

# עלון המשפט



ביה"ד "נתיבות חיים" שע"י מוסדות מענה שמחה י-ם בנשיאות הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א פנים מאירות 1 י-ם טל: 02-5023637/55

## גליון חודש כסלו ה'תשע"ד | 58

### תוכן העניינים:

א | השפעת המנהג בדיני הקניינים

ב | פסקי דינים – תיווך - חלק א

### בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס"

ע"ש ברוך וברכה גרוס

#### שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

בית ההוראה מיועד לבירור עניינים הקשורים לדיני ממונות, ניתן להתייעץ עם חברי בית הדין "נתיבות חיים" בענייני ממונות, וכן ניתן לקבל סיוע בעריכת חוזים צוואות וכדו' ללא צורך בקביעת תור. ניתן לקבל תשובות גם באידיש, באנגלית ובצרפתית.

בית ההוראה פתוח בימים א - ה בין השעות 13:40-15:30

וביום ו' עם הגר"נ נוסבוים בין השעות 11:00-13:00

ניתן לפנות בשעות אלו גם בטלפון:

02-502-3637

או כל היום בפקס: 02-502-3655

דוא"ל: beisdin@neto.net.il

כמו"כ ניתן לקבוע תור לדיונים בביה"ד "נתיבות חיים"

בפל': 052-7642-346

(בין השעות 8:00-6:30 בערב)

הדיונים נערכים בשפות עברית, אנגלית ואידיש. ההרכבים בבית הדין הם בראשות הדיינים דלהלן:

#### יום א'

הגאון הרב יצחק שובקס שליט"א

#### יום ב'

הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א

#### יום ג'

הגאון הרב יוסף פליישמן שליט"א

(ניתן להזמין דיונים גם באנגלית)

#### יום ד'

הגאון הרב אברהם דרבומדיקר שליט"א

#### יום ה'

הגאון הרב יעקב פרבשטיין שליט"א

הגאון הרב יהודה סילמן שליט"א

אב"ד בב"ד של הגר"נ קרליץ

### השפעת המנהג בדיני הקניינים

נכתב ע"פ שיעור שנמסר ביום העיון בבית מדרשינו – כח אב תשע"ג

חלק גדול מהקניינים הנעשים היום מועילים מדין "סיטומתא", והיינו המנהג שנהגו בכל מקום וזמן לעשות כדי לקנות, שעל ידי זה נגמר המקח. ומקור דין סיטומתא הוא בגמרא (בבא מציעא עד.). אמר רב פפי משמיה דרבא, האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא, רב חביבא אמר למקניא ממש, רבנן אמרי לקבולי עליה מי שפרע, והלכתא לקבולי עליה מי שפרע. ובאתרא דנהגו למקני ממש, קנו. ופירש רש"י, סיטומתא חותם שרושמים החנונים על החביות ורושמים לדעת שכל הרשומות נמכרות, ובאתרא דנהגי למקני, שרגילין לרשום על מנת שבדבר זה תהא קנויה לו כאילו משר, קני. והרא"ש (סי' עב') כתב פרש"י, ור"ח פירש כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח תוקע כפו לכף חבירו וזכה נגמר המקח, וכל כיוצא בזה, דאיזה דבר שנהגו לגמור המקח כגון במקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר וזכה נגמר המקח. מבואר בזה שמנהג שנהגו הסוחרים יוצר בעצמו קנין.

אך הריטב"א תמה האיך יתכן שיהיה קנין שלא מוזכר בתורה או בתקנת חכמים לכך פירש שסיטומתא היינו מטבע ללא צורה אך יש לו את משקל המטבע, כמו אסימון, וכיון שאין לו צורה יכול לשמש גם בתורת קנין כסף וגם בתורת קנין חליפין, אעפ"י שאין מטבע נעשה חליפין, ולכך אומרת הגמרא שבמקום שנוהגים להחשיבו לקנין כסף קונה רק למי שפרע, כקנין כסף, ובמקום שמחשיבים אותו לחליפין קונה לגמרי. א"כ לדעת הריטב"א אין מנהג הסוחרים עושה קנין כלל אך הוא שיטה יחידאה והפוסקים לא הביאוהו.

והנה יש לדון האם קנין זה הוא דאורייתא או לא. הנתנה"מ בסי' ר"א ס"ק א' כתב שהוא קנין דרבנן, שהרי קנין דרבנן עצמו ודאי לא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים, ואפילו הכי לא חשבינן

#### « המשך בעמוד 5 »

הרב יוסף פליישמן שליט"א

### פסקי דינים – תיווך - חלק א

1. כשם שצריכים לשלם לשדכן, כך צריכים לשלם למתווך. ויש לשלם אף למתווך שאינו מתווך מקצועי<sup>1</sup>, במקום שנהוג לשלם עבור פעולת תיווך<sup>2</sup>. וחייב זה הוא בין אם המתווך התבקש לעבוד<sup>3</sup>, ובין אם המתווך עבד מעצמו<sup>4</sup>. ומי שאינו משלם מלוא

1. כי על פי הדין אין חילוק בין אדם שזו אומנותו לבין שאר אדם, אלא כל פעולה שנהוג לשלם עבורה, צריכים לשלם למי שעשאה, אם לא הותנה אחרת [הגם שאין צריך לראיה, אפשר להביא את התשו' מ"י לספר נזיקין (סי' כב) שכותב כן בהדיא גבי שדכן, שיש לשלם דמי שדכנות גם לשדכן לא מקצועי]. והיות שהמנהג בין החרדים הוא שמשלמים גם למתווך שאין זה מקצועי, למרות שלפי החוק רק מתווך מקצועי יכול לדרוש כסף בדרך כלל, חייבים לשלם גם למתווך לא מקצועי. וכן פסק בשו"ת ישכיל עבדי (ה, ח"מ ל, ב) וכן פסק בחו"ל המהרש"ג (ג, קב). אמנם בחוגים המתנהגים בדרך כלל לפי חוקי המדינה, ובפרט בין אלו שדנים בסכסוכיהם הממוניים בבית משפט, מתווך לא מקצועי אינו יכול לדרוש כסף, אפילו אם הוא חרדי, אם לא גילה מראש או שניכר מתוך מעשיו שהוא עובד בשכר, כיון שבחוגים האלו החוק יצר מנהג שאנשים שאינם מקצועיים אינם דורשים כסף, ולכן בסתם הולכים אחר המנהג. אבל אין זה דומה למש"כ רמ"א (קכט, כב) במי שהסכים לשלם למי שיחתום ערבות עבורו, שאפילו אם אחד הסכים לשלם אינו צריך לשלם, כיון ששם הוא סוג פעולה שאין משלמים עליו, משא"כ פה יש מושג שמשלמים עבור תווך, רק החוק אומר שאם אינו מקצועי לא יוכל לפנות לרשויות החוק כדי לקיים את ההסכם שלו, לכן מי שסיכם לשלם, חייב לשלם.

2. כיון שבמקום שלא נהוג לשלם אין צורך לשלם למתווך אלא אם כן מישהו הבטיח לו שכר.

3. ובאופן זה יש לו דין פועל רגיל, ומי שאינו משלם לו בזמן עובר על 'בל תליך', וכמו כן נאמן הפועל בשבועה אם הוא טוען שלא קיבל משכורתו והמעביד טוען ברי שכן קיבל.

« המשך בעמוד הבא »

יש לו תוקף הלכתי ומשפטי. ולכן, אם חותמים על חוזה ביום יש לשלם למתווך [שהתבקש לפעול<sup>8</sup>] לפני שקיעת החמה, כדי לקיים מצוות 'בימו תתן שכרו'<sup>9</sup>. וכמו כן אם הצדדים מסכימים אחר כך לבטל החוזה, במקום שאין בו משום מקח טעות, המתווך אינו צריך להחזיר את מה שקיבל. ואפילו אם עדיין לא קיבל דמי תיווך, הצדדים חייבים לשלם לו את מלא שכרו<sup>10</sup>, אם לא היה מום במקח<sup>11</sup> ולא בוטל המקח ע"י המצרן<sup>12</sup>.

ד"ה והנה) פסק שכיון שבמכר אין עוד פרטים לדון אחרי שסיכמו על מחיר, לכן בזה נגמר עבודת הסרסור. ומה שכתבנו בפנים כן כתב גם הגר"מ שפרן בקובץ הישר והטוב (חלק ה' עמ' לו), וכן הוא המנהג בארץ ישראל, כמש"כ ההליכות ישראל (ס' ה). ובמשפטי התורה (ב, לה) פסק מדעתו שאם עשו זכרון דברים שתקף לפי החוק, חייבים כבר לשלם דמי תיווך באותו יום. אמנם גם בהלכות מתווכים (ד, ח) כתב כדברינו אלא אם כן אינם עתידים לכתוב חוזה כלל, והזכרון דברים ישמש במקום חוזה, שזהו דבר שאינו שכיח כלל. 8. אך אם פעל ללא שנתבקש אינו אלא 'יורד', שאין בו דין של בל תלין, כמבואר בהערה 4.

9. כדין כל קבלן כמש"כ לעיל.  
10. כיון שאף אם מחלו זה לזה, אינם יכולים למחול מה שמגיע לו, וכן כתב השער אפרים (סימן קנ) "נראה דהדין עם הסרסור מאחר שכבר גמר כל פעולתו ואין שום פעולה נשאר עליו אם כן אף שמחלו זה לזה מחוייב לשלם לו", וכן כתבנו בגליון 57 דין 1. וכ"כ ההליכות ישראל (ס' ו) והגר"מ שפרן (שם עמ' לו) לענין תיווך. והגם שבחתימת השטרות הנהוגים היום בקרקע הקונה אינו קונה עד שתהיה מסירת החזקה, בכל זאת המתווך כבר סיים את פעולתו, והרי זה דומה למה שנפסק (ח"מ קפה, י ברמ"א עפ"י התרה"ד) שלפי המנהג שמשלמים לשדכן בזמן האירוסין אפילו אם אח"כ נתבטלו השידוכין אין השדכן צריך להחזיר את דמי השדכנות, הגם שהאירוסין שלו אינם קנין. דברינו כאן הם נגד מש"כ בהלכות מתווכים (יב, ז עמ' רמד) שאם עדיין לא קנה הקונה את החפץ לא מגיע למתווך מלוא דמי התיווך, והביא כמקור את האבני חפץ המובא להלן. אמנם יש לדחות את דאיתו, כיון שהאבני חפץ מדבר בהדיא רק במקום שלא סיים המתווך את פעולתו כל עוד שלא חל קנין, אבל אצלנו הגם שהקנין הוא רק בזמן מסירת החזקה, אבל המתווך סיים פעולתו בחתימת הצדדים על החוזה.

11. כיון שאם מצאו מום העסק בטל למפרע ולא מגיע שום שכר למתווך וכמש"כ בגליון 57 דין 2.  
12. בנידון זה, שבוטל המקח על ידי המצרן, דן האבני חפץ (ס' כב) ופסק שאין זה דומה למה שפסק השער אפרים שהבאנו בהערה 10, כיון שהשער אפרים חייב לשלם תיווך דווקא במקרה שהצדדים בעצמם החליטו לבטל העיסוק, משא"כ כאן שבעל כרחו המכר התבטל, לא מגיע למתווך כלום, לא מהמוכר ולא מהקונה. אמנם קשה, כי בשלמא הקונה אינו חייב לשלם, כיון שכלפיו התבטל המקח לגמרי, אבל מדוע המוכר נפטר מלשלם למתווך, והרי המקח קיים, אלא שתחת הלוקח זכה בו המצרן, וכיון שלמוכר אין כל נפקא מינה מי הקונה, מדוע ייפטר מדמי התיווך. ואין זה דומה למה שפסק האבני נזר (ח"מ לו) בשדכן ששידך בחור עם בחורה, ולבסוף התאסר הבחור עם אחותה, וחייב את הבחור לשלם לשדכן הראשון רק כמו אמצעי, כיון ששם לא נתקיים מה שהשדכן פעל, משא"כ פה נתקיים במילואו מצד המוכר, כי המכר עדיין קיים, רק שחז"ל הפכו את הקונה להיות שליח של המצרן. ועוד, בשלמא לגבי שידוך ניתן לומר שהעיקר הוא הקשר בין הבחור והבחורה, ולא התקיימה מחשבתו של השדכן כלל, משא"כ במכר אין שום נפק"מ למוכר מי הקונה. ואפילו מצד הקונה יש להסתפק כי הגם שכתבנו לקמן שאם תווך לראובן ובסוף ראובן לא קנה, וסיפר לשמעון והלך שמעון וקנאו, ששמעון אינו חייב לשלם תווך למתווך הראשון, בכ"ז יתכן שפה המצרן כן יצטרך לשלם, כי שם הוא מכר אחר, אבל פה חז"ל החשיבו מה שהקונה עשה כאילו עשה זאת בשליחותו של המצרן, והגם שלא נתכוון להנות את המצרן, מ"מ למעשה פעל לטובתו, ואינו כמו בעלמא שאנחנו פוטרם אם הגיע הנאה למי שלא התכוון להנאתו, כיון ששם זו רק תוצאה, משא"כ פה שלמפרע נחשב שהמתווך עבד בהדיא עבור המצרן. אמנם גם הגר"נ נוסבויס (קובץ הישר והטוב ז, עמ' כט) דן אם השכן שבסוף קיבל את הנכס חייב לשלם תווך, ומסתבר לו שאינו חייב לשלם ואינו מחלק כמו שחילקנו.

« המשך בעמוד הבא »

שכרו למתווך שהתבקש לעבוד, עובר על 'לא תעשוק' ועוד לאוין דאורייתא, כמו כל פועל אחר<sup>5</sup>.

2. יש לשלם את שכרו של המתווך כשמיסים את פעולתו, אם לא הותנה אחרת ולא נהוג אחרת<sup>6</sup>. ולכן יש לשלם למתווך של קניית דירה מיד כשנחתם החוזה, לא בזמן מסירת החזקה, ולא כשנרשם הקנין בטאבו<sup>7</sup> ולא בזמן חתימת זכרון דברים, גם אם

4. ובאופן שעבד מעצמו מקבל כמו 'יורד', ואין למעביד טענה שעבד אצלו בחינם, כמבואר ברמ"א (רסד, ד) "וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה, לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתך", וביאר הגר"א (ס"ק יג) שזהו "כמו יורד שלא ברשות". והבאנו בגליון 52 דין 5 והערה 19 שבאופן כזה אין דין של בל תלין. ומהאי טעמא ומחמת עוד טעמים אין הפועל נאמן בשבועה לומר שלא קיבל משכורתו, כמש"כ הקצות (פט, ד) וכמבואר בפתחי תשובה (פט, ב) "ושוב כתב דנראה דבכה"ג דירד שלא ברשות אף דיש לו שכרו, מ"מ אם טען בעל הבית פרעתי, אפשר דלא תיקנו חז"ל נשבע ונוטל, דשכיר תנן (שבועות מ"ד ע"ב) ולא בא מעצמו, ע"ש. ועיין בנתיבות המשפט (משה"כ סק"ה) שכתב כן בפשיטות, דבעושה מלאכה בלא שכירות לא עשו תקנת שכיר שיהיה נשבע ונוטל, ע"ש. גם בתשובת חמדת שלמה (חלק ח"מ ס' ז' אות ב') דעתו כן. והוסיף טעם לשבח, דבשלמא בשכיר דתיקנו חז"ל שיהא נשבע ונוטל, יוכל בעל הבית לזיזו ולשכור פועלים כשרים שלא יתבעו אותו עוד [אחרי ששולמו], אבל אם יהיה הדין כן אף ביורד שלא ברשות, יוכל הבעל הבית לבוא לידי הפסד ע"י אנשים שאינם מהוגנים שירדו שלא ברשות [ואחרי שקיבלו תשלום יתבעו עוד פעם והיה נאמנים בשבועה], וכיון [שכל הדין שהשכיר נאמן בשבועה בטענתו שעדיין לא נפרע] דלא הוי רק תקנתא, הבו דלא לוסף עלה. ותו, דביורד מעצמו נראה לפום ריהטא דלא שייך בל תלין, ואם כן בעל כרחך יהיה הדין בזה דאפילו עבר זמנו נמי, דלא שייך רמי אנפשיה, וזה לא מצינו כלל, אלא ודאי דלא תיקנו רק בשכיר, אבל לא בירד שלא ברשות, ע"ש. והנה מה שכתב דביורד מעצמו נראה לפום ריהטא דלא שייך בל תלין, משמע שמתפק קצת בזה, לע"ד הוא מילתא דפשיטא דלא גרע משכרו ע"י שליח שמבואר בסימן של"ט סעיף ז' דאינו עובר וצ"ע."

5. כמבואר בשו"ע (שלט, ב) "כל הכובש שכר שכיר כאילו נוטל נשמתו ועובר בחמשה לאוין ועשה".

6. עפ"י הדין כל שכירות משתלמת בסוף (כמבואר בקדושין מח א ועוד מקומות) ולכן צריכים לשלם לכל פועל בזמן שמיסים עבודתו, בין אם הוא נשכר לתקופה מסוימת, שנקרא 'פועל' בלשון חז"ל (ש"ג, ה ברמ"א), ובין אם נשכר לעבודה מסוימת שנקרא 'קבלן' בלשון חז"ל (שם), ולכן עוברים על בל תלין בפועל בסוף העונה שנגמר זמן שכירותו, ובקבלן בסוף העונה שקיבל המעביד את הסחורה שלו, כמבואר בשו"ע (שלט, ד-ו). ולכן כתב הרמ"א (קפה, י) "השדכן הוי כמו סרסור. ואם השדכן רוצה שישלמו לו מיד שכר שדכנות, והבעלים אינם רוצים לשלם עד הנישואין תלוי במנהג המדינה. ובמקום שאין מנהג הדין עם הבעלים". והטעם שהדין עם הבעלים הוא כיון שכן הוא מעיקר הדין כמבואר בביאור הגר"א (כג) "הדין עם הבעלים. דשכירות כו'. שם ס"ה א' ק"י ב", וכוונתו לציין לדין ששכירות אינה משתלמת אלא בסוף, המבואר בגמ' (ב"מ סה. ובדף קי.). ואם כן מבואר בהדיא שסרסור, שכולל מה שנקרא היום מתווך, יש לו זכות לקבל מה שמגיע לו בזמן גמר המשימה המוטלת עליו. וכן היה הדין בשדכן, אלא שיש מקומות שבשדכנות נהוג אחרת, כמו היום שנהוג לשלם בשעת התנאים, אמנם כיון שבמתווך לא נהוג אחרת, נשאר עיקר הדין לשלם לו בזמן שמיסים מה שמוטל עליו, וכ"כ השער אפרים (קנ).

7. כיון שאין למתווך שום עבודה אחרי חתימת החוזה ואין לו קשר עם הרישום בטאבו ולא עם מסירת החזקה. מאידך עבודתו לא נגמרה בזמן עריכת הזכרון דברים כיון שמכניסים תנאים ופרטים בחוזה שאינם מפורשים בזכרון דברים שעלולים לגרום שהעיסוק לא תתבצע בסוף, וזה דומה לשידוך שלולא המנהג לשלם בזמן עריכת התנאים, הזמן לשלם היה רק בשעת הנישואין כמבואר בסמ"ע (קפה, כו), וכתב התרומת הדשן (ב, פה) דהטעם הוא משום דאז הוא גמר פעולתו והיינו משום דגם אחרי התנאים יתכן שלא יגיעו לנישואין. וכן גבי סרסרות הנוב"י (ח"מ תנינא לו



שהמתווך תיווך לו את הדירה<sup>16</sup>, ולא היה צריך להתעסק בזה בעצמו<sup>17</sup> או להמתין עד שימצא מתווך שמוכן לקבל רק מהצד השני, וכדומה<sup>18</sup>.

4. גם אם אחד הצדדים לא ידע שהמתווך עתיד לדרוש שכר, כגון שחשב בטעות שהמתווך הוא שותף בנכס, או במקרה האמור לעיל שאמר מראש שלא ישלם, והבין בטעות ששתיקת המתווך מהווה הסכמה שיעבוד בחינם [באופן שהיה מקום לטעות ולהבין

בהערה הקודמת שמה שמגיע למתווך הוא מדין יורד שלא ברשות בשדה העשויה ליטע, שדינו לקבל כמו שתלי העיר (שו"ע שעה"א), ולא דווקא הסכום שביקש. וכן כתב הפרי תבואה (ד"ה אך מלשון הרמ"א) שדינו לקבל כפחות שבפועלים.

16. עוד מקרה שמופיע יסוד זה הוא הנידון בקובץ מקבציאל (ל, עמ' שפו). שם לפי טענת הקונה הוא ביקש ממתווך להראות לו דירות, אבל אמר לו מראש שלא רוצה שיראה לו דירות שפורסמו בעיתון, כיון שהוא קורא עיתון ויכול להגיע לדירות האלו בלעדיו. המתווך לא זכר מזה והראה לו דירה שעניין אותו, אבל לפני שהחליט לקנות הדירה הוא ראה פרסום אודות הדירה בעיתון. המח' פטר הקונה מלשלם תווך כיון שלפי דברי הקונה הוא אמר לו בשעה שביקש שיראה לו דירות שלא מעוניין בדירות שפורסמו בעיתון, ולכן א"א לחייב מדין שכירות פועלים, ונשאר רק לחייב מדין נהנה, וזהו כדברינו, והיות שהיה עתיד לראות הפרסומים בעצמו, ומה שהראה לו המתווך את הדירה לא השפיע עליו ולכן לא נהנה בכלל מהמתווך, לכן הקונה פטור מלשלם למתווך.

17. כי גם המחייבים מבססים את עצמם על הרמ"א (רסד, ד) שכתב "אם לא יצא רק ע"י השתדלות האחר לא יוכל לומר לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפה אף על פי שהאמת אתו, מ"מ חייב ליתן לו לפי מה שנהנה", ולדבריהם כלול ברמ"א גם המקרה שהנהנה אמר בהדיא שאינו מסכים לשלם, וכמש"כ הפרי תבואה, וכיון שכל החיוב ברמ"א הוא מדין נהנה, אם אפשר למכור בעצמו בלי מתווך צריכים לשלם רק כמה היה אמור לשלם שלא יצטרך לתווך בעצמו, בדומה למש"כ הנתיה"מ (רסד, ה) לפרש את לשון הרמ"א הנ"ל "אע"פ שהאמת איתו", למה צריך לשלם למשתדל אם לא היה צריך אותו, וכתב שהוא משלם רק מה שאנשים מוכנים לשלם כדי שלא יצטרכו לפעול בעצמם, וזה דומה למה שפסק הרמ"א בדין יורד (שעה, ד) שכתב "ואם בעל השדה הוא עצמו אריס, חזר להיות דינו כאילו עשוי ליטע, רק ששמיך כמה רוצה ליתן שלא יצטרך לטרוח בעצמו". בדומה למש"כ ראיתי אח"כ בספר בינת ראובן (חלק א סימן יא) שפסק בדומה לדברינו במקרה של מתווך שידע על מישהו שמחפש דירה, התקשר אליו, והיות שלא ענה, השאיר לו את האינפורמציה בתא הקולי שלו. השוכר חשב שזה שהשאיר לו את התא קולי הוא חמיו, שהוא גם מתווך ואינו דורש כסף מחתנו, ועל סמך מה ששמע, הלך ושכר את הדירה. ופסק הבינת ראובן שהיות שלא היה משלם תווך כיון שחמיו הוא בעצמו מתווך, אין השוכר צריך לשלם למתווך כיון שלא נהנה מהאינפורמציה שלו. מה שצריך להוסיף הוא שזה בתנאי שחמיו יכול למצוא לו דירה כיו"ב. וכן מצאתי בשו"ת תשובות והנהגות (ד, שיג) שגם פסק כן, כי אחרי שהביא שהאחרונים פסקו כהפרי תבואה, טען שהמצב שונה בזה"ז שהמוכר יכול למצוא מתווך שלוקח דמי תיווך רק מהקונה, וזה כדברינו שתמיד צריכים להתייחס לכל האפשרויות, והעקרון נשאר קיים תמיד, ומה שמשנתה זה האפשרויות. התשובות והנהגות (שם) מחלק עוד שגם כשיש מתווכים שלוקחים רק מהקונה צריכים לשער כמה המוכר היה מוכן לשלם למתווך שיש לו קונה שמוכן לקנות עכשיו לאור העובדא שיש מתווכים בחינם בשבילו.

18. היינו כדברי התשובות והנהגות (ד, שיג) שהבאנו בהערה הקודמת. אמנם צ"ע מדוע תלה הפסק שלו אם המתווך היה מוכן לעבוד ע"מ לקבל שכר רק מהצד השני בלבד, כי למש"כ אפילו לולא זאת לא מגיע לו יותר שכר. ולענין מה שהמתווך היה מוכן לעבוד כדי לקבל שכר מהצד השני, עיין מש"כ בהערה 12. וכל מה שמקבל הוא רק במקרה שקיים הבדל משמעותי בין המתווכים שמוכנים לקבל רק מצד אחד לבין מתווכים אחרים, אבל בדרך כלל במקום שיש מתווכים המוכנים לעבוד על סמך שיקבלו שכר מהקונים בלבד לא מגיע למתווך שעבד בלי פסיקה שום דבר מהמוכר, כיון שדינו כיוור שדינו לקבל כפחות שבפועלים והפחות שבפועלים אינו מקבל כלום מהמוכר.

« המשך בעמוד הבא »

3. הרבה פוסקים<sup>13</sup> סוברים שאפילו אם אחד הצדדים אמר מראש למתווך שלא ישלם לו דמי תיווך, אם המתווך לא הסכים לו, ואפילו אם רק שתק ולא אמר כלום כששמע זאת, אבל בליבו רצה לקבל שכר<sup>14</sup>, ותיווך לו את הנכס, צריך לשלם למתווך. אמנם היות שבדרך כלל ניתן לבצע את הפעולה בלי מתווך, לכן גם אלו המחייבים לשלם למתווך פוסקים שאין צריך לשלם תשלום מלא<sup>15</sup>, אלא משערים כמה נהנה המסרב לשלם ממה

13. הפרי תבואה (סימן נח, והובא בפתחי תשובה רסד, ג) נשאל באחד שהביא פועלים להוציא דברים מרשותו של אדם שהוצרך לרוקן בדחפיות את דירתו מפני הדליקה, ובעל הדירה אמר שלא ישלם לו כיון שידע שהפועלים נשכרו על ידי אותו אדם שהביאם, ולא היתה לו עבודה אחרת בשבילם, ועם כל זאת הפועלים הוציאו את הדברים. הפרי תבואה הוכיח שהנהנה חייב לשלם כיון שזה שהיטיב עמו יש לו דין יורד, לכן מה שבעל הבית אמר שאינו רוצה לשלם אינו פוטרו מלשלם, כיון שסו"ס הוא נהנה. אמנם המהרי"א הלוי (ב, קנא) נחלק עליו במקרה של אחד שהיה סרסור עבור חבירו למכור את העצים שלו, ובעל העצים אמר לסרסור שלא ישלם לו עבור הסרסורות שלו, והסרסור לא הסכים, ומכר העצים. והגם שהמהרי"א לא מצא ראיה לדבריו, וראה את הפסק של הפרי תבואה, בכ"ז טען שלא מסתבר לו שהסרסור יכול לכופף את בעל העצים לשלם לו, מאחר ואמר לו מתחילה לא לשלם. [וצ"ע, כיון שבמקרה של המהרי"א בעל העצים לא הוכרח להסכים למכירה לאותו אדם שהמתווך הביא לו, כיון שנראה מתוך דבריו שבעל העצים מכר בעצמו לקונה שהביא, ולא המתווך, כיון שהמוכר קיבל המעות ולא המתווך, וא"כ מדוע נחשב הדבר כאילו כופים אותו לשלם למתווך]. הצי"א אליעזר (טו, סז) הביא את המחלוקת הנ"ל, ופסק כדעת הפרי תבואה, כיון שהמר"ש ענגל (ג, טו) הביא את הדעות הנ"ל ופסק כהפרי תבואה. יש להוסיף שבנידון כאן יש יותר סברא לחייב את הנהנה מאשר במקרה של הפרי תבואה, כיון ששם הנהנה לא עשה שום דבר המראה שרצונו בפניו הדירה על ידי הפועלים, אבל בתיווך כמעט תמיד המוכר יצטרך לחתום על מסמכים והוא עשה כן למרות שידוע שהמתווך עובד כדי לקבל שכר, וא"כ החתימה מראה שהוא נהנה ממה שהמתווך עשה עבורו.

14. בנידון של המהרי"ש ענגל (ג, טו), והובא דבריו בהליכות ישראל סי' כח) העלה את הסברא, שמאחר והפועל שתק כשאמר לו הנהנה שלא ישלם לו, אולי הווי כמחילה, וע"ז השיב שאע"פ כ"כ הנהנה חייב לשלם, כדברי הקצוה"ח (יב, א) שמחילה בלב אינה מחילה. והגם שבנתיה"מ שם (יב, א) כתב שמועילה מחילה בלב אם בתחילה מחל, ואף כאן בזמן שהסרסור עובד אם היה בדעתו שלא לקחת שכר עבור הסרסור מועילה המחילה (וכן הבאנו בגליון 56 דין 4, הערה 12), בכל זאת הוא טען שזהו רק אם המחילה היא בגדר דברים שבלבו ובלב כל אדם, אבל כשאין המחילה מוכחת, הווי רק בגדר של דברים שבלב. והביא מהש"ך (פא, ט) שלשתיקה אין תוקף של מחילה בחוב קיים. אמנם סוף דבריו צ"ע, שדימה את הנידון כאן לנידון של הש"ך, והרי כאן אין חוב קיים שצריך למחול עליו, וגם הש"ך יכול להסכים לנתיה"מ שאם בזמן שעבד המתווך חשב לעבוד בחינם הרי שמעולם לא חל שום חוב. ואף שאמנם המתווך יהיה נאמן אם יטען שלא התכוון מעולם לוותר, אם אי"ז בגדר דברים שבלבו ובלב כל אדם, אבל אם יודה שבאמת דעתו היתה שלא לקחת שום תמורה עבור התיווך, אינו חייב לשלם דמי תיווך, ולכן התנינו בפנים שהדין נכון דווקא אם לא חשב המתווך לעבוד בלי תמורה, וכן פסק ההליכות ישראל (שם), ולכן פסק שאם המתווך טוען שהגם שאמר לו הבעל דבר שלא ישלם לו, בכ"ז דעתו היתה לדרוש שכר, צריך המתווך לקבל בחרם שכך כיוון מההתחלה. [כך כתב הה"י, אמנם ח"א כתב "אמנם ההליכות נקט שהוא נאמן לומר שכן היה דעתו, וצ"ע דהא הממע"ה. ויתכן דכיון דהווי ספק מתנה הווי כא"י אם פרעתיק וכש"כ השער משפט סי' עה סק"ו עיי"ש דהאר"י. אמנם היכא דאיכא ריעותא לפנינו נוטה דעתו דאי"נ ויתכן דשתיקתו חשיב כריעותא. ועוד צ"ע אם יהא דינו שנשבע ונוטל וכש"כ הרמ"א סי' צא ס"ג לגבי כל היכי דהאי ידע והאי לא ידע. ועוד יש להוסיף שבזמננו שמקובל שלוקחים רק מצד הקונה יש טעם גדול לומר ששתיקתו היא ראיה שהסכים לכך שישתלם רק מהקונה וגם ל"ה כמתנה דהוא טענה גרועה לומר שנתן לו חנם, משא"כ הכא שמשתלם מהקונה".]

15. דין זה הוא אפילו אם המתווך נקב בסכום יותר גדול מזה, כיון שמבואר

כן], אף על פי כן אינו נפטר מלשלם תיווך. אמנם גם בזה הוא צריך לשלם לו רק כמה שנהנה<sup>19</sup>.

5. כמו לגבי שדכנות, כך גם בתיווך ניתן לחלק את דמי התיווך בין כמה מתווכים. ואם יש מתחיל, אמצעי וגומר, כל אחד מקבל שלישי, כמו בשדכנות, והתפקידים של כל אחד מהם דומים לתפקידם בענין שדכנות<sup>20</sup>. ולכן זה שהביא את הידיעה על העיסקה לאחד הצדדים, מקבל ממנו את השכר של מתחיל, אם אכן בסוף יצאה העיסקה אל הפועל כתוצאה מידיעה זו, ואפילו אם זה שהביא את הידיעה לא היה יכול לסיים את העסק

19. כך פסק המהר"ש אנג'ל הנ"ל במקרה הראשון שכתבנו, ושם היה מקום לקונה לטעות כיון שפעם המתווך היה שותף של המוכר ולכן הקונה טען שחשב שאינו מתווך, וממנו למד ההליכות ישראל (שם ד"ה כך נלע"ד) במקרה השני, והוא טען שכך מוכח להיות הדין לפי הפרי התבואה, כי אם הוא סובר שאפילו אם אחד אמר מפורש שלא ישלם בכל זאת מחייבים אותו לשלם, כל שכן אם רק חשב שלא צריך לשלם, שיצטרך לשלם. גם השו"ת ישכיל עבדי (ה, ל) חייב מוכר לשלם תווך הגם שהמוכר בכלל לא ידע שהיה מתווך כיון שהמתווך דיבר רק עם המוכר. אמנם לפי מש"כ בהערה הקודמת נוכל להוכיח מזה רק שצריך לשלם כנהנה, כמו באופן שאמר שלא ישלם. וכן יש להוכיח שאינו צריך לשלם יותר, ממה שפסק התה"ד (שיז) ונפסק ברמ"א (רמו, יז) שאם אחד פרנס את חתנו שנתיים יותר ממה שפסק לתת לו, שיכול אחר כך לדרוש מהחתן תשלום עבור השנתיים הללו, וביארו הקצוה"ח (שם: אב, והנתייה"מ (שם, ה) שמשלם לפי מה שנהנה מדין נזוז"ח.

יש לציין שכיון שבסעיף זה ובסעיף הקודם התשלום הוא רק מדין נהנה, ואינו תשלום מצד שכירות פועלים, לכן לא חל עליו דין של בל תלין, וכדלעיל הערה 4.

20. הגם שהתקנות של הקדמונים כמו תקנת פראג המובא בשו"ת ר' ידידיה טיאה ווייל (תשו"ט) ותקנת הארצות המובא בספר עטרת צבי אמורות לגבי שדכנות, בכל זאת הבינו האחרונים שממנו ניתן ללמוד לכל תיווך, ולכן מצינו בשו"ת מאמר מרדכי (כא) שפסק שהמתחיל מצד א' מקבל שלישי. גם בשו"ת שו"מ (תליתאה, ג, ז) דן אם יש למישהו דין מתחיל, והגם שלא מוכח מדבריו איך מחלקים את דמי התיווך, מ"מ יש ללמוד מדבריו שיש מושג של מתחיל גם בתיווך. גם בשו"ת שב יעקב (חור"מ יג והנה לוי ויהודה) מבואר שבתיווך יש ג"כ חילוק בין מתחיל לגומר. וצ"ע מש"כ הנוב"י (חור"מ תנינא לו ד"ה והנה) "כי בעסק המקח אין שם דברים אמצעיים והמקח תלוי רק בדמים", וכבר הובא בפסקי דין ירושלים (ז, עמ' קכח) שבהרבה מקרים יש עוד הרבה פרטים בחוזה חוץ מהמחיר, ולכן במקרים אלו שייך מתחיל, אמצעי וגומר. גם בהליכות ישראל (סי' ל) כתב שתווך שווה לשדכנות בזה שיש מתחיל, אמצעי וגומר, ובכך שלכל אחד מהם מגיע שלישי. והוסיף שהרבה פעמים המתווך מוסר רשימה של בתים העומדים לשכירות וכדומה, והוא מחתים את המקבל שבמקרה שבעתיד הוא ישכור אחד מאלו הנמצאים ברשימה, הוא מתחייב לשלם לו את מלוא התיווך, ופסק שמועילה ההתחייבות הגם שפעולת המתווך אינה אלא פעולת מתחיל, דמ"מ אם האדם מתחייב לשלם הכל, חלה התחייבותו. [אין להקשות מדוע דין זה אינו תלוי במחלוקת האם המתחייב לשלם מחיר גבוה מידי יכול אח"כ לטעון משטה, כמבואר בגליון 52 דין 3, כיון שיש לטעון כן רק אם באמת לא התכוון להתחייב בכך, ואילו כאן כוונתו באמת להתחייב בכל הסכום. ועוד, כיון שנוהגים לעשות כן אי"ז נחשב תשלום יותר גבוה מהמנהג]. גם בקובץ הישר והטוב (ה, עמ' כה) כתב הגר"מ שפרן שבתיווך יש אותה חלוקה כמו בשידוכים, וכן פסק המשפטיק ליעקב (ה, כב). ועיין בגליונות 52, 54 בדיניהם.

21. כך מבואר בדברי האגרות משה (חור"מ א, מט), וזה לשונו "דהרא"ש איירי אף בהיה אמת ברור שנתעכב מלמכור ללוי מצד השנאה, ומ"מ מחייב הרא"ש, מאחר שעכ"פ הועיל מעשה הסרסור הראשון שידע מלוי שמכר לו עתה לאחר שהחליט לסלק מדעתו טעם השנאה, לכן אף שלסלק השנאה הוצרך לסרסור השני שזה לא היה יכול לעשות הראשון נמי עכ"פ בלא סרסור הראשון הא לא ידעו שלוי רוצה לקנות, ונמצא שהוצרכו גם להראשון וחייב לשלם לו סרסורתו. אבל ודאי רק כפי חלקו ולא כל הסרסורת". וכן פסק בהליכות ישראל (סי' לח) ש'מתחיל' נקרא זה "שחידש והמציא ההצעה

ביניהם<sup>21</sup>.

6. במקרים רבים אחרי שהמתווך מביא את הידיעה על העיסקה לשני הצדדים, הצדדים מעדיפים לנהל לבד את המשא ומתן על הפרטים, ולא להשתמש בשירותו של המתווך, יש סוברים שאם המתווך היה מוכן ויכול להמשיך, אף שלא נעזרו בו, יש לשלם לו את מלא השכר<sup>22</sup>, אך הרבה חולקים וסוברים שבאופן כזה מגיע לו רק שכר של מתחיל, אם לא ששכרוהו מתחילה לשם כך, ובסוף החליטו שלא להעזר בו [שלא מחמת רשלנותו וכדומה], ונראה כדבריהם<sup>23</sup>. אמנם במקומות שנהוג לשלם תשלום מלא

שעי"ז קנתה ההצעה שביתה בליבו של הקונה".

22. כן פסק בהליכות ישראל (סי' לא ד"ה אבל אין זה נכון), וכתב שכך מפורש בנודע ביהודה (תנינא לו), ונראה דהיינו ממש"כ (סד"ה ואמנם) "ובשלמא בעובדא דהרא"ש שלא היה שם סרסור אחר כלל, א"כ כל המקח נגמר על ידי שמעון, לכן אם ברמאות דחאו לא הפסיד סרסורתו. אבל היכא שאחר כך הכניס עוד סרסור בזה, אפילו היה ברמאות אני מסופק אם חייב לשלם לסרסור הראשון ההפסד שגרם לו, ויותר קרוב בעיני שפטור". וכיון שבמקרה שלקחו סרסור אחר הוא פסק שצריך לשלם לשני, א"כ ע"כ שהשני עשה פעולה מסויימת שבגללה ראוי לשלם, ועכ"ז כתב הנוב"י שאם הצדדים עשו זאת בעצמם צריכים לשלם את הכל למתווך שהתחיל. ובהל"י ביאר זאת, כיון שלמעשה הצדדים נהנו במה שהגיעו לידי הסכם ביחד, וע"ז ראוי לשלם תיווך מלא, ורק אם יש עוד מישהו שהיו צריכים אותו אז הוא חולק את התשלום עם הראשון, אבל אם אין מישהו נוסף שמגיע לו כסף, נשאר הראשון עם כל הדמי תווך. אמנם דיוקו קשה כי הפשטות הוא שבמקרה שדיבר עליו הנודע ביהודה הטעם שלא היו צריכים מתווך אחר הוא מחמת שהמתווך הראשון סיים את כל המלאכה, וכמש"כ "כל המקח נגמר", וזה החילוק בין אם לקחו עוד מתווך או לא, כי כשלא לקחו עוד מתווך, הראשון גמר את הכל, ולכן מגיע לו כל השכר. וגם הסברא שלו קשה, כי אם הראשון רק התחיל, א"כ יש להם ממנו רק הנאה של מתחיל. ואין סברא לומר שאם אחד שוכר להתחיל תיווך ישלם לו שלישי, ואם יעבוד בלי שמישהו שכרו יקבל יותר. המחבר הנ"ל חזר על משנתו בספרו נצח ישראל [כדי להשיב נגד המערער על דבריו] והוכיח כדבריו מהרא"ש (קה, א) עצמו, דלכאורה יש לשאול מדוע באופן שהערימו להכניס קרובים חייב הרא"ש לשלם למתווך את הכל, ולא מסתבר שהרא"ש פסק כן מכח קנס, אלא ע"כ שמגיע למתווך את כל הסכום, כיון שהצדדים גמרו בעצמם. אמנם גם את זה יש לדחות, כיון שהפשטות של הרא"ש, וכך הבין הנוב"י בדבריו וכמש"כ לעיל, הוא שהטעם שחייבים לשלם לראשון את הכל הוא בגלל שהוא עשה את כל המלאכה, ולא היה חסר כלום, אלא ניסו לא לשלם לו את מה שמגיע לו כבר ע"י שהכניסו את הקרובים ועשו כאילו המתווך באמת לא סיים, והרמאות פה הוא לא רק רמאות אלא שקר, ולכן מגיע לו הכל. וכן הבין השו"ת אגודת אזוב מדברי (חור"מ כא), וגם לפי הביאור של האג"מ (חור"מ א, מט) בדברי השו"ת הרא"ש הנ"ל הסיבה שהרא"ש חייב לשלם למתווך הוא בגלל שבאמת המתווך עשה את הכל. וראיתי שגם הגר"מ שפרן פסק (קובץ הישר והטוב ה, עמ' כז) כמו ההל"י. במקרה שלו הקונה היה צריך לטרוח הרבה והוא עשה את העבודה של האמצעי והגומר בעצמו, ובכל זאת חייב אותו עבור כל התיווך בטענה שהקונה משלם עבור הנאה, והיות שלא הכניס מתווך אחר נמצא שנהנה מהמתווך את הכל. אמנם דבריו צל"ע, כיון שלמעשה המתווך לא עשה את כל העבודה של מתווך, ואם הקונה היה שוכר אותו לעבוד והוא עשה רק פעולת מתחיל היה מקבל רק שכר המתחיל, ואיך יתכן שמי שלא נשכר יקבל יותר ממי שנשכר? ואיזו טענה היא שנהנה ממנו את הכל, והרי לא עבד? יש לציין שמדברי האג"מ שהבאנו לקמן (הערה 29) נראה ג"כ שסובר שזה שמתחיל מקבל את הכל אם לא היה עוד מתווך שראוי לקבל שכר, אבל אי"ז ראה שסובר כהליכות ישראל, כיון שנראה שסובר כן מצד מנהג, ואם המנהג הוא כן אז לכו"ע צריך לשלם למתחיל את הכל, וכמש"כ בפנים.

23. בנצח ישראל הנ"ל הביא שהשיג עליו הגר"ע אופמן בקונטרס "התאחדות", שאפשר להוכיח מהרא"ש כדברי ההל"י שמגיע למתווך תשלום מלא רק במקרה שהכניסו את הקרובים ברמאות, והיינו שהמערער היה מוכן להסכים להל"י, הגם שהשני פעל להצלחת המו"מ, אם הסיבה

שנהגו לקנות במשיכה, אך גירסא זו קשה בלשון הרשב"א, והביאור הלכה (שם) כתב להגיה דצ"ל 'ועוד נראה', ובכת"י כתוב 'וא"נ' והכוונה לאי נמי, והוא כעין הגהת הביאור הלכה. ולפי"ז כוונת הרשב"א שאף אם נהגו לקנות במשיכה מ"מ ישראל הקונה בדיניהם שפסקה להם תורה, קנה וחייבת בבכורה, כיון דמדאורייתא קני ליה ישראל קמה ליה ברשותיה.

ובעיקר המח' בין הנה"מ והחת"ס הנה הרמ"א בשו"ת סי' פז' כתב בפשיטות שקניין סיטומתא הוא קנין דרבנן. ולא הביאווה האחרונים, ולכאורה יש לומר שאם החת"ס היה רואה את הרמ"א לא היה חולק עליו.

הדבר אברהם ח"א סי' א' מחדש שקנין סיטומתא הוא דאורייתא, ולמד כן בירושלמי קידושין פ"א הלכה ה', וזאת לפנינו בישראל שלף איש נעלו, בראשונה היו קונים במנעל ובסנדל חזרו לקנות בקצצה היו מבאים חבית מלאה אגוזים וקליות ושוברים לפני התינוקות וכו', חזרו להיות קונים בכסף וכו', א"כ רואים שקנין חליפין כל עיקרו מנהגא הוא, ונשתנה מזמן לזמן. ובחליפין לית מאן דפליג שהוא דאורייתא הלכה למשה מסיני, וכל הלכות חליפין בכלי ומקונה למקנה אינו מן ההלכה, דאל"כ איך חזרו לקנות בקצצה. אלא ודאי שההלכה היא שכל שיקבע מנהג הסוחרים לקנות על ידו יהיה קנין גמור, ולכך בראשונה שנהגו במנעל היה מנעל דאורייתא, ומשחזרו לקנות בקצצה היה קצצה דאורייתא, ומה שנחלקו רב ולוי אי בכליו של קונה או בכליו של מקנה המח' היא בפרטי המנהג הקדום, שלא באו לעשות מנהג חדש. אבל אם היו נוהגים הסוחרים בכליו של מקנה גם רב היה מודה דמהני דפנים חדשות באו לכאן.

ולכאורה אפשר לפרש את הירושלמי בעניין אחר שהרי סיום דברי הירושלמי חזרו להיות קונים בכסף ודאי קנין דבר תורה הוא ואינו מצד מנהג הסוחרים א"כ יש לומר שהירושלמי מדבר מג' קניינים בראשונה היו קונים בקנין חליפין ואח"כ היו קונים מדין סיטומתא שהיו נוהגים בקצצה ואח"כ חזרו לקנות בקנין כסף וא"כ אין ראיה מהירושלמי שסיטומתא הוא דאורייתא.

### סיטומתא דיבור ללא מעשה

כל העיסקאות הנעשים בבנקים ובאינטרנט, ברור שמועיל מדין סיטומתא. אך מה שרגילים להזמין ע"י טלפון, כגון באולם חתונות ובבתי מלון, ומחשיבים זאת לעיסקא סגורה, וכן בעסקאות יהלומים שאומרים "מזל וברכה" ובזה סוגרים את העיסקא, יש לדון האם קונים בזה מדין סיטומתא, כיון שהוא דיבור בעלמא, ויש להסתפק האם צריך בקנין סיטומתא עכ"פ מעשה, או שאי"צ מעשה בסיטומתא, כיון שכך נוהגים - להחשיב דיבור זה לקנין.

והנה הרא"ש בשו"ת כלל יב' סי' ג' מביא את דעת המהר"ם מרוטנבורג על אחד שנדר לחבירו שיהיה מוהל לבנו, דאע"ג שהוא דבר שלא בא לעולם מ"מ יש לנו לילך אחר המנהג, וכיוצא בזה אמרו בב"מ סיטומתא באתרא דקנו ממש קנו, אע"ג שמן הדין אינו קונה הולכים אחר המנהג, שיהיה קנין גמור. והרא"ש עצמו חולק, כיון שלפי פירוש רש"י סיטומתא שהוא רושם שרושמים על החביות, ולפירוש הר"ח שהוא תקיעת כף, וא"כ סיטומתא מועיל דוקא ע"י מעשה, ואותו מעשה שעושים הוא במקום סודר. אבל דיבור בעלמא לא. ואפילו יש מנהג - הרי הוא מנהג גרוע שאין הולכים אחריו, וכמו שכתב ר"י בריש ב"ב (ב. תוס' ד"ה בגויל) שאין הולכים אחר מנהג גרוע. ועוד, מי אומר שנוהג מנהג זה. וכתב הרא"ש אני רגיל לקיים דבר זה ע"י תקיעת כף ע"כ תו"ד.

א"כ לכאורה נידון זה - האם צריך מעשה בקנין סיטומתא - תלוי במח' המהר"ם מרוטנבורג והרא"ש, שלדעת המהר"ם אי"צ מעשה, ובדיבור המשך בעמוד הבא

אותו רק לקנין דרבנן לענין קידושין, כמבואר בפוסקים, והיינו שקנין דרבנן ג"כ צריך להחשיבו למנהג, שהרי נוהגים בקנייני דרבנן, וכ"כ במקור חיים או"ח סי' תמ"ח.

אך החתם סופר ביו"ד סי' ש"ד (ועוד מקומות) הביא דברי הנה"מ וחולק עליו, וס"ל שודאי קנין סיטומתא הוא קנין דאורייתא, שהרי לא מצינו שחכמים נמנו על זה ותקנו שמנהג הסוחרים קונה, אלא שרוא ומר שקונה, והוא מן התורה, דכיון שהוא מכח המנהג הרי הוא כאילו התנו שקונה בכך, וכל תנאי שבממון קיים מן התורה. וביאר שאינו דומה לקנין דרבנן, לפי שבקניינים דרבנן לא מחלו על זה הסוחרים מרצונם, אלא אנוסים הם בתקנות חכמים ומטעם הפקר בית דין הפקר, ובזה י"ל שאין כח לבי"ד אלא להפקיע ולא להקנות, ולכך יש להסתפק בקידושין אי מהני קנין דרבנן. וכן לענין בכור יש להסתפק בקנין דרבנן. אך מה שהנהיגו הסוחרים מרצונם הטוב הרי זה ככל תנאי שבממון, שהוא קיים.

וכתב עוד, ומבואר להדיא בתשובות המיוחסות (סי' רכ"ה) דסוגיא דבכורות (ג). אמר ריש לקיש משום רבי אושעיא, ישראל שנתן מעות לגוי בבהמתו בדיניהם, אף על פי שלא משך, קנה, וחייבת בבכורה. וגוי שנתן מעות לישראל בבהמתו בדיניהם אע"פ שלא משך, קנה, ופטור מן הבכורה. ופירשה הגמרא, 'בדיניהם' שפסקה להם תורה, דכתיב או קנה מיד עמיתך, מיד עמיתך במשיכה הא מיד גוי בכסף. ואותה סוגיא מדברת במקום שאין מנהג שקונים במשיכה, אבל במקום שקונים במשיכה פטורת משיכה מבכורה מטעם סיטומתא.

ונדון שקנה גוי בהמה מישראל בקנין סיטומתא כדי לפטרה מן הבכורה, כתב החת"ס שהבהמה פטורה מן הבכורה מספק ספיקא, שאם נשקול סברת הנה"מ נגד סברת החת"ס אולי הדין עם החת"ס שסיטומתא קונה מן התורה, ואף אם נאמר שאינו קונה מן התורה אולי קנין דרבנן מועיל לדאורייתא כדס"ל לכמה פוסקים.

והנה מש"כ החת"ס להוכיח מהרשב"א דס"ל שסיטומתא מועיל, יש לעיין בזה, שהרי הרשב"א דן אם גוי קונה בכסף לפטור את הבהמה מבכורה, ודן במח' הראשונים אם גוי קונה מן התורה בכסף או במשיכה, דעת ר"ת שאינו קונה אלא במשיכה, וכתב שיש לומר שגוי קונה בשניהם מן התורה, ואפילו לסברת ר"ת שאין גוי קונה אלא במשיכה נראים הדברים שכיון שבדיניהם בזמן הזה קונים זה מזה בכסף, אף אנו מינייהו קונים מהם בכסף, שלא יהא אלא שנהגו הנהגה מילתא היא, ואפילו בישראל מישראל, וכמו שאמרנו באיזהו נשך האי סיטומתא קניא. וכ"ש בנדון שלפנינו, שהרי אמרו (ב"ק קי"ג) לגבי ישראל ועכו"ם שבאו לדין, אם אתה יכול לחייבו בדיניהם אמור לו כך דינכם. ואותה שאמרו ישראל שנתן מעות לגוי בבהמתו בדיניהם אע"פ שלא משך קנה, דמשום בטר דינא דאורייתא שדינן להו, דילמא התם במקום שאין שם מנהג ידוע לאוקמי אדיניהו, 'ואין נראה' שנהגו לקנות במשיכה, ואפילו הכי קאמר ר"ל שישראל הקונה מהם בהמה בכסף ולא משך חייב בבכורה, דכיון דמדאורייתא קני ליה ישראל, קמה ליה ברשותיה משעת מתן מעות וחייבת בבכורה.

ואח"כ כתב הרשב"א ש"ל שסיטומתא לא מהני מה"ת אע"פ שמחייב את הגוי בדיניהם, ואם קנה ישראל מגוי בהמה בקנין סיטומתא, ולא משך, חייב הגוי ליתן הבהמה לישראל ומ"מ הבהמה פטורה מן הבכורה. כנמצא איפוא שלענין הלכה למעשה הסתפק הרשב"א אם קונים בקנין סיטומתא לפטור או לחייב את הבהמה בבכורה, וכ"כ הביאור הלכה סי' תמ"ח סעיף ג' ד"ה בדבר מועט וצ"ע.

ומש"כ החת"ס בשם הרשב"א שהגמ' בבכורות מדברת באופן שלא היה להם מנהג לקנות במשיכה, ואם היו נוהגים לקנות במשיכה היו קונים במשיכה מדין סיטומתא, זה לפי מש"כ ברשב"א 'ואין נראה

שבזמנים האלו שכל קישור השידוך הוא בכתיבת התנאים ממילא כל שעשו קנין תחילה בפני עדים וכתבו ראשי פרקים [היינו זכרון דברים] כנהוג, אף אם לא אמרו על מנת שיכתבו את התנאים אח"כ, מ"מ הוה כאומר בפירוש ע"מ שיכתבו התנאים כי בוודאי כוונתם לזה כי כן המנהג פשוט שאחר כתיבת ראשי פרקים כותבים התנאים. וא"כ יכול כל אחד לחזור ולמחות בכתיבת התנאים שלא יכתבו כלל ויהיה פטור מהקנס והביאו הבית שמואל ס"ק טו'.

והקשו האחרונים על הב"ש שבתחילת הס"ק הביא בשם הסמ"ע בס' רמ"ג שאם נעשה קנין השידוכים על מנת לכתוב את השטר יכול למחות בכתיבת השטר ואז כשמוחה פטור מגוף השידוך והקנס כיון שלא נתקם התנאי, אבל אם לא אמר ע"מ לכתוב את השטר אע"פ שיכול למחות שלא יכתבו את השטר מ"מ אינו יכול לחזור מהשידוך, וא"כ לכאורה דין זה סותר את הט"ז, שהרי זה המנהג שעושים קנין וכותבים ראשי פרקים ואח"כ כותבים שטר ואם צריך לומר ע"מ לכתוב את השטר כדי שיוכלו לחזור בהם קודם כתיבת השטר, א"כ אינו כאומר ע"מ שיכתוב השטר ודלא כהט"ז.

הגרע"א בשו"ת תניינא פירש דברי הט"ז שענין כתיבת התנאים שהיה בזמנו שכותבים מחדש שורש הקישור, וכאילו עתה מקשרים בכתב מזה ניכר שעדיין לא נעשה הקישור ולא נגמר עד כתיבת התנאים והיינו כיון שכותבים את כל הענין מהתחלה זה מוכיח שעדיין לא נגמר הענין עד עכשיו. [אך לכאורה כן הוא גם בזמנינו שכותבים בשטר התנאים שורש הקישור ומחשיבים כבר שנגמר הענין בזכרון דברים].

ולכאורה לק"מ, וכוונת הט"ז הוא באופן שכותבים את הראשי פרקים בזמן שעדיין לא הסכימו על כל הפרטים, ועדיין יש פרט שלא הסכימו עליו, ולכך יכול לחזור בו קודם כתיבת השטר, כי בוודאי כוונתם לזה כיוון שעדיין לא סכימו ביניהם את כל הפרטים. אבל אם כבר סכימו את כל העניינים בראשי פרקים ועשו קנין - אז א"א לחזור קודם כתיבת השטר אלא א"כ התנו ע"מ לכתוב השטר כמו שכתב הסמ"ע.

והנה בזמנינו באופן זה שכותבים את הזכרון דברים אחרי שסיכמו ביניהם את כל הפרטים, והזכרון דברים כולל את כל פרטי העיסקה כגון כל פרטי הנכס ומועדי הפירעון והאם יש קנס על ביטול חוזה וכמה, או שאין כלל אפשרות לחזור וכו', א"כ כתיבת הזכרון דברים משמשת כקנין סיטומתא. ואף שבאופן זה שכבר כותבים שטר זכרון דברים יכולים להקנות ע"י קנין שטר, מ"מ מרוויחים בזה כשאין הזכרון דברים עשוי כדיני שטרות, כגון שהוא עשוי לזייף שאז פסול מדין שטר, וכן צריך שיהיה השטר של המקנה כמש"כ הקצוה"ח והנה"מ בס' קצ"א, ואף שכתב הנה"מ בשם הרמב"ן ששכר הסופר הקנו חז"ל להמקנה אף שהלוקח נותן שכר הסופר מ"מ הנייר והדיו ודאי צריך שיהיה של המקנה, ואין לו דין שטר להקנות על ידו אם אינו של המקנה. ולכך כיון שהמנהג לגמור העסק ע"י כתיבת זכרון דברים, א"כ יש כאן קנין סיטומתא אף אם אין לו דין שטר.

אך כל זה שייך באופן שכבר סכימו ביניהם את כל הפרטים, אבל באופן שיש ביניהם חילוקי דברים באיזה פרט שהוא, א"כ בזה עדיין לא נגמר הדבר ואין כאן קנין סיטומתא, וכמש"כ בפירוש הט"ז, שזה כוונתם שיכולים לחזור בהם כל שלא גמרו את כל הפרטים.

### סיטומתא במקום שיש חסרון של אסמכתא

יש לדון באופן שיש חסרון שלבאסמכתא, האם מועיל בו קנין סיטומתא. והנה זה ודאי שלכתחילה צריך לתקן שלא יהיה אסמכתא, ע"י שכותבים שקנו מיניה בבי"ד חשוב או בדרך חכמי ספרד, כמבואר בס' רז', אך כשלא עשו תיקון והוא אסמכתא, יש לדון אם מהנה. הנה החתם סופר בס' סו' פסק שקונה, כמו שכתבו התוס' בב"מ (סו. ד"ה ומניומי) שקנס שעושים בשעת השידוכים מהני בלא קנין בבי"ד חשוב, כיון שנוהגים העולם הוה ליה כסיטומתא.

« המשך בעמוד 8 »

בעלמא סגי, ולדעת הרא"ש צריך בדוקא מעשה שיהיה קנין. והכנסת הגדולה (ס' רא' אות קא') הביא דעת המהרש"ך (ח"ג ס' ח'), שסובר שא"צ מעשה בקנין סיטומתא, וכתב הכנה"ג שיש בזה מח' ולדעת הרא"ש אינו מועיל.

והנה לכאורה נראה לומר שהמהרש"ך אינו חולק על הרא"ש, אלא שבאמת אם נוהגים לגמור את המקח ע"י דיבור הרי זה מנהג גרוע ואינו מועיל, וכמו שתקנו חז"ל קניינים ואף שבדיבור אסור לחזור בו, וכתוב שארית ישראל לא יעשו עולה, מ"מ אין סמיכות דעת בדיבור ואנשים רגילים לחזור בהם. ואע"כ אם שבדבר מסוים יש סיבה וצורך למה נוהגים כן, נראה ששייך מנהג בזה שיוכלו לגמור את המקח ע"י דיבור, כיון שאין הדבר נעשה מחוסר סמיכות דעת אלא בגלל הצורך שבה, ולדוגמא שלא יצטרכו להגיע מירושלים לצפת להזמין מקום במלון, אז שייך בזה מנהג. וכן בעסקאות יהלומים מועיל מה שאומרים מזל וברכה מטעם זה.

### סיטומתא בדבר שלא לעולם

יש לדון האם מועיל קנין סיטומתא בדבר שלא באלעולם. המרדכי בשבת (ס' תע"ב ותע"ג) הביא דעת המהר"ם באחד שהבטיח לחבירו שימול את בנו, שצריך לקיים. ואע"כ שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ הואיל והנוהג הוא שבני אדם מבטיחים זה לזה ומקיימים, צריך לקיים מדין סיטומתא וזו דעת המהר"ם שהובא לעיל בדברי הרא"ש], וכן הוא דעת הרא"ש בשו"ת (כלל יב' ס' ג' וכלל יג' ס' כ"א). וכתב המרדכי ומיהו רבינו יחיאל היה אומר שאם הוא מבטיח כשעדיין היא מעוברת אינו מועיל, כיון שהוא דבר שלא בא לעולם. ואינו דומה לסיטומתא ששם הוא דבר שבא לעולם שמועיל בו קנין, לכך מועיל המנהג להחשיבו לקנין גמור, אבל דבר שאין מועיל בו קנין לא מצינו שהמנהג מועיל להחשיבו לקנין. ע"כ תו"ד. והקצות החושן והנה"מ בס' רא' הביאו רק דעת הרבינו יחיאל שאין קנין סיטומתא מועיל בדבר שלא בא לעולם, וכן דעת הרע"א בשו"ת ס' קל"ד).

הגאון רע"א הביא בהגהות (ס' ר"א) את דברי האם של שלמה, שאין מועיל סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, והקשה בשו"ת כתב המהרש"ל שמהני קנין סיטומתא באורנדי אף בדבר שלא בא לעולם. והנה"מ שם תירץ שבאורנדי מועיל אף בדבר שלא בא לעולם כיון שהוא גם דינא דמלכותא. ואף שבענין דינא דמלכותא יש מח' אם אומרים נגד דין תורה. והש"ך בס' עג' סובר שאין אומרים דינא דמלכותא דינא נגד דין תורה, מ"מ נראה שבנדון זה הש"ך מודה, שהרישהש"ך בס' שנו"ס ס"ק י' כותב שאם המנהג כדינא דמלכותא זה מחייב, וא"כ ה"ה בענין זה.

אך דעת רוב האחרונים כהמהר"ם והרא"ש שמועיל קנין סיטומתא אף בדבר שלא בא לעולם, כן פסק המשאת בנימין ס' צז', והמהרש"ד"ם והחת"ס ס' סו', והדברי חיים והחסד לאברהם והשם אריה והכנסת יחזקאל ס' יד', השואלומשיב כתב כן בשם המקור חיים בס' תנ', וצ"ע שזה סותר מש"כ בנה"מ ס' רא'.

והחת"ס מיישב שרבינו יחיאל אינו חולק על הרא"ש ובאמת סיטומתא מועיל גם בדבר שלא בא לעולם, אלא כיון שהמנהג הוא שאין מכבדים במילה או בסנדק רק אחר שנוולד, א"כ קודם שנוולד אינו סיטומתא כיון ששינה מן המנהג.

הדבר אברהם ס' א' סובר לחלק בזה ולדעתו קנין סיטומתא הוא דאורייתא, אך זה רק בדבר ששייך בו קנין. ובדבר שאין שייך בו קנין, כדבר שלא בא לעולם, בזה אין הקנין סיטומתא אלא דרבנן.

ולמעשה אין להוציא ממון נגד הקצות החושן הנה"מ והגרע"א, וכן שמעתי בשם הגאון הרב אלישיב זצ"ל.

### כתיבת תנאים וכתובת חוזה מדין סיטומתא

כתב הט"ז באבן העזר ס"ק יב' על קנין תנאים שעושים בשידוך,

את הידיעה בפעם השניה, ובין אם נודע למבצע העיסקא על ידי פרסומת<sup>27</sup>.

8. אחת הדוגמאות שהובאה בפוסקים לעיסקא שהתבצעה בשל השפעה מצד המתווך הראשון, כגון שבפעם השניה מסר המתווך החדש רשימה של דירות העומדות למכירה, ובגלל שהקונה ראה את הדירה כשהציעה המתווך הראשון, בחר עתה את הדירה מתוך הרשימה של המתווך השני, ונגמרה העיסקא ביניהם, באופן כזה חייב המוכר לשלם למתווך הראשון את חלק של מתחיל<sup>28</sup>. וכן אם ראה לאחר זמן פרסום של הדירה, ומחמת

כתבנו שלא נראה כן מהרבה אחרונים, ולא מצאנו הגדרה זו בתיווך מעיקר הדין, וגם הוא עצמו אינו מביא שום מקור לדבריו. אבל, יתכן עדיין שהגדרתו נכונה במקום שהמנהג הוא לשלם למתחיל את הכל, במקרה שאין עוד מישהו שעומד לקבל שכר.

25. אחת הדוגמאות של מידע חשוב הוא עצם החלטה של המוכר למכור, וזה היה הנידון בהל"י לז. שם הקונה שמע על דירה והתעניין, אבל המוכר לא הסתדר בעצמו, ולכן החליט שלא למכור. ואח"כ מישהו אחר הודיע לקונה שמצבו של המוכר השתנה ועכשיו מוכן למכור, וכתוצאה מזה המכר התבצע. וכמו כן יאה הדין באופן שהקונה ידע על דירה, אבל לא התעניין כי חשב שמן הסתם היא יקרה עבורו, אחר כך בא מישהו והודיעו שהמחיר זול. ואף דין זה הוזכר בהליכות ישראל (סי' לג ד"ה והיוצא).

26. כבר הבאנו את השיטות השונות בגליון 55 דין 3, ומבואר שם שיש לשקול שני דברים: 1. את התרומה של זה שהביא את הידיעה בפעם הראשונה. 2. את סיבת ההפסקה. כתבנו שם בדין 3 שהגם שיש שיטות הפוטרות לגמרי מלשלם לראשון בגלל שלא היה יכול להביא את הצעתו לידי גמר, הכרעת הפוסקים היא לשלם לו כפי מידת השפעתו על התוצאה הסופית. בדין 5 הבאנו שישנם פוסקים הסוברים שאפילו אם בפעם הראשונה ההצעה ירדה בגלל שאחד הצדדים לא הסכים, בכל זאת אם בפעם השניה היתה הצלחה לאותה הצעה, וההצעה הראשונה השפיעה, מגיע לראשון תשלום כמתחיל. ויש פוסקים הסוברים שכיון שההצעה הראשונה בזמנו ירדה לא מגיע לראשון כלום.

27. זה היה חלק מהנידון באגרות משה (חו"מ א, מט), כיון שבפעם השניה ראה הקונה את הפרסום שהנכס עומד למכירה, ופסק האג"מ שאם ההצעה הראשונה לא תרמה להצלחת העיסקא לא מגיע למתווך כלום. ועיי"ש ד"ה ונשאה וד"ה עכ"פ) שמפרש איך לברר אם באמת המתווך תרם או לא.

28. זה היה הנידון של ההליכות ישראל (סי' לז), ובמקרה שלו הקונה היה מוכן לקנות גם כתוצאה מההצעה הראשונה, ורק המוכר לא הסכים למכור בגלל מצבו. אח"כ נתגלה למתווך אחר שנשתנה מצבו של המוכר, והוא לא ידע שכבר הוצעה הדירה לאותו קונה לפני שנשתנה מצבו של המוכר, והציע את הדירה לאותו קונה, והקונה זכר שראה את הדירה ונודע לו שעתה המוכר רוצה למכור. ובאופן זה הכריע המחבר שהדין תלוי במה שהציע לו המתווך השני, שאם הציע רק את הדירה הזאת, אינו צריך לשלם לראשון דמי תיווך כמתחיל, כיון שנפסקה הצעתו כשהחליט המוכר לא למכור, וגם עכשיו יתכן שהיה יכול למכור אפילו אם הראשון לא היה מציע את הדירה הזאת, ורק אולי צריך לפייס את המתווך הראשון [בתחילה נקט שהוא חייב, אך בסוף כתב 'אולי'], כיון שבלעדיו יתכן שהקונה לא היה קונה, והסתמך בזה על הספר יהושע. [דבריו צ"ע כי כבר כתבנו בגליון 55 הערה 20 שלא הביין את הספר יהושע כפשוטו שהדין לפייס הוא חיוב לפייס. ועוד יש להעיר על דבריו, שפסק גם כמו הספר יהושע וגם כמו האגרות משה, והרי הם חולקים זע"ז, וכמ"ש שם בדין 5]. אבל אם נתן לו רשימה של כמה דירות, ומיד כשקיבל את הרשימה בחר הקונה בדירה זו מחמת שכבר ראה אותה, הרי נמצא שנהנה מהראשון וחייב לשלם לו תיווך. וצ"ע אם זה מחייב גם את הקונה, כי בשלמא המוכר נהנה מהמתווך הראשון כיון שבלעדיו יתכן מאוד שהקונה היה קונה דירה אחרת, אבל הקונה הרי היה מגיע בין כך לדירה ע"י המתווך השני, ורק יתכן שהיה קונה דירה אחרת, אבל אם היה קונה דירה אחרת גם כן היה נותן דמי תיווך למתווך השני, ולכן היה נראה שדבריו נכונים

«המשך בעמוד הבא»

למי שמביא את הידיעה שיש דירה העומדת למכירה וכדומה, הולכים אחר המנהג<sup>24</sup>.

7. במקרים רבים הידיעה הראשונה לא הביאה תוצאות, וכעבור זמן מתווך אחר מציע את אותה הצעה, או שמספק מידע חשוב, וכתוצאה מההצעה השניה או מהמידע החדש<sup>25</sup>, העסק מתבצע. והדין הוא כך: אם ההצעה הראשונה תרמה להצלחת ההצעה השניה, יש אומרים שהראשון נקרא 'מתחיל', ומקבל את חלקו<sup>26</sup>. אבל אם לא השפיע, הסכימו הפוסקים שלא מגיע לראשון שום שכר, אפילו לא כמתחיל, בין אם מישהו אחר הביא

שהוא נכנס לשם היה בשביל שהצדדים לא רצו להמשיך עם המתווך בגלל רמאות, אבל טען שאם הם נכנסו לענין בתום לב אין להל"י שום הוכחה. יש להוסיף שבמקרה שלנו שלא הכניסו מישהו אלא סיימו הצדדים בעצמם, בהרבה מקרים מה שהצדדים נכנסים אינו נובע מרמאות כלל, רק שהם יכולים לבצע את התהליך באופן יותר יעיל אם מנהלים המו"מ באופן ישיר. ובאופן זה ניתן לדמותו למה שפסק הנוב"י גבי שדכנות שלא צריכים לשלם לראשון אלא עבור מה שעשה, ורק שהנוב"י, כדי שלא יקשה עליו דברי הרא"ש, חילק בין שדכנות, שיש הרבה מה לדון ביניהם, לבין תיווך, שכל מה שיש לסדר הוא המחיר, ולכן אם המתווך כבר הביא את הצדדים לעמק השווה אין עוד מה לעשות ונמצא שבעלי דינים הם רמאים כשגומרים בעצמם. אבל במציאות התיווך של היום, שישנם הרבה פרטים לסדר, הנוב"י יסכים שאם הצדדים ניהלו המו"מ באופן ישיר אין צורך לשלם למתווך אלא כמתחיל. [וכן בפסקי דין של ה"ב"ד לבירור יהדות-ירושלים (ז, עמ' קכה) כתבו שהיום התיווך גם כן כולל הרבה יותר מקביעת מחיר]. גם האגודת אזוב מדברי הנ"ל פסק בהדיא נגד ההליכות ישראל, וכתב ששידוך או תיווך שנגמר ע"י קרובים, אפילו אם נגמר ע"י אלו שמעיקר הדין לא מגיע להם שכר כגון אב לבנו, מ"מ מורידים מהשכר של המתחיל את החלק שלא עשה. גם בספר הלכות מתווכים (ח, לג) השיג על ההליכות ישראל, וחילק בין מתווך שעבד מיוזמתו לבין מתווך שהושכר לכך, והטעם שהסכים להליכות ישראל במתווך שהושכר לכך הוא שכיון שהושכר לבצע את הכל אי אפשר לפטר את הפועל שלו באמצע, ככל שכירות פועלים, וזה דבר מוסכם ופשוט. ונמצא שהוא חולק על ההליכות ישראל במקרה שחידש ההליכות ישראל.

יש להוסיף שבהרבה מקרים אפילו אם שכרו מתווך סתם, וכגון שביקשו ממנו למצוא מוכר או קונה, היות שמאוד שכיח שלא משתמשים באותו אדם שמצא את המוכר או את הקונה גם כדי לנהל המו"מ, אין המו"מ כלול בשכירות שלו מעיקרא, ולכן אפילו לדברי ההלכות מתווכים, המוצא מוכר וקונה לא יקבל יותר משליש, אם נהוג לשלם עבור מה שעשה. ויעויין עוד בשו"ת מהר"ש ענגיל (ג, טו) המובא בהליכות ישראל (כח), לגבי מתווך שרק הודיע לאחד שחיפש לקנות כמויות של יין, איפה אפשר להשיג יין, והקונה ניהל אח"כ את המו"מ עם המוכר באופן ישיר, ופסק המהר"ש שלזה שהודיעו מגיע השכר שמגיע למתחיל, ולא נתן לו כל דמי התיווך. וכן הישכיל עבדי (ה, ה) פסק שמגיע למי שהודיע לקונה אודות דירה העומדת למכירה רק חלק המתחיל ולא כל התיווך.

24. בנצח ישראל (שם ס"ק ב) כתב שכך נהוג, והצדיק את המנהג לפי הבנתו ברא"ש ונוב"י שכן הוא מעיקר הדין, והמנהג משקף את הדין. אמנם לפי מש"כ מעיקר הדין אינו כן, אך כיון שכך נהוג הרי המנהג מצד עצמו יכול לחייב. ובמשפטי התורה (ב, לז) סובר המחבר שהפעולה שעליה מקבל המתווך את שכרו היא יצירת הקשר בין שני הצדדים, ומה שהרבה פעמים המתווך מנהל את המו"מ בין הצדדים אינו אלא בגלל שהמתווך מקבל שכר רק אם העסק בא לידי ביצוע, לכן מה שהמתווך עושה הוא עושה לעצמו, אבל אי"ז חלק מהעבודה שלו. אמנם הוא נוקט שאם היו זקוקים לעוד אנשים כדי שהעסק יתבצע, יש לשלם לאנשים האלו ג"כ, וכן לכל אלו שהעסק דרש את התערבותם לגשר בין הצדדים יש לשלם את חלקם בדמי התיווך. ולפי דבריו נמצא שהגדרה של עבודת תיווך היא שמשלמים עבור כל הקשר שהיו צריכים לעשות בין שני הצדדים, ולכן אם צריך הרבה עבודה - על המתווך לעשות הרבה, ואם די במעט, אין מוטל עליו יותר. אמנם כבר

שיש לחלק ביניהם, שבדבר שלא בא לעולם אין הקנין חל בו כלל, משא"כ באסמכתא, מאחר שכך המנהג - סמכא דעתו ומקנה. ואף שהתוס' ושאר פוסקים כתבו עוד טעמים למה אין בקנס שעושים בשידוכים משום אסמכתא, ודעת הרמב"ם שיש אסמכתא בשידוכים וצריך לעשות כדרך שעשו חכמי ספרד, מ"מ כל זה מדובר כשאין מנהג שמחשיבים אותו שעל ידו נגמר הדבר של התחייבול הקנס, אלא מנהג העולם לעשותו בדרכי הקניינים, לכך הוצרכו לטעמים אחרים ונחלקו בהם הפוסקים, אבל כל שהמנהג הוא ברור שעל ידו נגמר הדבר, לכו"ע מועיל משום סטומתא.

אך למעשה היום בתי הדין אינם מוצאים ממון כשיש אסמכתא, וא"כ הקנין שנוהגים להקנות על ידו אינו נחשב לסיטומתא כשיש אסמכתא כיון שאינו מנהג להקנות על ידו כשיש אסמכתא.

וכן דעת הרבה ראשונים, התוס' הרא"ש, המרדכי (ב"מ סי' שכ"ב) והגהות מיימוניות (פי"א מהל' קנין אות ח') בשם הראב"ה, ומהר"ם מרוטנובורג (סי' תתקס"ז) בשם הרשב"א בעל התוס'.

בפסקי הדין הרבניים יש ויכוח בין הרב זולטי זצ"ל והרב אלישיב זצ"ל האם מועיל סיטומתא באסמכתא או לא. הרב זולטי דימה אסמכתא לדבר שלא בא לעולם, שכמו בדבר שלב"ל נקטינן שאין מועיל סיטומתא א"כ גם באסמכתא לא מועיל. והרב אלישיב סבר לחלק, שאינו דומה אסמכתא לדבר שלב"ל שכוון שהדבר בעולם ונוהגים כך מהני.

ולכאורה אם היינו מדמים אסמכתא לדבר שלא בא לעולם היינו צריכים לפסוק בשניהם שמועיל בהם קנין כיון שבאסמכתא סוברים רוב הראשונים שמועיל, ואם כן היתה דעת רבינו יחיאל שאין מועיל סיטומתא בדבר שלב"ל כמעט דעת יחידאה. אלא שאינו מוכרח, וודאי

הקונה את הרשימה, ראה פרסומת על הדירה במקום אחר, לא מגיע למתווך שום תשלום, כיון שהרשימה לא השפיעה עליו לקנות<sup>31</sup>. אבל אם לא ראה את הפרסומת, חייב לשלם, ואף שהיה יכול לראות זאת לבדו, כיון שסוף סוף לא נודע לו הדבר אלא על ידי המתווך, חייב לשלם לו<sup>32</sup>.

שראה אותה בעבר על ידי המתווך התעניין בה שוב, וקנאה, חייב לשלם למתווך את חלקו<sup>29</sup>. אמנם אם בתחילה הקונה לא קיבל את ההצעה ושכח ממנה, ורק אחרי שראה את הפרסום בעיתון התעניין וקנה את הנכס, אינו חייב לשלם למתווך הראשון<sup>30</sup>. וכן אם מתווך מסר לקונה רשימה של דירות, וידוע שקודם שראה

הושפע מכך, נאמר הן לענין המוכר והן לענין הקונה, וזה מובן כי במקרה שלולא העבודה שלו הקונה לא היה קונה הדירה, גם המוכר לא היה מוכר את הדירה, ולכן במקרה שצריכים לשלם למתווך - שני הצדדים צריכים לשלם.

30. אופן זה הוא הנידון של ההליכות ישראל (סי' לח). וכך מוכח גם באגרות משה (ח"מ א, מט) שכתב "כבר נפסק הענין שעשה הסרסור ולא נמכר אז לקונה שלו ורק לאחר זמן שכבר הופסק ע"י קונה אחר בא הראשון ע"י שראה בעצמו המודעות. אבל הא ודאי אפשר שבשביל המודעות לבד אם לא ראה מתחלה לא היה בא לקנות כמו שלא בא לקנות כשהיו מודעות הראשונות, ואם כן ניכר דמשום שכבר ראה את הבית וידע בטיבו ע"י שהביאו הסרסור בא עתה כשראה המודעות שעדין עומד למכרה, ונמצא שהיה זה ע"י מעשה הסרסור דפעם הראשון אף שנפסק בינתיים".

31. כך פסק הליכות ישראל (סי' לח). והוסיף שאפילו אם הקונה התחייב לשלם תיווך, אם יקנה אחת מהדירות המופיעות ברשימה, בכל זאת אינו חייב, כיון שהכוונה היא להתחייב רק אם קונה בגלל שראה את הדירה ברשימה.

32. מהפוסקים הנ"ל מוכח שדווקא אם הקונה ראה את הפרסומת בעיתון הוא פטור מלשלם למתווך אבל לולא זאת, חייב. ולא כמו שיש החושבים שעצם העובדה שהדירה פורסמה בעיתון מפקיע החיוב לשלם תיווך, מאחר והיה יכול לדעת על כך ללא תשלום. וכן טען הציץ אליעזר (טו, סז) במקרה של מתווכת שעניינה את הקונה בדירה, והמוכר רצה להפטר מדמי תיווך, ולכן דחה את הקונה, ופרסם את הדירה ברחוב, ומכר לאותו קונה, ורצה להפטר ע"י מתשלום דמי התיווך. ופסק הצי"א שהם חייבים כיון שהקונה ידע מהדירה דרך המתווכת ולא דרך הפרסום, ולכן מגיע לה דמי תיווך משני הצדדים. ואפילו אם הידיעה אודות הדירה היתה מגיע לקונה רק אחרי הפרסומת, גם כן צריכים לשלם דמי תיווך אם קיבל את הידיעה מהמתווך ולא מהפרסומת.

רק לגבי התשלום שמשלם המוכר. ויש להתיישב בדבר כי יש מקום לטעון שאין הכרח כלל שהקונה היה בוחר בא' מן הדירות שהוצעו ע"י המתווך השני, ולכן צריך לדון כל מקרה בפני עצמו.

29. זה היה הנידון של האג"מ (ח"מ א, מט), כשהמוכר הסכים בתחילה למכור ע"י מתווך, אם ישיג לו קונה במחיר מסוים, והמתווך הראה את הנכס למישהו, והלה לא קנה בגלל שהיה המחיר יקר עבורו. כעבור זמן שניה המוכר את דעתו בגלל שהמחירים ירדו, ופרסם בעצמו את הנכס, ואותו קונה שכבר ראה את הדירה ניגש ישירות לבעליה וקנאה ממנו. אחר כך תבע המתווך דמי תיווך, כיון שהוא זה שהביא את הקונה בפעם ראשונה, והשיב האג"מ שאם ראיית הדירה בפעם הראשונה היתה סיבה למקח, ולולא ראייתו אז לא היה מתעניין כלל בפרסום שראה עכשיו, חייב לשלם לראשון. ונראה מדבריו שגם אם לולא הפרסומת לא היה יודע שהנכס עדיין עומד למכירה בכל זאת צריך לשלם למתווך את כל דמי התיווך, ואין מחשיבים זאת כ"זה וזה גורם" ויקבל המתווך רק תשלום חלקי. כמו כן מוכח שצריך לשלם תשלום מלא, ולא רק כמתחיל. ונראה שהסיבה של שני הדברים היא בגלל שלא היה מתווך אחר, כי הפרסום שראה הקונה התפרסם ע"י המוכר בעצמו, והוא כמו שידוך שאם שדכן הציע שידוך ואח"כ הצדדים בעצמם המשיכו וגמרו את השידוך, צריכים לשלם לשדכן תשלום מלא, ולא רק שלישי כמתחיל, וכמש"כ ההליכות ישראל (סי' לא ד"ה אבל אין זה). אמנם עיין לעיל דין 6 שאינו ראייה שסובר האג"מ שכך צריך להיות מדינת כי אולי הוא רק מצד המנהג. ואמנם אם אכן זה שהוציא את הפרסומת אינו בעל הדירה, אלא מתווך אחר, אזי שני המתווכים יחלקו ביניהם את דמי התיווך (ועיין בגליון הבא אם מגיע תווך למתווך שרק מפרסם דירה). ומגיע לראשון רק חלק כמתחיל. כמו כן מוכח שם (סד"ה ונשארה) שהחילוק הזה, בין אופן שהקונה הושפע ממה שפעם ראה את הדירה ע"י המתווך לבין אופן שלא

## הגליון מוקדנש לעילוי גשומת

מרת שרה מאטיל ב"ר שמואל פוקס ע"ה

נלב"ע ט"ו כסלו, ת.נ.צ.ב.ה.

הונצחה ע"י בנה ידידינו ר' משה פוקס נ"י

"עלון המשפט" יוצא לאור על ידי "מכון מענה שמחה", © כל הזכויות שמורות