

## דרישת הכתב בעסקת תיווך במקרקעין

אבי וינרוט\*

המאמר עוסק במשמעותו של סעיף 9 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996, שלפיו מתווך אינו זכאי לדמי תיווך אם לא נחתמה הזמנה בכתב. אף שהנושא הוסדר בתקנות, נותר כר נרחב לפרשנות, ונשאלת השאלה: מהו כתב? האם מסרון, למשל, עומד בדרישה זו? כמו כן, האם ניתן לוותר על דרישת הכתב כאשר אין ספק שהמתווך היה הגורם היעיל בעסקה ואף גובשה עימו הסכמה בעל פה לשלם את דמי התיווך, המופרת באופן העולה כדי חוסר תום לב?

בכל הנוגע בדרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, קיימת פסיקה ענפה שלפיה דרישה זו רוככה ריכוך אחר ריכוך, עד שנפסק כי תוכר עסקה במקרקעין אף בהעדר מוחלט של כתב אם "זעקת ההגינות" מחייבת זאת. האם כך יעלה גם בגורלו של סעיף 9 לחוק המתווכים? בסוגיה זו שוררים חילוקי דעות עזים בפסיקה, ובבית המשפט העליון טרם נקבעה הלכה בעניין. הפסיקה אימצה גישה של "ריכוך חלקי", המאפשרת השלמת פרטים חסרים. אולם הפסיקה לא חצתה את המשוכה של אכיפת ההסכם אף בהעדר מוחלט של כתב. המאמר מבקר גישה זו, וסבור כי היא שגויה בשני היבטיה כאחד.

המאמר מראה כי חוק המתווכים הוא חוק צרכני, וכי דרישת הכתב לא נועדה לוודא גמירת דעת ורצינות, ואינה מופנית כלפי שני הצדדים, אלא מטילה חובה על המתווך בלבד לנהוג במקצועיות ולהשכין ודאות ביחסיו עם הלקוח על ידי עריכת מסמך שבו ימלא המתווך פרטים שנקבעו בתקנות. על כן, גם כאשר אין ספק בדבר גמירת הדעת של הצדדים אין לוותר על דרישת הכתב, ואין לבצע ריכוך חלקי על דרך הרגיל. לעומת זאת, גישת המאמר היא כי באותם מקרים נדירים וחמורים העולים כדי תרמית והשמעת

\* פרופסור חבר (ומרצה מן המניין), המרכז האקדמי פרס. בעל משרד עורכי דין פרופ' וינרוט ושות' העוסק בליטיגציה ונדל"ן. תודתי מכל לב לעו"ד אריק מגידש, שסייע בידי בכתיבה ובסיעור המוחין. תודה מיוחדת לחי נחום, שסייע לי בחשיבה, בבנייה ובהבניה של הדברים מהחל עד כלה. תודתי גם לפרופ' ברק מדינה ולשופטים ד"ר גרשון גונטובניק ואמיר גל-לוקשינסקי על הערות מחכימות ובונות. כמו כן, תודתי לרון מס, לסתיו שילוח ולטליה קוטלר, חברי מערכת משפט ועסקים, על הערות חשובות ומאירות מבחינה מבנית ותוכנית כאחד.

"זעקת הגינות", כאשר המתווך עשה את המוטל עליו אלא שהלקוח רימה אותו, ומחדלו של המתווך לא נגרם אלא בעטיו של הלקוח, זעקה זו תישמע גם תישמע. במקרים מיוחדים ונדירים אלה יהיה אפשר לוותר על פרטים חסרים במסמך ההזמנה, ואף לוותר על דרישה זו כליל ("ריכוך מלא"). אכן הבוחן לריכוכה של דרישת הכתב אינה נוגעת אפוא במידת הריכוך, אלא בחומרת התרמית. בסוף המאמר התזה המוצעת אף מודגמת במישור המעשי על ידי התייחסות למקרים שנדונו בשלושה פסקי דין.

#### מושא הדין

- פרק א: עסקת מקרקעין לעומת עסקת תיווך – מבוא
- פרק ב: דרישות הכתב בחיקוקים שונים – דרישה זהה ותכליות שונות
1. תכליתה של דרישת הכתב בחוק המתווכים
- פרק ג: ריכוך דרישת הכתב בהוראות חוק שונות
1. הצורך שהתעורר בריכוך דרישת הכתב בחוק המקרקעין
  2. ריכוך חלקי של דרישת הכתב בחוק המקרקעין
  3. ריכוך מלא של דרישת הכתב בחוק המקרקעין
  4. ריכוך דרישת הכתב בחוק צרכני
- פרק ד: הריכוך שביצעה הפסיקה לדרישת הכתב בחוק המתווכים
- פרק ה: הספק בפסיקה לגבי ריכוך מלא של דרישת הכתב בחוק המתווכים
- פרק ו: הצעה נורמטיבית והדגמה מעשית

### מושא הדין

שני חוקים כוללים דרישת כתב מהותית ביחס לעסקות מקרקעין: האחד הוא סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, הקובע כי עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב; והאחר הוא סעיף 9 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"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 שנפסק כי תוכר עסקה במקרקעין אף בהעדר מוחלט של כתב אם "זעקת ההגינות" מחייבת זאת. האם כך יעלה גם בגורלו של סעיף 9 לחוק המתווכים? בסוגיה זו שוררים חילוקי דעות עזים, ובבית המשפט העליון טרם נפסקה הלכה בעניין.

בפסיקה המתייחסת לסעיף 8 לחוק המקרקעין היו שני שלבים. תחילה אומצה גישה כללית המרככת את דרישת הכתב "ריכוך חלקי", דהיינו, גישה המאפשרת השלמת פרטים חסרים כאשר יש כתב כלשהו בבסיס ההתקשרות בין הצדדים. הגישה בשלב זה

הייתה שניתן לרכך מאוד את דרישת הכתב אבל כתב **כלשהו** חייב להיות, שהרי זאת מצוות המחוקק. על כן, גם לאחר שהפסיקה הרחיקה לכת ופירשה את דרישת הכתב באופן מינימליסטי, היא לא ביטלה כליל את הדרישה, ומקום שלא היה כתב כלל, לא היה אפשר לתת תוקף לעסקה במקרקעין. ברם, הצורך בריכוך לא נעצר בריכוך החלקי, ובמקרים יוצאי דופן מאוד, של תרמית ממש וניצול ציני של העדר כתב, התעורר צורך להכיר בתוקפה של עסקה במקרקעין גם בהעדר מוחלט של כתב. השופט ברק חידש על כן כי במקרים נדירים שבנדירים אלה יחול "ריכוך מלא" של דרישת הכתב, ותוכר עסקה במקרקעין אף בהעדר מוחלט של כתב. מול דרישת הכתב הוצב עקרון תום הלב, ונעשתה קפיצת מדרגה שמכוחה נקבע כי ניתן לאכוף הסכם ביחס למקרקעין אף בהעדר מוחלט של כתב. "ריכוך מלא" זה של דרישת הכתב נעשה רק במקרים קיצוניים, נדירים ויוצאי דופן, שבהם נשמעת "זעקת הגינות".

בכל הנוגע בדרישת הכתב בחוק המתווכים אימצה הפסיקה את גישת הריכוך החלקי, ואפשרה השלמת פרטים חסרים, אולם עד כה היא לא חצתה את המשוכה של אכיפת ההסכם אף בהעדר מוחלט של כתב. לנו נראה, בכל הכבוד, כי גישה זו של הפסיקה שגויה בעליל **בשני** היבטים כאחד, קרי, הן באימוץ גישת הריכוך החלקי ביחס לחוק המתווכים והן באי-אימוצה של גישת הריכוך המלא באותם מקרים 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, ואינה מופנית כלפי שני הצדדים, אלא מטילה חובה על המתווך לנהוג במקצועיות, ובכלל זה להשכין ודאות ביחסיו עם הלקוח על ידי החתמתו על מסמך התקשרות בכתב שבו ימלא המתווך פרטים שנקבעו במפורש בתקנות ביחס להתקשרות בין הצדדים. פרטים אלה אינם פרי הפסיקה, ואין היא יכולה לבטלם בבחינת "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", אלא הם נקבעו על ידי מחוקק המשנה, ואין לסטות מהם על דרך הרגיל ולרכסם. אם המתווך התרשל ולא החתים את הלקוח על מסמך מלא ומפורט, בהתאם לדרישתו של מחוקק המשנה, החוק שולל במפורש את זכאותו לדמי תיווך, ואל לה לפסיקה לתת יד לרשלנותו של המתווך ולקבוע חובת תשלום בניגוד לדין. הרחמן על רשלנים לסוף נעשה אכזר על הלקוחות, שכן בנסותו לעשות "צדק" במקרה הקונקרטי שלפניו, בית המשפט יוצר למעשה חוסר צדק במקרים עתידיים אחרים, שכן הוא מאיין בכך את התכלית העומדת בבסיסה של דרישת הכתב בחוק המתווכים, קרי, ליצור בהירות ביחסים שבין מקבל השירות לבין המתווך. נראה לנו כי יש להזהיר מפני ריכוך חלקי זה, שכן הנטייה האינטואיטיבית היא אומנם לחשוב שריכוך חלקי מכרסם פחות בתכלית החוק מאשר ריכוך מלא, אך בפועל ההפך הוא הנכון: בשני המקרים אנחנו חוטאים לתכלית החקיקה, אולם שכיחותו הרבה של הריכוך החלקי לעומת השימוש הנדיר והחריג בריכוך המלא, והרצון לשמור על כוונת המחוקק, מחייבים, כך נראה, דווקא לקבל את הריכוך המלא ולדחות את הריכוך החלקי. אכן, נראה כי במקרים הנדירים והחמורים, יוצאי הדופן בחומרתם הקשה עד כדי תרמית ו"זעקת הגינות", כאשר המתווך עשה את המוטל עליו אלא שהלקוח רימה אותו, ומחדלו של המתווך לא נגרם

אלא בעטיו של הלקוח, זעקה זו תישמע גם תישמע. במקרים מיוחדים ונדירים אלה יהיה אפשר לוותר על פרטים חסרים במסמך ההזמנה, ואף לוותר על דרישה זו כליל ("ריכוך מלא"). אבן הבוחן לריכוכה של דרישת הכתב אינה נוגעת במידת הריכוך, אלא בחומרת התרמית. כדי להדגים את הדברים במישור המעשי, נביא בסיכומי של מאמר זה שלושה פסקי דין וניישם את הנורמה המוצעת ביחס למקרים שנדונו בהם.

### פרק א: עסקת מקרקעין לעומת עסקת תיווך – מבוא

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, מושא התיווך הוא מקרקעין, אבל העסקה בין מקבל שירות התיווך לבין המתווך אינה עוסקת בעצם הרכישה של המקרקעין, אלא בשירותי התיווך ובתשלום דמי התיווך. היקפה הכלכלי של עסקת התיווך הוא אחוז או אחוזים ספורים מהיקף העסקה במקרקעין, וזה כבר "עולם אחר לגמרי". אף על פי כן מצא המחוקק לנכון להטיל דרישת כתב לא רק ביחס לעסקה בגוף המקרקעין, אלא גם ביחס לעסקה הנלווית של תיווך במקרקעין.

ההצדקה להחלת דרישת כתב ביחס לעסקה במקרקעין נעוצה בחשיבות הכלכלית של עסקה זו.<sup>1</sup> בעסקה בעלת משקל כלכלי רב יש צורך להבטיח, בראש ובראשונה, את הרצינות ואת כובד הראש של הצד המתקשר, ויש להגן עליו מפני התקשרויות חפוזות העלולות להיעשות בלא שיקול דעת מושכל.<sup>2</sup> לעומת זאת, בעסקת תיווך דרישת הכתב נעוצה דווקא בחשש מפני חוסר החשיבות של העסקה בעיני המתקשרים. דרישת הכתב נועדה להפוך את מעבר המידע מהמתווך אל הלקוח ממעמד של "שיחה בעלמא" למעמד של שירות, אשר מצד אחד הלקוח מתחייב לשלם בגינו דמי תיווך – אשר מיתוספים על מחיר העסקה ולכן נראים לו (לרוב רק בדיעבד) מיותרים ומעיקים<sup>3</sup> –

1 ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 283, 290–291 (1979); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 382 (2005); נילי כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח 383, 387–388 (1989); ע"א 8234/09 שם טוב נ' פריץ, פ"ד סד(3) 60, 98 (2011), שם הודגש כי "מקרקעין הם נכס שהכתב מהווה בו עוגן סטוטורי 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 שמיר נ' דולב (שמיר), פ"ד נג(1) 596 (1999); ע"א 2143/00 לויץ נ' שולר, פ"ד נז(3) 193 (2003).

3 איל זמיר "לקראת חקיקה של דיני התיווך" ספר זיכרון לגד טרסקי – מסות במשפט אזרחי 225, 227–229 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראבילי וגבריאלה שלו עורכים, 1995). במאמר זה הציג פרופ' זמיר את הצורך הייחודי הזה בהסכמי תיווך כנובע משלושה טעמים עיקריים. ראשית, מרכולתו של המתווך היא מידע שאינו נחלתו הבלעדית, אלא הוא מוצר ציבורי. לכן פעמים רבות הצד לעסקה שקיבל מהמתווך מידע זה אינו חש כי הוא חייב משהו למתווך. אכן, בלעדי מידע זה

ומצד אחר נוצרת מחויבות ברורה של המתווך לתת שירות מסוים ומוגדר, עם חובת נאמנות ללקוח. הכתב בעסקת התיווך נועד גם ליצור בהירות וודאות במערכת היחסים, כדי למנוע התדיינות הנובעות מיחסים שהם בגדר רקמה פתוחה ועמומה. 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 למנוע טענה שקרית של צד להסכם באשר לעצם קיומה של ההסכמה,<sup>4</sup> אלא זו דרישה מהותית,<sup>5</sup> שתכליתה לבטל את תוקף ההתקשרות אם הצדדים התקשרו מבלי להקדים כתיבה וחשיבה להתקשרות ולמחויבות.<sup>6</sup> הכתב הוא תנאי הכרחי לכריתת ההסכם. משמעותה של דרישה זו היא

הוא לא היה כורת את העסקה, אך הוא אינו מרגיש שהמתווך נתן לו משהו שלו, אלא חש כי המתווך קלט מידע שהוא בעיקרון נחלת הכלל ומבקש לנצל זאת ולהפיק רווח קל מן העסקה על לא כלום. שנית, אין קשר הכרחי (או אפילו טיפוסי) בין היקף העבודה של המתווך במקרה הספציפי לבין זכותו לשכר. לפעמים די בטלפון אחד להביא לידי קשירת עסקה. על כן יש נסיונות רבים של לקוחות – בצדק או לא בצדק – להימנע מתשלום למתווך, שנחפס בעיניהם כמי שרוכב על גבם ומבקש להרוויח מבלי שהשקיע בעסקה כספים, מבלי שנטל סיכון, ואף מבלי שהשקיע מאמץ או זמן רבים. שלישי, 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, לפנינו מצב של אשראי בלי בטחונות, שהינו מתכון קלסי לניסיון להתחמק מתשלום. זאת במיוחד לנוכח העובדה שההתקשרות בין המתווך ללקוח היא במקרים רבים חד-פעמית, והלקוח אינו צפוי להזדקק שוב למתווך בזמן הקרוב (זה המצב, למשל, במקרה של רכישת דירה על ידי אדם פרטי). משמעות הדבר שבסיום פעולת התיווך אין ללקוח תמריץ לשלם במטרה לקבל שוב שירות טוב. 4 להבדל בין הדרישות השונות יש השפעה על העסקה והצדדים בכמה הקשרים: כמות הכתב הנדרש, אם יש תחליף לדרישת הצורה, תוקף ההסכם כלפי צדדים שלישיים ועוד. להרחבה ראו כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 396–400.

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

6 ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עובד בירמן, פ"ד כו(2) 781 (1972) (להלן: עניין גרוסמן); ע"א 146/72 חברת האחים מנשה וויקטור לוי בע"מ נ' גולדמן, פ"ד כו(1) 321 (1973); עניין רבינאי, לעיל ה"ש 1; ע"א 4707/90 מיורקס נ' חברת ברנובין נכסים והשכרה בע"מ, פ"ד מז(1) 17 (1993); ע"א 9287/07 דנוך נ' נגר (פורסם באר"ש, 1.3.2011); ע"א 547/09 חברת אוק אף איי אינבסטמנט קו בע"מ נ' חברת פי בי סי מימון בע"מ (פורסם באר"ש, 23.5.2011); ע"א 7123/10 תחנת דלק ראש פינה נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם באר"ש, 14.8.2012). לדרישת כתב מהותית בעסקאות הנוגעות בזכויות במקרקעין בדין האנגלי ובדין האמריקני ראו (1989) Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act, 1989, c. 34, § 2 (1989) (Eng.); Igor Stramignoni, *When Law Stands Still: Land Contracts in English Law and Law's "Abandonment" of Everyday Life*, 12 LAW & CRITIQUE 105 (2001); Statute of Frauds Act, 2 U.C.C. § 2-201 (2002); JOSEPH M. PERILLO & JOHN D. CALAMARI, CALAMARI & PERILLO ON CONTRACTS 757–761 (5th ed., 2003). רבי נתן שטרנהארץ (תלמידו של רבי נחמן מברסלב) מבהיר בספרו כי הצורך בכתב כדי להעביר קניין נובע מכך שממונו של אדם קשור לשורש נשמתו, ו"מאחר שְהַנְפֵּשׁ נְשָׁרְשֵׁת בְּהַפְּמוֹן קֶשֶׁה לְהוֹצִיא הַדָּבָר מֵאֶחָד לְחֵבְרוֹ וְעַל פֶּן צָרִיף קָנִין גְּמוֹר לְזוֹ... כִּדִּי שְׁעַל יְדֵי זֶה יֵצֵא הַדָּבָר מִשָּׂרֵשׁ נִפְשׁוֹ לְחֵבְרוֹ וְזֶה בְּחִינַת פֶּל הַקְּנִינִים. וְעַל פֶּן

שללא כתב אין הסכם תקף.<sup>7</sup> על כן, גם אם שני הצדדים מודים כי נכרת ביניהם הסכם ביחס למקרקעין, לא יהיה להסכם כל תוקף אם הוא לא נערך בכתב. דרישת הכתב בחוק המתווכים היא דרישה מהותית שבאה להגן בעיקרה על תכלית אחרת. אין היא מיועדת לוודא את רצינות הצדדים להתקשר בעסקה בעלת משמעות כלכלית כבדה, אלא היא דרושה כדי להבהיר מהם פרטי העסקה, מה השירות כולל 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 גמירת הדעת לעצם ההתקשרות בעסקה, אלא גם 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 העסקה.<sup>8</sup>

להלן נראה כי חוק המתווכים נכלל בחקיקה צרכנית, שמטרתה ליצור הגנה על הצרכן מול נותן השירות, שכן הצרכן מצוי בדרך כלל בנחיתות 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, אשר באה לידי ביטוי, בין היתר, בפרטים שונים שנותן השירות מחויב לגלות. דרישת הכתב בחקיקה צרכנית אינה מופנית לשני הצדדים, אלא מוטלת על נותן השירות בלבד. נוסף על כך, פער הכוחות שבין נותן השירות לצרכן מחייב להכיר בדרישת הכתב כדרישה קוגנטית.<sup>9</sup>

הנפקות בין התכליות של דרישות הכתב השונות תבטא, בין היתר, בשאלה על מי מוטלת האחריות לוודא שדרישת הכתב מתמלאת. במקרקעין תכלית הדרישה היא להדגיש לצדדים את חשיבות העסקה ולהרתיע את המתקשרים מפני התחייבות חפוזה.<sup>10</sup> משום כך, האחריות למילוייה של דרישת כתב זו מוטלת על שני הצדדים לחוזה, כך שעליהם לעמוד יחד בדרישות הצורניות שקבע המחוקק בנוגע לכריתת חוזים כאלה. לעומת זאת, בדרישת הכתב בחקיקה הצרכנית החובה לקיים את דרישת הכתב מוטלת על נותן השירות בלבד, מאחר שתכלית הדרישה היא להבהיר את מהות השירות, כדי

חֹזֶק הַקְּנָנִין עַל יְדֵי הַתְּקַב, פִּי הַתְּקַב הוּא פְּנִימִיּוֹת שְׂרָשׁ הַנְּפֶשׁ וְכִשְׁכּוֹתֵב לְחַבְרוֹ הַקְּנָנִין אֲזִי מְגַלֶּה פְּנִימִיּוֹת שְׂרָשׁ נִפְשׁוֹ שֶׁמְרַצֶּה בְּהַקְּנָנִין וְאֲזִי יוֹצֵא הַדְּבָר לְגַמְרֵי מְפִימִיּוֹת שְׂרָשׁ נִפְשׁוֹ. וְעַל כֵּן מוֹעִיל הַקְּנָנִין בְּיוֹתֵר עַל יְדֵי הַתְּקַב...". ראו ליקוטי הלכות – על שלחן ערוך חשן משפט הלכות מתנה ומתנת שכיב מרע, הלכה א, סעיף ד (מהדורת מכון בשן 768) (ההדגשות הוספו).

7 שלו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 380.

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

9 משום כך, גם אם במקרה קונקרטי אין פערי מידע או שהלקוח מעוניין בעסקה ואדיש למידע, יחולו הוראות חוק המתווכים באותה מידה, שאם לא כן "נתת דבריך לשיעורין", והכלל נעשה תלוי בנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה. אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 27–31 (2002).

10 שלו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 382.

למנוע חילוקי דעות בעתיד, והניסיון בדבר השירות הנחוץ נמצא בידי המתווך. נחיתות אינפורמטיבית זו עלולה להוביל לחוסר יעילות ולהוליד שתי תוצאות מרכזיות. ראשית, צרכנים יינסו לעסקאות לא יעילות עם המתווך, שכן העסקה לא תמקסם את תועלתם של שני הצדדים. אילו היה הצרכן מודע לכל הפרטים, ייתכן שהיה בוחר לא 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, אשר יכלו להימנע מלכתחילה על ידי הטלת חובת גילוי מסוג דרישת כתב על נותן השירות. כדי למנוע נזקים אלה, על הצרכן להשיג את המידע המהותי בנוגע לפרטי העסקה. אך כדי להשיגם נדרשת ממנו השקעת משאבים רבים. לעומת זאת, נותן השירות יכול להביא לידי גילוי המידע באופן קל יחסית, שחוסך השקעת משאבים זו. במקרה זה נותן השירות הוא מונע הנזק הטוב ביותר של התאונה המשפטית ושל אי-היעילות שהמחוקק מבקש למנוע, ועל כן האחריות מוטלת עליו, ועימה גם הסנקציה המשפטית שלפיה בהעדר כתב הוא לא יזכה בתשלום. אכן, מזווית ראייה של שיקולי צדק קשה לעיתים להצדיק את מתן הפטור ללקוח מתשלום, שכן הלקוח זכה בשירותי תיווך מעולים. ברם, ויתור על דרישת הכתב עלול לפגוע בלקוחות עתידיים ולהביא לידי כך שההתרשלות של "אתמול" תיהפך לנורמה של "מחר", שכן המתווך ידע כי גם אם ינהג ברשלנות ויימנע מעריכת מסמך בכתב, הוא יקבל עדיין את שכרו. התוצאה תהא, מטבע הדברים, זלזול בדרישת הכתב והימנעות מהחתמת הלקוח, לעיתים אף במכוון. בכך ייפגעו לקוחות עתידיים ותסוכל הגשמת תכליתה של 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, וכי אין לתת פטור מדרישת הכתב, כדי לא לסכל הגנה זו.

## **פרק ב: דרישות הכתב בחיקוקים שונים – דרישה זהה ותכליות שונות**

חופש החוזים קובע כי אין להתערב בתוכנן של 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), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים): "חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם היתה צורה מסויימת 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 ייעשו אך ורק בכתב. דרישת הכתב בחיקוקים השונים הללו זהה, אך תכליותיה שונות.

חלק מדרישות הכתב נועדו למנוע "הפיכת אמירה גרידא להתחייבות מחייבת",

ולהקנות "רצינות, יציבות וודאות לאמירה הלובשת את הצורה הנכונה כדי להשתכלל לכדי פעולה משפטית".<sup>11</sup> הפסיקה מציינת תכלית זו כניצבת ביסודה של דרישת הכתב לגבי עסקה במקרקעין, לגבי התחייבות לתת מתנה<sup>12</sup> ולעניין צוואה.<sup>13</sup> דומה לכך היא דרישת הכתב בסעיף 1 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון), הקובע כי "הסכם בין בני זוג המסדיר יחסי ממון שביניהם... ושינוי של הסכם כזה, יהיו בכתב". גם בחוק זה מטרתה של דרישת הכתב היא להעניק מימד של טקסיות ורשמיות למעמד,<sup>14</sup> כדי להקנות רצינות להסכמות בין בני זוג שיש להן השלכות כלכליות מרחיקות לכת.<sup>15</sup>

סעיף 8 לחוק המקרקעין קובע כי "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". כאמור, מטרתה של דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין פורשה על ידי פרוף' גבריאלה שלר<sup>16</sup> כנובעת מחשיבות העסקה ומן הצורך בהרתעת המתקשרים מפני

- 11 דברי השופט שטרסברג-כהן בדנ"א 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד מט(5) 314, 323 (1996).
- 12 ס' 5(א) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968, קובע כי "התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב". בדברי ההסבר להצעת חוק המתנה, התשכ"ה-1965, ה"ח 368, הובהרה תכליתה של דרישת הכתב בהקשר זה: "כדי למנוע פיזור הבטחות מתנה מתוך קלות דעת, דורש החוק שההתחייבות לתת מתנה שאינה מתבצעת אלא תיעשה בכתב...".
- 13 ס' 20 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, קובע כי "צוואה בעדים תהיה בכתב". ס' 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 אין לבית המשפט ספק כי הצוואה משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה. אולם דרישת הכתב אינה נכללת בכך, שכן המחוקק מקנה לבית המשפט את הסמכות האמורה לקיים צוואה פגומה רק אם "התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה", וס' 25(ב) לחוק מבהיר כי בצוואה בכתב יד "מרכיבי היסוד" הם ש"הצוואה כולה כתובה בכתב ידו של המצווה", ואילו בצוואה בעדים "מרכיבי היסוד" הם ש"הצוואה בכתב והמצווה הביאה בפני שני עדים" (ההדגשה הוספה). 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 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, התשכ"ט-1969, ה"ח 333. מטעם זה אף נקבע בס' 2 לחוק יחסי ממון כי הסכם ממון טעון אישור של בית המשפט לענייני משפחה או של בית דין דתי, וכי אישור כזה לא יינתן אלא לאחר שנוכחו בית המשפט או בית הדין "שבני הזוג עשו את ההסכם או את השינוי בהסכמה חפשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו".
- 15 נראה כי זו גם תכליתו של ס' 7 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, הקובע כי "הסכם קיבוצי יהיה בכתב והוא הדין לכל שינוי בו או להארכתו". מטרת הסעיף היא להקנות מימד של רשמיות למעמד יצירתו של מסמך שיש לו השלכות משפטיות וכלכליות מרחיקות לכת. זו גם תכליתו של ס' 17 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, הקובע כי "הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת (להלן – הקדש) טעונה מסמך בכתב... שבו מביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש וקובע מטרותיו, נכסיו ותנאיו". על תכליתה של דרישת הכתב כמיועדת לתת מימד של רשמיות וטקסיות ליצירת ההקדש ניתן ללמוד מהוראת ס' 17(א)(1), שלפיה מסמך בכתב כאמור ("כתב הקדש") יהא, למשל, "כתב חתום בידי יוצר ההקדש בפני נוטריון" (ההדגשה הוספה).
- 16 שלו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 382 ("פירוש סעיף 8 כפשוטו מעלה כי דרישת הכתב מכוונת רק כלפי



התחייבות כפופה. תכליתה של דרישת הכתב על פי סעיף 8 לחוק המקרקעין נעוצה בצורך להבטיח את רצינותן של עסקאות במקרקעין, אשר על כל צד המתקשר בהן לעשותן בכובד ראש על שום משקלן הכלכלי הרב.<sup>17</sup> נוסף על כך, באמצעות דרישת הכתב מושגת ודאות באשר לתוכנה של העסקה במקרקעין, שהיא פעמים רבות העסקה המהותית ביותר בחייו של אדם, וחשוב שהיא תיעשה באופן יסודי כשהוא נותן את הדעת לפרטים השונים.<sup>18</sup>

בהתאם לתכליות אלה קבעה הפסיקה כי דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין אינה דרישה ראייתית, אלא דרישה מהותית.<sup>19</sup> על כן גם מקום ששני הצדדים מודים כי כרתו ביניהם הסכם ביחס לזכות במקרקעין, לא יהיה להסכם כל תוקף אם הוא לא נערך בכתב. הפסיקה פירשה את דרישת המחוקק באופן נוקשה, וקבעה כי "אם לא נעשה מסמך, לא עשו הצדדים ולא כלום".<sup>20</sup>

בחוקים צרכניים תכליתה של דרישת הכתב שונה. כך, למשל, חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות<sup>21</sup> 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 אלה, ובדרך זו למנוע מלווים שאינם תאגיד בנקאי מורשה ומפוקח מלנצל את מצוקתם של צרכנים שאינם בעלי כוח מיקוח ועקב כך מסכימים ללוות כספים בתנאים בלתי סבירים.<sup>22</sup> עסקינן אפוא בחוק צרכני שנועד להגן על מי שנטל הלוואה ממקור שאינו תאגיד בנקאי.<sup>23</sup> סעיף 2 לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות קובע כי "חווה הלוואה בין מלווה ללווה טעון מסמך בכתב". גם

ההתחייבות גופה. מכאן שכאשר הכתב מעיד על עצם ההתחייבות לעשות עסקה במקרקעין, יש ליתן לו תוקף". ראו גם פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 621-623.

17 ראו עניין **שם טוב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 18-19. כן ראו עניין **רבינאי**, לעיל ה"ש 1; שלו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 382; כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 387-388.

18 ראו לעיל את המקורות בה"ש 2.

19 ראו לעיל את המקורות בה"ש 6 וכן עניין **רבינאי**, לעיל ה"ש 1. לדרישת כתב מהותית בעסקאות הנוגעות בזכויות במקרקעין בדין האנגלי ובדין האמריקני ראו את המקורות בה"ש 6.

20 עניין **גרוסמן**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 789. הפסיקה יצאה מנקודת מוצא נוקשה המיישמת את דרישת הכתב כדרישה מהותית שאין אחריה ולא כלום: ע"א 651/72 **פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתח-תקוה בע"מ**, פ"ד כח(1) 617 (1974); ע"א 649/73 **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 כץ**, פ"ד לב(2) 203 (1978).

21 חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1993.

22 דברי ההסבר להצעת חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1993, ה"ח 116.

23 לצורך כך הטיל המחוקק חובות והגבלות שונות על המלווה החוץ-בנקאי במסגרת חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות: עריכת חווה ההלוואה בכתב (ס' 2 לחוק); חובה לגלות ללווה גילוי מלא של כל פרטי ההלוואה (ס' 3 לחוק); קביעת עלות אשראי מרבית (ס' 5 לחוק); הגבלת ריבית הפיגורים (ס' 6 לחוק); פיקוח על הקדמת מועד הפירעון (ס' 7 לחוק); הסמכת בית המשפט להורות על ביטול או שינוי של תנאי ההלוואה במקרה שתנאיו אינם מתאימים להוראות ס' 5-7 לחוק (ס' 9 לחוק); ומתן סמכות לראש ההוצאה לפועל לא לנקוט הליכים נגד הלווה אם יש לו יסוד להניח כי חווה ההלוואה או תנאיה אינם מתאימים לדרישות החוק (ס' 10 לחוק).

זו דרישת כתב מהותית,<sup>24</sup> ובפסיקה נקבע 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".<sup>25</sup> אולם דרישת הכתב בחוק זה לא נועדה להבטיח את רצינות המעמד ואת תוקפה של גמירת הדעת,<sup>26</sup> אלא מטרתה היא לוודא את ההסכמה המודעת של הלווה לפרטים הנכללים בהסכם ההלוואה.<sup>27</sup> תכלית זו קיימת בהוראות חוק צרכניות רבות, המחייבות את נותן השירות לספק לצרכן כתב מפורט המונה את כל ההתחייבויות שהצרכן נוטל על עצמו, כדי לוודא הסכמה מדעת

24 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, בעמ' 117: "מוצע שחווה למתן הלוואה חייב להיות בכתב. דרישת הכתב היא מהותית, כלומר, הסכם בעל-פה לא יהיה תקף."

25 ע"א (מחוזי ת"א) 4003/07 **בס נ' אריה**, פס' 22 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 21.1.2009). וכך הוסברו הדברים ביתר פירוט: "...במקום ובו 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 שחווה ההלוואה 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."

ברע"א 2132/09 **אריה נ' בס** (פורסם באר"ש, 8.7.2009) לא קיבל השופט רובינשטיין את הקביעה הערכית שלפיה צד יוכל להתנער מהסכם ביודעין ובתרמית רק משום שהוא לא נערך בכתב, והתלבט אם לא נכון לאמץ את "תורת הריכוך" שעליה נעמוד להלן (שם, פס' ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין). השופט רובינשטיין ציין את שקבע קודם לכן בע"א 9044/04 **מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' צוניאשוילי**, פס' ג לפסק דינו (פורסם באר"ש, 24.6.2007) (להלן: עניין **מיסטר מאני**) – 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 כנגד זה 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 היה אפשר לאכוף את החוזה, על שום אי-הוודאות שהשתררה לגבי ההסכמות.

26 דוגמה לכך היא תכליתה של דרישת הכתב בס' 19 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, הקובע כי "רשאים בעלי הדין להסכים, בחוזה נפרד בכתב, על תקופת התיישנות ארוכה מן הקבועה בחוק".

27 בעניין **בס נ' אריה**, לעיל ה"ש 25, פס' 22 לפסק דינו של השופט שנלר, 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 ניתנת ההלוואה, דהיינו מה הסכומים שנפרעו ומה יתרת החוב כולל הרכיבים השונים הקשורים בכך. סעיף 2 לחוק [הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות – א' ו'] 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."

של הצרכן להוראות אלה, וכדי שלא יקפח אדם את זכותו מפאת תניה המוסתרת בין "האותיות הקטנות" של ההסכם.<sup>28</sup>

מקרה מובהק שבו דרישת הכתב לא נועדה בעיקרה להדגיש את חשיבות העניין הוא מסירת מידע למטופל לפני מתן טיפול רפואי כדי לוודא "הסכמה מדעת" (informed consent). מטרת הכתב בנסיבות אלה אינה מיועדת להדגיש את חשיבות העניין, שהרי עסקינן בפרוצדורה רפואית ובהחלטה גורלית בחייו של אדם. מטרתה של דרישת הכתב היא לוודא בזמן אמת כי ההסכמה אכן ניתנה על בסיס מידע מלא ומפורט. חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, עוסק באדם שמעמדו חלש, מבחינת מידע ותלות, לעומת המערכת שלחסידיה הוא נתון.<sup>29</sup> ותכליתה של דרישת הכתב בחוק זה היא להשרות ודאות כי המטופל אכן יודע את המידע המפורט בסעיף 13 לחוק, דהיינו, את הפרטים העיקריים על אודות מצבו הרפואי (אבחנה וצפי רפואי (פרוגנוזה)); את תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע; את הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי-נוחות; את הסיכויים והסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי; ואת עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני (אם הוא אכן כזה). סעיף 13 לחוק זכויות החולה קובע כי "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת", וכי "לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע". בסעיף 14(ב) לחוק זכויות החולה נקבע כי "הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה<sup>30</sup> תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל".

בדומה לכך, דרישות הכתב שנכללו בחקיקה הצרכנית נועדו להבטיח כי הצרכן, הניצב מול מערכות רבות עוצמה ותחכום, יזכה במידע הולם, לא ינצל את בורותו או חולשתו, ותתקבל הסכמה מודעת שלו להתקשרות החוזית. תכליתה של דרישת הכתב במקרים אלה היא ליצור מערכת מידע מפורטת ולוודא שההסכמה ניתנה מדעת לא רק ברמת העיקרון, אלא גם תוך ירידה לפרטים. כך, למשל, בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, נקבעה בסעיף 5(ב) הוראה המאפשרת לחייב תאגידים בנקאיים לערוך הסכם בכתב עם הלקוח, לציין בהסכם את הפרטים שנקבעו בכללים ולמסור ללקוח

28 בע"א 419/71 מנורה חברה לאחיות ולביטוח משנה בע"מ נ' נ' מ' נומיקוס, פ"ד כו(2) 527, 532 (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".

29 בדברי ההסבר להצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, ה"ח 359, 360, 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 במטפלים ובמוסדות המטפלים ובתנאים של לחץ נפשי".

30 בתוספת הראשונה לחוק זכויות החולה מנויים הטיפולים הבאים: ניתוחים, למעט כירורגייה זעירה; צנתורים של כלי דם; דיאליזה; טיפול בקרינה מייננת (רדיותרפיה); טיפולי הפריה חוץ-גופית; וכימותרפיה לטיפול בתהליכים ממאירים.

העתק חתום של ההסכם.<sup>31</sup> כך נקבעה גם הוראה לעניין הגודל המזערי של האותיות, היחס בינן לבין השטח שבו כלול המידע, אופן כתיבתן והצגתן, וכן רשימת תנאים מהותיים בהסכם, הבלטתם ואופן ניסוחם.<sup>32</sup> החשש הוא שהלקוח 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.

### 1. תכליתה של דרישת הכתב בחוק המתווכים

על רקע האמור לעיל יש לבחון מה תכליתה של דרישת הכתב בחוק המתווכים: האם היא דומה 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 ועל כן מטרתה של 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 כי עברה לפי חוק המתווכים היא גם עברה לפי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. אכן, 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 נשוא עסקת התיכון"; סעיף 8(ב) לחוק המתווכים קובע כי "במילוי תפקידו יפעל מתווך במקרקעין במיומנות ובסבירות וינקוט אמצעים הראויים בנסיבות הענין, לקבלת מידע מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיכון"; וסעיף 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 כאשר קיבל את החוק, ובדברי ההסבר להצעת חוק המתווכים<sup>33</sup> הובהר כי עסקינן בחוק צרכני

31 דרישה מקבילה מופיעה בחוק צרכני נוסף שנחקק באותה שנה – ס' 5 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, שבו 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, ולציין 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 מימד של טקסיות ופורמליות כדי לוודא את רצינות הצרכן, אלא לוודא שהצרכן אכן מסכים לכל תנאי העסקה מכוח "הסכמה מודעת", לאחר שקיבל אותם בכתב באופן שמאפשר לו לעיין בהם בניחותא.

32 תקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה אחיד ובתנאי הכלול במידע אחר המיועד לצרכן), התשנ"ה-1995.

33 בדברי ההסבר להצעת חוק מתווכים במקרקעין, התשנ"ב-1992, ה"ח 388 (להלן: הצעת חוק המתווכים), צוין: "השירותים שאותם נותן המתווך, הם בעלי ערך גורלי לרוכשי הדירות שכן

שתכליתו, כמו זו של יתר החוקים הצרכניים, היא להגן על מקבל השירות שאין לו מספיק כלים לשפוט ולהעריך את תנאי העסקה.<sup>34</sup> נראה כי מטרתה של דרישת הכתב בחוק המתווכים אינה להעמיד את הצדדים על חיבות העסקה, שהרי ההתקשרות בין המתווך ללקוח אינה התקשרות בעסקת המקרקעין עצמה. עסקינן בעסקה נלווית, אשר מבחינה כלכלית מתבטאת רק באחוז אחד עד אחוזים ספורים מערך העסקה במקרקעין. לרוב אין לעסקת התיווך כשלעצמה משקל דרמטי בחייו של אדם.<sup>35</sup> משכך נראה אפוא שדרישת הכתב בהסכם תיווך נחוצה כדי להשרות ודאות כי הלקוח מודע לפרטי העסקה עם המתווך ויודע, מצד אחד, שהמידע שהוא מקבל אינו "שיחה בעלמא", אלא שירות שהוא מתחייב לשלם בגינו סכום משמעותי, ומצד אחר, שקיימת מחויבות ברורה מצד המתווך לתת שירות מסוים ומוגדר כתנאי בסיסי לקבלת התמורה שהוא דורש, וכן שמוטלת על המתווך חובת אמון כלפי הלקוח.<sup>36</sup>

במרבית המקרים ההשקעה מהווה את עיקר חסכונוותיו ורכושו. במקרה כזה מוצדק לדרוש ממציע השירותים רמה מקצועית ורמת אמינות גבוהה. עם בוא גלי העליה מבריה"מ נוצרה בעיה אמיתית. חלק גדול מהעולים אינם מכירים את המציאות הישראלית ואין להם כלים לשפוט ולהעריך את הנכס המוצע להם למכירה או להשכרה. כמו כן, אין הם בקיאים בתנאים הנוגעים לרכישת דירות בישראל. חוסר ידע זה מנוצל לרעה, למרבית הצער, במספר מקרים לא מועט. יושם אל לב כי העסקה עם המתווך אינה גורלית, שהרי היקפה הכלכלי נע בדרך כלל סביב אחוז מעסקת המקרקעין. אולם אם המתווך אינו נותן שירות הולם לקונה של נכס המקרקעין, עלולים להיווצר משגים חמורים בעסקת המקרקעין עצמה, ולטעויות אלה עלול להיות ערך כלכלי רב. המחוקק מצא על כן לנכון להסדיר את תחום העיסוק בתיווך באמצעות רישוי מתאים והחלת חובת אמון על המתווך, כדי לוודא שהוא ייתן שירות הולם.

34 ייתכן שהסיבה לכך שדרישת הכתב נקבעה רק כלפי תיווך בעסקת מקרקעין, ולא כלפי תיווך של מיטלטלין ומתן שירותים אחרים, נעוצה בכך שהחוק ביקש להגן בעיקר על צרכן העוסק במטרייה שבה אין הוא מבין בהכרח אך בא במגע עם "כרישים" מנוסים. הפער בין הניסיון של המוכר לבין חוסר הניסיון של הקונה מחייב את המתווך להעמיד את שירותיו ונאמנותו לרשות הקונה באופן חד, ולהעמידו על פרטי השירות הניתן לו.

35 לכאורה ניתן לטעון כי אם העסקה אינה מהותית, אזי גם דרישת הכתב אינה כה מהותית. אולם גישה זו יוצאת מנקודת הנחה שהרציונל של דרישת הכתב הוא לוודא את גמירת הדעת של הלקוח. ברם, תכליתה של 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.

36 ס' 8 ו-10 לחוק המתווכים יוצרים חובת נאמנות ברורה כלפי הלקוח. בטרם נחקק חוק המתווכים היה המקור הנורמטיבי לתחולתן של חובות נאמנות על יחסי מתווך-לקוח נעוץ בס' 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, אך עם החלתם של דיני השליחות על יחסים אלה התעורר קושי משפטי, שכן חוק השליחות חל רק על פעולות משפטיות, ולא על פעולות מטריאליות. ממילא התעוררה השאלה אם המתווך עושה מעשה משפטי כאשר הוא מפגיש את שני צדדים זה עם זה. מיכאל ויגודה וחיים י" צפרי, בספרם **חוק לישראל: שליחות** 69 (נחום רקובר עורך, 2014), סברו כי יש הבחנה בין שני סוגי פעולות של המתווך: "פעולותיו המטריאליות של המתווך אינן נושא לשליחות, ודיני

פרופ' דניאל פרידמן, בספרו **דיני עשיית עושר ולא במשפט**, מציין כי כוונת המחוקק בעת חקיקת חוק המתווכים הייתה "למנוע מצב, שבמקרים הנכללים במסגרתו, 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 תקויים. אם הדבר לא נעשה, תישלל מהמתווך, במקרים הנכללים בגדר החוק, הזכות לשכר (לרבות הזכות לשכר ראוי)".<sup>37</sup> אכן, דרישת הכתב היא חובה המוטלת על המתווך, כחלק מן המקצועיות שעליו להפגין בבואו לערוך את העסקה,<sup>38</sup> שכן אדם אשר מכבד את מקצועו ומקצועיותו נוקב מראש את שכרו בבואו ליתן שירות ללקוח, ומעגן את ההתקשרות בכתובים באופן מסודר. דרישת הכתב המוטלת על המתווך מגינה אם כן על הלקוח שמקבל את השירות, אך יש בה אפקט שולי של הגנה על המתווך עצמו, באשר יש בה כדי להבהיר את ההסכמה מדעת של הלקוח לשלם לו שכר מוגדר<sup>39</sup> כנגד שירות מוגדר. כך, למשל, הבהיר השופט הנדל בעניין **שיריזיאן**: "אם המתווך יקפיד על הדרישה ויחתים את המזמין על הזמנה בכתב, בהירות זו תיטיב עם שני הצדדים. שניהם יבינו

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 **דוידסון נ' שפר**, פ"ד ל(1) 507, 512 (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 לא(1) 589 (1976), נקבע בפסק דינה של השופטת בן-פורת כי אם המתווך נטל חלק פעיל במשא ומתן, הכין את המסמכים הדרושים וסייע בניסוחם, אזי דינו כדין שלוח, ודיני השליחות – לרבות חובת הנאמנות – חלים עליו. כך נפסק גם בע"א 166/77 **דרון נ' אברהם**, פ"ד לג(3) 365 (1979). חוק המתווכים שינה את המצב המשפטי: מחד גיסא, בס' 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"; ומאידך גיסא, ס' 8(א) לחוק המתווכים קובע כי "מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות". בכך ביטל המחוקק את ההבחנה בין סוגי הפעולות שהמתווך עושה, ויצר חובת נאמנות חדשה, שאינה נובעת מהיות המתווך שליח של הקונה.

37 דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך ב 661 (מהדורה שנייה, 1998). ראו גם בר"ע (מחוזי י-ם) 4244/02 **כ"ץ נ' כהן** (פורסם בנבו, 21.10.2002).

38 ס' 2 לחוק המתווכים מחייב את המתווך להחזיק ברשיון תיווך, וזכותו של המתווך לדמי תיווך תלויה בקיומו של רשיון זה, וזאת כדי להבטיח את מקצועיותו של המתווך. כחלק ממקצוענות זו, וכעדות לכך שאין עסקינן במסירת מידע מקרית וחד-פעמית, אלא במקצוע של ממש, מובן כי ראוי שהמתווך יהיה מצויד בהסכם שמפרט את גודל ההתקשרות עימו, את המחויבות הכלכלית ואת טיב השירות והיקפו. ומכיוון שהמתווך הוא מקצוען מצויד בחוזים מסוג זה, הגיוני ונכון להחיל עליו את החובה לדאוג לקיומה של דרישת הכתב, כתנאי לקבלת שכרו.

39 דרישת הכתב בחוזה תיווך עשויה להקל במידה רבה אף על המתווך בבואו לדרוש מהלקוח לחתום על מסמך הזמנה בכתב, שכן במקרים רבים לא נעים לבקש מסמך כתוב לנוכח 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 "אומנם מאדם כה אמין כמורך לא צריך לקבל מסמך בכתב, אך אני אנוס על פי הדיבור לבקש זאת, שכן זו מצוות המחוקק".

שנכנסו לקשר עסקי המחייב את המתווך לספק את השירות ואת המזמין לשלם עבורו.<sup>40</sup>

תכליתה של דרישת הכתב בהסכם התיווך היא אפוא להשרות ודאות ובהירות באשר לטיב השירות ולמהותו, מצד אחד, ובאשר למחירו של שירות זה ולמחויבות לשלם בגינו, מן הצד האחר. בהעדר הסכם בכתב עם המתווך ההתקשרות בין הצדדים עלולה ללקות בחוסר בהירות לא רק בנוגע לפרטי העסקה, אלא גם בנוגע לתפקיד שכל צד בה ממלא. 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 תמורת תשלום, כשהוא פועל בעסקה זו "מטעם עצמו". המידע על אודות תפקידו של המתווך והאינטרסים שלו מצוי רק בידי המתווך. הטלת חובה לערוך הסכם בכתב יכולה למנוע בלבול זה, ולהבהיר ללקוח מה תפקידו ועניינו של המתווך בעסקה.<sup>41</sup> דוגמה זו ממחישה מדוע הטיל המחוקק על המתווך את האחריות לקיום דרישת הכתב. זאת, נוסף על כך שהמתווך הוא כאמור הגורם הבקיא בהלכות העולם בתחום מקצועו, וגם "מונע הנזק" הטוב ביותר, שבכוחו למנוע את נזקי העמימות בעסקה זו ואת "התאונה המשפטית" העלולה להיגרם כתוצאה ממנה.

נראה כי בעוד דרישת הכתב בחוק המקרקעין נועדה לוודא את גמירת הדעת של הצדדים לעסקה, לנוכח מהותיותה של עסקה במקרקעין, דרישת הכתב בחוק המתווכים שונה בתכלית, והיא חלק מן הדרישות המצויות בחקיקה הצרכנית שתכליתן ליצור ודאות, בהירות והסכמה מדעת לפרטי העסקה. אכן, "סוף מעשה במחשבה תחילה" – ניתן לעמוד על תכליתה של דרישת הכתב גם מכך שהמחוקק הבהיר אילו פרטים יש לכלול במסגרת הכתב הנדרש. סעיף 9(א) לחוק המתווכים קובע כי "מתווך במקרקעין לא יחזיק 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), התשנ"ז-1997 (להלן: תקנות המתווכים), ובהן נקבע בסעיף 1 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;

40 בר"ע (מחוזי ב"ש) 952/98 שירזיאן נ' סלאבי, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 17.3.1999). כמו כן, בע"א (מחוזי ת"א) 1691/09 לנדאו נ' קראסן הייטס בע"מ, פס' 13 לפסק דינו של השופט רודי (פורסם בנבו, 24.6.2010), צוין כי "ברי כי הלקוח, שהחוק מבקש להגן עליו, [צריך] להיות מודע לכך שעליו לשאת בשכר המתווך ושהדבר יובהר לו".

41 דויטש, לעיל ה"ש 9, בעמ' 331.

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

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. אכן, בפסק דין שניתן לאחרונה בעניין מזרחי קבע בית המשפט העליון כי "לדרישת הכתב בחוק המקרקעין ובחוק המתווכים תכליות שאינן לחלוטין חופפות. תכלית הדרישה בחוק המקרקעין נסבה בעיקר על הדגשת חשיבותן של עסקאות במקרקעין, על מנת למנוע עשיית עסקאות נמהרות, ללא הפעלת שיקול דעת מספיק. לעומת זאת, תכליתה של דרישת הכתב בחוק המתווכים היא בעיקר צרכנית – היא מיועדת להסדיר את העיסוק בתיווך ולהגן על ציבור רוכשי הדירות, תוך הבהרת אופי ההתקשרות ופרטי העסקה באופן מדוקדק".<sup>42</sup> בית המשפט הסיק על כן ביחס לחוק המתווכים כי פוחתת ההצדקה להכיר באפשרות לסטות באופן גורף מדרישת הכתב, בהינתן שהיא נועדה להגן על הצרכן, ולא על המתווך.

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 לריכוכה של דרישת הכתב.

### פרק ג: ריכוך דרישת הכתב בהוראות חוק שונות

בתי המשפט ערכו השוואה בין דרישת הכתב בחוק המקרקעין וריכוכה לבין דרישת הכתב בחוק המתווכים. בטרם נבחן השוואה זו, נסקור להלן בקצרה את דרך הילוכה של הפסיקה ביחס לריכוכה של דרישת הכתב במקרקעין – הן במקרים של ריכוך חלקי של דרישה זו והן במקרים של ריכוך מלא שלה. לאחר מכן נבחן את ריכוכה של דרישת הכתב בחוק צרכני, באשר חוק המתווכים מהווה אף הוא, כאמור, חוק צרכני מובהק.

#### 1. הצורך שהתעורר בריכוך דרישת הכתב בחוק המקרקעין

כללים דווקניים יוצרים לעיתים עיוות דין. לא אחת זימנה המציאות לבתי המשפט מקרים שבהם התעורר קושי בעמידה דווקנית על דרישת הכתב, ונדרשו סתומי שיקול דעת כדי לאפשר לבית המשפט להגיע לתוצאה מאוזנת. משכך החלו בתי המשפט לפתח

42 ע"א 3384/16 מזרחי נ' מרקוביץ, פס' 48 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (פורסם באר"ש, 5.7.2018).



בהדרגה תורה מרככת לדרישת הכתב.<sup>43</sup> 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".<sup>44</sup> בהתאם לכך עשתה הפסיקה שימוש בעקרונות פרשניים ופירשה את דרישת הכתב כדורשת רק מעין "ראשית כתב", דהיינו, מסמך שיכיל את הפרטים הבסיסיים המעטים המהווים את "מסגרת העסקה ותחומיה".<sup>45</sup> השלמת הפרטים החסרים ואכיפת הסכם בכתב שאין בו אלא ראשית כתב נעשתה בפסיקה מכוח שני מקורות נורמטיביים: המקור הנורמטיבי האחד הוא הסדרים הקבועים בדין<sup>46</sup> או בנוהג;<sup>47</sup> והמקור הנורמטיבי האחר הוא מעשי הצדדים עצמם, מתוך תפיסה שלפיה מה שנעשה בפועל הוא אינדיקציה לכוונת הצדדים, בבחינת "סוף מעשה במחשבה תחילה".

## 2. ריכוך חלקי של דרישת הכתב בחוק המקרקעין

מקום שעיקרון חדל להיות הרמטי, הוא הולך ומתרכך. אכן, הפסיקה ריככה את דרישת הכתב ריכוך אחר ריכוך. בשלב הראשון נקבע כי העדר חתימה על המסמך הכתוב אינו

43 על הצורך בריכוך דרישת הכתב נכתב כבר בשנת 1980 – ראו דניאל פרידמן "סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה" הפרקליט לג 4 (1980) – והדברים אכן התקבלו בפסיקה. לעומת זאת, לגישה ביקורתית לתורת הריכוך של דרישת הכתב ראו אסף פוזנר "דוקטרינות ישנות, סוגיות חדשות: דברים שבכתב – האם אתה רשאי לומר בעל פה?" ספר גבריאל בך 539 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).

44 עניין לויץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 204. ראו גם משה גלברד "דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין על-פי הצעת הקודקס האזרחי: בחינה ביקורתית" קריית המשפט ו 231, 244–249 (2006); שירלי רנר "דיני-חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא 33, 39–40 (1991).

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, 647 (1993) (להלן: עניין מפעלי גז ואנרגיה). השלמת פרטים לא מהותיים תיעשה, למשל, כאשר לא פורט מועד לביצוע החיוב או כאשר לא פורטו תשלומי המיסים. בע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800 (1976), נקבע כי חוקי המס קובעים את אופן תשלום המיסים.

46 למשל, אם לא נקבע מועד לקיום חיוב, ניתן לקבוע אותו בהתאם להוראות ס' 41 לחוק החוזים – ראו עניין קאדרי, שם. ראו גם ע"א 252/78 ברון נ' מנדיס טורס בע"מ, פ"ד לג(2) 437 (1979), שבו קבע בית המשפט כי ניתן להשלים פרטים חסרים אלא אם כן סיכמו ביניהם הצדדים 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, לעיל ה"ש 45; ע"א 18/77 בית חלקה 731, גוש 6668 בע"מ נ' מיכשווילי, פ"ד לב(2) 57 (1978); עניין רבינאי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 288; ע"א 442/81 גרומט נ' סרוסי, פ"ד לו(4) 214 (1982); ע"א 10849/07 פוארסה נ' פוארסה (פורסם באר"ש, 12.11.2009); דנ"א 9580/09 פוארסה נ' פוארסה (פורסם באר"ש, 24.1.2010); ע"א 7193/08 עדני נ' דוד, פס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 18.7.2010); ע"א 251/85 רוטמנש נ' ויניגר, פ"ד מא(3) 827 (1987).

גורע מתוקפו,<sup>48</sup> וכן שאין הכרח שיהיה מסמך אחד המעיד על העסקה, ודי אם קיימת אסופת מסמכים שיש בהם יחד, כשהם משלימים זה את זה, כדי להעיד על הפרטים המהותיים הנדרשים לעריכת העסקה. זאת, אף אם כל מסמך בנפרד אינו מספיק לצורך זה.<sup>49</sup> לאחר מכן בא שלב נוסף ובו נקבע, כאמור, כי לצורך קיום דרישת הכתב די במסמך שיכיל את הפרטים הבסיסיים המעטים המהווים את "מסגרת העסקה ותחומיה",<sup>50</sup> והוכרה האפשרות להשלים פרטים החסרים בכתב מכוח הסדרים הקבועים בדיון<sup>51</sup> או מכוח נוהג.<sup>52</sup> בהמשך לכך נקבע כי דרישת הכתב לא תעמוד לרועץ במקרים שבהם לא פורטה התמורה אך היא שולמה במלואה בעת כריתת החוזה.<sup>53</sup> בהקשר זה הבהיר בית המשפט העליון בעניין **רוטמנש** כי אפשר לתת תוקף משפטי למסמך בכתב שנכרת בין הצדדים אף אם "העיקר חסר מן הספר" ולא צוין בו מחיר העסקה.<sup>54</sup> פרט בסיסי זה ניתן להשלים על ידי הוראות החוק<sup>55</sup> ועל ידי פרשנות של המסמך (למשל, באמצעות חישוב של יתרת התשלום המופיעה על גבי קבלה). בתום שורה של פסקי דין שפירשו את דרישת הכתב נמצא כי הפסיקה ראתה בדרישת הכתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין מינימום הכרחי, והקלה את הדרישה לכדי משהו שיש "לעשות וי" כדי לצאת ידי חובתו. הדברים הגיעו 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, ובלבד שקיימות ראיות חיצוניות למסמך הכתוב המעידות בבירור על התגבשותה של העסקה ועל גמירת דעתם של הצדדים.<sup>56</sup>

- 48 ע"א 692/86 **יעקב בוטקובסקי ושות'** – **חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת**, פ"ד מד(1) 57 (1989); ע"א 571/79 **דירות מקסיים בע"מ נ' גרבי**, פ"ד לז(1) 589 (1983).
- 49 עניין **יורשי כץ**, לעיל ה"ש 20; ע"א 774/75 **עובדיה נ' אורבי**, פ"ד לז(3) 533 (1976).
- 50 עניין **מפעלי גז ואנרגיה**, לעיל ה"ש 45. השלמת פרטים לא מהותיים תיעשה, למשל, כאשר לא פורטו תשלומי המיסים. בעניין **קאדרי**, לעיל ה"ש 45, נקבע כי חוקי המס קובעים את אופן תשלום המיסים.
- 51 למשל, אם לא נקבע מועד לקיום חיוב, ניתן לקבוע אותו בהתאם להוראות ס' 41 לחוק החוזים – ראו עניין **קאדרי**, שם. ראו גם עניין **ברון**, לעיל ה"ש 46, שבו קבע בית המשפט כי ניתן להשלים פרטים חסרים אלא אם כן סיכמו ביניהם הצדדים 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 ראו את המקורות לעיל בה"ש 47.
- 53 ע"א 504/83 **זיתון נ' זעזורה**, פ"ד מא(2) 154 (1987). כמו כן, אם לא הוסכם מראש על מועד קיומו של חיוב, יש לקיימו תוך זמן סביר לאחר כריתת החוזה – ראו עניין **קאדרי**, לעיל ה"ש 45.
- 54 עניין **רוטמנש**, לעיל ה"ש 47.
- 55 ס' 46 לחוק החוזים קובע כי "חיוב לתשלום בעד נכס או שירות שלא הוסכם על שיעורו, יש לקיים בתשלום של סכום שהיה ראוי להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה".
- 56 ראו, למשל, ע"א 664/81 **הווארד נ' ארו**, פ"ד לח(3) 301, 307–308 (1984); עניין **רוטמנש**, לעיל ה"ש 47; עניין **אהרנוב**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 170–171; ע"א 380/88 **טוקאן נ' אלנשיבי**, פ"ד מה(5) 410, 423–424 (1991); ע"א 5511/06 **אמינוף נ' א. לוי השקעות ובנין בע"מ**, פס' טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 10.12.2008).

ניתן לרכך מאוד את דרישת הכתב, אבל כתב **כלשהו** חייב להיות, שהרי זאת מצוות המחוקק. על כן, גם לאחר שהפסיקה הרחיקה לכת ופירשה את סעיף 8 לחוק המקרקעין באופן מינימליסטי, היא לא ביטלה את הסעיף כליל, ומקום שלא היה כתב כלל, לא ניתן תוקף לעסקה במקרקעין. ברם, הצורך בריכוך לא נעצר בריכוך החלקי, ובמקרים יוצאי דופן מאוד, של תרמית ממש וניצול ציני של העדר כתב, התעורר צורך להכיר בתוקפה של עסקה במקרקעין גם בהעדר מוחלט של כתב.

### 3. ריכוך מלא של דרישת הכתב בחוק המקרקעין

ההתגברות המוחלטת על דרישת הכתב אינה 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 זו. בעניין **זונשטיין** קבע השופט ברק (בדעת מיעוט) כי במקרים חריגים ונדירים שבהם נשמעת "זעקת הגינות" ניתן לאכוף חוזה במקרקעין אף בהעדר מוחלט של כתב, שכן במקרים כאלה מתייצב עקרון-העל של חובת תום הלב, אשר חולש על כל ענפי המשפט, ומתגבר אפוא גם על הוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין.<sup>57</sup> השופטת בן-פורת (בדעת רוב) סברה כי סעיף 8 לחוק המקרקעין מבטא את העדפת המחוקק לקבוע את צורת ההתקשרות בעסקת מקרקעין, אף במחיר פגיעה בעקרון חופש החוזים, כדי להקנות לעסקאות במקרקעין את הביטחון והיציבות הנדרשים מכוח טובת הציבור. אם ייקבע כי חובת תום הלב גוברת על דרישת הכתב, תסוכל הדרישה המהותית הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, ויפתח פתח – תחילה צר אך יש חשש שהוא יתרחב בהמשך – לשכלול חוזה במקרקעין על בסיס טענה של חוסר תום לב אף בהעדר מוחלט של כתב. בכך יש משום חקיקה שיפוטית, ואף ביטול ההוראה המפורשת של סעיף 8 לחוק המקרקעין, וזהו דבר שאין בית המשפט רשאי לעשותו. השופט בייסקי (בדעת רוב) סבר גם הוא כי אי-אפשר לתת תוקף לעסקה במקרקעין מבלי שהתקיימה דרישת הכתב, ואם נהג מאן דהוא 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 יכולה להתגבר על דרישת הכתב בנסיבות מיוחדות **ויוצאות דופן מאוד**. לשיטתו של השופט ברק, כך יתקבל איזון ראוי בין היסוד הצורני לבין היסוד המהותי, ובלשונו: **"תום-לב או כתב – תום-לב עדיף"**.<sup>58</sup> על כן עשויות להיות נסיבות חריגות וקיצוניות שבהן יהא מקום להכיר בקיומו של חוזה גם בלא כתב.

דעת המיעוט של השופט ברק בעניין **זונשטיין** נהפכה לדעת רוב בעניין **קלמר**, שבו נפסק כי במקרים "מיוחדים ויוצאי דופן" ניתן להתגבר על דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין באמצעות סעיף 12 לחוק החוזים, המטיל על הצדדים חובת תום לב

57 ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין, פ"ד מב(2) 278 (1988).

58 שם, בעמ' 289.

בשלב הטרום-חוזי.<sup>59</sup> הדבר נפסק שכן באותו מקרה ניצב לפני בית המשפט מצב חריף מאוד של חוסר תום לב. בית המשפט ציין כי אי-אפשר להציג רשימה סגורה של מצבים שבהם יועדף עקרון תום הלב על דרישת הכתב, אך "המאפיין מצבים אלה הוא שעולה מהם 'זעקת ההגינות' המצדיקה סטייה מעקרון הכתב".<sup>60</sup>

הלכת **קלמר** יושמה לא אחת בפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים,<sup>61</sup> והגיעה שוב לבית המשפט העליון בעניין **שם טוב**.<sup>62</sup> בית המשפט העליון בחן אם באותו מקרה קיימת זעקת ההגינות המצדיקה את הסגת דרישת הכתב מפני עקרון תום הלב, והדעות נחלקו בשאלה מהי הסיבה שבעטייה יכיר בית המשפט בתוקף העסקה גם בהעדר מוחלט של כתב. לדידה של השופטת **חיות**, אין מדובר ברשימת מקרים סגורה, והמהות תגבר על הדרישות הצורניות בכל מקום שבו יהדהד קולה של זעקת ההגינות.<sup>63</sup> השופט **רובינשטיין** הסכים עם דעתה של השופטת **חיות** בדבר "קפיצת המדרגה" שנעשתה בעניין **קלמר** עד כדי ויתור על דרישת הכתב כליל לנוכח הצורך להיענות לזעקת ההגינות, שכן באין הגינות אין משפט; ומשזעקה זו נשמעה, תוחרג דרישת הכתב, "כדי

59 ע"א 986/93 **קלמר נ' גיא**, פ"ד נ(1) 185, 197 (1996). השופט גולדברג (בדעת מיעוט) הסכים אף הוא בעניין **קלמר** כי ניתן להכיר בעקרון תום הלב כאמצעי ל"התגברות" על דרישת הכתב, אך הדגיש כי יש להקפיד "...שיישום עיקרון זה לא יפרוץ מעבר למוחחסם, ויוגבל למקרים שבהם הייתה הסתמכות משמעותית על החוזה" (שם, בעמ' 198), ואילו השופט 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 ב"צריך עיון" את השאלה אם ניתן להתגבר על דרישת הכתב באמצעות עקרון תום הלב (שם, בעמ' 193-194).

60 שם, בעמ' 197.

61 ת"א (מחוזי חי') 1452/98 **עיראקי נ' קאסם**, פס' 13 לפסק דינו של השופט גר'ג'ור (פורסם בנבו, 10.5.2003); ה"פ (מחוזי ת"א) 779/03 **פוגל נ' פאר רחובות חברה לבניין בע"מ**, פס' 4 לפסק דינה של השופטת גרסטל (פורסם בנבו, 28.7.2004); בר"ע (מחוזי ת"א) 3029/05 **עבדול קאדר אחמד חאג' יחיא נ' עבדול קאדר אחמד חאג' יחיא**, פס' 16-17 לפסק דינו של הנשיא גורן (פורסם בנבו, 18.6.2006); ע"מ (מחוזי חי') 358/06 **י. נ' ס. א.**, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 25.9.2006); ת"א (מחוזי ת"א) 2402/01 **יצהרי נ' בר** (פורסם בנבו, 20.9.2006); ת"א (מחוזי חי') 8054-06-09 **ג'אנדארק נ' חוא**, פס' 18 ו-34 לפסק דינו של השופט סוקול (פורסם בנבו, 26.3.2010). 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' ברנדר**, פ"ד נ(1) 158, 168 (2002); רע"א 1681/10 **עיני נ' סידי**, פס' ד-ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 5.7.2010).

62 עניין **שם טוב**, לעיל ה"ש 1.

63 השופטת **חיות** מתארת את השתלשלות הריכוך של דרישת הכתב (שם, בעמ' 85-87), ומציינת כי "תיבת הפתרונות המרכזיים" החלה אכן להתמלא אט אט. הגישה הנוקשה המיישמת את דרישת הכתב כדרישה מהותית שאין אחריה ולא כלום... פינתה בהדרגה את מקומה לכלל גמיש שיש בו איוון בין פורמליזם לבין שיקול דעת שיפוטי" (שם, בעמ' 86). אולם אני סבור כי אין לחשוש שהחלת ריכוך מלא על חוק המתווכים תיהפך לדבר שבשגרה, שכן גם בחוק המקרקעין לא נהפך הריכוך המלא לדבר שבשגרה, והמקרים שבהם נשמעה זעקת ההגינות, וחובת תום הלב גברה על דרישת הכתב כך שעסקה נאכפה בהעדר מוחלט של כתב, הם נדירים שבנדירים – נער יספורם על כף יד אחת.

שהצודק לא יהא צועק ואינו נענה". אולם השופט רובינשטיין הדגיש כי זהו חריג שבחריגים, שיוחל רק במקרים יוצאי דופן מאוד.<sup>64</sup> 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".<sup>65</sup> גישה זו של השופט עמית אינה עושה שימוש בעקרון תום הלב כדי להתגבר על דרישת הכתב, ואינה מייבאת לדיני הקניין – הדורשים ודאות וסדר – דוקטרינות אובליגטוריות עמומות. לשיטתו, המעשה העשוי פשוט מחליף את הכתב, בהיותו ביטוי חיצוני מצוין להסכמת הצדדים.<sup>66</sup>

64 שם, בעמ' 98, קבע השופט רובינשטיין כי "החריג המיוחד לעניין הכתב הוא 'זעקת ההגינות', שבאין הגינות אין משפט. ומשזעקה זו נשמעה באין כתב, עוצב החריג, כדי שהצודק לא יהא צועק ואינו נענה. הכלל הוא הכתב, כי כה אמר המחוקק ולפי שעה לא שינה. כלפי מה אמורים הדברים? כלפי החשש פן ייטו 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 – ולוא גם באופן מרוכך באופן זה או אחר – ולא הייתה כלא הייתה". בית המשפט העליון אימץ פרשנות זו לס' 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 מהעדר מוחלט של כתב. ראו גם ע"א 6766/11 חג'אזי נ' חג'אזי, פסק דינו של השופט זילברטל (פורסם באר"ש, 23.6.2013).

65 עניין שם טוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 99. השופט עמית סבר כי בכל הנוגע בדרישת 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 המרככת", אשר בשלב הראשון הסתפקה בכמות המינימלית ההכרחית של פרטים בחוזה, ולאחר מכן אפשרה להוכיח את תוכנו של הסכמות שהושגו 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', תוך ראיית הביצוע בפועל של החוזה או של חלקו המהותי כמחליף את דרישת הכתב. המצב השלישי נוגע בהוכחת 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 שדרישת הכתב היא מהותית. ברם, במצב שבו אין כלל מסמך בכתב אפשר להתגבר על דרישת הכתב רק אם העסקה בוצעה בעין, שאם לא כן תשוב לשרור ההלכה שלפיה דרישת הכתב היא קונסטטוטטיבית ובלעדיה אין (שם, פס' א–ג לפסק דינו של השופט עמית).

66 נראה כי גישה זו – הנובעת מ"שכל ישר", ולא מעקרונות של צדק ומוסר – באה לידי ביטוי עוד בעניין עובון בידרמן, לעיל ה"ש 6, בפסק דינו של השופט זוסמן, אשר דן במקרה שבו אין מסמך כתוב, וקובע כי אם 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 של הסכמת הצדדים פועל לכאורה ביחס לכל כתב באשר הוא, ועל כן ניתן לכאורה לטעון כי כאשר יש מעשה עשוי, אזי לפנינו תחליף גם לדרישת הכתב על פי חוק המתוכים. על פי גישה זו, אם הלקוח העביר למתווך המחאות, למשל, אזי ניתן לראות במעשה זה משום תחליף מעשי לדרישת הכתב. ברם, רציונל זה תקף רק ביחס לגמירת הדעת בנוגע לעצם כריתת העסקה. לנוכח הצורך בהסכמה מדעת לפרטי העסקה, נראה

הנה כי כן, ביחס לדרישת הכתב בעסקת מקרקעין התקבל בפסיקה עיקרון של ריכוך מלא וויתור כליל על הדרישה במקרים יוצאי דופן מאוד, כאשר זעקת ההגינות 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 אינו כה דרמטי, שהרי חריג המוחל רק במקרים קיצוניים ונדירים מאוד אינו מחולל שינוי בנורמה הכוללת והנוהגת.

#### 4. ריכוך דרישת הכתב בחוק צרכני

חוק המתווכים הוא כאמור חוק צרכני, ותכליתה של דרישת הכתב הכלולה בו, כפי שהוסבר לעיל, היא לוודא הסכמה מדעת של הלקוח לפרטי העסקה. בכך דרישת הכתב בחוק זה דומה לדרישת הכתב המופיעה בחוקים צרכניים שונים. נבחן על כן את ההלכה שנקבעה לגבי ריכוך דרישת הכתב ביחס לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, שאף הוא חוק צרכני מובהק.

סעיף 2 לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות קובע כי "חוזה הלוואה בין מלווה ללווה טעון מסמך בכתב". בעניין **בס נ' אריה** ציין בית המשפט כי בהתאם לסעיף 8 לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, חוזה ההלוואה הוא שיוצר את חיוב הנתבע, ובהעדרו לא קמה עילה.<sup>67</sup> בית המשפט הוסיף והבהיר כי מדובר בדרישה צרכנית מובהקת, וציין את דברי השופט רובינשטיין בעניין **מיסטר מאני** כי אופייה הנשכני הבוטה של ההלוואה החוץ-בנקאית ואופיו הבעייתי של השוק האפור לא רק מצדיקים הקפדה על כל תגיהן ודקדוקיהן של הוראות החוק, אלא גם מחייבים זאת, וכל מה שקבע המחוקק באשר לחובות המלווה כלפי הלווים צריך להישמר ללא פשרות.<sup>68</sup> על בסיס דברים אלה קבע בית המשפט כי "הפרשנות תהא פרשנות מקפידה ומחמירה. דהיינו, אם מצאו בתי משפט להקל בנושאים אחרים בנושא דרישת הכתב באופן זה או אחר – לא ראוי כי ייעשה כן, בחוק דנן. יש לראות את דרישת הכתב בפן המהותי על כל המשתמע מכך".<sup>69</sup> 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 הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, המפרט את תוכנו של חוזה כזה. בית המשפט ציין כי "ייתכן ויהיה בשטרות משום ראשית ראייה, 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...

כי העובדה שפלוגי שילם אינה מהווה עדיין ערובה לכך שפרטי השירות סוכמו עם הלקוח בצורה ברורה ומוסכמת.

67 עניין **בס נ' אריה**, לעיל ה"ש 25, פס' 20 לפסק דינו של השופט שנלר.

68 שם, פס' 20–21 לפסק דינו של השופט שנלר.

69 שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט שנלר.

את זאת ביקש המחוקק למנוע. דהיינו, המחוקק ביקש למנוע כל טענה להסכם בעל פה, מבלי שצויינו כל פרטיה בכתב.<sup>70</sup>

לנוכח קביעה נורמטיבית חדה וברורה זו נראה כי ריכוך של דרישת הכתב לא ייתכן כלל ביחס לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, שהרי מטרת הכתב אינה לוודא את עצם קיומה של עסקה, אלא ליצור ודאות באשר לתנאיה ולהבטיח כי הייתה הסכמה מודעת ביחס לפרטים אלה. ברם, בערעור שנדון בבית המשפט העליון בעניין **אריה נ' בס** לא הייתה דעתו של השופט רובינשטיין נוחה מסיטואציה שתוביל לתוצאה שתהא "בלתי צודקת", במובן זה שאדם ייטול כסף מזולתו אך בבוא עת הפירעון יפנה אותו לדרישת הכתב שבחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, יותיר את הכסף בכיסו וייהנה מן ההפקר, כך שכסף שהוא אינו זכאי לו יישאר בידו. השופט רובינשטיין ציין כי אכן קבע בעניין **מיסטר מאני** 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".<sup>71</sup>

מעיון בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **אריה נ' בס** עולה לכאורה כי מחד גיסא יש להקפיד מאוד על דרישת הכתב, על מלוא מרכיביה כפי שפורטו בחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, אולם מאידך גיסא בית המשפט אינו מוכן להותיר את המצב החוקי כ"פרצה הקוראת לגנב", אשר משתמש 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 מפסק דין זה היא שבמקרה הרגיל והשכיח אין אפשרות ליישם ריכוך לדרישת הכתב, שכן מדובר בהוראת 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.

## פרק ד: הריכוך שביצעה הפסיקה לדרישת הכתב בחוק המתווכים

מסקירת הפסיקה עולה כי כקורותיו של סעיף 8 לחוק המקרקעין כן קורותיו של סעיף 9 לחוק המתווכים, ו"מקרה אֶחָד יִקְרָה אֶת פְּלִים".<sup>72</sup> בשני המקרים נקט המחוקק שפה חדה, ודרש דרישת כתב, שהפסיקה פירשה כמהותית.<sup>73</sup> גם לא היה חולק בפסיקה כי

70 שם, פס' 22 ר-28 לפסק דינו של השופט שנלר.

71 עניין **אריה נ' בס**, לעיל ה"ש 25, פס' ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשה במקור).

72 קהלת ב 14.

73 בת"א (שלום ת"א) 64282/01 **כהן מגורי נ' אלפי** (פורסם בנבו, 28.7.2002) ציין בית המשפט כי

חוק המתווכים הוא חוק קוגנטי שיש למלא,<sup>74</sup> ובלא מסמך הזמנה בכתב אין עילה לתביעה בגין דמי תיווך. עם זאת, גם ביחס לחוק המתווכים התעורר החשש כי דרישה פורמליסטית תנוצל לרעה ותביא לידי התכחשות של לקוחות להתחייבויות שנטלו על עצמם.<sup>75</sup> 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 כהן שבדרישת הצורה אין קדושה; שאין היא מהווה מטרה כשלעצמה.<sup>76</sup> אם קיימים כלים אחרים המשמשים ערובה לכך שהשיקולים העומדים מאחורי כללי הצורה אכן באו על סיפוקם, אזי אין לדבוק בכללי הצורה בנוקשות. 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 המתווך.<sup>77</sup>

כך, למשל, בעניין רזון נדונה זכאות של מתווך לדמי התיווך בהינתן שהסכם התיווך שנכרת אינו עונה על דרישות הפירוט הנקובות בחוק המתווכים עקב העדר מספרי הזהות של המתווך והלקוח, תיאור הנכס מושא פעולות התיווך, כתובת הנכס והמחיר המבוקש. המתווך טען כי הפרטים החסרים בהסכם הושלמו על ידי התוכניות, המפרט הטכני ומחירוני הדירות שהוצגו לפני הלקוח. בית המשפט ציין כי תקנה 1 לתקנות המתווכים מחייבת באופן ברור ציון כל הפרטים בהסכם התיווך עצמו, ומכאן שאי אפשר לכאורה

לשון החוק בנויה כתנאי כפול, אשר שולל את זכותו של המתווך לקבלת דמי תיווך אם לא נעשה הסכם בכתב (ס' 9(א) לחוק המתווכים) וקובע את זכותו של המתווך לקבלת דמי תיווך רק אם נעשה הסכם בכתב (ס' 14(א)(2) לחוק המתווכים). בית המשפט השווה זאת ל"תנאי בני גר ובני ראובן" (במדבר לב 20–32; משנה, קידושין ג, ד). להסבר ראו נחום רקובר **גיבית תלמוד** (1990). הדברים צוטטו גם בת"א (שלום י-ם) 2433/03 **סימקוביץ' נ' רג'ואן**, פסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 11.1.2004).

74 ראו, למשל, עניין **שיריזיאן**, לעיל ה"ש 40; ע"א (מחוזי ת"א) 2819/00 **בן אור נ' רזון** (פורסם בנבו, 30.6.2002); ע"א (מחוזי ת"א) 1183/08 **מטרופוליס יזום השקעות ונכסים (המאה ה-13) בע"מ נ' הצלחת יחזקאל בע"מ (כפירוק מרצון)** (פורסם בנבו, 19.8.2009) (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, 10.9.2013); עניין **כהן מגורי**, לעיל ה"ש 73; עניין **סימקוביץ'**, לעיל ה"ש 73; ת"א (שלום ראשל"צ) 5630/02 **טנא נכסים דרום בע"מ נ' מכבי שירותי בריאות** (פורסם בנבו, 15.1.2003) (להלן: עניין **טנא נכסים**).

75 עניין **רזון**, שם.

76 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 394.

77 ראו ע"א (מחוזי ת"א) 3049/01 **דותן נ' גורביץ'** (פורסם בנבו, 2.3.2005); בר"ע 209/01 (מחוזי נצ') **מאיר נ' שושן** (פורסם בנבו, 21.10.2001); ת"א (שלום ת"א) 58989/01 **יוגל החברה הישראלית לנדל"ן 1996 בע"מ נ' פורסקאוס טכנולוגיים בע"מ** (פורסם בנבו, 29.4.2004); ת"א (שלום כ"ס) 6834/01 **רוביסה נ' שוורצנברג** (פורסם בנבו, 20.10.2002); ת"א (שלום ת"א) 54028/00 **השקעות שי-שמאל שי כהן נ' רוזיב** (פורסם בנבו, 5.1.2003); ע"א (מחוזי ת"א) 1413/04 **מטרופוליס יזום השקעות ונכסים (1993) בע"מ נ' מנחם מליק – מרכזים מסחריים בע"מ** (פורסם בנבו, 30.10.2005) (להלן: עניין **מטרופוליס**).



להשלים את החסר על פי חוק אחר או נוהג בין הצדדים. מכאן התחייבה 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".<sup>78</sup> על בסיס זה קבע בית המשפט כי הלכות הריכוך בנוגע לחוק המקרקעין יוחלו גם על דרישת הכתב בחוק המתווכים.<sup>79</sup>

בתי המשפט השוו בין דרישת הכתב של סעיף 8 לחוק המקרקעין לבין דרישת הכתב של סעיף 9 לחוק המתווכים, והחילו את תורת הריכוך גם על עסקת תיווך, באופן המתעלם מן הדרישות בתקנות.<sup>80</sup> כך, בתי המשפט ערכו השלמות מכוח מסמכים שונים ומכוח הוראות חוק כלליות (מנגנוני השלמה הקבועים בחוק החוזים) למרות החריגה הברורה מהוראתו של מחוקק המשנה – שהיא בגדר הוראת דין ספציפית (lex specialis) – באשר לפרטים הנדרשים להופיע במסמך ה"הזמנה בכתב". נוסף על כך, בית המשפט אף היה מוכן לראות במסמך שנשלח בהודעת דוא"ל משום מסמך בכתב.<sup>81</sup> לפי מגמת הפסיקה נראה כי אף מסרון וכל הודעת טקסט הנשלחים באמצעות הטלפון הנייד יוכלו לעמוד בדרישות הסעיף, משל עסקינן בדרישת כתב ראייתית, ולא מהותית.<sup>82</sup> לאחרונה נדונה סוגיה זו בבית המשפט העליון בעניין **מזרחי**,<sup>83</sup> ונקבע כי יש לאפשר הגמשה של דרישת הכתב בחוזי תיווך בכל הנוגע בהשלמת פרטים, כל עוד הפרטים החסרים אינם כרוכים בחוסר ודאות באשר לזיהוי החייב, לזיהוי הנכס ולשיעורם של דמי

78 עניין **רוזן**, לעיל ה"ש 74, פס' 9 (ב) לפסק דינו של השופט גרוס.

79 שם. יישומו של ההיקש האמור נגע במתן תוקף לעסקה עם המתווך אף שבהסכם נקב 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, וכי די גם בציון מחיר "בקירוב". פרשנות זו עשויה להיות נכונה כשלעצמה, גם ללא היקש מס' 8 לחוק המקרקעין.

80 עניין **לנדאו**, לעיל ה"ש 40, פסק דינו של השופט ורדי, שבו הבהיר השופט כי ניתן לרכך את דרישת הכתב כל עוד אין מדובר במקרה שבו לא הייתה הזמנה בכתב כלל; עניין **הצלחת יחזקאל**, לעיל ה"ש 74; עניין **רוזן**, לעיל ה"ש 74; ת"א (שלום ת"א) 22340/03 **טל נ' שטרן** (פורסם בנבו, 2.6.2005); ת"א (שלום אי) 1332/07 **קרוש נ' מלול** (פורסם בנבו, 28.4.2008); ת"א (שלום ת"א) 65893/04 **סטאטוס יועצי נדל"ן בע"מ נ' ימאת ניהול ואחזקות בע"מ** (פורסם בנבו, 18.8.2005) (להלן: עניין **סטאטוס**).

81 עניין **לנדאו**, לעיל ה"ש 40.

82 מסקנה זו נראית לנו שגויה, בכל הכבוד, שכן אחד הרציונלים של דרישת הכתב בחוק המתווכים, כפי שכבר צוין בחלק ב' לעיל, הוא להבהיר ללקוח כי השירות שהוא מקבל אינו "שיחה בעלמא", אלא משהו שהוא מתחייב לשלם בגינו סכום משמעותי, ובו בזמן ליצור אצל המתווך מחויבות ברורה לתת שירות מסוים ומוגדר, עם חובת נאמנות ברורה ללקוח, כתנאי בסיסי לקבלת התמורה שהוא דורש. לצורך עמידה בדרישה זו נחוץ מסמך פורמלי, המעמיד את הצדדים על מהותיות ההתקשרות ביניהם. מסרון המועבר במכשיר הסלולרי אינו עומד בדרישה זו.

83 עניין **מזרחי**, לעיל ה"ש 42. בית המשפט הוסיף וציין כי החלה של גישה גמישה זו מקבלת משנה הצדקה כאשר מי שנוקק לשירותי התיווך היו מיוצגים או גורמים בעלי מיומנות וניסיון בחיי העסקים, שהם צרכנים שונים מאלה שעמדו לנגד עיניו של המחוקק.

התיווך. במקרים אלה, כאשר ניכר כי הרוכש מבקש להיתלות בחסרים מסוימים בחוזה התיווך בחוסר תום לב, אין מקום לעמוד על דרישת הכתב באופן דווקני.

ברם, ההיקש מסעיף 8 לחוק המקרקעין לדרישת הכתב הקבועה בסעיף 9 לחוק המתווכים מעורר קושי, מכיוון שפרשנות של דבר חקיקה יש לעשות תוך זיקה ברורה לרציונל של דבר החקיקה ולתכליתו, וראינו לעיל כי התכליות הניצבות בבסיסה של דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין שונות באופן יסודי מהתכליות הניצבות בבסיסה של דרישת הכתב הקבועה בחוק המתווכים. מטרתה של דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין פורשה כנובעת מחשיבות העסקה ומן הצורך בהרתעת המתקשרים מפני התחייבות חפוזה. על כן, כאשר שוכנעה הפסיקה כי רציונלים אלה של דרישת הכתב התקיימו, היא הסתפקה בפרטים מועטים בלבד וריכזה 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 ודאות ולהבטיח קיומה של הסכמה מודעת מראש לפרטי העסקה. על כן, גם אם ההסכמה לעסקה בכללותה ברורה, אין מקום להשלים את פרטי העסקה כפי שנעשה לעניין סעיף 8 לחוק המקרקעין.<sup>84</sup> חוק המתווכים הוא חוק צרכני, ותכליתו להגן על הצרכן ולוודא כי הסכים מראש לפרטים, ולא הועמד בדיעבד בפני מציאות שהוא לא העלה בדעתו מראש.<sup>85</sup> כשם שבחוק זכויות החולה נקבע כי אי־אפשר לקבל הסכמה בדיעבד של החולה לפרוצדורה הרפואית (אלא אם כן זו פעולת חירום מצילת חיים), אלא יש להחתים אותו מראש על הסכמה, וכשם שסעיף 2 לחוק הסדרת הלוואות חוץ־בנקאיות קובע כי לא יהיה אפשר להיפרע מהלוואה שהחוק חל עליה ולא ניתנה בכתב, כך גם בעסקת תיווך, כעסקה צרכנית, אי־אפשר לגבש הסכמה מודעת לאחר מעשה. על כן נשמעה דעה בפסיקה כי אי־אפשר להתיר השלמת פרטים בדיעבד בדרך הקבועה בסעיף 26 לחוק החוזים. השלמה בדיעבד זו אינה מקיימת את הרציונל של הסכמה מדעת.<sup>86</sup>

אילו מטרתו היחידה של הסכם עם המתווך הייתה ליצור מחויבות של עורכי העסקה כלפי המתווך, ייתכן שהיה אפשר לאמץ את תורת הריכוך החלקי, כלומר, להסתפק

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

85 ראו, למשל, בר"ע (מחוזי ת"א) 2905/00 מאיר נ' קובלנסקי, פס' 10 לפסק דינה של השופטת אלשיך (פורסם בנבו, 25.6.2001): "חוק המתווכים שייך, בין היתר, למערכת של חוקי הגנת הצרכן, ונוצר בכדי להגביל את כוחם העדיף של המתווכים על פני מוכרי הדירות בכח מיקוח, ידע, נסיון ותחכום משפטי, המתבטא בחוזים אחידים בהם מכתבים המתווכים את רצונם. החוק נועד להשליט נורמות של הגינות, ולדאוג, בין היתר, כי רק מתווך שתרים בפועל למכירת הדירה יקבל את שכרו." ראו גם ע"א (מחוזי חי') 3455/06 דה כהן בע"מ נ' עמרם, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 28.8.2007): "למרות שהלקוח על פי חוק המתווכים אינו בהכרח 'צרכן' כמשמעותו בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, אין חולק על אופיו הצרכני של החוק."

86 עניין טרנס גלובל, לעיל ה"ש 84.

ב"ראשית מסמך" כהוכחה לקיומה של גמירת דעת לשלם למתווך, ולהשלים בדיעבד את כל שאר הפרטים בדרך של פרשנות. ברם, הניסיון מורה כי אין די בכך, ועל כן נקבע בסעיף 1 לתקנות המתווכים כי יש לנסח מסמך מפורט הכולל את פרטי העסקה. הטעם לכך נעוץ, בין היתר, בכך שמושא ההסכם עם מתווך לוקה מטבעו בעמימות המחייבת פירוט, שכן מדובר במידע שהוא בבחינת "דברים שאין להם שיעור". בהקשר זה עלולים להתעורר חילוקי דעות קשים בשאלה אם המתווך אכן "סיפק את הסחורה". הלקוח (הקונה) עלול לטעון כי לא קיבל דבר, שכן, למשל, הוא הסכים לשלם אחוז מסוים רק אם יספקו לו מידע על "עסקת מציאה", ואילו המידע היחיד שקיבל נסב על אודות עסקה יקרה המצויה בשוק זה זמן רב. כמו כן, הקונה עלול לטעון כי המידע שנמסר לו על ידי המתווך כבר היה בידיו זה זמן או שהוא "מן המפורסמות", וכי המתווך פשוט "קופץ על העגלה" ומנסה לקבל ממנו כסף על לא כלום.<sup>87</sup> לעיתים קיימת עמימות גם לגבי גובה דמי התיווך, כאשר זה "טוען בחיטים" וזה "מודה בשעורים" (למשל, המתווך דורש יותר מאחוז, ואילו הלקוח טוען כי הסכים רק למחצית האחוז), 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 אלה היא לערוך מסמך כתוב ומפורט, שיכלול את הפרטים שיאפשרו לוודא לא רק את עצם הקשר עם המתווך ואת המחויבות לשלם לו, אלא גם שהמתווך אכן ישרת את הלקוח בנאמנות ויפעל באופן שיעמוד בקנה אחד עם ציפיות הלקוח ביחס למידע שיימסר לו בנוגע לנכס מושא העסקה וביחס למחיר העסקה.<sup>88</sup> מסמך זה חיוני גם כדי לקבוע מראש ובאופן ברור את גובה דמי התיווך.

87 הגיעו דברים לידי כך שבמדינות רבות בארצות הברית נכללו חווי תיווך בחוק המרמה כחוזים שיש לעשותם בכתב. לעניין זה ראו C.W., *Contracts: Brokers: Right to Recover in Quantum Meruit for Services Rendered Under Oral Contract: Vested Rights*, 12 MARQ. L. REV. 166 (1928); *Philo Smith & Co., Inc. v. Uslife Corp.*, 554 F.2d 34 (2d Cir. 1977); *Diggins v. Johnson*, 513 P.2d 660 (Ak. 1973).

בעניין **טרנס גלובל**, לעיל ה"ש 84, הובהר כי המדיניות היא הגנה על הצרכנים, אשר פעמים רבות אינם מודעים לכך שמדובר במתווך או שהם יידרשו לשלם דמי תיווך. פעמים אחרות לא ברור אילו נכסים המתווך עומד להראות ללקוחותיו, ופעמים רבות מתעורר ויכוח כאשר הלקוח טוען כי כבר ראה את הנכס עם מתווך אחר או באופן עצמאי.

88 בעניין **טרנס גלובל**, שם, בעמ' 96, הבהירה השופטת 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 מתווך 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 "מסמך מפורט" נובעת מתכלית החקיקה כפי שהיא עולה, בין היתר, מדברי ההסבר להצעת חוק המתווכים, בעמ' 388, שלפיהם "בארצות רבות בעולם המערבי העיסוק בתיווך במכירת מקרקעין מוסדר במסגרת החוק. השירותים שאותם נותן המתווך, הם בעלי ערך גורלי לרוכשי הדירות שכן במרבית המקרים

מכיוון שאלה הרציונלים של דרישת הכתב המפורטת הקבועה בחוק המתווכים ובתקנות שנקבעו מכוחו, נראה כי אי-אפשר לרכך דרישה זו. מטרת הפרטים היא ליצור מסגרת שתמנע חיכוכים בין הצדדים.<sup>89</sup> אם מרככים דרישה זו, אין עושים טובה לצדדים, אלא עושים להם עוול, שכן הוודאות – אשר חיונית במקרה הזה – נעלמת.

המחוקק ביקש להשרות סדר ולמנוע התדיינויות אלה. על כן הוא דרש מהמתווך להיות "מקצוען" והתנה את תשלום שכרו של המתווך בעריכת הזמנת תיווך מוקפדת לפי התקנות. לנוכח דרישה זו של המחוקק נראה כי אי-אפשר לקבל גישה שלפיה ההקפדה הדווקנית על דרישת הפרטים שהמחוקק דרש את הכללתם במסמך בכתב עולה כדי חוסר תום לב, בדיוק כשם שאי-אפשר לטעון כי עמידה על זכות חוזית עולה כדי חוסר תום לב.<sup>90</sup> כמו כן אי-אפשר לקבל טענה כי קשה למתווך להחתים את הלקוח על טופס מפורט מראש.<sup>91</sup> אדרבה, ויתור על הדרישה לכלול ב"כתב ההזמנה" פרטים מהותיים, ולאחר מכן העלאת טענה לחוסר תום לב מצד הלקוח, יהפכו את העמימות שהמחוקק התנגד לה לנורמה, ויחבלו בניסיון להסדיר תחום פרוץ זה – המשווע לסדר ולוודאות – לטובת הלקוח והמתווך כאחד.<sup>92</sup> על כן נראה כי אין מקום לאמץ לגבי

---

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 לפנייהם, 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." עניין **טרנס גלובל**, לעיל ה"ש 84, בעמ' 85.

89 ראו ת"א (שלום פ"ת) 4505/98 **קוויניוק נ' רוזה**, פס" 6 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 9.3.1999): "החוק במהותו בא להסדיר את אותו [הטעות במקור] פרצות שביחסי מתווכים ולקוחותיהם, להן אנו עדים חדשות לבקרים, בתיקים שונים בביהמ"ש. כך, השאלה אם אכן הוזמנה פעולת התיווך, מה היו התחייבויות הלקוח, האם המתווך הסכים שלא יגביר דמי תיווך אלא רק מאחד הצדדים, שיעור דמי התיווך שהוסכמו ועוד כהנא וכהנא מחלוקות, שגרמו לסכסוכים הנדונים עדיין בביהמ"ש בתחום פרוץ זה."

90 ראו ע"א 158/80 **שלום נ' מוטה**, פ"ד (לו) 812, 793 (1982); ע"א 538/86 **זמיר נ' הבנק הבינלאומי לישראל בע"מ**, פ"ד מב(4) 436, 433 (1989); ע"א 467/04 **יתח נ' מפעל הפיס**, פס" 11-13 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 1.9.2005). אולם אופן השימוש בזכות החוזית כפוף לעקרון תום הלב. להרחבה בעניין זה ראו מיגל דויטש "תום-לב בשימוש בזכויות – קווים אדומים" לתחולת העיקרון? "עיוני משפט יח 261 (1993).

91 ראו עניין **טרנס גלובל**, לעיל ה"ש 84, בעמ' 85: "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."

92 לכאורה, אם מהנסיבות עולה כי אכיפת ההסכם לא תגרום ללקוח נזק, שכן הוא זכה בשירותי תיווך

דרישת הכתב של חוק המתווכים את תורת הריכוך החלקי שנקבעה ביחס לדרישת הכתב בחוק המקרקעין.

אכן, ייתכן שבמקרים מסוימים אין מקום להיות נוקדן עם המתווך ולקבוע כי לא יקבל את שכרו גם מקום שכל שנשמט ממסמך ההזמנה הוא פרט טכני כלשהו. כך, למשל, כאשר יש מסמך הזמנה בכתב, מפורט ומסודר, ונשמט או נפלה טעות בפרט טכני ושולי, כגון מספר תעודת זהות של אחד הצדדים, יהיה אפשר להגמיש את כללי עריכת המסמך ולהשלימו מכוח כללי פרשנות ומכוח עקרון תום הלב. ברם, כאשר "העיקר חסר מן הספר", ולפנינו טופס שחסרים בו פרטים כגון הנכס מושא העסקה, המחיר או גובה דמי התיווך, אזי אין מקום לערוך השלמות כלשהן "מכוח הנסיבות" ולקיים התדיינויות משפטיות שהמחוקק ביקש למנוע אותן על ידי הדרישה הקוגנטית לכתב מפורט. במקרה שהמתווך התרשל ולא כלל בהסכם פרט חשוב, כגון פרטי הנכס ומחירו, לא יהיה אפשר לטעון כי יש להשלים את הדבר מכוח עקרון תום הלב או מכוח כללי פרשנות, ולעשות פלסטר את דברו של מחוקק המשנה ואת תכלית החוק להשרות ודאות בדבר הסכמה מדעת לפרטי העסקה.<sup>93</sup>

זאת ועוד, ההשוואה בין סעיף 8 לחוק המקרקעין לבין סעיף 9 לחוק המתווכים לעניין החלתה של תורת הריכוך נתקלת בקושי מהותי, שהרי חוק המקרקעין משנת 1969 קדם בעשרים ושבע שנים לחוק המתווכים משנת 1996. הריכוך ההדרגתי שחל בפסיקה ביחס לדרישת הכתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין היה ידוע היטב למחוקק כאשר נחקק

מעולים, אזי 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 מתן הפטור ללקוח מתשלום. ברם, ריכוך של דרישת הכתב עלול לפגוע בלקוחות עתידיים: הוא עלול להשליט נורמה של עמימות, שבמסגרתה יתרגל המתווך לנהוג ברשלנות ולהימנע מעריכת מסמך בכתב, לעיתים אף במכוון, וכך ייפגעו לקוחות עתידיים. המחוקק קבע על כן כי מוטב להגן על הלקוחות, ואין לתת פטור מדרישת הכתב כדי לא לסכל הגנה זו.

93 ראינו בעניין **שם טוב**, לעיל ה"ש 1, כי גישת השופט עמית (וכמוה גם גישתו של השופט זמיר בעניין **קלמר**, לעיל ה"ש 59) הייתה כי יש לאכוף עסקה במקרקעין אף שאין לה עיגון כלשהו בכתובים אם לפנינו מעשה עשוי. ברם, עיקרון זה אינו ניתן לכאורה ליישום לגבי עסקת תיווך במקרקעין, שהרי במקרה כזה עסקינן תמיד בעסקה במקרקעין שיושמה ובוצעה, שאלמלא כן ממילא לא היו מגיעים למתווך דמי תיווך. אין זאת אלא שאין נפקות לכך שהעסקה במקרקעין מושא העסקה עם המתווך הכתה שורש ונהפכה למעשה עשוי. ההתקשרות עם המתווך היא לעולם בגדר מעשה עשוי, במובן זה שהועבר מידע אשר נהפך לעסקה במקרקעין. השאלה היא אם יש ביטוי מעשי להסכמות שבין הלקוח לבין המתווך, ומקום שהסכמות אלה נותרו בגדר תורה שבעל פה ואין להן ביטוי מעשי, דרישת הכתב של חוק המתווכים חלה במלוא עוזה. עם זאת, ייתכן שכאשר יש מעשה עשוי בגדר עסקת התיווך עצמה, כגון העברת המחאות על ידי הלקוח למתווך, כפי שהיה בעניין **לנדאו**, לעיל ה"ש 40, יהיה אפשר לכאורה – בהתאם לגישתם של השופטים זמיר ועמית ביחס לחוק המקרקעין – לראות במעשה העשוי משום תחליף מעשי לדרישת הכתב. ברם, נראה 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 ודאות והסכמה מודעת מראש באשר לתנאי העסקה, שאז מעשה עשוי אינו משרת תכלית זו ואינו יכול לבוא חלף דרישת הכתב.

חוק המתווכים. אילו חפץ המחוקק לגלות אותה גמישות גם ביחס לדרישת הכתב לפי חוק המתווכים, הוא היה קובע אותה בהתאם לאותה התפתחות.<sup>94</sup> אך המחוקק נמנע מכך. אדרבה, בעוד שביחס לחוק המקרקעין נדרש בית המשפט ליצוק תוכן לדרישת הכתב הכללית, בהעדר פירוט בחוק, ביחס לחוק המתווכים נתן מחוקק המשנה את דעתו כיצד יש למלא את דרישות הכתב.<sup>95</sup> ביחס לתיווך לא הסתפק המחוקק בקביעת דרישת כתב גרידא, אלא הפנה לתקנות שבהן פורטו רכיבים שונים של העסקה שאותם יש לפרט בכתב. לכאורה, לאחר שהמחוקק עשה כן, אי־אפשר "לרכך" את דרישת הכתב על ידי פרשנות, ולקבוע כי די בראשית כתב וכי גם מסמך שאינו עומד בדרישות שבתקנות ייחשב כעומד בדרישת הכתב, שהרי בכך ישים עצמו בית המשפט כמי שמבטל את הוראותיו של מחוקק המשנה.

בתי המשפט היו ערים לקושי זה בחלק מפסקי הדין, ועל כן ניסו להתגבר עליו באמצעות עשיית שימוש בעקרון תום הלב כעיקרון הניצב אל מול דרישת הכתב של חוק המתווכים. כך, למשל, בעניין **לנדאו** קבע בית המשפט (השופט ורדי בדעת רוב) כי אף

94 יש חיקוקים שבהם מצא המחוקק לנכון לשנות מן הפסיקה. כך, למשל, במסגרת הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), התש"ע-2010, ה"ח 198, שונו כללי הפרשנות בדיני חוזים בהוראת ס' 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), באופן שהעמידם בניגוד להלכה שפסק בית המשפט העליון בע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויוזם (1991) בע"מ**, פ"ד מט(2) 265 (1995). העובדה שפסיקה זו עמדה לנגד עיני המחוקק עולה הן מפרוטוקול ישיבה מס' 310 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (4.1.2011) fs.knesset.gov.il/18/Committees/18\_ptv\_165934..doc והן מפרוטוקול ישיבה מס' 204 של הכנסת ה-18, 168 (17.1.2011) fs.knesset.gov.il/18/Plenum/18\_ptm\_175806.doc. בשתי הישיבות הביעו חברי כנסת שונים את דעתם כי הלכה זו יצרה אי־ודאות משפטית, שאינה רצויה, ולכן הם מבקשים לתקן את החוק ולנסח מחדש את כלל הפרשנות. במקרה דנא בחר המחוקק לא להתייחס להלכת הריכוך שנקבעה על ידי בית המשפט העליון. עם זאת, בת"א (מחוזי ת"א) 2132/05 **קריאטיב אסטייטס בע"מ נ' ארזים השקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 10.1.2011) (להלן: **עניין קריאטיב**) צוין כי חוק המתווכים נחקק בערך באותה עת שבה נקבעה ההלכה בעניין **קלמר**, לעיל ה"ש 59. אכן, חוק המתווכים פורסם בחדש פברואר 1996, חלותו נקבעה לחדש אפריל 1997, ופסק הדין בעניין **קלמר** ניתן בחדש יוני 1996. לכן ייתכן שהמחוקק לא היה מודע לכך שהפסיקה גורסת ביטול **מלא** של דרישת הכתב כאשר הדבר נדרש מכוח עקרון תום הלב, אבל הוא בוודאי היה מודע להלכת הריכוך החלקי כפי שהתגבשה במשך שנים רבות בפסיקת בית המשפט וכפי שנסקרה לעיל.

95 על הבחנה זו עמד בית המשפט בתא"מ (שלום אי) 48904-06-11 **החשבי נ' ש.י.א רפאל פרויקטים בע"מ** (פורסם בנבו, 27.8.2013). עם זאת, יש לציין כי על אף הבחנה זו קבע בית המשפט כי "במקרים מתאימים ובנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן עשוי עקרון תום הלב לדחוק את דרישת הכתב שבחוק המתווכים לאור אותה 'זעקת ההגינות' שבהלכת פרץ" (שם, פס' 13 לפסק דינה של השופטת אטדגי־פריאנטה). כלומר, בעניין **שם טוב**, לעיל ה"ש 1 (המכונה "הלכת פרץ" בעניין **החשבי**), ראינו כי בית המשפט אכן עסקה אף שלא התקיימה בה דרישת הכתב כלל. מקרה כזה עומד בבירור בניגוד להוראת ס' 8 לחוק המקרקעין, אולם בית המשפט התגבר על דרישת הכתב מכוח עקרון תום הלב. מכאן שעקרון תום הלב עשוי לגבור גם מקום שיש בדברי המחוקק התייחסות מפורשת לדרישת כתב.

אם הסכם אינו כולל את הפרטים הבסיסיים הקבועים בתקנות ייתכן חיוב בדמי תיווך מכוח עקרון תום הלב.<sup>96</sup> בית המשפט ציין כי אין חולק שמדובר בחוק קוגנטי ובדרישות קוגנטיות שיש למלא, אולם בתי המשפט בוחנים את התקיימות התנאים באספקלריה של דיני תום הלב ועל רקע הנסיבות הספציפיות, תוך תפיסת קיומו של הסכם התיווך ככפוף לחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.<sup>97</sup> בית המשפט הבהיר כי יש להבחין בין מקרה שבו לא הייתה כלל הזמנה בכתב, שאז אי-אפשר להשלים את הוראות ההסכם ("ריכוך מלא"), לבין מקרה שבו מבקשים מבית המשפט לראות מסמכים קיימים כעומדים בדרישות של "הזמנה בכתב" וכמקור לפרשנות ולעריכת השלמות, הקשורות גם להתנהגות הצדדים.<sup>98</sup> במקרה אחרון זה (של "ריכוך חלקי") יש מקום לחיוב בדמי תיווך אם יתברר כי הלוקחות ניסו לחסוך את דמי התיווך בתואנות שונות, אף שהצדדים "סיכמו באופן ברור בע"פ מעבר למילים הכתובות על תשלום דמי תיווך, גם במקרה של מכירה של הנכס [במחיר נמוך יותר]... ייתכן ובמקרה כזה, יפסוק בית המשפט בצורה שפחות מדקדקת עם הדרישות הצורניות של ההזמנה בכתב".<sup>99</sup> בית המשפט ציין כי אף שהדרישה שבסעיף 9 לחוק המתווכים כי במסמך הכתוב יצוינו הפרטים הנקובים בתקנות המתווכים הינה דרישה מהותית, שתכליתה להבטיח את גמירת הדעת בעת חתימת ההסדר, "הרי לא מדובר בדרישה דוקנית שיש לדקדק בכל פרט ופרט של התקנות ובית המשפט לוקח בחשבון את גמירות הדעת שהוכחה את תום הלב והאם בסופו של יום הושגו התכלית והמטרה של החוק".<sup>100</sup> בית המשפט הצדיק את הריכוך החלקי של דרישת 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".<sup>101</sup> גישה דומה מצינו גם בעניין **התשבי**.<sup>102</sup>

96 עניין **לנדאו**, לעיל ה"ש 40.

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

98 כמו בעניין **הצלחת יחזקאל**, לעיל ה"ש 74.

99 עניין **לנדאו**, לעיל ה"ש 40, פס' 13 לפסק דינו של השופט ורדי. לגישה זו ראו, בין היתר, עניין **דותן**, לעיל ה"ש 77; עניין **רוזן**, לעיל ה"ש 74; עניין **מטרופוליס**, לעיל ה"ש 77.

100 עניין **לנדאו**, לעיל ה"ש 40, פס' 14 לפסק דינו של השופט ורדי. בית המשפט יצא מנקודת הנחה – שגויה בכל הכבוד – כי תכליתה של דרישת הכתב בחוק המתווכים היא לוודא קיומה של גמירת דעת לכריתת ההסכם. כפי שראינו, עסקינן בחוק צרכני שתכליתו ליצור ודאות ולהבטיח הסכמה מדעת לפרטי ההסכם.

101 שם.

102 בעניין **התשבי**, לעיל ה"ש 95, ציין בית המשפט את העובדה שחוק המתווכים שונה מחוק המקרקעין בכך שבעוד שבחוק המקרקעין לא פירט המחוקק מה טיבו של הכתב הנדרש, ביחס לחוק המתווכים נקבעו תקנות המפרטות ב"רחל בתך הקטנה" מה יש לכלול ב"הזמנה בכתב" כדי שייכרת הסכם בר תוקף עם המתווך. לפיכך בית משפט המבקש לרכך את דרישת הכתב המצויה בס' 9 לחוק המתווכים נמצא לכאורה בעימות עם דרישה מפורשת של המחוקק. אולם, לאחר אזכור הבחנה זו ציין כאמור בית המשפט כי "במקרים מתאימים ובנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן עשוי עקרון תום הלב לדחוק את דרישת הכתב שבחוק המתווכים לאור אותה 'זעקת ההגיונות' שבהלכת פרץ" (שם, פס' 13 לפסק

למקרא הדברים נראה בעליל כי בתי המשפט לא שתו את ליבם לעובדה שזעקה ההגינות שנקבעה בעניין **שם טוב** כמקור לריכוכה של דרישת הכתב מתייחסת למקרה חריג ויוצא דופן עד מאוד הגובל במרמה. בכך נראה, בכל הכבוד, כי נפלה טעות בסיסית בהוראת הפסיקה בהקשר זה, שכן ביחס לחוק המקרקעין ראינו כי ניתן להסתפק בראשית כתב ובהשלמת החסר מכוח דינים אחרים ומכוח נוהג, בהעדר מניעה חוקית לפרשנות כזו של בית המשפט. לעומת זאת, בבוא בית המשפט לבטל כליל את דרישת הכתב, ניצב כנגדו דבר המחוקק, ובמקרים אלה נמנע בית המשפט לבטל דרישה חוקית מפורשת, ועשיית השימוש בעקרון תום הלב כדי לעשות כן נשמרה אך ורק למקרים 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 כיצד יש לקיימה. מחוקק המשנה לא הותיר בעניין זה לפסיקה "בקעה להתגדר בה", אלא היה ספציפי וקבע דרישות מפורשות, מפורטות וברורות מאוד. במקרה זה קביעה כי "אין לדקדק בפרטים" היא סתירה לדברו המפורש של המחוקק, והיא אנלוגית לקביעה כי בעסקת מקרקעין ניתן לוותר כליל על דרישת הכתב. מכאן שגם כאן אין די בקביעה בדבר חוסר תום לב גרידא לצורך התגברות על דבר המחוקק, אלא יש צורך ב**זעקה** הגינות המתעוררת באותם מקרים נדירים העולים כדי מרמה. עשיית שימוש בהלכת **שם טוב** במקרה של חוסר תום לב "רגיל" היא עשיית פלסתר מדברו של מחוקק המשנה, אשר אין לה מקבילה בתורת הריכוך של חוק המקרקעין.

כאמור, בעניין **שם טוב** הדגיש השופט רובינשטיין כי אין לראות בקביעת בית המשפט שלפיה העדר תום לב עשוי לגבור על דרישת הכתב משום פרשנות, באופן שהדיבר "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב", שבסעיף 8 לחוק המקרקעין, יפורש כאילו נאמר בו "מסמך בכתב – לרבות שאינו בכתב" (ראו הגדרת 'דג' בסעיף 2 לפקודת הדיג, 1937: 'כל חית-מים בין שהיא דג ובין שאינה דג...').<sup>103</sup> בית המשפט סייג את תחיקתו השיפוטית של החריג בעניין **קלמר למקרים חריגים ויוצאי דופן בלבד**, וברור שלא ייעשה שימוש בחריג זה כאשר מדובר במקרה רגיל ושכיח שבגדרו התקשרו צדדים בעסקה במקרקעין ולא טרחו, מסיבה זו או אחרת, לעגן את התקשרותם בכתב. בהתאם לכך נראה כי אם המתווך לא טרח לפרט בהסכם את הפרטים הנדרשים באופן מנדטורי בחוק המתווכים ובתקנות, אין מקום לעשות "שימוש קונוונציונלי" בסמכויות הפרשנות של בית המשפט. בחוק המתווכים פירש המחוקק את

דינה של השופטת אטדגי-פריאנטה). כלומר, דרך הילוכו של בית המשפט בעניין **התשבי** הייתה כדלקמן: בעניין **שם טוב**, לעיל ה"ש 1, אכף בית המשפט עסקה אף שלא התקיימה בה דרישת הכתב כלל, וזאת בניגוד ברור להוראת ס' 8 לחוק המקרקעין. אם בית המשפט התגבר באמצעות עקרון תום הלב על דרישת כתב שקבע **המחוקק**, אזי באותה מידה – ושמה אף מקל וחומר – ניתן לקבוע כי עקרון תום הלב עשוי לגבור גם מקום שבו יש בדבריו של **מחוקק המשנה** התייחסות מפורשת לדרישת כתב.

103 עניין **שם טוב**, לעיל ה"ש 1, פס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.



דברו, וקבע מה תכלול דרישת הכתב. הפרה של דבר המחוקק מכוח עקרון תום הלב תיתכן על כן רק במקרים חריגים ויוצאי דופן הגובלים במרמה ממש. 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 את תיאור הנכס, למשל, שהוא לב העסקה ממש, לא מתקיימת דרישת סעיף 9 לחוק, ודינה של 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 ודאות ולהבטיח הסכמה מדעת מראש לפרטי העסקה, וכן סותר את הוראותיו המפורשות של מחוקק המשנה. גם אין מקום להגיע למסקנה זו מכוח עקרון תום הלב, מאותם טעמים עצמם. לעומת זאת, יהיה אפשר להתגבר על דרישת הכתב במקרים חמורים מאוד ונדירים של חוסר תום לב חמור, שבהם המתווך לא התרשל, אלא הלקוח הטעה אותו ביודעין ובכוונת מכוון, כדי לרמותו, לנצלו, לקבל ממנו את המידע ולאחר מכן לחמוק מן החיוב לשלם לו בעבורו.

### פרק ה: הספק בפסיקה לגבי ריכוך מלא של דרישת הכתב בחוק המתווכים

בהתאם לדרך הילוכה של הפסיקה, שגרסה כי יש אפשרות להתגבר על הדרישות הקוגנטיות של סעיף 9 לחוק המתווכים באמצעות עקרון תום הלב, היה צפוי שדרישת הכתב תוגמש לא רק כאשר חסרים פרטים מסוימים, אלא תוחל תורת ריכוך מלאה, והחזרה ייאכף גם כאשר אין כתב כלל וההתקשרות הייתה כולה בעל פה. אכן, במקרה זה לא עמד המתווך בדרישה המקדמית הקוגנטית של חוק המתווכים, ועם זאת, כשם שביחס לסעיף 8 לחוק המקרקעין נקבע כי זעקת ההגינות גוברת על דרישת הכתב, מן הדין לכאורה שייקבע עיקרון זהה גם ביחס לסעיף 9 לחוק המתווכים, ודרישת הכתב לא תעמוד מקום שעקרון תום הלב מחייב לבצע את התשלום למתווך, אשר עמל, נוצל, ולבסוף נמנע ממנו שכרו.

אולם בתי המשפט פסקו ככלל נחרצות כי אם אין כלל הסכם בכתב עם המתווך, אין להכיר בזכאות לדמי תיווך, אף שהוכח לפנייהם כי נעשו פעולות בחוסר תום לב על מנת להתחמק מתשלום דמי תיווך. זאת, מכיוון שניתנה עדיפות ברורה לדרישת המחוקק ולא ינטרס הצרכני שמגולם בה, וכדי לא לשים לאל את כוונת המחוקק.<sup>104</sup> כך, למשל, בעניין שמול קבע בית המשפט כי "ביהמ"ש מקדים ומביע את תרעומתו הרבה על התנהגות הנתבעת ובעלה, אשר הודו שקיבלו את שירות התיווך מהתובע בעניין הדירה

104 ראו, למשל, ת"א (שלום חי') 19008-02-10 פסגת הנדל"ן בע"מ נ' קליין (פורסם בנבו, 28.4.2013); בש"א (שלום ראשל"צ) 1443/08 מרסל נ' בר דוד (פורסם בנבו, 20.5.2008); ת"א (שלום ת"א) 29581-10-10 אמסלם נ' אופשטיין (פורסם בנבו, 23.2.2011).

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.<sup>105</sup> ברם, על אף קביעות אלה דחה בית המשפט את התביעה לקבלת דמי תיווך, מן הטעם שלא נחתם הסכם בכתב ביחס לדירה הספציפית שהראה המתווך ללקוחות.

בעניין **מאנה** ציין בית המשפט כי קיימות דעות שונות בפסיקה בשאלה אם יש להחיל את "תורת הריכוך" של דרישת הכתב גם ביחס לתיווך, ומסקנתו (מפי השופט אטדגי) היא שמרבית הפסיקה תומכת בדעה כי דין תביעה לדמי תיווך בהעדר הסכם בכתב להידחות.<sup>106</sup> גם בעניין **קריאטיב** סבר בית המשפט (מפי השופט 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 מדברי ההסבר להצעת חוק המתווכים, שלפיהם דרישת הכתב נחוצה כדי להבטיח כי השירות של המתווך יהא ראוי ויהלום את ציפיותיהם של הלקוחות, במיוחד כאשר מדובר ברוכשי דירות שההשקעה בדירה מהווה את עיקר רכושם וכספם והם אינם בקיאים בשוק הנדל"ן. עם זאת, בית המשפט היה נכון לאמץ את תורת "הריכוך המלא" ביחס לעסקאות מסחריות שבהן הרוכש הוא גורם עסקי מתוחכם, שאין לו תלות במתווך.<sup>107</sup> בדומה

105 ת"ק (שלום קר) 66045-11-16 **שמול נ' גולדשטיין**, פס' 13 לפסק דינו של הרשם מורני (פורסם בנבו, 19.10.2017).

106 ת"א (מחוזי ת"א) 28763-07-14 **מאנה נ' תעשיות מזון תנובה – אגודה שיתופית חקלאית בישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 10.2.2015). עם זאת ציין בית המשפט כי יש פסיקה שלא נמנעה מהשוואה זו. ראו, למשל, עניין **רוזן**, לעיל ה"ש 74, פס' 9 (ד) לפסק דינו של השופט גרוס; עניין **מטרופוליס**, לעיל ה"ש 77, פס' 6 (א) לפסק הדין. כמו כן ציין בית המשפט כי החלו להשתרש דעות נוספות: דעה המבקשת להבחין בין סוגי עסקאות, ודעה המבקשת להקיש מדרישת הכתב לפי חוק המקרקעין לדרישת הכתב לפי חוק המתווכים. בית המשפט ציין כי לא מן הנמנע שתתפתח בסוגיה זו גישה המשלבת את הגישות השונות, כגון קביעה כי זעקת ההגיונות המופרת 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 רכישה של דירת מגורים. בסופו של דבר קבע בית המשפט בעניין **מאנה** (מפי השופט אטדגי) כי אף שבמקרה זה לא היה הסכם בכתב כלל, אין מקום לסילוק התביעה על הסף, מכיוון שיכול להיות שזעקת ההגיונות תישמע והתביעה תתקבל גם אם אין הסכם בכתב כלל.

107 בעניין **קריאטיב**, לעיל ה"ש 94, נקבע כי העסקה שנדונה שם היא בגדר עסקה פיננסית, ואי-אפשר לראות בה תיווך במקרקעין מן הסוג שאליה התכוון המחוקק כאשר חוקק את חוק המתווכים, וזאת לנוכח היקפה ומורכבותה ביחס לעסקה "רגילה" לרכישת מקרקעין מידי בעליהם. בהקשר זה הפנתה השופטת ברוך לע"א 5876/06 **אינטגרציה אנכית בע"מ נ' ראדא תעשיות אלקטרוניקה בע"מ**, פס' 17 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 4.2.2009), שם 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 המובנה הקיים בין חוזים

לכך, בעניין **מטרופוליס**<sup>108</sup> מצינו אמירה שלפיה חוק המתווכים הוא חוק צרכני, שמטרתו להגן על הלקוח כצד חלש בעסקה, וממילא אין להחילו באותה מידה ביחס לגופים מסחריים.<sup>109</sup> על הבחנה זו חלק בית המשפט בעניין **מאנה**,<sup>110</sup> בצינו כי חוק המתווכים לא ערך הבחנה בין עסקות מקרקעין "פשוטות" לבין עסקות מקרקעין "מורכבות";<sup>111</sup> בין עסקאות למכירת דירת מגורים בעלות היקף כספי מוגבל לבין עסקאות "מסחריות" בעלות היקף כספי גדול; או בין עסקאות הנערכות בין אנשים פרטיים לבין עסקאות הנערכות בין גופים עסקיים או מסחריים.<sup>112</sup> החוק מדבר בשפה

עסקיים על כל המגוון הרחב והמורכב הכלול בסוג החוזים הזה, ובין חוזי 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".

כן ראו ע"א (מחוזי ת"א) 1908-08 **אודין (עמיתי) ניהול ופיתוח עסקי בע"מ נ' אלרוב נדל"ן ומלונאות** (פורסם בנבו, 27.7.2011), שבו נדונה תביעה לתשלום דמי תיווך בגין רכישת נכס בלונדון. בית המשפט קמא דחה את התביעה על הסף בשל העדר הסכם תיווך בכתב, אך 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".

108 עניין **מטרופוליס**, לעיל ה"ש 77.

109 בדומה לכך ראו עניין **לנדאו**, לעיל ה"ש 40, פס' 9 לפסק דינו של השופט ורדי: "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 ומכירת נכסים רבים בסכומים נכבדים, וגם אם החוק חל עליהם בהיותם 'לקוח', ניתן לרכך לגביהם את הדרישה הצורנית של הפרטים שבהזמנה ו/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 להתחייב את המשיבות על הזמנה בכתב."

110 עניין **מאנה**, לעיל ה"ש 106.

111 "תיווך במקרקעין" מוגדר בס' 1 לחוק המתווכים כ"הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר, לשם התקשרותם בעסקה בזכות במקרקעין". מאפייניה של פעולת תיווך הם ייזום מפגש בין קונה למוכר, גימור העסקה כתוצאה מאותו מפגש והתנאת התשלום בביצוע העסקה, כך שבאין עסקה אין שכר, גם אם הושקעה עבודה. מהותה האמיתית של העסקה נלמדת מהתחנות אחר העובדות. ע"א 6181/93 **סולומונוב נ' שרבני**, פ"ד נב(2) 289 (1998), וראו גם את האזכורים שם.

112 בעניין **מזרחי**, לעיל ה"ש 42, הבהיר בית המשפט כי הבחנה חדה מדי בין גורמים פרטיים לגורמים עסקיים חוטאת לתכלית החוק, ככל שזו מכוונת ליצירת סדר וודאות בשוק התיווך. זאת ועוד, הבחנה חדה בין גורמים פרטיים למסחריים עלולה אף לעורר קשיים יישומיים בכל הנוגע בקטגוריזציה של מקרים – למשל, כאשר מדובר בגורם עסקי קטן. כמו כן ציין בית המשפט כי גם בהתקשרות בין

אחת על כל אותן עסקאות, כל עוד מדובר בעסקאות הקשורות ל"מקרקעין".<sup>113</sup> יתר על כן, גם הפסיקה הרחבה שדנה בסוגיית דמי התיווך עסקה בחלקה הגדול בעסקאות מסחריות בעלות היקף כספי רחב, ובחלקה אף נדחה במפורש הניסיון שנעשה להבחין בין שני סוגי העסקאות.<sup>114</sup>

אכן, היו פסקי דין שגרסו כי במקרים שבהם אין כל ספק בקיומו של חוסר תום לב, וכאשר הוכח כי המטרה היחידה לאי-העלאת הדברים עלי כתב הייתה להתחמק מתשלום דמי תיווך, תגבר 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** 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. בית המשפט ראה בניסיון ההתחמקות של הלקוח "חוסר תום לב, אשר בית המשפט אינו יכול להתעלם ממנו".<sup>115</sup> בדומה לכך, בעניין **זינגר יאיר**<sup>116</sup> חתם אחד השותפים על הסכם התיווך, ואילו השותף האחר טען כי הוא אינו חייב על פיו. בית המשפט פסק כי המתווך זכאי לדמי התיווך הן מכוח דיני השותפות והן מכוח דיני תום הלב.<sup>117</sup> אולם אין זה ריכוך מלא קלסי, שכן פסקי הדין הללו לא עסקו בסיטואציה של העדר מוחלט של כתב, שבה המתווך מנסה לדרוש עמלה מבלי שיש בידו מסמך כלשהו. במקרים האמורים היה כתב, והשאלה הייתה מהם תחומיו, את מי הוא מחייב ובגין אילו עסקאות

---

מתווך לבין גורם עסקי המתווך הוא לא אחת בעל הניסיון והמומחיות העדיפים, ועל כן גם במקרים אלה אין למהר ולהסיר את ההגנה מהלקוח.

113 בית המשפט ציין כי מדברי ההסבר לחוק המתווכים עולה כי "הרקע ההסטורי לחקיקתו היה 'צרכני' וכוון בעיקר למוכר או לרוכש הדירה הפרטי, אך החוק עצמו, על פניו, לא דבק בכך". עניין **מאנה**, לעיל ה"ש 106, פס' 26 לפסק דינו של השופט אטדגי.

114 ראו, למשל, עניין **מטרופוליס**, לעיל ה"ש 77, פס' 16 לפסק הדין.

115 עניין **סטאטוס**, לעיל ה"ש 80, פס' 14 לפסק דינו של השופט סובל.

116 ע"א (מחוזי ת"א) 2216/09 **זינגר יאיר נ' סטולר** (פורסם בנבו, 28.4.2011).

117 בית המשפט הבהיר כי "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. ואולם, קיימים מקרים המצדיקים סטייה מדרישת הכתב שבחוק המתווכים (כמו גם מדרישות צורניות אחרות), כפי שנעשה במקרים מסויימים 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" (שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת לבהר שרון; ההדגשות במקור הושמטו). עם זאת, במקרה זה קשה לומר כי לא התקיימה דרישת הכתב, שהרי יש מסמך, והוא אף נחתם על ידי שותף בשותפות. אי-החתימה על ידי השותף האחר הוגדרה על ידי בית המשפט כטענה חסרת תום לב, ובכך נקבע למעשה כי לפנינו מסמך בכתב שנחתם על ידי מי שחתימתו מחייבת את השותפות. בית המשפט קבע כי יש לראות את מי שחתם בשם השותפות, בהרשאה מלאה מהשותפים, כמיופה כוחם, שכן די בחתימה של שותף אחד לחייב כל אחד מהשותפים, כמצוות ס' 14 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975.

הוא מחייב. במקרים אלה 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 לבין זו שלפי חוק המקרקעין.<sup>118</sup>

בעניין **מזרחי**<sup>119</sup> קבע בית המשפט העליון כי בעוד ניתן ברגיל להגמיש במידה מסוימת את דרישת הכתב בחוזי תיווך ולאפשר השלמת פרט מסוים (למשל, באמצעות מסמך אחר או פרטים שמסירתם על ידי המתווך הוכחה כדבעי), במקרים שבהם לא קיים כלל חוזה תיווך כתוב אין מקום ללמוד מפסקי הדין המאפשרים התגברות על דרישת הכתב בחוזה מקרקעין, ויש מקום להחמרה רבה יותר. בית המשפט הבהיר כי אם לא ייעשה כן, יתרוקן החוק מכל תוכן, תוך פגיעה בתכליתו בכל הקשור להסדרת תחום התיווך ובהגנה הנדרשת על מי שנזקקים לשירותי תיווך. בית המשפט סייג את הדברים באומרו כי בסופו של דבר מתווך שזהו עיסוקו אמור להיות מודע לחובתו להחתים את לקוחותיו על חוזה תיווך כדיון. דרישה זו אינה מורכבת כל עיקר, ואם הוא אינו מקיימה, הסיכון הכרוך בכך אמור להיות מונח לפתחו.<sup>120</sup>

לכאורה לפנינו אבסורד אפוא, כאשר האסור מותר והמותר אסור. **מחד גיסא** החילה הפסיקה על הוראות סעיף 9 לחוק המתווכים את תורת הריכוך החלקי ופירשה באופן גמיש את הוראות החוק, באופן שאפשר השלמת פרטים מכוח הנסיבות והכרה ב"הזמנה בכתב" שנעדרים ממנה פרטים שונים. הפסיקה עשתה זאת לנוכח היקש שערכה מתורת הריכוך החלקי שהוחלה ביחס לסעיף 8 לחוק המקרקעין, אף שזו מטריה שונה (חוק צרכני קוגנטים), ואף שביחס לסעיף 9 לחוק המתווכים קיימות הוראות מפורטות של מחוקק המשנה. היקש זה נערך לנוכח פסיקה של בית המשפט העליון שיישמה את הנורמה של תום לב כדי להתגבר על הוראות קוגנטיות של המחוקק בסעיף 8 לחוק המקרקעין, וזאת בהתעלם מכך שהשימוש בעקרון תום הלב כדי להתגבר על דרישת

118 בעניין **זינגר יאיר**, לעיל ה"ש 116, ציין בית המשפט כי קיימים מקרים המצדיקים סטייה מדרישת הכתב שבחוק המתווכים, כפי שנעשה במקרים מסוימים גם ביחס לדרישת הכתב שבס' 8 לחוק המקרקעין. בהקשר זה הפנה בית המשפט לפסקי הדין הבאים: עניין **מטרופוליס**, לעיל ה"ש 77, פס' 11 לפסק הדין, שהוזכר בהסכמה גם על ידי השופט ורדי בעניין **לנדאו**, לעיל ה"ש 40; עניין **רוזן**, לעיל ה"ש 74; ת"א (שלום א') 1528/06 **לרנר נ' בן חמו** (פורסם בנבו, 13.4.2008); ת"א (שלום א') 54873/07 **גרשי נ' טל** (פורסם בנבו, 7.8.2008); עניין **שטרן**, לעיל ה"ש 80. ברם, פסקי דין אלה לא ערכו השוואה בין הריכוך המלא שנעשה בהקשר של חוק המקרקעין לבין ריכוך מלא בהקשר של חוק המתווכים, אלא עסקו בהשלמת פרטים (ריכוך חלקי). כך, למשל, בעניין **רוזן** החתים המתווך את לקוחו על הסכם תיווך רק לגבי נכס אחד, בעוד שבפועל הוא הראה לו כמה נכסים. בית המשפט דן בהיקפו ובתחומו של הסכם התיווך ובאפשרות להשלים בו פרטים חסרים, אך לא בחיוב בדמי תיווך כאשר לא נעשה הסכם כלל.

119 עניין **מזרחי**, לעיל ה"ש 42.

120 שם. בית המשפט העליון, מפי השופט אלרון, ציין כי גישה זו נתמכת גם בשיקולים של יעילות כלכלית, שכן היא מטילה את הסיכון לנזק על שכמו של הגורם שבכוחו למנוע בעלויות נמוכות את הסיכון האמור.

הכתב הוגבל למקרים נדירים ויוצאי דופן מאוד הגובלים במרמה, ולא התייחס למקרים של חוסר תום לב "רגיל"<sup>121</sup>.

**מאידך גיסא**, במקרים של העדר מוחלט של כתב (להבדיל ממקרים של כתב שיש מחלוקת לגבי תחומי תחולתו) נרתעה הפסיקה מלעשות שימוש בעקרון תום הלב כדי להתגבר על דרישת הכתב, אף שהפסיקה עסקה בהתגברות על דבר המחוקק במקרים נדירים, יוצאי דופן וחמורים מאוד של תרמית וזעקת הגינות. מדוע מצאו לנכון פסקי הדין השונים לא להחיל את עקרון תום הלב ולא לרכך 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, ואילו בכל הנוגע בריכוך מלא ובהתגברות על דבר המחוקק מכוח עקרון תום הלב בנסיבות חריגות מאוד המחייבות זאת – אין להבדיל בין הדברים. מכיוון שריכוך מלא של דרישת הכתב הוא חריג המוחל רק במקרים חריפים בחומרתם ויוצאי דופן מאוד, נראה כי יישומו גם ביחס לחוק המתווכים אינו מהווה שינוי דרמטי לדבר המחוקק, שהרי הוא בגדר חריג שבחריגים, אשר יחול רק במקרים נדירים מאוד, וממילא אין בו כדי לשנות את הנורמה הכוללת. נוסף על כך, יש בחריג זה כדי למנוע עוול משווע, וממילא זהו שסתום שיקול דעת שנכון להותיר בידי בית המשפט, ונכון שמעוולים בכוח ידעו על קיומו.

### פרק ו: הצעה נורמטיבית והדגמה מעשית

סעיף 8 לחוק המקרקעין מתייחס לעסקה וקובע הוראה **חפצית** שלפיה עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב. לעומת זאת, סעיף 9 לחוק המתווכים אינו מתייחס לעסקה ולתוקפה, אלא מטיל חובה **פרסונלית על המתווך**, בקובעו כי הלה לא יהא זכאי לדמי תיווך אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב.<sup>122</sup> גם התכליות של הוראות חוק אלה שונות בתכלית זו מזו, כפי שראינו לעיל. נראה על כן כי השוואה של דרישת הכתב בסעיף 9 לחוק המתווכים עם דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין אינה נכונה. פרשנות המאפשרת ריכוך חלקי של דרישת הכתב בחוק המקרקעין היא לגיטימית, שכן היא אינה מסכלת את מטרתה של דרישת הכתב לוודא גמירת דעת בדבר כריתת העסקה. לעומת זאת, ריכוך כזה בחוק המתווכים סותר את הוראתו המפורשת של המחוקק, ומסכל את מטרתה של דרישת הכתב של חוק המתווכים ליצור ודאות ולהבטיח הסכמה מדעת של הלקוח לפרטי העסקה. אכן, ראינו שימוש בדוקטרינה של תום לב כנגד דרישת

121 ביחס לכך הערנו (ליד ה"ש 95 ואילך) כי בתי המשפט החילו עיקרון העוסק בהתגברות על הוראות המחוקק ביחס למקרים שבהם נדרשה **פרשנות** של דבר המחוקק.

122 המחוקק חזר על הוראה זו גם בס' 14 (א) לחוק המתווכים, הקובע כי מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח רק אם הוא מילא אחר הוראות ס' 9 לחוק המתווכים.

כתב שנקבעה בדין, אך זאת רק במקרה של חוסר תום לב חמור שהיה קרוב לתרמית ממש והשמיע זעקת הגינות. ביחס לעסקת תיווך יש דבר מחוקק (במסגרת תקנות) בנוגע לפרטי העסקה, וממילא אי-אפשר להשתמש בדוקטרינה של חוסר תום לב כדי להתגבר על דרישת הכתב מקום שעסקינן בחוסר תום לב גרידא, שאינו בגדר מקרה נדיר העולה כדי תרמית. אכן, לקוח אשר מבטיח בעל פה לשלם למתווך, ועל בסיס האמון שיצר 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 מקיים את דרישת המחוקק, אין לו להלין אלא על עצמו. לעומת זאת, במקרה של אי-החתימה עקב תרמית של הלקוח שגרמה לאי-החתימה, כלומר **כאשר הלקוח מערים על המתווך וזו הסיבה לאי-החתימה**, הלקוח **מנוע ומושק** מלטעון כי המתווך התרשל או לא החתיים, שהרי הוא זה שגרם לכך, ובמקרה זה יהיה "ריכוך מלא" של דרישת הכתב.

נראה לנו כי ביחס לחוק המתווכים אי-אפשר להחיל את הריכוך החלקי שנעשה ביחס לדרישת הכתב בחוק המקרקעין כל עוד אין זה מקרה חריג ונדיר של חוסר תום לב קיצוני. נכון על כן לקבוע, כפי שקבע בצדק רב השופט זילברטל בעניין פרג'י, כי אם המתווך מתרשל בעריכת הזמנה בכתב מפורטת, שעליה יחתום המזמין, הוא לא יוכל לדרוש את שכרו, ולא יהיה אפשר להשלים את הכתב החסר.<sup>123</sup> 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 ושזה יכלול את הפרטים הנדרשים בתקנות, אין מקום לאפשר לעקוף את דרישותיו הברורות של הדין... כל שאמור מתווך לעשות 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".<sup>124</sup>

123 בר"ע (מחוזי י-ם) 663/08 פרג'י נ' אפרתי (פורסם בנבו, 14.12.2008).

124 שם, פס' 7-8 לפסק דינו של השופט זילברטל. עוד ציין השופט כי תיאור הנכס הוא לב העניין, ובלעדיו אין בדינו מסמך בכתב: "בתי המשפט אמנם הכירו באפשרות להשלים פרטים מקום בו נחתם מסמך הזמנה בכתב אך לא התקיימו כל דרישות התקנות... 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, בענייננו הטופס אינו כולל את תיאור הנכס, שהוא-הוא לב העסקה ממש." שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט זילברטל (ההדגשה הוספה). גם בעניין לנדאו, לעיל ה"ש 40, ציינה השופטת לבהר שרון 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 עליח', ואין חולק כי ברור היה לכולם ולא היה ספק לגבי זהות

לעומת זאת, מסקירת הפסיקה העוסקת בריכוך דרישת הכתב בחוק המתווכים עולה תמונה שונה, שלפיה בית המשפט דווקא נמנע מהחלת ריכוך מלא, אף שראינו החלה של ריכוך מלא ביחס לדרישת כתב המופיעה בחוקים צרכניים אחרים, כגון חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות. ביחס לריכוך מלא היה מצופה שהפסיקה 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 להקיש מן הפסיקה העוסקת בסעיף 8 לחוק המקרקעין לדרישת הכתב בסעיף 9 לחוק המתווכים, שכן בשני המקרים לפנינו התגברות על הוראת חוק במקרים חריגים שבחריגים ויוצאי דופן מאוד.<sup>125</sup> מסקנה זו נראית נכונה, באשר מצד אחד היא מותירה לבית המשפט שיקול דעת המאפשר לעשות צדק כאשר נוצר עוול משווע, ומצד אחר אין בה כדי להשרות עמימות, שכן הנורמה הקבועה מחייבת כתב מסודר וברור, ואין לה גם השלכה יוצאת דופן על חיי היומיום, שכן הריכוך המלא ייושם רק במקרים חריגים ונדירים מאוד הקרובים למרמה. המסקנה הנראית לנו נכונה היא על כן שריכוך מלא, קרי ויתור מוחלט על דרישת הכתב כאשר זעקת ההגינות מחייבת זאת, יהיה אפשר לבצע בסיטואציות של מרמה או ניצול ממשי מצד הלקוח.<sup>126</sup> כפי שציין השופט רובינשטיין בעניין **חסקל**, עם כל הצורך להקפיד לא לפגוע בתכליתו של חוק המתווכים, "גם לא הייתי רוצה לפתוח פתח לרמאים להתחמק מחבות באופן 'מתוחכם'."<sup>127</sup> הנה כי כן, "סדר צריך להיות", אך אם מדובר במקרה קיצוני וחמור של **רמאות**, נראה כי עקרון תום הלב יגבר.<sup>128</sup>

הנכס". עם זאת, ראינו כי ייתכן שיהיה אפשר להגמיש את כללי עריכת המסמך ולהשלימו כאשר מדובר ב**פרטים טכניים**, כגון מספר תעודת זהות של אחד הצדדים. רק כאשר "העיקר חסר מן הספר" – ולפנינו טופס שחסרים בו פרטים כגון הנכס מושא העסקה, מחירו או גובה דמי תיווך – אין מקום לעריכת השלמות כלשהן "מכוח הנסיבות" ולקיום התדיינות משפטיות שהמחוקק ביקש למנוע אותן בקובעו דרישה קוגנטית לכתב מפורט מראש.

125 כך, למשל, במקרה שבו לקוח מגיע למשרד תיווך ויוצר מצג כי בכוונתו לחתום על הסכם תיווך, אולם לפני חתימתו על ההסכם הוא מעיין ללא רשות במסמכים שבמשרד ומגלה את פרטי הנכס המבוקש. הלקוח משתמש במידע זה ומבצע עסקת מקרקעין, אך מסרב לשלם בעבור המידע שהשיג בעורמה.

126 בעניין **התשבי**, לעיל ה"ש 95, פס' 14 ו-19 לפסק דינה של השופטת אטדגי-פריאנטה, הבהיר בית המשפט כי במקרה שלפניו "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".

127 רע"א 6519/09 **חסקל נ' אוסדיטשר**, פס' יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 26.1.2010).

128 בהתאם לכך נראה כי יש לדון גם בשאלה אם ראוי 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, אזי אין מקום למחיקה על הסף, ויהא צורך לשמוע את הראיות בתיק כדי להגיע למסקנה אם אכן "כצעקתה". אולם אם סיפור הדברים על פי האמור בכתב התביעה עצמו עוסק בטענה שתכליתה לעקוף את דרישת הכתב, מבלי שהדבר כרוך בחוסר תום לב קיצוני



אכן, בעניין **מזרחי**<sup>129</sup> קבע בית המשפט העליון (מפי השופט אלרון) כי יש לאמץ את התוצאה שהתקבלה בפסק הדין המנחה *Phillippe v. Shapell Industries, Inc.*, שלפיו הסכמה בעל פה בין חברה שעסקה ברכישת נדל"ן לבין מתווך במקרקעין לתשלום דמי תיווך לא תיחשב תקפה, וזאת כדי לא לעשות פלסטר את התכלית של הגנת הצרכן הניצבת בבסיסה של הוראת החוק, אשר מבקשת להניא מתווכים מלהציג בדיעבד דרישות כוזבות לעמלת תיווך.<sup>130</sup> סטייה מכך תיעשה רק בנסיבות מצומצמות יותר של "מרמה ממשית" ("actual fraud"), שבהן העדר הסכם בכתב נבע ממצג שווא של הגורם שנהנה משירותי התיווך.

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

א. בעניין **קדוש** התבקש בית המשפט לאכוף הסכם תיווך אף שלא היה מסמך שלם בכתב. התשלום עוגן במסגרת זכרון הדברים לקניית הנכס, שבו נאמר כי המוכרים ישלמו דמי תיווך בסך 1% ממחיר העסקה. זכרון הדברים לא כלל את שם המתווכת ופרטיה (פרטים הכרחיים לפי התקנות), וההסכם הסופי שנערך בין המוכרים לקונה לא כלל התייחסות לדמי תיווך.<sup>131</sup> למרות זאת אכף בית המשפט את זכרון הדברים (ביחס לתיווך), שכן כל פרטי העסקה היו ידועים לקונים, ונסיונם להתחמק מתשלום באמצעות עמידה דווקנית על דרישת הכתב הינו "הפרה בוטה של חובת תום הלב".<sup>132</sup> נראה לנו, בכל הכבוד, כי מסקנה זו שגויה, שכן המתווך ברשלנותו הוא שגרם ל"תקלה המשפטית", כאשר לא הקפיד על קיום דרישת הכתב שהמחוקק הטיל על שכמו. אין לרפא באמצעות עקרון תום הלב את רשלנותו של המתווך. אכן, הלקוח חסר תום לב, באשר הוא השתמש במתווך ולא שילם לו את שכרו, אבל המתווך היה יכול למנוע את הדבר בנקל על ידי החתמת הלקוח על הסכם כתוב. המחוקק הטיל את עול הדרישה למסד את היחסים עם הלקוח בכתובים על שכמו של המתווך, ואף נתן לו תמריץ כלכלי לעשות כן, על ידי קביעה מפורשת כי בהעדר כתב

וחמור העולה כדי תרמית, אזי לא יהיה מקום לשמוע את התביעה, שכן אין על המתווך להפנות לבית המשפט את אשר היה יכול למנוע בעצמו על ידי עמידה על דרישת הכתב שקבע המחוקק, כפי שפורטה בתקנות המשנה. לעניין זה ראו עניין **מאנה**, לעיל ה"ש 106, שם לא סילק בית המשפט את התובענה על הסף משהועלתה טענה לחוסר תום לב חמור. בית המשפט העליון קיבל גישה זו ברע"א 1833/15 **תעשיות מזון תנובה נ' מאנה**, פס' 6 להחלטה (פורסם בנבו, 25.3.2015), כאשר קבע כי "*Ex facto jus oritur*" – הדין נגזר מהעובדות".

129 עניין **מזרחי**, לעיל ה"ש 42.

130 *Phillippe v. Shapell Industries, Inc.*, 743 P.2d 1279 (Cal. 1987). לסקירת הפרשה ולתקדימים נוספים ראו Philip H. Wile, Kathleen Córdova-Lyon & Claude D. Rohwer, *Estoppel to Avoid the California Statute of Frauds*, 35 MCGEORGE L. REV. 319, 355–363 (2004). הוראה ברוח זו נקבעה ב-RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 31 cmt. (AM. LAW INST. 2011).

131 עניין **קדוש**, לעיל ה"ש 80.

132 שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט עדן.

הוא לא יוכל לגבות את שכרו. בהוראתו זו הניח אפוא המחוקק מראש כי הלקוח ינסה לחמוק מחובת התשלום למתווך, ועם זאת קבע כי זו המסקנה המשפטית הרצויה, כדי שדרישת הכתב בחוזי התיווך תיאכף. מכאן, מקום שהמתווך הפר את הוראות החוק ולא דאג שהלקוח יתקשר עימו בכתובים, אין מקום שבית המשפט יעשה את ה"עבודה" בשבילו ויאייץ את דרישת הכתב שקבע המחוקק. ביחס למקרה זה אין לומר כי המתווך לא התרשל וכי הלקוח הערים עליו והוליכו שולל. על כן אין מקרה זה נמנה עם המקרים שבהם תגבר זעקת ההגינות על דרישת הכתב של דיני התיווך.

ב. למסקנה דומה יש להגיע, לדעתנו, גם ביחס לעובדות בעניין **סטאטוס**. במקרה זה נדון כאמור 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 המחאות. אולם אלה חוללו, ובשלב זה ניסה הלקוח לטעון להעדר חבות לנוכח אי-קיומה של דרישת הכתב. בית המשפט ראה בניסיון ההתחמקות של הלקוח "חוסר תם לב, אשר בית המשפט אינו יכול להתעלם ממנו"<sup>133</sup>. זאת, מכיוון שהעברת המחאות מראה כי הלקוח היה מודע לכל פרטי ההסכם, כולל מהותו וסכום החיוב. כאשר שני הצדדים מכירים בחיוב זה, עמידה דווקנית על דרישת הכתב תהיה מנוגדת לתכלית החוק ובגדר עיוות של דין וצדק. לדעתנו, מסקנה זו שגויה, בכל הכבוד. אין מדובר בתרמית מצד הלקוח, אלא במצב קלסי של מתווך רשלן שלא עמד בתנאיה של דרישת הכתב. העובדה שהלקוח אינו כופר בקיומה של הסכמה בעל פה אינה יכולה לבוא חלף דרישת הכתב, והמתווך מצידו לא היה יכול לכפור בעובדה שהסכמה ביחס לעסקה זו לא הועלתה עלי כתב. משלא השכיל המתווך להעלות את ההסכמה עלי כתב, נראה כי אין מקום שבית המשפט יאייץ את דרישת הכתב שקבע המחוקק.

ג. לעומת זאת, שונה יהא הדין במקרה שנדון בעניין **טל**. 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 אינו 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... אין מנוס מהמסקנה כי מטרתן הייתה להתנער מתשלום דמי תיווך לתובע"<sup>134</sup>. בית המשפט קיבל את התביעה, ונראה כי בצדק רב, שכן במקרה זה מדובר בתרמית מצד הלקוח, וזעקת

133 עניין **סטאטוס**, לעיל ה"ש 80, פס' 14 לפסק דינו של השופט טובל.

134 עניין **טל**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 9.

ההגינות מהדהדת ואמורה להביא לידי כך שעקרון תום הלב יגבר על הפגם שנפל בדרישת הכתב.

התוצאה האופרטיבית שתשרור בענף כתוצאה מהחלת מבנה נורמטיבי זה תהא שמתווך יקפיד לקיים את דרישות המחוקק בדבר עריכת הסכם בכתב, וכן יקפיד על דרישת מחוקק המשנה בדבר הבהרה והעלאה עלי כתב של כל הפרטים של הסכם התיווך שנקבעו בתקנות. המתווך לא יוכל לטעון כי ניתן להשלים פרטים אלה מכוח נוהג, דין או התנהגות בדיעבד, אלא יהיה חייב לקיים את החובות שהטיל עליו המחוקק ולנהוג כמקצוען היורד לפרטים ומדייק בהם מראש. אם המתווך לא יעשה כן, הוא לא יהא זכאי לקבל את שכרו, ולא יוכל לטעון לחוסר תום לב מצד הלקוח שקיבל מידע מבלי לשלם. הלקוח הנוהג כן עשוי להיות חסר תום לב, אך אין לו למתווך להלין אלא על עצמו, שכן הוא היה יכול למנוע את "התאונה המשפטית" הזאת בנקל על ידי קיום החובה שהטיל עליו המחוקק והסדרת יחסיו עם הלקוח בהסכם מפורט מראש, בטרם החל לתת שירות ולספק מידע. תוצאה זו יוצרת תמריץ חד לכריתת הסכם מפורט בכתב, שיבטיח ודאות והסכמה מדעת מראש של הלקוח לפרטי ההתקשרות עם המתווך, ויש בה כדי למנוע התדיינות רבות המתקיימות כיום. אולם במקרים נדירים ויוצאי דופן מאוד של חוסר תום לב קיצוני ביותר, כאשר המתווך נהג כמקצוען ודאג להסדרת היחסים בהסכם בכתב אולם הלקוח נהג בדרך של רמאות מכוונת ומודעת, הערים על המתווך וגרם לכך שלא ייחתם הסכם תיווך, לא יהא בית המשפט חסר אונים. במקרים חמורים אלה יוכל בית המשפט לעשות שימוש בעקרון תום הלב כדי להתגבר על דרישת הכתב, לשמוע את זעקת ההגינות שהמתווך ההוגן משמיע ולהציל עשוק מידי עושקו. פתרון מוצע זה פותח פתח מסוים שיש בו כדי לאפשר לבית המשפט להעניק סעד למתווך אשר נוצל ורומה, אך לא פתח רחב מדי שייצור נורמה פסולה של התנהגות רשלנית מצד המתווך בדמות אי-החתמת הלקוח על מסמך מפורט בכתב.

