

סימן ז נוסח להיתר עיסקא שנערך עבור בנק דיסקונט

נתבקשתי ע"י יו"ר הדירקטוריון של בנק דיסקונט לישראל בע"מ - מר גדעון להב, להציע עבור הבנק נוסח חדש להיתר עיסקא, שיענה לדרישות ההלכה אך ייצג באופן הטוב ביותר את האינטרסים של הבנק. ההיתר עיסקא של בנק טפחות (שנערך ע"י הרה"ג אריה דביר שליט"א בהתייעצות עם גדולי הפוסקים בירושלים), שימש כבסיס להצעה זו. בנוסח המוצע הוכנסו מספר שינויים (מופיעים להלן באותיות מודגשות). נוסח זה אושר ע"י הדירקטוריון של הבנק בתאריך א תמוז נו', ונחתם בבד"ץ העדה החרדית (בהרכב: הגר"י פישר, הגר"י בלוי, הגרא"ד הורוויץ) וקיבל תוקף בכ" תמוז תשנ"ו.

ענין תוקפו של ההיתר עיסקא שנערך ע"י הבנקים בישראל, עלה לסדר היום הציבורי בשלהי שנת תשנ"ה. פורסמה עמדתו של הגאון ר"ש אלישיב שליט"א, שכל עוד ראשי הבנקים לא יקבלו על עצמם באופן מפורש ובצורה מחייבת, שהם רואים בהיתר עיסקא הסכם מחייב לכל דבר וענין, כולל לענין דיונים משפטיים בבתי המשפט, וכן שלא יטענו שהם רואים בהיתר עיסקא "מסמך דתי", דינו של ההיתר עיסקא כחספא בעלמא, ואין הוא מציל את הבנקים ולקוחותיהם מאיסור ריבית. בעקבות פרסום הודעתו זו של הגר"ש אלישיב, ובעקבות פרסום ברוח דומה שיצא מבית דינו של הגר"נ קרליץ, הצהירו רובא דרובא של מנהלי וראשי הבנקים בישראל, שהם רואים בהיתר עיסקא מסמך מחייב בכל דיון משפטי.

גם לאחר פירסום הצהרה זו של ראשי הבנקים בדבר מחויבות שטר העיסקא, נותרה בעינה בעינת תקפותו של שטר העיסקא, כתוצאה מעננה העולה מכיוון המערכת המשפטית. קיים חשש שעל-אף הצהרת הבנק והתחייבותו, ועל-אף שהבנק לא יטען בבית המשפט לאי תקפותו של שטר העיסקא מהבחינה המשפטית, יסללו להם השופטים דרך לא דרך להוציא משטר העיסקא את נשמת אפיו. אחד מיסודות ההיתר עיסקא, מתיחס לאפשרות של הפסדים או אי ריוחים. במידה וטוען מקבל העיסקא שלא הרויח או שהפסיד, פתוחה לפניו הדרך להציג את הוכחותיו. דרכי ההוכחה הם ע"פ תקנת המהר"מ מקרקא, דהיינו - על פטור מהריבית בטענה של אי ריוח, ישבע המקבל שבועה חמורה ע"פ דיני ישראל שהעיסקא לא הרויחה, ובכך יפטור את עצמו מתשלום הריבית. ולענין טענה להפסד הקרן - עליו להביא שני עדים כשרים ונאמנים ע"פ דיני ישראל. כאשר בית המשפט יקבע מראש שאיננו מאפשר למקבל העיסקא (דהיינו הלקוח של הבנק) להביא את הוכחותיו ולממש את זכותו ע"פ שטר העיסקא, מסיבה כזו או אחרת, הוא מרוקן את שטר העיסקא מכל תוכן, גם אם לפסיקה זו תלווה הצהרה ששטר העיסקא הינו בר תוקף.

ראשי הבנקים עמדו לפני התלבטות. מצד אחד - הרצון הכן לעמוד מאחורי ההתחייבות כלפי הציבור שומר התורה והמצוות. שציבור זה לא יחשוב שהצהרת הבנק והתחייבותו הינן מהשפה ולחוץ. אך מאידך - הבנק לא רצה להיות חשוף לסכנות תדירות. הבנק ביקש להדק ולסגור את מידת הסיכון שהוא לוקח, עד לגבול המותר ע"פ ההלכה, וזאת דוקא בשל הרצינות שבה הם מתיחסים להיתר עיסקא. הדרך בה נקטתי מתבארת להלן בשטר העיסקא ובהערות הנלוות.

אחת הבעיות שהתעוררה הינה התדיינות הבנק במסגרת של בית-דין רבני. היו

שרצו להבטיח מראש ששטר העיסקא לא יקרוס במסגרת של דיון משפטי, וכמו שציינתי לעיל, ולכן ביקשו שהעניינים הכרוכים בהיתר עיסקא זה, דהיינו דרכי ההוכחה של השבועה והעדים, ידונו בבית דין רבני. בכך למעשה מובטח הלקוח שבית המשפט לא ירוקן את שטר העיסקא מתוכנו. הבנק התנגד באופן עקרוני להתחייב להתדיין במסגרת בית-דין רבני. העובדה שהשבועה חמורה ע"פ דיני ישראל צריכה להיות במסגרת של בית-דין רבני - על-כך אין מחלוקת. אין כל אפשרות להשבע שבועה חמורה ע"פ דיני ישראל אלא בבית-דין רבני. אם בית המשפט (או הבנק) יסקל את האפשרות המוקנת ללקוח להשבע על אי ריוחיו, הוא יסקול את ההיתר עיסקא. סביר להניח שאפשרות זו תינתן ללקוח. (אך יצויין שזכות זו מוקנת למי שכשר להשבע בבית-דין). ובאשר לזכות הבאת העדים על הפסדיו (לפי תנאי העיסקא - הפסדים עליהם הודיע עד לערב ר"ח, וכן הפסדים בכל עסקיו, וכנ"ל לענין השבועה על אי ריוחיו, וכפי שיובא להלן בהערות על שטר העיסקא) - אם הבנק יעמוד על-כך שהוא מעונין שהעדים ישמיעו את עדותם בבית המשפט דוקא, נראה שמבחינת איסור ריבית שטר העיסקא לא יפגם. אך חובה להדגיש - תהא זו שגיאיה מנקודת ענינו של הבנק להשמיע את עדות עדים (ע"פ תנאי העיסקא) בבית המשפט, וזאת משתי סיבות עיקריות: א - בית המשפט יפרש את המושג "עדים כשרים ונאמנים ע"פ דיני ישראל", על דרך ההרחבה. דהיינו, בית המשפט עלול לתת פרשנות הקובעת שגם אשה או אדם שאינו שומר תורה ומצוות, כשרים להעיד ע"פ דיני ישראל, וממילא להרחיב את דרכי ההוכחה העומדות בפני הלקוח. סביר ששופט שאינו שומר תורה ומצוות לא יהיה מוכן לקבל את פרשנות ההלכה ביחס להלכות עדות. והוא הדין לענין שופטים בעלי השקפה פמיניסטית, ביחס לעדות נשים. מנגד - הפרשנות שיתן בית הדין הרבני למושג הני"ל, תהיה על דרך הצימצום, כמתחייב ע"פ ההלכה. ב - ההיתר עיסקא מורכב ממספר גורמים, הקובעים את מידת הידיעה הנדרשת מהעדים, כגון, תקנת החכמת אדם המגבילה את טענת ההפסד לחודש העברי האחרון (ראה להלן הערה 13), והוא העיקר - חובת העדים לדעת על כל עסקיו ונכסיו של הלקוח. ללא ידיעה מקיפה ביותר, אין כל משקל לעדות העדים (ראה להלן הערה 8). השותפות בכל עיסקי הלקוח, באה להקשות על דרכי ההוכחה. נראה לי ששופט מן השורה, אף אם הוא שופט השומר תורה ומצוות, יתקשה במסגרת הזמן המוקצב לכל תיק, להכנס להבנת העקרונות שעל פיהן מושתת שטר העיסקא. יתכן ומחוסר הבנה הוא יפסול שאלות שיופנו לעבר העד. מה עוד שקיימת נטיה לפרש חוזים אחידים על דרך הצמצום, ובית המשפט אף מוסמך לבטל סעיפים בחוזה האחיד, הנראים לו כסעיפים דרקוניים. לכן, ממה נפשך, אם השופט - מחוסר הבנה או כהשקפה - יעקוף את טענת ההגנה ע"פ ההיתר עיסקא, יחזור הבנק לימי קדם של שלהי שנת תשנה. ואם בית המשפט יחליט להתחשב בהיתר עיסקא, סביר להניח שהדבר יהיה לרעת הבנק.

לאחרונה התנהלה תביעה בבית המשפט בנתניה בין לקוח לבנק המזרחי. במסגרת ההתדיינות העלה ב"כ של הלקוח את טענת ההיתר עיסקא. הבנק הרים את הכפפה והסכים לבודד את טענה בענין ההיתר עיסקא, ולהעביר את הכדור למגרשו של בית הדין הרבני שיקבע האם ע"פ ההיתר עיסקא שמורה ללקוח זכות ההגנה, כאשר בית הדין יקבל עדויות ויקבע אם על הלקוח להשבע, ואת החלטתו יעביר לבית המשפט שישתמש בהחלטת בית הדין לצורך פסק דינו. בהתיעצות עם גדולי הפוסקים הוחלט שבית דינו של הגר"י קוליץ יטפל בתיק. לאחר שמיעת העדויות, קבע בית הדין בהחלטתו, שע"פ היתר עיסקא אין לפטור את הלקוח לא מהקרן ולא מהריבית.

כפי שציינתי, למרות האמור לעיל, הבנק סרב להתחייב להתדיין במסגרת של דין תורה, ונימוקיו עימו (הדברים דלהלן הם נימוקים שנאמרו לי ע"י משפטני הבנק). ראשית - כל התביעות של הבנק נסובות סביב ריבית. לפי זה יצטרך הבנק לבטל את המחלקה המשפטית ולפתוח במקומה מחלקה רבנית. ב - במידה וכל ההתדיינות תהיה

בבית דין, צפוי הבנק לתביעות קטנות, מאחר והפרוצדורה להגשת תביעה בבית דין רבני הינה פשוטה וזולה. לקוח שמחליט להתדיין עם הבנק בבית המשפט על הריבית, כדי שהדבר יהיה כדאי מבחינתו, צריך להיות מדובר בריבית בסדר גודל של אלפי דולארים. עלות של עו"ד, אגרות, והסיכון בחיובו בהוצאות משפט של הבנק, הופכים תביעה קטנה ללא כדאית. הבנק לא מעוניין להרחיב את המעגל אלא לצמצם אותו. כמובן שמבחינת ההלכה אין מקום לטענות אלו, אך ע"פ הוראת גדולי הפוסקים, יש לבחון אם הדבר גורם לקריסת ההיתר עיסקא. ע"פ הוראה זו יש לדאוג שדרכי ההוכחה לא ינעלו מפני הלקוח. לכן גם ע"פ אותו נוסח שנקבע בהיתר עיסקא ועל-פיו הבנק לא מתחייב להתדיין בבית דין רבני, דרכי ההוכחה ללא נעלו, מאחר והשבועה תהיה בבית דין רבני, וסביר שכך יהיה ביחס לעדות העדים על הפסד, ובמידה ולא - לכל הפחות יוכל להביא את עדיו בפני בית המשפט, ובכך למעשה לא ננעלה בפניו דרך ההוכחה.

וכאן בא סעיף הפיתוי. בנוסף לאמור לעיל שטובת הבנק הינה להביא את העדים בפני בית דין רבני, יוכל הבנק לקבוע באיזה בית דין יתקיים הדיון. בהיתר עיסקא נשללה מהלקוח (הנתבע בדרך כלל) הזכות לדרוש שהדיון יהיה ע"פ הכלל של התובע הולך אחר הנתבע. במקרה שהדיון היה ע"פ רצון הנתבע, היה לבנק חשש שכל הדיונים ינותבו למקום אחד, שע"פ דעת המומחים מחמיר עם הבנק. בשטר ההיתר עיסקא שלפנינו יש לבנק חופש תמרון בקביעת מקום הדיון, ובכך אולי לתת לבנק את הרצון להביא את הענין בפני בית דין רבני, הגם שלא היתה התחייבות לכך.

להלן בהערות המצורפות לנוסח ההיתר עיסקא, יבוארו הענינים שהתחדשו בהיתר עיסקא זה. אך ראוי לציין בעיה חשובה ומרכזית שיצרה את כל ההמולה בענין ההיתר עיסקא, כשהנוסחאות הקודמים לא נתנו מענה לבעיה זו. מדובר בענין ההלואה הספציפית לקניית נירות ערך. הבנק נותן ללקוח הלואה, על-מנת שירכוש נירות ערך. לפי הנוסחאות הקודמים, לא תועיל עובדת היות הבנק שותף בכל עסקיו ונכסיו, שהרי הבנק לא התיר לו לקנות בכספי ההלואה אלא נירות ערך בלבד. רוב ההפסדים של לקוחות היו בהלואות מסוג זה, וכאן נדרש פתרון למנוע הפסדים מהבנק, בפרט שהפסדים מסוג זה הם מעשים בכל יום בו יש נפילת שערים בבורסה לני"ע. הדרך שהוצעה (ולמעשה הרעיון עצמו כבר נזכר בהית"ע של בנק טפחות, אלא שלענ"ד אין הנוסח שם פוטר את הבעיה, ראה הערה 6) שהבנק מתיר ללקוח גם בהלואה הספציפית להשקיע את הכסף בכל עסק שירצה, אך הבנק מתנה זאת בכך שירכוש ביום קבלת ההלואה נירות ערך לפי הסכום והערך שהודיע לבנק, ומבחינת הבנק, ביכולתו לעשות זאת מממון אחר. לאמור - הבנק קובע שההלואה אינה הלואה ספציפית אלא הלואה המותנת בתנאי לרכישה ספציפי, ובכך הבנק שותף בכל עיסקי ונכסי הלקוח, גם בהלואה מסוג זה.

שטר עיסקא

ע"פ החלטת הנהלת בנק דיסקונט לישראל בע"מ (להלן: הבנק), אנו החתומים מטה מתחייבים בזה בשם הבנק על כל סניפיו, כי כל עניני הכספים שיעסוק בהם הבנק, בין עם אנשים וחברות המלוים כספים לבנק ו/או באי כוחם, ובין עם האנשים וחברות הלווים כספים מהבנק ו/או באי כוחם, בכל סוגי אשראי ופקדונות, כולל חיובים, התחייבויות, ערבויות, משכנתאות, חסכונות, הנפקת מניות וסחר בהם, כולל פעולות ועסקי תיווך, נאמנות ושליחויות המבוצעות ע"י הבנק, שיש בהם חשש ריבית דאורייתא או מדרבנן או אבק ריבית, ואפילו מוזכר בכל אלו לשון הלואה או ריבית או ריבית דריבית, כל אלו יהיו בידי המקבל או החייב (להלן:

המקבל) בתורת עיסקא כתיקון חז"ל, ויהי חלקו של המקבל מחצית מן הריוח, ובהפסד ישא המקבל ארבעים וחמישה אחוזים, והנותן חמישים וחמישה אחוזים. עוד הוסכם, שאם יעסוק בעסקים שאין בתנאי היתר זה כדי לבטל מהם איסור ריבית, אזי תנאי ההתעסקות בעסקים אלה יהיה בתורת פקדון כולו ביד המקבל, ועל המקבל תהיה אחריות גניבה ואבידה כשומר, ואף אם יהיה כתוב בהם לשון הלואה או ריבית או ריבית דריבית, והרשות נתונה למקבל הפקדון להתעסק ולהרויח בכספי הפקדון, והריוח יהיה לנותן שבעים וחמישה אחוזים ולמקבל עשרים וחמישה אחוזים.

המקבל, בין בתורת עיסקא ובין בתורת פקדון, יעסוק בדמי העיסקא בכל עסקיו ונכסיו לטובת העיסקא, בין בעסקיו ונכסיו הקיימים ובין בעסקים ונכסים שמכאן ולהבא, ואפילו אם תנתן העיסקא רק למטרה מיוחדת ומסוימת, הרי שלמרות התנאי האמור במסמכי הבנק, הבנק מסכים כי המקבל יעסוק בכל עסקיו ונכסיו לטובה בכסף הנ"ל, ובלבד שע"ש המקבל יהיה רשום זכויות על הנכס או ההשקעה עליו הודיע לבנק לפי תנאי הבנק בכל מקרה, המקבל בין בתורת עיסקא ובין בתורת פקדון, יתעסק בכסף בעסקים ונכסים הטובים המותרים והמובחרים ביותר.

המקבל מקנה לנותן חלק שווה ערך לסכום שקיבל בעסקיו ונכסיו הקיימים, ע"פ שומת בקיאתן שיקבעו ע"י הבנק, בקנין המועיל ביותר ובאופן המועיל ביותר, וכן בכל העסקים והנכסים שיעשה המקבל משעת קבלת העיסקא ואילך, המקבל הינו מתעסק של הנותן לקנות ולהתעסק, וחלקו של הנותן בעסקים ונכסים אלו יהיה כנ"ל

על המקבל להוכיח שנהג ועסק בנאמנות בדמי העיסקא כתקנת מהר"ם, ולא יהיה נאמן על הקרן כי אם בעדים כשרים ונאמנים ע"פ דיני ישראל. כמו-כן לא יהיה נאמן על הריוח או אי הריוח כי אם בשבועה חמורה ע"פ דיני ישראל או בעדים כשרים ונאמנים ע"פ דיני ישראל. מוסכם שבכל מקרה וענין לא תישמע טענת המקבל לדון לפי הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע, אלא זכותו של הבנק לקבוע את מקום הדיון, ובלבד שיהיה זה בית דין קבוע.

מוסכם, שכל רישומים, דו"חות מאושרים, מסמכי תאגיד, וכל מסמכים ורישומים מכל סוג שהוא, לא ישמשו כראיה ביד המקבל והוכחה מטעמו לבירור הנ"ל, ואף לא ישמשו כאומדנא.

כמו כן הוסכם, כי על המקבל להודיע בכתב לנותן על אי ריוחיו או הפסדיו, עד ליום העסקים האחרון שבחודש העברי, שהוא יחשב כזמן הפרעון, ובאם לא הודיע עד היום הנ"ל, הרי זה כהודאת בעל דין שהעיסקא הרויחה, ולא יוכל המקבל לטעון שהעיסקא הפסידה או לא הרויחה עד התאריך הנ"ל, וזאת כתקנת החכמת-אדם.

כמו-כן הוסכם, כי על המקבל לשלם לנותן מיידיית עם מתן ההודעה, את חלק ההלואה ואת החלק שלא נפסד מהפקדון לטענתו של המקבל. במידה ולא יעשה כן, בית הדין יהיה רשאי לפסוק לפי ראות עיניו.

ע"א האמור לעיל בענין צורת חלוקת הריוח וההפסד בין הנותן למקבל, הוסכם שאם יתן המקבל לנותן עבור חלקו בריוח כפי הנהוג בבנקים או כפי שיוסכם ביניהם, כולל הפרשי הצמדה למיניהם, הטבות, מענקים חד פעמיים, אזי יהיה פטור מחובת ההוכחה ופטור משבועה, ומותר הריוח יהיה שייך למקבל לבדו.

כן הותנה, שכל תשלום או הטבה אשר ינתן לפני ההתעסקות, לא יהיה נחשב כי

אם כתשלום על חשבון, שבמידה ויתברר שע"פ תנאי העיסקא שאין מקבל התשלום הנ"ל זכאי לתשלום זה, ינוכה סכום התשלום מן הקרן.

כל זה הוחלט בהנהלת הבנק בהחלטה גמורה ומחייבת, ע"פ כח והרשאה שיש לה בשם בעלי המניות, ויש תוקף ועדיפות להחלטה והתחייבות זו ככל שאר תקנות הקובעות של הבנק, ואין רשות לאף אחד ממנהלי או פקידי הבנק, בהווה ובעתיד, ללוות או להלוות, להתחייב או לקבל התחייבויות, באופן שיש בו משום איסור ריבית או חשש איסור ריבית או אבק ריבית.

הנהלת הבנק מצהירה בזאת, כי שטר זה מחייב בכל דיון משפטי. הנהלת הבנק מסמיכה בזאת את כל הגורמים המוסמכים, לחתום ולצרף שטר עיסקא זה באופן פרטי, לפי דרישת הלקוח.

בפירוש הותנה, שאף אם מאיזו סיבה שהיא לא ידע המקבל או הנותן ענין היתר עיסקא זה, או שלא ידע בכלל מהו היתר עיסקא, יהיה נוהג בו דין עיסקא כפי תנאי שטר זה, אחר שע"פ ההחלטה הנ"ל לא יעסוק הבנק בשום עניני כספים שלא ע"פ דין תורה ותיקון חז"ל, וכל המתעסק עם הבנק, ע"פ תקנותיו הוא מתעסק, דהיינו ע"פ היתר עיסקא הנ"ל.

מיום חתימת שטר זה ע"י הבנק, כל העיסקאות הנ"ל יעשו אך ורק ע"פ שטר עיסקא זה.

כל הנ"ל נעשה בהודאה גמורה בקנין סודר בבית דין חשוב, ללא אסמכתא וללא טופסי דשטרא. והכל נעשה בקנין המועיל ביותר ובאופן המועיל ביותר, ומוסכם בזה שבכל ספק בשטר זה, יש לפרשו באופן המקיים את השטר, ולא חלילה באופן המבטל, ומוסכם לקבל את סברת הפוסקים המקיימים שטר זה. ולמען תת תוקף ועוז לכל האמור לעיל, הננו כותבים זאת לזכרון בספר, ומפרסמים בפני קהל ועדה תקנתנו והחלטתנו זו.

ולראיה וקנין באנו על החתום ע"פ הרשאה שיש לנו מטעם הנהלת הבנק, פה עיה"ק ירושלים, היום _____

הערות

1. נושא של חברות בע"מ אם יש בו משום ריבית דאורייתא או לא, נידון בהרחבה בספרי הפוסקים, ואין כאן מקום להאריך ולהביא את כל דעות הפוסקים בנידון. אך עיין בספר ברית יהודה (מאת הגר"י בלוי שליט"א) ז, כה-כו, שהביא את דעות הפוסקים בנידון, ומסקנתו - שאף שנחלקו הפוסקים במקרה שהלוח הוא חברה בע"מ, מ"מ במקרה שהמלוח הוא חברה בע"מ, לדעת הכל אין היתר ללוות מהחברה בריבית, ראה שם בהערה סז. וראה עוד, שו"ת חלקת יעקב, חלק יור"ד סי' סה-סו.

2. היות שבעיסקא צריך הנותן לתת למקבל שכר טירחא (ראה: ב"מ סח,ב, ושו"ע יורה דעה קעז,ב), ניתן לחלוק ריוחים באופן שהוא לטובת המקבל, וע"י כך להמנע מחובת תשלום שכר טירחא (ראה: שו"ע יורה דעה קעז,ד). ושם מדובר במקרה שלא התנו בתחילת העסק, אבל במקרה והתנו בתחילת העסק, ניתן להגדיל את חלק המקבל בריוח או להקטינו בהפסד בכל שיעור שהוא (ראה: שו"ע שם, ובברית יהודה לו,ג).

3. משפט זה בא לפטור בעיות כגון, הקצאת קו אשראי, עמלת ערבות וכד' (ראה: ברית יהודה, עמ' תרנג - הערה לפרק ה - וכן שם מ,טו, וכן עמ' תרמו, הערה יג). ע"מ לפטור את הנ"ל, כתבו הפוסקים לעשות היתר עיסקא בדרך של "כולו פקדון", (ראה: שו"ת חלקת יעקב, חלק יורה דעה סי' סג-סד). ואף שאין היתר עיסקא זה מבוסס אלא על מחצה מלוה ומחצה פקדון, מ"מ לעניינים אלו עדיף שיהיה כולו פקדון, ראה ברית יהודה מ, (ב).

הסיבה שאין עורכים שטר עיסקא באופן של "כולו פקדון", מפני שרוצים להמעיט את הסיכון של הנותן. דהיינו - ע"פ שטר עיסקא המבוסס על מחצה מלוה ומחצה פקדון, על מחצית (חלק המלוה) לא יוכל המקבל לטעון טענת אונסין, משא"כ במחצית הפקדון, יוכל לטעון טענת אונס אך לא טענת גניבה ואבידה. לכן בעיסקא שכולה פקדון, בכל הסכום יוכל לטעון טענת אונס, ויש בכך משום הגדלת סיכוני הנותן.

4. משפט זה מתייחס לאופן חלוקת הריוח בהיתר עיסקא שכולו פקדון. המקבל מתעסק עם מעות השייכים לנותן, וע"כ יכול כל הריוח להיות לנותן, ובתנאי שיתן למתעסק שכר טרחה. חלוקת ריוח באופן זה, (עשרים וחמישה אחוז מהריוח למקבל) מהווה שכר טרחה להתעסקותו במעות הנותן.

5. כגון, משכנתא לדירה, הלואה לרכישת נירות ערך וכד'.

6. כאן שיניתי מהנוסח המקורי. משפט זה בא לתת תשובה על הסתירה הקיימת בין הוראת הבנק, שהכסף מיועד למטרה מסוימת, לבין שטר עיסקא זה, שיכול המקבל להשתמש בכסף ההלואה לכל מטרה והשקעה. לכן קובע הבנק שלמעשה יכול המקבל להתעסק בכל העסקים, בתנאי שע"ש המקבל יהיו רשומות זכויות בדירה (במקרה של משכנתא) ובנירות ערך (במקרה של הלואה לצורך רכישת נירות ערך), לפי תנאי הבנק.

בנוסח של בנק טפחות נכתב: "ובלבד שהזכויות של הנכס עליו הודיע לבנק ירשם ע"ש המקבל". ע"פ נוסח זה - ראשית מדובר על נכס (דירה) ולא על השקעה (נירות ערך), ונוסח זה יכול להתאים לבנק למשכנתאות אך לא לבנק מסחרי. אך יתירה מזו - מה יהיה אם יחליט המקבל להשקיע את הכסף שקיבל בנכס אחר ולא יקנה את הנכס עליו הודיע לבנק (דירה או נירות ערך). לפי הנוסח של טפחות, לענ"ד לא יוכל הבנק לכופו לקנות את הנכס, רק אם קנה, חייב לרשום על-שמו. לפי הנוסח שהצבתי בבנק דיסקונט, חייב המקבל לדאוג לקנות את הנכס או ההשקעה עליה הודיע לבנק, אף שאינו חייב לעשות זאת בכספי ההלואה שקיבל, מ"מ עליו לדאוג למימון מתאים כדי שיהיה לו זכויות בנכס או בהשקעה עליו הודיע לבנק, לפי תנאי הבנק. דהיינו - במקרה הספציפי של נירות ערך - עליו לדאוג שתרשם על-שמו רכישה של נירות ערך בסכום שהודיע לבנק, ביום קבלת ההלואה, אף שההלואה עצמה נועדה לאו דוקא לקניית נירות ערך.

לפי"ז כשהבנק נותן הלואה לרכישת ני"ע, הבנק מתיר ללקוח להשתמש בכסף לכל עסק אחר, אולם עליו לדאוג שביום קבלת ההלואה תזקף לזכותו רכישה של ני"ע לפי תנאי ההלואה.

* 6. כל מכר צריך פסיקת דמים או שיסכימו ע"פ שומת בקיאיין, עיין שו"ע חו"מ ר, ז. כאשר נכתב שהקנין נעשה באופן המועיל ביותר - הרי זה כהסכמה לשומת בקיאיין. אלא שהיו שהעירו שע"פ המבואר בשו"ת בגדי ישע, המובא בפת"ש חו"מ יב, ט, הרי שיש לציין מי הם השמאיין, וע"כ יש לציין שהם יקבעו ע"י הבנק. המעיין שם יראה שלמד כן מדברי הנתיבות שכתב דין זה לענין פשרנים, והבגדי ישע עצמו כתב שמסתימת לשון הש"ס והפוסקים לא משמע כן, ונשאר בצ"ע. ע"כ נראה שמעיקר הדין אין צריך לחוש לכך, ויתכן שאף לשופרא דמילתא הדבר מיותר.

7. ראוי ונכון לכתוב במפורש שהמקבל מקנה לנותן חלק בעסקיו לפי ערך (לפי חלקיות ההשקעה), כדי שלא תישמע טענת המקבל (או טענה מכל גורם שהוא) שהבנק לא נהיה שותף בעסקי המקבל הקיימים, כיון שלא הקנה המקבל לבנק כראוי ע"פ ההלכה. היות וכל דבר נקנה ע"פ ההלכה (לעיתים) בקנין אחר, לדוגמא - הלואות שאינן בשטר, נקנה בקנין מעמד שלושתן, הלואות בשטר - בכתובה ומסירה, פקדונות - בקנין אגב, מטלטלין - במשיכה, הגבהה, מסירה, מקרקעין - בכסף, שטר, חזקה, סודר. וכן יש קנינים שמועילים בתנאים מסוימים, כגון, אודיתא, סיטומתא עם קנין מדינא דמלכותא, ופרטי דיני הקנינים מרובים, ואין כאן המקום לפורטם, ע"כ נהגו לכתוב בעיסקאות המורכבות מקנינים שונים שמקנה לו בקנין המועיל ביותר ובאופן המועיל ביותר. ושמעתי בשם הגר"ש אלישיב שליט"א שכן ראוי לכתוב, ועדיף מלפרט את כל הקנינים. ומה שכותבים שהקנה לו באופן המועיל ביותר, הדבר נועד כדי למנוע טענה שאף שהקנין נעשה, הוא לא נעשה כדין, ראה: תרומת הדשן, פסקים, סי' רו, סמ"ע מב, טז, פתחי תשובה, חושן משפט מב, ד).

8. גורם נוסף, שבאופן עקיף מקשה את דרכי ההוכחה. ע"פ עיסקא זו, שותף הנותן עם המקבל בכל עסקיו, הן בעסקיו הקיימים כעת והן בעסקיו שיהיו עד למועד החזרת הכסף לנותן. דרך זו הובאה באחרונים (עיין שו"ע הרב, סעי' מב-מג, אמרי יושר ח"א סי' קח, במהרש"ם ח"ב סי' רטז, ובברית יהודה לח, הערה לג) על-מנת לפטור את בעית הריבית בהלואות שניטלות ע"י לוויים שלא לצורך עסקים וכד', אלא להוצאות מחיה שוטפות.

ברם, המעיין בהיתר עיסקא של בנק טפחות יבחין שאין המקבל מקנה לנותן חלק בעסקיו, אלא "המקבל ... יעסוק בכל עסקיו ... בין בעסקיו הקיימים ובין בעסקיו שמכאן ולהבא ...". ולא הוזכר שהמקבל מקנה לנותן חלק בעסקיו. והדבר צריך עיון, שאף שבשותפים אם התחילו להתעסק הרי השותפות מתקיימת באופן זה (ראה: שו"ע חו"מ קעו, א), אולם בעיסקא צריך קנין ממש (ראה: חו"מ קעו, ג, בסוף דברי הרמ"א). ואכן, בהצעת ההיתר עיסקא דלהלן, הוכנסו הקנינים לצורך הקנאת חלק הבנק בעיסקי המקבל הקיימים, על-מנת שלא תישמע טענת המקבל שאין הנותן שותף בכל עסקיו הקיימים, בהעדר הקנין הנצרך לכך ע"פ ההלכה.

מ"מ, ע"פ נוסח היתר עיסקא זה יצטרך המקבל להביא שני עדים כשרים, שכל עסקיו הפסידו במהלך החודש האחרון, בחישוב כולל. העדים יצטרכו להעיד שיודעים הם על כל עסקיו של המקבל, ויודעים הם בודאות מוחלטת שכל עסקיו הפסידו. הנותן יחקור את העדים, האם ידוע להם בודאות

שלמקבל אין חשבון בנק בחו"ל, שהרי יתכן ואם יש למקבל השקעה סמויה שלא נלקחה ע"י העדים בחשבון ואינה ידועה להם. באותה מידה ניתן לשאול את העדים, האם ידוע להם בודאות שהמקבל לא הוטב בצואה של קרוב/ רחוק, שהוריש לו סכום נכבד הנושא פירות המשנים את מאזן עיסקי המקבל. עדות העדים תצטרך להיות ברורה וחד משמעית, וידיעתם - ברורה ומוחלטת.

האם באופן זה אין אנו יוצרים חסימה הרמטית של דרכי ההוכחה, ובכך פוגמים אנו בכשרותו ההלכתית של שטר העיסקא? דעת כב' הגר"י בלוי שליט"א (והבד"ץ שנתן תוקף הלכתי לשטר זה וכן דעת גדולי הפוסקים בירושלים), שאין בכך ערעור לתוקפו ההלכתי. אכן, לא מצוי שידעו עדים כל עסקיו של אדם, אך עם היות הדבר נדיר באופיו ובמציאותו, אין לקבוע שהדבר לא מצוי לחלוטין. בהחלט יכול לזה להכניס בסוד עסקיו שני עדים כשרים ונאמנים שידעו על כל עסקיו, בפרט אם מדובר בידידים קרובים.

אולם מנגד, יש הסוברים שהטלת חיוב על העדים לענות על פרטים לא שכיחים, סוגרת את חובת ההוכחה. ברם, לענ"ד נראה שאין בכך חסימה מוחלטת, מסיבה שונה. כאשר הנותן ישאל את העדים את השאלות הנ"ל, ביה"ד רשאי להסתפק בעדות העדים שהמקבל ידוע ומוחזק כמי שהפסיד בכל עסקיו במאזן הכללי על סמך הידוע להם מכח הכרות קרובה ביותר עם המקבל ועסקיו. מידת הידיעה שתדרש מהעדים, תמתח ע"י ביה"ד עד לקצה גבול הסביר, שממנו והלאה המשמעות הינה סגירת מוחלטת של דרכי ההוכחה. לביה"ד יש את הסמכות לפרש הסכמים, לפי הכללים הקבועים בהלכה. אך חובתו של ביה"ד לפרש שטרות והסכמים באופן שלא יגרמו לקריסתו המוחלטת של השטר, והוצאת נשמתו מאפיו (ראה: שו"ע חו"מ מב,ט). וכל זה כמובן, בלשונות שבהן ניתן לפרש כן. ביה"ד שסבור שהטלת חיוב ידיעה על העדים כנ"ל אוטמת את דרכי ההוכחה, רשאי לפרש את מהות ההוכחה באופן שלא תפגם העיסקא, והצדדים יכשלו באיסור ריבית. אין מניעה ע"פ הכתוב בשטר העיסקא, לדרוש מהעדים ידיעה ברורה ורחבה עד לגבול מסוים. אולם ברור, שגם ע"פ הפרשנות הזו, יקשה על המקבל להוכיח את הפסדיו בכל עסקיו, הפסדים שארעו בחודש האחרון בלבד!

9. בשטר היתר עיסקא שחיבר המהר"מ מקרקא, כפי שמובא בספר נחלת שבעה (סי' מ), נדרש המקבל להוכיח את הפסד הקרן ע"י עדים כשרים בלבד, ואילו ביחס לטענה שלא היה ריוח, שבאמצעותה מבקש המקבל לפטור עצמו מתשלום ריבית, לא יהיה נאמן אלא בשבועה חמורה. [דרך זו מקורה בדברי תרומת הדשן (סי' שב), ועיין בט"ז יורה דעה קסז,א.]. בדברי האחרונים מבואר שיכול הנותן להתנות שעדי ההוכחה יהיו "פלוני ופלוני", ובלבד שלא יהיו אלו עדים שבשום אופן לא תהיה להם ידיעה מעסקיו (כדוגמת הרב והש"ץ, שאין להם ידיעה במו"מ, ולא יוכלו בשום אופן להעיד שהפסיד המקבל בעסקיו).

10. תוספת זו באה למנוע מאדם שאינו שומר תורה ומצוות, לבוא ולטעון שהפסיד בעיסקא, והוא מוכן להשבע על כך בשבועה חמורה. ביה"ד לא יאפשר לו להשבע בגלל היותו "חשוד על השבועה". האם יפטר אותו לקוח מחיוב ההתפשרות?

בטורי אבן בתשי' (סי' סד) דן במלוה שהוציא שטר עיסקא על יורשי הלוה, והיתה העיסקא ע"פ תקנת מהר"מ מקרקא, ומת הלוה תוך זמן הפרעון, שמחויבים היורשים לשלם את הריוחים שעלו עד מות אביהם, משום דתקנת מהר"מ היתה שכל זמן שלא ישבע שלא הרויח, מחויב לשלם את דמי ההתפשרות. אמנם החתם סופר בתשי' (חחו"מ סו"ס קלו, ד"ה אודות) כתב דטענין ליתומים כל מה דאבוהון מצי למיטען, ואינם חייבים לשלם כיון דטענין להו שלא הרויח. והנה לפי הטורי אבן אפשר דהוא הדין בחשוד על השבועה, כיון שאינו נשבע שלא הרויח, חייב לשלם.

אך לכאורה אף לפי דעת הטורי אבן יש מקום לחלק בין יתומים לחשוד. דביתומים אף אי טענינו להו שלא הרויח, לא עדיפי היתומים מאביהם, וגם אביהם אם היה טוען שלא הרויח היה עליו להשבע. משא"כ בחשוד שמוכן להשבע אלא שבית-דין אינם מאפשרים לו לעשות זאת, יחולו עליו דיני חשוד על השבועה האמורים בחו"מ סי' צב. היות ושבועה זו היא שבועת הנשבעים בטענת ספק (שהרי הבנק אינו יכול לטעון טענת "בריי" שהלקוח הרויח), אין שכנגדו (הבנק) יכול להשבע וליטול, ובכגון זה פסק בשו"ע שם סי' י, בזו הלשון: "היה החשוד מהנשבעים בטענת ספק, אינו נשבע ואין שכנגדו נשבע, לפי שלא נתחייב זה שבועה, שהרי לא טענו טענת ודאי." (מקור הדין - מדברי הרמב"ם (טוען ונטען, ב,ו) בשינוי לשון. ועיין בסמ"ע (צב,כח) הסבר שינוי הלשון). עכ"פ שבועה זו היא שבועת הנפטרים, ובדין חשוד - כשאין שכנגדו טוען "ודאי" - נפטר בלא שבועה. למרות שניתן לומר ששבועה זו אינה מוגדרת כשבועת הנפטרים אלא כדרך הוכחה שקבע המתחייב לעצמו, וכשלא נשבע - לא הוכיח את טענתו, מ"מ אפשר שבית הדין שידון בענין השבועה, יקבע את דין החשוד ע"פ האמור בחו"מ כנ"ל, דאפשר דלדברי המהר"מ כשהמניעה לשבועה אינה מהמקבל, אין לחייבו, וכמש"כ לעיל.

היו שטענו שאם נכניס סעיף מפורש בענין חשוד שדרך ההוכחה על אי הרויח הינה באמצעות עדים בלבד, שבכך אנו קובעים בודאות שאדם שאינו שומר תורה ומצוות, יצטרך להוכיח את אי הרויח באמצעות עדים בלבד, ולדעת הט"ז קס"ז, א והלבוש המובא בדבריו, אין להתנות שאי הרויח יוכח באמצעות עדים. לעני"ד שערי תשובה לא ננעלו גם מלקוח זה, וע"כ בשום אופן אין בכך קביעה מוחלטת שההוכחה על אי הרויח תהיה באמצעות עדים בלבד (ולזה הסכים הגרמ"מ שפרן שליט"א). אולם מאחר והיו שהתנגדו לסעיף מפורש, הצעתי שיכתב שכל ההוכחה על אי הרויח תהיה באמצעות שבועה או עדים. כלומר, לכל מקבל יש את שתי האופציות. ובמידה ולא יוכל להשבע או לא ירצה להשבע, תהיה ההוכחה באמצעות עדים, וזה הנוסח שהתקבל.

11. הבנק אינו מעונין שהלקוח כנתבע יוכל לכופו להתדין בנושא גופו בבית דין רבני שיבחר הלקוח (במידה והבנק יחליט להתדין ע"פ דין תורה). ההלכה שהתובע הולך אחר הנתבע בקביעת מקום הדיון (לאמור - הנתבע רשאי לדרוש מהתובע להתדין בעירו), מקורו בדברי המהרי"ק (שו"ת מהרי"ק סי' א), וכן פסק הרמ"א בשו"ע חושן משפט יד, א. אולם ברור שהצדדים יכולים להסכים מראש שמקום הדיון יהיה במקום אחר, או לפי רצון התובע.

12. נוסח זה האמור בהיתר עיסקא של בנק טפחות, טעון בירור. ניתן לפסול את מסמכי הלקוח, כראיה והוכחה. ע"פ שטר היתר עיסקא זה, על המקבל להביא אך ורק עדים להוכחת טענתו להפסדים, או להשבע על טענתו לאי ריוח. ברם, אם יביא את מסמכי הבנק עצמו, אף אם ראיות אלו פסולות להוכחה, מ"מ הבנק אינו יכול לטעון שהלקוח הרויח, כאשר מסמכי הבנק מוכיחים ההיפך. אין כאן סיוע להוכחה אלא פגם בתביעה. אך היות ונוסח זה אושר ע"י גדולי הפוסקים, השארתי את הנוסח כפי שהוא מופיע במקור.

גם מחיקת הנ"ל לא תפגע בתביעת הבנק, וזאת עקב העובדה שהבנק שותף בכל עיסקי הלקוח. גם אם יביא הלקוח מסמכים של הבנק, שיורו שהלקוח הפסיד, יטען הבנק שמסמכים אלה מתיחסים לחלק מעיסקי הלקוח, וע"כ אין בהם משום הוכחה, ובודאי שאינם מונעים מהבנק לטעון שהלקוח הרויח במכלול עסקיו.

ע"כ נלעני"ד לכאורה שמשפט זה "מכלל צד שהוא", שמטרתו לפסול אף את מסמכי הבנק, דינו כמשנה שאינה צריכה. משא"כ מסמכי הלקוח, בפרט כשמדובר בחברה, פסילת מסמכיו וכד' חשובה ביותר בעיגון ההוכחה ע"י עדים בלבד.

כאשר הבנק מתדיין בדין תורה, יחייבו אותו לחתום על שטר בוררין. הנוסח המקובל בשטר הבוררין הוא: "בין לדין ובין לפשרה ובין ליושר". רבים מבתי הדין פוסקים שלא ע"פ דיני הראיות, וזאת מכח הסמכות שהקנו להם הצדדים בשטר הבוררין. לכן פעמים רבות ביה"ד פוסק ע"פ אומדן דעת, ויתכן ובית דין מסוים יפסוק כתוצאה ממסמכים כאלה או אחרים, ע"פ אומדן דעתו. למנוע מצב זה, הצדדים פוסלים את המסמכים אף לאומדנא.

13. בספר "חכמת אדם" (כלל קמג) הוגבלה ההודעה על אי ריוחים והפסדים לזמן מסוים, כלשונו של החכמת אדם (בנוסח הקצר): "רק שמחויב אני להודיע לו (לנותן) בכל חודש אם לא יהיה ריוח, וכל-שכן הפסד ח"ו, וכשלא אודיע לו, אזי שתיקה כהודאה שהיה ריוח כנ"ל". בנוסח הארוך מבואר שזמן ההודעה הנ"ל הינו בכל ערב ראש חודש. לאמור - המקבל יכול לטעון אך ורק על הפסד שנעשה במהלך החודש (העברי) שבו נמסרת ההודאה, אך בשום אופן אינו יכול לטעון על הפסדים שהיו לו קודם לכן, אף אם יביא עדים לצדקת טענתו, מאחר ונגד עדים אלה יש לנו "הודאת בעל-דין" (שתיקת המקבל) שלא היו הפסדים. כמו-כן לא יהיה המקבל נאמן בשבועה חמורה על אי ריוחים של החודש הקודם. לאמור - הנותן "מסכן" ריבית של חודש אחד בלבד, וספק אם הסכום יהיה נכבד ורציני דיו, על מנת שהמקבל יבחר להשבע כתחליף לתשלום הריבית.

היו שהציעו להגביל את זמן ההודאה לשבוע אחד בלבד, אולם הגרי"י פישר התנגד לכך.

14. הוספה שנוספה בהיתר עיסקא של בנק טפחות. הסיבה להוספה זו - שלא יעלה על הדעת שהלקוח יודיע לבנק שהפסיד, תוך התעלמות מוחלטת מהחוב, שאף לדבריו חייב לבנק. (מסיבות של חשש ריבית לא רצו לתלות את הודעתו לבנק בתשלום הנ"ל). ע"כ יש כאן משום נקיטת סנקציה כנגד

הלקוח במידה ולא יפרע את החוב שמודה בו.

15. בנוסח המקורי של בנק טפחות נאמר: "על המקבל לשלם ... לפני שביה"ד ידון בבקשתו ויאשרה, וחייב לבוא להתדיין בבית הדין מיידית בלא להשתמט". השאלה הנשאלת, מה יקרה אם אכן ישתמט הלקוח מתשלום החוב. הרי הבנק הוא התובע. האם ע"פ ניסוח זה, ביה"ד לא יתערב בסכסוך אף אם הבנק יפנה לבית המשפט? ספק גדול, והדעת נוטה שיתערב, מאחר ולפי דעת ביה"ד הפניה לביהמ"ש הינה בניגוד להלכה, אין בכח האמור בשטר זה להתיר את הפניה לביה"ד. ללקוח יש אינטרס ברור שלא להתדיין כלל בתביעת הבנק. כל יום נוסף, הינו בבחינת "כולו ריוח". מה יכול לדחוק את הלקוח לשלם מיד את החוב, שגם ע"פ הודאתו הוא חייב לבנק (מחצה מלוה וחלק הפקדון שלא נפסד לטענתו), ולהתדיין במהירות האפשרית.

בנוסח שהצבתי בהית"ע, הלקוח צריך לקחת בחשבון שבית-דין עלול להטיל עליו חיובים שונים במקרים מסוימים, בתנאי שהדבר לא יהיה נוגד את איסורי ריבית.

16. עקב חשש ריבית במענקים ומתנות שנותן הבנק עם פתיחת חשבון (לדוגמא), יש להוסיף תנאי זה, מאחר ואסור לשלם מראש את סך ההתפשרות (ראה: שו"ת אמרי יושר, חלק א, סי' קפט).

17. הוספה זו באה למנוע טענה של לקוח, שגם שטר היתר העיסקא הקודם של הבנק תקף לגבי העיסקאות שעשה לאחר חתימת שטר זה ע"י הבנק, מאחר והבנק לא ביטל את השטר עיסקא הקודם, וע"כ הוא התכוין לעשות עסקים עם הבנק על דעת שטר העיסקא הקודם. ע"כ בא סעיף זה לבטל את שטר העיסקא הקודם, ביחס לעיסקאות שנעשו לאחר חתימת שטר זה.

18. נוסחאות אלו נכתבו לשופרא דשטרא וכדי למנוע טענות של אסמכתא, קים-לי וכו'.

19. ציינתי "ולראיה וקנין באנו על החתום", כדי שיתכוין בחתימתו לקנין סיטומתא עם דינא דמלכותא, שהרי קנין צריך כוונה, כמו שמוכח מדין העודר בנכסי הגר וסבור שהוא שלו, שלא קנה (ראה: יבמות נב, ב, שו"ע חו"מ ערה, כה). ועיין בשו"ת רבי עקיבא איגר, פסקים סי' לו, שכתב לחלק בין מקום שכלל לא סבור לקנות, לבין כשסבור לקנות אך לא בקנין זה, וא"כ בנדוננו מתכוין לקנות ואין צריך כוונה דוקא לקנין סיטומתא. מ"מ לסוברים שאין לחלק כדבריו, כתבתי שיתכונו לקנות בחתימתם כנ"ל. מה עוד שנלענ"ד דכאשר כתוב: "לראיה באתי על החתום", משמעות הדבר לכאורה שבמפורש אין כוונתו לקנין, משא"כ כשכותב: "ובזה באתי על החתום".