

דרישת הכתב בעסקת תיווך במקרקעין

ד"ר אבי וינרוט*

א. נשוא הדיון

1. שני חוקים כוללים דרישת כתב מהותית ביחס לעסקאות מקרקעין. האחד, סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין") הקובע כי עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב. השני, סעיף 9 לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המתווכים") הקובע 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 השר באישור ועדת הכלכלה". את דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין ריככה הפסיקה, עד כי נפסק כי תוכר עסקה במקרקעין אף בהעדר כתב כלל אם "זעקת ההגיונות" מחייבת זאת. האם כך יעלה גם בגורלו של סעיף 9 לחוק המתווכים? בסוגיה זו שוררים חילוקי דעות עזים וטרם נפסקה ההלכה בבית המשפט העליון.

2. בפסיקה המתייחסת לסעיף 8 לחוק המקרקעין היו שני שלבים: תחילה אומצה גישה כללית, המרככת את דרישת הכתב "ריכוך חלקי" שמשמעה השלמה של פרטים חסרים כאשר יש כתב כלשהו בבסיס ההתקשרות בין הצדדים. ברם, בשלב זה הגישה היתה כי ניתן לרכך מאוד את דרישת הכתב - אבל כתב **כלשהו** חייב להיות, שהרי זאת מצוות המחוקק. על כן, גם לאחר שהפסיקה הרחיקה לכת ופרשה את דרישת הכתב באופן מינימליסטי, הרי שהפסיקה לא ביטלה כליל את הדרישה ובמקום שלא היה כתב כלל, לא ניתן היה לתת תוקף לעסקה במקרקעין. ברם, הצורך בריכוך לא נעצר בריכוך חלקי ובמקרים יוצאי דופן מאוד, של תרמית ממש וניצול ציני של העדר כתב, התעורר צורך להכיר בתוקפה של עסקה במקרקעין גם בהיעדר כתב כלל. השופט ברק חידש על כן, כי במקרים נדירים שבנדירים אלה, יחול "ריכוך מלא" של דרישת הכתב, ותוכר עסקה במקרקעין אף בהיעדר כתב כלל. מול דרישת הכתב הוצב עקרון תום הלב, ונעשתה קפיצת מדרגה שמכוחה נקבע כי ניתן לאכוף הסכם ביחס למקרקעין אף בהעדר כתב כלל. "ריכוך מלא" זה של דרישת הכתב, נעשה רק במקרים קיצוניים, נדירים ויוצאי דופן, שבהם נשמעת "זעקת הגיונות".

3. בכל הנוגע לדרישת הכתב בחוק המתווכים אימצה הפסיקה את גישת הריכוך החלקי, ואפשרה השלמת פרטים חסרים. אולם, הפסיקה לא חצתה את המשוכה של אכיפת ההסכם אף בהעדר כתב כלל. ברם, לנו נראה בכל הכבוד, כי גישה זו של הפסיקה שגויה בעליל **בשני** היבטיה

* תודתי מכל לב לעו"ד **אריק מגידוש** שסייע בידי בכתיבה ובסיעור המוחין, תודה מיוחדת למר **חי נחום** שסייע לי בחשיבה בבנייה ובהבניה של הדברים מהחל עד כלה, תודתי לפרופ' ברק מדינה ולכב' השופטים ד"ר **גרשון גונטובניק** ו**אמיר גל-לוקשינסקי** על הערות מחכימות ובונות. כמו כן, תודתי לה"ה **רן מס**, **סתיו שילוח** ו**טליה קוטלר** עורכי המשפט ועסקים" על הערות חשובות ומאירות מבחינה מבנית ותוכנית כאחד.

כאחד, קרי, הן באימוץ גישת הריכוך החלקי ביחס לחוק המתווכים והן באי אימוץ גישת הריכוך המלא במקרים נדירים שבהם נשמעת "זעקת הגינות" המחייבת לעשות כן. נראה כי התוצאה צריכה להיות הפוכה ממש בכל אחד מהמקרים. מצד אחד, נראה כי אין מקום לריכוך חלקי על דרך הרגיל, שכן דרישת הכתב בחוק המתווכים לא נועדה לוודא גמירת דעת ורצינות והיא אינה מופנית כלפי שני הצדדים אלא מטילה חובה על המתווך לנהוג במקצועיות, ובכלל זה להשכין ודאות ביחסיו עם הלקוח על-ידי החתמתו על מסמך התקשרות בכתב שבה ימלא המתווך פרטים שנקבעו במפורש בתקנות ביחס להתקשרות בין הצדדים. פרטים אלו אינם פרי הפסיקה ואין בידי הפסיקה לבטלם בבחינת "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", אלא הם נקבעו ע"י מחוקק המשנה ואין לסטות מהם על דרך הרגיל ולרכך אותם. במידה והמתווך התרשל ולא החתים את הלקוח על מסמך מלא ומפורט, בהתאם לדרישת מחוקק המשנה, הרי שהחוק שלל במפורש את זכאותו לדמי תיווך, ואל לה לפסיקה לתת יד לרשלנותו של המתווך ולקבוע חובת תשלום בניגוד לדין. המרחם על רשלנים מתאכזר כלפי הלקוחות, ועם הניסיון לעשות "צדק" במקרה הקונקרטי שלפניו, יוצר בית המשפט למעשה חוסר צדק במקרים עתידיים אחרים, שכן בכך מאיין בית המשפט את התכלית העומדת בבסיס דרישת הכתב בחוק המתווכים ליצור בהירות ביחסים שבין מקבל השירות לבין המתווך.. נראה לנו כי יש להזהיר מפני ריכוך חלקי זה, שכן הנטייה האינטואיטיבית היא לחשוב שריכוך חלקי מכרסם פחות בתכלית החוק בהשוואה לריכוך מלא, אך בפועל ההפך הוא הנכון: בשני המקרים שבהם נעשה ריכוך, אנחנו חוטאים לתכלית החקיקה. אולם, שכיחותו הרבה של הריכוך החלקי לעומת השימוש הנדיר והחריג בריכוך המלא, והרצון לשמור על כוונת המחוקק, מחייבים, כך נראה, לקבל את הריכוך המלא ולדחות את הריכוך החלקי. ואכן, נראה כי במקרים הנדירים והחמורים, יוצאי הדופן בחומרתם הקשה עד כדי תרמית ו"זעקת הגינות", כשהמתווך מצדו עשה את המוטל עליו אלא שהלקוח רימה אותו, ומחדלו של המתווך לא נגרם אלא בעטיו של הלקוח, הרי שזעקה זו תישמע גם תישמע. במקרים מיוחדים ונדירים אלה ניתן יהא לוותר על פרטים חסרים במסמך ההזמנה ואף לוותר על דרישה זו כליל ("ריכוך מלא"). הקריטריון לריכוך של דרישת הכתב אינו נוגע למידת הריכוך אלא לחומרת התרמית. כדי להדגים את הדברים במישור המעשי נביא בסיכומו של מאמר זה שלושה פסקי דין וניישם את הנורמה המוצעת ביחס למקרים שנדונו בפסקי הדין.

ב. עסקת מקרקעין לעומת עסקת תיווך - מבוא

4. עסקת מקרקעין היא לרוב עסקה מרכזית, מבחינה כלכלית בחייו של אדם, מכיוון שהיקפה הכספי ניכר ויש לה משמעויות רבות ליציבותם הכלכלית ולעתידם של הצדדים לה. שונה היא עסקת תיווך. אכן, נשוא התיווך הוא מקרקעין. אבל, העסקה בין מקבל שירות התיווך לבין המתווך אינה עוסקת בעצם הרכישה של המקרקעין אלא בשירותי התיווך ובתשלום דמי התיווך. ההיקף הכלכלי של עסקת התיווך הוא אחוז או אחוזים בודדים מהיקף העסקה במקרקעין. זה "עולם אחר". עם זאת, מצא המחוקק לנכון להטיל דרישת כתב לא רק ביחס לעסקה בגוף המקרקעין אלא גם ביחס לעסקה נלווית של תיווך במקרקעין.

5. ההצדקה להחלת דרישת כתב ביחס לעסקה במקרקעין נעוצה **בחשיבות הכלכלית** של עסקה זו¹. בעסקה בת משקל כלכלי רב, יש צורך להבטיח, בראש ובראשונה, את הרצינות ואת כובד הראש של הצד המתקשר ויש להגן עליו מפני התקשרויות חפוזות העלולות להתבצע בלא שהופעל שיקול דעת מושכל². לעומת זאת, בעסקת תיווך נעוצה דרישת הכתב דווקא בחשש מפני **חוסר החשיבות** של העסקה בעיני המתקשרים. דרישת הכתב נועדה להפוך את מעבר המידע מהמתווך אל הלקוח מסטטוס של "שיחה בעלמא" לסטטוס של שירות, שמצד אחד הלקוח מתחייב לשלם בגינו דמי תיווך המתווספים על מחיר העסקה ונראים לו (לרוב רק בדיעבד) מיותרים ומעיקים³, ומצד שני נוצרת מחויבות ברורה של המתווך לתת שירות מסוים ומוגדר, עם חובת נאמנות ללקוח. כמו כן, נועד הכתב בעסקת התיווך ליצור בהירות וודאות במערכת היחסים, כדי למנוע התדיינויות הנובעות מיחסים שהם בגדר של רקמה פתוחה ועמומה.

6. דרישת הכתב בחוק המקרקעין היא פטרנליסטית ונועדה להגן על הצדדים מפני התקשרות פזיזה בנושא בר חשיבות. דרישת הכתב במקרקעין אינה דרישה ראייתית שתכליתה רק להוכיח את עצם קיומה של העסקה, או כדי למנוע טענה שקרית של צד להסכם באשר לעצם קיומה של ההסכמה⁴ אלא זו דרישה **מהותית**⁵, שתכליתה לבטל את תוקף ההתקשרות אם

¹ ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 283, 290-291 (1979) (להלן: עניין רבינאי); גבריאלה שלו דיני חוזים – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 382 (2005); נילי כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח(1) 383, 387-388 (1989). השופט רובינשטיין הדגיש בע"א 8234/09 לילי שם טוב נ' כדורי פרץ, סד (3) 60 (2011) (להלן: "עניין שם טוב") כי מקרקעין הם נכס שהכתב מהווה בו עוגן סטטוטורי, במרשם המקרקעין על כל הכרוך בו, לפי חוק המקרקעין.

² ע"א 475/87 אהרונוב נ' אהרונוב, פ"ד מג(3) 165 (1989); ע"א 7388/97 עיזבון המנוח משה שמיר ז"ל נ' דולב (שמיר), פ"ד נג(1) 596 (1999); ע"א 2143/00 לוי נ' שולר, פ"ד נז(3) 183 (2003) (להלן: עניין לוי נ' שולר).

³ פרופ' איל זמיר במאמרו "לקראת חקיקה של דיני תיווך" ספר הזכרון לגד טדסקי, 225, 227-229, עמד על צורך ייחודי זה בהסכמי תיווך מן הטעמים הבאים: א. מרכולתו של המתווך היא מידע, שאינו נחלתו הבלעדית אלא הוא מוצר ציבורי. הצד לעסקה, שקיבל מהמתווך מידע זה, לא חש כי הוא חייב משהו למתווך. אכן, בלעדי מידע זה לא היה כורת את העסקה, אך הוא לא מרגיש שהמתווך נתן לו משהו שלו, אלא חש כי המתווך קלט מידע, שהוא בעקרון נחלת הכלל ומבקש לנצל זאת ולהפיק רווח קל מן העסקה, על לא דבר; ב. אין קשר הכרחי (או אפילו טיפוסית) בין היקף העבודה של המתווך במקרה הספציפי לבין זכותו לשכר. לפעמים די בטלפון אחד כדי שעסקה תיקשר. על כן, ישנם ניסיונות רבים של לקוחות, בצדק או שלא בצדק, להימנע מתשלום למתווך, שנתפס בעיניהם כמי שרוכב על גבם ומבקש להרוויח, בלא שהשקיע בעסקה כספים, בלא שנטל סיכון, ואף בלא שהשקיע מאמץ או זמן רב; ג. צורת החיוב של דמי התיווך משמיעה שחיוב התשלום אינו משתכלל עד אשר השתכללה עסקה. נמצא כי החיוב לתשלום דמי התיווך מתרחש אחרי שהמתווך כבר "עשה את שלו" קרי בפנינו מצב של אשראי בלי בטחונות, שהינו מתכון קלאסי לניסיון להתחמק מתשלום. זאת במיוחד לנוכח העובדה כי ההתקשרות בין המתווך ללקוח היא במקרים רבים חד פעמית, והלקוח לא צפוי להזדקק שוב למתווך בזמן הקרוב (כגון במקרה של רכישת דירה ע"י אדם פרטי). משמעות הדבר שבסיום פעולת התיווך אין ללקוח תמריץ לשלם במטרה לקבל שירות טוב.

⁴ להבדל בין הדרישות השונות ישנה השפעה על העסקה והצדדים במספר הקשרים: כמות הכתב הנדרש, האם יש תחליף לדרישת הצורה, תוקף ההסכם כלפי צדדים שלישיים ועוד. להרחבה ראו נילי כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח 383, 396-400 (1989).

⁵ דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 401-407 (1991).

הצדדים התקשרו בלי להקדים כתיבה וחשיבה להתקשרות ומחויבות⁶. הכתב הוא תנאי הכרחי לכריתת ההסכם. המשמעות של דרישה זו היא שללא כתב - אין הסכם תקף⁷. על כן, גם אם שני הצדדים מודים שנכרת ביניהם הסכם ביחס למקרקעין, לא יהיה להסכם כל תוקף אם לא נערך בכתב.

7. דרישת הכתב בחוק המתווכים היא דרישה מהותית שבאה להגן בעיקרה על תכלית **אחרת**. אין היא מיועדת לוודא את רצינות הצדדים להתקשר בעסקה בת משמעות כלכלית כבדה, אך היא דרושה כדי להבהיר מהם פרטי העסקה, מה כולל השירות ומהי העלות הכרוכה בו. תכליתה של דרישת כתב זו היא לוודא כי הושגה הסכמה מדעת של הצדדים לכל פרטי ההתקשרות. דרישת כתב זו נועדה להבטיח לא רק את **גמירות הדעת** לעצם ההתקשרות בעסקה אלא את **ההסכמה המודעת** לפרטי העסקה. הסכמה מודעת מבטאת חובת גילוי חזקה המוטלת על המתווך, או על כל נותן שירות במקרה של חקיקה צרכנית, שתכליתה ליצור ודאות, בהירות והסכמה מדעת לפרטי העסקה⁸.

8. להלן נראה כי חוק המתווכים נכלל בחקיקה צרכנית, שמטרתה ליצור הגנה על הצרכן מול נותן השירות, שכן הצרכן סובל בדרך כלל מנחיתות אינפורמטיבית לעומת נותן השירות. דרישת הכתב נועדה לוודא שנותן השירות לא ינצל את נחיתותו האינפורמטיבית של הצרכן. לכן חוקים צרכניים מטילים על נותן השירות חובת גילוי רחבה הבאה לידי ביטוי, בין היתר, בפרטים שונים שנותן השירות מחויב לגלות. דרישת הכתב בחקיקה צרכנית אינה מופנית לשני הצדדים אלא מוטלת על נותן השירות בלבד. בנוסף, פער הכוחות שבין נותן השירות לצרכן

⁶ ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון המנוח יהושע בידרמן, פ"ד כו(2) 781 (1972); ע"א 146/72 חברת האחים מנשה וויקטור לוי בע"מ נ' גולדמן, פ"ד כז(1) 321 (1973); עניין רבינאי, ה"ש 1 לעיל; ע"א 4707/90 מיורקס נ' חברת ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ, פ"ד מז(1) 17 (1993); ע"א 9287/07 חנוך נ' ד"ר נגר (1.3.2011); ע"א 547/09 חברת אוק אף איי אינבסטמנט קו בע"מ נ' חברת פי בי סי מימון בע"מ (פורסם בנבו, 23.5.2011); ע"א 7123/10 תחנת דלק ראש פינה נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 14.8.2012). לדרישת כתב מהותית בעסקאות הנוגעות לזכויות במקרקעין בדין האנגלי ובדין האמריקאי ראו The Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 Section 2; Igor Stramigoni, *When Law Stands Still: Land Contracts in English Law and Law's "Abandonment" of Everyday Life*, 12 LAW AND CRITIQUE 105 (2001); UCC Section 2-201 (Statute of Frauds); J.D. CALAMARI & J.M. PERILLO THE LAW OF CONTRACTS 757-762 (5th ed., 2003). רבי נתן שטרנהארץ (תלמידו של רבי נחמן מברסלב) בספרו לקוטי הלכות (על חושן משפט הלכות מתנה ומתנת שכיב מרע הלכה א') מבהיר את הצורך בכתב כדי להעביר קניין שכן ממונו של אדם קשור בשורש נשמתו ו"מאחר ש'הנפש נשקשת בממון קשה להוציא הדבר מאחד לחברו ועל כן צריך קנין גמור לזה, כדי שעל ידי זה יצא הדבר משורש נפשו לחברו וזה בחינת כל הקניינים. ועל כן חזק הקנין על ידי הפתב, פי הפתב הוא פנימיות שרש הנפש וכשכותב לחברו הקנין אזי מגלה פנימיות שרש נפשו ש'מראה בהקנין ואזי יוצא הדבר לגמרי מפנימיות שרש נפשו. ועל כן מועיל הקנין ביותר על ידי הפתב".

⁷ גבראלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 380 (מהדורה שלישית, 2005).

⁸ אכן, גם בחוק המקרקעין רצוי שיהיו אותם אפיונים של ודאות, בהירות והסכמה מדעת לפרטי העסקה, אך פערי המידע פחות חריפים בין הצדדים ולכן הדגש הוא על עצם גמירות הדעת ולא על הירידה לפרטים.

מחייב להכיר בדרישת הכתב כדרישה קוגנטית.⁹

9. הנפקות בין התכליות של דרישות הכתב השונות, תתבטא בין השאר בשאלה על מי מוטלת האחריות לוודא את הגשמת דרישת הכתב. במקרקעין תכלית הדרישה היא להדגיש לצדדים את חשיבות העסקה ולהרתיע את המתקשרים מפני התחייבות חפוזה¹⁰. משום כך, האחריות למלא דרישת כתב זו מוטלת על שני הצדדים לחוזה, כך שעליהם לעמוד **יחד** בדרישות צורניות שקבע המחוקק בנוגע לכריתת חוזים מסוימים. לעומת זאת, בדרישת הכתב בחקיקה הצרכנית מוטלת החובה לקיום דרישת הכתב על **נותן השירות** בלבד, מאחר שתכלית הדרישה היא להבהיר את מהות השירות כדי למנוע חילוקי דעות בעתיד, והניסיון בדבר השירות הנחוץ נמצא בידי המתווך. נחיתות אינפורמטיבית זאת עלולה להוביל לחוסר יעילות ולגרום לשתי תוצאות מרכזיות: **ראשית**, צרכנים יכנסו לעסקאות לא יעילות עם המתווך, שכן העסקה לא ממקסמת את תועלת הצדדים. לו היה הצרכן מודע לכל הפרטים, יתכן שהיה בוחר שלא להיכנס לעסקה. **שנית**, כאשר דרישת הכתב ומלוא הפרטים אינם מפורטים וידועים לצרכן, סביר להניח שההסכם יהיה עמום. במצב זה עלול להיווצר נזק לצדדים בדמות סכסוכים משפטיים מיותרים והגדלת עלויות ההתדיינות, שיכלו להימנע מלכתחילה על-ידי הטלת חובת גילוי מסוג דרישת כתב על נותן השירות. כדי למנוע נזקים אלו, על הצרכן להשיג את המידע המהותי בנוגע לפרטי העסקה. אך כדי להשיג אותם נדרשת ממנו השקעת משאבים רבים. לעומת זאת, נותן השירות יכול להביא לגילוי המידע באופן קל יחסית שחוסך השקעת משאבים זו. במקרה זה, נותן השירות הוא מונע הנזק הטוב ביותר של התאונה המשפטית ואי-היעילות שהמחוקק מבקש למנוע, ועל כן האחריות מוטלת עליו ועמה גם הסנקציה המשפטית לפיה בהעדר כתב לא יזכה לתשלום.

10. אכן, מזווית ראייה של שיקולי צדק קשה לעיתים להצדיק את הפטור של הלקוח מתשלום, שכן הלקוח זכה בשירותי תיווך מעולים. ברם, שוויתור על דרישת הכתב עלול לפגוע בלקוחות עתידיים ולהביא לכך שההתרשלות של "אתמול" תהפוך להיות הנורמה של "מחר" בכך שהמתווך יידע כי גם אם ינהג ברשלנות וימנע מעריכת מסמך בכתב עדיין יקבל את שכרו. התוצאה תהא מטבע הדברים זלזול בדרישת הכתב והימנעות מהחתמת הלקוח, לעיתים אף במכוון. בכך ייפגעו לקוחות עתידיים ותאווין תכלית דרישת הכתב שאותה ביקש המחוקק להשיג, מצב זה יוביל לכשל שוק קבוע שהמחוקק ביקש למנוע. המחוקק קבע על כן כי מוטב להגן על הלקוחות, גם במחיר של פגיעה במקרה קונקרטי במתווך ואין לתת פטור מדרישת הכתב כדי שלא לסכל הגנה זו.

⁹ משום כך, גם אם יש מקרה קונקרטי שבו אין פערי מידע, או שהלקוח מעוניין בעיסקה ואדיש למידע, יחולו הוראות חוק המתווכים באותה מידה, שאם לא כן "נתת דבריך לשיעורין" והכלל הופך להיות תלוי בנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה.

¹⁰ שלו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 382.

ג. דרישות הכתב בחיקוקים שונים - דרישה זהה ותכליות שונות

11. חופש החוזים קובע שאין להתערב בתוכן הסכמות שהושגו בין שני בגירים שפעלו בנפש חפצה ובהסכמה הדדית. כמו כן, אין להתערב באופן שבו הביעו הצדדים את הסכמתם זו. בהתאם לכך קובע סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"): "חווה יכול שייעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים". עם זאת, המחוקק מצא לנכון להגביל את חופש החוזים בשורה של דברי חקיקה וקבע כי חוזים מסוימים יעשו אך ורק בכתב. הדרישה בחיקוקים השונים זהה, אך התכליות שונות.

12. חלק מדרישות הכתב נועדו למנוע הפיכת אמירה גרידא להתחייבות מחייבת ולהקנות רצינות, יציבות וודאות לאמירה הלובשת את הצורה הנכונה כדי להשתכלל לכדי פעולה משפטית¹¹. הפסיקה מציינת תכלית זו כניצבת ביסוד דרישת הכתב לגבי עסקה במקרקעין, לגבי דרישת הכתב בהתחייבות לתת מתנה¹² וביסוד דרישת הכתב לעניין צוואה¹³. דומה לכך גם דרישת הכתב בסעיף 1 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, הקובע כי: "הסכם בין בני זוג המסדיר יחסי ממון שביניהם ושינוי של הסכם כזה, יהיו בכתב". גם בחוק זה מטרת דרישת הכתב היא להעניק ממד של טקסיות ורשמיות למעמד¹⁴, כדי להקנות רצינות להסכמות בין בני זוג שיש להן השלכות כלכליות מרחיקות לכת¹⁵.

¹¹ דברי השופט שטרסברג כהן בדנ"א 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד מט(5) 314, 323 (1996).

¹² סעיף 5(א) לחוק המתנה, תשכ"ח-1968, קובע כי: "התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב". בדברי ההסבר להצעת חוק המתנה, תשכ"ח-1968, ה"ח 669, הובהר כי תכלית דרישת הכתב בחוק המתנה היא: "כדי למנוע פיזור הבטחות מתנה מתוך קלות דעת, דורש החוק שההתחייבות לתת מתנה שאינה מתבצעת לאלתר תיעשה בכתב".

¹³ סעיף 20 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, קובע כי: "צוואה בעדים תהיה בכתב". סעיף 25 לחוק מאפשר לבית המשפט לקיים צוואה אף אם נפל פגם בפרט מן הפרטים או בהליך מן ההליכים המפורטים בחוק או בכשרות העדים, או בהעדר פרט מן הפרטים, "אם לא היה לבית המשפט ספק כי הצוואה משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה". אולם, דרישת הכתב אינה נכללת בכך, שכן המחוקק מקנה סמכות זו לבית המשפט רק אם "התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה". וסעיף 25(ב) מגדיר כ"מרכיבי היסוד" בצוואה בכתב יד - הצוואה כולה כתובה בכתב ידו של המצווה, ובצוואה בעדים **שהצוואה בכתב** והמצווה הביאה בפני שני עדים. מכאן עולה אפוא בבירור כי תכליתה של דרישת הכתב אינה לוודא את רצון המנוח, וגם אם רצון זה ברור לבית המשפט, הוא לא יוכל ליתן תוקף לצוואה שאינה עומדת בדרישת הכתב. תכליתה של דרישת הכתב היא אפוא למנוע הפיכת אמירה גרידא להתחייבות מחייבת ולהקנות רצינות, יציבות וודאות למעמד.

¹⁴ ראה דברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון בן בני זוג, תשל"ג-1973, ה"ח 849. מטעם זה אף נקבע בסעיף 2 לחוק כי הסכם ממון טעון אישור בית המשפט לענייני משפחה או בית דין דתי, ואישור שכזה לא יינתן אלא לאחר שנוכח בית המשפט או בית הדין, שבני הזוג עשו את ההסכם או את השינוי בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו.

¹⁵ נראה כי זו גם תכליתו של סעיף 7 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, הקובע כי "הסכם קיבוצי יהיה בכתב והוא הדין לכל שינוי בו או להארכתו". מטרת הסעיף היא להקנות ממד של רשמיות למעמד יצירת מסמך שיש לו השלכות משפטיות וכלכליות מרחיקות לכת. זו גם תכליתו של סעיף 17 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979, הקובע כי "הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת טעונה מסמך בכתב, שבו מביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש וקובע מטרותיו,

13. סעיף 8 לחוק המקרקעין קובע כי: "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". כאמור, מטרת דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין, פורשה ע"י פרופ' ג' שלו¹⁶ כנובעת מחשיבות העסקה ומן הצורך בהרתעת המתקשרים מפני התחייבות חפוזה. תכליתה של דרישת הכתב על פי סעיף 8 לחוק המקרקעין נעוצה בצורך להבטיח את רצינותן של עסקאות במקרקעין, שעל הצד המתקשר לעשותן בכובד ראש¹⁷, על שום היותן ברות משקל כלכלי רב. בנוסף, באמצעות דרישת הכתב מושגת ודאות באשר לתוכנה של העסקה במקרקעין שהיא לעיתים רבות העסקה המהותית ביותר בחייו של אדם וחשוב כי תעשה באופן יסודי כשהוא נותן את הדעת לפרטים השונים¹⁸.

14. בהתאם לתכליות אלו קבעה הפסיקה, כי דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין איננה דרישה ראייתית אלא דרישה מהותית¹⁹. על כן, גם מקום שבו שני צדדים מודים שכרתו ביניהם הסכם ביחס לזכות במקרקעין - לא יהיה להסכם כל תוקף אם לא נערך בכתב. הפסיקה פירשה את דרישת המחוקק באופן נוקשה וקבעה כי אם "לא נעשה מסמך - לא עשו הצדדים ולא כלום"²⁰.

נכסיו ותנאיו". על תכלית דרישת הכתב של "כתב הקדש" כמיועדת לתת ממד של רשמיות וטקסיות ליצירת ההקדש, ניתן ללמוד מהוראות סעיף 17 לפיהם "כתב ההקדש" יהא למשל "כתב חתום בידי יוצר ההקדש בפני נוטריון".

¹⁶ גבריאלה שלו דיני חוזים – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 281 (2005): "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"; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים, כרך א' 623-621, תשנ"א.

¹⁷ ראה דבריה של השופטת א. חיות, בעניין שם טוב, ה"ש 1 לעיל, פסקה 18 בבואה לנתח את דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין. כן ראה עניין רבינאי, ה"ש 1 לעיל; גבריאלה שלו דיני חוזים - לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 382 (2005); נילי כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח(1) 383, 387-388 (1989).

¹⁸ ע"א 475/87 אהרונוב נ' אהרונוב, פ"ד מג(3) 165 (1989); ע"א 7388/97 עזבון המנוח משה שמיר ז"ל נ' דולב (שמיר), פ"ד נג(1) 596 (1999); ע"א 2143/00 לוי נ' שולר, פ"ד נו(3) 183 (2003).

¹⁹ ראה ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון המנוח יהושע בידרמן, פ"ד כו(2) 781 (1972); ע"א 146/72 חברת האחים מנשה וויקטור לוי בע"מ נ' גולדמן, פ"ד כז(1) 321 (1973); עניין רבינאי, ה"ש 1 לעיל; ע"א 4707/90 מיוקס נ' חברת ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ, פ"ד מז(1) 17 (1993); ע"א 9287/07 חנוך נ' נגר (פורסם בנבו, 01.03.2011); ע"א 547/09 חברת אוק אף איי אינבסטמנט קו בע"מ נ' חברת פי בי סי מימון בע"מ, פורסם בנבו, 23.05.2011); ע"א 7123/10 תחנת דלק ראש פינה נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 14.08.2012).

לדרישת כתב מהותית בעסקאות הנוגעות לזכויות במקרקעין בדין האנגלי ובדין האמריקאי ר' The Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 Section 2;

Igor Stramigoni, When Law Stands Still: Land Contracts in English Law and Law's "Abandonment" of Everyday Life, 12 Law And Critique 105 (2001);

UCC Section 2-201 (Statute of Frauds);

J.D. Calamari & J.M. Perillo, The Law Of Contracts (5th ed., 2003), pp. 757-762

²⁰ הפסיקה יצאה מנקודת מוצא נוקשה המיישמת את דרישת הכתב כדרישה מהותית שאין אחריה ולא כלום: ע"א 651/72 צפורה ארנה פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתח-תקוה בע"מ, פ"ד כח (1) 617 (1974); ע"א 649/73 יצחק קפולסקי נ' גני גולן בע"מ, פ"ד כח (2) 291 (1974); ע"א 269/77 בוגנים צ'צ'ק חברה לבנין בע"מ נ' יורשי המנוח אברהם כץ, פ"ד לב (2) 203 (1978).

15. תכליתה של דרישת הכתב שונה בחוקים צרכניים. כך, למשל, חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות²¹ הינו חוק צרכני שנועד להתמודד עם ריבית הנשך שנגבתה בהלוואות שניתנו ללווים על-ידי גופים שאינם גופים בנקאיים ("השוק האפור"). המחוקק ביקש לקבוע שיעור מרבי לריבית הנגבית בגין הלוואות אלו ובדרך זו למנוע ממלווים שאינם תאגיד בנקאי מורשה ומפוקח, לנצל את מצוקתם של צרכנים שאינם בעלי כוח מיקוח ועקב כך מסכימים ללוות כספים בתנאים בלתי סבירים²². עסקינן אפוא בחוק צרכני, אשר נועד להגן על מי שנטל הלוואה ממקור שאינו תאגיד בנקאי²³. סעיף 2 לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות קובע כי: "חוזה הלוואה בין מלווה ללווה טעון מסמך בכתב". גם זו דרישת כתב מהותית²⁴ ובפסיקה נקבע²⁵ כי "עלינו להקפיד על כל תג ותג בבואנו ליישם וליתן פרשנות להוראות החוק. על כל מלווה לדעת כי מסתכן הוא אם בחר להתעלם מהוראות החוק ולא ערך חוזה הלוואה בכתב"²⁶. אולם, דרישת הכתב בחוק זה לא נועדה להבטיח את רצינות המעמד ותוקף גמירת הדעת²⁷, אלא מטרתה לוודא את ההסכמה המודעת של הלווה לפרטים הנכללים בהסכם הלוואה²⁸. תכלית זו קיימת בהוראות חוק צרכניות רבות, המחייבות את נותן השירות לספק

²¹ חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, תשנ"ג-1993 (להלן: "חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות")

²² דברי ההסבר להצעת חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, תשנ"ג-1993, ה"ח 2172.

²³ לצורך כך הטיל המחוקק חובות שונות על המלווה החוץ בנקאי: עריכת חוזה הלוואה בכתב (סעיף 2 לחוק); חובה לגלות ללווה גילוי מלא של כל פרטי הלוואה (סעיף 3 לחוק); קביעת עלות אשראי מרבית (סעיף 5 לחוק); הגבלת ריבית הפיגורים (סעיף 6 לחוק); פיקוח על הקדמת מועד הפירעון (סעיף 7 לחוק), מנגנון בידי בית המשפט, להורות על ביטול או שינוי תנאי הלוואה, במקרה ותנאיו אינם מתאימים להוראות סעיפים 5-7 לחוק (סעיף 9 לחוק), וסמכות לראש ההוצאה לפועל שלא לנקוט בהליכים כנגד הלווה, אם היה לו יסוד להניח כי חוזה הלוואה או תנאיה אינם מתאימים לדרישות החוק (סעיף 10 לחוק).

²⁴ ראה דברי ההסבר להצעת חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, תשנ"ג-1993, ה"ח 2172 עמ' 116: "מוצע שחוזה למתן הלוואה חייב להיות בכתב. דרישת הכתב היא מהותית, כלומר, הסכם בעל-פה לא יהיה תקף".

²⁵ ע"א 9044/04 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' צוניאשוילי (פורסם בנבו, 24.06.2007) (להלן: "עניין מיסטר מאני"). בע"א (ת"א) 4003/07 בס ארנון נ' אברהם אריה (פורסם בנבו, 21.01.2009) (להלן: "עניין בס ארנון") נקבע: "במקום בו חלוקים בעלי הדין אם ניתנה כלל הלוואה על המלווה להציג את אותו מסמך בכתב על מנת להיפרע מהלווה. ודוק, נטל ההוכחה רובץ על המלווה ולא על הלווה. אך לא די בכך, הואיל ונטל זה דורש גם הצגת מסמך בכתב אשר בהעדרו לא ניתן יהיה להיפרע אף משטרות שניתנו, לפי טענת המלווה בגין אותה הלוואה. אם לא נאמר כך, נרוקן למעשה מכל תוכן את דרישת המחוקק לכך שחוזה הלוואה יערך בכתב... ערים אנו לתוצאה האפשרית נוכח קביעתנו האמורה. אולם לאור תכליתו של החוק וכאמור, עלינו להקפיד על כל תג ותג בבואנו ליישם וליתן פרשנות להוראות החוק. על כל מלווה לדעת כי מסתכן הוא אם בחר להתעלם מהוראות החוק ולא ערך חוזה הלוואה בכתב".

²⁶ בית המשפט העליון (המשנה לנשיאה, השופט א. רובינשטיין) ברע"א 2132/09 אברם אריה נ' ארנון בס (פורסם בנבו, 08.07.2009) לא קיבל את הקביעה הערכית לפיה צד יוכל להתנער מהסכם בידועין ובתרמית, רק משום שהוא לא נערך בכתב והתלבט האם לא נכון לאמץ את "תורת הריכוך" שעליה נעמוד להלן. השופט רובינשטיין ציין את שקבע בהלכת מיסטר מאני, אך מנגד ציין גם כי "תוצאה לפיה לווה שנטל הלוואה שאינה מוכחשת יודע מתחילה כי יוכל להתנער מהשבה כל עיקר אינה פשוטה". עם זאת, בהעדר כתב לא ניתן היה לאכוף את החוזה, על שום אי הוודאות שהשתררה לגבי ההסכמות.

²⁷ מקרה מובהק שבו אין צורך בכתב כדי להדגיש את חשיבות העניין, הוא מסירת מידע לחולה לפני מתן טיפול רפואי, כדי לוודא הסכמה מדעת. סעיף 13 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 קובע כי "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת.. לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטופל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח

לצרכן כתב מפורט המונה את כל ההתחייבויות שהצרכן נוטל על עצמו, כדי לוודא הסכמה מדעת של הצרכן להוראות אלו, וכדי שלא יקפח אדם את זכותו מפאת תניה המוסתרת בין "האותיות הקטנות" של ההסכם.

16. מקרה מובהק שבו תכלית דרישת הכתב לא נועדה בעיקרה כדי להדגיש את חשיבות העניין, הוא מסירת מידע לחולה לפני מתן טיפול רפואי, כדי לוודא "הסכמה מדעת" (informed consent). מטרת הכתב בנסיבות אלו אינה מיועדת להדגיש את חשיבות העניין, שהרי עסקינן בפרוצדורה רפואית ובהחלטה גורלית בחייו של אדם. מטרת דרישת הכתב היא לוודא בזמן אמת כי ההסכמה אכן ניתנה על בסיס מידע מלא ומפורט. חוק זכויות החולה עוסק באדם שמעמדו חלש מבחינת מידע ותלות לעומת המערכת שלחסידיה הוא נתון²⁹ ותכלית דרישת הכתב בחוק זה היא להשרות וודאות כי החולה אכן יודע פרטים, שנקבעו בסעיף 13 לחוק זכויות החולה, אודות מצבו הרפואי, מהות ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע; הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות; סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי, ואת עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני. סעיף 13 לחוק זכויות החולה³⁰ קובע כי: "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת.... לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים

סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע". ועל אף זאת נקבע בסעיף 14 לחוק כי "הסכמה מדעת לטיפול רפואי המוני בתוספת הראשונה תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל". מטרת הכתב בנסיבות אלו אינה מיועדת להדגיש את חשיבות העניין, אלא לוודא בזמן אמת כי ההסכמה אכן ניתנה על בסיס מידע מלא ומפורט, ותכלית הכתב להשרות וודאות בעניין זה. חוק זכויות החולה עוסק באדם שמעמדו מבחינת מידע ותלות חלש לעומת המערכת שלחסידיה הוא נתון. בדומה לכך, דרישות הכתב שנכללו בחקיקה הצרכנית נועדו להבטיח כי הצרכן, הניצב מול מערכות רבות עצמה ותחכום, יזכה למידע הולם ולא תנוצל בורותו בטרם שתתקבל הסכמתו להתקשרות חוזית. תכלית הכתב במקרים אלו היא ליצור מערכת מידע מפורטת ולוודא שההסכמה ניתנה מדעת לא רק "בגדול" אלא גם מתוך ירידה לפרטים. דומה לכך היא תכליתה של דרישת הכתב בסעיף 19 לחוק ההתיישנות תשי"ח-1958 הקובע כי "רשאים בעלי הדין להסכים, בחוזה נפרד בכתב, על תקופת התיישנות ארוכה מן הקבועה בחוק". בע"א 419/71 מנורה חברה לאחריות ולביטוח משנה בע"מ נ' נ' מ' נומיקוס, כו (2) 527 (1972) הבהיר בית המשפט כי "דרישה זו באה מפני תיקונו של עולם, שלא יקפח אדם את זכותו מפאת תניה המוסתרת בין "האותיות הקטנות", שעל הרוב לא קרא אותן".

²⁸ בעניין **בס ארנון** נקבע כי שלש מחלוקות יכול ויתגלו בין מלווה ללווה: מחלוקת אחת ענינה האם ניתנה ללווה הנטען הלוואה; המחלוקת השנייה, אם אכן ניתנה שכזאת מה היו תנאיה; והשלישית, מה אירע לאחר נתינת הלוואה, דהיינו מה הסכומים שנפרעו ומה יתרת החוב כולל הרכיבים השונים הקשורים בכך. סעיף 2 לחוק ענינו בשאלה הראשונה, ואילו סעיף 3 דן בשתי השאלות האחרות. הוראת המחוקק הינה שעל המלווה לעמוד בכל הדרישות האמורות. הלוואה שהחוק חל עליה ולא ניתנה בכתב - לא ניתן יהיה, לכאורה, להיפרע ממנה. תנאי מוקדם הינו מסמך בכתב, ובהעדרו אין לכאורה עילה להגשת תביעה כנגד הלווה.

²⁹ בדברי ההסבר להצעת חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, ה"ח 2132, מובהר כי החוק נועד להגן על החולה מכיוון ש"מדובר באנשים שמפאת מצבם המיוחד הם חשופים לפגיעה בזכויותיהם הבסיסיות הן מבחינה חוקית והן מבחינה אנושית. אנשים אלה נתונים במצב של תהיה ואי ודאות, בהרגשה של תלות כמטפלים ובמוסדות המטפלים ובתנאים של לחץ נפשי".

³⁰ חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק זכויות החולה").

לטיפול המוצע". בסעיף 14 לחוק זכויות החולה נקבע כי: "הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה³¹ תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל". בדומה לכך, דרישות הכתב שנכללו בחקיקה הצרכנית נועדו להבטיח כי הצרכן, הניצב מול מערכות רבות עצמה ותחכום, יזכה למידע הולם ולא תנוצל בורותו או חולשתו ותתקבל הסכמה מודעת שלו להתקשרות החוזית. תכלית דרישת הכתב במקרים אלו היא ליצור מערכת מידע מפורטת ולוודא שההסכמה ניתנה מדעת לא רק ברמת העיקרון, אלא גם תוך ירידה לפרטים. כך, למשל, בחוק הבנקאות (שירות ללקוח)³² נקבעה בסעיף 5(ב) הוראה בדבר חיוב תאגידים בנקאיים לערוך הסכם בכתב עם הלקוח, לציון בהסכם את הפרטים שנקבעו בכללים ולמסור ללקוח העתק חתום של ההסכם³³. כך גם נקבעה הוראה לעניין הגודל המזערי של האותיות, היחס בינן לבין השטח שבו כלול המידע, אופן כתיבתן והצגתן וכן רשימת תנאים מהותיים בהסכם, הבלטתם ואופן ניסוחם. החשש הוא כי הלקוח יחתום על מסמך שבו כלולות "באותיות הקטנות" התחייבויות שהלקוח אינו מודע להן. דרישת הכתב בהוראות חוק צרכניות נועדה אפוא בעיקרה לוודא את ההסכמה המודעת של הלקוח לפרטי ההסכם.

ד(4) תכלית דרישת הכתב בחוק המתווכים

17. על רקע האמור לעיל, יש לבחון מה תכליתה של דרישת הכתב בחוק המתווכים, האם דומה היא לתכליתה של דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין שנועדה ליצור רצינות בעת כריתת הסכם בעל השלכות כלכליות ומשפטיות מרחיקות לכת, או שמא מדובר בחוק צרכני, שמטרת דרישת הכתב הנכללת בו היא, לוודא קיומה של הסכמה מודעת לכלל פרטי העסקה? עיון בהוראות חוק המתווכים מגלה כי הוא חוק צרכני שנועד להגן על הצרכן- מקבל השירות. סעיף 17 לחוק המתווכים קובע שעבירה לפי חוק המתווכים היא גם עבירה לפי חוק הגנת הצרכן. ואכן, סעיפים רבים בחוק המתווכים קובעים נורמות וסטנדרטים של התנהגות מצד המתווך שתכליתם להגן על הלקוח. כך, למשל, סעיף 8(א) לחוק קובע כי "מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בענין מהותי הנוגע לנכס

³¹ בתוספת הראשונה לחוק מנויים הטיפולים הבאים: ניתוחים, למעט כירורגיה זעירה; צינתורים של כלי דם; דיאליזה; טיפול בקרינה מייננת (רדיותרפיה); טיפולי הפריה חוץ-גופית; כימותרפיה לטיפול בתהליכים ממאירים.

³² חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981.

³³ דרישה מקבילה מופיעה בחוק צרכני נוסף שנחקק באותה שנה - סעיף 5 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א - 1981, בו נקבע כי "א) היה לשר יסוד סביר להניח כי הדבר דרוש למניעת הטעיה או ניצול מצוקת הצרכן, רשאי הוא לקבוע בתקנות, לגבי סוגי עסקים או שירותים, כי עוסק חייב לערוך חוזה בכתב עם הצרכן, ולציון בו את הפרטים שנקבעו בתקנות. ב) עוסק, העומד לחתום על חוזה עם צרכן, חייב לתת לו הזדמנות סבירה לעיין בחוזה לפני חתימתו, וכן למסור לו עותק ממנו לאחר החתימה". מטרתה של דרישת כתב זו אינה לתת ממד של טקסיות ופורמליות כדי לוודא את רצינות הצרכן, אלא לוודא שהצרכן אכן מסכים לכל תנאי העסקה מכח "הסכמה מודעת", לאחר שקיבל אותם בכתב באופן שבידו לעיין בהם בניחותא.

דומה לכך היא תכליתה של דרישת הכתב בסעיף 19 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, הקובע כי "רשאים בעלי הדין להסכים, בחוזה נפרד בכתב, על תקופת התיישנות ארוכה מן הקבועה בחוק". בע"א 419/71 **מנורה חברה לאחריות ולביטוח משנה בע"מ נ' מ' נומיקוס**, כו (2) 527 (1972) הבהיר בית המשפט כי "דרישה זו באה מפני תיקונו של עולם, שלא יקפח אדם את זכותו מפאת תנייה המוסתרת בין "האותיות הקטנות", שעל הרוב לא קרא אותן".

נשוא עסקת התיווך". סעיף 8(ב) לחוק המתווכים קובע כי: "במילוי תפקידו יפעל מתווך במקרקעין במיומנות ובסבירות וינקוט אמצעים הראויים בנסיבות העניין, לקבלת מידע מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך". סעיף 10 לחוק המתווכים קובע כי: "מתווך במקרקעין לא יתווך בעסקת מקרקעין אם יש לו ענין אישי במקרקעין או בעסקה, אלא אם כן גילה ללקוחו את ענינו האישי כאמור וקיבל את הסכמת הלקוח לכך בכתב". הנה כי כן, עסקינן בחוק צרכני מובהק. זו גם התכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק בעת שקיבל את החוק ובדברי ההסבר להצעת חוק המתווכים במקרקעין³⁴ הובהר כי עסקינן בחוק צרכני שתכליתו, כמו יתר החוקים הצרכניים, להגן על מקבל השירות שאין לו מספיק כלים לשפוט ולהעריך את תנאי העסקה³⁵.

18. נראה כי מטרת דרישת הכתב בחוק המתווכים אינה להעמיד את הצדדים על חשיבות העסקה, שהרי ההתקשרות בין המתווך ללקוח אינה התקשרות בעסקת המקרקעין עצמה. עסקינן בעסקה נלווית, שמבחינה כלכלית מתבטאת באחוז בודד או באחוזים בודדים מערך העסקה במקרקעין (שזו בדרך כלל העלות של עסקת התיווך). לרוב, אין לעסקת התיווך כשלעצמה משקל דרמטי בחייו של אדם³⁶. משכך, נראה אפוא כי דרישת הכתב בהסכם תיווך נחוצה כדי להשרות ודאות כי הלקוח מודע לפרטי העסקה עם המתווך ויודע כי מצד אחד המידע שהוא מקבל אינו "שיחה בעלמא" אלא שירות שהוא מתחייב לשלם בגינו סכום משמעותי, ומצד שני יצירת מחויבות ברורה מצד המתווך לתת שירות מסוים ומוגדר כתנאי בסיסי לקבלת התמורה שאותה הוא דורש וכן מטיל חובת אמון של המתווך כלפי הלקוח³⁷.

³⁴ ראה דברי ההסבר להצעת חוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996, ה"ח 2132. בדברי ההסבר לחוק המתווכים צוין: "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 למכירה או להשכרה. כמו כן, אין הם בקיאים בתנאים הנוגעים לרכישת דירות בישראל. חוסר ידע זה מנוצל לרעה, למרבית הצער, במספר מקרים לא מועטים". יושם אל לב, העסקה עם המתווך אינה גורלית, שהרי היקפה הכלכלי נע בדרך כלל בסביבות אחוז מעסקת המקרקעין. אולם, אם המתווך אינו נותן שירות הולם לקונה של נכס המקרקעין, עלולים להיווצר משגים חמורים בעסקת המקרקעין עצמה, ולטעויות אלו עלול להיות ערך כלכלי רב. המחוקק מצא על כן לנכון להסדיר את תחום העיסוק בתיווך, באמצעות רישוי מתאים והחלת חובות אמון על המתווך, כדי לוודא שייתן שירות הולם.

³⁵ יתכן כי הסיבה לכך שדרישת הכתב נקבעה רק כלפי תיווך בעסקת מקרקעין ולא נקבעה בתיווך של מיטלטלין ומתן שירותים אחרים, נעוצה בכך שהחוק ביקש להגן בעיקר על צרכן של מקרקעין, העוסק במטריה שבה אינו בהכרח מבין, אך בא במגע עם "כרישי נדל"ן" מנוסים. הפער בין הניסיון של המוכר לעומת חוסר הניסיון של הקונה, מחייב את המתווך להעמיד את שירותיו ונאמנותו לקונה באופן חד ולהעמיד אותו על פרטי השירות הניתן לו.

³⁶ לכאורה ניתן לטעון כי אם העסקה אינה מהותית, הרי שגם דרישת הכתב אינה כה מהותית. אולם, גישה זו יוצאת מנקודת הנחה שהרציונל של דרישת הכתב הוא לוודא את גמירת הדעת של הלקוח. ברם, שתכלית דרישת הכתב היא לוודא הסכמה מדעת של הלקוח כצרכן לפרטי ההתקשרות שלו עם המתווך נותן השירות. בהקשר זה אין נפקות לשווי השירות שניתן אלא דווקא לתוכן השירות ולידיעת הלקוח שהוא אינו משוחח בעלמא עם אדם המגלה רצון טוב לחלוק מידע שבידו, אלא שוכר שירות מקצועי תמורת מחויבות ממשית לתשלום.

³⁷ חוק המתווכים יוצר חובת נאמנות ברורה ללקוח המופיעה בסעיפים 8 ו-10 לחוק המתווכים. בטרם חקיקת חוק המתווכים היה המקור הנורמטיבי לתחולת חובות אמון על יחסי מתווך לקוח נעוץ בחוק השליחות, והתעורר קושי משפטי עם החלת דיני שליחות על יחסים אלו, שכן חוק השליחות חל רק על פעולות משפטיות ולא על פעולות

19. פרופ' ד. פרידמן בספרו "דיני עשיית עושר ולא במשפט"³⁸ מציין כי כוונת המחוקק בעת חקיקת חוק המתווכים הייתה "למנוע מצב שבו תגרור שיחה מקרית עם מתווך, טענה שנוצר חיוב בתשלום. כמו כן, מבקש החוק להגן על הלקוח ולהבטיח שאכן הובהר לו (באמצעות מסמך כתוב) שיהיה עליו לשאת בשכר המתווך. תפקידו של המתווך, בהיותו איש מקצוע, לדאוג לכך שדרישה זו תקוים. אם הדבר לא נעשה, תישלל מהמתווך, במקרים הנכללים בגדר החוק, הזכות לשכר (לרבות הזכות לשכר ראוי)". ואכן, דרישת הכתב היא חובה המוטלת על המתווך, כחלק מן המקצועיות שעליו להפגין בבואו לערוך את העסקה³⁹, בבחינת אדם המכבד את מקצועו ומקצועיותו בבואו ליתן שירות ללקוח, ונוקב מראש בשכרו, תוך עיגון ההתקשרות בכתובים באופן מסודר. דרישת הכתב המוטלת על המתווך מגינה על הלקוח שמקבל את השירות אדיש בה אפקט שולי של הגנה על המתווך עצמו, באשר יש בה כדי להבהיר את ההסכמה מדעת של הלקוח לשלם לו שכר מוגדר⁴⁰, כנגד שירות מוגדר. כך, למשל, הבהיר השופט הנדל בעניין **שיריזיאן**⁴¹: "אם המתווך יקפיד על הדרישה ויחתים את המזמין על הזמנה בכתב, בהירות זו תיטיב עם שני הצדדים. שניהם יבינו שנכנסו לקשר עסקי המחייב את

מטריאליות. ממילא התעוררה השאלה האם המתווך עושה מעשה משפטי כשהוא מפגיש בין שני צדדים. מיכאל ויגודה וחיים צפרי **שליחות** 68 (2014) סברו כי ישנה הבחנה בין שני סוגי פעולות של המתווך: "פעילותו המטריאליות של המתווך אינן נושא לשליחות ודיני השליחות אינם חלים עליהן, ואילו בפעולותיו המשפטיות, פועל המתווך כשלוחו של המזמין, ומעמדו אינו שונה ממעמדו של שליח רגיל". בדומה לכך נקבע בע"א 169/75 **דוידסקו נ' ישעיהו**, פ"ד (1) 507 (1975) כי מתווך המתמקד רק בהפגשת הצדדים אינו עושה "פעולה משפטית" כנדרש בחוק השליחות. בע"א 294/76 **אנגלו סכסון סוכנות לנכסים (סביון) נ' פסרמן**, פ"ד (1) 589 (1976) קבעה השופטת בן-פורת כי כאשר המתווך נטל חלק פעיל במשא ומתן, הכין את המסמכים הדרושים וסייע בניסוחם, דינו כדין שלוח, ודיני השליחות לרבות חובת הנאמנות חלים עליו. בדומה לכך נפסק בע"א 166/77 **דדון נ' אברהם**, פ"ד (3) 365 (1979). חוק המתווכים שינה את המצב המשפטי. מחד גיסא, בסעיף 12 לחוק המתווכים נקבע כי "מתווך במקרקעין לא יערוך ולא יסייע לערוך מסמכים בעלי אופי משפטי הנוגעים לעסקה במקרקעין ולא ייצג לקוח במשא ומתן משפטי לקראת עריכת מסמך כזה". מאידך גיסא, נקבע בסעיף 8 לחוק המתווכים כי "מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות". בסעיף 8(א) לחוק המתווכים יצר המחוקק חובת נאמנות חדשה, שאינה נובעת מהיותו של המתווך שליח של הקונה, ובטלה ההבחנה בין סוגי הפעולות שמבצע המתווך.

³⁸ פרופ' דניאל פרידמן "**דיני עשיית עושר ולא במשפט**", מהדורה שניה 1998, עמוד 601; ור' בר"ע (ים) 4244/02 **כץ נ' כהן**, (פורסם בנבו, 25.10.2002) מפי השופט זילברטל.

³⁹ ס' 2 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 מחייב את המתווך להחזיק ברישיון תיווך, וזכותו של המתווך לדמי תיווך תלויה בקיומו של רישיון זה, וזאת כדי להבטיח את מקצועיותו של המתווך. ובכן, כחלק ממקצוענות זו, ומן העובדה כי לא עסקינן במסירת מידע מקרית וחד פעמית, אלא במקצוע של ממש, מובן כי ראוי שהמתווך יהיה מצויד בהסכם שמפרט את גודל ההתקשרות עמו, את המחויבות הכלכלית ואת טיב והיקף השירות. ומכיוון שהמתווך הוא מקצוען המצויד בחוזים מסוג זה, הגיוני ונכון להחיל עליו את החובה לדאוג לקיומה של דרישת הכתב, כתנאי לשכרו.

⁴⁰ דרישת הכתב בחוזה תיווך, עשויה להקל במידה רבה אף על המתווך כך שיוכל לדרוש מהלקוח לחתום על מסמך הזמנה בכתב, שכן במקרים רבים לא נעים לבקש מסמך כתוב, לאור יחסי ידידות או כבוד השוררים בין הצדדים. ברם, משזו דרישתו הקוגנטית של המחוקק תובן דרישתו של המתווך מהלקוח כי יהא מסמך בכתב, והוא יהא בבחינת מי שאומר "אמנם מאדם כה אמין כמודך לא צריך לקבל מסמך בכתב, אך אני אנוס על פי הדיבור לבקש זאת, שכן זו מצוות המחוקק לדרוש מסמך בכתב".

⁴¹ בר"ע (מחוזי ב"ש) 952/98 **שיריזיאן נ' ירונה** (פורסם בנבו, 17.03.1999) (להלן: "**עניין שיריזיאן**"). כמו כן, בע"א (ת"א) 1691/09 **נועם לנדאו נ' קראסן הייטס בע"מ** (פורסם בנבו, 24.06.2010) (להלן: "**עניין לנדאו**") ציין בית המשפט (השופט ורדי) כי: "ברי כי על הלקוח, שהחוק מבקש להגן עליו, להיות מודע לכך שעליו לשאת בשכר המתווך ושהדבר

המתווך לספק את השירות ואת המזמין לשלם עבורו".

20. תכליתה של דרישת הכתב בהסכם התיווך היא אפוא להשרות וודאות ובהירות באשר לטיב השירות ומהותו מצד אחד, ובאשר למחירו של שירות זה והמחויבות לשלם בגינו מצד שני. בהעדר הסכם בכתב עם המתווך עלולה ההתקשרות בין הצדדים ללקות בחוסר בהירות לא רק בנוגע לפרטי העסקה אלא גם לתפקיד שממלא כל צד בה. כך, למשל, צרכנים עלולים לטעות ולסבור כי המתווך הוא נציג של בעל הנכס. אותם צרכנים אינם מודעים כלל לכך שמדובר בנותן שירות עצמאי, המספק שירות לשני הצדדים ותמורת תשלום, כשהוא פועל בעסקה "מטעם עצמו". המידע אודות תפקידו של המתווך והאינטרסים שלו, מצוי רק בידי המתווך. הטלת חובה על עריכת הסכם בכתב יכולה למנוע בלבול זה ולהבהיר ללקוח מה תפקידו ועניינו של המתווך בעסקה⁴². דוגמה זאת ממחישה מדוע הטיל המחוקק על המתווך את האחריות לקיום דרישת הכתב. זאת בנוסף לכך, שכאמור, המתווך הוא הבקיא בהליכות עולם בתחום מקצועו, וכן מכיוון שהמתווך הוא "מונע הנזק" הטוב ביותר שיש בו כדי למנוע את נזקי העמימות בעסקה זו ואת ה"תאונה המשפטית" העלולה להיגרם כתוצאה ממנה.

21. נראה כי בעוד שדרישת הכתב בחוק המקרקעין נועדה לוודא את גמירות הדעת של הצדדים לעסקה לנוכח מהותיותה של עסקה במקרקעין, הרי שדרישת הכתב בחוק המתווכים שונה בתכלית והיא חלק מן הדרישות המצויות בחקיקה הצרכנית, שתכליתן ליצור וודאות, בהירות **והסכמה מדעת לפרטי** העסקה. ואכן "סוף מעשה במחשבה תחילה", ניתן לעמוד על תכליתה של דרישת הכתב, גם מכך שהמחוקק הבהיר אלו פרטים יש לכלול במסגרת הכתב הנדרש. סעיף 9(א) לחוק המתווכים 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 השר, באישור ועדת הכלכלה". בהמשך לכך הותקנו תקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997 וסעיף 1 לתקנות קובע כי:

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 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 -

יובהר לו".

⁴² אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 331 (2002).

כולל מס ערך מוסף, כמשמעותו בחוק מס ערך מוסף, תשל"ה-1975.

22. מעיון בתקנות אלה עולה, כי תכליתה של דרישת הכתב בחוק המתווכים היא לוודא את פרטי ההתקשרות בין הצדדים, ולכלול בכתב פרטים שימנעו חילוקי דעות ועמימות בעתיד. תכלית זו שונה מן התכלית העומדת ביסוד סעיף 8 לחוק המקרקעין. נפנה אפוא להלן לבחון את הריכוך שביצעה הפסיקה לדרישת הכתב בחוק המקרקעין ובחוק המתווכים ונראה כי לתכליות השונות של דברי החקיקה השונים יש השלכה ברורה ביחס לריכוך של דרישת הכתב.

ה. ריכוך דרישת הכתב בהוראות חוק שונות

23. בתי המשפט ערכו השוואה בין דרישת הכתב בחוק המקרקעין וריכוכה, לבין דרישת הכתב בחוק המתווכים. בטרם שנבחן השוואה זו, נסקור להלן בקצרה את דרך הילוכה של הפסיקה ביחס לריכוך דרישת הכתב במקרקעין, הן ביחס למקרים של ריכוך חלקי והן ביחס למקרים של ריכוך מלא של דרישה זו. לאחר מכן נבחן את ריכוך דרישת הכתב בחוק צרכני, שהוא המקביל לדרישת הכתב בחוק המתווכים, המהווה אף הוא, כאמור, חוק צרכני מובהק.

ה(1) הצורך שהתעורר בריכוך דרישת הכתב בחוק המקרקעין

24. כללים דווקניים יוצרים לעיתים עיוות דין. לא אחת זימנה המציאות לבתי המשפט מקרים שבהם התעורר קושי בעמידה דווקנית על דרישת הכתב ונדרשו "שסתומי שיקול דעת" כדי לאפשר לבית המשפט להגיע לתוצאה מאוזנת. משכך, החלו בתי המשפט לפתח בהדרגה "תורה מרככת" לדרישת הכתב⁴³. הדרישה הנוקשה פינתה בהדרגה את מקומה לכלל גמיש המאזן בין פורמליזם לבין שיקול דעת או "בין הערך המייחס משקל לעניין הצורני לבין דרישת המהות שעיקרה - הבאה לתוצאה צודקת תוך מתן משקל לכוונת הצדדים"⁴⁴. בהתאם לכך עשתה הפסיקה שימוש בעקרונות פרשניים ופרשה את דרישת הכתב באופן שהכתב הנדרש הוא רק בגדר של מעין "ראשית כתב" ודי במסמך שיכיל את הפרטים המעטים והבסיסיים המהווים את "מסגרת העסקה ותחומיה"⁴⁵. השלמת הפרטים החסרים ואכיפת הסכם בכתב שאין בו

⁴³ על הצורך בריכוך דרישת הכתב עמד פרופ' דניאל פרידמן כבר בשנת 1980, במאמרו "סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה" הפרקליט לג 4 (תש"ס). ואכן הדברים התקבלו בפסיקה. לעומת זאת ראו גישה ביקורתית לתורת הריכוך של דרישת הכתב, אסף פוזנר "דוקטרינות ישנות, סוגיות חדשות; דברים שבכתב - האם אתה רשאי לומר בעל-פה?" ספר גבריאל בך 539 (2011).

⁴⁴ ע"א 2143/00 לוינ' נ' שולר, פ"ד נו(3) 183 (2003); משה גלברד "דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין על-פי הצעת הקודקס האזרחי: בחינה ביקורתית" קריית המשפט ו 231, 244-249 (תשס"ו); שירלי רנר "דיני חוזים - מגמות והערכה" משפטים כא 33, 39-40 (תשנ"א).

⁴⁵ ע"א 5559/91 ק. צ. מפעלי גז ואנרגיה (1982) בע"מ נ' מקסימה המרכז להפרדת אויר בע"מ, פ"ד מז(2) 642 (1993); השלמת פרטים לא מהותיים תינתן למשל כאשר לא פורט מועד לביצוע חיוב והדבר ניתן להשלמה לפי סעיף 41 לחוק החוזים, או כאשר לא פורטו תשלומי המיסים. בע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800 (1976) (להלן: עניין קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס) נקבע, כי חוקי המס קובעים את אופן תשלום המיסים.

אלא ראשית דבר נעשתה בפסיקה מכוח שני מקורות נורמטיביים: המקור הנורמטיבי האחד, הוא הסדרים הקבועים בדן⁴⁶ או בנוהג⁴⁷; והמקור הנורמטיבי השני הוא מעשי הצדדים עצמם, כאשר מה שנעשה בפועל הוא אינדיקציה לפרש את כוונת הצדדים בבחינת "סוף מעשה – במחשבה תחילה".

ה(2) ריכוך חלקי של דרישת הכתב בחוק המקרקעין

25. מקום שבו עקרון חדל להיות הרמטי הוא מתרכז והולך. ואכן, הפסיקה ריככה את דרישת הכתב - ריכוך אחר ריכוך. כך נקבע כי: העדר חתימה על המסמך הכתוב אינו גורע מתוקפו⁴⁸; כך גם נקבע כי אין הכרח שיהיה מסמך אחד המעיד על העסקה, ודי אם קיימת אסופת מסמכים שיש בהם ביחד, כשהם משלימים זה את זה, כדי להעיד על הפרטים המהותיים הנדרשים לעריכת העסקה. זאת, אף אם כל מסמך בנפרד לא מספיק לצורך זה⁴⁹. לאחר מכן בא שלב נוסף בו נקבע כאמור, כי לצורך קיום דרישת הכתב די במסמך שיכיל את הפרטים המעטים והבסיסיים המהווים את "מסגרת העסקה ותחומיה"⁵⁰ והוכרה האפשרות להשלים פרטים החסרים בכתב מכוח הסדרים הקבועים בדן⁵¹ או מכוח נוהג⁵²; בהמשך לכך נקבע כי

⁴⁶ אם, למשל, לא נקבע מועד לקיום חיוב, ניתן לקבוע אותו בהתאם להוראות סעיף 41 לחוק החוזים ראו עניין קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס, שם. ראו אף ע"א 252/78 ברון נ' מנדיס טורס בע"מ, פ"ד לג(2) 437 (1979) בו קבע בית המשפט כי לא ניתן יהיה להשלים פרטים חסרים כאשר הצדדים סיכמו ביניהם תניות העומדות בניגוד להוראות החוק המשלימות. כמו כן, אם לא נקבע מי מהצדדים יישא בתשלומי המס בעסקה, ניתן ללמוד זאת מהוראות חוק המס השונות.

⁴⁷ עניין קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס, שם; ע"א 18/77 בית חלקה 731, גוש 6668 בע"מ נ' מיכקשווילי, פ"ד לב(2) 57 (1978); עניין רבינאי, ה"ש 1 לעיל עמ' 288; ע"א 442/81 גרומט נ' סרוסי, פ"ד לו(4) 214 (1982); ע"א 10849/07 פוארסה נ' פוארסה (פורסם בנבו 12.11.2009); דנ"א 9580/09 פוארסה נ' פוארסה (פורסם בנבו, 24.01.2010); ע"א 7193/08 עדני נ' דוד (פורסם בנבו, 18.7.2010), פסקה 9; ע"א 251/85 רוטמנש נ' ויניגר, פ"ד מא(3) 827 (1987) (להלן: "עניין רוטמנש").

⁴⁸ ע"א 692/86 יעקב בוטקובסקי ושות' - חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' אליהו גת, פ"ד מד (1) 057 (1989); ע"א 571/79 דירות מקסים בע"מ נ' דינה גרבי, פ"ד לו (1) 589 (1983).

⁴⁹ ע"א 269/77 בוגנים צ'צ'יק חברה לבנין בע"מ נ' יורשי המנוח כץ, פ"ד לב (2) 203 (1978); ע"א 774/75 צביה עובדיה נ' מיכאל אדרבי, פ"ד ל (3) 533 (1976).

⁵⁰ ע"א 5559/91 ק. צ. מפעלי גז ואנרגיה (1982) בע"מ נ' מקסימה המרכז להפרדת אויר בע"מ, פ"ד מז (2) 642 (1993); השלמת פרטים לא מהותיים תינתן למשל כאשר לא פורט מועד לביצוע חיוב והדבר ניתן להשלמה לפי סעיף 41 לחוק החוזים, או כאשר לא פורטו תשלומי המיסים. בעניין קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס, לעיל ה"ש 45 נקבע, כי חוקי המס קובעים את אופן תשלום המיסים.

⁵¹ אם, למשל, לא נקבע מועד לקיום חיוב, ניתן לקבוע אותו בהתאם להוראות סעיף 41 לחוק החוזים, ראו עניין קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס, ה"ש 45 לעיל. ראו אף ע"א 252/78 אליעזר ברון נ' מנדיס טורס בע"מ, פ"ד לג (2) 437 (1979) בו קבע בית המשפט כי לא ניתן יהיה להשלים פרטים חסרים כאשר הצדדים סיכמו ביניהם תניות העומדות בניגוד להוראות החוק המשלימות. כמו כן, אם לא נקבע מי מהצדדים יישא בתשלומי המס בעסקה, ניתן ללמוד זאת מהוראות חוק המס השונות.

⁵² עניין קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס, ה"ש 45 לעיל; ע"א 18/77 בית חלקה 731, גוש 6668 בע"מ נ' רחל מיכקשווילי, פ"ד לב (2) 057 (1978); עניין רבינאי, ה"ש 1 לעיל, עמ' 288; ע"א 442/81 אונה (רוחמה) גרומט נ' יוסף סרוסי, פ"ד לו (4)

דרישת הכתב לא תעמוד לרועץ במקרים שבהם לא פורטה התמורה אך היא שולמה במלואה בעת כריתת החוזה⁵³. בהקשר זה הבהיר בית המשפט העליון בעניין **רוטמנש**⁵⁴ כי ניתן לתת תוקף משפטי למסמך בכתב שנכרת בין הצדדים אף אם "העיקר חסר מן הספר" ולא צוין בו מחיר העסקה. פרט בסיסי זה ניתן להשלים על ידי הוראות החוק⁵⁵ ועל ידי פרשנות של המסמך (למשל, באמצעות חישוב של יתרת התשלום המופיעה על גבי קבלה). בתום שורת פסקי דין שפרשו את דרישת הכתב נמצא כי הפסיקה ראתה בדרישת הכתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין מינימום הכרחי, והורידה את הדרישה לכדי משהו שיש "לעשות ויי" כדי לצאת ידי חובתו. הגיעו דברים לידי כך, שהפסיקה קבעה כי ניתן להכיר בתוקפה של התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין גם אם המסמך הכתוב נעדר פרטים "גרעיניים" שאינם ניתנים להשלמה מכוח הדין או הנוהג, אם קיימות ראיות חיצוניות למסמך הכתוב, המעידות בבירור על התגבשותה של העסקה ועל גמירות דעתם של הצדדים.

26. ניתן לרכז מאוד את דרישת הכתב - אבל כתב **כלשהו** חייב להיות, שהרי זאת מצוות המחוקק. על כן, גם לאחר שהפסיקה הרחיקה לכת ופרשה את סעיף 8 לחוק המקרקעין באופן מינימליסטי, הרי שהפסיקה לא ביטלה כליל את סעיף 8 לחוק המקרקעין ובמקום שלא היה כתב כלל, לא ניתן היה לתת תוקף לעסקה במקרקעין. ברם, הצורך בריכוך לא נעצר בריכוך חלקי ובמקרים יוצאי דופן מאוד, של תרמית ממש וניצול ציני של העדר כתב, התעורר צורך להכיר בתוקפה של עסקה במקרקעין גם בהיעדר כתב כלל. השופט ברק חידש על כן, כי במקרים נדירים שבנדירים אלה, יחול "ריכוך מלא" של דרישת הכתב, ותוכר עסקה במקרקעין אף בהיעדר כתב כלל. אכן, הדבר מנוגד להוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין, אך מול דרישת הכתב מתייצב עקרון העל של חובת תום הלב, החולש על כל ענפי המשפט, ומתגבר אפוא על הוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין.

ה(3) ריכוך מלא של דרישת הכתב בחוק המקרקעין

27. ההתגברות המוחלטת על דרישת הכתב לא נעשית בנקל. בכל מקרה ומקרה שבו נקבע הדבר קדמה לכך התלבטות קשה מאוד וממילא הוחל חריג יוצא דופן זה אך ורק במקרים קיצוניים מאוד הגובלים בתרמית, שבהם "זעקת ההגינות" מחייבת תוצאה זאת.

214 (1982); ע"א 10849/07 חסיב נעים פוארסה נ' שאוקי יוסף פוארסה (פורסם בנבו 12.11.09); דני"א 9580/09 חסיב נעים פוארסה נ' שאוקי יוסף פוארסה (פורסם בנבו, 24.01.10); ע"א 7193/08 מנחם עדני נ' מרדכי דוד (פורסם בנבו, 18.07.10) פסקה 9; עניין **רוטמנש**, הי"ש 47 לעיל.

⁵³ ע"א 504/83 זיתון נ' זערורה. כמו כן, אם לא הוסכם מראש על מועד קיומו של חיוב, יש לקיימו תוך זמן סביר לאחר כריתת החוזה, עניין **קאדרי נ' מסדר האחיות צ'ארלס**, הי"ש 45 לעיל.

⁵⁴ עניין **רוטמנש**, הי"ש 47 לעיל.

⁵⁵ סעיף 46 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 הקובע כי "חיוב לתשלום בעד נכס או שירות שלא הוסכם על שיעורו, יש לקיים בתשלום של סכום שהיה ראוי להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה".

28. בעניין **זונשטיין נ' גבסו**⁵⁶ קבע השופט ברק (בדעת מיעוט), כי במקרים חריגים ונדירים בהם נשמעת "זעקת הגינות" ניתן לאכוף חוזה במקרקעין אף בהיעדר כתב כלל, שכן במקרה חריג שכזה גובר עקרון תום הלב על הוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין. השופטת בן פורת (בדעת רוב) סברה כי סעיף 8 לחוק המקרקעין מבטא את העדפת המחוקק לקבוע את צורת ההתקשרות על פני עקרון חופש החוזים, כדי להקנות לעסקאות במקרקעין את הביטחון והיציבות הנדרשים מכוח טובת הציבור. אם ייקבע כי חובת תום הלב גוברת על דרישת הכתב, הדרישה המהותית הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין תסוכל, ויפתח פתח – תחילה צר אך יש חשש כי יתרחב בהמשך – לשכלול חוזה במקרקעין על בסיס טענה של חוסר תום לב אף בהיעדר כתב כלל. בכך יש משום חקיקה שיפוטית ואף ביטול ההוראה המפורשת של סעיף 8 לחוק המקרקעין "וזוהו דבר שאין בית המשפט רשאי לעשותו". השופט בייסקי (בדעת רוב) סבר גם הוא כי אי אפשר לתת תוקף לעסקה במקרקעין ללא שהתקיימה דרישת הכתב, ואם נהג מאן שהוא בחוסר תום לב ניתן להלקותו בגין כך על ידי פסיקת פיצויים, אך אין ליצור חוזה מחייב בניגוד להוראות סעיף 8 לחוק המקרקעין. השופט ברק לעומת זאת לא חשש ממדרון נורמטיבי חלקלק בעניין זה, וסבר כי החובה לנהל משא ומתן בתום לב עשויה להתגבר על דרישת הכתב בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן מאוד. לשיטתו של השופט ברק, כך יתקבל איזון ראוי בין היסוד הצורני לבין היסוד המהותי ובלשון השופט ברק: "**תום-לב או כתב – תום-לב עדיף**". על כן, עשויות להיות נסיבות חריגות וקיצוניות שבהן יהא מקום להכיר בקיומו של החוזה גם בלא הכתב.

29. דעת המיעוט של השופט ברק בעניין **זונשטיין נ' גבסו** הפכה לדעת רוב בעניין **קלמר נ' גיא**⁵⁷ בו נפסק כי במקרים "מיוחדים ויוצאי דופן" ניתן להתגבר על דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, המטיל על הצדדים חובת תום לב בשלב הטרומי. הדבר נפסק שכן באותו מקרה ניצב בפני בית המשפט מצב חריף מאוד של חוסר תום לב. בית המשפט ציין כי אי אפשר להציג רשימה סגורה של מצבים בהם יועדף עקרון תום הלב על דרישת הכתב, אך "המאפיין מצבים אלה הוא שעולה מהם **זעקת ההגינות**" המצדיקה סטייה מעקרון הכתב".

30. הלכת **קלמר** יושמה לא אחת בפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים⁵⁸ והגיעה שוב לבית המשפט

⁵⁶ י"א 579/83 הרי זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין, פ"ד מב(2) 278 (1988) (להלן: "עניין זונשטיין נ' גבסו").

⁵⁷ ע"א 986/93 יעקב קלמר נ' מאיר גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996) (להלן: "עניין קלמר"). השופט א' גולדברג הסכים אף הוא בעניין **קלמר** כי ניתן להכיר בעיקרון תום הלב כאמצעי ל"התגברות" על דרישת הכתב, אך הדגיש שיש להקפיד כי "יישום עיקרון זה לא יפרץ מעבר למותחם, ויגבל למקרים שבהם היתה הסתמכות משמעותית על החוזה...", ואילו השופט י' זמיר סבר כי ניתן באותו מקרה לקבוע על יסוד תורת הביצוע החלקי (part performance) כי הביצוע יש בו להעיד, לא פחות ממסמך, על גמירת הדעת של הצדדים ועל מסוימות העסקה והציע להותיר בצריך עיון את השאלה האם ניתן להתגבר על דרישת הכתב באמצעות עקרון תום הלב.

⁵⁸ ת"א (חיי) 1452/98 עיראקי עליה נ' קאסם סאלח קאסם חמוד (פורסם בנבו, 30.04.03) פסקה 13; ה"פ (ת"א) 779/03 פוגל מלכה נ' פאר רחובות חברה לבניין בע"מ פסקה 4 (פורסם בנבו, 28.07.2007); בר"ע (ת"א) 3029/05 מחמוד עבדול קאדר אחמד חאג' יחיא נ' נעמאן עבדול קאדר אחמד חאג' יחיא פסקאות 16-17 (פורסם בנבו, 18.06.2006); ע"מ (חיי) 358/06 ס.י. נ' ס.א. (פורסם בנבו, 25.09.2006) פסקה 1; ת.א (ת"א) 2402/01 יצהרי אליעזר נ' בר בנימין (פורסם בנבו,

העליון בעניין **לילי שם טוב**⁵⁹. בית המשפט העליון בחן האם באותו מקרה קיימת "זעקת ההגינות" המצדיקה כי דרישת הכתב תיסוג בפני עקרון תום הלב. נחלקו הדעות מהי הסיבה שמחמתה יכיר בית המשפט בתוקף העסקה גם בהעדר כתב כלל. לדידה של השופטת **חיות** לא מדובר ברשימת מקרים סגורה והמהות תגבר על הדרישות הצורניות, בכל מקום שבו יהדהד קולה של זעקת ההגינות⁶⁰. השופט **רובינשטיין** הסכים עם דעתה של השופטת **חיות** ל"קפיצת המדרגה" שנעשתה בעניין **קלמר** עד כדי ויתור על דרישת הכתב כליל לנוכח הצורך להיענות ל"זעקת ההגינות", שכן באין הגינות אין משפט; ומשזעקה זו נשמעה תוחרג דרישת הכתב - כדי שהצודק לא יהא צועק ולא נענה⁶¹. אולם, השופט **רובינשטיין** הדגיש כי זהו חריג שבחריג, שיוחל רק במקרים יוצאי דופן מאוד⁶². **השופט עמית** קבע כי ההתגברות על דרישת הכתב נעשית רק אם החוזה כבר קיים ומדובר "בהכרה של המשפט ב"מעשה עשוי" כאשר הביצוע בפועל של החוזה או של חלקו המהותי, מחליף את דרישת הכתב"⁶³. גישה זו של השופט **עמית**

20.09.2006; ת.א. (חי') 8054-06-09 ג'אנדארק קמפאניה נ' חוא מוחמד פיסקה 34 (פורסם בנבו, 26.03.2010). בית המשפט העליון, אף שלא סטה מהלכת **קלמר**, לא מצא מאז מקרה מתאים ליישמה (ראו ע"א 8144/00 **עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' יוסף ברנדר**, פ"ד נו (1) 158 (2002); רע"א 1681/10 **חיים עיני נ' טלי סידי פסקאות ז' ח' (פורסם בנבו, 05.07.2010)**).

⁵⁹ עניין **שם טוב**, ה"ש 1 לעיל.

⁶⁰ השופטת **חיות** (בפסקה 19 לפסק-דינה) מתארת את השתלשלות הריכוך של דרישת הכתב בצינה כי "תיבת הפתרונות המרכזיים" החלה להתמלא אט אט. הגישה הנוקשה המיישמת את דרישת הכתב כדרישה מהותית שאין אחריה ולא כלום... פינתה בהדרגה את מקומה לכלל גמיש שיש בו איזון בין פורמליזם לשיקול דעת שיפוטית⁶⁰. אולם, אין לחשוש כי החלת ריכוך מלא על חוק המתווכים תהפוך להיות דבר שבשגרה, שכן גם בחוק במקרקעין לא הפך הריכוך המלא לדבר שבשגרה, והמקרים שבהם נשמעה זעקת הגינות וחובת תום הלב גברה על דרישת הכתב כך שעסקה תאכף בהיעדר כתב כלל – הם נדירים שבנדירים, נער יספרם על כף יד אחת.

⁶¹ בעניין **לילי שם טוב**, ה"ש 1 לעיל, אומצה בבית המשפט העליון פרשנות זו לסעיף 8 לחוק המקרקעין הן ביחס לקביעה כי יש להיזהר מפני מדרון חלקלק של ביטול דרישת הכתב והן בקביעה כי יהיו נסיבות שבהן יחייב עקרון תום הלב להתעלם מהעדרו של כתב בכלל. כמו כן, ראה ע"א 6766/11 **סאלח חג'אזי נ' עאמר חגאזי** מפי השופט זילברטל (פורסם בנבו, 23.06.2013).

⁶² ובלשונו של השופט **רובינשטיין**: "החריג המיוחד לעניין הכתב הוא "זעקת ההגינות", שבאין הגינות אין משפט; ומשזעקה זו נשמעה בהיעדר כתב, עוצב החריג, כדי שהצודק לא יהא צועק ולא נענה. אולם, הכלל הוא הכתב, כי כה אמר המחוקק ולפי שעה לא שינה. כלפי מה אמורים הדברים – כלפי החשש פן יטו בתי המשפט להקל ראש בדרישת הכתב, ולזאת לא נוכל ליתן יד. המחוקק אמר את דברו, ועל עושי עסקאות במקרקעין ויועציהם לידע ולהיודע כי דרישת הכתב בעינה, ולו גם באופן מרוכך בצורה זו או אחרת - ולא היתה כלא היתה".

⁶³ השופט **עמית** סבר כי בכל הנוגע לדרישת הכתב במקרקעין, יש להבחין בין שלושה מצבים: המצב הראשון הוא כאשר מתעוררת שאלת תוקפו של הסכם קיים שנערך בין הצדדים (על פי רוב במסגרת תובענה לאכיפת ההסכם). בהקשר זה התפתחה "התורה המרכזית" אשר הסתפקה בכמות המינימאלית ההכרחית של פרטים בחוזה, ולאחר מכן אפשרה להוכיח תוכנו של ההסכם שהושג מחוץ לגבולותיו של המסמך הכתוב תוך שימוש בראיות חיצוניות למסמך; המצב השני עוסק בהוכחת עסקת מקרקעין שכבר בוצעה מבלי שנערך הסכם בכתב. לסוג זה של מקרים משתייכת הלכת **קלמר**. מדובר בהכרה של המשפט ב"מעשה עשוי", כאשר הביצוע בפועל של החוזה או של חלקו המהותי מחליף את דרישת הכתב. המצב השלישי נוגע להוכחת עסקת מקרקעין שכבר בוצעה לאחר שנערך הסכם בכתב, אך ההסכם אינו ברשות בעל הדין. הלכה פסוקה היא כי ניתן להוכיח בראיות משניות את קיומו ותוכנו של מסמך בכתב שאבד או הושמד, או שאין בידי בעל הדין אפשרות להציגו מסיבות שונות שאינן בשליטתו, גם מקום בו דרישת הכתב היא מהותית. ברם, במצב שבו אין בכלל מסמך בכתב, אפשר להתגבר על דרישת הכתב רק אם העסקה בוצעה בעין, שאם לא

אינה עושה שימוש בעקרון תום הלב כדי להתגבר על דרישת הכתב, ואינה מייבאת לדיני הקניין הדורשות ודאות וסדר, דוקטרינות אובליגטוריות עמומות. לשיטתו המעשה העשוי פשוט מחליף את הכתב, בהיותו ביטוי חיצוני מצוין להסכמת הצדדים⁶⁴.

31. הנה כי כן, ביחס לדרישת הכתב בעסקה במקרקעין התקבל בפסיקה עקרון של ריכוך מלא וויתור כליל על דרישת הכתב, ביחס למקרים יוצאי דופן מאוד, כאשר זעקת ההגיונות מחייבת זאת, וכאשר עסקינן בצד המבצע תרמית כלפי רעהו. מכיוון שהחלת חריג זה לדרישת הכתב נעשית רק במקרים חריפים בחומרתם ויוצאי דופן מאוד, נראה כי אימוץ החריג האמור אף ביחס לדרישת כתב בחוקים אחרים אינה כה דרמטית, שהרי חריג המוחל רק במקרים מאוד קיצוניים ונדירים אינו מחולל שינוי בנורמה הכוללת והנהגת.

ה(4) ריכוך דרישת הכתב בחוק צרכני

32. חוק המתווכים הוא חוק צרכני, וכאמור לעיל תכלית דרישת הכתב הכלולה בו היא לוודא הסכמה מדעת של הלקוח לפרטי העסקה. בכך דומה תכלית דרישת הכתב בחוק זה לתכלית דרישת הכתב המופיעה בחוקים צרכניים שונים. נבחן על כן, את ההלכה שנקבעה לגבי ריכוך דרישת הכתב ביחס לחוק הלוואות חוץ בנקאיות שאף הוא חוק צרכני מובהק.

33. סעיף 2 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות קובע כי: "חוזה הלוואה בין מלווה ללווה טעון מסמך בכתב". בעניין **בס ארנון**⁶⁵ ציין בית המשפט כי בהתאם לסעיף 8 לחוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות חוזה ההלוואה הוא זה שיוצר את חיוב הנתבע ובהעדרו לא קמה עילה. בית המשפט הוסיף והבהיר כי מדובר בדרישה צרכנית מובהקת, וציין את דברי השופט רובינשטיין בעניין **מיסטר מאני**⁶⁶ כי אופיה הנשכני, הבוטה, של ההלוואה החוץ-בנקאית, ואופיו הבעייתי של השוק האפור לא רק מצדיקים אלא גם מחייבים הקפדה על כל תגיהן ודקדוקיהן של הוראות החוק, וכל שקבע המחוקק באשר לחובות המלווה כלפי הלווים צריך להישמר ללא פשרות. על בסיס דברים אלו קבע ביהמ"ש בעניין **בס ארנון** כי "הפרשנות תהא פרשנות מקפידה ומחמירה. דהיינו, אם מצאו בתי משפט להקל בנושאים אחרים בנושא דרישת הכתב

כן תשוב לשרור ההלכה לפיה דרישת הכתב היא קונסטיטטיבית ובלעדיה אין.

⁶⁴ נראה כי גישה זו הנובעת מ"שכלל ישר" ולא מעקרונות של צדק ומוסר, באה לידי ביטוי עוד בפסה"ד של השופט זוסמן בע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. **שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון יהושע**, פ"ד כו(2) 781 (1972) הדן במקרה שבו אין מסמך כתוב וקובע שאם כבר בוצעה העברה קניינית בלשכת רישום המקרקעין אין זה משנה אם היה כתב או לא היה כתב. רציונל זה של ראיית המעשה העשוי כביטוי חיצוני להסכמת הצדדים, פועל לכאורה ביחס לכל כתב באשר הוא, ועל כן ניתן לכאורה לטעון כי כאשר יש מעשה עשוי, הרי שבפנינו תחליף גם לדרישת הכתב על פי חוק המתווכים, וממילא אם יש למשל העברת שיקים ע"י הלקוח למתווך, ניתן לראות במעשה העשוי משום תחליף מעשי לדרישת הכתב. ברם, שרציונל זה תקף רק ביחס לגמירת הדעת ביחס לעצם כריתת העסקה. אולם, לאור הצורך בהסכמה מדעת **לפרטי** העסקה, נראה לכאורה כי העובדה שפלוגי שילם עדיין אינה מעידה על כך שפרטי השירות סוכמו עם הלקוח, וייתכן כי העמימות היא נחלתו, אף לאחר שמסר שיק למתווך.

⁶⁵ ה"ש 25 לעיל.

⁶⁶ ה"ש 26 לעיל.

באופן זה או אחר - לא ראוי כי ייעשה כן, בחוק דנן. יש לראות את דרישת הכתב בפן המהותי על כל המשתמע מכך". על רקע זה קבע בית המשפט כי אף שטרות שנמסרו למלווה לשם גביית החוב, אינם יכולים להוות תחליף לדרישת הכתב ונחוץ הסכם הלוואה. זאת במיוחד על רקע הוראות סעיף 3 לחוק הלוואות חוץ בנקאיות המפרט את תוכנו של חוזה שכזה. בית המשפט ציין כי "ייתכן ויהיה בשטרות משום ראשית ראיה, אך לא מעבר לכך. ערים אנו לתוצאה האפשרית נוכח קביעתנו האמורה. אולם לאור תכליתו של החוק וכאמור, עלינו להקפיד על כל תג ותג בבואנו ליישם וליתן פרשנות להוראות החוק. על כל מלווה לדעת כי מסתכן הוא אם בחר להתעלם מהוראות החוק ולא ערך חוזה הלוואה בכתב. את זאת ביקש המחוקק למנוע. דהיינו, המחוקק ביקש למנוע כל טענה להסכם בעל פה, מבלי שצוינו כל פרטיה בכתב".

34. על בסיס קביעה נורמטיבית חדה וברורה זו, נראה כי ריכוך של דרישת הכתב לא ייתכן כלל ביחס לחוק הלוואות חוץ בנקאיות, שהרי מטרת הכתב אינה לוודא את עצם קיומה של עסקה אלא ליצור וודאות באשר לתנאיה ולהבטיח כי היתה הסכמה מודעת ביחס לפרטים אלו. ברם, בערעור בעניין **בס ארנון** בבית המשפט העליון⁶⁷ לא היתה דעתו של השופט רובינשטיין נוחה ביחס לסיטואציה שתביא לתוצאה שתהא "בלתי צודקת", במובן זה שאדם יטול כסף מזולתו ובבוא עת הפירעון – יפנה אותו לדרישת הכתב שבחוק הלוואות חוץ בנקאיות, יותר את הכסף בכיסו וייהנה מן ההפקר כך שכסף שאינו זכאי לו יישאר בידו. השופט רובינשטיין ציין כי אכן קבע בעניין **מיסטר מאני**⁶⁸ כי "אופיה הנשכני, הבוטה, של ההלוואה החוץ-בנקאית, ואופיו הבעייתי של השוק האפור לא רק מצדיקים אלא גם מחייבים הקפדה על כל תגיהן ודקדוקיהן של הוראות החוק" - אך מנגד גם תוצאה לפיה לווה שנטל הלוואה שאינה מוכחשת יודע מתחילה כי יוכל להתנער מהשבה כל עיקר אינה פשוטה.

35. מעיון בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **ארנון בס** עולה לכאורה כי מחד גיסא יש להקפיד מאוד על דרישת הכתב על מלוא האלמנטים של דרישה זו כפי שפורטו בחוק הלוואות חוץ בנקאיות. אולם, מאידך גיסא, בית המשפט אינו מוכן להותיר את המצב החוקי כ"פרצה הקוראת לגנב" המשתמש בהוראות החוק בכוונה תחילה, כדי להערים על זולתו, ליטול את כספו ואז להותירו בפני שוקת שבורה תוך הסתמכות על דרישת הכתב הקבועה בחוק. המסקנה העולה לכאורה מפס"ד זה היא שבמקרה הרגיל והשכיח לא יתכן ליישם ריכוך לדרישת הכתב, שכן זו הוראת חוק צרכנית שתכליתה לוודא הסכמה מודעת לפרטי ההסכם. אולם, במקרים הנדירים שבהם מושמעת זעקה עקב אי הגינות של צד המבקש להשתמש בדרישת הכתב כמחסה למעשה נכלולים - יש מקום לריכוך הדרישה, אף כאשר עסקינן בהוראת חוק צרכנית.

ו. הריכוך שביצעה הפסיקה לדרישת הכתב בחוק המתווכים

⁶⁷ רעא 2132/09 **אברם אריה נ' ארנון בס** (פורסם בנבו, 08.07.2009).

⁶⁸ ה"ש 26 לעיל.

36. מסקירת הפסיקה⁶⁹ עולה כי כקורות סעיף 8 לחוק המקרקעין כן קורות סעיף 9 לחוק המתווכים ו"מקרה אחד יקרה את כולם" (קהלת ב', י"ד). בשני המקרים נקט המחוקק בשפה חדה ודרש דרישת כתב, שהפסיקה פרשה אותה כמהותית⁷⁰. גם לא היה חולק בפסיקה כי חוק המתווכים במקרקעין הוא חוק קוגנטי שיש למלא⁷¹ ובלא מסמך הזמנה בכתב, אין עילה לתביעה בגין דמי תיווך. עם זאת, התעורר גם ביחס לחוק המתווכים החשש, כי דרישה פורמליסטית תנוצל לרעה ותביא להתכחשות הלקוחות להתחייבות שנטלו על עצמם⁷². בהתאם לכך, החילה הפסיקה את "תורת הריכוך החלקי" בפסקי דין רבים ובאופן שיטתי. בתי המשפט הסתמכו בהקשר זה על דבריהם של פרופ' דניאל פרידמן ופרופ' נילי כהן⁷³ כי בדרישת הצורה אין קדושה; אין היא מהווה מטרה כשלעצמה. אם קיימים כלים אחרים המשמשים ערובה לכך, שהשיקולים העומדים מאחורי כללי הצורה, אכן באו על סיפוקם – הרי שאין לדבוק בנוקשות בכללי הצורה. על כן, קבעה הפסיקה כי כאשר יש התקשרות בין הצדדים בכתב, וההתקשרות ברורה על פניה, יש לוותר על דרישות שמחוקק המשנה קבע במפורש **בתקנות** כחלק מן הפרטים שיש לציין בהסכם ההתקשרות עם המתווך⁷⁴.

37. כך, למשל, בעניין רוזן⁷⁵ נדונה זכאות של מתווך לדמי התיווך, כאשר הסכם התיווך אינו עונה על דרישות הפירוט הנקובות בחוק המתווכים עקב חוסר מספרי זיהוי של המתווך והלקוח, תיאור הנכס נשוא פעולות התיווך, כתובת הנכס והמחיר המבוקש. המתווך טען כי הפרטים

⁶⁹ מדובר בפסיקה ענפה מאוד של בתי משפט המחוזי והשלום, אך אין בשלב זה פסיקה של ביהמ"ש העליון בסוגיה דנא.

⁷⁰ בת"א 64282/01 כהן מגורי אילן נ' אלפי רות (פורסם בנבו, 28.07.2002) ציין בית המשפט כי לשון החוק בנויה כתנאי כפול, השולל את זכותו של המתווך לקבלת דמי תיווך אם לא נעשה הסכם בכתב – סעיף 9(א) לחוק המתווכים – והקובע את זכותו של המתווך לקבלת דמי תיווך רק אם נעשה הסכם בכתב – סעיף 14(א)(2) לחוק המתווכים. בית המשפט השווה זאת ל"תנאי בני ג' ובני ראובן" (ספר במדבר, פרק ל"ב, כ"ל"ב; מסכת קידושין, דף ס"א, ע"א; להסבר הערך ראו: נחום רקובר, **ניבי תלמוד**, ספריית המשפט העברית תשנ"א); הדברים צוטטו גם בפסק דינו של השופט סולברג בת.א. (שלום י-ם) 2433/03 סימקוביץ נ' רג'ואן (פורסם בנבו, 11.01.2004) (להלן: "עניין סימקוביץ").

⁷¹ ראו למשל: עניין **שיריזיאן**, ה"ש 41 לעיל; ע"א (מחוזי ת"א) 2819/00 בן-אור נ' רוזן (פורסם בנבו) (להלן: "עניין רוזן"); ע"א (מחוזי ת"א) 1183/08, 1495/08 **מטרופוליס ייזום השקעות ונכסים (המאה ה-13) בע"מ נ' הצלחת יחזקאל בע"מ (בפירוק מרצון)** (פורסם בנבו, 19.08.2009) (להלן: "עניין הצלחת יחזקאל"); ע"א (מחוזי י-ם) 36998-03-13 **קינן נ' ב.יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה 1988 בע"מ** (פורסם בנבו, 10.09.2013); עניין **כהן נ' אלפי**, שם; עניין **סימקוביץ**, שם; ת.א. (שלום ראש"צ) 5630/02 **טנא נכסים דרום בע"מ נ' מכבי שירותי בריאות** (פורסם בנבו, 15.01.2013) (להלן: "עניין טנא נכסים").

⁷² ראו ע"א (ת"א) 2819/00 **בן אשר נ' נזן** (פורסם בנבו, 30.06.2002).

⁷³ פרידמן וכהן, **חוזים**, תשנ"א-1991, כרך א' עמ' 394.

⁷⁴ ראו ע"א (ת"א) 3049/01 **דותן נ' גוביץ** (פורסם בנבו, 02.03.2005); בר"ע 209/01 (מחוזי נצרת) **מאיר נ' שושן ואח'** (פורסם בנבו, 21.10.2001); ת"א (שלום ת"א) 58989/01 **פורסקאוט טכנולוגיס בע"מ נ' יוגל החברה הישראלית לנדל"ן (1996) בע"מ ו-מטרופוליס ייזום השקעות ונכסים (1993) בע"מ** (פורסם בנבו, 29.04.2004); ת"א (שלום כפי"ס) 6834/01 **רוביסה ערן נ' מוטי שוורצברג** (פורסם בנבו, 20.10.2002); ת"א (שלום ת"א) 54028/00 **השקעות שי שמואל שי כהן נ' רזיב סרגיי** (פורסם בנבו, 05.01.2003); ע"א (ת"א) 1413/04 **מטרופוליס נ' מליק מרכזים מסחריים** (פורסם בנבו, 30.10.2005) (להלן: "עניין מטרופוליס נ' מליק").

⁷⁵ עניין רוזן, ה"ש 71 לעיל.

החסרים בהסכם הושלמו ע"י התוכניות, המפרט הטכני ומחירוני הדירות שהוצגו בפני הלקוח. בית המשפט ציין כי תקנה 1 לתקנות המתווכים מחייבת באופן ברור ציון כל הפרטים בהסכם התיווך עצמו ומכאן כי לא ניתן לכאורה להשלים את החסר על פי חוק אחר או נוהג בין הצדדים, ומכאן הייתה מחויבת לכאורה המסקנה כי הסכם התיווך בטל. אולם, בית המשפט קבע כי הסוגיה של הקפדה דווקנית על מילוי מלוא הפרטים הנקובים בתקנות "מזכירה באורח אנלוגי את הסוגיה של דרישת "מסמך בכתב" נשוא סעיף 8 לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969". על בסיס זה קבע בית המשפט כי יוחלו ההלכות נשוא הלכת הריכוך בחוק המקרקעין גם על דרישת הכתב בחוק המתווכים⁷⁶.

38. בתי המשפט השוו בין דרישת הכתב של סעיף 8 לחוק המקרקעין לדרישת הכתב של סעיף 9 לחוק המתווכים, והחילו את תורת הריכוך גם על עסקת תיווך, באופן המתעלם מדרישות התקנות⁷⁷. כך ביצעו בתי המשפט השלמות מכוח מסמכים שונים ומכוח הוראות חוק כלליות (מנגנוני השלמה הקבועים בחוק החוזים) למרות החריגה הברורה מדבר מחוקק המשנה ביחס לפרטים הנדרשים להופיע במסמך ה"הזמנה בכתב", שהיא בגדר הוראת דין ספציפית (lex specialis). בנוסף, בית המשפט אף היה מוכן לראות במסמך שנשלח בהודעת דוא"ל כמסמך בכתב⁷⁸. לפי מגמת הפסיקה נראה כי אף מסרון וכל הודעת טקסט הנשלחת באמצעות הטלפון הנייד, תוכל לעמוד בדרישות הסעיף, משל עסקינן בדרישת כתב ראייתית ולא מהותית⁷⁹.

39. ברם, האנלוגיה בין סעיף 8 לחוק המקרקעין, לדרישת הכתב הקבועה בסעיף 9 לחוק המתווכים מעוררת קושי מכיוון שפרשנות של דבר חקיקה יש לעשות תוך זיקה ברורה לרציונל של דבר החקיקה ולתכליתו וראינו לעיל כי התכליות הניצבות בבסיס דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין שונות באופן יסודי מהתכליות הניצבות בבסיס דרישת הכתב הקבועה בחוק המתווכים. מטרת דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין, פורשה כנובעת מחשיבות העסקה ומן הצורך בהרתעת המתקשרים מפני התחייבות חפוזה. על כן, כאשר שוכנעה הפסיקה

⁷⁶ היישום של האנלוגיה האמורה באותו פס"ד נגעה למתן תוקף לעסקה עם המתווך, כאשר בהסכם נכלל אומדן של מחיר משוער בלבד של העסקה המבוקשת. בית המשפט ציין כי יש לפרש את התקנה באופן מרוכך, ולקבוע כי התקנה אינה מדברת על רישום של מחיר מדויק, ודי גם בציון מחיר "בקירוב". פרשנות זו, ללא האנלוגיה לסעיף 8 לחוק המקרקעין, עשויה להיות נכונה כשלעצמה.

⁷⁷ עניין **לנדאו**, ה"ש 41 לעיל, בו הבהיר בית המשפט (השופט ק. ורדי) כי ניתן לרכך את דרישת הכתב כאשר לא מדובר במקרה שבו לא היתה כלל הזמנה בכתב; עניין **הצלחת יחזקאל**, ה"ש 71 לעיל; עניין **רוזן**, ה"ש 71 לעיל; ת.א. (שלום ת"א) 22340/03 טל נ' שטרן (פורסם בנבו, 02.06.2005) (להלן: "עניין טל נ' שטרן"); ת.א. (שלום אילת) 1332/07 **קדוש נ' מלול** (פורסם בנבו, 28.04.2008) (להלן: "עניין קדוש נ' מלול"); ת.א. (שלום ת"א) 65893/04 **סטאטוס יועצי נדל"ן בע"מ נ' ימאות ניהול ואחזקות בע"מ** (פורסם בנבו, 18.08.2005) (להלן: "עניין סטאטוס").

⁷⁸ ראו עניין **לנדאו**, ה"ש 41 לעיל.

⁷⁹ מסקנה זו נראית לנו שגויה בכל הכבוד, שכן אחד מן הרציונלים של דרישת הכתב בחוק המתווכים הוא להבהיר ללקוח כי השירות שהוא מקבל אינו "שיחה בעלמא" אלא משהו שהוא מתחייב לשלם בגינו סכום משמעותי, ומצד שני יצירת מחויבות ברורה מצד המתווך לתת שירות מסוים ומוגדר, עם חובת נאמנות ברורה ללקוח, כתנאי בסיסי לקבלת התמורה שאותה הוא דורש. לצורך עמידה בדרישה זו נחוץ מסמך פורמלי, המעמיד את הצדדים על מהותיות ההתקשרות ביניהם, ואילו מסרון המועבר במכשיר הסלולרי, אינה עומדת בתנאי דרישה זו בכל הכבוד.

שרציונלים אלה של דרישת הכתב התקיימו, הרי שהפסיקה הסתפקה בפרטים מועטים בלבד וריככה את דרישת הכתב ביחס למסמך הנדרש לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין. לעומת זאת, הבסיס הרעיוני לדרישת הכתב המפורטת בחוק המתווכים שונה לגמרי ומטרתה היא, כאמור, להשרות וודאות ולהבטיח קיומה של הסכמה מודעת מראש לפרטי העסקה. על-כן גם אם ברורה הסכמה לעסקה בכללותה, אין מקום להשלים את פרטי העסקה כפי שנעשה לעניין סעיף 8 לחוק המקרקעין⁸⁰. חוק המתווכים הוא חוק צרכני⁸¹ ותכליתו להגן על הצרכן ולוודא כי הסכים מראש לפרטים ולא הועמד בדיעבד בפני מציאות שאותה לא העלה בדעתו מראש. כשם שבחוק זכויות החולה, לא ניתן לקבל הסכמה בדיעבד של החולה לפרוצדורה הרפואית (אלא אם זו פעולת חירום מצילת חיים) ויש להחתים אותו מראש על הסכמה, וכשם שבהתאם לסעיף 2 לחוק הלוואות חוץ-בנקאיות לא ניתן יהיה להיפרע מהלוואה שהחוק חל עליה ולא ניתנה בכתב, כך גם בעסקת תיווך, כעסקה צרכנית – לא ניתן לגבש הסכמה מודעת לאחר מעשה. על כן, נשמעה דעה בפסיקה⁸² כי לא ניתן לאפשר השלמת פרטים בדיעבד בדרך הקבועה בסעיף 26 לחוק החוזים. השלמה בדיעבד זו אינה מקיימת את הרציונל של הסכמה מודעת.

40. אילו מטרתו היחידה של הסכם עם המתווך הייתה ליצור מחויבות של עורכי העסקה כלפי המתווך ייתכן כי ניתן היה לאמץ את תורת הריכוך החלקי ודי היה ב"ראשית מסמך" שיוודא קיומה של גמירת דעת לשלם למתווך, ולאחר מכן יושלמו כל שאר הפרטים בדרך של פרשנות. ברם, שהניסיון מורה כי לא די בכך, ועל כן נקבע בסעיף 1 לתקנות המתווכים במקרקעין כי יש לנסח מסמך מפורט הכולל את פרטי העסקה. הטעם לכך נעוץ, בין השאר, בכך שנשוא ההסכם עם מתווך לוקה מטבעו בעמימות המחייבת פירוט, שכן מדובר במידע, שהוא בבחינת "אלו דברים שאין להם שיעור". בהקשר זה עלולים להתעורר חילוקי דעות קשים בשאלה, האם המתווך אכן "סיפק את הסחורה". הלקוח (קונה) עלול לטעון כי לא קיבל דבר, שכן, למשל, הוא הסכים לשלם אחוז מסוים רק אם יביאו לו מידע על "עסקת מציאה", ואילו המידע שקיבל נסב אודות עסקה יקרה המצויה בשוק מזה זמן רב, ולא את זה ביקש הלקוח לקבל. כמו כן, עלול הקונה לטעון כי המידע שנמסר לו ע"י המתווך, כבר היה בידיו מזה זמן, או שהוא "מן המפורסמות" וכי המתווך פשוט "קופץ על העגלה" ומנסה לקבל ממנו כסף על לא דבר⁸³.

⁸⁰ עמד על הדברים בית המשפט בת"א (י-ם) 6577/98 טרנס גלובל סוכנות לנכסים בע"מ נ' נתנאל אל.אל.סי. פ"ד תשס"א(3) 75 (2001) (להלן: "עניין טרנס גלובל") והבהיר כי אין להקיש מדרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין אל דרישת הכתב הקבועה בחוק המתווכים, מכיוון שהרציונל של סעיפים אלו שונה בתכלית.

⁸¹ ר' למשל בר"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, ניסיון ותחכום משפטי, המתבטא בחוזים אחידים בהם מכתיבים המתווכים את רצונם. החוק נועד להשליט נורמות של הגינות, ולדאוג, בין היתר, כי רק מתווך שתרם בפועל למכירת הדירה יקבל את שכרו"; ע"א (מחוזי חיפה) 3455/06 דה כהן בע"מ נ' אלון עמרם (פורסם בנבו, 28.08.2007) מפי השופט עמית: "למרות שהלקוח על פי חוק המתווכים אינו בהכרח "צרכן" כמשמעותו בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, אין חולק על אופיו הצרכני של החוק".

⁸² דעתה של השופטת ד"ר מיכל אגמון גוין בעניין טרנס גלובל, ה"ש 80 לעיל.

⁸³ הגיעו דברים לידי כך שבמדינות רבות בארצות-הברית נכללו חוזי תיווך בחוק המרמה כחוזים שיש לעשותם בכתב. לעניין זה ראו: C.C. Marvel "Annotation: Real-Estate Broker's Right to Recover in Quantum Meruit for

לעיתים קיימת עמימות גם לגבי גובה דמי התיווך, כאשר זה "טוען בחיטים" וזה "מודה בשעורים", המתווך דורש למעלה מאחוז והלקוח טוען כי הסכים למחצית, ומפח הנפש שיחווה אחד מן הצדדים בסוף הסיפור - צפוי מראש. העמימות עלולה אפוא להיות בעוכרי הצדדים (גם בעוכרי המתווך) וליצור דיונים משפטיים רבים מספור. הדרך היחידה לפתור קונפליקטים צפויים מראש אלו, היא לערוך מסמך כתוב ומפורט, שנכללים בו הפרטים הקבועים בתקנות⁸⁴. פרטים אלו נקבעו בתקנות על בסיס ניסיון מצטבר ובכוונת מכוון. פרטים אלו נועדו לוודא לא רק את הקשר עם המתווך ואת המחויבות לשלם לו, אלא גם כי המתווך אכן ישרת את הלקוח בנאמנות ויפעל באופן שיעמוד בקנה אחד עם ציפיות הלקוח ביחס למחיר העסקה וכי המידע שיימסר יהא רלוונטי לנכס שוא העסקה⁸⁵. מסמך זה חיוני גם כדי לקבוע מראש ובאופן ברור

Services Although Contract is not in Writing as Required by Statute; *Philo Smith & Co., Inc. v. Uslife Corp.* 554 F. 2d 34 (1977); *Diggins v. Johnson* 513 P. 2d. 660 (1973).

בעניין **טרנס גלובל**, ה"ש 80 לעיל, הבהירה השופטת מיכל אגמון-גונן כי המדיניות היא הגנה על הצרכנים שפעמים רבות אינם מודעים לכך שמדובר במתווך או שיידרשו 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.

⁸⁴ ר' לעניין זה דבריו של השופט שנלר בעניין **לנדאו**, ה"ש 41 לעיל: "לא בכדי קבע מתקין התקנות את המפורט באותה תקנת משנה. הזמנת התיווך חייבת להיות מופנית למתווך עצמו ולכן עליה לכלול גם את פרטיו. במקום שבו אין כל אזכור לזהות המתווך ופרטיו, ומעת שהמסמך מופנה למי שאינו מתווך, לדעתי אין מקום להשלמת פרטים ולבחינה אם המכותב שותפו של מתווך או פועל בשמו. יתר על כן, המחוקק ביקש לקבוע מתכונת קשיחה וקוגנטית בכל הקשור לזכאות לדמי תיווך ועל כן אין מקום להשתחרר מתכלית זאת... לא בכדי צויין בתקנות "מחיר העסקה המבוקשת, בקירוב". דהיינו, מזמין שירותי תיווך אמור לציין מה התמורה בקירוב לה הוא מצפה. כך גם יש לציין את סכום דמי התיווך או שיעורם כנגזרת ממחיר העסקה. לכן, גם אם נקב מחיר בקירוב והעסקה יצאה לפועל אך בתמורה שונה, מעת שנקבע שיעור דמי התיווך כנגזרת ממחיר העסקה, ניתן לראות בקשירת העסקה, כממלאת אחר האמור בהזמנה לרבות שיעור דמי התיווך. שונים הדברים, מעת שמדובר בתנאי ספציפי מקדמי לעצם הזכאות לדמי תיווך... לא מדובר בניסיון התחמקות מתשלום דמי תיווך באופן של קביעת מחיר נמוך רק במקצת, אלא בפער ניכר. דהיינו, על פני הדברים לא התקיים התנאי המזכיר דמי תיווך. משכך, מבקשים המערערים להביא ראיות אחרות בפני בית משפט על מנת להוכיח סיכומים בע"פ בין הצדדים בדבר תשלום דמי תיווך. בלשון אחרת, המסמך כפי שהוא, אינו מזכיר דמי תיווך אלא מבקש להביא ראיות בעל פה על התחייבות לתשלום דמי תיווך וזאת ביחס לעסקה כפי שיצאה לפועל. דומה, כי עדויות שכאלו וסכסוכים שכאלו ביקש המחוקק למנוע".

⁸⁵ בעניין **טרנס גלובל**, ה"ש 80 לעיל, הבהירה השופטת מיכל אגמון-גונן כי: "מטרת חוק המתווכים היא, להבהיר ללקוח באיזו עסקה 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 העסקה – האם המתווך התובע הוא שהראה את הנכס ללקוח, האם היה זה המתווך אחר, או שמא הלקוח הגיע לאותו נכס בכוחות עצמו". בית המשפט הסיק על כן באותו עניין, כי אין להסתפק בציון הסתמי "חנות" לשם מילוי דרישת המחוקק. הפרשנות שיש לתת למונח זה נובע מתכלית החקיקה כפי שהיא עולה, בין השאר, מדברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 388 ולפיה: "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 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. על-כן, יש מקום לציין את הנכס בבירור לרבות כתובת, מיקום ופרטים אחרים כיוצא בזה שיזהו את הנכס בצורה מדויקת".

את גובה דמי התיווך. מכיוון שאלו הרציונלים של דרישת הכתב **המפורטת** הקבועה בחוק המתווכים ובתקנות שנקבעו מכוחו, נראה כי לא ניתן לרכז דרישות אלו. מטרת הפרטים היא ליצור מסגרת שתמנע חיכוכים בין הצדדים⁸⁶. אם מרככים דרישה זו - לא עושים טובה לצדדים אלא עוול, שכן הוודאות החיונית במקרה הזה נעלמת.

41. המחוקק ביקש להשרות סדר ולמנוע התדיינויות אלו. על כן נדרש המתווך להיות "מקצוען" והמחוקק התנה את תשלום שכרו של המתווך בעריכת הזמנת תיווך מוקפדת, לפי התקנות. לאור דרישה זו של המחוקק נראה כי אי אפשר לקבל גישה לפיה ההקפדה הדווקנית על דרישת הפרטים שהמחוקק דרש את הכללתם במסמך בכתב - עולה כדי חוסר תום לב, בדיוק כשם שלא ניתן לטעון כי עמידה על זכות חוזית עולה כדי חוסר תום לב⁸⁷. כמו כן, לא ניתן לקבל טענה כי קשה למתווך להחתים את הלקוח על טופס מפורט מראש⁸⁸. אדרבה, ויתור על דרישות לכלול ב"כתב ההזמנה" פרטים מהותיים, ולאחר מכן לטעון לחוסר תום לב מצד הלקוח, תהפוך את העמימות לנורמה אשר לה התנגד המחוקק ותסב נזק לניסיון להסדיר תחום פרוץ זה, המשוער לסדר ולוודאות - לטובת הלקוח והמתווך כאחד⁸⁹. על כן נראה כי אין מקום לאמץ לגבי דרישת הכתב של חוק המתווכים את תורת הריכוך החלקי שנקבעה ביחס לדרישת הכתב בחוק המקרקעין.

42. אכן, ייתכן כי במקרים מסויים אין מקום להיות נוקדן עם המתווך ולקבוע כי לא יקבל את שכרו מקום שבו נשמט ממסמך ההזמנה פרט טכני כלשהו. כך, למשל, כאשר יש מסמך הזמנה

⁸⁶ ראו דברי השופט שנלר בת"א (פ"ת) 4505/98 **ליאוניד קוויניוק נ' שמואל רוזה** (פורסם בנבו, 09.03.1999): "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".

⁸⁷ ראו ע"א 158/80 **מנחם שלום נ' מנחם מוטה**, פ"ד (לו) 4793, 812 (1982); ע"א 538/86 **זמיר נ' הבנק הבינלאומי לישראל בע"מ**, פ"ד (מב) 433, 436 (1989); ע"א 467/04 **יתח נ' מפעל הפיס**, פ"ס 11-13 לפסק של השופט ארבל (פורסם בנבו, 1.9.2005). אולם, צורת השימוש בזכות ואופן השימוש בזכות החוזית כפופים לעקרון תם הלב (ראו מיגל דויטש, "תום לב בשימוש בזכויות – קווים אדומים" לתחולת העיקרון? **עינוי משפט** יח 261 (1993)).

⁸⁸ ראו עניין **טרנס גולבל**, ה"ש 80 לעיל, בו הבהירה השופטת מיכל אגמון-גוני: "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 מכובד 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 ובחלקם אינו מעוניין. שנית... ניתן למלא רובריקה זו גם מפעם לפעם, בכל פעם שהמתווך מציע ללקוח נכס חדש שהוא מעוניין להראות לו ועובר להצגת הנכס".

⁸⁹ לכאורה, אם מהנסיבות עולה שאכיפת ההסכם לא תגרום ללקוח נזק, שכן הוא זכה לשירותי תיווך מעולים, נראה לכאורה שיש פגם בהטלת אחריות ל"תאונה המשפטית" של העדר כתב, על שכמו של המתווך בלבד. המתווך אכן התרשל אך לכאורה לפחות מזווית ראייה של שיקולי צדק קשה להצדיק את הפטור של הלקוח מתשלום. ברם, ריכוך של דרישת הכתב עלול לפגוע בלקוחות עתידיים ולהביא לנורמה של עמימות כשהמתווך מתרגל לנהוג ברשלנות ונמנע מעריכת מסמך בכתב – לעיתים אף במכוון ובכך ייפגעו לקוחות עתידיים. המחוקק קבע על כן כי מוטב להגן על הלקוחות ואין לתת פטור מדרישת הכתב כדי שלא לסכל הגנה זו.

בכתב, מפורט ומסודר, ונשמט או שהייתה טעות בפרט **טכני ושולי**, כמו מספר תעודת זהות של אחד הצדדים, ניתן יהא להגמיש את כללי עריכת המסמך ולהשלימו, מכח כללי פרשנות ומכח עקרון תום הלב. ברם, כאשר "העיקר חסר מן הספר", ובפנינו טופס שחסרים בו פרטים כגון: הנכס נשוא העסקה, או המחיר, או גובה דמי התיווך - אין מקום לביצוע השלמות כלשהן "מכח הנסיבות" ולקיים התדיינויות משפטיות שהמחוקק ביקש למנוע אותן ע"י דרישה קוגנטית לכתב **מפורט**. במקרה שהמתווך התרשל ולא כלל בהסכם פרט חשוב, כגון פרטי הנכס ומחירו, הרי שלא ניתן יהא לטעון כי יש להשלים את הדבר מכח עקרון תום הלב או מכל כללי פרשנות ולעשות פלסטר את דבר מחוקק המשנה ואת תכלית החוק להשרות וודאות בדבר הסכמה מדעת לפרטי העסקה⁹⁰.

43. זאת ועוד, ההשוואה בין סעיף 8 לחוק המקרקעין לסעיף 9 לחוק המתווכים לעניין ההחלה של תורת הריכוך, נתקלת בקושי מהותי, שהרי חוק המקרקעין משנת 1969 קדם ב-27 שנים לחוק המתווכים משנת 1996. הריכוך שחל בהדרגה בפסיקה ביחס לדרישת הכתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין היה ידוע היטב למחוקק בעת שנחקק חוק המתווכים. אילו חפץ המחוקק לגלות את אותה גמישות גם ביחס לדרישת הכתב לפי חוק המתווכים, הרי שהיה קובע אותה בהתאם לאותה התפתחות⁹¹. אך המחוקק נמנע מכך. אדרבה, בעוד שבחוק המקרקעין נדרש ביהמ"ש

⁹⁰ ראינו בעניין **לילי שם טוב**, ה"ש 1 לעיל, כי גישת השופט עמית וגישתו של השופט זמיר בעניין קלמר נגד גיא הייתה, כי יש לאכוף עסקה במקרקעין אף שאין לה עיגון כלשהו בכתובים אם בפנינו מעשה עשוי. ברם, שעקרון זה אינו ניתן ליישום לכאורה לגבי עסקת תיווך, שהרי תמיד עסקינן בעסקה במקרקעין שיושמה ובוצעה, שאם לא כן לא מגיעים למתווך דמי תיווך בכל מקרה. אין זאת אלא שאין נפקות לכך שהעסקה במקרקעין נשוא העסקה עם המתווך הכתה שורש והפכה למעשה עשוי. ההתקשרות עם המתווך היא לעולם בגדר מעשה עשוי, במובן זה שהועבר מידע והפך לעסקה במקרקעין. השאלה היא האם יש ביטוי מעשי להסכמות שבין הלקוח לבין המתווך ומקום שהסכמות אלו נותרו בגדר של תורה שבעל פה, ואין להן ביטוי מעשי, חלה דרישת הכתב של חוק המתווכים במלוא עוזה. עם זאת, ייתכן שכאשר יש מעשה עשוי בגדרי עסקת התיווך עצמה, כגון העברת שיקים ע"י הלקוח למתווך, כפי שהיה בעניין **לנדאו** (ה"ש 41 לעיל), הרי שלגישת השופטים זמיר ועמית ביחס לחוק המקרקעין ניתן יהא לכאורה לראות במעשה העשוי משום תחליף מעשי לדרישת הכתב. ברם, שנראה כי יש להבחין בין דרישת כתב שנועדה לוודא את עצם גמירת הדעת, ואשר לגביה יש במעשה העשוי כדי להוות תחליף לדרישת הכתב, לבין דרישת כתב שנועדה ליצור וודאות והסכמה מודעת מראש באשר לתנאי העסקה – שאז מעשה עשוי בדיעבד אינו משרת תכלית זו ולא יכול לבוא חלף דרישת הכתב.

⁹¹ יש חיקוקים שבהם מצא המחוקק לנכון לשנות מן הפסיקה. כך למשל הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), התש"ע-2010, ה"ח 198 שבמסגרתה שונו כללי הפרשנות בדיני חוזים בהוראת ס' 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי) באופן שיעמדו בניגוד להלכה שנפסקה ע"י בית המשפט העליון בע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים**, פ"ד מט(2) 265 (1995). הפסיקה עמדה לנגד עיני המחוקק כפי העולה מפרוטוקול ישיבה מס' 204 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 167 (17.1.2011) וחברי כנסת שונים הביעו את דעתם שהלכה זאת הביאה לחוסר ודאות משפטית ושאינה רצויה. לכן, הם מבקשים לתקן את החוק ולנסח מחדש את כלל הפרשנות. במקרה דנא, בחר המחוקק שלא להתייחס להלכת הריכוך שנקבעה ע"י בית המשפט העליון. עם זאת, השופטת ענת ברון בת.א. (מחוזי ת"א) 2132/05 **קריאטיב אסטייטס בע"מ נ' ארזים השקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 10.01.2011) (להלן: "**עניין קריאטיב**") ציינה כי חוק המתווכים נחקק בערך בעת שנקבעה הלכת **קלמר**. אכן, חוק המתווכים פורסם בחודש פברואר 1996, חלופתו נקבעה לחודש אפריל 1997, ופסק דין קלמר ניתן בחודש יוני 1996. לכן ייתכן כי המחוקק לא היה מודע לכך שהפסיקה גורסת ביטול **מלא** של דרישת הכתב כאשר הדבר נדרש מכוח הלכת תום הלב, אבל המחוקק בוודאי היה מודע להלכת הריכוך החלקי כפי שהתגבשה במשך שנים רבות בפסיקת בית המשפט וכפי שנסרקה לעיל.

ליצוק תוכן לדרישת הכתב הכללית בהעדר פירוט בחוק, הרי שבחוק המתווכים נתן מחוקק המשנה את דעתו כיצד יש למלא את דרישות הכתב.⁹² ביחס לתיווך קבע המחוקק כי אין להסתפק בכתב גרידא, אלא הפנה לתקנות שבהן פורטו רכיבים שונים של העסקה שאותם יש לפרט בכתב. לכאורה, לאחר שהמחוקק עשה כן, לא ניתן "לרכך" את דרישת הכתב על-ידי פרשנות ולקבוע כי די יהא בראשית כתב וגם מסמך שאינו עומד בדרישות התקנות יחשב כעומד בדרישת הכתב, שהרי בכך ישים עצמו בית המשפט כמי שמבטל את הוראות מחוקק המשנה.

44. בתי המשפט היו ערים לקושי זה בחלק מפסקי הדין ועל כן ניסו להתגבר עליו באמצעות עשיית שימוש בעקרון תום הלב כמי שניצב אל מול דרישת הכתב של חוק המתווכים. כך, למשל, מצינו כי בעניין **לנדאו**⁹³ קבע בית המשפט (השופט ורדי בדעת רוב) כי למרות שהסכם אינו כולל את הפרטים הבסיסיים הקבועים בתקנות יתכן חיוב בדמי תיווך - מכוח עקרון תום הלב. בית המשפט ציין כי אין מחלוקת שמדובר בחוק קוגנטי ובדרישות קוגנטיות שיש למלא, ברם, בתי המשפט בוחנים את התקיימות התנאים באספקלריה של דיני תום הלב, ועל רקע הנסיבות הספציפיות, כאשר קיום הסכם התיווך נתון לחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.⁹⁴ בית המשפט הבהיר כי יש להבחין בין מקרה שבו לא הייתה כלל הזמנה בכתב⁹⁵ שאז לא ניתן להשלים את הוראות ההסכם ("ריכוך מלא") לבין מקרה שמבוקש מבית המשפט לראות במסמכים הקיימים כמקור לפרשנות ולביצוע השלמות הקשורות גם להתנהגות הצדדים, כעומדים בדרישות של "הזמנה בכתב". במקרה אחרון זה (של "ריכוך חלקי") יש מקום לחיוב בדמי תיווך אם יתברר כי הלקוחות ניסו לחסוך את דמי התיווך בתואנות שונות, למרות שהצדדים "סיכמו באופן ברור בע"פ מעבר למילים הכתובות על תשלום דמי תיווך, גם במקרה של מכירה של הנכס... ייתכן ובמקרה כזה, יפסוק בית המשפט בצורה שפחות מדקדקת עם הדרישות הצורניות של ההזמנה בכתב"⁹⁶. בית המשפט ציין כי למרות שהדרישה לציין הפרטים שבסעיף 9 לחוק והתקנות הינה דרישה מהותית שתכליתה להבטיח את גמירות הדעת בעת חתימת ההסדר "הרי לא מדובר בדרישה דווקנית שיש לדקדק בכל פרט ופרט של התקנות ובית המשפט לוקח בחשבון את גמירות הדעת שהוכחה את תום הלב והאם בסופו של יום

⁹² על הבחנה זו עמד בית המשפט השלום באילת (השופטת אטדגי-פריאנטה) בתא"מ (שלום אילת) 48904-06-11 **התשבי** נ' **ש.י.א רפאל פרוייקטים בע"מ** (פורסם בנבו, 27.08.2013) (להלן: "עניין התשבי"). עם זאת יש לציין כי על אף הבחנה זו קבע בית המשפט שם: "סבורני, כי במקרים מתאימים ובנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן עשוי עקרון תום הלב לדחוק את דרישת הכתב שבחוק המתווכים לאור אותה "זעקת ההגינות" שבהלכת שם טוב נגד פרץ". כלומר, בעניין **שם טוב**, הי"ש 1 לעיל, ראינו כי ביהמ"ש אכף עסקה על אף שלא התקיימה בה דרישת כתב כלל. מקרה כזה הוא בבירור בניגוד להוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין. ובכל זאת, התגבר ביהמ"ש על דרישת הכתב מכוח עקרון תום הלב. מכאן, כי גם במקום שבו יש בדברי המחוקק התייחסות מפורשת - עשוי עקרון תום הלב לגבור.

⁹³ עניין **לנדאו**, הי"ש 41 לעיל.

⁹⁴ ע"א 7247/97 **יצחקוב נ' מרדכי אביב מפעלי בניה בע"מ**, פ"ד נו(3) 842, 848 (2001).

⁹⁵ כמו בעניין **הצלחת יחזקאל**, הי"ש 71 לעיל.

⁹⁶ ראו לענין גישה זו, בין היתר, ע"א (ת"א) 3049/01 **דותן מיכאל נ' גורביץ חמדה** (פורסם בנבו, 02.03.2005); עניין **רוזן**, הי"ש 71 לעיל; עניין **מטרופוליס נ' מליק**, הי"ש 74 לעיל.

הושגו התכלית והמטרה של החוק"⁹⁷. בית המשפט מצדיק את הריכוך החלקי הנעשה לדרישת הכתב ברצון "למנוע אי צדק תוך לקיחה בחשבון של התנהגות הצדדים ותום ליבם, כדי לא שייצא חוטא נשכר ויטרפד את העסקה בחוסר תום לב כדי להתחמק מדמי תיווך, בזמן שהוא היה מודע לכל תנאי ההסכם ולחובת תשלום דמי התיווך". גישה דומה מצינו גם בפסה"ד **תשבי**⁹⁸.

45. למקרא הדברים נראה בעליל כי בתי המשפט לא שתו את ליבם לעובדה כי "זעקת ההגינות" שנקבעה בעניין **לילי שם טוב** כמקור לריכוך של דרישת הכתב, מתייחסת למקרה חריג ומאוד יוצא דופן הגובל במרמה. בכך נראה כי נפלה, בכל הכבוד, טעות בסיסית בהוראת הפסיקה בהקשר זה, שכן ביחס לחוק המקרקעין ראינו כי ניתן להסתפק בראשית כתב והשלמת החסר מכוח דינים אחרים ומכוח נוהג, בהעדר מניעה חוקית לפרשנות שכזו מצד בית המשפט. לעומת זאת, בבוא בית המשפט לבטל **כליל** את דרישת הכתב ניצב כנגדו דבר המחוקק ובמקרים אלו נמנע בית המשפט לבטל דרישה חוקית מפורשת, ועשיית השימוש בעקרון תום הלב כדי לעשות כן שמורה אך ורק במקרים נדירים ויוצאי דופן שבהם יש ממש **זעקה** עקב מעשים הגובלים במרמה ממש. ובכן, בחוק המתווכים קבע המחוקק לא רק את עצם דרישת הכתב אלא גם קבע כיצד יש לקיים דרישה זאת. מחוקק המשנה לא הותיר בעניין זה לפסיקה "בקעה להתגדר בה" אלא היה ספציפי וקבע דרישות מאוד ברורות, מפורטות ומפורשות. במקרה זה, קביעה לפיה "אין לדקדק בפרטים" היא סתירה לדבר המחוקק והיא אנלוגית לקביעה לפיה בעסקה במקרקעין ניתן לוותר על דרישת הכתב בכלל, שהרי בשני המקרים בפנינו סתירה לדבר המפורש של המחוקק. ממילא, נראה כי כדי להתגבר על דבר המחוקק לא די בקביעה בדבר חוסר תום לב גרידא ויש צורך **בזעקת** הגינות המתעוררת במקרים נדירים העולים כדי מרמה. עשיית שימוש בהלכת **לילי פרץ** במקרה של חוסר תום לב "רגיל" היא עשיית פלסטר מדבר מחוקק המשנה בלא שתהא לכך אנלוגיה בתורת הריכוך של חוק המקרקעין.

46. כאמור, בעניין **לילי שם טוב** הדגיש המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין כי אין לראות בקביעת

⁹⁷ בית המשפט יצא מנקודת הנחה, שגויה בכל הכבוד, כי תכלית דרישת הכתב בחוק המתווכים היא לוודא קיומה של גמירות דעת לכריתת ההסכם, וזאת שעה שראינו כי עסקינן בחוק צרכני שתכליתו ליצור וודאות ולהבטיח הסכמה מדעת לפרטי ההסכם.

⁹⁸ בדומה לכך מצינו בפסה"ד בעניין **התשבי**, ה"ש 92 לעיל. ציין בית המשפט את העובדה כי חוק המתווכים שונה מחוק המקרקעין בכך שבעוד שבחוק המקרקעין לא פירט המחוקק מה טיבו של הכתב הנדרש הרי שביחס לחוק המתווכים נקבעו תקנות המפרטות ב"רחל בתך הקטנה" מה יש לכלול ב"הזמנה בכתב" כדי שייכרת הסכם בר תוקף עם המתווך. בית משפט המבקש לרכך את דרישת הכתב המצויה בסעיף 9 לחוק המתווכים, נמצא לכאורה בעימות עם דרישה מפורשת של המחוקק. אולם, לאחר אזכור אבחנה זו בית המשפט ציין "סבורני, כי במקרים מתאימים ובנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן עשוי עקרון תום הלב לדחוק את דרישת הכתב שבחוק המתווכים לאור אותה "זעקת ההגינות" שבהלכת שם טוב נגד פרץ". כלומר, דרך הילוכו של בית המשפט הייתה כי אם בעניין **לילי שם טוב** (ה"ש 1 לעיל) בימ"ש אכף עסקה על אף שלא התקיימה בה דרישת כתב כלל ודבר שכזה הוא לכאורה עומד בברור בניגוד להוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין, ובכל זאת, התגבר ביהמ"ש על דרישת הכתב שקבע **המחוקק** מכוח עקרון תום הלב, הרי שבאותה מידה ניתן לקבוע ושמא אף מקל וחומר כי גם במקום שבו יש בדברי **מחוקק המשנה** התייחסות מפורשת - עשוי עקרון תום הלב לגבור.

בית המשפט לפיה היעדר תום לב עשוי לגבור על דרישת הכתב משום פרשנות באופן שהדיבר "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב" בסעיף 8 לחוק יפורש כאילו נאמר בו "מסמך בכתב - לרבות שאינו בכתב" (בדומה להגדרת "דג" בסעיף 2 לפקודת הדיג, 1937 "כל חיית מים בין שהיא דג ובין שאינה דג..."). בית המשפט סייג את תחיקתו השיפוטית של החריג בעניין קלמר, למקרים חריגים ויוצאי דופן בלבד, וברור כי לא ייעשה שימוש בחריג זה כאשר מדובר במקרה "רגיל ושכיח" בגדרו התקשרו צדדים בעסקה במקרקעין כאשר הם "אינם טורחים, מסיבה זו או אחרת, לעגן את התקשרותם בכתב". בהתאם לכך נראה, כי בבוא בית המשפט לעשות "שימוש קונבנציונלי" בסמכויות הפרשנות שלו, להבדיל מהתגברות על דרישת המחוקק הנעשית במקרים חריגים מאוד, אין לכך מקום. בחוק המתווכים פירש המחוקק דברו וקבע מה תכלול דרישת הכתב. הפרה של דבר המחוקק, מכח עקרון תום הלב, תיתכן על כן רק במקרים חריגים ויוצאי דופן הגובלים במרמה ממש.

47. נראה על כן, כי ביחס להסכם תיווך, אין מקום להחיל את "תורת הריכוך החלקי" שנקבעה ביחס לסעיף 8 לחוק המקרקעין וכאשר הסכם התיווך אינו כולל למשל את תיאור הנכס, שהוא לב העסקה ממש - לא מתקיימת דרישת סעיף 9 לחוק ודין דרישת המתווך לשכר בגין פועלו - להידחות על הסף. אין מקום להחיל את תורת הריכוך החלקי באמצעות פרשנות והשלמה מהוראות חוק שונות שהרי הדבר נוגד את תכלית החוק להשרות וודאות ולהבטיח הסכמה מדעת מראש לפרטי העסקה וכן סותר את הוראות מחוקק המשנה. גם אין מקום להגיע למסקנה זו מכוח עיקרון תום-הלב, מאותם הטעמים עצמם. לעומת זאת, ניתן יהא להתגבר על דרישת הכתב במקרים חמורים מאוד ונדירים של חוסר תום-לב חמור שבהם המתווך לא התרשל אלא שהלקוח הטעה אותו ביודעין ובכוונת מכוון, כדי לרמות את המתווך, לנצל אותו, לקבל ממנו את המידע ולאחר מכן לחמוק מן החיוב לשלם לו בגין כך.

ז. הספק בפסיקה לגבי ריכוך מלא של דרישת הכתב בחוק המתווכים

48. בהתאם לדרך הלוכה של הפסיקה, שגרסה כי יש אפשרות להתגבר על הדרישות הקוגנטיות של סעיף 9 לחוק המתווכים לנוכח עקרון תום הלב, היה צפוי כי דרישת הכתב תוגמש לא רק כאשר חסרים פרטים מסוימים, אלא תוחל תורת ריכוך מלאה והחווה ייאכף גם כאשר לא קיים כתב כלל וההתקשרות הייתה כולה בעל פה. אכן, במקרה זה המתווך לא עמד בדרישה המקדמית הקוגנטית של חוק המתווכים, ועם זאת, כשם שביחס לסעיף 8 לחוק המקרקעין נקבע כי זעקת ההגינות גוברת על דרישת הכתב, היה מן הדין לכאורה כי ייקבע עקרון זהה גם ביחס לסעיף 9 לחוק המתווכים, ודרישת הכתב לא תעמוד מקום שבו עקרון תום הלב מחייב לבצע את התשלום למתווך, שעמל, נוצל ולבסוף שכרו לא שולם.

49. ככלל, פסקו בתי המשפט נחרצות כי אם אין כלל הסכם בכתב עם המתווך, אין להכיר בזכאות לדמי תיווך אף שהוכח בפניהם כי בוצעו פעולות בחוסר תום לב על מנת להתחמק מתשלום דמי תיווך. זאת מכיוון שניתנה עדיפות ברורה לדרישת המחוקק ולאיינטרס הצרכני שמגולם בה,

וכדי שלא לשים לאל את כוונת המחוקק⁹⁹. כך, למשל, קבע בית המשפט בעניין **שמואל**¹⁰⁰ כי: "ביהמ"ש מקדים ומביע את תרעומתו הרבה על התנהגות הנתבעת ובעלה, אשר הודו שקיבלו את שירות התיווך מהתובע בעניין הדירה השניה, וכי הנתבעת אף ביקשה לבקר בדירה השניה עם המתווך ועשתה זאת יותר מפעם אחת, תוך ידיעה שהיא אינה חתומה ליד פרטי הדירה השניה על טופס ההזמנה ועקב כך המתווך לא יכול לחייבה לשלם לו דמי תיווך. התנהגות הנתבעת הנ"ל מחוסרת תום לב ופסולה וראויה לגינוי. הרי לא יתכן לבקש לקבל שירות מאדם תוך תכנון מראש לא לשלם לו שכר עבור עבודתו". ברם, שעל אף קביעות אלה דחה בית המשפט את התביעה לקבלת דמי תיווך מהטעם שלא נחתם הסכם בכתב ביחס לדירה הספציפית שהראה המתווך ללקוחות.

50. בעניין **מאנה** ציין בית המשפט כי קיימות דעות השונות בפסיקה בשאלה האם יש להחיל את "תורת הריכוך" של דרישת הכתב גם ביחס לתיווך, ומסקנת ביהמ"ש (השופט אטדגי) היא, שמרבית הפסיקה תומכת בדעה לפיה דין תביעה לדמי תיווך, בהעדר הסכם בכתב להידחות¹⁰¹. גם בעניין **קריאטיב**¹⁰², סבר בית המשפט (השופטת ענת ברוך) כי אין מקום לוותר לחלוטין על דרישת הכתב ביחס לתביעת דמי תיווך, אף אם דרישת תום הלב מחייבת לעשות כן. בית המשפט הפנה לתכלית הצרכנית העולה מתוך דברי ההסבר להצעת חוק המתווכים לפיהם דרישת הכתב נחוצה כדי להבטיח כי השירות של המתווך יהא ראוי והולם לציפיות הלקוח, ובהיותו חיוני, במיוחד לרוכשי דירות שההשקעה בדירה מהווה את עיקר רכושם וכספם ובנוסף הם אינם בקיאים בשוק הנדל"ן - לא ניתן לוותר עליו. עם זאת, בית המשפט היה נכון לאמץ את תורת "הריכוך המלא" ביחס לעסקאות מסחריות שבהן הרוכש הוא גורם עסקי מתוחכם, שאין לו תלות במתווך¹⁰³. בדומה לכך, בעניין **מטרופוליס נ' מליק**¹⁰⁴, מצינו אמירה

⁹⁹ ראו למשל ת"א 19008-02-10 **פסגת הנדל"ן בע"מ נ' קליין ואח'** (פורסם בנבו, 28.04.2013); בש"א (ראשלי"צ) 1443/08 **מרסל נ' בר דרוז** (פורסם בנבו, 20.05.2008); ת"א (ת"א) 29581-10-10 **אופטיין ואח' נ' אמסלם ואח'** (פורסם בנבו, 23.02.2011).

¹⁰⁰ תק (קריות) 66045-11-16 **אודי שמואל נ' גלית גולדשטיין** (פורסם בנבו, 19.10.2017).

¹⁰¹ עם זאת, ציין בית המשפט כי יש פסיקה שלא נמנעה מהשוואה זאת. ראו למשל: עניין רוזן, ה"ש 71 לעיל, פסקה 9(ד); עניין **מטרופוליס נ' מליק**, ה"ש 74 לעיל, פסקה 6(א). כמו כן, ביהמ"ש ציין כי החלו להשתרש דעות נוספות: דעה המבקשת לעשות הבחנה בין סוגי עסקאות ודעה המבקשת להקיש בין דרישת הכתב לפי חוק המתווכים לבין דרישת הכתב לפי חוק המקרקעין. בית המשפט ציין כי לא מן הנמנע שתפתח בסוגיה זו גישה המשלבת בין הגישות השונות. כך למשל קביעה לפיה "זעקת ההגינות" המוכרת מדרישת הכתב לפי חוק המקרקעין תופעל במסגרת חוק המתווכים דווקא ביחס לעסקאות מסחריות גדולות, שהפיקו רווח נאה לגופים המסחריים שהשתתפו בהן, ולא ביחס לעסקאות מקרקעין "רגילות", של מכר או רכישת דירת מגורים. בסופו של דבר קבע בית המשפט (השופט אטדגי) כי על אף שלא היה הסכם בכתב כלל, אין מקום לסילוק התביעה על הסף, מכיוון שיכול להיות שזעקת ההגינות תשמע והתביעה תתקבל גם ללא הסכם בכתב כלל.

¹⁰² עניין **קריאטיב**, ה"ש 91 לעיל.

¹⁰³ השופטת ברוך קבעה על כן כי העסקה שנדונה באותו עניין היא בגדר של עסקה פיננסית ולא ניתן לראות בה תיווך במקרקעין מן הסוג שאליו התכוון המחוקק בעת חקיקתו של חוק המתווכים, וזאת לאור היקפה ומורכבותה ביחס לעסקה "רגילה" לרכישת מקרקעין מידי הבעלים בהם. בהקשר זה הפנתה השופטת ברוך לדבריה של השופטת חיות בע"א 5876/06 **אינטגרציה אנכית בע"מ נ' ראדא תעשיות אלקטרוניקה בע"מ** (פורסם בנבו, 04.02.2009) פסקה 17, שם

לפיה חוק המתווכים הוא חוק צרכני אשר מטרתו להגן על הלקוח כצד חלש בעסקה, וממילא אין להחילו באותה מידה ביחס לגופים מסחריים¹⁰⁵. על הבחנה זו חלק בית המשפט בעניין **מאנה**¹⁰⁶ אשר ציין כי חוק המתווכים לא ערך הבחנה בין עסקאות מקרקעין "פשוטות" ובין עסקאות מקרקעין מורכבות¹⁰⁷; בין עסקאות למכירת דירת מגורים בעלות הקף כספי מוגבל ובין עסקאות "מסחריות" בעלות היקף כספי גדול, בין עסקאות שבין אנשים פרטיים, ובין עסקאות שבין גופים עסקיים או מסחריים. החוק מדבר בשפה אחת על כל אותן עסקאות, כל עוד המדובר בעסקאות הקשורות ל"מקרקעין"¹⁰⁸. יתירה מכך, גם הפסיקה הרחבה שדנה בסוגיית דמי התיווך עסקה בחלקה הגדול בעסקאות מסחריות ובעלות היקף כספי רחב, ובחלקה אף נדחה במפורש הניסיון שנעשה להבחין בין שני סוגי העסקאות¹⁰⁹.

51. אכן, היו פסקי דין שגרסו כי במקרים שבהם אין כל ספק בקיומו של חוסר תום לב, וכשהוכח

נאמר כי: "פעילותם של מתווכים עסקיים אכן עשויה להיות שונה באופייה ובדרישותיה מפעילותם של מתווכי מקרקעין שעניינם הוסדר בחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996. שוני אפשרי זה נגזר מן ההבדל המובהק הקיים בין חוזים עסקיים על כל המגוון הרחב והמורכב הכלול בסוג החוזים הזה, ובין חוזה מקרקעין (שאף הם כשלעצמם רבים ומגוונים וכוללים בצד עסקאות שכירות פשוטות גם עסקאות נדל"ן מורכבות ויקרות). כך למשל ובלא להמעיט מערכו של איש, קשה להשוות את המיומנויות, היכולות והמשאבים הנדרשים ממתווך בעסקה בינלאומית למכירת ציוד ביטחוני, עם המיומנויות, היכולות והמשאבים הנדרשים ממתווך בעסקה למכירת שטח קרקע מידי בעליו לקבלן בניין. משכך, יש מידה של צדק בטענת המערערת לפיה ראוי לשרטט הבחנות מתאימות בין סוגי התיווך השונים וכפועל יוצא מכך יתכנו גם הבחנות באשר לתנאים הנוגעים ליחסי מתווך – לקוח בתחום העסקי".

כמו כן ראו ע"א (מחוזי ת"א) 1908/08 **אודין (עמית) ניהול ופיתוח עסקי בע"מ נ' אלרוב נדל"ן ומלונאות** (פורסם בנבו, 27.07.2011) בו נדונה תביעה לתשלום דמי תיווך בגין רכישת נכס בלונדון. בית המשפט קמא דחה את התביעה על הסף בהעדר הסכם תיווך בכתב ואילו בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור, בהבהירו כי "במקרה זה אין מן הנמנע לשקול האם מדובר למעשה בעסקה פיננסית מורכבת ולא דווקא בעסקת מקרקעין שעניינה תיווך".

¹⁰⁴ עניין **מטרופוליס נ' מליק**, ה"ש 74 לעיל.

¹⁰⁵ בדומה לכך ר' דעתו של השופט ורדי בעניין **לנדאו**, ה"ש 41 לעיל: "אמנם לכאורה, הפרטים אינם מלאים, ואינם בדיוק לפי הנדרש בהתאם לתקנות, אך לא ניתן להתעלם מכך שהמשיבות אינן "הצרכן הקטן" שקונה דירה באופן חד-פעמי אלא חברות בעלות שם עולמי, העוסקות במקרקעין וברכישת נכסים רבים בסכומים נכבדים, וגם אם החוק חל עליהם בהיותם "לקוח", ניתן לרכך לגביהם את הדרישה הצורנית של הפרטים שבהזמנה /או את הפרשנות הנדרשת, לגבי קיומם של התנאים. מהצד השני, אין להתעלם מכך שגם המערערים אינם "קוטלי קנים", והם עוסקים ובקיאים ביזמות ועסקאות מקרקעין ואף בתיווך, ולכן הם ידעו על הצורך בעמידה בדרישות החוק והתקנות, והיה עליהם לפעול בהתאם לכך ולכאורה להחתים את המשיבות על הזמנה בכתב".

¹⁰⁶ ת"א 28763-07-14 **מאנה נ' תעשיות מזון תנובה אגודה שיתופית חקלאית בישראל בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 10.2.2015) (להלן "עניין מאנה").

¹⁰⁷ "תיווך במקרקעין" מוגדר בחוק המתווכים כ: "הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר לשם התקשרותם בעסקה בזכות במקרקעין". מאפייניה של פעולת תיווך הינם: ייזום מפגש בין קונה ומוכר, גימור העסקה כתוצאה מאותו מפגש והתנאות התשלום בביצוע העסקה באופן שבאין עסקה, אין שכר גם אם הושקעה עבודה, כאשר מהותה האמתית של העסקה נלמדת מהתחקות אחר העובדות. ע"א 6181/93 **ע"ד עמנואל סולומונוב נ' משה שרביני**, נב (2) 289 (1998) וראה האזכורים שם.

¹⁰⁸ בית המשפט ציין כי דברי ההסבר לחוק אמנם ציינו כי הרקע לחקיקת חוק המתווכים כוונה בעיקר למוכר או לרוכש הדירה הפרטי, אך החוק עצמו, על פניו, לא דבק בכך.

¹⁰⁹ למשל: עניין **מטרופוליס**, ה"ש 74 לעיל, פסקה 16.

שהמטרה היחידה לאי העלאת הדברים עלי כתב הינה ניסיון התחמקות מתשלום דמי תיווך, הרי שתגבר דרישת תום הלב על דרישת הכתב, בדומה לפסיקה של בית המשפט העליון שנסקרה לעיל ביחס לדרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין. כך, למשל, בעניין **סטאטוס יועצי נדלן נ' ימאות ניהול ואחזקות**¹¹⁰ נדון הסכם תיווך שהתייחס לעסקה של מכירת נכס בעוד שהמתווך הוביל לעסקת שכירות. טענת המתווך הייתה כי הצדדים סיכמו שהתיווך יהיה לשני סוגי העסקאות, אך מסיבה לא ברורה הם לא העלו זאת על כתב בהסכם התיווך. בית המשפט ראה בניסיון ההתחמקות של הלקוח "חוסר תום לב אשר בית המשפט אינו יכול להתעלם ממנו". בדומה לכך, בפסק הדין בעניין **זינגר נ' סטולר ו- לזר נ' זינגר**¹¹¹ אחד השותפים חתם על המסמך והשותף השני טען כי הוא לא חייב על פיו. בית המשפט פסק כי המתווך זכאי לדמי תיווך הן מכוח דיני השותפות והן מכוח דיני תום הלב¹¹². אולם, אין זה ריכוך מלא קלאסי שכן פסקי הדין הללו לא עסקו בסיטואציה של העדר כתב כלל, כאשר המתווך מנסה לדרוש עמלה בלי שיש בידו מסמך כלשהו. במקרים אלו היה כתב והשאלה היתה מהם תחומיו, את מי הוא מחייב ובגין אלו עסקאות הוא מחייב. במקרים אלו סייע עקרון תום הלב כדי להחיל את הכתב הקיים על הנסיבות הנדונות. אולם, במקרים שבהם לא היה כתב כלל נדחה הניסיון להשוות בין דרישת הכתב שלפי חוק המתווכים לזו שלפי חוק המקרקעין¹¹³.

52. נמצא אפוא לכאורה כי בפנינו אבסורד, כשהאסור מותר והמותר אסור. מחד גיסא, הפסיקה החילה על הוראות סעיף 9 לחוק המתווכים את "תורת הריכוך החלקי" ופרשה באופן גמיש את הוראות החוק, כך שתתאפשר השלמת פרטים מכוח הנסיבות והכרה ב"הזמנה בכתב" שנעדרים ממנה פרטים שונים. הפסיקה עשתה זאת לנוכח אנלוגיה שערכה

¹¹⁰ עניין **סטאטוס**, הי"ש 77 לעיל.

¹¹¹ ע"א (מחוזי ת"א) 2216/09 **זינגר נ' סטולר** (פורסם בנבו, 28.04.2011) מפי השופטת לבהר-שרון.

¹¹² בית המשפט הבהיר "אכן סעיף 9 לחוק המתווכים דורש, כאחד התנאים לזכאות מתווך לדמי תיווך, כי ייחתם הסכם בכתב בין המתווך לבין הלקוח. אין ספק כי דרישת הכתב הינה דרישת סף מהותית, שנועדה להבטיח את גמירות הדעת בעת חתימת הסכם התיווך מחד, ולהגן על הלקוח ולהבטיח כי הובהר לו שיהיה עליו לשאת בשכר המתווך, מאידך. אולם, קיימים מקרים המצדיקים סטייה מדרישת הכתב שבחוק המתווכים (כמו גם מדרישות צורניות אחרות), כפי שנעשה במקרים מסוימים גם ביחס לדרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין, ויש לבחון את התקיימות הדרישה לאור דיני השליחות ודיני תום הלב, אשר חלים גם על חוק המתווכים...". עם זאת, במקרה זה קשה לומר כי לא התקיימה דרישת הכתב, שהרי יש מסמך והוא אף נחתם ע"י שותף בשותפות. אי החתימה ע"י השותף האחר הוגדרה ע"י בית המשפט כטענה חסרת תום לב, ובכך נקבע למעשה כי בפנינו מסמך בכתב שנחתם ע"י מי שחתימתו מחייבת את השותפות. בית המשפט קבע כי יש לראות במי שחתם בשם השותפות, בהרשאה מלאה מהשותפים, כמיופה כוחם, שכן די בחתימה של שותף אחד כדי לחייב כל אחד מהשותפים, כמצוות סעיף 14 לחוק השותפויות.

¹¹³ בית המשפט הפנה בהקשר זה לפסה"ד; עניין **מטרופוליס נ' מליק**, הי"ש 74 לעיל, פסקה 11, שנוכח בהסכמה גם ע"י השופט ורדי בעניין **לנדאו**, הי"ש 41 לעיל; עניין **טנא נכסים**, הי"ש 71 לעיל; ע"א (מחוזי י-ם) 36998-03-13 **קין נ' ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה 1988 בע"מ** (פורסם בנבו, 10.09.2013); עניין **כהן נ' אלפי**, הי"ש 71 לעיל; עניין **סימקוביץ' נ' רג'ואן**, הי"ש 70 לעיל. ברם, מעיון בפסקי דין אלו עולה כי בפסק דין **רוזן** דובר על השלמת פרטים (ריכוך חלקי) ולא דובר על ריכוך מלא. כך גם לגבי פס"ד **מטרופולין**. פס"ד אלו לא עשו השוואה בין הריכוך המלא שבוצע בחוק המקרקעין לבין ריכוך מלא בחוק המתווכים.

מתורת הריכוך החלקי שהוחלה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, למרות שזו מאטריה שונה (חוק צרכני קוגנטי), ולמרות שביחס לסעיף 9 לחוק המתווכים קיימות הוראות של מחוקק המשנה. אנלוגיה זאת נערכה לנוכח פסיקה של בית המשפט העליון שיישמה את הנורמה של תום לב כדי להתגבר על הוראות קוגנטיות של המחוקק בסעיף 8 לחוק החוזים וזאת בהתעלם מכך שהשימוש בעקרון תום הלב כדי להתגבר על דרישת הכתב הוגבל למקרים נדירים ויוצאי דופן מאוד הגובלים במרמה ולא התייחסה למקרים של חוסר תום לב "רגיל"¹¹⁴.

מאידך גיסא, במקרים של העדר כתב כלל (להבדיל מכתב שיש מחלוקת לגבי תחומי תחולתו), נרתעה הפסיקה מלעשות שימוש בעקרון תום הלב כדי להתגבר על דרישת הכתב, על אף שהפסיקה עסקה בהתגברות על דבר המחוקק במקרים נדירים, יוצאי דופן וחמורים מאוד של תרמית וזעקת הגינות. מדוע מצאו לנכון פסקי הדין השונים שלא להחיל את עקרון תום הלב ולרכך את דרישת הכתב בסעיף 9 לחוק המתווכים באופן מלא, בדומה להלכות שנקבעו בעניין זה ביחס לסעיף 8 לחוק המקרקעין? לכאורה, דווקא ביחס לריכוך חלקי יש הבחנה ברורה בין המטריות השונות, ולעומת זאת, בכל הנוגע לריכוך מלא והתגברות על דבר המחוקק מכוח עקרון תום הלב בנסיבות חריגות מאוד המחייבות זאת - אין להבדיל בין הדברים.

53. מכיוון שריכוך מלא של דרישת הכתב הוא חריג המוחל רק במקרים חריפים בחומרם ויוצאי דופן מאוד, נראה כי יישומו גם ביחס לחוק המתווכים אינו מהווה שינוי דרמטי לדבר המחוקק, שהרי הוא בגדר חריג שבחריג, שתחולתו רק במקרים מאוד נדירים וממילא אין בו כדי לשנות את הנורמה הכוללת. בנוסף, יש בחריג זה כדי למנוע עוול משווע וממילא זהו "שסתום שיקול דעת" שנכון להותיר בידי בית המשפט ונכון שמעולים בפרטנציאל יידעו על קיומו.

ח. הצעה נורמטיבית והדגמה מעשית

54. סעיף 8 לחוק המקרקעין מתייחס לעסקה וקובע הוראה **חפצית** לפיה עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב. לעומת זאת, סעיף 9 לחוק המתווכים אינו מתייחס לעסקה ולתוקפה אלא קובע חובה **פרסונלית** על המתווך ומורה כי לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב¹¹⁵. גם התכליות של הוראות חוק אלו שונות בתכלית זו מזו כפי שראינו לעיל. נראה על כן כי השוואה של דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין, עם דרישת הכתב בסעיף 9 לחוק המתווכים, אינה נכונה, שכן הוראות אלו נועדו להשיג תכליות שונות. פרשנות המאפשרת ריכוך חלקי של דרישת הכתב בחוק המקרקעין אפשרית, שכן היא לא מסכלת את מטרת דרישת הכתב לוודא גמירת דעת לכריתת העסקה. לעומת זאת, ריכוך שכזה בחוק המתווכים סותר להוראתו המפורשת של המחוקק ומסכל את מטרת דרישת הכתב של חוק

¹¹⁴ ביחס לכך הערנו כי החילו עקרון העוסק **בהתגברות** על הוראות המחוקק ביחס למקרים שבהם נדרשה **פרשנות** של דבר המחוקק.

¹¹⁵ המחוקק חזר ושנה הוראה זו גם בסעיף 14(א) לחוק המתווכים הקובע כי מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח רק אם הוא מילא אחר הוראות סעיף 9 לחוק המתווכים.

המתווכים – לגרום לוודאות והסכמה מדעת של הלקוח לפרטי העסקה. אכן, ראינו שימוש בדוקטרינה של תום לב כנגד דרישת כתב שנקבעה בדין אך זאת רק אם מדובר במקרה של חוסר תום לב חמור, ובזעקת הגינות הנשמעת במקרה הקרוב לתרמית ממש. ביחס לעסקת תיווך יש דבר מחוקק (במסגרת תקנות) ביחס לפרטי העסקה וממילא לא ניתן להשתמש בדוקטרינה של חוסר תום לב כדי להתגבר על דרישת הכתב, מקום בו עסקינן בחוס תום לב גרידא, שאינו בגדר מקרה נדיר העולה כדי תרמית. אכן, לקוח המבטיח בעל פה לשלם למתווך, יוצר אמון ועל בסיסו מקבל מידע ולאחר מכן מסרב לשלם, עושה לכאורה מעשה מקומם הגובל במרמה. אבל, בדיוק לשם כך קבע המחוקק כי על המתווך לעשות את המוטל עליו ולהחתיים את הלקוח על מסמך בכתב, כדי שיוכל לגבות שכר. אם המתווך אינו עושה את דרישת המחוקק אין לו להלין אלא על עצמו. לעומת זאת, במקרה של אי החתמה עקב תרמית של הלקוח שגרמה לאי החתמה, כלומר **כשהלקוח מערים על המתווך וזו הסיבה לאי החתימה**, הרי שהלקוח **מנוע ומושתק** מלטעון שהמתווך התרשל או לא החתיים, שהרי הוא זה שגרם לכך ובמקרה זה יהיה "ריכוך מלא" של דרישת הכתב.

55. נראה לנו כי ביחס לחוק המתווכים לא ניתן להחיל את הריכוך החלקי שנעשה ביחס לדרישת הכתב בחוק המקרקעין כל עוד שאין זה מקרה חריג ונדיר של חוסר תום לב קיצוני. נכון על כן לקבוע, כפי שקבע, בצדק רב, השופט זילברטל בעניין **פראגי נ' אפרתי**¹¹⁶ כי אם מתרשל המתווך בעריכת הזמנה בכתב מפורטת, שעליה יחתום המזמין - לא יוכל הוא לדרוש את שכרו ולא ניתן יהא להשלים את הכתב החסר¹¹⁷. בית המשפט ציין כי "הדרישה לקיומו של מסמך הזמנה בכתב לפי החוק היא דרישה מהותית ולא ראייתית; דהיינו, שבהיעדרו של מסמך ערוך כדין – בין שמדובר במסמך שלא נערך כלל ובין שמדובר במסמך שנערך שלא בהתאם לתקנות – כלל לא השתכללה התקשרות המזכה את המתווך בדמי תיווך... תכלית החוק והתקנות הייתה ליצור סדר במערכת היחסים שבין המתווך לבין הלקוח, על מנת להגן על זה האחרון; משכך, ומאחר שבכוחו של המתווך לוודא שיחתם מסמך בכתב ושהוא יכול ללול את הפרטים הנדרשים בתקנות, אין מקום לאפשר לעקוף את דרישותיו הברורות של הדין... כל שאמור מתווך לעשות

¹¹⁶ ב"ע (מחוזי י-ם) 663/08 פראגי נ' אפרתי (פורסם בנבו, 14.12.2008).

¹¹⁷ בית המשפט ציין בעניין פראגי כי תיאור הנכס הוא לב העניין ובלעדיו אין בידונו מסמך בכתב. השופט זילברטל מציין בהקשר זה כי "בתי המשפט אמנם הכירו באפשרות להשלים פרטים מקום בו נחתם מסמך הזמנה בכתב אך לא התקיימו כל דרישות התקנות (ראו למשל; עניין **מטרופוליס נ' מליק**, ה"ש 74 לעיל; אך ראו גם את הנימוקים לגישה ההפוכה, ת"א (שלום-י-ם) 6577/98 טרנס גלובל סוכנות לנכסים בע"מ נ' נתנאל אל.אי.סי, 24.7.01). אלא שבמקרים בהם נאותה הפסיקה להגמיש את כללי עריכת המסמך ולהשלימו, דובר בפרטים טכניים יחסית, כמו מספר תעודת הזהות של אחד הצדדים או המחיר המבוקש. בשונה ממקרים אלו, **בעניינו הטופס אינו כולל את תיאור הנכס, שהוא- הוא לב העסקה ממש**". גם השופטת לבהר שרון עניין **לנדאו**, ה"ש 41 לעיל, מציינת כי "אין חולק כי המסמך במקרה דנן, אינו עונה באופן דווקני על דרישת התקנות. אך זהות הנכס, שזה פרט מהותי מצוי בכותרת המייל כשמצוין "מגרש עלית", ואין חולק כי ברור היה לכולם ולא היה ספק לגבי זהות הנכס". עם זאת, ראינו כי יתכן שניתן יהא להגמיש את כללי עריכת המסמך ולהשלימו, כאשר מדובר בפרטים **טכניים**, כמו מספר תעודת זהות של אחד הצדדים. רק כאשר "העיקר חסר מן הספר", ובפנינו טופס שחורים בו פרטים כגון: הנכס נשוא העסקה, או המחיר, או גובה דמי התיווך - אין מקום לביצוע השלמות כלשהן "מכח הנסיבות" ולקיים התדיינות משפטיות שהמחוקק ביקש למנוע אותן ע"י דרישה קוגנטית לכתב מפורט מראש.

על מנת שיהיה זכאי לדמי תיווך, הוא מילוי טופס הזמנה בהתאם להוראות התקנות. מדובר בדרישה פשוטה וקלה לביצוע, ויש להקפיד עם מי שבכוחו למלא אחריה... במידה רבה תביעתם נכשלה עקב מחדלם-שלהם באי קיום דרישות הדין, האמורות להיות נהירות להם לנוכח עיסוקם ושלא אמור להיות כל קושי לקיימן".

56. לעומת זאת, מסקירת הפסיקה העוסקת בריכוך דרישת הכתב בחוק המתווכים עולה תמונה שונה, לפיה בית-המשפט דווקא נמנע מהחלת ריכוך מלא, על אף שראינו החלה של ריכוך מלא ביחס לדרישת כתב המופיעה בחוקים צרכניים אחרים, כגון חוק הלוואות חוץ-בנקאיות. ביחס לריכוך מלא היה מצופה כי הפסיקה תחיל את תורת הריכוך גם ביחס לחוק המתווכים, שהינו חוק צרכני. לנו נראה כי ביחס לריכוך המלא הנובע מעקרון תום הלב במקרים נדירים הגובלים בתרמית, ניתן בהחלט לערוך אנלוגיה מן הפסיקה העוסקת בסעיף 8 לחוק המקרקעין לדרישת הכתב בסעיף 9 לחוק המתווכים, שכן בשני המקרים בפנינו התגברות על הוראת חוק, במקרים חריגים שבחריגים ויוצאי דופן מאוד. מסקנה זו נראית נכונה, באשר היא מותירה לבית המשפט שיקול דעת המאפשר לעשות צדק כאשר נוצר עוול משווע. מצד שני, אין בדרישה זו כדי להשרות עמימות, שכן הנורמה הקבועה מחייבת כתב מסודר וברור, ואין השלכה יוצאת דופן לחיי היום יום, כאשר נקבע עקרון המיושם רק במקרים חריגים ונדירים מאוד הקרובים למרמה. המסקנה הנראית לנו כנכונה היא על כן, כי ריכוך מלא, קרי ויתור מוחלט על דרישת הכתב, כאשר **זעקת** ההגינות מחייבת זאת, ניתן יהא לבצע בסיטואציות של מרמה או ניצול ממשי מצד הצד המתקשר¹¹⁸, וכפי שציין השופט רובינשטיין בעניין **חסקל נ' אוסדיטשר**¹¹⁹ כי עם כל הצורך להקפיד שלא לפגוע בתכליתו של חוק המתווכים **"גם לא הייתי רוצה לפתוח פתח לרמאים להתחמק מחבות באופן 'מתוחכם'".** הנה כי כן, "סדר צריך להיות" אך אם מדובר במקרה קיצוני וחמור של **רמאות**, נראה כי עקרון תום הלב יגבר¹²⁰.

57. נדגים את יישום המבחנים המוצעים לעיל תוך התייחסות לשלושה מקרים שנדונו בפסיקה:

¹¹⁸ בעניין **התשבי**, ה"ש 92 לעיל, הבהיר בית המשפט כי במקרה שבפניו "אין המדובר באותם מקרים חריגים ומיוחדים שמהם עולה אותה "זעקת ההגינות", וזאת הן מפאת אי הוכחת היותו "הגורם היעיל" והן מפאת הסתרת עובדות מהותיות ורלוונטיות לתובענה... נראה כי רק בסיטואציות של מרמה או ניצול ממשי מצד הצד המתקשר, ניתן יהא "למחול" על דרישת הכתב".

¹¹⁹ רע"א 6519/09 **אלי חסקל נ' יצחק אוסדיטשר** (פורסם בנבו, 26.01.2010).

¹²⁰ בהתאם לכך נראה כי יש לדון גם בשאלה האם יש לדחות על הסף תביעה לדמי תיווך שאינה עומדת בדרישת הכתב. נראה כי אם המתווך מעלה טענה בדבר מרמה ממש ויש לטענה יסוד לכאורי בסיפור הדברים המתואר בתביעה, אין מקום למחיקה על הסף ויהא צורך לשמוע את הראיות בתיק כדי להגיע למסקנה, האם אכן "כצעקתה". אולם, אם סיפור הדברים על-פי האמור בכתב התביעה עצמו עוסק בטענה שתכליתה לעקוף את דרישת הכתב, בלא שהדבר כרוך בחוסר תום לב קיצוני וחמור העולה כדי תרמית – לא יהיה מקום לשמוע את התביעה ואין על המתווך להפנות לבית המשפט את אשר יכול היה למנוע בעצמו על-ידי עמידה על דרישות הכתב שקבע המחוקק וכפי שפורטה בתקנות המשנה. לעניין זה ראו עניין **מאנה**, ה"ש 106 לעיל, שלא סילק את התובענה על הסף בנסיבות שכאלה. בית המשפט העליון (השופט עמית) קיבל גישה זו ברע"א 1833/15 **תעשיות מזון תנובה נ' רוני מאנה** (פורסם בנבו, 25.03.2015) עת שקבע כי Ex facto jus oritur - "הדין נגזר מהעובדות".

(א) בעניין **קדוש נ' מלול**¹²¹ התבקש בית המשפט לאכוף הסכם תיווך על אף שלא היה מסמך שלם בכתב. התשלום עוגן במסגרת זיכרון הדברים לקניית הנכס, בו נאמר כי המוכרים ישלמו דמי תיווך בסך 1% ממחיר העסקה. זיכרון הדברים לא כלל את שם ופרטי המתווכת (פרטים הכרחיים לפי התקנות) וההסכם הסופי שנערך בין המוכרים והקונה לא כלל התייחסות לדמי תיווך. למרות זאת, אכף בית המשפט את זיכרון הדברים (ביחס לתיווך), שכן כל פרטי העסקה היו ידועים לקונים, וניסיונם להתחמק מתשלום, באמצעות עמידה דווקנית על הדרישה הינו "הפרה בוטה של חובת תום הלב". נראה לנו כי מסקנה זו שגויה היא, בכל הכבוד, שכן המתווך ברשלנותו גרם ל"תקלה המשפטית" עת שלא הקפיד על קיום דרישת הכתב, שהמחוקק הטיל אותה על שכמו. אין לרפא ע"י עקרון תום הלב את רשלנותו של המתווך. אכן, הלקוח חסר תום לב באשר השתמש במתווך ולא שילם לו את שכרו. אבל, המתווך יכול היה בנקל למנוע את הדבר ע"י החתמת הלקוח על הסכם כתוב והמחוקק הטיל את עול הדרישה למסד את היחסים עם הלקוח בכתובים על שכמו של המתווך ואף נתן לו תמריץ כלכלי לעשות כן, ע"י קביעה מפורשת כי בהעדר כתב לא יוכל לגבות שכרו. הוראה זו של המחוקק מניחה אפוא מראש, כי הלקוח יחמוק מחובת תשלום למתווך, ועם זאת קבע כי זו המסקנה המשפטית הרצויה, כדי דרישת הכתב בחוזי תיווך תיאכף. ממילא, מקום שבו המתווך הפר את הוראות החוק ולא דאג שהלקוח יתקשר עמו בכתובים, אין מקום כי ביהמ"ש יעשה את ה"עבודה" עבורו ויאייץ את דרישת הכתב שקבע המחוקק. ביחס למקרה זה אין לומר כי המתווך מצדו לא התרשל אלא שהלקוח הערים עליו והוליכו שולל. ממילא, אין מקרה זה נמנה עם המקרים שבהם תגבר זעקת ההגיונות על דרישת הכתב של דיני התיווך.

(ב) למסקנה דומה יש להגיע לדעתנו גם ביחס לעובדות פסה"ד בעניין **סטאטוס יועצי נדלן נ' ימאות ניהול ואחזקות**¹²². במקרה זה נדון הסכם תיווך שהתייחס לעסקה של מכירת נכס בעוד שהמתווך הוביל לעסקת שכירות. טענת המתווך הייתה כי הצדדים סיכמו שהתיווך יהיה לשני סוגי העסקאות, אך מסיבה לא ברורה הם לא העלו זאת עלי כתב בהסכם התיווך. הלקוח לא כפר בכך ואף שילם את דמי התיווך באמצעות שיקים. אולם, אלה חוללו ובשלב זה ניסה הלקוח לטעון להעדר חבות לנוכח אי קיומה של דרישת הכתב. בית המשפט ראה בניסיון ההתחמקות של הלקוח "חוסר תום לב אשר בית המשפט אינו יכול להתעלם ממנו". זאת מכיוון שהעברת ההמחאות מראה כי הלקוח היה מודע לכל פרטי ההסכם כולל מהותו וסכום החיוב. כאשר שני הצדדים הכירו בחיוב זהה, עמידה דווקנית על דרישת הכתב תהיה מנוגדת לתכלית החוק ועיוות דין וצדק. לדעתנו מסקנה זו שגויה, בכל הכבוד. אין המדובר בתרמית מצד הלקוח, אלא במצב קלסי של מתווך רשולן שלא עמד בתנאי דרישת הכתב. העובדה שהלקוח לא כופר בקיומה של הסכמה בעל פה אינה יכולה לבא חלף דרישת הכתב, והמתווך מצדו לא יכול היה לכפור בעובדה שהסכמה ביחס לעסקה זאת – לא הועלתה עלי כתב. משלא עשה כן הרי שנראה כי אין מקום כי

¹²¹ עניין **קדוש נ' מלול**, ה"ש 77 לעיל.

¹²² עניין **סטאטוס**, ה"ש 77 לעיל.

ביהמ"ש יאיין את דרישת הכתב שקבע המחוקק.

ג) שונה יהא הדין לעומת זאת במקרה שנדון בפסה"ד **טל נ' שטרן**¹²³. באותו עניין פנו שתי נשים לקבל שירותי תיווך מהתובע. על הסכם התיווך חתמה רק הנתבעת הראשונה, בעוד שעל הסכם רכישת הדירה חתמה רק הנתבעת השנייה. טענתן הייתה שהסכם התיווך לא עומד בדרישת הכתב של חוק המתווכים ועל כן אין לאוכפו. בית המשפט קבע כי "הנתבעות הן זוג לכל דבר, גרות ביחד בדירה הנדונה, מגדלות ילד ביחד ואין זה סביר כי כל מערכת הזוגיות הזו התהוותה בין רגע, לאחר רכישת הדירה. גם דבריה של נתבעת 2, אשר מצד אחד דחתה בהינף יד את הדירה, כלא מתאימה לה ולאחר מכן באה לגור באותה דירה עם נתבעת 1, תמוהה בעיני... מטרתן הייתה להתנער מתשלום דמי תיווך לתובע". בית המשפט קיבל את התביעה, ונראה כי בצדק רב, שכן במקרה זה ניצבת תרמית מצד הלקוח וזעקת ההגינות מהדהדת ותביא לכך שעקרון תום הלב יגבר על הפגם שנפל בדרישת הכתב.

58. התוצאה האופרטיבית שתשרור בענף כתוצאה מהחלת מבנה נורמטיבי זה, תהא כי מתווך יקפיד לקיים את דרישות המחוקק בדבר עריכת הסכם בכתב, וכן יקפיד על דרישת מחוקק המשנה בדבר הבהרת והעלאה עלי כתב של כל פרטי הסכם התיווך שנקבעו בתקנות. המתווך לא יוכל לטעון כי ניתן להשלים פרטים אלו מכוח נוהג, דין או התנהגות בדיעבד, ויהיה חייב לקיים את החובות שהטיל עליו המחוקק ולנהוג כמקצוען היורד לפרטים ומדייק בהם מראש. אם המתווך לא יעשה כן, הרי שהוא לא יהא זכאי לקבל את שכרו ולא יוכל לטעון לחוסר תום לב מצד הלקוח שקיבל מידע בלי לשלם. הלקוח הנוהג כן עשוי להיות חסר תום לב, אך אין לו למתווך להלין אלא על עצמו, שכן הוא יכול היה למנוע את ה"תאונה המשפטית" הזאת בנקל ע"י קיום החובה שהטיל עליו המחוקק, והסדרת יחסיו עם הלקוח בהסכם מפורט מראש, בטרם שיחל לתת שירות ולספק מידע. תוצאה זאת יוצרת תמריץ חד לכריתת הסכם מפורט בכתב, שיבטיח וודאות והסכמה מדעת מראש של הלקוח לפרטי ההתקשרות עם המתווך, ויש בה כדי למנוע התדיינות רבות הקיימות כיום. מצד שני, במקרים נדירים ויוצאי דופן מאוד, של חוסר תום לב קיצוני ביותר, כאשר המתווך מצדו נהג כמקצוען ודאג להסדרת היחסים בהסכם בכתב, אלא שהלקוח נהג בדרך של רמאות מכוונת ומודעת, הערים על המתווך וגרם לכך שלא ייחתם הסכם תיווך, הרי שבית המשפט לא יהא חסר אונים. במקרים חמורים אלו יוכל בית המשפט לעשות שימוש בעקרון תום הלב כדי להתגבר על דרישת הכתב, לשמוע את זעקת ההגינות שמשמיע המתווך ההוגן ולהציל עשוק מידי עושקו.

¹²³ עניין טל נ' שטרן, הי"ש 77 לעיל.

פתרון מוצע זה פותח "פתח צר" שיש בו כדי לאפשר לבית המשפט להעניק סעד למתווך כאשר הוא נוצל ורומה, אך הפתח לא רחב דיו כדי ליצור נורמה פסולה של התנהגות רשלנית מצד המתווך באי החתמת הלקוח על מסמך מפורט בכתב.