

הרב הלל גפן

הוקי התורה: תיווך

הקדמה

במאמר זה נסקור כמה מהסוגיות המרכזיות בנוגע לדיני תיווך בימינו, ולאחר מכן נציע ניסוח של דיני תיווך בסגנון של חוק, במסגרת מיזם 'הוקי התורה' של מכון 'משפטי ארץ'. מאמר זה מסתמך כמובן על ספרים ומחקרים קודמים שעוסקים בדיני תיווך בימינו.¹ מתווך הוא אדם המקבל תשלום על שהביא שני צדדים לכרות ביניהם הסכם. לפיכך דינו כקבלן² המקבל תשלום עבור התוצאה שהגיע אליה, ללא תלות במספר שעות העבודה שהשקיע כדי להגיע אליה.³

א. יסודות החיוב לשלם למתווך

על פי ההלכה, ישנם שני יסודות לחיוב בדמי תיווך: היסוד הראשון הוא ההסכם (להלן: הסכם תיווך). כאשר אחד הצדדים הזמין את שירותי המתווך, הוא חייב בתשלום דמי תיווך, כפי שחייבים לשלם לכל מבצע עבודה מכוח הסכם.⁴ הסכם יכול להיות בכתב או בעל פה.

היסוד השני הוא 'דין נהנה' (עשיית עושר ולא במשפט), הקובע שאדם צריך לשלם על הנאה כלכלית שבאה לו מכוח פעולת חברו.⁵ לפיכך גם מי שמעוניין למכור או לקנות נכס, אך מעולם לא התחייב לשלם למתווך שכר מכוח הסכם תיווך, יהיה חייב לשלם למתווך שכר, בשיעור שווי הרווח הכלכלי שהפיק מפעולת התיווך, אם המתווך מצא עבורו קונה או מוכר מיוזמתו.

1. כגון: הרב חיים צפרי, ד"ר מיכאל בריס וד"ר מיכאל ויגודה, 'פרק חמישי: חוזה תיווך', בתוך: ד"ר מיכאל ויגודה, הערות לטיטת חוק דיני ממונות, התשע"א-2010, לאור המשפט העברי, אתר משרד המשפטים, עמ' 40-45; יעקב ישעיה בלוי, פתחי חושן, שכירות מטלטלין, בתים וקרקעות ופועלים, ירושלים תשמ"ה (להלן: פתחי חושן, שכירות); הרב אברהם רוזין והרב חנוך לויפר, תיווך ושידוך כהלכה, ירושלים תשע"ה (להלן: תיווך ושידוך כהלכה); הרב יוסף גולדברג, הלכות מתווכים, ירושלים תשפ"א (להלן: הלכות מתווכים). וראו גם הרב הלל גפן, 'הסכם תיווך', אמונת עתיך 129, עמ' 90.
2. הלכות מתווכים עמ' קה. הכוונה למתווך שפעל בהוראת הלקוח, אולם אם המתווך בא ביוזמתו ותיווך בדיבור בלבד, ללא טרחה, ללא הוצאות וללא הפסד זמן, אין לו שכר טרחה מן הדין אלא רק מחמת המנהג (שם עמ' קד).
3. ראו הלכות מתווכים, עמ' קה.
4. פתחי חושן, שכירות פרק יד סעי' א.
5. בבא מציעא קא ע"א; שו"ת הרשב"א ד, ס' קכה.

1. תשלום למתווך על השגת הסכם שאינו מחייב

מתווך זכאי לתשלום כאשר נכרת הסכם בין הצדדים, ובדרך כלל מדובר בהסכם מחייב שאפשר לאכוף אותו, אולם לעיתים ההתחייבות היא לשלם גם על הסכם שאינו מחייב. כך למשל בשידוך, שהוא הסכם שאינו ניתן לאכיפה, ובכל זאת יש חובה לשלם לשדכן.⁶ אומנם יש מקומות שבהם נהגו לשלם לשדכן רק לאחר הנישואין, שהם הסכם מחייב.⁷ ישנם מקורות שונים לגבי מועד התשלום על שידוך הנהוג בימינו.⁸

2. התשלום למתווך תלוי בכריתת הסכם בין הצדדים

מבחינה הלכתית, מתווך הוא קבלן המקבל תשלום על הגעה לתוצאה, ללא קשר להיקף הזמן והמאמץ שהשקיע בעבודתו. ואולם פעולת המתווך שונה מפעולת קבלן רגיל, כיוון שקבלן רגיל אינו תלוי בהכרח במזמין לצורך הגעה לתוצאה שקיבל עליו להשיג. כך למשל נגר שהתחייב לבנות ארון אינו תלוי בהכרח ברצונו של המזמין, ואם המזמין לא שיתף פעולה וגרם לכך שהקבלן לא יעמוד בהתחייבות שלו, אזי ייתכן שהמזמין יחויב בתשלום לקבלן במקרים מסוימים.⁹ לעומת זאת, מתווך תלוי תמיד ובאופן מהותי בצדדים לצורך השלמת המשימה שלו, שהרי כריתת הסכם בין הצדדים תלויה ברצונם הטוב. ממילא מזמיני שירות התיווך שהחליטו לא לכרות את ההסכם יהיו פטורים מלשלם למתווך.

3. כריתת הסכם תיווך בדיבור

כלל נקוט בידינו שאין כריתת הסכם בהלכה ללא מעשה, ולא די בסיכום בעל פה.¹⁰ לכן הסכם קבלנות נכרת מכוח תחילת העבודה, ולא מכוח ההסכמה שבין הצדדים בלבד.¹¹ החידוש במתווך הוא שכיוון שעיקר עבודתו היא להעביר מידע בין הצדדים להסכם, הרי שיתכן מצב שבו ייכרת הסכם בין המתווך למזמין בהעברת מידע בדיבור בלבד, כיוון שמדובר בתחילת עבודתו של המתווך.¹²

ב. מעמד חוק המתווכים בעניין תיווך במקרקעין

כללי¹³

כידוע, לדעת חלק מן הראשונים, הכלל הקובע ש'דינא דמלכותא - דינא' חל רק בנוגע לחוקים שהם לתועלת המלך או השלטון, כחוקי המס, התעבורה וכדומה.¹⁴ לשיטה זו, על

6. רמ"א, חו"מ סי' קפה סעי' י.

7. רמ"א שם.

8. הלכות מתווכים, עמ' קנז.

9. רמ"א, חו"מ סי' שלג סעי' א.

10. שלחן ערוך, חו"מ סי' קפט סעי' א.

11. שולחן ערוך, חו"מ סי' שלג סעי' א.

12. ראו הלכות מתווכים, עמ' קה, והערה 9 שם.

13. שאלת מעמד של חוקי מדינת ישראל על פי ההלכה היא סוגיה רחבה שנדונה בקרב פוסקים רבים (ראו למשל: הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס, 'התוקף הלכתי של חוקי המדינה', כתר א, עמ' 339-385; הרב עדו רכניץ והרב יואב שטרנברג, נייר עמדה 3: תוקפם ההלכתי של חוקי המדינה בדיני ממונות, אתר דין תורה). במסגרת זו נדון במקצת הסברות הנוגעות לענייננו.

החוק האזרחי של מדינת ישראל לא חל הכלל 'דינא דמלכותא דינא'. אלא שיש החולקים וסוברים שאף בדברים שאין שום הנאה ותועלת ישירה למלכות, דין המלכות מחייב,¹⁵ לרבות חוקים שנועדו למנוע 'הכחשות וקטטות'.¹⁶ כך אומנם פסק הרמ"א, כשקבע ש'לא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה'.¹⁷ לשיטה זו, החוק האזרחי של מדינת ישראל מקבל תוקף הלכתי מכוח היותו 'דינא דמלכותא'.

אומנם הש"ך¹⁸ קבע שבכל אופן אין תוקף הלכתי לדין המלכות הסותר את דין התורה. עוד יש להעיר שלפי ה'חתם סופר'¹⁹ יש תוקף הלכתי לכל חוק של המלכות שראוי היה לחכמי ישראל לתקן כמוהו.

לאור עקרונות אלו יש לבחון את המשמעות ההלכתית של חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המתווכים).

דרישת הכתב

חוק המתווכים קובע שמתווך לא יזכה בדמי תיווך בעסקת מקרקעין אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין.²⁰ בתי המשפט עסקו בשאלה עד כמה יש לנהוג באופן דווקני על פי החוק, ושמה יש לחייב בתשלום גם במקרים שבהם לא נחתם הסכם תיווך על פי כל הדרישות.²¹

דין התורה אינו דורש שהסכם התיווך יהיה בכתב, ואפשר לחייב בדמי תיווך גם ללא הזמנת התיווך כלל, מדין 'נהנה'. תכליתה של דרישת הכתב שבחוק המתווכים היא למנוע מצבים של אי בהירות והכחשות בין הצדדים.²² אכן, הניסיון מלמד שמצבים כאלו שכיחים מאוד ומגיעים תכופות לפתחייהם של בתי הדין, ולכן ראוי היה לחכמי ישראל לקבוע תקנה המחייבת את הצדדים לערוך הסכם כתוב. בהתאם לכך, בכמה פסקי דין של בתי הדין ברשת 'ארץ חמדה גזית' אומצה גישה מרוככת, שלפיה כאשר הלקוח לא היה אמור לדעת שיחויב בדמי תיווך ולא נעשה הסכם בכתב - הוא יהיה פטור כמעט

14. כן דעת הרמב"ם, ע"פ מגיד משנה, הל' מלווה פכ"ז ה"א; שו"ת ריב"ש, סי' רג; חידושי הרמב"ן, בבא בתרא נה ע"א בשם דברי האומרים; ר"ן על הרי"ף, גיטין ד ע"א בשם יש מי שפירש; חידושי הרשב"א, גיטין י ע"ב בשם יש דוחין; מהרי"ק, שורש קפז, בדינים שבין אדם לחברו פשיטא ופשיטא דלא. וראו ש"ך, חו"מ סי' עג ס"ק לט.

15. חידושי הרמב"ן, בבא בתרא נה ע"א; חידושי הרשב"א, גיטין י ע"ב; ר"ן על הרי"ף, גיטין ד ע"א.

16. שו"ת הרשב"א, ח"ב סי' שנו.

17. רמ"א, חו"מ ס'ק שסט סעי' יא.

18. ש"ך, חו"מ סי' עג סעי' לט.

19. שו"ת חתם סופר, חלק ה, חו"מ סי' מד.

20. סעיפים 9(א), 14(א) (2) לחוק המתווכים. פרטים בדבר הנושאים שיש לכלול בהסכם התיווך נקבעו בתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), התשנ"ז-1997.

21. ראו למשל: ע"א 36998-03-13 קינן נ' ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע"מ (פורסם ב'נבו') והאסמכתאות שם, ובהרחבה אצל אבי ויינרוט, 'דרישת הכתב בעסקת תיווך במקרקעין', משפט ועסקים כב (תש"ף) 121, עמ' 143-158.

22. וראו גם אצל ויינרוט שם, עמ' 123 ('דרישת הכתב בחוק המתווכים לא נועדה לוודא גמירת דעת ורצינות, ואינה מופנית כלפי שני הצדדים, אלא מטילה חובה על המתווך לנהוג במקצועיות, ובכלל זה להשכין ודאות ביחסיו עם הלקוח על ידי החתמתו על מסמך התקשרות בכתב שבו ימלא המתווך פרטים שנקבעו במפורש בתקנות ביחס להתקשרות בין הצדדים').

לגמרי מן החובה לשלם את דמי התיווך.²³ לעומת זאת, כאשר סוכם במפורש על תשלום דמי תיווך או שהיה על הלקוח להבין שיחויב בתשלום (כגון במקרה שהוא פנה בעצמו למשרד תיווך), הוא יהיה חייב בתשלום דמי תיווך אף שלא נחתם הסכם בכתב.²⁴

רישוי

חוק המתווכים קובע שבכל הנוגע לתיווך במקרקעין, רק מתווך המחזיק ברישיון זכאי לדמי תיווך.²⁵ דרישת הרישוי נועדה לוודא ששירות התיווך יינתן מאת גורם העונה לדרישות סף של התאמה וכשירות, ובעל ידע ורמה מקצועית נאותה בתחום הנדל"ן. כמו כן, דרישה זו נועדה לאכוף אמות מידה של הגינות, כדי להגן על רוכשי הדירות והשוכרים. משמעותה המעשית של דרישה זו היא שבית המשפט לא יעניק סעד למתווך שאינו מורשה, אם הוא לא קיבל את שכרו, אף אם נחתם עימו הסכם תיווך.²⁶ אף על פי כן נפסק בבית המשפט המחוזי בתל אביב²⁷ שתיווך אקראי אינו בגדר עסק בתיווך המחייב את בעליו ברישיון תיווך כתנאי לזכאותו לקבל דמי תיווך. לאור זאת יש לדון בתוקפה של דרישת הרישוי לפי ההלכה, הן בנוגע לעצם הדרישה והן בנוגע לתוקפו של הסכם תיווך שנכרת עם מתווך שאינו מורשה לעסוק בתחום זה. מאחר שאין בעניין זה פסיקה שיטתית של בתי הדין,²⁸ הותרנו עניין זה ללא הכרעה.

ג. אונאה בדמי תיווך

כאמור לעיל, מעמדו ההלכתי של מתווך הוא כשל קבלן. לדעת הרמב"ן²⁹ והרשב"א³⁰ כשם שאין דין אונאה חל בהסכמי עבודה עם שכיר, כך אין דין אונאה חל בהסכם עבודה עם קבלן. ואולם הרמב"ם³¹ כתב:

נראה לי שהקבלן יש לו הונאה. כיצד? כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרה זוזים, או לתפור חלוק זה בשני זוזים הרי זה יש לו הונייה, וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר לעולם כמוכר...
וכך נפסק גם ב'שלחן ערוך'.³²

-
23. הרב יוסף כרמל, פסק דין ארץ חמדה גזית 70003; הרב סיני לוי, פסק דין ארץ חמדה גזית 73042; הרבנים שלמה אישון, אהרן כ"ץ וסיני לוי, פסק דין ארץ חמדה גזית 73131, סעיף ת.
24. הרב סיני לוי, פסק דין ארץ חמדה גזית 72059.
25. סעיף 2 לחוק המתווכים.
26. סעיף 14(א)(1) לחוק המתווכים.
27. ע"א (ת"א) 3252/05 טרכטנברג נ' אפריקה ישראל מגורים.
28. בספר עטרת דבורה, חו"מ ס' לח, הביא את דברי שו"ת מים רבים, ד ס' כז, על מקום שהמתווכים היו רשומים ופורעים מס למלך, ופסק שאין לשלם לשדכן שאינו רשום את מלוא השכר, אלא שמין לו את שכר טרחתו בלבד, אך בספר עטרת דבורה לא הכריע באופן ברור בעניין זה. ראו גם פסקי דין ארץ חמדה גזית מס' 70003, 79006.
29. חידושי הרמב"ן, בבא מציעא נו ע"ב.
30. חידושי הרשב"א, שם.
31. רמב"ם הל' מכירה פי"ג הי"ח.
32. שלחן ערוך, חו"מ ס' רכז סעי' לו; וראו גם, חוקי התורה, קבלנות, סעיף 11.

בספר תשובות מיימוניות³³ הביא תשובת מהר"ם שדן בשדכן שדרש סכום גבוה מן הצדדים, ואלו הסכימו לשלם סכום זה, אך לאחר שהסתיים השידוך ביקשו לחזור בהם. בעניין זה פסק מהר"ם שאין השדכן זכאי לשכר העולה על דמי השדכנות המקובלים, אך נשאר בספק בנוגע לשאלה אם כך יהיה הדין גם בשדכן מקצועי, שזו עבודתו העיקרית. לעומת זאת המרדכי³⁴ הביא גם את דברי רבנו שמחה שחייב לתת לשדכן כל מה שהוסכם לתת לו, כיוון שבשכר השדכנות מקובל ליתן לשדכן יותר מכדי טורחו, וכן פסק המהרש"ל.³⁵ למעשה הרמ"א³⁶ פסק ש'בשדכנות אין לו אלא שכרו, אף על פי שהתנה עמו לתת לו הרבה'. אכן, ישנם אחרונים³⁷ שסייגו קביעה זו וקבעו שהיא אינה חלה אלא בדמי שדכנות, ולא בדמי תיווך, אך הש"ך³⁸ חלק עליהם ופסק שעיקרון זה חל על כל הסכם תיווך. כיוון שהמחלוקת בעניין זה לא הוכרעה, קבענו שלמעשה לא ניתן לחייב אדם לתת למתווך דמי תיווך שהם גבוהים באופן ניכר מדמי התיווך המקובלים. יחד עם זאת אם המתווך מחזיק בידי את דמי התיווך המגיעים לו מכוח ההסכם, אין להוציאם מיזו, אף אם הם גבוהים באופן ניכר מדמי התיווך המקובלים.

1. ריבוי מתווכים

לפעמים אין העסקה נגמרת על ידי מתווך אחד אלא לאחר התערבות של מתווך נוסף. ה'פתחי תשובה'³⁹ כותב בשם ספר 'עטרת צבי' שבפנקס ארצות נקבעה תקנה שהמתחיל והגומר יחלקו בשווה את דמי התיווך. כדי להיקרא 'מתחיל' לא די בהצעת העסקה, אלא יש צורך בתיווך ממשי בנוגע למחיר העסקה. אחר כך כתב שכאשר שלושה מתווכים היו מעורבים, נוהגים לחלק את דמי התיווך לשלושה חלקים: שלישי למתחיל, שלישי לאמצעי ושלישי לגומר.

בתשובת 'שב יעקב'⁴⁰ כתב שזכותו של ה'מתחיל' נובעת מהיותו בעל הרעיון של השידוך או העסקה המדוברת, וה'גומר' רק המשיך את פעולתו. אולם אם ה'גומר' יזם את העסקה בעצמו ולא הסתייע כלל בפעולת ה'מתחיל', הוא זכאי למלוא דמי התיווך, כשם שמצווה נקראת על שם גומרה.⁴¹ בעניין זה יש הבדל בנושא זה בין החוק לבין ההלכה. לפי החוק

33. תשובות מיימוניות, נזיקין, סי' כב.

34. מרדכי, בבא קמא סי' קעב.

35. ים של שלמה, בבא קמא סי' י אות לח.

36. רמ"א, חו"מ סי' רסד סעי' ז.

37. שו"ת מהר"י בן לב א, סי' ק (דמהר"ם דווקא בשדכנים דהוי דבר מצוה לזווג זיווגים הוא דקאמר דאין לו אלא שכר טרחו דומיא דההיא דמי שהיה בורח מבית האסורים, אבל בדבר הרשות כיוצא בנדון דידן מהסרסורים מודה מהר"ם ז"ל דיהינן להו כל מה שהתנו עמו); הש"ך, חו"מ סי' רסד ס"ק יד, ציין גם לשו"ת דברי ריבות שצו, אך שם ראיתי שאינו מחלק בין שדכן לסרסור, ולדעתו גם לשדכן רגילים לתת יותר משכר טורחו.

38. ש"ך, חו"מ סי' רסד ס"ק יד.

39. פתחי תשובה, חו"מ סי' קפה ס"ק ג.

40. שו"ת שב יעקב, חו"מ סי' יג, מובא בפתחי תשובה שם.

41. כדרשת חז"ל, דברים רבה ת, ד, על הפסוק 'ואת עצמות יוסף אשר העלו בני ישראל ממצרים קברו בשכם', שאע"פ שמשא התחיל במצווה אין היא נקראת אלא על שם בני ישראל שגמרוה, וזאת משום שגם אם משה לא היה מתחיל, המצווה הייתה מתקיימת על ידם.

מגיעים למתווך דמי תיווך רק אם הוא היה הגורם היעיל בביצוע העסקה,⁴² ולכן לכאורה רק מתווך אחד זכאי לדמי תיווך, ובדרך כלל אין מחלקים את דמי התיווך בין כמה מתווכים. לעומת זאת לפי ההלכה מתווך שמעשיו הועילו מקבל לפחות חלק מדמי התיווך, גם אם העסקה לא נגמרה על ידו.

2. מתווך שהתחיל והצדדים סיימו את העסקה בלעדיו

הרב ישראל גרוסמן⁴³ כתב שאם המתווך הציע דירה למוכר או לקונה, והצדדים גמרו את העסקה בעצמם, יש לשלם למתווך דמי תיווך מלאים (ולא רק כ'מתחיל'). ראייתו היא מתשובת הרא"ש,⁴⁴ לפיה אם המוכר מכר לקונה שהוצע ע"י המתווך, הוא צריך לשלם למתווך את מלוא שכרו. אומנם הרב גרוסמן מציין שיש מי שחלק עליו וטען שהרא"ש חייב לשלם למתווך את מלוא דמי התיווך משום שהמוכר נהג בו ברמאות. לשיטה זו, כאשר הצדדים לעסקה נהגו בתום לב וגמרו את העסקה בעצמם, כגון שהעסקה נכשלה ולאחר זמן מה הצדדים התגברו על המחלוקת ביניהם ללא מעורבות המתווך, אין לחייב את המוכר לשלם למתווך את מלוא דמי התיווך (אלא רק כ'מתחיל'). בשאלה זו נחלקו גם דיני בית הדין 'ארץ חמדה' בפסק דין 76102, ונפסק בדעת רוב הדיינים שיש לשלם למתווך את מלוא דמי התיווך. לדעת המיעוט, כיוון שיש מחלוקת בין האחרונים בשאלה זו, אין לחייב את המוכר לשלם למתווך יותר מן המקובל לשלם ל'מתחיל'. כיוון שאף נושא זה שנוי במחלוקת, לא הכרענו בו כאן.

3. בלעדיות

ישנה אפשרות מקובלת למסור נכס לתיווך בבלעדיות. חוק המתווכים קובע בעניין זה שיש לחתום על הסכם בלעדיות נפרד (סעיף 9(ב)); שתקופת הבלעדיות המרבית בתיווך מקרקעין לא תעלה על חצי שנה (סעיף 9(ב1)); ושבהלך תקופת הבלעדיות יבצע המתווך פעולות שיווק (סעיפים 9(ב2), 9(ד)). נוסף על כך קובע סעיף 14(ב) לחוק חזקה שלפיה מתווך שביצע בתקופת הבלעדיות פעולות שיווק בהתאם לדרישות שנקבעו בתקנות, הוא הגורם היעיל בתיווך, לגבי עסקה שנכרתה בתקופת הבלעדיות. מה יהיה הדין כאשר נכס נמסר לטיפולו הבלעדי של מתווך, ובסופו של דבר היו גורמים אחרים שהביאו לביצוע העסקה? שאלה זו שנויה במחלוקת. לפי גישה אחת, החזקה האמורה ניתנת לסתירה. לפי גישה זו, אם הלקוח יוכיח שהקונה הגיע אליו שלא באמצעות המתווך, הוא יהיה פטור מדמי התיווך.⁴⁵ גישה אחרת מנוסחת בצורה זו: כל אימת שצד מתקשר עם מתווך בהסכם בלעדיות, הוא יהיה זכאי - בהתאם לתנאי החוזה - לדמי תיווך, גם אם לא היה הגורם היעיל להתקשרות, שכן זכותו נובעת מכוח הנורמה החוזית המקנה לו את הבלעדיות.⁴⁶

42. סעיף 14 (א)(3) לחוק המתווכים.

43. שו"ת נצח ישראל, סי' כח.

44. שו"ת הרא"ש, כלל קה סי' א.

45. בבר"ע 2905/00 יצחק מאיר נ' עיריית קובלנסקי (פורסם ב'נבו') קבעה השופטת אלשיך שחוק המתווכים הינו קוגנטי (לא ניתן להתנאה) בהיותו חוק צרכני.

46. ע"א (י-ם) 2543/01 תיווך יהלום יצחק מאור (אסולין) נ' יסמין לפשיץ (פורסם ב'נבו); ת"ק (י-ם) 4103/02 כורש נ' סייר (פורסם ב'נבו); ת"ק ת"א 9048/02 הגן דוד נ' בוכולטר אורן (פורסם ב'נבו').

לגבי משמעותו ותוקפו ההלכתי של הסכם בלעדיות פסק בית הדין לממונות בירושלים⁴⁷ שיש בהסכם מסוג זה בעיה של אסמכתא, כיוון שהמוכר מתחייב שאם ימכור את הדירה ישלם למתווך אף שלא נהנה משירותיו. כמו כן הלקוח פטור, כיוון שיכול לטעון שלא הבין את משמעותה של הבלעדיות.⁴⁸ אומנם כאשר המוכר חתם על הסכם שבו נקבע במפורש שהמתווך יהיה זכאי לדמי תיווך אף אם מתווך אחר הביא את העסקה אל קו הגמר, ההתחייבות חלה מדין מנהג הסוחרים (סיטומתא), כיוון שכך הוא מנהג המדינה, ובסיטומתא אין חסרון אסמכתא.⁴⁹ ואולם יש שטענו שמשמעות הבלעדיות היא שהמתווך גובה שכר על עבודתו וטרחתו גם אם לא נגמרה העסקה על ידו, ובלבד שהדירה נמכרה.⁵⁰ לפי זה, התשלום הוא עבור עבודת המתווך, ואינו בגדר אסמכתא. לאור זאת, ראוי להגדיר בהסכם הבלעדיות במה מתחייב המוכר אם הדירה נמכרה על ידי מתווך אחר.⁵¹



47. פסקי דין - ירושלים דיני ממונות יג עמ' שלו ועמ' שסד.
 48. ראה רמב"ם, הל' מכירה פי"א ה"ו; שו"ע, חו"מ סי' רז סעי' יג: 'כל התנאין שמתנין בני אדם ביניהן אף על פי שהן בעדים ובשטר אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה, ואם לא יהיה או אם לא תעשה לא אקנה לך ולא אתן לך, אף על פי שעשה או שהיה הדבר לא קנה, שכל האומר אם יהיה או אם לא יהיה לא גמר והקנה, שהרי דעתו סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה.'
 49. ראו שו"ת חתם סופר, חו"מ סי' סו.
 50. תיווך ושידוך כהלכה עמ' קב, הערה ג.
 51. למשל בנוסח המומלץ של איגוד המתווכים כתוב שבמקרה שהדירה תימכר על ידי מתווך אחר ישלם המוכר למתווך הבלעדי 3% מהתמורה לעסקה. יש להעיר שזה למעשה 'קנס' שנועד להרתיע מפני העברת התיווך לאחר, שכן דמי התיווך המקובלים אינם עולים על 2% משווי העסקה.

חוקי התורה: תיווך ושדכנות

פרק א: הגדרות

הגדרות	
הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר, לשם התקשרותם בהסכם מחייב או בלתי מחייב.	'תיווך'
הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר, לשם התקשרותם בהסכם הנוגע להעברת זכויות במקרקעין, ובכלל זה מכר ושכירות.	'תיווך במקרקעין'
הסכם בין מתווך ללקוח ליצירת קשר בין הלקוח לבין אדם שלישי, תמורת דמי תיווך, במטרה שייכרת הסכם בין הלקוח לבין אותו אדם.	'הסכם תיווך'
אדם הנותן שירותי תיווך בהתאם להסכם תיווך.	'מתווך'
אדם המקבל ממתווך שירותי תיווך בהתאם להסכם תיווך.	'לקוח'

פרק ב: הסכם התיווך

כריתת הסכם תיווך

- (א) הסכם תיווך נכרת במעשה קניין, ובכלל זה בתחילת עבודה ואפילו בדיבור,⁵² בקניין כסף,⁵³ בקניין שטר⁵⁴ או בקניין סודר.⁵⁵
- (ב) הסכם תיווך במקרקעין תקף, אם נכרת מכוח הסכם כתוב ואם נכרת בעל פה.⁵⁶

אונאת ממון

הסכם תיווך אינו כפוף לדיני אונאת ממון.⁵⁷

52. בהגהות מרדכי קידושין, ס' תקמד, כתב שמתווך דינו כפועל, ולכן אין צורך במעשה קניין, וכן פסקו סמ"ע קפה, כו; נתיבות המשפט חידושים קפה, כו. אלא שהסכם עם פועל נכרת במעשה של תחילת עבודה (שלחן ערוך, חו"מ ס' שלג סעי' א), ולכן נראה שהכוונה שדי בתחילת עבודה, ואין צורך במעשה קניין נוסף. במקרה של מתווך העבודה היא בדיבור, ולכן די שהמתווך מסר מידע ללקוח שהוביל להסכם. כך משמע מדברי קצות החושן, ס' רסד סעי' ג: 'אם לא שעשה השדכן פעולתו בדיבור בלי שום ביטול זמן', וכן מפתחי חושן שכירות יד, הערה ה: 'אם לאחר שכבר שמע פרטי ההצעה אמר לו המחותן או הצד דע שלא אשלם לך שכר, אינו יכול לפטור עצמו בכך, שהרי למעשה כבר נתחייב לשלם אם יגמר הדבר'.

53. נתיבות המשפט, ס' שלג סעי' א.

54. שו"ת נודע ביהודה קמא, חושן משפט, ס' ל; פתחי תשובה, חו"מ ס' שלג ס"ק ב.

55. שם, תשובות מיימוניות נזיקין ס' כב.

56. הרב סיני לוי, פסק דין ארץ חמדה גזית 72059.

קנסות

תנאי בהסכם תיווך המבקש להטיל קנס על הפרת ההסכם ייערך בהתאם להגבלות המפורטות ב'חוקי התורה: התחייבות' (טרם פורסם).

מהותו של הסכם התיווך

הסכם התיווך קובע את זכויות המתווך, ואין בו כדי לחייב את המתווך, המזמין או כל אדם אחר לכרות הסכם או לפעול לשם כך.⁵⁸

הסכם בלעדיות בתיווך במקרקעין

על הסכם בלעדיות בתיווך מקרקעין יחולו הוראות חוק המתווכים, התשנ"ו-1996 הנוגעות לעניין.⁵⁹

פרק ג: דמי התיווך

הזכות לשכר

- (א) מתווך זכאי לדמי תיווך כמקובל, בין ביצע את עבודת התיווך בהתאם להסכם תיווך ובין עשה כן מיוזמתו;⁶⁰
- (ב) גרמה פעולת המתווך לכריתת הסכם בין הלקוח לאדם שלישי, זכאי המתווך לדמי תיווך.⁶¹

57. כאמור לעיל מתווך הוא קבלן. לדעת הרמב"ן והרשב"א, בבא מציעא נו ע"ב, אין לקבלן דין אונאה, אך הרמב"ם (מכירה יג, יח) כתב: 'נראה לי שהקבלן יש לו הונאה, כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרה זוזים, או לתפור חלוק זה בשני זוזים הרי זה יש לו הונאה, וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר לעולם כמוכר'. כך נפסק גם בשלחן ערוך, חו"מ סי' רכז סעי' לו; וראו גם ב'חוקי התורה - קבלנות'.

לגבי אונאת ממון בתיווך נחלקו הפוסקים. על פי תשובת מהר"ם המופיעה בתשובות מיימוניות (נזיקין, כב) שדכן שדרש סכום גבוה והסכימו לדרישתו, אין חייבים לשלם לו אלא שכר טרחתו (ולא השכר הגבוה). אומנם הוא מסתפק בנוגע לשדכן שאומנותו בכך. לכן הוא ממליץ שיעשו קניין סודר על הסכום הגבוה שהוסכם עליו, ואז ההסכם יחייב. לעומת זאת המרדכי, בבא קמא סי' קעב, הביא גם את דברי רבנו שמחה שחייב לתת לשדכן כל מה שהתנה לתת לו, כיוון שבשכר שדכנים רגילים לתת יותר מכדי טרחתם, וכן פסק ים של שלמה, בבא קמא פ"י סי' לח.

הרמ"א (חו"מ סי' רסד סעי' ז) כתב 'ובשדכנות אין לו אלא שכרו, אף על פי שהתנה עמו לתת לו הרבה'. לפי שו"ת מהר"י בן לב א, סי' ק, דין זה הוא בשדכן ולא במתווך, כיוון שהשדכן עוסק במצווה וחובתו לשדך ללא תשלום, לעומת מתווך שעוסק בדבר הרשות וזכותו לדרוש כל סכום שירצה. אך הש"ך (חו"מ סי' רסד ס"ק יד) סבר שהוא הדין במתווך, שאין לו אלא שכרו.

58. על פי המנהג.

59. בספר תיווך ושידוך כהלכה עמ' קב ואילך, מקבלים המחברים את החוק כמנהג המדינה. וראו גם פסקי דין ירושלים יג עמ' שלו ושסד.

60. פתחי חושן, שכירות פרק יד סעי' ו.

61. פתחי חושן, שכירות פרק יד סעי' ז, הערה ח: 'פשוט בדברי הפוסקים ששדכן דומה לקבלן ואינו נוטל רק עבור גמר המלאכה, בין טרח הרבה ובין גמר הדבר בקלות'. וראו גם, שו"ת הרא"ש, כלל קה סי' א; בית יוסף, חו"מ סי' קפה, כתב שמשמע מתשובת הרא"ש שאם חרף השתדלות המתווך, המוכר מסרב לחתום על ההסכם, עליו לשלם למתווך את דמי התיווך, אך ציין שמנהג העולם אינו כן. וכן כתב בספר משפט שלום, סי' קפה ס"ק ו, שהרבה שדכנים יגיעים לריק ומוציאים הרבה ואינם מצליחים ומפסידים טרחתם והוצאותיהם.

(ג) הסכימו הלקוח והאדם השלישי, אחרי כריתת ההסכם ביניהם, לבטלו או להימנע מקיומו, אין בכך כדי לגרוע מזכות המתווך לדמי תיווך,⁶² אלא אם כן הסכמתם זו באה עקב הטעייה שהטעה המתווך את אחד הצדדים.⁶³

שיעור דמי התיווך

- (א) שיעור דמי התיווך ייקבע בהסכם התיווך. לא נקבע בהסכם, ייקבעו דמי התיווך בהתאם לנוהג.⁶⁴
- (ב) שיעור דמי התיווך אינו תלוי בזמן שהשקיע המתווך,⁶⁵ או בהוצאות הכספיות שנדרשו לו לשם מילוי תפקידו.⁶⁶
- (ג) לקוח שקיבל שירותי תיווך במקרקעין שלא בהתאם להסכם תיווך, או שלא היה עליו לדעת שהשירות שקיבל הוא בתמורה, ישלם דמי תיווך מופחתים, שייקבעו בהתאם לרווח שהפיק מן התיווך, בהתאם להערכת בית הדין.⁶⁷

מועד התשלום

המזמין ישלם את דמי התיווך במועד שנקבע בהסכם התיווך.⁶⁸ לא נקבע מועד כאמור, ישולמו דמי התיווך לכל המאוחר עד הזריחה או עד השקיעה הסמוכה למועד שבו נכרת

62. פתחי חושן, שכירות פרק יד סעי' יא; ראו גם שו"ת שער אפרים, סי' קנ.

63. חקרי לב, חו"מ ח"ב, סי' קלו.

64. פתחי חושן, שכירות פרק יד סעי' א.

65. שיעור דמי התיווך נקבע על פי מנהג הסוחרים שבכל מקום (הלכות מתווכים עמ' קנח), וזה המנהג הפשוט שדמי התיווך תלויים בתוצאה של כריתת הסכם בין הצדדים ולא בטרחת המתווך.

66. פתחי חושן שכירות, פרק יד הערה ב.

67. הרב יוסף כרמל, פסק דין ארץ חמדה גזית 70003; ראו גם הרב יוסף כרמל והרב סיני לוי, 'דמי תיווך שלא הוסכם עליהם מראש', תחומין לא עמ' 358-362; הרב סיני לוי, פסק דין ארץ חמדה גזית 73042; הרבנים שלמה אישון, אהרן כ"ץ וסיני לוי, פסק דין ארץ חמדה גזית 73131, סעיף ה; פסקי דין אלו מבוססים על דרישת הכתב המופיעה בחוק המתווכים, וקובעים שלחוק יש תכלית ראויה והיא למנוע סכסוכים ואי הבנות הנובעים מהעמימות שבדברים בעל פה בלבד. לפיכך הם פוטרים את הלקוח מדמי תיווך מלאים ומחייבים אותו בשיעור הנאתו בלבד.

הצורך ברישיון תיווך - לגבי דרישת החוק שלמתווך יהיה רישיון לעסוק בתיווך קיימת אי בהירות. פסק דין ארץ חמדה גזית 70003 הנ"ל עסק במתווך שאינו מקצועי, שמן הסתם לא היה לו רישיון, אך פסק הדין לא הביא עובדה זו כנימוק לשלול ממנו את הזכות לקבל דמי תיווך מלאים. בספר עטרת דבורה, חו"מ סי' לח, הביא את דברי שו"ת מים רבים ד, סי' כז, על מקום שהמתווכים היו רשומים ופורעים מס למלך, ופסק שאין לשלם לשדכן שאינו רשום את מלוא השכר, אלא שמין לו את שכר טרחתו בלבד. אך בספר עטרת דבורה לא הכריע באופן ברור בעניין זה.

בהתאם להוראות חוק המתווכים, בתי המשפט שוללים את הזכות לקבל דמי תיווך ממתווך שאין לו רישיון, אך קיימים גם מקרים יוצאי דופן. ראו למשל תא (ת"א) 4620-10-18 משה עזרא נ' משה בובליל, שם השופט חייב את הלקוח בתשלום דמי תיווך למתווך שלא שילם אגרת מתווכים במועד ולכן הרישיון שלו לא היה בתוקף. השופט ציין כי במקרים שבהם נשללו דמי התיווך ממתווך שפעל ללא רישיון בתוקף חשו בתי המשפט 'בחוסר נוחות' הנוצרת מהדרישה לאכוף את החוק כלשונו, אף שהלקוח קיבל את השירות בגינו התחייב לשלם דמי תיווך.

במקרה אחר קבע בית המשפט שלאדם שעסק בעסקת תיווך אקראית מגיע השכר המוסכם אע"פ שאין לו רישיון, כיוון שהוא אינו בגדר 'עוסק בתיווך' (ע"א (מחוזי - ת"א) 3252/05 טרכטנברג נ' אפריקה ישראל מגורים).

68. שו"ע ורמ"א חו"מ סי' שלט סעי' ז.

ההסכם שבין הלקוח לאדם השלישי.⁶⁹ לא שולמו דמי התיווך עד למועד זה, עובר הלקוח על איסור 'בל תלין'.⁷⁰

ריבוי מתווכים

גרמה פעולתם של מתווכים אחדים לכריתת חוזה בין הלקוח לבין האדם השלישי, המתווך הראשון יקבל שלישי מדמי התיווך והמתווך השני שני-שליש מדמי התיווך,⁷¹ אלא אם ראה בית הדין טעם לחלוקת דמי התיווך ביניהם בדרך שונה.⁷²



69. ע"פ שו"ע, חו"מ סי' שלט סעי' ו: 'שהקבלנות היא כשכירות לפורעו בזמנו', וכבר כתבנו שהזמן שהמתווך גמר בו את פעולתו הוא כאשר הצדדים מתקשרים בהסכם.

70. שו"ע, חו"מ סי' שלט סעי' ב; שם, סעי' ו; חוקי התורה: קבלנות, סעיף 13(3).

71. פתחי חושן, שכירות פרק יד, הערה י', ד"ה ובעיקר.

72. רמ"א, חו"מ סי' קפה סעי' ו; ראו גם: שו"ת נודע ביהודה תניינא, חלק חו"מ סי' לו; פתחי חושן, שכירות עמ' שלו, כתב שחלוקת השכר תלויה במנהג המקום, ובזמננו נהוג לתת שלישי למתחיל ושני שלישי לגומר, וראוי לדיין להתחשב גם בטרחה של המתווך. נחלקו דייני בית הדין ארץ חמדה בפסק דין 76102, כאשר הציע המתווך עסקה לאחד הצדדים, והצדדים הביאו בעצמם את העסקה לידי גמר, אם המתווך יקבל את מלוא דמי התיווך או שמא יקבל חלק מדמי התיווך בלבד.