

הרב הלל גפן

הסכם תיווך

מבוא

מטרת התיווך היא להפגיש בין שני צדדים לעסקה ולהביא להוצאתה אל הפועל. המתווך גובה שכר בעבור התיווך, על פי ההסכם שבינו לבין הצד המזמין את התיווך. בתחומים מסוימים אין צורך בהסכם בכתב, אולם לגבי עסקות מקרקעין, סעיף 9 לחוק המתווכים תשנ"ו-1996 קובע שמתווך לא יזכה בדמי תיווך בעסקת מקרקעין (ובכלל זה מכירת מקרקעין והשכרתו) אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין. כמו כן החוק (שם) מאפשר מתן עסקה מסוימת לטיפולו הבלעדי של המתווך, בכפוף להוראות מסוימות, ובלבד שמתן הבלעדיות ותקופתה יאושרו בחתימת הלקוח על גבי מסמך נפרד.

א. יסודות החיוב בדמי תיווך על פי ההלכה

מקובל שהחובה לשלם דמי תיווך נוצרת רק כאשר העסקה נגמרת, אבל אם המתווך עסק בעניין ולא הצליח להביא את העסקה בין הצדדים לידי גמר, הוא אינו מקבל שכר. כלומר דין המתווך כ'קבלן' המקבל שכר רק בעבור גמר המלאכה.¹ על פי ההלכה, ישנם שני יסודות לחיוב בדמי תיווך. האחד, הסכם - כאשר אחד הצדדים הזמין את שירותי המתווך, הוא חייב בתשלום דמי תיווך כפי שחייבים לשלם לכל מבצע עבודה,² ומצד הדין אין צורך בהזמנה בכתב ודי בסיכום בעל פה. היסוד השני לחיוב דמי תיווך הוא דין 'נהנה' (המכונה כיום 'עושר ולא במשפט'), שעיקרו שאדם צריך לשלם על הנאה כלכלית שבאה לו על ידי פעולה של חברו.³ כך גם אדם המעוניין למכור נכס, והמתווך מצא בעבורו קונה - המוכר צריך לשלם על ההנאה הממונית שהמתווך גרם לו. יסוד זה קיים גם אם המתווך לא התבקש על ידי מי מן הצדדים לתווך ביניהם, כיוון שבסופו של דבר הם נהנו מתיווכו. על פי שני היסודות הללו המתווך זכאי לקבל שכר גם אם לא נעשה הסכם בכתב, וגם אם לא נעשה הסכם כלל. וכך מבואר בתשובת הרשב"א:

שאלת: ראובן הביא כותים אוהביו לחנותו של שמעון. וקנו ממנו בגדים. ותבע ראובן את שמעון ליתן לו מנה בשכירותו: שכן מנהג בעלי חנויות ליתן שכר למביאי הקונים לחנותם. השיב שמעון: שאינו חייב בכלום, לפי שלא התנה לו

1. פתחי חושן, שכירות פי"ד סעי' ז.
2. ראו פתחי חושן שם סעי' א.
3. בבא מציעא קא ע"א.

כלום. ואף על פי שנהגו בעלי חנויות. הדין עם מי? **תשובה:** הדין עם ראובן התובע. שכל שנהגו בעלי החנויות בכך, כל שמביא קונים לחנות, סתמן כפירושן, שעל דעת כן מתעסק זה במלאכת בעל החנות. ומביא לו ריוח ומשביח מקחו. וכל דברים מה שנהגו בהם הרבים סתם, הרי הוא כתנאי מפורש... ועוד: מה בין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות, ונטעה והשביחה, ליורד לחנותו והשביח מקחו, במקום שנהגו ליתן שכר על זה?⁴

עולים מדברי הרשב"א שני נימוקים לחיוב בעל החנות בדמי תיווך. הנימוק הראשון הוא שהואיל וכך הוא מנהג בעלי החנויות, הרי זה כאילו נעשה הסכם, 'וכל דברים מה שנהגו בהם הרבים סתם, הרי הוא כתנאי מפורש'. נימוק זה מסתמך על הגמרא במסכת בבא מציעא⁵ האומרת 'רבי מאיר היה דורש לשון הדיוט דתניא רבי מאיר אומר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא', ופירש שם הרשב"א:

רבי מאיר היה חוקר אחר לשון ההדיוטות... כלומר התנאים שהם רגילים להתנות ביניהן ולפסוק הדין עליהן כאלו הן תנאי בית דין, לפי שהן מורגלין להתנות כולן כן.⁶

הנימוק השני הוא שבעל החנות נהנה ממה שעשה בעבורו המתווך, ועליו לשלם על ההנאה שקיבל. זאת בדומה לאדם שנטע בשדה של חברו שזכאי לקבל על כך תשלום כיוון שגרם הנאה ממונית לבעל השדה.⁷

ב. מעמדו של חוק המתווכים

טרם בחינת תוקפו ההלכתי של חוק המתווכים, יש להקדים כמה מילים ביחס לחוקי המדינה בכלל, לאור הכלל הידוע 'דינא דמלכותא - דינא'. יש מהראשונים הסוברים שכלל זה חל על חוקים שהם לתועלת המלך או השלטון, כגון בענייני מיסים, אבל לא בנוגע לחוקים שבין אדם לחברו,⁸ ויש חולקים וסוברים שאף בדברים שאין שום הנאה ותועלת למלך - דינו דין,⁹ וכן יכול לעשות חוקים בארצו כדי שלא יבואו העם לידי 'הכחשות וקטטות'.¹⁰ הרמ"א¹¹ פסק כדעה השנייה: 'דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה', ואילו הש"ך¹² כתב שאין לקבל חוק הנוגד דין

4. שו"ת הרשב"א, ח"ד סי' קכה.

5. בבא מציעא קד ע"א.

6. רשב"א, בבא מציעא שם.

7. בבא מציעא קא, ע"א.

8. מגיד משנה, בדעת הרמב"ם הל' מלווה ולווה פכ"ז ה"א; וכן כתב שו"ת ריב"ש סי' רג בדעתו; חידושי הרמב"ן בבא בתרא נה ע"א, בשם דברי האומרים; ר"ן על הרי"ף גיטין ד ע"א, בשם יש מי שפירש; רשב"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.

9. רמב"ן בבא בתרא נה ע"א; רשב"א גיטין י ע"ב; ר"ן על הרי"ף גיטין ד ע"א.

10. שו"ת הרשב"א, ח"ב סי' שנו.

11. רמ"א, חו"מ סי' שסט סעי' יא.

12. ש"ך, חו"מ סי' עג ס"ק לט.

תורה. בנוסף לכך קבע ה'חתם סופר'¹³ שחוק המלכות שראוי היה לחכמי ישראל לתקן כמוהו יש לו תוקף מכוח 'דינא דמלכותא דינא'. כאמור, חוק המתווכים קובע שמתווך לא יזכה בדמי תיווך בעסקת מקרקעין אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין.¹⁴ בתי המשפט עסקו בשאלה עד כמה יש לנהוג באופן דווקני על פי החוק, או שמא יש לחייב בתשלום גם במקרים שבהם לא נחתם הסכם תיווך על פי כל הדרישות.¹⁵ על פי דין תורה אין דרישה להסכם בכתב, ואפשר לחייב בדמי תיווך גם ללא הזמנת התיווך כלל מדין 'נהנה'. מטרת החוק היא למנוע מצבים של אי בהירות והכחשות בין הצדדים, כיוון שהניסיון מוכיח שמצבים כאלו שכיחים מאוד ובאים תכופות לפתחיהם של בתי הדין, ומשום כך מסתבר שהיה ראוי לתקן חוק כזה.

על פי זה נקבע בכמה פסקי דין של רשת 'ארץ חמדה גזית', שבמקרה שבו הלקוח לא היה אמור לדעת שיחויב בדמי תיווך ולא נעשה הסכם בכתב - הוא יהיה פטור מרוב מוחלט של דמי התיווך.¹⁶ לעומת זאת, כאשר סוכם במפורש על תשלום דמי תיווך או שהיה על הלקוח להבין שכך יהיה (כגון במקרה שהוא פנה בעצמו למשרד תיווך), הוא יהיה חייב בתשלום דמי תיווך אף שלא נחתם הסכם בכתב.¹⁷ כמו כן קובע החוק שרק מתווך מורשה זכאי לדמי תיווך.¹⁸ דרישת הרישוי נועדה לוודא ששירות התיווך יינתן על ידי גורם העונה לדרישות מינימליות של התאמה וכשירות, ובעל ידע ורמה מקצועית נאותה בתחום הנדל"ן. כמו כן, הוא נועד לאכוף סטנדרטים של מקצועיות והגינות על מנת להגן על רוכשי הדירות. פירוש הדבר הוא שבית המשפט לא יעניק סיוע למתווך שאינו מורשה, גם אם נחתם עימו הסכם מפורש. הנימוק לכך הוא שהסכם תיווך במקרקעין, שנערך על ידי אדם שאינו בעל רישיון תיווך כדין, מהווה 'חוזה פסול' שדינו להתבטל.¹⁹ לפי זה מבצע התיווך אינו זכאי לתשלום דמי תיווך - גם אם עמד בכל שאר דרישות חוק המתווכים במקרקעין, כולל היותו הגורם היעיל להתקשרות בעסקה.

13. שו"ת חתם סופר, ח"ה סי' מד.
14. סעיף 9 (א) לחוק המתווכים (התשנ"ו 1996): מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע השר, באישור ועדת הכלכלה. בהמשך לכך נקבעו תקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997, ובהן נקבעו הפרטים שצריך לכלול הסכם התיווך.
15. ראו למשל: ע"א 13-03-36998, ובו סקירה של פסקי דין קודמים.
16. הרב יוסף כרמל, פסק דין ארץ חמדה גזית 70003; הרב סיני לוי, פסק דין ארץ חמדה גזית 73042; הרב שלמה אישון, הרב אהרן כ"ץ, הרב סיני לוי, פסק דין ארץ חמדה גזית 73131, סעיף ח.
17. הרב סיני לוי, פסק דין ארץ חמדה גזית 72059.
18. חוק המתווכים סעיף 2: (א) לא יעסוק אדם בתיווך במקרקעין, אלא אם כן הוא בעל רישיון בתוקף ובהתאם להוראות חוק זה. (ב) לא יפרסם אדם ברבים הודעה כי הוא מתווך במקרקעין, לא יציג עצמו כמתווך במקרקעין ולא ישתמש בכל תואר או כינוי העשויים ליצור רושם שהוא מתווך במקרקעין בישראל, אלא אם כן הוא בעל רישיון בתוקף לפי חוק זה. סעיף 14: (א) מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח אם נתקיימו כל אלה: (1) הוא היה בעל רישיון בתוקף לפי חוק זה בעת שעסק בתיווך או שחל עליו, באותה עת, פטור זמני בהתאם לאמור בסעיף 20; (2) הוא מילא אחר הוראות סעיף 9; (3) הוא היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב.
19. חוק החוזים סעיף 30: חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל.

יש לדון על תוקפה של דרישת הרישיון לפי ההלכה, הן מצד השאלה אם המטרה היא כזו שהיה ראוי לחכמי ישראל לתקן כך, והן מצד היחס לחוזה פסול, כיוון שההלכה אינה פוסלת על הסף חוזה, אף אם תוכנו מנוגד להלכה.²⁰ אף על פי כן נפסק בבית המשפט המחוזי בתל אביב²¹ שעסקת תיווך אקראית מזכה בדמי תיווך גם אם המתווך אינו מורשה. על פסק דין זה הוגש ערעור, ולא ידוע סופו. כיוון שהדבר אינו מפורש בחוק, נראה שאין לפסול על הסף תביעה כזו, והדבר נתון לשיקול דעתו של בית הדין.

ג. מתווך שהתהיל ואחר סיים

לפעמים אין העסקה נגמרת בתיווך מתווך אחד, אלא לאחר התערבות של מתווך נוסף. הפוסקים דנו גם באפשרות זו, ונתאר כאן בקצרה את השתלשלות ההלכה בנדון. הרא"ש בתשובה התייחס למתווך שלא גמר את העסקה:

וששאלתם: על שמעון שהיה סרסור של ראובן למכור ביתו, והלך אצל לוי ונתרצה לקנותו, ושוב לא רצה ראובן למכור ללוי, כי אמר כי היה שונאו, ומכרו לאחר; ועתה תובע שמעון, הסרסור, דמי סרסורו מראובן. לא ידענא במה נתחייב ראובן לו מעות... ודאי אם אחר שראה הסרסור, אמר שלוי שונאו ולא רצה למכרו לו, ואחר כך מכרו ללוי, זה היה רמאות, וצריך ליתן לו שכרו. אבל בנדון זה, אינו חייב ליתן לו כלום...²²

ראובן רצה למכור את ביתו, ושמעון תיווך בעבורו והציע את לוי כקונה. ראובן סירב למכור ללוי בטענה שלוי שונא אותו. הרא"ש כותב שאם אכן ראובן מכר לאדם אחר, ודאי שלא מגיע לשמעון לקבל דמי תיווך, כיוון שדינו כקבלן ששכרו תלוי בהשלמת העסקה, וזו לא הושלמה. הרא"ש מתייחס למקרה נוסף שבו ראובן החליט בסופו של דבר למכור ללוי, והוא מחייב את ראובן בתשלום דמי תיווך לשמעון, משום שסירובו הראשוני למכור ללוי היה ברמאות. בעקבות הרא"ש פסק הרמ"א:

ראובן היה לו בית למכור, ובא שמעון וסרסר למכרו ללוי, ואמר ראובן שלוי שונאו ואינו רוצה למכור לו, ואחר כן מכרו ללוי ע"י אחר, חייב ליתן לשמעון סרסורו.²³ בשו"ת 'נודע ביהודה'²⁴ עמד על כך שהמקרה שהביא הרמ"א אינו זהה למקרה שבו עסק הרא"ש, שהרי הרמ"א כתב שראובן מכר את הבית ללוי 'על ידי אחר', כלומר מדובר על מעורבות של מתווך נוסף. כעת השאלה המרכזית היא מה גרם לראובן לחזור בו מסירובו למכור ללוי. הרא"ש עסק במקרה שלא נראה שום גורם לשינוי, ולכן הרא"ש הניח שוודאי הסירוב הראשון היה ברמאות, ועל ראובן לשלם את מלוא דמי התיווך לשמעון.²⁵

20. ראה בהרחבה בספרו של פרופ' אליאב שוחטמן 'מעשה הבא בעברה', עמ' 172 ואילך.

21. ע"א (מחוזי - ת"א) 3252/05 טרכטנברג נ' אפריקה ישראל מגורים.

22. שו"ת הרא"ש, כלל קה אות א.

23. רמ"א, חו"מ סי' קפה סעי' ו.

24. שו"ת נודע ביהודה, תניינא, חו"מ סי' לו.

25. אומנם נראה מדבריו שהדברים אמורים רק אם דובר כבר על מחיר, ובסוף ראובן מכר ללוי באותו

לעומת זאת הרמ"א עסק במקרה שהיה מתווך נוסף, ויש להניח שהוא שכנע את ראובן לשנות את דעתו וכך תרם להבשלת העסקה. למרות זאת פסק הרמ"א שיש לשלם דמי תיווך למתווך הראשון, אולם הדעת נותנת שגם למתווך השני מגיעים דמי תיווך. לפי זה הראשון לא יקבל את כל הדמים המוסכמים, אלא לפי חלקו המגיע לו בלבד, והמתווך השני יקבל את יתרת הסכום. במקום שבו נותרה למתווך השני עבודה לסגירת פרטי העסקה, ברור שדמי התיווך מתחלקים בין שני המתווכים. אך גם במקרה שהמתווך הראשון הביא את הצדדים להסכמה על גובה התמורה לעסקה, והיה חסר רק מעשה קניין, ואז עירב המוכר את המתווך השני וזה הביא לכריתת העסקה, דמי התיווך מתחלקים בין שניהם. ה'נודע ביהודה' מתלבט אם המתווך הראשון יוכל במקרה כזה לתבוע מהמוכר את הפסדו (נראה לי שכוונתו היא להפרש שבין דמי התיווך המלאים לבין הסכום המופחת שקיבל בסוף) בטענה שגם לו הפסד ברמאות. למסקנה נראה לו שהלקוח פטור מלשלם למתווך הראשון את הפסדו, משום שמדובר בהפסד על ידי גרמא בעלמא. ה'פתחי תשובה'²⁶ כותב בשם ספר 'עטרת צבי' (לרב צבי הירש ב"ר עזריאל מוילנה) 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 שנוהגים לחלק את דמי התיווך לשלושה חלקים: שלישי למתחיל, שלישי לאמצעי ושלישי לגומר.

בתשובת 'שב יעקב'²⁷ כתב שזכותו של המתחיל נובעת מהיותו בעל הרעיון של השידוך או העסקה המדוברים, והגומרים רק המשיכו את פעולתו, ולכן מגיע לו חלק המתחיל. אולם אם הגומרים התעוררו מעצמם לאותה עסקה, הם לא הסתייעו כלל בפעולתו של המתחיל ולכן אין לו שום חלק, ככל מצווה שנקראת על שם גומרה.²⁸

בשו"ת 'אגרות משה' הסביר שתשובת הרא"ש עוסקת במוכר שטוען שהמתווך לא הועיל לו, כי הוא ידע גם קודם שלוי רוצה לקנות, אלא שלא רצה למכור לו מפני השנאה שביניהם. לכן הרא"ש הוזקק לומר שזו טענת רמאות. אבל אם טענת המוכר הייתה שאומנם נודע לו על לוי מפי המתווך, אלא שלא רצה למכור לו מפני השנאה, ואח"כ התחרט, הוא חייב בתשלום דמי תיווך אפילו לפי טענתו, משום שבסופו של דבר התיווך הועיל לו. לדבריו, הרמ"א דיבר על מתווך שבא מעצמו, ולאחר שנפסק המו"מ נגמרה העסקה על ידי מתווך שני. במקרה כזה, אם נודע למוכר שלוי רוצה לקנות ע"י המתווך הראשון, והמתווך השני שכנע את המוכר למכור ללוי למרות השנאה, צריך לשלם גם לראשון את חלקו, כי בלעדיו לא היו יודעים שלוי רוצה לקנות. לעומת זאת אם המתווך השני ידע מעצמו שלוי רוצה לקנות, יש לחלק: אם המתווך הראשון פעל מיוזמתו להציע

מחיר. אם היה שינוי במחיר, ניתן לומר שלא הייתה רמאות אלא השתנו התנאים.

26. פתחי תשובה, חו"מ סי' קפה ס"ק ג, בשם עטרת צבי, חו"מ סי' קפה ס"ק יז.

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

28. כמו שאמרו חז"ל 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 שגמרוהו, והוא משום שגם אם משה לא היה מתחיל, המצווה הייתה מתקיימת על ידם.

למכור ללוי - ממילא חייבים לשלם לו רק לפי ההנאה הממונית שגרם, וכאן לא גרם כל הנאה, כי גם המתווך השני ידע שלוי מעוניין לקנות. אבל אם הראשון פעל בשליחות המוכר, מגיע לו שכר כפועל על עבודתו.

למעשה, הצדדים צריכים לדעת שיש הבדל בנושא זה בין החוק לבין ההלכה. לפי החוק מגיעים למתווך דמי תיווך רק אם הוא היה הגורם היעיל בביצוע העסקה,²⁹ ולכן יש לכאורה רק מתווך אחד שמגיע לו דמי 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.

ד. מתווך שהתחיל והצדדים סיימו את העסקה בלעדיו

הרב ישראל גרוסמן³⁰ כתב שאם המתווך הציג דירה למוכר או לקונה, והצדדים גמרו את העסקה בעצמם, יש לשלם למתווך דמי תיווך מלאים (ולא רק כמתחיל). ראיתו היא מתשובת הרא"ש, לפיה אם המוכר מכר לקונה שהוצע ע"י המתווך, הוא צריך לשלם לו את מלוא שכרו. אומנם הרב גרוסמן מציין שיש מי שחלק עליו וטען שבתשובת הרא"ש משלם למתווך את מלוא דמי התיווך מכיוון שנהג ברמאות, אבל במקרה שמקבל ההצעה נהג בתום לב וגמר את העסקה בעצמו, אין מקור לכך שישלם את מלוא דמי התיווך (אלא רק כמתחיל).

בשאלה זו נחלקו גם דייני בית הדין 'ארץ חמדה' בפסק דין 76102. לדעת הרוב יש לשלם למתווך את מלוא דמי התיווך. לדעת המיעוט, כיוון שיש מחלוקת בין האחרונים בשאלה זו, המתווך זכאי לקבל את חלק המתחיל בלבד. דעה זו סוברת שהרא"ש חייב במלוא דמי התיווך רק במקרה שהמוכר דחה בתחילה את המתווך ברמאות ואז גמר לבדו את העסקה, אבל כאשר העסקה נכשלה ואח"כ הצדדים לבדם התגברו על המחלוקות שביניהם וגמרו את העסקה, אין למתווך שכר אלא כמתחיל בלבד.

ה. אם עבר זמן רב בין התיווך לבין השלמת העסקה

הרב משה פיינשטיין³¹ דן במקרה שניסיון תיווך ראשון נכשל משום שהצדדים לא השתוו במחיר, עבר זמן רב שבו המוכר ניסה למכור לאחר וגם ניסיון זה נכשל, ואח"כ התבצעה העסקה עם הקונה הראשון במחיר נמוך ממה שדרש המוכר בתחילה. לדעת הרב פיינשטיין, אם הקונה בא לברר אם הבית עדיין עומד למכירה כתוצאה מפעולתו של המתווך הראשון, מגיעים למתווך דמי תיווך גם אם עבר זמן רב בינתיים:

29. סעיף 14 (א)(3) לחוק המתווכים.

30. שו"ת נצח ישראל, סי' כה.

31. אגרות משה, חו"מ ח"א סי' מט.

דאף שבפעם הראשונה לא נגמרה המכירה ונפסק הרבה זמן כיון שעכ"פ אחר זמן בא לקנות בשביל מה שהסרסור הביאו בראשונה הרי יש למוכר עכ"פ הנאה מהפעולה ההיא דמכבר שיש לחייבו.

אומנם אם דרכו של הקונה לחפש מודעות בעיתונים ועל ידי כך ראה את המודעה של המוכר, ולא היה זה כתוצאה מפעילות המתווך, אין המוכר נהנה מעבודת המתווך, ואינו צריך לשלם לו. הקונה נאמן על כך כעד אחד, אא"כ הוא נוגע בדבר, כגון שהוא עצמו יצטרך לשלם למתווך.

למעשה, לאור ריבוי הפרטים והדעות השונות בעניין עסקה שלא הושלמה על ידי המתווך הראשון, הוספנו להסכם התיווך המוצע על ידי מכון 'משפטי ארץ' סעיף המזהיר את הצדדים כי גם אם העסקה לא הושלמה בעזרת המתווך הראשון, ייתכן והוא יהיה זכאי לחלק מדמי התיווך. זאת כדי למנוע מצב שבו ישלמו למתווך השני את מלוא דמי התיווך, ואז ייתבעו על ידי המתווך הראשון לשלם גם לו את חלקו.

1. הסכם בלעדיות

אחד מאופני התיווך הוא מסירת הנכס לטיפולו הבלעדי של מתווך. המוכר מתחייב שלא לפנות למתווכים נוספים, ולא למכור באופן עצמאי אלא על ידי המתווך. מצד שני המתווך מתחייב לנקוט לפחות שתי פעולות שיווקיות מתוך רשימה מוגדרת בחוק. ההיגיון הכלכלי העומד מאחורי עקרון הבלעדיות הוא שפרסום עולה כסף, ומתווך חושש להוציא הוצאות אם בסופו של דבר הנכס עשוי להימכר שלא על ידו, שהרי אם המתווך לא יהיה הגורם היעיל במכירה, הוא לא יזכה בדמי התיווך. לעומת זאת כאשר המתווך יודע שהוא יהיה הזוכה בדמי התיווך, הוא יהיה מוכן להשקיע יותר בפרסום הנכס העומד למכירה, ולהתאמץ כדי להביא את העסקה לידי גמר, ללא חשש שמתווך אחר יאכל את פרי מאמציו שלו. חוק המתווכים קובע ביחס להסכם בלעדיות בתיווך כמה קביעות:

(א) יש לחתום על הסכם בלעדיות נפרד (סעיף 9[ב]).

(ב) הגבלת משך תקופת הבלעדיות המקסימלי בדירה - עד חצי שנה (סעיף 9[ב1]).

(ג) הגדרת פעולות השיווק שהמתווך חייב לנקוט בתקופת הבלעדיות (סעיף 9[ד]).

הקביעה המוגדרת בחוק שתקופת הבלעדיות לא תעלה על שישה חודשים למכירת דירה תורמת לכך שהמתווך יידע שהוא מוגבל בזמן, והדבר ימריץ אותו להתאמץ ולהשקיע כדי למכור את הנכס.

בנוסף, קובע סעיף 14(ב) לחוק כך:

מתווך במקרקעין שביצע בתקופת הבלעדיות את פעולות השיווק שנקבעו לפי

סעיף 9(ד) - חזקה שהיה הגורם היעיל כאמור בסעיף קטן (א)(3) לגבי עסקה

שנכרתה בתקופת הבלעדיות.

מה יהיה הדין במקרה שהנכס נמסר לטיפולו הבלעדי של מתווך, ובסופו של דבר היו גורמים אחרים שהביאו לביצוע העסקה? עניין זה נתון במחלוקת בבתי המשפט.

לפי גישה אחת החוק קובע אך ורק שמן הסתם המתווך בבלעדיות היה הגורם היעיל, והוא אינו צריך להוכיח זאת על מנת לגבות את דמי התיווך. על פי גישה זו, אם הלקוח יצליח להוכיח שהקונה הגיע אליו שלא באמצעות המתווך, הוא יהיה פטור מדמי התיווך.³² לעומת זאת קיימים כמה פסקי דין שבהם נקבע כי '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'.³³

לגבי משמעותו ותוקפו ההלכתי של הסכם בלעדיות פסק בית הדין בירושלים³⁴ שיש בו בעיית 'אסמכתא', כיוון שהמוכר מתחייב שאם ימכור את הדירה ישלם למתווך אף שלא נהנה משירותיו. כמו כן הוא פטור כיוון שיכול לטעון שלא הבין את משמעותה של הבלעדיות.³⁵ אומנם במקום שהמוכר חתם על הסכם מפורש לתשלום במקרה שמתווך אחר מכר את הדירה - ההתחייבות חלה מדין 'סיטומתא', כיוון שכך הוא מנהג המדינה, וב'סיטומתא' אין חסרון 'אסמכתא'.³⁶ לעומת זאת בספר 'הלכות מתווכים'³⁷ כתב שבהסכם בלעדיות צריך לשלם עפ"י מנהג המדינה, ומאחר שזה הפירוש של בלעדיות, הרי שזה ככל תנאי שבממון שתנאו קיים. אפשר להסביר שהטעם לכך שאין חסרון 'אסמכתא' הוא שמשמעות הבלעדיות היא שהמתווך גובה שכר על עבודתו וטרחתו, גם אם לא נגמרה העסקה על ידו, ובלבד שהדירה נמכרה. כמו כן, אם פנו למתווך אחר וגמרו את העסקה על ידו, אפשר לחייב את המוכר לשלם למתווך הבלעדי משום מניעת רווח. לאור כל האמור חשוב מאוד להגדיר בהסכם הבלעדיות במה מתחייב המוכר אם הדירה נמכרה על ידי מתווך אחר (למשל, בנוסח המומלץ של איגוד המתווכים, כתוב שבמקרה שהדירה תימכר על ידי מתווך אחר ישלם המוכר למתווך הבלעדי 3% מהתמורה לעסקה). לכך יש להוסיף סעיף תוקף הלכתי שיחסן את ההסכם מפני טענת 'אסמכתא', וכן סעיף בוררות.

-
32. השופט אלשיך, בשבתה כדנה יחידה בבר"ע על פס"ד שניתן בת"ק (בר"ע 2905/00 מיום 25.6.01). בהחלטה קבעה כי חוק המתווכים הינו קוגנטי (לא ניתן להתנאה) בהיותו חוק צרכני. לגישה זו הצטרפה גם השופטת אוהד (פ"ת) בקביעה דומה (ת"ק 515/02).
33. פס"ד תיווך יהלום (ע"א [י-ם] 2543/01). וכן בעניין כורש (ת.ק. [י-ם] 4103/02). וראה גם השופט הראל (ת.ק. ת"א 9048/02).
34. פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ח"ג עמ' שלו ועמ' ססד.
35. ראו רמב"ם, הל' מכירה פ"א ה"ו; ושלחן ערוך, 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'.
36. ראו שו"ת חתם סופר, חו"מ סי' סו.
37. הלכות מתווכים, פכ"ד סעי' יט.

ז. התניית תשלום דמי תיווך במכירת הנכס במחיר מינימום

במקרים רבים מתנה המוכר את תשלום דמי התיווך בכך שהנכס יימכר במחיר מינימום. מה הדין אם בסופו של דבר מכר את הנכס במחיר נמוך יותר? לכאורה במקרה כזה אין לחייב בדמי תיווך מדין קבלן, שהרי התחייב לו רק אם תושג המטרה והיא מכירת הנכס בסכום המוסכם. אולם הרב משה פיינשטיין³⁸ כתב שתנאי כזה מועיל רק במקרה שכדי למכור בפחות אין צורך במתווך, והמוכר היה יכול למצוא קונה בעצמו. אם המוכר מודה שלא היה מוצא קונה, והמתווך הועיל לו בכך שמצא את הקונה, מגיעים לו דמי תיווך, כיוון שבסופו של דבר המוכר סבר וקיבל למכור במחיר שהוסכם לבסוף. הנימוק הוא שדינו כנוטע שדה שאינו ראוי ליטע שזכאי לקבל את החזר הוצאותיו, ולפי התוספות³⁹ גם שכר טרחתו של העוסק נכלל בהוצאותיו. במקרה זה, בדרך כלל שכר טרחתו של המתווך הם דמי התיווך, משום שבכל מלאכה דמי הטרחה הם כפי שאנשים באותה עיר רגילים לשלם בעבור טרחה זו. אולם מסתבר שאם נעשה תנאי כזה באופן מפורש הוא מועיל, וגם ה'אגרות משה' יודה בכך, שהרי אדם רשאי למחול על ממון המגיע לו, ואם המתווך מוחל על דמי התיווך במקרה שהנכס נמכר בפחות ממחיר מסוים, המחילה מועילה. נראה לי שה'אגרות משה' דן באופן שלא הייתה מחילה מפורשת.

סיכום

א. יסודות החיוב בדמי תיווך על פי ההלכה הם: (1) ככל מבצע עבודה בקבלנות, על פי ההסכם בין מזמין העבודה לבין המבצע. (2) תשלום על הנאה כלכלית שבאה לו על ידי עבודת המתווך, גם אם לא הזמין ממנו עבודה זו.

ב. במקרה שבו הלקוח לא היה אמור לדעת שיחויב בדמי תיווך ולא נעשה הסכם בכתב - הוא יהיה פטור מרוב מוחלט של דמי התיווך, על פי קביעת חוק המתווכים. לעומת זאת, כאשר סוכם במפורש על תשלום דמי תיווך או שהיה על הלקוח להבין שכך יהיה (כגון, במקרה שהוא פנה בעצמו למשרד תיווך), הוא יהיה חייב בתשלום דמי תיווך, אף שלא נחתם הסכם בכתב.

ג. לפי חוק המתווכים, רק מתווך מורשה זכאי לדמי תיווך. תוקפה של דרישה זו לפי ההלכה אינו ברור, הן מצד השאלה אם המטרה היא כזו שהיה ראוי לחכמי ישראל לתקן כך, והן מצד היחס לחוזה פסול, כיוון שההלכה אינה פוסלת על הסף חוזה אף אם תוכנו מנוגד להלכה. משום כך הדבר יהיה נתון לשיקולו של בית הדין בכל מקרה לגופו.

38. אגרות משה, חו"מ ח"א סי' מט.
39. תוספות, בבא קמא ק ע"ב, ד"ה אם.

- ד. דמי התיווך עשויים להתחלק בין כמה מתווכים, כל אחד לפי תרומתו להשלמת העסקה.
- ה. נחלקו הדעות כאשר המתווך הציע את העסקה לצדדים, אך הם השלימו אותה בעצמם והגיעו להסכם ביניהם. יש המחייבים את הצדדים במלוא דמי התיווך, ויש מי שאמר שאין למתווך שכר אלא כמתחיל בלבד.
- ו. המתווך זכאי לדמי תיווך גם אם העסקה בין הצדדים הושלמה זמן רב לאחר שהוא הציע אותה לצדדים.
- ז. תנאי הסכם בלעדיות בתיווך מוגדרים בחוק. מבחינה הלכתית כדאי לעמוד בדרישות החוק ולהחתים את הלקוח על הסכם בלעדיות נפרד שתוגדר בו התחייבות הלקוח במקרה שהנכס יימכר על ידי מתווך אחר. להסכם הבלעדיות של איגוד המתווכים יש להוסיף סעיף תוקף הלכתי וסעיף בוררות (ניתן להעתיק אותם מהסכם התיווך המוצע כאן).

נספח - הסכם תיווך על פי ההלכה

(מבוסס על הסכם התיווך של איגוד המתווכים בתוספת כמה סעיפים המסומנים בכוכבית - *)

שם הסוכן _____ ת.ז. _____ מ.ר. _____

הזמנת שירותי תיווך נכס מס' _____ מוכר/משכיר

סוג הנכס:

דירה/ דירת גג/ דופלקס/ פנטהאוז/ וילה/ קוטג' / מגרש/ אחר _____

פרטי המזמין/נה:

שם מלא _____ ת.ז. _____

כתובת _____ טלפון _____

1. אני הח"מ מבקש בזה כי תפעלו בשמי ובעבורי למציאת רוכש/ שוכר לנכס המצוין מטה (להלן "הנכס"). בתמורה אני מתחייב לשלם דמי תיווך בסכום המצוין בסעיף 3 להלן, מייד לאחר חתימת הסכם מחייב לרכישת/ שכירת הנכס.

2. הנני מצהיר כי התחייבות זו מתייחסת למתן שירותי תיווך ללא בלעדיות.

3. מוסכם כי שכר טרחתכם יעמוד על 2% מעסקת מכירת הנכס בצירוף מע"מ, או יהיה בגובה דמי שכירות של חודש אחד בצירוף מע"מ בגין הסכם שכירות.

4. ההתקשרות בינינו תהיה במסגרת הסכם בלעדיות, יחולו על התחייבותי זו הוראות נספח הבלעדיות, ויגברו על האמור בהתחייבות זו, במידה ותהא סתירה בין שתי ההתחייבויות.

5. *הנני מצהיר כי ידוע לי שייתכן ואהיה חייב בתשלום דמי התיווך או חלקם גם אם העסקה תיגמר על ידי מתווך אחר או ישירות בין הצדדים.

6. *הסכם בוררות - בכל מחלוקת הנוגעת לחוזה זה הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן "הבורר"). חתימה

על החוזה דינה כחתימה על הסכם בוררות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה. הצדדים קיבלו על עצמם את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, במקרה שיש לבורר שטר בוררות - כפי שמפורט באותו שטר בוררות.

7. *תוקף הלכתי - הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו. הצדדים מודים שכל ההתחייבויות וההקנאות נעשו על פי "היתר עסקא" כתיקון חכמים, ושכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים. כל הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.

להלן פרטי הנכס:

חדרים _____ עיר _____ רחוב _____ מס' בית _____ מס' דירה _____ מחיר _____