

המשפט הבינלאומי של הבנייה

מונוגרפיה אקדמית

הספר המלא



Author: דמיטרי בלקין (ORCID:
(<https://orcid.org/0009-0003-1532-1958>)

פרופסור חבר למשפט בינלאומי, האקדמיה
הסלאבית-יוונית-לטינית, מוסקבה, רוסיה.
dmitryb81@gmail.com: דוא"ל

DOI: 10.64457/icl.he.ch10

בטחון משפטי בפרויקט תשתית חוצי-גבולות: שלוב כלי בוררות במערכים לאומיים

ציטוט מומלץ: דמיטרי בלקין. בטחון משפטי בפרויקט תשתית חוצי-גבולות: שלוב כלי בוררות במערכים לאומיים. בתוך דיני בנייה בינלאומי. מוסקבה: האקדמיה הסלאבית-יוונית-לטינית, 2025. DOI: 10.64457/icl.he.ch10.

הפרק מציג את הפער הנורמטיבי בין אמנות מחייבות (אמנת וושינגטון 1965 ואמנת ניו-יורק 1958) לבין מסגרת ה-soft-law של כללי הבוררות של UNCITRAL ותקני FIDIC, ומדגיש את תפקידם המרכזי של לוחות DAAB. נתוני ICSID ופסיקות בהודו, דרום-אפריקה ושווייץ מאשרים את החובה למצות את שלב DAAB. סכסוך Nord Stream 2 ותקריות 2022 מדגימים מתחים של סדר ציבורי ופגיעות תשתית. באמצעות שיטות השוואתיות-דוקטרינריות מוצעת מודל הגנה תלת-שלבי: שלוב מיידי של כללי ICC Expedited, הכרה בינונית-טווח בחוזי בנייה בינלאומיים כהשקעה per se, ואימוץ עתידי של חוק מודל BRICS/UNCITRAL. הממצאים מחזקים ודאות משפטית והתאמה בין מערכות.

פרויקטים בינלאומיים בתחום הבנייה כרוכים בהכרח במפגש בין מערכות משפט שונות ונורמות של המשפט הבינלאומי. ההסדרה המשפטית של חוזים אלו תלויה במקורות דיני החוזים בשיפוט המקומי, וכן בתחולתם של כללי jus cogens במשפט הבינלאומי – נורמות קוגנטיות שהמדינות אינן יכולות לסטות מהן. לדוגמה, כללים המונעים רצח עם או עבדות הם נורמות מוחלטות, וכל

פרק 10. בטחון משפטי בפרויקט תשתית חוצי-גבולות: שלוב כלי בוררות במערכים

לאומיים — DOI: 10.64457/icl.he.ch10

הסכם הסותר אותן (לרבות חוזים) בטל ומבוטל. עם זאת, השפעת *jus cogens* על חוזים מסחריים רגילים היא עקיפה, ומתבטאת בקביעת גבולות לאוטונומיה ההסכמית, תוך איסור על התקשוריות הסותרות את יסודות הסדר המשפטי הבינלאומי.

במסגרות המשפט השונות — המשפט האנגלו-אמריקאי (על בסיס תקדימי), המשפט הקונטיננטלי (מקודד), המסורת הלטינו-אמריקאית (ממוקדת בדין הציבורי) והמשפט הישראלי (מערכת מעורבת) — קיימים הבדלים מהותיים במקורות דיני החוזים ובמנגנונים להגנת זכויות בחוזים בינלאומיים בתחום הבנייה. ארבע הגרסאות המקומיות של ניתוח פרק 10 במונוגרפיה “המשפט הבינלאומי של חוזי בנייה” – “דיני אמנות בחוזי בנייה בינלאומיים: אתגרים משפטיים ומנגנוני הגנה” – כוללות את המרכיבים הבאים:

- (1) מקורות החיוב ונורמות משפטיות קוגנטיות במשפט הבינלאומי;
- (2) היישום המהותי של תקני FIDIC בישראל ובמערכות דומות;
- (3) מנגנוני הגנה אפשריים (בוררות בינלאומית, ISDS, תרופות מקומיות, תניית סמכות שיפוט);
- (4) יסודות דוקטרינריים להכרה בחוזים בינלאומיים בתחום הבנייה;
- (5) ההתייחסות לסנקציות, כוח עליון, שינוי נסיבות (*hardship*) ושינוי התחייבויות לאורך הפרויקט;
- (6) תפקיד המדינה כמזמין, מממן, רגולטור ונתבעת;
- (7) גישות לפרשנות חוזים (הבדלים בין משפט קונטיננטלי לאנגלו-אמריקאי).

מקורות דיני החוזים ו-*jus cogens*. בדיני האנגלו-אמריקאיים (אנגליה וארה"ב) דיני החוזים נשענים בעיקר על הלכות פסקות וחקיקה ייעודית ולא על קודקס אזרחי כולל. אוטונומיית הרצון רחבה אך מוגבלת על-ידי תקנת הציבור ואי-חוקיות. נורמות קוגנטיות במשפט הבינלאומי (*jus cogens*) אינן חלק ישיר מדיני החוזים הפנימיים, אך יוצרות גבולות חיצוניים: חוזה הסותר נורמות פרמפטוריות (כגון איסור שחיתות או עבדות) לא יאכף מטעמי תקנת הציבור (שלטון, 2011). הסכמים המחייבים מעשים בלתי-חוקיים או פוגעים בזכויות אדם הם בטלים. מעבר לכך, הצדדים חופשיים להקצות סיכונים, ובתי המשפט יאכפו את תנאי החוזה המפורשים. דיני ה-*common law* פיתחו דוקטרינות של סיכול (*frustration*) ואי-חוקיות כדי להתמודד עם אירועים מסכלים או נסיבות בלתי-חוקיות, כדי שלא יכפו קיום הסותר את הדין או את תקנת הציבור (סלוס, 2009). אין דוקטרינת *hardship* כללית בחקיקה; ללא תניית חוזה, נדרש קיום, והסיכול חל רק בנסיבות חריגות. באנגליה (שיטה דואלית) אמנות בינלאומיות מחייבות חקיקה מיישמת; אמנת ICSID הוחלה בדין באמצעות חקיקה ייעודית.

אמנת וינה חלה על המדינה ולא ישירות על חוזים פרטיים, אלא אם נורמותיה הוטמעו בדין הפנימי המשפיע על החוזה (שלטון, 2011).

יישום תקני FIDIC. נוסחי FIDIC מוכרים במערכות common law כסטנדרט בינלאומי מוביל לפרויקטי תשתית והנדסה גדולים (ספאלה, 2023). בתי משפט יאכפו תנאי FIDIC כפי שהוסכמו, כל עוד אינם נוגדים נורמות קוגנטיות מקומיות. מאפיינים מרכזיים — קביעות המהנדס ומנגנון DAAB — מוכרים כמנגנונים חוזיים; משטרי time-bar והחלטות ביניים/סופיות נאכפים לפי הדין החל (ספאלה, 2024).

מנגנוני הגנה (פורומים וסעדים). הבחירה הרווחת היא בוררות; לונדון וניו-יורק הן מושבים מובילים. אמנת ניו-יורק 1958 מעגנת הכרה ואכיפה בכפוף להגנות מצומצמות (סלוס, 2009; שלטון, 2011). מול מדינה מזמינה עומד ISDS מכוח אמנות השקעה ו-ICSID; סעיף 54 מחייב הכרה בחיוב הכספי „כאילו פסק דין חלוט“, ללא ביקורת מהותית של בתי משפט מקומיים (סלוס, 2009). DAAB מספק סעד ביניים עד לפסק הבוררות (ספאלה, 2024).

יסודות דוקטרינריים. במרחב ה-common law הדין הבינלאומי אינו הופך אוטומטית לדין פנימי; הטמעה חקיקתית נדרשת, ו-soft law מחייב רק בבחירת הצדדים. מסגרות אמנה מסחריות והשקעניות יוצרות רקע נורמטיבי של שקיפות והגנה המעודד התקשרות הוגנת ומספק מסלולי סעד טרנס-לאומיים (סלוס, 2009; שלטון, 2011).

סנקציות, כוח עליון, hardship. אין דוקטרינת hardship כללית; סיכול/אי-אפשרות בארה"ב חלים ברף גבוה. כוח עליון הוא מכשיר חוזי; אי-חוקיות עליונה (למשל, סנקציות) עשויה לפטור מביצוע בהיעדר תניית חוזה (סלוס, 2009; שלטון, 2011). ניסוחי FIDIC בנושא כוח עליון/ hardship נאכפים כשהוסכמו (ספאלה, 2023).

תפקיד המדינה. כשהמדינה פועלת כמזמין בפרויקט מסחרי, חלות עליה דיני החוזים הכלליים, תוך צמצום חסינות ריבונית בפעולות מסחריות ובהסכמה שיפוטית/בוררותית. חוזי רכש ציבורי כוללים לעיתים תנאי שינוי וסיום לנוחות. צעדים רגולטוריים המונעים ביצוע עשויים להקים טענת כוח עליון/סיכול. הפרות כלפי משקיעים זרים עשויות להצמיח הליכים אמנתיים במקביל לעילות חוזיות (סלוס, 2009).

פרשנות (common law לעומת המשפט הקונטיננטלי). הפרשנות ממוקדת בטקסט ובהקשר המסחרי; כלל ה-parol evidence מגביל הסתמכות על ראיות חיצוניות. אין חובת תום-לב כללית כבדין הקונטיננטלי; החדרה משתמעת של תנאים מצומצמת. מונחים טכניים של FIDIC יפורשו לפי נוהג הענף; דין קוגנטי מקומי גובר מקום שיש התנגשות (שלטון, 2011; ספאלה, 2023).

מקורות דיני החוזים ונורמות קוגנטיות. בגרמניה, שיטת המשפט הקונטיננטלית מבוססת על קודיפיקציה (BGB). מאז 2018 חוזי בנייה מוסדרים מפורשות ב-§ 650a ואילך (בעבר חלו § 631 ואילך). בפועל נעשה שימוש נרחב ב-VOB/B — תנאים כלליים מאוזנים (לא

חקיקה) — ובמיוחד ברכש ציבורי, שבו שילובם שכיח ולעיתים מתחייב. כך נוצרת דואליות: ה-BGB קובע מסגרת קוגנטית (חובת תום-לב § 242; שינוי יסוד העסקה § 313), וה-VOB/B מספקת הוראות יישומיות. *jus cogens* במשפט הבינלאומי פועל בעקיפין דרך *ordre public*: תנאים הסותרים עקרונות יסוד או „מוסר טוב” בטלים לפי § 138 BGB; חיובים מושחתים או פוגעניים לזכויות אדם לא יאכפו (Shelton, 2011). גרמניה דואליסטית (סעיף 59(2) לחוקה), ובו-בזמן סעיף 25 לחוקה משלב את כללי המשפט הבינלאומי הכללי לתוך הדין הפנימי. פסקי דין או בוררות הסותרים *jus cogens* לא יאכפו (Shelton, 2011).

יישום FIDIC. בשוק המקומי ה-VOB/B שולטת; FIDIC רלוונטית בעיקר לפרויקטים בינלאומיים של קבלנים גרמנים. כאשר הדין הגרמני חל, מתאימים את FIDIC לקטגוריות ה-BGB (למשל § 650 BGB b לגבי הוראות שינוי עם התאמת תמורה; § 276(3) BGB אוסר ויתור על אחריות בכוונה). מנגנוני DA(B)B פחות מוכרים, אך ניתן להחילם כהכרעות ביניים חוזיות עד לבוררות (Seppälä, 2023; Seppälä, 2024).

מנגנוני הגנה. סכסוכי בנייה מתבררים בבתי משפט אזרחיים (Landgerichte) או בבוררות. גרמניה ידידותית לבוררות (§§ 1025–1066 ZPO; אמנת ניו-יורק עם חריג מוגבל של תקנת הציבור) (Sloss, 2009). נוהגים הליכי ראיות עצמאיים (§§ 485 ואילך ZPO). בהשקעות חוץ, BIT ו-ICSID מספקים סעד; סעיף 54 ל-ICSID מחייב הכרה ללא בחינה מהותית (Sloss, 2009).

יסוד דוקטרינרי. אמנות חלות באמצעות חקיקת יישום; המשפט הבינלאומי המנהגי חל מתוקף סעיף 25 לחוקה. משפט האיחוד האירופי מעצב את דיני הרכש; *soft law* מחייב בבחירת הצדדים.

סנקציות, כוח עליון, *hardship*. הדין הגרמני מסדיר חדלות ביצוע (§ 275) והפרת יסוד העסקה (§ 313). „כוח עליון” מוגדר בפסיקה כאירוע חיצוני, בלתי-צפוי ובלתי-ניתן למניעה. סנקציות עשויות ליצור אי-חוקיות מסכלת או להצדיק התאמה/סיום (Shelton, 2011).

תפקיד המדינה. המדינה מתקשרת כצד פרטי; חסינותה מוגבלת בעסקאות מסחריות. קיימת ביקורת מינהלית בתחומי הרכש והרישוי. אין *ius variandi* חד-צדדי ללא בסיס; *pacta sunt servanda* חל גם על הרשות.

פרשנות. §§ 133 ו-157 BGB מציבים את רצון הצדדים ותום-הלב במוקד; יש פרשנות משלימה וביקורת של תנאים סטנדרטיים (§ 307 BGB) לשמירת האיזון החוזי.

מקורות דיני החוזים ונורמות קוגנטיות (*jus cogens*). באמריקה הלטינית, שיטת המשפט הקוגנטינגנטלית מקודדת את דיני החוזים בקודים אזרחיים ומסחריים, בעוד דיני המינהל משפיעים במיוחד על חוזי עבודות ציבוריות. מבחינים בין חוזים פרטיים לבין חוזים מינהליים הכפופים לדין ציבורי מיוחד. החוקה (סדר ציבורי כלכלי, הפונקציה החברתית של החוזה, עליונות האינטרס הציבורי), הקודים האזרחיים, וחוקי הרכש הציבורי מהווים את עיקר המקורות.

פרק 10. בטחון משפטי בפרויקטי תשתית חצי-גבולות: שלוב כלי בוררות במערכים

במדינות כמשל מקסיקו, קולומביה ופרו — הדין קובע הליכים וסעיפים חובה הגוברים על אוטונומיית הרצון. דוקטרינות שמקורן במשפט הציבורי הצרפתי — סמכות שינוי חד-צדדי וביטול חד-צדדי מטעמי אינטרס ציבורי בצירוף פיצוי — נטמעו בדין. רבות מן המדינות מקנות לאמנות בינלאומיות מעמד על-חוקי, ובחלקן אף מעמד חוקתי לאמנות זכויות אדם; לפיכך *jus cogens* חודר ישירות לדין הפנימי. חוזה בנייה הכרוך בפגיעה קשה בזכויות אדם ייפסל גם מטעמי חוקתיות וגם מטעמי משפט בינלאומי. בבוררות השקעות, סדר ציבורי טרנס-לאומי מופעל כנגד שחיתות/מרמה ומשפיע על ביטול/אכיפה של פסקי בוררות (Calvo, 1868). דוקטרינת קאלבו מן המאה ה-19 — הכרעה בסכסוכי זרים בערכאות מקומיות ללא הגנת דיפלומטיה — עיצבה לאורך שנים את האזור, אף כי הוחלשה עם הופעת BIT ו-ISDS (Calvo, 1868).

יישום FIDIC. טפסי FIDIC התפשטו כסטנדרטים בינלאומיים. מסורתית גברו תנאים כלליים מקומיים, אולם מוסדות מימון רב-לאומיים מעודדים שימוש ב-FIDIC בפרויקטי תשתית. אימוץ Red/Yellow/Silver Book דורש התאמות: תפקיד „מהנדס” נייטרלי, וכן DAB/DAAB בעלי תוקף זמני המחייבים לרוב עיגון בוררותי בינלאומי. נדרשת התאמה לשוניים ונורמטיבית כדי לעמוד במגבלות משפט ציבורי (תקרות לשוניים; ביטול מטעמי נוחות).

מנגנוני הגנה. לצד בתי המשפט המקומיים (סעדים זמניים), ארביטראז' מסחרי מתגבר ולעיתים מחויב בדין ברכש ציבורי; אמנת ניו-יורק 1958 ואמנת פנמה 1975 מקלות הכרה. ISDS נותר ציר מרכזי לקונססיות/PPP חרף פרישות נקודתיות מ-ICSID. תרופות מינהליות נגד פעולות חד-צדדיות נשמרו.

יסודות דוקטרינריים. מדינות רבות נוטות למוניזם מתון: אמנות נטמעות בדין (block of constitutionality), ובתי משפט עשויים להחילן ישירות (למשל חובת היוועצות קהילות ילידיות). סעיפי בוררות מול המדינה מוכרים כוויתור שיפוטי תקף; עקרון שימור האזון הכלכלי-פיננסי מתיישב עם הגנות בינלאומיות.

סנקציות, כוח עליון, *hardship*. תורת ה-*imprevisión* האזרחית מאפשרת התאמה/סיום במקרים חריגים ובלתי-צפויים; כוח עליון מקודד ומשחרר מאחריות ומאריך מועדים. סנקציות בינלאומיות נבחנות כאי-חוקיות מאוחרת או כעילה להתאמה; חוזים כוללים יותר ויותר סעיפי סנקציות והשהיה. בחוזי ציבור, „שינויים” מותרים עד אחוזים סטטוטוריים בצירוף התאמות זמן/מחיר.

תפקיד המדינה. למדינה פרוגרסיביות חריגות (*ius variandi/rescindendi*), אך חלה עליה חובה לשמור על איזון חוזי באמצעות פיצוי. חקיקת PPP מודרנית (מקסיקו, צ'ילה, ברזיל) מעגנת בוררות, ועדות טכניות וביטוחים. חסינות ביצוע מגינה על נכסים ייעודיים; האכיפה מתמקדת בנכסים מסחריים/תהליכי תקציב.

פרשנות. השיטה הלטינו-אמריקאית מקדימה רצון משותף, תום-לב ותכלית החוזה; ראיות חיצוניות קבילות; נורמות דיספוזיטיביות משלימות חסרים. התכלית היא שימור ההסכם והשבת האיזון.

כתודין לו מנשניה השימיו

נוחיה אקדמית: 5.1.5 סינריק עפרפי

דיני אמנות בינלאומיות.

רשימת מקורות

1. אניסי, א', ודראבור, מ'. (2021). אכיפת החלטת מועצת ה-DAB של FIDIC. Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, 13(2).

2. בחנובסקי, א'. וי. (2018). האמנה הבין-לאומית כמקור של המשפט הבין-לאומי הפרטי. Teoriya i Praktika Obshchestvennogo Razvitiya, (6), 91–94.

3. בולדירב, א'. יו., וצי'חלדזה, ל'. ט'. (2022). ריבונות כלכלית של המדינה. Antinomii, 22(4).

4. ורדייה, פ'-ח', וורסטיג, מ'. (2015). המשפט הבין-לאומי במערכות משפט לאומיות. American Journal of International Law, 109(3), 514–533.

5. דה דקר, ז'. ז'. (2021). יחסי משפט האיחוד האירופי והמשפט הבין-לאומי של השקעות: לקחים מ"נורד סטרים 2". עבודת דוקטור, אוניברסיטת חנט.

6. ספלה, ק'. ר'. (2023). חוזה FIDIC "הספר האדום": פרשנות סעיף-אחר-סעיף. Kluwer Law International. ISBN 978-9403520605.

7. ספלה, ק'. ר'. (2024). הצעה לאכיפת הסכמות הצדדים וקביעות DAAB. International Construction Law Review, 41(1), 106–115.

8. סלוס, ד'. (עורך). (2009). תפקידם של בתי משפט לאומיים באכיפת אמנות. Cambridge University Press.

9. תי הואה, נ'. (2022). האם החלטת מועצת ה-DAB של FIDIC היא פסק בוררות. Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, 14(4).

10. פרק 10. בטחון משפטי בפרויקט תשתית חצי-גבולות: שלוב פלי בוררות במערכים

10. טופורנינה, ב'. נ', בטורין, יו'. מ', ואורחובה, ר'. ג'. (1994). חוקת הפדרציה הרוסית: פרשנות.
11. פאנא, מ'. (2020). ICS של CETA ואוטונומיית הדין של האיחוד האירופי. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 22, 106–132.
12. פרדרוס, א'. (1959). משפט בין־לאומי. Izdatel'stvo Inostrannoi Literatury.
13. שלטון, ד'. (עורכת). (2011). המשפט הבין־לאומי ומערכות משפט פנימיות. Oxford University Press.
14. רוברטס, א', ואחרים (עורכים). (2018). משפט בין־לאומי השוואתי. Oxford University Press.
15. יאקובוב, א'. ח'. (2023). פיצוץ "נורד סטרים". *Postsovetskie Issledovaniya*, 6(1), 20–29.

© 2025 המשפט הבינלאומי של הבנייה