

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 632471/9

בבית הדין הרבני האזורי ירושלים

לפני כבוד הדיינים:

הרב אוריאל לביא – אב"ד, הרב דוד דב לבנון, הרב חיים ו' וידאל

התובעת: פלונית

נגד

הנתבע: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד גיורא דבל)

הנדון: שכר כונס נכסים שלא השלים את מלאכתו

החלטה

יצוין לפסק הדין מיום ד' כסלו תשפ"ב (08/11/2021) ועפ"י הסיפא לפסק הדין, להלן השלמה באמצעות החלטה הקובעת את סיום פעילותו של כונס הנכסים ואת שכרו.

ביחס לפעילותו של כונס הנכסים, יובהר: בתי הדין הורגלו למנות כונסי נכסים בנסיבות שקיים הכרח למינויו, כשהמטרה הברורה היא מימוש פסק הדין והוצאתו לפועל. עלינו להגדיר את מעמדו ואת הדרך הנכונה לקביעת שכרו.

אמנם, המושג "כונס נכסים", אינו מוכר בש"ס ופוסקים, אך מצאנו כעין מינוי של כונס נכסים שהוסדר בתקנת קהל. כגון, בפנקס ועד ארבע הארצות, תקנה ק"ב, נכתב אודות חייב המשתמט מפירעון חובו – "מיד כשיצא עליו הקול שהוא בורח, מחויבים הראשים ליקח כל אשר לו, וישביעו אותו ואת אשתו שאין לו מזומנים ולא העלימו כלום, ויתנו הכל ליד הנאמן ... ויוכתב בפנקס הקהל שהבית שייך לנאמן, והנאמן ימכור הכל תוך חצי שנה ויתנם לבעלי חובות".

ביחס למעמדו ההלכתי של כונס הנכסים, יצוין לפסק דינו של ביה"ד האזורי בנתניה שבפד"ר כרך כ' עמ' 178 שדנו בנסיבות של כונס נכסים שהתמנה עפ"י הסכמת הצדדים בהסכם הגירושין, ובפסק הדין ניתן לו מעמד של שליח בני הזוג. אך בהתאם למבואר להלן, אין מקום למסקנתם.

בתי הדין כמו בתי המשפט מוסמכים למנות כונסי נכסים המקבל מעמד מיוחד עפ"י חוק המאפשר לו להשלים את המטלה שהוטלה עליו. סמכות בית הדין ביחס לכונס הנכסים נקבעה בסעיף 7 ד' לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז-1956 שבו נכתב:

"(א) בית דין, כשהוא דן בענין שבשיפוטו, רשאי למנות כונס נכסים (בסעיף זה – הכונס) על נכס מסוים של נתבע, אם הוכח להנחת דעתו, כי קיימות ראיות מהימנות לכאורה התומכות בעילת התובענה וכי קיים צורך מיוחד במינוי הכונס לשם ביצוע פסק הדין, ולענין זה יחולו, בכפוף להוראות סעיף זה, הוראות סעיפים 53 עד 57 ו-60 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, וכפי שיתוקן מעת לעת, בשינויים אלה..."

(ב) בית הדין יקבע את שכרו של הכונס, בהתאם לתקנות סדר הדין האזרחי החלות בתובענות בעניני משפחה".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

החל מהמועד שכונס הנכסים ממונה, הוא מוגדר כשליח בית הדין ואינו רשאי לפעול אלא עפ"י הוראות בית הדין, וככל שיקבל מבעלי הדין הוראות אחרות שאינן מתיישבות עם הוראות בית הדין, עליו להימנע מלפעול עפ"י הוראותיהם, הגם שהנידון הוא פירוק שיתוף בנכס השייך להם. וזאת מאחר והמנדט שניתן לו הוא להוציא לפועל את פסק הדין, הא ותו לא.

כאמור, תפקידו של כונס הנכסים הוא לממש את הוראות ביה"ד, ומחויב באישור בית הדין לכל פעולה הנעשית במסגרת תפקידו, וזאת מאחר שכוחו וסמכותו נובעים מכוח הערכאה השיפוטית אשר הוא פועל בשמה. כפי שמנסח זאת השופט בדימוס ד' לוי, עא 2077/92 שלדון ג' אדלסון נ' ראובן רייף, פ"ד מז(3) 485: "כונסי הנכסים הם פקידי בית המשפט ופועלים בשמו. חייבים הם אפוא במידת האובייקטיביות במילוי תפקידם, בנאמנות לבית המשפט בלבד ובציות להוראותיו".

הכללים הנכונים ביחס לנאמנות כונס הנכסים, יכולים להילמד מדינו גבאי צדקה, הממונה על ידי הציבור, ומתשובת מהר"ם שנפסקה בשו"ע הלכה למעשה.

בגמרא מסכת בבא בתרא דף ח עמוד ב':

"אמר מר אין עושין שררות על הצבור פחות משנים. מנא הני מילי אמר רב נחמן, אמר קרא והם יקחו את הזהב וגו'. שררות הוא דלא עבדי, הא הימוני מהימן, מסייע ליה לרבי חנינא, דאמר רבי חנינא מעשה ומינה רבי שני אחין על הקופה".

ופרש רש"י: "הא הימוני מהימן, יחיד להיות גזבר".

בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סי' אלף יב, שהובא במרדכי ב"ב סי' תפ"ט, כתב אודות גבאי צדקה שהציבור מינה:

"כיון דבעודו גבאי אמר כך וכך הלווייתי לצדקה ובשעת סילוקו תבע מן הקהל לפרעו אותם שני זקוקין מן הצדקה, והשיבהו אין עתה במזומן בכיס אנו נצוה לגבאי חדש [כשיהי'] לו בכיס במזומן מעות מוכנים שיתן לך, נראה דנאמן בלא שבועה. כיון דכך הוא דרך הגבאים כשאין בכיס שלפעמים מלוים משלהם עד שיהא בכיס ואז הן פורעין לעצמן, ואדעתא דהכי מוקמי להו שיעשו כן וכל מה [דעשה אדעתא דקהל עשה]. הלכך יפרעו לעצמן ויהא נאמן לומר כך וכך הלויתי, דכיון דבדעת בני העיר תלוי רשאי בני העיר לעשות תמחוי [קופה] וקופה תמחוי ולהעמיד גבאים ולהאמינם, וכן משמע פ"ק דב"ב (ח' ע"ב) דהגבאים נאמנים בכל מה שיאמרו".

בדרכי משה יורה דעה סי' רנ הביא מדברי מהר"ם, וכתב:

"פסק רבינו מאיר דהגבאי שאומר בעודו גבאי כך וכך הלויתי לתוך כיס של צדקה, נאמן בלא שבועה, אך לא אחר שסילקהו. כיון דכך הוא דרך הגבאים שהם מלוים לתוך כיס של צדקה עד שיהא בכיס מעות, ואדעתא דהכי מוקמינן להו עכ"ל".

וכן פסק בשו"ע יורה דעה סי' רנז סעיף ו':

"הגבאי שאומר בעודו גבאי: כך וכך הלויתי לכיס של צדקה, נאמן בלא שבועה. אך לא לאחר שסלקהו".

ביחס למה שאינו נאמן לאחר שסילקהו, עיין בב"ח ובט"ז ובש"ך. אך ביסודו של דבר, ההלכה ברורה שלגבאי נאמנות, והטעם מבואר במהר"ם - "דכיון דבדעת בני העיר תלוי, רשאי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בני העיר לעשות תמחוי [קופה] וקופה תמחוי ולהעמיד גבאי, ולהאמינם". הרי שיסוד הנאמנות נובע מדעת בני העיר שמינו אותו, ועפ"י הכללים שקבעו, נקבעה נאמנותו.

בשו"ת מהריט"ץ החדשות סי' פה הביא מדברי מהר"ם, ודן בשאלת נאמנותו לאחר שסלקוהו, ובסיום דבריו כתב:

"והשתא נפקא לן בנדון דידן דנשבע ונוטל, כיון שעל פי דברי הקהל שאמרו לו שיתן כך וכך ונתן יהיה נשבע ונוטל. אמנם יש לדון ולחלוק ממה שבא בשאלה שלא ידע בנתינתם שום אחד מהקהל ולא סופר הקהל וכו'. כנראה מדברים הללו, שמנהג הגבאים שלא לעשות דבר אלא בפני הסופר או איזה נאמני הקהל. ואם הוה כן מנהג פשוט, זה פשע ולא עשה. בודאי שלא יהיה נאמן בשבועתו, דכיון שהוא מנהג פשוט של כל הגבאים שלא יעשו דבר כי אם בפני הסופר או איזה נאמני הקהל, הוה ליה כאילו אמרו לו תן כך וכך בפני הסופר או נאמן הקהל ולא האמינוהו על פי דברו אפי' בשבועה. כך נלע"ד פשוט אם הוא מנהג קבוע".

עוד יצוין לדברי הרשב"א בסוגיא במסכת בבא בתרא (שם), בביאור ההלכה שיכולים לשנותו לכל מה שירצו:

"וא"כ היאך ישנו אותו לדברים אחרים ואפילו הפרנסין והרי הן גוזלין את החיים ואת המתים, ואפשר דכל מה שהגבאין גובין על דעת הפרנסין הן גובין ומי שנותן על דעתן הוא נותן והרי זה כאלו התנו בשעה שהם גובים, וכענין שאמר רב אשי אנא אתנוי נמי לא צריכנא כיון דכל דאתי אדעתא דידי אתי מאי דבעינא עבידנא ביה".

העולה מהאמור, הגם שהכסף מצוי בקופת הצדקה הוא ממון עניים, הגבאי והגזבר קבלו נאמנות בכל נעשה בקופה, למרות שהוא אחד ואין שני עדים על מעשיו, ואפילו נאמן לגבות לעצמו מקופת הצדקה, על פי דבריו שמחזיר לעצמו הלוואה שהלווה לקופת הצדקה. והיינו מאחר של דעת כן התמנה, ועם מינויו קיבל נאמנות גורפת שאינה בעלמא בשאר דיני ממונות.

ונראה שהביאור בהלכה זו, שהגבאי והגזבר, המקבל כוחו מהציבור, שיש להם כח בית דין, נעשה כשליח בית דין. דינו של שליח בית דין התבאר במסכת בבא קמא דף קיב עמוד ב':

"אמר רבינא: האי שלוחא דרבנן מהימנינן ליה כבי תרי. וה"מ לשמתא, אבל לפתיחא, כיון דממונא קא מחסר ליה, דקא בעי ליה למיתב ליה זוזי לספרא, לא".

ופרש רש"י: "שליח דרבנן, שהלך להזמין איש לדין וחזר ואמר לב"ד אינו רוצה לבא. מהימנינן ליה כבי תרי דלא משקר כבי דינא".

ובש"ט"ק בשם רבינו יהונתן באר: "דאימת בית דין עליו ולא משקר להו".

בספר או"ת, אורים סימן יא ס"ק ט', כתב:

"הקשה הפרישה (דרישה ס"ד) הא מספקא לן אי חזקה שליח עושה שליחותו, ולכך קי"ל בשל תורה מתמירין דלא עשה שלוחו [כמבואר בעירובין לב א], ואף כאן נימא קולא לנתבע. ותירץ באמת לא מפקינן ממון על זה החזקה רק מנדין אותו. ולדבריו שכר פתיחא מפסיד התובע, דהא לענין להוציא ממון אין אומרים חזקה שעשה שליחותו. ולא כן משמע מסתימת השו"ע והפוסקים. ולכן יותר נראה דשליח דהוא בצווי ב"ד אמרינן ודאי דעשה שליחותו, כי חזקה שלא יסרב פי ב"ד, והשליח ב"ד אומר לשכנים בשם וצווי ב"ד שיאמרו לו שמזומן לב"ד, ובהא ודאי אמרינן עשה שליחותו".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובספר נתיבות המשפט סימן יא ס"ק א', באר הלכה זו של שליח בית דין, וכתב:

"על כרחך צריכים לפרש דהכא מיירי שהשליח ב"ד או השנים מעידין שהבעל דין השיב שאינו רוצה לבוא, דאז מנדין אותו מיד, ומשום הכי על הוצאת ממון דהיינו על כתיבת הפתיחה בעי שנים. אבל אם ראינו שלא בא, מנדין אותו למחרתו וכותבין פתיחה, ואין חוששין כלל שמא לא הגיד שליח ב"ד, כי חזקה שליח עשה שליחותו ולא המרה פי ב"ד, אף דחזקה שליח עושה שליחותו לא מהני להוציא ממון, שליח ב"ד שאני, וכן כתב באורים סק"ט. ודוקא על התשובה שהשיב הבעל דין, אין שליח ב"ד נאמן נגד הוצאת ממון, אבל על גוף השליחות אם עשה שליחותו סומכין על החזקה אפילו נגד הוצאת ממון, וכן נוהגין ששולחין כל ההתראות על פי שליח ב"ד לבד".

הרי ביחס למשימה שבית הדין הטיל על שלוחו, השליח נאמן כמו שני עדים, כגון לבצע את מסירת ההזמנה לידי הנתבע. אלא שלא הוטל עליו להודיע לבית הדין מהי תגובתו של הנתבע, ביחס למשימה זו ולעניין הוצאת ממון, השליח ככל אדם אחר.

נחזור לנידון דנן: הדבר פשוט וברור שכונס הנכסים הינו שליח בית הדין לביצוע פסק דינו, וזאת מאחר וכל מינוי כונס נכסים על ידי בית הדין נועד להביא למימוש פסק הדין, באמצעות שליח בית הדין, ומינויו ופעילותו היא עד דעת הכללים הקבועים בחוק ובתקנות הרלבנטיות. כיוון שכן כונס הנכסים נאמן ביחס לפעולות שביצע כל עוד לא התברר אחרת. ודינו כשליח בית הדין, לכל מה שעשה בתוקף תפקידו ככונס נכסים.

גם כשכינוס הנכסים, הוסכם על בעלי הדין, עדיין מעמדו של כונס הנכסים הוא במעמד של שליח בית הדין האמון על ביצוע פסק הדין. וגם ביחס לנידון זה יש לקבוע את היסוד שכתבו הרשב"א ומהריט"ץ בתשובתו הנזכרת, שאם מנהג פשוט שהפעילות נעשית בדרך מסוימת עם כללים ידועים, הרי שעל דעת המנהג הוא פועל.

ביחס לשכ"ט כונסי הנכסים. השכר המירבי הקבוע בחוק הוא 4%+מע"מ. יצוין לסעיף 7 ד' לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז-1957, הנזכר לעיל המפנה אל הכללים החלים לעניין תיקי משפחה, והשיעור הנ"ל הוא המירבי, כמפורט בתקנה 258 טז לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד – 1984 שבה נקבע - "בית המשפט יקבע את שכרו של כונס נכסים; השכר שיקבע לא יעלה על 4 אחוזים מתקבולי מימוש בדרך של מכירה".

יובהר, בהיבט העקרוני, הקריטריונים שינחו את בית הדין או את בית המשפט בבואו לפסוק את שכר הכונס, יהיו:

א. האם ההליך הושלם או בוצע בחלקו בלבד, ומה היו התוצאות הכלכליות שהושגו בהליך הכינוס. ב. שווי הנכס. ג. הפעולות שנעשו ע"י הכונס, היקפן של הפעולות, ומידת המאמץ והטרחה של הכונס. ד. ההוצאות שהוציא הכונס במהלך מילוי תפקידו. ה. המומחיות והמוניטין של הכונס.

(ראה: תמ"ש (ת"א) 5680/98 עו"ד הנריק נ' אביהו שחר (לא פורסם, ניתן ביום 14.6.99) והשווה ע"א 778/81 עו"ד סלומון וולף נ' בנג'מין פ"ד מ(1) 365).

אך בסופו של דבר קביעת השכר אינו הליך המתקיים בין בעלי הדין וכונס הנכסים, מאחר שכונס הנכסים אינו שלוחם, ואינו כפועל או קבלן שהצדדים העסיקו אותו, כונס הנכסים הינו שליח בית הדין בלבד שהיעד היחיד שהוא מופקד עליו הינו: מימוש פסק הדין. כיון שכן, אין מקום להליך שיפוטי "שמוע בין אחיכם", בין כונס הנכסים לבעלי הדין, וגם אין הכרח לקיים

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הליך בבית הדין לדיון שבו כונס הנכסים מציג את טענותיו, אלא די שכונס הנכסים יציג בבקשה בכתב את היקף פעילותו, ודי בכך, ולאחר מכן שכרו ייקבע עפ"י שיקול דעת בית הדין, ומאחר שכך הוא הנוהג בערכאות השונות בקביעת שכרו של כונס נכסים, אדעתא דהכי כונס הנכסים התמנה, ששכרו ייקבע בדרך זו.

במקרה שבפנינו, אנו נוכחים שכונס הנכסים עשה את מלאכתו כמתחייב, עד למועד שבו התברר שקיים הסכם בין הצדדים, שהסכימו שהאשה תרכוש את הדירה בירושלים, והאיש ירכוש את הדירה באשקלון, הסכם שלאחר זמן אושר והביא לכך שפעילותו של כונס הנכסים אינה נחוצה.

בנסיבות אלו יש מקום לקצוב את שכרו של כונס הנכסים, שיעמוד על סכום המביא בחשבון את פעילותו, כדלהלן:

כל ההוצאות לפרסום שכונס הנכסים הוציא ישולמו על ידי הצדדים בחלקים שווים. ובנוסף הצדדים ישלמו לכונס הנכסים סך 5,000 ₪ + מע"מ, שישולם על ידי שני הצדדים בחלקים שווים. עם קבלת אישור מכונס הנכסים על התשלום האמור, תינתן החלטה לביטול הליך כינוס הנכסים.

הרב אוריאל לביא – אב"ד

נימוקים נוספים מאת הרב חיים ו' וידאל

הגדרת מסגרת תפקידו של כונס נכסים

לפי הגדרות החוק המבוארות לעיל, נראה כי שכרו של כונס ניתן עבור שני תפקידים שונים. הא' ניהול של הנכס. ב' מכירתו של הנכס לאחר שביה"ד קבע את מחיר הנכס על פי שמאות, מגיע השלב שביה"ד ממנה כונס לנהל את הנכס לקראת מכירתו, הכונס משמש כעין מתווך בין רוכשים פוטנציאליים לבין בעלי הנכס. במסגרת ניהול הנכס, על הכונס לרשום הערת אזהרה על הנכס המדובר, עליו לפרסמו, להזמין קונים פוטנציאליים, ליידע את הצדדים על הצעת הרכישה הטובה ביותר ע"י הרוכש פוטנציאלי. לאחר מכן בא השלב של מכירת הנכס לאחד הצדדים או לרוכש הפוטנציאלי, ובכלל זה לערוך התמחרות בין הרוכשים הפוטנציאליים ולערוך הסכם מכר עם הרוכש שזכה בהתמחרות. בכל אחד מהשבילים האלה על הכונס ליידע את ביה"ד כדי לקבל את אישורו להמשיך בשלב הבא.

לפי החוק שכרו של הכונס לא יעלה על 4% מערך הנכס. וזאת בשונה משכרו של מתווך שלא עולה על 2% מערך הנכס. ההבדל בין שכרו של כונס לשכרו של מתווך נעוץ בעובדה שמלבד עבודת התיווך המוטלת עליו, קודם לכן עליו לנהל את הנכס לקראת מכירתו וכנ"ל, לפיכך מגיע לו תוספת שכר גם על עבודה זו.

יתכן מצב בו הכונס ביצע את מסגרת עבודתו ביחס לניהול הנכס, משום שעשה את כל המוטל עליו במסגרת ההכנה למכירת הנכס, אך לבסוף הנכס לא נמכר, כגון במקרה שלפנינו, שהצדדים הגיעו להסכם לרכוש את הנכס זה מזו. וכעת עולה השאלה האם מגיע לכונס שכר לפחות על ביצוע ניהול הנכס ככל שיתברר שהוא ביצע את כל השלבים המוטלים עליו, או שמא כיון ששכרו של הכונס נקבע מראש לפי אחוזים, ללא הבחנה בין ניהול הנכס לבין מכירתו בפועל, הרי שיש

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מקום לומר שגדרו כמו מתווך שכל עוד הנכס לא נמכר, לא מגיע לו שכר על עבודתו, למרות שהוא פעל ככל הנדרש כדי להביא לתוצאה.

אכן לפי האמור בתחילת דברינו, שהגדרת מסגרת עבודת הכונס מתחלקת לשנים, הגם כי הוא מקבל שכר אחיד על כלל עבודתו, מכל מקום נראה כי על עבודת הניהול שבוצעה כראוי, מגיע לו שכר כפי שמקובל לשלם על ביצוע עבודה שכזו – אם לפי שעות ואם לפי מחיר גלובלי, שאם לא כן, החוק לא היה מבחין בין גובה שכר עבודתו של מתווך לבין גובה שכר עבודתו של כונס.

מי הוא המפעיל-המעסיק של הכונס

הנה יש לחקור מיהו המפעיל או המעסיק של כונס הנכסים. מצד אחד ביה"ד הוא זה שממנה את הכונס, ובנדון שלפנינו לא קדמה להחלטת ביה"ד הסכמת הצדדים למינוי כונס, אשר מתבקש לכאורה כי ביה"ד הוא המעסיק או המפעיל של הכונס. יחד עם זאת, גם לפי דרך זו, ברור כי חובת תשלום שכ"ט אינה באחריות ביה"ד, אלא ביה"ד גובה את שכ"ט מהצדדים לפי שיקול דעתו. נמצא לפי דרך זו הא', כי ביה"ד הוא המפעיל-המעסיק את הכונס בשביל הצדדים, כאשר ברור מראש שהצדדים נושאים באחריות שכ"ט של הכונס. כדרך זו העלה כב' אב"ד הגר"א לביא שליט"א וכך נקטו ביה"ד הרבני בחיפה (תיק מספר 577606/3 פורסם בנבו).

מצד שני, קשה לקבל את החשיבה כאילו ביה"ד פועל כ"חברת כח אדם", שהוא נותן השירות לצדדים באמצעות הכונס. משל למה הדבר דומה, לאדם שאינו מסלק "מפגע" שיוצא מביתו לרה"ר, הדין הוא שלאחר שמתרים בו, ביה"ד שוכר פועלים לסלק את המפגע על חשבון בעל הבית, וביה"ד יורד לנכסי אדם זה כדי לשלם לפועלים. בפשטות, מהות ההליך הוא שבעל הבית הוא החייב לסלק את המפגע, וככל שהוא אינו פועל לסלקו, ביה"ד מחייב אותו לקיים את חיובו, וככל שנדרש לשכור פועלים עבור כך, ביה"ד נחשב כמי ששוכר את הפועלים עבורו ובשליחותו. כמו כן בנדון שלפנינו כאשר הצדדים אינם מסתדרים בחלוקת הרכוש, כאשר צד אחד תובע את פירוק השיתוף, ביה"ד פועל לפירוק השיתוף מדין "גוד או אגוד" כמבואר בחו"מ סימן קעא. וככל שביה"ד רואה שאין ההליך מתקדם, ממנה הוא כונס נכסים לכדי לכוף את הצדדים על פירוק השיתוף על הצד הטוב ביותר לשני הצדדים. נמצא לפי הבנה זו, שביה"ד פועל בשליחות הצדדים לפרק את השיתוף, וביה"ד משמש רק כעין "מתווך" בין הצדדים לבין הכונס, לקיים את חיובם של הצדדים בפירוק השיתוף¹. נמצא לפי דרך זו הב', שלמרות שביה"ד הוא שממנה את הכונס, מכל מקום מבחינה מהותית, נחשב הדבר שהצדדים מפעילים-מעסיקים את הכונס בתיווכו ביה"ד, ופשוט לפ"ז שהצדדים הם האחראים לתשלום שכ"ט של הכונס כיון שהם הם המפעילים-המעסיקים הישירים מול הכונס. כדרך זו נקטו הגרש"ח רוזנטל שליט"א והגרש"מ עמר שליט"א בהיותם בהרכב ביה"ד נתניה פורסם בפד"ר חלק כ עמוד 191².

¹ ראה ברמ"א חו"מ סימן שלג סוף סעיף ה' בשם מהרי"ק, אין אפשרות לקבע הסכם שכירות פועלים מחייב כשהמפעיל אינו חייב לשלם לפועל. אולם בנדון זה י"ל שאם ברור שצד ג' ישלם את שכ"ט הפועל שפיר דמי, וה"נ אם ברור שהצדדים אחראים לתשלום הרי זה בכלל שכירות פועלים.

² פסק הדין ניתן בביה"ד נתניה ע"י הדיינים הגרש"ח רוזנטל - אב"ד, הגרמ"מ פרבשטיין והגרש"מ עמאר. המקרה המדובר שם היה בהסכם גירושין שאושר בביה"ד, ובו הוסכם למנות כונס נכסים למכירת הדירה, כאשר לאחר זמן חזרו בהם הצדדים מהסכמה זו. ונחלקו הדיינים בהגדרת תפקידו של הכונס, לדעת הגרש"מ עמר שליט"א, הכונס הוא שליח רק של הצדדים ויש ביכולתם לבטלו בכל זמן, גם לאחר שההסכם אושר בביה"ד. לדעת הגרמ"מ פרבשטיין שליט"א לאחר שהצדדים מינו את הכונס והדבר קיבל את אישור ביה"ד, מעתה הכונס דינו כשליש שקנה זכויות בדירה לענין מכירתה, ולא ניתן לחזור מכך. לדעת הגרש"ח רוזנטל שליט"א, לכונס אין

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

במקרה שלפנינו הצדדים החליטו על דעת עצמם למכור את הדירה אחד לשני, ללא סיוע הכונס. ויש לבחון את המקרה שלפנינו לאור שני הדרכים הנ"ל. לכאורה לפי הדרך הא' שביה"ד הוא המפעיל את הכונס, אין כאן חזרת בעה"ב, כי ביה"ד (שהוא המפעיל-המעסיק) מעולם לא חזר בו מהעסקתו, אלא נוכח החלטת הצדדים למכור אחד לשני, השלמת ההליך ע"י הכונס מתייטר. אבל לפי הדרך הב', שהצדדים נחשבים למפעילים-מעסיקים של הכונס, ככל שהם התסדרו לבדם במכירת הדירה, נחשב כחזרת בעה"ב.

לפי ההלכה, גדרו של כונס הוא כשל קבלן שמקבל את שכרו עם השלמת עבודתו, ויש לדון בנסיבות שלפנינו ולפי שני הדרכים הנ"ל, מהו שכרו של קבלן ביחס לעבודתו שכבר בוצעה וכן ביחס לעבודה שטרם בוצעה (שהייתה יכולה להתבצע אילו לא הצדדים הסתדרו ביניהם).

יוזכר כבר כעת שנ"מ נוספת בין שתי הדרכים, שתבואר יותר בהרחבה בהמשך, שלפי דרך הא' יש מקום לומר שהכונס אינו בעל דין של הצדדים, לפיכך אין עליו חובת התייצבות בדיון בכל הנגוע לבירור אם הוא עשה את עבודתו או לא. אבל לפי הדרך הב' שהצדדים הם המפעילים-המעסיקים של הכונס, ככל שיש טענות ומענות לצדדים כנגד הכונס, על הכונס להתייצב לדיון ככל בעל דין. אולם להלן נבאר שלפי כל הדרכים בני"ד, לא ניתן לפטור את הכונס מחובת התייצבות.

חזרת בעל הבית מהעסקת קבלן

הנדון ההלכתי המתייחס לקבלן כשבעה"ב חזר בו מלהעסיקו לאחר שכבר החל במלאכתו, מובא ברמ"א חו"מ סימן שלג ס"ד שפסק על פי דברי הטור, כאשר בעה"ב העסיק קבלן והקבלן החל בעבודתו, וחזר בו בעה"ב, יד בעה"ב על התחוננה. ההשלכות הנובעות מקביעה זו, כי ככל שהמלאכה התייקרה, דהיינו במקרה שבכדי שתושלם המלאכה, על בעה"ב להוסיף מכיסו בייחס למחיר שקצב עימם בתחילה, אין זה מפחית משכרם, והם יקבלו את השווי של העבודה שהם כבר ביצעו. יתרה מזו, במקרה שהמלאכה הוזלה, על בעה"ב לשלם להם את ההפרש מעבר למה שצריך להשלים מכיסו עבור גמר המלאכה, ולפ"ז הקבלן מקבל יותר משווי העבודה שבוצעה, וזהו שיד הקבלן על העליונה. הדברים בוארו בסמ"ע סקט"ז. כשיטה זו סובר רש"י ב"מ עו ע"א ד"ה ואם בעה"ב, וכן פירש הנמוק"י. כאמור מקור הדברים בפסיקת הרמ"א הוא דברי הטור, והב"י לא הגיה על זה כלום.

אלא שבשו"ת חקרי לב חו"מ ח"ג סימן עז האריך להביא שיטות נוספות בדין בעה"ב שחזר בו, ובסוף דבריו הוא מסכם את שיטות הפוסקים כך (הנכתב בסוגריים אינה במקור והיא תוספת לשונית לסידור הדברים):

”הכלל לענין דינא: דג' מחלוקות (שיטות) בדבר:

(השיטה) הסברא הראשונה הוא בקבלן שהתחיל במלאכה ולא הלך או הלך ולא התחיל וחזר בעה"ב, אין הקבלן מפסיד כלום. דאם מוצא להשתכר

כל קנין בגוף הנכס, והוא בכלל שליח הצדדים, אלא שאם המשיך בפעולתו והצדדים נעזרו ונהנו מפעולותיו, חייבים הם לשלם לו כדין מתווך (בפרט זה נחלק על הגרש"מ עמר ואינו נוגע לנדון שלפנינו).

עולה כי לפי דעת הרוב, הכונס הוא שליח הצדדים, ואילו לפי דעת המיעוט הצדדים הקנו לכונס בעלות על הדירה לענין מכירתה. אבל לפי כל הדעות אין מעמד הכונס כמי שביה"ד הפעיל, אותו ללא קשר ישיר לצדדים, אלא המפעילים שלו הם הצדדים וכנ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בפחות משלים בעה"ב הפחת, ואם אינו מוצא להשתכר גובה שכרו שלם כפועל בטל.

(השיטה) השניה: דבקבלן אם חזר בעה"ב אף לאחר שהתחיל בין שמוצא להשתכר או אינו מוצא, אינו גובה אלא מה שעשה. מיהו אם הוזל המלאכה דמרוויח בעה"ב בחזרתו, נותן לו מה שמרוויח במה שעתידי לעשות.

(השיטה) הסברא הג': דאף דהוזל אינו נותן אלא מה שעשו לבר.

(לסיכום ההלכה): ואם כן אם בעה"ב תפוס בשכר אינו נותן כי אם במה שעשו כסברא ג' ואם קבלן תפוס בשכר גובה שכר שלם כסברא ראשונה, דממע"ה, דבכל ספק דרוובתא יכול המוחזק לומר קים לי כידוע כן נראה לי להלכה".

מכלל הדברים עולה כי השיטה שנפסקה להלכה בדברי הרמ"א על פי הטור רש"י ונמוק"י היא השיטה השניה שהובאה בדברי החקרי לב. אולם החקרי לב מתחשב בדעות המחייבות את בעה"ב רק בסך שווי העבודה שביצעו גם אם העבודה התייקרה, ולכן מצי בעה"ב המוחזק לפטור עצמו לפי שיטה זו (שיטת ר"י ורבינו פרץ בשטמ"ק בשם ריטב"א בב"מ שם). ולאידך גיסא מצי הקבלן לקבל יותר משווי העבודה שבוצעה, לפי השיטה הג', כשיעור פועל בטל, ובהתאם ליכולתו למצוא עבודה חלופית, ככל שהקבלן מוחזק בכסף.

גם מהנתיבות המשפט ביאורים סימן שלג ס"ק ז, עולה שנוקט כהשיטה הראשונה שהביא החקרי לב, בשינוי מסוים, וז"ל:

"ובעה"ב [ה]חוזר בו דינו כקבלן. משמע שאם הוקרה שהבעה"ב יצטרך ליתן בעד הגמר ו' דינרין, שנותן להפועל ד' דינרין בעד החצי, כמ"ש הטור [סעיף ב'] הביאו הסמ"ע ס"ק ט"ז. ולכאורה תימה דאמאי לא קאמר שאם אין לפועל פעולה אחרת לעשות דצריך לשלם לו כל דמי מלאכתו רק לנכות כפועל בטל כמו בפועל בסעיף ב', ואפילו אם נאמר דמיירי כאן שמצוי עוד לקבל שאר מלאכות מבעלי בתים אחרים, דבכי האי גוונא בפועל דהיינו שאפשר להשכיר עצמו לאחר פטור, וקא משמע לן כאן בקבלן דידו על התחתונה, מ"מ קשה, דנראה דלא דמי לפועל, דבשלמא בפועל שנשכר ליום ועבד חצי יום, כשאפשר להפועל להשכיר עצמו לאחר חצי יום הב' אין להפועל שום היזק, דאילו היה עובד לזה לא היה אפשר לעבוד לאחר, אבל בקבלן שאין קצבה לגמור מלאכתו, אם כן מה בכך שיכול לקבל עוד מלאכה בקבלנות אצל אחר, מכל מקום יכול לומר אף שהיתה מלאכתך אצלי הייתי יכול לקבל מלאכה זו אצל האחר ולעשותה אחר כך בעת שאהיה פנוי ממלאכתך, ואם הוא נותן לו משלו או שלקח הבעל הבית בעצמו אצל אחד מלאכה כיוצא בו ונותן להפועל אינו צריך ליתן לו רק שכירות".

הנתה"מ מקשה מדוע לא מגיע לקבלן כפועל בטל, ולפעמים זהו יותר משווי העבודה שכבר ביצע. הנתה"מ מוסיף להקשות שההבדל שמצאנו לעניין זה לגבי פועל שתלוי הדבר אם הפועל יוכל למצוא עבודה אחרת, אינה קיימת לגבי קבלן, כיון שהקבלן אינו משועבד לעשות את המלאכה הזו בשעה זו או אחרת, ולכן תמיד יש ביכולתו לתבוע את שכרו כפועל בטל ולא רק את שווי עבודתו.

ראה שם בנתה"מ שלפי מה שמתרץ³, יש לחלק בין פועל וקבלן שבעקבות חזרת בעה"ב תובעים הם את המשך עבודתם, שאז דינם לקבל כפועל בטל (ושונה קבלן מפועל שתמיד מקבל

³ וז"ל: "ולכן נראה, דהא דמבואר בסימן של"ה סעיף א' יכול ליתן לפועל דכוותיה, ולהרבה פוסקים אפילו דקשה מיניה כשמוסיף לו בשכרו, היינו דוקא כשהפועל תובע אותו שיתן לו כל שכרו מטעם מזיק, אז כיון שנותן לו דכוותיה או דקשה מיניה בהוספת שכירות אינו יכול לתובעו ממנו דמי הזיקו, דלא נקרא מזיק כיון דאיכא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כפועל בטל, גם אם אינו יכול למצוא עבודה אחרת וכנ"ל) ולא רק את שווי עבודתם שכבר ביצעו, לבין מקרה שהפועל והקבלן אינם רוצים להמשיך לעבוד, ואז לא מגיע לשניהם שכר כפועל בטל רק מה את שווי עבודתם שכבר ביצעו. ומה שמבואר כאן בדברי הטור והרמ"א, זהו במקרה שאינו תובע את המשך העסקתו. וזה שונה מהשיטה הראשונה שהביא החקרי לב שהכל תלוי באם יכול למצוא עבודה אחרת. כהשיטה המובאת בחקרי לב, שהכל תלוי באם הקבלן מוצא עבודה אחרת, כ"כ גם בפרישה סק"ב מדברי הנמוק"י וכ"כ בחידושי הר"ן שם, וכבר העירו מזה על הנתה"מ, במנחת פיתים בסימן שלג שם וכן בספר שפת הים (לגרי"מ וולפסון) ח"ג סימן יח.

הנוגע לני"ד הוא, שהכונס שדינו כקבלן, היה מעוניין להמשיך ולהשלים את עבודתו כולל את מכירת הדירה לצד ג' כנדרש ממנו על מינוי ביה"ד, אלא שמחמת שהצדדים הסתדרו בניהם, לא נותר דבר שיש להשלים. נמצא כי אין הדבר דומה לגמרי לחזרת בעה"ב שהיה בידו להמשיך ולהעסיק את הקבלן, משא"כ כאן שאין הדבר תלוי בביה"ד, הו"ל כמזלו של הקבלן שלא התאפשר לו להשלים את מלאכתו. ולפ"ז מסתבר שגם לפי השיטה הראשונה בדברי החקרי לב וכן לשיטת הנתה"מ, אין מגיע לקבלן שכרו כפועל בטל, אלא רק עבור השווי של העבודה שכבר בוצעה על ידו.

אולם כל זה לפי הדרך הא' שביה"ד נחשב למפעיל-מעסיק של הכונס, אבל לפי הדרך הב' שהצדדים הם המפעילים-המעסיקים הישירים של הכונס, ככל שהם מכרו את הדירה בכח עצמם, הרי זה נדון כחזרת בעה"ב. אולם לטענת הצדדים החלטתם למכור בכח עצמם נבעה מרשלנותו של הכונס, ויש לדון לפ"ז שאין כאן חזרת בעה"ב.

שכר פועל או קבלן שביצע את עבודתו, כשבעה"ב אינו נהנה ממנה

המקור ההלכתי המאפשר לכונס לקבל שכר עבור ביצוע עבודתו, למרות שלא צמחה תועלת לבעה"ב מכך, נלמד מדברי הטור חו"מ בסימן שלה ס"ב:

"השוכר את הפועל להביא לו שליחות ממקום למקום והלך ולא מצא נותן לו שכרו משלם".

וכתב הב"י שהמקור לכך הוא:

"תוספתא (ב"מ פ"ז ה"ב) כתבוה הרי"ף (מז.) והרא"ש (סי' ו) בריש פרק האומנים והרמב"ם בפרק ט' מהלכות שכירות (ה"ח) וכתב הרב המגיד פשוט הוא שאינו דומה להלכו חמרים ולא מצאו תבואה (עו:) לפי ששם לא היה שוכרן לאותו מהלך בלבד אלא ליום אחד ונתבטלו כל היום אבל זה כבר עשה מלאכתו משלם לפיכך נוטל שכרו משלם".

וכך פסק השו"ע שם בס"ב. ולפ"ז ה"ה בנדון שלפנינו מגיע לכונס שכר עבור ניהול התיק, ככל שהוא יוכיח שביצע את עבודתו כמקובל בתחום זה.

בענין זה יש להתייחס למקרה דומה שנדון בפני ביה"ד נתניה שפורסם בפד"ר חלק כ עמוד 191 (מאת הגר"ח"ש רוזנטל שליט"א), וז"ל:

אומדנא אילו לא שכרו זה היה משכיר עצמו לאחר והרי לא הפסידו, אבל כשהפועל אינו תובע שכר רק על מה שעשה, מחויב ליתן לו שכירותו על מה שעשה ואינו יכול לכופו שיעשה אצלו אפילו מלאכה כיוצא בו ומכ"ש דקשה מיניה, כיון שהשכירו בפירוש ואמר לו מלאכה זו אינו יכול לשנותו למלאכה אחרת ומחויב ליתן לו השכירות ממה שעשה וידו על התחונה כנ"ל".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"כתב הנתיבות בסימן של"ג ס"ק ז' שבקבלן אם בעה"ב חזר בו חייב לשלם לו שכרו משלם ולא כפועל בטל להשכיר עצמו לאחר חצי יום הב', אין להפועל שום היזק, דאילו היה עובד לזה לא היה אפשר לעבוד לאחר, אבל בקבלן שאין קצבה לגמור מלאכתו א"כ מה בכך שיכול לקבל עוד מלאכה בקבלנות אצל אחר, מ"מ יכול לומר אף שהיה מלאכתך אצלי הייתי יכול לקבל מלאכה זו אצל האחר ולעשותה אח"כ בעת שאהיה פנוי ממלאכתך".

ויש לדון לפי"ז במתווך אם בעה"ב ביקש מתווך שיתווך לו, וחזר בו אם חייב לשלם לו שכר משלם או כפועל בטל ורק הוצאות, (וראה שו"ת הרא"ש כלל קה סי' א בזה). וכן יש לדון ב"כונס נכסים" אם הצדדים חוזרים בהם אם צריכים לשלם לו שכרו משלם או כפועל בטל, שהרי גם במתווך וגם בכונס נכסים הוי כקבלן לעניין זה שאין קצבה לגמור מלאכתו ויכול לקבל עוד מלאכה, וגם מזה אל תנח ידך.

ונראה שזה פשוט שבמתווך אם בעה"ב חזר בו ושוב אינו רוצה למכור דירתו, אפי' אם המתווך התחיל לעבוד ודאי שיכול בעה"ב לחזור בו פשיטא שאדעתא דהכי שכרו שאם יחזור בו מהמכירה יוכל. אך לכאור' נראה שאינו פטור משלם לו שכרו משלם אם אמנם תווך לו אף שהיה למתווך תעסוקה אחרת משום שזה אינו סותר יכולת התעסוקתו במכירת הנכס.

וכן בכונס נכסים אם שני הצדדים בעלי הנכס שמינוי כונס נכסים חוזרים בהם ורוצים למכור הנכס בעצמם, וכפי שכתבנו לעיל ודאי יכולים לחזור בהם שניהם יחד, אבל נראה שהוי דינו כקבלן וישלמו לכאור' שכרו משלם, לדעת הנתיבות אפילו אם יש לו לכונס הנכסים תעסוקה אחרת, שהרי יכול לבצע שתי התעסוקות שם יחד ונמצא מופסד לגמרי.

אכן זה ודאי אם שני הצדדים חוזרים בהם לגמרי מכוונתם למכור הנכס, ודאי דבכה"ג ישלמו לכונס נכסים רק הוצאותיו משום שאדעתא דהכי לא שכרו אותו והוי דברים שבלב כל אדם ואין צריך להתנות דבר זה.

אכן במקרה שאחרי שמינוי הכונס נכסים ביקש אחד הצדדים לקנות חלקו של השני, ובכה"ג שהצד השני ג"כ הסכים למכור לו חלקו וחזרו בהם מהמינוי, וכפי שכתבנו לעיל יכולים שניהם לחזור בהם מהמינוי של כונס הנכסים, בכה"ג יש מקום לדון אם צריכים לשלם לכונס הנכסים שכרו משלם או רק כפועל בטל או הוצאות שלפי דברי הנתיבות. והשאלה היא אם כאן אמרינן שזה כאילו תנאי ברור שבלב כל אדם שאם מי מהצדדים ירצה לקנות חלקו של חברו בוודאי לא שכרו לכונס הנכסים, או כלך לדרך זו שאין זה ברור שהרי אם היה רוצה לקנות היה קונה לפני המינוי של כונס הנכסים, או דלמא שבענייני כספים מעשים בכל יום שהתנאים מתחדשים ואפשר שבזמנו לא היה לו כסף לקנות ועכשיו יש לו, או סיבות מתחדשות אחרות.

ולכאורה נראה שא"א להוציא ממון מהצד החוזר בו שרוצה לקנות לעצמו הנכס ואינו חייב לשלם לכונס הנכסים שכרו משלם".

עולה מהדברים כי לפי הבנת הנתה"מ, ככל שהצדדים חזרו בהם לגמרי מלמכור את הדירה, לא מגיע לכונס דבר, אבל אם לא חזרו בהם מעצם ההסכמה למוכרה, אך שהסכימו למכור אחד לשני, כעקרון הם צריכים לשלם לכונס שכרו משלם, אך בנסיבות המקרה יש להסתפק מה הייתה האומדנא של הצדדים במקרה שכזה, לכן מספק לא ניתן לחייב שכרו משלם.

אכן לפי מה שנתבאר, יש להעיר על הדברים, כי הדברים אינם תואמים לדרך הא' שהצבנו בתחילת דברינו, שהגדרת הדברים היא שככל שביה"ד החליט למנות את הכונס, הרי שביה"ד הוא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

המפעיל של הכונס, וכאשר הצדדים מכרו זל"ז, אין זה נדון כחזרת הצדדים, אלא כחזרת ביה"ד מהפעלתו, ונ"מ שגם לפי השיטה המובאת בחקרי לב וכן לדעת הנתה"מ י"ל שלא מגיע לקבלן שכרו משלם (כ"א לפי שיטתו וכנ"ל). ולפיכך לא מגיע לכונס, שהוא קבלן, שכרו משלם, לפי כל השיטות. וכבר נזכר שכב' אב"ד הגר"א לביא נקט כדרך זו, וכך גם נקטו בנימוקי ביה"ד הרבני בחיפה (תיק מספר 577606/3 פורסם בנבו), שגם נקטו שהכונס הוא שלוחם של ביה"ד ולא של הצדדים. אולם פי הדרך ב' שהצבנו בתחילת דברינו, ככל שהצדדים החליטו ע"ד עצמם למכור בכל עצמם, נדון הדבר כחזרת בעה"ב כמו שהעלו בפד"ר ביה"ד נתניה, ועל סמך זאת פסקו כדברי הנתה"מ וכנ"ל.

עוד יש להעיר שבפד"ר בביה"ד נתניה כלל לא נחתו למקובל לפי החוק שמסגרת עבודת הכונס מחולקת לשנים, א' ניהול הנכס ב' מכירתו (תיווך), לפיכך לפי המקובל כיום שפיר יש לחייב שכ"ט עבור ניהול הנכס, ויש לשער זאת לפי שעת עבודה או כמחיר גלובלי עבור עבודה שכזו.

ההשלכה מהאמור לנדון שלפנינו

לאור האמור, לא מגיע לכונס סכום עבור העבודה שלא בוצעה, יחד עם זאת מגיע לו שכר על מה שביצע ביחס לניהול הנכס, ככל שיתברר שהוא ביצע את הפעולות הנדרשות למכירתו כמקובל.

יצוין לפסקי דין - ירושלים דיני ממונות וביורוי יוחסין (יא עמוד רכד) בדין כיו"ב האם מגיע שכ"ט לעו"ד ששקד על הכנת הסכם מכר וכל הנלווה, אבל לבסוף הקונה חזר בו לפני ביצוע העסקה. ופסקו שם שלעו"ד מגיע סך מסוים מדין פשרה.

אכן לדעתי אין מקום בשלב זה לבירור נוסף כמה הוא הסך שמגיע לכונס, שכן להלן יתברר שאין ביכולת ביה"ד לפסוק בעניין זה, כל עוד לא התקיים דיון בנוכחות הכונס והצדדים.

בירור גדר הדין ודברים בין כונס לצדדים

כעת יש לדון בשאלה העומדת בפנינו, כאשר הכונס טוען שהוא ביצע את עבודתו, בכל הנוגע לניהול התיק, ואילו הצדדים טוענים שהוא לא ביצע את עבודתו, לפחות במה שנוגע לאופן הפרסום של הדירה והנוכחות שלו בדירה כאשר אמורים להגיע לשם לקוחות פוטנציאליים, בתיאום מראש.

טענות המומחה למתן החלטה לפסוק את שכ"ט כלהלן:

4. לאחר קבלת שומות הדירות הנ"ל פורסם בעיתונות (ידיעות אחרונות, מקור ראשון) מועד לביקור בדירה שבירושלים.

5. בכל הנוגע לדירה באשקלון פנה הח"מ למתווכים באזור העיר אשקלון לקבלת הצעות על בסיס השומה.

6. בהתאם לפרסום הדירה בירושלים נקבע מועד לביקור מציעים ליום ...

7. הביקור התקיים בנוכחות הח"מ בין השעות 19:00-17:30.

8. עד למועד בקשה זו הוגשה הצעה אחת בלבד לרכישת הדירה בירושלים בתמורה לסך 1,800,000 ₪ מחיר הנמוך משמעותית מהסכום הנקוב בשומה.

9. במו"מ עם המציע הנ"ל הוסכם להעלות את ההצעה לסך של 2,000,000 ₪.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בבקשתו, דורש הכונס דורש על עבודתו 2% ממחיר הדירה.

טענות האיש והאשה נטענו בדיון בתאריך ד' כסלו תשפ"ב 8/11/2021 כלהלן:

“בית הדין: מה לגבי הכונס?”

האיש: הוא קיבל את ההודעה לפני חודשים ולא פעל, לדבריו הוא היה באילת ולא היה לו זמן, הוא לא הראה את הדירה לאף אחד, אני ואחותי, הוא טען שהוא הביא גברת אחת אך אחד השכנים הביא אותה, היא בקשה לקנות את הדירה לא דרך הכונס

בית הדין: מה עשה הכונס?

האיש: פרסם פרסום אחד, הוא לא היה בדירה, היה פעם אחת רבע שעה ושאל אם אני מוכן לשותף פעולה עם מתווך, בקשתי להקפיא את זה

האשה: אני לא סומכת עליו, כי כשאמרתי לו שאני רוצה לקנות הוא שאל אותי אם יש לי כסף מזומן, גם לפני חלוקת הדירה, אם לא לגרוש יש כסף והוא יקנה, עמד על מכירת הדירה [בירושלים] למרות שאני רוצה לגור בו

בית הדין: הוא פעל לפי הוראות בית הדין

האשה: ציפיתי שהוא יתחשב, הוא פרסם רק ביד 2

האיש: פרסם במיליון ושמונה מאות, השומה היתה 2.4, היום היא שוה 2 ושמונה מאות.”

נמצא כי טענות הצדדים נשמעו בפני ביה"ד, בעוד שהכונס לא היה נוכח בדיון. והשאלה האם יש ביכולת ביה"ד לקבל את טענות הצדדים ללא נוכחות הכונס בדיון, כי גם במקרה זה חלה החובה המוטלת על ביה"ד לקיים את הציווי “שמוע בין אחיכם”, או שמא בנסיבות שלכונס גדר של שליח ביה"ד, אין חובה לקיים דיון בנוכחותו.

נטען כי לכונס גדר של שליח ביה"ד, וכיון שהוא מופעל רק מכח ביה"ד, ולא מכח הצדדים, הרי שדבריו אמורים להתקבל במסגרת נאמנותו של שליח ביה"ד, שלא נאמר בו הכלל של “שמוע בין אחיכם”. נעיר כבר כעת, שקביעה זו תתכן רק לפי הדרך הא' שהצבנו בתחילת דברינו, ולא לפי הדרך הב' שהצדדים הם המפעילים הישירים של הכונס ולא ביה"ד, ולפיכך ברור שיש לקיים דיון בנוכחות הצדדים והכונס. אולם גם לפי הדרך הא', להלן נברר גדרה של הלכה זו, ונוכיח שאין זה ברור שכונס נחשב לשליח ביה"ד.

נאמנותו של שליח ביה"ד

שנינו בב"ק קיב ע"ב:

“אמר רבינא: האי שלוחא דרבנן מהימנין ליה כבי תרי. וה"מ לשמתא, אבל לפתיחא, כיון דממונא קא מחסר ליה, דקא בעי ליה למיתב ליה זוזי לספרא, לא.”

ופרש רש"י:

“שליח דרבנן, שהלך להזמין איש לדין וחזר ואמר לב"ד אינו רוצה לבא. מהימנין ליה כבי תרי דלא משקר בבי דינא.”

ובשו"ע חו"מ סימן יא ס"א נפסק:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"והשליח ב"ד נאמן לומר: הקלני, או הקלה הדיין, או לא רצה לבא לדין, ומשמתין (פירוש הנידוי או החרם שם מיתה) אותו על פיו. אבל אין כותבין עליו פתיחא של שמתא, עד שיבואו שנים ויעידו שנמנע לבא".

וכיו"ב פסק השו"ע בחו"מ ס"ס ח. הנה כי כן, לשליח ביה"ד ניתנה נאמנות ייחודית להעיד בפני ב"ד על בעל הדין הנתבע: "הקלני, או הקלה הדיין, או לא רצה לבא לדין", ופשוט וברור שעדות שליח ביה"ד נאמרת שלא בפני בעל הדין שהוא מעיד עליו, שהרי מדובר גם במקרה שמעיד עליו שהוא "לא רצה לבוא", ועל פי עדות זו, ביה"ד משמתין אותו בעל פה, אבל לא כותבין עליו שטר נידוי, כיון שלזה נדרש לשלם שכר סופר, ובכל הנוגע לחיוב ממון אין לשליח ביה"ד נאמנות. ומבואר בש"ג (סנהדרין ח ע"א בדפי הרי"ף אות א), שאם הסופר אינו דורש שכר, כותבין עליו כתב נידוי על פי עדות השליח, וכיו"ב כתב באורים סקי"א שאם התובע מוכן לשלם שכר הסופר דשומעין לו לכתוב את כתב הנידוי. ומכאן מבואר שכל החיסרון בעדות על הממון, הוא רק משום שלא ניתן להוציא ממון על פי עדותו, אבל לו יצויר שאין כאן בעיית חסרון ממון, כגון שלא יתבעו את הנתבע לשלם זאת, שפיר יש לשליח נאמנות גם לעניין זה, הגם שזהו דבר הנוגע לממון, וראה להלן מש"כ בזה.

גדר נאמנותו של שליח ב"ד וגדר שליח עושה שליחותו

יש לדון האם נאמנות שליח ב"ד מושתתת רק על הכלל ששליח עושה שליחותו, או שמא נאמנותו היא מעבר לכלל זה.

יש ללמוד את גדרה של הלכה זו מדברי המהרי"ק בסימן צג.

"ואשר הבאת ראיה מהא דאמר רבא דקבעין זימנא אפילו ע"פ אשה ומשמתין ליה אי לא אתא וכו' שאני התם דמשום יפוי כח דב"ד סמכין אחזקת שליח עושה שליחתו דאפילו בכל שאר מילי איכא למ"ד דסמכין אהך חזקה ואפילו באיסורא דאורייתא ותדע דכן הוא דע"כ משום האי טעמא הוא דאי לא תימא הכי יקשה לך דרבא אדרבא דהא לעיל מינה קאמר רבא האי שליח דבי דינא מהימן כבי תרי ופירש שם רש"י משום דלא משקר לב"ד ואי אמרת דאפילו אשה מהימנא אם כן יקשה לך מאי איריא שלוחא דבית דין אפילו איתתא בעלמא או שכן בעלמא נאמנים אלא ע"כ צ"ל דמאי דבעי שלוחא דבי דינא היינו לשמותיה לאלתר כגון דאתא שלוחא דבית דין ואומר שאינו רוצה לבא לב"ד דהתם לא שייך טעמא דחזקת שליח כו' דשמא עשה שליחתו ויבא הלה ליום הקבוע לו ומשום הכי צרכין לטעמא דשליח ב"ד לא משקר וכו' אבל היכא שהגיע הזמן שקבעו ב"ד על פי האשה וחזינן דלא אתא התם שייך למימר טעמא דחזקת שליח כו'".

מדבריו עולה שלכל אדם ישנה נאמנות בעניין זה, אפילו לאשה, ומשום חזקה דשליח עושה שליחותו, אלא שהנאמנות הייחודית הניתנת לשליח ב"ד היא להעיד שפלוגי החציף לומר שאינו בא, ואז משמתין אותו מיד, ולא מחכים למועד שקבעו לו להגיע לדיון ולא בא, אבל מצד שליח עושה שליחותו, לא היינו משמתין אותו מיד, אלא מחכים עד שיעבור המועד שקבעו לו להגיע לדיון ולא בא.

וכך מבואר בדברי הנתיבות המשפט ביאורים סימן יא ס"ק א שם לגבי הצורך בעדות השליח לעומת החזקה של "שליח עושה שליחותו", וז"ל:

"או לא רצה לבוא. לכאורה קשה, דהא על זה אין צריך השליח ב"ד להעיד, דהא תיכף כשלא בא אותו יום מנדין אותו, והשליח ב"ד אין צריך להעיד רק שהגיד לבעל דין שיבוא, ואפילו זה אין צריך השליח ב"ד להעיד, דחזקה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עשה שליחותו, כמבואר בסעיף ג' בהג"ה ובסמ"ע סק"ד. וכן קשה במה שסיים המחבר עד שיבואו שנים ויעידו שנמנע לבוא וכו', הא זה אין צריך להעיד, שהרי עינינו רואות אם בא או לא בא. ועל כרחך צריכים לפרש דהכא מיירי שהשליח ב"ד או השנים מעידין שהבעל דין השיב שאינו רוצה לבוא, דאז מנדין אותו מיד, ומשום הכי על הוצאת ממון דהיינו על כתיבת הפתיחא בעי שנים, אבל אם ראינו שלא בא, מנדין אותו למחרתו וכותבין פתיחא, ואין חוששין כלל שמא לא הגיד שליח ב"ד, כי חזקה שליח עשה שליחותו ולא המרה פי ב"ד, אף דחזקה שליח עושה שליחותו לא מהני להוציא ממון, שליח ב"ד שאני, וכן כתב באורים סק"ט. ודוקא על התשובה שהשיב הבעל דין, אין שליח ב"ד נאמן נגד הוצאת ממון, אבל על גוף השליחות אם עשה שליחותו סומכין על החזקה אפילו נגד הוצאת ממון, וכן נוהגין ששולחין כל ההתראות על פי שליח ב"ד לבד".

האם מוציאים ממון על פי נאמנות שליח ב"ד או חזקה ששליח עשה שליחותו

ויש לציין שמדברי הנתה"מ עולה עוד הלכה מחודשת בהמשך ליסוד הדברים שלעיל, כאשר הנאמנות מושתתת על "שליח עושה שליחותו", יש לדון שהחזקה מועילה גם לעניין הוצאת ממון.

ונבאר את מקור הדין בהלכה זו. דהנה בשו"ע שם סימן יא סעיף ג נפסק:

"מי שהוא במדינה והלך שליח בית דין ולא מצאו, אין קובעים לו זמן עד שימצאו השליח ויאמר לו. היה בכפר, אם דרכו לבא באותו היום, אומר השליח אפילו לאחד מהשכנים, אפילו אשה אם יבא פלוני, הודיעוהו שבת דין קבעו לו זמן שיבא היום לבית דין, ואם לא בא מנדין אותו לערב".

האורים סק"ט הביא מדברי הפרישה, וז"ל:

"דחזקה שאמרו לו שהוזמן ולא בא הרי זה מסרב. והקשה הפרישה (דרישה ס"ד) הא מספקא לן אי חזקה שליח עושה שליחותו, ולכך קי"ל בשל תורה מחמירין דלא עשה שלוחו [כמבואר בעירובין לב א], ואף כאן נימא קולא לנתבע. ותירץ באמת לא מפקינן ממון על זה החזקה רק מנדין אותו. ולדבריו שכן פתיחא מפסיד התובע, דהא לענין להוציא ממון אין אומרים חזקה שעשה שליחותו, ולא כן משמע מסתימת השו"ע והפוסקים. ולכן יותר נראה דשליח דהוא בצווי ב"ד אמרינן ודאי דעשה שליחותו, כי חזקה שלא יסרב פי ב"ד, והשליח ב"ד אומר לשכנים בשם וצווי ב"ד שיאמרו לו שמזומן לב"ד ובהא ודאי אמרינן עשה שליחותו".

לדברי הפרישה, גם בהלכה זו שבסעיף ג' חלה המגבלה שהנאמנות היא רק לעניין איסור ולא לעניין ממון, ולכן לא יוציאו ממון שלא על פי שני עדים על שכ"ט כתיבת הכתב נידוי. האורים חולק שלגבי הלכה זו שבסעיף ג' כשהשליח מצוה בשם ביה"ד לאחד השכנים להודיע לנתבע להגיע לבי"ד, יש כאן חזקה גמורה ששליח עשה שליחותו, ואם לא בא במועד שקבעו לו, גם מוציאים ממון ממנו שישלם את שכ"ט כתיבת כתב הנידוי. האורים מסביר שעל אף שבעלמא אנו נוקטים שבשל תורה אנו מחמירין שאין שליח עושה שליחותו, מ"מ בנדון זה שהשכנים מקבלים את הציווי מפי ביה"ד (כיון ששליח ב"ד נדון כמו שביה"ד בעצמו צווה לשכנים לעשות כן), לשכנים כאלה ישנה מוטיבציה מוגברת לקיים את דבר השליחות, לכן נדון הדבר כחזקה ודאית שהשליח עשה שליחותו.

וראה בלשון הנתה"מ הנ"ל שהביא את דברי האורים, וז"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"ואין חוששין כלל שמא לא הגיד שליח ב"ד, כי חזקה שליח עשה שליחותו ולא המרה פי ב"ד, אף דחזקה שליח עושה שליחותו לא מהני להוציא ממון, שליח ב"ד שאני, וכן כתב באורים סק"ט".

בדברי הנתה"מ נראה שמבקש הוא להסביר מדוע יש להניח ששליח ב"ד בוודאי עשה את שליחותו לצוות לשכנים למסור את ההזמנה לנתבע. וכלפי זה מסביר הנתה"מ שבוודאי שליח ב"ד לא היה ממרה את פי ביה"ד. אך הנתה"מ לא מסביר מדוע יש לסמוך על השכנים שמסרו את ההזמנה לנתבע, אך כאמור זה מוסבר בדברי האורים שהשכנים רואים את שליח ב"ד כמי שבי"ד צוו עליהם למסור את ההזמנה והם בוודאי לא ימרו את פי ביה"ד.

כאשר יש "חזקה ששליח עושה שליחותו" איננו צריכים את הגדת העדות של שליח ב"ד בפני ב"ד
עוד נלמד מדברי הנתה"מ שככל שאנו מבקשים לקבוע ששליח ב"ד ביצע את שליחותו, אין אנו צריכים כלל את אמירתו והגדת עדות בפני ביה"ד, כי גם ללא קבלת עדות ממנו, אנו מניחים בוודאי שהוא ביצע את שליחותו במלואה על סמך החזקה ששליח עושה שליחותו. ורק כאשר השליח מוסר לבי"ד עדות שהנתבע אמר שאינו מתכוון להגיע לדיון, בזה אין לו נאמנות מצד שליח עושה שליחותו, אלא מצד הנאמנות הייחודית שניתנה לשליח ב"ד, שהיא מוגבלת רק לעניין איסורים ולא לעניין הוצאת ממון.

לפיכך במקרה שלפנינו לכאורה יש מקום לטענה שהכונס ביצע את שליחותו לעניין ניהול הנכס דהיינו על אופן הפרסום והליך ההכנה למכירה כמקובל, ואין אנו צריכים כלל את עדותו על כך, אלא יש להסתמך על חזקה שליח עושה שליחותו, וממילא מתייחר הצורך לקבל את עדותו בדיון כדי לקיים "שמוע בין אחיכם".

אבל לאחר עיון, אני חוכך בזה מכמה טעמים כפי שיבואר להלן.

האם דינם של האורים והנתה"מ מוסכם

ראשית, על אף שהאורים והנתה"מ הסכימו כי ככל שאנו מסתמכים על חזקה שליח עושה שליחותו הדבר מועיל גם להוצאת ממון, משום שאין ההסתמכות רק על נאמנות השליח ב"ד, מ"מ דעת הפרישה אינה כן. לפי דבריו גם כלפי המקרה שנפסק בסעיף ג' בשו"ע יש להחיל את החילוק בין איסורים לממון, כיוון שגם ביחס לכלל ששליח עשה שליחותו, אנו מחמירים בשל תורה ה"נ יש לנו להימנע להוצאת ממון כיון שהדבר לא הוכרע בתורת ודאי.

והנה יש להביא ראיה משו"ת הרא"ש כלל קז סימן ו, כהעולה מדברי הפרישה, וז"ל הרא"ש

שם:

"והביא ראיה מהא דאמרינן בפרק הגזול בתרא (ק"ב:) אמר רבא שליח דבי דינא מהימן כבי תרי וה"מ = והני מילי = לשמתא אבל לפתיחא לא מאי טעמא ממונא הוא דמחסר ליה דבעי למיתב זוזי דפתיחא. פי' אם שלחו בית דין שליח להזמין את ראובן לבא לדין עם שמעון ולא בא ראובן שליח נאמן כשני עדים ואין צריך להעמיד עליו עדים כשמזמינו לבא לדין, וה"מ = והני מילי = לשמתא כלומר מנדין את ראובן על שלא בא לבית דין על נאמנות השליח שאומר שהזמינו. אבל לפתיחא לא כלומר אבל לכתוב נדוי על ראובן אין סומכין על השליח אלא אם כן יש אחר עמו שמעיד שהזמינו לבית דין לפי שיש לראובן חסרון ממון בעדות השליח שהרי כשיבא ראובן לב"ד = לבית דין = להתיר לו נדויו לא יתירו לו עד שיפרע ראובן שכר הסופר שנתן שמעון לסופר לכתוב נדוי על ראובן".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרי מפורש שנקט הרא"ש שכותבים כתב נידוי רק במקרה שבאו שני עדים שהנתבע אמר שמסרב להגיע לדיון. ואם איתא לדברי האורים והנתה"מ, הרי התבאר, שלפי שיטתם, הדבר מתאפשר גם ככל שאין הנתבע יחויב לשלם את שכ"ט של כתב הנידוי, ולא דווקא אם יש שני עדים.

יחד עם זאת, קשה שלא לנקוט כמו האורים והנתה"מ, שכן לשיטתם יש סימוכין מדעת רוב הפוסקים, וכבר הבאנו שגדר נאמנותו של שליח ב"ד מפורשת כבר בדברי המהרי"ק, וכן מפורש בדברי הש"ג שהשליח נאמן גם לעניין כתיבת כתב נידוי ככל שאין צורך לגבות מהנתבע את שכ"ט, וכך נראה מדברי המאירי והמהרש"א במהוד"ב ב"ק קיב ע"ב.

אולם יש לבחון את חידוש הדין שהאורים והנתה"מ מהיבטים נוספים כדלהלן.

סיבת נאמנות שליח ב"ד יותר מכל עד דעלמא

בשיטה מקובצת בבא קמא קיב ע"ב הביא בשם ר"י מלוניל שסיבת נאמנות שליח ב"ד הוא משום שהוא ירא לשקר לבי"ד, וז"ל:

"שליחא דבי דינא. ששלחוהו בית דין להעמידו לדין וחזר השליח לבית דין ואמר אינו רוצה לבוא מהימנין ליה כבי תרי דאימת בית דין עליו ולא משקר להו ועל פי דבורו משמתינן ליה מיד כדין מי שנשמט מבית דין עד שיבוא לבית דין שיהא בשמתא".

וכן יש לכוון בלשון רש"י שם שהבאנו לעיל: "מהימנין ליה כבי תרי דלא משקר בבי דינא". ויש לעיין מדוע ששליח ב"ד לא ישקר לבית דין יותר מאדם אחר. ונראה שהדבר יוסבר לפי מה שהביא בשיירי כנסת הגדולה הגהות בית יוסף יורה דעה סימן שלד (מודפס גם בכנה"ג סביב השו"ע שם סמ"ג):

"ומצאתי בתשו' הנז' לרב מהר"ר יחיאל, שכתב שדעת התוס' להבין בדברי רש"י שהוא מחלק בין שליח בית דין לשלוחא דרבנן, ופי' שליח ב"ד הוא שליח ב"ד בכל שליחות שילך, שפי' ילך לטייל ולעשות צרכיו, המבזה אותו דינו כשליח ב"ד הוא. האמנם הוא שליח הקבוע לב"ד, והשליח המוסכם וקבוע לכל צרכי ציבור הוא הנקרא שליח ב"ד, ויש שליח אחר מכל הב"ד או מפרט האנשים המיוחדים לב"ד והם שלוחים ג"כ, אמנם אינם קבועים לשלוחי צבור דוקא אלא לשלוחיות אחרות מב"ד, ולפעמים ג"כ בענין דשיך לבית דין אמנם במקרה ולא בקביעות, והאריך ז"ל בזה".

וראה שם בהמשך דבריו, שכתב שיש לחלק בין "שליח ב"ד" שעובד בקביעות עם ב"ד, לבין "שלוחא דרבנן" שהגם שהוא שליח לדבר מצוה אבל אין לו את הגדר המיוחד של שליח ב"ד שהוא נאמן כבי תרי.

וגדר הדבר מבואר בשו"ת הלכות קטנות חלק א סימן קמט:

"שאלה הא דשליח ב"ד נאמן כבי תרי אי הוי קבוע. [מהמפתחות ב"ק דף קי"ב] תשובה הכי מסתברא כדאמרינן התם [ב"ק קי"ד]: ודוקא ספרי דדייני כרב נחמן דאית להו אימתא והאימה הוא שלא ישליכם חוצה אבל אינש בעלמא לא".

ונראה דר"ל שרק אם הוא הוא עובד תחת ידם ופיקוחם של ביה"ד אז הוא ירא לשקר. וגדר הדבר דומה לנאמנות שניתנה לאומן "שלא מרע אומנותיה", כמו כן אדם שבאופן קבוע משמש

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כשליח של ביה"ד, ירא הוא לשקר שמא יאבד את קביעתו במקום, וזה נותן לו נאמנות יותר משאר אדם.

המבואר שבכדי להיות כלול בהגדרת שליח ביה"ד יש צורך כי אדם זה יהיה חלק קבוע ממערכת עבודת ביה"ד, דהיינו שביה"ד סומכים עליו בכל עניני הציבור אשר הם בסמכותם, לעשות את מצוותם.

נדון דומה לזה מצינו גבי שטרות העולות בערכאות. שנינו במשנה גיטין י ע"ב:

"מתני'. כל השטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים, אף על פי שחותמיהם עובדי כוכבים - כשירים, חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים; ר"ש אומר: אף אלו כשירין לא הוזכרו אלא בזמן שנעשו בהדיוט.

גמ'. קא פסיק ותני, לא שנא מכר ל"ש מתנה; בשלמא מכר, מכי יהיב זוזי קמייהו הוא דקנה, ושטרא ראייה בעלמא הוא, דאי לא יהיב זוזי קמייהו, לא הוה מרעי נפשייהו וכתבין ליה שטרא".

ופרש"י שם: "דאי לאו דיהב זוזי קמייהו - כיון דדיינין קבועין נינהו, לא הוה מרעי נפשייהו - וכתבין ליה שטרא".

העולה מזה שהסיבה שאנו מאמינים לערכאות שכותבים שטר ראייה שהדבר אמת ואינו זיוף, הוא משום שערכאות הוא מקום קבוע למשפט, והם לא יסכנו את מעמדם הקבוע, לזייף שטר שאינו אמת. ובוזה יוסברו דברי ר"י מלוניל והרש"י, כי רק לאדם שהוא חלק ממערכת עבודתו הקבועה של ביה"ד, יש לו מורא לשקר.

לאור זאת, הגם שכונס הנכסים קיבל את מינוי מביה"ד, כל אימת שאין לו תפקיד קבוע לעניין כל שליחויות ביה"ד, אינו בכלל זה, וממילא אין לו נאמנות מיוחדת יותר משאר בני אדם. ועוד כי בנוהג שבעולם, הכונס הוא עורך דין שמתעסק בעניינים משפטיים רבים גם מחוץ לכותלי ביה"ד, וגם אם ימצא פגם זה או אחר בעבודתו אין ודאות שעלולה להישקף סכנה של ממש למעמדו הכללי כעורך דין.

גדר "מושיבים אשה ביניהם"

יש לבחון קביעה זו בעניין שליח עושה שליחותו, לאור הלכות דומות הפזורות בשו"ע אהע"ז.

מצאנו כיו"ב בשו"ע אהע"ז סימן עד ס"י:

"וכן היא שאמרה: אין רצוני שיבואו לבית אביך ואמך, אחיך ואחיותך, ואיני שוכנת עמהם בחצר אחד, מפני שמריעין לי ומצירין לי, שומעין לה.

הגה: ודוקא שנראה בבית דין שיש ממש בדבריה, שהם מרעין לה וגורמין קטטה בינה לבעלה; אבל בלאו הכי, אין שומעין לה, דהא המדור אינה שלה רק של בעלה (המ"מ פרק י"ג דאישות). ונוהגין להושיב עמהם איש או אשה נאמנים, ותדור עמהן עד שיתברר על ידי מי נתגלגל הריב והקטטה".

מקור הדברים הוא בשו"ת הרי"ף סימן רלה כמובא ברי"ו (מישרים נתיב כג ח"ה נח ע"ג), וז"ל:

"המנהג בכל בתי דינין שמי שמפסיד [שנתפס] בכך, שומעין לו, ונותנים להן אשה נאמנת שתעמוד עמהם עד שיתברר להם ממי נתגלגלה המריבה".

ועוד כיו"ב בדברי הרמ"א אהע"ז סימן קנד ס"ג:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"... אבל אם מקללתו בחנם או מזלזלת אביו ואמו, והוכיחה בדברים ואינה משגחת עליו, י"א דמותר להכותה, וי"א דאפילו אשה רעה אסור להכותה. והסברא ראשונה היא עיקר. ואם אינו ידוע מי הגורם, אין הבעל נאמן לומר שהיא המתחלת, שכל הנשים בחזקת כשרות, ומושיבים ביניהם אחרים לראות בשל מי הרעה הזאת."

ועוד מובא בשו"ע אהע"ז סימן פ סט"ז:

"טען הוא שאינה עושה, והיא ואמרת שאינה נמנעת מלעשות, מושיבים אשה בניהם או שכנים."

וכתב חלקת מחוקק שם ס"ק כח:

"מושיבין אשה ביניהם. ולא תקנו שהיא תשבע היסת על טענתו דא"כ בכל עת ובכל שעה יהיה עסק שבועה ואין שלום בבית וע"כ האמינו לאשה היושבת ביניהם אף על גב דאשה פסולה לשאר עדיות (וע' לעיל סק"ך)."

מפשטות לשונו משמע שמקור הלכה זו הוא מכח המנהג שנהגו, בדומה למה שהביא בשו"ת הרי"ף שהוא מקור דברי הרמ"א בסימן עד הנ"ל.

ונראה שכן נהגו גם כיום כמובא בפד"ר ח"ד עמ' 131 מאת הגרי"מ בן מנחם, הגר"ע הדאיא והגר"י עדס, וכן בפד"ר ח"א עמ' 201 מאת הגר"א גולדשמידט, הגר"ש קרליץ והגר"י בבליקי, עיי"ש.

יצוין כי בפשטות נראה שביה"ד סומך על עדות האשה שביה"ד מושיב בין הצדדים, נמצא שביה"ד סומך על עדות נשים, בדומה למה שביה"ד סומך על עדות שליח ב"ד. ואין זה ענין לחזקה שליח עושה שליחותו שנתבאר שגם אשה נאמנת למסור את ההזמנה לדיון לנתבע. ולהלן נבאר את גדר הדברים כיצד מקבלים עדות אשה לדברים אלו.

עובדים סוציאליים - האם נחשבים לשליח ב"ד

ומעניין לעניין באותו העניין, טרם נברר את הנדון שלפנינו יש להעיר לפ"ז על מה שנהגו לקבל עדות תסקיר של עו"ס הגם שבחלק מהמקרים כותבי התסקיר הם פסולי עדות לפי ההלכה, ועכ"ז נהגו לסמוך על עדותם וחוו"ד (אא"כ נפלו פגמים בתסקיר, או שבי"ד נכח שישנה ריעותא בתסקיר שהוכחה במסגרת הדיון בביה"ד). וראה בפסק דין מאת הגר"י אליעזרוב שהתפרסם בספר דברי משפט ח"ה עמ' קט, שנקט כדבר פשוט שנאמנות האשה שמושיבים ביניהם היא מדין שליח ב"ד. אכן לפי שהעלינו בשם המהר"ם חאגיז והכנה"ג לשליח ב"ד ישנה נאמנות ייחודית רק במקרה שהוא משמש באופן קבוע במערכת עבודת ביה"ד, לפיכך הנוהג שמושיבים נשים וכיו"ב במקרה של קטטות וכיו"ב, יתכן רק אם אותה אשה עובדת מטעם ביה"ד באופן קבוע, לפיכך י"ל שיש לה נאמנות כזו של שליח ב"ד, כי היא יראה לשקר, אבל ככל שזהו מינוי חד פעמי ושאינו קבוע במסגרת עבודת ביה"ד, אין לאשה זו גדר של שליח ב"ד.

אבל אחר עיון נראה שגם זה אינו, כי עדות שליח ב"ד מועילה רק לדבר איסור, אבל ככל שיש נ"מ ממונית, אין לשליח ב"ד נאמנות להוצאת ממון גם אם הוא איש שכשר לעדות. והרי בכלל "מושיבים אשה ביניהם" זהו במקרה שיש הכחשה אם האשה עושה מלאכה וכו', שהוא דבר שיש בו השלכה ממונית, דלכאורה אין לאשה נאמנות בנושא זה.

אכן נראה שלפיכך הוצרך הרי"ף לכתוב שזהו מנהג בתי הדין וכ"מ מדברי הח"מ בסימן פ הנ"ל, דבלא זה, אין לזה גדר נאמנות של שליח ב"ד אלא רק מצד מנהג בתי הדין וכנ"ל. ובלא"ה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הגם ששירותי הרווחה עובדים בקביעות עם בתי הדין ובתי משפט, וזהו תפקידם הקבוע להמציא תסקירים לערכאות השיפוטיות, מכל מקום גם אם יימצא פגם זה או אחר בתסקיר, אין הדבר מהווה סכנה קיומית עבורם להמשך הקשר שלהם עם ביה"ד, אם מצד שניתן להחליף את כותב התסקיר הספציפי בעו"ס אחר, ואם מסיבות נוספות שאין כאן המקום לפרטן.

האם דברי האורים והנתה"מ עומדים בסתירה לדברי הכנה"ג והמהר"ם חאגיז

לאור זאת, יש לבהיר אם מה שכתבו הכנה"ג והמהר"ם חאגיז עומד בסתירה לדברי האורים והנתה"מ, שכן עולה לכאורה מדברי האורים והנתה"מ שניתן לסמוך על שליח ביה"ד שמוסר את ההזמנה לשכנים, שההזמנה הגיעה לידי הנתבע בזמן, וזאת למרות שהשכנים אינם ככל עובדים מטעם ביה"ד?

אם באנו להשוות בין המקורות הרי שיש לחלק לפי החילוק המופיע באורים והנתה"מ כנ"ל, שיש להבחין בין המקרה שבו אנו מבקשים לסמוך על עדות השליח (שפלוגי אמר שלא יגיע לדיון), שבזה הוא נאמן מלבד לעניין הוצאת ממון, וכלפי גדר זה חידשו הכנה"ג והמהר"ם חאגיז שרק אם השליח עובד מטעם ביה"ד באופן קבוע, הוא מהווה חלק ממערך עבודת ביה"ד, בזה הוא די שיש לו שליח נאמנות ייחודית. אבל כלפי המקרה המבואר בסימן יא ס"ג שלא נדרשת עדות של השליח, אלא רק לסמוך על מה ששליח עושה שליחותו – שההזמנה נמסרה לנתבע כראוי באמצעות שליח ביה"ד, לזה לא בעיני כלל שהשליח יהיה עובד מטעם ביה"ד, אלא כל אחד שהתמנה מפי שליח ביה"ד למסור את ההזמנה הוא בגדר שליח שבוודאי ביצע שליחותו.

האם לאפוטרופוס שמונה ע"י ביה"ד יש גדר של שליח ביה"ד

הנה יש להעיר על חידוש הדין של האורים והנתה"מ (והראנו שכך היא דעת רוב הפוסקים). שאם נכון הדבר שבמקרה של שליח ביה"ד מסר את ההזמנה לשכנים, אנו סומכים עליו ועל השכנים שהם עשו את שליחותם בתורת ודאי, ויש לסמוך על זה גם לעניין הוצאת ממון. שהרי גם אפוטרופוס שהתמנה ע"י ביה"ד לפקח על נכסי יתומים, גדרו לכאורה הוא כשליח ביה"ד שהרי הוא מקבל את מינוי מכח ביה"ד להתעסק בממון היתומים לטובתם. ועם כל זאת, נפסק בשו"ע חו"מ סימן רצ סט"ו שיש ביכולת היתומים שהגדילו להשביע אותו שלא עיכב ממוןם, ככל שהם חושדים בו כדין שבועת השותפים שהיא באה אפילו על הספק, וכן יש בידם להשביע אותו בטענת ודאי (שבועת היסת או שבועת מובמ"ק), ולא אמרינן שהוא בוודאי עשה שליחותו, דהיינו שהוא השתמש בממון היתומים לצורכם בלבד, ולא לקח לעצמו מאומה.

והנה לדרכו של הפרישה לא קשה מידי כי גם שליח ביה"ד שנאמן מצד שליח עושה שליחותו, אין זה בתורת ודאי אלא בתורת ספק, ולכן לא מוציאים ע"ז ממון, ולפיכך גם משביעים אותו וכו"ל, אבל לפי האורים והנתה"מ קשה.

יש להסביר זאת כלהלן. באפוטרופוס שהוא אמור לבצע מלאכה שיש בה טרחה ופרטים רבים לביצוע, יתכן שתעלה ריעותא שהוא עלול להורות היתר לעצמו (מורי היתרא) שמגיע לו לקבל ממון יתומין עבור עבודתו, ולכן יש ביכולת היתומים להשביעו וכו"ל. ויתכן לפ"ז גם שעל האפוטרופוס להצהיר בפני ביה"ד שהוא ביצע את שליחותו ככל שיש בה פרטים רבים, גם אם אין ריעותא לפנינו, כי בכה"ג דומה יותר לשליח שאנו זקוקים לעדותו, וכל עוד לא העיד בפני ביה"ד, אין לנו ברירות שהוא אכן ביצע את שליחותו. משא"כ בשליח ביה"ד שמוסר את ההזמנה לשכנים, אין כאן פעולה שיש בה טרחה ופרטים רבים מיוחדים לביצוע, לפיכך אין לנו להעלות מעצמינו טענה שאולי השליחות לא בוצעה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

זאת ועוד באפוטרופוס הממון שמופקד בידו הוא בבעלות היתומים, לפיכך יש ביכולת היתומין להשביעו ככל שהם חושדים בו, אף אם אין להם טענת ודאי, וכ"ש שיש ביכולתם להשביעו כשיש להם טענת ודאי בעניין ממונם שנחסר כאשר ממונם הופקד בידיו מקודם. משא"כ בשליח ב"ד והשכנים, שאין לנתבע טענה בעניין חסרון שנגרם לממונו כתוצאה מהתנהלות השליח והשכנים, לפיכך אין כלל מקום להשביעו על כך, ויש להניח בתורת ודאי שהשליחות התבצעה כראוי.

לאור זאת, ככל שננקוט כדרך הב' שהצבנו בתחילת דברינו שהצדדים הם המפעילים-המעסיק של הכונס, הרי זה דומה יותר לאפוטרופוס שמוטל עליו לבצע מלאכה שיש בה טרחה מיוחדת ופרטים רבים. כמו כן הכונס דורש תשלום על ביצוע עבודתו ישירות מהצדדים אשר לפי דרך זו הם שכרו והפעילו אותו לעבודה זו, ואינו דומה לשליחות מסירת הזמנה שהיא קלה לביצוע ואין כל טענת חסרון ממון בין הצדדים.

גם אם ננקוט לפי הדרך הא' הנ"ל שביה"ד הוא המפעיל-המעסיק של הכונס, יש מקום להזמנת הכונס לדיון, וזאת בדומה לאפוטרופוס שהתבאר שכל שיש ריעותא בהתנהלותו, יש מקום להשביעו, וכמו כן על ביה"ד לחקור את הכונס בצורה ישירה בלתי אמצעית, מהו פרק הזמן שבה פרסם את הדירה, מהו המחיר שקיבל עבור רכישת הדירה ולבחון האם הנתונים תואמים למחירי דירות, וכן בהשוואה לרמת ההיצע והביקוש באזור בו ממוקמת הדירה.

חשש נגיעה בעדות שליח ביה"ד וחזקה שליח עושה שליחותו

ונראה לבאר עוד שבמקרה שיש לשליח ב"ד נגיעה באיזה ענין שמעיד בפני ביה"ד, כגון בנדון שלפנינו שאם יתברר שהכונס לא ביצע את עבודתו כראוי הוא יפסיד שכרו, לכאורה יהיה תלוי בטעם שאנו מאמינים לשליח ב"ד. אם הנאמנות בנויה על חזקה ששליח עושה שליחותו, לכאורה נאמנות זו לא תיפגם, גם אם יש לשליח איזו נגיעה בעניין שהוא מעיד עליו, כי הנאמנות בנויה על חזקה כללית שהשליח עשה שליחותו, בדומה להכרת יבם ובירור שמות בגיטין שגם אשה וקרוב כשרים לזה מדין מילתא דעבידא לאיגלווי, כמו כן חזקה שליח עושה שליחותו היא חזקה כללית, שאין בה חסרון של נגיעה. אבל אם הנאמנות היא נאמנות ייחודית שניתנה לשליח אפשרות להעיד בב"ד על מה שראה או שמע וכנ"ל, הרי שכאן עדותו תיפסל ככל שיתברר שהייתה לו נגיעה בעניין.

בשו"ת מהרי"ט ח"ב – יו"ד סי' כט, עולה כי ככל שיש לשליח ב"ד נגיעה, לא יהיה נאמן, וז"ל:

"והא דקשיא לן מהיכן למד הרמב"ם ז"ל דמבזה שליח ב"ד אפי' ע"י הזמנה חייב נידוי דילמ' דוק' במבזה בית דין נראה דגמר לה משלחו לו ולא בא דכתיב אשר לא יבא לשלשת הימי' וכו' והוא יבדל וכו' דמזלזל בשליח שהולך להזמינו הוי אפקירות' טפי מלא בא ועוד שאם על זלזולו של שליח לא היה חייב לא היה לנו להאמינו שלא רצה לבא או שזלזל בכבו' הרב שנאמ' לפי שהקניטו הוא אומר ונוגע בעדותו הוא אבל כשאנו אומרים שאף על צערו חייב לא חשיב נוגע בעדו' שאף בזה הוא נאמן ומנדין אותו על כך שכבודו הוא כבוד שולחיו".

הדברים נאמרו ביחס למקרה ששליח ביה"ד מעיד שבעל הדין זלזל בו, שעל פי עדותו מענישים אותו, ואין בזה חסרון של עדות שיש בה נגיעה האישית שלו על שצערו, כי אנו מתייחסים לזלזול שנעשה בו כזלזול בב"ד, ולא כזלזול אישי בשליח ב"ד. ומשמע שככל שהנגיעה של השליח היא אישית, אין לו את הנאמנות הייחודית שיש לשליח ביה"ד.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ולפי האמור יש להגביל זאת למקרה שדרושה הגדת עדות מצד השליח, אבל במקרה שאנו מבקשים לסמוך על כך שהוא ביצע את שליחותו ומצד חזקה שליח עושה שליחותו, לכאורה אין ל"נגיעה" שלו השלכה לגבי חזקה זו. ובשלמא אם הייתה לו נגיעה שלא לבצע את השליחות, היה מקום לדון זאת כריעותא בגוף החזקה, בדומה לאפוטרופוס שלכן חייב הוא להישבע וכו"ל, אבל במקרה שיש לו נגיעה לקבל את שכרו, לכאורה אין זה פוגם בחזקה.

אולם בהתייחס למקרה שלפנינו, הוצבו שתי דרכים כיצד היא הגדרת הדברים בפועל ביה"ד מול הכונס. לפי האמור לעיל הרי יש לבאר שלפי שתי הדרכים יש משמעות לנגיעה של הכונס שאינה מאפשרת לקבל את שכרו. לפי הדרך הא' שביה"ד הוא המפעיל-המעסיק של הכונס, ואין לו דו"ד עם הצדדים, היה מקום לומר שאין נ"מ בנגיעה שיש לו לקבל שכר עבור עבודתו, כי הוא עובד רק מטעם ביה"ד. אבל נראה שזה אינו, כי דווקא בשליח ביה"ד שמוטל עליו לבצע שליחות ללא טרחה ופרטים רבים, בזה אנו מניחים כי הוא ביצע את מוטל עליו, גם ללא קבלת עדות שלו על כך, כי בדבר שנקל לבצע כגון מסירת הזמנה לבעל דין, אין סיבה לומר שהדבר לא בוצע. אבל בנדון שלפנינו העלינו שכונס דומה יותר לאפוטרופוס שאנו זקוקים לעדותו שהוא ביצע את עבודתו, שכן עבודתו כוללת פרטים רבים, שלא ברור מאליו שהם בוצעו ללא הצהרתו, ונמצא שכל שיש לו נגיעה לומר שביצע את שליחותו הוא לא יהיה נאמן על כך ללא הבאת ראיות וקיום דיון ככל שיש הכחשות מצד בעלי הדין. מאידך גיסא, לפי הדרך הב' הדבר פשוט עוד יותר, שכיין שביה"ד הוא רק מתווך את הכונס לצדדים, הרי שכל שיש לכונס נגיעה לקבל שכרו הוא חייב להוכיח זאת ולהופיע לדיון ככל שישנן הכחשות.

מסקנה

העולה מכל האמור כי הכונס אינו זכאי לשכ"ט עבור מכירת הדירה כיון שהיא לא נמכרה על ידו, ודינו לעניין זה - כמתווך, שכלל הדירה לא נמכרה ע"י, לא מגיע לו שכר למרות שהוא טרח טרחה גדולה כדי למוכרה. בכלל זה, לא מגיע לו שכר כפועל בטל. יחד עם זאת, מגיע לו שכ"ט עבור ניהול הנכס, כהכנה לקראת מכירתה, וזאת ככל שיתברר שהוא פעל כראוי וכמקובל בעניין זה.

ביארנו שישנן שתי גישות להגדרת הפעלת הכונס לטפל במכירת דירת הצדדים.

לפי דרך הא', ביה"ד הוא המפעיל-המעסיק את הכונס בשביל הצדדים, כאשר ברור מראש שהצדדים נושאים באחריות שכ"ט של הכונס.

לפי דרך הב', למרות שביה"ד הוא שממנה את הכונס, מכל מקום מבחינה מהותית, נחשב הדבר שהצדדים מפעילים-מעסיקים את הכונס בתיווכו ביה"ד, ופשוט לפ"ז שהצדדים הם האחראים לתשלום שכ"ט של הכונס כיון שהם הם המפעילים-המעסיקים הישירים מול הכונס. לדעתנו הדרך היותר מסתברת היא הדרך הב', כי לא מסתבר שביה"ד משמש כעין חברת "כח אדם" לטפל בחיובים של הצדדים, הצדדים הם החייבים בטיפול חלוקת הרכוש שבבעלותם, וככל שאין הצדדים מצליחים לחלק את הרכוש בכוחות עצמם, תפקידו של ביה"ד לכל היותר הוא, לשמש כ"מתווך" בין הצדדים לכונס - לקיים את המוטל עליהם, וכך נקטו ביה"ד בנתניה הגרחה"ש רוזנטל והגרש"מ עמר (ולדעת הגרמ"מ פרבשטיין הצדדים הקנו לכונס זכויות בדירה כדי שיוכל למוכרה).

בנדון שלפנינו שמטענות הכונס ושל הצדדים עולה כי הם חלוקים אם הכונס השלים את מלאכתו בענין ניהול הנכס לקראת מכירתו, לכאורה אין מקום בשלב זה לפסוק את שכ"ט של הכונס עבור ניהול הנכס, לא מבעיא לפי הדרך הב' שהדו"ד הם ישירים בין הכונס לבין הצדדים, אלא אף לדרך הא', הגם שלכאורה ניתן לכונס הגדרה של "שליח עושה שליחותו", מ"מ בשליח

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כזה שמוטלות עליו פעולות רבות לביצוע, דומה הדבר לאפוטרופוס שאין לו נאמנות גמורה – לא מצד היתנו "שליח ביה"ד", ולא מצד "שליח עושה שליחותו", ולפיכך יש לקיים דיון בנוכחות הכונס והצדדים ככל ויש ביניהם הכחשה אם הכונס מילא את תפקידו בהכנת הנכס למכירה.

יחד עם זאת, גם אם נתחשב בטענות האיש והאשה, כי הכונס לא מילא את תפקידו בשלמות, מכל מ"מ לדבריהם, למרות שהכונס לא פעל כראוי, הרי הכונס פעל בניהול הנכס לקראת מכירתו בצורה מסוימת, וניתן גם בשלב זה להעריך את עלות עבודתו טרם החליטו האיש והאשה למכור את הדירה בכוחות עצמם. לפיכך למרות האמור בנימוקים שלי, אהיה שותף להחלטה בה יחויבו הצדדים לשלם לכונס סך 5,000 ₪, שהוא סך ראוי לעבודתו של הכונס בטיפול בתיק, וזאת מלבד ההוצאות שהיו לו.

הרב חיים ו' וידאל - דיין

מסקנה:

כל ההוצאות לפרסום שכונס הנכסים הוציא ישולמו על ידי הצדדים בחלקים שווים. ובנוסף הצדדים ישלמו לכונס הנכסים סך 5,000 ₪ + מע"מ, שישולם על ידי שני הצדדים בחלקים שווים. עם קבלת אישור מכונס הנכסים על התשלום האמור, תינתן החלטה לביטול הליך כינוס הנכסים.

ניתן לפרסם בהשמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום י"א בשבט התשפ"ב (13/01/2022).

הרב חיים ו' וידאל

הרב דוד דב לבנון

הרב אוריאל לביא – אב"ד

מסמך זה עלול להכיל שינויי עריכה והגהה