



משטר עסקא ל'היתר עסקא'

פתיחה

מאמר זה מהווה מאמר המשך למאמרי הקודם אשר התפרסם בחוברת 'אמונת עתיך'¹ ובו סקרתי את הבסיס ההלכתי ל'היתר עסקא' ואת הגלגולים שעבר, מראשית התפתחותו על ידי 'תרומת הדשן' ועד ל'היתרי העסקא' המנוסחים כיום. אולם נקודה אחת נשמטה מן המאמר והיא המעבר מ'היתר עסקא' אישי ל'היתר עסקא' כללי, ובה אבקש לעסוק במאמר זה.

א. ההתפתחויות בכלכלה האירופית במאה התשע-עשרה והשלכותיהן ההלכתיות

כל הנוסחים השונים של 'היתרי העסקא' מאז הגמרא ועד הנוסחים שנערכו בעקבות הנוסח המחודש של המהר"ם קרקא,² כולל נוסח ה'חכמת אדם'³ נערכו בעבור שני אנשים אשר ביקשו ללוות בריבית זה מזה לצורך עסקי כלשהו, והיתר העסקא ניסח את ההלוואה העסקית כ'עסקא' מותרת. אולם מאז החכמת אדם⁴ חלו שינויים מפליגים בכלכלה העולמית ובחברה היהודית. אם עד ימי ה'חכמת אדם' גיוס הון נעשה באופן פרטי ומאנשים פרטיים, מה שחייב ואפשר עריכת 'היתר עסקא' פרטי בין שני אנשים, הרי שבמהלך המאה התשע-עשרה ובוודאי המאה העשרים עיקר הפעילות הכלכלית הוטתה לכיוון הבנקים המסחריים, הפועלים כחברות ציבוריות, כלומר באמצעות גיוס הון מבעלי מניות ומתן הלוואות בריבית לציבור הרחב. התחרות ביניהם הכתיבה את שיעורי הריבית, ולמעשה כך נקבע מחיר הכסף בשוק כולו.

הראשון להתייחס לתופעה מבחינה הלכתית היה רבי שלמה גנצפריד,⁵ אשר הגדיר את מהותו של הבנק כפי שהכיר אותו ואסר הן את ההשתתפות בבנק והן את לקיחת ההלוואות מהבנק בטענה כי מדובר בהלוואה בריבית.

קבוצות מעות וכדומה שיש לישראל חלקים שמה וישראלים לזים משם בריבית, אף על פי שהממונים המה עובדי כוכבים, מכל מקום נראה לי דאיסור גמור הוא. ולכן אסור ליתן לשם מעות וכן אסור ללוות משם...

1. אמונת עתיך 98 (תשע"ג), עמ' 89-102.

2. ר' ב"ח, יו"ד סי' קסז ס"ק א; ספר נחלת שבעה, סי' מ.

3. חכמת אדם, שער משפטי צדק כלל קמג.

4. נדפס לראשונה על ידי המחבר, רבי אברהם דנציג בשנת תקע"ב (1812).

5. בספרו 'קיצור שולחן ערוך' שיצא בשנת 1864 (סימן סה סעיף כח).

עמדה זו התקבלה ככל הנראה על מרבית הפוסקים, אולם ככל הנראה לא התקבלה בציבור הרחב, וזה המשיך לקחת הלוואות מהבנקים, על אף הדעות האוסרות זאת. הציבור הסתמך ככל הנראה על דעות מקילות אשר התירו את המשך לקיחת הלוואות. כך סבר הרב שאול נתנזון.⁶ טענתו המרכזית הייתה כי היות שיש בבנק שותפות של גויים, יכולים בעלי המניות היהודים להסתמך על דין 'ברירה' ולהניח כי כספם ינתן בהלוואה לגויים בלבד, וכמו כן יכולים הלווים להסתמך על דין 'ברירה' ולהניח כי הכסף הניתן להם שייך לבעלי המניות הגויים.⁷ כעשר שנים לאחר הדיון שבין הרב גנצפריד ובין הרב נתנזון, בשנת תרל"ו (1876), יצא המהר"ם שיק⁸ בהתייחסות מקיפה לתופעת הבנקים. בדבריו הוא זוחה את סברת ה'ברירה' של רבי שאול נתנזון, שכן מהותה של השותפות הוא שכל בעלי המניות שותפים בכל הלוואה והלוואה, ונראה שרוב הפוסקים באותה העת⁹ סברו כי הדבר אסור באיסור ריבית.

ב. הצעת המהרש"ם – 'היתר עסקא' כללי לבנק

כמה שנים לאחר מכן, במהלך שנות השמונים של המאה התשע-עשרה,¹⁰ הציע רבה של ברז'אן הרב שלום מרדכי הכהן שבדרון¹¹ לפתור את בעיית הריבית בהלוואות מהבנקים¹² באמצעות 'היתר עסקא' שעליו יחתמו חברי הדירקטוריון של הבנק בלבד.

6. שו"ת שואל ומשיב, מהדורה קמא ח"ג סי' לא. תשובה זו נכתבה מייד לאחר צאתו לאור של הספר קיצור שולחן ערוך (חלק זה של שו"ת שו"מ הודפס בשנת תרכ"ה - 1865). בדבריו הוא אף ביקש מהרב גנצפריד לתקן במהדורה העוקבת הלכה זו (כפי שאכן עשה לרוב באחת עשרה המהדורות הנוספות שהוציא בחייו), אך ככל הנראה מהמהדורה שלפנינו הרב גנצפריד נשאר בעמדתו האוסרת.
7. בתשובה אחרת מאותם הימים (תרמ"א - 1881) כותב הרב מנחם מנדל פנט (שו"ת שערי צדק, ח"ב יו"ד סי' קכד) כי ניתן להתיר הן את לקיחת הלוואה והן את רכישת המניות במקרה שבו מדובר בבנק בבעלות גויים שבו שיעור בעלי המניות היהודים קטן. זאת על פי העיקרון של הליכה אחר הרוב 'וכל דפריש מרובא פריש', הגורם להניח כי כל הלוואה הנלקחת על ידי יהודים הינה מרוב הגויים. כמובן שסברא זו אינה מועילה, אלא במקרה שבו מדובר בבנק שרובו שייך לגויים. היתר עקרוני יותר מספק בשו"ת מהרי"א הלוי, ח"ב סי' נד. בעניין היתר זה נרחיב לקראת סוף דברינו.
8. שו"ת מהר"ם שיק, יו"ד סי' קנח.
9. שנים רבות לאחר מכן, אחרי שהבנקים הפכו להיות חלק בלתי נפרד מהכלכלה, ומעמדם החוקי הוגדר והתייצב, היו מן האחרונים אשר הציעו לראות את מעמדם ההלכתי של הבנקים באור שונה לחלוטין. לגישות אלו ניחד מקום באחרית דברינו.
10. על מנת לנסות לתארך את מועד מתן ההיתר ניעזר מעט בתולדותיו של המהרש"ם והמכותב של התשובה. המהרש"ם החל לכהן בברז'אן בשנת 1881. התשובה ממוענת לרב פישל פלדמן (נפטר ב-1904), שכיהן בפועל כרבה של ביטשקוב, ואותו מכנה המהרש"ם בשם בכינוי 'מחותני', כינוי שהוא זכה לו אחרי נישואי בנו הרב משה ישראל פלדמן הי"ד עם חנטה, נכדתו של המהרש"ם. מכיוון שעל פי הרישומים שבידינו זו נולדה בשנת 1877, יש להניח כי קשרי החיתון הללו לא נוצרו לפני שנות התשעים של אותה המאה. בתשובתו כותב המהרש"ם כי הנחייתו לעשיית 'היתר עסקא' כולל ניתנה בברז'אן 'איזה שנים' לפני כתיבת התשובה הנ"ל, ומשמע שההיתר התחיל לנהוג כבר בסוף שנות השמונים של אותה המאה.
11. שו"ת מהרש"ם, ח"א סי' כ.
12. בנקודה זו סבר המהרש"ם כדעת האוסרים את הריבית בבנקים אשר האריך בתשובתו הנ"ל לדחות את הדעות המקילות, ולא נשא פנים למורו ורבו הרב נתנזון ממנו נסמך להוראה.



החידוש בהצעת המהרש"ם הוא שבניגוד לכל 'היתרי העסקא' עד לאותה העת, אשר נכתבו עבור הלוואה-עסקא ספציפית, בין שני אנשים מסוימים, נחתם ההיתר הנוכחי על ידי הבנק באופן חד-צדדי, ודי בכך לדעת המהרש"ם להתיר את לקיחת הלוואות בריבית מהבנק:

ובגוף הדין הנה זה איזו שנים כשנתייסד באנק כזו עשיתי עם הממונים שטר בבית דין, וחתמו עליו בחיוב המועיל, שכל הלוואות יהיו על צד היתר עסקא. ואם לא ירויה הלואה יחזירו לו גם העסקא שלוקחים מקודם. ואחרי זה הכרזתי כן בכל ביהכ"נ וביהמ"ד לפרסם הדבר. וגם כל מעשה ב"ד יש לו קול... וממילא הווה ליה כהתנה כן בפירוש בשעת הלואה, ויש שטר בבית דין... וזה עדיף ממה שכתב הרה"ג הנ"ל, לתלות הודעה בכותל, שאין בה כח ע"פ דברי תורתנו הקדושה, ואפי' כתנאי בע"פ לא הוי, וכמו שפקק רום מעלתו בזה. וא"צ לכתוב זאת בתקנות שבדיניהם כמובן...

הנחתו של המהרש"ם היא כי 'היתר העסקא' בעיקרו מבוסס על הסכמה והתניה בין שני הצדדים, המלווה והלווה,¹³ כי ההלוואה אינה הלוואה בריבית שאסורה, אלא עסקה עם חלוקת רווחים שמוותרת. הסכמה זו אינה חייבת להיות מנוסחת בשטר חתום בעדים או בכתב בכלל, והיא יכולה להיות גם בעל פה. הנחה זו נתבארה היטב בדברי הפוסקים הב"ח¹⁴ והש"ך.¹⁵ חידושו של המהרש"ם כפול: האחד, שאין צורך לדרוש התניה מפורשת, וניתן להסתפק גם ב'תנאי מכללא' אשר ההתקשרות בין הצדדים מבוססת עליו במידה וניתן להניח את קיומו. השני, שדי בחתימה חד צדדית של דירקטוריון הבנק על 'היתר עסקא' ובפרסום נאות של דבר קיומו על מנת להניח כי 'היתר העסקא' נכלל בתנאים שהצדדים התחייבו עליהם. כלומר החידוש אינו בכך שחתימת הדירקטוריון של הבנק על כך שכל הלוואות הניתנות ליהודים כפופות ל'היתר עסקא' די בה כדי להוכיח את הסכמתו להיתר, אלא שבמקרים מסוימים ניתן להניח כי תנאי זה נעשה בהסכמת הלוקח ובידיעתו, כי הוא אינו לוקח הלוואה בריבית אלא נכנס לעסקה, על כל משמעויותיה.

את הבעיה הזו מציע המהרש"ם לפתור באמצעות פרסום דבר קיומו של 'היתר העסקא' באמצעים המקובלים בהלכה לשם יצירת 'קול' והם מעשה בי"ד, ופרסום ממשי במקומות ציבוריים. את ההצעה אותה הציע השואל הרב פלדמן, בשם הרב אריה לייבוש הורביץ,¹⁶ להסתפק בתליית מודעה על הקיר במשרד, הוא דוחה, אם כי לבסוף¹⁷ הוא

13. מסיבה זו דרש ה'לבושי שרד' (חידושי דינים ליו"ד סעי' עה. בזמנו נחשב לספר הפסיקה המעשי בדיני או"ה) את ציון ידיעתו של הלווה מתנאי 'היתר העסקא': 'ויש להודיע להסופרים שיפרש בהשט"ח בידיעת הלווה בפירוש שגם אם יעבור הזמ"פ מחויב ליתן עיסקא' (וראה להלן במה שדנו הרב איגר ורבי מנחם מנדל מגור על אודות דבריו אלו).

14. ב"ח, יו"ד סי' קעז אות יז.

15. ש"ך, יו"ד סי' קעז ס"ק מט.

16. המכונה בתשובת המרש"ם בשם הרב של סטרי. דעת הרב הורביץ מופיעה בהרחבה בשו"ת שלו הרי בשמים תנינא, סי קטו בסופו.

מאמץ אותה כאמצעי נוסף ליצירת הקול הנדרש. כאשר נוצר הקול הנדרש סבור המהרש"ם כי ניתן להניח שהלקוח היה מודע לקיומו של ההיתר, ומכיוון שהבנק הצהיר כבר כי הוא מעוניין לעשות עסקה ולא הלוואה בריבית, די בכך כדי להניח כי אע"פ ששני הצדדים לא הזכירו את הדבר בשעת ביצוע ההלוואה, היה זה תנאי מכללא להתקשרות ביניהם.¹⁸

בן דורו של המהרש"ם הרב מאיר אריק¹⁹ התייחס להצעתו של המהרש"ם והוסיף כי לדעתו הצעה זו מועילה לכלול גם את הערב, אף שלא היה שותף לעסקה. אומנם לדעתו היא אינה מועילה להלוואות שנוטל הבנק מבנקים אחרים, ואלו צריכות 'היתר עסקא' אישי שעליו חתומים שני הצדדים.²⁰

ג. התנגדויות ל'היתר העסקא'

בעקבות פרסום הצעתו של המהרש"ם יוצא הרב משה פרלמוטר²¹ בתשובה ארוכה ובה הוא מתייחס ודוחה את כל ההיתרים הנזכרים לעיל, ושייזכרו להלן,²² ובכללם גם לדעת המהרש"ם, וזו לשונו:

אף שיעשו כן בוודאי לא יתנהגו בזה כדי היתר עסקא שאם מברר בעדים או שישבע שלא היה לו רווח או שהיה לו היזק לא ישלם. ובפרט כי תהלוכות העסק הוא דמוכרים וועכסלין (המחאות) של אחרים בזירע שלהם וינוכה מייד הפרצנט (אחוזים) שעולה כפי זמן הפרעון של המחאות, האם יוחזר להם אח"כ האחוזים האלה אף כי יברר או ירצה לישבע לא הרווחתי?! ומה גם כי לא יזכה גם משום דדינא דמלכותא אינו כן.

17. אומנם בהגהות המצורפות למפתחות השו"ת הוסיף המהרש"ם וכתב את הדברים הבאים: 'ועכ"פ יתלו בהבאנק ה"ע ויחתמו הדירעקטארין על זה. זולת אם יש גם שותפים עכו"ם אז יש לסמוך ע"ד הר"מ שיק ובפרט אם רובם עכו"ם'. כלומר גם אם לדעתו אין לסמוך רק על תליית ההיתר על הקיר, והדבר אינו מהווה התניה בשעת ההלוואה, ראוי לכתחילה לנהוג כן.
18. לדעת ה'חלקת יעקב', יו"ד סי' סד אות י, המתעסק עם גוף כמו בנק מסכים לכל כלי העבודה שלו, שבהם הוא יכול לעיין, אם רק יחפוץ בכך, ולפיכך די בעצם מוכנותו של הבנק להציג את ה'היתר עסקא' לכל מי שמבקש אותו על מנת להניח כי המתעסק עם הבנק הסכים גם לתנאים המפורטים בשטר העסקה שעליו חתום הבנק, וזאת אף שהוא בטוח כי מדובר בהלוואה גמורה בריבית קצוצה.
19. בשו"ת אמרי יושר, סי' קפט.
20. במידה והדבר לא נעשה, לכאורה קיימת בעיה לרכוש אגרות חוב של בנק זה, אולם האמרי יושר נוטה להתיר זאת בסברה כי כאשר הדירקטוריון והנהלה גויים, הם עושים על דעת עצמם, ובעלי המניות אינם עוברים על איסור. אולם סברה זו מאפשרת אולי לקחת צעד אחד נוסף ולומר כי אם הבנק אינו עובר על איסור, שכן הנהלה היא של גויים, גם הלקוח הלוקח את ההלוואה מהבנק אינו עובר על איסור, שכן אם המלווה אינו עובר על איסור ריבית, גם הלווה אינו עובר. האמרי יושר מעלה זאת כאפשרות תיאורטית אך מעדיף להשאיר זאת כשאלה.
21. שו"ת תרשיש שהם, סי' לד-לו; הרב משה פרלמוטר היה מו"ץ בעיר לודז' ואחיו של הרב אברהם פרלמוטר, רבה של ורשא באותה העת. שו"ת תרשיש שהם יצא לאור בשנת 1902, וכפי שכותב הרב פרלמוטר, תשובה זו נכתבה סמוך להדפסת השו"ת, ומכאן שתשובה זו ניתנה סמוך למועד כתיבת תשובת המהרש"ם כפי שהוכחתי לעיל.
22. בתשובתו הוא מתייחס הן להיתרו של הרב נתנזון והן להיתרו של הרב איטינגא שיוזכרו להלן.



כלומר לדעתו 'היתר עסקא' שכזה אינו מועיל משתי סיבות: האחת, הוא לא יכול על ידי הבנקים, והשנייה, שהוא מנוגד לחוק, ולא יעמוד במבחן בתי משפט של המדינה. לדעתו עסקא שאינה עומדת במבחן בתי המשפט אינה עסקא, כשם שמכירת חמץ והסרת האחריות ממנו שאינה ניתנת למימוש בפועל אינה מועילה.²³ אחרי שנים רבות יטען הרב משה פיינשטיין²⁴ כנגד היתר זה טענות נוספות. האחת, במציאות שבה בחברה הכללית ישנם גויים ויהודים, לא ניתן להעלות על הדעת יישומו של 'היתר עסקא' שבו כתוב כי לבירור ההפסדים לא יהיו נאמנים אלא אנשים שומרי תורה ומצוות, ולשבוועה יהיו נאמנים רק לווים הכשרים להישבע בבית דין:

לא טוב לפני באנק שהוא עסק להלוות לאלפים אנשים וגם לאינם שומרי תורה ואף לנכרים שיהיה היתר עיסקא כללי, דהא יש חלוק בין לוח ללוח דיש מי שנאמן בשבוועה ויש מי שאין להאמינו בשבוועה דצריך להתנות עמו שלא יהיה נאמן אלא בעדים כשרים, ואף עדים כשרין כשיהיה נוסח כללי תלוי במקום פומבי הרי אי אפשר לומר למי שיאמר שהפסיד ויביא עדים שהם ידועין לחשובים במדינה לומר עליהם שאינם נאמנים משום שהם נכרים או יהודים שאינם שומרי תורה...

אומנם למעשה הגישה המקובלת בפוסקים היא לסמוך על 'היתרי העסקא' של הבנקים שעליהם חתמו גדולי הפוסקים מאז ימי המהרש"ם ועד היום, ואף סמכו עליהם באופן אישי בהפקדותיהם ובהלוואותיהם.

ד. התייחסויות נוספות לבנקים ולהברות בע"מ

כפי שראינו הנחת מרבית הפוסקים בסוף המאה התשע-עשרה הייתה כי הבנקים אינם שונים מהותית מכל אדם פרטי, ולפיכך באופן עקרוני קיימת בהם בעיה של ריבית שיש

23. בדומה לכך כתב במנחת יצחק ד, סי' טז אות ח, שאם על העסקא חתום אדם שברור שלא ילך לדין תורה אלא לערכאות, על ה'שטר עסקא' להיות בר תוקף גם על פי החוק. על טענה זו ניתן לענות כפי שכתב המהר"ם שיק, יו"ד סי' קסא, שגם אם לשטר אין תוקף על פי החוק, הואיל והחוק אינו אוסר את ההתדיינות בדין תורה, אין הדבר פוגם ביעילותו ההלכתית של ה'היתר עסקא': 'דברי חכמים שרירין וקיימין ותקנתם מועיל גם בזה'ז' שהרי אין המלכות גוזרת שלא יהא רשות לבר ישראל לילך לדון בדין ישראל שהרי בשניהם רוצים לילך לדין ישראל אין המלכות מונעת וכיון שהחיוב על כל בר ישראל לשמוע דברי חכמים ולעשות כדבריהם עפ"י הוראותיהם ואם אינו שומע הוא עושק וכממון שאינו שלו א"כ שפיר מועיל תקנת מהר"ם בענין עיסקא גם בזה"ז'. המהר"ם שיק עסק בשטר עסקא שבין שני אנשים, אולם הדבר נכון עקרונית גם ביחס להיתר עסקא כללי, וכך כותב המהרש"ם בעצמו כאשר הוסיף ואמר: 'וא"צ לכתוב זאת בתקנות שבדיניהם כמובן...'. באופן דומה ואף נחרץ יותר כתב כמה שנים לאחר מכן הרב מרדכי יעקב ברייש, בשו"ת חלקת יעקב, יו"ד סי' סז: 'דבין ישראל לחברו אזלינן רק בתר דין תורה, ולא איכפת לן הדד"מ שהוא נגד התורה... דלדידהו הית"ע זה לא נחשב אצלם, ולענין הפקעת איסור רבית לא איכפת לן דא, כיון דאזלינן בתר דינינו בין להקל בין להחמיר'. החלקת יעקב תומך את דבריו במנהג כל גדולי התורה באירופה שלפני המלחמה להסתמך על שטר 'היתר עסקא', אף שלא עמד כלל בדרישות החוק באותן המדינות.

24. שו"ת אגרות משה, יו"ד ח"ב סי' סג.

לפותרה באופנים כאלו ואחרים, וההיתר הנפוץ ביותר היה 'היתר העסקא' של המהרש"ם. אולם בקרב הפוסקים היה ניתן לשמוע גם קול אחר, שנאמר בעוצמות שונות ובנימות שונות וממנו עולה כי אין לראות את ההלוואה הנלקחת מתאגיד בנקאי ככל הלוואה אחרת שנותן ראובן לשמעון. הראשון להעלות סברה זו היה המהר"ם שיק הכותב כבר בשנת 1876 את הדברים הבאים:²⁵

ולפי הנראה לכל בעלי השותפות הלוה כל אחד ואחד את ממונו לכלל החברה וכל א' וא' הוא מלוה ולוה שהוא מלוה מעותיו ומשעבדו לכל החברה להוציאם עפ"י התקנות שלהם וכן אחרים מלווין לו והמעות והחפצים הנמצאים שם הם משועבדים לכל בני החברה... וכיון שביררנו שכל בעלי השותפות הם רק כמלווין ולווין א"כ אפילו אם עדיין המעות בעין מה שהניחו הא קי"ל דמלוה להוצאה נתנה ואינה בעין... וא"כ כיון דבנידון הנ"ל גוף הממון של הבעלים אינו בעין אלא דכל מה שבשפארקאס"ע הוא משועבד להם... וא"כ אין זה הממון כל השותפין אלא שהוא משועבד להשותפין ולא חשיב ממון ישראל והי' נראה לכאורה דבכה"ג ליכא איסור רבית להישראלים המשותפים בו...

לדבריו, בעלי המניות אינם מוגדרים כשותפים בכספי הבנק המלווים את כספי השותפות ללקוחות הבנק, אלא רק כמי שכספי הבנק משועבדים להם,²⁶ ואם כן הכסף של הבנק הניתן בהלוואה בריבית אינו שייך לבעלי המניות היהודים, ואין בו איסור ריבית. אומנם בהמשך דבריו מעלה המהר"ם כמה בעיות בסברה זו, ובעיקר את העובדה שההלכה אינה דורשת מהאדם להיות בעלים על הכסף שהוא מלווה בריבית, ודי בכך שיהיה אחראי עליו על מנת שיעבור בנתינתו על איסור ריבית. אי לכך משאיר המהר"ם שיק סברה זו בתורת 'לימוד זכות' שככל הנראה היה נצרך מאוד באותה העת. כעשר שנים לאחר מכן, בתשובה משנת תרמ"ז, מעלה הרב יצחק אהרן הלוי איטינגא²⁷ רעיון חדש אשר ניתן לראותו כתחילתו של המושג 'האישיות המשפטית'. לדבריו ה'בנק' הוא שמלווה ולווה, ואין כל נגיעה באיסור לא לבעלי המניות, לא לחברי הדירטוריון, לא לפקידים ולא ללווים; וזו לשונו:

ליכא כאן שום ענין שליחות לא מהמלווה ולא מהלווה דהרי מעולם לא דיבר המלוה עם הדירקטור שום דיבור מהלואה... והרי בנדון דידן כל ההלוואות נעשו על שם הבנק ואם הלווה אינו רוצה לשלם אין להמלוה עליו שום טענה כי הבנק תובעת אותו בדיני ישראל או בדיני אומות העולם והמעות שייך לבנק... אין שום אחריות דנפשיה על הדירקטור ולא על הקופאי כי אם מחלק את המעות הנמצא

25. שו"ת מהר"ם שיק, יו"ד סי' קנח.

26. סברה זו דומה במקצת לסברת הרב משה פיינשטיין, שאותה נביא להלן, אלא שבמוד הרב פיינשטיין סבור שנכסי בעלי המניות משועבדים להלוואות שהבנק נוטל, ולכן מתיר להלוות בריבית לבנק אך לא לקחת ממנו הלוואה, סובר המהר"ם שיק כי החובות משועבדים לבעלי המניות ותו לא, ומסתמך על סברתו ללמד זכות על הנוטלים הלוואה מהבנק.

27. שו"ת מהרי"א הלוי, ח"ב סי' נד; הרב יצחק איטינגא היה בנו של הרב מרדכי זאב איטינגא, שהיה במשך שנים חברותא ושותף של הרב שאול נתנזון לכמה חיבורים.



בבנק כפי הפנקסאות הן רב הן מעט ומעולם לא נעשה אחד מהם לא מלוה ולא לווה כי אם הבנק מקבלת המעות ועושה בהם מו"מ ע"פ עצת מנהיגי הבנק... לפי האמת נלענ"ד דבין אם מנהיגי הבנק נכרים או ישראלים בכל גווני מותר לכתחילה.

יש להעיר כי מהרי"א הלוי אינו משתמש במושג 'חברה בע"מ' וב'מסך'²⁸ שהיא פורשת לכאורה בין הבעלים ובין העובדים בשמה, שכן הוא פוטר מאיסור ריבית את המפקידים (בעלי האקציע - אג"ח), את מנהלי הבנק (הדירקטורים), את עובדי הבנק (הקופאים) וכמובן את לקוחות הבנק (הלווים), אך לא את הבנק עצמו, וייתכן כי השותפים בבנק עצמו בהחלט עוברים על איסור ריבית, ואם כן בהחלט ייתכן כי הוא היה אוסר את לקיחת ההלוואה מהבנק ואולי גם את ההפקדות לו הבנק עצמו היה בבעלות יהודים.

עמדות אלו לא הפכו לנחלת מרבית הפוסקים אשר אסרו באופן גורף את ההלוואות מהבנקים בבעלות יהודית והתירו אותן רק בכפוף לקיומו של 'היתר עסקא'. אולם עברו שנים רבות, והבנקים אשר היו בסוף המאה התשע-עשרה תופעה חדשה, הפכו להיות חלק בלתי נפרד מהכלכלה, ומעמדם החוקי הוגדר והתייצב. בעקבות כך היו מן האחרונים אשר בחנו את מעמדם של הבנקים מחדש והציעו לבסס את מושג 'האישיות המשפטית' אשר משנה לחלוטין את מעמדם ההלכתי של הבנקים. מי שעשה זאת לראשונה היה ככל הנראה הרוגוצ'ובר, רבי יוסף רוזין,²⁹ המבאר (בלשונו המיוחדת) בתשובה מדוע אין כל בעיה של ריבית בהתעסקות עם בנקים; וזו לשונו:

עיי' ב"מ דף נז ובמנחות דף צ' ע"ש דאין ריבית להקדש... והגדר, דשעבוד צריך דוקא לאדם מסוים ולכך גבי הקדש ליכא מציאות רק צורה... והנה גדר הבאנק לא נקרא דבר מסויים רק דבר של צורה, לא חומר, כי גם מי שיש להם באנק הם אינם משועבדים לעצמם רק הכסף המונח שם ועוד, ושוב ליכא למי הוא משועבד. בלשונו נאמר כי הרוגוצ'ובר לומד מדין הקדש את המושג ה'אישיות המשפטית',³⁰ והוא רואה את הבנק באופן זה, 'לא נקרא דבר מסוים, רק צורה לא חומר', שביחס אליו לא שייך איסור ריבית.

28. מושג מודרני המתאר את הערבות המוגבלת של בעלי המניות על פעולות החברה בע"מ.
 29. שו"ת צפנת פענח, ח"ב סי' קפד. התשובה נשלחת בשנת תרצ"ה (1935), שנה לפני מותו של הרוגוצ'ובר, לרבי יהונתן אייבשיץ הי"ד (מו"צ בוורשה, נרצח עקד"ה בגטו ורשה).
 30. לסברתו הסכים עקרונית בדורנו הרב אשר וייס, שו"ת מנחת אשר, ח"א סי' קה, אשר מתבטא כבר בלשון משפטית ואומר: 'ברור דיש לנקוט עיקר להלכה דחברה כזו הינה אישיות משפטית בפני עצמה, והמעמד המשפטי המודרני של חברות תקף גם לפי ההלכה, דכיון שאף אחד משלשת גורמי השליטה [בעלי המניות, חברי הדירקטוריון, והמנכ"ל], אין לו בעלות גמורה, ומצב זה לא שער אבותינו, אין לנו להתחכם ולחדש חדשות אלא לקבל את משפט העמים בכל העולם כולו, וכל כה"ג ודאי דינא דמלכותא דינא, ולא רק שאי"ז סותר דין תורה, אלא לענ"ד זה עיקר דין תורה, כיון שמאפייני הבעלות חלוקים בין שלשת הגורמים הנ"ל, וכ"כ בצפנת פענח (סי' קפד) דמשום כך אין דין ריבית בבנקים...'. אומנם הלכה למעשה הוא מסתייג במקצת ואומר כי 'אף שכן נראה עיקר, לענ"ד אין לנהוג בזה היתר לכתחילה באיסור ריבית החמור מאחר ורבים מהאחרונים נקטו בזה לאיסור'.

סברה דומה, אך גדורה הרבה יותר, מעלה הרב משה פיינשטיין שנים רבות לאחר מכן.³¹ לדעתו אין צורך לומר שהבנק הוא צורה ולא חומר או 'אישיות משפטית' ושאר הגדרות חדשות, אך יש להתייחס למעמד ההלוואה במציאות חוקית שבה אין חובה אישית על בעלי המניות להחזיר את ההלוואה החברה. לדעתו יש לומר כי כאשר חברה בע"מ לקחה הלוואה, היא למעשה יצרה שעבוד נכסים ללא שעבוד הגוף. לדעת ה'אגרות משה' אין איסור ריבית חל על לווה שאינו משועבד בשעבוד הגוף:

סתם מלוה שבתורה ובגמ' ובכל מקום שהוא עושה חיוב על גוף הלוה שישלם ואין תלוי כלל אם יש לו ממה לשלם או אין לו לשלם נעשה עליו חיוב זה ונקרא רשע כשאינו מקיים חיובו, והוא שעבוד הגוף שיש על הלוה שזהו העיקר ושעבוד הנכסים בא מזה... וממילא נראה שרק בסתם מלוה שעושה חיוב תשלומין על הלוה נאסרה בתורה מליקח ריבית אבל מלוה כזו שאינו עושה שום חיוב על גוף האדם לשלם שאף שיש לו ממון הרבה אין על גופו שום חיוב לשלם וליכא עליו העשה דתשלומין ולא יהיה רשע כשלא ישלם לא נאמר ע"ז איסור ריבית. וכן הוא ענין הבנקים שבמדינתנו באמעריקא שגוף הבעלים של הבנק אינם מחוייבין כלום לאלו שהניחו מעותיהם בבנק אף אם יזדמן שלא יהיה בבנק מעות לשלם, שלכן ליכא איסור ריבית אף כשהבנק הוא של ישראל.

אכן, בניגוד ל'צפנת פענח' שיכל להסתמך על סברתו ולהתיר כל פעילות פיננסית של הבנק, ה'אגרות משה' מציין במפורש כי פתרון זה טוב רק להפקדות בבנק שבהן הבנק מוגדר כלוה (או להלוואות הנלקחות על ידי חברות בע"מ, כגון אג"ח קונצרני), ואולם אין הדבר מועיל להלוואות הנלקחות מהבנק על ידי אנשים פרטיים, ואלו חייבות להיות מגובות ב'היתר עסקא' פרטי אשר יתחשב בזהותו של הלוה ובמטרות ההלוואה.

אומנם מרבית האחרונים חלקו על סברה זו על שתי טענותיה: האחת, ההנחה כי על פי חוקי החברות אין אפשרות לגבות מבעלי הבנק אינה מוחלטת, שכן במקרים מסוימים (נדירים אומנם) הדבר נעשה (פעולה זו מכונה בשם 'הרמת מסך'), מה שמוכיח כי יש כאן שעבוד הגוף, אם כי מוגבל ביותר. זאת ועוד, גם אם נאמר שעל פי החוק אין כאן שעבוד הגוף, הרי שעל פי ההלכה יש כאן שעבוד הגוף, והלוואה מחברה אינה אלא שעבוד באפותיקי המצמצם את יכולת הגבייה לנכסים מסוימים בלבד. השנייה, גם אם נקבל את הבנתו של ה'אגרות משה' במהות ההלוואה לחברה בע"מ, הטענה כי איסור ריבית אינו קיים אלא בהלוואה שיש בה שעבוד הגוף טעונה הוכחה, וזו לא נעשתה על ידי ה'אגרות משה'.³²

31. שו"ת אגרות משה, יו"ד ח"ב סי' סג; התשובה משנת תשל"א.

32. ויש לעיין בשאלה אם הוכחתו של הצפנת פענח מהקדש עשויה להוכיח את טענתו של האג"מ.



ה. הלכה למעשה

1. פתרונות לחברות בע"מ

כפי שראינו לעיל מרבית הפוסקים הבינו כי קיימת בעיית ריבית בפעילות של הבנקים, ויש לה פתרון בדמותו של 'היתר עסקא', וכך נהגו למעשה כל גדולי הפוסקים בדורות האחרונים אשר הפקידו את כספיהם ולקחו הלוואות מבנקים שיש להם 'היתר עסקא'. מכיוון שגם חברות בע"מ מנוהלות על ידי דירקטוריון הממנה את עובדי החברה, הרי שמבחינה הלכתית דומות הן לבנקים, וכשם ש'היתר עסקא' מועיל לבנקים, כך מועיל הוא גם לחברות בע"מ. אי לכך הפתרון הפשוט ביותר לחברה בע"מ הוא חתימה על 'היתר עסקא'. לשם כך על הדירקטוריון לקבל החלטה לעשות כן, ועל המסמך להיחתם על ידי בעלי זכות החתימה על מסמכי החברה.³³ את הפרסום שדרש המהרש"ם יש לבצע באמצעות החתמת בית דין על 'היתר עסקא'. כמו כן, יש להציג את ההיתר במקום המאפשר להניח כי המתעסק עם החברה היה לפחות יכול להיות מודע לקיומו, וזאת על מנת ליצור את ההסכמה לתנאי ההיתר הנדרשת מצד המתעסק עם החברה. לשם כך ראוי לפרסם את ההיתר במקום זמין במשרדי החברה, במרשתת (באתר החברה) ו/או בתשקיף (במידה ומדובר בחברה ציבורית). במקרה שבו למתעסק עם החברה לא הייתה אפילו האפשרות התיאורטית להיחשף לדבר קיומו של ההיתר - אין להסתמך עליו.

2. פתרונות לבעלי עסקים

יסוד ההיתר של המהרש"ם העומד ביסוד ניסוח 'היתר העסקא' הוא קיומה של הפרדה מלאכותית בין הבעלים של העסק ובין הנהלת העסק והעובדים בו, הפרדה המחייבת את הנהלת העסק ועובדיו לפעול אך ורק במסגרת הסמכויות שניתנו להם ועל פי הכללים שנקבעו בעבורם על ידי בעלי העסק או נציגיהם - חברי הדירקטוריון. הפרדה זו מאפשרת להפוך את כללי העסקה לחלק מן התנאים שעל פיהם פועל העסק, בעל כרחם של עובדיו ומנהליו, ולמעשה להתיר כל פעילות עסקית הנעשית על ידו, גם כזו הנקראת על ידי העובדים והמנהלים בשם ריבית. הפרדה זו אינה קיימת בעסקים שאינם חברות, שבהם רשאים בעלי העסק ושלוחיהם ליצור התקשרויות מסוגים שונים כפי שנראה להם, ולענייננו הם אינם מחויבים להלוות דווקא באופן של עסקה. לפיכך 'היתר עסקא' לא יכול להוות פתרון בעבור אנשים פרטיים או עסקים שאינם מוגדרים כחברות בע"מ. גם אם בעל העסק חתם בזמן כלשהו על 'היתר עסקא' ובו הוא הצהיר כי בכוונתו לעשות עסקאות ולא הלוואות, איש אינו יכול למנוע ממנו לשנות את החלטתו ולהלוות בריבית, ולפיכך אין כל משמעות לעובדה כי לפני שנים מספר הוא חתם על נייר ובו הצהיר כי יעשה בעתיד רק עסקאות ולא הלוואות בריבית.

33. ועיין בשו"ת משנה הלכות, ח"ט סי' קעג, המסתפק בהסכמה בעל פה של מנהל הבנק והנחת ההיתר בכספת הבנק.

במקרים אלו נראה כי על מנת להימנע מאיסור ריבית (בנוסף על לימוד הלכות ריבית והימנעות מכניסה למצבים שבהם קיים איסור ריבית), הפתרון הטוב ביותר הוא הוספת סעיף 'היתר עסקא' בכל³⁴ התקשרות עסקית שבה עשויה להיות בעיה של ריבית. סעיף זה לא חייב לפרט את כל תנאי 'היתר העסקא', אשר יכולים להיות מפורטים במקום אחר הנגיש לשני הצדדים לעסקה (כגון במרשתת), אלא רק את הסכמת הצדדים לתנאים אלו. למעשה נוסח הסעיף המוצע הוא:

כל התקשרות הכספית בין הצדדים כפופה לתנאים המפורטים ב'היתר עסקא' של מדינת ישראל.³⁵



34. באופן עקרוני ניתן להוסיף את סעיף העסקה להתקשרות הראשונה של העסק עם לקוח או עם ספק, ולאחר מכן ניתן לוותר עליו.

35. 'היתר העסקא' של מדינת ישראל הינו ההיתר הרשמי ביותר במדינת ישראל, היות שנחתם על ידי נציגי מדינת ישראל ואושר על ידי הרבנות הראשית ובית הדין הרבני הגדול. הסתמכות על 'היתר עסקא' רשמי עשויה להתקבל ביתר קלות על ידי אנשים שאינם בקיאים ברזי 'היתר עסקא'. בנוסף לכך, בניגוד להיתרים של הבנקים, הוא אינו מבוסס על היתר החכמת אדם (שביארנו במאמרנו הקודם באמונת עתיך 98, ר' הערה 1), ועליו היו מי שערערו.