

נספח להלכות מלווה ולווה

## שטר היתר עסקא

מאת הרב שמואל פולצ'ק, "מכון משפטי ארץ", עפרה

תוכן: ■ מבוא - שלושה רבדים בהיתר עסקא ■ הבנה וכוונה בהיתר עסקא ■ השטר ■ ביאור מפורט של השטר

### מבוא – שלושה רבדים בהיתר עסקא

מקובל בימינו ללוות (בעיקר מבנקים) במה שנראה כריבית וכן להלוות, תוך הסתמכות על היתר עסקא. הרעיון ביסוד היתר עסקא הוא שהמלווה אינו אלא "משקיע" והלווה אינו אלא "מתעסק", כלומר משתמש בכספים שקיבל כדי להפיק מהם רווח. כשהאדם לוקח הלוואה מן הבנק, הבנק הוא המשקיע והלווה הוא המתעסק, ואילו כשהאדם משקיע כספים בבנק בפיקדונות ובחסכונות נושאי ריבית, הוא המשקיע והבנק הוא המתעסק. (הערות בסוף הנספח).

המנגנון של היתר עסקא מורכב משלושה רבדים. הרובד הראשון הוא העסק (ראה מלווה ולווה ה.ח. וראה ביאורנו המקיף שם).<sup>1</sup> העסק מורכב מן הכסף של המשקיע ומן הרווח שמפיק המתעסק. המתעסק מקבל את הכסף או הסחורה וסוחר בהם, קונה ומוכר סחורה. בתום תקופת ההשקעה, המשקיע והמתעסק מחלקים ביניהם את הרווח או את ההפסד על פי ההסכם ביניהם כפי שנבאר להלן. על פי ההלכה, העסק מורכב משני חצאים, מחציתו הלוואה ומחציתו פיקדון. מחציתו הלוואה פירושו שקיבל המתעסק סכום מסוים כהלוואה, והוא חייב להחזיר אותה למשקיע בלא קשר לתוצאות פעילותו, בין הרוויח בין הפסיד בעסקא או שנגרם לה נזק. הרווח או ההפסד מן החלק הזה בעסקא הם של המתעסק. מחציתו פיקדון פירושו שהמשקיע הוא הבעלים של המחצית הזאת, והמתעסק סוחר בעבורו במחצית הזאת, והרווח או ההפסד יהיו של המשקיע.<sup>2</sup> המתעסק מקבל שכר טרחה על התעסקותו במחצית הפיקדון. ואם לא קיבל שכר תמורת התעסקותו, והוא מתעסק בחלק הפיקדון השייך למשקיע רק בתמורה לחלק ההלוואה שקיבל ממנו, יש כאן איסור אבק ריבית.<sup>3</sup>

על גבי רובד זה, בנוי הרובד השני. כיוון שבדרך כלל, המשקיע אינו יכול לדעת אם הרוויח העסק אם הפסיד, כתבו האחרונים שהצדדים יכולים להסכים ביניהם מהן הראיות שהמתעסק צריך להביא כדי להוכיח אם הרוויח או הפסיד. למשל, מקובל כיום בהיתר עסקא של הבנקים להסכים שיהיה המתעסק נאמן על גובה הרווח שהוא טוען לו רק בשבועה חמורה מלווה באחיזת ספר תורה, ושאם הוא טוען שהיה הפסד, לא יהיה נאמן בלי עדות שני עדים כשרים שיעידו עליו.<sup>4</sup>

הרובד השלישי הוא: אם ישלם המתעסק למשקיע סכום מסוים שהוסכם ביניהם מראש, כשווה בקירוב לחלק שצפוי להגיע למשקיע משווי העסקא בתום תקופתה - (מכאן ואילך: דמי ההתפשרות) סכום זה הוא שווי ההשקעה כפי שניתנה עם חצי מהרווחים הצפויים ובניכוי השכר על הטרחה בחלק הפיקדון - לא יצטרך המתעסק לשלם יותר, להישבע או להביא ראיה נוספת על גובה הרווח.<sup>5</sup>

כל אחד משלושת הרבדים הללו, הכרחי לקיום היתר עסקא. אסור שיוסכם מראש שבכל מקרה ישלם המתעסק את דמי ההתפשרות. אם מוסכם מראש שבמועד הפירעון יוכל המתעסק לבחור אחת משתי דרכים, להוכיח אם הרוויח או הפסיד ולשלם בהתאם (הרובד השני) או לשלם את הקרן בתוספת דמי ההתפשרות (הרובד השלישי) - הדבר מותר. ואם ברור מראש שאין אפשרות אחרת מלבד לשלם את הקרן בתוספת סכום כלשהו<sup>6</sup> או אם יוסכם

שרמת הראיות הנדרשת תהיה כה גבוהה, שברור מראש שהיא אינה בת השגה (הרובד השלישי בלי הרובד השני),<sup>7</sup> הדבר אסור משום ריבית, אף על פי שהצדדים לעסקא נקראים משקיע ומתעסק ולא מלווה ולווה (הרובד הראשון).

## הבנה וכוונה בהיתר עסקא

לדעת חלק מן הפוסקים, מי שמבקש ללוות או להלוות על פי היתר עסקא, חייב להבין את מהות ההיתר.<sup>8</sup> אם הוא חושב שהוא לווה בריבית או מלווה בריבית, והיתר עסקא מתיר את הדבר, ולא הבין את מהות ההיתר, ההיתר אינו מועיל לו.<sup>9</sup> אמנם יש מי שסוברים<sup>10</sup> כי אף לדעת מי שאוסרים בדרך כלל, יש להתיר זאת בעסק עם בנק, כיוון שמי שלווה מבנק או מלווה לבנק יודע שיש בבנק תקנות המחייבות אותו, אף על פי שאינו יודע את מהותן במדויק, כן הוא הדבר גם לגבי היתר עסקא. מכיוון שהיתר עסקא מחייב אותו ותקף כלפיו מבחינה ממונית, הוא מציל אותו מן האיסור. אמנם כל הפוסקים מסכימים שעדיף להבין את ההיתר עסקא ולא להסתפק בעובדה שהוא קיים ותקף.

כשלווים או מלווים בהיתר עסקא, אין חובה להתכוון להתחלק ברווחים לאחר הוכחה, כנדרש מן ההסכם, ומותר להתכוון מלכתחילה לשלם את דמי ההתפשרות.<sup>11</sup> אולם אסור להתקשר בחוזה המחייב לעשות כן,<sup>12</sup> מפני שעקב זאת יתבטל תוקף ההיתר. על זה סומכים הלווים מן הבנקים או מי שמלווים להם.

## השטר

להלן דוגמה לנוסח מקובל של היתר עסקא (ראה תחומין ח, עמ' 169; ומובא גם באתר "דין תורה"), שהוא היתר עסקא של אחד הבנקים בשינויים קלים (גם חלוקת הסעיפים ומספורם נעשו על ידנו) כדי לפשט את הביאור ובעריכת הלשון.

## היתר עסקא

1. וזאת לתעודה כי לפי החלטת המנהלים של הבנק \_\_\_\_\_,
2. כי כל ההלוואות והפיקדונות והעסקאות שהבנק מקבל ו/או נותן, וכן הנפקת מניות והסחר בהן וכל יתר סוגי האשראי, ערבויות וחסכון ופעולות פיננסיות המבוצעות על ידי הבנק וסניפיו, שלוחותיו וחברת הבת של הבנק, וכן אלו הנעשות או תעשינה בשם הבנק למענו, בין שהן פעולות בין הבנק לאנשים פרטיים ובין שהן בין הבנק לבנקים אחרים ו/או עם חברות אגודות ו/או עסקאות מכל סוג שהוא שיכול להיות בהם איסור ריבית או אף חשש איסור ריבית מדאורייתא או מדרבנן, וכן פעולות תיווך או נאמנות או שליחות המבוצעת על ידי הבנק או מועצת המנהלים שלו או הנהלתו או נציגיהם,
3. הכל יהיה עשוי ומבוצע בתורת עסקא למחצית שכר והפסד, בין הנותן למקבל, ושכל הסכומים יהיו מחציתם מלווה ומחציתם פיקדון בידי המקבל כפי דין תורה ותקנת חז"ל, ובהתאם לנוסח היתר עסקא בלא כל חשש של איסור ריבית או אבק ריבית,
4. לפי תנאי עסקא זו, יקבל המקבל המתעסק בממון או בעסקא 1% מסכום העסקא כשכר טרחתו וכדמי עמלו ומזונו של המקבל עבור מחצית הפקדון שבידו לבד ממחצית ברווח ובהפסד שמגיע לו

## לפי תנאי העסקא,

5.הבנק סניפיו ושלוחותיו וחברות הבת שלו וכן כל הלווים והמקבלים מן הבנק וכו' מתחייבים להשתמש בכספים ובאמצעים הכספיים האחרים שקיבלו או שהם עתידים לקבל באופן היעיל והבטוח ביותר כפי המקובל בין הבנקים והסוחרים, ואסור למקבלים להשתמש בכספים הללו לצורך עצמם, אלא כל העסקאות יהיו קרובות לשכר ורחוקות מהפסד

6.המקבל מתחייב להשתדל בשמירת הכספים והרכוש שבידו שמירה מעולה ולבצע את העסקאות הנזכרות לעיל ביושר ובאמונה בלא פשיעה או רשלנות כדין תורה,

7.ובבוא הזמן הנקוב לפרוע את העסקא, המקבל מתחייב לסלק אותה ולהישבע שבועת השותפים בנקיטת חפץ כדת, שלא שינה מכל הדברים התנאים לעיל ומן ההתחייבויות שקיבל על עצמו וכן על כל הרווח המוצהר על ידו שהיה לו מן העסקא, ולא יהיה המקבל נאמן על שום הפסד, אלא אם יוכיח באמצעות שני עדים כשרים שאירע לו הפסד באונס,

8.המקבל רשאי להשתוות עם הנותן בגובה הרווח שעליו לתת לנותן ובשאר ההטבות, כולל הצמדת הכסף לשער כלשהו כדי להיפטר מן השבועה ומן החובה להביא עדים להוכחת הרווח או ההפסד ועל מילוי כל תנאי העסקא,

9.כמו כן הותנה על ידי הרשויות המוסמכות של הבנק כנזכר לעיל שאם יתעכב פירעון העסקא אחרי הזמן הנקוב בה, תמשיך העסקא להתנהג לפי התנאים הנזכרים לעיל, עד שיפרע ויסלק המקבל לנותן את כל המגיע לו,

10. ובפירוש הוחלט על ידי הרשויות הנזכרות לעיל שכל עסקא שתיעשה על ידי הבנק, שיהיה בה חשש של ריבית דאורייתא או אפילו דרבנן, לא יהא לה כל תוקף חוקי לא על פי דין תורה ולא על פי החוק האזרחי, ואי אפשר יהיה לתבוע מכוחה של עסקא זו לא בבית דין רבני ולא בבית משפט בארץ ולא בערכאות בחוץ לארץ,

11. גם אם לא ידע המקבל או הנותן תנאי היתר עסקא זו, יחולו עליו כל התנאים הכלולים בה בלא כל דין ודברים,

12. ואנו החתומים מטה, יושב ראש מועצת המנהלים של הבנק \_\_\_\_\_ והמנהל הכללי של הבנק מאשרים בחתימות ידינו כי כל ההחלטות והתנאים הנזכרים לעיל הכלולים בהיתר עסקא זה, נתקבלו באופן חוקי על ידי מועצת המנהלים והנהלת הבנק \_\_\_\_\_, המורשים לכך בהתאם לתקנון הבנקים במדינת ישראל,

13. כל זה נעשה ונגמר על דעת הצדדים בקניין גמור ושלם בקניין אגב סודר בתקיעת כף ובתנאי בני גד ובני ראובן כדין תורה וכתיקון חז"ל, דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי בביטול מודעות וכו'. והכל בריר שריר וקיים,

ועל זה באנו על החתום כאן \_\_\_\_\_ ביום \_\_\_\_\_

יושב ראש מועצת  
המנהלים

המנהל הכללי

## ביאור מפורט של השטר

### סעיף 2 - הפעולות שחל עליהן היתר עסקא

הגדרת העסקא מתייחסת לכל מגוון סוגי הפעולות שאילולא היתר עסקא, יש בהם איסור או בעיה הלכתית. לגבי דברים שאין בהם בעיה או חשש ריבית, לא חלים תנאי היתר עסקא אלא התנאים שסוכמו בין הצדדים.

### סעיף 3 - מהות העסקא

כאן עיקר העניין (הרובד הראשון). לגבי כל המפורט בסעיף 2, אף שנראה שמדובר בהלוואה בריבית, אין הדברים אמורים בהלוואה, אלא הכסף ניתן למקבל כדי לעסוק בו, כלומר למחצית שכר והפסד, שמעמדו העקרוני הוא: מחציתו הלוואה ומחציתו פיקדון

### סעיף 4 - שכר טרחתו של המתעסק

שכר טרחתו של המתעסק נקבע כאן בשיעור של 1% משווי כל העסקא (המחצית שהיא הלוואה והמחצית שהיא פיקדון יחד), תמורת התעסקותו במחצית שהיא פיקדון, כפי שנדרש כדי למנוע חשש של אבק ריבית (הרובד הראשון).

וכדמי עמלו ומזונו - ראה מלווה ולווה ה, ט.

### סעיף 5 - אופן השקעת כספי העסקא

כאן מדובר בהתחייבות הלווה להשקיע את כספי העסק בזהירות, ולא להשתמש בהם להוצאותיו, כפי שהוא הדין בכל עסק (שלוחין ושותפין ה, א; ד, ז; ז, ז; שו"ע יו"ד קעז, כט-ל; שם, לז-לח).

הביטוי "קרוב לשכר ורחוק מהפסד" בקטע זה אין משמעותו כמשמעות "קרוב לשכר ורחוק מהפסד" בדברי הרמב"ם (שלוחין ושותפין ה, ח; ד, יד) והש"ס והפוסקים, שהרי בכל ממון שאינו ממון יתומים, יש איסור ריבית מדרבנן לתת בתנאי קרוב לשכר ורחוק מהפסד, אלא זוהי לשון מושאלת המכוונת לעסקאות שסיכויי הרווח בהן גבוהים וסיכויי ההפסד בהם נמוכים, ולכן מתחייב המתעסק שישתדל כמיטב יכולתו להשקיע בדברים שסיכויי הרווח בהם גבוהים, ולא להשקיע בדברים שהסיכוי בהם להפסד הוא גבוה.

### סעיף 6 - שמירה על כספי העסקא

ההתחייבות האמורה בסעיף זה היא התחייבות לשמור על כספי העסק או תמורתם ברכוש שנקנה בו בשמירה מעולה. אם לא יעמוד המתחייב בהתחייבות זו, ויאבד את הכסף או את חלקו עקב מחדליו, ואף אם לא עקב כך, יש מקום לחייבו בנזק או ההפסד שנגרמו (ראה שאלה ופיקדון ד, ו). יש מקום לחייבו על האבדן הזה, גם אם היה אפשר להחשיב את הדבר כאונס ולפטרו ממחצית מן ההפסד, שנגרם למחצית הפיקדון, אף בלי שיקבל עליו אחריות כללית לאונסים, מכיוון ששינה מן הכתוב בהסכם, וידו על התחנתונה (שלוחין ושותפין ה, ב; שו"ע יו"ד קעז, ה; חו"מ קפג, ה).

### סעיף 7 - נטל הראיה על המתעסק

מטרת התנאים המפורטים בסעיף זה להקטין את הסיכון לנותן ולהקשות על המתעסק להיפטר מלשלם את הקרן בתוספת רווח (וזהו הרובד השני בהיתר עסקא). כך גדל הסיכוי שיפנה המתעסק למסלול ההתפשרות (הרובד השלישי).

**שבועת השותפים** - לפי הרמב"ם, גם בלא התנאי המפורש, מותר לנותן הכסף להשביע את המתעסק על רווחיו, כשאינו יודע אם הוא חייב לו יותר ממה שהוא מודה, ובלבד שמדובר בלפחות שתי מעות כסף (שלוחין ושותפין ט, א-ב; ט, ו).

ייתכן שיש לפרש את התנאי בעניין השבועה במקרים שיש בהם פטור משבועה, כגון לאחר שחלקו הצדדים את כספי השותפות ונסתיימה השותפות ביניהם (וראה שלוחין ושותפין י, ב), או אם אינו חושד בו בהעלמת שתי מעות כסף. כמו כן, יש פוטרים את המתעסק משבועת השותפים (לדעות בעניין זה, ראה רמ"א ח"מ צג, ד), וכאן יהיה חייב בגלל התנאי.

האפשרות להתנות על הראיות כדיני ממונות, להצריך עדים או שבועה כשאינן בהם צורך מן הדין, מופיעה בכמה מקומות בספר משנה תורה (שכירות ב, ט; מלווה ולווה טו, א ועוד).

**ומן ההתחייבויות שקיבל עליו המקבל** - הצדדים מסכימים שהמתעסק חייב להישבע בנקיטת חפץ, שבועה כעין שבועה מן התורה, כלומר תוך החזקת ספר תורה (שבועות יא, ח) שלא שינה מן ההתחייבויות שקיבל על עצמו בעניין כסף העסקא (לעיל סעיפים 5-6).

**ועל כל הרווח המוצהר על ידו שהיה לו מן העסקא** - כאן באה ההתחייבות של המתעסק להישבע שהרווח הוא כפי שהוא מצהיר שהרוויח, שמתוך זה הוא אמור לתת לנותן הכסף את מחצית הרווח, בניכוי שכר טרחתו בשיעור אחוז אחד, כאמור לעיל.

**ולא יהיה המקבל נאמן על שום הפסד אלא אם כן יתברר בשני עדים כשרים** - אם ירצה המתעסק לטעון שהוא פטור מלהחזיר את מלוא הקרן שקיבל, עקב הפסד שנגרם לו, הוא חייב להוכיח זאת באמצעות עדים כשרים, ואינו יכול להסתפק בשבועה כעיקר הדין, במקום שאין עדים מצויים (שכירות ג, א).

#### **סעיף 8 - דמי התפשרות**

זהו הרובד השלישי, ולפיו המקבל-המתעסק מתפשר עם הנותן על גובה התשלום הכולל את הקרן והרווח. ההתפשרות הזאת מייצרת את הצורך בראיות הנדרשות להוכחת רווח או הפסד, השבועה או הבאת העדים. **ובשאר ההטבות** - הכוונה גם להטבות שאינן כסף כמו מתנות לפתיחת חשבון או הפקדה בחיסכון, זכות לקבל הלוואה, וכדומה, ששני הצדדים לעסקא מבקשים להכליל אותן בדמי ההתפשרות של היתר עסקא, כדי לבטל את החשש לריבית הקיים בהם.

**כולל הצמדת הכסף לשער כלשהו** - במילים אלה נפתרת הבעיה ההלכתית והחשש לריבית שיש בהצמדה למטבע חוץ או מדד מחירים וכדומה (כי למטבע חוץ או מדד מחירים יש מעמד של פירות ולא מטבע, ואם המדד/מט"ח מתייקר, יש בזה איסור ריבית). לכן, הם נכללים במילים אלה במסגרת דמי ההתפשרות.

#### **סעיף 9 - מעמד העסקא לאחר מועד הפירעון**

סעיף זה בא לפתור את בעיית מועד פירעון העסקא. לכאורה, בהגיע מועד הפירעון, החוב "קופא" והופך להלוואה, שאסור לגבות ריבית על האיחור בפירעונה. כדי לפתור את הבעיה, שאינה מתיישבת עם הנהוג בבנקים, נאמר בסעיף שגם לאחר מועד הפירעון, העסקא נשארת בגדר עסקא, ולכן ייתכן שיופק ממנה עוד רווח לאחר מועד פירעונה.

#### **סעיף 10 - בטלות פעולות שיש בהן ריבית**

כאן מובהרת הקדימות של היתר עסקא לחוזה העיקרי הסותר אותו, וביטול מפורש של תקפות השטר שיש בו משום מה איסור ריבית, ובכך נמנעת בעיית "שטרא מחוזנאי", שניתן לגבות בו ריבית שלא כדין (מלווה ולווה ה, ז).

#### **סעיף 11 - תחולה על מי שאינו מודע לתנאי העסקא**

סעיף זה עוסק השטר בתוקפו של הסכם העסקא למי שאינו יודע את תנאיה, ובכלל זה גם מי שיודע על קיומו של היתר עסקא ואינו יודע מה תוכנו ופירושו, וכן מי שאינו יודע כלל על קיומו של היתר עסקא, ומותנה בו שיחולו

גם עליהם תנאי העסקא.

לעצם השאלה אם יש צורך במודעות לקיומו של היתר עסקא, ראה לעיל במבוא. אם יש צורך במודעות, ייתכן שהתועלת בתנאי מפורש זה היא רק עבור מי שקרא אותו, גם אם לא הביין את מהות היתר עסקא. עוד ייתכן, שלדעת מנסחי היתר העסקא, גם אם לא נכתב תנאי מפורש מעין זה, היתר העסקא מועיל, והוא נכתב כאן לצורך הבהרה בלבד.

### סעיף 13 - קבלת קניין וסעיפי תוקף הלכתי

סעיף זו נותן תוקף הלכתי לתנאי העסקא, אך אינו ייחודי לעסקא, והוא בא לפתור בעיות הקיימות גם בהסכמים אחרים. לביאור מפורט, ראה בסוף הסכם עבודה שבספר זה (סעיף 8) כאן נבאר את מה שלא מופיע שם.

בקניין אגב סודר - כלומר, בקניין סודר (ראו למשל, שו"ת מהרש"ם א, נה).

בתקיעת כף - בפוסקים (שו"ע חו"מ רא, ב; וראה העיקרון ברמב"ם מכירה ז, ו) נפסק שתקיעת כף בין סוחרים דינה כמעשה קניין בעל תוקף, אם זהו המנהג.

בביטול מודעות - מודעה היא הצהרה של אדם שהסכמתו לעסקא מסוימת נעשתה תחת לחץ ולכן היא בטלה (מכירה י, ה). אמנם, אם בשעת העסקא ביטל אדם את המודעה, העסקא תקפה (מכירה י, ח; שו"ע חו"מ רה, יא).

**הערות:** 1. "עיסקא", שמשמעו בעברית 'העסק'. וכן הוא נקרא ברמב"ם: שלוחין ושותפין ו, א-ב; מלווה ולווה ה, ח, ועוד. דין עיסקא נפסק גם בשו"ע יו"ד קעז, ב. 2. רמב"ם: שלוחין ושותפין ו, ב; מלווה ולווה ה, ח. וראה ביאורנו המקיף שם. 3. משנה ובבלי ב"מ סח, ע"א; שם סט, ע"א; רמב"ם שלוחין ושותפין ו, ב; מלווה ולווה ה, ט; שו"ע יו"ד קעז, ב-ד. 4. בעניין רמה זו של ראיות שניתן להסכים עליה לגבי הקרן והרווחים ראו: ש"ך קסז, א; ט"ז קסז, א. 5. ע"פ שו"ת הרמ"א פ, שם משמע שאם הברירה בידי המתעסק אם לשלם סכום קצוב או לפי תנאי העסקא, הדבר מותר. ועיין בברית יהודה פרק לה סעיף טז הערה נד בעניין טעם ההיתר להתנות כך. 6. שו"ע יו"ד קעז, ו. 7. ט"ז יו"ד קסז, א. 8. אגרות משה יו"ד ב סב. 9. שו"ת צמח צדק יו"ד סי' פ"ח; שלי"ה חולין פרק נר מצוה נו; ברית יהודה מ, (יד). והמתירים בדיעבד: שו"ת טוב טעם ודעת תליתאה ח"ב מג; לבושי מרדכי יו"ד ח"א צה. 10. תורת ריבית טז, א; שם, לב; ברית יהודה מ (כא), אך עיין שם (כב) שלא כתב כך, ונראה שרק הסביר את המנהג אך לא סובר כך בעצמו בהחלט. 11. ולראייה, איסור כזה לא הובא ע"י העוסקים בנושא, ועיין בתרומת הדשן שב. 12. שו"ע יו"ד קעז, ו.