהעלות טענה שיכול וצריך היה להעלותה בפני בית המשפט במסגרת הליך משפטי קודם בין בעלי הדין ולא עשה כן. כך עולה גם מדבריו של השופט א' מצא ב-ע"א 102/88 אבוניל נ' אבוניל, פ"ד מו(1) 741 (1992):

"למערער הייתה שעת כושר להשמיע את טענתו ולהביא ראיות להוכחתה. משנסתיימו ההליכים בלא שעשה כן, הריהו מנוע מלפתוח בהתדיינות חדשה, שמטרתה לעורר מחלוקת בפלוגתאות שכבר יש לגביהן הכרעה שיפוטית. מטרתו המעשית של השתק פלוגתא היא למנוע מבעל דין, שהיה לו 'יומו בבית המשפט', להטריד את בעל דינו בהתדיינות חוזרת באותו עניין שכבר הוכרע ביניהם במשפט הראשון".

27. על וינשטיין היה להתגונן מפני תביעת הבנק ולהעלות טענותיה בדרך שקבע לכך המחוקק, עוד בהליך הראשון דהיינו באמצעות הגשת בקשה לרשות להתגונן, התייצבות לחקירה על תצהירה ומשניתן פסק הדין - הגשת בקשה לביטולו. ככל שבקשה כזו היתה נדחית היה בידה להגיש ערעור על כך. משלא עשתה כן, היא מנועה מלהעלות אותן טענות בעניין הבעלות בחשבון וחיובה לפיו (שהיו כאמור בלב המחלוקת בהתדיינות הראשונה) אותן היתה יכולה וצריכה להעלות בפני בית המשפט במסגרת החקירה על תצהירה ואם היתה מקבלת רשות להתגונן במסגרת שמיעת הראיות לאחר מכן, ובמידת הצורך בפני ערכאת הערעור עוד בהליך הראשון. למעשה מבקשת וינשטיין לחתור תחת זכייתו של הבנק בהתדיינות הראשונה ולאין את תוצאות פסק הדין שניתן נגדה באמצעות פתיחה בהליך נוסף, לאחר שנמנעה מנקיטה בדרך שיועדה לכך בידי המחוקק. לכך לא נוכל לתת יד.

28. לעיתים משיקולים של תקנת הציבור רואים בעל דין "כאילו" התדיין לגוף העניין אף שבפועל לא התדיין כאמור. כך למשל, מצינת זלצמן, לגבי מקרה הפוך בו לא יוכל תובע שלא ניהל את המשפט הראשון באופן תקין ותביעתו נדחתה (שלא לגופו של עניין) לחזור ולהתדיין:

"באשר למקרה שבו נדחתה התובענה הראשונה בפסק-דין, עומדת, כאמור, הדרישה, שפסק-הדין ניתן לגופו של עניין (on the merits), להבדיל מדחיית התובענה מטעמים דיוניים בלבד. מכוח פסק-הדין הדוחה את התובענה "קונה" לו הנתבע חסינות מפני תובענה נוספת של התובע בשל אותה עילה. עם-זאת, ייתכנו מצבים שבהם יזכה הנתבע בחסינות שלא יהיה נטרד עוד בשל אותה עילה גם כאשר לא הגיע המשפט לשלב של הכרעה לגופו בתובענה הראשונה. זאת, כאשר מעמידים סדרי-הדין הנוהגים את הנתבע במצב כאילו התבררה התובענה הראשונה ונדונה לגופו של עניין, בקובעם, כי מחמת התנהגותו של התובע, או ליתר דיוק, מחמת מחדלו, המונע ניהול תקין של המשפט, תידחה התובענה, ואפילו טרם הוחל בבירורה. דחיית התובענה במקרים אלה יוצרת מעשה-בית-דין במובן של השתק-העילה כאילו נדונה התובענה והוכרעה לגופה של מחלוקת. ניתן לראות במקרים אלה חריגים מיוחדים לדרישה הנדונה, ואפשר גם לומר, כי המושג "פסק-דין לגופו של עניין" מקבל, בהקשר הדברים הנדון כאן, משמעות שונה, רחבה יותר, הכוללת גם אותם מצבים מיוחדים שבהם לא התקיים דיון לגופו במחלוקת, נושא התובענה, ואף-על-פי-כן, משיקולים הנוגעים בתקנת-הציבור, מייחסים בתי-המשפט לפסק-הדין הדוחה את התובענה את התוצאה של השתק-עילה כאילו היה זה פסק-דין לגופו".

דברים אלה שנאמרו בהקשר של השתק עילה יפים גם לעניינה של וינשטיין שהיתה הנתבעת בהליך הראשון ולא ניהלה אותו כראוי.

29. הנה כי כן, החלתה של דוקטרינת מניעות זו מביאה לתוצאות דומות לתוצאות אליהן הגעתי ביישומי של כלל מעשה בית הדין. רואים את הנתבעת "כאילו" התדיינה גם כשלא התדיינה בפועל. בסופה של הדרך אציע לחברי לקבוע כי וינשטיין לא היתה יכולה לטעון במסגרת ההתדיינות השנייה כי חשבון בית הקרנות אינו חשבונה וכי היא אינה חבה בגינו, בין מחמת השתק פלוגתא ובין מחמת מניעות. עד כאן בשאלת מעשה בית דין ומניעות.

30. לכאורה "רעשי רקע" דיוניים מציבים קושי בפני החלה מלאה של המסקנה האמורה בדבר מעשה בית דין. טענת מעשה בית הדין הועלתה כאמור בפני השופטת וסרקרוג על ידי הבנק. בערעורו של הבנק בפנינו (ע"א 4483/06) הוא לא חזר על הטענה האמורה אך הוא עשה כן בערעור שכנגד לערעורה של וינשטיין (ע"א 5882/06). האם בנסיבות אלה מנוע הבנק, או שהוא מנוע באופן חלקי, מלטעון בסיכומיו את הטענה? תשובתי על כך בשלילה. מדובר בעניין משפטי שלגביו ניתנה לצדדים אפשרות לטעון הן בערכאה הדיונית והן בפנינו בדיון שהוקדש כמעט במלואו לנושא זה וכן בסיכומים שהוגשו בסוגיה. כל הטענות הנדרשים לעניין מצויים איפוא בפנינו (ע"א 536/89 פז חברת נפט בע"מ נ' לויטין, פ"ד מו(3) 617, 723-725 (1992); ע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מח(4) 749 (1994); ע"א 11771/04 לשכת עורכי הדין בישראל נ' הארגון הבינלאומי של עורכי-דין ומשפטנים יהודים (טרם פורסם, 22.1.2007)). אין המדובר בטענה משפטית העולה ביוזמת בית המשפט. הטענה עלתה בערכאה הראשונה, בהודעת הערעור שכנגד ובסיכומי הצדדים ועל כן איני רואה מניעה להשתית עליה את הכרעתנו.

31. בא כוחה של וינשטיין ציין בפנינו כי וינשטיין מבקשת לחזור בה מהערעור שהגישה (ע"א 5882/06) ככל שמהלך זה יביא למחיקת הערעור שכנגד שהגיש הבנק. אחרת, מבקשת היא להשאיר את ערעורה על כנו. ואולם על פי ההלכה שנקבעה בבית משפט זה "ביטולו של ערעור אינו גורר גם את ביטול הערעור שכנגד, אם המערער שכנגד עומד על רצונו שהוא יתברר" (רע"א 931/05 לוי נ' אבני מזרחי ביצוע בניה ואספקת חומרי בניין בע"מ (לא פורסם, 13.7.2005); וראו גם: ע"א 3375/96 ברוך מקל בע"מ נ' כור מתכת בע"מ (לא פורסם, 8.2.1998); המ' 734/75 אריאל נ' קירשבאום, פ"ד ל(1) 405, 410 (1975); זוסמן בעמ' 847). מכאן שמחיקת ערעורה של וינשטיין לא תוביל מניה וביה למחיקת הערעור שכנגד בו הועלתה טענת מעשה בית דין. לפיכך יוותרו הערעור והערעור שכנגד על כנם.

בקשה לצמצום ערעורה של וינשטיין

32. לאחר הדיון בפנינו הגישה וינשטיין שתי בקשות "לצמצום הערעור" ובהן ביקשה לצמצם את היקף פריסתו של ערעורה (ע"א 5882/06) אך ורק לסוגיות הנוגעות לשאלת הערכות הבנקאית וזאת במידה ונקבל את טיעוניה המשפטיים בעניין טענת

מעשה בית הדין. ואולם, בהשלמת סיכומיה לעניין סוגית ביטול פסק הדין מחמת תרמית מיום 22.6.2008 חזרה בה וינשטיין מבקשה זו.

טענת וינשטיין להעברת כספים מהחשבון שלא כדין

33. בנוסף לסכומים שנפסקו לטובת הבנק וחברת הליסינג בהתדיינות הראשונה ביקשה וינשטיין כי נפסוק לה גם סכום של 45,000 דולר (בתוספת ריבית) שלטענתה הועבר מהחשבון על ידי הבנק ללא הרשאתה בשנת 1987, דהיינו לאחר מתן פסק הדין בהתדיינות הראשונה. לדברי וינשטיין, בית המשפט המחוזי (השופט וסרקרוג) לא הכריע בטענתה זו. ואכן, סוגיה זו לא נדונה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. העברת הסכום הנזכר נעשתה כאמור לאחר מתן פסק הדין בהתדיינות הראשונה וגם מסקנתנו בעניין מעשה בית דין שהקים פסק הדין אינה מכריעה בטענתה זו של וינשטיין. שאלה זו נותרה אם כן פתוחה וטענות הצדדים בעניין שמורות להם.

ההשלכה לגבי הערעורים

34. פסק הדין שניתן במסגרת ההתדיינות השניה (ת"א 963/91) מבוטל, וממילא מתייחר הצורך לדון ביתר הטענות שהועלו בערעורים הנוגעים אליו במישורין - ע"א 4483/06, ע"א 5882/06 והערעור שכנגד שהוגש במסגרתו. ההכרעה בערעורו של הבנק על אופן חישוב הריבית של החוב שנפסק לטובת וינשטיין בהתדיינות השנייה (ע"א 4298/07) מתייחרת אף היא.

ההשלכה לגבי בקשת רשות הערעור

35. ביטולו של פסק הדין בהתדיינות השנייה מחזיר על כנו את הצורך להוציא לפועל את פסק הדין שניתן בתביעה הראשונה משנת 1985. להליכי הוצאה לפועל אלה מתייחס רע"א 2237/06 שהוגש, כאמור, על ידי הבנק ובמסגרתו מבקש הבנק רשות לערער על פסק דינו של השופט ע' גרשון מיום 14.9.2005. אלא שמאז הוגשה בקשת רשות ערעור זו השתנה מצב הדברים בין הצדדים לבלי הכר. ראשית, ניתן פסק דינה של השופטת וסרקרוג. בעקבות פסק דין זה ניתנה החלטה של ראש ההוצאה לפועל בחיפה לפיה התקבלה טענת הפירעון שהעלתה וינשטיין והחוב בתיק ההוצאה לפועל שפתח הבנק "אופס" (החלטה מיום 3.6.2007). ואולם, פסק דינו זה המבטל את תוצאותיו של פסק דינו של בית המשפט המחוזי ב-ת"א 963/91 (השופטת וסרקרוג) משנה שוב את מצב הדברים בין הצדדים. לכך יש להוסיף את העובדה כי אחת

מהמחלוקת העיקריות בין הצדדים במסגרת הליך ההוצאה לפועל נוגעת לסכום של 45,000 דולר הנזכר לעיל, שלטענת וינשטיין הועבר מהחשבון ללא הרשאה. במסגרת טענת "פרעתי" שהעלתה בפני ראש ההוצאה לפועל, חזרה וינשטיין על טענתה לפיה סכום זה של 45,000 דולר הועבר מהחשבון על ידי הבנק ללא רשותה, תוך יצירת יתרת חובה חדשה. ראש ההוצאה לפועל קבע, כי סכום זה שהופקד בחשבון על ידי כספי, שותפה של וינשטיין, הועבר לחברת הליסינג בהתאם להסכם פשרה אליו הגיעו כספי, הבנק וחברת הליסינג. על פי הסכם פשרה זה היה על כספי להעביר לבנק ולחברת הליסינג סך של 45,000 דולר וחזקה בחנות שהיתה בבעלותו ובתמורה התחייבו הבנק וחברת הליסינג לוותר "על החוב נשוא פס"ד ונשוא תיק ההוצאה לפועל... כלפי כספי בלבד..." (הסכם הפשרה, מוצג ה' לבקשת רשות הערעור ב-רע"א 2237/06). בית המשפט המחוזי (השופט גרשון) ציין, כי מהחלטת ראש ההוצאה לפועל עולה כי הוא הכשיר את פעולת העברת הסכום האמור מהחשבון שנעשתה על ידי הבנק. בית המשפט קבע, כי משעה שוינשטיין טענה כי העברת הכספים נעשתה מתוך החשבון ללא רשותה, הרי שראש ההוצאה לפועל לא היה מוסמך כלל לדון ולקבוע בעניין זה. בית המשפט הניח, כי השופטת וסרקרוג תכריע בטענה זו של וינשטיין ואולם, כאמור, בפסק דינה של השופטת וסרקרוג לא נערך דיון בטענה. בבקשת רשות הערעור שהגיש טוען הבנק, כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו זו ואילו וינשטיין תומכת בתשובתה לבקשת רשות הערעור בקביעתו של השופט גרשון. כאמור, מסקנתנו בעניין מעשה בית דין אינה מכריעה בטענת וינשטיין בדבר העברת הסכום האמור מהחשבון ללא הרשאה. ויודגש, כי אין אנו מחווים כל דעה באשר לטענה זו לגופה. להכרעה בטענה זו, בין שתיתן במסגרת הליך אזרחי נפרד ובין שתיתן במסגרת הליך ההוצאה לפועל, תהיה בוודאי השפעה על הליך ההוצאה לפועל. בנסיבות אלה נראה כי הצדדים, או מי מהם, יידרשו ממילא לשוב ולפנות בסוגיה זו ללשכת ההוצאה לפועל ולא מן הנמנע כי שם תינתן החלטה אחרת, עליה יוכלו הצדדים לערער. ייתכן אף שלא יהיה מנוס מנקיטת הליך אזרחי נפרד בעניין. גם מטעם זה, כפי שציינו כבר, סופה של ההתדיינות בין הצדדים – מי ישורנו, ואנו חוזרים וממליצים בפניהם לסיים את ההתדיינות ארוכת השנים בדרכי שלום. לנו לא נותר אלא להורות על מחיקת בקשת רשות הערעור. טענות הצדדים במסגרת הליך זה שמורות להם.

36. יצויין כי בטרם ניתן פסק דינו הגיש הבנק בקשה להוספת אסמכתא. מדובר בפסק דין של בית המשפט המחוזי מרכז (כבוד הש' א' דודקביץ) ב- ת"א 5867-08-07 מנור נ' גולדשטיין מיום 12.1.2009 בו אומצה למעשה העמדה שהשמיע הבנק לפנינו בעניין מעשה בית-דין. נוכח המסקנה אליה הגענו איננו נדרשים לבקשת הבנק להוספת אסמכתא זו.

37. פסק הדין שניתן ב-ת"א 963/91 מבוטל. וינשטיין תשא בשכר טרחת עורך דינו של הבנק בסך של 20,000 ש"ח וכן בהוצאות המשפט והכל עם הצמדה למדד מהיום ועד לתשלום בפועל בתוספת ריבית כחוק. בקשת רשות הערעור שהגיש הבנק (רע"א 2237/06) נמחקה ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

א. חוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת נאור מקובלת עלי. כמוה, סבורני כי תוצאה אחרת בשאלה העיקרית בה דנה, קרי השתק הפלוגתא או המניעות, קשה להלום, בכל הכבוד - גם כלפי בתי המשפט בעבודתם השוטפת, אך קודם כל כלפי הצדדים עצמם; זאת - שכן אין להלום כי נתבע "יסכים", אם באי התגוננות ואם באי התייצבות, לקבלת תביעה נגדו, רק כדי להיות לתובע באותו עניין עצמו במועד הנוח לו.

ב. חברתי מציעה שתי דרכי הנמקה, למעשה בית דין בנידון דידן; האחת היא השתק פלוגתא - תוך סטייה לכאורה מהאמור בהלכת אליהו (ע"א 202/70 אליהו נ' יחזקאלי, פ"ד כה(2) 425); אמרתי לכאורה, שכן ניתן גם לערוך הבחנה בין הנסיבות העובדתיות בשני המקרים. הדרך השנייה היא מניעות - בהתבסס בעיקר על הלכת אבוניל (ע"א 102/88 אבוניל נ' אבוניל, פ"ד מו(1) 741) והלכת גורה (ע"א 4087/04 גורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם)). כשלעצמי, איני בטוח שהלכות אבוניל וגורה עצמן אינן מיוסדות על דוקטרינה של מעשה בית דין (ראו הלכת אבוניל, עמ' 744; הלכת גורה, פסקה 9), ובכיוון זה נזדמן לי לומר מה בעבר (רע"א 1026/07 הרשקוביץ נ' החברה הישראלית לטבק (מ.ט.)) בע"מ (לא פורסם), פסקה ז(2)). עוד חוששני, שקשה לעתים להגדיר מתי התוה המחוקק דרך דיונית בלעדית - שהסוטה ממנה מאבד את זכותו; ומתי איפשר בחירה בין דרכים שונות. שאלת הסיווג הנדרש לדוקטרינת המניעות אינה פשוטה.

ג. ברם, בנסיבות סבורני כי ההלכה המוצעת בחוות דעתה של חברתי היא פיתוח מתבקש של הלכת אבוניל. לדידי אין מקום להבחין בין טענה שלא נטענה, לבין כתב הגנה שלא הוגש, ולבין אי התייצבות לחקירה. ההלכה לפיה "מעשה בית דין משתיק לא רק טענת בעל דין שנטענה, אלא גם טענה שחייב היה לטעון להגנתו, גם אם נמנע מעשות כן" (ע"א 461/58 חברת ביטום בע"מ נ' מנהיים, פ"ד יג(2) 937, 943 - השופט, כתארו אז זוסמן), היא מהותיות במשפטנו - לרבות מפי הנשיא אגרנט עצמו (ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כה(2) 561, 593 שם הביא גם מדברי השופט (כתארו אז) זוסמן בע"א 167/63 ג'ראח נגד ג'ראח, פ"ד י"ז(4) 2617, 2624-2625; וראו ע"א 217/90 הועדה המקומית לתכנון קריות נ' ירמיהו עיני חברה בע"מ, פ"ד מז(2) 111, וכן ע"א 9774/05 דאובן נ' רוקח (לא פורסם)). הלכה זו מלמדת, כי העובדה שבית משפט לא דן והכריע בטענה מסוימת באופן פוזיטיבי, אינה מכשול בלתי עביר להיוצרות מעשה בית דין בעניינה. לדידי השאלה מדוע לא נדונה הטענה לגופה - האם כיון שלא נטענה בכתב הגנה שהוגש, או כיון שנכללה בכתב הגנה שלא הוגש, או בשל אי התייצבות בעל הדין - אינה עיקר. הדגש הוא בעובדה, שלבעל דין היתה הזדמנות ליתן ביטוי לעמדתו בגדרי ההליך, והוא מסר את העניין להכרעת בית המשפט בלא שעשה כן. מבחינה זו הדברים נגזרים מדוקטרינת המניעות שבהלכת אבוניל (ואין איפוא הכרח להידרש לשאלת החזרה מהלכת אליהו), אך כאמור - איני בטוח שהבחנה בין הערוצים כה מובהקת. יומו של בעל הדין בדין הוא - לדידי הכלל, כמובן שיתכנו מקרים מורכבים יותר, המחייבים זהירות יתר. בגדרי האחרונים ניתן להזכיר פסקי בוררות (פרשת הרשקוביץ) ופסקי דין שניתנו בהסכמה (ראו רע"א 682/07 לבייב נ' גילד (לא פורסם), המתייחס גם ליסודות "מעשה בית דין").

ד. ביסוס עיוני לגישה זו - גם ללא הידרשות לדוקטרינה של מעשה בית דין, או ליצירת מניעות שיפוטית כאמור - מצוי גם במשפט העברי. ככלל נרתע המשפט העברי מחסימת בירור תביעה בטענת מעשה בית דין:

"כי מטרת משפט התורה ומגמתו היא שיהיה פסק הדין אמת לאמיתו, אמת לפי הטענות והבירורים שהיו לפני בית הדין; לאמיתו אמת בתוצאות... ועל כן לפי משפט התורה אין לסתום את הפתח ולהיאחז בטענת קם דינא ובמעשה בית-דין עד שאין להרהר אחריו" (ערעור תשי"ז/18 א' נ' ב', פד"ר ב' 262, 265, ההדגשה הוספה - א"ר; ע"א 513/98 דוד נ' גביש, פ"ד נג(2) 385, 394; רע"א 5285/03 כהן נ' בונה, פ"ד נט(1) 39, 47).

על "דין אמת לאמיתו" - שמקורו בבלי שבת י' י"א, מפי האמורא רבי חייא בר רב מדפתי "כל דיין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת מעלה עליו הכתוב כאילו

נעשה שותף לקדוש ברוך הוא במעשה בראשית" - ראו גם ח' כהן, "דין אמת לאמיתו" בתוך מבחר כתבים, קציר עשור הגבורות (א' ברק, ר' גביון, עורכים), תשס"א 309 (פורסם לראשונה בספר גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז), 35). כן ראו בג"צ 702/81 מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד לו(2) 1, 17-19 (השופט, כתארו אז, אלון); ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית, פ"ד נא(1) 68, 108 (השופט טירקל); ראו גם, לעניין בירור האמת, ח' שייך, הפילוסופיה של המשפט - עיון ישראלי (תשס"ח), 57-64; וכן ע' רדזינר, "צדק צדק תרדוף", דף שבועי 772, שופטים תשס"ח - אוניברסיטת בר-אילן; ע' שילה, "ושפטו את העם משפט צדק", פרשת השבוע 327, שופטים תשס"ח, משרד המשפטים (א' הכהן ומ' ויגודה - עורכים).

ה. ברם, על אף החתירה לתוצאה שהיא "אמת לאמיתו", ועל אף ההתנכרות לדוקטרינת "מעשה בית דין" (ראו א' שוחטמן, סדר הדין (תשמ"ח) 169), אין המשפט העברי (בהסתמך על תשובת הריב"ש (ר' יצחק בר ששת, אלג'יר, המאות י"ד-ט"ו), סימן רכז) מאפשר לדיין לפסוק סעד שלא נתבקש על ידי התובע:

"בעל דין שתבע חבירו בעד דבר מועט והדיין רואה
שיתחייב לו על פי הדין יותר ממה שתבע אין לו לדיין
לפסוק יותר ממה שתבע, ואם פסק לו יותר הוי טעות
בדין וחוזר [הרי זו טעות בדין, ויכול הנתבע לבטלן]
(הגהת הרמ"א, שלחן ערוך, חושן משפט יז, יב).

ההנחה היא, שבעל דין המודע לזכותו אך אינו תובע אותה בפירוש מוחל עליה - ומחילה זו, לפי הדין המהותי, משמעה ויתור על הזכות. כיון שמדובר בדוקטרינה שמקורה בדין המהותי (דיני מחילה) ולא בדיני הפרוצדורה (השתק), חלים עליה הכללים הרגילים - לרבות החובה שהמחילה תהיה מודעת (ראו באריכות בנושאי הכללים פרשני שולחן ערוך על אתר; עוד ראו ערעור תשי"ז/157 א' נ' ב', פד"ר ד 175, 178-180). ברם, ביסוד הדברים עומדת הנחה מהותית, כי בעל דין שבחר שלא לתבוע זכות מסוימת מוחל עליה - באופן שפסיקתה על ידי בית הדין עולה כדי טעות בזיהוי הזכויות המהותיות.

ו. אוסיף, כי ניתן לראות בדברים אלה פן נוסף של המאמץ ליצור דרך הוגנת לבירור סכסוכים. יהא מי שיכנה אותה "כלי יעיל לבירור סכסוכים" (כדברי המלומד ד' שוורץ, סדר דין אזרחי - חידושים, תהליכים ומגמות (תשס"ז) 40), אך לדידי יש לכך גם מימד ערכי של צדק דיוני, כדברי השופט נ' סולברג שהביאה חברתי: "דעת לנכון נקל, כי סופיות הדיון איננה 'לעומתית' לצדק... כי סופיות הדיון משרתת את הצדק" (ת"א

(ירושלים) 4582/03 ידיעות תקשורת בע"מ נ' צימרמן (לא פורסם); ראו גם רע"א 194/07 פור נ' המועצה המקומית פרדס חנה כרכור (לא פורסם); רע"א 2620/07 מדינת ישראל נ' ארלזוב (לא פורסם)). ודוק: ניתן לדבוק בצדק דיוני, שכן שני צדדים הם למשפט, וההגינות מחויבת כלפי שניהם. בשעתו כתב השופט עציוני - אל מול דבריו הנודעים של השופט ברנזון בהלכת ששון (ע"א 189/66 ששון נ' קדמה, פ"ד כו(3) 477, 479) כי הפרוצדורה אינה "מיטת סדום" - כהאי לישנא: "אמנם אין הפרוצדורה מיטת סדום, אך גם מזרן סתם אין היא, שאתה מקפלו וזורקו ממקום למקום" (ע"א 103/71 נורדיה נ' בכר, פ"ד כו(1) 325, 325; על פרוצדורה אזרחית בכלל, ראו ש' לוי, תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד (תשנ"ט)).

ז. בשעתו נזדמן לי לכתוב, ברשימה לכבוד פרישתו של השופט ש' לוי, "על דין אמת וסדר דין אמת, דברים לכבוד המשנה לנשיא בבית המשפט העליון, השופט ד"ר שלמה לוי עם פרישתו" (המשפט ט' (תשס"ד) 501, עמ' 501-502):

"אכן, יש המקלים ראש במידת מה בסדרי הדין מתוך תפיסת עולם שלפיה מסגרות 'פורמליסטיות' מכבידות על עשיית הצדק. אך הצדק צריך להיעשות לכל הצדדים, לא רק למי שסדרי הדין אינם נוחים לו, וסדרי הדין הם המרכבה לכך. המקל ראש בהם טועה. אכן, אולי אין הם במהותם משוש כל לב ואין בהם ניחוח של שיח הרבים... בבוא רש"י לאפיין את המשפט (בדונו בחושן המשפט שעל לב הכהן הגדול, שמות כ"ח, ט"ו - א"ר), מזכיר הוא את סדרי הדין: "שהמשפט משמש ג' לשונות, דברי טענות בעלי הדין, וגמר הדין ועונש הדין", קרי, למשפט שלבים סדורים, ומנהגו מנהג של שופי".

דברים אלה קרובים ברוחם לנושא ההשתק השיפוטי שהוטעם בפסיקתנו בעת האחרונה (ראו בין השאר רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625).

ח. ומן הכלל אל הפרט. המקרה שלפנינו אינו פשוט. מתחרים בו שני פסקי דין - האחד (בהתדיינות השניה) מפורט ומנומק, מקבל (בהיקף מסוים) את עמדת המערער לגופה; השני (בהתדיינות הראשונה) - ניתן בהעדר הגנה ובו מסקנה הפוכה. אכן, תחושת צדק אינטואיטיבית אומרת על פניה, כי פסק דין המברר את הסוגיה לגופה עדיף. ומקרה זה קשה במיוחד, כיון שבניגוד לתיקים "רגילים", בהם התשובה לשאלה 'מה היה קורה אילו היה התיק מתברר לגופו?' לוטה בערפל, במקרה שלפנינו - עקב דחיית טענת ההשתק - ניתנה תשובה בפסיקה בהתדיינות השניה. ער אני גם לחדותה

של התוצאה של קביעת מעשה בית דין בכגון דא, הדומה במובן מסוים לדחיה על הסף, הכרעה המחייבת זהירות רבה, אל מול שתי כפותיהם של מאזני הצדק (ראו ע"א 5634/05 צוקית הכרמל נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ (לא פורסם)). ואף על פי כן, משלקה התיק ב"חטא קדמון" - ויש משמעות לביטוי "קדמון" בתולדות התיק שתיארה חברתי - לא היה מנוס, עם כל הצער שבדבר למערערת, מן ההכרעה כנתינתה.

ט. סוף דבר, אבקש לצרף דעתי לדעתה של חברתי.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. לאחר שעיינתי בחוות הדעת המעניינת והמפורטת של חברתי, ראש ההרכב, השופטת מ' נאור ובהערותיו של חברי, השופט א' רובינשטיין, מצרף אני את קולי לתוצאה אליה הם הגיעו ואולם אני עושה כן רק בהתבסס על נימוק המניעות (החילופי), שפותח על ידי השופטת מ' נאור והחלתו על דרך התנהלותה של גב' דלה ויינשטיין (להלן – גב' ויינשטיין) במכלול. את טעמי לדעתי הנפרדת אציג בקצרה להלן.

2. ב"כ של גב' ויינשטיין ביקשו להסתמך בטענותיהם בפנינו על האמור בפסק הדין ב-ע"א 202/70 אליהו נ' יחזקאל פ"ד כה(2) 425 (1971) (להלן – ענין אליהו), שם נקבע, בין היתר, על ידי הנשיא ש' אגרנט בהסכמת השופט מ' עזיוני, כי החלטת בית משפט השלום בהתדיינות הראשונה לדחות בקשה לרשות להתגונן – איננה קובעת ממצא ואיננה מהווה השתק פלוגתא בהתדיינות נוספת בין הצדדים משום שלא נכון לומר כי באותו הליך – פלוגתא של ממש הועלתה לדיון, הובררה והוכרעה לגופה (כאן יצוין כי בעניין אליהו מ"מ הנשיא, השופט י' זוסמן, הסכים לכך שהערעור ידחה מהטעם השני שצוין שם על ידי שופטי הרוב, שתובענת המערער היתה קנטרנית עד כדי להצדיק מחיקתה בעוד היא באיבה).

חברתי, השופטת מ' נאור, סבורה כי הקביעה הנ"ל של שופטי הרוב בענין אליהו (אף שהיתה מפורטת מאוד) הינה בבחינת אימרת-אגב, הגם שהיא ערה לכך שאמירה זו קנתה לה לאחר מכן שביתה בחלק מפסקי הדין של בית משפט זה (ובכך לשיטתי הפכה בפועל להלכה, ואמנם אף חברתי מכנה אותה כך: הלכת אליהו).

עם זאת, השופטת מ' נאור גורסת שגם אם נראה בפרופוזיציה שהוצגה בענין אליהו הלכה – ראוי לסטות הימנה. בנקודה זו מרשה אני לעצמי לחלוק.

נוכח העובדה שהנשיא אגרוט ביסס את הנמקתו הנרחבת בהלכת אליהו על משפט משווה אמריקאי (ראו: Notes: "Collateral Estoppel by Judgment" 52 COLUM. FREEMAN ON JUDGMENTS ; L. REV 647, 656-655 (1952) , כרך 2, סעיף 689 עמ' 1453 ואילך (כן עיינו: כרך 2 הנ"ל, עמ' 1390-1395 – תוספת שלי – ח"מ); Restatement of the Law (1948) , סעיף 68, עמ' 293). בחרתי לבדוק מקורות נוספים של משפט משווה בארצות ה-C.L. (להן תפיסה דומה לשלנו בסוגיה של Res Judicata) ולבחון שמא גישתם שונה. בעקבות העיון מצאתי שהתשובה שלילית ומההנמקה שהובאה שם לענין זה הגעתי למסקנה שראוי להמשיך ולכבד את הלכת אליהו והגיונה. אפרט הדברים בתמציתיות בהמשך.

3. בבריטניה נפסק על יד ה-House of Lords וה-Privy Council בפרשת Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Mines Ltd [1964] AC 993 כי אין באמור בפסק דין שניתן by default בהליך הראשון כדי ליצור השתק פלוגתא בהליך המאוחר יותר לכל ענין שאיננו תואם במדויק (במובן הצר) את הקביעה הכלולה בפסק הדין הראשון. מכאן, שסוגיות דומות, או עניינים חוזרים (ולו במרחב הזמן), וודאי נושאים קרובים – אינם נתפסים בגדר הפלוגתא הפסוקה הראשונה. בהדגש מיוחד חלים הכללים הנ"ל על פרשנותם של מסמכים, להם נדרש בית המשפט בפסק דינו בהליך הראשון. ראו:

New Brunswick Rail Co. v. British and French Trust Corporation [1938] 4 All E.R. 747

Wallersteiner v. Moir [1974] 1 WLR 991, 1029-1030

עיינו עוד:

Spencer Bower, Turner and Handley, The Doctrine of Res Judicata, para. 44-51 (Butterworths – 1998) (להלן – Handley)

Zuckerman, On Civil Procedure Principles of Practice, para. 24.74(2nd ed. – 2008) (Zuckerman – להלן)

Peter Barnett, Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments para 1.28 – 1.29 (Oxford – 2001) (Barnett – להלן)

יצוין כי בספרות המשפטית באנגליה הובעה אף דעה קיצונית יותר (שלא התקבלה), השוללת כמעט לחלוטין את האפשרות להסקת השתק פלוגתא במקרים של

Default Judgment. ראו המאמר הסוקר נושא זה הן עניינית והן מבחינת ההתפתחות ההיסטורית של הכלל: DAVID ST. L. KELLY "Issue Estoppel – Judgments Founded on Assumptions – Default Judgments" 84 L.Q.R. 362 (1968). גישה זו התקבלה בדין הסקוטי. ראו: MARGRIE HOLLOWING LTD V CITY OF EDINBURGH (1994) SLT 971.

בקנדה העמדה בסוגיה בה אנו דנים דומה בעיקרה לזו שבאנגליה ובפרשת HARLAND V. WILLIAMS [1993] 40 A.C.W.S (3rd) 372 (B.C.S.C) הוסבר העניין כך:

"It appears to be well established that a restrictive operation, must be given to an estoppel arising from a default judgment. A judgment in default can only be used to estop what must "necessarily and with complete precision" have been determined in that proceeding. The reasoning behind this cautious approach to estoppel pleas based on judgments obtained in default, is that the policy considerations which underlie the principle of estoppel per rem judicatam do not necessarily apply to uncontested proceedings. There are many reasons why a party might allow a default judgment to be entered against him or her. The litigation may be inconvenient, expensive, or the party might simply be unaware that he has a potential defence or counterclaim. Courts appear generally to be of the view that this should not prevent a litigant from subsequently raising important issues which were not necessarily decided by the default judgment"

(שם, בעמ' 54-55)

עיינו עוד: DONALD J. LANGE, THE DOCTRINE OF RES JUDICATA IN CANADA (Butterworths, 2000), שם, בעמ' 191-192. (להלן – LANGE)

4. גם בארצות הברית התפיסה אותה הביע הנשיא אגרונט בהלכת אליהו – התמידה. עיינו:

CHRISTIAN v SIZEMORE, 185 W.Va 407, 409 (1991)
LARRY L. TEPLY AND RALPH V. WHITTEN, CIVIL PROCEUDRE p. 894 (New York, 1994) (להלן – TEPLY AND WHITTEN)

עם זאת החלו להישמע במדינות אחדות בארצות הברית גם גישות אחרות ברוח המוצע על ידי חברתי השופטת מ' נאור (ראו: JACKSON v. WHIPPLE, INC 225 Conn.705 (1993). יש לציין כי דעה זו לא נתקבלה בשלב זה, בין השאר מחמת כך שהוסבר כי גישה כזו עלולה להביא להגברה של התדיינות מיותרת (בהליך הראשון),

שהרי מי שהיום אינם מתנגדים בהכרח לקבלת פסק דין נגדם מטעמים שונים (ומתוך הבנה שלא יקום כנגדם השתק פלוגתא בעתיד) – יאלצו להתגונן ולהעלות בהזדמנות הראשונה כל טענה אפשרית (ובלתי אפשרית), שאם לא כן יהיו חסומים מלעשות כן בהמשך הדרך, אפילו תיווצרנה נסיבות מתאימות לכך.

ראו: TEPLY AND WHITTEN, שם, בעמ' 894. כן עיינו:

"Note: Collateral Estoppel in Default Judgments: The Case for Abolition",

70 COLUM. L. REV 522 (1970).

5. אצלנו הציג השופט (כתוארו אז) א' ריבלין תמיכה בהלכת אליהו בהחלטת דן יחיד ב-רע"א 144/00 ש.נ. גימורים בע"מ נ' בנק הפועלים לישראל בע"מ (לא פורסם, 2.7.2000); ההחלטה בוטלה לאחר מכן מטעמים שאינם שייכים לענייננו במסגרת ע"א (146/00). הסיטואציה שנדונה שם עסקה בתביעה שהוגשה כנגד בנק על ידי לקוחות שלו שטענו שנגרמו להם נזקים עקב התנהלות הבנק. עוד התביעה נשמעת והבנק הגיש מצידו תובענה בסדר דין מקוצר כנגד התובעים שתבעו אותו בתביעה הראשונה ובקשתם של אלה לקבל רשות להתגונן נדחתה. אז נשאלה השאלה האם ההחלטה לדחות את הבקשה לרשות להתגונן היא בבחינת השתק פלוגתא בתביעתם הראשונה של לקוחות הבנק כנגדו. על כך ניתנה בעניין גימורים מענה שלילי, בהתבסס על הלכת אליהו ופרשה זו מדגימה (בצד סיטואציות נוספות שנדונו בפסיקה המשווה שהובאה לעיל ובספרות המשפטית) אחד מהמצבים (מני רבים) שבהם לא ראוי להחיל את הרחבת הדוקטרינה של "השתק פלוגתא", כמוצע על ידי חברתי השופטת מ' נאור.

6. טעם המניעות, אותו העלתה חברתי השופטת מ' נאור יש לו עם זאת מקום – הן ככלל והן במקרה שלפנינו. באנגליה (מכוח פרשנות של הוראה סטטוטורית) נוקטים בדרך זו (בצד צמצום הדוקטרינה של השתק פלוגתא במצבים שתוארו לעיל) נוכח העובדה שהיא תורמת לריכוז (ללא אילוץ) של ההתדיינות בהליך הראשון וכן לאי-שימוש לרעה בהליכים, מה גם שדוקטרינה זו גמישה (וממילא תלויה נסיבות). עיינו:

ZUCKERMAN, para. 24.76

DE CRITTENDEN v. BAYLISS (DECEASED) [2005] EWCA Civ 1425

CIVIL PROCEDURE – THE WHITE BOOK SERVICE pp. 15-16 (para. 1.4.15) (2008)

מגמה דומה מתחילה להתפתח בקנדה. השוו:

LANGE, Chapter 7: Abuse of Process by Relitigation.

במקרה שלפנינו הדבר מוצדק במיוחד, שכן גב' ויינשטיין הגישה בשעתו בהליך הראשון בקשה לרשות להתגונן כנגד תביעת הבנק ותמכה אותה בתצהיר (לא מפורט). היא לא התייצבה לדיון בבקשתה על מנת להיחקר על תצהירה ולכן בקשתה נדחתה בתאריך 24.11.1985 בהחלטה שצוטטה בחוות דעתה של חברתי, השופטת מ' נאור. מיד לאחר מכן (בו ביום) נטל הבנק פסק דין על סכום התביעה. בעקבות זאת ביקש בא כוחה דאז של גב' ויינשטיין (שנכת בדיון) עיכוב ביצוע של פסק הדין ונענה, לאחר שהבנק השאיר הדבר לשיקול דעת בית המשפט. מעניינת היתה הנמקתו של ב"כ של גב' ויינשטיין בהקשר זה :

"אני שוקל הגשת ערעור. אני מבקש לבדוק מדוע לא קיבלנו הזמנה, אם לא קיבלנו הזמנה כזו, וכן כי מתנהלת בוורות בין הנתבעים לבין צד שלישי, נשוא הכספים המתוארים לעיל".

נוכח העובדה שעדעור לא הוגש בסופו של דבר על ידי גב' ויינשטיין – פתיחת ההליך השני לאחר שנים אכן צריכה להיחסם בשל מניעות, כמובהר על ידי השופטת מ' נאור (השוו: HANDLEY, שם בפסקה 44, ה"ש 128), במיוחד שהיא נגועה אף בשיהוי מאיין.

7. בהגיענו לקראת סיום רואה אני מקום להוסיף, על מנת שתנוח דעתה של גב' ויינשטיין, כי גם מבחינה משפטית נראה שהדין איננו עימה ולכן כה מצער שלא נענתה להפצרות החוזרות ונשנות שהפנינו אליה להגיע עם הבנק להסדר, שהבנק היה מוכן להציע לה לפנים משורת הדין (ושמא בשים לב לכך שאף התנהלותו במכלול היתה בעייתית לעיתים). מצאתי לנכון להעיר זאת ולהדגיש שהדין המהותי מצדד בגישת הבנק בהתחשב באמור בפסקה ז' בחוות דעתו של חברי, השופט א' רובינשטיין, הקוראת כך :

"ומן הכלל אל הפרט. המקרה שלפנינו אינו פשוט. מתחרים בו שני פסקי דין – האחד (בהתדיינות השניה) מפורט ומנומק, מקבל (בהיקף מסוים) את עמדת המערער לגופה; השני (בהתדיינות הראשונה) – ניתן בהיעדר הגנה ובו מסקנה הפוכה. אכן, תחושת צדק אינטואיטיבית אומרת על פניה, כי פסק דין המברר את הסוגיה לגופה עדיף. ומקרה זה קשה במיוחד, כיוון שבניגוד לתיקים "רגילים", בהם התשובה לשאלה 'מה היה קורה אילו היה התיק מתברר לגופו?' לוטה בערפל במקרה שלפנינו – עקב דחיית טענת ההשתק – ניתנה תשובה בפסיקה בהתדיינות השניה. ער אני לחדותה של התוצאה של קביעת מעשה בית דין בכגון דא, הדומה במובן מסוים לדחיה על הסף, הכרעה המחייבת זהירות

רבה, אל מול שתי כפותיהם של מאזני הצדק (ראו ע"א 5631/05 צוקית הכרמל נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ (לא פורסם)). ואף על פי כן, משלקה התיק ב"חטא קדמון" – ויש משמעות לביטוי "קדמון" בתולדות התיק שתיארה חברתי – לא היה מנוס, עם כל הצער שבדבר למערערת, מן ההכרעה כנתינתה".

בהתייחס לדברים הללו חש אני חובה לציין כי מעיון בכל החומר הרב והעצום שהונח לפתחנו במכלול זה הגעתי לכלל מסקנה שבאחת מהסוגיות המרכזיות שעמדה בפני בית המשפט הנכבד קמא – התשובה המשפטית שניתנה שם ואשר צידדה בעיקר טיעונה של גב' ויינשטיין איננה עומדת במבחן הביקורת. השאלה היתה האם חשבון הבנק אותו פתחה גב' ויינשטיין עם אחד היזמים של חברה ביסוד (טרם השלמת רישום התאגיד) הטיל עליה חבות אישית (בהינתן שבשלב כלשהו לאחר מכן הוקמה החברה ומסמכי הרישום הועברו לבנק), או שמא רק החברה חייבת. מבלי להיכנס פה לפירוט עובדתי והלכתי בעניין מורכב זה, דומה עלי שנוכח העובדה שגב' ויינשטיין לא הוכיחה כי התאגיד שהוקם אישר את פעולת היזמים שנעשו למענו לפני היווסדו, או כי הביאה אישור כאמור לידיעת הבנק – כי אז הבנק היה רשאי לראות בה כבעל דברו, זאת במשמעות סעיפים 6(ב) ו-1(ג) לחוק השליחות, התשכ"ה – 1965.

(אוסף עוד כי בשל הקשיים שיש בהוראות הסעיפים הנ"ל, חוק החברות התשנ"ט – 1999, שלא חל על המקרה שבפנינו, ביקש לקבוע בסעיפים 12-14 שבו הסדר משלים נוסף לשלוש מערכות יחסים:

(א) היחסים שבין החברה (לאחר שהתאגדה) לבין הצד השלישי עמו ערך היזם מו"מ, או כרת חוזה (בעבור החברה).

(ב) היחסים שבין הצד השלישי לבין היזם.

(ג) היחסים שבין החברה (לאחר שהתאגדה) והיזם.

ראו: יוסף גרוס, חוק החברות החדש 81-87 (2007)).

8. נוכח כל האמור לעיל, הנני מצטרף איפוא לתוצאה אליה הגיעו חברי. עם זאת, לא למותר לציין לבסוף כי יתכן ועדיין פתוחה הדרך בפני הצדדים להגיע להסדר משום דרכי שלום, שהרי ממילא עוד תלויים ועומדים הליכים שונים ביניהם, וראוי הדבר.

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, י"ב באדר, תשס"ט (8.3.2009).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט