

"היתר עיסוק" – היתר עיסוקא חדש

על בסיס שכר עבודה

הרב אשר מאיר

תוכן המאמר

467 תוכן מפורט
469 הקדמה
470 עימות דרישת ההלכה עם דרישות המסחר
470 סידורי היתר של משך הדורות - וליקויהם
473 היתר עיסקא
480 פתרונות שהוצעו ללווה שאינו בעל עסקאות
486 פשר ההיתרים לאור הלכות שותפות
492 שותפות במשכורת של פועל
501 שימוש בסדר זה כתשתית להיתר עיסקא
510 מספר פרטים נחוצים ליישום ההיתר
514 יתרונות היתר עיסוק על היתר עיסקא רגיל
515 סיכום
517 נוסח "היתר עיסוק".

תוכן מפורט

469	הקדמה
470	עימות דרישת ההלכה עם דרישות המסחר
470	סידורי היתר של משך הדורות - וליקויהם
	הטלת אחריות הפסד על הלווה,
471	על ידי הגבלת ההשקעות המורשות
471	חיוב הנפקד להישבע כדי לאמת טענת הפסד
471	לחייב הסוחר להביא עדות לאמת טענת הפסד
472	עריכת מקח חוזר
473	הגדרת התשלומים כקנס, ולא כרביית
473	הליקויים שבסידורים אלו
473	היתר עיסקא
474	פרטי המנגנון של היתר עיסקא
476	התאמת מסגרת של היתר עיסקא למצבים מיוחדים
478	בירור האיסור להלוות על צד היתר עיסקא כשאינן עיסקא
480	פתרונות שהוצעו ללווה שאינו בעל עסקאות
481	אין פתרון - נדרשת זכייה גמורה ברווח
482	רווח עקיף או סובייקטיבי, מניעת הפסד
482	השבעה על גוף אי-ההשקעה
482	קנס על עצם אי-ההשקעה
485	שיטת השואל ומשיב
486	פשר ההיתרים לאור הלכות שותפות
486	שותפות גמורה
486	פיצול אישיות
491	מהות שבועת השותפין
492	שותפות במשכורת של פועל
494	מהות השכירות בשותפות "שכיר ופועל"
501	סיכום
501	שימוש בסדר זה כתשתית להיתר עיסקא

502.....	האם סידור זה נקי מחשש רבית?
503.....	רבית במשכורת
504.....	מהו אופיו של קניין בעל הבית במציאה שמצא הפועל?
506.....	רבית בגוף המלאכה
510.....	"דקא עביד בהדיה מהשתא"
510	מספר פרטים נחוצים ליישום ההיתר
511.....	החזר כספי לא מוגדר מראש
512.....	הסכס הצדדים, ויחס עבודה קודמים
513.....	המצב המשפטי
514.....	מגבלות שנשארו
514.....	תלמיד בכולל
514	יתרונות היתר עיסוק על היתר עיסקא רגיל
514.....	תוקף הקניין
515.....	התאמת היחס ההלכתי ליחס הכלכלי
515	סיכום

הקדמה

כיום, כמעט כל אשראי ברבית בין יהודים שומרי תורה נעשה על פי סידור "היתר עיסקא". היתר עיסקא הוא סוג של שותפות. ה"מלוה" בעצם אינו מלוה כלל, אלא משקיע בעסק של ה"לווה". תשלומי ה"רבית" אינם רבית, אלא רווחים של העסק או תשלומים אחרים שהמלוה זכאי בהם מחמת מעמדו כשותף.

סידור זה של היתר עיסקא נוהג כבר בעם ישראל כארבע מאות שנה¹, והוא הוכיח את עצמו כדרך גמישה, מקיפה, ומקובלת מבחינה הלכתית לערוך עסקות אשראי בין יהודים. אפשר לעצב היתר עיסקא באופן שיתאים לכמעט כל סוג של אשראי, למעט סוג אחד - אשראי שאין בו עסק. אם אין עסק, אין עיסקה, ואם אין עיסקה, היתר עיסקא מניין?

במאמר זה נציע דרך לערוך הסכם מקביל בתכונותיו להיתר עיסקא, אלא שהשותפות נעשית לא בנכסים כנהוג בשותפות **עסקית**, אלא בשכר פעולה כנהוג בשותפות **מקצועית**. על כן הסידור מכונה "היתר עיסק", כי הוא משתף את המלוה בעיסקו של הלווה, ולא רק בעסקה שלו.

מבחינת התכנים ההלכתיים, אין כל חדש בסידור זה. הוא מבוסס לגמרי על סוגיות הגמרא ופסיקות הראשונים כפי שנפסקו בשלחן ערוך, וכפי שביררנו בהתייעצות עם גדולי הפוסקים שליט"א (ראה בסוף הספר את מכתבו של מורנו נשיא המכון, הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א). כל החידוש הוא לסדר את המרכיבים באופן שהם ישמשו דרך היתר ללוות ברבית ללווה שעובד בשכר אך אינו בעל עסקים, במקביל למה שמתיר היתר עיסקא ללווה שהוא בעל עסקים. סידור כזה נחוץ כיום יותר מאשר בדורות קודמים, כי בעבר עיקר הצורכים של אשראי היו סוחרים, ואילו היום גדל ופרח הענף של "אשראי צרכנים".

סידור זה משקף היטב את היחס הכלכלי האמיתי שקיים בין בנק ללקוח בענף האשראי לצרכן. באשראי כזה, אם אינו ניתן תמורת משכון, הבנק לא מתעניין בכלל באפיקי ההשקעות של הלווה אלא בעיקר בתלוש המשכורת שלו, דבר שמעיד שהבנק רואה את עצמו כשותפו של הלקוח בעיקר בהכנסותיו מעבודה.

תודותי נתונות למורנו נשיא המכון, הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א ולמורנו הרב אליהו היישריק שליט"א שנתנו שעות מזמנן לעזור בבירור הסוגיות. רכז המחקר

1. שטר היתר העיסקא המקורי המודפס בנחלת שבעה סימן מ' מלווה בהערות מהסמ"ע על יישומו של היתר מקביל ביריד גראמניץ משנת ה'שס"ו.

של המכון, הרב שלמה אישון, היה שותף מעשי בעיבוד העבודה, ויעמוד גם הוא על הברכה.

עימות דרישת ההלכה עם דרישות המסחר

התורה אסרה כל הלואה ברבית בין יהודים. איסור זה נשנה בתורה מספר פעמים², והתורה החמירה בו ביותר, להחיל איסור אף על הלואה ועל העדים³. אף חכמים הפליגו בחומרת איסור רבית⁴. כמו כן גזרו חז"ל איסורים רבים כדי להרחיק את העם מאיסור זה.

לעומת זאת, ההלכה אינה אוסרת סידור תשלומים מסחרי שאין מעורבת בו רבית. למשל, למשקיע בעסק מותר בהחלט לקבל את הרווחים בעסק. לכאורה אין צורך בהיתר רבית, שכן ניתן למשקיעים לקבל תגמול בצורה מותרת, ולא כרבית. אלא, שיש מקרים שתגמול בצורה של קבלת רווחים אינו מספק את הצרכים של אנשי עסקים. ייתכן שיש השקעה כדאית מבחינה כלכלית, אלא שמשקיע אינו מוכן לתת את כספו לדבר אם הרווחים ואף הקרן עצמה יהיו נתונים בסכנה. הפתרון הפשוט הוא כמובן הלואה עסקית, אבל פתרון זה הינו אסור על פי ההלכה.

עימות זה בין דרישות השוק לבין דרישות ההלכה עורר מאמצים נמרצים מצד הפוסקים להמציא דרך היתר להלוות תמורת תשואה קבועה.

סידורי היתר של משך הדורות - וליקויהם

מספר סידורים הוצעו ואומצו בתקופת הראשונים וראשוני האחרונים להבטיח למשקיע את החזר הקרן שלו ללא סיכון. בפרק זה נפרש אחדים מהם. בתיאור הסידורים, לא נימנע מלהשתמש בכינוי "מלוה" לכנות את הצד שנותן את המשאבים, ו"לווה" לכנות את הצד שמקבל אותם ומחזיר מותר בצורה כל שהיא. יש מקרים שמינוח זה אינו משקף את היחס **ההלכתי** בין הצדדים, על כל פנים הוא משקף את היחס **הכלכלי** שהסידור שואף לשכפל. אם מדובר ב"עיסקא", נשתמש גם כן במינוח המסורתי של "נותן עיסקא" - הוא המשקיע, דהיינו השותף הפסיבי שממלא את תפקידו של המלוה - ו"מקבל עיסקא", הוא שמתעסק בפועל ונותן רווחים, והוא ממלא את התפקיד הכלכלי של לוה.

להלן רשימה חלקית של פתרונות שהועלו על ידי הפוסקים, כדי לאפשר השקעה או הלואה בלי לסכן את הקרן או אפילו את הרווח של המלוה.

2. שמות כ"ב:ב; ויקרא כ"ה:ל"ו וכ"ה:ל"ז; דברים כ"ג:כ.

3. משנה וגמרא סוף פרק ה' של בבא מציעא, עה ע"ב.

4. עיין גמרא ב"מ שם, עה ע"ב.

הטלת אחריות הפסד על הלווה, על ידי הגבלת ההשקעות המורשות

על פי התוספות⁵, ניתן לתת מעות בעיסקא בתנאי שהמקבל ישקיע אך ורק בסחורות נקובות - כגון זהב וכסף. אם אחר כך ירצה המקבל להשקיע בכל דבר אחר בניגוד לתנאי, הרשות בידו, אבל מכיוון ש"כל המשנה ידו על התחתונה" המקבל ש"שינה" יהיה חייב במקרה של חריגה מהתנאי לשאת בכל הסיכון.⁶

חיוב הנפקד להישבע כדי לאמת טענת הפסד

אם מדובר בעיסקא, המקבל הוא **שומר שכר** על החלק של הנותן⁷, ובכך חייב ממילא להישבע על טענת הפסד מחמת גניבה או אבידה. בנוסף לכך, המקבל הינו **השותף** של הנותן. עובדה זאת מרחיבה משמעותית את מחויבותו להישבע על טענת הפסד. אכן, בהרבה מקרים לא יוכל הנפקד להישבע. מצוי שאין טענתו מבוררת דיו אצלו להישבע עליה, או שלא יספיק את המועד שנקבע לו לקחת שבועה. במקרים אחרים לא ירצה להישבע, כמנהג אנשים יראי שמיים שנמנעים משבועה. ממילא יהיה חייב להחזיר את כל הקרן. ככל שהאפשרות של המקבל להישבע מוגבלת יותר, קרנו של הנותן מובטחת יותר, שכן בלי שבועה המקבל אחראי על כל הקרן.

לחייב הסוחר להביא עדות לאמת טענת הפסד

יש להניח שהסוחר לא יחפוץ לסדר את כל המסחר שלו באופן שיהיה אפשר להביא עדות על כל הפסד. לכן דרישה שאין המקבל נאמן על הפסדים אלא **בעדות** מונעת

5. ב"ק ק"ב ע"א ד"ה "הנותן", וכן הוא בשו"ע יו"ד קע"ז סעיף ה'.

6. רמ"א שם. אמנם יש פוסקים שסוברים שאף על פי שמותר לשנות, אסור להתנות על דעת שישנה, ויש בכך משום רבית. כך היא דעת החקרי לב יו"ד כ"ו והשל"ה על חולין פרק נר מצוה, כפי שצוטט בברית יהודה ל"ז: (י"ח). ובחזון איש יו"ד ע"ז ס"ק א', מסיק שאין על המשנה אחריות אלא על הפסד שמחמת השינוי, וכן משמע בב"י חו"מ קע"ו עמוד ד ע"ב בשם מהר"ק; ואילו בסמ"ע שם ס"ק ל"ז משמע שחייב בכל הפסד.

7. זאת משתי סיבות: ראשית, כל שותפים שומרי שכר הם - שו"ע חו"מ קע"ו סעיף ח. בנוסף לכך, על פי ההלכה מקבל עיסקא חייב לקבל שכר על טירחתו למען החלק של הנותן, כדי שהשתדלותו להרוויח על חלק הפקדון של הנותן תהיה תמורת השכר, ולא תיחשב כרבית על החלק של ההלוואה. אמנם לפי הרמב"ם המקבל הוא שומר חנם - שלוחין ו הלכה ב. ויש מהמפרשים שמקבלים רק אחד מן הטעמים האלו: לפי הב"י נראה שרק טעם של שותפות עושהו ש"ש, ואילו לב"ח נראה שזה רק משום שמקבל משכורת.

בפועל מהנפקד לטעון שארע הפסד לנכסי השותפות.⁸ ממילא יהיה המקבל חייב להחזיר לנוטן את כל הקרן שהופקדה אצלו.

עריכת מקח חוזר

אם יקנה המלוה סחורה במחיר הקרן ולאחר זמן ימכור אותה חזרה במחיר שכולל תוספת, הרי הסחורה חוזרת בסוף למקום שהתחילה, ובשורה התחתונה יש לפנינו הלואה ברבית. לסיבה זאת, התחייבות מפורשת למקח חוזר נאסרה במפורש מגזרה דרבנן⁹, ויש שהיא אסורה אף מן התורה¹⁰. אמנם בלי התחייבות מותר, ועל פתח זה נבנו כמה היתרים.

המפורסם שבהיתרים על בסיס מקח חוזר הוא "היתר מכירת סחורה". בסידור זה, הלווה מקבל את סכום ה"הלואה" כדמי מקח וכתמורתו מקנה למלוה סחורה בניכוי ניכר. המוכר/לווה מסכם שהובלת אותה סחורה תהיה במועד עתידי, שהוא למעשה מועד הפרעון המתוכנן של החוב. הצדדים מסכמים שאם לא יוביל המוכר (הוא הלווה) הסחורה ביום שהתחייב, שהקונה (הוא המלוה) מוכן להתפשר במקום זה על סכום כסף. אם סכום זה שווה פחות מן הסחורה הרי שהמוכר יעדיף לשלם, ותשלום זה הוא כנגד קרן ההלואה בתוספת הרבית¹¹. מכיוון שהמכר הוא גמור, אין בזה כל איסור.¹² ברגע שהקונה מתפשר על תשלום, הבעלות על הסחורה חוזרת למוכר, ולכן יש בסידור זה משום מיקח חוזר.

בקצת מקומות נעשה מקח חוזר של מקרקעין על פי סידור המכונה "שטר הטבה".¹³ בשטר הטבה ההיתר היה מפוקפק הרבה יותר, וזאת משתי סיבות: ההתחייבות

8. תרומת הדשן תשובה ש"ב, עמוד 106, וכן נפסק בש"ד קס"ז ס"ק א'. וכן משמע בט"ז שם בס"ק א'.

9. ב"מ סה ע"ב.

10. שו"ע יו"ד קע"ד סעיף א'.

11. שו"ת ריב"ש שלי"ה; שו"ע יו"ד קע"ז סעיף יח; חכמת אדם קל"ב סעיף י"א. אמנם מכר עכשיו על מנת לספק בעתיד הוא עצמו בעייתי מבחינת רבית, ומותר רק אם הסחורה היא תחת ידו של המוכר, או המכר נערך בשער מפורסם, כמבואר בשו"ע שם.

12. אם יצליח הקונה/מלוה לתפוס את הסחורה בלי שהמוכר/לווה יעמיד את זה לידי, כמובן שקנה סחורה במחיר מציאה. אבל בדרך כלל נוה לשני הצדדים להתנהל על פי ההסכם - וזה בנוסף לקושי המעשי להיכנס לרשות המוכר ולתפוס את הסחורות.

אם, למרות ההסכם, המוכר ימכור את אותה הסחורה למישהו אחר, כמובן שיהיה חייב באחריות ויצטרך לשלם כפי מה שסיכמו. יש לעיין אם יש מקום להתיר ללווה למכור לאחר אפילו לכתחילה, במקביל להיתר התוספות הנזכר להתנות שלא ישנה בסחורה ואחר כך מותר לכתחילה לשנות.

13. איתמר ורהפטיג, "שטר הטבה - מכר חוזר", שנתון המשפט העברי, יח-י"ט (תשנ"ב-תשנ"ד), עמ' 215.

היתר עיסקא

מצד הקונה למכור חזרה היתה מפורשת יותר, והקונה היה נהנה מהנכס בתקופת בעלותו עליו, על ידי השכרתו למוכר עצמו. הנאה כזאת, שדומה ממש לרבית, היתה עיקר הסיבה לאסור מכר חוזר. כמו כן בעיית מכר חוזר היא גדולה יותר בקרקע, ואילו במטלטלין יש שאף מתירים מכר חוזר.¹⁴

הגדרת התשלומים כקנס, ולא כרבית

מובא בשם אחד מבעלי התוספות, הרב יעקב מאורליינש, שניתן לערוך את שטר ההלוואה באופן שכל איחור בתשלום מחייב תשלום "קנס", שאינו שונה מהותית מרבית מצטברת.¹⁵

הליקויים שבסידורים אלו

בסופו של דבר, לא נמצא אף אחד מן הסידורים האלו משביע רצון מבחינה מסחרית ומבחינה הלכתית כאחד, כהיתר כללי ורחב לרוב ענפי האשראי:

- בסידור הראשון של תנאי מגביל, ניכרת ההערמה ביותר, שכן מתנה תנאי ששני הצדדים יודעים שאין בכוונת הלווה לקיימו.
- כל שלשת הסידורים הראשונים לא מבטיחים שום תוספת, רק החזר הקרן.
- הסידור הרביעי של מכירת סחורה מתאים רק ללווה שיש סחורה תחת ידו.
- על הסידור האחרון של קנס יש שאלות הלכתיות קשות, ולא התירו בשום אופן לעשות כן לכתחילה. ישנם כמה וכמה פוסקים הסוברים שיש בכך משום רבית תורה.¹⁶

היתר עיסקא

לפני כארבע מאות שנה (בחצי השני של המאה השש עשרה למניינם), הוצע סידור שענה על כל הדרישות הללו. אימוצו היה כמעט מיידי וכמעט אוניברסלי. הסידור היה "היתר העיסקא" של הרב מנחם מנדל אביגדורס מקראקא. מעט ידוע לנו על מורה הוראה זה, אך היתרו נידון בהרחבה ובהסכמה בכתבים של גדולי דורו, ביניהם הסמ"ע, אתו התכתב המהר"ם מקראקא. ההיתר מופיע בספר נחלת שבעה.¹⁷

14. לחם משנה הלכות מכירה פרק י"א הלכה י'.

15. הגהות מרדכי בבא מציעא, פרק ה' סימן תנ"ה.

16. הבי"י יו"ד קע"ז סעיף טז מביא בשם הרשב"א (שו"ת רשב"א ב/ב) שבקנס מתרבה יש משום רבית גמורה. והרשב"א ב-א/תרנ"א כתב שקנס חד פעמי מעיקר הדין מותר, ולהלכה יש מתירים בזה בדרך מקח - יו"ד קע"ז/י"ד ברמ"א.

17. נחלת שבעה סימן מ'.

המהר"ם מצא דרך מקורית להתגבר על הבעיה. הבעיה המרכזית במתן תוספת למלוה היא שאסור למלוה להטיל דרישה כלשהיא על הלווה. כל הטבה, אפילו אינה ממונית, נחשבת לכל הפחות "רבית דברים". אלא, שלכלל זה יש יוצא מן הכלל. המלווה יכול לדרוש תנאים אשר יעזרו לו לגבות את המגיע לו. בכלל זה נכלל תנאי שמברר את החיוב, ולכן מותר למשל למלוה לדרוש מהלווה לכתוב שטר על חשבון הלווה¹⁸. כמו כן שותף יכול לדרוש תנאים משותפו אשר יעזרו לו לגבות את חלקו ברווחים, כגון להישבע¹⁹. יש פה **דרישה ראייתית** שבה אף ורק לתת גיבוי וחיזוק לזכות ממונית קיימת - ולא ליצור זכות ממונית מחודשת.

המהר"ם מקראקא חידש דרך מקורית להשתמש ב**דרישה ראייתית**, שמטרתה להבטיח חיוב קיים, כמנוף ליצור למעשה **חיוב ממוני**. הדרך היא, לאפשר לנתבע לשלם כדי להיפטר מהדרישה הראייתית. כאשר מדובר בדרישה לברר את היקף החוב, הרי שבעל החוב יכול לפטור את החב מאחריות הבירור על ידי פשרה מסוכמת על גובה הסכום. כי במקום שקיימת אי-ודאות לגבי גובה החוב, דרישת הבירור קיימת בזכות עצמה. אין איסור ליצור אותה, שכן היא באה רק לעזור בגבייה של חוב קיים (אם כי בלתי מבורר). ואילו אחרי שדרישת הבירור קיימת ועומדת, אין איסור לשלם ממון כדי להיפטר ממנה²⁰. תשלום כזה מכונה במינוח של היתר עיסקא "דמי התפשרות"²¹.

פירטי המנגנון של היתר עיסקא

תשתית הסידור הוא הסכם עיסקא, בדיוק כפי שהוא מתואר בגמרא: הנותן, ראובן, מוסר למקבל, שמעון, סכום כסף. חצי הסכום נחשב פקדון של ראובן לידיו של שמעון, וחצי נחשב הלוואה מראובן לשמעון. כמובן, אחריות חצי המלווה מוטלת לגמרי על שמעון. שמעון מקבל שכר טירחה עבור השתדלותו בכסף, וכמובן שחצי הרווח יהיה של ראובן מכיוון שחצי הסחורה הינה שלו מחמת חלקו במעות

18. שו"ע חו"מ לט"י"ז.

19. דיני שבועת השותפין מבוארים בשו"ע חו"מ צ"ג, עיין במיוחד סעיף י"ג.

20. עיין בתשב"ץ א/מ"ז דוגמא קדומה של "פדיון שבועה" בהקשר אחר.

21. כפי תיאור זה של דמי התפשרות, שבאים רק להתפשר על הסכום המקורי, אפשר לדרוש דמי התפשרות רק במקרים ובסכומים שייתכן שזה אכן הסכום המתחייב. יש גישה אחרת שעל פיה דמי התפשרות הינם תשלום עבור עצם הפטור מחיוב השבועה. אחרי שחיוב זה קיים, אפשר לשלם כל הון ביתו להיפטר ממנו. לפי גישה זאת, אפילו אם דמי ההתפשרות הם מעבר לכל סכום חיוב אפשרי, ניתן לדרוש אותם.

העיסקא.²² כמובן, אם יהיה הפסד במסחר, חצי הפסד הקרן יהיה גם כן על חשבון הנותן.

כעת, נניח שסידור זה אינו מספק את ראובן והוא רוצה לקבל החזר קבוע של אחוז אחד לחודש. הנותן, ראובן, יכול לדרוש משמעון המקבל שלא יהיה נאמן על היקף הרווחים אלא אם כן בשבועה חמורה. שבועה זאת היא שבועת השותפין, או מעין שבועת השותפין²³, והיא מותרת מכיוון שהיא באה רק להבטיח שראובן יוכל בפועל לקבל את מחצית הרווחים כפי שמגיע לו. בנוסף, הצדדים מסכמים שלשמעון תהיה זכות ל"פדות" את השבועה שלו, ואם ישלם סכום מסויים בתור דמי התפשרות, ראובן פוטר אותו מחובת השבועה שקיבל על עצמו. דמי ההתפשרות הן כמובן אחוז אחד לחודש.²⁴ ראובן מוכן להחשיב תשלום זה כמילוי חובתו של שמעון לחלק את ברווחי העיסקא.

בסופו של דבר, יקבל ראובן את האחוז אחד לחודש אותו הוא דורש. אם העסק ירוויח כפול האחוז המסוכם - בנידון זה שני אחוז לחודש, כך שחלקו של ראובן יהיה אחוז אחד - הרי מגיע לו סכום זה בתור חלקו ברווח. אם העסק לא ירוויח, אזי חייב שמעון להישבע על כך; וסביר להניח, שיעדיף לשלם את דמי ההתפשרות ולא להיכנס לחומר שבועה.²⁵

22. עיקר דין עיסקא מבואר בב"ב ע"ב. דין תשלום דמי טירחה: במשנה וגמרא ב"מ סח ע"א ובגמרא בהמשך.

23. יש מחלוקת בדבר. עיין קונטרס הסמ"ע, קצרה אות ג', הובאו דבריו בברית יהודה ל"ז (כ"ד).

24. יש היתרי עיסקא שבהם המקבל מצהיר שהוא צופה שבעסק יהיו ריווחים בהיקף שיספקו לנותן את הריווח המסוכם. בנידון שלנו, היה שמעון מצהיר בשטר העיסקא שהוא מצפה שהריווח מהעיסקא כולה יגיע לשני אחוזים לחודש, כך שחלקו של ראובן יהיה אחוז אחד. תנאי זה אינו הכרחי, אבל יש בו עדיפות מסויימת, שכן הוא נותן יתר תוקף לדרישת ראובן להשביע את שמעון אם הלה יטען שהריווחים נפלו מן הכמות שתיתן לראובן את האחוז הדרוש. לולא זאת, היה אפשר לראות כמתמיה דרישת הנותן שהמקבל, שמדווה על ריווח נאה, יישבע לו שלא הרוויח עוד יותר.

25. לאמיתו של דבר, יש כמה וריאציות באופן תשלום דמי התפשרות. לפי התיאור למעלה, בכל מקרה המקבל משלם דמי התפשרות, ואז אינו יכול לערוך חשבון כלל אם הרוויח פחות או יותר מהמשוער. לחלופין, אפשר לערוך "תחזית" ריווחים אשר תספק למלוה את החזרו הדרוש (וכפי שתיארנו בהערה הקודמת). אם הריווח יהיה מעבר למשוער אין הלווה חייב לשלם יותר, ואילו אם ייפול מכך אזי יתחייב הלווה לישבע שנפלו הריווחים מן המשוער, או ישלם דמי התפשרות. (משמע קצת משו"ת רמ"א סימן ס' שניתן לעשות באופן שונה לגמרי, שאחרי שסוכמה העיסקא המקבל יכול לקנות את הריווחים, דהיינו שמסכים בהסכם נפרד שתמורת תשלום של אחוז אחד בחודש יזכה בעצמו בכל הריווחים בין רב בין מועט.)

התאמת מסגרת של היתר עיסוק למצבים מיוחדים

סידור זה, כפי שתיארנו אותו, מתאים מבחינה מסחרית לקשת רחבה מאד של אשראי עיסוקי, וקיבל מבחינה הלכתית את התמיכה של קשת רחבה מאד של תלמידי חכמים העוסקים בפסיקה בענייני מסחר. ואף על פי כן, לעסקאות מסוימות היו דרושים תיקונים מסויימים. להלן רשימה של ליקויים מסויימים בהיתר עיסוקא רגיל - ליקויים שבאו על פתרונם בלי חריגה מהמסגרת הכללית של "היתר עיסוקא".

1. **אין כסף הלוואה עצמו מושקע בעסק**: הנותן והמקבל הינם שותפים במעות העיסוקא. כאשר מעות אלו מושקעות ישירות בנכס עיסוקי, נוצרת **ממילא** שותפות באותו נכס. אך יש שהמעות עצמן של המלוה אינן מושקעות בעסק. זה יכול להיות בגלל שבביצוע העסקה ישתמש במעות אחרות, או שהלווה, אף על פי שהוא בעל עסקים, אינו משתמש בהלוואה ספציפית זאת לצורך השקעה.

במקרה זה הפתרון פשוט, להסכים שתמורת כסף הלוואה המלוה מקבל שותפות בעסקיו **הקיימים** של הלווה כשווי מעותיו, אבל לאו דווקא אותם פריטים שנקנים בפועל בכסף זה.²⁶

2. **נותן העיסוקא מודע למצב המאזן של ההשקעה**: על פי היתר עיסוקא, הסוחר משלם דמי התפשרות רק כדי להיפטר מחיוב שבועה (או בירור אחר). אם המשקיע מודע למצב המאזן, לכאורה אינו יכול לדרוש תשלום אחר כפשרה על הסכום, שכן לא ניתן להתפשר על חיוב מבורר.

הפתרון הוא לעשות הנותן שותף לא בעסק מסויים, אלא **בכלל** עסקיו המרוויחים של המקבל. לשיתוף כזה יש הצדקה נוספת, שאין המקבל יכול לנצל את הנותן על ידי השקעת הכסף בהשקעה סיכונית מאד: אם יפסיד הוא יכול לשתף את הנותן בהפסדים על ידי שבועה, ואם ירוויח הרבה יכול לשלם רק דמי ההתפשרות.²⁷

26. לכאורה יש צורך לעשות מעשה קניין שמועיל על פי דיני הקניינים הרגילים. בהיתר עיסוקא רגיל אין כל בעיה, כי סחורה שנקנית בכסף הפקדון של הנותן בודאי שייכת לנותן. אבל אם הסחורה אינה נקנית מן השוק אלא שהמקבל רוצה להקנות לנותן סחורה והשקעות שיש לו **כבר**, אז במתן מעות מהנותן למקבל אין קניין, שכן קניין אין מעות קונות אלא לעניין "מי שפרע" - שקללה רובצת על החוזר בו אחרי שקיבל מעות. אלא ששלחן ערוך הרב סימן מ"ג קבע, שקניין ל"מי שפרע" נחשב קניין לעניין היתר רבית דרבנן. ועיין סעיף 8 בנוסח שלנו של "היתר עיסוקא".

27. עיין "תחומין" ז' עמודים 167-168 שמוצע פתרון זה, ועיין סעיף 8 בהיתר עיסוקא שבו אימצנו את הניסוח המוצע שם. לפי כמה דעות, עיקר תיקון מהר"ם קראקא כך היה, שיהיה הנותן אוטומטית שותף **בכל** השקעותיו של המקבל, לסיבה האמורה. עיין למשל המשא ומתן בכנף

3. **נותן העיסקא מודע למצב המאזן של כלל השקעות המקבל:** במקרה זה לא יעזור לנו לשתף את הנותן בכל עסקיו של המקבל, כיון שגם אז לא יוכל להשביע למקבל. יש פוסקים שחששו למצב זה בהיתר עיסקא על משכנתא שבדרך כלל מהווה רוב הרכוש המרוויח של מוציאי משכנתאות. החשש הוא ששווי הנכס תלוי בעיקר במצב הכללי של מחירי הנדל"ן, דבר שגלוי לבנק (הנותן) באותה מידה שהוא גלוי ללקוח (המקבל). ואחרים לא חששו לזה, כי סוף סוף כל בית יש לו ייחוד מבחינת המיקום והשכנים וכדומה, ותמיד יש דירות שמסיבות שונות נמכרות במחירים שהם הרבה מעבר מחיר המחירון.

את בעיית חיוב דמי ההתפשרות בתסריט זה לא ניתן לפתור. אבל ניתן למעט אולי את בעיית הרבית הנובעת מכך, ובמקרה זה יש הרבה פוסקים שממליצים לעשות את העיסקא בדרך של "כולו פקדון", כלומר שכל ההשקעה ולא רק חצי הוא בעצם עסק הנותן. אין פה אשראי וממילא לא עולה פה בעיה של רבית.²⁸

4. **אין מקבל האשראי מקבל מעות כלל:** מי שקונה מוצר ומשלם בתשלומים לא מקבל כלל כסף שיכול להשקיע. כמו כן מי שמשלם קנס פיגורים על חשבון גז או חשמל, לא קיבל אף פעם הלוואה ממספק השירות.

הפתרון פה הוא פשוט, להתחייב להתעסק בסחורה עצמה (עיין בסעיף 3 בנוסח השטר). לחילופין ניתן לשתף את המשקיע בעסקיו הקיימים של הלווה כנגד שווי הסחורה, כפי שתיארנו במספר 1 למעלה²⁹. (עיין סעיף 8.)

באשראי שניתן תמורת שירותים, ולא חפצים, קיימת בעיה מיוחדת. לרוב לא ניתן לסחור בשירות עצמו, ולכן אנחנו רוצים שתמורת מתן השירותים מוקנה חלק בנכסי הלווה (מקבל השירותים) למלווה (מספק השירותים). למשל, אם שרברב דורש רבית למשלם בתשלומים, אז כדי שיהיה היתר עיסקא צריך שלשרברב תהיה שותפות בנכסי הלקוח. האם ניתן לראות הקנאה כזאת בעצם פעולתו של הפועל? נפסק שאי אפשר לקדש אשה בכך, כי זה דומה ל"מקדש

רננה יו"ד סימן נ"ה (חלק הובא בפתחי תשובה יו"ד קע"ז ס"ק מ"א). נדון בהמשך בדברי הכנף רננה ביתר הרחבה.

28. עיין תורת רבית ט"ז/מ"ח, וסעיף 6 בהיתר שלנו. לכאורה יש יתרון לעשות כל היתר עיסקא בחלוקה של "כולו פקדון", כך שאין הלוואה ואין חשש רבית. (אם אכן יש השקעה. אבל אם המקבל מוציא את המעות לצרכיו הפרטיים, יש פה שליחות יד בפקדון והכל נהפך להלוואה, כפי שנבאר.) וכן הציע בשו"ת חלקת יעקב חלק ג' בקונטרס הרבית (הובאו דבריו בברית יהודה מ: (ב)), ולכך נוטה דעת מורנו נשיא המכון הגי"ר זלמן נחמיה גולדברג שליט"א. הסיבה שלא נהגו לעשות כן הוא משום שחששו שיש יתר הערמה בסידור כזה, אחרי שאמרו חז"ל שתיקנו שאחריות בעיסקא יהיה חצי חצי כי זה נוח לשני הצדדים. עיין שיטה מקובצת על ב"מ סח. על משנה של "אין מושיבין חנוני" שכתב בשם הריטב"א "אבל אין להערים בדבר זה".

29. וכאמור שם, יש לדאוג שיש מעשה קניין שמועיל על כל פנים כקניין כסף.

במלווה".³⁰ ויש מחלוקת בפוסקים אם מצב זה מיוחד לקידושין, או שמא אי אפשר גם כן לקנות במלווה, ולא נראה שניתן לסמוך על המקילים.³¹ במקרה כזה נראה שיש צורך במעשה קניין נפרד.

5. **אין למקבל בכלל השקעות מרוויחות כנגד היקף האשראי:** מצב זה מהווה מוקד המחקר שלנו. אם אין השקעות ללווה, יש לשאול מאלו כספים הוא מתכוון להחזיר את הקרן והריבית? התשובה היא, שמדובר באדם שיש לו הכנסה קבועה ממקור שאינו השקעה בסחורה, וכגון משכורת.

מקרה זה מהווה בעיה הלכתית קשה. ה"רבית" בהיתר עיסקה אינה רבית אלא כאמור אחד משניים: חלק המשקיע ברווחים של עסק משותף, או דמי התפשרות לנותן על שמוותר על זכותו להשביע את הסוחר שבועת השותפין. אם אין עסק, אין רווחים; אם אין שותפות, אין שבועת השותפין ממנה להיפטר; ואם כן תשלום הרבית לכאורה הוא כפשוטו: רבית. בחלק הבא של פרק זה נבאר ביתר פירוט את מהות האיסור הזה.

בירור האיסור להלוות על צד היתר עיסקה כשאין עיסקה

לכאורה יש צורך לברר את האיסור להלוות במסגרת היתר עיסקה אך בלי עיסקה. כמובן, אם אין כל הסכם להשתמש במעות כדי להרוויח, הרי פשוט שאי אפשר לדרוש דמי התפשרות, שכן אם אין הסכם לחלק ברווחים על איזה חיוב הוא מתפשר?

אבל במקרה שהסכים הלווה שיחלק עם הנותן בכל הרווחים שיהיו מאותו סכום, למה לא יהיה מותר להוציא את הכסף על צרכיו האישיים, על מנת לשלם דמי ההתפשרות? רמאות אין פה שכן המלווה מרצון מסתפק בקבלת דמי ההתפשרות אפילו אם הכסף מרוויח יותר, ורבית אין כאן שכן הלווה חייב להישבע על הרווח וממילא יכול להתפשר להימלט מהחיוב.

הבעייתיות בשימוש בכסף העיסקה לצרכיו נעוצה בעובדה ששימוש כזה נחשב כשליחות יד בפקדון, אשר מחייבת את הנפקד בכל האחריות על המעות, ואחריות על מעות פירושה הלואה.³² ועל הלואה אסור לדרוש כל תוספת, ואפילו דרישת

30. שו"ע אה"ע ל"ח סעיף י"ג. הסיבה היא ש"ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף" ולכן בסוף השירות נוצר חיוב ממון לשרברב, ובחוב זה הוא מבקש לקדש את הלקוחה.

31. לפחות לאשכנזים, שכן הרמ"א מחמיר. הסברנו לעיל בהערה 26 שיש להקל שדי בקניין שמחייב ב"מי שפרע", ופה יש מחלוקת אם אכן נוצר קניין לעניין "מי שפרע". עיין שו"ע ח"מ ר"ד סעיף י' וברמ"א שם.

32. הרמ"א ביו"ד קע"ז סעיף ה' מורה שאם הלווה רוצה להוציא את המעות לצרכיו, יש לו לקבל רשות המלווה על כך כדי שלא יהיה נחשב שולח יד בפקדון וכדי שיהיה מותר לו לשלם רבית. ואם

שבועה על השימוש בכסף נראה שאסור על כל פנים מדין "רבית דברים"³³; וההיתר בעיסקא הוא משום שהשבועה מתחייבת מפאת השותפות שנוצרת בין הצדדים.³⁴

לכן, אפילו אם המלוה מתרצה שהלווה יכול להוציא את המעות לצרכיו (אלא שמ"מ יהיה חייב להישבע על השימוש בכסף), זה כאילו מתנה מראש שיישבע על השימוש בהלוואה רגילה.³⁵

יש מקבילה לדין זה בדיני רבית בדרך שכירות. על מעות בעין מותר לדרוש דמי שכירות, אבל אסור להשכיר מעות ולהתנות שמותר לשוכר להוציאן לצרכיו ולקבל אז את האחריות עליהן.³⁶ כמו כן, על מעות עיסקא ממש מותר לדרוש שבועת השותפין, אבל אסור לתת מעות עיסקא ולהתנות שמותר למקבל להוציא לצרכיו ולקבל האחריות עליהם.

מספר פוסקים ציינו עובדה זאת, שהשימוש בהיתר עיסקא במקום שאין עיסקא מכניס את הצדדים לאיסור רבית - לעתים רבית תורה.³⁷ בפרק הבא נדון על כמה הצעות מצד הפוסקים להתגבר על הבעיה זאת.

נתפוס דבריו כפשוטם אזי הם תמוהים, כי סוף סוף אם מוציא המעות לצרכיו הרי פה מלווה. ואיך ישלם רווחים? ונראה שהרמ"א מדבר על מקרה שבו הלווה מוציא המעות לצרכיו ואז מחזיר אותן לעיסקא. וכמובן שהחזרה זאת דורשת הקנאה חוזרת של מעות החוזר או של הסחורה שנקנית אתו. ועיין בשו"ע הרב רבית סימן מ"ב שאם לא התנה אפילו הקנאה לא מהני, ולפי זה י"ל שקמ"ל הרמ"א שצריך רשות, ואף על פי שמקנה. אלא שס"ד שמשוהוציא לצרכיו, ואפילו ברשות, שוב בטל כל העיסקא ולא מהני להקנות לו שוב, קמ"ל הרמ"א שבכה"ג עכ"פ מהני. ויש לזה סמך בדברי הרמ"א שמדבר על מצב שיטול "קצת מן העסק לצרכו" ומזהיר שאז יהיה "כל הריוח שלי".

33. מספר פוסקים הזכירו את הבעיה שיתכן איסור רבית בעצם התנאת תנאי בהלוואה. עיין בחוות דעת קע"ז ס"ק ט"ו. ונידון גם כן בשו"ת מהרש"ג יו"ד ד'. ועיין ברית יהודה ל"ז/כ"א).

34. לפי קונטרס הסמ"ע (קצרה אות ג') על פי הבנת הברית יהודה ל"ז/כ"ד), שבועה זאת מתחייבת ממילא, ואילו לפי השל"ה ניתן על כל פנים לדרוש אותה - ברית יהודה שם. ועיין שו"ע חו"מ צ"ג יתר דיני שבועת השותפין.

35. יש לברר דין זה קצת. בב"מ מג ע"א נפסק שהמפקיד מעות אצל שלחני ומרשה לו להשתמש אם רוצה, נהיה השולחני "שומר שכר" עליהם. אינו נחשב כשואל כי סוף סוף לא השתמש במעות, אבל אינו נחשב שומר חנם שכן נהנה מההיתר להוציא את המעות. ופירש הראב"ד (הובאו דבריו ברא"ש שם) ששולחני גרוע משואל רגיל כי הוא חייב להיות מוכן להחזיר המעות (או שוין) בכל רגע, לעומת שואל או לווה רגיל שניתנת לו תקופת זמן קצובה. והובאו דברי הראב"ד בסמ"ע, שו"ע ח"מ רצ"ב ס"ק ט"ז. ולפי זה בנידון דידן יש באמת דין שואל רגיל, דהיינו לווה, שכן אין המקבל עומד בלחץ זמן כזה.

36. עיין שו"ע יו"ד קע"ו א' ו-ב', שמותר לעשות כן רק בכלים שיש בהם פחת, ולא במעות.

37. עיין למשל שו"ת הר הכרמל חו"מ כ"ה; גינת ורדים יו"ד כלל ו' סימן ח'.

פתרונות שהוצעו ללווה שאינו בעל עסקאות

נראה שהשאלה איך להתיר ללוות על צד היתר עיסקא בלי עיסקא התחילה להעסיק את המשיבים בעיקר לפני כמאה וחמישים שנה. לא מצאתי התייחסות לשאלה זאת לפני כן. כמה הסברים אפשר למצוא למצב זה. אולי אנשים שלא היו סוחרים לא חיפשו ללוות³⁸; אולי לא הסכימו להלוות להם; ואולי להיפך בישראל רחמנים היה ניתן לאיש פשוט ללוות בלי רבית בצורה של גמ"ח, ורק מסוחרים חיפשו לקבל רווחים.³⁹

על כל פנים, לפני כמאה וחמישים שנה הופיעו מספר רב של תשובות שמתמודדות עם הבעיה שלווים על צד היתר עיסקא ואין עיסקא.⁴⁰ נידונו בעיקר הלוואות להשיא ילדים ולפרוע חובות.

הבעיה שעמדה לפני הפוסקים היתה ברורה: מצד אחד, היתר עיסקא מותר רק במקום שיש עיסקא ורווחים; מאידך, רצו יהודים ללוות עבור צרכים שלכאורה אין בהם משום רווח. שני כיוונים של פתרון מציעים את עצמם: ניתן להרחיב את ההגדרה של רווח, כך שרואים "רווח" אפילו בעסקים שאינם השקעות במובן הפשוט; לחילופין ניתן לחפש דרכים לערוך מעין היתר עיסקא אפילו במקום שאין רווח כלל. כפי שנבאר, הלכו הפוסקים בשני הכיוונים.

להלן חילקנו את ההיתרים שנאמרו לארבע קבוצות, וסידרנו אותם מהמחמיר ביותר עד המיקל ביותר, ביחס לשאלה כמה צריכה ה"עיסקא" של ההיתר עיסקא לעמוד בקריטריונים המקובלים של השקעה ממשית למטרת רווח. לפי חלק מהפוסקים נדרש קניין גמור בעסק גמור; ובקצה השני, יש פוסקים שמוכנים לוותר לגמרי על הדרישה שיהיו רווחים.

38. כן משמע קצת בשו"ת אמרי יושר סימן ק"ח, שכותב "ואולי סמכו על זה שמסתמא יש לו למקבל סחורה בביתו, וההיתר הוא על הסחורה". כלומר, מעצם הבקשה ללוות על צד היתר עיסקא, יש להניח שמדובר בסוחר.

39. כן משמע מההקדמה ל"אהבת חסד" של החפץ חיים, שמתלונן שאנשים פשוטים פעם היו מלווים את מותר כספם בגמ"ח, ואילו בדורו כבר רצו כולם לקבל ריווחים.

40. טוב טעם ודעת סימן מ'; שואל ומשיב קמא ג/ק"ס, מהרש"ם רנ"ב ובכמה מקומות, ועוד - כולם מאותה תקופה. יש תשובות קדומות הרבה יותר שעוסקות גם כן בהלוואות על צד היתר עיסקא שלא נעשה בהן ממש עיסקא, אלא שעל כל פנים משמע שהינן הלוואות בין סוחרים, ולא לצורך פרטי. עיין הר הכרמל כ"ה, גינת ורדים יו"ד כלל ו, סימן ח'. כפי שביארנו למעלה, בנידון זה התיקון הוא יחסית פשוט, לדאוג שנוצר שותפות תקפה.

אין פתרון - נדרשת זכייה גמורה ברווח

התשתית של היתר עיסקא היא עיסקא - שותפות. כשנותן העיסקא מקבל רווחים, זה לא תשלום שהמקבל הסכים לתת לו. רווח זה הוא זכותו וקניינו הגמורים - הרי הרכוש שלו הניב את הרווחים האלו. ברגע שמדובר על תשלום שמתחייב מחמת הסכם כל שהוא, לכאורה נכנסים לבעיה של רבית. זאת הגישה הפשוטה ביותר: היתר עיסקא חייב להיות בנוי על השקעה משותפת ברכוש ממשי, שמניב פירות שבהם הצדדים יתחלקו.

רמה כזאת נדרשת על ידי הרבה פוסקים. למשל, בהר הכרמל⁴¹ כותב "ואסור א"כ נותנו בעסקא ממש, ואז צריך להיות לעולם בעין". כלומר, צריך להיות ממון משותף ממש ובעין.⁴² על הדעות המקילות שמתירות היתר עיסקא כשהשותפות היא בדרגה פחותה מכך רבו מאד החולקים, וחלק מהדעות החולקות יובאו בפנים.

כמובן, לא תמיד יהיה הרווח על הרכוש מחמת שנמכר או שנשכר. יש דרכים אחרות שנכס יכול להרוויח. למשל, הרב שלמה קלוגר⁴³ דן בלקוח שנתן מקדמה על סחורה, ורצה ללוות על צד היתר עיסקא כדי למצוא את יתרת החוב, שיוכל לקבל את הסחורה ושלא יפסיד את המקדמה. הוא השיב שאם עדיין יש זמן להספיק את המועד הסופי לקנות, אז ההלוואה היא לצורך מניעת הפסד, ואסור לעשות כן. אבל אם הקונה החמיץ את המועד ובעצם המקדמה והעיסקא אבודה אלא שהמוכר מסכים בכל זאת להחזיר לו את המקדמה אם יקנה מיד, אז החזר המקדמה נחשבת "רווח". לפי לשונו, היתר עיסקא מתיר לתת כל "רווח מחודש", לעומת מניעת הפסד. ואף על פי שמהלשון ומהסתכלות ראשונה במקרה נראה שיש פה רווח עקיף, בעיון קרוב יותר ברור שמקרה זה נכנס לדפוס הרגיל של עיסקא. מכיוון שנותן העיסקא נהיה שותף בגוף הסחורה, ממילא הוא זכאי לקבל את חלקו בכל "ציופר" שנותן המוכר. וזה לא שונה מכל מיני מבצעים המצויים בימינו, שהקונה סחורה מסויימת זוכה להטבות שונות, וברור שהטבות אלו אינן אישיות אלא הינן חלק מהעיסקא, ואם הקנייה היא בעד שותפות, אז השותפים מתחלקים בהן.⁴⁴

41. הר הכרמל תשובה כ"ה.

42. וכן בהרי בשמים קמ"ג משמע שדורש שיהיו ריווחים ממש.

43. טוב טעם ודעת מהדורא תליתאה חלק ב' סימן מ'

44. עיין איתמר והרפטיג, "טובת הנאה לעובד מאחר - לו או למעביד?", תחומין י"ז עמ' 293.

רווח עקיף או סובייקטיבי, מניעת הפסד

מספר פוסקים מוכנים להכיר ברווחים עקיפים לצורך היתר עיסוק. עקיף, פירושו שכסף העיסוק לא הניב פירות אבל יצר מצב שאיפשר למקבל להרוויח כסף או אף לחסוך כסף ממקום אחר.

למשל, המהרש"ם מתיר לעשות היתר עיסוק על דירה, והרווח הוא שעל ידי שיש ללווה דירה מחמת העיסוק, הוא חוסך שכר דירה⁴⁵. הוא אף מתיר ללווה עבור צרכי חתונה, והרווח הוא בזה שיכול לקנות צרכים אלו בזול על ידי שיש לו כסף מזומן.⁴⁶ החלקת יעקב מתיר אף הוא ללווה עבור צרכי חתונה. לדעתו, יש רווח בזה שלהורים שווה הרבה מאד להשיא את בנם או בתם - שווה יותר מעלות החתונה. המותר לדעתו נחשב כרווח על העיסוק.⁴⁷

דוגמא נוספת: השואל לרב שלמה קלוגר בתשובה שהבאנו לעיל היה סבור, שמותר לעשות היתר עיסוק על הלואה שמאפשרת ללווה להציל את עצמו מהפסד. ונראה שכן היא דעת השואל ומשיב⁴⁸, שהתיר ללווה על צד היתר עיסוק כדי לפרוע חובות, והרווח הוא במה שלא יעקלו את ביתו.

השבעה על גוף אי-ההשקעה

הרב שלמה זלמן אויערבאך היה מתיר ללווה על צד היתר עיסוק אפילו ללווים שלא מתכוונים לעשות עיסוק. הרבה פוסקים הסכימו שאפילו לווה שבפועל לא התעסק חייב להישבע על עובדה זאת גופא, מכיוון שעל מנת להשקיע לקח את הכסף; הרשז"א הרחיק לכת יותר שמכיוון שרצון המלווה הוא שהכסף יושקע, מותר אפילו לכתחילה ללווה לעשות כן, ולהיפטר משבועה על ידי תשלום דמי התפשרות.⁴⁹

קנס על עצם אי-ההשקעה

בקצת ספרי הסיכומים, הובאה שיטה אשר לפיה מותר לפצות את נותן העיסוק משום ביטול כיסו. לא כעיסוק רגילה שבה המקבל יכול לתת רווח מכיוון שהשקיע; ולא כדעת הרשז"א שמשלם למרות שלא השקיע - כי לקח על מנת

45. שו"ת מהרש"ם חלק ב' סימן רנ"ב.

46. מפתחות לחלק ב', סימן רט"ז.

47. חלקת יעקב חלק ג' סימן קצ"ט.

48. שואל מושיב תליתאה חלק א' קל"ז.

49. כך מובאה שמועה בשמו בספר תורת רבית פרק ט"ז הערה פ"ו, וכן אמרו לי הג"ר יהושע נויברט שליט"א והג"ר אליהו רפאל היישריק שליט"א שהרב אויערבאך היה מורה.

להשקיע; אדרבא, פה הוא משלם בגלל שלא השקיע! (כמובן, זה גם כן מחמת שהסכים להשקיע).⁵⁰

ואף על פי שנפסק בירושלמי "המבטל כיסו של חברו, אין לו עליו אלא תרעומת"⁵¹ (והלכה זאת נפסקה בהקשר של עיסקא דווקא), וכן נפסק שאין השליח שנמנע מלקנות סחורה בזול חייב לפצות את השולח על שמנע ממנו רווחים⁵², מכל מקום משמע להיפך בדין המובא במשנה, "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא": האריס מקבל על עצמו שאם יימנע מלעבוד את האדמה ולא ישתדל בה, בכל זאת ישלם סכום כפי מה שהשדה היה אמור לתת.⁵³

מספר תירוצים נאמרו בראשונים ובאחרונים לסתירה זאת בין הסוגיות, ולפי חלק מהם יש מקומות שבהם אפשר לחייב על ביטול כיסו של חברו⁵⁴. ולכאורה יש פה פתח להתיר לתת רווחים במקרה שלא הרוויח, כי אם הסכים להשקיע ומחמת שלא עשה כן הפסיד הנותן, יש שיהיה חייב לשלם על ביטול כיסו של חברו אף בעיסקא.

אלא שלמעשה, כל אותם פוסקים שנתנו מקום לחייב על ביטול כיסו בעיסקא, הגבילו את הדין באופן שאי אפשר לחייב במקרה שמעניין אותנו – לווה שאין לו עסקאות הוציא את הכסף לצרכיו.

הרב חיים פלאגי⁵⁵ דן בעיסקא שניתנה לקבוצה של סוחרים, והוא מדגיש בתוקף שאין ההיתר אלא ללווה שהוא בעל עסקים. הוא מביא את דברי הגינת ורדים, "אם זה המתעסק הוא אדם עני ויש עליו בעלי חוב ואין לו בביתו ובחנותו כדי אותם מעות כדי שיקנה אותה בשביל מעותיו אלא הולך ופורע בהם חובותיו או אוכל ושותה בהם, אז בודאי איסור גדול יש בדבר". וממשיך שבנידון השאלה אינו כן: "ברם בנידון דידן שאלו המקבלים המעות בתורת עיסקא יש מהם שיש להם חנות

50. מצאתי התייחסות לביטול כיס בעיסקא בשלשה מקומות: שו"ת כנף רננה מובא בדרכי תשובה יו"ד קע"ז ס"ק מ"א, שו"ת חיים ביד סימן מ"א, ובשואל למהרש"ג, שו"ת מהרש"ג יו"ד ד'. ועמדה זאת נידונה בספר "ברית יהודה" פרק ל"ח הערה מ', ובי"תורת רבית" פרק ט"ז הערה פ"ו ובבירור הלכה סימן ה'.

51. ירושלמי ב"מ ה הלכה ג וט הלכה ג.

52. ב"מ עג"ב, ולעומת דעתו של רב חמא שחייב לשלם לו "כדקא אזיל בפארוותא דזולשפט" - כפי המחיר שנמכר יין במקום שהיה אמור לקנות - קי"ל כרב אשי שאפילו אם הסכים לפצות לו, הסכם זה הינו בבחינת אסמכתא.

53. ב"מ קד ע"א וכן בירושלמי הנ"ל גופא נפסק שאם ביטל שדה של חברו, חייב לשפות לו.

54. לפי הרא"ש ב"מ פרק ה' סימן ס"ט, יש אסמכתא במקרה של שליחות כי האפשרות לקיים השליחות תלויה בדעת אחרים; אבל במקום שהסכים ואינו תלוי אלא על דעת עצמו (ולא הגזים), ההסכם תקף. במרדכי פרק הגזל קמא (בבא קמא סימן קט"ו), כתב שאם קיבל על עצמו אז יכול להתחייב על ביטול כיסו. בפני משה על הירושלמי, סבור שחייב בביטול שדהו כי הריווח מצוי, ואם כן הוא הדין בביטול הכיס כשהריווח מצוי.

55. שו"ת חיים ביד סימן מ"א.

ועסק וסחורות כנגד **כל סך המעות הללו** אז מותר. וכן בהמשך: "אחרי שהם מודים בשטר שקיבלו המעות להתעסק בהם **ויש להם עסק במקום אחר**". וכמפרש ההיתר לשלם משום ביטול כיסו של חברו, חוזר ומדגיש שניתן כי "בודאי על מי **שיש עסק חל החיוב**".

בכנף רננה⁵⁶ גם כן מתאר מצב שהמקבל השקיע מעות, אמנם השקיע דווקא את מעות עצמו בעסק טוב ואילו את מעות העיסקא השקיע בעסק מפסיד: "וכשעבר ולקח העסק הטוב ממעות עצמו, חייב לשלם משום מבטל כיסו של חברו". ואז מוסיף הכנף רננה, שאפילו אם לא השקיע כלל במעות הנותן ייתכן שחייב, "ואם טוען המקבל שחזר בו ולא רצה להתעסק **בשביל הנותן** אז על העבר מה שהניח מעות הנותן בלא עסק, אפשר כיון שנתפשר עמו בכך וכך חייב לשלם כמו באם אוביר ולא אעביד אשלם במיטב". הרי אפילו אם השקיע אלא שלא השקיע במעות הנותן (אפילו בעסק גרוע) כותב רק לשון "אפשר". ובלא השקיע אפילו מעות עצמו אין כל ראייה לחייב בכנף רננה.

וכן במהרש"ג כתב⁵⁷: "ראיתי לידידי נ"י בסוף דבריו כתב דגם הוא אין כוונתו להתיר אלא באם הלוח לא יעסוק בהמעות כלל אף לצרכו, רק ישארו מונחים צוררים וחתומים ולא יעסוק בהם כלל, והנה לפ"ז נפל פיתא לביר **והעצה הנ"ל אינו שוה כלום**".⁵⁸

יוצא שלמעשה שיטה זאת של ביטול כיסו בעיסקא, אף שהיא קיימת, לא נותנת שום רווחה ללוות על צד היתר עיסקא למי שאין לו עסקים, ואדרבא החיוב לשלם משום ביטול כיסו של חברו הוא גופא נובע בדיוק מכך **שיש** ללווה עסקים. ואין בכך שום פתרון לבעיה בהיתר עיסקא, שהרי במקרה כזה בקלות ניתן להקנות עיסקא לנותן, אלא שפה הלוח עשה עוולה ולא עשה כן, אלא שמר את העסק הטוב בשביל עצמו.⁵⁹

56. שו"ת כנף רננה, חלק יו"ד סימן נ"ה. הובאו דבריו בקצרה בפתחי תשובה יו"ד קע"ז ס"ק מ"א.

57. שו"ת מהרש"ג, יו"ד ד'.

58. בכל שלשת הציטוטים ההדגשה (מה שחלקים מסומנים בקו תחתון) הם שלי, לא של המחברים.

59. בלי קשר לאפשרות ליישם את פסיקת הכנף רננה והחיים ביד לעיצוב היתר עיסקא, יש לשאול איך מבחינה דינית פסקו אחרונים אלו, נגד הירושלמי, שיש לחייב משום "ביטול כיסו" בעיסקא. כמו כן, יש לשאול למה התירו דווקא במקרה שהלווה הניח את המעות בטלות ובו זמנית הרוויח במעות עצמו? נראה שאינו חייב על ביטול כיסו במקרה שלא הניח את המעות בטלות אלא לקח אותן לעצמו, מכיוון שברגע ששלח בהן יד ולמעשה גנב אותן, השליחות בטלה. וממילא מאותו רגע אי אפשר לחייב אותו על סיכול השליחות. ואילו כל זמן שלא הרוויח במעות של עצמו, אי אפשר לחייב אותו לאותה סיבה שפירשו הרבה מפרשים בירושלמי ובדין של קניית יין בזול: אין הריווח "בידו". אבל כשבפועל השקיע את מעות עצמו והרוויח בהם, אין לך "בידו" גדול מזה.

שיטת השואל ומשיב

ראש המדברים בהיתר זה, ללוות על בסיס רווחים שאינם ישירות מרכוש המשותף, הינו הרב יוסף שאול נתנזון, בעל ה"השואל ומשיב". הוא התיר עיסקא כזאת במספר תשובות: באחת⁶⁰, התיר למלמד ללוות כנגד שכרו ממלמדות, באחרת⁶¹ התיר ללוות בעיסקא כדי לפרוע חובות ולמנוע מן הנושים מלעקל את ביתו. בתשובות אלו מופיעים מספר נימוקים, בערבוביאה ובקיצור, דבר שמקשה לעמוד על השיטה המדוייקת של המחבר.

- יש מקום לומר, שהשואל ומשיב פוסק ממש כדעה המחמירה ביותר, שצריך להיות הרווח קניינו המוחלט של הנותן. וההיתר האמיתי הוא שהעיסקא אינה באמת בשכר המלמדות או בהצלת הבית, אלא בעסקים אחרים. כן משמע קצת ממה שהוא כותב לגבי המלמד "נשאר לו מעות אחרות שיוכל להתעסק בו ואם כן המעות האחרות קבל בעסקא". כלומר, שמה שכסף זה פינה מעות אחרות לעיסקא, מחשיב אותו שותף בעיסקא האחרת, אבל על כל פנים עיסקא בעי.
- יש לומר, שהשואל ומשיב הולך בדרך של המהרש"ם (וכפי שהמהרש"ם הבין אותו, שהרי המהרש"ם מייחס את קולת עצמו לשואל ומשיב), אלא שהוא מגביל את ההיתר לרווח עקיף - שיש בפועל רווח שנכנס ממקום אחר - אבל לא בחסכון ולא ברווח "סובייקטיבי". כן משמע קצת ממה שהוא מדגיש ששכר המלמד הוא רווח ממש על מעות העיסקא: "ואם לא היה לו מה לאכול לא יוכל לעבוד עבודת מלמדות ולא ירוויח פרנסתו ואם כן שפיר נקרא היתר עיסקא דכל מה שאדם עושה להרוויח מקרי רווח". פה הרווח בגרימה, אבל הוא ממשי.
- ייתכן שהשואל ומשיב עוד יותר מיקל, ומחשיב אפילו מניעת הפסד ורווח סובייקטיבי. כן הבין בדבריו המהרש"ם כשפסק כן, וכן משמע ממה שהוא כותב לגבי בית "שהעיסקא הוא במה שיוכל לחיות מביתו או שלא יצטרך למכרו בזול".

ומסתבר שהשואל ומשיב סובר כל הטעמים הנ"ל, כלומר סוף סוף הוא מתיר עיסקא אפילו ברווח "סובייקטיבי" כגון ששווה לו שיכול לחיות מביתו. והטעמים האחרים הם לחזק את ההיתר.⁶²

60. שו"ת שואל ומשיב קמייטא חלק ג', סימן ק"ס.

61. שו"ת שואל ומשיב תליתאה חלק א' סימן קל"ז.

62. והסביר לי הגי"ר אליהו היישריק שיש בשואל ומשיב שני עניינים שונים: איך נחשב שהלווה קיבל מעות לפרנסתו, ואיך מעות פרנסתו נחשבות כעיסקא. ומה שכתב "המעות האחרות קבל בעסקא" בא לענות על השאלה ראשונה. כי סוף סוף את המעות שקיבל הוציא על נישואי בנו ולא על פרנסת עצמו המאפשרת לו לעבוד. ומה שכתב בהמשך שמה שמרוויח במלמדות מכח הכסף

פשר ההיתרים לאור הלכות שותפות

עיסקא הינה סוג של שותפות. "היתר עיסקא" הוא המצאה הלכתית שבאה לנצל את התכונות ההלכתיות של **שותפות** כדי לפטור בעיה של **איסור רבית**. נראה שכל הרחבה של היתר עיסקא נובעת מתפיסה מסויימת של מושג השותפות. לכן למחלוקות בדיני רבית ביורה דעה יש לחפש שורשים בדיני שותפות בחשן משפט.

שותפות גמורה

השותפות המקורית, זאת שאנו מוצאים בדרך כלל בגמרא, היא בעלות משותפת ברכוש. שניים או יותר בני אדם יכולים לקנות ביחד רכוש, וכל הקונים נעשים בעלים. הגישה המחמירה בהיתר עיסקא מגבילה את השותפות של עיסקא לשותפות כזאת: רכוש משותף בעין. מותר לשלם רווחים כי חייב ממילא לעשות כן, בהיות הרווחים פירות הרכוש המשותף.

פיצול אישיות

חלק מן הקושי לקיים, או לדחות, את דברי המקילים ברווח עקיף הוא הקושי להבין מה הנימוק הבסיסי של פסיקתם. באיזה מובן נחשב חסכון כסף כרווח? מאיזה דין ולפי איזו גישה בהלכות קניינים נהיה שותף אחד מחוייב להתחלק עם השותף השני בחסכונות שלו, או ברווח סובייקטיבי שהוא נהנה, או בהפסד שממנו ניצול?⁶³

ניתן לקבוע שהמפתח להבנת שיטת המקילים הוא בהבנת השאלה: באיזו מידה יכול שותף בשותפות להיחשב בו-זמנית כלקוח מן השותפות? מה היקף "פיצול האישיות" של הלווה בעיסקא? עד כמה רואים אותו כחובש "שני כובעים"?

אין ספק שפיצול כזה קיים. אם יש שני בעלי מכולת ואחד רוצה לעשות קניות לביתו, הוא משלם בקופה כמו כל לקוח אחר. בעיסקת קנייה זאת הוא משחק שני תפקידים נפרדים: שותף במכירה, וקונה. אפילו אדם יחיד מצוי שקונה כלקוח רגיל מחנותו של עצמו.

אחת השאלות שעולות בדיון על היקף ההיתר של היתר עיסקא היא האם ניתן לקנות דירה על צד היתר עיסקא ולהחשיב את שכר הדירה כ"רווח" לשותפות.

שמוציא על פרנסתו נחשב ריווח בעיסקא, עונה על השאלה השניה. וכן מה שהבאנו בקשר לדירה עונה על השאלה השנייה באופן אחר, כפי שהמקרה הוא שונה.
63. עיין למשל באמרי יושר חלק א' סימן ק"ח, שחולק על ההיתר להחשיב ריווח הצלה מהפסד, וניכר מתוך הדיון הקושי שלו לעמוד על בדיוק מה נימוק המתירים.

שאלה זאת מתקשרת ישירות לשאלת פיצול האישיות. לו היה המקבל קונה דירה כדי להשכיר לאיש זר ולהתחלק בשכר הדירה עם הנותן, לא היה מקום להחמיר בדבר, ואין לך רווח על עיסקא גדול מזה. אבל במקרה שהמקבל עצמו גר בדירה, יש מחמירים⁶⁴. לפי דרכנו, נוכל לפרש שהמחמירים לא הכירו בפיצול האישיות של המקבל להפריד בין מעמדו כשותף ומעמדו כלקוח, ועמדו על כך ששהייתו בדירה כולה היא בזכות בעלותו על חלק ממנה.

כשנבוא לבחון את המחלוקת ב"פיצול אישיות" של שותף בנפרד, בלי קשר לדיני רבית, נגלה שהדעה המחמירה תואמת לכאורה את פשט דברי הרמ"א⁶⁵: "לא חלקו [החצר] והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים, לא יוכל אחר כך [השותף] האחר לומר אשתמש גם כן זמן שנשתמש. דכל זמן שלא חלקו, כל אחד בשלו הוא משתמש". ועוד יותר מפורש במקור דברי הרמ"א, ברשב"א⁶⁶: "נראין לי דברים ברורים שאינו חייב להעלות לו שכר, דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש". כלומר, אי אפשר לדרוש שכר על שימוש של שותף אחד ברכוש השותף, אפילו אם הוא השתמש לבדו. והרב שלמה קלוגר⁶⁷ כותב, שנשאל "אם גם בבית שיש בו מחיה [הכוונה לרווח, פרנסה] אם שייך לומר בחלקי הייתי משתמש, ואמרתי לו לדידי הדבר פשוט שכן הוא"⁶⁸. (וזה כמובן מתאים לפסיקתו בטוב טעם ודעת להחמיר בעיסקא ברווחים עקיפים).

לעומת זאת, יש חולקים על קביעה זאת של הרש"ק. התשב"ץ⁶⁹ נשאל על שותף אחד שהיה דר בחצר המשותפת משך שנים רבות כשהשותף השני היה מעבר לים, וכשחזר השותף תבע דמי שכירות. ותשובת התשב"ץ, "לענין השכירות פטור הוא, לפי שמשלון השאלה נראה דחצר לא הוה קיימא לאגרא". ומשמע שבחצר שעומדת לשכירות, הדין הוא שחייב.

64. שולחן ערוך הרב הלכות רבית סימן מ"ב כותב ש"לצורך פרנסתו או דירתו או פרעון חובו" נחשב כהוצאות פרטיות. אמנם לא מוכח שמדובר על קניית דירה, אולי מדובר על שכר דירה. ועיין אגרא רמא סימן י"ט. אמנם הרבו להקשות על האגרא רמא - עיין הרי בשמים בתרא קמ"ג, מהרש"ם חלק ב' סימן רט"ז. והיה מי שרצה לדייק מדברי ההרי בשמים גופא שאסור, ולעני"ד אין הדיוק מוכרח.

65. חושן משפט קע"א סעיף ח' בסוף הסעיף.

66. שו"ת רשב"א חלק ב' סימן קמ"א, בסוף התשובה. בנידון של התשובה היה מדובר בשותפות במקום ישיבה בבית כנסת, אבל ברור שדברי הרשב"א מכוונים לכל סוג של רכוש משותף.

67. הגהות חכמת שלמה, חושן משפט שע"ו בראש הסימן.

68. ומביא תקדים מפסקי דין בוררות שהכריעו כן בשותפות בבתי עסק כמו בית מרזח (שענק).

69. שו"ת תשב"ץ חלק ג' סימן ר"ח.

ויש הרבה אחרונים שהסכימו לדברי התשב"ץ, וטענו שאף הרשב"א מודה שצריך להעלות שכר אם הנכס הוא כזה שאי אפשר להשתמש בשותפות ורק אחד יכול להשתמש בו. והנה דברי המהרש"ם:⁷⁰

"ובדבר מה שתבע ראובן מיהודה, שזה ב' שנים תבעו לדין לחלוק כפי הכתב ויהודה סירב מלציית דין תורה, ותובע שישלם שכר דירה מה ששואה חלקו יותר מחלק ראובן. יפה כתב ר"מ שמחויב יהודה לשלם. **דכל טעם הרשב"א שאם רצה חבירו הי' משתמש ג"כ וזה לא שייך בנ"ד.** וכבר העלה כן בשו"ת ב"ש חו"מ סימן מ"ח. ומ"ש ר"מ ממשוורת תשב"ץ ח"ג סי' ר"ח, דמוכח דאי היה עומד להשכיר חייב לשלם, לא קשיא מידי. **שכבר העלו האחרונים דבעומד להשכיר והשכיר השותף הבית, צריך ליתן לחבירו חלקו.** ועיין שם בנתיבות המשפט ושע"מ וכן ראיתי תשובה בכתב יד מבעל נטע שעשועים שפסק כן, ודלא כשו"ת טוב טעם ודעת מ"ת קו"א סימן ל"ט⁷¹. אי"כ לזה כתב התשב"ץ: שלא היה עומד להשכיר, רוצה לומר לאפוקי אם היה עומד להשכיר והשכירו זה לאחר."

הרי לפנינו מחלוקת מפורשת בין הרש"ק והמהרש"ם בדיני שותפות, כשהרש"ק טוען שאין שותף חייב להעלות שכר לשותפו אם הוא משתמש לבדו כלקוח (והביא ראיה מהרשב"א). וממילא בשותפות של עיסקא אי אפשר להחשיב שכר הדירה כרווח. ואילו המהרש"ם מוכיח שבעומד לשכירות חייב לעשות כן (ומביא ראיה מהתשב"ץ ומת"ר את הרשב"א). וברור שדירות עומדות לשכירות, ובמיוחד אם הן נקנות בדמי עיסקא. וממילא בעיסקא, אם ידור המקבל עצמו בדירה, יהיה רשאי ואף מחויב להעלות שכר לנותן. יוצא שהשיטות בהלכות עיסקא תואמות בדיוק את השיטות בהלכות שותפות.⁷²

אם כן, הצלחנו לבסס את עצם הגישה של המהרש"ם והחלקת יעקב - גישה שמכירה ברווח עקיף כ"רווח" לעניין היתר עיסקא. גישה זאת בנויה על עמדה מסויימת בהלכות שותפות - עמדה שיש לה סמך בראשונים ובפוסקים. עכשיו מובן היטב למה הם מתירים ללוות על צד היתר עיסקא כדי לקנות דירה, אפילו אם יגור בו המקבל, ולשלם רווחים לנותן בתור שכר דירה. ואילו הרב שלמה קלוגר, על פי גישה אחרת הבנויה על פשט דברי הרשב"א, אוסר.

70. שו"ת מהרש"ם חלק א סימן ח.

71. מחבר שו"ת טוב טעם ודעת הוא הרב שלמה קלוגר, בעל הגהות חכמת שלמה. ודעתו בשו"ת זהה לדעתו בהגהות כפי שהבאנו את דבריו לעיל.

72. מורנו נשיא המכון, הרב זלמן נחמיה גולדברג, אמר לנו שלדעתו פשוט ששותף חייב להעלות שכר לשותפו בנידון כזה, וכדעת התשב"ץ שהיא ג"כ דעת הרשב"א לפי פירוש המהרש"ם ואחרים.

יישום הגישה למקרה של היתר עיסקא לשלם הוצאות החתונה

על פי זה, נוכל לתרגם את ההיתר ללוות על צד היתר עיסקא כדי לעשות חתונה למונחים מוגדרים מבחינה דינית. למעשה, צריך לאמץ הסתכלות אשר לפיה השותפות מוכרת "שירותי חיתון" להורי החתן או הכלה. שירותים אלו נמכרים ברוח, שכן הם שווים להורים יותר מהעלות, אי משום שהשותפות יכולה לקנות בזול (לפי המהרש"ם) או כפי שהשירות הזה הוא חשוב כל כך להורים (לפי החלקת יעקב). כל התשלומים על העיסקא הינם דמי המיקח על שירות זה. כל מה שדמי המיקח הם יתר על העלות לשותפות (כלומר דמי העיסקא) הוא רווח לשותפות, מה שהרוויח במכירת שירותי החיתון ללקוח - שהוא "במקרה" מקבל העיסקא.

אף על פי שיש סבירות בסיסית לתסריט זה, ועל פיו נוכל להבין את שיטת המקילים בלי תמיהות, נראה שלעניין הלכה היישום הזה הוא רחוק קצת. יש לשאול אם אכן ניתן למכור "שירותי חיתון" באופן זה אפילו ללקוח זר. יש להסתפק בכך הן במישור של דיני חשן משפט, והן במישור של יורה דעה.

אם איש זר דר בדירה של שותפים, והיא דירה שעומדת לשכירות, ברור שהוא חייב להעלות שכירות, שהרי "זה נהנה וזה חסר". ושכירות זאת היא בוודאי רווח לשותפות. כל המקום להחמיר בקניית דירה בהיתר עיסקא הוא לדון שאין שותף דומה לאיש זר.

אבל לו שותפות היתה משלמת את הוצאות החתונה עבור איש זר, מסתבר שאין בעל החתונה חייב להחזיר להם יותר ממה שהוציאו. אין תרומה מיוחדת של השותפות לרווחתו, מעבר לזה שהוציאו כסף עליו. אפילו אם לאיש זר זה היה עולה יותר לקנות כי הוא היה צריך לקנות בקמעונות, סוף סוף אין השותפות בנידון זה מתפקדת כסיטונאי שנוכל לחייב את הלקוח לשלם לפי מה שהיה עולה לו. ואפילו אם שווה הרבה לאיש הזר לחתן את בנו, אין בכך מה לחייב אותו לשלם הרבה. הרי בכל מיקח המיקח שווה יותר ללקוח ממה שהוא משלם.⁷³

זאת אומרת, אפילו עם נודה ששותף נחשב כזר - וכדעת המהרש"ם בדיני שותפות - עדיין ארוכה הדרך להצדקת הוצאות של השותפות לצרכי שותף כ"השקעה", ושוי אותן הוצאות כלפי השותף הנהנה כ"רווח". כמו כן יש להסתפק בהלכות רבית. לכל הפחות, ה"שירות" הזה נראה דבר ששומתו ידועה ואינו ברשות המוכר.⁷⁴

73. כמוכח במשנה בנדריים מב ע"ב שאסור למכור למודר הנאה, כי אף על פי שמשלם הוא סוף סוף נהנה.

74. שאסור למכור בפחות עבור הקדמת מעות, כמפורש בשו"ע יו"ד קע"ג/ז.

סוף סוף, הגישה הבסיסית של המקילים היא מקויימת כשיטת פסיקה מצויה, ששותף נחשב כלפי הנאתו מן השותפות כמו איש זר. אבל חלק מן היישומים נראים כמרחיקים לכת למדי אפילו בתוך גישה זאת. ואילו שיטת המחמירים תואמת שיטת פסיקה חולקת, גם היא שיטה מצויה.

יישום הגישה למקרה של היתר עיסוק
אשר ה"רווח" שלו הוא משכורת ממלמדות

נשאר לנו לבאר את היתר ה"שואל ומשיב" להחשיב משכורת מעבודה כרווחים בעיסוק, כשההשקעה היא מה שקונה לעצמו צרכי מחייתו. איך היתר זה נכנס למסגרת שלנו - אף לגישת המקילים?

את הבסיס בדיני שותפות לפסיקה זאת נראה לי שנוכל למצוא בדיני "תפוסת הבית". שותפות זאת נוצרת כשנפטר ראש המשפחה, והיורשים מחליטים להמשיך לא רק כבעלים משותפים ברכוש העזבון, אלא כבית משותף ממש, כפי שחיו עוד בחיי האב. כלומר, יש שותפות לא רק ברכוש, אלא גם כן במחייה, וכל בני הבית מקבלים לפי צרכם.

המשנה⁷⁵ קובעת לגבי שותפות זאת, "אחין השותפין שנפל אחד מהן לאומנות, נפל לאמצע". ובגמרא, שמדובר ב"אומנות המלך", והשכר הוא לאמצע כשהמינוי הוא "מחמת האחין". בתוספתא⁷⁶, המונח הוא "מחמת הנכסים", והוא הוא. הנה תקדים לחיוב לחלוק בשכר ממלאכה כשניתן לייחס את המשכורת לשותפות במחייה. אם נאמר, כפי שקבע השואל ומשיב, שהשכר ממלמדות הוא "מחמת הנכסים" כלומר מחמת מעות העיסוק אשר מהן ניזון המלמד, לכאורה יש מפה בסיס להתיר היתר עיסוק באופן זה.

אלא שיש מקום להסתפק בכך, במישור הדיני ובמישור המציאותי. בגמרא מבואר, שאומנות זאת היא "אומנות המלך". ומספר ראשונים עמדו על כך שדווקא באומנות המלך הדין כך, והטעם הוא משום שבאומנות כזאת אין טירחה⁷⁷, ולכן אנחנו חורגים מהכלל המקובל שבשכר מלאכה כל אחד מקבל מה שהוא טורח. וכמובן אין סיבה שיהיה כל ההיתר מוגבל למקרה שאין טורח, אלא הכוונה היא שיש שותפות רק בחלק זה של הרווח שאינו פרי עמלו, וממילא מייחסים את אותו מותר למינוי עצמו, שהוא מחמת האחים. ולזה נראה שמסכימים גם הראשונים

75. בבא בתרא פרק ט', בגמרא עמוד קמד ע"ב.

76. תוספתא בבא בתרא י הלכה ג.

77. טעם זה שבאומנות המלך אין טורח מופיע ביד רמ"ה וברבנו יהונתן בשיטה מקובצת על אתר בבא בתרא.

שאינם מגבילים את הדין לאומנות המלך, שהרי אין טעם שאח יחלק במשכורתו ממשרה שקיבל מחמתם, אם אפילו במשרה אחרת היה מרוויח באותה מידה. אלא מסתבר שדין המשנה הוא, שאם קיבל אחד האחים משרה מחמת האחים, אז הוא חייב להתחלק עם האחים בכל מותר שמשרה זאת נותנת לו מעבר מה שהוא טורח.

ולפי זה, אפילו אם נאמר שמלמד זה בעצם עובד רק בזכות ממון השותפות, אין הוא חייב לחלוק עם השותפות ממשכורתו אם אינו מרוויח יותר מכל מלמד אחר. (כמובן, הוא כן חייב להחזיר ההוצאות שהוציאו עליו).

וכן במישור המציאותי, יש לשאול אם יש אמת בטיעון שלולא דמי העיסקא לא היה למלמד ממה לחיות וממה לעבוד. סוף סוף אם לא היה יכול להשיא את בנו מהעיסקא, היה צריך לחפש דרך אחרת לעשות כן, או לסכם על שידוך אחר, או ללוות מגוי, אבל בוודאי לא היה מת מרעב.

הסיכום הסופי בהיתר זה של השואל ומשיב הוא מקביל לסיכום שעשינו בהיתר המהרש"ם, וההיתר האחר של השואל ומשיב, לעשות היתר עיסקא בהצלה מהפסד. עצם הגישה היא סבירה ויש לה סימוכים בפוסקים. אבל היישום מרחיק לכת מאד אפילו לפי הגישה המקילה.

מהות שבועת השותפין

כעת נדון בסברא של הרב שלמה זלמן אויערבאך שניתן לדרוש שבועת השותפים כל שהמעות ניתנו "על מנת" להשקיע.

הרבה פוסקים שאסרו ללוות על צד היתר עיסקא אם לא שמכוון בכנות לעשות עיסקא, הסכימו שעל כל פנים בדיעבד אם לא השקיע חייב להישבע או לשלם דמי התפשרות.⁷⁸ אלא שאמרו שאף על פי כן יש איסור ללוות על צד היתר עיסקא על מנת לנהוג כך. ואם נשאל אם אין איסור בתשלום - שהוא לכאורה גוף הרבית - איפה יש איסור? נראה שהתשובה היא, שיש איסור רבית בעצם התנאי.⁷⁹ בשותפות מותר לדרוש שבועת השותפין, אבל אסור בהלוואה להתנות תנאי שהוא לתועלת המלוה.

לעיל בפרק ד' חלק ד' העלינו שדין זה מקביל לדין רבית בשכירות, שאף על פי שמותר להשכיר מעות בעין, אסור להתנות שמותר השוכר להוציאם לצרכיו. ובוודאי שהרב שלמה זלמן אויערבאך אינו חולק על דין זה, המפורש בשו"ע.

78. עיין למשל שו"ת מהרש"ג יו"ד ד; אמרי יושר חלק א' סימן ק"ח. ועיין בברית יהודה ל"ח/י"ח, עמוד תר"ה, ד"ה "ואם עבר" עוד סוברים כן, ושיש חולקים.

79. מספר פוסקים הזכירו את הבעיה שיש שקיים איסור רבית בעצם התנאת תנאי בהלוואה. עיין בחוות דעת קע"ז ס"ק ט"ו. ונידון גם כן בשו"ת מהרש"ג יו"ד ד'.

תלמידי הרב אויערבאך הדגישו שההיתר הותנה בכך שהמלווה **מעוניין** שהכסף יושקע. רצון זה מעניק לכסף מעמד של עיסקא - אע"פ שהלווה מצדו לא התרצה להשקיע אותם. ואולי לדעתו אין הכי נמי, אם משכיר מעות מציין שהוא **מעוניין** לקבל המעות המקוריות חזרה בעין (וכגון שאלו נאים במיוחד לראוה), אלא מתנה שאם אינו יכול, שהשוכר צריך להחזיר אחרים, יהיה מותר להשכיר את המעות. ויש חילוקים נוספים בין המקרים, ואכמ"ל. מכל מקום, יש לשים לב לחידוש הדבר, שרצון המלווה מגדיר את אופי העיסקא.

בכל יישום של היתר זה, יש לכאורה לבחון באיזו מידה קיים באמת רצון שהכסף יושקע. בפרט, אם נתיר לתת עיסקא גם באופן זה, היה מקום לומר שכבר לא איכפת למלווה אם המקבל ישקיע את הכסף או לא. אדרבא, אם לא ישקיע את הכסף אז הוא מובטח לקבל על כל פנים הקרן, מה שאין כן אם הכסף מושקע, אז הלווה יכול להיפטר אפילו מחלק בקרן במידה שיכול להביא ראיות על הפסד.

שותפות במשכורת של פועל

ראינו שהדרך להתיר השימוש בהיתר עיסקא ללווה שאינו בעל עסקים מערבת אותנו בחילוקי דעות רבים. עצם ההרחבה לרווחים עקיפים נתונה במחלוקת הפוסקים. מעבר לכך חלק מהיישומים של ההרחבה הם מחודשים למדי, הם מבחינה דינית והן מבחינה מצויאותית. אין זה פלא שספרי הסיכומים קובעים, שעדיף לא להסתמך על היתרים אלו.⁸⁰ ואפילו הפוסקים שהתירו, יש מהם שלא ראו בהיתר היתר מרווח ולכתחילה.⁸¹

כל המאמצים שראינו נבנו על ההנחה שהשותפות שמהווה הבסיס להיתר העיסקא צריכה להיות שותפות עסקית.⁸² לכאורה יש לבחון את האפשרות לבנות היתר על סוג אחר של שותפות - שותפות באומנות. מובא ברמ"א⁸³ שניתן בהחלט לייסד שותפות של שני אומנים ברווחים באומנותם. אם נבין את היסוד ההלכתי של

80. כן הוא מסקנת הברית יהודה (פרק לח הערה יח, עמוד תרד) שכותב "כששניהם יודעים שאינו חושב להתעסק, לא מיבעיא ששבועת השותפין לא חלה עליו, אלא שאפשר שגם תקנת מהר"ם לא חלה", כלומר שאי אפשר להטיל שבועה עליו בשום פנים ואופן, וממילא אסור לשלם דמי התפשרות אפילו בדיעבד. וכן בתורת רבית (פרק ט"ז, הערה פ"ו) כותב: "והרבה פוסקים דחו דבריהם מכל וכל שלא שייך לומר שהנותן שותף ברווחים מסוג כזה. ולכן לכתחילה קשה לסמוך על היתר זה של השואל ומשיב."

81. כמוכח מסוף התשובה בשואל ומשיב [קמא ק"ק"ס] "הנח להם ישראל" וכו', משמע שהתיר רק משום שעדיף שיהיו שוגגים ולא מזידיים.

82. חוץ ממה שהתיר ה"שואל המשיב" בהיתר להשתתף בשכר מלמדות, אשר פירשנו שהשותפות היא בדרך של "תפוסת הבית", כלומר שותפות "משקית".

83. חושן משפט קע"ו סעיף ג' ברמ"א.

שותפות זאת, נוכל לראות אם גם על בסיס זה ניתן לעשות "היתר עיסקא", אשר יאפשר ללוות בהיתר לכל מי שיש לו משכורת.

האפשרות ההלכתית לעשות שותפות תקפה באומנות, אף על פי שהיא מוסכמת למעשה, אינה מובנת מאליה. למשל, אפשרות כזאת אינה מוזכרת כלל ברמב"ם⁸⁴. יסודות הבעיה מבוארים היטב בקטע ב"עיטור", שהובא כולו בבית יוסף. העיטור⁸⁵ מביא ג' דעות ביחס לשותפות באומנות:

1. יש אומרים שאינו תקף כלל, כי הרווחים הם דבר שלא בא לעולם⁸⁶.
 2. "הרב החסיד"⁸⁷ כתב שמועיל הסכם שותפות כזאת מטעם שכל שותף נהיה "שכיר ופועל" של חברו;
 3. הרב משולם בר קלונימוס מלוק"א כתב שהסכם כזה תקף אף במתנות, ולא רק בשכר פעולה, מכח התחייבות הדדית. ("אף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בההוא הנאה דקא סמכי להדדי גמרו ומקנו להדדי . . . בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה.")
- ברור שהבית יוסף תופס כעיקר את הדעה השנייה, זאת של בעל האשכול. הוא מביא את דעת הרמב"ן, הרשב"א, הר"ן, הנ"י, המהרי"ק, וההגהות מיימוניות שרואים תוקף בהסכם השותפות משום "שכירים זה לזה" או "שכיר ופועל"⁸⁸.
- ואף על פי שהעיטור קובע ש"מסתברא טעמא דרבינו משולם", נראה שאין רבינו משולם חולק על בעל האשכול. ניסוח הדברים מעיד שיש פה רבותא: בשכירות רגילה הסכם השותפות תקף מדין "שכיר ופועל", ולא עוד אלא שאפילו במתנה שלא שייד טעם זה, השותפות תקפה מכח יתר סמיכות הדעת.⁸⁹

84. עיין רמב"ם שלוחין ושותפין פרק ד' הלכה ב'. ומהראב"ד משמע שלרמב"ם אי אפשר לערוך כזאת שותפות, ואילו המהרי"ק בשורש קפ"א כותב שגם לרמב"ם ניתן להתנות כן בשותפות קיימת.

יש דיון באחרונים אם הרמב"ם סבור שאי אפשר כלל לייסד שותפות כזאת, או שסבור שאפשר אבל סידור כזה אינו מכונה שותפות. וכדעה השנייה מצאתי בשם חזון איש ב"ק סימן כ"א ס"ק כ"ח, וכן משמע בקצה"ח סימן שלי"ג ס"ק ה'.

85. ערך שיתוף, מובא בבית יוסף חו"מ קע"ו.

86. וקניין בדבר שלא בא לעולם אינו תקף - שו"ע ח"מ רט סעיף ג.

87. הוא הר"א אב"ד, חותנו של הראב"ד, בעל ספר האשכול, שכתב כן בתשובותיו בסימן רי"ט שבסוף הספר.

88. ואפשר להוסיף, בין היתר, שו"ת מהר"ם מרוטנברג חלק ד' סימן שכ"ה, שו"ת רדב"ז חלק א' רצח.

89. נראה שדעת הרב קלונימוס בר משולם היא כדעת הפוסקים שסבורים שהליקוי בקניין דבר שלא בא לעולם אינו בכך שאין לקניין על מה לחול, אלא בזה שאין כל כך גמר דעת על דבר שטרם קיים. וקניין בעל סמיכות דעת מיוחדת מסוגל להתגבר על ליקוי זה. בסוף פסקי המרדכי

מהות השכירות בשותפות "שכיר ופועל"

הראשונים הסבירו שותף באומנות חייב להתחלק ברווחיו ממלאכה כי הוא "שכיר ופועל" של השותפים האחרים. יש לשאול, מהי מהותה של שכירות הזאת? בדרך כלל פועל נשכר כדי לבצע איזו פעולה, לא נשכר כדי להרוויח מעות ישירות לשוכר! כדי שהדיון יהיה ברור, נצטרך לאמץ מינוח עקבי. **הפועל** הוא זה שמבצע את המלאכה בגופו; **הנהנה** הוא זה שנהנה מעצם הפעולה המתבצעת; **והשוכר** הוא זה שמשלם לפועל ומקבל תשלום מהנהנה. במקרה של שותף "שכיר ופועל", השותף המבצע הוא הפועל; שותפו אשר "שכר" אותו הוא ה"שוכר", והלקוח שמקבל שירותים מהפועל מכונה "הנהנה".

שתי אפשרויות

כעת, נחזור לשאלתנו, מהי מהות השכירות בשותפות של "שכיר ופועל". נראה שישנן שתי דרכים לתפוס את השכירות הזאת:

1. השכירות הבסיסית היא **בין שוכר לפועל** - הפועל נשכר כדי לעשות פעולה מסויימת, אלא שהפעולה היא לטובת הנהנה. אם מדובר בשותפות של רופאים, שותף אחד שוכר את משנהו לטפל בחולים. השוכר הוא למעשה הספק של השירותים, והוא שוכר את הפועל שלו כדי לבצע שירותים אלה. הנהנה שוכר את השוכר בתורת קבלנות, ואותו שוכר שוכר את הפועל בשכירות רגילה. יש **שתי שכירויות נפרדות**.

2. השכירות הבסיסית היא **בין נהנה לפועל**. הפועל נשכר, כרגיל, על ידי הנהנה, משתעבד לו באופן שכל פועל משתעבד למעסיק, ומקבל תשלום ממנו. אלא שבאופן נפרד, עבודה זאת של הפועל היא גופא משועבדת לשוכר. יש פה מעין "**שכירות-על**" שמתלבשת על גבי השכירות הרגילה.

האופן הראשון דומה לשכירות של **קבלן עבודה**. כמו כן הוא דומה לשכירות של סוכנות כח אדם. סוכנות כזאת מעסיקה מזכירות, מאבטחים וכדומה, ועסק פרטי

למסכת שבת, סימנים תע"ב ותע"ג, מובא בזה מחלוקת בין המהר"ם רוטנברג, שסבור שקניין אלים כמו סיטומתא מועיל אפילו לדבר שלא בא לעולם, לבין רבינו יחיאל, שסבור שסיטומתא מועיל רק במקום שקניין רגיל יכול להועיל. ונראה שהרב משולם, וכן העיטור, סבורים כדעת המרה"ם מרוטנברג.

ייתכן שכוונת הרב משולם היא שיש פה התחייבות, ולא קניין כלל. כשהוא כותב "גמרו ומקנו להדדי" נשמע יותר כפירוש הראשון, ואילו כשכותב "גמר ומשעבד נפשיה" ניתן להבין כפירוש השני.

שוכר את מלאכתם מאת הסוכנות. למעשה, אין הסכם ישיר כל שהוא בין פועל לבין נהנה, אלא לשני הצדדים יש הסכם עם הסוכנות.

האופן השני דומה בתכונות שלו ל**מתווך עבודה**. מתווך כזה מחפש עובד מתאים לעבודה מסויימת ומקבל אחוז מסויים של המשכורת השנתית.⁹⁰ בתיווך כזה יחסי העבודה הממשיים הינם בין הפועל לבין המעסיק הישיר, ה"נהנה" במינוח שלנו. אלא שהסכם נפרד עם המעסיק מקנה למתווך חלק מתפוקת העובד.⁹¹ בנידון שלנו, נוכל לומר שהפועל נשכר באופן רגיל לנהנה (המעסיק הישיר), אלא שהסכם נפרד עם השוכר, אשר בגינו הפועל הוא "שכיר ופועל" קודם כל של השוכר, מקנה לשוכר זכות על המשכורת שניתנת במסגרת ההסכם שבין פועל ונהנה. את ההסכם הנפרד הזה כינינו במונח "שכירות-על".

מקביל בדיני שכירות מטלטלין

נוכל להדגים את החילוק הזה ממקביל בדיני שכירות מטלטלין⁹². נתאר מצב שלקוח שוכר פרה מידי של סרסור שאינו בעצמו הבעלים של הפרה. יחסי המסחר בין הצדדים יכולים להיות באחד משני אופנים:

1. יש שתי שכירויות נפרדות: הסרסור שכר את הפרה מבעליה, והוא חוזר ומשכיר אותה ללקוח.
 2. השכירות הבסיסית היא בין לקוח לבעל הפרה. אלא שהסרסור מקבל אחוזים מחמת הסכם נפרד שהוא ערך עם בעל הפרה. מחמת הסכם זה נהיה הסרסור צד במיקח שבין הצדדים ה"ממשיים", אבל אין האינטרס שלו משפיע בצורה כלשהיא על ההסכם הזה.
- נוכל לראות שבעל הפרה מקביל בתסריט זה לפועל, שהוא בעל כח העבודה. הסרסור מקביל לשוכר, שכן הוא לוקח מאחד ומוכר לשני, כפי שהשוכר שוכר את פועל ומוכר את עבודתו לנהנה. וכמובן, הלקוח מקביל לנהנה מעבודת הפועל.

90. האחוז תלוי על מצב הביקוש וההיצע. בדרך כלל הוא כחודש או חודשיים של משכורת, אבל במצבים מסויימים יכול לעלות על כך. קיים גם כן מצב הפוך שפועל משלם למתווך כדי למצוא לו מקום עבודה.

91. הפרשנות שלי היא שההסכם לשלם למתווך חודש משכורת (למשל) מתפרש שהחודש הראשון הפועל עובד עבור המתווך על חשבון המעסיק.

92. וכפי שהקבלנו דיני רבית בעיסקא לדיני רבית בשכירות לעיל בפרק ד'.

מה הנפקא מינה בין התפיסות?

מה הנפקא מינה להלכה בין שתי הגישות האלו? נראה שיש לפחות שנים:

א. **ידיעה**: ייתכן שללקוח יש זכות לדעת עם מי יש לו עסק. באופן הראשון שתיארנו, שיש שתי שכירויות נפרדות, הלקוח צריך להכיר את זהות השוכר הראשון - הסרסור במטלטלין או השוכר במלאכה⁹³, ואינו חייב להכיר את הפועל, שהוא רק שלוחו של "בעל הדין" הישיר. באופן השני שהסרסור או השוכר אינו צד ממשי, הלקוח ירצה להכיר את זהות הבעלים, כלומר בעל הפרה בשכירות מטלטלין או בעל המלאכה, דהיינו הפועל עצמו, בשכירות פועלים.

ב. **חילוק בזכויות**: כאשר ללקוח יש מערכת זכויות אחת כלפי צד אחד ומערכת אחרת כלפי הצד השני, אז יהיה צורך לברר עם מי באמת יש לו דין ודברים.

נוכל להדגים חילוק זכויות כזאת בדיני שכירות מטלטלין. אם הנהנה שואל בהמה במקום לשכרה, והיא מתה מחמת מלאכה, אז אם האמצעי הוא שוכר, אזי חייב לשלם לו דמי הבהמה⁹⁴. ואילו אם הוא רק סרסור, אז השואל חייב לבעל הבהמה.

והנה דוגמא אפשרית של חילוק זכויות בשכירות פועלים. בברייתא בגמרא מתואר מקרה של "שכרו לעבוד בשלו והראהו של חברו"⁹⁵. כלומר, אחד שכר פועל והנחה אותו לעשות מלאכה בשדהו של שכנו, בלי ידיעת השכן. זהו מקרה של "יורד לשדה חברו שלא ברשות", וההלכה היא ש"אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה"⁹⁶. ייתכן שרגילות זאת משתנית לפי אופן ביצוע המלאכה. יש שאדם משלם יותר לקבלן מאשר לפועל פרטי, וסביר להניח שגם חיוב הנהנה משתנה בהתאם.

נראה ששתי הגישות נאמרו בפורסקים

בסוגיא זאת גופא של "שכרו לעבוד בשלו והראהו של חברו", יש מחלוקת אחרונים שנראה שניתן לתלותה בחילוק שלנו. הברייתא קובעת ש"השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו של חברו, נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שהנהנה אותו". פסיקה זאת בשל עצמה מתאימה לשתי הגישות:

93. וכן חיוה דעתו מורנו הגאון רב משה קליין במכתב, שבאופן זה של שכירות חייבים להודיע לנהנה שיש שוכר מאחרי הפועל.

94. אם יש לסרסור רשות להשאיל. שו"ע חו"מ ש"ז סעיף ה'.

95. בבא מציעא קיא ע"א וק"ח ע"א.

96. במקרה שהשדה עשוי לסוג זה של מלאכה. שו"ע יו"ד סימן שע"ה סעיף א'.

1. אם יש שכירות רגילה בין השוכר לבין הפועל, אזי לבעל השדה הנהנה יש למעשה עסק רק עם השוכר, ומשלם לו מה שנהנה כדין יורד; ולפועל יש דין ודברים רק עם השוכר, ומקבל את המשכורת שסיכמו.

2. אם יש "שכירות-על", אזי היורד הינו הפועל עצמו, והנהנה צריך לשלם לו, אלא שמחמת שכירותו של הפועל לשוכר, הפועל חייב אחר כך להעביר את הסכום שהרוויח לשוכר, והוא מקבל את משכורתו.

בגמרא נקבע שדין זה תקף גם במקרה של שליח לשכור פועלים ב-ג' זוז ומעצמו הציע להם ד', ואמר ש"שכרכם עלי". הוא משלם מה שהתנה אתם, וחוזר וגובה מבעל הבית מה שהנהה אותו.⁹⁷ אם המלאכה שוה ג'⁹⁸, הפועלים מקבלים ד' מהשליח והוא חוזר ומקבל ג' מבעל הבית.

אלא, שהראשונים הגבילו קצת את הדין של הברייתא. כותב הטור⁹⁹: "נותן להם ד' וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שהנההו. וכתב הרמ"ה דווקא עד ארבע, אבל יותר אינו נוטל מבעל הבית ואפילו שהמלאכה שוה יותר, שלא יהא עושה סחורה בפרתו של זה." כלומר, אם במקרה המלאכה שוה יותר מ-ד' (אף על פי שבעל הבית ביקש לשלם רק ג'!), מכל מקום בעל הבית משלם לשוכר רק ד'.

בסיום "שלא יהא עושה סחורה בפרתו של זה" הרמ"ה מדמה דיני שכירות פועלים לדיני שכירות מטלטלין, וכפי שהלכנו בעקבותיו בדוגמאות שלנו למעלה. הרמ"ה מתייחס למקרה של חילוק זכויות בשכירות מטלטלין, דהיינו חילוק זכויות בין שוכר (שמשלם רק גניבה ואבידה) לבין שואל (שמשלם אף אונס). נפסק על פי רבי יוסי ש"כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", ולכן שוכר המשאיל אינו מקבל תשלום במקרה של אונסים, אלא הבעלים הם המקבלים, אלא אם כן יש רשות להשאיל.¹⁰⁰

במקרה של רבי יוסי, השוכר פשוט אינו בעל הבית לגבי השאלה. ברגע שהשאיל, משל בעל הבית השאיל ולא משל עצמו. ההשאלה הזאת היתה בפשיעה. מהי הפשיעה המקבילה בנידון הרמ"ה?

97. הסיבה פשוטה. מכיוון שהשליח סטה מהוראותיו של בעל הבית וגם קיבל השכירות על עצמו, השליחות בטלה לגמרי וה"שליח" למעשה מורה לפועלים לעבוד בשדה של חברו, שלא שכר אותם כלל.

98. והפוסקים דנו באריכות אם זה מחמת שבעל הבית גילה דעתו שאין המלאכה שוה יותר, או הסוגיא דיברה בהווה אבל אם באמת המלאכה שוה יותר מ-ג' אז חייב לשלם. עיין בחו"מ שלי"ב בב"י, בשו"ע ורמ"א סעיף א', ובדרישה וכן בסמ"ע ס"ק ב', ועוד.

99. טור חשן מפשט שלי"ב.

100. משנה בבא מציעא לה"ע ב', נפסק בשו"ע חו"מ ש"ז סעיף ה'.

כותב הסמ"ע¹⁰¹: "לא יוכל לעשות סחורה בשל בה"ב להרוויח לנפשו". כלומר השוכר פשע בכך שלא יידע את בעל השדה. ואע"פ שבכל מקרה של יורד אין ידיעה של בעל השדה, התורה יוצרת הסכם עבודה על פי המנהג. אבל הסכם זה הוא לפצות עובד על מלאכתו, ולא להעניק רווחים לסרסור. לפי הסמ"ע, הפשיעה היא כלפי בעל השדה, אם כן נראה שיש יחס בין הנהנה לבין השוכר, כפי שקובעת גישת "שכירות נפרדות".

ואילו לפי פשט ההקבלה של הרמ"ה, היה נראה שהפשיעה היא כלפי הפועל, וכפי שביארנו למעלה שה"פרה" דומה למלאכת הפועל, הנקנה מהפועל ונמכר לבעל הבית. וכן כתב בפתחי חושן¹⁰²: "שאינו יכול לעשות סחורה במלאכה של פועל". לפי זה יש פשיעה בכך שלא נודע לפועל שיש לו עסק עם בעל השדה, כפי שקובעת גישת "שכירות העל"¹⁰³.

איזו תפיסה היא הנכונה?

כמובן, קיומן של שתי הגישות כלפי "הראהו בשל חברו" אינו מעיד על איזו גישה תקפה כלפי שותפים. בנידון זה, נראה שהגישה הרווחת בראשונים לגבי שותפות של "שכיר ופועל" תואמת יותר את גישת "שכירות-העל" מאשר גישת הקבלנות. נוכל להביא לכך בעיקר שלוש ראיות. שתי ראיות הן "ראיות משתיקה":

101. סמ"ע חו"מ שלי"ב ס"ק ב'.

102. פתחי חושן הלכות שכירות פרק ח' הערה פ'.

103. בדברי הרמ"ה גופא, יש לתת פרשנות שלישית. מהטור בח"מ שלי"ו משמע שדעת הרמ"ה היא שעצם הסכם השכירות מחייב את השוכר, אפילו אם למעשה לא נעשה מלאכה שניתן לייחסה לשוכר. המקרה הוא ששוכר את הפועל לעבוד בהפקר, שלפי הרמ"ה חייב לשלם שכרו. לפי זה, אפשר לומר שדעת הרמ"ה היא שחיוב השוכר אינו מחמת המלאכה שנעשת כלל אלא מחמת התחייבותו (אולי מדין "ערב"). ובעל השדה חייב אך ורק לפועל, ולא לשוכר כלל. אלא שהברייתא מצביעה על איזה "קיצור דרך", שלא להכריח את הפועל לחזר על בעל השדה לדמי ההנאה ועל השוכר למותר שהבטיח לו. וממילא אי אפשר שיקבל השוכר יותר מההנאה, כי אין לו דין ודברים כלל עם בעל השדה. וזה מקביל ממש לדינו של רבי יוסי, כמו שביארנו שברגע שהשוכר השאיל, בכלל הפסיקה הפרה להיות שלו לעניין זה. כמו כן פה, ברגע שהשוכר הורה לפועל לעבוד בשדהו של השכן, בכלל הפסיקה המלאכה של הפועל להיות שלו. מכל מקום, אין פרשנות זאת להלכה, כי הטור חולק נמרצות על דעת הרמ"ה בשל"ו ואף על פי כן הביא להלכה את דעתו בנידון שלנו.

ומורנו נשיא המכון הג"ר זלמן נחמיה גולדברג פירש לי אחרת את דברי הרמ"ה בשל"ו, שמדובר באופן שלדעת הרמ"ה יש אכן תועלת לבעל הבית במלאכה, ואילו הטור סבור שבמקרה זה לא ניתן לייחס תועלת לבעל הבית מן המלאכה. אבל לכולי עלמא אם באמת אין תועלת אין חיוב תשלום, אפילו לרמ"ה.

1. הזכרנו שלפי גישת הקבלנות, נראה שיש חיוב להודיע לנהנה שלמעשה הוא מקבל שירותים מהשוכר, ואילו הפועל שמבצע את המלאכה בפועל הינו רק שליח. אבל לא מצאנו בשום מקום שנדרש משותף באומנות להודיע למקבל השירותים שהשירותים ניתנים מטעם השותפות ולא כפרט, ושלמעשה חלק מהשירותים ניתנים על ידי השותפים האחרים, ה"שוכרים" את השותף הפועל.
2. לפי גישת "השכירות הנפרדות", העלינו שבמקרה של חילוק זכויות, חיוב התשלום של לקוח יתבסס על זכויותיו כלפי השוכר, ולא על אלו שכלפי הפועל. שוב, לא מצאנו שהחיוב של לקוח כלפי שותף יהיה מושפע מהעובדה שיש פה שותפות ולא יחיד.

יש ראייה שלישית שהיא ישירה ויותר מכריעה:

3. הרבה ראשונים דימו את דין שותפות באומנות לדין של "שכרו ללקט מציאות"¹⁰⁴. במגרא¹⁰⁵ נפסק ש"מציאת פועל לבעל הבית" כאשר שכרו ללקט מציאות. ויש לשאול, איזה חידוש יש בדין זה, ומה הוא מלמד אותנו על האפשרות ליצור שותפות באומנות?

נראה שהחידוש בדין זה הוא, שבעל הבית קונה יותר מאשר הפעולה הגופנית של השכיר. דבר זה נכון בכל שכירות. החידוש פה הוא **שעצם הזכייה או כח הזכייה** הוא של בעל הבית, בלי קשר למעשה הזכייה. פועל שנשכר לנכש או לעדור, פעולתו שייכת לבעל הבית, ואם הוא קוצר באופן שיש קניין, כגון שקוצר בשדה הפקר, ברור שיש קניין לבעל הבית.¹⁰⁶

והחשיבות של דין זה לגבי דיני שותפות היא, משום שקיימים אופני זכייה שקשה לייחס אותם לפעולה ספציפית. למשל, נידון בראשונים שותפות של סרסורים. סרסור אינו מקבל "שכר פעולה" ממש אלא אחוזים עבור ההשתדלות שלו. נידונה בראשונים גם כן שותפות לקבל מתנה, שאף היא מועילה מדין "שכיר ופועל"¹⁰⁷.

104. בין אלו שהובאו דבריהם בבית יוסף חו"מ קע"ו כבעלי דמיון זה: הרמב"ן, הר"ן, הגהות מיימוניות, והעיטור (בדברי האשכול).

105. ב"ב מציעא יב ע"ב. ויש דוגמא נוספת בב"ק קטז ע"ב, נפסק בשו"ע קפ"א סעיף ג'.

106. כמוכח מהסוגיא בב"מ קיח ע"א, "כאן בהגבהה, כאן בהבטה", ועיין שו"ע ח"מ של"ו סעיף ב' ו-ג'.

107. שו"ת הרשב"א חלק ה' סימן קפ"ו. ואם היה מדובר על מתנה ממש, נראה ברור שלא היה מועיל דין שכיר ופועל, והיינו זקוקים לסוג אחר של שותפות, וכפי שפירשנו למעלה בדברי העיטור. אלא נראה שמתנה זאת היא תמורת שירות למלך ונאמנות כלפיו, וכן פירש לי מורנו נשיא המכון הג"ר זלמן נחמיה גולדברג ("וכי המלך נותן מתנות סתם?!"). אבל אין פה תמורה על פעולה ספציפית.

אופן זה של זכייה מתאים למה שכינינו "שכירות העל". הפועל "נשכר להשתכר", נקנה כח הזכייה שלו, ולא הפעולה שלו. פועל שנשכר ללקט מציאות זוכה במציאה באופן רגיל, אלא שהזכייה הזאת עצמה שייכת לבעל הבית; כמו כן "שכיר ופועל" שנשכר למלאכה אצל מעסיק פרטי נשכר לו באופן רגיל, אלא שעצם ההשתכרות הזאת שייכת לבעל הבית ששכר את הפועל בדיוק לצורך זה.¹⁰⁸

מכל מקום, אין בראיות אלו משום בסיס לפסיקה, ונמשיך לדון לפי שתי הגישות.

מקור בגמרא להקבלה בין "שכרו ללקט מציאות" ושותפות לשכר פעולה

ראינו שהראשונים קבעו שאם כל שותף הוא "שכיר ופועל" של חברו, אזי השותפים מתחלקים ביניהם בשכר פעולה. וראינו עוד שדימו דין זה לדין "שכרו ללקט מציאות", שבמקרה זה מציאות הפועל הן לבעל הבית. ואף ניסינו לתת פרשנות להקבלה זאת. האם יש לראשונים אלו מקור מוצק עליו להתבסס?

בעל האשכול, שהוא המקור הקדום ביותר בראשונים לשותפות מדין "שכיר ופועל", כתב על דין זה¹⁰⁹ "אין לנו ראיה אחרת, אבל זה נזרק מפי חבורתינו". אך למרות דבריו, נראה שיש למצוא מקור מסויים ללימוד זה בירושלמי.

בפרק מי שמת¹¹⁰ מסופר על אחים שותפים שהלך אחד מהם להיות ספר. אָחִיו רצו שיחלק אתם במשכורתו. הדיין רבי אמי אמר, כך הדין - אם אחד האחים מצא מציאה, הוא מתחלק עם שאר האחים. לפי קצת מפרשים דברי רבי אמי הם כפשוטו, ולפי זה ברור שניתן ללמוד ממצאה לשכירות - הרי רבי אמי עצמו עשה בדיוק כך וחייב חלוקה בשכר פעולה מכיוון שמתחייבת חלוקה במציאה.

לפי רוב המפרשים, דברי רבי אמי הם בתמיה, אמנם אפילו לפירוש זה ישנו היקש בין הדברים. מהמשך הגמרא משמע שרבי אמי לא רצה לדון קל וחומר (לומר שאם לא מתחלקים במציאה כל שכן בשכר פעולה) אלא רצה באמת להשוות את הדינים. ועיין ברשב"א על בבא בתרא קמ"ד ע"ב, שאכן הביא ירושלמי זה להסביר שמתחלקים האחים בשכר רק אם השתתפו בכל הדברים כולל מציאה.

108. על פי זה הקביעה של הגמרא בב"מ יב ע"ב שהמציאה לבעל הבית דווקא במקרה של "שכרו ללקט מציאות" היא מדוייקת מאד, שכן יש פה לא רק מלאכה שונה מן הרגיל אלא אופן של שכירות שונה מן הרגיל.

109. שו"ת האשכול סימן רי"ט, בסוף הספר.

110. בבא בתרא פרק ט', הלכה ג'.

סיכום

אף על פי שבגמרא וברמב"ם מצאנו שותפות מפורשת רק במובן של בעלות משותפת ברכוש, בראשונים מהאשכול והלאה נפסק שניתן כמו כן ליצור שותפות בשכר פעולה. אופיה ההלכתי של השותפות הוא שכל שותף נהיה "שכיר ופועל" של השותפים האחרים. ההנחה היא שבמקרה שפועל עושה מלאכה עבור לקוח מסויים תוך כדי שהוא שכיר ופועל של שוכר אחר, אזי התמורה שהלקוח משלם מגיע לשוכר, ולא לפועל. ואילו הפועל מקבל מהשוכר את מה שסיכמו ביניהם.

פירשנו את הזכייה הזאת של השוכר בשני אופנים. ייתכן שהלקוח למעשה שוכר את השוכר לעשות את המלאכה בתור קבלן עבודות או סוכנות כח אדם, והשוכר מצדו שוכר את הפועל לבצע פעולה זאת. אופן זה כינינו גישת "שכירויות נפרדות".

לחילופין, יש אפשרות שהלקוח שוכר את הפועל ישירות, אלא שהסכם נפרד שבין הפועל לבין השוכר מקנה לשוכר זכות על הרווחים, במקביל לזכות שיש למתווך בעיסקה שלמעשה אין הוא צד לה. אופן זה כינינו גישת "שכירות העל".

מזה שהראשונים דימו את השכירות המחודשת הזאת לדין "שכרו ללקט מציאות", וכן מתכונותיהם של דיני שותפות כפי שנמצאות בפסקים, נטינו לומר ששותפות באומנות מתבססת על "שכירות-על", על פי האפשרות השנייה. כך שהפועל עובד ישירות לנהנה, אלא ש"נשכר להשתכר" מצד השוכר.

ועיקר הנפקא מינה בין הגישות הוא, מה צריך להודיע לנהנה. אם מדובר ב"סוכנות כח אדם", ראוי שהנהנה יידע שלמעשה אין לו דין ודברים בכלל עם הפועל שמבצע את המלאכה אלא בשוכר שלו. ואילו לפי התפיסה השנייה החשיבות היא להיפך, שיידע הנהנה שיחסי העבודה שלו הם עם הפועל, ואפילו אם הסרסור נעשה על ידי השוכר יידע הנהנה שאין זה אלא מעין תיווך.

שימוש בסדר זה כתשתית להיתר עיסקא

כפי שבהיתר עיסקא נבנה היתר רבית על בסיס שותפות עסקית, נוכל לבנות במקביל היתר רבית על בסיס שכירות מקצועית. המבנה הוא כך: ה"מלווה" הוא השוכר, וה"לווה" הוא הפועל. המלווה נותן את דמי ההלוואה ללווה בתור משכורת מוקדמת, ותמורת המשכורת נהיה המלווה זכאי לקבל את הרווחים מכל המלאכות אשר להן הלווה נשכר. המותר שיש ברווח זה על המשכורת שהלווה קיבל, הוא הרווח של המלווה על העיסקא.

לדוגמא: לקוח רוצה ללוות מהבנק שמונה מאות שקל. הוא מסכם שתמורת סכום זה הוא חייב לבנק ארבעים שעות עבודה. למשך הימים הבאים, הלווה משכיר את עצמו כפקיד, וממלאכה זאת הוא מרוויח אלף שקל בשבוע עבודה של ארבעים

שעות. למעשה, בסוף השבוע הלווה ריצה את כל מחוייבותו כלפי הבנק, בעבודתו כפקיד. ואילו האלף שקל של משכורת הם של הבנק. לבנק יש רווח של מאתיים שקל על ה"הלוואה", בלי חשש רבית שהרי אין פה בכלל הלוואה.

כמובן, אם רוצים לסכם על רווח קבוע, אפשר לקצץ באותו אופן שעושים בהיתר עיסוקא: שהפועל חייב להישבע כמה הרוויח בעבודתו עבור הנותן, אלא שיכול להיפטר משבועתו על ידי תשלום דמי התפשרות כפי סכום ה"רבית" הדרושה. נראה ששבועה זאת מתחייבת מדיון שבועת השותפין בדיוק באותה מידה שמתחייב בהיתר עיסוקא רגיל, ומכל מקום כל תנאי שבממון קיים.¹¹¹

האם סידור זה נקי מחשש רבית?

אכן, אין זה מוכיח שסידור כזה יכול לשמש כהיתר להרוויח בנתינת אשראי. אפשר להעלות על הדעת שמדיני "חשן משפט" אכן המשכיר זוכה לשכר הפעולה, אבל מדיני "יורה דעה" אסור לו לקבל אותו אם זה מעבר למשכורת ששולמה. מצאנו כמה מקרים בהלכה ששוכרו של פועל נהיה זכאי לקבל את פרי עמלו של אותו פועל: הבאנו את המקרים של שותפות ושל "הראהו בשל חברו"; ויש דוגמא נוספת באבל ששוכר מחליף לתקופת אבלותו.¹¹² אבל באף מקרה לא מצאנו שהפועל קיבל מקדמה על משכורתו - מקדמה שאולי תוכל להתפרש כהלוואה.

כמובן, אם אין כל ודאות שהמלוה ירוויח בעניין, שמשכורת שהפועל ירוויח אצל הנהנה תעלה על זאת שהמשכיר משלם לפועל, שאלת הרבית לא עולה. אין בעיה של רבית בעסק אא"כ המלוה הוא קרוב לשכר. הבעיה עולה במקרה המצוי שהפועל כבר עובד עבודה קבועה, ואפשר לשער כמה עבודתו שווה. במקרה זה יש לשאול אם יש בעיה כשהשעות שהלווה מוכר לבנק הינן בזול ביחס לשווייה של מלאכת הפועל במלאכתו הקבועה. יש מקום לחשוש שמקדמת המשכורת נחשבת כהלוואה, אותה הלווה פורע במשכורתו, או לחילופין במלאכה ששווה יותר מן הקרן.

אפשר לציין בעיית הרבית בשני אופנים: יש לומר שהמשכורת שהמשכיר מקבל בסוף היא הרבית, או שגוף המלאכה כאשר היא שווה יותר מן המקדמה יש בה משום רבית.

111. אם יטען הפועל שלא עבד כלל, אז ניכנס לאותה שאלה ששאלנו בקשר להיתר עיסוקא אם חייב להישבע שלא עסק. ואם שני הצדדים יודעים שלא מתכוון לעבוד, נראה שיש בהחלט שאלה אפילו בדיעבד אם מותר לדרוש שבועה. אלא שפה הבעיה פחות חמורה כי רוב רובו של הציבור עובד באופן קבוע, לעומת אחוז קטן יחסית שסוחר בהשקעות באופן פעיל.

112. ש"ך יורה דעה ש"פ ס"ק י"ז, בהסתמכו על דברי הלבוש באותו סימן.

רבית במשכורת

אם מה שהמשכיר זוכה במשכורת מן הנהנה הוא מדין "התחייבות", אז למעשה יש פה תשלום אחד תמורת מחוייבות לשלם תשלום אחר שעשוי להיות גבוה יותר, וברור שיש בעיה של רבית.

למעשה, שאלת הרבית תלויה בשאלה בסיסית באופי המחוייבות של השותף מדין "שכיר ופועל": כששכיר ופועל עושה מלאכה לנהנה, האם הנהנה חייב ישירות לשוכר - כפי שתיארנו למעלה? או שמא הנהנה חייב לפועל, ואילו הפועל חייב להעביר סכום זה לשוכר - הוא "מכר" את הרווח תמורת הקדמת המשכורת שקיבל מהשוכר?¹¹³ רק לפי האפשרות השניה תיתכן בעיה של רבית במשכורת, כי רק בו מדובר על "תשלום תמורת תשלום".

אין ספק שניתן לעשות מחוייבות להעביר שכר פעולה. כן מפורש בפוסקים¹¹⁴. השאלה בשבילנו היא, במקרה של שכיר ופועל שמגביה מציאה לבעל הבית, אם הקניין הינו ישירות לבעל הבית, או אם השכיר זוכה במציאה בעצמו אלא שמקנה אותה הלאה לבעל הבית לקיים התחייבותו.

יש מספר הוכחות בסוגיות ש"מגביה מציאה לחברו" או מגביה לבעל הבית אינו התחייבות:

- הגמרא¹¹⁵ מציינת שיש להקשות על הדין של "מגביה מציאה לחברו קנה חברו" מהמשנה שאומרת "נטלה ואמר אני זכיתי בה, זכה בה", ומפרשת שבמקרה של "מגביה מציאה לחברו זוכה" מדובר שאמר הזוכה "זכה לי", ולא סתם "תנה לי". וברור שלשון "זכה לי" הוא לשון זכייה, וכפי שמפרש רש"י שבמשנה "ולא אמר זכה אתה לי בהגבהתך, נמצא שלא עשאו שליח להקנות בהגבהתה עד שעת נתינה". הרי שרק במקרה של "תנה לי" הקניין הוא בעת נתינה, אבל ב"זכה לי" הקניין הוא מיידי "בהגבהתה".

113. כמובן, שאלה מקבילה קיימת ביחס להיתר עיסקא רגיל. ייתכן מצב שהלווה אינו מוכר את העסק שלו למלוה אלא פשוט מוכר את ריווחי העסק שלו למלוה, תמורת תשלום. מי ששואל מניות ומוכר אותן בחסר, חייב לשלם למשאל את כל הריווח שהמניות מניבות בינתיים והוא אחראי גם כן על כל שינוי במחיר המניות, אבל אין הוא המשאל בעלים על המניות אלא הוא נכנס להסכם אשר בו השואל הסכים לשפות לו כל סכום שמגיע לבעל מניות. לכן, אף על פי שבקניית מניות בבורסה אין בעיה של רבית שהרי נהיה הוא בעלים על החברה, במכירה בחסר יש בעיה של רבית, אף על פי שהתוצאות זהות.

114. שו"ת רשב"א ג/ס"ה, מובא בב"י חו"מ ס/ו.

115. בבא מציעא י ע"א.

• במשנה¹¹⁶ מובא שאם בעל הבית אומר לפועל "טול מה שעשית בשכרך" אין שומעים לו. ואילו בברייתא שנו ששומעים לו. ויוצא מהגמרא שהפירוש של "אין שומעים לו", דהיינו ש"שכרו עליו" כלומר שבאמת חייב לשלם לו. ורוצים לתרץ שבברייתא "שומעים לו" - כלומר, אינו חייב לשלם - כי עבד בהפקר. ומקשים מזה ש"מציאת פועל לבעל הבית". כלומר, שהעובדה שהמציאה לבעל הבית מחייבת שבאמת בעל הבית חייב לשלם, אפילו בהפקר. אם נבין שיש פה זכייתו של בעל הבית, ברור שזה מחייב תשלום, כי סוף סוף מלאכת בעל הבית נעשתה. אבל אם נאמר שבהסכם עבודה גלומה איזו התחייבות, איך התחייבות זאת הופכת את מעשה הזכייה למעשה שנעשה עבור בעל הבית, באופן שיחייב בעל הבית לשלם שכר פעולה? ניתן להתנות התחייבות על כל דבר, בלי כל קשר אם נושא התנאי קשור באופן כל שהוא לזה שמתחייבים כלפיו.

• תיארנו סידור אשר בו אָבֵל שוכר "ממלא מקום", משלם לממלא מקום זה מה שסיכם אתו, וגובה מהמעסיק הקבוע המשכורת הרגילה. אם נאמר שממלא המקום הוא העובד אלא שפשוט התחייב להעביר את המשכורת לאבֵל, איך זה יכול לחייב את המעסיק לשלם את המשכורת הקבועה - והגבוהה - של העובד הרגיל? המעסיק לא היה צד בהתחייבות זאת. אבל אם נאמר שיש פה זכייה גמורה, אז ברור שהאבל זוכה בפרי עמלו של שכירו, דהיינו ממלא המקום.

כמו כן, הפוסקים עצמם מחלקים היטב בין הדברים. הרי הרשב"א, שהבאנו כמקור לדין של התחייבות על משכורת,¹¹⁷ הוא מהפוסקים שסבורים שניתן לעשות שותפות מדין "שכיר ופועל", ודין זה מובא במקומות ובהקשרים לגמרי שונים מדין זה של התחייבות. כמו כן, לו היה דין "שכיר ופועל" משום התחייבות, לא היה לעיטור להביא את דברי הרב קלונימוס בר משולם כתוספת על דברי בעל האשכול, לציין שאפשר להתגבר על הבעיה של "דבר שלא בא לעולם" בקניין הדדי. שהרי גם התחייבות מתגברת על הבעיה, שכן "אדם מתחייב דבר שלא בא לעולם".¹¹⁸

מהו אופיו של קניין בעל הבית במציאה שמצא הפועל?

אם הקנאת משכורתו של שכיר ופועל, שהיא מדין "מגביה מציאה לבעל הבית", אינה משום התחייבות, מה אכן אופי הקניין הזה? נקדיש פה מספר שורות להבהרת עיקרי הצדדים לשאלה זאת ואיך הם נוגעים לשאלה שלנו.

116. בבא מציעא פרק י', עמוד קיח ע"א.

117. שו"ת רשב"א חלק ב' סימן פ"ז, ובכמה מקומות.

118. שו"ע חו"מ סי' סע"ף ו'.

לפי הראב"ד¹¹⁹, גוף השכיר בעצם נקנה לשוכר, מעין קניין הגוף של עבד; כך שמעשה הפועל הוא מעשה השוכר ממש. וכדבריו ממש כתב הסמ"ע. לעניין עצם הקניין הוא כתב¹²⁰ "הקנין חל על גופם, ששיעבדו כל אחד נפשו לחבירו לעשות מלאכה המובא להן, וכמו שמהני בעבדים". ולעניין אופן פעולתו של הקניין כתב¹²¹ "דמיד שהגביהו מן הארץ כאלו גבהו רבו ובא לרשותו דמי. ואפילו למ"ד המגביה מציאה לחברו לא קנה חבירו, בפועל מודה דידו כיד רבו דמי".

לפי גישת הראב"ד, מובן מאליו איך דין של "מגביה מציאה" מתיישם גם כן לגבי שותפים שעוסקים באומנותם אחד עבור השני. הרי שהיד של החייט שתופר, הינה קנויה לשותף, וממילא מעשה התפירה שייך (חלקו או כולו) לשותף.

ולפי הנתיבות נראה שהגבהת מציאה לבעל הבית מהני משום זכייה, שכן כתב "כיון דהפועל יכול לזכות לנפשיה, אי"כ הבעה"ב מידו דפועל קא זכי".¹²²

לפי גישה זאת של "זכייה", ההשלכה לדין שותפות באומנות נראית מורכבת למדי. מה בדיוק הפועל "מזכה" לשוכר שלו במשך שעות עבודתו? נראה שהמנגנון דומה לזה של "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף"¹²³, כלומר ששכיר במשך מלאכתו "צובר" מחוייבות המשכורת של הלקוח כלפיו. אחרי רבע העבודה הלקוח חייב לו רבע משכורת, אחרי חצי עבודה חייב ל חצי משכורת, וכו'. ולא אומרים שזוכה במלוא שווי המלאכה רק בסיום המלאכה. אם כן, אם אומן זה הוא למעשה שכיר של השוכר, ולא הלקוח הנהנה, ניתן לדמיין שהשכיר במקום לזכות במחוייבות מצטברת זאת לעצמו, זוכה בו עבור השוכר.¹²⁴

119. השגות הראב"ד על רמב"ם הלכות שלוחין ושותפים פרק ד' הלכה ב'. ומעין זה מובא בכמה ראשונים משו"ת הראב"ד, כמו באב בית יוסף בסימן חו"מ קע"ו.

120. סמ"ע חו"מ קע"ו ס"ק ט'.

121. סמ"ע חו"מ של"ו ס"ק ח'.

122. נתיבות המשפט סימן ק"ה ס"ק ב'. (ומה שכתב הנתיבות בסימן קפ"ח ס"ק א', שמה שבעל הבית קונה בדין "יד פועל" בעל הבית" הוא משום שהגבהה היא בגרימתו, זה רק במקרה שהפועל אינו בר זכייה בעצמו, כגון חרש שוטה וקטן, כמפורש בנתיבות שם.)

123. עיין קידושין מח ע"א, וכן קיי"ל כמוכח משו"ע אה"ע כ"ח סעיף ט"ו בשו"ע ורמ"א, שבמקרה שאומן הוא שכיר ולא קבלן, לכו"ע אי אפשר לקדש בשכר פעולה כי "ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף" ובסוף המלאכה הצטבר כל השכר כחוב.

124. אבל אי אפשר לומר שמעשה הזיכוי הוא בעת התשלום, ולא בעת עשיית המלאכה. כי אז היה הפועל יכול לחזור בו אחרי עשיית המלאכה אך לפני שגובה את המשכורת, ודבר זה מנוגד לא רק להגיון והגינות אלא גם כן לדברי הפוסקים, שרובם הסכימו שפועל יכול לחזור בו לפני עשיית המלאכה, אך כולם הסכימו שאחרי עשיית המלאכה אינו יכול לחזור בו. עיין בבית יוסף חו"מ קע"ו.

ייתכן ששתי השיטות תלויות בשתי הבנות בגמרא בבא מציעא י ע"א בה"א של הגמרא, מגביה מציאה לחברו לא קנה חברו. והקשו ממה שפועל זוכה לבעל הבית, ותירצו שזה דין מיוחד של

מכל מקום, ברור שאין פה מקום לחשוש לרבית. אפילו אם נדון את המנגנון כ"זכייה", הפועל מזכה רכוש (או מחוייבות) של הפקר או של הנהנה לשוכר, ולא רכוש של עצמו, כך שאין שאלה של תשלום לפועל על מנת שייתן הוא עצמו סכום גדול יותר בעתיד.¹²⁵ הפועל לא נותן לשוכר מאומה משל עצמו, וגם הנהנה לא נותן עבור הפועל אלא עבור עצמו.¹²⁶

רבית בגוף המלאכה

יש להעלות על הדעת **שעצם המלאכה** שהפועל עובד עבור המשכיר (אצל הנהנה) נחשבת היא כרבית על הלואה. אם הכסף שהפועל מקבל נחשב כהלואה, והמלאכה - פרעון ההלואה, אז תיתכן בעיה של רבית אם הפרעון שוה יותר מן ההלואה. יש לאושש חשש זה, מהדין שאסור להרבות בשכר פועל, כלומר להציע לו שכר נמוך יותר אם הוא מקבל את המשכורת מראש. ולכאורה מקור הדין הוא שהמשכורת נחשבת הלואה, והמלאכה פרעון, ואם למלאכה יש ערך מוסכם אז גוף המלאכה הינה רבית.¹²⁷

למעשה, מסקנת הגמרא היא שאם הפועל מתחיל מיד שמוותר לכתחילה, כי מעיקר הדין אין כל איסור לזלזל בשכירות פועלים תמורת הקדמת השכר. "ותסברא, זלזולי בשכירות מי אסיר?" ובטעם הדבר נחלקו הראשונים.

"יד פועל כיד בעל הבית". ואילו למסקנא, כל אדם נמי המגביה מציאה לחברו קנה חברו, ולפי זה אין צריך את התירוץ.

נראה שלפי הראב"ד דין "יד פועל כיד בעל הבית" הוא כפשוטו, שידו קנויה לבעל הבית, וזה בא לחדש אופן חדש של זכייה. ואפילו לפי המסקנא זה הוא אופן הזכייה של "מגביה לבעל הבית". ואילו לנתיבות, דין "יד פועל כיד בעל הבית" נתן פתרון מאד ספציפי לשאלת הגמרא, שבקניין הגבהה שהוא במעשה משום גרימה, גם שכירות נחשבת סוג של גרימה. ואילו לפי המסקנא של הגמרא שמגביה לחברו מהני בעלמא, הגמרא חזרה בה מההבנה שדין "מגביה לבעל הבית" בעלמא הוא מדין "יד פועל", אלא בעלמא באמת מגביה לבעל הבית הוא זכייה פשוטה כמו מגביה לחברו.

125. ולא עוד אלא שאי אפשר לזכות לאחר רכוש עצמו, אלא רק רכוש של אדם שלישי. ואדרבא, דווקא לפי הגישה של "יד פועל כיד בעל הבית" ממש היה אפשר לזכות לבעל הבית אפילו רכוש של עצמו, כי לא הוא לפי הדין מבצע את מעשה הקניין.

126. יש לציין, שאפילו אם היה פה משום "התחייבות", שהפועל מחייב את משכורתו ולא מזכה אותה, לא היתה פה רבית תורה. הרבית פה אינה קצוצה, שהרי יכול להיות שהפועל ירוויח פחות ממה שמקבל מהשוכר. כמו כן מכיוון שהזכייה היא תוצאה ממלאכת הפועל נראה שזה ייחשב רבית "דרך מקח וממכר" שהסכימו הפוסקים שאינה אסורה אלא מדרבנן. עיין רמ"א י"ד קס"א ס"ק א'; ש"ך י"ד קע"ג ס"ק י"ד.

127. בבא בתרא פו ע"ב-פו ע"א, שו"ע י"ד קעו סעיף ח.

רוב הראשונים כתבו שמותר מכיוון שאין פה הלואה כלל, אלא מִכָּר של דבר קיים - מלאכת הפועל עצמה. אף על פי שפועל חוזר בו, כל זמן שלא חזר בו יש פה מכר ואין פה הלואה כלל.

הנה דברי הרשב"א על אתר בבבא בתרא: "פי' מורי ז"ל **דכיון שגוף הפועל בעולם הרי הוא כמוכר לו חפץ** בפחות מכדי דמיו למסור לו החפץ לאחר שלשים יום דכיון שהחפץ בידו כזלזולי בדמיו הוא ושרי, וכן ודאי נראה כדבריו."

גם הריטב"א כתב כן, והוסיף: ואומר מורי נר"ו דאפילו רישא [שאסור אם אינו מתחיל מיד] אינו אלא מפני שיכול לחזור בו, שאילו שעבד עצמו בקנין לפעולה ההיא בענין שלא יוכל לחזור בו הרי הוא כמוכר כלי לגמרי שהוא מותר.¹²⁸

ובשיטה מקובצת: "דמעוּת שהקדים לו לאו הלואה נינהו כלל אלא אגריה הוא דקא מקדים ליה שהרי מעכשיו הוא נשכר לעשות עמו בגורן **ודמי ללוקח חפץ הנמצא ביד חברו** אף על פי שמתנה עמו שלא יתן לו החפץ עד חדש או שני חדשים מותר להקדים לו המעות ולאוזולי גביה."

גם בספר התרומות כתב שמלאכת הפועל נחשבת כ"יש לו": "שהרי נכוש ועדור כמי שיש לו ה'".¹²⁹

ומעין זה כתב גם הנמוקי יוסף בשם הריטב"א, אלא ששם משמע קצת שלמסקנא אסור בלא התחיל מיד מדינא, שיש פה הלואה ממש.¹³⁰

יש ללמוד קולא גם מדעה נוספת בראשונים. לפי דעת הרמ"ה, מעיקר הדין לא שייך כלל רבית בפרעון חוב במלאכה. הרמ"ה הבין מגזרת הכתוב שעבד מופקע מאונאה שאי אפשר **כעיקרון** לאמוד את דמי שוויו של עבד, והרמ"ה משה שכר פועל לדין עבד.

לעומת זאת, יש דעה אחת בראשונים אשר לפיה ייתכן שקיים מעיקר הדין היכי תימצא של רבית בזלזול שכירות. כותב הרשב"ם: "שכר טרחו של אדם ליכא אגר נטר לי, דדרך פועל להשכיר עצמו בכל שהוא כשאינו לו מה יאכל וכל מה שמקבל הפועל מבעל הבית רווח הוא אצלו". משמע מרשב"ם שהבעיה אינה ששכר פועל לא ניתן להערכה מעיקר הדין, אלא שבטבע הדברים אי אפשר לקבוע שהשכר שהוא דורש נחשב ניכוי מהערך האמיתי. לפי זה, במקרה שהמלאכה הנמכרת היא כבר כפופה להסכם שכר (בנידון שלנו, למעסיק הקבוע של הפועל) ייתכן שלא נאמר

128. וכן כתב בגידולי תרומה, שער מ"ו חלק ד' אות נ"א.

129. ספר התרומות שער מ"ו חלק ה' סימן ז.

130. ומכיוון שלדעתו מותר בשעשו קניין, יש לתמוה למה לא נחשבת עצם נתינת הכסף כקניין.

שדרכו לשכור את עצמו בכל שהוא, כי סוף סוף שכור ועומד הוא למשכורת גבוהה.¹³¹

לפי הרשב"ם, ברור שאין כל קשר בין דין "מרבית על השכר" בשכירות פועל לבין הדין המקביל בשכירות קרקע וחפצים. בשכירות קרקע וחפצים, מפורש בגמרא שהטעם ש"מרבין על השכר" הינו משום ש"אין שכירות משתלמת אלא בסוף".¹³² כלומר, שיש פה הקדמת תשלום ולא איחור תשלום. בתשלום מיידי לפרוע חוב עתידי קיים, מותר לזלזל במחיר אפילו בהלוואה ממש - ואפילו בהלוואה של עצמו!¹³³ קולא זאת בשכירות תיתכן רק אם מבינים שכבר ברגע התשלום **בתחילה**, החיוב לשלם בסוף כבר קיים, כך שניתן לקנותו בפחות. לכן, אותם ראשונים שמדמים את שני הדינים - היתר "מרבית על השכר" והיתר לזלזל בשכירות, ברור שמבינים שבעצם הסכמם השכירות נוצר חיוב גמור של הפועל לעבוד, וממילא שנוצר חיוב גמור של השוכר לשלם, וכדעת הריטב"א. ואילו ההבנה שעל פיה אין קניין מחייב בשכירות פועל, גורסת שתשלום מראש לא יוצר קניין כלשהוא וממילא הוא דומה להלוואה - כהבנה שלנו ברשב"ם.

לפי זה, יש להוכיח שגם התוספות סבורים כדעת רוב הראשונים שטעם ההיתר הוא משום מקדים בשכירות. שכן התוספות על המקום¹³⁴ לומדים מדין שכירות פועל שגם בקרקע צריך הסכמם השכירות להיכנס לתוקף מיד כדי שיהיה מותר להרבות על השכר. ואילו לפי הרשב"ם אין מקום ללימוד זה, שכן הדינים אינם מקבילים כלל, כפי שביארנו.

והיה נראה להוכיח שגם השו"ע פוסק כרוב ראשונים. שכן כותב: "מותר להרבות בשכר הקרקע. כיצד, השכיר לו את החצר ואמר לו קודם שהחזיק בו אם מעכשיו אתה נותן לי הרי היא לך ב"י סלעים בכל שנה, ואם תתן שכר חדש בחדש הרי היא בסלע בכל חדש, הרי זה מותר. **וכיוצא בזה בשכר האדם גם כן מותר.**"¹³⁵ וברור שלפי גישת הרשב"ם לא שייך כלל לומר "כיוצא בזה בשכר האדם" שכן אין שכר

131. ואמנם אין הכרח בדבר. ואדרבא, יותר נראה שלרשב"ם אין נפקא מינא בזה שהמלאכה מקבלת בדרך כלל שכר גבוה יותר, שהרי בזה גופא דנה הגמרא, שעבודה בגורן שוה בדרך כלל כפול ממה שהפועל מקבל עכשיו. כמו כן אפשר שסברת הרשב"ם היא כסברת הרמ"ה, שמטבעו של שכר פעולה אי אפשר שתהיה בו רבית. על כל פנים, נראה שלדעת הרשב"ם יש פה הלוואה, כמו כן אי אפשר להוכיח בדעתו שאין בעייה של רבית בפרעון חוב בשכירות כאשר יש דרך לאמוד את ערך המלאכה אשר בה החוב נפרע.

132. משנה וגמרא בבא מציעא סה ע"א.

133. כלומר, שאדם קונה שטר חוב שבו מחוייב הוא לאחר. שו"ע יו"ד קע"ג סעיף ד.

134. בבא בתרא פו ע"ב תוד"ה דינר ליום.

135. שו"ע יו"ד קע"ו סעיף ו.

אדם "כיוצא בזה" כלל, אלא שהוא דין נפרד לגמרי. ויש להשיב על הוכחה זאת, עיין בהערה.¹³⁶

יש לציין שהנקודת הכסף חולק במפורש על הרשב"ם, ומציין שטעם ההיתר הוא משום הקדמת השכר - דבר שאינו שייך לפי דעתו של הרשב"ם, כפי שביארנו.

לסיכום: ברור שלפי רוב הראשונים, הקדמת בפועל באופן האסור אין בה רבית ממש, כי לא שייך כלל רבית במכירת מלאכתו בכל מחיר שהוא ולפי כל לוח זמנים של תשלומים שהוא. ואילו לפי הרשב"ם, משמע שיש בהקדמה זאת משום הלואה, אלא שההיתר הוא שאי אפשר לקבוע שיש תוספת על להלואה מעין רבית. ולפי זה ייתכן שבמקרה שקיים איזה אומדן חיצוני של ערך המלאכה, יהיה אסור מעיקר הדין. (וייתכן שגם לדעתו מותר כי סוף סוף מי יימר שהשכר שהובטח לו נחשב "הערך" של המלאכה, הרי פועל עשוי להשכיר את עצמו לכל שהוא.) וקשה לומר שיש הכרעה לשאלה כמי פוסקים.

היה נראה שמעיקר הדין יש להקל לזלזל בשכירות אפילו כשהשכיר שכור כבר למלאכה ידועה, מחמת כמה שיקולים: 1. שלרוב הראשונים ודאי מותר אפילו כשלמלאכה יש ערך ידוע; 2. שלא ברור גם שהרשב"ם עצמו מחמיר בדבר¹³⁷; 3. שהמציאות היא שאין ודאות כמה ירוויח הפועל, כי תמיד יש שינויים במשכורת ואפילו בעבודה; 4. שכל דין זה של איסור להרבות בשכר פועלים הוא רק דרבנן, שכן הוא דרך מקח וממכר.

אלא שלא רצינו לערוך שטר "היתר עיסקא" באופן שיהיה בעייתי על פי פשט דברי הרשב"ם. ולכן נוסח השטר קובע שהמשכורת שהפועל מקבל עומד ביחס סביר למשכורת המשוערת שלו, כך שאין כל ציפייה שיש רווח בדבר. (עיין סעיף 10 בנוסח השטר.)

136. החלקת יעקב (חלק ב' סימן ר"ה אות ה'), ובדפוס חדש: יו"ד סימן פ' פירש שהשו"ע איירי באופן שאין הפועל יכול לחזור בו, וכגון בקבלן, או אפילו לכל פועל שעשה קניין לדעת הריטב"א. ובמקרה זה לכאורה גם רשב"ם מודה שדומה לשכירות קרקע וחפצים שיש קניין גמור. אלא שבספר "זכר יעקב" דחה הרב ראובן יהושע גרוס את דברי החלקת יעקב, כי מקור דברי השו"ע הם במגיד משנה, ולפי דבריו ברור שדברי המגיד משנה מורים רק שכעיקרון מותר להרבות בשכר פועל בכפוף לתנאים שמופיעים בשו"ע בסוף הסימן. יש להוסיף שלפי החלקת יעקב עצמו גם הרשב"ם מודה שאין בעיקרון בעיה של רבית בהקדמת שכר, עיין הערה הבאה.

137. החלקת יעקב חלק ב' סימן ר"ד ור"ה (בדפוס חדש, יחלק יו"ד בימן ע"ט ו-פ') נראה שהבין שאין מחלוקת בין רשב"ם לשאר הראשונים. שכן תולה את טעם הדין על פירוש הרשב"ם (ר"ד אות ב', ר"ה אות א') ובמקום אחר תולה את טעם ההיתר משום "שסחורתו הוא מה שהוא עובד בידו ובגופו, וזה הוי כדאיתנהו בידו" (ר"ה אות ב').

"דקא עביד בהדיה מהשתא" – רבית דרבנן

ציינו למעלה שיש להתמודד עם בעיית הרבית משני כיוונים: שמא התשלום שמתקבל עבור המלאכה נחשב רבית, ושמא גוף המלאכה נחשבת כרבית. הוכחנו שאין שאלה של רבית לגבי הכסף, ואילו לגבי גוף המלאכה ייתכן שנכנסנו למחלוקת הראשונים.

למעשה, אפילו אם נלך לפי דעת רוב הראשונים שאין רבית מעיקר הדין בהקדמת מעות למלאכה, קיים גזרה דרבנן משום "מיחזי כרבית" שצריך להתחיל את המלאכה "מהשתא" - מיד. ויש לעיין מה הפירוש של "מיד", אם זה צריך להיות מיד ממש או שמא מספיק שאין פרק הזמן מקבלת המעות עד תחילת המלאכה ארוך כל כך שהיה נראה שבגלל הקדמה כזאת יש זלזול בשכירות. ומכמה מפרשים משמע שצריך להיות מיד ממש.¹³⁸

ולפי זה, אפילו על פי דעת רוב הראשונים שאין בעיה של הלואה בזלזול בשכירות, על כל פנים קיימת בוודאי בעיה של "מיחזי כרבית" דרבנן אם לא מתחיל מיד. ולכן בכל אופן יש לדאוג שאין זלזול בשכירות, אלא שהמשכורת מהשוכר עומדת ביחס סביר למשכורת המשוערת.

התנאי של "דמי התפשרות" אינו הופך את העיסקה ל"קרוב לשכר", כפי שבהיתר עיסקה רגיל התירו תנאי זה. הסיבה היא, שמכיוון שיש ללווה **אפשרות** להישבע אם הוא רוצה, זה נחשב שהמלוה קרוב להפסד.¹³⁹

מספר פרטים נחוצים ליישום ההיתר

ראינו שניתן לבנות היתר רבית כדוגמת היתר עיסקה, אלא שהמלוה נהיה שותפו של הלווה **במלאכתו** וממילא במשכורתו, במקום שותפות **בסחורתו** וברווחים במסחר. סכום המלוה ניתן ממלוה ללווה בתור משכורת מוקדמת. כתמורה חייב הלווה לעבוד מספר שעות, במלאכה מרוויחה כל שהיא, לטובת המלוה. כל מה שירוויח הלווה בשעות אלו ב"שכירות משנה" אצל מעסיק כלשהוא, הינו של המלוה. ואם יש במשכורת זאת מותר על סכום המלוה המקורי, הרי רווח למלוה.

138. עיין שולחן ערוך הרב רבית סימן י"ד שכותב שאפילו בו ביום לו מספיק, אלא צריך ג"כ מיד בתוך היום.

139. וכמו שכתב הרא"ש בעניין תנאי שלא ישקיע אלא בסחורה פלונית ואם ישנה יהיה על אחריות המתעסק, שאין זה קרוב לשכר כיוון שאם רוצה יכול להשקיע בסחורה הנקובה. רא"ש בבא קמא פרק ט' סימן י"ח. וכן פסק ט"ז יו"ד קס"ז ס"ק א' שאין משום קרוב לשכר בתנאי כזה, וכן ברור מהשי"ך שם.

על תשתית זאת אפשר להחיל את כל התנאים של היתר עיסקא רגיל: ניתן לחייב ה"לווה" לתעד את כל ההכנסות שלו ממלאכה, ולהישבע על היקפן. הוא יכול להיפטר מדרישת השבועה על ידי תשלום סכום קצוב כדמי התפשרות, סכום שמשמש כקרן ורבית על הלוואה.

ובמקרה שנפלו מסכום הקרן - המשכורת שניתנה לו - הוא נדרש לישבע. הפועל נפטר מהדרישה לתיעוד ושבועה על ידי תשלום דמי התפשרות בגודל הרבית המקבילה.

ברור אם כן שניתן ללוות בדרך של היתר עיסקא לא רק כנגד כל ההשקעות בסחורה וכדומה שיש לאדם, אלא גם כן כנגד כל כח ההרווחה שלו ממשכורתו. ה"היתר עיסוק" מנצל אפשרות זאת בסעיף 9.

כמובן, במידה שקיימות השקעות רגילות אצל הלווה, אין כל צורך לנצל את הסידור החדש. היתר העיסקא המצורף מחשיב כמשכורת רק את החלק של הלוואה אשר מעבר להשקעותיו המרוויחות של הלווה.

ראינו למעלה בפרק ד' שהיתר עיסקא מתאים **בדיוק** רק לתנאי אשראי מסויימים, ואילו תנאים אחרים מצריכים שינויים מסויימים. הוא הדין בהיתר עיסוק, שיש מצבים מיוחדים שיש להתמודד אתם. להלן כמה פרטים הנחוצים ליישום המעשי של ההיתר:

החזר כספי לא מוגדר מראש

תיארנו עד כה סידור אשר בו תמורת הלוואה מתחייב הלווה לתת למלווה מספר קבוע של שעות עבודה. שעות עבודה אלו עשויות להביא שכר מסויים למלווה. אמנם, בהרבה המקרים אין אשראי לצרכן ניתן לתקופה מסויימת, ובסכום כולל של רבית מוגבל, אלא הרבית המתחייבת הולכת וגדלה כל זמן שהחוב טרם נפרע. הרבית נגבית לפי מספר הימים מלקיחת הלוואה עד לפרעונה.

כדי להתמודד עם סוג זה של אשראי, יש צורך בתנאי נוסף ב"היתר עיסוק". יש צורך ל"מחזר" את הרווחים באופן שהרווחים נעשים הלוואה חדשה. על כל הלוואה מחדשת יש את הרווח של עצמה, ובאופן זה רווחי הבנק אכן גדלים עם הזמן.

ניקח את הדוגמא של משיכת-יתר בבנק. לקוח שאין לו יתרה בחשבון כותב צ'ק לאלף שקל. האלף שקל שהבנק משלם על פי הוראתו נחשבים כמתקבלים אצלו, מדין ערב. על פי הסכם "היתר עיסוק", הסכום הזה נחשב כמשכורת. אם המשכורת המסוכמת שהלקוח מקבל מהבנק הוא עשרים וחמש שקל לשעה, אזי הלקוח חייב ארבעים שעות עבודה לבנק. נגיד שבסוף שבוע עבודה של ארבעים שעות, הלווה מקבל לידי משוכרת על עבודתו - נגיד אלף מאה שקל. הכסף הזה הוא ממש כספו

של הבנק. למעשה, מה שהמעות נמצאות ביד העובד עצמו זה רק מעין פקדון. חשוב להדגיש שאין המעות האלה **חוב** לבנק, אלא הם רכוש הבנק ממש, שכן הבנק זכאי למשכורת זאת. הבנק הרוויח אלף שקל, אבל לא יותר, אפילו אם הלקוח יחזיק במעות עוד שנה.

עכשיו, אם הלקוח יחליט להוציא את המעות האלו על צרכיו הפרטיים, תהיה שליחות יד בפקדון של הבנק. יש פה הוצאה **חדשה** של כספי הבנק, ועל פי ההסכם הוצאה כזאת תהיה כפופה אף היא להסכם "היתר עיסוק". ממילא, כנגד האלף ומאה שקל יתחייב הלקוח עוד שעות עבודה (בנידון שלנו, ארבעים וארבע שעות) שעליהן הבנק יכול גם כן להרוויח. באופן זה ברור שהתמורה שהבנק מרוויח בגין ההלוואה המקורית בהחלט עשויה לגדול עם הזמן.

אם המשכורת של העובד נכנס לחשבון הבנק שלו, אז המצב פשוט הרבה יותר. כשנכנסים האלף ומאה שקל, נשאר הלקוח עם יתרה של מאה שקל. אם הוא יוציא עוד פעם אלף שקל, אז באופן מעשי הוא נכנס לחוב חדש, הכפוף להיתר עיסוק, ואין אנו זקוקים לתנאיים מיוחדים.

המצב זהה למילוח שניתן מגורם אחר, לא הבנק. אם אדם לווה אלף שקל מהחבר שלו, המשכורת שמגיעה לידו, או לחשבון בנק שלו, הינה של המלוה. פה נראה שעצם הכנסת המשכורת לחשבון בנק הפרטי של הלווה תיחשב שליחות יד, וממילא יש הלוואה מחודשת מכספים אלו שהלווה קיבל זה עתה מחדש מכספי המלוה. סידור זה מפורט בסעיף 11 בשטר עיסוק המצורף.

הסכם הצדדים, ויחס עבודה קודמים

למעלה דנו בשאלה אם המלאכה המעשית של הפועל נעשה בשכירות כלפי השוכר (והמעסיק הישיר שוכר את העבודה הזאת מהשוכר הראשון), או שמא מלאכה זאת נעשית בשכירות כרגיל כלפי המעסיק הישיר, הנהנה (ומה שהפועל הוא "שכיר ופועל" של הבנק, זהו הסכם נפרד, "שכירות-על").

כבר ציינו שעל פי התפיסה שהנהנה שוכר את המלאכה מן השוכר, ולא מן הפועל, יש חיוב להודיע לו, כדי שיידע עם מי יש לו דין ודברים. הבאנו את דברי הסמ"ע, שקובע שאסור לנצל את שדהו של הנהנה, בנידון שלנו מקום העבודה של המעסיק, כדי להרוויח אלא אם כן מודיעים לו; וניסינו להוכיח שהסמ"ע רואה את המקרה של "הראהו בשל חברו" לפי התפיסה הזאת של שכירויות נפרדות.¹⁴⁰

140. כמובן, זה לא מחייב שהסמ"ע רואה שותפות על פי תפיסה זאת. להיפך, מסתבר שגם הסמ"ע רואה שותפות באומנות בתור "שכירות-על", שכן הראשונים דימו שותפות זאת ל"שכרו ללקט מציאות", ולא ל"הראהו של חברו".

אם מדובר בנידון של מעסיק קבוע, יש בעיה נוספת. מכיוון שהשוכר מספק את שעות העבודה "שלו", הפועל עצמו כאילו "התפטר" לאותה תקופה. בדוגמא שלנו למעלה שהפועל לווה אלף שקל ומתחייב אלף שעות, גישה זאת גורסת שהבנק הוא שסיפק את שעות העבודה האלו למעסיק - לא הפועל. וייתכן של"העדר" כזה יש השלכות לגבי משכורת, ותק, פנסיה, וכו' - אף על פי שהפועל **בגופו** נמצא כל הזמן.

בדיון למעלה ניסינו להוכיח ששותפות באומנות **אינה** קבלנות או "סוכנות כח אדם" כפי הגישה הראשונה, אלא שכירות-על כפי הגישה השנייה שהצגנו. וכן היא דעת מורנו נשיא מכון הג"ר זלמן נחמיה גולדברג ועוד פוסקים חשובים שדנו אתנו בנושא, שהסכמת המעסיק אינה הכרחית.

מכל מקום, חשוב לדעת שעל פי הגישה הראשונה, הסכמת המעסיק חיונית לא רק במישור הישור, שיידע עם מי יש לו עסק; היא נוגעת גם כן לזכויות ממון ממשיות ובסיסיות.

המצב המשפטי

לכאורה יש אף בעיה נוספת בסידור שלנו על פי גישת "סוכנות כח אדם". גישה זאת גורסת שהמעסיק ה"אמיתי" הינו הבנק, תוך כדי שכל האחריות של מעסיק כגון מס מעסיקים, ביטוח, וכדומה נופלים על המעסיק הישיר, שהוא כביכול רק שוכר שירותים מן הבנק - ה"סוכנות".

האמת היא שבעיה זאת קיימת באותה מידה בדיוק בהיתר עיסקא רגיל. כאשר אדם עושה היתר עיסקא עם הבנק, על פי ההלכה הוא מוכר חלק מהבית שלו, או של המניות שלו, לבנק. אבל אינו מודיע לא לטאבו ולא לרשות ניירות הערך על מכירה זאת.

שינויי גרסאות כאלו בין משפטי התורה לבין משפטי המלך הם נושא למחלוקת עתיקה. הסכמת הפוסקים היא שבמידה שהסידור ההלכתי נעשה בהסכמת הרשויות, ואין סתירה בין המחוייבות ההלכתית לבין המחוייבות המשפטית (אלא רק שוני בהסתכלות במחוייבויות), אין לראות בשוני בהסתכלות משום ביטול המעמד ההלכתי, אפילו בהקשרים שקיי"ל "דינא דמלכותא דינא"¹⁴¹.

ולפי מה שצידדנו שהשכירות כלפי הבנק קיימת במפלס נפרד מזאת כלפי המעסיק, אין הבעיה עולה, שכן אין טעם שהמעסיק הקבוע יהיה פטור מחיובי מעסיק.

141. עיין חתם סופר חלק אורח חיים סימן קי"ג, שמה שהמלך פוטר מכירת חמץ בחותמת המס ("שטעמפלי") אין פירושו שאין המלכות מכירה במכר זה כתקף. העליתי את הנושא עם מספר עורכי דין תלמידי חכמים, ואלו לא צפו בעיה משפטית מיוחדת בהיתר עיסקא מעבר לבעיות המצויות בהיתר עיסקא רגיל.

מגבלות שנשארו

יש לציין, שעדיין לא נמצאה דרך היתר ללוות בהיתר עיסקא כנגד רווחים שאינם לא מהשקעה ולא משכר פעולה. לדוגמא: אי אפשר ללוות על צד היתר עיסקא כדי לשלם את הרווחים מביטוח לאומי, מפנסיה, או ממזונות - כל אלו לא תלויים בפעולה וכן יש מהם שעל פי חוק לא ניתנים לשעבוד.

תלמיד בכולל

יש להסתפק במעמד של מילגה של תלמיד בכולל. מצד אחד כסף זה ניתן עבור נוכחות קבועה לפי שעות כמו משכורת, לעומת זאת התמורה אינה ממש עבור העבודה דהיינו לימוד התורה. קביעת נשיא המכון הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א היא שמילגה נחשבת כמשכורת לצורך היתר עיסקא זה, ולכן תלמיד כולל יכול על סמך היתר זה ללוות ברבית אפילו אם אינו בעלים על השקעות כלשהן.

אפילו אם לא היינו מחשיבים מילגה כמשכורת, היה מקום להקל על ידי זה שהיינו מחשיבים את הכולל כ"קונה" הזמן של התלמיד מנותן העיסקא. הנותן לא מקבל את חלקו במשכורת בתור "משכיר" עבודת המקבל, אלא בתור "מוכר" אותו.

יתרונות היתר עיסוק על היתר עיסקא רגיל

הפוסקים שליט"א, מורנו נשיא המכון הגאון רב זלמן נחמיה גולדברג וכן פוסקים אחרים שדנו בעניין היתר העיסוק, על אף שהסכימו לעצם ההיתר של סידור זה, לא רצו שהסידור יחליף את ההיתר המקובל אלא לכל היותר ישלים אותו. אמנם, לרווחא דמילתא יש לציין שיש לסידור זה יתרונות מסויימים על היתר עיסקא רגיל, אפילו אם התנאים לעיסקא רגילה קיימים:

תוקף הקניין

בהיתר עיסקא רגיל יש צורך להקנות את העיסקא לנותן. תנאי זה לא מתקיים בכמעט אף עיסקא בימינו. ונוהגים לסמוך על דעת שלחן ערוך הרב¹⁴² שאף על פי שקנין כסף אינו קונה אלא לעניין מי שפרע, מכל מקום לעניין רבית די בקניין כסף. וממילא בעצם מה שהמקבל מקבל את כסף העיסקא, נחשב כמקנה את הסחורה לנותן. אלא שלמעשה בימינו אינו מצוי שהמקבל אפילו מקבל מעות ביד; לרוב יש העברה בנקאית כשהכסף נכנס לחשבון בנק של ה"לווה". אכן מסתבר שהעברה

142. שו"ע הרב דיני רבית סימן מ"ג.

סיכום

כזאת מהווה קניין כסף גמור¹⁴³, אבל על כל פנים ברוב המקרים היתר עיסקא נשען על חידושו של בעל התניא בשו"ע שלו יחד עם השלכת דין זה למציאות המסחרית של ימינו.

בשכירות פועלים לעומת זאת אין כל צורך בקניין. אם סיכמו הצדדים ביניהם תנאי השכירות, תחילת מלאכה נחשבת כקניין כל שלא חזרו בהם הצדדים. אם כן, בעצם הסכם השכירות, תיחשב מלאכת הלווה כעבודה לטובת המלווה.

התאמת היחס ההלכתי ליחס הכלכלי

אפשר להוסיף טעם אחר שאינו הלכתי לגמרי, והוא עניין ההערמה. היתר עיסוק משקף את היחס הכלכלי האמיתי בין בנק ללקוח באשראי צרכני באופן יותר אמין מאשר היתר עיסקא. באישור ללקוח בסוג זה של אשראי, אינם מתעניינים באפיקי ההשקעות שלו אלא בתלוש המשכורת שלו, ובוזה הם רואים את עצמם שותפים ללווה.

יחס זה מוצא ביטוי גם כן בלשון הדיוט.¹⁴⁴ בעלי משכנתא נשמעים מדי פעם מתבטאים שהבית שלהם שייך לבנק; במקביל, אנשים עם חובות גדולים מדי פעם מרגישים, ואף מתבטאים, שאינם עובדים לעצמם אלא למעשה הם עובדים לבנק. ואכן, על פי היתר עיסקא ביתו של בעל משכנתא שייך בעיקר לבנק, ועל פי היתר עיסוק אשראי לצרכן עשוי להפוך את הלווה לשכירו של הבנק.

למרות כל השיקולים האלו, על פי עצת הפוסקים שליט"א, בשטר העיסקא המצורף, השותפות במלאכה היא בנוסף לדרך המקובלת, ולא במקומה. האשראי המכוסה בהשקעות מרוויחות ניתנת בדרך של היתר עיסקא רגיל, ורק המותר ניתן בדרך של "היתר עיסוק".

סיכום

במאמר זה תיארנו סידור חדש שמאפשר ללוות ולתת רווחים בהיתר, אפילו ללווה שאינו בעל עסקים. בסידור זה המלווה נהיה שותפו של הלווה לא במסחר שלו כנהוג בהיתר עיסקא, אלא במלאכה שלו. לכן כינינו את הסידור "היתר עיסוק", שכן המלווה נהיה שותף בעיסוקו של הלווה.

143. כפי שהוכח במחקר מתמשך של מכון כת"ר, אשר בעזרת השם יראה אור בכרך הבא של מחקרי המכון.

144. וחז"ל היו רגילים לדרוש לשון הדיוט, עיין בבא מציעא קד ע"א וקד ע"ב.

היסודות ההלכתיים של ההיתר הם מוסכמים למעשה. לעומת זאת, אף על פי שהיתר עיסקא עצמו הוא אמצעי מוסכם לעשות היתר הלואה במעין רבית, הרחבת ההיתר ללווה שאינו בעל השקעות כהיקף ההלוואה שנויה במחלוקת, ורבו מאד המחמירים בדבר. לכן יש יתרון בסידור שאינו מתבסס על השקעות, אלא על משכורת.

הסידור הוא פשוט מאד: כשאדם לווה מן הבנק, הכסף מתקבל כמשכורת. תמורת המשכורת הלקוח נהיה "שכיר ופועל" של הבנק, ומתחייב לעבוד מספר שעות לטובת הבנק, לפי שכר נקוב. את השעות האלו הלקוח מרצה בכל עבודה שהיא, כולל בעבודתו הקבועה אצל מעסיקו הרגיל. אלא שעל פי ההסכם עם הבנק, אשר לפיו עצם ההשתכרות הזאת אצל המעסיק כפופה לשכירות הפועל כלפי הבנק, שכר המלאכה הוא שייך לבנק. שכר זה יכול להיות גבוה יותר מהמשכורת שסיכם הלקוח עם הבנק, וממילא מצוי שיהיו לבנק רווחים.

במקביל להיתר עיסקא רגיל, שהופך רווח משוער ממסחר לרווח מבוטח כמעט על ידי סידור "דמי התפשרות", ניתן לסכם על דמי התפשרות גם בהיתר עיסוק, ובכך להלביש את ההיתר להסכמי אשראי שונים.

במסגרתן של פעולות האשראי המצויות של ימינו, נראה שהתוקף הקנייני של היתר זה ברור יותר מאשר זה של היתר עיסקא בהרבה מקרים. בנוסף לכך, לדעתנו סידור זה משקף באופן יותר אמין את היחס הכלכלי האמיתי שקיים בין בנק ללקוח בענף האשראי הצרכני, ועל כן ההערמה שבו פחותה מזו שבשימוש בהיתר עיסקא.

מורנו נשיא המכון כבר הסכים לעצם ההיתר של סידור זה, ופוסקים אחרים גם כן הסכימו לכך. התקווה שלנו היא שהצעת סידור זה לציבור על ידי השטר המצורף, ופירוש יסודותיו במאמר זה, יזרזו את הציבור לבחון את הרגלי האשראי שלו במבחן של הלכות רבית החמורות, ובמידה שסידור זה יכול להוות דרך לנהל את החיים המסחריים יותר בהידור, שיעשו בו שימוש. כך ש"היתר העיסוק" ישמש כלי נוסף לאפשר ליהודים לשמור את התורה בהידור תוך כדי מעורבותם הנצרכת בעולם המעשה.

נוסח "היתר עיסוק"¹⁴⁵

הכרזה כללית שכל ענייני העוסק שיש בהם משום רבית יהיו על צד היתר עיסקא, דהיינו חצי מלווה וחצי פקדון, הכל מושקע ביחד. בשטר לא מוזכר מי ה"נותן" ומי ה"מקבל" כי מצוי שלוים ומלוים לפרקים כלפי אותו אדם או גוף.

יש איסור לא רק להלוות ברבית אלא גם ללוות ברבית.

מצויין שגם שוה כסף - סחורה או שירותים - ניתן בתורת עיסקא, כי גם באלו יש רבית כמפורש בתורה "כל דבר אשר ישך" (דברים כג: כ).

רצוי להימנע מלשון הלוואה ורבית, אבל במקרה שמשתמשים בלשון הנהוגה, מפורש שמדובר בעצם בעיסקא ורווחים בעיסקא.

⁽¹⁾ אנו מודיעים בזה בשם _____ (להלן "העוסק") שכל ענייני הכספים שיש בהם איסור רבית, הן דאורייתא הן דרבנן והן אבק רבית, אשר יעסוק בהם העוסק, יהיה בידי המקבל או החייב בתורת עיסקא כתיקון חז"ל,

⁽²⁾ בין מה שיתן לאחרים ובין מה שיקבל מאחרים,

⁽³⁾ בין בכסף, ובין בשוה כסף, בכל סוגי אשראי ופקדונות,

⁽⁴⁾ ואף אם מוזכר בהם לשון הלוואה או רבית או הצמדה,

145. בניסוח השטר נעזרנו בלשוונותיהם של שטרי עיסקא מודפסים שונים. במיוחד נעזרנו בנוסח שטר עיסקא שהודפס ב"תחומין" ז', עמוד 8-167.

עדיפות המקבל ברווח נחשבת לו כשכר טרחה. כך מאמציו עבור העיסוק לא נחשבים תמורה אסורה עבור חלק המילוח שבעיסוקא. (שו"ע יו"ד קע"ז: ב') פה יש למקבל עדיפות נוספת, שכל רווח מעבר לדמי ההתפשרות הם שלו.

אם הכל פקדון, אז אין חשש רבית, אם הכסף אכן מושקע באיזשהו עסק. אבל אם אינו מושקע כלל, הכסף נשאר הלואה ולא תעזור תורת פקדון. עדיף שהצדדים יפרטו איזה עסקים כלולים בתנאי זה.

היתר עיסוק מועיל רק אם הכסף אכן מושקע בעיסוקא שמסוגלת להרוויח רווחים. דאם לא כן הכל נחשב הלואה וכל תשלום רווחים נחשב רבית.

⁽⁵⁾ וחלקו של המקבל יהיה מחצית מן הרווח, ובהפסד ח"ו יקבל המקבל שלישי והנותן שני שלישי.

⁽⁶⁾ ובאם יעסוק המקבל בעסקים שאין בתנאי היתר זה כדי לבטל מהם איסור רבית, יהיו תנאי ההתעסקות בעסקים אלה בתורת פקדון כולו ביד המקבל, ועל המקבל תהיה רק אחריות פשיעה גניבה ואבידה.

⁽⁷⁾ המקבל, בין בתורת עיסוקא ובין בתורת פקדון, יעסוק בכל עסקיו המותרים לטובת העיסוקא, לטובת הנותן באופן היותר מועיל עפ"י דין תורה ותיקון חז"ל.

סעיף זה פותר שתי בעיות מצויות בנוסח הרגיל של היתר עיסוק :

1. רוב האשראי לצרכנים אינו מושקע ולכן יש לשתף את הנותן בהשקעות אחרות. (שו"ע הרב מ"ג)
2. אם הנותן מכיר את פרטי המאזן של יעד ההלוואה, אז לא שייך שידרוש דמי התפשרות מעבר לרווחים הידועים לו. לכן יש לשתף אותו בהשקעות אחרות. (ועיין בשטר היתר עיסוק המקורי שנחלת שבעה סימן מ' שחל על "וכל עסק טוב וסחורה טובה שיזדמן לידינו".)

תנאי חדש זה מאפשר לקבל כספים באשראי מעבר לכל היקף ההשקעות - הקיימות והעתידות - של המקבל. הכסף אינו עיסוק אלא משכורת. המקבל מחוייב בקבלת המכשורת לעבוד מספר שעות עבור הנותן. כשהמקבל יעבוד כשכיר אצל מעסיק אחר, אז יזכה ממילא הנותן במשכורתו. (דין מקביל בשו"ע חו"מ של"ו:א')

⁽⁸⁾ כל פעולותיו הכספיות של המקבל וכל עסקיו בהווה ובעתיד יחשבו כחלק מן העיסוק, גם אם תינתן העיסוק למטרה מסויימת. קבלת דמי העיסוק על ידי המקבל, בין בכסף או בשוה כסף או ע"י רישום בחשבונו, תיחשב כתחילת משא ומתן של השותפות בעיסוק.

⁽⁹⁾ **ובמידה שאין באפשרותו או בכוונתו של המקבל לעשות עסק בכל כספי העיסוק, אזי כל כסף או שוה כסף המתקבל שאינו מזכה לנותן חלק בהשקעה מרוויחה, מתקבל אצל המקבל כמשכורת, ותמורת משכורת זאת נהיה המקבל שכיר ופועלו של הנותן לעבוד מספר שעות לפי השכר המסוכם ביניהם, להשתכר לכל עבודה מרוויחה לטובת הנותן. בפרט, אם יעבוד אצל מעסיקים אחרים יהיה זה בתור שכיר ופועלו של הנותן, והנותן יזכה בכל שכר הפעולה עבור עבודת שכיר אצל מעסיקים אלו.**

תנאי זה מבטיח שהשכר שהעסק מקבל מהמלוה אינו חורג בעליל משווי מלאכתו, כך שאין חשש של "מרבית על השכר" באופן האסור.

זהו תנאי "מיחזור" אשר הופך כל הוצאה של רווחי המעסיק להלוואה חדשה. בעסקא רגילה אין צורך בתנאי זה, כי הכסף אינו ניתן להוצאה אלא להשקעות, ולכן אפשר להמשיך ולהתעסק באותו כסף. אבל במשכורת זוכה המקבל לגמרי, וכדי להצדיק אשראי ממושך עם החזר מתרבה, יש צורך לחדש את מעגל האשראי והשכירות. כל שימוש במשכורת נחשב כהלוואה חדשה.

הסתיוו הפוסקים מדרישת עדות על הקרן, כי לא מצוי כלל שיוכל מתעסק להביא עדים על מאזן עסקיו הפרטיים. (עיין בט"ז וש"ך שו"ע יו"ד קסז: א לגבי דרישה זאת.) נדרשת שבועה על רווחים על עסקא כנהוג, וגם כן על רווחים משכירות ב"היתר עיסוק".

⁽¹⁰⁾ השכר המסוכם לעניין סעיף (9) יהיה השכר הממוצע של המקבל במאה שעות העבודה האחרונות שלו שקיים בהן תלוש משכורת או תיעוד אחר.

⁽¹¹⁾ משכורת שיקבל המקבל ממעסיק אחר תמורת מלאכה שנשתכר לה לטובת הנותן, הינה ממונו של הנותן, כמפורט בסעיף 9. יהיה המקבל רשאי להוציא ממון זה לצורך עצמו, וההוצאה הזאת לצרכיו הפרטיים תיחשב כהלוואה חדשה כפופה לכל תנאי שטר עסקא זה.

כניסת משכורת לחשבון שהנותן מחזיק לטובת המקבל, נחשב כתשלום אותה משכורת לנותן לפי הסכם זה.

⁽¹²⁾ המקבל לא יהא נאמן על קרן של עסקא כי אם עפ"י עדים כשרים ונאמנים, ולא על הרווח מעסקא ומשכירות המקבל כפועל, כי אם עפ"י שבועה חמורה,

בדרך כלל יעדיף המקבל לשלם דמי ההתפשרות ולא להביא הוכחה, וזה לשתיה סיבות:

1. אדם ירא שמיים נרתע משבועה חמורה ואפילו שבועת אמת;
2. קשה למתעסק לתעד את הפסדיו אפילו לעצמו באופן שתהיה לו טענה כה ברורה שיהיה ניתן להישבע על פיה.

יש שבנקים וכדו' נותנים את התמורה עוד לפני קבלת האשראי, כגון נתינת מתנה עבור פתיחת חשבון, חשוב לכלול אף מצב זה בהיתר עיסוקא.

⁽¹³⁾ אלא אם כן יתן לנותן עבור חלקו ברווח כפי הנהוג בעסקות אשראי, או כפי שיוסכם ביניהם, כולל הפרשי הצמדה לסוגיהן, הטבות ומענקים, ואז יהא פטור מחובת ההוכחה, ומותר הרווח יהא לו לבדו.

⁽¹⁴⁾ וכל תשלום או הטבה אשר ינתן לפני ההתעסקות לא יהא נחשב כי אם כתשלום על חשבון באופן המותר.

מחיל תנאי היתר עיסקא על כל עסקות האשראי, אפילו אם פקיד התנה אחרת או אם אחד הצדדים לא ידע מעניין ההיתר עיסקא.

⁽¹⁵⁾ ויש תוקף ועדיפות להחלטה והתחייבות זו כאחת מתקנות הקבועות של העוסק, ואין רשות לאף אחד לפעול בשם הח"מ, ללוות או להלוות, להתחייב או לקבל התחייבות, באופן שיש בהם איסור רבית, כי אם על-פי תנאי היתר עיסקא כנ"ל, ובפירוש התנה שאם מאיזו סיבה שהיא לא ידע המקבל או הנותן ענין היתר עיסקא זה, או שלא ידע בכלל מהו עיסקא, יהיו נוהגים בו דיני עיסקא כנ"ל, ותחולנה עליו כל הזכויות והחובות שיש למקבל בעיסקא או לנותן בעיסקא, כפי תנאי היתר עיסקא זה, אחרי שעפ"י החלטה זו לא יעסוק העוסק בשום עניני כספים שיש בהם איסור רבית, וכל מתעסק עם העוסק על-פי תקנותיו הוא מתעסק.

חתימה: _____

מכתבו של הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א

ב"ה, יום ד', י"ב אדר א' תשנ"ז

כבוד הרב המופלג רבי אשר מאיר שליט"א

שמחתי לשמוע ולראות מה שהעלה כת"ר דרך חדשה להיתר עיסקה, והוא שהנותן מעות לחבירו יאמר לו: במעות אלו אני שוכר אותך שתעשה מלאכה עבורי כך וכך ימים או כך (ו)כך שעות במשך ימים, וכל מה שתרויח בהם שייך לי. והרי זה כשוכר פועל ואמר לו עשה עמי מלאכה היום, שאז גם מציאה שמצא הפועל שייך לבעל הבית וכמפורש בגמ' ב"מ. וממילא גם אם מצא הפועל מציאות ומלאכה יותר משכרו, מותר לבעל הבית ליקח.

והן אמת ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, מ"מ אין קפידא ואיסור לשלם לפועל בתחילת מלאכתו ולזכות בפועל לענין מלאכה.

אכן, זכותו של הפועל לחזור בו וכדקימל"ן שפועל יכול לחזור בו, אבל מ"מ כל זמן שלא חזר בו הרי מלאכתו שייך לבעל הבית, וכן יש למצוא אופן שלא יוכל לחזור בו, וכגון שקיבל בקנין שדעת הריטב"א שאינו יכול לחזור, וכמו שהביא הש"ך בסימן של"ב סק"ד. ומסתבר שגם בקבלן מותר, אף שמלאכתו שוה יותר ממה שקיבל בשכרו. ולעני"ד היא דרך נכונה.

ואחתום בברכה

זלמן נחמיה גולדברג

מפתח נושאים

מניעת הפסד כריווח, 483	אויערבאך, רב שלמה זלמן, 480, 489
מקורו, 467, 471	490
פקדון, 472, 475	אשכול. עיין הר"א אב"ד
קניין, 512	ביטול כיס, 480, 481, 482
ריווח טובייקטיבי, 483	בית יוסף, 491, 497, 503
ריווח עקיף, 479, 480, 483, 484, 486	בלויא, הרב יעקב ישעי'. עיין: ברית
שכר פעולה כריווח, 483	יהודה, פתחי חושן
היתרי רבית	ברית יהודה, 469, 473, 475, 477, 481
מקח חוזר, 470	490, 489
עדות על הפסדים, 469	דמי התפשרות, 472, 473, 474, 476
קנס, 471	480, 489, 490, 500, 508, 509, 514
שבועה על הפסדים, 469	517
תנאי מגביל, 469	היישריק, הרב אליהו רפאל, 480, 483
הר"א אב"ד, 491, 497, 498	עיין גם תורת רבית
ורהפטיג, רב איתמר, 470	היתר עיסוק, 463, 467, 474, 507, 509
חזון איש, 469, 491	510, 512, 513, 515, 518
חכמת שלמה. עיין קלוגר, הרב שלמה	ביטוח לאומי, 512
חלקת יעקב, 475, 480, 486, 487, 507	הסכמת המעסיק, 510
טוב טעם ודעת. עיין קלוגר, הרב שלמה	יתרונותיו, 512
יד פועל כיד בעל הבית, 503, 504	מזונות, 512
מהר"ם קראקא, 471	מצב מפשטי, 511
מהרש"ם, 478, 480, 483, 485, 486, 487	פנסיה, 512
489	תלמיד כולל, 512
מרדכי, 471, 481, 491	היתר עיסוקא
מתווך, 493, 499	אין השקעות ללוה, 476
נתנזון, הרב יוסף שאול.	אין קבלת מעות, 475
עיין שואל ומשיב	כסף ההלוואה אינו מושקע, 474
סמ"ע, 467, 469, 471, 473, 477, 495	מגבלותיו, 467
510, 496, 503	מהותו, 467
עיטור, 491, 497	מלוה מודע למאזן ההשקעה, 474

שואל ומשיב, 478, 480, 483, 488, 489	פתחי חושן, 496
שותפות	קבלנות, 492, 496, 497, 511
פיצול אישיות בה, 484	קלוגר, רב שלמה, 478, 479, 480, 485,
שכיר ופועל, 491, 492, 493, 496,	486
514, 510, 502, 501, 499, 498, 497	ראב"ד, 477, 491, 503, 504
שטר הטבה, 470	רב יעקב מאורליינש, 471
שכירות, 485, 493	רב שלמה זלמן מליאדי. עיין שלחן ערוך
על ידי שותף, 485, 486, 487	הרב
פועלים, 492	רבית
רבית בה, 477, 489	במלאכה, 504
שכירות-על, 492, 493, 495, 499,	בעיסקא, 500
511, 510	זלזול בשכירות, 504
שלחן ערוך הרב, 474, 477, 512, 517	רבית דברים, 472, 477
שליחות יד, 476	רמ"א, 469, 473, 485, 504
תוספות, 469, 470, 506	רמב"ם, 469, 491, 499, 503
תורת רבית, 475, 480, 481, 490	רשב"א, 471, 485, 486, 491, 498, 501,
תשב"ץ, 472, 485, 486	502, 505
	שבועת השותפין, 472, 473, 476, 477,
	489, 490, 500

Contents

Foreword	
The Editors	5
Shabbat Observance in the Modern Economy	
Rabbi Shlomo Ishon	15
Halachic summary	203
Halachic Principles of Insurance Agreements	
Rabbi Yehudas Fruman	223
Some Halachic and Legal Aspects of the Heter Iska	
David Mishan	403
"Heter Isuk" - A New Type of Heter Iska based on Labor Earnings	
Rabbi Asher Meir	463
Sample "Heter Isuk" Contract	515

KETER

Studies in Economics and Law According to Halacha

Volume Two

5759 1999

Editors:

Rabbi Shlomo Ishon

Rabbi Yitzhak Bazak

Keter institute Members who have contributed to this volume:

Rabbi Yehuda Fruman

Rabbi Asher Meir

Rabbi Shlomo Ishon

David Mishan

The Moshe and Matel Heller Keter Institute
Kedumim