

השתק הבטחה והממשק החוזי-נזיקי

מאת

יותם קפלן*

צד שנהג בחוסר תום לב במשא ומתן עשוי לחוב בתשלום פיצויים לצד השני. באופן מסורתי, פיצויים אלא הינם פיצויי הסתמכות, שנועדו להעמיד את הנפגע במקום בו היה לולא נתקיים המשא ומתן. עם זאת, הפסיקה הישראלית פיתחה את האפשרות להעניק גם פיצויי קיום במקרים כאלה, בנסיבות חריגות. הלכה זו זכתה לביקורת במגוון נימוקים. חיבור זה מספק מענה לביקורת ומעגן את הלכת בית המשפט העליון במסגרת תיאורטית וקונספטואלית רחבה יותר.

מבוא. א. הממשק החוזי נזיקי. 1. אחריות חוזית בשל חוסר תום לב במשא ומתן. 2. הלכת קל בנין. **ב. עיגון הדוקטרינה בלשון החוק.** 1. פסיקת בית המשפט. 2. דוקטרינה חלופית ג. **הדוקטרינה בראי המשפט המשווה.** 1. אשם בהתקשרות. 2. השתק הבטחה. **ד. הדוקטרינה בפסיקת בתי המשפט.** 1. טענת המדרון החלקלק. 2. בדיקה אמפירית ד. **סיכום.**

מבוא

דיני החוזים ודיני הנזיקין הינם שני ענפי דין קרובים.¹ שני ענפי דין אלה הינם קטגוריות מרכזיות של דיני החיובים,² ועוסקים בסיטואציות בהן אדם אחד מפר חובה משפטית כלפי אדם אחר, הפרה המקימה זכות תרופתית. בין שני ענפי הדין קיימים גם הבדלים חשובים, הן בטבעה של החובה המופרת הן באופייה של הזכות התרופתית המוקמת מכוח הפרה זו. דיני החוזים עוסקים בחובות וזכויות חוזיות, הקמות מכוח הסכמת הצדדים.³ משהופרה חובה חוזית, קמה על הצד המפר חובה תרופתית שמטרתה לתקן את ההפרה. על כן, מטרת התרופה החוזית היא להביא את הנפגע מההפרה למקום בו היה לולא הפרת החוזה, כלומר למקום בו היה לו קיום החוזה.⁴ אלה הם פיצויי ציפיה, שנועדו להעניק לנפגע את הערך אותו ציפה להפיק מקיום החוזה. פיצויים כאלה מכונים גם פיצויים חיובים, המיועדים לקיים את החוזה, או ליצור מקבילה קרובה ככל האפשר לקיום החוזה. פיצויים כאלה נחשבים ליבם של דיני החוזים.⁵ לעומת דיני החוזים, דיני הנזיקין עוסקים

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן. אני מודה לשני וירש ולדוד טויטו על עזרת מחקר מעולה ומסורה. ¹ דיני חיובים – חלק כללי. (דניאל פרידמן, עורך, 1994).

² Zimmermann, Reinhard. "The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition" (Oxford: Oxford University Press, 1996).

³ משה בר נב, דיני חיובים – חוזים ונזיקין (1995).

⁴ גבריאלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי, 34.

⁵ גבריאלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי, 37.

⁶ גבריאלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי, 112.

בחובות כלליות, שמקורן בדין ולא בחוזה,⁶ ואוסרות על פגיעה באחרים.⁷ משהופרה חובה כזו, קמה זכות תרופתית שמטרתה לתקן את ההפרה. על כן, מטרת התרופה הנזיקית היא להביא את הנפגע מההפרה למקום בו היה לולא הפגיעה.⁸ אלה פיצויים שנועדו להשיב את המצב לקדמותו או לבטל את פעולתו של המעוול הנזיקי, ועל כן ניתן לכנותם פיצויים שליליים.⁹

בתווך בין שני עולמות אלה, ניצבים דיני תום הלב במשא ומתן. מערכת דינים זו הינה נזיקית במובן זה שחובת תום הלב היא חובה כללית המוקמת מכוח דין קוגנטי.¹⁰ מנגד, יש בחובה זו גם מאפיינים חוזיים, כיוון שהיא מתגברת ככל שמתקרבים הצדדים לכריתת חוזה.¹¹ באופן מסורתי, הפרה של חובת תום הלב במשא ומתן מקנה לנפגע מההפרה זכאות לתרופות שליליות, בעלות אופי נזיקי.¹² כך, על פי הפרשנות המקובלת, הפרת חובת תום הלב מזכה את הנפגע בפיצויי הסתמכות, הכוללים שיפוי הנפגע על ההוצאות שהוציא לצורך המשא ומתן החוזי. פיצויים אלה הינם פיצויים שליליים, פיצויים שמטרתם להביא את הנפגע מההפרה למקום בו היה לולא המשא ומתן בין הצדדים או לולא החוזה.¹³ עם זאת, הדין מכיר גם באפשרות מצומצמת לפסוק פיצויים חיוביים, חוזיים, מכוח הפרת חובת תום הלב במשא ומתן.¹⁴ פיצויים כאלה, כאשר הם ניתנים, יעמידו את הנפגע מהפרת חובת תום הלב במקום בו היה לו קיום החוזה שהיה נשוא המשא ומתן בין הצדדים, ויעניקו לו את הרווח אותו ציפה להפיק מקיום החוזה.¹⁵

שאלת התרופה הנאותה במקרה של הפרת חובת תום הלב במשא ומתן מגדירה, במידה רבה, את קו הגבול בין דיני החוזים לדיני הנזיקין. אופי התרופה נגזר מאופייה של החובה המופרית, ושאלת התרופה משליכה על הבנת חובת תום הלב, מקורותיה והצדקותיה. כך, אם הפרת חובת תום הלב מזכה בתרופות חיוביות, חוזיות, פירוש הדבר שהפרה נזיקית בעיקרה יכולה להקים חובות חוזיות. תופעה כזו עשויה לטשטש את הגבול בין דיני החוזים לדיני הנזיקין, או, לכל הפחות, לתאר גבול מורכב בין שתי מערכות דינים אלה, גבול המאפשר זליגה מסוימת בין שני התחומים. כך, פסיקת פיצויים חיוביים בגין הפרת חובת תום הלב מאפשרת למעשה את חיובו של צד בחוזה אותו לא כרת.

לשם המחשת הדברים, הניחו כי חברה מפרסמת מכרז לביצוע עבודות בנייה. עשרה קבלנים מגישים את הצעותיהם, והחברה המזמינה מסכמת את כל פרטי ההתקשרות עם אחד הקבלנים המציעים. מנכ"ל החברה המזמינה מודיע לקבלן המציע כי ניתן יהיה להתחיל בעבודות בקרוב, וכל שנתר הוא אישור פורמלי של דירקטוריון החברה. בסופו של דבר, חרף ההסכמות שהושגו מחליט דירקטוריון החברה, בהנחיית המנכ"ל, שלא לאשר את העסקה אלא להתקשר בחוזה עם קבלן אחר, קבלן שלא השתתף במכרז המקורי. בית המשפט קובע שהתנהגות החברה המזמינה עולה כדי חוסר תום לב במשא ומתן, כיוון שחרגה מתנאי המכרז אותם הגדירה, וכיוון שהציגה מצג שווא בפני הקבלן, מצג שלפיו ההתקשרות החוזית כבר נשתכללה הלכה למעשה.

מקרה זה, המבוסס בקווים כלליים על עובדות פסק הדין בעניין קל בנין, מסייע בחידוד השאלה הכללית בדבר התרופה הראויה בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה.¹⁶ בהנחה שהחברה המזמינה נהגה בחוסר תום לב כלפי הקבלן המציע, יש לקבוע מהו הסעד המתאים בגין התנהגות זו. כאמור, באופן מסורתי בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן, זכאי הצד הנפגע מהפרת חובת תום הלב לפיצויים שליליים, או פיצויי הסתמכות. פיצויים אלה נועדו להשיב את המצב לקדמותו ולהעמיד את הנפגע במקום בו היה לולא נערך המשא ומתן בין הצדדים. בדוגמא לעיל, משמעותו של סעד כזה תהיה שיפוי הקבלן המציע על הוצאותיו השונות בהסתמך על המכרז. הוצאות כאלה יכול שתכלולנה את עלות הכנת מסמכי המכרז, עלותן של התקשרויות מוקדמות עם קבלני משנה לצורך ביצוע המכרז, והוצאות נוספות מסוג זה. אם ישופה הקבלן בגין הוצאותיו אלה באופן מלא, הרי שחוסר תום ליבה של החברה המזמינה כאילו לא גרם לו כל נזק,

⁶ ישראל גלעד, דיני הנזיקין – גבולות האחריות, 53.

⁷ ישראל גלעד, דיני הנזיקין – גבולות האחריות, 53.

⁸ ישראל גלעד, דיני הנזיקין – גבולות האחריות, 78.

⁹ ישראל גלעד, דיני הנזיקין – גבולות האחריות, 78.

¹⁰ ע"א 829/80, שכון עובדים בע"מ נ' זפניק, פ"ד לו (1) עמ' 579.

¹¹ ד"נ 22/82, בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג (1) 441.

¹² ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה, פ"ד נו(3) 289, 296.

¹³ קל בנין, 296.

¹⁴ קל בנין, 297.

¹⁵ קל בנין, 296.

¹⁶ קל בנין, 294.

וזוהי ההצדקה המקובלת לסעד זה. לחלופין, ניתן להציע גם סעד חיובי, המבוסס על פיצויי ציפייה או קיום. סעד כזה הוא צופה פני עתיד, וניתן באופן מסורתי בגין הפרת חוזה, ולא בגין חוסר תום לב במשא ומתן. סעד כזה מיועד להעמיד את הנפגע במקום בו היה לו קיום החוזה. בדוגמא שלעיל, פיצוי כזה משמעו הענקת הרווח החוזי לקבלן המזמין. כלומר, הקבלן יצטרך להוכיח מה היו הוצאותיו לביצוע המכרז, ואז יהיה זכאי לקבל מהחברה המזמינה פיצוי בגין ההפרש בין סכום זה לבין המחיר החוזי. הפרש זה מייצג את הרווח החוזי שהיה מקבל הקבלן מביצוע החוזה, רווח שנמנע מהקבלן בגין חוסר תום ליבה של המזמינה.

בהלכה שנקבעה בפסק הדין בעניין קל בנין, קבע בית המשפט העליון לראשונה כי ניתן להעניק סעד חיובי בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן, בתנאים מסוימים.¹⁷ בפרט, בית המשפט קבע כי ניתן להעניק סעדים חיוביים במקרים בהם המשא ומתן הגיע לשלב בשלות כזה של קירבה גדולה מאוד לחוזה, וכן כי כל מה שמנע את כריתת החוזה הוא חוסר תום ליבו של אחד הצדדים.¹⁸ במקרה כזה, כך על פי פסיקת בית המשפט העליון, ניתן להעניק סעד חיובי ולהעמיד את הנפגע מהפרת חובת תום הלב במקום בו היה לו בוצע החוזה. הלכה זו הינה הלכה בעלת חשיבות מרכזית, המגדירה, במידה רבה, את קו הגבול בין דיני החוזים לדיני הנזיקין, את אופי הממשק בין שני ענפי דין מרכזיים אלה, ואת האפשרות להקים חובות תרופתיות חוזיות מתוך הפרת חובה נזיקית, ולא מתוך הסכמת הצדדים.

להלכה זו חשיבות מעשית ותיאורטית, והיא זכתה לביקורת בספרות המשפטית בשלושה ראשי טיעון מרכזיים. ראשית, נאמר כי פסיקתו של בית המשפט העליון אינה מעוגנת בלשונו של חוק החוזים.¹⁹ בפרט, סעיף 12(ב) לחוק החוזים²⁰ קובע כי פיצוי בגין חוסר תום לב יינתן בגין הנזק שנגרם כתוצאה מהמשא ומתן בין הצדדים או כתוצאה מכריתת החוזה. לשון זו של הסעיף, כאשר היא מפורשת לאור דרישת הקשר הסיבתי, מצביעה על פיצויים שליליים בלבד, ולא על סעדים חיוביים. שנית, נטען כי פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין קל בנין יוצרת הלכה חריגה בנוף המשפט המשווה, הקובעת הסדר השונה מהותית מהדוקטרינות הקונטיננטליות עליהן הוא מתבסס לכאורה. בפרט, פסק הדין בעניין קל בנין עושה שימוש בדוקטרינה של "אשם בהתקשרות" כמקור השראה משפטי;²¹ אלא, שבמסגרת דוקטרינה זו מוענקים לנפגע מהפרת חובת תום הלב פיצויים שליליים בלבד, ולא סעדים חיוביים.²² שלישית, נטען כי ההכרה בסעדים חיוביים בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן מהווה הרחבה מסוכנת של החבות החוזית, והיא בבחינת מדרון חלקלק. כלומר, הלכה זו מטשטשת את הגבול בין דיני החוזים ודיני הנזיקין, ותאפשר לבית המשפט לחייב צד למשא ומתן בחוזה שאותו צד לא התכוון לכרות.

המאמר הנוכחי דן בביקורת שהועלתה כנגד פסק הדין בעניין קל בנין, ובוחן את האפשרות לספק לה מענה. על מנת לערוך דיון זה, המאמר מבהיר ומפתח את הביקורות שהועלו בספרות, ואז דן בטיעונים לדחייתן. ראשית, המאמר מראה שנכונה הטענה לפיה לא ניתן לעגן את דוקטרינת קל בנין בלשונו של סעיף 12(ב) לחוק החוזים.²³ כמו כן, המאמר טוען שאין להתייחס לקושי זה בביטול. ישנה חשיבות לעיגונה של ההלכה הפסוקה בלשון החוק.²⁴ עם זאת, המאמר מראה שניתן למצוא עיגון חקיקתי חלופי לדוקטרינת קל בנין, בלשונו של סעיף 12(א) לחוק החוזים יחד עם העוולה המוכרת של הפרת חובה חקוקה.²⁵ שנית, המאמר מראה שביסוסה הנוכחי של הלכת קל בנין במשפט המשווה אכן בעייתית.²⁶ בפרט, הדוקטרינה של "אשם בהתקשרות" בה מבקש בית המשפט העליון לתלות את חידושו ההלכתי, אכן אינה מאפשרת מתן פיצוי חיובי, ובמובן זה אינה מספקת כל תמיכה למהלך המשפטי שהציע בית המשפט.²⁷ עם זאת, המאמר מראה שהלכת קל בנין אינה חריג במשפט המשווה, כיוון שניתן לעגנה בדוקטרינה משווה חלופית, דוקטרינת השתק ההבטחה כפי שהיא מקובלת במשפט האמריקני.²⁸ לבסוף, המאמר מראה כי החשש לפיו הלכת קל בנין מהווה

¹⁷ קל בנין, 295.

¹⁸ קל בנין, 296.

¹⁹ גבריאלה שלו,

²⁰ חוק החוזים (חלק כללי) סעיף 12(ב).

²¹ קל בנין, 300.

²² גבריאלה שלו, דיני החוזים – החלק הכללי, 159.

²³ ראה להלן, חלק א.1.

²⁴ אהרון ברק, פרשנות החקיקה, 37.

²⁵ ראה להלן, חלק א.2.

²⁶ ראה להלן, חלק ב.1.

²⁷ ראה להלן, חלק ב.2.

²⁸ ראה להלן, חלק ג.1.

מדרון חלקלק] אינו מבוסס. בפרט, בדיקה אמפירית מראה כי בתי המשפט אינם ממהרים להרחיב את החבות החוזית דרך הלכת קל בנין, ואינם נוטים להסתפק בחוסר תום ליבו של אחד הצדדים על מנת להקים חבות חוזית, אלא במקרים חריגים ונדירים – ממצא טנטטיבי].²⁹

א. עיגון הדוקטרינה בלשון החוק

לשון חוק החוזים הינה נקודת המוצא הנורמטיבית להלכת קל בנין. בפסק דינו, מפרש בית המשפט העליון את סעיף 12(ב) לחוק החוזים באופן המאפשר לכאורה הענקת פיצויים חיוביים מכוח סעיף זה. מהלך פרשני זה זכה לביקורת. פרק זה בוחן את הביקורת שהועלתה בספרות האקדמית, ומוצא אותה מוצדקת. על כן, הפרק מציע עיגון לשוני חלופי להלכת קל בנין, בלשונו של סעיף 12(א) לחוק החוזים.

1. פסיקת בית המשפט העליון

סעיף 12(ב) לחוק החוזים קובע כי "צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה".³⁰ סעיף זה, על פי לשונו, קובע פיצוי בגין נזקים שהם תוצאת המשא ומתן, או תוצאת החוזה.³¹ המילה "עקב" נועדה להדגיש כאן את דרישת הקשר הסיבתי.³² כאשר נדרש קשר כזה בין המשא ומתן לבין הנזק, או בין כריתת החוזה לבין הנזק. דרישת הקשר הסיבתי מופעלת תחת מבחן של "גורם בלעדיו אין".³³ כלומר, סעיף 12(ב) מעניק פיצוי בגין נזקים שנגרמו עקב המשא ומתן, או, במילים אחרות, אותם נזקים שלולא המשא ומתן, לא היו נגרמים. אלה הם פיצויים שליליים, או פיצויי הסתמכות: לולא קיומו של המשא ומתן, לא היה הצד שנפגע מוציא הוצאות בהסתמך על המשא והמתן, ועל כן זהו הנזק שהוא בר פיצוי על פי לשון סעיף 12(ב). במקביל, הנזק שנגרם "עקב" כריתת החוזה הוא אותו נזק שלולא קיומו של החוזה לא היה נגרם. שוב, מדובר כאן בפיצויים שליליים, שהרי לולא קיומו של החוזה, לא היה הנפגע מוציא הוצאות בהסתמך על החוזה. בדוגמא לעיל, לולא קיומו של משא ומתן בין הצדדים, לא היה הקבלן מוציא כספים על הכנת המכרז, ועל כן זהו נזק שנגרם לו ובגיניו יש לפצות את הקבלן.

נראה כי לפי לשונו של הסעיף לא ניתן להעניק פיצוי חיובי, פיצוי שיעמיד את הנפגע במקום בו היה לו קיום החוזה.³⁴ לולא המשא ומתן, או לולא החוזה, לא היה הנפגע מפיך רווח חוזי כלשהו, ולכן לשון סעיף 12(ב) אינה מאפשרת פיצויי ציפייה המעניקים לנפגע פיצוי בגין הרווח החוזי האבוד. ניתן להבהיר תוצאה זו דרך השוואת לשונו של סעיף 12(ב) ללשונו של סעיף 10 לחוק התרופות. סעיף 10 מעניק פיצוי חיובי לנפגע במקרה של הפרת חוזה.³⁵ מבחינת לשונו, סעיף 10 קובע כי הנפגע מהפרת חוזה זכאי לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו עקב ההפרה. ניתוח לשון סעיף 10 נוכח דרישת הקשר הסיבתי במובן של "גורם בלעדיו אין" מעלה שהכוונה כאן לפיצוי חיובי. הפרה היא "מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה",³⁶ כלומר, לולא ההפרה, היה המפר נוהג כפי שהיה אמור לנהוג לפי החוזה, והנפגע היה מקבל את מה שציפה לקבל מקיום החוזה. על כן, הנזק שנגרם כתוצאה מההפרה, שהוא נזק בר-פיצוי מכוח סעיף 10, הוא מניעת הרווחים שציפה הנפגע להפיק מקיום החוזה. למשל, בדוגמא לעיל, לו נכרת חוזה, והחברה המזמינה היתה מפרה את התחייבותה לאפשר לקבלן המציע לבצע את העבודות, הנזק שהיה נגרם לקבלן הוא אובדן הרווח שהיה מפיך מהחוזה. לולא ההפרה, היה הקבלן מבצע את העבודות בעלות מסוימת, ומקבל תשלום בגין לפי החוזה. ההפרש בין שני סכומים אלה הוא הרווח החוזי, רווח שנמנע מהקבלן בעקבות הפרת המזמין, ולכן הוא בר פיצוי מכוח סעיף 10. למעשה, זהו בדיוק הרווח שתבע הקבלן גם במקרה קל בנין. אלא, שבמקרה קל בנין לא נכרת חוזה, וממילא החברה המזמינה לא הפרה אותו. וסעיף 12(ב), כאמור לעיל, אינו קובע הסדר דומה לזה שקובע סעיף 10 לחוק התרופות, ולשונו אינה מאפשרת פיצוי חיובי אלא פיצוי שלילי בלבד. לסיכום נקודה זו, סעיף 10 לחוק התרופות קובע פיצוי בגין הפרת החוזה, כלומר פיצוי בגין אי קיום החוזה, ולכן מאפשר פיצוי על הנזק שנגרם מאי-קיום החוזה, או פיצוי שיעמיד את הנפגע מההפרה במקום בו היה לו קיום החוזה. לעומתו, סעיף 12(ב) לחוק החוזים קובע

²⁹ ראה להלן, חלק ג, 2.

³⁰ חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

³¹ חוק החוזים (חלק כללי), סעיף 12(ב); גבריאלה שלו, דיני החוזים – החלק הכללי, 159.

³² ר' למשל, חוק החוזים, חלק כללי, סעיפים 14, 15, 16.

³³ גבריאלה שלו, דיני החוזים – החלק הכללי, 159.

³⁴ סעיף 12(ב) לחוק החוזים חלק כללי.

³⁵ סעיף 10 לחוק התרופות.

³⁶ סעיף 1(א) לחוק התרופות.

פיצוי בגין הנזק שנגרם עקב קיום החוזה, כלומר פיצוי שיעמיד את הנפגע במקום בו היה לולא קיום החוזה. נוכח לשון זו של סעיף 12(ב), ניכר קושי בפרשנות אותה מבקש בית המשפט העליון לקרוא אל תוך הסעיף.

על מנת להתגבר על הקושי הלשוני בסעיף 12(ב), כותב הנשיא ברק את הדברים הבאים:³⁷

נפתח בלשונו של סעיף 12(ב) לחוק. חובתו של הפוגע היא לשלם לנפגע פיצויים "בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן". אין דבר בלשון זו המחייב את המסקנה כי "הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן" הוא אך הנזק בגין הכניסה למשא ומתן וניהולו (ראו ס' דויטש "סעיף 12 לחוק החוזים: האומנם תרופה לכל מכאוב?" [34], בעמ' 47). באותה מידה ניתן לומר, כי הוראה זו קובעת – מקום שהמשא ומתן הסתיים, אך החוזה לא נכרת בשלב אחרון זה בשל חוסר תום-לבו של הצד למשא ומתן – כי הנזק שנגרם עקב המשא ומתן (שלא בתום-לב) הינו אי-כריתת החוזה וממילא אובדן הרווח שבו.

חשוב לשים לב למילים המובאות בסוגריים לקראת סוף הפסקה המצוטטת כאן. בפרט, בית המשפט מוסיף כאן ללשון הסעיף, בסוגריים, את המילים "שלא בתום לב", מילים שאינן מופיעות בסעיף המקורי. בעקבות תוספת זו, ניתן לקרוא את לשון הסעיף כאילו היא קובעת כי ניתן לתת פיצוי מכוח סעיף 12(ב) בגין נזק שנגרם "עקב משא ומתן שלא בתום לב", ולא רק בגין נזק שנגרם "עקב משא ומתן". לכאורה זהו שינוי מינורי, ואולי טכני. עם זאת, כל שינוי בלשונו של דבר החקיקה הינו בעל משמעות, ולעיתים בעל משמעות מכרעת. במקרה של סעיף 12(ב), השינוי שמציע הנשיא ברק מאפשר קריאת פיצוי חיובי אל תוך לשונו של סעיף 12(ב), למרות שלשון זו אינה סובלת פירוש כזה בצורתה המקורית. כך, בדוגמה שלעיל, לולא ערכה החברה משא ומתן "בחוסר תום לב", הרי שהיתה מתקשרת עם הקבלן המציע בחוזה, והקבלן המציע היה מרוויח את הרווח החוזי שהובטח לו. לכן, לכאורה, זהו רווח בר פיצוי, כיוון שהוא נובע מקיום משא ומתן "שלא בתום לב", וכיוון שסעיף 12(ב), בלשונו החדשה, מאפשר פיצוי בגין נזק שנגרם כתוצאה מקיום משא ומתן (שלא בתום לב). אלא, כאמור, שסעיף 12(ב) אינו קובע הסדר כזו בלשונו המקורית, ולשונו המפורשת מאפשרת פיצוי בגין נזק שנגרם "עקב המשא ומתן", שהוא פיצוי שלילי, ולא "עקב המשא ומתן בחוסר תום לב", לשון שאכן היתה מאפשרת פיצוי חיובי, לו היתה מופיעה בסעיף.

המהלך הפרשני שמציע כאן בית המשפט העליון אמנם אינו מהלך גס, אך הוא בכל זאת בעייתי. אין להצדיק פרשנות לסעיף על ידי הוספת מילים שאינן מופיעות בו. במובן זה, הביקורת שהושמעה בספרות, ולפיה הלכת קל בנין אינה מעוגנת בלשונו של חוק החוזים, הינה ביקורת מוצדקת וראוי לה שתשתמע. באופן כללי יותר, לכל הדעות, אין להקל ראש בסוג כזה של ביקורת, ובצורך לעגן את הלכות בית המשפט העליון בלשונה המפורשת של החקיקה האזרחית.³⁸

2. עיגון לשוני חלופי

כאמור לעיל, סעיף 12(ב) אינו מאפשר הענקת פיצויים חיוביים, או פיצויי ציפייה, מכוח הפרת חובת תום הלב במשא ומתן. על מנת להצדיק חובה כזו, נדרש היה נוסח אחר של הסעיף. שונה היה הדבר אם הסעיף היה קובע פיצוי בגין נזק שנגרם עקב חוסר תום הלב. לו זו היתה לשון הסעיף הרי, שבתנאים מסוימים, ניתן היה לקבוע פיצוי חיובי בעקבות הפרת חובת תום הלב במשא ומתן, כפי שאכן מבקש לקבוע פסק הדין בענין קל בנין.³⁹ כך, במקרים שבהם חוסר תום הלב מנע השתכללות החוזה, הרי שהרווח החוזי אבד לנפגע כתוצאה מחוסר תום הלב. במובן זה, אובדן הרווח החוזי הוא תוצאה של חוסר תום הלב, וניתן להעניק פיצוי חיובי. לולא חוסר תום הלב, היה נכרת חוזה, ולכן אובדן הרווח מכריתת החוזה הוא נזק בר פיצוי. אך, כאמור, לא זו לשונו של סעיף 12(ב).

³⁷ קל בנין, 298.

³⁸ אהרון ברק, פרשנות החקיקה, 37.

³⁹ חשוב לציין שבהצעת הקודיפיקציה שונתה לשון הסעיף המקביל לסעיף 12(ב) באופן המאפשר פסיקת פיצויים חיוביים, ר' סעיף 163(ב) להצעת קודקס דיני ממונות. מכך שניסוח כזה אומץ בהצעת הקודקס ניתן ללמוד שפרשנות כזו אינה סותרת את רצון המחוקק. עם זאת, כאמור, היא גם אינה מתיישבת עם לשונו הנוכחית של חוק החוזים. כיוון שלא נראה שהצעת הקודקס עתידה להפוך לחוק במדינת ישראל בעתיד הנראה לעין (אם אי פעם), לשון החוק הנוכחית היא שצריכה להכריע.

עם זאת, ניתן לעגן תוצאה זו דווקא בלשונו של סעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי),⁴⁰ יחד עם עוולת המסגרת הנוזקית של הפרת חובה חקוקה.⁴¹ סעיף 12(א) קובע חובה כללית לנהוג בתום לב במשא ומתן, וזו לשונו: "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב". כלומר צד שנהג שלא בתום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה מפר חובה חקוקה המוטלת עליו מכוח סעיף 12(א) לחוק החוזים. מכוח סעיף זה, יחד עם עוולת המסגרת של הפרת חובה חקוקה, ניתן להעניק פיצוי בגין התנהגות חסרת תום לב במשא ומתן. על פי העוולה של הפרת חובה חקוקה, מי שהפר חובה הקבועה בחוק יהיה מחויב לפצות את מי שסבל נזק כתוצאה מהפרה זו.⁴² כלומר, מי שהפר את החובה הקבועה בסעיף 12(א) לנהוג בתום לב במשא ומתן, עשוי לחוב בתשלום פיצוי בגין הנזקים שנגרמו כתוצאה מהפרת חובת תום הלב. כך, בדוגמה שלעיל, החברה המזמינה הפרה את חובת תום הלב במשא ומתן מול הקבלן המציע. לולא הפרה החברה את חובת תום הלב, היתה מתקשרת עם הקבלן המציע בחוזה, והוא היה מקבל את הרווח החוזי המובטח לו. כלומר, החברה המזמינה גרמה לקבלן המציע נזק תוך הפרת חובה חקוקה, ולכן, על פי דרישות הקשר הסיבתי, עליה לפצותו. פרשנות משפטית זו מאפשרת פיצויים חיוניים בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן, במקרים בהם הפרת חובת תום הלב היא שמנעה את השתכללות החוזה, וזאת ללא שינוי כלשהו בלשונו של סעיפים 12(א) או 12(ב). כך, קונסטרוקציה משפטית מוצעת זו מעגנת את הלכת קל בנין בלשונו של חוק החוזים, באופן שמספק מענה אפשרי לביקורת על הקושי הפרשני-מילולי בהלכה הקיימת. כמובן שמהלך זה אינו מצדיק את הלכת קל בנין, אלא רק מצביע על האפשרות לעגנה בלשון חוק החוזים.⁴³ במובן זה, זהו תנאי הכרחי אך בלתי מספיק לתמיכה באפשרות למתן פיצוי חיובי בעקבות חוסר תום לב במשא ומתן. תמונה זו תושלם, במידת האפשר, בפרקים הבאים.

ב. ההלכה בראי המשפט המשווה

בפסק הדין בעניין קל בנין תומך בית המשפט העליון את הכרעתו בדוגמאות מן המשפט המשווה. כנגד מהלך זה הוטחה ביקורת מוצדקת, לפיה מקורות ההשראה ששימשו בפסק הדין כלל אינם מאפשרים פתרון משפטי כמו זה שקבע בית המשפט הישראלי. על כן, הפרק הנוכחי מציע עיגון דוקטרינארי חלופי מן המשפט המשווה, כזה המאפשר פסיקת סעד חיובי בגין חוסר תום לב במשא ומתן, כפי שביקש בית המשפט העליון לקבוע.

1. פסיקת בית המשפט העליון ודוקטרינת האשם בהתקשרות

פסק הדין בעניין קל בנין מבקש לתמוך את חידושו ההלכתי בתיאוריה של ה"אשם בהתקשרות",⁴⁴ או *Culpa in Contrahendo*,⁴⁵ שמקורה במשפט הגרמני.⁴⁶ מכוח דוקטרינה זו, ניתן לראות פעולות מסוימות, שצד אשם מנע את ביצוען, כאילו בוצעו.⁴⁷ לעניינו, ניתן להתייחס אל החוזה, שכריתתו נמנעה בגלל אשמו של אחד הצדדים וחוסר תום ליבו, כאילו אכן נכרת.⁴⁸ לפיכך, משהחלטנו להתייחס לחוזה כאילו נכרת, אין עוד מניעה להעניק פיצויים חיוניים.⁴⁹

מבחינה קונסטרוקטיבית, קונסטרוקציה משפטית זו אכן יכולה לשמש להצדקת פיצוי חיובי בגין חוסר תום לב במשא ומתן, כפי שקובע פסק הדין בעניין קל בנין.⁵⁰ אולם, אף ששימוש כזה בדוקטרינה נראה אפשרי מבחינה מבנית, הרי שבפועל היא אינה משמשת באופן כזה. כך, במשפט הגרמני דוקטרינת האשם בהתקשרות אכן משמשת בהקשרים של חוסר תום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, אלא שבמקרים כאלה היא מאפשרת מתן סעדים שליליים בלבד, ולא סעדים חיוביים.⁵¹

⁴⁰ חוק החוזים (חלק כללי) סעיף 12(א).

⁴¹ סעיף 63 לפקודת הנוזקין.

⁴² סעיף 63 לפקודת הנוזקין.

⁴³ נדרש להראות שסעיף 12 אינו מחיל הסדר שלילי או ממצה, באופן כזה שמונע מתן תרופה אחרת מכוח העוולה הכללית של הפרת חובה חקוקה.

⁴⁴ קל בנין 301-302.

⁴⁵ גבריאלה שלו, דיני החוזים – החלק הכללי.

⁴⁶ גבריאלה שלו, דיני החוזים – החלק הכללי.

⁴⁷ ע"א 829/80 שכון עובדים בע"מ נ' זפניק [18], בעמ' 583; ראו גם: ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ קבלני בנין [19], בעמ' 288; ע"א 651/82 מדינת ישראל נ' החברה האילתית לשירותים באניות בע"מ [20], בעמ' 795.

⁴⁸ קל בנין 301.

⁴⁹ קל בנין, 301.

⁵⁰ קל בנין, 302.

⁵¹ גבריאלה שלו, דיני החוזים – החלק הכללי, 160.

במובן זה, ההתבססות על דוקטרינת האשם בהתקשרות אינה מועילה לקו הטיעון אותו מבקש בית המשפט לקדם. כל חידושו של פסק הדין בעניין קל בנין בתוספת התרופתית, כלומר באפשרות להעניק סעד חוזי-חיובי גם במקום בו לא נשתכלל חוזה. דוקטרינת האשם בהתקשרות, אינה מאפשרת, מבחינה פוזיטיבית, סעד חיובי, ועל כן אינה מסייעת בידו של בית המשפט ואינה מהווה ביסוס מועיל להלכה אותה מבקש בית המשפט לקבוע.

עוד נטען בספרות המשפטית-אקדמית כי במקרים הקלאסיים של הפרת חובת תום הלב במשא ומתן, הסעד המקובל במשפט המשווה הוא סעד שלילי, כזה המקנה פיצויי הסתמכות לנפגע מהפרת חובת תום הלב.⁵² לשם הדוגמא, במקרה שנדון בפסק הדין בעניין Hoffman v. Red Owl Store נקבע כי חברה נהגה בחוסר תום לב כלפי זכיון פוטנציאלי, בכך שגרמה לו להוצאות כבדות בהסתמך על מצג שווא לפיו הוא עתיד לקבל זיכיון להפעלת סניף של החברה.⁵³ במקרה זה, המשמש בספרות כדוגמא הפרדיגמטית להפרה של חובת תום הלב במשא ומתן, לא נפסקו פיצויים חיוביים, אלא פיצויי הסתמכות שליליים בלבד. קו זה של ביקורת על פסיקת בית המשפט העליון מעלה את הטענה הכללית לפיה להלכת קל בנין אין אח ורע בעולם, והיא בבחינת חריג במבט משפטי משווה.⁵⁴ ביקורת כזו נועדה להציג את ההלכה ככזו החורגת מגבולות הקונצנזוס המשפטי המקובל, בבחינת פיתוח בלתי אחראי ובלתי מבוסס של הדין.

2. השתק הבטחה כעיון דוקטרינארי חלופי

כאמור, בפסק הדין בעניין קל בנין מנסה בית המשפט העליון לבסס את ההלכה החדשה על התיאוריה הגרמנית של "אשם בהתקשרות",⁵⁵ בעוד שלמעשה דוקטרינה משפטית זו אינה מאפשרת מתן סעדים חיוביים.⁵⁶ אלא, שניתן לעגן את התוצאה אליה שאף להגיע בית המשפט דווקא על דוקטרינה אחרת מן המשפט המשווה, היא הדוקטרינה של השתק הבטחה (promissory estoppel), כפי שהיא מקובלת במשפט האמריקני.

על פי הדוקטרינה האמריקנית של השתק הבטחה, ניתן לאכוף הבטחות מכוח הסתמכותו של אחד הצדדים, ולא רק מכוח חוזה מוגמר ביניהם. כך, אם צד למשא ומתן הביע כוונה להתקשר בחוזה, והצד השני הסתמך באופן סביר ובתום לב על מצג זה, יכול להיות די בעובדות אלה על מנת להקים חיובים בין הצדדים, אף אם טרם נכרת חוזי סופי ביניהם. דוקטרינה זו התפתחה כבר במחצית הראשונה של המאה העשרים, ומצאה ביטוי בשל בסעיף 90 לריסטיטמנט על דיני החוזים.⁵⁷ סעיף 90 נחשב לסעיף החשוב ביותר בריסטיטמנט של דיני החוזים,⁵⁸ ולמסמנו של מהלך משמעותי עבור דיני החוזים האמריקנים.⁵⁹

דוקטרינת השתק הבטחה, בגרסתה האמריקנית, ובניגוד לדוקטרינה הקונטיננטלית של אשם בהתקשרות, דווקא מאפשרת סעדים חיוביים. בכך, דוקטרינה זו מהווה עיון משווה אפשרי להלכת קל בנין, המכירה באפשרות להעניק סעדים חיוביים בגין חוסר תום לב במשא ומתן טרום, וזאת למרות שהדוקטרינה של השתק הבטחה אינה מוזכרת במפורש בפסק דינו של בית המשפט העליון. כך למשל, בפסק הדין בעניין Drennan v. Star Paving Co.⁶⁰ דובר בקבלן משנה שהגיש הצעת מחיר לביצוע עבודות ריצוף בפרויקט בנייה גדול. הקבלן הראשי הסתמך על הצעתו של קבלן המשנה, וזכה במכרז לביצוע העבודות. בדיעבד, נתברר שההצעה שהגיש קבלן המשנה היתה נמוכה משמעותית מהמחיר בו התכוון לבצע את העבודות, והוא ביקש לסגת בו מהצעתו טרם נתגבש חוזה סופי ומחייב בינו לבין הקבלן הראשי. עם זאת, בית המשפט קבע כי קבלן המשנה יחויב בתשלום פיצויי ציפייה מכוח הדוקטרינה של השתק הבטחה, וכיוון שהקבלן הראשי הסתמך על המצג שיצר קבלן המשנה. בפרט, הפיצוי שהוטל על קבלן המשנה היה שווה להפרש בין עלות ביצוע העבודות בפועל לבין המחיר בו נקב קבלן המשנה. זהו סעד חיובי, במובן זה שהוא רואה את קיום החוזה כנקודת מוצא נורמטיבית. כלומר, קבלן המשנה נאלץ להעמיד את הקבלן הראשי במקום בו היה לו

⁵² Hoffman v. Red Owl

⁵³ Hoffman v. Red Owl

⁵⁴ גבריאלה שלו, דיני החוזים – החלק הכללי, 161.

⁵⁵ קל בנין, 302.

⁵⁶ גבריאלה שלו, דיני החוזים – החלק הכללי, 161.

⁵⁷ סעיף 90 לריסטיטמנט

⁵⁸ 333 P2d 757, 761

Farnsworth, Contracts (Little Brown 1982) sec. 2.19; C.L. Knapp, "Reliance in the Revised Restatement:

The Proliferation of Promissory Estoppel", 81 Columbia Law Review 52 (1981)

Feinman, "Promissory Estoppel and Judicial Method", 97 Harv. L. Rev. 678 (1984)

⁶⁰ Drennan v. Star Paving Co

קיום החוזה שלא נכרת ביניהם, אילו קבלן המשנה אכן היה מבצע את העבודות במחיר הנמוך בו נקב. כל תוספת מחיר מעבר לסכום זה נחשבה על כן לנזק עבור קבלן הראשי, נזק שהוא בר פיצוי תחת דוקטרינת השתק ההבטחה והסעד החיובי מכוחה. הפסיקה האמריקנית משופעת מקרים דומים, בהם שימשה הדוקטרינה של השתק ההבטחה להענקת סעדים חיוביים.⁶¹

באופן כללי יותר, הדעה הנפוצה במחקר הינה כי בתי משפט נוטים לפסוק סעדים חיוביים, ולא שליליים, מכוח הדוקטרינה של השתק ההבטחה.⁶² זו העמדה במאמרם של פרבר ומתייסון משנת 1985, בהתבסס על מדגם של 72 פסקי דין, מתוכם רק בששית מהמקרים הגביל בית המשפט את התרופה לפיצויי הסתמכות שליליים, כאשר בשאר המקרים ניתנו פיצויי ציפיה חיוביים.⁶³ מחקר אמפירי מהתקופה האחרונה תומך בעמדה זו ומעלה כי, סעדים חיוביים הינם תגובה שיפוטית נפוצה במקרים בהם יושמה הדוקטרינה של השתק ההבטחה.⁶⁴ כך, במחקר שכלל מעל 300 פסקי דין של ערכאות שונות בארה"ב נמצא כי סעדים חיוביים ניתנו בכ-72% מהמקרים. ניתוח זה מעלה שהדוקטרינה של השתק ההבטחה במשפט האמריקני מאפשרת מתן סעדים חיוביים גם טרם נכרת חוזה בין הצדדים, ובכך מהווה עיגון אפשרי במשפט המשווה להלכת קל בנין הישראלית.

חשוב להבהיר כי דוקטרינת השתק ההבטחה האמריקנית אינה זהה בכל פרטיה להלכת קל בנין הישראלית. כך, דוקטרינת השתק ההבטחה מאפשרת אכיפה של הבטחות טרום-חוזהיות במקרה בו אחד הצדדים הביע כוונה להתקשר בחוזה, והצד השני הסתמך באופן סביר ובתום לב על מצג זה. לעומת זאת, הלכת קל בנין הישראלית מאפשרת סעד דומה, אך במקרה שונה מעט, כאשר הקירבה לחוזה היתה גדולה, וחוסר תום ליבו של אחד הצדדים היה הגורם היחיד שמנע את השתכללות החוזה הסופי. במובן זה, הלכת קל בנין הישראלית מהווה יצירה ישראלית מקורית, המשלבת אלמנטים מתוך הדוקטרינה הקונטיננטלית של אשם בהתקשרות יחד עם אלמנטים מהדוקטרינה האמריקנית של השתק ההבטחה. כך, בדומה לדוקטרינה של אשם בהתקשרות, הלכת קל בנין מקנה תוקף לחוזה שכריתתו נמנעה בגלל אשמו וחוסר תום ליבו של אחד הצדדים. ובנוסף, בדומה לדוקטרינה של השתק ההבטחה, הלכת קל בנין מאפשרת סעדים חיוביים בגין התנהגות לא ראויה של אחד הצדדים בשלב המשא ומתן הטרם חוזי. הלכת קל בנין משלבת אס כן, אם התנאים למתן תרופה הקיימים בדוקטרינת האשם בהתקשרות, עם התרופה הקיימת בדוקטרינת השתק ההבטחה. על כן, גם אם לא קיימת מקבילה מדויקת להלכה זו במשפט המשווה, הרי שהיא בנויה על אלמנטים קיימים, ומהווה יצירה ישראלית מקורית, אך בהחלט אינה אלמנט חריג, או כזה המתעלם ממוסכמות רחבות לגבי התרופות הראויות בגין חוסר תום לב בשלב הטרם חוזי.

יתר על כן, נראה כי הלכת קל בנין דווקא צרה יותר מהדוקטרינה האמריקנית של השתק ההבטחה, וככזו קל יותר להצדיק אותה כנגד הביקורת. כך, דוקטרינת השתק ההבטחה האמריקנית זכתה לביקורת על כך שהיא מחייבת צד בחוזה שלא התכוון להתחייב אליו.⁶⁵ ואכן, גם אם צד הציג מצג שווא לפיו היתה לו כוונה להתקשר בחוזה, והצד השני הוציא הוצאות בהסתמך על מצג זה, לא ברור מדוע הדבר צריך להקנות לנפגע זכויות לרווחים החוזיים דווקא. כלומר, בהחלט ניתן היה להסתפק כאן בפיצויי הסתמכות ובהחזר ההוצאות שהוציא הצד שנפגע, ואין זה ברור מה ההצדקה – הנזיקית או החוזית – שמכוחה ראוי להעניק לנפגע דווקא את הרווח לו היה יכול לצפות מקיום החוזה. כך, הרציונאל הכללי של דיני הנזיקין מאפשר לחייב מעוול לפצות את הנזוק בגין נזק שגרם לו בעוולתו. צד שהציג מצג שווא לפיו יש בכוונתו להתקשר בחוזה לא גרם לצד השני לאובדן הרווח החוזי. למעשה, במקרה כזה המעוול גרם להסתמכות הנזוק, ועל כן הפתרון המתבקש באופן רגיל הינו אכן פיצויים שליליים ולא פיצויים חיוביים. דיני החוזים, מצידם, מחייבים צד לפצות על נזק שנגרם בגין אי קיומה של חובה שהוא נטל על עצמו מרצונו החופשי. גם כאן, מי שהציג מצג שווא לפיו בכוונתו להתקשר בחוזה לא נטל על עצמו את החובה להביא את הרווח החוזי לצד השני, כיוון שהצדדים לא הגיעו לחוזה ביניהם. טיעונים אלה מצביעים על אתגר משמעותי העומד בני מי שמבקשים להצדיק את הכלל האמריקני של השתק ההבטחה, כלל שאכן זכה לביקורת רבה בספרות

⁶¹ ראו למשל: Hoel-Steffen ; Preload Technology, Inc. v. A.B. & J. Constr. Co., 696 F.2d 1080, 1091 (9th Cir. 1982); Air Conditioning Co. v. Richards Constr. Co., 702 F.2d 1080, 1091 (9th Cir. 1983); Kaneohe Bay Project; Constr. Co. v. United States, 702 F.2d 1080, 1091 (9th Cir. 1983); Edward Yorio & Steve Thel, The Promissory Basis of Section 90, 101 YALE L.J. 111, 112 (1991) ⁶²

(emphasis added). Daniel A. Farber & John H. Matheson, Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the "Invisible Handshake", 52 U. CHI. L. REV. 903, 909 (1985). ⁶³

The Many Faces of Promissory Estoppel: An Empirical Analysis under the Restatement (Second) of Contracts ⁶⁴

⁶⁵ גבריאלה שלו, הבטחה, השתק ותום לב, משפטים, 295, 298.

האקדמית.⁶⁶ מנגד, נראה שהלכת קל בנין דווקא עומדת בפני הביקורת שמועלה כנגד הדוקטרינה שח השתק הבטחה. כך, המבחן שקובעת הלכת קל בנין למתן סעדים חיוביים דווקא מעלה הצדקה ברורה להענקת סעד חיובי, מכוח עקרונות נזיקיים מוכרים. כך, על פי הלכת קל בנין, סעד חיובי יינתן רק אם חוסר תום הלב הוא שמנע את השתכללות החוזה. על פי היגיון נזיקי רגיל, מעוול ייחוב בנזקים שנבעו מעוולתו. אם חוסר תום לב במשא ומתן הוא עוולה, הרי שהמעוול צריך לשלם על הנזקים שנגרמו ממנה. ואם אחד הנזקים האלה הוא אובדן רווח חוזי, הרי שנזק זה יכול שיהיה בר פיצוי, על פי ההיגיון הרגיל של דיני הנזיקין. במובן זה, הלכת קל בנין מציגה היגיון דומה לזה של העוולה של גרם הפרת חוזה.⁶⁷ העוולה של גרם הפרת חוזה עוסקת בסיטואציה בו מעוול גרם לצד לחוזה להפר את התחייבותו. במצד דברים זה, התובע, הנפגע מההפרה, יכול לתבוע מהמעוול, שגרם להפרת החוזה, את אובדן הרווח החוזי אותו ציפה להפיק. במקרה כזה, התנהגותו העוולתית-נזיקית של המעוול מקימה לו חובה להעמיד את הנפגע מההפרה במקום בו היה לו קיום החוזה, ולהעניק לו את רווחיו החוזיים הצפויים. ההצדקה לכך היא שהתנהגותו העוולתית של המזיק מנעה את הרווח הזה מהצד שנפגע מההפרה. הפיצוי כאן הוא, אמנם, פיצוי חוזי לכאורה, של הענקת הרווח החוזי לנפגע מההפרה, אך זהו למעשה פיצוי נזיקי רגיל, במסגרתו המעוול מפצה את הנפגע על הנזקים שנגרמו כתוצאה מהעוולה. במקרה ספציפי זה, אחד מנזקים אלה היה אובדן רווח חוזי. תוצאה זו מקבילה לתוצאה הנוצרת בעקבות החלת הלכת קל בנין. אחד הצדדים למשא ומתן נהג בחוסר תום לב, וכתוצאה מהתנהגות עוולתית זו נגרם נזק לצד השני. נזק זה, גם אם הוא אובדן רווח חוזי, הינו בר פיצוי מכוח הגיונם הרגיל של דיני הנזיקין.

כך, נראה כי הלכת קל בנין מציעה הצדקה פשוטה למתן סעדים חיוביים בגין חוסר תום לב במשא ומתן – הצדקה שנראית חסרה תחת המבנה המוכר יותר של דוקטרינת השתק ההבטחה האמריקנית. הלכת קל בנין והכלל האמריקני של השתק הבטחה עוסקות בממשק החוזי-נזיקי ובאפשרות להעניק סעד חוזי בגין עוולה נזיקית בעיקרה. בהקשר זה, נראה שהלכת קל בנין קובעת מבחן צר יותר, ונכון יותר, להגדרת אפשרות זו. הלכת קל בנין מציעה הסבר מבני פשוט למקרים בהם ראוי להעניק סעד חוזי חיובי מכוח התנהגות עוולתית-נזיקית. הסבר כזה חסר בדוקטרינה האמריקנית, כיוון ששם לא ברור מדוע ראוי להעניק תרופה חוזית-חיובית דווקא, כאשר לא הוכח שאובדן הרווח החוזי נגרם כתוצאה מחוסר תום ליבו של אחד הצדדים, ואם לאותו צד לא הייתה כוונה להתחייב בחוזה.

ג. הדוקטרינה בפסיקת בתי המשפט

חלק זה דן בטענה לפיה הלכת קל בנין מביאה לפריצת הגדר המבחינה בין דיני החוזים ודיני הנזיקין, באופן המהווה סכנה לשלמותם הקונספטואלית של דיני החוזים ולערכים אותם הם אמורים לכוון. כך, עיקר הטענה המועלית כנגד פסק הדין היא כי הלכת קל בנין מאפשרת לבתי המשפט, כדבר שבשגרה, לחייב צדדים בחוזים אותם לא כרתו, ובכך היא מקעקעת את הגיונם של דיני החוזים, המבוסס על הסכמת הצדדים. חלק זה מספק בחינה אמפירית של טענה זו, ומראה כי, למעשה, הלכת קל בנין משמשת לפסיקת פיצויים חיוביים [רק במקרים מעטים ונדירים. משכך, אין מקום לחשש התיאורטי לפיו ההלכה מביאה לערוב מושגים ולהיעלמותם של דיני החוזים בתוך עקרונותיהם הרחבים יותר של דיני הנזיקין – ממצא טנטטיבי].

1. פריצת הגדר בין דיני החוזים לדיני הנזיקין

הלכת קל בנין מאפשרת לחייב צד למשא ומתן בתשלום פיצויים חוזיים חיוביים גם כאשר אותו צד לא התחייב בחוזה ולא גמר בדעתו ליטול על עצמו חוב חוזי. על רקע זה, זכתה הלכה לביקורת כיוון שהיא מעלה סכנה למדרון חלקלק ולהטלת חיובים חוזיים בניגוד לרצון הצדדים והסכמתם המפורשת. טיעון זה מזכיר טיעוני מוכרים שעלו בספרות האקדמית האמריקנית כנגד הדוקטרינה של השתק ההבטחה ודוקטרינות דומות המרחיבות את החבות החוזית. כך, במאמרו הקלאסי על "מותם של דיני החוזים",⁶⁸ טען גרנט גילמור שהקונספט של חוזה איבד ממשמעותו המובחנת בעקבות טשטוש הגבול בין דיני החוזים לדיני הנזיקין, וייחס טשטוש זה, במידה רבה, להרחבת החבות החוזי דרך דוקטרינות דוגמת הדוקטרינה של השתק הבטחה. לטענתו של גילמור, אם ניתן להטיל חיוב חוזי גם ללא הסכמה מפורשת של הצדדים, הדוקטרינות החוזיות המרכזיות, שנועדו להבחין בין חוזה לבין מה שאינו חוזה, מאבדות מכוחן וממשמעותן. כך, במקרה של הלכת קל בנין,

⁶⁶ The Death of Contract Grant Gilmore

⁶⁷ סעיף 62 לפקודת הנזיקין.

⁶⁸ The Death of Contract Grant Gilmore

אם ניתן לפסוק סעדים חוזיים חיוביים גם בהיעדר חוזה, הדוקטרינות של גמירת דעת, מסוימות או דרישת הכתב, דוקטרינות המשמשות להגדרת העולם החוזי, מאבדות לכאורה ממשמעותן. טענה קונספטואלית זו מעלה את החשש למדרון חלקלק, לפיו הכניסה לעולם החוזי תפסיק להיות תלויה ברצונם של הצדדים, אם בתי המשפט ישתמשו בדוקטרינות לבר-חוזיות על מנת לקבוע חבות חוזית.

2. טענת המדרון החלקלק: הערכה אמפירית

הביקורת כנגד הלכת קל בנין מעלה חשש של מדרון חלקלק, לפיו, משניתנה האפשרות לפסוק סעדים חוזיים חיוביים גם ללא הסכמת הצדדים, שוב לא יהיה ניתן לעצור שטף של פסקי דין שינקטו בגישה זו, והתוצאה תהיה אובדן הגבול בין דיני החוזים לדיני הנזיקין, וריבוי תוצאות משפטיות בלתי ראויות. טיעון זה תלוי כמובן בנכונותה האמפירית של ההנחה לפיה הלכת קל בנין לא תוחל כחריג נדיר, אלא תאיים על הכלל הרגיל של דיני החוזים, אשר ביחס אליו היא מתיימרת לכאורה להוות חריג. על כן, חלק זה מציע בדיקה אמפירית של אופן יישומה של הלכת קל בניין בפסיקת בתי המשפט.