

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.ch25

מנגנונים פליליים-חוזיים היברידיים כתרופה לשחיתות בבנייה גלובלית: השלכות מדיניות ומשפטיות

ציטוט מומלץ: דמיטרי בלקין. מנגנונים פליליים-חוזיים היברידיים כתרופה לשחיתות בבנייה גלובלית: השלכות מדיניות ומשפטיות. בתוך דיני בנייה בינלאומי. מוסקבה: האקדמיה הסלאבית-יוונית-לטינית, 2025. DOI: 10.64457/icl.he.ch25

פרק זה בוחן את ארגון הכלים הפלילי למאבק בשחיתות בחוזי בנייה בינלאומיים החוצים תחומי שיפוט. הוא עוקב אחר התפתחות הדוקטרינה מ-1947 ועד לפסקי World Duty Free, Metal-Tech, Spentex, P&ID, ומדגים כי תשלומים אסורים מבטלים חוזים ומונעים הגנת משקיעים. המתודולוגיה משלבת ניתוח משפטי השוואתי, גישה היסטורית וניתוח מקרים מתוך פסקי ICSID, פסיקות לאומיות ומסמכי האו"ם, OECD ומועצת אירופה. התוצר הוא מודל לשילוב דיני העונשין הבין-לאומיים בחוזי FIDIC באמצעות דוקטרינת "ידיים נקיות", רף ראייתי גמיש והחרמת נכסים ליצירת הרתעה.

בפרויקטים בני-זמננו של בנייה חוצת-גבולות, בעיות השחיתות מקבלות משנה תוקף. מעורבותם המקבילה של רשויות מדינה, קבלנים פרטיים וארגונים בינלאומיים בתוכניות שותפתיות רחבות-היקף מגדילה בעת ובעונה אחת את היקף ההשקעות ואת הסיכונים למעשי ניצול פלילי. חוזי בנייה בינלאומיים מלווים לעיתים קרובות בניסיונות שוחד או בהשפעות בלתי-

פרק 25. מנגנונים פליליים-חוזיים היברידיים כתרופה לשחיתות בבנייה גלובלית:

DOI: 10.64457/icl.he.ch25 — השלכות מדיניות ומשפטיות

חוקיות על הליכי מכרז. תופעות אלה מערערות את עצם קיומם של החוזים: בוררות בינלאומית נוטה לראות שחיתות מוכחת כהפרה של הסדר הציבורי וכעילה לבטלות או אי-תוקף של העסקה. בעניין *World Duty Free v. Kenya* קבע טריבונל ה-ICSID לראשונה במפורש כי חוזה שהושג באמצעות שוחד "אינו בר-הגנה", בהתאם לעיקרון הלטיני *ex turpi causa non oritur actio* [מן עילה פסולה לא קמה עילת תביעה]. קביעה זו מדגישה את הצורך בבחינה מקיפה של כלי המשפט הלאומיים והבינלאומיים כאחד למאבק בשחיתות במהלך יישום חוזי בנייה.

העמקת הגלובליזציה והתרחבות האינטגרציה החוצת-גבולות בענף הבנייה מגבירות את חשיפת המגזר לסיכוני שחיתות. בדוקטרינה המקומית מצוין כי החלה הציבורית-בינלאומית של נורמות אנטי-שחיתות נותרת מפוררת. כפי שמציינת אינוגמובה-חגאי (2019), במשפט הפלילי הבינלאומי קיים מחסור בקודיפיקציה בנוגע לעבירות שחיתות, המביא לרדיפה בלתי-עקבית ולפרקטיקה שיפוטית בלתי-אחידה (אינוגמובה-חגאי, 2019). בעיה זו קריטית במיוחד בחוזי בנייה, בהם נקודות המחלוקת חוצות מספר שיפטים. לנוכח המורכבות, מטרת מחקרנו היא לאתר מנגנונים משפטיים-בינלאומיים המסוגלים להפחית ביעילות סיכוני שחיתות בפרויקטי תשתית.

מבט לאחר בהתפתחות המשפט הפלילי הבינלאומי משקף תשומת לב גוברת לעבירות המסכנות את הביטחון העולמי. כבר שרגורודסקי (1947) הדגיש כי ייעודו הייחודי של תחום זה הוא תיאום שיתוף-הפעולה הבינלאומי בהתמודדות עם צורות שונות של פשיעה (שרגורודסקי, 1947). לקראת סוף המאה ה-20 הדגישו דינשטיין (1985) ו-באסינוני (1997) את הצורך באיחוד הנורמות למאבק בפשעים החמורים ביותר, לרבות הטלת אחריות גם על מדינות (דינשטיין, 1985; באסינוני, 1997). במקביל, בעיית השחיתות הועמדה בהדרגה במרכז: לפי חברייבה (2017), מסמכי *Soft Law* מוקדמים של האומות המאוחדות במאבק בשחיתות הניחו לימים את היסוד להסכמים בינלאומיים מחייבים (חברייבה, 2017). מחקרים עדכניים מאשרים כי תיאום גישות והחלפת ניסיון אכיפת הם תנאי הכרחי להתמודדות עם שחיתות חוצת-גבולות (איוואנוב, 2016; פאנוב, 2018).

לצד התיאוריה מתפתחת גם הלכה המיישמת שיקולי משפט פלילי בינלאומי על תחום הבנייה הבינלאומית. להלן אבני דרך מרכזיות:

• *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya* (ICSID, 2006). חברה בריטית התקשרה עם ממשלת קניה לבניית והפעלת חנויות דיוטי-פרי. רק בבוררות התברר כי החוזה הושג באמצעות תשלום שוחד של 2 מיליון דולר לנשיא קניה. טריבונל ה-ICSID קבע כי העסקה נעשתה "באמצעות שוחד" והורה כי לתובעת אין זכות להגנה, מאחר שתביעתה נובעת מחוזה הסותר את *ordre public* הבינלאומי. הלכה זו הבהירה לראשונה כי שחיתות מוכחת שוללת אוטומטית את הגנת המשקיע בבוררות בינלאומית.

• *Siemens A.G. v. Argentina* (ICSID, 2007). בראשית שנות ה-1990 זכתה סימנס בחוזה להקמת מערכת תעודות זהות לאומית. בהמשך בוטל החוזה וסימנס זכתה בבוררות (כ-217 מיליון דולר). לאחר מכן הוכיחו חקירות בארה"ב ובגרמניה כי שולמו שוחד לפקידים ארגנטינאיים לשם קבלת החוזה. משהודתה סימנס בעובדות השוחד, היא ויתרה על גביית פרק 25. מנגנונים פליליים-חוזיים היברידיים כתרופה לשחיתות בבנייה גלובלית:

הפיצוי. המקרה מדגים כי אף אם טריבונל לא דן בשחיתות בשלב הדיון, אחריות פלילית/מנהלתית של המשקיע עלולה להביא לנטרול פסק בוררות. בעקבות סימנס, מדינות החלו להפעיל תכופות יותר את הגנת השחיתות, וטריבונלים הקשיחו עמדתם כלפי אינדיקציות לשוחד; השערורייה התאגידית והקנסות הכבדים (לרבות לפי FCPA) הפכו לדוגמה לעלות האסטרונומית של שחיתות.

• *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan* (ICSID, 2013). חברה ישראלית ייסדה מיזם משותף עם אוזבקיסטן להקמת ולהפעלת מפעל עיבוד עפרות. הוכח כי שולמו 4 מיליון דולר ל"יועצים" המקושרים לבכירים – כביכול תמורת שירותים, אך למעשה תשלומי שוחד מוסווים. נקבע שההשקעה נעשתה בניגוד לדין האנטי-שחיתות המקומי, וההגנה להשקעה "מזוהמת" נשללה. פסק הדין מדגיש את דרישת החוקיות בכניסה למשטר ההשקעות: שחיתות מוכחת מוציאה את הסכסוך מתחום ההגנה. ראוייה לציון גישת הראיות הגמישה (ניתוח דגלים אדומים וחזקות נסיבתיות), המראה כי רמת ההוכחה עשויה להתאים לאי-השקיפות הטבועה בעבירות אלה.

• *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador* (ICSID, 2006). החברה הספרדית זכתה במכרז, אך החוזה בוטל בשל מרמה בהליך המכרז. הטריבונל ראה בהטעיית המשקיע צורה של שחיתות במובן הרחב והחיל את דוקטרינת "ידיים נקיות": השקעה שהושגה שלא כדין אינה ראוייה להגנה. המקרה עיגן את הכלל שלפיו דרישת ה-Compliance עשויה לפעול גם באופן עקיף דרך עקרונות כלליים של ההסכם. בהקשר בנייה, אינסיסה מלמדת כי מי שזכה בעבודה בחוסר תום לב לא יזכה להגנת המשפט הבינלאומי.

• *EDF (Services) Ltd. v. Romania* (ICSID, 2009). במקרה "מראה" זה טענה המשקיעה כי המדינה דרשה שוחד להארכת חוזים. הטריבונל קבע כי טענות שחיתות הן חמורות ביותר ודורשות "ראיות ברורות ומשכנעות". בהיעדר תשתית מספקת (הקלטה אחת ועדויות לא מכריעות) נדחו טענות EDF. ההלכה מאשרת כי סטנדרט ההוכחה בשחיתות הוא גבוה: אין די בטענה; יש להוכיח באופן מוצק. עוד הובהר שניתן להפנות האשמות גם כלפי המדינה, אך רמת הראיות הנדרשת נותרת זהה.

• *Spentex Netherlands B.V. v. Republic of Uzbekistan* (ICSID, 2016). חברה הולנדית הפריטה מפעלים; המדינה טענה שהפרטה הושגה באמצעות שוחד (6 מיליון דולר ל"יועצים"). אף שלא זוהו פקידים ספציפיים, הטריבונל קישר בין העובדות: העברה חריגה עובר למתן הזיכיון, היעדר היגיון כלכלי והפסקת התשלומים לאחר קבלת הנכסים – כולן חיוזקו את דגם השחיתות. ההגנה למשקיעה נשללה, וקו חוקיות מוחלטת של ההשקעה התחזק. ייחודו של המקרה: הטריבונל המליץ לאוזבקיסטן לתרום 8 מיליון דולר לקרן אנטי-שחיתות של האו"ם, בהכירו כי שתי הצדדים היו מעורבים – ניצן של צדק מאחז בבוררות השקעות.

• *Gas Co. v. Croatia* (ICSID, 2016) & *MOL Hungarian Oil*. קרואטיה טענה כי MOL השיגה שליטה ב-INA באמצעות שוחד לראש הממשלה. חרף הרשעתו של אותו גורם בפלילים בבית משפט לאומי, דחה טריבונל (בהליכים לפי UNCITRAL/PCA) את התביעה בשל חוסר ראיות מספקות למעורבות MOL. הטריבונל לא ראה עצמו כבול לפסק הדין הלאומי פרק 25. מנגנונים פליליים-חוזיים היברידיים כתרופה לשחיתות בבנייה גלובלית:

ודרש מארג ראייתי עצמאי ומשכנע (זהויות, סכומים, מסלולי כספים, תקשורות). המקרה ממחיש את המתח בין משפט פלילי לאומי לבוררות בינלאומית: הרשעת עובד ציבור אינה מבטיחה למדינה הצלחה בבוררות אם קשר המשקיע לשוחד לא הוכח בוודאות.

• *Industrial Developments (P & Process) Ltd. v. Nigeria* (בוררות מסחרית בלונדון, 2017–2023). אע"פ שמחוץ ל-ICSID, המקרה מאיר עיניים. ID&P זכתה בפסק של למעלה מ-6 מיליארד דולר בגין הפרת חוזה למתקן עיבוד גז. חקירות מאוחרות הראו שהחוזה היה תבנית שחיתות: שוחד לפקידים ושימוש בראיות כוזבות בבוררות. בשנת 2023 ביטל ה-High Court את אכיפת הפסק בשל מרמה, תוך תיאורו כ"מקרה חריג" שבו ה-*ordre public* הבינלאומי גובר על סופיות הבוררות. המקרה מדגים ששחיתות עשויה להתגלות בדיעבד, ובתי משפט לאומיים יכולים להשיב את תקינות ההליך; במקביל הוא מזן דיוני רפורמה (אימות Affidavits, חובות גילוי).

• *Lesotho Highlands Water Project* (לסוטו, 2002–2004). דוגמה לאכיפה פלילית לאומית אפקטיבית במגה-פרויקט בנייה. הוכח כי קבלנים זרים (Acres, Lahmeyer ואחרים) שילמו שוחד למנהל הפרויקט לשם קבלת זיכיונות. בתי המשפט בלסוטו גזרו מאסר (15 שנים) על הפקיד וקנסו קנסות משמעותיים את החברות; הבנק העולמי הפעיל הרחקה (Debarment). המקרה מלמד שמוסדות פליליים לאומיים יעילים מסוגלים להשיב שלטון החוק גם בפרויקטים בינלאומיים גדולים, אף כי לאחר מעשה; והוא מאשר את העיקרון כי שתי צידי השוחד ברי ענישה.

הניתוח המצטבר של הפסיקה והניסיון הבינלאומי מראה כי מאבק אפקטיבי בשחיתות במסגרת דיני החוזים של הבנייה הבינלאומית מחייב שילוב של אמצעי מניעה עם אכיפה קפדנית. ב-חוזי המודל הקיימים – למשל תנאי FIDIC – פרק התחייבויות האתיקה והאנטי-שחיתות עודנו חסר פירוט ואינו מותאם דיו למערכי השקעה רב-צדדיים. בד בבד, לגישה בינלאומית מתואמת חשיבות מכרעת: אמנות והמלצות של האו"ם, OECD ומועצת אירופה מציבות סטנדרטים, אך יישומם הלאומי משתנה. חוליקוב ואפרוסימוב (2023) מזהירים כי הגדרות צרות של עבירות שחיתות מותירות אזורי אפור לעקיפת הדין (חוליקוב; אפרוסימוב, 2023). הניסיון הגרמני, לפי סרברניקובה (2022), מציג מודל אינטגרטיבי: ענישה פלילית חמורה, קודי אתיקה ושקיפות בדיני המכרזים. גורמים כלכליים דוחפים אף הם לשינוי: משקיעים נמנעים מתחומי שיפוט עתירי סיכון שחיתות; ו-OECD מדגישה את תועלת ביטוח-משותף של סיכונים והסכמים רב-צדדיים לשימור הפעילות ההשקעית.

הבחינה המערכתית מורה כי שחיתות בחוזי בנייה בינלאומיים הפכה לעילת סירוב עצמאית למתן ההגנה משפטית. אם טריבונל בוררות או ערכאה שיפוטית מכירים בקשר המשקיע לשוחד, יוכרז החוזה בטל או חסר תוקף, ומערך ההגנה המשפטית ייפוג (ראו World Duty Free; Metal-Tech; Inceysa; Spentex ועוד). בד בבד, ההאשמות מופעלות באיזון: הטריבונלים דורשים גם מן המדינה תשתית ראייתית קפדנית (כגון EDF v. Romania); אין די בהאשמה – נדרשות ראיות ברורות ומשכנעות. אמות המידה מותאמות למציאות: מקום שבו מצטברות אינדיקציות נסיבתיות ו-דגלים אדומים (כגון Metal-Tech; Spentex), עשוי החוזה להיות מוכרז בלתי-מוגן. לבסוף, ID v. Nigeria&P מדגיש כי המשפט הפלילי הלאומי יכול לשמש פרק 25. מנגנונים פליליים-חוזיים היברידיים כתרופה לשחיתות בבנייה גלובלית:

אולטימה רסיו: מקום שפסק בוררות הושג בשחיתות, רשאים בתי המשפט לבטלו מטעמי סדר ציבורי. בסך הכול, הפסיקה מעצבת דוגמה של חוקיות: הן המשקיע והן המדינה חייבים ב***ידיים נקיות***; אחרת, הגנת ההשקעה אינה אפשרית שעה ששני הצדדים מעורבים בשחיתות.

מן האמור עולה כי מערכת המשפט הפלילי הבינלאומי נטמעת הדוקות במסגרות ההסדרה של הבנייה הבינלאומית. התקדימים מדרבנים חברות להטמיע תוכניות ציות (Compliance), ולרשויות לאומיות להעמיק שיתוף-פעולה במאבק בשחיתות חוצת-גבולות. מסקנה כוללת: שחיתות בקושי מתיישבת עם משטר ההשקעות המקובל; משהיא נחשפת – הבוררות והאכיפה הפלילית מפקיעות מן המפר את רווחיו הבלתי-כשרים. בכך צומח אופטימיות זהירה: המאבק אמנם מתמשך, אך ניכר חיזוק של עקרונות שלטון החוק בשוק התשתיות העולמי.

לשם שדרוג היעילות במאבק בשחיתות בידי חוזה הבנייה הבינלאומית יש:

— לפתח ולהחיל סטנדרטים גלובליים אחידים של שקיפות ודיווחיות חוזית, המחייבים את כלל המשתתפים;

— לחזק שיתופי-פעולה בין ארגונים בינלאומיים (האו"ם, UNESCO, OECD ואחרים) לבין רשויות אכיפה לאומיות לצורך חקירות משותפות של עבירות חוצות-גבולות;

— ליצור מנגנוני שיפוט ובוררות מתמחים לעבירות שחיתות בינלאומית בתחום הבנייה, לשם הכרעה מהירה ובעלת מומחיות טכנית;

— להנהיג אמצעי חילוט מחמירים של נכסים שמקורם בשחיתות, בליווי שיתוף-פעולה בינלאומי רחב ביישומם (בהלימה לאמנת האו"ם נגד שחיתות).

כתודין לו מנשניה השימיו

נוחיה אקדמית: 5.1.5 סינריק עפרפי

הדין הפלילי הבינלאומי. שיתוף פעולה בינלאומי במאבק בפשיעה. צדק פלילי בינלאומי. בעיות משפטיות-בינלאומיות של המאבק בשחיתות.

© 2025 המשפט הבינלאומי של הבנייה