

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.
דוא"ל: dmitryb81@gmail.com

DOI: 10.64457/icl.he.ch2

היבטים מעשיים של בחירת דין וסמכות בסכסוכי תשתית בינלאומיים: השלכות מדיניות ומנגנוני
אכיפה

ציטוט מומלץ: דמיטרי בלקין. היבטים מעשיים של בחירת דין וסמכות בסכסוכי תשתית
בינלאומיים: השלכות מדיניות ומנגנוני אכיפה. בתוך דיני בנייה בינלאומי. מוסקבה: האקדמיה
הסלאבית-יוונית-לטינית, 2025. DOI: 10.64457/icl.he.ch2

המחקר בוחן בחירת דין וזירה בחו"ז EPC בינלאומיים. החלק הראשון מציג מתודולוגיה: ניתוח
סעיף 42 לאמנת וושינגטון 1965, סעיף 35 לתקנות UNCITRAL ופסקי דין מובילים של
ICSID, UNCITRAL ו-PCA. החלק השני מדגים כי חפיפה בין נקודות הסמכת-הדין
לקריטריוני סמכות מצמצמת עלויות דיוניות, במיוחד עם תנאי FIDIC סטנדרטיים. החלק
השלישי מציב על אתגרי יישום בשיטות משפט שונות ומציע עקרונות ניסוח לקלוזות
קונפליקט המשולבות בין התחייבויות חוזיות להסכמי השקעות.

בחירה בדין החל ובפורום השיפוטי הפכה לגורם מכריע בכל פרויקט תשתית בינלאומי
משמעותי. ללא הסכמה ברורה על היבטים אלה, פרויקטים עלולים להתעכב, להתייקר ולשקוע
בערפל משפטי. התנגשות בין הליכים משפטיים הולכת וגוברת ככל שתעשיית הבנייה הגלובלית
מסתמכת על שרשראות אספקה מבוזרות, וככל שמשקיעים מרבים להשתמש במנגנוני הגנה
רב-צדדיים על השקעות (Алферова, 2016). תורת המשפט הבינלאומי הפרטי העדכנית מדגישה

פרק 2. היבטים מעשיים של בחירת דין וסמכות בסכסוכי תשתית בינלאומיים:

השלכות מדיניות ומנגנוני אכיפה — DOI: 10.64457/icl.he.ch2

כי רק בחירה נכונה של הדין והפורום עשויה לצמצם עלויות עסקה. ההשערה במחקר זה הייתה שהצטלבות נקודות החיבור המרכזיות בדין ההתנגשות עם אמות המידה לכשרות סמכות השיפוט מבטיחה חיסכון דיוני מרבי, בין אם הסכסוך נידון במוסד ICSID, בבוררות אד-הוק לפי תקנות UNCITRAL או בבית משפט מדינתי.

מטרת המחקר הייתה לגבש המלצות מדעיות מבוססות ליישוב נורמות ברירת הדין והנורמות הדיוניות בפרקטיקה הישראלית של חוזי EPC (Engineering, Procurement and Construction – הנדסה, רכש ובנייה), ובכלל זה בשימוש בטפסי החוזים התקניים שגובשו על ידי הפדרציה הבינלאומית של המהנדסים היועצים (FIDIC). לשם כך נותחו הכתבים הדוקטרינריים, התקדים הבוררותי והטפסים הסטנדרטיים של חוזי FIDIC, וזהו נקודות בעייתיות בשלבי כריתת החוזה, ביצועו ויישוב הסכסוכים. מושא המחקר הוא המערך הרב-שכבתי של יחסי הגומלין החברתיים במהלך מימוש פרויקטי בנייה חוצי-גבולות; נושא המחקר הפרטי הוא אגד הנורמות של המשפט הבינלאומי הפרטי ודיני סדרי הדין הבינלאומיים המסדירות את קביעת הדין החל והפורום המוסמך.

המתודולוגיה מתבססת על ניתוח משפטי פורמלי של סעיף 42(1) לאמנת וושינגטון משנת 1965 (אמנת ICSID) בדבר יישוב סכסוכי השקעות בין מדינות לבין אזרחים זרים, פרשנות סעיף 35 (לשעבר 33) של תקנות הבוררות של UNCITRAL, השוואה בין הגישות האנגלו-אמריקאית והקונטיננטלית לחלוקת סיכונים, וכן בחינה דוקטרינרית של תקדימי בורות בתחום משפט חוזי הבנייה הבינלאומי. שילוב זה של שיטות איפשר להציג את הבעיה במלוא מורכבותה.

חשיבות המחקר ניכרת בספרות המחקרית העדכנית. בורן וקאליליו (2021) מצביעים על כך שאף שבכל העולם מוכרת עצמאות רצון הצדדים, משרטטים המדינות באופן שונה את גבולות תקנת הציבור. חואנג (2023) מראה כיצד הנוסח החדש של חוק סדר הדין האזרחי הסיני (2024) משנה מן היסוד את כללי הסמכות הבינלאומית, ומחייב קבלנים לשנות את אסטרטגיית בחירת הפורום שלהם. בעבודתה של יקובלבה (2022) על סמכות השיפוט של ICSID, מוצג כי אף שסעיף בורות עשוי להיות מושלם מבחינה טכנית, הוא עלול להתבטל אם הסכסוך אינו עונה על קריטריונים של אמנת ICSID, מצב רגיש במיוחד לגבי זיכיונות בנייה.

קושי מיוחד נובע מאופיים הרב-שכבתי של חוזי בנייה בינלאומיים גדולים והסכמי השקעה: בסכסוך אחד מתערבים תביעות קבלניות (חוזיות) ותביעות השקעה מכוח אמנות. הבחנה נכונה בין הרבדים הללו מאפשרת לטריבוניל לבחור את הנורמות הראויות ולמנוע כפילות הליכים. ואולם, הפרקטיקה הישראלית – למרות הכרה בעיקרון עליונות המשפט הבינלאומי החוזי על פני הדין הפנימי (סעיף 15(4) לחוקת הפדרציה הרוסית) – עדיין נסמכת על מערך מוגבל של “תנאים מיוחדים” ואינה תמיד משלבת ללא חיכוך את תקני FIDIC בפרויקטים בינלאומיים. מכאן נפער פער בין הפרקטיקה החוזית לבין הערביות הציבוריות לביטחון ההשקעה. כדברי חבר האקדמיה א. ג. ליסיצין-סבטלוב, המשימה של המשך פיתוח המערכת המשפטית היא “לא ביצירת תנאים מיוחדים למשקיעים זרים, כולל תנאים להליכי יישוב סכסוכים מיוחדים, אלא בהבטחת משטר השקעות כללי המבוסס על תחרות הוגנת” (Lisitsyn-Svetlanov, 2021).

במילים אחרות, אבחנה עודפת לטובת קבלנים זרים ללא ביסוס נאות של מסגרת הערבויות הכלליות למשקיעים טומנת בחובה סיכונים לריבונות וללכידות הנורמטיבית.

פרויקטי בנייה בינלאומיים – כגון המבוצעים בתנאי FIDIC – הופכים לעיתים קרובות לנושא של סכסוכים מורכבים בהשתתפות קבלנים זרים ומדינות. בסכסוכים אלה עולה הן שאלת קביעת הדין החל והן שאלת סמכותם של מוסדות הבוררות הבינלאומיים. במשך העשורים האחרונים נצבר רקע הלכתי משמעותי במסגרת שלושה מנגנוני מפתח ליישוב סכסוכים: מערכת ICSID ליישוב סכסוכי השקעות, בורריות אד-הוק לפי כללי UNCITRAL והמוסד הארצי לבוררות בהאג (PCA). ראוי לציין מגמה משותפת בפעולת הטריבונלים הבוררותיים בקביעת ויישום (1) הדין החל – כלומר, מכלול הנורמות החלות על נושא המחלוקת; ו-(2) הסמכות השיפוטית – כלומר, קיומן והיקפן של הסמכויות לדון בסכסוך. ניתוח החלטות ICSID, UNCITRAL ו-PCA חושף זיקות וגם הבדלים בגישתם לסוגיות המשפט הבינלאומי הפרטי ובהשקפה בין חיובים חוזיים לנורמות של אמנות השקעה. להלן נדונים התקדים הבוררותיים המרכזיים – מקרים מפורסמים הנוגעים לחוזה בנייה ותשתיות בינלאומיים – לשם הצגת המגמות העיקריות והמאפיינים הייחודיים.

הדין החל בבוררות ICSID. בבורריות ICSID, בחירת הדין מוסדרת בסעיף 42(1) לאמנת וושינגטון 1965. אם הצדדים לא הסכימו במפורש על הדין החל, מחויב הטריבונל לפי סעיף זה להחיל את דינו של המדינה הנתבעת (כולל כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי שלה) “ואת אותן כללי משפט בינלאומי שניתנים ליישום”. משמעות הדבר היא שבסכסוך בין משקיע למדינה על חוזה בנייה שנכרת, למשל, עם רשות של המדינה, יישם הטריבונל בראש ובראשונה את הדין המוסכם על הצדדים בחוזה (למשל, הוראות בדבר תחולת חוק של מדינה מסוימת). ובהיעדר הסכמה כזו – ייושם דין המדינה הנתבעת, בתוספת נורמות המשפט הבינלאומי.

הלכה למעשה, יישום סעיף 42 לאמנה מביא לכך שמקור ההסדרה הראשי כולל את הוראות אמנת ההשקעה הדו-צדדית (BIT) הרלוונטית, את החוזה האינדיבידואלי בין המשקיע למדינה הקולטת וכן את הדין הלאומי של המדינה האחרונה. המשפט הבינלאומי ממלא מערכת זו תפקיד משלים: הוא חל בהיעדר הוראות בדין המדינתי הרלוונטי או משמש לתיקונו אם הפעלתו נוגדת נורמות קוגנטיות של הסדר הבינלאומי הציבורי. לדוגמה, במקרה *World Duty Free v. Republic of Kenya* (בוררות ICSID, 2006) נדון חוזה שכלל שתי תניות ברירת דין סותרות: האחת לטובת הדין הקנייתי (סעיף 10(א)), האחרת לטובת הדין האנגלי (סעיף 9(2)(ג)). על הטריבונל היה לאזן בין שתי מערכות אלו, לאתר את הקרבה ביניהן בכל הקשור לאיסור השוחד ולהפעילן במצטבר. הטריבונל, תוך הסתמכות על סעיף 42(1) לאמנה ויישום הסטנדרטים הבינלאומיים נגד שחיתות, קבע שהחוזה ניתן לביטול בשל שחיתות ובהתחשב בכך שקניה הודיעה במועד על ביטול ההסכם, דחה המשקיע את דרישותיו. מקרה זה מחדד שגם כאשר הצדדים בחרו בפירוש בדין הלאומי, חייבות בורריות ICSID להביא בחשבון מגבלות משפטיות בינלאומיות – כגון האיסור לשחיתות כנורמת יוס קוגנס – ולהנחות עצמן בעקרונות סדר הציבור הבינלאומי לשם הבטחת הכרעה צודקת וחוקית בסכסוך.

פרק 2. היבטים מעשיים של בחירת דין וסמכות בסכסוכי תשתית בינלאומיים:

במקרים רבים, מקורו של סכסוך השקעה הוא ב-BIT, והחווה עצמו מכיל תניית ברירת דין. רובן של אמנות ההשקעה קובעות שיש להכריע בסכסוך מתוך התחשבות בהוראות האמנה עצמה ו"בכללי המשפט הבינלאומי הניתנים ליישום". כשהסכסוך מובא לפני ICSID, מתפרשת תנאי זו כבחירת הצדדים בדין החל לפי סעיף 42(1). כך נהג הטריבונל בעניין Bayindir v. Pakistan (החלטת ICSID על סמכות, 2005), (Bayindir v. Pakistan, 2009): הוא קבע שהדין החל הוא הוראות אמנת ההשקעה טורקיה-פקיסטן (1995) ועקרונות כלליים של המשפט הבינלאומי, שכן ההסכם עצמו לא הפנה לשום דין לאומי. עם זאת, על ההתחייבויות לפי חוזה הבנייה עם סוכנות הדרכים הפקיסטנית יוחל הדין הפקיסטני כדין החוזה; הטריבונל התחשב בו רק ככל שנדרש לצורך בחינת האפשרות שהופרה אמנת ההשקעה, ובכלל זה הערכת החוקיות של ביטול החוזה החד-צדדי בראי סטנדרט ה-FET (טיפול הוגן והגון). במקרה תקדימי Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (בוררות ICSID, 2001) (Salini v. Morocco, 2001) על חוזה FIDIC לסלילת כביש מהיר (רבאט-פס), ציין הטריבונל שאין בחוזה עצמו ולא ב-BIT איטליה-מרוקו תניית ברירת דין; ממילא, לפי האמירה השנייה של סעיף 42(1) לאמנה, הופך לדין החל משפט המדינה-הנתבעת יחד עם נורמות של המשפט הבינלאומי להשקעות, ובראשן הוראות ההסכם עצמו. בפועל, משמעות הדבר הייתה שנורמות משפט האזרחי והמינהלי של מרוקו שימשו לבדיקת הביצוע הנאות של התחייבויות הקבלן, בעוד שהשאלה האם המדינה הפרה סטנדרטים של "טיפול הוגן והגון", "הגנה וביטחון מלאים" וכדומה הוכרעה לאור קריטריונים של המשפט הבינלאומי, ובמרכזם אמנת ההשקעה עצמה.

דין חל בבורריות אד-הוק לפי UNCITRAL ובורריות PCA. בבורריות אד-הוק לפי כללי UNCITRAL (ובכלל זה בוררות שאדמיניסטרציה על ידי ה-PCA) סוגיית הדין החל מוכרעת לפי הסכם הבוררות בין הצדדים וכללי הבוררות עצמם. תקנה 35 לתקנות UNCITRAL קובעת: "בית הדין יחיל את כללי המשפט עליהם הוסכם בין הצדדים כחלות על מהות הסכסוך. ואם אין הסכם כזה, בית הדין יחיל את כללי המשפט שהוא יראה להם את ההולמים ביותר." לפיכך, אם הסכסוך נובע מחוזה בנייה בינלאומי החוסה תחת דין לאומי מסוים (כפי שמקובל בחוזי FIDIC, שבהם בפרק התנאים המיוחדים נקוב בד"כ חוק המדינה של הפרויקט), אז הטריבונל יאכוף דין לאומי שנבחר. רק אם הצדדים לא בחרו שום דין מהותי ינהגו השופטים (הבוררים) לפי העקרונות הקלאסיים של ברירת הדין, תכופות ייטו אל דין המדינה הקרובה ביותר לסכסוך (כגון חוק המדינה שבה נמצא המיזם או שבה מתבצעת עיקר ההתחייבויות).

במקרים רבים של סכסוכי "משקיע-מדינה" הקשורים לחוזי בנייה, על כל פנים, הדין החל נובע יותר מתוך הוראות אמנת ההשקעה ופחות מתוך תנאי החוזה עצמו. כאשר משקיע פונה לבוררות אד-הוק לפי תקנות UNCITRAL בטענה שהמדינה הפרה נורמות BIT – בין אם הפקעה, יחס לא הוגן ("failure to accord fair and equitable treatment") או הפרת "סעיף מטרייה" ("umbrella clause") – נוהג הטריבונל להישען על נוסח ה-BIT ועל המשפט הבינלאומי. הוא רואה בהתייחסות ל-BIT כהסכמת הצדדים לגבי הדין, מה שמשקף בפועל את גישת ICSID אף מבלי שיהיה כאן צו כפייתי כעין סעיף 42 לאמנה. דוגמה מובהקת היא החלטת הפשרה Romak S.A. (Switzerland) v. Uzbekistan (בוררות 2009 UNCITRAL) (Romak v. Uzbekistan, 2009). באותו עניין ניסתה חברה שווייצרית לסווג אספקה חד-פעמית של תבואה לפי חוזים סטנדרטיים של GAFTA כ"השקעה" במובן ההסכם הדו-צדדי

פרק 2. היבטים מעשיים של בחירת דין וסמכות בסכסוכי תשתית בינלאומיים:

שווייץ-אוזבקיסטן. בהסתמך על פרשנות בהתאם לאמנת וינה בדבר דיני אמנות (1969) אישר הטריבונל שהשקעה מוגנת צריכה לכלול תרומה, משך וסיכון, וכי העברת רכוש גרידא אינה עומדת בקריטריונים אלה. כתוצאה מהיעדר "השקעה", הדין שהוחל היה הדין המסדיר את סמכות השיפוט וכלל נורמות פרשנות של ה-BIT מכוח המשפט הבינלאומי, ולא חוק לאומי כלשהו. לעומת זאת, בסכסוכים שבהם אין עוררין על מאפייני ההשקעה של העסקה, ייתכן שנורמות של המשפט המדינתי יתווספו לפנים לצורך היבטים חוזיים גרידא.

דוגמה נוספת לקביעת דין רב-שכבתי מספק הליך בוררות בפני ה-PCA, Eurotunnel (Channel Tunnel Group Ltd v. UK & France & France-Manche S.A.) במסגרת זו נוסחה תניית ברירת דין רב-מפלסית: לפי סעיף 19(6) לאמנת המעבר הקבוע במעבר התעלה (1986) וסעיף 40.4 להסכם הזיכיון, הדריך הטריבונל את עצמו ראשית על בסיס האמנה וההסכם עצמם; בהמשך לפי העקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי; ואילו נורמות משפט אנגליה או צרפת הובאו בחשבון רק ככל שהיה דרוש לקיום התחייבויות קונקרטיות. נוסף לכך, סעיף 41.1 הבהיר שהדין הלאומי חל במילואה רק "עד כמה שזה ישים". התוצאה הייתה שהטריבונל העדיף את הוראות האמנה והזיכיון, סיווג את תביעות בעלי הזיכיון כטענות חוזיות ("contract claims") גרידא והתחשב בנורמות אנגליות או צרפתיות אך ורק במידה שהשתלבו באופן אורגני ב"משטר המשפטי של הזיכיון" עליו הוסכם, מבלי לסתור אותו. מקרה זה ממחיש את הגמישות של הגישה ב-PCA בשילוב אלמנטים בינלאומיים ולאומיים בסכסוכים שבהם חוזה פרטני בנוי בתוך הקשר משפט ציבורי רחב יותר.

בכל הפורומים הבוררותיים המרכזיים ניתן להבחין בעקרון בסיסי משותף לעניין הדין החל: כשיש לצדדים הסכמה על מערכת נורמטיבית, יש לכבדה; ובהעדרה, ישתדל הבורר (או צוות הבוררות) לאתר את החוק הצמוד ביותר למחלוקת. בסכסוכי השקעות הנדונים במסגרת ICSID, UNCITRAL או PCA, כמעט תמיד ניתנת עדיפות לנורמות הסכם ההשקעה הספציפי ולמשפט הבינלאומי, בעוד שמשפט מדינתי מובע בעיקר כדי להכריע בסוגיות חוזיות טהורות, דוגמת קיום והיקף התחייבויות או השלכות הפרתן. ההבדלים בין המוסדות נובעים בראש ובראשונה מהוראות כתבי הקמתם: כך, ICSID מחייב באופן פורמלי התחשבות במשפט המדינה הקולטת את ההשקעה (דבר שעשוי להיות קריטי אם ה-BIT אינו מכסה צד מסוים של הסכסוך), בעוד בתקנוני UNCITRAL ו-PCA השאירו מרווח רחב יותר לטריבונל לבחור את גישת ברירת הדין. ואולם, בפועל היטשטשו פערים אלה בעשורים האחרונים: טריבונלים מכל הפורומים מגיעים, ככלל, לתוצאות מהותיות דומות, בהפעילם או את הדין הנבחר מפורשות על ידי הצדדים או, בהיעדרו, את דין המדינה הנתבעת בשילוב עם העקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי. על התכנסות גישות זו מעידים, למשל, סכסוכים בדבר התערבות בתי משפט מדינתיים בביצוע פסקי בוררות חוזי בנייה. בפרשות Saipem v. Bangladesh (CIADI, 2009) ו-ATA Construction v. Jordan (CIADI, 2010) סיווגו טריבונלים של ICSID את ביטול או הכשלת אכיפת פסקי בוררות על ידי בתי המשפט המדינתיים כהפרה של התחייבות בינלאומית לכבד את אמנת ההשקעות, וזאת אף שחוזי הבסיס היו כפופים לדיני בנגלדש וירדן. שני הרכבי הבוררים הסתמכו על הוראות ההסכמים בדבר הבטחת יחס הגון למשקיעים ועל נורמות בדיני האחריות הבינלאומיים של מדינות, ובכך המחישו את עדיפות הסטנדרטים הבינלאומיים על פני הדינים הלאומיים במקרים שבהם הופרו זכויות משקיעים.

פרק 2. היבטים מעשיים של בחירת דין וסמכות בסכסוכי תשתית בינלאומיים:

סמכות שיפוטית והליכי הבוררות בסכסוכי השקעות. סמכות הבוררות של ICSID נשענת על אמנת וושינגטון 1965 ועל הסכמת הצדדים לסכסוך (בד"כ באמצעות סעיף בביט או בחוזה ההשקעה עצמו). דרישה מרכזית היא קיומה של "השקעה" במובן סעיף 25(1) לאמנה, והסכסוך חייב לנבוע ישירות מתוך השקעה זו. בהקשר של פרויקטי בנייה, פירוש הדבר שהקבלן-המשקיע צריך לתרום תרומה משמעותית לפעילות הכלכלית במדינה הקולטת – בדרך כלל, בניית מתקן תשתית מקיימת תנאי זה. כך, כבר בעניין *Salini v. Morocco* (ICSID, 2001) הציב הטריבונל את מבחן סליני המפורסם להגדרת השקעה: השקעת הון או נכסים אחרים, משך מסוים לפרויקט, סיכון יזמי ותמורה להתפתחות המדינה הקולטת. החוזה האיטלקי לבניית הכביש המהיר במרוקו, שהתבסס על מימון המשקיע (חברה איטלקית) והועברת טכנולוגיה בצירוף סיכונים, הוכר כ"השקעה". גישה זו אושרה בעשרות מקרים מאוחרים ב-ICSID בנוגע לבניית כבישים, מיזמי אנרגיה, נדל"ן וכדומה. לדוגמה, ב- *Bayindir v. Pakistan*, וכן ב- *Jan de Nul v. Egypt*, *Toto Costruzioni v. Lebanon* (2009) ו- *Toto v. Lebanon* (2012), הפעילו הטריבונלים את מבחן *Salini*. ב-2012 בהחלטה לעניין סמכות מ-11 בספטמבר 2009, אישר הטריבונל שחוזה קבלנות יכול להיחשב "השקעה" כמשמעות המונח בסעיף 25(1) לאמנה, כשיישם את מבחן סליני ומצא תרומה לתשתית, משך הפרויקט, סיכון נלווה; ובה בעת דחה תביעות שהתבססו על התחייבויות חוזיות גרידא שלא כרוכות במימוש זכויות ריבוניות. בפסק דין ב-7 ביוני 2012 דחה הטריבונל של ICSID את כל תביעות המשקיע מכוח אמנת ההשקעה, והדגיש כי יש הבדל מהותי בין הפרות חוזה לבין הפרות המשפט הבינלאומי של השקעות, ציין שחלק מהעיוכים נבע משינויים בפרויקט ביוזמת הקבלן עצמו, וחילק את הוצאות הבוררות באופן שווה בין הצדדים.

תנאי נוסף לתחולת מנגנון ICSID הוא מעמד "משקיע זר", כלומר אדם פרטי או ישות משפטית בעל אזרחות או מקום התאגדות במדינה שהיא צד לאמנה השונה מהמדינה הנתבעת. ההגדרה של הלאומיות מלווה לעיתים בהתנגשויות משפטיות, במיוחד במבני בעלות מורכבים רב-שלביים. בסכסוכים הנוגעים לחוזי EPC קלאסיים שאלות כאלה כמעט ולא עלו, שכן קבלנים התאגדו בדרך כלל במדינות שהן צד לאמנה. ואולם, הפרקטיקה מלמדת שמדינה נתבעת רשאית לחלוק על סטטוס "משקיע זר" בטענות כמו אובדן אזרחות הנדרשת או היעדר שליטה בפועל של בעלי מניות זרים. תקדים מאיר עיניים הוא *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela* (ICSID, 2003) (בוררות 2003) (v. Venezuela, 2003): בעל הזיכיון של כביש אגרה היה תאגיד ונצואלי, אך לאחר שהשליטה הועברה לתאגיד זר, הסכימו הצדדים בהסכם שהחברה תיחשב למשקיעה ממדינה צד לאמנה. הטריבונל אימץ סמכות, בציינו שסעיף 25(2)(b) לאמנה מסמך סוג זה של קיבוע הסכמי למעמד של משקיע זר ללא תלות במקום התאגדות הפורמלי של האישיות המשפטית. חריג לכך הם מקרים שבהם המשקיע אינו יכול להוכיח אזרחות כנדרש: למשל, ב- *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (Laudo ICSID, 2004) (*Soufraki v. UAE*, 2004) נדחתה התביעה משום שהתובע איבד את אזרחותו האיטלקית לפני שהגיש את התביעה. בכל הסכסוכים הכרוכים בפרויקטי בנייה, בודק טריבונל ICSID מיוזמתו שעמידותו של התובע בדרישות סעיף 25 לאמנה לרבות אזרחות; אם מתברר שהמשקיע החזיק באזרחות המדינה הנתבעת במועדים הקריטיים, חייב הטריבונל לדחות סמכות. אלא שדבר זה אינו מונע מהמשקיע לפתוח בבוררות אד-הוק לפי UNCITRAL או הליך PCA, שאינם כבולים להגבלות סעיף 25 ומונחים על פי הוראות ה-BIT.

פרק 2. היבטים מעשיים של בחירת דין וסמכות בסכסוכי תשתית בינלאומיים:

אמנת ICSID דורשת גם שהסכסוך יתגבש מתוך פעילות ההשקעה. בחוזי בנייה תכופות מתקיימים במקביל “סכסוכים חוזיים” (למשל תביעת תשלום בעד עבודה שבוצעה, ביטול לא חוקי של החוזה על ידי המזמין) וגם טענות אפשריות מתוקף אמנת השקעה (למשל טענת הפקעה כאשר המדינה מחרימה ציוד או חומרים, או טענה להפרת עקרון ההגנות עקב התערבות שרירותית מצד רשויות). במקרים כאלה חיוני להבחין באופן עקרוני: האם הטריבונל דן רק בהפרת אמנת ההשקעה, או שמא רשאי הוא לדון גם בתביעות המבוססות אך ורק על סעיפי החוזה האזרחי, שאינן נוגעות לנורמות של משפט ההשקעות.

הפרקטיקה של ICSID גיבשה גישה ברורה: סעיף חוזי בדבר סמכות שיפוט (לדוגמה, תנאי המחייב פנייה לבית משפט מקומי או בוררות מסחרית סגורה לגבי סכסוכי החוזה) אינו מונע כשלעצמו את סמכות ICSID לדון בתביעות בגין הפרת אמנת השקעה. המשקיע זכאי להעלות טענות בדבר הפרת אמנת ההשקעה, אף אם אותן עובדות מהוות בה בעת הפרת התחייבויות חוזיות של המדינה. גישה זו נוסחה באופן מובהק בהחלטת ועדת ICSID לביטול בפרשת *Vivendi (Compañía de Aguas del Aconquija) v. Argentina* (2002), שם הודגש כי המדינה אינה יכולה להישען על תניית סמכות ייחודית הקבועה בחוזה כדי לחמוק מהגדרת מעשיה כהפרה בינלאומית; עמדה זו אושרה בעת הדיון המחודש בסכסוך בשנת 2007 (*Vivendi v. Argentina*, 2007). מכאן נובע שהכללת תניית סמכות לבית משפט לאומי בחוזה בנייה (או חוזה השקעה אחר) קובעת רק את סדר הפורום לתביעות החוזיות הטהורות ואינה פוטרת את המדינה הקולטת מאחריות להפרות ההתחייבויות לפי אמנת ההשקעה. טריבונלים מאוחרים, ובכלל זה במסגרת סכסוכי בנייה, אימצו עיקרון זה. כך, בתיק הנדון *Bayindir v. Pakistan* (ICSID, 2009) טענה המדינה כי הסכסוך העיקרי – ביטול חוזה סלילת הכבישים – צריך להתברר לפי סעיף הבוררות החוזי (שהפנה במקרה זה לבוררות מקומית לפי דין פקיסטן), וכי כביכול “אין הפרת אמנה עצמאית”. טריבונל ICSID דחה טענה זו, בקובעו שהדרישות המוצגות מבוססות על אמנת ההשקעה (הלאמה, יחס הוגן וכו’), ואפילו אם הן חופפות למעשה לסכסוך חוזי, אין בכך לשלול מן הטריבונל סמכות. לצד זאת דן הטריבונל גם בשאלת ההליכים המקבילים: מכיוון שביידנר לא השלימה את הבוררות החוזית אלא פנתה מיד ל-ICSID, לא נוצר “הליך כפול” ממש. באופן דומה, ב-*Toto Costruzioni v. Lebanon* (ICSID, 2012) נדרש הטריבונל לשאלה של סעיף חוזי המחייב פניה לבית משפט מינהלי בלבנון לתביעות חוזיות. המשקיע – קבלן דרכים – גם העלה טענות לפי BIT (איטליה-לבנון) בגין עיכובים ופועלי ממשל. טריבונל ICSID אישר את סמכותו לדון בטענות לפי אמנת ההשקעה, בציינו שאלו שונות מן התביעות החוזיות הצרופות ומתבססות על המשפט הבינלאומי. באותו פסק דין בדק הטריבונל את תחולת דוקטרינת “פיצול מסלולי ההגנה” (fork in the road), שלפיה בחירת המשקיע בהליך מקומי שוללת ממנו את האופציה לפנות אח”כ לבוררות בינלאומית אם ה-BIT כולל תניית ויתור ייחודית. מאחר שהאמנה איטליה-לבנון לא קבעה במפורש תניית “כביש ללא מוצא”, אלא רק הכילה דרישה לשנה של פניה מוקדמת לבתי המשפט בלבנון, בהן הטריבונל את הצעדים האמיתיים שנקט המשקיע. תביעות שלא הוגשו קודם בפני בתי משפט לאומיים הוכרו כקבילות בבוררות ICSID, ואילו טענות חופפות לאלה שכבר נדונו בפורום הלבנוני סווגו ככפולות ולכן נדחו לאור עקרון גה בייס אין איידם, האוסר העלאת תביעה זהה שכבר התבררה לגופה.

בכמה אמנות השקעה – במיוחד בותיקות שבהן – מצוי תנאי המכונה עקרון ה"פורק אין דה רוד" (מסלול אחד בלבד) הקובע שפנייה של משקיע לבתי המשפט של המדינה או לפורום אחר שבחר מונעת ממנו לייזום לאחר מכן בוררות השקעה בינלאומית לגבי אותו נושא סכסוך. תנאי זה רב-חשיבות בסכסוכי בנייה בינלאומיים, שכן קבלן הפונה לבתי משפט מדינתיים או בוררות מסחרית למימוש הזכויות החוזיות מסתכן באובדן הזכות לפנות לבוררות השקעה בגין אותו נושא מחלוקת. דוגמה מובהקת ליישום דווקני של עיקרון זה היא פסק הדין ב- *Pantechniki v. Albania* (ICSID, 2009) (*Pantechniki v. & S.A. Contractors Engineers v. Albania*, 1997). בעקבות מהומות 1997 נבזזו נכסי חברה יוונית שהתקשרה בחוזה סלילה באלבניה. המשקיע הגיש בתחילה תביעה בבית משפט אלבני לתשלום פיצויים חוזיים בהתאם לתניית חוזה לגבי סיכוני מהומות, אולם בית המשפט לערעורים של אלבניה פסל תנאי זה בדיון הלאומי. בלא להמשיך בהליך הלאומי, יזמה החברה הליך ICSID, בשלו טענה להפרת TBI יוון-אלבניה, לרבות הפרת סטנדרטים של הגנה על השקעה ושל "מניעת עיוות דין" (denial of justice). הבורר (י. פולסון) ניתח בקפידה את תניית הוויתור (fork in the road) ואת נושאי הדיון בהליך הלאומי והבוררותי, והגיע למסקנה ששני ההליכים התבססו למעשה על אותם נסיבות ורדפו יעד זהה – השגת פיצוי על אותו נזק – למרות הבסיס המשפטי השונה (חוזה לעומת אמנה). הוא קבע כי המשקיע מיצה את תרופתו הלאומית ובכך איבד את זכותו לבוררות השקעה לפי ה-BIT; טענותיו של המשקיע נדחו, לא בשל היעדר עילת תביעה אלא בשל אי-יכולת להחיל את אמנת ההשקעה לאחר שפנה לערכאה הלאומית.

מגננוני יישוב סכסוכים רב-שלביים. חוזי בנייה בינלאומיים (ובפרט חוזי FIDIC) כוללים כמעט תמיד מגננוני יישוב סכסוכים רב-שלבי: ראשית, פנייה למזמין הטכני (המהנדס-המפקח); לאחר מכן – למועצת יישוב מחלוקות (Dispute Adjudication Board, DAB) בחוזי FIDIC עד 2017, או מועצת מניעת/יישוב מחלוקות (Dispute Avoidance/Adjudication Board, DAAB) בחוזי FIDIC 2017; ולבסוף – בוררות. בדומה, תכופות דורשות אמנות השקעה לנסות ולפתור את הסכסוך בדרכי שלום או בבית משפט מקומי לתקופה (למשל, חצי שנה או שנה) טרם הפנייה לבוררות. אי-קיום שלבים מוקדמים אלה נתפס בדרך כלל כעניין של קבילות התביעה ולא של היעדר סמכות (ipso jure). בפועל, טריבונלי ICSID ו-UNCITRAL נוטים שלא לדחות תביעה רק בשל אי-השלמת שלב מקדים פורמלי, אלא לבחון אם שלב זה איבד את משמעותו. כך, התנאי של תקופת 6 חודשים למשא ומתן לפי אמנה אינו נתפס כמחסום סמכות אלא כדרישה פרוצדורלית שניתן לראותה כ"מבוטלת במשתמע" אם המדינה השתתפה בהתדיינות לגופו של עניין ללא הסתייגות או אם ברור שהמו"מ לא יניב תוצאות. במקרה המקודם *Bayindir v. Pakistan*, צוין שהמשקיע הודיע על הסכסוך והמתין 6 חודשים עד רישום התביעה – והדרישה נחשבה ממולאת. בתיק *SGS v. Pakistan* (החלטת ICSID על סמכות, 2003) (*SGS v. Pakistan*, 2003), קבע הטריבונל כי אי-עמידה פורמלית בתקופת 12 החודשים להתייעצויות הקבועה בסעיף 9 ל-BIT אינה שוללת את הסמכות אם המועד כבר חלף עד להחלטה על הסמכות.

סוגיית הדרישה לפנות ל-DAB/DAAB לפי חוזה FIDIC עלתה, למשל, בפרשת *Pantechniki v. Albania*. באותו מקרה ניסה המשקיע להציג את דרישותיו כהפקעה של ההסכם תוך דילוג על ה-DAB. אמנם טריבונל ICSID שם התמקד בהיבטים אחרים (עיקרון fork in the road) ולא הכריע עקרונית בנוגע להשפעת אי-הפניה ל-DAB. לעומת זאת,

פרק 2. היבטים מעשיים של בחירת דין וסמכות בסכסוכי תשתית בינלאומיים:

בסכסוכים מסחריים לפני בתי משפט מדינתיים התעוררו נסיבות דומות. למשל, בית המשפט העליון של הפיליפינים התייחס לכך בפס"ד Hutama-RSEA Joint Operations, Inc. vs. Citra Metro Manila Tollways Corp. (24 באפריל 2009) (Hutama-RSEA v.). הסכסוך שם צמח מחוזה EPC להקמת כביש אגרה (Skyway) בין קבלן ראשי (Citra Metro Manila Tollways) לקבלן משנה (Hutama-RSEA JO), על רקע אי-תשלום חלק מהסכומים המוסכמים. לאחר מו"מ כושל, פנה קבלן המשנה לוועדה לבוררות בענף הבנייה של הפיליפינים (CIAC), למרות שלא השלים את הדרישה החוזית המקדימה לפנות למועצת יישוב המחלוקות (DAB) בהתאם לסעיף 20.4 לחוזה. הקבלן הראשי כפר בסמכות ה-CIAC עקב דילוג על שלב ה-DAB, אך הוועדה פסקה (30 באוגוסט 2005) כי היא מוסמכת. הקבלן הראשי ערער והוחלט בבית המשפט לערעורים (23 במאי 2007) לקבל את עמדתו ולבטל את החלטת ה-CIAC, בקובעו שהפניה המוקדמת ל-DAB היא חובה ויש לקיים אותה לפני בורות. קבלן המשנה ערער לבית המשפט העליון, אשר הפך את ההחלטה ב-24 באפריל 2009, השיב על כנה את החלטת ה-CIAC ואישר את זכותה לדון בנושא לגופו. בית המשפט העליון ציין שעצם קיומה של סעיף הבוררות בחוזה מעידה על הסכמת הצדדים לבוררות, וכי אי-מימוש שלב הפניה ל-DAB אינו שולל מן ה-CIAC סמכות (גם אם הדבר יכול להשפיע למשל על חלוקת הוצאות או יצדיק הפסקת ההליך כדי לאפשר קיום השלב המוקדם).

תפקידו של מוסד הבוררות הקבוע בהאג (PCA). ה-PCA כמוסד לא מטיל דרישות נוספות על הסמכות – הן נקבעות בהסכם בין הצדדים או בתקנון שנבחר. ה-PCA מנהל אף סכסוכים בין-מדינתיים, אך בתחום ההשקעות הוא משמש בעיקר כמרשם עבור בורריות אד-הוק. למעשה, בורריות UNCITRAL רבות נגד מדינות בעשור האחרון (למשל, תביעות נגד ונצואלה לאחר שפרשה מ-ICSID) נוהלו על ידי ה-PCA. במקרים אלו, תנאי הסמכות הם אלה הנקובים ב-BIT הרלוונטי. מעניין שכאשר מוכרעים סכסוכים על בסיס אמנות רב-צדדיות או הסדרים מיוחדים, פועלים טריבונלים של PCA בהתאם ללוגיקה הכללית שתוארה לעיל. לדוגמה, בפרשה Eurotunnel לצד נושאי הדין החל נדונה שאלת סמכות הפורום לגבי חלק מהטענות שלדעת הנתבעות (בריטניה וצרפת) חרגו מתחום תניית הבוררות. בסוף קבע הטרिבונל שחלק מהטענות (למשל, בעניין אחריות הממשלות יחד ולחוד לנזקים) אינן בתחום סמכותו, שכן הן מעבר להתחייבויות המדינות בהסכם הזיכיון. דוגמה זו מדגישה: בהיעדר הסדר אוניברסלי (כדוגמת אמנת ICSID), גבולות סמכות בורות PCA מוגדרים אך ורק על פי ההסכמה שבין הצדדים.

תוצאות המחקר הנוכחי מאששות כי בבחירת הדין החל וקביעת סמכות השיפוט בחוזה בנייה בינלאומיים, מושגת עדיפות רק כאשר נלקחים בחשבון באופן מתואם הקריטריונים הפונקציונליים-ענפיים של פעילות השקעה כפי שיוצקו בפסיקת ה-ICSID. קריטריונים אלה, שתועדו לראשונה בפרשת Salini והוצגו בהרחבה בחיבורם של חוקרים רוסים על סמכות עניינית ב-Gadalov, 2022 & ICSID (Tereshkova), מאפשרים להבחין באופן מהימן בין תביעות חוזיות לבין דרישות המבוססות על משפט ההשקעות הבינלאומי. המחקר מראה שהפרדה שכזו נהיית משכנעת במיוחד כאשר מודלים קונסציוניים משלבים מרכיבי חוזה EPC עם הסכם הגנה על השקעות; בכך עשויה תניית ברירת דין המשולבת בתנאי FIDIC לשמש “גשר משפטי” בין המשטר הציבורי המסדיר לבין העסקה המסחרית.

פרק 2. היבטים מעשיים של בחירת דין וסמכות בסכסוכי תשתית בינלאומיים:

בה בעת, הממצאים מעשיים של בורריות אד-הוק לפי UNCITRAL מאששים חששות שהובעו לגבי אי-הוודאות הנורמטיבית בנוגע למצב המשפטי של פרויקטי צינור במרחב הים הכספי (Mamedov, 2024 & Glikman): היעדר הליכים מוסכמים ומפורטים להפניית הסכסוך לבוררות עדיין מגדיל עלויות עסקה ומעודד ריבוי הליכים. בזירה האירו-אסיאתית, סיכונים אלה מתעצמים עקב הרשת הרב-שכבתית של הסכמי שיתוף (ארגון שנגחאי), שבה, כפי שמעירים בצדק מחברים סיניים, ניכרים קונפליקטים בין מערכת BIT עמוסה מדי לבין צמיחה בעלויות הבוררות (Sisi, 2024 & Yanyan).

יש להעריך את תפקיד האחדות רצון הצדדים דרך הפריזמה של אתגרי הגלובליזציה שעליהם מצביעים מחקרים רוסיים בדבר משפט ההתפתחות העולמית (Алфеева, 2016). אלה מבליטים את בעיית האיזון בין ריבונות לבין פתיחות המערכת המשפטית. המודל החוקתי הרוסי כבר עיגן את עליונות ההתחייבויות הבינלאומיות, וההתפתחות מעמדה דו-ליסטית לגישה מוניסטית נותחה באופן מקיף בעבודותיו של א. נ. חלסטוב (Khlestov, 2021) ובמחקרה של י. א. אומנובה-קוניוהובה שצינו את הצורך בהתאמה מוסדית של מנגנוני המשפט החוקתי (Umnova-Konyukhova, 2016).

הפנמה (אינטרנציונליזציה) של המשפט החוקתי וכן "חוקתיות" של אמנות בינלאומיות, כפי שהראו ממצאיהן של נ. ו. ורלמובה וט. א. וואסיליבה (Vasilieva, 2017 & Varlamova), מחזקות את הפיקוח שמפעילים בתי המשפט הלאומיים על יישום תקין של תנאי בוררות. בתמורה לכך נדרש מעורכי הדין לכייל בדקדוק את נקודות החיבור (ברירת הדין) בהתאם להוראות תקנת הציבור, עניין שהדגישו שוב ושוב חוקרים אנגלו-אמריקאים בבחינת השלכות רגולציה חוקתית רב-שכבתית על חוזים חוצי-גבולות (Wind, 2003 & Weiler).

ממצאי המחקר מתיישבים היטב עם מושג הבכורה של המשפט הבינלאומי בקלאסיקה של ה. קלזן (Kelsen, 2003) ועם הדוקטרינה המודרנית של "עליונות פונקציונלית" של המשפט הבינלאומי על נורמות מדינתיות מקוטעות, אשר מפתח ג'. קרפורד בספרו "Brownlie's (Crawford) (Brownlie, 2019 & Principles of Public International Law)". יחד עם זאת, הנטיות ה"אפורות" (או "דמדומים") של חוקתיות גלובלית המתוארות בידי ד. גרים, פ. דובנר ו-מ. לאפלין (Loughlin, 2010 & Grimm, Dobner) מלמדות כי בהעדר מנגנון מדויק לשילוב התקנים הבינלאומיים במערכת המקומית, עלולה עצמאות הרצון להפוך למקור התפוררות נורמטיבית.

על פי כלל מהמחקר, הוא מוכיח שאיחוי יעיל של המשפט הבינלאומי הפרטי ושל משפט חוזי הבנייה הבינלאומי מושג רק בהתקיים התנאים הבאים במקביל: אימוץ דוקטרינת סליני (לעניין סמכות שיפוט הבוררותית), עיגון חוקתי נאות של עליונות המשפט הבינלאומי, ותכנון קפדני של תנאי ברירת הדין בחוזי EPC. הפרקטיקה העדכנית של ICSID ושל הבוררות לפי CNUDMI מאמתת את יעילות המודל שבמסגרתו משמשים התנאים הסטנדרטיים של FIDIC כממשק נורמטיבי בין רגולציה מדינתית של הבנייה לבין אמנות השקעה רב-צדדיות. ואולם, יישום מודל זה דורש מהמערכת המשפטית הרוסית פעולות מהירות לסגירת פערים רגולטוריים, הקשורים, בין היתר, להעדר מנגנון אדג'ודיקציה (DAB/DAAB) הנחוץ לפי תקני FIDIC. השגת איזון זה תגביר את יכולת הניבוי בסביבת המשפטית של פרויקטי חוצי גבולות, תחזק את

פרק 2. היבטים מעשיים של בחירת דין וסמכות בסכסוכי תשתית בינלאומיים:

כושר התחרות של הקבלנים הרוסיים בשווקי מדינות BRICS, ותצמצם את סיכוני ניגודי הסמכויות – והכל מבלי לפגוע בריבונות הלאומית.

כתודין לו מנשניה השימיו

נוחיה אקדמית: 5.1.5 סינריק עפרפי

בעיות המושא ושיטות ההסדרה של המשפט הבינלאומי. מערכת המשפט הבינלאומי.

Белкин, Д. С. Международное частное право и международное строительное контрактное право: применимое право и юрисдикция / Д. С. Белкин // Международное право. – 2025. – № 3. – С. 191-207. – DOI 10.25136/2644-5514.2025.3.74510. – EDN RZWBRP. DOI: 10.25136/2644-5514.2025.3.74510 EDN: RZWBRP

https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=74510 :Article URL

:Article PDF

https://www.elibrary.ru/download/elibrary_83001229_64468514.pdf

רשימת מקורות

1. אלפיירובה, א' ו' (2016). אתגרי הגלובליזציה והמשפט. Pravo v usloviyakh globalizatsii, 2016, 8–30.

2. בורן, ג', & קליאוגלו, צ' (2021). הסכמי ברירת דין בחוזים בינלאומיים. Georgia Comparative Law, 50, 44 & Journal of International.

3. קרופורד, ג', & בראונלי, א' (2019). עקרונות המשפט הבין־לאומי הפומבי של בראונלי. Oxford University Press.

4. גליקמן, א' ו', & ממדוב, ל' ר' (2024). מנגנוני רגולציה לפרויקטי צינור חוצי־גבולות באזור הכספי. Aktualnye problemy rossiiskogo prava, 19(9[166]), 119–131.

5. גרים, ד', דובנר, פ', & לופלין, מ' (2010). דמדומי הקונסטיטוציונליזם?

6. חואנג, ג' (2023). פיתוח דיני המשפט הבין־לאומי הפרטי הסיני. Netherlands International Law Review, 70, 205–249.

7. קלזן, ה' (2003). עקרונות המשפט הבין־לאומי. The Lawbook Exchange, Ltd.

פרק 2. היבטים מעשיים של בחירת דין וסמכות בסכסוכי תשתית בינלאומיים:

השלכות מדיניות ומנגנוני אכיפה — DOI: 10.64457/icl.he.ch2

8. חלסטוב, א' נ' (2021). המשפט הבינלאומי ורוסיה. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, (4), 52–59.
9. ליסיצין-סבטלנוב, א' ג' (2021). יישוב סכסוכי השקעה עם השתתפות זרה. *Pravovoi energeticheskii forum*, (2), 8–13.
10. טרשקובה, ו' ו', & גדאלוב, ג' א' (2022). החלת מבחן סאליני ... *International Law and International Organizations*, (3), 35–50.
11. אומנובה-קוניוחובה, י' א' (2016). משפט חוקתי ומשפט בינלאומי פומבי: תיאוריה ופרקטיקה של אינטראקציה. *RGUP*. ISBN 978-5-93916-526-6.
12. ורלאמובה, נ' ו', & וסילייבה, ט' א' (עורכות). (2017). *IGP RAN*.
13. ויילר, ג' ה' ה', & וינד, מ' (עורכים). (2003). *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge University Press.
14. יקובלבה, א' (2022). סוגיות סמכות שיפוט בבוררות *ICSID. BULLETIN of LN Gumilyov ENU. Law Series*, 141(4), 97–104.
15. יניין, ז', & דיסי, ס' (2024). מנגנון בוררות לסכסוכי השקעה ב- *SCO. Vestnik Instituta ekonomiki RAN*, (4), 175–195.

© 2025 המשפט הבינלאומי של הבנייה