

היתר עסקא

הרב שמואל פולצ'ק

הקדמה – איסור ריבית אינו ניתן להתניה	ג. היתר עסקא בהלוואות לצריכה
א. רקע – שלושה רבדים בהיתר עסקא	1. רווחים לא ממוניים
1. הרובד הראשון: ההסכם ושכר הטרחה	2. שיתוף הנותן בכל נכסי המקבל
2. הרובד השני: הסכם התנאה על דיני הראיות	ד. מעמדו המשפטי של היתר עסקא
3. הרובד השלישי: דמי התפשרות	ה. מאפייני ההסכם המוצע
4. הכרחיות כל הרבדים בהיתר עסקא	1. הנחיה לגבי חוזה ההלוואה אליו מצורף היתר עסקא זה
ב. מודעות וכוונה	2. שמיטת כספים

הקדמה – איסור ריבית אינו ניתן להתניה

התורה אסרה על הלוואות בריבית בין יהודים.¹ איסור זה הוא לא רק על המלווה, אלא גם על הלווה,² וכמובן הוא תקף גם אם ההלוואה בריבית נעשית בהסכמה גמורה של שני הצדדים.³ ואין חילוק אם הלווה עני או עשיר.⁴ וכן אין חילוק בין אם ההלוואה מיועדת לצריכה או לעסקים.⁵

ממילא מובן שאיסור ריבית שונה מדיני ממונות אחרים עליהם ניתן⁶ בדרך כלל להתנות כרצון הצדדים. על כן כאשר רוצים להימנע מאיסור ריבית לא די בכך שהצדדים עצמם מסכימים ומרוצים, אלא יש לבדוק שההסכם עומד בדרישות ההלכה.

* הרב שמואל פולצ'ק, מכון משפטי ארץ, עפרה.

1. שמות כב, כד; ויקרא כה, לו-לז.
2. שולחן ערוך יו"ד קס, א.
3. ראו דברי הרא"ש המובאים לקמן הע' 5.
4. רמ"א יו"ד קס, א.
5. ראו ט"ז יו"ד קס, א: "בברייתא סוף פרק איזהו נשך ולא עוד אלא שמשמין [המלווים בריבית] משה רבינו חכם ותורתו אמת (כלומר על דרך סגני נהורא) שאומרים אלו ידע שיש ריוח בדבר לא היה כותבו ולכאורה תמוה וכי לא ידע שיש ריוח טוב למלוה בריבית ונראה פירושו שאומרים שיש ריוח טוב ללוה במעות שלוקח ומרויח בו הרבה וע"כ אין עליו איסור אם נותן רבית כך הם אומרים המלוים בריבית".
6. וכן ברא"ש בבא מציעא ה, ב, בסופו: "... [אפילו אם] בשעת לקיחת הרבית אמר אני נותן לך במתנה אסור לקבלו שסתם רבית שנותנין הסוחרים ועובדי אדמה צצריכים תדיר ללות נותנין אותו במתנה גמורה בלב שלם כדי שימצאו תמיד ללות".

ההיתר הנפוץ שעליו מסתמכים כדי להלוות במה שנראה כריבית הוא 'היתר עסקא'. במאמר זה יוסבר המנגנון של היתר עסקא בכלל, וכן יוסבר נוסח ה'היתר עסקא' המוצע כאן.

א. רקע – שלושה רבדים בהיתר עסקא

מקובל בימינו ללוות ולהלוות במה שנראה כריבית, 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. (בהמשך נדון בהלוואה שאינה מיועדת לעשיית רווחים). המנגנון של היתר עסקא מורכב משלושה רבדים. לצורך הבהירות, תחילה יבוא תיאור קצר של שלושת הרבדים, ואחר כך תיאור מפורט יותר.

הרובד הראשון הוא הסכם השקעה שבו המשקיע נותן כסף למתעסק, על מנת שזה יסחור בו וירוויח. ברובד זה מסוכם כיצד תהיה חלוקת הרווחים או ההפסדים, ומה תהיה העמלה ודמי הניהול שיגבה המתעסק מהמשקיע.

הרובד השני, עניינו הסכם הקובע את האופן שבו יצטרך המתעסק להוכיח למשקיע כיצד הוא נהג בהשקעה, ומה היו תוצאותיה. בהיתר עסקא טיפוסי רף הראיות מוגבה קצת יותר מהמתבקש מעצם ההסכם, ולפעמים הוא אף מתקרב לבלתי אפשרי, אולם אסור שיהיה ידוע מראש שההוכחה תהיה בלתי אפשרית.

הרובד השלישי הוא הסכם לפיו יכול המתעסק לשלם למשקיע סכום מסוים, אשר יבוא במקום כל הוכחה נוספת לגובה הרווחים ואופן הניהול. בהיתר עסקא טיפוסי סכום זה הוא הסכום שאותו מתכוונים הצדדים שישולם לבסוף, והוא מקביל לסכום קרן ההלוואה עם הריבית שעליה.

כעת יבוא הפירוט המורחב יותר עם דגש על הסוגיות העיקריות שעולות בכל רובד.

1. הרובד הראשון: ההסכם ושכר הטרחה

הרובד הראשון הוא הסכם השקעה שהיה מקובל בזמן חז"ל ונקרא בלשון חכמי התלמוד "עסקא" שפירושו בעברית "העסק". לפי הסכם השקעה זה, המשקיע בעל ההון ("בעל המעות") נותן לסוחר ("המתעסק") סכום כסף מסוים, על מנת שהוא יתעסק בו, כלומר יסחור בו.

באופן רגיל, הרווחים וההפסדים מתחלקים באופן שווה בין המשקיע לסוחר, מה שמבטא שותפות שווה שלהם בסחורה. כלומר, במקרה של רווח יחזיר המתעסק למשקיע את הסכום שקיבל בתוספת חצי מהרווח, ובמקרה של הפסד, יחזיר המתעסק למשקיע את הסכום שקיבל בניכוי מחצית מגובה ההפסד.

לפי ניתוחם של חז"ל, העסקא מורכבת מהלוואה בגובה מחצית שווי העסקא, בה אחריות המתעסק מוחלטת להחזיר את מה שקיבל. מחלק זו יוכל המתעסק להפיק רווחים, ואם יהיו

הפסדים אזי הוא יישא בהם. החצי השני של העסקא הוא 'פיקדון' אשר נותר בבעלות המשקיע, וממנו צומח חלקו של המשקיע ברווחים או בהפסדים.⁷

למרות כינוי חצי מהעסקא 'הלוואה', אין למתעסק אפשרות להפריד בין החלקים, ולהשתמש בחצי מהעסקא לצריכתו האישית, או להשקעה אחרת, ועליו לנהל את העסקא כולה יחד כהשקעה אחת.⁸ כך נשמר האינטרס של המתעסק בהצלחת העסקא כולה, ובכלל זה חלק הפיקדון שבה.⁹

מכיוון שהמתעסק טורח לבדו במסחר, הוא מקבל מלבד חלקו ברווחים עוד שכר על טרחתו בחלקו של המשקיע בסחורה. שכר זה יכול להיות קצוב, או כאחוז מסוים מהרווחים, כגון שבמקרה של רווח יקבל המתעסק שני שלישים והמשקיע רק שלישי.¹⁰

חז"ל קבעו שיש חובה לשלם שכר כזה, אחרת יצא שהמתעסק טורח בחלק הפיקדון השייך למשקיע בתמורה לחלק ההלוואה שקיבל, והרי זו הלוואה בתמורה, שהיא כריבית. על כן רכיב השכר למתעסק בעסקא הינו חובה על פי ההלכה,¹¹ אם כי הוא יכול להיות שכר סמלי אם הוסכם כך מראש.¹²

כאמור, מותר לצדדים להסכים על חלוקה אחרת של הרווחים וההפסדים, המבטאת אחוזי בעלות שונים בעסקא. אולם חובה בכל מקרה שיהיה שכר למתעסק על טרחתו בחלק הפיקדון, שכר שיכול להיות קצוב, או שהוא יתבטא בחלק גדול יותר מהרווחים מאשר חלקו בהפסדים, כגון שמוסכם שבהפסד יספוג המתעסק רק שלישי מההפסד והמשקיע שני שלישים, ובמקרה של רווח יתחלקו בשווה.¹³

אולם, אסור להסכים שבמקרה של הפסד יישא בו המתעסק בלבד, ובמקרה של רווח יתחלקו בו המשקיע והמתעסק.¹⁴ מצב כזה נקרא "קרוב לשכר ורחוק להפסד", כלומר המשקיע 'רחוק' מהפסד כי לפי ההסכם הוא מובטח בקרן, ו'קרוב לשכר' כי במקרה של רווח המשקיע מקבל חלק בו. איסור זה הוא אף אם יינתן שכר קצוב למתעסק.¹⁵

במקרה שנגרם נזק למלאי העסקא, אחריות המתעסק על חלק ההלוואה היא מוחלטת. ובחלק הפיקדון, מכיוון שהוא בבעלות המשקיע, סופג המשקיע את ההפסד שנגרם.¹⁶ אמנם, מכיוון שהמתעסק מקבל כאמור שכר על טרחתו בחלק הפיקדון, דינו כשומר שכר,¹⁷ אשר חייב באחריות כל נזק שנגרם לחלק הפיקדון אשר היה ניתן למונעו, אף אם לשם כך

7. שולחן ערוך יו"ד קעז, ב.

8. שולחן ערוך יו"ד קעז, ל; שם לו.

9. זהו פיתרון קדום ל"בעיית הנציג" המפורסמת איתה מתמודדים בדיני התאגידים המודרניים.

10. שולחן ערוך יו"ד קעז, ד; שם כה.

11. שולחן ערוך יו"ד קעז, ב; שם כה.

12. שולחן ערוך יו"ד קעז, ג.

13. שולחן ערוך יו"ד קעז, כה.

14. שולחן ערוך יו"ד קעז, א.

15. ש"ך יו"ד קעז, ג.

16. שולחן ערוך יו"ד קעז, ב.

17. שולחן ערוך יו"ד קעז, ה.

נדרש מאמץ משמעותי,¹⁸ ואין צורך לומר שהוא חייב בנוק שנגרם עקב רשלנותו.¹⁹ רק אם נגרם נזק באונס אשר לא היה יכול המתעסק למונעו כלל, פטור המתעסק מלשלמו והמשקיע מפסיד את חלק הפיקדון שבנוק.

גם אם יסכים המתעסק לקבל על עצמו אחריות מוחלטת גם על חלק הפיקדון, הדבר אסור, שכן זהו מצב של "קרוב לשכר ורחוק להפסד".²⁰

2. הרובד השני: הסכם התנאה על דיני הראיות

על גבי הרובד הראשון, בנוי הרובד השני שעניינו הגבהת הרף הראייתי. ככלל, צדדים להסכם ממוני רשאים להתנות על אופן ההוכחה המספיק כדי לחייב זה את זה בתשלום,²¹ בין אם מדובר בהגבהת הרף הראייתי²² או הנמכתו.²³

באופן רגיל, קשה למשקיע לדעת מה עושה המתעסק עם ההשקעה. המשקיע יכול להחליט לסמוך על המתעסק, ולא לדרוש ממנו ראיות לכך שהוא נהג בעסקא כמצופה, ושהוא הרוויח או הפסיד כפי שהוא טוען. אך המשקיע גם רשאי להתנות את מסירת העסקא לידי המתעסק בכך שהמתעסק יצטרך להביא ראיות לאופן טיפולו בעסקא, וכן לגובה הרווחים או ההפסדים להם יטען. אין זה בלתי סביר שהמשקיע ידרוש רף גבוה של ראיות לטענות המתעסק על גובה הרווחים או ההפסדים.

ואכן, בהיתר עסקא מקובל²⁴ לכתוב שהמתעסק לא יהיה נאמן בטענה שהעסקא ספגה נזקים או הפסדים ללא עדות שני עדים הכשרים להעיד לפי ההלכה, שיעידו שכך היה. וכן מקובל²⁵ לכתוב שהמתעסק לא יהיה נאמן בעניין גובה הרווח בלא שבועה חמורה בספר תורה.²⁶

אם ברור מתחילת ההסכם²⁷ שהמשקיע לא יפסיד בשום אופן מהקרן – זהו "קרוב לשכר ורחוק מהפסד" שאסור. על כן ההגבלה על הוכחת ההפסד צריכה להיות מתונה במידה

18. שולחן ערוך חו"מ שג, יא.

19. בזה חייב אף שומר חנם (שולחן ערוך חו"מ רצא, א).

20. שולחן ערוך יו"ד קעז, א.

21. בעניין האפשרות להתנות על נאמנויות בממון ראו בספר זה, במאמר "מבוא לדיני חוזים", עמ' 32.

22. ראו למשל שולחן ערוך חו"מ ע, ג"ה.

23. ראו למשל שולחן ערוך חו"מ רצו, ה.

24. ברית יהודה מ, ג, הע' ד.

25. ברית יהודה מ, ד.

26. מעיקר הדין (ללא הסכמה בחוזה) אין זה ברור אם ניתן לחייב את המתעסק להישבע, שכן יש מחלוקת האם מקבל עסקא דינו כשותף שניתן להשביעו שבועה חמורה בספר תורה אף מספק, אם התערור חשדו של שותפו (רמ"א חו"מ צג, ד). על כן ההתחייבות להישבע נצרכת. להרחבה בשאלה זו ניתן לעיין בספר תורת ריבית טו, בירור הלכה ב.

27. ייתכן מצב בו במשך תקופת ההסכם, אין אפשרות להוכיח אם היו רווחים או לא, כגון שהכסף והמתעסק היו במקום בו אין עדים, ומכאן והלאה לא תהיה לעולם אפשרות להוכיח לפי התנאים המוסכמים לכך שלא היו רווחים גבוהים באותו זמן, אשר יכולים להאפיל על כל הפסד או נזק שיוכחו בהמשך. מקרה כזה אינו סותר את האיסור לתת כסף באופן של "קרוב לשכר ורחוק להפסד" שכן איסור זה חל רק אם בשעת מתן ההשקעה התנאים היו כאלה, לא אם נוצר מצב כזה אחר כך (שולחן ערוך יו"ד קעז, ה).

המאפשרת באופן עקרוני הוכחה כזו. מצד שני, קובעים רף גבוה מספיק שההסתברות למימושו נמוכה.

לגבי שיעור הרווחים – כתבו הפוסקים²⁸ שאין צורך בעדות כמו על ההפסדים, מכיוון שזה לא מעשי שיהיו עדים המוכיחים את גובה הרווח המדויק, וכן מסיבות נוספות.²⁹ על כן יש להסתפק בשבועה חמורה על גובה הרווחים, שבועה שלא יכולה להתבצע בימינו (בהם לא נהוג להשביע), כך שרף ההוכחה גבוה גם כך.

3. הרובד השלישי: דמי התפשרות

הרובד השלישי הוא קביעת דמי התפשרות מוסכמים מראש: מוסכם מראש שאם ישלם המתעסק למשקיע סכום מסוים ("דמי התפשרות") כפירעון העסקא עם הרווחים המגיעים למשקיע, (להלן, דמי ההתפשרות), לא יצטרך המתעסק לשלם יותר, להישבע או להביא ראיה נוספת על גובה הרווח.³⁰ את דמי ההתפשרות קובעים כפי רצון הצדדים, בדרך כלל בדומה להלוואה בריבית. למשל, החזר הקרן בתוספת מספר אחוזים שנת.

4. הכרחיות כל הרבדים בהיתר עסקא

למרות שהתוצאה המעשית של היתר עסקא עם הרובד השלישי נראית כמו הלוואה בריבית, אין אפשרות להחליף את היתר העסקא בהסכם הלוואה בריבית, ואף אין אפשרות לוותר על אחד מהרבדים הקודמים. אם רוצים שההיתר יהיה תקף, אסור לוותר על הרובד הראשון ולהסכים מראש שבכל מקרה ישלם המתעסק את דמי ההתפשרות.³¹ כמו כן, אסור לוותר על הרובד השני ולהסכים שרמת הראיות הנדרשת תהיה כה גבוהה, שברור מראש שהיא אינה בת השגה,³² כיוון שהדבר אסור משום ריבית. כל זאת אף על פי שהצדדים לעסקא נקראים משקיע ומתעסק ולא מלווה ולווה (הרובד הראשון).

ראיה לכך קיימת בדין הנותן לחברו כסף לקנות בו סחורה מסוימת, והשליח הלך וקנה סחורה אחרת ללא אישור של הנותן, אם יש הפסדים במסחר זה המקבל סופג אותם כיוון ששינה מהוראות הנותן, אך אם יש רווחים, החלוקה היא כפי שהוסכם ביניהם (שולחן ערוך חו"מ קעו, י"ב). זהו מצב של "קרוב לשכר ורחוק להפסד", אך אין בו איסור, שכן אילולא שינה המקבל מהוראות הנותן, היה הנותן קרוב גם להפסד ולא רק לשכר (שולחן ערוך יו"ד קעז, ה).

28. ב"ח יו"ד קסז, א; ט"ז יו"ד קסז, א; ש"ך יו"ד קסז, א.

29. בלבוש יו"ד, קסז, מאריך בעניין. לדבריו, הקרן הייתה קיימת כשניתנה העסקה, ולכן מתבקש לדרוש עדות על הפסד בקרן. לעומת זאת, הרווח לא היה קיים, ולכן אין זה סביר לדרוש עדות על אי קיום רווחים, לפני שהובאה עדות לקיומם כלל. ועיינו גם בספר תורת ריבית טו, בירור הלכה ג. וכן בספר נתיבות שלום, קונטרס היתר עסקא אותיות א-ג.

30. ע"פ שו"ת הרמ"א פ, ועוד.

31. שולחן ערוך יו"ד קעז, ו.

32. ט"ז יו"ד קסז, א.

ב. מודעות וכוונה

לדעת חלק מן הפוסקים, מי שמבקש ללוות או להלוות על פי היתר עסקא, חייב להיות מודע למהות ההיתר.³³ אם הוא חושב שהוא לווה בריבית או מלווה בריבית, והיתר עסקא מתיר את הדבר, ולא הבין כלל את מהות ההיתר, ההיתר אינו מועיל לו.³⁴

אמנם יש מי שסוברים³⁵ כי אף לדעת מי שאוסרים בדרך כלל הלוואה ללא הבנת מהותו של היתר העסקא, יש להתיר זאת בעסק עם בנק. זאת, 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.

אולם, כל הפוסקים מסכימים שרצוי להבין את היתר העסקא ולא להסתפק בעובדה שהוא קיים ותקף.

כשלווים או מלווים בהיתר עסקא, אין חובה להתכוון להתחלק ברווחים (לפי הרובד הראשון) לאחר הוכחה (כמפורט ברובד השני), כנדרש מן ההסכם, ומותר **להתכוון** מלכתחילה לשלם את דמי ההתפשרות (הרובד השלישי). וכך כתב בשו"ת תרומת הדשן במפורש לגבי ההיתר שלו אשר דומה להיתר העסקא המודרני שהתפתח ממנו:

ואף על גב דבוודאי אין דעת שניהם שיתקיימו התנאים ואין מתנין אותו אלא כדי

ליקח הריבית בהיתר... אפילו הכי – שרי.³⁶

אולם אסור להתקשר בחוזה **המחייב** לעשות כן,³⁷ מפני שעקב זאת יתבטל תוקף ההיתר.

ג. היתר עסקא בהלוואות לצריכה

בהלוואות שניטלות לא לצורך השקעה עסקית הצפויה להניב רווחים, אלא לצורך הוצאות צריכה של הלווה, לכאורה, אי אפשר להסתמך על היתר עסקא. שהרי ההיתר מתבסס על כך שיש אפשרות שיווצרו רווחים, בהם יתחלקו הנותן והמקבל. אולם, אם המקבל מוציא את הכל לצרכיו, ראשית – נראה שהוא גוזל את בעל הכסף, כאשר הוא מפר את ההתחייבות שלו להשקיע את הכסף בעסק רווחי, ושנית – אין כל סיכוי שיתקבלו רווחים, ונראה שהבסיס להיתר נשמט.

ואכן, יש שאוסרים נטילת הלוואה בריבית על פי היתר עסקא כשמטרת ההלוואה אינה עסקית, אלא לרכישת מוצרים שאינם בני קיימא.³⁸ יש לציין שמהשולחן ערוך נראה

33. שו"ת אגרות משה יו"ד ב, סב.

34. שו"ת צמח צדק יו"ד, פח; של"ה חולין פרק נר מצוה, נו; ברית יהודה מ, הע' יד. והמתירים בדיעבד: שו"ת טוב טעם ודעת תליתאה ב, מג; לבושי מרדכי יו"ד א, צה.

35. תורת ריבית טו, א; שם, לב; ברית יהודה מ, הע' כא, אך עיינו שם, כב, שלא כתב כך, ונראה שרק הסביר את המנהג אך לא פסק כך בעצמו בהחלט.

36. שו"ת תרומת הדשן, שב.

37. שולחן ערוך יו"ד קעז, ו.

שמקובל היה במקרים מסוימים להשתמש בכספים שנתקבלו על ידי היתר גם לצרכים כאלה. וצ"ע שם בגדר הדברים.³⁹ אמנם, יש שהתירו בכל זאת לקחת הלוואות כאלה, להלן נדון בדבריהם.

1. רווחים לא ממוניים

שיטת בעל שו"ת שואל ומשיב⁴⁰ היא שגם רווחים שאינם ממשיים יכולים להיחשב כרווחים. כלומר, פשיטא (לדעתו) שכאשר ההלוואה מאפשרת ללווה לאכול ולחיות, ובתקופה זו הוא עובד ומקבל משכורת, שניתן לראות משכורת זו כרווח מהעסקא. אבל אפילו כאשר ההלוואה אינה מאפשרת רווחים עקיפים כאלה, אלא למשל רק מניעת הפסדים, כגון מי שמשלם את חובותיו לגוי על ידי הלוואה בהיתר עסקא, ובכך חוסך את הריבית שהיה עליו לשלם – גם זה נחשב כרווח בעסקא שקיבל, ואפילו מי שלווה לצורך חתונת בנו, שכן היא שווה בשבילו ממון רב.⁴¹

נראה שדעתו של השואל ומשיב אינה הדעה הרווחת בקרב האחרונים,⁴² ויש בה קשיים לא מבוטלים. כיוון שאילו היה מדובר רק בעסקא רגילה (הרובד הראשון), כיצד היה על מקבל עסקא כזו לחלק עם הנותן את "רווחיו" הלא-כספיים? לדוגמה, כיצד למשל היה נותן לבעל הממון שלישי מהרווח הלא-ממוני שיש לו מכך שבנו התחתן, וכיצד מעריכים עד כמה סייעה ההלוואה לרכישת אוכל להגדלת כושר ההשתכרות של הלווה, על מנת לחלק עם המשקיע את המשכורת?

2. שיתוף הנותן בכל נכסי המקבל

אמנם, הדרך המקובלת יותר להצדקת הלוואות לצריכה בהיתר עסקא היא שרואים את העסקא כאילו שימשה לרכוש נכסים וסחורות שיש ללווה, שאילו לא נטל את העסקא היה עליו למוכרם לצורך פרנסתו, ובזכות ההלוואה בהיתר עסקא, הוא יכול שלא למוכרם.⁴³ אולם, עולה גם כאן השאלה, שהרי אין לנותן בעלות על אותם נכסים וסחורות, שכן הם לא נקנו בפועל מכספי העסקא אשר שימשו בפועל לצורך כיסוי חובות או רכישת מוצרי צריכה. על כן באה ההצעה שבתמורה לקבלת כספי העסקא, יקנה המקבל לנותן חלק

38. תורת ריבית טו, הע' פה, בשם הרב יוסף ש' אלישיב בלווה מאדם פרטי. ושם מקורות נוספים; וכן ברית יהודה מ, טז.

39. ראו למשל: שולחן ערוך יו"ד קעו, ז: "אם הלואה הוציא המעות ביציאותיו" – שם הדבר אסור, אבל ייתכן שאם לא נמלכו לעשות קצבה שנתית והשאירו זאת על מחצית שכר כבתחילה – אין זה אסור. ומכל מקום, זו אפשרות המוכרת בפשיטות. וכן רמ"א יו"ד קעו, ה: "ולכן יתנה הנותן תחלה שאם יטול לפעמים קצת מן העסק לצרכו שלא יהא מקרי שולח יד בפקדון בכך... ואם נהגו שלא להקפיד בכך מסתמא כאלו התנו דמי...".

40. שו"ת שואל ומשיב מהדורה קמא, ג, קס; שם מהדורה תליתאה, א, קלו.

41. ראו עוד: שו"ת חלקת יעקב יו"ד, עד, שתומך בסברת השואל ומשיב; שו"ת הרי בשמים ב, קמג, שמתנגד אליה; שו"ת מהרש"ם ב, רטז, ועוד.

42. ראו: תורת ריבית טו, הע' פו, שם מובאת שיטתו ושיטת החולקים עליו.

43. תורת ריבית פו, טו, ובהערות שם; ברית יהודה מ, טז, ושם, הע' כט.

בנכסיו ועסקיו בשווי העסקא, וכך הוא יוכל להוציא את הכסף לכל צורך שירצה, ועדיין העסקא קיימת כשותפות בנכס מניב או סחורה העשויה להביא רווחים.⁴⁴

אמנם, גם דרך זו מעלה קשיים לא מבוטלים. כגון השאלה אילו נכסים ואילו סחורות בדיוק כלולים בהקניה ובעסקא?⁴⁵ האם מדובר במכלול העסקים של האדם, או רק בחלקם, או שמא רק חלקם "המובחר"? אם אין כוונה ברורה לצדדים את מה הם קנו והקנו – האם יש לזה תוקף?⁴⁶ וגם אם כן – האם הערפול בהגדרת העסק המשותף אינו מונע לחלוטין את הבאת הראיות הנדרשת כדי להוכיח שהיה הפסד או נזק, ואף להוכיח מה היה הרווח (ואז מתבטל הרובד השני וההיתר כולו כאמור).

אכן, בספר תורת ריבית⁴⁷ הציע המחבר שכאשר כותבים בהיתר עסקא נוסח כזה שבו מקנים לנותן חלק בכל נכסי המקבל, אזי יש לאפשר שהמקבל יישבע לא רק על גובה הרווחים, אלא אף על הפסדים ונזקים. שכן אין שום ראייה אחרת שניתן להביא על מכלול נכסיו של המקבל.⁴⁸

על כך יש להוסיף ולהקשות שהקניה כוללת כזו של "חלק" בנכסים ובעסקים, היא כה מופשטת, שלא רק ששני עדים לא יוכלו להעיד מה היה שם, אלא שגם המתעסק עצמו לא יוכל להישבע מה בדיוק היה הרווח או ההפסד שלו ב"חלק" שהוקנה לבעל הממון מ"כלל הנכסים והעסקים" שלו. ואם כן גם דרישת השבועה היא בלתי מציאותית, ודמי ההתפשרות הופכים להיות האפשרות היחידה – מה שכאמור לעיל, כמובן אסור.⁴⁹

על כן מסתבר שיש עדיפות שלא להקנות חלק מכלל נכסי המתעסק ועסקיו לנותן, וגם אין בכך צורך. זאת, משתי סיבות:

ראשית – בהלוואה לצורך עסקי אמיתי – אין בפשטות צורך במנגנון זה, שנועד לפתור את בעיית ההלוואות שאינן לצורך עסקי. כך ניתן לעקוב אחרי כספי העסקא – למה שימשו והיכן העסקא נמצאת, וניתן עקרונית להישבע או להביא עדים על מה שקרה לעסקא במהלך גלגוליה השונים.

44. ככל הנראה המקור הוא בשו"ת מהרש"ם ב, רטו, שם נכתב שזוהי תקנת מהר"ם בכל היתר עסקא. העניין נדון גם בשו"ת הרי בשמים ב, קמג, וכן במאמרו של הרב צבי יהודה בן יעקב "היתר עסקא – סתימת כל הפרצות", תחומין כג, עמ' 373-381, שם הוא ממליץ על דרך זו של שיתוף הנותן בכל עסקיו ונכסיו של המקבל, על ידי הקנאה מפורשת בשטר ההיתר עסקא.

45. ראו פירוט בספר תורת ריבית טו, טו, אות א, בסופו.

46. ראו שולחן ערוך חו"מ, רט, ב, וכן שם, חו"מ, רמא, ד ובנושאי הכלים שם ושם.

47. תורת ריבית טו, יב; שם, הע' סב; ראו עוד שם, הע' נט.

48. ראו לעיל ליד הערות 28 ו-29.

49. נראה שיש בעיה נוספת עם ביטול הדרישה לעדות על נזקים והפסדים והיא שהסתפקות בשבועה של המתעסק אפילו על הפסדים יוצרת מצב שלא ניתן לגבות מהיתומים אפילו את מלוא קרן ההלוואה אלא רק מחצה, (כי אם המקבל נאמן בשבועה על הפסדים, הוא נאמן במיגו בשבועה אם יטען "פרעתי", למרות שלנותן יש שטר, ואז טענינו ליתומים) כדין שטר כיש היוצא על היתומים (בבא בתרא עב, ב; שולחן ערוך חו"מ קח, ד). ואילו כאשר יש בשטר דרישה להוכחה על ידי שני עדים – הדבר מחייב גם את היתומים לשלם את הקרן, גם אם לא את הרווחים. וצ"ע.

שנית – מסתבר שאם כספי העסקא הוצאו לצריכה, אין זה יוצר בעיה הלכתית: מבחינת דיני גזל – הדבר תלוי כנראה בדעתו של הנותן, האם הוא מסכים או לא.⁵⁰

גם מבחינת דיני ריבית נראה שאין בעיה. שהרי, הנותן אינו יודע אם המקבל הוציא את הכסף לצריכה, ועל כן על המקבל להישבע או להביא עדים על מה שעשה עם הכסף, ובכלל זה אם הוציא אותו לצריכה או עשה דבר אחר, ומדה היו הרווחים אם בכלל. ממילא, אם ירצה לשלם דמי התפשרות – אין בזה איסור, בדיוק כמו במקרה בו לא הרוויח או הפסיד, גם אם לא הוציא את הכסף בהוצאותיו.

כלומר – מי שהפקידו אצלו כסף כפיקדון והוא השתמש בו למימון הוצאותיו, ממילא נכסיו משועבדים⁵¹ לתשלום החוב שנוצר,⁵² אבל אין שום נכס מסוים שהוא הפיקדון. אם אחר כך הוא יקנה למפקיד איזה נכס כפירעון, יהפוך אותו נכס לחליפי הפיקדון.⁵³

בענייננו, גם אם יעידו עדים שהמקבל השתמש בכסף לצרכיו, יוכל הנותן לטעון שייתכן שהמקבל פרע את החוב בכך שהקנה לנותן סחורה או נכס, אשר הניבו רווחים בהם על המתעסק להתחלק עם הנותן. על כן הוא יכול לדרוש ממנו שבועה על כך שלא הרוויח באופן זה. וממילא יש מקום לתשלום דמי התפשרות על שבועה זו. על כן, אין כאן בעיה מצד הלכות ריבית.

לסיכום, ישנם קשיים רבים בדרך של שעבוד נכסיו של המקבל לעסקא. לפיכך, מסתבר שיש עדיפות לדרך שאינה מסתמכת על כך.

ד. מעמדו המשפטי של היתר עסקא

סוגיה זו עלתה בשנים האחרונות במקרים בהם אדם קיבל הלוואה מבנק עבור עסק ולאחר מכן טען שההשקעה ירדה לטמיון. כיוון שהלוואות הבנקים נעשות על פי היתר עסקא דרש הלווה להיפטר מחצי הלוואה, כיוון שהיא בעצם פיקדון השייך לבנק, והבנק הוא שהפסיד.

שאלה אחת שנדונה בבתי המשפט בהקשר זה הייתה האם היתר עסקא הוא חוזה משפטי מחייב או רק מסמך דתי ללא כל משמעות משפטית. בעניין זה נפסק שהיתר עסקא הוא מסמך משפטי המחייב את שני הצדדים. וכלשונו של השופט אורי גורן:

לדעתי, שטר ה"עסקה" הריהו חוזה ככל שאר החוזים, ואין כל מניעה שבית משפט אזרחי ידון בתוקפו של ההסכם, אך ורק משום שתוכנו מכיל את הדין הדתי/הלכתי...⁵⁴

50. יש לדמות זאת להיתר המובא בתוספות בבא קמא קב,א, ד"ה הנותן, בשולחן ערוך יו"ד קעו, ה; וברמ"א שם.

51. כמו בכל חוב (שולחן ערוך חו"מ לט, א). לכן אין צורך מיוחד בקניין מפורש לשעבוד הנכסים. ובמיוחד אם ההפקדה היא בשטר, שבו יש שעבוד נכסים אף לגביה מלקוחות.

52. אם הוציא את הכסף בהיתר אזי נוצר חוב כמו הלוואה (שולחן ערוך חו"מ רצב, ז). אם הוציא באיסור, אזי הוא שולח יד בפיקדון שדינו כגולן וחייב גם כן באונסין (שם, א; שם, ה).

53. ראו רמ"א חו"מ רצב, א; שם רצב, ז.

שאלה שנייה שעלתה היא האם הלווה יכול להוכיח הפסדים בדרך שונה מזו שנקבעה בהיתר העסקא. דוגמה לכך הייתה במקרה בו אדם לווה כסף מבנק והשקיע אותו בבורסה דרך הבנק. בפועל, הבנק הוא שדיווח ללקוח על מצב ההשקעות שלו, ובסופו של דבר הודיע לו שהיו הפסדים ודרש את החזר הלוואה במלואה עם הריבית.

כעת טען הלווה שכיוון שהבנק הוא שדיווח על ההפסד של ההשקעה, אזי הדבר מהווה ראייה מספקת. וכיוון שכל הלוואה שהבנק נותן ניתנת על פי היתר עסקא אזי בעצם חציה היה כסף של הבנק שניתן ללווה כדי שישקיע אותו, ולכן על הבנק לספוג חצי מההפסד, ועל הלווה להחזיר רק חלק מקרן הלוואה לפי החשבון.

עניין זה נדון בפני בית הדין הרבני, כאשר דעת המיעוט, של הרב אברהם שרמן,⁵⁵ הייתה שיש לקבל את טענת הלווה. ואילו דעת הרוב, של הרב שלמה דיכובסקי⁵⁶ והרב עזרא בר שלום,⁵⁷ הייתה שאין לקבל את טענת הלווה בעיקר מפני שיתכן שהיו רווחים בהשקעות אחרות הנכללות בהיתר עסקא לפי שיטות המהרש"ם⁵⁸ והשואל המשיב.⁶⁰

נושא זה נדון גם בערכאות האזרחיות, ובאופן כללי ניתן לסכם ולומר שבתי המשפט אינם מאפשרים ללווים להיפטר מתשלום מלוא הלוואה בטענה שהיו הפסדים. זאת, על בסיס עמידה דוקנית על הדרישות הראייתיות שנקבעו בהיתר העסקא.⁶¹

ה. מאפייני ההסכם המוצע

נוסחים רבים של היתר עסקא נכתבו במהלך הדורות וגם בזמננו. אולם, ברובם מדובר בהיתר עסקא שמהווה תחליף להסכם הלוואה אחר, ולא מיועדים לשמש כתוספת או נספח להסכם הלוואה בריבית. כמו כן, רוב הנוסחים נכתבו בלשון תלמודית ולא בלשון מודרנית היכולה להיות מובנת בקלות לדוברי עברית בני זמננו שעשויים להיות צד בהסכם היתר עסקא, ולעורכי דין המסייעים להם.

יש גם נוסחים המיועדים לבנקים או לבתי עסק, שמטרתם לכלול בהסכם ה'היתר עסקא' את כל העסקאות בהן עלולה להיות בעיית ריבית עבור הבנק או העסק, בין כשהוא מלווה

54. המ' (ת"א) 5317/86, ת.א. 1024/86 בנק המזרחי המאוחד נ' צבי טישלר ואח', פ"מ תשמ"ח(ב) 353. ראו עוד: ה"פ מחוזי י"ם 145/00 אוחנה ואח' נ' בנק ירושלים לפיתוח ומשכנתאות.

55. הרב אברהם שרמן, "היתר עיסקה במניות הבנקים", תחומין ח, עמ' 148-158.

56. הרב שלמה דיכובסקי, "היתר עיסקה במניות הבנקים", תחומין ח, עמ' 133-142.

57. הרב עזרא בר שלום, "היתר עיסקה במניות הבנקים", תחומין ח, עמ' 143-147.

58. כך היו דעות הדיינים מעיקר הדין. אמנם, הרב שרמן נתמך על ידי הרב יוסף ש. אלישיב, הרב נ' קרליץ, והרב י"י בלויא מחבר הספר ברית יהודה, ובעקבות תמיכה זו חזר בו הרב דיכובסקי חלקית והכריע, כפשרה הקרובה לדין, שכל צד יחזיק במה שבידו, לאחר שהבנק כבר גבה חלק מהחוב. ראו: הרב שלמה דיכובסקי, "תשובה להשגה" תחומין ח, עמ' 159-162.

59. שו"ת מהרש"ם ב, רטז.

60. שו"ת שואל ומשיב מהדורה קמא, ג, קס; שם מהדורה תליתאה, א, קלו.

61. ראו בעניין זה: אביעד הכהן וזלמן סורוצקין, "בנקאות ללא ריבית והיתר עיסקא במדינה יהודית ודמוקרטית, הלכה ואין מורין כן?" שערי משפט ב(1) (תשנ"ט), עמ' 77-99.

ובין כשהוא לווה. אבל נוסחים אלה הם כלליים, אינם מתייחסים להסכם ספציפי, וגם לא מתאימים להסכם אשר הצדדים לו הם אנשים פרטיים.

לפיכך ישנו צורך בנוסח מודרני, שאינו מיועד למכלול העסקאות של בנק או בית עסק, אלא להלוואה מסוימת של אדם פרטי או חברה, אשר יכול לבוא כנספח לחוזה הלוואה בריבית. מסתבר שזהו צורך משמעותי, שכן מצוי שאנשים רוצים ללוות או להלוות שלא באמצעות בנק, ומעוניינים בחוזה מודרני, ורוצים שהדברים ייעשו על פי ההלכה בלי לעבור על איסורי ריבית מהתורה או מדרבנן.

בחוזה זה יש התייחסות לחוזה הלוואה בריבית עליו חתמו הצדדים, ומטרתו היא לשנות בחוזה הלוואה רק את מה שנצרך מבחינת ההלכה של איסורי ריבית, כאשר כל שאר התנאים, כגון סכומי הלוואה מועדי הפירעון והבטוחות לתשלום, נשארים בתוקפם כפי שהם בהסכם הלוואה.

דבר זה דומה להיתרי עסקא של הבנקים, אשר מטרתם היא לשנות את חוזה הלוואה או ההפקדה שהבנק מחתים עליהם את הלקוחות, וזאת, במידה הנדרשת לקיום ההלכה. אלא ששם מדובר בהיתר עסקא כללי, וכאן מדובר בחוזה ספציפי.

1. הנחיה לגבי חוזה הלוואה אליו מצורף היתר עסקא זה

יש להוסיף בחוזה הלוואה עליו מדובר הפניה להיתר עסקא, וקביעה שהיתר העסקא גובר בכל מקרה של סתירה. אמנם, בנוסח היתר העסקא עצמו נכתב שהוא גובר על חוזה הלוואה המדובר, כל עוד לא נאמר במפורש להפך בהסכם הלוואה הרגיל. על כן אם הצדדים חותמים על ההיתר עסקא, כמו על חוזה הלוואה, ובחוזה הלוואה אין קביעה מפורשת השוללת את תוקף ההיתר עסקא, נראה שהלכתית ומשפטית להיתר העסקא יהיה תוקף.

2. שמיטת כספים

בנוסח כאן, קיימת התייחסות לשמיטת כספים, למרות שהדבר לא קשור במהותו לדיני ריבית והיתר עסקא. בחוזה זה אופן ההתמודדות שונה מאד מפרובול⁶² (שנותן מענה לכלל החובות של החותם עליו), והוא בנוי על תנאי "שלא תשמטני בשביעית"⁶³. כדי לוודא שלא יטען הלווה שהוא לא ידע שיש סעיף כזה ולא ציפה שיהיה סעיף כזה בהיתר עסקא, נכלל העניין בכותרת המסמך.

62. בעניין פרובול ושמיטת כספים ראו בספר זה, במאמר "פרובול", עמ' 437.

63. שולחן ערוך חו"מ סז, ט.

הסכם היתר עסקא עם הערות מבארות

הסכם היתר עסקא ואי השמטת החוב בשמיטה

לצירוף לחוזה של הלוואה בריבית לעסק⁶⁴ עם חיסון מפני שמיטת כספים⁶⁵

הסכם

שנחתם ביום _____ בכתובת _____

בין:

שם _____ ת.ז./ח.פ. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן, המשקיע או צד א')

לבין:

שם _____ ת.ז./ח.פ. _____

כתובת _____

טלפון _____ טלפון נייד _____ דוא"ל _____

(להלן, העוסק, או צד ב')

צד א' וצד ב' ייקראו לקמן יחד "הצדדים"

1. הואיל ובין המשקיע לבין העוסק עומד להיחתם הסכם הלוואה בריבית ו/או הצמדה⁶⁶ (לקמן "ההסכם העיקרי"), אשר בלא צירוף היתר עסקא זה אשר משנה בו כמה תנאים⁶⁷ הוא אסור על פי ההלכה,

64. יש לבחון אם הסכם זה מתאים גם להלוואה שמטרתה האמיתית אינה עסקית אלא צרכנית וכדומה, בעניין זה ראו עוד במאמר המקדים עמ' 350. ההסכם הזה נכתב להלוואה לצורך עסק שאמור לשאת רווחים.

65. שמיטת כספים נזכרת גם בכותרת ההסכם, על מנת לוודא שהצדדים מודעים לסעיף זה, אשר בדרך כלל אינו נמצא כחלק מהיתר עסקא. ככלל, כאשר יש בחוזה סעיף שאינו צפוי, יש מקום לקבל טענה של אחד הצדדים שלא קרא את החוזה או לא הבין אותו, ולא ציפה שיהיה בו סעיף כזה, ראו עוד בספר זה במאמר "החותם על שטר שלא קרא או לא הבין על מה חתם: "חוזה אחיד" בהלכה", עמ' 77 והלאה.

66. גם הלוואה עם הצמדה למדד כלשהו אסורה על פי ההלכה (תורת ריבית יז, ד; שם יט, לו).

67. ההדגשה של שינוי כמה תנאים בהסכם העיקרי היא כדי להבהיר לחותמים שההיתר עסקא אינו פועל כינוסחת קסם' המתירה את איסור הריבית, אלא שינוי מהסכם אסור להסכם אחר שהוא המותר. זאת, מכיוון שלדעת הרבה פוסקים אם הצדדים לא הבינו מהות ההיתר עסקא, אין לו תוקף. ובכל אופן, גם אם לא יבינו את כל פרטי ההסכם, חשוב שיבינו שמדובר בהסכם המשנה את ההסכם העיקרי עליו הם

2. והואיל והצדדים מעוניינים לחתום על ההסכם העיקרי וליישמו תוך הקפדה על דרישות ההלכה,
 3. הסכימו הצדדים להסכם היתר עסקא זה, אשר משנה כמה מהתנאים בהסכם העיקרי.⁶⁸
 4. בכל מקרה של סתירה בין ההסכם העיקרי לבין היתר עסקא זה גוברות הוראות היתר עסקא זה, על אף האמור בעניין סתירות כאלה בהסכם העיקרי עצמו או בכל הסכם אחר שאינו מתייחס בפירוש להיתר עסקא זה.⁶⁹
 5. סכום קרן ההלוואה בהסכם העיקרי אינו ניתן כהלוואה רגילה, אלא כהשקעה המורכבת משני חלקים שווים. חצי אחד ייקרא "חלק ההלוואה" והחצי השני ייקרא "חלק הפיקדון". שני החלקים יחד ייקראו "עסקא".⁷⁰
 6. צד ב' מתחייב לפעול בכל סכום העסקא יחד לשם עשיית רווחים כמיטב יכולתו ושיקול דעתו, בלי להפריד בין חלק ההלוואה לחלק הפיקדון, ולא יהיה תוקף להפרדה כזו.⁷¹
 7. חלק ההלוואה של העסקא יהיה באחריות מוחלטת של צד ב' שיהיה מחויב לפרוע אותו במלואו במועד הפירעון הכתוב בהסכם העיקרי. לצד א' אין ולא תהיה כל זכות לקבל על חלק ההלוואה כל תוספת של ריבית או הצמדה משום סוג.⁷²
 8. חלק הפיקדון של העסקא ייחשב בבעלות של צד א', וצד ב' ייחשב כשליחו לפעול בחלק הפיקדון כפי שנוכר לעיל בסעיף 6, כך שכל רווח או הפסד שייזקף על חלק הפיקדון ייחשב כנוקף לזכותו או לחובתו של צד א'. במועד הפירעון הכתוב בהסכם
- חתמו, כדי להימנע מטענה שהנספח ההלכתי לא נקרא, לא הובן, או נתפס כחסר משמעות. אם מישהו מעדיף בכל זאת לא לקרוא אותו, אין הוא יכול להניח שהדבר לא משפיע על זכויותיו, ושאלו להסכם תוקף. וראו לעיל הע' 65.
68. ראו הע' 67 לעיל.
69. כאמור במאמר המקדים – היתר העסקא סותר הסכם הלוואה בריבית או בהצמדה, ולכן אם היתר העסקא אינו גובר בעניינים אלה על ההסכם העיקרי, אין בו כל תועלת הלכתית. למרות זאת עדיין אפשר לקבוע בסעיף או הסכם מיוחדים שההסכם העיקרי יגבר על היתר עסקא. אילו נחסמה אפשרות כזו, היה ניתן אולי לטעון שגם סעיף כללי בחוזה העיקרי הקובע עדיפות להסכם העיקרי על כל הסכם אחר יגבר על היתר העסקא. כעת שנקבעה דרך מסוימת להתגברות על היתר העסקא, כל עוד לא ננקטה דרך זו, היתר העסקא גובר ותקף.
70. זהו הסכם ה'עסקא' התלמודי – הרובד הראשון ב'היתר עסקא', על פיו הכסף שניתן מתחלק לשניים: חציו הלוואה ללא ריבית, וחציו פיקדון השייך לנותן. פיקדון זה יכול שיישא רווחים עקב השקעות של המקבל.
71. זו חובתו של המתעסק בהסכם "עסקא". אי ההפרדה ואי התוקף להפרדה – הם דיני ה"עסקא".
72. כאן מדובר על חלק ההלוואה אותו מתחייב המקבל להחזיר ללא ריבית בכל מצב ללא קשר לקיומם של רווחים או הפסדים.

- העיקרי⁷³ יחזיר צד ב' לצד א' את חלק הפיקדון כערכו באותו זמן ובניכוי או תוספת כמפורט לקמן בסעיפים 9, 74, 10, 75 ו-13.
9. במקרה של נזק לעסקא, שצד ב' היה יכול למנוע אותו במאמץ ושקידה משמעותיים, יחויב צד ב' בתשלום על הנזק שנגרם ולא נמנע על ידו, גם ביחס לחלק הפיקדון.⁷⁶
10. בתמורה לפעולת צד ב' בחלק הפיקדון השייך לצד א', יקבל צד ב' במקרה של רווחים מהעסקא תוספת על חלקו שנוקף לזכותו על חלק ההלוואה בסך שישית מהרווח הכולל, כך שבסך הכל יקבל צד ב' במקרה של רווח שני שלישים מהרווח, וצד א' יקבל מלבד תשלום הקרן תוספת של שליש מהרווח.⁷⁷
11. במקרה של הפסד שצד ב' אינו חייב לפצות עליו לפי סעיף 9 לעיל,⁷⁸ יחולק ההפסד בין הצדדים בשווה, כפי חלקיהם בעסקא. כלומר, חלק ההלוואה ייפרע במלואו על ידי צד ב', וחלק הפיקדון יוחזר לצד א' בניכוי חצי ההפסד בעסקא שנוקף על חלק הפיקדון.⁷⁹
12. צד ב' מתחייב⁸⁰ להוכיח את גובה הרווחים על ידי מסמכים מאושרים ע"י רו"ח⁸¹ וגם להישבע בהחזקת ספר תורה בידו⁸² ובנוכחות צד א'⁸³ על נכונותם⁸⁴ ועל גובה הרווחים
73. בעניין מועד הפירעון יש הפניה להסכם העיקרי. הכוונה היא לכל מועד פירעון הקיים שם, בין אם מדובר בהלוואה המוחזרת בבת אחת, או בתשלומים.
74. תוספת לערך הפיקדון במקרה של נזק ששומר שבר חייב עליו.
75. ניכוי מערך הפיקדון של שבר המתעסק בשווי שישית מכלל הרווח בעסקא.
76. קבלת אחריות של המתעסק על חלק הפיקדון כשומר שבר, מחייבת אותו בתשלום נזק שיכול היה למנוע גם אם במאמץ משמעותי (שולחן ערוך חו"מ שג, יא). מכיוון שהמתעסק מקבל שבר על התעסקותו בחלק הפיקדון, כאמור לקמן בסעיף 10, דינו כשומר שבר מן הדין (שולחן ערוך יו"ד קעו, ה). אמנם יש דעות שמהדין המתעסק אינו חייב באחריות כשומר שבר על חלק הפיקדון (ראו בברית יהודה לו, הע' ז, שיטת הרמב"ם ומשפטי שמואל), ולכן עדיף להבהיר בחוזה שזו רמת האחריות כדי למנוע ספקות, שכן לכל הדעות יכול שומר חנינם להתחייב באחריות של שומר שבר (שולחן ערוך חו"מ רצא, כז). על חלק ההלוואה האחריות היא מוחלטת ממילא כנוכר לעיל בסעיף 7. במקרה של נזק מחמת אונס – האחריות היא על המשקיע. דבר זה מונע את הגדרת חלק הפיקדון כהלוואה, ומשמר את אופי הסכם העסקא כמאפשר חלוקת רווחים בלי איסור ריבית.
77. הדעת נותנת שהמקבל זכאי לשכר עבור עבודתו בחלק הפיקדון. ולכן, אם המקבל היה נותן לנותן את כל הרווחים מחלק הפיקדון אזי התמורה לעבודתו של המקבל הייתה שהוא קיבל הלוואה. נמצא אם כן שעבודתו בחלק הפיקדון היא הריבית על חלק ההלוואה. לפיכך, על המקבל לקבל חלק מהרווחים בחלק הפיקדון כדי למנוע איסור ריבית.
78. כלומר הפסד מחמת אונס, ששומר שבר אינו חייב עליו.
79. זהו הדין הרגיל בעסקא.
80. בסעיף זה אנו עסוקים ברובד השני של ה'היתר עסקא'. כאן מוסכם על הראיות שיהיו קבילות בעניין הרווחים או ההפסדים.
81. זו דרישה שיש בה כדי להקשות על הבאת ראיות להיפטר מתשלום הקרן או הריבית המוסכמת, אך אינה בלתי אפשרית או בלתי סבירה. הדבר גם יכול להקשות על מי שמשום מה שבועה שקר או שכירת עדי שקר קלים בעיניו – שיצטרך לגבור על מכשול נוסף המקשה לשקר. אין בזה חשש הערמה כי זהו דבר שנראה מקובל בזמננו.
82. שבועה חמורה מהתורה היא "בנקיטת חפץ" כלומר כשהאדם הנשבע מחזיק ספר תורה בידו (שולחן ערוך חו"מ פז, יג"ז).

בבית דין כשר על פי ההלכה. במקרה של הפסדים או נזקים⁸⁵ שצד ב' פטור מלפצות עליהם⁸⁶ מתחייב צד ב' להוכיח זאת⁸⁷ על ידי מסמכים מאושרים ע"י רוי"ח⁸⁸ וכן על ידי לפחות שני עדים הכשרים לעדות על פי ההלכה שיעידו על ההיקף המדויק של נזקים והפסדים אלה. שום ראייה אחרת לא תהיה קבילה בקשר לרווחים או נזקים והפסדים אלה.

13. צד ב' רשאי⁸⁹ לשלם לצד א' כפשרה מוסכמת מראש את הסכום (לקמן "סכום הפשרה") שעליו לפרוע לפי ההסכם העיקרי, במקום התשלום לפי סעיפים 10-11 והבאת הראיות כמפורט בסעיף 12 לעיל, וצד א' מסכים מראש שבכך יצא צד ב' ידי חובתו אליו.

14. סכומים משולמים או אמורים להיות משולמים לפי ההסכם העיקרי כ"ריבית" או "הצמדה" או "קנס" או כל מונח אחר שמתייחס לתוספת על סכום הקרן, יפורשו כתשלום לצד א' על חשבון חלקו ברווחים כמפורט בסעיף 10, וסכומים משולמים או אמורים להיות משולמים לפי ההסכם העיקרי כפירעון של ה"קרן" או "ההלוואה" יפורשו כתשלום לצד א' של קרן העסקא, הכולל את חלק ההלוואה וחלק הפיקדון, לפי סעיפים 7, 8, 9, 10 ו-11.

15. בכל מועד תשלום בו ישלם צד ב' לצד א' את סכום הפשרה בלי להוכיח קודם לכן באופנים המפורטים בסעיף 12 לעיל את גובה הרווחים או הפסדים או הנזקים, ייחשב הדבר כהודאה מוחלטת של צד ב' שהוא מחויב לפי סעיפים 7-11 לשלם במועד התשלום לכל הפחות את סכום הפשרה ששילם, ולא יוכל צד ב' להביא ראיות אחר כך בניגוד לזה, אפילו לא כמפורט בסעיף 12, לא לצורך החזר ולא לצורך קיזוז. זאת, גם אם התשלום לא נעשה באופן ישיר על ידי צד ב', אם היה על צד ב' לדעת שהתשלום יינתן בעבורו.⁹⁰

83. מעיקר הדין חיוב שבועה הוא בנוכחות הצד השני (שולחן ערוך חו"מ פז, כג). אמנם, כאשר מדובר בשבועה על דבר שהצד השני אינו יודע עליו אין זה הכרחי (שם). אבל נראה ברור שניתן להתנות דרישה כזאת, כשם שניתן לדרוש שהשבועה תהיה במקום רבים ובעירו של הנתבע (שם).

84. כלומר נכונות המסמכים.

85. הפוסקים חילקו בין גובה הרווחים שאותו אין לדרוש להוכיח על ידי עדים, שכן הדבר בלתי אפשרי, לבין נזקים או הפסדים, שאם יארעו, סביר יותר שיהיו עדים שיוכלו להעיד על כך. על כן מקובל בהיתר עסקא להסתפק בשבועה על הרווחים, אך לדרוש עדים על הפסדים (כאמור לעיל ליד הערות 28 ו-29).

86. נזקים שצד ב' חייב לפצות עליהם מחייבים את צד ב' ולא פוטרים אותו.

87. ההוכחה היא הן על עצם הנזק, והן על היותו נזק באונס שהמתעסק אינו חייב לשלמו לפי סעיף 13.

88. כמו בעניין הרווחים לעיל הע' 81.

89. כאן מתחיל הרובד השלישי בהיתר עסקא – דמי ההתפשרות – דהיינו, הסכמה שהמקבל יוכל לתת סכום קצוב במקום לתת את הרווחים מחלק הפיקדון.

90. בשולחן ערוך חו"מ פא, ל, נאמר שהמשלם רווחים מעסקא, והודה שהם רווחים, אינו נאמן אח"כ לטעון שלא היו רווחים והתשלום היה על חשבון הקרן.

16. בעניין שמיטת כספים: צד ב' מסכים ומתחייב שהוא יפרע את חובותיו לפי הסכם זה וההסכם העיקרי, אף אם תעבור שמיטת הכספים המשמיטה חובות, אף אם צד א' לא יכתוב פרוכובול.⁹¹
17. הצדדים קיבלו על עצמם את _____ כבורר מוסכם (להלן, "הבורר"), אם הבורר לא יוכל או לא ירצה לדון בעניין, הצדדים מקבלים את בית הדין שיבחר הבורר. חתימה על החוזה דינה כחתימה על הסכם בוררות כמשמעה על פי דין תורה וחוק המדינה.⁹²
18. הצדדים קיבלו על עצמם, את הבורר, בין לדין תורה בין לפשרה, והם מתחייבים לשלם על נזקים עקיפים (גרמא) ועל מניעת רווח כפי שיקבע הבורר,⁹³ במקרה שיש לבורר שטר בוררות – כפי שמפורט באותו שטר בוררות. כל תביעה או טענה הנוגעת לחוזה זה, תתברר בפניו, ועל פי כל ראיה שהבורר רואה אותה כמספקת.⁹⁴
19. שינוי בחוזה יהיה תקף רק אם ייעשה בכתב ובחתימת הצדדים.⁹⁵ כל אחד מהצדדים אשר הצד השני חייב לו חוב לפי חוזה זה, והבורר לא השתכנע שהחוב נפרע, נאמן כשני עדים על הצד השני, יורשיו או חליפיו, לטעון שהחוב טרם נפרע. במקרה כזה, יפרע הנתבע את החוב באופן מיידי, בלא חרם, שבועה וכדומה.⁹⁶
20. הצדדים מקבלים על עצמם את דעת הפוסק המקיים הסכם זה ומתחייבים על פי דעתו,⁹⁷ הצדדים מודים שכל התנאים נעשו על פי דיני התנאים כתקנת חכמים.⁹⁸ כל
91. יש מחלוקת האם עסקא, שלא הותנה בה במפורש אחרת, נשמטת בשמיטת כספים. לדעת השולחן ערוך חו"מ סו, ג, חלק ההלוואה של העסקא נשמט, ככל הלוואה אחרת. אולם לדעת בעל קצות החושן שם, ב, חלק ההלוואה בעסקא אינו נשמט, בדומה לחלק הפיקדון שלכל הדעות אינו נשמט. על מנת שלכל הדעות לא יושמט חלק ההלוואה שבעסקא, ניתן להתנות באופן מועיל שהחוב לא יישמט. האופן המועיל להתנאה הוא שהלווה מתחייב שהוא לא ישתמט מלשלם את החוב לאחר השמיטה "שלא תשמיטני בשביעית". זאת בניגוד לנוסח המתייחס לשנת השמיטה עצמה "שלא תשמיטני בשביעית" שהוא אינו מועיל וחסר תוקף. (שולחן ערוך חו"מ סו, ט). על כן נבחר הניסוח למעלה, שמתייחס אל המתעסק והתחייבותו, ולא אל השמיטה עצמה או אל החוב עצמו. כמובן אם יכתוב המלווה פרוכובול כדין הדבר יועיל בכל אופן, ראו עוד בספר זה, במאמר "פרוכובול", עמ' 437.
92. סעיף הבוררות נוסח כשטר בוררות, כדי שבחתימה על החוזה ייחתם גם השטר, ובכך תימנע האפשרות של החתומים לטרום להופיע לפני הבורר שנקבע.
93. ראו עוד בספר זה, במאמר "הסכם בוררות", עמ' 405 והלאה.
94. ניסוח זה מאפשר לבורר להסתמך על ראיות הפסולות על פי דין תורה, ואשר משכנעות אותו.
95. מן הדין שטר שניתן להוסיף בו פרטים לאחר שנחתם, מבלי שניתן יהיה לדעת על כך – פסול (שולחן ערוך חו"מ סימן מב) לפיכך, יש צורך להגביל את היכולת להוסיף סעיפים ללא חתימת שני הצדדים.
96. כאשר יש לתובע שטר בחתימת הנתבע, נחלקו ראשונים האם הנתבע נאמן לטעון שפרע את החוב, וכן נחלקו בעניין זה השולחן ערוך והרמ"א חו"מ סט, ב. על מנת למנוע השתמטות של הצדדים מהתחייבויותיהם בטענת "פרעתי", נוסף הסעיף המעניק לתובע נאמנות על פי החוזה.
97. זאת, כדי למנוע טענה שיש רכיבים בחוזה שהם שנויים במחלוקת, לפיכך, שני הצדדים מתחייבים לשלם לפי הדעה המקיימת את החוזה (משפט השכירות, עמ' תצה; עמק המשפט ב, עמ' תקב).
98. חכמים קבעו כללים לניסוח תנאי. כללים אלו נקראים "משפטי התנאים", וכל תנאי שלא נוסח על פיהם אינו תנאי. ראו שולחן ערוך אה"ע לח, ב: "כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול,

הקניינים, החיובים ותנאי הסכם זה נעשו בקניין היותר מועיל⁹⁹ על פי דין תורה בכלי הכשר לקנות בו בבית דין חשוב מעכשיו באופן שאין בו אסמכתא, כתקנת חכמים.¹⁰⁰ חתימות הצדדים:

צד א': _____

צד ב': _____

ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי כלל". **שולחן ערוך** (חו"מ רמא, יב) מבואר שגם אמירה כללית בסוף השטר "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים העשויים כתיקון חכמים" מועילה (וכן כתב **רמ"א אה"ע לח, ג**). לעומת זאת, בפירוש **חלקת מחוקק אה"ע לח, ג**, כתב שניסוח זה מיותר רק את הצורך לכתוב תנאי כפול.

99. בדרך כלל היה נהוג לעשות קניין סודר כדי להתחייב (**שולחן ערוך** חו"מ לט, א). בסעיף זה, הצדדים מודים שעשו קניין סודר, והדבר תקף כאילו נעשה בפועל (ראו למשל: **רמ"א חו"מ רז, טו**).

100. על פי ההלכה בהתחייבות מותנית יש חיסרון של גמירות דעת, מפני שהמתחייב נוטה באופן טבעי לחשוב שהתנאי לא יתקיים והוא לא יידרש לממש את התחייבותו, ולכן אינו מתכוון לקבל על עצמו לשלם את הפיצוי הכספי. חיסרון זה נקרא "אסמכתא", וההתחייבות אינה תקפה. **רמב"ם** מכירה יא, ב; **שולחן ערוך** חו"מ רז, ב.

לדעת **שולחן ערוך** חו"מ רז, יד, בעיית אסמכתא נפתרת כאשר ההתחייבות היא מיידית ("מעכשיו") וה**רמ"א** שם חולק על כך. כמו כן, כאשר ההתחייבות נעשתה בפני בית דין חשוב הבקיא בהלכות אסמכתא אין בעיה של אסמכתא (**שולחן ערוך** חו"מ רז, טו). לדעת **הרמ"א**, שם, אם הודה המתחייב שהוא התחייב בפני בית דין חשוב – ההתחייבות חלה, גם אם הדבר לא נעשה בפועל. כאן נקטנו בשתי הדרכים: גם התחייבות מעכשיו וגם הצהרה על ביצוע קניין בפני בית דין חשוב.

