

פרק ג':

כונס נכסים לביצוע תיקונים

1. מינוי כונס נכסים שיטפל בתיקון ליקויים שונים בבניין, הכיצד?

ע"א 674/79 מרסל נ' פסג' העצמאות ברמת-גן בע"מ ואח', פ"ד לה (3) 790.

המחוזי, היתה, שבכנותה את הדירה על-גבי גג דירתו הפרה המשיבה את הסכם המכר, כי לפי ההסכם היתה דירתו מיועדת להיות דירת גג (פנטהאוז), ומטבעה של דירה כזאת, שהיא שוכנת במרומי הבניין ללא שום בניה מעליה. כן טען, שבניית הדירה הנוספת מעל לדירת הגג שלו פוגעת בפרטיות, שהוא זכאי לה בדירת הגג שלו.

עתירת המערער בהמרצת הפתיחה היתה להרוס את הדירה שעל-גבי דירתו, ולחלופין לחייב את המשיבים בפיצויים בשל הפרת הסכמי המכר או בפיצויי נזיקין. הנשיא התורן, כב' השופטת ח' אבנור, דחתה את העתירה, על-פי האמור בשני הסכמי המכר הנ"ל, ובמיוחד בסעיפים 3 ו-6 מהם. סעיף 3 קובע, כי:

"המוכר רשאי... לשנות מזמן לזמן את תוכניות הבית ולבנות כפי שיראה לו את יחידותיו, צורתן והפיכתן למטרות שונות, - הכל פרט לנמכר עצמו - למעט שינויים בנמכר ו/או בבית שידרשו על-ידי רשות מוסמכת למרות שאינם בהתאם לתאורים של הנמכר."

בסעיף 6 של ההסכמים נאמר:

"המוכר יהיה רשאי להוציא חלקים מהרכוש המשותף של הבית לפי ראות עיניו לרבות קירות חיפויים, גג, וקרקע... ולהצמידם לפי חוקי המקרקעין ולעשות במוצמדים כרצונו לרבות בנייתם ו/או עליהם."

על יסוד הוראות אלה מצאה השופטת, שהמשיבה היתה רשאית, על-פי המוסכם בין המערער לבניה, לבנות על גגה של דירת הגג של המערער.

בית-המשפט בערעור סבור היה, כי לא היה מנוס ממסקנה זו. לכאורה, השתייך הגג הנדון, כמו כל גג אחר, לרכוש המשותף של הבית, העתיד להירשם כבית משותף. אך סעיף 6 שמר בפירושו ובלשון שאינה משתמעת לשתי פנים על זכותה של המשיבה לנצל גג זה לשם בניה נוספת.

"נוכח הדברים המפורשים שבהסכם המכר אין עוד להיעזר בפרשנות המונחים 'דירה בקומה עליונה' בהסכם הראשון ו'דירה הנמצאת בקומה 15 של המגדל (אחרונה)' בהסכם השני, שהם עצמם אינם חד-משמעיים; וכן גזברים הדברים המפורשים בהסכם על כל הנחה מסתברת - אם אכן קיימת

המערער ערך הסכם עם המשיבה הראשונה לקניית דירה בבניין רב קומות, שהמשיבה הקימה. הדירה תוארה בהקדמה להסכם בתור דירה של חמישה חדרים "הנמצאת בקומה העליונה, כמפורט בתאור הטכני והתוכניות הרצופות בהסכם זה ומהווים חלק בלתי-נפרד ממנו". תוכניות אלה הראו, שבבניין יקום מגדל של חמש-עשרה קומות, ועל גג המגדל שתי דירות, שהדירה, שעליה נסב ההסכם הזה, היתה אחת מהן. אחר-כך נעשה הסכם שני בין אותם צדדים למכירת דירה נוספת "הנמצאת בקומה 15 של המגדל (אחרונה)". מסתבר שהיתה זאת הדירה שמתחת לדירה, שנמכרה לפי ההסכם הראשון.

בשתי עסקות המכר היה המערער מיוצג על-ידי עורך-דין. החזקה בדירות נמסרה ובאישור המסירה, שניתן לשני המשיבים, נאמר כלהלן:

"הננו מאשרים בזה שקבלנו לשביעת רצוננו המלאה את הדירה שרכשנו מכס בבית בחלקה 739 בגוש 6127 ואין לנו כלפיכם כל טענות, תביעות או דרישות כלשהן בכל צורה שהיא, ומאשרים כי כל תנאי ההסכם שבינינו וכל התחייבויותיכם כלפינו מולאו על ידכם במלואם וזאת מלבד רשום זכותנו בפנקסי המקרקעין ותיקונים שנתיים." לזה הוספו בכתב-יד מעל לחתימה המילים:

"אין אישור זה מתייחס להשלמות בחלקים המשותפים."

ומתחת לחתימה:

"אישור זה מתייחס לדירת גג ודירה בקומה 15 של ברבר מרסל."

רישום הבית כבית משותף לא בוצע, כך שהיחסים המשפטיים שבין הצדדים הם עדיין בתחום החיובים החוזיים הנ"ל.

בעת מסירת שתי הדירות כבר היה בנוי על-גבי דירת המערער שעל גג הבניין שלד לבניה נוספת, שהכיל עמודים ותקרה. אחרי מסירת הדירות הושלם שלד זה, והפך לדירה בת שני חדרים, מטבח וחדרי נוחיות. ככל העולה מן החומר, היה למשיבה היתר לבנות על גבי הדירה של המערער "אטליה".

טענת המערער בהמרצת פתיחה שהגיש בבית-המשפט

בתביעה נגד המשיבים למתן צו עשה, לעשיית התיקונים וההשלמות, שבהם התחייבו, לטענת המערער. כן ציינה השופטת שטענות מעין אלה טעונות הוכחה בגביית ראיות מלאות, וגם מסיבה זו חורג הנושא ממסגרתה של המרצת פתיחה.

"בתשובתו לערעור ציין פרקליט המשיבה שבמחקה חלק זה של המרצת הפתיחה על-הסף נתנה השופטת פסק-דין חלקי ולא 'החלטה אחרת', בגדר סעיף 19(ב) לחוק בתי-המשפט, התשי"ז-1957, כי החלטת השופטת סיימה סופית את הדיון בנושא זה, ועל-כן היה למערער ערעור בזכות על החלטת המחיקה, ואי-אפשר היה לצרף ערעור עליה לערעור על פסק-הדין הסופי, כי בינתיים חלף המועד להגשת ערעור בזכות על החלטת המחיקה. נראית לי טענה זו של פרקליט המשיבה, ובוזה נימוק ראשון לדחיית הערעור בחלקו זה. נימוק נוסף הוא, כפי שהסבירה השופטת, שהנושא כולו לא היה ראוי לדיון בדרך המקוצרת של המרצת פתיחה, על יסוד תקנה 312 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963, או אחרת, בהיותו טעון בירור עובדתי מפורט. כן אני מסכים, שהעניין אינו מתאים למינוי כונס נכסים בעל סמכויות רחבות, כבקשת המערער. הדרך הנכונה היא להביא טענותיו של המערער בדבר הליקויים בחלקים המשותפים של הבניין לידי בירור בדרך הגשת תביעה לאכיפת ההסכמים ולחיוב המשיבה לעשות את התיקונים הדרושים."

הנחה כזאת - שעל גגו של פנטהאוז לא יבנה זר. בכריתת הסכמים עם המשיבה עסק עורך-דין, שחוקה עליו, כי עיין היטב בכתוב בהם."

בית-המשפט הוסיף, כי בעת מסירת הדירות כבר היה קיים השלד לבניה נוספת מעל לדירת הגג של המערער, ולמרות זאת חתם המערער או בא-כוחו על האישור הנוכח, כי אין לו "כל טענות תביעות או דרישות כלשהן בכל צורה שהיא, ומאשרים כי כל תנאי ההסכם שבינינו וכל התחברויותכם כלפינו מולאו על ידכם במלואם..."

בית-המשפט גם לא מצא ממש בטענה אחרת של המערער, שהוא זכאי לצו ההריסה שביקש, מפני שהדירה שעל גג דירתו נבנתה ללא היתר, וקבע, כי אפילו לא היה למשיבים היתר בניה כדין, אין בדבר כשלעצמו כדי להוסיף למערער זכות קניינית, שאין בידו לפי הסכמי הרכישה שעשה.

בהמרצת הפתיחה נכלל גם נושא שני, בנפרד מטענות המערער בייחס לבניית הדירה הנוספת. המדובר בליקויים שונים בהשלמת חלקים משותפים של הבניין כולו. כדי להביא דברים אלה על תיקונם הוצע בהמרצת הפתיחה למנות כונס נכסים במינוי של קבע ולהעניק לו סמכויות רחבות.

בית-משפט קמא מחק חלק זה של המרצת הפתיחה על-הסף, מן הטעם שנושא זה אינו מתאים לבירור בדרך המרצת פתיחה, כי מקומן הנכון של דרישות אלה הוא

2. ניתן להשתית תובענה למינוי כונס נכסים כאמצעי ראשי למימוש זכויות בנכס.

ע"א 846/75 עוניסון חברה לבניין בע"מ ואח' נ' אלכסנדר דויטש ואח', פ"ד (2) 398.

נעתר בית-המשפט גם לבקשה העיקרית ואישר את המינוי הזמני של כונס הנכסים כמינוי של קבע. המינוי נעשה לגבי חלקת האדמה נשוא הדיון וכל הבנוי עליה והקשור אליה באופן קבוע וכל נכסי המערערים המצויים באתר בניה זה, וכן לגבי הזכויות והתביעות הכספיות של המערערים בקשר עם הדירות שבבית ההולך ונבנה. על כונס הנכסים הוטל 'לדאוג להשלמת הבניה של הבית המשותף האמור כדי לאפשר מסירת הדירות שבו לרוכשיהן בהתאם לתנאי התקשרויותיהם, ולמסור דירות אלה לרוכשיהן כנגד תשלום כל חובותיהם בגין דירות אלה'.

כלפי מינוי זה מופנה הערעור והטענות העיקריות של המערערים הן אלה:

1. המרצת פתיחה איננה הצורה המתאימה לתובענה בנושא הדיון.
2. אין להשתית תובענה על מינוי כונס נכסים כסעד יחיד ועיקרי, ולא כסעד ביניים.
3. מכל מקום, לא נתקיימו התנאים למינוי כונס כזה.
4. אין לבצע חוזה בניה באמצעות כונס כשליח של בית-

"המערער רכש ממישכ מס' 9 ואשתו ורשם על-שמו חלקת קרקע בכפר-סבא. בתמורה התחייב למסור להם, תוך שנתיים מיום עשיית החוזה ביום 26.11.72, שתי דירות בבית שיוקם על החלקה. לבניית הבית הקים המערער החברה, היא המערערת השניה, וזו החלה בהקמת בית בן תשע דירות. בד-בבד עם התחלת הבניה התקשרו המערערים עם קונים לרכישת שש הדירות שנותרו למכירה, לאחר שאחת הובטחה לחתנו של המערער, ונקבעו מועדים שונים למסירת הדירות לרוכשיהן. בפועל לא הושלמו הדירות ולא נמסרו לבעליהן במועדים הקבועים ואף העבודה בבניין הופסקה. לפנייתם של אלה למערער, נדרשו לשלם סכומים נוספים על המחירים המוסכמים עבור התייקרות הבניה, בניגוד לחוזה. כיון שכך, פנו המשיבים לבית-המשפט בהמרצת פתיחה בה ביקשו למנות כונס נכסים לכל רכושם של המערערים ולהעניק לו את כל הסמכויות שבידי בעלי הרכוש, לרבות הסמכות לנהל המשך והשלמת בניית הבית הנדון. יחד עם זאת ביקשו המשיבים למנות כונס נכסים זמני, והוא נתמנה על רכוש המערערים שבאתר הבניה של הבית. לבסוף,

השופט עציוני כי לגבי סוגי המקרים שבהם יהיה צורך ונוח למנות כונס נכסים, יש להשאיר מרחב סביר לשיקול-דעתו של השופט, בהתחשב בהתפתחות הצורות המשפטיות של עסקי המסחר והכלכלה, והיקפן העצום. אף כי דברים אלה נאמרו בקשר למינוי כונס נכסים על-פי תקנות סדר הדין האזרחי כאמצי עזר למימוש זכויות, חושבני כי הרעיון הטמון בהם יכול להועיל גם למקרה כמו זה שלפנינו בדבר תובענה למינוי כונס נכסים כאמצי ראשי למימוש זכויות בנכס.

לגבי הטענה בדבר אי-קיום התנאים למינוי כונס נכסים נאמר כי לפי הפתיחה של סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) הכלל הוא ש-הנפגע זכאי לאכיפה. ואם עוד לפני היותו של חוק זה נהגנו לפי הכלל שצו לביצוע בעין של חוזה למכירת מקרקעין ניתן כדבר שבשיגרה, לא כל שכן בדירה שנרכשה למגורי משפחת הקונה, הרי שכיום אחרי חוק התרופות נעשה הדבר הזה נחלת הכלל. בכל מקרה - מלבד באלה המנויים בסיפא של סעיף 3 - ייאכף כל חוזה על-פי תביעת הנפגע כדבר מובן מאליו. זהו כיום הסעד הראשוני והעיקרי בכל מקרה של הפרת חוזה, והוא ינתן אלא אם האכיפה הישירה נמנעת על-פי אחד מארבעת הסייגים שבהמשכו של סעיף 3. אם כך הוא הדבר, כיצד ניתן לסלק את התוצאות של הפרת חוזה בניה על-ידי הפסקת העבודה ואי-מסירת הדירות שנרכשו במועדן אם לא על-ידי מינוי אדם שיטול את התפקיד של השלמת העבודה במקום הנתבע? לגבי אכיפת ביצוע חוזה בניה על-ידי כונס כשליה של בית-המשפט. נאמר כי בעניין דנן ונסבותיו מינוי כונס הנכסים לשם השלמת הבניה היה במקומו ואין להתערב בו.

המשפט. לגבי ההליך שנקטו בו המשיבים נקבע כי "גופו של העניין הוא כזה שהכרעה מהירה בו חשובה ביותר לכל הצדדים. בעוד שהמשיבים מצפים לקבל את דירותיהם שהיו צריכים לקבלן מלפני זמן רב, הפסיקו המערערים את העבודה בבניין. מינוי אדם על-ידי בית-המשפט לחידוש העבודה ולהשלמת הבית הוא צורך דחוף וממש חיוני בשבילם. מצד שני, הבניה הולכת ומתייקרת, וככל שמקדימים את השלמתה מקטינים את ההוצאה הכרוכה בכך, וזה לטובת המערערים. מכל בחינה שהיא ברור שהמרצת הפתיחה כפי שהוגשה היתה דבר בעתו.

תובענה למינוי כונס נכסים כסעד יחיד. האמת היא שאין זו תובענה רגילה ומקובלת. מקובל שבתובענה למימוש זכויות מתבקש בית-המשפט למנות כונס נכסים כאמצי עזר. תקנה 264(א) לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת, כי בית-המשפט רשאי, אם הדבר נראה לו צודק ונוח... למנות כונס נכסים... בין לפני מתן פסק-הדין ובין לאחריו. על-אף הלשון הברורה הזאת, שאינה מגבילה את שיקול-דעתו של בית-המשפט אלא שהדבר יראה לו צודק ונוח, עד שניתן לאחרונה פסק-הדין ב-ע"א 689/74 בשמ"ת ואח' נ' עיריית אילת, פ"ד כט(2) 281, שררה הדעה שנקבעה ב-ע"א 224/47 טחורש ואח' נ' שצ'ופק, פ"ד ב(1) 414, כי בית-המשפט ישתמש בסמכותו למנות מקבל נכסים רק בשלושת המקרים הבאים:

(א) כדי לשמור על הרכוש, נשוא המחלוקת, בזמן שקיים סכסוך התלוי ועומד לפני בית-המשפט;
(ב) לשמור על רכוש הנתון בסכנת השמדה על-ידי אנשים (מסויימים);

(ג) לשם ביצוע פסק-דין במקרים ידועים.
בא פסק-הדין האחרון ב-ע"א 689/74, (2), וקבע מפי

3. אי-סיום עבודות בניה. מינוי כונס נכסים להשלמת בניה - שערורך יתרת המחיר.

ע"א 540/69 אברהם שמואלי, דוד שמואלי נ' יצחק לוי ואח', פ"ד לו(2) 45.

ביום 19.3.72 התקשר המשיב 1 עם שני המערערים, קבלני בניין, בחוזים לרכישת שתי דירות, האחת בקומה הראשונה ואחת בקומה העליונה, בבית דו-קומתי, אשר המערערים התחייבו להקים. ההסכם א/1 הוא ההסכם המתייחס לדירה העליונה, ועל פיו התחייבו המערערים לסיים את הבניה עד יום 1.3.73 ולרשמה על-שם המשיב לא יאוחר מאשר חודש לפני גמר הבניה. משקצב הבניה לא התקדם באופן המניח את הדעת, והמשיב נוכח, כי הדירה לא תסתיים במועד המוסכם, נעשה הסכם נוסף בין הצדדים ביום 1.11.72 (נספח א/2), ובו הוסכם, כי "תמורת הסך של 7000 ל"י", אשר המשיב ישלם למערערים, "בטל ומבוטל בזה החוזה א' (דהיינו החוזה המתייחס לדירה שבקומה הראשונה...)". והסך של

45,000 ל"י, אשר שולם על-חשבון מחיר שתי הדירות גם יחד, ייזקף על-חשבון תשלומים, המגיעים לקבלן בגין החוזה לרכישת הדירה העליונה בלבד. בסעיף 18 של ההסכם א/1 התחייבו המערערים לחתום לפקודת המשיב על יפוי-כוח בלתי-חוזר, אשר יקנה למשיב את הזכות לרשום משכנתה ראשונה על החלקה הנ"ל על כל סכום המגיע לו או שיגיע לו מזמן לזמן מן הקבלן, ואין חולק, כי ביום 26.2.74 עשה המשיב שימוש ביפוי-כוח זה ורשם לזכותו משכנתה על סך 199,000 ל"י. בניית הדירה העליונה (להלן: הדירה) לא הושלמה, והמשיב פנה לבית-המשפט המחוזי בהמרצת פתיחה, בה ביקש לצוות על המערערים לרשום על-שמו את הדירה כיחידה נפרדת בבית משותף, על הצמדותיה בהתאם

לאור זאת אוכל להשאיר בצריך עיון את השאלה המשפטית, אם עדיין ניתן להעניק את הסעד של ביצוע בקירוב, אשר הפסיקה שלנו שאלה בזמנו מן החוק המקובל האנגלי, עתה לאחר שחל חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

טענה אחרת היתה, שאין לצוות על ביצוע בעין של ההסכם, כי עקב העובדה שהבניה נעשתה על-פי תוכנית שונה מהמוסכם, שפרטיה לא התבררו, יתקשה בית-המשפט לאכוף את ביצוע ההסכם.

בית-המשפט ציין, כי על-פי חוק החוזים (תרופות), החל בעניין זה, סעד האכיפה הוא הסעד הראשוני והעיקרי, ובפסיקה הוחלט, שאת הקושי שבפיקוח על קיום צו האכיפה, במובן סעיף 3(3) של החוק הנ"ל, בכל הנוגע לביצוע עבודות בניה, ניתן לפתור על-ידי מינוי כונס נכסים קבוע.

כך גם נעשה במקרה דנן.

לגבי טענת המערערים בדבר שיהוי מטעם המשיב, המצדיק מניעת הסעד המבוקש על ידיו נקבע, כי זו היא טענת הגנה, ואותה חייבים היו המערערים להוכיח מן הבחינה העובדתית.

"אין שיהוי המונע אכיפת ההסכם, אלא אם יש לראות בו משום ויתור על הזכות הנתבעת, ואם יביא להרעת מצבו של הצד שכנגד."

בנסיבות מקרה זה נדחתה טענת השיהוי ונקבע, שהמערערים הם שלא יצאו ידי חובת ההוכחה.

המערערים תוקפים גם את החלטת בית-המשפט קמא, בה ציווה על אכיפת ההסכם והורה על אופן תשלום יתרת המחיר למערערים על-פי שתי אפשרויות, לפי בחירת המשיב. האחת, התשלום ייעשה לאחר השלמת הבניה ולאחר עריכת חשבון של יתרת הסכומים, המגיעים על-פי ההסכם, לעומת הסכומים שיוציא המשיב להשלמת הבניה, ורישום הדירה על-שם המשיב ייעשה רק לאחר שיכסה את מלוא המחיר החוזי. והשניה - הפקדת יתרת המחיר החוזי על-מנת לזכות ברישום מידי של הדירה, עם זכות לתבוע כל סכום, שהמשיב יוציא על השלמת הבניה, מעבר ליתרת המחיר שטרם סילק. בשני המקרים הועמדה חובת תשלום יתרת מחיר הדירה על-פי המחיר המקורי שבהסכם.

לטענת המערערים לא היה זה צודק לצוות על האכיפה בשל ירידת ערך הכסף שחלה מאז נעשה ההסכם, ולחלופין, לא היה זה צודק לצוות על האכיפה בתנאי התשלום של המחיר המוסכם מבלי לשערו.

בית-המשפט פסק:

"כי המערערים הם שהפרו את ההסכם. כאשר לטענתם, כי בית-משפט קמא טעה בהחליטו לאכוף את ההסכם, כבר נפסק, כי 'שינוי הנסיבות כתוצאה מהאינפלציה אינו מחייב כשלעצמו דחיית תביעה לאכיפת החוזה' (ע"א 614/78 מלכין ואח' נ' גייר ואח', פ"ד לג(3) 773, 780). אכן, לא יצווה בית-המשפט על אכיפה, אם לא היה זה צודק, אך כשאי הצדק הוא תוצאת ירידת ערך הכסף, ניתן לסלק את עוקצו על-ידי התנאת האכיפה בתנאי שיערוך. השיערוך אין בו אלא קביעת תשלום לפי

להסכם, לאפשר לו לבצע את העבודות להשלמת הדירה ולמנות כונס נכסים לשם ביצוע הרישום המבוקש.

צו נוסף בהמרצת הפתיחה, הסה משיבים 2 ו-3. הבקשה נגדם באה בשל סעדים, שקיבלו בתביעתם שלהם נגד הקבלנים, בגין הסכם, שעשו עמם לרכישת קוטג' על אותה החלקה.

בית-המשפט נענה לבקשת המשיב, מינה את כונס הנכסים, אשר מונה בזמנו על-פי בקשת המשיב 2 ו-3, להשלים את הבניה ולבצע את הרישום, והורה על אופן עריכת החשבון והתשלום למערערים על בסיס המחיר הנקוב בהסכם. מכאן הערעור.

בין היתר טענו המערערים, כי מאחר שהוברר לבית-משפט קמא, כי הדירה, שהמערערים החלו בבנייתה ושהגיעה בעת שמיעת הדיון להשלמת השלד וחלק מעבודות הפנים, לא נבנתה בהתאם לתוכנית שהותנה עליה בהסכם א/1, לא היה מקום שיוורה על אכיפת ההסכם, אשר אינו ניתן עוד לביצוע.

בית-משפט קמא התגבר על בעיה זו באמרו, כי היא אינה מהווה עוד נושא לדיון, משום שבא-כוח המשיב הודיע בעת הישיבה, כי הוא מסכים, שאם ישלימו את הדירה לפי התוכנית שאושרה, יבקש לראות את בקשתו כמתוקנת בהתאם לכך ויסתפק בהשלמת הדירה לפי התוכנית שאושרה.

החלטה זו תוקף בא-כוח המערערים בטענתו, שבית-המשפט לא היה רשאי לצוות על ביצוע בקירוב, שהרי עולה מעדות המשיב, שאין המדובר בשינוי קל, אלא בהבדלים מהותיים ויסודיים, העושים את הדירה לשונה לחלוטין מזו שהוסכם עליה. ועוד: חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, אינו מכיר בסעד מעין זה שנשאל בזמנו מהחוק המקובל, ומכל מקום, היה על המשיב לבקש תיקון בקשתו בטרם רשאי היה בית-המשפט לפסוק כך.

בית-המשפט לא היה סבור שמה שהחליט בית-משפט קמא היה החלטה על ביצוע בקירוב. לדבריו, מהאמור בפסק-הדין, בית-משפט התייחס להצהרת בא-כוח המשיב כאל ויתור על זכות, שקמה לו עקב כך שהמערערים בנו על-פי תוכנית שונה מהתוכנית המוסכמת, ולשם כך לא היה צריך בתיקון הבקשה.

"כל הטענה המשפטית ביחס לביצוע איננה, לכן, לעניין. אציין רק זאת, כי בשל חומר הראיות המוגבל והמצומצם... אין לפנינו ראיות מספיקות, שמתוכן נוכל להסיק, שמה שנבנה בפועל שונה באופן מהותי ממה שהוסכם כטענת המערערים, או שמא יש בו רק שינוי קל, שעדיין ניתן להתגבר עליו בדרך של ביצוע בקירוב, ובלבד שכוונותיהם העיקריות של המתקשרים תבואנה לידי מימוש, ולא יינתן לאחד מהם להתחמק מהתחייבותו. נטייתו של בית-המשפט היא, בכל מקרה שהדבר ניתן, להשתדל להביא למימוש ההתחייבויות, אף שהדבר כרוך בתוספת או בשינוי, שאינם מהווים תנאים חדשים או משנים את אופיו של ההסכם (ע"א 79/49 פרנט נ' יהודאי ואח', פ"ד ד(1) 375 וכן ע"א 136/51 זאובר נ' זילברברג, פ"ד ו(1) 464).

ל"י לפי נספח 2א שילים המשיב סך של 45,000 ל"י בלבד בעת חתימת שני ההסכמים, בחודש מרץ 1972, וכל יתרת הכסף עמדה לרשותו. כפי שנראה מתיק בית-המשפט המחוזי, המשיב ביקש להשתמש באפשרות השניה שנתנו לו בפסק-הדין, אך במקום שיפקיד את יתרת המחיר כאמור בסעיף 5ה של פסק-הדין, ביקש להמיר את הפיקדון בערבויות בנקאיות, ובקשתו נענתה בהסכמת בא-כוח המערערים, כך שעד היום עומד הכסף לרשותו, ונגרמו לו כנראה רק ההוצאות הקשורות בקבלת הערבויות.

אין חשיבות בעיני לשאלה, מה עשה המשיב בכסף בפועל, עובדה, שלא הובאו עליה ראיות. די הוא שהכסף היה ברשותו ועמד לשימושו בין שעשה בו שימוש לעסקיו או לענייניו הפרטיים ובין שהשקיע אותו בצורה, ששמרה פחות או יותר על ערכו הריאלי, או אחרת. בתקופתנו, ולפחות מאז שיעורי האינפלציה הגבוהים שהחלו בשנת 1974, כל אדם סביר דואג לשמירת ערך כספו, ויש ליחס למשיב התנהגות סבירה כזו.

בהתחשב בנתונים אלה סבורתני, שמן הראוי יהיה להתנות את אכיפת ההסכם בשיערוך סכום של 80,000 ל"י מתוך יתרת המחיר של 111,000 ל"י על-ידי הצמדתו החל מהמועד הנקוב בהסכם למסירת הדירה, 1.3.73, ועד לתשלום. איני מתעלמת מכך, שהדירה לא היתה גמורה באותו מועד, ואף לא ביום מתן פסק-הדין, אך מונה כונס נכסים להשלמתה, והמשיב יוכל לקזז מסכום זה את הסכומים, שהשקיע בהשלמת הדירה באמצעות כונס הנכסים, וכך יהיה מועד אחד לקביעת השווי המשווער כנ"ל ולשווי השקעותיו להשלמת הדירה."

אמת-המידה המוסכמת בחוזה, כשהיא מתורגמת לערך הכסף של היום...

בהסכם שלפנינו לא התנו הצדדים על הצמדה. אם כי אין בית-המשפט עושה עבור הצדדים הסכם, שהם עצמם לא בחרו לעשותו, סבורני, שהצודק יהיה גם בענייננו להתנות את האכיפה בשיערוך חלק מהמחיר. ההסכם נעשה בתחילת שנת 1972, והתשלומים על-חשבון המחיר אמורים היו להיגמר עד למסירת החזקה, שצריכה היתה להיעשות תוך שנה.

היה זה לפני מלחמת יום הכיפורים ומשבר האנרגיה שבא בעקבותיה, אשר סימן את תחילתה של האינפלציה הדרהדרת, שאנו חיים בה היום. דבר זה מסביר, אולי, מדוע לא נמצא בהסכם תנאי הצמדה. אמנם, כבר אז קיימת היתה אינפלציה בשיעור מרוסן, אך הצדדים בוודאי לא לקחו בחשבון את ממדיה שלאחר 1973, וברור, שאין ליחס להם את הכוונה, שהמחיר החוזי יישאר בעינו, גם אם ההסכם יבוצע כעבור שנים...

שיקולי הצדק צריכים להיות גמישים ומתאימים למסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בהנחותי עצמי מצד אחד בצורך לעשות צדק ומצד אחר בצורך להימנע מעודד הפרות הסכם 'עם סיכון קטן בצדן' (כדברי כב' השופטת בן-פורת ב-ע"א 206/79 רוטברג נ' נסים, פ"ד לד(3) 314 הנ"ל, בעמ' 336), אני רואה את העובדות הבאות כרלוואנטיות: המערערים הם שהפרו את ההסכם, והמשיב, אם כי לא הוכח שהמתנתו הגיעה עד כדי שיהוי במובן המשפטי של המילה, ישב באפס מעשה והסתפק בכתיבת מכתבים, עד שפנה לבית-המשפט בהמרצת הפתיחה שלו באמצע שנת 1978. מתוך המחיר המוסכם של 149,000 ל"י ועוד 7,000

4. א. משלא הוכח אי-צדק באכיפת חוזה, רשאי בית-המשפט, במסגרת המרצת פתיחה, לצוות על אכיפתו, במקום למנות כונס נכסים לביצועו כפי שנתבקש לעשות.
- ב. משלא הוכח כי מישהו מהמתקשרים ידע כי היה שינוי בזכות חתימה בחברה, ורישומי רשם החברות לא הראו זאת - קשורה החברה בחתימת מנהלה.

ע"א 741/78 "נפית" השקעות ופיתוח בע"מ נ' הוניגוקס, פ"ד לד(1) 748.

חלקה על תוקפם של הסכמי המכר, ועל-כן חל הסייג לתקנה 312 של תקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963, הקובעת, שאפשר לבקש החלטה בהליך של המרצת פתיחה בכל שאלה הנובעת מחוזה מכר של מקרקעין או הכרוכה בו "ואינה נובעת לקיומו או לתקפו של החוזה". השופט לנדוי ציין לעניין זה, כי הפסיקה הרחיבה והגמישה את סמכות בית-המשפט לברר עניין בהליך המקוצר של המרצת פתיחה, והדגש הושם על כך, אם דרך זו נוחה כדי להגיע להכרעה צודקת באורח יעיל ומהיר, בלי לגרום עוול דיוני למשיב. צעד קדימה נעשה, כאשר הוחלט, שבאין התנגדות של בעלי הדין, ניתן לברר בדרך המרצת הפתיחה גם סכסוך על תוקפו של חוזה מקרקעין.

בית-המשפט המחוזי חייב את החברה המערערת להעביר למשיבים את החזקה בשלוש דירות שבבניין מסויים, ולרשום את הדירות בשם המשיבים. הצו למסירת החזקה ולרישום בשם המשיבים ניתן על יסוד שלושה הסכמים שעשתה המערערת ביום 13.3.1975 עם שלוש קבוצות המשיבים, הסכם נפרד בנוסח כמעט זהה עם כל קבוצה. הצו ניתן על-פי המרצת פתיחה שבה ביקשו המשיבים לערער למנות כונס נכסים קבוע על חלקות האדמה שעליהן הוקם הבניין הנ"ל ועל כל הבנוי עליהן, אשר יבצע את המוטל על המערערת על-פי שלושת ההסכמים. אחת מטענות המערערת היתה, שהסכסוך בין בעלי הדין לא היה יכול להתברר בדרך המרצת פתיחה, כי המערערת

השינוי בזכות החתימה שנעשה ביום 1.3.1975, ושנגע לניהול הפנימי של ענייני החברה. רישומי של רשם החברות לא גילו זאת ועל-כן קשורה החברה על-ידי חתימת ד"ר מנדלבאום, שעסק בפועל בענייניה. יתר-על-כן, ד"ר מנדלבאום קיבל סכום של 60,000 ל"י שהגיע מן המשיבים כחלק מן התמורה בעד שלוש הדירות (עיקר התמורה ניתנה בצורת מניות ואגרות חוב). גם את קבלת הסכום הזה אישר ד"ר מנדלבאום בחתימתו על גבי חותמת החברה, ולזה הוא היה מוסמך לכל הדעות. אין הוא טוען ששלשל את הכסף לכיסו, והחברה קיבלה אותו איפוא בהתאם להסכמים. יש בזה הודאה של החברה בתוקף ההסכמים. כן נרשמו בפנקסי המקרקעין הערות אזהרה על קיום ההסכמים, מבלי שהחברה מיחתה על כך.

אשר לחתימת הוניגווקס על ההסכמים כמורשה של המשיבים, נאמר כי נכון שבכותרת להסכמים לא הוזכר שמו כמורשה וגם לחתימותיו בסוף ההסכמים לא הוסף ציון שהוא חותם בתור מורשה. אף לא הוכחו פרטים של יפוי-כוח שהיה לו מאת המשיבים. אבל תשובה לטענת המערערת בדבר חוסר הרשאתו של הוניגווקס, יש בעצם העובדה שכל המשיבים הגישו את המרצת הפתיחה בהסתמכם על שלושת ההסכמים. יש בזה לפחות אישור בדיעבד של פעולת הוניגווקס גם אם נניח שהלה חתם על ההסכמים בשםם ללא הרשאה מהם. אישור זה בא לפני שהמערערת השתמשה בביריות הנתונות בסעיף 6(ב) של חוק השליחות, ודי בכך כדי לקיים את ההסכם לטובת המשיבים כשולחיו של הוניגווקס.

הטענה הבאה היתה, שהמשיבים לא נתנו תמורה בעד שלוש הדירות, ובהקשר לזה טוענת המערערת גם, שההסכמים היו פיקטיביים. על עניין התמורה נאמר, בכל אחד משלושת ההסכמים בכתב, שהיא שולמה עם חתימת ההסכם, ובשניים מן ההסכמים נאמר גם שחתימת המוכר (המערערת) על ההסכם משמשת אישור וקבלה על קבלת הסכום האמור. באחד ההסכמים (עם המשיבים 4 ו-5) נמחקו המילים האומרות, שחתימת המוכר משמשת קבלה על הסכום. אך עדיין נאמר גם שם, במה שלא נמחק, כי הקונה מתחייב לשלם למוכר את המחיר שנקבע "עם חתימת הסכם זה".

"וחזקה על המערערת שלא חתמה על ההסכם אלא כנגד מתן התמורה המוסכמת גם בהסכם זה."

בכל מקרה, ציין השופט לנדוי, יש לקרוא את שלושת ההסכמים לאור הסכם מסגרת שנערך בין הצדדים. לפי הסכם זה המשיבים הסכימו לקבל את החזקה ואת הבעלות בדירות במקום חובות אחרים שהמערערת היתה חבה להם כתוצאה מעסקיהם המשותפים, כאשר עסקים אלה לא עלו יפה. כן נאמר, שעל המערערת היה להראות, ששום תמורה לא ניתנה, בניגוד לכתוב בהסכמים.

השופט לנדוי קבע, כי המערערת לא יצאה ידי חובת הראיה שהיתה מוטלת עליה, ולעומת זאת יש ראיות חיוביות מספיקות לכך, שלהסכמי המכר היה בסיס עסקי אמיתי.

"מצידי הייתי אומר שאם תקנה 312, סיפא, קובעת חוסר סמכות, גם הסכמת בעלי הדין אינה יכולה לשנות ממצוות התקנה. צעד נוסף נעשה ב"ע"א 811/76 (4), שם חיווה הרוב את דעתו שמותר לברר בדרך המרצת פתיחה גם מחלוקת בדבר תוקפו של חוזה מקרקעין, ובלבד שהעניין מתאים לכך... שאלה נוספת היא, אם אפשר לתת צו עשה (ולא רק סעד הצהרתי) בהליכים של המרצת פתיחה, שאלה זו כבר הוכרעה לחיוב בפסיקה ברורה..."

בהמשך טענה המערערת, ששגה בית-המשפט המחוזי בתיתו נגדה צו לאכיפת ההסכמים מפני שהמשיבים לא ביקשו זאת, אלא בקשתם היתה רק למנות כונס נכסים.

השופט לנדוי לא היה סבור כך. לדבריו, המשיבים ביקשו למנות כונס נכסים "אשר יבצע את המוטל על המשיבים (המערערת כאן) על-פי ההסכמים מיום 13.3.75", כלומר לא כדי לשמור על הנכסים הנדונים לקראת אכיפת ההסכמים, אלא לשם ביצוע האכיפה עצמה, באופן שכונס הנכסים יפעל מטעם בית-המשפט במקום המערערת ויעשה את המוטל עליה. בית-המשפט המחוזי לא מצא לנחוץ למנות אדם אחר למטרה זו, אלא הוא חייב את המערערת במישרין לעשות את אשר התחייבה לעשות בהסכמים.

"אין אני רואה בזה חריגה של ממש ממסגרתה של המרצת הפתיחה כפי שהוגשה אלא מתן סעד ישיר במקום סעד עקיף על-פי אותה עילה עצמה. נכון הדבר שלצורך זה היה בית-המשפט חייב לשים-ליבו אל סעיף 3 של חוק התרופות. אבל בין טענותיה המרובות של המערערת לא נטענה שום טענה ברורה שאכיפת ההסכמים אינה צודקת בנסיבות העניין."

לגופו של עניין טענה המערערת, מפי מנהל היחיד, ד"ר מנדלבאום, שאין היא קשורה בהסכמים שנעשו, מפני שההסכמים אינם נושאים את חתימתה. וכן, שמר הוניגווקס, אשר חתם על ההסכם בשם המשיבים, לא היה מורשה לחתום עליהם, וגם מסיבה זו אין ההסכמים מחייבים אותה.

לגבי חתימת החברה נאמר, כי בשמה חתם ד"ר שמחה מנדלבאום מעל לחותמת החברה, ובראש ההסכמים צויין שם החברה כצד להסכם "על-ידי ד"ר שמחה מנדלבאום, מנהלה והמוסמך לחתום בשמה". עתה נטען, שד"ר מנדלבאום לא היה מוסמך לחתום לבדו, מפני שכשבועיים לפני חתימת ההסכמים, נתקבלה החלטה בישיבת המנהלים של החברה, שמאותו יום חתימתם של ד"ר מנדלבאום, יחד עם חתימתו של מר ויקטור ארמן, בצירוף חותמת החברה או בלעדיה, מחייבת את החברה לכל דבר ועניין.

השופט לנדוי העיר בפסק-דינו, כי הטענה שד"ר מנדלבאום לא היה רשאי לחתום לבדו על ההסכמים, למרות הצהרתו המפורשת על כך המופיעה על פני ההסכמים, צורמת את האזון כאשר היא באה מפי אותו איש עצמי, כי הרי הוא אומר בזה שהציג עצמו במשג שווא כרשאי לחתום.

"אבל כמו שקבע השופט המלומד, גם החברה אינה יכולה לטעון זאת, כי לא הוכח שמישהו מן המשיבים ידע על

5. אם נראה לכונסים, שחווה למכירת דירה פלונית הוא בטל על-פי דין, ורצונם הוא לכונס דירה זו כנכס הנתבע, אשר אין כל התחייבות תופסת בו, הרשות בידיהם לבקש הוראות בית-המשפט להגיש תובענה נגד שני בעלי החווה ולעתור להצהרת בטלותו.

ע"א 593/76 שרה יצחק איילון נ' ועד הבית מרחוב מורדי הגיטאות ואח', פ"ד לא(1) 808.

שהחברה התחייבה לבנות ולמכור, כי אז חובתם היא להשלים בנייתה אף של הדירה שהחברה התחייבה לבנות ולמכור למערערים. לעניין זה אין נפקא מינא אם החווה שבין המערערים לבין החברה נראה בעיני מאן דהוא - ובית-משפט בכלל זה - סביר או בלתי-סביר, אם המחיר הוא 'ריאלי' או 'בלתי-ריאלי', ומה היו המניעים שהניעו את בעלי החווה או מי מהם בעשייתו; בשם שאין נפקא מינא מה ומה הם יחסי הקירבה שבין בעלי החווה. מותר לו לבעל נכס למכור נכסו בחצי המחיר או אף לתתו במתנה - ורק על-פי פשיטת רגל ופירוק חברות ניתן, בנסיבות מסוימות, להביא לידי ביטול חוזים כאלה לטובת כלל הנושים של אותו בעל נכס...

אמת נכון הדבר שיש ובית-משפט מורה לכונס נכסים 'להתעלם' מחווה; במה דברים אמורים, אך ורק בכונס נכסים שנתמנה על חברה מטעם בעלי אגרות חוב והופקד גם על ניהול עסקיה, כשהחווה 'מכביד' על החברה וביצועו גורם נזק לבעלי אגרות החוב הנושים - ואז הפרת החווה מצד החברה, על-ידי ההתעלמות ממנו מצד הכונס, עלולה לגרור חיוב החברה בפיצויים: *Re Great Cobar, Ltd.*, (1915) (2). אבל אפילו לכונסים כגון אלה לא יורה בית-משפט בנקל 'להתעלם' מחווה...

ולא הרי כונסי נכסים על-פי אגרות חוב כהרי כונסי נכסים שנתמנו לפי תקנה 264 לתקנות סדר הדין, שאלה סמכויותיהם נובעות מאגרת החוב שנעשתה בידי החברה עצמה, ובינהו בדרך-כלל גם הסמכות לפעול כשלוחי החברה ולחייב אותה (ראה: *Palmer's Company*, *Precedents, 15th ed., part 3, pp. 281-2*); ואילו אלה סמכויותיהם נובעות מצו בית-המשפט בלבד, ובית-המשפט מוגבל בהענקת סמכויות, לפי תקנה 264(4), אך 'בכל הנוגע להגשת תובענות וההתגוננות בהן, מימוש הרכוש, ניהולו, שמירתו, שימורו והשבחתו, גביית דמי שכירות ורווחים מן הרכוש ואופן השימוש בהם והתימה על מסמכים'. ולא זו בלבד אלא כונס נכסים המתמנה לפי תקנה 264 מתמנה לצורך שמירת הרכוש והעשייה ברכוש שהוא נשוא משפט פלוני, והוא כונס את הנכס כמות שהוא בשעת מינוי, בכפוף להתחייבויות הקיימות לגביו מצד בעליהם.

אלא על הסמכויות אשר בית-המשפט רשאי להעניק לכונסים לפי תקנה 264, נמנית גם הסמכות להגיש תובענות. גם סמכות זו נוצרה כדי לאפשר לכונס ליטול את הנכס לידי מידי מסיג גבול (בג"צ 231/57 ועד עדת הספרדים נ' יושב-ראש ההוצאה לפועל, פ"ד יב(1) 640); ואולם ניתן הגיונית להרחיבה שתאפשר גם קביעה

המשיבים מס' 2 ו-3 (להלן: הכונסים) נתמנו כונסי נכסים לפי תקנה 264 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963, על נכסיה של חברה של קבלני בניין (להלן: החברה). תפקיד הכונסים פורש בצו המינוי לאמור, "להכין תוכניות כספיות ואחרות להשלמת הבניה בכל אתר ואתר שבו ניתן הדבר" - ולמעשה לא רק הכינו תוכניות אלא גם השלימו או משלימים את הבניה באתרי בניין שונים של החברה, וביניהם באתר בניין שברחוב מורדי הגיטאות ברחובות. המשיב מס' 1 (להלן: המשיב) הוא ועד הבית המייצג את כל הדיירים שכלפיהם התחייבה החברה לבנות ולמכור להם דירות בבית ההוא; והמערערים דגן טוענים, שגם הם בעלי חווה לבניה ולקניה של דירת פנטהאון באותו הבית.

המשיב פנה לבית-המשפט המחוזי בבקשה לתת לכונסים הוראות "להתעלם" מן החווה, אשר לו טוענים המערערים. בית-המשפט פנה לבקשה.

למערערים ניתנה רשות ערעור בשאלה, אם ניתן במסגרת כינוס נכסים על-פי תקנה 264 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963, ובדרך של מתן הוראות לכונסים, להצהיר על חווה שהוא בטל, אם מכוח סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, או סעיף 18 לאותו חוק, ואם מכוח כל דין אחר.

"עד אשר תתעורר השאלה על שום מה יש מקום "להתעלם" מחווה זה, מתעוררת השאלה הטרומית כיצד ניתן להביא לידי התעלמות אשר כזאת. אין אני מסכים עם הכונסים המלומדים שאין זאת אלא שאלה פורמלית-דיונית גרידא: מה לי בקשת הוראות לכונסים, הם אומרים, ומה לי המרצת פתיחה - העיקר שהבעיה נתבררה וכל העלולים להיפגע נשמעו, והשופט שנתן דעתו לגופו של עניין ויצהיר הצהרתו. ראשית, לא כל העלולים להיפגע אמנם נשמעו: זהו חווה שבין המערערים לבין החברה, והחברה לא היתה מיוצגת לפני השופט המלומד בהליכי ביניים אלה ואף לא הוזמנה. יש לה עניין פשוט ולגיטימי בכך שלא יתעלמו מחוזים שהיא התחייבה בהם; ולעניין זה אין הכונסים עומדים בנעליה, אין ידם כידה ואין פיהם כפיה. שנית, אין לו למשיב לעניין זה מקום עמידה בדין... ושלישית, והוא עיקר בעיני: זכותו של בעל חווה לקיום חווהו זכות מהותית ויסודית היא, ואין לשללה ממנו בדרך-אגב ובעקיפין ובקפנדריה.

יש ממש בטענת המערערים שאם נרשמה בפנקס המקרקעין הערה לזכות כל בעלי החוזים שהחברה התחייבה למכור להם דירות, כי אז נרשמה הערה זו גם לזכות המערערים; ואם נתמנו הכונסים על-מנת להשלים בנייתן של הדירות

הרשות בידיהם לבקש הוראות בית-המשפט להגיש תובענה נגד שני בעלי החוזה ולעתור להצהרת בטלותו. אין צורך לומר שבית-המשפט לא יתן להם הוראות כאלה, אלא אם יגלו עילה טובה לתובענתם.²⁵ הערעור נתקבל.

מוסמכת בדבר היקפם של הנכסים אשר עליהם חל הצו. כשנתמנה כונס, למשל, על כל נכסי הנתבע, יתכן ויהא צורך והצדקה בהגשת תובענות כדי לוודא מה הם נכסי הנתבע. הוא הדין כאן: אם נראה לכונסים שחוזה למכירת דירה פלונית הוא בטל על-פי דין, ורצונם הוא לכונס דירה זו כנכס הנתבע אשר אין כל התחייבות תופסת בו,

6. אם נתמנה כונס נכסים בתובענה פלונית, כי אז צריך צד שלישי, אף שאינו צד לתובענה, לפנות לבית-המשפט בבקשת מתן הוראות לכונס הנכסים להימנע מלפגוע בזכותו, דווקא במסגרת אותה תובענה אשר בה נתמנה הכונס.

ע"א 548/76 יהודה ג'רבי מפעלי בניה בע"מ ואח' נ' גד רוח, עורך-דין ואח', פ"ד לא(1) 25.

"לא שמעתי עוד שניתן לבטל חוזים כאלה על-ידי הוראות לכונסי נכסים במסגרת תקנה 264; אבל יהא דבר זה כאשר יהא, על-כל-פנים אין להעלות על הדעת שניתן לעשות כן שלא בפני בעלי החוזים הנוגעים בדבר." השופט כהן התלבט בנקודה אחרת. בעלי החוזים הגישו מצדם המרצה לבית-המשפט, בה ביקשו את הוראות בית-המשפט אל המשיבים שיימנעו מלהפריע להם בחזקת דירותיהם. בטענותיו מודה בא-כוח המערערים, שיתכן והדרך בה נקטו "היתה מוטעית", והיה עליהם לפנות לבית-המשפט בתביעה נפרדת משלהם. ואולם ישנם סמוכין לכך, שאם נתמנה כונס נכסים בתובענה פלונית, כי אז צריך צד שלישי, אף שאינו צד לתובענה, לפנות לבית-המשפט בבקשת מתן הוראות לכונס הנכסים להימנע מלפגוע בזכותו, דווקא במסגרת אותה התובענה אשר בה נתמנה הכונס, ולא זו בלבד, אלא בית-המשפט עשוי לאסור, בצו מניעה, הגשת תובענה נגד כונס נכסים שנתמנה על ידיו, שלא במסגרת התובענה אשר בה נתמנה.

"לאחר שיקול הגעתי לידי מסקנה שדוקא מאחר ובקשת בעלי החוזים היתה אותה שעה תלויה ועומדת בבית-המשפט בהמרצה אחרת, חייב היה בית-המשפט לשמוע את הבקשה ההיא תחילה - שגם קדמה לבקשת המשיבים בזמן - בטרם ידון ויפסוק בזכויות בעלי החוזים במסגרת המרצתם של המשיבים, שבעלי החוזים לא צורפו אליה כצד..."

אשר-על-כן פגומה הוראת בית-המשפט למשיבים בכל הנוגע לשתי הדירות שה"ה אלפונסו ג'רבי וחיים ג'רבי טוענים לזכויות בהן, מחמת הפגיעה בכללי הצדק הטבעי, ודינה להתבטל."

בבית-המשפט המחוזי תלויה ועומדת תובענה לצו ביצוע בעין של חוזה לרכישת דירה בבניין המוקם על-ידי המערערת. בתוקף סמכותו, לפי תקנה 264 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963, מינה השופט קמא את המשיבים דגן לכונסי הנכס. המשיבים הגישו דין-וחשבון המראה, שהחובות הרובצים על הנכס עולים על סכום של מיליון לירות, וביקשו הוראות למכור חמש דירות שבבניין ההוא, שעבורן הוצעו להם מחירים אשר יהא בהם לפרוע את החובות. לגבי שלוש מן הדירות הללו לא באה לפני השופט המלומד התנגדות למכירתן בידי המשיבים; ואילו לגבי שתיים מן הדירות התנגדו המערערים למכירתן בידי הכונסים, באשר כבר נמכרו על-ידי המערערים לקונים אחרים.

על-אף התנגדות המערערים הורה השופט למכור גם את שתי הדירות ההן; ועל הוראה זו ביקשו המערערים רשות ערעור. רשות הערעור ניתנה, אך בשאלה בלבד, "אם הסמכת כונסי הנכסים למכור דירותיהם של אלפונסו ג'רבי וחיים ג'רבי אינה פגומה מחמת פגיעה בכללי הצדק הטבעי, כל עוד לא ניתנה הזדמנות לבעלי הדירות ההן להישמע".

צוין, כי השופט קמא התרשם לא רק מן העובדה שהטוענים לזכויות בשתי הדירות הללו הם שני בניו של המערער מס' 2, אלא גם, ובעיקר, מן העובדה, שלפי החוזים שבידיהם רכשו זכויות אלה במחירים שהם זולים בהרבה ממחירי השוק. השופט ח' כהן סבור היה, כי גם בהנחה - שטרם הוכחה - שיש בחוזים ההם משום העדפה פסולה של בניו על פני נושיו, או משום ניסיון להברחת נכסים מפני נושיו, או שהמערער מס' 2 אמנם הסכים והתכוון למכור את הדירות לבניו במחירים מוזלים ביותר, או אף לתתן להם במתנה.