

דוד שפירא

תורת המשא ומתן

חלק ג'



דוד שפירא

תורת המשא ומתן

מו"מ מסחרי לפי ההלכה

חלק ג'

מימון עסקאות באמונה

דיני ריבית
היתר עסקא בימינו
חלופות להיתר עסקא
ריבית דברים

עריכה: חיים אקשטיין
תמונת העטיפה: shutterstock
עיצוב העטיפה: סטודיו סטימצקי
עימוד: ענת ניסן
מוציא לאור: סטימצקי – הוצאה לאור
לפניות: publishing@steimatzky.co.il

© כל הזכויות שמורות למחבר

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני אחר, כל חלק שהוא מהחומר הכלול בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט, אלא ברשות מפורשת בכתב מהמחבר.

נדפס בישראל 2020

כִּסְפוֹ לֹא נָתַן בְּנִשְׁבָּה וְשִׁחַד עַל נֶקִי לֹא לָקַח
עֲשֵׂה אֱלֹהִים לֹא מוֹט לְעוֹלָם.
(תהלים טו, ה)



תוכן עניינים

11	מבוא
13	איסור ריבית בתורה
15	פרשני התורה על איסורי ריבית
16	איסורי הריבית לפי חז"ל
17	"אילו היה יודע משה רבנו שיהיה רווח בדבר..."
19	לאן נעלמו איסורי ריבית?
21	איסורי ריבית והאתגר לציבור הדתי לאומי
25	יסודות דיני ריבית
25	ריבית דאורייתא ודרבנן
27	הערמת ריבית
33	יסודות היתר עסקא דין "עסקא" התלמודי 33
37	ריבית בתכנון עסקא
40	חלוקה אחרת של הרווחים וההפסדים
45	תולדותיו של היתר העסקא
46	מהר"ם מרוטנבורג: הלוואה ואחריה פיקדון
48	תרומת הדשן: שבועה - או שהכסף ישולם במלואו
51	נוסח היתר עסקא
53	קונטרס הריבית
57	נוסחים שונים להיתר עסקא גינת ורדים 57 • שולחן ערוך הרב 59 • חכמת אדם 60

	קיצור שולחן ערוך • הרב משה פיינשטיין 62 • פיקדונות 64 •
	הרב הרצוג 66
70	ההיתר הנוכחי של מדינת ישראל
	הרב גורן 67 • הרב שלמה זלמן אוירבך 68
72	היתר עסקא בבית המשפט
72	בית המשפט המחוזי: היתר העסקא קביל
76	בית המשפט העליון וההסכמים הסותרים
80	בית המשפט לצד בנק לאומי: תנאי העסקא מחייבים
82	בית המשפט לצד בנק הפועלים
85	הנוסח המעודכן של בנק לאומי ובנק הפועלים
88	שטרות חדשים להיתר עסקא
88	מכון התורה והארץ
90	נוסח שטר להלוואה פרטית – מכון כת"ר
96	נוסח שטר כללי לאגרות חוב – מכון כת"ר
99	היתר עסקא במקביל להסכם רגיל
99	"שטרי מחוזנאי"
106	הדיון בין פוסקי המאה ה-19
112	מודעות הצדדים להיתר
113	הדיון בפוסקים: האם די בכתיבת שלט?
115	אזכור היתר עסקא בהסכם ההלוואה
122	שימוש בהיתר עסקא לצרכים פרטיים
122	הסוגיה בגמרא ובראשונים
124	האם מניעת הפסד נחשבת לעסק?
127	האם מימון משק בית נחשב לעסק?
131	מעמדה של חברות בע"מ
133	הרוגאצ'ובר: "צורה ולא חומר"
140	הפוסקים המתנגדים למעמדה השונה של חברות

- 141 חברה בע"מ – שותפות
- 143 הרב אשר וייס: "התורה לא ניתנה לחברה בע"מ"
- 152 ההשלכות ההלכתיות של הגדרת החברה
- 153 סיכום ביניים
- 154 דיון בן-זמננו – היתר עסקא או שינוי בהגדרת החברות?
- 158 הצעות לפתרון
- 158 הסכם עסקא אמיתי
ריבית בבנקאות האסלאמית 159 • הסכמי הלוואה ללא ריבית
באסלאם 161 • שותפות מוגבלת 163
- 164 סוכן אשראי (ריבית על-ידי שליח).
היתר ריבית על-ידי שליח 165 • אין שליח לדבר עבירה 173 •
האם המלווה והלווה יכולים לחתום באותו מסמך? 186 • פתרונות
מעשיים ליישום היתר רש"י 190 • הערת החתם סופר: ההיתר
מיועד לעוסקים בהלוואות 196 • היתר רש"י ומעמדה של חברה
בע"מ 197 • היתר רש"י והלוואות חברתיות 202 • הנפקת אגרות
חוב 209
- 215 ריבית כקנס
המקור במשנה ובגמרא 217 • הדיון בראשונים • 219 • קנס שגדל
עם הזמן 224 • פסיקת הבית יוסף 225 • שיטת הרמ"א 227 •
תשובת מהרלב"ח 232 • הבנת המבי"ט בנוסח הר"י מאורלינס 237
• כוונת הצדדים 240 • פוסקי זמננו: הרב אורבך מתיר קנס גדל
243 • גם הרב ואזנר מתיר קנס גדל 245
- 249 ריבית דברים
- 250 המקור במשנה ובגמרא
מכירה עם קנס 248
- 253 מערכת יחסים הדדית
- 255 הרחבת האיסור
- 257 הכרת תודה למלווה
- 262 התנהלות יומיומית
- 264 סיכום



מבוא

בשוק המודרני, יש מגוון רחב של עסקאות הזקוקות למימון חיצוני כדי לאפשר לצדדים לבצע את העסקה. סוג המימון הנפוץ ביותר הוא הלוואה מהבנק או מגורם חוץ בנקאי. הליך זה מעמיד ישראלים רבים להתמודד עם העובדה שהתורה אוסרת על תשלום ועל קבלת ריבית בין יהודים.

סביר להניח שהישראלי הממוצע, הקורא את המשפט הזה, לא יחשוב שטמונה בו בעיה כלשהי הקשורה אליו. המענה האוטומטי של אנשים רבים לשאלות בענייני ריבית הוא: היתר עסקא. כיוון שיש מושג בעולם הנקרא היתר עסקא, גם אם לא ידועה לנו בדיוק משמעותו, לכאורה אין שום מגבלה על הלוואות, משכנתאות ושאר הפעולות הכלכליות הנושאות ריבית.

אכן, הבנקים בישראל חתומים על היתר עסקא. אולם מגוון רחב של פעולות נעשות מחוץ לבנק, בלי היתר עסקא. באופן אישי, אוכל להעיד כי במשך 30 שנות עבודתי בתור עורך דין, לא התבקשתי ולו פעם אחת להכין "היתר עסקא", ואף לא ראיתי עסקת אשראי חוץ-בנקאי שהתייחסו בה במפורש להיתר עסקא. זאת גם בעסקאות שבהן כל הצדדים היו יהודים, לפעמים אפילו שומרי תורה ומצוות.

בפרק זה נדון בתשתית ההלכתית של היתר עסקא, ובמיוחד בקושי שנוצר בזמננו, כשבמקביל למסמך "היתר עסקא" נחתם גם הסכם הלוואה "רגילה". מה גובר על מה? והאם היתר עסקא אכן תקף ומועיל בכל פעולה כלכלית שלנו?

בנוסף, נדון בהצעות אחרות שהוצעו במהלך הדורות כדי להתמודד עם איסורי ריבית, ונבחן הצעות אלו אל מול שוק האשראי המודרני.

איסור ריבית בתורה

שלוש פעמים מציינת התורה את איסור הריבית. הפעם הראשונה
בפרשת משפטים:

אִם־כֶּסֶף תַּלְוֶה אֶת־עַמִּי אֶת־הָעֲנִי עִמּוֹ לֹא־תִהְיֶה לוֹ כְּנִשָּׁה
לֹא־תִשְׁיָמוֹן עָלָיו נִשְׂאָה.
(שמות כב, כד)

לפי פשט הפסוק, בכל מקרה שבו מעניקים הלוואה לעני, אסור
לחייב אותו בתשלום ריבית.
הפעם השנייה בפרשת בהר:

וְכִי־יִמּוֹךְ אָחִיךָ וּמָטָה יָדוֹ עִמּוֹ... אֶל־תִּקַּח מֵאִתּוֹ נִשְׂאָה וְתִרְבִּית
... אֶת־כֶּסֶפּוֹ לֹא־תִתֵּן לוֹ בְּנִשְׂאָה...
(ויקרא כה, לה-לז)

גם בפסוקים אלה מדובר במצב של "ימוך אחיך", כלומר לתת
הלוואה לעני הזקוק לכסף. אם הלווה הוא עני, אין ליטול ממנו
ריבית תמורת ההלוואה.
הפעם השלישית בפרשת כי תצא:

לֹא־תִשִּׂיָּהּ לְאֶחִיָּהּ נְשִׂיָּהּ כְּסֹף... לְנִכְרֵי תִשִּׂיָּהּ וּלְאֶחִיָּהּ לֹא תִשִּׂיָּהּ...
(דברים כג, כ-כא)

רש"י במקום מפרש את האזכור השלישי של האיסור:

אזהרה ללווה שלא יתן רבית למלווה...
(שם כ)

לפי רש"י, פסוק זה מוסיף על קודמיו, וחידושו הוא כי גם על הלווה חל איסור לשלם ריבית. לכאורה, הכוונה לכל סוג של לווה, מפני שהפסוק אינו מדבר על עני דווקא. על מנת להבהיר שגם על המלווה חל איסור, ממשיך רש"י ומפנה לפסוק שראינו בפרשת בהר: "ואחר כך אזהרה למלווה (ויקרא כה, לז): את כספך לא תתן לו בנשך". פסוק זה, כזכור, מדבר אך ורק על מקרה שבו הלווה עני, לפיכך עדיין לא נתקלנו באיסור על המלווה להלוות לעשיר. אם כן, משלושת הפסוקים האלה עולה לכאורה איסור להלוות בריבית אם הלווה הוא אדם עני. בשני הפסוקים הראשונים האיסור נאמר למלווה, והפסוק השלישי, לפי רש"י, מתמקד בלווה. האם אכן התורה אינה אוסרת הלוואה לאיש עשיר?

פרשני התורה על איסורי ריבית

את השאלה הזו, בעניין הלוואה לעשיר, מעלה הכלי יקר:

מה שנאמר אל תקח מאתו, משמע אבל מעשיר מותר ליקח, וכן בפרשת משפטים נאמר אם כסף תלוה את עמי את העני עמך וגו' לא תשימון עליו נשך... לכך כתבה התורה במשנה תורה: לנכרי תשיך ולאחיך לא תשיך, כל שהוא אחיך לא תשיך לו, ואף על פי שהלווה מרויח בזה... (כלי יקר ויקרא, כה, לו)

לפי הכלי יקר, הפסוק השלישי בספר דברים מלמד שגם על עשיר חל איסור. עם זאת, נזכיר שלפי רש"י פסוק זה פונה אל הלווה. אם אכן המילה "תשיך" בהתחלת הפסוק פונה אל הלווה, הרי שגם סוף הפסוק אומר שמוותר ללווה לשלם ריבית לגוי אך לא ליהודי. למרות זאת אין מקור ברור האוסר על המלווה להלוות ליהודי עשיר. ראוי להזכיר את שיטת הרשב"ם על הפסוק בדברים:

לא תשיך - לפי הפשט במלוה מדבר.

לפי הרשב"ם, גם הפסוק השלישי פונה למלווה, וכיוון שלא מוזכר בו לווה עני דווקא, הרי שלפיו אסור לתת כל סוג של הלוואה נושאת ריבית לכל יהודי. אולם מצד שני, לפי פירוש זה אין מקור לאיסור החל על הלווה לשלם ריבית. מכל מקום, פרשנות זו אינה מתיישבת כלל עם הדיונים בתלמוד ובהלכה, שאותם נלמד בהמשך. בשולי דברי הפרשנים, נראה לדעתי שהתורה עמדה על ההבדל בין אשראי לעני ובין אשראי לעשיר. בדברה על הלווה העני היא אכן

החילה את האיסור על המלווה, ואילו בדברה על העשיר – האיסור הוטל על העשיר דווקא. במצב של אשראי לעני, הגורם המממן הוא בעל הכוח, ועל כן התורה מחייבת אותו לא לנצל את העני על-ידי לקיחת ריבית. אם הלווה עשיר, המצב הפוך: הלווה הוא בעל הכוח. הוא זה שמנסה להיעזר בהלוואות כדי לממש את תוכניותיו השאפתניות. במציאות ימינו, אפשר למנות לא מעט טייקונים שנטלו הלוואות כדי לממן עסקאות ענק. כדי לקבל את ההלוואות הם הפעילו לחצים כבדים, בדרכים כשרות יותר או פחות, ובהיותם בעלי הכוח – הם לא תמיד פרעו את חובותיהם, לפיכך הגורמים המממנים נאלצו למחוק חובות מהספרים שלהם.

אם כן, לפי הפשט, נראה כי פרשת משפטים באה למנוע את ניצול העניים, ואילו פרשת כי תצא מפנה את האצבע אל הלווה בעל ההון כדי לרסן אותו.

איסורי הריבית לפי חז"ל

חז"ל, מכל מקום, לא הפרידו בין המצבים. אף שאין בפשט הפסוקים איסור ברור להלוות בריבית ללווה עשיר, המשנה מבהירה כי אין כל הבדל בין לווה עשיר ללווה עני. בנוסף, המשנה אינה מבחינה בין הצדדים הקשורים להלוואה:

אלו עוברין בלא תעשה: המלוה והלווה והערב והעדים,
 וחכמים אומרים: אף הסופר.

לא רק שאין הבחנה בין המלווה ללווה, אלא שהאיסור כולל גם גורמים אחרים. כל מי שמעורב בהלוואה עם ריבית עובר על איסורי

תורה, לרבות עורך הדין הכותב את ההסכם. אומנם יש מחלוקת בגמרא ובראשונים על כמה איסורים עובר כל אחד מהצדדים (התשובה נעה בין איסור אחד לשישה איסורי תורה), אבל ברור כי מדובר באיסורים מדאורייתא.

הרשימה הארוכה של הגורמים העשויים לעבור על האיסור, וכמות איסורי התורה המיוחסים להם, רק מחדדות את הפער הענק בין חומרת האיסור ובין המציאות בימינו, שבה כמעט כל ישראלי מבצע פעולות של נטילת אשראי בריבית על בסיס יומיומי. למעשה, אי אפשר לתפקד בכלכלה המודרנית ללא נטילת אשראי בריבית.

"אילו היה יודע משה רבנו שיהיה ריוח בדבר..."

יש החושבים כי הבעיה שעליה אנו דנים כאן היא בעיה חדשה, בשל מורכבותה של הכלכלה המודרנית. לפי תפיסה זו ריבית אינה אמורה להיות אסורה היום, כיוון שבעולם הכלכלי של ימינו כולם מרוויחים ממנה. לכן, לכאורה, פתרונות כגון "היתר עסקא" לגיטימיים ומתבקשים.

טענה זו הגיונית כל-כך עד שמסתבר כי חשבו עליה כבר בזמן התלמוד – וכבר אז שללו אותה חכמים:

מלוי ריבית... שמשימים משה רבינו חכם ותורתו אמת.
ואומרין: אילו היה יודע משה רבינו שיהיה ריוח בדבר לא
היה כותבו.

(בבא מציעא עה, ע"ב)

לטענת המלווים בריבית שחיו בזמן התלמוד, משה רבנו לימד שהריבית אסורה מפני שהוא חי בזמן מתן תורה, לפני שהעולם גילה את יתרונותיה של הריבית. בשל השינויים שעברה הכלכלה מאז מעמד הר סיני, שימוש באשראי עם ריבית צריך להיות מותר. כאמור, הגמרא שללה טענה זו.

אנו מוצאים גם בדברי הרמב"ן שהריבית היא תופעה שכיחה. בפירושו לתורה, על הפסוק בדברים, מבין גם הרמב"ן כי האיסור מופנה אל הלווה. הוא מדגיש את הייחודיות שבאיסור זה: אזהרה גם ללווה, מה שאין כן בכל דיני ממונות שאם רצה הוא לזוק בנכסיו רשאי.

כלומר בדרך כלל יכול כל אדם לוותר לחברו על הנזק הממוני שנגרם לו. לדוגמה, אם ארע נזק לרכב שלי, מי שהזיק אמור לשלם לי – אך ברשותי לוותר לו ולא לדרוש פיצוי עבור הנזק. מבחינה זו שונים דיני ריבית מכל דיני הממונות: גם אם ירצה הלווה לוותר ולשלם ריבית, זה יהיה אסור.* הרמב"ן נימק את האיסור יוצא הדופן: "מפני רגילות החטא הזה יזהיר בו גם הלווה". כלומר התורה החמירה באיסור זה דווקא משום שהוא שכיח. משמע שגם בזמן הרמב"ן הריבית הייתה בעיה שכיחה מאוד.

* בעניין היכולת לוותר, חלק מהדעות מאפשרות ללווה לתת את סכום הריבית מעצמו, בתור מתנה ולא בתור ריבית. הגאונים והרמב"ם היו חלוקים בדעתם בנושא זה (הלכות מלווה ולווה ד, יח-יט).

לאן נעלמו איסורי ריבית?

כעת, לאחר שראינו איסורים רבים כל-כך על נתינה או קבלה של הלוואה עם ריבית, עולה השאלה: איך ייתכן שדיני ריבית כמעט נעלמו מחיינו? גם אם נסתמך על היתר עסקא, איך לאיסור חמור כל-כך נמצא פתרון שכמעט ביטל אותו לגמרי?
את התמיהה הזו העלה גם הרב ברוך הלוי אפשטיין, בעל התורה תמימה:

לכאורה דבר פלא הוא שלא מצינו כל רמז קל בתורה להמצאת היתר לאיסור זה, ולא נתבאר היסוד והבסיס על מה ראו חז"ל לבנות עמודי ההיתר...
(תורה תמימה הערות, ויקרא כה, קצב)

התורה תמימה נותן תשובה לשאלתו, וסובר כי השינוי שעבר העם היהודי, מעם שעסק בעיקר בעבודת אדמה לעם שהתמקד במסחר, אפשר לפוסקים לייצר היתר רחב במיוחד:

ונראה בזה שראו חכמינו יסוד וגם הכרח להיתר ענין זה בכלל, משום דחקרו ובאו עד תכונת האיסור הזה ביסודו ועיקרו שבתורה הבנוי ומיוסד על הענין וחי אחיך עמך, שאז בימי נתינת התורה היו עיקרי יסוד חיותם ועסקם של ישראל - עבודת האדמה, והוא היה היסוד והעמוד

לעשרם ולמצבם, כי מי שהיה לו תבואות בהמון היה נחשב לעשיר, והכסף לא היה נחשב להם לעיקר ויסוד החיים, וכשהיו לויים כסף לא היה למען עשות מסחר וקנין, רק למען השג על ידו לחם ובגד למי שחסר לו כזה משדהו ועבודתו, ולפי"ז ממילא מובן כי להעני הלוח הזה לא היה כל חשבון לשלם רבית וגם להמלוה העשיר לא היה חסרון ניכר בהלוואת כספו בלא רבית, אחרי כי בכלל לא היה להם עסק כספים ולא שייך בשניהם בזה וחי אחיך עמך. אבל בימי הבינים שאבדה לישראל חלק ונחלה בעבודת האדמה, ונשארו גויי החי רק על המסחר לבדו, לא יכלו עוד להחזיק באיסור רבית, כי הכסף נעשה ליסוד עיקרו לאמצעות החיים והמסחר, ונעשה עסק הרבית עסק שוה גם להלוה גם להמלוה, ושייך בשניהם בזה וחי אחיך עמך, ולכן ראו חכמים למצוא היתר לאיסור זה, וחשבו שעל דעת כן לא אסרה התורה ענין זה בכולה, כך נ"ל. והנהיגו בדבר רבית בדרך הלואה לכתוב בהשט"ח שנותן לו המעות בתורת עיסקא...

לפי התורה תמימה, רק החל מימי הביניים לא "יכלו עוד להחזיק באיסור רבית כי הכסף נעשה ליסוד עיקרו לאמצעות החיים והמסחר, ונעשה עסק הרבית עסק שוה גם להלוה גם להמלוה". הסבר זה, שלפיו המציאות השתנתה והריבית הפכה למשתלמת לשני הצדדים, מפתיע למדי. הרי נתקלנו כבר בעמדה דומה בגמרא: "אילו היה יודע משה רבינו שיהיה ריוח בדבר לא היה כותבו". ראינו את הטענה כי משה רבנו לא הבין את המורכבות של כלכלת האשראי, וכי בגלל השינויים בעולם הכלכלי יש להתיר זאת. ראינו גם כי הגמרא שוללת את הטענה הזו. מכאן שאין

מדובר בשינוי שהחל רק בימי הביניים, המסוגל להצדיק מנגנון המבטל בפועל את איסורי הריבית. בנוסף, קשה להעלות בדעתנו פוסק הלכה שיתיר להונות בעסקים, מפני שאין דרך לנהל עסקים בשוק המודרני ללא הונאה. האם שונים איסורי הונאה מאיסורי ריבית?

כך או כך, השימוש הנפוץ בהיתר עסקא ביטל הלכה למעשה את ההקפדה של שומרי המצוות על איסורי ריבית. מי שקורא שורות אלו ואינו בטוח בנכונותן – מוזמן לשאול את עצמו אם יש לו כרטיס אשראי, קרן פנסיה וחשבון עו"ש בבנק, ולנסות להיזכר מתי בפעם האחרונה הוא חתם על היתר עסקא.

איסורי ריבית והאתגר לציבור הדתי לאומי

נקודה חשובה לענייננו עולה מתגובתו של הנצי"ב לדברי התורה תמימה. הנצי"ב שלל את טענת התורה תמימה, שלפיה דיני ריבית היו רלוונטיים בעיקר לחברה החקלאית, שהתבססה בעיקר על גידולי קרקע ופחות על מסחר. בפרשת בהר, בפסוק שבא מייד לאחר איסורי ריבית, כתוב:

אֲנִי יְקֹנֶה אֱלֹהֵיכֶם אֲשֶׁר־הוֹצֵאתִי אֶתְכֶם מֵאֶרֶץ מִצְרַיִם לְתֵת
לְכֶם אֶת־אֶרֶץ כְּנָעַן לְהִיּוֹת לְכֶם לְאֱלֹהִים:
(ויקרא כה, לז)

הנצי"ב, בפירושו העמק דבר שם, מסביר את הדגש בפסוק על ארץ כנען:

זה השם מורה על מסחור, שהיו כנענים היושבים על הים והירדן מיוחדים בזה, ובא להסמך בזה דלא נימא דרק להעוסקים בגידולי קרקע אסור להשיג ברבית, אלא ה"ה בעוסקים במסחור.

הנצי"ב טוען כי יושבי ארץ כנען עסקו רבות במסחר, ועם זאת התורה ציוותה על דיני ריבית. כלומר דיני ריבית והאתגרים סביבם אינם חדשים.

מכל מקום, פסוק זה פותח לנו זווית ראייה נוספת על חשיבות איסורי הריבית. הפסוק המקשר את הריבית לארץ ישראל, וכן ליציאת מצרים ולאמונה בה, משמעותי במיוחד מנקודת מבט ציונית דתית. רש"י כותב על הפסוק "שכל הדר בארץ ישראל אני לו לאלקים, וכל היוצא ממנה כעובד עבודה זרה". זהו ציטוט מהגמרא בכתובות:

תנו רבנן: לעולם ידור אדם בארץ ישראל אפילו בעיר שרובה עובדי כוכבים, ואל ידור בחו"ל ואפילו בעיר שרובה ישראל, שכל הדר בארץ ישראל – דומה כמי שיש לו א-לוה, וכל הדר בחוצה לארץ – דומה כמי שאין לו א-לוה.
(כתובות קי, ע"ב)

כך גם פוסק הרמב"ם להלכה:

לעולם ידור אדם בארץ ישראל אפילו בעיר שרובה עכו"ם, ואל ידור בחוצה לארץ ואפילו בעיר שרובה ישראל, שכל היוצא לחוצה לארץ כאילו עובד ע"ז.
(הלכות מלכים, ה, יב)

מדוע החשיבות של יישוב ארץ ישראל נלמדת דווקא מהפסוק העוסק בעניין הריבית?

כפי שנלמד בהמשך, היתר עסקא התפתח בימי הביניים, אצל בעלי התוספות והראשונים. אותם בעלי התוספות גם השפיעו על הימנעות מעלייה לארץ, עד זמננו. רבנו חיים, מבעלי התוספות כתב כי "עכשיו אינו מצוה לדור בארץ ישראל, כי יש כמה מצות התלויות בארץ וכמה עונשין דאין אנו יכולין ליזהר בהם ולעמוד עליהם" (תוספות כתובות, קי, ע"ב).*

אנחנו, שחזרנו לארץ ישראל, בחרנו לא לסמוך על הפתרון ההלכתי להישאר בגלות, אלא לקיים את המצוות התלויות בארץ. על אותו עיקרון, אם גם איסור הריבית קשור ליישוב הארץ, עלינו לבחור שלא להסתמך על הפתרונות ההלכתיים המתאימים לגלות, אלא לקיים את מצוות הריבית הקשורה לארץ ישראל. היתר העסקא שנתנו הראשונים התאים בעיקר לחיי היהודים בקרב הגויים. בספר קול התור (שכתב רבי הלל משקלוב, על-פי דברים המיוחסים לגר"א) כתוב: "ונודע למשגב דבר רבנו שתי המצוות שהאדם נכנס בהן שלם בכל גופו הן סוכה וארץ ישראל". מצוות יישוב הארץ היא

* על דבריו אלה של רבנו חיים הסתמך הרב משה פיינשטיין כאשר נשאל ב-1952, שנים אחדות לאחר קום מדינת ישראל, אם יש חובה לעלות ארצה. הרב פיינשטיין השיב כי גם אם יש מצווה לעלות ארצה, "פשוט שאין זה בזמן הזה מצווה חיובית שעל הגוף... וכיון שאינה מצווה חיובית יש ודאי להתחשב בהחשש של הר"ח בתוס' אם יוכל ליזהר במצות התלויות בארץ" (שו"ת אגרות משה, אבן העזר, א, קב). כלומר, הפחד מאי-קיום מצוות התלויות בארץ שימש ומשמש עד היום הצדקה ליהודים להישאר בחו"ל. נציין רק כי ב-1968 הרב שלמה זלמן אוירבך שלל עמדה זו כשכתב כי "בזמננו דאפשר שפיר לשמור ולקיים, שפיר חייבין לעלות גם לר"ח כהן" (מנחת שלמה ג, קנח, כב).

אחת משתי המצוות שמקיימים עם הגוף כולו. היא אינה מחייבת אותנו רק לגור בארץ, אלא אף מאתגרת אותנו לשמור על מצוות התורה כפי שהן, בלי להסתמך רק על היתרים והקלות שפותחו בגלות.

יסודות דיני ריבית

כמו בתחומים רבים בהלכה, גם תחום הריבית נחלק לדינים מן התורה ודינים מדברי חכמים – דאורייתא ודרבנן. איסור ריבית מדרבנן נקרא גם "אבק ריבית".

ריבית דאורייתא ודרבנן

מצד עצם האיסור – ריבית מדרבנן אסורה כמו ריבית דאורייתא, אלא שיש הבדל בין השתיים לעניין התנהלות בית הדין. במקרה של ריבית דאורייתא, הלווה יכול לתבוע את המלווה, ובית הדין יחייב את המלווה להשיב את סכום הריבית שהלווה שילם:

ריבית דאורייתא שהוא בדרך הלואה בדבר קצוב יוצאה בדיינים.
(שולחן ערוך, יורה דעה, קסא, ה)

בריבית דרבנן, לעומת זאת, בית הדין אינו מחייב את המלווה להחזיר את הריבית:

אבק רבית אינה יוצאת בדיינים, ואם בא לצאת ידי שמים
חייב להחזיר.
(שם, ב)

כלומר מבחינת החובה הדתית, אדם הרוצה לנהוג כראוי כלפי שמיים – צריך להשיב גם ריבית מדרבנן; אבל מבחינה משפטית, אי אפשר לחייב את המלווה להשיב ריבית דרבנן שכבר שולמה.* הגדרתה של ריבית דאורייתא, כפי שראינו בדברי השולחן ערוך, היא "דרך הלוואה בדבר קצוב". כלומר, הפעולה נחשבת לריבית רק אם מדובר בהלוואה, ורק אם מובאת בה נוסחת חישוב של ריבית המוסכמת על הצדדים. לשם המחשה, כל הסכם מימון מודרני נחשב ל"הלוואה בדבור קצוב", כיוון שבהסכם מוגדר תמיד כיצד תחושב נוסחת הריבית.

חז"ל הרחיבו את המושג ריבית הרבה מעבר להסכמי הלוואה, גם לפעולות שבהן לא נאמר או נכתב במפורש שמדובר בריבית. הכלל הוא כפי שמביא הרמ"א:

כל שהוא אגר נטר אסור, בין שהוא דרך מקח בין שהוא דרך הלוואה; אלא שבדרך מקח אינו רק אבק ריבית שהוא מדרבנן.
(שם, א)

"אגר נטר" פירושו שכר המתנה, כלומר הסכום שהמשלם מוכן לשלם כדי לקבל עוד זמן, שיאפשר לו לשלם את המוטל עליו. רכישת בית בתשלומים, למשל, נחשבת בפשטות ל"אגר נטר", כיוון שיש ערך כלכלי לדחיית התשלום. במקום לשלם סכום מסוים ברגע הרכישה, הקונה משלם סכום גבוה יותר ואז הוא רשאי לפרוס אותו

* בהמשך, כשנדון במושגים "ריבית מוקדמת" ו"ריבית מאוחרת", נראה שבנוגע אליהם הכללים שונים.

לתשלומים. התוספת לסכום היא בגין עיכוב התשלום. מצב זה דומה מאוד לריבית, אך כיוון שמדובר במכירה וקנייה ולא בהלוואה, הוא נכלל בהגדרה שראינו ברמ"א: "בדרך מקח, אינו רק אבק ריבית שהוא מדרבנן".

יש לציין כי בכל אופן, הן בריבית דאורייתא והן בריבית דרבנן, הלווה חייב לשלם את סכום ההלוואה עצמה – את הקרן:

שטר שיש בו ריבית, בין של תורה בין של דבריהם, גובה את
הקרן לבדו, והוא שיהא ניכר שהוא רבית.
(שם, יא)

גם אם סעיפי הריבית ברורים ומפורשים, אין זה פוטר את הלווה מהחיוב לשלם את הקרן של ההלוואה. הריבית אינה פוגעת בתוקפו של כל הסכם ההלוואה, אלא רק בסעיף הריבית שבו. הרמ"א דן בהסכמים שבהם לא נכתב סעיף על ריבית, אלא אחד הצדדים טוען כי יש מרכיב של ריבית בתוך הקרן; דיון זה שכיח פחות בימינו, כיוון שלרוב כתוב במפורש אם ההסכם כולל ריבית.

הערמת ריבית

נוסף על שני סוגי הריבית שראינו, דאורייתא ודרבנן, יש סוג נוסף בעל משמעות רבה לעניין היתר עסקא. סוג זה נקרא "הערמת ריבית". על סוג זה אומרת הגמרא: "יש דברים שהם מותרין, ואסורין מפני הערמת רבית" (בבא מציעא סב, ע"ב). נציג את העסקה המובאת בגמרא שם:

אמר לו: הלוויני מנה!

אמר לו: מנה אין לי, חטין במנה יש לי, שאני נותן לך.

נתן לו חטין במנה, וחזר ולקחן הימנו בעשרים וארבע סלע.

מותר, ואסור לעשות כן מפני הערמת רבית.

נמחיש את העסקה המתוארת, ונפרט אותה לשלבים:

א. תחילה שמעון ביקש מראובן הלוואה של 100 ש"ח.

ב. ראובן השיב לשמעון שאין לו 100 ש"ח במזומן.

ג. ראובן הציע להלוות לשמעון חיטה בשווי 100 ש"ח, וכך היה.

ד. מרגע זה, התחייב שמעון להחזיר לראובן 100 ש"ח. כמובן, לא הייתה עליו מגבלה באשר לשימוש בחיטים, והיה באפשרותו למכור את החיטה ולקבל 100 ש"ח במזומן.

ה. לאחר סגירת העסקה, ביקש ראובן משמעון לקנות את החיטה שהלווה לו, ששוויה נשאר 100 ש"ח, במחיר של 90 ש"ח בלבד. שמעון היה יכול לקבל 100 ש"ח עבור החיטה, אלא שהוא נזקק בדחיפות לכסף מזומן, כפי שרש"י מסביר: "הוא היה דחוק למעות ולא יכול להמתין ליום השוק". לכן הסכים למכור לראובן את החיטה בפחות משווייה המלא.

ו. שמעון מכר את החיטה לראובן ב-90 ש"ח.

ז. כעת, במועד הפירעון, חייב שמעון לשלם לראובן 100 ש"ח, כדי להחזיר לו את שווי החיטה שהלווה לו. יש לו 90 ש"ח ממכירת החיטה בהנחה, והוא יצטרך להוציא מכיסו עוד עשרה ש"ח.

לפי הגמרא, עסקה זאת מותרת אבל אסורה מטעם "הערמת ריבית". היכן בדיוק ההערמה בעסקה? לכאורה, מדובר בשתי עסקאות נפרדות. בראשונה, קיבל שמעון הלוואה בסך 100 ש"ח, והחזיר

100 ש"ח במועד הפירעון. זו הלוואה כשרה לגמרי. בעסקה השנייה, שמעון מכר סחורה לראובן בהנחה ממחיר השוק. גם מכירה זו כשרה לגמרי. ההערמה נוצרת רק מהמפגש בין שתי העסקאות. אפשר להבין את הבעיה בשתי דרכים:

- דרך אחת: מהצד נראה ששמעון קיבל 90 ש"ח (בעסקת המכירה) והחזיר 100 ש"ח (במועד הפירעון). רוב המפרשים מסבירים כך את ההערמה.
- דרך שנייה: לדעתי נראה שהבעיה היא שראובן נתן 100 ש"ח וקיבל למעשה 110 ש"ח. נוסף ל-100 ש"ח שקיבל בחזרה במועד הפירעון, הוא נהנה מהנחה של עשרה ש"ח בקניית החיטה, כלומר מרווח של עשרה ש"ח נוספים.

עד כאן הסברנו את המקרה המוגדר כהערמת ריבית, אלא שכעת עולה השאלה – מה משמעות האמירה שהוא "מותר, ואסור לעשות כן"? האם עסקה כזו נחשבת לריבית או לא? על שאלה זו היו חלוקים הראשונים.

הרמב"ם מצטט את הכלל שקובעת הגמרא, ומביא גם את העסקה המובאת שם:

יש דברים שהן מותרין ואסור לעשותן מפני הערמת רבית, כיצד אמר לו הלוני מנה אמר לו מנה אין לי חטים יש לי במנה ונתן לו חטים במנה וחזר ולקחן ממנו בתשעים הרי זה מותר אבל אסרוהו מפני הערמת רבית שהרי נתן לו תשעים ולוקח מנה, ואם עבר ועשה כזה הרי הוא מוציא ממנו מאה בדין שאפילו אבק רבית אין כאן. (הלכות מלווה ולווה, ה, טו)

מבחינת תוקף העסקה, הרמב"ם פוסק כי העסקה תקפה, והלווה חייב לשלם את כל סכום ההלוואה – "הרי הוא מוציא ממנו מאה בדין". הרמב"ם מבין שיש שלושה סוגי ריבית: ריבית מדאורייתא, ריבית מדרבנן (אבק ריבית) והערמת ריבית. הסוג האחרון נמוך בחומרתו מריבית דרבנן: הוא אסור מלכתחילה, אך בדיעבד הוא תקף לחלוטין. לא רצוי לעשות עסקה כזו, אבל גם לא נורא כל-כך. הרמב"ן מביא שיטה זו וחולק עליה:

יש מפרשים דלאו אבק רבית הוא אלא הערמה בעלמא
 לכתחלה, וב"ד גובין אותו אם עבר ועשה כן, ולא משמע לי
 מדאוקימנא למתני' בכה"ג וקרי ליה תרבית, כלומר רבית
 דדבריהם, אלמא אבק רבית הוא...
 (חידושי הרמב"ן, בבא מציעא, שם)

לפי הרמב"ן, אין שלושה סוגים של איסורי ריבית אלא שניים בלבד: ריבית דאורייתא וריבית דרבנן. הערמת ריבית משתייכת לסוג השני, ונחשבת לאבק ריבית לכל דבר. לכן אם נעשתה עסקה כזו, הלווה לא יצטרך לשלם למלווה את סכום ההערמה. במקרה שבדוגמה, שמעון יחזיר לראובן 90 ש"ח בלבד, כשווי הסכום המוזל שקיבל מראובן עבור החיטה, ובזה יפרע את כל חובו כלפי ראובן. אם נחזור לשני ההסברים שהעלינו לבעיה שבעסקה – מבינים את שיטת הרמב"ם בעיקר לפי האפשרות הראשונה. אם הבעיה היא ששמעון קיבל 90 ש"ח בעסקה אחת והחזיר 100 ש"ח בעסקה אחרת לגמרי, אומנם העסקה נראית לא טוב, אך באמת לא מדובר בריבית. את שיטת הרמב"ן מבינים יותר לפי האפשרות השנייה. אם הבעיה היא שראובן הרוויח מכל העסקה, כיוון שהוא קיבל בסך הכול יותר ממה שהלווה, העסקה קרובה יותר להגדרת ריבית.

הרא"ש הביא את המחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן באשר למעמד ההלכתי של הערמת ריבית. הוא מחדש שלפי הרמב"ן הבעיה היא דווקא במקרה שבקשת ההלוואה קדמה לעסקה:

ודוקא א"ל בתחלה הלוויני מנה, אבל אם א"ל הלוויני חטין ולקחן הימנו בפחות מותר. והכי מסתבר. ומאחר שעבר על דברי חכמים ועשה שלא כהוגן עשו לו שלא כהוגן ואין ב"ד נזקקין לגבות לו חובו.
(בבא מציעא ה, ח)

לפי בנו של הרא"ש, הטור (יורה דעה, קסג), הרא"ש פסק כמו הרמב"ן. לדעת הרא"ש, הערמת ריבית אכן אסורה מדרבנן כדברי הרמב"ן, אלא שיש לבחון את שלבי העסקה כדי לקבוע אם היא אסורה או מותרת. פרטנו לעיל את העסקה לשלבים, וציינו כי בשני השלבים הראשונים, ראובן ביקש הלוואה במזומן ושמעון סרב. בשלב השלישי עלתה ההצעה ששמעון ילווה לראובן חיטים, בתור תחליף להלוואה במזומן. לפי הרא"ש, מוקד ההערמה נעוץ בשיחה בין שני הצדדים על ההלוואה; אילו העסקה הייתה מתחילה בשלב השלישי, לא הייתה כל בעיה של הערמה. מבחינה כלכלית, שני השלבים הראשונים לא שינו דבר, שהרי בפועל העסקה התחילה להתבשל בשלב השלישי בלבד. הבעיה נובעת מהאופן שבו נפתח המשא ומתן.

לשיטת הרא"ש תהיה משמעות רבה בהמשך, מכיוון שעולה ממנה כי במשא ומתן שמדובר בו בפירוש על הלוואה – העסקה עלולה להיות אסורה משום הערמה. השולחן ערוך סיכם את דיני הערמת ריבית, ושילב בין שיטת הרא"ש ושיטת הרמב"ם:

אמר לו: הלוויני מנה. א"ל: מנה אין לי, חטים במנה יש לי, ונתן לו חטים במנה כמו שהוא השער וחזר ולקחם ממנו בצ', ועדיין הם שוים מאה... אסור לפרוע במעות, מפני הערמת רבית, מאחר שא"ל תחלה הלוויני מנה. ואם עבר ועשה, הרי הוא מוציא ממנו ק' בדין, שאפילו אבק רבית אין כאן. הגה: וי"א דהוי אבק רבית. וכל זה לא מיירי אלא כשלא התנו מתחלה על כך, אבל אם התנו מתחלה לקנות ממנו בפחות, הוי רבית גמור...
(יורה דעה, קסג, ג)

מצד אחד, פסק השולחן ערוך כמו הרמב"ם כי הערמת ריבית היא דין נפרד, שאינו נחשב לריבית דרבנן ואינו פוגע בתוקף ההסכם. מצד שני, אימץ השולחן ערוך את חידושו של הרא"ש, שלפיו יש משמעות לבקשת ההלוואה. אילו שמעון לא היה מבקש הלוואה בתחילת העסקה, ורק עושה עסקת מכר עם ראובן, הדבר לא היה אסור כלל.

הרמ"א, לעומתו, הביא את שיטת הרמב"ן שהערמת ריבית אסורה מדרבנן, ולכן פסק כי המלווה לא יקבל בחזרה את הסכום של הערמת הריבית. יתרה מזאת, הרמ"א הוסיף שאם כל העסקה תוכננה מראש, כלומר מראש שמעון הסכים להלוות חיטה בשווי של 100 ש"ח וגם התחייב לרכוש את הסחורה ב-90, אזי העסקה אסורה מדאורייתא. כלכלית, אין הבדל ממשי בין שני המקרים, לא משנה בפועל אם רכישת החיטה הייתה מכוח התחייבות קודמת או לא; אף-על-פי-כן, לפי הרמ"א, ההסכם המוקדם הופך את העסקה לאסורה מדין תורה.

יסודות היתר עסקא

דין "עסקא" התלמודי

לפני שנתחיל לברר איך עובד היתר עסקא, יש לדעת שהמושג "עסקא" היה קיים כבר בימי התלמוד. מהגמרא עולה כי עסקא היא מבנה מסחרי-משפטי, שנועד להסדיר את חלוקת האחריות בין השותפים לעסקה. אומנם למבנה זה יש השלכות לדיני ריבית, אבל לא פיתחו אותו בתור פתרון להתמודדות עם ריבית. כפי שנראה, הסיבות שהביאו לפיתוח העסקא בזמן התלמוד, לפני למעלה מ-1,600 שנה, הם אותם אתגרים העומדים היום בפני אנשים המקימים שותפות ביניהם.

התלמוד מזכיר את העסקא במסכת בבא מציעא:

אמרי נהרדעי: האי עיסקא, פלגא מלוה ופלגא פקדון. עבוד רבנן מילתא דניחא ליה ללוה, וניחא ליה למלוה.
(בבא מציעא קד, ע"ב)

חכמי נהרדעא אינם מסבירים את המושג עסקא, אלא רק אומרים כיצד שותפות זו מתחלקת: 50 אחוזים נחשבים להלוואה, ו-50 אחוזים לפיקדון. אפשר לראות את הפיקדון כהשקעה במניות. הם מסבירים כי חלוקה זו נוחה לשני הצדדים בעסקא.

רש"י מסביר במה מדובר:

המקבל פרגמטיא מבעל הבית ושמה לה כפי דמיה שהיא שוה כאן, והוא מוליכה למקום היוקר למחצית השכר.

כלומר, מדובר בשני צדדים, מפייץ ויצרן. היצרן נותן מוצר למפייץ, והמפייץ מוכר אותו ברווח. בתמורה, מתחלק הרווח בין היצרן ובין המפייץ.

הרמב"ם מגדיר את העסקא בצורה רחבה יותר, במסגרת דיני שותפות. תחילה הוא מגדיר את השותפות באופן כללי, ולאחר מכן הוא מביא את מושג העסקא בתור סוג של שותפות:

שנים שהן נושאים ונותנים בממון השותפות אף על פי שהממון של אחד מהן הרי זה נקראת שותפות ואם פחתו או הותירו הרי הוא לאמצע, ויש להם להתנות בשכר ובהפסד כל מה שירצו כמו שביארנו.

אבל אם היה האחד בלבד הוא שנושא ונותן בממון השתוף, אף על פי שהממון משל שניהם – הרי זו השותפות נקראת עסק, וזה הנושא ונותן נקרא מתעסק, שהרי הוא לבדו מתעסק במשא ומתן, ושותפו שאינו נושא ונותן נקרא בעל המעות.

(הלכות שלוחין ושותפין, ו, א)

שותפות, באופן כללי, היא מצב עסקי של "שנים שהן נושאים ונותנים בממון השותפות אף על פי שהממון של אחד מהן". במצב הרגיל שני השותפים מנהלים את השותפות ולכן הם שותפים מלאים לרווחים ולהפסדים. בשותפות מסוג "עסקא" הצדדים אינם שווים, אלא "אחד בלבד הוא שנושא ונותן בממון השתוף, אף על פי שהממון משל שניהם". הרמב"ם מגדיר כל אחד מהשותפים

לעסקא: "הנושא ונותן נקרא מתעסק שהרי הוא לבדו מתעסק במשא ומתן, ושותפו שאינו נושא ונותן נקרא בעל המעות". כלומר ההבדל בין שותפות רגילה לבין עסקא הוא בשאלה מי מנהל את השותפות: שותפות רגילה מנוהלת בידי שני השותפים, ואילו בעסקא – רק אחד מנהל את השותפות, והאחר הוא שותף שקט.

בהלכה הבאה מסביר הרמב"ם את חלוקת האחריות בעסק, על-פי דברי הגמרא – "פלגא מלוה ופלגא פקדון":

תקנו חכמים שכל הנותן מעות לחבירו להתעסק בהן יהיה חצי הממון בתורת הלואה, והרי המתעסק חייב באחריותו אף על פי שאבד באונס, והחצי האחר בתורת פקדון והרי הוא באחריות בעל המעות, ואם נגנב או אבד החצי של פקדון אין המתעסק חייב לשלם, ולפיכך יהיה שכר זו החצי אם הרויח של בעל המעות...
(שם, ב)

כלומר, כיוון שרק אחד השותפים מנהל את השותפות, צריך להגדיר מהי האחריות של אותו שותף מנהל. חכמים תיקנו שהחלוקה היא לשני חצאים: אם העסק לא יצליח – השותף המנהל יהיה אחראי להחזיר לשותף השקט רק חצי מהסכום, זהו החלק שנקרא "מלווה". החצי הנותר הוא הסיכון שהשותף השקט מוכן לקבל על עצמו, וייתכן שהוא לא יוחזר במלואו. כפי שהגמרא ציינה, מבנה זה טוב לשני הצדדים: השותף המנהל אינו אחראי לכל הפסדי השותפות אלא רק לחצי מהם, והשותף השקט יודע שהוא יקבל בחזרה חצי מההשקעה שלו לפחות.
אם כן, לעסקא דרושים שני שותפים, שאחד מהם יהיה שותף שקט.

הם יכולים להרוויח או להפסיד מעסקי השותפות, ויש ביניהם חלוקת אחריות על הפסדי השותפות.

איך מנהלים שותפות כזו? הגמרא יוצאת מנקודת הנחה כי החלק שמוגדר כמלווה מתנהל לפי כללי ההלוואה, והחלק שמוגדר כפיקדון מתנהל לפי כללי הפיקדון. כלומר, הלווה יכול להחליט על דעת עצמו לעשות שימוש בכספי ההלוואה, לרבות שימוש אישי שאינו קשור לשותפות, ואילו את הפיקדון שבעסקה הוא חייב להשקיע על מנת למקסם את הרווחים. רבא מבהיר כי למרות הכלל "פלגא מלוה פלגא פקדון", כל כספי ההשקעה הם עסקה אחת:

דאמר ליה: כי יהינא לך – לאיעסוקי ביה, ולא למשתי ביה שכרא.

כפי שרש"י מסביר:

דמתוך שתשכר בשלך, תטרח ותעסוק בה יפה.

כלומר חובה על השותף המנהל לנהל את כל כספי השותפות כדי לנצל את כולם באופן המיטבי, ולא רק את החלק המוגדר כפיקדון. לכן סיווג של חלק מכספי השותפות כמלווה אינו הופך אותו להלוואה לכל דבר; כל הסכום נשאר בשותפות מלאה, ורק את הרווחים וההפסדים מחלקים באופן ייחודי.

כיצד מחלקים את הרווחים ואת ההפסדים? בשותפות רגילה, השותפים מחלקים את הרווח ואת ההפסד שווה בשווה. מסיבות שנלמד בהמשך, בעסקא אומנם השותפים מתחלקים בהפסד שווה בשווה, אבל הרווח מתחלק אחרת – שני שלישים מהרווח עבור

השותף המנהל, ושליש עבור השותף השקט*. כפי שראינו עתה, מושג העסקא לא נולד בתור ניסיון לעקוף איסורי ריבית, אלא בתור חלוקת אחריות במצב שרק שותף אחד מנהל בפועל את השותפות. כעת נראה כיצד מתעוררת בשותפות זו בעיה של ריבית.

ריבית בתכנון עסקא

המשנה קובעת:

אין מושיבין חנוני למחצית שכר, ולא יתן מעות ליקח בהן פירות למחצית שכר, אלא אם כן נותן לו שכרו כפועל.
(בבא מציעא ה, ד)

רש"י מסביר:

לא יאמר בעל הבית לחנוני... שב ומכור תמיד, והריוח נחלוק. משום דאמרינן לקמן: הך עיסקא – פלגא מלוה

* אחוזי חלוקה כאלה, שמשתנים בין רווח להפסד, מביאים לתוצאות מסובכות כאשר שני הצדדים שותפים גם לעסקאות אחרות, נפרדות. רבא מצייין כי "חדא עיסקא ותרי שטרי – פסידא דמלוה, תרי עיסקי וחד שטרא – פסידא דלוה". רש"י מסביר שרבא אמר זאת לשם ייעוץ: "עצה טובה... דבחד עיסקא לכתוב חד שטרא, ובתרי עסקי נכתוב שני שטרי..." מכל מקום, עולה שיש גמישות רבה בכל הנוגע לתכנון העסקא, ולכל צד יש יתרונות. הכול כפוף למשא ומתן בין הצדדים.

ופלגא פקדון... נמצא מתעסק בחציו של בעל הבית, שהוא פקדון אצלו בשכר המתנת מעות המלוה, לפיכך אסור. (רש"י, בבא מציעא סח, ע"א)

כלומר, המשנה אוסרת מצב שבו שותף אחד מעמיד הון חוזר לטובת עסק (כגון חנות). שמישהו אחר ינהל בתמורה לחלוקה של הרווחים (מחצית לכל צד). מכיוון שבעסקא השותף המנהל מקבל חצי מהסכום בתור הלוואה, ועוד חצי מהסכום בתור פיקדון – שממנו השותף השקט מרוויח, נראה כאילו השותף המנהל עובד בשביל השותף השקט – כדי לדחות את פירעון ההלוואה. המשנה מעניקה גם פתרון לבעיה: השותף השקט ישלם שכר לשותף המנהל עבור ניהול הפיקדון, לפיכך יהיה ברור שהשותף המנהל עוסק בכספי הפיקדון כחלק מהעסקא, ולא כדי לעכב את מועד הפירעון.

הרמב"ם סיכם זאת בצורה בהירה יותר, והבהיר כי מדובר באבק ריבית, כלומר בריבית דרבנן:

תקנו חכמים שכל הנותן מעות לחבירו להתעסק בהן יהיה חצי הממון בתורת הלוואה והרי המתעסק חייב באחריותו אף על פי שאבד באונס והחצי האחר בתורת פקדון והרי הוא באחריות בעל המעות, ואם נגנב או אבד החצי של פקדון אין המתעסק חייב לשלם ולפיכך יהיה שכר זו החצי אם הרויח של בעל המעות. ולפי תקנה זו אי אפשר שיהיה השכר או ההפסד של כל הממון לאמצע בשוה, שאם אתה אומר כן, נמצא בעל הממון נוטל שכר חצי מעותיו שהן פקדון ואינו עושה כלום, אלא זה המתעסק טורח לו בחצי של פקדון מפני מעותיו שהלוהו ונמצא באין לידי אבק רבית. והיאך יעשו אם

רוצה להיות השכר או ההפסד לאמצע בשוה, יתן למתעסק שכרו שבכל יום ויום מימי השותפות כפועל בטל של אותה מלאכה שבטל ממנה...
(הלכות שלוחין ושותפין, ו, ב)

בכל זאת קשה להבין איזה מרכיב ריבית יש בעסקא. רש"י כתב כי מפני שחצי מנכסי השותפות מוגדרים כפיקדון, "נמצא מתעסק בחציו של בעל הבית... בשכר המתנת מעות המלוה". גם הרמב"ם כתב: "המתעסק טורח לו בחצי של פקדון מפני מעותיו שהלוהו". נראה כי הם מתבססים על העובדה שחצי מהסכום מוגדר בתור הלוואה, ולכן ההתעסקות בחצי השני נראית כמו עבודה תמורת דחיית החזרת ההלוואה. היה אפשר להבין זאת אילו אכן הייתה הפרדה בין ההלוואה לפיקדון, והיה אפשר לחשב כל חלק בנפרד; אולם, כפי שכבר למדנו, השותף המנהל אחראי על ניהול הסכום כולו, והחלוקה היא בכל רווחי השותפות. אומנם החלוקה "פלגא מלווה פלגא פיקדון" מחייבת את השותף המנהל להחזיר את ההלוואה בכל מצב, אבל אין זה משפיע על החובה שלו לנהל את כל כספי השותפות ולהתחלק בכל רווחי השותפות. לכן הרמב"ם מדגיש, כנראה, כי אכן אין זו ריבית גמורה – אלא רק אבק ריבית. ולמרות זאת, לאחר שראינו כי הרמב"ם מבחין בין אבק ריבית להערמת ריבית, היה מתבקש שגם את העסקא הוא יסווג בתור הערמת ריבית בלבד, ולא בתור אבק ריבית שאסור מדרבנן.

חלוקה אחרת של הרווחים וההפסדים

אפשר לפתור את הבעיה בדרך נוספת: לתגמל את השותף המנהל על ניהול הפיקדון, בלי שהתגמול ייחשב לאבק ריבית. הגמרא מספרת כי לאחר שנפטר רב עיליש, התברר שהוא היה חתום על שטר עסקא, שלכאורה עבר לבניו אחריו:

בני רב עיליש נפק עליהו ההוא שטרא דהוה כתיב ביה: "פלגא באגר, פלגא בהפסד". אמר רבא: רב עיליש גברא רבה הוא, ואיסורא לאינשי לא הוי ספי; מה נפשך, אי פלגא באגר – תרי תילתי בהפסד, אי פלגא בהפסד – תרי תילתי באגר.

(בבא מציעא סח, ע"ב)

בשטר שהוצג בפני בניו של רב עיליש היה כתוב שאביהם, רב עיליש, קיבל על עצמו עסקא – חצי מלווה וחצי פיקדון. מציאת השטר העלתה תהייה: האומנם רב עיליש נכנס לעסקא שיש בה אבק ריבית? והרי לא כתוב בשטר שהשותף השקט ישלם שכר כלשהו לשותף המנהל? רבא השיב כי לא ייתכן שרב עיליש עבר על אבק ריבית, ולכן יש לפרש את הכתוב בשטר: "אם חצי בשכר – שני שלישי בהפסד, אם חצי בהפסד – שני שלישי בשכר". התנאי שניסח רבא נועד למנוע בעיה של אבק ריבית בעסקא, אלא שנחלקו הפרשנים בהכנתו. רש"י הסביר:

ודאי שטרא הכי מפרשיה ללישניה שקיבל עליו איזו מהם שירצה.

כלומר, בתום תקופת העסקא יכול השותף המנהל לבחור בין שתי אפשרויות: האחת – שחלקו של השותף המנהל ברווח יהיה שני שלישים, חלקו של השותף השקט יהיה שלישי וההפסד יתחלק שווה בשווה בין השותפים. השנייה – שהשותף השקט ייטול אחריות על שני שלישים מההפסד, השותף המנהל יהיה אחראי על שלישי והרווח הוא זה שיתחלק בשווה.

תוספות אינם מוכנים לקבל את הפרשנות של רש"י, שלפיה השותף המנהל יכול לבחור בין שתי נוסחאות חלוקה בתום תקופת העסקא:

וכי שוטה הנותן לעשות כזה למקבל ולתלות בדעתו,
דכשיראה הפסד יאמר אני רוצה פלגא באגר ועליך תרי
תילתי בהפסד, ואם יראה ריוח יאמר אני רוצה פלגא הפסד
ושני שלישי ריוח...

תוספות אומרים כי לא ייתכן שאופן החלוקה ייקבע רק בתום התקופה, מפני שאז יוכל השותף המנהל לבחור באפשרות הרווחית יותר עבורו, בהתאם לתוצאות, והשותף השקט יפסיד. תוספות מציעים כמה אפשרויות חלופיות להבנת הגמרא, שיש בהן עיקרון כללי אחד: "זמן אחד קבוע להם, שתוך אותו זמן יברר רב עיליש איזה מהם שירצה". כלומר הבחירה בין שתי האפשרויות צריכה להיות הרבה לפני סיומה של תקופת העסקא. אחרת, בלשון תוספות, השותף השקט אינו אלא "שוטה".

הרמב"ם הבין כי אם השותף השקט אינו רוצה לשלם דמי ניהול, או שהסכם אינו מסדיר כל הטבה שהיא לשותף המנהל, החלוקה היא:

שכר המתעסק באותו חצי של פקדון שלישי ריוח הפקדון
שהוא שתות ריוח כל הממון, לפיכך אם הרויחו יטול

המתעסק שני שלישי הריוח - חצי הריוח של חצי המעות שהן מלוה ושתות הריוח בשכר שנתעסק בפקדון, נמצא הכל שני שלישי הריוח, ויטול בעל המעות שלישי הריוח. ואם פחתו - יפסיד המתעסק שלישי הפחת, שהרי הוא חייב בחצי הפחת, מפני שחצי המעות מלוה ויש לו שתות בשכרו באותו החצי של פקדון, ונמצא שנשאר עליו מן הפחת שלישו ובעל המעות יפסיד שני שלישי הפחת.
(הלכות שלוחין ושותפין, ו, ג)

לפי הרמב"ם, יש לחלק את הרווח וגם את ההפסד על בסיס שני שלישים מול שלישי: השותף המנהל יקבל שני שלישים מהרווח ושלישי מההפסד, והשותף השקט יקבל שני שלישים מההפסד ושלישי מהרווח. כלומר התגמול לשותף המנהל חייב להיות מלא - ברווח וגם בהפסד. הראב"ד השיג על דברי הרמב"ם, וכתב כי חישוב הנוסחה של הרמב"ם "הוא שיבוש, שכך אמרו חכמים: תרי תלתי באגר פלגא בהפסד". כלומר, מהגמרא עולה כי אפשר לחלק את הרווח או את ההפסד בצורה אחרת, ולא חייבים שגם הרווח וגם ההפסד יתחלקו לטובת השותף המנהל כדי לא לעבור על דיני ריבית.

לסיום שלב זה נראה כיצד סיכם הריטב"א את האפשרויות העומדות בפני שותפים במצב זה, שבו רק שותף אחד מנהל את כספי השותפות:

ולפיכך צריך שיתן לו שכרו כפועל בטל על מה שטורח או שיעדיף למתעסק כלום מן הריוח או שלא יטול כמותו בהפסד, אלא אי נקיט בעל העסק פלגא באגר נקיט תרי תילתי בהפסד ואי פלגא בהפסד נקיט תילתא באגר כדאיתא בגמ'.

והוי יודע שאין דין זה אלא בסתם עיסקא אבל אם כל העסק קיבל המתעסק באחריותו בתורת מלוה אסור לקבל ממנו מן הריוח כלום ורבית קצוצה היא, וכן אם העסק כולו אצלו בתורת פקדון גמור אפילו יקיים לו כל ריוח שבעולם אין כאן רבית אלא מתנה הוא דיהיב ליה שאין רבית אלא במלוה, וזה ברור אבל אין להערים בדבר זה, והיכא נמי דליכא אלא שיתוף כי שניהם מתעסקים בדבר והטילו לכיס ומחלקים בשכר ובהפסד כל מעותיהם אין כאן צד רבית ולא בעי למיתן חד לחבריה שכר עמלו ואפילו הוא טורח יותר ממנו לפי שאין כאן מלוה אלא פקדון.
 חידושי הריטב"א, בבא מציעא סח, ע"א

בדבריו אלה מנתח הריטב"א את כל האפשרויות:

- א. השותף השקט יכול לתת לשותף המנהל "שכרו כפועל בטל על מה שטורח".
- ב. השותף השקט יכול לתת לשותף המנהל במקום תשלום שיפור קטן בתנאי החלוקה - "שיעדיף למתעסק כלום מן הריוח או שלא יטול כמותו בהפסד".
- ג. אם כתוב בשטר שחצי מהסכום הוא מלווה אבל לא כתוב מהו אחוז החלוקה בין הפסד לרווח, הסיכון של השותף המנהל ירד מ-50 אחוזים ל-33.3 אחוזים (מחצי לשליש).
- ד. אם כתוב בשטר שחצי מהסכום הוא פיקדון אבל לא כתוב מהו אחוז החלוקה בין הפסד לרווח, השותף המנהל יקבל 66.6 אחוזים מהרווח (שני שלישים).
- ה. אם כל הסכום מוגדר בתור מלווה - "אסור לקבל ממנו מן הריוח כלום וריבית קצוצה היא". כלומר, אם השותף המנהל חייב להחזיר את מלוא הסכום שהושקע וגם לחלוק ברווח עם

- השותף השקט, מדובר למעשה בהלוואה עם ריבית, שהרי כל הכסף חוזר למלווה בתוספת רווח.
1. אם כל הסכום מוגדר בתור פיקדון, ועל הלווה לא מוטלת כל אחריות להחזיר חלק מהסכום במקרה של הפסד – אין שום בעיה להרוויח ממנו, "אין כאן ריבית אלא מתנה הוא דיהיב ליה".
 2. אם שני השותפים מעורבים בניהול נכסי השותפות, כבר לא מדובר בעסקא. "אין כאן צד ריבית, ולא בעי למיתן חד לחבריה שכר עמלו... לפי שאין כאן מלוה אלא פקדון". במצב זה אין צורך להגדיר חלק מכספי השותפות בתור הלוואה, וגם אין צורך בתשלום דמי ניהול, כיוון שזו שותפות רגילה. הריטב"א מדגיש ששני השותפים אינם חייבים להיות מעורבים בניהול באופן שווה, אלא כל שותף צריך להיות מעורב במידה כלשהי. המכנה המשותף לכל האמור לעיל בנוגע לעסקא הוא שהשותף השקט חייב לקבל על עצמו חלק מסיכוני העסקה לפחות. הוא יכול להפסיד ויכול להרוויח, אבל אינו יכול להשאיר את כל הסיכון בידי השותף המנהל.
- גם היום, קרנות השקעה בנויות משותפים שקטים (הנקראים שותפים מוגבלים) ומשותף מנהל (הנקרא שותף כללי). השותף הכללי מתוגמל עבור שירותי הניהול – התגמול כולל דמי ניהול שנתיים, ובנוסף אחוזים מהרווח על-פי חלוקה ייחודית. בדרך כלל, 20 אחוזים מהרווח של השותפות משולמים מראש לשותף הכללי. השותף הכללי אינו אחראי להפסדים.
- לאחר שהבנו כיצד פועלת שותפות מסוג עסקא, אפשר כעת לגשת להיתר העסקא, המבוסס על שותפות זו.

תולדותיו של היתר העסקא

היתר עסקא נוסח לראשונה בשנת 1600 בערך, בפולין, בידי הר"ר מענדל ב"ר אביגדור, אב בית הדין בקראקא. ב-1605 אישר את ההיתר ועד ארבע הארצות בראשות הסמ"ע. העותק הקדום ביותר של היתר עסקא המצוי בידינו נדפס בשנת 1667, בספר נחלת שבעה. כל נוסחי ההיתר מאז ועד היום מתייחסים בצורה מפורשת ל"תיקון מהר"ם", והכוונה היא לרב מענדל ב"ר אביגדור. תיקון מהר"ם מיוסד על כלל עסקא שלמדנו, בתוספת שתי תשובות עיקריות: של מהר"ם מרוטנבורג (במאה ה-12) ושל תרומת הדשן (במאה ה-14). תשובות אלו יצרו את היסוד לבניית היתר עסקא. שתי התשובות מתמודדות עם הבדלים בולטים בין עסקא, כלומר השותפות הייחודית שראינו בגמרא, ובין הלוואה: ראשית, בעסקא, השותף השקט מקבל מחצית מכל רווחי העסק; בהלוואה, לעומת זאת, השותף השקט (הנקרא מלווה) נהנה מכל הרווחים עד לתקרה מסוימת, וזו הריבית. שנית, בעסקא השותף השקט מתחלק עם השותף המנהל בכל שקל "פרו רטה". בהלוואה, השותף השקט מעוניין קודם כול שכל שקל ישמש לפירעון הלוואה, עד שסכום הלוואה יוחזר אליו במלואו. בנוסף, בעסקא שאינה מצליחה, השותף המנהל חייב לשלם רק מחצית מכספי העסקא לשותף השקט. בהלוואה, השותף השקט רוצה להיות מובטח שיקבל את כל כספו בחזרה, ולא רק מחצית.

מהר"ם מרוטנבורג: הלוואה ואחריה פיקדון

המהר"ם מרוטנבורג נשאל על יישום העסקא בשונה מכפי שנזכר בגמרא. בעסקא, כפי שראינו, הסכום אמור להתחלק כך שמחציתו ייחשב לחוב ומחציתו לפיקדון. מהר"ם מרוטנבורג נשאל אם אפשר לשנות את הנוסחה, כך שבשלב הראשון, עד סכום מסוים שנקבע מראש, ייחשבו כספי העסקא לפיקדון, וכל הרווחים מהם יעברו לשותף השקט. רק לאחר מכן הם יהפכו להיות חוב – וכל הרווחים מהחוב יהיו שייכים לשותף המנהל.

מה המשמעות של שינוי הסדר? כדי להבין זאת, נמחיש את העסקה המוצעת:

נניח כי כספי העסקה הם 1,000 ש"ח, העסק הצליח והסכום גדל ל-2,000 ש"ח. במצב זה, שבו 2,000 ש"ח אמורים להתחלק בין השותפים, כל שותף יקבל 1,000 ש"ח*. אם העסק לא הצליח ופשט רגל, השותף המנהל יצטרך לשלם 500 ש"ח לשותף השקט, כי הסכום הזה הוגדר בתור הלוואה. פרט לזה השותף המנהל לא יצטרך לשלם דבר. אולם אם החלוקה מגדירה את הסכום כפיקדון עד גובה מסוים, אזי הכספים שיתקבלו יגיעו קודם לשותף השקט, ואם הם יעברו את תקרת הסכום שהוגדר – יקבל אותם השותף המנהל.

מהר"ם מרוטנבורג פסק:

מותר להלות מנה לפלוני חבירו שילוהו לריוח של המלוה
לבדו עד זמן שיהא ב' מנים, ויהיו עד אותה שעה פקדון

* לא כולל דמי ניהול, כמובן, שהשותף השקט יצטרך לשלם לשותף המנהל כדי למנוע אבק ריבית.

שיהא כל הריוח של המלוה, וכשיהיה ב' מנים, שמשם ואילך יהיה כל הריוח של המקבל לבד מאותן ב' מנים, מיהו צריך לתת לו שכר עמלו...
(שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, ד, תתקנה)

לפיכך אין קושי להפוך את הסדר כך שהכספים יגיעו קודם כול לשותף השקט, ולאחר מכן כל הרווחים שיתקבלו מהעסקא יעברו לשותף המנהל.

תשובתו של המהר"ם מרוטנבורג נפסקה להלכה בשולחן ערוך:

מלוה אדם לחבירו מנה, על תנאי שיתעסק בו לריוח המלוה עד שיהא שני מנים, ויהיו באחריות המלוה עד אותו זמן, ולכשיהיו שני מנים יחזרו שני המנים למלוה ומשם ואילך יהיה כל הריוח ללוה, ובלבד שיתן שכר עמלו עד שיהיו שני מנים. ואם התנה עמו מתחלה, אפילו בכל שהוא שהתנה לתת לו בשכר עמלו, סגי. הגה: והוא הדין איפכא, שמלוה לו תחלה לצורך הלוה ואחר כך יעסוק בו לצורך המלוה, ונותן לו...
(יורה דעה, קסז, א)

הרמ"א מוסיף שאפשר לסדר את סיווג התשלומים כך שהכסף ייחשב קודם לפיקדון ואחר כך לחוב, או להפך – קודם לחוב ואחר כך לפיקדון.

מכל מקום, פסיקה זו נושאת עימה חידוש בתנאי העסקא: אפשר שהשותף השקט יקבל קודם כול את כספו בחזרה, ורק אם יהיה רווח, ירוויח גם השותף המנהל. אך גם לפי חידוש זה, אם הם יפסידו – לא כל הסכום יחזור לשותף השקט. זו המשמעות של הגדרת חלק

מהסכום בתור פיקדון, בשונה מהלוואה – השותף השקט אינו יכול להיות בטוח שכספו יוחזר במלואו.

תרומת הדשן: שבועה – או שהכסף ישולם במלואו

נעבור כעת לראות את תשובתו של תרומת הדשן, שהתמודד עם הבעיה האחרונה שהעלינו: כל עוד הסכום מוגדר בתור פיקדון, גם אם מדובר בחלק מהסכום או בחלק מתקופת העסקה, לא בטוח שהשותף השקט יקבל את מלוא כספו. זהו ההבדל בין חוב ובין הון: חוב צריך לחזור, את ההון משקיעים ואין ודאות שיחזור. בפני תרומת הדשן הובאה שאלה:

ראובן בקש למסור מעותיו לשמעון שילוה אותם בריבית, ורצה לקצוץ עמו בסך מבורר ושיהיה לו גם כן כמעט בטחון גמור בקרן שלא יהא נפסד לו כלל האיך יעשה בהיתר? (תרומת הדשן, שב)

למעשה, השאלה היא – איך ניתן לתת הלוואה עם ריבית בלי לעבור על איסורי ריבית? תרומת הדשן היה מודע לבעיה שבמענה לשאלה זו. הוא ציין שיש חשש "שמא על ידי דקדוקי הללו ובקשות תחבולות להתיר מקח ומתן בריבית, יהיה דברי תורה דומה לחוכא ואיטלולא, שחוק והיתול..." אך עם זאת הכריע: "מכל מקום אומרים, וצדיקים ילכו בה". כלומר גם אם יהיו כאלה שינצלו לרעה את ההיתר, יש להורות את דרך התורה. על כן הוא השיב:

ומעתה יש תקנה לעשות כל המבואר לעיל בשאילה בהיתר בדרך זה, שראובן הנותן יקבל עליו כל האחריות אפי' של גניבה ואבידה ויפריז על המידה לקבל עליו שאפי' אם יאבדו או יגנבו ויופסדו אפי' בפשיעה יהיה באחריותו. אך אם שמעון המקבל פושע בממון כ"כ שדומה הוא כמזיק בידיים יתחייב שמעון באחריותו, וגם יקבל עליו שלא יהא נאמן אפי' בשבועה דאורייתא ואפי' ע"פ עדים אפי' הן ק', שלא פשע בהן פשיעה גדולה שהוא כמזיק בידיים, רק אם יעידו לו הרב והש"ץ וכה"ג אנשים יושבי אהלים בעיר שיש להם ידיעה במו"מ שבעיר, המה יהיו נאמנים להעיד בראיה וידיעה גמורה. ובדרך זה יהיה בטוח בקרן שלו כשירצה לעולם, שאם אבדו יטעון ראובן שהפסידו במזיד בידיים ולא יוכל שמעון לאמת דבריו רק ע"פ הרב והש"ץ, וקרוב דקרוב הוא לודאי שלא ידעו כל האחריות ושרי ליה לקצוץ כדמבואר לעיל.

תרומת הדשן מציע את המתווה כדלהלן:

- א. ראובן, נותן הכסף (השותף השקט, ה"מלווה"), יקבל עליו את "כל האחריות, אפילו של גנבה ואבידה... אפילו בפשיעה יהיה באחריותו". הוא ישקיע כספים בתור הון, וההפסד יהיה באחריותו.
- ב. אם שמעון, מקבל הכסף (השותף המנהל, "הלווה"), יתנהל באופן רשלני במיוחד, "פושע בממון כל כך שדומה הוא כמזיק בידיים", הוא יהיה האחראי להפסד.
- ג. אם שמעון יפסיד את הכסף, יוכל ראובן לטעון ששמעון התרשל ו"הזיק בידיים", ויוסכם מראש שלא יהיה אפשר להכחיש את טענתו. שמעון יקבל עליו מראש שלא יהיה נאמן בשבועה, וגם לא יוכל להביא עדים שנהג בכסף באופן הראוי, ורק אם יעידו

בפירוט רב העיר, שליח הציבור ואנשי עסקים מובילים בעיר ששמעון לא הזיק להשקעה בידיים – הוא יהיה פטור מהחזרת הכסף לראובן. מכיוון ש"קרוב הוא לוודאי שלא ידעו" איך שמעון ניהל את ההשקעה, לא יהיה מי שיעיד לטובתו, והוא יהיה חייב להחזיר את הכסף לראובן כאילו זה היה חוב. העלאת רף העדות היא הגורמת, למעשה, שלא תהיה אפשרות ששמעון לא יחזיר את הכסף לראובן. כך ההון יוחזר כמו חוב. תרומת הדשן מתמודד עם הטענה ששינוי רף העדות, לכאורה, הופך את כל המתווה להערמה אחת גדולה. הרי "אין דעת שניהם שיתקיימו התנאים, ואין מתנין אותו אלא כדי ליקח הריבית בהיתר". בתגובה לטענה זו מפנה תרומת הדשן לתוספות (בבא קמא קב, ע"א), שהתירו עסקה שבה משקיע נותן לחברו סכום כסף לצורך הקמה וניהול של בנק – "ויתנה עמו שלא ילוה אותו רק על משכונות כסף או זהב ויטמון אותם בקרקע". אם הבנק לא יתנהל כך, אזי המשקיע יקבל את כל כספו בחזרה בתוספת רווחים. לפי תרומת הדשן, תוספות התירו מתווה זה "אף על גב דהכל יודעים שאין כלל בדעת הנותן והמקבל שיתקיים התנאי שילווה אותו רק על כסף או זהב ויטמין בקרקע, אלא ילוה על חובות לגמרי בלא משכון או על משכונות שאינם של כסף וזהב, ואם מכסף וזהב ודאי לא יטמן בקרקע". כלומר גם במקרה של התוספות ברור וידוע כי מדובר בתנאי שלא יתקיים.

תרומת הדשן מבהיר כי אין להשתמש בהיתר אלא "רק להתיר הריבית דרבנן כגון... נותן למחצית שכר", ולא לריבית דאורייתא. הסכם הלוואה עם ריבית דאורייתא אי אפשר להכשיר. ריבית מדרבנן, כמו בעסקא שלמדנו, סובר תרומת הדשן שאפשר להתיר, על-ידי שינוי רף העדות שהלווה יידרש להביא.

נוסח היתר עסקא

מכאן אנו עוברים להיתר עסקא עצמו, כפי שניתן לראשונה בשנת 1600. כאמור, אין לנו עדות לנוסח המקורי שניתן באותה שנה. הנוסח הקדום ביותר שבידינו מופיע בספר נחלת שבעה, שכתב רבי שמואל ב"ר דוד משה הלוי סג"ל במאה ה-17. בספר מובאים נוסחי שטרות למגוון רחב של עסקאות, כולל הסברים ופרשנויות לכל שטר. המחבר מציין במפורש כי זה אינו הנוסח המקורי של ההיתר, כיוון שמהר"ם, שתיקן את הנוסח, שינה אותו בהתאם להערות שקיבל מרבנים בני דורו.

אם כן, להלן ההיתר שניתן ב-1600, כפי שנדפס בגרסה מעודכנת ב-1667:

שטר עסקא שתיקן הגאון מהר"ר מענדיל ר' אביגדורש
אב בית דין ור"מ דק"ק קראקא בהיתר הריחח כאשר נמצא
בתיקוני שטרות דפוס דק"ק קראקא.

אנחנו חתומים מטה מודים שקבלנו מזומנים מיד פלוני
בר פלוני בעסקא לטובתו ואחריותו, וכל עסק טוב וסחורה
טובה שיזדמן לידינו בהם יהיו מעותיו קודמין למעותינו.
וככה נתנהג תמיד עד שיעלה ריחח מהן סך פלוני. ובלבד
שלא נעשה חובות מדמי עסקא הנ"ל. ואם לפעמים נצטרך
ליקח לצרכינו מדמי העסקא, לא נהיה נקראים שולחין יד
בפקדון. ומיד שיעלה ריחח כנ"ל, אזי מאותו שעה והלאה

יהיה כל המעות קרן וריוח בידינו הלואה גמורה עד זמן פלוני. ואז מחוייבים אנחנו לטפל בכל מה שיש לנו למכרו, ואפילו בחצי שוייה, כדי לפרוע לבעל השטר ולבאי כוחו במזומנים כנ"ל לזמן הנ"ל, כפי מה שיאמר בעל השטר או בא כוחו בדיבור הקל עלינו לפרוע כגוף החוב. ואין אנו ולא שום אדם נאמנים לומר פרוע הוא או מחול הוא שטר זה כולו או קצתו, ולא שום טענה הגורעת כח שטר חוב זה, אפילו בשבועה חמורה, ואדרבה בעל השטר ובאי כוחו נאמנים עלינו ועל באי כוחנו בדיבור הקל בלי שום אלה ושבועה. ואין אנחנו נאמנים לומר שהיה איזה הפסד ואחריות במעותיו של בעל השטר אם לא בעדים כשרים. ואם יעידו עדים כשרים שהיה הפסד במעותיו של בעל השטר הנזכר לעיל, אין אנו נאמנים לומר שהיה זה טרם או קודם שעלה ריוח הנ"ל אם לא בשבועה חמורה כמו שיחמיר עלינו בעל השטר ובאי כוחו. וכן אין אנו נאמנים לומר שלא הרוחנו כלל במעותיו של בעל השטר, או לומר שלא עלה ריוח כנ"ל, ושעסקנו בעיסקא באמונה, אם לא בשבועה חמורה כנ"ל. וכל אחד מאתנו חתומים מטה נעשה ערב קבלן בעד חבירו, ויד בעל השטר על העליונה. וקבלנו מבעל השטר פלוני בר פלוני סך פלוני בשכר עמלינו ומזונינו. כל הנ"ל קבלנו עלינו ועל יורשינו אחרינו בחרם חמור ובשבועה דאוריתא לאשר ולקיים, ואם נעבור מחוייבים אנו ליתן קנס לצדקה חומש הקרן. נעשה היום יום [פלוני שנה פלונית כאן בעיר פלונית].

נוסח זה הביא את התשובות של המהר"ם מרוטנבורג ושל תרומת הדשן. נציין שני מרכיבים חשובים בו:
ראשית, מדובר ב"עסקא לטובתו ואחריותו... עד שיעלה ריוח מהן

סך פלוני... ומיד שיעלה ריוח כנ"ל, אזי מאותו שעה והלאה יהיה כל המעות קרן וריוח בידינו הלואה גמורה עד זמן פלוני". מרכיב זה מבוסס על תשובתו של המהר"ם מרוטנבורג, שאפשר לעסקא להתחיל כפיקדון, ומעל סכום מסוים להפוך לחוב. אופן זה של שותפות מבטיח שהרווחים הראשונים יגיעו לשותף השקט, וגם מגביל את רמת הרווחים שהשותף השקט יקבל מרווחי העסק. שנית, "אין אנחנו נאמנים לומר שהיה איזה הפסד ואחריות במעותיו של בעל השטר אם לא בעדים כשרים". על בסיס ההיתר של תרומת הדשן, הנוסח מחייב את השותף המנהל לרף גבוה של הוכחה שניהל את הכסף כדין. הוא יצטרך להביא עדים כשרים, ולא יוכל להסתמך רק על דברי עצמו, אפילו אם יישבע את שבועת השותפים. יש לשים לב שמהר"ם לא חייב שהעדים יהיו רב ושליח ציבור דווקא, כפי שהציע תרומת הדשן.

קונטרס הריבית

שנים אחדות לאחר שתיקן מהר"ם את ההיתר, דנו בו רבני פולין. ב-1606 אישר ועד ארבע הארצות (שבאותה שנה הצטמצם לשלוש ארצות) רשימת כללים בענייני ריבית. כללים אלה אושרו בידי רשימה של רבנים, ובראשם הסמ"ע, בעל הדרישה והפרישה על הטור, וכנראה גם הלבוש. החלק העוסק בעניין ריבית יצא לאור בתור "קונטרס הריבית". בשער כתב היד של הקונטרס נאמר:

אלה הדברים הנאמרים ומיוסדים מן הגאון המופלג החסיד והקדוש כמוהר"ר פל"ק כהן ז"ל אשר איזן ותיקן בהקבץ ראשי ישיבות דג' ארצות שנת (שפ"ג) [שפ"ז] לפ"ק והם

קיימו וקבלו עליהם לשמור ולעשות ולקיים את כל הדברים האלה הנקובים בקונטרס הלז, הן התקנות שאיזן ותיקן בעניני מאכלות הן בעניני ריבית כאשר אכתבם ואסיפן אל חיק.

הקונטרס מחולק לשני חלקים:

האחד דרך קצרה, הן הדברים הפשוטים ואין בהם כחוכא וטלולא והן ישרו לפני ההמון. ובדרך ארוכה נוסיף לתת טעם וראיה לדברינו וגם יתבארו בו עוד קצת היתירים אשר הם נוחים ליודעי דעת והן ימסרו לנאמני הקהלה, אשר יתבררו מכל משפחה כמנהג הקהלות הקדושות, והם יורו להעם לפי צורך השעה וענין ויסבירו להם הענין בטעמו, באופן שלא יהיה בעיניהם כחוכא וטלולא ויקילו לפי דעתם גם בעניני אחרים.

כלומר, החלק השני כולל היתרים אחרים מלבד היתר עסקא, שאין לפרסמם לציבור אך הם כשרים ותקינים. עליהם נדבר בהמשך. בפרוטוקולים של ועד ארבע הארצות מופיע החלק הראשון של קונטרס הריבית, ובו הכללים הקצרים. החלק השני לא פורסם בפרוטוקול אך כאמור מופיע בקונטרס. הכללים בפרוטוקול אינם מזכירים את הנוסח של מהר"ם במפורש, אבל החלק השני של הקונטרס, המפורט יותר, מתכתב עם הניסוח של מהר"ם. לעניין שימוש ב"היתר עסקא" כתב הסמ"ע:

- "כל איש ואשה להוי להון שלא יעשו שום הלואה או שום התעסקות או נתינה על סחורה בענין שיהא לו מעסק ההוא

ריוח. עכ"פ שזהו רבית קצוצה בהלוואתו ויוצא בדיינים, אלא צריך להיות קרוב לשכר ולהפסד בשוה". כלומר, כשבונים עסקא, היחס בין החוב להון חייב להיות שווה.

- "צריך ליתן ללוה או למתעסק שכר טרחו ועמלו, אלא שהקילו חז"ל בזה ואמרו: התנה המלוה או הנותן עם הלוה או המקבל בתחלת ההלוואה או העסק ליתן לו בעד טרחו ועמלו אפי' דינר א', ונתרצה הלוה או המתעסק..." כלומר, חייבים לסכם מראש שהשותף השקט ישלם לשותף המנהל לפחות תשלום סמלי, "דינר אחד", עבור שירותי הניהול.

- "צריכין שיהיו ענינים הללו מבוארין בשטר הלוואה או העסק איך שקבלו למחצית שכר והפסד, ושנתן לו שכר עמלו ושהאמינו על שבועתו". השטר חייב להיות ברור ומפורט.

- "צריך ג"כ שיאמין המלוה או הנותן ללוה או למקבל על שבועתו באומרו שהי' לו הפסד או שלא דר' לו ריוח אלא כך וכך". כפי שראינו, היתר עסקא בנוי על חובה להחזיר את הפיקדון לשותף השקט, אלא אם השותף המנהל נשבע או מביא עדים שניהל את הכסף כדין. כפי שהסמ"ע הבהיר בחלק השני של קונטרס הריבית (סימן ז), "הרשות בידו לומר להלוה או למקבל לא תהי' נאמן עלי שהפסדת כ"א שיעידו עדים כשירים ונאמנים על ההפסד..." מצד שני, הסמ"ע אינו מסכים שתנאי השבועה והעדויות יהיו חמורים כל כך, עד שכמעט בלתי אפשרי יהיה למנהל הכסף להישבע. לכן הוא מגביל את התנאים המחמירים: "ואין להם לבא על הלוה או על המקבל בתחבולות כגון 'השבוע לי בין אשרי ולמנצח בב"ה בריב' וכיוצא בו, באופן שימנע בודאי מלישבע ויצטרך ליתן לו ריוח או לפחות לא יהי' להנותן או להמלוה הפסד, אלא ישבע לו שבועה חמורה בנק"ח או לפעמים בפתחת א"ה וכדין שבועת השותפין שמחמירין בה

לפעמים לפי הענין". לפי פסיקת הסמ"ע, מותר לחייב את מנהל הכסף להישבע על ספר תורה כדי שלא יצטרך להחזיר את כספי ההשקעה לשותף השקט, אבל אין להקשות כל כך עד שהשבועה תהיה כמעט בלתי אפשרית. במקרה שהשותף השקט מפחד שהשותף המנהל ישבע לשווא, הסמ"ע ממליץ ש"ימנע ולא יעשה עמו הלואה או העסק".

בחלק השני של הקונטרס, הסמ"ע מספר שהיו נוסחי שטר שחייבו שבועה גם כדי להתחלק ברווח. כלומר, היה ניסיון שהשותף המנהל יחייב את השותף השקט להוכיח את גובה הרווח שבו יש להתחלק. הרמ"א, שנכח גם הוא בוועד ארבע הארצות, פסל אפשרות זו. הסמ"ע ממשיך ומספר שבמקור הנוסח של מהר"ם כלל שבועה דו-כיוונית, אבל הסמ"ע אמר למהר"ם לשנות זאת: "ראיתי נוסח שטרות ומחיתי בידם מלכתוב ולהתנות כן מטעמים שכתב רמ"י נר"ו, וכתבתי למהר"ר מענדל ז"ל שהוא כשגגה היוצאה לפני השליט, ולבסוף הודה ותיקן כן הנוסח."

- "אם אינו רוצה לגלות זה להלוה או להמקבל שיהי' נאמן בשבועה יכול להסתיר ממנו הדבר, אבל עכ"פ יסכים בדעתו להאמינו בשבועה כשהיה חלוקים ביניהם". השותף השקט אינו חייב ליידע את השותף המנהל שיש לו אפשרות להישבע, ועל-ידי זה להימנע מלהחזיר את כספי הפיקדון. בעיניי כלל זה קשה להבנה. בהמשך, בעקבות דברים אלה, נקדיש מחשבה לחובת הבנק שעל-פי הדין האזרחי עליו להסביר ללווה את תנאי האשראי, ונדון אם חוב זה מחייב את הבנק להסביר את תנאי היתר עסקא למקבל ההלוואה.

- "ואם אינו רוצה הלוה או המקבל או הנותן לקבל עליו אחריותו דחצי הפסד בכל משך שנה, יכול לעשות עמו בדרך זה שיתנה עמו בתחלת העסק ויאמר: הריני מוסר בידך מאה זהובים

והתעסק בהן על אחריותי, גנבה ואבידה ואונסין, עד שתעלה מהן ריוח דרך משל עשרים זהובים, ליתן על זה שכר עמלו שלא יהא כריבית מוקדמת, ומשם והלאה ישאר הקרן והריוח בידך עד כלות השנה מהיום על אחריותך, וגם כל הריוח שיעלה מהן יהי' בידך עד כלות השנה". זהו ההיתר של מהר"ם מרוטנבורג, שמעל סכום מסוים יהפוך הסכום מהון לחוב. הוא מוצע כאן בתור אפשרות חלופית להיתר העסקא.

נוסחים שונים להיתר עסקא

מאז פרסם מהר"ם קראקא את נוסח היתר עסקא, לפני למעלה מ-400 שנה, התפרסמו נוסחים רבים ומגוונים של היתרי עסקא. נראה ונבחן כמה מהם.

גינת ורדים

רבה הראשי של מצרים במאה ה-17, רבי אברהם בן מרדכי הלוי בעל ה"גינת ורדים", פרסם נוסח השונה באופן מהותי מהנוסח של מהר"ם קראקא:

בפנינו עדים ח"מ הודה ראובן שקיבל משמעון סך מאה דינרי' בתורת עיסקא לזמן י"ב חדש והתנו ביניהם שיתעסק ראובן בסך הנזכר בזמן הנזכר בכל מין עסק וריוח שיזדמן לו בכל מאמצי כחו כדי לקרב הריוח והתועלת ולהרחיק הנזק ח"ו וכל מין ריוח ותועלת שיזמין לו השי"ת בעסק הנז' בכל משך זמן הנז' יתחלק ביניהם לחצאין חלק כחלק וכן להפכו ח"ו וימצאו ברכה והודה ראובן שקיבל משמעון שכר

טרחו בהקדמה חלף עבודתו וטורחו במשך זמן הנז' והתנו ביניהם שלא ישמור ראובן מעות העיסקא אלא תחת הקרקע ואם יעבור על התנאי הזה מעתה ומעכשו מחייב ראובן בכל אחריות ונזק שיארע בענין העסק ח"ו ואפי' אונסין מלסטים מזוין. עוד התנו ביניהם שאם יעלה מחצית הריוח לחלקו של שמעון עד עשרה דינרין בהמשך הזמן הנז' הוה מה טוב ומה נעים ואם יהיה שם מותר נוסף על העשרה דינרין יהיה אותו המותר לראובן המתעסק נוסף על מחצית חלק הנוגע לו ואם יפחות מחצית הריוח הנוגע לחלקו של שמעון ולא יגיע לעשרה דינרין מעתה ומעכשו קיבל עליו ראובן לישבע שבועה חמורה על דעתו ועל רצונו של שמעון שלא הרויח לתשלום העשרה דינרין וקנינו מיד ראובן ומיד שמעון על כל פרטי הדברים הנז' דלא כאסמכתא כו' ונשבעו שניהם אחד לאחד לגמור ולקיים כל אחד מהם כל הכתוב עליו לעיל. (שו"ת גינת ורדים, יורה דעה, ו, ד)

בנוסח זה חמישה מרכיבים מרכזיים:

- לעסקא יש הגבלת זמן (12 חודשים), בניגוד לנוסח של מהר"ם שלא כלל מגבלת זמן.
- הסכום כולו מוגדר בתור פיקדון, בשונה מנוסח המהר"ם שהתחלק לחצי מלווה וחצי פיקדון.
- מקבל הכסף (הלווה) מתחייב לשמור את "מעות העיסקא אלא תחת הקרקע, ואם יעבור על התנאי הזה מעתה ומעכשו מחייב ראובן בכל אחריות..." מדובר בתנאי שאי אפשר לקיים. הכסף מיועד להשקעה ולא להטמנתו מתחת לאדמה. אף שברור כי מקבל הכסף יצטרך להפר את ההתחייבות, הפרה זו נחשבת להפרה יסודית של ההסכם, ובעקבותיה מקבל הכסף יתחייב

להחזיר את כל כספי ההשקעה לנותן הכסף (המלווה). מנגנון זה מבטיח לנותן הכסף שכל כספו יוחזר אליו.

- אם הרווח השנתי הוא מעל עשרה אחוזים, הרווחים שייכים למקבל הכסף.

- אם הרווח נמוך יותר, מקבל הכסף יתחייב להישבע שלא היה רווח שנתי של לפחות עשרה אחוזים.

בשונה מהנוסח של מהר"ם קראקא, שבו נותן הכסף מסתכן במחצית מכספי ההשקעה, הגינת ורדים יצר מנגנון שמצד אחד אינו מסכן את כספו של נותן הכסף, אך מצד שני מגביל את חלקו לריבית שנתית בלבד, וזה מסייע למקבל הכסף.

שולחן ערוך הרב

רבי שניאור זלמן מלאדי, בשולחן ערוך הרב, כתב על מי שרוצה "ליתן מעות בעיסקא למחצית שכר ושיהיה הקרן שלו בטוח וכל האחריות יהיו על המקבל" שעליו לנהוג כך:

יתנה עמו שלא יקנה אלא סחורה פלונית, ואם ישנה שיהיה כל האחריות על המקבל אף מחצי הפקדון ואפילו מאונסים וזול, ואף על פי כן אם יהיה ריוח בסחורה ההיא יחלקו בשוה.

(יורה דעה, מד)

שולחן ערוך הרב מסביר:

הדין בכל שליח שמשנה שליחותו שכל ההפסד שלו והריוח למשלח, והמקבל מותר לו לשנות לכתחלה לטובת הנותן לקנות סחורות אחרות שיש בהן ריוח הרבה וכל האחריות

יהיה עליו, ואף שהנותן דעתו גם כן שישנה וירויה הרבה ויהיה כל האחריות עליו, אין בזה משום הערמת רבית.

מדובר ברעיון דומה לזה של הגינת ורדים.

חכמת אדם

בתחילת המאה ה-19, בעל החכמת אדם, רבי אברהם ב"ר יחיאל מיכל דנציגר, שהיה איש עסקים, פרסם נוסח מהפכני למדי של היתר עסקא. בדומה לנוסח של הגינת ורדים, גם נוסח זה בנוי על השקעת הסכום כולו בתור הון, וחלוקת רווחים והפסדים שווה בשווה. בחלק מתוך הנוסח שנראה עתה, הכניס החכמת אדם תשלום חודשי, שנראה כמו ריבית, ואף חובת דיווח חודשי כדי להבטיח פירעון של ההלוואה.

...בפירוש הותנה שכאשר ארצה ליתן למוסר כתב זה מחלקו, הריוח אחד וחצי למאה לכל חודש, אזי אף שארויח הרבה אין לבעל השטר עלי שום שבועה, כי המותר שייך לי לבד וכל דין תורת נאמנות לבעל השטר אף לאחר זמן פרעון והזמן פרעון בכל חודש וחודש, אך כשיהיה ריוח כנזכר לעיל אזי אינו יכול ליקח העיסקא מידי עד כלות משך ששה חודשים (או יותר כרצונם) רק שמחויב אני להודיע לו בכל חודש אם לא היה ריוח וכל שכן הפסד חס ושלום וכשלא אודיע לו אזי שתיקה כהודאה שהיה ריוח כנזכר לעיל...
(חכמת אדם שער משפטי, צדק, קמג)

כך פועל ההיתר לפי החכמת אדם:

- מועד הפירעון יהיה מדי חודש, אלא אם הלווה מדווח למלווה על רווח, ואז מועד הפירעון נדחה לחצי שנה.

- הלווה חייב להודיע מדי חודש למלווה אם הרוויח או הפסיד, ולהביא עדים לדבריו.
 - אם הלווה לא דיווח שהפסיד, נחשב שהרוויח.
- התוצאה היא שאם הלווה ירצה לדווח על הפסד, הוא יתחייב להחזיר את כל הכסף מייד. אם לא דיווח כלל, אזי מועד הפירעון נדחה והוא מוותר על היכולת שלו לטעון להפסדים. במילים אחרות, אומנם הלווה יכול לדווח על הפסד, אבל זה מחייב אותו להחזיר את הכסף שנשאר בעסקא. זה לא יקרה. במקרה שהוא אינו מדווח, עומד לרשותו יותר זמן כדי להשתמש בכסף, אבל ה"השקעה" הופכת לחוב, לפיכך הלווה לא יוכל לטעון להפסדים. למעשה מדובר בהלוואה הנושאת 1.5% ריבית חודשית, שמועד פירעונה הוא חצי שנה.

קיצור שולחן ערוך

בדומה לנוסחי השטר של הגינת ורדים וחכמת אדם, הנוסח של בעל הקיצור שולחן ערוך מצהיר כי מדובר בעסקא, אלא שאין הוא כותב כי החלוקה היא לחצי פיקדון וחצי הלוואה. נראה כי גם בנוסח שלו הסכום כולו נחשב לפיקדון.

החלק הייחודי בנוסח זה קשור לאפשרות של הלווה להוכיח הפסד או רווחים:

ומיד לאחר כלות חצי שנה מיום דלמטה אני מחויב להחזיר לר' ראובן הנזכר לעיל את הקרן וגם חצי רוח שלו, ולא יהא לי נאמנות לומר הפסדתי אלא על פי שני עדים כשרים, ועל הרוח לא אהא נאמן, רק בשבועה. ואולם תנאי היה בינינו שאם ארצה לתן לו בעד חלק רוח שלו י' זהובים, אזי אין לו עלי שום תביעה, כי המותר שייך לי לבד אפילו יבורר שהיה

הרבה רוח. וכל דין תורת נאמנות לבעל השטר אף לאחר זמן הפרעון.
(קיצור שולחן ערוך, סו)

קיצור שולחן ערוך דורש עדים כדי להוכיח הפסדים, ושבועה של הלווה כדי להתחלק ברווח. אולם בסעיף ג הוא כותב: "כי מסתמא המקבל לא ירצה לישבע, ויתן לנותן כפי מה שיקצבו ביניהם..." כלומר הלווה יכול לשלם סכום שסוכם מראש (שהוא למעשה סכום הריבית), במקום להביא עדים או להישבע. קיצור שולחן ערוך לא הביא את מנגנון הדיווח החודשי שראינו בחכמת אדם.

הרב משה פיינשטיין

הרב משה פיינשטיין התבקש בידי חתנו, מורי ורבי הרב ד"ר משה דוד טנדלר שליט"א, להכין נוסח לשטר היתר עסקא עבור הלוואות ופיקדונות בבנק "עממי לאומי דאזור ראקלאנד", בשכונה שבה גדלתי בגולה. בניגוד למלווה ולווה פרטיים, לקשר עסקי עם בנק יש שני רבדים. מצד אחד, כשבעל החשבון מפקיד כסף, למעשה הוא מלווה לבנק ומקבל ריבית; מצד שני, בעל החשבון עשוי גם ליטול הלוואה מהבנק ולשלם לו ריבית. כל אחד מהצדדים יכול להיות מלווה או לווה. האם במצב כזה צריך היתר עסקא?
הרב פיינשטיין אימץ את המנגנון שבנוסח המקורי של מהר"ם קראקא – העסקה מתחילה כהשקעה, ולאחר שרמת הרווחים מגיעה לרף המוסכם מראש, ההון המושקע הופך לחוב שכל הרווחים ממנו שייכים ללווה. על בסיס זה הוא כתב את הנוסח הבא:

כל הכספים שיתנו מהבנק לאחרים יהיה הכל בתורת עסקא
כפי שנתקן ע"פ מהר"מ ז"ל ע"פ תנאים דלהלן:

(א) העסק שמקבל הכסף צריך לעסוק יהיה עסק טוב לפי האומדנא שירויה לא פחות משני פעמים כפי סך האחוזים שצריך ליתן להבנק כדי שיהיה מחצה שכר להבנק ומחצה למקבל הכסף לעיסקא, ואם יהיה ריוח יותר יהיה שיך למקבל הכסף המתעסק בהעיסקא לבדו.

(ב) שכר בעד טרחתו בהעיסקא יתנו לו מהבאנק חצי דאלאר. (ג) אם יהיה הפסד הוא גם כן מחצה למחצה, מחצה סך ההפסד הוא להבנק ומחצה ההפסד הוא למקבל הכסף לעיסקא.

(ד) מקבל הכסף המתעסק לא יהיה נאמן לומר שלא הרויח סך שהתנו, ויאמר שצריך ליתן להבנק עבור מחצה ריוח שלהם פחות ממה שהתנו, וכ"ש שאינו נאמן לומר שהיה הפסד, אלא דוקא כשישבע שבועה חמורה בנקיטת ספר תורה בבית הכנסת של ארטדאכסים ביום הקריאה ובשעת הקריאה בפני הצבור והרב ובפני שליח מהבנק ובנרות שחורות. ולא יועיל אם יביא עדים כי אין ידוע נאמנותא דאינשי. (אגרות משה, יורה דעה, ג, מא)

הרב פיינשטיין חידש כמה חידושים בנוסח שכתב:

- רווחי ההשקעה מתחלקים בין המלווה ללווה כבר מהשקל הראשון, בשונה מהנוסח של מהר"ם שבו כל הרווחים בשלב ההשקעה ניתנים למלווה. כתוצאה מזה, כדי שהמלווה יקבל את מלוא כספו, מאפשר הרב פיינשטיין מעבר מהון לחוב רק בשלב מתקדם יותר - כשהרווחים מגיעים ל-200 אחוזים מסכום ההשקעה. במצב זה מחצית הסכום היא 100 אחוזים, ורק מעבר לזה הרווחים הולכים ללווה.

- הלווה "לא יהיה נאמן לומר שלא הרוויח סך שהתנו ויאמר שצריך ליתן להבנק עבור מחצה ריוח שלהם פחות ממה שהתנו, וכ"ש שאינו נאמן לומר שהיה הפסד אלא דוקא כשישבע שבועה חמורה..." כלומר, הרב פיינשטיין חייב שבועה חמורה גם אם יש חלוקת רווחים וגם אם יש חלוקת הפסדים, שלא כמו קיצור שולחן ערוך שחייב שבועה אם יש רווחים ועדים אם יש הפסדים.
- "טקס" השבועה שנדרש מהלווה, אם ברצונו להישבע על הרווחים או על ההפסדים, חריג ויוצא דופן אצל הרב פיינשטיין. צריך להחזיק ספר תורה בזמן הקריאה בציבור, "בפני הצבור והרב ובפני שליח מהבנק ובנרות שחורות..." כזכור, הסמ"ע בקונטרס הריבית הגביל את נהלי השבועה שלא יהיו מחמירים מדי: "ואין להם לבא על הלווה או על המקבל בתחבולות כגון 'השבע לי בין אשרי ולמנצח בכ"ה ברבים' וכיוצא בו, באופן שימנע בודאי להישבע..." לעומת דברים אלה של הסמ"ע, הדרישה שמציב הרב פיינשטיין – שבועה בבית כנסת בנוכחות פקיד הבנק ובתוספת "נרות שחורות" – היא תנאי שלמעשה לא יתרחש. בזאת הרב פיינשטיין מקרב עוד יותר את היתר עסקא להלוואה רגילה עם ריבית.

פיקדונות

כפי שלמדנו בעבר, יש הבדלים בין יחידים ובין חברות.* הרב פיינשטיין סובר, על בסיס המבנה המשפטי של החברות שהכיר בארה"ב, שדין חברה שלווה כסף שונה מדין לווה יחיד:

* במעמד ההלכתי של חברות, ובהשלכתו לענייני ריבית, נעסוק ביתר הרחבה בהמשך.

הכספים שיתנו אחרים להבנק הנה באשר שהבעלים דהבנק אינם חייבים בעצמם כלום לשלם כל אחד ואחד משלו לא מכספו ולא מנכסיו אלא רק ממה שיש בהבנק, ואין על כל אחד ואחד שום שעבוד הגוף ומצות פריעת בעל חוב, שכן הוא ענין הקאמפאניעס / החברות / במדינתנו ליכא איסור ריבית, ואפשר להניח גם בהלוואה בהבנק וליקח האחוזים שיתנו.

בישראל המעמד של חברה שונה, וכפי שלמדנו בעבר נראה לדעתי שאגרות משה היה מסיק שדין חברה ישראלית לווה כדין יחיד.

מתוך הנחה שדין חברה כדין יחיד, הרב פיינשטיין פוסק:

אזי יתנו להבנק הכספים שרוצים ליתן גם כן בעיסקא וכפי ארבע התנאים דלעיל, וכיון שהבאנק הוא מקבל הכסף לעיסקא והמתעסק יהיה להיפוך שכל מה שנאמר על המתעסק הוא על הבאנק.

כלומר, מכיוון שפיקדון הוא הלוואה מהמפקיד לבנק, אזי הפיקדון מחייב שטר היתר עסקא לכל דבר ועניין. באשר לכל הטקס שנדרש כדי להישבע ולדווח על הפסדים, "לא יהיו נאמנים אלא בשבועה חמורה כדלעיל, והפרעזדענט (=הנשיא) וסגנו יצטרכו לישבע, ולא יועילו עדים כדלעיל וגם לא החשבון שבפנקסיהם". אם כן, לפי הרב פיינשטיין אין הבדל בין פיקדונות להלוואות לעניין הדרישות של היתר העסקא.

הרב הרצוג

בשנת 1954 הכין הרב יצחק הלוי הרצוג נוסח לשטר עסקא עבור בנק הדואר. בדומה לנוסח של הרב משה פיינשטיין, גם הנוסח של הרב הרצוג רואה את בעל החשבון הן כמלווה לבנק וכן כלווה מהבנק:

נעשה ונגמר בינינו הח"מ, הנהלת בנק הדאר בירושלים סניפיו ובין אנשים הלויים והמפקידים כסף לבנק הדאר הנ"ל בירושלים ובסניפיו ובין ב"כ ובין כל האנשים הלויים והמפקידים כסף לבנק הנ"ל, כי כל עניני הכספים וכל העסקים שעסוק בנק הדאר הנ"ל הן מה שיתן לאחרים הן מה שיקבל מאחרים להתעסק בהם, יהיה הכל בתורת עסקא, היינו למחצית שכר והפסד אחרי נכוי אחד אחוז למאה להמתעסקים בעד טרחתם על פי תיקון מהר"מז"ל, והשכר שי... המקבל מהנותן בעד טרחתו יהיה על פי התנאים המקובלים מהבנקים, אבל אין רשות לשום אחד ממנהלי בנק הדאר הן עכשיו והן לאחר זמן ולעולם לעבור על דין תוה"ק ולהלוות או ללות כסף בריבית קצוצה ובין אבק ריבית ואפילו חשש ריבית, רק הכל יהיה נעשה על פי היתר עסקא, והמקבל לא יהיה נאמן אלא דוקא בשבועה, ורק אם ישתווה עם הנותן לתת לו על חלקו רווח כנהוג בהבנקים אזי יהיה המקבל פטור משבועה ומותר הרווח יהיה שייך לו לבדו.

באשר לאפשרות של הלווה להישבע, בשונה מהנוסח של האגרות משה שדרש שבועה בשעת קריאת התורה, בפני רב ושליח הבנק, בליווי נרות ועוד, בדרישה לשבועה לפי הרב הרצוג אין פירוט של טקס ההשבעה.

הבדל נוסף הוא שבנוסח של הרב הרצוג יש מנגנון עוקף שבועה: "אם ישתווה עם הנותן לתת לו על חלקו רווח כנהוג בהבנקים, אזי יהיה המקבל פטור משבועה ומותר הרווח יהיה שייך לו לבדו". כלומר על-ידי תשלום ריבית "כנהוג בבנקים" אפשר למנוע שבועה. כפי שקיצור שולחן ערוך כתב, מן הסתם הלווה לא ירצה להישבע, ולכן הוא ישלם ריבית כפי שהבנק היה רוצה מלכתחילה. מבחינה לכללית, הנוסח של הרב הרצוג מעודד תשלום ריבית כדי להימנע מהצורך להתחלק עם הבנק שווה בשווה בכל רווחי העסקא, שבמקרה של הצלחה עשויים להיות הרבה יותר מסכום של ריבית בנקאית. מנגד, הלווה עשוי להעדיף שבועה כדי להוכיח הפסד.

הרב גורן

הרב שלמה גורן התבקש להכין שטר היתר עסקא מטעם משרד האוצר, עבור ממשלת ישראל והחברות שלה. נוסח השטר של הרב גורן מפנה לנוסח של מהר"ם קראקא, כמו רוב הנוסחים שראינו, אך בנוסף הוא מפנה לנוסח "לפי השיטה של רבינו הגדול מוה"ר שניאור זלמן בשולחן ערוך שלו... ללא כל חשש של איסור ריבית או אבק ריבית".

הרב גורן שילב שני נוסחים שאינם מתחברים בדיוק. מהר"ם קראקא בנה את ההיתר על בסיס חלוקת הסכום לחצי מלווה וחצי פיקדון, כאשר חובה להביא עדים כשרים כדי להוכיח הפסדים. הנוסח של שולחן ערוך הרב בנוי על העברת כל האחריות אל המתעסק עבור כל שינוי בתנאי השליחות. לכאורה, בשביל זה הרב גורן היה צריך להגדיר את תנאי השליחות, שאם השליח לא יקיים אותם – הוא יהיה חייב בכל סוג של הפסד. נראה לדעתי שהרב גורן לא הגדיר תנאים כאלה, כי מדובר בנוסח המיועד לכל נכסי המדינה. הגדרת תנאי שליחות מחייבת ניסוח ממוקד לסוג העסקה שעליו מדובר.

הייתי ממליץ להשתמש בנוסח של שולחן ערוך הרב בעסקאות פרטיות, שבהן אפשר להגדיר תנאי שליחות, ולא בתור נוסח של שטר לציבור הרחב.

הרב שלמה זלמן אוירבך

נוסח ההיתר של הרב שלמה זלמן אוירבך מובא בתשובה שלו, שכוללת גם ביקורת קשה על אחד מפרטי הנוסח.

בענין רבית שסומכין על "היתר עיסקא", היינו שאם אחד מלווה לחברו אלפיים שקל, הרי הוא מתנה עמו שאלף יהי' מלווה ולא יקבל עבור זה שום שכר, וכל השכר הוא יקבל רק עבור האלף שהם פקדון שבהם הוא שותף לריוח ולהפסד, ורק עושה עמו תנאי שאם יתן לו כך וכך אחוזים לשנה הרי הוא פוטר אותו מלהשבע ואף אם הרויח יותר הרי זה שלו. ונהוג לפי"ז שאם שער הרבית הוא עשרים אחוז, הרי הם עושים ביניהם הסכם שעבור חלק הפקדון יתן לו ארבעים אחוז שהוא עשרים אחוז מסכום הכולל. ואם גם הוסכם ביניהם שיהי' צמוד למטבע זר או ליוקר החיים, היינו שעבור האלף של הפקדון ישלם לו את ההפרש כאילו היה הפקדון סכום של אלפיים ולא אלף.

גם ידוע דיש שמחמירים ונוהגים לא לעשות פלגא מלווה אלא עושים הכל בתור פקדון, ואז הוא מקבל רק עשרים אחוז, שהרי הכל יודעים דאין שום הבדל אם עושים כאופן האחרון או כאופן הראשון, כיון דמסת' לא ישבע בנקיטת חפץ שהפסיד.

(שו"ת מנחת שלמה, א, כז)

אלה שני סוגים בסיסיים של שטר עבור קבלת הלוואה עם ריבית שנתית של 20 אחוזים.

האחד – חצי מלווה וחצי פיקדון: "אם שער הרבית הוא עשרים אחוז, הרי הם עושים ביניהם הסכם שעבור חלק הפקדון יתן לו ארבעים אחוז, שהוא עשרים אחוז מסכום הכולל". כלומר הלווה מחזיר את הסכום שהוגדר בתור הלוואה, ועל הפיקדון, כדי להימנע משבועה, הוא משלם 40 אחוזים. לפיכך בסך הכול הוא משלם למלווה 20 אחוזים, כשיעור הריבית.

הסוג השני, המוגדר תחת הכותרת "יש מחמירים" – הסכום כולו פיקדון. כדי להימנע משבועה, הלווה משלם 20 אחוזים שנתיים על כל הסכום.

אולם לאחר הצגת שני הסוגים מביע הרב אורבך חשש:

וכיון שכן צריך עיון, דלכאורה הו"ל ממש כרבית קצוצה, וכקוצץ עם הלווה שהוא מלווה לו אלף שקל על תנאי שיוסיף לו עוד עשרים אחוז עבור האלף של פקדון, בו בזמן ששומתו ידוע לכל אדם שהמקבל אלף שקל בלבד על דרך של פקדון אינו נותן עבורו אלא עשרים אחוז בלבד... ואף שאין אני מפקפק כלל על "היתר עסקא" שידוע ומקובל להיתר, אבל מ"מ מצוה ליישב.

הרב אורבך חושש כי שטר המגדיר סכום של ריבית, המחושבת מראש, למעשה מדובר בריבית קצוצה. ההנחה היא מראש שהלווה לא ירצה להישבע, ולכן מדובר בהלוואה עם ריבית קצובה מראש. לדברי הרב אורבך, צריך להסדיר ולתקן עניין זה.

ההיתר הנוכחי של מדינת ישראל

לסיום חלק זה, נראה את שטר ההיתר הנוכחי הנהוג במדינת ישראל. השטר נחתם בידי פקידי של החשב הכללי במשרד האוצר, בנוכחות הרבנים הראשיים. השטר חל על כל סוגי העסקאות של המדינה שיש בהם אפילו "חשש" לריבית, ומחייב את המדינה:

אין רשות לשום אחד ממנהלי או פקידי משרד ממשלתי המדינה, הן עכשיו והן לאחר זמן ולעולם, לעבור על דין תורתנו הקדושה ללוות או להלוות, להתחייב או לקבל התחייבות, באופן שיש בו משום ריבית או חשש ריבית, אלא הכל יהיה ויעשה על פי היתר עסקא.

הנוסח עצמו אינו שונה ממה שראינו, אך יש לדון בשאלת תוקפו של השטר. לכאורה, על-פי חוק, התחייבות בסדר גודל כזה אמורה להיקבע בחוקים של מדינת ישראל, או לכל הפחות בהחלטת ממשלה או בתקנה של משרד האוצר. פקידי של משרד האוצר אינם יכולים לחייב כך את כלל העסקאות במדינת ישראל. אולי בגולה היה אפשר לקבל נוסח מעין זה, גם אם לא היה לו תוקף בחוק האזרחי, אבל בישראל אמור להיות לנוסח תוקף מחייב מטעם המדינה. השאלה היא כמובן מעשית וקונקרטית: אדם ששילם מסיבה כלשהי יותר מיסים מכפי שהיה צריך, והמדינה מחזירה לו את הסכום העודף בתוספת ריבית (ברוב המקרים מדובר בריבית גבוהה יחסית) – האם מותר לו לקבל את הריבית, על סמך חתימתם של פקידי האוצר? או שמא נכון יותר להחזיר את הריבית למדינה, עד אשר יתקבל פתרון שיחייב את המדינה לחלוטין?

סדר היתר עסקא

נעשה ונעמד ונבשר בנינו אנו הודים נערי אנו החשבים הכללי, המורחבים לפי חוק נכסי הימיה הנשיא, בהתחייבות נבדה לכל דין וזמן, כי כל עניני המסכים שיתעסק בהם מריט ישראל, הן בארץ הן בחו"ל, כלפי כל האנשים, וזו כקודם פשוטיו ובנקים למסכתות רמת ירידאל, וזו חברה וזו נמחות וזו נקפס יבדורים וזו עלטון מקמי, הלמים כספים משרות ישראל, בין בארץ יתר ובין ע"כ באו כזו חברה ובנקים המוחכים ומינעמים. וכן כלפי כל האנשים והעמים המלים או פקחים כסף להמסכות הבנק על מריט ישראל, כעצמם או ע"כ באו כזה. בכל סוגי אסראי ופקידות, מלוח פנים ומלות חזון ומרות חוב יזדה של מריט ישראל, כולל התחייבות וערבות ומשכנתאה ובחמה, ומכל כל מיני תשלומים וחובים ופיננסי אחרים תשלומים המגיעים מחספמי עבודה וזמנת עירית ומריטה, כל ענין בהם חשש רמת ירידאל או רדבוק, הנקלה עסקאות עשוקים בזה לטון רמת יבדורס, יתיה המל בחרות עסקא כתיקון חו"ל, פלגא מלות ופלגא פקיון, ויחלקו המון והמקבל בחוחים כמות. ואם ח"ו יתיה הפקידים, יצא המסבל בארבעים חמשה אחוים, והזמן יצא בחופשים חמשה אחוים, - עד דמסכס, שפסל פקידה שאן בתנאי זה לבטל סמנן אסור רבות, או תנאי התעסקא כעסקא כאלו יהא מכל בחירת פקידון כיד המסבל, יהא מוחים לשמרתו בחובם שימור, חריזון יהא לעזון תשעים אחוים ומקבל עשרה אחוים. - נעשה הכל עם כל פירי עטרי עסקא ע"פ היתר התקנת מרסם נלו.

המקבל המתעסק כפסמי העסקא בין בחירת עסקא ובין בחרות פקידון, יעשוק בכל עסקאי המורחבים היתר כספים ומבורחם לטובת העסקא.

המתעסק כפסמי העסקא לא יאנון על הקרן כי אם בעדמים פשרים ונאמנים על פי דיני ישראל, ולא יאנון על הרח"כ אם כששעת חבורה על פי דיני ישראל בבית דין רבני פשו עיתונאי כספון, וכמרוק הסבר פקידס וחזקתה של המסכתים העיר-והמסכות עירוב, ולא יעלה של רישופים ויחזרת פאשרים ואיש אחרים ולא ראות והכחות של כל מי שיהיה לפקודן מן השעות הר"ל - אבל - הסכים שאם יחזיקה עם הרחוק לוח לז עבר ולתקן כפי הדרגה בבנקים או כפי שיסומם בין המרדמים, כולל תפריטי חבורה לסניגים, המבטח מתעסקים חיי כעמיים כמקובל, או יאז המקבל פקוד משפעת, ומאשר יחזיק יהא מייך לז לברו.

מן מונחת בזה, מי פול תשלום או תשעה אסור יתנו לפני התעסקות, יחטבו כתשלום על החושבו, ונעשה ונבשר שיעל פי הנאי העסקא אין המקבל חייב בו, ויבנה כסום זה מן הקרן.

עוד הנתנה שאם יתעבב פקידסן אחריו המון סוקבע בין המרדמים, אי תמייך העסקא לכל הנאמנים חו"ל ע"ד פקידסן המושלם.

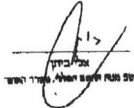
באזור ומסגור זה הנו ענין הלכותי, הרי עבפקודה של ספק פקידים וזו ממשות האביר בו, ירון הענין איך יוק בבית הדין הרבני, ובפקודה של חילוקי רישת איהו כיד ירון בענין, יבדוש ברבר מון הרצקון למיון סליטא או מי עינפת על ידו להמיע פריבו.


כל זה הולטנו ונבשר בנינו החתומים ממה פתחלית מירת על פי כל הדיעות מיס לז כפי המעון בחוקי המדינה, ויס ופי כח להחלטתו ולתקנתו יאח פשו כל תקנת המדינה, וסיר זה בזה חלק בלתי נפרד מהתקנות החיות המוחיבות של המדינה עם המתעסקים עמה, ומחייב בכל דיון משפטי. - ואן רשות לשום אחד ממנולי או פקידו ממרדו המדינה, הן עמקש וזן לאזור וכן ולטלם, לעבור על דין הדרגה הקודשת וללוח או לחלוח, ולהתחשב או לקבל התחייבה, כבוקן שיש בו פסום רבית או חשש רבית, אלא הכל יהיה נעשה על פי היתר עסקא.

ובפירוש הנתונה, שאם מורה סיבה שודג לא ירע המקבל או המזון עין היתר עסקא זה, או סלא ירע בכלל בזה עסקא, יהא זהה בו בין יסקא, וחולו עליו כל המשות והחזקות שיש למקבל העסקא או לעזון העסקא כפי הנאי סדר זה, אחריו כולל חולסות או לא תלעק המדינה בשום טעם כפדים שלא על פי דין וזדה, וכל המון מניה או מל מניה מהפירוש יהא על פי התקנה, יהיה על פי עסקא כולל.

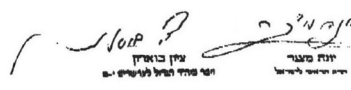
כל הניל נעשה כחוראה נבדה בקיון סדרר בבית דין חשים, ולא כאמסכותא ח"ל כסופים עירוב, והכל תחום פקיון המעניל ביותר, ולבטן חתן תוקן ועז לתקנתו, וזו בתחום ויש לסימן פסקי, ובפרסום נלו לכל את החלטתו ואת תקנתו זאת.

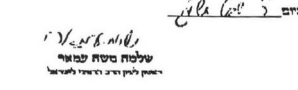
לדיעה כאז על החתום על פי סמכותו בחוק הדיעות נכסי המדינה.


הסגן הנשיא
מרד יבדור


עו"ד
מרד יבדור

אנו הודים פאשרים בזה כי עטרי עסקא חזיל זה בר חוק


עין בארין
מרד יבדור לנשיא


עלמות מרת סמא
בנק לזן רמת ירידאל

היתר עסקא בבית המשפט

לאחר שראינו את יסודות היתר עסקא, ואת הנוסחים השונים של ההיתר, נראה כיצד הוא נידון בפועל במדינת ישראל.

בית המשפט המחוזי: היתר העסקא קביל

ראינו שמאז שו"ת תרומת הדשן, במשך כמה מאות שנים, היתר העסקא היה בנוי על הנחת יסוד: יהודי יעדיף לפרוע הלוואה בתוספת ריבית מאשר להישבע למלווה ולמחוק חצי מהחוב. הנחה זו התערערה מעט ב-1987, במקרה שהובא לפני בית המשפט המחוזי בתל אביב. המקרה מובא בפסק הדין של השופט אורי גורן, בנק המזרחי המאוחד נגד צבי טישלר.

מדובר בתביעה שהוגשה בידי בנק המזרחי המאוחד נגד מר צבי טישלר, שעסק בעסקי יהלומים, ונגד חברות בבעלותו. הבנק דרש מטישלר לפרוע את יתרת החוב שהייתה לו. טישלר טען שהוא חתום על היתר עסקא, ומכוחו של היתר העסקא הוא יכול לבחור להישבע ולא לשלם את החוב. בית המשפט המחוזי דן בתוקפו של היתר העסקא, ובכלל זה בזכותו של לווה לממש את האפשרות להישבע. בתחילת פסק הדין ציטט השופט את נוסח השטר, המצריך שבועה גם על הרווח וגם על ההפסד. לפי הנוסח, ללווה יש אפשרות להימנע משבועה על-ידי תשלום "הרווח

שעליו לתת לנותן" – שזהו סכום הריבית שעליו חתם בהסכם ההלוואה.

השופט גורן הדגיש בפסק הדין:

תורת ישראל אוסרת מכל וכל נטילת ריבית ומחמירה מאד באיסור זה... היקף האיסור מתבטא בכך שהתורה כוללת לא רק את הלווה והמלווה אלא אף את הערבים, העדים להלוואה, הסופר שכתב את שטר החוב ואף המתווך בין הלווה למלווה – כולם עוברים על מצוות "לא תעשה".

(פסק דין המ' (ת"א) 5317/86)

לאחר שהשופט הסביר את המבנה הקלאסי של היתר העסקא, הוא סיכם בקצרה את עניינו:

מתן מעמד של פקדון לחלק מההלוואה משמעותו כפולה:

1. המלווה נוטל אחוז ברווחים של ההשקעה, שכן יש לו שותפות בקרן;
2. במקרה של הפסד ואבדן נפגע המלווה שהוא בעליו של הפקדון... אלא שנותן בעל המעות למתעסק הברירה להשבע שאמנם לא הרוויח יותר או שלא הרוויח כלל, ובאם לאו יתן המתעסק לבעל המעות סכום קצוב, כפי שהתפשרו ביניהם, תמורת חלקו בריווח.

השופט ציטט גם את התצהיר של הלווה:

בעת פתיחת החשבון עמדו לנגד עינינו תנאי היתר העסקא אשר היו תלויים על כותלי הבנק לעיני כול, בחתימת יו"ר

מועצת המנהלים והמנהל הכללי של הבנק... בהיותנו אנשים דתיים ובהיות הבנק בשליטה דתית סמכנו על כך שהבנק לא יחרוג מתנאי היתר העיסקא... לטענת הנתבעים, גוברות תניותיו של שטר ה"עיסקא" על תניות המסמכים שנחתמו על-ידם ואשר סותרים לדעתם את האמור בשטר ה"עיסקא".

לאחר כל ההקדמות, קבע השופט באשר למעמדו של היתר עסקא:

שטר ה"עיסקא" הריהו חוזה ככל שאר החוזים ואין כל מניעה שבית-משפט אזרחי (כהגדרת ב"כ הבנק) ידון בתוקפו של הסכם אך ורק משום שתוכנו מכיל את הדין הדתי/ הלכתי... ולפיכך נראה לי, כי יש לראות את שטר ה"עיסקא" על כל תנאיו כחלק מההתקשרות החוזית בין הבנק לחייב והערבים... אין ספק שהתניית תנאים בשטר ה"עיסקא" המגבילים את המתעסק בהתעסקותו כמו גם פירוט התנאים המקשים על ביצוע שבועת הפטור אינם יכולים לשלול את זכות המתעסק להשבע שאחרת הופכת ה"עיסקא" לפיקציה.

בזאת קבע השופט גורן כי יש תוקף משפטי לשטר היתר עסקא. עם זאת, הוא לא קיבל את טענת התובע, ולא אישר לו להישבע ולהיפטר מתשלום החוב:

יחד עם זאת, מסכים אני עם פרקליט הבנק שאין בית-משפט זה המקום בו יכול החייב לממש את זכותו להשבע, ובכל מקרה על בית-משפט זה להזקק לראיה, ככל ראה אחרת, כי השבועה בוצעה בדרך ובאופן הנקובים בשטר ה"עיסקא"

ועל-פי הלכות הדין העברי - על-מנת שתקום לנתבע הגנה כנגד תביעת הבנק.

לדברי השופט, שבועה על-פי המשפט העברי אינה אמורה להינתן בבית המשפט האזרחי. ממילא כל עוד הלווה אינו יכול להוכיח שהוא נשבע כדת וכדין על-פי דרישת ההלכה, דרישת הבנק כלפיו עדיין בתוקף. יש לציין כי בשטר עצמו לא נכתב כי השבועה חייבת להיות "על פי הלכות הדין העברי", ולמעשה לא כתוב בו כלל מתי או היכן יש להישבע.

כיצד עלינו לפרש פסק דין זה? מצד אחד, בסופו של דבר בית המשפט לא קיבל את טענת הלווה, ובפועל לא אפשר לו להימלט מתשלום חובו. אולם לטעמי, זה החלק החשוב בפסק הדין. החלק החשוב יותר הוא שבית משפט אזרחי במדינת ישראל, בפסק דין רשמי, נתן תוקף מלא לשטר של היתר עסקא שהוא חלק ממסמכי ההסכם בין הצדדים. המשמעות היא שהשטר אמיתי ותקף. יתרה מזאת: הטענה שלפיה אף אחד לא ירצה להישבע כדי להיפטר מתשלום למלווה, וממילא אין לחלק זה בהסכם שום משמעות ומדובר בריבית ידועה מראש, התערערה בפסק דין זה. התברר כי יש אנשים המוכנים להישבע, וכי יש בתי משפט העשויים לכבד סעיף זה בשטר. אפשר לסכם ולומר כי מבחינת הבנקים, ירדה רמת הביטחון שהלווה יחזיר את מלוא הסכום בתוספת ריבית; מבחינת ההלכה, השטר הפך לרציני ואמיתי יותר.

בית המשפט העליון וההסכמים הסותרים

עניין התוקף של היתר העסקא הובא גם לפני בית המשפט העליון, בשנת 2004, בתיק וולך נגד עמירון סי.טי.אל מימון והשקעות בע"מ. בית המשפט העליון אישר את ההחלטה של השופט גורן מבית המשפט המחוזי, ונתן תוקף לשטר היתר עסקא בתור חוזה מחייב לכל דבר ועניין.

תקציר המקרה: מדובר בתיק שבו הלווה שילם את כל קרן החוב שלו למלווה, ורק את הריבית סירב לשלם. לטענת הלווה, הוא אומנם חתם על שטר היתר עסקא, אבל המלווה לא מסר לידי עותק של השטר – ולכן אין לו תוקף. הלווה הוסיף כי עצם החתימה של שני הצדדים על שטר ההיתר מוכיחה כי הוסכם עליהם שההלוואה תהיה כפופה לדין תורה; מכיוון שדין התורה אוסר תשלום ריבית, ואם אכן צודק הלווה ששטר העסקא אינו תקף, הרי שאין עליו כל חובה לשלם ריבית. המלווה, לעומתו, טען כי אם שטר העסקא אינו תקף, הסכם ההלוואה הרגיל שנחתם בין הצדדים מחייב, ויש בו תשלום ריבית.

וכך כתבה השופטת ארבל:

בית משפט השלום קבע כי אין להחיל במקרה זה את הדין הדתי שכן לא היתה הסכמה מפורשת של הצדדים להחלתו. לפיכך נקבע, כי על היתר עיסקה חלות הוראות הדין האזרחי ויש לפרשו ככל חוזה... עיון בתצהיר מלמד, כי המבקש (=הלווה) אכן היפנה לדין תורה בציינו "על עסקאות האשראי שעשיתי עם עמירון חל דין תורה מכוח הסכמה מפורשת ביני ובין עמירון". עוד טוען המבקש בתצהירו כי לפי "תיקון מהר"ם" רשאי היה להישבע כי לא היו לו רווחים ולהפטיר

עצמו מתשלום הריבית, אלא שלדבריו נטל מנהל המשיבה את המסמך היחידי עליו נערך היתר העסקה ולפיכך שלל ממנו את האפשרות להישבע ולקבל הפטר. תוצאת נטילת היתר העסקה מביאה כלשונו של המבקש ל"ה(תוצאה של שלילת הזכות להישבע על פי דין תורה היא שהלווה פטור אוטומטית מריבית אפילו אם נהנה מהרווחים... המבקש לא נחקר על תצהירו... לטענתו, טעה בית המשפט טעות יסודית במסקנתו לפיה אי-השתכללות ההיתר מביאה לתחולת הדין האזרחי, לרבות חיובי ריבית מוסכמים. טעות זו מצדיקה תיקון מטעמי צדק, ורק מטעם זה כשלעצמו יש ליתן רשות ערעור...

שבנו ושקלנו את הדברים כשלנגד עינינו הלכות בית משפט זה באשר לצמצום שיש לנקוט במתן רשות ערעור לאחר שהעניין התברר על ידי הערכאות הדיוניות וערכאת הערעור. שוכנענו כי יש טעם משפטי לבחינת העניין...

(רע"א 8896/03)

משמעות הקביעה הייתה שיש מקום לדון בטענתו של הלווה, ועל כן התיק הוחזר לבית משפט השלום.

ב-2012 יצא פסק דינו של בית משפט השלום בעניין. השופטת ניתחה את המחלוקת בין הצדדים כך:

אין מחלוקת בין הצדדים כי היתר עסקא זה חל על עסקיהם המשותפים. אלא שהתובעת טוענת כי היתר עסקא חל כחלק מן הדין הישראלי הרגיל החל על העסקה, וכי אין לתהות על פשרו יתר על המידה, כי אם להחיל את דיני החוזים הרגילים, לרבות טענת התובעת כי הנתבע לא נתן הודעת

ביטול להסכם שבינו לבין התובעת. כלומר, על אף שנעשה היתר עסקא, ממשיכים הצדדים להתדיין לפי הדין האזרחי הרגיל. הנתבע סבור כי אין לפרש את היתר העסקא אלא לפי ההלכה, שהיא דין היתר העסקא. אין הוא יכול לחול בדין הישראלי, אלא לפי כלל הדינים שדבקו בו. הגם שאקבל את עמדתו, ברור שהצהרתו בסעיף 8 בתצהיר כי "סוכם במפורש ביני ובין מר נחשון, שעל כל ההלוואות שאקח מעמירון יחול דין תורה" – אינה נכונה. לא סוכם דבר בין הצדדים, וכל שמבקש הנתבע ללמוד מעצם חתימת היתר העסקא הוא תוצאה מסתברת, אך בודאי לא "סיכום מפורש". אכן, בהמשך תצהירו ובעדותו מיתן הנתבע את אמירתו, וטען כי התכוון לכך שברור היה לשני צדדים לעסקא, שהם יהודים חרדים, שההתדיינות ביניהם בקשר להיתר עסקא תהיה בבית דין רבני, וכלל לא עלה על דעתו להעלות הבנה זו על הכתב באופן מפורש...

השאלה, לפי דברי השופטת, היא האם עצם חתימת היתר עסקא (אף שיש טענה כי ההיתר עצמו אינו תקף, מפני שלא נמסר ללווה) משמעו שהצדדים בחרו שדין תורה יחול על ההסכמים שלהם? בית המשפט פנה לרב שלמה אישון, ראש מכון כת"ר, ומינה אותו להכריע בתור מומחה לדין העברי. הרב אישון הכשיר את שטר העסקא, אף שלא נמסר ממנו עותק ללווה:

בדין תורה אין תקפו של היתר העסקא מותנה במסירת עותק ממנו ללווה. חובת המסירה היא מדברי חכמים. לכתחילה יש לכתוב במסמך ההלוואה שהיא כפופה להיתר העסקא וכן למסור בידי הלווה עותק מהיתר העסקא. בדיעבד, אם לא

נעשה כן, לדעת רוב הפוסקים מותר לגבות את הריבית. מכל מקום, גם המחמירים אינם אוסרים על הלווה לשלם, אלא אוסרים על המלווה לקבל, משום שמדובר באיסור ריבית מדרבנן, שרבים מן הפוסקים סבורים שחל על המלווה ולא על הלווה. המלווה רשאי להסתמך על השיטות המתירות את קבלת התשלום.

הרב אישון הכריע כי ההיתר בתיק זה תקף, אף שלא נמסר ללווה, כיוון שלדעת רוב הפוסקים מותר לגבות את הריבית גם אם לא נמסר ללווה עותק של השטר. ממילא כבר לא היה צורך לדון אם הסכם ההלוואה כפוף לדין תורה או לא, כי על כל פנים גם לפי דין תורה חל על ההלוואה היתר עסקא. בשלב זה, לכאורה, לא נותרה כל מגבלה הלכתית או משפטית לחייב את הלווה לשלם ריבית. ללווה בכל זאת הייתה טענה: לדבריו הוא מקפיד על קלה כבחמורה, והולך לפי הדעה המחמירה בכל עניין הלכתי, ולכן הוא דורש ללכת לפי הדעה האוסרת לגבות ריבית אם השטר לא נמסר ללווה. טענה זו נדחתה בידי בית המשפט:

אילו הסכימו הצדדים מראש כי תחול עליהם פרשנות מחמירה – שאני. ואולם אין מחלוקת שהצדדים לא הסכימו מאומה פרט לחתימה על היתר עסקא בנוסח מהר"ם. החלטתו האישית של הנתבע כי ילך בעקבות המחמירים אינה מטילה עליו נטל, אדרבא – הוא מבקש לחסות בצילה לשם קבלת פטור מחובתו לשלם סכום גבוה מאוד לתובעת. אין לקבל כי אדם מבקש להחמיר עם עצמו מסיבות הלכתיות ומוסריות כלשהן – יטיל את תוצאת ההחמרה על רעהו, שלא ביקש לעמוד במקומו.

מפסק דין זה אנו יכולים להסיק כמה מסקנות חשובות: ראשית, היתר עסקא נחשב לחוזה גמור לכל דבר ועניין. שנית, אם הצדדים מעוניינים שההסכם ביניהם יהיה כפוף להלכה, עליהם לכתוב זאת במפורש בהסכם.

בנוסף, מתברר כי חתימה על הסכם הלוואה רגיל (עם ריבית) עם שטר היתר עסקא – היא צעד שיש בו סיכון, מפני שהמסמכים האלה סותרים זה את זה. סתירה זו יכולה ליצור בעיות. על כן, אם יש שני מסמכים שונים, בכל מסמך תהיה התייחסות למסמך האחר, ויהיו בו סעיפים ברורים הקובעים איזה מסמך (או איזה סעיף במסמך) גובר במקרה של סתירה.

אומנם פסק הדין אינו מזכיר את נוכחותו של עורך דין בניסוח הסכם הלוואה, אבל לדעתי נראה שאילו עורך דין היה מעורב בהכנת מסמכי הלוואה – הוא היה חייב לוודא כי יש התאמה בין שני המסמכים.

בית המשפט לצד בנק לאומי: תנאי העסקא מחייבים

בית המשפט המחוזי בירושלים נדרש להכריע בעניין המשמעות של היתר עסקא כחוזה, בתיק של בנק לאומי לישראל בע"מ נגד ילתה השקעות בע"מ. לאחר שהלווה כבר הודתה בחוב, ואישרה את גובהו המלא של הסכום שהיא חייבת לבנק, היא ביקשה לבטל את החוב מכוח היתר עסקא. פסק הדין מציין כי הלווה "לא עשתה בענין טענת היתר העסקא יותר מצרוף צילום בלתי קריא הכולל לטענתה את כללי "היתר העסקא".

על כל פנים, הלווה טענה שהיא פטורה משבועה. לדבריה היתר עסקא מחייב את הלווה להישבע כדי להוכיח שהתנהל כראוי,

אחרת יתחייב לשלם למלווה; במקרה הנוכחי, טוענת הלווה, מדובר בקריסה כלכלית של עסק שהייתה ידועה לבנק, לכן התנהלותה של הלווה גלויה ואין צורך להישבע עליה.* פסק הדין מביא את טענתה:

בדרך כלל אדם לווה לצרכיו או לצרכי עסקים שונים, וכאשר בא הלווה בטענה כי הפסיד אין להאמין לו אלא בדרך מסוימת (דרך השבועה האמורה - ו.ז.). כאן הרי העסק לפנינו, הבנק והחברה סיכמו על השקעה משותפת... העסק התמוטט לנגד עיני הבנק... ואין כאן שום ענין צדדי או בלתי ידוע שצריך להשביע את הלווה... להשביע צריך רק אם הלווה נטל הכסף... ולאחר מכן טוען כי הפסיד באיזו דרך עלומה ולכן צריך להשבע. אם הבנק נכח, אף גרם להפרת ההסכם, אין מקום לשבועה.
(בה"פ (ירושלים) 372/97)

בית המשפט דחה טענה זו:

המשיבה הודתה ביתרת חוב של כששה מליון ש"ח, והיא עשתה כן בידועה על קיום "היתר עסקא" (הטענה הועלתה כזכור על-ידה). חזקה עליה איפוא שהודאה זו שלה הביאה בחשבון גם את תנאי "היתר העיסקא". גם לפי הפרשנות הדוגלת בשחרור חייבים מחובותיהם בהבל פיו של החייב, פרשנות בה דוגלת המשיבה, עדיין אין בעצם השימוש

* בהמשך נדון בהרחבה בטענה זו - האם בימינו, בעידן שבו ההתנהלות הבנקאית נעשית בשקיפות, חיוב השבועה עדיין רלוונטי?

במילה "היתר עסקא" כדי לפטור מכל חוב. גם אז צריך לעשות התחשבנות המביאה בחשבון את כל הנתונים והגורמים הרלוונטיים, והתחשבנות כזו לא טרחה המשיבה להציג.

גם לפי פסק דין זה שטר היתר עסקא נחשב חוזה לכל דבר. חוזים צריכים להיות ברורים, ויש לצרף אותם לכתבי הטענות כבר מתחילת הדין. בנוסף, כפי שעולה מפסק הדין, יש למלא את הדרישות הכתובות בשטר ולא לטעון נגדן. אם הדרישה היא שהלווה יישבע, למשל, אי אפשר להתנגד לה ולטעון שהשכועה אינה נצרכת.

בית המשפט לצד בנק הפועלים

בית משפט השלום בכפר סבא, בתיק כהן שרה ואח' נ' בנק הפועלים סניף פרדס חנה, דן בלווים שנקלעו להפסדים, וטענו כי לפי שטר היתר עסקא הבנק אמור להשתתף עימם בהפסדים. בית המשפט טען כי הלווים מנסים לגייס את ההיתר לטובתם, אך למעשה אינם יודעים מה כתוב בו, כפי שעולה מעצם העובדה שהציגו שטר של בנק אחר:

בנדון טענו המבקשים כי ניהלו את כספיהם אצל המשיב על פי שטר 'היתר עסקא' ואולם לתצהירם צירפו שטר של בנק אחר (בנק דיסקונט). לטענתם, ההסדר נשוא השטר שצורף זהה בתוכנו לזה של המשיב. אך זאת יש לדעת – במהלך הדורות נוצרו אין ספור נוסחים

של "היתרי עסקא" אשר אין האחד זהה למשנהו... לא ניתן, אפוא, לטעון כלאחר יד, כי שטר של בנק פלוני זהה לשטר של בנק אחר, כשם שלא ניתן לטעון ללא בסיס עובדתית וראייתית כי חוזה הלוואה של בנק פלוני כמוהו כחוזה הלוואה של בנק אחר. היעלה על הדעת לטעון טענות על פי חוזה בין צדדים אשר אינם כלל צד לדיון המשפטי ולבקש לאוכפו על הצדדים במשפט?

ברי שכל חוזה וחוזה יש לו את תנאיו שלו כשם שלכל "שטר היתר עסקא" תנאים המיוחדים לו. דוגמא לדבר – בשטר היתר העיסקא אשר צירפו המבקשים לבקשתם מוסכם, בניגוד לנטען בבקשתם, כי ה"מתעסק" ישא ב-45% מהפסדים ואילו ה"נותן" ב-55% מהם. זאת שלא כמו בהיתרים נפוצים יותר בהם נושא ה"נותן" בשני שלישי מן הפסדים. נמצא כי המבקשים טוענים לזכויות על פי "שטר היתר עיסקא" כאשר אינם מכירים כלל את תנאיו של שטר זה! כיצד טוענים הם להשתתפותו של המשיב בהפסדים כאשר שיעור השתתפותו אינו ידוע להם כלל?

(בש"א 1576/04)

בית המשפט הבהיר כי גם אם ההיתר שהציגו הלווים (מבנק אחר) זהה להיתר שעליו חתמו (בבנק שלהם), הם, מכל מקום, לא עמדו בתנאיו:

על פי תנאי השטר אשר צורף לבקשת הרשות להגן, אין המבקשים יכולים לטעון לרווח או אי רווח על פי העיסקא אלא בשבועה חמורה או בעדים כשרים ונאמנים על פי דיני ישראל. המבקשים לא נשבעו לענין זה עד כה ולא טענו

כי בכוונתם לעשות זאת בעתיד. למעשה המבקשים אינם יכולים כלל להשבע על שיעור הפסדיהם שכן הם עצמם אינם יודעים אותו במדויק...

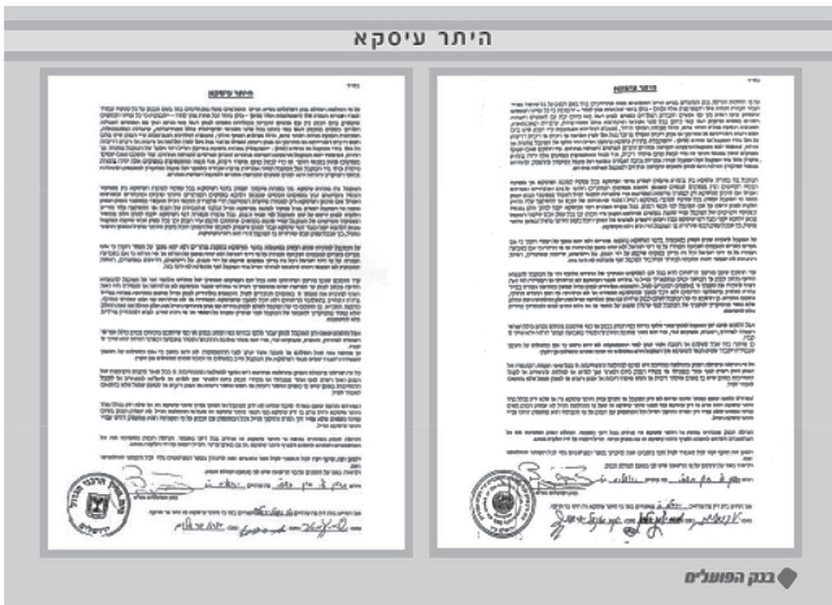
על פי תנאי "שטר היתר העיסקא" היה על המבקשים להודיע בכתב למשיב על שיעור הפסדיהם עד ליום העסקים האחרון של כל חודש עיברי ובאם לא יודיעו במועד זה הדבר ישמש כהודאה שהעיסקה הרויחה עד למועד זה. המבקשים לא הודיעו למשיב בכתב על הפסדיהם בחשבון ההשקעות עד לסגירתו ואף לא לאחרי כן...

לו אכן, כפי טענת המבקשים, היתר העסקה היה תנאי בלעדי ללקיחת ההלוואה, אשר בהעדרו לא היו נכנסים כלל בעסקה, סביר להניח שהיו דואגים לציין זאת בפני המשיב ודורשים כי תנאי זה יופיע על גבי חוזה ההלוואה עצמו.

תקפותו המשפטית של היתר עסקא עולה גם מפסק דין זה. צריך לחתום על שטר היתר עסקא כמו שחותמים על כל חוזה על נספחיו.

הנוסח המעודכן של בנק לאומי ובנק הפועלים

בנק לאומי ובנק הפועלים משתמשים, כל אחד מהם, בשני שטרות. על האחד חתום בית הדין הרבני הגדול בירושלים, ועל השני בד"ץ בני ברק. שני הנוסחים זהים, ובבנק הפועלים הם אף ממוסגרים באותה מסגרת.



עשרות שנים לאחר חתימת השטרות המקוריים, אולי בעקבות פסקי הדין החדשים שהכירו בכך ששטרי היתר עסקא הם חוזה בתוקף, התעדכן נוסח ההיתר של שני הבנקים. לנוסח המעודכן נוסף עוד "מכשול" שהלווה חייב לעבור, מלבד חיוב השבועה, אם ירצה לגרום לבנק להשתתף בהפסדי העסקה. זכור, במאה ה-19, ניסח החכמת אדם שטר ובו מנגנון חודשי. זכיר את פרטיו:

- מועד הפירעון הוא חודש, אלא אם הלווה מדווח למלווה על רווח ואז מועד הפירעון נדחה לחצי שנה.
 - הלווה חייב להודיע מדי חודש למלווה אם הרוויח או הפסיד, ולהביא עדים לדבריו.
 - אם הלווה לא דיווח שהפסיד, נחשב שהרוויח.
- על בסיס הנוסח של החכמת אדם, לשטרות של בנק הפועלים ובנק לאומי התווסף עוד מנגנון שעל הלווה לעמוד בו. נראה את התוספת כפי שהיא כתובה בשטר של בנק הפועלים (הניסוח בשטר של בנק לאומי כמעט זהה):

עוד הוסכם שזמן פרעון הרווחים הוא בכל יום העסקים האחרון של החודש הלועזי וכי על המקבל להמציא הודעה בכתב לבנק עד חמישה ימים מהתאריך הנ"ל כי בחודש שעבר העיסקא לא הרוויחה או הפסידה ת"ו ואת רצונו להוכיח את טענתו זו באופנים הנזכרים לעיל. המנעות מלהודיע לבנק כי כנ"ל תחשב כהודאה גמורה בבי"ד ברווח ותחייב בתשלומי הרווחים ולא יוכל לטעון שהעסקה הפסידה או לא הרוויחה עד תום החודש החולף, בתקנת החכ"א. כן הוסכם כי על המקבל לשלם לבנק מידית עם מתן ההודעה הנ"ל את חלק ההלוואה ואת החלק שלא נפסד מהפיקדון לטענתו של המקבל לפני שתדון טענתו על הפסד או אי רווח וחייב לבוא ולהתדיין מידית בלא להשתמט. אבל הוסכם שאם ייתן המקבל הנותן עבור חלקו ברווח כפי הנהוג בבנק או כפי שיוסכם ביניהם בכתב כולל הפרשי הצמדה למיניהן, הטבות, מענקים וכו', אזי יהא פטור מחובת ההוכחה ופטור משבועה ומותר הרווח יהא שייך לו לבדו.

לפי תוספת זו, כדי לגרום לבנק להשתתף בהפסדי העסקא (ולבטל את חובו של הלווה), חייב הלווה לדווח אחת לחודש אם העסקא הרוויחה או הפסידה. אם הלווה לא ידווח זאת, יהיה מנוע מלטעון שהפסיד בעסקא.

בעסקת מימון מורכבת, תנאים אלה אינם יכולים להתקיים. רווח והפסד אינם נמדדים על בסיס חודשי, וכתוצאה מזה, הלווה לא יוכל למסור את הדיווח. בנוסף, אם ידווח על הפסד, הדיווח עשוי להביא להפרה יסודית של החוזה, וחובה יהיה על הלווה להחזיר את כל ה"חוב" עוד לפני מועד הפירעון ה"אמיתי". התרחיש הזה לא יתממש. עבור הבנק, הוספת הדיווח הבלתי אפשרי אמורה לספק לו ביטחון שלא יצטרך למחוק חובות; אבל, כפי שלמדנו, היתר עסקא בנוי על האפשרות (הסבירה) שהמלווה אכן ישתתף בהפסדי הלווה. לטעמי, המנגנון שהתווסף מוציא את השטר מתחום הזכות שהלווה יכול לממש, לתחום הבלתי אפשרי למימוש. האם אין זה מחזק את החשש שהיתר עסקא הוא בגדר הערמת ריבית?

שטרות חדשים להיתר עסקא

כדי להתמודד עם חלק מהבעיות שמנינו לעיל, הוצעו בשנים האחרונות נוסחים חדשים של היתר עסקא. נתבונן בהצעות, וננסה לבחון אם הן אכן תורמות לתקפותו של היתר העסקא.

מכון התורה והארץ

השטר של מכון משפטי ארץ נכתב בידי הרב ד"ר איתמר ורהפטיג והרב עדו רכניץ. השטר בנוי משלושה חלקים – הסכם הלוואה, ערבות והיתר עסקא. החלקים החשובים לנו הם כדלהלן:

א. הסכם הלוואה:

המקבל קבל מהנותן סך של _____ בתאריך _____.
המקבל מתחייב לפרוע את הסכום שקיבל עד ליום _____, להלן מועד הפירעון, כשהוא צמוד למדד המחירים אך ורק אם זה עלה, בתוספת של % _____ לשנה ע"פ היתר עסקא המצורף (הסכום, ההצמדה והתוספת יכוננו להלן – החוב). החוב יפרע בכסף מזומן או בשיק בנקאי או בהפקדה לחשבון של הנותן בבנק _____.
זהו הסכם הלוואה רגיל, שמגדיר מראש את מועד הפירעון ואת הריבית שעל הלווה להשיב. בהסכם מופיעה הפניה לנוסח היתר העסקא המצורף.

ב. ערבות:

אנו הח"מ ערבים לכל חיובים הכספיים המוטלים על המקבל ע"פ תנאיו וסעיפיו השונים של שטר זה, הערבות חלה על מלוא חובותיו של המקבל ע"פ הסכם זה על כל אחד מהערבים, במקרה שהמקבל חייב על פי דין ולא ניתן לגבות ממנו.

נוסח הערבות אינו מפנה להיתר עסקא.

ג. היתר עסקא – נוסח זה דומה לנוסחים שכבר ראינו:

אני החתום מטה _____ מודה בהודאה גמורה וביישוב הדעת שקבלתי לידי מאת _____ מעיר _____ סך _____ בתורת עסקא עד יום _____ והריווח שיתן ה' לידי מאותה סחורה או עיסקא, יהיה המחצה לי והמחצה לנותן הכסף הנ"ל, ואם חס ושלום יהיה הפסד, אשא אני בשליש ההפסד, ונותן הכסף ישא בשני שלישי ההפסד, ותכף מיד בהגיע התאריך הנ"ל, אני מחויב להחזיר לנותן הכסף הנ"ל את הקרן וגם את חצי הריווח שלו, ולא יהא לי נאמנות לומר הפסדתי, אלא על פי שני עדים כשרים, ועל הריווח לא אהיה נאמן רק בשבועה, אמנם הוסכם שאם ירצה המקבל ליתן לנותן עבור הקרן והרווחים הפרשי הצמדה או/כל סכום או/אחוזים כפי שסוכם בין הנותן למקבל אזי אין לו עלי שום תביעה והמותר שייך לי לבד, אפילו יבורר שהיה הרבה ריווח, ואפטר משבועה והבאת עדים.

בנוסח זה של היתר עסקא אין הגדרה של המושג "עסקא", ולא כתוב אם חלק מהסכום מוגדר הלוואה ללא ריבית ויתר הסכום הוא פיקדון. אין גם הסדר של דיווח חודשי כפי שחידש החכמת אדם. כדי להוכיח רווח צריך שבועה, אך להוכחת ההפסד די בשני עדים כשרים.

במסמך זה יש שלושה חלקים, אך הם עדיין חלקים נפרדים. לדעתי,

היה נכון לשלב את שלושת החלקים להסכם אחד, כך שכל החלקים יהיו מתואמים ויתכתבו זה עם זה.

נוסח שטר להלוואה פרטית – מכון כת"ר

בס"ד שטר היתר עסקא מהודר להלוואה פרטית.

הגדרות:

"הלוואה" סכום כסף או שווה כסף שנותן המלווה _____

ללווה _____

_____ . תנאי "ההלוואה" אינם מפורטים בשטר זה

אלא בהסכם נפרד שנערך בין המלווה ללווה.

"המקבל" – אדם או גוף לרבות חברה ותאגיד מכל סוג שהוא, ו/

או באי כוחם המקבלים כסף או שווה כסף במסגרת "הלוואה".

"המפקיד" – אדם או גוף, לרבות חברה ותאגיד מכל סוג

שהוא, ו/או באי כוחם הנותנים כסף או שווה כסף למקבל

במסגרת "הלוואה".

"ריבית" – סכום אותו מחזיר הלווה הנוסף על סכום ה"הלוואה",

ובלי לגרוע מכלליות האמור לרבות ריבית דריבית.

"פקדון" – חלק מה"הלוואה" וכן חלק בנכסי ועסקי המקבל,

שעל פי תנאי שטר זה אינו בבעלות המקבל אלא באחריותו

כשומר שכר. ברווח או בהפסד שיגרם לפקדון נושא המפקיד,

כאשר חלק מן הרווח, על פי מה שסוכם בין הצדדים, ניתן

למקבל כשכר על התעסקותו בהשקעה.

"עסקא" – מונח הלכתי הבא לבטא סוג של עסקה בין המפקיד

ובין המקבל אשר מטרתה לאפשר למפקיד לקבל רווחים

מהשקעתו בלי לעבור על איסור ריבית. בעסקה זו מוגדרת חלק מה"הלוואה" כהלוואה החוזרת בזמן הפירעון בדיוק כפי שנתקבלה ללא תלות בשאלה האם המקבל הרוויח או הפסיד. חלק אחר של ה"הלוואה" מוגדר כפיקדון. המבוא לשטר וההגדרות מהווים חלק בלתי נפרד ממנו. הכותרות בשטר נועדו להקל על הקריאה בו אינן מחייבות ואינן מהוות חלק ממנו כלל ועיקר.

הואיל והמלווה והלווה הח"מ אינם רוצים לעבור על איסור ריבית. לכן הח"מ מצהירים ומתחייבים כדלקמן:

1. הגדרת ה"הלוואה" כעסקא וכפיקדון

א. "הלוואה" שיש בה חשש ריבית מכל סוג איסור שהוא, ואפילו מוזכר בה לשון ריבית או ריבית דריבית, תהיה ביד המקבל בתורת עסקא ע"פ הגדרתה במבוא לשטר. כמו כן מוסכם כי חלקו של המקבל יהיה מחצית מהרווח, ואם יהיה הפסד ישא המקבל ב-30% ממנו והמפקיד ב-70%. במקרים בהם סביר להניח שהסכום אותו ידרש המקבל לשלם עפ"י חלוקה זו יהיה נמוך מתנאי ה"הלוואה", תהיה ה"הלוואה" כולה ביד המקבל כפיקדון, כאשר חלקו של המפקיד ברווח הוא 90% וחלקו של המקבל 10%.

ב. המקבל יעסוק בסכום דמי ה"הלוואה" בכל עסקיו ונכסיו הטובים, המותרים והמובחרים ביותר, בין בעסקיו ונכסיו הקיימים ובין בעסקים ונכסים שמכאן ולהבא.

ג. בכל מקרה, לרבות מקרה בו לוקח את דמי ה"הלוואה" שלא למטרות השקעה ומסחר, מקנה המקבל למפקיד חלק בכל עסקיו ונכסיו הטובים, המותרים, והיותר מובחרים, בין אלו הקיימים ובין אלו שיקנה מכאן ולהבא. לפיכך כל רווח שיווצר למקבל מנכסיו ועסקיו הנ"ל, בין הקיימים ובין אלה

שיהיו עד מועד השבת הכספים, ייחשב מרווח העסקא ו/או הפיקדון. כל הרכישות והקניינים בדמי ה"הלוואה" ייעשו לטובת המפקיד באופן המועיל על פי ההלכה היהודית.

2. ברירת המחדל – תנאי ה"הלוואה" המוסכמים:

א. לשם מילוי חובתו של המקבל האמורה לעיל (סעיף 1.א.) יוכל המקבל לשלם למפקיד את הסכום שהוסכם ביניהם במסגרת תנאי ה"הלוואה", ובלו לגרוע מכלליות האמור, לרבות שיעור יחסי מה"הלוואה" כולל הפרשי הצמדה למיניהם, הטבות, ומענקים חד פעמיים.

ב. במידה וישלם המקבל למפקיד את הסכומים הנ"ל יהיה פטור מחובת הוכחה ומשבועה כפי שתובא (להלן) סעיף 3) ומותר הרווח יהיה שייך למקבל לבדו.

3. הראיות הנדרשות

א. על המקבל להוכיח שנהג ועסק בנאמנות בדמי ה"הלוואה", בהתאם לתנאי שטר זה, ולא יהיה נאמן על כך כי אם בשבועה חמורה עפ"י דיני ישראל. כמו כן לא יהיה נאמן על הרווח או אי הרווח, כי אם בשבועה חמורה עפ"י דיני ישראל, ועל הפסד הקרן לא יהיה נאמן כי אם בשני עדים כשרים ונאמנים ע"פ דיני ישראל.

ב. במידה ולא יוכיח המקבל באופן האמור לעיל כי הסכום על פי תנאי ה"הלוואה" (הנזכר לעיל סעיף 2.א.) שונה מהסכום שע"פ תנאי העסקא ו/או הפיקדון (המפורטים לעיל בסעיף 1.א.) יידרש לשלם את הסכום המוגדר על פי תנאי ה"הלוואה".

כל תנאי השטר נעשו כתיקון חכמים בקניין היותר מועיל, בכלי הכשר לקנות בו, בב"ד חשוב מעכשיו, באופן שאין בו אסמכתא, כתיקון חכמים. חתימת הצדדים כמוה בהודאה

בפני שני עדים על כל האמור בשטר.

על כך באנו על החתום היום:

ב

המלווה הלווה



בס"ד

שטר היתר עסקא מהודר להלוואה פרטית

הגדרות

"הלוואה" – סכום כסף או שווה כסף שנותן המלווה _____ ללווה _____, תנאי "ההלוואה" אינם מפורטים בשטר זה אלא בהסכם נפרד שנועד בין המלווה ללווה.

"המקבל" – אדם או גוף לרבות חברה ותאגיד מכל סוג שהוא, ו/או באי כוחם המקבלים כסף או שווה כסף במסגרת "ההלוואה".

"המפקיד" – אדם או גוף, לרבות חברה ותאגיד מכל סוג שהוא, ו/או באי כוחם הנותנים כסף או שווה כסף למקבל במסגרת "ההלוואה".

"ריבית" – סכום אותו מחזיר הלווה הנוסף על סכום ה"הלוואה", ומבלי לגרוע מכלליות האמור לרבות ריבית דריבית.

"פקידון" – חלק מה"הלוואה" וכן חלק בנכסי ועסקי המקבל, שעל פי תנאי שטר זה אינו בבעלות המקבל אלא באחריותו כשומר שבר. ברווח או בהפסד שיגרם לפקידון נשא המפקיד, כאשר חלק מן הרווח, על פי מה שסוכם בין הצדדים, ניתן למקבל כשכר על התעסקותו בהשקעה.

"עסקא" – מונח הלכתי הבא לבטא סוג של עסקה בין המפקיד ובין המקבל אשר מטרתה לאפשר למפקיד לקבל רוחים מהשקעתו מבלי לעבור על איסור ריבית. בעסקה זו מוגדרת חלק מה"הלוואה" כהלוואה החוזרת בזמן הפירעון בדיוק כפי שנתקבלה ללא תלות בשאלה האם המקבל הרוויח או הפסיד. חלק אחר של ה"הלוואה" מוגדר כפקידון.

מבוא

המבוא לשטר וההגדרות מהווים חלק בלתי נפרד ממנו. הכותרות בשטר נועדו להקל על הקריאה בו אינן מחייבות ואינן מהוות חלק ממנו כלל ועיקר. הואיל והמלווה והלווה הח"מ אינם רוצים לעבור על איסור ריבית. לכן הח"מ מצהירים ומתחייבים כדלקמן.

1. הגדרת ה"הלוואה" בעסקא ובפקידון

- א. "הלוואה" שיש בה חשש ריבית מכל סוג איסור שהוא, ואפילו מוזכר בה לשון ריבית או ריבית דריבית, תהיה ביד המקבל בתורת עסקא ע"פ הגדרתה במבוא לשטר. כמו כן מוסכם כי חלקן של המקבל יהיה מחצית מהרווח, ואם יהיה הפסד ישא המקבל ב-30% ממנו והמפקיד ב-70%. במקרים בהם סביר להניח שהסכום אותו ידרש המקבל לשלם עפ"י חלוקה זו יהיה נמוך מתנאי ה"הלוואה", תהיה ה"הלוואה" כולה ביד המקבל כפקידון, כאשר חלקו של המפקיד ברווח הוא 90% וחלקו של המקבל 10%.
- ב. המקבל יעסוק בסכום דמי ה"הלוואה" בכל עסקיו ונכסיו הטובים, המותרים והמובחרים ביותר, בין בעסקיו ונכסיו הקיימים ובין בעסקים ונכסים שמכאן ולהבא.
- ג. בכל מקרה, לרבות מקרה בו לוקח את דמי ה"הלוואה" שלא למטרות השקעה ומסחר, מקנה המקבל למפקיד חלק בכל עסקיו ונכסיו הטובים, המותרים, והיותר מובחרים, בין אלו הקיימים ובין אלו שיקנה מכאן ולהבא. לפיכך כל רווח שיווצר למקבל מנכסיו ועסקיו הימ"ל, בין הקיימים ובין אלה שיהיו על מועד

מכון כת"ר לכלכלה על פ' התורה



השבת הכספים, ייחשב מרווח העסקא וראו הפיקדון. כל הרכישות והקניינים בדמי ה"הלוואה" ייעשו לטובת המפקיד באופן המועיל על פי ההלכה היהודית.

2. ברירת המחזל – תנאי ה"הלוואה" המוסכמים

- א. לשם מילוי חובתו של המקבל האמורה לעיל (סעיף א.1). יוכל המקבל לשלם למפקיד את הסכום שהוסכם ביניהם במסגרת תנאי ה"הלוואה", ומבלי לגרוע מכלליות האמור, לרבות שיעור יחסי מה"הלוואה" כולל הפרשי הצמדה למיניהם, הטבות, ומענקים חד פעמיים.
- ב. במידה וישלם המקבל למפקיד את הסכומים הנ"ל יהיה פטור מחובת הוכחה ומשבועה כפי שתובא להלן (סעיף 3) ומותר הרווח יהיה שייך למקבל לבדו.

3. הראיות הנדרשות

- א. על המקבל להוכיח שנהג ועסק באמנות בדמי ה"הלוואה", בהתאם לתנאי שטר זה, ולא יהיה נאמן על כך כי אם בשבועה חמורה עפ"י דיני ישראל. כמו כן לא יהיה נאמן על הרווח או אי הרווח, כי אם בשבועה חמורה עפ"י דיני ישראל, ועל הפסד הקרן לא יהיה נאמן כי אם בשני עדים כשרים ונאמנים ע"פ דיני ישראל.
- ב. במידה ולא יוכיח המקבל באופן האמור לעיל כי הסכום על פי תנאי ה"הלוואה" (הנוכח לעיל סעיף א.2). שונה מהסכום שע"פ תנאי העסקא ו / או הפיקדון (המפורטים לעיל בסעיף א.1). יידרש לשלם את הסכום המוגדר על פי תנאי ה"הלוואה".

כל תנאי השטר נעשו כתיקון חכמים בקנין היותר מועיל, בכלי הכשר לקנות בו, בבי"ד חשוב מעכשיו, באופן שאין בו אסמכתא, כתיקון חכמים. חתימת הצדדים כמוה בהודאה בפני שני עדים על כל האמור בשטר.

על כך באנו על החתום היום: _____ ב. _____

הלווה

המלווה

לעומת הנוסחים שראינו עד כה, בנוסח זה יש לא מעט חידושים. ראשית, השטר מנוסח בשפה משפטית מודרנית. ביטויים כמו "עסקא" ו"פקדון" מוגדרים ומוסברים בצורה כזו ששופטים ומשפטנים יוכלו להבין את הניסוח. לנוכח פסקי הדין האזרחיים שראינו, שנתנו תוקף לשטר היתר עסקא, זהו שינוי מבורך המעניק להיתר אופי רציני יותר.

שנית, בשטרות שראינו עד כה, הצדדים הוגדרו בתור "נותן" ו"מקבל". זאת במטרה להימנע מהשימוש במילים "מלווה" ו"לווה". מסיבה זו גם המילה "ריבית" אינה מופיעה בשטרות. בשטר של מכון כת"ר יש שימוש מפורש במילים "מלווה", "לווה" ו"ריבית" – כנראה מפני שזו האמת מבחינה עסקית.

עם זאת, שטר זה נושא בחובו גם כמה בעיות:

ראשית, השטר מפנה להסכם ההלוואה הרגיל שנחתם בנפרד: "תנאי 'ההלוואה' אינם מפורטים בשטר זה אלא בהסכם נפרד שנערך בין המלווה ללווה". כאמור, הצבענו על בעיה בחתימה על מסמכים שונים ואף סותרים, בייחוד כשאין שום סעיף המסדיר איזה מסמך גובר במקרה של סתירה בין המסמכים.*

בעיה נוספת היא החלוקה – לא כתוב איזה חלק מהעסקא מוגדר כהלוואה ואיזה כפקדון. השטר מגדיר "עסקא" כחלק מה"הלוואה" "החוזרת בזמן הפירעון בדיוק כפי שנתקבלה ללא תלות בשאלה אם המקבל הרוויח או הפסיד". חלק אחר של ה"הלוואה" מוגדר כ"פקדון": "חלק מה'הלוואה'... שאינו בבעלות המקבל אלא

* יש גם סיכון בחתימה על היתר בנפרד מהסכם ההלוואה כי ייתכן שהשטר ילך לאיבוד, לפיכך יישאר רק הסכם הלוואה עם ריבית. בעניין זה נדון בהמשך.

באחריותו כשומר שכר". לפי השטר, כל הלוואה "תהיה ביד המקבל בתורת עסקא". אם כן, שני החלקים מוגדרים בשטר, אך אין לדעת אילו כללים חלים על החלק המוגדר כהלוואה ואילו על החלק המוגדר כפיקדון. אומנם כתוב ש"אם יהיה הפסד ישא המקבל ב-30% ממנו והמפקיד ב-70", אבל לא כתוב על איזה חלק מוסב משפט זה – על כל העסקה, על חלק ההלוואה או על חלק הפיקדון? במצב זה בית המשפט אינו יכול לדעת כיצד לחשב את נוסחת החלוקה. הניסוח בשטר ברור, אבל המשמעות העסקית אינה ברורה.

השטר אף אינו קובע מהם נהלי השבועה. הוא אינו אומר כיצד אפשר להישבע והיכן, אלא רק מחייב "שבועה חמורה עפ"י דיני ישראל". לא נאמר גם איזה דין חל על ההסכם, ובאיזה מקום שיפוט אפשר לדון בו.

נוסח שטר כללי לאגרות חוב – מכון כת"ר

נכון להיום, אגרות חוב נחשבות להשקעה פופולארית מאוד בישראל, כתוצאה משיעורי הריבית יוצאי הדופן שניתנות עליהן. בקניית אגרות חוב יש סיכון גבוה, וכגובה הסיכון כן גובה הסיכוי. בשוק הישראלי, מאות חברות מנפיקות אגרות חוב לציבור המשקיעים, על-פי תשקיף שאושר בידי הרשות לניירות ערך. מבחינה כלכלית, כשמשקיע קונה אגרת חוב, הוא למעשה מעניק הלוואה לחברה שמנפיקה את האגרת; המשקיע הוא המלווה בעסקה, והחברה המנפיקה היא הלווה.

על מנת להנפיק אגרת חוב, החברה חייבת להכין תשקיף המתאר בפירוט את עסקיה, את מצבה המשפטי והפיננסי וכן את תנאי אגרת

החוב. מסמך זה עובר תהליך ממושך של בדיקות, ורק בסופו הוא מקבל אישור של עורכי דין ורואי חשבון. תיאור בלתי מדויק של אגרת חוב נחשב לעבירה פלילית, ומאפשר לציבור המשקיעים להגיש תביעות כספיות נגד החברה, ונגד רואי החשבון ועורכי הדין. כדי לאפשר לציבור הדתי לרכוש אגרות חוב, מציע מכון כת"ר נוסח לשטר היתר עסקא המתאים להנפקת אגרות חוב. הרשות לניירות ערך מאפשרת לחברות ציבוריות שהנפיקו אגרות חוב לחתום על היתר עסקא מול משקיעים המבקשים זאת. הרשות קבעה כי מצידה "אין מניעה שתאגיד יציע למחזיקים להתקשר בהסכם הנפרד כאמור ויתקשר בהסכם זה עם כל מחזיק שיחפוץ בכך. זאת בתנאי שההסכם הנפרד יקבע כי תוקפו יהיה אך ורק ביחס למחזיקים אשר התקשרו בו עם החברה וביחס לתקופה שבה יחזיקו באגרות החוב, וכי יישומו יבוצע במישרין בין מחזיקים אלו לבין התאגיד בלי שהנאמן למחזיקי תעודות ההתחייבות יתערב בו...." הרשות אף הבהירה כי "תאגיד רשאי לכלול במסגרת התשקיף פרטים בדבר האפשרות להתקשר עימו בהסכם הנפרד. כך לדוגמה, ניתן לצרף לתשקיף פירוט של נוסח ההסכם הנפרד אשר יחול על משקיע שיבחר להתקשר בו, או פרטים טכניים בדבר אופן ההצטרפות להסכם הנפרד".

לפי קביעה זו של הרשות לניירות ערך, יהיו משקיעים שיקנו אגרות חוב עם ריבית קצוצה, ויהיו משקיעים שיקנו לפי היתר עסקא. המשמעות היא שבמקרה של היקלעות לקשיים, החברה תהיה מחויבת לשלם קרן וריבית לחלק מהמשקיעים, ולחלק אחר של המשקיעים, תוכל להפעיל את מנגנון היתר עסקא.

כללים אלה חייבים להיות ברורים בתשקיף. אציין כי אף שאני מכיר חברות ציבוריות שחתמו על היתר עסקא כחלק מהנפקת אגרות החוב, טרם מצאתי חברה שתארה את מנגנוני היתר בפירוט הנדרש. יתרה מזאת, מכון כת"ר אף קובע: "חברה שבוחרת לתאר

את עצם קיומו של ההיתר בתשקיף, לא חייבת להעצים את מידת הרציניות של השטר, ויכולה להסתפק בניסוח פשוט וקצר" (אמונת עתיך שבט תשע"ג, עמוד 102). גם אם ההסתפקות בניסוח קצר תקפה מבחינת הלכתית, זו בוודאי בעיה מהבחינה המשפטית. לדעתי, אין זה נכון להחתים חברה על שטר עסקא להנפקת אגרות חוב, אלא אם התשקיף כולל פירוט בדבר משמעותו של ההיתר.

היתר עסקא במקביל להסכם רגיל

עד כה עסקנו בהיתר העסקא עצמו, ממקורותיו ועד לניסוחו בימינו. אולם כפי שכבר ראינו, בימינו היתר העסקא אינו עומד לבד, אלא רק בתור מסמך נלווה להסכם. זה 150 שנה לפחות נחתם שטר היתר עסקא במקביל להסכם הלוואה בריבית סטנדרטית. בפרק זה נדון במשמעות ההלכתית של חתימת שני מסמכים נפרדים, שאחד מהם מתאר הלוואה עם ריבית והאחר מתאר תנאי עסקא. בנוסף, נבחן את תוקפו של היתר עסקא ששני הצדדים לא חתמו עליו, אלא הוא רק נתלה על הקיר (כנהוג בבנקים) או נאמר בין הצדדים בעל-פה. האם במצב זה היתר עסקא חל? האם הוא מתאים לשימוש במדינת ישראל?

"שטרי מחוזנאי"

הגמרא מביאה את שיטת רבא שאסור לעשות כ"שטרי מחוזנאי".
הגמרא מסבירה במה מדובר:

דזקפי ליה לרווחא אקרנא, וכתבי ליה בשטרא. מי יימר דהוה
רווחא?
(בבא מציעא סח, ע"א)

רש"י מסביר:

שקונים פרגמטיא בעלי בתים, ונותנין לתגרים למחצית שכר, ושמינ כך וכך שכר יהיה בהן, וזוקפין מחצית השכר עם הקרן, וכותבין בשטר: פלוני חייב לפלוני כך וכך, לזמן פלוני.

מדובר בסוג של עסקא, שבה הצדדים מעריכים מראש את גובה הרווח הצפוי, ובהתאם לזה כותבים מלכתחילה כמה יקבל הנותן ("השותף השקט"). הבעיה היא שאם לא יהיה רווח מהעסקה, תשלום הסכום שבשטר יהיה למעשה קרן בתוספת ריבית. הוא לא ייחשב לאחוז מהרווחים, כיוון שלא יהיו רווחים כלל. כפי שרש"י מסביר, החשש העיקרי הוא שהשטר יגיע לידיים אחרות, שאינן הלווה המקורי, ולא יידעו כי היו אמורים להפחית מסכום הקרן כיוון שלא היו רווחים. כך הקרן תישאר כפי שנקבע, והסכום הנוסף ייחשב לריבית.

על-פי שיטת רבא, הרמב"ם פסק שתי הלכות:

המשתתף עם חבירו במעות או בקרקע, או הנותן לו עסק, לא יצרף השכר עם הקרן, שמא לא יהיה שם שכר ונמצאו באין לידי רבית; וכן לא יתן לו מעות בתורת עסק או שותפות ויכתוב אותן מלוה, שמא ימות ונמצא השטר ביד היורש וגובה בו את הרבית.

(הלכות מלוה ולוה, ה, י)

כתוצאה מהכלל שאסור להכין שטר עסקא ובו רווח צפוי הכלול בתוך הקרן, אסור גם להכין שטר חוב כשמדובר בעסקא. ההיגיון דומה: יש חשש ששטר החוב יישאר, ולא יהיה זכר לעובדה שהייתה

גם עסקא. הלכה זו מובנת ומתקבלת על הדעת – אם שני הצדדים מסכימים להקים שותפות ולהתחלק ברווחים ובהפסדים, לא ייתכן שהם יחתמו על מסמך המתאר את השותפות כהסכם הלוואה עם ריבית. עיקרון זה מעלה שאלה קשה: האם אין זה המצב בהיתר עסקא – חותמים על הסכם הלוואה עם ריבית, ולצידו (או על הקיר) מונח שטר עסקא שאינו מוזכר כלל בהסכם ההלוואה?
הרא"ש פוסק לפי עיקרון זה גם במקרה ששני הצדדים מסכימים שסיכמו על שותפות, אלא שהם חתמו על מסמכי הלוואה. הרא"ש נשאל כך:

שאלה: ילמדנו רבינו: ראובן נתן מנה לשמעון לעסוק בסחורה, ויחלקו ביניהם הריוח וההפסד, ועשה שמעון שטר חוב גמור עליו בכל המנה, ולא עשה שטר שותפות. לימים תבע ראובן לשמעון שיתן לו חלקו מהריוח, השיב שמעון: אמת כי נתת לי המנה להתעסק בו למחצית שכר, והרוחתי, אך לא אתן לך כלום מהריוח, לפי שיש לך שטר חוב גמור עלי בכל הקרן, והנך קרוב לשכר ורחוק להפסד, והוי רבית, אם תקבל הריוח. וראובן אומר: תנאי גמור בתורת עסק בריוח והפסד היה בינינו, ואלו היה שם הפסד לא היית משלם הכל, ואין השטר פוגם.
(שו"ת הרא"ש, פח, ז)

תשובת הרא"ש, על בסיס דברי רבא בגמרא, הייתה כי השטר הכתוב גובר על הסיכום בין הצדדים בעל-פה:

מאחר שנכתב כל המנה בשטר חוב, ולא פירש בו דין עסקא, נמצא שכל האחריות היה על שמעון, ואסור לו לראובן שיקח

שום ריוח... אעפ"י שהתנו ביניהם שיחלוקו ביניהם הריוח וההפסד, מ"מ, כיון שלא נכתב התנאי בשטר, ויכול ראובן לגבות כל הממון בשטרו אף אם יפסיד כולו, אסור לו ליקח מן הריוח כלום, דבתר שטרא אזלינן, ולא בתר דברים שבעל פה.

הרא"ש פוסק כי הסכם ההלוואה הוא הקובע, אף ששני הצדדים מסכימים שהייתה ביניהם עסקת שותפות. לעניין שטר היתר עסקא, נראה שהרא"ש לא היה מאפשר חתימה על הסכם הלוואה רגיל, הנושא ריבית, על בסיס שטר עסקא נפרד שתלוי על הקיר. הטור פסק להלכה את דברי הרמב"ם, אך ניסח אחרת את הנימוק להלכה. הרמב"ם, כזכור, הסביר שאסור לכתוב שטר חוב על עסקא, מחשש "שמא ימות ונמצא השטר ביד היורש וגובה בו את הרבית". הטור מסביר את ההלכה אחרת:

וכן לא יכתוב עליו שטר חוב, דכיון שאינו מפורש בשטר שהוא עיסקא, אם כן הוה ליה הכל מלוה וקרוב לשכר ורחוק להפסד, אפילו התנו ביניהם על פה שיחלק הריוח ביניהם לא מהני, דבתר שטרא אזלינן והוה ליה כולו מלוה ואינו יכול ליקח ממנה שום ריוח.
(טור יורה דעה, קעז)

בשונה מהרמב"ם, שחשש שהשטר לא יהיה בידי הצדדים המקוריים, הטור לא הזכיר את הבעיה הזו אלא רק את החשש מאיסורי ריבית. על בסיס הבדלי הניסוח, הבית יוסף הציע כי מדובר במחלוקת בין הרמב"ם לטור:

משמע לי מדבריו דאין הכי נמי שנוטל ריוח כפי מה שהתנו שהרי לא אסרו אלא כדי שלא יטול היורש רבית הא אי לאו האי חששא מותר היה. ורבינו אפשר דמשמע ליה דרבנות אשמעינן הרמב"ם דאפילו לא יגבה אלא קרן אפשר שיהיה בו איסור אבל פשיטא שאינו גובה ריוח כלל, וצ"ע.
(בית יוסף, שם)

להבנת הבית יוסף, שיטת הרמב"ם מאפשרת לגבות את השטר הבעייתי; במצב שהשטר מצוי בידי המלווה והלווה המקוריים, אף שהם לא נהגו כשורה – בדיעבד השטר תקף. באשר לטור, הבית יוסף סובר שהוא מבטל את השטר, אפילו אם שני הצדדים יודעים שסיכמו על עסקא.

הב"ח לא הסכים עם הבית יוסף, וטען כי אין הבדל בין שיטת הרמב"ם לשיטת הטור:

ודאי מודה הרמב"ם דאף בדין השני אפילו היה בו ריוח אינו יכול ליקח ממנו ריוח בעל כרחו של המקבל, כדכתב הרא"ש, ואין צריך לומר בדין הראשון דזקף הקרן עם הרבית, דאינו גובה בדיונים לא קרן ולא רבית כדלעיל סוף סימן קס"א. והבית יוסף לא כתב כך ולבסוף כתב דצ"ע ולא נהירא.
(שם ס"ק, יז)

לפי הב"ח, גם הרמב"ם פוסל את השטר לגמרי, כדברי הטור. למחלוקת הבית יוסף והב"ח בהבנת דברי הרמב"ם יש משמעות רבה לענייננו. המצב הנידון ברמב"ם ובטור דומה בפשטות למצב השכיח בזמננו, שבו הצדדים חותמים על הסכם הלוואה מודרני הכולל ריבית, ומסתמכים על שטר היתר עסקא שאינו מונח על שולחן

הדיונים. הבית יוסף מעלה את האפשרות שהרמב"ם היה נותן תוקף להסכם במצב זה, ואילו הב"ח, לכאורה, אינו טוען שהוא לא מסכים. מכל מקום, הדיון הוא רק בדיעבד; לכתחילה, לפי כל הדעות, נראה כי אסור לחתום על הסכם הלוואה רגיל בשעה שמתכוונים להיתר עסקא.

עם זאת, הב"ח מסייג את דבריו:

ומ"ש ואינו יכול ליקח ממנו שום ריוח – נראה דהכי קאמר: אינו יכול ליקח ממנו ריוח בעל כרחו של המקבל, אבל ודאי אם המקבל רוצה לקיים התנאי שהתנה עמו בעל פה יכול לקבל ממנו הריוח, דאין כאן איסור רבית, כיון שנתן לו בתורת עיסקא לחלוק הריוח ביניהם והיה ריוח.

אף שהב"ח אינו מאפשר למלווה לגבות מהלווה במקרה כזה, שבו הצדדים חתומים על הסכם הלוואה רגיל, מסתבר שהמקבל יכול מצידו להתנדב ולשלם את הרווחים. זאת מפני שמצד האמת, ההלוואה הייתה ללא ריבית אלא על סמך עסקא. החידוש הזה אינו מובן מאליו, לנוכח העובדה שאיסור ריבית חל גם אם הלווה מוכן לשלם. הב"ח נותן לסיכום בעל-פה תוקף חזק מספיק כדי שהמשלם מרצון יוכל להסתמך עליו, בלי לעבור על ריבית.

הב"ח גם מחדש כי עדים יכולים להשפיע על תוקף העסקא:

התם מיירי שהתנה עמו בעל פה בפני עדים, דחשבינן ליה כאילו מפורש העיסקא בשטר כיון שהתנה עמו כך בפני עדים ולא יוכל להכחישם, אבל כאן מיירי בהתנה עמו בעל פה בינו לבין עצמו בלא עדים, דיוכל לומר לא היו דברים מעולם, הילכך אינו יכול ליקח ממנו ריוח דבתר שטרא אזלינן.

במקרה שהסיכום על העסקא נעשה בפני עדים, השטר תקף.
השולחן ערוך פסק כדברי הרמב"ם:

וכן לא יתן לו מעות בתורת עיסקא או שותפות ויכתוב אותם
מלוה, שמא ימות ונמצא השטר ביד היורש וגובה בו את
הרבית.
(יורה דעה, קעז, כד)

הש"ך פסק להלכה כמו הב"ח:

דאין לגבות הריוח ממנו בע"כ, מ"מ אם המקבל רוצה לקיים
התנאי שהתנה עמו בע"פ, יכול לקבל ממנו כיון שנתן לו
בתורת עיסקא, ואם התנה עמו בע"פ בפני עדים חשבינן
כאלו מפורש העיסקא בשטר ומוציאין ממנו בע"כ.

הש"ך מקבל את שני החידושים שראינו בב"ח – המקבל יכול לשלם
על-פי תנאי העסקא שסוכמו בעל-פה, ואם יש עדים תוקף העסקא
גמור.

פסיקת הש"ך פותחת פתח להבנת ההתנהלות בזמננו: אומנם
הצדדים חתמו על הסכם הלוואה רגיל, אבל אם הלווה מוכן לשלם
את הרווחים למלווה, או אם יש עדים המעידים על כוונת הצדדים
לעסקא, אזי החתימה על מסמך הלוואה אינה פוסלת את מסמך
העסקא.

עם זאת, עדיין תיתכן בעיה ליישם את דברי הב"ח. הב"ח עסק
במקרה של שני הסכמים, שכל אחד מהם מותר כשלעצמו – הלוואה
ללא ריבית, ועסקא. בלי העסקא, השטר המדובר הוא שטר חוב
רגיל שאינו נושא ריבית. האם אפשר להשליך את שיטת הב"ח גם

למקרה שבו אסור מדין תורה לחתום על אחד המסמכים? היום אנחנו חותמים על הסכם הלוואה עם ריבית, שהוא כשלעצמו אמור להיות פסול, אלא שבנפרד אנו חותמים גם על היתר עסקא – האם גם את זה הב"ח היה מאשר?

הדיון בין פוסקי המאה ה-19

על בסיס פסיקת הב"ח והש"ך שלפיה ניתן לחתום על הסכם הלוואה ולסכם בפני עדים כי מדובר בעסקא, ניסו פוסקי המאה ה-19 ללמד זכות על הנוהג שנעשה רווח – לחתום על הסכם הלוואה רגיל ובמקביל לחתום על שטר היתר עסקא ללא עדים. הדברי חיים, רבי חיים הלברשטאם מצאנז, קבע:

עוד נראה לפענ"ד לחפש זכות על ישראל, שכל העולם נהוגין לעשות היתר עיסקא בלא עדים ולא חשו שמא יבא לגבות בהשטר, כיון דכל הלוואות שבזמננו הוא על דרך היתר עיסקא, ומיעוטא דמיעוטא שיהיה בלא ריוח, ואין אדם משים עצמו רשע, בודאי בלא שום עד, אם יטעון הלוה שהיה בעיסקא ויביא עדים שנפסד העיסקא יהיה פטור על פי דין, ואין המלוה יכול לטעון נגד המנהג והרוב. ולכן בזמננו זה [סתם הלוואה] היינו בעיסקא אפילו בלא עדים.
(שו"ת דברי חיים, ליקוטים והשמטות, טז)

כלומר, כשחותמים על הלוואה – מתכוונים עסקא. הסיבה היא שאם מלווה ינסה לגבות את ההלוואה ולהכחיש את קיום העסקא, הוא למעשה יעיד על עצמו שהוא עבר עבירה מדין תורה וחתם על

הסכם הלוואה עם ריבית ללא היתר עסקא. לפי הדברי חיים, ממצב כזה אין לחשוש.

גם החתם סופר, כשתיאר כיצד חותמים על שטר היתר עסקא, הסביר שחותמים על שני מסמכים: הסכם הלוואה עם ריבית, ונייר נוסף שבו כתוב, בכמה מילים, שהצדדים מתכוונים לעסקא:

ואנו נוהגי' להלות... על דבר זה [היתר עסקא] אך לא נכתב שטר הזה אלא אנו מסבירי' הדבר הדק היטב בביאור להלואה, ואח"כ כותב ח"כ סתם, ואחר החתום אנו מוסיפי' על הגליון תיבות אלו עפ"י היתר מהר"מ כמדובר בינינו בסך כך וכך, חותם שנית כדי שלא יוגרע כח ח"כ בדינא דמלכותא אם היינו כותבי' התנאים בתוך גוף הח"כ.
(שו"ת חתם סופר, ה, מח)

אם כן, כך מתנהלת הלוואה לפי החתם סופר: תחילה הצדדים חותמים ביניהם על הסכם הלוואה הכוללת ריבית, ללא אזכור של היתר עסקא; לאחר מכן הם מדברים על המשמעות של סיווג המימון בתור עסקא; לבסוף חותמים הצדדים על מסמך נוסף (ייתכן כי מדובר בתחתיתו של דף המסמך הראשון), שבו כתובות המילים: "על פי היתר מהר"ם כמדובר בינינו בסך _____".

כלומר מצד אחד מסבירים לשני הצדדים את משמעות העסקא, אך מצד שני לא חותמים על שטר היתר עסקא מלא, אלא רק מציינים את "היתר מהר"ם". כפי שלמדנו, פנייה ל"היתר מהר"ם" ללא פירוט אינה פשוטה, שהרי נכתבו נוסחים רבים להיתר זה, ואין לדעת כיצד חילקו הצדדים ביניהם את אחוזי הרווח וההפסד. אם כן, למה החתם סופר פסק לעשות כך? מפני שבזמנו, הדין האזרחי בהונגריה לא נתן תוקף לנוסח שטר העסקא, ולכן היה צורך להפריד בין החלק

האזרחי ובין החלק ההלכתי. האם החתם סופר היה מאפשר שני מסמכים נפרדים, או הפנייה למסמך אחר, אילו בית המשפט האזרחי היה מסכים לתת תוקף לשטר עסקא? כפי שקורה בזמננו למשל, במדינת ישראל?

הצמח צדק, רבי מנחם מנדל שניאורסון, דן אף הוא במורכבות של חתימת הסכם הלוואה הכוללת ריבית, בנפרד מהיתר עסקא. כך הוא נשאל:

...אם מעכב דייקא הכתיבה שיכתבו זה בכתב בעדים או בחתימת יד המקבל עכ"פ איך שקבל ממנו בהיתר עסקא איך שכשיסלק ריוח סך הקצוב יהיה פטור מהיתר עסקא הנ"ל, או אם התנו בעל פה לבד שנותן לו על היתר עסקא נמי סגי לסלק איסור רבית?

(שו"ת צמח צדק, לובאוויטש, יורה דעה, פח)

השאלה היא: האם אפשר להשתמש בהיתר עסקא גם כאשר מסכימים בעל-פה, ללא עדים או חתימה על מסמך? הצמח צדק מציין כי אף שלדעתו הדבר אפשרי, לא פשוט עבורו לכתוב זאת:

היה קשה עלי להורות היתר בזה, משום שכשמתני' בע"פ אין מבארים כל כך איך שמקבל ממנו בעיסקא פלגא באגרא וכו' ושאר הפרטים.

כלומר, יש סוגים רבים ושונים של עסקא, ואם ההתניה תעשה בעל-פה – לא נוכל לדעת לאילו תנאים התכוונו הצדדים. מכל מקום, בפסיקתו, קובע הצמח צדק:

בודאי היכא שנותן לו באמת על עסק למחצית שכר ודאי דא"צ כתב ודי באמירה לבד לסלק איסור רבית. משא"כ בהלוואות שלנו שבאמת הכל יודעים שאין מתכווני' כלל לעסוק בשותפות אלא שזה מלוה וזה לווה ממש ורצונו ליתן לו רבית אלא שלסלק האיסור הוא פוסק עמו על עיסקא. ונהי שמ"מ זה מהני לסלק האיסור כיון שבאמת אם לא ירויח יוכל לפטור עצמו מהרבית ע"י שבועה ומה שאח"כ משלם ואינו נשבע אין זה רבית רק עבור השבועה. מ"מ כיון דהוי כמו הערמה ע"כ י"ל ג"כ ע"ד הנ"ל דכי כתבי שטרא מן ענינם אז חשבי' לי' כעיסקא גמורה לסלק האיסור אבל כשלא עשו כן אלא באמירה מוכחא מלתא דערמה הוא כו'. וע"כ לכתחלה ודאי יש ליזהר לכתוב השט"ע דייקא ואין די באמירה בעלמא ובדיעבד צ"ע כיון שיש שם פירושי' אחרים להראשוני' ז"ל יש לסמוך עליהם אם הבין עכ"פ המקבל ענין העיסקא וההיתר דאל"כ אפי' בכתב לא מהני.

באופן מפתיע, הצמח צדק כותב בגלוי: בהלוואות שלנו אין כוונה אמיתית לעסקא, אלא רק להכשיר את תשלום הריבית. לכן, אף שמבחינה עקרונית אפשר לסכם על עסקא בעל-פה, במציאות שלנו יש להבהיר שאין זו הערמה – ולכן יש העדפה הלכתית משמעותית שייחתם שטר עסקא ולא להסתמך על דיבור בעל-פה. גם החכמת אדם פסק להלכה כי אסור לחתום על הסכם הלוואה במסמך אחד ועל שטר עסקא במסמך אחר. בדבריו הוא שם דגש על הגנת הלווה:

וכן לא יתן לו שטר חוב או וועקסיל אפילו על הקרן לבד ואפילו נותן לו גם כן שטר עיסקא ואפילו מבטיחו שנותן

לו נאמנות שאם יפסיד או לא ירויח יהיה נאמן, ואפילו היה המלוה חסיד גדול, אסור – שמא ימות ויבוא השטר לידי יורשין ואינם יודעין מזה התנאי, או שיכחישו ויעלימו השטר עיסקא, אלא אם כן השלישו השטר עיסקא או שיתנו בפני עדים שהשטר חוב הוא רק בתורת עיסקא. כן כתב הש"ך בס"ק מ"ט בשם הב"ח. ומט"ז ס"ק ל"ג משמע דלא מהני, וכן משמע בריטב"א, שכתב דאם השלישו השטר מותר משמע אבל עדים לא מהני, דשמא ימותו העדים ויגבו היורשים. ולעת הצורך יש לסמוך על הב"ח וש"ך בריבית דרבנן, או שיכתבו על הוועקסיל שהוא על פי אופן המבואר בשטר עיסקא. ובדיעבד נראה לי דכיון דבאמת זה היה מתנה עמו על פי היתר, מותר לו ליתן הריוח, אבל המלוה אם כוונתו היה באמת שאם יהיה הפסד יעלים השטר עיסקא ויתבענו עם השטר חוב או הוועקסיל – אסור לו ליקח ריבית, אבל אם כוונתו גם כן באמת היה לו להאמין מותר לו לקבל בדיעבד. (חכמת אדם שער משפטי צדק, כלל קמב)

החכמת אדם חושש מהאפשרות שהמלווה ימות ולא תהיה ראייה לעסקא, אך פוסק כי די בהפקדת שטר עקא אצל מגן, כדי שהלווה יוכל להסתמך עליו. החכמת אדם מאפשר גם חתימת עסקא ללא עדים "לעת הצורך בריבית דרבנן", כלומר כאשר בהלוואה אין ריבית דאורייתא. בנוסף, אפשר ללא עדים לכתוב על שטר החוב עצמו "שהוא על פי אופן המבואר בשטר עיסקא". כלומר הסכם ההלוואה חייב להתייחס במפורש לקיומו של שטר היתר עסקא.

עולה כי אפשר לחתום על שני מסמכים מקבילים, הלוואה עם ריבית ועסקא, רק בכפוף לתנאים האלה: אם יש עדים, אם שטר העסקא

מופקד אצל נאמן, אם הסכם ההלוואה מצייין את קיום שטר העסקא או אם ההלוואה אינה בריבית דאורייתא.
חתימת הסכם הלוואה בזמננו, בבנק בישראל, אינה עומדת באף לא אחד מהכללים הללו.

מודעות הצדדים להיתר

האם שני הצדדים צריכים לחתום בפועל על שטר היתר? בהקשר זה רבים מצטטים את דברי הקיצור שולחן ערוך, שלכאורה מציג דרך פשוטה ביותר לחתימה על היתר עסקא. הוא מביא הצעה לנוסח של שטר ומייד לאחריה כותב:

אם השעה דחוקה ואי אפשר להם לכתוב שטר עסקא, יכולין להתנות כל הדברים הנזכרים לעיל בעל-פה.
(סו, ז)

לכאורה, נראה שלפי קיצור שולחן ערוך אין צורך לחתום בפועל על מסמך של היתר עסקא, אלא די בסיכום בעל-פה. אולם עיון מדוקדק בדברי הקיצור שולחן ערוך מוביל למסקנה ההפוכה. בהמשך הוא פוסק:

אם הנותן רוצה שהמקבל יתן לו שטר חוב פשוט ואמיץ, כחוק המדינה, בכדי שאם המקבל יסרב מלפרוע או ימות, יהא לו נקל לגבות מעותיו על ידי ערכאות, אלא שבעל פה הם מתנים שמעות אלו הן בתורת עסקא, לא מהני.
(שם, ט)

מתברר שהיתר עסקא בעל-פה אינו אפשרי אם חותמים גם על הסכם הלוואה רגיל. רק אם לא נחתם שום הסכם, אפשר לסכם בעל-פה על היתר עסקא. אם כן, היתר עסקא בעל-פה לא יועיל בעסקאות של היום שבהן תמיד נחתם גם הסכם של הלוואה רגילה. נציין כי כפי שראינו לעיל, במקרה זה של הסכם על הלוואה רגילה, גם אם נחתם שטר היתר עסקא – הוא חייב להיות מוזכר בהסכם הרגיל:

ואפילו אם המקבל נותן להנותן גם שטר עסקא, שכתוב בו כי המעות שנכתבו בשטר חוב הן בתורת עסקא, גם כן לא מהני, דאיכא למיחש שמא הנותן או יורשיו יעלימו אחר כך את שטר העסקא ויגבו בשטר חוב. ואין היתר לזה...

כמו כל פוסקי המאה ה-19 שלמדנו, גם קיצור שולחן ערוך מחייב להזכיר את היתר העסקא בהסכם הרגיל, אחרת לא יהיה להיתר תוקף.

נוכחנו לראות כי לא די בהסכם של היתר עסקא בעל-פה, אלא צריך לחתום עליו בפועל. אם כן, כיצד נוצר המצב המקובל בבנקים רבים שבו הנוסח של היתר העסקא תלוי על הקיר – אך הצדדים אינם חותמים עליו כלל?

הדיון בפוסקים: האם די בכתיבת שלט?

הרב אריה ליבש הלוי איש הורוויץ והרב שלום מרדכי הכהן שבדרון כתבו תשובות בדבר היתר עסקא בבנקים, התשובות עסקו בבנקים שהקימו יהודים ואימצו היתר עסקא כללי.

הרב איש הורוויץ טען כי אין צורך שלקוחות הבנק יחתמו על היתר עסקא, ודי בחתימתו של הבנק על השטר. כדי להודיע שהבנק חתם על היתר עסקא, הוא הציע לפרסם שלט בכניסה לבנק:

ליתר שאת יתלו בהקאנצלייא (=כניסה) של השפארקאססע (=הבנק) לוח שנכתב עליו באותיות גדולות שכל ההלואות שהם עושים עם ישראלים הם על צד היתר עסקא על פי תיקון מור"ם ז"ל שבזה יפול החשש דזקיפת רווחא אקרנא דאמר בב"מ ס"ח... והרי מבואר בש"ך סימן קע"ז ס"ק מ"ט בשם הב"ח דאם התנה בעל פה בפני עדים כאילו מפורש העסקא בהשטר ומוציאין ממני בע"כ אפילו בלא עדים ליכא איסורא כשנותן לו ע"ש וא"כ הלוח שתולה בהבאנק הנ"ל כאלו הותנה כן דאדעתא דהכי נכנס הלוה בהלוואה. (שו"ת הרי בשמים, מהדורה תניינא, קטו)

בתגובה הסכים הרב שבדרון להסתפק בשטר כללי של הבנק שלא נחתם בידי הלווים, אך הוא הוסיף שני תנאים – חתימה על שטר בבית הדין, והכרזה על העניין בכל בית כנסת בעיר:

הנה זה איזו שנים כשנתייסד באנק כזו פה עיר הקודש, עשיתי עם הממונים שטר בב"ד, וחתמו עליו בחיוב המועיל, שכל ההלואות יהיו עצה"ע (=על צד היתר עסקא). ואם לא ירויה הלוה יחזירו לו גם העסקא שלוקחים מקודם. ואח"ז הכרזתי כן בכל ביהכ"נ וביהמ"ד לפרסם הדבר. וגם כל מעשה ב"ד יש לו קול... וממילא הו"ל כהתנה כן בפירוש בשעת הלוואה, ויש שטר בב"ד.

(שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן כ)

ההכרזה שהציע הרב שבדרון באה להחליף את תליית השטר על הקיר שהציע הרב סיגעל. הרב שבדרון טען שהרעיון שלו "עדיף ממה שכתב הרה"ג הנ"ל לתלות צעטיל בכותל, שאין בו כח על פי דברי תורתנו הקדושה... ואפילו כתנאי בע"פ לא הוי". לדבריו לשטר על הקיר אין תוקף.

עוד כתב הרב שבדרון:

אין צריך לכתוב זאת בהשטאטוטען (=תקנות) שבדיניהם כמובן... וכותבין בפי' בשטר היתר עסקא הנ"ל, התנאי שיהי' מותר הריוח לשם שטר עיסקא בכל ההלוואות.

אף שלשטר העסקא אין תוקף בחוק של גליציה, חתימת הבנק בפני בית דין, בצירוף ההכרזה והפרסום, יכולה להספיק. לנוכח פסקי הדין במדינת ישראל שנתנו תוקף לשטר עסקא, האם הרב שבדרון היה מסכים גם היום כי הלווה אינו צריך לחתום?

אזכור היתר עסקא בהסכם ההלוואה

במאה ה-20 דן גם הרב יצחק יעקב וייס, המנחת יצחק, בשאלת הצורך של שני הצדדים להיות מודעים להיתר העסקא:

שניהם המלווה והלווה צריכין לידע בטיב העיסקא, א"כ כשהמוכר או הלוקח אינו בקי בטיב העיסקא, א"כ אינו מועיל.

(מנחת יצחק, ד, טז)

אם הצדדים אינם מבינים את משמעות השטר – השטר אינו תקף. קביעה זו מעלה קושייה חריפה על רוב הלקוחות והפקידים בבנק, שכל הנראה אינם מודעים לנוהל השותפות של חצי הלוואה וחצי פיקדון.

הרב וייס, שהכיר מסמכי בנק מודרניים, נתן תוקף לחתימת הסכם הלוואה רגיל בתוספת לשטר היתר עסקא, בתנאי שהסכם הלוואה עם ריבית מזכיר את קיומו של שטר היתר עסקא:

יש לעיין, אם יועיל בכאן, שהרי בהשטר שעושים ביניהם המוכר והלוקח, הרי נעשה עפ"י מנהגי וחוקי המדינה, ובשטר ההוא כתוב במפורש, דהריבית נקצף לכך וכך לשנה, ושטר זה יפה כוחו ועולה בערכאות שלהם, ואף שעושים ג"כ היתר עיסקא, הלא העיסקא הוא דוקא במחצה הלוואה ומחצה פקדון, אבל כאן בהמארגיטש, הלא הוא כולו הלוואה, ורק הבית הוא בתורת משכנתא, וזה ריבית קצוצה מה"ת, ובשלמא כשהשטר העולה בהערכאות, הוא נעשה ג"כ בתנאי, שהכל הוא עפ"י עיסקא, אזי בודאי הי' מועיל, אכן דע /דא/ עקא, שהרי בשטר שעולה בערכאות אין כאן שום רמז שהמקח נעשה עפ"י עיסקא.

במקרה שבמסמכי הבנק "אין שום רמז שהמקח נעשה על-פי היתר עיסקא", שולל הרב וייס שימוש בהסכם הלוואה על-ידי שטר עסקא. מצב זה קיים לא רק בעת חתימת הסכם הלוואה הכוללת ריבית בבנק, אלא גם בהפקדת כסף בבנק. בהפקדת כסף הלקוח הוא המלווה והבנק משמש בתפקיד הלווה.

גם הרב ברייש, החלקת יעקב, התייחס לאיסור לחתום על מסמכים סותרים כמו שטר היתר עסקא והסכם הלוואה רגילה: "כיון שנכתב

בערכאות משכנתא על הבית בתורת חוב, הוי ליה ממש זה הדין". עם זאת, הוא ראה צורך ליישב את המנהג הרווח בציבור:

וצריכין... למצא היתר בדבר הנהוג בין האנשים, גם חרדים ביותר, להתיר על ידי היתר עסקא – וחופץ לזה, דבר כזה כבר היה נהוג מימים ימימה עוד בפולן ושאנשים לוויין מבנק או מיחיד מעות על שטר (וועקסל) על היתר עסקא אבל בשטר גופא לא נרשם כלל היתר עסקא, והרבנים לא מיחו בזה. (שו"ת חלקת יעקב, יורה דעה, ע)

קשה לי להבין אמירה זו הרואה עבירה על איסור דאורייתא כ"דבר הנהוג בין אנשים", ובכל זאת הרב ברייש לא פסל שימוש בהיתר עסקא שאינו מוזכר בהסכם ההלוואה. ראשית, לטענתו אין חשש לניצול סתירה בין המסמכים, אם כל צד מקבל עותק של שטר העסקא:

לפע"ד ההיתר בזה, אף שנכתב בערכאות שהקונה נשאר חייב להמוכר סך כך וכך, משמעות שזה הלוואה סתמא, מ"מ כשכותבין אח"כ הית"ע המועיל על פי דין, מהני, דזה מפרש דהלוואה זו נעשה עפ"י היתר עסקא ושטר הית"ע יהי' נכתב בכפלים, אחד להמוכר ואחד ללוקח, ובאופן זה אין שום חשש כיון די שנייהם שטר הית"ע המפרש הנ"ח הנרשם בהערכאות.

בנוסף, טוען הרב ברייש, למעשה כמעט בלתי אפשרי ללווה לגרום למלווה להשתתף בהפסדיו, לכן החשש אינו מצוי:

בזמנינו שההית"ע נכתב באופן שרק במעט יוצא מן הכלל
 יוכל הלוה לתבוע הפסד, שכותבין שצריך לברר ההפסד
 בעדים כשרים ונאמנים או עפ"י רב וש"ץ... ועובדא דמילתא
 ומציאות היא שאחד מני אלף שיתבע היזק או שלא הרוויח,
 רק ההית"ע נעשה שמלוה יוכל לקבל ריוח הנקצץ עפ"י
 היתר...

הרב ברייש גם לא ראה חשיבות לתוקף של שטר העסקא לפי הדין
 האזרחי. החשוב בעיניו הוא רק התוקף ההלכתי של השטר:

ומה שיש לפקפק בני"ד לכאורה זה, שהחוב וגם הריוח נכתב
 בערכאות ובמשכנתא שיש לו כח ואומץ עפ"י דד"מ, וההיתר
 עסקא נכתב בפ"ע ובלשון הקדש, באופן שבדיניהם אין בו
 ממש - אבל באמת זה לא מגרע מאומה, דהעיקר אצלנו דין
 תורה, וכיון דעפ"י דיננו נעשה כיאות ובהכשר, לא איכפת לן
 דינא דערכאות... דלא מהני שום שטר בעולם בזה בדיניהם,
 דחוק גזר אצלם דמכירה כזו שנעשה להפקיע איסור אינה
 מכירה כלל, ומשום הכי אי"צ סטעמפל, וכל הערכאות לא
 יחזקו מכירה כזו, וא"כ מה מכירתנו אם אינו מועיל בדיניהם,
 א"ו דאין לנו רק דין שפסקה תורה... ואם אחד מן הצדדים
 לא ירצה לציית מה שמפורש בהיתר עסקא, כיון שבערכאות
 אין לו תוקף, הוא בכלל גזלן, כיון שעל פי דיננו הוא בתוקפו,
 אבל איסור הרבית נפקע על ידי ההית"ע, וכאמור.

כזכור, מאז 1987 בתי משפט נותנים תוקף לשטר היתר עסקא.
 הרב יעקב ישעיהו בלוי, הפתחי חושן, בספרו ברית יהודה (1987)
 על ריבית ועסקא, הביא את דברי המהרש"ם שלמדנו, בתור בסיס

להיתר עסקא כללי. בהקשר לדברי המהרש"ם – שההיתר הכללי מועיל גם אם אינו מעוגן בחוקים ובתקנות של הבנקים, כותב הרב בלוי:

בבנקים כהיום, שכל הבנקים והחברות מתנהלים עפ"י חוקים ותקנות וגם יש בקורת ממשלתית על עסקי הבנק, נראה שאף המהרש"ם יודה שההיתר עיסקא צריך שיהא לו תוקף חוקי. ועכ"פ שיהא חתום ע"י המנהלים המורשים לכך. ואע"פ שבדרך כלל חתימתו של מורשה חתימה מחייבת את הנהלת הבנק, נראה שזהו רק בעיסקא חד פעמית עם לקוח בודד, אבל היתר עיסקא כללי שיחייב את כל סניפי ופקידי הבנק לא מסתבר שמורשה חתימה יכול להתחייב על כך, וממילא גם עפ"י דין תורה אין לו תוקף.

בעיה זו נפתרה כנראה, שהרי ראינו כי החל מ-1987 בתי המשפט בישראל נותנים תוקף להיתר עסקא כללי. הרב בלוי דן בטענת המהרש"ם כי ההיתר הכללי מוגבל להלוואות שהבנק נותן, אך אינו מועיל להלוואות שהבנק מקבל מאחרים:

והנלענ"ד שחשש המרש"ם לדעת הסוברים שאין היתר עסקא מועיל כי אם מדעת שניהם, ולכן לא היה יכול לסדר היתר עסקא כללי עבור המלוים ממקומות אחרים.

למרות זאת, הרב בלוי הצדיק את השימוש בהיתר עסקא גם כאשר הבנק הוא הלווה, ותלה זאת בקיום משטר רגולטורי של בנקים בישראל:

ועל כן נלענ"ד לבאר יסוד ההת"ע של הבנקים בזמננו, שההת"ע כולל בין הלואות שנותן הבנק ובין הלואות שמקבל הבנק, ויש בו סעיף שההת"ע מחייב גם את מי שאינו יודע ענין ההת"ע. שעיקר ההיתר הוא מפני שהבנק הוא גוף צבורי הפועל על פי תקנות קבועות המחייבות את כל לקוחות הבנק, וכל מי שמתעסק עם הבנק הרי זה כאילו מתחייב להיות כפוף לכל תקנות הבנק. וגם ההת"ע צריך להיות אחד מתקנות הקבועות של הבנק.

כיוון שהתקנות הקבועות של הבנק חלות על כל הנעשה בבנק, וכל מי שפועל מול הבנק יודע ומקבל זאת, ממילא גם היתר העסקא חל על כל ההלוואות כלפי הבנק. בזאת פתר הרב בלוי את הבעיה עבור המלווים לבנק, אך למרות זאת אין זה מועיל להלוואות מחוץ לבנק. בזמנו של הרב בלוי, הבנקים היו הגורם המרכזי שנתן הלוואות וקיבל הפקדות. מאז חל שינוי מהותי בארץ בכמות ספקי האשראי, לרבות חברות ביטוח, קרנות פנסיה וגופים פרטיים ממוגוון סוגים. ספק אם כל מוסד המעניק אשראי חוץ-בנקאי נכלל בהגדרתו של הרב בלוי – "גוף צבורי הפועל על פי תקנות קבועות".

הרב בלוי מבהיר כי אף שהצדיק את השימוש בהיתר עסקא כללי, צריך להסדיר הלכתית את הקשר בין בעל החשבון ובין הבנק, ולהגדיר את הצדדים בעסקא:

ואף למה שכתבתי לצדד להתיר היינו משום שסוף סוף חתם על שטר עיסקא המחייב, אבל כשההת"ע הוא באופן כללי, אם... לא חתם אפשר שאינו מחייב אותו.

הרב בלוי מציע שבעל החשבון ירשום על כל מסמך בנקאי שעליו הוא חותם את האותיות עצה"ע – על צד היתר עסקא:

נראה שמן הראוי להנהיג בבנקים, עד כמה שאפשר, שבכל מסמך הקשור בעסק שיש בו חשש רבית, ובפרט על טופס פתיחת החשבון, או התחייבות וטופסי הלואה, וכן בשיקים משוכים על חשבון דיביטורי, להוסיף תיבות עצה"ע. ויש בזה גם להוסיף מבחינת תוקף ההת"ע, וגם כדי לזכור ולהזכיר ענין איסור רבית.

הרב בלוי מגדיר את הוספת ה"עצה"ע" בתור פעולה ראויה אך לא הכרחית. נראה, לדעתי, שלנוכח פסקי הדין האזרחיים שלמדנו, מדובר בפעולה שאינה רק ראויה אלא אף חיונית. הרב בלוי פסק כי היתר העסקא צריך להיעשות כך שיהיה לו תוקף מצד הדין האזרחי; כפי שראינו בפסקי הדין בישראל מאז 1987, בתי המשפט אומנם נותנים תוקף להיתר עסקא, אבל מחפשים את הקשר בין בעל החשבון ובין השטר. כמו בכל הסכם, הם מבקשים לוודא ששני הצדדים חתמו עליו, או הסכימו לו לפחות. נראה שפסקי הדין האזרחיים מחדדים את הצורך בפעולה משפטית שתחבר את השטר לבנק ולבעל החשבון. רישום עצה"ע נראה כפעולה המינימלית ביותר שצריכה להיעשות לשם חיבור זה. כמובן, אם לוקחים אשראי מגורם חוץ בנקאי, צריך לבדוק אם אכן אותו ספק אשראי חתם על היתר עסקא כללי. לא קל לברר אם השטר אושר כדין, כי מבחינה משפטית השאלה למי הסמכות לחתום על שטר מסוג זה תלויה בהחלטות הפנימיות של כל ארגון. אם כן, כפי שבעניין כשרות המזון צריך לבדוק לא מעט פרטים לפני שאוכלים, גם באשראי צריך בדיקות, וביתר שאת – כיוון שמדובר באיסור מן התורה.

שימוש בהיתר עסקא לצרכים פרטיים

לכל אורך הדיון שלנו בנושא שטר עסקא, יצאנו מנקודת הנחה כי כספי העסקא מושקעים בעסקה שבה השותפים יכולים להרוויח או להפסיד: אם השותפים מרוויחים – הם מחלקים ביניהם את הרווחים, ואם הם מפסידים – הם מתחלקים בהפסדים. כפי שלמדנו, היתר העסקא מאפשר תשלום ריבית מהלווה למלווה, מפני שמדובר בהגדרת חלוקת הרווחים מראש: כיוון שהלווה אינו יכול להוכיח אם התנהל כראוי או לא, הוא משלם למלווה. כעת עולה השאלה: האם אפשר להשתמש בעסקא לא רק לצרכים עסקיים, אלא גם לצרכים אישיים? האם ייתכן היתר עסקא ללא "עסקים"?

הסוגיה בגמרא ובראשונים

השימוש בעסקא לצרכים אישיים עולה כבר בגמרא, הדנה בהגדרת תנאי השימוש בעסקא. כזכור, סכום העסקא נחלק לשניים – הלוואה ללא ריבית שאותה המתעסק (השותף המנהל) צריך להחזיר, ופיקדון שברווחיו ובהפסדיו הוא אמור להתחלק עם נותן הכסף (השותף השקט). הגמרא מניחה שהמתעסק יכול להוציא את החלק המוגדר הלוואה על קניית שֶׁכָּר, שהרי אין הוא מחויב להחזיר את המטבעות שקיבל כפי שהם, והעיקר שלבסוף יחזיר את סכום ההלוואה:

השתא דאמרינן פלגא מלוה, אי בעי למשתי ביה שכרא -
שפיר דמי.
(בבא מציעא קד, ע"ב)

רש"י מגדיר את השכר בתור דוגמה ל"הוצאות ביתו". לפי שלב זה בגמרא, אפשר להשתמש בכסף ההלוואה בשביל לקנות אוכל, שתייה, או כל צורך פרטי אחר. אולם רבא חולק על קביעה זו:

להכי קרו ליה עיסקא, דאמר ליה: כי יהינא לך - לאיעסוקי ביה, ולא למשתי ביה שכרא.
(=שבביל זה קראו לזה עסקא, שאומר נותן הכסף למתעסק:
כשנתתי לך את הכסף - נתתי לך כדי שתתעסק בו, ולא כדי שתשתה בו שכר.)

לפי רבא, חובה להשקיע את כל סכום העסקא עבור עסק. רש"י מסביר:

דמתוך שתשכר בשלך, תטרח ותעסוק בה יפה.

גם התוספות שוללים שימוש בכספי עסקא להוצאות אישיות:

שכשמוציאה מפסיד המלוה שאין קרן שלו קיים ואין לו על מה לסמוך.

לפי התוספות שימוש בכסף לצורכי מאכל מכלה אותו. במצב זה הכסף אינו מושקע אלא אובד.

הרמב"ם מדבר על חובתו של המתעסק להתעסק בכסף, אך אינו מזכיר במפורש את האיסור להשתמש בסכום ההלוואה לצרכים אישיים:

אין המתעסק יכול לחלוק המעות של עסק או סחורה ולומר אטול את החצי שבתורת מלוה לעצמי ואשא ואתן בו ואניח החצי שבתורת פקדון בב"ד, שלא נתן לו ממון זה אלא להתעסק בכולו, ואם חלק ועשה זה אפילו בבית דין הגדול לא עשה כלום.
(הלכות שלוחין ושותפין, ז, ד)

השולחן ערוך, לעומתו, מחדד וכותב בפירוש כי אין להשתמש בכסף להוצאות אישיות:

הנותן מעות לחבירו להתעסק, אף על פי שהחצי יש לו דין מלוה אינו יכול להוציא החצי לצרכו...
(יורה דעה, קעז, ל)

נתבונן כעת כיצד הכריעו הפוסקים בתשובותיהם.

האם מניעת הפסד נחשבת לעסק?

הרב יוסף שאול נתנזון נשאל אם מחנך, שמקבל משכורת בעבודתו, יכול לקחת הלוואה הכוללת ריבית כדי לממן את חתונת בנו:

מלמד אחד שאין לו שום מסחר רק מה שמקבל שכירות המלמדות, ועתה צריך להשיא בנו, ואין לו להשיאו וצריך

ללות מעות על רווחים, ושאל אם מותר לו להלוות על צד היתר, עיסקא כיון דעיקר עיסקא הוא פלגא מלוה ופלגא פקדון והריווח הוא לאמצע או כפי מה שיתפשרו ביניהם, והרי הוא אין לו שום מסחר ורק שלוקח המעות ומשיא בנו, ואח"כ יקח שכירות המלמדות וישלם לו מעט מעט עם רווחים, וא"כ אין לו שום היתר.
(שו"ת שואל ומשיב מהדורה קמא, ג, קס)

השאלה היא אם מותר במקרה זה להשתמש בהיתר עסקא, אף שהסכום כולו אמור לשמש לכיסוי הוצאות החתונה. האם אפשר להשתמש ב"עסקא" כשאין עסק?
הרב נתנזון פסק כי אין צורך ב"עסק" במובן הקלאסי כדי להשתמש בהיתר עסקא. העסק של המחנך הוא עבודתו שממנה הוא מתפרנס. כיוון שבלי הלוואה הוא יישאר ללא פת לחם, וממילא לא יוכל להמשיך ללמד ולא יתפרנס, נמצא שההלוואה היא חלק מהעסק – היא מאפשרת למחנך להתפרנס ולהרוויח את משכורתו. המשכורת תהיה הרווח מההלוואה.

המלמד שפרנסתו מהמלמדות ואם לא יהי' לו מה לאכול לא יוכל לעבוד עבודת המלמדות ולא ירויח פרנסתו, וא"כ שפיר נקרא היתר עיסקא, דכל מה שאדם עושה להרוויח פרנסתו מקרי ריווח, וא"כ אותו מעות הי' לו עזר שיוכל להרויח פרנסתו ושפיר נקרא עיסקא. ותדע דא"כ גם פועל וכדומה שאין עוסק במסחר רק מה שהוא בבית אחד מקבל שכירתו, ג"כ לא יהי' רשאי להלוות לתת שכר דירה או בעסק פרנסה ולעשות לו בגד וכדומה, וע"כ דכל זה הוא לצורך פרנסתו וה"ה בזה כנלפע"ד.

לדעתי נראה כי לפי הרב נתנזון אפשר לייעד את ההלוואה למניעת הפסד ולא רק ליצירת רווח. ההלוואה לא תסייע למחנך להרוויח יותר, אלא תאפשר לו להמשיך לקבל את משכורתו הקבועה. זהו חידוש שאינו מובן מאליו, כיוון שבעולם העסקים, סכום ההשקעה יכול לגדול רק במצב של רווח. במצב זה הסכום אינו צפוי לגדול, אלא רק למנוע הפסד כספי, ובכל זאת הרב נתנזון מגדיר זאת בתור עסקא.

בתשובה אחרת של הרב נתנזון, הוא הרחיב את מושג העסקא גם להלוואה לצורך מימון חוזר (refinancing).

במקרה המדובר, על-פי צו בית המשפט אדם נאלץ למכור את ביתו כדי לשלם חוב. חתנו הלווה לו סכום כסף כדי שיוכל לפרוע את חובו. לאחר מכן דרש החתן את סכום ההלוואה מהחותן, בתוספת ריבית. החותן טען שאין הוא אמור לשלם ריבית, ראשית מפני שלא חתמו על שטר היתר עסקא, ושנית מפני שממילא לא מדובר בעסקא – הסכום לא נועד להשקעה עסקית אלא להחזרת חוב. הרב נתנזון פסק כי גם הלוואה כדי לפרוע הלוואה אחרת נחשבת לעסקא:

רק שהעסקא הוא במה שיוכל לחיות מביתו או שלא יצטרך למכרו בזול וגם נשאר לו מעות אחרות שיוכל להתעסק בו, וא"כ המעות האחרות קבל בעסקא... אם כן, למה לא יתן לו רווחים מה שזה יוכל להרוויח בזה שנשאר לו מעות אחרות, אבל בקרן שנתן לו אין בזה שום הפסד וזה ברור ופשוט. (שו"ת שואל ומשיב, מהדורה תליתאה, א, קלז)

כלומר מניעת ההפסד, כדי שהחותן לא יצטרך למכור את ביתו בזול כדי לפרוע את חובו, נחשבת לפי הרב נתנזון לעסקא ומאפשרת

תשלום ריבית. באשר לכלל שלמדנו בגמרא, שלפיו אין להשתמש בכספי עסקא לצרכים אישיים, אומר הרב נתנזון שאין הוא חל במצב זה – "שהרי מתחלה הלוה בשביל זה". כלומר המימון נועד מראש לצורך כיסוי החוב. כיוון שלא היה שינוי בייעוד המימון, והמימון החדש יצר רווח על-ידי מניעת הפסד תיאורטי ממכירת הבית, אין בעיה להחשיב זאת כעסקא.

הרב נתנזון הרחיב בהרבה את המושג "רווח", שיכלול מגוון רחב של שימושים שאינם עונים להגדרת רווח במובן הכלכלי. כפי שנראה עתה קביעה זו עוררה ביקורת בקרב לא מעט פוסקים.

האם מימון משק בית נחשב לעסקא?

הרב אריה ליבש איש הורוויץ, בעל שו"ת הרי בשמים, נשאל על הלוואה ששימשה לצרכים פרטיים:

אשת ראובן שלותה זה איזה שנים משמעון בידיעת בעלה ורשותו איזה סכום מעות על צד היתר עיסקא, ולא עסקו כלל בהמעות רק שהאכילו ממנו לבניהם ובני ביתם וכעת תובע שמעון מראובן וזוגתו המעות וגם העיסקא עד היום, ומשיב ראובן כנגדו א' שלא עסק בהמעות ולא הרויח א"צ לשלם עיסקא.

כיוון שסכום הלוואה לא שימש לעסקים אמיתיים, אלא רק למימון משק הבית והוצאותיו, הרי שאין היתר לשלם ריבית על-פי היתר עסקא, מפני שאין ולא היו יכולים להיות רווחים. באשר לדעת השואל ומשיב, הוא כותב:

ואני שמעתי ולא אבין דאיך יקרא לזה עיסקא אם הלוה מוציא מעות לצרכי מזונותיו או לנישואי בנו וכדומה... אבל בנותן בעיסקא סתם לאדם פרטי שאינו ברור להמלוה שהלוה לא יעשה בהמעות סחורה כי מקבל הלוה המעות אח"כ לצורכי ביתו וכדומה, אף שהמעות הללו גרמו לו רווח ביתא, בכ"ז אין זה בכלל היתר עיסקא דהמלוה כי יהיב זוזי לעיסקא אדעתא דרווחא הבא מגוף המעות יהיב ולא על גרם ריוח, ולהכי כי נותן לו הלוה רווחים י"ב משום איסור ריבית. ולפענ"ד היכי שהלוה הוציא המעות לצורכו, אפי' ה' המלוה יודע שהמלוה יעשה כן, אין זה סברא לומר דכיון דהוי ריוח פרנסתו שהרויח במה דקא אוזלי גבי' משום שהי"ל מעות מזומנים יהי' נקרא זה עסק ויהי' שרי ליתן רווחא...

הרי בשמים שולל את עמדתו של השואל ומשיב שלפיה גם מניעת הפסד נחשבת לרווח. לדעתו, הגדרת עסקא דורשת רווח אמיתי, ואי אפשר לכלול בתוכה מימון של הוצאות משק בית. לדיון זה יש השלכות ישירות בקשר לכניסה לגירעון בחשבון הבנק – אוברדראפט. במצב זה בעל חשבון הבנק מקבל הלוואה מהבנק, כדי שיישאר לו כסף בחשבון העובר ושב לצרכיו האישיים. על הלוואה זו הוא משלם ריבית לבנק. לפי פסיקת הרי בשמים, אי אפשר לשלם ריבית לבנק ישראלי בשביל להיכנס לאוברדראפט. בזמננו השיב הרב אליעזר מלמד, בספר פניני הלכה, לשאלה אם אדם רשאי להימצא ב"מינוס" בבנק, ולשלם ריבית מכוח היתר עסקא. לאור המקורות שלמדנו, תשובתו אינה מפתיעה כלל:

לדעת רוב הפוסקים, אסור לאדם למשוך משיכת יתר מהבנק (אוברדרפט) שלא למטרות עסקיות. ולמרות שיש

לבנק "היתר עסקא" על כל פעולותיו, אין זה מועיל למשיכת יתר לצורך מימון שוטף, מפני שיסוד ההיתר מבוסס על כך שהכסף מושקע בעסקאות למטרת רווח, ועל כן אין מדובר כאן בהלוואה אלא בעסקא. אבל אם הכסף נועד לקניית מאכלים ובגדים ושאר צרכים, הרי זו הלוואה רגילה, שלא נועדה להשקעות, וממילא האחוזים שמתווספים על הקרן הם ריבית שאסורה מהתורה. ואף שיש מתירים זאת בשעת הדחק, מכל מקום דעת רוב הפוסקים, אסור מהתורה לאדם להיות במינוס בבנק כדי לממן את קניותיו. ואמנם מי שיש לו תוכנית חסכון או דירה, ולמשך תקופה מסוימת נקלע למצוקה כספית, וכדי לממן את צרכיו השוטפים יש בפניו שתי אפשרויות, או לשבור את תוכנית החסכון או למכור את הדירה, או למשוך מהבנק סכומי כסף ולשלם עליהם אח"כ ריבית – בשעת הדחק מותר לו להיכנס למינוס (לאוברדרפט) ולשלם עליו אח"כ ריבית. מפני שאפשר להחשיב משיכה זו כצורך עסקי, שאם יצטרך למכור את הדירה או לשבור את תוכנית החסכון, יגרם לו הפסד כספי, ולכן יותר משתלם לו להיות במינוס ולשלם עליו ריבית מסוימת, ובכך לחסוך מעצמו את ההפסד הכרוך בשבירת תוכנית החסכון או מכירת הדירה. אבל גם בהיתר זה אפשר להשתמש רק למשך זמן קצוב. מפני שבמקרה של גירעון תמידי, אי אפשר לומר שעדיף לו שלא לשבור תוכנית חסכון או לא למכור את הדירה, כי הריבית שהוא מקבל עבור חסכונותיו, או הרווח שהוא מקבל עבור שמירת דירתו, קטנים מהריבית שהוא משלם במשך תקופה ארוכה עבור משיכת יתר.

(פניני הלכה ליקוטים ב, ה, ה)

לאור האמור עד כה, פער עצום מפריד בין היתר העסקא המקורי, ובין המציאות הכלכלית המודרנית. השימוש הרחב בהיתר עסקא מעלה קשיים רבים. בנוסף, כפי שראינו עתה, הוא אינו מיועד לשימוש לצרכים אישיים. על כן נבחן פתרונות אחרים שהוצעו להתמודדות עם תשלום הריבית בזמננו.

מעמדון של חברות בע"מ

נבחן כעת אם יש פתרונות הלכתיים אחרים, מלבד היתר עסקא, המאפשרים לקבל הלוואה עם ריבית, בבנק או אצל גופים אחרים. הדיון ההלכתי המוכר ביותר בנושא סובב סביב מעמדון של חברות בע"מ. פוסקי הדורות האחרונים נחלקו באשר להגדרה ההלכתית של החברות, ובהתאם לזה – אם חל עליהן איסור ריבית. תחילת הדיון עולה מתכתובת בין הרב יוסף שאול נתנזון, בעל שו"ת שואל ומשיב, ובין הרב שלמה גאנצפריד, מחבר קיצור שולחן ערוך. הם מתארים גוף משפטי שנקרא "שפרקאסע", ובו יהודים וגויים מפקידים כספים במשותף ומקבלים ריבית, וכן מקבלים הלוואות ומשלמים ריבית. על גוף זה כותב הרב גאנצפריד:

במקום שיש קבוצות מעות (שפרקאסע) וכדומה, שיש לישראלים חלקים שמה, וישראלים לוויים משם בריבית, אף על פי שהממונים המה גויים, מכל מקום נראה לי דאיסור גמור הוא, ולכן אסור ליתן לשם מעות... וכן אסור ללוות משם...

(קיצור שולחן ערוך, סה, כח)

הרב נתנזון הגיב במכתב חריף לרב גאנצפריד, עד כדי שדרש ממנו כי "כשיחזור וידפיס – ידפיס שחזר בו". מכתבו מובא בשו"ת שואל ומשיב:

כל הענין הוא בשותפות והמעוות מעורב, ואולי היהודי שלוח שנותן השטר או להיפך הוא לוקח המעות של העכו"ם השותפים וכן להיפך. ואין לומר דהא אין ברירה בדאורייתא ואולי בהמעוות המלוה ישראלי להלוה היהודי, דבר זה אינו, דבדבר הנבלל ומעורב ל"ש ענין ברירה דכולי של זה ושל זה ואיזה סימן יש או של זה הוא או של זה... וה"ה לענין רבית בכה"ג, שאין מבורר מי המלוה להיהודים כיון שכולם שותפים וכן להיפך, ל"ש איסור רבית לכ"ע אף להחולקים על רש"י. וע"כ לפע"ד ההיתר ברור... (שו"ת שואל ומשיב, מהדורה קמא, ג, לא)

ההיתר של הרב נתנזון מבוסס על אי-היכולת לדעת אם משלמים את הריבית ליהודי או לגוי, וכן אם היא מתקבלת מיהודי או מגוי. כיוון שאיסור ריבית אינו חל בעסקים מול גויים, והגוף משותף ליהודים ולגויים, אי אפשר להגדיר שום תשלום במסגרת גוף זה בתור ריבית אסורה.

למרות בקשת הרב נתנזון מבעל הקיצור שולחן ערוך לתקן את פסיקתו במהדורות הבאות של ספרו, הלכה זו לא השתנתה. בדומה לשו"ת שואל ומשיב, גם מהר"ם שיק הגיע למסקנה שאפשר לשלם או לקבל ריבית במסגרת גוף משותף, שנקרא בפיו "חברה". אומנם הוא שולל את הניתוח ההלכתי של שו"ת שואל ומשיב, אבל בסופו של דבר הוא מגיע למסקנה דומה:

ושמתי אל לבי לעיין בענין הזה, וקודם שאבוא לדון בדין הזה צריך אנו להציע ענין החברה והשותפות ההוא, עפ"י מה ששמעתי אנשים הרבה או מעט משתתפין וכל א' וא' נותן מעות לפי ערכו ומקבל ע"ז שטר ונקרא אקציע, והוא

כעין שטר חוב, ובעלי החברה ההוא קובעין זמן שעד אותו הזמן אין רשות לשום אחד ליקח המעות מהחברה, ויכול הוא למכור האקציע אם ימצא לו קונה, אבל ליקח המעות שנתן ולהיות נפרד מהם אי אפשר לו, ובתוך אותו הזמן מלווין לבני אדם ע"י איש מיוחד לזה שמשלמין לו ובעד דירה מיוחדת לזה ובסוף כל שנה נחשב מה שנשאר מהרווח לאחר כל הוצאות, וזה נחלק בין השותפין לפי הערך, ע"ד זה הוא ענין החברה כפי אשר שמעתי...

אין זה הממון כל השותפין אלא שהוא משועבד להשותפין ולא חשיב ממון ישראל, והי' נראה לכאורה דבכה"ג ליכא איסור רבית להישראלים המשותפים בו.
(שו"ת מהר"ם שיק, יורה דעה, קנח)

מהר"ם שיק מתאר מצב של שותפות, ומתיר להשקיע כסף בתאגיד המשותף. ההיתר מבוסס על העובדה שההון בשותפות זו בא בחלקו מיהודים ובחלקו מגויים. בהמשך נראה כי האופן שבו הוא מגדיר את השותפות שונה, מכמה בחינות, מהחברות בזמננו.

הרוגאצ'ובר: "צורה ולא חומר"

הרב יוסף רוזין, המכונה "הרוגאצ'ובר", התמודד עם שאלת הריבית בבנק כשניסה להגדיר את אופיו ההלכתי של הבנק עצמו. הוא נשאל על "מה שלווים כעת בלי היתר עיסקא, וגם אם פעם אחד התנה בגדר עיסקא, ואחר כך נתן סתם".

בתשובה, הוא הבהיר תחילה כי "באמת גדר ריבית הוא עיקר איסור תורה מחמת שבאמת הוא חייב לו ריבית וקניין גמור בריבית קצוצה,

ורק שהתורה אסרה זה...” לכן למרות איסורי ריבית החוב הוא אמיתי, וחלות עליו כל הפרוצדורות הנדרשות מעסקה רגילה, לכן הלווה צריך להקנות את הכסף למלווה – “בזמן חזרת הריבית צריך הלווה לעשות קניין גמור בהמעות שבאמת הם של מלווה”. נדרש שהלווה יזהה את המלווה, כי צריך לפרוע את ההלוואה ולשלם ריבית לאותו גורם שנתן את ההלוואה במקור. לאחר מכן מגיע עיקר החידוש של הרוגאצ'ובר:

ועיין ב"מ דף נז, ובמנחות דף צ ע"ש דאין רבית להקדש, ומ"מ מבואר בתו"כ פרשת בהר וספרי דלמעשר שני עשאם ממון גבוה, מ"מ יש רבית, והגדר דשעבוד צריך דוקא לאדם מסויים, ולכך גבי הקדש ליכא מציאות, רק צורה משא"כ במע"ש... 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, וכן הגדר של צדקה ברבית (יעי' ב"ק דף צ"ג) דליכא שמירה גם כן מטעם זה, ובירושלמי (דשביעית פ"ח) גבי ליתן מתנה לכל מי שירצה, דליכא שמירה, וה"נ ברבית, לכן אין זה רבית בבאנק עפ"י ד"ת.
(שו"ת צפנת פענח, קפד)

הרוגאצ'ובר מביא את הכלל שקובעת הגמרא: “אין ריבית להקדש” (בבא מציעא נג, ע"ב). אפשר לקבל הלוואה מהקדש ולהחזיר אותה בתוספת ריבית. הרוגאצ'ובר מנמק את הכלל: “גבי הקדש ליכא מציאות, רק צורה”. באופן מפתיע ואולי קשה מעט, הרוגאצ'ובר טוען כי אין ריבית להקדש לא בגלל קדושתו, אלא בגלל הגדרתו המשפטית – זהו ממון שאינו שייך לשום אדם באופן אישי. הגדרה זו נכונה גם לבנק, כיוון שהוא “צורה”, כלומר ישות מופשטת, ולא “חומר”, כלומר אדם

מסוים. במובן מסוים, אין הבדל ניכר בין דברים אלה ובין הגדרתו של מהר"ם שיק, שהגדיר את הוננו של הבנק כ"משועבד להשותפין"; אולם נראה שהרוגאצ'ובר הגדיר לא רק את הוננו של הבנק אלא אף את הבנק עצמו, את עצם מהותו של התאגיד, בתור "דבר של צורה ולא חומר". לכן, לדבריו, על הבנק לא חלים דיני ריבית כלל.

הרב מרדכי יעקב ברייש, החלקת יעקב, מצטט את דברי הרוגאצ'ובר. הוא מסכים עם הגדרת הבנק בתור ישות שאינה אדם מסוים, ומכוח הגדרה זו קובע גם הוא שלא חלה על הבנק ריבית דאורייתא. למרות זאת, הוא טוען כי מדרבנן עדיין חל איסור:

ואף דלהתיר אף מדרבנן אין לנו, כיון דאין לנו ראיות ברורות
דהבנק נקרא גוף אחר, אבל עכ"פ יש לנו לסמוך דלא הוי
איסור תורה כיון דההלואה לא באה מיד המלוה בעצמו...
(חלקת יעקב, יורה דעה, סה)

המשמעות היא, כפי שלמדנו לעיל, שאומנם אסור לשלם ריבית לבנק, אבל כיוון שהריבית רק מדרבנן – אי אפשר לחייב את הבנק להחזיר את הריבית שקיבל. הרב משה פיינשטיין פיתח את ההגדרה של הבנק כישות מופשטת. את תשובתו בעניין הוא פותח בתיאור המצב:

הנה אני אמרתי חדוש בענין איסור ריבית והוא לדעתי ברור
לדינא, בדבר זה שרובא דרובא דאינשי מניחין מעותיהן
במדינותינו בהבאנק ונוטלין הריבית שנותנין בכל באנק...
ויש גם באנק שהם של יהודים...
(שו"ת אגרות משה, יורה דעה, ב, סג)

בפתיחה זו מבהיר הרב פיינשטיין כי הוא מכיר את המצב לאשורו – יהודים בארה"ב מפקידים את כספם בבנקים, ומקבלים ריבית ללא היתר עסקא. הוא מסביר את התופעה וקובע כי בעלי המניות של הבנק אינם אחראים כלפי הלקוחות המפקידים בבנק את כספם:

משום דסתם מלוה הרי איכא שעבוד הגוף שיש על גופו של הלוה אף שאין לו כלום חיוב לשלם, ויש עליו חיוב להשיג מעות ע"י פעולה ושאר ענינים לשלם וכשלא ישלם עבר על חיובו... וכן הוא ענין הביינק שבמדינתנו באמעריקא, שגוף הבעלים של הביינק אינם מחוייבין כלום לאלו שהניחו מעותיהם בהביינק אף אם יזדמן שלא יהיה בהבאנק מעות לשלם, שלכן ליכא איסור ריבית אף כשהבאנק הוא של ישראל.

לפי הרב פיינשטיין, כאשר הלקוח מפקיד כסף הוא משמש מלווה לגורם אחראי שאינו אדם. בני אדם אינם אחראים להשיב לו את ההלוואה, אלא המוסד שנקרא בנק. לכן אפשר להלוות לו וליטול ריבית גם ללא היתר עסקא. מאותה סיבה כשיחיד לווה כסף מהבנק, הוא בוודאי אחראי כלפי הבנק להחזיר את ההלוואה ולשלם ריבית. לכן על הלווה מהבנק עדיין חל איסור ריבית:

טעם זה אינו מועיל להתיר ללוות מהבאנק כשהוא של ישראלים אם הלוה הוא איש פרטי, שיש עליו שעבוד הגוף והעשה דפריעת בעל חוב לשלם...

יש לציין כי ההיתר של הרב משה פיינשטיין נאמר כלפי הבנק בארה"ב, בהתבסס על המציאות שבה בעלי הבנק אינם אחראים

על הפיקדונות כלפי המפקידים. בישראל של היום, לעומת זאת, כדי לקבל היתר לרכוש שליטה בבנק ישראלי, בנק ישראל דורש מבעלי השליטה להתחייב להזרים סכום מסוים לבנק במידת הצורך. דרישות דומות חלות על מי שמעוניין לרכוש חברת ביטוח, או חברת כרטיסי אשראי. בשל האחריות של בעלי השליטה, נראה כי הרב פיינשטיין לא היה מעניק היתר דומה בישראל, לאור דבריו על הבנק בלונדון:

ואם בלאנדאן אינו כן בסתם הלואות אלא שאיכא חיוב גם על הבעלים בעצמן, שלא כבכאן אמעריקא, יש להתנות בפירוש בשטר הלואה שאין החיוב בתשלומין אלא על עסק הקאמפאניע ולא על הבעלים עצמן.

כלומר, במדינה שבה יש אחריות מצד בעלי הבנק כלפי אלה המפקידים כסף בבנק, לא פשוט להפקיד כסף ולקבל ריבית. יש להתנות שהריבית היא מ"עסק הקאמפאניע" ולא מהבעלים. במקרה שהלווה אינו יחיד אלא חברה, לדעת הרב פיינשטיין אין איסור על החברה לשלם ריבית לבנק, אך זאת בתנאי שהבנק אינו דורש ערבות או גיבוי אחר מבעל המניות של החברה:

...ואף אם הוא קאמפאניע אם הבאנק המלוה רוצה דוקא שגם בעלים דהקאמפאניע עצמן יתחייבו מחמת שעסק הקאמפאניע לא כל כך בטוח. אבל להלוות לקאמפאניעס כפי הסתם שבפה מדינתנו שאין הבעלים מחוייבין בעצמן לשלם ליכא איסור ריבית.

גם ללווה היחיד יש אפשרות לשלם ריבית, אם מדובר בהלוואה "נון-ריקורס" (non recourse). בהלוואה זו הביטחונות היחידים

הניתנים כדי להבטיח את ההחזרה הם הנכס הנקנה במימון, חלקי או מלא, של כספי ההלוואה. לדוגמה: הלוואה המשמשת לרכישת קרקע, ומשכנתה עבור המלווה על הקרקע בלבד, ללא ערבויות וללא ביטחונות אחרים, היא הבטוחה היחידה בגין ההלוואה. דוגמה אחרת: הלוואה המשמשת לרכישת חברה, ומניות החברה הנרכשת משמשות בתור הביטחון היחיד להחזר ההלוואה. על הלוואה כזו אומר הרב פיינשטיין:

אין על גוף הלוה שום חיוב תשלומין אף לא למצוה בעלמא וכל החיוב הוא רק על הבית לבד... וכן הוא בדבר החברות מנכסי דלא נידי, אם השעבוד הוא רק על הנכסים שיש להקאמפאניע ולא על הנכסים של כל יחיד ויחיד בעצמו ליכא איסור ריבית...

היום, הלוואות נון ריקורס הן נתח רחב מאוד מההלוואות העסקיות שגופים מעמידים לחברות גדולות במשק. חידושו הגדול של הרב פיינשטיין רלוונטי מאוד לשוק ענף ומורכב זה של הלוואות. עוד מושג שאליו נדרש הרב פיינשטיין הוא אשכול חברות. באשכול של חברות בבעלות כמה שותפים יהודים, אם חברות אלו מעניקות הלוואות זו לזו, אפשר לשלם ולקבל ריבית כל עוד אין בעל מניות מסוים שאחראי לחובות החברה:

וכן הוא ענין הקאמפאניעס של החמשה שותפין עצמן שיש השייכים רובו לאחד ומקצתו לעוד שנים ויש שכולו לאחד וגם יש בעלים אחרים וצריכין לפעמים ללוות קאמפעניע אחת מאחרת, דההיתר הוא דוקא כשהבעלים עצמן לא יתחייבו בכלום אלא אותה הקאמפאניע בכספיה וקרקעותיה

בלבד. וכן אי אפשר להאנשים הבעלים עצמן להיות ערבין, לא סתם ערב וכל שכן לא ערב קבלן אלא רק הקאמפאניע לבד תוכל להיות ערב אף ערב קבלן בין להלוואות מבנקים אחרים בין להלוואות שעושין הקאמפאניע של השותפין זה מזה.

לצד ההיתר, המשמעותי לבנקים ולחברות, יש לרב פיינשטיין גם חידוש חשוב המקשה על השימוש בהיתר עסקא. כשמדובר בהלוואות בתוך אשכול חברות בעלות אחריות אישית, מציין הרב פיינשטיין שאפילו היתר עסקא לא יועיל – "שהרי ידוע להם הריוח וההפסד ולא שייך להצריך שבועה ועדים". נקודה זו חשובה להבנת תפיסתו של הרב פיינשטיין בעניין היתר עסקא: אם המלווה והלווה מודעים לתוצאות הכלכליות, נראה כי מנגנון ההיתר אינו ישים. כל ההיתר מבוסס על פער מידע – כיוון שהמלווה אינו יודע כיצד השקיע הלווה, והלווה מצידו אינו יכול להוכיח שפעל כראוי, הלווה אמור להישבע, ובמקום זה משלם סכום שהוא למעשה הריבית. פער המידע הזה הכרחי לשימוש בהיתר עסקא. הרב פיינשטיין לא חי בעידן האינטרנט; היום, הבנק רואה ומכיר כל פעולה ופעולה בחשבון בזמן אמת. במצבים מסוימים הוא מפקח על כל עסקה ועסקה. ייתכן מאוד שגם במציאות כזו, היה הרב פיינשטיין קובע כי "לא יועיל היתר עסקא שהרי ידוע להם הריוח וההפסד". שקיפות המידע בזמן אמת מונעת שימוש בהיתר עסקא כללי. לענייננו, האגרות משה התיר תשלומי ריבית ללא היתר עסקא, רק אם הלווה הוא חברה בע"מ, כשאינן גיבוי או ערבות מטעם בעלי המניות, או לחלופין אם זו הלוואה נון-ריקורס.

הפוסקים המתנגדים למעמדן השונה של חברות

פוסקים רבים לא הסכימו להיתר של הרב פיינשטיין. הרב שלמה זלמן אוירבך הסכים שריבית בבנק אינה אסורה מדאורייתא, כי הבנק אינו אדם מסוים ו"ליכא כלל שום חובת גברא", אך הוא טען שמדרבנן עדיין חל איסור. למסקנתו זו הוא הגיע מסוגיית הגמרא בעניין "מלווה את אריסיו חיטים בחיטים".

אחד מאיסורי הריבית מדרבנן הוא הלוואה "סאה בסאה": אסור מדרבנן ללוות קילוגרם תפוחים ולהתחייב להחזיר קילוגרם תפוחים, כיוון שייתכן כי מחיר התפוחים יעלה, לפיכך הלווה ישלם למלווה סכום גבוה יותר מסכום ההלוואה. תוספת זו לסכום נראית כעין ריבית, ולכן אסורה מדרבנן. מקרה יוצא דופן הוא הלוואה לאריסים "חיטים בחיטים": בעל שדה יכול לתת זרעים לאריס שלו, העובד עבורו בשדה, על חשבון חלקו ביבול. אין זו הלוואה אלא חלק מהסכם העבודה בין בעל השדה לאריס. אולם אם אדם אחר נותן זרעים לאריס, אף שהחזר יהיה מתבואת אותו שדה בלבד, זו ריבית מדרבנן. מכאן לומד הרב אוירבך שאפילו אם החזר החוב מוגבל לנכס מסוים, ואין זו אחריות אישית של הלווה, מדרבנן עדיין חל איסור. את המצב הזה השווה הרב אוירבך לפקדון בבנק:

וה"נ בבנק, הרי דרך העולם לשמור מעותיהם בבנק... וכיון שכן, אף אם נאמר דאין זו רבית קצוצה הואיל והמנהלים ובעלי המניות אינם אחראים כלל באופן אישי, מ"מ דרבנן ודאי אסור, כיון דבשעה שמלווה מעות לבנק נעשה כמלווה ברבית לבעלי המניות שהם אנשים שחייבים במצוות, אלא שהותנה ביניהם שהפרעון יהי

מוגבל רק מהרכוש שלהם שהשקיעו בבנק ולא מכל רכושם
הפרטי...
(שו"ת מנחת שלמה, חלק א, כח)

לפי הרב אורבך, הפקדת כסף בבנק ללא היתר עסקא אסורה
מדרבנן.

באשר להגדרת הבנק, ראינו כי הרב פיינשטיין המשיך את הקו של
הרוגאצ'ובר ומהר"ם שיק, והגדיר את הבנק בתור ישות שאינה אדם
יחיד. גם בעניין זה הרב אורבך הסכים עקרונית, אך טען שעדיין
חל איסור מדרבנן.

באשר לקבלת הלוואות ותשלום ריבית לבנק, כתב הרב אורבך
שזו "ודאי רבית גמורה". בשונה מהרב פיינשטיין, שאסר על היחיד
ללוות מהבנק בריבית אך התיר זאת לחברה, הרב אורבך אינו מצדיק
הבחנה בין יחיד לחברה. הוא כותב באופן גורף שאסור מדאורייתא
ללוות בריבית מבנק ללא היתר עסקא.

חברה בע"מ – שותפות

מאז תשובתו של הרוגאצ'ובר, שהגדיר חברה בע"מ כצורה ללא
חומר, רוב רובם של הפוסקים הסכימו כי יש תוקף משפטי כלשהו
להיותה של חברה גוף ייחודי. אפילו הרב אורבך, ששלל את רוב
המהלך של הרב פיינשטיין, כתב שהפקדת כסף בבנק אסורה רק
מדרבנן – בגלל אופייה הייחודי של חברה בע"מ.

הרב מנשה קליין הסתייג מכל התשובות הללו וטען כי אין משמעות
הלכתית למבנה המשפטי האזרחי של חברה בע"מ. לפי עמדתו,
ההלכה מכירה אך ורק ביחיד ובשותפות, ואינה נותנת תוקף הלכתי

מיוחד לחברה בע"מ. מבחינה הלכתית, הוא הגדיר חברה בע"מ כשותפות שבה השותפים הסכימו להגביל את אחריותם עד לגובה ההשקעה שלהם:

דכל קארפ' בלע"ז הוא באמת שותפות ככל שאר שותפות, אלא שהשותפין התנו בעצמם שלא ישתעבדו בעסק זה אלא שעבוד נכסי ולא שעבוד הגוף... כן היא שהשותפין עשו האי כסף שהניחו במסחר זה (קארפ') אפותיקי, וכל מי שישא ויתן עמהם בעסק זה על תנאי זה הוא נכנס, שאם לא יהי' מעות ממה שישלם לא ישלמו הם רק נכסים האלו אחראים הם, וכן מי שקונה מניות בשותפות זה הרי הוא ג"כ נכנס בתור שותף על תנאים הראשונים שהתנו ביניהם השותפים המיסדים...

(שו"ת משנה הלכות, ו, קמה)

מכיוון שדינה של חברה בע"מ הוא כשותפות, פוסק הרב קליין כי חל עליה איסור ריבית.*

* הרב קליין מציע לשקול פתרון אחר לאיסור ריבית: "שיתנה המלוה עם הלוה שיתן לו בכל רגע פחות משווה פרוטה, ופחות משווה פרוטה אין בו משום רבית, וכן יעשה בכל רגע ורגע ויצטרף לחשבון גדול ולא יהיה בו משום רבית". כלומר, לחלק את הריבית לתשלומים מזעריים רבים, שכל אחד מהם אינו עולה על שווי של פרוטה ולכן אינו אסור. ספק גדול אם ריבית בשווי פחות מעשר אגורות היא פתרון מעשי לבעיית הריבית.

הרב אשר וייס: "התורה לא ניתנה לחברה בע"מ"

תשובתו של הרב אשר וייס בנושא זה הייתה התשובה הנועזת ביותר. הוא נשאל על ריבית ברכישת מניות בבנק, ובתשובתו בחר להרחיב בעניין, ולנתח את מעמדה של החברה לפי ההלכה באופן כללי. הרב אשר וייס מונה שלושה מרכיבים בהגדרת בעלות על נכס:

זכותו הממונית ברווחים שהופקו מממון זה... זכותו להחליט על אופני השימוש בממון... זכותו להעביר או למכור את ממונו לאדם אחר. בחברה בע"מ שלש הזכויות הנ"ל מתחלקות בין שלשה גורמים: בעלי המניות, חברי הדירקטוריון (מועצת המנהלים) והמנכ"ל.
(שו"ת מנחת אשר, א, קה)*

בשל פיזור הסמכויות בין בעלי המניות, הדירקטוריון והמנכ"ל, פוסק הרב אשר וייס:

ברור דהמעמד המשפטי של "חברה בע"מ" במציאות הכלכלית המודרנית כאישיות משפטית בפני עצמה תקף גם מבחינה הלכתית, דכיון שאף אחד משלשת הגורמים המרכיבים את החברה אין לו בעלות גמורה, ומצב זה לא שער אבותינו, אין לנו להתחכם ולחדש חדשות אלא לקבל את משפט העמים בכל העולם כולו... בהכרח שהחברה היא בעלים על נכסיה, ואין בידינו להתייחס לחברה בע"מ אלא

* התשובה מופיעה גם בתחומין לג.

לפי מה שהיא... באופן עקרוני אין החברה מחוייבת במצוות התורה, דלבני ישראל ניתנה תורה ולא ל"חברה בע"מ".

לאחר קביעתו כי התורה לא ניתנה לחברה בע"מ, מביא הרב וייס את מגוון השיטות שלמדנו בעניין הלוואה הניתנת לחברה בע"מ. בייחוד הוא הקשה על הרב פיינשטיין, שהתיר להלוות לבנק אך אסר ליחיד ללוות ממנו:

האג"מ כתב דאין איסור ריבית בהלוואה לחברה בע"מ כיון שאין האחריות על הלוה אלא על נכסי החברה "נמצא שאין כאן לווה כלל אלא הביזנעם הוא הלוה" וזה כסברתנו הנ"ל דה"חברה" היא אישיות משפטית בפני עצמה (ואין היא מחוייבת במצוות התורה וכנ"ל). אלא שבהמשך כתב "אבל כשהלוה הוא סתם אדם שהוא חייב בשעבוד הגוף אף שהמלוה הוא קורפריישין (חברה בע"מ) יש בזה איסור ריבית", ונתקשיתי להבין למה שהחברה לווה אומרים שאין כאן לווה כלל אלא "הביזנעס הוא הלוה", ולא אמרינן כן כשהחברה מלוה...

בשל פיזור הסמכויות והקביעה שחברה בע"מ היא גוף עצמאי, פוסק הרב וייס:

בכל הנוגע לאיסורי תורה שאינם אלא גזירת הכתוב כחמץ בפסח שבת ורבית וכדו' אין איסור בכספי חברה מעיקר הדין.

כאשר לריבית, לדבריו מוטב לכתחילה שיהיה היתר עסקא, אך אין זה הכרחי:

ראוי להשתדל גם בחו"ל שכל העסקאות יהיו ע"פ היתר עיסקא כנהוג בכל בנקים בארץ ישראל, אך במקום דאי אפשר יש להקל לקנות אף מניות שליטה.

ראוי לציין שבאיסורים הנחשבים ל"מצוות שכליות", אין הרב וייס מקל בדינה של חברה:

בכל הנוגע לאיסור גנבה וגזילה וכדומה שהם מצוות שכליות שבין אדם לחבירו, ודאי פשוט שמצוות אלה מוטלות אף על חברה, אסור לה לגנוב ואסור לגנוב ממנה, דברור ופשוט שגם גוף זה שיש בו מקבלי החלטות בעלי בחירה צריך להתנהג בדרכי הצדק והיושר, דהעולם עומד על האמת ועל הדין ועל השלום.

גישתו של הרב וייס מבוססת בין השאר על תיאור מפורט של המבנה המשפטי-אזרחי של חברה בע"מ. הוא אף כותב על התשובה של שו"ת אמרי יושר: "נראה מדבריו שלא הבין את המעמד החוקי של בנקים, וחשב לתומו שמדובר בעסק פרטי ובבעלות פרטית לכל דבר, וכיון שלא התיחס להדיא לשאלת הבעלות בחברות אין להוציא מדבריו הלכה פסוקה וזה פשוט".

הרב וייס מציין כמה מאפיינים של חברה בע"מ. נביא אותם זה אחר זה, ונשווה ביניהם לבין המצב המשפטי של דיני חברות במדינת ישראל כיום, לפי חוק החברות (תשנ"ט-1999):

סעיפי חוק החברות	תיאור מבנה של חברה בע"מ בשו"ת מנחת אשר
<p>15. דירקטוריון רשאי להורות למנהל הכללי כיצד לפעול לענין מסוים; לא קיים המנהל הכללי את ההוראה, רשאי הדירקטוריון להפעיל את הסמכות הנדרשת לביצוע ההוראה במקומו, אף אם לא נקבעה לכך הוראה בתקנון.</p>	<p>"הניהול השוטף של החברה נמצא בסמכותו הבלעדית של המנכ"ל".</p>
<p>92. (א) הדירקטוריון יתווה את מדיניות החברה ויפקח על ביצוע תפקידי המנהל הכללי ופעולותיו, ובכלל זה –</p> <p>(1) יקבע את תכניות הפעולה של החברה, עקרונות למימונן וסדרי עדיפויות ביניהן;</p> <p>(2) יבדוק את מצבה הכספי של החברה, ויקבע את מסגרת האשראי שהחברה רשאית ליטול;</p> <p>(3) יקבע את המבנה הארגוני ואת מדיניות השכר והתגמול;</p> <p>(4) רשאי להחליט על הנפקה של סדרת איגרות חוב;</p> <p>(5) אחראי לעריכת הדוחות הכספיים ולאישורם, כאמור בסעיף 171;</p> <p>(6) ידווח לאסיפה השנתית על מצב עניני החברה ועל התוצאות העסקיות כאמור בסעיף 173;</p> <p>(7) ימנה ויפטר את המנהל הכללי כאמור בסעיף 250;</p> <p>(8) יחליט בפעולות ובעסקאות הטעונות אישורו לפי התקנון או לפי הוראות סעיפים 255 ו-268 עד 275;</p> <p>(9) רשאי להקצות מניות וניירות ערך המירים למניות עד גבול הון המניות הרשום של החברה, לפי הוראות סעיף 288;</p>	<p>"הדירקטורים הם אלה אשר בסמכותם למנות את המנכ"ל (ומינויים בכירים אחרים) והם הקובעים את המדיניות הכללית של החברה ודרכי פעולתה ובכלל זה גם מכירת נכסים שבבעלותה".</p>

<p>(10) רשאי להחליט על חלוקה כאמור בסעיפים 307 ו-308; (11) יחווה דעתו על הצעת רכש מיוחדת כאמור בסעיף 329;</p>	
<p>259. הפניה לבית המשפט בדבר פירוקה של חברה תהיה בבקשה שהגישו אלה, מקצתם או כולם, ביחד או לחוד; (1) החברה; (2) נושה, לרבות נושה מותנה או עתידי; (3) משתתף.</p>	<p>"ההחלטה על פירוק החברה נתונה רק בידי בעלי המניות".</p>
<p>192. (א) בעל מניה ינהג בהפעלת זכויותיו ובמילוי חובותיו כלפי החברה וכלפי בעלי המניות האחרים בתום לב ובדרך מקובלת, ויימנע מניצול לרעה של כוחו בחברה, בין השאר, בהצבעתו באסיפה הכללית ובאסיפות סוג, בענינים האלה: (1) שינוי התקנון; (2) הגדלת הון המניות הרשום; (3) מיזוג; (4) אישור פעולות ועסקאות הטעונות אישור האסיפה הכללית לפי הוראות סעיפים 255 ו-268 עד 275;</p>	<p>"אין לבעלי המניות* כל אחריות אישית לחובות החברה ואי אפשר לגבות מהם כלל".</p>

* "אמנם יש לפקפק דלעולם יש אחריות אישית על בעלי החברה גם בכה"ג, שהרי אם ימצא שפשעו בעסקי החברה (כגון שהבריחו נכסים שאז מכריזים על "הרמת מסך") גובים גם מנכסיהם האישיים כידוע (אך כאשר מדובר בחברה ציבורית לעולם אין אחריות אישית על בעלי המניות). אך באמת נראה דכיון שאין להם אחריות אישית אלא במקרה של פשיעה וכדומה אין זו אחריות המחייבתם באיסור ריבית כיון שאין עצם ההלוואה באחריותם". בחוק החברות, המבחן איננו "פשיעה" אלא מבחן מורכב יותר:
 "א" (1) בית משפט רשאי לייחס חוב של חברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות הענין צודק ונכון לעשות כן, במקרים החריגים

(ב) בעל מניה יימנע מלקפח בעלי מניות אחרים.
 (ג) על הפרת הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב) יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים, ועל הפרת הוראת סעיף קטן (ב), יחולו גם הוראות סעיף 191, בשינויים המחויבים.
 193. (א) על המפורטים להלן מוטלת החובה לפעול בהגינות כלפי החברה:
 (1) בעל השליטה בחברה;
 (2) בעל מניה היודע שאופן הצבעתו יכריע בענין החלטת אסיפה כללית או אסיפת סוג של החברה;
 (3) בעל מניה שלפי הוראות התקנון יש לו כוח למנות או למנוע מינוי של נושא משרה בחברה או כוח אחר כלפי החברה.
 (ב) על הפרת חובת הגינות יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים, בשים לב למעמדם בחברה של המנויים בסעיף קטן (א).

שבהם השימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באחד מאלה:
 (א) באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה;
 (ב) באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה, ובלבד שבעל המניה היה מודע לשימוש כאמור, ובשים לב לאחזקותיו ולמילוי חובותיו כלפי החברה לפי סעי' פים 192 ו-193 ובשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה.
 (2) לענין סעיף קטן זה, יראו אדם כמודע לשימוש כאמור בפסקה (1) (א) או (ב) גם אם חשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות, שגרמו לשימוש כאמור, אך נמנע מלבררן, למעט אם נהג ברשלנות בלבד."

<p>57. החלטות החברה בענינים האלה יתקבלו באסיפה הכללית: (1) שינויים בתקנון כאמור בסעיף 20; (2) הפעלת סמכויות הדירקטוריון בהתאם להוראות סעיף 52(א); (3) מינוי רואה החשבון המבקר של החברה, תנאי העסקתו והפסקת העסקתו בהתאם להוראות סעיפים 154 עד 167; (4) מינוי דירקטורים חיצוניים בהתאם להוראות סעיף 239; (5) אישור פעולות ועסקאות הטעונות אישור האסיפה הכללית לפי הוראות סעיפים 255 ו-268 עד 275; (6) הגדלת הון המניות הרשום והפחתתו בהתאם להוראות סעיפים 286 ו-287; (7) מיזוג כאמור בסעיף 320(א);</p>	<p>"אין לבעלי המניות... זכות להחליט כרצונם מה יעשה בה".</p>
<p>252. (א) נושא משרה חב כלפי החברה חובת זהירות כאמור בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. 253. נושא משרה יפעל ברמת מיומנות שבה היה פועל נושא משרה סביר, באותה עמדה ובאותן נסיבות, ובכלל זה ינקוט, בשים לב לנסיבות הענין, אמצעים סבירים לקבלת מידע הנוגע לכדאיות העסקית של פעולה המובאת לאישורו או של פעולה הנעשית על ידיו בתוקף תפקידו, ולקבלת כל מידע אחר שיש לו חשיבות לענין פעולות כאמור. 254. (א) נושא משרה חב חובת אמונים לחברה, ינהג בתום לב ויפעל לטובתה, ובכלל זה – (1) יימנע מכל פעולה שיש בה ניגוד ענינים בין מילוי תפקידו בחברה לבין מילוי תפקיד אחר שלו או לבין עניניו האישיים;</p>	<p>"אין למנכ"ל ולחברי הדירקטוריון כל אחריות אישית לחובות החברה ואי אפשר לגבות מהם כלל".</p>

<p>(2) יימנע מכל פעולה שיש בה תחרות עם עסקי החברה; (3) יימנע מניצול הזדמנות עסקית של החברה במטרה להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר;</p>	
<p>(4) יגלה לחברה כל ידיעה וימסור לה כל מסמך הנוגעים לענייניה, שבאו לידי בתוקף מעמדו בחברה. (ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי למנוע קיומה של חובת אמונים של נושא משרה כלפי אדם אחר. 256. (א) על הפרת חובת אמונים של נושא משרה כלפי החברה יחולו הדינים החלים על הפרת חוזה, בשינויים המחויבים.</p>	
<p>(א) לחובות המפורטים להלן יהיה בפירוק דין קדימה לכל שאר חובות, לפי סדר עדיפות זה: (1) (א) שכר עבודה כמשמעותו בחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, (2) סכום שהחברה ניכתה במקור משכר העבודה, על פי פקודת מס הכנסה, ולא שילמה לפקיד השומה; (3) החובות המפורטים להלן, והם יהיו שווים זה לזה במעלה וישולמו במלואם, ואם אין בנכסים כדי תשלום מלא של כולם יופחתו התשלומים בשיעור שווה: (א) תשלומי חובה שהגיעו מאת החברה בתאריך הקובע והיא נתחייבה בהם, או שזמן פרעונם הגיע תוך שנים עשר החדשים שקדמו לאותו תאריך; "תשלומי חובה", לענין זה – מסים עירוניים, מסים של מועצות מקומיות, תרומות שהן בבחינת מסים על פי פקודת העדות הדתיות (ארגון) ואגרות המשתלמות לרשם על פי פקודה זו;</p>	<p>"בעלי המניות הם לבדם בעלי הזכויות הממוניות בחברה, זכות זו מתבטאת בקבלת דיבידנדים מרווחי החברה במהלך פעילותה ובבעלות על הון החברה לכשתתפרק".</p>

<p>(ב) מסים המשתלמים לאוצר המדינה שנשומו והוטלו על החברה עד 31 בדצמבר האחרון שלפני התאריך הקובע וסך כולם אינו עולה על השומה של שנה אחת, ומסים אחרים המשתלמים לאוצר המדינה שהחברה נתחייבה בהם, או שזמן פרעונם הגיע, במשך שנים עשר החדשים שקדמו לאותו תאריך;</p> <p>(ג) דמי שכירות של שנה אחת, לכל היותר, שלפני התאריך הקובע, המגיעים למשכיר בעד בתים וקרקעות ששכרה החברה;</p> <p>... (ב) הלווה אדם לחברה כספים לשם תשלום משכורת או שכר לעובד החברה, יהיה לו בפירוק דין קדימה לגבי הכספים שהולוו ושולמו כאמור, כדי הסכום שבו הופחת הסכום שלגביו היה לעובד דין קדימה בפירוק.</p> <p>(ג) מקום שנכסי החברה שמתוכם ניתן לשלם לנושים כלליים אינם מספיקים לפרעון החובות לפי סעיף זה, יהיה לחובות אלה דין קדימה לפני תביעותיהם של בעלי איגרות חוב מכוח שעבוד צף שיצרה החברה, והם ישולמו לפי זה מתוך הנכסים הכלולים בשעבוד או הכפופים לו.</p> <p>(ד) החובות לפי סעיף זה ישולמו מיד, ככל שיש בנכסים כדי פרעונם, ובלבד שיעוכבו הסכומים הדרושים לכיסוי הוצאות הפירוק.</p>	
--	--

לדעתי בכל אחד מהמאפיינים שציין המנחת אשר, המצב המשפטי מורכב יותר ואינו חד משמעי.

ההשלכות ההלכתיות של הגדרת החברה

ראינו כי לפי פסיקת הרב אשר וייס, חברה היא גוף עצמאי שאינו חייב במצוות כמו שבת, פסח וריבית. האם יהודי אכן יכול לרשום חברה בע"מ שתפעיל חנות בשבת או תלווה בריבית? הרב משה פיינשטיין דן במשמעות של החזקת מניות בחברה הפועלת בשבת, והתיר להחזיק במניות מועטות:

ובדבר ליקח שערס מקאמפאניעס שעושין מלאכה ומסחר בשבת הא חזינן שנתפשט להיתר והטעם פשוט שאין להחשיב את הקונים שערס שהוא רק משהו מהמסחר שאין להם שום דעה בהמסחר אף לענין חלקם לבעלים של"ד לשותפות במקצת שיש לו דעה כבעלים, וגם אין הקונה שערס רוצה להיות בעלים בהמסחר ואינו רוצה לקנות כלום בהמסחר אלא הוא רק כקונה ריוח והפסד שיהיה בהמסחר לפי סך כך וכך שקנה.

(שו"ת אגרות משה, אבן העזר, א, ז)

לפי הרב פיינשטיין, רכישת מניות אינה הופכת את הרוכש לבעלים. עם זאת, הוא אסר לרכוש מניות ב"מידה מרובה כל כך עד שיתחשבו בדעתו". אם כמות המניות של הרוכש תהיה גדולה, וזה יגרום לחברה להתחשב בדעתו, אז הוא ייחשב לבעלים של החברה לענייני הלכות שבת.

הרב אשר וייס לא הסכים עם פסיקת הרב פיינשטיין, וטען כי ההבחנה בין מניות רבות למניות מעטות "רחוקה מאוד ואינה מתישבת על הלב".

לעניות דעתי, הרב אשר וייס אינו צודק. בעל שליטה בחברה

פרטית יכול לקבל את כל ההחלטות המהותיות בחברה, להחליף את הדירקטוריון ולגרום להחלפת המנכ"ל. כלומר בידי גורם אחד מצויה היכולת להכריע בכל ההחלטות של בעלי המניות, הדירקטוריון והמנכ"ל. בעל השליטה והחברה חד הם. בחברה ציבורית, כלומר חברה שניירות הערך שלה נסחרים בבורסה, לבעל השליטה יש כמעט את אותו הכוח כמו בחברה פרטית. בחוק הישראלי יש רשימת החלטות שאפילו בעל השליטה אינו יכול לקבל בעצמו, החוק דורש שאת ההחלטות הללו יקבלו בעלי מניות שאינם מזוהים עם בעל השליטה. למשל מינוי דירקטורים חיצוניים, שכר למנכ"ל ועסקאות עם בעל השליטה או שיש לבעל השליטה עניין אישי בהן. האם בעל שליטה בחברה ציבורית הוא החברה? זוהי שאלה מורכבת, אבל לדעתי בעל שליטה בחברה ציבורית קרוב מאוד להיות בעל הדעה בחלק ניכר מפעילות החברה. כך סבר הרב פיינשטיין.

סיכום ביניים

אסור מדין תורה לשלם או לקבל ריבית. מאז הדיונים במשנה ובתלמוד, ברור שיהודים התקשו מאוד בשמירה על איסור זה, במיוחד בניהול עסקיהם. ב-500 השנים האחרונות פיתחו פוסקי ההלכה את מושג העסקא הנמצא בתלמוד, עד כדי כך שהיום יהודים מקבלים ריבית בבנק ונוטלים מהבנקים הלוואות שיש בהן ריבית בלי לחשוב פעמיים. גם ראינו, לפי חלק (קטן) מהפוסקים, הרחבה של המושג עסקא לאשראי אישי ולמימון חוזר, לכן אפשר לומר כי כבר כמעט אין קשר בין עסקא ועסקים. גם בצדדים המנהלתיים של הכנת מסמכי שטר העסקא, מתירים הפוסקים

חתימת חוזה הלוואה ובו סעיפי ריבית חדים וברורים, ומסתמכים על אזכור קל, ואולי כלל לא, של קיום היתר כללי של הבנק, היתר התלוי על הקיר.

בשוק החוץ בנקאי, מתקבלת ריבית ומשולמת ללא היסוס, ובהרבה מקרים בלי היתר עסקא בכלל. בנוסף, חברות המנפיקות אגרות חוב על בסיס היתר עסקא אינן רושמות בתשקיפים שלהן שלפי היתר עסקא קונה אגרת החוב עלול לא לקבל כחצי מכספו בחזרה, וזה מעלה חשש לנכונות הדו"חות הכספיים של חברות אלו. גם הבנקים אינם מכניסים את המשמעות של היתר העסקא לדו"חות הכספיים שלהם. מצד שני, בתי משפט בישראל, לרבות בית המשפט העליון, נותנים תוקף לתנאי שטר העסקא. מכל האמור עולה, לדעתי, תמונת מצב כוללת: בעקבות היתר העסקא הכללי, עם ישראל בארצו שכח את דיני הריבית של התורה.

ראינו כי במקביל לפיתוח היתר עסקא כללי, התפתחה גישה הלכתית המתירה הלוואות בין חברות ובנקים. פוסקים ובראשם הרוגאצ'ובר, מהר"ם שיק והרב משה פיינשטיין טענו כי חברה ובנק אינם בני אדם, והתורה לא דיברה עליהם בהחילה את איסורי הריבית. יש גם פוסקים שהתנגדו לגישה זו.

דיון בן-זמננו – היתר עסקא או שינוי בהגדרת החברות?

בשולי תמונה כללית זו, על רקע מגוון הדעות והשיטות, נביא חלופת מכתבים שהתפרסמה בדור האחרון, בין הרב יעקב אריאל לרב יואל בן נון. המכתבים פורסמו בראשית המאה ה-21, כעשור לפני כתיבתן של שורות אלו. השאלה המרכזית שהם דנים בה: איזה

פתרון בעייתי יותר מבחינה הלכתית – היתר עסקא או הגדרה שונה של חברה בע"מ?

הרב יעקב אריאל, במאמר שפרסם כשהיה רב העיר ואב בית הדין ברמת גן, מחזק מאוד את השימוש בהיתר עסקא, ומתנגד לסיווג חברה בתור גוף מסוג שונה. עם זאת, הרב אריאל מתנגד נחרצות לשימוש בהיתר עסקא למימון צרכים אישיים.

יש המערערים על היתר העיסקא המקובל בישראל. לדעתם הוא אינו משנת חסידים כביכול. הוא פיקציה בעלמא והשימוש בה הוא "הערמה". אולם הם לא מוותרים על הצורך בתזרים השקעות למינוע הכלכלה בעולם, לדעתם שיטת הבנקאות גם ללא היתר עיסקא פותרת את הבעיה. הבנק אינו גוף פרטי אלא מנגנון ציבורי שאין לו בעלים מוגדרים ולכן לא חלים עליו מצוות ואיסורים. "צדקות" מדומה זו מעדיפה פיקציה ממש על מה שמכונה בפיהם "פיקציה" כביכול. אולם ראשית כל יש לשאול כמה שאלות יסוד: היתר העיסקא נוהג בישראל זה דורות רבים. מדוע כל גדולי הדורות צדיקים וחסידים שהתירוהו לא שללוהו בגלל היותו "הערמה פסולה" כביכול? האם הם היו פחות מוסריים וצדיקים מאתנו? האם לא היו מודעים למוסר הטבעי לפחות כמונו? האם רק אנחנו ישרי הלב והדעת וקודמינו לא היו כאלה, כביכול? הבנקים אינם המצאה של המאה ה-21, הם קיימים כבר שנים רבות. בכל זאת עד היום הפוסקים לא העדיפו את הבנקים על היתר העיסקא. יתרה מזאת, הם אוסרים הפקדות ומשיכות מהבנקים ללא היתר עיסקא. האם בני דורנו חכמים יותר מכל גדולי הפוסקים ורק להם נתגלה הסוד שהבנקים בעצם אינם יצורים אנושיים? האם בני

דורנו יגלו עפר מעיניהם של גדולי הפוסקים מדורות עברו וילמדום מהי ההגדרה המשפטית של בנק? חז"ל הזהירונו לא להוציא לעז על הראשונים. במילים אחרות: קצת צניעות, קצת ענווה, וגם קצת חוש מוסרי מאוזן לא יזיקו גם לנו. חובתנו האינטלקטואלית והמוסרית להעמיק בהלכה להבינה וליישמה כראוי...

יש הדיוטות הסבורים בטעות שהיתר העיסקא הוא פיסת נייר המתירה כביכול כל הלואה שהיא, גם למטרות צרכניות. לא רק עבירה על ריבית בידם, אלא גם הוצאת שם רע על ההלכה ופוסקיה, שכאילו באמצעות פיקציות יורידיות ניתן חלילה לבטל איסורי תורה. ("לא תשימון עליו נשך – הריבית והכלכלה המודרנית", הצופה, תשס"ד)*

הרב יואל בן נון, בתגובה לרב אריאל, מתקשה להבין את ההתנגדות לסיווג בנקים וחברות בתור גוף שאינו חייב דיני ריבית, בפרט בשל העובדה שהוא שולל גם היתר עסקא למטרות אישיות.

הרב אריאל טוען בתוקף, שהיתר עיסקא תוקן רק למטרות עסקיות באמת, ואין להשתמש בו למטרות צרכניות. לפי דעתו, מי שנמצא בגרעון (אובר דראפט) בחשבון הבנק שלו, ומי שמנהל חשבון אשראי צרכני שיש בו תשלומי ריבית (כלומר, רוב עם ישראל שבימינו) עובר, בשגגה כמובן,

* <http://files8.design-editor.com/92/9266067/UploadedFiles/CC383477-6EA3-18BE-C41E-0489DEB510E4.pdf>

עברות חמורות, שיש בהן משום פגיעה חמורה באמונה היהודית ביציאת מצרים, כפי שכתב הרמב"ם... בקלות רבה אנו גולשים כך משאיפה אידיאלית לתיקון החברה והעולם, לכתב אישום חמור נגד רוב הציבור היהודי הקונקרטי במדינת ישראל ובעולם כולו, שהוא סרבן מהפכות, גם ואולי דווקא אם הן מופיעות בשם ה'. בדרכי שלי, אני מבקש להבדיל הבדלה יסודית בין פעולה כלכלית בין אנשים יהודים שכפופים לכל דיני התורה, לבין פעולה כלכלית באמצעות בנקים וחברות אשראי, שהם גופים משפטיים ולא אנשים, ולכן מצווים הם מן התורה ומן החוק שלא לגנוב, ולא לרמות, ולא לעשוק, אבל מעולם לא נצטוו ציווי צדקה ואיסורי ריבית, שחלים עליהם רק מכוחה של הרחבה הלכתית – יש אומרים מדרבנן, ויש חולקים גם על זה – ולכן אפשר לפעול בהם בריבית ("מחיר הכסף" בשוק הכסף) בכל התחומים. אבל בין אנשים יהודים אסור לגבות ריבית, ואסור לשלם ריבית, ואסור לכתוב שטר שיש בו ריבית, בכל חומר האיסור המקורי, ואין לסמוך על שום היתר עיסקא בין שני יהודים, לשום מטרה. ("איסורי ריבית בחברה מודרנית", הרב יואל בן נון, הצופה, תשס"ד)

אם כן, מה עושים? נראה שיש הסכמה רחבה מאוד של הפוסקים כי אפשר לעשות פעולות אשראי בבנקים בישראל, גם משום שהבנק אינו אדם פרטי וגם מכוח היתר עסקא. נעבור כעת לדון בדרכים אחרות ליצור כלים בשוק האשראי החוץ בנקאי, שיאפשרו תשלום וקבלת ריבית ללא איסור. זאת כדי לפתור את המצב שבו, מניסיוני, יהודים בארץ משלמים ריבית ומקבלים אותה ללא כל הסדר הלכתי.

הצעות לפתרון

הסכם עסקא אמיתי

בשיעור שהעביר הרב אהרן ליכטנשטיין זצ"ל, הוא אמר את דעתו בעניין היתר עסקא:

האם יש בכך הערמה? מאוד בולט שיש כאן בעיה חריפה של הערמה... יש לדרוש שמי שמתבסס על ההיתר ידע את מהותו ורצוי שיסדר עניין זה עם מנהל הבנק אישית ויסביר לו במה מדובר. כאמור הבעיה כאן היא של הערמה בכלל, והערמת ריבית בפרט*.

כפי שלמדנו, יש איסור עצמאי של הערמת ריבית. דומה שאותה "בעיה חריפה של הערמה" עולה מהיישום המעשי של היתר העסקא הכללי. כמה וכמה מרכיבים באופן היישום, מבחינה פרקטית, הופכים את ההיתר המקורי של מהר"ם מרוטנבורג ותרומת הדשן מעסקא של ממש לעסק שאינו מומשי. נחזור על כמה מרכיבים שצינינו עד כה: הלווה חותם על הסכמי הלוואה רגילים; ההסכמים אינם מזכירים את ההיתר; אין בהסכם קביעה איזה משני ההסכמים

* מובא באתר ישיבת הר עציון, "איסור ריבית - פתרונות הלכתיים".

גובר במצב של סתירה ביניהם; ההיתר הכללי תלוי על הקיר ולרוב לא ניתן העתק ממנו; הצדדים אינם מודעים למשמעות העסקא ואינם יודעים שהלווה יכול להיות פטור מהחזרת חצי החוב, ההיתר בנוי על כך שהמלווה לא יכול לעקוב אחרי התנהלות הלווה, אבל היום המידע שקוף וגלוי. נוסף לכל אלה, ההיתר מיועד במקורו לעסקאות שבהן נותן הכסף יכול להפסיד או להרוויח, ואילו היום מקובל להשתמש בו לכל צורך שהוא.

הבסיס לפתרון הבעיה, לדעתי, הוא איחוד בין המסמכים הנהוגים כיום למסמך אחד מסודר. כדי לפתור את בעיית ההערמה בדרך הנכונה ביותר צריך ששני הצדדים לא יחתמו על הסכם הלוואה רגיל בתוספת היתר ממוסגר על הקיר, אלא על הסכם עסקא אחד. בהסכם זה יוסדרו כל תנאי העסקא באופן ישר וברור. יש האומרים שבלתי אפשרי לקיים בנק שחותמים בו על הסכמי עסקא מפורטים. נראה כעת שמסקנה זו אינה נכונה.

ריבית בבנקאות האסלאמית

למעשה, כבר יש בעולם מערכת בנקאית ענקית המתמודדת עם הריבית - זו הבנקאות האסלאמית. דת האסלאם אוסרת תשלום ריבית וקבלתה, ובניגוד למציאות בישראל, מדינות האסלאם פועלות לפי איסורי הריבית האסלאמיים. הבנקאות האסלאמית נפוצה כל-כך, עד שלסיטי-בנק יש אגף שלם המעניק שירותי בנקאות לפי ההלכה המוסלמית, תחת פיקוח דתי-מוסלמי. במאמרו על בנקאות אסלאמית, תחת הכותרת "השריעה אוסרת על ריבית, אך הבנקאות האסלאמית משגשגת", כתב עזריאל נתיב כך:

מחוץ למסגד הענק בשכונת וייטצ'אפל שבמזרח לונדון עומדת חבורה של גברים המשוחחים בערבית. לידם, קבוצה

של נשים בכיסויי ראש וגוף יוצאות מתפילת הצהריים, כשגם הבנות הקטנות ביותר לבושות חג'אב.

פרט לעלי השלכת, שנופלים מהעצים, והקור הלונדוני המקפיא – התפאורה שמסביב אסלאמית לחלוטין: בחנויות ליד אפשר לקנות בשר חלאל (הכשר מוסלמי) בלבד, וספרי דת מקשטים את חלונות הראווה. מבלי להיכנס לוויכוח על עתידו ומעמדו של האסלאם באירופה, כדאי להביט גם אל מעבר לכביש. שם, מול המסגד הגדול, נמצא אחד מסניפי הבנק האסלאמי של בריטניה (IBB), הבנק הראשון בעולם המערבי שהחל לנהל את כל כספיו וכספי לקוחותיו לפי החוקים של השריעה.

בדומה להלכה היהודית, השריעה היא החוק המסדיר את חייהם של המוסלמים במגוון תחומים. ציות לשריעה הוא אתגר לא פשוט עבור בנקים מערביים, שכן החוק האסלאמי אוסר על עשיית כסף מכסף. במילים אחרות, אדם אינו יכול להלוות כסף ולצפות להרוויח מכך ישירות, ובנק שמציית לשריעה אינו יכול לגבות מהלקוח ריבית או לחייב אותו באחת. בנוסף על כך, השקעה בחברות הקשורות באלכוהול, הימורים, חזיר, טבק, נשק ופורנוגרפיה אסורה על פי חוקי האסלאם. לפיכך, המודל העסקי של בנקים אסלאמיים שונה לחלוטין מהמודל העסקי של בנקים "רגילים" – אף על פי שלרוב הם מספקים בדיוק את אותם שירותים, רק בדרכם. IBB הוקם בשנת 2004 ואף על פי שהוא חדש יחסית, הוא זוכה להצלחה מפתיעה – גם בקרב לא מוסלמים. לפי הודעה של הבנק, מאז התפוצצה פרשת ברקליס (שבה נמצא כי עובדי ברקליס לא אמרו אמת ובכך השפיעו על ריבית הליבור, כלי חשוב בעולם הבנקאות), חל זינוק של פי עשרה

במספר הבקשות לפתיחת חשבונות חיסכון ב-IBB. על פי הערכת הבנק, 55% מהחשבונות הללו נפתחו על ידי לקוחות שאינם מוסלמים כלל.
(”בנקאות איסלמית”, אתר ”דעתון”, 3.11.14)

הסכמי הלוואה ללא ריבית באסלאם

הבנקאות האסלאמית מתבססת על כלי פיננסי שנקרא מודברה. כפי שנראה, תנאי המודברה ותנאי העסקא, כפי שהרמב”ם תיאר אותם, כמעט זהים. המשתתפים במודברה הם נותן הכסף והמתעסק בכסף, והגורמים המובאים בחשבון הם הפיקדון ושיעור הרווחים של העסק.

בשונה מהקיים במדינת ישראל שבה נחתמים שני מסמכים שונים, שאחד מהם אינו מובן, והיחס בין שניהם אינו מוגדר, בבנקאות האסלאמית חותמים על מסמך אחד מסודר ומפורט, המסדיר את כל התנאים המשפטיים שעליהם הסכימו הצדדים.* פרט למנגנונים המסחריים והחוזיים, הסכם מודברה מתבסס על כמה עקרונות:

- ויתור על איסור ריבית: ”הצדדים מכירים ומסכימים כי עקרונות תשלום הריבית נשענים על השריעה ובהתאם לכך, כל דין או מערכת משפטית יטילו, בין שלפי הוראות סעיף זה, על-פי חוזה, על-פי חוק ובין שבכל דרך אחרת, התחייבות תשלום ריבית או סכום מטבע הריבית, כל צד מסיר בזאת במפורש, באופן בלתי

* דוגמה להסכם כזה, באנגלית: <https://www.ethicainstitute.com/QASearch.aspx>

<https://www.ethiscrowd.com/wp-content/uploads/2017/07/Ethis-Mudharabah-Contract-Sample-Exzellenz-Residence.pdf>

חוזר וללא תנאי, ודוחה כל זכאות לקבל מהאינטרס / ריבית או מהצד האחר של מטבע הריבית.

- קבלת רווחים מותנית ברווחי הפרוייקט: "שני הצדדים מכירים בכך שהיכולת של החברה לממש את רווח המודברה תלויה בפעולותיו הסופיות ובביצועיו. לא ניתן להכיר ברווח, אלא אם החברה מייצרת רווחים העולים על סכום המימון הכולל של הפרוייקט."

בדומה לעסקא, גם הסכם המודברה מושתת על האפשרות שהעסק לא יצליח. הלווה פטור מלהחזיר את הפיקדון אם העסק לא הצליח, אבל אם חוסר ההצלחה נובע מהתרשלות של המתעסק – עליו לשלם כפי שנקבע מראש:

אם ההפסד נגרם עקב רשלנות חמורה של החברה או שחלה הפרה כלשהי במצג או בהתחייבות שניתנו על-ידי החברה או שהחברה פעלה בניגוד לתנאי המיזם וגורמת הפסד למיזם, תהא החברה אחראית לסכום המימון הכולל של הפרוייקט. אם קיים רווח, יחולק על-פי יחס חלוקת הרווח של "מודברה" מראש.

כלומר, במקרה שהמתעסק התרשל, הוא חייב להחזיר את הקרן בתוספת אחוז רווח שנקבע מראש.

קל לזהות שהיתר העסקא של המהר"ם פועל בדומה מאוד לכך. בעיקרון, המתעסק יכול לפטור את עצמו מהחזרת הפיקדון אם לא התרשל; אלא שההוכחה שלא התרשל דורשת רף גבוה של ראיות. כדי להימנע מהצורך בשבועה ועדים, המתעסק יכול להחזיר את הקרן בתוספת סכום שהוא למעשה שיעור הריבית.

עולה מהשוואה זו כי המערכת היהודית והמערכת האסלאמית

פועלות לפי אותו מתווה. ההבדל המרכזי הוא שהמוסלמים כותבים זאת במלוא הבהירות והישירות, ואילו אצלנו ההסכם מפותל, משלב בין מסמך מערבי-מודרני ובין טקסט למדני-הלכתי המוצג על הקיר. מכיוון שהתוצאה המשפטית-עסקית זהה, מתבקש שננהג בדומה לבנקאות האסלאמית, ונקיים את העסקא בגלוי ובאופן רשמי. אין צורך להחביא את היתר העסקא או לתלות אותו בצד. לעת עתה, מבחינה מעשית, קשה להאמין שהבנקים בישראל יאמזו גישה זו. אולם דומני שאפשר לאמץ מתווה כזה, בדומה למודברה, בהסכמים חוץ בנקאיים. להלן נראה כיצד זה אפשרי.

שותפות מוגבלת

למעשה, הדין המודרני במדינת ישראל כבר כולל כלי פיננסי המאפשר לעשות עסקא (או מודברה), בלי להסתמך על מסמכים הכתובים בשפה למדנית-הלכתית, ובלי הסכמים כפולים הסותרים זה את זה. הכלי נקרא שותפות מוגבלת.

פקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה-1975 מאפשרת להקים שותפות מוגבלת. שותפות מוגבלת היא צורת התאגדות למטרות עסקיות. שותפות זו מורכבת משני שותפים: האחד – שותף כללי שאחראי על השותפות, והשני – שותף מוגבל הנהנה מהרווחים בהתאם לסכום הכסף שהשקיע. הוא אינו מעורב כלל בניהול עסקי השותפות, ואינו ערב לחובותיה של השותפות. צורת התאגדות זו נפוצה בישראל בעיקר בקרנות נאמנות מאוגדות, בקרנות השקעה בהיי טק, בקרנות להשקעה בנדל"ן, בקרנות גידור להשקעה בשוק ההון וגם בהתאגדויות לחיפושי נפט וגז.

כאמור, השותף הכללי נושא באחריות בלתי מוגבלת, והוא המתווה את פעילות השותפות כולה. מעמדו זה מטיל עליו חובות, והוא אף חשוף לתביעות בגין ניהול רשלני של השותפות. לעומתו,

השותף המוגבל נושא רק באחריות מוגבלת. אם החברה נקלעת לחובות, השותף אינו ערב לתשלום החוב, ורק הסכום שהשקיע בעסק נתון בסיכון. השותף המוגבל יכול להיות גוף פרטי או חברה בע"מ, שמממנים את העסק ומאפשרים לו לפעול, אך בלי להשתתף במלאכת הניהול של השותפות.

אפשר לזהות בשותפות מוגבלת את כל המאפיינים הבסיסיים של העסקא: השותף הכללי הוא המתעסק (הלווה), השותף המוגבל הוא נותן הכסף (המלווה), השותף המוגבל מקבל רווחים (בשיעור הריבית), השותף הכללי חייב להחזיר את מלוא ההשקעה אם התרשל (פיקדון), אם השותף הכללי אינו רוצה להגיע לבית המשפט ולהוכיח שלא התרשל – עליו להחזיר את הקרן ואת הרווחים אם יש כאלה (כלומר לשלם קרן וריבית).

נמצא שיש כלי משפטי מודרני, שכלולים בו כל מרכיבי העסקא, גם ללא צורך בשטר למדני-הלכתי של היתר עסקא. הכלי הנכון לעסקאות אשראי חוץ בנקאיות כבר קיים, ואפשר ליישמו עוד היום.

סוכן אשראי (ריבית על-ידי שליח)

נחזור כעת לנקודה שהנחנו בצד בשלב מוקדם של עיוננו. כשנפגשנו עם קונטרס הסמ"ע, שפורסם לאחר הדיון הראשון של רבני פולין בהיתר עסקא, ראינו כי הוא מציין שיש דרכים נוספות להתמודד עם איסורי הריבית – אך הוא נמנע מלפרסם אותן בגלוי:

דיני הריבית בב' דרכים. האחד דרך קצרה, הן הדברים הפשוטים... ובדרך ארוכה נוסף... עוד קצת היתרים אשר הם נוחים ליודעי דעת והן ימסרו לנאמני הקהלה, אשר

יתבררו מכל משפחה כמנהג הקהלות הקדושות, והם יורו להעם לפי צורך השעה וענין, ויסבירו להם הענין בטעמו, באופן שלא יהיה בעיניהם כחוכא וטלולא ויקילו לפי דעתם גם בעניני אחרים... והם יורו לפי צורך הענין וגודל ההכרח והזמן והמקום.

כלומר, מלבד היתר עסקא שקיבל את הסכמת הסמ"ע ורבני ועד ארבע הארצות, הסמ"ע אישר היתרים נוספים בלי לפרסמם. הוא דרש שרק "נאמני הקהילה" יהיו רשאים לדעת על קיומם, ובידיהם תהיה ההחלטה אם להשתמש בהם. בהמשך נראה כי היתרים אלה אכן היו ידועים לפוסקים, ובאשר לאחד מהם לפחות, כתב החתם סופר כי במצב הנוכחי – שבו ההמון אינו שומר על דיני הריבית – יש להתירו לפרסום.

נקרא עתה את ההיתרים שכתב הסמ"ע. ההיתרים נכתבו בלשון למדנית, ודורשים מאיתנו לעיין בסוגיות מורכבות בדיני שליחות.

היתר ריבית על-ידי שליח

כך מנסח הסמ"ע את היתר "ריבית על ידי שליח":

כתב בד"מ אפי' לרש"י דאסור בכה"ג כנ"ל היינו דוקא בישראל הלוח ע"י גוי אבל ע"י ישראל שרי, וכמ"ש המרדכי בש' רש"י דשרי ישראל לומר לחבירו ישראל לך והלוח לי מעות מפלוני ישראל ברבית וגם הביא לו הרבית שלא אסרתו התורה אלא רבית הבא מיד לוח למלוה וגם השליח אינו עושה שום איסור דרבית לאו דידי' הוא ואי משום שלוחו של אדם כמותו הוא הא י"ל דאין שליח לדבר עבירה ואין לפרסם הדבר עכ"ל המרדכי, והביאו בד"מ וכן הב"י בסימן ק"ס. ואף שהב"י

כ' עליו, וז"ל: אין דעת שום פוסק בזה דלכ"ע רבית הוא כמ"ש בסמוך דלא יחזור ויקחנו מהלוה, וכ"כ הרבה פוסקים, וגם מדין ישראל הלוה רבית ע"י גוי וגוי הלוה ע"י ישראל המפורשים בסימן קס"ט נ"ל לאסור לכן אסור להקל בכך, ונראה שרש"י לא התיר זה מעולם אלא איזה תלמיד טועה כתבו ותלאו באילן גדול עכ"ל ב"י. אבל מור"ם ז"ל כתבו בש"ע להלכה, וכן משמע מדברי מהרי"ק בשורש י"ז שהביא דברי רש"י הנ"ל וכ' עליו וז"ל ואם שליח ראובן אף בלא דעת ראובן הלוה לשמעון וקצץ עמו רבית ועשה עמו שטר על שם המלוה אפילו לרש"י אסור דכיון דנשתעבד הלוה למלוה בשטר שיש בו רבית מיד לוח למלוה קרינן בי' עכ"ל. מוכח מזה דס"ל למהרי"ק דרש"י התירו ולא שתלמיד טועה כתבו, כמ"ש הב"י והקושיות שהקשה ב"י אהיתר דרש"י הנ"ל כ' בד"מ בסי' ק"ס לישבם, וז"ל: ואני אומר דראיות הב"י אינם ראיות לדחות דברי רש"י, דמ"ש דלא יחזור ויקחנו מהלוה שאני התם דהלוה לוח מעצמו מהמלוה אלא שהשליח נותן הרבית זה פשיטא דאסור כמ"ש בשם מרדכי דלעיל. גם מה שהביא ראי' מסימן קס"ט אינו ראי' כמ"ש שם עכ"ל וז"ל בסי' קס"ט, ונ"ל דדוקא אי שלחו ישראל לגוי הוא דאסור לרש"י דס"ל יש שליחות לגוי לחומרא ולא שייך לומר אין שליח לד"ע הואיל והגוי אינו עובר בשום דבר כי אין איסור רבית לב"נ, אבל אי ישראל שלח לישראל חבירו מותר לקבל רבית מהשליח הואיל ואין שליח לד"ע לא מקרי רבית הבא מיד לוח למלוה עכ"ל. ר"ל, דוקא בגין דאין מצווה על איסור רבית דלא שייך גבי' למימר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ובודאי ילך וילוח ומ"ה אמרי' בי' שלוחו של אדם כמותו וכאלו ישראל המשלח לוח בעצמו מישראל, משא"כ

כששולח הישראל דשייך למימר בי' דברי הרב וד"ת ד"מ שומעין ויכול לומר סבור הייתי שלא תלך בשליחות זו, ואע"ג דשליח זה אינו עובר עבירה כיון דישראל מ"ה לא אמרינן בו שלוחו של אדם כמותו ובזה נתיישבו דברי רש"י ולא תקשי אהדדי. הרי לפנינו דהקילו קולא גדולה וכתבו בספריהן דלומדין מתוכו, ומ"ש המרדכי שלא לפרסם הדבר היינו להמון העם אלא ימנו כל קהלה נאמנים וישימו לפניהם משפט היתר הלוואה והתעסקות והם יורו דרך לכל אחד כפי ענינו וכפי האיש ולצורך שעה, ושם בד"מ כ' שיש להחמיר בדבר אבל בש"ע פוסק סתם בשם י"א דמותר.

המקור בגמרא

מקורו של היתר ריבית על-ידי שליח עולה מסוגיה במסכת בבא מציעא. בסוגיה מציג רבא שני סוגי עסקאות מותרים, אף שלכאורה יש בהם ריבית, מפני ש"לא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מלווה למלווה". כלומר איסור ריבית חל רק על תשלום ישיר של הלווה למלווה.

אמר רבא: שרי ליה לאיניש למימר ליה לחבריה: הילך ארבעה זוזי ואוזפיה לפלניא זוזי, לא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלווה למלווה. ואמר רבא: שרי ליה לאיניש למימר ליה לחבריה: שקיל לך ארבעה זוזי ואמור ליה לפלוני לאוזפן זוזי. (בבא מציעא סט, ע"ב)

אלה שני סוגי העסקאות:

א. "שרי ליה לאיניש למימר ליה לחבריה: הילך ארבעה זוזי ואוזפיה לפלניא זוזי". מותר לאדם לומר לחברו: קח כמה מטבעות ותן הלוואה לפלוני.

- ב. "שרי ליה לאיניש למימר ליה לחבריה: שקיל לך ארבעה זוזי ואמור ליה לפלוני לאוזפן זוזי". מותר לאדם לומר לחברו: קח כמה מטבעות, ואמור לפלוני הלוות לי.
- כדי להבין טוב יותר את העסקאות, נחدد מיהם שלושת המשתתפים בהן:
- א. הזקוק להלוואה – להלן "הלווה";
- ב. בעל היכולת לתת הלוואה – להלן "המלווה" (בהמשך ייקרא גם "הבנק").
- ג. גורם מתווך בין המלווה ללווה – להלן "הסוכן".
- בשני המקרים בגמרא, המלווה נותן הלוואה והלווה מקבל. בשני המקרים ההלוואה כוללת גם ריבית: במקרה הראשון המלווה מקבל ריבית מהסוכן, ובמקרה השני הלווה משלם ריבית לסוכן. הרמב"ם פוסק את דברי רבא להלכה:

ומותר לאדם ליתן לחבירו דינר כדי שילווה לפלוני מאה דינרין שלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מן הלווה למלווה, וכן אומר אדם לחבירו הא לך דינר זה ואמור לפלוני שילוני שלא נתן אלא שכר אמירה.
(הלכות מלווה ולווה, ה, יד)

- כדי להבין את העסקאות הללו לאשורן, מבררים הראשונים כמה שאלות:
- כשהמלווה אומר לסוכן לקחת כמה מטבעות ולתת הלוואה ללווה – ממי יקבל הסוכן את כספי הריבית?
 - האם הלווה יכול להעביר כסף לסוכן, כדי שהסוכן יעביר את אותו סכום כסף לבנק?
 - בהנחה שהסוכן לא קיבל את כספי הריבית מהלווה לפני שפנה למלווה, האם ביכולתו לחזור ללווה לאחר מכן ולקבל את אותו סכום כסף?

תוספות והמאירי – צמצום הכלל

תוספות מעלים את דברי רבא לדיון, במסגרת סוגיה בענייני קידושין. הגמרא בקידושין עוסקת באיש המקדש אישה לא על-ידי כסף, אלא על-ידי דחיית פירעון חוב. תוספות מעלים מקרה מורכב יותר: אישה הייתה חייבת כסף לגורם אחר, והאיש משלם כסף לאותו גורם כדי שידחה עבור האישה את מועד הפירעון. את האישה הוא מקדש לא על-ידי כסף, ולא על-ידי דחיית פירעון חוב, אלא בכך שהוא גרם לאדם אחר לדחות עבורה את פירעון החוב. כדי לברר אם אפשר לקדש כך אישה, בוחנים תוספות אם אין פה בעיה של ריבית. רבנו תם אומר שאף שהמלווה מקבל כסף על דחיית הפירעון, אין זו ריבית בגלל הכלל של רבא:

שרי ליה לאיניש למימר לחבריה שקול ד' זוזי ואוזפי לפלוני
זוזי, דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה.
(תוספות קידושין ו, ע"ב)

לפי רבנו תם, כיוון שלא האישה (הלווה) שילמה למלווה, אלא האיש שילם למלווה מכספו שלו, התשלום מותר. עם זאת, רבנו תם מסייג את ההיתר של רבא: אם מקור הכסף שניתן למלווה הוא מהלווה, מדובר באיסור ריבית, מפני שהבעל פועל בתור שליח של הלווה.

וי"ל היינו שאין הלוה נותן כלום לנותן, אבל אם היה נותן היה נראה כשלוחו ואסור, דכי נמי אמרינן התם באיזהו נשך (שם) שרי ליה לאיניש למימר לחבריה שקול ד' זוזי ואמור לפלוני דלזופן זוזי, היינו כשאין המקבל נותן כלום למלוה, כי אם היה נותן היה נראה כשלוחו ואסור.

לפי רבנו תם, אם תשלום הריבית שניתן למלווה בא מהלווה, מדובר באיסור ריבית, אף שהכסף עובר דרך הסוכן. המאירי מסייג גם הוא את ההיתר של רבא:

אומר אדם לחברו הילך דינר והלוה מעות לפלוני קרובי ואין כאן רבית שהרי לא באה מיד לווה למלוה. ומ"מ כתבו המפרשים, דוקא שלא דבר הלוה עם המלוה בכך. אבל אם דבר עמו ואמר לו פלוני יתן לך בשבילי או שאמר לזה תן לו ואני לווה אסור שנעשה כשלוחו וכל שכן אם הוא מחזיר לו מה שנתן.

המאירי מציין שלושה מצבים שבהם אף שיש סוכן המתווך בין המלווה ללווה, בכל זאת הריבית תהיה אסורה:

א. אם הלווה דיבר ישירות עם המלווה, והבטיח לו שהסוכן ישלם ריבית עבורו.

ב. אם הלווה ביקש מהמלווה שילווה לסוכן, והסוכן ילווה לו.

ג. אם הסוכן משלם למלווה, אלא שלאחר מעשה הלווה מחזיר לסוכן את הסכום ששילם.

לסיכום, אפשר לומר שלפי התוספות והמאירי, הכלל "לא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלווה למלוה" מצומצם למדי, ואינו מאפשר יוזמה או התערבות של הלווה, בין בדיבור ובין בתור מקור הכסף לריבית המשולמת דרך הסוכן.

ריטב"א – הלווה יכול לשלוח סוכן

מנגד, הריטב"א במקום הרחיב את תחולת הכלל "לא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלווה למלוה":

אפילו פייסו הלוח שיתן למלוח משלו כדי שילוח לו אין בכך כלום, ואפילו חזר הלוח ונתן לזה מה שנתן משלו למלוח, דהא מדינא לא היה חייב הלוח לשלם לזה כלום...

לדברי הריטב"א, הלוח יכול ליזום את עסקת ההלוואה ולפנות לסוכן כדי שיבקש הלוואה מהמלווה. בנוסף, אין בעיה שהלוח יחזיר לסוכן את סכום הכסף ששילם למלווה כדי שיתן את ההלוואה (שזה למעשה סכום הריבית).

אף שהריטב"א התיר ללוח ליזום עסקת הלוואה דרך סוכן, הוא סבר שאי אפשר לעשות זאת בכיוון הנגדי. המלווה אינו יכול ליזום הלוואה דרך סוכן:

והיכא דא"ל מלוח ללוח תן עשרה דינרים לפלוני ואלוח לך מנה ונתן על פיו רבית קצוצה היא, דאע"ג דלא אתו זוזי לידיה דמלוח ולא לשלוחו ולא פרע בהן חובו מ"מ מה שנותן זה על פיו הוא נותן...

בעניין העסקה ביוזמת הלוח, שאין בה איסור, הריטב"א מחדד שאפילו אם הלוח שילם כסף לסוכן, ואותו כסף הגיע בסופו של דבר למלווה כדי שיסכים להלוות, אין בזה איסור ריבית:

אע"פ שלא נתרצה המלוח לאיש ההוא עד שנתן לו אותם ארבע זוזי אין בכך כלום דמאי דיהיב ליה לוח להווא גברא שכר אמירה בעלמא הוא ולא אדעתא דליהבינהו למלוח ומאי דיהיב איהו למלוח מדידיה יהיב.

עולה מהריטב"א שהלווה יכול ליזום פנייה לסוכן, ואף לשלם לו כסף שעשוי להגיע למלווה, ושמבחינה כלכלית יהיה ריבית. המרדכי הביא את שיטת הריטב"א שלב נוסף קדימה: הוא התיר ללווה לבקש מסוכן לפנות למלווה בשמו, ולבקש במפורש הלוואה עם ריבית שתשולם בידי הלווה. המרדכי התבסס על שו"ת רש"י (סימן קעז), שהתיר פנייה של לווה יהודי למתווך יהודי שידאג לו להלוואה עם ריבית, ואת הריבית יעביר הלווה למלווה דרך המתווך:

ועוד מצאתי בתשובת רש"י: דשרי ישראל למימר לחבריה ישראל לך ולוה לי מעות מפלוני ישראל ברבית וגם תביא לו הרבית. דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מיד הלוה ליד המלוה: וגם השליח לא עשה שום איסור, דהאי ריבית לא דידיה הוא.

תשובת רש"י מדהימה. ברור לחלוטין שהלווה עומד לקבל הלוואה עם ריבית מיהודי אחר וגם ברור לחלוטין שתשלום הריבית יגיע מהלווה. הסוכן במקרה זה פועל באופן ברור וישיר בתור שליח של הלווה. לפי תשובת רש"י, אכן אפשר לשמש בתור שליח להעברת ריבית:

ואי משום שלוחו של אדם כמותו, הא קיימא לן דאין שליח לדבר עבירה להתחייב שלוחו. ואין לפרסם הדבר.

ננסה עתה להעמיק בשתי הנקודות האחרונות בתשובתו של רש"י: נעיין בקצרה בכלל "אין שליח לדבר עבירה", ונבחן את משמעות האזהרה – "אין לפרסם הדבר".

אין שליח לדבר עבירה

ההיתר של רש"י, המתיר ליהודי לבקש מיהודי אחר לדאוג לו להלוואה עם ריבית מיהודי שלישי, מבוסס בין השאר על הכלל "אין שליח לדבר עבירה". מה מקורו? והאם הוא מתאים לדיני ריבית? הגמרא במסכת קידושין עוסקת בכלל "שלוחו של אדם כמותו". במסגרת כלל זה, היא מביאה משנה על שליחת שליח להזיק: "השולח את הבעירה ביד... פיקח, פיקח חייב". כלומר אם לשליח אין מגבלות שכליות או גופניות, האדם השולח אותו עם חומרי בערה לשרוף רכוש של אחרים – אינו אחראי על מעשי השליח. מקשה הגמרא: הרי שלוחו של אדם כמותו – אם כן, מדוע האיסור שעשה השליח אינו נזקף לחובתו של השולח? על שאלה זו עונה הגמרא באמצעות כלל יסוד נוסף:

אין שליח לדבר עבירה, דאמרינן: דברי הרב ודברי תלמיד –
דברי מי שומעים?
(קידושין מב, ע"ב)

רש"י מסביר את הכלל:

אין שליח – חשוב שליח לדבר עבירה שיתחייב שולחו אלא
הרי הוא כעושה מאיליו.

הכלל "אין שליח לדבר עבירה" מבוסס על הצפי של השולח, הנחשב לגיטימי, שהשליח לא יציית לבקשתו לעבור עבירה. אומנם השולח הורה הוראה, אך ה' הורה לנהוג אחרת, והשולח ביחס לה' הוא כתלמיד ביחס לרבו. השליח אמור להקשיב לרב, כלומר לקדוש ברוך הוא, ולא למלא את השליחות שהטיל עליו התלמיד, כלומר

השולח. אם השליח בכל זאת מילא את השליחות, לא כפי שהיה מצופה ממנו, אין זה באחריותו של השולח.

הגמרא במקום מביאה סדרה של דוגמאות שבהן השולח אחראי על עבירות שעושה השליח, בניגוד לכלל זה לכאורה, ומוכיחה מפסוקים בתורה שמדובר בתחומים חריגים. אם כן, נראה שהכלל "אין שליח לדבר עבירה" תקף בכל מצב. האם אכן הכלל גורף וחל על כל התחומים, או שמא הוא תלוי בהיגיון שמאחוריו – "דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעים"? מה הדין במצב שבו טענה זו אינה רלוונטית?

השלכה חשובה לשאלה זו היא במצבים של עבירה בשוגג. לדוגמה, שליח מוסר חומר מסוכן ומזיק שמסר השולח, והשליח אינו מודע לסכנה זו. כיוון שהוא אינו יודע שמדובר בעבירה, אין מבחינתו כל התנגשות בין דברי השליח לדבר ה'. האם השולח בכל זאת יכול לטעון ש"אין שליח לדבר עבירה"?

לפי תוספות שם, הכלל "אין שליח לדבר עבירה" אינו גורף, אלא תלוי ביכולת השליח להכיר בין "דברי הרב" ל"דברי התלמיד". אם השליח אינו יודע שהפעולה שהוא עומד לבצע אסורה לפי דין תורה, אזי השולח אחראי על פעולת השליח:

יש שליח לדבר עבירה, דלא שייך למימר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים כיון שהוא שוגג.

לפי הריטב"א, לעומת זאת, הכלל "אין שליח לדבר עבירה" חל ללא תלות בידיעתו של השליח. לדבריו, הטיעון על "דברי הרב ודברי התלמיד" מתאים לרוב המקרים, אבל גם כשהוא אינו מתאים – בכל זאת הדין הוא ש"אין שליח לדבר עבירה":

שאני התם דאין שליח לדבר עבירה דאמרינן דברי הרב דברי התלמיד דברי מי שומעים פירוש טעמא קאמרינן שהוא כן על הרוב, מיהו דינא דאורייתא הוא כדלקמן, ואפילו היכא דליתיה להאי טעמא כגון שהוא שוגג וכיוצא בזה...

דוגמה נוספת למחלוקת בין תוספות לריטב"א מופיעה בהקשר אחר, בהקשר למעמד ההלכתי של חצר בית. הגמרא דנה ביכולת של החצר לשמש בתור שליח של בעליה. האמוראים מסבירים מדוע גם אם חצר יכולה להיות שליח, הכלל "אין שליח לדבר עבירה" אינו חל כלפיה:

אמר רבינא: היכא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה - היכא דשליח בר חיובא הוא, אבל בחצר דלאו בר חיובא הוא - מיחייב שולחו. אלא מעתה, האומר לאשה ועבד צאו גנבו לי דלאו בני חיובא נינהו הכי נמי דמיחייב שולחן? אמרת: אשה ועבד בני חיובא נינהו, והשתא מיהא לית להו לשלומי. דתנן: נתגרשה האשה, נשתחרר העבד - חייבין לשלם. רב סמא אמר: היכא אמרינן אין שליח לדבר עבירה - היכא דאי בעי עביד, ואי בעי לא עביד. אבל חצר, דבעל כרחיה מותיב בה - מיחייב שולחו.
(בבא מציעא י, ע"ב)

הגמרא מביאה שני הסברים שונים מדוע במקרה זה השולח אחראי על העבירה, ולא החצר: לפי רבינא, הכלל "אין שליח לדבר עבירה" חל על שליח שמחוייב במצוות, ומוזהר שלא לעבור את העבירה. חצר אינה מחוייבת במצוות, ולכן האחריות מוטלת על השולח. לפי רב סמא, הכלל "אין שליח לדבר עבירה" חל כשלשליח יש בחירה

אם למלא את השליחות או לא, ולחצר אין יכולת בחירה. האם יש משמעות להבדל בין שני ההסברים? הגמרא מביאה שתי דוגמאות מעשיות להבדל ביניהם. האחת, כהן שולח ישראל לקדש אישה גרושה. האיסור לשאת גרושה חל רק על כהנים, ובן ישראל רגיל אינו מחויב באיסור זה. לפי רב סמא, השאלה היחידה היא אם השליח בעל בחירה, וכיוון שיש לו בחירה – הוא נושא באחריות; לפי רבינא, השאלה היא אם השליח מחויב במצווה, וכיוון שאין עליו איסור לקדש גרושה – הרי שהשולח הכהן עבר עבירה. השנייה, גבר מבקש מאישה לגזור את כל שערות ראשו של ילד. איסור גזירת השיער באופן זה חל רק על גברים. לפי רב סמא, לאישה יש בחירה ולכן היא האחראית לעבירה; לפי רבינא, האישה אינה מחויבת במצווה זו ולכן השולח אחראי. הרא"ש פסק להלכה כרב סמא:

וכתב הר' מאיר הלוי ז"ל דהלכתא כרב סמא... הלכך לא משכחת שליח לדבר עבירה אלא בחצר.
(בבא מציעא א, ל)

נראה לדעתי שהמחלוקת בין רבינא לרב סמא היא אותה מחלוקת בדין שליח לדבר עבירה בשוגג. לפי רבינא הכלל תלוי בטיעון "דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעים", ולכן אינו חל אם השליח מצידו אינו עובר עבירה; לפי רב סמא זהו כלל גורף, ובלבד שלשליח תהיה יכולת החלטה.

הרמ"א, בפתחת דיני שליחות, פסק לפי רבינא, ש"אין שליח לדבר עבירה" בתנאי שהשליח מחויב שלא לעבור את אותה עבירה כמו השולח:

בכל דבר שלוחו של אדם כמותו חוץ מלדבר עבירה, דקיימא לן אין שליח לדבר עבירה (טור ס"ד), ודווקא שהשליח בר חיובא, אבל אם אינו בר חיובא הוי שליח אפי' לדבר עבירה. (חושן משפט, קפב, א)

הסמ"ע הסביר את דברי הרמ"א:

דדברי הרב דברי התלמיד דברי מי שומעין, ויכול המשלח לומר סברתי שלא ישמע לי לעשותו, לכך אין המשלח חייב. אבל אם אין השליח בר חיובא, לא שייך האי טעמא. (שם, ב)

לפי הסמ"ע, הכלל ש"אין שליח לדבר עבירה" תלוי בטיעון שביסודו, והטיעון אינו רלוונטי אם השליח אינו מחויב שלא לעבור את העבירה.

הש"ך מתנגד לשיטת הרמ"א ולהסבר של הסמ"ע. לפי הש"ך יש לפסוק לפי שיטת רב סמא, כפי שפסק הרא"ש (וכפי שפסק גם המרדכי, לפי הסברו של הש"ך). על-פי פסיקתו, "אין שליח לדבר עבירה" הוא כלל גורף.

קצות החושן: בריבית אין שליח לדבר עבירה – לכתחילה לפי העמדה ש"אין שליח לדבר עבירה" אינו כלל גורף, אלא כלל המצריך בדיקה אם אכן השליח מודע לעבירה ומחויב שלא לעבור עליה, יש לבדוק מרכיבים נוספים בשליחות. בין השאר יש לבחון את ההסתברות שהשליח אכן יבחר בדברי הרב על פני דברי התלמיד – אם ידוע לשולח שהשליח יעבור את העבירה, האם עדיין נפסוק כי "אין שליח לדבר עבירה"?

בהקשר של שליח למסירת ממון לגויים, הרמ"א פסק כי השולח אינו אחראי לפעולתו של השליח, אלא אם ידוע מראש שהשליח "מוחזק" לעבירה זו:

מי ששלח שליח למסור, אם השליח הוחזק לעשות, חייב המשלחו, ואין לומר אין שליח לדבר עבירה, הואיל והוחזק בכך.
(חושן משפט, שפח, טו)

פסיקת הרמ"א מתאימה לגישה כי לא מדובר בכלל גורף. בדומה לסוגיית שליח שאינו מחויב במצווה, גם כאן הסתייג הש"ך מפסיקת הרמ"א, וכתב כי הכלל תקף בכל מצב:

והכי מוכח מדברי כל הפוסקים בכמה דוכתי שכתבו וסתמו אין שליח לד"ע ולא חלקו בין שהשליח מוחזק בכך או לא...
(ש"ך, שם, טז)

קצות החושן מסכים עם הש"ך כי "אין שליח לדבר עבירה" הוא כלל גורף, שאינו תלוי בהתנהגות הצפויה של השליח. בתור הוכחה, הוא מביא את ההיתר הגדול של רש"י שעליו אנו לומדים, המתיר לשלוח שליח יהודי לדאוג להלוואה עם ריבית מיהודי אחר. לפי הקצות, אנו יודעים בוודאות שהשליח יעבור עבירה, ובכל זאת רש"י מתיר את שליחת השליח "לכתחילה", על בסיס הכלל "אין שליח לדבר עבירה":

אם השליח הוחזק, ועיין ש"ך (סקס"ז) שחולק בזה. ובלאו הכי קשיא לי טובא דנקטו הפוסקים טעמא דאין שליח לדבר

עבירה משום דסבור לא ישמע אלי, דהא דעת רש"י (הובא במרדכי ב"מ סי' של"ח) גבי ריבית דשרי ע"י שליח ומשום דאין שליח לדבר עבירה, והיכי שייך האי טעמא לומר סבור הייתי שלא ישמע אלי כיון דאנן מתירין אותו לכתחלה ע"י שלוחו וצ"ע. ומוכח ע"כ דאין זה עיקר הטעם וכמ"ש הריטב"א בקידושין (מב, ב ד"ה שאני התם) דעיקר הטעם אינו משום דברי הרב כו' אלא משום דכן הוא גזירת הכתוב ע"ש, וא"כ אפילו בהוחזק השליח נמי אין שליח לדבר עבירה. (קצות החושן שפח, סק, יב)

דברי קצות החושן חשובים ביותר משלוש סיבות: ראשית, הקצות מקבל את היתרו של רש"י לכתחילה; שנית, הוא קובע כי "אין שליח לדבר עבירה" הוא כלל גורף; שלישית, הקצות מתבסס לחלוטין על הכלל ש"אין שליח לדבר עבירה", בלי להזכיר את הכלל השני שעליו התבסס רש"י – "לא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה". אם ההיתר של רש"י מבוסס ברמה העיונית, עד כדי שהקצות התיר אותו אפילו לכתחילה, מה אירע בגורלו? מדוע הוא אינו מוכר לנו היום?

מחלוקת הבית יוסף והרמ"א בהיתר רש"י
נשוב לסוגיה שממנה התחלנו והיא ריבית שאינה מועברת ישירות בין המלווה ללווה. הטור פוסק כסוגיית הגמרא וכרמב"ם:

לא אסרה תורה אלא רבית הבא מיד לווה למלוה, לפיכך יכול אדם לומר לחבירו הילך זוז והלוה י' דינרין לפלוני. ודוקא שאומר כך מעצמו בלא דעת הלוה, וגם לא יחזור ויקחנו מהלוה, וגם לא יאמר הלוה למלוה אני לא אתן לך אבל פלוני

יתן לך בשבילי, אבל אם יש בו צד אחד מאלו אסור... וכן מותר
לאדם שיאמר לחברו הילך זוז ואמור לפלוני שילוה לי מעות...
(יורה דעה, קס)

הבית יוסף במקום מצטט את ההיתר של רש"י, אך שולל אותו:

והוי יודע שאין דעת שום אחד מהפוסקים שוה לדעת רש"י,
דלכולי עלמא רבית הוי... ולכן אסור להקל בכך כלל ועיקר.
ומשמע לי שלא התיר רש"י דבר זה מעולם אלא איזה תלמיד
טועה כתבו ותלה עצמו באילן גדול.
(בית יוסף, שם, סק, טז)

באופן מפתיע, הבית יוסף קובע כי מדובר בזיוף. למענתו רש"י לא
כתב את ההיתר המדובר, ומכל מקום אין לסמוך עליו.
הרמ"א אינו מסכים עם הבית יוסף, ושולל את הטענה שהיתר רש"י
הוא זיוף:

ראיות בית יוסף אינן ראיות לדחות דברי רש"י... ומכל מקום
טוב להחמיר שלא לעשות מעשה לכתחלה כתשובת רש"י...
(דרכי משה, שם, סק, ז)

לדעת הרמ"א ההיתר של רש"י אינו מזויף, אלא אמיתי ואף תקף
להלכה, בדיעבד לפחות.
בהתאם לגישתם בבית יוסף ובדרכי משה, רבי יוסף קארו והרמ"א
פסקו באותו אופן גם להלכה. רבי יוסף קארו לא הזכיר כלל את
ההיתר של רש"י בשולחן ערוך. הרמ"א ציטט את דברי רש"י בתור
"יש אומרים":

י"א שמותר לישראל לומר לחבירו ישראל: לך והלוה לי מעות מפלוני ישראל ברבית ומותר לתת אחר כך הרבית לשליח להביאו לו, דלא אסרה תורה אלא רבית הבא מיד לזה למלוה והשליח אינו עושה שום איסור, דהאי רבית לאו דידיה הוא, ואי משום ששלוחו של אדם כמותו, אין שליח לדבר עבירה. ואין לפרסם הדבר בפני עם הארץ (מרדכי בשם רש"י).
(יורה דעה, קס, טז)

לאחר שהוא מצטט את דברי רש"י לרבות את האיסור לפרסם אותם, ולמעשה מפרסם אותם בפועל, כותב הרמ"א שניתן לסמוך על ההיתר של רש"י בעת הצורך:

וכן עיקר, אף על גב דיש מפקפקין בהיתר זה ומחמירים לאסרו, יש לסמוך עליו לעת הצורך.

למילים אלו של הרמ"א, "יש לסמוך עליו לעת הצורך", עוד נשוב בהמשך ונברר מהי עת הצורך – ואם ייתכן שהיא כבר הגיעה.

הלבוש והט"ז נגד הרמ"א

הלבוש תקף את הרמ"א על פסיקתו, ותהה "איך פה קדוש יאמר כן, ולמה יקל מורי בזה להתיר על יד שליח, כי היה נראה לי דאיסור גמור הוא מדאורייתא". מבחינת הלבוש, מי שמבקש משליח לדאוג לו להלוואה עם ריבית הוא כמו מי שאומר לשליח לאכול חזיר. מפרט הלבוש את טענתו:

ממה נפשך נעבדה עבירה במזיד, אם ידע השליח דריבית הוא הרי הוא גורם לבטל הלאוין דנשך ודלא תשיך, והרי

כאילו אכל החזיר, דהא מ"מ נעבדה העבירה. ואי לא ידע השליח מן הריבית בשעה שהביאו, אף על גב שלא בא מיד הלוח ליד מלוה, מ"מ הא עבר המשלח משום לפני עור וגו'... טוב היה שלא לאסור הריבית כלל מלאוסרו ולהתירו בכי האי גוונא, שכל אחד מישראל יכול לעבור עליו בכל עת ושלא לקיים לאו דריבית כלל... ואי הותר באופן זה איך יתקיים וחי אחיך עמך, כל אחד הלוח או המלוה יעשו כן לעולם וילוו בריבית, וכי קשה למצוא שליח ישראל? (לבוש יורה דעה, קס, יג)

בעקבות טענות אלו אומר הלבוש כי ראוי למחוק את היתרו של רש"י מדברי הרמ"א בכל הספרים המודפסים של השולחן ערוך:

על כן אני אומר באמת אי בדינא דידי ואיישר חילי הייתי מצוה ומחרים למוחקו בכל הספרים, כי ראיתי קלי הדעת ועמי הארץ במעשיהם שקורין אותו ומתירין אותו להם לכתחלה, והרי על ידי הדפוס נתפרסם לכל, ועברו גם על דברי רש"י לפי דעתם, ודיני הריבית בעיניהם כחוכא ואיטולא, אוי להם ולמזלם כי יתמוטטו מנכסיהם ורעה תהיה אחריתם, הנראה לעניות דעתי כתבתי.

דברי הלבוש חריפים ביותר. חששו הרב הוא שאיסור הריבית יאבד כל משמעות בפועל, שכן על סמך ההיתר של רש"י יוכל כל אחד להלוות בריבית, ו"איך יתקיים וחי אחיך עמך"? עם זאת, יש לשאול: האם לא זה מה שמתרחש ממילא בדורנו, כאשר משתמשים בהיתר עסקא כללי? האם בכל מקרה היה הלבוש שולל שימוש בהיתר של רש"י, גם לו היה רואה את שוק האשראי היום?

הט"ז חיזק את דברי הלבוש. לדבריו, הלבוש חלק על הרמ"א מסברות גדולות אף על פי שאין להם ראייה בדבריו, ואני אביא ראייה לדבריו בסייעתא דשמיא" (שם, סק, יא). כלומר, הט"ז מוסיף טיעונים הלכתיים נגד פסיקת הרמ"א, ומנסה להתמודד עם הכלל "אין שליח לדבר עבירה".

אם אין הוא שלוחו נגד המלוה ממילא יש כאן שני עבירות, דהמשלח עם השליח הם כמלוה ולוה שהוא בעל דבר שלו ונותן לו רבית, ואח"כ הוה השליח כלוה נגד המלוה שמלוה המעות ונותן לו רבית.

ראשית, טוען הט"ז, אם אכן הסוכן אינו נחשב לשליח, הרי שיש לפצל את הפעולה לשתי עסקאות נפרדות: המלווה נותן הלוואה עם ריבית לסוכן, והסוכן נותן בנפרד הלוואה עם ריבית לשליח. אלו שתי הלוואות שיש בהן ריבית. ניתוח זה של הט"ז מעורר קושי – האם הסוכן נחשב באמת ללווה? אם לא יתקבל תשלום ריבית או פירעון של החוב, האם המלווה יוכל לדרוש את התשלום מהשליח? אני חושב שהט"ז לא היה מטיל על הסוכן אחריות לתשלום. שנית, כותב הט"ז, יש משנה מפורשת האוסרת לשלוח שליח לצורך העברת הלוואה עם ריבית, מוקדמת או מאוחרת. אם "אין שליח לדבר עבירה", למה משנה זו פוסקת שמדובר באיסור? נציין כי במשנה זו מתואר במפורש כי המלווה והלווה משוחחים על תנאי ההלוואה, ואילו בהיתר של הרמ"א אין שיח בין המלווה והלווה. שלישית, טוען הט"ז, המשנה אינה מאפשרת מתן הלוואות עם ריבית על-ידי שליח מטעם יתומים. למה הכלל "אין שליח לדבר עבירה" אינו מאפשר את ההלוואה על-ידי שליח? נוסף על כל זאת, טוען הט"ז: גם אם הכלל ש"אין שליח לדבר

עבירה" הוא כלל גורף, הוא נאמר רק "לענין לפוטרו מחיוב כרת... אבל מ"מ איסור יש שהוא עושה איסור ונתקיימה מחשבתו על ידי השליח פשיטא שזה אסור". הט"ז כותב כי "פשוט" שהכלל אינו מבטל את העובדה שנעשה איסור, אך אינו מסביר מדוע זה פשוט, והאם מדובר באיסור תורה או דרבנן. מסכם הט"ז ומצטרף לדברי הלבוש:

ויפה כתב בלבוש שראוי למחוק דבר זה מתוך ספר הש"ע, ושום אדם לא יסמוך על זה כלל וכלל אפילו בשעת הדחק וצורך גדול, ובודאי תלמיד טועה כתב זה בשם רש"י ולא יצא מכשול כזה מפי הצדיק.

ועד ארבע הארצות תומך בהיתר הרמ"א

נשוב אל החלטת ועד ארבע הארצות בראשות הסמ"ע. כפי שהזכרנו בתחילת דיון זה, בשנת 1605 תמכו הסמ"ע ורבני ועד ארבע הארצות בהיתר של הרמ"א. בהחלטתם הם ציינו כי הם מודעים למחלוקת סביב ההיתר:

ואף שהב"י כ' עליו וז"ל אין דעת שום פוסק בזה... אבל מור"ם ז"ל כתבו בש"ע להלכה וכן משמע מדברי מהרי"ק בשורש י"ז שהביא דברי רש"י הנ"ל... דס"ל למהרי"ק דרש"י התירו ולא שתלמיד טועה כתבו כמ"ש הב"י...

רבני הוועד לא קיבלו את טענת הבית יוסף, ואמרו כי אין זה נכון שההיתר לא הוסכם על שום פוסק. מלבד הרמ"א, הם מביאים גם את תמיכת המהרי"ק בהיתר, שאותה נראה בהמשך עיוננו. הוועד גם נימק מדוע אסר הרמ"א לשלוח גוי להסדיר הלוואה עם

ריבית, אך התיר לשלוח שליח יהודי. שליח גוי אינו כפוף לדיני ריבית, ולכן השולח היהודי אחראי למעשיו של השליח. אולם על שליח יהודי חל הכלל ש"אין שליח לדבר עבירה", מפני שהוא מחויב בעצמו לאיסור הריבית, ו"דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים:"

אבל אי ישראל שלח לישראל חבירו מותר לקבל רבית מהשליח, הואיל ואין שליח לד"ע לא מקרי רבית הבא מיד לזה למלוה עכ"ל, ר"ל דוקא בגין דאין מצווה על איסור רבית דלא שייך גבי' למימר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ובודאי ילך וילוה, ומ"ה אמרי' בי' שלוחו של אדם כמותו וכאלו ישראל המשלח לזה בעצמו מישראל, משא"כ כשולח ישראל דשייך למימר בי' דברי הרב וד"ת ד"מ שומעין ויכול לומר סבור הייתי שלא תלך בשליחות זו, ואע"ג דשליח זה אינו עובר עבירה כיון דישראל מ"ה לא אמרינן בו שלוחו של אדם כמותו, ובזה נתיישבו דברי רש"י ולא תקשי אהדדי.

באשר לדרישת רש"י שלא לפרסם את ההיתר, הוועד קבע:

שלא לפרסם הדבר היינו להמון העם, אלא ימנו כל קהלה נאמנים, ושימו לפניהם משפט היתר הלואה והתעסקות, והם יורו דרך לכל אחד כפי ענינו וכפי האיש ולצורך שעה.

אם כן, ההיתר שריר וקיים אך השימוש בו צריך להיות מפוקח. כמו הסמ"ע, גם הש"ך תמך בעמדת הרמ"א, נגד הט"ז "שהטיח דברים הרבה" נגד הרמ"א, לדבריו. הש"ך ציטט את ההסבר של

הרמ"א, וכתב ש"כל דברים אלו ברורים וראויים למי שאמרם" (יורה דעה, קס, סק, כב). באשר לדברי הרמ"א שאין לפרסם את ההיתר, הש"ך הסביר "שמן התורה מותר, אלא שחז"ל צוו שלא לפרסם הדבר בפני עמי הארץ שלא יבאו להקל".

גם המשנה למלך סבר "שסברת רש"י הלזו אין בה נפתל ועקש, וכל מה שהקשה מרן עלה ליכא מיניה תברא, ודברי רש"י הם אליבא דכ"ע" (הלכות מלווה ולווה, ה, יד).

הגר"א מסכם את השיטות של הבית יוסף, הלבוש, והט"ז מצד אחד, ושל הרמ"א והש"ך מצד שני, וכותב כי אף שהרמ"א והש"ך טענו שההיתר קיים – "לא גרסינן וטעות גמור הוא".

מכל הדיון עולה כי יש פוסקים שאימצו את ההיתר המיוחס לרש"י, ויש שלא. בנקודה זו אפשר להעלות את השאלה: האם לא עדיף ליישם את ההיתר של רש"י, מאשר להסתמך על היתר עסקא לאשראי צרכני, או לחתום על הסכמי הלוואה שאינם משתמשים בשום היתר?

האם המלווה והלווה יכולים לחתום באותו מסמך?

גם לפי העמדה המקבלת את היתר רש"י, בכל זאת יש פרטים שצריך לברר כדי לבחון את יישומו בימינו.

המהרי"ק, הרב יוסף קולון, נשאל על אודות מלווה כספים ששלח שליח ללווה, והשליח החתים אותו על הסכם הלוואה עם ריבית בין המלווה ללווה. במסגרת דיון בדיני שליחות דן המהרי"ק באפשרות ליישם את ההיתר של רש"י על המקרה, ולאפשר למלווה לקבל ריבית מהלווה.

המהרי"ק לא שלל את עצם ההיתר של רש"י, אך הוא קבע כי לא ניתן ליישם את ההיתר במקרה הזה. הוא הסביר כי בהסכם הזה, הלווה חתם על התחייבות ישירה למלווה שיפרע לו את ההלוואה עם ריבית:

אמנם מה שרצית לדמות זה למה שפסק רש"י דשרי ליה לישראל למימר ישראל חבריה לך ולוה לי מעות מישראל חבריה אין נלע"ד. דהתם אין כאן רבית הבאה מלוה למלוה מאחר דאין שליח לדבר עבירה כדאיתא התם, אבל הכא הרי הלוה נשתעבד למלוה בשטר שיש בו רבית קצוצה וקרינן ביה מיד לוה למלוה, שהרי אליו נשתעבד ולא לשליח, ומשעת כתיבת השטר עביד לוה שומא.
(שו"ת מהרי"ק, יז)

כפי שלמדנו, ההיתר של רש"י מבוסס על שני עקרונות: "אין שליח לדבר עבירה", ו"לא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה", כלומר איסור ריבית חל רק על הלוואה ישירה מהמלווה ללווה. לפי מהרי"ק, חתימת הסכם בין המלווה ללווה נחשבת להלוואה ישירה, כיוון שהלווה משתעבד למלווה ולא לשליח.
הרמ"א פסק את תשובת מהרי"ק להלכה:

אבל אם שליח המלוה הלוה ללוה בריבית ועשה שטר על שם המלוה, הוה כאילו הלוה לו המלוה עצמו ואסור, אפילו עשה השליח בלא דעת משלחו, דהשטר עביד לה עיקר הלוואה והוא נכתב על שם המלוה (מהרי"ק שורש י"ז).
(יורה דעה, קס, טז)

תשובת מהרי"ק ופסיקת הרמ"א מעלות כמה שאלות:

- האם יש הבדל בין שליח של המלווה (כמו במקרה של מהרי"ק) לשליח של הלווה (כמו במקרה המקורי שעליו נשאל רש"י)?
- אם הלווה חותם על הסכם "גב אל גב" עם השליח, והשליח חותם הסכם "גב אל גב" עם המלווה, כך ששם המלווה והלווה אינם

מופיעים באותו הסכם – האם גם במקרה כזה פוסק מהרי"ק שמדובר בריבית הבאה מהלווה למלווה?
 החתם סופר נשאל על תוקף ההיתר של רש"י, ובמיוחד על היכולת ליישם את ההיתר כשהצדדים חתומים על מסמכים משפטיים במקביל. החתם סופר אישר את תוקף ההיתר, ודחה את קושיות הט"ז על דברי הרמ"א:

ואומר הן אמת שהתירו של רש"י ראוי לסמוך עליו כמ"ש הש"ך והמשנה למלך פ"ה ממלוה ולוה הלכה י"ד, והנה אמת נכון הדבר, ומה שהקשה ט"ז מהמודר הנאה מחברו אסור לשלוח לו ע"י שליח, פי' לרש"י נימא אין שליח לדבר עברה ולא נעשה שלוחו של מודר כלל, לפע"ד אין מקום לק' זה כלל... לא באו המעות מיד המלוה ליד הלוה ולא הוזהרנו על איסור ריבית בכי האי גוני, אף על גב סוף סוף מעותיו של פלוני המלוה הם והוא נושך את זה גם ממונה מתרבה, אין בכך כלום דמתנה בעלמא היא, כיון שלא באה ההלוואה מידו לידו וזה ברור...

(שו"ת חתם סופר, ו ליקוטים, כו)

באשר לדרישה של רש"י (והרמ"א) לא לפרסם את ההיתר, כתב החתם סופר שלנוכח המצב בתקופתו, מצווה לפרסם את ההיתר:

והנה בנידון אי הי' די איפרושא מאיסורא ע"י ישראל אמצעי וכנ"ל הי' מצוה לפרסם הדבר, אף על גב דכ' רש"י בעצמו דאין לפרסם הדבר כדאי' במרדכי והעתיקו ב"י ורמ"א סי' ק"ס, מ"מ השתא הכא בזמנינו דרוב מחיתם כהנ"ל ולא ישמעו ולא יאזינו למיפסק חיותא דידהו ונכשלים בריבי'

דאורי' במזיד אלא שנעשה להם כהיתר, הי' טוב יותר לפרסם,
ויאכלו בשר תמותו' שחוטו' ואל יאכלו בשר נבלות.

עם זאת, על בסיס פסיקת המהרי"ק, האוסר לחתום שטר על-ידי
שליח המלווה שבו יופיעו שם המלווה ושם הלווה, פסק גם החתם
סופר, על מקרה שעליו נשאל, כי אין להסתמך על ההיתר:

אמנם הלא כ' מהרי"ק והביאו הרב"י סי' ק"ס דע"כ לא אמרו
רש"י אלא במלוה ע"פ ע"י שליח, אבל במלוה בשטר שמזכיר
שמו של מלוה ושל לוה, א"כ עיקור ההלוואה הוה בא ממלוה
ללוה דאשטרא סמכי, ושליח מעשה קוף בעלמא עביד...
דהרי הכא נידון שלפנינו כותבה שיר"א שלו על הח"כ ולא
יועיל אמצעי ישראל לזה בשום אופן.

פסיקת החתם סופר מגבה את פסיקת רש"י, אך מעמידה אותנו
בקושי מעשי ליישם את ההיתר, כל עוד מסמך ההלוואה מזכיר את
שם המלווה ואת שם הלווה.

בדומה לחתם סופר, גם החוות דעת, רבי יעקב בן יעקב משה
לורברבוים מליסא, נתן תוקף עקרוני להיתר של רש"י. אולם בשונה
מהחתם סופר, הוא צמצם יותר את האפשרות המעשית ליישם את
ההיתר של רש"י:

נראה עיקר דאין היתר רק כשמזכיר השליח שם הלוה על
הקרון ואינו מזכירו על הרבית, כגון שאומר השליח הלוה
לפלוגי ואני אתן הרבית, אבל כשמזכיר שם הלוה על הקרון
והרבית הוי רבית דרבנן. ודוקא כשהלוה עושה שליח, אבל
כשהמלוה עושה שליח להלוות מעותיו ברבית רבית קצוצה

הוא. ומה שכתב הרב עשה שטר, לאו דוקא אלא כל שמזכיר שם הלווה על הקרן והרבית אסור.
(חוות דעת חידושים, קס, יז)

החוות דעת מציב סייגים להיתר של רש"י:
ראשית, השליח אינו יכול לצטט את בקשתו של הלווה במלואה. הוא יכול להזכיר את שמו של הלווה בקשר לקרן, אך לא בקשר לריבית. למעשה, על השליח לבקש הלוואה ללא ריבית עבור הלווה, ולהתחייב בעצמו לשלם את הריבית למלווה.
שנית, ההיתר אפשרי רק "כשהלווה עושה שליח". לפי החוות דעת, אין אפשרות ליישם את ההיתר של רש"י על-ידי שליח של המלווה. החוות דעת מרחיב את הכלל של המהרי"ק, שלפיו שמות המלווה והלווה אינם יכולים להופיע באותו שטר. לדבריו אין הכוונה לשטר הכתוב דווקא, אלא לכל עניין ההלוואה – השליח אינו יכול להזכיר כלל את שם הלווה בהקשר של הריבית, לא בשטר ולא בעל-פה.
אם כן, החוות דעת מפרש את ההיתר של רש"י אחרת משאר הפוסקים שתמכו בו. הוא דורש שהשליח ייטול אחריות משפטית על הריבית, ולא רק ישמש בתור גורם מתאם בין הלווה למלווה. בזה הוא יוצר קושי מעשי ליישם את ההיתר של רש"י בפועל.

פתרונות מעשיים ליישום היתר רש"י

גם לפי החתם סופר וגם לפי החוות דעת, לא ייתכן ששם המלווה ושם הלווה יופיעו באותו מסמך. ננסה לבחון אם אפשרי בכל זאת ליישם את ההיתר של רש"י, ולהציע אפשרויות מעשיות.
אפשרות אחת שאפשר לשקול היא שטר פתוח – הנפקת שטר חוב בידי הלווה לטובת מי שיחזיק את השטר, כלומר ללא שם של המלווה. בעולם הכלכלי מוכרת האפשרות לכתוב המחאה

ללא שם – "צ'ק פתוח" (אף שבחוק בישראל נאסרה אפשרות זו, מתחילת 2019). השליח יקבל את השטר החתום מהלווה, וימסור אותו למלווה בלי למלא את שמו של המלווה או שלו עצמו. במועד הפירעון, המלווה ימלא את שמו וימסור את השטר לבנק לתשלום. הרב שבדרון, המהרש"ם, נשאל על מקרה שבו אכן נעשתה הלוואה על-ידי שליח באמצעות שטר פתוח. השליח מסר את השטר מהלווה למלווה, ובסופו של דבר המלווה כתב את שמו והפקיד את השטר בבנק. הלווה נתבע לשלם ריבית, אך הוא טען להגנתו כי לא חתם על היתר עסקא, ואינו יכול לשלם ריבית. השאלה הייתה אם היתר רש"י חל במקרה זה, ויש לחייב מכוחו את הלווה:

שמעון שנתן וועקסיל לסרסור א' להביא לו מעות אם מעכו"ם אם מישראל ברבית, והסרסור לוח מראובן בנכיון שקאנטע על חצי שנה ונתן לו וועקסיל של שמעון והביא לו המעות וא"ל שלקח המעות מעכו"ם, ואחר חצי השנה בא הסרסור לראובן וביקש הרחבת זמן כפי עסקא הקודמת וכן עשה פעמים ושלש, וכעת מסר ראובן הוועקסיל לבאנק עם זשירע שלו ותובעים משמעון, והוא טוען שלא עשה היתר עיסקא ורוצה לנכות כל מה שנתן רבית.
(שו"ת מהרש"ם, ו, קצט)

לאחר דיון בדברי החוות דעת, שלפיהם אי אפשר להזכיר את המלווה ואת הלווה באותו שטר, אומר המהרש"ם שהתנאי אינו מתקיים במקרה זה. לכן הוא שולל את האפשרות ליישם את ההיתר של רש"י:

ומ"ש רו"מ דבוועקסלין שלנו שלא נכתב בו שם המלווה ואין מפורש בשטר למי נשתעבד דינו כמלווה, א"כ י"ל דאדרבה

בכה"ג שכל מי שמוצאו גובה בו הוי כל מי שנותן המעות כאילו מפורש בו, ועוד דהא ידוע שאין להוועקסיל תוקף עד שיחתום גם המלוה, א"כ מעיקרא אדעתא דהכי נעשה הוועקסיל והוי כאלו מפורש שם המלוה, ובפרט כשחתם עליו המלוה כשמסרו ליד הבאנק איגל"מ שבא מיד לזה למלוה כיון דמתחלה נעשה ע"ד כן וחתם עליו לבסוף.

לטענת המהרש"ם, מכיוון שמנפיק השטר ידע מראש ששם המלוה יופיע בסופו של דבר בשטר כדי שהמלוה יקבל את כספו, השטר נחשב כאילו שמוותיהם של המלוה ושל הלווה הופיעו בו מראש. המסקנה היא ששטר פתוח, לפי המהרש"ם, אינו מאפשר את יישום ההיתר של רש"י. צריך, כנראה, לכתוב מסמך אחד בין הלווה לשליח, ומסמך אחר בין השליח למלוה. הבינת אדם, מחבר הספר חיי אדם, הציע כמה אפשרויות ליישום היתר רש"י. תחילה הוא מתאר מצב נתון:

מנהג הסוחרים ששולחים שלוחיהם לירידים, וכותבים שם להסוחרים שזה הוא שלוחו ואם יצטרכו ללוות ילוו להם על חשבונם, והמשולחים ליום לפעמים מנכרים ולפעמים מישראל בריבית קצוצה... וצריכין אנו לברר איזה מותר ואיזה אסור דמנהג זה הוא תמיד בין הסוחרים ונעשה להם להיתר ומעולם לא שאל אדם על זה.
(בינת אדם, שער משפטי צדק, ג)

לפי התיאור, סוחרים היו שולחים את שליחיהם ליריד, וביריד אנשים היו נוטלים דרכם הלוואות מהסוחרים. בתשובתו מסתמך הבינת אדם על היתר רש"י, מתאר את הפוסקים שהתנגדו להיתר

כ"מקצת האחרונים" בלבד, וקובע "שדעת רש"י תורה היא". באשר לאזהרה שלא לפרסם את ההיתר, כותב הבינת אדם שהמצב הוא "עת הצורך גדול... שכן אם לא נמצאו להם בהיתר יעשו איסור".

בהמשך מציע הבינת אדם דרכים ליישום ההיתר:

1. ייפוי כוח – הלווה ימסור ביד השליח מסמך עבור המלווה, ובו יבקש מהמלווה לתת אשראי לשליח. המסמך לא יזכיר את עניין הריבית, אך השליח יוכל לסכם עם המלווה שהחוב יוחזר אליו בריבית:

מיירי שהמלווה יודע שזה הוא שלוחו של הלווה דודאי לא שדי זוזי בכדי, ואם כן אף שהלווה כתב לו בכתב ידו שזה הוא שלוחו ושאם יצטרך ילווה לו, אלא שלא כתב לו שילווה בריבית אלא כתב לו סתם שילווה לו, אין בכך כלום שכוונתו שילווה לו בהיתר, ואפילו נתן הלווה שטר חוב בחתימת ידו והשליח קצץ ריבית.

הצעה זו של הבינת אדם חשובה מאוד, קודם כול בגלל הצטרפותו לעמדה התומכת בהיתר רש"י, ובנוסף בשל שני חידושים עיקריים: ראשית, הבינת אדם מאפשר לכתוב מסמך אחד בין הלווה למלווה, כל עוד אין בו אזכור של הריבית. שנית, הוא מאפשר לשליח לסכם את עניין הריבית עם המלווה, אף שידוע למלווה כי הלווה הוא זה שיצטרך לשלם, "ונמצא סמיכת המלווה על המשלח".

נראה שאפשר ליישם את ההיתר על-ידי נתינת מסמך ייפוי כוח מהלווה לשליח, שמסמך את השליח לחתום הסכם אשראי עבור הלווה.

אגב, ייתכן ששיטת הבינת אדם תתאים לצרכן הפרטי, ותאפשר לו לבקש מאדם אחר לערוך עבורו קניות בכרטיס אשראי. הוא ייתן

לחברו את הכרטיס שלו (בצירוף פתק למוכר, המאשר שהחבר מוסמך להשתמש בכרטיס). אם החבר יקנה בתשלומי קרדיט עם ריבית, זו תהיה בחירתו של המשלם בפועל, ולא מילוי של בקשה מפורשת מבעל הכרטיס. חומר למחשבה.

2. אשראי להון חוזר – הבינת אדם הציע הצעה נוספת, לשימוש "בשעת הדחק":

ויש עוד למצוא תקנה לצורך גדול בשעת הדחק, שיכתוב המשלח להמלוה ישראל שיתן לו סך כך וכך כדי שילווה לשלוחו, דרך משל אם רצונו ללוות אלף ר"ט על ב' חדשים, ומנהגם ליקח ב' למאה לחודש, יכתוב לו שיקבל במתנה ארבעים ר"ט כדי שילווה לשלוחו אלף ר"ט על ב' חדשים, וזה היתר גמור, כדאמרין שרי ליה וכו' הילך זוזא ואוזפיה לפלוני (ובודאי נראה לי דאין חילוק אם אותו פלוני נותן לו בשליחותו של זה הנותן או אחר דמאי שנא כיון דעיקר הטעם שאין הלווה נותן כלום), ואז ילוה השליח ממנו על שמו דוקא בלא ריבית, אבל אסור ללוות על שם המשלח... ויקנה השליח בעד המעות סחורה לעצמו וימכרנו להמשלח. ואף שיש כאן הערמת ריבית, במקום שלא ישמעו לנו לאיסור מוטב להתיר משיבואו לריבית קצוצה.

להלן פירוט המתווה שמציע הבינת אדם:

א. הלווה יתחייב לשלם למלווה כסף במתנה, כדי שיעניק הלוואה לשליח שלו. המתנה תהיה בסכום השווה לשיעור הריבית למשך תקופת ההלוואה, לפי חישוב שייערך מראש בהתאם לתנאי השוק.

- ב. המלווה יעניק לשליח הלוואה ללא ריבית.
- ג. בכסף שיקבל מההלוואה יקנה השליח סחורה לעצמו.
- ד. השליח, שחייב לפרוע את ההלוואה למלווה, ייטול את הסחורה שקנה וימכור ללווה.
- ה. לבסוף יוכל הלווה לפרוע את ההלוואה למלווה.
- מתווה זה מתאים להלוואה עבור רכישה נקודתית. אפשר להמחיש זאת על-ידי עסקה של קניית רכב. לדוגמה: ראובן זקוק לכסף כדי לקנות רכב שמחירו 100,000 ש"ח. כדי לשלם זאת זקוק ראובן לאשראי למשך שישה חודשים.
- א. ראובן יחשב את שיעור הריבית עבור הלוואה בסך 100,000 ש"ח למשך שישה חודשים. לצורך העניין, 5000 ש"ח. לאחר מכן הוא יחתום על חוזה מול שמעון, ובו יתחייב לשלם לשמעון 5,000 ש"ח בעוד שישה חודשים, בתנאי ששמעון יעניק הלוואה לשליח שלו, לוי.
- ב. לוי, השליח, יקבל הלוואה בסך 100,000 ש"ח (ללא ריבית) למשך שישה חודשים.
- ג. לוי ירכוש את הרכב ב-100,000 ש"ח (עדיף ללא ריבית).
- ד. לוי ימכור את הרכב לראובן ב-100,000 ש"ח, באותם תנאים שבהם הוא קנה את הרכב.
- ה. ראובן יפרע את ההלוואה לשמעון.
3. מתנה מהלווה לשליח – הבינת אדם מציין דרך נוספת למקרה של צורך גדול:
- שיתן המשלח במתנה גמורה להשליח סך ארבעים... ששיג לו הלוואה וזה מותר... ואף על גב שהשליח חוזר ונותן אותם להמלוה שילוח המשלח מותר... ובזה צריך השליח לזהר שלא יהיה הוא הלווה.

נראה לדעתי שכוונתו למתווה הבא:

א. הלווה יחשב מראש את סכום הריבית (בדומה לאפשרות הקודמת). לאחר מכן הוא ייתן סכום זה לשליח, ויבקש ממנו לדאוג לו להלוואה.

ב. המלווה יעניק הלוואה ישירות ללווה, ללא ריבית.

ג. אם המלווה לא יסכים להעניק את ההלוואה ללווה, סכום הריבית יישאר בידי השליח בתור מתנה.

התוצאה היא שהמלווה מקבל ריבית; הלווה פורע את החוב ומשלם ריבית; יש הסכם הלוואה בין המלווה ללווה – אך ללא ריבית. כזכור, החתם סופר תמך בהיתר של רש"י, אך על בסיס פסיקת המהרי"ק – הוא אסר לחתום על שטר אחד שבו יופיעו שם המלווה ושם הלווה. ייתכן שהחתם סופר היה מסכים להיתר של הבינת אדם, אף ששם המלווה ושם הלווה מופיעים באותו מסמך, מפני שבמסמך לא מוזכר תשלום ריבית.

יש לציין שהבינת אדם מסתמך על דברי הריטב"א שראינו: "דאף על פי שלא נתרצה המלווה לאיש ההוא עד שנתן לו אותם זוזי מותר". לדבריו, ה"ט"ז כתב שזו ריבית גמורה רק מפני שלא נדפס בימיו הריטב"א. האם ה"ט"ז היה אכן פוסק אחרת, לו ראה את דברי הריטב"א?

הערת החתם סופר: ההיתר מיועד לעוסקים בהלוואות

לסיום הדיון העקרוני בהיתר רש"י, נציין נקודה שמופיעה בדברי הרב ואזנר, בספרו שבט הלוי. הרב ואזנר הביא הערה שכתב החתם סופר במהדורה מאוחרת של תשובותיו. לפי הערה זו הגביל החתם סופר את ההיתר של רש"י ללווים שעיקר עסקיהם הוא הלוואות מעין אלו:

ומ"מ מסברא נ"ל דזה ההיתר אינו אלא בהלוואה שהלוה מרויח הרבה עם המעות ומחי' עצמו, אלא שגזה"כ לא תשיך, ולזה מהני היתר השליחות, אבל היכא שהלוה אינו עוסק במו"מ וזה נשכו ועובר על וחי אחיך עמך לזה לא מהני שליחות, דהא עכ"פ עובר על האי עשה וממילא יחולו עליו הלאוין של רבית יעויי"ש.
(שו"ת שבט הלוי, ב, סט)

הרב ואזנר עצמו מתקשה בהבחנה של החתם סופר, כיוון שאיסורי ריבית חלים על כל סוגי המלווים והלווים, עשירים ועניים כאחד:

ודברי מרן צ"ע רב לחלק באיסור רבית בין עני לעשיר, ולפי דבריו היכא דהלוה מחי' עצמו ברבית אין כאן עשה דוחי אחיך, א"כ נימא דכה"ג אינו יוצא בדינין דהא מהאי קרא דרשינן לה בב"מ ס"ב ע"א, ולדברי מרן ליתא להאי קרא בעני המחי' עצמו, ועיין רמ"א לעיל סעיף א' ואין חלוק בין מלוה עני או עשיר...

לדעתי נראה שהחתם סופר חשש משימוש יתר בהיתר רש"י. כך או כך, נראה שהרב ואזנר לא שלל את היתר רש"י.

היתר רש"י ומעמדה של חברה בע"מ

מאז המאה ה-19, דנו פוסקים רבים באפשרות ליישם את היתר רש"י בתחומי הבנקאות והמסחר המודרניים. הדיון מתבסס על המציאות הרווחת בתחום – עסקאות אשראי נסגרות על-ידי שליחים של המלווה ושל הלווה, ולא בידיהם עצמם. לדוגמה, סביר שבעל חנות לא יעסוק בעצמו בחתימת הסכם אשראי, אלא ישלח את החשב שלו

לחתום על הלוואה עבורו. גם בצד של הבנק, בדרך כלל לא בעלי הבנק הם המטפלים בהלוואה, אלא פקידים. האם גורמים כאלה עומדים בהגדרה של "שליח", ואפשר באמצעותם ליישם את היתר רש"י במסחר המודרני?

מהרי"א הלוי, רבי יצחק אהרן הלוי אטינגר, דן ביישום של היתר רש"י בבנק שהוא "חברת מניות" ("האקציען באנק"). כבר ראינו את הדיונים על מעמדה ההלכתי של חברה בע"מ, שפוסקים רבים התקשו בו. לעומתם, מהרי"א הלוי מתיר ליטול הלוואה מחברת המניות אפילו לכתחילה, על בסיס היתר רש"י:

מכתב שאלתו הגיעני בדבר האקציען באנק אם יש בו חשש איסור רבית. כבר נודע מה שהאריכו הפוסקים ביו"ד סי' ק"ס סעיף ט"ז בהג"ה בדין רבית על ידי שליח. ולפענ"ד נראה דגם הפוסקים האוסרים מודו בנ"ד. דהרי ליכא כאן שום ענין שליחות לא מהמלוה ולא מהלוה דהרי מעולם לא דיבר המלוה עם הדירעקטור שום דיבור מהלואה. כי האקציענערע נותנין המעות להקאסירער נגד השיק אשר הוא נותן להם והעושה הלואה הוא הדירעקטור ואח"כ מקבל הלוח המעות מהקאסירער... והרי בנ"ד כל ההלואות נעשו ע"ש הבאנק ואם הלוח אינו רוצה לשלם אין להמלוה עלי' שום טענה כי אם הבאנק תובעת אותו בד"י או בדא"ה והמעות שייך להבאנק...

(שו"ת מהרי"א הלוי, ב, נד)

ההיתר של מהרי"א הלוי מתבסס על שני עקרונות: הראשון, בהלוואה מחברת מניות, שליחים רבים מפרידים בין המלווה ללווה. השני, למלווה (הכוונה כנראה לבעל המניות שייסד את הבנק) אין

יכולת לתבוע ישירות את הלווה על אי-פירעון ההלוואה. במצב זה, לפי מהרי"א, פשוט והגיוני ליישם את היתר רש"י, ולכן סביר שגם אלה שפקפקו בו היו מתירים אותו בימינו. גם הרב נתנזון, בעל שו"ת שואל ומשיב, במכתב לבעל הקיצור שולחן ערוך שכבר למדנו, דן ביישום היתר רש"י. הוא עוסק בבנק שמנהלת חברת מניות, שבה הן בעלי המניות והן הלווים הם יהודים וגויים. כפי שלמדנו לעיל, הרב נתנזון מתיר לשלם ריבית במסגרת גוף זה, כיוון שאין לדעת אם הריבית תגיע ליהודי או לגוי. בנוסף, מקבל הרב נתנזון גם את היתר רש"י. לדבריו, אף לדעת הפוסקים שלא תמכו בהיתר רש"י, במצב זה ההיתר חל:

אודות השפארקאסא שיש מלויים ישראלים הרבה בחבורה ולוין הרבה ישראלים בחבורה וע"ז רצה מע"ל לאסור בשביל הרבית, ואני השבתי ל"מ לשיטת רש"י דע"י שליח מותר, כאן הוא עכ"פ ע"י שליח, ואף להחולקים על רש"י כאן כ"ע מודים דהא אין מבורר שהיהודים נותנים הריוח להמלוין היהודים. (שו"ת שואל ומשיב מהדורה קמא, ג, לא)

הרב נתנזון מביא את טענתו של הרב גאנצפריד, בעל קיצור שולחן ערוך, שבמסמכי החברה חתומים גם המלווה וגם הלווה. על זאת הוא משיב:

אבל מה ענינו לכאן, אטו מבורר אי המלוה והלוה ישראל, והלא כל הענין הוא בשותפות והמעות מעורב, ואולי היהודי שלוה שנותן השטר או להיפך הוא לוקח המעות של העכו"ם השותפים.

אם כן, גם הרב נתנזון מצטרף לרשימת הפוסקים התומכים ביישום היתר רש"י.

גם החלקת יעקב דן בהיתר רש"י, בדיון על הגדרתה של חברה בע"מ:

עפ"י ההנחה דהבנק הוא גוף בפ"ע כדביארנו לעיל, כשלוה מבנק לא בא מעותיו של פלוני המלוה מיד מלוה ליד לוח, ואף על פי דסו"ס מעותיו של פלוני המלוה, והוא נושך את זה וגם ממונו מתרבה על ידי זה, לא הזהרנו ע"ז. וממילא לא מגרע נמי במה שנכתב השטר על שם המלוה, דבכה"ג אסור אף לרש"י על פי שיטת המהרי"ק וכבחת"ס שם, דבכאן גם השטר אינו על שם המלוה רק על שם הבנק וזה גוף אחר. (שו"ת חלקת יעקב יורה דעה, סה)

באשר לקושי לרשום את שמותיהם של המלווה והלווה במסמך אחד, כותב החלקת יעקב כי אם הבנק נחשב לגוף אחר, אין חתימתו נחשבת לשם המלווה. עם זאת, החלקת יעקב אינו מכריע בבירור שהבנק נחשב לגוף אחר, ולכן עדיין מדובר באיסור דרבנן:

להתיר אף מדרבנן אין לנו, כיון דאין לנו ראיות ברורות דהבנק נקרא גוף אחר, אבל עכ"פ יש לנו לסמוך דלא הוי איסור תורה כיון דההלואה לא באה מיד המלוה בעצמו.

מסקנה, החלקת יעקב אינו מתיר להשתמש בהיתר רש"י, כיוון שזו ריבית דרבנן. אולם נראה שאילו שמות המלווה והלווה לא היו מופיעים על אותו מסמך, החלקת יעקב היה מתיר זאת. הרב משה פיינשטיין, בתשובתו הארוכה בדבר מעמדה ההלכתי של חברה, מציין בהקשר להיתר רש"י:

דינא דהרמ"א שייך רק במלוה על פה ולא בשטר על שם המלוה מהלוה, בין שהוא שטר בכתב ידו בין בחתימת עדים, דהרי צריך לומר לעדים שיחתמו שזהו הלואה ממלוה ללוה ממש ואסור אף להרמ"א.
(שו"ת אגרות משה, יורה דעה, ב, סב)

הרב פיינשטיין מאשר את השימוש בהיתר, אך מגביל אותו אך ורק להלוואה בעל-פה. קשה להסיק מדבריו כיצד היה פוסק אילו שמות המלווה והלווה לא היו מוזכרים באותו מסמך.
הרב מנשה קליין, שכפי שלמדנו שלל יחס מיוחד לחברה בע"מ ומבחינה הלכתית ראה אותה כשותפות, אימץ את היתר רש"י – אך בצירוף להיתר אחר:

בבנק בזמן הזה שנותנים הרבית בכל יום (קאמפאנדעט דעילי אינטערס), אם כן הרבית הוא דבר מועט בכל יום, וכשתחלקנו על כל בעלי המניות שיש בבאנק לא יעלה רק משהו לכל אחד ואחד פחות משווה פרוטה מה שמקבל מאחד... ובפרט כשנצרף גם שיטת רש"י והמרדכי דרבית ע"י שליח לא אסרה תורה...
(משנה הלכות, ז, רס)

הרב קליין כותב כי בפועל, אף אחד אינו מקבל ריבית בשווי של פרוטה או יותר, ולכן לא חל איסור ריבית. להיתר זה הוא מצרף את היתר רש"י. הוא אינו מוכן להסתמך על ההיתר של רש"י בלבד.

היתר רש"י והלוואות חברתיות

ענה נדון באפשרות ליישם את ההיתר של רש"י כפי שפסק הרמ"א. נזכיר את שני התנאים המרכזיים שצריכים להתקיים לפי הרמ"א כדי שיהודי יוכל לקבל הלוואה עם ריבית מיהודי אחר: את ההלוואה צריך לארגן שליח יהודי, ושמותיהם של המלווה והלווה אינם יכולים להופיע יחד באותו הסכם הלוואה או שטר חוב. בימינו יש אמצעים לתווך בין מלווים ללווים. ההתפתחויות הטכנולוגיות בעולם, ובייחוד הרשתות החברתיות, בתוספת מדיניות ממשלתית בישראל המעודדת תחרות בין הבנקים, הולידו תעשייה חדשה המחברת בין מלווים ללווים. מטרתה לאפשר הלוואות יעילות וזולות יותר. להלן תיאור קצר ותמציתי של הלוואות אלו, מתוך אתר האינטרנט של חברת ההלוואות מיטב דש:

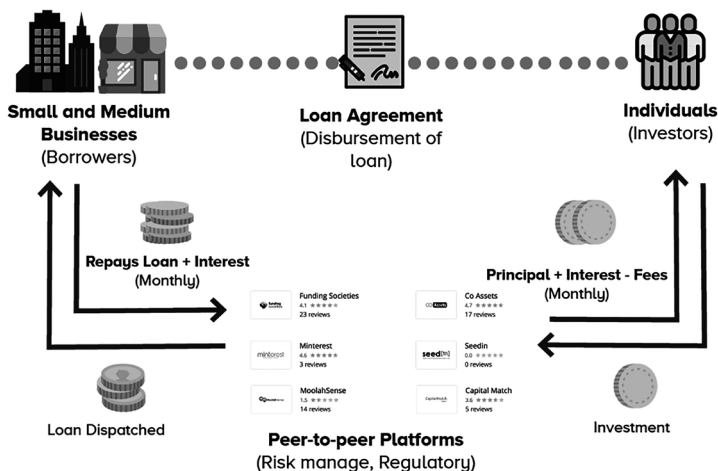
מהן הלוואות חברתיות ואיך הן עובדות?

הרעיון מאחורי פלטפורמות הלוואות חברתיות הוא לחבר בין אנשים פרטיים המעוניינים לקבל הלוואה לבין אלו המבקשים להשקיע את כספם באפיקים שיניבו להם תשואה אטרקטיבית, תוך פיזור הסיכון ובתנודתיות נמוכה, ביחס לשוק. הפלטפורמות הלוואות חברתיות מעניקות את הסביבה הבטוחה ביותר לשני הצדדים, שכן הפרטים של מבקשי הלוואה נשארים חסויים במערכת, ואילו מצדם של המשקיעים אנו דואגים לניהול התהליך כולו, החל מסינון קפדני של מבקשי הלוואות, דירוג האשראי וניהול תהליך הגבייה.

(אתר www.eloan.co.il)

Peer-to-peer Lending

How it works?



באתר של מכון כת"ר נשאל הרב שלמה אישון כמה פעמים על היכולת לקבל הלוואה חברתית או להעניק אותן. ארבע פעמים לפחות הוא קבע כי ללא היתר עסקא, עלולים לעבור במסגרת זו על ריבית מהתורה. בשנת תשע"ו הוא נשאל על אתר האינטרנט "בלנדר", העוסק גם הוא בהלוואות חברתיות, והשיב:

אתר בלנדר הוא בעצם מתווך בין מלווים ללווים. שהם אנשים פרטיים. היות שהמדובר שם באנשים פרטיים ולא בבנקים או בתאגידים אחרים, איסור הריבית הוא חמור הרבה יותר. המלווה שם בלא היתר עסקא עלול לעבור על כמה איסורי תורה, וכן הלווה. ועל כן יש להיזהר מאד שלא להתעסק עם האתר כל עוד אין לו היתר עסקא. יש להדגיש שהיתר העסקא שם צריך לכלול את כל המלווים ולא את אתר בלנדר בלבד שכאמור הוא אינו המלווה אלא רק המתווך. אם תהיה

נכונות מצד החברה הנ"ל, תוכל להפנות אותם אלינו ונסייע להם בניסוח היתר עסקא מתאים.

בשנת תשע"ז נשאל שוב הרב אישון על שירות הלוואות, וענה:

אני מבין שמדובר על הלוואה נושאת ריבית. במצב כזה מותר לתת את ההלוואה בשני תנאים: א. כאשר ההלוואה היא על פי היתר עסקא. ב. כאשר ההלוואה נועדה למטרה שעשויה להצמיח רווח כספי.

תשובה נוספת כתב הרב אישון בשנת תשע"ח, על היתר העסקא של אתר ההלוואות BTB:

אם עדיין הנכנסים לאתר נדרשים לאשר את תנאי היתר העסקא, ומדובר בהיתר עסקא המנוסח כראוי, וההלוואות הן למטרות עסקיות הרי שהדבר מותר על פי ההלכה.

על אותו אתר נשאל הרב אישון גם בשנת תשע"ט. לשאלה מה יעשה מלווה שקיבל ריבית דרך האתר, ולא ידוע לו כלל מיהו הלווה ששילם את הריבית, השיב הרב אישון: "אין בשלב זה מה לעשות, משום שאינך יודע מי הלווים".

כדי להגדיר הלכתית את ההלוואות החברתיות, יש לנתח במדויק את המבנה המשפטי שלהן, לאור היתר רש"י ופסיקת הרמ"א. בשנת תשע"ז התקבל בכנסת תיקון לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים. התיקון שינה באופן יסודי את המבנה המשפטי של ההלוואה החברתית. נביא כאן סעיפים אחדים מתוכו:

לא יעסוק אדם בהפעלת מערכת לתיווך באשראי אלא אם כן בידו רישיון להפעלת מערכת לתיווך באשראי, ובהתאם לתנאי הרישיון.

"מערכת לתיווך באשראי" הינה מערכת מקוונת הפועלת באמצעות רשת האינטרנט או באמצעים טכנולוגיים אחרים... המשמשת לתיווך בין מלווים ללווים לשם ביצוע עסקאות למתן אשראי ולתפעולן של עסקאות כאמור.

בעל רישיון להפעלת מערכת לתיווך באשראי ינהל את כספי המלווים המועברים אליו במטרה שיינתנו כאשראי ללווים, ואת הכספים המועברים אליו כהחזר אשראי מאת הלווים, בחשבון נאמנות נפרד לטובת המלווים.

בעל רישיון להפעלת מערכת לתיווך באשראי לא ימסור פרטים מזהים של לקוח ללקוח אחר... על אף האמור, לא פרע לווה, במועד, אשראי שנתן לו מלווה באמצעות המערכת לתיווך באשראי, ולא עלה בידי בעל הרישיון לגבות את החוב, רשאי בעל הרישיון למסור למלווה, לפי בקשתו של המלווה, פרטים מזהים של הלווה...

בעל רישיון להפעלת מערכת לתיווך באשראי יפעל לגביית החזר האשראי מאת הלווה במועד שנקבע לפירעונו; לא נפרע האשראי במועד, ינקוט בעל הרישיון אמצעי דרישה וגבייה סבירים, לפי דין, לצורך גביית החוב מאת הלווה.

לא יראו בלווה שקיבל הלוואה מידי מלווה באמצעות מערכת לתיווך באשראי, כלקוחו של אותו מלווה לעניין חובות החלות על המלווה לפי כל דין בקשר למתן הלוואה, כל עוד השירותים הניתנים ללווה בקשר לחובות כאמור, ניתנים באמצעות המערכת.

(חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו-2016)

במילים אחרות, החוק דורש הפרדה מוחלטת בין המלווה ובין הלווה. לפי סעיפים אלה נדרש שהמלווה והלווה לא יכירו זה את זה, שהחברה המפעילה את המערכת תתווך ביניהם, ובנוסף שהחברה תמנה נאמן נפרד שיחזיק בכספי המלווים. לכאורה, מתווה זה עומד בכלל: "לא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלווה למלווה."

ההלוואה החברתית בנויה מכמה וכמה הסכמים: הסכם הלוואה; הסכם הצטרפות כמלווה; הצהרה בדבר איסור הלבנת הון; יפוי כוח בלתי חוזר; כתב המחאת זכויות; תנאי פרטיות; תנאי שימוש; שטר חוב; נספח תנאי הלוואה; הוראת קבע לחיוב חשבונות הלווים; היתר עסקא; הסכם חשבון נאמנות.

לעניין הריבית, המתווה החוזי-משפטי בנוי כך:

- א. המלווה חותם על הסכם עם החברה המפעילה את המערכת, כדי להצטרף בתור מלווה.
- ב. הלווה חותם על הסכם הלוואה מול החברה המפעילה את המערכת.
- ג. החברה חותמת על הסכם נאמנות מול חברה לנאמנות, וכספי ההלוואה ללווה עוברים דרך חשבון הנאמנות.
- ד. הלווה מפקיד שטר חוב בידי החברה, ומסמיך את החברה למלא בשטר את מועד הפירעון ואת סכום השטר.
- ה. המלווה נותן לחברה יפוי כוח בלתי חוזר להעביר כסף ללווה ולגבות את החוב.
- ו. המלווה חותם על כתב המחאת זכויות לטובת החברה על כל הזכויות שיש לו, על-פי הסכם ההלוואה.

ממתווה זה עולה כי לכל אורך התהליך, אין שום שטר שחתומים עליו המלווה והלווה יחד. כל המסמכים הם בין המלווה לחברה ובין החברה ללווה.

ראינו לעיל שכמה פוסקים הסתייגו משטרות שנחתמים לכאורה על-ידי שליח, אך ברור מהם כי ההלוואה עצמה ניתנת מהמלווה ללווה. החתם סופר התנגד לשטר "שמזכיר שמו של מלווה ושל לווה... ושליח מעשה קוף בעלמא". הסתייגות דומה ראינו גם בדברי הרב משה פיינשטיין. אולם במקרה של ההלוואה החברתית, לדעתי, ברור כי הצד של החברה אינו נחשב ל"מעשה קוף". להפך, החברה מתפקדת בתור שליחה באופן מובהק, מפעילה שיקול דעת ונושאת באחריות. במחילה מהרב אישון, לא ברור לי הבסיס של פסיקתו כי בהלוואה כזו עלולים לעבור על ריבית מהתורה; לדעתי מדובר בחלופה להלוואה רגילה עם היתר עסקא, שיש לשקול להתיר.

עתה נברר – כיצד פועל היתר עסקא במסגרת ההלוואות החברתיות? באתר של מיטב דש, בין שלל מסמכים משפטיים, אפשר למצוא גם היתר עסקא כללי משנת 2013, שנכתב על נייר מכתבים של בית הדין לענייני ממונות במגדל העמק. נראה שלשטר יש שתי בעיות הלכתיות ובעיה מסחרית-משפטית חמורה:

ראשית, בשל אופייה הייחודי של החברה בתור מפעילה של מערכת תיווך, ניסוח ההיתר מתייחס למעמדה המיוחד – ואינו מזכיר את המלווה:

...כל ענייני הכספים והעסקים שתתעסק בהם חברת אילון בכל סוגי אשראי ופיקדונות התחייבויות וערבויות שונות בין מה שיתעסק עם אנשים וחברות שיתנו כספים לחברה על ידי עצמם או על ידי בא כוחם. בין מה שיתעסק עם אנשים וחברות שיקבלו כספים מהחברה על ידי עצמם או על ידי

באי כוחם לרבות עניינים שהחברה תשמש בהם כמתווך שליח או נאמן...

נראה שמעמדה הייחודי של החברה, בתור מתווכת ולא מלווה או לווה, הביא את הרב אישון לציין כי ההיתר צריך להתייחס למלווה: "יש להדגיש שהיתר העסקא שם צריך לכלול את כל המלווים ולא את האתר בלבד, שכאמור הוא אינו המלווה אלא רק המתווך."

שנית, כפי שלמדנו, הצדדים לעסקא חייבים להבין את משמעות העסקא. ההיתר כולל משפט הסותר דרישה זו: "בפירוש הותנה שאם מאיזו סיבה שהיא לא ידע המקבל או הנותן ענין היתר עסקא זה או שלא ידע כלל מהו היתר עסקא, אעפ"כ יהיה נוהג בו בין עסקא בכל תנאיו".

אלו שתי הבעיות ההלכתיות, ואליהן מצטרפת בעיה משפטית: היתר עסקא בנוי מיסודו על תשלום ריבית שסוכם בין הצדדים, הוא משמש תחליף לצורך בשבועה או בעדים כשרים כדי להוכיח הפסד או רווח. החברה, לעומת זאת, בנויה מיסודה על הלוואות בריבית זולה יותר מהשיעור בבנק. בנוסח השטר כתוב:

ורק אם יתפשר עם הנותן לתת לו עבור חלקו בריוח...
ריוח כפי שנהוג בחברות ובבנקים... אז יהיה המקבל פטור
משבועה חמורה. ומותר הריווח יהיה שייך לו בלבד.

כלומר, הלווה סבור שהוא משלם ריבית נמוכה, אך שטר העסקא מחייב אותו לשלם ריבית בנקאית כדי להשתחרר מחיוב השבועה או העדים. זו הבעיה המוכרת של שני מסמכים משפטיים סותרים עבור אותה הלוואה.

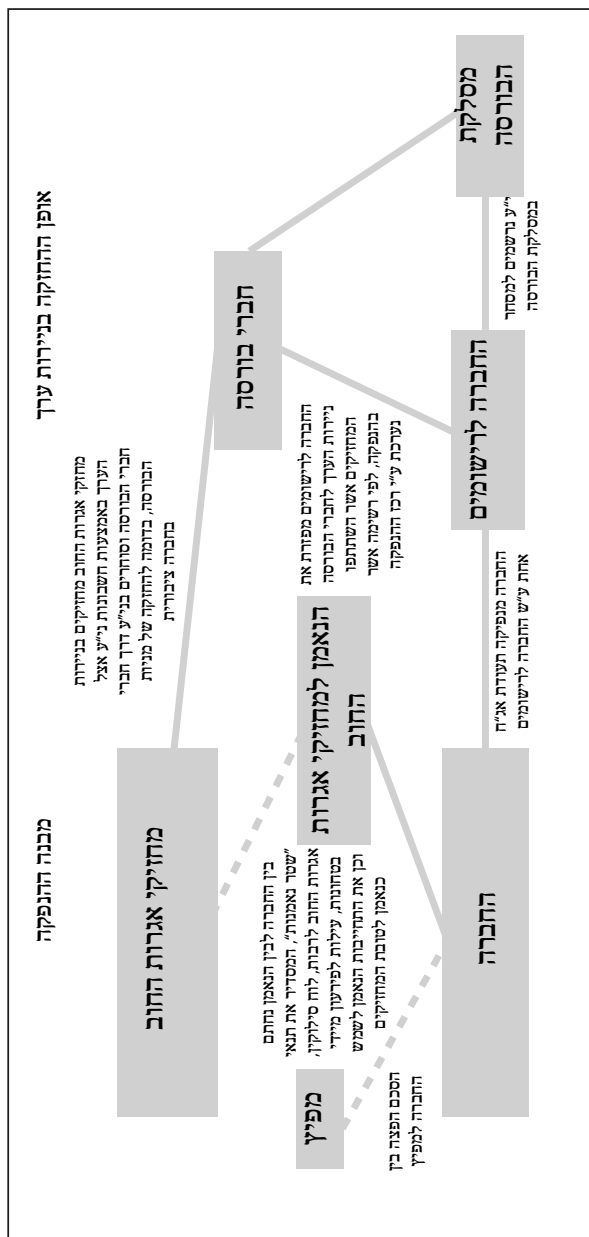
לכן, הסתמכות על היתר רש"י נראית נכונה יותר מהסתמכות על היתר עסקא בעיית.

הנפקת אגרות חוב

נבחן את היישום של היתר רש"י גם בתחום אגרות החוב. בפשטות, הנפקת אגרת חוב הנסחרת בבורסה היא למעשה מתן הלוואה – רוכש אגרת החוב מלווה לחברה שהנפיקה אותה. כלומר זהו הסכם הלוואה בין מלווה ללווה. במציאות, המבנה המשפטי של אגרות החוב מורכב הרבה יותר:

- א. בין החברה המנפיקה לנאמן נחתם "שטר נאמנות", המסדיר את תנאי אגרת החוב, לרבות לוח סילוקין, בטוחות, עילות לפירעון מיידים וכן את התחייבות הנאמן לשמש נאמן לטובת המחזיקים.
 - ב. החברה מנפיקה תעודת אגרת חוב אחת על שם החברה לרישומים.
 - ג. החברה לרישומים מפזרת את ניירות הערך לחברי הבורסה של המחזיקים שהשתתפו בהנפקה, לפי רשימה שנערכת בידי רכז ההנפקה.
 - ד. מחזיקי אגרות החוב מחזיקים בניירות ערך באמצעות חשבונות ניירות ערך אצל חברי הבורסה, וסוחרים בניירות ערך דרך חברי הבורסה.
- כמו בהלוואה החברתית, גם בתחום זה נראה שהנאמן, החברה לרישומים, מסלקת הבורסה ואחרים אינם עושים "מעשה קוף בעלמא". תפקידם בתור מתווכים הוא ממש. בנוסף, אין "שטר על שם המלווה מהלווה", בעיקר מפני שהמלווה אינו יודע ואינו מכיר את שמות הלווים, זה תפקידו של הנאמן.

מבנה סכמטי של הנפקת אג"ח ציבורי



היתר רש"י ניתן ליישום בהנפקת אגרות חוב ובמכירתן בשוק המשני. למעשה, גם ללא ההיתר של רש"י, נראה פשוט שמותר לסחור באגרות חוב. השולחן ערוך פסק כי ניתן למכור שטר חוב בפחות מערכו הנקוב של השטר, ובלבד שמוכר השטר אינו אחראי כלפי הקונה לפירעון השטר:

מי שיש לו שטר חוב על חבירו או מלוה על פה מותר למכרם לאחר בפחות, ואפילו לא הגיע זמן הפרעון, ואין בו משום רבית, ובלבד שיהא אחריות השטר והמלוה על הלוקח, כגון אם יעני הלוח שלא יהיה לו ממה לפרוע שלא יחזור על המוכר. אבל אחריות שבא מחמת המוכר כגון שנמצא פרוע או שטרפו בעל חוב מוקדם א"צ שיהיה על הלוקח. (יורה דעה, קעג, ד)

לדוגמה, אגרת חוב בעלת ערך נקוב של 100 ש"ח, לפירעון בעוד חמש שנים, נסחרת בבורסה לפי שווי של 90 ש"ח. אם אגרת החוב נמכרת ב-92 ש"ח, אין חשש ריבית מצד המוכר או הקונה, ובלבד שהמוכר אינו ערב להתחייבות של החברה שהנפיקה את אגרת החוב. בעל ברית יהודה (הפתחי חושן) כתב כי "פשוט" שאין בזה איסור ריבית:

קיימים כיום בארץ ישראל שני סוגי עיקריים של ניירות ערך הנסחרים בבורסה, הסוג האחד אגרת חוב... הנושאים ריבית קבועה... והשני שבעיקרם מניות... ובנדון דידן בענין מכירת שטרות הדבר פשוט שכל נייר סחיר דינו כשטר לענין זה, ואפילו כשהתעודה היא על שם... (ברית יהודה, טו, כב)

למרות מקורות אלו, ב-2011 דווח בעיתונות כי לטענת מכון כת"ר כמה אגרות חוב של חברות גדולות אינן כשרות. הסיבה היא שאותן חברות אינן חתומות על היתר עסקא:

אגרות החוב של החברות "שטראוס עלית", "החברה לישראל" ו"גזית גלוב" – אינן כשרות: כך טוען מחקר חדש של מכון "כתר" לכלכלה על פי התורה. על פי המכון, החברות לא אימצו את הפתרון ההלכתי לבעיית ההלוואה בריבית ועל כן מסחר באגרות החוב שלהם הינו בלתי כשר, מפני שהוא נתפס כרווח המופק מהלוואה בריבית. בדיקת המכון התבססה על כלל החברות הכלולות במדדים הישראליים ת"א 25 ות"א 100, המנפיקות אגרות חוב. ב"כתר" טענו כי רכישת אגרות חוב הינה סוג של הלוואה, שכן מדובר בהלוואה שהמשקיע מעניק לחברה, מתוך ציפייה כי יקבל בעבורה ריבית – מה שעומד בניגוד לאיסור ההלכתי על הלוואה בריבית מיהודי.... כעת, טוענים במכון "כתר", גם החברות המנפיקות אגרות חוב זקוקות לאישורים הלכתיים. הרב שלמה אישון, ראש מכון "כתר", הסביר לעיתון "TheMarker" כי "אם לחברה אין היתר עסקא, המשמעות היא שאדם שקונה אג"ח של אותה חברה עלול לעבור על איסור ריבית, שזה איסור הלכתי חמור. מדובר בפגיעה בציבור הדתי – ציבור שמקפיד על כשרות במוצרי המזון, אך עלול לעבור על איסור ריבית."

(אתר כיפה, 14.9.11)

בדו"ח שפורסם באותה שנה, "ריבית בשוק ההון - דו"ח מצב תשע"ב", בדק מכון כת"ר את מצב היתרי העסקא בקרב החברות המובילות בבורסה הישראלית. להלן תוצאות הדו"ח:

מבדיקת המכון מתברר כי מרבית החברות המנפיקות אגרות חוב וכלולות במדד "ת"א 100", מקפידות להחזיק ב"היתרי עיסקא" כדין. עם זאת, מבדיקת המכון עולה כי חברות רבות אינן מחזיקות ב"היתר עיסקא", וחלקן אף אינן מוכנות לחתום על היתר שכזה... מלכתחילה נימקו חלק מהיועצים המשפטיים את סירובם בכך ש"היתר עיסקא" הוא מסמך "דתי" שאינו מובן להם, והם אינם מוכנים לחתום על מסמך שאינם מבינים. לשם כך ישבו חוקרי המכון וניסחו "היתר עיסקא" המיועד במיוחד לחברות המעוניינות להנפיק אגרות חוב, אשר כתוב בשפה משפטית, וברור גם לעורך דין חסר כל השכלה תורנית. "היתר עיסקא" זה קיבל את אישורו של נשיא המכון הגרז"נ גולדברג שליט"א. צעד זה איפשר לבתי השקעות לבחון את ההיתר, וחלקם אף חתמו עליו. למרות זאת במרבית החברות עמדו היועצים המשפטיים בסירובם לחתום גם על היתר זה. מפליא לחשוב, שבין החברות אשר סירבו בתוקף לחתום על היתר עיסקא ביודעם כי משמעות העובדה היא כי הם לווים בריבית ומכשילים את הציבור באיסור ריבית, הייתה גם חברת שטראוס - עלית, המתהדרת בהכשרים "מהודרים..."

אנו מקווים כי הפעלת לחץ כלכלי על החברות הללו, באמצעות יועצי ההשקעות של כל אחד מאיתנו, עשויה להביא את מרביתן להבנה כי חתימה על "היתר עיסקא" אינה רק נכונה מבחינה הלכתית אלא משתלמת מבחינה

כלכלית. לשם כך מפרסם מכון כת"ר את רשימת החברות העדכנית שבהן ההשקעה מותרת, ולעומתן את החברות שבהן ההשקעה אסורה. את הרשימה ניתן להגיש ליועץ ההשקעות או למנהל הקרן, ולבקש ממנו כי מעתה ואילך יקנה אגרות חוב אך ורק מחברות ללא חשש ריבית. (אמונת עתיך 96 (תשע"ב), עמ' 122-125)

אין בפי הסבר מדוע העדיפו במכון כת"ר לנהל מאבק זה, במקום להתבסס על ההיתר של רש"י המאפשר להנפיק אגרות חוב, ועל פסיקת המחבר לעניין מסחר באגרות חוב. בנוסף, גם בחברות שהסכימו להנפיק אגרות חוב על בסיס היתר עסקא, טרם נפתרה בעיית הריבית – כיוון שהן אינן מגלות בתשקיף של הנפקת אגרות החוב את המשמעות של היתר עסקא. אין זכר בתשקיף לעובדה שחצי מאגרות החוב אינן אגרות חוב אלא פיקדון, כלומר נייר הוני ולא חוב. חוסר הגילוי מחטיא את ציבור המשקיעים. הסתמכות על היתר רש"י ופסיקת השולחן ערוך, לעומת זאת, לא תעמיד את מנהלי החברה באיסורי גנבת דעת, ובבעיות משפטיות אחרות, אזרחיות ופליליות.

ריבית כקנס

ראינו היתר אחד שנכלל בקונטרס הסמ"ע – ריבית על-ידי שליח. כעת נראה היתר נוסף שמובא בקונטרס, וקל יחסית ליישום בשוק המודרני. היתר זה מתאים לתעשיית כרטיסי האשראי ולרכישות באשראי, ואולי גם להלוואות חוץ בנקאיות. להלן ההיתר כפי שהוא כתוב בקונטרס הריבית לסמ"ע:

וגדולה מכל אלו כתבו בהגהות מרדכי פא"ג וחקק ונדפסו בעט ברזל של טופס שטר רבית זה העתקתי מכתבת יד מהר"י מאורליינש, דהתיר ללות ברבית מתוך שטר כזה וז"ל:

הנני ח"מ מודה שאני חייב לפלוני כך וכך מחמת שהלוה לי לזמן כך וכך והנני מחוייב לפרוע לו לזמן ט"ז ימים כו', וכל זמן שאעכבם ולא אפרעם לו עלי לתת לו במתנה כל שבוע ושבוע שאעכבם מיום הלואה ולמעלה עד יום הפרעון כך וכך פשיטין ממטבע פ', וכן בכל שבוע ושבוע וכו', וכל זמן ששטר זה יוצא מתחת ידו אינו נאמן לטעון שום טענה כו' עד ותנאי זה נעשה כתחז"ל כו' ולבסוף כ' שיחתום הוא עצמו בשטר ועוד עדים אחרים עכ"ל.

ואף שב"י פסד שאסור לעשות כן ושהרשב"א כתב דהוי ר"ק לכ"ע וגם מור"ם סי' קע"ז הביא שאסור לעשות כן, מ"מ כיון דמצינו שהם הקילו ופרסמו הדבר בתיקון הנוסח והטופש לרבים ש"מ דשרי, ומצוה לגלות היתרים שהם אליבא דהלכתא לנאמני הקהלה והם יורו דרך לאיש ע"פ ענינו וכנ"ל, אך השמר ופן שלא יתירו הנאמנים שום היתר עד שיסבירו הענין להלוה והמלוה בענין שיבינו ההיתר וכן יכתבו ע"ג השטר שנעשה באופן זה מההיתר הנ"ל.

ההיתר בנוי על נוסח שהעתיק המרדכי משטר שכתב הר"י מאורליינס. רבי יעקב מאורליינס היה מתלמידי רבנו תם ומבעלי התוספות. הוא חי באורליאן שבצרפת עד 1171 לפחות ואז עבר ללונדון. הר"י מאורליינס היה בין קורבנות הפרעות נגד היהודים בלונדון, ביום הכתרת המלך ריצ'רד הראשון ("לב הארי") ב-1189. להלן נוסח השטר של הר"י מאורליינס, כפי שהביא המרדכי:

הנני ח"מ מודה הודאה גמורה שאני חייב לפלוני בן פלוני כך וכך מחמת שהלוה לי לירח פלוני שנת כך וכך לפרט למנין שאנו מונין כאן במתא פלוני, והנני מחויב לפורעם לו תוך ט"ו ימים להזמנתו ולהגיע לידו בעיר פלוני באחריותו, וכל זמן שאעכבם ולא אפרע לו עלי לתת לו במתנה כל שבוע ושבוע שאעכבן מיום ההלוואה ולמעלה עד יום הפרעון כך וכך פשיטין ממטבע פלוני, וכן בכל שבוע ושבוע, והכל אני מחויב להביא בידו בעיר פלוני באחריותו תוך ט"ו ימים להזמנתו. וכל זמן ששטר זה בידו איני נאמן לטעון שום טענה בעולם מכל המבואר באגרת הזאת, אלא יהא נאמן עלי בלא שבועה לומר שאני חייב לו כל המבואר באגרת, ועלי להאמינו בלא שבועה כי כן התנינו בשעה שמסר לי מעותיו, ותנאי זה והודאה זו עשוי בתקון חכמים ובביטול כל מודעי דלא כאסמכתא ולא כטופסי דשטרי, ומה שהודיתי לו והתניתי לו חתמתי להיות בידו לזכות ולראיה וחתימתי תעיד עלי כמה עדים כשרים ויחתום הוא עצמו בשטר ועוד עדים אחרים.

(מרדכי בבא מציעא, הגהות מרדכי נוספות, פרק הזהב
תנה)

במוקד השטר, כפי שמביא המרדכי בשם הר"י מאורלינס, עומדים שני יסודות: האחד – הלווה חייב להחזיר את ההלוואה בתוך 15 יום. השני – במקרה שהלווה לא יפרע את ההלוואה בזמן, הוא ייתן ב"מתנה" סכום שהוגדר מראש עבור כל שבוע, עד שיפרע את סכום ההלוואה במלואו.

שטר זה מעלה כמה שאלות:

- לכאורה, נראה כי מדובר בהלוואה בריבית קצוצה, שהרי סכום הקרן והריבית מוגדרים מראש. איך ייתכן שניתן להשתמש בהסכם כזה?
- כיצד משפיע השימוש במונח "מתנה" על המשמעות ההלכתית של ההסכם?
- האם נעשה שימוש בפועל בנוסח זה?

המקור במשנה ובגמרא

המקור לנוסח זה, שעליו מתנהלים בראשונים כל הדיונים על הנוסח, נמצא במשנה:

מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו ואמר לו: אם לא אתן לך מכאן ועד יום פלוני תן לו שטרו, הגיע זמן ולא נתן - רבי יוסי אומר: יתן, רבי יהודה אומר: לא יתן.
(בבא בתרא י, ה)

נמחיש את המקרה: ראובן נתן לשמעון הלוואה בסך 1,000 ש"ח, ושמעון חתם לראובן על שטר חוב בסכום הזה. לימים, פרע שמעון חלק מההלוואה בגובה 300 ש"ח, והפקיד את השטר המקורי בסך 1,000 ש"ח בידי נאמן. לפי סיכום שנעשה עם הנאמן, אם שמעון לא יפרע את יתרת החוב (700 ש"ח שנותרו) עד תאריך מסוים, אזי הנאמן יעביר את השטר לראובן. ראובן יוכל לממש את השטר במלואו, ולקבל 1,000 ש"ח נוסף ל-300 ש"ח. בסך הכול הוא יקבל 1,300 ש"ח.

נתאר את ההסדר בפשטות: שמעון מתחייב לשלם קנס אם לא יחזיר את החוב במועדו. נוסף לפירעון החוב, הוא ישלם 300 ש"ח נוספים. לכאורה, נראה כי מדובר בריבית: סכום ההלוואה היה 1,000 ש"ח,

ובסופו של דבר ראובן מקבל 1,300 ש"ח.
מקרה זה נתון במחלוקת במשנה, בין רבי יוסי לרבי יהודה. הגמרא
מבררת את יסוד המחלוקת, וקובעת:

רבי יוסי סבר: אסמכתא קניא, ורבי יהודה סבר: אסמכתא
לא קניא.
(בבא בתרא קסח, ע"א)

המחלוקת קשורה לדין אסמכתא, כלומר לתוקף של תנאי, שאחד
הצדדים מקווה ומאמין שלא יתממש. בדוגמה שלנו, שמעון מאמין
שהוא ישלם את כל החוב ולא יצטרך לשלם 1,300 ש"ח, והשאלה
היא אם יש תוקף להתחייבותו שלא חשב שיעמוד בה. מכל מקום,
רק תוקפו של התנאי מעסיק את הגמרא, ונושא הריבית אינו מופיע
בה כלל.
בעקבות ההתעלמות של הגמרא מנושא הריבית, קובע הר"י מיגאש
במקום:

ואף על גב דהא קא רווח מלוה ואשתכח דקא שקיל מיניה
טפי מהלוואתו, הא מילתא שריא ולית בה משום חשש ריבית.

אף שבסופו של דבר המלווה מקבל יותר מסכום הקרן של ההלוואה,
אין בעיה של ריבית בעסקה. הר"י מיגאש מנמק מדוע לא מדובר
בתשלום ריבית:

וטעמא דמילתא דכי אמרי' ריבית הוא ואסור, הני מילי היכא
דהוה ההוא תוספת דקא שקיל אגר נטר ליה, ובהא מילתא
כד מעיינת בה לא משכחת בה אגר נטר ליה כלל, דהא אילו

פרע ליה לוח למלוה במשלם זימנא דקצב ליה מאי דאישתייר גביה מהאי שטרא הוה שקיל ליה מלוה בלא תוספת, וכי לא פרע ליה במשלם זימנא הוא דקא מהדר ליה שליש לשטרא וגבי ליה לכוליה מיניה, וכיון דאלו פרע ליה לוח במשלם זימנא ההוא מידי דאישתייר ליה גביה הוא שקיל ליה מלוה בלי תוספת, אשתכח דלא מטיא ליה הנאה למלוה מחמת האי זימנא דארווח...

היסוד הכלכלי וההלכתי של ריבית הוא תשלום תמורת זמן. לפיכך הלווה מקבל זכות להשתמש בכסף החל מיום מתן ההלוואה ועד מועד הפירעון. על זכותו להחזיק בכסף הוא משלם סכום כסף נוסף. לעומת זאת, בעסקה המתוארת במשנה אין זה בהכרח המצב. אם הלווה יפרע את החוב במועדו, הוא לא ישלם כל תוספת יותר מהקרן של ההלוואה. התשלום הנוסף, או הקנס, יחול רק אם הלווה לא ישלם בזמן. לפי הר"י מיגאש, אם יש אפשרות לשלם קרן בלבד ללא כל תוספת, אזי אין בעיה של ריבית – גם אם בפועל, בסופו של דבר, הלווה התחייב בתשלום נוסף (בתור קנס) מעבר לפירעון החוב. יש לשים לב שבדוגמה שבמשנה, סכום הקנס אינו עולה או יורד בהתאם לזמן שעובר ממועד הפירעון. זהו קנס חד-פעמי שאינו משתנה.

הדיון בראשונים

הרשב"א, רבי שלמה בן אדרת, נשאל על מצב שכנראה היה הרגל בזמנו: "שהורגלו שם לכתוב בשטרי הלואה אם לא אפרעך לזמן פלוני אתן לך כך וכך". הרשב"א השיב כי מפשט המשנה נראה שאינו זו ריבית:

איברא מיפשטה של משנתי שאין כאן משום רבית כלל...
 וטעמא דמילתא משום דאין רבית אלא דבר שמתרבה משום
 אגר נטר לי וזה אינו כן. שאלו פרעו בזמנו לא היה מרבה
 לו כלום. ואם לא פרעו במשלים זמניה ממש חייב ליתן לו
 באותה שעה קרן וקנס ואינו ממתין לו על הקרן כלל. ואם כן
 ליכא אגר נטר לו כלל.
 (שו"ת הרשב"א, א, תרנא)

אף שאין זו רבית מן התורה, וגם לא אבק ריבית האסור מדרבנן,
 הרשב"א מכריע שאין לעשות כן לכתחילה:

אסור לעשות כן לכתחלה מפני הערמת רבית... ואף על פי
 שיש לדון בדבר כן נראין הדברים. ואין מורין בדבר זה להקל.
 וכל שכן כאן שהדעת מכרעת שהם מתכוונים להערמת
 רבית.

איך ידע הרשב"א שהצדדים מתכוונים להערמת רבית? האם הסכם
 ההלוואה שעליו נשאל הרשב"א שונה מהעסקה המופיעה במשנה,
 שבה אדם פורע חלק מהלוואה שלו ואחר כך מוכר את שטר חובו?
 האם הבסיס לפסיקה שאין זו רבית, "שאלו פרעו בזמנו לא היה
 מרבה לו כלום", נכון גם במצב שעליו נשאל הרשב"א?
 רבי יצחק בר ששת פרפת, הריב"ש, דן בשאלה דומה. הוא נשאל על
 מכירת סחורה:

מכר סחורה בששים זהובים שקבל מיד הזהובים, והתנה לתתה
 לו הסחורה לחצי שנה, ואם יעבור על זה, שיתן בעבורה ק'
 זהובים; וקנו מידו ונשבע להשלים. הגיע זמן ולא נתן [ו]אומר,

כי אינו חייב כי אם ס', והשאר הוא רבית, ואסור.
(שו"ת הריב"ש, ש' שלה)

המקרה: מוכר מכר סחורה, והקונה שילם עליה מראש 60 זהובים. המוכר הבטיח לספק את הסחורה בתוך חצי שנה, והתחייב שאם לא יספק את הסחורה בזמן – ישלם לקונה את כל הכסף שקיבל (60) זהובים, בתוספת קנס בסך 100 זהובים. אולם לאחר מעשה, המוכר טען שהוא חייב רק 60 זהובים, מפני שהזהובים הנוספים הם ריבית – ואסור לו לשלם אותם. הריב"ש התיר תשלום קנס זה לכתחילה, מפני שההסכם כלל תשלום קנס (או "ריבית") אך ורק אם יופר:

וכיון שמפני פסיקה על הסחורה אין כאן רבית כלל, אף מה שהתנה, שאם לא יתננה לו לאותו זמן הקצוב, שיתן לו בעבורה מאה זהובים, אין כאן אגר נטר ליה, כמו שאמרת גם אתה. שהרי אם היה נותן לו סחורתו בסוף הזמן, לא היה כאן רבית כלל, ואף אם הוקרה; ואף אם נתן לו דמיה במעות, כמ"ש; וברגע אחד, בעבור קץ הזמן, הוא מתחייב בבת אחת בכל התוספת, ואין זה נקרא רבית, אלא קנס, ומותר אפי' לכתחלה.

הריב"ש התקשה בדברי הסיכום של הרשב"א, שבהם הוא טען שמדובר בכל זאת בהערמת ריבית:

כל זה כ' הרשב"א ז"ל בתשובה; וכתב בה, שאע"פ שיש לדון בדבר, כך נראין הדברים, ואין מורין בדבר זה להקל. וקשה לי על דבריו... ומ"מ נראה, שאף הרב ז"ל לא אסר לכתחלה אלא במי שמלוה מעות ומתנה לתת יותר אם

לא יפרע בזמנו, דהויה הלואה גמורה, והוי כהערמה. אבל
בנדון זה, שלא היתה הלואה מתחלה, אלא מכירת סחורה,
ואפי' אם הוקרה בסוף ונתן לו דמיה, מותר אפי' לכתחלה,
ואין כאן משום הערמה כלל, ואף על פי שנוטל יותר ממה
שנתן לו, כיון שלא היה בדרך הלואה אלא בדרך מכירה;
וא"כ, כשהתנה בה בדרך קנס, מותר אפילו לכתחלה.

לדעת הריב"ש, גם הרשב"א יסכים כי במסגרת עסקה למכירת
סחורה – תשלום קנס מותר לכתחילה.
עוד סוג של הסכם הלוואה שמוטל בה קנס נמצא בספר התרומות.
ספר התרומות נכתב בידי רבי שמואל הסרדי, שנולד בראשית האלף
השישי (1240) והיה בן זמנו של הרמב"ן, ובן עירו ברצלונה. הוא
מתבסס על הר"י מיגאש שלמדנו.

וכן יש דרך שנראה כאגר נטר לי ומותר. וכיצד, הלוהו אלף
דינר וקבע עמו זמן עד שנה, ומתנה עם הלוה ואמר לו אם
לא תפרעני בזמני הרי אתה חייב לי מעכשו ולזמן העכוב
באלפים דינרים, הרי זה מותר ואין זה רבית. ולא עוד אלא
אפילו" הגיע זמנו ואמר לו ארויח לך זמן עד שנה אחרת, ואם
לא תפרעני אלף שהלוייתך בזמן ההוא תתחייב לי מעכשו
ולזמן העכוב שתתן לי באלפים, הרי זה מותר.
(ספר התרומות, שער מו, חלק ד, לב)

ההסכם של ספר התרומות מורכב משני חלקים:
א. מוסכם מראש שאם הלוה לא יפרע את החוב בזמן, הוא ישלם
קנס גדול מאוד. יש לשים לב לכך שהקנס חל "מעכשו ולזמן
העכוב". הר"י מיגאש לא כלל ניסוח כזה בדבריו.

ב. גם כשמגיע מועד הפירעון, יכול הלווה "לקנות זמן" נוסף, ולחדש את ההסדר שלפיו ישלם קנס אם לא יעמוד במועד התשלום החדש. הר"י מיגאש כלל לא הזכיר את האפשרות הזו. ספר התרומות מתיר לכתחילה את מה שהרשב"א אסר בגלל הערמת ריבית. בנוסף, הוא מאפשר לחדש את ההסכם ולהאריך את זמן ההלוואה, מה שנראה דומה ל"אגר נטר" – תשלום עבור הזמן שבו הכסף אצל הלווה – אך הוא דומה למקרה שמופיע במשנה המקורית.

הבית יוסף (יורה דעה, קעז, יד) הביא תחילה את ספר התרומות והר"י מיגאש, שהתירו לכתחילה לחתום על הסכם הלוואה עם סעיף קנס, ולאחר מכן הביא גם את תשובת הרשב"א שחשש מבעיה של הערמת ריבית. אולם בשולחן ערוך הוא פסק לפי הרשב"א דווקא:

האומר לחבירו: אם לא אפרעך לזמן פלוני הריני חייב לך מעכשיו ולזמן העיכוב כך דינרין (יותר ממה שהלווה), אסור מפני הערמת רבית.
(יורה דעה, קעז, יד)

לעומתו, הרמ"א הוסיף: "ויש להקל בזה", והפנה להלכה שדנה בעניין הערמה – "ועיין לעיל אם עבר ועשה ערמה ברבית אי מוציאין מידו".

אל מול בעיית הערמה הטמונה בהיתר עסקא כללי, נראה לדעתי שיש פחות הערמה בהלוואה שמוטל בה קנס.

קנס שגדל עם הזמן

אם מעיקר הדין מותר לקחת הלוואה ללא ריבית, ולשלם קנס אם היא לא תשולם בזמן, נעבור לשלב הבא – האם הקנס יכול לגדול עם הזמן? כמובן, אם הלווה ישלם בזמן – הוא לא יצטרך לשלם שום קנס וממילא הוא לא יגדל, השאלה היא אם אחרי מועד הפירעון הקנס יכול לגדול.

הרשב"א דן בנושא זה, אך לא במישרין, אלא בהקשר של תשלום נדוניה. המקרה: ראובן החתן קיבל הבטחה מחותנתו שהיא תשלם ביום השנה לנישואין נדוניה על סך 1,200 דינרים. בהסכם הנדוניה הוצב תנאי:

אם תעכב מלפרוע לי האלף והק"ק דינרין הנזכרים, בשום צד בעולם, כולן או מקצתן, היה תנאין בינינו: להוסיף לי על סך הנדוניה הנזכר, על כל עשרים דינרין מהם, ששה פשוטין בכל חודש וחודש.
(שו"ת הרשב"א, ב, ב)

כלומר, אם החותנת לא תשלם בזמן, ככל שהתשלום יתעכב – יגדל הסכום באחוז קבוע מדי חודש. כנגד התחייבות זו קיבל החתן שטר ביטחון. לאחר שנודע לחתן כי החותנת מימשה סכום מסוים מתוך שטר הביטחון, הוא מימש את יתרת השטר אף שמועד התשלום טרם הגיע. בעקבות זאת תבעה החותנת את החתן. בין טענותיה, היא טענה כי התוספת היא בכלל ריבית. הרשב"א פסק כי "אין ממש בדבריה... ומה שטען ראובן: כי יש תוספות על הנדוניה. ועל פי תנאין אלו עמד וקדש ונשא את בתה, טענה יפה היא". כלומר, לא מדובר בעסקת אשראי אלא בהתחייבות לשלם במסגרת עסקה (בדומה לשו"ת הריב"ש שלמדנו).

בעיקרון, הרשב"א חזר בתשובתו על עמדתו שראינו – מעיקר הדין אין איסור לשלם קנס לאחר מועד הפירעון. אולם באשר להגדלת הקנס עם זמן, הוא כתב:

אבל בנידון שלפנינו, דאומר לו: אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני, משם ואילך אתן לך כך וכך בחודש... הרי זו רבית גמורה. ולא תהיה כזאת בישראל... וזו שגגה גדולה.

לפי הרשב"א, קנס הגדל עם הזמן נחשב לריבית גמורה ואסור לחלוטין. עמדה זו מעלה כמה שאלות:

- מה ההבדל בין קנס חד-פעמי לקנס שגדל עם הזמן, הרי ממילא אם הלווה ישלם בזמן – הוא לא ישלם תוספת?
- האם אופן זה של ריבית אסור מדרבנן ("אבק ריבית") או מדאורייתא?
- הרשב"א כתב כי המקרה המדובר אינו נחשב להסכם הלוואה אלא להתחייבות במסגרת עסקה. האם ייתכן שהקנס נחשב לריבית בנסיבות אלו דווקא?
- האם יש הבדל בין קנס שגדל מדי חודש לקנס שנתי?
- אילו קבעו את הקנס בתור סכום קבוע מראש, והוא לא היה מחושב על בסיס התשלום שלא שולם בפועל, האם הרשב"א היה מגיע לאותה מסקנה?

פסיקת הבית יוסף

הבית יוסף הסתמך על תשובת הרשב"א, ואסר להשתמש בהיתר של הר"י מאורלינס. בשטר של הר"י מאורלינס עצמו, כפי שהובא במרדכי, כלולה אפשרות של קנס הגדל עם הזמן:

אני חייב לפלוני כך וכך מחמת שהלוה לי לזמן כך והנני מחוייב לפורעם לו לזמן ט"ו ימים להזמנתי, וכל זמן שאעכבם ולא אפרעם לו עלי לתת לו במתנה כל שבוע ושבוע שאעכבם מיום ההלוואה ולמעלה עד יום הפרעון כך וכך פשיטין מזהוב, וכן כל שבוע ושבוע.

לפני שהבית יוסף מביא את דברי הרשב"א, הוא כותב כי השטר של הר"י מאורלינס אסור בגלל בעיה של הערמת ריבית:

ומכל מקום מה שכתוב בהגהות דמרדכי דמציעא (סי' תנה) טופס שטר בשם הר"י דאורליאנ"ש, נראה לי דלכולי עלמא אסור דכיון שחייב עצמו ליתן לו כך בכל שבוע בעוד שמעכב ממונו אין לך הערמת רבית גדולה מזו, שהרי מעלה לו שכר מעותיו הבטלות אצלו מידי שבת בשבתו, ולא דמי לאומר אם לא אפרעך נתחייבתי מעכשיו בכך דינרים דלא מחזי כרבית כולי האי.
(יורה דעה, קעז, טז)

נזכיר כי במקרה של הערמת ריבית, לפי כל השיטות כמעט, העסקה אינה מתבטלת בדיעבד. מכל מקום, לאחר ההסבר כי מדובר בהערמת ריבית, כותב הבית יוסף:

והרשב"א כתב (שם) על תנאי כיוצא בזה הרי זו רבית גמורה ולא תהא כזאת בישראל.

לכאורה, נראה שלדעת הבית יוסף עצמו, מדובר בהערמת ריבית ולא באיסור גמור. עם זאת, בשולחן ערוך הוא קובע כי מדובר בריבית גמורה:

אם חייב עצמו לתת למלוה כך וכך בכל שבוע בעוד שמעכב ממונו, הרי זה רבית גמור.
(יורה דעה, קעז, טז)

פסיקתו הסופית של השולחן ערוך ברורה, אך ההסבר פחות. לא מוסבר ההבדל בין תשלום קנס חד-פעמי לתשלום הגדל עם הזמן. בשני המקרים, הלווה לא ישלם כל קנס אם יפרע את ההלוואה בזמן. אפשר להבין מדוע זו הערמת ריבית, אבל הקביעה שזו ריבית גמורה אינה ברורה כל-כך.

שיטת הרמ"א

הרמ"א עסק כמה פעמים בנוסח של הר"י מאורלינס. לאחר שהבית יוסף הזכיר את קיומו של הנוסח, הוסיף הרמ"א את לשון הנוסח בדרכי משה הקצר, בלי לציין שהנוסח אינו מקובל עליו:

וז"ל [המרדכי]: טופס שטר זה העתקתי מכתבת יד ר"י מאורליינ"ש והתיר ללות ברבית מתוך שטר זה וז"ל: הנני החותם מודה שאני חייב לפלוני כך וכך מחמת שהלוה לי לזמן כך והנני מחוייב לפורעם לו לזמן ט"ו ימים להזמנתי, וכל זמן שאעכבם ולא אפרעם לו עלי לתת לו במתנה כל שבוע ושבוע שאעכבם מיום ההלוואה ולמעלה עד יום הפרעון כך וכך פשיטין מזהוב, וכן כל שבוע ושבוע. וכל זמן ששטר זה יוצא מתחת ידו כו' עד ותנאי זה עשוי כתיקון חכמים ז"ל, ובביטול מודעא דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא וכו' עד ויחתום הוא עצמו בשטר ועוד עדים אחרים עכ"ל.
(יורה דעה, קעז)

אבל בהגהות הרמ"א על המרדכי, הוא מתנגד להיתר שהמרדכי מביא:

אין להשיג בהגה"ה זו כלל כי בודאי לא יצאו הדברים האלו אשר נוגעים באיסור דאורייתא מפי הרב הגדול הנזכר כאן... (בבא מציעא, הגהות מרדכי נוספות, רמז, תנד)

אם הרמ"א חשב שנוסח הר"י מאורלינס אסור מדאורייתא, למה הוא לא כתב כך בדרכי משה?

אפשר להבין טוב יותר את עמדת הרמ"א על-פי תשובה שכתב לשותפים שהפעילו פונדק. במקרה הנידון, משקיע בפונדק (ראובן) רכש 25% מהזכויות של הפונדק, הן במקרה של רווח והן במקרה של הפסד. יתר השותפים קיבלו אפשרות לרכוש את חלקו של המשקיע במחיר של 125% מסכום ההשקעה, בתוך 12 חודשים מיום העסקה. נקבע כי אם השותפים לא יממשו את אפשרות הרכישה בתוך 12 החודשים ישתתף המשקיע ברווחים או בהפסדים כמו יתר השותפים. במהלך 12 החודשים, יקבל המשקיע סכום חודשי על חשבון הרווחים. אם השותפים יממשו את הזכות להוציא את המשקיע מההשקעה, הכספים שקיבל בכל חודש ינוכו לו מהתשלום. לפי הסכם ההלוואה, "אם יבא ח"ו לנו איזה היזק או איזו פגיעה לא יוזק ראובן הנ"ל בשום דבר, כי עלינו מוטל להשתדל הסך מעות הנ"ל בין קרן בין ריוח כנ"ל לידו בלי היזק ופגיעה".

עד כאן פרטי ההסכם. אולם בפועל פעילות הפונדק הסתבכה, לאחר שהעיר שבה פעל הפונדק נכבשה ואחד השותפים נלקח בשבי. העסק נקלע למחסור כספי. המשקיע טען כי הכסף שהשקיע היה הלוואה ולא השקעה הונית, ולכן הוא אמור לקבל את החזר ההלוואה, לפני שהשותפים יתחלקו במה שנשאר. השותפים טענו

כי זו הייתה השקעה הוגנית, ולכן על המשקיע להשתתף עימם בהפסדים.

הרמ"א פסק כי מדובר בהלוואה, ולכן על השותפים להחזיר אותה בהקדם למשקיע:

נראה מלשון שטר זה כי היה הלוואה גמורה, ולא לקחו השותפין הברירה באופן הנ"ל רק להנצל מאיסור ריבית, כמו שמוכיח מתוכו למדקדק בו. ולכן אם היינו באים לדון הדברים ע"פ אומדנות וידים המוכיחות פשיטא שהיו חייבין לשלם לראובן מעותיו, דודאי לא היה בדעתן מעולם ליתן לו חלק בפונדק. רק שכתבו כן כדי להנצל מאיסור ריבית, ומיד נתרצו בהלוואה.
(שו"ת הרמ"א, פ)

לאחר שהרמ"א פסק כי ההסכם נחשב להלוואה, הוא הסביר מדוע לדעתו ההלוואה הייתה מותרת, אף שבהסכם היו סעיפי ריבית ברורים. הרמ"א הצדיק את תנאי הריבית על בסיס הר"י מאורלינס:

אף על גב דמתחילת הקבלה היה בו תנאי שהיו יכולין ליתן לו חלק בפונדק ובזו יצאו מידי איסור ריבית, מידי דהוה אתשובת ר"י מאורליינש שהביאו הגהות מרדכי דאיזהו נשך, וז"ל: טופס שטר זה העתקתי מכתיבת יד ר"י מאורליינש והתיר ללוות בריבית ע"י שטר זה, וז"ל: הנני החותם מודה שאני חייב לפלוני כו', והנני מחוייב לפרוע לו לזמן ט"ו ימים להזמנתו. וכל זמן שאעכבם ולא אפרעם לו עלי לתת לו כל שבוע ושבוע שאעכבם כך וכך פשיטים כו'.

לדעת הרמ"א, ביסוד השטר של הר"י מאורלינס עומדת אי-הוודאות שהלווה ישלם ריבית:

הרי קמן דאע"ג דמתחילת ההלוואה היתה כוונתן ללוות בריבית, מ"מ שרי מאחר שבתחילת ההלוואה היה תנאי בדבר. וה"ה בנדון דידן, שאע"פ שנתרצו בשעת כתיבת השטר להיות הלוואה כדמשמע מלשון השטר, אפילו הכי לא מקרי ריבית בכהאי גוונא מאחר שבשעת קבלת המעות לא היה בו ריבית.

בתשובתו מציין הרמ"א כי רבים חולקים על הר"י מאורלינס, ובראשם הבית יוסף. עם זאת, הוא מצדיק את תשלום הריבית על בסיס הכלל שבמכירת נכס, ריבית מצד אחד מותרת:

נראה דבנדון זה הוה איזה היתר למלוה זה, דאל"כ אפילו הוי התנאי תלוי ועומד הוי ביה אסור ריבית. דהא בהלוואה צד א' בריבית אסור... אבל דרך מכירה צד אחד בריבית מותר, דקי"ל בזו כר' יהודה... רק שהאמת דבנדון דידן מאחר דהקבלה הוי בעיסקא לגמרי להיות לו חלק בפונדק ולא היה שום הלוואה כלל... דשרי לכ"ע אפילו לקח לו הברירה הלוה מיד שרי.

כיוון שמסקנת הרמ"א היא שמדובר בהלוואה ולא במכירה, ולכן לכאורה מדובר בכל זאת בריבית, הוא פסק כי מכל מקום המשקיע צריך לקבל את הקרן:

אף אם היה חשש צד ריבית, מ"מ לא יפסיד משום זה מעות הקרן אשר עליהם אנו דנין. דהא בשטר שיש בו ריבית גמור אם הריבית מפורש בשטר לא קנסינן ליה.

על כל פנים, הרמ"א לא שלל את נוסח הר"י מאורלינס. גם בהגהותיו לשולחן ערוך הוא מביא את האפשרות להקל ולהשתמש בו:

אם חייב עצמו לתת למלוה כך וכך בכל שבוע בעוד שמעכב ממונו, הרי זה רבית גמור. הגה: אף על גב דכתב לו כך דרך קנסא: אם לא אפרע לך לזמן פלוני אתן לך כל שבוע כך וכך, ואף על גב דאם היה פורע לו בזמנו לא הוי כאן רבית כלל, מ"מ הואיל וכתב לו ליתן לו קצבה בכל שבוע ושבוע, הוי רבית גמור (רוב הפוסקים). וכן עיקר, אף על גב דיש מקילין והתירו ללוות ברבית בדרך זה.
(יורה דעה, קעז, טז)

אם הרמ"א לא שלל את היתר הר"י מאורלינס בדרכי משה, ואף הביא אותו בתור דעת מיעוט בשולחן ערוך, מדוע בהגהותיו על המרדכי הוא התנגד לו נחרצות?
בסוף ההגהה על המרדכי הפנה הרמ"א לתשובה של המהרלב"ח, רבי לוי בן חביב. המהרלב"ח, רבה של ירושלים בתחילת המאה ה-16, כתב תשובה ארוכה במיוחד שבה דן בהיתר הר"י מאורלינס – ושלל אותו. תשובה זו יכולה להסביר לנו מדוע התנגד הרמ"א בחריפות כזו לדברי המרדכי: ייתכן כי הרמ"א כתב את דבריו על המרדכי רק אחרי שכתב את ההגהות לשולחן ערוך, ולאחר שראה את תשובתו של המהרלב"ח.

תשובת מהרלב"ח

המקרה שנשאל עליו מהרלב"ח: בהסכם הלוואה התחייב לווה לפרוע את ההלוואה בתוך 15 חודשים, ואם יאחר – ישלם סכום השווה ל-2.9% מקרן ההלוואה, החל מהחודש השלישי ממועד קבלת ההלוואה. לכן אם הלווה יפרע בזמן – לא תחול עליו כל תוספת תשלום, אך אם יאחר – ישלם קנס שיתחיל להצטבר כבר מהחודש השלישי להלוואה. מהתשובה עולה כי הלווה, שכנראה איחר בכמה ימים בלבד, לא היה מוכן לשלם עוד 2.9% כפול 12 חודשים.

מהרלב"ח קבע כי מדובר בתשלום ריבית האסור מדין תורה:

גרסינן בפרק אי זהו נשך (דף סג) אמר רב נחמן כללא דרביתא כל אגר נטר ליה אסור. המאמר הזה עם היותו קטן בכמות הוא רב באיכות לפסוק הדין בנדון שלפנינו, דממנו נר' שודאי הוא רבית גמורה, כיון דאיכא אגר נטר שעל כל חדש שיעבור אחר השני חדשים הראשונים אמר שיתן כ"ט פרחי' והוא הוא אגר נטר.
(שו"ת מהרלב"ח, ח, קד)

מהרלב"ח הבין כי השטר שעליו נשאל דומה לשטר של הר"י מאורלינס, ולכן הרחיב ועסק בדינו של שטר זה:

צריך להרחיב הדבור ולהאריך בזה, יען כי בספרי הדפוס נמצאת הגה"ה א' במרדכי פרק הנזכר ומתיר בדבר כזה ודומה לו כפי הנראה לכאורה... מהגה"ה הזאת למד סופר השטר הנזכר כי לדעתו אין חלוף כלל בין ב' הנושאים, ועליה סמך בחשבו כי כל הנמצא כתוב עליו אין להוסיף

וממנו אין לגרוע, ולבי לא כן ידמה זולתי אם נמצא כתוב בספר מהרבנים המובהקי' שראוי לסמוך עליהם אמנם הנמצא בהגהה או גליון ולא נודע לנו שם הרב המגיה אין לנו לסמוך עליו ולעשות מעשה על פיו, עד הביאו במצרף דברי המשנה והתלמוד ומפרשיהם המפורסמים בעלי התוספות ובעלי החדושים ובכור מבחן דברי הפוסקים ובפרט הרמב"ם ז"ל, כי הוא הרב במלכיות האלו ומפיו אנו חיים.

מהרלב"ח מטיל ספק בזהותו של כותב ההגהה במרדכי, וכותב כי יש לבחון את מקור ההגהה. הוא מציין שחקר כתבי יד של המרדכי ולא מצא הגהה זו, פרט לעותק המודפס של המרדכי. עובדה זו אפשרה לו לפתוח בחקירה מפורטת סביב כשרותו של השטר:

האמנם להיות לא נמצאו דבריו בספר מפורסם, וגם בכל ספרי המרדכי לא נמצאו זולתי בספר הדפוס, לכן הרשות נתונה לחקור עליהן. ואף שהעיד המעתיק שהיה אותו הטופס מכתיבת יד הרב ז"ל, עם כל זה לא נתבארה כונת הרב וסברתו בשלמו', גם נראה שהמעתיק ההוא תמה על דבריו במה שכתב והתיר ללוות ברבית מתוך שטר זה, שודאי אין פירוש זה הלשון לומר שהרב בעצמו כתב בפירוש שהיה מותר ללוות בריבי' מי שיעשה השטר כפי הנוסח ההוא, אלא שנראה למעתיק שהתיר הרב ללוות ברבית מתוך שטר זה כאלו היה הדבר זר בעיניו מאד: וכן הוא האמת.

מהרלב"ח מנתח לעומק את נוסח הר"י מאורלינס, ומנסה לזהות את כוונת הצדדים – האם הם מתכוונים באמת להלוואה בתוספת קנס, או להלוואה עם ריבית?

וכאשר נתבאר וכל שכן בנושא הפרטי הזה שמי שייטיב לעיין יראה שכוונת המלוה והלוה היתה ללוות בריבית קצוצה משעת ההלוואה, ומאותה השעה התחיל הריבית, ואף אם הם והסופר והעדים בחשבם שהדבר היה מותר כשיראו שלא התחיל הריבית מזמן ההלוואה רצו להסתיר הענין מגלה עמוקו' ונסתרות לקיים מאמר הנביא אם יסתר איש במסתרים ואני לא אראנו...

כדי לגלות בבירור מהי הכוונה העומדת מאחורי השטר שעליו נשאל, עומד מהרלב"ח על כמה נתונים סביבו: ראשית, בהסכם יש שיעור ריבית באחוז גבוה יותר משיעור הריבית במשק – בתנאי ההלוואה המדוברת, הצדדים קבעו תקופת גרייס של כחודשיים, ולאחר מכן ריבית בשיעור 0.4% מעל מחיר הריבית בשוק. מהרלב"ח מסביר כי זהו ניסיון לטשטש את אופי החוב – כדי שלא יהיה ניכר שזו הלוואה עם ריבית, הריבית מהחודשיים הראשונים של ההלוואה עברה לחודשים הבאים. כלכלית, מדובר בתשלום אפקטיבי של ריבית שוק במשך כל תקופת ההלוואה:

הקנס שהוא כ"ט פרחים לחדש סי' כז"ב ומי יתן ויגידו לנו למה לא היה הקנס שלשים פרחים או שמנה ועשרים, אם לא לסבת שזמן ההלוואה היה מתחלה לחמש' עשר חדשים שיש מזמן השטר לזמן הפרעון שנים וחצי לק' בחדש כמנהג הערלים שעולה הרבית מאלף פרחים חמשה ועשרים פרחים

לחדש, והסירו הרבית מהשני חדשים הראשונים שהוא חמשים פרחים וחלקו אותו על י"ג חדשים האחרונים ארבעה לחדש, וקבצו /וקצצו/ הרבית תשעה ועשרים פרחים, ואם הוסיף הרבית שני פרחים הלוח סבר וקביל כי גם ויתר לו המלוה שבעה ימים מסוף חדש ניסן ולא כלם, כי כן התנו שלא יעבור כל חדש תמוז, וזה יורה יותר על דיוק קציצתם הרבית שני' וחצי למאה בלי תוספת ומגרעת, והרי הדבר מפורסם /מפורסם/ לכל שזהו רבית קצוצה מעיקרא.

שנית, ללווה המדובר לא הייתה יכולת כלכלית לפרוע את ההלוואה לפני תום תקופת הגרייס:

כל שכן למי שיכיר הלוח שבודאי לא היה אז כח בידו לפרוע בתוך השני חדשים הראשונים כל אותו החוב הגדול, והלואי שהיה יכול לפרוע לסוף כל זמן השטר.

שלישית, האפשרות שהלווה יפרע מוקדם את ההלוואה לא הייתה מעשית כלל, כיוון שהוא היה רחוק מביתו לאורך תקופת הגרייס:

גם מה שתלו הפרעון קודם הזמן בביאת אותו הפלוני, מפני שהיה ידוע להם שדבר זר /זה/ היה אם יבא קודם זמן השט', כי אותו הפלוני הלך להינדי זמן מועט אחר חתימת השטר הנזכ' ועוד היום עדיין לא בא.

בעקבות הנתונים הללו, מסיק מהרלב"ח כי כל עניינו של השטר היה סיכום בין המלווה ללווה, כדי לאפשר תשלום ריבית.

אף שהוא מפקפק בזהותו של כותב ההגהה במרדכי, מהרלב"ח מנתח את ההיגיון העומד מאחורי השטר:

סובר הרב דכמו שיכול לקבל עליו קנס' מסך קצוב אם לא יפרע בתוך הזמן הראשון, גם כן יכול לקבל עליו קנס שלא יהיה קצוב מכל וכל, אלא שיהיה כפי ערך הזמן שיעבור קודם תשלום הזמן הראשון, בדרך משל סך קצוב על כל שבוע ושבוע כשהזמן הראשון גם הוא אינו קצוב מכל.

מהרלב"ח מוסיף כי לדעתו גם כותב ההגהה לא היה מתיר את ההסכם במקרה המדובר, מפני שהצדדים התכוונו לתשלום ריבית מראש, עוד לפני מועד הפירעון:

עם כל זה אפילו לפי דעתו בנושא שהביא אפש' להתיר לא בנושא השטר שלפנינו, וחלוק גדול יש שבשלמא בנושא ההגה' לא קבעו כי אם הזמן הראשון ומיד אחר עבור אותו הזמן יכול המלוה לתבוע חובו ולהכריח ללוה שיפרע לו, ואם כן כל מה שקבל הלוה עליו לתת אחר כן הרי היא כמו דרך קנס לדעתו, ותכלית הכל כדי שיפרע החוב ולא יתן הקנס. אמנם בנושא השטר שלפנינו שקבעו שני זמני, והזמן האחרון הוא העיקר כמו שכתבתי למעלה, דמהשטר מוכח שמתחלה קצצו שע"ז פרחים על כל אותו הזמן שהיה חמשה עשר חדש וסך ימים וחלקו אותו בשלשה עשר חדשים האחרונים בשוה, ראיה לזה מה שכתוב בשטר ובתנאי שלא יעבור הזמן כל חדש תמוז וכו' דמשמע דתוך אותו הזמן לא היתה יכולה המלוית /המלוה/ הנז' לכוף ללוה שיפרע לה, והזמן הראשון מהשני חדשים שקבעו לא

היה אלא כסות עינים שלא יראה רבית, אם כן הרי השע"ז פרחים הם ריבית קצוצה, ובשביל השם חדש שקראו לו והוא שם קנס לא פקע איסוריה מיניה, ועדיין שם ריבית קצוצה עליו ואסור מן התורה אפילו לדעת הרב בעל ההגהה והלוה פטור מלפורעו.

כך או כך, מהרלב"ח סובר כי השטר שעליו נשאל הוא עבירה על איסור תורה.

הבנת המבי"ט בנוסח הר"י מאורלינס

המבי"ט, רבי משה בן יוסף טראני (המאה ה-16), הגיב לתשובתו של מהרלב"ח. על דבריו הנחרצים נגד הלוואה שמוטל בה קנס שגדל עם הזמן, הוא כתב:

לא ירדתי לסוף דעתו בהפלגת האיסור מדאורייתא... ולכן פרשתי ידי לכתוב באגרת... מה שדעתי נוחה הימנו שיש איסור בענין זה שאינו אלא מדרבנן... והנה בתחל' מאמרו הביא ראייה מכללא דרבית' כל אגר נטר ליה אסור שענין זה הוי רבית גמורה כיון דהאי הלוואה ואין ראייה זו מכרע' דיש חילול' בין דר' קנס ומתנה... עוד הביא טופס שטר הובא במרדכי פ' הרבי' מכתיבת הר' יעקב מאוריליי' ז"ל שמתיר בדבר כזה וצדד בו צדדין שלשה על סמך התר באותו השטר, ודח' אות' ועלה בידו שאינו יכול להאמין שהר' יעקב מאוריליי' ז"ל התיר ח"ו בנושא זה ולא נתקן על ידו ולא עשה בו מעשה מעולם, ואני כפתי מאמין לכל דבר לא סרתי לבי מלהאמין כי הרב המרדכי או מי שכתב טופס שטר זה העתקתו מכתיבת הר' יעקב דאורילי'

ז"ל לא בדאה מלבו ויכחידנ' תחת לשוננו, אלא לשבעיניו ראה
ואזניו ישמע ולבבו יבין.
(שו"ת מבי"ט, א, נא)

שתי טענות עיקריות מציב המבי"ט נגד פסיקת מהרלב"ח. ראשית, המבי"ט סובר כי יש סוגי תשלומים של לווה למלווה שאינם אסורים מדאורייתא אלא מדרבנן, כגון "דרך קנס ומתנה". כלומר לא כל תשלום עבור המתנת מעות הוא בהכרח אסור מדין תורה. שנית, המבי"ט אינו מוכן לקבל את הטענה כי מדובר בזיוף, ומבחינתו זה היתר אמיתי שכתב הר"י מאורלינס. המבי"ט מנתח את השטר של הר"י מאורלינס, ומסיק כי מדובר בתשלום מתנה, ולא בריבית האסורה מדאורייתא. הוא מבין את הר"י מאורלינס אחרת מכפי שהבנו. בקריאתנו הפשוטה עד כה, הנחנו כי מועד הפירעון הוא 15 יום לאחר מתן ההלוואה, ולאחר מכן הלווה יכול לדחות את מועד הפירעון ולשלם קנס על בסיס שבועי – שהוא למעשה ריבית. לעומת זאת, המבי"ט מפרש באופן ייחודי את השטר של הר"י מאורלינס. הוא מבחין כי נוסח השטר משתמש במילה "הזמנה" במקום "הלוואה". נביא שוב את לשון השטר, תוך שימת לב לשני המושגים המופיעים בו – הזמנה והלוואה:

הנני מחויב לפורעם לו תוך ט"ו ימים להזמנתו ולהגיע לידו בעיר פלוני באחריותו, וכל זמן שאעכבם ולא אפרע לו, עלי לתת לו במתנה כל שבוע ושבוע שאעכבן מיום ההלוואה ולמעלה עד יום הפרעון כך וכך פשיטין ממטבע פלוני וכן בכל שבוע ושבוע...

על בסיס המילה "הזמנה", המבי"ט מפרש כי מדובר ביום שבו ידרוש המלווה את הפירעון בהמשך, ולא ביום שבו הוא נותן את ההלוואה:

ואני אומר כי מה שהתיר הרב ז"ל מתוך שטר זה הוא מי שלוה מעו' מפלוני ונתחייב לפרוע לו תוך כך ימים מהיום שיתבענו שיפרע לו, ואם לא יפרע תוך אותם הימים נתחייב לתת לו במתנה על כל שבוע ושבוע שעבר מיום ההלוואה עד יום הפרעון כך וכך מעות, והוא מחויב לפרוע לו אח"כ הכל תוך כך ימים מיום שיחזור שיתבענו, ואם לאו שיתן לו במתנה כך וכך על כל שבוע שעבר מסוף זמן פרעון הראשון עד סוף זמן פרעון השני, וכן יוכל לעשות עד אין סוף. וזהו מה שכתוב בטופס השטר, והנני מחויב לפרועם לו תוך ט"ו ימים להזמנתו וכו', וכ"ז שאעכבם ולא אפרעם תוך הזמן הנז' עלי לתת לו במתנה על כל שבוע שעכבתי' מיום ההלוואה ולמעלה עד יום הפרעון כך פשי' וכו'.

כך מבין המבי"ט את ההסכם:

- א. אין מועד פירעון קבוע בהסכם.
- ב. המלווה יכול בכל עת לדרוש את פירעון ההלוואה, ורק מאותו הרגע הלווה מחויב לפרוע את ההלוואה בתוך כמה ימים.
- ג. אם הלווה לא יפרע את ההלוואה באותו זמן, אזי הוא יצטרך לשלם במתנה סכום קבוע על בסיס שבועי.

מוסיף המבי"ט ואומר:

נתגלה טעם דברי הרב רבי יעקב מאוריליי' ז"ל אשר היו זה כמה ימים ושנים כנפל טמון, ומה גם עתה אשר לא יאמינו

כי יסופר שהם דבריו ובקוצר השגת היד נתתי טעם לשבח בדבריו המסותרות ומאושרות.

כוונת הצדדים

נשוב לקונטרס שפרסם הסמ"ע. על אף התנגדותם של הבית יוסף, המהרלב"ח והרמ"א, הסמ"ע לא פסל שימוש בשטר של הר"י מאורלינס. כפי שראינו לעיל, הוא כלל את השטר בחלק השני של קונטרס הריבית, ואף ציין שדברים אלה "נדפסו בעט ברזל" בהגהות המרדכי. הוא לא התעלם מההתנגדות לשימוש בשטר, אלא טען כי "מצווה לגלות היתרים" שההלכה מאפשרת:

ואף שב"י פסק שאסור לעשות כן ושהרשב"א כתב דהוי ר"ק לכ"ע וגם מור"ם סי' קע"ז הביא שאסור לעשות כן, מ"מ כיון דמצינו שהם הקילו ופרסמו הדבר בתיקון הנוסח והטופס לרבים ש"מ דשרי, ומצוה לגלות היתרים שהם אליבא דהלכתא לנאמני הקהלה והם יורו דרך לאיש ע"פ ענינו.

עם זאת, מציב הסמ"ע תנאי חשוב לשימוש בשטר והוא שהמלווה והלווה יבינו כיצד הוא פועל:

אך השמר ופן שלא יתירו הנאמנים שום היתר עד שיסבירו הענין להלוה והמלווה בענין שיבינו ההיתר וכן יכתבו ע"ג השטר שנעשה באופן זה מההיתר הנ"ל.

בעניין זה של הבנת המלווה והלווה, הגינת ורדים (רבה הראשי של מצרים במאה ה-17) הוסיף עוד ממד לדיון. לדבריו יש לבחון את כוונת הצדדים.

לאחר שהביא את דברי הרשב"א שלמדנו, שלפיהם מעיקר הדין אפשר לחתום על שטר עם קנס, חידש הגינת ורדים וכתב כי ההיתר תקף רק אם הוא לא נועד במפורש לאפשר ריבית. הוא מתאר התנהלות שזוהה למקובל בבנקים בימינו:

מכל מקום נראה לומר דע"כ לא הקל הרשב"א אלא כשאין אנו יודעין טיבו של מעשה, דיש צד לומר דכל כונתו של המלוה לזרז את הלוה שיפרענו בזמנו, ואין שם איסור ברור רק חששא בעלמא שמא יש כאן הערמת רבית...
עינינו הרואות שהלוה והמלוה יושבים להתפשר קודם שיעשו את ההלואה על הרבית שיתן הלוה למלוה בהלואה ההיא, זה שואל כ' למאה ריוח לשנה וזה מודה בי' למאה לשנה, ואחר שמתפשרין באים אצל הסופר שיכתוב להם השטר והתנאים של רבית שביניהם, והסופר דדייק יועצם לפי דרכו וכותב השטר על דבר קנס, ומקרא את הלוה ואת המלוה מלה במלה מ"ש בשטר, ומזכיר דבריו שאם יכתב בנוסח זה פקע מכאן איסור רבית, וכיון שכבר נעשה רצונם אין חוששין לשינוי השם שמנה הסופר לקרות את הרבית בשם קנס.

(שו"ת גינת ורדים, יורה דעה, ו, ב)

הגינת ורדים מתאר משא ומתן רגיל על הלוואה עם ריבית. לאחר שהצדדים מסכמים על התנאים, הם פונים לעורך דין כדי להכין חוזה. אומנם בחוזה הכתוב מדובר על קנס, אך לכולם ברור כי הכוונה לריבית כפי שסיכמו. בחוזה כתוב כי אם הלווה יפרע את החוב בזמן הוא לא ישלם כל תוספת, אך לסעיף זה לא אמורה להיות משמעות מעשית. גינת ורדים ער למציאות, ויודע כי לווה שינסה לנצל סעיף

זה ולא ישלם את הקנס – לא יקבל אשראי לעסקאות אחרות בעתיד. לכן, למעשה, אין משמעות להחלפת המילה "ריבית" ב"קנס":

ואף על פי שכותבין ע"ד קנס, יודע המלוה בטיבו של לוח, וסומכת דעתו עליו שלא יבקש תחבולה למהר הפרעון ליפטר מן הרבית ולהפסיד את המלוה, שאפי' שיהיו ללוה מעות מזומנים לפרוע יום א' קודם זמן הקנס, אעפ"כ מעכב את הפרעון עד שיתחייב בקנס כדי שלא יכשיל את המלוה לעתיד, שכשיצטרך פעם אחרת הלואת מעות לעת צרה וצוקה לא ימצא מי שילוהו, ויחתוך משאו ומתנו מן הסוחרים ומסקי ליה שמא זה מפסיד ומבטל כיסו של חברו וגומל רעה תחת טובה.

לסיכום דבריו, קובע הגינת ורדים כי השימוש במושג הקנס הוא רק "כסות עינים ושינוי משם רבית לשם קנס, ולא יסתפק במ"ש רק מי שאין לו מוח בקדקדו".

בתשובה נוספת, הגינת ורדים תיאר ניסיון של רבני מצרים לייצר נוסח מוסכם של "שטר עסקא" שיש בו קנס. לא ברור אם מדובר בהיתר עסקא של חצי פיקדון וחצי הלוואה בתוספת קנס, או בהלוואה שמוטל בה קנס בלבד:

ועלה על דעת קצת חכמים שבדורינו ה"י לתקן נוסח שטר עיסקא ע"ד קנס באופן היתר נאות... מאחר שיאותו ויתרצו הלוה והמלוה על קציצת הריוח דרך משל עשרה למאה, יכתבו שטר ביניהם בנוסח זה, ראובן הלוה לשמעון ק' דינרין, והתנה ראובן עם שמעון שיפרעם לו בתוך שנה, וקבל עליו שמעון שאם לא יקיים תנאי זה ויתאחר הפרעון אחר השנה

אפי' יום אחד מעתה ומעכשו הוא מתחייב לתת לראובן עשרה דינרין בדרך קנס נוסף על המאה דינרין שיש לו עליו, וכ"ז בקנין גמור כו' ומידי שנה בשנה יחדשו שטר ביניהם, ויש מקום להוסיף דברים על נוסח זה כדי שלא יצטרכו לחדש שטר בכל שנה.
(שו"ת יורה דעה, ו, ג)

הגינת ורדים התנגד לרעיון:

אין דרך זו מוציאה מידי עברה... ששניהם מכוונים לדבר עבירה ולהתיר להם בשינוי השם לקרות לו שם קנס ולפי שאפשר יצאו עלי עוררין לנטות מדרך ישרה ולכסות השמש בכברה... אשר ע"כ אין לתקן לרבים נוסח זה דע"ד קנס כי הוא רע ומר וישקע הדבר ולא יאמר...

אומנם הגינת ורדים התנגד לתקן נוסח כזה לרבים, אך אין זה אומר שהוא שלל לחלוטין את האפשרות. בדורו לא היה נכון לפרסם את הנוסח בציבור, אך בנסיבות מיוחדות – בהתאם למצבו של הציבור – ייתכן כי הוא היה מתיר את השימוש בהיתר. לדעתי, אל מול השימוש המודרני בהסכם הלוואה עם ריבית, תוך הסתמכות על היתר עסקא, עדיף לאמץ שטר עם קנס מאשר שטר שמוזכרת בו המילה ריבית.

פוסקי זמננו: הרב אוירבך מתיר קנס גדל

נעבור לימינו אנו, ונראה תשובה מפתיעה במיוחד של הרב שלמה זלמן אוירבך. הרב אוירבך נשאל על הנוהל הרווח בגמ"חים להלוואות:

לענין קנסות הנהוגים בגמ"חים אשר הקנס הוא לפי ערך הזמן, שכשמאחר בהחזרת ההלוואה חצי שנה משלם שקל אחד, וכשמאחר שנה משלם שני שקלים.
(שו"ת מנחת שלמה תניינא, (ב-ג), ע"א)

מדובר בהלוואה ללא ריבית, אלא שלאחר מועד הפירעון חייב הלווה לשלם קנס שגדל עם הזמן.
הרב אורבך מציין כי פוסקים רבים אסרו זאת משום ריבית, כפי שראינו, ובכל זאת הוא מתיר את ההלוואה:

כיון שאחר שהגיע זמן הפרעון יכול הגמ"ח לגבות החוב, נמצא דלאחר הזמן הו"ל כגזילה אצלו, ואין כאן שכר המתנת מעות כי אם שיעור גודל העוולה, ועל עוולה של חצי שנה משלם רק שקל אחד, ושל שנה שלמה משלם שני שקלים...

הרב אורבך מתיר את הקנס על ההלוואה, גם אם הוא גדל עם הזמן, כיוון שסביר והגיוני שגובה התשלום יהיה בהתאם לגודל האיחור. אבל אם תשלום הקנס מאפשר לדחות את מועד הפירעון, אזי מדובר בריבית אסורה:

ורק אם היתה תקנה שאם התנאי הוא שאם יתן את הקנס של שקל אחד שוב אין הגמ"ח יכול לתבוע ממנו עד סוף חצי שנה שפיר חשיב אגר נטר. ועיין בזה היטב בסי' קע"ז סעיף י"ד ובמפרשים ודו"ק היטב, כי אף על פי שבכל הלוואות ריבית אפי' אם התנה המלוה שיוכל לגבות בכל שעה שירצה ואז יעשו חשבון לשלם עבור כל

שבוע ושבוע ודאי חשיב ריבית, מ"מ הכא דשלא בהיתר הוא מאחר את הפרעון, שפיר שייך שם של קנס.

אין הבדל של ממש בין השטר של הר"י מאורלינס ובין ההסכם שהתיר הרב אורבך. בשניהם מדובר בקנס המשולם לאחר מועד הפירעון וגדל עם הזמן. גם בשטר של הר"י מאורלינס לא נראה כי הלווה מקבל דחייה של מועד הפירעון.

גם הרב ואזנר מתיר קנס גדל

הרב ואזנר נשאל על התנהלות של קופה משותפת. שותפים רכשו בית יחד, והתחייבו זה לזה להתחלק בהוצאות כגון משכנתה ומיסים. לצורך זה הם פתחו קופה משותפת, וכל אחד התחייב להכניס כסף לקופה שלוש פעמים בשנה. הם קבעו כי אם אחד השותפים יאחר בתשלום, יוטל עליו קנס שיגדל מחודש לחודש. הרב ואזנר נשאל אם מותר לגבות את הקנס או לא:

אשר שאל בענין שותפים שקנו בית יחד ויש לכ"א דירה וישנם כמה הוצאות משות', כגון משכנתא ומסים וכו' שמשלמים מקופת השותפים, וכדי שיהי' להם תמיד מעות מזומן בקופת השות' עשו כל השותפים הסכם שג' פעמים בשנה ישלמו כ"א סכום קבוע לתוך הקופה, וכל תשלום הוא עבור מה שיתחייבו לשלם אח"כ, וכיון שראו שאיזה מהשותפים אחרו לשלם, וממילא כשהצריכו לשלם להעירי' או לבאנק לא הי' להם מעות עשו הסכם ביניהם שמכאן ואילך כל מי שלא יפרע בזמנו ישלם קנס בכל חודש, ועתה עברו כבר כמה חדשים ואיזה מהשותפים לא שלמו עדיין,

ובינתים שלמו מקופת השותפים מסים ומשכנתא והשאלה
אם מותר לגבות הקנס או לא.
(שו"ת שבט הלוי, ח, קצג)

הרב ואזנר פותח את תשובתו בהבאת דברי השולחן ערוך, שלפיהם
אסור שהקנס יגדל. למרות פסק זה, הוא מתיר את הקנס במקרה
הנידון, כיוון שיש אפשרות לשלם בזמן:

ואומר בקיצור דלבי נוטה יותר להקל בזה, דהא דעת
הרשב"א במיוחסות סי' רכ"א ובתשובות סי' תרנ"א דרבית
דרך קנס עכ"פ אינו איסור תורה, כיון דאם הי' משלם
בזמנו אינו לקח אגר נטר, ודעת המבי"ט ח"א סי' נ"א
דאפילו מתרבה כל שבוע וכה"ג אינו איסור תורה כיון דהוי
דרך קנס, וכדעת המהר"י מאורלייניש במרדכי פ' איזה
נשך...

הרב ואזנר לא התעלם מהמתנגדים לשימוש בקנס שהולך וגדל,
והסביר כי במקרה הנידון השותפים מכניסים כסף לקופה, ואין
מלווה שמעמיד הלוואה:

ואעפ"י שהרבה חולקים ע"ז... כיון שהמשך החזקת מעות
גורם לו תוספת מזמן לזמן ה"ז רבית גמורה או דאורייתא או
דרבנן כמבואר בפוסקים, אבל בנידון דידן כיון שמעיקרא לא
בא ההתחייבות דרך הלוואה דהא עדין לא הלוו לו השותפים
כלום, ואעפ"י שכל עיקר קנס זה מחמת שיבא אולי הזמן
שהם ישלמו עבורו התחייבות שלהם של השות' כגון
משכנתא ומסים וכדומה ונעשה הוא כלוה לעומתם, מכ"מ

כיון דגם אם עדין לא שלמו מכ"מ זה שאינו עומד בדבורו מחייבו הקנס נגד השותפים, מזה ידיים מוכיחות שהם קבעו לו זה הקנס לא עבור שילוו לו אחר כך, אלא הקנס שיהיה שכיח מעות בקופה ויכולים כולם לעמוד בהתחייבות שלהם, ושלא יצטרכו בבא הזמן איזה תשלומים לרדוף אחריו אחרי חלקו ושלא ישתמט מהם.

הרב ואזנר מציין גם את חששותיו של הגינת ורדים מפני כוונה לאיסור ריבית, וכותב כי אין חשש כזה במקרה המדובר, "לא שייך בנדון דידן". הוא אף מביא את קונטרס הסמ"ע "שהתיר לעשות רבית דרך קנס אפילו לכתחלה אעפ"י שבשו"ע מבואר לאיסור, וזה אפילו דרך הלוואה, ואם כן מכ"ש בנדון דידן שרגלים לדבר שאינם מכונים לשום רבית". אם קונטרס הסמ"ע התיר הלוואה שמוטל בה קנס, קל וחומר שמוותר להטיל קנס בין שותפים שלא בדרך הלוואה. בתשובה זו מצטרף הרב ואזנר לפוסקים שאינם שוללים את השטר של הר"י מאורלינס, והוא אף מתאר את קונטרס הסמ"ע כמתיר את השטר לכתחילה.

מכירה עם קנס

הביקורת על שטר הר"י מאורלינס מתמקדת בעיקר במקרים של הלוואה. ברכישת חפצים, לעומת זאת, נראה כי לכל הדעות קל יותר להטיל קנס שהולך וגדל. השולחן ערוך פסק כי קנס במסגרת מכירת סחורה מותר, ואיננו נחשב ריבית:

המוכר סחורה לחבירו בס' זהובים שקבל מיד והתנה לתתה לו לחצי שנה, ואם יעבור על זה לו שיתן בעבורה ק' זהובים,

וקנו מידו והגיע הזמן ולא נתן, חייב ליתן הק' זהובים.
(יורה דעה, קעז, יח)

אומנם הב"ח החשיב הסדר זה לריבית, על בסיס תשובת הריב"ש
שלמדנו, אך הש"ך במקום שלל את הביקורת:

עיינתי שם בריב"ש, ולא די שלא מצאתי שם כן מבואר, אלא
אפילו שום משמעות כן לא מצאתי שם, וכמדומה לי שכוון
למ"ש הריב"ש שם וברגע בעבור קץ הזמן הוא מהחייב בבת
אחת בכל התוספת, ואין זה נקרא רבית אלא קנס ומותר.

ריבית דברים

בפרק זה נדון באיסור הנקרא "ריבית דברים". לא מדובר בכסף או בשווי כספי שהלווה משלם למלווה, אלא בכללים המגדירים את מערכת היחסים וההתנהלות המילולית בין המלווה ללווה. ההלכה מעדיפה שכל עוד הלווה חייב לפרוע חוב למלווה, ההתנהלות ביניהם תהיה מינימלית. בפרק זה נדון בשאלות הבאות:

- מה ההגדרה של ריבית דברים?
- האם זהו איסור מהתורה או מדרבנן?
- מאיזה שלב של ההלוואה מתחיל האיסור ובאיזה שלב הוא מסתיים? האם האיסור חל כבר בשלב המשא ומתן ונמשך עד אחרי מועד הפירעון, או שהוא מתרחש רק במשך תקופת ההלוואה?
- האם יש הבדל בין דיבורו של המלווה לדיבורו של הלווה?
- האם מותר ללווה לדבר עם המלווה ולבקש הארכת זמן ופריסה מחדש של תנאי החוב?
- האם הלווה יכול להשתתף בבר מצווה של בן המלווה, או להפך?

המקור במשנה ובגמרא

המשנה מביאה את הכלל של איסור ריבית דברים:

רבי שמעון אומר: יש רבית דברים; לא יאמר לו דע כי בא
איש פלוני ממקום פלוני.
(בבא מציעא ה, י)

מה משמעות הניסוח "יש רבית דברים"? האם זהו איסור, או רק
תיאור של תופעה קיימת? בהנחה שזהו איסור, על מי נאמר שאין
לומר לו "דע כי בא איש פלוני ממקום פלוני"? אסור לומר זאת
ללווה, למלווה או אולי לשניהם?
הגמרא מביאה בהקשר זה ברייתא בשם רבי שמעון בן יוחי:

מנין לנושה בחבירו מנה, ואינו רגיל להקדים לו שלום,
שאסור להקדים לו שלום – תלמוד לומר "נשך כל דבר אשר
ישך" – אפילו דיבור אסור.
(בבא מציעא עה, עב)

גם דין זה אינו ברור. על מי חל האיסור – למלווה אסור לומר
שלום ללווה, או להפך? מה הבעיה באמירת שלום? באיזה שלב
של ההלוואה מדובר? האם השימוש בפסוק מעיד כי זהו איסור
מהתורה? אם אפילו דיבור אסור בין הלווה למלווה, איך יוכל הלווה
לבקש מהמלווה שינוי בתנאי ההלוואה? אם הסכם ההלוואה מחייב
אותו לדווח על מצבו העסקי, איך הוא יוכל לעשות זאת בלי לומר
שום מילה למלווה?
מפרשי הגמרא דנו רבות בשאלה מי אינו יכול לומר למי "דע כי בא

איש פלוני ממוקם פלוני", וכן בשאלה למי אסור להקדים שלום למי. המאירי במקום מעלה שתי דרכים להבין את הסוגיה. דרך אחת היא שהאיסור חל על המלווה:

שיתכבד בקלונו בשביל הלואתו, ויעשהו שליח לומר לך בשבילי לחנות או למקום פלוני לידע אם בא פלוני, שנראה כמשתמש בו לשכר מעותי.

לפי פירוש זה, אסור למלווה לנצל את הלווה. אסור לו לומר ללווה ללכת בשבילו לחנות, או ללכת למקום מסוים כדי לדעת אם הגיע לשם אדם מסוים. בנוסף, אסור למלווה להקדים שלום ללווה, "סבור הוא שלתביעת חובו הוא מקדים לו שלום". נראה כי מחשש לגרום ללווה פחד ובושה, אסור למלווה ללכת להגיד שלום ללווה. דרך אחרת היא שהאיסור חל על הלווה:

יש מפרשים שעל הלוה נאמר שלא יקדים לו שלום שזה כנראה כרביית... וכתבו מקצת מפרשים שלא יאמר לו הריני מחזיק לך טובה על מה והלוייתי.

לפי אפשרות זו אסור ללווה לפנות למלווה, מפני שזה נראה יחס מיוחד בתור הכרת טובה על ההלוואה. המאירי מוסיף ומעלה אפשרות שאם היחס הדדי, והמלווה והלווה מדברים ביניהם, אין זה אסור:

יש מתירין בהחזקת טובה וברכה הואיל והלה משיב כנגד דבריו הרי דבור מבטל דבור.

בשונה מהמאירי שהבין כי המשנה והברייתא מדברות על אותו איסור שחל על המלווה או על הלווה, הרמב"ם טען כי מדובר בשני איסורים שונים – אחד חל על המלווה והשני על הלווה:

מי שלוה מחבירו ולא היה רגיל מקודם להקדים לו שלום אסור להקדים לו שלום, ואצ"ל שיקלסו בדברים או ישכים לפתחו שנאמר נשך כל דבר אפילו דברים אסורים, וכן אסור לו ללמד את המלוה מקרא או גמרא כל זמן שמעותיו בידו אם לא היה רגיל בזה מקודם שנא' נשך כל דבר. המלוה את חבירו לא יאמר לו דע אם בא איש פלוני ממקום פלוני, (כלומר) שתכבדו ותאכילו ותשקהו כראוי וכן כל כיוצא בזה.

(הלכות מלוה ולוה, ה, יב-יג)

לפי הרמב"ם, חל איסור על הלווה להקדים שלום למלווה, וחל איסור על המלווה לומר ללווה לדאוג לאיש פלוני שבא ממקום פלוני. השיטה מקובצת מביא עוד אפשרות להבנת האיסור "לא יאמר לו דע כי בא איש פלוני ממקום פלוני":

לא יאמר הלוה לשלוחו לך ודע אם בא המלוה כדי לדרוש בשלומי.

הבנה זו מחברת בין המשנה לברייתא, ואומרת כי כפי שאסור ללווה להקדים שלום למלווה, אסור לו גם לשלוח אליו שליח כדי לדרוש בשלומי. אפשרות זו מטילה את האחריות על הלווה. על כל פנים, עולה מדיון הראשונים כי איסור ריבית דברים, כמו איסור ריבית בכלל, חל הן על המלווה והן על הלווה. כל אחד

מהצדדים אחראי להגביל את דיבורו במסגרת ההתנהלות הקשורה להלוואה.

עד איזו רמה יש להימנע מדיבור בין המלווה ללווה? הבנה קיצונית של הברייטא מובאת בשיטה מקובצת בשם רבנו יהונתן:

שיאמר המלווה ללווה לך בשליחותי עד חנות פלוני, אם בא שם בעל החנות מאותו כפר פלוני שהלך לשם שהוא צריך לי אמור לו שיבא אלי. ואף על פי שלא טרח בעבורו, שהיה לו ללווה לעבור באותו דרך שאותו חנות שם, אפילו הכי אסור משום דמיחזי כרבית, דבשכר מעותיו הוא שולח אותו ממקום למקום.

מכאן מבינים שאסור למלווה לומר ללווה ללכת בשליחותו למקום מסוים ולבקש דבר-מה מאדם שאמור להימצא שם, אפילו אם ממילא הלווה הולך לשם. נראה כי אין דבר שהצדדים יכולים לדבר עליו פרט לתנאי ההלוואה.

מערכת יחסים הדדית

ראינו במשנה כי האיסור להקדים שלום חל אם "אינו רגיל להקדים לו שלום". נראה כי במצב שבו המלווה והלווה מכירים מהעבר – מותר להם לומר שלום ולפנות בנימוס זה לזה, אך ללא היכרות – כל שיחה ביניהם עלולה להיחשב ריבית דברים. המרדכי וההגהות מיימוניות הגדירו אחרת את ההיכרות המוקדמת. המרדכי מביא את שיטת הראבי"ה:

אם מחזיק [ר"ל קודם הלואה] לו טובה, והמלווה גם הוא מטיבו ומחזיק לו טובה בזה, אין קפידא. כ"כ ראבי"ה וצריך עיון...
(מרדכי בבא מציעא, הגהות מרדכי, פרק איזהו נשך, תלא)

לפי הראבי"ה, אם יש מערכת יחסים הדדית בין הצדדים, אין איסור. גם ההגהות מיימוניות כותב:

אבל אם מחזיק לו טובה והמלווה משיב לו גם הוא ומחזיק לו טובה אין בכך כלום.
(הלכות מלווה ולווה, ה, יב)

נראה, לדעתי, כי המשמעות היא שיש מערכת יחסים קודמת והדדית בין הצדדים, לכן הדיבור ביניהם אינו בהכרח בגדר ריבית. הבית יוסף מתקשה מאוד בדברי המרדכי וההגהות מיימוניות, וטוען כי אין להרחיב את מושג הקדמת השלום:

ולישנא דברייתא דקתני אסור להקדים לו שלום קשיא לי, דמשמע דאע"ג שגם המלווה משיבו אסור, ועוד שלשון מחזיק לו טובה לא שייך על נתינת שלום, ואם נפרש האי מחזיק לו טובה שנותן לו חן על שהלווהו, יקשה דהא ודאי דאסור מכל שכן דהקדמת שלום, ועוד דגבי מלווה מאי מחזיק לו טובה שייך וצ"ע.
(יורה דעה, קס, יא)

הרמ"א, על פסיקת השולחן ערוך כי "לא יאמר לו הודיעני אם בא איש פלוני ממקום פלוני", מוסיף:

וכן שאר רבית דברים בעלמא, אסור ואפילו לטובת הנאה בעלמא, כמו שיתבאר בסוף הסימן.
(קס. יב)

לאיזו הלכה בסוף הסימן הפנה הרמ"א? הגר"א מסביר כי כוונתו הייתה להלכה כג:

אם כל אחד מחזיק טובה לחבירו, לפעמים הלוה למלוה ופעמים להיפך, שרי (הגהות מרדכי דא"נ והגהות מיימוני פ"ה דה"מ).

נראה שבניגוד גמור לשולחן ערוך (על-פי דבריו בבית יוסף), הרמ"א מאמץ את גישת המרדכי וההגהות מיימוניות להגדרת ריבית דברים. אם יש בין הצדדים מערכת יחסים קודמת והדדית, השיחה ביניהם אינה נחשבת לריבית דברים.

הרחבת האיסור

ראינו לעיל את ההלכה ברמב"ם שבה הוא מביא את האיסור "לא יאמר לו דע אם בא איש פלוני." הרמב"ם מוסיף כמה מילים על דברי המשנה:

המלוה את חבירו לא יאמר לו דע אם בא איש פלוני ממקום פלוני (כלומר) שתכבדו ותאכילו ותשקוהו כראוי וכן כל כיוצא בזה.

למה הרמב"ם הוסיף את המילים "שתכבדהו ותאכילו ותשקהו כראוי"? הטור לא העתיק מילים אלו, וזה גרם לבית יוסף להתבונן במשמעות של תוספת המילים. הוא מקשה על הרמב"ם:

ותימה, שזה רבית ממון הוא ולא רבית דברים.
(יורה דעה, קס, יב)

לכאורה, דאגה לאוכל ולשתייה חורגת מגבול הדיבור, שהרי היא מעשה של ממש ויש לה משמעות כלכלית. מעשה כזה נכנס לתחום הכללי יותר של ריבית ממון. מחדש הבית יוסף כי לפי הרמב"ם, יש שני סוגים של ריבית דברים – דברי כבוד, ודיבורים שלא המלווה נהנה מהם אלא צד שלישי:

ונראה לי דר' ישמעאל תרתי קאמר: חדא דיש רבית דברים, כלומר שלא יקדים לו שלום או דברי כבוד יותר ממה שהיה עושה קודם שילוהו, ותו קאמר דלא יאמר לו דע אם בא איש פלוני ממקום פלוני שתכבדו וכו', דסלקא דעתך אמינא כיון שאינו מהנה למלוה כלל וגם לא התנה כן מעיקרא שרי קמ"ל. כן נראה לי לדעת הרמב"ם.

לפי הבית יוסף, הרמב"ם הוסיף את המילים "שתכבדהו ותאכילו ותשקהו כראוי" כדי להבהיר שיש ריבית דברים גם במצב שהמלווה עצמו אינו נהנה מדיבורי הלווה. גם כשהמלווה מבקש מהלווה לגרום הנאה לאדם אחר, בקשתו נחשבת לריבית דברים. גם הט"ז נדרש לתוספת המילים של הרמב"ם. הוא דן בפסיקת השולחן ערוך "לא יאמר לו הודיעני אם בא איש פלוני ממקום פלוני", ומסביר כי הבעיה היא בציווי של המלווה על הלווה –

"שבזה שמצוה עליו והוא נכנע לו הוה רבית דברים". הט"ז אינו מסכים לפירושו של הבית יוסף על תוספת המילים של הרמב"ם, וכותב כי איסור ריבית דברים רחב כל-כך, עד שהוא כולל הוראה של המלווה ללווה לעשות פעולה שהיה עושה ממילא:

דהעיקר בזה שודאי דרך עולם לכבד אכסנאי באכילה כדי שאם יבוא הוא שם יחזור ויכבדו, או שעושה כן מצד גמילות חסד, וכאן שבא המלווה להזהיר הלווה שיעשה כן, אף על פי שהוא היה עושה כן מעצמו ואין כאן רבית ממון, מ"מ מה לו לזה שיצווהו על זה אלא ודאי סומך על שהוא לווה שלו והוה רבית דברים שמצוה עליו דברים בשביל ההלואה.
(יורה דעה, קס, ה)

הבנת הט"ז בדברי הרמב"ם מרחיבה עד מאוד את הגדרת ריבית דברים. לדבריו, אסור למלווה לומר ללווה שייתן מים לאורח של הלווה. זו פעולה שכל לווה היה עושה גם בלי שיחה עם המלווה, לכן הדיבור של המלווה לא הוסיף דבר, ובכל זאת להבנת הט"ז בדברי הרמב"ם מדובר בריבית דברים. עולה מכל האמור כי מערכת היחסים בין המלווה והלווה חייבת להיות סטרילית לגמרי.

הכרת תודה למלווה

הרב משה פיינשטיין נשאל על אמירת תודה למלווה. אדם קיבל הלוואה כדי להוציא ספר, ובפתיחת הספר הוא רצה להדפיס משפט תודה למלווה. הרב פיינשטיין אסר זאת, והתיר רק ניסוח שאין בו אמירת תודה. הוא אף הציע ניסוח לדוגמה:

נראה לע"ד שבלשון תודה, כמו שאסור לומר להמלוה עבור הלואתו מדין ריבית דברים, אסור גם לכתוב ולהדפיס, אבל יכולין לכתוב בלשון הודעה שיתברך מן השמים, כי הא זה אמת שיתברך בזכות מצותו הגדולה, ונמצא שהוא רק הודעה וספור דברים בעלמא שודאי מותר לפרסם איך שלוה מפלוני סך כך וכך, אף אם יהיה מזה להמלוה הנאה ממה שנתפרסמו חסדיו כי מצוה לפרסם עושי מצוה אם אין מקפידין להסתיר, לכן גם בכתב ודפוס רשאי לפרסם לכתוב בנוסח כזה: ברכה נתונה מהשי"ת לפלוני הגומל חסד והלוה להדפסת הספר כך וכך או דוגמא של נוסח זה. שלשון כזה הוא רק הודעה וספור דברי אמת שיש ברכה מהשי"ת לפלוני שגמל חסד בהלואתו.

(שו"ת אגרות משה, יורה דעה, א, פ)

לפי הרב משה פיינשטיין, אפילו אמירה פשוטה למלווה כמו "תודה" היא אסורה. עד כה לא ראינו במקורות שיש איסור לומר תודה. ראינו אף שמותר להקדים שלום אם רגילים בזה. הרב פיינשטיין מפרש כנראה היתר זה באופן צר מאוד, המתיר רק אמירת שלום אם יש היכרות מוקדמת, ואוסר על הלווה אפילו לומר אמירות פשוטות ואנושיות.

בניגוד לרב פיינשטיין, שאסר לומר תודה אבל התיר אמירה כללית כמו "יתברך מן השמים", הרב אורבך טען ההפך – אין איסור לומר תודה, אבל אסור לברך את המלווה:

כתבו האחרונים... שלא יאמר הלוה למלוה "תודה", ורבים נוהגים משום כך לומר במקום זה "תזכו למצוות", ולענ"ד לא יפה הם עושים כי תזכו למצוות הוא ממש ברכה והיינו רבית

דברים... ואילו אמירת תודה חושבני דאין בזה שום איסור... אמירת "תודה" אינה אלא כאילו המלוה מתנה עם הלוה שלא יהא כפוי טובה לשום אדם, ואף גם למלוה ברור הדבר שחלילה להלוה להיות ככופר בטובתו שעשה לו המלוה וחיוב שפיר להחזיק לו טובה, וליתן לו זכות קדימה בדבר שהוא אינו חסר וגם אינו גורם למלוה ריוח של ממון... ומה שאסור להקדים שלום היינו מפני שהוא ברכה... (שו"ת מנחת שלמה, א, כז)

הרב אורבך מאפשר ללווה לומר תודה למלווה, כי מדובר בהתנהלות פשוטה של הכרת טובה, שאינה גורמת הנאה ממונית למלווה. למעשה, הוא מאפשר ללווה להגיד אמירה בסיסית, נורמלית ומתבקשת.

גם הציץ אליעזר דן במקרה של אדם שהוציא ספר קודש בעזרת הלוואה, ומעוניין להודות למלווה. הדיון עלה במסגרת הערות שכתב הציץ אליעזר למחברו של ספר חדש שיצא לאור. מיוזמתו, הציץ אליעזר העיר למחבר הספר:

בפתחי לעיין בספרו השני הלכות שביעית, ראיתי שבעמוד השני מהשער מזכיר לטובה ולברכה אחים נכבדים שהלוו לו כסף להדפסת הספר מכספי קרן שיסדו ומנהלים אותו. ועל כן ברצוני להסב את לב רוחו הטהור, כי יש בדבר זה שאלה של ריבית דברים שבכלל זה גם שלא לברכו... (שו"ת ציץ אליעזר, ט, טו, ג)

אף שמדובר בספר קודש, הציץ אליעזר אסר על הלווה לכתוב תודה למלווה, אך הוא העלה שני מצבים שבהם אפשר להקל. האחד

הוא שהלווה אינו מוציא את הספר בעצמו, אלא מוכר את הזכויות למוציא לאור:

והדרכי תשובה שם כשלעצמו כותב דרך ישוב בזה רק בהיכא שהמחבר או יורשיו נותנים הספר לאיש אחר להוציא לאור וכו', אבל דכשהמוציא לאור הוא הנושא ונותן בהספר וההלוה הוא לפניו לטובה מודה נמי דיתכנו בזה... דהוי בכלל ריבית דברים...

מצב נוסף הוא שאת ההלוואה נתנה קרן צדקה, שלמקמיה אין בעלות עליה:

דבמעות שהוקדשו על מנת שיהא הקרן קיים לעולם ומהפירות יעשו מהם צדקה אליבא דכו"ע מותר להלוותן בריבית, משום דהני עניים לאו בעלי הממון מיקרו כיון שאין להם בגוף הקרן כלום, ואינם זוכים אלא בפירות העתידיים לבא אחר שיבואו לעולם, והפקיד שהופקד להשגיח בזה לא שלוחו של בעל המעות אלא לזכות העניים הוא משגיח...

במכתב נוסף ששלח למחבר הספר כתב הציץ אליעזר כי במקרה שלו האפשרות השנייה אינה קיימת: "אף בנידון של כבו' הבנתי שמייחדי הקרן לא סילקו בעלותם מזה ולא עשו הקדש על כספי הקרן, רק ייחדו מהונם מסוים למטרות כאלה אבל הבעלים על זה נשאר המה, ולכן הערותי מה שהערותי" (שם טז).

עולה מדיון זה כי הרב פיינשטיין, הרב אורבך והרב ולנדברג הסכימו שהדפסת שם המלווה בספר מכניסה את הלווה לגדרי ריבית דברים. הרב פיינשטיין אסר אמירת תודה והתיר אמירת ברכה, הרב

אוירבך אסר אמירת ברכה אבל התיר אמירת תודה, הציץ אליעזר דן בדרכים אחרות להקל אבל עקרונית אסר.

הרב יצחק זילברשטיין, חתנו של הרב יוסף שלום אלישיב, דן בשאלה דומה: רב חשוב נזקק לכסף והשיג הלוואה, אלא שהמלווה ביקש שלאחר שיחזיר הרב את ההלוואה – הוא יברך אותו ברפואה שלמה. על בסיס דברי הרב אלישיב בעניין, כתב הרב זילברשטיין כי "יתכן שלשיטת התוספות הוי רבית קצוצה שאסורה מדאורייתא". איך הבטחה לברכה אחרי פירעון ההלוואה נחשבת לאיסור דאורייתא? הגמרא במסכת קידושין (ת, ע"ב) דנה בהגדרתו של משכון, חפץ שהמלווה מקבל מהלווה עד פירעון ההלוואה. לדברי הגמרא, המלווה נחשב לבעליו של החפץ הממושכן. הגמרא מסיקה זאת מהפסוקים, המחייבים את המלווה להחזיר ללווה את המשכון ההכרחי למחייתו: "השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש, ושכב בשלמתו וברכך, ולך תהיה צדקה לפני ה' א-להיך" (דברים, כד, יג). לפי הפסוק, כשהמלווה מוסר ללווה את המשכון – מעשה זה נחשב לצדקה. מכאן לומדת הגמרא שהמשכון נחשב לרכוש של המלווה, אחרת נתינתו לא הייתה נקראת צדקה. על נקודה זו אומרים התוספות: אם המשכון נחשב לרכוש המלווה, ולפי הפסוק הלווה אמור לברך את המלווה, צריך לומר שהמלווה התנתק ממעמדו בתור מלווה – אחרת, "כשמברכו העני הוי ליה רבית דברים". אילו המלווה היה נשאר במעמד של מלווה גם אחרי שקנה את המשכון, היה אסור ללווה לברך אותו, משום ריבית דברים. לכן, אומרים תוספות, צריך לומר שהמלווה יוצא מגדר מלווה והופך להיות בעל המשכון.

מדברים אלה של התוספות, הגיע הרב אלישיב למסקנה כי הבטחה של הלווה לברך את המלווה – אסורה משום ריבית:

ואמר מו"ח מרן הגרי"ש אלישיב שליט"א... ומכיון שצוותה התורה על הלוה שיברך את המלוה, אם כן הרי זו רבית קצוצה, דמה לו אם המלוה קצץ ומה לו אם התורה קצצה, סוף סוף מראש נקבע שהעני יברכנו ורבית קצוצה ומוקדמת היא. והתוס' לשיטתם שסוברים שרבית בהארכת זמן וקצץ בשעה זו, הוה רבית דאורייתא.
(חשוקי חמד, בבא מציעא, עה, ע"ב)

התנהלות יומיומית

לנוכח שיטות הפוסקים בעניין אמירת תודה מהלווה למלווה, ובשל הקשיים ההלכתיים שהיא מעלה, קשה להבין איך ואם בכלל אמור להתנהל שיח בין מלווה ללווה בזמן תקופת ההלוואה. בעולם המסחרי ניהול חוב מצריך דו-שיח שוטף בין הצדדים. שולחן ערוך הרב הוא מהיחידים שכתבו מעט על הנושא:

ואפילו לדבר דבור טוב בשביל ההלוואה או בשביל הרחבת זמן אסור, כגון להקדים לו שלום אם לא היה רגיל מתחלה להקדים לו, ואין צריך לומר לקלסו בפניו או להודות ולהחזיק לו טובה או לברכו בפניו על שהלווה או על שהרחיב לו זמן, שנאמר נשך כל דבר אשר ישך אפילו דבור אסור. ואם צריך לבקש ממנו שילוה או שירחיב לו זמן, יבקש בדברי תחנונים בלבד ולא בדברי שבח וקילוס או חניפות דברים אחרים.
(שולחן ערוך הרב, יורה דעה, ט)

לפי שולחן ערוך הרב, מותר ללווה לדבר עם המלווה "בדברי תחנונים ולא בדברי שבח וקילוס או חניפות דברים". נראה כי כוונתו שהתנהלות צריכה להיות עניינית, לדבר על עסקים בלבד, לא יותר מזה. לא לשלוח מתנות ולא לקבל, לא להזמין לארוחות מפוארות. אין קו מדויק המגדיר את הגבול, אבל נדמה שכל איש עסקים, מלווה או לווה, יודע איפה עובר הגבול בין דיבור עסקי לדברי חנופה.

הרב עובדיה יוסף כתב כללים בעניין ההתנהלות היומיומית בין מלווה ולווה, והתמקד בכל הקשור לבית הכנסת. כללים אלה מחדדים את ההבנה שהתנהלות מינימלית ואף "נורמלית" מותרת, אך לא יותר מזה:

1. אם אחר ההלוואה נעשה שכנו, מותר לומר לו שלום, אחר שהרגילות בקרב שכנים לומר שלום האחד לרעהו.
2. מותר ללווה לומר תודה רבה למלווה, אחר פירעון חובו, אבל לא יברך אותו על מתן ההלוואה.
3. מי שהלווה לחבירו סך מסויים, והלווה גבאי בבית הכנסת, ובמקום ההוא רגילים למכור העלייה לתורה, אסור שיתן לו עלייה לתורה בלא שיקנה העלייה, מפני רבית.
4. אם המלווה קנה עלייה ועלה לתורה, מותר לגבאי שהוא הלווה לעשות לו מי שברך כמו שהוא רגיל לעשות לכל העולים, ואין בזה חשש רבית. אך אם אינו רגיל לעשות "מי שברך" בבית הכנסת, לא יעשה למלווה, מחשש ריבית דברים.
5. מותר ללווה לומר למלווה אחר שסיים עלייתו "חזק וברוך", אם היה רגיל לומר לו כן גם קודם ההלוואה.
6. אם אירע למלווה איזו שמחה, מותר לומר לו "מזל טוב" וכדומה.

7. אסור ללוה לכבד את המלוה להיות סנדק או שיפדה את בנו.
8. אם יש ללוה דירה להשכרה, מותר להשכירה למלוה במחיר שפירסם לאחרים מתחלה, אך אסור לו לעשות לו הנחה, מחשש רבית.
(ילקוט יוסף קיצוש"ע, יורה דעה, קנט)

סיכום

בחלק זה של הספר עסקנו באיסור מן התורה, שלפיו יהודי אינו יכול לשלם ריבית ליהודי, וגם אינו יכול לקבל ריבית מיהודי. חז"ל אף אמרו על המלווה בריבית שהוא כופר באלוקי ישראל:

אמר ר' יוסי: בא וראה סמיות עיניהם של מלוי ברבית. אדם קורא לחבירו רשע יורד עמו לחייו, והם מביאין עדים ולבלר וקולמוס ודיו וכותבין וחותמין פלוני זה כפר בא-להי ישראל. תניא, ר' שמעון בן אלעזר אומר: כל מי שיש לו מעות ומלוה אותם שלא ברבית עליו הכתוב אומר (תהלים טו, ה) כספו לא נתן בנשך ושוחד על נקי לא לקח עושה אלה לא ימוט לעולם, הא למדת דשכל המלוה ברבית נכסיו מתמוטטין.
(בבא מציעא עא, ע"א)

לאורך שנות הגלות, פוסקים פיתחו מנגנונים כדי לאפשר תשלום ריבית בדרכים עוקפות. בימינו, ההיתר המוכר והרווח במדינת ישראל הוא שטר היתר עסקא כללי. היכולת להפוך הלוואה עם ריבית לשותפות מסוג "עסקא", ואף לעשות זאת על-ידי שטר כללי שהצדדים אינם יודעים בהכרח מה עניינו, התפתחה בתהליך שנמשך מאות שנים. במשך אותן מאות שנים הוצעו גם סוגים אחרים

של שטרות, המוכרים פחות בימינו. כמה מהם אושרו ב-1603 בידי הסמ"ע ורבני ארבע הארצות, ומהם שטר העסקא הוא המוכר והמצוי ביותר בשימוש.

בספר זה ראינו את פסיקת בית המשפט בישראל שנתן תוקף מלא לשטר היתר עסקא, וראינו גם את הקשיים הרבים הכרוכים בהיתר עסקא כללי. בנוסף, נוכחנו לדעת שאנשים שומרי תורה ומצוות עושים עסקאות מחוץ למערכת הבנקאית, ללא כל היתר, מתוך הרגל לעבוד עם בנקים שחתומים על היתר כללי.

לאחר הדיון בתוקפו של היתר העסקא ובבעיות הנלוות אליו, הצענו שלוש חלופות אפשריות להיתר עסקא, שאפשר ליישם בשוק המודרני:

- א. שותפות מוגבלת על-פי פקודת השותפויות.
 - ב. ריבית על-ידי שליח, בעיקר בתחום הבנקאות במרשתת.
 - ג. ריבית המוגדרת בתור קנס על אי-תשלום, בעיקר בתחום האשראי הצרכני.
- יהי רצון שיתקיים בנו הפסוק: "כספו לא נתן בנשך ושוחד על נקי לא לקח, עושה אלה לא ימוט לעולם".

