

בנקאות ללא ריבית ו"היתר עיסקא" ב"מדינה יהודית ודמוקרטית" - הלכה ואין מורין כן?

אביעד הכהן וזלמן סורוצקין*

שאלת העימות האפשרי שבין היותה של מדינת ישראל מדינה "יהודית" ו"דמוקרטית" עולה בהקשרים רבים ומגוונים. אחד הבסיסים שבה, נוגע לשאלת שילובם של הסדרים שמן המשפט הדתי היהודי במשפט מדינת ישראל המבוסס על עקרונות יסוד דמוקרטיים-ליברליים-מערביים. הריבית היא סם החיים של הבנקאות המודרנית. באמצעותה יכול הבנק המרכזי לווסת את פעולת כוחות השוק, לרסן את קצב צמיחת האינפלציה או להגבירה, וכיו"ב. הריבית משמשת אבן פינה בעולם הבנקאות המסחרית. ממנה יתד, ממנה פינה להצבת אמצעי מימון שמאפשרים את הנעת גלגלי הפעילות הכלכלית. שיעור הריבית קובע את קצב צמיחת ההצע והביקוש בשוק ההלוואות, ומהווה אמצעי משיכה ראשון במעלה לשיבית לבם של לקוחות מועדפים וגורם מרכזי בקביעת שיעור רווחיו של הבנק. כל שינוי בשער הריבית מוזעזע את רשת קורי העכביש העדינה ממנה מורכבת המערכת הבנקאית. ציבור המשקיעים במניות, משקי בית פרטיים ונוטלי המשכנתאות מושפעים הימנו ישירות. קצרו של דבר: הריבית היא מאבני היסוד של הכלכלה המודרנית, עד שדומה כי בלעדיה לא תיכון מערכת בנקאית ראויה לשמה במציאות בת ימינו. מנגד, במסורת היהודית הריבית היא "סם המוות". זו, הדגישה את "נשיכתה" המתמדת והולכת בבשרו של הלווה, עד כדי חניקתו למוות. האיסור החמור שהושת עליה בדין היהודי, כמו בשיטות משפט דתיות אחרות, מהווה שדה מחקר מאלף לבחינת דרכי התמודדותו של המשפט העברי עם מציאות החיים המשתנה.

במאמר נסקרים יסודותיו של איסור הריבית ואחד הכלים המשפטיים שבאמצעותו ביקשו חכמי המשפט העברי להתמודד עמו: "היתר העיסקא", ההופך את הסכם ההתקשרות שבין המלווה ללווה מהלוואה רגילה בריבית למעין עיסקה משותפת, שבה נושאים שני הצדדים בסיכויי הרווח ובסיכויי הפסד.

בחינת מקומם של ההסדרים המשפטיים שיצר המשפט העברי בסוגיה זו ושילובם במשפט הישראלי - תוך השוואתם למשפט האמריקאי ולשיטת ה"בנקאות ללא ריבית" - מגלה נטייה כמעט מוחלטת להתעלמות גורפת מהם: הריבית נכנסה למערכת החקיקה כדבר שבשיגרה, ואילו בתי המשפט נמנעים באופן עקבי מהכרה *de facto* ב"היתר העיסקא" כטענת הגנה העומדת ללווה במקרה שבו כספי הלוואתו הניבו רק הפסדים.

לאחר סקירת הפתרונות שהוצעו עד כה בסוגיה זו, והצבעה על יתרונותיהם וחסרונותיהם, הוצע כאן מודל ממצעו ו"מתון" יותר אשר ייתן מחד גיסא ביטוי לעקרונות המשפט העברי בסוגיה זו, ומאידך גיסא יאפשר את שילובו של משפט המדינה במציאות הכלכלית בת ימינו. האיוון הנכון בין ערכים "יהודיים", ערכים "דמוקרטיים", שיקולים כלכליים ושיקולים חברתיים יביא, בסופו של דבר, לתוצאה חברתית וכלכלית צודקת יותר, וישתלב טוב יותר במדינת ישראל שערכיה - ערכים "יהודיים ודמוקרטיים" המה.

* עו"ד אביעד הכהן, תלמיד מחקר לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; מלמד קורסים בנושאי משפט עברי ויחסי "דת ומדינה" בפקולטאות למשפטים באוניברסיטה העברית, באוניברסיטת "בר אילן" ובמכללת "שערי משפט".

עו"ד זלמן סורוצקין, תלמיד לתואר שני בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת ג'ורג'טאון בווינגטון, ומתמחהו של נשיא בית המשפט העליון לערעורים של מדינת מרילנד, כתב את הפרק המתייחס למשפט האמריקאי. תודתו נתונה לד"ר אברהם טננבוים, שופט בית משפט השלום (תעבורה) בירושלים ומרצה במכללת "שערי משפט", שיוזם הכנת רשימה זו, ורשימה קצרה שכתב בנושא היתה מאיץ לכתבתה. ראו מאמרו: "היתר עיסקא" והשלכתו על היחס החוזיים שבין הלקוח והבנק" הלשכה 30 (תשנ"ד) 14-15. כמו כן נתונה תודתו לד"ר יחיאל בהט, עו"ד דוד משען, עו"ד דוד בס, יקיר כובאני וחברי מערכת "שערי משפט" על הערתיהם המועילות.

א. מבוא

ב. "היתר עיסקא" – מהו?

ג. איסור ריבית ו"היתר עיסקא": הניתוח הכלכלי והחברתי

ד. שילוב הדין היהודי ודין המדינה: "הילכו שנים יחדיו בלתי אם נועדו"?

ה. ריבית בחקיקה

ו. יישום השימוש ב"היתר עיסקא" הלכה למעשה

I. במדינת ישראל

1. המינהל הציבורי

א. בנק ישראל

ב. משרדי הממשלה ושלוחותיה

2. המערכת הבנקאית המסחרית

3. פסיקת בתי המשפט: הימנעות מיישום "היתר העיסקא"

הלכה למעשה

א. במשפט המנדטורי

ב. במדינת ישראל

4. פסיקת בתי הדין הרבניים

II. במשפט האמריקאי

1. הפסיקה האמריקאית

2. חוות הדעת של השופט חיים כהן

III. המודל האיסלמי: "בנקאות איסלמית ללא ריבית" (Islamic Banking)

1. בנקאות האיסלמית

2. דרכי פעולתה של הבנקאות האיסלמית

3. יישום עקרון ה"בנקאות ללא ריבית" הלכה למעשה

4. "הילכו שנים יחדיו בלתי אם נועדו?"

ז. המודל המוצע ו"ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית"

ח. סיכום

שאלת העימות האפשרי שבין היותה של מדינת ישראל "מדינה יהודית" ו"מדינה דמוקרטית" עולה בהקשרים רבים ומגוונים. אחד הבסיסיים שבה, נוגע לשאלת שילובם של הסדרים שמן המשפט הדתי היהודי במשפט מדינת ישראל המבוסס על עקרונות יסוד דמוקרטיים-ליברליים-מעריביים.

תופעת הריבית, היא מאבני היסוד של הכלכלה המודרנית, עד שדומה כי בלתה-אין במציאות בת ימינו. האיסור החמור שהושת עליה בד"ן היהודי, כמו בשיטות משפט דתיות אחרות, מהווה שדה מחקר מאלף לבחינת דרכי התמודדות של המשפט העברי עם מציאות החיים המשתנה. מחד גיסא, מדובר באחד האיסורים שיוחסה להם מידת חומרה גדולה ביותר², עד כדי כך שאמרו עליו שחמור הוא מן הגזל ומן הגניבה, וכל המלווה ברבית - הוקש לשופך דמים⁽¹⁾, הינו כופר בעיקר³, אין לו חלק לעולם הבא ו"מעלה עליו הכתוב כאילו עשה את כל הרעות והעבירות בעולם"⁴. מאידך גיסא, התפתחות חיי הכלכלה, כבר בתקופה קדומה למדי, והמעבר משיטת מסחר החליפין הפרימיטיבי הקדום למסחר שעיקרו מבוסס על מתן אשראי ותשלום רבית עבור השימוש בכסף, הניבו פירות ברוכים של פתרונות משפטיים שהציע המשפט העברי בסוגייה נכבדה זו.

1 ראו לציין שדיני הריבית נכללו בחלק ה"איסורי" של ה"שולחן ערוך", בחלק "יורה דעה", ולא בחלק ה"משפטי" של "חושן משפט". לעומת זאת, הרמב"ם כלל אותם בהלכות מלווה ולווה שבספר משפטים של "היד החזקה" (לשאלת הסיווג יש השלכות משפטיות, ונציין רק אחת מהן: בדיני "איסורא" הכלל הוא שבמקרי ספק מדאורייתא מכריעים לחומרא, בעוד שבדיני ממונות נוטים להקל על הנתבע, ו"המוציא מחברו", התובע - עליו נטל הראייה. בין כך ובין כך, דומה שמוסכם על הכל כי דיני הריבית הם חלק מאותם דינים הנכללים במונח "משפט עברי", הגם שיתכן ואינם בכלל "דיני ממונות". ראו: מ' אלון המשפט העברי (ירושלים, תשמ"ח) [להלן - אלון, המשפט העברי], ע' 94, 97.

2 למותר לומר שבמסגרת מצומצמת זו אין כוונתנו להתחקות אחר השתלשלות איסור הריבית, למן תקופת המקרא ועד ימינו. על איסור הריבית בתקופת המקרא ובחוקי המזרח הקדום ראו: אנציקלופדיה מקראית ערך "ריבית", וביבליוגרפיה שם; אנציקלופדיה עברית כרך ל, 465-471 וביבליוגרפיה שם. ספר יסוד בתחום יחסי הגומלין שבין משפט וככלכלה בזיקה לדיני הריבית בתקופה הבתר תלמודית הוא ספרו של ח' סולובייצ'יק הלכה, כלכלה ודימוי עצמי - על המשכונאות העברית בימי הביניים (ירושלים, תשמ"ה); ראו גם מאמריו "ערב ברבית" ציון לו (תשל"ב) 221; "שטר בספר העיטור" תרביץ מא (תשל"ב) 313-324. תופעה מופלאה מבחינה ביבליוגרפית היא הפריחה העצומה בשנים האחרונות [גם מעבר לתופעה הכללית של ריבוי ספרי הלכה פרקטיים. ראו: למותר לומר שבמסגרת מצומצמת זו אין כוונתנו להתחקות אחר השתלשלות איסור הריבית, למן תקופת המקרא ועד ימינו. על איסור הריבית בתקופת המקרא ובחוקי המזרח הקדום ראו: אנציקלופדיה מקראית ערך "ריבית", וביבליוגרפיה שם; אנציקלופדיה עברית כרך ל, 465-471 וביבליוגרפיה שם. ספר יסוד בתחום יחסי הגומלין שבין משפט וככלכלה בזיקה לדיני הריבית בתקופה הבתר תלמודית הוא ספרו של ח' סולובייצ'יק הלכה, כלכלה ודימוי עצמי - על המשכונאות העברית בימי הביניים (ירושלים, תשמ"ה); ראו גם מאמריו "ערב ברבית" ציון לו (תשל"ב) 221; "שטר בספר העיטור" תרביץ מא (תשל"ב) 313-324. תופעה מופלאה מבחינה ביבליוגרפית היא הפריחה העצומה בשנים האחרונות [גם מעבר לתופעה הכללית של ריבוי ספרי הלכה פרקטיים. ראו: H. Soloveitchik "Rupture and [Re]construction: The Transformation of Contemporary Orthodoxy" Tradition 64 (1994) 28.4; ספרות שעניינה דיני ריבית והיתר עיסקא במשפט העברי, דוגמת: הרב י"י בלוי ברית יהודה (ירושלים, תשל"ט); הרב א' היישיק (עורך), הלכה וכספים - ריבית (ירושלים, תשמ"ז); הרב מ' הרשור, הרב א' היישיק, תורת רבית (תשמ"ט, תשנ"ד); י' שרייבער טעם רבית (ירושלים, תשמ"ט); י' וייס ויחי יוסף - דיני ריבית להלכה (מונסי, ניו יורק, תשמ"ד); א"מ לבנוני משנת ריבית (ניו יורק, תשנ"א) [תשנ"ב]; ר"מ ריסנר מבא שערים - ריבית (בני ברק, תשנ"ב); רמ"מ ברוס שערי ריבית (ברוקלין, תשנ"ג); הרב א' פרץ נשך כסף-ריבית (ירושלים, תשנ"ז); מ' לוריא, שערי ריבית (ירושלים, תשנ"ז); הר"ש וגשל דיני חושן משפט וריבית למעשה (ירושלים, תשנ"ז). למאמרים שפורסמו בעת האחרונה, ראו: א' ורהפטיג "שטר הטבה - מכר חוזר" שנתון המשפט העברי יח"ט (תשנ"ב-תשנ"ד) 215-249; נ' דרייפוס "דיני רבית בראי הכלכלה המודרנית" תחומין יד (תשנ"ד) 207-231; ד' בס "חוזים על פי דיני התורה" כתר א (תשנ"ו) 85 ואילך; י' בן שחר וי' הס "ריבית בתאגידים" כתר א (תשנ"ו) 231-337; א' מאיר "היבטים כלכליים וערכיים של עקיפת איסור ריבית" בדרך 3 (תשנ"ו) 43-27. ראו עוד: ב"צ אליאש יסודות דיני ריבית במשפט העברי (דיסרטציה, ירושלים, תשל"ז), והמאמרים הרבים שפורסמו בשני כרכיו של אוצר המשפט לנ' רקובר, חלק א (ירושלים, תשל"ה) 419-422; חלק ב (ירושלים, תשנ"א) עמ' 430-434, החלק הלועזי (ירושלים, תש"ן) 694-696. סקירה בהירה ומאלפת בנושא זה נכתבה לאחרונה ע"י א' וינרוט, בתוך ספרו: ריבית הסכמית (ת"א, תשנ"ח) 219-288.

3 בבא מציעא סא, ע"ב.

4 ירושלמי בבא מציעא פ"ה ה"ח (י, ע"ד).

5 שמות רבה לא, יג. ביטויים חריפים אלה משקפים, לצד החומרה שבאיסור הריבית, את נסיונם של חכמים להילחם בה, ועוצמתם מלמדת, ככל הנראה, על הקושי שעמד בפניהם למנוע את התפשטותה.

במסגרת זו בחרנו להתמקד רק במקטע צר של נושא זה: היחס לאיסור ריבית ול"היתר העיסקה" – הלכה למעשה – במשפט הישראלי, במשפט האמריקני ובמשפט המוסלמי. בחינה זו, דומנו, לא ללמד על עצמה לבד יצאה אלא על מכלול שלם של פרשת היחסים שבין הדת והמדינה והניסיון לשלב דין דתי עם שיטת משפט חילונית.

פתחנו את הדיון בבחינת ההיבט התיאורטי, של איסור הריבית ו"עקיפתו" באמצעות המנגנון המשפטי של "היתר עיסקה". לאחר מכן נדון הרציונל הכללי והחברתי של האיסור וההיתר. מכאן עברנו לבחינת יישומו של מנגנון משפטי זה, הלכה למעשה, במדינת ישראל ובמשפט האמריקני. מכאן עברנו לבחינת המודל המרתק שמציעה בשנים האחרונות ה"בנקאות האסלאמית", שמתחבטת בבעיות דומות – ואף מציעה פתרונות – הדומים לאלה שמאפיינים את המשפט העברי. לבסוף ביקשנו להציע כיוון דרך לפיתרון שישלב בין ערכיה של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית", הרואה בניצול הלווה-החלש שלא כדין מעשה פסול בתכלית מבחינה מוסרית, ופגיעה בכבודו כאדם, עם ערכיה של "מדינה דמוקרטית" המבקשת להשתלב בכלכלה העולמית, דוגלת בעקרונות החירות וה-*laissez faire* כערכים בסיסיים, ומבקשת לשמור על עקרונות היסוד של הזכות לקניין, חופש החוזים וזכות הצדדים ל"עצב" את ההתקשרות שביניהם ללא כבלים וסייגים מיותרים.

ב. "היתר עיסקה" – מהו?

כבר בתקופת התלמוד הוכרה פעולה משפטית שכונתה בשם "עיסקה" הדומה להלוואה בריבית. יש שראו ב"עיסקה" זו מעין-שותפות, ויש שראו בה מוסד משפטי עצמאי. ל"עיסקה" שותפים שנים: "המתעסק", המכונה גם ה"מקבל", וה"נותן", בעל הממון. במנגנון משפטי זה, המלווה-ה"נותן" היה גותן סכום כסף מסויים ל"מתעסק" על מנת שישקיע אותו כששניהם יתחלקו ברווחים.

מבחינה משפטית מהותית, נתפשה עיסקה זו בעלת אופי דואלי: "פלגא מלווה ופלגא פיקדון" – חצייה הלוואה וחצייה פיקדון, כאשר אם בעקבות ה"התעסקות" נגרמים הפסדים, בניגוד לצפוי, נושא המתעסק באחריות על מחציתם – חלק ה"מלווה" שבידו, ולא על מחציתם הנמצאת בידו כפיקדון.

בדרך זו מתחלקת האחריות ומוטלת הן על שכם הלווה-ה"מתעסק", הן על שכם המלווה-ה"נותן". במקרה של רווח, חולקים השניים את הרווחים שווה בשווה. מרכיב הסיכון של המלווה-ה"נותן" הינו איפוא מרכיב חיוני של "היתר העיסקה", ובלעדיו תיחשב העיסקה כעיסקת ריבית אסורה.

אחת הבעיות הקשות שנוצרו בעקבות יצירת מנגנון משפטי זה היתה הענקת בטוחה ל"נותן", שתבטיח לו כי ה"מתעסק" אכן יפעל בנאמנות, ולא יעשה מעשה רמיה כאשר יטען כי הפסיד מהעיסקה בעוד שלאמתו של דבר הרוויח הימנה. על מנת למנוע מעשי רמיה מעין אלה, הועלו ברבות השנים דרישות שונות כלפי ה"מתעסק", שנועדו ל"עקוף" את איסור הריבית: הוא נדרש להביא עדים כי הפסיד את כל סכום הקרן ולהישבע שלא הרוויח דבר. יש לציין בהקשר זה כי השבועה היתה אחת ה"תרופות" השכיחות במשפט העברי, והמון העם חשש להישבע אפילו על דבר אמת, ומכאן כוחה המרתיע.

על מנת ליצור מנגנון משפטי שיאפשר עשיית עיסקאות רבית ללא עבירה על דין תורה נקבעו במוצאי ימי הביניים נוסחאות של שטרות שתכליתם יצירת יחסי רבית מותרים בין מלווה ללווה.

6 פתרונות נוספים הוצעו במהלך השנים האחרונות, מהם כאלה הטוענים שבהיות הבנקים תאגידים בעלי אישיות משפטית נפרדת, שאחריותם "עברונו מוגבל" – אין כלל בעייה וממילא אין צורך בפיתרון (ראו, לדוגמא, תורה שבעל פה ל (תשמ"ט), צד. מאחר שגישה זו אינה נסמכת תמיד על ניתוח משפטי נכון של פעילות ומהות התאגידים הבנקאיים, ואינה מקובלת על הכל, ביקשנו להציע פתרונות גם לאלה הסבורים כי אכן קיימת בעייה של ריבית במערכת הבנקאית. ראו, לדוגמא, טעם ריבית (לעיל, הערה 2), ב"קיצור דיני ריבית" לר"מ שטרנבוך המופיעים בראש הספר, פרק יג, סעיף 1.

7 יש לציין כי בתחום זה לא היה ניתן לעשות שימוש במכשיר הקלאסי של תקנת הקהל, מאחר שסמכותו להתקין תקנות אינה יכולה להתיר איסורי תורה. ראו בהקשר זה דברי הריב"ש (רבי יצחק בר ששת ברפת, אלג'יר, המאה ה-14), שו"ת הריב"ש, סימן שה (פר, ע"ד): "אין הקהל יכולין להתנות במה שיש בו איסור ריבית..." וראו אלוך, המשפט העברי, 575.

בשנת 1607 התכנסו גדולי הפוסקים בפולין ביריד גראמניץ, ובהחלטותיהם – שנתקבלו על ידי "ועד ארבע ארצות" – נקבע שבני הקהילות אסורים בעשיית שטרות הלוואה אלא בפיקוח ממונים. ההחלטות נרשמו בידי רבי יהושע פלק ב"קונטרס הרבית". ספר זה, שיצא לאור במהדורות רבות כלל הוראות מפורטות לממונים כיצד לסדר את השטרות השונים כך שיעלו בקנה אחד עם דיני הרבית שבמשפט העברי. לימים, הלך ונתמסד נוסח של שטר "התר עיסקא" שנדפס בספר "נחלת שבעה" לרבי שמואל בר דוד הלוי, שמקורו ככל הנראה הוא בתיקונו של רבי מנחם ברבי אביגדור, מחכמי קראקא.⁸

יש לציין כי כל ה"תיקונים" וההסדרים שנעשו בדרך של "היתר עיסקה" שמרו על העיקרון שלפיו גם המלווה נושא באחריות מסויימת – לרוב, סמלית בלבד – לתוצאות ה"עיסקה". אחד הפתרונות שהוצעו בעניין זה היה קביעת סכום מסויים כ"דמי התפשרות": הלווה ה"מתעסק" יכול היה לשלם סכום זה ובכך ניתק הקשר העסקי בינו לבין המלווה, כשמכאן ואילך כל הרווח או ההפסד היה שלו בלבד.

על פי נוסח זה, שני הצדדים להלוואה – המלווה והלווה – הופכים את הקשר המשפטי שביניהם מקשר רגיל של הלוואה לעיסקה משותפת, מעין "מיזם משותף" (Joint Venture): צד א', "המלווה" משקיע כסף עבור צד ב', ה"לווה". צד ב' אחראי על ניהול ה"עסק" והשקעת הכסף באפיקי מסחר רווחיים, וערב כלפי צד א' לבטחון מחצית דמי הלוואה-ההשקעה, וכן עבור השגת רווחים מינימליים עליה. ההסכם מכיל סעיף שעל פיו משלם ה"משקיע" סכום מסויים כשכר טירחה ללווה, וסעיף אחר המתנה את חלקו של המלווה-המשקיע באחריות למחצית כספו בהוכחות מסובכות שעל הלווה להמציא. למעשה, מלוא עומס האחריות מוטל על הלווה.

"היתר עיסקא" זה משמש מזה שנים רבות בכל הבנקים ומוסדות האשראי היהודיים, נוסחו מוצג לראווה בסניפי הבנקים, והשימוש בו כה רווח עד שבעטיו "כמעט שנשתכחה תורת ריבית מישראל".⁹

ג. איסור ריבית ו"היתר עיסקא": הניתוח הכלכלי והחברתי

על פי הניתוח הכלכלי המקובל, הריבית הינה כלי חיוני בכל מערכת כלכלית מודרנית. על פי מודל זה, הריבית משמשת מכשיר לתיעול הכסף למקום שבו ינוצל בצורה הטובה ביותר ובכך יתרום לכלל הציבור. על פי תפישה כלכלית זו, איסור הריבית מנוגד לכאורה להיגיון הכלכלי ועומד בסתירה לו.

טענה זו כנגד איסור הריבית מוכרת במשפט העברי מימים ימימה, וכבר בתלמוד הירושלמי¹⁰ מופיעה התייחסות עקיפה אליה:

יותר ממה שכופרין בעיקר כופרין שעושין התורה פלסטרן = פלסטרן, ואת משה טיפש, ואומר אילו היה יודע משה שכך היינו מרוויחין, לא היה כותבו [=את איסור הריבית].

יצוין, כי פרשני הירושלמי הרחיבו את היריעה והחילו על הסוגייה שיקולים כלכליים החורגים מגבולות העיסקה שבין שני הצדדים. הביטוי הנזכר "כך היינו מרוויחין" אינו מתייחס לדעתם רק למלווה (שהרי ברור כי תמיד ירוויח מעיסקת הלוואה בריבית) אלא לכלל הציבור: "כך היינו מרוויחין" – הציבור כולו היה נהנה אילו הותרה הלוואה בריבית.

לעומת הגישה הכלכלית, מנקודת מבט סוציאלי-חברתית, הנטייה היא מאוזנת יותר. הגישה הכלכלית, שלפיה המלווה תמיד מפיק רווחים בעוד שהלווה נוטל על עצמו את מלוא הסיכונים אינה הוגנת ואינה צודקת. במקרים רבים, לווה שנקלע למצב כלכלי קשה, ומבקש לדחות, ולו לזמן קצר, את להט חרבו של הנושה המתהפכת מעל ראשו, נוטה ליטול הלוואה בתנאי ריבית שעל פיהם נראים כניצול ועושק. מבחינה חברתית, מצב זה כמובן אינו רצוי, גם אם ראוי הוא מן ההבט הכלכלי.

יתר על כן: יצירת הסדר משפטי שבו "המלווה תמיד מרוויח", והסיכון נופל על שכמו של הלווה בלבד מעודד עשיית עיסקאות בעלות סיכון גבוה ונטולות כל היגיון כלכלי. המלווה ש"לעולם

8 שטר זה מכונה במקורות "תיקון מר"ם" – תקנת מורנו רבי מנחם. ברבים משטרי העיסקא הנהוגים כיום נכלל משפט האומר כי הם נעשים "כתיקון מר"ם", הגם שאין הם זהים בכל לתקנה המקורית.

9 כביטוי של שופט בית המשפט המחוזי דאז וכיום הזה היועץ המשפטי לממשלה, א' רובינשטיין, ת"א (י"ם) 380/92 טיפול שורש – ניהול ושירותים למרפאות שיניים בע"מ ואח' נ' הפועלים ליסינג בע"מ (לא פורסם).

10 ירושלמי, בבא מציעא, סוף פרק ה, הלכה יג (י, רע"ד).

לא יפסיד", ייטה לשדל אנשים אחרים להכניס ראשם לעיסקאות מסוכנות ובלתי סבירות. "היתר העיסקא" מבקש למצוא פיתרון לבעייה זו באמצעות מתן אפשרות לעשיית עיסקאות ריבית, אך בצדן - יוצר מנגנון שיחלק את נטל הסיכון בין השותפים לה. הלווהה"מתעסק" מקווה כי יוכל להשיב את הסכום שקיבל מן המלווה"הנותן" ללא קושי, מן הרווחים - ישירים או עקיפים¹¹ - שיתקבלו בידו כתוצאה מהשקעת הכסף. מבחינה כלכלית הריבית הינה תשלום תמורה עבור השימוש בכסף. בחינה מהותית של איסור הריבית מלמדת כי עיקר האיסור שבתורה מכוון למצב בו הלווה זקוק לכסף לצרכיו האישיים, והמלווה מנצל מצב זה כדי להפיק ממנו רווחים¹².

ד. שילוב הדין היהודי ודין המדינה: "הילכו שנים יחדיו בלתי אם נועדו"?

הבעיה המעשית הגדולה נוצרת עקב "הכלאה" של שתי שיטות משפט, דתית וחילונית, וניסיון להחילן כאחת. כאמור לעיל, קיים שוני מהותי בתפישת עיסקת הריבית בין שתי שיטות המשפט. שיטת המשפט העברי רואה בעצם לקיחת הריבית - אפילו בדרך ה"מותרת" של "היתר עיסקא" - תופעה שאינה רצויה¹³. לעומת זאת, שיטת המשפט החילונית דבקה דרך-כלל בעקרון "חופש החוזים", המותר לצדדים מירווח לעצב את דרכי ההתקשרות ביניהם ככל שירצו¹⁴, גם אם הדבר כרוך בהפסד שנגרם לצד מן הצדדים אך לא נבע מניצול מצוקתו על ידי הצד השני. על פי תפישת זו, התערבותו של המימסד - המחוקק, בתי המשפט או מוסדות שלטוניים - בחופש החוזים שבין הצדדים, נזקה רב מתועלתה¹⁵.

אכן, גם בשיטות משפט מודרניות, המושתתות על הגישה הליברלית, מוצבים סייגים ל"חופש ההתקשרות" של הלווה והמלווה. הגנה זו ניתנת ללווה בשני מסלולים עיקריים: האחד, א־פריורי, בקביעת שיעור ריבית מקסימלי בחוק¹⁶. במסגרת הליך קדם-הלוואה זה, חייב המלווה - לפחות ככל שמדובר במוסד בנקאי - ב"גילוי נאות" ללוקח על משמעות העיסקה שהוא עומד לכרות עם הבנק, ועל מלוא משמעותיה. במסגרת חבות זו, אסור הבנק גם בניצול מצוקת הלוקח ושידולו ליטול על עצמו סיכונים שאינו צריך להם, תוך התניית "שירות בשירות"¹⁷. הגנה שנייה ניתנת ללווה-החייב לאחר מעשה, א־פוסטריורי. דיני ההוצאה לפועל מבקשים ליצור איזון בין הלווה-החייב שאין ביכולתו להשיב את סכום הלוואה ובין המלווה, תוך התערבות בהסדר התשלומים שנקבע ביניהם מראש¹⁸.

התערבות פטרנליסטית זו ב"חופש ההתקשרות" של הצדדים מובנת עוד יותר כאשר מדובר בהלוואה שניתנת מבנקים או מגופים כלכליים אחרים רבי עוצמה ללווה פרטי. במקרה זה, אין

11 כרווח עקיף יכול לשמש מקצוע שלימודו - תשלום שכר הלימוד - נרכש באמצעות כספי ההלוואה, או עסק שלשם הקמתו נדרשו כספי ההלוואה (לרכישת חנות או מכונת שתשמש את צרכי העסק ותאפשר את הפעלתו).
12 יש לציין כי האיסור הוא מהותי ואינו צורני. לפיכך, גם אם הצדדים אינם מכנים את העיסקה ביניהם כ"הלוואה", יכול לחול איסור רבית.

13 חשוב להדגיש עניין זה, שכן הלכה למעשה כיום כמעט ואין גוף במיגזר העסקי שאינו מתבסס על "היתר עיסקה". מעבר לשאלה המשפטית-פורמלית, ברור שמצב זה אינו עולה בקנה אחד עם "רוח ההלכה", הרואה בהיתר זה הסדר "בדיעבד" ולא מצב רצוי מלכתחילה. ואכן, בדומה להתייחסות ל"היתר השמיטה" המתיר קיום פעולות חקלאיות בשנת השמיטה, עולות לא אחת קריאות להותיר לפחות עיסקאות מסוימות של הלוואה שיעשו ללא נטילת רבית כלל. עיסקאות אלה מקובלות בעיקר במיגזר הדתי. בהלוואות הניתנות מקופות גמ"ח (גמילות חסדים).

14 במגבלות הנוגעות ל"תקנת הציבור", איסור עושק והטעייה, דרישת תום הלב ועמידת החוזה במסגרת החוק. ראו חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

15 דומה, שלמותר הוא לחזור ולפרט בהקשר זה את גישותיהם של אדם סמית, ג'ון סטיוארט מיל וההולכים בעקבותיהם שהניחו את התשתית למערכת הכלכלה המודרנית בגישתה הליברלית-מערבית.

16 חוק פסיקת רבית והצמדה, התשכ"א-1961, וראו להלן.

17 ראו: א' וינרוט התניית שירות בשירות על ידי תאגיד בנקאי (תשנ"ו).

18 ראו בהרחבה אצל ד' בר אופיר הוצאה לפועל (ת"א, תשנ"ט), ובמשפט העברי: מ' אלון חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (ירושלים, תשכ"ג); בג"צ 5304/92 פ"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת, עמותת נ' שר המשפטים, פ"ד (מז) 715.

שוויון כוחות בין הצדדים, וכמעט תמיד ימצא עצמו הלווה מקופח ביחס למלווה. היותו של המלווה "מוסד בנקאי", מטילה עליו חובת נאמנות מיוחדת, עד כדי כך שבפסיקה האמריקנית נשמעו קולות הקוראים להטיל על מלווה השולט על פעולותיו העסקיות של הלווה, אחריות לנזקים שנגרמו ללווה¹⁹

התערבות זו, של המחוקק ומערכת ההוצאה לפועל מהווה "תבלין" שמצא המשפט המודרני כנגד "יצר הרע" של המלווה לעשוך את הלווה ולנצל ניצול לא הוגן. עם זאת, המציאות מוכיחה כי למרות החובות הנזכרות, פועלים הבנקים - בהיקפים גדולים ומשיקולי רווח מובנים - לשידול לקוחותיהם להגדיל את היקף הלוואותיהם, תוך ניצול הלקוחות, לעתים רבות תוך הליכה על "החבל הדק" שבין שידול עסקי לגיטימי לבין ניצול ועושק.

ה. רבית בחקיקה

בחוק המכונן של בנק ישראל, משנת תשי"ד (1954), נקבע כי "הנגיד רשאי... לקבוע בצו, דרך כלל או לסוגים של פקדונות או של עסקאות אשראי, את שער הריבית המקסימלי שמוסד בנקאי רשאי לשלם על פקדונות וכן את שער הריבית המקסימלי... שמוסד בנקאי רשאי לקבל..."²⁰. לימים, ביקשו להרחיב את תחולת שיעור הריבית המקסימלי גם על המגזר הפרטי, ועל שולחן הכנסת²¹ הונחה הצעת חוק הריבית, תשט"ז-1956. החוק המוצע קבע איסור על דרישת וקבלת "ריבית מופרזת" (העולה על שיעור הריבית המקסימלי שנקבע בחוק בנק ישראל); וקבע קנס גבוה ביותר - של עד 500% (י) מסכום ההלוואה - על מלווה שנטל "ריבית מופרזת". כמו כן נקבע בחוק כי קבלת ריבית מופרזת היא עבירה פלילית.

מהדברים שנאמרו בעת הדיון בכנסת²² עולה ובוקעת הפרובלמטיות שבקביעת שער ריבית מקסימלי שיחול גם על המיגזר הפרטי בניגוד לעקרונות ה"כלכלה החופשית". למרבה הפלא, רוב חברי הכנסת שומרי המצוות שבעניינים אחרים היו רגישים מאד למעשי חקיקה העשויים - ולו מבחינה סמלית גרידא - לפגוע בצביונה היהודי של המדינה, לא התקוממו כנגד "חוק ריבית" שיצטרף למסכת חוקיה של המדינה היהודית. ח"כ משה קלמר, איש החזית דתית לאומית שנטל חלק בדיון²³ לא הזכיר את הסתייגותו העקרונית של המשפט העברי מתופעת הריבית.

אחד היה ח"כ שלמה לורנץ, איש "אגודת ישראל"²⁴, שמחה על כך ואמר ששמו של החוק "צורם את האזניים", והדגיש את חומר איסור הריבית כפי שהוא משתקף בתורה ובמקורות חז"ל. בסוף דבריו הציע ח"כ לורנץ לשקול את האפשרות למחוק כליל את חוק הריבית מספר חוקיה של "המדינה היהודית", ולהשתית את הפעילות הפיננסית על "היתר עיסקא". בין דבריו, אמר ח"כ לורנץ:

אפשר לשאול: איך זה שאף אחד מן העמים אינו משתמש ואינו הולך בדרך זו. אולם אנחנו עם מיוחד, שונים מכל העמים, עם סגולה, ויש לנו דרכים שהתורה נתנה לנו. כפי שאמרתי, אם מפעל הפסיד את כספו או שלא היו לו רווחים, לא תביא ההלוואה את המפעל לידי פשיטת רגל, אלא הוא יוכיח שהפסיד את כספו ויהיה פטור מלשלם לא רק את הריבית, אלא גם את מחצית הקרן. פסקי דין ללא שיעור ניתנו ברוח זו בבתי הדין שלנו, ועד כמה שזכור לי, גם בתי המשפט בזמן המאנדט פסקו²⁵ שאם היה באמת היתר עיסקא והלווה הוכיח שהפסיד את כספו - פטור הוא

19 ראו, לדוגמא: J.R. Butler "Is Lender Liability Now Absolute Liability?" 15 *Western State University L. R.* (1988) 595.

20 סעיף 56(א) לחוק בנק ישראל, תשי"ד-1954, ס"ח תשי"ד, עמ' 199.

21 הצ"ח 273, מיום ט"ו באב תשט"ז (23.7.56), עמ' 162.

22 ראו, לדוגמא, דברי שר האוצר לוי אשכול, דברי הכנסת מיום ט"ו באב תשט"ז (23.7.56), עמ' 2360.

23 דברי הכנסת שם, עמ' 2365. עם זאת, ח"כ קלמר ביקש להשית את הקנס על עיסקת "ריבית מופרזת" הן על הלווה והן על המלווה, בהתאם לתפישת המשפט העברי הרואה בשניהם "שותפים לדבר עבירה". כמו כן התנגד לסעיף 8 בהצעת החוק שקבע כי די יהא בעדות של עד אחד כדי לחייב את הצדדים בקנס, כיוון ש"זה נוגד את דיני ישראל הקובעים כי רק על פי שנים עדים יקום דבר" (שם, עמ' 2366). חברו לסיעה, ח"כ מיכאל חזני הוזכר עובדה זו רק בדרך עקיפה, ואגב אורחא (ראו שם, עמ' 2375).

24 דברי הכנסת שם, עמ' 2376. על מעורבותו לימים, בתפקידו כיו"ר הוועדה המייעצת של בנק ישראל, בשינוי "היתר העיסקא" של הבנק, ראו להלן.

25 לפי שעה מצאתי רק פסק דין אחד בעניין זה, הנזכר בחוות דעתו של השופט חיים כהן. ראו להלן.

מלשם את חובו. באם נלך בדרך זו של היתר עיסקא, אזי ההלוואות יהיו באמת רק למטרות יצרניות, ולא כמו עכשיו שבנקים נותנים לפעמים כסף אפילו למפעלים בלתי רנטאבייליים [=לא רווחיים], למפעלים העומדים באמת על סף פשיטת רגל, אך הם יכולים באיזה אופן להבטיח את ההלוואה שלהם ביחד עם ריבית שמנה, ואז לא איכפת לבנקים אם המפעל יתמוטט לחלוטין. באם נלך בדרך התורה, בדרך של היתר עיסקא במובנו ההלכתי, אזי הבנקים הממנים יעשו את תפקידם המוטל עליהם על ידי מומחיות, על ידי ידיעותיהם בכלכלה. הם ייצרו, הם יהיו שותפים לכמה מפעלים כלכליים, יממנו אותם ויוכלו לקחת שיעור יותר קטן או יותר גדול, בהתאם להיצע וביקוש – והדבר יהיה בהחלט נורמלי. הם ידעו שבאם המפעל הלווה יפסיד, הרי גם הם יפסידו. ח"כ לורנץ היה ער למוזרותם של דבריו במציאות הכלכלית של המאה ה-20, אך למרות זאת ביקש להפנות אליהם את שימת לבם של חברי כנסת ישראל. שר האוצר, לוי אשכול, שחתם את הדיון ביטל רעיון זה כלאחר יד, והחוק נתקבל ללא שחלו בנוסחו הסופי שינויים מהותיים.

ברצותה לעגן את המציאות המשפטית, פרי המשפט העותמני, בחקיקה חדשה מתוצרת מדינת ישראל, נדרשה הכנסת לעגן גם את פסיקת הריבית בבתי המשפט בחקיקה ראשית. אכן, במקרה זה מדובר ב"ריבית פיגורים" ולא בעיסקת ריבית רגילה, אך גם גבייתה של זו הראשונה אינה נקיה מספקות בהתקיים נסיבות מסוימות. בשנת תשכ"א (1961), הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פסיקת ריבית²⁶ שלימים שונה שמה לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א 1961. על פי סעיף 2 לחוק-

כל רשות שיפוטית שפסקה לבעל דין סכום כסף, או שציוותה על ביצועו של פסק כזה, או שקבעה סכום כסף המגיע על פי חיקוק, רשאית לפי שיקול דעתה לפסוק ריבית על אותו סכום, כולו או מקצתו.

החוק מוסיף וקובע כי הרשות השיפוטית רשאית לפסוק ריבית גם על הוצאות משפט ושכר טרחה; להמיר את תשלומי הריבית בתשלומי הצמדה או להוסיפם עליהם. כמו כן קובע החוק את שיעור הריבית המקסימלית - 16% שנתיים (אם לא נקבע אחרת בפסק הדין). סעיף 7 לחוק שכותרתו "ריבית דריבית", מוסיף כי "ריבית שנפסקה לפי חוק זה תצורף לקרן אחת לשנה".

כך, כמעט בלי משים, עיגנה ה"מדינה היהודית" בחקיקתה הראשית את מוסד הריבית והריבית-דריבית שהיו "מוקצה מחמת מיאוס" במסורת ישראל משך אלפי שנים. ככל הנראה, חברי הכנסת מן הסיעות הדתיות, שניהלו בדרך כלל קרבות פוליטיים קשים לשמירת צביונה היהודי של המדינה, ולו כעניין סמלי, לא היו ערים למשמעותו הסמלית של שם החוק, ונמנעו מליטול חלק בדיון שנערך בעקבות הנחת הצעת החוק על שולחן הכנסת. רק משהגיע הנושא לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בראשה עמד איש המזרחי ד"ר זרח ורופטיג, דרשו הנציגים הדתיים עריכת מספר שינויים, "קוסמטיים" בעיקרם, בהצעת החוק, וראשון שבהם: מחיקת השם המפורש של "ריבית" משם החוק, והמרתו בשם "חוק פסיקת פיצויי פיגורים", הצעת תיקון שלא נתקבלה בסופו של דבר²⁷.

לימים, עוגן תשלום הריבית במאות דברי חקיקה, ראשית ומשנית כאחד²⁸.

מבחינה מהותית, קיימת בעיה לא פשוטה בחיוב בעל דין בתשלום ריבית, שכן לדעת חלק מחכמי המשפט העברי איסור נטילת ריבית חל גם כאשר החיוב בריבית חל מכוח החוק ולא מכוח

26 יצויין כי גם עד לחקיקת החוק היו נוהגים בתי המשפט לפסוק ריבית מכוח סעיף 112 לחוק הפרוצדורה העותמני משנת 1897, שקבע כי "בהתחייבויות הנוגעות לתשלום סכום ידוע אין מחייבים בעד איחור התשלום אלא בריבית של אחוז אחד למאה לחודש", היינו עד שיעור מקסימלי של 12% לשנה. בפועל נהגו בתי המשפט לנכות ריבית של עד 9% לשנה. ראו דברי שר המשפטים פ' רוזן, בעת הצגת החוק בקריאה הראשונה, דברי הכנסת מיום י"ח בחשוון תשכ"א (8.11.60), עמ' 164.

27 על הויכוח בעניין זה, והאבחנה בין "ריבית" ל"קנס פיגורים", ראו דברי הכנסת מיום ל' בסיון תשכ"א (14.6.61), עמ' 2062. על שמו של חוק כביטוי לזיקתו למורשת ישראל ולמשפט העברי, ראו מ' אלון המשפט העברי ע' 1380 (חוק איסור לשון הרע); ע' 1420 (חוק השומרים). והשוו: חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (ואלון, שם, ע' 1424); ולאחרונה ממש: חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998.

28 לדוגמא בעלמא, ראו סעיף 8 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; סעיף ג' לחוק הבזק, התשמ"ב-1982; סעיף 9 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; סעיף 4 לחוק המלווה (ביטוח חיים), התשכ"ה-1965, ועוד כהנה וכהנה.

התחייבותם המפורשת של הצדדים²⁹. אשר על כן, יכול בעל דין לטעון שבחוב הריבית מכוח החוק יש "כפיה אנטי דתית", המחייבת אותו לעשות מעשה בניגוד לעיקרי דתו וצו מצפוננו, ופוגעת בחופש שלו לקיים את מצוות דתו³⁰. על אחת כמה וכמה, כאשר מקור התביעה לתשלום ריבית היא מן הצד שכנגד, המבקש לכפות על בעל דינו לשלם לו תשלומי ריבית.

ו. יישום השימוש ב"היתר עיסקא" הלכה למעשה

1. במדינת ישראל

1. המינהל הציבורי:

א. בנק ישראל³¹

בנק ישראל הינו תאגיד סטטוטורי, שהוקם מכוח חוק בנק ישראל, התשי"ד-1954. זמן לא רב לאחר שהוקם הבנק, ניסח הרב הראשי לישראל דאז, הגרי"א הרצוג ז"ל, נוסח של "היתר עיסקא" שימש אותו. יצויין, כי על פי המשפט העברי, קיים ספק בשאלה האם בנק מרכזי, כדוגמת בנק ישראל שהוקם כתאגיד סטטוטורי, ואינו נותן או מקבל הלוואות מאנשים פרטיים³², חייב כלל ב"היתר עיסקא"³³.

עם מינויו של שלמה לורנץ (לשעבר, ח"כ מטעם "אגודת ישראל") ליו"ר המועצה המייעצת של הבנק, הועלו ספקות ביחס ל"תוקפו" של "היתר העיסקא" הקודם. זה נוסח מחדש, ונחתם פעם נוספת על ידי חשב הבנק. עניין מיוחד יש בסעיף שנכלל בהיתר החדש, ובו נקבע כי "שטר זה שריר וקיים, אף אם מדינא דמלכותא אין לכך תוקף - יהא לו חוזר ותוקף כדין תורה וכתקנת חכמינו זכרונם לברכה.

שאלת "היתר העיסקא" של בנק ישראל הגיעה, כמנהג הימים, גם לשולחנו של בית המשפט הגבוה לצדק³⁴. העותר פנה למועצת הרבנות הראשית בבקשה לקבל את חוות דעתה בשאלת כשרות נוסח "היתר העיסקא" של בנק ישראל. מועצת הרבנות הראשית נמנעה ממתן תשובה, ובסופו של דבר העניין לא הגיע לכלל הכרעה שיפוטית.

29 שו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן קלג. וראו א' שוחטמן סדר הדין (ירושלים, תשמ"ח) 390, הערה 3 והמקורות הנוספים שצויינו שם.

30 יצויין כי אפשר, *ad absurdum*, שדווקא חוגים דתיים קיצוניים הרואים בבתי המשפט במדינת ישראל "ערכאות של עכו"ם" ובפסקי דיניהם שלא כדין תורה משום "גזול" לא יוכלו להסתמך על טענה זו, שכן על גזל לא יחול איסור רבית. ראו שו"ת בצל החכמה, חלק ג, סימן נא, המובא ע"י שוחטמן, שם, הערה 2. שוחטמן, שם, מצייין גם לשיטת הרמב"ן [=שו"ת הרמב"ן, מהד' שעוועל, סימן מז] שלפיה תוספת תשלום שמחוייב בה אדם מכוח דין המלכות "אינו בכלל ריבית", וגם גזל אין כאן "שדינו של מלך דין והפקרו הפקר, ואין כאן גזל ואין כאן ריבית". ברם, הלכה זו תחול רק בהנחה ש"דינא דמלכותא" חל בארץ ישראל ובמלכות ישראל, וגם כאשר קיים חשש לעבירה על דיני איסור והיתר, שאלות שאינן פשוטות כלל ועיקר [ראו: ש' שילה דינא דמלכותא דינא (ירושלים, תשל"ה) 108-96].

31 תורתנו נתונה לעו"ד אליעזר מונטג, היועץ המשפטי של בנק ישראל, על הסיוע הרב שהושיט לנו בענייניו של פרק זה והבא אחריו במאור פנים ורוחב לב.

32 ראו סעיף 38 לחוק בנק ישראל, התשי"ד-1954.

33 ראו תורת רבית (לעיל הערה 2), פרק יז, סימנים נב"נה (עמ' שמח) והמקורות שצויינו שם. ראו גם אגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן סג.

34 בג"צ 3750/95 ירמיהו גור, עו"ד נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל (לא פורסם).

ב. משרדי הממשלה ושלוחותיה

בנוסף ל"היתר העיסקה" של בנק ישראל נחתם ברבות השנים "היתר עיסקא" גם על ידי מדינת ישראל³⁵. האבסורד הוא שהיתר זה נחתם מעת לעת, כל פעם בנוסח ובתוכן שונה, על ידי שר אוצר אחר, כשסביר להניח שרוב שרי האוצר לא הבינו כדבעי את משמעותו ההלכתית של המיסמך שעליו הם חותמים³⁶ כך, לדוגמא, חתם ביום יז' אדר תשל"ט שר האוצר שמחה ארליך על "היתר עיסקא", "ולמען תת תוקף ועוז לכל האמור" כתב השר ארליך את הדברים "זכרון בספר, ופירסם גלוי לכל כתב זה"...

גם בעניין זה, יש מקום להבחין בין תחומי פעולתה השונים של ממשלת ישראל. הממשלה הינה ישות עצמאית, סטטוטורית, ואינה "שייכת" למי מבין האזרחים. לדעת חלק מחכמי ההלכה, איסור ריבית אינו חל על תאגידים - בין סטטוטוריים ובין אלה הפועלים בשוק הפרטי - והוא הדין למוסדות ציבור שאין בהם אחריות אישית³⁷.

הסוגייה הופכת להיות בעייתית יותר בנוגע למילוות החובה שהטילה המדינה מעת לעת על אזרחים. מילוות מעין אלה הוטלו בעיקר בעתות מלחמה ולצרכים בטחוניים³⁸, ונקבעה בהן ריבית סטטוטורית שיקבל האזרח המלווה בעת פרעון המלווה.

סוגייה נוספת הקובעת עיון לעצמה היא מעמדן של החברות הממשלתיות העושות עיסקאות ושכרוכים בהם איסורי ריבית. דוגמא מעניינת היא המקרה של בנק הדואר שהינו תאגיד סטטוטורי³⁹; סעיף 6(א) לחוק קובע כי על "כספים המוחזקים בחשבון סילוקים בבנק הדואר" לא תשולם כל ריבית בניגוד לפקדונות לחשבון חיסכון עליהם משולמת ריבית בשיעור הנקבע על ידי שר התקשורת.

- 35 שאלת הצורך בהיתר מעין זה נתונה במחלוקת בין הפוסקים. יש שרצו להסתמך על הלכות שנושנו לעניין זה לגבי "קהל", שבמקרים מסויימים מותר ללוות ולהלוות בריבית, מאחר ש"צרכי קהל" נחשבים כ"פיקוח נפש". ראו רמ"א, יורה דעה קס, כב. לעניין זה ייתכן שיהא שוני בין מתן הלוואות ע"י הממשלה לבין לקיחת הלוואות מהאזרחים עבור צרכי ביטחון דוגמת מלווה מלחמה. ראו: הרב י' בארי "איסור ריבית במלווה ממשלתי" בצומת התורה והמדינה ב (תשנ"א) 374-379. ראו גם מאמרו של הרב י' סגל "ריבית בקופת גמ"ח" שם, עמ' 380 ואילך.
- 36 עניין זה שלשעצמו עשוי להוות פגם משמעותי בתוקפו של ההיתר. ראו מכתבו של הר"נ גולדברג, שנדפס בראש ספרו של מ' תמרי, כסף כשר (ירושלים, תשנ"ד): "שענין מה שנקרא היתר עיסקא, מאחר שכולם זקוקים לזה ומעטים מבינים העניין, וכל שהעניין אינו מובן - יתכן שאינו מועיל"; ולהלן הערה 44.
- 37 עם זאת, יש להעיר כי לאור האפשרות שנוצרה בשנים האחרונות מכוח החוק והפסיקה, כאשר במקרים מסויימים, כשמתברר למפרע שהגורם השלטוני פעל בחוסר סמכות - מוטלת על הנושא בתפקיד אחריות אישית, התמונה מורכבת ומסובכת יותר. ראו: סעיף 189(א) לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א-1950; בג"צ 2937/91 טרייסטר נ' בני שליטא, פ"ד מז(2)758: חיוב ראש מועצה לשלם מכיסו הוצאות שהוצאו שלא כדין.
- 38 ראו לדוגמא חוק מילווי ביטחון, תשל"ב-1972; חוק מילווי מלחמה, תשל"ד-1974; חוק למימון מבצע שלום הגליל, התשמ"ב-1982, סעיף 11 ואילך.
- 39 חוק בנק הדואר, התשי"א-1951.

2. המערכת הבנקאית המסחרית

ככל הידוע לנו, כל הבנקים הפעילים במדינת ישראל חתומים על "היתר עיסקא"⁴⁰ לגבי כלל פעילותם הבנקאית⁴¹. על מסמכים אלה באה חתימתם של מנהלי הבנק, והם מוצגים לראווה בסניפיהם השונים⁴². למרות היתר כללי זה, יש לקוחות דתיים המקפידים על חתימת "היתר עיסקא" מיוחד להם, וטפסים מיוחדים לעניין זה מצויים בכמה בנקים. תשלום הריבית והעמלות לבנקים על ידי לקוחותיהם מתבסס כיום על עקרון "דמי ההתפשרות" שזכר לעיל. הלווה "המתעסק" נתפש כמי שמעדיף לא לחלק את רווחיו (והפסדיו) עם הבנק המלווה, "נותן" ההלוואה, ותמורת זאת עליו להעביר "דמי התפשרות" לבנק בצורה של עמלות או תשלום סכום מסויים השווה לשיעור ה"ריבית". עם זה, כפי שהובהר לעיל, תנאי יסודי בעיסקא זו הוא שללווה ניתנת האפציה לבחור בין מסלול זה של "דמי התפשרות" לבין חלוקת הרווח וההפסד בינו לבין הבנק "הנותן". יש להדגיש, כי בחירה באפשרות "קלה" זו אינה פשוטה כלל ועיקר מצד הדין, שכן לא כל עיסקת ריבית מותרת מכוח "היתר עיסקא", ובנוסף יש צורך - לדעת חלק מהפוסקים - ששני החתומים על ההסכם יבינו היטב את מלוא משמעותו.⁴³

3. פסיקת בתי המשפט: הימנעות מיישום "התור העיסקא" הלכה למעשה

א. במשפט המנדטורי

עוד בתקופת המנדט דן בית המשפט האזרחי בשאלת תוקפו המשפטי של "היתר עיסקא". במקרה זה, הצדדים התקשרו ביניהם בהסכם הלוואה, אך המיסמך היחיד שהעיד על כך היה שטר ה"עיסקא". הלווה נחל הפסדים כבדים, ולא היה מסוגל להשיב את דמי ההלוואה. המלווה שביקש לגבות את חובו, לא היה יכול - מבחינה ראייתית - להציב את ראיותיו שבעל פה נגד מיסמך "היתר העיסקא" שבכתב, שבו נאמר שהרווחים - כמו גם ההפסדים - יתחלקו שווה בשווה בין שני בעלי הדין. למרות זאת, בית המשפט ציווה על הלווה להישבע על כך ש"שטר העיסקא" משקף את העיסקה האמתית, ומסירב לעשות כן - ניתן פסק דין לטובת המלווה.

40 זאת, כדי לצאת מידי הספק שמא איסור ריבית חל גם על חברה בע"מ (יש לציין, כי בכל מקרה, אם הלווה הוא אדם פרטי, חל האיסור להלוות לו בריבית גם אם המלווה הוא תאגיד בע"מ. כמה מחכמי ההלכה ביקשו למצוא פתח בעניין זה מעקרון ה"אישיות המשפטית" הנפרדת של תאגידים. ראו לדוגמא: שו"ת חלקת יעקב סימן קצ; הרב ר' קצנבלובגן "איסורי ריבית בחברות ובבנקים" תורה שבעל פה ל (תשמ"ט) צב"ט; ועוד. עם זאת, גישה זו אינה נקיה מספקות, הן באשר לצדדיה ההלכתיים והן באשר לתפישה הבסיסית המונחת ביסודה באשר להבנת טיבה של חברה בע"מ מבחינה מהותית. ראו לדוגמא: הרב ש' פרנקל (לעיל, הערה 2) 399-391; מ' תמרי כסף כשר (ירושלים, תשנ"ד), עמ' 123.

41 לעניין זה יש להבחין בין סוגי פעילות שונים בבנק עצמו: בין הלוואות עסקיות, שלמעשה מהוות מעין השקעה מודעת של הבנק בעסקו של הלווה (תוך בחינת הדו"חות הפיננסיים שהוא מציג, מידת רווחיותו והסיכויים לעומת הסיכונים - הכרוכים בפעילותו), לבין הלוואות לצרכן או לשכיר שמשכורתו מופקדת בבנק באופן אוטומטי, שאין בה ולו "משהו" - לבד מהשטר הפיקציוני של "היתר העיסקא" - שירמוז על קיומה של "עיסקה" אמיתית בין הצדדים. לעניין זה ראו: מ' תמרי, שם, 122. אבחנה נוספת צריכה להיעשות בין הבנקים ה"פגילים" לבין בנקים שכל עיסוקם הוא בתחום המשכנתאות. ראו, לדוגמא, שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן סב; מ' תמרי (לעיל, הערה 40) 125.

42 לדעת חלק מן הפוסקים, לא די בהיתר ה"כללי" המוצג בסניפי הבנק, ראו, לדוגמא, שו"ת אגרות משה, יורה דעה, סימן סג.

43 ראו "בן שחר", "הס' ריבית בתאגידים" כתר א (תשנ"ו) 236 והערה 4. ראויים לציין בהקשר האחרון הם דברי הרב משה פינשטיין, מחשובי חכמי הלכה בדור האחרון: "צריך שידעו שני הצדדים עניין העיסקא, ולא רק באמירה וכתובה בעלמא, זה אינו לחש וסגולה..." (שו"ת אגרות משה, יורה דעה חלק ב, סימן סב). ממילא, יש לבחון האם מבחינה עובדתית הבינו החתומים על היתר העיסקא של הבנקים את תוכנו ומשמעותו.

44 פסק הדין מצוטט באוסף פסקי הדין של רוטנברג, חלק א (1935), עמ' 17. מובא ע"י השופט ח"ה כהן בחוות דעתו הנזכרת להלן, ליד הערה 67.

ב. במדינת ישראל

ככל הידוע לנו, פסק הדין הראשון שניתן בעניין היתר העיסקה בבתי המשפט במדינת ישראל הוא פסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גורן מבית המשפט המחוזי בתל אביב בעניין בנק המזרחי נ' טישלר⁴⁵. במקרה זה ניתן אשראי לנתבע, ומשחובו לבנק לא נפרע הגיש הבנק תביעה נגדו ונגד שני ערבים לחובו בהליך של סדר דין מקוצר. הנתבע הגיש בקשת רשות להתגונן, ובין השאר הסתמך על היתר העיסקה של הבנק. בתגובה, טען הבנק כי "היתר העיסקה" הוא מיסמך הלכתי, ולא ניתן לעשות בו שימוש בבית משפט אזרחי. בפסק דינו דחה השופט גורן טענה זו מכל וכל, וקבע כי "שטר העיסקה" הריהו חוזה ככל שאר החוזים⁴⁶, ואין כל מניעה שבית משפט אזרחי ידון בתוקפו של ההסכם, אך ורק משום שתוכנו מכיל את הדין הדתי/הלכתי⁴⁷.

בית המשפט עמד על זכותו של הלווה להישבע - בהתאם ל"שטר העיסקה" - כי לא הרוויח מכספי ההלוואה אלא רק הפסיד כתוצאה ממנה⁴⁸. עם זאת, דחה בית המשפט את התביעה מן הנימוק הפורמלי שלא היו בפניו די ראיות שהשבועה בוצעה "בדרך ובאופן הנקובים בשטר העיסקה" ועל פי הלכות הדין העברי⁴⁹.

"היתר העיסקה" נדון פעם נוספת בבית המשפט המחוזי בירושלים בעניין ויזל נ' בנק איגוד לישראל⁵⁰. במקרה זה פנה מראש החייב-התובע לבית הדין הרבני, וקיבל אישור שלפני בית הדין הובאו שני עדים כשרים שהעידו כי פעל בכסף שלוהו מן הבנק בנאמנות ובישור, וכי "פעל כשורה על פי היתר העיסקה, ואל לו לבנק לבוא אליו בתביעות נוספות". השופטת שידלובסקי-אור דחתה את טענת החייב-הלקוח, בקובעה כי היתר העיסקה נתבסס על הנוסח שבספר "חכמת אדם"⁵¹ ולפי תנאיו חייב היה לקוח-ה"מתעסק" לדווח לבנק, "נותן הכסף", מדי יום ומדי חודש בחדשו, כמנהג השותפין, מה עשה בכסף. משלא עמד בחובה זו והפר את תנאי ההסכם, אין הוא יכול לבוא בטרוניא כלפי הבנק על כך שאף הוא הפר את תנאי ההסכם, "וכל טענה כזו הינה טענה בחוסר נקיון כפיים".

גם כאן, הפיתרון הינו פורמלי ולא מהותי.

טענת ההסתמכות על "היתר העיסקה" נדונה פעם נוספת בבית המשפט המחוזי בירושלים⁵². במקרה זה טענו החייבים, בין השאר, כי הבנק אינו יכול לדרוש מהם שבועה - כתנאי להחלת "היתר העיסקה" - משום שאנשיו ידעו לאיזו מטרה ניתנה ההלוואה. הנשיא זילר דחה טענה זו, וקבע כי בהיעדר שבועה - אין החייבים יכולים להסתמך על "היתר העיסקה".

45 המ' (ת"א) 5317/86, ת.א. 1024/86 בנק המזרחי המאוחד נ' צבי טישלר ואח', פס"מ תשמ"ח (ב) 353. העובדה שעד שנת 1986 לא נתעוררה השאלה, מעוררת "דרשני", ומתקשרת לסוגייה רחבה הרבה יותר שיש לה השלכות חברתיות ותרבותיות ואין כאן מקומה (השוו), רק לשם דוגמא, לסוגיית "מיהו יהודי" העומדת כיום במוקד פולמוס ציבורי ומשפטי סוער, אך היתה "רדומה" במשך עשר השנים הראשונות, מקום המדינה ועד שנת 1958). השופט ח"ה כהן ניסה ללמוד מ"שתיקה" רבת שנים זו על מידת "תום הלב" שבהעלאת הטענה, אולם לדעתנו מסקנתו אינה הכרחית.

46 עמדה נוגדת הביע השופט (בדימ.) ח"ה כהן, שבחוות דעת שכתב לבית משפט במדינת ניו יורק (ראו להלן) הביע דעתו ש"היתר העיסקה" הוא יצירה הלכתית דתית שהיתה מקובלת בין יהודים שומרי מצוות, אולם איננו מיסמך משפטי מחייב מבחינת בית המשפט האזרחי.

47 הלכה זו עולה בקנה אחד עם שורה ארוכה של הלכות שיצאו מבית המשפט העליון, ולפיהן לא די בעובדת היות מקורו של הסדר משפטי מסויים המשפט העברי או ההלכה היהודית, כדי למנוע מבית המשפט האזרחי לדון בתקפותו. ראו, לדוגמא, בדרי הנשיא שמגר ב בג"צ 44/86 ענף האיטיליזים של מחוז ירושלים ואח' נ' מועצת הרבנות הראשית לירושלים והמועצה הדתית ירושלים, פ"ד (מ) 41.

48 בין השאר, הסתמך בית המשפט על פסקו של הרב א' וולדינברג, בשו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, סימן ח.

49 על קושייה של מסקנה זו במישור סדרי הדין האזרחי, ראו וינרוט, לעיל, הערה 2 בע' 262, סעיף יד.

50 ת.א. (י"ם) 6136/89, המ' 5247/89 ויזל נ' בנק איגוד לישראל (לא פורסם). תודתו נתונה לעו"ד דוד בס שהמציא לידי העתקו.

51 "חכמת אדם" לרבי אברהם (בר' יחיאל) דנציג (1748-1820, ליטא). הספר הופיע בלמעלה מעשרים מהדורות. חכם הלכה זה חיבר גם את הספר הפופולרי "חיי אדם" על חלק "אורח חיים", שהופיע בלמעלה מששים מהדורות, ואת הספר "שערי צדק" על מצוות התלויות בארץ מתוך תקווה שיזכה לעלות לא"י ולקיים אותן. כמו כן חיבר את נוסח "תפילה זכה" הנאמרת לפני תפילת "כל נדרי" בליל יום הכיפורים. ראו עוד: מ' אלון המשפט העברי 1207. 52 ה"פ 372/97 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' רפאל שטוב ואח' (לא פורסם). פסק הדין ניתן ע"י כב' הנשיא זילר.

לאחרונה ממש, הועלתה טענת ההסתמכות על "היתר העיסקא", בין שאר הטענות, בידי שלושה חייבים שביקשו להתגונן בבית משפט השלום בצפת מפני תביעת בסדר דין מקוצר שהוגשה נגדם על ידי בנק⁵³. הבנק התובע טען שאין נפקות משפטית להתר העיסקא. במקרה זה, בניגוד למקרים קודמים שנדונו בבית המשפט, התייצבו הלווים החייבים בבית הדין הרבני בצפת ונשבעו על הפסדיהם, לפי התנאים שב"שטר העיסקא". הרשם יוסף איסמעיל, סקר בהרחבה את מהותו של איסור הריבית ואת הפיתרון שניתן לו במשפט העברי בדמות "היתר העיסקא". לאור נסיבות המקרה שלפניו, כאשר הלווה החייב קיים את חובת השבועה, קיבל הרשם איסמעיל את טענת הנתבעים, ונתן להם רשות להתגונן.

יודגש, שבשל השלב המיקדמי בו נדונה טענה זו – מתן הרשות להתגונן – אין למחר ולהסיק מפסק דין אחרון זה על מגמה חדשה שאפשר ותסתמן בבתי המשפט בשאלה זו, ובוודאי שאין לעשות כן על סמך מיעוט המקרים בהם נדונה השאלה בבתי המשפט.

בעקבות התנערותם של הבנקים, הלכה למעשה, מחבותם לשאת בהפסדי הלקוח, למרות "היתר העיסקא" עליו ביקש הלקוח להתבסס כדי להיפטר מחובותיו, פירסמו כמה פוסקי הלכה, בחדש ספטמבר 1995, פסק הלכה האוסר באיסור מוחלט לקחת הלוואות או ליצור משיכת יתר בבנקים ישראלים. הבנקים, שחששו מאובדן לקוחות, מיהרו לפעול, וניהלו משא ומתן עם פוסקי ההלכה כדי למצוא מוצא שיאפשר, מחד גיסא, ליתן משנה תוקף – ולו פורמאלי-משפטי ל"היתר העיסקא", ומאידך גיסא יבטיח כי על הבנק לא תוטל אחריות להפסדי הלקוח. כך, לדוגמא, גיבש בנק "טפחות" למשכנתאות שני תיקונים ב"היתר העיסקא" שלו⁵⁴: על פי האחד, הלווה יהא חייב להודיע על הפסדיו לבנק בכל חודש, עד היום האחרון בכל חודש. אם לא יעשה כן – כאילו הודה בכך שלא הפסיד דבר. התיקון הנוסף היה קביעה מפורשת שלמרות שהלווה ממשכן את דירתו כנגד ההלוואה, ההלוואה מיועדת לכל מטרה שהיא. כתוצאה מכך צריך הלווה להוכיח שהשקיע כראוי את כספו, כדי שיוכל לדרוש שותפות של הבנק בהפסדיו, אם יהיו כאלה.

זמן קצר לאחר מכן, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית, שכותרתה "הצעת חוק היתר עיסקא, התשנ"ה-1995", שסעיף 2 שבה ביקש לקבוע כי "היתר עיסקא הוא חוזה לכל דבר בין התאגיד הבנקאי ללקוח". בדברי ההסבר נאמר כי מאחר שבנק ישראל "הודיע" שהיתר העיסקא אינו חוקי ואינו מקובל עליו, וחזר בו רק "בלחץ הציבור", הרי שלשם "מניעת מכשול בעתיד יש צורך בחקיקת חוק זה".

בנק ישראל והממשלה התנגדו להצעת חוק זו, והיא הוסרה מסדר יומה של הכנסת⁵⁵. בחוות דעת שכתבה עו"ד ד' לחמן-מסר, ראש התחום למשפט כלכלי בלשכת היועץ המשפטי לממשלה⁵⁶, הוסברו נימוקי ההתנגדות, בין השאר, ברצון להימנע מהתערבות בדרך חקיקתית במערכת היחסים שבין הלקוח ובין הבנק. יתר על כן: לדעת עו"ד לחמן-מסר, אין מקום לקבוע בחקיקה ראשית שהסכם מסוג מסויים מהווה "חוזה": "חוזה יכול להתקיים רק כאשר נוצר מפגש רצונות בין הצדדים, ולא ניתן ליצור 'מפגש רצונות' פיקטיבי באמצעות פיקציה חקיקתית". ההנחה הבסיסית היתה שאין זה ראוי כי הממשלה תתערב במערכת היחסים שפועלים בשוק הכלכלי, ומתוך הנחה שכוחות השוק עצמם ימצאו את הפיתרון כפי שעשו הבנקים המסחריים מיוזמתם, כשהודיעו כי הם מכירים ב"היתר העיסקא" כמיסמך מחייב כדי למנוע בריחת לקוחות שומרי תורה ומצוות.

4. פסיקת בתי הדין הרבניים

עניין "היתר העיסקא" עלה גם על שולחנו של בית הדין הרבני בתל אביב⁵⁷. במקרה זה, הלקוח לווה כספים מן הבנק באמצעות "משיכת יתר" שהועמדה לרשותו ע"י הבנק, והשקיע אותם בפעילות של רכישת מניות שנוהלה באמצעות אחת מקרנות הנאמנות של הבנק, ועל פי יעוץ

53 המ' 924/97 (צפת) צעצועי צפת ואח' נ' בנק הפועלים (לא פורסם).

54 ההסכם גובש על ידי ד"ר א' וולף, ממנהליו הבכירים של הבנק לבין הרב יוסף אפרתי, נאמן ביתו של הרב י"ש אלישיב, מפוסקי ההלכה בימינו.

55 זמן לא רב לאחר מכן, הניחו שוב את הצעת החוק על שולחן הכנסת, אך גם הפעם לא צלחה ההצעה את מחסום הקריאה הטרונית.

56 חוות הדעת היא מיום 29.10.95. תודתי נתונה לעו"ד י' בריס על שהמציא העתקה ליד.

57 תיק ברורות 17046 / מ"ד; 20053 / מ"ד, פסק הדין ניתן ע"י הדיינים הר"ש דיכובסקי, הרב ע' בר שלום והרב א' שרמן, ופורסם בתחומין ח (תשל"ח) 166-133. פירוט הטענות השונות מצוי גם אצל וינרוט לעיל, הערה 2, בע' 264-269.

שקיבל בבנק עצמו. לימים, עם המפולת הגדולה שהתרחשה בשוק המניות בעקבות הוויסות, איבד הלווה את כל השקעתו והבנק תבע את החוזר החוב והריבית שנצברה בעקבותיו. הלוקח טען להגנתו כי על הבנק לשאת בחלק בהפסדים, מכוח "היתר העיסקה" עליו חתם. על מנת לעקוף את חובת השבועה על הפסדיו, טען הלוקח כי עקרונית הוא נכון להישבע, אלא שאין בה צורך הואיל וקיימת "הודאת בעל דין" מצד הבנק, ששלח לו דפי חשבון מהם עולה מפורשות כי המניות נרכשו בכספי משיכת היתר, ולימים צויינה בהם ירידת ערכן של המניות ופירוט ההפסדים שנבעו מכך. יתר על כן: במקרה זה הבנק עצמו ניהל את ה"עיסקה" באמצעות קרן הנאמנות שלו, ואין צורך בשבועת הלוקח-הלווה כי לא התרשל בהשקעת הכספים או פשע בשמירתם.

בבית הדין הרבני נחלקו הדעות. הדיין הרב א' שרמן⁹⁸ קיבל את טענת הלוקח וקבע כי אין לחייבו בשבועה במקום שהכסף לא הגיע בפועל ליד הלווה אלא נשאר ביד הנותן-המלווה (במקרה זה, הבנק) והוא שנשא ונתן בהם. הרב שרמן סבר כי על הבנק להשיב ללוקח כספים שנגלחו מחשבונו שלא כדין, כריבית על ההפסדים שצברו מניותיו. לעומת זאת, דעת הרוב (הרבנים דיכובסקי ובר שלום) היתה שיש לדחות את תביעת הלוקח. הרב בר שלום ביסס את פסקו על כך שחלק מהכספים שלווה הלוקח יועדו להשקעות אחרות, שלא במניות הבנק, ומאחר שייתכן שבהן הרוויח התובע - והבנק שותף לו מכוח "היתר העיסקה" - היה עליו להישבע לגבי כספים אלה, ומאחר שנמנע מן השבועה - עליו לשלם את "דמי ההתפשרות" המקבילים לשיעור ריבית הנהוגה בבנק. הרב דיכובסקי סבר כי מכיוון שבפועל הכסף לא הגיע כלל ליד הלוקח אלא נותר בבנק והושקע על ידו, אפשר שאין כאן עיסקת מכירת מניות באשראי, שאינה ריבית האסורה מן התורה. בסיכומו של דבר, נטה הרב דיכובסקי לפשרה שלפיה הבנק לא יגבה כספים נוספים מן הלוקח לכיסוי חובו, אולם הכספים שכבר גבה - על דרך קיוויו החוב שנוצר בחשבון הלוקח - יוותרו בידו.

II. במשפט האמריקאי

1. הפסיקה האמריקאית

בתי המשפט במדינת ניו יורק⁹⁹ נזקקו מספר פעמים לשאלת אכיפתו של "היתר העיסקה". למרות היקפה המצומצם של פסיקה זו, יש להניח שבתי משפט במדינות אחרות ילכו בעקבותיה. ומכל מקום, סקירת פסקי דין אלה משקפת יפה את הבעיות האופייניות המתעוררות לנוכח הזיקקות של ערכאות משפט חילונית לאכוף ולממש התחייבויות משפטיות חוזיות שמקורן בדין הדתי. פסיקת בתי המשפט בניו יורק מהווה איפוא מודל ייחודי לבחינת יחסי הגומלין שבין החוק החילוני והדתי. יש להניח, כי לאור הרכב האוכלוסיה במדינת ניו יורק קיימת פתיחות רבה יחסית של שופטי בית המשפט במדינה זו להבנת עקרונותיו המנחים של המשפט העברי. לצד זה, נקודת המוצא שלהם היא "נייטרלית" בהיותה משוחררת מצלו המאיים של השסע הדתי-חברתי-תרבותי-פוליטי הקיים בישראל בכל הנוגע לנקודות המפגש וההשקה של יחסי הדת והמדינה בישראל. סקירה ראשונית של הפסיקה במדינת ניו יורק (להלן, על דרך הסתם, הפסיקה האמריקאית), מעלה כי בדומה למשפט הישראלי, בחלק מפסקי הדין ניכרת מגמה להתעלם מ"היתר העיסקה". עם זאת, אין להסיק כי בכך נמנעו בתי המשפט בצורה גורפת מהכרה בכוחו המשפטי המחייב. עיון בגוף פסקי הדין, ולא רק בתוצאתם הסופית, מלמד כי בחלק מהמקרים אי אכיפתו נבעה מפגמים שונים שמצא בית המשפט בהסכם שבין הצדדים מכוח דיני החוזים ומכוחן של טענות פרוצדורליות כאלה ואחרות, ולא מעמדה עקרונית הדוחה את ההכרה בכוחו המשפטי המחייב.

98 ראו תחומין שם, לעיל, הערה 57, בע' 148-158.

99 מעניין לציין - ואולי יש דברים בגו - שלמרות הימצאותם של מאות אלפי יהודים שומרי תורה ומצוות בכל רחבי ארה"ב, פסקי הדין היחידים בסוגייה זו הם ממדינת ניו יורק. לספרות נוספת על החלת דיני הריבית במשפט האמריקאי, ראו: K. H. Ryesky "Secular Law Enforcement of the Heter Iska" *The Journal of Halacha and Contemporary Society* Vol. XXV.

בפסק הדין הראשון שניתן בנושא זה⁶⁰, קבע בית המשפט: היתר עיסקא מהווה אקט צורני-פורמלי גרידא (Compliance in form) לשם מילוי חובות המשפט העברי. טענת הנתבע בדבר קיומו של מיזם משותף (Joint venture) מהווה, במקרה הטוב, רעיון תעתיקים חסר ערך.

למרות שממבט ראשון ניתן לפרש את פסק דינו של בית המשפט כדחייה מוחלטת של "היתר העיסקא", יש להיזהר בכך לאור נסיבות פסק הדין שעניינן עבירות של מרמה בעיסקת הלוואה. פסק הדין אינו מתייחס באופן כללי למהותו המשפטית של "היתר העיסקא" אלא דחה את עמדת הנתבע (שהועלו כלפיו טענות כי עבר עבירות מרמה), שבין היתר ביקש לבסס את הגנתו על כך שנושא התביעה אינו עיסקת הלוואה, כפי שטען התובע, אלא "מיזם משותף". הנתבע טען, שעקב ההפסדים שנגרמו לו כתוצאה מהעיסקה כבר "נטל את חלקו", קיבל את עונשו ואינו צריך לעמוד בדין פעם שניה. יש להניח, כי בהקשר זה, של חשד לעבירות מירמה, נוטה בית המשפט להתייחס מלכתחילה בחשדות-מה לטענת נתבע המבקש ליתן פרשנות שונה הנראית רחוקה מן ההיגיון ומהעובדות המונחות בפני בית המשפט. בהחלט ייתכן שאלמלא היה מדובר בחשד לעבירות מרמה, בית המשפט היה מגלה פתיחות רבה יותר ונכונות ליישם את נקודת מבטו של המשפט העברי הרואה בעיסקה שנתבססה על "היתר עיסקא" שותפות עסקית ולא דווקא עיסקת הלוואה. זאת ועוד: בחינה ראויה של פסק הדין מגלה כי בית המשפט לא העמיק חקר בניסיון להבין את מהות "היתר העיסקא", וכי פסיקתו נתבססה, במידה רבה, על טענות פרוצידורליות. בית המשפט ביסס את פסק דינו על כך שהנתבע נמנע מלהשיב לטענת התובע שלפיה "היתר העיסקא" נועד ל"כסות עיניים" בלבד, לשם מילוי צרכים דתיים-פורמליים גרידא, והצדדים מעולם לא נתכוונו ליצור מערכת יחסים הקיימת בין שותפים במיזם משותף.

במקרה נוסף⁶¹, דחה בית המשפט טענה שנתבססה על קיומו של "היתר עיסקא" בין הצדדים בהיותה מנוגדת לכללי הפרשנות החוזית: הצדדים חתמו על שטר משכנתא רגיל, שבשוליו נוספה הערה בעברית: "על פי היתר עיסקא". בית המשפט דחה את הטענה שהערה זו הינה חלק מהחווה, מאחר שסתרה סעיף מפורש בחווה גופו בו נאמר כי "אין בהסכם משכנתא זה כדי ליצור הסכם שותפות בין המלווה ללווה... או להעניק למלווה כל זכות שהיא ברכוש הממושכן, לבד מזכויות המוקנות בחוק לכל נושה או מלווה". עינינו הרואות כי אין כאן דחייה עקרונית של "היתר העיסקא", אלא רק אי נכונות להזיק לו מאחר שלפי כללי הפרשנות אין הוא חלק מהחווה.

בפסק דין Berger נרמז לראשונה על מגמה שעל פניה נראית עויינת להכרה בתקפותו המשפטית של "היתר העיסקא". בהתייחס להסכם שבין הצדדים, שנוסח על דרך "היתר עיסקא" מתוך מגמה ל"עקוף" את איסור הריבית שבהלכה היהודית, אמר בית המשפט, בין השאר: "הנתבעים יכולים, אם ירצו, לקרוא למיסמך זה טרנסקציה עסקית, ולראות את עשרת האחוזים המשולמים למלווה כ'חלק מהרווחים' ולא כתשלום ריבית... כוונת הצדדים - כמו גם התוצאה - אינה משתנה על ידי כך, ולכן אין להגדרה שנתנו למיסמך כל השלכה מהותית שהיא: נשוא ההסכם הוא שטר המפרט את חובת התשלום, ולמרות טענות הנתבעים - שטר זה מחייב אותם לשלם תשלומים מסויימים ותו לא". אכן, גם כאן עיון בנסיבות המקרה מלמד כי בית המשפט לא ביסס את פסק דינו על דחייה עקרונית של תקפות "היתר העיסקא", אלא על דיני הראיות. עמדה דומה עולה גם מפסק דין Heim binder שנפסק לאחרונה⁶²: קביעת בית המשפט כי "היתר העיסקא" נעשה כאקט פורמלי ללא השלכות משפטיות התבססה על כך שהנתבע, בעל המניות שחתם עליו - לא חב אישית בחובות החברה, משום שחתם עליו לאחר שה"עיסקא" נסתיימה זה מכבר. לאור נסיבותיו המיוחדות של המקרה, גם פסק זה אינו יכול להתפרש כדחייה עקרונית של "היתר העיסקא" ככזה.

סיכומם של דברים: בכל פסקי הדין שנמנו לעיל, לא הוכרעה השאלה העקרונית בדבר תקפותו של "היתר עיסקא" לגופה. ההתייחסות אל היתר נדונה רק בדרך אגב, ובנסיבות אותם מקרים ספציפיים נדחתה טענת ההסתמכות עליהם שהועלתה על ידי הנתבעים כטענת הגנה.

⁶⁰ *Barclay's Commarce Corp. v. Finkelstein*, 11 A.D. 2d 327, 205 N.Y. S. 2d 551 (1st Dept. 1960)
⁶¹ *Arnev Industries, Inc. Employee Retirement Trust v. Westside Reality Associates* 180 A.D. 2d 463, 61 N.Y.S.2d 282 (1st Dept. 1992)
⁶² *Hemsley v. Pannick*, 131 A.D. 2d 940, 516 N.Y.S.2d 804 (3d Dept. 1987)

ad absurdum, דווקא באותם מקרים בהם גילו בתי המשפט נכונות ליחס מהות משפטית שונה לעיסקה שבין הצדדים, בשל קיומו של "היתר העיסקא", תוצאת פסק הדין היתה מנוגדת למשפט העברי. כך, לדוגמא, בפסק הדין בעניין Leibovici⁶³, הכיר בית המשפט - בהסתמכו על "היתר העיסקא" - בטענה לפיה העיסקה שבין הצדדים אכן נושאת אופי של "מיזם משותף" ולא של הלוואה רגילה. במקרה זה טען הלווה כי סכום הריבית, בשיעור 10%, הינו מופרז ועל כן יש לראותו כ-"usury" - "ריבית אסורה" לפי חוקי מדינת ניו יורק. התובע, לעומתו, טען כי אין ליישם כאן כלל את הוראות החוק בדבר "ריבית אסורה", מאחר שלאור "היתר העיסקא" מדובר על "מיזם משותף" ולא על עיסקת הלוואה, ובית המשפט קיבל את טענתו.

הגם שבמבט ראשון פסק דין זה מהווה ציון דרך משמעותי באכיפת הסכם "היתר העיסקא" על הצדדים לו, וראיית ההתקשרות שביניהם כ"מיזם עסקי משותף", ולא כהלוואה גרידא, עיון נוסף בפסק הדין מלמד שלא כך הדבר. למרות ראיית העיסקה כ"מיזם משותף", בית המשפט מציין בפסק דינו כי על פי ההסכם יכול התובע לדרוש את החזר השקעתו בתוך שלושה חודשים. מכיוון שהנתבע לא החזיר לתובע את סכום השקעתו בפרק זמן זה, פסק בית המשפט כי עליו לשלם לתובע את דמם השקעתו בצירוף ריבית פיגורים עליה. הכרת בית המשפט בתוקפו של "היתר העיסקא" לא הביאה בהכרח ליישום בכפוף להוראות ההלכה. ברוח דומה נפסק בעניין Bollag⁶⁴, וגם שם הכיר בית המשפט בהשלכותיו המשפטיות של "היתר העיסקא" לשם הגדרת ההתקשרות כ"מיזם משותף", אך בו בזמן השית על הנתבע תשלום ריבית פיגורים באופן המנוגד להלכה. פסקי דין אחרונים אלה מלמדים כי מתן תוקף משפטי מחייב ל"היתר העיסקא" אינה מלמדת כלל ועיקר על נכונות ליישם את הוראות המשפט העברי במלואן. ככלל ניתן לומר שכאשר סכסוך מובא בפני בית משפט, ההכרעה בו היא על פי הנורמות המשפטיות המחייבות בתחום השיפוט בו מצוי בית המשפט. לעומת זאת, הצדדים עצמם יכולים לקבוע בהסכם ההתקשרות שביניהם כי במקרה של חילוקי דעות, הסכסוך ביניהם יוכרע על פי כלליה של מערכת נורמות אלטרנטיבית. מערכת אלטרנטיבית זו יכולה להיות שיטת משפט של מדינה אחרת, או של מדינה זרה.

תיאורטית, ניתן היה להחיל הסדר זה גם על ההלכה היהודית. הקושי נובע מכך שבעוד ה"דיין" - בית המשפט הוא חילוני, ה"דין" שייך למערכת הדין הדתי, והכרעת הרשות החילונית ביחס לתוכנו של הדין הדתי⁶⁵ היא מצב שאינו רצוי כלל ועיקר מנקודת המבט של הדין הדתי. והמקרה שלפנינו יוכיח: גם באותם מקרים שבהם הכיר בית המשפט בתוקפו המחייב של "היתר העיסקא", הכרעתו הסופית לא עלתה בקנה אחד עם העמדה ההלכתית בנסיבות אותו מקרה. ייתכן שפיתרון חלקי למציאות זו יימצא בהכללת תניות ב"שטר העיסקא" שיחייבו את בית המשפט למלא אחר דרישות המשפט העברי במלואן, כגון בעניין תשלום ריבית הפיגורים וכיו"ב. עם זאת, גם סעיף מעין זה לא יביא פיתרון מלא לבעייה שכן נקל לשער כי בתי המשפט לא ימהרו לאכוף תנייה בהסכם הקובעת הסדר משפטי הנוגד באופן מהותי את כללי סדר הדין האזרחי של המשפט החילוני. זאת ועוד: היותו של המותב הדין בעניין מותב "חילוני" אינו ערובה לכך שהוראות ההסכם גופן יפורשו לפי המשמעות הניתנת להן בדין העברי. זאת ועוד: הכרת בתי המשפט בהתקשרות שבין הצדדים וראייתה כ"מיזם משותף" יכול ותגרור אחריה השלכות משפטיות נוספות - לגבי שאלות של מיסוי וחובת הנאמנות של הלווה כלפי מלווהו - שיכבידו על הצדדים ולעתים אף יהפכו את הסכם ההתקשרות כולו לבלתי כדאי מבחינה כלכלית⁶⁶.

⁶³ Leibovici v. Rawicki, 57 Misc 2d 141, 290 N.Y.S. 2d 997 (N. Y. Civ. Ct. N.Y. (1968)

⁶⁴ Bollag v. Dresner, 130 Misc 2d 221, 495 N.Y.S. 2d 560 (N.Y. Civ. Ct. Kngs Co (1985)

⁶⁵ חוות דעת הלכתית, במידה ותינתן (על ידי מומחה למשפט עברי או בית דין מוסמך) תיחשב לכל היותר ככל "עדות מומחה" אחרת, שבית המשפט רשא - אך אינו חייב - לאמצה.

⁶⁶ נקודה אחרונה זו הובלטה במאמרו של Ryesky. לעיל הערה 59. רייסקי מציין כי בתי המשפט האמריקאיים נוטים, דרך כלל, לאכוף פסקי דין רבניים כאשר אלה עולים בקנה אחד עם דרישות חוק הבוררות. עם זאת, לדעתו, כי "היתר עיסקא" שלא יכלול תניית שיפוט ייחודית המקנה את סמכות ההכרעה, במקרה של סכסוך, לבתי הדין הרבניים, יהיה פיתרון שערכו מפותק מנקודת מבט הלכתית צרופה.

2. חוות הדעת של השופט חיים כהן

טענת ההסתמכות על "היתר העיסקא" הועלתה פעם נוספת בבית המשפט במדינת ניו יורק בתביעתו של בנק איגוד לישראל נ' וייס⁶⁷. גם במקרה זה ביקש הנתבע להיפטר מחובו בהסתמך על "היתר העיסקא" הכללי של הבנק. כדי להתמודד עם טענה זו, נזקק הבנק לחוות דעתו של השופט כהן, להעבר המשנה לנשיא בית המשפט העליון. בחוות דעת ארוכה ומפורטת, הסביר השופט כהן את הרקע ל"היתר העיסקא", לדעת השופט כהן, ל"היתר העיסקא" אין כל כוונה – ואף לא משמעות – ליצור שינוי כלשהוא במישור היחסים שבין הבנק ללקוח בתחום המשפט האזרחי, וכל נפקותו היא במשפט הדתי בלבד:

"The notice is not intended to, and in fact would not, convey to any customer the notion that any rights would or could accrue to him from the "Heter Iskah" other than the benefit of such legislation and of his deliverance from grave religious sin."

לדעת השופט כהן, נסיונו של הלווה להיפטר מחובו על סמך "היתר העיסקא" הינה פעולה שלא תתקבל, ומנגדת להוראת סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשלג-1973. יתר על כן, לדעת השופט כהן אין ולו לווה אחד ש"יחלום" לשלם לבנק מחצית מרווחיו רק בשל העובדה שקיים "שטר עיסקא" שההלוואה נעשת על-פיו. לדעת השופט כהן, העלאת הטענה כאילו "היתר העיסקא" הינו הסכם משפטי מחייב, היוצר זכויות וחובות בדין האזרחי – תוך הסתרת מהותו האמתית של מסמך זה, היא כשלעצמה מלמדת לכאורה על חוסר תום לב מצד הלווה.

יתר על כן: השופט כהן מפנה את שימת הלב גם לחלקו השני של סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשלג-1973, המדבר – בנוסף ל"תום הלב" – על "הדרך המקובלת". מונח זה נתפרש כמציין את הפרקטיקה הנוהגת בחיי המסחר. ההיסטוריה הבנקאית מלמדת כי כל הבנקים היהודיים בארץ ישראל, לפני הקמת המדינה ולאחריה, ניהלו עסקיהם "על פי היתר העיסקא" למן יום היווסדם ועד עתה. ה"דרך המקובלת" שבה נהגו עד היום ב"היתר העיסקא" היא שיש לראות בו כשטר תקף רק במישור הדתי, אך מחוסר כל נפקות במישור האזרחי. אלמלא דרך מקובלת זו, אף בנק לא היה יכול להיענות לדרישות הציבור הדתי ולהתאים את הלוואתו לצרכיו של ציבור זה.

השופט כהן מוסיף ומבסס את חוות דעתו על כללי הפרשנות: לפי כללים אלה, במקום שבו יש סתירה בין שני מיסמכים, יש להעדיף את המיסמך החתום, שנעשה בין שני צדדים מסויימים ומוגדרים, על פני מיסמך כללי, המופנה ל"כולי עלמא" ושאינו חתום על ידי כל הצדדים לו. במקרה זה, תנאי ההלוואה עוגנו במיסמך שנחתם על ידי הצדדים⁶⁸, ואילו "היתר העיסקא" לא נחתם על ידם אלא היה "היתר עיסקא" כללי, שהוחל לגבי כל לקוחות הבנק בשווה.

לדעת השופט כהן, העלאת טענת ההסתמכות על "היתר העיסקא" היא מופרכת עד כדי כך, שלו היתה מועלית בישראל, היה על בית המשפט (בהנחה שטיבו ומטרתו האמתית של "היתר העיסקא" היו נהירים לו) להורות – ומיוזמתו – על מחיקתה, לאור תקנה 91 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, המתירה לבית המשפט למחוק מכתבי הטענות כל עניין "שאינו בו צורך או שהוא מביש או עלול להפריע לדיון הוגן בתובענה, לסבכו את ההשמות".

סוף דבר, לדעת השופט חיים כהן "היתר העיסקא" אינו מיסמך בר אכיפה בדין הישראלי:

"The 'Iskah' serves the sole purpose of enabling lenders and borrowers to appear as pious and faithful observers of religious precepts. However valid it may be for the attainment of its religious purpose, the Heter Iskah is certainly not enforceable under the law of contracts of the State of Israel."

67 *Union Bank of Israel, Ltd. v. Weiss, 82 Civ. 3823*. העתק חוות הדעת, שניתנה ביום 30.4.83, נמסר לי על ידי היועץ המשפטי לבנק ישראל, עו"ד אלי מונטג, ותודתי נתונה לו אף כאן.

68 הנחה זו נכונה רק כאשר בהסכם ההלוואה הספציפי, בין הבנק ללקוח, עצמו אין "הפניה" מפורשת לתנאי היתר העיסקא של הבנק שיחולו על הצדדים. הוא הדין בו חותם הלקוח על "היתר עיסקא" ספציפי להתקשרות שבינו לבין הבנק (גישה זו מועדפת, מטעמים הלכתיים, על ידי חלק מפוסקי ההלכה. ראו לדוגמא: תורת ריבית לעיל, הערה 2, המקורות שציינו שם).

III. המודל האיסלמי: "בנקאות ללא ריבית"

1. בנקאות איסלמית

אחד המודלים המעניינים בנושא הריבית הולך ומתפתח בשנים האחרונות בענף ה"בנקאות האיסלמית"⁶⁹. על פי דיני האיסלם, כמו על פי תורת ישראל, אסורה נטילת ריבית באיסור חמור. האיסלאם, בדומה ליהדות ולנצרות, גורס כי אסור לאדם להרוויח כסף רק כתוצאה מכך ש"הכסף עבר" בלא שתלווה לכך פעולה ממשית מצד בעליו.

לשם פתרון בעיית הריבית הוקמה מערכת עניפה של "בנקים אסלאמיים", בארצות בעלות משטר אסלאמי (וטוטאליטרי) מובהק דוגמת איראן ואפגניסטן, אך גם בארצות בעלות משטר ליברלי יותר דוגמת אנגליה. מערכת בנקאית זו אינה מבוססת על רווח מעיסוקאות ריבית, אלא על רווחים שנובעים מהצלחת העיסוקה נשוא ההשקעה. מערכת זו נראית זרה ומוזרה לעיניים מערביות, אך למעשה היא מבוססת על מספר עקרונות מתחום חיי המסחר ועקרונות ה"מיזם המשותף" שלעיתים ניתנים להבנה קלה הרבה יותר מאשר מקבילותיהן בבנקאות המערבית המודרנית.

בספרות המשפטית לא קיימת אחידות דעים באשר להגדרתה של ה"בנקאות האיסלמית". יש הרואים בה מעין מתווך פיננסי בלבד, המסתפק בהעמדת בטוחות פיננסיות לרשות לקוחותיו המבקשים להצטרף לעיסוקאות שתוחלת הרווח שלהם גבוהה. אחרים רואים את הבנק האיסלאמי כמוסד פיננסי המשקיע - ביחד עם לקוחו, כ"מיזם משותף" - את כספי לקוחותיו באפיקי השקעה שונים, בעיקר בשוקי הסחורות בעולם (ולא בשוקי הכספים נושאי הריבית ה"ישירה").

הבנקאות האיסלמית צמחה במהירות בסוף שנות ה-70, ובעיקר בשנות ה-80 ואילך עד שהיתה לגורם פיננסי רב חשיבות בארצות המוסלמיות. צמיחתה הושפעה בעיקר מהגידול החד ברווחי מדינות המפרץ מתעשיית הנפט, לצד עלייתו של הפונדמנטליזם האסלאמי שהגיעה לשיאו במהפכה האירנית. בעוד שהתגובה הראשונית במערב כלפי תופעה זו היתה דחייה מוחלטת, החלו להישמע בשנים האחרונות "זמירות חדשות" בעניין זה. הרבה ממדינות המערב מבקשות למצוא את הדרכים שיאפשרו למערכת הבנקאות הקובנציונלית למשוך אליהן את ההון העצום שמצוי במדינות המפרץ, תוך יצירת מנגנוני התאמה שיאפשרו את הפעלתם כך שיעלו בקנה אחד הן עם המציאות הפיננסית בעולם המערבי והן עם עקרונות האיסלם.

2. דרכי פעולתה של הבנקאות האיסלמית

לנוכח האיסור החמור על נטילת וניתנת ריבית, יצרה הבנקאות האיסלמית מנגנון דומה ל"היתר העיסוקא" הקיים בדין היהודי⁷⁰: הבנק, הגורם המלווה את הכספים, הוא מעין שותפו של הלווה, הנוטל חלק שווה ברווח ובהפסד הצפויים, כששיעור ההחזר של ההלוואה נקבע בהתאם לכך. בדומה לבנקאות המודרנית, גם כאן מתקיים מעין משולש כוחות בין המפקידים, הבנק (הגורם ה"מתווך") והלווה. ביניהם, מתקיימים שתי מערכות שותפות: מפקיד-בנק, בנק - לווה. במודל בנקאי מקובל, שיעור הרווח של הבנק נובע מההפרש שבין הריבית שהוא מקבל מלוויו לבין הריבית שהוא משלם לבעלי הפקדונות שביתרת זכות. במודל הבנק האיסלמי, שיעור הרווח של הבנק נקבע בהתאם לשיעור ההצלחה של העסקאות שעושים לקוחותיו. מכוח יחסי ה"מעין-שותפות" שבין הבנק ולקוחו, נוטל הבנק שיעור מסויים מרווחי לקוחותיו. ככל שאחוז הרווח הקבוע בהסכם שביניהם גדול יותר - כך יגדלו רווחי הבנק.

69 על "בנקאות אסלאמית", ראו: Z. Iqbal & D. Buckmaster, *Islamic Banking: An Overview* (London, 1996); A. Cunningham, *Islamic Banking* (Washington D. C., 1987); A. Mirakhor, *Islamic Banking* (Washington D. C., 1987); *Islamic Banking and Finance* (London, 1990).

70 טיב ה"השפעות" או יחסי הגומלין האפשריים בין שתי המערכות ביצירת מנגנון פיננסי זה לא נחקר כדבעי, למיטב ידיעתי, עד כה, ומחקר מקיף בנושא זה מתבקש כמו מאליו.

3. יישום עקרון ה"בנקאות ללא ריבית" הלכה למעשה

עוד אנו מתחבטים בשאלת יישומו האפשרי של "היתר העיסקה" במציאות כלכלית מודרנית, כ"הלכתא למשיחא" או כמודל בר מימוש ריאלי, והנה "בנקאות ללא ריבית" עולה כפורחת בחלק מהמדינות האיסלמיות (או שמא נוסף ונאמר, על דרך משל: נושמת, חיה ובוועטת⁷¹). בשלוש מדינות - איראן, פקיסטן וסודן - שונתה כל המערכת הפיננסית על מנת שתתאים לעקרונות האיסלאם האוסרים על תשלומי ריבית. במדינות אחרות, דוגמת מלזיה ואינדונזיה, קיימת מערכת בנקאית מקבילה: בנקאות שגרתית לצד "בנקאות ללא ריבית", כשחלקה של האחרונה הולך וגדל מדי שנה. "בנק איסלם" (Bank Islam) שבמלזיה, ו"בנק מוהמלט" (Bank Muamalat) שבאינדונזיה הם מוסדות פנינסיים יציבים המושכים אליהם גם לקוחות עסקיים. יתר על כן: בשתי המדינות, הבנקים ה"אסלאמיים" עושים מאמצים - ואף מצליחים - למשוך אליהם לא רק לקוחות "דתיים", הפונים אליהם מטעמי דת, אלא גם לקוחות מסחריים רגילים. לפי נתונים שהתפרסמו לאחרונה⁷², בכ-45 מדינות (!) קיימת מערכת של "בנקאות איסלמית ללא ריבית", ברמה זו או אחרת. קיומה של מערכת זו במלזיה מעורר התפעלות מיוחדת, לנוכח העובדה שמדינה זו נחשבה (עד למשבר האחרון בשוק הבנקאות העולמי) למעצמה כלכלית הולכת ומתפתחת, הצועדת בעקבות סינגפור שכנתה.

התפתחותה המואצת של הבנקאות האיסלמית במזרח התיכון בשנות ה-70, יצרה מודעות גדולה לאפשרות יישומם של העקרונות המונחים בבסיסה גם במאלזיה. בשנת 1983, הוקם במאלזיה הבנק האסלאמי הראשון (BIMB), שבעלי מניותיו העיקריים היו הממשלה (30%), קרן ציבורית (10%) ומועצות הדת של המדינה (25%). כיום, לאחר 15 שנות פעילות בלבד, מפעיל הבנק 74 סניפים בכל רחבי מאלזיה, עם מחזור עסקי של מיליוני דולרים⁷³. יצויין כיכל הבנקים הפועלים במאלזיה, הן ה"רגילים" והן ה"איסלמיים" כפופים למערכת כפולה של חוקים: חוק הבנקאות האזרחי ולצדו ה"שריעה" הדתית-איסלמית⁷⁴.

לעומת מאלזיה, בערב הסעודית אין בנקאות "איסלמית" רשמית. מטעמים פוליטיים, אבסורדיים-משהו, נמנעה דווקא הממשלה הסעודית (הרואה עצמה מונחית על ידי דיני האסלאם) מלהכיר בבנק הנושא את השם "בנק אסלאמי" ובנקאות "שאינה אסלאמית"⁷⁵. מצד שני, גם הבנקים המסחריים הרגילים אינם מדווחים על הכנסה מ"ריבית" אלא על "הכנסת עמלות מיוחדת"⁷⁶.

4. "הילכו שנים יחדיו בלתי אם נועדו?"

כיצד איפוא חיות בצוותא שתי שיטות בנקאות, שהאחת - הבנקאות האיסלמית - מבוססת על "מיזם משותף" וחלוקת הרווחים וההפסדים, ואילו חברתה מבוססת על רווחי ריבית? בעוד שמפקדי

71 R. C. Maysami, V. Low "One Country, שראה אור לאחרונה: Two Systems: Banking in Malaysia" *Journal for International Banking Law* 7 (1998), 233 [להלן - מייסאמי].

72 R. C. Maysami "Interest-Free Financial: ראו גם: Activities in Indonesia, Malaysia, Bahrain and Pakistan" *Asian Economies* 24.2 (June 1995), pp. 27-45. לאור העובדה שכמעט ולא מצאנו כל התייחסות שהיא בעברית לענף בנקאות מתפתח זה, בחרנו להרחיב מעט את היריעה בנושא זה תוך הפניית המעוניין לספרות נוספת בנושא.

73 מייסאמי, שם (לעיל, הערה 70).

74 מבחינת ההון, שיעור חלקה של הבנקאות האסלאמית בכלל המערכת עדיין קטן למדי, כשני אחוזים בלבד, אולם הבנק המרכזי צופה שעד שנת 2000 יהיו כמערכת חלופית זו כ-5% מכלל ההון במערכת הבנקאית. כמה מן הבנקים במאלזיה נוטים כיום לעבור ממערכת בנקאית "רגילה" למערכת של בנקאות אסלאמית בלבד. על מנת למשוך לקוחות פוטנציאליים אף שונו האחרונה כמה מחוקי המס, ומפקידי כספים בבנקים האסלאמיים נפטרו מתשלום מס עבור רווחים שהושגו באמצעות הכסף המושקע בהם. ראו מייסאמי שם, עמ' 236.

75 בבנקים האיסלמיים אף פועלות "ועדות שריעה" שמתפקידן לפקח על פעולות הבנק ולהבטיח שיפעל לפי כל כללי האסלאם. לאור ריבויים של בנקים אלה, אף הוקמה לאחרונה "מועצה מייצגת" עליונה שקובעת כללים מנחים ואחידים לכלל מערכת הבנקאות (וכן מערכת הביטוח) האסלאמית.

76 הכרה "רשמית" בה היתה מביאה ללחץ מצד הפונדמנטליסטים ל"אסלם" את כלל המערכת הבנקאית, דבר שהסעודים מבקשים להימנע ממנו. ראו מייסאמי לעיל הערה 71.

76 מעניין להשוות נוהג זה לזה הרווח בבנקאות ה"חרדית" בישראל, דוגמת בנק פועלי אגודת ישראל הנוהג באותה שיטה ממש (לרקעו ההלכתי של נוהג זה, ראה תורת ריבית (לעיל, הערה 2).

בבנק "רגיל" צפוי לרווח מובטח בשיעור הריבית על פקדונות, מפיקד בבנק "אסלאמי" צפוי להרוויח רק אם העיסקה שבה ישמש כספו אכן תשא רווחים, ואף צפוי להפסיד אם העיסקה תסתיים בכישלון פיננסי. זאת ועוד: בעוד שיחסי בנק לקוח בבנק "רגיל" הוא יחסי לווח-מלווה, נתפשים המפקידים בבנק האסלאמי כ"בעלי מניות" של הבנק. בעוד שמגמת הבנק המסחרי הרגיל היא למקסם את שיעור רווחיו של המפקיד, לנגד עיניו של הבנק האסלאמי עומד בראש ובראשונה – או צריך לעמוד – האינטרס הציבורי הכללי. כך, לדוגמא, לעניין הלוואות ללא-ריבית שהבנק האסלאמי חייב להעמיד לרשותם של אנשים נצרכים – תלמידים, נכים, יתומים ואלמנות – הנזקקים להלוואה קצרת מועד. במערכת "איסלמית", הריבית אינה יכולה להוות עוד מכשיר לויסות כוחות השוק. כתחליף לה, פותחו כלים אחרים דוגמת קביעת שיעור רווח מינימלי על עיסקאות מסוימות.

הבדל נוסף נוגע להגדרת הכספים המושקעים בבנק: בעוד שבמערכת רגילה משמשים כספי הפקדונות כבטוחה, במערכת הבנקאות האיסלמית אין הדבר כך, והחזר הכספים כמו גם שיעורו מותנים ברווחיות של הבנק.

הבדל נוסף נוגע לדרך השקעת הכספים: בעוד שבנק "רגיל" מעוניין בעיקר בשיעור ההון הזורם דרכו עקב עסקה מסוימת (שממנו נגזרים ישירות רווחיו), הבנק האסלאמי נותן משקל בעיקר להצלחתו של הפרויקט ולכך שיישא רווחים יותר מאשר לשיעור ההון המוזרם דרכו. מכאן, שבנק אסלאמי ייטה לעתים לקבל הצעה לביצוע עיסקה מסוימת על בסיס "שותפות רווח-הפסד", לעומת בנק "רגיל" שהיה דוחה אותה בשל כך שמחזור הכספים המושקע בה אינו גדול ורווחי דיו. גם מעורבותו של הבנק האיסלמי בניהול ההשקעה גדולה הרבה יותר מאשר זו של עמיתו הבנק "רגיל".

כפי שסיכם מאיסאמי⁷⁷, מערכת הבנקאות האיסלמית ששורשיה נטועים בקוראן מבוססת יותר על אלמנט מוסרי המלווה כל עיסקה או שירות בנקאי מאשר האלמנט העסקי ה"קר" – שסב סביב שיעור הרווח – המאפיין את מערכת הבנקאות הקונבנציונלית.

אחת הנגזרות ממערכת ה"בנקאות ללא ריבית" היא הנטייה של מערכת זאת לפעול בעיקר בתחום ההלוואות קצרות המועד שם מרכיב הריבית שולי-יחסית לעומת הלוואות ארוכות טווח.

אחת הבעיות הגדולות המשחרות לפתחה של הבנקאות האסלאמית היא מערכת יחסיה עם הבנקאות העולמית, והשתלבותה בעולם העסקים העולמי המבוסס כולו על מערכת פיננסית נושאת ריבית. בפועל, כמעט שלא נוצר כל קשר עד היום בין שתי המערכות הבנקאיות. מדובר בשתי מערכות מקבילות, שקוויהן אינם נפגשים⁷⁸.

ז. המודל המוצע ו"ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית"

במהלך השנים הועלו הצעות שונות לפתרון בעיית שילובו של "היתר העיסקה" במערכת דיני הבנקאות הישראליים, תוך שמירה על העקרונות ההלכתיים המנחים אותו. בחלקן, מדובר בפתרונות "טכניים", על דרך שינוי תנאי "שטר העיסקה"⁷⁹, והכללתן של תניות שימנעו כמעט תמיד מן הלווה את האפשרות לעשות בו שימוש כ"טענת מגן" נגד תביעת הבנק לתשלום הקרן והריבית שנצברה הימנה במהלך השנים.

לאחרונה שב והציע ד"ר א' וינרוט⁸⁰ פיתרון "מהותי" יותר, הנסמך על העיקרון שלפיו אין לתבוע זכות בחוסר תום לב. הצעה זו יוצאת מנקודת הנחה שברמה הבסיסית הלווה הוא תמיד חסר תום לב, שהרי "אילו היה מרוויח בעסקיו" כתוצאה מהשקעת הכספים שלוהה מהבנק, הוא

77 שם, עמ' 237.

78 נתק זה מאפיין אפילו את מערכת הבנקאות האיסלמית עצמה, מכיוון שאין תמיד תמימות דעים בין הבנקים האסלאמיים השונים באשר לפירוש הראוי ל"שריעה" האסלאמית בתחום זה או אחר. זאת, למרות הניסיון ליצור אחידות כזו באמצעות ה"מועצה העליונה" (ראו לעיל).

79 לדוגמא, אצל הרב דיכובסקי לעיל, הערה 57, בע' 167-168; על הקשיים שמלווים פיתרון זה, ראה ביקורתו הנכוחה של וינרוט לעיל, הערה 2, בע' 269-271.

80 ראה וינרוט, שם, ע' 271-272. הצעה זו חוזרת על עמדתו של השופט ח' כהן בחוות דעתו הנזכרת לעיל, פסקה 8.

לא היה זוכר להתחלק בכך עם המלווה. ממילא כאשר הוא מפסיד - פנייתו לבנק, שיחלוק עמו הפסדיו, חסרת תום לב היא.

דומנו שגם גישה זו אינה נטולת קשיים. ראשית, מכיוון שהבנק הוא בעל אינטרס מרכזי במתן כמה שיותר הלוואות, ודרך כלל מבקש הוא לעודד לקוחותיו ליטלן, מוכן הוא ליטול על עצמו את הסיכון ולוותר על תביעתו שהלווה ישבע כי הרוויח מן ה"עיסקא", ויפרט את שיעור רווחיו. בהיעדר שבועה כאמור - לא יוכל הבנק לתבוע חלקו ברווחים (אלא אם הלווה-הלקוח יודה בהם מיוזמתו), ומכל מקום לא ניתן יהיה להעלות עוד טענה של "חוסר תום לב" מצד הקונה.⁸¹

בנוסף, כפי שנקבע כבר בפס"ד טישלר הנ"ל⁸², על "היתר עיסקא" חלים דיני החוזים, ומטרתם היא, בין השאר, לתת תוקף לכוונות שני הצדדים ולתכלית החוזה. ההנחה המובנת מאליה היא שהלקוח-הלווה רואה ב"היתר העיסקא" מיסמך מחייב, ועיקורו המוחלט באמצעות מניעתו מלתבוע זכויות ולטעון על פיו בעתיד מנוגדת ל"תכלית החוזה".

יתר על כן: הסכם ההלוואה, ש"היתר העיסקא" הוא חלק בלתי נפרד הימנו, נכרת מרצונם של הצדדים. יש לשער כי בשעת כריתתו, הבנק מודע היטב לכך שלפי "שטר העיסקא" יכול הוא, תיאורטית, לתבוע מהלווה כי ישתף אותו ברווחיו - אם יהיו כאלה. היותו של הבנק גוף כלכלי רב עוצמה, חמוש במיטב היועצים - הכלכליים והמשפטיים - יוצרת מצב של חוסר איוון בינו לבין הלקוח ה"ממוצע", לטובת הבנק כמובן. יש לשער איפוא שהימנעות הבנקים מלתבוע את חלקם ברווחי לקוחותיהם נעשית מרצון, ומתוך "הסכמה שבשתיקה" בין שני הצדדים, ויקשה עד מאד להאשים לקוח-הלווה שברבות הימים עשה חיל מכספי הלוואה ב"חוסר תום לב" רק בשל כך שלא התייצב בסניף הבנק שלו, הצהיר על רווחיו והציע לבנק חלק בהם, משל היה הבנק זקוק לכל אלה כדי לממש זכויותיו-שבדין.

זאת ועוד: התווית אות קלון של "חוסר תום לב" על לקוח רק בשל הנחה - שלרוב אינה באה לכלל מימוש - ש"לו היה מרויח לא היה מתחלק ברווחים" - קשה היא עד מאד. באותם מקרים בהם הועלתה בפסיקה טענה זו, טענת "חוסר תום הלב" הושתתה דרך כלל על ראיות מוצקות בדבר "חוסר תום התם" ולא סמכה עצמה על תחושות רעועות והשערות בעלמא. גישה זו, של ייחוס "חוסר תום לב" ללקוח תמים שנתפתה (ושמא נאמר: פותה ושודל) - כפי שקורה במקרים רבים - על ידי הבנק ליטול על עצמו הלוואות במשיכת יתר (כשברור לכל "אדם סביר" כי לא יוכל לעמוד בהן) כדי להשקיע כספים אלה בהשקעותיו של הבנק גופו⁸³ אינה ראויה, ואפשר שיש בה אף סתירה לעקרון "כבוד האדם" וזכותו לשם טוב.

למעלה מכל האמור, דומנו שהבעיה העיקרית בכל הפתרונות שהועלו עד היום שהם מבקשים ליתן "הכשר" בדיעבד לעיסקאות הריבית, מבלי להתייחס למשמעות הנובעת מכך. משמעותם של פתרונות אלה, הלכה למעשה, היא "מחיקת" איסור ריבית מן התורה - גם אם בדרך פורמלית שהיא ראוייה מבחינה משפטית, עד שניתן לומר: "אם כן, בטלת תורת ריבית מישראל!"⁸⁴

תוצאה זו, הגם ש"כשרה" היא, אולי, מבחינה משפטית והלכתית, חותרת בעליל תחת המטרה והתכלית שעומדות מאחורי איסור הריבית. מדינה - בניגוד לאדם פרטי - החותרת על דגלה את "ערכיה של מדינה יהודית" אינה יכולה להתעלם כליל מהערך והתכלית הטבועים ומוטמעים באיסור הריבית (אפילו במחיר הפסד כלכלי מסויים), או להסתפק בפתרונות פורמליים, גם אם כשרים וישרים הם מבחינה משפטית.

81 תניה מעין זו היתה אכן כלולה ב"היתר העיסקא" בפרשת טישלר לעיל, הערה 45, ואף וינרוט עצמו עמד על הקושי שהיא מעוררת. ראה דבריו שם, לעיל הערה 96.

82 שם.

83 על תפוצתה הרחבה של תופעה זו יוכל המבקש ללמוד מהפסיקה העניפה שנכתבה בשנים האחרונות בנושא "התניית שירות בשירות". לעניין זה ראו א' וינרוט התניית שירות בשירות על ידי האגיד בנקאי (ת"א, תשנ"ו).

84 השופט ח' כהן העיר שימת הלב לעניין זה כשכתב ב-Encyclopedia Judaica, Vol. 16, pp. 27-33 [M. Elon (ed.) The Principles of Jewish Law (Jerusalem, 1975), 500-505]: "The prohibition on interest has lost all practical significance in business transactions, and is now relegated to the realm of friendly and charitable loans where, indeed, it had originated". הקביעה שבחלקו האחרון של המשפט צריך עיון נוסף, שאין כאן מקומו. ראו גם א' מאיר (לעיל, הערה 2). בעניין זה מעניינת העדות שמביא ר"מ שטרנבוך, ב"קיצור דיני ריבית" (לעיל, הערה 6, עמ' לו, הערה 1, בשם הגאון מוילנה-הגר"א, ש"בית דין של מעלה 'אינו מסכים' להתירם שיצרו הראשונים" בדין הריבית.

גישתם הנוכחית של בתי המשפט ניוונה בעליל מן החשש ל"פריצת הסכר" ולהתמוטטות מערכת הבנקאות: השתת חיוב על הבנק בנשיאה בהפסדי לקוחותיו, יביאו להקשחת תנאי ההלוואה על "לווים מן השורה", ובמקרים רבים יימנעו ממנה הבנקים כליל, עד שלווים רבים ימצאו עצמם מול "דלת נעולה", מצב שכבר חכמים הראשונים חששו מפניו עד מאד⁸⁵. אין צריך לומר שבמשק מודרני, המבוסס על כלכלה חופשית, מרכיב הריבית הינו כמעט "הכרח בל יגונה". המצב האופטימלי היה, כמובן, שימורו של מגזר מסויים שיתקיים כ"עולם בנקאות ללא ריבית"⁸⁶, וייתן ביטוי מלא - אפילו במקטע צר של עסקות - ל"ערכיה של מדינה יהודית" בטהרתם. לפי דברי ספר "החינוך", הגיונו של האיסור הוא חינוכי ולא דווקא כלכלי:

רצה הא-ל להיות ברואיו מלומדים ומורגלים במידת החסד והרחמים כי היא מידה משובחת. אך ראוי הוא, כי לנוכח עולם כלכלי אכזר, בו ניתן משקל יתר - מוצדק לחלוטין מבחינה כלכלית טהורה⁸⁷ - לשיקול כלכלי "קר" ומנוכר, יינתן במדינה שערכיה "ערכים יהודיים" ודמוקרטיים" המה משקל גם לאדם שמאחורי המספרים, למידת החסד ולא רק למידת הדין.

לאור זאת, ובהתחשב במציאות הכלכלית בת ימינו - יש לדעתנו מקום לכך שבהתקיימן של נסיבות מסויימות, ומשיקולים של צדק, יוחל, למיצער, "היתר העיסקא" ככתבו וכלשונו, ותוצאות הפסדיו של הלקוח יוטלו - כשהצדק מורה כן - גם על שכם הבנק. הקריטריונים להחלת "היתר העיסקא" צריכים להיות משולבים ומאוזנים, וביניהם יש לשקול את תנאי יצירת ההלוואה (האם היא היתה פרי יוזמתו של הלקוח, או שמא נכרתה בעקבות לחץ שהופעל עליו מצד הבנק); אופי ההלוואה (האם הכספים הושקעו רק במסגרת הפנימית של הבנק, או שללקוח היתה השפעה ממשית על דרך ניהול הכספים); מעמדו של הלקוח-הלווה המשפע על תום לבו (האם מדובר ב"מי שעיסוקו בכך", או באורח תמים, חסר הבנה וידע כלכליים שהיה נתון לחסדם ועצתם של פקידי הבנק המלווה); מטרת ההלוואה (מימון רכישת דירה למגורים בפועל לעומת "עיסקה לשמה" שתכליתה הפקת רווחים קלים ומהירים), וכיוצא באלה. לצד שיקולים אלה יש ליתן את הדעת והמקום למדיניות שיפוטית ראויה שלא תביא לקריסת המערכת הבנקאית עקב שימוש מופרז בטענת "היתר העיסקא" כ"טענת מגן" של לוויים, ותביא ל"נעילת דלת בפני לוויים" פוטנציאליים. איזון זה, ייתן תוכן של ממש ל"היתר העיסקא": לצד המשמעות שנודעת לכך מנקודת מבטה של ההלכה⁸⁸, יהפוך מיסמך משפטי זה למכשיר חברתי-כלכלי מאוזן. בדומה לחוקים אחרים שתכליתם הגנת הצרכן, ייתן "היתר העיסקא" פיתרון מה לחוסר האיזון המשועש שקיים, כתופעה שכיהח למדי, בין לווה הזקוק באמת ובתמים להלוואה לצרכי מחייתו הבסיסיים ביותר (ולא לשם הפקת רווחי מותרות), לבין המערכת הבנקאית המונופוליסטית רבת העוצמה.

דומה שפיתרון זה, שייתן ביטוי מעשי - במידה שאינה עולה על הנדרש - לאיסור לקיחת ריבית המקורי שהיווה "כלל גדול" במורשת ישראל - ויעלה בקנה אחד עם ערכי היסוד של מדינת ישראל, שיסודותיה טבועים באדני צדק ושלום, וערכיה - ערכים יהודיים ודמוקרטיים המה.

פיתרון נוסף, שולי הרבה יותר מבחינה מהותית, נוגע להשאת "זכר לאיסור ריבית" ואי השכתו מנופה של מערכת הבנקאות במדינה יהודית ודמוקרטית. עיקרו נטוע במישור המוסדי: הקמת שני מסלולי הלוואה בתוך מערכת הבנקאות הקיימת: מסלול קונבנציונלי, ומסלול "נטול ריבית". תנאי ההתקשרות במסלול השני יותאמו - למעשה ולא רק להלכה - לדיני הריבית היהודיים, לרבות האפשרות להסתמך על "היתר עיסקא" במקרה בו הלקוח, למרות הציפיות, הפסיד את כספי ההלוואה שנטל מהבנק ואינו מסוגל להחזירם. יש לשער כי תנאי ההלוואה במסלול זה יהיו פחות טובים מאלה שבמסלול הראשון, ואף-על-פי-כן יהיו לקוחות, שומרי מסורת, שיסכימו לילך בו, בדומה למצב במדינות האסלאמיות שנזכרו לעיל.

85 על שיקול זה של "נעילת דלת בפני לוויים" כגורם ביצירת ההלכה המשפטית, ראו לדוגמא: סנהדרין לב, ע"ב. מעין קרנות גמ"ח הנפוצות בציבור הדתי.

87 אם כי גם כאן יש ליתן את הדעת שלעתים החמרת יתר על הלווה שאין לו ממה לשלם חובו, תביא בסופו של דבר לנוק כלכלי: לעתים קרובות הלה מתמוטט מבחינה כלכלית, נזקק לקופת הרווחה הציבורית ומהווה נטל כלכלי על שכם החברה.

88 (שהרי אי ההתחשבות הטוטאלית, העולה מפסיקתם העקיבה של בתי המשפט עד כה, מעלה ספק באשר לתקפותו של ההסכם מבחינה הלכתית, ויוצרת יותר מחשש סביר שאינו אלא "כסות עיניים" לא ראויה לעקיפת איסור רבית, רק כדי "לצאת ידי חובה").

סקירת מערכת דיני הריבית במדינת ישראל מלמדת כי בתי המשפט נוטים בבידור להניח את כל כובד משקלם על עקרונות ה"כלכלה החופשית", חופש החוזים וזכות הצדדים לעצב את ההתקשרות שביניהם כרצונם, ללא כבלים או סייגים מיותרים. "חוזים יש לכבד" – זהו עקרון היסוד, ואין לסטות הימנו אלא במקרים נדירים וחריגים. ממילא, כל עוד שיעור הריבית הינו סביר, אין לראות בה כשלעצמה משהו פסול, המצדיק התערבות חיצונית של המחוקק או מערכת השפיטה.

המשפט העברי, שהפניה אליו מתחייבת מכוח היותה של מדינת ישראל גם "מדינה יהודית", נוקט גישה מתונה יותר, המצדיקה – בנסיבות מסויימות – התערבות חיצונית של בית המשפט בחופש ההתקשרות של הצדדים, ומבכרת לעתים עמידה על עקרונות מוסריים וכיבוד מלא של ערך "כבוד האדם" על פני הפסד כלכלי מסויים, וגישה שמוקדה הוא השגת רווח מרבי, העומדת בבסיס כלכלת השוק בת ימינו.

הגישות השונות של שתי מערכות המשפט – המשפט העברי והמשפט הישראלי – מושפעות לא רק מגורמי המקום והזמן שבו נוצרו, אלא גם מאופייה השונה של עיסקת ההלוואה בכל אחת מהן. במשפט הישראלי – כבשיטות משפט מודרניות אחרות – עיסקת ההלוואה היא פעולה מסחרית גרידא, שהפרמטר העיקרי שלה הוא מידת הרווח והסיכון ללווה ולמלווה. מרכיבים אלה מאפיינים, כמוכן, גם את עיסקת ההלוואה של המשפט העברי, אך לצדם קיים גם מרכיב דתי של "מצווה", המוטל הן על הלווה והן על המלווה: המלווה חייב להלוות את כספו לבזקק, והלווה חייב לפרוע את חובו למלווה כחובה דתית, ולא רק כחייב משפטי. הנחת היסוד היא שהרואים עצמם כפופים לשיטת המשפט העברי יקיימו את חיוביהם הדתיים.

הניסיון להתאים את איסור הריבית המקורי למציאות הכלכלית בת ימינו יוצר לא אחת אבסורדים ופיקציות שגם אם *de jure*, להלכה, יש להן כיסוי הלכתי ומשפטי מלא, הרי שלמעשה מעקרות הן מכל תוכן ממשי את התכלית החברתית והחינוכית שביקש המשפט העברי להשיג באוסרו על עיסקאות ריבית⁸⁹. ממילא, נוצרות לעתים בריות עסקיות משונות הנראות לעתים, למתבונן מן הצד, כמעשי חוכא ואטלולא בעלמא⁹⁰.

השוואה ל"בנקאות האסלמית" בת ימינו, המתנהלת כמערכת של "בנקאות ללא ריבית", יכולה

89 בעיה זו מאפיינת גם מוסדות משפטיים אחרים, דוגמת איסור עבודת הקרקע בשמיטה ש"אווין" במקצת באמצעות "היתר המכירה", חובת שמטת כספים שאוונה באמצעות הפרזבול; איסורי שבת ש"אוונו" במקצת באמצעות עקרון "גוי של שבת", וכיו"ב.

90 כך, לדוגמא, ההימנעות משימוש ב"שם המפורש" של ריבית בפרסומת לבנק מסחרי, והמרתו במונח "8 אחוזים רווח לשנה". תופעה ורוחת מסוג אחר היא קיומן של עיסקאות אשראי, שמבחינה כלכלית כוללות מרכיב ריבית מובהק, אך כסותן החיצונית היא "הנחה עבור תשלום מראש או במזומן" שמותרת בנסיבות מסויימות לפי המשפט העברי (ראו, לדוגמא, משנה בבא מציעא א, ב; רמב"ם, משנה תורה, הלכות מלווה ולווה ה, ב). על הבעייתיות שבעיסקות האשראי הנהוגות בימינו, ראו לדוגמא: תמרי לעיל, הערה 21, בע' 126-129; תורת רבית לעיל, הערה

- עם כל הבעיות והקשיים הכרוכים בה - להוות מודל לדוגמא, שיש להתאימו למציאות הכלכלית הישראלית⁹¹.

דומה, שעם כל הבעייתיות שבהתאמת הלכות המשפט העברי למציאות הכלכלית המודרנית, יש בעיון במקורותיו כדי הפריית המחשבה והרחבת שדה הראיה המשפטי, למען מציאת פתרונות "מאוזנים" וצודקים יותר.

יותר משבאנו כאן להציע דרכי פיתרון שיתנו מענה לכל הבעיות המתעוררות, ביקשנו להעלות כיווני חשיבה חדשים, שיאפשרו לטעמנו שילוב טוב יותר בין העקרונות ה"יהודיים" וה"דמוקרטיים" המשמשים בסוגיה זו. סימן השאלה שבכותרת המאמר - במקומו עומד, והתשובה לו תינתן רק מתוך בחינת מכלול הסוגיה וניסיון כן להתאים את העקרונות היהודיים והמוסריים המלווים סוגיה זו עם המציאות הכלכלית בת ימינו.

דומה, שעדיין יפה כוחם של דברי השופט זילברג⁹² בעניין זה, שהכל חוזרים עליהם ואליהם, וראוי שכך ייעשה:

את הניסיון העשיר ביותר בשאלות הנוגעות לעניין הריבית מוצאים אנו במקורות המשפט העברי. זו היא אחת הסוגיות המשפטיות המעניינות ביותר והמפותחות ביותר במשפט העברי כולו. נזדמנו כאן לפונדק אחד כמה וכמה גורמים. מצד אחד - איסור חמור וקיצוני על כל מה שיש בו ריח של ריבית, וסלידה נפשית עמוקה, מורשת דורות, מפני הטיפוס והמקצוע של מלווי בריבית....

מאידך גיסא - ההכרח להתחשב בדרישות החיים היום-יומיים, המחייבים להתיר את הרצועה במקצת, מאין יכולת לוותר כליל ולגמרי על היתרון הכלכלי של האשראי. ולבסוף, או כתוצאה מן השניים הללו, הצורך בקביעת מושגים ודפוסים וצורות משפטיים, כדי לתחום בדיוק את הגבול בין האסור והמותר....

ואם כי דיני ישראל אינם מחייבים את בית המשפט בשטח משפטי זה, הרי הם סגולה להרחבת האופק, ומועילים לראיית הדברים בפרופורציה הנכונה.

91 חששם, המוצדק כמובן, של מנווטי הפעילות הבנקאית ובראשם בנק ישראל והמפקח על הבנקים שבו, מפני יצירת אי ודאות בשוק הפיננסי כתוצאה מהחלת "היתר עיסקא" והכרה בו כמקור להפטר (מלא או חלקי) של הלווה מחובו, מתאזן על ידי דרך הפעולה של ה"בנקאות ללא ריבית" שאינה מאפשרת ללווה להשקיע את כספי ההלוואה בכל "עסקת אוויר" מזדמנת, ומפקחת פיקוח הדוק יותר על דרכי השקעת הכספים וניהולם.

92 ע"א 248/59 רוזנבאום נ' זגר, פ"ד ט 548.