

ה"פ 000145/00

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור

		1. אברהם אוחנה	בעניין:
		2. כהן אברהם צ'רלס	
<u>המבקשים</u>	בית און ואח'	ע"י ב"כ עוה"ד	
	נגד		
	בנק ירושלים לפתוח ומשכנתאות בע"מ		
<u>המשיב</u>	צנטלר ואח'	ע"י ב"כ עוה"ד	

כתבי עת:

[אביעד הכהן, זלמן סורוצקין, "בנקאות ללא ריבית ו"היתר עיסקא" ב"מדינה יהודית ודמוקרטיה" - הלכה ואין מורין כן", שערי משפט, כרך ב \(תשנ"ט-תשס"א\) 77](#)

ספרות:

[דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים \(כרך א, 1991\) ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכלליאבי וינרוט, ריבית \(כרך א, שואב, 1998\)](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973: סע' 2, 13, 25, 26, 39](#)

[חוק השומרים, תשכ"ז-1967: סע' 1\(א\), 2\(ב\)](#)

[פקודת השותפויות \[נוסח חדש\], תשל"ה-1975: סע' פרק ד, 29, 34, 34\(2\)](#)

פסק דין

1. האם מערכת היחסים שבין הצדדים מוסדרת על ידי הסכם היתר עסקא? זו השאלה שעל בית המשפט לבחון בתובענה זו. בית המשפט מתבקש להצהיר, כי המבקשים והמשיב הינם שותפים בהסכם מסוג היתר עיסקא, אשר על-פי תנאיו על המשיב לשאת ב- 2/3 מההפסדים שנגרמו עקב כשלון העיסקא. בנוסף מתבקש בית המשפט להורות, כי הליכי מימוש המשכנתא המתנהלים במסגרת תיק הוצל"פ מס' 03-04998-96-0 ביחס

למקרקעין הידועים כחלקה 154 בגוש 30166 (להלן: "הדירה") בטלים. עיכוב הליכי מימוש המשכנתא הווה נושא לבש"א 1518/00.

בהודעותיהם מיום 10/10/00 ו- 11/10/00 הסכימו הצדדים, כי ניתן לתת פסק דין בתיק העיקרי, בו תיכלל ההחלטה לעיכוב הליכי הוצל"פ.

רקע עובדתי

2. המבקש מס' 1 (להלן: "אוחנה") ואחיו, המבקש מס' 2 (להלן: "צ'רלס"), הקימו אגודה, שנקראה "יפה נוף (מורשת ב') ישוב קהילתי כפרי-אגודה שיתופית בע"מ", ומספרה 57-003046-0 (להלן: "האגודה"). מטרת האגודה הייתה להקים בגוש שגב שבגליל ישוב קהילתי חרדי הכולל כ- 370 יחידות דיור. הפרוייקט אושר על ידי מינהל מקרקעי ישראל והסוכנות היהודית, אשר הקצו את הקרקע לפרוייקט. לטענת אוחנה, הסכים המשיב (להלן: "הבנק") להיות שותף עם המבקשים בפרוייקט, וביום 16/10/91 חתם אוחנה על הלואה בבנק ע"ס 300,000 ש"ח בריבית שנתית של 3% (להלן: "הסכם ההלוואה" או "ההלוואה הראשונה"). הלואה זו התחייב אוחנה לפרוע ב- 25 חודשים, עד ליום 01/12/93. כבטוחה להחזרת ההלוואה הראשונה נרשמה משכנתא על דירתו של צ'רלס, בה מתגורר כיום אוחנה. לאחר החתימה על ההלוואה הראשונה הוסכם בין הצדדים, כי במשך 24 החודשים הראשונים, מתוך 25 החודשים שנקבעו לפירעונה, ישלם אוחנה את הריבית בלבד ובתום החודש ה- 25 יפרע את הקרן במלואה. אין חולק, כי אוחנה לא עמד בתשלומי ההחזר ומשהגיע מועד הפירעון לא פרע את ההלוואה במלואה. כיוון שכך, נוצרה בהלוואה יתרת חוב בפיגור בסך 363,914 ש"ח ליום הפירעון. בשנת 1993 נפתח נגד אוחנה תיק הוצאה לפועל בניסיון לגבות את החוב ונשלחו מכתבי התראה. בעקבות כך, ועל-פי בקשת אוחנה - אשר הודה בחוב לבנק בסך של 385,000 ש"ח - העמיד הבנק ביום 16/02/94 לרשותו של אוחנה

הלוואה נוספת (להלן: "ההלוואה השניה"), אשר כיסתה את חובו לבנק בגין ההלוואה הראשונה, שלא סולקה במלואה במועדה ובגין הריבית שהצטברה עד לאותו מועד. העמדת ההלוואה השניה חילצה את אוחנה מתשלום ריבית פיגורים על מלוא סכום חובו. חרף כיסוי חובו, לא עמד אוחנה גם בפריסת התשלומים של ההלוואה השניה, וכבר בסמוך למתן הלוואה זו לא פרע את החזרים החודשיים כסדרם והחל לצבור פיגורים, שהגיעו לכדי 34,000 ש"ח נכון לספטמבר 1995. ביום 01/09/95 ניתנה לאוחנה, בנוסף להלוואה הקודמת ע"ס 385,000 ש"ח, הלוואה שלישית ע"ס 34,000 ש"ח שאת החזריה התחייב לשלם במשך 300 חודשים. אוחנה לא עמד אף בתשלומים הללו, ובעקבות כך שוב נצברו פיגורים.

ביום 10/01/95 ניתן צו לפירוק האגודה, הפרוייקט כשל וכל ההשקעות בו ירדו לטמיון.

3. לטענת אוחנה, פרע הוא לבנק סכום של 200,000 ש"ח על-חשבון ההלוואות שניתנו לו. טענה זו לא נסתרה על ידי הבנק ולפיכך, יש לראותה כמוסכמת. לגישת אוחנה מהווה סכום זה את חלקו בנטל ההפסדים על-פי היחס הקבוע בהיתר העיסקא. לפיכך, מתבקש בית המשפט להצהיר, כי הוא אינו חב לבנק דבר וכי על הבנק לשאת ביתרת ההפסד.

4. הבנק - ככלל - כפוף לנוסח היתר העיסקא, התלוי על קירות הבנק. הבנק אינו מתכחש לקיומם ותוקפם של היתרי העיסקא ואינו טוען שאינו מחויב להם באופן עקרוני, זאת בניגוד לטענת אוחנה (בהודעתו מיום 10/10/00), הסובר, כי מהעובדה שבסיכומיו התעלם הבנק מתוקפו המשפטי של היתר העיסקא ומהעובדה שלא נאמר, שחור על גבי לבן, שהבנק מכיר בהיתר העיסקא, יש להסיק, שהבנק אינו עומד מאחורי היתר העיסקא מטעמו. טענה זו דינה להידחות. הבנק לא העלה כל טענה בפנינו ממנה ניתן ללמוד שהוא ככלל אינו מכיר בתוקפם המשפטי של היתרי העיסקא המוצאים על-ידו. די בקריאת תכתובותיו של הבנק עם ביה"ד הרבני ובהודעתו הציבורית, לפיה הוא מחויב באופן עקרוני למוסד היתר העיסקא, כדי לדחות את טענתו זו של אוחנה (לכך אתייחס גם בהמשך דברי).

5. נראה, כי אין כל מחלוקת בין הצדדים לעניין גובה ההלוואות שניתנו מאת הבנק לאוחנה וכי סכומים אלו טרם נפרעו במלואם. המחלוקת נסבה סביב השאלות הבאות: האם בנסיבות הספציפיות של המקרה על הבנק לשאת בהפסדים שנגרמו על פי היחס הקבוע בהיתר, והאם הסכומים ששולמו עד כה על ידי אוחנה מהווים תשלום מלא של חלקו על פי היחס כאמור.

6. ראוי לציין, כי לעניין גובה החוב לבנק לוקה בקשתו של אוחנה במסגרת המרצת הפתיחה בחסר משמעותי. תצהירו של אוחנה התעלם במפורש וללא כל הסבר מניח את הדעת, מקיומן של שתי ההלוואות הנוספות שניתנו לו מאת הבנק לאחר שלא עמד בהחזר התשלומים, שנקבעו לו לתשלום ההלוואה הראשונה. בעקבות הלוואות אלו, גובה החוב לבנק עולה על - 300,000 ש"ח, בניגוד לכאורה לעולה מתצהירו. ראוי להדגיש כי רק בחקירתו הנגדית מיום ה- 30/04/00 אישר אוחנה במפורש את קבלתן של שתי ההלוואות הנוספות.

השמטת פרטים מהותיים אלו ואחרים בתצהירו של אוחנה גובלת בחוסר תום לב.

דיון משפטי

7. האם יש לראות את מערכת היחסים שבין הבנק לבין אוחנה כיחסי שותפות על פי היתר עיסקא? כדי לענות על שאלה זו יש לעמוד תחילה על מהותו של היתר העיסקא ותוקפו במשפט הישראלי.

היתר עיסקא משמעו הפיכת עסקת הלוואה לעסקת יזמות משותפת (Joint Venture), שבמסגרתה הופכים נתן הלוואה ומקבלה לשותפים ברווחים ובהפסדים שנגרמו בעיסקא על-פי יחס קבוע מראש, המשתנה בין נוסחי היתרי העיסקא השונים. היתר העיסקא משווה ליחסים שבין הצדדים אופי של פעילות עסקית - המלווה (המכונה גם "הנותן") הוא המשקיע כספים במיזם המשותף והלווה (המכונה גם "המקבל" או "המתעסק") הוא המשתמש בכישוריו כדי לעשות בהם שימוש ולהשקיע את הכספים בעסקה נושאת רווחים. (המר' (י-ם) 5247/89 ת.א 6136/89 **ויזל נ' בנק אגוד לישראל**, (לא פורסם), (להלן: "**ויזל נ' בנק אגוד**"); ת"א [26037/95](#) **בנק פועלי אגודת ישראל בע"מ נ' גולד** (לא פורסם), (להלן: "**בנק פועלי אגודת ישראל נ' גולד**"); ת"א(י-ם) [380/92](#) **טיפול שורש נ' הפועלים ליסינג בע"מ**, תק-מח, כרך 134(1)97; **א.וינרוט בספר ריבית הסכמית** (כרך א', 1998)244).

היתר העיסקא הינו אמצעי שנועד להתגבר על האיסור החמור שבדין העברי ליטול ריבית, ומטרתו לאפשר ביצוע עסקאות אשראי, שהנן הכרחיות בכלכלה המודרנית. לפיכך, בעיסקא הקלאסית ניתן ללווה ("המתעסק") סכום כסף מסוים באופן שרק מחציתו ניתן כהלוואה בלא ריבית ואילו היתרה ניתנת כפיקדון ללווה לשם עשיית עסק משותף עמו ("פלאג מלווה ופלאג פקדון"). הרווחים הנצמחים על המחצית שהיא בתורת פיקדון שייכים למלווה ואין עליהם שום איסור ריבית, ואילו הרווחים בגין המחצית שהיא בתורת הלוואה שייכים למתעסק ונשארים אצלו. בהתאם לנוסחי היתר העיסקא השונים משלם המלווה למתעסק שכר טרחה בעבור התעסקותו עם הפיקדון, נוסף על הרווחים המחולקים ביניהם. בדרך זו אין בהתעסקותו של המתעסק בחלק הפיקדון התעסקות חנים, שיש בה משום ריבית אסורה עבור הלוואה שקיבל.

מאחר שבעיסקא - בניגוד להלוואה בריבית - נושא המלווה בסיכון עסקי של אובדן פירות הלוואה ואף אובדן הקרן עצמה, העסקה הינה כשרה ואיסור הריבית לא חל עליה. לרוב, מוסכם בין הצדדים כי אם יהיו הפסדים - ישא המלווה בשיעור של שני שלישים מההפסד ואילו בשליש הנותר ישא הלווה, ואם יהיו רווחים יתחלקו בהם

שווה בשווה. כך הוא גם על-פי נוסח היתר העיסקא בענייננו. כדי להפחית את הסיכון להפסד למינימום, נקבע בהיתרי העיסקא כי את הוכחת ההפסדים או הרווחים יש לעשות תוך שימוש בכלים ראייתיים, ובהעדר הוכחה משולמים "דמי ההתפשרות", השווים בדרך כלל לריבית המוסכמת.

ללוה ניתנת האפשרות לבחור בין שני מסלולים: האחד - מסלול של תשלום "דמי התפשרות" (או בשמו האחר: "סכום השתוות"), בו מותרת הלווה על הצורך להוכיח את ההפסד או הרווח שנגרם בעסקא ותמורת זאת משלם את דמי ההתפשרות - סכום קבוע ומוסכם מראש. במסלול השני על הלווה להוכיח את רווחיו בשבועה חמורה, ואת הפסדיו בשני עדים כשרים, ולרוב נדרש הלווה גם לדווח על רווחיו והפסדיו בכל ערב ראש חודש. הרווחים או ההפסדים מחולקים בין הלווה למלווה בהתאם ליחס שנקבע מראש בהיתר, וככלל, אם המקבל אינו עומד בפרוצדורה הראייתית שנקבעה, אין הוא נאמן בהצרתו על הפסדיו או רווחיו. הברירה בין המסלולים היא בידי הלווה ואם בחר במסלול הראשון, אין המלווה יכול לחייבו ללכת במסלול האחר והוא חייב להסתפק בדמי ההתפשרות, כמשקפים את חלקו ברווח. במקום שבו קיימת חובת שבועה, מקבל שלא נשבע במועדים ובפרוצדורה הקבועים בשטר העסקא, רואים אותו כמי שבחר באופציה של תשלום דמי ההתפשרות.

על מהותו של היתר העיסקא והברירה העומדת בפני הלווה עמד כב' השופט א. גורן בהמ' (ת"א) 5317/86 בת.א

(ת"א) 1024/86 בנק המזרחי המאוחד נ' טישלר, פס"מ תשמ"ח(ב)353 (להלן: "בנק המזרחי נ' טישלר"):

"מכאן שלאחר כריתת הסכם ההשתוות עומדות בפני המקבל שתי דרכים:

יחפוץ- ישלם את רווחי הפקדון או שיפטר מתשלומם כליל, אם לא יהיו רווחים, לאחר שישבע שבועה חמורה כתנאי שטר ה"עיסקא".

יבכר המקבל שלא להשבע - ישלם לנותן את הרווחים בשיעור הנקוב בהסכם ההשתוות ויהיה פטור משבועה.

לנותן מאידך, דרך אחת בלבד לתבוע את הרווחים על ה"עיסקא" והיא על פי השיעור הנקוב בהסכם ההשתוות וזאת מהטעם שאין הנותן רשאי לחזור בו מהסכם ההשתוות ולדרוש מהמקבל שבועה דווקא, מה עוד שעל פי הכלל בדין העברי יש להמנע משבועה (ראה הכלל בשו"ת ציץ אליעזר, חלק ח' סימן ח'). [פסקה 7 לפסק הדין].

(ראו גם ויזל נ' בנק אגוד, בנק פועלי אגודת ישראל נ' גולד, א. וינרוט, ריבית הסכמית, 244-

280; א.הכהן. ז.סורוצקין. בנקאות ללא ריבית ו"היתר עיסקא" ב"מדינה יהודית ודמוקרטית" - הלכה

ואין מוריו כן? שערי משפט ב (תשנ"ט)77).

ראוי לציין, כי קיימים גוונים רבים של היתרי עיסקא, המסדירים באופן שונה את מערכת היחסים שבין הצדדים לעסקאות, ובהתאם לכך תמצאנה גם תוצאות שונות המתאימות לכל מקרה ומקרה. (ה"פ (י-ם) 372/97 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ילתה השקעות בע"מ, (לא פורסם) בעמ' 11), (להלן: "בל"ל נ' ילתה"). די לבחון את נוסחי היתרי העיסקא השונים שהוגשו בבקשה זו כדי לעמוד על התופעה.

8. הפסיקה הישראלית הכירה בהיתר העיסקא ונתנה לו גושפנקא חוקית, כאשר קבעה במספר פסקי דין כי היתר העיסקא הינו חוזה לכל דבר ועניין, הקובע זכויות וחובות בין הצדדים לו. יש לציין כי נושא זה לא נדון עד כה בבית המשפט העליון, וההלכה המובאת לעיל נוהגת בבתי המשפט השלום והמחוזי.

בפסק דין [בנק המזרחי נ' טישלר](#) קבע בית המשפט, כי "שטר ה"עיסקא" הריוה חוזה ככל שאר החוזים ואין כל מניעה שבית משפט אזרחי (כהגדרת הבנק) ידון בתוקפו של הסכם אך ורק משום שתוכנו מכיל את הדין הדתי/הלכתי". על גישה זו חזר בית המשפט בפס"ד [ויזל נ' בנק אגוד](#) ובפס"ד [בל"ל נ' ילתה](#) בו נקבע כי "היתר העיסקא הוא חוזה ככל חוזה אחר...דיני החוזים כשהם מוחלים על היתר העיסקא מכפיפים אותו בין השאר להוראות החוק והפסיקה הנתונות תוקף מלא לכוונת הצדדים ולאומד דעתם". וראו לאחרונה בפס"ד [בנק פועלי אגודת ישראל נ' גולד](#):

"אני סבורה כי הדין החל על מערכת היחסים בין הצדדים הינו דין החוזים במשפט הישראלי. כך, שאלות כגון האם בין הצדדים נקשר חוזה מחייב, האם היו "הצעה" ו"קיבול" וכד' - תבדקנה לפי הוראות חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג- 1973 (ור' בעניין זה פס"ד טישלר בעמ' 360).

גם פרשנות החוזה תעשה עפ"י הדין הישראלי. החוזה יפורש עפ"י הוראות [ס' 25](#) ו- [26](#) לחוק החוזים, ובהתאם להלכה הפסוקה - היינו תוך ניסיון להתחקות אחרי אומד הדעת המשותף של הצדדים להסכם, כפי שהוא עולה ממכלול הנסיבות שהוכחו, ומלשון ההסכמים.

עם זאת, מאחר שאין מחלוקת בין הצדדים כי ההתקשרות החוזית ביניהם שכללה את התר העסקא, הרי כדי לפרש את התר העסקא, יהיה מקום להתייחס גם להלכה היהודית. וזאת מכוח כללי הפרשנות שבדין הישראלי, ועל מנת לאתר את אומד הדעת של הצדדים. כך כדי להבין את הרקע למוסד של "התר עסקא" ככלל, ולהתר עסקא הספציפי דנן- יש לפנות למשפט העברי, שאלמלא איסור הריבית בו- לא היה התר העסקא דנן בא לעולם".

9. הפסיקה המועטה, שעסקה בנושא היתר העיסקא, לא הלכה בדרכו של כב' השופט (בדימוס) ח' כהן, כפי שהיא עולה מחוות דעתו מיום 17/12/97. חוות דעת זו ניתנה עבור בית משפט בניו יורק, בשאלת תוקפו המשפטי של היתר העיסקא במשפט הישראלי, ובה הובעה הדעה כי להיתר העיסקא אין כל תוקף משפטי. בחוות דעתו מעלה השופט ח' כהן מספר טעמים לאי ההכרה בתוקפו של היתר העיסקא - טעם אחד הינו, שאין לצדדים גמירת דעת להתקשר בתנאי היתר העיסקא, הואיל וכל כוונתם אינה אלא לצורך האיסור הדתי, ואף כוונת הבנקים אינה אלא לרצות את הלקוחות הדתיים. טעם שני הינו, כי עמידתו של המתעסק על זכותו החוזית לחלוקת הרווחים או הפסדים על פי היתר העיסקא גובלת בחוסר תום לב בניגוד ל**סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)**, התשל"ג - 1973. הטעם שלישי הוא, כי שימוש בהיתר עיסקא מהווה חוסר תום לב, מאחר ויש בכך ניצול לרעה של נדיבות הבנקים אשר אפשרו ללקוחותיהם הדתיים לסחור בלי לעבור על איסור הריבית הדתי. טעם רביעי הינו, בשאלת היחס שבין היתר העיסקא לבין חוזה ההתקשרות עם הבנק. על פי נימוק זה, כאשר חוזה מורכב מחלק סטנדרטי ומחלק ספציפי, גובר, במקרה של סתירה ביניהם, החלק הספציפי. (לדיון ביתר הטעמים שהובאו בחוות הדעת ראו ד.משען, היבטים הלכתיים ומשפטיים של היתר עיסקא, **כתר, מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה** (כרך ב, תשנ"ט) 445, 405).

10. אין לראות בהיתר העיסקא כחוזה בטל משום היותו חוזה למראית עין כמשמעו **בסעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי)**, תשל"ג - 1973. חוזה למראית עין קיים כאשר שני הצדדים אינם מתכוונים שלחוזה תהא נפקות משפטית והמסמך נעשה רק בכדי ליצור רושם של חוזה. לעומת זאת, הצדדים להיתר העיסקא מעונינים לתת תוקף להיתר, שאם לא כן, ייוותר האיסור על לקיחת ריבית על כנו.

בפסק דין [בנק המזרחי נ' טישלר](#) קבע בית המשפט:

"אין ספק שהתניית תנאים בשטר ה"עיסקא" המגבילים את המתעסק בהתעסקותו כמו גם פירוט התנאים המקשים על ביצוע שבועת הפטור אינם יכולים לשלול את זכות המתעסק להשבע שאחרת הופכת ה"עיסקא" לפיקציה (ראה שו"ת "ציץ אליעזר" חלק ח' סימן ח' - שמצד ההלכה אמנם קיימת העדפה של הימנעות משבועה אפילו כשהמדובר בשבועת אמת, בכל אופן הסברה נותנת שאין לפגוע בזכותו של הלווה להשבע ולאמת את טענתו שהקרן לא הניבה פירות ולא קצרה רווחים)". [פסקה 11 לפסה"ד] (ההדגשות אינן במקור).

וראו בפסק דין [בנק פועלי אגודת ישראל נ' גולד](#) שם קבע בית המשפט כי:

"בשל קיומו של האיסור החמור על לקיחת ריבית, יש לפרש את ההסכמה על קיום שותפות בין המקבל לנותן כאופציה אמיתית, ולא כפיקציה - שכן אם מדובר בפיקציה, הרי דמי ההתפשרות הם למעשה ריבית אסורה" (ההדגשה במקור) (פסקה 28 בעמ' 15 לפסה"ד).

העובדה שהלווה זכאי לבחור באופציה של שבועה ולממש את אופציית השותפות שוללת את היות החוזה בגדר חוזה למראית עין. בלא האפשרות להישבע, הייתה העיסקא הופכת לפיקציה ויחסי הצדדים היו נבחנים לאורה של עסקת ההלוואה בלבד, במנותק מהיתר העיסקא, שדינו היה להתבטל. (ראו א.וינרוט **ריבית הסכמית**, עמ' 248 ה"ש 58 וההפניות שם). לאור כך, הרי שדרישת הלקוח לעמידה בתנאי ההיתר אינה אלא עמידה על זכות חוזית מפורשת המוסכמת על הצדדים ודרישה כאמור אינה מהווה התנהגות בחוסר תום לב ע"פ [סעיף 39](#) לחוק החוזים (ד.משען, **היבטים הלכתיים ומשפטיים של היתר עיסקא**, בעמ' 446).

11. האם נכרת הסכם היתר עיסקא?

בחוזי ההתקשרות שבין הבנק ללקוח, בין אם אלו טופסי פתיחת חשבון, ובין אם אלו חוזי הלוואה, אין כל התייחסות או הפניה להיתר העיסקא. לכאורה, אדם החותם על חוזה ההתקשרות פועל בניגוד להיתר העיסקא ומעיד על עצמו כי גמר בדעתו שלא לפעול על פי הוראותיו אלא על פי חוזה ההתקשרות, הנחזה להיות בעל עדיפות על פני היתר העיסקא. אולם, אין להתעלם מכך שהיתרי העיסקא המעטרים את קירות הבנק הינם בגדר הצעה לציבור. על-מנת ליתן נפקות להצעה זו ולאפשרות שהלקוח אכן קרא את היתר העיסקא והסכים לתנאותיו, ניתן להפעיל את דוקטרינת "החוזה הנספח", לפיה התחייבות חד צדדית שקדמה לכריתת החוזה אך לא נכללה בו, נספחת אל החוזה ונהפכת לחלק ממנו. (ד.משען **היבטים הלכתיים ומשפטיים של היתר עיסקא**, בעמ' 450-451; [נ.כהן וד.פרידמן חוזים](#) (כרך א', 1991) 529-524)

וראו בעניין זה [בנק המזרחי נ' טישלר](#) שם קבע השופט גורן כי "...יש לראות את שטר ה"עיסקא" על כל תנאיו כחלק מההתקשרות החוזית בין הבנק לחייב והערבים - בהיות שטר ה"עיסקא" הצעה בדרך של פניה לציבור במובן [סעיף 2](#) סיפא לחוק החוזים שקובלה על - ידי החייב והערבים" (ההדגשות אינן במקור).

12. השאלה היא, כיצד ניתן ליישב את הסתירות שבין חוזה ההתקשרות לבין היתר העיסקא, שהרי בעוד חוזה ההתקשרות מחייב בריבית, היתר העיסקא פוטר מריבית וקובע שותפות ברווחים ובהפסדים ולחילופין תשלום דמי התפשרות. ניתן ליישב סתירה זו בכך, שנפרש את המונח "ריבית" המופיע בחוזה ההתקשרות על פי היתר העיסקא, כלומר שהריבית איננה אלא סכום ההתפשרות אותו יש לשלם, כאשר הלווה מעוניין להיפטר מן הצורך

להוכיח את שיעורי הרווח וההפסד. בכך, ניתן ביטוי לכוננת הצדדים להתקשר בחוזה בהתאם לקבוע בהיתר העיסקא. כך נפסק גם ב**בנק המזרחי נ' טישלר**, בו נקבע כי במקרה של סתירה בין ההסכמים הספציפיים הנוקבים מפורשות במילים ריבית לבין היתר העיסקא, ניתן לראות בריבית את הסכם דמי ההתפשרות עליו מדובר בהיתר העיסקא:

"טוען פרקליט הבנק ואני מסכים עם טענותיו כי **תנאי העסק הכלליים** (נספח ב' לתביעה כמו גם יתר המסמכים שנחתמו על ידי החייב שעל יסודם הוגשה התובענה) **הריהם "כתבי השתוות" בין הנותן/הבנק למקבל/החייב לאמור- הסכמים בכתב הקובעים אופן חישוב הסכום הקצוב שניתן המקבל/החייב לנותן שכנגדו הסכים הנותן/הבנק לוותר על התנאי שהמקבל יישבע שבועה חמורה הנדרשת ממנו על-פי ה"עיסקא"**. הן על פי תנאי שטר ה"עיסקא" (ראה הפיסקה המתחילה במילים "המקבל רשאי להשתוות עם הנותן בגובה הרווח שעליו לתת לנותן... כדי להפטר מן השבועה...") והן על פי הפוסקים, **אין מניעה שהסכם ההשתוות יהיה בקביעת סכום קצוב אף בדרך של אחוזים** (כ"ז למאה בדוגמא המובאת בספר מאיר עינים של פסוק ר' יהושע פלק באות ג') **ושיעשה עוד בטרם התברר גורל ה"עיסקא"** (ראה שו"ת צמח צדק, יורה דעה, סימן פ"ז) ואין ספק כי עשיית הסכם ההשתוות היא גם לטובת המקבל/החייב שהרי אם יתן המקבל/החייב לנותן את סכום ההשתוות המוסכם לא יוכל הנותן/הבנק לתבוע מהחייב שיישבע, מאידך על אף קיומו של הסכם ההשתוות רשאי המקבל/החייב להשבע ואזי יהיה פטור מרווחי ה"עיסקא" כמו גם מהחייבויותיו על פי הסכם ההשתוות...". (ההדגשות אינן במקור).

וראו דברים שנאמרו בפסק דין **בנק פועלי אגודת ישראל נ' גולד**:

"בנוסף, דומה כי אין עוד מחלוקת (לאור פס"ד טישלר) כי כאשר קיימת חובת שבועה, מקבל שלא נשבע במועדים ובפרוצדורה הקבועים בשטר העסקא, רואים אותו כמי שבחר באופציה של תשלום דמי ההשתוות, היא האופציה המעוגנת בהסכמים עם הבנק". (ההדגשות אינן במקור).

ובפסק דין **בל"ל נ' ילתה**:

"...ברור לכן שכוננת הצדדים היתה למצוא ב"היתר העיסקא" בסיס משפטי המוכר גם על ידי הדין העברי לכוננה המשותפת, שהיא מתן הלוואה שיש בצידה "תשואה" לבנק נותן הלוואה. יתירה מכך, הצדדים רצו והתכוונו ש"תשואה" זו תהיה בגובה הריבית שנקבעה בהסכמי הלוואה. מטרת הדינים החלים על חוזים היא ליתן, בין השאר, תוקף לכוננת הצדדים ולתכלית החוזית. פועל יוצא מכל האמור הוא שפרשנות היתר העיסקא צריכה להיות כזאת שתיתן נפקות מלאה לרצונם ולכוננתם האמורה של הצדדים, היינו כוננתו של זה ליטול את הלוואה כנגד תשלום "תשואה" מותרת בגובה הריבית, ולכוננת רעהו להעניק את הלוואה על מנת שהוא יזכה ב"תשואה" בגובה הריבית". (ההדגשות אינן במקור).

יש לציין, שהבנק על-פי נוסח היתר העסקא עצמו מתחייב באופן עקרוני למלא אחר היתרי העסקא גם במקום שבו קיימת סתירה בין חוזה ההתקשרות להוראות היתר. לרוב מופיעה בנוסחי ההיתרים התחייבות כללית לפיה הבנק מתחייב שבכל ענייני הכספים וההתחייבויות בהם יעסוק, שיש בהם חשש ריבית מכל סוג איסור שהוא, ואפילו מוזכר בהם לשון הלוואה או ריבית או ריבית דריבית, כל אלו יהיו בידי המקבל או החייב בתורת עסקא כתיקון חז"ל. (כך הוא גם בנוסח היתר העסקא של הבנק בענייננו).

13. ראינו עד כה, כי היתר העסקא יכול להשתכלל כחלק מחוזה ההתקשרות, גם במקום בו הצדדים חתמו על חוזה התקשרות, הסותר לכאורה את תנייתיו של היתר העסקא. אולם, יש לבחון האם בנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה אכן הסכימו הצדדים להכפיף את חוזה ההתקשרות לנוסח היתר העסקא. כך עלינו לעשות גם במקרה העומד לפנינו. יש לבחון, האם עסקאות הלוואה שבין הבנק לבין אוחנה נעשו בכפוף להוראות היתר העסקא.

14. לאחר בחינת נסיבות המקרה הגעתי למסקנה, כי הצדדים בהתנהגותם סטו מהוראות היתר העסקא ופעלו על פי חוזי ההתקשרות שביניהם וכי שלוש הלוואות נעשו ללא כל קשר להיתר העסקא.

על פי מכלול הנסיבות אין לומר, כי אוחנה גמר בדעתו להתקשר עם הבנק בכפוף לתנאי היתר העסקא. הקיבול להצעת היתר העסקא לא נעשה על דרך של הודעה מפורשת לבנק כי הלוואות נלקחו בתנאי היתר העסקא, דבר שלו נעשה ודאי היה משתקף בטופסי הלוואה והיה בו כדי להעיד על גמירות דעתו של אוחנה. גם הקיבול בהתנהגות כמו הקיבול בהודעה צריך להעיד על גמירת דעתו של הלקוח להתקשר עם הבנק בחוזה לפי ההצעה. בחינת התנהגותו של אוחנה בסמוך להתקשרות עם הבנק ולאחריה מעידה כי הוא לא התכוון להתקשר עם הבנק בכפוף להיתר העסקא. אולם, גם אם נצא מנקודת הנחה כי הלוואה הראשונה נעשתה בכפוף להיתר העסקא, הרי שהצדדים בהתנהגותם סטו במהלך קשריהם החוזיים מהוראות היתר העסקא ופעלו בניגוד מוחלט לתנייתיו ובכך העידו על עצמם כי הם פועלים ע"פ תניות הסכם הלוואה בלבד.

15. לחיזוק טענתו, כי הלוואה נעשתה בהתאם להיתר העסקא, טוען אוחנה בעמ' 3 לבקשתו, כי האגודה היא שהתקשרה עם הבנק בחוזה הלוואה, וכאגודה שקבעה בתקנונה לפעול על פי דין תורה, לא ייתכן שבהתקשרותה עם הבנק פעלה בניגוד להיתר העסקא. לדבריו בתצהירו:

"בנוסף יצוין, כי לענין הפרוייקט, הרי המדובר בפרוייקט, שבו- על פי תקנון האגודה הסכימו כל חבריה כי **יוחל דין** תורה, ובמקרה של ישוב סכסוכים יפנו לבורר, הוא בית הדין של היישוב, כאשר המבקש 1 משמש כנשיא האגודה. כלומר המדובר באגודה שהתנהלה ע"פ דין תורה, ומכאן החשיבות של היתר העסקא לאגודה, **ולתקשורת עם הבנק ירושלים** - המשיב בתובענה דנן- שטען לאורך כל הדרך כי הנו מחויב ע"פ היתר העסקא, ואף הפך לשותף בפרוייקט".

טענה זו נסתרת מניה וביה כאשר בוחנים את טופסי ההלוואה ואת הנאמר בחקירתו הנגדית של אוחנה (מיום 30/04/00), מהם עולה, כי חוזי ההלוואה לא נחתמו בין הבנק לאגודה כי אם בין הבנק לבין אוחנה. לפיכך, אין להסיק דבר מהעובדה שבפרוספקטים של פרסום הפרוייקט (נספח א לה"פ) מצוין, כי את הפרוייקט ילווה הבנק המשיב. יש לציין, שלא הוצג לבית המשפט ולא הוכח, כי נחתם כל הסכם בדבר התחייבות הבנק ללוות את הפרוייקט. אומר גם, כי העובדה שאוהנה הוא אדם ירא שמיים, אין בה כשלעצמה להעיד על גמירת דעתו להתקשר בתנאי היתר.

16. לטענת אוחנה, הבנק מנוע מלטעון כי אין תוקף להיתר העיסקא והוא מחויב לפעול על-פיו. כך, לדבריו, עולה מהצהרתו המפורשת של הבנק מיום 01/08/95 (נספח ד(1) לה"פ) וכך עולה ממכתבו של הבנק (מסמך ת/3), שהוצג לראשונה בשלב החקירה הנגדית. לטענת אוחנה במכתב זה יש לראות את הסכמתו של הבנק כי ההלוואה נעשתה על-פי תנאי היתר. גם אם קיבלתי את המכתב הנ"ל כראיה אין בו כדי להועיל לאוהנה. כל שעולה ממכתב זה הוא הכרתו העקרונית של הבנק במוסד היתר העיסקא ובתוקפו המשפטי המחייב של היתר זה. הכרה שמצאה ביטוי גם בהצהרתו הפומבית של הבנק מיום ה- 01/08/95 בה נאמר:

"בעקבות הסערה הציבורית שנוצרה ולמען הסר ספק הרינו מצהירים בזאת כי שטר עיסקא המצ"ב של הבנק הינו חלק אינטגרלי מכל החוזים בבנק, **בהם צוין קיום היתר עיסקא**. ההנהלה מצהירה בזאת כי לא טענה ואין בכוונתה לטעון בעתיד כי היתר העסקא הוא שטר חסר משמעות". (ההדגשה אינה במקור).

ראוי לשים לב, כי בהצהרה זו מצהיר הבנק כי שטר העיסקא הינו חלק אינטגרלי מכל החוזים בבנק **בהם צוין קיום היתר עיסקא**. אין חולק, כי בחוזי התקשורת של אוחנה עם הבנק אין כל ציון לעשייתם בכפוף להיתר העיסקא.

ממכתבו של הבנק (מסמך ת/ 3), שנשלח לבית הדין הרבני לאחר שאוחנה הגיש תביעה נגד הבנק לחייבו להכיר בהיתר העיסוק, עולה, כי הבנק לא זנח את טענותיו לפיהן בנסיבות העניין מנוע אוחנה מלטעון לקיום היתר העיסוק, הן משום שאוחנה אישר כבר, במספר פעמים, את חובו לבנק, והן משום שטענותיו בדבר היתר העיסוק הועלו בשלב מאוחר וללא כל הצדקה לגופם של דברים. הבנק מציין, כי העלאת הטענה בדבר היתר עיסוק הינה ניסיון לפתוח חזית חדשה לאחר שאוחנה הפר את ההסכמים אליהם הגיע עם הבנק וניסיון להתחמק מתשלום חוב בו הכיר אוחנה במספר לא מבוטל של הזדמנויות.

17. אוחנה מבקש ללמוד על כוונתו של הבנק להיות שותף בפרוייקט מהסכמת הבנק להעמיד לרשותו שלוש ההלוואות, גם לאחר שלא עמד בפירעון ההחזרים החודשיים שנקבעו לו להלוואה הראשונה. לגישת אוחנה, כל עוד היה סיכוי שהפרוייקט יצא לפועל ויתקבלו ממנו רווחים, הסכים הבנק לפרוס את חובותיו, ורק כאשר הפרוייקט כשל פתח הבנק בהליכי הוצאה לפועל.

יש לדחות טענה זו. אין לראות בהסכמתו של הבנק ללכת לקראת אוחנה ולהימנע מפינוי ופינוי משפחתו מדירתם, הסכמה להיות כפוף לתנאי היתר העיסוק. ניתן להבין את מתן ההלוואות כרצון להימנע מהליכי הוצאה לפועל, כל עוד היה קיים הסיכוי לפירעון ההלוואות מהכנסות שיושגו בפרוייקט ולרשות הבנק עמד המשכון על הדירה, ממנו יכול היה להיפרע לו נכשל הפרוייקט בסופו של דבר. אוחנה גם לא מתמודד בטענתו זו, עם השאלה הכיכוד, שהשנת 1993, לאחר שלא עמד בפירעון ההלוואה הראשונה, נפתח נגדו הליך הוצאה לפועל, אם אכן התכוון הבנק להיות שותף בעיסוק. בחקירתו הנגדית מיום ה- 30/04/00 משיב אוחנה על כך בלשון סתמית כי "הבנק וודאי שצריך לעשות ולבקש שאני אשלם. זו חובתו" (עמ' 10 לפרוטוקול מיום 30/04/00). ראוי לשים לב למה שנעדר מתשובתו - אוחנה אינו אומר כי טעה הבנק בעשותו כן, או כי פעל שלא כדין ובניגוד להיתר העיסוק שנחתם ביניהם. תשובתו כי "הבנק וודאי שצריך לעשות ולבקש שאני אשלם" אינה מתיישבת עם הטענה לפיה הסכימו השניים על הסכם שותפות, באשר דרישת הבנק להחזר ההלוואה במלואה ונקיטה בהליכי הוצאה לפועל עומדת בניגוד לתנאי היתר העיסוק. מכאן ברור, שאמירה זו של אוחנה מקעקעת את טענתו כאילו הסכים הבנק לפירעון ההלוואה בעתיד מתוך רווחי העיסוק.

18. חוזי ההתקשרות עם הבנק לא נעשו בכפוף לתנאי היתר העיסוק. על גמירות דעתו של אוחנה ניתן ללמוד מפעולותיו שקדמו לחתימה על הסכם ההלוואה הראשון ומהתנהגותו בעת החתימה ולאחריה. מחקירתו הנגדית של אוחנה עולה כי עובר להתקשרותו עם הבנק, ערך "סקר שוק" ובחן את תנאי האשראי למתן הלוואות

בבנקים שונים. ללמדך שלא חיפש שותף לעסקיו כי אם מלווה בתנאים נוחים חיפש. בעת ההתקשרות עם הבנק לא ציין אוחנה, כי עסקה זו נעשת בכפוף לתנאי היתר העיסקא ולא דרש כי תנאי זה יופיע בחוזה. לאור טענותיו בדבר היות היתר העיסקא תנאי-בלעדיו-אין ללקיחת ההלוואה, אשר בהיעדרו לא היה נכנס כלל לעיסקא, סביר להניח שהיה דואג לציין זאת בפני הבנק ודרש כי תנאי זה יופיע על גבי חוזה ההלוואה. גם בהתנהגותו של אוחנה לאחר התקשרותו עם הבנק יש כדי להעיד, כי לא התכוון להתקשר בתנאי היתר העיסקא. ואף אם נאמר שההלוואה הראשונה נלקחה בכפוף להיתר העיסקא, הרי שהתנהגותו של אוחנה מעידה עליו, כי סטה מהיתר העיסקא ופעל על פי הוראות חוזה ההלוואה בלבד: לאחר מתן ההלוואה הראשונה חתם אוחנה על הסכם פריסת תשלומים ל-25 חודשים. על פי הסכם זה התחייב אוחנה לשלם ב-24 החודשים הראשונים את החזרי הריבית בלבד ואילו פירעון הקרן נדחה לחודש ה-25. חתימה על הסכם זה מעידה במפורש, כי אוחנה אינו נוהג על פי היתר העיסקא השולל מתן ריבית או לקיחתה. בקביעתי זו איני מתעלמת מהוראה הקיימת בהיתר העיסקא לפיה "...כל תשלום או הטבה אשר ינתן לפני ההתעסקות לא יהא נחשב כי אם כתשלום על חשבון באופן המותר". דהיינו, כאילו ניתן היה לומר, שאת ההתחייבות לשלם ריבית יש לקרוא בכפוף להיתר העיסקא ולראותו כתשלום על חשבון הרווחים. נראה לי, כי אין להחיל את התנאי הנ"ל על היחסים שבין אוחנה לבנק, כאשר אוחנה עצמו חתם במפורש על הסכם המחייבו להחזר ריבית קצובה בתשלומים קצובים והודה ביום 16/02/94 בגובה חובו כלפי הבנק, כאשר ברור שחוב זה כלל ריבית. בהודאתו בגובה החוב כלפי הבנק סתם אוחנה את הגולל על טענת היתר העיסקא.

ביום 16/2/94, לאחר שלא עמד בפירעון ההלוואה הראשונה, הואיל הבנק להעניק לאוהנה הלוואה שניה, אך לא לפני שזה האחרון הודה במפורש כי חובו לבנק עמד על סכום של 385,000 ש"ח נכון ליום 28/02/94 (נספח ד' לתשובת המשיב בה"פ). על-פי הסכם זה, ניתנה לאוהנה הלוואה בגובה הסכום כאמור, אותה התחייב לפרוע במשך 240 חודשים בריבית שנתית כמבואר בהסכם. במעמד החתימה על ההלוואה השניה לא התכחש אוחנה לחובו כלפי הבנק, למרות שחוב זה כלל בחלקו מרכיב של ריבית שנתית שנצברה על ההלוואה הראשונה. במעמד זה לא טען אוחנה כי הריבית היא בגדר הפסד על ההלוואה הראשונה, אשר על-פי תנאי היתר העיסקא על הבנק לשאת ב-2/3 ממנו. יש בכך כדי להעיד, כי מלכתחילה לא תנאי היתר העיסקא הם שעמדו מול עיניו, כי אם תנאיו של חוזה ההלוואה. לו אכן נחתם הסכם ההלוואה הראשון בכפוף לתניותיו של היתר העיסקא, כטענת אוחנה, סביר שהיה עומד הוא על חובתו של הבנק לשאת בנטל ההפסד כבר באותה עת. כאדם חרדי וראש ישיבה וכמי שמעיד על עצמו שאיסור הריבית ההלכתי הינו כאש בעצמותיו סביר להניח שלו היו הדברים כפי שהוא טוען להם, היה מביא עניין זה לידי ביטוי בהסכם. יש לציין כי גם במעמד החתימה על הסכם ההלוואה

השלישית, לא העלה אוחנה טענה כשלהי בדבר קיום היתר עיסקא. גם הלוואה זו, בדומה לקודמתה, הכילה מרכיב של ריבית, מאחר ונועדה לכסות פיגורים שנצברו בהחזרי הלוואה השניה.

את הטענה בדבר קיום היתר עיסקא העלה אוחנה לראשונה בשנת 1995, לאחר שפנה לבית הדין הרבני בבקשה לחייב את הבנק לבוא ולהתדיין עמו בעילת היתר העיסקא. אולם, בטענה מאוחרת זו אין כדי להועיל לאוחנה ליצור את הסכם היתר העיסקא יש מאין. לכל היותר מהווה טענתו זו חזית חדשה, אשר אינה מעוגנת בנסיבות המקרה.

19. לאור ההחלטה אליה הגעתי, לפיה מערכת היחסים שבין הבנק לאוחנה לא הוסדרה על פי תנאיו של היתר העיסקא, אין בקשתו של אוחנה, לבטל את הליכי ההוצאה לפועל למימוש המשכנתא שעל הדירה, יכולה לעמוד ואין להצהיר על יחסי שותפות בינו לבין הבנק. מאחר ואין יחסייהם נשלטים על פי תנאיו של היתר העיסקא, אין על הבנק החובה לשאת בנטל ההפסד ביחס זה או אחר, כטענת אוחנה, ועל הלווה לפרוע את הלוואות בתנאים ובמועדים הקבועים בחוזי ההתקשרות. אין חולק, כי אוחנה הפר את התחייבויותיו כלפי הבנק, וכי טרם פרע את חובו במלואו. לפיכך בדין נקט הבנק בהליכי ההוצאה לפועל ואין בכונתי להורות על עיכובם. גם טענת "פרעתי" שמעלה אוחנה אינה מועילה לו. משדחיתי את טענת השותפות על-פי היתר העיסקא נופלת עמה גם טענתו זו.

20. אוסיף ואומר, כי אף אם הייתי מגיעה למסקנה שיחסי הצדדים נשלטו על ידי היתר העיסקא, דין הבקשה להידחות הן מהטעם שלא הוכח ההפסד והן מטעמים של חוסר תום לב ורשלנות בניהול העיסקא. בין הצדדים קיימת מחלוקת בדבר השאלה מהו נוסח היתר העיסקא שהיה תקף במועד לקיחת הלוואה הראשונה אולם, מאחר ולשוני שבין שני הנוסחים אין כל נפקות לענייננו, אניח כי נוסח היתר הוא כפי שטוען לו אוחנה. מפאת חשיבותו, אביא להלן את נוסח היתר העיסקא כפי שטוען לו אוחנה:

"אנו החתומים מטה, יו"ר מועצת המנהלים בשם מועצת המנהלים של בנק ירושלים לפתוח ומשכנתאות בע"מ, מנכ"ל וסמנכ"ל הבנק בשם הנהלת הבנק וכבאי כח בעלי המניות של הבנק, מחליטים בזה כי כל ענייני הכספים וכל העסקים וכל ההתחייבויות שיש בהם אסור ריבית, מדאוריתא או מדרבנן, שיעסוק בהם הבנק על כל סניפיו ונציגותיו הן בארץ והן בחו"ל (להלן - "הבנק") הן מה שיתן לאחרים או שיהיו חייבים לו הן מה שיקבל מאחרים או שיהיה חייב להם בין שהם חברים או בלתי חברים לרבות ענייני כספים ועסקים והתחייבויות שהבנק ישמש בהם כמתווך, שליח או נאמן, ואף אלו שיהיה נזכר בהם לשון הלוואה, ריבית, ריבית פיגורים, וריבית דריבית יהיה הכל בתורת

עיסקא כתיקון חז"ל, וחלקם של המתעסקים יהיה מחצית מן הרווח ובהפסד ח"ו ישאו המקבלים שלישי והנותנים שני שלישי, אלא שיש רשות ביד המתעסקים לתת לנותנים על חלקם רווח כנהוג בבנק כולל גם הטבות ומענקים או כפי שישוו עם הנותנים, ומותר הרווח יהיה שייך להם.

ויתר פרטי ההתעסקות וההשתמשות בעיסקא ובמעות העיסקא יהיו על פי תיקון מהר"ם ז"ל שבספר נחלת שבעה כדת פרט לתנאי שאין לעשות חובות במעות העיסקא. וכל תשלום או הטבה אשר יתנו המקבלים לנותנים גם לפני ההתעסקות יהיו נחשבים כתשלום על חשבון באופן המותר.

כמו כן הרינו מחליטים שאם הבנק יעסוק בענייני כספים ועסקים והתחייבויות כנ"ל שאין בתנאי היתר העיסקא הזה כדי לבטל מהם אסור מצד הלכות ריבית, הרי שכל ענייני הכספים והעסקים וההתחייבויות האלה יהיו על מנת להתעסק בהם כנ"ל אלא שיהיו בתורת כולו פקדון בין אם הבנק נותן ובין אם הבנק מקבל ויהיה על המקבל רק אחריות גנבה ואבדה, ואף אם יהיה כתוב בהם לשון הלואה, ריבית, ריבית פיגורים, וריבית דריבית, והרווח יהיה כולו לנותנים, אלא שאם יתנו להם המתעסקים רווח כנהוג בבנק כולל גם הטבות ומענקים או כפי שישוו עמהם יהיה מותר הרווח שייך למקבלים.

וכן כל קבלת אחריות שעבודים, משכונות וערבויות כולל גם ערבות בעלי מניות וכד', יהיו רק באופן התואם את העיסקא מצד הלכות ריבית.

וכן הפעולות והרכישות העיסקיות של מקבלי העיסקות תהיינה נעשות עבור הנותנים באופן התואם את שטר העיסקא הזה.

ונאמנות המקבל תהיה על פי תיקון מהר"ם ז"ל כדת.

אבל אין רשות לאף אחד ממנהלי ופקידי הבנק הן עכשיו והן לאחר זמן ולעולם לעבור על דין תורתנו הקדושה ולהלוות או ללוות בריבית באופן האסור מדאוריתא או מדרבנן או לעשות איזו פעולה שיש בה אסור ריבית מדאוריתא או מדרבנן, רק הכל יהיה נעשה על פי היתר עיסקא וכפי החלטותינו דלעיל.

וכל זה נגמר ביננו החתומים מטה בהחלטה גמורה המחייבת את הבנק, ויש יפוי כח להחלטותינו ולתקנותינו אלו כמו כל תקנות הבנק.

ובפרוש הותנה שאם מאיזו סיבה לא ידע הנותן או המקבל ענין העיסקא כפי החלטותינו דלעיל, או שלא ידע כלל מה היא עיסקא, יהיה גם כן הכל על פי דין עיסקא כפי

החלטותינו דלעיל ותהינה לו כל הזכויות והחובות כמו שיש לנותן או למקבל עיסקא כפי החלטותינו דלעיל, אחרי שבענייני כספים ועסקים והתחייבויות שיש בהם איסור מצד הלכות ריבית לא יעסוק הבנק, וכל מי שנותן לבנק או מי שמקבל מהבנק הוא רק על פי תקנות הבנק, היינו על פי עיסקא כפי החלטותינו דלעיל.

כל ההחלטות הנ"ל יש להם יתרון תוקף על פני כל הסכמים או התחייבויות הנוגדים אותן.

ולמען תת יתר תוקף ועוז לתקנתנו זאת הננו כותבים זאת לזכרון בספר ומפרסמים אותה גלוי לכל.
(ההדגשות אינן במקור).

21. האם הוכיח אוחנה את ההפסד כנדרש ע"פ היתר העיסקא?

היתר העיסקא קובע, כי על מתעסק המעונין להוכיח את ההפסד לעמוד בדרישות ראייתיות מסוימות. נוסח היתר העיסקא מפנה לעניין דרך ההוכחה להיתר העיסקא כתיקונו של המהר"ם שבספר "נחלת שבעה" הקובע:

"...ואין אנו נאמנים לומר שהיה איזה הפסד ואחריות במעותיו של בעל השטר אם לא בעדים כשרים. ואם יעידו עדים כשרים שהיה הפסד במעותיו של בעל השטר הנ"ל אין אנו נאמנים לומר שהיה זה טרם או קודם שעלה רווח הנ"ל אם לא בשבועה חמורה כמו שיחמיר עלינו בעל השטר וב"כ. וכן אין אנו נאמנים לומר שלא הרווחנו כלל במעותיו של בעל השטר, או לומר שלא עלה ריווח כ"ל ושעסקנו בעסקא באמונה אם לא בשבועה חמורה כנ"ל.

אין חולק, כי אוחנה לא עמד בנטל הראייתי הנדרש ממנו ע"פ ההיתר, שכן לא העיד עדים ולא נשבע שבועה חמורה. רק משום כך ניתן היה לדחות את תביעתו, מהסיבה שהוא אינו נאמן להצהיר בדרך אחרת על ההפסד. אני ערה לטענת אוחנה, כי בנסיבות המקרה הנדון אין הוא נדרש להוכיח את ההפסד מאחר והבנק יודע על ההפסדים ממקור ראשון. לטענתו, הבנק התכוון ללוות את הפרוייקט ולכן הוא יודע ממקור ראשון כי הפרוייקט לא יצא לפועל. יש לדחות טענה זו מכמה סיבות.

בעניין [בנק פועלי אגודת ישראל נ' גולד](#) ציין בית המשפט כי במשפט העברי קיימת שאלה האם אכן השבועה של המקבל נדרשת רק לצורך בירור האמת, או שהיא "תנאי שבממון", שאם כן, הרי שהמקבל חייב להישבע בכל מקרה, גם אם הנותן מאמין לו. כמו כן קיימת השאלה, האם התנאי המחייב את המקבל להישבע קיים גם במקום בו ישנה "הודאת בעל דין" של הנותן ביחס לגובה ההפסד של המקבל. בית המשפט הסכים לצאת מנקודת הנחה כי השבועה נועדה רק כדי להסיר ספק וכי אין, לכאורה, צורך בשבועה כאשר הבנק מודע לרווחיו

והפסדיו של הלקוח. במקרה זה דובר בחשבון "סגור" שנועד לשמש אך ורק לשם רכישת ניירות ערך. ניהול החשבון נעשה על ידי הבנק הנותן, ולפיכך היה בידו כל המידע על הרווחים או ההפסדים שבעסקה.

אולם בענייננו, שונים הם פני הדברים. ראשית, אין המדובר בחשבון מיוחד בניהולו של הבנק, שהרי ההתעסקות בכספים נעשתה על ידי אוחנה בלבד. שנית, לא הוכח כי הבנק אכן נתכוון ללוות את הפרוייקט. ושלישית, לא הוכח כי הבנק קיבל דיווחים שוטפים בנוגע להתקדמות הפרוייקט מידי אוחנה וכי היה בידו מידע בדבר ההפסד. המסמך היחידי שממנו ניתן ללמוד כי אכן אוחנה עדכן את הבנק במהלך האירועים הוא משנת 1997, זאת לאחר שהפרוייקט כשל והאגודה פורקה.

יש לציין, כי להבדיל מהיתר העיסקא שנדון בפסק דין גולד הנ"ל, היתר העיסקא הנדון בפנינו אינו מפנה לכלל עסקיו של הלווה, ולפיכך אין ההלכה שנקבעה בפסק דין גולד ישימה בענייננו. הלכה זו קבעה, כי גם במקום בו ידע המלווה ממקור ראשון על ההפסד, נדרשת שבועתו של הלווה, זאת מאחר וההלוואה ניתנה לכלל עסקיו של המלווה ולא לעיסקא הספציפית.

22. לאור דחיית טענתו זו, הרי שאוהנה לא הוכיח את ההפסד כנדרש ומשום כך בלבד ראוי לדחות את תביעתו. בעניין דומה ראו **פסק דין טישלר**, שם דחה בית המשפט המחוזי בקשת רשות להתגונן מהסיבה שהמתעסק לא נשבע כנדרש ע"פ היתר העיסקא. בית המשפט בחר בפתרון פרוצדורלי לדחיית הבקשה בקובעו:

"שאין בית המשפט זה המקום בו יכול החייב לממש את זכותו להישבע ובכל מקרה על בית משפט זה להזקק לראיה, ככל ראייה אחרת, כי השבועה בוצעה בדרך ובאופן הנקובים בשטר ה"עיסקא" ועל פי הלכות הדין העברי - על מנת שתקום לנתבע הגנה כנגד תביעת הבנק".

לעומת זאת, ראו ת"א (ת"א) 122821/95 **גולד נ' בנק פועלי אגודת ישראל** (לא פורסם), בו אישר בית המשפט בקשת רשות להתגונן בטענה, כי הבנק חייב לשאת בחלק מההפסדים מכוח היתר עיסקא. הבנק לא חלק על תוקפו של היתר העיסקא אלא שטען כי הלקוח לא עמד בחובת השבועה. בית המשפט לא קיבל טענה פרוצדורלית זו ונתן ללקוח רשות להתגונן. (ראו [בנק פועלי אגודת ישראל נ' גולד](#); א.וינרוט **ריבית הסכמית**, בעמ' 262 וה"ש 81, וראו גם המ' (צפת) 924/97 **צעצועי צפת ואח' נ' בנק הפועלים** (לא פורסם)).

אולם, בעניינו המדובר הוא בתיק העיקרי ולא בשלב מקדים לו, ולכן אם לא עמד המבקש בנטל בשלב זה הרי שבקשתו דינה להידחות. ראו דברים שנאמרו בעניין זה [בבנק פועלי אגודת ישראל נ' גולד](#):

"כפי שנקבע בפס"ד טישלר כל עוד לא נפטר המקבל מהתחייבותו בשבועה אין הוא נאמן על דבריו, ובהעדר שבועה אין לנתבעים טענת הגנה כנגד תביעת הבנק. מאחר שאין חולק כי הנתבעים לא נשבעו (...) הרי המסקנה הינה כי הם בחרו במסלול האלטרנטיבי של יישום ההסכמים עם הבנק, שקבעו את "דמי ההתפשרות", ומכוח הסכמים אלה רשאי היה הבנק לתבעם. (ההדגשות אינן במקור).

וראו [בל"ל נ' ילתה](#). שם נאמר לעניין דרישת השבועה כי:

"... אין מדובר איפוא בקביעה מוחלטת של הדין העברי בנקודה זו, אלא שהשבועה נועדה לא רק ליתן ביסוס שיש לו גיבוי בשבועה, לנתיב ולמטרה בהם השתמש הלווה בכספי הלוואה, אלא גם ואולי בעיקר, לכך שההפסד נגרם באונס מוחלט שלא היתה לו שליטה עליו, ולכן אין בו אשם אפילו כהוא זה.

...

חובתו של הבנק היא לשמור כעל בבת עינו על הכספים בהם הוא "סוחר" משום שחלקם הארי הם כספים של אחרים, היינו של לקוחותיו. בנסיבות אלו אי אפשר ליחס לבנק וללווה אומד דעת מופקר לפיו יהיה די בהבל פיו של כל לווה, כדי לפטור אותו מחובת השבת כספים שהוא לווה מהבנק. כל שהוא צריך לאמר לפי שיטת המשיבה, הוא: "אין רווח", או "היה הפסד" וחובת השבת הלוואה תפוג ותימוג כלא הייתה. אין חולק שבענינו לא נעשתה השבועה, ודי היה בכך שלא תישמע טענת המשיבה בענין זה.

...

"נקל לשער איזו התמוטטות כלכלית תתרחש אם הבל פיו של כל לווה יביא לשחרור מחובת החזרת כספי הלוואה שנטל. יציבות הבנק תועמד בסכנה, כספי מפקידים ירדו לטמיון, שוקי ההון יזועזעו, ותפקיד הבנק כמאפשר ניתוב כספים לתכלית כלכלית ראויה ישובש.... גם לפי הפרשנות הדוגלת בשחרור חייבים מחובותיהם בהבל פיו של החייב, פרשנות בה דוגלת המשיבה, עדיין אין בעצם השימוש במילה "היתר עיסקא" כדי לפטור מכל חוב. גם אז צריך לעשות התחשבות המביאה בחשבון את כל הנתונים והגורמים הרלבנטיים והתחשבות כזו לא טרחה המשיבה להציג". (ההדגשות אינן במקור).

חוסר תום לב ורשלנות בניהול העיסקא

23. גם אם נתעלם מהפגם שבהיעדר השבועה, יש לדחות את הבקשה מטעמים של חוסר תום לב ורשלנות בהתנהגותו של אוחנה בניהול העיסקא. הכלל במשפט הישראלי הוא, כי לא די בקיומה של זכות ויש צורך לתבוע אותה בתום לב כתנאי לשמיעתה על ידי בית המשפט ([סעיף 39 לחוק החוזים](#), כן ראו [ג.שלו דיני חוזים](#) (מהדורה שניה, תשנ"ה), 59-65. לעניין עילת תום הלב בהיתר העיסקא ראו א.וינרוט, **ריבית הסכמית בעמ' (272)**). חוסר תום ליבו של אוחנה משתקף בבירור במספר עניינים: אוחנה מתעלם במפורש בבקשתו מקיומן של שתי ההלוואות הנוספות שניתנו לו לאחר שלא עמד בפירעון ההלוואה הראשונה. לכאורה, עולה מתצהירו כי חובו לבנק עומד על סך של 300,000 ש"ח בלבד. דבריו אלו נסתרים מפורשות בחקירתו הנגדית בה מודה אוחנה, כי אכן לקח מהבנק שלוש הלוואות וכי סכומן עולה על סך של 300,000 ש"ח. בבקשתו מציין אוחנה, כי חלק מהבתים שנקנו על ידו במסגרת העיסקא נגבבו, אולם, נעדר מבקשתו כל זכר לעובדה, כי בתים אלו נמצאו בסופו של דבר והושבו לבעלותו. כמו כן מושמטת העובדה, כי בתים אלו נמכרו על ידי אוחנה לאחר, וכי השיקים שניתנו בעבורם לא כובדו עד היום. וגם זאת: בחישוב גובה ההפסד שנגרם בעיסקא כולל אוחנה את עלויות רכישת תשעת הבתים והובלתם וכן את עלויות השיפוץ של מבנים ארעיים, שנמצאו בשטח בו היה אמור הפרוייקט להיבנות. לעומת זאת, אין אוחנה מציין, כי בעקבות חלוקת השטח והעברת חלקו לידי גרעין אמונה, קיבל לידי סכום של 50,000 דולר (במונחי שנת 1993) בתמורה להוצאות שהוציא בהכנת השטח לבניית הבתים. עובדה זו נלמדת לראשונה מחקירתו הנגדית ממנה עולה גם, כי בכספים שקיבל השתמש אוחנה להחזרת הלוואות אחרות שלקח, וכי לא מצא לנכון לפרוע, ולו חלקית, את חובו לבנק. כמו כן לא הוכח כלל, כי הכספים לשיפוץ המבנים יצאו מכיסו של אוחנה. ההיפך הוא הנכון: נספח י"ג/1 לבקשה, שהינו מסמך מטעם הסוכנות היהודית, מלמדנו, כי הכספים הוצאו על ידי האגודה ולא על ידי אוחנה. חוסר תום ליבו של אוחנה עולה גם מן העובדה, שלסכום שנתבע על ידו כהפסד הוסף מרכיב של הצמדה וריבית.

24. בנוסף, הוכח כי אוחנה נהג ברשלנות בניהול העיסקא ומסיבה זו נראה, כי יש להטיל עליו לשאת באחריות להפסדים שנגרמו. מאחר והלוואה מתעסק בכספיו של הבנק, חלה עליו החובה לנהוג בכספים אלו לטובת העיסקא, בתום לב ובנאמנות לבנק, ועליו לשאת בנזקים שייגרמו בעיסקא כתוצאה מהתנהגותו הרשלנית. ניתן להקיש לעניין אחריותו של המתעסק בהיתר העיסקא מחובת השומר בשכר על-פי [חוק השומרים, תשכ"ז-1967](#). גם על פי הדין העברי, רואים את המחזיק בפיקדון כשומר. מאחר והכסף הניתן למתעסק נמצא בחלקו בידי בתורת פיקדון, ומאחר והמתעסק מקבל שכר בעבור התעסקותו בפיקדון, הרי שניתן לראותו כשומר בשכר (אולי שומר שכר טפל). [סעיף 2\(ב\) לחוק השומרים](#) מגדיר את אחריותו של השומר בשכר וקובע כי:

"שומר שכר אחראי לאובדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב תוצאות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן; אך כשהמטרה לשמור על הנכס הייתה

טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, פטור השומר אם אובדן הנכס או נזקו נגרמו **שלא ברשלנותו**". (הדגשות שלי - מ.ש.א.).

לפי [סעיף 1\(א\)](#) לחוק השומרים "שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכח בעלות". אין נדרש לצורך התגבשות יסודותיה של השמירה כי יערך חוזה בין הבעלים לבין השומר ודי לעניין זה שפלוני מוצא עצמו מחזיק כדין בנכס לא לו, על מנת שתיווצר החובה לנהוג מנהג שומרים (ע"א 130/80 ביטון נ' הלמיש חברה עירונית לשיקום, פ"ד ל(2)706, 710). החוק מבחין בין שומר חינום לשומר בשכר, אולם חשיבות ההבחנה ביניהם הינה לעניין נטלי ההוכחה, ולכן גם אם היינו רואים במתעסק על-פי היתר העיסקא שומר חינום, הרי שאם נמצאה רשלנות בשמירתו, עליו לשאת באחריות זו (ת"א(י-ם) 8630/96 סיטונאי נ' מדינת ישראל, תק-של, כרך 98(3)2044; ע"א 4220/97 (חי') יעקובוביץ נ' גלגלים אוטומוטורס, תק-מח, כרך 97(3)1613; ש.רנר חוק השומרים, תשכ"ז - 1967 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי, הוצאת נבו, 1998)152-163).

על הצדדים להיתר העיסקא ניתן גם להחיל, בשינויים המחויבים, את הוראות [פרק ד'](#) לפקודת השותפויות (נוסח חדש), תשל"ה - 1975 (להלן: "הפקודה"). מאחר ועל-פי היתר העיסקא נוצרים יחסי שותפות בין הצדדים, מן הראוי הוא להחיל עליהם, בשינויים המחויבים, את החובות המוטלות בין השותפים לבין עצמם, וביניהן החובות המנויות ב**סעיפים 29 ו-34** לפקודה.

סעיף 29 קובע:

"חובתם של שותפים היא לנהל את עסקי השותפות לתועלת המשותפת, להיות ישרים ונאמנים איש עם רעהו ולמסור לכל שותף או לבא-כוחו, חשבונות נכונים ומידע שלם בכל ענין הנוגע לשותפות".

סעיף 34(2) קובע:

"השותפות תשפה כל שותף בעד תשלומים ששילם ובעד חבויות אישיות שחב בהן בניהול הרגיל והנכון של עסקי השותפות או בשל דבר שהיה הכרח לעשותו לשם קיום עסקיה או רכושה של השותפות".

וראו דברים שנאמרו לעניין [סעיף 34\(2\)](#) הנ"ל בספרו של ז. יהודאי **דיני שותפויות בישראל, תוך זיקה למשפט האנגלי והאמריקני** (הוצאת תמר, 1988) 215-214:

"לעניין חובת השיפוי מצד השותפות, מכוחו של סעיף 34(2) הנ"ל, התעוררה בבתי המשפט בישראל השאלה האם זכאי שותף, שנמצא אחראי במעשה רשלנות, לדרוש שיפוי מאת השותפות, ועל שאלה זו השיב בית המשפט העליון בשלילה".

ובהמשך מביא דברים שנאמרו לעניין זה בע"א [108/67 ארנסט בק נ' צבי גנזר](#), פ"ד כג(2)791,794:

"גם סעיף 31(כיום 34) אינו יכול לעזור למערער. בסעיף 31 (כיום 34)-(ז.י.) נמצאת הוראה שבאין הוראה אחרת בחוזה השותפות, חובת הפירמה לשפות שותף על תשלומים מצדו ועל התחייבויות שבהן נכנס *in the ordinary and proper conduct of business of the firm* (בניהול הרגיל והנכון של עסקי השותפות-ז.י.), אבל מזה אין להסיק כי השותפות חייבת לשפות את השותף במקרה ששותף חייב לשלם פיצויים על מעשה רשלני מצדו כגון במקרה דנא".

על חובת המתעסק לפעול בעסקיו לטובת העיסקא, בדומה לחובת השותף בשותפות על פי [סעיף 29](#) לפקודת השותפויות, עומד גם נוסח היתר העיסקא כפי שטוען לו הבנק, לפיו:

"המקבל, ביו בתורת עיסקא ובין בתורת פקדון, יעסוק בכל עסקיו המותרים לטובת העיסקא, בין בנכסי דנידי ובין בנכסי דלא נידי, בין בעסקי הקיימים ובין בעסקים שמכאן שמכאן ולהבא, וכל הרכישות והקנינים ייעשו לטובת הנותן באופן היותר מועיל עפ"י דין תורה ותיקון חז"ל.
(ההדגשות אינן במקור).

25. נראה שאוחנה גרם ברשלנותו להפסדים. בחקירתו הנגדית הוכח כי אוחנה לא דאג להציב שמירה ראויה על המבנים שקנה בעת שהונחו על קרקע שניתנה לאגודה, וסמך על דברים שנאמרו לו, לפיהם אין בנמצא בארץ מנופים המסוגלים להרים את המבנים ממקומם- דבר שהתברר מאוחר יותר כבלתי נכון. אוחנה אף לא דאג לבטח את המבנים מפני סיכוני גניבה. וכן, לאחר שנמצאו המבנים, מכרם מבלי להבטיח תחילה את קבלת התמורה בעדם, בין בדרך של קבלת המחאה בנקאית או העברה בנקאית או בדרך אחרת. לאחר העברת הבתים לחזקת הקונה התברר כי השיקים שניתנו עבורם ניתנו בלא כיסוי. לא זו אף זו, אוחנה לא פתח בהליכי הוצאה לפועל כדי לפרוע את השיקים ובמקום זאת מסרם לגובה מחיפה, שלא גבה מאומה עד עצם היום הזה. בהתנהגות רשלנית זו לא מנע אוחנה את שניתן היה למנוע מראש, ואינני רואה מדוע על הבנק לשאת בנזקים שנגרמו בהתנהגות זו. מעשים אלו אינם עולים בקנה אחד עם התנהגות סבירה, קל וחומר שאינם עולים כדי

חובת נאמנות וזהירות שחב שותף כלפי שותפו. יש להדגיש, כי באופן מפתיע, אין כלל זכר בתצהירו של אוחנה למהלך האירועים הנ"ל.

26. לחוסר תום ליבו ולהתנהגותו הרשלנית של אוחנה ניתן להוסיף, כי הוא גם לא הרים את הנטל המוטל עליו ולא הוכיח את גובה ההפסד לו הוא טוען: בתצהירו טען אוחנה, כי מימן בעצמו את רכישת תשעת הבתים, שנקנו מארה"ב ואת הובלתם. אולם, כבר בפתח חקירתו הנגדית התברר, כי השתתפו במימון הרכישה לפחות שני אנשים אחרים, שאף הם נמנים על החברים באגודה; לא הוכח, כי עלות השיפוץ של המבנים בסך 191,900 ש"ח מומנה מכיסו; הוכח, כי אוחנה קיבל לידי סכום של 50,000 דולר עבור השקעתו במבנים הארעיים. כן הוכח בחקירתו הנגדית של אוחנה, כי בבעלותו נותרו שלושה מבנים. מבנים אלה הופקדו אצל בעל מכולות בחיפה, להבטחת סכום של 25 אלף דולר, שניתנו לאגודה מאת אמנה ע"פ ההסכם, שהושג ביניהן (ראו נספח יג' 2 לה"פ). אציין, כי תמוה בעיני מדוע זה ניתנו הבתים כבטוחה לקיום ההתחייבויות שבין האגודה לאמונה, ואם כך הוא הדבר, הרי שאוחנה יכול לדרוש מהאגודה, כי תשחרר את הבתים ותעבירם לידו.

27. לאור האמור לעיל, הבקשה למתן פסק דין הצהרתי לעניין יחסי השותפות בין אוחנה לבין הבנק נדחתה בזה וכן נדחית הבקשה לביטול הליכי מימוש המשכנתא. אוחנה ישלם הוצאות ושכ"ט בסכום כולל של 10,000 ש"ח ומע"מ.

ניתן היום ל' בתשרי תשס"א, 29 באוקטובר 2000 במעמד עו"ד בית-און בשם המבקשים, עו"ד צנטלר בשם המשיב.

מיכאלה שידלובסקי-אור, שופטת

עו"ד צנטלר: אבקש סכום הוצאות שחוייבו המבקשים שיועבר לנו מהסכומים שהופקדו בבית המשפט.

עו"ד בית-און: אנו מבקשים עיכוב ביצוע וכן בנוסף שאם אכן נפסיד גם בערעור בבית המשפט העליון,

שיאפשרו לנו הסדר של פינוי מרצון.

מוכן שהסכום שהופקד יישאר מופקד.

עו"ד צנטלר: לענין עיכוב הביצוע - מימוש משכון הינו בעצם ביצוע פסק דין. המחלוקת בין הצדדים היא האם

על המבקש לשלם סכום כסף שאיננו חולק עליו, או פטור מלשלמו. בענין הזה הפסיקה ברורה. לאור החלטת

בית המשפט הנכבד הזה, לדעתי אין להיעתר לעיכוב הביצוע עד שתנתן החלטה בבית המשפט העליון, אם

יוגש ערעור. שהרי, גם אם יזכה המבקש בסופו של דבר בערעורו, מדובר מחד בהחזר סכום כסף, ומאידך

בנזקים כספיים, אם בכלל היו לו. אין ספק, ולא נטען פה, שבנק ירושלים לא יוכל לעמוד בתשלום אחד או שני

הסכומים הנ"ל. מאידך, עיכוב ביצוע, כנראה לשנים רבות, גורם לנזק למשיבה, הואיל והחוב נשוא המימוש

נושא ריבית פיגורים גבוהה וערכם של נכסים, כפי שידוע, ודאי אינו עולה, אם לא יורד.

לפיכך, לחלופין, יופקד סכום או ערבות בנקאית. הנכס כשלעצמו אינו מספיק אם לא יפרע היום.

לטענה אפשרית של אי נוחות למשפחה - יש להתעלם מטיעון זה. בעצם נכונותו של לווה למשכן את זכויותיו,

הוא מסכים אם יקבע בית משפט מוסמך כי הוא חייב את הכסף, שאלת הנוחות אינה רלבנטית.

לצערי הבקשה הזאת מצטרפת להליכים ולבקשות הרבות שכל מטרתם לדחות את הקץ ולכן יש לדחותה.

עו"ד בית-און: חברי מסביר בהתנגדותו כי הבנק יוכל להחזיר החזר כספי, המדובר הוא במימוש נכס מקרקעין

אותו אי אפשר להחזיר.

עו"ד צנטלר: בעל הנכס זה כהן אברהם צ'רלס. המימוש הוא נגד מר צ'רלס. אוחנה משלם מס שכירות, כנראה.

המימוש כלפי אוחנה לא גורם לשום נזק, למעט מה שאמרתי - אי נוחות של שוכר שנאלץ לנות את הדירה בה

הוא מתגורר בשכירות הואיל ובעל הנכס חייב כסף לצד ג'. אין ספק, שאם כהן צ'רלס יגיש את הערעור לעליון

והנכס ימומש כרגע, ובבוא העת יזכה בערעור, אין ספק שהנזק שלו כספי בלבד. הפסיקה ברורה כאשר הנזק

הוא כספי.

לכן נראה לי מיותר לבדוק את כל הטענות לעיל. מוכן כי ימצא לו דירה לשכירות בזמן סביר.
אם הוא ירצה להגיע למשא ומתן עם הבנק - נהיה מוכנים לכך.

עו"ד בית-און: מדובר במימוש נכס. הנכס הזה הבנק לא יוכל להחזירו. זה לא משנה מי יגיש את הערעור. חברי רוצה להזמין שמאי. אני חושב כי זה יקדם את העניין.

החלטה

טרם מתן החלטה בבקשה לעיכוב ביצוע, יגיש לי עו"ד צנטלר בתוך שבועיים מהיום מה הוא סכום החוב (קרן ופיגורים) ומה היא הערכת השמאי על החלק המשועבד לבנק.
עו"ד בית-און יודיע לי תוך שלושה ימים לאחר הודעת עו"ד צנטלר מה הוא הסכום החודשי, אם בכלל, שמרשו מוכן להציע כתשלום חודשי.
התיק אלי ביום 19.11.2000.

ניתנה היום, ל' בתשרי תשס"א, (29 באוקטובר 2000), במעמד הצדדים.

מיכאלה שידלובסקי-אור, שופטת

d00014500e.001 /

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח