

דיני מתווכים במקרקעין

חלק שני עקרונות ומושגי יסוד ופסקי דין

בעריכת: דרור וינוגרד, עו"ד

מעודכן ליום 1.7.2015

אסור להכניס ספר זה לבחינה

גם אחרי הבחינה - חשוב להשאר מעודכן

לראשונה בישראל

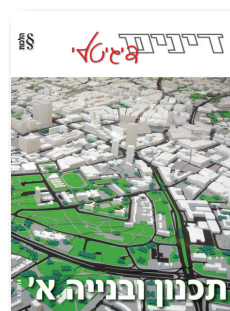
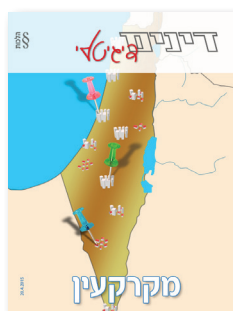
ספר אלקטרוני המביא את

החקיקה המקצועית שמעניינת אתכם

לקצה האצבעות בטלפון החכם או בטאבלט שלכם

דיניות
היטל

- קבצי חקיקה לפי נושאים
- מתעדכנים בקביעות
- אין צורך להיות במצב מקוון (On-Line)
- תצוגה מותאמת לנוחות המשתמש (שינוי גודל האותיות, הרקע, צורת הדפדוף ועוד)
- ניווט קל ונוח במסמך
- אפשרויות חיפוש
- ניתן להשאיר סימניות והערות במסמך



ועוד עשרות ספרים וקבצי חקיקה נוספים

באתר הוצאת הלכות www.halachot.co.il

מעודכן • זול • נוח

מעל 60 קבצי חקיקה וספרים נוספים כבר באתר

אלה לא עוד קבצי pdf שניתן להציג גם בטלפון או בטאבלט.
אלה **ספרים אלקטרוניים** בפורמט **epub3** שהוא התקן
הבינלאומי המתקדם ביותר כיום לספרים אלקטרוניים.



- ניתן לרכוש רק את החקיקה בנושא המענין אתכם
- ניתן לעיין בתוכן הספר לפני הרכישה
- רכישת הספר כוללת **עדכונים למשך שנה**

רוצים להתנסות ללא התחייבות ובחינם?

היכנסו לאתר שלנו בכתובת www.halachot.co.il
והורידו **בחינם** את הקובץ "**חוקי היסוד**"



הכנסו לאתר המחודש שלנו לדף ה"**מדריכים**"
ותמצאו שם תשובות לכל השאלות.
בכל שאלה נוספת אל תהססו לפנות אלינו

תוכן עניינים

1.....	עקרונות ומושגי יסוד.....
4.....	עא 7247/97 כוכבה יצחקוב נ' מרדכי אביב מפעל בניה בע"מ
8.....	עא 158/77 חוה רבינאי נ' חברת מן השקד בע"מ (בפירוק)
15.....	עא 294/76 אנגלו סכסון סוכניות לנכסים (סביון) נ' רחל פסרמן ואח'
20.....	עא 2643/97 שלמה גנץ נ' בריטיש קולוניאל חברה בע"מ ואח'
40.....	רעא 394/88 אנגל שושני ואח' נ' אברון את פורת בע"מ
41.....	עא 107/86 אהרון חסין נ' דוד בלס ואח'
44.....	תפ 1224/06 מדינת ישראל נ' דוידסון דניאל
48.....	ברע 2285/05 אבנר שמואלי ואח' נ' דורון סמוכה ואח'
50.....	ברע 209/01 זיוה וזאב מאיר נ' טלי שושן ואח'
55.....	עא 3455/06 דה כהן בע"מ נ' אלון עמרם
65.....	עא 2144/91 הנרי מוסקוביץ נ' כץ אסתר ביר כמנהלת עזבון המנוח טוביה ביר ז"ל
73.....	עא 4582/08 אהרון גופר נ' יהודית קאופמן
77.....	תא 2461/07 דרור בראון ואח' נ' יפה סידרון ואח'
80.....	תפ 1081/06 מדינת ישראל נ' אופז עדי
87.....	תא 1966/05 קשתות הנשיא יעוז ושווק נדל"ן בע"מ נ' דוד שמעון ואח'
89.....	תא 6577/98 טרנס גלובל סוכנות לנכסים בע"מ נ' נתנאל אל.אל. סי בע"מ ואח'
97.....	תא 35922/07 מרדכי עוז נ' משה עזרא
101.....	תא 50812/06 זילברברג מיכאל נ' סגל משה

עקרונות ומושגי יסוד

מכוח סמכותי בתקנה 1(ב) לתקנות המתווכים במקרקעין (נושאי בחינה) (תיקון), התשע"א-2010, להלן הפרשנות הנדרשת לחלק מעקרונות ומושגי יסודי המהווים חלק מחומר הבחינה המחייב בתווך במקרקעין:

חכירה

שכירות לתקופה של יותר מחמש שנים הינה חכירה.

חכירה לדורות

שכירות לתקופה של יותר מעשרים וחמש שנה הינה "חכירה לדורות".

לשכת רישום במקרקעין

כתנאי לתוקפן הקנייני, הזכויות בנכסי מקרקעין אמורות להיות רשומות בפנקסי המקרקעין אצל רשם המקרקעין בלשכות רישום מקרקעין של האגף לרישום והסדר מקרקעין במשרד המשפטים, כתנאי לתוקפם הקנייני ("טאבו").

נסח רישום מקרקעין

ניתן לקבל, בלשכת רישום והסדר במקרקעין מידע בדבר זכויות הקנייניות בנכס. לשם כך חייב המבקש להצטייד בנתוני הנכס הכוללים את מספר "הגוש", מספר "חלקה" ובבית משותף גם מספר חלקת משנה. למבקש יתאפשר לעיין במסמך הרישום של הנכס הכולל את תיאורו, שם הבעלים שלו והגבלת זכות הבעלות אם יש כזו בדרך של הודעות על הפקעה ו/או הערות אזהרה ו/או משכנתאות ו/או עיקולים ו/או צווי בית משפט ו/או כל הגבלה אחרת על הבעלות. כאשר מדובר בבית משותף, יעיד המסמך גם על קיומו של תקנון מצוי או תקנון מוסכם שבו יוכל לעיין בעל יחידה רשום בבית המשותף או מיופה כח מטעמו.

חברות משכנות

חברה משכנת היא חברה הבונה את הבניין ומשכנת את הדיירים בו. עד לרישום הזכויות בפנקסי המקרקעין, רישום הזכויות בדירות נעשה במנהל מקרקעי ישראל וכן אצל החברה המשכנת. שעבוד דירה הרשומה בחברה משכנת נרשם אך ורק ברשם המשכונות שכן זכויות הדייר, כל עוד לא נרשמו בפנקסי המקרקעין, הינן זכויות חוזיות ולא קנייניות.

איתור מידע על נכסים באזור יהודה ושומרון

איתור מידע על נכס הבנוי באזור יהודה ושומרון ייעשה אצל הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור יהודה ושומרון או במשרדי רישום המקרקעין במינהל האזרחי, אצלו מתנהל רישום עסקאות המקרקעין הנעשות באזורים אלה. יודגש, חלק מהנכסים הבנויים עדיין לא נרשם אצל המינהל האזרחי ולכן, יכול והמתעניין יופנה גם אל החברה המשכנת העוסקת בשיווק והכנת רישום הנכס.

חוזה פיתוח עם מינהל מקרקעי ישראל

הסכם בין מינהל מקרקעי ישראל ורוכש זכויות בקרקע, המייעד קרקע לבנייה ולפיו מתחייב הרוכש לבנות מבנה על הקרקע תוך פרק זמן נתון ובתנאים שהמנהל אישר. רק לאחר סיום הבניה ובהתקיים כל תנאי ההסכם, ייחתם הסכם חכירה בין הרוכש ובין המינהל. אי השלמת המבנה במועד משמעותה זכות למינהל מקרקעי ישראל לבטל את ההסכם.

חוזה חכירה עם מינהל מקרקעי ישראל

חוזה חכירה של מקרקעין הנחתם בין חוכר ובין מדינת ישראל באמצעות מינהל מקרקעי ישראל לתקופה נקובה.

דמי הסכמה

דמי הסכמה הינה דרישת תשלום אשר דורש מינהל מקרקעי ישראל מחוכר כתנאי למתן הסכמתו להעברת זכויות החכירה בנכס לצד ג'. (דמי הסכמה אינם נגבים מ"נכס מהוון" ראה הסבר לנכס מהוון להלן).

דמי היוון

חישוב הערך הכלכלי של התשלומים העתידיים למינהל, עבור תקופת החכירה או יתרתה בתשלום חד-פעמי מראש. תשלום ההיוון פוטר את חוכר הנכס מאת מינהל מקרקעי ישראל מתשלום דמי הסכמה בעת שיבקש להעביר זכויותיו לצד ג' ומתשלום דמי חכירה במהלך החכירה.

דמי היתר

תשלום אותו גובה מינהל מקרקעי ישראל מהחוכר כתנאי למתן הסכמתו למימוש זכויות בנייה במקרקעין אשר לא הוענקו לחוכר בהסכם החכירה או בגין שינוי ייעוד הנכס ו/או בגין פיצול חלקה.

מכירת נכסים אגב הסכם גירושין

חלוקת רכוש אגב גירושין, עשויה ליצור חיוב במס. חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 קובע (בסעיף 4א') כי העברת מקרקעין, וכן העברת מניות באגוד מקרקעין בין בני זוג (או מהם לילדיהם) הנעשית על פי פסק דין שניתן אגב הליכי גירושין לא תיחשב כלל כמכירה לענין החוק ועל כן, במקרה זה, אין כלל אירוע מס. חשוב לציין שאין הכרח שבגין המקרקעין ישולם לבן הזוג המעביר מתוך הנכסים המשותפים, וניתן אף לרכשם ממקורות מימון חיצוניים, בשונה לדוג' מחלוקת נכסים במסגרת עיזבון.

מס ערך מוסף בעסקאות מקרקעין

סעיף 2 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 קובע, בין היתר, כי על "עסקה" בישראל יוטל מס ערך מוסף בשיעור מהעסקה. סעיף 1 לחוק זה קובע, כי "עסקה" הינה מכירה או השכרה של נכס, לרבות מקרקעין וזכות באגוד מקרקעין בידי עוסק במהלך עסקו לרבות מכירת ציוד, ובעניינו כולל מקרקעין ששימשו או המשמשים או ישמשו לעוסק ומכירתם אינה שבשגרה. יוצא מן האמור, כי כל עוסק המוכר מקרקעין חייב במע"מ בין שהמקרקעין מהווים מלאי ובין שהם מהווים רכוש קבוע בעסקו.

המחוקק מרחיב חובה זאת גם ל"עסקת אקראי". "עסקת אקראי" כוללת מכירת מקרקעין על ידי אדם שאין עיסוקו במכירת מקרקעין לאחד מהגורמים הבאים:

1. לעוסק - מי שמוכר נכס או נותן שירות במהלך עסקיו, ובלבד שאינו מלכ"ר או מוסד כספי, וכן מי שעושה עסקת אקראי;
2. למלכ"ר או למוסד כספי, למעט מכירת דירת מגורים.

המסקנה: מכירת כל סוג קרקע ע"י כל מאן דהוא לעוסק חייבת במס ואילו מכירה למלכ"ר או מוסד כספי תחויב רק אם המקרקעין אינם דירת מגורים.

מונחי יסוד במשכנתאות

1. משכנתא

משכנתא היא שעבוד הנרשם בפנקסי המקרקעין על נכס מקרקעין (למשל במקרה הנפוץ - שעבוד הנרשם לטובת בנק לשם הבטחת פירעונה של הלוואה כספית המיועדת למימון דיור). במקרה שהלוואה אינו פורע את חובו, ניתן לפרוע את החוב על ידי מימוש הנכס הממושכן. על פי רוב, גובה ההלוואה שתאושר על ידי המלווה נקבע בהתאם למחירו של הנכס, כפי שננקב בחוזה המכר וכן לפי הערכה של שמאי מקרקעין.

המשכנתא אינה פוגעת בזכותו של בעל המקרקעין להחזיק בהם ולהשתמש בהם, הכל בכפוף לתנאי המשכנתא כפי שנכתבו בהסכם שבין הצדדים.

2. גרירת משכנתא

החלפת הנכס המשועבד לבנק כבטוחה כנגד הלוואה, בנכס אחר. פעולה זאת, מחייבת הסכמת המלווה. למשל, כאשר הלווה מוכר את דירתו הישנה המשועבדת לבנק מבלי לסלק את הלוואה הקיימת, ומעביר את השעבוד לדירה החדשה.

3. הקפאת משכנתא

הסכם בין מלווה ללווה שניתנה בגינו בטוחה, המסדיר וקובע כי הלווה יכול בשלב מסוים להפסיק לתקופה קצובה את החזרי ההלוואה כפי שנקבעו בהסכם המקורי שבין הצדדים. הקפאת משכנתא לתקופה כלשהי מחייבת אישור של הבנק וניתנת בנסיבות מיוחדות.

4. משכון

שעבוד זכויות. כאשר הזכויות המשועבדות הינן במקרקעין הרשומים בפנקסי המקרקעין מדובר במשכנתא הנרשמת בפנקסי המקרקעין (ראה לעיל). כאשר מדובר בזכויות במיטלטלין (למשל כלי רכב) או במקרקעין שאינם רשומים במרשם המקרקעין, ניתן לרשום את השעבוד אצל רשם המשכונות. כך למשל כנגד מתן הלוואה לרכישת מקרקעין שאינם רשומים במרשם המקרקעין, אשר הזכויות בהם הינן זכויות על פי חוזה בלבד, ניתן לרשום שעבוד על זכויות אלה אצל רשם המשכונות.

תכנון ובניה

1. היתר בניה

זהו היתר שמעניקה הועדה המקומית לתכנון ובניה או רשות הרישוי הנדרש עבור כל אחת מעבודות הבניה הבאות:

- הקמת בנין חדש, הריסתו או הקמתו מחדש;
- תוספת לבנין קיים או שינוי בקירותיו החיצוניים למעט שינוי פנימי של הדירה שהוא שינוי שאינו נוגע לצד החיצוני של הבניין, אינו פוגע בחזיתו או במראהו או בשלד של הבניין או ברכוש משותף או בצנרת או ציוד אחר המשרתים גם דירות אחרות, אינו פוגע בזולת ואינו משנה את שטחה של הדירה אך למעט תוספת של שטח מרפסת שנסגרה כדין או שמשנה את מספרן של יחידות הדיור;
- כל עבודה אחרת בקרקע ובבנין וכל שימוש בהם שנקבעו בתקנות כעבודה או כשימוש הטעונים היתר כדי להבטיח ביצוע כל תכנית;
- התנויות דרך, סלילתה וסגירתה.

במקרים שבהם יש סטייה ניכרת מהתכנית החלה במקום לא יינתן היתר בנייה. אולם, הועדה המקומית רשאית להתיר בקשה להקלה או שימוש חורג.

2. הקלה

בנייה בשינוי קל מהוראות התכנית החלה במקום.

3. שימוש חורג

שימוש השונה מזה שנקבע בתכנית החלה במקום או בהיתר הבניה.

בית משפט עליון

עא 7247/97 כוכבה יצחקוב נ' מרדכי אביב מפעל בניה בע"מ

פסק הדין

השופט א' ריבלין

המשיבה, חברת מרדכי אביב מפעלי בניה בע"מ, התקשרה בחודש נובמבר 1993 בעסקת קומבינציה (להלן – העסקה) עם חברת מרכז כלל ירושלים בע"מ (להלן – החברה). העסקה נועדה להביא להקמת בניין על יחידת מקרקעין שהיתה בבעלות האחרונה (להלן – המגרש).

המערערות, העוסקת בתיווך מקרקעין, תבעה מן המשיבה לשלם לה דמי תיווך, המגיעים לה, על-פי טענתה, בגין פעולת תיווך שביצעה עבורה, ושהובילה, על-פי טענתה, להתקשרות שבניה לבין החברה בעסקת הקומבינציה. תביעת המערערות נדחתה בבית המשפט המחוזי. כנגד פסק-הדין הזה מכוון הערעור.

עיקרי העובדות

1. החברה, בעלת המגרש, יזמה הקמת בניין במגרש על-מנת שישמש למגורים, למסחר ולחנייה. לשם כך ביקשה להתקשר עם גורם נוסף שייטול חלק במימון הקמת הבניין. בתיווכו של אחר, צימוקי שמו, יצרה החברה קשר עם מר עדי סודאי – עורך-דין במקצועו (להלן – סודאי) וביקשה להסתייע בו במציאת משקיע כאמור. סודאי ביקש לקבל על עצמו את ייצוג שני הצדדים לאותה עסקה לכשימצא משקיע כאמור. משנוכח סודאי לדעת כי החברה אינה זקוקה לייצוג משפטי החל בחיפוש אחר משקיעים שייטלו חלק בעסקה בתקווה שיוכל לשמש לאלה עורך-דין – לכשיבשיל הסכם בינם לבין החברה. סודאי פנה בעניין זה למערערות, שעמה שיתף פעולה בעבר. הוא ביקש ממנה שתסייע בידו לאתר משקיעים כאמור ובלבד שישמש עורך-דינו של המתקשר המבוקש.
2. ביום 27.4.1993 פנתה המערערות למשיבה במכתב ששוגר אליה באמצעות מכשיר הפקסימיליה והציעה לה להתקשר בעסקה. היא הביאה בפניה פרטים ראשוניים על מאפייני המגרש ועל שווי המשוער. בשגר הפקסימיליה לא צוין מקום הימצאו המדויק של המגרש ולא צוינה זהות בעליו, אך נכללו בו רמזים אחדים על אודות המגרש, לאמור כי מדובר במגרש "חפור" המצוי במרכז של ירושלים, ואשר ניתן לגביו היתר בנייה. כבר למחרת היום יצר מר ויקטור קריאף המשמש כמנהל במשיבה (להלן – קריאף) קשר, בטלפון, עם המערערות וביקש לקבל פרטים נוספים על אודות המגרש.
- מכאן ואילך – מתפצלות גירסאות הצדדים. בעוד שהמערערות טוענת כי היא מסרה לקריאף באותה שיחה פרטים מדויקים על מיקום המגרש, טוענת המשיבה כי לא נמסרו באותה עת פרטים המאפשרים לזהות את מיקום המגרש או את בעליו. המשיבה מוסיפה וטוענת כי המערערות עצמה לא קיבלה באותה עת מסודאי את מלוא הפרטים על אודות המגרש, וממילא לא הייתה היא יכולה למסור אותם למשיבה. עם זאת שני הצדדים מסכימים כי בסופה של אותה שיחה הפנתה המערערות את קריאף לסודאי על-מנת שזה ימסור לו פרטים נוספים על אודות המגרש. קריאף מאשר כי היה מודע לכך כי המערערות עוסקת בתיווך מקרקעין.
3. משפנה קריאף, מנהל המשיבה, לסודאי, התנה זה האחרון את מסירת יתר הפרטים על אודות המגרש בקבלת התחייבות מצד המשיבה להעסיקו כעורך-דין, מטעמה, לצורך העסקה. קריאף הודיע לסודאי כי הדבר אינו אפשרי מאחר שלמשיבה עורך-דין אחר המטפל בענייניה. המערערות ששמעה מפי קריאף על המכשול שהציב לפניו סודאי, פנתה לסודאי, ועל-פי גירסתה, סיכמה עמו כי יוותר על דרישת הייצוג בתמורה לקבלת מחצית דמי התיווך. קריאף, מצדו, מאשר כי המערערות בישרה לו על דבר נכונותו של סודאי לחזור בו מדרישת הייצוג, אלא שבאותו שלב, בייחוד משום שהמשיבה עסקה בהנפקת מניות, "נדחק העניין", לגירסתו, מתודעתו. לאחר כמה שבועות, כך העידה המערערות, הודיע לה קריאף כי המשיבה "יורדת מהעסקה".
4. בסופו של דבר, לאחר חודשים מספר, כנראה בסמוך לחודש ספטמבר 1993, הודיע קריאף לסודאי ולמערערות כי המשיבה מנחת משא ומתן מתקדם עם החברה לקראת התקשרות בעסקה במגרש. הקשר בין החברה למשיבה נוצר, לטענת קריאף, באמצעות אחר – עורך-דין בירן. זה האחרון, כך סיפר קריאף, טיפל בהנפקת מניותיה של המשיבה וייצג במקביל גם את החברה, והוא שהעביר למשיבה את המידע על אודות כוונות החברה להתקשר בעסקה. בעקבות מידע זה, ובעקבותיו בלבד, כך טוענת

המשיבה, הוחל בניהול משא ומתן עם החברה, ומגיעים אלה הם שהובילו להסכם שנכרת בין השתיים. חרף זאת, וחלף דמי התיווך שדרשה המערערת, הציע לה קריאף תשלום בסכום השווה ל-10,000\$ כפיצויים "לפנים משורת הדין".

המערערת לא הייתה נכונה להסתפק בכך ותבעה מן המשיבה את מלוא דמי התיווך המגיעים לה, לטענתה, בשווי של 2% מערך המגרש, ובסך הכל 607,000 ש"ח. המערערת סבורה כי המשיבה התקשרה עמה בהסכם תיווך, ומשסיימה לדלות מפיה ומפי סודאי פרטים על אודות המגרש, פנתה ישירות

לחברה והתקשרה עמה בעיסקה תוך כדי עקיפת התחייבותיה כלפי המערערת. התחייבות זו מבקשת המערערת לאכוף.

פסק-הדין בבית-המשפט המחוזי – והערעור

5. בית-המשפט המחוזי דחה את התביעה. בפסק-דינו קבע בית-המשפט המחוזי, כי אמנם היה ניתן לראות בהיענותו של מנהל המשיבה, קריאף, להצעת התיווך שנשלחה אליו, כאמור בפקסימיליה, משום כוונה מצד המשיבה להתקשר עם המערערת בהסכם תיווך, ואולם, היות שנעדרו מן ההצעה פרטים רבים, לא ניתן להגיע למסקנה ברורה על אודות טיב השירות שהעניקה המערערת למשיבה. בהצעה שהפנתה המערערת למשיבה לא הייתה, לדעת בית-המשפט המחוזי, כל תועלת למשיבה.

בית-המשפט המחוזי מצא כי סודאי בחר שלא להעביר למערערת את הפרטים הדרושים על אודות המגרש כדי למנוע ממנה להביא להתקשרות בין המשיבה לחברה. אשר למידע שנמסר למשיבה על-ידי סודאי עצמו, נכון היה בית-המשפט המחוזי להסיק לטובת המערערת כי היה בו כדי לאפשר למשיבה לאתר את מיקום המגרש ולדעת את זהות בעליו. אולם חרף הנחה זו מצא בית-המשפט כי לא היה בכך כדי ללמד כי המערערת היא שהייתה הגורם היעיל שהוביל להתקשרות בין הצדדים. בית-המשפט קמא קבע כי עורך-הדין בירן, שייצג הן את החברה – בעלת הקרקע – והן את המשיבה, ונהנה מאמונם, הוא שיוס את הקשר בין הצדדים ושימש כ"דמות מרכזית" במשא ומתן שהתנהל בין הצדדים. בית-המשפט ראה בו כמי ששימש כגורם היעיל שהוביל להתקשרות בעיסקה.

6. המערערת משיגה על מימצאי העובדתיים של בית-המשפט המחוזי בכל הנוגע להיקפו ולטיבו של המידע שנמסר למשיבה על-ידי המערערת ועל-ידי סודאי. היא סבורה כי די היה במידע שנמסר למשיבה כדי לאפשר את השלמת ההתקשרות בעיסקה. אפילו היה צורך בצעדים נוספים מצדה של המערערת על-מנת שתהפוך "גורם יעיל" בהתקשרות, כך היא טוענת, הרי שהתנהגות המשיבה, שניצלה את המידע שנמסר לה ופנתה לחברה עם ניתוק הקשר בינה לבין המערערת, היא שמנעה מהמערערת לנקוט צעדים משלימים אלה. היא סבורה כי אין בעצם פועלו של עורך-דין בירן כדי לשלול ממנה את זכאותה לדמי תיווך.

7. המשיבה, מצדה תומכת במימצאי העובדתיים של בית-המשפט המחוזי, המעוגנים, להשקפתה, בחומר הראיות. היא מבקשת להתחקות אחר כוונותיו של סודאי שמהן ניתן ללמוד, לדעתה, כי לאורך כל הדרך דאג לשמור לעצמו את המידע החיוני על אודות מיקום המגרש ובדבר זהות בעליו על-מנת להבטיח כי תתמלא דרישתו לספק לצדדים שירותים משפטיים בכל עיסקה שתירקם. הפרטים שהועברו מטעמו למשיבה, כך היא טוענת, לא הוסיפו על המידע שנכלל בשגר הפקסימיליה שנשלח לה על-ידי המערערת. להשקפתה, אפילו היה ראוי לקבוע כי קיבלה, לבסוף, את הפרטים המזהים מסודאי, הרי שפעילותו של עורך-דין בירן והמשקל שניתן על-ידי החברה להמלצותיו, הם שהיוו את הגורם המכריע שהביא להתקשרות בעיסקה.

התיווך

8. משטוען פלוני – מתווך – כי זכאי הוא לדמי תיווך בגין עיסקה שנקשרה בין שניים אחרים, נושא הוא בנטל להוכיח, בראש ובראשונה, כי נקשר הסכם בינו לבין אחד מן הצדדים, או בינו לבין שני הצדדים, ולפיו יבצע פלוני את פעולת התיווך. לשם כך אין צורך בקיבול מפורש של הניצע וניתן ללמוד על גמירת-דעתו של הניצע להיעזר בשירותי התיווך של פלוני גם מהתנהגות הצדדים או מחילופי הדברים ביניהם (ראו: ע"א 275/76 קלוגמן נ' לוי [1]; ע"א 74/89 חסינים, חברה להחזקת נכסים בע"מ נ' שפירא [2]).

בהיעדר קביעה אחרת בגוף ההסכם קמה למתווך הזכות לקבלת דמי התיווך רק משנתקשרו הצדדים בעיסקה גופה (ראו: ע"א 2144/91 מוסקוביץ נ' מנהלת עיזבון המנוח טוביה ביר ז"ל [3], בעמ' 122-121; ע"א 342/89 ג.ז. רכסים בע"מ נ' גרופר [4], בעמ' 738; ע"א 6181/93 סולמונוב נ' שרבני [5] בעמ' 295).

לשם הוכחת הזכאות אין די בהצבעה על קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין פעולת המתווך לבין מימוש העיסקה. המבחן לזכאות הוא קיומה של פעילות מצד המתווך שיש בה כדי לשמש גורם "יעיל" למימוש העיסקה נושא התיווך. "אין די בכך שהמתווך הוא גורם מסוים בשרשרת הסיבתית, בבחינת סיבה" בלעדיה-אין. הדרישה היא לגורם שהוא היעיל" (דברי הנשיא שמגר בע"א 2144/91 הנ"ל [3], בעמ' 123). "...עצם העובדה שמתווך הציג לפני לקוחו נכס, אין פירושו של דבר שכל עיסקה בנוגע לאותו נכס תזכה את המתווך לעולם בדמי תיווך" (שם [3], בעמ' 125. וראו גם: ע"א 275/76 הנ"ל [1]; ע"א 185/80 "פרזות" בע"מ נ' זקן [6]; ע"א 342/89 הנ"ל [4]).

כללים אלה שנקבעו בפסיקה מצאו להם בינתיים ביטוי סטטוטורי בהוראת סעיף 14 לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996 (להלן - החוק). ההוראה הקבועה בסעיף 9(א) בחוק הייתה עשויה למנוע מחלוקת זו שלפנינו. על-פי הוראה זו מותנית הזכאות לדמי תיווך, בין היתר, בקיומה של הזמנה כתובה של שירותי התיווך, הכוללת את הפרטים המהותיים בעיסקה, כאמור בתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997. אלא שבענייננו אין תחולה להוראות אלו היות שעיסקת התיווך שבמחלוקת נרקמה עוד בטרם נכנס החוק לתוקפו.

9. פעילות מצד גורם נוסף המתרחשת לאחר שנתבצעה פעולת התיווך הראשוני, עשויה לחדש את המשא ומתן שנפסק, אך גם לנתק את הקשר הרלוונטי שבין פעילות המתווך בעבר לבין מימוש העיסקה עד שלא ניתן לזקוף עוד את התוצאה לפועלו של המתווך הראשון. עם זאת, קיום הסכם התיווך נתון ככל הסכם, לחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב (הוראת סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). צד המסכל את מאמציו של המתווך על-ידי ניצול המידע שנתקבל ממנו לצורך פנייה ישירה לצד האחר לעיסקה תוך עקיפתו של המתווך, מפר את חובת תום-הלב המוטלת עליו. הוא הדין בכל אותם מקרים שבהם פועל צד מן הצדדים בדרך אחרת על-מנת להתחמק מתשלום דמי התיווך, למשל על-ידי העסקת "מתווך קש" (ראו: ע"א 2144/91 הנ"ל [3], בעמ' 122; ע"א 185/80 הנ"ל [6], בעמ' 185). בית-המשפט המחוזי לא מצא מקום להניח קיום התנהגות מן הסוג הזה מצד המשיבה, אך יש במימצאים העובדתיים שקבע כדי ללמד כי עורך-הדין שפעל מטעם החברה לא שימש "גורם יעיל" יחיד במימוש העיסקה.

10. משנתקבל שגר הפקסימיליה אצל המשיבה, חזר קריאף מנהלה אל המערערת וביקש שתיתן לו פרטים נוספים על אודות המגרש. בכך הביעה המשיבה הסכמתה לעצם פעולת התיווך מצד המערערת. המערערת הפנתה את קריאף לסודאי, וזה התלה את השלמת פעולת התיווך בהסכמת המשיבה כי ישמש לה עורך-דין שייצגה בקשריה עם החברה. המשיבה לא נתנה הסכמתה לדרישה זו, וממילא לא הושלמה, באותה עת, פעולת התיווך של המערערת. לעניין זה יש לראות במערערת ובסודאי כמי שפעלו בחזית אחת. בין השניים הוסכם בפועל על "חלוקת עבודה" - המערערת אחראית על מציאת לקוח (פעילות שסודאי היה מנוע מלעסוק בה בשל היותו עורך-דין, כשם שהיה מנוע מלקבל דמי תיווך) אך סודאי אחז במפתח למימוש העיסקה.

11. הכול מסכימים כי בסופו של יום נעתר סודאי להפצרות המערערת וחזר בו מדרישת הייצוג. הסכמתו של סודאי באה, ככל הנראה, בשל ההצעה ליתן לו תמורה חלופית ולאחר שנוכח לדעת כי לא יוכל לייצג את המשיבה. משחזר בו סודאי מדרישתו נפתחה הדרך לחשיפת יתר הפרטים המזהים של המגרש. ואכן, קריאף, מנהל המשיבה, אישר בעדותו כי בפגישותיו עם סודאי "שוחח לו אינפורמציה".

הקשר בין המשיבה לבין החברה נוצר רק בשלב מאוחר יותר, אולם סמיכות הזמנים שבין פניית המערערת למשיבה, בחודש אפריל 1993, לבין מועד יצירת הקשר בינה לבין החברה, בקיץ 1993 התעניינותה הגוברת של המשיבה בהצעה שהפנתה אליה המערערת ושבה לכלל ביטוי בהצעת תשלום לסודאי עבור העברת מידע נוסף על אודות המגרש; נכונותה של המשיבה לפצות את המערערת "לפנים משורת הדין" בגין פעולותיה - כל אלה מלמדים כי הקשר עם החברה לא נוצר יש מאין וכי פועלם של המערערת ושל סודאי הניע את התהליך שהושלם, בסופו של יום, הודות למאמציו של עורך-דין בירן.

12. בית-המשפט המחוזי בא לכלל מסקנה כי מנהל החברה ייחס חשיבות לפועלו של הגורם הממליץ. בית-המשפט קבע כי עורך-הדין בירן, ששימש הן כבא-כוחה של החברה בעסקיה, ובעבר גם כבא-כוח המשיבה, מילא תפקיד מרכזי בהבאת הצדדים לכלל הסכם, בכלל, ולמימוש עיסקת הקומביניציה, בפרט. חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בעדותו של סודאי, ולפיה מנהל החברה התנגד מלכתחילה לגלות באוזני מתווכים את המידע על אודות מיזם הבנייה שתכננה החברה במגרש. משנודע לו למנהל החברה על ניסיונות התיווך של המערערת, מחה בפני סודאי על עצם העברת המידע למתווך. על משקל מעורבותו של עורך-דין בירן בגיבוש העיסקה ניתן ללמוד גם מעדותו של קריאף במשפט.

13. בנסיבות אלה מתחייבת המסקנה כי הן המערערת והן אחר היו הגורמים היעילים להתקשרות הצדדים בעיסקה. אכן, העובדה שהמערערת הייתה גורם בלעדיו אין להתקשרות, כשלעצמה, אינה מזכה אותה בדמי התיווך, אלא שבמקרה זה היא הייתה גם הגורם המניע ובפועל שותפה שווה להשלמה היעילה של העיסקה. לפיכך היא והגורם האחר, גם יחד, היוו את הגורם היעיל להתקשרות; לפיכך היא והגורם האחר, גם יחד, זכאים להתחלק בדמי התיווך. בפרשה דומה הצביע בית-המשפט העליון, מפני הנשיא שמגר, על אפשרות קיומה של זכאות משותפת לדמי תיווך:

"השאלה אימתי פעולת המתווך היא 'הגורם היעיל' נגזרת מבחינתה של מערכת העובדות. כרגיל - כאשר המתווך מפגיש בין הצדדים - אין קושי לקבוע כי הוא הגורם היעיל לעיסקה. ברור, כי מתקיים משא ומתן - אשר המתווך עשוי ליטול בו חלק - ובסיומו נכרת 113 א', חוזה. הנה, כי כן, צומחת זכאות המתווך לשכרו ההוגן והראוי (למשל, ע"א 107/86 חסין נ' ד' בלס ואח', בעמ' 522-520). אך פעמים רבות עובדות העניין אינן כה פשוטיות. במהלך המשא ומתן עשויות להתגלע בין הצדדים מחלוקות אשר אינן ניתנות לגישור. רק גורם נוסף (מתווך נוסף או אדם אחר) עשוי לסייע לצדדים לחצות את התהום הפעורה ביניהם. כאן מתחילים הקשיים בהכרעה בשאלה האם המתווך הוא הגורם

היעיל. יש לבחון האם הגורם הנוסף היה הגורם היעיל, או שמא שניהם או אף אחד מהם. מבחינה תיאורטית כל אחת מהתוצאות אפשרית, פעמים אין זכאות לדמי תיווך, פעמים ישנה זכאות למתווך אחד ופעמים למספר מתווכים" (ע"א 2144/91 הנ"ל [3], בעמ' 123; ההדגשות שלי - א' ר').

והדברים יפים לכאן.

14. לפיכך הייתי מציע לקבל את הערעור ולקבוע כי המשיבה חבה בתשלום מחצית מדמי התיווך בעבור העיסקה. על-כן הייתי מציע להחזיר את הדיון לבית-המשפט המחוזי על-מנת שייתן דעתו על השאלה אם הוכח שיעור דמי התיווך ויפסוק בהתאם. הייתי מחייב את המשיבה לשאת בשכר טרחת עורך-דינה של המערערת בסכום של 10,000 ש"ח.

עא 158/77 חוה רבינאי נ' חברת מן השקד בע"מ (בפירוק)

פסק הדין

השופט ברק

1. בין הגב' רבינאי, המערערת שלפנינו (להלן – המערערת), לבין חברת "מן שקד" חברה לבנין, המשיבה שלפנינו (להלן – המשיבה) נעשה זכרון דברים למכירת מגרש. שולמו דמי קדימה, ונקבע מועד לעריכת החוזה בין הצדדים. החוזה נערך אך לא נחתם, שכן המערערת חזרה בה מהעסקה. המשיבה הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופט אשר) לאכיפת זכרון הדברים שנעשה ביניהם. המערערת התגוננה בפני התביעה בשלוש טענות חלופיות: ראשית, זכרון הדברים אינו מחייב אותה; שנית, אין להעניק צו לאכיפת זכרון הדברים אפילו הוא מחייב; שלישית, בד בבד עם הענקת צו לאכיפת זכרון הדברים יש לשערך את המחיר שנקבע בו. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשת האכיפה ודחה טענותיה הנזכרות של המערערת. מכאן הערעור שלפנינו, בו תוקף מר טוניק, בא"כ המערערת, את פסק הדין של בית המשפט המחוזי לאורך החזית כולה, תוך שהוא מעלה מחדש את כל אותן הטענות שנטענו בבית-המשפט דלמטה. בטרם נדון בטענות אלה כסדרן, נעמוד בקצרה על עיקרי העובדות.

2. ביום 20.1.72, הוא יום חמישי בשבוע, נערך בביתה של המערערת זכרון דברי (מוצג ת/1) בינה לבין המשיבה. וזה לשון זכרון הדברים:

"זכרון דברים שנעשה ונחתם ביום 20.1.72 בין גברת רבינאי חוה ת.ז. 522846 בעלת מגרש בגוש 3926 חלקה 163 בשטח של 808 מ"ר, לבין חברת מן שקד בע"מ ע"י מנהלה מר יוסף איתמרי.

גב' רבינאי חוה הסכימה למכור את המגרש הנ"ל וחברת מן שקד הסכימה לקנות את המגרש הנ"ל, בסך של 275,000 ל"י.

על חשבון הבניה ניתן דמי קדימה בסך 15,000 ל"י. החוזה בין הצדדים יערך ביום חמישי 28.1.72 לפי התנאים דלקמן:

1. סך 15,000 ל"י בזמן חתימת הסכם זה.

2. סך 100,000 ל"י בחתימת החוזה ביום 28.1.72.

3. סך 160,000 ל"י בזמן העברה בטאבו.

הסך של 160,000 ל"י במס' 3 יהיה צמוד לנת"ד מתאריך חתימת הסכם זה.

וע"ז באנו על החתום – 20.1.72

(-) יוסף איתמרי (-) חוה רבינאי (-) מן שקד בע"מ

במעמד עריכת זכרון הדברים נכחה המערערת, בעלה, ומר אלבזים מטעם המשיבה. בו במעמד נחתם זכרון הדברים על-ידי המערערת. לא הוטבעה בו, בו במעמד, כל חתימה מטעם המשיבה. במקביל לעריכת זכרון הדברים וחתימתו על-ידי המערערת, נתן מר אלבזים שיק על סך 15,000 ל"י למערערת. ביום ראשון, ה-23.1.72 התקשרה המערערת לאלבזים והודיעה לו כי היא חוזרת בה מכל הענין ואינה מעוניינת לחתום על החוזה. באותו יום משך בעלה של המערערת שיק בנקאי על סך 15,000 ל"י במקום זה שניתן על-ידי אלבזים כמעמד עריכת החוזה, ושהוכנס לבנק ביום ששי. ביום שלשי 25.1.72 קיבלה המערערת הודעה בכתב כי ב-27.1.72 יפגשו הצדדים לשם חתימה על החוזה. למכתב צורף העתק מצולם של זכרון הדברים. הפעם היה זכרון דברים זה חתום על-ידי איתמרי ונושא חותמת המשיבה. מכתב דומה נתקבל ביום 26.1.72. באותו יום שלחה המערערת מכתב רשום למשיבה אליו צורף השיק הבנקאי הנזכר. ביום 22.7.72 קבלה המערערת מכתב נוסף מבא"כ המשיבה ובו דרישה לחתום על חוזה, אשר טיוטא ממנו צורפה למכתב. המערערת לא חתמה על הטיוטא, והשיבה באמצעות בא כוחה, כי אין כל חוזה בין הצדדים. ביום 21.4.72 הוגשה תביעתה של המשיבה לבית המשפט המחוזי לאכיפת זכרון הדברים.

זכרון הדברים

3. מקור זכותה של המשיבה כלפי המערערת הוא בזכרון הדברים, שהרי חוזה אחר בין הצדדים לא נעשה. קבוצת טענותיו הראשונות של מר טוניק מתמקדת בזכרון דברים זה, ומטרתן להראות כי הוא אינו מטיל כל חובה על המערערת, וזאת מהטעמים הבאים:

ראשית, זכרון הדברים אינו אלא הצעת המערערת שקיבלה נעשה לאחר שהמערערת חזרה בה מהצעתה;

שנית, הצדדים בקשו לראות עצמם קשורים רק עם חתימת החוזה המוזכר בזכרון הדברים, ולא על ידי זכרון הדברים עצמו;

שלישית, הצדדים החסירו מזכרון הדברים פרטים מהותיים;

רביעית, זכרון הדברים אינו עומד בדרישות סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

טענות אלה תוקפות את תוקפו של זכרון הדברים כחוזה מחייב מאזיות שונות. הטענה הראשונה משמעותה כי זכרון הדברים אינו חוזה מחייב, משום שאין קיבול כדין. הטענה השנייה והשלישית משמעותן כי זכרון הדברים אינו חוזה מחייב שכן ההצעה אינה בת תוקף, אם משום שהיא אינה מעידה על גמירת הדעת (הטענה השנייה) ואם משום שאין היא מסויימת דייה (הטענה השלישית). הטענה הרביעית גורסת כי יסוד "הכתב", שהוא יסוד קונסטיטוטיובי בהתחייבות למכור מקרקעין, אינו מתקיים. נדון בטענות אלה כסדרן.

4. טענתו הראשונה של מר טוניק היא כי זכרון הדברים אינו הסכם מחייב, שכן הוא נחתם על-ידי המשיבה לאחר שהמערערת חזרה בה מהצעתה. קו מחשבתו של מר טוניק הוא זה: ביום 20.1.72, הוא יום עריכתו של זכרון הדברים וחתימתו על-ידי המערערת לא חתמה עליו המשיבה. זכרון הדברים היה אז בגדר הצעה שטרם קובלה. ביום ראשון, ה'23.1.72 הודיעה המערערת למר אלבוים, שלוחה של המשיבה, על חזרתה מההצעה. מכיון שכך, אין לקיבול שנעשה לאחר אותו תאריך (כנראה ב'24.1.72) כל נפקות, שכן ההצעה שקובלה לא עמדה עוד בתוקף.

בית-המשפט המחוזי דן בטענה זו ודחה אותה. לדעתו של בית משפט קמא קובלה ההצעה עוד ב'20.1.1972, שעה שהמערערת חתמה על זכרון הדברים וקיבלה ממר אלבוים שיק בסך 15,000 ל"י כמקדמה. הקיבול נעשה על-ידי מר אלבוים, שהיה שלוחה של המשיבה, והיה רשאי לסיים את העסקה בשמה. קיבול זה נעשה בעל-פה. לדעתי, צדק בית משפט קמא בהחלטתו. מתוך חומר הראיות עולה בבירור כי המשיבה, באמצעות מנהלה איתמרי, העניקה לאלבוים הרשאה לברות חוזה מחייב. הרשאה זו לא סוייגה בכל סייג באשר לקיבול בכלל או באשר לאופן הקיבול בפרט. מכיון שכך, יש לראות בהסכמתו של אלבוים במעמד עריכת זכרון הדברים משום שכלול ההסכם בין הצדדים באותו מעמד. היעדר חתימה של מר אלבוים אינו מעלה ואינו מוריד. אכן, לפנינו חזר מר טוניק על טענתו הנזכרת בשפה רפה, אך הדגיש לעומתה טיעון חדש. על-פי הטיעון לפנינו רשאי המציע לקבוע את אופן הקיבול. כל עוד לא נעשה הקיבול באופן שקבע המציע, רשאי המציע לחזור בו מהצעתו. בזכרון הדברים שלפנינו קבעו הצדדים כי אופן הקיבול יהיה בדרך של חתימה דווקא. על כן, כל עוד לא נחתם זכרון הדברים על-ידי המשיבה, רשאית היתה המערערת לחזור בה מהצעתה. ומהיכן למד מר טוניק כי המציע קבע את החתימה כדרך הקיבול הראויה? דבר זה נלמד מלשונו של זכרון הדברים, אשר בשורתו הראשונה קובע "שנעשה ונחתם" ובסופו הוא קובע "באנו על החתום - 20.1.72".

אין לנו צורך לנתח את הדין בסוגייה זו, שכן הבסיס העובדתי לטענתו של מר טוניק אינו קיים. העובדות כפי שנקבעו על-ידי בית משפט קמא ופשוטו של מקרא, אין בהם כדי לתמוך במסקנה כי במלים "שנעשה ונחתם" גלום הרעיון כי המציע קבע את החתימה כדרך הקיבול היחידה ולא הסתפק בקיבול בעל-פה. נראה לי כי בהיעדר ראיות לכוונה אחרת של הצדדים, אין לראות בנוסחה "שנעשה ונחתם" קביעת עיקרון נורמטיבי שלפיו הקיבול חייב להיעשות דווקא בכתב, אלא קביעת עובדה פיזית כי זכרון הדברים נעשה בין הצדדים ונחתם על-ידם. יעיד על כך סופו של המסמך בו נקבע כי הצדדים באו על החתום. עובדה פיזית זו לא התקיימה, אך אין בכך ולא כלום אם הצדדים הסכימו ביניהם לסיים את העסקה בעל-פה. זו אכן היתה כוונתם של הצדדים. אכן, היעלה על הדעת לומר - על רקע העובדות שנקבעו על-ידי בית משפט קמא - כי המשיבה היתה רשאית להתנער מהעסקה רק משום שלא חתמה על המסמך ב'20.1.1972? קיצורו של דבר: ביום 20.1.1972 נעשתה הצעה ונעשה קיבול של זכרון הדברים, ואין לנו אלא לעבור לשאלה מה תוקפו של זכרון הדברים עליו הסכימו הצדדים.

5. טענתו הבאה של מר טוניק היתה, כזכור, כי זכרון הדברים לא יצר קשר חוזי מחייב בין הצדדים, בין משום שהם בקשו לראות עצמם קשורים רק עם חתימת "החוזה" המוזכר בזכרון הדברים (הטענה השנייה) ובין משום שבזכרון הדברים חסרים פרטים מהותיים (הטענה השלישית). טענות אלה מעלות מחדש את השאלה, באלו נסיבות ניתן לראות ב"זכרון הדברים", ובו תניה כי בעתיד יעשה "החוזה", כיצר קשר חוזי מחייב בין הצדדים גם אם "החוזה" הנזכר בזכרון הדברים לא נעשה. עקרונית ניתן להשקיף על זכרון דברים משתי נקודות מבט: בהתאם לנקודת המבט האחת, עריכת זכרון הדברים היא שלב אחד מבין שלבי המשא והמתן, שלבים שתחילתם בטרם נעשה זכרון הדברים, המשכם הוא במעשה זכרון הדברים, וסיומם לאחר עריכת זכרון

הדברים, עם כריתתו של החוזה המחייב. בהתאם לנקודת מבט זו, עריכת זכרון הדברים כשלב ביניים במשא ובמתן לא באה אלא כדי להעלות על הכתב את שהצדדים כבר הסכימו ביניהם, מתוך הבנה כי הסכמה זו אין בה גמירת הדעת הסופית לשכלולו של המשא והמתן בין הצדדים. זכרון הדברים מהווה, לפי קו מחשבה זה, רק "חומר גלמי" ואינו אלא שלב במשא ובמתן שטרם נסתיים (ראה ע"א 407/66 בלומה הולצמן (רייד) נ' שלמה איגר, פ"ד כא(1) 288, 294; ע"א 202/67 בלוטמן נ' אשכנזי, פ"ד כא(2) 699). בהתאם לנקודת המבט האחרת, הצדדים באו לכדי הסכם ביניהם, תוך שהם סיימו את המשא והמתן ביניהם עם עריכת זכרון הדברים. עם זאת הם מבקשים לא להסתפק בהסכם זה, אלא הם מבקשים לתת לו חותם פורמלי ופרופסיונלי. זכרון הדברים מהווה, לפי נקודת מבט זו, "הסכם גמור ומוחלט" היוצר את הקשר המשפטי בין הצדדים וזאת אף אם החוזה הפורמלי לא יצא אל הפועל (ע"א 305/63 פרידלברסקי נ' הדר, פ"ד יח(1) 98; ע"א 868/75 לנדמן נ' קפלן, פ"ד לב(1) 146).

מהו המבחן שלפיו יקבע לאיזו משתי הקטגוריות הנזכרות נופל זכרון דברים פלוני? בענין זה קבעה פסיקתו של בית משפט זה שני מבחנים מצטברים. המבחן האחד הוא כוונתם של הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב ביניהם עם ההסכמה על זכרון הדברים; המבחן השני הוא קיומה של הסכמה בזכרון הדברים על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה שביניהם.

6. המבחן הראשון לתוקפו המשפטי של זכרון הדברים הוא בכוונתם של הצדדים (ע"א 407/66, עמ' 294). על כוונה זו יש ללמוד, על-פי אמות המידה של האדם הסביר, מהתנהגותם של הצדדים לפני, בשעת ולאחר ההסכמה על זכרון הדברים ומתוכן זכרון הדברים עצמו (ע"א 694/69 מגידו נ' "דיוור חן", פ"ד כד(2) 6, 9). בחינתו של זכרון הדברים עצמו חייבת לשים דגש על שני ענינים: היסודות שהצדדים קבעו בזכרון הדברים עצמו ו"נוסחת הקשר" שנקבעה בזכרון הדברים בינו לבין "החוזה" הפורמלי שייחתם בעתיד. במקום שהצדדים קבעו את עיקרי היסודות לעסקה שביניהם בזכרון הדברים עצמו, ניתן להניח כי כוונתם היתה להגיע לכדי קשר משפטי מחייב ואין להניח כי התכוונו רק לשלב ביניים במשא ובמתן שביניהם. לעומת זאת, אם התנאים היסודיים לעסקה – כגון מחיר, כמות וזמן בעסקת מכר – לא הוסכמו בין הצדדים, יש להניח כי הם טרם סיכמו את המשא והמתן ביניהם וזכרון הדברים אינו אלא שלב ביניים במשא ובמתן שטרם נסתיים. "נוסחת הקשר" אף היא מעידה על כוונת הצדדים. אם נאמר בזכרון הדברים במפורש כי הוא לא מטיל על הצדדים כל חיוב בטרם יעשה החוזה הפורמלי, הרי בכך הביעו הצדדים דעתם הברורה כי זכרון הדברים אינו אלא שלב ביניים, ויש להמתין לכריתתו של החוזה הפורמלי. לעומת זאת, אם הצדדים קבעו בזכרון הדברים כי הוא מחייב אותם, הרי בכך הביעו הצדדים את דעתם הברורה כי זכרון הדברים אינו שלב ביניים, אלא הוא מקור הזכויות והחובות ביניהם (ע"א 139/54 גריידל נ' הורוביץ, פ"ד יא 57). כמובן, ברוב רובם של המקרים, הצדדים אינם נוקטים לשון ברורה ומפורשת באשר ל"נוסחת הקשר" ובמקרה זה יש לפרש את לשון הצדדים וכוונתם. בענין זה הוכחו בעבר קטיגוריות שונות של נוסחאות אשר מעידות על כוונה זו או אחרת של הצדדים. כך, למשל, מקובל לומר כי אם "נוסחת הקשר" היא כי זכרון הדברים "כפוף לחוזה פורמלי" הרי יש בכך כדי להצביע על כוונתם של הצדדים לראות בזכרון הדברים שלב ביניים בלבד במשא ובמתן (ראה ע"א 471/76 גויטע נ' וייס, פ"ד לא(2) 187). לעומת זאת, אם "נוסחת הקשר" היא כי הצדדים חותמים על זכרון הדברים "עד שיוכח" חוזה פורמלי, הרי משמעות הדברים היא, שרצון הצדדים הוא שזכרון הדברים יכנס לתוקפו מיד (ע"א 602/72 שוק הלוי נ' כדורי מוכתר, פ"ד כח(1) 519). הוא הדין אם בזכרון הדברים נאמר כי "הצדדים מתחייבים לחתום על הסכם פורמלי ועד אז הסכם זה קובע" (ע"א 69/60 ברנשטיין נ' קליסקר, פ"ד טו 785). או שנאמר בו כי סכום פלוני ישולם במעמד החתימה על זכרון הדברים, ואילו היתרה "עם חתימת החוזה שיערך אצל עורך-דין" (ע"א 118/53 אגסי נ' קריבושי, ואח' פ"ד ט 96). מן הראוי לציין כי נוסחאות אלה ואחרות כבודן במקומן מונח, אך אין לראות בהן חזות הכל. הכל תלוי בכוונת הצדדים, עליה יש ללמוד ממכלול העובדות של המקרה. אין לבודד את "נוסח הקשר" ממכלול עובדות אלה. כך למשל, אפילו נזקקו הצדדים לנוסחה כי זכרון הדברים "נתון לחוזה פורמלי", ניתן לראות בזכרון הדברים חוזה מחייב, אם "כוונת הצדדים להתחייב זה כלפי זה היתה ברורה ונעלה מספק" (ע"א 118/53, בעמ' 9, דברי השופט ויתקון).

7. המבחן השני לתקפו המשפטי של זכרון הדברים הוא בקיום הסכמה בגופו של זכרון הדברים על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה. זהו תנאי נפרד ועצמאי. אפילו מגלה מכלול העובדות של המקרה כוונה ליצור קשר משפטי מחייב עם החתימה על זכרון הדברים, אין בכוונה זו כדי ליצור את הקשר המצופה, אם הצדדים לא נתנו ביטוי בזכרון הדברים לפרטים החיוניים והמהותיים של העסקה. "ציון התנאים ההכרחיים צריך לבוא גם כתוספת חיונית לכוונה בהנחה שזו כבר הוכחה, כלומר, שלתנאים הללו קיום משפטי עצמאי ואין הם בגדר אמצעי להוכחת כוונת הצדדים בלבד" (דברי השופט עציוני בע"א 153/74 אברהם נ' חבזה, פ"ד כט(1) 737, 741). בהתאם למבחן שני זה, בהעדר הסכם בזכרון הדברים עצמו של התנאים המהותיים של העסקה לא נוצר קשר משפטי מחייב, שכן ההסכם אליו הגיעו הצדדים נעדר אותה מידת ודאות מינימלית הדרושה לקיומו של חוזה בר ביצוע (ע"א 651/72 פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתח-תקווה בע"מ, פ"ד כח(1) 617). התנאים המהותיים של העסקה משתנים, מטבע הדברים, מענין לענין. במכירת מקרקעין טבעי הוא כי תנאים מהותיים אלה יכללו את הצדדים להתקשרות, תיאור הנכס הנמכר, המחיר ומועדי התשלום והמסירה (ע"א 471/76). דרישה זו רוככה במשך הזמן, והכלל עתה הוא, כי במקום שהמבחן הראשון מתקיים, דהיינו, קיימת כוונה של הצדדים ליצור קשר משפטי מחייב, אין צורך כי כל התנאים החיוניים והמהותיים

יופיעו "שחור על גבי לבן" בזכרון הדברים עצמו. את התנאים המהותיים והחיוניים הנוכחים "פיזית" בזכרון הדברים ניתן להשלים "באופן נורמטיבי", אם לא משתמעת כוונה אחרת, באמצעות הוראות חוק משלימות, כגון סעיף 21 לחוק המכר, תשכ"ח-1968. לשון אחרת: אין זה הכרחי כי כל היסודות המהותיים והחיוניים יהיו כתובים בגוף זכרון הדברים, ופרטים חיוניים חסרים הניתנים להשלמה על-ידי החוק מצטרפים ליסודות החיוניים הנזכרים בגוף המסמך והמהווים יחדיו את היסודות החיוניים על-פיהם נקבע תוקפו של זכרון הדברים (ע"א 602/72 ; ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ, פ"ד כח(2) 291, 293; ע"א 75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל1) 800, 803; ע"א 18/77 בית חלקה 731, גוש 666 בע"מ נ' מיכקשווילי, פ"ד לב(2) 57).

8. בהפעילנו מבחנים אלה לנסיבות המקרה שלפנינו, אין ספק כי זכרון הדברים יצר קשר משפטי מחייב בין הצדדים. אשר למבחן הראשון, דהיינו, כוונת הצדדים, הריהו ענין שבעובדה הנקבע על-פי ממצאיו של בית משפט קמא. המערערת ובעלה העידו בבית-המשפט דלמטה כי הם לא ראו בזכרון הדברים חוזה מחייב, אלא רק שלב במשא ובמתן. לעומתם העיד אלבויים כי הצדדים ראו בזכרון הדברים חוזה מחייב. בית-המשפט המחוזי לא האמין לעדות המערערת ובעלה, שלא נראתה מהימנה עליו, ולעומת זאת העדיף על פניה את עדותו של אלבויים. מסקנה זו של בית-המשפט מתחזקת ומקבלת סיוע ניכר מהעובדה כי עם החתימה של המערערת על זכרון הדברים שולמו לה על-ידי המשיבה דמי קדימה בסך של 15,000 ל"י (ראה ע"א 602/72). אמת הדבר, בטרם חתמה המערערת על זכרון הדברים היא היססה, וזמן קצר לאחר מכן היא אף התחרטה. אך אין באלה כדי לשלול את מסקנתו של בית משפט קמא כי בשעת החתימה של זכרון הדברים התגבש אצלה ואצל המשיב הרצון ליצור קשר משפטי מחייב. בצדק ציין בית משפט קמא כי "גמירת דעת להתקשר בחוזה אין פירושה ספקות לפני ההתקשרות וחרטה לאחריה. פירושה הנכון הוא גילוי כוונה רצינית להתקשר בחוזה והבנת התוצאות המשפטיות הנובעות מכך. אני בדעה כי בעת חתימתה על זכרון הדברים התכוונה הנתבעת להתקשר בחוזה והבינה לאשורן את התוצאות המשפטיות הנובעות מכך. לעובדה שהיססה לפני כן, התחרטה לאחר מכן - אין שום השפעה על התחייבותה". מר טוניק טען לפנינו ארוכות כי מסקנתו של בית משפט קמא באשר לכוונתה של המערערת להתקשר בקשר חוזי מחייב, אינה נכונה, וכי היה עליו להסיק מסקנה אחרת. אני מקבל טענות אלה, מסקנתו של בית משפט קמא מבוססת כראוי בחומר הראיות שהיה לפנינו, ועל התרשמותו מהעדים שהעידו לפנינו, ובכגון זה לא נתערב.

אשר למבחן השני, דהיינו, הסכמה בזכרון הדברים על הפרטים המהותיים, אף הוא מתקיים במקרה שלפנינו. בזכרון הדברים עצמו נקבעה זהות הצדדים, מהות העסקה, תיאור הנכס, המחיר ומועדי התשלום. מר טוניק טען לפני בית-המשפט דלמטה ולפנינו כי חמישה ענינים חיוניים לא נקבעו בזכרון הדברים, והם: מועד ההעברה בטאבו; על מי חלים המיסים; פיצויים קבועים מראש; הצהרה כי הנכס נקי מכל שיעבוד ותחילתה של ההצמדה. בפי שראינו משהוכחה כוונתם של הצדדים להתקשר בזכרון הדברים בקשר משפטי מחייב, ניתן להשלים את הפרטים החסרים באמצעות הוראות משלימות שבחוק. כך עשה בית משפט קמא, ובדין עשה. מועד ביצוע ההעברה יעשה זמן סביר לאחר חתימת החוזה. זאת נקבע בסעיף 9 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 החל גם לענין מכר מקרקעין (סעיף 4(א) לאותו חוק). לענין המיסים, אלה יחולו - בהיעדר כוונה אחרת במקרה שלפנינו - על הצדדים השונים בהתאם להוראות הרלבנטיות בחקיקת המיסים. אשר להצהרה על היעדרם של שיעבודים - זו נובעת ממילא מכוח הוראת סעיף 18 לחוק המכר, הקובעת כי "המוכר חייב למסור את הממכר כשהוא נקי מכל שיעבוד, עיקול וזכות אחרת של צד שלישי". נותרו עוד שני ענינים אשר לדעת מר טוניק הם מהותיים, והם חסרים בזכרון הדברים. הראשון הוא הוראה בענין פיצויים קבועים מראש. בעיני אין זו כלל הוראה מהותית. בהיעדרה יחול הדין הכללי באשר להפרת חוזה. השני הוא הוראה באשר לתחילתה של ההצמדה. ענין זה נקבע בזכרון הדברים עצמו, המורה כי ההצמדה תהיה "מתאריך חתימת הסכם זה". לדעתי "הסכם זה" הוא זכרון הדברים עצמו. הביטוי "הסכם זה" מופיע גם לענין דמי הקדימה, וברור שאלה מתייחסים לזכרון הדברים. אך אפילו טועה אני בכך, ו"הסכם זה" משמעותו החתימה על "החוזה" הפורמלי, הרי הצדדים קבעו מועד לחתימה זו, דהיינו ב-28.1.1972. זהו תאריך אפשרי שני ולאור הקרבה היתרה בין שני תאריכים אלה, אין כל צורך להכריע בין השניים.

סיכומו של דבר: הצדדים התכוונו, שעה שחתמו על זכרון הדברים, ליצור קשר משפטי מחייב ביניהם, וכוונה זו מצאה ביטוי בזכרון הדברים אשר מסדיר את כל הפרטים המהותיים והחיוניים שבין הצדדים. בכך נופלות טענותיו השנייה והשלישית של מר טוניק.

9. (א) טענתו הרביעית של מר טוניק היא כי זכרון הדברים אינו עומד בדרישות סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. כידוע קובע סעיף זה כי "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". לטענתו של מר טוניק אין זכרון הדברים מקיים את יסוד הכתב הנדרש בסעיף 8 האמור, וזאת משני טעמים: ראשית, כדי שזכרון הדברים יהיה "מסמך בכתב" דרוש שהוא יחתם על ידי שני הצדדים. במקרה שלפנינו נחתם המסמך רק על ידי המערערת; שנית, בזכרון הדברים חסרים פרטים מהותיים. נדון בטענות אלה בנפרד.

(ב) זכרון הדברים נחתם בידי המערערת, היא המוכרת, ביום 20.1.1972, הוא המועד בו השתכלל זכרון הדברים לכדי חוזה מחייב. בתאריך זה לא באה עליו חתימת המשיבה-הקונה. לאחר מספר ימים, לאחר שהמוכרת הודיעה על חזרתה מהעסקה

- חזרה שלא היה בה כדי למנוע את שכלול החוזה - חתם הקונה על הכתב. היש במצב דברים זה כדי לקיים את דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין? עקרונית ניתן לומר כי בנסיבות אלה המסמך הוא ב"כתב", מכל אחד משלושת נימוקים אלה: (א) דרישת הכתב אינה כוללת בחובה כלל את דרישת החתימה. זו היתה עמדתו של בית-המשפט המחוזי; (ב) אפילו תאמר כי דרישת הכתב דורשת חתימה של שני הצדדים לעסקה, הרי המסמך שלפנינו נחתם על-ידי הצדדים, אם כי לא בו זמנית; (ג) די בכך שהמערערת-המוכרת חתמה על המסמך. אין לנו צורך לדון בשני הנימוקים הראשונים ונוכל להשאירם בצריך עיון. לדעת די בנימוק השלישי - שאותו אני מקבל - כדי לבסס במקרה שלפנינו את דרישת הכתב. "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" הטעונה, על-פי סעיף 8 לחוק המקרקעין, "מסמך בכתב", היא התחייבותו של המוכר (סעיף 6 לחוק המקרקעין), ועל כן אפילו דרושה חתימה לענין הכתב - ענין בו איננו מביעים את דעתנו - הרי הדרישה מתייחסת לחתימת המוכר בלבד (ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהל עזבון המנוח יהושע בידרמן, פ"ד כו(2) 781, 789). במקרה שלפנינו מצויה חתימת המוכר על המסמך, ועל כן מתקיימת דרישת סעיף 8 לחוק המקרקעין.

(ג) דרישת הכתב לענין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין אינה דרישה ראיתית אלא דרישה מהותית, "אם לא נעשה מסמך, לא עשו הצדדים ולא כלום" (ע"א 726/71, 789). סיבתה של דרישה זו היא, בחשיבותה. של העסקה ובצורך להבטיח את רצינותה. על כן "ההתחייבות היא עצמה צריכה לקבל צורה של כתב" ע"א 146/72 חברת האחים מנשה נ' גולדמן, פ"ד כז(1) 321, 323. פירוש הדבר הוא "שעל המסמך להצביע באופן ברור על קיומה של העסקה" (ע"א 649/73, 293). פסיקתו של בית משפט זה הבהירה, כי משמעותה של דרישה זו אינה כי כל פרטי ההתחייבות ימצאו ביטוי בכתב. משמעות הדרישה היתה כי הפרטים המהותיים והחיוניים, הם ולא אחרים, ימצאו ביטויים בכתב (ע"א 774/75 עובדיה נ' אדרבי, פ"ד ל(3) 533; ע"א 269/77 צ'צ'ק חברה לבנין בע"מ נ' יורשי המנוח אברהם כץ, פ"ד לב(2) 203).

בענין זה למד בית משפט זה היקש מדיני "זכרון הדברים" בכל הנוגע לתנאי כי זכרון הדברים חייב לכלול את הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה (ע"א 649/73, 293). כשם שלענין זכרון הדברים, לא כל פרטי ההסכם צריכים למצוא ביטוי בזכרון הדברים אלא רק הפרטים החיוניים והמהותיים, כך גם הדין לענין סעיף 8 לחוק המקרקעין. זאת ועוד: כשם שלענין דיני זכרון הדברים, לא כל הפרטים המהותיים והחיוניים צריכים להיכתב "שחור על גבי לבן" בזכרון הדברים עצמו, ואת שהחסירו הצדדים ניתן להשלים על ידי הוראות חוק משלימות (ראה פסקה 7 לעיל), כך גם לענין סעיף 8 לחוק המקרקעין, כפי שאומר חברי הנכבד, השופט ויתקון: "נראה לי שתנאים הנכללים בהסכם מכוח החוק או ההלכה. אין צורך לפרשם בגוף המסמך, כדי שיהיה מסמך שלם ותקף כמשמעו בסעיף 8 לחוק המקרקעין" (ע"א 235/75, 803, ראה גם ע"א 62/78 יגאל זימלר נ' חברת מהנדס א. יניצקי בע"מ, פ"ד לב(3) 296). משקבענו (פסקה 7 לעיל) כי זכרון הדברים כולל בחובו את התנאים המהותיים והחיוניים לענין תוקפו של זכרון הדברים, הרי ממילא קבענו כי זכרון הדברים מקיים את דרישות הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין.

צו אכיפה ושערוך

10. טענתו הבאה של מר טוניק היא כי אפילו מהווה זכרון הדברים הסכם מחייב כדין למכירת המגרש, אין לאכוף בדרך של צו ביצוע בעין את התחייבותה של המערערת המוכרת, שכן המחיר החוזי אותו תקבל נופל בהרבה מערך המגרש כיום, וזאת בשל הירידה הרבה בערך הכסף. לחלופין מבקש מר טוניק, כי אם ינתן צו ביצוע בעין, הוא יותנה בשערוך המחיר. שתי טענות אלה קשורות זו בזו ונוכל לדון בהן ביחד.

באופן עקרוני עומדות לפני בית משפט, המתבקש להעניק צו אכיפה, שלוש אפשרויות: בית-המשפט יכול להימנע מלתת צו אכיפה; הוא יכול להעניק צו אכיפה כאמור בחוזה; הוא יכול להעניק צו אכיפה תוך הוראה לשערוך המחיר. הלכה למעשה נקט בית משפט זה בעבר בכל אחת משלוש הדרכים הללו. בע"א 277/57 החברה לפיתוח ירושלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 819, 827, סירב בית-המשפט (כב' השופטים זילברג, זוסמן, ברנזון) להעניק צו ביצוע בעין בחוזה למכירת מקרקעין שנעשה ב-1935 (דהיינו, עשרים ושתיים שנה לפני הדיון בבית-המשפט), ואשר הקונה השתתח בביצועו, ותוך כדי כך ירד ערכו של המחיר בלמעלה מחמשה עשר מונים. באותה דרך נקט בית-המשפט (כב' השופטים לנדוי, ח' כהן, קיסטר) בע"א 411/74 414/74 מכוניות הדר, החברה הישראלית ליבוא רכב בע"מ נ' גבריאל סימן טוב, פ"ד לא (1) 197, כאשר סירב להעניק צו ביצוע בעין בחוזה למכירת מקרקעין שנעשה ב-1969 ונדון בבית-המשפט העליון ב-1974. בית-המשפט הדגיש כי הוא עושה כן לאור הנסיבות המיוחדות של המקרה, בהן גילה הקונה נוקשות - עובדה שמפחיתה ממידת הזדון שבסירובו של המוכר להעביר את הנכס. במספר פסקי-דין העניק בית משפט זה צו אכיפה וסירב לשערך את המחיר. כך הוא נהג בע"א 774/75 (כב' השופטים לנדוי, ויתקון, עציוני), תוך שהוא מדגיש את זדונו של המוכר, שלא רק היפר את החוזה, אלא אף דחה את הקונה בלך ושוב, והתכחש במכוון לכיבוד ההסכם שעשה. באותו אופן נהג בית משפט זה (כב' השופטים ויתקון, מני, י' כהן) בע"א 204/76, 160/7 גלעד, את ענת חברה לבנין בע"מ נ' עדי פיש, פ"ד לא (1) 197, תוך שהוא מדגיש את התנהגותה של המוכרת שהפרה את החוזה בגסות ובעזות פנים, בעוד שהקונה היה נקי מכל רבב. לבסוף, במספר פסקי-דין העניק בית-המשפט זה צו אכיפה, תוך שהוא משערך חלק מהמחיר. פסקי-הדין הראשון שנקט בקו זה

הוא ע"א 330/73 עזבון המנוח הרמן הלפרין נ' קהילת ציון אמריקאית, פ"ד כט (1) 651 (כב' השופטים ברנזון, ויתקון, קיסטר), ואחריו ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט(2) 756 (כב' השופטים ברנזון, ח' כהן, קיסטר), ע"א 809/75 (לא פורסם) (כב' ח' כהן, מני, בייסקי); ע"א 279/76 (לא פורסם) (כב' השופטים ח' כהן, י' בהן, שרשבסקי). לאחרונה הלכנו בדרך זו ע"א 298/76 (לא פורסם) (כב' השופטים לנדוי, י' כהן, ברק) כאשר ציוונו על ביצוע בעין של חוזה למכירת דירה שהופר בזדון על ידי המוכרת תוך מתן הוראות בי חלק מהמחיר ישולם כשהוא צמוד לשיעור העלייה של מדד המחירים לצרכן.

11. היש מקום להימנע מלתת צו אכיפה? כידוע, על-פי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן - חוק התרופות) - וחוק זה חל על המקרה שלפנינו - "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה" (סעיף 3). משמעות הוראה זו היא כפולה: ראשית, הסעד של אכיפה אינו עוד סעד משני ונחות, אלא הוא "סעד ראשוני ועיקרי" (ראה ע"א 135/75 91/75 פרץ נ' ביטון, פ"ד 15) 373, 367) וכן בג"צ 254/73 צרי חברה פרמצבטית וכימית בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372, 384), שנית, קבלת הסעד של אכיפה היא זכותו של הנפגע, ואין הסעד דבר התלוי בשיקול דעת של בית-המשפט. ההבחנה האנגלית, שלפיה הפיצויים הם ענין שבזכות ואילו האכיפה היא ענין שבישקול דעת, שוב אינה קיימת. הן האכיפה והן הפיצויים הן תרופות שהנפגע זכאי להם, ואין בית משפט רשאי למנוע אותן אלא במסגרות הקבועות בחוק. נמצא, כי נקודת המוצא היא כי הנפגע זכאי לאכיפה, אלא אם כן המפר מרים את הנטל המוטל עליו, ומוכיח כי המקרה נופל לאחד מאותם חריגים המונעים אכיפה.

לטענתו של מר טוניק חל במקרה שלנו אחד מאותם חריגים המונעים אכיפה, הוא החריג הקובע כי הנפגע אינו זכאי לאכיפה אם "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין" (סעיף 3(4) לחוק התרופות). השאלה, מתי אכיפת החוזה היא "בלתי צודקת" תיפתר ממקרה למקרה, על-פי מבחני הצדק של שופטי ישראל. לענין זה יש לקחת בחשבון את כל מסיבות המקרה, הן אלו שארעו בשעת כריתת החוזה והן אלו שארעו לאחריה, ולהכריע על-פי המכלול הכולל אם אכיפת החוזה, בנסיבות הענין, היא בלתי מוצדקת. נראה לי כי בנסיבות המקרה שלפנינו אין לומר כי אכיפת החוזה היא "בלתי צודקת". החוזה הופר על-ידי המערערת. הפרה זו היתה בזדון, דהיינו, ללא כל צידוק. המשיב, לעומתה היה נכון לקיים את החוזה כל אותה עת ולא גילה בהתנהגותו כל נוקשות או השהייה. הנימוק העיקרי למניעת האכיפה - דהיינו, הירידה הרבה בערך הכסף - היה ענין שהצדדים צריכים היו לתת דעתם עליו שעה שכרתו את החוזה, שהרי החוזה נכרת ב-1972 שעה שסיכוני האינפלציה היו ידועים. זאת ועוד: הלכה למעשה נתנו הצדדים דעתם לסיכוני האינפלציה ואף הצמידו חלק מהמחיר לאינדקס הנ"ד. מאזן האינטרסים של הצדדים אין בו כדי להצביע על תוצאה כה בלתי צודקת שתחייב שלילת זכות האכיפה. סיכומי של דבר: במקרה שלפנינו אין מקום לשלול את האכיפה מנימוקים של "צדק יחסי" לפי נסיבות הענין, ומן הראוי הוא לפעול על-פי העקרון הרחב כי מי שהתחייב על-פי חוזה, חייב לקיים את שנטל על עצמו.

12. היש מקום לשערך את המחיר? שאלה זו מעוררת שתי שאלות משנה: האחת, האם רשאי בית משפט, על-פי הדין הנוהג בישראל, לצוות על שערך המחיר, כולו או מקצתו, שעה שהוא מצווה על אכיפת חוזה? האחרת, האם מן הראוי לעשות שימוש בכך זה, אפילו הוא קיים.

הבעיה של שערך חובות היא בעיה כללית בתקופת האינפלציה. מצד אחד מצויים אלה הטוענים, בשם העיקרון הנומינליסטי, נגד כל שערך שאינו מבוסס על רצון הצדדים או על הוראת חוק ספציפית. מהצד האחר טוענים אחרים, בשם עקרונות אלמנטריים של צדק כי יהיה זה לעג לרש לדבוק בעקרון הנומינליסטי בתקופה של אינפלציה דוהרת. נראה לנו כי במקרה שלפנינו אין לנו צורך לנקוט עמדה ברורה בבעיה קשה וסבוכה זו, אשר בוודאי עוד תעסיק אותנו בעתיד. (ראה Hirschberg, Nominalistic Principle (1971) P.95). אפילו אלה המקבלים את העיקרון הנומינליסטי כבסיס, מוכנים להודות כי בעיה מיוחדת קיימת "כאשר המדובר בביצועה בעין של התחייבות חוזית, כגון מכירת נכסים או מתן שירותים בעתיד במחיר אשר ערכו הממשי ירד במידה ניכרת בעקבות שינוי בערך המטבע במשך הזמן שעבר מאז שנעשה החוזה ועד לדרישת מילוי ההתחייבות" (דברי השופט ברנזון בע"א 277 - 279/57, 827). על יחוד זה של בעית השערך שעה שהיא קשורה באכיפה עומד נוסבאום (Nussbaum) באומרו:

"According to the nominalistic theory, there is a duty to perform the obligation in return for currency of the decreased purchasing power. However, the situation differs somewhat from the case of a simple debt. Imposing a loss, through depreciation, upon a money creditor is one thing; compelling the obligor to deliver his goods or services for a consideration which has become only a fraction of what it was before is another thing" (Nussbaum, Money in the Law, (1950) P.188).

על יסוד יחוד בעיית השערך בהקשר של אכיפה התנו בעבר בתי-המשפט בארץ ומחוצה לה מתן צו אכיפה בשערך התמורה (ראה הירשברג, "סעדים שבישור ושינוי ערך המטבע, הפרקליט, כרך כו', 543). הבסיס הדוגמאטי לאפשרות זו היה בכך שצו ביצוע בעין היה תרופה אקזיטבילית שבישקול דעת, ובמסגרת אותו שיקול דעת ניתן היה להתנות תנאים שונים, ביניהם תנאים הקשורים בשערך המחיר.

נמצא, כי השאלה שעלינו לתת דעתנו עליה היא, אם התנאות תנאים באשר לשערוך בעת מתן צו אכיפה אפשרית במסגרת חוק התרופות? ההוראה הרלבנטית מצויה בסעיף 4 לחוק התרופות, הקובעת:

"בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין".

לא היה כל קושי בהפעלת הוראה זו במקרה שלפנינו, אילו ניתן היה לראות בשערוך חלק מחיוביו של הנפגע. אכן, יתכן כי בעתיד יצטרך בית משפט זה ליתן דעתו לשאלה אם אין לראות בשערוך חיוב של הנפגע אשר מקומו בחובתו לקיום החיוב הנובע מחוזה למכר מקרקעין "בדרך מקובלת ובתום לב" (סעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, החל גם בשינויים המחוייבים על מכר מקרקעין: סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). שאלה זו לא נדונה לפנינו, ובהיעדר טענות מפורטות של הצדדים, לא יהיה זה ראוי שנפסוק בה ואין אנו מביעים עליה כל דעה, (השווה זוסמן, "תום לב בדיני חוזים – הזיקה לדין הגרמני", עיוני משפט, כרך 1, 485 וכן Sussman, "A Forecast of Problems in the Law of Contracts", Tel-Aviv University Studies in Law, Vol.2, P. 17).

נמצא כי השאלה שעלינו לתת דעתנו עליה היא אם ניתן לראות בשערוך "תנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין". שאלה זו התעוררה בעבר והושארה בפסק דין אחד של בית משפט זה בצריך עיון (ראה ע"א 204/76 160/76, פד"י לא(1) 197 ואילו בפסק-דין אחר של בית משפט זה נפסק כי ניתן להתנות מתן צו אכיפה בשערוך מכוח סעיף 4 לחוק התרופות (ע"א 279/76) (לא פורסם). נראה לי כי לא נמתח את לשונו של סעיף 4 יתר על המידה. אם נראה בשערוך תנאי המתחייב, בנסיבות הענין, מן החוזה. הביטוי "המתחייבים מן החוזה" בא להבחין בין ענינים המתחייבים מן החוזה עצמו לבין ענינים שאינם מתחייבים מן החוזה עצמו, כגון ענינים אחרים שיש לצדדים בינם לבין עצמם. השערוך הוא, מנקודת מבט זו, ענין המתחייב מן החוזה עצמו, ולא מענין אחר שאינו קשור בחוזה עצמו. על כן נראה לי כי ניתן לסכם ולומר כי על-פי סעיף 4 לחוק התרופות רשאי בית משפט, במקרה מתאים, להורות על שערוך המחיר כתנאי לאכיפת החוזה.

13. משקבענו כי רשאים אנו לשערך חיוב בחוזה למכר מקרקעין כתנאי לאכיפת החוזה, ממילא מתעוררת השאלה אם מן הראוי הוא שנעשה שימוש באפשרות זו במקרה שלפנינו? נראה לי כי התשובה לשאלה זו צריכה להיות בחיוב. הצמדת חובות כספיים הינה דבר נפוץ במדינתנו, ולאחרונה נתן המחוקק ביטוי למגמה זו בחוקקו את חוק פסיקת ריבית (תיקון מס' 3), תשל"ט-1979. זאת ועוד: שאלת ההצמדה היתה בציפיתם של הצדדים שעה שערכו את החוזה. כזכור, מתוך הסכום של 275,000 ל"י שהוא מחיר המגרש שולמו 15,000 ל"י בו במקום, 100,000 ל"י היו צריכים להשתלם לאחר מספר ימים (ביום 28.1.1972), ואילו היתרה בסך 160,000 ל"י צריכה היתה להשתלם בזמן ההעברה בטאבו. סכום אחרון זה הוצמד לנת"ד מתאריך ההסכם. יש להניח כי אילו צפו הצדדים כי גם הסכום של 100,000 ל"י לא ישולם לאחר מספר ימים, אלא תשלומו ידחה לתקופה ארוכה, היו הם מצמידים אף סכום זה לנת"ד. על כן נראה לי כי מן הראוי הוא שנפסוק כי היתרה של המחיר שטרם שולמה בסך של 100,000 ל"י תוצמד אף היא לנת"ד מיום 28.1.1972 ועד לתשלום בפועל. איננו רואים כל מקום להורות על הצמדת כל הסכום של 275,000 ל"י למדד יוקר הבנייה או למדד המחיר לצרכן, שכן הצדדים בחרו בנת"ד כאינדקס להצמדה, ומן הראוי הוא שנמשיך בקו המחשבה שעלה בדעתם של הצדדים עצמם.

הייתי דוחה את הערעור ומשאיר על כנו את פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי, בכפוף לכך כי הפרשי ההצמדה מיום 28.1.72 ועד ליום ביצוע התשלום בפועל שיצורפו למחיר, יהיו על סכום של 260,000 ל"י. המערערת תשא בהוצאות המשיבה בסך כולל של 10,000 ל"י.

ניתן היום, י"א ניסן תשל"ט (8.4.1979).

עא 294/76 אנגלו סכסון סוכנויות לנכסים (סביון) נ' רחל פסרמן ואח'

פסק הדין

השופט עציוני:

המערערת תבעה בבית-משפט השלום בתל-אביב דמי-תיווך בסך 9,500 ל"י משני המשיבים. המערערת היא חברה העוסקת במתן שירותי תיווך, ובכתב-תביעתה היא טענה ששני הנתבעים ביקשו ממנה בנובמבר 1971 למצוא עבורם וילה בסביון. בהתאם לבקשתם היא הציגה להם מספר וילות, וביניהן הראה נציג התובעת למשיבה הראשונה וילה השייכת לגברת ברמן ברחוב השיקמה 9 בסביון. בחודש אפריל אמנם רכש המשיב מס' 2 את הווילה הזו בסכום של 475,000 ל"י והיא נרשמה על שמו.

בכתב-ההגנה נאמר כי "הנתבעים מעולם לא בקשו מהתובעת למצוא עבורם וילה בסביון" אלא שנציג המערערת, מר דיקמן, הוא שפנה אליהם מיזמתו והציע להם מספר בתים שעמדו למכירה; כמורכן נאמר בכתב-הגנתם כי "מוכחש כי מר דיקמן הראה לנתבעת מס' 1 (המשיבה) וילה של הגברת ברמן וממילא מוכחש כי היה משא-זומתן כלשהו עם הגברת ברמן על מחיר הדירה או על תנאי מכר כלשהם". לעומת זאת נטען שהווילה הנדונה של גברת ברמן נרכשה בתיווכה של חברת תיווך אחרת והיא חברת "אוטם" וכי המשיבים שילמו לחברה זו דמי-תיווך בסך 7,500 ל"י.

מתוך חומר הראיות שהובא בפני שופט השלום ברור ששתי ההכחות הנ"ל היו כוזבות וכי הוכח, כפי שזה גם נקבע על-ידי שופט השלום המלומד, כי בתחילת נובמבר 1971 התקשר המשיב עם בא-כוח המערערת מר דיקמן ואמר לו, שהוא מעוניין לרכוש וילה בסביון, ובהתאם לכך הראה מר דיקמן לשני המשיבים מספר בתים בסביון, שעמדו למכירה בחדשים נובמבר 1971 וינואר 1972, אלא שאף אחד מהבתים לא מצא חן בעיני המשיבים. בפברואר 1972 נסע המשיב לחוץ-לארץ ולפני נסיעתו ביקש מאשתו, המשיבה, להמשיך ולעמוד בקשר עם המערערת בענין רכישת וילה בסביון; ואמנם, המשיכה המשיבה בקשר זה וביום 22.2.1972 הראה לה מר דיקמן את הווילה של גברת ברמן.

היא ביקרה בתוך הבית, הבית מצא חן בעיניה ומר דיקמן נקב בסכום של 500,000 ל"י בתור מחיר הווילה, והוסיף, שעל המחיר אפשר עוד להתווכח. בזמן הביקור נכחה בבית גם הגברת ברמן. כאמור, הווילה מצאה חן בעיני המשיבה אלא שהיא אמרה, שאינה יכולה להחליט בעצמה ללא הסכמת בעלה, שנמצא אז בחוץ-לארץ.

בסוף חודש מרס 1972 חזר המשיב ארצה ובהתאם למודעה שהתפרסמה בעתון על-ידי חברת תיווך אחרת, היא חברת תיווך "אוטם", הוא פנה אליה וביקש למצוא עבורו וילה בסביון. הגברת מנדל, שפעלה בשם החברה הזו, הראתה למשיב בית אחד שלא מצא חן בעיניו, ולאחר מכן בסביבות ערב חג פסח היא הראתה לו את הווילה של גברת ברמן. וילה זו מצאה חן בעיניו וביום 16.4.1972 קנה המשיב את הווילה בסכום של 475,000 ל"י ולמחרת שילם לחברת "אוטם" סך של 7,500 ל"י כדמי-תיווך. למרות שהוסכם על 2%, שהם 9,500 ל"י, הסכימה החברה לדמי-תיווך מופחתים כנ"ל.

שופט השלום המלומד בהסתמכו על עובדות אלה – בהיותו סבור שהמערערת היתה שליחתו של המשיב מס' 1, ומאחר והבית נרכש על-ידי המשיב זמן לא רב לאחר שהמערערת הראתה את הדירה למשיבה, והסכום היה קרוב לסכום שבא-כוח המערערת נקב כמחיר הבית – פסק כי דמי-התיווך מגיעים למערערת וכי הסכום שנתבע, היינו 2% מהמחיר, הוא הסכום הנהוג לשלם בעבור דמי-תיווך. בהתאם לכך פסק לטובת המערערת את סכום התביעה בסך 9,500 ל"י.

על פסק-דין זה ערערו המשיבים לבית-המשפט המחוזי, וזה הפך את הקערה על-פיה, קיבל את הערעור ודחה את תביעת המערערת. מכאן הערעור שבפנינו, לאחר קבלת רשות מידי השופט ויתקון.

כב' השופט דבורין בבית-המשפט המחוזי, שאליו הצטרף השופט גלעד, היה בדעה שפעולתה של המערערת לא היוותה את הגורם האפקטיבי להתקשרות שנעשתה בין המשיב ובין גב' ברמן, ואם כי סבר שעדויות המשיבים מעוררות חשד באשר לאמיתותן בפרט בשאלה אם המשיב ידע מפי אשתו, כי את הווילה היא ראתה כבר מקודם באמצעותה של המערערת, הרי היה הוא בדעה שהמערערת לא הוכיחה, שהמשיב ידע שעה שהתקשר לרכישתה, שהווילה היא אותה וילה שאשתו ראתה לפני כן. גם השופט ב' כהן אשר כתב פסק-דין נפרד היה באותה דעה, ואחד מנימוקיו לכך היה כי, כדבריו, "השופט מקבל שהקונה בתום-לב שילם את דמי-התיווך למתווך האמיתי".

בכל הכבוד לשופט המלומד, לא מצאתי בפסק-דינו של שופט השלום, כי אמנם קבע שהמשיב שילם את דמי-התיווך "בתום-לב". זאת ועוד, בית-המשפט המחוזי לא דק פורתא, כאשר קבע שהמערערת הופיעה על ה"במה" רק לאחר שהמשיב נסע לחוץ-לארץ.

מתוך חומר הראיות שהיה בבית-משפט השלום ברור, ששני המשיבים עמדו בקשר עם נציג המערער מר דיקמן וכי הוא הראה לשניהם מספר וילות, וכאמור הוברר, כי לפני נסיעתו לחוץ-לארץ הטיל המשיב על המשיבה, כדבריה היא עצמה, לעמוד בקשר עם מר דיקמן. לא היה גם כל מקום לקביעה שמצאנו בפסק-דינו של כב' השופט דבורין כי המשיבה ראתה את הווילה בפעם נוספת רק לאחר שבעלה סיפר לה על הרכישה ותשלום דמי-קדימה. קביעה זו עומדת בסתירה לעדותה המפורשת של עדת ההגנה, הגברת מנדל הנ"ל, אשר הראתה את הווילה למערער ואשר בפירוש העידה שעוד לפני גמר העסקה, היינו ערב החג, ביקרה בווילה של הגב' ברמן גם המשיבה בלוויית האדריכל שלהם (ראה ע' 19 לפרוטוקול).

לאור עדות זו קשה להניח, כפי שהניחו השופטים המלומדים בבית-המשפט המחוזי, שהמשיבה לא סיפרה למשיב, שאת אותה הווילה, שמציעים לו לקנות, היא כבר ראתה באמצעות שליחה של המערער. אולם, אפילו נניח, שמשום מה לא מצאה המשיבה לנכון לספר על כך לבעלה, גם אז הייתי אומר, שידעתי היא כידיעתו, לאור העובדה שמלכתחילה שניהם עמדו בקשר עם המערער, וכי המשיב לפני נסיעתו לחוץ-לארץ ייפה את כוחה להמשיך בקשר זה. ברור איפוא, שבעיני המערער הי הופיעה כמי שרשאית לפעול גם בשם בעלה, והשאלה איפוא נשאת, אם בנסיבות כאלה אין מקום לקבוע כי אמנם בתיווכה של המערער נרכשה הווילה וכי מה שעשה מר דיקמן היווה את הגורם היעיל והאפקטיבי לרכישה זו, אף-על-פי שבשלב הסופי של הרכישה היה גם מתווך אחר.

כבר ב"ע"א 74/50, [1], נקבע כי "העובדה כי בשלבים הסופיים של המשא-ומתן בין הקונה והמוכרים, פעל מתווך אחר אין בה כדי לשלול את תקפה של המסקנה כי תיווך המשיב שימש גורם יעיל ליצירת ההתקשרות". וכך גם נפסק ב"ת"א (י - ס) 3/61 מפי כב' השופטת בר-פורת (כתארה דאז). הענין שבפנינו דומה מאוד לענין שהיה בפני, בשבתי בבית-המשפט המחוזי, ב"ע"א (חי') 176/67 שאותו גם מזכיר כב' השופט דבורין בפסק-דינו, אלא שהוא הבחין בין המקרה שם לבין המקרה פה בכך, שלדעתו המערער לא הוכיחה שהמשיב ידע על דבר הצגת הווילה למשיבה, הצבעתי כבר מקודם כי בנסיבות המקרה ידיעתה של המשיבה היא ידיעתו של המשיב, ולכן אין אני יכול לראות הבדל בין המקרה שהיה בפני אז לבין המקרה של היום. במקרה שנדון אז הראה המערער בין היתר, את החנות אשר מצאה חן בעיני המשיב ומסר לו כי אפשר לרכוש אותה בסך של 50,000 ל"י וכי אפשר עוד להוריד את המחיר. כעבור חדשים נתגלה למערער כי המשיב רכש את החנות, והוא סירב לשלם לו את דמי-התיווך בטענה שרכש את החנות באמצעות מתווך אחר בסכום של 41,800 ל"י. מן הראוי שאחזור קדם על הדברים שבהם פתחתי את פסק-דיני, ואלה הם:

1. "מתי זוכה מתווך בדמי-תיווך? - שאלה זו צפה ועולה מדי פעם בפעם בפני בתי-המשפט, אם כי דנו בה רבות גם באנגליה וגם אצלנו.

2. למעשה, כל פסקי-הדין שצוטטו בערעור זה חוזרים על הכלל הידוע, שנזכר בפסקי-הדין האנגלי המנחה של לורד דנינג במשפט [10], DENNIS REED LTD. V. GOODY, (1950) 1 ALL E.R. 919. כי המתווך זכאי לדמי-תיווך רק כאשר פעולותיו היוו את הגורם היעיל או האפקטיבי להתקשרות הצדדים.

הבעיה אינה מעוררת קשיים כשהמתווך משתתף כל הזמן במשא-ומתן בין הצדדים שהביא בסופו של דבר להתקשרותם בחוזה; אולם קשיים אלו מתעוררים כשפעולת המתווך מצטמצמת בהצגת הצדדים ונשוא ההתקשרות [2], בו קובע הנשיא אולשן, בשאלה זו דן בהרחבה פסקי-הדין ב"ע"א 264/61 ששאלה זו היא אמנם שאלה עובדתית, ברם שתי שאלות צריך השופט להעמיד בפניו בבואו לקבוע אם אמנם מגיעים למתווך דמי-תיווך:

א. האם שירותי של התובע מזכה אותו לדמי-תיווך כמתווך על-סמך העקרונות הכלליים החלים על דמי-תיווך, או ב. האם היה קיים הסכם מיוחד בין התובע והנתבע המזכה אותו בדמי-תיווך (ע' 2163)

בהמשך פסקי-הדין אמרתי, כי המתווך זכאי לשכר-טרחתו אם התיווך שלו, או אפילו ההצגה, היוותה את הגורם העיקרי היעיל להתקשרות הצדדים והוספתי: (בע' 379):

"קשה אמנם להגדיר ולקבוע על-סמך הגדרה זו את כל המקרים בהם תנאי זה מתמלא. ברם, נראה לי, מבלי לקבוע מסמרות בענין זה, כי אמנם הצעת המערער היא ההצעה היעילה להביא לידי גמר העסקה, אם הצעה זו זהה בקשר לנשוא העסקה או לא שונה בהרבה ממנה, ואם המחיר שהוצע זהה או קרוב לזה שעליו גמרו הצדדים, וכי לא עבר זמן רב מדי מההצעה עד לגמר העסקה הסופית."

כל הנתונים האלה התקיימו במקרה שלפנינו: נשוא העסקה הוא זהה, המחיר הוא המחיר שהצביע עליו מר דיקמן בשם המוכר, או קרוב לזה שעליו גמרו הצדדים, ולא עבר גם זמן רב מההצעה של מר דיקמן עד לגמר העסקה, היינו פחות מחדשיים.

בנסיבות אלו לא היה מקום לסתור את מסקנתו של שופט השלום, כי תיווכה של המערער היווה את הגורם היעיל להתקשרות המשיבים ולכן יש, לדעתי, לקבל את הערעור, לבטל את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, להחזיר על כנו את פסק-דינו של שופט השלום, ולחייב את שני המשיבים לשלם למערער הוצאות כוללות בשתי הערכאות בסך 4,000 ל"י.

השופט י' כהן:

1. נאלץ אני לחלוק על דעתו של אב"ב בית-הדין שיש לקבל את הערעור ולהחזיר את פסק-דינו של בית-משפט השלום על כנו.

כפי שמציין חברי הנכבד בפסק-דינו, הלכה פסוקה היא, שהמתווך זכאי לדמי-תיווך אך ורק כאשר פעולותיו היוו את הגורם היעיל או האפקטיבי להתקשרות הצדדים. לדעתי, לפי חומר הראיות שהובא בפני בית-משפט השלום, לא הוכח, שפעולת נציג המערער מר דיקמן, אשר הביא את אשת המשיב אל הכס הנדון והציע לה אותו לקניה, היא שהיתה הגורם היעיל אשר הביא בסופו של דבר להתקשרות המשיב לקניית הנכס.

אמנם העובדה שאשת המשיב ראתה את הנכס פחות מחדשיים לפני שהמשיב החליט לקנות אותו יכולה כשלעצמה לשמש ראיה לכאורה, שהצגת נכס זו על-ידי דיקמן גרמה לקנייתו על-ידי המשיב, ברם, עובדה זו איננה עומדת לבדה, אלא מצטרפות אליה עובדות אחרות אשר לפחות יש בהן כדי להותיר ספק רב ביותר לגבי השאלה, אם היה קשר כלשהו בין הביקור של אשת המשיב במקום לבין קניית הנכס על-ידי המשיב.

במקרה דנא לא הטיל אף אחד ספק במהימנות הראיות שלפיהן ראה המשיב בעצמו את הנכס לראשונה כשהובא למקום על-ידי עובדת משרד התיווך "אוטם", ושהמשיב שילם לאותו משרד את דמי-התיווך עבור רכישת הנכס. לא היתה כל ראיה, שאשת המשיב סיפרה לו על כך שהיא ראתה, בזמן שהוא נעדר מהארץ, את הנכס הנ"ל. אמנם ניתן להגיד שמכיון שהאשה נשלחה על-ידי בעלה לראות נכסים שונים, הרי יש להתייחס אל ידיעה שלה כאל ידיעה שלו, אך אין בכך כדי לשנות את העובדה, שהגורם היעיל היחיד להתקשרות היתה פעולת המתווך השני ולא פעולת המערער. לו היה המשיב בעצמו מבקר בנכס ביום 22.2.1972 יחד עם מר דיקמן ומחליט שלא לקנות אותו, ולאחר מכן היה מבקר שם שנית עם מתווך אחר ומחליט לקנות, בהשפעת שכנוע המתווך השני או בגלל שינוי הנסיבות, גם אז הייתי אומר, שלא פעולת המערער הביאה להתקשרות, אלא פעולת המתווך השני. לא היתה במקרה דנא כל התחייבות מצד המשיב לשלם למערער דמי-תיווך בעד מסירת כתובת או הצגת נכס, ועל-כן השאלה היחידה היא אם ביקור של אשת המשיב היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות, ועל שאלה זו יש לדעתי לענות בשלילה. טול מקרה של שותפות המחפשת מקום עסק, שותף אחד רואה נכס מסויים באמצעות המתווך ראובן ואינו עושה דבר לרכישת הנכס; לאחר מכן רואה שותף שני נכס זה באמצעות המתווך שמעון ומתקשר לקנייתו עבור השותפות. אם נשאל מי מהמתווכים הביא לידי ההתקשרות נראה לי, שהיה זה המתווך שמעון על-אף העובדה שלפי פקודת השותפויות ידיעת שותף אחד היא כידיעת השותפות. לו מקרה דנא היו שני המתווכים מגישים תביעות נגד המשיב לתשלום דמי-תיווך, סבורני שצריך היה לפסוק, לפי אותן העובדות שהיו בפני בית-משפט השלום, שהגורם היעיל היחיד שהביא לעשיית העסקה היה המתווך השני ולא המתווך הראשון.

המקרה שבפנינו שונה מזה ששימש נושא לדיון ב"ע"א (חיפה) 176/67, [9], שבו ניתן פסק-דין לטובת המתווך על-ידי הנשיא התורן השופט עציוני (כתארו אז).

באותו מקרה החיוב היה מבוסס גם על תוכן התחייבות שחתם הקונה למתווך. בנוסף לכך, כפי שנקבע שם (בסעיף 7 של פסק-הדין, בע' 379) היה מקום רב להנחה שהמתווך השני "היווה מתווך קש בלבד שהכנסתו בעסקה הנ"ל באה רק לגזול מהמערער את דמי-התיווך שלו". במקרה דנא לא היו ראיות שהמשיב רצה להערים על המערער ושהוא השתמש במשרד התיווך "אוטם" כדי להתחמק מהתחייבות כלפיה, וגם קשה לראות איזה מניע היה יכול להיות לו לכך. לו ידע המשיב, שאשתו כבר ראתה את הנכס, הרי כאיש עסקים סביר בוודאי היה מודיע על כך מיד למתווך השני, כדי לא להסתבך בתביעות מצד שני משרדי תיווך.

אין איפה סיבה להטיל ספק בתום-לבו של המשיב, כשהתקשר לקניית הנכס באמצעות משרד "אוטם" ושילם למשרד זה את דמי-התיווך.

מהטעמים הנ"ל יש לדעתי לדחות את הערעור.

השופטת בן-מורת:

דעתי כדעתו של אב"ב בית-הדין השופט עציוני שיש לקבל את הערעור ולהחזיר את פסק-דינו של בית-משפט השלום.

כולנו מסכימים, כי לפי ההלכה הפסוקה זכאי מתווך לשכרו רק אם פעולתו היוותה את הגורם היעיל או האפקטיבי לגיבוש העסקה. כמרכך דעתי היא, כי נטל הראיה שתנאי זה אכן נתקיים רובץ לפתחו של המתווך: WINDLE, LTD. V. BRIERLEY, [11] 1 ALL E.R. 398, 400, (1952). אולם לדעתי נטל זה הורם.

אבהיר להלן את שיקולי:

הלכה היא כי באין הסכם אחר, מתמצה תפקידו של מתווך בזימון הצדדים לעסקה, ואילו המשא-ומתן המוביל לקשר גופו מתנהל בינם לבין עצמם. למשל ב"ע"א 86/55, [3], [בע' 1623, מול ב"ג אומר השופט זוסמן (כתארו אז):

"...המחוקק, בחוקקו את פקודת הסרסורים... התכוון לסרסור-מורשה ולא, למתווך המפגיש את הצדדים כדי שאלה יתקשרו בעצמם..." (ראה ע"א 264/61, [2], מפי השופט ח' כהן, בע' 2169 מול ד-ה).

לפי אותו הלך מחשבה אמר פרופסור א' ברק בספרו "שליחות" (פירוש לחוקי החוזים, סעיף 55):

"המתווך... מסתפק בהפגשת הצדדים... ההתקשרות בין המשלם לבין הצד השלישי נעשית על-ידי פעולתם המשפטית שלהם. המתווך מבצע פעולה מטריאלית של הפגשת הצדדים... מכאן, שחוק השליחות אינו חל על פעולת התיווך".

ב-ע"א 169/75 [4], בע' 512-511 קיבל בית-משפט זה את השקפתו של פרופ' א' ברק באמרו:

"לשון אחרת, התפקיד אותו נטל על עצמו, לאור אופי עיסוקו בדרך-כלל ולאור המערכת העובדתית הקונקרטית... היה להפגיש את הקונה בכוח עם בעלי המקרקעין..."

תפקיד מטריאלי גרידא מעין זה מבצע מי שמכונה בארצות-הברית Middleman, אשר גם הוא כמתווך אצלנו, בניגוד ל-Broker באנגליה רשאי לקבל שכרו משני הצדדים, אלא אם כן הוסכם אחרת. הטעם לכך הוסבר ב-2AM. Jur 2nd & 255, p. 620 כלהלן:

"The rule forbidding a contract relating to compensation between the Agent and one of the parties to a sale... And the other party to a Transaction does not apply where the agent is not vested with any Discretion, but is employed as a mere middleman to bring the parties Together. Such a person's duties to the seller are performed by Bringing the purchaser to him and there is no reason why he would not Be permitted a fee from the purchaser for the benefit he has received By being informed of the fact that he would be able to make the Purchase..."

בין שנגרוס שאדם הממלא תפקיד של זימון גרידא הוא שלוח (כ-MIDDLEMAN בארצות-הברית), או לא (כגישה בישראל), ברור שתפקידו חייב להיות כזה שלא נוצר שום ניגוד אינטרסים בין שירותיו עבור שני אדונים, ומכאן ברור לדעתי שמדובר בפעולה טכנית, או פיסית-מטריאלית, להבדיל משימוש בכוח-השפעה על עיצוב זכויות הצדדים, או בשיקול-דעת שלמעסיק הזכות להסתמך עליו. הבדל זה הודגש בקטע הבא מתוך JENSEN V. BOWEN (131) 1917, שצוטט ב-14 A.L.R. 747:

"A broker is simply a middleman, within the meaning of this exception, When he has no duty to perform but to bring the parties together Leaving them to negotiate and come to an agreement themselves without Any aid from him. If he takes, or contracts to take, any part in the Negotiations, however, he cannot be regarded as a mere middleman, no Matter how slight a part it may be."

בהמשך הציטוט נאמר (שם):

"To be a mere middleman the agent must not be invested with the least Discretion, and the first employer must have no right to rely on Obtaining the benefit of his judgment..."

הדעת נותנת כי ברגע שנוצר ניגוד אינטרסים בין הצדדים לעסקה, עקב התפקיד שהוטל על "המתווך", מוטב שיכונה אחרת, כגון "סוכן", כדי להבדיל בין השניים.

מכל מקום הוא הופך, לפי דעתי, לשלוח ודיני השליחות לרבות חובת הנאמנות חלים עליו. (ראה פסק-דין בת"א (י"ם) 308/74 לוקמן נ' שיף מיום, 19.10.1976 לא פורסם).

הארכתי בשאלת טיבו של תיווך רגיל, המצדיק קבלת דמיתיווך משני הצדדים, כדי לבדוק מה הספיק נציג המערערת לבצע במקרה שלפנינו ומה (אם בכלל) עוד נותר לו לעשות. כזכור, ביקש המשיב את המשיבה לפני נסיעתו לחוץ-לארץ להמשיך לעמוד בקשר עם נציג המערערת וכך עשתה. היא והנציג ביקרו, בין היתר, בבית הנדון בנוכחות הגברת ברמן שעל שמה היה הנכס רשום. הנציג גם נקב במחיר הגבוה אך במעט מהסכום שסופו של דבר. הוא גם הוסיף שעל המחיר אפשר עוד להתווכח. הבית נשא חן בעיני המשיבה, אך היא רצתה להמתין לשובו של בעלה מחוץ-לארץ.

לדעתי יצא בכך נציג המערערת ידי חובת "הזימון" המוטלת על מתווך, מה גם שהוא היה מתווכם של שני הצדדים ונטל שכרו מידי בעלת הנכס. ברם, אף אם נניח שהיה עליו להועיד פגישה נוספת בין המשיב עצמו לבין גברת ברמן כהמשך "הזימון", אין כלל להעלות על הדעת שלא היה מוכן ומזומן לעשות כן על-פי רמז קל מצד המשיבים. הוא ממילא המשיך להראות למשיבים בתים אחרים והיה בלי ספק מעדיף לסיים עסקה זו בהצלחה.

דעתי היא שדוקא לאור אפיו הטכני של תפקיד המתווך, הרי משיבצע את חלקו, או שהיה מוכן להמשיך בפעולה בה החל, אין שכרו מתקפח עקב העסקתו שלא לצורך של מתווך אחר, בעיקר זה המצב בענינו לאור הקירבה, כמעט כדי זהות, בין מחיר ההצעה

לבין התמורה עליה הוסכם. כפי שנאמר בפסק-דין באנגליה, 127, 132, 1 LLOYDS REP. (1975) 1 ALLAN V. LEO LINES, LTD. [12] (מפי הלורד דבלין (DEVLIN):

"If a broker effects an introduction and is willing to go on with the Usual business negotiation, it hardly lies in the mouth of an owner Who takes it out of his hands to say that he has made no further Contribution."

בהמשך (אותו עמוד) אומר השופט שכלל זה תופס אף אם הוצאת העסקה מידי ה-BROKER היתה שלא במתכוון. ניתן לומר, דרך קל וחומר, שאם ה-BROKER, שמעצם תפקידו לשאת-זולתת כדי להביא לידי קשר בין שולחו לבין הצד השלישי כך, במקרה של מתווך גרידא - על-אחת-כמה-זכמה! חרף כל ההבדלים ניתן אולי ללמוד עוד גזירה שווה מאותו פסק-דין למקרה שבפנינו. בעל האניה (ה-PRINCIPAL) העסיק שלושה BROKERS (שיכנו "סוכנים") כדי לנסות ולגבש עסקת מכר עם אדם פלוני. כל אחד מהם עשה את שלו כדי לנסות ולהיות הגורם היעיל להתגבשות הקשר. גם שם, כמו אצלנו, קיבלו הסוכנים האחרים את שכרם, אך התובע נאלץ לפנות לערכאות בתביעה למגיע לו. לאחר דיון בשאלה מי מהם היה הגורם היעיל להתגבשות העסקה, הוחלט שהיה זה דוקא התובע, אשר ביצע ראשון את הזימון, וזה ההסבר:

"I think on the facts of the case it was the introduction which Was the effective cause of the sale, bringing together the two parties Who wanted a particular ship of that sort at that price, and that Mr Allan's efforts were therefore the effective cause of the sale."

בכך הגענו לטענת המשיב שאשתו לא סיפרה לו על ביקורה עם נציג המערערת באותו בית ועל-כן אין קשר סיבתי בין אותו ביקור לבין העסקה.

לכך כמה תשובות. קודם כל ידיעת אשתו היא כידיעתו ואין הוא יכול להתנער ממנה. עליו להלין על עצמו בלבד על שלא נזהר ולא בירר באלו מקומות ביקרה אשתו על-פי בקשתו המפורשת. לכל המאוחר היה עליו לשאול את פיה לפני שהשיב בשלילה לשאלתו של המתווך השני אם כבר ראה בית זה באמצעות מתווך אחר (אגב, עצם השאלה מפי מתווך מקצועי אך מחזקת אותי בדעתי כי המתווך הראשון הוא הזוכה בשכר).

ברם, אי-זהירות זו קשורה לחבותו מדיני מניעות כלפי המתווך השני, ולא דוקא לחבותו כלפי מערערת הקיימת, לדעתי, ממילא. שנית, נראית לי השקפתו של לורד דבלין בפסק-דין הנ"ל, [12], [ALLAN] שלפיה לא תישמע מפיו של מעסיק טענה שהשלו (או המתווך) לא המשיך במלאכתו, אם זו הופסקה ולו גם בשגגה או מתוך אי-הבנה. (איננו דנים כאן בזכותו של המעסיק לחזור בו מן העסקה לפני שנקשר הקשר).

שלישית, יגעתי ולא מצאתי בכתב-ההגנה, ולו גם ברמז או לחלופין, טענה שהמשיבה לא סיפרה לבעלה על ביקורה הנ"ל. לעומת זאת מצאתי שם כפירה מוחלטת בעצם קיומו של ביקור אשר כזה. הכחשה כזאת, משהופרכה, פועלת לטובת אמינותה של הגרסה שכנגד, בענייננו - הן באשר לכל מה שהתרחש בעת הביקור של המשיבה עם נציג המערערת בבית הנדון והן לקעקוע הטענה שהיא לא סיפרה לבעלה על ביקור זה (שעצם קיומו הוכח); וכי כיצד יכלה לספר לו על "ביקור" שכביכול כלל לא היה ולא נברא? מסקנתי מושתתת על פסיקתו העקיבה של בית-משפט זה: ע"א 34/71, [5]; ע"א 722/70, [6] בע' 711-712; ע"א 101/50-100, [7].

רביעית, מצרפת אני דעתי לדעתו של אב-בית-הדין, השופט עציוני, כי הטענה תלויה גם לעיצומה על בלימה. מתברר ששני המשיבים עמדו בקשר עם נציג המערערת עוד לפני נסיעתו של המשיב וכן שהמשיבה חזרה וביקרה בבית זה בליווי האדריכל יום לפני שנקשר הקשר, כאשר נערך (כביכול) המשא-ומתן הקובע. אם כך, מדוע לא הודיעה לבעלה לפחות אז שבית זה הוצג בפניה על-ידי נציג המערערת, וזאת עוד בטרם המשיכו במשא-ומתן וגיבושה של העסקה?

עצם שיתוף הפעולה ההדוק בין בני-הזוג בחיפוש אחרי בית למשפחה הופך את הטענה הנ"ל לבלתי-מתקבלת על הדעת.

שקלתי שמא אין מקום לקבל את הערעור נגד המשיבה, שכן נרשם הנכס על שמו של המשיב בלבד.

ברם, לאחר הרהור נוסף החלטתי לא להתערב בקביעתו של שופט השלום שהבית נרכש למעשה על-ידי שניהם. כידוע, קביעה כזאת הנוגעת לבעלות במקרקעין כוחה יפה (כהכרעה בשאלה שבגררה) רק "לצורך אותו ענין" במובן סעיף 35 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, ועל-כן אין חשש למעשה-בית-דין.

לדעתי, יש לקבל את הערעור, ולהחזיר על כנו את פסק-דינו של בית-משפט השלום.

הוחלט לכן ברוב דעות כאמור בפסק-דינו של השופט עציוני.

ניתן היום, ט"ז בכסלו תשל"ז (7.12.197).

עא 2643/97 שלמה גנץ נ' בריטיש קולוניאל חברה בע"מ ואח'

פסק הדין

הנשיא א' ברק:

ראובן מכר מקרקעין לשמעון. העסקה הושלמה, פרט לרישום בפנקסי המקרקעין. שמעון מכר המקרקעין ללוי. עסקה זו הושלמה, פרט לרישום. לוי לא רשם הערת אזהרה. חלפו שנים רבות. שמעון מכר המקרקעין בשנית ליהודה, אשר רשם מיד הערת אזהרה. לוי תובע אכיפת ההסכם עימו ורישום המקרקעין על שמו. שמעון ויהודה מתנגדים לכך, תוך שיהודה מבקש כי ההסכם עימו יאכף. ראובן אינו נוקט כל עמדה. עם מי הדין? זו השאלה הניצבת בפנינו בערעור זה.

העובדות

1. בריטיש וקולוניאל בע"מ (להלן – בריטיש) רשומה כבעלים של מקרקעין. בריטיש מכרה את המקרקעין לנוטריקון בע"מ (להלן – נוטריקון). המכר לא נסתיים ברישום. נוטריקון מכרה את המקרקעין (ב-1976) לגנז (המערער בפנינו). המקרקעין לא נרשמו על שמו, והוא לא גילה בהם כל עניין במשך למעלה משבע-עשרה שנים. הוא לא ידע כלל על קיומה של בריטיש. קיימת מחלוקת אם הוא שילם את מלוא המחיר בגין רכישת המקרקעין. לצרכי הערעור שלפנינו אנו מניחים – כפי שהניח בית המשפט המחוזי – כי גנז מילא את כל התחייבויותיו על פי ההסכם (מ-1976). חלפו שבע-עשרה שנה. נוטריקון מכרה (ביום 5.5.93) את המקרקעין לאפק קבוצת פועלים להתיישבות (להלן – אפק). אפק הוא קיבוץ. הוא עיבד את המקרקעין עשרות שנים. חלקות סמוכות נרכשו על ידו במישרין מבריטיש. בעת כריתת החוזה בין נוטריקון לאפק פעלה אפק בתום לב. אפק בדקה הרישום במרשם ונוכחה לדעת שהמקרקעין הם של בריטיש ואין עליהם כל טענת זכות. העסקה דווחה לרשויות המס. בהסכמת נוטריקון ובריטיש נרשמה הערת אזהרה לטובת אפק. אפק מילאה את חלקה בהסכם. בריטיש ונוטריקון מוכנים לקיים ההסכם עם אפק. בטרם הסתיים הליך הרישום פנה גנז לבית המשפט המחוזי. הוא קיבל צו מניעה זמני. הוא תבע אכיפת ההסכם בינו לבין נוטריקון. הוא ביקש פסק דין הצהרתי כי הוא זכאי להרשם כבעל המקרקעין. הוא ביקש צו למחיקת הערת האזהרה. הוא צירף את בריטיש ואת אפק כנתבעים נוספים. הוא ביקש גם לאפשר לו פיצול סעדים, באופן שיוכל להגיש תביעה נפרדת לפיצויים כנגד נוטריקון. מבוקשו ניתן לו.

בית המשפט המחוזי

2. בית המשפט המחוזי (השופט מ' בן-דוד) דחה את תביעתו של גנז. הוא הניח, לעניין זה, כי גנז מילא את חלקו בהסכם (מ-1976) עם נוטריקון. בדחותו את תביעתו של גנז ביסס עצמו בית המשפט על הקביעות הבאות: **ראשית**, הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן – חוק המקרקעין) – העוסקת בעסקאות נוגדות – אינה חלה, שכן נוטריקון לא היה בעל המקרקעין; **שנית**, גם אם הוראה זו חלה, לא יוכל גנז לזכות על פיה, שכן לא קיים רצף של פעולות בין ההתחייבות של נוטריקון לבין השלמת הרכישה ברישום; **שלישית**, אפילו מתקיימות הוראות סעיף 9 לחוק המקרקעין בעניינו של גנז, אין הוא זכאי על פי הוראה זו, שכן הוא התרשל באי רישום הערת אזהרה; ובשב ואל תעשה במשך שבע-עשרה שנים. **לבסוף**, ביחסים שבין נוטריקון לגנז, אכיפת החוזה תהא בלתי צודקת (במובן סעיף 4(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; להלן – חוק התרופות).

הטענות בערעור

3. גנז (המערער) טוען בפנינו, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין חל בעניינו, וכי הוא זכאי מכוחו לסעדים אותם ביקש. לטענתו, קביעתו של בית המשפט המחוזי כי רשלנותו פוגעת בזכויותיו כלפי אפק, וכי שיקולי צדק מונעת אכיפת התחייבותו של אפק כלפיו, אינה עומדת במבחן פסיקתו של בית המשפט העליון. גנז טען גם לעניין הוצאות שהושתו עליו. נוטריקון (המשיבה מס' 2 לפנינו) טוענת כי אין היא בעלים של המקרקעין, ואין היא יכולה להיענות לתביעתו של גנז לרישום המקרקעין על שמו. כן תומכת היא בפסק דינו של בית המשפט המחוזי לעניין רשלנותו של גנז ולעניין אי אכיפת ההתחייבות כלפיו. אפק תומכת יתדותיה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. היא מוסיפה כי העסקה בין נוטריקון לגנז לא דווחה לרשויות המס, ועל כן אינה חוקית. לטענתה, שיקולים של צדק (כאמור בסעיף 4(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970) מחייבים אכיפת החוזה עימה. בריטיש (המצויה בפירוק) הודיעה לנו כי היא מכרה המקרקעין לנוטריקון, ואין לה כל עניין בתיק.

איפיון החוזים של נוטריקון

4. המשימה הראשונה המוטלת עלינו היא באיפיון החוזים אשר נוטריקון כרתה עם גנץ ועם אפק. כל סוגיו של הסדר ודיניו שלו (ראו ע"א 4796/95 אלעזר נ' אלעזר, פ"ד נא(2) 669, 676; ש' לרנר, "המחאת חיובים" (בתוך) **דיני חיובים – חלק כללי** 89 (העורך ד' פרידמן, 1994)). כך, למשל, לא הרי הדין אם נוטריקון המחיתה את זכותה פעמיים, כהרי הדין אם נוטריקון התחייבה למכור את זכותה לקונים שונים. במקרה הראשון עניין לנו בשאלות של "שוק פתוח" (סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969). במקרה השני עניין לנו בשאלות של "עסקאות נוגדות" (סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; סעיף 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971). הפתרון לפי כל אחת מהמערכות הנורמטיביות הללו עשוי להיות שונה. מהו ההסכם אשר כרתה נוטריקון בפרשה שלפנינו? שאלה זו רלבנטית בענייננו, שכן ביחסים שבין בריטיש לנוטריקון, בריטיש משתפת פעולה עם נוטריקון, וכל צו שיינתן כנגד נוטריקון יכובד על ידי בריטיש.

5. איפיונו של החוזה – או אם תרצו סיווגו – נקבע בראש ובראשונה על פי לשון החוזה ותכליתו. עניין לנו בפירוש החוזה במגבלות הדין (ראו א' ברק, **פרשנות במשפט** 55 (כרך רביעי, 2001)). בחינתם של שני החוזים שכרתה נוטריקון מלמד, כי נוטריקון התחייבה למכור את המקרקעין לגנץ (בחוזה הראשון) ולאפק (בחוזה השני) ולא את ההתחייבות של בריטיש כלפי נוטריקון. הדברים נאמרו במפורש בשני החוזים. בחוזה עם גנץ נאמר כי "המוכר מתחייב למכור ולהעביר" את המקרקעין לגנץ. בחוזה עם אפק נאמר כי "המוכרים מוכרים בזה לקונה והקונה קונה בזה מהמוכרים את החלקות". גם נסיבות כריתת החוזים מובילות לאותה מסקנה עצמה, לפיה נוטריקון נטלה על עצמה למכור לקונים ממנה את המקרקעין. נמצא, כי נוטריקון – אף שאינה הבעלים של המקרקעין (בהיעדר רישום) – נטלה על עצמה התחייבות להעביר בעלות במקרקעין לגנץ ולאפק, והיא מסוגלת לקיים התחייבותה זו לאור עמדתה של בריטיש.

המסגרת הנורמטיבית

6. מהי המסגרת הנורמטיבית שבגדרה ייבחנו זכויות הצדדים? לדעתי, התשובה על שאלה זו הינה, כי עניין לנו בעסקאות נוגדות אשר נוטריקון ערכה. אכן, עסקאות הן נוגדות כאשר הן קשורות בנכס ולא ניתן לקיים את האחת בלא להפר את האחרת (ראו נ' כהן, **התערבות ביחסים חוזיים**, 190 (1982)). זהו המצב בענייננו. אין כל אפשרות לקיים את העסקה שבין נוטריקון לגנץ בלא להפר את ההתחייבות שנטלה על עצמה נוטריקון כלפי אפק. בדומה, אין כל אפשרות לקיים את העסקה שבין נוטריקון לאפק, בלא להפר את ההתחייבות שנטלה על עצמה נוטריקון כלפי גנץ. מהן ההוראות החלות על העסקאות הנוגדות שעשתה נוטריקון?

7. הדין הישראלי כולל מגוון של הסדרים שעניינם עסקאות נוגדות. עיקרם של הסדרים אלה בהוראות חוק מפורשות המסדירות את דין העסקאות הנוגדות. הסדרים אלה בישראל אינם שלמים. לא פעם מתגלה בהם חסר. את החסר יש להשלים על פי הוראות חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980. בעניין שלפנינו, אין לנו צורך להיזקק לשאלת החסר, שכן לדעתי חלה על העניין שלפנינו הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. הוראה זו קובעת:

"עסקאות נוגדות"

9. התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב – זכותו עדיפה."

הוראה זו חלה כאשר ראובן מתחייב לעשות עסקה במקרקעין כלפי שמעון, ולאחר מכן – ולפני שנגמרה העסקה ברישום – חוזר ומתחייב לעשות עסקה במקרקעין כלפי לוי. האם נוטריקון התחייבה לעשות עסקה במקרקעין כלפי גנץ ולאחר מכן חזרה והתחייבה לעשות עסקה במקרקעין כלפי אפק? לא היה כל קושי במתן תשובה חיובית לשאלה זו, אם נוטריקון היתה בעלת המקרקעין. אך, כידוע, העסקה בין בריטיש לנוטריקון לא הסתיימה ברישום. על כן, אין לה לנוטריקון בעלות במקרקעין. אלה נשארו בבעלותה של בריטיש. כל שיש לה לנוטריקון הוא

זכות "מעין קניינית", המהווה "זכות שבייחוד נוסח ישראל" (ראו ע"א 181/73 **שטוקמן נ' שפיטאן**, פ"ד כח(2) 182, 187; ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל נ' אהרונזון**, פ"ד נג(4) 199, 244; להלן: **פרשת בנק אוצר החייל**). האין לומר כי במצב דברים זה אין תחולה להוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין?

8. לדעתי, תחולתו של סעיף 9 לחוק המקרקעין נקבעת על פי פירושה של ההתחייבות שנטל על עצמו המתחייב. לעניין זה, אין כל חשיבות לשאלה אם בשעת יצירת ההתחייבות היה אותו אדם בעל זכות במקרקעין, אם לאו. תחולתו של סעיף 9 לחוק המקרקעין נקבעת על פי מובנה של התחייבותו ולא על פי היקף זכויותיו. טול אדם שאין לו כל קניין במקרקעין. תקוותו היא כי בעתיד הוא יזכה לבעלות באותו נכס. ראובן מוכר את הנכס לשמעון, ולאחר מכן חוזר ומוכר אותו נכס ללוי. בשני המקרים, אין

כמובן, כל רישום של העסקה. לאחר מכן הופך ראובן לבעל הנכס. האם ראובן עשה עסקאות נוגדות במקרקעין? תשובתי היא בחיוב (ע"א 371/89 פורד נ' חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ בפירוק ואח', פ"ד מו(1) 153, 149; ע"א 4796/95 איברהים חסין אלעזברה נ' איברהים עלי אלעזברה, פ"ד נא(2) 676, 669 ג-ה; ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' ענת רייך ואח', פ"ד נג(2) 226, 218 (להלן – עניין ריינס); ע"א 682/74 אברהם יקותיאל נ' בינה ואסתר ברגמן, פ"ד כט(2) 757, 761 ו-ז; 768 ד-ה; ע"א 91/77 לילי ביקסר נ' "עמידר", פ"ד לב(1) 73, 77 ז; ע"א 842/79 משה נס נ' נחום גולדה, פ"ד לו(1) 204, 218 ח-ה; 219 ב; מ' דויטש, "נפילתה(?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות", עיוני משפט כד (תשס"א) 313, 322; להלן: "נפילתה ועלייתה"). ראובן "התחייב לעשות עסקה במקרקעין" כאמור בסעיף 9 לחוק. אמת, ראובן אינו בעל המקרקעין, אך סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו דורש כי המתחייב יהיה בעת ההתחייבות בעל המקרקעין; אמת, ראובן מכר את הנכס, ולא התחייב למכור אותו, אך אין בכך נפקא מינה, שכן הוא עשה "עסקה במקרקעין" (עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין; סעיף 6 לחוק המקרקעין).

מכיוון שהיא לא נגמרה ברישום "רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה" (סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין). עסקה זו יש לערוך בכתב (סעיף 8 לחוק המקרקעין) (וראו: ע"א 274/79 חורי נ' כנען, פ"ד לה(3) 337, סיפת סעיף 8 לפסק דינו של השופט שמגר; והשוו ע"א 91/77 לילי ביקסר נ' "עמידר", פ"ד לב(1) 73, 77 ז-א). התוצאה המתקבלת, איפוא, מפירוש החוזה והוראות החוק (סעיפים 6 ו-7) הינה כי ראובן התחייב לעשות עסקה במקרקעין. ובענייננו, נוטריקון התחייבה לבצע עסקה במקרקעין כלפי גנץ ולאחר מכן חזרה והתחייבה לבצע אותה עסקה במקרקעין כלפי אפק. לפנינו עסקאות נוגדות כאמור בסעיף 9 לחוק המקרקעין. כזכור, אין קושי לנוטריקון לבצע, הלכה למעשה, כל אחת משתי העסקאות הללו, שכן בריטיש משתפת עימה פעולה, ותהא מוכנה לכל שינוי רישום שיידרש.

9. יטען הטוען: על התחייבותה של נוטריקון יש להחיל את הוראת סעיף 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 (להלן – חוק המיטלטלין), הקובעת –

"עסקאות נוגדות

12. התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה".

על פי טיעון זה, מכיוון שנוטריקון אינו בעל המקרקעין, יש לראות בו כמי שהתחייב להקנות "בעלות או זכות אחרת במיטלטלין" (סעיף 12 יחד עם סעיף 13(א)). לדעתי, אין לקבל גישה זו. נוטריקון לא התחייבה להקנות זכות במיטלטלין. היא גם לא התחייבה להקנות את זכותה "המעין קניינית" ("זכות שביושר נוסח ישראל"). מכיוון שכך, אין תחולה להוראה זו. התחייבותה של נוטריקון היא להקנות בעלות במקרקעין. זוהי עסקה במקרקעין (סעיף 6 לחוק המקרקעין). בהיעדר רישום, "רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה" במקרקעין (סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין), עליה חלה ההוראה בדבר עסקאות נוגדות שבסעיף 9 לחוק המקרקעין.

10. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין אינה חלה בענייננו. שניים היו טעמיו לכך: הטעם **האחד** היה שאין תחולה להוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, מקום שהמוכר אינו הבעל הרשום של המקרקעין. כפי שראינו, גישה זו אינה מקובלת עלי. גם מי שאינו בעל מקרקעין (או כל זכות אחרת בהם) יכול לערוך "עסקה במקרקעין". הטעם **השני** שנתן בית המשפט המחוזי הינו כי משחלפו שבע-עשרה שנה בין שתי התחייבויות שנטלה על עצמה נוטריקון, שוב אין לומר כי עניין לנו בעסקאות נוגדות. לדעת בית המשפט המחוזי, "הקניית זכות הבכורה והקדימה לבעל העסקה הראשונה תינתן שעה שהוכח קיומו של רצף של פעולות שבין מעשה התחייבות לבין השלמת מעשה הרכישה ברישום... מדובר על תקופת ביניים שאינה יכולה להיות אינסופית ושיש למלא אותה תוכן ממשי ומעשי, בקידום הליכי הרישום". גישה זו אין בידי לקבלה. כל עוד ההתחייבויות להקניית הנכס עומדות בעינן, וכל עוד הן נוגדות, תחול הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין באשר לעסקאות נוגדות. אין כל דרישה לרצף של פעולות (למעט ההוראות בעניין זה המצויות בסעיף 9 לגבי בעל העסקה השניה). אכן, מה יעשה שופט – על פי גישתו של בית המשפט המחוזי – כאשר עליו להכריע בין שתי עסקאות נוגדות של המוכר? עליו להחליט אם יאכוף את הראשונה בזמן או את המאוחרת בזמן. מדילמה זו אין הוא יכול להימלט. סעיף 9 לחוק המקרקעין פותר דילמה זאת. הנה כי כן, בענייננו חלה הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. מה מתבקש ממנה לעניין זכויותיהם של גנץ ואפק כלפי נוטריקון?

עסקאות נוגדות (סעיף 9 לחוק המקרקעין)

11. הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין הינו כי כאשר אדם התחייב בעסקאות נוגדות, "זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה". כלל בסיסי זה לא יחול – וידו של בעל העסקה השניה על העליונה – אם "השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב" (ראו פרשת בנק אוצר החייל, בעמ' 230, 245, 262; מאוטנר, "עסקאות נוגדות" ורשלנות החוזה

שאינו רושם הערת אזהרה", הפרקליט מ' 521 (תשנ"א), וכן Mautner, "The Eternal Triangles of the Law: Toward a Theory of Priorities in Conflicts Invoking Remote Parties", 90 Mich. L. Rev. 95 (1982). ודוק: הכלל הבסיסי, הקובע את עדיפות בעל העסקה הראשונה, אינו מבוסס על בטלותה של העסקה השנייה. עסקה זו בעינה עומדת. היא תהווה מקור לתרופות של בעל העסקה השנייה כלפי המתחייב בגין הפרתה (ראו ע"א 1235/90 הרבסט נ' חברת מ' אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ, פ"ד מו(4) 661, 673; להלן – **פרשת הרבסט**). עמדתו על כך באחת הפרשות בציני:

"עדיפות זכותו של הראשון בזמן אין בה כדי להביא לביטול זכותו של המאוחר בזמן. אכן, אין כל סיבה למנוע מהקונה השני זכות לפיצויים כלפי המוכר בגין הנזק, שנגרם לו בשל עדיפות זכותו של הקונה הראשון" (ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253, 264; להלן – **פרשת ורטהיימר**; ראו גם ע"א 181/73 שטוקמן נ' ספיטאני, פ"ד כח(2) 187, 182).

אכן, עניין לנו בניגוד בין עסקאות תקפות. כל אחת מהעסקאות ממשיכה לעמוד בעינה. עם זאת בניגוד ביניהן – כלומר, באותה גזרה שאין לבצע האחת בלא להפר השנייה – ידה של העסקה הראשונה על העליונה, אלא אם כן העסקה השנייה נרשמה בהיות בעל העסקה בתום לב ובתמורה. על כן, אם בעל העסקה הראשונה מממש את זכותו לאכיפת העסקה, עשוי בעל העסקה השנייה ליזום בפניצויים בגין הפרתה. אם בעל העסקה הראשונה אינו זוכה (או אינו מבקש) אכיפה, עשוי בעל העסקה השנייה לקבל סעד של אכיפה. הפעלתו של הכלל הבסיסי בענייננו מובילה למסקנה כי בהתנגשות בין זכותו של גנז כלפי נוטריקון לבין זכותה של אפק כלפי נוטריקון, ידו של גנז על העליונה.

12. על פי הכלל הבסיסי, כל אחת מהעסקאות הנוגדות עומדת בעינה, תוך שבניגוד ביניהן, ידו של בעל העסקה הראשונה על העליונה. מכאן נובע, כי הכללים הרגילים החלים בהפרת חוזים חלים על כל אחת מהעסקאות הנוגדות. אחד מאותם כללים רגילים הוא הכלל שהנפגע אינו זכאי לאכיפת החוזה, אם "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין" (סעיף 4(3) לחוק התרופות). נמצא, כי בעל העסקה הראשונה לא יזכה לאכיפת זכותו, אם הדבר בלתי צודק בנסיבות העניין. פשיטא כי חוזה לא יאכף אם אכיפתו אינה צודקת כלפי הצד השני לחוזה (המתחייב). אך האם בקביעת הצדק של נסיבות העניין ניתן להתחשב בזכותו הנוגדת של בעל העסקה השנייה, ומכוחה למנוע אכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה? שאלה זו התעוררה בדיון הנוסף ב**פרשת ורטהיימר**. הוחלט, ברוב דעות, כי אין להתחשב בשיקולי הצדק של בעל העסקה השנייה. התחשבות כזו ממוטטת את ההסדר שהקים סעיף 9 לחוק המקרקעין (ראו גם ע"א 839/90 רז חברה לבנין בע"מ נ' אירנשטיין, פ"ד מה(5) 739, 749; **פרשת הרבסט**, עמ' 672; ע"א 328/94 מילר נ' יוסף, פ"ד נ(3) 378). הסדר זה מבוסס על עדיפותו של בעל העסקה הראשונה, ולא על היחסיות של שיקולי הצדק שבינו לבין בעל העסקה השנייה. אכן, כל עיקרו של הכלל הבסיסי אינו אלא הכרה בעליונות זכותו של בעל העסקה הראשונה לאכיפה על פני הזכות לאכיפה של בעל העסקה השנייה. אם עליונות זו תשלל ממנו בשל שיקולי הצדק של בעל העסקה השנייה – כגון, הקשיים אליהם ייקלע אם לא יקבל את הנכס והנזק שהדבר יגרום לו – יש בכך משום סתירה פנימית לכלל ההסדר בעניין עסקאות נוגדות. אמת, בטרם הוחק חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, נהגה בפסיקה השקפה לפיה בעסקאות נוגדות נתון שיקול דעת לבית המשפט ליתן עדיפות לאותו בעל עסקה אשר שיקולי הצדק תומכים בו (ראו ע"א 1573/53 זילברשטיין נ' פלק, פ"ד ט' 57, 80). מגישה זו ביקש חוק המקרקעין לסטות. תחת יחסיות שיקולי הצדק של הצדדים, באו הסדרי העדיפות שבסעיף 9 לחוק המקרקעין. "המחוקק עצמו איזן איפוא בין האינטרסים של הקונה הראשון לאכיפה – וכאמור, שאלת האכיפה היא הדורשת הכרעה – לבין האינטרסים של הקונה השני לאכיפה. באיזון זה נתן המחוקק משקל לתום ליבו של הקונה השני ולתמורה שנתן, אך חרף כל אלה, העדיף את זכותו של הקונה הראשון (לאכיפה) על פני הנזק, העשוי להיגרם לקונה השני, שתמורתו נכשלה" (**פרשת ורטהיימר**, עמ' 265). בצדק ציינה פרופ' כהן כי:

"העובדה כשלעצמה שהמתקשר השני חדר לתמונה, אין בכוחה לשלול מהראשון את זכות האכיפה מטעמים של צדק, שהרי הטבה זו תסכל את הלכת העדיפות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין" (כהן, "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים", הפרקליט לה 215, 240 (1983); להלן, **ביטול חוזה**).

אין לנקוט פרשנות לפיה מה שסעיף 9 לחוק המקרקעין נותן, סעיף 4(3) לחוק התרופות נוטל. פרשנות ראויה היא פרשנות המגשימה אחדות והרמוניה בין הסדרי חקיקתיים. הרמוניה זו משמעותה, כי אין להכניס בדלת המשנית של הסעד (על פי סעיף 4(3) לחוק התרופות) את שהוצא בדלת הראשית של הזכות (על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין). ההתחשבות בשיקולי הצדק של בעל העסקה השנייה כמוה כריקונו של סעיף 9 לחוק המקרקעין מתוכנו המעשי, תוך שינוי המאזן שחוק המקרקעין יצר. ומהכלל אל הפרט: בבחינת זכותו של גנז לאכיפת זכותו כלפי נוטריקון, אין להתחשב בחוסר הצדק שאכיפה זו תגרום לאפק.

13. ראינו, כי באכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה חלה הוראת סעיף 4(3) לחוק התרופות. בית המשפט צריך לבחון, בטרם יורה על אכיפת התחייבותו של המוכר, אם מתן צו האכיפה אינו בלתי צודק בנסיבות העניין. שיקולי צדק אלה הם שיקולים

שביחסים בין המוכר לבעל העסקה. אין הם שיקולי הצדק היחסי שבין בעל העסקה הראשונה לבעל העסקה השניה. עמדתי על כך בפרשת ורטהיימר, בציני:

"חוק התרופות חל לעניין אכיפתו של כל חוזה, וממילא הוא חל לעניין אכיפת זכותו של הקונה הראשון כלפי המוכר. במסגרת זו ניתן יהא להתחשב בשיקולי הצדק של הצדדים לחוזה... במסגרת זו רשאי בית המשפט להתחשב בהתנהגותו של הקונה הראשון, כגון מעשי תרמית או הטעיה או רשלנות שביצע" (שם, עמ' 267).

בפרשת ורטהיימר עצמה הוספתי וצינתי כי – "לא באה כל טענה בדבר... רשלנות מצידו של הקונה הראשון. כן לא הועלתה כלל הטענה, כי אי-רישום הערת אזהרה על ידי הקונה הראשון עשוי להיות יסוד עובדתי לשלילת זכותו לאכיפה, וזאת, כנראה, משום שהיה מקובל על הצדדים, כי מבחינה עובדתית לא ניתן היה לרשום הערת אזהרה. מכיוון שכך, אמנע אף אני מלדון בשאלה, מה השפעה יש לאי-רישום הערת האזהרה על זכותו של הקונה הראשון, אילו ניתן היה לרשום הערת אזהרה" (שם, עמ' 261). והנה, בפרשה שלפנינו יכול היה בעל העסקה הראשונה (גנז) לרשום הערת אזהרה. בעל העסקה השניה (אפק) בחן את מצב הזכויות במרשם. הוא רשם הערת אזהרה. בנסיבות אלה, היש למנוע אכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה (גנז) בשל מחדלו ברישום הערת אזהרה? מהו הבסיס המשפטי לאפשרות זו?

אי רישום הערת אזהרה

14. סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו מזכיר כלל את הערת האזהרה. רשלנותו של בעל עסקה – בין בעל העסקה הראשונה ובין בעל העסקה השניה – באי רישום הערת אזהרה אינה חלק מהכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין. כיצד, אם כן, ניתן להתחשב בנתון זה? התשובה הינה, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו עומד בבדידותו. הוא חלק ממערך נורמטיבי כולל. מערך זה כולל דוקטרינות כלליות (כגון רשלנות, התעשרות שלא כדין, תום לב) החלות בכל אתר ואתר. אכן, שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא שואפת לאחדות של שיטה ומשפט (ראו ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 530). הדוקטרינות הכלליות של המשפט חלות על כל חלקי המשפט. דבר חקיקה ספציפי אינו עומד בבדידותו. הוא חלק ממערך החקיקה והמשפט. הוא משתלב לתוכו, תוך שאיפה להרמוניה ולאחדות (ראו בג"ץ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין**, פ"ד מז(1) 749, 765; ראו גם שטרסברג-כהן, "עקרונות כלליים במשפט הפרטי", **המשפט** ז (תשס"ב–2002) 523).

15. אחת מאותן דוקטרינות כלליות, החלות בכל תחומי המשפט, היא עקרון תום הלב. על פיה, כל בעל זכות (במובנה הרחב) צריך להפעיל את זכותו בתום לב. עקרון זה – אשר מקורו הפורמלי הוא בהוראות הסעיפים 39 ו-61 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 – הוא עקרון "מלכותי" (בג"ץ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מז(4) 702, 708). "מצודתו פרושה... על כלל המערכת המשפטית בישראל" (ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742). הוא קובע אמת מידה אובייקטיבית של התנהגות ראויה במכלול היחסים הבינאישיים. אכן, הדוקטרינה של תום הלב "חותכת את משפט ישראל כולו לאורכו ולרוחבו, מלוא כל הארץ כבוד" (השופט מ' חשין ברע"א 6339/97 **רוקד נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, 230; להלן – **פרשת רוקד**). דרישת תום הלב משמעותה כי בעל הזכות צריך להפעיל את זכותו ביושר ובהגינות. תום הלב אינו מחייב את בעל הזכות להתעלם מהאינטרס העצמי שלו. תום הלב אינו מניח "מידת חסידות" (ראו ע"א 148/77 **רוט נ' ישופה**, פ"ד לג(1) 617, 635). תום הלב מניח כי בעל הזכות דואג להבטיח את זכותו. עם זאת, תום הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר ובהתעלם מהאינטרס החברתי. אכן, תום הלב קובע אמת מידה אובייקטיבית של התנהגות הוגנת של בעל זכות המבקש על רקע האינטרס החברתי הכולל להגשים את האינטרס העצמי תוך התחשבות באינטרס של הזולת. עמדתי על כך באחת הפרשות בציני:

"עקרון תום-הלב קובע רמת התנהגות של אנשים הדואגים, כל אחד לאינטרס שלו עצמו. עקרון תום-הלב קובע כי השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. אדם לאדם – לא זאב, ולא מלאך; אדם לאדם – אדם" (**פרשת רוקד**, עמ' 279).

אכן, התנהגות היא בתום לב אם היא עולה בקנה אחד עם "הסטנדרטים הערכיים הראויים של החברה הישראלית, כפי שבית המשפט מבין אותם מעת לעת" (בג"ץ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד לח(1) 828, 835).

16. עקרון תום הלב חל גם במסגרת דיני הקניין. היבט מיוחד שלו נקבע במפורש בסעיף 14 לחוק המקרקעין (ראו **פרשת רוקד**). זהו אך היבט מיוחד של העקרון הכללי של תום הלב החל בכל אתר ואתר של דיני הקניין. יש בכך, במובן מסוים, משום החדרה של עקרון "האשמה" החברתית" בדיני הקניין (ראו פרידמן, "דיני הקניין ודין האשם", **ספר זוסמן** 241, 249 (תשד"ס)). עמדתי על כך באחת הפרשות בציני:

"עקרון תום-הלב חל בגדריו של חוק המקרקעין. אכן, חוק המקרקעין אינו עומד בפני עצמו. הוא חלק מהחקיקה (האזרחית) שלנו. עקרון תום-הלב החל על החקיקה (האזרחית) כולה, חל גם עליו. חוק המקרקעין הינו חוליה

בשרשרת החקיקה הישראלית החדשה. הוא פרק חשוב בקודקס האזרחי 'נוסח ישראל'. הקודקס כולו צריך להתפרש כחטיבה אחת... כל פעולה משפטית, כל חיוב וכל משא ומתן חייבים להתבצע בתום-לב... העקרון הכללי של תום הלב מהווה מטריה נורמטיבית הפרוסה על כל הוראות חוק המקרקעין" (**פרשת רוקר**, עמ' 276).

באותה פרשה הדגיש חברי השופט אנגלרד, כי "עקרון-העל של תום הלב, פורס את כנפיו על כל הזכויות והסעדים שבחוק המקרקעין" (**שם**, עמ' 223). חברתי השופט שטרסברג-כהן ציינה באותה פרשה כי ראוי להפעיל את עקרון תום-הלב על השימוש בזכות קנין במקרקעין כפי שהוא מופעל באשר לזכויות קנייניות אחרות (ולא רק קנייניות) (**שם**, עמ' 288). בפרשה אחרת ציינה חברתי השופט דורנר כי "אפילו זכויות קנייניות... אינן מוחלטות. יצירתן והשימוש בהן כפופים לחובת תום-הלב" (**פרשת בנק אוצר החייל**, עמ' 287). נמצא, כי כל זכות (במובן הרחב) המעוגנת בחוק המקרקעין צריכה להיות מופעלת בתום לב (**שם**, עמ' 277 וכן מ' דויטש, קניין 321 (כרך א', תשנ"ז)). עם זאת, מהותה של הזכות משפיעה על היקף פעולתו של עקרון תום הלב בגדרה. "כל זכות והערכים והאינטרסים המוגנים על ידיה; כל זכות ועוצמתה שלה; כל זכות ואיזוניה שלה ביחסים עם ערכים ואינטרסים נוגדים; כל זכות ומידת השפעתו של תום הלב עליה" (**שם**, עמ' 278). על כן, בהפעלת עקרון תום הלב בגדרי הקניין יילקחו בחשבון התכונות, והמאפיינים של זכות הקניין.

17. סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע את דיני העסקאות הנוגדות. מכוחו ניתנת, בתנאים מסויימים זכות (עדיפה) לבעל העסקה הראשונה, ובתנאים אחרים הזכות (העדיפה) ניתנת לבעל העסקה השניה. על הפעלתן של שתי הזכויות הללו חל עקרון תום הלב (ראו נ' כהן, **התערבות ביחסים חוזיים** 372; רייכמן, "הערת האזהרה: מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", **עיוני משפט** י' 297, 337 (1984); להלן – **הערת האזהרה**; כהן, "חוצה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", הפרקליט מא 161 (1993); להלן – **חוצה של קטינה**; דויטש, "הקניין כתוית? על תחרות זכויות ופורמליזם", **הפרקליט** מג 302, 318; להלן – **הקניין כתוית**; מ' דויטש, **שם**, עמ' 179; דויטש, "נפילתה ועלייתה", בעמ' 361). הן הזכות של בעל העסקה הראשונה והן הזכות של בעל העסקה השניה, כפופות לעקרון הכללי של תום הלב. עמד על כך השופט מ' חשין בציניו:

"חוק המקרקעין אינו פטור מעולם של עיקרי – יסוד במשפט. והגם שסעיף 9 – כלשונו – אינו מסייג את זכותו של זוכה ראשון אלא בתחרות עם קונה בתמורה ובתום-לב שרשם את העסקה על-שמו בעודו בתום-לב, ברי כי זכותו חייבת שתהא מסוייגת גם מכוחן של דוקטרינות כלליות במשפט... עקרון האשם (במובנו הרחב) חייב גם הוא שישמיע קול בענייננו" (**פרשת בנק אוצר החייל**, בעמ' 279).

נמצא, כי על השאלה אם חל עקרון תום הלב על הפעלת זכויות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין. התשובה היא בחיוב. נותרה, איפוא, השאלה מה היקף השפעתו של עקרון תום הלב על הפעלת זכויות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

18. הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין מעניק עדיפות להתחייבות לעשות עסקה שנעשתה כלפי בעל עסקה ראשון, אלא אם כן בהתחייבות הנוגדת לעשות עסקה במקרקעין כלפי בעל עסקה שני הלה פעל בתמורה ובתום לב, והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב. הפעלתו של כלל בסיסי זה צריכה להעשות בתום לב. נמצא, כי הזכויות (במובן הרחב) המוענקות על פי הכלל הבסיסי לבעל העסקה הראשונה ולבעל העסקה השניה צריכות להיות מופעלות בתום לב. מהן זכויות אלה? על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין, בהתקיים התנאים הקבועים בו, "זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה". עדיפות זו קיימת כלפי המוכר וכלפי בעל העסקה השניה. כלפי המוכר כיצד? בין המוכר לבין בעל העסקה הראשונה נכרת חוצה. על פיו התחייב המוכר לעשות עסקה במקרקעין עם הקונה הראשון. התחייבות זו עליו לכבד. אין בקיום של התחייבות נוגדת לבעל העסקה השניה – כך מלמד אותנו הכלל הבסיסי – כדי למנוע הגשמת זכותו של בעל העסקה הראשונה. על כן זכאי בעל העסקה הראשונה בכל הזכויות המוענקות לצד לחוצה שהחוצה עימו הופר. הזכות העיקרית העומדת לו – ושלעניינה נקבע הכלל הבסיסי – היא זכות האכיפה. זכות זו – מוסיף וקובע עקרון תום הלב – יש להפעיל בתום לב. כלפי בעל העסקה השני כיצד? בין בעל העסקה הראשון לבין בעל העסקה השני אין קשר חוצי. "תאונה משפטית" הפגישה ביניהם (ראו כהן, "חוצה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", **שם**, עמ' 185). מפגש זה יצר ביניהם יחס משפטי. מקורו של יחס זה בכלל הבסיסי עצמו. עדיפותו של בעל העסקה הראשונה אינה מתמצית רק בזכויותיו כלפי המוכר. עדיפותו מתבטאת גם בזכויותיו כלפי בעל העסקה השני (ראו נ' כהן, **התערבות ביחסים חוזיים**, 372; רייכמן, **שם**, עמ' 332). עמדתי על כך ב**פרשת ורטהיימר**, בציני:

"מעדיפות זכותו של הקונה הראשון על פני זכותו של הקונה השני נובע, כי הקונה הראשון זכאי אף לאכיפה כלפי הקונה השני... מצבים רבים, עליהם יחול סעיף 9 לחוק המקרקעין... הם דווקא אותם מצבים בהם הנכס שוב אינו בידיו של המוכר, אלא עבר לידי הקונה השני... במצבים אלה זכותו של הקונה הראשון עדיפה על פני זכותו של הקונה השני, אך מה כוחה של עדיפות זו, אם אין לקונה הראשון זכות כלפי הקונה השני? ... זכותו של הקונה הראשון הזוכה לעדיפות מכוח הוראות סעיף 9 לחוק המקרקעין, עומדת לו לא רק כלפי המוכר אלא גם כלפי הקונה השני" (**שם**, עמ' 268, 269).

זכות זו של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה על בעל העסקה הראשונה להפעיל בתום לב. על רקע זה קמה ומתעוררת השאלה שלפנינו, והיא זו: האם חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר וכלפי בעל העסקה השניה מופרת אם בעל העסקה הראשונה נמנע מלרשום הערת אזהרה לאחר כריתת העסקה הראשונה?

19. שאלה זו התעוררה בעבר במספר פסקי דין והושארה בצריך עיון (ראו **פרשת הרבסט**, עמ' 672; ע"א 328/94 **מילר נ' יוסף**, פ"ד נ(3) 378, 382 להלן – **פרשת מילר**; **פרשת בנק אוצר החייל**, עמ' 247, 279, 288; ע"א 1516/99 **לוי נ' חיג'אזי**, פ"ד נה(4) 730; להלן – **פרשת חיג'אזי**). נראה לי כי **עקרונית** תום הלב דורש כי מי שהתחייבו כלפיו לעשות עסקה במקרקעין יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה על דבר העסקה שנעשתה בפנקסי המקרקעין ("טאבו"). בכך הוא לא רק מגן על האינטרס העצמי שלו, אלא גם מתחשב באינטרס של בעל עסקה שניה, אשר עשוי לרכוש הנכס לאחר עיון בפנקסי המקרקעין, ומתוך מחשבה מוטעית כי לא נערכה עסקה ראשונה (ראו זלצמן, "דיני קניין", **ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג** 561, 592 (א' רוזן-צבי (עורך) (1994)). בהמנעותו מעשיית כל האפשר לרישומה של הערת האזהרה הניח בעל העסקה את התשתית ל"תאונה המשפטית" שבעסקאות הנוגדות. בידו היה למנוע זאת, והוא לא עשה כן. בכך, עקרונית, יש משום מחדל שלא בתום לב. עקרון תום הלב דורש כי בעל העסקה הראשונה יפעל בהגינות, תוך התחשבות בצפייה הסבירה של בעל העסקה השניה. על כן נגזר, עקרונית, מעקרון תום הלב, כי בעל העסקה הראשונה יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, ובכך למנוע את כניסתו של בעל העסקה השניה להתקשרות עם המוכר (ראו דויטש, "**הקניין כתווית**", עמ' 322; דויטש, **נפילתה ועלייתה** 361; דגן, "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש", **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו** 673, 728 (א' רוזן-צבי (עורך) (1997)). אכן, במרבית העסקאות במקרקעין בהן הדבר אפשרי נרשמת בפועל הערת אזהרה (ראו רייכמן, **שם**, עמ' 299). זוהי הפרקטיקה המקובלת בישראל. דרך מקובלת זו ראויה היא והיא מתבקשת מעקרון תום הלב. עמד על כך פרופ' רייכמן בציניו:

"הנתונים שהובאו... מלמדים כי אי-רישום הערת אזהרה מהווה סטייה מהמקובל בשוק המקרקעין הישראלי. עובדה זו תומכת בכך שיש להכיר בהימנעות מרישום הערה משום הכשלת קונים אחרים והפרתה של נורמת ההתנהגות המקובלת" (שם, עמ' 337).

על גישה זו חזרו מספר מחברים (ראו מאוטר, "יוצרי סיכונים ונקלעי סיכונים" – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה", משפטים טז 92, 163 (תשמ"ו); מאוטר, עסקאות נוגדות ורשלנות הקונה שאינו רשם הערת אזהרה", הפרקליט מ' 521, 525 (1992); מ' דויטש, קניין 174 (כרך א', 1997)). היא מצאה ביטוי במספר אמרות אגב בפסיקה (השופט ד' לוי בע"א 2242/92 **מדינת ישראל נ' בנק אמריקני ישראלי בע"מ**, פ"ד מח(3) 249, 259 ובע"א 2680/90 **ס.מ. יצירה השקעות ופיתוח בע"מ נ' מוזאפאר**, פ"ד מט(1) 649, 659; השופט מ' חשין ב**פרשת בנק אוצר החייל**, עמ' 279; השופט דורנר ב**פרשת בנק אוצר החייל**, עמ' 288). גישה זו ראויה היא. היא אינה מטילה נטל כבד מדי על בעל העסקה הראשונה. היא מקטינה את הסיכון להתרחשותה של "תאונה משפטית" בדמות עסקאות נוגדות. היא מבטיחה הגינות בחיי המסחר.

19. הדגשתי כי "**עקרונית**" תום הלב דורש מבעל עסקה ראשונה לעשות ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, וכי במחדלו מלעשות כן יש "**עקרונית**" משום מחדל שלא בתום לב. הדגשה זו על עמדה "עקרונית" נובע מתוך כך, שתום לב נקבע תמיד על פי מהותו של היחס בין בעל הזכות לבין זולתו. היקף תחולתו של תום הלב מתחשב במכלול נתונים משתנים (ראו **פרשת רוקר**, עמ' 281). לא בכל מקרה ולא בכל הנסיבות יש באי-רישומה של הערת אזהרה משום פגיעה בעקרון תום הלב (ראו **פרשת רז**, עמ' 746). הדבר תלוי בנסיבות. הבחנה עקרונית, בעניין זה, הינה בין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר לבין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה. נפנה, איפוא, לבחינה מדוקדקת יותר של הפרופוזיציה הכללית.

חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר

20. במצב הדברים הרגיל, לא תהא זו הפרת עקרון תום הלב כלפי המוכר, אם בעל העסקה הראשונה לא יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה. מי כמוכר יודע כי הוא מכר את הנכס, ואין צורך בהערת אזהרה כדי להזהירו מלמכור את הנכס בשנית. בצדק ציין השופט א' גולדברג כי במצב דברים זה, "אין להערת אזהרה של הקונה הראשון משמעות לעניין ידיעתו של המוכר בדבר קיומה של עסקה זאת" (**פרשת רז**, עמ' 746). באי-רישומה של הערת האזהרה אין משום הכשלה של המוכר (ראו דויטש, **נפילתה ועלייתה** עמ' 362). עם זאת, עשויים להיות חריגים. אחד מאותם חריגים נידון ב**פרשת רז**. כאן נמכרו מקרקעין לראובן. המוכר נפטר. יורשו לא ידע על המכירה. הוא מכר המקרקעין בשנית לשמעון אשר רשם הערת אזהרה. נפסק כי ביחסים שבין ראובן (בעל העסקה הראשונה) ליורש, מוטלת על ראובן החובה – לאחר שנודע לו על פטירת המוכר – להודיע ליורש את דבר העסקה עימו, "בין בדרך של רישום הערת אזהרה (כשמדובר בעסקת מקרקעין) ובין בדרך אחרת" (**שם**, עמ' 747). במצבים חריגים אלה, תשלל לרוב זכות האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר מכוח הוראת סעיף 3(4) לחוק התרופות, שכן אכיפת החוזה, בנסיבות אלה, הינה בלתי מוצדקת (**שם**, עמ' 748). לאותה תוצאה ניתן יהיה להגיע מכוח עקרון תום הלב. הפגיעה בצדק (כאמור בסעיף 3(4) לחוק התרופות) פוגעת גם בעקרון תום הלב.

חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השנייה

21. במצב הדברים הטיפוסי אין בעל העסקה הראשונה מפר, באי רישומה של הערת אזהרה, את חובת תום הלב כלפי המוכר. לא כן לעניין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השנייה. כפי שראינו, עקרון תום הלב מחייב את בעל העסקה הראשונה להתחשב באינטרס הלגיטימי של בעל העסקה השנייה. השניים אינם זרים זה לזה. העסקה הנוגדת הפגישה ביניהם. דין העסקאות הנוגדות יצר לאחד זכות כלפי השני. עם הזכות באה הדרישה להפעילה בתום לב. כך הדבר, מקום שהמקרקעין בידי המוכר ובעל העסקה הראשונה מבקש לאכוף את התחייבותו של המוכר כלפיו והדבר נמנע ממנו בשל הפרת עקרון תום הלב כלפי בעל העסקה השנייה; כך הדבר מקום שהמקרקעין בידי בעל העסקה השנייה, ובעל העסקה הראשונה מבקש לקבלם מידי בעל העסקה השנייה. בשני מצבים אלה תמנע האכיפה בשל הפרת עקרון תום הלב באי רישום הערת אזהרה על ידי בעל העסקה הראשונה. כך במרבית המקרים, אך לא בכולם. פשיטא שאין לרשום הערת אזהרה כשאין כל אפשרות בדין לרשום הערת אזהרה (ראו **פרשת חיג'אזי**). שאלה קשה יותר היא, מה דינו של בעל עסקה ראשונה, שנטל על עצמו התחייבות בחוזה עם המוכר - ולצורך הדוגמא, אנו מניחים שהיא תקפה - לא לרשום הערת אזהרה עד שיבצע פעולות מסוימות (כגון תשלום מרבית המחיר). הנאמר כי בנסיבות אלה, אי רישומה של הערת אזהרה מהווה התנהגות שלא בתום לב כלפי בעל העסקה השנייה? לדעתי, התשובה היא בשלילה (ראו דויטש, קנין, 179 (כרך א', 1997); דויטש, **נפילתה ועלייתה**, עמ' 362). בדומה, אין לראות במחדל מרשום הערת אזהרה משום הפרה של עקרון תום הלב, אם בנסיבות העניין קיימים שיקולים כבדי משקל של מדיניות משפטית המצדיקים אי רישומה של הערת אזהרה. כך הדבר, כנראה, בבני זוג השותפים במקרקעין מכוח הלכת שיתוף הנכסים. דומה שלא נראה זאת כחוסר תום לב אם בן הזוג שאינו רשום במרשם כבעל הנכס נמנע - מטעמים של אחדות המשפחה - מלרשום הערת אזהרה. לבסוף, גם אם מן הראוי הוא שבעל העסקה הראשונה ירשום הערת אזהרה, עליו לעשות כן בתוך זמן סביר לאחר כריתתה של העסקה הראשונה. אין לדרוש ממנו לעשות כן כחלק בלתי נפרד של העסקה הראשונה, וכתנאי לשכלולה.

22. עד כה עמדנו על מצבים שונים המשפיעים על תום הלב של בעל העסקה הראשונה והקשורים בו ובהתנהגותו. התמונה לא תהיה שלמה, אם תום ליבו (האובייקטיבי) של בעל העסקה השנייה לא יובא בחשבון. שכן זאת יש לזכור: עקרון תום הלב חל לא רק לעניין זכות האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השנייה, אלא גם לעניין זכות האכיפה של בעל העסקה השנייה כלפי בעל העסקה הראשונה. שלילת זכותו של האחד מאפשרת אכיפת זכותו של השני. עניין לנו, איפוא, בכלים שלובים ובקשר משפטי הדוק המחייב התחשבות בתום הלב של כל אחד מהצדדים. בצדק ציין דויטש כי:

"השקפה על מושג תום-הלב בעניין אובייקטיבי, **משני צידי המטבע**, היא הגישה הראויה בתחום דיני העסקאות הנוגדות" (דויטש, **הקנין כתווית**, עמ' 322).

טול את המקרה בו ידע בעל העסקה השנייה, בעת כריתתה, על קיומה של העסקה הראשונה. במצב דברים זה אין לומר כי המנעותו של בעל העסקה מלרשום הערת אזהרה היא שהביאה ל"תאונה המשפטית" שביצירתן של עסקאות נוגדות. הוא הדין אם בעל העסקה השנייה רכש את הנכס בלא לבדוק כלל את פנקס המקרקעין, או את מצבו של הנכס, המצוי כבר, אותה עת, בחזקתו של בעל העסקה הראשונה (ראו ע"א 552/86 קניני נ' נאסר, פ"ד מא(2) 102, 105). במצבים אלה ואחרים, עשויה התנהגותו של בעל העסקה השנייה לשלול ממנו את הטענה כי בעל העסקה הראשונה פעל כלפיו שלא בתום לב. עם זאת, אינני סבור כי המנעותו של בעל העסקה השנייה מלרשום הערת אזהרה - היא ורק היא - שוללת ממנו את זכותו לאכיפה כלפי בעל העסקה; הראשונה (להבדיל מבעל עסקה שלישית, אם התרחשה כזו: ראו רייכמן, **הערת אזהרה**, עמ' 337; כהן, **חוזה של קטינה** 188).

23. בספרות המשפטית עוסקים לעתים בהתרשלותו של בעל העסקה הראשונה באי רישומה של הערת אזהרה. בחינה זו חשובה היא, אם מבקשים לבסס עילת תביעה בנזיקין של בעל העסקה השנייה כלפי בעל העסקה הראשונה. אפשרות זו הועלתה והושארה בצריך עיון (ראו **פרשת הרבסט**, עמ' 672; **פרשת מילר**, עמ' 382). בגדריו של עקרון תום הלב, אין לנו עניין באחריות בנזיקין. תום הלב קובע אמת מידה אובייקטיבית. התרשלותו של בעל העסקה הראשונה רלבנטית רק עד כמה שיש בה הפרה של עקרון תום הלב (האובייקטיבי). לא מעבר לכך. בדומה, יש המנתחים את הסוגיות שלפנינו במונחים של דיני השתק. פסק דין זה מבוסס על עקרון תום הלב, וההשתק הוא רלבנטי כחלק מעקרון זה. אכן, מבחינה טרמינולוגית אין לומר כי מוטלת על בעל עסקה החובה לרשום הערת אזהרה. כל שיש לומר שזהו נטל המוטל עליו. אם יימנע מכך, הוא עשוי להפסיד את כוחו לאכוף את הזכות הנתונה לו על פי הכלל הבסיסי.

היחס בין עקרון תום הלב לבין העסקאות הנוגדות

24. הגעתי לכלל מסקנה כי עקרון תום הלב חל ביחסים בין בעל העסקה הראשונה לבעל העסקה השנייה, וכי עקרון תום הלב עשוי למנוע במקרים מסוימים מבעל העסקה הראשונה מלממש את זכות האכיפה כלפי בעל העסקה השנייה - זכות המוענקת לו מכוח הכלל הבסיסי שבעסקאות הנוגדות. יהא עליו, איפוא, להסתפק בתביעת פיצויים בגין הפרת חוזה כלפי המוכר. על רקע מסקנות אלה קמה ועולה השאלה, אם מסקנותי עולות בקנה אחד עם פרשת ורטהיימר. בפרשה זו נקבע, כזכור, כי בתביעת

האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר, אין להתחשב - בגדרי השיקולים אם אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין (סעיף 43) לחוק התרופות) - בשיקולי הצדק של בעל העסקה השניה. האם התחשבות בעקרון תום הלב ביחסים בין בעל העסקה הראשונה והשניה ובהפרת תום הלב בשל אי רישום הערת אזהרה, אין בה חתירה כנגד הבסיס עליו מונחת פרשת ורטהיימר? היו שנתנו תשובה חיובית לשאלה זו, וראו בכך ביקורת כלפי פרשת ורטהיימר (ראו פורת, "השלכות אכיפת חוזה על צדדים שלישיים כנימוק לאי-אכיפתו משיקולי צדק", ספר לובנברג 138 (ד' פרידמן וי' שילה עורכים, תשמ"ח; להלן - השלכות אכיפת חוזה); מאוטנר, "עסקאות נוגדות' ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה", הפרקליט מ' 521, 530 (1992)). אילו סברתי כמותם, לא הייתי מהסס מלהציע לחברי להסתייג מפרשת ורטהיימר. איני עושה כן, שכן הנני סבור כי אין כל ניגוד בין המסקנות העולות מפקס דין זה, לבין פרשת ורטהיימר. על חוסר ניגוד זה עמדו לא פעם בספרות המשפטית (ראו רייכמן, הערת אזהרה, עמ' 336; כהן, ביטול חוזה, עמ' 24; כהן, חוזה של קטינה, 187; דויטש, קניין, 179; דויטש, הקניין כתווית, עמ' 322; דויטש, נפילתה ועלייתה, עמ' 361).

25. **אכן, פרשת ורטהיימר**, מבוססת על ניגוד מובנה בין הכלל הבסיסי (הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין) לבין ההתחשבות בשיקולי הצדק של בעל העסקה השניה (הקבוע בסעיף 43 לחוק התרופות). הטעם לניגוד האמור הוא זה: הכלל הבסיסי, בעיקרו של דבר, קובע דין אכיפה מיוחד. לפיו, בהתקיים התנאים הקבועים בכלל הבסיסי, זכאי בעל העסקה (הראשונה או השניה) באכיפה. דין מיוחד זה אינו לוקח בחשבון את קשייו המיוחדים ("האכיפה היא בלתי צודקת") של הצד שכנגדו מתבקשת האכיפה. על כן, באכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה אין להתחשב במצוקה אישית אליה נקלע בעל העסקה השניה, ובאכיפת זכותו של בעל העסקה השניה אין להתחשב במצוקה אישית אליה נקלע בעל העסקה הראשונה. לכלל זה אין ולא כלום, עם הגישה, כי כל דין אכיפה - בין דין האכיפה הכללי (הקבוע בסעיף 43 לחוק התרופות) ובין דין האכיפה המיוחד (הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין) - כפוף לעקרון תום הלב. על כן, כאשר האכיפה מתבקשת על ידי בעל העסקה הראשונה, אין למנוע האכיפה בשל קשייו של בעל העסקה השניה (הלכת ורטהיימר). עם זאת, אין בכך כדי למנוע האכיפה בשל התנהגותו שלא בתום לב של בעל העסקה הראשונה (ראו רייכמן, הערת אזהרה, עמ' 336, 337).

26. יטען הטוען: הלכה למעשה מרוקן עקרון תום הלב - והנטל לרשום במקרים מתאימים הערת אזהרה הנגזר ממנו - את הכלל הבסיסי מתוכנו. תחת הכלל הבסיסי בא כלל חדש, לפיו בעסקאות נוגדות, ידו של מי שרושם ראשון הערת אזהרה על העליונה. אין לקבל גישה זו. פסק דיננו זה אינו מבוסס על גישה כללית לפיה ידו של הרושם ראשון הערת אזהרה על העליונה. פסק דין זה מבוסס על העקרון הכללי של תום לב, הקשור קשר הדוק לנסיבותיו של כל מקרה. הנטל לרשום, במקרים מתאימים, הערת אזהרה, אינו מרוקן כלל ועיקר את הכלל הבסיסי. כלל זה עומד בעינו וחל על כל העסקאות הנוגדות כולן (ראו כהן, חוזה של קטינה, עמ' 187; פורת, השלכות אכיפת חוזה, עמ' 158; דויטש, **הקניין כתווית**, עמ' 322; דויטש, **נפילתה ועלייתה**, עמ' 363). אכן, לא תמיד תשלל זכותו של בעל העסקה הראשונה בשל אי רישום הערת אזהרה על ידו, או בשל רישום הערת אזהרה על ידי בעל העסקה השניה. הכל תלוי בנסיבות העניין, ובנטל הנגזר מעקרון תום הלב בנסיבות השונות.

מן הכלל אל הפרט

27. גנז הוא בעל העסקה הראשונה. במשך שבע עשרה שנים הוא נמנע מלרשום הערת אזהרה. הוא יכול היה לעשות כן לאור עמדתה של בריטיש. אפק הוא בעל העסקה השניה. הוא בדק את פנקס המקרקעין בטרם התקשר עם נוטריקון. הוא תפס חזקה במקרקעין. הוא רשם הערת אזהרה. מנסיבות אלה עולה, כי הימנעותו של גנז מלרשום הערת אזהרה היא שהכשילה את אפק, בלא שזה תרם לכך. במצב דברים זה לא יוכל גנז להפעיל את זכות האכיפה כלפי אפק. עמידתו של גנז על האכיפה כלפי אפק מהווה שימוש שלא בתום לב בזכות האכיפה ביחסים בין גנז לאפק. תרופתו של גנז בתביעת פיצויים כנגד נוטריקון. זכות זו נשמרה לו במפורש. נוסף ונציין כי לא מצאנו עילה להתערבותנו בעניין ההוצאות שהושתו על גנז.

התוצאה היא כי אנו דוחים הערעור.

השופט ט' שטרסברג-כהן:

1. שניים או חזין בקרקע. זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי. למי הקרקע?

א' - בעלים רשומים של מקרקעין - מכר את המקרקעין לב'. העסקה לא הושלמה ברישום. ב' התחייב להעביר בעלות באותם מקרקעין לג'. ג' לא רשם הערת אזהרה לטובתו על המקרקעין.

לאחר שבע עשרה שנה חזר ב' והתחייב להעביר בעלות באותם מקרקעין לד', שרשם הערת אזהרה לטובתו. א' מסכים להעביר את הרישום במקרקעין למי שבית המשפט יורה. מי מבין ג' וד' יזכה בעדיפות ויקבל את המקרקעין? לשם מתן תשובה לשאלה זו יש לבחון את סיווג המשפטי האפשרי של מערכות היחסים האמורות.

2. נקודת המוצא היא כי לב' זכות אובליגטורית לקבלת זכות קניינית במקרקעין מא'. זכות זו כמוה כנכס לכל דבר ועניין (י' ויסמן דיני קניין - חלק כללי (תשנ"ג) 3.145; מ' דויטש קניין (כרך א', תשנ"ז) 67). בפני ב', המבקש לערוך עסקה במקרקעין, עומדות מספר אפשרויות: הוא יכול להמחות לאחר את הזכות המגיעה לו מא'; הוא יכול להתחייב להעביר את זכותו האובליגטורית שבידו, לאחר; הוא יכול להתחייב לגרום לכך שבעל המקרקעין (א') יעביר את הזכויות הקנייניות במקרקעין לאחר; הוא יכול להתחייב למכור את הזכות הקניינית במקרקעין לאחר. בכל אחת מן האפשרויות האמורות יחולו על העניין הסדרי חקיקה שונים, וביניהם, חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969; חוק המיטלטלין, התשל"א-1971; דיני החוזים; חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. שיבוץ העסקאות לקטגוריה זו או אחרת יכול לגרור תוצאות שונות לגבי זכויות המעורבים בהן.

במקרים רבים קיימת אי בהירות בשאלת מהות הזכות אותה ביקשו הצדדים להעביר ולא תמיד קל לקבוע אם הזכות המועברת - או שהתחייבו להעבירה - היא הזכות האובליגטורית או שמדובר בהתחייבות להעביר את הזכות הקניינית. המגמה העולה מן הפסיקה היא, כי ככל שדובר במקרים בהם המקרקעין טרם נרשמו במרשם ולא ניתן לרשום את הזכויות בהם, או במקרים בהם הזכות הקניינית לא היתה צפויה לעבור לידי המתחייב בעתיד הנראה לעין, יש לקבוע כי אין המדובר בהתחייבות להעביר זכות קניינית, אלא בהעברת זכות אובליגטורית (המחאת זכות) או בהתחייבות להעביר זכות אובליגטורית (ראו: ע"א 514/76 סעידה חשש, ואח' נ' חביבה דמארי, פ"ד לא(2) 515, 505 מול האותיות ד-ו; ע"א 91/77 לעיל, בע' 78 מול האותיות א-ה; ע"א 842/79 מ' נס ואח' נ' גולדה ואח', פ"ד לו(1) 218, 204 (מול האות ה) - 219 (מול האות א); ע"א 328/94 מילר נ' א' יוסף ואח', פ"ד נ(3) 381, 382-382; ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך ואח', פ"ד נג(2) 218, 226 (מול האות ז) - 227 (מול האות ה)).

3. לאיזו משבצת משפטית נופלות העסקאות בין ב' לג' ובין ב' ל-ד? התשובה לכך תקבע על-פי מאפייניו של החוזה ותכליתו, תוך התחשבות אחר כוונת הצדדים, בכפוף למגבלות הדין (א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות החוזה (כרך רביעי, 2001) 55-56; ש' לרנר, המחאת חיובים, דיני חיובים - חלק כללי (העורך ד' פרידמן, 1994), ע' 89).

עמדתו של הנשיא בענייננו היא, כי מן החוזים שבין הצדדים ומנסיבות כריתתם עולה, כי נוטריון (ב') נטלה על עצמה למכור לקונים ממנה (ג' ו-ד') את המקרקעין עצמם (להבדיל מן הזכות האובליגטורית שבידי נוטריון לקבלת המקרקעין מבריטיש). קביעה זו מקובלת עלי והיא עולה מסעיפים שונים שבחוזים בין הצדדים. בנסיבות אלה, היות ומושא העסקה הוא המקרקעין והיות ולא עולה מן החוזים כוונה שנוטריון תצא מן התמונה באופן שבעל דינם של גנז ואפק תהיה בריטיש ולא נוטריון, אין המדובר בהמחאות זכות סותרות. כן אין בפנינו התחייבויות סותרות למכור את הזכות האובליגטורית, שהרי, כאמור, משני החוזים עולה כי הצדדים ביקשו לבצע עסקת מכר של המקרקעין ולא של הזכות האובליגטורית. כמו כן, אין בפנינו שתי התחייבויות חוזיות לפיהן נוטריון התחייבה כלפי גנז ואפק לדאוג לכך שבריטיש תעביר להם את הזכות הקניינית שבידיה. הטעם לכך הוא שהתחייבויותיה החוזיות של נוטריון כלפי גנז וכלפי אפק הן התחייבויות ישירות של נוטריון, ולפחות ככל שמדובר בחוזה עם גנז, אין כלל איזכור של בריטיש כבעלת המקרקעין. לאור האמור, דעתי היא כשל הנשיא, כי נוטריון - אף שאינה הבעלים של המקרקעין (בהיעדר רישום) - נטלה על עצמה התחייבות להעביר בעלות במקרקעין פעמיים, לגנז ולאפק.

4. הטענה לפיה במועד יצירת ההתחייבות על-ידי נוטריון כלפי גנז וכלפי אפק לא היתה נוטריון - שאינה בעלת הזכות הקניינית במקרקעין אלא רק בעלת התחייבות אובליגטורית להקנות לה זכות במקרקעין - יכולה להתחייב להעביר את הזכות הקניינית גופה, אינה מקובלת עלי. בשורה של פסקי דין הכיר בית משפט זה באפשרות שאדם יערוך עסקה במסגרתה יתחייב הוא להעביר מקרקעין, הגם שבעת העסקה, המתחייב איננו בעליה של הזכות הקניינית במקרקעין. במקרה כזה, חשוף המתחייב לסיכון שהזכות הקניינית לא תגיע לידי ויבצר ממנו לקיים התחייבותו. הוא עלול להסתכן בחיוב בפיצויים בשל אי קיום התחייבותו (ראו: ע"א 682/74 אברהם יקותיאל נ' בינה ואסתר ברגמן, פ"ד כט(2), 757, 761 מול האותיות ו-ז; ע"א 91/77 לילי ביקסר נ' "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, ואח', פ"ד לב(1) 73, 77 מול האות ז; ע"א 274/79 חורי ואח' נ' כנען ואח', פ"ד לה(3), 337, 348 מול האות ז; ע"א 371/89 פורד נ' חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ בפירוק ואח', פ"ד מו(1), 149, 153 מול האות ז). בענייננו, מדובר במקרקעין מוסדרים שבעליהם הרשום (בריטיש) מוכן להעבירם. אין כל מניעה לקיים את ההתחייבות להעביר את הזכות, שעל-פי נוסחם של החוזים וכוונת הצדדים העולה מהם, היא הזכות במקרקעין עצמם, קרי, זכות קניינית. לאור האמור, יש לבחון את המקרה שלפנינו במסגרת חוק המקרקעין ולא במסגרות האחרות שהוזכרו לעיל.

5. הסעיף הרלבנטי לענייננו, הוא סעיף 9 לחוק המקרקעין הדין בעסקאות נוגדות. מפאת חשיבותו של הסעיף אביאנו כלשונו:

9. עסקאות נוגדות

התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב - זכותו עדיפה.

האם יש מקום להחלה ישירה של סעיף 9 על המקרה שלפנינו? התשובה לכך אינה פשוטה.

השאלה הראשונה העולה היא, האם סעיף 9 חל במקרה בו המתחייב בהתחייבויות נוגדות אינו בעל הזכות הקניינית, אלא בעל זכות אובליגטורית בלבד. התשובה לשאלה זו אינה מובנת מאליה. לא ברור כי ה"עיסקה במקרקעין" בה מדבר סעיף 9 כוללת גם עסקה שבוצעה על-ידי אדם שבידיו רק זכות אובליגטורית לקבלת זכות בעלות במקרקעין והוא מתחייב להעביר את המקרקעין לאחר שיגיעו לידי. אלא, שמקובל עלי כי גם בסיטואציה כזו חל סעיף 9, כאמור בפסק דינו של הנשיא, באשר לשונו של הסעיף ותכליתו מוליכים למסקנה כי גם בעל זכות אובליגטורית לקבלת זכות קניינית המתחייב בהתחייבויות נוגדות בא בגדרו של הסעיף. **ראשית**, המילים בהם השתמש המחוקק בסעיף 9 הן "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין". "עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה." (סעיף 6 לחוק המקרקעין). התחייבות להקנות זכות בעלות במקרקעין נופלת בגדרה של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, גם אם המתחייב אינו בעל הזכות הקניינית בעת יצירת ההתחייבות (וראו: ע"א 91/77 לעיל, בע' 77 (מול האות ה) - 78 (מול האות א) וכן ע"א 274/79 לעיל, בע' 348 מול האות ז, לעניין "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" לצורך דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין). **שנית**, סעיף 9 מגלם עקרון מוכר במשפט האזרחי לפיו בתחרות בין שניים, הראשון בזמן זוכה (ראו: נ' כהן לעיל, בע' 43). הסעיף קובע, כי בעסקאות נוגדות במקרקעין, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אלא אם כן, בעל העסקה השניה פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו תם לב, שאז, זכותו עדיפה. סעיף 9 נועד בראש ובראשונה להגן על בעל העסקה הראשונה, שבידיו זכות אובליגטורית לקבל זכות קניינית במקרקעין. זכותו של בעל העסקה הראשונה היא האינטרס המוגן הבסיסי בהסדר שבסעיף 9, והעדיפות נסוגה רק בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף. זכות זו היא חיוב מדיני החיובים ואף על-פי כן מעמד מיוחד לה. "למרות שבדיני החיובים אנו מצויים, יש לאותה התחייבות מעמד מיוחד המקרבה לזכות הקניין והנובע מעצם טבעה של ההתחייבות" (נ' כהן, **התערבות ביחסים חוזיים** (תשמ"ב), 28). בכך יצר המחוקק "זכות שביושר תוצרת הארץ" המצויה בידיו של בעל העסקה הראשונה (ראו: ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב**, פ"ד נג(4) 199, 249 מול האותיות ב-ו, 252 מול האותיות ג-ד (להלן: **ענין בנק אוצר החייל**)). במקרה שלפנינו, ההתחייבות היא לבצע עסקה קניינית במקרקעין קונקרטיים ומן הראוי להעניק לה הגנה רחבה מזו המוענקת לחיוב חוזי רגיל. אין הגיון ליצור שוני בין האינטרס של מי שרוכש מבעלים רשום של מקרקעין, זכות אובליגטורית להעביר לו את הזכות הקניינית במקרקעין, לבין האינטרס של מי שרוכש זכות כזו ממי שאינו רשום כבעלים של המקרקעין, אלא שהוא עצמו מחזיק בזכות אובליגטורית להעביר לו את המקרקעין. לזה גם לזה אינטרס מוגן זהה.

מכל האמור עולה, כי ניתן לבחון את התחרות בין גנז ואפק במסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין ולבחון מהו כלל ההכרעה לפי אותו סעיף בנסיבות המקרה דנן.

6. במקרה שלפנינו, לא נרשמה כלל העסקה לטובתו של אפק - בעל העסקה השניה. לפיכך, לא מתקיים רכיב מרכזי הדרוש על מנת להעניק לו עדיפות, שכן סעיף 9 קובע שעדיפות כזו תינתן למי שרכש את הקרקע בתמורה ובתום לב והעסקה עמו **הסתיימה ברישום** בעודו בתום לב. מכאן, שלכאורה, על-פי כלל ההכרעה שבסעיף 9, בעל העסקה הראשונה - גנז - גובר. אלא שלא בהכרח כך. לשיטתו של חברי הנשיא, נכנס לתמונה עקרון תום הלב, והפעם **לא לטובתו של בעל העסקה השניה** הנדרש על-פי הוראת סעיף 9 להיות תם לב, **אלא לחובתו של בעל העסקה הראשונה**. הנשיא סבור, כי "עקרון תום הלב חל ביחסים בין בעל העסקה הראשונה לבעל העסקה השניה, וכי עקרון תום הלב עשוי למנוע במקרים מסויימים מבעל העסקה הראשונה מלממש את זכות האכיפה כלפי בעל העסקה השניה - זכות המוענקת לו מכוח הכלל הבסיסי שבעסקאות נוגדות" (פסקה 24 לפסק דינו). לשיטתו, עקרונית, תום הלב דורש מבעל העסקה הראשונה לעשות ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, וכי במחדלו מלעשות כן יש עקרונית משום מחדל שלא בתום לב. נראה לי, כי דרישת תום הלב ככל שהדבר נוגע לבעל העסקה הראשונה וקביעה כי ככלל אי רישום הערת אזהרה לטובתו מהווה חוסר תום לב מצידו, מעוררות קשיים לא מעטים. במה דברים אמורים?

7. (1) על-פי רכיביו של סעיף 9, כל שנדרש מבעל העסקה הראשונה על מנת שיזכה בעדיפות הוא להיות בעל ההתחייבות הראשונה. עקרון תום הלב אינו מוצא ביטוי כלשהו בחלקו של הסעיף הקובע את זכותו העדיפה של בעל העסקה הראשונה. ערה אני לכך, כי עקרון תום הלב הוא עקרון על, החולש על, תחומי משפט רבים גם כאשר אינו כלול בטקסט של דבר החקיקה. אלא, שככל שמדובר בסעיף 9 עקרון תום הלב לא נשכח מליבו של המחוקק. הוא מוצא ביטוי מפורש בסעיף 9 עצמו בהתייחס לבעל העסקה השניה, ממנו נדרש - בין השאר - תום לב על מנת שיזכה בעדיפות על פני בעל ההתחייבות הראשונה. נראה כי ההסדר החקיקתי אינו דורש - במכוון ובמפגיע - כי תום הלב יהווה רכיב מן הרכיבים הנדרשים לצורך קביעת עדיפותו של בעל העסקה הראשונה. אי דרישת תום לב מצד בעל העסקה הראשונה אינו השמטה מקרית. זהו גילוי דעת מפורש של המחוקק המסדיר מערכת עדיפויות בעסקאות נוגדות - שהיא בעייתית כשלעצמה - בהסדר שהגיון בצדו. מכאן, שככל שניתן ליישם את עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה, הרי שהחלה כזו אינה מכוח הוראת הסעיף עצמו אלא מכוח החלת עקרון תום הלב מחוצה לו.

(2) החלת עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה וייחוס חוסר תום לב לו משום שלא רשם הערת אזהרה, טומנים בחובם חשש מפני אי ודאות, אי אחידות ואי יציבות ביחס לכלל הקדימות הקבוע בסעיף 9. השאלה אם נפגע תום ליבו של בעל העסקה הראשונה באופן השולל את עדיפותו אינה פשוטה ומעלה קושיות שונות, כגון, האם ניתן היה לרשום הערת אזהרה אם לא; האם מקובל שלא לרשום הערת אזהרה (למשל בין בני זוג) ומה הן ההשלכות של אי רישום זה על סדר העדיפויות (השוו: ענין **בנק אוצר החייל** בע' 222 מול האותיות א"ד); האם יש טעמים טובים לאי רישום הערת אזהרה; החל ממתי ניתן היה לרשום הערת אזהרה, כיצד נקבע את המועד ממנו ניתן היה לרשום הערת אזהרה ומה משמעות הזמן שחלף מאז שניתן היה לרשום כזו; מהו פרק הזמן שמעבר לו ייחשב אי רישום הערת האזהרה לחוסר תום לב, ועוד.

(3) גם אם נניח כי ניתן היה לרשום הערת אזהרה ומשום מה לא נרשמה כזו על-ידי בעל העסקה הראשונה, ספק אם מחדל כזה מהווה מן הבחינה המשפטית חוסר תום לב. זאת לזכור, כי רישום הערת אזהרה נועד, באופן ראשוני, להגן על בעל העסקה הראשונה מפני עסקות סותרות מאוחרות בזמן בין מי שהתחייב כלפיו לבין צד שלישי. משכך, האם רובצת חובה משפטית על בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה לעניין רישום הערת אזהרה?

(4) גם אם נגרוס, כי הערת האזהרה נועדה להגן גם על בעל העסקה השניה ולהזהירו לבל יסתבך בעסקה נוגדת (ראו: פסקה 15 לפסק דיני **בענין בנק אוצר החייל**), עדיין שאלה היא האם אי רישום הערת אזהרה מהווה חוסר תום לב במובן המשפטי או שמא זוהי רשלנות גרידא. רשלנות וחוסר תום לב יכולים לדור בכפיפה אחת ולא בהכרח רשלנות רגילה או רשלנות רבתי מפקיעה את תום הלב, אם כי רשלנות רבתי יכולה להוות ראיה בדבר חוסר תום לב (ע"א 92/78 **דוד שטרית נ' קאר תורס (ישראל) בע"מ, חברה להשכרת רכב ואח'** פ"ד (1) 331, 333; ע"א 634/79 **טוביה קון נ' דני חסון ואח'** פ"ד (3) 611, 613 מול האות ז'). רשלנות ותום לב יכולים להיות שני מצבים נפרדים ולא בהכרח משולבים זה בזה. נראה, כי עד כה לא נקבעו בפסיקה קריטריונים לענין האבחנה בין השניים במצבים מסוימים וליישום כל אחד מאלה במקרים נתונים. לפיכך, שאלה היא אם אי רישום הערת אזהרה מהווה רשלנות או חוסר תום לב ומתי מהווה הוא אחד מאלה או שניהם. לסיווג אי רישום הערת אזהרה כרשלנות או כחוסר תום לב, תוצאות שונות והשלכות שונות. אם נאמר כי אי רישום כזה מהווה רשלנות גרידא, לא יהיה בכך כדי לשלול מבעל העסקה הראשונה את עדיפותו מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין. רשלנות כזו יכולה להקים לבעל העסקה השניה עילה במישור הנזיקי נגד החבים כלפיו ולא עילה לאכיפת ההסכם (ראו: ע"א 328/94 **מילר נ' יוסף ואח'** פ"ד (3) 378, 382). בכך מומחש הצורך לבחון במקרה נתון האם מדובר בחוסר תום לב או ברשלנות גרידא.

(5) זאת ועוד, גם אם נניח כי אי רישום הערת אזהרה מהווה חוסר תום לב, האמנם הסנקציה של שלילת הזכות לקבל את המקרקעין אותם רכש ראשון, כשאין כל פגם בהתנהגותו ביחסיו עם המוכר, הינה סנקציה הולמת ומידתית?

(6) שאלה אחרת נוגעת לתחולתם של עקרונות משפטיים כלליים אחרים לצד עקרון תום הלב, בהנחה שעקרון זה חל על בעל העסקה הראשונה. האם אין חשיבות לשאלה מי מבין הצדדים ג' או ד' מחזיק במקרקעין ומה השימוש שעשה בהם עד שהתברר כי המדובר בעסקאות נוגדות? ומה אם בעל העסקה הראשונה שלא רשם הערת אזהרה לטובתו, מחזיק במקרקעין או בנה את ביתו עליהם או השקיע בהם השקעות אחרות, האם גם אז יש למנוע עדיפותו על פני בעל העסקה השניה בשל חוסר תום לב עקב אי רישום הערת אזהרה? בעבר נקבע, כי בתביעת האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר אין

להתחשב בשיקולי צדק ככל שהם נוגעים לבעל העסקה השניה (ד"נ 21/80 **ורטהיימר ואח' נ' הרי ואח'** פ"ד (3) 253). אלא, שבאותו עניין לא הוחל עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה. שאלה היא, אם כאשר מחילים את עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה, אין מקום להתחשבות בשיקולים נוספים ביחסים בין בעל העסקה הראשונה והשניה, וביניהם, שיקולי צדק.

8. הקשיים שמניתי, אותם מעוררת החלת עקרון תום הלב על זכותו של בעל העסקה הראשונה, הביאוני למסקנה, כי **ככלל**, אי רישום הערת אזהרה על-ידי בעל העסקה הראשונה אינו מחדל המעיד **כשלעצמו** על חוסר תום לבו. **ככלל**, אין באי רישום כזה כדי לפגוע בזכות הקניינית העדיפה המוענקת לו מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין. פגיעה כזו בזכותו של בעל העסקה הראשונה שלא רשם הערת אזהרה לזכותו יכול ותתרחש בנסיבות חריגות, שהמקרה דנן נמנה עליהן. גנז, בעל העסקה הראשונה, נמנע מלרשום הערת אזהרה במשך שבע עשרה שנים. הוא לא הראה מניעה לרישום הערת אזהרה ואף לא הבהיר מדוע לא רשם הערת אזהרה באופן שניתן יהיה לומר כי אי הרישום לא פגע בתום ליבו. לעומת זאת, אפק, בעל העסקה השניה, עיבד את המקרקעין כחלק ממשבצת חקלאית המעובדת על ידו במשך עשרות שנים. זאת ועוד, אפק, בדק את פנקס המקרקעין בטרם התקשר בעסקה ורשם הערת אזהרה לטובתו. בנסיבות אלה, אף אני בדעה כי אי רישום הערת אזהרה על-ידי גנז מהווה חוסר תום לב וכי בשל חוסר תום לב זה אין להעדיפו על פני אפק.

9. לאור האמור, אני מסכימה לתוצאה אליה הגיע חברי הנשיא.

המשנה לנשיא, השופט ש' לוין:

1. מוכן אני להניח, כמו חברי הנכבדים, שעל המקרה חל סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן – חוק המקרקעין), שעניינו "עסקאות נוגדות", לאמור, המדובר בהתחרות בין שתי זכויות קניניות (או מעין קניניות); ואם רכש "בעל העיסקה הראשונה" את הקנין בנכס, עדיפה זכותו על "השני" אלא אם כן נרשמת העיסקה לטובתו של זה "בעודו בתום לב". הסעיף מניח, שמבחינת דיני הקנין רכשו הן "בעל העיסקה הראשונה" והן "השני" את זכותם ואילו לא היה מדובר בעסקאות או בזכויות נוגדות, לא היתה מתעוררת כל שאלה לגבי תקפותן. לפיכך לא צריך היה לכתוב בסעיף 9 הנ"ל דבר לגבי תום לבו של "בעל העיסקה הראשונה" שלדידו השאלה אם הוא היה תם לב אם לאו אינה רלבנטית ובלבד שזכותו היא בת-תוקף. מאידך גיסא, תום לבו של "השני" הוא רלבנטי לא לגבי תוקפן של העסקאות הנוגדות, כשהן לעצמן, אלא כדי להכריע ביניהן, כאשר הן נוגדות והתחרות שביניהן היא במישור הקניני.

2. סעיף 9 לחוק המקרקעין, ענינו המעגל החיצוני של דיני הקנין, אך בצדו קיים גם המישור הפנימי, האובליגטורי. אדם יכול וירכוש זכות בדיני הקנין, אך יתחייב (בהתחייבות בת תוקף) שלא לממש את זכותו, או ינהג באופן שאינו עולה בקנה אחד עם מימוש זכותו. אלה הם מצבים שבהם סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו דן. אחד מהמצבים הללו, במישור האובליגטורי, הוא כאשר עקב התנהגותו, מושתק פלוני מלטעון לקיום זכותו כלפי אלמוני; השתק כזה מחייב מצג של פלוני כלפי אלמוני במעשה או במחדל שבעטיו שינה אלמוני את מצבו לרעה; מצג כזה יכול להיווצר כאשר מוטלת חובה על פלוני כלפי אלמוני לנהוג או שלא לנהוג בדרך מסויימת והוא הפר חובה זו. קיים דמיון בין קביעת חובה זו בדיני ההשתק לבין קביעתה לצורך הטלת חבות בעולת הרשלנות; אך הדמיון אינו מלא, שבמקרה האחד מטרתה למנוע מפלוני מלהעלות טענת הגנה ובמקרה האחר מטרתה – תביעה לפיצויים עקב הפרתה. כך, למשל, לפני שחוקק באנגליה חוק השטרות, 1882, הוכרה זכותו של אוחז בתום לב ובתמורה בשטר רק מכוח דיני ההשתק, שהמושך על ידי הוצאת השטר למחזור היה מושתק מלעורר כלפיו כל טענת הגנה שהיתה לו כלפי הנפרע, ורק מאוחר יותר בחוק הנ"ל, ניתנה לאוחז בתום לב ובתמורה זכות אקטיבית לתבוע מכוחו הוא את המושך. באותו אופן מי שהוציא למחזור שטר חסר פרט מהותי ופלוגי מילא אותו בניגוד לרשות שניתנה לו היה מושתק, עקב רשלנותו, מלטעון נגד אוחז בתום לב ובתמורה שיש לו עילת הגנה. כיום הומר ההשתק בזכות אקטיבית של האוחז כשורה לתבוע את זכותו, מכח סעיף 19 לפקודת השטרות. אותו תהליך עברה גם הילכת השוק הפתוח, שתחילה שימשה כהגנה מכוח השתק נגד הקונה בתום לב ובתמורה בשוק פתוח ולאחר מכן הועמדה על רגליה היא בסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968.

קביעת קיומו של השתק כעילת הגנה מצויה כולה במישור האובליגטורי. היא מחייבת קביעה בדבר קיומה של חובה המוטלת על פלוני כלפי אלמוני, שהפרתה משתיקה את פלוני מלעורר טענת הגנה, וכשלעצמה אין לה ולא כלום עם תביעת פיצויים אפשרית של אלמוני כלפי פלוני.

3. דוקטרינת ההשתק התפתחה במקרים רבים במשפט המקובל כתחליף להעדרה של דוקטרינת השימוש בזכות בתום לב; וכיום עם ישומה של החקיקה הישראלית החדשה, המכירה בדוקטרינת השימוש בזכות בתום לב, קיימת נטיה לעשות פחות ופחות שימוש בדוקטרינת ההשתק; אכן יצירת הקונצפציה של "תום הלב האובייקטיבי" עשויה במקרים רבים לשמש לה תחליף ויכול שהגדרה נאותה עשויה (כמעט) לזהות בין שתי דוקטרינות אלה. לדידי ראוי הוא מבחינה דיאלקטית שלא לטשטש את הגבולות בין השתיים. לצורך הסוגיה הנדונה בערעור זה די לי בקביעה כי גם אם ניתן להביא את דוקטרינת ההשתק תחת כנפי "תום הלב האובייקטיבי" אין מדובר אלא ב"תום לב" במישור האובליגטורי ולא בתום הלב במשמעותו "הקניינית" בסעיף 9 לחוק המקרקעין.

4. מהטעמים המפורטים בחוות דעתו של הנשיא אני סבור שלפי המקובל בישראל – נדרש רוכש זכות במקרקעין לרשום הערת אזהרה על התחייבות למכור לו את הזכות, בכל מקום שהדבר אפשרי, נדרש וראוי. לדברים אלה יש להוסיף גם שבמקרים אלה אי רישום הערת אזהרה במשך שנים רבות, כמו במקרה שלפנינו, יש בה משום הפרת חובה אובליגטורית כלפי "השני" המשתיקה את בעל העיסקה הראשונה מלטעון לקיומה של זכות מכח סעיף 9 לחוק המקרקעין; ניסוח אחר הוא לומר – שמדובר בהפרת חובת "תום הלב האובייקטיבי", שאין לה ולא כלום עם תום הלב הנדרש מ"השני" בסעיף האמור.

נמצא, שאם כי במעגל החיצוני, הקנייני, זכותו של בעל העיסקה הראשונה גוברת, הרי במישור הפנימי, האובליגטורי, מונע בעדו מחדלו מלרשום הערת האזהרה את מימוש זכותו לפי סעיף 9 הנ"ל.

מהטעמים האמורים אני מסכים לתוצאה אליה הגיע הנשיא.

השופט א' פרוקצ'יה:

1. אלה עובדות המקרה: משיבה 1 (בריטיש) מכרה מקרקעין שבבעלותה למשיבה 2 (נוטריקון). העיסקה לא נגמרה ברישום. בין נוטריקון והמערער (גנז) נכרת חוזה לפיו נוטריקון מוכרת את המקרקעין לגנז. עסקה זו לא נגמרה ברישום וגנז לא רשם

הערת אזהרה. שנים לאחר מכן, שבה נוטריון וחתימה על חוזה מכר נוסף לפיו היא מוכרת את המקרקעין למשיבה 3 (אפק). אפק קנתה את המקרקעין בתום לב, בתמורה, ורשמה הערת אזהרה בדבר העסקה לאחר שקבלה לכך את הסכמת בריטיש ונוטריון. העסקה השניה נוגדת לעסקה הראשונה. מי מבין בעלי הזכויות על פי העסקאות הנוגדות זכאי לאכיפת זכותו?

2. אני מצטרפת למסקנת הנשיא בפסק דינו כי יש לדחות את הערעור, משזכותה של בעלת העסקה השניה (אפק) גוברת על זכותו של בעל העסקה הראשונה (גנז) בנסיבות מקרה זה. אני מצטרפת להנחת המוצא כי סעיף 9 לחוק המקרקעין מתפרש גם על עסקאות נוגדות מסוג אלה הנדונות כאן, בהן המוכר אינו בעל קנין רשום והוא מעביר את המקרקעין בעסקאות נוגדות (להלן – "עסקאות מעין קנייניות"). כן אני מסכימה כי, בצד העדיפות שניתנה בסעיף 9 לחוק המקרקעין לבעל העסקה הראשונה, ישנן נסיבות בהן אכיפת זכותו מחייבת העמדת תום לבו למבחן, ולבחינה זו עשויה להיות השלכה על תוצאות ההתמודדות בינו לבין בעל העסקה השניה. בהפעלת סעיף 9 על העסקאות הנוגדות בענייננו, מניח הנשיא בפסק דינו כי בעל העסקה השניה אינו רוכש עדיפות על פני הראשון מכח מילוי התנאים המצטברים הנדרשים בסופא לסעיף 9, שכן לא מתמלא לגבי תנאי הרישום של זכות הקנין, בהיתן טיבה של העסקה כהתחייבות לבצוע עסקה במקרקעין שהמתחייב בה אינו בעלים רשום. לכן, הנחתו היא כי בעל העסקה הראשונה עדיף, בכפוף לבחינת תום לבו. בענין זה אבקש להסתייג מנקודת המוצא השוללת מלכתחילה אפשרות כי בעל העסקה השניה יזכה בעדיפות על פני הראשון, מכח קיום דרישות סעיף 9 סיפא. עמדתי, כפי שתוצג להלן היא, כי החלת כללי התחרות של סעיף 9 מחייבת התאמתם, בשינויים המחויבים, לעסקאות הנוגדות המעין קנייניות שבהן המוכר אינו בעלים רשום. התאמה זו מביאה לתוצאה כי כשם שעסקה נוגדת שבה המוכר הינו בעלים רשום בוחנים, בראשית הדברים, האם בעל העסקה השניה יועדף על הראשון אם קיים דרישות תום לב, תמורה, ורישום בתום לב של זכות קנין, כך, ובאותה מידה, יש לבחון בעסקה המעין קניינית, שבה המוכר אינו בעלים רשום, האם בעל העסקה השניה קיים דרישות אלה, בשינויים המתחייבים, כאשר את מקום רישום זכות הקניין יתפוס רישום הערת אזהרה. אם נתקיימו דרישות אלה, כי אז בשני המצבים זכותו של בעל העסקה השניה תגבר, ושאלת תום לבו של הראשון תתייתר. אולם אם לא נתקיים בקונה השני אחד התנאים המצטברים הנדרשים לעדיפותו, תינתן הבכורה לראשון, בכפוף למבחני תום הלב, הכל כמתואר בהרחבה בחוות דעתי של הנשיא.

3. סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע כי מקום שהתחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו תם לב – זכותו עדיפה. הוראה זו, על פי פשוטה, מדברת בעסקאות נוגדות שניתן לרשום לגביהן, על פי טיבן, זכויות קניין. רוצה לומר, עסקאות בהן המוכר הנו בעל זכות קניין רשומה אותה הוא מעביר לאחרים בשתי עסקאות נוגדות (להלן – "עסקאות קנייניות"). באשר להן, קובעת הוראת החוק כי בתחרות בין עסקאות כאלה תינתן הבכורה לראשון, אלא אם השני פעל בתום לב, בתמורה, והעסקה לטובתו, קרי: העברת זכות הקניין – נרשמה בעודו תם לב. רישום הקניין משכלל את זכותו של השני, ומיצבור התנאים – תום לב, תמורה, ורישום של זכות הקניין מקנים לו עדיפות על הראשון. לעומת העסקאות הקנייניות, בעסקאות נוגדות מעין קנייניות מסוג אלה בהן אנו דנים, המוכר אינו בעל זכות קניין, אלא מחזיק, הוא עצמו, בזכות מעין קניינית לתבוע מימוש התחייבות לבצוע עסקה קניינית כלפיו. הוא מבצע שתי עסקאות נוגדות לגבי המקרקעין. בעסקאות אלה, מעצם טיבן, לא ניתן לרשום זכות קנין, שכן כל שיש בידי בעלי העסקאות הן זכויות מכח התחייבויות נוגדות של המוכר לבצע עם כל אחד מהם עסקה במקרקעין, שעה שהמוכר עצמו אינו רשום כבעליה של הזכות המועברת. הכללתן של העסקאות המעין קנייניות הנוגדות הללו במסגרת סעיף 9, כמוצע על ידי הנשיא, מחייבת, על פי הניתוח המוצע כאן, להחיל עליהן, בשינויים המתחייבים, ובאורח סימטרי ככל הניתן, את עקרונות ההתמודדות שהוראת חוק זו קובעת לגבי עסקאות קנייניות מתחרות. תנאי תום לב ותמורה על ידי בעל העסקה השניה ניתנים לקיום באותה מידה בעסקה הקניינית והמעין קניינית. השוני ביניהם הוא בדרישת הרישום כאמצעי לשכלול העסקה על ידי בעל העסקה השניה לצורך רכישת עדיפות על בעל העסקה הראשון. בעסקה הקניינית, רישום הקניין הוא אמצעי אפשרי. בעסקה המעין קניינית, רישום הקניין אינו אפשרי, שכן כל שמצוי בידי בעל הזכות הוא התחייבות לבצוע עסקה על ידי מוכר שהוא עצמו אינו בעל זכות קניין. יחד עם זאת, המגמה ליצור סימטריה בין שני סוגי העסקאות, כמתבקש מהיות שתיהן תחת מטריית סעיף 9 מצדיקה בחינה מהו האמצעי העומד לרשות בעל העסקה השניה לשכלל את עדיפותו על פני בעל העסקה הראשונה, ברוח דרישות החוק בענייננו. וכך, דרישות סעיף 9 צריכות להיות מותאמות, לפי הענין, לטיב העסקה בה מדובר: קניינית או מעין קניינית. וכאן השאלה, האם אין לראות את בעל העסקה השניה המעין קניינית אשר רכש את זכותו בתום לב ובתמורה, כמי "ששכלל" את זכותו המעין קניינית על ידי רישום הערת אזהרה בדבר זכותו במרשם המקרקעין, הפתוח לעיון הציבור ומהווה הצהרה קבל-עם על זכותו? סעיף 9 מחייב כתנאי לעדיפותו של בעל העסקה השניה כי "העסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב". פשוטו של תנאי זה ברישום זכות הקניין **בעסקה קניינית** נדרש על פי סעיף 7 לחוק המקרקעין לצורך שכלולה של אותה עסקה. ברי, איפוא, כי רישום הערת אזהרה בעסקה קניינית כזו לא ישכלל את זכות הקניין וגם לא יקנה לקונה השני עדיפות על הקונה הראשון. אולם שונה הדבר כאשר מדובר בתחרות בין שני קונים **בעסקה מעין קניינית**, בה לא ניתן לרשום זכות קניין. סעיף 9 בנוסחו אינו מוגבל לרישום זכות קניין בעסקת קניין בלבד, אלא הוא עשוי להתיישב גם עם רישום זכות מעין קניינית בעסקה מעין קניינית על דרך רישום הערת אזהרה. גם הגדרת המושג "רישום" בסעיף ההגדרות של חוק

המקרקעין אינו מדבר ברישום זכות קנין דוקא, אלא עניינו על פי ההגדרה ב"רישום בפנקסי המקרקעין המתנהלים לפי חוק זה או התקנות על פיו". דרישת הרישום בסעיף 9 עשויה להתיישב, איפוא, גם עם רישום זכות שאינה קניינית לגבי עסקה מעין-קניינית. משהוחל סעיף 9 גם על עסקאות מעין-קנייניות, מתבקש להחיל לגביהן את תנאי הרישום הנקוב בו על דרך רישום הערת אזהרה, שהוא האמצעי המשפטי העומד לרשות בעל הזכות לתת פומבי לזכותו. הפועל היוצא מכך הוא, כי כשם שבעסקה הקניינית יגבר הקונה השני על הקונה הראשון מקום שקיים את תנאי תום הלב, התמורה, ורישום זכות הקנין, כך בעסקה המעין קניינית, יגבר הקונה השני כאמור, מקום שקיים את תנאי תום הלב, התמורה ורישום הזכות המעין קניינית על דרך רישום הערת אזהרה. בשני מצבים אלה כאחד, לא יידרש בית המשפט לבחינת תום לבו של הקונה הראשון.

4. ישנן חילוקי דעות באשר לשאלה אם הערת אזהרה הינה "זכות במקרקעין" אם לאו, והנטייה בפסיקת בית המשפט הינה לאמץ את הגישה לפיה הערת אזהרה אינה בבחינת זכות במקרקעין, אלא כל עיקרה הוא במחסום שהיא יוצרת בפני רישום עסקאות סותרות במקרקעין. ככזו היא "זכות שלילית מעצם טבעה, למנוע מאחרים רכישת זכות קניינית במקרקעין ואין היא, כשלעצמה, יוצרת זכות בעלת תוכן קנייני למאן דהוא" (דברי הנשיא לנדוי בע"א 68/76 **אטיאס נ' הממונה על המרשם** פד"י (3) 527; וכן ע"א 1235/90 **הרבסט נ' חב' אריאן**, פד"י מו(4) 661, 672; ע"א 205/83 **חובני נ' דיקלה, חברה לבנין**, פד"י מא(3) 96; רייכמן, **הערת אזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות**, עיוני משפט י', 297). מאידך, המחוקק "איפשר את חיסונה הקנייני של זכות חוזית לרכישת זכות במקרקעין בתוך שיטת הרישום: על ידי רישומה של הערת אזהרה הופכת זכות חוזית כזו עדיפה כלפי עסקאות נוגדות מאוחרות וכלפי נושים של המוכר" כדבריה של פרופ' נ' כהן, "**חזוה של קטינה לרכישת דירה, מול נושה של המוכר**" הפרקליט מא' (1993) 161, 191. ראה גם י' ויסמן "**זכות קניין בפסיקה: התיאוריה בשירות הפרקטיקה**" עיוני משפט טו' (1990) 53, 60-62, המביע דעה לפיה ראויה זכות חוזית שעליה הערת אזהרה להיות מסווגת כזכות קניין. (ראה גם דברי השופט ח. כהן בע"א 68/76, שם; א. פרוקציה, **דיני פשיטת רגל וחקיקה אזרחית בישראל**, עמ' 81). הובעה אף העמדה כי אין לייחס להערת האזהרה תווית של "קנייניות" או העדר "קנייניות" אלא יש לראותה "כיצור כלאיים שלו תווי אופי קנייניים ולא קנייניים כאחד... יש לבחון את הערת האזהרה בכל מקרה לגופו, על רקע הסיטואציה הקונקרטית המתעוררת. סיווגה ומיונה של ההערה, ככל שהם נדרשים, יוכרעו על פי אלה ממאפייניה אשר להם ביטוי מיוחד בהקשר הנדון" (דברי השופט ד. לוי בע"א 261/88 **בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי**, פד"י מח(2) 117, 121).

בענייננו, סיווגה של הערת האזהרה כקניינית אם לאו איננה מכרעת. חשיבותה משתקפת במימד הפומביות הנלווה אליה, ההופך באמצעותה את זכותו המעין קניינית של בעל העסקה השנייה לזכות הנחשפת לעיני הציבור ומשמשת גורם ובסיס להסתמכות צדדים שלישיים. במובן זה יש דמיון בינה לבין רישום זכות הקניין בעסקה הקניינית. רבות נכתב על מימד הפומביות כמעצב העיקרי של עוצמתה של זכות הקניין ועמידותה בפני צדדים שלישיים (דויטש, קנין, חלק א', עמ' 127 ואילך; ע"א 790/85 **רשות שדות התעופה, נ' גרוס**, פד"י מד(3) 185; ע"א 2242/92 **מ.נ. בנק אמריקאי ישראלי בע"מ**, פד"י מ"ח(3) 249). למימד הפומביות ישנו משקל משמעותי בהקשר לרישום הזכות המעין-קניינית. רישום הערת אזהרה מגשים את מימד הפומביות כאמור, ומשווה לזכותו של בעל העסקה השניה אופי של זכות המצויה בעין הציבורית, על ההשלכות הנגזרות מכך (על ערכו של רישום הערת אזהרה ראה ויסמן, דיני קנין, חלק כללי, עמ' 327). ברישום כזה ממצה בעל הזכות את האמצעי היחידי שהמשפט נותן בידיו לרשום את זכותו (ראה ע"א 1516/99 **לוי נ' חיג'אזי**, פד"י נה(4) 764, 730 ר"ז). אין זה רישום זכות קניין שאינה מצויה בידו, אלא רישום זכות מעין-קניינית המצויה בידו. בכך מקבל רישום הערת האזהרה מימד "חיובי" הנושא אופי של הצהרה על קיום זכות הנוסף למימד "השלילי" המאפיין את ההערה שעניינה אזהרה והרתעה מפני ביצוע עסקאות סותרות עתידיות. וחוזרת השאלה - בעל עסקה שניה מעין קניינית שהוא תם לב, נתן תמורה ורשם הערת אזהרה - מדוע לא ייראה כמי שזכותו המעין-קניינית "השתכללה", ותגבר בתוקף שכלול זה על בעל העסקה הראשונה, בדומה לעדיפותו של בעל העסקה השניה הקניינית הגובר בנסיבות דומות על הראשון מכח שכלול זכותו ברישום הקניין?

5. גישה זו מתיישבת עם הוראות אחרות הפזורות על פני החקיקה האזרחית העוסקות בכללי תחרות בין עסקאות נוגדות בהקשרים שונים. הוראות אלה קובעות בדרך כלל עדיפות לבעל העסקה הראשונה, אלא אם בעל העסקה השניה הוא תם-לב, נתן תמורה וביצע אקט חיצוני מסוים המשכלל את זכותו ומקנה לה עדיפות על הראשון. (ראה ד' פרידמן, "**הערת בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה**" עיוני משפט ד', 245). כך למשל, בעסקות נוגדות במיטלטלין יועדף הקונה הראשון אלא אם כן השתכללה זכותו של הקונה השני בתום לב ובתמורה ובקבלת הנכס לידו (סעיף 12 לחוק המיטלטלין). מסירת הנכס כאמור אינה בהכרח שקולה כהעברת בעלות, שכן על פי סעיף 33 לחוק המכר ניתן להסכים על דרך אחרת להעברת בעלות. אולם גם אם הוסכם כך, העדיפות ניתנת לבעל העסקה השניה שקיבל לידיו את הנכס; בהמחאות זכויות נוגדות יועדף הנמחה הראשון אלא אם כן הודיעו ראשונה לחייב על ההמחאה השניה (סעיף 4 לחוק המחאת חיובים). להודעה לחייב ניתן משקל "המשכלל" את עדיפות השני; בעסקאות שכירות נוגדות לתקופה קצרה שאינן טעונות רישום, זכות השוכר הראשון עדיפה אך אם השני שכר וקיבל את המקרקעין בתום לב, זכותו עדיפה (סעיף 80 לחוק המקרקעין). עולה, איפוא, כי בתהליך ההתמודדות בין

עסקאות נוגדות קובעת החקיקה האזרחית ככלל כי בעל העסקה הראשונה יועדף, אלא אם כן בעל העסקה השניה הוא תם לב, נתן תמורה, וביצע אקט נוסף שיש בו כדי לשכלל את זכותו. על פי רוב, המאפיין אקט זה הוא בחשיפת הזכות שרכש בעל העסקה השניה בפני הציבור. בנסיבות אלה תגבר זכותו של בעל העסקה המאוחר על פני בעל העסקה המוקדם. כללים אלה מכוונים ליתן משקל נכבד לשיקולי חופש, בטחון, וודאות במסחר ובחיי הכלכלה. כך הוא גם באשר לעסקאות נוגדות במקרקעין הנשלטות על ידי סעיף 9 לחוק. הרישום הפתוח לעיני הציבור משכלל את זכותו של בעל הזכות המאוחר – בין רישום קניין בעסקה הקניינית ובין רישום הערת אזהרה בעסקה המעין-קניינית, ומקנה לו עדיפות.

6. ניתוח זה מניח כי החלת כללי התמודדות בין שתי עסקאות נוגדות תיעשה בשלבים הבאים: אם בעל העסקה הראשונה רשם הערה בדבר זכותו הוא יעודף על פני הקונה המאוחר מכוח הוראת העדיפות שבסעיף 9, ונוכח ההנחה כי לרוב בנסיבות אלה הקונה השני ממילא לא יקיים את דרישת תוס-הלב נוכח קיום רישום זכותו של הראשון. אולם אם בגין העסקה הראשונה לא נרשמה הערת אזהרה יש לבחון האם בעל העסקה השניה מקיים את דרישות סעיף 9 סיפא, קרי: תוס-לב, תמורה ורישום בעודו תוס-לב. באם הן מתקיימות מוקנית לו עדיפות על פני בעל העסקה הראשונה. בנסיבות אלה לא נבחנת שאלת תוס-לבו של הראשון, שכן השני, בקיימו את מלוא התנאים, יזכה גם מקום שהראשון, חרף אי רישום הערה על ידו, היה תוס-לב. אולם מקום שבעל העסקה השניה לא קיים תנאי מהתנאים האמורים, נקודת המוצא היא כי בהתמודדות בין שני בעלי העסקאות הנוגדות זכותו של הראשון עדיפה. אולם עדיפות זו כפופה לשאלות תוס-לב באכיפת זכותו, על פי המבחנים המוצעים בפסק דינו של הנשיא. גישה זו להחלת סעיף 9 משותפת הן לעסקאות הקנייניות והן לעסקאות המעין-קנייניות, תוך יצירת מיתאם בכללי ההתמודדות בין שני סוגי עסקאות נוגדות אלה.

7. דרך זו לניתוח הסוגיה יוצרת סימטריה מהותית בכללי ההתמודדות בין עסקאות קנייניות לעסקאות מעין-קנייניות המצויות באותו מדרג. היא עונה לכללי התחרות המהותיים שסעיף 9 הציב. היא נותנת משקל לשכלול זכותו של בעל העסקה השניה במסגרת אמצעי הרישום הנתון בידי בהתאם לאופי הזכות הנתונה בידו, קרי: רישום זכות הקניין בעסקה הקניינית ורישום הערת האזהרה בעסקה המעין-קניינית. שכלול הזכות בשני סוגי העסקאות מתקיים מתוקף פועלו של הרישום כמצהיר כלפי הציבור על קיומה של הזכות – בין הזכות הקניינית ברישום הקניין, ובין הזכות המעין קניינית ברישום הערת אזהרה לגביה. צדדים שלישיים פועלים על פי הרישום ומכלכלים על פיו את צעדיהם. בקביעת יחס סימטרי בהחלת כללי התחרות כאמור, יש כדי להקטין את אי הוודאות, אי האחידות ואי היציבות ביחס לכלל הקדימות הקבוע בסעיף 9, שהחשש מפניהן מובע בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (בפסקה 27) לפסק דינה. בפרשת אהרונוב (ע"א 189/95, פד"י נג (4) 199) כתב הנשיא:

"תיאור זכותו של הקונה (הראשון) כקניין שבישר אינו משקף את מלוא מורכבותו. העמקה נוספת בו חורגת מצרכיו של ערעור זה. כך, למשל, יהיה צורך בהמשך לבחון, בין השאר, את היחס בין דיני הקניין שבישר לבין דיני הערת האזהרה" (שם עמ' 247).

הגישה המוצעת כאן משקפת את הקשר הראוי בין רישום הערת אזהרה לבין קניין שבישר – הזכות המעין-קניינית.

8. לפנינו בעלי עסקאות מעין-קנייניות נוגדות באותו מדרג. גנז, בעל העסקה הראשונה, לא רשם את זכותו המעין קניינית, ולפיכך אפק לא ידעה ולא יכלה לדעת על קיומה. לגנז, כקודם בזמן, מוקנית העדיפות, להוציא מקרה שבו בעל העסקה השנייה ממלא אחר כל תנאי סעיף 9 סיפא. אפק, בעלת העסקה המאוחרת, פעלה בתום לב ובתמורה. היא רשמה הערת אזהרה באשר ליכויותיה על פי העסקה וגם זאת עשתה בתום לב. היא מקיימת את כל תנאי סעיף 9 סיפא לחוק המקרקעין ורישום ההערה על ידה שכלל את זכותה כלפי גנז. לאפק יש, אפוא, עדיפות על פני גנז. זכותה גוברת על זכותו של גנז אף בלא צורך לדון בשאלה האם התנהגותו של גנז נגועה בחוסר תוס-לב. תוצאה זו נותנת ביטוי לאמות המידה שהוגדרו בחוק המקרקעין לצורך התמודדות בין שני בעלי הזכויות הנוגדות – מוקדם ומאוחר. ברוח דברים אלה אני מצטרפת למסקנת הנשיא כי יש לדחות את הערעור.

עיינתי בחוות הדעת של חבריי, ואני מצטרף לחוות דעתו של חברי הנשיא א' ברק על הנמקתו. אסתפק בהערה אחת בדבר הרעיון, המוצע על ידי חברתי השופטת א' פרוקציה, לפיו במקרה של "עיסקה מעין קניינית" רישומה של הערת אזהרה על ידי הקונה השני כמוה כרישום העיסקה לטובתו, כמשמעות דרישה זו בסיפא של סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. לטעמי, אין בית המשפט יכול ליצור הסדר בדרך שיפוטית, אשר יפחית מן הדרישה הפורמאלית של רישום עיסקה שנקבעה על-ידי המחוקק. עיסקה היא הקניינית זכות במקרקעין והיא טעונה רישום. כל עוד העיסקה לא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עיסקה. לכן, רישומה של הערת אזהרה אינו יכול לבוא במקום רישום העיסקה. יתרה מזו, איני רואה כל צידוק ענייני לכך שמעמדו של קונה שני, אשר קנה ממוכר שאינו רשום כבעלים, יהיה עדיף – ביחסיו עם קונה ראשון – על מעמדו של זה שקנה ממוכר הרשום כבעלים. לבסוף, מה יהא דינו של קונה שני שרשם הערת אזהרה זמן קצר לפני שהבעלות עברה לידי המוכר באמצעות רישום? האם נאמר כי כעת חלה הדרישה של סעיף 9 לרישום העיסקה מצד הקונה השני, או שמא נסתפק גם כאן בהערת האזהרה?

כאמור, מסכים אני לחוות דעתו של חברי הנשיא.

השופט א' מצא:

אני מסכים להכרעתו של חברי הנשיא, וכן לעיקרי הנמקתו. אף עליי מקובל, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין עשוי לחול גם במקום שבו המתחייב לבצע עסקאות נוגדות במקרקעין לא היה, בעת מתן ההתחייבויות, בעל זכות קניינית במקרקעין. אכן, החלתו של חוק המיטלטלין על עסקאות והתחייבויות לעסקאות במקרקעין, הינה מלאכותית למדי ורצוי להימנע ממנה ככל שמגבלות הדין מאפשרות את הדבר. כן מקובל עליי, כי בנסיבות שבהן הקונה השני אינו מקיים את כל התנאים הנקובים בסעיף 9 (תום לב, תמורה ורישום), המקנים לו עדיפות על פני הקונה הראשון, אין עדיפותו של הקונה הראשון מוחלטת אלא כפופה לעקרונות משפט כלליים, בכללם עקרון תום הלב, במובנו האובייקטיבי. למותר לציין, בהקשר זה, כי הנטל להוכיח את אי-עמידתו של הקונה הראשון בעקרונות אלה, מוטל על הקונה השני, הטוען זאת. מסקנה זו מתבקשת מעצם עדיפותו הלכאורית של הקונה הראשון, הקבועה בסעיף 9.

עם זאת, הנני מבקש להימנע מקביעת כלל שלפיו, כדברי חברי, "עקרונית תום הלב דורש כי מי שהתחייבו כלפיו לעשות עסקה במקרקעין יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה על דבר העסקה שנעשתה בפנקסי המקרקעין". אכן, חובת תום הלב מטילה על הקונה הראשון את הנטל לנקוט אמצעים סבירים כדי למנוע "תאונה משפטית" בינו לבין קונה שני פוטנציאלי. אלא ש"תאונה" כזאת ניתנת למניעה בדרכים מגוונות והערת אזהרה היא רק אחת מאלו. כך, למשל, כשמדובר במקרקעי ישראל, לעתים קרובות די בכך שהעסקה – או "הערה" אודות העסקה – נרשמה בפנקסי מינהל מקרקעי ישראל או "החברה המשכנת". גם רישום כזה עשוי לכאורה להסיר מכשול מדרכו של קונה שני סביר. ודוק: בדרך כלל אין מניעה משפטית לרשום הערת אזהרה במרשם המקרקעין אודות עסקה במקרקעי ישראל, אם כי נראה שלפי הניסיון במקרים רבים הדבר אינו נעשה (ראו א' רייכמן "הערת האזהרה – מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" עיוני משפט י (תשמ"ד) 297, 299). הוא הדין באשר לנכסים שהקונה הראשון תפס בהם חזקה ונוהג בהם מנהג בעלים, באופן האמור להיות גלוי לעיניו של כל קונה שני סביר אשר יטרח לבקר בנכס קודם לרכישתו. סבורני כי אין זה מן הראוי לקבוע כלל העלול להטיל דופי של "חוסר תום לב" ברוכשים סבירים רבים. מאידך, גם לא הייתי מאמץ את עמדת חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, ולפיה "ככלל, אין לראות בעצם אי הרישום של הערת האזהרה על-ידי בעל העסקה הראשונה, חוסר תום לב, אלא במקרים חריגים", וזאת מהטעמים המובאים בפסקה 19 לפסק-דינו של הנשיא.

מסקנתי, הנגזרת מן האמור, היא, כי יש להסתפק בכלל שמתווה הנשיא, ולפיו "עקרון תום הלב דורש כי בעל העסקה הראשונה יפעל בהגיונות, תוך התחשבות בציפיה הסבירה של בעל העסקה השניה". אופן יישומו של כלל זה ייקבע בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה נתון. קונה ראשון המעוניין להבטיח את זכותו, ייטיב, אמנם, לעשות אם ירשום הערת אזהרה; ואולם אין לומר מראש, מבלי לבדוק את יתר נסיבות העניין, כי בהימנעו מלעשות כן יוחזק כמי שפעל בחוסר תום לב, או להיפך – כמי שפעל בתום לב. ההימנעות מרישום הערת האזהרה אינה אלא אחת מבין אינדיקציות עובדתיות אפשריות, העשויות להצביע על חוסר תום לב.

הצעת חברתי, **השופטת פרוקצ'יה**, לפרש את המונח "רישום" שבסעיף 9 באופן שיתייחס גם לרישום הערת אזהרה, מעוררת קשיים. ראשית, קשה לראות כיצד ניתן להגביל את פרשנות המונח להוראת סעיף 9, מבלי להביא בחשבון את השלכתה על פרשנותו של המונח "רישום" בהוראות אחרות של החוק, לרבות סעיף 7 הימנו. שנית, יש בהצעה כדי לכבול ללא צורך את שיקול דעתו של בית המשפט: קונה שני שירשום הערת אזהרה (ויקיים את יתר תנאי סעיף 9 סיפא), יגבר **תמיד** על קונה ראשון שלא רשם הערה כזו, אף אם הקונה הראשון היה תם לב לחלוטין. ושלישית, ההצעה עשויה אמנם להתאים להכרעה במקרה נשוא הערעור, אך ספק אם יש בה כדי להוסיף לגישתו הכללית של הנשיא, שאותה ממילא מאמצת חברתי באותם מקרים שבהם הקונה השני לא רשם הערת אזהרה או לא קיים תנאי מתנאיו של סעיף 9 סיפא.

השופט א' ריבלין:

1. הריני מצטרף לתוצאה אליה הגיע הנשיא בפסק דינו הדבור היטב, אך ברצוני לרשום הערת אזהרה:

הכלל המתואר בסעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: החוק), לפיו בהתקיים עסקאות נוגדות בנכס מקרקעין זוכה הרוכש הראשון בזמן בקניין בנכס אלא אם כן רשם הרוכש האחר את הבעלות בנכס בתום לב, נוהג גם בשיטות משפט אחרות. המשפט המקובל הוסיף על הסייגים המוטלים על זכותו של הרוכש הראשון בשל התנהגותו התמה של הרוכש המאוחר בזמן, גם את סייג המניעות ואת חריג הרשלנות הכרוכים בהתנהגותו הפסולה שלו. התנהגותו של המתחרה הראשון כלפי משנהו עשויה להחיל עליו, במשפט המקובל, את דוקטרינת השתק. התרשלנות בנקיטת אמצעי זהירות שיעמידו רוכשים בכוח על זכויותיו בנכס – התרשלנות שהביאה לשינוי לרעה במצבו של קונה שני – עשויה לשלול את עדיפותו (לגבי דין דומה בארצות-הברית ראו: §139 (Vol. 66, 2001) American Jurisprudence 2d). סייגים אלה לכלל העדיפות של הרוכש הראשון אומצו בעתו גם במשפט הישראלי, קודם להחקת חוק המקרקעין. כך אימץ בית המשפט העליון, מפי הנשיא ש' אגרנט, את החריג, שהיה מצוי בדין האנגלי, לכלל העדיפות של בעל הזכות הקודמת בזמן – חריג הסומך על קיום רשלנות מצדו של בעל העסקה הראשונה שהביאה לשינוי לרעה במצבו של הקונה המאוחר בזמן (ע"א 73/53 זילברשטיין נ' יוסף, פ"ד ט(1) 57). בעל הזכות הקודמת בזמן עלול להפסיד את

זכות היתר שלו, כך נפסק במקרה אחר, "אם בעל הזכות הקודמת אשם במעשה מרמה, או ברשלנות חמורה או אם נוצר השתק הפועל לטובת בעל הזכות המאוחרת" (הנשיא (אז השופט) י' כהן בע"א 367/71 טייג נ' ישראל, פ"ד כו(1) 710).

סעיף 9 לחוק המקרקעין נמנע מאימוץ הסייגים האלה. הוא בא לכאורה גם למנוע יישומם של שיקולי צדק ביחסים שבין הקונים המתחרים (ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253). בחירה זו של המחוקק עשויה להימצא לנו קשה במיוחד באותם מקרים בהם ניתנו בידי הקונה הראשון כלים למניעת התקלה שהביאה לעסקה הנוגדת, והוא לא עשה שימוש בהם. הטוב והיעיל שבין האמצעים האלה הוא רישום הערת אזהרה. אולם, הוראת סעיף 9 אינה מפרשת כאמור סייגים אלה והיא שמה דגש, כך נראה, על הצורך להגביר את הוודאות המשפטית בכל הנוגע לרכישת בעלות במקרקעין ואת היתרון שבהענקת מעמד מרכזי למרשם.

2. במקרה שבפנינו יכול היה הקונה הראשון לרשום הערת אזהרה והוא נמנע מכך. להימנעות זו נצטרפו נסיבות חריגות, של מעבר זמן רב עד לביצוע העסקה המאוחרת, ותפיסת חזקה בפועל במקרקעין, בידי הקונה המאוחר, לאורך זמן. השאלה הצריכה הכרעה היתה אם רשאי הקונה הראשון, חרף הימנעותו מלרשום הערת אזהרה, ולאור מכלול הנסיבות האמורות, לעמוד על אכיפת זכותו הקודמת בזמן.

חברי הנשיא מסביר כי סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו עומד בבדידותו. הוא חלק ממערך נורמטיבי כולל. על המערך הזה נמנות דוקטרינות כלליות כגון רשלנות, התעשרות שלא כדין ותום לב. עקרון זה האחרון, אשר מקורו הפורמלי הוא בהוראת הסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הוא עיקרון "מלכותי". על פיו, כך מציין הנשיא, כל בעל זכות, במובנה הרחב, חייב להפעילה בתום לב, ביושר ובהגינות. עקרון תום הלב קובע, כך הוא מדגיש, אמת מידה אובייקטיבית. עקרון תום הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר ובהתעלם מהאינטרס החברתי. השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. "אדם לאדם – לא זאב, ולא מלאך; אדם לאדם – אדם" (דברי הנשיא ברע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 279). גם על הפעלתן של זכויות הרוכשים המתחרים חל עקרון תום הלב, קובע הנשיא. את זכות האכיפה יש להפעיל בתום לב. הרוכש הראשון בזמן חייב להפעיל את זכויותיו כלפי הקונה המאוחר בזמן – בתום לב. בין הקונה הראשון לבין הקונה השני, כך מדגיש הנשיא, נוצר יחס משפטי. "התאונה המשפטית" – כלשונה של פרופ' נ' כהן (במאמרה "חוצה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", **הפרקליט** מא 161 (1993)) – הפגישה ביניהם ויצרה ביניהם זיקה משפטית. חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה הופרה, כך הוא פוסק, משלא נרשמה בספרי המקרקעין הערת אזהרה בידי הקונה הראשון לאחר כריתת העסקה הראשונה ובפועל במשך שנים רבות קודם להיווצרות העסקה השניה. אכן, כך מבחיר הנשיא, התנהגותו של הקונה השני עשויה להשפיע על נפקות טענת חוסר תום הלב, המופנית כלפי הראשון, אלא שהימנעותו של הקונה המאוחר בזמן מלרשום הערת אזהרה לא תשולל, כשלעצמה, את זכותו לאכיפה. עוד מציין הנשיא, כי אם ניתן לבעל עסקה לרשום הערת אזהרה, הרי זהו נטל המוטל עליו, ואם ימנע מכך – עשוי הוא להפסיד את כוחו לאכוף את הזכות הנתונה לו מכח הוראת סעיף 9.

3. אכן, הוראת סעיף 9 אינה עומדת בחלל ריק. היא מצויה במסגרת נורמטיבית המכילה גם את העקרונות הכלליים של השיטה. על כך אין מחלוקת. עם זאת נתקל אני בקושי בכל הנוגע לבחירה לסייג את כלל העדיפות הקבוע בסעיף 9 באמצעות עקרון תום הלב דווקא. בצדק ציין חברי הנשיא כי את חובת תום הלב יש לתלות ביחסים שבין שני צדדים – ובמקרה שלפנינו הקונה הראשון והקונה האחר. הוא מציין כי "תאונה משפטית", כאמור, הפגישה בין השניים וכי מפגש זה הוא שיצר ביניהם יחס משפטי. דא עקא, שהמחדל המובא מכוח השקפה זו בגדר הפרת חובת תום הלב, **קדם** לאותו מפגש ואף **תרם** למפגש זה. אותה הפרה, קרי אי רישום הערת האזהרה, נוצרה קודם שנוצרו היחסים המשפטיים הנדרשים לעצם החלת החובה. לשון אחר: חובת תום הלב לא נולדה אל תוך יחס משפטי קיים. הפרתה הנטענת קדמה למפגש בין הקונים המתחרים ובפועל, כאמור, תרמה ליצירתו. והשאלה המעוררת ספק היא אם ראוי לקבוע חובת תום לב המופנית כלפי ציבור בלתי מוגדר של זוכים פוטנציאליים – בדומה לחובת הזהירות הנזיקית. לעניין זה עוד אשוב.

4. חברתי השופט ט' שטרסברג-כהן עומדת בהרחבה, בפסק דינה, על קשיים נוספים הניצבים בדרכו של עקרון תום הלב, בהקשר הנדון: לשון החוק המקשה על החלת העקרון והחשש שמא ייחוס חוסר תום לב לבעל העסקה הראשונה, משום שלא רשם הערת אזהרה, יביא לאי־ודאות, אי־אחידות ואי־יציבות ביחס לכלל העדיפות שבסעיף 9. בצדק מציינת השופטת שטרסברג-כהן כי שאלה היא, כאשר מחילים את עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה, אם אין מקום להתחשבות בשיקולים נוספים, וביניהם שיקולי צדק, ביחסים שבין בעל העסקה הראשונה לבין בעל העסקה השניה. מלכתחילה, כך היא מציינת, נועד רישום הערת האזהרה להגן דווקא על בעל העסקה הראשונה מפני עסקאות סותרות, ומכל מקום שאלה היא, לשיטתה, אם יש באי רשום הערת אזהרה משום חוסר תום לב או שמא המדובר ברשלנות "שאין בה כדי לשלול מבעל העסקה הראשונה את עדיפותו". לדעתי, בנסיבות מסויימות, עשויה רשלנות כזו לשלול את עדיפותו של הראשון; עשויה להיות לה נפקות כאשר מצטרפים אליה נסיבות מתאימות כמו מצג שווא ושינוי מצבו של בעל העסקה המאוחרת לרעה.

5. הקושי בישום עקרון תום הלב על זכותו של בעל העסקה הראשונה אין בו כדי ללמד כי הקונה הראשון חף מחובות כלפי הקונה המאוחר בזמן. כפי שציין חברי הנשיא, סעיף 9 לא ישכון לבדד. כך למשל, החובה שלא להתרשל כלפי מי שעשוי להיפגע מהתנהגותו חלה על בעל העסקה הראשונה מכח הדין הכללי. זוהי חובת הזהירות והיא חלה כלפי כל מי שהיה על החודל לצפות כי הוא עשוי להיפגע כתוצאה ממחדלו. היא חלה, לפיכך, על הקונה הראשון, ביחסיו עם קונים פוטנציאליים. למחדל רשלני של אי רישום הערת אזהרה עשויה להיות, במקרים המתאימים, גם תוצאה המונעת מן הקונה הראשון את הכוח לעשות שימוש בזכות הראשונים שלו. כך על פי דוקטרינת ההשתק והמניעות. בדרך זו נקט חברי המשנה לנשיא ש' לוי. סעיף 9 לחוק המקרקעין, כך הוא מבהיר, עניינו המעגל החיצוני של דיני הקניין, אך בצדו קיים גם המישור הפנימי, האובליגטורי. במישור זה האחרון, עשוי פלוני להיות מושקע מלטעון לקיום זכותו כלפי אלמוני בהתקיים מצג במעשה או במחדל שבעטיו שינה אלמוני את מצבו לרעה. חברי המשנה לנשיא נכון, עם זאת, להכיר בדימיון שבין דוקטרינת ההשתק לבין דוקטרינת תום הלב בהיבטה האובייקטיבי. הוא מדגיש עם זאת כי המדובר בתום לב במישור האובליגטורי להבדיל מתום הלב במשמעותו הקניינית – כזה הנדרש מן הקונה המאוחר בזמן לפי הוראת סעיף 9 לחוק.

6. גם אני סבור כי בנסיבות החריגות של המקרה – ובהן מעבר הזמן עד לעריכת העסקה השניה, בלא רישום הערת אזהרה מצדו של הקונה הראשון, וכן העובדה שהקונה המאוחר החזיק במקרקעין לאורך זמן ושינה מצבו לרעה – עשוי בעל העסקה הראשונה שלא ליהנות מזכות העדיפות הנתונה לו בסעיף 9 לחוק. מששתק ונמנע מליתן ביטוי לזכויותיו בנכס, בין היתר בדרך של רישום הערת אזהרה, תמנע ממנו אכיפת זכותו בנכס. על אלה הייתי מוסיף גם זאת:

מי שמציג מצג שוא, מנוע מלהתכחש לאמיתותו, אם מקבל המצג פעל על פיו ושינה מצבו. דוגמא למצב דברים בו יוצר בעל זכות ראשונה בנכס מקרקעין מצג שוא פוזיטיבי (שלא כבענייננו) מפורש, מובאת בספרם של ד' פרידמן ונ' כהן, **חוזים** (כרך א', תשנ"א), בעמ' 529:

"פלוני מבקש לקנות חלקת קרקע ממוכר, הוא יודע כי אלמוני גם הוא מעוניין באותה חלקת קרקע. פלוני פונה לאלמוני ושואל אותו, אם יש לו תביעות כלשהן לגבי הקרקע או זכויות המתייחסות אליה. אלמוני משיב בשלילה. מסתבר כי לאלמוני היה באותה עת חוזה מכר עם בעל הקרקע. אלמוני מנוע מלטעון כלפי פלוני כי לו זכויות עדיפות מכוח חוזהו עם המוכר. בתחרות בין אלמוני לבין פלוני יזכה פלוני, למרות היותו של אלמוני קודם בזמן, שכן פלוני הסתמך על מצגו של אלמוני ושינה מצבו לרעה עקב המצג. דוגמא זו ממחישה את תחום פעולתם של דיני ההשתק. אמנם המצג נוצר בסביבה חוזית, אך לא קיימת יריבות חוזית בין מצגי המצג לבין מי שהסתמך עליו. המצג פועל כדי לשלול את עדיפותו של אלמוני על פי כללי העסקאות הנוגדות של סעיף 9 לחוק המקרקעין. דיני ההשתק אינם חלים רק בין צדדים לחוזה..."

ואנו נוסיף כי, בנסיבות חריגות, גם מחדל המתבטא בהימנעות **מגילוי לרבים** על דבר זכויותיו של אלמוני במקרקעין, עשוי להשתקו ולמנוע ממנו אכיפת זכותו. נסיבות כאלה מתקיימות בענייננו. תפישת דומה מצאה לה ביטוי בפסיקה גם לאחר החקת סעיף 9. כך בדברים שהשמיע השופט מ' בר-יאר בבית המשפט המחוזי בת"א (ת"א) 2427/84 **רז חברה לבנין בע"מ נ' אירנשטיין ואח'** וכך בפסיקתו של הנשיא א' ברק בד"נ **ורטהיימר הנ"ל**, בעמ' 267, לאמור, כי במסגרת סעיף 9 "רשאי בית המשפט להתחשב בהתנהגותו של הקונה הראשון, כגון מעשי תרמית או הטעיה או רשלנות שביצע". בפועל, לא ניתן לכחד כי השתקתו של בעל העסקה הראשונה מלטעון לזכות האכיפה שבידו, סומכת גם על שיקולי צדק שבינו לבין הקונה המאוחר בזמן; מחד גיסא, נמדדת התנהגותו הרשלנית של הקונה הראשון בזמן אל מול פני הפגיעה בקונה המאוחר בזמן, ששינה מצבו לרעה. ומאידך גיסא, עשויה להיבחן גם התנהגות רשלנית מצד הקונה השני, שתרמה לאותה "תאונה משפטית". עצם הבחינה הכפולה הזו גורעת, כך יש לומר, מתוקפה של הלכת **ורטהיימר**.

ואם תאמרו, מה לי השתק ומה לי תום לב אובייקטיבי, שזה גם זה, מסייג את הכלל הבסיסי שבסעיף 9 באמצעות עקרונות כלליים, אשיבכם, כי אף שלכאורה אין נפקא מינה, שהרי התוצאה דומה, ראוי וחשוב להדגיש שתיים אלה: ראשית, המדובר, בעניינו של בעל העסקה הראשונה, בתום לב אובייקטיבי המושתת על אמת-מידה של הגינות המחייבת זהירות כלפי כל נפגע פוטנציאלי, בשונה, למשל, מתום הלב הסובייקטיבי הנדרש לדעתי מן הקונה המאוחר בזמן, לאמור, היותו חף מידיעה או חשד בדבר העובדה שזכותו בנכס נתונה לתחרות מצד אחר, הטוען לזכות טובה יותר. שוני מהותי זה בין טבעו של תום-הלב הנדרש, על פי גישה זו, מידי הקונה הראשון, לבין תום-הלב שהחוק מחייב בו את הקונה השני – מקשה על עריכת "מאזן ההתנהגויות" של הצדדים. זאת משום שבצד התנהגותו של הקונה הראשון, העשויה למנוע ממנו את אכיפת זכותו – והיא נמדדת כאמור באמת מידה אובייקטיבית – יש להביא בחשבון, במקרים המתאימים, את התנהגותו של הקונה המאוחר בזמן – למשל הימנעות מבדיקת ספרי המקרקעין – וזו נמדדת באמת מידה סובייקטיבית. מאזן של "השתקים", לעומת זאת, מאפשר אמת מידה אחידה – אובייקטיבית – להשוואת דרכי ההתנהגות של הצדדים (על מאזן ההשתקים, ראו בחיבורו של מיגל דויטש, **קניין** (כרך א', תשמ"ז) עמ' 176-180). ואפילו תרצו

לומר כי בשני צדי המשוואה עניין לנו בתום לב אובייקטיבי, אין אתם אומרים אלא שעניין לנו בהשוואת התנהגויות של הגינות המחייבת זהירות, לאמור, "מאזן של השתקים" שהורתם ברשלנות.

ושנית: מוסכם כי עקרונות כלליים אלה כופפים ראשם בפני מצוות המחוקק. אכן, הם עשויים ליטול מעוקצו של החוק, מקום בו הוא עשוי להביא לתוצאות שאינן רצויות. הם עשויים להקחות את "להב הגליוטינה", כלשונו של חברי השופט מ' חשין בע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונב, פ"ד נג(4) 199**, אך אין בכוחן להפוך על פיה את הוראת החוק. כפי שהדגיש חברי הנשיא, העקרונות הכלליים כאן לא באו לרוקן את הכלל הבסיסי שבסעיף 9 מתוכנו, ולהציב תחתיו כלל חדש ושונה. המחוקק בחר להסתפק בהטלת חובת תום לב על הקונה השני וזאת כתנאי לעדיפותו, ונמנע מלהטיל חובה מקבילה על הראשון. כל שמותר לנו הוא לעדן את הכלל, כאמור, באמצעות עקרונות כלליים, ולא לאיינו. כשם שבתחום דיני החוזים לא בא עקרון תום הלב לאיין את העקרון לפיו חוזים יש לקיים, כך גם תחת ממלכתו "הכללית" של עקרון תום הלב לא נתאינה החובה חוקים לכבד.

גם אני מסכים, אפוא, כי בנסיבות המקרה, יש למנוע מן הקונה הראשון את זכות האכיפה (אך לא למנוע ממנו תרופות אחרות). אשר על כן, מצטרף אני לפסק דינם של חברי.

אשר על כן הוחלט פה אחד לדחות את הערעור.

ניתן היום, ג' באדר א' התשס"ג (5.2.2003).

רעא 394/88 אנגל שושני ואח' נ' אברון את פורת בע"מ

פסק הדין

1. המבקשים חויבו בתשלום עמלת תיווך, והם מבקשים רשות לערער.
2. לצורך הבנת העניין שלפנינו יש להבחין בין היחסים המשפטיים בשני תחומים נפרדים:
ראשית, חובת התשלום של דמי תיווך קמה על יסוד מערכת היחסים החוזיים אשר בין המתווך, מחד גיסא, לבין המוכר או הקונה (או עם שניהם), לפי העניין, מאידך גיסא.
שאלה שנייה, שונה ונפרדת היא, אם יש למוכר או לקונה, לפי העניין, זכות חזרה כלפי הצד השני לעיסקת המכר; במלים אחרות, השאלה היא, אם הופר חוזה המכר על-ידי צד פלוני, באופן שיש בו כדי להקנות לצד האחר זכות לתבוע פיצויים מן הצד השני בשל הנזקים שנגרמו לו, לרבות תשלומים בהם חויב עקב כריתת החוזה (ע"א 1162/77, בעמ' 698).
ביתר פירוט: יכול מוכר או קונה, לפי העניין, להיות חייב בתשלום דמי תיווך למתווך, אך בו בזמן גם קמה לו הזכות המשפטית לתבוע מן הצד השני לחוזה המכר את העמלה, אשר אותה שילם למתווך, וזאת בגדר תביעת פיצויים בשל הנזק שנגרם לו עקב הפרת החוזה על-ידי הצד השני.
במקרה שלפנינו, חולק צד חוזה המכר על חובתו לשלם למתווך דמי תיווך, וזאת על יסוד הטענה, שחוזה המכר הופר על-ידי הצד השני לחוזה. דא עקא, שבכך שחוזה המכר הופר, אין כדי לפטור את הצד לחוזה המכר מעמלת התיווך, אם הצד האמור התחייב לשלם דמי תיווך במסגרת היחסים שבינו לבין המתווך והעיסקה נשתכללה. קרי, עצם הפרת החוזה איננה מבטלת התחייבות חוזית עם צד שלישי, שהוא כאן המתווך. אם ההפרה היא מעשהו של הצד השני לחוזה המכר, יוכל הצד המשלם למתווך לתבוע מידי המפר את מה ששילם למתווך.
השאלה, אם נוצרה כאן מערכת יחסים חוזית עם המתווך או לאו, ואם חוזה המכר נשתכלל, הייתה במקרה דנן שאלה עובדתית, אשר לגביה אין להעניק רשות לערעור שני.

הבקשה נדחת.

המבקשים יישאו בהוצאותיה של המשיבה בלוויית הצמדה וריבית עד למועד התשלום בפועל בסכום של 2,000 שקלים חדשים.

עא 107/86 אהרון חסין נ' דוד בלס ואח'

פסק הדין

השופט ש' נתניהו:

שני ערעורים על פסק-דין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופט מ' טלגם בת"א 2280/82 ו-1508/83), שבו נפסקו דמי תיווך למערער בע"א 107/86 (להלן – המתווך) נגד מוכר וקונה בעיסקת מקרקעין, המשיבים הראשון והשני בערעור הנ"ל (להלן – המוכר והקונה). ע"א 107/86 הוא ערעורו של המתווך, הטוען כנגד הסכום שנפסק לטובתו. ע"א 113/86 הוא ערעורו של הקונה על חיובו בהודעת צד ג' להחזיר למוכר את הסכום, שוא – המוכר – חויב בו כלפי המתווך.

בחלקו האופראטיבי של פסק הדין, כפי שתוקן מאוחר יותר בהחלטה, חויבו המוכר והקונה לשלם כל אחד למתווך שכר בשיעור של 1% משווי של המגרש נושא העיסקה, כפי שנקבע בהערכת שמאי – כ"840,000 ל"י. סך הכול נפסק למתווך סך של 16,800 דולר בתוספת מע"מ, עם הוראה בדבר הצמדה וריבית. תוצאת ההחלטה בהודעת צד ג' היא, כי על הקונה לשאת במלוא שכרו של המתווך.

לאחר הגשת הערעורים הגיע הקונה לידי פשרה עם המתווך. לאור זאת נדחה ערעורו של המתווך נגדו.

נותרו לדיון ערעורו של המתווך נגד המוכר וערעורו של הקונה על חיוב על-פי צד ג'.

2. אין מחלוקת, כי ביום 14.10.81 נעשה ונחתם זיכרון-דברים בין הקונה למוכר, ובו נאמר, כי המוכר מוכר את הנכס לקונה. העיסקה היא מהסוג המכונה "עסקת קומבינאציה", ולפיה נקבעה התמורה חלקה במזומנים (220,000 דולר) וחלקה ב-4 דירות, המהוות 40% משטח הבניין שהקונה הקבלן יבנה על הנכס. אין גם מחלוקת, כי העיסקה היא פרי תיווכו של המתווך. אך העיסקה לא מומשה ולא יצאה לפועל. תוך יום אחד מחתימת זיכרון הדברים הודיע הקונה למוכר שהוא אינו מעוניין בה.

כמה וכמה שאלות מתעוררות בערעורים אלה:

(א) האם על-ידי זיכרון הדברים נקשר חוזה סופי ומחייב בין הצדדים? (ב) אם אכן כן, האם זכאי המתווך לשכרו, אף-על-פי שהעיסקה לא מומשה? (ג) אם זכאי הוא, מה אחוז דמי התיווך המגיע לו ועל בסיס איזה תמורה יש לחשב אותו? (ד) האם בדין חויב הקונה (בהודעת צד ג' ביחסים שבינו לבין המוכר) לשאת גם בחלקו של המוכר בדמי התיווך? (ה) האם צדק השופט בהוראות ההצמדה והריבית שבפסק הדין, כפי שפורשו בהחלטה? אדון בשאלות אלה כסדרן.

3. החוזה

השופט המלומד החליט, ובצדק, כי זיכרון הדברים לא היה כפוף לכריתתו של הסכם. הוא עצמו היווה הסכם מחייב בין הצדדים. הדבר עולה מנוסחו של זיכרון הדברים, והעובדה, שלה טוען באי-כוח המוכר, כי לא כל הפרטים הדרושים לביצוע העיסקה נכללים בו, אינה שוללת מכוחה של המסקנה הנ"ל. הפרטים החסרים, לפי הטענה, הם מועד הביצוע, הוראות על סנקציות בשל הפרה והוראה על מתן ייפוי-כוח בלתי חוזר. כל אלה פרטים הניתנים להשלמה על-פי סעיפים 41 ו-26 של חוק החוזים (חלק כללי), (תשל"ג-1973) ועל-פי התרופות הניתנות בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

הודעתו של הקונה על כך שאינו מעוניין בעיסקה לא הייתה הודעה שאין בכוונתו להתקשר בחוזה. הוא כבר התקשר בחוזה בחותמו על זיכרון הדברים. הייתה זו הודעה, שניתנה תוך שימוש באופציה שנתן לו המוכר לחזור בו מהחוזה שנכרת, בלי שהדבר ייחשב לו להפרה. הקונה דיבר על "אופציה", שהיא, להבנתו, זכות שלא לעשות עיסקה. אם מותר הדבר ספק בדבר פירושה של אופציה זו, בא המוכר והסביר בעדותו: "ליצחקי (הקונה) היה (!) אופציה לחזור בו והוא אכן חזר בו" (ההדגשה שלי – ש' נ'). הסבר זה בוודאי מחייב את המוכר, ואנו דנים רק בערעור נגדו (לאחר שהערעור נגד הקונה בוטל על סמך הפשרה שעשה עם המתווך). חוזה מחייב נקשר אם כן, אך הוא בוטל לאחר קשירתו, והעיסקה לא מומשה.

4. זכות המתווך לשכרו

הלכה פסוקה היא, שמתווך זוכה בשכרו, משהביא את הצדדים לידי הסכם מחייב. העובדה, שהצדדים לחוזה לא מימשו את ההסכם או לא קיימו אותו, אינה שוללת מהמתווך את שכרו, אלא אם הותנה אחרת (ראה: ע"א 98/53; ע"א 62/77 [2]).

האם במקרה זה הותנה אחרת? על כך היו לפני בית המשפט קמא גירסאות סותרות: הקונה והמוכר שניהם העידו, כי דובר עם המתווך במפורש כי יזכה בדמי תיווך רק אם העיסקה תמומש. המתווך הכחיש זאת. גירסתם נדחתה עלידי השופט המלומד, ואין לנו עילה להתערב בכך.

5. שיעור שכרו של המתווך

כאמור, נפסקו לו 1% - 2% מכל צד - על בסיס הערכת הנכס (ת/1), המסתכמת ב־840,000 דולר. המחלוקת היא הן על שיעור האחוז המגיע והן על הבסיס לחישובו.

כטענת בא־כוח המתווך, נוהג הוא בעיסקאות מקרקעין, כי "בהעדר הסכם על שיעור אחר, זכאי מתווך מקצועי לדמי תווך בשיעור של 2% ממחיר העסקא מכל צד...". (ראה ע"א 803/75 [3] בעקבות ע"א 244/65 [4]). על הטוען ליוצא מן הכלל הנטל להוכיח זאת.

בנמקו את החלטתו לפסוק למתווך רק 1% מכל צד ציין השופט המלומד, כי אין לבית המשפט ידיעה שיפוטית על שיעור השכר החל בין קבלנים לבין מתווכים שהם מעסיקים, והזכיר את דברי התובע על התקוות שתלה בצדדים ואת רצונו לפתח קשרים איתם. אם אמנם (כסברתו) שיעור דמי התיווך המקובל בין מתווך לקבלן שונה מהנוהג הכללי, ואם אמנם (כטענת בא־כוח המוכר) נמוך הוא בעיסקות קומבינאציה מאשר בעיסקות מכר אחרות של מקרקעין, היה על מי שמבקש להסתמך על נוהג שונה זה להוכיחו. אך דבר לא הוכח בנדון. גם לא הופנינו לפסיקה הקובעת כך. בהעדר ראיה לסתור את תחולת הנוהג בעיסקה כזו שאנו עוסקים בה, יש לפסוק לפי הנוהג הכללי.

כל זאת אם לא הוסכם אחרת. לצורך שאלה זו אין די בהנחתו של השופט המלומד, "שהסדר הוגן בין הצדדים אילו יצאה העסקא לפועל היה אחר ממשווי המגרש". יש לברר אם אמנם הוסכם אחרת בפועל, ואם כן, מה הוסכם. גם בשאלה זו הועלו גירסאות סותרות. גירסת המתווך - סוכם במפורש על 2% מכל צד. גירסת הקונה - לא נקבע דבר. המוכר - "סכמתי על 1% דמי תווך מהמזומן". בעניין זה לא קיבל השופט המלומד את גירסת המתווך.

הוא אימץ את דברי המוכר אך לא דייק בהצגתם באומרו: "אני מקבל את עדות בלס שכאשר שלם דמי תווך היה משלם 1%". המוכר אמר, כמצוטט לעיל, דברים מפורשים ומוגדרים מאלה: "סכמתי על 1% דמי תווך...". משהתייחס בית המשפט קמא לדבריו אלה באומן, ובכגון זה לא נבוא להתערב, די בכך כדי לקבוע, כי דמי התיווך המגיעים ממנו למתווך הם 1%. השאלה, אם אותו שיעור חל גם על הקונה, שלא סיכם דבר עם המתווך, אינה מתעוררת, נוכח הפשרה שהושגה בין שני אלה.

6. הבסיס לחישוב דמי התיווך

השאלה היא, אם יש לחשב את דמי התיווך על בסיס התמורה במזומנים בלבד או על בסיס שווי הנכס, כפי שפסק השופט המלומד. גם כאן לא הוכח נוהג מיוחד לגבי בסיס החישוב בעיסקות קומבינאציה. עדות המוכר לבדו, כי בעיסקאות אלה מקובל לחשב את דמי התיווך על בסיס התמורה במזומן, אינה ראיה מספקת על נוהג כזה. דווקא המוכר מצוי בנושא פחות משני הצדדים האחרים, האחד קבלן והאחר מתווך, ושניהם לא נחקרו בשאלה זו. גם לא הובאו עדים אחרים העוסקים בנושא.

בהעדר הוכחה על נוהג שונה, הבסיס לקביעת דמי התיווך הוא התמורה המוסכמת בחוזה (אלא אם הוסכם אחרת). ביזכרון הדברים מדובר, כאמור, בתמורה כספית וב־4 דירות, שמחירן לא נקוב. מכאן הטענה, שאין בסיס אחר לחישוב דמי התיווך אלא על־פי התמורה במזומן. אין הדבר כך. התמורה במזומן אינה מהווה את מלוא המחיר. צדק השופט המלומד, כי "אין נפקא מינה כיצד יגבה המוכר את הערך הזה, כלומר ערך הנכס, באם את כולו במזומן, בין אם חלקו במזומן וחלקו בדירות".

אך האם ערך המגרש ידוע? בית המשפט קמא החליט לקבל כמוצג הערכת שמאי, שנעשתה ימים ספורים לפני חתימת זיכרון הדברים, לפי הזמנת המוכר. הנימוק לקבלתה, אף־על־פי של הוגשה כדבעי על־ידי עורכה, היה המימצא העובדתי, שחוות־דעת זו הייתה לפני כל שלושת המעורבים עובר לכריתת החוזה, והיא ששימשה בסיס לקביעת התמורה. אין פסול מבחינת דיני הראיות בקבלתה של ההערכה לא כראיה על נכונות השומה אלא כראיה, שעל יסודה הגיעו הצדדים לתמורה המוסכמת (ורק ככזו התקבלה בבית המשפט המחוזי).

עדיין יש לקבוע, אם לא הוסכם עם המתווך על בסיס שונה לחישוב שכרו. גם כאן גירסאות שונות. גירסת המתווך - ההערכה היא בבסיס דמי התיווך שהוא דרש בשעתו ואשר נקבעו בגובה של 2% ממנה. גירסת הקונה מעולם לא ראה את ההערכה, והתמורה נקבעה בלי להתייחס אליה. גירסת המוכר - הסכים על 1% דמי תיווך "מן המזומן"; את ההערכה כלל לא הזמין לצורך המשא ומתן, ולא היא ששימשה בסיס לקביעת התמורה. השופט המלומד העדיף את גירסת המתווך, כי ההערכה היא שהייתה ביסוד המשא ומתן, ודחה את גירסת המוכר, כי המתווך זכאי לשכרו רק מן המזומן. בכך לא נתערב, בייחוד נוכח סמיכות המועדים

בין הכנתה של השומה לבין חתימת זיכרון הדברים (השאלה, אם כך הדבר גם ביחסים בין המתווך לקונה, אינה מתעוררת נוכח הפשרה ביניהם).

7. החיוב בהצמדה ובריבית

א. ההצמדה

דמי התיווך נפסקו, וכך הובהר בהחלטה, בדולרים. מאחר ששכרו של המתווך נקבע על סמך תמורה דולרית, אין פסול בכך. לאור זאת נכונה הייתה החזרה לא לקבוע הצמדה למדד אלא מיום פסק הדין, הוא היום שבו יש להמיר למטבע מקומי סכום שנפסק במטבע זר.

ב. הריבית

לעומת זאת, יש ממש בטענת הערעור, כי מן הראוי היה לחייב בריבית כבר מיום העילה – יום חתימת זיכרון הדברים – ולא מיום הגשת התביעה, כפי שנפסק.

חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, מסמך את בית המשפט לפסוק ריבית כבר מיום העילה, וכבר נאמר לא אחת, שרק במקרים נדירים ובנסיבות מיוחדות יימנע בית המשפט מעשיית שימוש מלא בסמכות זו (ראה ע"א 324/84 [5]; ע"א 160/84 [6] והאזכורים שם). כאן לא ניתן כל נימוק להחלטה, ונימוק כזה גם אינו עולה מהנסיבות (השאל אינה מתעוררת כאן לעניין ההצמדה. ההצמדה הדולרית פועלת כאן מיום העילה, באשר הסכום שנפסק מבוסס על השווי הדולרי של הנכס במועד ההתקשרות).

טענה אחרת בדבר הריבית היא, שצריך היה לחייב בריבית הנהוגה בבנק ישראל ולא בריבית דולרית של 4%. אפילו יש ממש בטענה (ועל כך לא אחווה דעה), לא נוכל לקבלה, באין ראיה על שיעור ריבית הנהוג בבנק ישראל.

טענה נוספת, מוצדקת, היא, שלא היה נכון לתת ארכה לתשלום של 40 יום מיום פסק הדין עם פטור מהפרשי הצמדה וריבית.

8. הודעת צד ג'

ערעורו של הקונה על חיובו להחזיר למוכר את אשר חויב האחרון לשלם למתווך מוצדק הוא. הקונה לא הפר את החוזה. הוא היה זכאי, ביחסים שבינו לבין המוכר, לחזור בו ממנו, מבלי שהדבר ייחשב לו להפרה. השימוש בזכות החזרה, שהיה בגדר אפשרות צפויה על-ידי שני הצדדים, אינו מטיל על הקונה, בהעדר הוראה או הסכמה על כך בין הצדדים, את החובה לשפות את המוכר או לפצותו על הוצאות שנגרמו לו בקשר עם החוזה. כשם שאין הקונה חייב לפצות את המוכר על נזקיו בגין ביטול החוזה, כגון הפסד עקב מכירת הנכס לאחר במחיר נמוך יותר, כך אין הוא חייב לשפותו על הוצאות דמי התיווך. ביטול העסקה, מתוך זכות, משאיר כל אחד מהם לשאת בהוצאותיו.

9. סיכום

(א) התוצאה בערעורו של המתווך (107/86) היא, שהערעור נדחה בכל הנוגע לסכום דמי התיווך שנפסק לו ולהצמדתו לדולר עד יום פסק הדין ולמדד מאז ואילך. הערעור מתקבל לעניין ההצמדה והריבית בתקופת 40 ימי הארכה מיום פסק הדין ולעניין הריבית בתקופה שמיום חתימת זיכרון הדברים ועד הגשת התביעה, הכול כאמור בסעיף 7לעיל.

(ב) ערעורו של הקונה על חיובו כלפי המוכר בהודעת צד ג' מתקבל.

(ג) לאור התוצאה, יישא המוכר בשכר טרחתו של המתווך בסך 1,000 ש"ח ובשכר טרחתו של הקונה בסך 3,000 ש"ח. שני הסכומים בתוספת הצמדה וריבית מהיום ועד התשלום.

השופט א' ברק: אני מסכים.

השופט א' גולדברג: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק־דינה של השופטת נתניהו.

ת.פ 1224/06 מדינת ישראל נ' דוידסון דניאל

פסק הדין

פרוטוקול

עו"ד חשפר:

מדובר בעבירה מלפני כל כך הרבה זמן ואנו על סף התיישנות ויש לנו טענות לגופו של עניין לגבי המתלונן בתיק. הנאשם מבקש לחסוך בזמנו השיפוטי של ביהמ"ש ולהודות בכתב האישום.

כתב האישום הוקרא והוסבר לנאשם לאחר שאישר כי הבין את תוכנו, נשאל מה תשובתו לכתב האישום והשיב: אני מודה בעובדות כתב האישום.

עו"ד איתן:

לאור דברי הנאשם אבקש להרשיעו בעבירות המפורטות בכתב האישום.

הכרעת דין

אני מרשיעה את הנאשם עפ"י הודאתו בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. ניתנה היום 15 במרץ, 2006 (ט"ו באדר תשס"ו) במעמד הצדדים.

ניצה שרון, שופטת
סגנית נשיא

א. העובדות:

- ביום 7.10.02 קיבל הנאשם ממר יבגני בוניאק דמי תיווך בסך 1938 ₪. דמי תיווך אלה היוו 10% + מע"מ מהתשלום השנתי של שכר הדירה ששכר ה"ה יבגני בוניאק באמצעות הנאשם ברח' בודנהיימר 26 א'.
- מר בוניאק פנה לנאשם לאחר שמצא מודעה מודבקת על עמוד חשמל בשכונה בה היה מעוניין לשכור דירה.
- הנאשם אינו בעל רישיון מתווך ולמרות זאת נהג להציג עצמו כמתווך מקרקעין.

ב. הוראות החיקוק שלפיהם מואשם הנאשם:

- עיסוק בתיווך מקרקעין ללא רישיון בניגוד להוראות לחוק המתווכים במקרקעין התשנ"ו-1996.
עונשין: עפ"י סע' 15 לאותו חוק
- פרסום מודעה ברבים על היותו מתווך בניגוד לסע' 2(ב) לחוק המתווכים במקרקעין התשנ"ו-1996.
עונשין: עפ"י סע' 15 לאותו חוק
- קבלת דמי תיווך בניגוד להוראות סע' 14(1) ו-14(2) לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996.
עונשין: עפ"י סע' 15 לאותו חוק

ג. עדי התביעה:

כצנר מיכאל, גורס 31/8, חיפה
אלקובי יצחק, הלוחמים 102, עתלית
אלקובי שושי, הלוחמים 102, עתלית

יבגני בוניאק, סעדיה גאון 5, ק.שפרינצק, חיפה
אסתר אהרון, חוקרת תמ"ת, פל"ים 15, חיפה

דפנה איתן, עו"ד
נציגת היועץ המשפטי לממשלה

מדינת ישראל

באמצעות נציגת היועץ המשפטי לממשלה
במשרד התעשייה המסחר והתעסוקה
פל"ים 15, חיפה טל. 04-8631069 פקס. 04-8671668

המאשימה

"נגד"

הנאשם

כתב אישום

אישום ראשון;

הנאשם הנ"ל מואשם בזה כדלקמן:

א. העובדות:

1. בחודש אוגוסט 2002 וואו בסמוך למועד זה, הציג עצמו הנאשם בפני מר כצנר מיכאל, כמתווך והציע לו לשכור דירה השייכת לגב' שושי אלקובי.
2. מר כצנר פנה לנאשם לאחר שמצא על עמוד חשמל פתק עם פרטי דירה להשכרה ופרטי הנאשם, בשכונה שבה היה מעוניין לשכור דירה.
3. הגב' שושי אלקובי לא פנתה לנאשם שיעזור לה להשכיר את דירתה, אלא פרסמה את דירתה להשכרה בעיתון ידיעות חיפה.
4. הנאשם הציג עצמו כמתווך מקרקעין, כאשר נטל את הפרטים שפורסמו בעיתון ע"י הגב' אלקובי הדביקם על עמוד החשמל בשכונה, ובכך הפך עצמו למתווך כאשר ה"ה כצנר פנה אליו עפ"י הפרסום שעשה הנאשם על עמוד החשמל בשכונה. הנאשם לא חתם על הסכם תיווך עם מי מהצדדים ולמרות זאת קיבל דמי תיווך.
5. הנאשם קיבל דמי תיווך השווה לסך \$ 531 במעמד חתימת הסכם השכירות שבין הגב' אלקובי ומר כצנר.
6. בכל אותה תקופה הנאשם לא היה רשאי להציג עצמו וואו לפעול כמתווך שכן לא היה בעל רישיון תיווך עפ"י חוק המתווכים.

אישום שני:

הנאשם הנ"ל מואשם בזה כדלקמן:

פ 001224/06

בית משפט השלום חיפה

בפני: כב' השופטת ניצה שרון - סגנית נשיא תאריך: 15/03/2006

עו"ד איתן טוענת לעונש:

- אני מגישה גליון הרשעות קודמות. הוגש וסומן ת/1.
- הנאשם עבד כמתווך מספר רב של שנים ללא רישוי, הוא פנה לקבל רישיון ממשרד המשפטים ונדחה ולמרות זאת הנאשם ממשיך, המשיך וכנראה ימשיך לעבוד כמתווך ללא רישוי.

שיטת התיווך בה עבד הנאשם היא מאוד אגרסיבית. מדובר ב־ 3 הוראות חיקוק ואני מבקשת להטיל עליו קנס מרתיע ועונש מאסר מותנה.

עו"ד חשפי טוענת לעונש:

מדובר ב־ 2 עבירות ו־ 2 מקרים שיוחסו לנאשם בכתב האישום. חזקה למאשימה שאם היתה לה ידיעה ברורה ומפורשת לגבי מקרים נוספים, היתה מגישה את כתב האישום ביחס לאותם מקרים נוספים.

אני מבקשת שביהמ"ש יצטמצם לכתב האישום ולא לטענות בעלמא שהובאו על ידי המאשימה ללא כל ביסוס.

אכן הנאשם שהוא עולה חדש, הגיע ארצה בשנת 91 ובשנת 92 פתח עסק של תיווך, פרסום ואמרגנות.

עד שנת 99 לפי חוק המתווכים שנכנס לתוקף בשנת 97, לא היה צורך לרישיון תיווך.

הנאשם עסק ללא רישיון תיווך בשנת 2002. הנכון הוא שבשנת 2002 אכן הנאשם פנה וביקש לקבל רישיון תיווך.

אני מגישה את הבקשה שהנאשם הגיש. הוגש וסומן נ/1.

הנאשם עבר את הבחינה. הוגש וסומן נ/2.

לאחר שהוא עבר את הבחינה בהצלחה, הוא קיבל תשובה שהוא רשאי להגיש מסמכים על מנת לקבל רישיון, הוא לא קיבל רישיון, היתה לו עבירה שמנעה ממנו לקבל רישיון.

אני מבקשת להפנות לתאריכים, הבקשה הוגשה ביולי 2002 והבחינה אותה עבר היתה באוקטובר 2002 בדיוק הזמנים בהן הוא עבר את העבירות שבכתב האישום, בלי להפחית מחומרת המעשה, באותם זמנים הוא היה בהליכים של קבלת רישיון ובדצמבר 2002 הוא נדחה לקבל רישיון, כאשר במועד בו הוא ביצע את העבירות עדיין סבר שהוא יהיה זכאי לקבל את הרישיון.

המסמכים איפשרו לו להגיש את הבקשות ולהסדיר את העניין.

ברצוני לציין כי הנאשם עשה פעולות שמזכות מתווך מורשה לקבל דמי תיווך, הוא לא גנב כספים ולא גרם נזק לאף אחד, להיפך בזכותו הצדדים נפגשו. מתלוננת אחת פירסמה את מודעתה בעיתון ומתלונן שני מצא את המודעה איפה שהנאשם תלה אותה.

אני מפנה לסעי' 5, הוא קיבל את דמי התיווך במעמד שני הצדדים, אף אחד מהצדדים לא התנגד שהעיסקה תצא לפועל.

אני מפנה לת.פ. 2840/03, שם היה מדובר בנסיבות הרבה יותר חמורות וביהמ"ש לא הרשיע את הנאשם.

אני מבקשת להתחשב בכך שמדובר בעבירות מלפני זמן רב, הנאשם הודה בהזדמנות הראשונה וחסך זמן שיפוטי יקר.

לגבי הנסיבות האישיות של הנאשם, כמו שתיארתי הנאשם עלה ארצה בשנת 91, בשנת 92 פתח עסק לפירסום משגשג ומצליח עד לשנת 97. הנאשם ניסה להדק קשרים בין ישראל לברית המועצות בתחום הבידור והתיאטרון, בשנת 92 הוא הוציא סרט תיעודי על תיאטרונים ומוזיאונים של ישראל ששווק ברוסיה וישראל מספר פעמים. בשנת 93 הוא צילם סרט נוסף שנקרא בשם "הגענו" שמתאר קטעים על החיים בישראל. במקביל הוא נתן חסות לאלוף העולם לשחמט עד גיל 20, נתן חסות לתיאטרון בובות של ליאונד חיים. הוא הביא אנשים מברית המועצות לכאן. כל זה עסק בשנת 97, שאז אשתו שהיתה בחודש מתקדם להריונה היא נכנסה לבעיות קשות ואושפזה בביה"ח לשמירת הריין, כתוצאה מכך נולדו לו 2 תאומות פגיות וגם זה הצריך את שירות הנאשם בביה"ח לתקופה ממושכת.

מכיוון שמדובר בעסק שמבוסס על איש אחד, כתוצאה מכך שנאלץ לשהות תקופה ממושכת בביה"ח, העסק שהיה משגשג עד לאותה עת בשל כישוריו של הנאשם, קרס והנאשם מאז נפל לתהום מבחינה כלכלית ומנסה לשקם את עצמו עד עצם היום הזה. החובות שהנאשם חייב לאנשים באותה עת הסתכמו במיליונים.

הנאשם לא הכריז על פשיטת רגל, הנאשם לא סגר את החברה, לא פירק אותה למרות החובות, הוא לא ביקש איחוד תיקים, הוא נלחם ונאבק כדי לשלם את החובות. נכון לעכשיו הוא צמצם חלק גדול מהחובות והגיע להסדרים עם נושיו. עדיין מדובר בחובות גדולים. מצבו הכלכלי עדיין מאוד קשה.

בנסיבות אלה, אני מבקשת מביהמ"ש להתחשב בנסיבותיו האישיות וגם בנסיבות שפירטתי לקולא ופס"ד שהצגתי, ששם המתווך לא הורשע ולהסתפק בקנס בלבד שיהיה נמוך ככל האפשר ולחלק אותו בתשלומים לאור מצבו של הנאשם.

עו"ד איתן:

אני מציגה את תשובת גב' וייס - רשמת המתווכים על הבקשה שהגיש הנאשם.

פ 001224/06

בית משפט השלום חיפה

תאריך: 15/03/2006

כב' השופטת ניצה שרון - סגנית נשיא

בפני:

הנאשם הודה מיד עם תחילת משפטו ויש בכך כדי להוות גורם המקל עמו בעונש הן מפאת הטעם שחסך מזמנו של ביהמ"ש והן מהטעם שניתן לראות בהודיה מיידית חרטה מאת הנאשם.

יחד עם זאת, אין להקל ראש בעובדה כי הנאשם עבר עבירות אשר פוגעות ברווחת הציבור וברכוש.

הנאשם הועמד לדין בגין 2 עבירות אשר ביצע בשנת 2002, כאשר הציג לביהמ"ש מסמכים כי במהלך תקופת ביצוע עבירות אלה הגיש בקשה לקבל רישיון ואף נבחן, אולם בסופו של דבר לא קיבל את הרישיון.

לנאשם עבר פלילי בעבירות של מירמה ואלימות.

שקלתי את האמור לעיל, את דברי הצדדים ועיינתי בכתב האישום וברור שקיים אינטרס ציבורי להרתעת הרבים לבל יבצעו עבירות מסוג זה שביצע הנאשם.

יחד עם זאת, הבאתי בשיקוליי גם את ההיבט האישי של הנאשם ולאור כל האמור לעיל, החלטתי לדון את הנאשם כדלקמן:

1. אני משיתה על הנאשם מאסר על תנאי בן 5 חודשים לתקופה של שנתיים לבל יעבור עבירה בה הורשע בתיק זה.

2. הנאשם ישלם קנס כספי בסך 5,000 ש"ח או 50 ימי מאסר תמורתו.

הקנס ישולם ב-10 תשלומים חודשיים שווים ורצופים בני 500 ש"ח כל אחד.

תשלום ראשון יהיה ב-1.4.06 ושאר כל התשלומים ישולמו בראשון לכל חודש.

זכות ערעור הודעה לנאשם תוך 45 יום.

ניתן היום 15 במרץ, 2006 (ט"ו באדר תשס"ו) במעמד הצדדים.

ברע 2285/05 אבנר שמואלי ואח' נ' דורון סמוכה ואח'

פסק הדין

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט לתביעות קטנות (כב' השופטת נאור) מיום 7.6.05. החלטתי לדון בבקשה כבערעור, וכפי שיפורט להלן, אני סבורה כי דין הערעור להתקבל.

המבקשים הם מתווכי מקרקעין. המשיבים הם בני זוג שבבעלותם דירה. המבקשים התקשרו עם המשיבים בהסכם להזמנת שירותי תיווך. בס' 2 להסכם נקבעה תקופת בלעדיות למשך 90 יום החל מיום 22.4.02, כאשר בתקופה זו יטפלו המבקשים באופן בלעדי במכירת הדירה.

בתקופה זו, כך נקבע, יהיו המבקשים זכאים לדמי תיווך, בין אם הדירה תימכר בין אם באמצעותם ובין אם לאו.

ביהמ"ש לתביעות קטנות קבע, כי בתקופת הבלעדיות פעלו המבקשים בשקידה כדי למצוא קונה לדירה. המבקשים אף צרפו רשימה של 17 לקוחות פוטנציאליים עמם הם ביקרו בדירה בתקופת הבלעדיות.

בסופו של דבר נמכרה הדירה ביום 30.5.02 – במהלך תקופת הבלעדיות, לקונים, שלא באמצעות המבקשים.

המבקשים פנו למשיבים, ובקשו דמי תיווך. המשיבים סרבו לשלם להם. בית המשפט לתביעות קטנות דחה את תביעתם, ומכאן הערעור.

בית המשפט לתביעות קטנות קבע כי ס' 4 להסכם הבלעדיות בטל, בהיותו סותר את ס' 14 (ד) לחוק המתווכים. לכן, משהוכח כי המבקשים – המתווכים לא היו הגורם היעיל במכירת הדירה, הם אינם זכאים לדמי תיווך.

חוק המתווכים קובע בס' 9 בו כדלקמן:

"(ב) מתווך במקרקעין רשאי להסכים עם לקוח בדבר מתן עסקה מסויימת לטיפולו הבלעדי (להלן – בלעדיות), ובלבד שמתן הבלעדיות ותקופתה –

(1) יאושרו בחתימת הלקוח על גבי מסמך נפרד;

(2) שבמהלך תקופת הבלעדיות יבצע המתווך פעולות שמטרתן תיווך במקרקעין (בחוק זה – פעולות שיווק)...

(ד) השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע פעולות לשיווק כאמור בסעיף קטן (ב), שמתווך במקרקעין יהיה חייב בביצוען, כולן או חלקן, בתקופת הבלעדיות."

(יצוין כי תקנות כאלה אכן פורסמו – ר' תקנות התיווך במקרקעין (פעולות שיווק) תשס"ה-2004, להלן: **"תקנות השיווק"**).

סעיף 14 לחוק המתווכים קובע:

"(א) מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח אם נתקיימו כל אלה:

(1) הוא היה בעל רשיון 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.

(ב) 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."

אני סבורה כי העולה ממכלול סעיפי החוק, היא כי המחוקק אפשר לצדדים להגיע להסכם בלעדיות בתיווך. משמעותו של הסכם כזה היא כי המתווך יצטרך להוכיח כי במהלך תקופת הבלעדיות הוא ביצע פעולות שיווק, שמטרתן מכירת המקרקעין, וכי הוא היה הגורם היעיל להתקשרות בהסכם (ס' 14(א)(2) ו-3). אולם, ס' 14(א)(3) קובע חזקה לפיה אם המתווך ביצע בתקופת הבלעדיות את "פעולות השיווק", חזקה כי הוא היה הגורם היעיל לגבי עסקה שנכרתה בתקופת הבלעדיות. פעולות השיווק פורטו בתקנות השיווק, והן כוללות בין היתר פרסום בעיתון יומי אחד לפחות, והזמנת רוכשים פוטנציאליים לבקר בנכס.

לקביעה זו ישנו היגיון עיסקי ומסחרי. הצדדים להסכם הבלעדיות מניחים כי בתקופת הבלעדיות, המתווך יעשה ככל שביכולתו כדי למכור את הנכס: הוא ישווק ויפרסם אותו, וינסה להשיג לו קונים. לכן, ובמסגרת ההסכמה הכוללת בין הצדדים, הם מניחים כי אם יימצא קונה לנכס בתקופת הבלעדיות, הקונה ייחשב כמי שהגיע לנכס בזכות המתווך - היינו המתווך היה ה"גורם היעיל" לקשירת הקשר עמו.

הצדדים פוטרים בהקשר זה את המתווך מהצורך להוכיח כי הקונה המסוים אכן הגיע לנכס כתוצאה מאמצעי השיווק שלו דווקא. יוער כי פרשנות אחרת של **חוק המתווכים** תרוקן את סעיפים 9 ו-14 שלעיל מתוכן, שהרי אם גם ביחס לקונה שהגיע במהלך תקופת הבלעדיות יהיה המתווך חייב להוכיח כי הוא היה ה"גורם היעיל" בקשירת הקשר עימו - אין עוד הבדל בין תיווך ומכר הנכס כאשר קיים הסכם בלעדיות, לבין מכר אחר, כאשר ישנו הסכם תיווך ללא "הסכם בלעדיות".

עוד יוער, כי חרף קיומו של הסכם בלעדיות, המתווך אינו פטור מחובתו לפעול כדי לקדם את מכירת הנכס. המחוקק קבע כי כתנאי לכך שתחול החזקה - על המתווך להוכיח כי הוא ביצע פעולות שיווק לצורך קידום המכירה. רק אם המתווך עמד בנטל זה, מתהפכת החזקה, ורואים את המתווך כמי שהיה הגורם היעיל לגבי מכר שבוצע בתקופה בה הוא היה המתווך הבלעדי.

לענייננו - בית משפט קמא קבע (בשולי פסה"ד) כי המבקשים "**פעלו בשקידה כדי למצוא רוכשים טובים**". המבקשים הזמינו רוכשים פוטנציאליים לבקר בדירה, ופרסמו אותה בעיתון יומי (ר' ת"ק 1 א' (3) ו-5) לתקנות השיווק. לכן, אני סבורה כי יש לראות את המבקשים, מכוח החזקה שנזכרה לעיל, כמי שהיו הגורם היעיל למכירה.

לכן, אני מקבלת את הערעור. תביעת המבקשים לבית המשפט לתביעות קטנות מתקבלת בזה.

המשיבים ישאו בהוצאות המבקשים בסך 3,000 ₪ + מע"מ.

ניתן היום י"ג בניסן, תשס"ו (11 באפריל 2006) בהעדר הצדדים

ברע 209/01 זיוה וזאב מאיר נ' טלי שושן ואח'

פסק הדין

1. בנסיבות העניין הבקשה לרשות ערעור תשמע כערעור. העובדות הצריכות להכרעה בעניין זה הן כדלקמן:
המשיבה מס' 1 הנה מתווכת מקרקעין (להלן - המשיבה או המתווכת) המועסקת במשרד תווך בשם "תווך עדיף", שבהנהלת המשיב מס' 2. המשיבה הגישה תביעה נגד המבקשים בבית המשפט לתביעות קטנות בטבריה (להלן - המבקשים או הקונים) לתשלום דמי תיווך ע"ס 15,150 ₪ (להלן - דמי התיווך) וטענה כי סיפקה למבקשים שירותי תיווך ושימשה גורם מתווך בעסקה שבה הגיעו המבקשים כדי הסכם מחייב (להלן - חוזה המכר או ההסכם) עם מוכרי הדירה (להלן - המוכרים). המשיבה צירפה לכתב תביעתה את המסמכים הבאים: מסמך המהווה הזמנה בכתב לביצוע פעולת תווך במקרקעין, ובלשון המשיבה בכתב התביעה "טופס התחייבות הקונה", מיום 26/11/00 (להלן - טופס ההזמנה), מכתב התראה מיום 11/2/01 וכן חוזה מכר שנערך בין הקונים למוכרים, אותו חוזה מכר שבגיננו נדרשו המבקשים לשלם דמי תיווך - חוזה שעל תוכנו ותוקפו עוד נעמוד בהמשך.
המבקשים טענו בכתב הגנתם כי פנו למבקשת לקבל שירותי תיווך והאחרונה הבטיחה להם כי תמצא עבורם בית על פי דרישותיהם "וללא פגמים או הפתעות" (סעיף א' לכתב ההגנה), ולטענתם הדגישו בפני המשיבה על היותם חסרי ניסיון ואת רצונם לקבל שירות הולם.
לטענת המבקשים הם הופנו לביתם של המוכרים, לאחר שהמבקשת מסרה להם כי עם הבית "אין בעיות מיוחדות", (סעיף ג' לכתב ההגנה), וכי שוויו על פי הערכת שמאי הוא 190,000 דולרים. בסופו של דבר, ולאחר משא-ומתן בן מספר שלבים, בו ידובר בהמשך, נחתם חוזה המכר בין הצדדים למכירת הנכס בסך של 158,000 דולר. במועד חתימת ההסכם שולמה חלק מן התמורה ע"ס 40,000 דולרים ולאחר מספר ימים שולם סכום נוסף ע"ס 17,000 דולרים, כאשר הקונים היו אמורים לשלם את יתרת התמורה במועד מאוחר יותר.
בהמשך הגנתם טענו המבקשים כי מיד לאחר החתימה על ההסכם ולאחר תשלום חלק מן התמורה אמרו למשיבה כי הם מבקשים להמתין עם התשלום ובלשונם: "רק לאחר הבדיקה של עו"ד ושל השמאי ... ואפילו המליצה לנו על שמאי אחר. ולו (צ"ל ולא-י.א.) על השמאי שבדק את הבית בטענה שהוא מחטט יותר מדי" (סעיף ח' לכתב ההגנה). לטענת המבקשים שמאי שהעריך את הדירה ביום 5/1/01 קבע כי: "מתוך 150 מ' בנוי ניתן היתר ל-80 מ"ר וכי להערכתו שווי הבית עומד על סך 110,000 דולרים" (סעיף ט' לכתב ההגנה). המבקשים בדקו את העניין בעיריית טבריה וקיבלו תשובה לפיה לבניה שנבנתה ללא היתר לא יינתן היתר. או אז פנו המבקשים למשיבה בטענות כי הפרה את הבטחתה לספק להם בית ללא פגמים אך המבקשת השיבה פניהם ריקם ודרשה את תשלום דמי התיווך, ומשלא נענתה בחיוב ולאחר שהתריעה במבקשים הגישה המשיבה את התביעה כאמור.
2. ביום 16/4/01 הופיעו הצדדים בפני בית-המשפט קמא; המשיבה טענה כי כל תפקידה הסתכם בכך שהיא הראתה למבקשים את הבית והפתנה אותם, לשם עריכת חוזה, לעו"ד ובלשונה: "אני בתור מתווכת מתפקידי להראות מס' דירות וביניהם הראיתי לנתבעים את הדירה הנוכחית וברגע שהם ראו את הדירה ירדנו לעו"ד לערוך חוזה. אני לא יכולה להבטיח להם שום דבר. יש עו"ד שמטפל בעניינים האחרים. מתפקידי הוא למצוא להם דירה". (עמ' 1 לפרטיכל).
המבקשים חזרו על האמור בכתב הגנתם והוסיפו: "ביטלנו את ההסכם אצל העו"ד ועדיין לא קיבלנו את הכסף בחזרה. שילמנו לו 57,000 דולר. היום אנו גרים בדירה מושכרת. בדירה לא גרנו אף פעם. ישנה תביעה נגד הבעלים. אין לי את הבית. התובעת מס' 1 היא נוכלת ... התובעת רימתה אותנו". (עמ' 2 לפרטיכל).
3. בית-המשפט קמא הגיע למסקנה כי גרסת המשיבה "אמינה ועדיפה" בעיניו ונימק את קבלת תביעת המשיבה בזו הלשון: "אין זה מחובתה של תובעת 1 לתת יעוץ מקצועי או משפטי לנתבעים בעניין פגמים בדירה או בעניין שווי הדירה. אמנם, מתווך במקרקעין מחוייב לפעול בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת ומחוייב למסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך, (סעיף 8 (א) לחוק המתווכים במקרקעין), אך אין בכך כדי להפוך את תובעת 1 למבטחת של הדירה או לערבה לכל פגם שיתגלה בה. לא הוכח, כי התובעת 1 ידעה על השווי האמיתי, או על העובדה, שאין בדירה היתר בניה בגין כל השטח ולא מסרה זאת לנתבעים אני מאמין לעדותה של תובעת 1 שהיא לא הבטיחה לנתבעים דבר מהדברים שנטענו בכתב הגנתם וכי היא מילאה את תפקידה על ידי הפגשתם עם המוכרים" (סעיף 4 ו-5 לפסק הדין).
4. המבקשים הגישו בקשת רשות ערעור על פסק הדין של בית-המשפט קמא וטענתם המרכזית התייחסה למעורבותה של המשיבה בניחול המשא-ומתן, עובר לכריתת ההסכם, לאופן פועלה של המשיבה ולעובדה כי לא מסרה להם את מלוא הפרטים על

הבית, לרבות לעניין היתרי הבניה, תוך שהם מתייחסים לחובתה הקבועה בדין. המשיבה, בתגובתה, ציינה כי עשתה את עבודתה "על הצד הטוב ביותר" וכל שירותה הסתכם במציאת בית לקניה ותו לאו.

5. המסגרת הנורמטיבית החלה על הצדדים קבועה בחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן - החוק). החוק מסדיר את אופן הכשרתו של מתווך מקרקעין, את חובותיו ואכויותיו ואת אופן ותוכן ההתקשרות בינו לבין מבקשי שירותי התיווך. פועלה של המתווכת ייבחן איפוא לאור הוראות החוק הרלבנטיות.

לפני שנבחן את פעילותיה של המתווכת, נקודת המוצא בהכרעה זו ושאל נקבעה ע"י בית-המשפט קמא ושאינה שנויה במחלוקת בין הצדדים הינה שהמתווכת בפועלה היוותה את הגורם שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב, ותנאי זה מהווה דרישה מהותית שרק בהתקיימו זכאית המתווכת לדמי תיווך (סעיף 14(ד) לחוק).

אין ספק שהצדדים נפגשו בעזרת המתווכת, לשם התקשרות בעסקה בזכות במקרקעין, והצדדים אף הגיעו להסכם מחייב, שנחתם כאמור ביום 26/12/00. בית-המשפט קמא סבר, כי די בהפגשה זו כדי לחייב את המבקשים בתשלום דמי התיווך וזאת מבלי לבחון את החוזה בין המתווכת לקונים, את דרישותיהם של הקונים מהמתווכת, כאשת מקצוע בעלת ידע וניסיון, את חובתה הקבועה בדין של המתווכת, את השאלה האם המתווכת עמדה בחובתה זו בנסיבות המקרה דנן ואת היחס בין התנהגותה הרשלנית לכאורה של המתווכת לבין זכאותה לדמי התיווך.

אומנם בסופו של דבר הסכם המכר בוטל על ידי הקונים והמחלוקת ביניהם, לדבריהם, מצויה בשלבי התדיינות בבית-משפט, לאחר שהקונים שילמו למוכרים רק 57,000 דולר מתוך הסך של 158,000 דולר, אך התוצאה הסופית - ביטול ההסכם, כשלעצמה איננה הסיבה לבחינת התנהגות המתווכת, שכן החוק קובע מפורשות כי הזכות לדמי התיווך קמה היכן שנכרת הסכם מחייב בין צדדים, כתוצאה מפעולת המתווך.

החוק הנ"ל קובע בסעיף 8 את גדר חובת המתווך;

8. "חובת הגינות וזהירות.

(א) מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך.

(ב) במילוי תפקידו יפעל מתווך במקרקעין במיומנות ובסבירות וינקוט אמצעים הראויים בנסיבות העניין, לקבלת מידע מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך."

בית-המשפט קמא לא עמד על תוכן חובת המתווכת בנסיבות המקרה ולא יישם את הוראות החוק על פעילותיה. לפיכך, אין מנוס מלבחון חובה זו. אין מדובר בהתערבות בקביעות עובדתיות ובקביעות מהימנות כי אם בפרשנות משפטית ויציאת תוכן לחובתה, על פי חוק, של המתווכת ולחובתה, שנבעה מכוח הבטחתה לקונים, לספק להם בית "ללא פגמים". אומנם אין אנו דנים בתביעת הקונים נגד המתווכת בגין רשלנות האחרונה, אך יש בטענות המבקשים כדי לבחון את פועלה ואת היחס בין פועלה לבין זכאותה לדמי התיווך.

6. נבחן איפוא את שלב ההתקשרות בין המתווכת לקונים, המתווכת טוענת בכתב התביעה:

"בתאריך 26/11/00 ניגשה זיוה מאיר למשרדנו וביקשה את שירותנו למצוא עבורה בית קרקע בסביבות 170,000 \$. זיוה הדגישה לי במפורש שהיא לקוחה לא קלה מכיוון שהיא ובעלה היו אצל רוב המתווכים ולא מצאו שום בית שעולה על דרישותיהם". (סעיף 1 לכתב התביעה).

הקונים, גם הם, מעידים על עצמם כעל קונים הדורשים יתר תשומת לב ובלשונם: "פנינו אני ואשתי לתובעת בבקשה לימצוא (כך במקור) עבורנו בית קרקע, אשר יהיה לשביעות רצוננו. הדגשנו בפני התובעת כי בשל חוסר נסיונו אנו עומדים על כך שהתובעת תחפש עבורנו בית לפי דרישתנו ללא פגמים או "הפתעות" כלשונה". (סעיף א' לכתב ההגנה).

המתווכת, כאמור, החתימה את הקונים על טופס הזמנה. לפני שנעבור לבחון האם מילאה המתווכת את חובתה שבדין נבקש לייחד מספר מילים לאותו טופס הזמנה. טופס ההזמנה מהווה את בסיס ההתקשרות בין המתווך לקונים. טופס ההזמנה אינו חתום על ידי המתווכת כי אם רק על ידי הקונים ואין בו דבר המצביע על התחייבותה של המתווכת כי אם רק על חובות הקונים.

ההתייחסות היחידה ממנה ניתן ללמוד על חובותיה של המתווכת מצויה בסעיף 1 לטופס ההזמנה לפיו הקונה מבקש: "... לפעול עבורי למציאת דירה - בית ואני מתחייב לשלם לכם דמי תיווך. בהתאם לתעריף המפורט למטה, וזאת מיד לאחר שהושג הסכם מחייב בין הצד השני לעסקה לביני ...", כאמור אין בטופס זה דבר המצביע על תוכן חובותיה של המתווכת כי אם רק על זכותה לקבלת דמי תיווך, בעוד שהחובות המוטלות על הקונים הן שונות ורבות. חלקו השני של טופס ההזמנה מציין את הנכסים שהומלצו

לקונים ובענייננו המליצה המתוכת על שלושה נכסים, כאשר האחרון מביניהם הוא נשוא הסכסוך. למותר לציין כי רק שמות בעלי הנכסים מופיעים בטופס ללא כל פירוט או תיאור הנכסים המוצעים.

סעיף 9(א) לחוק הנ"ל מסדיר את הדרישה להזמנה בכתב וקובע: "מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת".

בתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), התשנ"ז-1997 (להלן - התקנות) מוסדר תוכן ההזמנה:

"בהזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין לפי סעיף 9(א) לחוק, ייכללו לפחות הפרטים הבאים:

- (1) שמות, כתובות ומספרי זיהוי של המתווך ושל הלקוח;
- (2) סוג העסקה שפעולת המתווך מבוקשת לגביה, כגון: "שכירות", "מכירה";
- (3) תיאור הנכס נושא פעולת המתווך;
- (4) מחיר העסקה המבוקשת, בקירוב;
- (5) הסכום המוסכם של דמי התיווך"

מטרת הפירוט הנדרש נועדה לבסס וודאות בקשר לפרטי העסקה ובענייננו תיאור הנכס על שטחו המדויק. במצב דברים לפיו נדרש המתווך, בטופס ההזמנה, לפרט ולתאר את הנכס, כאמור בתקנה 1(3), יידרש המתווך לבדוק את מצב הנכס לאשורו - בדיקה שיכולה להעלות פרטים מהותיים. טופס ההזמנה אינו עומד בדרישת הפירוט כאמור לעיל אך אין לומר כי בכוחו של פגם זה, כשלעצמו, לבטל את חובת הקונים לשלם דמי תיווך, אך מן הראוי כי הטופס ימלא כמצוות מתקן התקנות.

7. כאמור יש לבחון את תוכנה של חובת ההגיינות והזהירות; פסק הדין המנחה, עובר לחקיקת החוק, המתייחס ליחסי מתווך-קונה/ מקבל שירות הוא ע"א 166/77 נסים דדון נ' ברוך אברהם, פ"ד לג(3) 365. (להלן - עניין דדון). בית-המשפט עסק בעניין דדון בשאלת החלת חובת הנאמנות-הקבועה בחוק השליחות - על המתווך. כאמור חוק המתווכים לא נחקק עדיין והתיווך הוגדר קודם כל כיחס חוזי.

בעניין דדון הקונה פנה אל בעל משרד תיווך בבקשה למצוא לו דירה לרכישה. המתווך הציע לו דירה מסוימת ולאחר שהקונה הביע נכונות לקנותה ערך המתווך זיכרון דברים שבו נכתב, בין היתר, כי המוכר הוא בעל הזכויות הבלעדי בדירה. למחרת התברר לקונה כי אשת המוכר כשותפה בבעלות על הדירה, מסרבת לחתום על חוזה המכר. הקונה סירב לשלם דמי תיווך, שכן לא ראה את המתווך כמי שיצא ידי חובתו כלפיו.

השופט אלוך, בדעת מיעוט, קבע כי ניתן לחייב את המתווך גם מכוח פעילותו כשלוח לפי חוק השליחות תשכ"ה-1965 שכן בהתערבותו בניחול המשא-ומתן ביצע פעולה משפטית ובפועלו ניתן לראות הרבה מעבר להפגשת הקונה והמוכר, ובלשונו: "חובת נאמנות זו כוללת, בין היתר, את החובה לנהוג בזהירות סבירה במילוי שליחותו. בענייננו, זהירות סבירה זו כוללת את החובה לבדוק אם זכאי ומוסמך המוכר למכור את הדירה, בדיקה שניתן לעשותה במאמץ קל על-פי ספרי המקרקעין". שם בעמ' 371.

השופט אלוך הגיע לאותה מסקנה, שלילת זכאות המתווך לדמי תיווך, גם לאור בחינת ההסכמות בין הקונה למתווך: "תנאי ראשוני ויסודי לזכותו של מתווך לבוא על דמי תיווך הוא, שעקב תיווכו הושג הסכם מחייב למטרה אותה נתבקש והתחייב המתווך להשיג. מטרה זו, בענין שלפנינו, ברורה וחד משמעית היא: הסכם מחייב לרכישת דירה. האם עמד המתווך בהתחייבות זו? תשובה שלילית על כן אף היא ברורה. כל מה שהשיג המתווך - לגבי חמישים אחוז מהנכס - היא התחייבות מאדם שמכר נכס שאינו שלו, והנפקות המשפטית מהתחייבות זו אינה רכישת הדירה, אלא במקרה הטוב, פיצוי עבור הנזק שנגרם לקונה... הפועל היוצא הוא איפוא שהמתווך לא השיג, בעקבות תיווכו, הסכם למה שהתחייב להשיג וממילא אין הוא זכאי לדמי תיווך" (שם בעמ' 373). בהמשך בעמ' 374 אומר השופט אלוך: "ללא קשר לשאלה אם המתווך דגן הוא בבחינת שלוח ואשר על כן חב הוא חובת נאמנות, מכוח הדין, כלפי לקוחו, מן הראוי שיחוב הוא כלפיו בחובת זהירות אלמנטרית הנובעת מעצם עיסוקו... והמתווך דגן לא סתם מתווך מן השוק הוא, אלא בעל משרד לתיווך, אשר בידו וברשותו טפסים מטפסים שונים, מוכנים וערוכים מראש, והלקוח התמים מתפתה לתת אימונו ביכולתו ובכשוריו".

שני שופטי הרוב השופט לנדוי והשופט ויתקון הצטרפו לשלילת הזכאות לדמי תיווך לאור העובדה כי המתווך לא עשה את המוטל עליו ולא הציג נכס אותו ביקש הקונה לרכוש. כיום מעוגנת החובה על המתווך לפעול בנאמנות, בהגיינות ובדרך מקובלת בסעיף 8 לחוק הנ"ל שנכנס לתוקפו ביום 1/4/97.

באשר לשאלה האם ניתן בגדרו של סעיף 8, והוראת מסירת כל מידע ללקוח "שיש בידו בענין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך", לרבות הקביעה כי במסגרת תפקידו המתווך יפעל... במיומנות ובסבירות וינקוט אמצעים הראויים בנסיבות הענין, לקבלת מידע מהותי בנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך, לכלול גם את פרטי המקרה הרלבנטי. בלשון אחרת האם מכוח חובתה בדין של המתווכת והבטחתה לקונים היה עליה לחקור, לשאול ולבדוק ביחס לחוקיות בניית הבית או שמא בדין הסתפקה בדברי המוכרים או הסתמכה על תחושתה כי הבית הוא ללא פגמים ובעיות?

למעשה ניתן היה לדחות את תביעתה של המתווכת על בסיס אותו נימוק, עליו הסכימו כל השופטים, בעניין דדון הנ"ל. הקונים התקשרו עם המתווכת בהסכם תיווך לפיו ביקשו לרכוש דירה "ללא פגמים וללא הפתעות" המתווכת לא מילאה את מבוקשם ועל-כן איננה זכאית לדמי התיווך. אומנם הקונים לא ביקשו מהמתווכת כי תבחן ותבדוק את מצב היתרי הבנייה של הנכס, אך אין ספק ספיקא, כפי שיובהר בהמשך, כי במקרה דנן מדובר בפרט מהותי הנוגע לנכס ופרט זה נכלל ברשימת פרטים מהותיים שמתווך אמור למסור ללקוח. נראה כי בעיני המתווכת, במקרה דנן, פרט מהותי הוא פרט המתייחס לשווי הדירה, מיקומה, זהות בעליה ותו לא ולא-כך-היא. אמנם בית-המשפט קמא קבע כי עדות המתווכת אמינה בעיניו וכי היא לא הבטיחה את שהקונים טענו כי הבטיחה, אך בית-המשפט קמא לא נכנס לעובי הקורה ולא קבע מה הוא תוכן ההבטחה שנתנה המתווכת לקונים בהבטיחה להם בית "ללא פגמים וללא הפתעות".

עניין נוסף המחזק את הדעה כי המתווכת נהגה בפזיזות היא העובדה, שאינה שנויה במחלוקת, לפיה הקונים הסבו את תשומת לבם לעובדת היותם קונים שאין להם נסיון בשטח זה ומבקשים בית ללא פגמים או הפתעות. ציון עובדה זו, כשלעצמה, הייתה אמורה להביא את המתווכת להתנהגות זהירה וקפדנית יותר. לציון עובדה זו, חוסר ניסיונם של הקונים, יש חשיבות נוספת, היא מלמדת על מעמדו של מתווך בעיני קונים הבאים לבקש את שירותיו, לרבות קונים המטילים את כל יחבם על המתווך. "הודאת" המתווכת כי אכן הקונים העידו על עצמם כעל קונים בעייתיים מחזקת את טענתם, לפיה אכן המתווכת הבטיחה להם בית "ללא פגמים ובעיות".

8. תשובה באשר לשאלה בדבר תוכן חובתה של המתווכת ולמשמעות המונח "מידע מהותי" הקבוע בחוק ניתן למצוא גם לאחר בחינת תכלית החוק: בדברי הצעת החוק נאמר: "באמצעות רבות בעולם המערבי העיסוק בתיווך במכירת מקרקעין מוסדר במסגרת החוק. השירותים שאותם נותן המתווך, הם בעלי ערך גורלי לרוכשי הדירות שכן במרבית המקרים ההשקעה מהווה את עיקר חסכונו ורכושו. במקרה כזה מוצדק לדרוש ממציע השירותים רמה מקצועית ורמת אמינות גבוהה. עם בוא גלי העלייה מבריה"מ נוצרה בעיה אמיתית, חלק גדול מהעולים אינם מכירים את המציאות הישראלית ואין להם כלים לשפוט ולהעריך את הנכס המוצע להם... אין הם בקיאים בתנאים הנוגעים לרכישת דירות בישראל. חוסר ידע זה מנוצל לרעה..." הצעת חוק 2136, מיום 17/3/1992.

עינינו רואות כי אין דברי ההסבר מפרטים מהו אותו "מידע מהותי הנוגע לנכס..." ולפיכך יש לפנות לדברי הכנסת ולנסות ולהתחקות, שם, אחר כוונת המחוקק; כאמור הבחינה מתייחסת לפרשנות שיש ליתן למושג "מידע מהותי". ח"כ מרום, שנאם בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט הוסיף: "ככל שנכנסתי לעניין והתעניינתי יותר ראיתי, שלא רק עולים מברית-המועצות הם קורבנות של עסקות תיווך בלתי הוגנות, אלא גם גוברין יהודים, אנשים מהישוב, שלא מבינים בתחום הזה, באים אל המתווך ומבקשים ממנו: אנא תיצור לי קשר עם מוכר דירה. והנה הם הופכים לקורבן של עסקה כזאת או אחרת... אני רוצה לומר כאן - ניסו לקחת אותנו לאכסניה אחרת, לאכסניה צרכנית של דיני צרכנות, ורק לקבוע שם כלל או שניים שיגנו על הצרכן, כלומר על זה שקונה או מקבל את התיווך, ואנחנו סירבנו. אנחנו סירבנו, כי חשבנו שמקצוע מתווכי מקרקעין הוא מקצוע שהגיעה השעה לתת לו את הכבוד המגיע לו בספר החוקים ולאפשר למתווכי המקרקעין כולם במדינת ישראל להיות תחת אמות מידה שיזקפו את קומתם וגם יהיה בבחינת לחסום פרצה הקוראת למי שהיא קוראת. אני מאוד מכבד את העובדה שהמובילים שבין המתווכים במדינת ישראל אמרו לנו: הבה תחוקקו את העניין הזה, כי אנחנו לא רוצים לסבול מסיגימות בשל אנשים שנוהגים בחוסר אחריות במקצוע". (דברי הכנסת, חוברת י"א, ישיבת ת"ו - הצעת חוק המתווכים במקרקעין - עמ' 3036-3035) (להלן-דברי הכנסת). בהמשך, בדבריו של ח"כ גולדשמיט נמצא פירוט המונח "מידע מהותי": "היום תיווך הוא מקצוע שדורש מיומנות ומקצועיות. צריך להכיר את מצאי הנכסים שקיים, צריך להבין מה היא משכנתא, צריך להבין מה פירוש שעבוד של נכס, צריך להיות בעל נגישות ובעל יכולת לבדוק פנקסים רשומים על פי דין כמו פנקסי טאבו, צריך להיות מסוגל לבדוק מה קובע מהנדס העיר, מה היתרי הבנייה שניתנו, אם יש תביעות ואם אין תביעות. כל הדברים האלה מאוד משמעותיים" (שם, בעמ' 3039).

אם-כן ניתן לומר כי המחוקק ראה במסגרת המושג "מידע מהותי" גם אינפורמציה על היתרי בנייה שניתנו ביחס לנכס נשוא התיווך.

מקור נוסף לתוכנו של אותו "מידע מהותי" מצוי בסעיף 6 לחוק המסדיר את נושאי הלימוד לקראת הבחינה לקבלת רשיון מתווך:

6" הבחינה

(א) השר יקבע, לאחר התייעצות עם הרשם והוועדה, את נושאייה של הבחינה ואת סדריה; בבחינה יכללו בין השאר התחומים הבאים; דיני חוזים, דיני מקרקעין, דיני תכנון ובניה, דיני מיסוי מקרקעין..."

9. כאמור אין עסקינן בתיבת רשלנות נגד המתווכת ועל כן במקרה דנן ניתוח המושג "מידע מהותי", כפי שמופיע בסעיף 8 לחוק, נועד ליצוק תוכן להבטחת המתווכת למצוא עבור הקונים בית "ללא פגמים" ו"ללא הפתעות" – אותם "פגמים" ו"הפתעות" שבענין זה מתייחסים לעובדה, שאינה שנויה במחלוקת, לפיה לחלק ניכר מהחלק הבנוי של הבית אין היתרי בנייה והבטחת המתווכת כוללת בחובה הבטחה גם לבדוק את מצב היתרי הבנייה. משהתרשלה המתווכת בחובתה הרי שלא סיפקה לקונים את מבוקשם ודי בכך כדי לשלול את זכאותה, בנסיבות מקרה זה, לדמי תיווך.

אין כל ספק כי העובדות שהובהרו מצביעות על כך שבענין זה מדובר במידע מהותי, חשוב וחיוני, שאם הקונים היו מודעים לו ברי כי לא היו מבצעים את העסקה, כפי שסוכמה בין הצדדים. כל זאת הואיל והוכח שמדובר בנכס בנוי של 150 מ"ר, כשמתוכם רק 80 מ"ר נבנו בהיתר. זאת ועוד, העסקה בוצעה לפי שווי של 158,000 דולר, בעוד ששמאי שהוצגו בפניו מכלול העובדות לגבי נכס זה, קבע את שווי בסך של 110,000 דולר, הפרש מהותי ומשמעותי משווי העסקה.

מקור נוסף לשלילת זכאותה של המתווכת, במקרה זה, לדמי תיווך ניתן לראות גם באמון שרחשו הקונים כלפיה. כאמור, הקונים "הזהירו" את המתווכת שהינם קונים בעייתיים ובהסכמת המתווכת לספק להם שירות הרי שנוצרו בין הקונים למתווכת יחסי אמון, ואמון זה הוא שיוצר את החובה המוגברת לנהל משא-ומתן בתום-לב ובדרך מקובלת כאשר אחד המרכיבים של החובה, במקרה ספציפי זה, הוא לבדוק "בציזיותיו" של הבית, לבדוק את עניין היתרי הבנייה ולמסור לקונים מידע מלא ומפורט אודות הנכס.

10. לאור כל זאת, הנני מקבל את הערעור ומבטל את פסה"ד של בית-המשפט קמא.

עא 3455/06 דה כהן בע"מ נ' אלון עמרם

פסק דין

השופט יצחק עמית:

האם יכול מתווך במקרקעין לפעול באמצעות תאגיד? על כך נסב עניינו של פסק דין זה.

העובדות הצריכות לעניין ופסק דינו של בית משפט קמא

1. המערערת הגישה כנגד המשיב תביעה לתשלום דמי תיווך בהסתמך על טופס הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין (נספח א' לכתב התביעה). שירותי התיווך בפועל, כך נטען, ניתנו על ידי מר אורן דה כהן, שהוא הבעלים והמנהל של המערערת, ושאלן חולק כי הוא בעל רישיון תיווך כנדרש בחוק המתווכים.

המשיב העלה טענות שונות לגופא של תביעה, החל מהטענה כי חתימתו על טופס ההזמנה זויפה וכלה בטענה כי המערערת לא הייתה הגורם היעיל לביצוע העסקה, אלא משרד תיווך אחר שגבה ממנו דמי תיווך. בנוסף, עתר המשיב לדחיית התביעה על הסף, מאחר שהמערערת היא חברה בע"מ, וככזו אינה בעלת רישיון לעסוק בתיווך במקרקעין על פי חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המתווכים" או "החוק").

2. בית משפט קמא קיבל את הטענה המקדמית, בהסתמך על פסקי דין של בתי משפט שלום שניתנו בנושא, וכן על פסק דינו של בית המשפט בע"א (מחוזי נצרת) 2178/02 אמנון אזערי בע"מ נ' בושרי (פורסם בנבו, 4.3.2003) (להלן: "אזערי"). שם נקבע כי מאחר שהתובעת לא הייתה בעלת רישיון לעסוק בתיווך, הרי שעיסוקה בפעולת תיווך היה בגדר עבירה פלילית, כך שעסקינן בחוזה פסול על פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

עוד ציין בית משפט קמא בפסק דינו, כי אי-ציון פרטי עובד המערערת, שהוא בעל הרישיון, בגוף ההזמנה למתן שירותי תיווך ואי-התייחסות לכך כי הוא שיבצע את פעולת התיווך בפועל, אינם מאפשרים למערערת ליהנות מהפרשנות המקלה שניתנה במספר פסקי דין לסעיף 13 לחוק המתווכים.

בהמשך, דחה בית משפט קמא את הטענה כי המערערת זכאית לדמי התיווך, מכוח סעיף 31 סיפא לחוק החוזים או מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. זאת, מן הטעם שיש בכך לעקוף את הוראות חוק המתווכים לפיהן מי שאינו עונה לדרישות החוק, אינו זכאי לדמי תיווך, ונוכח הוראת סעיף 6 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, המחילה דינים אלו רק בהיעדר הוראה אחרת בחוק או בהסכם.

לאור כל זאת, דחה בית משפט קמא את התביעה על הסף וחייב את המערערת בהוצאות המשיב בסך 7,500 ₪ בצירוף מע"מ.

על כך נסב הערעור שבפנינו.

טענות הצדדים

3. המערערת טענה כי אין מניעה שמתווכים במקרקעין יעסקו במקצוע התיווך במסגרת תאגיד, וכי איסור על כך מהווה פגיעה בלתי-מידתית בחופש העיסוק ובזכות ההתאגדות. לשיטתה של המערערת, יש בחוק המתווכים חסר (לאקונה) בנושא זה, ואין לפרש את החוק כקובע איסור על פעולה באמצעות תאגיד.

לשיטתה של המערערת, די שעובד שלה, שהוא בעל רישיון תיווך, ביצע בפועל את פעולת התיווך על מנת שתהא זכאית לדמי תיווך. המערערת חזרה על טענותיה לתחולת סעיף 31 סיפא לחוק החוזים ודיני עשיית עושר ולא במשפט, תוך שהיא מדגישה את התוצאה הבלתי-צודקת לפיה המשיב מתחמק מתשלום תמורה עבור שירותי תיווך שקיבל בפועל.

המשיב הצביע על כך שחוק המתווכים הוא חוק צרכני במהותו, ופשוטו של מקרא כי איננו חל על תאגידים. זאת ניתן ללמוד מהוראות החוק העוסקות בתנאים המצטברים לקבלת רישיון לעסוק בתיווך, כמו גילו של המתווך, היעדר עבר פלילי וכיו"ב. כן הצביע המשיב על פסיקת בתי המשפט בנושא זה ועל מכתב של רשימת המתווכים לפיה לחברה אין כלל מעמד בחוק המתווכים.

הערה מקדמית

4. ככל שידיעתי מגעת, אין בסוגיה שלפנינו הלכה מחייבת של בית המשפט העליון. פסק הדין של בית המשפט המחוזי בנצרת בעניין אזערי, נחשב כפסק הדין המנחה בסוגיה זו, אך קריאה זהירה של פסק הדין מעלה כי אינו קובע מסמרות בסוגיה. דעת הרוב שם השתייכה את הכרעתה על כך שאין לזהות את פעילותה של החברה עם פעילותו של אזערי האיש, ובהיעדר רישיון לחברה לעסוק בתיווך, נקבע כי החוזה הוא בלתי-חוקי ובטל (דעת המיעוט קבעה כי ניתן לעשות שימוש בהוראת סעיף 31 לחוק החוזים). לגבי השאלה המהותית הניצבת בפנינו, אומר השופט אברהם, שכתב את דעת הרוב שם, את הדברים שלהלן:

"בצריך עיון אשאיר את השאלה, האם תאגיד יכול שיעסוק בתיווך במקרקעין, הגם שהדעת נוטה ליתן מענה שלילי לשאלה זו, בשל טיבם של התנאים שמעמיד חוק המתווכים למבקשים לקבל רישיון תיווך במקרקעין, שבחלקם אינם הולמים תאגיד שאיננו בשר ודם. מכל מקום, כאמור, אותיר את השאלה בצריך עיון, משפתרוננו של הסכסוך יכול שיהא גם בלא מתן מענה לשאלה זו שהעלתה המערערת בחצי פה בערעורה שלפנינו."

בפסיקת בתי משפט השלום אנו מוצאים חילוקי דעות בנושא. חלק מפסקי הדין הולכים בעקבות פסק דין אזערי וקובעים כי אין לעסוק בתיווך במקרקעין באמצעות תאגיד – ראה, לדוגמה, ת.א. (שלום הרצליה) 2108/03 בהט נ' עו"ד זילברברג (לא פורסם, ניתן ביום 9.5.2005, נספח ה לטיעוני המשיב). בפסקי דין אחרים הוכרה זכותו של מתווך בעל רישיון לפעול באמצעות תאגיד – ת.א. 126630/00 (שלום תל-אביב) שור נ' מטרופוליס ייזום השקעות ונכסים בע"מ (פורסם בנבו, 28.7.2003); ת.א. 7291/02 (שלום ראשון-לציון) אומנות עסקאות בנדל"ן בע"מ נ' בוניאטוב (פורסם בנבו, 4.8.2004); ת.א. 18511/03 (שלום תל-אביב) סמואל מודל בע"מ נ' קנדל (פורסם בנבו, 15.4.2004).

על רקע הדעות השונות בסוגיה זו, נפלס את דרכנו. את מסענו הפרשני נפתח בהוראות העיקריות של חוק המתווכים, שנכנס לתוקפו ביום 1.4.1997.

הוראות חוק המתווכים

5. סעיף 2(א) לחוק המתווכים מורה כי **"לא יעסוק אדם בתיווך במקרקעין, אלא אם כן הוא בעל רישיון ובהתאם להוראות חוק זה"**.

סעיף 5(א) לחוק קובע כלהלן:

"מי שנתקיימו בו התנאים המפורטים להלן, רשאי לקבל רישיון של מתווך במקרקעין:

- (1) **הוא אזרח או תושב של מדינת ישראל או שהוא תושב חוץ שניתן לו היתר כדין לעבוד בישראל;**
- (2) **מלאו לו 18 שנים;**
- (3) **הוא אינו פושט רגל;**
- (4) **הוא לא הורשע בביצוע עבירה שיש עמה קלון בחמש השנים שקדמו להגשת הבקשה;**
- (5) **אם הוטל עליו מאסר, לרבות בעבירה שאין עמה קלון, הוא סיים לרצותו לפחות שלוש שנים לפני הגשת הבקשה כאמור;**
- (6) **הוא עמד בהצלחה בבחינה לקראת קבלת רישיון תיווך במקרקעין (להלן – הבחינה)".**

סעיף 9(א) לחוק קובע כי מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך אלא אם חתם הלקוח על הזמנה בכתב הכוללת פרטים שנקבעו בתקנות. הפסיקה פירשה את הדרישה למסמך בכתב, כדרישה מהותית להבדיל מדרישה ראייתית, ובמספר מקרים **"ריככה"** בהתאם את דרישות הפירוט – ע"א (מחוזי תל-אביב) 2819/00 בן אור נ' רוזן (פורסם בנבו, 30.6.2002).

סעיף 10 לחוק אוסר על תיווך בעסקת מקרקעין כאשר למתווך יש ענין אישי במקרקעין או בעסקה אלא אם יידע את הלקוח על כך וקיבל הסכמה בכתב; סעיף 11 מחיל על המתווך חובת סודיות, וסעיף 12 לחוק אוסר על מתווך לערוך מסמכים בעלי אופי משפטי. סעיף 14 מתנה את זכאותו של המתווך לדמי תיווך במספר תנאים, שאחד מהם הוא היותו בעל רישיון לפי החוק. סעיף 15 לחוק קובע סנקציה פלילית וסעיפים 16-17 קובעים כי עבירה על פי החוק תהווה גם עבירה לפי חוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981, וכי רשאי בית משפט לשלול או להתלות רישיון של מתווך שעבר עבירה על פי החוק.

6. דומה שאין חולק כי בעל הרישיון אינו יכול להיות תאגיד, ודי לעיין בהוראות סעיף 5(א) לעיל כדי לעמוד על כך. תאגיד אינו **"אזרח או תושב"** מעל גיל 18, תאגיד אינו יכול לעבור בחינות, תאגיד אינו יכול להיות מי שסיים לרצות עונש מאסר וכיו"ב.

ברם, ההתמקדות בחובת הרישוי, אינה נותנת מענה לשאלה האמיתית העומדת בפנינו והיא – היש מניעה כי מתווך מורשה יתן את שירותי התיווך באמצעות תאגיד? כפי שנראה בהמשך, שורה ארוכה של בעלי מקצועות שחייבים ברישוי, כמו עורכי דין או רואי חשבון, רשאים להתאגד, כך שחובת הרישוי לחוד ושאלת ההתאגדות לחוד. אין מניעה כי עורך דין יתן שירותי עריכת דין באמצעות חברה, מבלי שהדבר יגרע מחובתו להיות בעל רישיון עריכת דין ומבלי לגרוע מחובתו המקצועית והאתית כלפי הלקוח. מכאן, שלא סגי בקביעה כי בעל הרישיון אינו יכול להיות תאגיד, כדי להגיע למסקנה שמתווך מורשה אינו רשאי לעסוק במתן שירותי תיווך באמצעות תאגיד.

7. לטעמי, לשונו של חוק המתווכים לא רק שאינה שוללת אפשרות זו, אלא להיפך. סעיף 13 לחוק המתווכים קובע כלהלן (הדגשה שלי – י.ע.):

"אדם לא יעסיק אדם אחר בתיווך במקרקעין אלא אם כן המועסק הוא בעל רישיון לפי חוק זה; סעיף זה לא יחול לגבי העסקת אדם בתפקיד מינהלתי".

סעיף ההגדרות בפקודת הפרשנות [נוסח חדש] מגדיר "אדם" – לרבות חברה או התאחדות או חבר בני-אדם, בין שהם מואגדים ובין שאינם מואגדים". סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, קובע כי "מקום שמדובר באדם – אף חבר-בני-אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד". עם זאת, יש לזכור את הסייג בסעיף 2 לחוק הפרשנות, לפיו יחולו ההגדרות "אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם אותה הגדרה".

הדרא קושיא לדוכתיה – האם הוראות חוק המתווכים אינן מתיישבות עם הגדרת "אדם" גם כתאגיד על פי חוק הפרשנות?

מהוראת סעיף 13 לחוק ניתן להסיק, שאין מניעה כי תאגיד יעסוק בתיווך במקרקעין, ובלבד שמי שעוסק בתיווך עצמו, יהיה בעל רישיון. סעיף 9 להצעת חוק מתווכים במקרקעין, התשנ"ב-1992 (הצ"ח 2136 מיום 17.3.92) קבע כי "לא יוענק רישיון לעסוק בתיווך מקרקעין לתאגיד או לשותפות אלא אם כן אחד מעובדיה הקבועים הינו בעל רישיון לפי חוק זה" וסעיף 10 להצעת החוק קבע כי "מתווך מקרקעין יהא רשאי לקיים סניף או משרד נוסף בתנאי שבאותו סניף או משרד נוסף מועסק מתווך מקרקעין דרך קבע בעל רישיון לפי חוק זה". סעיפים אלו נשמטו מנוסחו הסופי של החוק, ובמקומם באה הוראת סעיף 13 לחוק, שלא נכללה בהצעת החוק. יש בכך לחזק את הטענה שחוק המתווכים הכיר באפשרות שתאגיד יעסוק בתיווך במקרקעין, ובלבד ששירות התיווך עצמו יינתן על ידי בעל רישיון תיווך.

ודוק: גם סעיף 2(א) לחוק המתווכים נוקט לשון "אדם", אך לאור הוראות סעיף 5(א), ברי כי הכוונה היא ליחיד בשר ודם, שרק הוא רשאי לעסוק בפעולת התיווך. אך אין להשליך מכך בהכרח על הוראת סעיף 13 לחוק הנוקטת אף היא לשון "אדם". מהוראת סעיף 13 כפשוטה עולה שאין מניעה כי מי שאינו בעל רישיון תיווך, יעסיק מתווך בעל רישיון, ואין כל סיבה בגינה יש לפרש את המילה "אדם" במובן של יחיד.

בהתאם לכך, אין מניעה כי מתווכים בעלי רישיון יהיו זכיינים של סוכנות תיווך שהיא תאגיד, ובטופס הזמנת שירותי התיווך יירשם שמו של התאגיד והסוכנים המורשים מטעמו, ולמיצער, הסוכנים המורשים באיזור הרלוונטי – השווה ת.א. (שלום נתניה) 6348/07 שוסרמן נ' רוקח (פורסם בנבו, 25.7.2007). כפי שיחיד, שאינו בעל רישיון, רשאי להעסיק מתווך בעל רישיון, איני רואה מדוע תאגיד שאינו בעל רישיון לא יהיה רשאי להעסיק מתווך בעל רישיון בפעולת התיווך.

סיכומי של דבר, שמתוך לשון חוק המתווכים, אפשר להסיק כי המחוקק איפשר מתן שירותי תיווך באמצעות תאגיד.

תכליתו של חוק המתווכים

8. פתחנו את מסענו הפרשני בהוראות החוק, וכידוע, לשון החוק היא תחנת המוצא אך לא תחנת הסיום. לאחר בחינת לשון החוק יש לבחון את תכלית החוק, הן הסובייקטיבית והן האובייקטיבית. התכלית הסובייקטיבית משמעה "כוונת המחוקק" במובן הצר, קרי, התכלית שיוצרי החוק ביקשו להגשים. התכלית האובייקטיבית היא "מטרת החקיקה", במובן הרחב של המילה – היעדים, המטרות, האינטרסים והערכים שהחוק בא להגשים.

על התכלית ניתן ללמוד מכל מקור אמין, החל מדברי הכנסת ודברי ההסבר להצעת החוק, כחלק מההיסטוריה החקיקתית וכאינדיקציה לתכלית הסובייקטיבית, וכלה בעקרונות היסוד של השיטה כחלק מהתכלית האובייקטיבית – ראה, לדוגמה, רע"א 3899/06 מ"י נ' שמועל אבן זהר ואח' (פורסם בנבו, 1.5.06). בהתאם לכך, נפתח בדברי הכנסת.

התכלית הסובייקטיבית של חוק המתווכים

9. כאשר הוצג חוק המתווכים בקריאה שנייה ושלישית בכנסת (ד"כ כרך 127 עמ' 1121 מיום 9.1.96) אנו מוצאים דין ודברים בין ח"כ דדי צוקר, יו"ר ועדת חוקה ומשפט דאז, לבין יוזם החוק, ח"כ אברהם פורז כלהלן:

ח"כ צוקר:

"[...] אבל ייאמר לי מדוע נוצרה הגבלה נוספת שגם היא מעבר למידה: מדוע בעסקת תיווך כזו, בהפגשת שניים, יכול לעסוק רק אדם יחיד? למה תאגיד לא יכול לעשות זאת? מדוע ההגבלה הזאת על תאגידים? מדוע תאגיד לא יכול לעשות זאת? מדוע זה נקבע רק ליחידים? זוהי הגבלה שהיא במידה נסבלת, במידה סבירה? זוהי הגבלה שנועדה לקבוצת אנשים מוכרת ומזוהה ליצור איגוד מקצועי שיגדיר את עצמו כאיגוד, ואז כאשר אברהם או שמעון או לוי ירצו להיכנס לשם יגידו: אה-אה יש בחינה, לך תלמד, לך לבית הספר ההוא, לך למכללה ההיא, לך למרכז הבין-תחומי הזה או האחר."

ועל כך משיב לו יוזם החוק ח"כ פורז:

"בכל הנושאים האלה התאגיד יכול לעסוק אם נושא המשרה בתאגיד הוא בעל הכישורים. אתה לא יכול לפתוח בית חולים אלא אם כן אתה מעסיק רופאים בפנים".

ומחרת-מחזיק אחרי ח"כ דן מרידור, שהיה בין מתנגדי החוק: **"זה דומה לרופאים באמת"**. עינינו הרואות כי יוזמי החוק לא נתכוונו לאסור מתן השירות באמצעות תאגיד.

10. תכליתי של חוק המתווכים הייתה לקבוע סטנדרטים של מקצועיות והגינות לעיסוק במקצוע התיווך על מנת להגן על הרוכשים בכוח מקרב הציבור הרחב. כך נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק מס' 2136, עמ' 388:

"השירותים שאותם נותן המתווך, הם בעלי ערך גורלי לרוכשי הדירות שכן במרבית המקרים ההשקעה מהווה את עיקר חסכונו ורכושו. במקרה כזה מוצדק לדרוש ממציע השירותים רמה מקצועית ורמת אמינות גבוהה..... הצורך בקבלת חוק שיסדיר את העיסוק במקצוע התיווך במקרקעין ושיעניק את ההגנה המתאימה לרוכשים בכוח קיים גם ברמה העקרונית וגם כצו השעה".

הצורך בחקיקה התעורר במיוחד נוכח גלי העלייה מברית המועצות בתחילת שנות התשעים. החוק נועד למנוע תופעות של "חאפרים" וכדי להשליט סדר באגודת המוסיה ששררה בתחום זה קודם לכן - ת.א. (שלום תל-אביב) 18511/03 סמואל מודל בע"מ נ' קנדל (פורסם בנבו, 15.4.2004).

למרות שהלקוח על פי חוק המתווכים אינו בהכרח "צרכן" כמשמעותו בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, אין חולק על אופיו הצרכני של החוק. כך, לדוגמה, נאמר בבר"ע (מחוזי תל-אביב) 2905/00 מאיר נ' קובלנסקי (פורסם בנבו, 25.6.2001):

"חוק המתווכים שייך, בין היתר, למערכת של חוקי הגנת הצרכן, ונוצר בכדי להגביל את כוחם העדיף של המתווכים על פני מוכרי הדירות בכח מיקוח, ידע, נסיון ותחכום משפטי, המתבטא בחוזים אחידים בהם מכתיבים המתווכים את רצונם. החוק נועד להשליט נורמות של הגינות, ולדאוג, בין היתר, כי רק מתווך שתרים בפועל למכירת הדירה יקבל את שכרו".

11. המשיב הדגיש את אופיו הצרכני של חוק המתווכים, תוך שהוא מפנה לדברי ההסבר להצעת החוק ולדברי הכנסת. ברם, איני סבור כי אופיו הצרכני של החוק משליך בהכרח על השאלה שבפנינו. בכל החוקים הרבים שהמחוקק מצא לנכון להטיל חובת רישוי על בעלי מקצוע, המטרה היא להגן על מקבל השירות מפני בעלי מקצוע לא מיומנים, תוך יצירת כללים אחידים להסדרת רמה מקצועית מינימלית. ברם, **רישוי** לחוד **ועיסוק** לחוד. כפי שנאמר בדברי ההסבר להצעת החוק, חוק המתווכים דומה במבנהו ובדפוסיו לחוקים אחרים העוסקים בפיקוח ובהסדר העיסוק במקצועות רגישים. כפי שנראה להלן, שורה ארוכה של בעלי מקצוע החייבים ברישיון, רשאים לעסוק במקצועם באמצעות תאגיד. לכן, העובדה שהמחוקק הגביל את חופש העיסוק בעצם הצורך בקבלת רישיון לצורך עיסוק במקצוע, אין משמעה שהגביל את חופש העיסוק גם באיסור לעסוק במקצוע באמצעות תאגיד.

בנקודה זו, אנו מגיעים לבחינת התכלית האובייקטיבית, תוך השוואה לחוקים אחרים "ממשפחת" בעלי המקצוע ועל רקע עקרונות היסוד של השיטה.

לאור עקרונות היסוד של השיטה והשוואה לחוקים אחרים - ענייננו בלאקונה ולא בהסדר שלילי

12. עמדנו על כך, שמתוך לשון סעיף 13 לחוק המתווכים, ניתן להסיק כי אין מניעה ששירותי התיווך יינתנו באמצעות תאגיד. אך לאלו הגורסים כי לא ניתן להסיק זאת מסעיף 13 לחוק, הרי שחוק המתווכים שותק בשאלה זו. לשיטתו של המשיב, יש לפרש את שתיקתו של המחוקק כהסדר שלילי ולשיטתה של המערערת יש לפרשה כלאקונה (חוסר).

ההבחנה בין לאקונה לבין הסדר שלילי, היא שאלה סבוכה עד מאוד בדיני פרשנות ולא אדרש לסוגיה זו במישור העיוני - ראה, לדוגמה, ע"א 3622/96 אברהם חכם נ' קופ"ח מכבי, פ"ד נב(2) 638 (1998); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998); ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309 (2003).

כפי שנראה להלן, מתוך השוואה לחוקים אחרים ומכוח עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית, יש לפרש את שתיקתו של חוק המתווכים כלאקונה ולא כהסדר שלילי.

13. בשורה ארוכה של חיקוקים, קבע המחוקק במפורש כי בעלי מקצוע רשאים להתאגד, למרות שמקצועם מחייב אותם לקבל רישיון כדין. לגבי חלק מהמקצועות, על זכות ההתאגדות הוטלו תנאים וסייגים, כמו איסור על הגבלת ערבות והתאמת מטרות החברה. ראה, לדוגמה:

עורכי דין – סעיף 59 א לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

רואי חשבון – סעיף 6א לחוק רואי החשבון, התשט"ו-1955.

סוכני ביטוח – סעיף 26 לחוק הפיקוח על עסקי הביטוח, התשמ"א-1981.

חוקרים פרטיים – סעיף 13 לחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972.

רופאי שיניים – סעיף 3א לפקודת רופאי השיניים [נוסח חדש], התשל"ט-1979.

יועצי השקעות – סעיף 2א(א) לחוק הסדרת העיסוק ביועץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995.

לצד אלו, אנו מוצאים שורה ארוכה של חיקוקים המטילים חובת רישוי של בעלי מקצוע נוספים, ללא התייחסות של המחוקק לשאלה אם רשאי בעל המקצוע ליתן את השירות באמצעות תאגיד. ראה, לדוגמה:

רוקחים – פקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981.

שמאים – חוק שמאי מקרקעין, התשס"א-2001.

מודדים – סעיף 3 לפקודת המדידות ותקנות המודדים (מקצוע המדידה), התשמ"ב-1982.

מהנדסים ואדריכלים – חוק המהנדסים והאדריכלים, התשי"ח-1958.

אופטומטריסטים – חוק העיסוק באופטומטריה, התשנ"א-1991.

ככל שידיעתי מגעת, לפחות חלק מבעלי מקצועות אלו נותנים שירותים באמצעות תאגיד כדבר שבשגרה. ראה, לדוגמה, לגבי מקצוע המדידה בפסק דיני בת.א. (מחוזי חיפה) 487/02 **צבי המרמן השקעות (1996) בע"מ נ' לבנברג תכנון ומדידות בהנדסה אזרחית בע"מ** (פורסם בנבו, 12.7.2007). זאת, למרות שבדומה למתווכים במקרקעין, גם עליהם להיות בעלי רישיון על מנת לעסוק במקצועם, וקבלת הרישיון מותנית, בין היתר, בלימודים ובחינות. לפנינו הוכחה לכך שרישיון לחוד ועיסוק לחוד. הרישיון ניתן לאדם בשר ודם והעיסוק יכול וייעשה באמצעות חברה. אם נפרש שתיקתו של המחוקק כהסדר שלילי, כטענת המשיב, משמעות הדבר כי יימנע משורה ארוכה של בעלי מקצוע לעסוק במשלח ידם באמצעות תאגיד, בניגוד לפרקטיקה הקיימת.

14. ענייני הרואות כי "במשפחת" החיקוקים העוסקים בבעלי מקצוע, המחוקק אינו עקבי בהתייחסותו לעיסוק באמצעות תאגיד. לעיתים, המחוקק מתיר זאת במפורש ולעיתים אין בחוק כל התייחסות לכך. יש והמחוקק מתייחס לאפשרות שבעל הרישיון יפעל באמצעות תאגיד, כדבר מובן מאליה. כך, לדוגמה, בחוק שירותי הובלה, התשנ"ז-1997, קובע המחוקק כי **"לא יתן אדם שירות הובלה, בעצמו או באמצעות אחר, אלא אם כן ביזו רשיון מוביל, ושירות הובלה ניתן בהתאם לסוג הרישיון ולתנאיו"**. הרישיון כרוך בין היתר, בהכשרה מקצועית מתאימה לפי סוג המטען וסוג הרכב, הכשרה שיכול ותינתן רק ליחיד בשר ודם. אין בחוק כל הוראה המתירה או אוסרת עיסוק בהובלה באמצעות תאגיד, אך בסעיף 19 לאותו חוק, קובע המחוקק אחריות אישית על בעלי תפקיד בתאגיד. לפנינו דוגמה לכך, שהמחוקק סבור, בבחינת דבר המובן מאליה, כי רישיון לחוד ועיסוק בתאגיד לחוד. בדומה, העובדה שהמודד או האופטומטריסט או שמאי המקרקעין חייבים ברישיון, אין משמעה, כי אינם רשאים ליתן את השירות באמצעות חברה.

15. אוסיף ואומר כי ככל שידיעתי מגעת, משרדי תיווך לא מעטים מאוגדים בחברות, וכלל פרשנות הוא כי הפרקטיקה הנוהגת מהווה שיקול רלוונטי בפרשנותו של החוק – ראה, לדוגמה, בג"ץ 6395/98 **אלקושי נ' קצין התגמולים משרד הבטחון**, פ"ד נד(1) 462, 454 (2000); רע"א 3527/96 **צ'קס אקסלברד נ' מנהל מס רכוש איזור חדרה**, פ"ד נב(5) 385, 407-408 (1998) והאסמכתאות שם. לדעה נוגדת, לפיה משקלה של הפרקטיקה לפתרון סוגיה של פרשנות הוא כמשקל נוצה, ראה דעתו של השופט חשין בבג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 742-743 (1999).

16. שלילת הזכות לעסוק במקצוע התיווך באמצעות תאגיד, נוגדת עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית.

סעיף 2 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 קובע כי **"כל אדם רשאי לייסד חברה, ובלבד שמטרה ממטרות החברה אינה נוגדת את החוק, אינה בלתי מוסרית או אינה נוגדת את תקנת הציבור"**. זכות ההתאגדות נתפסת בפסיקה כזכות יסוד חוקתית, כאחת מחירויות

האדם שאינן כתובות עלי ספר הנכללות במגילת הזכויות שפיתחה הפסיקה לאורך השנים – ראה, לדוגמה, ד"נ 16/61 **רשם החברות נ' כרדוש**, פ"ד טז 1209, ע"א 4531/91 **נאסר נ' רשמת העמותות**, פ"ד מח(3) 294, ע"א 1282/93 **רשמת העמותות נ' כהנא**, פ"ד מז(4) 106, 100, רע"א 7504/95 **יאסין נ' ימין ישראל**, פ"ד נ(2) 45 והאסמכתאות שם. לזיקה בין חופש ההתאגדות לחופש הביטוי ראה בג"ץ 1398/04 **סמ"ר איתי בן חורין נ' רשמת העמותות** (פורסם בנבו, 19.1.2006). למקור הזכות ראה דברי השופט גולדברג בבג"צ 7029/95 **הסתדרות העובדים הכללית נ' בית הדין הארצי**, פ"ד נא(2) 63, עמ' 98–99 וכן אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך ג (נבו 1993) עמ' 43 ואילך.

להתאגדות יתרונות במישורים שונים, בין היתר, במישור האחריות האישית ודיני המס, ושליטת הזכות להתאגד, מהווה הגבלה שיש בה פגיעה של ממש בחופש העיסוק. לצורך הדיון, נניח שהמחוקק היה שולל במפורש בחוק המתווכים, את זכותו של מתווך לעסוק במקצועו באמצעות תאגיד, ומתווך פלוני היה עותר לפסול את החוק בשל פגיעה בחופש העיסוק. במקרה כזה, בג"ץ היה מקמט מצחו ובוחן את האיסור ב"משקפיים" של פסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק (ונוזכיר כי להבדיל מסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוקפו של סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד: חופש העיסוק כבר פקע). יש להניח כי בג"ץ היה מתחבט כבר במבחן המשנה הראשון של יסוד המידתיות, הוא מבחן ההתאמה – האם יש קשר רציונלי בין האמצעי שנקבע בחוק לבין התכלית שאותו אמצעי בא להגן.

תכליתו של חוק המתווכים היא להגן על הלקוח, שלעיתים קרובות הוא גם "צרכן" כמשמעותו בחוק הגנת הצרכן. אך לאיסור לעסוק בתיווך באמצעות תאגיד, קשר רופף עד מאוד, אם בכלל, לתכלית של הגנה על הצרכן. כשלעצמי, איני רואה במה מותר המתווך על פני מודד, שמאי, עורך דין, רואה חשבון או מהנדס, הרשאים ליתן את השירות האישי גם באמצעות תאגיד. איני סבור כי מקצוע התיווך במקרקעין הוא ייחודי על פני מקצועות אחרים. נהפוך הוא, היו שהתנגדו מלכתחילה לחקיקתו של חוק המתווכים, מן הטעם שאין לחוק תכלית ראויה ומטרתו האמיתית ליצור מעין "גילדה" של מתווכים ולמנוע תחרות (דברי ח"כ מרידור בדברי הכנסת בקריאה השנייה והשלישית והא-ראיה, שהיוזמה לחקיקה לא באה מצד גופים ומוסדות המייצגים את ציבור הצרכנים, אלא דווקא מצד המתווכים עצמם. להיסטוריה החקיקתית של חוק המתווכים, ראה איל זמיר "לקראת חקיקה של דיני התיווך" **ספר זכרון לגד טודסקי** (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הארי סאקר, תשנ"ו–1995, 225, 231, שם מביע המחבר ספק אם יש מקום לרגולציה של העיסוק בתיווך.

על-פניו, לרואה חשבון ולעורך דין חובת זהירות, אמון ונאמנות כלפי הלקוח, ברמה גבוהה מזו של מתווך במקרקעין, ושמא בשל כך הגביל המחוקק את עורכי הדין ורואי החשבון להתאגד בחברה שאינה בע"מ. הגבלה מעין זו, מביאה אותנו למבחן המשנה השני של יסוד המידתיות, הוא מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה". אם וככל שסבר המחוקק שפעולת תיווך באמצעות תאגיד עשויה לפגוע במטרת החוק, יכול היה להטיל מגבלות על זכות ההתאגדות – בדומה למגבלות שהוטלו על עורכי דין, רואי חשבון וחוקרים פרטיים – להבדיל מהטלת איסור מוחלט על התאגדות.

17. הדיון דלעיל היה דיון היפותטי, שהרי על פי נוסחו הנוכחי של חוק המתווכים, אין איסור ליתן שירות תיווך באמצעות תאגיד. איני רואה טעם טוב ליצור על דרך של פרשנות, איסור שיש בו פגיעה של ממש בזכות היסוד להתאגד ובזכות היסוד של חופש העיסוק. פגיעה כאמור, צריך שתיעשה בחוק מפורש או מכוח חוק מפורש לאור פסקת ההגבלה בחוק יסוד: חופש העיסוק **"אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"**. למיצער, יש להצביע על טעם "חזק" בגינו יש לפרש את חוק המתווכים בדרך הפוגעת בזכויות היסוד. המשיב לא הצביע על טעם כזה ואין לראות מדוע פעולה באמצעות תאגיד מהווה פגיעה בתקנת הציבור.

סיכומו של דבר, שיש להעמיד את המחוקק בחזקתו כי ביקש שלא לפגוע בזכות ההתאגדות וחופש העיסוק המעוגנים בשיטתנו המשפטית כחירויות יסוד. חזקה זו, מטה את הכף למסקנה כי בלאקונה עסקינן, ואת החסר יש למלא באופן שאינו מגביל זכויות יסוד אלו.

עבירה פלילית וחובה לא חוקי

18. לאותה מסקנה נגיע מנקודת מבט נוספת.

איסור על פעולת תיווך באמצעות תאגיד, משמעו שהעסקה שנעשתה בין הצדדים שלפנינו, מהווה הסכם בלתי חוקי במישור החוזי, וכן עבירה פלילית לפי חוק העונשין וחוק הגנת הצרכן כאמור בסעיפים 15 ו-17 לחוק המתווכים.

חוק פלילי צריך להיות ברור ומפורש, ואל לבית המשפט ליצור עבירה פלילית בדרך של היקש והיסק. הד לכך אנו מוצאים בסעיף 34 כא לחוק העונשין הקובע כי **"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין"**.

בדומה גם במישור האזרחי-החוזי. ככלל, אי חוקיות צריכה להיות ברורה ומפורשת, ובמקרה של ספק, יש לפרש את החוזה בדרך המקיימת אותו – וראה סעיף 25(ב) לחוק החוזים הקובע כי **"חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפני הוא בטל"**.

בהיעדר הוראה מפורשת האוסרת ליתן שירותי תיווך באמצעות תאגיד, אל לבית המשפט להטיל כתם של אי חוקיות בעסקה, וגם מטעם זה יש לקבל את הערעור.

לפני סיום

19. משהגענו למסקנה כי אין מניעה ששירותי תיווך יינתנו באמצעות תאגיד, איני נדרש לסעיף 31 לחוק החוזים או לדיני עשיית עשר ולא במשפט, או לקונסטרוקציה של הרמת מסך לזכות המערערת – ר' יוסי חכם "האם רשאי תאגיד לעסוק בתיווך מקרקעין? על הרמת מסך לזכות בעלי המניות", **דין ואומר** (בטאון לשכת עוה"ד בחיפה).

עם זאת, נוכח תכליתו הצרכנית של החוק, נדגיש כי על מבצע פעולות התיווך לעמוד בכללים ובהסדרים הקבועים בחוק המתווכים. המשמעות המעשית של פעילות המתווך באמצעות תאגיד היא בעיקר במישור המינהלי-אירגוני והכספי-פיסקלי, אך פעולות התיווך עצמן צריכות להיעשות על ידי יחיד המחזיק ברישיון תיווך. עליו יחולו כל הכללים וחובות האמון והזהירות האישיים החלים על מתווך במקרקעין, ועליו לקיים את התנאים הנדרשים בסעיף 14 לחוק, שאם לא כן, התאגיד לא יהיה זכאי לדמי תיווך.

20. טוב יעשה המחוקק אם יסדיר בחוק המתווכים את העיסוק בתיווך באמצעות תאגיד. כך, ראוי לקבוע בתקנות את מידת הפירוט שבטופס ההזמנה לגבי המתווכים המורשים ואת דרך הניהול של סוכנות תיווך על ידי זכיינים. כן ראוי למחוקק ליתן דעתו אם לאסור על מתווכים להתאגד בחברה בע"מ דוגמת המגבלה המוטלת על עורכי דין, רואי חשבון וחוקרים פרטיים וכיו"ב – ת.א. (שלום חיפה) 5912/04 **בראל נכסים בזכרון יעקב בע"מ נ' מרום יעקב** (פורסם בנבו, 21.5.2006) פסקה 18 לפסק הדין.

כל עוד הדבר לא נעשה על ידי המחוקק, ננסה "לעצב" את דרך הפעולה של מתווך באמצעות תאגיד על ידי מספר כללים:

(-) על התאגיד לפעול באמצעות מתווכים בעלי רישיון כחוק, דהיינו, שירות התיווך צריך להינתן על ידי בעל הרישיון כאמור בסעיף 13 לחוק.

(-) על פרטי המתווך/ים בעל/י הרישיון המורשה/ים לפעול בשמו של התאגיד, להופיע על גבי טופס ההזמנה עם כל הפרטים הנדרשים על פי תקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב) תשנ"ז-1997, לרבות כתובת ומספרי ת"ז (אציין כי מחוקק המשנה לא חייב את המתווך לציין את מספר הרישיון).

במקרה שלפנינו, בשל הזהות בין שמו של המתווך בעל הרישיון לבין שם המערערת, אני נוטה להכשיר **בדיעבד** את הפגם של אי ציון פרטי בעל הרישיון בטופס ההזמנה.

21. עיינתי בחוות דעתם של חברי כב' השופטים ברלינר וסוקול, הסבורים כי דין הערעור להידחות, אך לא מטעמי של בית משפט קמא. כשלעצמי, אף אני סבור כי בהיעדר הסכמה על שיעור עמלת התיווך, לא נתמלאו דרישות התקנות והמסמך אינו עומד בדרישת הכתב על פי סעיף 9(א) לחוק המתווכים. ברם, משלא הועלתה הטענה על ידי המשיב, גם לא בכתב ההגנה בבית משפט קמא, סברתי כי לא יהא זה ראוי להעלות את הטענה ביוזמתנו ומבלי שניתנה הזדמנות לצדדים לטעון בנושא זה.

סוף דבר

22. אין מניעה כי שירותי תיווך יינתנו באמצעות תאגיד, ובלבד שפעולת התיווך תיעשה על ידי מתווך בעל רישיון. כך ניתן להסיק מלשון החוק (סעיף 13). למיצער, לפנינו לאקונה ולא הסדר שלילי, כפי שעולה מהתכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית של חוק המתווכים, תוך השוואה לחוקים אחרים העוסקים במאטריה דומה ועל רקע החזקה שהמחוקק לא התכוון לפגוע בזכות ההתאגדות ובחופש העיסוק.

אשר על כן, אמליץ לחברי לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא ולהחזיר את התיק לבית משפט השלום, על מנת שידון בטענות הצדדים לגופן, לרבות הטענה כי חתימתו של המשיב ע"ג טופס ההזמנה זוייפה והטענה כי המערערת באמצעות מר דה כהן, לא הייתה הגורם היעיל לביצוע העסקה.

¹ י עמית, שופט

השופט שמואל ברלינר:

1. גם אני סבור כי אין מניעה שמתווך, כל עוד הוא בעל רישיון לעסוק בתיווך כנדרש בחוק, ינהל את עסקי התיווך שלו במסגרת התאגדות, חברה בע"מ, כבמקרה שבפנינו, כל עוד רק מי שאכן מחזיק ברישיון של מתווך עוסק מטעם התאגיד, בפעולות התיווך.

2. מכך מתחייבת בדיקה, האם עמדה המערערת בנדרש ממנה, לענין זה, בהתקשרות עם המשיב, וכן במה שנוגע לאופן ביצוע פעולות התיווך הלכה למעשה, כלפי המשיב.

3. אין אנו יודעים אם מי שבא בדברים עם המשיב ופעל בעבורו בעסקת התיווך הנדונה היה מתווך בעל רישיון. עניין זה היה יכול להתברר בערכאה הראשונה, אלמלא נדחתה התביעה, למעשה, על הסף.

4. העיסקה בין המערערת לבין המשיב נקשרה במסמך מיום 8.10.03 – נספח א' לכתב התביעה.

ההתקשרות צריכה לעמוד בתנאים המפורטים בס' 9 של החוק: עליו לכלול את הפרטים שקבע שר המשפטים בתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997, האומרות בס' 1, כך:

"1. פרטי חובה בהזמנה לביצוע פעולת תיווך במקרקעין בהזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין לפי סעיף 9(א) לחוק, יכללו לפחות הפרטים הבאים:

(1) שמות, כתובות ומספרי זיהוי של המתווך ושל הלקוח;

(2) סוג העיסקה שפעולת המתווך מבוקשת לגביה, כגון: "שכירות", "מכירה";

(3) תיאור הנכס נושא פעולת התיווך;

(4) מחיר העסקה המבוקשת, בקירוב;

(5) הסכום המוסכם של דמי התיווך או שיעור דמי התיווך המוסכם מתוך המחיר שבו תבצע העסקה, והאם המחיר – לפי אחד מאלה – כולל מס ערך מוסף, כמשמעותו בחוק מס ערך מוסף, התשל"ה-1975.

5. נראה כי המסמך הנ"ל, הוא הזמנת פעולת התיווך במקרה שבפנינו, אינו עומד בנדרש.

הזמנת התיווך הנ"ל מציינת את שם התאגיד, מס' ההתאגדות שלו, וכתובתו, והוא, התאגיד, הוגדר במסמך כמתווך. במקור, המסמך הוא טופס להזמנת תיווך בעיסקה של שכירות. בכותרת הודפס "השכרה הזמנה", אך המילה "השכרה" נמחקה ולצידה נרשם, בכתב יד, "קניה". בגוף המסמך נמחקו הפרטים המתייחסים לדמי התיווך עבור השכרה, ונרשם בכתב יד, במשובש: "עמלת התיווך תסוכם בין הדדים טרם חתימת החוזה". צריך לקרוא: "עמלת התיווך תסוכם בין הצדדים טרם חתימת החוזה".

6. ס' 1 של התקנות דורש כי בהזמנת התיווך יצוינו השם, הכתובת, ומספרי הזיהוי של המתווך. התאגיד, כפי שקבע כב' השופט עמית, אינו יכול להיות הוא עצמו מתווך בעל רישיון. נראה כי ספק רב הוא אם ההזמנה עומדת בתנאי ס' 1 לתקנות. נדרש, כך נראה לי, כי המסמך יציין את שמו ופרטיו של המתווך העושה את עיסקת התיווך עבור התאגיד, על מנת שהמזמין יוכל לדעת את מי עליו לתבוע, במקרה שיהא צורך בכך, ומי הוא האחראי, נוסף לתאגיד, לתקינות פעולת התיווך. ציון הפרטים של המתווך נדרש גם כדי שבכל עת יוכל המזמין לבדוק, שאכן התקשר עם מתווך שיש לו רישיון, וכן כי למקרה של תלונה ופניה לרשם המתווכים, ידע כלפי מי להפנות את תלונתו.

ס' 2 של התקנות דורש כי הזמנת התיווך תפרט את סוג העיסקה, כגון "שכירות" או "מכירה". בענין זה ההזמנה הנ"ל עומדת בנדרש שכן צויין בה, כי העיסקה בה מדובר היא עסקת קניה של מקרקעין, על ידי המזמין.

ס' 3 של התקנות דורש כי בהזמנה יפורטו תיאור הנכס שלגביו נעשית פעולת התיווך. גם בכך עמד המסמך משום שנכתב בו כי מדובר בחלקות 97 ו 86 בגוש 11303, המצויות בכתובת שפורטה במסמך.

ס' 4 של התקנות דורש כי בהזמנה יצויין מחיר העיסקה המבוקשת, בקירוב. פרט זה לא צוין במסמך.

ס' 5 של התקנות דורש כי בהזמנת התיווך יפורט "הסכום המוסכם של דמי התיווך או שיעור דמי התיווך המוסכם מתוך המחיר שבו תבצע העסקה". ההזמנה לא עמדה בתנאי זה, ואין די בכך שנכתב בה כי "עמלת התיווך תסוכם בין הצדדים" בעתיד. זהו פרט מהותי וחיוני בהתקשרות של הזמנת פעולת תיווך, החסר במקרה דנן.

7. נראה לי כי לאור האמור, נדונה התביעה לדמי התיווך לכישלון, שכן ס' 9(א) של החוק קובע במפורש כי "מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת." (ההדגשה לא במקור).
לו דעתי נשמעה, היינו דוחים, מסיבה זו, ולא מטעמי של בית המשפט קמא, את הערעור.

השופט רון סוקול:

1. עיינתי בחוות דעתם של חבריי, וכמותם אני סבור כי אין מניעה שמתווך ינהל את עסקיו באמצעות תאגיד. לשון החוק ותכליתו, כפי שפירט בהרחבה חברי השופט עמית, אינם מחייבים שלילת זכותו של מתווך להתאגד ולפעול באמצעות חברה.
2. עם זאת חוק המתווכים אוסר עיסוק בתיווך על-ידי מי שאינו בעל רישיון תיווך. מכאן שאת כל פעולות התיווך, להבדיל מפעולות לוואי מנהליות וכדומה, חייב לבצע רק מי שבידו רישיון תיווך כנדרש בסעיף 2 לחוק המתווכים. כך גם עולה מסעיף 13 לחוק.
3. שאלה נפרדת היא שאלת הזכאות לדמי תיווך. סעיף 9(א) לחוק קובע כי:

מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

משמעות הדבר היא כי זכותו של המתווך, או התאגיד המעסיק אותו, לקבלת דמי תיווך מותנית גם בעמידה בפרטים הצורניים כפי שנקבעו בסעיף 9(א) ובתקנות שהותקנו על-ידי השר.

4. בין הפרטים שיש לכלול בהזמנה בכתב למתן שירותי תיווך נקבע כי יש לכלול את שמו של המתווך, כתובתו ומספר תעודת הזהויה שלו. ציון פרטים אלו נועד להגן על הצרכן; לאפשר לו לבדוק אם המתווך אכן בעל רישיון כדין; להבטיח את קבלת שירותי התיווך רק ממי שהוכשר לעסוק בתיווך וקיבל רישיון לכך; לבדוק אם המתווך מקיים את הוראות החוק כגון חובת גילוי של עניין אישי (סעיף 10 לחוק), שמירת סודיות (סעיף 11 לחוק) וכדומה. ציון פרטי המתווך מסייע לצרכן גם לכפות על המתווך את קיום הוראות החוק; מאפשר לו לנקוט הליכים משפטיים נגדו וכדומה. דומה גם כי ציון פרטי המתווך באופן גלוי בכל עסקת תיווך, יתרום גם להרתעת המתווך מסטייה מהוראות הדין המחייבות (בהערת אגב אציין כי חוק המתווכים אינו מגן רק על עסקאות צרכניות ועל תחולתו הרחבה עשויה להימצא ביקורת – ראה למשל א' דויטש מעמד הצרכן במשפט עמ' 41, 323).

5. בהתאם סבורני, כמו חבריי, כי הסכם תיווך, שנעשה בהתאם להזמנה בכתב, בין תאגיד המשמש מסגרת לפעולם של מתווכים מורשים, לבין הלקוח, חייב לכלול את כל הפרטים האישיים של המתווך או של המתווכים אשר יפעלו מטעם התאגיד בעסקת התיווך.

6. במקרה הנוכחי לא עומד הסכם התיווך בהוראות התקנות ואינו מפרט את כל הפרטים הנדרשים. כן אין בו כל ציון של פרטי המתווך בפועל, שמו, מספר תעודת הזהות וכדומה. מכאן שההסכם שעליו נסמכת המערערת אינו עומד בדרישת החוק, ובהתאם לסעיפים 9(א) ו-14(א)(2) לחוק, המערערת אינה זכאית לדמי תיווך.

הסכם התיווך לוקה בפגמים נוספים כפי שפירט חברי כב' השופט ברלינר. במיוחד אציין כי על פני כתב ההזמנה נרשם כי "עמלת התיווך תסוכם הדדית טרם חתימת החוזה", דהיינו לא הושגה הסכמה על הפרט המהותי ביותר בעסקה – המחיר (ראה על חשיבות המחיר בעסקאות תיווך דווקא, דויטש לעיל, עמ' 380).

אף כי לא כל הפגמים האמורים נזכרו בכתב ההגנה, הרי משטען המשיב כי כלל לא חתם על ההזמנה ולא התקשר בהסכם תיווך עם המערערת, דומה כי ניתן לבחון גם את טיבו של המסמך עליו סומכת המערערת את טענותיה. מסמך זה אינו מהווה הסכם תיווך כנדרש בחוק, אינו מסוים דיו, ויש בו הפרה של חובות הגילוי כנדרש בסעיף 9 לחוק.

7. הפרת חובות הגילוי ודרישות הצורה של הסכם התיווך מביאות על-פי חוק המתווכים לשלילת זכותו של המתווך לקבלת דמי תיווך. תוצאה זו, ולפיה משוחרר הלקוח מחובת התשלום, גם מקום שהמתווך "סיפק" את התמורה, יוצרת קושי רב. בדין הכללי מוכרות דוקטרינות שונות המאפשרות גם לצד שהפר הוראות קוגנטיות בדין, או אף לצד שפעל באופן בלתי-חוקי, לזכות בשכר ראוי עבור פעולותיו. כך מוטלת גם על הלקוח חובת תום הלב, וטענתו כי המתווך הפר את חובות הגילוי, או פעל באי-חוקיות, עשויה להיחסם מחמת עיקרון זה. ניתן לבסס את זכותו של המתווך לשכר ראוי גם על הוראות סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, או על דיני עשיית העושר (ראה דעת השופט ממן בע"א (נצרת) 2178/02 לעיל, וכן הערותיה של א' דויטש בספרה לעיל, עמ' 287-286).

8. בכתב תביעתה ביססה המערערת את עילת התביעה אך ורק על ההזמנה בכתב. אין בכתב התביעה אזכור של עילות תביעה אחרת, כמו עילת עשיית עושר. בהיעדר טיעון בכתב התביעה, אין מקום לדון בעילות תביעה חלופיות של המערערת.

בהערת אגב אציין כי בשל אופיו המיוחד של הסכם התיווך ותכליותיו של חוק המתווכים, יש להיזהר בהכרה בעילות תביעה חלופיות, שמא נמצא עצמנו מרוקנים את החוק מכל תוכן. במיוחד יש להדגיש כי לשלילת הזכות לדמי תיווך יש חשיבות הרתעתית, ועקיפתה בדרך של הכרה בעילות חלופיות תסכל את תכליתו של החוק. לפיכך סבורני כי על מתווך המבקש לבסס עילת תביעה חלופית להסכם התיווך הלקוי, מוטלת חובה מיוחדת לפרט את עילתו ולהסביר מדוע יש מקום להכיר בזכותו לדמי תיווך על אף הוראות חוק המתווכים.

בשים לב לאמור איני סבור כמו חברי השופט עמית כי ניתן להכשיר בדיעבד את הפגמים בהזמנה ולהכיר בזכותה של המערערת לדמי תיווך, שכן בכך נתרום לריקונו של החוק מתוכן.

9. על כן הנני מצרף דעתי לדעתו של השופט ברלינר, ומסכים עמו כי דין הערעור להידחות. כן אציע לחבריי לחייב את המערערת לשלם למשיב הוצאות בסך של 2,500 ₪.

אשר על כן, הוחלט ברוב דעות וכנגד דעתו החולקת של השופט עמית, לדחות את הערעור ולחייב את המערערת לשלם למשיב הוצאות בסך 2,500 ₪. אם הופקד פיקדון תעביר המזכירות סך כאמור לב"כ המשיב לכיסוי ההוצאות שנפסקו. היתרה תוחזר למערערת.

ניתנה היום י"ג; באלול, תשס"ז (28 באוגוסט 2007) בהעדר הצדדים.

עא 2144/91 הנרי מוסקוביץ נ' כץ אסתר ביר כמנהלת עזבון המנוח טוביה ביר ז"ל

פסק דין

הנשיא מ' שמגר:

המחלוקת

1. ערעור וערעור שכנגד על פסק-דין של בית המשפט המחוזי בירושלים, אשר לפיו נקבע כי המתווך אשר המשיבה היא מנהלת עיזבון זכאי לדמי תיווך בעקבות עיסקה במקרקעין, והמערער חויבו בתשלום 390,466.31 ש"ח, בצירוף ריבית והפרשי הצמדה, מיום 20.3.89 ועד לתשלום בפועל.
2. זאת הבעיה שלפנינו, בקליפת אגוז: אדם מתקשר בעל-פה עם מתווך לצורך רכישת נכס. המתווך מציג לפני הלקוח נכס. מתנהל משא ומתן בי הלקוח לבין בעל הנכס. המשא ומתן עולה על שרטון.
- לאחר פרק זמן מסוים בא-כוחו של בעל הנכס מציג הצעת מחיר חדשה לבא-כוחו של הלקוח. המתווך אינו מעורב בהצעה חדשה זו. ההצעה החדשה מבשילה פרי, שהוא חוזה למכר הנכס. האם זכאי המתווך לדמי תיווך?

התשתית העובדתית

3. המערער 1 (להלן - המערער) הוא הלקוח. המשיבה היא מנהלת עיזבון של המתווך (להלן - המתווך), שנסתלק בינתיים לבית עולמו.
- המערער הוא איש עסקים מארצות-הברית אשר ביקש לרכוש מלון בירושלים. פעולותיו בארץ נעשו באמצעות שלוחו - מר קליין. זה האחרון פנה בראשית 1984 אל המתווך ושכר את שירותיו. ההתקשרות נעשתה בעל-פה. המתווך הציע לשלוחו של המערער את מלון המלכים בירושלים. הוא הפגיש בין המערער ובין הנציג של בעלי הנכס (מר אמיד). המתווך היה בקשר עם יועצו המשפטי דאז של המערער - עו"ד חיים שפירא. המשא ומתן נמשך לסירוגין, במהלך 1984 ועד אמצע 1985, אולם לא הניב כל פרי. באמצע 1985 גווץ המשא ומתן - ללא כל אקט הצהרתי על סיומו.
- באפריל 1987 - עשרים חודש לאחר דעיכת המשא ומתן - עלה נושא בית המלון שוב על הפרק. במהלך פגישה, אשר סבה על נושא אחר, בא עו"ד אריה פינצ'וק, ששימש כפרקליטו של מערער, בדברים עם בא-כוח הבעלים - עו"ד יגאל ארנון. הוא העלה לפני עו"ד ארנון את רצון שולחו לרכוש בית-מלון בירושלים. עו"ד ארנון ציין כי הוא מייצג את בעלי מלון המלכים בירושלים. עו"ד פינצ'וק חזר אל המערער ושכנע אותו, שנית, להתעניין ברכישת בית המלון. ואכן, לא חלפו שלושה חודשים והנכס נמכר תמורת 7,350,000 דולר.
- הבעלים של המלון, קרי המוכרים, שילמו למתווך דמי תיווך בסך 0.6% ממחיר המלון. המתווך פנה למערער בדרישה לפרוע את חוב דמי התיווך בסך 2% ממחיר המלון. דמי התיווך לא נפרעו. על-כן הגישה אשת המתווך - כמנהלת עיזבון - את התובענה לבית המשפט המחוזי.
4. בית המשפט המחוזי בירושלים פסק לטובת המתווך את מלוא סכום התביעה.
- הערכאה הראשונה פסקה כי המתווך היה הגורם אשר הפגיש בין הצדדים - שהם המערער ובעלי המלון. עצם העובדה כי המשא ומתן נפסק למשך כשנה ומחצה אינה מערערת את הזיקה הסיבתית הדרושה בין פעולת המתווך לעיסקה. המפגש הראשוני ותחילת המשא ומתן נוצרו על-ידי המתווך.
- העובדה כי עו"ד פינצ'וק, בא-כוח המערער, הוא אשר שכנע את המערער לרכוש את הנכס אינה מנתקת את הקשר הסיבתי המזכה את המתווך בשכר.
- השופטת המלומדת שדנה בתביעה יכמה את דעתה באומרה:

"לאור כל האמור לעיל הנני סבורה כי בנסיבות שלפנינו, כאשר המתווך נתבקש על-ידי הנתבע ליתן לו את שירותיו והוא הפגיש בינו לבין בעלי המלון, השתתף בניהול המשא ומתן בשלב הראשון שנמשך על פני זמן רב, עשה כל שנדרש ממנו להשלמת העיסקה ולבסוף אכן נקשרה העיסקה בין הצדדים, יש לקבוע כי על אף שחלף זמן רב יחסית

עד שהנתבע גיבש דעתו הסופית לא נותק הקשר הסיבתי בין שני שלביו של המשא ומתן, וכי המתווך היה הגורם היעיל להתקשרותם של הצדדים".

הזכאות לדמי תיווך

5. שתי שאלות לפנינו – ראשית, האם קמה למתווך בענייננו זכאות לשכר? אם התשובה לכך שלילית – נסתיים הדיון. אם התשובה לכך חיובית, עולה השאלה השנייה – מה שיעור הזכאות?
6. מכאן לשאלה הראשונה. אם קיים חוזה מפורט – הולכים אחר תניות החוזה.

חוזה התיווך עשוי לקבוע נסיבות או תנאים מסוימים אשר יקנו את הזכאות לדמי תיווך. תנאים או נסיבות אלו עשויים להיות עצם מציאת צד לעסקה או מציאת צד בעל כשירות ותכונות מסוימות או נסיבות כיוצא באלה. הם עשויים ללוש צורה של כריתת חוזה (למשל, כי רק כריתת החוזה מצמיחה את זכאות המתווך). הם אף עשויים להיות כריתת חוזה תקף (להבדיל חוזה אשר נפל פגם בכריתתו).

בהתאם לכלל כי "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים" (סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973), ניתן לקבוע תנאים נוספים לזכאות המתווך. תנאים אלו עשויים להתייחס לפעולות הנדרשות מהמתווך, לפרק זמן מסוים שבו כל עסקה תזכה את המתווך, אפילו נעשתה שלא בסיועו, וכיוצא באלה.

המשפט הישראלי מחמיר עם מתווכי המקרקעין בהשוואה למה שנוהג בחלק ממדינות ארצות-הברית.

באלו האחרונות נדרש אך ורק כי המתווך ימצא "ready, willing and able buyer (or seller)" לכן, אפילו בהיעדר חוזה, עשוי מתווך לזכות שם בשכרו בתנאי שאכן הביא רוכש (או מוכר) אל לקוחו.

זרם אחר בפסיקה האמריקנית מחמיר מעבר לדרישותינו; הדרישה שם היא משולשת: (א) הצגת לקוח שהוא "ready, willing and able" להתקשר על-פי תנאי העסקה (לרבות יכולת פיננסית); (ב) התקשרות חוזית תקפה; (ג) הוצאתו לפועל של החוזה.

ניתן לתאר את עמדתו של המשפט הישראלי כעמדת ביניים בין שני הזרמים בארצות-הברית המתוארים לעיל. איננו מסתפקים בדרישה כי יוצג לקוח בעל רצון ויכולת לרכוש את הנכס. אנו דורשים חוזה. עם זאת, איננו מרחיקים לכת ואיננו דורשים כי החוזה יהיה נטול פגמים או כי החוזה יקום במלואו.

עמדה זו תואמת את זו של המשפט הגרמני (סעיף 652 ל-bgb) זאת ועוד, הפרת החוזה אינה מפטירה מהחבות בדמי התיווך (רע"א 394/88 א' שושני ואח' נ' אברון את פורת בע"מ [1]).

הגיגו של הזרם המקל בפסיקה האמריקנית נעוץ, בין השאר, בחשש כי ניתוק הקשר הסיבתי בין התיווך לכריתת החוזה נעשה בהיעדר תום-לב; למשל, במקרה שבו הועסק מתווך שני כ"מתווך קש" הבא לגזול את לחמו של המתווך הראשון (השווה ע"א 294/76 אנגלו-סכסון סוכנות לנכסים (סביון) נ' ר' פסרמן ואח' [2], בעמ' 594); או אם שני הצדדים אשר הופגשו על-ידי מתווך מחליטים ביניהם לדחות בפרק זמן ניכר את כריתת החוזה ביניהם (השווה ש' ורהפטיג, דיני מתווך במשפט העברי (מכון הרי פישל, תשמ"ו) 43).

נראה, כי בעיות אלו העולות בשל חשש כמוזכר לעיל עשויות למצוא את פתרונן על-ידי יישומו של עקרון תום הלב שבדיני החוזים. דיני התיווך הם ענף מדיני החוזים. קשר התיווך הוא קשר חוזי. לכן, חובת תום הלב חלה במישרין מכוח סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי).

העסקת מתווך קש או השהיה מכוונת – הכול כדי למנוע דמי תיווך – אינם מתיישבים עם עקרון תום הלב. במסגרת כללי תום לב ניתן יהיה לעקר את תוצאות ההתנהגות הנ"ל, המפרה את החובה לנהוג בתום הלב (השופט ש' לוי בע"א 380/81 אחים שטראוכלר בע"מ נ' פרסטון תשלובת טקסטיל בע"מ וערעור שכנגד [3], בעמ' 663).

המשפט האנגלי נוקט אף הוא בדרך דומה לדרכנו. הדרישה, בהיעדר הסכם נוגד, היא כריתת חוזה בעקבות פעולת התיווך (j. Chitty, on contract (26th, London) 80–81, at 2Vol (1989, ed., by a.g. guest).

7. כאשר אין הסכם ספציפי ומפורט הולכים אחר דיני התיווך הכלליים, המהווים ענף מדיני החוזים. דיני התיווך הכלליים הם אוסף של הלכות פסוקות. המחוקק טרם מצא לנכון להוציא תחת ידו חוק המסדיר את דיני התיווך; אולם יש סימנים ראשונים בכיוון זה (הצעת חוק מתווכים במקרקעין, (תשנ"ב-1992).

מכל מקום, הפסיקה קבעה תנאים לזכאות המתווך. בע"א 275/76 מ' קלוגמן נ' ע' לוי ואח' [4], בעמ' 408, נאמר לעניין זה כקו מנחה –

"שתיים הנקודות אותן יש לבחון כאשר עולה הדרישה לתשלום דמי-תיווך בעקבות עסקה במקרקעין:

(א) אם נקשר בין המוכר לבין מי שטוען לדמי-התיווך או בין הקונה לבין המתווך או בין שלשתם, הסכם ממנו משתמע, במפורש או מכללא, כי מתבקשת פעולת תיווך.

(ב) אם פעולתו של המתווך היתה הגורם היעיל אשר הוא שהביא להתקשרותם של הצדדים לעסקה, בה תיווך המתווך..."

הגורם היעיל

8. במקרה שלפנינו הנקודה הראשונה, היינו קיום חוזה תיווך, אינה שנויה במחלוקת. מוסכם כי המערער התקשר עם המתווך לצורך קבלת שירותי תיווך. ההתקשרות נעשתה בעל-פה ללא סיכום מפורש של תניות החוזה. חוזה התיווך כפוף לדיני התיווך הכלליים.

השאלה שעליה נטושה המחלוקת היא – אם היה המתווך בגדר "הגורם היעיל", אשר הביא להתקשרות הצדדים לעסקה.

9. דרישת ההלכה הפסוקה היא, כאמור, כי פעולת המתווך תהא הגורם היעיל להתקשרות החוזית. המבחן הוא מבחן של סיבתיות. אין המתווך יוצא ידי חובתו בעצם הוכחת הסיבתיות העובדתית. אין די בכך שהמתווך הוא גורם מסוים בשרשרת הסיבתית, בבחינת סיבה-בלעדיה-אין. הדרישה היא לגורם שהוא היעיל.

השאלה אימתי פעולת המתווך היא "הגורם היעיל" נגזרת מבחינתה של מערכת העובדות. כרגיל – כאשר המתווך מפגיש בין הצדדים – אין קושי לקבוע כי הוא הגורם היעיל לעסקה. ברור כי מתקיים משא ומתן – אשר המתווך עשוי ליטול בו חלק – ובסיומו נכרת חוזה. הנה, כי כן, צומחת זכאות המתווך לשכרו והוגן והראוי (למשל, ע"א 113,107/86 א' חסין נ' ד' בל ואח'; עזבון המנוח אליהו, יצחקי ז"ל ואח' נ' חסין [5], בעמ' 520-522). אך פעמים רבות עובדות העניין אינן כה פשוטיות. במהלך המשא ומתן עשויות להתגלע בין הצדדים מחלוקות אשר אינן ניתנות לגישור. רק גורם נוסף (מתווך נוסף או אדם אחר) עשוי לסייע לצדדים לחצות את התהום הפעורה ביניהם. כאן מתחילים הקשיים בהכרעה בשאלה אם המתווך הוא הגורם היעיל. יש לבחון אם הגורם הנוסף היה הגורם היעיל, או שמא שניהם או אף לא אחד מהם. מבחינה תיאורטית כל אחת מהתוצאות אפשרית, פעמים אין זכאות לדמי תיווך, פעמים ישנה זכאות למתווך אחד ופעמים למספר מתווכים.

בדגם העובדתי הנזכר למעלה – יש להבחין בין גורם מתערב אשר מסייע להתגבר על קשיי המשא ומתן מול גורם אשר יוזם מחדש את המשא ומתן, לאחר שכבר דעך וגווע. במקרה הראשון – אין הדבר שולל את זכאות המתווך המקורי; מה הדין במקרה השני? ניתן לציין – בקווים כלליים – מספר גורמים המצביעים על מידת "היעילות" בסיבתיות: (א) מידת הדמיון בין ההצעה המקורית שבה היה מעורב המתווך לבין החוזה הסופי, כגון – נושא הנכס; (ב) הקרבה בין תנאי התשלום ושיעוריו בהצעה המקורית לבין הגיבוש הסופי של החוזה; (ג) חלוף הזמן בין ההצעה מקורית עד סיום העסקה (השופט עציוני בע"א 294/76 [2] הנ"ל); (ד) מידת האינטנסיביות של פעולות המתווך – היקף מגעים, פגישותיו ושיחותיו עם הצדדים; (ה) קיומו של גורם נוסף, אשר סייע לצדדים בהשגת החוזה, ומידת התערבותו של אותו גורם נוסף; (ו) תשלום דמי תיווך על-ידי הצד השני (המוכר או הקונה) ושיעורם; (ז) זהות הצדדים המנהלים את המשא ומתן כמצביעה על שמירת הזיקה הסיבתית; (ח) הסתמכות הצדדים על-ידיעה קודמת של מהלכי המשא ומתן ופעולה שאינה אלא הרמת החבל, מקום בו הושאר, כדי ליצור המשכיות באותו מהלך.

מובן כי רשימת הנסיבות איננה סגורה.

תרומת המתווך לחוזה הסופי

10. בית המשפט המחוזי קבע כי המתווך היווה גורם יעיל.

על סמך התשתית העובדתית שנתגבשה לדעת בית המשפט המחוזי, אכן היווה המתווך סיבה יעילה לכריתת החוזה. המקרה הנדון אינו מקרה תיווך פשוט. מדובר במקרה גבול אשר נחתך על סמך העובדות המדויקות בעניין. במה דברים אמורים: אין חולק כי המתווך היה זה שזרע את זרע העסקה. הוא הפגיש בין הצדדים המקוריים. הצדדים שהפגיש הם אלו אשר כרתו, בסופו של דבר, את חוזה המכר: המערער מחד גיסא, ובני משפחת אמיד מאידך גיסא. הנושא היה מוכר לצדדים על יסוד פעולתו של המתווך.

פגישת עורכי הדין באה על רקע המהלכים בשלב הראשון. העלאת נושא "מלון המלכים" לא הייתה העלאת סוגיה חדשה על סדר היום. הצדדים ידעו עליה. כפי שעולה מהפרוטוקול, עו"ד פינצ'וק – בא-כוח המערער – היה בעל ידיעה כללית על המגעים בשלב הראשון. הווי אומר, עורכי הדין המשיכו את שהמתווך התחיל.

במאפייניו, החוזה הסופי דומה עד מאוד להצעה המקורית. מובן שהנכס אשר מועבר במסגרת החוזה הוא אותו נכס, וגם הזכויות המועברות הן אותן זכויות במהותן (מכר הבעלות).

אמנם, מחיר בית המלון נשתנה (מ-8.5 מיליון דולר לכ-7.35 מיליון דולר), אולם אין בכך כדי לנתק את הקשר הסיבתי בין פעולת המתווך ועד לגיבוש הסופי.

הרי המחיר המקורי של הנכס משתנה, לעתים תכופות, בעקבות משא ומתן בין הצדדים.

אין גם מקום לומר כי עצם מעבר הזמן (כעשרים חודש) בין השלב הראשון (בשנים 84-85) לבין השלב השני (בשנת 1987) מנתק כשלעצמו את הקשר הסיבתי. ברור כי אילו היה המערער פונה שנית אל הבעלים ומודיע להם כי הוא מוכן לשלם את הסכום המבוקש – ניתן היה לומר על אתר כי מדובר באותו הליך סיבתי אשר נפתח על-ידי המתווך. העובדה ששלוחו של המערער הוא אשר הקים לתחייה את המגעים הרדומים בין הצדדים, אינה צריכה לשנות מסקנה זו.

בהקשר זה יש להוסיף כי מבחינת מעבר זמן יש מקום להבחין בין סוג נכסים שונים: אין דין דירת מגורים כדין בית-מלון. חשיבות חלופי הזמן עומדת, בדרך כלל, ביחס הפוך לשווי הנכס או לגודל האובייקט. ככל שערך הנכס רב יותר, הרי שגם המשא ומתן, בדרך כלל, נמשך זמן רב יותר. לכן המשקל הניתן לעצם מעבר הזמן במישור הזיקה הסיבתית – פוחת ככל שערך הנכס גדול יותר. פער בן עשרים חודש בשכירות נכס למגורים יהווה, בדרך כלל, אינדיקאציה לשחיקת הזיקה הסיבתית הדרושה לקימום הזכאות. הוא הדין באשר למכר דירת מגורים רגילה. שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בבית-מלון. מטבע הדברים, נדרש כאן שיקול-דעת מרובה.

אכן, בענייננו יש לזכור כי השלוחים אשר ניהלו בפועל את המשא ומתן בשלב הראשון שונים מהשלוחים אשר ניהלו את המשא ומתן בשלב השני. בשלב הראשון היו אלו המתווך, עו"ד שפירא, ומר קליין מצד המערער, ומר אמיד מצד בעלי הנכס. בשלב השני היו אלו עו"ד פינצק מצד המערער ועו"ד ארנון מצד בעלי הנכס. אולם, למרות חילופי השלוחים, הרי השלוחים לא נשתנו.

ניתוק הזיקה הסיבתית בראי הפסיקה

11. ההכרעה בשאלה אם המתווך שימש כגורם היעיל לכריתת החוזה אם לאו, אינה פשוטה. הפסיקה עסקה בשאלה זו לא פעם. ניתן לסבר את האוזן במספר דוגמאות אשר הועלו בפסיקה ולמקם לאורן את ענייננו.

הנשיא אולשן בע"א 264/61 מ' וולגל נ' ש' קאופמן (להלן – עניין וולגל [6]) בעמ' 2166, מעלה דוגמה לפיה –

"...אם, למשל, זימון הצדדים סודר על-ידי מתווך ולא הביא לתוצאות, מפני שהלקוח חזר בו מהצעתו בטרם נתקבלה על-ידי הקונה, ובזמן יותר מאוחר רכש הקונה את הנכס מהלקוח על-ידי הפקעה – לא יהיה המתווך זכאי לדמי-תיווך, מפני שבמקרה כזה הרכישה לא תיראה כתוצאה מן הזימון".

עובדות פסק-דין וולגל [6] הן הדגמה לכך שעצם חלופי פרק זמן ניכר (שישה חודשים לגבי מגרש) אינה שוללת את הקשר הסיבתי הדרוש בין פעולת התיווך לבין העיסקה. בעל המגרש דשם ביקש למכור את המגרש. המתווך הציג לו כמועמד את העירייה. המשא ומתן בין בעל המגרש לבין העירייה לא הבשיל כל פרי בשל כוונת העירייה באשר ליעוד המגרש. לאחר שהעירייה החליטה לשנות את הייעוד (כעבור שישה חודשים) – נכרת חוזה.

בעניין וולגל [6], אילו לא פעולת המתווך לא היה בעל המגרש מתוודע כלל לעירייה. לכן, למרות העובדות הגבוליות, הרי שזכאות המתווך לשכרו הראוי הוכרה. "...המשא-ומתן ביניהם היה ממושך ונפסק באמצע ונתחדש מחדש..." (כדברי השופט ח' כהן, שם, בעמ' 2169), אולם הוא, בעיקרו של דבר, נותר בגדר רצף מתמשך אחד.

צינו כבר כי עצם העובדה שמתווך הציג לפני לקוחו נכס, אין פירושו של דבר שכל עיסקה בנוגע לאותו נכס תזכה את המתווך לעולם בדמי תיווך.

בענייננו, הפרש הזמנים, שבו לא נתקיים משא ומתן, עולה באופן ניכר על הפרש הזמנים בעניין וולגל [6] – עשרים חודש כאן, לעומת שישה חודשים שם. כאמור, פער הזמנים עלול להעלות את ההסתברות כי הסיבה לכריתת החוזה הינה סיבה חדשה ואחרת מפעולתו של המתווך בתחילת הדרך. עם זאת, יש להבחין, כאמור, הבחן היטב בין מגרש המיועד לבניית בית לבין נכס מקרקעין שעליו בנוי בית-מלון.

כך, למשל, בע"א 55/54 (קנדין (קנדינוף) נ' רגזאן ואח' [7]), בעמ' 764, הושכרה דירה לשוכרים – המשיבים ב-1946 על-ידי המתווך – המערער. המערער הציע להם ב-1946 לרכוש את הנכס. ב-1949 נמכר הנכס לרוכשים. בנסיבות אותו עניין, שימש פער הזמנים כאינדיקאציה מרכזית בהכרעה כי נותקה השרשרת הסיבתית.

פסק־דין נוסף אשר הלך בעקבות וולגל [6] הוא ע"א 185/80 "פרזות" בע"מ נ' צ' זקן וערעור שכנגד [8]. באותו עניין ביקשה המערערת לשכור מגרש לבניית משרדה. לצורך כך היא פנתה אל מתווך שהיה המתווך דשם. המתווך הפגיש את נציגי המערערת עם בעל נכס. כעבור עשרה חודשים נכרת החוזה. כל אותה תקופה הושארה הצעת המתווך בצריך עיון. רק לאחר שהמערערת נוכחה לראות כי הצעות טובות יותר לא תועלינה בחכתה – בחרה להתקשר בחוזה. לקראת כריתת החוזה עסק מתווך נוסף במשא ומתן בין הצדדים. אולם בעניין פרזות, להבדיל מעניינינו – היה המתווך המקורי גורם פעיל לאורך כל המשא ומתן. הוא אשר הציג לפני פרזות את הנכס מעיקרו והוא אשר נכח בסיום העסקה. אין לומר כי המתווך הנוסף יזם מחדש הצעה אשר גוועה ודעכה. נהפוך הוא – ההצעה המקורית, פרי מאמציו של המתווך־המשיב, הייתה תלויה ועומדת לאורך כל התקופה. מימושה ארך זמן רב.

12. אין לומר כי סיווג העובדות בעניינינו הוא של מערכת דו־שלבית ללא זיקה סיבתית הדרושה בין השלבים לצורך זכאות בדמי תיווך. השלב הראשון היווה את "הגורם היעיל" שהצמיח את החוזה. השלב השני לא ניטרל את יעילות השלב הראשון, ולא היה אלא המשכו.

ע"א 275/76 [4] הנ"ל הוא דוגמה לסיווג עובדות של מערכת דו־שלבית. בשלב הראשון הציע המתווך – המערער – את הנכס לפקיד ממשלתי א', אך העניין ירד מהפרק. בשלב השני, פקיד ממשלתי ב' בא בדברים עם בעל הנכס – ללא כל ידיעה על המגעים בשלב הראשון. באותו עניין קבענו כי ההצעה בשלב השני לא צמחה מן המערער־המתווך:

"...שני הצדדים לא זכרוה ולא קשרו הענין עמה ואין לראות הליכי הטיפול במכר, בשני שלביהם הנפרדים, כחטיבה אחת. המדובר היה ביזמה עצמאית ומנותקת מאותם המגעים, שבהם ראה בית־משפט קמא את השלב הנפרד הראשון של המגעים..." (שם, בעמ' 410).

לעומת זאת, כאן, הצדדים החלו בשלב השני על יסוד ההצעה הראשונה שהייתה זכורה להם היטב, והם קשרו את ההמשך עמה.

ה"גורם היעיל" – היבט השוואתי

13. הפסיקה הנוגעת ליזכאות לדמי תיווך היא ענפה (ראה בעניין זה "When does the seller owe the broker a commission" 132 Mil. L. Rev. (1991) 265, s.k. mulliken, "בין הדוגמאות העדכניות ניתן לציין את עניין, bob howard דובר בעיסקת מקרקעין שהתייחסה לנכס [15] howard בעניין [15] howard. להלן inc. V. Peter Baltis (1991) מקרקעין גדול. הבעלים היה לקוחו של המתווך. בשלב הראשון – לא הגיעו הצדדים להסכם בדבר ערך הנכס. לאחר הפסקה של כארבעה חודשים שב הרוכש הפוטנציאלי, במישרין, אל הבעלים והביע את רצונו לרכוש את הנכס.

הפעם הסכימו הבעלים למחיר שהוצע להם. המתווך תבע את דמיו. תביעתו נדחתה.

בית המשפט לערעורים קבע כי מתווך עשוי לפתוח במשא ומתן בין הצדדים ולזנוח את מאמציו לאחר כישלון המשא ומתן. אם אותו רוכש פוטנציאלי יבוא בעתיד ויבקש לרכוש את הנכס – לא יצמח כל חיוב של דמי תיווך.

לטעמי, ההלכה האמריקנית האמורה גורפת מדיי והיא מחמירה מדיי עם המתווך. השאלה היא לעולם שאלה של סיבתיות, היינו מיהו "הגורם היעיל". בנסיבות נתונות יכול המתווך להיות "גורם יעיל", אפילו הוא זנח את מאמציו.

14. המשפט האנגלי מדגיש כי זכאותו של המתווך מותנית בהיות פעולתו גורם – שהוא גורם יעיל (j.r. murdoch, the law of). "השאלה היא שאלה של סיבתיות – ומעבר לכך – שאלה של "שכל ישר murdoch כדברי בלבד אינו זכאי לדמי תיווך. הוא חייב להראות כי הוא סיבה "non auq enis asuac" מתווך שהוא "אפקטיבית" קרי "יעילה".

כדברי murdoch –

"To put it another way, that the result has been achieved through his instrumentality" (232 ibid., at) כהדגמה לכלל הבסיסי האמור מובאת דוגמה היפותטית: בעל נכס מבקש להשכיר או למכור נכס. הוא פונה לצורך כך למתווך. המתווך מקשר בין בעל הנכס לבין שוכר. המתווך זכאי לדמי התיווך בעבור עיסקת השכירות.

עתה, לאחר שנים רבות, השוכר רכש את הנכס. המתווך אינו זכאי לדמי תיווך בעבור עיסקת המכר.

הוא אמנם "סיבה בלעדית אין" לעיסקת המכר, כי לולא המפגש הראשוני לא הייתה עיסקת המכר באה לעולם. אולם אין לומר כי המתווך היווה גורם יעיל בכריתת חוזה המכר (שם, בעמ' 233; מבוסס על העובדות בפרשת nightingale v. Parsons (1914) [16]) אולם אם, במסכת העובדות הנ"ל, היה השוכר מחליט לרכוש את הנכס ימים מספר לאחר המפגש הראשוני – ניתן היה, כנראה, ליזכות את המתווך בדמי תיווך בעבור עיסקת המכר.

גובה הזכאות

15. בית המשפט המחוזי קבע את שיעור הזכאות בגובה 2% מערך הנכס. השופטת הנכבדה קבעה כי ההלכה הפסוקה הינה שבהיעדר הסכם על שיעור אחר, זכאי המתווך על סמך הנוהג לדמי תיווך בשיעור 2% ממחיר העסקה מכל צד (ע"א 244/65 אובסיוביץ נ' בלומקין (בליומקין) וערעור-שכנגד (להלן – הלכת אובסיוביץ [9])).

הלכת אובסיוביץ [9] עיגנה את הנוהג לשלם 2% מערך הנכס כדמי טרח למתווך. ההלכה נתבססה על פסיקה של בית המשפט המחוזי כמפורט באותו עניין. היא אף אושרה בפסיקה מאוחרת יותר (ע"א 107/86, 113 [5] בעמ' 521).

סעיף 46 לחוק החוזים (חלק כללי) קובע כי "חייב לתשלום בעד נכס או שירות שלא הוסכם על שיעורו, יש לקיים בתשלום של סכום שהיה ראוי להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה". מהו אותו "סכום ראוי"? פתרון קושיה זו מחייב התייחסות לדרכי פרשנות החוזה. בענייננו, הנסיבות אינן מצביעות על פתרון ברור. בעלי הנכס (המוכרים) אמנם שילמו דמי תיווך בסך 0.6%, אולם הדבר אינו ראיה מכרעת.

בית המשפט קמא יצא מנקודת הנחה כי הנוהג בדבר 2% מערך הנכס כדמי תיווך חל על כל סוגי עסקאות הנדל"ן, וכי לפיכך הנטל להפריך את הנוהג רובץ על הטוען זאת – היינו על המערער (רוכש הנדל"ן). לאחר דיון בראיות המערערים, קבעה הערכאה הראשונה כי –

"הנתבעים (הם המערערים דנן – מ' ש') לא הצליחו להביא ראיות משכנעות לסתירת תחולת הנוהג הכללי על עסקאות בהיקף כספי גדול".

ולפיכך –

"בהיעדר ראיות מספיקות להוכחת נוהג שונה מהנוהג הכללי יש לפסוק לפי הנוהג הכללי הקובע כי שיעור התיווך הוא שני אחוז ממחיר העסקה".

16. בפסיקה תחמו את הלכת אובסיוביץ [9], למעשה, ל"עסקאות נדל"ן" בהיקף שאותו ניתן לכנות "פרטי", להבדיל מעסקאות בהיקף "גדול". היקף פרטי משמעו עסקאות בין פרטים במשק בנוגע לנדל"ן המשמש לדיר או להשקעה פרטית; זאת להבדיל מעסקאות מסחריות בעלות היקף משמעותי דוגמת העסקה הנדונה לפנינו (מכר בית-מלון). קשה לקבוע סיווגים מדויקים, כי יש שעסקה היא גדולה אף אם אינה מתייחסת, למשל, למלון או לבית משרדים, וזאת כאשר השווי הכספי של העסקה הוא ניכר. דא עקא, שבהיעדר תחימה מדויקת כפי שהיא נוהגת למשל במספר מדינות בגרמניה, כל קביעה של הקו המפריד הכספי היא כיום במידה לא מועטה שרירותית. עם זאת, ברורים המקרים הבולטים, כגון עסקה של מיליוני דולרים שהיא בוודאי עסקה גדולה.

בעניין אובסיוביץ [9] עצמו דובר במכר מגרש בין שני פרטים (גב' בלומקין ומר שטרוך). האסמכתאות שעליהן מבוססת הלכת אובסיוביץ [9] עוסקות אף הן בנכסים "פרטיים" (דירת מגורים).

קיים נוהג של תשלום 2% מערך הנכס בעסקאות שאותן כינינו פרטיות. לגבי עסקאות בהיקף "גדול" לא מצינו תיזה מגובשת בדבר "הליכות מסחר שמקיימים אותן בתחום ידוע של חיי המסחר והכלכלה, כך שאנשים מצפים לחזרה עליהן" (ג' שלו, דיני חוזים (דין, תש"ן) 328). אכן, "הוכחת נוהג כללי מצריכה ראיות טובות ורבות יותר מהוכחת נוהג פרטי" (שלו, שם, בעמ' 331).

17. עיקרו של דבר, במספר פסקי-דין בשנים האחרונות עולה מן המסכת העובדתית וההכרעה לגביה כי השתלם 1% בלבד מערך הנכס, כאשר דובר בנכסים בעלי ערך כספי גבוה במיוחד.

בפסק-דין אובסיוביץ [9] הראשון נקבע, כאמור, הנוהג של תשלום 2% כדמי תיווך. פרק זמן קצר לאחר זאת הלכה זו לאוויר העולם, עלה העניין פעם נוספת להכרעת בית המשפט העליון, בע"א 270/66 אובסיוביץ נ' הירש ואח' [10]. במסגרת דיון זה הובאו לפני בית המשפט דבריו של עד, אשר העיד מטעם המתווך, לאמור:

"גם מקובל כך – כלומר: לשלם אחוז אחד למאה בלבד – בעסקאות העולות על מאה אלף לירות". בית המשפט קיבל עדות זו כ"עדות-נוהג" ופסק על פיה.

בע"א 380/81 [3], נמכר נכס בשווי של 2.7 מיליון דולר ארצות-הברית. השופט ש' לוי ציין שם כי אין הוא קובע נוהג כללי בדבר שיעור דמי התיווך בעסקאות גדולות (שם, בעמ' 666). אולם, הוא מציין כי קיימים אינדיקטורים מספיקים לעובדה ששיעורם הראוי והמקובל של דמי התיווך הוא 1% בלבד. הוא הדין בע"א 107/89, 113 [5], שבו נמכר מגרש בשווי של 800 אלף דולר ארצות-הברית.

בית המשפט המחוזי – ובעקבותיו בית המשפט העליון – קבע כי הזכאות הינה ל-1% בלבד.

דמי התיווך – נוהג בעיסקאות גדולות

18. הנוהג הוא מכשיר להשלמת תוכנו של חוזה. אם תוחמים את הלכת אובסיוביץ [9] הראשונה לעיסקאות נדל"ן בהיקף רגיל, או כפי שכינינו זאת לעיל בהיקף "פרטי", הרי שהנטל להוכחת "הסכום הראוי", קרי גובה דמי התיווך במקרה של עיסקה גדולה, רבץ על כתפי המשיבה. במילים אחרות, אין נוהג בנוגע לדמי תיווך בעיסקאות נדל"ן בהיקף גדול ומסחרי. הנוהג תקף אך ורק לגבי עיסקאות בהיקף רגיל. לכן, הנטל באשר לגובה דמי התיווך רבץ על הטוען להם – שהיא, בענייננו, המשיבה.

בענייננו השתלמו על-ידי המוכרים 0.6% מערך הנכס. מקובל עלינו כי הסכם של מתווך עם אחד הצדדים אינו מחייב מאליו העתקתו כלשונו לקשריו של המתווך עם הצד האחר (רע"א 628/83 דליה תל אביב בע"מ נ' שפירא [11]); אולם הוא מהווה ראיה לכאורה באשר לשיעור דמי התיווך אשר מן הראוי כי ישתלמו על-ידי הצד השני (ע"א 74/89 חסינים, חברה להחזקת נכסים בע"מ נ' שפירא [12], בעמ' 850).

בית המשפט קמא סבר שהנוהג באשר לדמי תיווך הינו נוהג החל בכל סוגי עיסקאות הנדל"ן, ומי שמבקש לסותרו, עליו הראיה. מסקנתו הייתה כי המערערים לא עמדו בנטל ההוכחה.

מדברי בית המשפט גם עלה נימוק נוסף בעניין שיעורם של דמי התיווך, וזה נשען על קביעות בדבר מהימנות עדים, אשר על פיהן יפים בעיני הערכאה הראשונה ראיות המשיבה מראיות המערערים. בית המשפט הסיק, כי המשיבה הרימה את נטל הראיה, בהביאה מטעמה את חוות-דעתו של מר גלזר. כנגד ראיה זו הוצבו חוות הדעת של מתווכים אחרים, שניסיונם בקשר לעיסקאות גדולות היה מוגבל יותר.

הווי אומר, עדותו של מנהל משרד תיווך מן הגדולים מטעם המשיבה (גלזר) הייתה עדיפה בעיני בית המשפט במשקלה על העדויות מטעם המערערים שהיו משכנעות פחות. אנו כערכאת ערעור – לא היינו נוטים להתערב במימצא כאמור של בית המשפט קמא, אלמלא הייתה דעתנו כי בכל הנוגע לעיסקאות גדולות מן הסוג שלפנינו נתגבשה בפסיקה שלנו ההשקפה כי ראוי לפסוק דמי תיווך בשיעור אחוז אחד משווי העיסקה, והוא, כמובן, אם לא הוסכם אחרת. לא הייתי רואה בעדותו של מר גלזר עילה לשינוי גישתנו שמצאה ביטוי בשורה של פסקי-דין.

19. במה דברים אמורים. מבחינה עיונית, אפשר להגיע לפתרון האמור – היינו, תשלום אחוז אחד משווי העיסקה – בשתי דרכים:

הראשונה – דרך סעיף 46 לחוק החוזים (חלק כללי). הדיון במסגרת סעיף 46 מחייב את קביעת השכר הראוי. נקודת הזמן לבחינת השכר הראוי הינה מועד כריתת החוזה (סעיף 20א) לחוק המכר, תשכ"ח-1968. למרות מיקומו הגיאוגרפי של סעיף 46 בחוק החוזים (חלק כללי), סיווגה של הוראתו של הסעיף הינו "על הגבול שבין דיני חוזים לדיני עשיית עושר ולא במשפט" (ד' פרידמן, "שכר טירחה ראוי לעורך 29). שיטת חישוב השכר הראוי לגבי מתווכים הינה חישוב אחוז מסוים מן, דין" המשפט (תשנ"ד) 28 העיסקה. הקריטריון הראשי לחישוב השכר הראוי הינו מחיר השוק (ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (בורסי-ח.ש. פרץ, מהדורה 2, תשמ"ב) 372). דרך חישוב מחיר השוק נעשית בדיני התיווך, כאמור, "תוך זיקה למחיר ששולם עבור הממכר" (ע"א 249/82 קפמן-אסרף מהנדסים קבלנים בע"מ נ' לרמן [13], בעמ' 458). מובן, כי צדדים רשאים לקבוע דרכי חישוב אחרות (כגון – תשלום על-פי שעות עבודה). בהיעדר התנאה מפורשת או משתמעת – "היקף העיסקה הוא המפתח היחיד לחישוב השכר" (ע"א 458/83 בייטרה ואח' נ' ספיר ואח'; עדן נ' ר' ספיר ואח' [14], בעמ' 427) השאלה הבאה היא – מהו שיעור אותו אחוז? בנסיבות העניין אחוז אחד הוא שיעור ראוי. מסקנה זו נובעת מהשקפתנו כי מקובל – על סמך הפסיקה – לפסוק שיעור דמי תיווך של אחוז אחד. מסקנתנו מושתתת גם על הראיות, אשר עמדו לפני בית המשפט קמא. ראיות אלו הן תצהירי המערער ודבריו של מר גלזר בחקירתו הנגדית. המתווכים, אשר מסרו את עדותם מטעם המערער, הודו כי אחוז אחד הוא שיעור סביר ומקובל כדמי תיווך.

לסיכום – שכר ראוי למתווך בעל מוניטין, מקום בו דובר בשורה של פגישות במועד כריתת חוזה התיווך – שנת 1984 – הינו אחוז אחד מערך הנכס.

הדרך השנייה להגיע לפתרון של אחוז אחד כשיעור דמי התיווך בעיסקאות גדולות, נעוצה בסעיף 26 סיפא לחוק החוזים (חלק כללי) – היינו "לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג...". לשיטתי, במרוצת הזמן נתגבש, לאור האמור בסעיף 17 לעיל, נוהג של אחוז אחד כתשלום דמי תיווך למתווך מקום בו נושא התיווך הינו נכס בעל שווי רב. למעשה, הנוהג משמש, במקרים מסוימים, "מקור מכוח הדין להשלמה" (ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים (אבירים, כרך א, תשנ"א) 278. מכל מקום, דיני החוזים רואים את הנוהג כפרטים מוסכמים.

אלו הן שתי הדרכים האפשריות. הדרך השנייה נראית לי הדרך הנכונה. ניתן לקבוע כי השיעור של אחוז אד בעיסקאות גדולות הוא המקובל בשוק. קביעה זו מבוססת כאמור על הפסיקה אשר הוצגה למעלה. היא מבוססת על ההיגיון. היא מבוססת על הידיעה השיפוטית בדבר עצם העלייה התלולה במחירי הנדל"ן בעשורים האחרונים, וקביעת שיעור דמי התיווך ביחס לערך

הנדל"ן. נראה כי הדרך השנייה היא אף הדרך הרצויה במישור המדיניות השיפוטית. קביעת נוהג מפשטת את ההליך בבית המשפט. היא חוסכת - במידה מסוימת - הגשת תצהירים והליכי חקירה שכנגד. אמנם, קביעתנו כי הנוהג הינו אחוז אחד איננה קביעה מדויקת מבחינה מדעית. הנוהג הוא נקודת מוצא, ועל המבקש לסטות הימנו - נטל הראיה.

הצעת חוק המתווכים - הערה

20. בשולי הדברים אוסיף כי בהצעת חוק מתווכים במקרקעין לא מוצע פתרון לבעיה שלפנינו. במה דברים אמורים: החוק מחייב עריכת חוזה הזמנה שבו יפורט שכר טרחתו של מתווך מקרקעין (סעיף 16(ב)5) להצעה. עצם קביעת החובה לערוך חוזה בכתב היא חיונית, בין היתר, כדי למנוע מחלוקות והתדיינויות. אולם ראוי גם שהחוק ייצור בסיס סטטוטורי לקביעת נורמה שתחול אוטומטית כל עוד לא הוסכם אחרת. נורמה כללית זו תהיה נתונה לשינוי לפי החלטת גוף מוסמך של הכנסת (אולי שר המשפטים, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת).

כוונתי לכך שראוי לשקול הוספתה לחוק הנ"ל של הוראת הסמכה להתקנת חקיקת משנה באשר לשיעור השכר על-פי סוג העיסקאות (מכר, שכירות וכדומה), שווי הנכס וכיוצא באלה נתונים, שיחול בהיעדר הסכם אחר. נראה לי שיש לקבוע את שיעורי דמי התיווך בשיעור של 2% בעיסקה רגילה שאינה עולה על סכום כפי שיפורט מעת לעת בצו, ובכל עיסקה בהיקף גדול מסכום זה יחול שכר - טרחה של אחוז אחד, והכול אם הצדדים לא הסכימו אחרת. הסדר כאמור דרוש כי יש, לצער, להניח שהצדדים לא יזכרו בכל מקרה לפרט את סכום דמי התיווך או כי ירצו להימנע בשלב האמור ממילוי קפדני של החובה החרוזה. למקרה כאמור לא רצוי להשאיר חלל, אלא יש ליצור הוראה שיוצרת ודיספוזיטיבית - שתחול בנסיבות כאלה. אם ייקבע בצו סכום המבדיל בין העיסקאות כמוצע לעיל, לא תיווצר כמובן הבעיה של ההבחנה בין עיסקה פרטית לגדולה. הסכום שיוצר את החיץ בין עיסקאות רגילות לגדולות ייקבע כאמור בצו, ויהיה נתון לשינוי, מעת לעת, כפי שהוצע לעיל.

21. אשר על-כן, הייתי דוחה את הערעור נגד הקביעה של הערכאה הראשונה בדבר חיובם של המערערים בדמי התיווך, ומחליט לקיים בנקודה זו את החלטתה של הערכאה הראשונה המקובלת עליי. בעניין שיעור שכר טרחתו של המתווך, הייתי מקבל את הערעור ומעמיד את הסכום על אחוז אחד משווי העיסקה.

ערעור שכנגד

22. הערעור שכנגד נוגע לשתי נקודות: ראשית - גובה המע"מ אשר מיתוסף לדמי התיווך. שנית - שיעור ההוצאות ושכר טרחת עורך-דין אשר נפסקו למשיבה.

באשר למע"מ - קבענו כי שיעור דמי התיווך יהא אחוז אחד משווי העיסקה, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כמקובל, ובתוספת מס ערך מוסף הקבוע במועד התשלום (סעיף 6 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975).

23. אשר להוצאות שנפסקו בערכאה הראשונה, הרי לאור מכלול הנתונים ומידת ההתערבות בכגון דא הנוהגת בבית-משפט זה, לא הייתי מתערב בסוגיה זו.

בעניין ההוצאות ושכר טרחת עורך-דין בערכאה זו - לאחר שקלול כל הנסיבות, ומאחר שהערעור נתקבל באופן חלקי, יישאו המערערים בהוצאות המשיבה בסכום של 5,000 ש"ח.

השופט ד' לוי: אני מסכים.

השופט י' קדמי: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא.

ניתן היום, י"ב באב תשנ"ד (20.7.94).

עא 4582/08 אהרון גופר נ' יהודית קאופמן

פסק דין

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בכפר סבא (כב' השופטת נ' מימון-שעשוע) מיום 28.1.07 (ת"א 2012/04 [פורסם בנבו]), שבו דחה בית המשפט תביעה שהגיש המערער נגד המשיבה לתשלום דמי תיווך, אם כי חייב את המשיבה לשלם למערער סכום של 2,500 ₪, פיצוי בגין הוצאותיו ומאמצים שעשה למכירת הבית, לאחר שזה נמכר והיא לא מסרה לו על אודות המכירה.

1. רקע

(א) המערער הוא מתווך מורשה. המשיבה ובעלה דאז היו בעלים של בית בתל מונד שאותו ביקשו למכור, ולשם כך הזמינו שירותי תיווך מהמערער. תחילה, בשנת 2000, הזמינה המשיבה שירותי תיווך רגילים של המערער, אך משלא הצליחו למכור את הבית, חתמו המשיבה ובעלה דאז, ביום 7.3.01, על טופס הזמנה לשירותי תיווך (להלן: "**ההסכם**" או "**הסכם התיווך**") שבו הסכימו למתן בלעדיות למערער במכירת הבית לתקופה של 6 חודשים (להלן: "**תקופת הבלעדיות**"). הצדדים הסכימו כי "**אם תחתם עסקה לגבי אחד הנכסים ... אחייב בתשלום עבור התיווך כאמור לעיל, ובאופן מיידי**". המערער אף התחייב לפרסם את הבית בעיתון ידיעות אחרונות כל שבוע במשך תקופת הבלעדיות.

(ב) כאן אולי המקום לציין שהמשיבה ובעלה נפרדו בחודש ינואר 2001 והמשיבה היא שנשארה בבית עד למכירתו. אין חולק שבתוך תקופת הבלעדיות מכרו המשיבה ובעלה את הבית שלא באמצעות המערער. יתר על כן, המשיבה לא הודיעה למערער את דבר המכירה וזה המשיך לעסוק בניסיונות למכירתו משך חודשיים נוספים לאחר המכירה, עד שהתברר לו באקראי שהבית נמכר.

(ג) מכאן התביעה שהגיש המערער לתשלום דמי תיווך.

(ד) המשיבה התגוננה בשלוש טענות:

א. המערער הוסיף להסכם הכתוב את תנאי הבלעדיות לאחר שהמשיבה חתמה עליו; במלים אחרות המערער זייף את ההסכם.

ב. המערער לא היה הגורם היעיל במכירת הבית.

ג. בהסכם התיווך לא נאמר דבר באשר ל"מחיר העסקה המבוקשת, בקירוב" שעל כן אין ההסכם עומד בדרישת חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן: "**החוק**") ותקנה 1 לתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997 (להלן: "**התקנות**").

2. פסק הדין נושא הערעור

(א) בית המשפט דחה את גרסת המשיבה שהמערער הוסיף להסכם התיווך את התנאי בדבר בלעדיות לאחר שהיא חתמה עליו. בעניין זה סקר בית המשפט בהרחבה את גירסות הצדדים ועדויותיהם, עמד על המחלוקת העובדתית והעדיף, ללא היסוס, את גירסת המערער, דהיינו שהמשיבה הסכימה מראש ובאופן מושכל למתן בלעדיות לאחר שמאמציה למכור את הבית באמצעות מתווכים אחדים לא נשאו פרי.

(ב) באשר לסוגיית הגורם היעיל, לא הייתה מחלוקת שהקונים שקנו את הבית לא הגיעו אל המשיבה ובעלה דאז באמצעות המערער. בית המשפט צימצם אפוא את המחלוקת לשאלה המשפטית "**דהיינו: האם אי היותו של התובע הגורם היעיל בעסקה, שוללת ממנו את הזכויות לדמי תיווך, חרף קיומו של הסכם בלעדיות והעובדה כי עסקת המכר נערכה בתקופת הבלעדיות**" (עמ' 4 לפסק הדין). בסוגיה זו דן בית המשפט לפי החוק כפי שהיה בזמנים הרלוונטיים לענייננו, כלומר לפני תיקון מס' 4 לחוק (מיום 9.6.04 שתוקפו מיום 9.12.04) שבו תוקנה הוראת סעיף 14 לחוק ונקבעה כדברי בית המשפט "**חזקה ראייתית הניתנת לסתירה, ולא חזקה חלוטה**" בדבר היותו של מתווך בלעדי הגורם היעיל לעסקה נושא התיווך. בית המשפט ציין שעל פי הדין הקודם לא הייתה בסוגיה זו הלכה של בית המשפט העליון ועמד על שני הזרמים המרכזיים בפסיקת בתי המשפט בערכאות הנמוכות: הזרם האחד הרואה בסעיף 14 לחוק (כנוסחו בתקופה הרלוונטית), המציב דרישה שהמתווך יהיה הגורם היעיל כדי לזכותו בדמי התיווך, משום הוראה קוגנטית שאין להתנות עליה, והזרם האחר הסובר שבמקרה של הסכם בלעדיות יש להעדיף את חופש החוזים, ולא לכפות על צדדים להסכם תיווך הוראה קוגנטית על כל המשמעויות הכלכליות הנובעות ממנה. לאחר סקירה מקיפה של הפסיקה הביע בית משפט קמא את דעתו המצדדת בזרם השני, דהיינו בית המשפט סירב לפסול את תנאי הבלעדיות עקב אי היותו של המתווך

הגורם היעיל במכירת הבית, וכדבריו: "לפיכך אני קובעת כי לגישתי, במצב המשפטי שטרם התיקון מתשס"ד, יש תוקף חוקי להסכם הבלעדיות לפיו זכאי התובע לדמי התיווך המוסכמים גם אם לא היה הגורם היעיל במכירת הבית".

(ג) אשר לסוגייה השלישית דהיינו התוצאה של אי מילוי דרישת החוק (סעיף 9) והתקנות (תקנה 1 (4)) לציון "מחיר העיסקה המבוקשת, בקירוב" בהסכם התיווך: בית המשפט הזכיר שאין מחלוקת שפרט זה לא הופיע בהסכם, "והצדדים אינם חלוקים על כך שבשיחות בעל פה היה התובע מודע היטב לכך שהמחיר המבוקש ע"י המוכרים הינו \$430,000 ובשלב מסוים הורידו המוכרים את המחיר ל-\$400,000", וציין שהמחלוקת היא משפטית "מה נפקותו של הפגם הפורמלי שנפל בהסכם, היינו אי ציון מחיר המכירה המבוקש".

(ד) בית המשפט מצא שבנסיבות העניין "המחיר המבוקש" הינו פרט שנפקותו זעומה, שהרי אין מחלוקת כי הבית נמכר בסכום נמוך ב-\$100,000 (!) מהסכום בו נקבו המשיבה ובעלה דאז] באזני [המערער] בעת חתימת ההסכם. ... ברם, חרף נפקותו הזניחה של פרט זה, סבורתני כי מקום בו המתווך לא היה הגורם היעיל בעיסקה, ועצם זכאותו לדמי התיווך מכח הבלעדיות גרידא שנויה במחלוקת בפסיקה, הרי שיש להקפיד הקפדה יתרה על מילוי דרישותיהם הפורמליות של החוק והתקנות. גם אם אי מילוי הדרישות הפורמליות – כגון אי ציון המחיר המבוקש – נבע מאי ידיעת החוק ותו לא, ולא היתה לו כל השלכה על ידיעת הצדדים בוודאות את פרטי העיסקה המבוקשת, אין בכך כדי לסייע לתובע להעמיד את תביעתו על קרקע מוצקה, ודינה להידחות.

(ה) בית המשפט הוסיף ודן בשאלת תום הלב ומצא ש"במקרה דנן, לא הוכח כל חוסר תום לב מצד הנתבעת – היא לא פנתה למתווכים אחרים או ניסתה למכור את הבית בדרכי פרסום אחרות. הנתבעת העידה כי הקונים ראו את הבית בעבר, באמצעות מתווך אחר, וחזרו בתקופת הבלעדיות, ללא נקיטת כל יוזמה מצידה. התובע לא ניסה לסתור את גרסתה של הנתבעת ע"י זימון הקונים – או המתווך שהביאם – לעדות, ועל כן גרסת הנתבעת עומדת בעינה."

(ו) עולה מן המקובץ שבית המשפט החליט לדחות את התביעה, אלא בית המשפט המשיך ואמר: "אמנם, הנתבעת לא יידעה את התובע בדבר קיומם של קונים אלה, חרף הסכם הבלעדיות, לא בשלב המו"מ ולא לאחר חתימת עיסקת המכר – אך עובדה זו כשלעצמה אינה מהווה חוסר תום לב שיש בו כדי לזכות את המתווך בדמי התיווך, אלא לזכותו בפיצוי על ההוצאות שהוציא והמאמצים שעשה לשיווק הבית, לאחר שכבר לא היה כל טעם בכך מאחר והבית נמכר. התובע גילה את עובדת מכירת הבית בחודש אוגוסט, ע"י פרסום במקומון "באגט", ועד למועד זה חלפו כחודשיים בהם פעל, פעולות סרק, לשיווק הבית. לא הוכח כי פעילות זו היתה אינטנסיבית במיוחד, מעבר לפרסום מודעות בעיתון והצגת הבית מעת לעת לקונים פוטנציאליים שפנו אליו. אני מעמידה את הפיצוי לתובע, בגין חוסר יידועו על מכירת הבית, על 2,500 ש"ח."

(ז) התוצאה הייתה שבית המשפט דחה את התביעה בעיקרה, פרט לפיצוי שפסק לזכות המערער בסכום של 2,500 ₪. בית המשפט חייב את המשיבה בהוצאות (אגרת משפט) ושכ"ט ע"ד של המערער בסכום כולל של 1,000 ₪ ומע"מ.

3. טענות המערער

(א) בית משפט קמא טעה כשיישם באופן דווקני את הוראות החוק והתקנות בדבר אי ציון הפרט של מחיר העיסקה המבוקשת, במיוחד כשראה בו פרט זניח.

(ב) בית המשפט סטה מהלכות הקובעות שאין לאפשר ניצול לרעה של דרישות הצורה שבחוק ובתקנות כדי לשלול מהמתווך את זכותו לשכר.

(ג) בית המשפט הוסיף ושגה כשקשר בצוותא חדא את שאלת הגורם היעיל עם שאלת ציון הפרט של מחיר העיסקה, שהרי כל אחד משני עניינים אלו עומד בפני עצמו ואין ביניהם זיקה.

(ד) הלכה היא שדי למתווך להראות שפעל לשיווק הנכס נושא התיווך ובכך יחשב לגורם היעיל.

(ה) בית המשפט התעלם מחוסר תום לבה של המשיבה הן בטענת הזיוף שטענה כלפי המערער, הן בהסתרת המו"מ עם הקונים ומכירת הבית ממנו.

4. טענות המשיבה

(א) המשיבה תומכת בפסק דינו של בית משפט קמא מנימוקיו.

(ב) המערער אינו מעלה טענות חדשות בערעור ובית משפט קמא דן בכל טענותיו באופן מפורט ומנומק. הקביעה בדבר אי היותו של המערער הגורם היעיל היא קביעה שבעובדה שאין להתערב בה.

(ג) המשיבה טענה לפנינו ששילמה למתווך שבאמצעותו הגיעו הקונים אך אין בידה את הקבלה על התשלום.

(ד) המשיבה מזכירה את מצבה האישי והכלכלי הקשה.

5. דיון והכרעה

(א) משפט קמא דחה את טענת המשיבה שהמערער זיף את ההסכם והוסיף בו את התנאי בדבר בלעדיות, והמשיבה אינה משיגה על קביעתו ואף תומכת בפסק הדין כולו. לפיכך מונחות לפנינו שתי הסוגיות שבהן דן בית משפט קמא – שאלת הגורם היעיל ושאלת ציון מחיר העיסקה המבוקש.

(ב) בית המשפט דחה את הטענה שכיוון שהמערער לא היה הגורם היעיל הרי שעל פי החוק אין הוא זכאי לשכרו. בית המשפט עמד על הבלעדיות שהוקנתה למערער, בחן לאורה ובאופן יסודי את הפסיקה והגיע למסקנה, המקובלת אף עלינו, שהוראת הבלעדיות גוברת במקרה זה על הדרישה שהמתווך יהיה הגורם היעיל, והסכמת הצדדים גוברת גם על הוראת החוק שכדי שמתווך יזכה בשכרו עליו להיות הגורם היעיל.

(ג) כאמור אנו מסכימים עם בית משפט קמא ומנימוקיו בסוגיה זו. נוסף רק שהמשיבה היא שמנעה מהמערער להיות הגורם היעיל כאשר מכרה את הבית נושא הסכם התיווך ללא ידיעת המערער. גם אם עשתה כן שלא באמצעות המתווך, שלילת דמי התיווך מהמתווך במקרה שכזה תשמיט את היסוד לעצם ההתקשרות הבלעדית, התקשרות שהיא רצויה מבחינה כלכלית ואף המחוקק הכיר בחשיבותה. אכן אין למנוע מבעל נכס למכור את הנכס כאשר באה בפניו הצעה ראויה של קונה, אך מפני שחתם על הסכם בלעדיות עם מתווך. אולם, בסופו של דבר משמעו של הסכם בלעדיות הוא התחייבות של בעל הנכס לשלם את דמי התיווך, אם יימכר הנכס בתקופת הבלעדיות, גם שלא באמצעות המתווך. בנסיבות שכאלו, ובהתחשב בחוסר תום לבה של המשיבה לאחר המכירה כמפורט להלן, יש להשתיק את המשיבה מלטעון שהמערער לא היה הגורם היעיל.

(ד) אנו מסכימים עם בית משפט קמא גם במסקנתו שבנסיבות העניין דן הפרט בדבר מחיר העיסקה המבוקש הוא פרט זנית.

(ה) לפיכך קשה לנו לקבל את מסקנת של בית משפט קמא שהצטרפות שני גורמים דהיינו אי היותו של המערער הגורם היעיל ואי מילוי הפרט הזניה של מחיר העיסקה מצדיקים את דחיית התביעה. קושי זה מתגבר כאשר עוסקים אנו בשאלת תום לבה של המשיבה.

(ו) שלא כבית משפט קמא אנו סבורים שהתנהגות המשיבה מעידה על חוסר תום לב. הדברים אמורים בהסתרת המו"מ עם הקונים מהמערער, ועוד יותר כך בהסתרת עצם כריתת הסכם המכר עימם. מבחינתה של המשיבה היא הייתה מוכנה להמשיך ולהסתיר את המכירה מהמערער, חרף ידיעתה שהוא ממשיך לפרסם את הדירה למכירה מידי שבוע בשבוע בעיתון, והייתה ממשיכה בכך אלמלא גילה המערער, באקראי, שהמשיבה מכרה את הבית ולא גילתה לו את הדבר. לא די בזאת אלא שבבית משפט קמא טענה המשיבה טענת זיוף נגד המערער – טענה שבמהותה היא הטלת אשמה בעל גוון פלילי עליו, וכל זאת כדי להתחמק מחבותה לשלם את שכרו. כדברי בית משפט קמא:

"הטענה כאילו התובע זיף הסכם תיווך רגיל כדי שייחזה כהסכם בלעדיות, הינה הטחת האשמה פלילית חמורה בתובע, שהינו מתווך ותיק".

(ז) יתר על כן, גם לפנינו טענה המשיבה טענה שאין לקבלה, ששילמה שכר תיווך למתווך אחר. טענה זו לא בא זכרה בבית משפט קמא, ואילו הייתה נכונה בוודאי הייתה המשיבה טוענת אותה בהזדמנות הראשונה ואף מציגה את הקבלה ומעידה את המתווך.

בע"א 2144/91 מוסקוביץ נ' ביר, פ"ד מח(3) 116, אמר הנשיא שמגר:

"דיני התיווך הם ענף מדיני החוזים. קשר התיווך הוא קשר חוזי. לכן, חובת תום הלב חלה במישורין מכח סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי). העסקת מתווך קש או השהיה מכוונת – הכל כדי למנוע דמי תיווך – אינם מתיישבים עם עקרון תום הלב. במסגרת כללי תום הלב ניתן יהיה לעקר את תוצאות ההתנהגות הנ"ל, המפרה את החובה לנהוג בתום הלב" (שם, בעמ' 122 ההדגשות שלנו).

ובע"א (ת"א) 1413/04 מטרופוליס בע"מ נ' מליק [פורסם בנבו], פס"ד מיום (30.10.05) נאמר:

"הדרישה לציון הפרטים הללו היא דרישה מהותית שתכליתה להבטיח את זיהוי הצדדים להסכם התיווך ואת גמירות הדעת שלהם בעת חתימת ההסכם. אולם הדרישה אינה דוקנית והמגמה העולה מן הפסיקה היא שלא להקפיד על ציון כל פרטיות ודקדוקיהן של דרישות התקנות (ראו בר"ע 209/01 (מחוזי נצרת) מאיר נ' שושן ואח' [פורסם בנבו]; ת"א (שלום ת"א) 58989/01 פורסקאוט טכנולוג'ס בע"מ נ' יוגל החברה הישראלית לנדל"ן (1996) בע"מ ו"מטרופוליס ייזום

השקעות ונכסים (1993) בע"מ [פורסם בנבו]; ת"א (שלום כפ"ס) 6834/01 רוביסה ערן נ' מוטי שוורצברג [פורסם בנבו]; ת"א (שלום ת"א) 54028/00 השקעות שי שמואל שי כהן נ' רזיב סרגיי [פורסם בנבו].

ברוך מגמה זו פסק בית משפט זה (סג"נ השופט י. גרוס ועמו השופטות א. קובו ומ. רובינשטיין) שכאשר אין ספק בזהותם של המתווך והלקוח לא יהיה בחיסרון הטכני שבאי פירוט מספרי הזיהוי שלהם כדי לאיין את הסכם התיווך (ע"א 2819/00 בן אור מרדכי נ' רוזן אבי [פורסם בנבו]). סג"נ השופט גרוס השווה את הוראת ס' 9 לחוק המתווכים עם הוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין

המקימה דרישה מהותית לקיום מסמך בכתב לשם מתן תוקף להתחייבות במקרקעין, ועמד על הנסיגה שחלה בדרישת הכתב בעסקות מקרקעין – נסיגה שהורתה בנורמה החוזית המאפשרת השלמת פרטים חסרים בחוזה באמצעות פנייה לחוק או לנוהג (השוו סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973).

לעניין הדרישה לפירוט מחיר העסקה "בקירוב" ציין סג"נ השופט גרוס:

סעיף 9 הנ"ל מדבר לכאורה בחיוב למלא אחר כל הפרטים שייקבעו על מנת שיהא המתווך זכאי בשכרו. ברי שמטרת החקיקה הזו הייתה להשליט סדר בתוך האנדרלמוסיה ששררה בשוק התיווך קודם לכן. יחד עם זאת יש לבחון בכל מקרה ומקרה באם התכלית והמטרה הושגו אם לאו. (שם, בעמ' 8286) אמנם שאלת תוקפה של הזמנת תיווך שלא נאמר בה דבר על מחיר העסקה נשארה פתוחה, אולם השופט גרוס ציין כי ברבות הימים ייתכן שהפסיקה תיתן פרשנות מרחיבה לסעיף 9 לחוק המתווכים".

גם אנו סבורים כי בנסיבות שלפנינו אין לדחות את תביעת המערער בשל הפרט החסר שבו מדובר.

(ח) בית משפט קמא התרשם מהמשיבה "כאשה משכילה ומבינת עניין" וקבע, גם על פי הודאתה, שחתמה על ההסכם בביתה, רק לאחר שבעלה דאז חתם עליו ולאחר שהמערער הסביר לה את תוכנו. בנסיבות אלו ובמכלול הנסיבות שפורט לעיל, סבורים אנו כבית משפט קמא, שהמשיבה לא נפגעה מאי מילוי הפרט של מחיר העסקה המבוקש. טענתה של המשיבה המבוססת על חסרונו של אותו פרט היא טענה שלא בתום לב ואין לאפשר לה טיעון שכזה.

6. סוף דבר

לפיכך החלטנו לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא ולחייב את המשיבה לשלם למערער סכום של ₪ 34,000 בצירוף ריבית והפרשי הצמדה ממועד הגשת התביעה בבית משפט קמא וכן את הוצאות המשפט (אגרות בבית משפט קמא ובערעור) ושכר טרחת עו"ד בסכום של ₪ 15,000 בצירוף מע"מ.

המזכירות תואיל לשלוח עותק פסק דין זה לצדדים בדואר רשום.

ניתן היום, ז' טבת תשס"ח, 16 בדצמבר 2007, בהעדר הצדדים.

שילה אילן ש' שילה, שופט אב"ד

אסתר שטמר, שופטת

מיכל נד"ב, שופטת

בית משפט שלום

תא 2461/07 דרור בראון ואח' נ' יפה סידרון ואח'

פסק הדין

1. לפניי תביעה כספית, בעילה חוזית בגין הפרת הסכם להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות.
2. התובעים טוענים כי הנתבעת, חתמה עימם על הסכם להזמנת שירותי תיווך במקרקעין בבלעדיות ביום 26.7.06 לתקופה של שישה חודשים (להלן – "ההסכם", צורף כנספח א' לכתב התביעה). לטענתם, הנתבעים הפרו את ההסכם הואיל ודירתם נמכרה בתוך תקופת הבלעדיות הקצובה, מבלי ששילמו להם את דמי התיווך בשיעור של 2% ממחיר המכירה, כמתחייב על פי ההסכם.
3. הנתבעים, דוחים את טענות התובעים וטוענים, כי לא היתה גמירות דעת של הנתבעת, למתן בלעדיות לתובעים בהזמנת שירותי התיווך מהם. בנוסף ניטען, כי התובעים לא מילאו אחר חובתם בנוגע להתקשרות בהסכם למתן שירותי תיווך בבלעדיות, בהיעדר חתימה על מסמך נפרד לצורך ההתקשרות בבלעדיות ובהיעדר פרוט של פעולות השיווק, שעל התובעים לבצעם במסגרת הסכם הבלעדיות. כמו כן טענו הנתבעים, כי התובע לא היה הגורם היעיל לביצוע העסקה, וכלל לא היה מעורב בעסקת המכר.
4. המחלוקות בין בעלי הדין הן שתיים בעיקרן. האחת, האם נחתם הסכם מחייב בין הצדדים להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות. השנייה, בהנחה שנחתם הסכם תיווך בבלעדיות, האם יש להחיל בעניינינו את החזקה, בדבר היות התובע "הגורם היעיל לעסקה".

המסגרת הנורמטיבית:

5. בהתאם לסעיף 1 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן – "החוק") תיווך במקרקעין הוגדר כדלהלן: "הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר, לשם התקשרותם בעסקה בזכות במקרקעין".

בסעיף 9 לחוק נקבע:

(א) מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולות תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

(ב) מתווך במקרקעין רשאי להסכים עם לקוח בדבר מתן עיסקה מסויימת לטיפולו הבלעדי (להלן – "בלעדיות") ובלבד שמתן הבלעדיות ותקופתה:

(1) יאושרו בחתימת הלקוח על גבי מסמך נפרד;

(2) שבמהלך תקופת הבלעדיות יבצע המתווך פעולות שמטרתן תווך במקרקעין (בחוק זה – "פעולות שיווק").

(1ב) ...

(2ב) תקופת הבלעדיות תסתיים בתום שליש מתקופת הבלעדיות כאמור בסעיף קטן (1ב), לפי העניין, אם המתווך במקרקעין לא ביצע, עד לאותו מועד את פעולות השיווק שנקבעו לפי סעיף קטן (ד)".

....

(ד) השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע פעולות לשיווק כאמור בסעיף קטן (ב), שמתווך במקרקעין יהיה חייב בביצוען, כולן או חלקן, בתקופת הבלעדיות".

סעיף 14 לחוק קובע:

(א) ...מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח אם נתקיימו כל אלה:

(1) ...

(2) הוא מילא אחר הוראות סעיף 9;

(3) הוא היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב.

(ב) 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".

6. בהתאם להוראות החוק, מתווך במקרקעין זכאי לדמי תיווך בהתקיים התנאי שנקבע בסעיף 9 לחוק לעניין הזמנה בכתב במסמך נפרד וביצוע פעולות השיווק, כאמור בתקנות. בהתאם להוראת סעיף 14(ב) לחוק, קיימת חזקה, שהמתווך הינו הגורם היעיל לעיסקה היכן שנחתם הסכם תיווך בבלעדיות, במידה והמתווך ביצע לפחות שתי פעולות שיווק, כבר בשליש הראשון של תקופת הבלעדיות.

דרישת הכתב ומסמך נפרד:

7. הנתבעת, חתמה על הסכם התיווך שכותרתו "הזמנת שירותי תיווך במקרקעין בבלעדיות" אך לא חתמה, על הסכם נפרד לבלעדיות כמצוות סעיף 9(א) לחוק. לשיטת התובעים, עומדת להם הזכות לקבל דמי תיווך מכוח הסכם התיווך שנחתם ונרשם בו "בלעדיות".

8. אינני מקבלת את טענת התובעים, כי די בקיומו של ההסכם שנחתם מכוח סעיף 9(ב)1 לחוק, כדי שימלא גם אחר דרישת סעיף 9(א) לחוק. **מסמך אחד בלבד**, נחתם ע"י הנתבעת להזמנת שירותי תיווך והוא אינו יכול להיות מסמך **נפרד**, כדרישת החוק, להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות, בהיעדר מסמך אחר להזמנתם. הדרישה, לקיומו של מסמך בכתב נפרד בהתאם לסעיף 9(א) לחוק, הינה דרישה **מהותית** ולא ניתן להתנות עליה ובדומה לכך, הדרישה לקיומו של מסמך **נפרד** בכתב, בהתאם לסעיף 9(ב)1 לחוק, הינה דרישה **מהותית**, אשר לא ניתן להתנות עליה.

9. קיימת מחלוקת בשאלת עליונות עיקרון חופש החוזים מחד והצורך לכבד ולאכוף את הוראות חוק המתווכים מאידך, שצמצמו את חופש החוזים, בקביעת תנאים להתקשרות להזמנת שירותי תיווך בכלל, ובבלעדיות בפרט. המחלוקת הינה, בין העמדה המצדדת בדיספוזיטיויות של חוק המתווכים, לאור עיקרון חופש החוזים, אל מול העמדה המצדדת בקוגנטיות של סעיפים 9 ו-14 לחוק המתווכים עקב פער הכוחות בין המתווך למזמין השירות, שעשוי להביא לפגיעה במזמין, כצרכן.

10. סבורני כי לאחר שהוכנס תיקון מס' 4 לחוק המתווכים, לא ניתן להתנות על הוראותיו. בכך, תוגשם תכלית החוק ותיקון מס' 4 לחוק, למתן הגנה לצרכן בהזמנת שירותי תיווך באופן בו יודעו לו בבירור ובמובחן פרטי השירות המוזמן על ידו וחובותיו, על פי הסכם התיווך (ראה ת.א. 6577/98 **טרנס גלובל נכסים בע"מ נ' נתנאל אל.א.סי** (פורסם בנבו) ניתן ביום 29.7.01, ת.א. 3252/05 **יחיא טרכטנברג נ' אפריקה ישראל מגורים בע"מ** (פורסם בנבו) ניתן ביום 28.5.08; ת.א. 2433/03 **סימקוביץ נ' רג'זאן** (פורסם בנבו) ניתן ביום 11.1.04 ובבש"א 157166/08 בת.א. 44446/07 **אלרוב נדל"ן ומלונאות בע"מ נ' אודין (עמית) ניהול ופיתוח עסקים בע"מ** (פורסם בנבו) ניתן ביום 19.5.08 וכפי שקבעתי בת.א. 8946/07 **רוט יונתן נ' רות דבש** (פורסם בנבו) ניתן ביום 24.8.08).

11. מעדות הנתבעת למדתי שלא הובהר לה, כי היא מחוייבת לבלעדיות בהזמנת שירותי התיווך. סביר גם להניח כי הנתבעת, היתה נמנעת מפנייה להזמנת שירותי תיווך ממתווכת אחרת, אילו הודיע לה התובע כי היא התקשרה בהסכם להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות ממנו. יתירה מכך, אילו התבקשה הנתבעת לחתום על מסמך נפרד לבלעדיות, צפוי היה שהיא תפנה לתובע, על מנת לוודא אם בוצעו פעולות השיווק לפי ההסכם ומה תוצאותיהן, בטרם תפנה למתווך אחר ותעמיד עצמה בסיכון להוצאה ב"כפל" של דמי תיווך.

12. היה על התובעים לעמוד בדרישת הכתב ובמסמך **נפרד** כמצוות סעיפים 9(א) ו-9(ב)1 לחוק. בהימנעם, מהזמנת הנתבעת לחתום על הזמנה נפרדת של שירותי תיווך בבלעדיות, החטיאו התובעים את תכלית הוראות החוק בנוגע לבלעדיות, אשר נועדו להבטיח גמירות דעת של הצרכן ומניעת מחלוקת שבפני (ראה: דברי הסבר **להצעת חוק המתווכים במקרקעין (תיקון מס' 4) (הגבלת תקופת בלעדיות), התשס"ד-2004**, פורסם ברשומות ביום 16.3.04). לא די בכותרת של ההסכם שנחתם, בו הוספה המילה ב"בלעדיות", כדי לעמוד בדרישת מסמך נפרד לפי סעיף 9(ב)1 לחוק.

בנסיבות אלו, לא הוכח כי היתה התקשרות להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות, כמצוות החוק.

13. בנוסף לכך, ההסכם שנחתם ע"י הנתבעת והוכן ע"י התובעים לחתימתה, אינו עומד בדרישות סעיף 1(ב) לתקנות המתווכים במקרקעין (פעולות שיווק), התשס"ה-2004, לפיהן, על המתווך לפרט את פעולות השיווק. לא בכדי קבע המחוקק, כי יש לערוך מסמך בכתב נפרד, הטעון פירוט של פעולות השיווק שיבוצעו במסגרתו, לנוכח החזקה שנקבעה בחוק, על היות המתווך "גורם יעיל" לעיסקה רק בשל ההסכמה להזמנת שירותי תיווך ממנו, בבלעדיות. פירוט פעולות השיווק, מהווה נידבך נוסף להסכמות הצדדים וגמירות דעתם, בנוגע להתקשרות בהסכם בלעדיות והיקף חובותיהם על פיו ובכך, לא עמדו התובעים.

"הגורם היעיל" לעיסקה:

14. בחנתי את שאלת "הגורם היעיל" לעיסקת המכר, בשים לב למסכת העובדתית שבפני. אין חולק כי התובע, לא הפגיש בין הצדדים לעיסקת המכר מאחר והוא לא פגש את רוכשי הדירה נשוא ההסכם. התובעים טענו כי מאחר וחלה בעניינם החזקה שנקבעה בסעיף 14(ב) לחוק המתווכים, יש לראות בהם את "הגורם היעיל" לגבי העיסקה, שנכרתה בתוך תקופת הבלעדיות.

15. לאור קביעתי לפיה, התובעים לא עמדו בדרישות מהותיות להסכם הבלעדיות על פי החוק ותקנותיו, היה על התובעים להוכיח את היותם "הגורם היעיל" לעיסקה. התובעים, גם לשיטתם לפיה נחתם הסכם בלעדיות, צריכים להוכיח ביצוע פעולות שיווק בהתאם לתקנות על מנת לבסס את החזקה בדבר היותם הגורם היעיל לעיסקה. התובע, לא הוכיח את התאריכים בהם היה הפרסום באינטרנט לשיווק הדירה וכן לא הוכיח את מועדי הפרסום בעיתון (נספח ב' לכתב התביעה) ופרטי הנכס לא היו מדויקים בו. לפיכך, התובעים לא הוכיחו כי פעולות שיווק אלו, בוצעו על ידם כבר בשליש הראשון של תקופת הבלעדיות, כמצוות סעיפים 9(ד) ו-9(ב2) לחוק.

16. תיווך במקרקעין הוגדר כאמור לעיל: "הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר, לשם התקשרותם בעיסקה בזכות במקרקעין". התובעים, אינם נכנסים לגדר זה הואיל ולא הם אלו, שהביאו בפועל להפגשה בין הצדדים ולשכלולה של עסקת המכר. בתצהירה של המתווכת הגב' גבי פוקס ובעדותה אמרה, כי היא תיווכה בין הנתבעים לקונים וכי קיבלה עד עתה דמי תיווך בסך של כ-17,000\$, מתוך 19,875\$ המגיעים לה (כ-1.5% מהעסקה). התובעים, לא הכחישו את גירסתה של הגב' פוקס והתובע בהגנותו, לא טען כי הוא היה הגורם שהביא למפגש בין הצדדים. לפיכך, אין לקבל את דרישת התובעים לדמי תיווך בשל "חזקת הגורם היעיל", משלא הקפידו התובעים על התקשרות בבלעדיות עם הנתבעת בהתאם להוראות החוק ותקנותיו ולפי תכליתם, להביא להקפדה על צורתם של מסמכי ההתקשרות, המהותיים לעיסקה ולגמירות הדעת של הצרכנים ובכללם, הנתבעת.

17. לפיכך, חזקת "הגורם היעיל" אינה עומדת לתובעים והיא ניסתרה, בנסיבות שבפני.

18. יוער כי בנסיבות שבפני, אין לחשוש להתעשרות של הנתבעים על חשבון התובעים במכירת הדירה ללא תשלום דמי תיווך לתובעים, רק בשל מחדלי התובעים עקב אי הקפדה על הוראות החוק הרלוונטיות, להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות. שכן, לא הוכח ביצוען של פעולות השיווק ע"י התובעים, אשר הן שהביאו להצלחת עיסקת המכר והוכח כי העיסקה ניקשרה בזכות פעולותיה של המתווכת הגב' פוקס אשר שולמו לה דמי תיווך בגינה.

19. בנסיבות אלו, דין התביעה להידחות.

20. התובעים, ביחד ולחוד, ישלמו לנתבעים, ביחד ולחוד, הוצאות משפט וכן שכר טרחת עו"ד בסך של 2,000 ₪ בלבד בצירוף מע"מ. זאת אני קובעת, בשים לכל התנהלותם של הנתבעים, אשר לא טרחו ליידע את התובעים על מכירת הדירה, באופן בו האחרונים סברו, כי עליהם להמשיך בפעולות לשיווק הנכס עקב כך.

המזכירות תשלח עותק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ליפשיץ פריבס מרים 54678313-2461/07

ניתן היום א' באב, תשס"ט (22 ביולי 2009) בהעדר הצדדים.

תפ 1081/06 מדינת ישראל נ' אופז עדי

פסק הדין

כללי

את כתב האישום שבפני הגישה עו"ד טלי קינן בשם מדינת ישראל – משרד המסחר והתעשייה (להלן: "משרד התמ"ת"), ב-03.01.06 נגד גב' עדי אופז (להלן: "הנאשמת"). בבסיס האישום תלונתו של מר איתמר צורירן (להלן: "המתלונן"). לנאשמת מיוחס, שבתאריך 03.11.03 ערכה מסמך בעל אופי משפטי במהלך עיסוקה כמתווכת דירות, בניגוד לסעיפים 12 ו-15 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן: "החוק").

בישיבת ההקראה הודתה הנאשמת באמצעות סנגורה, עו"ד זאב מאי, שמזה שנים היא מתווכת מורשית, והייתה כזאת במועדים הרלוונטיים. כמו כן הודתה שתיווכה בין המתלונן לגב' אירית סימון (להלן: "הקונה") בעסקת מכירת דירתו של המתלונן לקונה. מעבר לכך כפרה הנאשמת בכל העובדות שיש בהן לבסס עבירה.

לתביעה העידו **המתלונן** (עמ' 4-17) ו**אברהם אבירם** (עמ' 3-4). במהלך עדותו של המתלונן הוגשו תלונה ששלח למשרד התמ"ת **ת/1** והודעות שנגבו ממנו בחקירה **נ/3 א'+ב'**. אברהם אבירם ראש ענף חקירות במשרד התמ"ת קיבל את התלונה **ת/1**, חקר את המתלונן ואת הנאשמת, ורשם הודעותיהם **ת/2 ו-נ/3א+ב**. בנוסף הגישה התובעת מסמכים: תעודת עובד ציבור, חתומה על ידי רשמת המתווכים **ת/3א**, ואישור **ת/3ב**. שני אלו מוכיחים, שבשנת 2003 הנאשמת הייתה מתווכת דירות בעלת רישיון כדין.

התובעת הגישה גם את **ת/4** זיכרון דברים, עליו חתומים המתלונן והקונה (להלן: "הזכ"ד").

להגנה העידה **הנאשמת** בלבד. במהלך עדותה הגיש הסנגור תצהיר **נ/1**, עליו חתום המתלונן, שצורף לתביעה אזרחית לתשלום נזקים, שהמתלונן תובע מאת הנאשמת. כמו כן הגיש הסנגור פניות המתלונן להוצאה לפועל **נ/2**, הסכם שחתם המתלונן לטובת הנאשמת לתשלום עמלה **נ/4**, ופרוטוקול עדותם של הנאשמת והמתלונן בבית משפט לתביעות קטנות **נ/5** במסגרת תביעה שהגישה הנאשמת נגדו בגין אי תשלום דמי תיווך.

מהראיות שבפני עולה תשתית כדלקמן:

1. בבניין מספר 4 שברחוב אלכסנדר ינאי בהרצלייה פיתוח (להלן: "הבניין") היו למתלונן בתקופה הרלבנטית שתי דירות: דירת גן, ודירה בקומה ג', דירה מס' 14, שהיא הרלבנטית לענייננו (להלן: "הדירה"). **הנאשמת** ניהלה בקומת הקרקע של הבניין משרד תיווך (להלן: "המשרד"). על רקע השכנות נוצרה בין השניים הכרות שטחית (הנאשמת עמ' 19 ש' 9-10 המתלונן עמ' 4 ש' 19-18).

2. באותה עת הייתה הקונה מעוניינת לרכוש דירה בהרצלייה פיתוח (להלן: "הקונה"). לקידום רכישה כזאת פנתה הקונה לנאשמת בתאריך כלשהוא, עובר לאירועים שבכתב האישום.

3. אין הסכמה בין הצדדים, ביוזמת מי עשתה הנאשמת את התיווך נשוא הדין. המתלונן טוען, שפירסם מודעה בעיתון למכירת דירת הגן. הנאשמת פנתה אליו בעקבות מודעה זו, והוא הסכים לקבל ממנה שרותי תיווך, על רקע היכרותם, ובלבד שיופטר מתשלום עמלה (נ/3א עמ' 1 ש' 7-10). בבית המשפט אמר המתלונן ששוחח עם הנאשמת בעניין מכירת דירה, והדגיש שזה **לא** היה בעניין הדירה, שאותה כלל לא התכוון למכור (עמ' 4 ש' 16-17). לטענת הנאשמת, המתלונן אמר לה, שברצונו למכור את הדירה, ביקש ממנה להראות הדירה ללקוחותיה (עמ' 19 ש' 17-18).

4. הנאשמת לא החתימה את המתלונן על הזמנה בכתב (הנאשמת עמ' 20 ש' 16-17). למרות זאת, היא הגיעה עם הקונה לבניין והציגה בפניה את דירת הגן. לאחר שהקונה לא הייתה מעוניינת לרכוש את דירת הגן, הן עלו לדירה, ופגשו במתלונן. בנוכחות הנאשמת הראה המתלונן לקונה את הדירה, השניים ניהלו משא ומתן באשר למחיר הדירה, והגיעו להסכמה (**המתלונן** נ/3א עמ' 1 ש' 12 ואילך, בהמ"ש עמ' 4 ש' 19-21). גם לדברי הנאשמת, באותו מעמד הסכימו המתלונן והקונה על מחיר הדירה (ת/2 עמ' 2 ש' 33-35), בבית המשפט חזרה הנאשמת על הגירסה, והוסיפה, שהצדדים הסכימו שמחיר הדירה יהיה \$260,000 (עמ' 20 ש' 4-5).

5. מהדירה ירדו הנאשמת, המתלונן והקונה למשרד. המתלונן העיד, שאחרי שהראה לקונה את הדירה "העניין נגמר" (עמ' 4 ש' 18-19), והם ירדו למשרד שם חתמו על הזכ"ד. הנאשמת טענה, שכבר בדירה, לאחר שהמחיר סוכם, אמר המתלונן: "**אנחנו נלך לכתוב זיכרון דברים**". לטענת הנאשמת, היא הציעה לשניים לפנות לעורך דין, שיכין עבורם חוזה. המתלונן לא רצה בכך, ועמד

על עריכת איכרון דברים ללא דיחוי (עמ' 20 ש' 9-12). הנאשמת הוסיפה, שמכיוון שהדירה הייתה מלוכלכת, בקש ממנה המתלונן להשתמש במשרדה והיא הסכימה. במשרד נכתב הזכ"ד, הנושא תאריך 03.11.03 עליו חתמו המתלונן והקונה. קיימת אי בהירות באשר לתאריך. לטענת המתלונן, הזכ"ד נחתם ב-03.10.03 והתאריך הרשום בו שגוי (עמ' 8 ש' 24-26, ועמ' 9 ש' 1).

6. את הזכ"ד כתבה הנאשמת בכתב ידה (**המתלונן** נ/א' עמ' 1 ש' 14-15, בהמ"ש עמ' 4 ש' 22-21, **הנאשמת** ת/עמ' 1 ש' 11-12, בהמ"ש עמ' 20 ש' 16-17).

7. המחלוקת העובדתית העיקרית והמשפטית הקוטבית הנטושה בין הצדדים, מתמקדת בשאלה, ביוזמת מי כתבה הנאשמת את הזכ"ד, ומי אחראי לניסוחו. המחלוקת הזו היא לב לבו של האישום שבפני. ויודגש כבר כאן, המתלונן עשה ככל יכולתו להרחיב היריעה, ולשכנע שנגרמו לו נזקים בגין ההתקשרות בזכ"ד. אתייחס לנזקים באופן שולי בלבד, ככל שהדבר נדרש להערכת, מהימנותו של המתלונן, ומבלי לקבוע שום ממצאים בהקשר זה. **המתלונן** טוען (נ/צב' ש' 12-13, בהמ"ש עמ' 7 ש' 24-25), שהנאשמת, ברצונה לזרז כריתת הסכם בינו לבין הקונה, כתבה את הזכ"ד, והחתימה עליו אותו ואת הקונה. **הנאשמת** טוענת (עמ' 20 ש' 13-17), שכתבה את הזכ"ד לבקשת המתלונן, ורשמה בו במדויק דברים שהמתלונן הכתיב לה. לטענתה, המתלונן הסביר שכתב ידו בלתי קריא, וכתיבתו נגועה בשגיאות כתיב.

8. **לאחר** חתימת הצדדים על הזכ"ד, כתבה הנאשמת את נ/4 - הסכם לתשלום עמלת תיווך, על נייר הנושא את שם ופרטי העסק שלה. המתלונן התחייב בנ/4 לשלם לנאשמת עמלה בשיעור 1% מ-260,000 \$ - שהוא המחיר המוסכם הנקוב בזכ"ד. הנאשמת מסכימה, שבשלב זה המתלונן לא היה חייב לחתום על נ/4 (עמ' 21 ש' 12).

9. המתלונן הסביר, שהחליט למכור את הדירה, למרות שלא התכוון לעשות כן, לנוכח המחיר, שהקונה הסכימה לשלם לו (עמ' 5 ש' 23-24). נימוק זה היה גם בבסיס הסכמתו לשלם לנאשמת דמי תיווך (עמ' 6 ש' 7-9).

10. זמן מה לאחר מכן חתמו המתלונן והקונה על חוזה, שערך עבורם עורך דין, לפיו נמכרה הדירה לקונה במחיר הנמוך מהנקוב בזכ"ד. הנאשמת לא הכחישה טענות המתלונן באשר לקשיים שהתגלעו במהלך ביצוע העסקה (הנאשמת עמ' 21 ש' 18-21).

11. המתלונן לא שילם לנאשמת עמלת תיווך, והיא הגישה נגדו במהלך 2004 תביעה לבית משפט לתביעות קטנות, וזכתה בה. המתלונן לא כיבד את פסק הדין, ובאוקטובר 2004 פתחה נגדו הנאשמת בהליכי הוצל"פ (**הנאשמת** עמק 22 ש' 5-9, **המתלונן** עמ' 15 ש' 18-25).

12. ב-17.02.05 שלח המתלונן למשרד התמ"ת את ת/1 - תלונתו נגד הנאשמת.

13. ב-23.03.05 הגיש המתלונן נגד הנאשמת, לבית משפט השלום בהרצלייה, תביעת נזיקין על סך 180,000 ₪, שנתמכת בתצהיר נ/1.

14. הקונה, שהוזמנה לחקירה במשרד התמ"ת (עדות החוקר עמ' 4 ש' 3), לא העידה בפניי.

15. המתלונן והנאשמת הם עדים יחידים להוכחת העובדות, שבאמת שנויות במחלוקת בין הצדדים.

סיכומי ב"כ הצדדים

התובעת - בקשה להאמין למתלונן, ולהרשיע הנאשמת. לטענתה, גירסת המתלונן נתמכת ומתאמת במעורבותה של הנאשמת בכתובת הזכ"ד. לדעתה, המעורבות מגיעה לכדי סיוע, שהוא עבירה בניגוד לסעיף 12 לחוק.

התובעת הדגישה את תכליתו של החוק להגן על הצרכנים, האוסר על מתווכים להתערב במו"מ שבין צדדים לרכישת נכס מקרקעין. תכלית חקיקתית זו מצדיקה מתן פירוש רחב לאיסור שבסעיף 12 לחוק. פעולת הרישום, שבה מודה הנאשמת, היא בגדר סיוע אסור. התובעת הפנתה לדברי החסבר לחוק, לספרו של פרופ' ברק "**פרשנות תכליתית במשפט**", ולפרק בספרו של כב' השופט י.קדמי "**הדין בפלילים חוק העונשין** חלק ראשון (מהדורה 2004) עמ' 380 ואילך, הדן בעבירות סיוע.

הסנגור - בקש, באופן טבעי, לאמץ גרסת הנאשמת. לטענתו, גרסתה העקבית לא נסתרה, ונתמכת בהסכם התיווך נ/4, שאומר במפורש, שהדירה תימכר בהתאם להסכם שעורך דין יערוך עבור הצדדים. גרסת המתלונן נגועה, לדעת הסנגור, במניעים אישיים, ורצופה סתירות, שאותן פירט בסיכומיו.

לטענת הסנגור, הנאשמת כתבה את שהמתלונן הכתיב לה, ביצעה פעולה טכנית שאיננה בגדר "עריכת מסמך" או "סיוע לעריכתו" במובנם המשפטי. הסנגור הפנה לספרו של כב' השופט ד"ר גבריאל קלינג "**אתיקה בעריכת דין**" לפיו, אסורה עריכת מסמך, המלווה בכוונה לערוך מסמך משפטי. השלמת פרטים בחוזה, לא תיחשב "עריכת מסמך" על פי חוק המתווכים.

דיון

א. מחדלי הצדדים בהבאת ראיות

1. הלכה היא, שלא העדת עד חשוב, משקל ראיתי לחובת הצד שנמנע מהבאתו. ראו לעניין זה ספרו של כב' השופט י. קדמי "על הראיות" (מהדורה משולבת ומעודכנת, תשס"ד-2003, עמ' 1649-1650). על פי הרציונאל שבבסיס ההלכה, בעל דין לא מונע מבית המשפט ראיה שהיא לטובתו. בהעדר הסבר סביר, הימנעות צד מהבאת ראיה רלבנטית, שהיא בהישג ידו, מבססת מסקנה, שאילו הובאה אותה ראיה הייתה פועלת נגדו. ככל שהראיה משמעותית יותר, כך רשאי בית המשפט להסיק מאי הבאתה מסקנות מכרעות יותר וקיצוניות יותר נגד מי שלא הביאה. הכלל מקובל במשפטים אזרחיים ופליליים כאחד. ראו, למשל, פס"ד בע"א 548/78 אלמונית נ. פלוני, פד"י ל"ה (1) ע' 736 בע' 760, עליו חזרו בתי המשפט העליון והמחוזי (חיפה) בע"א 2273/90 לימה בע"מ נ. רוזנברג, פד"י מז"ב (2) ע' 605 בעמ' 615, ובת.פ. 5026/06 (חיפה) מ.י. נ' יורי וייסבלט ואח' (פורסם באתר המשפטי נבו מיום 04.06.06).

2. במקרה שבפני, הקונה הייתה שותפה להשתלשלות עסקת המכר ומעמד כתיבת הזכ"ד בכלל זה. ככזו היא עדה חשובה ביותר, לכאורה אובייקטיבית, שיש ביכולתה לעזור בברור האמת. התביעה חייבת היתה במירב המאמצים להעידה מטעמה, לנוכח רצונה לשכנעני, שהמתלונן ראוי לאימון באשר לנסיבות כתיבת הזכ"ד. התביעה לא עשתה כן, ולא הסבירה מדוע.

3. לאחר שהתביעה סיימה הבאת ראיותיה, ונטל השכנוע עבר להגנה, נמנעה גם היא מהבאת הקונה כעדה, על מנת שתסייע לה בהדיפת גירסת המתלונן, ותתמוך בטענה העיקרית שהעלתה להגנת הנאשמת. גם מההגנה לא שמעתי הסבר מדוע. כב' השופט קדמי בספרו "על הראיות-הדין בראי הפסיקה". חלק שלישי, מהדורה משולבת מעודכנת תשס"ד-2003, עמ' 1503 והמובאות שם (ובמיוחד ע"פ 3289/90) מייחד קטע ספציפי למשקל הראיתי שיש ליתן להימנעות בלתי מוסברת של ההגנה, מהבאת ראיה חשובה מבחינתה. כב' השופט קדמי מסביר, שאת ההנחות המתחייבות מראיות התביעה, שהן פרי ההיגיון וניסיון החיים, רשאי הנאשם לסתור בראיות ובהסברים, שיש בהם להראות, כי ההנחות הנגזרות מראיות התביעה, אינן הגיוניות, או שעוצמתן נחלשת לאור הסבריו, ואין בהם מידת ההוכחה הנדרשת לביסוס הרשעתו בפלילים. כב' השופט קדמי מוסיף, שהמסקנה, המתחייבת ממחדלו של נאשם, להביא ראיה חשובה להגנתו היא:

"...אך במקום שהנאשם לא הרים את הנטל הטקטי הזה, ולא הביא ראיות או לא נתן הסברים המניחים את הדעת, הופכת ההנחה המתחייבת מן הראיות - (הכוונה לראיות התביעה הדגשה שלי ד-ר-ש) ואשר משקלה נכבד, למציאות".

4. במקרה שבפני, להימנעותם הבלתי מוסברת של שני הצדדים מהבאת עדה כה מהותית, משקל ראיתי שלילי, הפוגע באמינות כל אחד מהם במידה שוות ערך.

ב. בחינת גירסת המתלונן

1. כאמור לעיל, המתלונן הוא העד היחיד לתביעה לביסוס נסיבות כתיבת הזכ"ד. ככזה עלי לבדוק את עדותו במשנה זהירות, ולהשתכנע, שיש בה האמינות הצריכות להרשעה על פי עד יחיד, 2073, (2) בהתאם להלכת ביהמ"ש בע"פ 2780/90 עזרא קצירו נ' מדינת ישראל, תק-על 91, וכאמור בספרו של כב' השופט קדמי "על הראיות", מהדורה משולבת ומעודכנת, תשס"ד-2003, עמ' 414.

2. שיהיו - המתלונן חתם על איכרון הדברים בתאריך 03.11.03 או 3.10.03, אולם הגיש תלונתו למשרד התמ"ת רק כעבור למעלה משנה (ב'17.02.05). המתלונן הסביר את השיהיו, וטען, שבזמן אמת לא הכיר את הוראות חוק המתווכים, ולא ידע מהן חובותיו של מתווך, והבין אותן רק לאחר שלמד את נושא התיווך, ועמד בבחינות רשם המתווכים (עמ' 5 ש' 16-12). בהסבר מידה מסויימת של סבירות, שכן אדם מן הישוב, שהוראות חוק המתווכים אינן חלות עליו, ואינן מחייבות אותו, לא חייב להיות מודע לאמור בחוק ולחובות הספציפיות שהמתווך מחוייב בהן במסגרת עבודתו. משכך, לא אכלול את השחוי במכלול השיקולים בהערכת מהימנות המתלונן.

3. המתלונן טען, שלא התכוון למכור את הדירה (עמ' 4 ש' 12-16). הטענה איננה הגיונית, לנוכח הסכמתו לאפשר לנאשמת להראות את הדירה לקונה, והסכמתו באותו מעמד למכירתה, תוך נכונות לדחיית מועד תשלום דמי קדימה נמוכים, שלכשעצמם מתיישבים עם רצון למכור את הדירה ללא דיחוי, מביאים למסקנה שהמתלונן לא ראוי לאמון בנקודה זו.

4. המתלונן הודה, שבזכ"ד כתובים הדברים, עליהם הסכים עם הקונה (נ/ב' 13-12, בבחמ"ש עמ' 4 ש' 22-23) ואמר: "היא (הכוונה לנאשמת הדגשה שלי ד-ר-ש) לקחה דף נייר כתבה שלושה דברים עליהם הסכמנו, שזה המחיר, עניין הפינוי ותשלומים". כאן המקום להעיר, שהזכ"ד איננו מסדיר את עניין התשלומים. בחקירה ובבית המשפט עומת המתלונן עם גירסת הנאשמת, לפיה נמנע מלכתוב בעצמו את הזכ"ד בשל סיבות הנעוצות בו, ושהיא כתבה את שהכתיב לה. בפניי שלל המתלונן טענת הנאשמת, באופן נחרץ

וחד משמעו (עמ' 5 ש' 10), בעוד שבחקירה לא היה כה החלטתי, והשיב "אני לא חושב שאמיתי דבר כזה" (נ/33 עמ' 1 ש' 15-17). המתלונן לא הצליח להסביר, באופן שהיה בו לשכנעני, את הפער שבין תשובותיו. ההיגיון וניסיון החיים מלמדים, שאדם הנטענת לגביו טענה שכזו, שולל אותה מיד וללא הסתייגויות.

תשובתו המהוססת של המתלונן בחקירה כפי שצוטטה כאן – מעוררת ספק באשר לאמינות עדותו בבית המשפט, באומרו שאין לו שום בעיה עם כתב ידו (עמ' 7 ש' 22-25). במיוחד לנוכח הודאתו, שגם חלק מהתצהיר נ/42, שהגיש להוצאה לפועל, נכתב עבורו על ידי אחת הפקידות (עמ' 7 ש' 20-21), ואין הסבר מדוע עשתה כן.

5. המתלונן הודה, שהיה מרוצה מהמחיר שהקונה הסכימה לשלם לו (עמ' 5 ש' 23-25). שביעות הרצון מלמדת שהוא היה מעוניין מאוד להגיע להסכמות מיידיות עם הקונה, מהן לא תוכל להשתחרר, ולשם כך עמד על העלאתן על הכתב לאלתר.

6. בתלונתו ת/1 מיום 17.02.05 טען המתלונן, שלא רק שאסור היה לנאשמת לכתוב את הזכ"ד, הוא הוסיף שהנאשמת היתה מחוייבת, לנוכח המגבלות שמטיל עליה החוק, להפנות אותו ואת הקונה לעו"ד, שיערוך עבורם זיכרון הדברים, כפי שחפצו לעשות מלכתחילה, ולא לדחוק בהם לחתום על הזכ"ד שהכינה (סעיף 2 לת/1). על טענה זו לא חזר המתלונן בהודעותיו נ/3א + ב' וגם לא בבית המשפט. ברור לי, שאם טענה הייתה אמת, המתלונן לא היה זונח אותה.

7. לטענת המתלונן, חתימתו על הזכ"ד חשפה את זכויותיו לסיכונים חמורים, והן נשארו בלתי מוגנות עד לחתימת החוזה. המתלונן, לדבריו, חתם על החוזה במצב של נחיתות, ונאלץ להסכים להפחתה מהמחיר המקורי. אם עובדה זו נכונה, כמובן שיש חשיבות לשאלה כמה זמן חלף בין שתי החתימות. המתלונן אינו עקבי בעניין זה. ב-1/ הצהיר שחלפו שישה ימים. **בבית המשפט** טען שתקופת הביניים המסוכנת התארכה כשישה שבועות (עמ' 8 ש' 21). כשנשאל על הסתירה ענה, שאיננו יודע אם חלפו שישה ימים או שלושה שבועות, ולטעמו אין משמעות למשך הזמן (עמ' 9 ש' 24-26). ההסבר לא מקובל עלי. אני בדעה, שהמתלונן "האריך" את התקופה כדי לשכנעני באשר לחומרת התנהגותה של הנאשמת, שגרמה לו, לדבריו, נזקים כבדים.

8. כפי שכבר הודגש בפרק העובדות – חלק נכבד מעדותו ייחס המתלונן לנזקיו. התייחסותו לנזקים, בהנחה שהיו לו כאלה, נגועה בחוסר עקביות בולט, אם לנקוט בלשון המעטה. ב-1/ טען שהפסיד "יותר מ \$20,000". ב-3/א (עמ' 2 ש' 3-4 להודעה) טען, שנאלץ למכור הדירה בכ-\$30,000 פחות מן הסכום המקורי. ב-1/ (סעיף 15 לתצהיר) טען, שהסכים להוריד ממחיר הדירה \$35,000. ב-5/ (עמ' 2 ש' 6 לפרוטוקול ביהמ"ש לתביעות קטנות) אמר, שהדירה נמכרה ב-"פחות מ-\$240,000". בתביעת הנזיקין שהגיש נגד הנאשמת, הוא תובע ממנה 180,000 ₪. בעמדו על דוכן העדים בפני, לא היסס מלטעון שהפסיד 600,000 ₪ (עמ' 5 ש' 12-13). גם הפעם שינה דעתו, ובהמשך טען, שהדירה נמכרה תמורת \$200,000-\$205,000 (דהיינו הפסד המסתכם ב-\$60,000 או \$55,000), וזאת למרות שלדבריו הוא, על פי החוזה הדירה נמכר במחיר של \$240,000 (עמ' 12 ש' 9-10). המתלונן ניסה לתרץ את הסתירות, וטען שאין אלו שינויי גירסה, כי אם נזקים מצטברים, המתעדכנים בהתאם לשלבי ביצוע העסקה, וערכם הכספי של העיכובים בתשלומים שהגיעו לו, בין השאר לנוכח שיבוש שנתגלה בנסח, שבגיניו התעכב רישום הדירה על שם הקונה בטאבו (עמ' 13 ש' 8-12). אין בהסבר זה להניח דעתי באשר לנזקיו של המתלונן.

9. קשה לי לקבל טענתו הנוספת של המתלונן, לפיה נאלץ להסכים להוזלת מחיר הדירה עקב לחצים שהפעילה עליו הנאשמת (נ/3א עמ' 1 ש' 18 עמ' 2 ש' 1, בבהמ"ש עמ' 13 ש' 24-24). המחיר הוא תנאי יסודי בזכ"ד. נסיגתה של הקונה מהסכמתה לשלם את המחיר המוסכם, הקימה לו זכות לבטל את הזכ"ד. המתלונן לא הסביר מדוע נמנע מלעשות שימוש בזכות זו, והסכים לוותר על חלק משמעותי מהמחיר.

10. גם העובדה, שהמתלונן מצא לפעול נגד הנאשמת, אלא רק לאחר שנאש מלהדוף בדרך אחרת את חיובו לשלם לה עמלת תיווך, פוגעת באמינותו.

11. מכל האמור לעיל עולה, שאיני מאמצת את עדות המתלונן כפי שבקשה התובעת, משום שאינני מאמינה לו באופן מלא, המאפשר ביסוס הרשעה על עדותו היחידה.

ג. בחינת גירסת הנאשמת

1. קביעותיי באשר למהימנות המתלונן אינן פוטרות אותי מהצורך להידרש לגירסת הנאשמת, לנוכח העובדה שהיא זו שכתבה את הזכ"ד, שהיא העובדה הקרדינלית לאישום שבפני.

2. גם גירסת הנאשמת נגועה בפגמים, במיוחד בהתחשב בהיותה מוסמכת על פי דין לעסוק בתיווך, שעריכה ו/או סיוע לעריכת מסמכים משפטיים הוחרג ממנו במפורש, באופן המטיל עליה חובת זהירות מוגברת.

3. הנאשמת עשתה פעולת תיווך מבלי שהחתימה את המתלונן על טופס הזמנה, כפי שמחייב סעיף 9 לחוק. **בתקנות "הזמנה בכתב לביצוע תיווך במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב) התשל"ז-1997"** קבע שר המשפטים במפורש, אילו פרטים חייבים להיכלל

בטופס ההזמנה. מהתקנות עולה שטופס ההזמנה הוא מסמך מכונן ביחסי מתווך-לקוח. בסעיף 14 לחוק הותנתה זכאותו של מתווך לעמלה, במילוי הוראות סעיף 9. דהיינו – מתווך מורשה, הגם שהיה גורם יעיל להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב, יהיה זכאי לעמלה, רק אם החתים את הלקוח על טופס ההזמנה. ומכלל הן נשמע הלא-לא החתים המתווך את הלקוח על טופס ההזמנה, לא יהיה זכאי לעמלתו. הנאשמת מודה, שלא החתימה את המתלונן על טופס ההזמנה קודם לקשירת העסקה וחתימת הצדדים על זכ"ד (עמ' 22 ש' 18-19), למרות שברור, שלא התכוונה כלל לוותר על עמלתה.

4. הנאשמת הודתה, שבהגיעה לדירה יחד עם הקונה, לא חשבה על נושא ההזמנה בכתב, ולא זכרה את החיוב שבסעיף 9 לחוק (עמ' 22 ש' 20-21). לאור זאת קשה לי להשתכנע, שיש אמת בטענותיה, שבאותו שלב זכרה את האיסור שבסעיף 12 לחוק, במיוחד בהתחשב בעובדה שסעיף 9 מעגן ומסדיר את זכאותה לשכרה.

5. ב-26.08.04 העידה הנאשמת בפני כב' השופט שורץ, שדן בתביעתה הקטנה, ונמנעה מלחשוף את העובדה, שהיא זו שכתבה את הזכ"ד. הנאשמת הסתפקה בטיעון כללי ש"נחתם זכרון דברים אצלי במשרד" (נ' 5 עמ' 1 ש' 7). לטעמי, לא בכדי נהגה כך. הודאתה בכתובת הזכ"ד עשויה הייתה להעיב מאוד על סיכויי תביעתה, לנוכח הוראות סעיף 12 לחוק. רק בחקירה במשרד התמ"ת (ת' 2 עמ' 1 ש' 6-11), ובדין בפני (עמ' 22 ש' 24-25), בהיותה מודעת לעובדה שהרשויות רואות בכתובת הזכ"ד עבירה, העלתה את הגירסה, שכתבה את הזכ"ד מפיו של המתלונן, לבקשתו, וטענה שהפנתה אותם לעו"ד, טענה שלא העלתה בחקירה, כמשתקף מהודעתה ת/2.

6. משהגיעו המתלונן והקונה להסכמה עקרונית באשר למכירת הדירה, היה לנאשמת אינטרס כלכלי, שאיננו נופל מזה של המתלונן, ואעמוד עליו בהמשך. כאן ייאמר, שהלכה פסוקה היא, שגם אם בסופו של יום עסקת מקרקעין, שנחתמה בין הצדדים, איננה יוצאת לפועל, המתווך זכאי לדמי תיווך בגין עצם התקשרותם במסמך מחייב, וזכרון דברים בכלל זה. נסיבות אלו עלולות להביא לניגוד אינטרסים בין המתווך לצד/צדדים לעיסקה. המתווך מעוניין להביא להתקשרות מעוגנת במסמך משפטי, גם במקרים בהם התקשרות כזו עלולה לפגוע באותם צדדים. בשל הצורך להגן על האינטרסים של הצדדים, קבע המחוקק, שמסמך ההתקשרות (זכרון דברים/חוזה) ייערך אך ורק על ידי עורך דין, שהוא איש מקצוע מיומן בתחום המשפטי. בכך התכוון המחוקק לוודא ככל האפשר, שהצדדים מתקשרים בעסקה ניתנת למימוש, תוכל לצאת לפועל לשביעות רצונם. להבדיל מהאינטרסים של המתווך, שעיקר מעייניו בעצם יצירת ההתקשרות המשפטית, המקנה לו זכאות לעמלה המוסכמת.

7. גם אם אקבל טענת הנאשמת, שהמתלונן והקונה, שניהם אנשים בוגרים שהחליטו להתקשר בעיסקה ואחראים לתוצאות מעשיהם (עמ' 25 ש' 17-18), אינני מקבלת, שהיא היתה רשאית לכתוב את הזכ"ד בעצמה, למרות שיכולה וחייבת היתה להימנע מעשות כן. הנאשמת הודתה בבית המשפט (עמ' 20 ש' 13-17), שלא הציעה לקונה לכתוב את הזכ"ד, ולא הסבירה מדוע. זאת ועוד, עמדה בפניה גם האפשרות להציע למתלונן להיעזר באשתו, שלדברי הנאשמת עצמה היתה באותה עת בדירתה (עמ' 19 ש' 20, עמ' 20 ש' 1-3), הממוקמת כידוע באותו הבניין.

8. כתיבת הזכ"ד במשרדה של הנאשמת לאחר משא ומתן קצר ביותר, בפגישתם הראשונה של הצדדים, הכשירה את הקרקע מבחינת הנאשמים, לקדם את האינטרס הכלכלי שלה. האינטרס של הנאשמת שווה, כאמור, לאינטרס הכלכלי של המתלונן. הפקת רווח בשיעור אלפי שקלים כנגד טרחא שתארכה זמן כה קצר, איננו דבר של מה בכך. את שהחסירה הנאשמת מלכתחילה היא מילאה בהחתמת המתלונן על הסכמה לשלם לה דמי עמלה, לאחר קשירת העיסקה, למרות שבשלב זה לא היה חייב לעשות כן (עמ' 21 ש' 12), וזאת בנסיבות ספציפיות, כשהוא אסיר תודה לה, וחש כמנוע מלסרב.

9. טענת הנאשמת, כי כתבה את הזכ"ד בדיוק כפי שהמתלונן הכתיב לה, לא משכנעת. הנאשמת מתווכת בעלת ניסיון רב שנים. עיון בזכ"ד מעלה, שיש בו נתונים, שהנאשמת מתוקף עיסוקה מודעת, שהם חייבים להיכלל בזכ"ד מסוג זה, כגון זיהוי הדירה על פי רישומה בטאבו. מכיוון שהמשא ומתן התנהל בנוכחותה זמן קצר מאוד עובר לפני כתיבת הזכ"ד, הנאשמת לא הייתה זקוקה להכתבה מפיו המתלונן. היא ידעה את שמו וכתובתו של המתלונן, היא ידעה את שם הקונה, היא ידעה את כתובת הדירה, וידעה את המחיר המוסכם. הצדדים הוסיפו פרטים כגון מספרי תעודת זהות, יום פינוי, מועד התשלום הראשון ואולי גם גובה הפיצוי בגין ההפרה.

10. מכאן, שלמרות חוסר האמון בעדות המתלונן, ובהיעדר עדות הקונה, מחדליה, מעשיה ועדותה הפגומה של הנאשמת, כפי שפורטו, מביאים לדחיית הסבריה לכתיבת הזכ"ד.

11. מכיוון ששתי העדויות שבפני אינן משכנעות, עלי לבדוק המשקל המשפטי שיש ליתן לעצם כתיבת הזכ"ד בנסיבות המקרה, ולהחליט אם אלו מבססים מספר מסקנות הגיוניות, ביניהן כזו המתיישבת עם חפות, או שמא נגזרת מהן מסקנה אחת ויחידה, המתיישבת עם אשמת הנאשמת. בהקשר זה עלי להידרש:

א. הזכ"ד כמסמך משפטי

ב. תכליתו של החוק

ג. המשמעות המשפטית הנגזרת מהעובדה שהנאשמת כתבה את הזכ"ד

א. **הזכ"ד כמסמך משפטי** – הזכ"ד מדבר בעד עצמו, הוא כולל את מירב הפרטים המהותיים הצריכים לעסקת רכישת דירה: פרטי הצדדים המתקשרים, פרטי הנכס נשוא העסקה, המחיר, תאריך פינוי ופיצוי מוסכם. ראו בהקשר זה ספרו של פנחס נרקיס "דרישת הכתב בעסקות מקרקעין" (עמ' 25–46 והמובאות שם), והמבחנים שנקבעו בע"א 158/77 רבינאי נ' מן שקד בע"מ (בפירוק), פד"י לג(2) 287, 281.

ב. **תכליתו של החוק** – בחוק המתווכים לא התכוון המחוקק לפגוע בפרנסתם ובעיסוקם של המתווכים, ומטרתו לא הייתה לצמצם את פעילותם בקירוב הצדדים להגיע למפגש רצונות במהלך משא ומתן ביניהם בהקשר לעסקת מקרקעין. יחד עם זאת הבהיר המחוקק באופן חד משמעי כוונתו לפרוש על קהל הצרכנים מטריית הגנה רחבה בכל הקשור לעריכת מסמכים משפטיים, וזאת לאחר שבעזרת המתווך הגיעו להבנות עקרוניות בקשר לעסקה. כך עולה במפורש מדברי ההסבר להצעת החוק (הצעות חוק 2136 התשנ"ב–1992) המדגישים את תכליתו הצרכנית:

"הצורך בקבלת חוק שיסדיר את העיסוק במקצוע התיווך במקרקעין ושיעניק את ההגנות המתאימות לרוכשים בכח, קיים גם ברמה העקרונית וגם כצו השעה".

כך נובע מההוראות השונות שבחוק המטילות על המתווכים חובות ברורות וחד משמעיות, כאמור לעיל, סעיפים 9 ו-14 מונעים ממתווך את שכרו אם לא החתים את הלקוח על טופס הזמנה. סעיף 12 לחוק, אוסר מפורשות על מתווכים לבצע ו/או להיות מעורב בביצוען של פעולות משפטיות, וקובע לאמור:

12. איסור פעולות משפטיות

מתווך במקרקעין לא יערוך ולא יסייע לערוך מסמכים בעלי אופי משפטי הנוגעים לעסקה במקרקעין ולא ייצג לקוח במשא ומתן משפטי לקראת עריכת מסמך כזה; מתווך המפר הוראת סעיף זה לא יהיה זכאי לדמי תיווך. הוראה זו אינה באה לפגוע בחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961."

סעיף 15 קובע, שמתווך העובר על הוראות סעיף 12 מבצע עבירה פלילית מסוג עוון שעונשה שנת מאסר וקנס פי ארבע מהשיעור הקבוע בסעיף 61(א)4 לחוק העונשין. בסעיף 16 לחוק מסמך המחוקק בית משפט, שהרשע מתווך בעבירה על פי החוק, לשלול או להתלות את רישונו.

מכאן נעבור לבחינת הנדבך הנוסף הצריך בדיקה: המשמעות המשפטית הנגזרת מהעובדה שהנאשמת כתבה את הזכ"ד.

ג. **המשמעות המשפטית הנגזרת מהעובדה שהנאשמת כתבה את הזכ"ד.**

1. לא מקובל עלי ניסיונה של התובעת, להיעזר בעבירת הסיוע הקבועה בסעיף 31 לחוק העונשין.

ניתוחו של כב' השופט קדמי את נושא הסיוע בספרו **"הדין בפלילים"** חלק ראשון (מהדורה 2004) עמ' 380, לא רלבנטי לענייננו. המסייע שבסעיף 31 לחוק העונשין, מצטרף לאדם אחר העובר עבירה פלילית, וזאת על מנת לעזור במימושה של אותה עבירה. ואלו כאן – למרות השימוש במילה "סיוע", איננו עוסקים בסיוע פלילי אלא בסיוע במובן מילולי – הושטת עזרה לעריכת מסמך משפטי, שהצדדים לו אינם נגועים בשום פליליות. המסייע לעריכת מסמך משפטי הוא העבריין העיקרי (להבדיל ממסייע), ומעשה הסיוע הוא המעשה האסור על פי חוק.

2. כמו בכל עבירה פלילית, גם בעבירה נשוא הדיון על התביעה חובת ההוכחה – דהיינו, עליה להוכיח שהסיוע נעשה במחשבה פלילית. עלי לבדוק מהו היסוד הנפשי שהניע את הנאשמת בכותבה את הזכ"ד. ברור שהנאשמת כתבה את הזכ"ד במודע. עם דחיית הסברה, מחוסר אמינות, ובהעדר הסבר סביר אחר, ניתן להשתמש ב"**חזקת המודעות**" לפיה, אדם מודע בדרך-כלל למשמעות התנהגותו מבחינת טיבה הפיזי, קיום נסיבותיה ואפשרות גרימת התוצאות הטבעיות העשויות לצמוח ממנה. וראה בהקשר זה ספרו של המלומד ש. ז. פלר **"יסודות בדיני עונשין"** (כרך א', התשמ"ד 545). במקרה דנן – העדר הסבר סביר מביאים ניסיון החיים והשכל הישר למסקנה אחת ויחידה, שהנאשמת כתבה את הזכ"ד כדי שהעסקה תעוגן במסמך משפטי מחייב, ובאופן שיקדם ויממש את האינטרס הכלכלי שלה, תוך הפרה מודעת של הוראת החוק. מכאן, יש בפני, איפוא, ביסוס נסיבתי המוכיח כנדרש, את חזקת המודעות הצריכה מבחינה ראייתית.

3. חובתו של בית המשפט להוציא מהכח אל הפועל כוונת המחוקק להשריש נורמות רצויות וליישם התכלית החקיקתית. לפיכך – טענת הסנגור, שכתבת הזכ"ד היתה פעולה טכנית, שאיננה בבחינת הושטת סיוע משפטי – לא יכולה להישמע, ואיננה מקובלת עלי. זוהי פרשנות צרה, שמעוותת מטרת המחוקק. בהתחשב במהותה של עסקת מקרקעין, הכרוכה בהשקעה כספית

גדולה מאוד ועלולה לעורר מחלוקות משפטיות קשות, ייחד המחוקק במפורש עריכת מסמך משפטי, ואפילו סיוע לעריכתו, לעורכי דין. בזכות גלומה חובת זהירות כבדה. עורכי דין, שמתוקף השכלתם מוחזקים כיוזעים לערוך מסמך התקשרות משפטי, מחויבים לעשות שימוש מושכל בכלים, שהכלתם המיוחדת מעניקה להם. עורכי דין מחויבים לבדוק ולבחון בעין מיומנת את העיסקה על כל היבטיה, לצפות בעיות אפשריות ולהתמודד איתן, באופן שיביא לביצועה המוצלח של העיסקה. מתווכים אינם יכולים לעמוד בדרישות בהיעדר מומחיות משפטית. במטרתו להבטיח ניקיון עיסקה מאינטרסים נוגדים, הוסף האיסור הספציפי שבסעיף 12 לחוק, לאסור הכללי הקבוע בסעיף 96 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 האוסר על מי שאיננו עורך דין לעשות פעולות שנתייחדו לעורך דין.

4. בהוסיפו את סעיף 12 לחוק המתווכים, התכוון המחוקק בדיוק למקרים כגון זה, כשנראה, לכאורה, לצדדים ולמתווך שביניהם, שהכל מנוי וגמור, ולא צפויה שום בעייתיות בעיסקה, בעוד, שעין מלומדת ומיומנת, לאחר עיון ובדיקה של מכלול המסמכים והנתונים הרלבנטיים, יכולה לאתר סיבוכים, שיש בהם להקשות על ביצוע העסקה, אם לא להכשילה. ולכן נאסר על מתווך לכתוב מסמך משפטי ולסייע בכתיבתו באיסור רחב ובלתי מסוייג.

5. במקרה שבפניי, למרות שהפרטים המוסכמים היו ידועים לצדדים, והנאשמת "רק" רשמה אותם, כתיבתה היא בגדר סיוע לעריכת מסמך בהתאם לתכליתו של החוק, כפי שביט המשפט רואה אותה. בהקשר זה אני נסמכת על פסק דינו של כב' השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 77/99 **צימרמן נ' שרת הבריא והאחרים**, פד"י מג(4), עמ' 72, בו עמד על תפקידו של שופט המפרש מונחים משפטיים שבחוק. לגישת השופט ברק, על השופט היושב לדין לשלוף מקשת המשמעויות הלשוניות האפשריות את המשמעות המשפטית. דהיינו, עליו לקבוע את אותה משמעות אחת ויחידה, שיש ליתן ללשון החוק, לעניין הסוגיה העומדת להכרעה, תוך שהוא נעזר בכללי פרשנות, המביאים לשילוב והרמוניה בין הוראות חוק שונות, ובאופן שיש בו להגשים את התכלית החקיקתית.

6. מכאן, שגם אם אני, לצורך הויכוח, שכדברי הנאשמת, המתלונן דחק בה לכתוב את הזכ"ד, היא הייתה מנועה מעשות כן, והיה עליה לדחות בקשת המתלונן, לעמוד בסירובה, ולהשאיר לשיקול דעת הצדדים אם לכתוב בעצמם זכ"ד או לפנות לעורך דין כפי שהיא הציעה. אסור היה לנאשמת לקחת על עצמה את מלאכת כתיבת המסמך, ולסייע בעריכתו.

סוף דבר – מקביעתי, שהנאשמת כתבה את הזכ"ד והחתימה עליו את המתלונן והקונה על מנת לוודא עובדת התקשרותם בהסכם בעל תוקף משפטי, ובמטרה לקדם את האינטרס הכלכלי שלה, נגזרת מסקנה אחת ויחידה – הנאשמת עברה על האיסור שבסעיף 12 לחוק המתווכים, ואני מרשיעה אותה כאמור בכתב האישום.

בשולי הדברים מוצאת אני להוסיף, שהכרעת דין זו דנה אך ורק באחריותה המקצועית של הנאשמת כמתווכת ובקביעה שזו הביאה לכדי עבירה פלילית. אין לקביעות שכאן ולא כלום עם נזקיו של המתלונן, ואף לא קביעה שאכן היו לו כאלה.

ניתנה היום ל' בתשרי, תשס"ז (22 באוקטובר 2006) במעמד הצדדים.

דורית רייך שפירא, שופטת

התובע:

אבקש לדחות את הטענות לעונש למועד אחר.

הסנגור:

אין התנגדות.

החלטה

אני קובעת את הטענות לעונש ליום 31.10.2006 בשעה 09:30.

הודע לנאשמת כי לא תשלח לה הזמנה נוספת, ועליה להתייצב לדיון שנקבע, שאם לא כן יהא בית המשפט רשאי לדון אותה בהעדרה.

ניתנה היום ל' בתשרי, תשס"ז (22 באוקטובר 2006) במעמד הצדדים.

דורית רייך – שפירא 1081/06-54678313

דורית רייך שפירא, שופטת

תא 1966/05 קשתות הנשיא יעוץ ושווק נדל"ן בע"מ נ' דוד שמעון ואח'

פסק דין

1. התובעת מבקשת לחייב את הנתבע בתשלום סך של 32,147 ש"ח בגין דמי תיווך עבור מכירת דירת מגוריו ברח' חנה 5, חיפה (להלן: "הדירה").
 2. התביעה התנהלה בהליך של סדר דין מהיר ובמסגרתה הוגשו תצהירי עדות ראשית של מר עדה כרמל מטעם התובעת, הנתבע וצד ג'. כל המצהירים נחקרו בפניי.
 3. ביום 12.2.01 נערך ונחתם בין התובעת לנתבע הסכם, לפיו התחייב הנתבע לשלם לתובעת דמי תיווך בשיעור של 1.5% מהתמורה אשר יקבל עבור מכירת הדירה (להלן: "הסכם התיווך"). ביום 15.5.03 נערך ונחתם בין הנתבע לצד ג' זכרון דברים, למכירת הדירה (להלן: "זכרון הדברים").
 4. הנתבע לא שילם לתובעת דמי תיווך, ומכאן התביעה.
 5. לטענת התובעת, עובר לחתימת זכרון הדברים, היא הציגה את הדירה בפני מספר קונים פוטנציאליים וצד ג' בכללם. עובר לחתימת זכרון הדברים, התנהל מו"מ ממושך בין הנתבע לצד ג' וכי זכרון הדברים מהווה הסכם מחייב המזכה את התובעת בקבלת דמי תיווך מהנתבע, ואין נפקא מינא באם עסקת מכירת הדירה לצד ג' הושלמה, אם לא.
 6. לטענת הנתבע, התובעת הפרה הוראות סעיף 12 לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996, (להלן: "החוק") האוסר על מתווך לערוך או לסייע בעריכת מסמכים בעלי אופי משפטי בקשר עם עסקת המקרקעין. כמו כן, עסקת מכירת הדירה לצד ג' לא יצאה אל הפועל ובהתאם לכך לנתבע לא היתה כל תועלת מחתימת זכרון הדברים. כן טען הנתבע כי זכרון הדברים נחתם לאחר שהוסבר לו כי רק חוזה מכר חתום באמצעות עו"ד, מחייב את הצדדים, וכי אותו מסמך אינו מהווה התקשרות מחייבת. בהודעתו לצד ג' טען הנתבע כי אותו צד הכשיל את ביצוע ההסכם למכירת הדירה, וזאת על אף כי הוא נענה לכל דרישותיו.
 7. לטענת צד ג', המתווך מטעם התובעת הפעיל לחצים ושתדלנות לצורך חתימת זכרון הדברים, ואשר הנוסח שלו נמסר על ידו לצדדים. כמו כן, המתווך היה מעורב בניסוח זכרון הדברים ואף נטל חלק בעריכתו. באשר לכישלון העסקה, טענה צד ג' כי הדבר נבע בשל התנערות הנתבע מאחריותו לבעיית הרטיבות בדירה והעלאת דרישה חדשה לתשלום סך של 20,000 \$ נוספים עבור זכויות הבנייה על גג הדירה.
 8. בהתאם לסעיף 12 לחוק, נקבע כדלקמן:
- "מתווך במקרקעין לא יערוך ולא יסייע לערוך מסמכים בעלי אופי משפטי הנוגעים לעסקה במקרקעין ולא ייצג לקוח במשא ומתן משפטי לקראת עריכת מסמך כזה; מתווך המפר הוראת סעיף זה לא יהיה זכאי לדמי תיווך".**
- מהמצוטט לעיל עולה, כי על המתווך להימנע הן מעריכת מסמכים בעלי אופי משפטי והן ממתן סיוע בעריכתם. כמו כן, עסקינן בהוראה קוגניטיבית שהצדדים אינם רשאים, אף לא בהסכמה, להתנות עליה. לא זאת אלא זאת, בסעיף 15 לחוק, נקבע, כי הפרת סעיף 12 הנ"ל מהווה עבירה פלילית ועונש בצידה.
7. אין חולק כי טופס זכרון הדברים נמסר על-ידי נציג התובעת לנתבע ולצד ג' בטרם מולאו בו הפרטים החסרים בכתב יד. בחקירתו העיד המצהיר מטעם התובעת כי הוא קיבל את טופס זכרון הדברים "מעורך הדין של החברה התובעת" (שם, עמ' 9 שורה 7 לפרוטוקול הדיון) והוא אף הודה כי התובעת מחזיקה במספר גרסאות של זכרון דברים, וזאת באומרו:
- "ש. האם יש לך מסמכים נוספים של טופסי זכרון דברים אצלך במשרד, או שמא רק טופס זכרון הדברים עליו חתמו הצדדים במקרה זה, הוא הטופס היחידי שיש."**
- ת. זה הטופס העיקרי שאנחנו משתמשים בו.**
- ש. איזה טפסים נוספים יש לכם?**
- ת. "לאורך התקופה, בא עורך דין אחר עם טופס אחר. זה היה הטופס הכי פשוט והכי ברור ולכן אנחנו משתמשים בו. יש עוד טפסים, אך אני משתמש רק בטופס הזה. זה אותו טופס 10 שנים והוא מצולם" (שם, עמ' 13 שורה 13 לפרוטוקול הדיון) (ההדגשה אינה במקור - ר.ח.).**

מעיון בזכרון הדברים עולה, כי חלק נכבד ממנו, ובמיוחד סעיפים 6-9 שבו, הם תנאים מודפסים ומוכנים מראש המסדירים עניינים מהותיים ביותר בהתקשרות שבין הצדדים. כך לדוגמא, בסעיף 6 מאשר הקונה כי בדק את הדירה ותכולתה, סעיף 7 מסדיר את תשלום המיסים החלים בגין העסקה וסעיף 9 מטיל קנס על הצד המפר את תנאי ההתקשרות (אף כי סכום הקנס נרשם בכתב יד).

כאשר המחוקק אסר מפורשות על מתווך לערוך מסמכים בעלי אופי משפטי או לסייע בעריכתם, הרי מסירת טופס זכרון הדברים במקרה דנן על ידי נציג התובעת לנתבע ולצד ג', מהווה מתן סיוע בעריכת אותו מסמך. חמור מכך, נציג התובעת בחר עבור הנתבע וצד ג' את הנוסח הראוי ביותר בעיניו, ובעיניו הוא בלבד, של זכרון דברים וזאת מתוך שלל נוסחים שונים שהיו ברשותו ובכך הוא החליף את שיקול דעתם של הצדדים להתקשרות, אישית או באמצעות יועץ משפטי מטעמם, בשיקול דעתו הוא ומבלי לגלות להם כי ברשותו נוסחים נוספים של זכרון דברים.

8. בסעיף 2 להסכם התיווך התחייב הנתבע כי: **"דמי התיווך ישולמו במלואם מיד לאחר שיושג הסכם מחייב כלשהו...."** בסעיף 8 א' לזכרון הדברים נקבע, כי **"זכרון דברים זה כפוף לחתימת הסכם מפורט שיחתם בין הצדדים, לא יאוחר מיום 29.5.03"**, אולם, מיד לאחר מכן בסעיף 8 ב' נקבע, כי **"במידה ולא יחתם הסכם מפורט כאמור, מסיבה כלשהי, יראה זכרון דברים זה כחוזה תקף לכל דבר ועניין"**.

לאור הניסוחים כמצוטט לעיל, קשה להשתחרר מ"טביעות האצבע" של התובעת אשר בחרה בנוסח זכרון הדברים התואם את האינטרס שלה, ולפיו, על הנתבע מוטלת חובת תשלום דמי תיווך ללא כל קשר לחתימת הסכם סופי ומפורט בינו לבין צד ג'.

9. לאור האמור לעיל, אין נפקא מינא לעניין המחלוקת שבין הצדדים באשר לחלקו של נציג התובעת בניסוחים בכתב יד בזכרון הדברים.

יובהר כי לא שוכנעתי בטענת התובעת כאילו הנציג מטעמה לא נטל חלק בפגישה אשר במהלכה נחתם זכרון הדברים, שכן הפגישה התקיימה במשרדו ובנוכחותו, ולדבריו היא נמשכה 3 שעות (שם, עמ' 14 שורה 16 לפרוטוקול הדיון, אף כי לטענת הנתבע וצד ג' מפגש פחות זמן).

יתירה מכך, נציג התובעת העיד בחקירתו כי גב' רינה כהן מטעם התובעת נכחה במעמד חתימת זכרון הדברים (שם, עמ' 15 שורה 9 לפרוטוקול הדיון). אולם, ועל אף זאת, התובעת לא הזמינה אותה למתן עדות במשפט. מחדל זה של התובעת אומר דרשני ובהתאם להלכה הפסוקה, קמה החזקה, לפיה, לו נשמעה העדות במשפט, היא היתה תומכת בגרסת הנתבע וצד ג', לפיה, נציג הנתבע נטל חלק בניסוח זכרון הדברים (לעניין זה ר' ע"א 55/89 קופל בע"מ נ' טלקאור בע"מ, פ"ד מד (4), 596, 602 וכן ע"א 78 אלמונית ואח' נ' פלוני פ"ד לה (1), 736, 760).

10. לאור האמור לעיל, מתייתר הצורך לדון ולהכריע ביתר טענות הצדדים, אף כי בקצרה אציין שניים אלה:

א. טענת הנתבע לעניין רשיון התיווך של התובעת לא הועלתה בכתב הגנתו ובהתאם לכך היא מהווה הרחבת חזית.

ב. ספק באם ניתן לראות בזכרון הדברים הסכם מחייב (על אף האמור בסעיף 8 שבו, כמצוטט לעיל), שכן, בס"ק 3 ה' שבו נקבע, כי יתרת תמורת הדירה בסך של 132,500 דולר **"תשולם עם קבלת החזקה"** ובסעיף 4 לזכרון הדברים נקבע, כי הקונה, צד ג', יקבל לידיו את החזקה בדירה לא יאוחר מיום **"סיום קבלת תשלום אחרון"**. בנסיבות העניין, נמצא כי הצדדים לא קבעו מועד לתשלום חלק נכבד מהתמורה כפי שלא קבעו מועד מסירת הדירה לידי הקונה, שני פרטים המהותיים ביותר בעסקה.

11. לסיכום, נחה דעתי כי התובעת הפרה הוראות סעיף 12 לחוק המתווכים, תשנ"ו-1996, ובהתאם לכך התביעה נדחית.

התובעת תשלם לנתבע הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך של 8,000 ש"ח בתוספת מע"מ עליו והנתבע ישלם לצד ג' הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך של 4,000 ש"ח בתוספת מע"מ עליו.

כל הסכומים כאמור לעיל ישולמו תוך 30 יום.

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

תא 6577/98 טרנס גלובל סוכנות לנכסים בע"מ נ' נתנאל אל.אל. סי בע"מ ואח'

פסק הדין

פסק-דין

השופטת מ' אגמון-גונן

תביעה זו עניינה בדמי תיווך שהתחייבו הנתבעים לשלם לתובעת, חברת טרנס גלובל סוכנות לנכסים בע"מ (להלן – התובעת) על-פי טופס הזמנת שירותי תיווך (נספח א' לתצהירו של יצחק גרוסמן, להלן – טופס ההזמנה). טופס ההזמנה כולל מספר פריטים שעל התובעת היה למלא, ביניהם סוג העיסקה, מחיר העיסקה והנכסים שהוצעו ללקוח. על טופס ההזמנה לא צוינו כלל נכסים במקום המיועד לכך והנושא את הכותרת "נכסים שהוצעו ללקוח" וזאת בניגוד לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996 (להלן – חוק המתווכים או החוק) ולתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997 (להלן – התקנות).

1. העובדות

העובדות כפי שעולות מתצהירי התובעת הינן כדלקמן:

נציג הנתבעת 1, מר גושן, הוא הנתבע 2, פנה לתובעת בבקשה כי זו תחפש עבורו חנות במרכז ירושלים. באותה פגישה הוחתם מר גושן על טופס ההזמנה. לאחר שחיפשו אלה לא העלו דבר, פנתה גב' לשר, אשר הציגה עצמה כשותפה של מר גושן, לתובעת בבקשה כי זו תחפש עבור בנה חנות. מר גרוסמן הראה לבנה של גב' לשר חנות ברחוב המלך גורג' 2 או 4 וזה התעניין דווקא בחנות ברחוב המלך גורג' 6, אשר על חלונה היה תלוי שלט של חברת תיווך אחרת, "אבי קורן".

חנות זו הייתה בעבר בטיפול התובעת ולכן סברו נציגי התובעת כי המפתח שברשותם יתאים למנעולה. משהסתבר שלא כך הם פני הדברים פנה מנהל התובעת ל"אבי קורן" וזו שלחה סוכן מטעמה לנכס. אורגנה פגישה בין בעלי הנכס, מנהל הנתבעת, גב' לשר ומנהל התובעת. בפגישה זו סוכמו הדברים ומספר חודשים מאוחר יותר נחתם חוזה בין בעלי הנכס נושא התביעה לבין הנתבעת. דמי התיווך נדרשו מהנתבעת ונציגי הנתבעת ניסו להתמקח על גובהם. בסופו של דבר, אלה מעולם לא שולמו.

2. טענות הצדדים

(א) טענות התובעת

התובעת טענה כי למרות שחסרים מספר פרטים בטופס ההזמנה, כגון שמו של המתווך, הנכסים שהוצעו ללקוח, סוג העיסקה ומחיר העיסקה וסכום דמי התיווך, הנגזר ממחיר העיסקה במקרה של שכירות, הרי שאלו הם פרטים שאין עליהם מחלוקת בין הצדדים וניתן ללמוד אותם מתוך הנסיבות. טוענת התובעת כי ניתן להשלים פרטים בטופס ההזמנה ויש להקיש לעניין זה מסעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן – חוק החוזים). בנוסף, טוענת התובעת כי בשלב ההזמנה של שירות התיווך לא ניתן למלא חלק מהפרטים שכן בשלב זה טרם ידוע מחיר העיסקה או מהם הנכסים שהמתווך יראה ללקוח. פירוט הנכסים אינו מהווה לטענת התובעת חלק מדרישות התקנות בכל הקשור לטופס ההזמנה.

באשר לתכלית חוק המתווכים וכוונת המחוקק למדה התובעת מדברי הכנסת בהצעת חוק מתווכים במקרקעין, תשנ"ב-1992 (להלן – הצעת החוק), כי לא למקרה כזה התכוון המחוקק כשחוקק את חוק המתווכים ולא על נתבעת זו רצה להגן, אלא על לקוחות פרטיים ולא עסקיים. התובעת מציעה פרשנות של חוק המתווכים לפיה הדרישה לציון פרטים על גבי הטופס הינה לפרטים הניתנים לציון.

עוד טוענת התובעת כי הנתבעים טוענים טענותיהם בחוסר תום-לב כדי להתחמק מחובה כלפי התובעת, וזאת מכיוון שהם הודו בחובם לפי תצהירי התובעת. עקרון תום-הלב מונע מצד לעשות שימוש לרעה בזכות חוזית או בטענה חוקית, וכן ניתן להקיש לעניין זה מהפסיקה שקבעה שעקרון תום-הלב גובר על דרישת הכתב. עוד טענה התובעת כי יש לפרש את חוק המתווכים לאור חוקי היסוד ולפי החזקה שתוכנו תואם את חוקי היסוד. לבסוף טוענת התובעת כי פסק-הדין בעניין ת"א (פ"ת) 4505/98 קוזיניק נ' ריזה^[3], שצורף לסיכומים, קובע כי משהכיר הלקוח בחובתו לשלם דמי תיווך אין חשיבות לשאלת קיומו של ההסכם.

(ב) טענות הנתבעים

הנתבעים טוענים, כי על-פי חוק המתווכים והתקנות פטורים הם מתשלום דמי תיווך. לטענתם, בטופס ההזמנה חסרים פרטים רבים. הפרט היחיד שמופיע הוא השיעור מתוך המחיר שילקח כדמי תיווך. לטענת הנתבעים חוק המתווכים הוא חוק קוגנטי, שכן מדובר בחוק צרכני, וזה נלמד מלשון החוק, מהפסיקה ומהספרות. אין מקום לטענת התובעת כי החוק אינו חל על העיסקה שנעשתה במקרה זה, מכיוון שהחוק אינו מגביל את תחולתו לעולים חדשים, אשר רצונם בקנייה או מכירה של דירות בלבד. לעניין השלמת פרטים טוענים הנתבעים כי החוק הינו צרכני באופיו והוא נועד להגן על צד חלש לעיסקה וזאת להבדיל מחוקים אחרים המאפשרים השלמת פרטים, בכלל זה ההשלמה שנעשת לצורך סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

אשר לטענת התובעת בדבר הכרה בחוב, טוענים הנתבעים כי מעולם לא הודו בחוב, וסכום שהציעו לתובעת הוצע על-ידיהם במסגרת משא ומתן לפשרה בין הצדדים. הנתבעים טוענים, כי עצם העלאת טענה זו מהווה הפרה מצד התובעת של החיסיון החל על משא ומתן לפשרה. גם תשלום כסף אינו מהווה הודאה בחוב, שכן ניתן לתבוע השבתו.

הנתבעים טוענים כי התובעת לא הייתה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם, כמשמעותו בסעיף 14 לחוק, וזאת מכיוון שהנכס נושא תיק זה היה בטיפול הבלעדי של סוכנות תיווך אחרת והלקוחות ראו אותו בעצמם, וזאת לפי תצהירי התובעת עצמה. לטענתם, אין ביישומו של החוק משום פגיעה בזכויות יסוד מוגנות אלא דווקא מטרתו של החוק היא הגנה על זכויות כאלה.

3. דרישות חוק המתווכים

סעיף 14 לחוק המתווכים קובע שלושה תנאים לזכאותו של מתווך לדמי תיווך:

- (א) היותו של המתווך בעל רישיון לעסוק בתיווך במקרקעין;
- (ב) מילוי אחר דרישות סעיף 9 לחוק;
- (ג) המתווך היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב.

הנתבעות כופרות בהתקיימותם של שני התנאים האחרונים לסעיף זה. מכיוון שאיש מן הצדדים לא העלה את השאלה האם יש לתובעת רישיון כנדרש בחוק, אניח זאת כנתון.

דרישות סעיף 9 לחוק

סעיף 9(א) לחוק המתווכים קובע כדלקמן:

"מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת".

הפרטים שאותם יש לכלול באותה הזמנה הינם, כמפורט בתקנה 1 לתקנות:

- (1) שמות, כתובות ומספרי זיהוי של המתווך ושל הלקוח;
- (2) סוג העיסקה שפעולת המתווך מבוקשת לגביה, כגון: 'שכירות', 'מכירה';
- (3) תיאור הנכס נושא פעולת התיווך;
- (4) מחיר העסקה המבוקשת, בקירוב;
- (5) הסכום המוסכם של דמי התיווך או שיעור דמי התיווך המוסכם מתוך המחיר שבו תתבצע העסקה, והאם המחיר - לפי אחד מאלה - כולל מס ערך מוסף, כמשמעותו בחוק מס ערך מוסף, התשל"ה-1975

להלן אבחן האם מולאו הפרטים כנדרש.

(1) שמות הצדדים

בטופס מופיע שמו של הלקוח בלבד ותעודת הזהות שלו ואין מופיעים שם כל פרטים מזהים של המתווך, או של סוכנות התיווך.

(2) סוג העיסקה

סוג העיסקה שצוין בטופס הוא "מציאת חנות". ברור כי, בניגוד לטענת התובעת, אין הכתוב עומד בדרישות התקנות, אשר קובעות במפורש כי יש לציין את סוג העיסקה כדוגמת מכירה או שכירות. גם אם הלקוח אינו בטוח באיזה מהם הוא מעוניין, הרי שאין כל

מניעה לציין את שניהם, וזאת כדי לעמוד בדרישת התקנות. אך במקרה זה, ברור היה לשני הצדדים, כי הלקוח מעוניין בשכירת חנות.

(3) תיאור הנכס נושא פעולת התיווך

אין להסתפק בציון הסתמי "חנות" לשם מילוי דרישה זו. הפרשנות שיש לתת למונח זה נובעת מתכלית החקיקה כפי שהיא עולה, בין השאר, מדברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 388 ולפיה:

"בארצות רבות בעולם המערבי העיסוק בתיווך במכירת מקרקעין מוסדר במסגרת החוק. השירותים שאותם נותן המתווך, הם בעלי ערך גורלי לרוכשי הדירות שכן במרבית המקרים ההשקעה מהווה את עיקר חסכוניותו ורכושו. במקרה כזה מוצדק לדרוש ממציע השירותים רמה מקצועית ורמת אמינות גבוהה".

מהחוק עצמו עולה, כי אחת המטרות המרכזיות שלו היא הגנה על לקוחות, כך שיהיה ברור להם אילו נכסים יוצגו בפניהם, וזאת כדי למנוע דיונים מיותרים בשאלה מי היה הגורם היעיל בכריתת ההסכם.

מטרה זו של החוק הובהרה גם בבר"ע (ב"ש) 952/98 שיריזיאן נ' סלאב [2] שם קובע השופט נ' הנדל:

"אם המתווך יקפיד על הדרישה ויחתים את המזמין על הזמנה בכתב, בהירות זו תיטיב עם שני הצדדים. שניהם יבינו שנכנסו לקשר עיסקי המחייב את המתווך לספק את השירות ואת המזמין לשלם עבורו".

מרחיב על כך את הדיבור השופט שנלר בפסק-הדין בת"א (פ"ת) 4505/98 הנ"ל [3], באומרו:

"החוק במהותו בא להסדיר את אותן פרצות שביחסי מתווכים ולקוחותיהם, להן אנו עדים חדשות לבקרים, בתיקים שונים בביהמ"ש.

כך, השאלה אם אכן הזמנה פעולת התיווך, מה היו התחייבויות הלקוח, האם המתווך הסכים שלא יגבו דמי תיווך אלא רק מאחד הצדדים, שיעור דמי התיווך שהוסכמו ועוד כהנה וכהנה מחלוקות, שגרמו לסכסוכים הנדונים עדיין בביהמ"ש בתחום פרוץ זה".

על-כן, יש מקום לציין את הנכס בבירור לרבות כתובת, מיקום ופרטים אחרים כיוצא בזה שיזהו את הנכס בצורה מדויקת.

נראה לי שצורך זה בבחירות בא לידי ביטוי במיוחד בנסיבות המקרה שלפניי. יש להניח שאם היה מי מנציגי התובעת רושם את הנכס נושא תביעה זו, היינו חנות ברחוב המלך גורג' 6, במקום המיועד לכך בטופס ההזמנה, מקום אשר הושאר ריק במקרה שלפניי, לא הייתה נטענת כיום כל טענה כי נכס זה לא היה נושא פעולת התיווך. ייתכן גם, כי לא היו מתעוררות בעיות בין הלקוח לבין מר גרוסמן, סוכנה של התובעת, שהתמהמה, כדבריו, בשירות שנתן לנתבעים בכל הקשור לנכס זה.

טענת התובעת כי לא ניתן למלא אחר הוראות החוק והתקנות בנקודה זו, וזאת מכיוון שאי אפשר למלא פרט זה בטופס כבר עם הזמנת השירות, אינה מקובלת עליי. ראשית, יש להניח שלמשרד תיווך מוכבד ישנה רשימה של נכסים המתאימים לדרישות הלקוח, נכסים שאותם מתכוון המתווך להראות ללקוח המזמין. הצגת אותם נכסים ללקוח בשלב המקדמי גם תאפשר ללקוח לומר, כי חלקם ראה וחלקם אינו מעוניין. שנית, כפי שציין ובצדק בא – כוח הנתבעים, ניתן למלא רובריקה זו גם מפעם לפעם, בכל פעם שהמתווך מציע ללקוח נכס חדש שהוא מעוניין להראות לו ועובר להצגת הנכס.

(4) מחיר העיסקה

בטופס ההזמנה לא צוין כל מחיר. ברור כי לא יכולים המתווך והמזמין לנקוב במחיר המדויק של העיסקה מראש, מכיוון שזה עשוי להשתנות עקב משא ומתן בין הצדדים. עם זאת, אין התקנה מתעלמת מכך, והיא קובעת במפורש כי יש לציין את המחיר "בקירוב". מכאן שגם דרישה זו לא מולאה על-ידי התובעת.

(5) סכום דמי התיווך

אין מחלוקת כי פרט זה מולא כנדרש על-ידי התובעת, ואף הוקדשו לו שלוש פסקאות מתוך הטופס.

4. תחולת חוק המתווכים

כזכור, טענה התובעת כי חוק המתווכים לא נועד לחול במקרים כגון זה, שכן מדובר בלקוח עסקי, שמעוניין בנכס מסוג חנות ולא מסוג דירה. אין לקבל טענה זו. המחוקק לא הגביל את תחולת החוק. מקובלות עליי טענותיו של בא – כוח הנתבעים כי סעיף 1 לחוק נוקט בהגדרות רחבות של המונחים "לקוח" ו"מקרקעין".

אמנם חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, מגדיר את המונח "צרכן", בסעיף 1 לחוק, כך: "מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי". מכאן, שהנתבעים לא נכנסים לגדרו של המונח "צרכן" בחוק זה. עם זאת, לא זו ההגדרה שאומצה בחוק המתווכים, אשר במפורש ביקש להגן גם על לקוחות שאינם צרכנים במשמעות חוק הגנת הצרכן. יש לציין עוד כי גם חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, משתמש בהגדרה רחבה יותר של המושג "צרכן".

בהצעת החוק אמנם התייחסו המציעים, כפי שציין בא-כוח התובעת, לאוכלוסיית העולים מרוסיה, בעמ' 388:

"עם בוא גלי העליה מבריה"מ נוצרה בעיה אמיתית. חלק גדול מהעולים אינם מכירים את המציאות הישראלית ואין להם כלים לשפוט ולהעריך את הנכס המוצע להם למכירה או להשכרה. כמו כן, אין הם בקיאים בתנאים הנוגעים לרכישת דירות בישראל. חוסר ידע זה מנוצל לרעה, למרבית הצער, במספר מקרים לא מועט. אף על פי שחופש העיסוק הוא ערך חשוב, ובדרך כלל אין להגביל את האפשרות של אדם לעסוק בעבודה הרי שבנסיבות שנוצרו עקב גל העליה אין מנוס מחקיקה שתסדיר את הנושא".

אולם, כפי שהבהירו מציעי ההצעה: "הצורך בקבלת חוק שיסדיר את העיסוק במקצוע התיווך במקרקעין ושיעניק את ההגנות המתאימות לרוכשים בכוח, קיים גם ברמה העקרונית וגם כצו השעה" (שם, שם).

5. האם החוק הוא קוגנטי

התובעת ניסתה לטעון כי מדובר בחוק דיספוזיטיבי, ועל-כן ניתן להתנות על הוראותיו. בע"א 11/84 רבינוביץ' נ' שלב - הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ [1], בעמ' 547, נאמר:

"בטלותם של חוזים המתנים על הוראות קוגנטיות נובעת מהיותם נוגדים את תקנת הציבור, ולכן הם בטלים על-פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) (ע"א 156/82, בעמ' 95). בע"א 156/82 נעשה ניסיון לגבש מבחן מסוים לגבי השאלה, מתי הוראת חוק היא כופה ולא ניתן להתנות עליה. לדבריה של השופטת נתניהו, הוראת חוק היא קוגנטית, כשמטרתה היא 'לשמור על זכויותיהם של אלה שהחוק רואה בהם טעוני הגנה, ולא רק מפני אחרים אלא גם מפני עצמם. כרוך אז בכך לא רק אינטרס אישי של אותם אלה, אלא גם אינטרס ציבורי, שיסודו בטובת הכלל אשר אינו כפוף לרצונם שלהם, והם אינם רשאים לסכל מטרתה של אותה הוראת חוק ולהתנער ממנה' (שם, בעמ' 94).

נהוג לראות בחוקים המגנים על עובדים הוראות קוגנטיות, שלא ניתן להתנות עליהן; הוראת החוק, הבאה להגן על העובד, 'חוק בל יעבור הוא... שאם לא כן, מה הועילו חכמים בתקנתם?' (ע"א 309/63, בעמ' 295).

ס' דויטש במאמרו "השפעת חוקי היסוד על דיני הגנת הצרכן" [15], בעמ' 311, ציין לעניין זה:

"בהיות התערבות של בתי המשפט לטובת הצרכן פגיעה בחופש החוזים, שהוא עקרון-על במשפט הישראלי, ראוי שההתערבות תהיה בדרך של חקיקה ותניח פחות מקום לחידושי הפסיקה, ואכן הגנת הצרכן בישראל מבוססת על חקיקה ורק מיעוטה הוא פרי פיתוח הפסיקה. החקיקה הצרכנית היא חקיקה קוגנטית, שכן בשל העדר חופש חוזים אמיתי, צריך המחוקק להביא לידי איזון בדרך של הוראות חוק מחייבות".

אם נקבל את טענת התובעת כי החוק הוא דיספוזיטיבי, הרי שבכך נסכל את כל מטרתו ונייתר את הוראות סעיפים 9 ו-14 לחוק ותקנה 1 לתקנות לחלוטין. אם נקבע כי היעדר רוב הפרטים הנדרשים מטופס ההזמנה נובע מכך שהצדדים התנו על הוראות אלה, הרי שלעולם לא יהיה מצב שבו יחולו הוראות החוק. פירוש כזה של החוק מביא לאבסורד.

6. השלמת פרטים

משקבעתי כי חוק זה הוא חוק קוגנטי, לא ניתן לאפשר גם השלמת פרטים החסרים מטופס ההזמנה, בדרך הקבועה לכך בסעיף 26 לחוק החוזים. אם נאפשר השלמת פרטים כזו, הרי שבכך נהפוך את החוק, למעשה, לדיספוזיטיבי. השלמת הפרטים הקבועה בחוק החוזים תואמת את המטרייה החוזית שביסודה עקרון חופש החוזים וחופש הצורה של החוזה.

עיקרון זה אינו חל בחקיקה הצרכנית הקוגנטית, כפי שעולה גם ממאמרו הנ"ל [15] של דויטש שצוטט לעיל.

באשר להיקש מדרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, איני מסכימה כי ניתן לעשותו. מטרת דרישת הכתב במקרקעין שונה מהמטרה של הוראות חוק המתווכים בנקודה זו. באשר למטרת סעיף 8 לחוק המקרקעין, אומרת ג' שלו בספרה **דיני חוזים** [11], בעמ' 281:

"דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין פורשה כדרישה מהותית: אם לא נעשה מסמך, לא עשו הצדדים ולא כלום. הטעמים העיקריים לפירוש סעיף 8 לחוק המקרקעין כמהותי, ולא כראייתי, הם חשיבות העסקה והרתעת המתקשרים מפני התחייבות חפוזה".

הפסיקה הסתפקה בפרטים מועטים בלבד במסמך הנדרש לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין וזאת כאשר שוכנעה שרציונלים אלה של דרישת הכתב מולאו. אומרת על כך שלו בספרה הנ"ל [11], בעמ' 281:

"פירוש סעיף 8 כפשוטו מעלה, כי דרישת הכתב מכוונת רק כלפי ההתחייבות גופה. מכאן, שכאשר הכתב מעיד על עצם ההתחייבות לעשות עסקה במקרקעין, יש ליתן לו תוקף".

הבסיס הרעיוני לדרישת הכתב המפורטת בחוק המתווכים הוא שונה. המטרה היא להבהיר את **פרטי העסקה** ולא את עצם עשייתה כפי מטרתו של סעיף 8 לחוק המקרקעין. כלומר, בשונה מחוק המקרקעין שמטרתו להעמיד את הצדדים על רצינות עצם עשיית העסקה, בחוק המתווכים חשובים דווקא **פרטי העסקה**, ועל-כן אין מקום להשלימם בהיקש מהפסיקה לעניין סעיף 8 לחוק המקרקעין.

7. הודאה בחוב

התובעת טענה כי הנתבעים היו מוכנים לשלם את דמי התיווך בחלקם ובכך הודו בחובם. אין בתשלום דמי התיווך כדי לרפא פגם שנפל בטופס ההזמנה. **בבר"ע (ב"ש) 952/98 הנ"ל** [2], שצוטט לעיל דובר בזוג ששילם בפועל את דמי התיווך ולאחר מכן ביקש באמצעות תביעה משפטית את השבתם מאת המתווך. תביעה זו התקבלה ואושרה בפסק-דין זה ומובן כי לא נדחתה על הסף רק בשל כך בלבד שדמי התיווך שולמו. במקרה זה לא היה המתווך זכאי לדמי התיווך לפי סעיף 9(א) לחוק המתווכים ולפיכך חויב להשיבם לתובעים. מכאן, שגם אם היו מוכנים הנתבעים לשלם את דמי התיווך, כטענת התובעת, אין בכך די כדי לקבל את תביעה.

מעבר לכך, הנתבעים טענו כי נכונותם זו לתשלום סכום כלשהו הובעה במסגרת מגעים בין הצדדים לצורכי פשרה. לא ניתן לקבוע מימצא עובדתי בשאלה זו שכן, הצדדים לא נחקרו על תצהיריהם. יתרה מכך, קבעתי בהחלטתי מיום 14.12.1999, כי פסק-דין זה יינתן בהנחה כי האמור בתצהירי התובעת אמת הוא. גם בהנחה זו יש לדחות את טענת התובעת ולפיכך לא מצאתי לנכון לדון בטענה זו של הנתבעים כי הופר החיסיון החל על מסמכים המוחלפים במשא ומתן לפשרה.

8. חוקי היסוד וחוק המתווכים

התובעת לא טענה כי חוק המתווכים אינו חוקתי. היא טענה כי יישומו במקרה זה ופרשנותו הדווקנית, יביאו לפגיעה אסורה בקניינה ובזכותה לחופש עיסוק. דינה של טענה זו להידחות. טענה זו ניתן יהיה לטעון, אולי, כנגד הצורך ברישוי, אולם, כפי שאפרט, נראה לי שאין לה בסיס בכל מה שנוגע למילוי הפרטים.

חוק-יסוד: חופש העיסוק, מורה אותנו כי "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד" (סעיף 3 לחוק). סעיף 4 לחוק עוסק בפגיעה בחופש העיסוק וקובע: "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש...".

השאלה היא אם חוק המתווכים, בקביעת החובה למלא פרטים בטופס ההזמנה, פוגע בחופש העיסוק שלא כאמור בסעיף 4 לחוק היסוד.

ובכן, ראשית, המתווך זכאי לעסוק במקצוע, ואין בכך כדי להביע דעתי לעניין רישוי המתווכים. השאלה כאן היא האם חובת מילוי פרטים, המהווה למעשה הגבלה באופן ביצוע העיסוק, עומדת בתנאי פסקה 4, היא היא פסקת ההגבלה.

א' ברק מבחין בספרו **פרשנות במשפט**, כרך ג, **פרשנות חוקתית** [12], בעמ' 617 לעניין פסקת ההגבלה בין הגבלה על כניסה לעיסוק לבין הגבלה על ביצוע העיסוק. כאשר ההגבלה היא על עצם הכניסה לעיסוק – המבחנים המוצבים על-ידי בתי-המשפט בעולם (בעיקר ארצות-הברית וגרמניה) הם גבוהים יותר. ברק מציע לאמץ הבחנה זו גם לצורך פסקת ההגבלה על-פי חוק-יסוד: חופש העיסוק.

במקרה זה מדובר בהגבלה קלה מאוד לטעמי על אופן ביצוע העיסוק (ושוב יש להבהיר כי רק פן זה נדון בפניי) – מילוי טופס ההזמנה. המבחן הראשון שמציבה פסקת ההגבלה היא האם החוק נחקק לתכלית ראויה. נראה לי כי לאור ריבוי ההתדיינות בשאלת התיווך ולאור האמור בהצעת החוק, חוק זה נחקק לתכלית ראויה.

המבחן השני הוא המידתיות: "...במידה שאינה עולה על הנדרש...". אומר לעניין זה ברק בספרו הנ"ל [12], בעמ' 621:

"פגיעה בחופש העיסוק הנעשית לתכלית ראויה תעבור את הבחינה החוקתית, רק אם היא נוקטת אמצעים המקיימים את המידה הדרושה. על-פי הגישה המקובלת בעולם המערבי בו התעוררה הבעיה, אמת המידה של 'המידה הדרושה' מתחלקת לשלושה מבחינה משנה: ראשית, האמצעי צריך להיות רציונלי; שנית, יש לבחור באמצעי הפוגע במידה הפחותה; שלישית, צריך להתקיים יחס סביר בין מטרה לאמצעי".

המבחן הראשון – הרציונליות, מתקיים. מטרת החוק היא להבהיר ללקוח את פרטי העיסוק עם המתווך, והאמצעי – רישום פרטי ההזמנה, או פרטי חוזה התיווך בהחלט עולים בקנה אחד עם מבחן זה. המבחן השני, האמצעי הפוגע במידה הפחותה – נראה כי מדובר בדרישה מינימלית, שאין לומר כי קיימת דרישה פחותה ממנה שתבטיח את המטרה. גם המבחן השלישי – יחס סביר בין מטרה לאמצעי, מתקיים לענייננו, מאותם נימוקים – מדובר בדרישה טכנית פשוטה, שאינה דורשת מהמתווך השקעת מאמץ מיוחד. מדובר במילוי חמישה פרטים פשוטים על טופס פשוט.

מכאן שגם דינה של טענה זו להידחות.

9. קבלת דמי תיווך מכוח עילה שבעשיית עושר ולא במשפט

התובעת טענה כי מכיוון שהייתה הגורם היעיל שהביא לגמר העסקה, נטענות טענותיהם של הנתבעים בחוסר תוס'לב. לעומתה טענו הנתבעים כי התובעת לא הייתה הגורם היעיל, וכי הנכס נושא תיק זה אינו שייך למשרדה כלל, אלא למשרדו של "אבי קורן".

השאלה היא האם משקבע חוק המתווכים בסעיף 14 כי נדרשים שלושה תנאים לקבלת דמי תיווך, והתובעת לא מילאה לפחות אחד מהם, די בכך כדי לשלול את זכאותה לאותם כספים, גם אם, כפי שטוענת התובעת, הייתה היא הגורם היעיל לקשירת העסקה.

ישנם מקרים בהם קובע הדין – החיצוני לדיני החוזים – תנאים לתקפותם של חוזים (להלן – דרישות פורמאליות). דרישה פורמאלית מקובלת היא דרישת הכתב. כך למשל נקבע כי עסקה במקרקעין שלא נעשתה בכתב אין לה תוקף. המדיניות שבבסיס דרישת הכתב היא לעתים מהותית – העמדת הצדדים על רצינות ומהותיות העסקה, ולעתים ראייתית – ודאות כי החוזה אכן נכרת (על כך אפרט להלן).

השאלה המתעוררת במקרה שלפניי ומתעוררת במקרים בהם לא התמלאו דרישות פורמאליות אחרות היא, האם יש תוקף להסכם שנעשה בין הצדדים. השפעת הפגם הפורמאלי על תקפות החוזה משתנה. ככל שההגנה חזקה יותר (הגנה על הציבור, על צרכנים, על חלשים) התוצאה היא בטלות החוזה,

כשההגנה חלשה יותר (דרישה ראייתית) העסקה ניתנת לביטול או שאינה אכיפה מבחינה משפטית. פעמים רבות, עד שמתברר שקיימת בעיה ולא ניתן לאכוף את החוזה או לתבוע על סמך החוזה תרופות חוזיות כלשהן, הועברו הטבות בין הצדדים לו. כך במקרה שלפנינו אם נקבל את טענת התובעת כי היא זו שהביאה לכריתת החוזה בין הצדדים. הבעיה מתעוררת שכן לעתים השבה משמעותה למעשה אכיפת החוזה, כך שהשבה תרוקן מתוכן את הדרישה הפורמאלית (לדיון בשאלה זו ראו ד' פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (כרך ב) [13], סעיף 21.16, **בעמ' 657**). אם, למשל, נכרת חוזה למתן שירות והשירות ניתן, משמעותה של ההשבה היא למעשה תשלום התמורה החוזית (בהנחה שהתמורה החוזית זהה לשכר ראוי שייקבע).

קיים מתח בין המדיניות העומדת בבסיס הדרישות הפורמאליות המביאה לאי-תוקף של החוזה לבין השאלה האם יש מקום להשבה, שכן במקרים בהם לא התקיים תנאי פורמאלי אך הייתה התעשרות, ההתעשרות אינה מושבת בשל חשש לפגיעה במדיניות שבבסיס דרישת התנאי הפורמאלי.

הדיון במקרה שלפניי הוא במצב בו צד (התובעת) מילא את התחייבויותיו על-פי החוזה והוא נתקל בסירובו של הצד השני לבצע את חלקו הוא בהתבסס על הפגם הפורמאלי (הנתבעים מסרבים לשלם דמי תיווך).

במשפט החוזים המודרני העיקרון הוא חוסר פורמאליות. עיקרון זה נובע מחופש החוזים לפיו הצדדים רשאים לעצב את החוזה על-פי רצונם (במשפט הישראלי בא עיקרון זה לידי ביטוי בסעיף 23 לחוק החוזים לפיו "חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים". ראו לעניין זה ד' פרידמן, נ' כהן **חוזים** (כרך א) [14], סעיף 10.1, **בעמ' 387**; שלו **בספרה הנ"ל** [11], **בעמ' 277**).

אולם, לעיקרון זה יש חריגים בכל שיטות המשפט – ומכאן מגבלות על חופש הרצון – לפיהם יש לעמוד בדרישות צורניות כדי שעסקה מסוימת תהיה בת-תוקף. החריגים קיימים, בדרך-כלל בנוגע לעסקאות מקרקעין וכן בתחומים בהם נקבעו דרישות פורמאליות כדי להגן על צדדים חלשים.

ניתן למצוא שתי סיבות מרכזיות לקיומן של דרישות צורה פורמאליות כיום. האחת, היא סיבה ראייתית. במקרים מסוימים החוק מחייב כי חוזה ייערך בצורה מסוימת כדי להבטיח שלא יהיה ספק בנוגע לקיומו של החוזה או לפרטים הקבועים בו. כאשר

זוהי הסיבה לדרישה הפורמאלית, בדרך-כלל אי-קיום הדרישה יביא לחוסר אפשרות להוכיח את החוזה ולתבוע את אכיפתו בבית-המשפט, אך לא יפגע בתוקפו של החוזה. שאז, כאמור, כלל לא מתעוררת שאלת ההשבה. **הסיבה השנייה** לקיומן של דרישות צורניות היא לוודא את רצינות כוונותיהם של המתקשרים כאשר מדובר בעסקה בנוגע לנכסים מרכזיים (כמו זכויות במקרקעין); בעסקה חריגה (עסקה ללא תמורה); בנטילת התחייבויות (הלוואה, ערבות) – אז יש להבטיח את התנאים בעיקר כלפי צרכנים בלתי מתוחכמים, או כאשר מדובר בצדדים חלשים שיש לוודא כי התכוונו להתקשר בחוזה.

מטרה אחרונה זו בבסיס דרישות פורמאליות קיימת, ואף מתחזקת, במשפט המודרני. ניתן למצוא דרישות פורמאליות שונות בחוקים צרכניים שמטרתם הבטחת מודעות המתקשר לפרטי העסקה ולרצונו להתקשר בה (לדוגמאות לחוקי צרכנות המציבים דרישות פורמאליות ראו סעיף 5 לחוק הגנת הצרכן; סעיף 5(ב) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981; סעיף 2(א) לחוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986; סעיף 3 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981. לתיאור חקיקה דומה בקנדה ראו: Consumer Protection Act in Canada in: P.D. Maddaugh, J.D. McCamus The Law of Restitution [16], at p. 313; Consumer Protection Act (Quebec), Act in Canada in: P.A. Crèpeau The Civil Codes [17], at p. 755 sec. 23-33, in P.A. Crèpeau The Civil Codes [17], at p. 755.

יש המבקרים גישה זו וטוענים שמדובר בפטרנליזם שאין מקומו במשפט החוזים המודרני שבו אנשים יודעים קרוא וכתוב ומודעים לתוצאות משפטיות של כריתת חוזה (לביקורת זו ראו: (K. Zweigert, H. Kötz Introduction to Comparative Law [18], at p. 406).

היה ראוי לקבוע מה דין ההשבה במקרה שלא מתקיים תנאי פורמאלי בחקיקה הקובעת את אותו תנאי, או לחלופין קביעה כללית בדבר הדין במצבים אלו בחוק החוזים (בדומה לריסטייטמנט השנייה על חוזים בדין האמריקני). במצב הנוכחי יש, לדעתי, לבסס את ההשבה במקרים אלו על סעיף 21 לחוק החוזים או באנלוגיה לסעיף זה. סעיף 21 מתייחס לפגמים ברצון המתקשרים בחוזה וקובע את תוצאות הביטול במקרים אלו. הסעיף אינו כולל במפורש מקרים אחרים של פגמים אך ניתן להחיל סעיף זה על דרך ההיקש. גישה זו ראויה יותר, לדעתי, כיוון שהנושא של פגמים פורמאליים בכריתת חוזה קרוב יותר לחוק החוזים ולפגמי רצון בכריתת חוזה מאשר לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.

כפי שציינתי אנו דנים במצב בו צד שביצע את חלקו תובע השבה ממי שבהסתמך על הפגם הצורני לא מבצע את חלקו.

במשפט הקונטיננטלי נקבע במקרים אלו כי כאשר צד אחד ביצע את החוזה, הצד השני אינו רשאי לבטל ולהשתחרר מביצוע חיוביו בשל פגם צורני, אם מי שביצע שינה את מצבו לרעה בהסתמך על החוזה. דוקטרינה זו מזכירה את תורת ההשתק, גם שם ניתנת אכיפה של חיוב בלתי אכיף בשל שינוי מצב. במשפט הגרמני מתקבלת תוצאה דומה מיישום עקרון תוס'הלב. בקוד הצרפתי הבסיס הרעיוני לדרישות הצורה הוא ראיתי. אי-מילוי הדרישות מביא לחוסר אפשרות להוכיח את קיומו של החוזה בבית-המשפט (unproveable) (ראו: סעיף 1341 לקוד סיביל. לפירוט לעניין המשפט הצרפתי ראו: (Zweigert, Kötz ibid [18], at pp. 392-393).

למעשה הקביעה היא כי מקום שתביעת השבה מסכלת מדיניות שבבסיס חקיקה שקבעה חוסר תוקף לחוזה, לא תינתן השבה גם אם הייתה התעשרות בפועל. הדבר מתאים לתפישה הקונטיננטלית לפיה יש השבה כאשר ההתעשרות היא שלא כדין. במקרים אלו ההתעשרות היא כדין – על-פי החוזה – ולכן אין מקום להשבה.

במשפט האנגלי במאה התשע-עשרה היו שתי מגמות בפסיקה בנוגע לשאלה מה דין כאשר צד אחד לחוזה שהיה אמור להיעשות בכתב ביצע את חלקו על-פי החוזה. מגמה אחת הייתה כי לצד שביצע קמה תביעת חוב כלפי הצד השני. מדובר בתביעה חוזית ולא בהשבה של הביצוע. על-פי המגמה השנייה זכאי במקרה כזה מי שביצע את חלקו, להשבה בתביעת שכר ראוי. מחלוקת זו נמשכה בפסיקה האנגלית עד שנת 1951 בה אימץ Lord Denning את העמדה שמדובר בתביעת השבה. הדבר היה בפסק-דין James v. Kent & Co., Ltd. (1950) [8] – לורד דנינג קבע כי במקרה של חוזה שלא עמד בדרישה פורמאלית קיימת חובת השבה שאין מקורה בחוזה הבלתי תקף, אלא בעובדה שבוצעו השירותים שהתבקשו בחוזה. זאת בניגוד לפסק-הדין בעניין Scott v. Pattison (1923) [9] שם נקבע **בעמ' 727** כי כאשר צד אחד לחוזה ביצע את חלקו והצד השני העלה את חוק המירמה כהגנה בפני ביצוע התמורה הנגדית, אכיפתו לבצע את התמורה הנגדית אינה מהווה אכיפת החוזה המקורי אלא חובת השבה מכוח חוזה מכללא (לניתוח הפסיקה ראו: A.T. Denning "Quantum Meruit and the Statute of Frauds" [20]; R. Goff, G. Jones The Law of Restitution [19], at pp. 66-67). הסיבה לפסיקת ההשבה הייתה חשש מהתעשרות שלא כדין של מקבל ההטבה. הבעיה במשפט האנגלי הייתה שהפסיקה בנושאים אלה נתנה פתרונות נקודתיים, אולם לא דנה בשאלה היסודית האם השבה תסכל את המדיניות שבבסיס החוק שקבע את הדרישה הצורנית (עם זאת, היו מקרים בהם עמד בית-המשפט על החשש שפסיקת השבה תסכל את מטרת החקיקה. לסקירה ראה: L. Hand "Restitution or Unjust Enrichment" [21], at p. 253).

במשפט האמריקני דן סעיף 375 בריסטייטמנט השנייה על חוזים (ראו [25] Restatement 2d, Contracts), בהשבת הטבות שהועברו על סמך חוזה הבטל בשל פגם צורני. הסעיף קובע כי ניתן לתבוע השבה במקרים אלו אלא אם החוק קובע אחרת או שמטרת החוק תסוכל אם תותר ההשבה. הסעיף חל על חוקים שונים שנחקקו בחלק מהמדינות בארצות-הברית לעניינים שונים. בחקיקה

האמריקנית נקבעו, בין השאר, חוקים כמו זה שבפנינו הקובעים חובה על חוזים לתיווך במקרקעין שיהיו בכתב ויכללו פרטים מסוימים (ראו: [5] [Clinkinbeard v. Poole (1954)]).

במדינות רבות בארצות-הברית נכללו חוזי תיווך בחוק המירמה כחוזים שיש לעשותם בכתב. לעניין זה ראו: C.C. Marvel "Annotation: Real-Estate Broker's Right to Recover in Quantum Meruit for Services Although Contract is [not in Writing as Required by Statute]" [22].

בפסיקה נערך לעתים רחוקות דיון בשאלה האם השבה סותרת את מדיניות החוק. אולם, כאשר נקבע שקיימת סתירה, נפסק שאין מקום לפסוק השבה. בפסקי-הדין נאמר כי המדיניות היא הגנה על הצרכנים שפעמים רבות אינם מודעים לכך שמדובר במתווך או שידרשו לשלם דמי תיווך. פעמים אחרות לא ברור אילו נכסים עומד המתווך להראות ללקוחותיו, ופעמים רבות מתעורר ויכוח כאשר הלקוח טוען כי כבר ראה את הנכס עם מתווך אחר או באופן עצמאי. כיוון שכך, מתווך שלא דאג לירות חוזה בכתב, לא יזכה בהשבה. ראו למשל: [7] [Diggins v. : Johnson (1973)], at p. 664; [6] [Philo Smith & Co., Inc. v. Uslife Corp. (1977)], at p. 36.

כך למשל לעניין חוזי תיווך וכן לעניין חובת מכרזים. אך לרוב לא נערך דיון כאמור.

בקנדה נתנו בתי-המשפט דעתם לסוגיה זו. בפסקי-הדין המנחה בעניין זה - Deglman - הוגשה תביעה על סמך הסכם ירושה שאינו אכיף על-פי החוק [10] [Deglman v. The Guaranty Trust Co. of Canada (1954)]. בית-המשפט קבע כי אכן ההסכם בדבר ירושה אינו תקף וכיבד את צוואת המנוחה. עם זאת פסק השבה לתובע - אחיין שטיפל בדודתו כנגד הבטחתה כי תשאיר לו נכסים בצוואתה - משקבע כי האחיין לא התכוון בשום שלב לטפל בדודתו בחינם. על-כן חויב העיזבון לשלם לאחיין שכר ראוי בגין השירותים שנתן. במקרה זה המדיניות העומדת בבסיס החוק - שאנשים לא יכרתו חוזים לתקופה שלאחר מותם שכן למטרה זו נועדו צוואות - אינה מסוכלת בשל מתן שכר ראוי לאחיין. באוסטרליה אחד מפסקי-הדין הראשונים והידועים בתחום דיני ההשבה - Pavey - דן בדרישת הכתב [24] [Pavey - Butler "Viewing Restitution at the Level of a Secondary Remedial Obligation" [23], at p. 44; J. Carter ("Contract, Restitution and Promissory Estoppel" [24], at p. 33].

מדובר היה בקבלן שכרת חוזה לביצוע עבודת קבלנות שלא עמד בדרישת כתב על-פי הדין, אך השלים את העבודה על-פי החוזה ותבע שכר ראוי. בית-המשפט לערעורים קבע שמשמעות השבה במקרה זה תהיה קבלת התמורה החוזית ותעמוד בניגוד לבסיס הרעיוני בבסיס חוק הקבלנות ודחה את תביעת ההשבה. בית-המשפט העליון באוסטרליה קיבל את ערעור הקבלן וקבע שמטרת ההשבה במקרה זה היא מניעת התעשרות בלתי צודקת של המזמינה על חשבון הקבלן וכי לא מדובר באכיפת החוזה. אשר לטענה לפיה מדובר, למעשה, באכיפת החוזה, אמר בית-המשפט כי כדי למנוע התעשרות שלא כדין ייפסק שכר ראוי ולא השכר החוזי. מובן שהשכר הראוי אינו תלוי בהסכם בין הצדדים ועל-כן אין בכך אכיפת החוזה. בית-המשפט ראה את מטרת החוק בהגנה על הצרכן, כך שידע מראש את גובה ההתחייבות בחוזה קבלנות. לפיכך, המזמינה לא חויבה בתשלום המחיר החוזי אלא בגובה ההתעשרות בפועל.

ומכאן לענייננו - לדעתי סקירת הפסיקה לעניין זה מביאה למסקנה כי במקרה שלפנינו אין מקום לפסוק השבה, גם אם פעולת התובעת היא זו שהייתה הגורם היעיל בכריתת החוזה. מטרת חוק המתווכים היא, כפי שהראתי, להבהיר ללקוח באיזו עיסקה מדובר, אלו נכסים הוא עומד לראות, ובכך שעליו לשלם דמי תיווך. התקנות קובעות במפורש כי יש מקום לציין את הנכסים שהמתווך מתעתד להציג ללקוח. פרט זה הוסף כדי שלא יהיה ויכוח, בנוגע לנכס מסוים, בשאלה האם המתווך היה הגורם היעיל לכריתת העיסקה - האם המתווך התובע הוא שהראה את הנכס ללקוח, האם היה זה מתווך אחר, או שמא הלקוח הגיע לאותו נכס בכוחות עצמו. במקרה זה גם על-פי תצהירי התובעת עצמה התברר כי היו מעורבות שתי סוכנויות תיווך.

ובכן, משלא מילאה התובעת את הדרישות הקיימות בחוק, אין היא זכאית לדמי תיווך ואין לה להליך בעניין זה אלא על עצמה.

נטענת הטענה כי אם יוכח כי התובעת הייתה הגורם היעיל בהתקשרות, הרי שהנתבעים התעשרו שלא כדין על חשבונה. ייתכן כי כך הדבר, אך במקרה זה פסיקת השבה תסכל את כוונת המחוקק ותרוקן מתוכן את מטרת חוק המתווכים. בניגוד לפסקי-הדין על האחיין שטיפל בדודתו ועל הקבלן שבנה בניין, הרי בחוזי תיווך השכר הראוי הוא בדרך-כלל קבוע, וכפי שאף צוין בטופס ההזמנה במקרה זה. על-כן פסיקת השבה תהווה למעשה פסיקת הסכום שנקבע בטופס ההזמנה, וזאת מבלי לעמוד בדרישות חוק המתווכים. כפי שצינתי, בארצות-הברית במקרים דומים נדחו התביעות על-אף שהוכח שם כי המתווך התובע היה הגורם היעיל בכריתת ההסכם.

אני דוחה את התביעה.

התובעת תישא בהוצאות הנתבעים בסך של 5,000 שקלים לכל אחד מהם בצירוף מע"מ כדין.

ניתן היום, ד' באב תשס"א (24.7.2001), בהיעדר הצדדים.

תא 35922/07 מרדכי עוז נ' משה עזרא

פסק הדין

עניינה של התובענה הכספית שלפניי, לתשלום הסכום של 27,152 ₪, הוא שיתוף פעולה בין מתווכים בקשר למכירת דירה וחלוקת דמי התייווך שהתקבלו ממכירתה.

טענות הצדדים

עיקרי טענות התובע:

1. לתובע, שהוא מתווך במקרקעין במקצועו, לקוח בשם יואב ברנע, שהיה הבעלים של דירה ברחוב קהילת סלונקי 14 בתל אביב (להלן: "הדירה"). מר ברנע, ייפה את כוחות של אביו, פרופ' אמיר ברנע, למכירת הדירה.
2. התובע פנה לנתבע, שאף הוא מתווך במקרקעין, והציע לו לשתף עמו פעולה למכירת הדירה, תוך שדמי התייווך שיתקבלו ממכירתה, יחולקו בין שני הצדדים בחלקים שווים (להלן: "ההצעה").
3. משקיבל הנתבע את ההצעה, מסר לו התובע את פרטי הדירה.
4. הנתבע פעל למציאת הרוכשים וביום 22.1.07 נחתם הסכם למכירת הדירה בסכום של \$420,000.
5. הנתבע גבה את דמי התייווך הן מהמוכר (סך של \$6,300) והן מהקונים (\$7,276).
6. התובע פנה לנתבע לקבל את חלקו בדמי התייווך, כמוסכם בין הצדדים, אולם הנתבע סירב לשלם לו את חלקו.

עיקרי טענות הנתבע:

7. הנתבע, שאף הוא מתווך במקרקעין, מאשר שהתובע פנה למשרדו, הציג עצמו כמתווך במקרקעין, ציין שהוא מחזיק במפתח של הדירה, הממוקמת מול משרדו של הנתבע, והזמין אותו לראות אותה.
8. התובע והנתבע הלכו לדירה וביקרו בה. במהלך הביקור אמר התובע לנתבע שהדירה שייכת לקרוב משפחה שלו, ווהציע לנתבע למצוא קונה לדירה ולקבל דמי תיווך מהקונה בלבד, כאשר התובע "יסתדר עם מוכר הדירה" (להלן: "ההצעה בדירה"). הנתבע הסכים להצעה בדירה.
9. מאחר והתובע סירב למסור לנתבע את מפתח הדירה, הוסכם שכשימצא הנתבע רוכש פוטנציאלי מתאים, יתאם ביקור בדירה יחד עמו, שיתקיים בנוכחות התובע.
10. הנתבע פתח "כרטיס" לדירה, ומסר את הטיפול בהפניית הקונים לסוכנת משרדו, גב' הילה טוויג (להלן: "הילה"), שתיאמה ביקורים עם התובע.
11. בשלב מסוים, ולאחר שהתבצעו מספר ביקורים בדירה, חדל הנתבע להפנות רוכשים פוטנציאליים לדירה, לאחר שהתובע אמר לו שהוא אינו מטפל עוד בדירה.
12. בחלוף מספר חודשים, התייצב אדם במשרדו של הנתבע, מי שהיה שוכר הדירה, ואמר לנתבע שהדירה מיועדת למכירה. הנתבע ביקש מהשוכר את פרטי מוכר הדירה.
13. לאחר שקיבל מהשוכר את פרטיו, התקשר הנתבע מיוזמתו והציע לו את שירותיו המקצועיים.
14. לאחר משא ומתן סוכם בינו לבין המוכר, פרופ' אמיר ברנע (להלן: "פרופ' ברנע") שהוא ישלם לנתבע דמי תיווך בשיעור של 1.5% כולל מע"מ.
15. טוען הנתבע שההסכמה על השיעור האמור נעשתה לאחר שפרופ' ברנע אמר לו שהוא מחויב מוסרית לשלם דמי תיווך למתווך אחר, שהטיפול במכירת הדירה נמסר לו על ידו, על אף שלא הצליח למצוא קונים.
16. הנתבע החתים את פרופ' ברנע על כתב התחייבות לשלם דמי תיווך ביום 11.03.06.
17. לאחר שהנתבע מצא רוכשים לדירה ונחתמה עסקת המכר, גבה את שכר טרחתו הן מהקונים והן מפרופ' ברנע.

17. הנתבע טוען שלא הוסכם בינו לבין התובע לשתף פעולה והתחלק בדמי התיווך, מה גם שנהוג – לטענתו – שהסכמים בין המתווכים יהיו בכתב.

דיון והכרעה

18. בקליפת אגוז, המחלוקת בין התובע לנתבע היא, האם נכרת ביניהם הסכם לשיתוף פעולה בעסקת מכר הדירה, ואם ייקבע כי נכרת ההסכם, האם נותק הקשר בין הצדדים לאחר שהתובע הודיע לנתבע שהוא אינו מטפל עוד בדירה ולאחר שהנתבע פנה מיוזמתו לפרופ' ברנע.

19. אם כן, יש לבחון ראשית את השאלה אם נכרת הסכם לשיתוף פעולה וחלוקת דמי התיווך:

א. התובע טוען כי הוסכם בין הצדדים על שיתוף פעולה ותמורת דמי התיווך תחולק בין הצדדים, מה גם שלטענתו אין הוראת דין המחייבת כי הסכם שיתוף פעולה ייערך בכתב.

ב. לעומתו – מכחיש הנתבע את ההסכמה בדבר שיתוף פעולה וחלוקת דמי התיווך, ואף מציין כי נהוג לערוך הסכמים כאלו בכתב.

ג. לאחר ששמעתי את הצדדים, את העדים ועיינתי בכלל הראיות בתיק אני מקבל את גרסתו של התובע, שהייתה מהימנה בעיניי, קוהרנטית ורציפה, שלא נסתרה בחקירה נגדית ושאלף משתלבת ביתר הראיות בתיק.

ד. התובע העיד על הסכם שיתוף הפעולה בעל פה. התובע אישר בחקירה נגדית שלאחר שנכנס למשרד הנתבע, הציג עצמו, ולאחר שהוא והנתבע עלו לדירה, הסכים בלחיצת יד על שיתוף הפעולה (ראו: עמוד 11 לפרוטוקול מיום 30.6.08). התובע ציין בחקירה כי לא התבקש כלל לחתום על מסמך בכתב. עדותו מתיישבת הן עם גרסת הנתבע עצמו כי סוכם בין הצדדים על שיתוף פעולה כלשהו (הנתבע מאשר הסכמה כי יגבה דמי תיווך אך מהקונה), והן מעדותה של גב' הילה טוויג שאישרה כי בין התובע לנתבע הוסכם על שיתוף הפעולה.

ה. זאת ועוד; עד ההגנה, מר אייל גוהר, שהוא בעלים של משרד תיווך, העיד, בין היתר, שאכן ישנם הסכמי שיתוף פעולה בין מתווכים, אולם אין הכרח כי ההסכמים ייעשו בכתב, והמדובר ביחסי אמון (ראה עדותו מיום 30.6.08, עמוד 8, שורות 4-7); מר גוהר ציין כי לא הסכים לחתום על תצהיר המאשר, לבקשת ב"כ הנתבע, כי לגבי שיתוף בין משרדי תיווך נפרדים נהוג שההסכמים נעשים רק בכתב (כאמור בנ/1 שנשלח אליו).

ו. לא זו אף זו; מר גוהר אכן אישר כי במשרדו כמעט ולא משתפים פעולה עם משרדים אחרים, אולם כשזה כבר נעשה, המדובר בהבנה בעל פה (עמוד 8 לפרוטוקול מיום 30.6.08), ואף ציין כי עסקת מקרקעין גדולה, בסכום של כ-3,000,000 \$, נעשתה בהסכמה בעל פה ולא בכתב.

ז. להפסת דעת הנתבע, הרי עדותו של מר גוהר לא היתה מגומגמת אלא אותנטית ומהימנה. מר גוהר חשב וניסה להזכר בשמות משרדים איתם שיתף פעולה, וזאת לאחר שציין שבמשרדו הוא כמעט ואינו משתף פעולה עם אחרים, ותשובותיו היו לאחר מחשבה ולא כמי שמבקש לחזור על גרסה ידועה מראש.

ח. למעלה מהדרוש יצויין שהוראות **חוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996** (להלן: "**חוק המתווכים**") אינן מתייחסות להסכמי שיתוף פעולה בין מתווכים במקרקעין לבין עצמם אלא דנות במערכת היחסים שבין מתווך במקרקעין ללקוחו בלבד, ומשכך, לא ניתן להקיש מדרישת הכתב כאמור **בסעיף 9 (א) לחוק המתווכים**, להסכמי שיתוף פעולה בין המתווכים ובין עצמם.

20. הנתבע טוען שקיים נוהג לפיו הסכמי שיתוף פעולה נעשים בכתב ולכן "אין זה סביר ואין זה מציאותי שהנתבע הסכים לשתף פעולה עם התובע, במקרה הנוכחי, מבלי שנחתם הסכם על כך ומבלי שסיכמו, לפרטי פרטים, כל תנאי ההסכם" (ראו: סעיף 27 לכתב ההגנה המתוקן שנתמך בתצהיר ביום 22.11.07). הנתבע מציין כי המדובר בנוהג, ויש הכרח לחתימה על הסכם בין הצדדים. בתמיכה לטענה זו הציג הנתבע מסמכים אשר יש בהם ללמד, לטענתו, על קיומם של הסכמים בכתב בין מתווכים.

21. בכל הכבוד, אין חולק שקיימים הסכמי שיתוף פעולה בין מתווכים במקרקעין בכתב, אך אין בהם כדי לסתור את העובדה שהסכמים כאלו נעשים גם בעל פה.

22. כאמור, גרסתו של התובע, אף נתמכה בעדותה של הילה, אשר הייתה מהימנה ואמינה. הילה אישרה שהצדדים הסכימו לשתף פעולה בעניין מכירת הדירה.

23. טוען הנתבע שעדותה של הילה הייתה תחת לחץ ופחד מאיומי ב"כ התובע; אין לטענה זו על מה שתסמוך: הילה חזרה והדגישה כי לא הייתה נתונה לשום סוג של לחץ או איום מצדו של בא כוחו של התובע ואף הדגישה כי אם הייתה נתונה לאיום כזה או אחר היא הייתה פונה למשטרה. שנית, לא התרשמתי שעדותה היתה מתוך חשש, לחץ או פחד. עצם העובדה שהילה עמדה לצאת את הארץ כדי להינשא בחו"ל, כשהיא לעצמה, אינה מבססת טענה כללית כי היתה נתונה בחשש מעיכוב יציאתה מהארץ. עוד יצוין כי לא סביר בעיני בית המשפט כי פלוני יעיד עדות שאינה נכונה בבית המשפט מחשש בעלמא כי יציאתו תעוכב. לו חששה כי כך הדבר, חזקה עליה שהיתה פונה בעניין לבית המשפט. לאור האמור – אינני מקבל את טענת הנתבע.

24. גרסתו של התובע משתלבת גם עם עדותו של פרופ' ברנע, שאישר כי חתם על ההזמנה עם הנתבע וזאת רק לאחר שיחת טלפון עם התובע שנערכה בנוכחות הנתבע עצמו.

25. מהעדויות ניתן ללמוד שהנתבע ידע שפרופ' ברנע הוא לקוחו של התובע; ראשית מעדותו של פרופ' ברנע עצמו, שציין שנכנס למשרדו של הנתבע וביקש לברר עמו מחירי דירות באזור. פרופ' ברנע אמר עוד: **"הוא [הנתבע – ע.מ.] אמר שיש לו קונה לדירה ואז אמרתי לו – וזאת אני זוכר היטב – שאני מיוצג על ידי מתווך דירות, ואם אני לא טועה אמרתי את שמו ושכלפיו יש לי מחויבות".**

26. כאמור, עדותו של פרופ' ברנע היתה מהימנה בעיני, רציפה וברורה ואני נותן אמון מלא בדבריו ובגרסתו הקוהרנטית והעקבית. מר ברנע אישר שלאחר שהנתבע ביקש ממנו לחתום על התחייבות לשלם דמי תיווך, התקשר ממשרד הנתבע ושוחח עם הנתבע בעניין זה, והוא חתם על ההתחייבות רק לאחר שהקריא לתובע את המסמך והאחרון אישר לו לחתום על המסמך.

27. עדותו של פרופ' ברנע לא עורערה כלל, גם כשנשאל לגבי התביעה שהוגשה נגדו על ידי הנתבע בבית המשפט לתביעות קטנות ביחס למחצית האחוז שלא שילם לו. פרופ' ברנע העיד, בהגינות רבה, שסייר לשלם לנתבע את דרישת התשלום, אולם עשה זאת בסופו של דבר, לא מאחר והתחמק מתשלום מחצית האחוז אלא כי התכוון לשלם חלק זה לתובע, אולם בסופו של דבר שילם על מנת להמנע מההליך ומההתעסקות סביבו, מאחר וממילא התכוון לשלם את הסכום לאחד מהמתווכים. פרופ' ברנע העיד כי ידע ששני המתווכים שותפים בדמי התיווך ולכן, בסופו של דבר, שילם.

28. לאור ההתרשמות מהנתבע ומעדויות, נראה לבית המשפט כי לא ניתן לקבוע כל ממצא עובדתי מדבריו, ולפיכך אין בידי בית המשפט לקבלה. לא יהיה זה מיותר לציין בהקשר זה למשל, שגרסתו הראשונה של הנתבע בכתב ההגנה (שנתמכה בתצהיר) אינה עולה בקנה אחד עם הגרסה בכתב ההגנה המתוקן (שאלה הוא נתמך בתצהיר) – בכתב ההגנה הראשון ציין הנתבע כי אינו מכיר כלל את התובע ומעולם לא שוחח עמו בקשר לדירה (ראה סעיף 18), והנה בכתב ההגנה המתוקן מציין הנתבע שהתובע הופיע במשרדו שלו, שהציג עצמו כמתווך והזמין אותו לראות דירה והם אף ניגשו אליה יחדיו (ראה סעיפים 2,3 לכתב ההגנה המתוקן).

29. בין יתר הדברים עליהם העיד הנתבע, ציין את אופן רישום כרטיס הדירה במשרדו: **"אני אסביר, כשפתחתי את הכרטיס המתווך היה רשום אצלי כבעל הדירה, עם הטלפון שלו, כי בשבילי הוא בעל הדירה. לאחר שברנע היה אצלי שיניתי את כל הפרטים ורשמתי את ברנע"** (פרוטוקול הדיון מיום 7.10.08, עמוד 26, שורות 3-5). ראשית – הנתבע מאשר כי המדובר בדירה שהוצגה לו לראשונה על ידי התובע עצמו. סביר כי אם גרסתו לפיה התובע "הרים ידיים" וכי הוא "לא מטפל בדירה" נכונה, כי אז היה סוגר את כרטיס הדירה או מבטלו, היינו – היה נותן ביטוי לסיום הטיפול בדירה (מה טעם למתווך בפרטי נכס שאין עוד צורך בו?!). שנית, מגרסתו שלו עצמו נלמד כי הוא ידע כי המדובר באותה דירה ממש אותה הציג לו התובע. בנסיבות אלה – ראוי היה שהנתבע היה מגלה לפרופ' ברנע, שאמר לו שיש לו מתווך, כי המתווך כבר פנה אליו בעבר. גם מציון המילים של פרופ' ברנע בהזמנת התיווך של הנתבע "המתווך הבלעדי עלי" יש בו ללמד כי הנתבע ידע או למצער צריך היה לדעת כי הקשר בין התובע לפרופ' ברנע לא נותק.

30. במאמר מוסגר ולמעלה מהדרוש, אבקש להתייחס להתנהלות הנתבע כפי שהוצגה בעדותו, באשר לשינוי פרטי הנכס בכרטיס הלקוח במשרדו, ולקשיים שהיא מעלה:

א. בהמשך חקירתו הנגדית של הנתבע, בתשובה לשאלה האם נאמר לו על ידי פרופ' ברנע שהדירה אינה שלו (הוברר שהדירה בבעלות בנו וכלתו של פרופ' ברנע): **"אז רשמתי אותו כי את מי אני ארשום? אני לא צריך לבדוק מי הבעלים. אני צריך להוציא נסח על כל דירה שאני מקבל? זה הקונה צריך לבדוק. יש עורכי דין שעושים את החוזה."**

ובהמשך:

"ש. אני יכול לבוא אליך מחר ולהגיד לך שכלבו שלום שלי ואתה לא תבדוק, ותמכור?"

ת. אם יש מי שמוכן לקנות, כן."

(ראה פרוטוקול מיום 7.10.08, עמוד 26, שורות 7-12)

ב. סעיף 8 לחוק המתווכים קובע בזו הלשון:

"(א) מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בענין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך.

(ב) במילוי תפקידו יפעל מתווך במקרקעין במיומנות ובסבירות וינקוט אמצעים ראויים בנסיבות העניין, לקבלת מידע מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך."

עינינו הרואות, כי הסעיף מורה על דרך פעולה וחובה מקצועית, השונה מזו שהוצגה על ידי הנתבע בעדותו.

ג. חובתו של המתווך היא לפעול בנאמנות, הגינות ונקיטת אמצעים ראויים בנסיבות העניין, לקבלת מידע מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך.

על הנתבע היה לברר פוזיטיבית עם פרופ' ברנע מיהו הבעלים של הנכס, על מנת שיעביר את המידע השלם במלואו לצדדים שלישיים להם הוא מציג את הנכס.

זו החובה המפורשת המוזכרת בסעיף 8(ב) לחוק המתווכים, וזו חובתו גם על פי הלכת בית המשפט העליון בע"א 166/77 נסים דדון נ' ברוך אברהם, פ"ד לג (3) 365 (להלן: "פס"ד דדון").

ד. באשר לדברי הנתבע במהלך החקירה: "אני צריך להוציא נסח על כל דירה שאני מקבל! זה הקונה צריך לבדוק. יש עורכי דין שעושים את החוזה" – יובהר, כי לשיטת בית משפט זה, על מתווך להוציא נסח רישום לגבי כל נכס אותו הוא מקבל לטיפולו. המדובר בפעולה בסיסית הנדרשת והמצופה ממנו.

אכן, אין המתווך מהווה תחליף ליעוץ משפטי לבירור הזכויות ומצבן המשפטי, אולם על מנת לעמוד בחובתו מול הלקוח, עליו לעשות לכל הפחות זאת, וזאת על מנת למנוע מצב בו יבוא פלוני ויבקש למכור את כלבו שלום ומתווך יבקש למכור אותו "אם יש מי שמוכן לקנות".

ראוי לחזור ולהזכיר את דברי בית המשפט העליון בפס"ד דדון:

"בכל אלה פעל המתווך כשלוחו של הקונה. וממילא חלות עליו הוראות חוק השליחות, וביניהן החובה 'לנהוג כלפי השולח בנאמנות' (סעיף 8 לחוק); ומשהיפר חובתו זו 'זכאי השולח לתרופות הניתנות בשל הפרת חוזה' (סעיף 9). חובת נאמנות זו כוללת, בין היתר, את החובה לנהוג בהירות סבירה במילוי שליחותו. בעניינינו, זהירות סבירה זו כוללת את החובה לבדוק אם זכאי ומוסמך המוכר למכור את הדירה, בדיקה שניתן לעשותה במאמץ קל על-פי ספרי המקרקעין. משהוסיף המתווך במו ידיו כי המוכר הוא הבעלים הבלעדיים של הדירה מבלי שטרם לבדוק נכונותה של עובדה מכרעת וחשובה זו לגורלה של העסקה, בוודאי שבכך היפר את חובת נאמנות שחב הוא כלפי שלוחו, היינו כלפי הקונה. משהיפר חובתו זו, קמה לקונה עילה לביטול החוזה שבינו לבין המתווך וזה האחרון אינו זכאי לדמי התיווך על-פי חוזה"

31. אם כן ולסיכום עניין זה, תפקידו של המתווך אינו מתמצה ב"הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר, לשם התקשרותם בעסקה בזכות במקרקעין" (ראו הגדרת המונח "תיווך" בחוק המתווכים) אלא חלה עליו חובה לנהוג בנאמנות, בהגינות ובדרך המקובלת. המתווך הוא-הוא שלוחו של לקוחו כלפי אחרים, ודיני השליחות, לרבות חובת הנאמנות, חלים עליו.

חובת ההגינות והזהירות של מתווך מקרקעין, בהתאם להוראות חוק המתווכים והוראות הדין, אינה מתייחסת ליחסים שבין המתווך ללקוח בלבד, אלא ביחס למתווך ומי שאינו לקוחו. כלפי הלקוח קיימות למתווך חובות נוספות ומוגברות: "... וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך".

32. וחזרה לעניינינו – כאמור גרסתו של הנתבע לא התקבלה. גם עמדתו כי התובע לא היה הגורם היעיל לעסקה, אינה מתקבלת, שהרי עת הוסכם בין הצדדים על שיתוף הפעולה וחלוקת הדמי התיווך, וחלקו של התובע למעשה הוא בהבאת הנכס לנתבע, הרי טענתו כי לא שימש הגורם היעיל לעסקה, אינה רלוונטית.

33. לסיכום: אני מקבל את גרסת התובע במלואה ולפיכך אני מקבל את התביעה ומחייב את הנתבע לשלם לתובע את סכומה, בסך 27,152 ₪ כשסכום זה ישא הפרשי ריבית והצמדה כחוק החל מיום הגשת התביעה (29.5.07) ועד למועד התשלום המלא בפועל. כמו כן אני מחייבו בהוצאות משפט וכן בשכ"ט ע"ד בסך 5,000 ₪ + מע"מ כדין.

המזכירות תשלח העתק פסק הדין לצדדים

ניתן והודע היום, ט"ז אדר תשס"ט (12.3.09), בלשכתי בהעדר הצדדים.

עודד מאור, שופט

פסק הדין

1. לפני תביעה לתשלום דמי תיווך, ובקש מטעם הנתבע לעיון חוזר בהחלטתי לדחות בקשה קודמת למחיקת התביעה על הסף. במסגרת הבקשה הנדונה הוגשו תגובת המשיב-הנתבע; תשובת המבקש-הנתבע לתגובה; ובקשת המבקש-הנתבע להוסיף אסמכתא. מאז הגשתה של בקשה אחרונה זו לא התקבלה בקשה כלשהי מטעם המשיב-הנתבע להשלמת טיעון או להמצאת ראיה.
 2. ביסוד הבקשה עומדים מסמכים חדשים שקיבל המבקש מרשמת המתווכים, אשר לא נסתרו, מן המסמכים עולה כי המשיב-הנתבע לא החזיק ברישיון תיווך במועד הרלבנטי. לכאורה עולה מהתייחסותו של המשיב-הנתבע לטענת המבקש-הנתבע בעניין זה, ומן המסמכים שצירף, כי ניסה לטשטש עובדה זו על ידי המצאת מסמכים בדבר קבלת הרישיון ותשלום האגרה, שאינם רלבנטיים לתקופה הנדונה.
 3. בהחלטתי הקודמת מיום 13.2.07 התמקדתי בטענה בדבר היעדרו של מסמך נפרד בדבר הסכם הבלעדיות. לא התעכבתי על שאלת הרישיון, משום שהסתמכתי על התייעוד שצירף המשיב שלפיו, לכאורה, הוא מחזיק ברישיון מאז שנת 2000, תוך שאיני ער לאפשרות שהתקופה האמורה לא הייתה רצופה, ובעיקר כי לא כללה את התקופה הרלבנטית לעסקה מושא התביעה.
 4. בנסיבות אלה אני רואה משום צידוק לדון בשאלת המחיקה על הסף, מחמת היעדר רישיון תיווך בתוקף בתקופה הרלבנטית, במסגרת הבקשה החדשה.
 5. אכן, יישום דוקני של **חוק המתווכים במקרקעין** (החוק) עלול לגרור הפקעה של זכויות לדמי תיווך, חרף האפשרות כי קדמה להם עבודה רבה שאף נשאה פירות. אולם, זוהי גזירת המחוקק.
 - תכליתו של החוק היא להבטיח את תקינותו של העיסוק בתיווך, תוך נכונות מודעת להקריב על מזבחו של אינטרס ציבורי זה את האינטרסים הפרטיים הרגילים המוגנים על ידי חוקי החוזים ו**חוק עשיית עושר ולא במשפט**.
 6. כאשר ביקש המחוקק, בהקשר אחר, להבחין בין היעדרה של זכויות לרישיון לבין מצב זמני של היעדר תוקף לרישיון מחמת אי-תשלום אגרה בלבד – ידע לעשות כן.
- בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים**, סעיף 7(3), נאמר:
- "נפגעים אלה אינם זכאים לפיצויים לפי חוק זה:

...

(3) מי שנהג ברכב כשאינו לו רישיון לנהוג בו למעט רישיון שפגע מחמת אי תשלום אגרה."

לעומת זאת, בענייננו בולט היעדרו של סייג כאמור בהוראת החוק הרלבנטית [סעיף 14(א1)], כלהלן:

"(א) מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח אם נתקיימו כל אלה:

(1) הוא היה בעל רישיון לפי חוק זה בעת שעסק בתיווך או שחל עליו, באותה עת, פטור זמני בהתאם לאמור בסעיף 20."

המסקנה המתבקשת היא כי אין זכויות לדמי תיווך בהיעדר רישיון בתוקף, תהא סיבת ההיעדר אשר תהא.

7. משהמבקש-הנתבע הראה שמהמשיב-הנתבע לא החזיק ברישיון במועד העסקה מושא תביעתו לדמי תיווך – דין התביעה לסילוק על הסף.

8. לפיכך הבקשה למחיקת התביעה על הסף מתקבלת.

9. בשים לב לכך שטיב השירות שנתן הנתבע לנתבע לא נדון לגופו, והתביעה סולקה על הסף בשלב המקדמי, מטעמי-סף, בטרם הוגש כתב הגנה, מחד-גיסא; ובשים לב לגילוי הלא-נאות שנהג המשיב-הנתבע בשאלת החזקתו ברישיון תקף במועד הרלבנטי מאידך גיסא – המשיב-הנתבע ישלם למבקש-הנתבע סך 3,500 ש"ח בצירוף מע"מ כשכ"ט עו"ד בתביעה.

ניתן היום, י"ב באייר, תשס"ז (30/04/2007), בלשכתי

