

כ"ו בכסלו תש"ע  
13 בדצמבר 2009  
תיק מס' 70003

## פסק דין

בעניין שבין

תובע

לבין

נתבע

א. עובדות

התובע, פנה אל הנתבע, שהיה בעלים על דירה בבית המשותף בו גר התובע, ואמר לו שיש לו מכרים שמתעניינים ברכישת הדירה שבבעלותו. אותה עת, הייתה הדירה מושכרת לאדם שלישי. הנתבע השיב לתובע, שהוא יבדוק אם הוא מעוניין למכור את הדירה, והעלה חשש לפגיעה בשוכר.

לאחר שהשיב בחיוב, ולאחר תיאומים שונים שביצע התובע עם השוכר, המכרים ראו את הדירה שהייתה בבעלות הנתבע.

בסופו של תהליך, נרכשה הדירה על ידי אותם אנשים שנשלחו על ידי התובע בסך של 1,400,000 ₪. (זהו הסכום שנאמר על ידי התובע בדיון. לאחר מכן נכתב על ידו סכום שונה).

ב. תביעות וטענות הצדדים:

תביעת התובע וטענותיו

התובע דורש דמי תיווך בסך של 2% מהמחיר בה נמכרה הדירה, דהיינו כ"כ 28,000 ₪.

לטענתו, עקרונית, גם הרוכשים חייבים לו דמי תיווך, אלא שהוא לא תובע אותם, מכיוון שהוא מעוניין להקל עליהם, לאור העובדה שיש להם ילד נכה בביתם.

התובע תמצת את טענותיו בחמש נקודות:

א. גם מתווך חובבן זכאי למלוא דמי התיווך.

ב. זכאי המתווך לדמי התיווך, גם אם לא סוכם מפורשות על תמורה.

ג. המתווך זכאי לשכרו גם אם פעל ללא פניית הלקוח.

ד. המתווך זכאי למלוא השכר גם אם היה שותף רק בשלבים הראשונים של העסקה, כל עוד לא היה אחר שעסק בהשלמתה.

ה. מחילת המתווך לקונה על דמי תיווך, אינה פוטרת את המוכר.

התובע אמר שהוא מאמין לנתבע שהוא לא העלה על דעתו שהתיווך יהיה בתשלום, אולם, לדבריו אי ההבנה אינה משנה את הדין.

בהמשך דברי התובע עלתה למעשה סוגיה נוספת, בה טען שהנתבע "עביד למיגר" – דהיינו עשוי לעשות שימוש בשירותי תיווך, כפי שאמר שיעשה לצורך איתור דירה חלופית לרכישה. במישור העובדתי טען שהיה שותף גם בשלבים מתקדמים של המשא ומתן, בעיקר מהצד של הקונה. התובע ציטט מדברי פוסקים רבים, כדי לבסס טענותיו.

#### הנתבע לעומתו טען:

התובע ידע, שאילו היה מבקש דמי תיווך, העסקה לא היתה יוצאת לפועל, דהיינו שהוא ידע שאין הסכמה של הנתבע לתשלום כלשהו.

עוד טען הנתבע, שאילו ידע שעליו לשלם דמי תיווך, היה מתמחר את הדירה באופן שיכלול בתוכו את דמי התיווך. נמצא שהתנהגותו של התובע, גרמה לו למכור את הנכס במחיר המתאים למכירה ללא דמי תיווך.

לטענתו יש משמעות לעובדה שהוא כלל לא יזם את מכירת הדירה. בשונה מן הדוגמאות המובאות בפוסקים בהן המוכר מעוניין היה למכור את הדירה, קודם לפעולת המתווך.

פסקי ההלכה כולם מבוססים על ההנחה שהמנהג הוא לשלם על תיווך (סרסור) גם ללא הסכמה מפורשת של הצדדים על תשלום ועל שיעורו של התשלום. לטענת הנתבע – הנוהג ברוב עם ישראל שונה. כך הדבר לאור חוק המתווכים הקובע שאין תשלום של דמי תיווך, ללא חתימה על הסכם כתוב. העובדה שהתובע משתייך לקבוצה באוכלוסייה שלה מנהג שונה, אינה יכולה לחייב את הנתבע, ששייך למנהג הרוב בישראל. בנוסף, לחוק תיווך יש תוקף לא רק בשל המנהג, אלא גם מדינא דמלכותא, כיוון שהחוק נתקן לתיקון החברה.

במהלך הדיון ולאורך כתבי הטענות, הודגש הפער בין הצדדים – התובע שייך לאוכלוסייה בה מקובל לדרוש דמי תיווך, גם על תיווך שנעשה שלא בחתימת חוזה ועל ידי אדם שאין מקצועו בתיווך. הנתבע שייך לאוכלוסייה בה מקובל שכאשר לא התבקש שכר עבור מידע על קונה או מוכר, מתייחסים הצדדים לכך כאל טובה גרידא, ולא מקובל לשלם שכר על מידע זה.

#### דיון הלכתי

#### ג. יסודות הדין בחיוב סרסור.

הנה, בדין חיוב הנהנה מפעולותיו של מתווך, מצאנו תשובת הרשב"א, ממנה ניתן ללמוד על שני יסודות לחיוב. הרשב"א נשאל על אדם שהביא לקוחות לחנותו של חבירו, במציאות בה המנהג הוא שנוטלים שכר על פעולה

זו. לאחר שהלוקחות ביצעו את הרכישה, ביקש מי שהביא את הלוקחות מן המוכר לקבל את שכרו כמקובל. המוכר ביקש שלא לשלם את שכר המתווך. וזה לשונו (שו"ת הרשב"א חלק ד סימן קכה):

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 כלום. ואע"פ 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 חברו שלא ברשות, ונטעה והשביחה, ליורד לחנותו והשביח מקחו, במקום שנהגו ליתן שכר על זה? ...

מדברי הרשב"א נראה שישנם שני יסודות שונים לחיוב: היסוד האחד הוא כשיש מנהג הרי כאילו הסכימו במפורש – "כל מה שנהגו בהם הרבים – סתמן כפירושן". דהיינו שבמקום שהדבר נהוג – הרי ישנן פעולות שכאשר הן מתבצעות **בסתמא**, כאילו הסכימו הצדדים **מפורשות** לעשותם בתמורה ובשכר. היסוד השני הוא – יורד לשדה חברו שלא ברשות. בסוגיה זו במסכת בבא קמא דף ק"א, עולה שכאשר אדם מבצע פעולה התורמת כלכלית לאחר, נוצרת לו זכות תביעה מעצם העובדה שהשביח את ממונו של חברו. יסוד זה נקרא בפי האחרונים "נהנה".

יסוד נהנה, אינו תלוי בסיכום מפורש בין המהנה למי שקיבל את ההנאה, ולכאורה אינו תלוי בכוונת הנהנה. כיוון שסוף סוף נתרבה ממונו בזכות אחר, הרי נוצרה למטיב זכות תביעה כלפי הנהנה.

הגר"א בהגהותיו על שו"ע חו"מ סימן קפ"ה, בס"ק י"ג הדגיש את היסוד השני:

פי' מהר"ם טעמא דסרסור נוטל שכר אף על פי שלא שלחו, והסרסור בא מעצמו כמו יורד לשדה חברו ונטעה דאמרינן בב"מ קא ע"א איתמר היורד וכו' וכן בסרסור, כיוון שהוא עשוי למכור. אכן, גם כאשר החיוב הוא מדין נהנה, אם יש אומדא שהנותן התכוון לתת מתנה, הרי המקבל פטור, שכן כשם שאדם יכול לתת לחברו מתנת ממון, יכול הוא לתת לו שירות שווה כסף בתורת מתנה.

ד. פסיקות הרמ"א במי שהנהה את חברו – האם חייב לשלם לו.

הרמ"א, במספר מקומות בשו"ע חו"מ, התייחס למצב בו אדם עושה לחברו טובה, או מאפשר לו להנות ממנו, בלא לסכם עימו על תמורה.

בשולחן ערוך חושן משפט סימן רמ"ו פסק על פי תרומת הדשן (שי"ז):

האומר לחברו אכול עמי, צריך לשלם לו, ולא אמרינן מתנה קא יהיב ליה.

ובדומה, פסק בסימן רס"ד בהתבסס על הר"ן בפרק שני דייני גזירות:

וכן כל אדם שעושה עם חברו פעולה או טובה, לא יוכל לומר: בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתך, אלא צריך ליתן לו שכרו.

לעומת זאת בסימן שס"ג הביא את לשון תשובת התשב"ן, ופסק:

האומר לחבירו: דור בחצרי, אין צריך ליתן לו שכר

מדבריו אלו, משמע שיכול הגר בחצר חברו לטעון כלפי מי שהנהנה אותו, שהטובה שעשה עימו, בחינם עשה.

הש"ך (רמ"ו ס"ק ט ושס"ג ס"ק י"ג), נטה להכריע מספק כתשב"ן ודלא כתרומת הדשן. לעומת זאת, דעת קצות החושן (רמ"ו ס"ק א) ונתיבות המשפט (שם ביאורים ס"ק ה) שחייב לשלם. קצות החושן הדגיש, שיסוד הדין הוא שהאוכל נהנה ממון חברו, ובדבריו נדון להלן.

בעניין זה, הכרעת הפוסקים, לחייב את הנהנה כשיטת קצות החושן ונתיבות המשפט, וכפי שבא לידי ביטוי בפסקי דין רבים. וכפי שמפורש בדברי הגר"א, שהבאנו לעיל, החיוב אינו תלוי בפניה של הנהנה אל המהנה, אלא הנהנה חייב גם אם המהנה עשה שלא בידיעתו כלל, כמו שמצאנו בירד לשדה חברו.

ערוך השולחן סימן שס"ג אות כו, מקבל את דברי הש"ך ב"גברא דלא עביד למיגר":

והוא הדין בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, כשאמר ליה דור – פטור, מאחר שלא דר בה מדעת מדעת עצמו, אלא על פי צויו, אין סברא לחייבו בתשלומין דכיון דלא עביד למיגר והוא ציווה לו לדור, אם היה כוונתו שישלם לו, היה לו לפרש (ש"ך), וכן עיקר לדינא.

את דברי הערוך השולחן: "אם היה כוונתו שישלם, היה לו לפרש", ניתן להבין בשני אופנים. אפשרות אחת, שמילים אלו נועדו לפרש את כוונתו של הנותן – שאילו היה כוונתו שהנהנה ישלם – היה לו לפרש. ומשלא פירש, אנו אומדים את כוונתו שהתכוון להנות את חברו ללא תמורה.

אפשרות שניה היא לפרש, שבניגוד לדברי הש"ך, ממנו ניתן היה להבין שלדעת תרומת הדשן אנו מניחים שהמהנה התכוון לשם מתנה; ובניגוד לדברי קצות החושן ונתיבות המשפט, שאנו אומרים שכיון שהנהנה את חברו, כל עוד אין אומדנא שהתכוון לתת לו בתורת מתנה – המהנה זכאי לקלת תמורה, בעל ערוך השולחן, מטיל חובה על המהנה: "אם היה כוונתו לשלם – היה לו לפרש". דהיינו, אין לנסות לבחון את צפונות ליבו של המהנה. אלא שבמצב כזה, שהנתבע לא עביד למיגר – אם רוצה המהנה תמורה מוטל היה עליו לפרש זאת. ומשלא ביקש תמורה קודם למתן ההנאה – דינו כמי שנתן את ההנאה במתנה.

ה. יישום היסודות ההלכתיים השונים במצב של חוסר התאמה בין התובע לנתבע.

בנדון דידן, שני הצדדים משתייכים לחברות שונות, אשר בהם "מנהג העולם" שונה. ויש לדון, מה המשמעות של מצב זה לעניין חיוב דמי התיווך, על רקע חוסר תיאום הציפיות בין הצדדים. אנו יוצאים מנקודת הנחה, כפי

שהתרשמנו בדיון, שמבחינת התובע – יתכן מאוד שאכן ציפה מראש לדמי תיווך גם מן המוכר. מאידך, ניכר שהנתבע לא העלה על דעתו שיתחייב בדמי תיווך. אנו לא מקבלים את טענת הנתבע, לפיה העובדה שלא נתבעו דמי תיווך עם העברת המידע, וקודם הרכישה מהווה ראייה לכך שהתובע מתחילה לא התכוון כלל לגבות דמי תיווך. חוסר בהירות זו, גם הוא חלק מכללי המשחק של החברה בה נמצא התובע.

לכאורה, לפי היסוד ההסכמי של החיוב, הרי כל עוד אין תיאום ציפיות בין שני הצדדים – לא נוצר חיוב על הנתבע, שהרי בכל חיוב מרצון, צריך דעת המתחייב. על כן, כיוון שהנתבע לא העלה על דעתו, ולאור המנהג בחברתו, מנהג המבוסס על חוקי המדינה ושייך למרבית החברה הישראלית גם לא היה מוטל עליו להעלות על דעתו, אין בסיס לחיוב הנתבע.

אמנם נחלקו הפוסקים האם הסתמכות על המנהג מחייבת ידיעה על המנהג המסוים (ש"ך חו"מ סימן מב ס"ק לו) או שדי בקיומו של מנהג ברור כדי לומר שהצדדים התכוונו לפעול על פי המנהג באשר הוא (שו"ת הרא"ם, סי' טז). אולם, על פי שתי השיטות, אם מנהגו של המתחייב שונה ברור שהוא פטור.

אמנם, על פי היסוד השני, דין "נהנה", החיוב נוצר גם בלא רצונו של המתחייב, שכן בסופו של דבר נהנה מפעולתו של המנהג. כפי שהסבירו קצות החושן ונתיבות המשפט, כאשר יסוד החיוב הוא נהנה, הפטור היחיד הוא במצב בו יש להניח שהמהנה התכוון למתנה. מצב כזה לא קיים בענייננו, שהרי בחברה בה חי התובע המנהג הוא לגבות תשלום עבור שירות כזה.

אכן, בכפוף לדיון בפרק הבא, לאור ההסבר השני בדברי הערוך השולחן לעיל, יש מקום לומר, שבמצב של גברא דלא עביד למיגר, מוטל היה על התובע להבהיר לנתבע שהוא מתכוון לגבות עביר השירות דמי תיווך.

#### ו. האם הנתבע נהנה מן השירות, ובכמה נהנה הנתבע?

התובע טען שהנתבע נחשב אדם שעשוי לשכור שירותי תיווך, שכן הוא נפגש עם מתווכים לצורך רכישת דירה חלופית.

מאידך, הנתבע טען שלא היה צריך שירותי תיווך בתשלום, שכן יכול היה לקבל שירותים דומים בחינם, או שלא למכור כלל את הנכס שהרי הוא כלל לא יזם את המכירה. עוד טען, שאם ישלם דמי תיווך נמצא שהעסקה לא הסבה לו כל הנאה, או לחילופין, היה מגלגל את העלויות על הרוכשים. טענה שלישית שהוזכרה על ידי התובע בעניין זה היא שהוא כלל לא יזם את מכירת הדירה.

ביחס לטענת התובע שיכול היה לקבל שירותי תיווך בחינם, מאחרים, לכאורה יש לדמות הדבר למה שכתבתו הפוסקים ביחס למי שאמר לחבירו "אכול עימי" – ואכל ולאחר מכן טוען האוכל שיכול היה להתענות או לאכול אצל אחר בחינם. את הטענה שיכול היה להתענות, דחו הפוסקים. (ראה קצות סימן רמ"ו ס"ק ב' ובנתה"מ ס"ק ה'). לעומת זאת, אם יוכיח האוכל, שהיה במצב בו אכל חינם אצל אדם אחר, אכן לא יתחייב בתשלום (ש"ך שם ס"ק י"א).

בענייננו, לכאורה אילו היה מוכיח הנתבע שאכן עמדו לצידו מתווכים, או לחילופין, שניתן למכור דירה כזו במחיר כזה ללא מאמץ של איתור קונים, טענתו הייתה מתקבלת. מאידך, בעסקה של מכר, לא ניתן להוכיח שניתן היה להגיע על ידי מתווך אחר או ללא מתווך לאותה עסקה, באותו סכום. נכונות של מתווך לסייע למוכר, אינה מבטיחה את הצלחת פעולתו. לעומת זאת, פעולת התובע בנדון דידן, ודאי צלחה.

מאידך, נראה שיש יסוד אחר לדון בעצם חיוב הנתבע. כפי שהדגיש התובע, גם במקום בו פעל מתווך מחמת עצמו, המתווך זכאי לדמי התיווך, כיורד לשדה העשויה ליטע. אך בנדון דידן, לטענת הנתבע, וכפי שהתרשם בית הדין בדיון, התובע הוא זה שעורר את המוכר לעצם המכירה. יש מקום לומר, שאין זה כשדה העשויה ליטע, וכפי סיום לשון הגר"א (שם): "כיון שהוא עשוי למכור". אכן, הנתבע נעזר בסופו של דבר מפעולת התובע (ועיין עוד שו"ע שע"ה סעיף ג, ובש"ך ס"ק ה' ובהגהות הגר"א על אתר). אילו היינו דנים מקרה דנן כשדה שאינה עשויה ליטע, היה התובע זכאי להחזר הוצאותיו בלבד.

בנוסף, בהתייחס לטענת הנתבע שאילו ידע, היה מתמחר את הדירה באופן שונה, ובאם יחויב בתשלום, כל העסקה אינה כדאית, יש מקום לטענה זו, מתוך הבנת מהות העסקה הנוכחית. במצב בו אדם מעוניין למכור נכס משיקולים של צורך כספי וכד' – ההנאה היא בעצם המכירה וההנאה היא ביחס לכל העסקה. דהיינו, למרות שברור שכל אדם מעוניין להרוויח על המכירה כמה שיותר, מודעות המוכר לעובדה שיצטרך לשלם דמי תיווך, אינה נוגעת למהות ההנאה מעצם המכירה, ולכן אין מקום לטענה שההנאה פחותה מכיוון שהנהנה לא ידע שיצטרך לשלם. מאידך בנדון דידן, שיוזמת המכירה באה לא מתוך הצורך למכור אלא מן העובדה שיש קונה מעוניין – עיקר הנאת הנתבע, אינה מעצם המכירה (שכן אינו זקוק למכור), אלא דווקא מהרווח הכלכלי הנובע ממנה. לכן יש מקום לטענת התובע שאילו ידע שיצטרך לשלם דמי תיווך משמעותיים, לא היה מוכר את הנכס כלל, או לחילופין היה מגלגל את הסכום המדובר על הקונים. ההנאה במכירה ללא ידיעה שיצטרך לשלם נגרעה באופן מהותי בכך שהנתבע לא ידע (ולא היה עליו לדעת) שמצופה ממנו לשלם דמי תיווך.

בנושא היקף ההנאה, נעיר עוד, שבירורים של בית הדין העלו, שבתיווך בלתי מקצועי, גם בקהילה לה שייך התובע, פעמים רבות הנוהג הוא, להסתפק בתשלום של \$1000.

לסיכום פרק זה, הגם שמתווך ביוזמה אישית, זכאי לדמי תיווך, היינו דווקא בדירה שעומדת למכירה. בנדון דידן, יש מקום לומר, שהקונה, שלא חיפש קונים לדירה נידון כ'לא עביד למיגר'. גם אם יש לחייב במצב כזה, משום שלבסוף נעזר המוכר בפעולת המתווך, במצב בו המוכר לא יזם את המכירה, ואינו זקוק לה, יש משמעות גדולה יותר גם לעובדה שחובת התשלום לא הייתה ידועה לו – לעניין שיעור ההנאה שקיבל הקונה מן המתווך.

## ז. דינא דמלכותא דינא

הנתבע, טען שאין כל בסיס לתביעה לאור חוק המתווכים במקרקעין (התשנ"ו-1996) הקובע כי לא תשולם אגרת תיווך אלא אם כן, נחתם הסכם בכתב. וכן, כיון שהמתווך אינו מתווך רשום, הוא אינו זכאי לתמורה, ואף עובר על החוק.

והנה, ידועה מחלוקת הפוסקים, ביסוד הדין של "דינא דמלכותא דינא", ובהיקפו. ראה בעניין זה שו"ע סימן שס"ט סעיף ח' וסעיף י"א, ובש"ך סימן ע"ג ס"ק ל"ט. הרמ"א פסק דינא דמלכותא בכמה עניינים, וביניהם, שיכול המלווה על המשכון, למכור את המשכון רק לאחר שנה, כפי דין המלך במקומו (שו"ע חו"מ סימן ע"ג סעיף י"ד). הש"ך (שם, ס"ק ל"ט) חלק על הרמ"א, וכתב:

שהוא דבר תמוה מאוד לעניות דעתי, דכיון דעל פי דין תורה יכול למוכרו לאחר ל' יום, היאך נלמוד מדיני הגויים לבטל דין תורה, ח"ו לא תהיה כזאת בישראל

ובהמשך דבריו כתב, שלא אומרים דינא דמלכותא אלא בעניינים שלטובת המלך, כמיסים, ושגם למ"ד שאומרים בכל עניין "היינו דווקא מה שאינו נגד דין תורתנו, אלא שאינו מפורש אצלנו, אבל לדון בדיני הגויים בכל דבר נגד תורתנו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל".

בסוגיה זו, מדיניות בית הדין (ראו תחומין כט, עמ' 144) היא שהכלל דינא דמלכותא חל גם בארץ ישראל. וכן לפסוק כדעת החתם סופר, הקובע, ביחס לחוק שנועד להסדיר נושאי תחרות עסקית (שו"ת חתם סופר חלק ה, חו"מ, סימן מד) את העיקרון הבא:

נעייל להא דידן דלא מיבעיא דהתיקון שתיקנו שרי הקומידאט שאיננו נגד דין תורה אלא כתורה עשו, ואלו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן הא דלא יתרבו הסרסורים יותר ממה שראוי לפי העיר והמסחר כדי שיכולים להתפרנס ולא יפסקו חיותא זה לזה.

דברי החתם סופר הובאו ע"י פוסקים רבים (שו"ת בית יצחק חו"מ עז, ג; שו"ת מנחת שלמה א, פז; שו"ת ציץ אליעזר יב, פג; הרב משה הלברשטם - בתוך: נחום מנשה וייספיש, משנת זכויות היוצר, עמ' קכא; הרב יצחק ניסים, הרב יוסף שלום אלישיב והרב בצלאל ז'ולטי (פד"ר ו, 382); הרב ז'נ גולדברג, חוק לישראל - נזיקין, עמ' 378; שו"ת שבט הלוי חלק י סימן רצא; ועוד).

חידושו החתם סופר הוא, שעל בית הדין לבחון את החוק מבחינה מהותית, וחוק שהוא ראוי מבחינת תוכנו ומטרתו, יש לו תוקף הלכתי, והוא כלול גם בשיטת הש"ך – שמגדיר שאין להחיל דין, מכח דינא דמלכותא, אם סותר את דין התורה.

בענייננו, קביעת חוק התיווך במקרקעין שאין חובת תשלום ללא הסכם בכתב, מועילה לצמצם מקרים של חוסר בהירות בין מתווך לבין מוכרים או קונים. חוסר בהירות זה, מוביל לאי נעימויות, כעס ואיבה ללא צורך, ואף מאפשר למתווך לכפות את שירותיו ללא הסכמה. בסופו של דבר, מוביל חוסר הבהירות להתדיינות משפטיות מייגעות הפוגעות בכל המעורבים.

בעניין דינא דמלכותא שנועד למנוע חוסר בהירות משפטי, מצאנו בתשובת הרשב"א במפורש (שו"ת הרשב"א חלק ב סימן שנו):

ולשון דינא דמלכותא, מורה על דברים שהם מחוקי המלכים לעשות כן בארצם, כגון לשים ערכאות, לכתוב שטרות..

**וכן לעשות חוקים בארצו, כדי שלא יבואו העם לידי הכחשות וקטטות.**

ומתקנין שלא יקנה אדם קרקע אלא בשטר. וכמו שאמרו בפרק חזקת הבתים. מלכא אמר: לא ניכול איניש ארעא, בלא שטרא. וכן כל כיוצא בזה. שכלל עניינין אלו, הם ממשפטי המלכים.

הרשב"א, קובע, שדינא דמלכותא, שנועד "כדי שלא יבואו העם לידי הכחשות וקטטות" תקף. נראה, שהמשך דבריו – "ומתקנין..." היא הדוגמא שמביא הרשב"א לכלל זה: דינא דמלכותא הוא שקרקע לא תיקנה אלא בשטר. מה טעם חוק זה? – לגרום לכך שלא תהיה חוסר בהירות בין הקונה למוכר, שכן בהימכר הקרקע בשטר, יש ראייה לעסקה, ואילו במכירה בשאר דרכי הקניין – כסף חזקה וקניין חליפין – יכול להתפתח סכסוך שכן מעשה הקניין אינו משאיר ראייה.

נדון דידן, דומה להפליא לעניינו של הרשב"א. החוק הקובע שאין דמי תיווך ללא הסכם חתום בכתב נועד למנוע בדיוק את המצב של חוסר בהירות בעניינו של תיווך – המוביל "לידי הכחשות וקטטות". נמצא, שעל פי דעת הרשב"א נושא זה הוא בתחום סמכויות השלטון, גם אם אינו שלטון של תורה.

וודאי אם כן, שלמנוע "הכחשות וקטטות", הוא טעם רלוונטי לענייני תיווך, והדבר בא לידי ביטוי בהיקף התביעות בבתי הדין על דמי תיווך. הסכסוכים ואי ההבנות נובעים, גם בשל העובדה שיש אפשרויות רבות למכור את הנכס ללא תיווך. גם אם אפשרויות אלו, לא פוטרות את המוכר "מעיקר הדין", קיומן מצדיק לתקן תקנות שיבהירו את המצב המשפטי בין הצדדים. הדרך למניעת הכחשות וקטטות, על ידי קביעה שאין זכות תביעה לדבר שנעשה שלא באופן ברור וחד משמעי, היא דרך הגיונית בעיניו של הרשב"א. נמצא, שגם על פי הגדרותיו של החתם סופר, "אלו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן".

בענייננו, גם התובע הסכים שמסתבר שהנתבע לא העלה על דעתו שהוא צריך לשלם, אך לטענתו של התובע – חיוב התשלום אינו מושפע מידיעת הנתבע. נמצא, שבדיוק למצבים כאלה באה התקנה הקובעת שעל מנת לזכות בדמי תיווך – יש להבהיר את נושא דמי התיווך בין הצדדים. אמנם יתכן שבסיטואציה בה יהיה לבית הדין ברור ששני הצדדים היו מודעים לחיוב, או היה מוטל עליהם להיות מודעים לחיוב, היה הנתבע מחויב בתשלום, כיון שבמקרה כזה בו כוונות הצדדים ברורות אין מקום לתקנה.

נציין, שפסקי הדין שציטט התובע, נכתבו קודם לחקיקת חוק המתווכים, וכלל לא התייחסו לשאלת תוקף הוראותיו על פי ההלכה.

למסקנה, יש להחיל את קביעת חוק המתווכים במקרקעין התשנ"ו-1996, במצבים בהם יש טעם לתקנה – כאשר לא הובהר בין הצדדים שהשירות נעשה תמורת תשלום. במצבים אלו, ברור שהחוק מונע הכחשות וקטטות, ועל כן הוא ראוי. בעניין זה, אין להבחין בין החלת החוק ביחס למתווך מקצועי, לבין החלתו ביחס למתווך שאינו מקצועי, שכן שני המצבים יוצרים הכחשות וקטטות. (וראה בעניין זה גם: הרב אוריאל לביא אב"ד צפת, בקובץ פס"ד עטרת דבורה, ח"ב סימן ל"ח שפסק שיש דינא דמלכותא בחוק זה;



לעניין השאלה האם יש לתת תוקף הלכתי לקביעה שאין לחייב בדמי תיווך ביחס לעסקה שבוצעה על ידי מי שאינו מתווך, לא נכריע בפסק דין זה. על פי החתם סופר, נראה שבסמכות בית הדין לקבל חוק באופן ביקורתי, על פי שיקול דעתו).

#### ח. חיוב לפנים משורת הדין והכרת הטוב.

כפי שהכרענו לעיל, אין מקום לחייב את הנתבע על פי דין תורה, וזאת לאור דינא דמלכותא. אכן, בית הדין מבקש להבהיר, שיתכן מאוד, שהתובע מבחינתו, עשה את הדברים מתוך כוונה לזכות בתשלום על התיווך, ופעל בעניין זה בכנות וללא כוונות רעות אותן יחס לו הנתבע. כך נהוג בקהילתו, ויתכן שכך התובע חשב שגם הנתבע רואה את הדברים, אף שמוטל היה על התובע להבין שלא כך הם פני הדברים. למרות העימות החריף בין הצדדים, לדעת בית הדין, על הנתבע להכיר בטובה שעשה עימו התובע. בסופו של יום, הוא הביא לידי עסקה משמעותית שהנתבע ביצע, ומימש על ידה את הנכס לשביעות רצונו. במצב דברים כזה, ומכוח סמכות בית הדין שניתנה בהסכם הבוררות, לחייב בין לדין בין לפשר, יש לקבוע חובת תשלום כביטוי להכרת הטוב הראויה במקרה כזה. סכום זה, אינו צריך להיות סכום הקרוב לדמי תיווך, ומאידך, אינו יכול להיות בלתי משמעותי לגמרי.

במסגרת הסמכות לחייב סכומים על פי שיקול דעת לפשרה, אני קובע, סכום של 1,000 ₪, כביטוי להכרת הטוב הראויה על חלקו של התובע בקיום העסקה.

#### ט. החלטה

1. הנתבע ישלם לתובע סכום של 1,000 ₪.
2. התשלום תוך שלושים יום ממתן פסק הדין.
3. פסק הדין ניתן בתאריך כ"ו בכסלו תשס"ט, 13 בדצמבר 2009.

הרב יוסף כרמל  
אב"ד