

היבטים הלכתיים ומשפטיים של היתר עיסקא

דוד משען

תוכן המאמר

407	תוכן מפורט
408	מבוא
411	פרק א - היבטים הלכתיים
442	פרק ב - היבטים משפטיים
454	פרק ג - היבטים רעיוניים
459	סיכום
461	נספח א
462	נספח ב'
464	מפתח נושאים

תוכן מפורט

407 תוכן מפורט
408 מבוא
411 פרק א – היבטים הלכתיים
411 חלק א - סקירת התפתחות היתר העיסקא
411 א - מבוא
412 ב - המקורות התנאיים
414 ג - הסוגיא התלמודית
423 ד - העיסקא בתקופת הראשונים
430 ה - היתר העיסקא בתקופת האחרונים
434 חלק ב - הקשיים שבהיתר עיסקא ופתרונות אפשריים
434 א - הקשיים שבהיתר עיסקא
439 ב - פתרונות אפשריים
442 פרק ב - היבטים משפטיים
454 פרק ג - היבטים רעיוניים
454 א - מבוא
454 ב - איסור ריבית בתורה
456 ג - היתר עיסקא – יישום העקרונות
459 סיכום
461 נספח א
461 היתר עיסקא על דרך שליחות
462 נספח ב'
462 היתר עיסקא כנספח לחוזה ההתקשרות
463 היתר עיסקא לתכנית חסכון
464 מפתח נושאים

מבוא

מטרתו של מאמר זה הינה לסקור ולבחון היבטים הלכתיים ומשפטיים של היתר העיסקא. השימוש בהיתר עיסקא הינו כה נפוץ, עד שאיסור ריבית כמעט ונשכח כליל, ואינו קיים עוד הלכה למעשה. תופעה זו מחייבת בדיקת יסודותיו העיוניים של ההיתר. האם אכן ההיתר כפי שהוא היום מושתת כראוי על יסודות אלה. כמו כן יש לשאול האם מצב שבו איסור תורה de facto הינו מבוטל, הוא מצב ראוי.

שאלת תוקפו המשפטי של היתר העיסקא עשויה להיות בעלת השלכות על תוקפו ההלכתי, שכן ייתכן שללא יכולת אכיפה אין משמעות לחיוב ההלכתי. השאלה טרם נבחנה בבית המשפט העליון¹, ואילו בבית המשפט המחוזי השאלה עלתה לדיון אך לא הוכרעה לגופה². במוקד הדיון המשפטי עומדת שאלת גמירת הדעת של הצדדים לעיסקא. אם תאמר שהצדדים גומרים בדעתם שתנאי העיסקא תקפים, או אז יש מקום להכריע שיש להיתר תוקף משפטי. עבודה זו תעסוק אפוא, בשלשה מישורים: בהלכה, במשפט וביחס שבין שניהם.

הפרק הראשון יעסוק בהיבט ההלכתי של היתר העיסקא. בתחילה נסקור את ההתפתחויות שחלו, החל מן העיסקא התלמודית עד לעיסקא בת - זמננו. יצוין כי אין היום "נוסח אחיד" של היתר עיסקא, אלא גופים שונים משתמשים בנוסחאות שונות, ואף קיימת תופעה של בנק המפרסם היתרים שונים בסניפים שונים. הסקירה תתמקד בנקודות מבט פנים - הלכתית, אך לא ניתן להתעלם מגורמים סוציו - אקונומיים אשר השפיעו על התפתחות ההלכה. השפעה זו מתבטאת הן בהעלתן של שאלות וצרכים חדשים מתקופה לתקופה, והן בהכרעותיהם של חכמי ההלכה. ישנה חשיבות בניסיון להתחקות אחר השיקולים שעמדו מאחורי ההכרעות, שכן שינוי בנסיבות עשוי להשפיע ולשנות הכרעות שכבר התקבלו.

1. בבית המשפט העליון בארץ ישראל נידון מקרה של חוזה עם היתר עיסקא, שבו לא היתה תניה עם ריבית קצובה אלא רק בהתאם לתנאי ההיתר, דהיינו חלוקה שווה של רווחים והפסדים, עם אופציה ללווה לשלם סכום קצוב. המערער (המלווה) טען שכוונת הצדדים האמיתית הינה לריבית קצובה והאפשרות לחלוקה שווה של רווחים והפסדים הוכנסה רק לצרכים דתיים והינה חסרת תוקף משפטי. בית המשפט לא איפשר למערער להביא עדים לראיה על כוונת הצדדים האמיתית, משום שאין מביאים ראיה בעל פה לסתור מסמך. ואולם, בית המשפט איפשר למערער להשביע את המשיב לסתור את טענתו, והואיל והמשיב נעדר מן הדיון הדבר נחשב כסירוב להישבע והמערער זכה בערעור. ראה C.A 98/26 **Fledbrand V. Rab** (1926) 1 C.O.J 17.
2. המ' (ת"א) 5317/86, ת"א (ת"א) 1024/86 **בנק המזרחי המאוחד נ. טישלר**, פ"מ תשמ"ח (2) 353 (להלן: ענין טישלר).

לאחר הסקירה ההיסטורית נמנה את הקשיים השונים שהיתר העיסקא מעורר, תוך התמקדות בהיתרי העיסקא הנהוגים היום בבנקים. כאן יידונו קשיים הלכתיים "טכניים", ואילו קשיים של "רוח ההלכה" יזכו לדיון בפרק נפרד. נביא תשובות שונות של פוסקים על השאלות, תוך ניסיון להכריע ביניהן.

הפרק השני יעסוק בהיבטים משפטיים של היתר העיסקא, תוך התמקדות במשפט הישראלי. בתחילה נגדיר את המסגרת המשפטית של היתר העיסקא, הן כאשר הוא חלק מהסכם בין הצדדים, והן כאשר הוא יונק את כוחו מהחלטה של מועה"מ של הבנק. נבחן את השאלות השונות העשויות להשליך על תוקפו המשפטי של היתר, ונדון בהן על פי המבחינים שהתפתחו במשפט הישראלי. כמו כן נביא התייחסויות שונות של בתי המשפט להיתר עיסקא.

יצוין, כי כאשר בוחנים את ההשפעה של עמדת המשפט ה"כללי" על ההלכה, יש להבחין בין המישור העקרוני לבין המישור הפרקטי. כלומר, גם העמדה ההלכתית השוללת מן המשפט הישראלי כל תוקף נורמטיבי³, צריכה להתמודד עם העובדה שאין גוף אחר שיכול לאכוף התנהגות זולת בית המשפט.

כבר הוזכר לעיל, שבית המשפט העליון טרם נזקק לשאלת תוקפו של היתר העיסקא, ועל כן במשפט הישראלי הפוזיטיבי אין לה תשובה, ויש לשאול כיצד ההלכה מתייחסת למצב האמור. יש להתחשב בכך, שלעיתים נטייתם של בתי המשפט היא להימנע מהכרעה לגופו של עניין, ולהכריע כל מקרה לגופו על פי שיקולים מקומיים. ייתכן אפוא, שהעדר ההכרעה העקרונית תיהפך לתופעה קבועה, ואף אפשרות זו צריכה להילקח בחשבון כאשר מגבשים עמדה הלכתית.

הפרק השלישי יעסוק בהיבט הרעיוני של היתר עיסקא. נשתדל להבין מהי ההצדקה למכשיר של היתר עיסקא, על פי טעמו של איסור ריבית. מתוך הצדקה זו, ננסה אף לגזור מסקנות מעשיות ביחס לשאלה מתי ראוי להלוות בריבית באמצעות היתר עיסקא.

במסגרת מאמר זה אנו עוסקים רק בהלוואות, ולא בעיסקאות אחרות כגון שכירות, מכירה בתשלומים, ליסינג ועוד, על אף שגם בהם יש חששות של איסור ריבית. צמצום זה נובע מכך שהמטרה היא לבחון את המושג של היתר עיסקא, ועל כן נדון רק במודל הבסיסי - הוא ההלוואה. מסיבה זו אנו מניחים, לצורך המאמר, שמשרכת יתר מחשבון עו"ש או משיכה מחח"ד הינה לקיחת הלוואה, וכן הפקדה בחשבון חסכון מהווה מתן הלוואה⁴. כמו כן נצטרך להניח שאין להבחין בין אדם

3. ראה הרב י. בן שחר והרב י. הס "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה" **כתר - מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה** א (תשנ"ו), עמ' 339.

4. ראה ג. טדסקי "על מהות הפיקדון הבנקאי" **ספר זוסמן** (תשמ"ד) 209.

הבטים הלכתיים ומשפטיים של היתר עסקא

פרטי לבין תאגיד⁵. בדברנו על ריבית הכוונה היא רק לריבית קבועה מראש, ולא נדון בהצמדה לדולר או למדד. בהצמדה יש פנים לכאן ולכאן ובמסגרת זו לא תידון השאלה.

5. מאמר מיוחד הוקדש לנושא זה, ראה הרב י. בן שחר והרב י. הס "ריבית בתאגידים" **כתר - מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה** א (תשנ"ו), עמ' 231.

פרק א – היבטים הלכתיים

חלק א - סקירת התפתחות היתר העיסקא

א – מבוא

פרק זה מורכב משני חלקים. בחלק הראשון נסקור את התפתחות היתר העיסקא החל מן התקופה התלמודית, עד להיתר עיסקא בן - זמננו⁶. בחלק השני נסקור את הקשיים השונים אשר ההיתר מעורר, תוך התמקדות בהיתר של ימינו, וכן נבחן דרכים שונות להתמודד עם קשיים אלה.

ביסודה של העיסקא עומדת ההבחנה בין הלוואה לבין שכירות, וכן בין הלוואה לבין פיקדון. חשיבותן של הבחנות אלה נעוצה בהנחת היסוד שאיסור ריבית קיים רק בהלוואה ולא בעיסקאות אחרות. בתחילה נדון בהבחנות אלה, ובקריטריונים שעל פיהם מבחינים בין הלוואה לבין עיסקאות אחרות.

בטרם נדון בהבחנות לגופן, נעיר כי יש ספק מהו היחס בין הגדרת הלוואה לבין הנחת היסוד שאיסור ריבית קיים רק בהלוואה. תתכן הגדרה קטגורית, שאינה תלויה בהגיון של איסור ריבית, אלא קובעת קטגוריה של הלוואה שרק בה יש איסור ריבית. מאידך, תתכן הגדרה פונקציונלית, היורדת לשורש ולטעם שמאחורי איסור הריבית, וקובעת על פיהם את הקטגוריה של הלוואה שרק בה יש מקום לאיסור ריבית. בדרך הראשונה יש קושי, שכן בדרך זו נראה שההלכה היא שרירותית. לאידך, הדרך השניה אף בה יש קושי, שכן ייווצר צורך לבחון כל מקרה ומקרה לגופו, דבר שאיננו אפשרי. אם נכריע שמדובר בהבחנה הבנויה על ההגיון של איסור ריבית, אזי מתעוררת שאלה נוספת, והיא - האם הגורמים העומדים מאחורי ההבחנה חייבים להיות בתודעה של הצדדים, או לפחות של אחד מהם, או שמא די בכך שהם קיימים? כפי שנראה להלן, ניתן לסווג שיטות שונות של פוסקים בהתאם לשאלות אלה.

6. ראה א. וינרוט **ריבית הסכמית**, (חלק א, תשנ"ח), עמ' 244 ואילך.

ב – המקורות התנאיים

ישנם שני מקורות תנאיים העוסקים בהבחנה בין הלוואה לבין עיסקאות אחרות בהקשר של איסור ריבית, האחד בתוספתא והשני במדרש הלכה. נצטט את לשון התוספתא:

"מרבין על השכר ואין מרבין על המכר שני אם כסף תלווה את עמי וגוי כנשה מה מלוה מיוחדת לא מה שאת נותן לו את נוטל הימנו יצאו אילו שמא את נותן לו את נוטל ממנו רבן שמעון בן גמליאל אוי אף מרבין על המכר בהקדש כיצד משכיר אדם מעותיו לשלחני להתנאות בהן ולהתלמד בהן ולהתעטר בהן נגנבו או אבדו חייב באחריותן ניטלו (נוטל) מלפניו באונס הרי הוא כנושא שכר נשתלט עליהם אסור משום רבית ואם עשה כן בהקדש הרי זה מעל"⁷.

המקור השני הינו במכילתא:

"(כד) אם כסף תלווה [אין לין] אלא כסף מנין לרבות בהמ[ה] פירות וכל[ים] ת"ל [תלווה] אין לי אל[א] הל[וא]ה מנין לרבות נזק וח[צי]ן נזק ותשלומי כפל ותשלומי ד' וה' [ת] "ל אם כסף אם כן למה נאמ[נ]י' תלווה מיכן אתה אומ' מרבין על השכר ואין מרבין על המכר הא כיצד השכיר לו ביתו והשכיר [לו ש]דהו אמי' לו (בית) אם <מ>עכשיו אתה נותן לי במנה ואם לאח[ר] זמן במ[א]ה וחמשים מותר משום רבית מכר לו ביתו ומכר לו שדה[ו] א[מ]י' לו אם מעכשיו אתה נותן לי במנה ולאחר זמן במאה וחמשים אסור מש' ריבית שנא' אם כסף תלווה את עמי את העני עמך מה הלוואה מיוחדת לא ממה שאתה נותן לו אתה נוטל ממנו יצא זה שממה שאתה נותן לו אתה נוטל ממנו"⁸.

יש אפשרויות שונות לפרש את התוספתא. ליברמן פירש שהתוספתא מורכבת משתי הלכות שונות. הראשונה מתחילה במילים "מרבין על השכר וכו'", והשניה הינה זו של "משכיר אדם", אשר לדעתו יש לפרשה כך: כיצד משכיר אדם מעותיו? ועל כך באה תשובה, להתנאות בהן וכו'. לשאלה מדוע מותר להרבות על השכר בעוד שאסור להרבות על המכר, ליברמן מביא את ההסבר של הגמ' לפיו ההבדל נעוץ בשאלה מתי המלווה (או המשכיר) רשאי לדרוש תשלום⁹. ואולם, אין לתשובה זו כל

7. בבא מציעא פרק ד, הלכה ב.

8. מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי, פרק כב.

9. גמ' בדף סה פירשה כך את המשנה שם, וליברמן אימץ את פירושה גם לתוספתא. לפי פירוש זה, ההבדל בין מכר לשכירות נובע מכך שבשכירות החיוב לשלם חל בסוף התקופה, ולכן המחיר הנמוך

אחיזה בלשון התוספתא. ביחס לסיפא ליברמן פירש, שהטעם העומד מאחורי דין זה הוא שהשוכר איננו אחראי כמו הלווה, ולכן מותר למשכיר לקבל תשלום¹⁰. אמנם עניין האחריות מוזכר בתוספתא, אך לא משמע שזה טעם החילוק בין הלוואה לבין שכירות¹¹, אלא שהאחריות היא תוצאה של מעמד המעות כמושכרות, ולא הגורם. הקושי העיקרי בדרכו של ליברמן הוא בכך שהוא אינו מייחס כל משמעות לטעם שהתוספתא מזכירה מפורשות.

לכן, נראה לי שיש לפרש כך- התוספתא מעמידה את ההבחנה בין הלוואה לבין שכירות על ההגדרה של הלוואה כמתן דבר על מנת לקבל בתמורה דבר אחר. לפי עקרון זה מוסבר גם הדין הראשון, לגבי היחס בין שכירות לבין מכר¹², וגם הדין השני לגבי משכיר אדם מעותיו, משום שבעסקת שכירות, הדבר שניתן חוזר בעינו, ולכן אין כאן הלוואה ולא ייתכן איסור ריבית. לפי פירוש זה יש לקרוא את הסיפא כך: כיצד? ועל כך באה התשובה, משכיר אדם מעותיו. ואולם התוספתא מכירה בכך שגם בעסקת שכירות ייתכן איסור ריבית, וזאת אם השוכר "ישתלט" על המעות וינהג בהן כשלו. זאת ניתן ללמוד מהסיפא "נשתלט עליהן וכו"¹³.

נראה שבדרך דומה יש לפרש את המכילתא שצוטטה לעיל. המכילתא מנמקת את הדין של "מרבין על השכר ואין מרבין על המכר" בנימוק שהלוואה הינה רק כאשר הדבר שנותנים איננו חוזר בעין.

לסיכום, ישנן שתי דרכים להסביר כיצד המקורות התנאיים מגדירים הלוואה. לפי דרך אחת הלוואה מוגדרת לפי האחריות, ואילו לפי הדרך השנייה הלוואה מוגדרת כדבר שניתן להוצאה ואינו חוזר בעין. לפי שתי הדרכים, ייתכן שההגדרה היא פונקציונלית, ובנויה על ההגיון של איסור ריבית. לפי הגדרת הלוואה כעסקה שבה האחריות היא על המקבל, יש לומר שרק כאשר האחריות מוטלת על הנותן יש הצדקה לגבות תשלום. לפי ההגדרה שהלוואה היא כאשר הדבר שניתן איננו חוזר,

עבור הקדמת המעות הינו הנחה. לעומת זאת, במכר יש חיוב לשלם מיד עם העברת החזקה בממכר, ולכן המחיר הגבוה הינו תוספת עבור המתנת המעות ותשלום תוספת זו הינו אסור משום ריבית.

10. גם כאן ליברמן הולך בעקבות הגמ' בדף סט (סוגיית רב חמא כפי שחלק מהראשונים פירשוה - ראה להלן).

11. על אף שהב"י ביו"ד סימן קעו פירש כך.

12. נפקות אפשרית בין שני ההסברים תהיה במקרה של שכירות, אם המשכיר מציע מחיר גבוה למקרה בו ישלם השוכר אחרי סיום השכירות. לפי פירושו של ליברמן הדבר אסור, ואילו לפי הפירוש המוצע כאן הדבר מותר.

13. מצאנו ביטוי זה באותו מובן בירושלמי, כתובות פרק ט דף לג עמוד א הלכה ה, "כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך כו' ר' יונה ורבי יוסה תריהון אמרין לא סוף דבר בנכסים שנשתלטה בהן בחיי בעלה אלא אפילו בנכסין שנשתלטה בהן לאחר מיתת הבעל אין היורשין משביעין אותה".

יש לומר שרק כאשר הדבר שניתן חוזר בעין, הוא אינו קנוי למקבל אלא לנותן, וניתן לגבות דמי שימוש. לעומת זאת, כאשר הדבר איננו חוזר בעין, אזי הדבר קנוי למקבל ושוב אין צידוק לגבות תשלום¹⁴. כמו כן ייתכן שהגדרות אלה הן הגדרות קטגוריות, שאינן קשורות לאיסור ריבית אלא באות רק להגדיר מהי הלוואה.

ג – הסוגיא התלמודית

ישנן שלש סוגיות בתלמוד העוסקות בהגדרת הלוואה בהקשר של ריבית:

הסוגיה המרכזית העוסקת בהגדרת הלוואה (לצורכי ריבית) היא סוגיית רב חמא¹⁵:

”רב חמא הוה מוגר זוזי בפשיטא ביומא, כלו זוזי דרב חמא. הוא סבר: מאי שנא ממרא. - ולא היא, מרא הדרא בעינא וידיע פחתיה, זוזי לא הדרי בעינייהו ולא ידיע פחתיה.”

עניינה של סוגיא זו היא בהבחנה שבין הלוואה לבין שכירות, והגמי' מונה שני הבדלים. יש בסוגיא קושי פרשני, שכן לא ברור אם לפנינו שני טעמים שונים, או שמא יש כאן טעם אחד (כלומר הדר בעינא ולכן ידיע פחתיה). אם נניח שיש כאן שני טעמים שונים, אזי יש לשאול אם אלה תנאים מצטברים, שרק בצירוף שניהם מותר לגבות תשלום, או שמא אלה תנאים חלופיים. אין לדעת אם בעל הסוגיא בעצמו היה מודע לשאלת הזיקה שבין שני הגורמים, או שהוא מסתפק בציון ההבדלים בלבד בלא לנקוט עמדה באשר לשאלת היחס¹⁶.

מהמילים ”הדר בעינא” משמע, שההבחנה בין הלוואה לבין שכירות תלויה בשאלה אם הדבר חוזר בעין. ואולם, רש”י מפרש ביטוי זה שלא כפשוטו, דהיינו שההיתר של מרא תלוי בכך שהאחריות היא על הנותן והחזרה בעין הינה רק תיאור מצב שבו האחריות היא על הנותן, לעומת מצב שבו הכלי אינו חוזר בעין, שבו האחריות היא

14. ראה שלחן ערוך, אורח חיים, רמו, ד, ה, ובאור הגר”א שם. הדיון שם הוא בשאלה, כאשר אדם משכיר בהמתו לגוי, באילו תנאים הבהמה נחשבת קנויה לגוי לענין היתר שהגוי יעשה בה מלאכה.

15. בבא מציעא, סט, ע”ב.

16. קושי נוסף בסוגיא הינה בשאלה מה היתה ההו”א של רב חמא. ניתנו לשאלה זו מספר תשובות. הריב”ש בסימן שח מפרש כפשוטו, דהיינו שרב חמא סבר שהלשון גורם, ועצם הזכרת לשון שכירות תתיר את העיסקא. ראשונים אחרים התקשו לקבל הסבר זה. תוסי' פירשו שרב חמא היה מקבל עליו אחריות של אונסין ולכן סבר שזה מותר. הריטב”א כתב שרב חמא היה מתנה שאם ה”שוכר” לא ישתמש בכסף להוצאה, לא יתחייב באחריות, וסבר שדמי השכירות שהוא גובה הנם רק עבור התקופה שעדיין ה”שוכר” לא הוציא את הכסף, ולכן סבר שמוותר.

על הלווה. בשאלת היחס בין שני התנאים, משמע שלפי דעת רש"י אלה תנאים מצטברים, שרק בצירוף שניהם מותר לגבות תשלום.¹⁷

תוס'¹⁸ מקשים על רש"י, הן מן המציאות שמשכירים דברי כסף שאין בהם פחת, והן מן התוספתא¹⁹ הנ"ל. בגלל שאלות אלה תוס' חולק על רש"י. ריב"ן גרס רק "הדר בעינא", משמע שזה הגורם היחיד. לעומתו, בעל תוס' (שלא התפרש שמו) אומר שכן גורסים כרש"י, אלא שלדעת תוס' אלה תנאים חילופיים שדי באחד מהם כדי להצדיק גביית תשלום. כמו כן משמע מדברי תוס' שהביטוי "הדר בעינא" מתפרש כפשוטו, כלומר - כאשר החפץ הניתן לא ניתן להוצאה אין בתשלום איסור ריבית. איסור ריבית קיים אפוא, לדעת תוס', רק בדבר שניתן להוצאה שאין בו פחת, משום שאז התשלום ניתן עבור היכולת להוציא ולהשתמש בחפץ, וזהו עיקרו של איסור ריבית.

הרמב"ם מפרש את הביטוי "הדר בעינא" כפשוטו ואיננו מתייחס כלל לפחת. ייתכן שגרס בגמ' כריב"ן (שלא גרס בגמ' את המילים "ידיע פחתיה"), ואלה דבריו: "אסור להשכיר הדינרין שאין זה דומה למשכיר את הכלי שהכלי חוזר בעצמו וזה מוציא אלו ומביא דינרין אחרות ונמצא זה אבק רבית"²⁰.

ישנן אפוא שתי דרכים עיקריות להסביר כיצד להבחין בין שכירות לבין הלוואה. לפי רש"י ההבחנה תלויה בקבלת אחריות²¹, ואילו לפי התוס' והרמב"ם ההבחנה תלויה בכך שהדבר ניתן להוצאה²². להלן נראה דרך שלישית, על פי שיטת הר"ן בסוגיית העיסקא.

17. ואלה דבריו, "הדרא בעינא - אותו כלי חוזר בעצמו בעין, ואינו הלוואה אצלו בדמים, ואין אחריותו עליו, אם נאנס או נשבר מחמת מלאכה, הלכך, אין שכרו רבית. וידיע פחתיה - ועוד, שניכר פגמו, שהוא נפגם ומתקלקל מחמת מלאכה. זווי לא הדרי בעינייהו - שהרי מוציאם, ולפיכך אחריותו עליו ושכרו רבית, אף על גב דאמר בלשון שכירות, ועוד, אי נמי אהדר ליה בעיניה - לא ידיע פחתיה, נמצא שכרו חנם ברבית".

18. ד"ה "מרא".

19. הב"י בסימן קעו אומר שלרש"י צ"ל שהגמ' חולקת על התוספתא.

20. הלכות מלוה ולוה, ה, טז. הב"י, שם, פירש שלרמב"ם צ"ל שמדובר כאשר המשכיר קיבל עליו אחריות אוניסין, דאי לאו הכי הוי ריבית גמורה ולא אבק ריבית. ואולם, בדברי הרמב"ם אין שום התייחסות לשאלת האחריות וצ"ע.

21. וכן דעת בעל תרוה"ד חלק א, שב.

22. וכן דעת הריב"ש, שח ומהר"ם אלשיך, לט. וראה בשו"ת הרא"ש, כלל קח, סימן ה שכתב, "וכן כתב הרמ"ה ז"ל...אם עשה המלוה שליח את חברו לקבל משכוננו של כותי בידו, והלוה את הכותי ברבית עליו, מותר, אע"פ שנתחייב השליח באחריות המשכון, השליח לא קא יהיב רבית, אלא פיקדון הוא דאיכא גביה, וקא מחייב נפשיה באונסיה, וקיי"ל: מתנה שומר חנם להיות כשואל; ולא דמי למעות דהלוואה, דמעות לא הדרי בעינייהו, משכונן הדר בעיניה".

סוגיה נוספת בתלמוד החשובה לענין הגדרת ההלוואה לצורך איסור ריבית, היא סוגיית ה"עיסקא". יש להקדים, שהעיסקא לא נוצרה מלכתחילה כדי להתמודד עם איסור ריבית אלא לקבוע את התנאים מיכללא שיחולו בעיסקא, כדי שלשני הצדדים יהיה ריווח (ראה להלן דברי נהרדעי). אף תחילת הזיקה לסוגיית הריבית לא היתה אלא בצורך לתת למתעסק שכר טירחא על חלק ההלוואה כדי שלא יהיה בעמלו בחלק ההלוואה משום איסור ריבית, וכך כותב הרמב"ם:

"תקנו חכמים שכל הנותן מעות לחבירו להתעסק בהן יהיה חצי הממון בתורת הלואה והרי המתעסק חייב באחריותו אע"פ שאבד באונס והחצי האחר בתורת פיקדון והרי הוא באחריות בעל המעות, ואם נגנב או אבד החצי של פיקדון 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 בשווה שאם אתה אומר כן נמצא בעל הממון נוטל שכר חצי מעותיו שהן פיקדון ואינו עושה כלום אלא זה המתעסק טורח לו בחצי של פיקדון מפני מעותיו שהלוהו ונמצא באין לידי אבק רבית, והיאך יעשו אם רוצה להיות השכר או ההפסד לאמצע בשווה יתן למתעסק שכרו שבכל יום ויום מימי השותפות כפועל בטל של אותה מלאכה שבטל ממנה..."²³

המקור התנאי לסוגיית העיסקא הוא במשנה -

"אין מושיבין חנוני למחצית שכר ולא יתן מעות ליקח בהן פירות למחצית שכר אלא אם כן נותן לו שכרו כפועל אין מושיבין תרנגולין למחצה ואין שמין עגלין וסייחין למחצה אלא אם כן נותן לו שכר עמלו ומזונות אבל מקבלין עגלין וסייחין למחצה ומגדלין אותן עד שיהו משולשין וחמור עד שתהא טוענת:"²⁴

עוד נאמר במשנה -

"שמין פרה וחמור וכל דבר שהוא עושה ואוכל למחצה מקום שנהגו לחלוק את הולדות מיד חולקין מקום שנהגו לגדל יגדלו רבן שמעון בן גמליאל אומר שמין עגל עם אמו וסייח עם אמו ומפריז על שדהו ואינו חושש משום רבית"²⁵.

אין במשנה התייחסות מפורשת למקרה של הפסד, וכן אין העיסקא מוגדרת במונחים של הלוואה/פיקדון, ואולם בגמ' על אתר משמע שיש חלוקה שווה של רווח

23. הלכות שלוחין ושותפין, ו, ב.

24. בבא מציעא, פרק ה, משנה ד.

25. שם, משנה ה.

והפסד (ובלבד שישלם הנותן למקבל שכר טירחא).²⁶ כמו כן הגמ' בסוגיא אחרת מסבירה את המשנה במונחים של הלוואה / פיקדון, וכך לשון הגמ':

"אמרי נהרדעי: האי עיסקא, פלגא מלוה ופלגא פיקדון. עבוד רבנן מילתא דניחא ליה ללוה, וניחא ליה למלוה. השתא דאמרינן פלגא מלוה, אי בעי למשתי ביה שכרא - שפיר דמי. רבא אמר: להכי קרו ליה עיסקא, דאמר ליה: כי יהבינא לך - לאיעסוקי ביה, ולא למשתי ביה שכרא. אמר רב אידי בר אבין: ואם מת - נעשה מטלטלין אצל בניו. רבא אמר: להכי קרו ליה עיסקא, דאם מת - לא יעשה מטלטלין אצל בניו."²⁷

במסגרת עיסקא זו ממחצה הפיקדון מותר לנותן לקבל ריווח ואין בו משום ריבית. מכאן נוצר צורך לקבוע את הקריטריון של הלוואה, שבו יש איסור לקחת ריבית, לעומת פיקדון, שבו השומר מחזיר את הפיקדון עם הרווחים. במקרה של העיסקא נראה בפשטות שההבדל בין חלק הלוואה לבין חלק הפיקדון הוא באחריותו של המקבל, שזהו עיקרו של העיסקא. הר"ן בתשובה, לעומת זאת, כתב בשם חכמי לוניל, שחלק הלוואה ניכר דווקא בכך שהמקבל נהנה מן הרווחים, ואם אדם מקבל עיסקא על מנת שכל הרווחים יהיו לבעה"ב, אזי אין בכך איסור שכן זו שליחות ולא הלוואה, ואלה דבריו:

"...אם כל הריווח לבעל הפקדון אע"פ שכל אחריות הקרן על הנפקד הורו חכמי לוניל שהוא מותר, דכה"ג לא מיקריא הלוואה אלא שליחותיה קא עביד, דכיון שכל ההנאה של מפקיד לא דמיא כלל להלוואה אלא הוי כשלוחו, וכשומר דתנן ביה [ב"מ צד א] מתנה שומר חנם להיות כשואל, כלומר לקבל עליו כל אחריות הקרן ולהתחייב באונסיו, וכיון דמשום האי טעמא אתו עלה נראה שאפילו פורע המפקיד לנפקד שכר טרחו ועמלו כיון שאינו מתשכר בגוף הפקדון שרי דאין כאן הלוואה כלל, אלא הרי הוא כשומר שכר שמתנה להיות כשואל...."²⁸

26. בבא מציעא, סח, ב - "בני רב עיליש נפק עלייהו ההוא שטרא הוה 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 וכו'".

27. בבא מציעא קד, ב. הגמ' אינה מזכירה מפורשות את המשנה, אך רש"י ותוס' שם מפרשים שהגמ' מתייחסת למשנה.

28. סימן עג, וראה בשאלת יעב"ץ א, קמח אשר הביא בהסכמה את דברי הר"ן, וכן פסק הרמ"א בסימן קעז, א. מסורת זו בשם חכמי לוניל מובאת גם בספר התרומות, שער מו, חלק ג, אות כח. וכן כתב המאירי בבית הבחירה, בבא מציעא, ע, א בשם הגאונים.

אמנם הר"ן לא דן בתשובה זו בפרשנות הגמ', אך ניתן להסיק מדבריו שהבחנה בין חלק ההלוואה לבין חלק הפיקדון אינה נעוצה באחריות אלא בקבלת הרווחים, כאשר מחלק ההלוואה הרווחים הם למקבל ומחלק הפיקדון הרווחים לנותן. מותר לקבל עיסקא ולתת את הרווחים ל"מפקיד", לדעת הר"ן, אפילו אם המקבל נושא בכל האחריות שכן מתנה שומר חינם להיות כשואל. הר"ן מוסיף שהדבר מותר אפילו אם המפקיד נותן לנפקד שכר טירחא, "כיון שאינו משתכר בגוף הפיקדון"²⁹. מהר"י בן לב בתשובה סבר כר"ן, ואף הוסיף שמותר לצדדים לקבוע סכום שעל ה"לווה" לשלם ל"מלווה" בין שיהיה ריוח כשעור זה בין שלא, ובלבד שה"לווה" נותן את כל הרווחים למלווה ועל ידי כך אין כאן כלל הלוואה אלא שליחות.³⁰

יש לברר מהו היחס בין סוגיית העיסקא לבין סוגיית רב חמא. שתייהן עוסקות בהבחנה בין הלוואה לבין פיקדון, ולכאורה הן מציבות קריטריונים שונים להבחנה זו. לפי שיטת הר"ן הנ"ל, אין קושי, שכן רק סוגיית העיסקא עוסקת בסיטואציה שבה יש רווחים מן העיסקא, ורק שם ניתן להגדיר את ההלוואה על פי הרווחים. אך מפשטות סוגיית העיסקא ללא חידושו של הר"ן ניתן, לכאורה, להסיק שהגדרת ההלוואה תלויה באחריות המוחלטת המוטלת על הלווה³¹, ואם האחריות פוחתת העיסקא נהפכת לפיקדון ומותר לקחת ריבית. ואילו בסוגיית רב חמא, לפי פירוש התוס' והרמב"ם, משמע שההגדרה תלויה בהיות ההלוואה דבר שאינו חוזר בעין. אף לפי שיטת רש"י יש לשאול, האם הפחתת האחריות מתירה לקיחת סכום קצוב של ריבית, שכן מסוגיית העיסקא ניתן להסיק רק שמותר לקחת סכום מתוך הרווחים, ואילו בסוגיית רב חמא מדובר על דרך להתיר לקיחת סכום קבוע. המהרי"ק דן בשאלה זו ואלה דבריו.

"...והלא דבר פשוט הוא דאפי' עיסקא דשרו רבנן היינו דווקא היכא שהמקבל אינו מקבל עליו שום דבר קצוב אלא ליתן לנותן חצי הריוח אם יהיה שם ריוח ואם לא יהיה לא יתן לו כלום ואפילו הקרן אשר כנגדו נוטל הנותן הריוח דהיינו פלגא דפיקדון אם יאבד באונס יפסיד הנותן אבל שיקבל עליו המקבל לתת שום דבר קצוב בין ירויח בין לא ירויח פשיטא ופשיטא דאיסורא איכא ויש בו משום ריבית ואפי' יקבל עליו הנותן אחריות האונסין אם לא יקבל עליו גם אחריות גנבה ואבדה... כדאמרין בפרק הריבית רב חמא הוה מוגר זווי בפשיטי כו'...

29. המהרי"ט חלק ב, יו"ד, מא כתב שמותר לתת רק סכום קצוב. משמע מדבריו שאסור לתת שכר טירחא כחלק יחסי מן הרווחים, שכן בכהאי גוונא המקבל נהיה בעל עניין ואינו יכול להיחשב שליח.

30. שו"ת מהר"י בן לב, ג, סד.

31. שהרי שני חלקי העיסקא אינם ניתנים להוצאה גמורה אלא רק לצורך העיסקא, ואילו ההבדל ביניהם הינו באחריות, ובגין הבדל זה החלק האחד נקרא מלווה והאחר נקרא פקדון.

משמע מתוך הברייתא ומדרב חמא דאפי' בכהאי גוונא דאחריות אונסין על הנותן ואחריות גנבה ואבדה על המקבל לא שרי לנותן לקבל שכר מעותיו אלא בכהאי גוונא להתנאות ולהתלמד ולהתעשר בהם דהדרי זווי דידיה בעינייהו דלאו הלואה ניהו כו' אבל הלואה אפילו מקבל נותן אחריות אונסין אסור ליטול שכר מעותיו... הרי לך בהדיא דכיון שקצב לו ליתן ההוצאה דהוה ליה ריבית קצוצה ואף על גב דמקבל עליה אונסין מאחר דלא קבל עליו אחריות גנבה ואבדה...³²”

לפי המהרי"ק היחס בין שתי הסוגיות הוא כך: אם הנותן מקבל עליו אחריות אונסין, אזי מותר רק בתנאי של עיסקא, דהיינו שהמקבל אינו נותן סכום קבוע אלא מחצית רווחים אם יהיו. ההיתר לקחת סכום קבוע, הוא עניינה של סוגיית רב חמא, ועל פי סוגיא זו נקבע שההיתר הינו באחת משתי אלה: או שהנותן מקבל עליו את האחריות גם לגניבה ואבדה, או שהחפץ אינו ניתן להוצאה. ואולם אין בדבריו הסבר מהותי לחלוקה זו, ואפשר שכוונתו רק לדרגות מדרבנן של מחזי כריבית.

הב"י חלק על המהרי"ק במה שהתיר לקחת סכום קבוע כאשר הנותן מקבל עליו אחריות לגניבה ואבדה, מכיוון שמחזי כריבית. לכן, לדעתו מותר לקחת סכום קבוע רק כאשר הדבר אינו ניתן להוצאה, ואילו ריווח (שאינו בטוח) מותר לקחת אם חלק מן האחריות על הנותן. ואלה דבריו:

”כתב ה"ר ישעיה שלא התירו וכו' ומדברי מהרי"ק בשורש קי"ט משמע דלא אסר רבינו ישעיה אלא כשהנותן מקבל עליו אחריות דאונסין ולא דגניבה ואבדה אבל אם מקבל עליו אחריות גם מגניבה ואבדה מותר לקצוץ.... ואין נראה לי דכיון דה"ר ישעיה לא אסר אלא משום דמחזי כמלוה ברבית אפילו קבל אחריות דגניבה ואבדה אכתי מחזי כמלוה ברבית... דאפילו קיבל עליו הנותן אחריות דגניבה ואבדה אסור משום דמחזי כמלוה ברבית³³”.

נראה לעניות דעתי, כי כל ההשוואה בין סוגיית רב חמא לבין סוגיית העיסקא, המוזכרת בדברי המהרי"ק, אינה ממין העניין. הסוגיא שעסקה בהגדרת הלוואה לצורך ריבית היא רק סוגיית רב חמא. סוגיית העיסקא כלל לא נועדה לפתור בעיה של ריבית, אלא לקבוע תנאים מיכללא החלים על עיסקא. אמנם הסוגיא מזכירה את בעיית הריבית³⁴, אך לא לענין עצם העיסקא אלא רק לענין החיוב לשלם שכר טירחא עבור חלק הפיקדון, וזאת כדי שלא יעסוק בחלק הפיקדון בגלל קבלת

32. סימן קיט.

33. יו"ד, קעז.

34. בבא מציעא סח, סט.

ההלוואה. נמצא שאין מקור לכך שדי בהפחתת האחריות כדי להוציא את העיסקא מכלל הלוואה. כך אמנם פירש רש"י את סוגיית רב חמא, אך מפשטות הסוגיא משמע כתוסי' ורמב"ם. נראה אפוא, שיש להסתפק רק בהגדרה הבנויה על כך שההלוואה ניתנה להוצאה. יש להדגיש שאף העיסקא עומדת בהגדרה זו, שכן בעיסקא ה"תנאית" היה מדובר בתרנגולים וכו', דברים אשר אינם עומדים להוצאה. אף העיסקא ה"אמוראית" אשר התרחבה לכלול גם כסף, מתאימה להגדרה זו, שכן המקבל אינו יכול לעשות בכסף העיסקא כל חפצו (כפי שניכר בסוגיית נהרדעי אפילו ביחס לחלק ההלוואה). זאת ועוד, לא ייתכן שאדם יוכל להוציא חפץ לכל מה שירצה ולא יהיה חייב באונסין, שכן כאשר אדם מקבל חפץ לרשותו והוא יכול להוציאו לכל אשר ירצה, החפץ מיד נכנס לרשותו ואין הנותן יכול לחזור בו³⁵. בנסיבות אלה אין משמעות להבחנה בין אונס לבין פשיעה, שכן אונס מהווה אבדן החפץ על אף שהאדם עשה כנדרש, ואילו בדבר הניתן להוצאה ללא הגבלה לא נדרש דבר. ומכאן שכאשר אנו קובעים כי דבר ניתן להוצאה, *ipso facto* יש על המקבל אחריות מוחלטת³⁶. לכן, הגדרת הלוואה כדבר הניתן להוצאה כוללת גם את הרכיב של אחריות מוחלטת.

הסוגיה השלישית החשובה לענייננו היא סוגיית אגרא ופגרא. סוגיא זו הינה בבבא מציעא:

"ספינתא, אמר רב: אגרא ופגרא. אמרו ליה רב כהנא ורב אסי לרב: אי אגרא - לא פגרא, אי פגרא - לא אגרא. שתיק רב. אמר רב ששת מאי טעמא שתיק רב? לא שמיעא ליה הא דתניא: אף על פי שאמרו אין מקבלין צאן ברזל מישראל, אבל מקבלין צאן ברזל מן הנכרים. אבל אמרו: השם פרה לחבירו ואמר לו: הרי פרתך עשויה עלי בשלשים דינר, ואני אעלה לך סלע בחדש - מותר, לפי שלא עשאה דמים. - ולא עשאה? - אמר רב ששת: לא עשאה דמים מחיים, אלא לאחר מיתה. אמר רב פפא, הלכתא: ספינה אגרא ופגרא."³⁷

35. כל המושג "אונס", פירושו שהחפץ אבד למרות שהאדם עשה את המוטל עליו, ואילו אם אדם מקבל חפץ לעשות כל אשר יחפוץ לא ניתן להצביע על דבר שהיה עליו לעשות, וראה רשב"א, קידושין, מז, ב.

36. ניתן להביא תימוכין לכך שנקודת המוצא בהבחנה בין סוגי החזקה שונים תלויה ביכולת ההוצאה, ושאלת האחריות היא אך ורק נגזרת מכך. ראה משנה בבא מציעא ב, ז " ... מה יהא בדמים רבי טרפון אומר ישתמש בהן לפיכך אם אבדו חייב באחריותן, רבי עקיבא אומר לא ישתמש בהן לפיכך אם אבדו אין חייב באחריותן" (בגמ' על אתר מבואר ש"אבדו" פירושו אבדו באונס).

37. סט ע"ב.

רב אומר שאדם יכול להשכיר ספינה ולקבל שכר, וגם לחייב את השוכר במקרה של שבר. האמוראים מקשים על רב, כיצד ניתן לגבות תשלום שכירות עבור הספינה וגם לחייב במקרה של שבר. משמע שישנה הנחה שאם המקבל מחויב באחריות של שבר, דינו כהלוואה ואסור לגבות דמי שכירות. מהי תשובת הגמ' "לא עשאה דמים מחיים" – כלומר, רק הטלת אחריות מוחלטת על המקבל בשיעור הערך הכספי של הספינה (או חפץ אחר) הופכת את העיסקה להלוואה, ואילו במקרה של רב חלק מן האחריות הוא על הנותן. לכאורה ניתן להקשות מכאן על השיטה הסבורה שהגדרה של הלוואה היא דבר שניתן להוצאה. התשובה לשאלה זו היא, שאם מוטלת על המקבל אחריות מוחלטת בשיעור הערך הכספי, שוב אין משמעות לכך שהחפץ לא עומד להוצאה.³⁸

ישנן דעות שונות בין הפוסקים לגבי הפירוש של תשובת הגמ' לדברי רב, כלומר איזו דרגת אחריות מותר להטיל על המקבל. יש אומרים שדי בכך שאין על המקבל אחריות לזולא כאשר החפץ בעין, יש הדורשים יותר "קולות" על המקבל כדי להיחשב מקבל ולא לווה. הפני יהושע על אתר אומר, שהגבול בין שכירות לבין הלוואה איננו רק בשאלת האחריות, שהרי מתנה שומר שכר (והוא הדין שוכר) להיות כשואל. אלא שישנם חיובים המאפיינים קניית החפץ, ולכן המקבלם נחשב לווה. לדוגמא, אם המקבל מקבל עליו אחריות של זולא אפילו כשהחפץ חוזר בעין, אזי העיסקה מוגדרת כהלוואה, לאפוקי מקרה של שבר שאז מותר לו לקבל כשעת היוקר. כמו כן אסור למקבל לקבל עליו את הפחת הנובע משימוש שהרי שואל לוקח חפץ כדי להשתמש, וכשם שפטור במתה מחמת מלאכה, כך אין לשואל לשלם עבור פחת הנובע משימוש. ואולם אם המשאיל מקבל עליו חלק מן הפחת סגי, כדמוכח בסוגיית חסכא דנחשא³⁹.

ניתן לסכם את השלב התלמודי ולומר שישנה הנחת יסוד שאיסור ריבית קיים רק בהלוואה. ניתן להסביר הנחה זו על ידי מתן הגדרה קטגורית לעסקת הלוואה על מנת להבחין בינה לבין עיסקאות אחרות. לעומת זאת, ניתן להסביר שהנחת יסוד זו בנויה על הטעם שמאחורי איסור ריבית. הגישה הראשונה ניכרת בתוספתא ובמכילתא, הקובעות שרק בעיסקא שבה המקבל מחזיר דבר שונה ממה שקיבל יש איסור ריבית. ואולם ייתכן להסביר מקורות אלה גם אליבא דגישה השניה, ולומר שעקרון איסור ריבית הינו שאין לגבות תשלום עבור הזכות להוציא את הכסף. על פי הגישה השניה, לכאורה לא די שהגורם קיים, אלא עליו להיות בתודעת הצדדים כדי שנפרש בהתאם את תשלום הכסף.

38. ראה לעיל הערה 35.

39. בבא מציעא ע, א.

בגמ' ניכר גורם נוסף והוא האחריות. הדבר מוזכר בסוגיא של אגרא ופגרא, ומשמע משם שאין לגבות דמי שכירות אם כל האחריות מוטלת על המקבל. גורם זה מתאים לשתי הגישות הנ"ל; הגישה הקטגורית תאמר שהגדרת הלוואה היא קבלת דבר שיש עליו את מלוא האחריות. הגישה המדגישה את הטעם של איסור ריבית תאמר שהנותן רשאי לדרוש תשלום רק אם הוא מקבל עליו חלק מן האחריות ועל כן הוא מסתכן בכך. הופעתו של גורם האחריות מעלה את שאלת היחס בין גורם האחריות לבין הגורם של "ניתן להוצאה", וכן את השאלה מהי דרגת האחריות ה"קריטית". שאלות אלה באו לידי ביטוי בסוגיית רב חמא על גרסאותיה ופירושיה השונים⁴⁰.

לצידן של סוגיות אלה קיימת סוגיית העיסקא, אשר עיקרה אינו עניין לריבית אלא נוצרה על מנת לגבש את התנאים מיכללא החלים במתן הון מידי משקיע לידי יזם עבור הפקת רווחים. נקבע, כפועל יוצא משיקולים של כדאיות עבור שני הצדדים, שהאחריות מתחלקת בשווה, בין לריווח בין להפסד. לכן נקבע שהעיסקא היא מחצה הלוואה ומחצה פיקדון. אף כשנקשרה סוגיית העיסקא לדין ריבית, היה זה אך לענין הצורך של הנותן להוסיף למקבל שכר עבור הטירחא שטורח בחלק הפיקדון. הגורם של "ניתן להוצאה" אינו ניכר בעיסקא, משום שהעיסקא המקורית היתה במתן תרנגולים, חנות, וכו' שאינם עומדים להוצאה. אף כשהחלו להופיע עיסקאות של כסף לא חל שינוי, משום שהכסף אינו ניתן להוצאה לכל צרכיו, שהרי יש מטרה עסקית אשר רק למענה המקבל יוציא את הכסף. מתוך סוגיית העיסקא נוצרה דרך שלישית להגדיר את ההבדל בין הלוואה לבין פיקדון, והוא על פי הרווחים, כשיטת הר"ן שהוזכרה לעיל. על פי שיטה זו, אדם המקבל חפץ ואיננו נהנה מן הרווחים כלל, איננו לווה אלא שומר, וזאת ללא קשר למידת אחריותו. יש להסתפק לפי שיטה זו, אם המקבל ייחשב שליח גם אם החפץ (או הכסף) שבידו ניתן להוצאה. בין כך ובין כך, סוגיית העיסקא העלתה על נס את גורם האחריות, ועליה סמכו חלק מהפוסקים בקובעם כי ההבדל בין פיקדון לבין הלוואה תלוי רק בגורם האחריות⁴¹.

יש לשאול, בין לשיטה המגדירה הלוואה כדבר הניתן להוצאה, ובין לשיטה המגדירה הלוואה על פי האחריות, האם ההגדרה תלויה בהסכם שבין הצדדים, בכוונתם האמיתית או שמא במצב בפועל של החפץ? מהסיפא של התוספתא המובאת לעיל "נשתלט עליהן וכו'" ניתן להסיק שהמצב בפועל הוא שקובע. כלומר

40. ישנן סוגיות נוספות הדנות בהבחנה בין הלוואה לבין מקח לענין איסור ריבית, כגון סוגיות ה"טרשא" בבבא מציעא סה, א ועוד, ואולם לא ניתן להכריע מהן מהו הגורם ה"קריטי" היוצר את ההבחנה.

41. תרוה"ד א, שב.

גם אם סוכם שהמקבל אינו רשאי להוציא את החפץ לצרכיו, אם בפועל עשה כן הרי שקנה את החפץ במעין "קנייני גזלה" ושוב אסור לגבות דמי שימוש. במבוא עמדנו על כך שייטכנו שתי גישות ביחס לשאלה מהו סוג ההבחנה בין הלוואה לבין פיקדון. הגישה ה"פונקציונלית", הסבורה שיש לתור אחר הבחנה היורדת לטעם שמאחורי איסור ריבית, תסבור שיש להתמקד בשאלה עבור מה הכסף ניתן. לשיטה זו, הגדרת העיסקא כהלוואה תלויה, או בהסכם הראשוני שבין הצדדים, או בכוונתם האמיתית בזמן עריכת ההסכם (או בזמן נתינת הכסף). לעומת זאת, לפי הגישה "הקטגורית" יש ספק מהו הרכיב שעל פיו יש להגדיר את העיסקא.

בשלב התלמודי העיסקא היתה כרוכה בסיכון מצד הנותן ביחס למחצית של הפיקדון, וכן הרווחים לא היו בטוחים. בתקופת הראשונים ביקשו המלווים להבטיח את הקרן בעיסקא (ואולי גם הלווים משום נעילת דלת). הראשונים פיתחו שתי דרכים לכך, האחת בתשובת המבי"ט והשניה בתשובה של תרוה"ד. שתי דרכים אלה מניחות כי הפיקדון מוגדר על ידי אחריות, אשר על כן יש לחפש דרך שבה להלכה האחריות תהיה על הנותן כדי להתיר לו לקבל רווחים, אך למעשה לא יסתכן באותה אחריות. יודגש, שהן המבי"ט והן בעל תרוה"ד לא התכוונו בדבריהם להתיר ריבית דאורייתא אלא רק ריבית דרבנן, שבה אין המקבל משלם סכום קצוב.⁴² ואולם, בתקופת האחרונים סמכו על דבריהם גם להתיר ריבית של תורה, ועל כן יש לברר וללבן את יסודותיהם של היתרים אלה לגופו של עניין ללא התחשבות בשאלה איזה איסור באים להתיר. טרם נפרט את הדרכים, נעיר כי עצם חיפושן משקף שינוי של ממש בין העיסקא התלמודית לבין העיסקא הבת-תלמודית, וזאת בכך שבעיסקא התלמודית הנותן והמקבל תורמים יחד לעיסקא ומכתיבים יחד את תנאי העיסקא לרווחת שניהם⁴³, לעומת העיסקא הבת-תלמודית שבה המלווה לבדו קובע את תנאי ההלוואה.

ד – העיסקא בתקופת הראשונים

הדרך הראשונה שבה "עקפו" את מגבלות העיסקא התלמודית באופן שהמלווה הבטיח לעצמו את הקרן, יחד עם קבלת מחצית הרווחים, מתבססת על תוס' במסכת בבא קמא. הגמ' שם אומרת,

42. על פיתוח ההבחנה בין ריבית דאורייתא לבין ריבית דרבנן כאמצעי להתיר ריבית, ראה י. כ"ץ "איסור ריבית והיתרו בתקופת המשנה והתלמוד" **דברי הקונגרס העולמי השלישי למדעי היהדות** (תשכ"ה) 236.

43. כך משמע מדברי הגמ', לעיל עמ' 417, "עבוד רבנן מילתא דניחא ליה ללוה, וניחא ליה למלוה".

"הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין ולקח מהם שעורין, שעורין ולקח מהם חטין, תניא חדא: אם פחתו - פחתו לו, ואם הותירו - הותירו לו, ותני חדא: אם פחתו - פחתו לו, ואם הותירו - הותירו לאמצע! אמר רבי יוחנן, לא קשיא: הא ר"מ והא רבי יהודה; הא ר"מ, דאמר: שינוי קונה, והא רבי יהודה, דאמר: שינוי אינו קונה."⁴⁴

תוס' שם⁴⁵ אומר שמדובר בעיסקא של מחצית שכר. עוד אומר שם תוס' שמכאן יש להוכיח שהנותן מעות לחבירו למחצית שכר, ואמר לו על מנת שלא ילווה אלא על משכונות של כסף ושל זהב וישמרם בקרקע ואם ישנה יהיו ברשותו, אין בו ריבית. בטעם הדבר אומר תוס', שאם לא ישנה מדעת בעה"ב השכר וההפסד יתחלק בשווה בין שניהם ולכן אין איסור ריבית. אם המקבל משנה את התנאים, אם יש ריווח, הוא מתחלק בשווה, כר' יהודה ששינוי אינו קונה, ואם יש הפסד המקבל חב בכלול משום שעבר על דעת בעה"ב. לגבי גדרו של חיוב זה נחלקו הפוסקים. יש אומרים, שבכך שעבר על דעת בעה"ב השליחות בטלה, הכסף נכנס לרשותו כהלואה, ולכן חייב באונס⁴⁶. לפי דעה אחרת, העובדה שעבר על דעת בעה"ב נחשבת לפשיעה, ולכן חייב לשאת בהפסד שנגרם⁴⁷.

המבי"ט סבר כדעה זו השניה⁴⁸, והוא פיתח עקרונות אלה ויצר עיסקא כללית⁴⁹ וז"ל שם:

"שטר עיסקא קרוב לשכר ורחוק להפסד לגדולים בפנינו וכו' נתן כה"ר פלוני לכה"ר פלוני סך כך בתורת עיסקא והתנה עמו שלא ילווה ולא יקיף לשום אדם ממעות אלו או ממה שיביא מהם כי אם במשכונו' כסף

44. קב ע"א.

45. בד"ה "הנותן".

46. קצות החושן, קפג, ה.

47. נתיבות המשפט, שם, ז. תוס' בדיבור אחר (קב, ב ד"ה "הא") נוקט כגישה זו השניה, ומכאן יש לתמוה על הר"ן בתשובה (סימן עג) שייחס לתוס' את הדעה הראשונה. טעמו של הר"ן הוא משום שסבר שלפי תוס' המקבל חייב בכל הפסד שייגרם, ואילו לפי השיטה שהחייב מוגדר כפשיעה, אין לחייב את המקבל אלא בהפסד שנגרם מהתנהגותו. ייתכן שלפי תוס' המקבל אכן איננו חב בכל ההפסדים אלא רק במה שניתן לייחס לשינוי. ראה דברי חזו"א, להלן הערה 55.

48. א, קעט. לא ברור מדבריו האם אף לפי הדעה הראשונה ניתן לפתח היתר עיסקא. ייתכן שלפי הדעה הראשונה כל הכסף נחשב להלוואה מעת ששינה המקבל מן התנאים, ולכן לא יתירו לקחת רווח קצוב.

49. ראה שו"ת הראב"ד סימן קמ. הראב"ד פיתח אף הוא דרך למלווים להבטיח ריווח על סמך הסוגיה בב"ק, ואולם דבריו מכוונים לתנאים שמתנים על מנת שכן יקיימו אותם, ויובטח הקרן עם הרווחים (על ידי כך שהלווה ילווה את הכסף בריבית לגויים וישמור היטב על הכסף ועל המשכונות) הן למלווה והן ללווה.

וזהב ויהיה המעות או המשכונ' תחת ידו ברשותו תחת הקרקע בלי ידיעת שום אדם אלא הוא ואשתו והסחורה תהיה ברשותו ובביתו אשר הוא דר בו וכשהוא אינו בעיר יעמיד שומר בביתו בלילות ואם יגנב או יפסד יהיה על שניהם כפי חלק הריוח ואם יחסר שום דבר ממה שכתוב למעלה יהיה ההפסד עליו ולא על בעל המעות וכל סחורה שיוליכו לאיזה מקום יהיה דרך יבשה ויוליכו ד' בעלי קשתות לשמור הסחורות מלבד החמרים וכל הסחורות שיקנו ממעות אלו או הבא מכחם כשימצאו ריוח ח' לק' יתחייב למכור מיד ואם יאחר ואח"כ יהיה הפסד יהיה עליו ואם יקיים תנאים אלו יהיה הריוח וההפסד לשניהם ואם לא יקיים ההפסד יהיה עליו לבדו ואם יהיה ריוח יתן מן הרווחים י' לכל מאה לכל שנה מהסך הנז' אם ישאר לו ג"כ כדי הריוח שנותן יותר בכדי שכר טרחו ואעפ"י שיהיה ריוח הרבה לא יתן אלא כדי י' לק' כמו שנז' וכל ג' חדשים יתן חשבון אם לא ימצא ריוח ה' לק' לו' חדשים יהיה מחויב תוך ל' יום שיתבעם לפרוע לו מעותיו שלמי' וטובי' כמו שנתנם. נאם המבי"ט⁵⁰.

המבי"ט מניח כי חלק הפיקדון שבעיסקא מוגדר על פי האחריות של המפקיד. בהיתר שלו טמונים שני חידושים עקרוניים - האחד, שמושגי פשיעה ואונס הינם דיספוזיטיביים ומשתנים בהתאם לתנאים שהצדדים קבעו ביניהם. החידוש השני הינו בכך שיש תוקף לתנאים אלה, אף שמלכתחילה דעת שני הצדדים לעבור על התנאי ולהיכנס לקטגוריה של פשיעה.

יש לציין קושי הקיים בחידושים אלה. ראשית, הגם שאין ספק שניתן לעשות כל תנאי לגבי עצם החבות⁵¹, אין להסיק מכך שאפשר להתנות על עצם הקטגוריות שנקבעו בתורה. כלומר, מנין שניתן לכנות את החיוב באונסין בכינוי של פשיעה⁵²? נראה שהדבר תלוי בהגדרת חיוב הפשיעה של שומר חנם. אם נסבור ששורש החיוב

50. א, רמד.

51. כפי שנלמד מן המשנה "מתנה שומר חנם להיות כשואל" (בבא מציעא ז, י).

52. הואיל ומדובר בעיסקא אשר מבוססת על הקטגוריה של הלואה, מסתבר שהגבלת האחריות של חלק הפיקדון היא קוגנטית. ראה שו"ת הרא"ש כלל פח סימן ב' שאלת, על המקבל מעות למחצית שכר, אם יוכל לקבל עליו כל האחריות, דומיא דשומר חנם דמתנה להיות כשואל. תשובה: דע שהוא אסור; דעיסקא פלגא מלוה ופלגא פיקדון, ומחצי המלוה, שהאחריות על המקבל, הוא נוטל הריוח, והנותן נוטל הרווח מחצי הפיקדון ... ואם קבל עליו כל האחריות, הרי נעשה כולו מלוה, ואין עליו שום פיקדון כלל. ולא דמי לשומר חנם שמתנה להיות כשואל; דהתם לעולם שומר הוא.... אבל הכא, שנושא ונותן בנכסים, כיון שקבל עליו כל האחריות, פקע ממנו שם הפיקדון ועושה מלוה, וכל מה שקיבל מן הריוח הוא רבית, כי שכר הלואה הוא נוטל."

הינו בכך שהשומר עבר על דעת בעה"ב, אזי ניתן להחמיר את תנאי השמירה והשומר המפר תנאים אלה ייחשב פושע⁵³. אך אם שורש החיוב של שומר חינם בפשיעה הינו בכך שלא שמר כראוי, אזי יש מקום לומר שגדרי חיוב השמירה הינם אובייקטיביים ואינם נתונים לשינוי. ניתן לדמות שאלה זו למחלוקת הפוסקים בשאלה אם שומר חינם יכול להתנות להיפטר מחיוב פשיעה. מהר"י בן לב כתב שאין השומר יכול להיפטר מחיוב פשיעה אפילו בתנאי מפורש, ואלה דבריו:

"... ואפשר לומר דההיא דר' ברוך בהגהה אתי ככולי עלמא וכל אפין שוין דאין השומר מתנה להיות פטור מן הפשיעה ואפי' שהתנה אין בתנאי כלום ויכול המפקיד לתבוע ממנו משום דהוי כמתנה להזיק ולעבור על דברי תורה ובוודאי דטעמא דמסתברא היא..."⁵⁴

לכאורה לפי דעה זו כשם שאין להפחית מחיוב הפשיעה כך אי אפשר להוסיף על חיוב זה. "לכאורה" דייקא, משום שיש מקום לבעל הדין לחלק בין הוספה לבין הפחתה. אך נראה כי אין מקום להבחנה זו שכן אנו למדים כי שורש החיוב הינו עצם גרימת הנזק ולא הפרת ההסכם. יודגש, כי ברור שאפשר להוסיף חיובים ככל אשר הצדדים יסכימו, אך השאלה היא האם לחיוב זה ייקרא פשיעה, אם לאו. החידוש השני שבדברי המבי"ט, לפיו תנאים אלה תקפים אף בדרך של פיקציה, אינו נקי מספקות, שכן "בלבו ובלב כל אדם" שאין כוונת הצדדים לתנאי האמור. המקבל לא עבר אפוא, על דעת בעה"ב, ולכאורה לא ניתן לכנות את החיוב בשם "פשיעה". קשיים אלה מקבלים משנה תוקף עקב העובדה שמלכתחילה איסור ריבית כוחו יפה גם אם הוא נעשה מדעת ומרצון חפשי של המלווה והלווה. על כן אין להסיק היתר מכך שהצדדים בעצמם מסכימים לכנות את החיוב בשם פשיעה, שכן בכינוי לבד אין כדי לשנות או להשפיע על האיסור שקבעה תורה.

עוד יש לציין, שאילו מסגרת ה"עיסקא" היתה אמיתית, הרי שבעל הממון היה מעוניין בעיסקא, ויחסי הכוחות הכלכליים היו יוצרים חלוקה שווה של רווחים והפסדים. עצם העובדה שהמלווה לבדו מכתוב את התנאים לפי נוחותו בלבד, יש בה כדי להוכיח שכל מסגרת העיסקא כאן אינה אלא פיקטיבית⁵⁵.

53. בכך שונה תשובת המבי"ט מתשובת הרא"ש, לעיל הערה 52, דשם (ברא"ש) השומר מבקש להוסיף חובת תשלום ללא שיש עליו חיוב לשמירה יתירה.

54. שו"ת מהר"י בן לב, א, קכד. המבי"ט עצמו כתב במפורש שאפשר להתנות ולהיפטר מחיוב פשיעה, בשו"ת המבי"ט, ג, ע. וראה עוד דרכי נועם, חו"מ, סימן כד.

55. שו"ע מביא את דברי תוס', ואלה דבריו (יורה דעה, סימן קעז, סעיף ה), "מותר ליתן עיסקא למחצית שכר ולהתנות שלא להתעסק אלא בדבר פלוני, ואם ישנה שיהיה כל האחריות על המקבל, וכן כל תנאי שירצה, כגון שיתנה שלא ישמור הכספים אלא תחת הקרקע, ואם שינה והפסיד כל ההפסד למקבל, ואם הרויח הוא לאמצע, אע"פ שעתה הוא קרוב לשכר ורחוק להפסד לא חשיב רבית, כיון

דרך שניה הינה בתרומת הדשן, ואלה דבריו -

”שאלה: ראובן בקש למסור מעותיו לשמעון שילוה אותם בריבית, ורצה לקצוץ עמו בסך מבורר ושיהיה לו ג”כ כמעט בטחון גמור בקרן שלא יהא נפסד לו כלל האיך יעשה בהיתר?

תשובה: יראה למצוא תקנה וצדדים לעשות בהיתר, אלא דמיסתפינא דשמא ע”י דקדוקי הללו ובקשות תחבולות להתיר מקח ומתן בריבית יהיה דברי תורה דומה לחוכא ואיטלולא שחוק והיתול, אמנם מ”מ אומרים וצדיקים ילכו בה. בגיליון בתוס’ פ’ הריבית גבי הא דאמרינן מעות היתומים מותר להלוות קרוב לשכר כו’ וז”ל: ונראה דהיכא דכל האחריות על הנותן שרי אפילו לקצוץ דאין כאן מלוה אלא פיקדון ושכר מעותיו נוטל... עכ”ל. והתוס’ והסמ”ג מוקמי ההיא דרב חמא דאוגיר זוזי בפריטי, שהיה רב חמא מקבל עליו אחריות אונסים, ואפ”ה מסיק התם דאסור משום דזוזי לא מהדרי בעיניהו, ומשום דהשכר שנותן מן המעות אינו אלא כדי להוציא, ולא בשביל שיהא נפחתים כמו כלי השכור בדמים שנפחתו ע”י המלאכה... והשתא ... מבורר דכל היכא דאין הנותן חושש כלום על אחריות הקרן דשרי אפילו לקצוץ, והתוס’ נמי דאוקמי ההיא דרב חמא שהיה מקבל עליו אחריות אונסים ואפ”ה אסור, יש לומר וודאי דדוקא משום דלא הוי מקבל עליו רק אחריות אונסים ולא שאר אחריות כמו גניבה ואבידה, אבל אם היה רב חמא מקבל עליו אחריות גניבה ואבידה הוי שרי... ומעתה יש תקנה לעשות כל המבואר לעיל בשאלה בהיתר בדרך זה, שראובן הנותן יקבל עליו כל האחריות אפ”י של גניבה ואבידה ויפריז על המידה לקבל עליו שאפ”י אם יאבדו או יגנבו ויופסדו אפ”י בפשיעה יהיה באחריותו. אך אם שמעון המקבל פושע בממון כ”כ שדומה הוא כמזיק בידיים יתחייב שמעון באחריותו, **וגם יקבל עליו שלא יהא נאמן אפ”י בשבועה דאורייתא ואפ”י ע”פ עדים אפ”י הן ק’, שלא פשע בהן פשיעה גדולה שהוא כמזיק בידיים, רק אם יעידו לו הרב והש”ץ וכה”ג אנשים יושבי**

שאם לא שינה היה קרוב לשכר ולהפסד. הגה: ומותר למקבל לשנות לכתחלה, ולא אמרינן דהוי כגזלן בכך. (ב”י בשם הר”ן ובהגהות פ’ א”י ובמרדכי). ”

על דברים אלה של השו”ע והרמ”א כתב החזו”א (יו”ד, עז, א) כי יש להגביל את דברי תוס’ בשתי נקודות. ראשית, אין דבריהם אמורים אלא כאשר ניתן לייחס את ההפסד הנגרם אל השינוי שהמקבל עשה, דרק אז ניתן לכנות את החיוב כפשיעה. שנית, הוא תמה על דברי הרמ”א המתיר לשנות לכתחלה. שהרי אם נאמר שדעת בעה”ב מלכתחלה היא על מנת לשנות, שוב אי אפשר לכנות את השינוי כפשיעה, ואיסור הריבית בעינו עומד.

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. וכה"ג אשכחן קצת שדקדקו רבוותא למצוא היתר ע"י תנאי **ואע"ג דבוודאי אין דעת שניהם שיתקיימו התנאים ואין מתנין אותו אלא כדי ליקח הריבית בהיתר**. כי הא דכתבו התוס' בפי' הגוזל קמא ... ואע"ג דהכל יודעים שאין כלל בדעת הנותן והמקבל שיתקיים התנאי שילווח אותו רק על כסף או זהב ויטמין בקרקע, אלא ילוה על חובות לגמרי בלא משכון או על משכונות שאינם של כסף וזהב.... אמנם אין ראייה מכאן שיש לחפש צדדים ודקדוקים רק להתיר הריבית דרבנן, כגון הא דלעיל נותן למחצית שכר דאפי' אם היה המקבל מקבל עליו בהדיא בלי שום תנאי האחריות, מ"מ לא הוי אלא איסור דרבנן הואיל ואינו קוצץ עמו כלום, אלא שאם יהיה ריווח יפול לאמצע ולא הוי אלא קרוב לשכר ורחוק להפסד.... אבל נ"ד דקוצץ עמו להדיא ואם לא היה התנאים ביניהם הוי ריבית דאורייתא, מאן לימא לן דשרי לחפש צדדים ותנאים כדי להתיר מה שאסרה תורה בכמה אזהרות, ודי לנו במה שדקדקו התנאים הראשונים היתר ע"י נכרי וכה"ג. ואע"ג דהני השורות דומין קצת לחוכא ואיטלולא אינהו הוי כדי לסמוך עליהם ועל דקדוקיהם ולא אנו, מ"מ כתיבנא כדי לחוויי מילי דאורייתא, הנלע"ד כתבתי.⁵⁶ (ההדגשה הוספה).

ההיתר של בעל תרוה"ד בנוי על שני עקרונות - ראשית, כמו המב"ט, הוא סובר שהגורם היחידי להגדרת הלוואה הינו האחריות המוחלטת, ועיסקא שבה הנותן מקבל עליו חלק מן האחריות איננו הלוואה אלא פיקדון. שנית, אפשר לקבוע כלים לבירור העובדתי שאינם ברי ביצוע באופן סביר, כך ששני הצדדים מתכוונים שהעובדות לא יוכלו להתברר בדרך שנקבע, ותופעל "ברירת המחדל" לפיה הכסף (או החפץ) אבד בפשיעה והמקבל יצטרך לשלם. עיקרון זה השני קשה מיניה וביה, שכן אם נניח שאכן ההגדרה של הלוואה תלויה רק בחיוב באונסין, מנין שניתן לשנות את צורת הבירור עובדתי ללא שהדבר יחשב כיצירת חבות חדשה?⁵⁷ ודוק -

56. תרוה"ד, לעיל הערה 41.

57. שאלה זו מתחזקת לפי שיטתו של הרב דייכובסקי, לפיה כאשר בהיתר עיסקא יש תנאי של נאמנות רק על ידי שבועה, תו לא מועיל אפילו עדים, שאין כאן ענין לנאמנות אלא שקיים "תנאי - בלעדיה - אין", שהמקבל פטור מהאונס רק בשבועה (או בהודאת בע"ד, כי לא סביר להניח שהתכוון בתנאי

אין ספק שניתן לשנות את כללי הבירור העובדתי, אך ייתכן שהדבר כרוך ביצירת חבות מיוחדת ששוב אינה יכולה להיחשב אונס. ייתכן שהדבר תלוי בשאלה באיזה מידה קל להוכיח את העובדות, שכן ככל שמציבים דרך קשה יותר ומחמירים על מה שהתורה דרשה, כך יש להכריע שלפנינו חבות חדשה⁵⁸.

לסיכום היתרים אלה ניתן לומר, ששניהם מניחים שפיקדון, שבו מותר למפקיד לקבל רווחים, מובחן מהלוואה על ידי האחריות של המפקיד, ויש שתי דרכים להימנע מן האחריות בפועל; או על ידי הצבת תנאי שאין הצדדים מתכוונים לקיימו, או באמצעות שינוי בדיני הראיות כך שלמעשה אי אפשר להוכיח את דבר הנזק. לאור הניתוח של סוגיות הגמ' לעיל, יש קושי לקבל את הנחת היסוד, דהיינו שהכל תלוי אך ורק באחריות שכן עמדה זו היא רק לשיטת רש"י. מרוב הראשונים משמע כפשטות סוגיית רב חמא, דהיינו שהגורם הקובע הוא יכולת ההוצאה⁵⁹.

חרף קשיים אלה ואחרים, עיסקא זו זכתה לתפוצה ולהכרה. סביר להניח שתפוצה זו נבעה, בין השאר, מן התנאים החברתיים - כלכליים בהם חיו היהודים (כגון היות פרנסתם תלויה בהלוואות בריבית לגויים, אשר על כן נמנעו מלהלוות ליהודים ללא ריבית⁶⁰). מכל מקום, במונחים הלכתיים יש לומר שגברה התפיסה כי ההגדרה של הלוואה תלויה אך ורק בהטלת אחריות מלאה על הלווה, וכל הקלה באחריות הופכת את ה"הלוואה" להפקדה. כמו כן אין צורך שבפועל ה"מפקיד" יקבל עליו את האחריות, אלא ניתן להסתמך על פיקציה. ואולם, היתר זה לא סיפק את הצרכים החברתיים - כלכליים לאורך כל הדורות; המלווים ביקשו, מעבר להבטחת הקרן, להבטיח גם ריווח ובכך לאיין, הלכה למעשה, את איסור ריבית.

לבטל את כוח הודאתו), ראה הרב ש. דייכובסקי "היתר עיסקא במניות הבנקים" תחומין ח (תשמ"ז) 133.

58. מכאן שאין לקבל את הניסוח הגורף של גולאק לפיו "... אבל בפועל היו מבטלים אחריותו של המלווה, והיו מתנים שאם יהיה הפסד בעיסקא יצטרך הלווה המתעסק להביא ראייה כזו, שלעולם לא יוכל להביאה..." (ההדגשה הוספה). ראה א. גולאק יסוד המשפט העברי (חלק ב) 176, וראה ט"ז, יו"ד, קסז, ס"ק א; בינת אדם, קמב, א.

59. ראה ריב"ש, שח, שכתב "... ואעפ"י שהמלווה מקבל עליו אחריות המעות כל ימי המשך מהלך הספינה עד שובה, עדיין לא יצא מידי הלוואה; דהא זווי יהיב וזווי שקיל, ולא הדרי ליה זווי בעיניהו, ולא דמי למרא. והיינו ההיא דרב חמא, דהוה מוגר זווי בפשיטא כפי מה שפירשו התוספות שהיה רב חמא מקבל אחריות המעות אם נאנסו קודם שהוציאם הלווה, וגם אחר שהוציאם... אפילו הכי נאסר זה בגמרא, כיון דלא דמי למרא, דלא הדרי בעיניהו, ולא ידע פחתיהו..."

60. ראה ח. סולובייצ'יק הלכה, כלכלה ודימוי עצמי (תשמ"ה).

ה – היתר העיסקא בתקופת האחרונים

כאמור לעיל, בשלב ראשון העיסקא לא אפשרה למלווה להבטיח רווחים אלא לשמור על הקרן מפני הפסד. היתר זה לא סיפק את המלווים לאורך ימים, והפוסקים הרחיבו את ההיתר כדי להתיר גם לקיחת ריווח. אמנם בשלבים הראשונים ההיתר הורחב רק למקרים של עיסקא אמיתית שבהם היה ריווח ממשי, אך אין להתעלם מן המהפכה הטמונה כבר בשלב זה. זאת ועוד, התפתחות זו היוותה צעד קריטי לקראת המצב בימינו שבו היתר העיסקא בה להתיר ריבית דאורייתא ממש.

כמה דרכים נמצאו כדי להכליל בהיתר גם לקיחת ריווח, ונמנה את העיקריות שבהן.

א) ראשית, היתר העיסקא של בעל גינת ורדים, מחכמי מצרים מתחילת המאה ה-18. ואלה דבריו:

”איברא דעל דבר זה ידו הדוים כי עון זה החריב את ארצנו ונתרוקנו בעלי כיסים ונתמוטטו בעלי בתים ואין אדם יודע במה להשתכר והמשתכר משתכר אל צרור נקוב ... ואני עני ואביון בשומי לבי על דבר זה העיר ה' את רוחי למעט התפלה ובכך סדרתי סדר ונוסח הגון לספרי דדייני לעשות באופן זה מכאן ולהבא כדי שיהיה הקרן בטוח לגמרי וגם הריווח יהיה בטוח ביותר שאפשר וזה נוסחו:

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 וריווח שיזדמן לו בכל מאמצי כחו כדי לקרב הריווח והתועלת ולהרחיק הנזק ח"ו וכל מין ריווח 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 ומעכשיו מחייב ראובן בכל אחריות ונזק שיארע בענין העסק ח"ו ואפי' אונסין מלסטים מזוין. עוד התנו ביניהם שאם יעלה מחצית הריווח 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 הריווח הנוגע לחלקו של שמעון ולא יגיע לעשרה דינרין מעתה ומעכשיו 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"ל דלא כאסמכתא כו' ונשבעו שניהם אחד לאחד לגמור ולקיים כל אחד מהם כל הכתוב עליו לעיל כו' ע"כ נוסח שטר העיסקא .

"ועתה אברר את שיחותי לפני כל מבין ותלמיד ... והטלנו תנאי זה על המתעסק לפי שעל הרוב היושב בחנותו ונושא ונותן בשלו ובשל אחרים אינו יכול לצמצם ולדקדק ולשער הריוח שיעלה בסך זה של העיסקא ובשביל שלא יכנס בחומר שבועה הוא מוזיל ומוותר לתת הקצבה שקצץ לתת ריוח לבעל הבית ואין כאן חשש איסור כיון שאלו היה טורח ומדקדק היטב היה יכול ליפטר מתשלום סך הקצוב עליו ע"י שבועה ... אע"ג דהתם והכא הוי כמו הערמה והיה ראוי להחמיר מ"מ כיון דעיקר מעשה אין בו איסור דאורייתא דהוי בדרך עיסקא ראוי להקל בכה"ג שהרי אע"ג שלא יעלה הריוח במאה דינרין לחלקו של שמעון רק שבעה או שמונה דינרין והמתעסק משלימן לעשרי מ"מ לא מכיסו הוא משלימן כי אם מהריוח שהריוח כנגד חלקו של בעה"ב ונמצא כל צד איסור שבזה הוא שבע"ה הוא נוטל חלק בריוח יותר מבהפסד ועובר על תקנת חז"ל ולעולם אינו בא לידי איסור תור' ורחוק הוא מאד שהמתעסק לא ירויח שכל העסק כשיעור החלק שנותן לבע"ה ושיצטרך להשלים מכיסו. ומ"מ אם יודע הדבר שהמתעסק לא הרויח בכל עסק שיעור מה שנותן לבעל הבית ראוי לבע"ה לחוש לעצמו ולצמצם שלא לקחת ממון שאפשר שיהיה בו איסור תורה.⁶¹"

עוד כתב שם בסימן ח :

"וכל זה שכתבנו הוא כשאנו יודעין בבירור שזה הלוח הוא מתעסק בהם בודאי שלוקח מעות הללו וקונה בהם סחורה ... אמנם אם זה המתעסק הוא אדם עני ויש עליו ב"ח אין לו בביתו ובחנותו סחורה כנגד אותם מעות כדי שיקנה אותה בשביל מעותיו אלא הולך ופורע בהם חובותיו או אוכל ושותה בהם אז בודאי איסור גדול יש בדבר כי כתיבת השטר אינה מתירה ליקח רבית גמור בקוראם לו ריוח כיון שהוא אינו מתעסק במעות כי לא השטר הוא העיקר אלא המעשה זהו הנלע"ד להלכה ולא למעשה עד אשר יסכימו עמי מורי ורבותי היושבים על כסא ההוראה ואל אמת יצילני משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות הצעיר ישועה שבאבו ידיעזין." (ההדגשה הוספה).

61. שו"ת גינת ורדים, י"ד, ו, ד.

דברי בעל הגינת ורדים מתבססים על העיסקא של המב"ט לענין הקרן, ואילו לענין הריווח הוא המציא את ענין השבועה. לדעתו, העובדה שהלווה יכול להיפטר מתשלום ה"ריבית" על ידי שבועה גורמת לכך שאין איסור, משום שחיוב מותנה איננו חיוב "אמיתי" לענין דין ריבית. אין הוא מסביר את טעמו של העיקרון הני"ל או את מקורו. ואולם אף לדעתו הדבר תלוי באומדן דעת הצדדים, שכן הוא כותב שבמקרה של לווה עני יש חשש של איסור תורה. לכאורה יש לתמוה, אם כן, הרי גם במקרה של עשיר – אם ידוע מראש שבכוונתו לשלם את הסכום שנקבע יהיה איסור מדאורייתא, דמה לי עני מה לי עשיר? נראה שהנמקתו בנויה משני רבדים; ראשית, הוא סבור שניתן להקל במקרה שידוע שהלווה משקיע את הכסף ומשלם את הריבית מתוך הרווחים, וייתכן שהוא מסתמך בכך על שיטת הרמב"ן שבכהאי גוונא אין איסור ריבית דאורייתא⁶². דעתו זו ניכרת מדבריו בסוף סימן ד, לפיהם "לעולם אינו בא לידי איסור תורה..." לפי שניתן להניח שכלל הרווחים (כולל הרווחים ממחצית ההלוואה) מגיעים לכדי הסכום שנקצב. בנוסף לכך, סבור בעל גינת ורדים שאין להשתמש בפיקציה כאשר מדובר באדם עני שההיתר עלול אך לפגוע בו, ועל כן בכה"ג הוא אומר ש"איסור גדול יש בדבר."

אמנם אנו מתמקדים בהליך ההלכתי עצמו, אך אי אפשר להתעלם מהשפעותיהם של גורמים סוציו-אקונומיים, במיוחד כאשר הפוסק עצמו מצביע על גורמים אלה כמשפיעים על פסיקתו. וכן במקרה דנן, בעל הגינת ורדים מתייחס לקשיי הפרנסה של בני דורו. אפשר שכוונתו לומר, שמפני כן היו נמנעים מלהלוות ליהודים, או שהיה חשש שילוו להם בריבית גמורה. עולות כאן שאלות של שיקולי מדיניות הלכתית; עד כמה יש "למתוח את החבל" כדי למנוע איסורים חמורים יותר, או כדי להגן על שכבות חלשות.

דרך נוספת שבה הותר למלווה להבטיח ריווח קצוב היא על פי היתר העיסקא של מהר"ם מפראג⁶³. עיסקא זו אינה על בסיס מחצה הלוואה מחצה פיקדון, אלא על חלוקה לשתי תקופות. בתחילה הכסף ניתן כפיקדון, ולאחר שיגיע לריווח קצוב, ייהפך להלוואה⁶⁴. מותנה בין הצדדים כי המקבל לא יהיה נאמן לומר שהגיע לו הפסד, אלא בעדים כשרים. זאת ועוד, גם אם יעידו עדים כנ"ל, לא יהא נאמן לומר

62. דברי הרמב"ן הם בסוגיית "קרוב לשכר ולהפסד", בבא מציעא, ע, א. מדברי הרמב"ן שם משמע, שבמקרה שהלווה השקיע את הכסף והוא משלם למלווה ריבית מתוך הרווחים אין בו איסור תורה. ואולם אף דברי הרמב"ן קשים הם ואין להם מקור מפורש בסוגיא.

63. הובא בספר נחלת שבעה, סימן מ.

64. רעיון דומה מופיע כבר בראשונים. ראה רא"ש, בבא מציעא, ה, כג בשם המהר"ם מרוטנברג.

שההפסד אירע לפני שהשיג את הריוח בשיעור הנזכר אלא בשבועה⁶⁵. יש מי שאמר שהיתר - עיסקא בדרך זו של המהר"ם הינה חד - פעמית, ואי אפשר לקבוע באמצעותו ריבית חודשית או שנתית, וזאת משום שהיתר, שלא כהיתרו של בעל גינת ורדים, בנוי על חלוקה לשתי תקופות⁶⁶. ויש חולקים וסוברים שגם ההיתר של המהר"ם יכול להתחדש מתקופה לתקופה⁶⁷.

בספר חכמת אדם⁶⁸ הביא נוסח של היתר עיסקא הדומה לגינת ורדים, אך עם מספר שינויים שראוי לעמוד עליהם. ראשית, לדעתו יש להבחין בין הקרן לבין הריווח, ורק לגבי הקרן אפשר להתנות שלא יהא נאמן לומר שהפסיד אלא על סמך שני עדים כשרים. לעומת זאת, לגבי הריווח המשווער, אין להצריך עדים כדי לבסס טענה שלא היה ריווח, אלא יש להסתפק בשבועה כדין השותפים. וזאת, לעומת בעל גינת וורדים אשר ביסס את ההיתר ביחס לקרן על דרכו של המבי"ט, קרי - החמרה על תנאי השמירה והתנית תנאים שאינם מיועדים לעמידה בהם. טעמו של בעל חכמת אדם בהבחנה בין הקרן והריבית הוא, שאם נצריך שני עדים לריווח, שמא לא יהיה ריווח אך ללווה לא יהיו עדים על כך, נמצא שהוא משלם ריבית. שנית, הוא מחדש שאפשר להגביל בזמן את המועד שבו הלווה יכול לטעון למידת הריווח (או ההפסד) שאירע, ואם לא יעמוד בזמן, ייראו אותו כמסכים לסכום המשווער⁶⁹.

רוב רובם של היתרי העיסקא הנהוגים היום בבנקים הנם על דרך הגינת ורדים, כלומר בדרך של מחצה הלוואה מחצה פיקדון. לגבי הנאמנות של המקבל, יש כמה נוסחאות. יש היתרים שבהם מפורש שהלווה לא יהיה נאמן אלא בשבועה בין על הקרן בין על הריווח⁷⁰. ויש נוסחאות שבהן הלווה מתחייב להשקיע את הכסף בהשקעות רווחיות ולשמור על הכסף שמירה מעולה. בכה"ג השבועה כוללת גם

65. ראה בשו"ת שואל ומשיב, מהדורה א, חלק ב, קלו, שכתב שבדרך ההיתר של המהר"ם אפשר ליישב את המנהג לפיו בית דין תמיד גובים את סכום ההתפשרות, אפילו אם ידוע שאירע הפסד בעסק. וזאת, משום שהכסף נהפך להלוואה אחרי שהריווח מכל עסקיו מגיע לסכום נתון, ואין ביד המקבל להוכיח שלא הרוויח מכל עסקיו. לכאורה דבריו צ"ע, כיצד ייתכן לתת נפקות לתנאי שכלל לא ניתן לקיימו.

66. מ. לוי מלוה ה' (תשנ"ה) קלז.

67. הרב מ. הרשלר, א.ר. הישריק תורת ריבית (תשמ"ט) רלז.

68. סימן קמג.

69. לכאורה חידוש זה סותר את העקרון המונח בחידוש הראשון, שכן ייתכן שאיננו עומד בזמן, ונמצא שהוא משלם ריבית. ואולם נראה שלשיטתו אפשר להתנות את הבירור בשבועה - דבר שביד הלווה לבצע לבדו, לעומת שני עדים. דש"מ לא ימצא מי שיוכל להעיד לו. מאידך תתכן סברה הפוכה, דעדיף להתנות בעדים שהוא דבר המצוי, מאשר להתנות בשבועה, דרובי דעלמא נרתעים משבועה.

70. כד הוא בהיתר עיסקא הנהוג בבנק הפועלים ובאחת הנוסחאות של בל"ל.

התחייבויות אלה⁷¹. יש נוסחאות שבהן נאמר במפורש שהלווה צריך להישבע בכל ערב ראש חודש⁷², ויש נוסחאות שבהן אין הדבר אמור מפורשות אך יש בהן הפניה ל"חכמת - אדם"⁷³, ונראה לומר שההפניה כוללת גם מגבלה זו⁷⁴. בחלק מן הנוסחאות נאמר שהמקבל לא יהיה נאמן על הפסד בקרן אלא בשני עדים⁷⁵. נראה כי יש יתרון לנוסחה לפיה הלווה נאמן בשבועה בין לקרן בין לריווח על פני הנוסחה הדורשת עדים על הקרן, משום שלעתים אין בידו עדים על ההפסד, נמצא שהלווה עלול לשלם ריבית. על אף זאת, בעיית ההערמה קיימת בכל הנוסחאות, שכן ברור כי כוונת הצדדים היא אך למצוא את הדרך לעקוף את איסור ריבית.

חלק ב - הקשיים שבהיתר עסקא ופתרונות אפשריים

היתר העסקא בן - זמננו מציב כמה שאלות וקשיים אשר על חלקם עמדנו לעיל. בפרק הראשון נדון בחלק מן השאלות ובדרכים שונות ליישבן⁷⁶, ובפרק השני נבחן היתרי עסקא חילופיים.

א - הקשיים שבהיתר עסקא

בעיה אחת בהיתר עסקא היא בעיית ההערמה, המוגדרת כבצועה של פעולה שיש לה נפקות משפטית, כאשר כל מטרת הביצוע היא להיתר דבר שללא הפעולה היה אסור⁷⁷. בעיה זו מורכבת משתי שאלות; אחת, אם מותר לעשות הערמה, והשניה - אם ההערמה מועילה. הפוסקים התייחסו לשאלות אלה הן ביחס להערמה באופן כללי, והן ביחס להיתר עסקא המהווה הערמה על איסור ריבית⁷⁸. באשר לשאלה הכללית, התשב"ץ⁷⁹, בהסתמכו על הגמ' במס' שבת, כתב שאין להערים באיסורי תורה. הוא אינו דן בשאלה אם יש למעשה תוקף, אלא רק לכך שלכתחילה אין לעשות כן. הרדב"ז⁸⁰ התייחס לשאלת ההערמה, והוא כותב שעדיף לעשות בדרך של

-
71. כך הוא בהיתר של בנק המזרחי ובנוסחא אחרת של בל"ל.
 72. כך הוא בהיתר עסקא של בנק אגוד ובאחת מנוסחאות בל"ל.
 73. כך הוא באחת הנוסחאות של בנק מרכנתיל דיסקונט.
 74. ראה ת"א (י-ם) 6136/89 **בנק אגוד לישראל נ. מ. ויזל בע"מ ואח'**, וכן המר' 5247/89 (י-ם) **חב' מ. ויזל בע"מ ואח' נ. בנק אגוד לישראל** (להלן: עניו ויזל).
 75. כך הוא בהיתר עסקא של בנק המזרחי.
 76. לענין דין ריבית בבנקים (אף ללא היתר עסקא) ראה "ריבית בתאגידיים", לעיל הערה 5 בעמ' 410, ובמקורות המוזכרים שם. אגרו"מ יו"ד, ב, סג; הר צבי יו"ד, קכו; מנחת שלמה, כח.
 77. ראה מ. זילברג "הערמה על החוק" **כך דרכו של תלמוד** (תשכ"ב) 26 - 44.
 78. ראה בדברי השואל ומשיב, לעיל הערה 65.
 79. שו"ת תשב"ץ, א, קלח.
 80. רדב"ז, ג, תקמ.

הערמה מאשר לעשות דבר איסור ממש. מכאן שיש להתחשב בשאלה מהי החלופה המעשית להערמה, כחלק ממערכת של שיקולי מדיניות הלכתית⁸¹. גם האחרונים נחלקו בשאלת ההערמה באיסורי תורה. חלקם סבורים שאין להערים על איסורי תורה, אלא רק על איסורי דרבנן, ואחרים סבורים שאין לחלק בין איסורי תורה לבין איסורי דרבנן⁸².

ביחס להערמה של היתר עיסקא אשר לכאורה מהווה הערמה על איסור תורה, אחד האחרונים כתב שיש להסתפק אם ההערמה מועילה⁸³. לעומת זאת, חלק מן האחרונים כתבו שיש לסמוך על הדעה המתירה הערמה באיסור תורה, וחלקם כתבו שהיתר עיסקא מותר לכל הדעות, משום שאין בו כלל הערמה⁸⁴. אחד האחרונים הסביר שההיתר מועיל על אף שנראה כהערמה, משום שהצדדים גומרים בדעתם להתחייב לתנאי ההיתר כדי להינצל מאיסור ריבית ועל כן אין כאן הערמה⁸⁵. מכאן שיש לבחון את כוונת הצדדים ה"אמיתית", ואם ייווצר מצב שבו נעריך כי אין דעת הצדדים (או אחד מהם) להתחייב לתנאי ההיתר משום שלא איכפת להם מאיסור ריבית, ייתכן שההיתר איננו תקף. עם זאת, ברור שרצונו של אחד הצדדים בתוקפו של ההיתר כתנאי לביצוע העסקה, עשוי לגרום לכך שהצד השני יהיה מעוניין בתוקפו של ההיתר.

ואולם, נראה לי כי בעיית ההערמה בהיתר עיסקא קשה היא ואין לפותרה בקלות. מדובר בהתחייבויות בין בני אדם, אשר נחתכות על פי גמירות הדעת של הצדדים. גמירות דעת זו נבחנת, על פי רוב, בהצהרות המפורשות של הצדדים בכתב או בעל פה. עם זאת, ישנם מצבים של "בלבו ובלב כל אדם", בהם יש אומדנה מוכחת וחד - משמעית הגוברת על ההצהרה המפורשת⁸⁶. זאת ועוד, ישנן עיסקאות, כגון הקניית דבר שלא בא לעולם, שאינן תקפות משום שיש אומדנה שאין לגביהם גמירות דעת, ואינן תקיפות על אף שנעשו לפי כל דיני הקניין⁸⁷. דוגמא נוספת הינה אסמכתא,

81. ייתכן שאף התשב"ץ מסכים לעקרון האמור, ואולם התייחס לנסיבות בהן ללא ההערמה לא יעברו כלל על האיסור.

82. מגן האלף לר' יעקב מליסא, תמח, יא.

83. ראה הרב י. בלוי **ברית יהודה** (תשל"ט) בעמ' תרכד בהערה א, שכתב בשם ספר הזכרונות שאינו מועיל.

84. מהרש"ם, ה, עא; חלקת יעקב, ג, קצג. ראה עוד מנחת יצחק, ד, יח.

85. מהרש"ם, לעיל הערה 84.

86. ראה בבא בתרא קמו ע"ב; תוס', קידושין מט ע"ב, ד"ה "דברים"; רמב"ם, זכייה ומתנה, ו. כלל זה חל אף לענין ביטול תנאים שהותנו על סמך אומדנא ברורה שאינה מותרת שום ספק. ראה שו"ת שואל ומשיב, א, חלק ג, לה; שבות יעקב, חלק ג, קעט, הובאו דבריו בפד"ר ב, קט.

87. שטמ"ק בבא בתרא, קמב, ב בשם תוס' רא"ש.

אשר לפי שיטת הרמב"ם אינה קונה משום חסרון בגמירות דעת⁸⁸. בין שמגדירים הלוואה על ידי האחריות המוחלטת, ובין שמגדירים זאת כדבר הניתן להוצאה, אין שום ספק שבתנאי ההיתר- עיסקא בימינו, יש אומדנה דמוכח כי כל הסכום נכנס לגדר של הלוואה. כמו כן יש אומדנה חד - משמעית שאין בכוונת הצדדים לממש את האופציה של השבועה וכו', ואם כן יש לומר שכוונתם המפורשת היא לשלם את הסכום ללא כל קשר לשאלה אם היו רווחים אם לאו. בכהאי גוונא יש מקום לומר שאכן נוצרה התחייבות כזאת, ואף אם הלווה ירצה להישבע שלא היו רווחים ולהיפטר לא יוכל, כי בלבו ובלב כל אדם שבכוונתו לשלם ללא זיקה לשאלת הריווח בפועל⁸⁹. צירוף יחד של שתי אומדנות אלה מביא, לכאורה, למסקנה שאיסור ריבית קיים חרף היתר העיסקא⁹⁰. עוד יש לזכור שלקוחות ריבית אסורה אפילו בהסכמת שני הצדדים, וברור אפוא שהסכמת הצדדים לכנות לריבית שם אחר אין בה כדי להתיר את האיסור.

שאלה נוספת הינה בענין "סכום ההתפשרות" אשר גובים מחלק הפיקדון, באופן שהוא כפול מן הריבית הנוהגת, כך שביחס לסכום הכולל המלווה יקבל את שעור הריבית הרגיל. אילו הלווה היה מקבל רק את חלק הפיקדון, הוא היה משלם רק את מחצית סכום ההתפשרות, דהיינו שעור הריבית הנוהג. נמצא, שהלווה מסכים להכפיל את סכום ההתפשרות שהוא משלם עבור חלק הפיקדון בגלל הלוואה, ולכאורה יש בכך איסור ריבית⁹¹.

עוד יש לשאול על כך שלפעמים הלווה משתמש בכל כספי העיסקא לצריכה ולא להשקעה, ולכאורה באופן זה אסור ללווה לתת למלווה כסף, שכן ללא רווחים מן העיסקא התשלום איננו אלא תוספת תשלום עבור הלוואה. בשאלה זו נחלקו האחרונים. יש אוסרים הסוברים שכאשר הלווה מוציא את הכסף לצריכה, בין שהדבר נעשה מדעת המלווה ובין שלא, מיד נעשו מעות אלה הלוואה עליו, פסק

88. רמב"ם, מכירה, יא, א - ב "...במה דברים אמורים בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהן והרי יש עליו לקיים את התנאי, אבל אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם נתקיים התנאי זה יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה אע"פ שנתקיים התנאי לא קנה, שזו אסמכתא היא, שהרי סמך קנייתו לעשות כך וכך וכל אסמכתא אינה קונה שהרי לא גמר בלבו להקנות."

89. סביר להניח שאלמלא האיסור שבריבית כך היו פוסקים ולא היו מאפשרים ללווה לנצל את ה"פירצה" ולהשבע. לכאורה המסקנה אינה צריכה להשתנות משום שמדובר באיסור ריבית, אלא אם כן יווכח שכדי להנצל מאיסור ריבית הצדדים התכוונו ב"אמת" לקיים את תנאי ההיתר.

90. זו היא אחת הטענות של המשיגים על היתר מכירת קרקעות בשביעית. ראה בשו"ת מנחת יצחק, ח, צו שכתב שמכירת הערמה מועילה רק בין שני ישראלים המאמינים באיסור שאז יש לומר גמר ומקני, או בחמץ משום דהוי רק מדרבנן וכן משום דמבטל את החמץ בלב.

91. מנחת שלמה, כז, ד.

מהם שם פיקדון ושוב אסור לו לשלם למלווה⁹². לעומת זאת, יש מקילים הסוברים שהואיל והלווה משלם מחמת התנאי, אין חשיבות לשאלה אם בפועל הרוויח או הפסיד⁹³. יש דעת ביניים, שאמנם מותר ללווה לשלם רק כאשר הרוויח מן העיסקא, אך גם הצריכה מאפשרת ללווה לעבוד, ועל כן גם צריכה יכולה להיכלל בגדר "רווחי עיסקא"⁹⁴.

פתרון נוסף לשאלה זו, הינו של הרב זלמן נחמיה גולדברג, הסבור שכאשר רוכשים חפץ עמיד, הרווחים הצפויים הינם דמי השכירות הראויים. מאחר שכן, אף אם הלווה איננו משכיר את החפץ, אלא עושה בו שימוש עצמי, הרי הוא חייב ל"מפקיד" סכום השווה לדמי השכירות. בסדר התשלומים, החזרת הקרן ל"מפקיד" נעשית בסוף, וכל התשלומים האחרים הינם על חשבון דמי השכירות⁹⁵.

קושי נוסף בהיתר העיסקא בימינו הוא עניין ידיעת הצדדים. אחד מן האחרונים כתב כדבר פשוט שצריך שהצדדים ידעו את תנאי העיסקא "שאין זה לחש וסגולה"⁹⁶, ויש שאמרו במפורש שללא ידיעת הצדדים ההיתר אינו מועיל אפילו בדיעבד⁹⁷. מאידך, יש מי שכתב שבדיעבד מועיל גם ללא ידיעת הלווה, כי אפשר להניח שניחא ליה, ואף ללא ידיעת המלווה אפשר להקל במקרה של ריבית דרבנן⁹⁸. יש אומרים, שלכתחילה צריך שההיתר יערך בכתב⁹⁹. וזאת, הואיל וההיתר בנוי על הערמה, אזי יש לחשוש שללא כתב אין גמירות דעת. לדעה זו, יש פתרון, לכאורה, לבעיית הערמה בהיתרי עיסקא בימינו, הואיל וכולם ערוכים בכתב. ואולם יש להסתפק אם ה"כתב" התלוי על קיר הסניף, שאיננו מובא לידיעת הלקוח מקיים את דרישת הכתב. בהיתרי עיסקא הנהוגים בבנקים יש מי שכתב להקל, הואיל וכל מי שמתעסק עם בנק יודע שעסקי הבנק מתנהלים על פי תקנות הבנק והוא מסכים

92. איסור זה הינו אפילו אם הלווה חזר והשקיע את הכסף והוא הניב רווחים. ראה שלחן ערוך הרב, יורה דעה, הלכות ריבית והלכות עיסקא, מב.

93. חכמת אדם, קמב, י.

94. שואל ומשיב מהדורה א, ח"ג, סימן קס. לשונו שם, "לפי 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..."

95. אף לפי סדר התשלום בבהוצאה לפועל, הקרן משתלם אחרון. ראה סעיף 75 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז - 1967, ס"ח 116.

96. אגרות משה, יו"ד, ב, סב.

97. צמח צדק, יו"ד, פח.

98. מנחת יצחק, לעיל הערה 84.

99. צמח צדק, לעיל הערה 97.

מיכללא לקבלם אף שאיננו יודע פרטיהם, ואם כן הוא הדין להיתר עסקא¹⁰⁰. למעשה דעה זו קשה היא, שהרי כאשר לקוח פותח חשבון בנק הוא חותם על חוזה המפרט את כל תנאי ההתקשרות, ואין מקום להוסיף תנאים נוספים על פי החלטות מועה"מ. עוד צ"ע אם ניתן לומר סברא זו גם לחייב את הלקוח (כאשר הלקוח הוא המלווה), שהרי מדובר בתניה מרחיקת לכת המשנה להלכה את כל מהות ההלוואה. בכל הנוסחאות הנהוגות היום בבנקים נאמר במפורש שהן תקפות אף ללא ידיעת הצדדים. ואולם ספק אם הדבר מועיל לפי השיטות המצריכות ידיעה של הצדדים כתנאי לתוקף ההיתר.

שאלה נוספת היא אם יש צורך שלהיתר עסקא יהיה תוקף משפטי. יש לבחון שאלה זו משני היבטים. ראשית, ייתכן שהתוקף המשפטי משקף את גמירות הדעת של הצדדים. היבט נוסף הינו שייטכן שחיוב שלא ניתן לאוכפו לאו שמיא חיוב. חלק מן האחרונים כתבו שאין חשיבות לתוקף המשפטי, כי יש לסמוך על כך שהצדדים ילכו לדון בדיני ישראל¹⁰¹. ויש מי שהגיע לאותה מסקנה בלי צורך "לסמוך" על התנהגות הצדדים, אלא על סמך תפיסה שאין לתוקף המשפטי כל חשיבות, "דאין לנו רק דין שפסקה לנו תורה"¹⁰². נראה אפוא, ששאלה זו אינם ניתנת לתשובה אחת מכרעת, אלא היא תלויה בצדדים וביחסם הכללי אל מערכת המשפט¹⁰³; לגבי אדם אשר עברו התוקף המשפטי הוא תנאי לגמירות הדעת, יש צורך בתוקף המשפטי. מכאן שיש מקום להבחין בין האדם המלווה לבנק לבין האדם הלווה מן הבנק. במקרה שהאדם לווה מן הבנק, הבנק עלול שלא לציית לדין תורה, אלא לתבוע את הלווה בבית משפט, ועל כן התוקף המשפטי נחוץ, שהרי איסור ריבית חל גם על הלווה וגם על המלווה. לעומת זאת, כאשר אדם מלווה לבנק והוא גומר בדעתו לאפשר לבנק להיפטר מן התשלום על ידי השבועה כדין תורה, תו לא איכפת לן שבבית המשפט אין תוקף להיתר¹⁰⁴, משום שאיסור ריבית החל על הלווה הינו אך

100. הרב י. בלוי, לעיל הערה 83, תרלא.

101. מהר"ם שיק, יו"ד קסא; מנחת יצחק, לעיל הערה 84.

102. חלקת יעקב, ג, קצב.

103. מכאן ברור שבעיתונות החרדית נוצר בלבול מושגים מסויים. מחד, נזקקו על דעות שהושמעו, לפיהן אין להיתר תוקף משפטי, ומאידך הדגישו שאין כוונתם שיש לנפקות המשפטית חשיבות, חלילה, אלא שהיא מהווה אינדיקציה של גמ"ד. לא ברור לפי זה מה יאמרו במקרה שהבנק מכריז על כך שהוא מכיר בתוקף של ההיתר אך ביהמ"ש אינו מכיר בו, או להיפך.

104. הבחנה דומה מובאת בחכמת אדם לגבי מקרה שאדם נותן שטר עסקא בנפרד מן ההלוואה, ואלה דבריו, " ... ובדיעבד נ"ל דכיון דבאמת זה היה מתנה עמו עפ"י היתר מותר ליתן ריווח אבל המלווה אם כוונתו היה באמת שאם יהיה הפסד יעלים השטר עסקא... אסור". ראה חכמת אדם. קמב, יג.

תוצאה של האיסור על המלווה. מקום שאין איסור על המלווה, ממילא אין גם איסור על הלווה¹⁰⁵.

ואולם, דברים אלה כוחם יפה אם ההלכה אינה מחייבת את התוקף המשפטי כדרישה עצמאית. אף בשאלה זו ייתכן שיש להיתרי עיסקא של הבנקים דין שונה, הואיל וכל קיומם הוא על פי חוק והנם כפופים לביקורת בהתאם לחוק. על כן יש אומרים שבבנקים יש צורך שלהיתר יהיה תוקף משפטי¹⁰⁶.

ב - פתרונות אפשריים

(א) שיפורים בהיתר הקיים:

נראה שניתן להציע מספר שינויים בהיתרי העיסקא הקיימים, על מנת "לשפרם". ראשית, יש לדאוג לכך שהצדדים ידעו שעסקיהם עם הבנק מתנהלים על דרך היתר עיסקא, וכן יבינו את משמעותו של ההיתר ואת הזכויות שהוא מעניק להם. לצורך כך ראוי שההיתר ינוסח בשפה קלה ופשוטה, ויופיע כנספח לחוזה שהלקוח חותם עליו כאשר הוא פותח חשבון בבנק. שנית, רצוי להשתמש בהיתר רק כאשר מדובר בהלוואה לשם השקעה, ולא בהלוואה לשם צריכה. שלישית ועיקר, יש להשריש את "רצינותו" של היתר העיסקא ולאפשר לאדם שהפסיד את כספי ההלוואה להסתמך על ההיתר כדי להיפטר מהחזרתו של חלק הפיקדון¹⁰⁷.

עוד נראה, שבין הנוסחאות הנהוגות היום בבנקים, יש להעדיף את הנוסח שאיננו דורש שני עדים כדי להוכיח הפסד בקרן, משום שבכך ההערמה היא כמעט הכרחית; קשה להניח שאדם יכול למצוא שני עדים שיעידו על כל הפסד עסקי שנשא. כמו כן הנוסח הדורש שבועה בכל ער"ח איננו סביר. יש לדרוש שבועה עם סילוק החוב, אך יש לפרט את אופן השבועה ואת נוסחה, כדי שתנאי השבועה לא ייהפך לתנאי מעורפל, החסר כל משמעות מעשית¹⁰⁸. יש להניח שרובם של שינויים אלה לא ייתקלו בהתנגדות מצד הבנקים, שכן אין בהם כדי לשנות באופן מהותי את זכויותיהן של הלקוחות. אף "רצינותו" של ההיתר איננו משנה מאומה, אלא רק מעמיד את הדברים על בוריים. יש לכל בנק חופש פעולה מוחלט להסכים לתנאי

105. ראה פסקי רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן נב.

106. הרב י. בלוי, לעיל הערה 83.

107. זאת בבניגוד לדעתו של הרב עזרא בר שלום, ראה מאמרו "היתר עיסקה במניות הבנקים" תחומין ח (תשמ"ז) 143.

108. יש לזכור שכך אירע בעניו טישלר, לעיל הערה 2, שם הלקוח ביקש להשבע על הפסדיו, והשופט גורן קבע שבית המשפט איננו המקום המתאים להשבע בו.

ההיתר או שלא להסכים לכך. יש להניח שכוחות השוק יפעלו, ולרוב הבנקים יהיה עניין לקיים את היתר העיסקא.

(ב) היתרי עיסקא חלופיים :

1. בשו"ת חלקת יעקב¹⁰⁹ הציע המחבר לעשות היתר עיסקא בדרך של כולו פיקדון. על פי דרך זו, העיסקא מוגדרת כפיקדון מפני שה"מפקיד" לוקח על עצמו את האחריות של אונס, בכפוף לכך שה"נפקד" יוכיח את הנזק על ידי שני עדים ת"ח, כדרך תרוה"ד. לגבי הרווחים, לפי הדין, בפיקדון המפקיד זכאי לכולם, אך המחבר הציע שה"מפקיד" יקבל את מחציתם, או את השיעור ה"ריבית" שנקבע ביניהם. היתרון בדרך זו הינה שאין צורך לתת ל"נפקד" שכר טירחא. כמו כן בצורה זו נפתרת הבעיה של סכום ההתפשרות שהוזכרה לעיל (סעיף ב). יש שהתנגדו להיתר זה, משום שההערמה בו ניכרת יותר, הואיל ואיננו בנוי על ההיתר שתקנו חז"ל¹¹⁰. ואולם, כפי שהוזכר לעיל, חז"ל מעולם לא תיקנו עיסקא כדי להינצל מריבית. חלוקת העיסקא למחצה הלוואה ומחצה פיקדון נבעה משיקולים מסחריים. משנמצאה הדרך לעקוף את בעיית האחריות הרובצת על המפקיד, שוב אין מניעה שכל העיסקא תיקרא פיקדון. אדרבא, מיניה וביה מוכח שמטרת העיסקא התלמודית לא היתה כדי להתיר את איסור ריבית, שאם כן לכאורה היו מתקנים בדרך של כולו פיקדון. עם זאת, יש לומר שבעיית ההערמה ניכרת יותר בדרך של "כולו פיקדון", שכן ברור שהעיסקא ה"אמיתית" הינה הלוואה ולא פיקדון, ועל כן בהיתר של "כולו פיקדון" כל העיסקא הינה פיקטיבית, לעומת מחציתה, כאשר מדובר בהיתר של מחצה הלוואה מחצה פיקדון.

2. נראה כי יש מקום לפתח היתר עיסקא על פי דברי הר"ן שהוזכרו לעיל¹¹¹, דהיינו על בסיס שליחות. על פי דרך זו, ה"מלווה" נותן את הכסף ל"לווה" על מנת שהלה יעסוק בו עבור המלווה, וכל הרווחים מיועדים למלווה. בנוסף לכך הצדדים קובעים סכום (שהוא סכום הריבית) אשר הלווה מתחייב לשלם בין שיהיו רווחים ובין שלא, ובנוסף לכך הלווה מתחייב בכל האחריות. היתרון בדרך זו היא בכך שבעיית ההערמה תצטמצם לשני מקרים; מקרה שבו הרווחים הם מעל סכום הריבית, ומקרה שבו לכתחילה ההלוואה מיועדת לצריכה ולא להשקעה, שבו לא צפויים שום רווחים. נראה שבמקרים אלה יש לקבוע את סכום הריבית, ולהניח שהתקיימה ברירת מחדל לפיה הרווחים פחתו מן הסכום

109. חלק ג, קפח קפט.

110. הרב י. בלוי, לעיל הערה 83.

111. בעמ' 417.

שנקבע. דרך זו היתה מצמצמת את בעיית ההערמה וכן את בעיית ידיעת הצדדים, שכן ניתן לפרסם את ההיתר ללא "חשש" שמאן דהו יסתמך על התנאים. כמו כן דרך זו מייטרת את הצורך בסכום ההתפשרות, ופותרת את הקשיים הנובעים מכך¹¹².

112. ראה לעיל הערה 91, ראה נספח א'.

פרק ב - היבטים משפטיים

שאלת תוקפו המשפטי של היתר עיסקא טרם הוכרעה בבית המשפט העליון, ועל כן במשפט הישראלי אין לשאלה זו תשובה מחייבת¹¹³. ואולם, השאלה הוזכרה בבית המשפט המחוזי בענין טישלר¹¹⁴, וכן נידונה בבית משפט השלום¹¹⁵. טרם דנים בגופו של עניין, אי אפשר להתעלם מתופעה תמוהה, קרי - מדוע לא פנו אנשים רבים אשר לקחו הלוואות (בתנאי היתר עיסקא) ואיבדו את כספם לבתי המשפט כדי ליהנות מתנאי ההיתר? ייתכן שהיה נוח לכל הצדדים שלא לבחון את תוקפו המשפטי של ההיתר, מחשש שמבחן כאמור טומן בחובו סיכונים, תהא אשר תהא תוצאתו. אם ההיתר יעמוד במבחן, המלווים יפסידו את כספם והאשראי עלול להיפגע פגיעה קשה. לאידך, אם ההיתר לא יעמוד במבחן, ההיתר ייראה כחוכא ואיטלולא, ועל כן נוצרה "הסכמה שבשתיקה" שלא להביא את העניין לפתחם של בתי המשפט.

אם אכן זו היא הסיבה למיעוט הפסיקה בנידון, יש להעיר על כך שביחס ל"חשש" הראשון (שההיתר יעמוד במבחן), לכאורה עצם הגדרתו כ"חשש" מעידה על כך שאין גמירות דעת של הצדדים לתנאי ההיתר, ואין הוא יכול לעמוד אף מבחינה הלכתית. ביחס לחשש השני, ממה נפשך, אם ההלכה אינה זקוקה לתוקף המשפטי, מה לנו ולדיניהם? ואם ההלכה כן דורשת שלהיתר יהיה תוקף משפטי, אזי מוטב שההיתר יועמד במבחן כדי לקבוע אם דרישה הלכתית זו מתמלאת אם לאו.

בבואנו לבחון את שאלת התוקף המשפטי יש לשים לב להבדל עקרוני בין גישת המשפט הכללי לבין גישת ההלכה, בכך שהמשפט נוטה פחות להכיר בקיומן של פיקציות מאשר ההלכה¹¹⁶, ועל כן המשפט עשוי לחרוץ את גורל ההיתר לחדול או להתקיים, בניגוד להלכה, התרה אחר מצבי ביניים ופיקציות. מלבד זאת, במקרה

113. ראה סקירתו של וינרוט, לעיל הערה 6, עמ' 257 ואילך.

114. לעיל הערה 2.

115. ת"א (ת"א) 26037/95 - ב בנק פא"י בע"מ נ. מ. גולד ואח' הדיון בתיק זה תלוי ועומד בפני כבי השופטת רונן. יצויין כי הבנק הגיש נגד הלקוח תביעה בסדר דין מקוצר, והשופטת נתנה לנתבע רשות להתגונן על בסיס היתר העיסקא. ראה המ' (ת"א) 122821/95 מ. גולד ואח' נ. בנק פא"י בע"מ. הבנק הגיש בר"ע על החלטת השופטת לתת רשות להתגונן, אך חזר בו. בענין ויזל שנידון בבימ"ש השלום בירושלים, השופטת שידלובסקי - אור לא נתנה לנתבע רשות להתגונן, משום שבאותו היתר עיסקא היתה הפניה לחכמת אדם אשר דורש שהלווה ישבע בכל ערב ראש חדש, והנתבע לא עשה כן, ראה לעיל הערה 74. בענין דברי החכמת אדם ראה לעיל בעמ' 433.

116. ראה ב. בינאס "הערמות משפטיות בדיני ישראל" המשפט העברי ג (תרפ"ח) 189.

דן ההלכה "זקוקה" להיתר כדי לעקוף את איסור ריבית, ועל כן היא מחויבת לתקפו, לעומת המשפט, החסר כל "עניין" בתוקף ההיתר¹¹⁷.

השאלה הראשונה שיש לשאול כאשר דנים בתוקף המשפטי של היתר עיסקא היא שאלת ברירת הדין. בהגיע היתר עיסקא לבית משפט, האם עליו להחיל את הדין העברי או את הדין הישראלי? לצורך מתן תשובה לשאלה זו יש לבחון אם ניתן להפריד בין היתר העיסקא לבין ההלוואה שההיתר נספח אליה. כלומר, האם ייתכן שבברירת הדין לגבי חוזה ההלוואה תהיה למשפט הישראלי, ואילו היתר העיסקא יופנה לדין העברי? התשובה לשאלה זו היא חיובית; ניתן להפריד בין סעיפים שונים של חוזה לגבי ברירת הדין. אמנם מצב זה איננו רצוי, שכן הפרדה כאמור עלולה לייצור חוסר קוהרנטיות. ואולם, לעתים אין מנוס מן ההפרדה¹¹⁸. כך במקרה דן - החוזה העיקרי של הלקוחות עם הבנקים מפנה במפורש לדין מדינת ישראל¹¹⁹, ואילו את היתר העיסקא יש להפנות, כפי שנראה להלן, לדין ישראל.

שאלה נפרדת הינה שאלת תניית השיפוט. כאן אנו שואלים האם יש להסיק מההיתר שכוונת הצדדים הינה לתניית שיפוט ייחודית או מקבילה של בית הדין הדתי. ודוק - אין המדובר בשאלה של **סמכות**. אי אפשר לשלול את סמכותו של בית משפט המוסמך כדין, אך ניתן להוסיף תניית שיפוט אשר על פי רוב בתי המשפט נוהגים לכבדה¹²⁰. אף בשאלה זו ייתכן לפצל את הסמכויות בין ההלוואה לבין היתר העיסקא¹²¹. נראה שבמקרה דן אין תניית שיפוט. תניית שיפוט חייבת להיות מפורשת¹²², ואילו בנוסחאות היתר העיסקא שבידנו אין רמז לתניית שיפוט.

לגבי ברירת הדין ישנם מספר שיקולים המורים שהדין שיחול הוא הדין העברי. ראשית, הורתו ולידתו של היתר העיסקא, ואף המונחים שבו, לקוחים מן המשפט העברי. אך טבעי הדבר שבכחאי גוונא כוונת הצדדים היא שהדין העברי הוא

117. על ההיבט החוקתי של היתר העיסקא, לאור היות המדינה מדינה יהודית ודמוקרטית, ראה א. הכהן, ז. סורוצקין "בנקאות ללא ריבית ו"היתר עיסקא" ב"מדינה יהודית ודמוקרטית" - הלכה ואין מורין כן: "שערי משפט ב (תשנ"ט) 77.

118. **The International Contracts** (Smit, Galson & Levitsky ed., 1981) 31; **Dacey & Morris The Conflict of Laws** (12 ed. 1993) 1205 - 1208.

119. סעיף הפנייה לדין מדינת ישראל מופיע בכל חוזה ההתקשרות של הבנקים.

120. ר"ע 517/85 **חתמי לוידיס לונדון נ. קסירר דיאמונדס** פ"ד לט (4) 167. שונה המצב בתניית שיפוט מקומית **בתוך** המערכת של בתי המשפט, שם תניית שיפוט מחייבת את בית המשפט, ראה תקנה 5 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984.

121. לעיל הערה 118 בעמ' 443.

122. ע"א 724/85 **מנו קוי נוסעים בע"מ נ. לאה דמרי ואח'** פ"ד מב (3) 324, 326.

שיחול¹²³. שנית, במקרה שבית המשפט יסבור שהמשפט הישראלי איננו מכיר בתוקף ההיתר¹²⁴, אזי המשפט העברי הוא שצריך לחול. וזאת, משום שלפי כללי ברירת דין של חוזים יש העדפה לדין המקיים את החוזה¹²⁵.

יודגש, שאף אם בית המשפט יגיע למסקנה שהדין העברי הוא שיחול, פסיקתו לגופו של עניין תהיה שונה מזו של בית דין. וזאת משתי סיבות; ראשית, גם כאשר בית משפט מחיל על חוזה דין זר, ביצועו של החוזה כפוף לתקנת הציבור של מדינת הפורום¹²⁶. לכן, במקרה דנן בית משפט יצטרך לשקול אם ביצוע היתר עסקא נוגד את תקנת הציבור בישראל¹²⁷. שנית, גם כאשר בית משפט מחיל דין זר, בענייני פרוצדורה דנים לפי מדינת הפורום¹²⁸. יש לזכור כי "לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית הדין הדתי. שונות דרכי הדיון, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק"¹²⁹. לא נוכל אפוא, לפתור עצמנו מן הדיון בשאלת מעמדו של היתר העסקא בדין הישראלי, אף לפי הנחתנו שברירת הדין תהיה לדין העברי. להלן נדון בשאלה זו מתוך ההנחה ההפוכה, קרי - שהדין הישראלי הוא שיחול במלואו על ההיתר, על אף שלמעשה ייתכן שבית משפט ישלב בין שתי מערכות הדין.

טרם דנים בתוקפו של ההיתר לפי המשפט הישראלי לגופו, יש לציין שני שיקולי מדיניות התומכים במתן תוקף להיתר. ראשית, השיקול של חופש דת; בבג"צ 291/74 **ראובן בילט ואח' נ. הרב שלמה גורן, הרב הראשי לישראל ואח'**¹³⁰ נידונה שאלת סמכותו של הרב הראשי להשיב לשאלות בהלכה, כאשר באותו זמן תפקיד זה לא התפרש בשום דבר חקיקה¹³¹. השופט קיסטר כתב בפסק דינו, שאין להגביל את סמכויות הרבנות לאלה המפורטות בחוק, משום שחופש הדת מחייב שהמדינה תכיר בקיומם של מוסדות דת עם הסמכויות שהדת מעניקה להם. אמנם הוא מדגיש שאין לתת נפקות משפטית לפעולות הנגזרות מחופש דת, אך ייתכן שאם הנפקות המשפטית מהווה חלק מדרישת הדת, כגון במקרה דנן, אזי השיקול של

123. ראה ע"א 99/60 **משומר שמואל נ. יעקב שמואל ישראל** פ"ד י"ד 1642.

124. לעיל עמדנו על כך שבמשפט הישראלי הפוזיטיבי שאלת תוקף היתר העסקא טרם הוכרעה. ראה לעיל בעמ' 408.

125. ראה ע. שפירא "טיבם של כללי ברירת דין" **עיוני משפט** י (תשמ"ד) 275.

126. ראה י. אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי בבתי המשפט בישראל" **משפטים** ד (תשל"ב) 31, וכן ע"א 2/77 **ז'ולייט אזוגי נ. מישל אזוגי** פ"ד לג 1(3), 7.

127. ראה להלן עמ' 446.

128. ראה א. לבונטין "הצעת חוק ברירת דין; סוגיות פרוצדורליות" **ספר אורי ידין** (חלק ב, תשי"ן) 99.

129. דברי השופט זילברג בע"א 238/53 **כהן - בוסליק נ. היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד ח 4, 19.

130. פ"ד כט (1) 98.

131. בעת מתן פסק הדין טרם נחקק **חוק הרבנות הראשית, התש"מ - 1980** (ס"ח 17133).

חופש הדת מורה שהמדינה לא תשלול את התוקף המשפטי של ההיתר. שיקול נוסף נעוץ בכך שהמדינה מחויבת לתת לאזרחים שירותי בנקאות, כפי שבא לידי ביטוי **בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א - 1981**¹³², ועל כן אין לשלול את התוקף של היתר העיסקא, באשר תוקף זה דרוש לחלק גדול מהציבור.

בתחילה נדון בחוזה הלוואה הכולל בתוכו את התניות המהוות היתר עיסקא. במקרה זה מתעוררות שאלות שונות מדיני החוזים. לעתים נערך חוזה הלוואה נפרד, והיתר העיסקא מעוגן במסמך נפרד. כך הם פני הדברים בהיתרי העיסקא של הבנקים, עליהם נייחד את הדיבור להלן. תופעה זו אפשרית גם שלא במסגרת הבנקים, אף שרוב הפוסקים התנגדו לכך¹³³. במקרה זה מתעוררת שאלה של היחס בין החוזים השונים, אשר לכאורה סותרים זה את זה. שאלה דומה עשויה להתעורר אף כשההיתר הינו חלק מאותו חוזה, באשר תניות שונות סותרות זו את זו. בכהאי גוונא יש לפרש לפי אומד דעת הצדדים, ונקודת המוצא תהיה ששתי התניות תקפות הן, ויש לשאוף לפרשן באופן שיאפשר לקיים את שתיהן. כאשר מדובר בחוזים שונים, ייתכן פתרון אחר, והוא שהחוזה המאוחר מבטל את המוקדם¹³⁴. במקרה דנן נראה שאפשר לקיים את שני החוזים על ידי פרשנות המונח "ריבית" וחיובי הריבית המופיעים בחוזה ההלוואה, ככפופים לחוזה של היתר העיסקא. מכאן ואילך נבודד אפוא את החוזה של היתר העיסקא, ונבחן אותו על פי המבחנים החוזיים הרגילים.

שתי הדרישות היסודיות של חוזה הן גמירת דעת ומסוימות¹³⁵, וניתן לקבוע ללא קושי ששתיהן מתקיימות בחוזה של היתר עיסקא. בפסיקה נקבע כי גמירת דעת הינה כוונה לייצור יחסים משפטיים מחייבים¹³⁶, והיא נבחנת על פי מבחן אובייקטיבי - חיצוני. אין שום רמז בהיתר עיסקא שלא היתה לצדדים כוונה כזו, ועל כן החוזה תקף. אף דרישת המסוימות מתקיימת בחוזה של היתר העיסקא.

בחוות דעת שניתנה על ידי השופט (בדימוס) חיים כהן עבור בית משפט בניו יורק לגבי עמדת המשפט הישראלי באשר להיתר עיסקא (להלן: "חוות הדעת") נאמר, שאין להיתר עיסקא תוקף משפטי. כמה טעמים ניתנו לכך, נפרטם ונדון בהם אחד

132. ס"ח 258.

133. ראה שלחן ערוך יורה דעה, קעז, כד ובנושאי כלים שם, אבל ראה בשו"ת שואל ומשיב מהד' א, חלק ב, קלו שלימד זכות על המנהג.

134. ראה א. ברק, **פרשנות במשפט** (כרך א, ללא תאריך) 546, 585.

135. ראה ג. שלו **דיני חוזים** (מהדורה ב, תשנ"ה) 85 - 90.

136. ע"א 440/75 **זנדבנק נ. דנציגר** פ"ד ל (2) 260, 266 - 268. שלו סבורה כי כוונה לייצור יחסים משפטיים מחייבים הינה דרישה מיקדמית להחלת המושג של חוזה, ואין לזהותה עם הדרישה לגמירת דעת שבחוק החוזים. ראה שלו, שם, 84.

לאחד, אך טרם נפרטם נקדים שיש לדחות על הסף את כל טיעוניו בהיותם נסיון לסתור מסמך בכתב ללא מסמך אחר כתוב¹³⁷. להלן נפרט את הטעמים ונתייחס אליהם.

טעם אחד הינו שאין לצדדים גמירת דעת, הואיל וכל כוונתם אינה אלא לצורך האיסור הדתי, ואף כוונת הבנקים אינה אלא לרצות את הלקוחות הדתיים. לכאורה, אין ממש בטענה זו. רצון הצדדים להימנע מן האיסור הדתי, הוא עצמו מהווה את המניע לכך שיש גמירת דעת לתנאי ההיתר, ואף רצונם של הבנקים לרצות את הלקוחות הדתיים הינו המניע לגמירת הדעת. נראה לומר כי הדבר תלוי בפירושו המדויק של דרישת הכוונה ליחסים **משפטיים** מחייבים. אילו היינו מפרשים שעל הצדדים להתכוון לכך שיש להסכם תוקף משפטי, אזי היה מקום לומר שבמקרה של היתר עסקא, אין לצדדים עניין בתוקף המשפטי, ועל כן זו אינה קיימת. ברם, נראה שאין הדבר כן, ואין לצמצם את המונח **משפטיים** כמתייחס רק למשפט המקומי, שאם לא כן לא היה מקום לאכיפת חוזים שנעשו תחת חסותה של שיטת משפט זרה, כפי שהדבר מקובל במשפט הבינלאומי הפרטי. נראה אפוא לפרש שהדרישה לכוונה לייצור יחסים משפטיים, פירושו יחסים מחייבים בעלי תוקף נורמטיבי, ועל כן ברור שעבור הצדדים להיתר עסקא התוקף ההלכתי נכלל בקטגוריה זו¹³⁸.

ואולם, יש מקום לשאול מה דינו של צד להיתר עסקא אשר איננו רואה בהלכה מערכת נורמטיבית מחייבת, והוא מסכים להיתר עסקא רק עבור הצד השני (דוגמת הבנקים)? האם ניתן לומר לגביו שיש לו כוונה לייצור יחסים משפטיים מחייבים? התשובה תלויה בשאלה אם ההלכה דורשת שהצדדים להיתר יתכוונו לייצור יחסים משפטיים מחייבים. אם כן, אזי בהכרח הבנקים מתכוונים לכך, שאם לא כן אין להיתר את התוקף ההלכתי הנדרש. נראה אפוא שהתשובה היא חיובית. גמירות הדעת הינו תנאי בל יעבור לתוקף ההלכתי¹³⁹, ועל כן ברור שצד להיתר עסקא המעוניין בתוקף ההלכתי, מתכוון לייצור יחסים משפטיים מחייבים.

האם החוזה של היתר עסקא הוא חוזה למראית עין כמשמעותו בסעיף 13 לחוק **החוזים (חלק כללי)**, תשל"ג - 1973¹⁴⁰? נראה שהתשובה היא שלילית. חוזה למראית עין הינו כאשר שני הצדדים **אינם** מתכוונים שלחוזה תהיה נפקות

137. בניגוד לסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני.

138. ראה א. ויטא "בתי דין דתיים ושיפוטם בארץ ישראל ומהותם המשפטית" הפרקליט כה (תשכ"ט) 174.

139. ראה ס. דויטש "גמירת דעת והכוונה לייצור יחסים משפטיים מחייבים בדיני החוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי" **שנתון המשפט העברי** ו - ז (תשל"ט - תש"ס) 71.

140. ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים).

משפטית¹⁴¹, והמסמך נעשה רק לייצור רושם של חוזה, כגון כדי להונות את שלטונות המס וכדומה¹⁴². במקרה דן הצדדים מעוניינים בתוקף ההלכתי של ההיתר, ועל כן ברור שאין כאן חוזה למראית עין. דברים אלה נכונים גם לגבי צדדים החסרים כל עניין בתוקף המשפטי וחשים אך ורק לתוקף ההלכתי. בטלותו של חוזה למראית עין נובעת מחסרון הכוונה לייצור יחסים משפטיים מחייבים¹⁴³, וכוונה זו תמיד קיימת בהיתר עיסקא, כאמור לעיל.

הנימוק העיקרי בחוות הדעת לכך שלהיתר אין תוקף משפטי, מתבסס על סעיף 39 לחוק החוזים, הדורש לקיים זכות חוזית בדרך מקובלת ובתום לב. לפי עמדה זו, עמידתו של הלקוח על זכותו החוזית לחלוקה שווה של הרווחים מהווה הפרה של חובה זו, מאחר שברור לכל שמלכתחילה החוזה נכרת רק כדי לעקוף את איסור ריבית.

עם כל הכבוד, אין בעמדה זו ממש. כבר ביארנו לעיל שבחווה של היתר עיסקא מתמלא התנאי של גמירת דעת. הואיל וכן, ברי כי דרישת הלקוח לעמידה בתנאי ההיתר אינה אלא עמידה על זכות חוזית מפורשת המוסכמת על הצדדים, ודרישה כאמור אינו מהווה התנהגות בחוסר תום לב¹⁴⁴. התנהגות בחוסר תום לב הינה כאשר צד אחד פועל בדרך של תחבולה שיש בה כדי להכשיל את הצד שכנגד¹⁴⁵. בחוות הדעת נעשה ניסיון לטעון שהחובה לנהוג "בדרך מקובלת" תחסום את האפשרות להפעיל את היתר העיסקא, שכן אין זה מקובל שמבצעים את החווה של

141. "א 630/78 ביטון ואח' נ. מזרחי פ"ד לג (2) 576; ע"א 53/86 סולל נ. צוקרמן פ"ד מב (2) 625. וכן ראה נ. כהן - ד. פרידמן חוזים (תשנ"א, כרך א) 157.

142. ראה שלו, לעיל הערה 135, עמ' 165 ואילך.

143. לכן לדעת מלומדים, סעיף 13 לחוק החוזים לא נצרך כדי לקבוע את בטלותו של החווה למראית עין, שהוא דבר המובן מאליו, אלא לסיפא שבו - ההגנה על צדדים שלישיים, ראה כהן - פרידמן, לעיל הערה 141, עמ' 158.

144. ע"א 617/85 מנשה עופר נ. ג'ון הס פ"ד מו (1) 23, וראה שלו, לעיל הערה 135, בעמ' .

145. ע"א 158/80 שלום נ. מוטה פ"ד לו (4) 793, 812; ראה ע"א 1233/91 ג'רבי נ. בן דוד פ"ד מה (5) 661, שם נקבע כי סירוב בעל דין לקבל תשלום יום אחרי המועד שנקבע בחווה הינו חוסר תום לב כאשר אין צפוי לי מהאיחור שום נזק. ראה מ. דויטש "תום לב בשימוש בזכויות - "קווים אדומים" לתחולת העיקרון?" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 261. אמנם, בע"א 158/80 הנ"ל מ"מ הנשיא (כתוארו דאז) שמגר כתב שאין בעמידה על זכות משום חוסר תום לב, בין השאר משום שהזכות "אינה חבויה בין השיטין". מכאן שבנידון דידן, ניתן לטעון כי התניה של היתר העיסקא היא אכן חבויה בין השיטין ויש בהסתמכות עליה משום חוסר תום לב. יש מקום לטענה זו רק במקרה בו הבנק היה מבקש להסתמך על היתר העיסקא כדי להמנע מלשלם ריבית לאדם שהלווה (השקיע) כסף לבנק. ברור שכאשר האדם שלווה כסף מהבנק מבקש להסתמך על ההיתר, הבנק לא יוכל לטעון שהיתר העיסקא הוא חבוי בין השיטין.

היתר עסקא. אף טענה זו אינה כלום. דרך מקובלת ותום לב אינם שני תנאים מצטברים; הדרך המקובלת הינה אך אינדיקציה שבאמצעותה בית המשפט קובע מה כלול בדרישה של תום לב¹⁴⁶. אין שום מקום לסברה שאם אדם איננו רגיל לתבוע זכות שיש לו בדיון, אזי הוא מנוע מלעשות כן מפני שאין זה מקובל. אדרבא, בע"א 57/89 **בנק הפועלים נ. מכבשים הדרום**¹⁴⁷ נקבע ההפך, קרי - אדם שעומדת לו זכות שבדיון, רשאי לממשו אף אם בעבר בנסיבות דומות החליט שלא לעשות כן.

טענה נוספת בחוות הדעת הינה ששימוש בהיתר עסקא מהווה חוסר תום לב, מפני שיש בכך ניצול לרעה של נדיבותם של הבנקים אשר התחשבו בלקוחותיהם הדתיים ואיפשרו להם לסחור בריבית בלי לעבור על האיסור הדתי. טענה זו נסתרת מיניה וביה. ראשית, אם הבנקים החליטו "להתחשב" בלקוחות הדתיים (ואולי באינטרסים שלהם בשמירה על הלקוחות?) ולאפשר לקיחת ריבית ללא האיסור הדתי, אזי הינם מחויבים לתת להיתר העסקא תוקף מלא. זאת ועוד, אין שום ניצול לרעה בכך שדורשים מן הבנקים לכבד את התחייבויותיהם; אדרבא, הבנק הינו בן - חורין להחליט מלכתחילה שאיננו מוכן לערוך היתר עסקא. אם החליט, בעקבות לחצים אלה או אחרים¹⁴⁸, כן לערוך היתר, אזי אין שום סיבה שלא יחויב לקיימו. נסיונם של הבנקים לטעון שהיתר העסקא נערך רק לצורך דתי ואיננו מסמך מחייב, הוא הניצול לרעה של האימון שהלקוחות נתנו בו.

חוות הדעת מונה פן נוסף בחוסר ההגינות שבתביעה להכיר בתוקף של היתר העסקא - ההדדיות. לפי טענה זו, יש חוסר הגינות בכך שתובעים מהבנקים לעמוד בתנאי ההיתר רק כאשר מדובר בנשיאה בהפסדים של הלקוח, ואין נזקקים להיתר העסקא כאשר מדובר בחלוקה ברווחים של הלקוח. טענה זו הינה חסרת כל הגיון. ראשית, תנאי ההיתר עצמם מורים מפורשות שהלקוח זכאי לשלם את "סכום ההתפשרות" במקום לשלם את חלק היחסי ברווחים. אמנם ניתן היה לדון בפן אחר של הדדיות - היתר העסקא חל גם כאשר הלקוח מלווה (משקיע) כסף לבנק, ולפי תנאיו הבנק זכאי להוכיח שהיו לו הפסדים, ולהיפטר מתשלום הריבית ללקוח, ובפועל אין הבנקים נזקקים לתניה זו. ואולם אין ממש אף בטענה זו. כאשר חוזה

146. שלו, לעיל הערה 135, עמ' 51.

147. פ"ד מה (3) 182.

148. לא ניתן כלל להעלות על הדעת שהלחץ הציבורי שהפעיל הציבור החרדי על הבנקים עולה לכדי כפייה, כמשמעותה בסעיף 17 לחוק החוזים, ולו רק מפני שהדבר נכלל בסעיף 17 (ב), לאמור, "אזהרה בתום-לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה". במקרה דגן הלחץ היה בכך ש"איימו" שהציבור ימשוך את חשבונותיו מהבנקים שלא יחתמו על היתר העסקא. אין ספק שיש זכות מלאה לעשות כן ואף "לשחק את השוק" בין הבנקים השונים.

מעניק זכויות לשני צדדים, אין שום מניעה בכך שצד אחד יממש את זכויותיו אף שהצד שכנגד לא עשה כן¹⁴⁹.

עוד נטענה בחוות הדעת טענה "פרוצדורלית", לפיה בית משפט ימחק על הסף כל תובענה המתבססת על היתר עיסקא. חוות הדעת מפנה לתקנה 96 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג 1963-¹⁵⁰ הקובעת כי "בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, להורות כי יימחק או יתוקן כל עניין בכתב טענות שאין בו צורך או שהוא מביש או עלול להפריע לדיון הוגן בתובענה, לסבכו או להשהותו".

אין בטענה זו ולא כלום. התקנה מדברת בעד עצמה - היא נועדה לאפשר לבית המשפט למחוק פרטים שאינם רלוונטים להכרעה אשר מפריעים לקיומו של הדיון¹⁵¹, ואין לראות מדוע תובענה המתבססת על היתר עיסקא תיכלל בקטגוריה זו.

ישנה טענה אחת בחוות הדעת הראויה לדיון - שאלת היחס בין ההיתר עיסקא לבין החוזה העיקרי. בחוות הדעת חיים כהן מצטט את מה שהוא כתב בע"א 349/79 **בנקרס אנד טריידרס נ. עזבון עבד אל רחמן מחמוד האדר**¹⁵², בנוגע ליחס בין חלקי חוזה הסותרים זה את זה¹⁵³. נאמר שם, שכאשר חוזה מורכב מחלק סטנדרטי ומחלק ספציפי אשר נכתב עבור לקוח מסויים, במקרה של סתירה ביניהם החלק הספציפי גובר. ייתכן שיש ליחס עקרון זה לכלל הרחב של עדיפותה של נורמה מיוחדת על פני נורמה רגילה¹⁵⁴.

לצורך בחינתה של טענה זו יש לבודד את המקרה של היתרי עיסקא של הבנקים, שכן יש לבחון כל מקרה לגופו, על פי הצורה של החוזה העיקרי ושל היתר העיסקא¹⁵⁵. במקרה של היתרי עיסקא של הבנקים, טרם בוחנים את היחס בין היתר העיסקא לבין החוזה העיקרי, יש לבחון את תוקפו של היתר העיסקא עצמו. בפסק הדין בענין **טישלר**¹⁵⁶ השופט גורן הניח, כדבר המובן מאליו, שהיתר העיסקא נופל למסגרתם של דיני החוזים. אולם אין הדברים כה פשוטים. נראה שההיתר

149. התליה הדדית קיימת במקרה של חיובים שלובים. ראה חוק החוזים, סעיף 43, וכן שלו, לעיל הערה 135, עמ' 466 - 469. ברור שבמקרה שלפנינו אין החיובים שלובים או תלויים זה בזה.

150. כיום תקנה 91 לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד - 1984, וכן ראה תקנה 100(2) שם, ק"ת 2220.

151. ראה י. זוסמן **סדר הדין האזרחי** (מהד' 7, 1995, ש. לוי עורך) 403 - 404.

152. פ"ד כט (1) 827.

153. בחוות הדעת חיים כהן איננו מציין שהוא מצטט את עצמו, אלא את בית המשפט העליון.

154. ראה ברק, לעיל הערה 134. וכן ראה ע"א 3812/91 **ג'רייס ברבארה נ. "אריה" חברה ישראלית**

לביטוח בע"מ פ"ד מח (3) 441; ע"א 1597/92 **קצין התגמולים נ. יצחק ממן** פ"ד מז (2) 478.

155. ראה לעיל עמ' 445, לגבי היחס בין שני חלקי החוזה העומדים, לכאורה, בסתירה זה לזה.

156. לעיל הערה 2.

מורכב משני שלבים, השלב הראשון הינו ההחלטה של מועה"מ על תנאיו של היתר עיסקא, והשלב השני הינו הפניה ללקוחות. ברור שהשלב הראשון איננו חוזה, שכן אין בו אף אחד מיסודותיו של החוזה. אין בו הצעה וקיבול, ואינו מהווה חלק מן ההתקשרות עם הלקוח. מדובר בהחלטה פנימית של הבנק, ויש לבדוקה לפי מבחן הסמכות של האורגן המחליט. כאן יש לבחון האם מועה"מ של הבנק מוסמכת לקבל החלטה כזו¹⁵⁷. השלב השני של הפניה ללקוחות מתבצע עם פתיחת החשבון כאשר הלקוח חותם על חוזה המפרט את תנאי ניהול החשבון (להלן: חוזה ההתקשרות). בחוזים הנהוגים בבנקים אין בחוזה האמור אף רמז על תנאיו של היתר עיסקא, ולכן לא ברור כיצד היתר העיסקא נהיה חלק מן ההתקשרות של הלקוח עם הבנק. לכאורה, ניתן לומר שהתלייה של החלטת מועה"מ על הקיר של סניפי הבנק מהווה הצעה לציבור¹⁵⁸, והלקוח מקבלה כאשר הוא מתקשר עם הבנק. כאן מתעוררות שתי שאלות; ראשית, יש לבחון - עובדתית - האם המודעה נתלת במקום בולט ונראה לעין, עד שנוכל לשער שכל אדם הנכנס לסניף מודע אליה. יש לזכור שההיתר פועל באופן דו - כיווני והוא פוגע בזכויותיו של הלקוח כאשר הוא מלווה (משקיע) לבנק. הלכה פסוקה היא, שתניית פטור בחוזה מחייבת, רק אם היא הוצגה באופן שהנפגע יכול היה להיות מודע לה¹⁵⁹. יש להסתפק אם תניה כאמור, שלא הוצגה כראוי, כוחה עמה לחייב את מנסחה. יש לשער שהתשובה היא חיובית, שכן הצד השני יוכל לטעון שהוא קרא את התניה והסתמך עליה. יש להפריד אפוא, בין שני חלקיו של היתר העיסקא; לגבי החלק הדין בלקוח כמלווה - כאן יש מקום לומר שהוא איננו תקף משום שלא פורסם די הצורך, אך החלק הדין בלקוח כלווה שריר וקיים. לכן, במקרה שהאדם לווה כסף מהבנק והוא מודע לקיומה של היתר העיסקא, אין בעיה של מידת הפרסום. אך מתעוררת שאלה שניה; אף אם נקבע שתליית המודעה על הקיר מעניקה להיתר תוקף חוזי, יש לשאול מהו היחס בין החוזה ההתקשרות לבין המודעה. לכאורה שני מסמכים אלה עומדים בסתירה - האחד מחייב בריבית והשני פוטר. אילו חוזה ההתקשרות עם הלקוח היה מפנה להיתר העיסקא, או למצער - לכלל ההחלטות של מועה"מ, או אז ניתן היה לראות את היתר העיסקא כחלק מן החוזה העיקרי¹⁶⁰. בכך ניתן היה ליישב את הסתירה,

157. אך נראה שאף אם מועה"מ אינה מוסמכת, הבנק יחוייב לכבד את ההתחייבות, בגלל תורת הסמכות הנחזית. ראה ע"א 422/85 בנק לאומי לישראל בע"מ נ. החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ ואח' פ"ד מה (5) 32.

158. ראה שלו, לעיל הערה 135, בעמ' 112 - 119.

159. ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וצידו ספורט ישראל בע"מ נ. אסתר נחמיאס ואח' פ"ד כט (1) 73.

160. ראה ע"א 236/67 דוד נ. דרורי ואח' פ"ד כא (2) 604.

ולפרש את המונח "ריבית" המופיע בחוזה ההתקשרות, על פי ההיתר¹⁶¹. אך לא כך הם פני הדברים. אין בחוזה ההתקשרות שום רמז לחוזה נוסף, ולכאורה מעמדו עדיף על פני היתר העיסקא, בין מפני הטעם שבחוות הדעת, ובין מפני שמידת הפרסום שלו גדולה יותר מזו של ההיתר. ואולם, נראה לומר שבמקרה שבו הלקוח לווה כסף מהבנק, על אף שפרסומו של ההיתר הינו מצומצם, הוא יוכל לטעון שהוא קרא את נוסח ההיתר והסתמך עליו כאשר חתם על חוזה ההתקשרות. בכהאי גוונא ניתן להפעיל את דוקטרינת "החוזה הנספח", לפיה התחייבות חד-צדדית שקדמה לכריתת החוזה אך לא נכללה בו, נספחת אל החוזה ונהפכת לחלק ממנו¹⁶². לא כך כאשר הלקוח מלווה (משקיע) כסף לבנק. במקרה כזה הבנק לא יוכל להסתמך על ההיתר ולהיפטור מתשלום הריבית ללקוח, משום שהלווה הסתמך בתום לב אך ורק על חוזה ההתקשרות¹⁶³. זאת ועוד, בתנאי ניהול של חשבון חסכון של חלק מהבנקים נאמר במפורש כי במקרה שיש סתירה בין תנאי חשבון אלה לבין האמור בכל פרוספקט או פרסום מאיזה מין או סוג שהוא, מכריעים תנאי חשבון אלה.¹⁶⁴

שאלה נוספת המתעוררת בנידון הינה, האם היתר העיסקא יעמוד במבחן של תקנת הציבור. סעיף 30 לחוק החוזים קובע כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל". נקודת המוצא לדיון בסוגיית תקנת הציבור הינה כי "תקנת הציבור היא בהרחבת חופש החוזים ולא בהגבלתו; בשמירה על קיום הבטחות והתחייבויות ולא בפתיחת פתח להפרתן. ועד שבית-משפט יבטל חוזה מפני תקנת הציבור, צריך חוש הצדק והיושר והמוסר החברתי להתקומם מפני ביצועו".¹⁶⁵

יש לזכור כי אין מדובר במבחן קבוע ויציב, אלא, כדבי השופט (כתוארו דאז) שמגר "הסוגיה של תקנת הציבור היא בין הנושאים שהם בבואה לתפיסות עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה, וכי התוויית תחומיה של עילת פסלות זו ודרכי יישומה לנסיבותיו של כל מקרה הן מלאכתה

161. כלומר, שהריבית איננה אלא סכום ההתפשרות אותו יש לשלם כאשר הלווה מעוניין להפטר מן הצורך להוכיח שעורי ריווח והפסד.

162. כהן - פרידמן, לעיל הערה 141, בעמ' 524 - 529.

163. אף ללא הסתירה בין שני החוזים, ייתכן שהיתר העיסקא לא יוכל לעמוד נגד הלקוח בגלל אי פירסומו, ראה להלן עמ' 452.

164. כבר עמדנו על כך שיייתכן שכאשר אדם מלווה כסף לבנק אין צורך בתוקף המשפטי, לעיל בעמ' 439.

165. השופט ח. כהן בע"א 682/74 יקותיאל נ. ברגמן פ"ד כט (2) 757. אמנם שלו סבורה שהמגמה הרווחת היום היא להרחיב את השימוש בכלי של תקנת הציבור, אך נראה שעם זאת, ביטולם של חוזים והתחייבויות ייעשה במידת הזהירות, ראה שלו, לעיל הערה 135, בעמ' 364 ואילך.

העצמאית והייחודית של כל שיטת משפט.¹⁶⁶ "לכאורה אין לומר שחווה של היתר עיסקא נוגד את השקפת החיים של הציבור בישראל. ייתכן אמנם, שתניית פטור שאינה מובאת לידיעת הצד השני, תתבטל עקב היותה נוגדת את תקנת הציבור¹⁶⁷. מכאן, שאם הבנק יבקש להסתמך על היתר העיסקא כדי להיפטר מתשלום ריבית, לא יוכל לעשות כן עקב אי פרסומו של היתר העיסקא¹⁶⁸.

סיכום ומסקנות - מן האמור לעיל, אנו יכולים להסיק, כי על אף שאין לשאלת תוקפו המשפטי של היתר העיסקא תשובה רשמית מוסמכת במשפט הישראלי, ניתן לשער כי בתי המשפט יקבעו כי יש להבחין בין שני חלקי ההיתר. לגבי החלק הדין בלקוח כמלווה - אין ההיתר כחווה יכול לעמוד. הוא איננו מפורסם דיו, והוא אף עומד בניגוד לחווה המפורש שהלקוח עורך עם הבנק. שיקול נוסף נגד תוקפו של ההיתר ניתן למצוא **בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) התשמ"א - 1981**¹⁶⁹ הקובע בסעיף 3 כי

"לא יעשה תאגיד בנקאי - במעשה או במחדל, בכתב או בעל-פה או בכל דרך אחרת - דבר העלול להטעות לקוח בכל עניין מהותי למתן שירות ללקוח (להלן - הטעיה) ... "

בע"א 1304/91 **טפחות - בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ. אלן ליפרט**¹⁷⁰ נקבע, שלהוראות חוק זה נפקות אזרחית ופלילית. לכאורה יש בהיתר עיסקא כדי להטעות את הלקוח, שכן אדם מן היישוב מסתמך על התנאים עליהם הוא חותם ואיננו מעלה על דעתו שיש עוד תנאים תקפים¹⁷¹. ואולם, כפי שאמרנו לעיל¹⁷², נראה לומר שכאשר הלקוח מלווה כסף לבנק אין צורך בתוקף המשפטי, ודי שהלקוח יתכוון שההיתר יחול.

ואולם - לגבי החלק הדין בלקוח כלווה, לא תועיל לבנק טענה של חוסר פרסום כדי לפוטרו מן האחריות החוזית שלו. היתר העיסקא תלוי על קירות הסניפים, וכל אדם רשאי לטעון שהוא קרא תנאים אלה והסתמך עליהם. האם, לאור דברים אלה, יש צורך או משמעות להצהרות של הבנקים, לפיה הינם מתחייבים שיש

166. ע"א 614,625/76 **פלמונית ואח נ. אלמוני; אלמוני נ. פלמונית ואח** פ"ד לא (3) 85, 94.

167. ע"א 420/83 **חליל אבו סקייק אשור נ. "מגדל" חב' לביטוח בע"מ** פ"ד מד (2) 627, 649.

168. ברור שיש לחלק את היתר העיסקא לשני חלקים, ובטלות התניה תתייחס רק לחלק הפוטר את הבנק ולא לחלק הפוטר את הלקוח.

169. ס"ח 258.

170. פ"ד מז (3) 309.

171. יש להוסיף על כך שבחווה לפתיחת חשבון חסכון של חלק מהבנקים נאמר במפורש שתנאי החווה עדיפים על כל פירסום אחר, ראה לעיל הערה 164.

172. בעמ' 438.

להיתר תוקף משפטי וכי הם לעולם לא יטענו בבית המשפט הפך האמור¹⁷³? ייתכן לומר שיש לזה כוח של השתק מכח הבטחה, ואף אם יימצא פגם בחיוב החוזי של הבנקים, לאחר ההצהרה האמורה יהיו מנועים מלטעון לאי תקפות ההיתר¹⁷⁴. אך יש כמה קשיים באפשרות זו. ראשית, השתק יכול לרפא פגמים הנופלים בחוזה, כגון חסרון במסויימות, פגמים צורניים ועוד. אולם ההשתק איננו יכול לייצור יש מאין, ולהפוך מסמך שאיננו חוזה כלל לחוזה תקף. על כן, כוחה של "ההצהרה" הינו תלוי במהות הפגם העלול להמצא בחיוב החוזי. שנית, אין ההשתק יכול לפעול לרעת הצד השני, ועל כן אם ההיתר לא יעמוד במבחן החוזי, ההצהרה לא תועיל להחיותו כאשר מדובר בלקוח כמלווה. ואולם, כאמור לעיל, במקרה האמור נראה שכלל אין צורך בתוקף המשפטי של ההיתר.

הלכה למעשה נראה שניתן להציע מספר שינויים בהיתר העיסקא כדי להבטיח ביתר שאת את תוקפו המשפטי. ראשית, רצוי שההיתר יופיע כנספח אופציונלי לחוזה ההתקשרות, ויצויין בו שהיתר העיסקא חל, על אף כל האמור לעיל, או לשון אחרת כיו"ב. צורה זו תפתור בשופי את הבעיה של הסתירה בין היתר העיסקא לבין חוזה ההתקשרות. כמו כן, היתר העיסקא יחול גם על מקרה שבו הלקוח מלווה (משקיע) כסף לבנק. שנית, יש להתנות שהיתר העיסקא יידון לפי דין תורה. תניה כאמור תבטיח את תחולתם של דיני ישראל¹⁷⁵, אף שנראה שכך היא ברירת הדין אף בלא להתנות במפורש. נראה שאין צורך להוסיף תניית שיפוט לבית דין דתי. ספק אם הבנקים יסכימו לכך, ואף אין בכך צורך. להלכה די בתוקפו המשפטי העקרוני של ההיתר, ואין פגם בכך שבפרטי הדין בית משפט עלול להגיע לתוצאה שונה מזו של דין תורה¹⁷⁶.

173. הדבר מזכיר את האימרה המיוחסת ללוי אשכול המנוח, "הבטחתי, אך לא הבטחתי שאקיים את מה שהבטחתי".

174. ראה כהן - פרידמן, לעיל הערה 141, בעמ' 529 ואילך, אך ראה דעתה של שלו, לעיל הערה 135, בעמ' 73 - 74.

175. ברור שכך עדיף, על אף שהיתר העיסקא תקף גם לפי דיני מדינת ישראל.

176. ראה נספח ב'.

פרק ג - היבטים רעיוניים

א - מבוא

גם לאחר שהיתר העיסקא עומד בכל המבחנים, הלכתיים ומשפטיים גם יחד, אין די בכך. לכל "היתר" שהתירו חכמים, ישנה תשתית רעיונית המצדיקה את הפעלתה של המערכת ההלכתית ממנה מורכב ההיתר. תשתית רעיונית זו - פעמים נושאת אופי כלכלי, פעמים חברתי, ופעמים היבט ערכי - אידיאולוגי. הצד השווה שבהן - נסיון להצביע על שינוי או על שינויים שחלו בין מועד יצירתה של ההלכה לבין מועד ההיתר¹⁷⁷. אף היתר העיסקא זקוק ל"נשמה" מעין זו, שתספק הסבר מדוע מוצדק, מבחינתה של ההלכה, להפעיל את המנגנון של ההיתר¹⁷⁸. תשובה לשאלה זו תלויה בשאלה הבסיסית של הבנת טעמו של איסור ריבית, אשר אזהרתה נכפלה בתורה שש פעמים¹⁷⁹. בפרק זה נשתדל לענות על שאלות אלה.

ב - איסור ריבית בתורה

טרם דנים באיסור שבתורה, ראוי להדגיש כי האיסור המוחלט על לקיחת ריבית הינו מיוחד לתורה. ואין לו אח ורע בכל שיטות המשפט האחרות¹⁸⁰. אמנם ברוב חוקי המזרח הקדום אנו מוצאים הגבלה על שעור הריבית¹⁸¹, אך אין למצוא איסור מוחלט. תופעה זו העסיקה מפרשים וחוקרים כאחד, וניתנו על כך תשובות שונות¹⁸².

177. על סמכותם של חכמים לעקור דבר מן התורה ראה י. גילת "בית דין מתנין לעקור דבר מן התורה" **ספר השנה - בר - אילן ז - ח** (תש"ל) 117.

178. להבדיל מן השאלה כיצד המנגנון פועל, בה עסקנו לעיל.

179. ראה רמב"ם, מלווה ולווה, ד, ב.

180. אינני מתייחס לעמדת הכניסיה הנוצרית, שאך העתיקה (עם פרשנות משלה) את האיסור המקראי.

181. ראה G.R. Driver & Miles **The Babylonian Laws** (Oxford, 1955, Vol. 2) 39 - 41; R. Yaron **The Laws of Eshnunna** (Jerusalem, 1988) 55 - 57.

182. בין החוקרים ראה

H. Gamoran "The Biblical Law Against Loans on Interest" **JNES 30 (1971)** 127; W. F. Leemans "The Rates of Interest in Old Babylonian Times" **RIDA 5 (1950)** 7; B. Meislin & M. Cohen "Background of the Biblical Law Against Usury" **CSSH 6 (1963 - 1964)** 250; E. Neufeld "The Prohibitions Against Loans at Interest in Ancient Hebrew Laws" **HUCA 36 (1955)** 355.

בין מפרשי המקרא ניתנו טעמים שונים לאיסור ריבית. בעל ה"כלי יקר" מפרש, שהאיסור הוא בין לעני ובין לעשיר, וטעם האיסור הוא מפני שהריבית מבטיחה למלווה ריווח ללא סיכון, והדבר פוגע במידת הבטחון¹⁸³. אצל רוב המפרשים, השאלה לא נשאלה מתוך עיון בטעמי מצוות גרידא, אלא במסגרת השאלה מדוע אין איסור (ולחלק מהדעות יש אף מצווה¹⁸⁴) לקחת ריבית מנכרי. הרמב"ן אומר שהריבית הינה אסורה רק מצד מידת החסד והאחוה, ועל כן אין איסור לקחת ריבית מנכרי¹⁸⁵. דברים דומים אומר האברבנאל בפירושו לתורה¹⁸⁶. דעה זו מתחזקת לאור עקרון ההדדיות - כשם שאין איסור לקחת ריבית מנכרי, כך אין עליו איסור לקחת ריבית.

הקשר נוסף שבו נשאלה שאלת טעמו של איסור ריבית, הוא היתר העיסקא. בעל תורה תמימה, בפירושו לתורה "תוספת ברכה", אומר שיש להצדיק את ה"המצאה" של היתר עיסקא, משום שאיסור הריבית נועד לחברה חקלאית דוגמת עם ישראל בתקופת המקרא. בחברה כזו, אין ההון מהווה ענף כלכלי ואין צורך בהלוואות אלא לצרכי צדקה. ואולם, עם השינויים החברתיים - כלכליים שחלפו על עם ישראל, שוב אין מקום לאסור את הריבית, ומכאן ההצדקה להיתר עיסקא¹⁸⁷. הסבר דומה להצדקתו של היתר העיסקא ניתן בפי הרב שמואל י. רבינוביץ', שהיה אחד מרבני ליטא ומראשי הציונות הדתית בתקופת חובבי ציון¹⁸⁸.

מלבד דיונים של מפרשי המקרא, הפוסקים נזקקו בעקיפין לשאלת טעמו של איסור ריבית, אגב הדיון בשאלה לאלו קבוצות אוכלוסיה אסור להלוות בריבית. הרא"ש קובע שאיסור הריבית הינו פועל יוצא ממצוות "להחיותו", אשר כוללת מתן ההלוואה¹⁸⁹. מקור דבריו הוא מסוגיה בירושלמי¹⁹⁰, לפיה מותר להלוות למומר בריבית. הרא"ש מסתמך על האמור בתורה, "וכי ימוך אחיך ומטה ידו עמך והחזקת בו גר ותושב וחי עמך, אל תקח מאתו נשך ותרבית ויראת מאלהיך וחי

183. כלי יקר, ויקרא, כה, לו, וראה מאמרו של נתן דרייפוס, "דיני ריבית בראי הכלכלה המודרנית" תחומין יד (תשנ"ד) 207.

184. ראה ספר המצוות לרמב"ם מצוות עשה קצח, ושם בהשגות הרמב"ן לשרש הששי.

185. רמב"ן, דברים, כג, כ.

186. אברבנאל, שם, בתשובה הרביעית.

187. תוספת ברכה, ויקרא, כה, לו, וראה ב"העמק דבר", שם, החולק על פירושו.

188. הרב ש. י. רבינוביץ' "היתר עיסקא וענין ההערמות בדין" יבנה - קובץ אקדמאי דתי ג (תש"ט) 165.

189. פסקי הרא"ש, לעיל הערה 105.

190. עבודה זרה מד ע"ד (פרק ה, הלכה ד).

אחיד עמך¹⁹¹. בעל הטורים ממשיך באותו קו רעיוני, וכתב שהזיקה בין איסור ריבית לבין מצוות "להחיותו", היא הסיבה שמותר להלוות לגוי בריבית¹⁹².

עם זאת, ברור שהזיקה האמורה איננה חד - משמעית; יש מצווה להחיות גר תושב, אך אין איסור לקחת ממנו ריבית¹⁹³. ייתכן לומר שהזיקה היא חד - כיוונית, כל שאסור לקחת ממנו ריבית, מצווה להחיותו, אך ברור שמצוות "להחיותו" איננו מהווה תנאי מספיק כדי לאסור את הריבית. כמו כן, אין מצווה להלוות לאדם עשיר¹⁹⁴, אך אסור לקחת ממנו ריבית. נראה מכאן שמצוות "להחיותו" איננו טעם ישיר לאיסור ריבית, אלא מהווה אינדיקציה שעל פיה יש לסווג קבוצות של בני אדם. העשיר שייך, עקרונית, למסגרת של "להחיותו", גם אם בפועל אין הוא זקוק לעזרה מזולתו.

לעומת גישה זו, הרמב"ן¹⁹⁵ מביא מסורת בשם ר"ת, לפיה מותר להלוות למשומד בריבית¹⁹⁶, אך איננו מסתמך על טעמו של איסור ריבית. נימוקו של הרמב"ן מבוסס על פיתוח ההבחנה בין "אחיד" לבין הנכרי¹⁹⁷. לשיטה זו אין, איפוא ראייה לכך שאיסור הריבית תלוי במצוות "להחיותו".

ג - היתר עיסקא – יישום העקרונות

על פי האמור עד כה, נמצינו למדים שישנה זיקה ברורה בין איסור ריבית לבין מעמדו הכלכלי-חברתי של הלווה. לגבי פרטיה של זיקה זו, וכן לגבי מידת היכולת של חכמים להסיק ממנה מסקנות הלכה למעשה, נחלקו ורבו הדעות. לענייננו, די בעקרונות המנחים, המוסכמים על הרוב, כדי להגיע למספר מסקנות ביחס לשימוש הראוי בכלי של היתר העיסקא.

ראשית, יש לבדוד את המקרה שבו אדם נזקק להלוואה מחמת דוחקו, והכסף ישמש לצרכי מחיה בסיסיים. אין ספק שבכהאי גוונא אסור לקחת ריבית, והמלווה

191. ויקרא, כה, לה - לו.

192. טור, יורה דעה, קנט וראה דברי הב"ח שם.

193. בבא מציעא עא, א וברש"י שם.

194. רמב"ם, מלווה ולווה, א, א.

195. בחידושי לבבא מציעא, עא, א, וכן בחידושי הר"ן שם, וראה עוד בתשובות הרמב"ן, ב, ובתשובות הרשב"א, חלק א, קצד.

196. מסתבר שאף הרא"ש מסתמך על אותה מסורת. מסורת זו היא בניגוד לעמדתו של רש"י, ראה תשובות רש"י (אלפנבין), קעה.

197. על פי האמור בספר דברים, כג, כ - כא "לא תשיך לאחיד נשך כסף נשך אכל נשך כל דבר אשר ישך, לנכרי תשיך ולאחיד לא תשיך... "

בריבית בהיתר עיסקא הינו נבל ברשות התורה¹⁹⁸. ואולם, יש צורך להגדיר מה הם צרכי מחיה בסיסיים, וכן יש לבחון אם ההגדרה עשויה להשתנות בהתאם לפרמטרים שונים, כגון מצבו הקודם של האדם, הסביבה החברתית שבה הוא חי וכדומה, או שמא מדובר בהגדרה נוקשה¹⁹⁹.

בצד השני של הקשת נמצא המקרה שבו אדם אמיד מבקש הלוואה לצורך השקעה או פיתוח עיסקי. במקרה זה אין מצווה להחיותו ואף מסגרת העיסקא מתאימה, ועל כן אין כל מניעה מלהלוות לו בתנאים של היתר עיסקא.

בתווך, ניתן להצביע על שני מקרי ביניים. האחד - כאשר אדם זקוק להלוואה לביסוס עסקי לצורך פרנסתו, או לסיוע לעסק הנתון בקשיים. מחד, מצווה רבה להחיותו ולסייע בידו²⁰⁰, ולכן יש מקום לומר שאין להזדקק להיתר עיסקא. מאידך, מסגרת העיסקא מתאימה לנסיבות, ויש מקום להתיר למלווה להשתתף ברווחים (אם יהיו), ולחילופין - להלוות בדרך של היתר עיסקא. המקרה השני הינו כאשר אדם אמיד מבקש הלוואה למטרת צריכה. מחד, אין מצווה להחיותו ולכן אין מניעה מלחפש דרכים להתיר לקחת ממנו ריבית. מאידך, לא ייתכנו רווחים מהלוואה זו ולכן מסגרת העיסקא איננה מתאימה. כאשר מדובר בצריכה של דבר עמיד, כגון רכב או בית וכדומה, ניתן לפתור בעיה זו על פי דרכו של הרב זלמן נחמיה גולדברג²⁰¹, שהלווה משלם דמי שכירות למלווה, והם הם הרווחים הצפויים מהעיסקא.

הרב חיים דוד הלוי סבור, שבשני המקרים הנ"ל אין להזדקק להיתר עיסקא²⁰². לדעתו, הצידוק הרעיוני של היתר העיסקא והתאמת מסגרת העיסקא, מהווים שני תנאים מצטברים להתיר להלוות בריבית באמצעות היתר עיסקא. המשמעות המעשית של גישה זו שונה בשני המקרים; במקרה הראשון, בו אדם זקוק להלוואה עיסקית לשם פרנסתו, יש להלוות לו ללא ריבית, או לעשות עמו עיסקא "אמיתית", בה העוסק ובעל ההון נושאים יחד את הסיכונים (וזוכים בסיכויים) של היוזמה. לעומת זאת, במקרה השני, ללא המכשיר של ריבית אין לצפות שהלווה האמיד יוכל לקבל הלוואה. נמצינו למדים, שאין ללוות לשם צריכה, גם אם הלווה יכול לעמוד בהחזרים. ייתכן שזו תוצאה רצויה, שכן רמת הצריכה של האדם תוכתב על פי

198. זאת בהנחה שהלכתית - פורמלית ההיתר תקף, ראה הרב ש. י. רבינוביץ', לעיל הערה 188.

199. ראה מאמרו של הרב נ. בר - אילן "זכאותו של העני לצדקה" **תחומין** ב (תשמ"א) 459.

200. רמב"ם, מתנות עניים, י, ז.

201. לעיל, בעמ' 437.

202. הרב ח. ד. הלוי "בענין היתר עיסקא" **נועם** טו (תשל"ב) שמו, וכן בספרו **קיצור שולחן ערוך - מקור חיים** (תשל"ה), פרק קס, סעיפים כ - כג.

יכולתו ב"זמן אמת"²⁰³. מאידך, ניתן לפתור בעיה זו בדרכים אחרות, כגון מכירת שטרות, קניית המוצר בתשלומים²⁰⁴ וכדומה²⁰⁵.

העולה מן המקובץ הוא, שטרם נזקקים להיתר עסקא, יש לבחון הן את מעמדו של הלווה והן את ייעודה של ההלוואה. מכאן נראה, שרצוי להמנע ממשיכת יתר "סתמית", הניתנת ללא כל אבחנה. אף מצד הבנקים ה"מלווים", מן הראוי לפתח מנגנון של קטגוריזציה של הלוואות. יש הלוואות של צדקה, שיש לתתן ללא כל היתר עסקא. לעומתן, יש הלוואות עסקיות שרק בהן יש להשתמש בהיתר עסקא. בסוג השלישי - הלוואות לשם צריכה, אם מדובר במוצרים בני קיימא, ניתן לסמוך על היתר העסקא, ואילו בשירותים ובמוצרים אחרים, יש למצוא דרכים חלופיות להיתר עסקא.

203. ראה ד. רפל "היסודות האידיאליים של המחשבה הכלכלית על פי התורה" **דעות** יט (תשכ"ב) 49.
204. אולם גם בקניה בתשלומים תתכן בעיה של ריבית, ראה הרב ע. בצרי **דיני ממונות** (חלק ראשון, תשל"ד) שער ה, פרק ח, וכן הרב י. בלוי, לעיל הערה 83, פרק כב; הרב הרשער, לעיל הערה 67, פרק ח.
205. זו היא דעתו של הרב ח. ד. הלוי, לעיל הערה 202, האומר "יש דרך אחרת בהלכה לפיה יכול לתת לו שכר מעותיו בהיתר, אך בשום פנים לא בהיתר-עסקא." בספרו הארוך, **מקור חיים** (חלק חמישי), פרק רצט, סעיף כב, הרב מפנה לדרך של מכירת שטרות.

סיכום

סקרנו את השתלשלותו של היתר העיסקא, החל מהעיסקא התלמודית עד לימינו. ביסודה של ההיתר עומדת ההבחנה בין הלוואה לבין פקדון. בהלוואה הכסף ניתן להוצאה ומובטח למלווה קרנו ללא חלק ברווחים, ואילו בפקדון אין הנפקד רשאי להוציא את הכסף לכל אשר יחפוץ, המפקיד עשוי לקבל חלק ברווחים, אך עליו גם לשאת בסיכון של הפסד. ההיתר עבר שני שלבים עיקריים; בשלב ראשון המלווים ביקשו להלוות כסף ולהבטיח את הקרן מפני הפסד, תוך נטילת חלק ברווחים, במקרה שישנם, ובשלב השני ביקשו המלווים אף להבטיח ריוח קצוב. לפיכך, אחת השאלות העיקריות שנזקקו לבררה אגב פיתוח היתר העיסקא, הינה שאלת ההבחנה בין הלוואה לבין פקדון.

סקרנו שתי צורות בסיסיות של ההיתר - האחת, של שידוד דיני הראיות, וזאת על ידי קביעת ברירת מחדל שלנפקד - לווה היו רווחים, וכדי לסתור ברירת מחדל זאת עליו להרים נטל ראייתי כבד שלמעשה לא ניתן להרימו. הצורה השניה בנויה על קביעת דרגת שמירה גבוהה ביותר, שאין אפשרות מעשית לעמוד בה, ועל ידי כך הנפקד נחשב תמיד פושע ועל כן חב בפשיעתו. מתוך הסקירה ניתן לראות שיש מספר קשיים הלכתיים בהיתר, הן מצד תוקפו העקרוני של ההיתר, והן מצד ההערמה הניכרת בהפעלה הנרחבת של ההיתר. על אף קשיים אלה המציאות חזקה היא, וההיתר קיבל תפוצה כה רחבה עד כי קשה להעלות על הדעת קיומו של עולם ללא היתר עיסקא. כמו כן דנו בנוסחים שונים וצורות שונות של ההיתר, והצענו נוסח שונה במעט מזה המקובל.

מבחינה משפטית נראה לומר שההיתר יעמוד במבחן התוקף החוזי, על אף שניתנה בענין חוות דעת שונות. שאלה חשובה בהקשר זה הינה הזיקה בין התוקף ההלכתי לבין המשפטי, האם הלכה זקוקה לתוקף המשפטי, אם לאו. תשובה לשאלה זו תלויה הן בהשקפת עולמו של הנשאל, והן בהתנהגותם הצפויה של הצדדים - קרי, האם יש "חשש" שהם יביאו את הסכסוך להכרעתו של בית המשפט.

ניתן לסכם בכך שמבחינת המסגרת ההילכתית, ההיתר זכה וזוכה להסכמתם ולתמיכתם של חכמי ההלכה. הקושי העיקרי הינו "רוח ההלכה", כלומר, האם ראוי להפעיל את ההיתר. סקרנו תשובות שונות שניתנו לשאלה זו, ועולה מהן שלא לכל מצב ולא לכל מטרה מן הראוי להפעיל את היתר העיסקא. הראנו שההלכה מבחינה בין הלוואה לעני לבין השקעה, במקרה הראשון אכן אסור לקחת ריבית ואין הצדקה להפעיל היתר עיסקא, ואילו לגבי השני אין הצדקה לאיסור ריבית, ובכהאי גוונא יש להתיר לקחת ריבית באמצעות היתר עיסקא. מכאן נוצר הצורך לייצור

הבטים הלכתיים ומשפטיים של היתר עסקא

קריטריונים מדוייקים להבחנה זו. עוד הסקנו שרצוי להימנע מהלוואות לשם צריכת מותרות, שכן הלוואה כזו אינה בגדר מצווה ואין הצדקה להלוות כסף למטרת צריכת מותרות, ללא ריבית. כמו כן המודל של מוצרי צריכה איננו מתאים לעקרונות של היתר עסקא, לפיהן הצדדים הינם כשותפים במוצר.

נספח א

היתר עיסקא על דרך שליחות

1. לנספח זה ייקרא נספח היתר עיסקא (להלן: הנספח), ובכל מקרה של סתירה בין הנספח לבין תנאים אחרים, הנספח גובר.
2. מוסכם בין הצדדים, שכל סכום של משיכת יתר ו/או אשראי ו/או הלוואה שהלקוח מקבל מהבנק, הינו על דרך שליחות, והלקוח הינו שלוח של הבנק להשקיע את הכסף. אחריותו של הלקוח להשיב את הכסף שקיבל בשליחות הינה מוחלטת.
3. כל הרווחים שהלקוח ירוויח מהשקעת הכסף יהיו של הבנק.
4. הלקוח מתחייב לשלם לבנק סכום הזהה לריבית הנהוגה בבנק, אף אם לא יהיו לו רווחים או אם פחתו מן הסכום האמור.
5. הבנק יהיה רשאי לדרוש מן הלקוח שיוכיח את שעור רווחיו על ידי תצהיר שאושר בידי דיין של בית דין רבני. מוסכם בין הצדדים שאם הבנק לא יציג דרישה כאמור יחד עם הדרישה לפרעון החוב, או תוך שבעה ימים מהיום שבו נפרע החוב, הכל לפי המוקדם, תהיה בכך הודאה שהסכום שהלקוח הרוויח מהשקעותיו, זהה לאמור בסעיף 4 הנ"ל.
6. הדין שיחול על הנספח הוא דין תורה.

נספח ב'

היתר עיסקא כנספח לחוזה ההתקשרות

1. לנספח זה ייקרא נספח היתר עיסקא (להלן: הנספח), ובכל מקרה של סתירה בין הנספח לבין תנאים אחרים, הנספח גובר.
2. מוסכם בין הצדדים, שכל סכום של משיכת יתר ו/או אשראי ו/או הלוואה שהלקוח מקבל מהבנק, הינו על דרך עיסקא, כלומר מחצית הכסף הינה הלוואה ומחציתה פיקדון.
3. רווחי הלקוח והפסדיו יתחלקו בין הצדדים בחלקים שווים, אך הלקוח יהיה זכאי, בנוסף לאמור, לקבל אחוז אחד מסכום הפיקדון כשכר טירחא.
4. הלקוח לא יהיה רשאי להוכיח שהיו לו הפסדים, או להוכיח את שעור הרווחים, אלא אם כן יגיש תצהיר²⁰⁶ על כך לסניף הבנק שבו חשבונו מתנהל, מאושר בידי דיין של בית דין רבני²⁰⁷.
5. מוסכם בין הצדדים, שאם הלקוח לא יגיש תצהיר כאמור עם פרעון החוב, או תוך שבעה ימים מהיום שבו נדרש לפרוע את החוב, הכל לפי המוקדם, תהיה בכך הודאה שהסכום המגיע לבנק על פי סעיף 3 הנ"ל, זהה לריבית הנהוגה בבנק.
6. הדין שיחול על הנספח הוא דין תורה²⁰⁸.

206. בכל היתרי העיסקא הנוהגים כיום, על המקבל להוכיח על ידי עדים ו/או שבועה. הצעתי הוכחה על ידי תצהיר מתוך ההנחה האמורה לעיל, שיש להעדיף את הנוסח הדורש שבועה על פני זו הדורש עדים. כמו כן אני יוצא מן ההנחה שההיתר יידון בבית משפט הרגיל בתצהירים ולא בשבועות, ראה **חוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה) התש"ם 1980**, ס"ח 202.

207. על פי סעיף 15 **לפקודת הראיות (נוסח חדש) התשל"א - 1971**, ס"ח 420.

208. הפרט היחיד ששיניתי מהיתר עיסקא "קלאסי", הוא ההוכחה על ידי תצהיר, מו הטעם האמור לעיל בהערה 206. לא נראה לי שהדבר ייצור בעיה, על אף שברירת הדין היא לדין תורה, שכן בדין תורה אין מניעה בכך שדיני הראיות ייקבעו על ידי הצדדים. לכן, בבואו לדון בתצהיר, בית המשפט יחיל את דיני הראיות הרגילים. זאת ועוד, בדיני ראיות הולכים לפי דין הפרום, ראה לבונטין, לעיל הערה 128.

היתר עיסקא לתכנית חסכון

(סעיפים 1 ו-6 זהים)

2. מוסכם בין הצדדים, שכל סכום שהלקוח מפקיד בבנק, יהיה על דרך עיסקא, כלומר מחצית הכסף הינה הלוואה, ומחציתה פיקדון.
3. רווחי הבנק והפסדיו יתחלקו בין הצדדים בחלקים שווים, אך הבנק יהיה זכאי, בנוסף לאמור, לקבל אחוז אחד מסכום הפיקדון כשכר טירחא.
4. הבנק לא יהיה רשאי להוכיח שהיו לו הפסדים, או להוכיח את שעור הרווחים, אלא אם כן יגיש תצהיר על כך ללקוח, מאושר בידי דיין של בית דין רבני.
5. מוסכם בין הצדדים, שאם הבנק לא יגיש תצהיר כאמור עם תום תקופת החסכון, או תוך שבעה ימים מהיום שבו הודיע הלקוח שברצונו למשוך את ההפקדה או את חלקה, הכל לפי המוקדם, יהיה בכך הודאה שהסכום המגיע ללקוח על פי סעיף 3 הנ"ל, זהה לריבית הנהוגה בבנק.

מפתח נושאים

—ס—	—ב—
טכום ההתפשרות, 431, 434, 438,	ברירת הדין, 441, 451
446, 449	—ג—
—פ—	גמירת דעת, 444
פיקציה, 424, 427	גר תושב, 454
—ך—	—ה—
ריבית, 406, 407, 408, 409, 410,	הגדרת הלוואה, 409, 414
411, 412, 413, 414, 415, 416,	הערמה, 429, 432, 433, 434, 435
417, 419, 420, 421, 422, 424,	הצעה וקיבול, 448
426, 427, 428, 430, 431, 432,	—ח—
433, 434, 435, 436, 438, 441,	חוזה הלוואה, 443
443, 445, 446, 449, 450, 452,	חוזה למראית עין, 444
453, 454, 455, 456, 457	חופש הדת, 443
—ש—	חוקי המזרח הקדום, 452
שהעיסקא, 414, 420, 438	—י—
שכירות, 407, 409, 411, 412, 413,	ידיעת הצדדים, 435, 439
419, 420, 425	—כ—
שליחות, 415, 416, 438, 459	כ, 414, 422, 423, 424, 426
—ת—	מדיניות הלכתית, 430, 433
תום לב, 445, 446	מדיניות הלכתית;; 430
תוקף משפטי, 406, 436, 443	—נ—
תניית השיפוט, 441	ניתן להוצאה, 413, 417, 418, 420,
תצהיר, 459, 460, 461	457
תקנת הציבור, 442, 449	