

היתר עסקא כללי לעסק

הרב שלמה אישון

מבוא	4. שיטת המהרש"ם – דין "זכין"
א. תוקפו של היתר עסקא כאשר הלקוחות אינם מודעים לו	5. הצעת האדמו"ר מלובלין
1. הצורך הבנת משמעותו של היתר העסקא	6. תוקפו הייחודי של היתר עסקא של חברה בע"מ
2. הלוואת סאה בסאה כאשר יצא השער	ב. תוקפו של שעבוד כללי ללא רישום בטאבו
3. אפוטרופוס המלווה מעות יתומים	

מבוא

בשנים האחרונות בתי עסק רבים חותמים על היתר עסקא כללי על מנת לפטור את כל הפעילות הכלכלית של העסק מאיסור ריבית. המשמעות ההלכתית של היתר עסקא כללי היא שכל חוב באשר הוא הופך לעסקא, דהיינו לכסף שניתן לצרכי השקעה. לפיכך, הצדדים מסכמים שגם אם החוב נוצר שלא עקב קבלת תשלום, כגון, חוב שנוצר עקב קבלת סחורה, בכל זאת, החייב יקבל אותו על עצמו כהשקעה של הצד השני. בהמשך לכך, החייב מתחייב להשקיע את הכסף בהשקעות נושאות רווחים אותם ייתן לבעל החוב.¹ נוהג זה מעורר את שאלת תוקפו של היתר עסקא כאשר הלקוחות אינם מודעים לו. כמו כן, נדון באפשרות לשעבד את נכסי החייב לצורך העסקא.

א. תוקפו של היתר עסקא כאשר הלקוחות אינם מודעים לו

בנוסח היתר עסקא הכללי של מכון כתר (לקמן, סעיף 4.ג.), כמו גם בנוסחים רבים אחרים, קיים סעיף הקובע כי היתר העסקא תקף גם כאשר הלקוח אינו מודע לו:

* הרב שלמה אישון, מכון כתר; רב מורח העיר רעננה, אב"ד בבית הדין "ארץ חמדה – גזית", רמת גן. היתר עסקא זה נכתב במסגרת מכון כתר.

1. ראו רמ"א יו"ד קסז, א; ברית יהודה לה, ט, שניתן להתנות מראש שהלוואה תהפוך לעסקא. היות ש"מלווה להוצאה נתנה" הרי שבשעה שהלוואה הופכת לעסקא המעות כבר לא בעין ונשאר רק החוב. ומכאן, שניתן להתנות כך על כל חוב, ללא תלות בשאלה איך החוב נוצר – אם כתוצאה מקבלת כסף אם כתוצאה מקבלת סחורה או בדרך אחרת.

בפירוש הותנה שגם אם מאיזו סיבה שהיא לא ידע המפקיד או המקבל עניין היתר עיסקא זה, או לא ידע בכלל מהו היתר עיסקא, יהיו נוהגים בו תנאי היתר עיסקא זה, זאת משום שעל פי החלטת החברה, היא לא תעסוק בעסקה כספית שיש בה איסור ריבית, וכל המתעסק עם החברה – על פי תקנותיה הוא מתעסק.

מה תוקפו של סעיף כזה?

1. הצורך הבנת משמעותו של היתר העסקא

ביחס לצורך הבנת משמעותו של היתר העסקא, הביא בספר חכמת אדם מקונטרס הסמ"ע:

וגם צריכין שיהיו הענינים הללו מבוארין בשטר, וידעו ויבינו זה הלווה והמקבל.²

והוסיף על כך החכמת אדם עצמו:

נראה לי דסבירא ליה כמו שכתב הב"ח... וגם הש"ך כתב דלכתחלה צריכין שידעו.

וכן כתבו פוסקים נוספים, ששני הצדדים צריכים להבין את עניין היתר העסקא. אכן, מההשוואה שהשווה החכמת אדם בין הצורך בידיעת היתר העסקא לבין מחלוקת הפוסקים³ בעניין "סאה בסאה" (הלוואת מוצר בכמות מסוימת, כאשר הלווה מתחייב להחזיר את אותה כמות) עולה שבדיעבד היתר עסקא מועיל אף אם אחד הצדדים אינו מבין את משמעותו או אף אינו יודע כלל על קיומו.

המעין בקונטרס הסמ"ע ימצא שהחכמת אדם הביא רק את תחילת דבריו אך השמיט את סופם. בהמשך מתייחס הסמ"ע לנוסח היתר העסקה המקובל, שכתוב בו שהלווה ייפטר מתשלום אם יישבע שהפסיד, וכתב:

מיהו אם אינו רוצה לגלות זה להלווה או להמקבל שיהיה נאמן בשבועה, יכול להסתיר ממנו הדבר. אבל על כל פנים יסכים בדעתו להאמינו בשבועה כשיהיו חלוקים ביניהם.⁴

דהיינו, הסמ"ע כותב שנותן הכסף יכול להסתיר מהמקבל את העובדה שהמקבל יכול להיפטר מתשלום הרווחים אם יישבע שהיו הפסדים. משמע שיש תוקף להסכם גם ללא מודעות מלאה של הצדדים לפרטיו, ובהקשר זה, ללא מודעות של המקבל לאפשרות להיפטר מהשבת הכסף. לכאורה, דברים אלו של הסמ"ע סותרים את דבריו לעיל, שצריך שהצדדים ידעו את עניין היתר העסקא ויבינו אותו.

בהסבר דברי הסמ"ע כתב בשו"ת מנחת יצחק⁵ שוודאי שאין כוונתו שהמלווה יסתיר לחלוטין מהלווה את העובדה שיש באפשרותו להיפטר מתשלום הרווחים. כוונתו היא שיגלה לו שהוא יכול להיפטר מתשלום אם יביא עדים כשרים שיעידו שלא הרוויח, ולא יגלה לו שהוא יכול להיפטר גם על ידי שבועה. במצב כזה, בו ישנה מודעות של המקבל

2. חכמת אדם קמ"ג, ג.

3. שולחן ערוך יו"ד קס"ב, ב. עיינו שם בנושאי הכלים, וכן בבית יוסף ובב"ח שם ד"ה ואם יש ללווה.

4. קונטרס הסמ"ע דרך קצרה אות ד. ועיינו בבית אדם קמ"ב, ט, שתמה על דברי הסמ"ע הללו.

5. שו"ת מנחת יצחק ד, טז.

לאחת מהדרכים להיפטר מתשלום הרווחים, די בכך כדי שלא יהיה מדובר בהלוואה בריבית. אבל במקרה שבו הצדדים סבורים שמדובר בהלוואה בריבית והם אינם מודעות לפרטי ההסכם עליו חתמו המגדיר את ההלוואה כעסקא – לא יהיה להסכם תוקף. אולם, ניתן לציין שתי סוגיות מהן עולה שבדיעבד יש תוקף להיתר עסקא גם ללא מודעות של הצדדים לקיומו.

2. הלוואת סאה בסאה כאשר יצא השער

סוגיה ממנה מוכח שיש תוקף להיתר עסקא גם ללא מודעות לקיומו היא סוגיית הלוואת "סאה בסאה" כאשר "יצא השער". במשנה נאמר:

אין פוסקין על הפירות עד שיצא השער, יצא השער – פוסקין, ואף על פי שאין לזה יש לזה.⁶

בעניין זה פסק הרמב"ם:

כשם שמותר למוכר לפסוק על שער שבשוק, כך מותר ללוות הפירות סתם ופורעין סתם בלא קביעת זמן על השער שבשוק. כיצד? היה השער קבוע וידוע לשניהם, ולוה מחבירו עשר סאין – חייב להחזיר לו עשר סאין, אף על פי שהוקרו החיטים. שהרי כשלוה ממנו היה השער ידוע, ואילו רצה היה קונה ומחזיר לו, שהרי לא קבע לו זמן.⁷

דהיינו, כאשר אדם מלווה לחברו כמות מסוימת של פירות והלווה יצטרך להחזיר את אותה כמות, אם מחיר הפירות ידוע אין בכך איסור ריבית, וכן נפסק בשו"ע.⁸ נימוק לדין זה כתב הבית יוסף:

וטעם ההיתר כפי מה שפירש רש"י שם הוא משום דכיון דשכיחי חטי למיזבן, מדמינן ליה לאומר הלוני עד שיבא בני או עד שאמצא המפתח. וקרוב לזה נראה מדברי הרמב"ם, אלא שהצריך שיהיה השער ידוע לשניהם. ונראה דטעמו משום דכל שלאחד מהם אין השער ידוע, נמצא שמתכוין להלוות או ללוות על מנת לקבל או לפרוע חטים בזמן היוקר, וכיון שנתכוין שום אחד מהם לשם רבית – אסור.⁹

הבית יוסף התנה את ההיתר בכך ששני הצדדים יידעו את השער, ולא, מן הסתם התכוונו לשם ריבית. משמע, שנדרש שהצדדים לעסקה יתכוונו שלא מדובר על ריבית. לעומת זאת מדברי הט"ז¹⁰ שכתב שיש צורך בידיעת השער בלבד, משמע שאין צורך להתכוון שלא לקבל ריבית. מכל מקום, אף אם הבית יוסף מסכים ששני הצדדים צריכים לדעת שאין במעשיהם משום ריבית, זוהי רק דרישה לכתחילה, אך בדיעבד הדבר מותר. לפיכך,

6. בבא מציעא עב, ב.

7. רמב"ם מלווה ולוה י, א.

8. שולחן ערוך יו"ד קסב, ג.

9. בית יוסף יו"ד קסב, ד"ה אם יצא השער.

10. ט"ז יו"ד קסב, ג.

לענייננו, למרות שהצדדים לעסקה סבורים שהם נותנים ומקבלים ריבית, כיוון שהם יודעים על קיומו של תקנון שכולל היתר עסקא ועל פיו העסקות הן ללא ריבית, די בכך.

3. אפוטרופוס המלווה מעות יתומים

ראיה נוספת ממנה מוכח שאין צורך שהלווה יהיה מודע לקיומו של היתר העסקא ניתן להביא מתשובת המהר"ם מרוטנבורג. המהר"ם נשאל על אפוטרופוס שהלווה מעות יתומים בריבית קצוצה. הלווה הרוויח במעות אלו, אך לא רצה להחזיר לאפוטרופוס יותר מקרן ההלוואה, בטענה שיש בכך משום איסור ריבית. בתשובתו כותב המהר"ם כי על הלווה לתת מרווחיו למלווה, בהתאם להסכם ביניהם, ואף שההסכם היה אסור – אנו מחשיבים זאת כאילו נעשה בדרך המותרת של "קרוב לשכר ורחוק מהפסד", האסורה רק מדרבנן והמותרת לכתחילה במעות יתומים, ואלו דברי מהר"ם:

ודבר פשוט הוא דמעות של יתומים אסור להלותם ברבית קצוצה, דיתמי דאכלי דלאו דידהו – ליזלו בתר שבקיהו (בבא מציעא ע,א). ואפילו אם [נטלן], מחזירין, דרבית קצוצה יוצאת בדיונים. מיהו נראה, נהי דרבית קצוצה לא יהבו להו, ולא טוב עשה האפטרופא שהלוה ברבית קצוצה, מכל מקום [אי מטון] ליה רווחא – יהיב [להו] כמו שהתנה, רביע על כל זקוק, כיון דהריוח כל כך או יותר, איבעיא ליה לקיים התנאי.¹¹

האפשרות להחשיב את ההלוואה כאילו נעשתה בדרך המותרת, אף שההסכם נוסח במפורש באופן אסור, מבוססת על כך שבית הדין הוא "אביהם של יתומים", וכאילו בית הדין התנה עם הלווה שההלוואה נעשית בדרך המותרת, וכך ממשיך מהר"ם וכותב:

דאף על גב דתנאה דאתני בהדי אפטרופא לאו כלום הוא, ותנאו [בטל], אנן יד יתמי אנן, והווי ליה כאילו בית דין אתני בהדיה קרוב לשכר ורחוק להפסד, כדאמר פרק השולח (גיטין לו,א): "יתומים אינם צריכים פרוזבול, רבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים".

הרי שאף שהלווה סבר שמדובר בריבית קצוצה, מכל מקום היות שמחשבתם של בית הדין היא שהדבר ייעשה באופן המותר, הרי שלא יהיה בכך איסור ריבית גם מצד הלווה. ואין לומר שמדובר בכגון שהלווה ידע שאלו מעות יתומים, וממילא ידע שהכול נעשה על דעת בית דין, שהרי המהר"ם כותב במפורש שכך יהיה אף אם יטען הלווה שאינו מאמין למלווה שאלו מעות יתומים, והוא אף לא יוכל לחייב את המלווה להישבע לו שאכן מדובר במעות יתומים:

ואם לוח טען 'משל עצמך הליתני, ולא משל יתומים, ואיני מאמינך במה שאתה טוען של יתומים הן, השבע לי שהוא כדברייך' – טענת שמא היא זו, ואין נשבעים על טענת שמא.

דברים אלו נפסקו להלכה בשולחן ערוך:

11. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג ד (דפוס פראג), תקסט; הובא במדרכי בבא מציעא, שלב.

אפוטרופוס שהלוה מעות היתומים ברבית קצוצה, אם הלוה נטל לחלקו כל כך ריוח כמו שהתנה לתת להם, חייב ליתן להם.¹²

4. שיטת המהרש"ם – דין "זכין"

סיבה נוספת למתן תוקף להיתר עסקא ללא מודעות של הצדדים, היא מדין "זכין לאדם שלא בפניו". המהרש"ם נשאל על אודות אדם שהלוה כסף באמצעות מתווך (סרסור), וערך היתר עסקא בינו לבין המתווך, אך המתווך לא ערך היתר עסקא בינו לבין הלוה ואף לא הודיע ללוה על קיומו של שטר היתר עסקא. השואל רצה להתיר זאת כאמור מטעם "זכין לאדם שלא בפניו", והמהרש"ם קיבל את דבריו:

וגם מה שכתבת בדבר המנהג, שהסרסור המקבל מעות מהמלוה ונותן לו טראטע בח"י המקבל, והמלוה עושה עם הסרסור היתר עסקא ונותן לו שטר עסקא, והסרסור אינו מודיע כלל למקבל מזה ואינו נותן לו השטר עסקא, אם מותר להנותן לקבל ריבית.

ורום מעלתו כתב דיש לומר דכיון שאין מזה צד חוב למקבל אלא זכות לבד, אם כך זכין לאדם שלא בפניו, ומהני עשיית היתר עסקא של השליח לטובת הלוה. כמו שכתב כהאי גוונא בסי' שכח לענין הפרשת חלה, ובאה"ע קמ, ה, לענין שליח קבלה, ויו"ד סי' שה לענין פדיון הבן. ואף דהכא לא יודע להמקבל כלל מזה לעולם, מכל מקום כיון שהנותן גומר בדעתו שאם ישבע המקבל שלא הרויח לא יגבה הריבית, יש לומר דמותר.¹³

נראה שבמציאות ימינו, בה ניתן לתבוע בבתי משפט את הריבית גם בהיעדר היתר עסקא, בוודאי נחשב הדבר לזכות ללוה כאשר ההלוואה ניתנת לו על פי היתר עסקא כדי להימנע מאיסור ריבית, ועל כן ההיתר מועיל אף שהצד השני אינו יודע על כך.

5. הצעת האדמו"ר מלובלין

מקור נוסף למתן תוקף להיתר עסקא ללא מודעות ישנו בדברי רבי אלטר עזריאל מאיר איגר, האדמו"ר מלובלין, שפרסם בשנת תרפ"ד הצעה בוו הלשון:

שכל איש מישראל, כשיתחיל לעסוק במשא ומתן, יהיה עליו חיוב שיכתוב בכתב ידו פעם אחת אצל הרב דמתא (=רב העיר) שבכל עיר, שכל העסקים שיעשה במעות – הן מה שיתן לאחרים והן מה שיקבל מאחרים – מעיד הוא על עצמו שהוא על אופן עסקא על פי תקנות חז"ל, אף אם ישכח או שלא יוכל לדבר מזה בפירוש בעת נתינת או לקיחת המעות. ואיך שיתפשר אז, יהיה על צד היתר עסקא.¹⁴

כלומר, די בכך שאדם יפקיד הצהרה שלו בידי רב העיר שכל עסקיו נעשים על פי היתר עסקא, אף שמי שנושאים ונותנים עמו אינם מודעים לכך. אף שהיו רבים שחלקו על הצעה

12. שולחן ערוך יו"ד קס, יט.

13. שו"ת מהרש"ם א, כ.

14. קובץ דרושים, יו"ל ע"י אגודת הרבנים בפולין (פיעטרקוב, תרפ"ד).

זו, תלמידי חכמים גדולים תמכו בה, ובשנת תרפ"ט פורסמה החלטה של ועד הרבנים בוורשה התומכת בהצעתו של האדמו"ר מלובלין:

כבוד הרב הגאון המפורסם האדמו"ר מלובלין שליט"א.
אחדשה"ט ושלום תורתו, נתכבד להודיע למעלתו שעל אספת ועד הרבנים מיום כ"ו
אב הוחלט להסכים להצעת מעכ"ת כפי המבואר בהחברת ותשובות גדולי הדור,
וכבודו יהיה ממזכי הרבים להציל אחינו בני ישראל מאיסור רבית החמור.
ברוב כבוד והוקרה
ועד הרבנים לעדת ווארשא
שלמה דוד כהנא יעקב זילבערשטיין

בין המטילים ספק בתקפותה של ההצעה כאשר רק אחד הצדדים חותם עליה היה הרב צבי פסח פרנק, שכתב:

ומלבד זה לכאורה לא יועיל תקנה זו אלא בהזדמנות ששניהם המלוה והלוה חתמו על מודעה זו וקבלו שניהם שכל עסקיהם בעניני הלואות יהא על תנאי זה, מה שאין כן אם אחד לא חתם כלל, יש לדון טובא דאין חתימת האחד מוציא ענין זה מדין הלואה ולא נמלט מאיסור רבית. ויש להאריך בזה הרבה אלא שלקצר אמרתי.¹⁵
אך הוא מסיים: "ועל כל פנים תקנה זו טובה ונחוצה להציל מה שאפשר, וזכות הרבים יהיה תלוי בכבוד תורתו הקדושה".

6. תוקפו הייחודי של היתר עסקא של חברה בע"מ

הסבר לתוקפו הייחודי של היתר עסקא כללי של בנק כתב בספר ברית יהודה:
שעיקר ההיתר הוא מפני שהבנק הוא גוף ציבורי הפועל על פי תקנות קבועות המחייבות את כל לקוחות הבנק, וכל מי שמתעסק עם הבנק הרי זה כאילו מתחייב להיות כפוף לכל תקנות הבנק, וגם ההיתר עסקא צריך להיות אחד מתקנות הקבועות של הבנק, וברור שתקנה כזו אין בכחו של שום מורשה חתימה לעשות, כי אם ע"י מועצת המנהלים או הגוף המנהל המורשה לכך. ואז יש לזה תוקף אפילו לגבי מי שאינו יודע ענין היתר עסקא, כי עיקר החשש שצריך לידע ענין ההיתר עסקא הוא שאם לא כן אינו מתחייב לפי דיני עסקא, והיינו דווקא עם יחיד. אבל כשמתעסק עם בנק אף בלי לדעת הוא מתחייב להתעסק כפי תקנות היסוד של הבנק, וחלים עליו כל דיני עסקא בין לזכות ובין לחובה.¹⁶

דהיינו, כל אדם שעוסק עסקים בנק מודע לכך שלבנק יש תקנון המחייב אותו שאת פרטיו הוא אינו יודע. היתר העסקא הוא חלק מתקנות אלה, ולכן הוא מחייב גם ללא מודעות ייחודית לקיומו. מדבריו עולה שהיתר זה אינו תקף לגבי עסק פרטי שאין לו תקנון, ובכלל

15. הרב צבי פסח פרנק, שו"ת הר צבי יו"ד, קמא.

16. ברית יהודה מ, כא.

זה כל עסק שאיננו חברה בע"מ (אלא עוסק מורשה), וכן כל חברה בע"מ שהיתר העסקא שלה לא אושר על פי דרישות חוק החברות.

ב. תוקפו של שעבוד כללי ללא רישום בטאבו

בעבר היו מקרים שבהם הכסף ניתן לצורך השקעה מסוימת וזו ירדה לטמיון, ואז טען המקבל כי הוא אינו חייב להחזיר את הכסף. בעקבות זאת, הוצע לכתוב בהיתר העסקא שתמורת הכסף שניתן יקנה המקבל לנותן חלק בכל נכסיו. במצב כזה, מסתבר שיהיה מן הסתם נכס כלשהו שירוויח והמקבל לא יוכל להיפטר בטענת הפסד.

ברוח זו, בנוסח היתר העסקא הכללי של מכון כתר נכתב:

בכל מקרה, לרבות מקרה בו לוקח את דמי העסקה הכספית שלא למטרות השקעה ומסחר, מקנה המקבל למפקיד חלק בכל עסקיו ונכסיו הקיימים, עפ"י שמאים שזהותם תיקבע ע"י החברה. כמו כן, בכל עסק או נכס שיקנה המקבל מכאן ולהבא, יקנה למפקיד חלק בקנין מועיל ע"פ שומא כנ"ל. כל הרכישות והקניינים בדמי העסקה הכספית ייעשו לטובת המפקיד באופן המועיל על פי דיני ישראל.

אלא שלכאורה יש לפקפק בתוקפה של ההקנאה, כיוון שעל פי החוק העברת זכויות בנכסי מקרקעין דורשת רישום וזה לא נעשה בהיתר העסקא. אולם, נראה שלמרות דרישת הרישום שבחוק אין כל מניעה להחיל סעיף זה על כלל הנכסים של הלווה – כולל מקרקעין. מצאנו במספר מקומות בתלמוד, שכאשר קיימת ודאות שאדם מעוניין להקנות מנכסיו, אפילו מקרקעין, לשם קיום מצווה,¹⁷ ניתן להקנות זאת אפילו בלא מעשה קניין כלל. למשל, בתלמוד במסכת בכורות¹⁸ נאמר שאדם מקנה לכהן מקום בחצרו כדי שיזכה שם בבכור שייוולד, וכתבו שם תוספות "ואפילו בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשיה".¹⁹

הרש"ש הביא רשימה של מקומות נוספים שבהם מצאנו שכאשר קיימת ודאות של רצון להקנות – הדבר מועיל אף בלא קניין, וכך הוא כותב:

שכן מצינו בכתובות קב, ב, 'בההיא הנאה גמרי ומקני לאהדדי', ובגיטין ריש דף יד 'בההיא הנאה גמר ומשעבד נפשיה', ובבבא בתרא קו, ב, 'בההיא הנאה גמרי ומקני לאהדדי', ושם קמב, ב, 'הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו' וברשב"ם, וכן בעירובין פ, פלוגתת רב ושמואל ופרש"י ותוס', ובבבא קמא קב, ב, 'נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו', והלא המה לא עשו שום דבר של קנין, ועי' כתובות

17. האחרונים נחלקו האם מדובר דווקא במקום מצווה, או שמא כאשר קיימת ודאות הדבר מועיל אף שלא במקום מצווה. עיינו שו"ת ר' עקיבא איגר א, לו, שסבור שהדבר מועיל אף שלא במקום מצווה, וכן משמע מדברי הפני יהושע גיטין דף עז, ב, ד"ה בא"ד ולא הוי. ולעומתם דעת המנחת חינוך מצווה שלו, בסופו, שמועיל רק במקום מצווה.

18. בכורות יח, ב.

19. תוספות שם, ד"ה אקנויי.

קב, בתוס' ד"ה אליבא. ובוזה אתי שפיר הא דאמר רבי יהודה בנדרים מח במשנה שהכותב לנשיא אין צריך לזכות.²⁰

על פי זה כתב בשו"ת הרי בשמים,²¹ שגם בהיתר עסקא, היות שרצון הצדדים להקנות לבעל המעות חלק בנכסיו של המקבל כדי שלא לעבור על איסור ריבית, הרי זה כאילו קיימת ודאות, והדבר מועיל אף אם לא היה מעשה קניין.

ואף אם יש לחובת הרישום שמטיל החוק מעמד של "דינא דמלכותא", "תקנות הקהל" או מנהג, המחייבים בדרך כלל גם על פי ההלכה,²² צריך לבחון בכל מקרה האם אכן מדובר בחוק שיש בו משום תקנת הציבור.²³ ברור שככל שהדבר נוגע להיתר העסקא אין בחוק זה משום תקנת הציבור שהרי הקפדה על חובת הרישום עלולה להכשיל את לקוחות הבנקים באיסור ריבית, ועל כן, לעניין זה, לא יהיה לחוק הדורש רישום, תוקף מחייב מבחינת ההלכה. כמו כן ברור שאין בעניין זה מנהג מחייב, שהרי המנהג הוא לחתום על היתר העסקא המאפשר הקנאה גם בלא רישום.

זאת ועוד, אף אם נאמר שלחוק הדורש רישום של עסקת מקרקעין יש תוקף הלכתי בכל מצב, אין בכך בכדי לבטל את הסעיף בהיתר העסקא המאפשר את הקנאת הנכסים גם בלא רישום. הסיבה לכך היא שלעניין האפשרות של נותן המעות לקבל רווחים מנכסי מקבל המעות אין צורך שמקבל המעות יקנה לו את הנכסים בקניין גמור, ודי בכך שלפי ההלכה אינו רשאי לחזור בו מהסכמתו להקנות את הנכסים.

המקור לכך הוא בדברי רש"י המבאר כיצד רשאי נותן המעות לקבל רווחיו של נכס – אף שלא עשה בו מעשה קניין:

ואף על גב דלא משיך – כי מוקרי ברשותיה מוקרי, ולא הוי רבית, הואיל ואם בא לחזור – קאי עליהו במי שפרע.²⁴

"מי שפרע" היא קללת חכמים הנאמרת על ידי בית הדין למי שחוזר בו מעסקה לאחר שהקונה שילם למוכר בעד הסחורה אך לא עשה עדיין קניין סופי ומחייב. על פי דברי רש"י הללו, די אפוא בכך, שאם החוזר בו, יקולל ב"מי שפרע", כדי לאפשר לנותן המעות לקבל רווחים על אותם נכסים. דברים אלו נפסקו להלכה,²⁵ ומכאן שאין צורך בבעלות גמורה כדי לקבל רווחים מנכסי המקבל.

יש לציין שאם לא נוכל לסמוך על כך שלעניין איסור ריבית אין צורך ברישום בטאבו, כל אדם המתגורר בדירה שעדיין לא נרשמה על שמו יעבור על איסור ריבית. זאת משום שאם הדירה נחשבת עדיין של המוכר, נמצא שהקונה מתגורר בביתו של המוכר בחינם בלא

20. רש"ש שם.

21. שו"ת הרי בשמים תנינא, קמג.

22. סוגיית תוקפה ההלכתי של דרישת הרישום על פי החוק, נידונה בהרחבה ובפסקי דין רבניים רבים. ראו עוד במאמרי המובא בהערה 26.

23. שו"ת חתם סופר ה, מד.

24. רש"י בבא מציעא סג,א, ד"ה יש לו מותר.

25. שולחן ערוך יו"ד קסג, א; ט"ז שם, ג; ש"ך שם, ג; חוות דעת שם, ב.

לשלם לו דמי שכירות. מצב זה בו אדם מתגורר בחינם בדירה השייכת למוכר, כאשר הוא כבר שילם עליה, כרוכה באיסור ריבית משום שהתשלום מראש, בלא שהדירה עברה לבעלותו, כמוהו כהלוואה שנותן הקונה למוכר, והמגורים בחינם הם טובת ההנאה שמקבל הקונה עבור אותה הלוואה. אכן, לא מצאנו ב**פוסקים** מי שחשש לכך, והטעם הוא, כאמור, שלעניין האפשרות ליהנות מנכס ולקבל את רווחיו בלא איסור ריבית אין צורך בהקנאה גמורה של הנכס.²⁶

26. תורת ריבית יב, בירור הלכה א. וראו עוד בעניין זה: מאמרי, "עסקת מקרקעין שלא נרשמה בטאבו", תחומין לו, עמ' 381.

היתר עסקא כללי לעסק עם הערות מבארות

נערך ונחתם ב_____ ביום __ בחדש __ שנת התש__ (/ / _ למניינם)

הגדרות

"עסקא כספית" – כל סוגי אשראי ופיקדונות, כולל חיובים, התחייבויות, ערבויות, משכנתאות, חסכוניות, הנפקת מניות ואגרות חוב וסחר בהם, כולל פעולות ועסקי תיווך, נאמנות ושליחויות המבוצעות ע"י החברה לרבות כל פעולה אחרת שהחברה צד לה. **"תנאי העסקא הכספית"** – אינם מפורטים בשטר זה אלא בהסכם נפרד שנערך בין שני הצדדים לעסקא הכספית.

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

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

"החברה" – _____ . בעסקאות מסוימות יכולה החברה להיות מוגדרת כמקבל ובאחרות כמפקיד.

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

"פיקדון" – חלק מה"הלוואה" שאינו בבעלות המקבל אלא באחריותו כשומר שכר. ברווח או בהפסד שיגרם לפיקדון נושא המשקיע, כאשר חלק מן הרווח, על פי מה שטובם בין הצדדים, ניתן למקבל כשכר על התעסקותו בהשקעה.

"עסקא" – מונח הלכתי הבא לבטא סוג של עסקא בין המשקיע ובין המקבל אשר מטרתה לאפשר למשקיע לקבל רווחים מהשקעתו מבלי לעבור על איסור ריבית. בעסקא זו מוגדרת חלק מה"הלוואה" כהלוואה החוזרת בזמן הפירעון בדיוק כפי שנתקבלה ללא תלות בשאלה האם החברה הרוויחה או הפסידה. חלק אחר של ה"הלוואה" מוגדר כפיקדון.

מבוא

המבוא לשטר וההגדרות מהווים חלק בלתי נפרד ממנו. **הכותרות** בשטר נועדו להקל על הקריאה בו, והן אינן מחייבות ואינן מהוות חלק ממנו כלל ועיקר.

הואיל והנהלת החברה אינה רוצה לעבור על איסור ריבית. **והואיל** והחברה מעוניינת כי כל עסקאותיה, גם אלו שנוכרת בהן ריבית, יהיו כשרות על פי דיני ישראל. **והואיל** והחברה הסמיכה את הח"מ להחליט ולחתום בשם החברה על השטר. **לכן** הח"מ מצהירים ומתחייבים בזאת בשם החברה, על כל סניפיה כדלקמן:

1. הגדרת ההלוואה כעסקא וכפיקדון

- א. כל עסקא כספית שיש בה חשש ריבית מכל סוג איסור שהוא, ואפילו מוזכר בה לשון ריבית או ריבית דריבית, תהיה ביד המקבל בתורת עסקא ע"פ הגדרתה במבוא לשטר.²⁷ כמו כן מוסכם כי חלקו של המקבל יהיה מחצית מהרווח, ואם יהיה הפסד יישא המקבל ב-30% ממנו והמפקיד ב-70%.²⁸ במקרים בהם סביר להניח שהסכום אותו יידרש המקבל לשלם עפ"י חלוקה זו יהיה נמוך מתנאי ההלוואה, תהיה ההלוואה כולה ביד המקבל כפיקדון, כאשר חלקו של המשקיע ברווח הוא 90% וחלקו של המקבל 10%.²⁹
- ב. המקבל יעסוק בסכום דמי העסקה הכספית בכל עסקיו ונכסיו הטובים, המותרים³⁰ והמובחרים ביותר, בין בעסקיו ונכסיו הקיימים ובין בעסקים ונכסים שמכאן ולהבא.
- ג. בכל מקרה, לרבות מקרה בו לוקח את דמי העסקה הכספית שלא למטרות השקעה ומסחר, מקנה המקבל למפקיד חלק בכל עסקיו ונכסיו הטובים, המותרים, והיותר מובחרים, בין אלו הקיימים ובין אלו שיקנה מכאן ולהבא, עפ"י שמאים שזהותם תיקבע ע"י החברה. לפיכך כל רווח שייווצר למקבל מנכסיו ועסקיו הנ"ל, בין הקיימים ובין אלה שיהיו עד מועד השבת הכספים, ייחשב מרווח העסקא. כל הרכישות והקניינים בדמי העסקה הכספית ייעשו לטובת המפקיד באופן המועיל על פי ההלכה היהודית.³¹

27. זו ליבת ההסכם – על פיו, חלק מהכסף שניתן נשאר שייך לנותן והוא זכאי לקבל ברווחים שיופקו מאותו כסף.
28. הסיבה לכך שחלוקת הרווחים היא חצי-חצי, ואילו חלוקת הפסדים היא ביחס של 70-30 היא שהמקבל זכאי לתשלום עבור התעסקותו בחלק הפיקדון.
29. הסיפא של סעיף זה נועדה למקרים בהם יש להניח שהנותן יודע שמחצית רווחיו של המקבל נמוכים מן הריבית שנקבעה בהסכם ההלוואה. במצב זה נחלקו הדעות האם עדיין רשאי הנותן לדרוש מן המקבל לעמוד בנטל הראיה הקבוע בהיתר העסקא כתנאי להיפטרותו מתשלום דמי ההתפשרות (המכונה ריבית). ראו שו"ת טוב טעם ודעת מהדורה שלישית, ב, מ; שו"ת אגרות משה יו"ד ב, סב. ומאידך: שולחן ערוך הרב הלכות ריבית והלכות עיסקא, מה; שו"ת מהרש"ג א, יו"ד, ד. כדי שלא להיכנס למחלוקת נקבע כי במצב כזה מוגדר הכסף כולו כפיקדון ובמצב כזה אין כל חשש ריבית.
30. ההגבלה לנכסים מותרים בלבד נועדה למנוע חשש שהיתר העסקא יזיק לנותן מבחינה הלכתית שלא בתחום איסורי ריבית: שהרי על פי ההיתר עסקא הופך הנותן לשותף בנכסי המקבל ואם כן הוא עלול להיכשל בשותפות בעסקים האסורים של המקבל (אם ישנם כאלה), על כן נקבע שחלקו של הנותן הוא רק בעסקים המותרים. יש לציין שגם כאשר מדובר במפעלים המחללים שבת וכד', עדיין לא כל פעילותם נחשבת אסורה, וממילא גם במפעלים כאלו יכול הנותן להיות שותף, אלא ששותפותו תוגבל רק לפעילויות המותרות שבאותם מפעלים.
31. בסעיף זה מקנה המקבל לנותן חלק בכל עסקיו בתמורה לכסף שקיבל, ואז הנותן זכאי לקבל חלק מהרווחים של כל נכסי המקבל. לעומת זאת, אם יקנה לו חלק רק בהשקעה שלשמה קיבל את הכסף יש חשש שיהיו הפסדים והנותן לא יהיה זכאי לרווחים, ואף יספוג הפסדים.

2. ברירת המחדל – תנאי ההלוואה המוסכמים³²

- א. לשם מילוי חובתו של המקבל האמורה לעיל (סעיף 1.א.) יוכל המקבל לשלם למפקיד את הסכום שהוסכם ביניהם במסגרת תנאי העסקה הכספית, ומבלי לגרוע מכלליות האמור, לרבות שיעור יחסי מהעסקה הכספית כולל הפרשי הצמדה למיניהם, הטבות ומענקים חד-פעמיים.
- ב. אם ישלם המקבל למפקיד את הסכומים הנ"ל יהיה פטור מחובת הוכחה ומשבועה כפי שתובא להלן (סעיף 3) ומותר הרווח יהיה שייך למקבל לבדו.³³

3. הראיות הנדרשות

- א. על המקבל להוכיח שנהג ועסק בנאמנות בדמי העסקה הכספית, בהתאם לתנאי שטר זה, ולא יהיה נאמן על כך כי אם בשבועה חמורה על פי דיני ישראל. כמו כן לא יהיה נאמן על הרווח או אי הרווח, כי אם בשבועה חמורה על פי דיני ישראל, ועל הפסד הקרן לא יהיה נאמן כי אם בשני עדים כשרים ונאמנים על פי דיני ישראל.³⁴
- ב. כמו כן מותנה כי זמן פירעון הרווחים הוא בכל יום עסקים אחרון לכל חודש האזרחי. אם יטען המקבל כי העסקה ו/או הפיקדון לא הרוויחו או הפסידו, עליו להודיע למפקיד בכתב, לא יאוחר מחמשה ימים מהתאריך הנ"ל, על רצונו להוכיח את טענתו זו באופנים הנזכרים לעיל. אם לא הודיע עד היום הנ"ל, הרי זה כאילו הודה בבית דין שהעסקה ו/או הפיקדון הרוויחו ולא יוכל עוד לטעון שהם הפסידו או לא הרוויחו עד תום החודש החולף.
- ג. אם ידווח המקבל כאמור, יהא חייב לשלם לחברה מיד עם מתן ההודעה, את חלק ההלוואה ואת החלק שלא נפסד מהפיקדון לטענתו, וזאת לפני שתידון טענתו על הפסד או העדר רווח. על המקבל לבא ולהתדיין מידית ובלא דחיה.³⁵

32. כדי להקל על הבנת היתר העסקא ועל נכונותם של בעלי העסקים לחתום עליו, הפכנו כאן את סדר הדברים לעומת היתרי העסקא המקובלים, וקבענו בתור ברירת מחדל ראשונה את תשלום תנאי ההלוואה, ורק כאופציה שנייה את ההוכחות והשבועות הנדרשות על פי תנאי היתר העסקא. כמובן למעשה אין כל הבדל בין הנוסחים, אך נוסח זה משקף יותר את המציאות בפועל בה בדרך כלל משלם המקבל על פי תנאי ההלוואה ולא נפטר מתשלום ע"י שבועה וכד'.
33. סעיפים אלה מכונים בהלכה "דמי התפשרות", והם כוללים הסכמה של הנותן שאם המקבל ישלם לו סכום מסוים שנקבע מראש (המקביל לריבית) ימחל לו הנותן על חובתו להוכיח את גובה הרווחים שהיו לו מהעסקה.
34. הדרך להגן על הנותן מפני טענה של המקבל שלא היו רווחים או שההשקעה ירדה לטמיון היא על ידי הקביעה שעל המקבל להישבע שבועה חמורה על כל טענה שיטען.
35. הסעיפים שנכתבו על רקע כזה הם על פי מה שהביא בחכמת אדם, כלל קמג, ב"נוסח שטר עיסקא להיות בטוח על קרן ורווחים". אולם יש המפקפקים על כך – ראו תורת ריבית טו, בירור הלכה, ד; שם, ט"ז ט, ובהע' מו. לכן השמטנו סעיפים אלו בנוסח המהודר של היתר העסקא.

ד. במידה ולא יוכיח המקבל באופן האמור לעיל כי הסכום על פי תנאי העסקה הכספית (הנזכר לעיל סעיף 2.א.) שונה מהסכום שע"פ תנאי העסקא ו/או הפיקדון (המפורטים לעיל בסעיף 1.א.) יידרש לשלם את הסכום המוגדר על פי תנאי העסקה הכספית.³⁶

4. תוקף השטר

- א. שטר זה חל על כל עסקה כספית אותה תעשה החברה עם מפקיד או עם מקבל.
- ב. שטר זה נתקבל כהחלטה גמורה ומחייבת בהנהלת החברה, עפ"י כח והרשאה שיש לה בשם הדירקטוריון, ויש תוקף להחלטה והתחייבות זו ככל שאר התקנות הקובעות של החברה, ואין רשות לאף אחד לעשות בשם החברה עסקה כספית שיש בה איסור ריבית.
- ג. בפירוש הותנה שגם אם מאיזו סיבה שהיא לא ידע המפקיד או המקבל עניין היתר עסקא זה, או לא ידע בכלל מהו היתר עסקא, יהיו נוהגים בו תנאי היתר עסקא זה, זאת משום שעל פי החלטת החברה, היא לא תעסוק בעסקה כספית שיש בה איסור ריבית, וכל המתעסק עם החברה – על פי תקנותיה הוא מתעסק.³⁷
- ד. תנאי שטר זה יחולו, מיד כאשר הדבר יתאפשר, גם על עסקאות כספיות שנעשו קודם לחתימת השטר, זאת בכפוף להלכה, לחוקי מדינת ישראל, ולכללי הבורסה לניירות ערך.³⁸ אם יתברר כי חוקים וכללים אלו אינם מאפשרים לשטר לחול על עסקאות כספיות אלו, לא יגרע הדבר מתוקפו של השטר ביחס לעסקאות כספיות אשר יבוצעו מכאן ולהבא.
- ה. הנהלת החברה מצהירה בזאת, כי שטר זה מחייב בכל דיון משפטי ובכל פורום שיפוטי.
- ו. למען הסר כל ספק; אין בשטר זה כדי לקבוע או להשפיע על הפורום השיפוטי שבו יתבררו מחלוקות לפי שטר זה.

ולמען תת תוקף לכלל האמור לעיל הננו כותבים שטר זה ומפרסמים לכול החלטתנו זאת. לראיה באנו על החתום ע"פ הרשאה שיש לנו מהנהלת החברה.

חתימה וחתימת

תאריך

36. כלומר, בכל מקרה בו המקבל לא יוכיח את טענתו יהיה עליו לשלם את דמי ההתפשרות, שהם הסכומים שסוכמו בהסכם בין הצדדים ומקבילים לריבית.

37. בנוגע לתוקפו של הסכם ביחס למי שאינם מודעים לקיומו – ראו במאמר המקדים.

38. סעיף זה נועד לכלול בהיתר העסקא גם אגרות חוב שהנפיקה חברה קודם שחתמה על היתר העסקא. אמנם, כפי שנאמר בסעיף, ספק אם הדבר מועיל, אך על כל פנים אינו גורע מתוקפו של ההיתר מרגע אישורו והלאה.

אנו הח"מ מאשרים בזאת כי שטר עסקא הנ"ל נחתם עפ"י הרשאה שיש לחותמים הנ"ל מהנהלת החברה, והנו בר תוקף.³⁹

חתימה וחותמת

תאריך

39. באופן עקרוני היתר עסקא יכול להיות תקף גם בלי אישור זה. האישור נועד להבטיח שהחותמים על היתר העסקא הם אכן מורשי החתימה מטעם החברה, וכי הבינו על מה הם חותמים.