

# שעבוד צף על נכסי יחיד

## ד"ר מיכאל ויגודה

- א. מבוא
- ב. שעבוד
- ג. שעבוד נכסים עתידיים
- ד. מכירת נכסי החייב נקיים משעבוד
- ה. סוף דבר

### א. מבוא

לפי סעיף 169 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, ניתן לשעבד נכסי חברה בשעבוד צף. שעבוד צף מוגדר בסעיף 1 לפקודה כ"שעבוד על כל נכסיה ומפעלה של החברה או על מקצתם אותה שעה, כפי מצבם מזמן לזמן, אך בכפוף לסמכותה של החברה ליצור שעבודים מיוחדים על נכסיה או על מקצתם".

האם ניתן להטיל שעבוד צף על נכסיו של יחיד? המחוקק הישראלי לא התייחס במפורש לשאלה זו. לאחרונה עלתה השאלה בבית המשפט השלום בירושלים בפני השופט וינוגרד.<sup>1</sup> מאחר שאין תשובה לשאלה זו לא בחוק, לא בפסיקה ולא בדרך של היקש,<sup>2</sup> נדרש השופט וינוגרד למשפט העברי – כמצוות חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980 – והראה יפה שהמשפט העברי מכיר גם מכיר באפשרות של מישכון נכס עתידי, שהוא אחד מן המאפיינים של השעבוד הצף.

אף על פי כן, משיקולי מדיניות, הגיע השופט לכלל מסקנה שכל זמן שלא הוסדר העניין בחקיקה כוללת אשר תדאג לשחרורו של החייב מן השעבוד אחרי הליכי פשיטת רגל, עדיף לקבוע שהמשפט הישראלי אינו מכיר לעת לעת באפשרות שעבוד צף של נכסי היחיד.<sup>3</sup> על

\* ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים.

אני מודה לרב עמנואל חביב ולעו"ד הרב דוד ניסני, על הסיוע שלהם בכתיבת הדברים שלהלן.

1. ה"פ (י-ם) 529/04 עזבון המנוח דוד בר לבב ז"ל נ' עצמון, פסק דין מיום 9.1.2005 (לא פורסם).

2. אמנם לכאורה יש מקום להיקש לפקודת החברות, אבל ראה סעיף 15 לפסק דינו של השופט וינוגרד, והפניותיו שם.

3. כנגד טיעון זה ראה מ' דויטש, קניין, חלק ב, בורסי תשנ"ט, עמ' 111, הסבור שאין סיבה לשלול כאן את חופש החוים. על פי דין תורה, פושט רגל אינו נפטר מחובו לעולם, ו"כל שירויה וכל שיבא לידו או לרשותו מאשר תשיג ידו... כל היתר על צרכו – יתן לבעל חובו ראשון ראשון עד שיגבנו כל חובו" (רמב"ם, מלוה ולוה ב, ב).

פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים.<sup>4</sup> בית המשפט המחוזי (כב' השופטים טל, זלברטל וסולברג) קיבל את הערעור, והכיר בתוקפו של שעבוד צף מכוח עיקרון חופש החוזים כשהוא מחזק מסקנה זו מתוך מקורות המשפט העברי, אולם בבית המשפט העליון שוב התהפכה הקערה על פיה והושב על כנו פסק דינו של בית משפט השלום.<sup>5</sup>

שלושה מאפיינים עיקריים יש לו לשעבוד הצף:<sup>6</sup>

- א. הוא חל על כלל נכסי החייב.
  - ב. הוא חל גם על נכסים עתידיים.
  - ג. כל זמן שלא גובש השעבוד, החייב יכול לסחור בנכסיו ולהעביר את הבעלות בהם לצד שלישי כשהיא נקייה משעבוד.
- במשפט העברי אין הסדר זהה להסדר שנקט המחוקק בעניין השעבוד הצף, אולם לא זו בלבד שעקרונות היסוד עליהם מושתת השעבוד הצף מצויים בדיני השעבודים במשפט העברי (לא רק בעניין מישכון נכס עתידי), אלא השעבוד הקלסי והשכיח בשיטת המשפט העברי דומה ביסודו לשעבוד הצף, וכפי שנפרט להלן.

## ב. שעבוד

על פי סעיף 4 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, משכון שלא הופקד בידי הנושה כוחו יפה כלפי נושים אחרים רק עם רישומו אצל רשם המשכונות. החוק אינו דן אפוא במישכון כלל נכסי החייב, אלא רק במישכון נכסים מוגדרים. לעומת זאת שעבוד צף נעשה על כלל נכסי החברה (או על מקצתם) מבלי שיהיה צורך לפרטם.

המשפט העברי מבחין אף הוא בין שעבוד המוטל על כלל נכסי החייב ובין שעבוד נכס ספציפי. וכאן עולה הבדל יסודי בין המשפט העברי לחוק הישראלי: במשפט העברי, עם עריכת שטר החוב משתעבדים לנושה כל נכסי המקרקעין של החייב מאליהם, בלא צורך ברישום ואף לא בהסכם,<sup>8</sup> כדברי הרמב"ם:

על תוקפם של דיני פשיטת רגל מכוח "דינא דמלכותא דינא", ראה הרב משה פיינשטיין, "פשיטת רגל באגודה שיתופית", רפואה והלכה ג (ירושלים תשמ"ג), עמ' שמח-שמט; וכן שו"ת אגרות משה חושן משפט ב, ב).

4. ע"א 6063/05 עצמון נ' עזבון המנוח דוד בר לבב ז"ל, פסק דין מיום 29.11.05 (לא פורסם).
5. בר"ע 65/06 עזבון המנוח דוד בר לבב ז"ל נ' עצמון, פסק דין מיום 28.3.08 (טרם פורסם).
6. ראה בעניין זה ש' לרנר, שעבוד נכסי חברה (תל-אביב, תשנ"ז), פרק 6.
7. יש לציין שעל פי המשפט העברי ניתן לשעבד מקרקעין בלבד, לעומת זאת, ככלל, הנושה אינו טורף מיטלטלין מן הלקוחות (ראה רמב"ם, מלוה ולוה יח, ב; שולחן ערוך, חו"מ ס, א). שוני זה אינו נובע מהבדל עקרוני בין מקרקעין למיטלטלין, אלא הוא נובע מן השוני בפרסום הניתן לדבר השעבוד, שכן בעוד שלשעבוד קרקעות פרסום רב, דבר המאפשר לקונה לברר אם לפניו נכס משועבד ולהיזהר מפני הסיכון שבקנייה, שיעבוד מיטלטלין אינו מתפרסם על פי רוב, והקונה אינו יכול לדעת אם לפניו נכס משועבד אם לאו.

כל מלוה בשטר, גובה אותה מן היורשין ומן הלקוחות כמו שיתבאר. ומלוה על פה, גובה אותה מן היורשין ואינו גובה אותה מן הלקוחות, לפי שאין לה קול לפיכך לא יטרוף בה. אבל מלוה שבשטר, קול יש לה, והלוקח הפסיד על עצמו, שלא שאל עד שידע שנכסיו של זה משועבדין במלוה שעליו,<sup>9</sup> שכל נכסי הלוה תחת שיעבוד המלוה מן התורה.<sup>10</sup>

זהו ה"שעבוד" בו עוסקים רוב מקורות המשפט העברי. אם הפצים הצדדים לייחד נכס מסוים שישימש כערובה לפירעון החוב, שעבוד המכונה במקורות בשם "אפותיקי",<sup>11</sup> עליהם לציין זאת במפורש בשטר החוב<sup>12</sup> (סוג זה של שעבוד נדון הרבה פחות בתלמוד ובפוסקים).<sup>13</sup>

נמצא אפוא שבנקודה זו של תחולת השעבוד על כלל נכסי החייב דומה השעבוד הכללי שבמשפט העברי להסדר החוקי בעניין "שעבוד צף". אם כי ראוי להעיר, שבעוד ששעבוד צף מקנה לנושה זכות קדימה על פני נושים לא מובטחים, אף כשהחוב כלפי נושים אלה נוצר לפני שנוצר השעבוד, הרי במשפט העברי השאלה אם בעל שעבוד (מלוה בשטר) קודם לנושים לא מובטחים שקדמו לו (מלוה בעל פה), שנויה במחלוקת הפוסקים.<sup>14</sup>

### ג. שעבוד נכסים עתידיים

מן המאפיינים הבולטים של השעבוד הצף הוא תחולתו על נכסים עתידיים שאינם ברשות החייב בשעת יצירת השעבוד. במאפיין זה בלבד התמקד השופט וינוגרד בדבריו על המשפט העברי, כשהראה אל נכון שלמרות הכלל לפיו "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם",<sup>15</sup> הרי

[הערת עורך: עיין בקצות החושן לט, א, ובמילואי חושן שם, שיש הסוברים שההבדל בין קרקעות למטלטלין יסודו בדין תורה ולא בתקנת חכמים הנובעת מרמת הפירסום. ד.כ.]

8. השווה לסעיף 3 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967.
9. הלוואה שנעשתה בשטר, שחתומים עליו עדים, נחשבת להלוואה שיש לה פרסום ברבים, כך שמי שמנהל עסקים עם החייב וקונה ממנו סחורה יכול היה לדעת שסחורה זו משועבדת כבר לטובת נושיו של המוכר והם עלולים לטרוף את הסחורה מיידיו, ועליו היה להיזהר. מה שאין כן אם ההלוואה נעשתה בלא שטר ("על פה"), שם אין פרסום להלוואה, ועל כן הנכסים שמכר החייב אינם משועבדים לפירעון החוב (השאלה אם הלוואה שנעשתה בפני עדים אך בלא כתיבת שטר, דינה כמלוה בשטר או כמלוה בעל פה, חורגת ממסגרת חוות דעת זו).
10. רמב"ם, מלוה ולוה יא, ד. וראה גם: רמב"ם, מלוה ולוה יח, א; שולחן ערוך, חו"מ קיא, א. שאלה זו אם "שעבודא דאורייתא" או "שעבודא דרבנן" שנויה במחלוקת, אך אין כאן המקום להאריך.
11. מן היוונית – דבר שהופרש.
12. ראה למשל: רמב"ם, מלוה ולוה יח, ג; שולחן ערוך, חו"מ, קיז, א.
13. לדיון בתלמוד ראה: גיטין מא, א; בבא קמא צו, א. לדיון בפוסקים ראה: רמב"ם, מלוה ולוה יח; שולחן ערוך חו"מ קיז.
14. ראה שולחן ערוך חו"מ קד, יג; ש"ך שם, כ.
15. על מחלוקת התנאים בעניין זה בין רבי מאיר לחכמים, ראה יבמות צג, א. וראה גם: גיטין מב, ב; קידושין עח, ב; בבא מציעא לג, ב. לפסיקת ההלכה כשיטת חכמים ראה: רמב"ם מכירה כב, א; שולחן ערוך חו"מ רט, ו; רמ, ד. יש לציין שמדברי רש"י קדושין סב, ב, ד"ה כמאן אי כרבה, עולה שלדעתו הלכה כרבי מאיר ש"אדם מקנה דבר שלא בא לעולם".

הלכה פסוקה היא שהחייב יכול לשעבד לנושה גם נכסים עתידיים, אם הוא מציין זאת במפורש בשטר החוב "דאיקני [=שאקנה]". מקורה של הלכה זו בתלמוד:

בעי שמואל. דאיקני (=נכסים שאקנה) וקנה, מהו? אליבא דרבי מאיר דאמר "אדם מקנה דבר שלא בא לעולם" לא תיבעי לך (=לא תסתפק), דודאי קנה. אלא כי תיבעי לך אליבא דרבנן דאמרי "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"<sup>16</sup> התלמוד נוטה לומר שאפילו לדעת חכמים אפשר למשכן נכס שעדיין אינו ברשות הממשכן. וכך נקטו במפורש פוסקי ההלכה.<sup>17</sup>

השופט וינוגרד אף סקר את שתי הגישות העיקריות ביישוב הסתירה בין הלכה זו לכלל לפיו "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם":

א. מעיקר הדין אין אפשרות למשכן נכסים שאינם ברשות הממשכן, אלא שחכמים תקנו תקנה מיוחדת בעניין זה במטרה להקל על חיי המסחר ועל קבלת הלוואות "כדי שלא תנעל דלת בפני לוויים".<sup>18</sup> היצמדות לעיקר הדין לפיו הנושה אינו יכול לגבות את חובו אלא מנכסים שהיו ברשות החייב בשעת ההלוואה, הייתה מקשה על הלווה לקבל הלוואות. כדי "שלא לנעול דלת בפני לוויים" סטו חכמים מדין תורה ותקנו תקנה לפיה החייב יוכל למשכן גם נכסים שאינם ברשותו עדיין.

ב. יש להבחין בין דיני המכר לדיני השעבודים. בשונה ממכירה שעניינה העברת נכס, שיעבוד נובע מהחוב האיש המוטל על החייב להעמיד את נכסיו לפירעון החוב. החייב עצמו משועבד לפירעון החוב, והלא הוא קיים בעולם, וכתוצאה מכך נכסיו משתעבדים לנושה באופן אוטומטי,<sup>19</sup> ואין מניעה אפוא שיתחייב הלווה לכלול בשעבוד זה גם נכסים שירכוש אחרי נטילת ההלוואה.<sup>20</sup>

נעיר ש"דבר שלא בא לעולם" אינו רק נכס שלא קיים בשעת המכר, אלא גם נכס קיים שאינו בבעלותו של המוכר עדיין, כלשון הרמב"ם (מכירה כב, ה): "דבר שאין ברשותו של מקנה אינו נקנה, והרי הוא כדבר שלא בא לעולם". אבל השוהה רמ"א חו"מ רט, ד.

16. בבא בתרא קנו, א-ב.

17. ראה: רמב"ם מלוה ולוה יח, א: "המלוה את חברו... ואם התנה עליו שכל נכסים שיקנה יהיו משועבדין להפרע מהן וקנה אחר שלוה ומכר או נתן הרי בעל חוב טורף מהן".

וראה גם שולחן ערוך חו"מ קיב, א, כדאי לציין שהרמ"א (שם) מביא שיטה לפיה אף אם לא כתב במפורש "דאקני" הרי זה נחשב לטעות סופר וכאילו כתב: "וי"א כיון דקיימא לן אחריות טעות סופר, הוא כל מה שראוי להשתעבד אמרינן ביה טעות סופר, ואפילו "דאקנה" נמי".

18. השופט וינוגרד מפנה בעניין זה למקורות הבאים: רשב"ם בבא בתרא קנו, א, ד"ה אלא; יד רמ"ה שם אות קסב, בפירושו השני; קצות החושן קיב, א. קצות החושן עצמו מפנה גם לנימוקי יוסף בבא בתרא, עד, א בדפי הרי"ף, ד"ה גמ', בפירושו השני. וראה גם מחנה אפרים מלוה ולוה, דיני גבית חוב, סימן א, ד"ה איברא, הדין בשאלה האם לפי גישה זו ניתן למשכן נכסים עתידיים גם שלא לצורך הלוואה? מסקנתו היא שהתקנה לא נתקנה אלא לצורך הלוואה.

19. קצות החושן דוחה גישה זו. לדעתו, העובדה שהשעבוד תקף כלפי צדדים שלישיים מעידה על כך שלנושה זכות חפצית בנכס (in rem), ולא זכות אישית כלפי החייב (in personam): "בשעבוד שרוצה לטרוף מהלקוחות, דאז צריך שיחול על גוף הנכסים שיקנה דאם לא כן איך יטרוף מהלקוחות כיון שהם לא נתחייבו? לכן צריך שיחול גוף השעבוד על הנכסים". מכוח שאלה זו כתב השופט וינוגרד שיש להעדיף

נוסף, שהדעות נחלקו בין הפוסקים אם חייב ששעבד את נכסיו העתידיים יכול לחזור בו בטרם יגיעו נכסים אלו לרשותו. הרשב"א<sup>21</sup> סבור, שכל זמן שהנכסים לא באו לרשות החייב הוא יכול לחזור בו.<sup>22</sup> לעומתו סבור הרמב"ן,<sup>23</sup> שעבוד נכס עתידי אינו שונה מכל עסקה אחרת, ומשכך אין המשעבד יכול לחזור בו לאחר שנחתמה העסקה. להלכה נתקבלה דעת הרמב"ן.<sup>24</sup>

חשוב להבהיר, שאם קנה החייב נכס אחרי נטילת ההלוואה ונכס זה נמצא ברשותו (ולא נמכר לאחרים), אין ספק שהנושה יכול לגבות את חובו ממנו, אף שהחייב לא שעבד לו את נכסיו העתידיים (כלומר, הצורך בשעבוד נכסים עתידיים הוא רק כדי לאפשר לנושה לטרוף אותם מן הלקוחות). אמנם, נחלקו הפוסקים בשאלה אם בכגון זה (שהנכס נמצא ברשותו של החייב) מי ששעבד את נכסיו העתידיים של החייב קודם לבעל שעבוד רגיל שקדם לו.<sup>25</sup>

#### ד. מכירת נכסי החייב נקיים משעבוד

מאפיין חשוב נוסף לשעבוד הצף נוגע למכירת הנכס המשועבד. נכסים שנמכרו בטרם התגבש השעבוד הצף לכדי שעבוד קבוע עוברים לקונה כשהם נקיים משעבוד, מה שאין כן נכס שמושכן בשעבוד קבוע על פי חוק המשכון.

גם בכך דומה השעבוד הצף לשעבוד הכללי של המשפט העברי, אם כי אינו זהה לו. אמנם ראינו לעיל שכלל נכסי המקרקעין של החייב משתעבדים לנושה באופן שיוכל לטרוף אותם מן הלקוחות באם לא יעלה ביד החייב לפרוע את חובו מתוך הנכסים שברשותו. עם זאת ברור שלמעשה לא ניתן לגבות נכס משועבד שצד שלישי קנה מן החייב, כל זמן שבידי

את הגישה לפיה הסבר ההלכה הוא בתקנת חכמים "שלא תינעל דלת בפני לווים", אך דומה שבניסוח הדברים שהצענו יש כדי לענות על קושיית "קצות החושן". וראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, ב, קלג, ד"ה והנה כעת.

20. ראה: שו"ת הרשב"א ג, סה; הוספות כתובות נד, ב, ד"ה אף על פי, בשם רבי אליהו; שו"ת חכמי פרוניניציא ב, כ; שו"ת מהרי"ט חו"מ, כג, ד"ה והנה ראיתי; שו"ת שואל ומשיב שם. וראה גם ר"ן כתובות מד, ב, בדפי הרי"ף, ד"ה המוכר בשם רבנו תם בעניין מחילה על חוב.

נימוק אחר מציע המאורי בבא בתרא קנו, א, ד"ה זה. לדעתו, לא ניתן לזכות ב"דבר שלא בא לעולם" דווקא כשהבעלים צריך להקנות לזוכה את הנכס, אולם כשהזוכה מקבל את הנכס על פי הדין, אין זה משנה אם שעת החיוב קדמה לרכישת הנכס. המאירי אומנם אינו סבור שגופו של החייב משועבד, אך לדעתו "שיעבודא דאורייתא", היינו שמדין תורה נכסי החייב משועבדים באופן אוטומטי ללא צורך בשעבודם על ידי החייב ("ונשתעבד משעת המקח מן הדין, ולא מצד הקנאות"), ועל כן השעבוד חל גם על נכסים עתידיים. וראה גם קצות החושן קיב, א, המציע אף הוא פירוש זה ודוחה אותו.

21. ראה: חידושי הרשב"א בבא מציעא סו, ב, ד"ה אמר רב הונא; ובבא בתרא קנו, ב, ד"ה וכן תני.

22. כך מסיק הרשב"א מדברי התלמוד, בבא מציעא סו, ב, הקובע שאף לשיטת רבי מאיר לפיה "אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", יכול המוכר לחזור בו בטרם באו הנכסים לרשותו.

23. חידושי הרמב"ן בבא בתרא מד, ב, ד"ה ומדלא. דעות הרמב"ן והרשב"א מובאות גם בנימוקי יוסף בבא בתרא כד, א, בדפי הרי"ף, ד"ה וניחוש.

24. רמ"א חו"מ קיב, א, מביא את שתי הדעות, אך את הדעה השניה (דעת הרמב"ן) הביא בלשון "ויש חולקים" ועל פי כללי הפסק זו הדעה הקובעת. הש"ך שם, ב, פסק במפורש כדעת הרמב"ן.

25. ראה סמ"ע חו"מ קד, יט. ולעומתו ש"ך שם, טו. אבל אין כאן מקום להאריך בביאור מחלוקת זו.

החייב נותרו מספיק נכסים שאפשר להיפרע מהם, זאת בהתאם לכלל "אין נפרעים מנכסים משועבדין במקום שיש נכסים בני חורין".<sup>26</sup> אך לא זו בלבד, אלא אפילו אם לאחר מכן ימכור החייב את שאר נכסיו באופן שלא יישארו ברשותו נכסים כנגד החוב, לא יוכל הנושה לטרוף מן הקונה שכן הלה יוכל לטעון כלפיו: "הנחתי לך מקום לגבות ממנו",<sup>27</sup> כלומר השארתי ברשות החייב נכסים שניתן להיפרע מהם, ועליך לטרוף מהם תחילה.<sup>28</sup> (ורק אם אבדו אלה רשאי אתה לטרוף ממני,<sup>29</sup> אבל זהו למעשה מקרה נדיר ביותר).<sup>30</sup>

## ה. סוף דבר

העולה מדברינו הוא, שהשעבוד הכללי שבמשפט העברי מזכיר מאוד את השעבוד הצף: החייב משעבד את כל נכסיו לנושה, אבל למעשה השעבוד מתגבש לשעבוד בר מימוש רק בשעה שלחייב לא נותרו נכסים העולים על גובה החוב.<sup>31</sup> אפשר אפוא לקבוע, שבעוד שבתורת השעבודים במשפט הישראלי הכלל הוא השעבוד הספציפי (משכון) ואילו השעבוד הצף הוא החריג, הרי ההפך הוא בתורת השעבודים במשפט העברי: השעבוד הקלסי קרוב לשעבוד הצף, ואילו שעבוד נכס ספציפי ("אפותיקי") הוא החריג.

26. ראה למשל: גיטין מח, ב; רמב"ם מלוה ולוה, יח, א; שם, יט, ב.

27. מקור הביטוי בכתובות צה, א ובבא קמא ח, א.

28. וכפי שמפורש בהלכת הרמב"ם יט, ה: "מכרן [החייב את קרקעותיו לקונים אחדים] לזה אחר זה, כולן (=כל הנושים) טורפין מן האחרון, לא הספיק, טורפין משלפניו, לא הספיק, טורפין משלפני פניו. שהרי הלוקח הקודם אומר לטורף 'הנחתי לך מקום לגבות ממנו'". וכך נפסק גם בשולחן ערוך חו"מ קיט, ד.

29. ראה כתובות צה, א-ב. וכך פסקו: רמב"ם מלוה ולוה יט, ב; שולחן ערוך חו"מ קיא, יב.

30. מה עוד שהרשב"א (שו"ת הרשב"א א, אלף לט) פסק שאם הקרקע נפלה בידי גנב או אנס, אין זה נחשב שאבדה הקרקע ויצטרך הנושה להמתין משום "שמצויין הן בעלי זרוע ליפול וסוף שיגבה חובו" (מובא במגיד משנה מלוה ולוה יט, ב).

31. נזכיר שהשעבוד במשפט העברי שונה מן השעבוד הצף בהיבטים הבאים: הוא מותנה בכך שהייתה ההלוואה בשטר ובעדים (לעיל, הערה 9), אם כי נראה שרישום השעבוד הצף, שכמוהו כרישום החוב, ממלא במציאות המודרנית את תפקיד הפרסום שמילאו בעבר השטר והעדים; כעיקרון הוא כולל רק נכסי מקרקעין (לעיל, הערה 7); השאלה אם בעל השעבוד קודם לנושים לא מובטחים שקדמו לו, שנויה במחלוקת (לעיל, הערה 14); השאלה אם שעבוד נכסים עתידיים מקנה זכות קדימה לעומת שעבוד רגיל, שנויה גם היא במחלוקת (לעיל, הערה 25).