



הרב שלמה אישון

נטל הראיה אודות קיומו של 'היתר עסקא'

מעשה במלווה אשר תבע את הלווה לפרוע לו הלוואה הכוללת חיוב ריבית. הלווה סירב לפרוע את הריבית בטענה שהדבר אסור על פי ההלכה. אולם המלווה טען כי ההלוואה ניתנה על פי 'היתר עסקא', ואין כל מניעה הלכתית לעמוד בכל תנאיה. השאלה העומדת לדין הינה על מי מוטל נטל הראיה: האם מחויב המלווה להוכיח שההלוואה ניתנה על פי 'היתר עסקא', או שמא על הלווה להוכיח שההלוואה ניתנה באיסור, ואם לא יוכיח זאת, יהיה חייב לפרוע את הריבית בהתאם לתנאי ההלוואה?

א. אין אדם משים עצמו רשע

איסור ריבית מוטל לא רק על המלווה אלא גם על הלווה.¹ נמצא אפוא שכאשר טוען הלווה שלווה בריבית, הרי הוא 'משים עצמו רשע', הלווה בריבית. נחלקים הפוסקים בשאלה האם אפשר עקרונית לקבל את דבריו של הטוען שלווה בריבית או שילם ריבית, או שמא דבריו לא יתקבלו, משום ש'אין אדם משים עצמו רשע'. דעתו של הרשב"א שהכלל 'אין אדם משים עצמו רשע' איננו שייך כאשר מדובר בתביעות ממוניות, ועל כן אפשר עקרונית לקבל את דבריו של התובע את החזר הריבית ששילם, או את דבריו של הרוצה להיפטר מתשלום בטענה שמדובר בריבית. על כן, לדעתו, התובע מהמלווה להחזיר לו ריבית קצוצה אשר גבה ממנו שלא כדין, והמלווה מכחיש, יכול לחייב את המלווה שבועת היסט, כדי לפטור את עצמו; וזו לשונו של הרשב"א:

שאלת: ראובן תובע משמעון: מנה לי בידך, מריבית קצוצה שגבית ממני. ושמעון טוען: לא היו דברים מעולם. הודיעני: אם הדין עם שמעון, ופטור אף משבועת היסט, משום דאין ראובן משים את עצמו רשע? או דילמא, לא אמרינן: אין אדם משים את עצמו רשע; אלא לגבי עדות. כי ההיא דבר ביתמס...? אבל הכא, הרי הוא בתביעת גזלה, ומתחייב בשבועת היסט.

תשובה: דבר ברור הוא זה, שאין אומרינן בכי הא, אין אדם משים עצמו רשע. שלא אמרו, אלא לענין לפסול את עצמו, או לחייב את גופו, לפי שאדם קרוב אצל עצמו, ואינו משים את עצמו רשע. כההיא דבר ביתמס. ובההיא דפלוני רבעו

1. רמב"ם, הל' מלווה ולווה פ"ד ה"ב.
2. סנהדרין כה ע"א: 'בר ביניתוס אסהידו ביה תרי סהדי, חד אמר: קמי דידי אוזיף בריביתא, וחד אמר: לדידי אוזפי בריביתא. פסליה רבא לבר ביניתוס.'



לרצונו. וכן, שלא להרשיע את עצמו בתשלומי קנסין. דכתיב: אשר ירשיעון אלהים; פרט למרשיע את עצמו. הא שלא בכיוצא באלו, נאמן.³ לעומת זאת, דעתו של הסמ"ג שהכלל 'אין אדם משים עצמו רשע' שייך גם כאשר מדובר בתביעה ממונית על הלוואה בריבית; וזו לשונו (ל"ת קצג):⁴ מצאתי בשם רבינו יעקב שהמקבל מעות לחצי ריוח וכופר ואומר כי מלוה בריבית היא אף על גב דאי בעי פטר נפשיה בפרעתי או באומר לא לויתי ואיכא מגו אף על פי כן אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע.

דברים אלו נפסקו להלכה ב'שלחן ערוך' (יו"ד סי' קעז סעי' יב): 'המקבל מעות לחצי ריוח וטוען שמלוה בריבית היא, אינו נאמן'. על פי זה לא יהיה הלווה נאמן לטוען שלווה בריבית אף כאשר הוא מוחזק. אולם, מפסק ה'שלחן ערוך' (יו"ד סי' קסח סעי' כה) משמע שאם הלווה מוחזק - הוא נאמן בשבועה, ורק להוציא מן המלווה בטענה ששילם ריבית אסורה - אינו נאמן. וזו לשון ה'שלחן ערוך' (שם):

ראובן שאמר לשמעון: לקחת ממני רבית מיד ליד, ושמעון משיב: לא לקחתי, אלא על ידי עובד כוכבים, נאמן בלא שבועה. ואם משיב: איני יודע אם נתת לי מעולם רבית, ישבע שאינו יודע.

על דברים אלה הוסיף הרמ"א:

וכן בשאר טענות שבין לווה למלוה, שזה טוען שהלווה לו באיסור וזה טוען שהלווה לו בהיתר, המלווה פטור אפילו בלא שבועה (כ"מ בפוסקים ועי' ב"י). ודוקא שהלווה בא להוציא מן המלווה, כגון שהיה לו משכון או שכבר פרע לו (ב"י) אבל אם המלווה בא להוציא מן הלווה, הלווה נשבע ופטור. ואם יש שטר ביד המלווה, נשבע ונוטל (סברת בית יוסף ממשמעות המרדכי) ועיין לעיל סימן ק"ס ולקמן סימן קע"ז.

3. שו"ת הרשב"א, ח"ב סי' רלא, וכן הוא ברשב"א בחידושו, כתובות עב ע"א ד"ה ואי דלא ידע; וכן דעת הריטב"א והר"ן, כתובות שם. וכן דעת הרמב"ם, הל' עדות פ"ב ה"ב, הכותב: 'אין אדם נפסל בעבירה על פי עצמו, כיצד הרי שבא לבית דין ואמר שגנב או גזל או הלוה בריבית, אף על פי שמשלם על פי עצמו אינו נפסל...'; הרי שחייב לשלם אף שמשלים עצמו רשע; וכן דעת הרמ"א, סי' שפח סעי' ה, בשם המרדכי. יש לציין שהראשונים הנ"ל עסקו בהודאת בעל דין, שניתן לחייב על פיה אף שאומר שהיה רשע, ואילו בתשובת הרשב"א הוא חידש שיכול אף להטיל שבועת היסת על הנתבע, כשמשלים עצמו רשע.

4. סמ"ג, ל"ת קצג (מהד' שלזינגר, עמ' שמג); דברי הסמ"ג מובאים בבית יוסף, יו"ד סי' קעז, וכן נראית דעת הראב"ד, המובאת בראשונים בכתובות שם. אמנם אין הכרח מדברי הראשונים החולקים על הראב"ד שם, שיחלקו גם על דין זה, משום שהם עסקו בחיובו של המודה כאשר משים עצמו רשע, וכאן מדובר בפטור בטענה שבה משים עצמו רשע. ואמנם מלשון הרשב"א בתשובה שם, משמע שבכל מקרה אין אומרים בענייני ממון 'אין אדם משים עצמו רשע'. וע' בהגהות אשרי, ב"ק פ"ט סי' יח, שהביא שנחלקו בזה אביו והריב"ם, וזו לשונו: 'מעשה בפרג"א בראובן שנתן מעות לשלוחו לקנות לו סחורה ידועה והלך וקנה סחורה אחרת וטען שקנה לעצמו ולכך שינה ודן הריב"ם שכל הריוח לשליח ונשבע שלכך נתכוין ויתיישב לפי דברי רבי' שאומר דלמיפטר נפשיה מממונא אדם משים עצמו רשע כמו הכא שאומר ששינה וקנה לעצמו ומשוי נפשיה גזלן. ואבא מורי אומר דאין אדם משים עצמו רשע כלל והכא משום הכי נאמן שלפי דעתו שרוצה לשלם לראובן מעותיו התירא עבד'.

מדברי ה'שלחן ערוך' והרמ"א עולה כי אף ש'אין אדם משים עצמו רשע', לא יוכל המלווה להוציא ממון מן הלווה הטוען שמדובר בריבית אסורה, אלא אם כן המלווה מחזיק בידו שטר. וכבר הקשה הש"ך⁵ שדברים אלו סותרים את פסק ה'שלחן ערוך' בסימן קעז, שם משמע שניתן אף להוציא ממון מן הלווה הטוען שמדובר בריבית אסורה, ועל כן נשאר ב'צריך עיון' על פסק ה'שלחן ערוך' בסימן קסה. מדברי הש"ך משמע שסובר להלכה, שכאשר מסרב הלווה לשלם בטענה שמדובר בריבית אסורה, יהיה המלווה נאמן להוציא ממנו אף בלא שבועה, ואף במלווה על פה, והלווה לא יהיה נאמן להחזיק ממון בטענה שלווה בריבית אסורה.

אלא שבאמת דברי המחבר עצמו בסימן קסה אינם סותרים את דבריו בסימן קעז, משום שבסימן קסה לא כתב במפורש שהלווה נאמן בטענה שלווה בריבית כאשר הוא מוחזק. עיקר הסתירה היא מדברי הרמ"א בסימן קסה, אשר כתב שאם המלווה רוצה להוציא מן הלווה, הרי שהלווה נשבע ופטור. ובזה יש לומר שבאמת הרמ"א חולק על פסק ה'שלחן ערוך' בסימן קעז, וסובר שרק אם המלווה מוחזק, הוא נאמן לומר שאין מדובר בריבית אסורה; וכמו שמפורש בדבריו בתשובה (שו"ת הרמ"א, סי' פו):

מעשה באחד שתבע מחבירו שתי מאות זקוקים והלה השיב איני חייב לך אלא מאה זקוקים, כי מאה הליתני במאתים בריבית קצוצה. והשיב הר"י מפרי"ש דהמלווה נאמן בלא שבועה דהלווה לו בהיתר משום דלא שבק אינש היתרא ואכל איסורא, וכן פסק בסמ"ג דאפילו במקום מיגו שיכול לטעון פרעתיה ולא לית אינו נאמן, דאין אדם משים עצמו רשע, וכן נראה מדברי הרא"ש סי' תתע"א ובטור יו"ד סי' קס"ט. ואף על גב בתשובה כלל ק"ח סי' ט' ובתשובת הרשב"א דבתשובת הרא"ש סי' ז' משמע דהלווה נאמן, היינו כשאין המלווה מוחזק וכן הוא בטור ס"ס קס"ב ואף ע"ג דבסמ"ג משמע דאפילו אין המלווה מוחזק מ"מ אף על גב דהטור ותשובת הרא"ש לא ס"ל בהא כוותיה, מ"מ אם המלווה מוחזק ליכא מאן דפליג דנאמן.

על פי זה, השאלה האם יכול הלווה להישבע ולהיפטר מתשלום חוב בטענה שמדובר בריבית אסורה נתונה במחלוקת המחבר והרמ"א: לדעת המחבר, לא יוכל הלווה להיפטר מתשלום החוב בטענה שמדובר בריבית אסורה, ועליו לשלם גם כאשר הוא המוחזק. ואילו לדעת הרמ"א, אם הלווה מוחזק, הוא יוכל להישבע ולהיפטר מלשלם. מוסכם אפוא על הפוסקים שאין הלווה נאמן להוציא ממון מן המלווה בטענה שהוא מחזיק בידו ריבית אסורה; וחלוקים הפוסקים בשאלה האם הלווה יכול להישבע ולהיפטר מתשלום בטענה שמדובר בריבית אסורה - כאשר הוא המוחזק, והמלווה טוען שמדובר בהלוואה שניתנה בהיתר על פי היתר עסקא⁶.

5. ש"ך, יו"ד סי' קסח ס"ק עט.

6. ואמנם ע' בחוות דעת, סי' קסח ס"ק מו, שיישב את הסתירה בשו"ע וכתב שבסימן קסח מדובר בכגון שהמלווה טוען שהלווה חייב לו ריבית בהיתר, כגון על ידי עובד כוכבים שקיבל הלוואה על עצמו או באופן אחר של היתר, והלווה טוען 'לא היו דברים מעולם', והחוב הוא של ריבית קצוצה. בכגון זה אף שאין מאמינים ללווה משום ש'אין אדם משים עצמו רשע', גם אין מאמינים למלווה, ועל כן הלווה



להלכה נפסק בשו"ת 'אגרות משה' כש"ך, שניתן אף להוציא ממון מיד הלווה הטוען שמדובר בריבית אסורה, וכך הוא כותב (אגרות משה, חו"מ א, סי' כב):
עובדא אתא לידי שר' הירש תבע את ר' מאנוס שחייב לו מ"ז רובל שנשאר חייב מסך ג' מאות שלוה ממנו בשנת תרע"ד בהיתר עיסקא ונתן לו ע"ז חתימת ידו כשחשב עמו בשנת תרע"ז ור' מאנוס השיב שלא היה בהיתר עיסקא וסך זה נשאר מריבית ור' הירש אמר שהיה בהיתר עיסקא כנהוג ומסר לו את השטר כשנתן לו שטר זה על הנשאר. ודנתי שנאמן ר' הירש כדאיתא בש"ך יו"ד סי' קס"ט ס"ק ע"ט ומשמע שמסכים לו הגר"א שם וגם לא שביק היתרא ואכיל איסורא כמו שנאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד בגיטין דף ל"ז.
ר' משה פיינשטיין מוסיף שבזמננו, שנתפשט 'היתר העיסקא', הרי שלכל הדעות לא יוכל הלווה לטעון שלא היה היתר:

ואף להרמ"א שם שבלא שטר נאמן הלוה בשבועה ובשטר צריך עכ"פ המלוה ליטבע, מסתבר שהוא בזמננו שלא נתפשט ענין היתר עיסקא וא"כ אפשר שדימו שהוא בהיתר ובאמת היה באיסור כדאיתא בט"ז ס"ק ל"ו עיי"ש וגם שם ליכא רק חזקה אחת שאין משים עצמו רשע אבל בזמננו שנתפשט היתר עיסקא שאף ע"ה ונשים יודעין זה ודאי שהוא ממש כפרוזבול דלא שביק היתרא...
וכן הוא כותב בתשובה נוספת (אגרות משה, יו"ד ב סי' סו ענף י):

ובדבר אם נאמן החתן לומר שנתן בהיתר עיסקא וליכא איסור ריבית... ודאי נאמן החתן לומר שהניח הנדוניא בהיתר עיסקא אף אם היה חותנו קיים והיה טוען ברי שהיתה הלוואה באיסור ריבית ולא עיסקא וכ"ש שחותנו היה קיים חמש שנים ולא טען כלום, וגם היורשים אין טוענים שהיה באיסור רק שאומרים דברים בעלמא בלא שום הוכחה ומקום להסתפק שמא היה זה באיסור ריבית שאינו כלום.

על פי פסקו של ה'אגרות משה', לא יהיה הלווה נאמן לומר שלווה בלא 'היתר עסקא', אף אם הוא מוחזק, ועליו יהיה להוכיח שההלוואה ניתנה באיסור. אלא שפסקו של ה'אגרות משה' הוא על פי דברי הש"ך, וכאמור על פי דברי הרמ"א, לא ניתן להוציא מהלווה אם הוא מוחזק וטוען שאסור לו לשלם את הריבית - ונשבע על טענתו זו. ואמנם ה'אגרות משה' הוסיף שבזמננו, שנתפשט 'היתר העסקא', יודה גם הרמ"א שהלווה אינו נאמן לטעון שלא היה 'היתר עסקא', משום ד'לא שביק היתרא ואכיל איסורא'. אך דומה שהמציאות כיום שונה, ורבים אינם יודעים מהו 'היתר עסקא' ואינם מכירים בצורך

נשבע ונפטר. לעומת זאת בסימן קעז, מדובר במקרה שהמלווה טוען על מעות מסוימים שניתנו ב'עסקא' וממילא יש לו חלק ברווחים, והלווה טוען שהכל הלוואה ורק הבטיח לתת רבית קצובה. במקרה זה, היות ש'אין אדם משים עצמו רשע', אין הלווה נאמן בטענתו שהמעות נתנו לו בהלוואה, ואנו מעמידים אותן בחזקת הבעלים הראשונים ומחשיבים אותם כפיקדון, וממילא רווחי המעות שייכים לנותן. על פי דבריו, כאשר המלווה טוען שמדובר בהלוואה שניתנה על פי 'היתר עסקא', הוא יהיה נאמן להוציא ממון גם לדעת הרמ"א. אך על פי הבנת הש"ך ברמ"א, לא יוכל המלווה להוציא ממון מן הלווה גם במקרה זה.

בו, ואם כך ספק רב האם גם כיום אפשר לומר בעניין זה, במצבים של ספק, 'לא שביק היתרא ואכיל איסורא'.⁷

אם כן נמצא שלמעשה לא יצאנו מידי ספק, האם ניתן להוציא ממון מהלווה הטוען שמדובר בריבית אסורה ומעוניין להישבע על כך; ויש אפוא לדון כיצד לפסוק במצבים שבהם יש ספק ריבית אסורה.

ב. ההכרעה בספק ריבית

בשו"ת 'חלקת יואב' (ח"א יו"ד סי' כד) הוכח מדברי הריטב"א⁸ שגם כאשר מדובר בריבית אסורה, יש חיוב ממוני המוטל על הלווה לשלם את הריבית שעליה התחייב, אלא שהתורה נתנה לו רשות (ואף צוותה עליו) להפקיע את החיוב; וזו לשון ה'חלקת יואב' (שם):

ברבית לישראל נתנה התורה רשות להלווה להפקיע החיוב, אבל כל זמן שהלווה מרוצה לקיים הקציצה, שפיר יש חיוב ותורת ממון עליו.
בספר 'שערי יושר' (שערי יושר, שער ה פרק ג) הוכח כן מדברי הריטב"א, והסיק מדבריו: דגם היכא שמצד מצות ה' איכא איסור על הנותן ליתן, ועל המקבל לקבל, חשבינן מכל מקום דאיכא חוב, משום דהשיעבוד והזכות מצד דין המשפטי אינו ענין כלל לכללי המצוות ודיני האיסור.

זוהי גם דעתו של ה'משנה למלך' (הל' מלוה ולוה פ"ח ה"א), הכותב:⁹
שזה הרבית חוב הוא שנתחייב הלוה וחייב הוא לשלם אלא שהתורה גזרה שאף שנתחייב שלא יתן.

בהתאם לכך נפסק בשו"ת 'אגרות משה'¹⁰ שכאשר יש ספק האם היה 'היתר עסקא' או לא - חייב הלווה לשלם, משום שחובו הוא ברור והפטור הוא בספק:

7. ע' ט"ז, יו"ד סי' קסח ס"ק לז, הכותב: 'עכשיו דאנו רואים שרבים פורצים באיסור רבית ולא נחשב בעיניהם למאומה עד שכמעט לא שייך לומר לא שביק היתרא כו' דאינו חושש לעשות בהיתר כלל ודבר זה אנו למדין מדשינה הרא"ש הדין לענין שמיטה ולא נתן נאמנות לאנשי דורו באומר פרוזבול היה לי אף על פי שבימי חכמי התלמוד היה דין זה מפורש וה"ה באיסור רבית שבנדון דידן שצריך לכל הפחות לחקור אותו היאך נעשה בהיתר ואם יראה הדין שאינו ברור ישיענו כן נראה לע"ד'. דומה שהמציאיות כיום קרובה יותר למציאות המתוארת בדברי ה"ה מאשר למציאות שמתאר הגרי"מ פינשטיין, זאת אף על פי שבשנים האחרונות הולכת וגדלה המודעות לאיסור ריבית ולצורך ב'היתר עסקא'.

8. זו לשונו של הריטב"א, קידושין ו ע"ב ד"ה בהנאת מלוה: 'אפילו ברבית גמורה אם כבר פרעתו לו וחזר וקידשה בו מקודשת, דמעות דרבית שפרעם לזה למלוה קנינהו לגמרי וממון גמור הם לו אלא שיש עליו חובה להחזירו ובית דין מוציאין ממנו, ואם מת אין בניו חייבין להחזיר אלא בדבר מסויים מפני כבוד אביהם, ולא עוד אלא דאפילו בחזרה לא מיתקן לאויה כדמתקן לאו דגזל בהשבון'. וכן נכתב בנמוקי יוסף, שם.

9. וכן נכתב באבני מילואים, סי' כח ס"ק כב; ובשו"ת אבני נזר, יו"ד סי' קלח. וכן נראה שהבין רע"א בדעת הריטב"א, ע' בהגהותיו לשו"ע, אבה"ע סי' כח אות י.

10. שו"ת אגרות משה, יו"ד ב סי' סו ענף י.



וגם אף אם היה מקום לחוש הרי הוא רק ספק ואין יכולין ליפטר מהחוב בטענה דספק, דהא הוא כאיני יודע אם פרעתין דהחוב הא הוא ברור גם להא והפטור הוא רק ספק.

וכך נכתב למעשה בשו"ת מהרי"ט (ח"ב יו"ד סי' מ):

דשאני הכא שחיובו ברור... מההיא שעתא נתחייב לו הלוה ואין מוציא מידי חובו אלא איסור הרבית דלא מצי למגבי מיניה, דבי דינא לא מזדקיק ליה, דלא שבקינן דנספי איסורא. ולא שייך לומר בכה"ג קים לי כמ"ד שיש איסור בדבר דאפי' למ"ד דיש איסור מ"מ אין חיובו נפקע שם אלא שאין ב"ד מנכין לו כי היכי נעביד מלוה איסורא...¹¹

אכן, האמור לעיל אינו מוסכם על הכול. ה'חזון איש' (אבה"ע סי' מב ס"ק א) דוחה את מה שמשמע מדברי הריטב"א כאילו הריבית הינה חוב ככל חוב אחר, וכותב: אי אפשר לומר כן, דודאי אין הריבית חשיב חוב, דרחמנא אפקריה ואין הלוה חייב כלום...

על כן מבאר ה'חזון איש' את דברי הריטב"א באופן שונה. ה'חזון איש' כותב שאמנם פירושו דחוק:

נוח לן לדחוק קצת בלשון הריטב"א כדי להעמיד הענין בתיקון. וגם עיקר דברי ריטב"א מורין כן, שאם היה דעתו לחדש דרבי תחשיב חוב לא היה סותם הדברים.¹²

כשיטת ה'חזון איש' סובר גם המהרש"ג (יו"ד סי' א),¹³ ועל כן לדעתו יוכל הנתבע לטעון 'קים לי' במצב של ספק:

באם יש ספק אם יש כאן אבק ריבית והספק הוא בעיקר חיובו של הלוה אם התחיל חיובו כלל, דהרי אם זה הוי אבק ריבית מעולם אינו מתחיל החיוב, דהרי מי שמתנה עם חבירו ליתן לו אבק ריבית תנאו בטל, וכיון דהספק הוא אם החיוב התחיל כלל, שפיר י"ל דהדרין לכלל דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ויוכל הלה לומר קים לי דהחיוב שלי לא התחיל כלל.

נמצא אפוא שהשאלה האם לראות חוב של ריבית כחוב לכל דבר, והאם לראות את הרוצה להיפטר מתשלום בטענה שמדובר בחוב אסור, כטוען 'איני יודע אם פרעתין' - נתונה במחלוקת הפוסקים. לסוברים שמדובר בחוב לכל דבר - ניתן יהיה להוציא מן

11. ואמנם דבריו נאמרו בנוגע לאיסור ריבית דרבנן.

12. ואכן יש מהראשונים שחלקו במפורש על הריטב"א: ר' רבנו חננאל בן שמואל שם. והמאירי שם הביא שנחלקו בדבר, וזו לשונו: 'ריבית הואיל ומדעת הלוה הוא נתן אינה יודעת בחיוב חזרתו והרי הוא בעיניה כמו שנתנה לו משלו והרי זה מחילה בטעות ונמצא שלא נתן לה כלום משלו... אלא שיש חוככים אף ברבית קצוצה לומר שמקדשת אף על פי שאינה יודעת בחיוב חזרתו מפני שאינו חייב בחזרת אותם המעות דוקא ואם כן כל שלא החזירם ממונא דידיה הוא והרי הוא כמקדשה בריבית שנוטל מאחרים שאף במקום שלא נתיאש הנותן מקדשת ואין דנין אותו כגזל דאחרים שאינה מקדשת הואיל ואין חיוב החזרה באותן המעות עצמם'.

13. ור' גם במחנה אפרים, הל' מלוה ולוה, דיני ריבית סי' ב, שהתקשה בדברי הריטב"א.

הלווה אף במצבים של ספק; ואילו לסוברים שאין מדובר כלל בחוב - הרי הדין יהיה כדין כל ספק ממון, שבו 'המוציא מחברו עליו הראיה'.

סיכום

א. נראה שלמעשה יש להכריע בנידון שלפנינו בהתאם לנסיבות: אם המלווה והלווה הינם אנשים יראי שמים, שיש להניח שהם מודעים לקיומו של איסור ריבית, הרי שיש לפסוק כפי שפסק ה'אגרות משה', שהלווה לא יוכל לפטור עצמו בטענה שהוא חייב ריבית אסורה.

ב. אולם אם לפי הנסיבות יש סבירות שההלוואה ניתנה בלא 'היתר עסקא', הרי שבמלווה על פה, יוכל הלווה לפטור עצמו מלשלם את הריבית על ידי שבועה שלא היה 'היתר עסקא'; ואילו בהלוואה בשטר - יצטרך המלווה להישבע שהיה 'היתר עסקא', כדי לגבות את החוב.

ג. כידוע, כיום בתי הדין אינם מחייבים שבועה, ובמקום השבועה מטילים חיוב חלקי על המחויב שבועה, על דרך הפשרה. נראה שהיות שיש רבים מהפוסקים הסוברים שחיוב ריבית הוא חוב לכל דבר, והבא לפטור עצמו עליו הראיה, הרי שבבוא בית הדין לקבוע את שיעור הסכום החלקי שישלם הלווה, ייקח גם דעות אלה בחשבון, ויחייב את הלווה בסכום גבוה יותר מהמקובל בדרך כלל בתור תחליף לשבועה. או לחילופין יגרע בית הדין ממה שמגיע למלווה, סכום קטן יותר מהמקובל בדרך כלל כאשר מוטלת עליו חובת שבועה.¹⁴



14. בעניין שיעור הפשרה המקובל, ע' פתחי תשובה, חו"מ סי' יב ס"ק ג, ו סי' סא ס"ק ד.