

התרופות בגין פגיעות במשקיעים זרים :
הדרך המפותלת שבין העדר סעד, סעד של פיצויים
ו/או השבת המצב לקדמותו על רקע לקחים ממגזרי הגז והנפט
– מאמר המשך*

אלברטו מ' אהרונוביץ**

וַיְדַבֵּר אַחֲזָב אֶל-נְבוֹת לְאמֹר תִּנְהַלְתִּי
אֶת-פְּרִמֶּךָ וַיְהִי-לִי לְגֶן-יִרְקָה כִּי הוּא קָרוֹב
אֶצְלִי בֵּיתִי וְאֶתְנָה לְךָ תַחֲתָיו כָּרֶם טוֹב
מִמֶּנּוּ; אִם טוֹב בְּעֵינֶיךָ, אֶתְנָה-לְךָ כֶּסֶף
מִחִיר זֶה.

מלכים א, כא 2

תקציר

מאמר זה הוא אחד הפרסומים הראשונים בשפה העברית הדין בתרופות שניתן לבקש במישור הבין-לאומי בעקבות פגיעות במשקיעים זרים. אין חולק על חשיבות הנושא למדינת-ישראל, בעיקר בעקבות גילויי הגז הטבעי והתוצאות המתקבלות מיישום מסקנותיה של "ועדת ששינסקי".

* מאמר זה הינו המשכה של רשימה פרי-עטי שפורסמה בשנת 2012 בכרך ח של כתב-העת מאזני משפט (ראו אהרונוביץ, להלן ה"ש 1), והוא מפתח סוגיות מסוימות אשר רלוונטיות לזכויות סביב אסדרת התחומים של הפקת הגז הטבעי ושיווקו.

** חוקר בכיר במכון השווייצי למשפט השוואתי שבלוזן. מרצה-אורח בנושא "השקעות בין-לאומיות והגנה על רכוש מפני התערבות מדינית" בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב, ובמכללה האקדמית אונו. לשעבר נספח להנהלת מחלקת החוזים הבין-לאומיים של חברת IOT ז'נבה, מקבוצת האנרגיה הלאומית של איטליה ENI. תודתי החמה נתונה לעו"ד עדי חן על מלאכת העריכה ועל המלצותיה החשובות, וכן לד"ר משה גלברד.

המאמר פותח בניתוח ההבדלים שבין השקעה "לאומית" לבין השקעה "בין-לאומית", ובהמשך מציג את התוצאות המשפטיות הנובעות מהעובדה שמקורה של השקעה במדינה אחת ואילו ביצועה במדינה אחרת. בשלב השני המאמר מסביר את הדרכים השונות שבהן המדינה שמארחת את ההשקעה עשויה לפגוע בזכויות המשקיע. על-סמך עיקרון מוכר של המשפט הבין-לאומי, כל מדינה מוסמכת לפגוע בזכויות של משקיעים זרים. כאשר מדובר במשקיע זר (קרי, אזרח של מדינה אחרת), והפגיעה היא מסוג הפקעה או הלאמה, המדינה הפוגעת חייבת לעמוד בכמה תנאים שהמשפט הבין-לאומי מציב, כגון חובת תשלום פיצוי לנפגעים. אף-על-פי שרוב המדינות מסכימות לקיומה של חובת הפיצוי, קיימת מחלוקת עתיקת-יומין ביחס לגובה הפיצוי: האם על הפיצוי לשקף את הערך המלא של הרכוש שנפגע מצעדיה של המדינה המארחת או שמא די בפיצוי המגיע לכדי "הערך בספרים" של הציוד, הבניינים ויתר הרכוש של ההשקעה שנפגעה? האם על הפיצוי להיות "סביר", "צודק", "נאות", "הולם" וכדומה או שמא סכום הפיצויים יכול להיקבע באופן בלעדי על-ידי חקיקת המדינה הפוגעת? המאמר מסביר את העמדות השונות.

לצידו של נושא הפיצויים, המאמר דן באפשרות שהמשקיע שנפגע יקבל סעד משפטי שונה מתשלום סכום כספי, כגון ביטולם של הצעדים שפגעו בהשקעה והשבת המצב לקדמותו. אכן, במקרים רבים – למשל, כאשר עסקינן בזכויות שהוענקו לזמן ארוך, כגון בתחום של הפקת גז טבעי – ייתכן שהמשקיע יעדיף להמשיך למצות את זכויותיו עד תום, ולא לקבל פיצוי כספי בהווה. בהקשר זה המאמר בוחן, מנקודת-המבט של המשפט ההשוואתי, את האפשרויות הקיימות במערכות משפט שונות, כגון המשפט הבין-לאומי המנהגי וההסכמי, החוזים ה"עבר-לאומיים" וסעיפי היציבות, ההגנה על הזכות לקניין פרטי שבאמנות האירופית והאמריקאית לזכויות אדם, וכן פסיקת המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות.

לנוכח ההתפתחויות מרחיקות-הלכת מהחודשים האחרונים בסוגיית אישורו של מתווה הגז, המאמר מרבה בהבאת דוגמאות מהמצב בישראל בהקשר זה.

מבוא, רקע ותיחום המאמר

- א. ההשקעות הבינ-לאומיות והבעיה של ריבוי מערכות משפטיות
 - ב. הבסיס המשפטי לרכישת זכויות על-ידי המשקיעים
 - ג. דרכי הפגיעה בהשקעות זרות
 - ד. אמצעים פרוצדורליים העומדים לרשות משקיעים שנפגעו
 - ה. תרופה של פיצוי
 1. החובה לפצות בגין פגיעה במהות זכותם של משקיעים זרים
 2. התוצאה של אי-תשלום פיצויים לנפגע
 - ו. תרופה של "השבה בעין" במישור ההשקעות?
 1. נסיונות לזכות בהשבה בעין באמצעות עריכת אמנות שאוסרות נטילת רכוש
 2. נסיונות לזכות בהשבה בעין באמצעות חוזים עבר-לאומיים – תופעת ה-"internationalized contracts"
 - (א) קביעה בהסכם ההשקעה איזו ערכאה תהא מוסמכת לדון בסכסוכים ואיזה דין היא תחיל
 - (ב) "הקפאת" המצב המשפטי ששרר בעת עריכת חוזה ההשקעה – תופעת הסעיפים המייצבים
 - I. פסק הבוררות בעניין *Aminoil*
 - II. פסק הבוררות *TOPCO*
 - (ג) הערכת האפקטיביות של החוזים העבר-לאומיים כאמצעי להבטחת יציבות במעמד של משקיעים
 3. נסיונות לזכות בהשבה בעין במסגרת אמנות אזוריות להגנה על זכויות אדם
 4. נסיונות לזכות בהשבה בעין בבוררות במרכז הבינ-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID)
- הערות אחרונות

מבוא, רקע ותיחום המאמר

מאמר זה בוחן את ההשלכות הבינ-לאומיות שיש לפגיעות בזכויותיהם של משקיעים זרים. מעמדם של המשקיעים הזרים שונה בתכלית ממעמדם של משקיעים מקומיים, כי משפט העמים מחייב את המדינות שמארחות משקיעים זרים להעניק לאלה רמה מסוימת של יחס. רמה זו אינה שוות-ערך בהכרח לרמת היחס שמספקת לאזרחים מקומיים, ובמקרים מסוימים רמת ההגנה המוענקת למשקיעים זרים עשויה להיות גבוהה יותר.

אף-על-פי שהמאמר מתמקד בפרספקטיבה של המשפט הבינ-לאומי, טבעו של הנושא (שהוא "חוצה גבולות") מחייב לבחון גם את תופעת ריבוי המערכות המשפטיות שעשויות להיות רלוונטיות. אכן, בניגוד להשקעות לאומיות, שבהן מקור ההשקעה והגשמתה מתייחסים למדינה אחת בלבד, בהשקעות חוצות מדינות קיימת מעורבות של שתי מערכות משפטיות לפחות: הדין הפנימי של המדינה שבה בוצעה ההשקעה והדין הפנימי של המדינה שהמשקיע משתייך אליה. נוסף על אלה תיתכן מעורבות גם של הדין הפנימי של מדינה שלישית (או של כמה מדינות נוספות, לפי העניין) וכן של המשפט הבינ-לאומי הכללי, המשפט האזורי ו/או המשפט העבר-לאומי (transnational law). הצורך לחלוש על כמה מערכות משפטיות שונות, ולדון בכמה וכמה סוגיות משפטיות שקיימות בכל אחת ממערכות אלה, יוצר מאליו מורכבות וקשיים רבים עוד בשלב הראשוני של תכנון ההשקעה. קשיים אלה מתגברים לאחר שאירעה פגיעה בזכויות המשקיע, שכן במקרה של פגיעה הצורך לברור את המערכת המשפטית ובתוכה את הסוגיה שתאפשר את התרופה הנאותה ביותר הינו חיוני ואף הכרחי.

במישור האקדמי, פרט למאמר מקיף משנת 2012,¹ לא פורסמו בישראל מחקרים משפטיים רבים על ההשלכות בהיבט הבינ-לאומי של פגיעה במשקיעים זרים.

1 אלברטו אהרונוביץ "התפתחותה של סוגיית ההשקעות במשפט הבינלאומי וההגנה עליהן: בעקבות פסק הדין בעניין מפעל הנייר שעל שפת נהר אורוגוואי והארות על סוגיית ההשקעות בענף הנפט והגז בישראל" מאזני משפט ח 355 (2012) www.netanya.ac.il/Schools/ LawSchool/Journal/Documents/11m.pdf. ראו גם עדי חן "סוגיית ההשקעות והמשפט הבינלאומי" www.news1.co.il/Archive/003-D-83336-00.html 1.5.2013 News1

"ועדת שישינסקי והמאורעות בעקבותיה מעוררים סוגיה נוספת הקשורה בהם, והיא דלות המחקר האקדמי-משפטי בעניין ההשקעות הבינלאומיות, עד כדי שמספר המחקרים בסוגיה זו בשפה העברית הוא כמעט אפסי. הסיבה לכך נעוצה בעובדה כי במישור האקדמי, פרט לקורס בחירה אחד הנלמד באוניברסיטת תל אביב, המוסדות להשכלה הגבוהה בישראל טרם הציעו

כתוצאה מכך הדיון האקדמי בסוגיה זו הינו דל ביותר. בפרספקטיבה רחבה יותר, וככל שנבקש להשוות בין המחקרים שנעשו במדינת-ישראל לבין אלה שנעשו במדינות מתקדמות אחרות, אין ספק שדלות המחקר הישראלי בתחום זה הינה מפתיעה למדי. אכן, כלכלת ישראל התפתחה במידה רבה הודות להשקעות זרות, וזאת עוד הרבה לפני גילויים של שדות הגז הכבירים. על-כן מתמיה שהאקדמיה מתעלמת מנושא חשוב זה.

המאמר בוחן מנקודת-מבט של המשפט הבין-לאומי, תוך הפניות למשפט ההשוואתי, את הסעדים האפשריים העומדים לרשות משקיעים זרים (בעיקר במישור של הפקת גז טבעי, נפט ויתר מקורות האנרגיה ואוצרות-הטבע) כאשר המדינה המארחת (שבשטחה בוצעה ההשקעה) פגעה בזכויותיהם. מדובר בעיקר בשלוש אפשרויות: העדר סעד, סעד בצורה של פיצויים וסעד של השבת המצב לקדמותו:

- העדר סעד הינו מצב שבו למשקיע הנפגע מפעולה של המדינה המארחת אין כל אפשרות לתקוף את הפגיעה ואין כל תרופה משפטית. לרוב, במסגרת המשפט הבין-לאומי (כמו ברוב שיטות המשפט הלאומיות), מצב זה מתקיים כאשר המדינה המארחת מחליטה להטיל מיסים חדשים או מחליטה להגביל את השימוש בנכסים אך מבלי להפקיע את עיקר הזכות.
- סעד הפיצויים הינו התרופה המצויה במקרים של פגיעות מהותיות בזכויות המשקיעים – למשל, במקרים של הפקעה או הלאמה. בסוגיה זו המאמר מציג את המתח והמחלוקת החריפה בין גישתן של "המדינות המתועשות" לבין עמדתן של "המדינות בדרך לפיתוח" (המוכרות גם כ"מדינות הבלתי-מתועשות") בשאלת שיעור הפיצוי שיש לשלם למשקיע זר שזכויותיו נשללו על-ידי המדינה המארחת. מחלוקת זו רלוונטית ביותר לפלוגתות הנשמעות במדינת-ישראל בהקשר של סוגיית הגז הטבעי, היות שמאחוריה מסתרות שתי הגישות ההיסטוריות המנוגדות האמורות, אשר עולות כעת על סדר-היום הציבורי: מצד אחד, עמדתן של "המדינות בדרך לפיתוח", שלפיה משאבי-הטבע שייכים לאוכלוסייה המקומית, ועל-כן רק לה יש הזכות ליהנות ממשאבים אלה; ומצד אחר, עמדתן של המדינות המתועשות, שלפיה יש לכבד את הזכויות שרכשו המשקיעים הזרים שעסקו בגילוי ובהפקה.

לתלמידיהם ללמוד את ההיבטים המשפטיים של ההשקעות הבינלאומיות (הן מן הבחינה האקדמית והן מן הבחינה היישומית). מחסור מחקרי זה הוא גורם וודאי להיעדרם של כנסים ומפגשים מדעיים ישראלים בנושא הצד המשפטי של ההשקעות הבינלאומיות.

• הסעדים בעלי האופי ההשכתי כוללים, בין היתר, אכיפה, ביצוע בעין, השבת המצב לקדמותו או השבה בעין. סעד בעל אופי השכתי הולם יזמים שהקדישו משאבים גדולים בפרויקט מתמשך או בפרויקט לטווח ארוך. במקרים של פגיעה יזמים אלה עשויים לא להסתפק בקבלת פיצוי כספי בהווה, שהרי פיצוי כאמור אינו מהווה לרוב תחליף לפירות שהפרויקט היה אמור להניב בעתיד. מצב זה בולט במיוחד בהשקעות בתחום מקורות אנרגייה (כגון גז, פחם ונפט), בענף המכרות (חיפושי זהב, יהלומים, נחושת, ברזל, מינרלים) וכן בזכויות להפעלה ו/או לניהול של שירותים ציבוריים (תחבורה, מים, גז או חשמל). קיימות מערכות משפטיות שמאפשרות לנפגעים לזכות בסעד מסוג זה. אולם האפשרות שמשקיע שנושל מזכויותיו יזכה בהשבה בעין או באכיפה נגד מדינה ריבונית אינה ברורה מאליה, והיא מעניינת במיוחד. על-כן המאמר דן לעומק בשאלה אם ואימתי תוענק למשקיע שנפגע על-ידי מדינה מארחת הזכות לתבוע סעד של אכיפה או של השבה בעין במקום (או נוסף על) פיצויים.

בהקשר זה המאמר מתייחס לסוגיה שעלתה לאחרונה במלוא עוצמתה במשא ומתן על מתווה הגז בישראל, ואשר יש בה – אולי – כדי למנף בעת הצורך קבלת סעד בעל אופי השכתי לטובת משקיע זר. מדובר בסוגיית "סעיפי הייצוב", שבהם המדינה מתחייבת להימנע מלערוך שינויים חד-צדדיים בתנאי ההתקשרות עם המשקיעות. המאמר דן ומציג דוגמאות מהמשפט הישראלי הפנימי, וזאת כאילו סטרציה של נושא אקטואלי במדינתנו וכאמצעי להבנת הנושאים הנדונים מנקודת-המבט של המשפט הבינ-לאומי. יובהר כי אין לי כל כוונה להציע פתרונות לוויכוח הפוליטי-הכלכלי-החברתי שהתגלע סביב מתווה הגז בישראל, וגם לא לנתח את התוואי הספציפי שאושר על-ידי הממשלה בחודש דצמבר 2015. דיון כזה מקומו במאמר העוסק בדין הישראלי הפנימי, ומצדיק בוודאי מחקר נפרד שייוחד לנושא זה.

א. ההשקעות הבינ-לאומיות והבעיה של ריבוי מערכות משפטיות

אין חולק כי משקיע הרוכש נכס (למשל, מפעל, עסק מסחרי, תאגיד פיננסי וכדומה) או זוכה בזכות (כגון זיכיון לחיפושי נפט או גז, להפקת אוצרות-טבע או להספקת שירותים) מצפה לקצור רווחים עתידיים. זוהי מטרתה העיקרית של כל השקעה.²

2 MUTHUCUMARASWAMY SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 8 (3rd ed. 2010): "Foreign investment involves the transfer of tangible or intangible assets from one country to another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the assets"

ברם, בנסיבות מסוימות הדרך להפקת הרווחים עלולה להיות זרועה מוקשים, שכן המדינה שבה מתבצעת ההשקעה (להלן: המדינה המארחת) עלולה לפגוע בזכויות המשקיע באופן חד-צדדי. בהקשר זה יש להבחין בין שני סוגי השקעות: השקעות "לאומיות" והשקעות "בין-לאומיות".

א. השקעות "לאומיות" – השקעה מוגדרת "לאומית" כאשר המשקיע, המשאבים ומקום הביצוע של ההשקעה מתייחסים למדינה אחת ויחידה. טלו, למשל, חברה תל-אביבית שמקימה מפעל באילת. בנסיבות אלה הדברים פשוטים יחסית, כי המיזם יקום, יתנהל ויתבצע (ובמידת הצורך גם יסתיים) על בסיס הוראות משפטה הפנימי של מדינת-ישראל. המארג הפנימי של מדינה זו ישלוט הן בהיבט המהותי של ההשקעה (מכוח החוקים שמסדירים, למשל, את דיני החוזים והתרופות, את דיני ההפקעות, את דיני המס, את דיני ההגבלים העסקיים, את דיני עידוד השקעות וכולי) והן בהיבט הפרוצדורלי (מכוח חוקי בתי-המשפט, סדרי הדין, ההוצאה לפועל, דיני הבוררות, הפישור וכדומה). במיזמים מהסוג הזה מצבו של המשקיע הינו יציב יחסית, כי יסוד ה"סיכון" – שקיים ביחס לכל השקעה – מוגדר יחסית, שכן מצבו ידוע מראש וניתן לחיזוי בקירוב. אכן, חזקה שצד שהתקשר בחוזה מתמצא במערכת המשפטית, הכלכלית והמנהלית של מדינתו, אם כי במישור הפוליטי, כמובן, איש אינו חסין מפני הפתעות אפילו במולדתו-הוא.

ב. השקעות "בין-לאומיות" – בהשקעות בין-לאומיות הדברים מורכבים יותר. כאשר ההשקעה היא "בין-לאומית", קרי, כאשר המשאבים מקורם במדינה אחת וביצוע המיזם נועד להיות במדינה אחרת (ובמקרה מורכב יותר אף בכמה מדינות אחרות³), מתעוררות בעיות שאינן קיימות בהשקעות הלאומיות. בעיות אלה נעוצות, בראש ובראשונה, בריבוי המערכות המשפטיות שעשויות להיות מעורבות במקרים של פגיעה בהשקעה. מערכות אלה הן:

- המשפט הלאומי של המדינה המארחת,
- המשפט הלאומי של מדינת אזרחותו של המשקיע,
- המשפט הלאומי של מדינה או מדינות שלישיות,
- המשפט הבין-לאומי הפומבי,
- המשפט האזורי,

3 על המשמעויות של "בנאום" ההשקעות ראו אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 359.

- המשפט העל-לאומי,⁴
- המשפט העבר-לאומי.⁵

המצב מורכב עוד יותר, משום שבכל אחת מהמערכות המנויות לעיל קיימות סוגיות משפטיות שעשויות להיות רלוונטיות להשקעות הבין-לאומיות. בין סוגיות אלה ניתן למנות (באופן שאינו ממצה) את הבאות:⁶

- דיני החוזים והזכויות,
- דיני הנפט, הגז, המכרות ואוצרות-הטבע,
- דיני מיסים,
- דיני הפקעות והלאמות,
- חוקי עידוד ההשקעות,
- הדין הפרוצדורלי הפנים-מדינתי,
- המשפט הבין-לאומי הפרטי,
- ההגנה הדיפלומטית,
- האמנות להגנה על השקעות,
- זכויות האדם במשפט האזורי,
- החוזים והבוררות העבר-לאומיים, ועוד.

בשל ריבוי המערכות המשפטיות, ובהתאם לכך ריבוי הסוגיות המשפטיות שעשויות לבוא בחשבון במקרים של פגיעות בהשקעות בין-לאומית, וכן לנוכח אפשרויות האינטראקציה בין כל אלה, משקיעים ומדינות מארחות נקלעים לא אחת למציאות משפטית מורכבת וסבוכה שקשה להיחלץ ממנה.⁷

4 המשפט העל-לאומי (supranational) מתאפיין בכך שהמדינות החברות בארגון בין-לאומי האצילו לאותו ארגון חלק מסמכויות החקיקה שלהן. הדוגמה הקלסית של ארגון מסוג זה היא האיחוד האירופי. ראו: Alberto M. Aronovitz, *Portugal, in* CONSÉQUENCES INSTITUTIONNELLES DE L'APPARTENANCE AUX COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES 355 (1991); Bertil Cottier, *Essai de Synthèse, in* CONSÉQUENCES INSTITUTIONNELLES DE L'APPARTENANCE AUX COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES 413 (1991).

5 המשפט העבר-לאומי (transnational law) נוצר בהסכם בין המדינה שמארחת את ההשקעה לבין המשקיע, ונתפס כשיטת משפט שנוצרה על-ידי המשקיע והמדינה המארחת במטרה להסדיר ביניהם את היחסים הקשורים להשקעה. לפיכך המשפט העבר-לאומי מהווה הסכם פרי יצירתם של שני צדדים אלה, שבכוחם לקבוע את תוכנו ותנאיו, ובכלל זה גם את ברירת הדין וסמכות השיפוט למקרה שיתגלעו סכסוכים או חילוקי-דעות.

6 לתיאור מפורט של נקודה זו ראו אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 355 ר-362.

7 לניתוח מעמיק של נושא זה ראו אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1, וכן: Calogero Pettinato, *Il*

מבחינה היסטורית, סוגיית הפגיעות במשקיעים זרים עלתה במלוא עוצמתה בתקופה הפוסט־קולוניאלית, כאשר מדינות שתוארו אז כ"בלתי־מפותחות", או כ"מדינות שבהן שלטון החוק אינו נשמר ברמה סבירה", לא היססו לנשל משקיעים זרים מרכושם. משקיעים אלה היו לרוב אזרחים של מדינות מתועשות. המצב החריף לקראת סוף המאה התשע־עשרה, כאשר מדינות אלה ביצעו הפקעות נרחבות – דבר שפגע בעיקר באזרחי ארצות־הברית ובאזרחיהן של כמה מדינות אירופיות.⁸ מלבד מקסיקו, שהנחיתה על משקיעים זרים גלים של פגיעות במגזרי הנפט והקרקות, פגעו במשקיעים זרים גם מדינות שונות באמריקה הלטינית (קובה, צ'ילי, גואטמלה, פרו, אל־סלוודור, קולומביה, ארגנטינה), מדינות לא־מתועשות אחרות (כגון מצרים, כוית, לוב, קונגו, חוף־השנהב, מדינות הגוש המזרחי לשעבר, איראן, אינדונזיה), ולאחרונה – כמה שנראה כהחזרת הגלגל אחורנית על־ידי משטרים מסוימים – גם ונצואלה ובוליביה.⁹

סוגיית הפגיעות במשקיעים הזרים נעשתה בעת האחרונה, למרבה ההפתעה, רלוונטית במיוחד גם ביחס למדינה מודרנית ומתועשת שעקרונות הצדק והיושר חרותים היטב על דגלה – והיא מדינת־ישראל.

התפיסה הרווחת שמשלה בכיפה עד לסוף המאה הקודמת הייתה כי מדינת־ישראל, בניגוד לשכנותיה, לא התברכה באוצרות־טבע ניכרים. תפיסה זו התערערה לקראת סוף שנות התשעים, עם גילויים של מצבורי גז טבעי בשטחיה הימיים של המדינה. הודות לחיפושים שהיו כרוכים בהפעלת טכנולוגיות מתקדמות, התגלו מאגרי גז משמעותיים ביותר.¹⁰ מצבורים אלה אותרו על־ידי תאגידים פרטיים, שעל בסיס האסדרה (רגולציה) ששררה אז במדינה השקיעו הון

Contributo della MIGA all' Evoluzione del Regime Giuridico degli Investimenti Stranieri, 73 RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE 320 (1990)

8 ABRAHAM FELLER, THE MEXICAN CLAIMS COMMISSIONS, 1923–1934 (1935 rep. ראו: 1971); JOSÉ PRIETO, LAS RECLAMACIONES INTERNACIONALES POR INTERESES EXTRANJEROS EN SOCIEDADES MEXICANAS 54 (1947); Raúl B. Manaut, *México 1920–1945. La Expropiación Petrolera y la Reinserción de México al Sistema Internacional*, 4 HISTORIA CRÍTICA 47 (1990), <http://historiacritica.uniandes.edu.co/view.php/72/view.php>

9 גם מדינות אחדות ממערב אירופה, כגון צרפת ואנגליה, ביצעו הלאמות, לרוב במסגרת יישום תוכניות כלכליות של מפלגות דוגמת הלייבור.

10 לפי דוח מבקר המדינה, בשנת 2015 עתודות הגז הטבעי של מדינת־ישראל עומדות על כ־1,000 BMC (BMC היא יחידה למדידת נפח שערכה מיליארד מטר מעוקבים). ראו מבקר המדינה "פיתוח משק הגז הטבעי" (יולי 2015) [www.mevaker.gov.il/he/Reports/](http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_298/a7119d2f-31f9-42aa-92f8-ed0d2c4ed842/005-gas.pdf) Report_298/a7119d2f-31f9-42aa-92f8-ed0d2c4ed842/005-gas.pdf

ומאמצים ניכרים, בין היתר, במיפוי ובבדיקות גיאולוגיות, בהעסקת מומחים ועובדים, בהבאת טכנולוגיות וציוד מיוחד לקידוחים במים עמוקים, באמצעי הובלה, בהקמה ובתחזוקה של אסדות, וכיוצא באלה.

כאשר התחווה לרשויות המדינה העובדה שמדובר בהיקף כביר של שדות גז, ושיכולת ההפקה ורמת התועלת גבוהות במיוחד, החלו רשויות אלה (להלן: רשויות המדינה או הרשויות) לכרסם בזכויותיהן של החברות המפיקות.¹¹ הן עשו זאת בצורות ובאופנים שונים. כך, למשל, הפגיעה הראשונה שביצעו רשויות המדינה באה לידי ביטוי בשינוי שיטת המיסוי שחלה על תאגידים אלה. פגיעה נוספת התבטאה בהמשך בצמצום נוכחותם של תאגידי הגז בשוק ביחס למצב שהיה קיים לפני גילויים של שדות הגז, וזאת בנימוק שנוצר כביכול מונופול, שעל המדינה לפעול על-מנת למנוע אותו. עד לחתימת רשימה זו קשה לומר אם הושם סוף-פסוק לפגיעות הנעשות על-ידי רשויות המדינה. כפי שיובהר בהמשך המאמר, בידי המדינות יש כלים לא-מבוטלים שמאפשרים להן לפגוע בצורות שונות ומשונות בזכויותיהם של משקיעים.

גילויי שדות הגז בעלי פוטנציאל ההפקה הגדול במימי הים התיכון הסמוכים לחופי המדינה היוו את הסיבה לכך שממשלת ישראל הקימה את "ועדת ששינסקי" הראשונה (להלן: ועדת ששינסקי 1).¹² בהקשר זה אין להתעלם מהעובדה שהתאגיד הזר "נובל אנרג'י" הוא אחד השחקנים הראשיים במישור הגז הטבעי בישראל (וקיימת שאיפה שתאגידים זרים נוספים יפעלו בעתיד במישור זה). כפי שיוסבר בהמשך, החלת מסקנותיה של ועדת ששינסקי 1 על חברה מפיקה זו פגעה בזכויותיה על-ידי שינוי שיטת המיסוי שתחול עליה.

הדוגמה האמורה מציגה יפה את המצב שבו מדינה יכולה לפגוע באופן חד-צדדי בזכויותיהם של משקיעים, ביניהם משקיעים זרים. כך השיב מנכ"ל חברת "נובל אנרג'י", המשקיעה הזרה החשובה בתחום הגז בישראל, כאשר נשאל על המלצות ועדת ששינסקי 1 בהקשר של שינוי המיסוי:

"אני מנסה לא לחשוב על זה אבל זה היה נושא עדין כי העלו את המס לאחר שכבר השקענו וזה דבר מאוד חריג בתעשייה שלנו. אם

11 במאמר זה תאגידים אלה מכונים "חברות הגז", "הזכייניות", "חברות מפיקות", "חברות משקיעות" או "משקיעים".

12 משרד האוצר "ועדת ששינסקי – הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל" mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/Pages/PhysicsPolicy וכן [mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicy.aspx](http://mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicy), Committee.aspx, (להלן: דוח ועדת ששינסקי 1). Committee/FullReport_FullReport.pdf

ממשלה מאמצת פרקטיקה של העלאות מיסים רטרואקטיוויות בנקודה מסוימת זה מבריא משקיעים זרים. תחושת היא כי אם הממשלה תעשה זאת שוב זה יבריא משקיעים. אני לא יודע זאת כעובדה אבל אני הרגשתי שהיו חברות שרצו להיכנס להשקעות בישראל אבל שינו את דעתן בגלל ששינסקי.¹³

בהמשך, ב-3 בנובמבר 2015, כאשר תהליך אישורו של מתווה הגז בישראל התמהמה במיוחד, פרסמה חברת "נובל אנרג'י" הודעה נוקבת יותר, שלפיה החברה שומרת על מוכנות מלאה וממוצבת היטב על-מנת לנקוט את הפעולות הנחוצות כדי להגן על ערך נכסיה.¹⁴

כפי שציינתי במאמר קודם, שמשווה את מצב כיבודן של ההשקעות בישראל למצב באורוגוואי,¹⁵ כאשר רשויותיה של מדינה מפרות את התחייבויותיה כלפי משקיעים, המוניטין והאמינות של אותה מדינה ייפגעו, ומכאן ואילך היא תיתפס בעיני האחרים כמדינה שאינה פועלת בתום-לב ואינה מכבדת את הזכויות המוקנות של משקיעים זרים. על-כן האטרקטיביות של אותה מדינה כמקום יאה למשיכת השקעות תצטמצם.

מכאן החשיבות האקטואלית של הסוגיות הנדונות במאמר זה.

13 עמירם ברקת "מנכ"ל נובל: אם יפתחו מחדש המיסוי – נשקול המשך פעילותנו" גלובס 11.4.2013 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000835896. ראו גם את הדיון שנערך בנושא זה בכנס על "אקלים ההשקעות בישראל בעקבות דו"ח וועדת ששינסקי" שנערך בשנת 2011 – www.youtube.com/watch?v=TjFfwjJhDFY.

14 "Under the leadership of the Prime Minister and the Minister of Energy and Water Resources, a regulatory framework meeting these objectives has been overwhelmingly approved by the Israeli cabinet and yesterday was presented to the Knesset. It is imperative that the government of Israel follow through on this approved framework without further delay. Noble Energy remains fully prepared, and is well positioned, to take the actions necessary to protect the value of its assets." *Noble Energy Provides Statement on Regulatory Framework in Israel*, NASDAQ GLOBENEWSWIRE (Nov. 3, 2015), <http://globenewswire.com/news-release/2015/09/03/765949/10148223/en/Noble-Energy-Provides-Statement-on-Regulatory-Framework-in-Israel.html>.

15 ראו אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1.

ב. הבסיס המשפטי לרכישת זכויות על-ידי המשקיעים

בראשית הדיון בנקודה זו יש לעמוד על ההבחנה שבין הסתכלות על רכישת זכויות על-ידי משקיע זר מנקודת-מבטו של המשפט הפנימי לבין הסתכלות על אותה רכישה מנקודת-המבט של המשפט הבין-לאומי, שהרי מדובר במערכות שונות, אשר פועלות כל אחת על בסיס דיניה, כלליה ומקורותיה שלה.

מבחינת המשפט הבין-לאומי קיים עיקרון שחוצה כחוט-השני את כל הסוגים של רכישת זכויות, והוא עקרון "הזכויות המוקנות" (vested rights). על-פי עיקרון זה,¹⁶ ברגע שמדינה אפשרה למשקיע זר לרכוש זכות מכוח משפטה הפנימי, והלה רכש את הזכות כדין, זכות זו נהפכת לזכות "מוקנית".¹⁷ עובדה זו מחייבת את המדינה המארחת – אם היא חפצה לפגוע באותה זכות – לכבד כמה תנאים בין-לאומיים. לפיכך, אם כתוצאה מהפגיעה המשקיע משולל מעיקר זכויותיו, על המדינה לשלם פיצוי לנפגע.¹⁸

בחוות-הדעת שהגיש משרד המשפטים לוועדת ששינסקי 1 צוין (ביחס לאופן הענקת הזכויות לחברות המפיקות) כי אין לערבב בין שיטה חוזית לבין שיטת הרשיונות והחזקות. לדידו, מדובר בכלים בעלי מאפיינים שונים: השיטה השנייה שייכת לתחום המשפט המנהלי או החוקתי (שם הרשות פועלת מעמדה של מרות ובאופן חד-צדדי), ואילו השיטה הראשונה שייכת לדיני החוזים (שם ההסכם נערך במשא-ומתן ובהסכמה משותפת). עוד צוין בחוות-הדעת כי מדינת-ישראל לא חתמה על הסכם עם החברות המפיקות, וכי העתקת מודל חוזי, כנהוג במדינות אחדות בעולם, הייתה חותרת תחת עקרונות החוק ומפרה את האיזונים שקבע המחוקק.¹⁹ יש להבין כי האמור מתייחס למשפט הישראלי הפנימי. מבחינתו של המשפט הבין-לאומי המנהגי, ההסתכלות שונה במעט. אכן, העיקר כאן אינו הדרך

16 ראו אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 371.

17 Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Germany v. Poland, Merits, Judgment, (1926) P.C.I.J. Ser. A No. 7, I.C.G.J. 241 (P.C.I.J. 1926), May 25, 1926, paras. 37, 38, 43 (להלן: עניין *German Interests in Polish Upper Silesia*).

18 ראו להלן ליד ה"ש 45 ואילך.

19 משרד המשפטים "חוות דעת משפטית ראשונית לקראת פרסום טיוטת המלצות הועדה" פס' 15 ו-16 (15.11.2010) mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicy; משרד המשפטים "חוות דעת משפטית לקראת פרסום מסקנות הועדה" (3.1.2011) mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicyCommittee/FullReport_Appendix_b.pdf (להלן: חוות-דעת משפטית לקראת פרסום מסקנותיה של ועדת ששינסקי 1).

שבה נרכשה הזכות מכוחו של המשפט הפנימי (חיקוק, זיכיון או רישיון, החזקה, הענקה) או איך זכות זו מוגדרת על-ידי המשפט הפנימי,²⁰ אלא אם הזכות אכן הוקנתה למשקיע, ובאיזה אופן המדינה פגעה באותה זכות.

כאשר ההשקעה כרוכה בעריכת הסכם עם המדינה המארחת, והמדינה מפרה את ההסכם בדרך של אי-קיום התחייבות חוזית שנטלה על עצמה (למשל, אם המדינה המארחת התחייבה לספק מוצר מסוים למשקיע ולא עמדה בהתחייבותה – ראו פסקה 10 בתחילת פרק ג), הסכסוך יוסדר במסגרת ערכאותיה הלאומיות של המדינה המארחת כאילו מדובר בסכסוך בין צדדים פרטיים לחוזה, מפני שאין פגיעה במהות זכויותיו של המשקיע תוך שימוש בסמכויות של ריבון. ערכאות אלה יקבעו, על בסיס הוראות החוזה, אם ההסכם הופר, ואם הן יחליטו בחיוב, הן יפסקו סעד לנפגע.

לעומת זאת, כאשר המדינה משתמשת בסמכויותיה הריבוניות על-מנת לפגוע במהות זכויותיו המוקנות של המשקיע הזר (בין אם קיים חוזה ובין אם לאו), המשפט הבינ-לאומי נכנס לתמונה, וערכאה בין-לאומית תבחן אם המדינה המארחת שללה באופן חד-צדדי את עיקר הזכויות המוקנות של המשקיע (למשל, אם היא שללה מהמשקיע את בעלותו במפעלו). הדברים יפים בין שהזכות שנפגעה הוענקה מכוח חקיקה ראשית, חקיקה משנית, רישיון או שטר החזקה, ובין שהמשקיע הזר רכש את הזכות מכוח חוזה. במקרה האחרון מדברים על "הפרה מפקיעה":

"הפרה רגילה של חוזה בין מדינה לבין זר היא הפרה של המשפט הלאומי, ולא של המשפט הבינ-לאומי; אם להפרה נלווית נטילה בכוח או הרס של רכוש במידה העולה כדי מה שמכונה 'הפרה נזיקית' או 'הפרה מפקיעה' של חוזה, תקום אחריותה של המדינה."²¹

20 הפעילות של חיפוש נפט וגז וכן הפקתו מוסדרת בישראל בחוק הנפט, התשי"ב-1952, בס' 6 ואילך. החוק מכיר בשלושה סוגי זכויות המוענקות לגופים פרטיים: היתרים מוקדמים, החזקות ורשיונות. חוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002, קובע בס' 3 ואילך חובת רישום וקבלת רשיונות בענף.

21 Philip C. Jessup, *Responsibility of States for Injuries to Individuals*, 46 COLUM. L. REV. 903, 913 (1946). כל תרגומי הציטטות במאמר זה נעשו על-ידי המחבר. ראו גם: F.V. García Amador, *Fourth Report on State Responsibility*, Doc. A/CN.4/119, in YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION, vol. II, 30 (1959); Ivar Alvik, *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration* 170 (2011).

בכל המקרים הללו תבחן הערכאה הבין-לאומית אם באופן אובייקטיבי הייתה למשקיע הזר זכות מוקנית, ואם זכותו זו נפגעה באופן מהותי כתוצאה מהצעדים שנקטה המדינה המארחת. ברור שלשם כך היא עשויה להיעזר בחיקוקים, בחוזים ובמסמכים אחרים אשר התקבלו או נערכו מכוחו של המשפט הפנימי (למשל, לצרכים ראייתיים שונים). ברם, הערכאה הבין-לאומית אינה חייבת לקבל את הגדרות המשפט הפנימי, ובהעדר אמנה שקובעת אחרת, למקורות ולמסמכים שמקורם במשפט הפנימי יש ערך של עובדה בלבד.²² מכאן, ייתכן בהחלט שערכאה פנימית תחליט כי המשקיע רכש את זכויותיו מכוח רישיון, בעוד הערכאה הבין-לאומית תסבור כי מדובר ברכישת זכות מכוח הסכם. אכן, מבחינה בין-לאומית העיקר הוא העובדה שהזכות אכן נרכשה, ולא הגדרות של המשפט הפנימי.

ג. דרכי הפגיעה בהשקעות זרות

בפרקטיקה ידועים שני מצבים בסיסיים של פגיעות במשקיעים בין-לאומיים על-ידי מדינה מארחת:

- א. פגיעות בהשקעות שבוצעו בהעדר כל הסכם בין המשקיע לבין המדינה המארחת – בסיטואציה זו, בהעדר יחסים הסכמיים, תפקידה של המדינה המארחת מסתכם בעצם הצבת המסגרת המשפטית שבה המשקיע יכול לפעול (למשל, במצבים של רכישת קרקע או ציוד מגורם פרטי במטרה להקים מפעל).
- ב. פגיעות בהשקעות שבוצעו במסגרת הסכם בין המדינה המארחת לבין המשקיע – פגיעה זו מתרחשת, לדוגמה, לאחר שהמדינה העניקה למשקיע רישיון לכרייה במחצבים או זיכיון לחיפושי נפט או גז. במצבים אלה, שבהם מאמר זה מתמקד, קיימות שתי דרכים שבהן המדינה עשויה לפגוע בהשקעות:
 1. המדינה עשויה לפגוע במשקיע על-ידי התנהגות שכל צד פרטי להסכם היה יכול לנקוט בנסיבות דומות – לדוגמה, המדינה התחייבה לספק מדי

22 עניין *German Interests in Polish Upper Silesia*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 19: "From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures. The Court is certainly not called upon to interpret the Polish law as such; but there is nothing to prevent the Court's giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention"

יום עשר מכולות של חומרי-גלם למפעל שהקים משקיע, ואף-על-פי-כן בתאריך מסוים היא מספקת מכולה אחת בלבד בשל בעיות בייצור. ב2. מדינה עשויה לפגוע במשקיע תוך שימוש בסמכויותיה כריבון בטריטוריה – לדוגמה, משקיע בין-לאומי הקדיש סכום גבוה לרכישת מפעל, ובהמשך המדינה המארחת מחוקקת חוק המורה על הפקעת המפעל. באופן דומה המדינה המארחת עשויה להחרים את המפעל או להטיל הגבלות על זכויות הבעלים ליהנות מרכושם (כגון איסורי כניסה לשטח המפעל). המדינה המארחת עשויה אף לקבוע היטלים חדשים על רווחי המפעל או להעלות מיסים קיימים.

השוני העיקרי בין שני סוגי הפגיעות שתוארו לעיל הוא שבמקרה הראשון (ב1) המדינה המארחת מבצעת הפרת חוזה "רגילה", הדומה להפרות שיכולות להיעשות על-ידי כל צד פרטי להסכם. מדובר בהפרה בדרך של אי-ביצוע חיוב על-פי החוזה. המצב שונה בתכלית בפגיעה מן הסוג השני (ב2), שם המדינה משתמשת בסמכויותיה הריבוניות כדי לפגוע באופן חד-צדדי באיזון שביחסים החוזיים עם המשקיע. אדם או תאגיד פרטי שהם צדדים לחוזה אינם מחזיקים בידיהם סמכויות דומות. מנקודת-מבטו של המשפט הבין-לאומי, ההשלכות בשני המקרים יהיו שונות: להפרה "רגילה" של חוזה על-ידי המדינה המארחת יהיו בדרך-כלל השלכות רק במישור משפטי הפנימי של זו. בנסיבות אלה, ובהעדר אמנה הקובעת אחרת,²³ המדינה המארחת לא תחוב באחריות בין-לאומית,²⁴ והמשקיע יאלץ לתור אחר תרופה משפטית רק במסגרת ערכאותיה הפנימיות של המדינה המארחת ועל-פי הדין הלאומי שלה.²⁵

המצב שונה בתכלית השינוי כאשר המדינה המארחת מפעילה את סמכויותיה הריבוניות על-מנת לפגוע בזכויותיו של המשקיע הזר. במקרה זה למשפט הבין-לאומי יש תפקיד מכריע, באשר מכוחו המדינה המארחת מחויבת לנהוג במשקיע

23 מקום שקיימת אמנה בין המדינה המארחת למדינת אזרחותו של המשקיע, דרכי הטיפול בפגיעות בזכויותיו של אותו משקיע יתבססו על הוראות האמנה.

24 כאשר בלשון משפטית נזקקים למונח אחריות (responsibility), הכוונה היא – ברוב המקרים – לחובה המוטלת על פוגע להביא לידי תיקון המעוות או לשפות את הנפגע בגין הנזק שסבל. יורם דינשטיין תביעות בינלאומיות 13–15 (1977) (להלן: דינשטיין תביעות בינלאומיות).

25 Alberto M. Aronovitz, *Notes on the Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in the European Convention of Human Rights*, 25 Isr. Y.B. Hum. Rts. 76 (1995) (להלן: *Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies*).

בהתאם לנורמות הצדק שהותוו בעניינים אלה,²⁶ כגון שהפגיעה מיועדת ל"צורכי ציבור",²⁷ ובמקרים של פגיעות מהותיות בזכויותיו של המשקיע הזר (למשל, בהפקעות ובהלאמות) – שהנפגע יזכה בפיצויים נאותים בגין הפגיעות ברכושו או בזכויותיו.²⁸

פגיעה לצורכי ציבור – לב-ליבו של הדיון במאמר זה עוסק בסוגיית התרופות המשפטיות שהמשפט הבינ-לאומי מעמיד לרשותם של משקיעים זרים שנפגעו מצעדים שנקטה המדינה המארחת. ברם, על-מנת להשלים את התמונה, מן הראוי להציג את הצד האחר של המטבע, ולייחד שורות אחדות לנימוקים שהמדינה המארחת עשויה להעלות כהצדקה לנקיטת הצעדים שגרמו לפגיעה. ההיסטוריה מלמדת כי מדינות שפגעו במשקיעים זרים הסתמכו בעיקר על הטענות שאוצרות-הטבע והעושר שנפלו בחלקיהן חייבים לשרת את האוכלוסיות המקומיות, ולא אינטרסים כלכליים של גורמים זרים, וכי ההחלטה על האופן שבו יש להסדיר את הנושא חייבת להיחתך אך ורק על-פי שיקולים פנימיים (קרי, המשפט הפנימי של אותה מדינה), ולא בין-לאומיים. נימוקים אלה מועלים בהשראת "דוקטרינת קלבו", שלפיה זרים צריכים להיות כפופים למשפטה הפנימי של המדינה המארחת בלבד, ואין בכוחה של מדינת האזרחות של אותם זרים להתערב במקרים של פגיעה.²⁹ את העמדה הזו ניסו לקדם, בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים, מדינות אמריקה הלטינית – בתמיכת "המדינות הבלתי-מזדהות", שלל

26 ראו אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 373.

27 הפקעת רכושו של זר שאינה מיועדת לשרת מטרה ציבורית אינה עומדת בקנה אחד עם הסטנדרט הבינ-לאומי המינימלי של שלטון החוק שכל מדינה חייבת להחיל על זרים. ראו דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 85.

28 García Amador, *Fourth Report on International Responsibility* (A/CN.4/119), 1959(2) Y.B. INT'L L. COMM'N 1, 11; B.A. WORTLEY, EXPROPRIATION IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW 12 (1959); Louis Sohn & R.R. Baxter, *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, 55 AM. J. INT'L L. 545, 553 (1961); Richard Lillich, *The Current Status of State Responsibility for Injuries to Aliens*, in INTERNATIONAL LAW OF STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS 15 (Richard Lillich, ed., 1983); Note from the U.S. Secretary of State to the Mexican Ambassador in Washington, 21.7.1938, in LOUIS SOHN & THOMAS BUERGENTHAL, INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS 96 (1973): "The taking of property without compensation is not expropriation. It is confiscation"

29 דוקטרינת קלבו פותחה על-ידי המשפטן קרלוס קלבו (1824–1906), והיא מורכבת משני יסודות: עקרון אי-ההתערבות בענייניה הפנימיים של המדינה מארחת, ושוויון בין זרים למקומיים. ראו: DONALD R. SHEA, THE CALVO CLAUSE 19–20 (1984).

ה"מדינות בדרך לפיתוח" וכן המדינות הקומוניסטיות לשעבר – באמצעות החלטות של העצרת הכללית ודוחות של מוסדות האו"ם, שבהם הן נהנו מרוב מובטח. מדובר במסמכים ובהחלטות הקשורים לסוגיית "הריבונות התמידית על אוצרות-הטבע והעושר", והם מדגישים את זכויותיהן של המדינות והעמים להחליט באופן עצמאי על גורלם של משאבים אלה.³⁰ להחלטות של העצרת הכללית אין כידוע תוקף מחייב, אלא שהיו מי שטענו כי מספר גדול של החלטות באותו כיוון יהיה בכוחן להשפיע באופן כלשהו על המצב הקיים במשפט המנהגי.³¹ ברור שאילו היה הדבר תלוי רק בשיקוליה הפנימיים של המדינה המארכת, היה הדבר פותח פתח להחלטות וגזרות חד-צדדיות ואף שרירותיות. לכן עמדה זו נשללה על-ידי מדינות שאזרחיהן הרבו להשקיע במדינות זרות, באשר אלה סירבו – לנוכח נסיון העבר – להפקיר את אזרחיהן לחסדי שיקוליה הייחודיים של מדינה אשר עלולה לבצע בעצמה את הפגיעה בזכויות הזר. ובלשונו של פרופ' בנבנישתי:

"כידוע, קל לממשלות ריבוניות לתרץ פגיעה ברכוש בנימוקים של תכלית ציבורית ראויה: להסביר, למשל, שהגבלות מסויימות נחוצות לשם שמירה על בטיחות התושבים או איכות הסביבה."³²

כפועל יוצא מהמחלוקות העמוקות שפרצו בין המדינות שתמכו בעמדות מקוטבות אלה, כמו-גם מהשיח האקדמי בסוגיה זו, פורסמו מאמרים משפטיים רבים העוסקים בסוגיה, בתי-דין וערכאות בוררות הוציאו מתחת ידיהם החלטות מנומקות, וחשוב לא פחות – התנהלו חילופי אגרות דיפלומטיות חריפות בין

30 ראו, למשל, את ההחלטות הבאות: UNCTAD Board, Res. 88 (XII), 11 I.L.M. 1475 (1972); Permanent Sovereignty over Natural Resources, G.A. Res. 3171 (XXVIII), 17 December 1973, <http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm>; Charter of Economic Rights and Duties of States, G.A. Res. 3281 (XXIX), 12 December 1974, <http://www.un.org/documents/ga/res/29/ares29.htm>; Permanent Sovereignty over Natural Resources, G.A. Res. 2158 (XXI), 25 November 1966, <http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm>; Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, G.A. Res. 3201 (S-VI), 1 May 1974, <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>

31 Eduardo Monreal, *La Nacionalización en su Aspecto Jurídico*, in DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL 137, 172 (J. Castañeda ed., 1976)

32 איל בנבנישתי "חוות דעת משפטית: ההגנה במשפט הבינלאומי על זכויותיהם של משקיעים זרים ובפרט על זכויות של אזרחי ארה"ב לחיפוש וניצול מאגרי גז מול חופי מדינת ישראל" 25 (17.8.2010) <http://mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicyCommittee/> [ServedOpinion_NovelEnergy_Appendix_j.pdf](http://www.un-documents.net/s6r3201.htm)

מדינות האזרחות של משקיעים לבין מדינות מארחות. כתוצאה מכך נראה המצב באמצע שנות השמונים כקשר גורדי ענקי ובלתי-ניתן להתרה. חשוב לציין כי כל הנאמר לעיל קשור בקשר הדוק ליסוד "הצורך הציבורי" (המוכר במשפט הפנימי הישראלי כ"תכלית ראויה"), שהוא כאמור אחד היסודות שמדינה חייבת לכבד בבואה לפגוע בזכויות של זרים. כעיקרון, המשפט הבין-לאומי משאיר בידי המדינות שיקול-דעת רחב בקביעת המטרה הציבורית שלמענה הן יפגעו בזכויותיו של משקיע זר. הדבר נובע מהסמכויות הריבוניות שכל מדינה מפעילה בטריטוריה שלה. כך, אם מדינה תפקיע רכוש במטרה לארגן מחדש את כלכלתה – למשל, על-ידי אימוץ שיטה כלכלית סוציאליסטית, קומוניסטית או אחרת למען האינטרסים של האוכלוסייה – ייחשב הדבר צורך ציבורי לגיטימי, אף אם מדובר בשיטה שכבר נכשלה בעבר.³³ כמו-כן, ובהעדר צעדי הפקעה, יש מעין הנחה (שניתנת לסתירה) כי שינויים באסדרה של ענף מסוים – כגון העלאת מיסים או שינוי שיטת מיסוי – שבוצעו בתום-לב לא ייחשבו הפרה של המשפט הבין-לאומי, בתנאי שהם אינם מגיעים כדי הפקעה³⁴ (ובתנאי שהם אינם מנוגדים להוראות אמנה, מקום שאמנה כזו קיימת).³⁵ במישורים אלה, ובפרט במישור הפיסקלי, הערכאות הבין-לאומיות הכירו בעובדה שלמדינות יש מרחב תמרון רחב בקביעת התכלית שלשמה ננקטו הצעדים.³⁶

33 Kenneth L. Karst, *Land Reforms in International Law*, in *ESSAYS ON EXPROPRIATIONS* 41 (Richard S. Miller & Roland J. Stanger eds., 1967). על המצב במשפט הישראלי הפנימי ראו ברוח דומה את דבריו של השופט שמגר: "בית המשפט צריך לבחון את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק הוא טוב, יעיל, מוצדק. השאלה היא אם החוק הוא חוקתי. מחוקק 'סוציאליסטי' ומחוקק 'קפיטליסטי' עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פסקת ההגבלה. יש לאפשר למחוקק 'מיתחם של התחשבות' (margin of appreciation) או 'מרחב של שיקול-דעת' על גבול מיתחם ההגבלה." ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 96 לפסק-דינו של הנשיא לשעבר שמגר (1995). ראו גם בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פס' 33 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 15.8.2012): "הדרישה כי החוק יהיה לתכלית ראויה פירושה כי תכלית החוק 'משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקיימן'..."

34 23 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 378, Award, December 29, 1989; OECD, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in *International Investment Law* (OECD Working Papers on International Investment 2004/04, 2004), http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf

35 SORNARAJAH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 405.

36 Ali Lazem & Ilias Bantekas, *The Treatment of Tax as Expropriation in*

אכן, הפרקטיקה מלמדת כי הערכאות הבין-לאומיות אינן ששות להתערב ולפסול צעדים שננקטו על-ידי מדינה מארחת בנימוק שאלה לא נועדו לשרת "צורך ציבורי" נאות. אומנם, בפסק הבוררות בעניין *Smith*³⁷ ציין הבורר כי הפגיעה בזכות הבעלות של אזרח ארצות-הברית על-ידי שלטונות קובה לא בוצעה בתום-לב לצורכי ציבור, אך מדובר באירוע ישן (משנת 1927) ונדיר. על-כן ניתן לסכם שערכאות בין-לאומיות אינן מתערבות בדרך-כלל בשיקולים שהניעו מדינה מארחת לנקוט צעדים נגד משקיע זר.³⁸ בתוך כך קיימת עמדה, הנתמכת על-ידי רבים, שלפיה בזמנים המודרניים דרישת הצורך הציבורי חולה להיות מגבלה לנקיטת צעדים נגד משקיעים זרים.³⁹

במקרה של הפגיעות במפיקות הגז, הנימוקים העיקריים שהועלו להצדקת יישומן של מסקנות ועדת ששינסקי 1 היו הבטחת המשך פיתוחו של משק הגז הטבעי בישראל, בד בבד עם קבלת תמורה הולמת לציבור בעבור ניצול משאבי-הטבע, תוך מתן תמריצים נאותים לעוסקים בענף חיפושי הגז הטבעי.⁴⁰ בוויכוח

International Investor-State Arbitration, 2015 ARBITRATION INT'L 1, 13: "Tribunals in tax arbitrations have recognized the necessity for host states to be afforded flexibility in the creation, amendment and implementation of their tax laws and policies, recognizing that apparent wrongs by the state should not categorically be viewed as violations of international law, thereby giving the state the benefit .of the doubt in the implementation of its tax policies"

Walter Fletcher Smith Claim (Cuba, USA), 1929, Reports of International 37
Arbitral Awards, vol. II, 913

38 למצב במשפט הישראלי ראו, לדוגמה, בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 100 לפסק-הדין (2005), שם צוין כי בית-המשפט אינו יכול לעמוד במקום המחוקק ושיקול-דעתו על-מנת לקבוע אם יסוד התכלית הראויה שלשמו בוצעה הפגיעה בזכות הקניין הינו צודק, ובלבד שיהיה חוקתי: "השאלה אינה מה היינו אנו מחליטים אילו פעלנו כחברי-כנסת. איננו רשאים להכריע במחלוקת זו, שכן כפי שבית-משפט זה חזר ופסק בכל שנות קיומו במאות פסקי-דין, אין הוא מחליף את שיקול-הדעת של הרשות המחוקקת (והרשות המבצעת) בשיקול-דעתו שלו; כי בחינתו של בית-המשפט אינה בודקת את תבונתה או את יעילותה של ההחלטה השלטונית אלא את חוקיותה או חוקיותה. נמצא כי איננו רשאים להחליט 'מי צודק'. אכן, השאלה שבה אנו יכולים, וחייבים, להכריע היא שאלה שונה. היא נגזרת מהמסגרת החוקתית הניצבת בפנינו. השאלה הינה זו: האם התכליות המונחות ביסוד חוק יישום ההתנתקות הן תכליות ראויות לעניין פיסקת ההגבלה? השאלה היא אפוא אם התכליות של חוק יישום ההתנתקות נועדו להגשים צורך חברתי חיוני מספיק דיו כדי להצדיק פגיעה קשה בזכויות האדם (בעיקר כבוד האדם והקניין) של הישראלים המפונים."

39 SORNARAJAH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 407.

40 דוח ועדת ששינסקי 1, לעיל ה"ש 12, בעמ' 2.

על-אודות יישומן של מסקנות ועדת ששינסקי 1 הודגש הצורך ביצירת "צדק חלוקתי" בניצול משאבי-הטבע לטובת האוכלוסייה, ודובר על מניעת מונופולין בתחום.⁴¹ עמדת המדינה, כפי שהוצגה בחוות-דעת של משרד המשפטים, הייתה כי ההסדר שהוצע על-ידי ועדת ששינסקי 1 נועד לקדם תכלית ראויה, דהיינו, שיתוף הציבור בחלק הוגן מהרווחים המופקים מנכסים שבבעלותו. שיתוף כאמור, ציין משרד המשפטים, נדרש מטעמים של צדק חלוקתי ותיקון עיוות חקיקתי.⁴² עמדה דומה הוצגה בדוח של ועדה נוספת בראשותו של פרופ' ששינסקי, היא "ועדת ששינסקי 2", שהוקמה במיוחד על-מנת לבחון את האפשרות לשנות את שיטת המיסוי ביחס לניצול שאר משאבי-הטבע בישראל (שאינם גז ונפט), אשר מופקים בעיקרם על-ידי משקיעים מקומיים, בהתאם לשינוי שערכה ועדת ששינסקי 1 במישור הגז והנפט. הצורך הציבורי המוצהר במקרה זה היה "מצייאת האיזון הנכון בין הצורך להבטיח שהציבור בישראל יקבל את חלקו הראוי במשאבי הטבע שבבעלותו, לבין הצורך בהבטחת כדאיות הפקת משאבי טבע קיימים וחדשים ובניטרליות ההחלטות ההשקעה של היזמים. הבטחת האיזון הנכון חיונית לשם המשך הפקת משאבי הטבע בישראל והמשך שגשוג התעשייה בישראל בכלל ובנגב בפרט".⁴³

מהפרספקטיבה של המשפט הבין-לאומי המנהגי נראה כי שיקולים אלה אינם יכולים להוות עילה להתערבותה של ערכאה בין-לאומית בדמות קביעה כי יש בהם משום פגיעה בסטנדרט של יחס שיש להעניק למשקיעים זרים. הדבר נובע משיקול-הדעת הרחב שיש למדינות בהחלטה על צורך ציבורי, מחד גיסא, ומסלידתן של הערכאות הבין-לאומיות מלהתערב ולקבוע אם בחירתו של צורך ציבורי מסוים הינה צודקת אם לאו, מאידך גיסא.⁴⁴

41 בין עשרות חוות-הדעת וניירות-העמדה שהוגשו לוועדת ששינסקי, ואשר העלו סוגיה זו, בולטים אלה שהוגשו מטעם ארגון אדם טבע ודין, איגוד קופות הגמל, קבוצה של ארגוני חברה וסביבה, פורום פעולה אזרחית ואחרים. ראו mof.gov.il/Committees/Previously ו-Committees/Pages/PhysicsPolicyCommittee.aspx.

42 חוות-דעת משפטית לקראת פרסום מסקנותיה של ועדת ששינסקי 1, לעיל ה"ש 19, פס' 8 ו-11.
43 "מסקנות הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים" 3 (אוקטובר 2014) mof.gov.il/Committees/NatureResources (Committee/Maskanot_FinalReport.pdf).

44 SORNARAJAH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 408; 13 Restatement on Foreign Relations Law, INT'L LEGAL MATERIALS 200 (1974): "The requirement that a taking be for a public purpose... has not figured prominently in international claims practice, perhaps because the concept of public purpose is broad and not subject to effective re-examination by other states"

פיצויים לנפגע – באשר ליסוד הפיצויים בגין פגיעות בזרים, ייאמר כי לא כל פגיעה כזו תחייב בתשלום פיצויים. חובה זו תבוא לעולם רק כאשר הפגיעה היא "מהותית", להבדיל מפגיעות "שוליות" או "לא-מהותיות".⁴⁵ פגיעה "מהותית" היא פגיעה בזכות של משקיע אשר שוללת ממנו את עיקר הנאתו ברכוש. הדוגמאות הקלסיות של פגיעה מהותית הן ההפקעות, ההלאמות וההחרמות, שבהן המדינה נוטלת את מלוא זכויותיו של המשקיע בנכסיו. פגיעה "לא-מהותית" היא פגיעה המותירה בידי המשקיע את עיקר זכויותיו ברכוש, כך שהוא יכול להמשיך ליהנות ממנו, אם כי במגבלות מסוימות. לפיכך העלאת מס לשיעור של 20% או 30% תוגדר כפגיעה שולית, שאינה מצמיחה כשלעצמה חובה לתשלום פיצויים. המצב שונה כאשר שיעור המס המוטל הוא גורף (למשל, מעבר ל-90%) עד כדי כך שניתן לסווגו כ"מס מפקיע". הטלת מס כזה תיחשב פגיעה מהותית, והמדינה תצטרך לשלם פיצויים לנפגע.⁴⁶ בהתבסס על ההגדרות האמורות פסק בית-הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Tre Traktörer* כי שלילת רישיון למכירת משקאות חריפים מבעלי מסעדה על-ידי השלטונות תוגדר פגיעה "שולית", באשר הבעלים המשיכו להחזיק בזכויות כלכליות מהותיות בנכס, כגון הזכות למכור את הבניינים, לשנות את ייעודם או להשכירם לצד ג.⁴⁷ הוא הדין אם מדינה תגביל את זכויותיהם של בעלי קרקעות להפיק ולמכור חצץ או עצים שברשותם, או אם מדינה תאסור על בעלי אגמים למכור כרטיסי דיג לתיירים. במקרים אלה, על-אף הפגיעות, ישמרו בעלי הנכסים בידם את עיקר זכויותיהם בנכסיהם. כפי שצינתי לעיל, ההבדל בין פגיעות "שוליות" לפגיעות "מהותיות" מקורו בעובדה שבסיטואציה הראשונה אין המדינה מחויבת לפצות את הנפגע, בעוד בסיטואציה השנייה המדינה חייבת לפצות את המשקיע הנפגע.⁴⁸

Wolfgang Peukert, *Protection of Ownership under Article 1 of the First Protocol of the European Convention on Human Rights*, 1981(2) HUM. RTS. L.J. 37, 55

Rosalyn Higgins, *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, 176 RECUEIL DES COURS 259, 324 (1982)

Tre Traktörer Aktiebolag [Judgment of 7 July 1989] ECHR, para. 55, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57586>
Fredin v. Sweden [Judgment of 23 February 1994] (No. 1) ECHR, para. 51, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57651>

ס' 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה האירופית לזכויות אדם (Council of Europe, Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocol No. 11, Paris, 20.3.1952, <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168006377c>) קובע כי אין לשלול רכושו של אדם אלא אם כן, בין היתר, השלילה היא לצורכי ציבור ועקרונות המשפט הבין-לאומי (ובניהם עקרון הפיצוי לבעלים) יכולים. אך בחלק האחרון הסעיף קובע כי אין בכך

המצבים שבהם מדינה עלולה לפגוע בזכויותיהם של משקיעים זרים הם רבים ומשונים. כהמחשה אביא להלן דוגמאות מספר המציגות מקרים שבהם פגעה מדינת-ישראל בחברות הגז ולאחריהם מקרים שבהם ייתכנו פגיעות עתידיות. א. כפי שציינתי לעיל, ועדת ששינסקי 1 מונתה על-ידי מדינת-ישראל לאחר גילוי מצבורים גדולים של גז טבעי בתחומי המים הטריטוריאליים שלה. הוועדה נדרשה:

1. לבחון את המערכת הפיסקלית הנהוגה בישראל בנוגע למשאבי הנפט והגז, ולהציע מדיניות מיסוי עדכנית המביאה בחשבון את שלבי הרישוי והגילוי השונים ואת מצבם של שטחי המשאבים כפי שהיה בעת הקמת הוועדה;
2. לבחון את ההשלכות האפשריות של הגילוי העכשווי ושל גילויים עתידיים על הכלכלה בישראל.⁴⁹

התוצאה מהחלת המלצותיה של ועדה זו על חברות הגז הייתה העלאה משמעותית בחלקה של המדינה, על-ידי שינוי שיטת המיסוי של חברות אלה. גזרות פיסקליות אלה היו הסנונית הראשונה שבישרה על שינויים במצב המשפטי. הנה כי כן, חוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, התשע"א-2011, היווה את הפגיעה הראשונה בזכויותיהן של החברות המפיקות, אלא שהמשפט הבין-לאומי המנהגי אינו מכיר בגזרות אסדרתיות ככלל ופיסקליות בפרט כמצדיקות תשלום פיצויים לנפגעים, כל עוד המיסים החדשים אינם בבחינת "הפקעה מוסווית" (או עקיפה⁵⁰) במובן זה שהם נוגסים במהות זכויותיהן של הזכייניות.

כדי לפגוע בזכותה של כל מדינה לאכוף את החיקוקים שמגבילים את זכות השימוש ברכוש לטובת הכלל, וכן להבטיח את תשלומי המיסים והיטלים אחרים:

"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties."

49 דוח ועדת ששינסקי 1, לעיל ה"ש 12. כן ראו את דוח-הביניים של ועדת ששינסקי: הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל "טיוטת מסקנות הוועדה להערות הציבור" 3 (נובמבר 2010) www.slideshare.net/tashtiot/ss-5820777.

50 על ההבחנה ראו בנבנישתי, לעיל ה"ש 32, פס' 24 ואילך.

במסגרת הוויכוח שנסב סביב יישום המסקנות של ועדת ששינסקי 1 בתחום הפקת הגז בישראל הועלה הרעיון כי הדבר עשוי להוות פגיעה מהותית בלב-ליבן של הזכויות שנרכשו בעקבות ההשקעה.⁵¹ הדבר קשור כאמור לנושא "ההפקעות המוסוות" – סוגיה אשר נעשית עם השנים שכיחה יותר ויותר בדיונים המתקיימים לפני ערכאות בין-לאומיות.⁵² מדובר במדינות שנמנעות מלחוקק באופן גלוי את דבר ביצוען של הפקעות או הלאמות. להימנעות זו יש מניעים ומטרות שונים, כגון הימנעות מתשלום פיצויים (ראו להלן בתת-פרק ה-1). מבחינתו של המשפט הבין-לאומי אין חשיבות להגדרה שהמשפט הפנימי מעניק לצעדים שפגעו בזרים. בעיני משפט העמים, הדבר שיש לבחון הוא אם זכויותיהם של המשקיעים נפגעו באופן מהותי או באופן שולי בלבד. אם הפגיעה יורדת ללב-ליבה של הזכות ושוללת מהמשקיע את עיקר זכויות-היתר שלו בנכסיו, אזי בעיני המשפט הבין-לאומי תיחשב הפגיעה כמהותית, וזאת גם אם הדין של המדינה המארחת מכנה אותה "הגבלה", "אסדרה", "מיסוי" וכדומה. בפרקטיקה אנו עדים לקושי להבחין באופן ברור בין שני הסוגים האמורים של פגיעות. הערכאה הבין-לאומית תצטרך לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו, ולקבוע אם בעקבות הפגיעה איבד המשקיע את עיקרן או את לב-ליבן של זכויותיו הרכושיות.

בענייניהם של *Tre Traktörer* ושל *Ferdin*, שהוזכרו לעיל,⁵³ זיהוי טיב הפגיעה היה קל יחסית, מפני שלמרות הצעדים שנקטה המדינה נותרו בידי הנפגעים מירב הזכויות שיש לבעלי הנכסים (הם יכלו למכור את הנכס או להשכירו, לעסוק בו בעיסוקים שונים, לשנות את ייעודו וכדומה). על-כן הפגיעות הוגדרו שם כשוליות. לעומת זאת, בעניין *Papamichalopoulos*⁵⁴ היה ברור כי התפיסה דה-פקטו של אדמות הנפגעים על-ידי צבא יוון, שנמשכה יותר מעשרים שנה, מבלי שהנפגעים יוכלו ליהנות באופן כלשהו מהנכסים ומבלי להורות רשמית על הפקעתן, אכן פגעה במהות זכויותיהם כבעלים.

51 ראו דיון בנקודה זו בחוות-הדעת של מכון קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל "נקודות ביקורת ראשוניות לענין חוות הדעת המשפטיות שגויסו על-ידי חברות הגז" 9 (20.2.2011) mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicy Committee/ServedOpinionAfterTuta_MachonKonkord.pdf

52 בנבישתי, לעיל ה"ש 32, פס' 24.

53 ראו לעיל ה"ש 47.

54 ראו להלן ה"ש 113 והטקסט שליטה.

אולם הנה דוגמה שעלולה להעמיד בעיות בהגדרת סוג הפגיעה: מנהל אוצרות-טבע שליד משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים של ישראל פרסם ב-6 בפברואר 2014 "הנחיות למתן בטחונות בקשר עם זכויות הנפט".⁵⁵ ההנחיות האמורות הטילו על מבקשי זכויות נפט ומחזיקי זכויות את החובה לספק למדינה בטחונות בדרך של הפקדת ערבויות בנקאיות אוטונומיות בסכומים שבין 500,000 ל-7,500,000 דולר, וכן פוליסות ביטוח המותאמות לטיב הפעילות (בים, ביבשה, בחזקות נפט). החובה לספק בטחונות הוטלה על מבקשים חדשים אך גם על בעלי זכויות קיימות, ומכאן השאלה אם אין מדובר בפגיעה במהות הזכויות שרכשו בעלי הזכויות הקיימות. על פניו נראה כי אין פגיעה במהות הזכות, שכן מדובר בערבויות, ולא באגרות או בתשלומים, והסכומים הנדרשים נראים לכאורה פרופורציוניים לתעשייה המדוברת. אולם יש לבחון כל מקרה לגופו. למשל, כפי שפורסם ב-25.2.2014, ייתכן שחברה קטנה יחסית לא תצליח לעמוד בדרישת הערבות, והתוצאה תהא שלילת רשיונה לחיפושים, מה שמתקרב לפגיעה במהות הזכות.⁵⁶

סקירת המצב בישראל מלמדת כי הפגיעות בתאגידי הגז מציגות פן נוסף של הבעיה. מדובר בפגיעות בצורה של נגיסות-נגיסות: פעם כתוצאה משינוי שיטת המיסוי, פעם כתוצאה מחיוב החברות המפיקות למכור חלק מזכויותיהן על-מנת למנוע יצירת מונופול, פעם על-ידי הגבלת כמות הגז שניתן לייצא, והיד עוד נטויה. דוח מבקר המדינה בנושא פיתוח משק הגז הטבעי, שפורסם בחודש יולי 2015, התריע כי "התנהלות הממשלה על זרועותיה בתחום הגז הטבעי הייתה לקויה ובלתי מגובשת. הממצאים מצביעים על היעדר מדיניות ממשלתית כוללת ושלמה, חוסר עשייה אפקטיבית, פעולה בקצב אטי ואסדרה חלקית שאין בה כדי לספק את צורכי משק הגז הטבעי".⁵⁷ עם זאת, מבחינתו של המשפט הבין-לאומי, חוסר תיאום פנימי בין רשויות המדינה, אף אם הוא גורם בסופו של דבר לריבוי פגיעות במשקיעים הזרים, אינו נימוק רלוונטי.

55 מדינת ישראל, משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, מינהל אוצרות טבע "הנחיות למתן בטחונות בקשר עם זכויות הנפט" (6.2.2014) [energy.gov.il/Subjects/OilSearch/ Documents/OilRightsGuarantee.pdf](http://energy.gov.il/Subjects/OilSearch/Documents/OilRightsGuarantee.pdf)

56 רון שטיינבלט "גלוב לא מצליחה אפילו להעמיד ערבות של חצי מיליון דולר" גלובס 25.2.2014 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000920064#fromelement=hp_folders_4621: "גלוב לא מצליחה אפילו להעמיד ערבות של חצי מיליון דולר. המשמעות היא כי השותפות לא עומדת בתוכנית העבודה, והממונה על ענייני הנפט יכול לבטל את רישיון החיפושים שניתן לה ולהחזירו לידי המדינה."

57 מבקר המדינה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 18.

“כלל-ברזל הוא שמדינה אינה רשאית להסתתר מאחורי משפטה הלאומי כדי להתחמק מחובותיה הבינ-לאומיות.⁵⁸ לפיכך המבחן הקובע הוא אם מצבור הצעדים שננקטו נגד המשקיע הזר השתכלל לכדי שלילה של מהות זכויותיו (ואם קיימת אמנה – אם הצעדים הללו גורמים להפרתה). במילים אחרות, כאשר מדינה נוקטת מגוון של צעדים שונים במהותם, שכל אחד מהם פוגע בזכויות המשקיע, השאלה שתיבחן היא אם בשלב מסוים השינויים המצטברים שהמדינה עורכת בתנאי ההתקשרות אינם מאפשרים עוד את המשך הפעילות בהשקעה.⁵⁹ הפסיקה הבינ-לאומית קובעת כי צעד אסדרתי או פיסקלי יהווה הפקעה מוסווית שתזכה את המשקיע הזר בפיצויים אם אותו צעד שלל ממנו את זכויות הבעלות או את השליטה בהשקעתו.⁶⁰ לסוגיה הפרטיקולרית של שינוי שיטת המיסוי יש פנים רבים, והיא נדונה באופן מקיף הן בפסיקה הן בספרות. פרופ' הירש ניתח את הפסיקה הבינ-לאומית בנושא זה, ומסקנתו מסכמת יפה את האמור ביחס לנקודה זו:

58 בפרשת *Shufeldt* דובר באזרח אמריקאי בעל זיכיון להפקת שרף במדינת גואטמלה. לאחר תקופת זמן החליטה המדינה המארחת להפקיע את הזיכיון, וזאת בטרם חלפה התקופה המוסכמת. כאשר הגיעה הפרשה לפני ערכאה בין-לאומית, הועלתה הטענה כי הואיל וההפקעה בוצעה מכוח מעשה חקיקה, המהווה פעולה של הריבון המקומי, הדבר חוסם את אפשרויות הביקורת השיפוטית הבינ-לאומית. ערכאת הבוררות, בדחותה את הטענה, פסקה בצורה שאינה משתמעת לשני פנים: “This may be quite true from a national point of view but not from an international point of view, for ‘it is a settled principle of international law that a sovereign can not be permitted to set up one of his own municipal laws as a bar to a claim by a sovereign for a wrong done to the latter’s subject’...” Shufeldt claim (Guatemala, USA), July 24, 1930, Reports of International Arbitral Awards, vol. II, 1079, 1098.

59 זו בדיוק השאלה שנבחנה בעניין *Aminoil*, להלן ה"ש 93. ראו את הדיון להלן בחלק 20(ב)(1).

60 *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Nov. 21, 2007, para. 244: “As to the intensity of the measure, a first indication is whether the investor lost control of the investment by losing rights of ownership or management, even if the legal title was not disturbed”; *Antoine Goetz & Others v. Republique du Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, June 21, 2012, para. 194: “Dans son courant majoritaire, elle tend cependant à considérer aujourd’hui que, pour qu’il y ait expropriation, l’investisseur doit non seulement être privé des profits attendus de son investissement, mais qu’il doit en outre être privé du contrôle même de cet investissement ou que ce dernier soit devenu pour lui sans aucune utilité”.

"על-אף שהעלאת שיעורי מס יכולה עקרונית להוביל להפקעה עקיפה, הגורם החשוב מתייחס להשפעת השינוי בכללי המס על ההשקעה... אם שיעור המס המוטל על נכסי המשקיעים יועלה בהיקף קיצוני, ואם יתקיימו נסיבות נוספות, כגון שהעלאת המס תביא לביטול השליטה של המשקיע ברכוש, או לביטול מלא או כמעט מלא של ערך ההשקעה או ביטול כל הרווחים שהיו צפויים לצמוח מההשקעה, אז אפשר שהעלאת המס תיחשב כהפקעה בפועל."⁶¹

במציאות נאלצו החברות הזכייניות לקבל – בחירוק שיניים⁶² – את מסקנותיה של ועדת ששינסקי 1, כפי שיושמו בחוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע. "הסכמתן" זו נבעה, ככל הנראה, מהשיקול המסחרי שלפיו מצבור הגז גדול ולפיכך המשך הפעילות של החברות הינו רווחי ומוצדק גם לאחר יישום מסקנותיה של ועדת ששינסקי 1, אך בסופו של דבר מדובר בהסכמה. אכן, גם לאחר שינוי שיטת המיסוי המוחלת על החברות המפיקות, הן יוכלו להמשיך לפעול במטרה להפיק רווחים וליהנות ממהות זכויותיהן. הפגיעה המתקבלת עקב העלאת אחוזי המס, ואפילו עקב החיוב למכור לצד ג חלק מההחזקות על-מנת לפתוח תחרות בשוק הגז, אין בה כדי להתגבש לכלל הפקעה. זאת, משום שהמפיקות שומרות את מירב זכויותיהן בהשקעה, מהגם שמתווה הגז שאושר מכיל הוראות שסוכמו במשא-ומתן עם המפיקות.⁶³

ב. עם יישום מסקנותיה של ועדת ששינסקי 1 נפתח שער נוסף לפגיעה בתאגידי הגז, זרים ומקומיים כאחד, בכל הנוגע בסוגיית ההגבלים העסקיים, אשר ספק אם הובאה בחשבון על-ידי הצדדים בעת הענקת הזכויות. הכוונה לטענה כי המצב שנוצר לאחר גילויי הגז הגדולים במאגרים "לוויתן" ו"תמר" אינו מבטיח עוד קיומה של תחרות הוגנת בשוק הגז, היות שנוצר – לדברי הממונה על ההגבלים העסקיים של ישראל – מונופול לטובת התאגידיים שהצליחו לגלות

61 משה הירש "כללי המשפט הבינלאומי והעלאת שיעורי המס המוטלים על משקיעים של ארצות הברית העוסקים בהפקת דלק וגז טבעי" ס' 58 (14.11.2010) mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicyCommittee/JusticeOpinion_ProfMosheHirsh.pdf. כן ראו בנבנישתי, לעיל ה"ש 32, פס' 25.

62 על ההשלכות האפשריות של פגיעות כאלה על השקעות זרות עתידיות בישראל ראו את דבריו של מנכ"ל חברת "נובל אנרגי" המצוטטים לעיל ליד ה"ש 13.

63 למסקנה זו הגיע גם פרופ' הירש, לעיל ה"ש 61, בס' 57–58 לחוות-הדעת.

אוצר-טבע זה.⁶⁴ דבריו של הממונה גרמו למחלוקות סוערות, וברקע נשמעו הדים של הפגנות שאורגנו על-ידי אזרחים וארגוני צרכנים אשר מחו על המצב. לאחר ויכוחים רבים אישרה הממשלה, באוגוסט 2015, מתווה חדש שלפיו תאגדי הגז יצטרכו לדלל או למכור חלק מנכסיהם בשדות הגז במטרה למנוע יצירת מונופול.

אין חולק כי יש בהחלת המתווה החדש משום פגיעה נוספת בזכויותיהן של החברות המפיקות, אך אלה הסכימו למתווה החדש, כנראה לנוכח הרווחים הנאים שצפויים משיווק הגז, וכן על-מנת לשמור על יציבות אסדרתית מסוימת לנוכח הסכומים הגדולים שהשקיעו בגילוי המצבורים.

ג. אפשרויות הפגיעה בתאגידים המשקיעים טרם מוצו, ולא מן הנמנע שבעתיד יוצאו עילות שיובילו לפגיעות נוספות. מישור אפשרי אחד מתייחס לייצוא ולשיווק של חלק מהגז במדינות זרות. כאן נקבע כי יהיה אפשר לייצא אחוז מסוים מהגז המופק, אך ייתכן שבעתיד תציע ממשלה זו או אחרת לשנות אחוז זה או לאסור כל ייצוא.

באשר לשיווק הגז בישראל הועלו כמה נוסחאות מחיר, ביניהן האפשרות להטיל פיקוח עליו בנסיבות מסוימות, דבר שפותח פתח לסכסוכים עתידיים. למשל, בזמן כתיבת שורות אלה התבשרנו כי החברה האיטלקית ENI, שפועלת במצרים למן שנת 1954, גילתה שדה גז ענקי במים הטריטוריאליים של מדינה זו. לאחר פיתוח המאגר ייצוא הגז המצרי יכול להוות תחרות לחברות הפועלות כיום בישראל (גם בשוק המקומי וגם בייצוא למדינות שלישיות), וישראל עלולה אף לאבד את השוק המצרי כיעד לייצוא גז. מנקודת-ראותם של משקיעים (ואם יונח בצד יסוד אי-היציבות הבטחונית במצרים), ההסדרים האסדרתיים שקיימים במדינה זו נראים מסורבלים פחות מאלה של מדינת-ישראל.⁶⁵ אכן, פרט

64 "הממונה על הגבלים עסקיים: חותרים לשינוי במבנה שוק הגז הטבעי" (13.1.2015) <http://www.antitrust.gov.il/files/33496/%D7%A0%D7%90%D7%95%D7%9D%20%D7%94%D7%9E%D7%9E%D7%95%D7%A0%D7%94.pdf>; גם בימים אלה, בתחום הגז הטבעי, כפוף לשימוע, אנחנו חותרים לשינוי במבנה השוק שייצור תחרות של ממש בין מאגרים בשוק הגז הטבעי. העוגן לזה הוא טענה שלנו על הסדר כובל – הסדר כובל שגרם למונופול – על כך יהיה שימוע עם הצדדים. לא מדובר בהתערבות נגד מונופול רק בגלל שהוא מונופול. מדובר בהתערבות נגד מונופול בגלל טענה שהוא הגיע למונופול הזה בזכות הסדר כובל שהצדדים לכאורה עשו."

65 *Legal Safeguards in Egypt's Petroleum Concession Agreements*, EGYPT OIL & GAS WEB PORTAL (Dec. 2010), <http://www.egyptoil-gas.com/publications/legal-safeguards-in-egypts-petroleum-concession-agreements>; Mohamed Y. Kamal,

לעובדה שטיב המשטר המצרי שונה מזה הישראלי, במובן שהסדרי ההפקה והשיווק נקבעים באופן מדרגי על-ידי השלטון, מדינה זו גם מסכימה להכנסת סעיפים מייצבים בהסכמי הזכיונות שמבטחים יציבות אסדרתית מסוימת, ודבר זה עשוי להיות אטרקטיבי למשקיעים.

ד. פגיעה פוטנציאלית אחרת בחברות המפיקות קשורה למצב הבטחוני של המדינה, ועל כך כבר דובר בתקשורת. אסדות הגז ואמצעי ההובלה הינם ללא ספק נכסים אסטרטגיים, ובכל הנוגע בשמירה עליהם ייתכן שהמדינה תעדיף להטיל את עלויות השמירה או חלק מהן על החברות המפיקות. מדובר באיומי פגיעה שאין להתעלם מהם, והם אינם זרים לנו. עדות ברורה לכך ניתן לראות בעובדה שמשנת 2011 עד שנת 2014 פוצצו מחבלים כמה פעמים את הצינור שהוביל גז ממצרים לישראל ולירדן.⁶⁶ לאחרונה אף פורסמה ידיעה בכלי התקשורת הישראליים כי לשם הגנה על אסדות הגז רכשה ישראל מגרמניה שתי משחתות, אשר שווי כל אחת מהן נאמד במיליארד אירו.⁶⁷ רכישה זו עוררה הדים ודיון בסוגיית חיובו של ה"מונופול" בהוצאות ההגנה על הפרויקט בשיעור של כמה עשרות מיליוני דולרים.⁶⁸ על-כן לא מן הנמנע שבעתיד אכן יידרשו זכייניות הגז להשתתף במימון הוצאות עצומות מסוג זה, דבר שיכול להתבטא בפגיעה בזכויותיהן.

ה. זאת ועוד, אין להתעלם מסוגיית השמירה על איכות הסביבה – נושא חשוב ביותר ללא ספק העומד בראש סדר העדיפויות. הנזקים העלולים להיגרם כתוצאה מתקלות שיתרחשו במסגרת חיפושי הנפט והגז הם גדולים מאוד, והחברות המפיקות עלולות למצוא את עצמן בעין הסערה אם הן יחויבו לשאת בהוצאות מניעתם או ריפויים של נזקים סביבתיים. בהקשר זה הכריז, עוד בשנת 2012, השר להגנת הסביבה דאז:

Oil and Gas Regulation in Egypt: Overview (2014), <http://uk.practicallaw.com/7-565-7867?q=>

66 "בפעם השמינית השנה: פוצץ צינור הגז המצרי" **TheMarker** 25.11.2011 www.marker.com/wallstreet/1.1575893

67 "דיווח: גרמניה מוכרת לישראל שתי משחתות להגנה על הגז. המשחתות, ששווי כל אחת מהן נאמד במיליארד אירו, יוכלו לשאת טילים" **גלובס** 7.12.2013 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000899720

68 יעקב שטרקר "על הגז ועל העוקץ – השתתפות המונופול בהוצאות ההגנה על הפרויקט אמורה להיות בגובה של כמה עשרות מיליוני דולר" **News1** 2.8.2015 www.news1.co.il/Archive/003-D-104824-00.html

"יש לקדם באופן מיידי את חוק אזורים ימיים 2011 (שעדיין נמצא בגדר תזכיר חוק שהועבר על ידי משרד המשפטים להתייחסות השרים). החוק אם וכאשר יעבור, יאפשר למשרד ליישם מספר חוקים במים הכלכליים, שיישומם אינו אפשרי כרגע (כמו פקודת מניעת זיהום מי ים בשמן), או שנמצאים בויכוח משפטי (כמו חוק למניעת זיהום ים ממקורות יבשתיים). בנוסף לסמכויות המעוגנות בחוק הזה, יש להעניק למשרד להגנת הסביבה את הסמכות לדרוש ולקבל (באופן בלתי תלוי ממשרד האנרגיה והמים) מסמך סביבתי וניטור הים העמוק על פי שיקולנו."⁶⁹

1. תחום נוסף שיאפשר פגיעות בחברות המפיקות קשור לתהליכים התפעוליים של שאיבת הגז, הובלתו ושיווקו. כך, ייתכן שבשלב מסוים לא תהא מדינת ישראל שבעת-רצון מקצב השאיבה או מן הסכומים שהזכייניות משקיעות בחידוש הציוד או בייעול הספקת הגז, ובשל כך תחליט לנקוט צעדים שעלולים לפגוע במשקיעות. כך קרה בארגנטינה בשנת 2012, כאשר הרשויות החליטו להפקיע מניות שחברת הדלק הספרדית REPSOL החזיקה בחברה המקומית YPF.⁷⁰ הסיבה להפקעה, לטענת ארגנטינה, הייתה שכמויות הדלק שהפיקו החברות קטנו במידה משמעותית בשנים האחרונות, מה שאילץ את ארגנטינה לייבא נפט למרות היותה מדינה מפיקה. לטענתם של שלטונות ארגנטינה, החברות האמורות התרכזו בהפקת רווחים בלבד, ונמנעו מלהשקיע בשיפור ובשדרוג של ציוד ההפקה, ועקב כך נגרם המחסור. מצב דומה עלול להיווצר בעתיד גם בישראל. למשל, בשטר הזיכיון שהעניקה הממשלה לחברות המפיקות בשדה הגז "לוויתן דרום" נכללה, בסעיף ההגדרות, הפסקה הבאה:

"good oilfield practice" – הפרקטיקה, השיטות, התקנים וההליכים, שהינם מקובלים אצל מפעילים בעלי הכשרה וניסיון בתחום החיפושים, הפיתוח וההפקה של נפט וגז, הפועלים בזהירות

69 "נאום השר גלעד ארדן בכנס בנושא: 'ההשפעות הסביבתיות של פעילות החיפוש וההפקה של גז טבעי ונפט בים תיכון'" (26.7.2012) www.sviva.gov.il/InfoServices/NewsAndEvents/MessageDoverAndNews/Documents/2012/erdan_kenes_gaz26072012.pdf (ההדגשה במקור).

70 Francisco Peregil, *Argentina Expropia a Repsol su Filial YPF*, EL PAÍS (Feb. 17, 2012), http://economia.elpais.com/economia/2012/04/16/actualidad/133459.0509_507539.html

ובשקידה, ואשר בעיתוי הרלוונטי, בהפעלת שיקול דעת סביר ונוכח העובדות הידועות במועד קבלת ההחלטה, יהיו אלה הצפויים להשיג את התוצאות והמטרות הרצויות.⁷¹

הגדרות מסוג זה עלולות לפתוח פתח לפירושים שונים, ובנסיבות מסוימות ייתכן שממשלת ישראל תוכל לנהוג כפי שנהגה ארגנטינה, ולפגוע בתוך כך בזכויותיהן של הזכייניות. הדבר בולט לנוכח המתווה שעליו הוסכם ביום 12 באוגוסט 2015 בין משרד האנרגיה הישראלית לבין נציגי חברת "נובל אנרגי", הכולל "ציוני-דרך" בלוחות-הזמנים לפיתוח שדה הגז "לויתן".⁷² מדובר כאן במקור פוטנציאלי לסכסוכים בעתיד סביב השאלה העובדתית אם ההשקעות בפיתוח הן בהתאם למוסכם. למשל: האם עצם ההשקעה של הסכומים המוסכמים תספיק או שמא יוכלו רשויות המדינה להתערב גם בנושאים כגון איכות הפיתוח המוצע או הדרך האופרטיבית שבה בחרו המשקיעות לממש את הפיתוח?

ז. זאת ועוד, קיימת אפשרות שבמצבי חירום (כגון משבר כלכלי, מלחמה או אסון-טבע) תחליט המדינה להעביר לידיה – באופן זמני או קבוע – את השליטה במקורות האנרגיה, על-מנת להגן על האינטרס הציבורי. הניסיון מראה שנטילת השליטה במאגרי אנרגיה על-ידי מדינה יכולה להתבצע באמצעות חקיקה ראשית, משנית, ואפילו בתפיסת חזקה דה-פקטו, ואין ספק שצעד כזה יפגע באופן ממשי בזכויותיהן של הזכייניות.

ח. גם במצבי שגרה יש לגז ולנפט חשיבות גיאופוליטית עצומה כמקורות אנרגיה. חשיבות זו עשויה, בתנאים מסוימים, להניע את ממשלת ישראל לתפוס פיקוד על נושא ההפקה והייצוא – למשל, על-מנת לסייע למדינה שכנה בעלת אינטרסים אסטרטגיים משותפים.

ט. אפשר להעלות על הדעת אפשרות שרשויות המדינה יטילו על המשקיעות חובות נוספות, כגון הפקדת סכומים או ערבויות, כפי שנעשה ב-6 בפברואר 2014

71 משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים "שטר חזקה מס' I/14 לוויתן דרום" 4 (27.3.2014) energy.gov.il/Subjects/OilSearch/Documents/LeviathanDarom.pdf (ההדגשה הוספה).

72 ציון-דרך ראשון קובע כי היזמים יתחייבו להשקיע 1.5 מיליארד דולר בשנתיים הקרובות בפיתוח המאגר. הפרת התחייבות זו תאפשר למדינה לפתוח את הסעיף המייצב שבמתווה. ציון-דרך שני קובע כי לאחר חמש שנים יהיה על תאגידי הגז להראות שהשקיעו 4 מיליארד דולר בפיתוח המאגר. הדי כהן "הממשלה אישרה את מתווה הגז; דרעי הצביע בעד" גלובס www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001061263#fromelement=16.8.2015 .hp_folders_585

תופעות אלה אינן בלתי-שכיחות ביחסים שבין משקיעים למדינות, בעיקר כאשר מדובר בפרויקטים לטווח ארוך.⁷³

י. במישור אחר, אין לשכוח שמדינה עשויה לפגוע בזכויותיהם של משקיעים גם על-ידי נקיטת צעדים שאינם מכוונים אליהם באופן ישיר, כגון הטלת הגבלות על המרת המטבע, על הוצאת רווחים לחוץ-לארץ וכדומה.

יא. לבסוף (וללא כוונת מיצוי⁷⁴), יש להביא בחשבון סוגיה שמועלית יותר ויותר בשנים האחרונות, אם כי היא עדיין בשלבים ראשונים של התפתחות, והיא הטענה שמיזם של משקיע זר מפר את זכויות האדם במדינה המארחת או פוגע באינטרס הציבורי של המדינה המארחת.⁷⁵ דוגמה לכך היא אירוע שמצוי כעת בדיון לפני ערכאת המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID). במקרה זה מדובר בהגבלות שהטילה ממשלת אורוגוואי על שיווק סיגריות במדינה, שעיקרן הקביעה שכל יצרן יוכל לשווק רק מותג אחד של סיגריות

73 ראו לעיל ה"ש 55 והטקסט שלידה.

74 ניתן להביא בחשבון גם פגיעות אפשריות בזכויותיו של המשקיע לקניין רוחני. למשל, לאחרונה פורסם שקולומביה חפצה לאפשר בתחומה ייצור תרופה אונקולוגית גנרית בשם "גליבק", אשר חברה שווייצית אוזרת בזכויות הקניין הרוחני בה. Carlos C. Gutiérrez, *Un Problema de Acceso a Medicamentos: El Caso Imatinib (Glivec) en Colombia*, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA (2015), <http://propintel.uexternado.edu.co/un-problema-de-acceso-a-medicamentos-el-caso-imatinib-glivec-en-colombia/> בתחום של הפקת מקורות לאנרגייה ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם המדינה המארחת תפגע בקניין רוחני של משקיעים זרים על-ידי גנבה של סודות טכנולוגיים, ממצאים גיאולוגיים וכדומה. כמו-כן, מדינה מארחת עשויה לפגוע בזכויותיו של משקיע עקב שינוי מהותי שהתרחש בנסיבות לאחר ההתקשרות עם המשקיע. מצב כזה היה יכול להתרחש בישראל, לדוגמה, אילו נקבעה במתווה הגז נוסחת מחיר מסוימת לשוק המקומי ו/או לייצוא, ולפתע היה מתפרסם דבר גילוי של שדה גז ענקי במצרים שהיה משפיע על המחירים כלפי מטה. במקרה כזה היו הרשויות יכולות לנסות להתנער מנוסחת המחיר שנקבעה במתווה, תוך פגיעה במשקיעים. לבסוף, האינטרסים של המשקיעים עלולים להיפגע על-ידי התדיינות (למשל, לפני בג"ץ, עקב עתירות של צדדים שמתנגדים למתווה הגז), אשר יעכבו את פיתוח המאגרים.

75 על נושא זה ראו: *Human Rights and Investment Policymaking: Relevance and Integration*, LSE HUMAN RIGHTS (Oct. 28, 2014), <http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/portfolio-items/background-and-summary-investment-human-rights-relevance-and-integration-panel-discussions-2014-world-investment-forum/>; UNCTAD, *Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights* (IIA MONITOR No. 2, 2009), http://unctad.org/en/Docs/web-diaeia20097_en.pdf

וכן הקביעה שההזרה על הנזקים לבריאות שהעישון גורם יצטרכו להתפרש על אחוז גבוה של פני הקופסאות (בין 50% ל-80%).⁷⁶ חברה שווייצית שעסקה בייצור ובשיווק של סיגריות באורוגוואי טענה כי גזרות אלה מהוות הפרה של אמנה להגנה על השקעות שנחתמה בין אורוגוואי לשווייץ. לטענת החברה, הקביעה האחרונה מבין השתיים מונעת ממנה את האפשרות להציג את הסמלים המסחריים שלה על גב קופסאות הסיגריות, דבר שמהווה הפרה של זכויותיה לקניין רוחני המוגנות על-ידי האמנה. ממשלת אורוגוואי העלתה נימוק מעניין: לטענתה, הגזרות מוצדקות מטעמי בריאות הציבור, לנוכח הנזקים הכבדים שהעישון גורם לאוכלוסייה. כאמור, המקרה נמצא כרגע בדיון, אך בצעד מעניין קיבלה הערכאה במרץ 2015 את בקשת אורוגוואי לאפשר לארגון הבריאות הבין-אמריקאי להגיש נייר-עמדה כ"ידידת הערכאה", מכוח סעיף 37(2)א לכללי הבוררות של המרכז.⁷⁷ הערכאה התבססה על פסיקה קודמת,⁷⁸ שלפיה יש סכסוכים אשר מקורם אומנם בהשקעות אך חשיבותם חורגת מעבר למסגרת המסחרית גרידא וגולשת לתחומים אחרים, כגון האינטרס הציבורי. אותו "אינטרס ציבורי" הינו מונח רחב שניתן לפרשו באופנים שונים, והדבר פותח פתח לפגיעות במשקיעים. ראוי להדגיש כי

Philip Morris Brands Sàrl & Others v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID 76
Case No. ARB/10/7, July 2, 2013, <http://www.italaw.com/cases/460>

Philip Morris Brand Sàrl & Others v. Oriental Republic of Uruguay, Procedural 77
Order No. 4, ICSID Case No. ARB/10/7, March 24, 2015, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4218.pdf>

Methanex Corporation v. United States of America, Decision of the Tribunal on 78
Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae", January 15, 2001, para. 49, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf:
"There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: there are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a dispute between private persons. The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerfully suggested in the Petitions. There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the... arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal's willingness to receive *amicus* submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas .a blanket refusal could do positive harm"

במצבים אלה קיימת סכנה של החלה למפרע של נימוקים בדבר "פגיעה בזכויות אדם", "פגיעה בבריאות הציבור" וכדומה. אכן, במקרים רבים טענות אלה מושתתות על עובדות שלא היו ידועות לצדדים או לא הובאו על-ידיהם בחשבון כאשר הוענקו הזכויות, והדבר עשוי לשמש נשק התקפה של המדינה נגד זכויות המשקיעים. מגמה זו עושה בימינו דרך מסוימת – לא בלי היסוסים – בפסיקתו של המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות.⁷⁹

ד. אמצעים פרוצדורליים העומדים לרשות משקיעים שנפגעו

לאחר שסקרנו לעיל דוגמאות לפגיעות אפשריות במשקיעים, יש לציין כי מבחינתו של המשפט הבין-לאומי, כאשר המדינה המארחת ביצעה פגיעה מהותית בזכויותיו של המשקיע זר ולא שילמה פיצוי או שילמה פיצוי שאינו עונה על דרישות המשפט הבין-לאומי, יש בכך הפרה של המשפט הבין-לאומי, והיא תחוב באחריות כלפי "המדינה-האם" (ראו להלן בתת-פרק 2), שהיא מדינת האזרחות של המשקיע שנפגע.⁸⁰ משמעותה של החבות באחריות בין-לאומית היא החובה שתוטל על המדינה הפוגעת לתקן את המעוות,⁸¹ שאם לא כן תוכל המדינה-האם להפעיל "הגנה דיפלומטית" על-מנת לחייבה לנהוג כמתחייב על-פי עקרונות

79 UNCTAD, לעיל ה"ש 75. כן ראו את דבריו של נשיא אורוגוואי בנאומו לפני העצרת הכללית של האומות המאוחדות ביום 30.9.2015, שבהם טען כי יהא זה מנוגד לאתיקה שערכאות בין-לאומיות יעניקו עדיפות להיבטים מסחריים על ההגנה על זכויות אדם בסיסיות, כגון הבריאות והחיים (*Escrache de Vázquez a Philip Morris en la ONU*), *El País* (Sep. 30, 2015), [http://www.elpais.com.uy/informacion/escrache-vazquez-\(philip-morris-onu.html](http://www.elpais.com.uy/informacion/escrache-vazquez-(philip-morris-onu.html)

"...no es ético, señoras y señores, que en algunas circunstancias tribunales de organismos multinacionales puedan priorizar aspectos comerciales a la defensa de un derecho humano fundamental como es la salud y es la vida..."

80 EMERIC DE Vattel, *THE LAW OF NATIONS, OR, PRINCIPLES OF THE LAW OF NATURE, APPLIED TO THE CONDUCT AND AFFAIRS OF NATIONS AND SOVEREIGNS, WITH THREE EARLY ESSAYS ON THE ORIGIN AND NATURE OF NATURAL LAW AND ON LUXURY*, 1758, 298 (K. Haakonssen et al. eds., 2008): "Whoever uses a citizen ill, indirectly offends the state, which is bound to protect this citizen; and the sovereign of the latter should avenge his wrongs, punish the aggressor, and, if possible, oblige him to make full reparation; since otherwise the citizen would not obtain the great end of the civil association, which is safety"

81 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 14.

המשפט הבינ-לאומי. מצב זה שונה בתכלית השינוי ממצבים של פגיעות באזרחים מקומיים, שם המדינה רשאית לפגוע בזכויות משקיעים ללא כפיפות לכללי המשפט הבינ-לאומי המנהגי.

"ההגנה הדיפלומטית" הינה אמצעי המוענק למדינה-האם על-מנת שתוכל לפעול במישור הבינ-לאומי נגד המדינה המארכת שפגעה במשקיעים. מטרתה של ההגנה הדיפלומטית היא לחייב את המדינה המארכת לתקן את המעוות.⁸² לשם כך ההגנה הדיפלומטית מספקת למדינה-האם מניפה של אמצעים משפטיים⁸³ (שאינם כרוכים בשימוש בכוח, שהינו אסור מכוח סעיף 2(4) למגילת האו"ם⁸⁴), הכוללים בעיקר את התיווך, הפישור (או שירותיה הטובים של מדינה שלישית), המשא-ומתן הישיר, החקירה, וכן האפשרות להגיש תביעה או עתירה לבוררות במישור הבינ-לאומי נגד המדינה המארכת.⁸⁵

הזכות להפעלת ההגנה הדיפלומטית מוענקת למדינה-האם, ולא למשקיע שנפגע. מכאן שאין לראות בכלי זה אמצעי אידיאלי להגנה על זכויות משקיעים,

82 האפשרות להפעיל הגנה דיפלומטית מושתתת על הדוקטרינה של המשפטן ואטל (Vattel), שלפיה פגיעה באזרח זר על-ידי מדינה מארכת כמוה כפגיעה במדינה-האם. לפיכך, כאשר אזרח זר רוכש כדין זכות רכושית מכוח משפטה הלאומי של המדינה המארכת, זכות זו נהפכת לזכות מוקנית (vested right), והמדינה המארכת נדרשת לכבדה על-פי כללי המשפט הבינ-לאומי. אם המדינה המארכת לא נהגה בהתאם, וכתוצאה מכך נגרם נזק למשקיע, היא עלולה, בתנאים מסוימים, לחוב באחריות בין-לאומית. ראו: Richard B. Lillich, *The Current Status of State Responsibility for Injuries to Aliens, in THE INTERNATIONAL LAW OF STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS* 15 (1983); Paul Guggenheim, *Les Principes de Droit International Public*, 80 R.A.D.I. 5, 125 (1952); THOMAS HEFTI, *LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ ÉTRANGÈRE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC* 3-14 (1989).

83 Alberto M. Aronovitz, *The Procedural Status of Individuals in Diplomatic Protection and in the European Convention on Human Rights: A Comparative Study*, 28 COMP. L. REV. 4, 15, 19 (1995) (להלן: Aronovitz, *The Procedural Status of Individuals*).

84 UN Charter, art. 2, <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>: "The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles... 4. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations"

85 על טבעה של ההגנה הדיפלומטית ראו דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 66, וכן אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 370.

שהרי כאשר מדינה תובעת מדינה אחרת, היא "אוכפת את זכויותיה-היא", ולא את זכויותיו של המשקיע שנפגע.⁸⁶ בהתאם לכך, המדינה-האם, ולא המשקיע שנפגע, היא שתחליט – לפי שיקוליה-היא ומבלי שתצטרך להיוועץ עם הנפגע – אם לפתוח בהליכים בין-לאומיים אם לאו, ואם כן, לפני איזו ערכאה. כאשר המדינה-האם תובעת את המדינה המארחת, היא – ולא המשקיע שנפגע – זו שקובעת, בין היתר, אילו ראיות יוצגו ואילו טענות ייטענו, מי יהיו הנציגים שישתתפו בהליכים וייצגו אותה, ובכלל איזה סוג ואיזה היקף של משאבים יושקעו בקידום ההליכים הבין-לאומיים. כמו-כן, בידי המדינה-האם הזכות להחליט אם להתפשר עם המדינה הנתבעת ובאילו תנאים. היות שהמדינה-האם והמשקיע שנפגע אינם רואים בהכרח עין בעין את המצב, יוצא שהמדינה-האם עשויה להעדיף את האינטרסים הרחבים יותר שלה עצמה על האינטרס (המצומצם יותר) של המשקיע. כך, למשל, המדינה-האם עשויה להסתפק בהתנצלות פורמלית של המדינה שפגעה במשקיע – דבר שלא יספק את המשקיע אם מפעלו הופקע ללא פיצויים. צריך לציין כי גם אם המדינה-האם תזכה בפיצויים עם סיומם של ההליכים הבין-לאומיים, גם אז ההחלטה אם להשאיר את הכסף בקופת המדינה או להעבירו לנפגע נותרת בידי המדינה-האם.⁸⁷ המסקנה מן האמור היא שההגנה הדיפלומטית אינה הכלי המיטבי מנקודת-מבטם של המשקיעים.⁸⁸ גם מבחינתן של המדינות המעורבות ההגנה הדיפלומטית אינה כלי אידיאלי תמיד, מפני שהפעלתו עלולה לגרום לכך שמחלוקת שמקורה בפגיעה בפרט תיהפך לסכסוך בין-לאומי של ממש בין המדינה-האם לבין המדינה המארחת, ואולי תעכיר את היחסים ביניהן.

ייתכן שזו הסיבה שבעטייה החלו להתפתח בשנים האחרונות, לצד ההגנה הדיפלומטית, מסגרות נוספות, מודרניות יותר, שנועדו ליישב סכסוכי השקעות. עיקר האפיקים בהקשר זה הם החוזים העבר-לאומיים וההתדיינות לפני בית-הדין לבוררות של המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID),⁸⁹ וכן האפשרות להגיש עתירות לבית-הדין האירופי לזכויות אדם⁹⁰ ולמערכת האכיפה מטעם

86 Mavrommatis Jerusalem Concessions (Merits), (1925) P.C.I.J. Ser. A No. 5, 40, 45

87 Aronovitz, *The Procedural Status of Individuals*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 15; Civilian ; War Claimants Ass'n. Ltd. v. The King, [1932] A.C. 14

88 אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 373.

89 International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx>

90 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

האמנה האמריקאית לזכויות אדם.⁹¹ אחד היתרונות של מסגרות אלה בא לידי ביטוי בזכות העמידה הישירה של המשקיעים המבקשים להגיש תביעות נגד המדינות המארחות, אשר מנתקת את תלותו של הנפגע בחסדי מדינתו. זאת ועוד, במסגרות אחדות האפשרות להגיש את העתירה ניתנת גם לאזרחיה של המדינה שגרמה לפגיעה, ולא רק למשקיעים הזרים.⁹²

מניתוח הפרקטיקה הנוגעת ביישוב סכסוכי השקעות במסגרות שתוארו לעיל עולה כי על-פי-רוב התרופה שמתקבלת בעקבות פגיעה מהותית בהשקעות היא פיצויים (ראו להלן בתת-פרק ה-1). עם זאת, בנסיבות מסוימות ייתכן שמשקיע שנפגע לא יחפוץ בפיצוי הכספי, אלא יעדיף לזכות בביטול נטילת רכושו, על-מנת להמשיך ליהנות מפעילותו המסחרית. זאת ועוד, ייתכן שהמשקיע יחפוץ להגן על זכויותיו מפני התערבות של רשויות המדינה אפילו במקרים של פגיעות שוליות. כך, למשל, תאגידי הגז יכולים לחפוץ למנוע את מדינת-ישראל מלהחיל את מסקנותיה של ועדת ששינסקי¹, כדי להוסיף ליהנות ממשטר המס שהיה קיים בטרם עוגנו המסקנות בחוק. מצבים אלה הינם שכיחים ומוכרים בעולם ההשקעות בענף ההפקה של אוצרות-טבע, דוגמת תחומי הגז והנפט, וכן במיזמים מורכבים שמצריכים בנייה או הספקת שירותים אשר מתפרשים על מספר רב של שנים וכרוכים בהשקעת משאבים רציניים. במקרים אלה ישאפו משקיעים ליציבות אסדרתית על-מנת שציפיותיהם לרווחים בטווח הארוך לא ייפגעו. לכן הם יעדיפו

האמנה האירופית לזכויות אדם), http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (1950) Freedoms (להלן: 91

American Convention on Human Rights, Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica (22.11.1969), <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm> (להלן: האמנה האמריקאית לזכויות אדם).

92 ס' 34 לאמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 90:

“Individual applications. The Court may receive applications from any person, nongovernmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.”

ס' 44 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 91:

“Any person or group of persons, or any nongovernmental entity legally recognized in one or more member states of the Organization, may lodge petitions with the Commission containing denunciations or complaints of violation of this Convention by a State Party.”

להוסיף ליהנות מהאפשרות להפיק ו/או לשווק ו/או לספק שירותים או מוצרים במשך מספר משמעותי של שנים על קבלת פיצוי כספי בהווה. לנושא הזה יש משמעות אסטרטגית שמתפרשת מעבר למישור המצומצם של דיני התרופות. ראו בהקשר זה את דבריו של לורד פיצמוריס (Fitzmaurice) בפסק הבוררות *Aminoil*:

”זוהי אשליה להניח שפיצוי כספי בלבד, אפילו ברמה נדיבה, יסלק את היסוד המחרים שבנטילת רכוש, יהא כינויה של אותה נטילה ‘הלאמה’ או משהו אחר. זה יהיה כמו לשלם כסף לאדם שנקטעה רגלו. לצערנו, [התשלום] אינו מחזיר את הרגל.”⁹³

ניתן לסכם חלק זה של המאמר בפשטות: בסוגים מסוימים של השקעות יעדיפו המשקיעים “לשמור על רגלם”, על-מנת להשתמש בה כאמצעי להליכה, על זכייה בפיצויים בגין קטיעתה.

אם אלה פני הדברים, שאלת השאלות היא: האם קיימים אמצעים שבכוחם לאפשר למשקיעים לזכות בתרופה אחרת, שאינה כספית? אכן, אם משקיעים יצליחו לדרוש ולקבל, למשל, את תרופת ה”השבה בעין” (שתעמיד אותם במצב שבו נמצאו לפני הפגיעה), הדבר ישרייך את השקעתם מפני התערבותה של המדינה המארחת – אפילו בתמורה לפיצויים! נושא זה יידון בהמשך המאמר (להלן בפרק 1).

ה. תרופה של פיצוי

1. החובה לפצות בגין פגיעה במהות זכותם של משקיעים זרים

כידוע מקדמת דנא, הסמכות הטריטוריאלית מאפשרת לכל מדינה ומדינה לפגוע במהות זכויותיהם של משקיעים זרים (למשל, להפקיע לצורכי ציבור רכוש פרטי שנמצא בתחומיה), ובלבד ששולמו לנפגע פיצויים נאותים שיש בהם כדי לשפותו בגין אובדן רכוש. משמעותו של הפיצוי שהמדינה המארחת משלמת היא שההלאמות וההפקעות נחזות כעסקת מכר שנכפתה על המשקיע, והפיצוי אינו אלא ה”תמורה” בגין אותה עסקה כפויה. בנסיבות האמורות יסוד הפיצוי אינו אלא נקודת שיווי-משקל בין שני האינטרסים המנוגדים: רצונה של המדינה המארחת להפקיע נכסים בתוך שטחה לצורכי ציבור אל מול החובה לכבד את הזכויות המוקנות של משקיעים. כך ציין בנושא זה בית-הדין האמריקאי לזכויות אדם:

Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil), 93 I.L.M. 21 (1982), para. 26 (לעיל ולהלן: עניין *Aminoil*).

”בית־הדין סובר כי במקרים של הפקעות תשלום פיצויים הוא עיקרון משפטי כללי שנובע מהצורך למצוא שיווי־משקל בין האינטרס הכללי לבין זה של הבעלים.”⁹⁴

יסוד הפיצוי בעבור נטילת רכוש מופיע ברובם המכריע של החוקים הלאומיים שמסדירים את סוגיית ההפקעות.⁹⁵ חובת הפיצוי מושרשת היטב גם במשפט הבין־לאומי ההסכמי. מספר האמנות (בעיקר דו־צדדיות) שבהן נקבע עקרון הפיצוי בגין הפקעה או הלאמה הוא מרשים במיוחד.⁹⁶ חובת הפיצוי מוכרת גם במסגרת המשפט הבין־לאומי המנהגי באופן אוניוורסלי כמעט, וקיים קושי לאתר ולו עמדה אחת השוללת את החובה לשלם פיצויים בגין נטילת רכוש של משקיעים זרים. מקסיקו, לדוגמה, עמדה בעבר בראש מחנה המתנגדים לחובת הפיצוי בגין הפקעות, אולם בסופו של דבר, ובניגוד גמור להצהרותיה, שילמה פיצויים לאחר שערכאות בין־לאומיות קבעו את אחריותה.⁹⁷ כך נהגה מקסיקו

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Salvador Chiriboga v. Ecuador, 94 Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo), Ser. C No. 179, para. 96, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf

ISI FOIGHEL, NATIONALIZATION 69 (1982): “The majority of the nationalization laws of the countries we have considered contain provisions concerning the liability of the nationalizing state to pay compensation to those affected by the nationalization...”

ראו, למשל: Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the Republic of China and United States of America, 1949, 25 U.N.T.S. 90, 100, art. 6.2: “The property of nationals, corporations and associations of either high contracting party shall not be taken... without due process of law and without the prompt payment of just and effective compensation”; Treaty between the United States of America and Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed Nov. 4, 2005, entered into force Nov. 1, 2006, art. 6, http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/Uruguay_BIT.asp: “Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (‘expropriation’), except... (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation...”

קיימים קרוב ל-3,000 הסכמים בין־לאומיים שעניינם השקעות (מספר זה כולל אמנות דו־צדדיות, אמנות אזוריות וכן הוראות ביחס להשקעות שכלולות בהסכמי מסחר), ובמסגרתן אלה יסוד הפיצוי בולט.

Diplomatic Note by Mexico, 24.10.1938, in C. NEALE RONNING, DERECHO Y POLÍTICA EN LA DIPLOMACIA INTERAMERICANA 58 (1965): “Pagaremos cada dólar o libra que valen las propiedades que hemos expropiado. Sin embargo, no consideramos la expropiación del petróleo como un asunto de discusión ni objeto de intervención diplomática”

- במיוחד לאחר הצטרפותה לארגון נפט"א. אכן, סעיף 1110 לאמנה שהקימה את הארגון קובע חובה לשלם פיצויים בגין נטילת רכוש.⁹⁸
- מניתוח הפסיקה והספרות הבין-לאומיות העוסקות בסוגיה עולה כי בפועל הפולמוס אינו נסב סביב עצם החובה לתשלום פיצויים, כי אם סביב שאלות הקשורות לשיעורם של הפיצויים ולאופן חישובם,⁹⁹ כגון:
- האם הפיצוי צריך לשקף את שווי המלא של הנכס שנשלל מהמשקיע הזר, כפי שהוא משתקף בשוק החופשי?
 - האם על הפיצוי להיות "ראוי", "נאות", "צודק", "סביר", "בהתאם לאפשרויות התשלום של המדינה המארחת", "דומה לפיצוי המשתלם לאזרחים המקומיים" או אולי "לפי מה שיקבע משפטה הלאומי של המדינה המארחת"?
 - האם יש לחשב את הפיצוי לפי שווי של הנכס שהופקע בספרי החשבונות או אולי על-סמך השוואה עם נכסים דומים, ואם מדובר בתאגיד שמניותיו נסחרות בבורסה – לפי שווי מניותיו?
 - האם הנפגע זכאי לפיצוי המשקף גם את הפסד רווחיו בעתיד?
 - במקרה של הלאמות נרחבות שהמדינה מבצעת, האם ניתן להוריד את רמת הפיצוי?

98 North American Free Trade Agreement, in NAFTA Secretariat, <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1110>

"Article 1110: Expropriation and Compensation

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ('expropriation'), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
- (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6."

99 Richard Lillich, *The Valuation of Nationalized Property in International Law: Toward a Consensus or More "Rich Chaos"*, in *THE VALUATION OF NATIONALIZED PROPERTY IN INTERNATIONAL LAW* vol. 3, 184 (Richard Lillich ed., 1972): "...a consensus existed in the international community to the effect that compensation must be paid for nationalized property, and the key issue needing study was the standards of valuation to be used in determining the amount of such compensation"

מנקודת־מבט היסטורית ניתן לזהות שתי עמדות מנוגדות. האחת מוכרת כ"דוקטרינת הרמה הבין־לאומית המינימלית של שלטון החוק", והאחרת כ"דוקטרינת היחס הלאומי".

א. על־פי דוקטרינת "הרמה הבין־לאומית המינימלית של שלטון החוק" (שנתמכת בעיקר על־ידי מדינות מתועשות במערב), בנסיבות רגילות זרים חייבים לקבל פיצוי בגובה הערך המלא של הנכס המופקע בשוק החופשי.¹⁰⁰ ייתכן שבנסיבות מסוימות (לדוגמה, בהלאמות רחבות שבהן תשלום פיצויים מלאים יהפוך את ההלאמה לבלתי־אפשרית) הורדת הרמה האמורה תוכל להיות נסבלת, ובלבד שהפיצוי יישאר במסגרת סכום סביר ביחס לשווי הנכס המופקע.¹⁰¹ על־פי דוקטרינה זו, אין כל קשר בין הפיצויים המשתלמים למשקיעים זרים לבין אלה אשר משתלמים (או אינם משתלמים) לאזרחי המדינה המארחת. זו הסיבה שבגינה מדובר ברמה "בין־לאומית", ולא "לאומית". לפיכך, לפי עמדה זו, משקיע זר יוכל לזכות ברמת פיצוי גבוהה מזו שאזרח מקומי של המדינה המארחת זוכה בה, אפילו אם הרכוש המופקע בשני המקרים דומה ושווה־ערך.¹⁰²

ב. בצד האחר של קשת העמדות נמצאת דוקטרינת "היחס הלאומי". על־פי דוקטרינה זו, זרים לא יוכלו לשאוף לפיצוי גבוה מהפיצוי שמוצע בנסיבות דומות לאזרחי המדינה המפקיעה. עוד לפי דוקטרינה זו (שהושפעה מדוקטרינת

Eduardo Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century*, 159 RECUEIL DES COURS 1, 298 (1978)

Karl Meessen, *Introduction*, in *KAPITALINVESTITIONEN IM AUSLAND – CHANCEN UND RISIKEN* 25 (J. Esser & Karl M. Meessen hrsg., 1983): "The obligation to pay full compensation is inherent to the very concept of compensation itself. But, as mentioned earlier there are situations where the above rule would have to be supplemented to the effect that a reduction to the compensation due is justified". ראו גם SORNARAJAH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 448: "Full compensation need not be paid where there is a full-scale nationalisation of an industry as a part of economic reform"

102 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 142; Josef Kunz, *The Mexican Expropriations* 27 (New York University School of Law, Contemporary Law Pamphlets Series, Ser. 5 No. 1, 1940, rep. 1976): "The right of aliens in the matter of expropriation is derived from international law and the fact that States can, under their constitutions, expropriate their own citizens without adequate compensation, cannot be pleaded by them, when treating aliens in the same way"

קלבו¹⁰³), במקרה של מחלוקת סביב שאלת גובה הפיצוי, בתי-המשפט הפנימיים של המדינה המארחת הם היחידים שמוסמכים להכריע.

בשנות התשעים של המאה העשרים חלו, באופן מפתיע כמעט, כמה התפתחויות שגרמו לתנודה במצב. בלשונו של המשפטן הגרמני קרל מייסן, המשפט הבין-לאומי בסוגיית דיני ההשקעות החל אז לעבור "תהליך של רה-קונסולידציה"¹⁰⁴. אחת הסיבות להתפתחות זו הייתה העובדה שמשקיעים זרים השכילו להבין שהגיעה העת לשינוי בגישה. בתקופה הקולוניאלית השקיעו זרים רבים במדינות לא-מתועשות או נחשלות מתוך כוונה לנצל את אוצרות-הטבע והעושר של אותן מדינות, מבלי לתרום באופן כלשהו לרווחתן של האוכלוסיות והכלכלות המקומיות, והדבר יצר אפקט של בומרנג. אותן מדינות שחשו מנוצלות החלו בתגובה לפגוע בזכויות המשקיעים. בהמשך, בשנות התשעים, קיימת עדות לכך שמשקיעים רבים שינו את התייחסותם, והקצו חלק מרווחיהם למדינות המארחות. בדרך זו תרמו המשקיעים הזרים לכלכלותיהן של מדינות אלה – למשל, על-ידי יצירת מקומות עבודה ואמצעי ייצור. במקביל החל המושג "אחריות חברתית של תאגידים" (corporate social responsibility)¹⁰⁵ לצבור תנופה, ככלי לעידוד מעורבות חיובית של משקיעים זרים בקרבה של המדינה המארחת בתחומים כגון איכות הסביבה, צרכנות, חינוך, יחסי עבודה, זכויות אדם ועוד.

סיבה נוספת לשינוי המצב המשפטי הייתה ללא ספק היעלמותו של הגוש הקומוניסטי, שבעקבותיה נוצר צורך במדינות החדשות למשוך משקיעים זרים. אחד הצעדים שנקטו מדינות אלה על-מנת לעודד השקעות זרות היה מתן ערבויות לכך שהזכויות המוקנות של המשקיעים יכובדו. הדבר נעשה על-ידי הבטחת סעדים נאותים למשקיעים במקרה שהשקעתם תיפגע.¹⁰⁶ באופן כללי, הפיתוי

103 ראו לעיל ה"ש 29 והטקסט שלידה.

104 Meessen, לעיל ה"ש 101, בעמ' 25.

105 Archie B. Carroll, *Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct*, 38 Bus. & SOC'Y 268 (1999); Francisco Zamora Cabot, *Las Empresas Multinacionales y su Responsabilidad en Materia de Derechos Humanos: Una Visión de Conjunto*, 6 HURI-AGE 2 (2013).

106 אפילו קובה אימצה את עקרון הפיצוי בגין הפקעה בחוק הקובני להשקעות זרות מס' 77 משנת 1995. ס' 3 לחוק האמור מורה: "משקיעים זרים בטריטוריה הלאומית הקובנית נהנים מהגנה מלאה ומביטחון, ונכסיהם לא יופקעו אלא לטובת הציבור או לאינטרס של החברה, כפי שיוצאה על-ידי הממשל... הפיצוי במקרה של הפקעה ישולם במטבע שניתן להמירו באופן חופשי, והוא יהיה בגובה הערך המסחרי כפי שייקבע בהסכמה." <http://www.cubaindustria.cu/index.php/comercio-exterior/inversiones-extranjeras>. באותה רוח נוסח ס' 4.1 לחוק

בכל הנוגע בהפקעות מוסוות או בלתי-ישירות, אלה נעשות כאשר מדינה נוטלת את מהות זכויותיו של משקיע מבלי לבסס את הנטילה על מעשה חקיקה אשר מורה מפורשות על הפקעה או הלאמה. דוגמאות להפקעות מוסוות הן הטלת מגבלות "מהותיות"¹¹¹ על השימוש ברכוש או על זכות ההנאה ממנו, הטלת מיסים מחרימים, התערבויות חד-צדדיות בדירקטוריונים של חברות, הכרזה על שטחים השייכים למשקיע כעל אזורים מוגנים ואסורים לכניסה, וכדומה.¹¹²

דוגמה לסוג זה של פגיעות ניתן למצוא בפסק-הדין של בית-הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Papamichalopoulos*.¹¹³ בשנות השישים של המאה העשרים, כאשר יוון נשלטה על-ידי כת צבאית, תפס הממשל אדמות שהיו שייכות לאנשים פרטיים והעבירן לטובת חיל הים היווני. צו ממשלתי הכריז על חלקות האדמה שנתפסו כעל שטח צבאי סגור ומבצר ימי. חיל הים החל לבנות שם, בין היתר, אתרי נופש למפקדים. בעלי החלקות פנו לערכאות יוניות וביקשו צו זמני להחזרת המצב לקדמותו. הצווים ניתנו על-ידי בתי-משפט יוניים, אך לא כובדו על-ידי חיל הים. בשנת 1964, לאחר שמשטר הדיקטטורה נפל, החלו העותרים לנקוט צעדים משפטיים נוספים. הם זכו בכמה החלטות לטובתם, אבל הואיל ולצבא הייתה עדיין השפעה רבה, החלטות אלה מעולם לא נאכפו. ביולי 1980 הודיע שר ההגנה היווני לנפגעים כי המבצר הימי שנבנה במקום מונע את האפשרות להחזיר להם את אדמותיהם, ובישר להם כי יציעו להם חלקות חלופיות. שלוש שנים מאוחר יותר חוקק חוק שהכיר בזכות הנפגעים לחלקות חלופיות, אך החוק לא נאכף. בשנת 1992 הושבה ריקם בקשה נוספת של הנפגעים לזכות באדמות חלופיות. הבעלות על אותן חלקות מעולם לא הועברה רשמית – לא לחיל הים ולא לממשלת יוון – וזאת אף שחלפו יותר מעשרים שנה מאז תפס הצבא את האדמות. המקרה הגיע לפני הוועדה האירופית לזכויות אדם, ואחר כך לפני בית-הדין לזכויות אדם, וזה קבע כי

111 ראו לעיל ליד ה"ש 51 ואילך.

112 OECD, לעיל ה"ש 34, בעמ' 3 ואילך: "Expropriation or deprivation of property could also occur through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of the benefits even where the property is not seized and the legal title to the property is not affected. The measures taken by the State have a similar effect to expropriation or nationalisation and are generally termed 'indirect', 'creeping', or 'de facto' expropriation, or measures 'tantamount' to expropriation"

ראו גם SORNARAJAH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 400.

Papamichalopoulos & Others v. Greece, App. No. 14556/89, 24 June 1993, 113 http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hurcd4&div=80&g_sent=1&collection=journals

יוון ביצעה הפקעה מוסווית (או תפיסה דה-פקטו) ולא שילמה בגינה פיצויים כמתחייב מן האמנה האירופית לזכויות אדם.

המטרה המסתתרת מאחורי השימוש בטקטיקה של הפקעה מוסווית היא להתחמק מתשלום פיצויים. אכן, הואיל ובמקרים אלה לא נחקק כל חיקוק המורה מפורשות על ביצוע הפקעה, המדינה המארחת יכולה לטעון שהיא לא נטלה כלל רכוש מהמשקיע הזר, אלא רק הפעילה צעדי אסדרה לצורכי הציבור, ואלה אינם כרוכים בחובת פיצוי.¹¹⁴

התייחסות רחבה לסוגים אלה של פגיעות מופיעה בפסק-הדין בעניין *Middle East Cement Shipping and Handling Co.*,¹¹⁵ שם ציינה ערכאת המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID):

”כאשר מדינה נוקטת צעדים שכתוצאה מהם נשללת מהמשקיע האפשרות להשתמש בהשקעתו וליהנות ממנה, אף אם הוא שומר על הבעלות הנומינלית על הזכויות מכוח ההשקעה, צעדים אלה מוכרים בדרך-כלל כהפקעה 'זוחלת' או 'בלתי-ישירה' או – כמו באמנה הדר-צודית להשקעות – כצעדים 'שתוצאתם שקולה להפקעה'... זה המצב במקרה שלפנינו, ועל-כן בית-הדין סובר כי צעדים דוגמת אלה שננקטו עולים כדי הפקעה...”¹¹⁶

לפיכך, כל אימת שלצעדי המדינה תהא השפעה פולשנית על מהותן של הזכויות שנרכשו על-ידי המשקיע, וללא קשר לבסיס המשפטי של אותם צעדים בחוק הלאומי,¹¹⁷ בעיני המשפט הבין-לאומי ייראה הדבר כנטילת רכוש, והנפגע יהיה זכאי לפיצוי. כפי שנאמר, בהתאם ל"רמה הבין-לאומית המינימלית של שלטון החוק", הפיצוי חייב להיות מלא, בעוד לפי עמדת "היחס הלאומי", על הפיצוי להיות שווה ברמתו לפיצוי המשתלם לאזרחים מקומיים של המדינה המארחת.

Hélène Ruiz Fabri, *The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for "Regulatory Expropriations"*

of the Property of Foreign Investors, 11 N.Y.U. ENVT. L.J. 148 (2002)

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, 115 ICSID Case No. ARB/99/6, Apr. 12, 2002

116 שם, פס' 107.

117 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 19.

2. התוצאה של אי־תשלום פיצויים לנפגע

מדינה שפגעה באופן מהותי בהשקעות זרות ונמנעה מלשלם פיצויים לנפגעים עשויה לחוב באחריות בין־לאומית. אחריות זו צומחת מאי־עמידה בתנאי המשפט הבין־לאומי לכשרותה של אותה נטילה, קרי מההימנעות לשלם פיצוי לנפגע, ולא מעצם נטילת הרכוש (באשר נטילה כזו מותרת מכוח הסמכות הטריטוריאלית).¹¹⁸ בנסיבות אלה יש בידי המדינה־האם האפשרות להפעיל הגנה דיפלומטית ולהגיש תביעה בין־לאומית, למשל. אם ההליכים הבין־לאומיים נגד המדינה המארחת יוכתרו בהצלחה, התרופה שתקבל המדינה־האם תהיה לרוב פיצויים. זהו גם המצב השכיח במסגרות אחרות, כגון בערכאת ה־ICSID ובאמנות האירופית והאמריקאית לזכויות אדם. לשון אחר, אם התביעה הבין־לאומית תוכתר בהצלחה, המדינה שפגעה בהשקעה תחויב לרוב בתשלום סכום כספי המפצה על מחדלה לפצות את המשקיע שרכושו הופקע. מדובר אם כן בשני סוגים שונים של פיצוי: האחד, פיצוי עקב הפגיעה בהשקעה של המשקיע; והאחר, פיצוי שיתקבל בתום ההליכים הבין־לאומיים, בגין אי־תשלום הפיצויים הראשונים בעקבות הפקעה.¹¹⁹

עם זאת, יש לזכור כי במסגרת ההגנה הדיפלומטית, הימנעות של מדינה מלשלם פיצויים אינה הופכת את נטילת הרכוש כשלעצמה ל"נטילה בלתי־חוקית" (בהקשר זה ראו את הדיון בהמשך בתת־פרק 11). לפיכך לא יהיה אפשר לערער במישור הבין־לאומי על עצם נטילת הרכוש, שכן זהו ביטוי לגיטימי של הריבונות, שהיא נחלתה של כל מדינה. במקרים אלה העילה לתביעה בין־לאומית תהיה אי־תשלום פיצוי לנפגע. זו הסיבה שבגינה יש התייחסות דלה בלבד, גם בספרות וגם בפסיקה, לאפשרות של השבת הרכוש שנלקח מהמשקיע, וזאת להבדיל מטיב הפיצוי וגובהו, שלגביהם קיימים מקורות אין־ספור.

Hans W. Baade, *Indonesian Nationalization Measures before Foreign Courts*: 118 *A Reply*, 54 *AM. J. INT'L L.* 801, 830 (1960): "International law does not generally regulate the property side of expropriation, i.e., the legality of expropriations themselves. It merely provides that... there has to be a bona fide offer... to pay such compensation as is required by international law"

119 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 136.

ו. תרופה של "השבה בעין" במישור ההשקעות?

- כפי שציינתי לעיל, התרופה הרגילה במקרים של נטילת זכויותיהם של משקיעים זרים היא הפיצויים. אולם היו מקרים שבהם משקיעים ומדינות-אימהות, אשר כל רצונם היה למנוע את הפגיעה בהשקעה ולשמור על זכויותיהם, ניסו לזכות בהשבה בעין באמצעים שונים. בתת-פרקים הבאים נסקור את החשובים מבין אותם אמצעים:
- הגשת עתירה במסגרת המשפט הבין-לאומי ההסכמי בהסתמך על אמנות הכוללות הוראות שאוסרות הפקעה (תת-פרק 11);
 - הגשת עתירה במסגרת המשפט העבר-לאומי – תופעה המכונה "בנאום חוזי השקעות" (תת-פרק 21);
 - הגשת עתירה במסגרת המשפט האזורי המבקשת להגן על זכות הקניין הפרטי בהתבסס על האמנות האירופית והאמריקאית לזכויות אדם (תת-פרק 31);
 - הגשת עתירה לבית-הדין לבוררות של המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (תת-פרק 41).

1. נסיונות לזכות בהשבה בעין באמצעות עריכת אמנות שאוסרות נטילת רכוש תופעת האמנות הדו-צדדיות לעידוד השקעות ולהגנה עליהן מוכרת זה עשרות שנים. מדינות הרבו להתקשר בצורה זו עם מדינות אחרות, בעיקר במאה העשרים, וכיום מספרן של אמנות אלה כבר מגיע לכדי אלפים.¹²⁰ האמנות הדו-צדדיות האמורות מתרכזות בעיקר בהגנה על אזרחיהן של המדינות החברות מפני התערבותיה של המדינה המארחת. עם זאת, רובן המכריע של אמנות אלה אינן עוסקות בניסיון להבטיח דווקא שכל השקעה תמשיך להתקיים עד לתום מועדה, כשהיא חופשית מהתערבויות, כי אם בנושאים אחרים, כגון הגדרת המושג "השקעה בין-לאומית",¹²¹ קביעת רמת היחס שיש להעניק למשקיעים מקרב

NEW ASPECTS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 118 (Philippe Kahn & Thomas W. Wälde eds., 2004); Eyal Benvenisti & George W. Downs, *The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of international Law*, 60 STANFORD L. REV. 595, 611 (2007) ("The impact of serial bilateralism is particularly significant in the sphere of protection of foreign investments. Between 1988 and 2004, about 1900 bilateral investment treaties (BITs) were signed"); JEAN-PIERRE LAVIEC, PROTECTION ET PROMOTION DES INVESTISSEMENTS 241 (1985)

121 ארצות-הברית מציעה נוסח של "אמנה לדוגמה" לעידוד השקעות בין-לאומיות, ובה השקעה מוגדרת (בס' 1) כ"כל נכס שמצוי בבעלותו של משקיע או בפיקוחו הישיר או העקיף, ואשר

המדינות החברות באמנה (בדרך-כלל מדובר ביחס שווה לזה שהאזרחים המקומיים זוכים בו¹²² או ביחס שתואם את הכלל של "המדינה המועדפת ביותר"¹²³), וכך הדרכים ליישוב סכסוכים. לעיתים אמנות אלה קובעות את קנה-המידה לפיצוי שיינתן במקרים של הפקעות או הלאמות.¹²⁴

בתת-פרק זה תידון האפשרות הפחות-נפוצה – קיומה של אמנה בין-לאומית האוסרת על המדינות החברות בה לפגוע ברכושם של אזרחי שאר המדינות החברות. סיטואציה זו שונה בתכלית השינוי מהמצב במשפט הבין-לאומי המנהגי. כפי שתואר לעיל בסוף התת-פרק הקודם, בקונסטלציה של המשפט המנהגי כל מדינה מוסמכת לפגוע בזכויותיהם של זרים, ובלבד שבמקרה של פגיעה מהותית

ניחן בתכונות... כגון הקדשת הון או משאבים אחרים, ציפייה לרווח או להכנסה, או נטילת סיכון" (בהמשך ההגדרה מפרטת באופן רחב מאוד, אך בלתי-ממצה, את הסוגים השונים של נכסים וזכויות שיכולים להיות כלולים במסגרת ההגדרה). ראו: – 2004 Model BIT Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of investment, <http://www.ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model.%20BIT.pdf>

122 בהקשר זה ניתן להפנות לס' 6(5) לאמנה שבין ארצות-הברית לבין הולנד משנת 1958, שבה נקבע כי "אזרחים וחברות של הצדדים לא יזכו בשום מצב, בהיותם בטריטוריה של הצד האחר, ברמה שנופלת מהיחס הלאומי". Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States and the Netherlands, 1956, 285 U.N.T.S. 231, 233 (1958).

123 הכוונה כאן היא שעל-פי האמנה, אזרחי המדינות החברות יזכו ביחס שווה לזה הניתן לאזרחיה המקומיים של המדינה החברה שבה מתבצעת ההשקעה, אלא אם כן מדינה זו ערכה הסכם עם מדינה שלישית שמעניק רמה גבוהה יותר לאזרחיה של אותה מדינה שלישית. במקרה זה יהא עליה להחיל את הרמה הגבוהה יותר גם על אזרחי המדינה שחתומה עימה על האמנה הנוכחית.

124 בהקשר זה ניתן להפנות לדוגמה מאמנה שבין ארצות-הברית לבין צרפת משנת 1959 (Convention of Establishment between the United States and France, Nov. 25, 1959, 11 U.S.T. 2398), שם נקבע בס' IV(3) (שם, בעמ' 2403) כי על הפיצוי לייצג את הערך של הרכוש שנלקח:

"3. Property of nationals and companies of either High Contracting Party shall not be expropriated within the territories of the other High Contracting Party except for a public purpose and with payment of a just compensation. Such compensation shall represent the equivalent of the property taken; it shall be accorded in an effectively realizable form and without needless delay. Adequate provision for the determination and payment of the said compensation must have been made no later than the time of the taking."

בזכויותיהם היא תפצה את המשקיעים שנפגעו. לעומת זאת, כאשר קיימת אמנה האוסרת על המדינה המארחת להפקיע או לשנות את המיסוי, אזי עצם נטילת הרכוש או עצם שינויה של שיטת המיסוי החלה על המשקיעים מהווים הפרה של המשפט הבין-לאומי (ההסכמי).¹²⁵ במצב דברים זה זכויותיה של המדינה-האם שנפגעו בעקבות ההפקעה אינן נובעות מהפרת המשפט המנהגי, דהיינו מאי-עמידה של המדינה המארחת ב"רמה הבין-לאומית המינימלית של שלטון החוק" (שלפיה יש לפצות זרים שרכושם מופקע), אלא מהפגיעה בעיקרון הבסיסי והמחייב שלפיו "אמנות יש לקיים".¹²⁶ על-כן, ומכוח אותו עיקרון, במקרה של הפרת הוראה באמנה שאוסרת הפקעה, ההפקעה עצמה תהא בלתי-חוקית.¹²⁷ זאת, להבדיל מהמצב במשפט המנהגי, שם ההפקעה עצמה מותרת כאמור, ורק אי-תשלום פיצויים מהווה עילה לתביעה בין-לאומית, שבמסגרתה אי-אפשר לזכות בסעד של ביטול ההפקעה, אלא רק בפיצוי כספי (ראו תת-פרק ה2).

הואיל וכך, עולה השאלה הבאה: כאשר מדינה פוגעת בהשקעה בניגוד להוראות אמנה, האם ניתן לזכות בהשבת המצב לקדמותו, להבדיל מסעד של פיצויים? כידוע, במשפט הבין-לאומי האמנות הן המקור המשפטי הראשון כמעלה.¹²⁸ בהתאם לכך, אין דבר המונע מדינה מלהתחייב באמנה בין-לאומית להימנע מלפגוע ברכושם של אזרחי יתר המדינות החברות. לפיכך, מעת ההצטרפות לאמנה ואשרורה, פגיעה במשקיעים הזרים תוך הפרת האמנה מצמיחה ללא ספק

125 Meessen, לעיל ה"ש 101, בעמ' 22.

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, art. 26, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>: "Pacta sunt servanda". Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith"

127 בנבנישתי, לעיל ה"ש 32, פס' 52.

128 ראו ס' 38 ל-<http://www.icj-cij.org/-/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>) Statute of the International Court of Justice

"The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law."

אחריות בין-לאומית. בעניין *Factory at Chorzów* הפקיעה פולין בית-חרושת שהיה בבעלותם של אזרחים גרמנים, תוך הפרת הוראה שנקבעה באמנת ג'נבה מ-13 במאי 1922, אשר אסרה פגיעות מן הסוג האמור.¹²⁹ בית-הדין הבין-לאומי הקבוע, שלפניו הובא הדיון בסכסוך זה, קבע כי במקרים כגון דא הסעד המשפטי שצריך להינתן הוא למחוק ("wipe out") ככל האפשר את תוצאות המעשה הבלתי-חוקי, ולהשיב את המצב לקדמותו כפי שהיה אילולא הופרה האמנה.¹³⁰ במילים אחרות, נראה שלפי הקביעה של בית-הדין הבין-לאומי הקבוע, הסעד המתאים במקרים של הפרת הוראה שבאמנה הוא השבת הסטטוס-קוו אנטה.¹³¹ מלימוד הרציו של פסק-הדין בעניין *Factory at Chorzów* עולה כי כאשר מדינה התחייבה באמנה לא לפגוע בהשקעות זרות ואז הפרה את התחייבותה זו, התרופה ההולמת היא השבת המצב לקדמותו, ולא פיצויים.

"בנסיבות רגילות, החזר בעין (או ביצוע בעין) הנו הדרך האידיאלית לתיקון המעוות."¹³²

ברם, תהא זו טעות לחשוב שיש באמנות אלה כדי לספק את הפתרון האוניוורסלי והאידיאלי לשיון זכויותיהם של משקיעים מפני פגיעה מצד המדינה המארחת. קיימות לכך שלוש סיבות לפחות:

ראשית, מדינות אינן ששות לוותר מראש, במסגרת אמנה, על סמכויותיהן הריבוניות לשלול רכוש מידיהן של הפרט. יתרה מזו, גם אם ממשלת המדינה המארחת התחייבה על ויתור כזה, ייתכן שלא תהא להתחייבותה זו כל משמעות, ושידיה יהיו כבולות, אם משפטה הלאומי של המדינה המארחת (למשל, חוקתה)

Case Concerning the Factory at Chorzów (Indemnity) (Merits), Judgment, 129 P.C.I.J. 1928 Ser. A No. 17, 29, 46-48 (להלן: עניין *Factory at Chorzów*).

130 שם, בעמ' 47:

"The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed."

131 ראו דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 132; Susan Marks, *Expropriation: Compensation and Asset Valuation*, 1989 CAMB. L.J. 170: "Few would dispute that international law draws a sharp distinction between a lawful and an unlawful expropriation of foreign assets by a state"

132 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 133.

אינו מאפשר ויתורים כאלה על ריבונות. זו אחת הסיבות לכך שאמנות מסוג זה אינן שכיחות בפרקטיקה הבינ-לאומית.

שנית, בניגוד למה שניתן להבין מקריאה ראשונית של פסק-הדין בעניין *Factory at Chorzów*, הסעד של השבת המצב לקדמותו לא יינתן באופן אוטומטי. באותו עניין הצהיר בית-הדין הבינ-לאומי הקבוע בפסק-דינו כי השבה בעין משקפת את התרופה הנאותה "במצבים שגרתיים"¹³³. ברם, "במצבים לא-שגרתיים" – קרי, כאשר ההשבה בעין אינה אפשרית מסיבות אובייקטיביות או מעשיות (למשל, אם מפעל מופקע נהרס, אם מקור נפט התייבש או אם הנסיבות השתנו באופן קיצוני עקב זמן רב שחלף)¹³⁴ – נראה שהתרופה הנאותה תהא בכל-זאת פיצויים. חשוב להדגיש, עם זאת, כי פיצויים אלה שונים מהפיצויים המשתלמים מכוח המשפט המנהגי כתרופה במקרים של הפקעות ללא פיצוי (ראו לעיל בתת-פרק ה2). במקרה של הפקעות "בלתי-חוקיות" – כלומר, בהפקעות בניגוד לאמנה – רמת הפיצוי תהא גבוהה יותר, היות שבמקרה זה הפיצוי צריך "לסמל את החזרת המצב לקדמותו", אשר נהפכה לבלתי-אפשרית.¹³⁵ לפיכך, אם נגרמו למשקיע נזקים כתוצאה מההפקעה האסורה, תחויב המדינה המארחת בשיפוי גם בגין אותם נזקים ישירים ועקיפים, ובכלל זה נזקים בלתי-מוחשיים.¹³⁶ שלישית, יש להביא בחשבון מכשול אובייקטיבי נוסף: בניגוד למצב במשפט הלאומי, אכיפת פסק-דין של ערכאה בין-לאומית המורה על השבה בעין שהוצא נגד מדינה סרבנית עשויה להיות בעייתית. כידוע, אין במשפט הבינ-לאומי מנגנון להוצאה לפועל של פסקי-הדין, ואין בו גם מנגנון שיפקח על אופן ביצועה של השבה בעין כאמור.¹³⁷ בנסיבות האמורות קיימת עדות ברורה לאוזלת-היד מקום שמדינה מארחת מסרבת להשיב לנפגע את הרכוש שניטל ממנו בניגוד לאמנה.¹³⁸

133 עניין *Factory at Chorzów*, לעיל ה"ש 129, בעמ' 47–48.

134 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 133: "עם זאת, את הנעשה לא תמיד ניתן להשיב, והחזר בעיין עשוי להיות בגדר משימה בלתי אפשרית." ראו גם בנבנישתי, לעיל ה"ש 32, פס' 52.

135 עניין *Factory at Chorzów*, לעיל ה"ש 129, בעמ' 47.

136 Meessen, לעיל ה"ש 101, בעמ' 23.

137 השו"ע עם המצב בדין הישראלי: ס' 3(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, שולל את זכות הנפגע לאכיפה כאשר הביצוע דורש מידה בלתי-סבירה של פיקוח מטעם בית-המשפט או לשכת הוצאה לפועל. ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות (2009) 213.

138 מדינת המשקיע תוכל אולי לנקוט צעדי גמול, אך לא תמיד יצליחו צעדים כאלה להניע את המדינה המארחת להחזיר את המצב לקדמותו.

על אמרה זו יש להוסיף הערה חשובה שקשורה לפרקטיקה: כאשר יחסי הכוחות בין המדינה שחויבה בפסק־דין או בבוררות בין־לאומיים לבין מדינת המשקיע נוטים לטובת זו האחרונה (מבחינה כלכלית, מטעמים של תלות מסחרית, צבאית או אסטרטגית, או מסיבה דומה אחרת), ייתכן שהמדינה־האם תוכל לאחוז באמצעי לחץ על־מנת לאכוף את הפסק. מקרה כזה אירע בשנת 2012, כאשר ארצות־הברית השהתה מתן הטבות לארגנטינה מכוח "מערכת ההעדפות הכללית" (General system of preferences – GSP).¹³⁹ ההשהיה הייתה תגובה על כך שממשלת ארגנטינה סירבה לאכוף פסקים של ערכאת המרכז הבין־לאומי ליישוב סכסוכי השקעות שניתנו בעקבות פגיעות במשקיעים אמריקאים.¹⁴⁰ צעדים מסוג זה ניתנים לנקיטה על־ידי הצד ה"חזק",¹⁴¹ אך לא כאשר יחסי הכוחות בין המדינות המעורבות שקולים.

הנה כי כן, עולה כי התרופה הסבירה והשגרתית במקרים של הפקעה תוך הפרת אמנה תהא בכל־זאת פיצויים – תרופה אשר סביר להניח כי לא תמיד תספק את המשקיע. לפיכך לא נראה שיש בהתחייבויות על־פי אמנות כאלה משום פתרון לגבי משקיעים שחפצים להנציח את זכויותיהם.

ביחס למקרה הספציפי של התאגיד האמריקאי שפועל בתחום הגז הטבעי בישראל, קיימת אמנה מיום 23 באוגוסט 1951 שנחתמה בושינגטון. מדובר באמנת

139 מדובר במערכת וולונטרית במסגרת ארגון המסחר הבין־לאומי, אשר מאפשרת למדינות מפותחות להעניק הטבות מכס חד־צדדיות למדינות אחרות ביחס לייבוא של טובין שונים מהן. מערכת זו הינה יוצא־מ־הכלל לעקרון "המדינה המועדפת ביותר" הנהוג בארגון. ראו <http://unctad.org/en/Pages/DITC/GSP/About-GSP.aspx>

US Suspends Argentina from Trade Preference Scheme, 16(12) BRIDGES 140 (March 28, 2012), <http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/us-suspends-argentina-from-trade-preference-scheme>: "Trade frictions are on the rise between Washington and Buenos Aires, after US President Barack Obama announced on Monday that the US would be suspending Argentina from its Generalised System of Preferences programme – which waives duties on thousands of imports from developing countries – for failure to pay arbitration awards in two disputes involving US investors"

בהמשך, בחודש אוקטובר 2013, הגיעה ממשלת ארגנטינה להסדר עם כמה חברות אמריקאיות שבמסגרתו היא התחייבה לשלם להן רק 75% מהסכומים שנתבעו במרכז הבין־לאומי ליישוב סכסוכי השקעות. הודעה רשמית על ההסכמים פורסמה על־ידי משרד האוצר הארגנטיני בתאריך 18.10.2013: <http://prensa.cancilleria.gov.ar/noticia.php?id=30183264>.
141 לדוגמה נוספת, שבה המדינות המעורבות היו ארצות־הברית ולוב, ראו עניין *TOPCO*, להלן ה"ש 152. ראו גם את הדיון בפרשה זו להלן בחלק 21(ב)(2).

ידידות, סחר וספנות בין ישראל לארצות-הברית (אשר מוכרת גם בשם "ברית הידידות").¹⁴² אמנה זו נכנסת לקטגוריה המוכרת של "האמנות הדו-צדדיות לעידוד השקעות ולהגנה עליהן". סוג זה של אמנות, שהן כאמור תופעה נפוצה מאוד בפרקטיקה הבינ-לאומית,¹⁴³ אינן עוסקות בשריון מוחלט של זכויות משקיעים, אלא מציבות רמה של יחס שהמדינה המארחת חייבת להחיל על משקיעים של מדינה אחרת שהיא צד לאמנה במקרה של פגיעה בזכויותיהם. בדרך-כלל מדובר באי-הפליית המשקיע הזר לעומת האזרחים המקומיים, בקיום הליכי דין ראויים תוך יישום עקרונות של צדק, ובהענקת פיצוי נאות במקרים של פגיעות במהותה של זכות. אמנות אלה יכולות לקבוע גם אמצעים ליישוב סכסוכים, כגון בוררות או שפיטה בינ-לאומית.

ברית הידידות בין ישראל לארצות-הברית, שעודנה בתוקף, מעניקה הגנה על זכויות מוקנות של אזרחי מדינה אחת מפני התערבותה של המדינה האחרת. בין היתר נקבע בה כי המדינות החברות יימנעו מנקיטת צעדים בלתי-סבירים או מפלים שיפגעו בזכויות או באינטרסים שנרכשו כדין על-ידי תאגידים של הצד האחר.¹⁴⁴ בהמשך, ובאופן דומה, נקבע כי אזרחים ותאגידים של המדינות החברות לא יחויבו לשלם מיסים, אגרות או היטלים על הכנסות, הון ופעולות מסחריות, וכן לא יהיו חייבים למלא אחר דרישות גבוהות מאלה המוטלות על אזרחים ותושבים מקומיים ועל חברות של מדינות שלישיות.¹⁴⁵ הוראה משלימה

142 ברית ידידות, מסחר וספנות בין ישראל ובין ארצות הברית של אמריקה, כ"א 34, 15; Israel and United States of America – Treaty of friendship, Commerce and Navigation, 1951, 219 U.N.T.S. 237 (1955), <https://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%20219/v219.pdf> (להלן: ברית הידידות בין ישראל לארצות-הברית). על חשיבותן של אמנות מסוג זה לגבי משקיעים ישראלים ראו: Stuart H. Newberger, *What Israeli Investors Should Know About International Investment Treaty Arbitration*, http://www.israelbar.org.il/uploadfiles/Israeli_Investors_and_Investment_Arbitration_Newberger.pdf.

143 ראו לעיל ליד ה"ש 120.

144 ברית הידידות בין ישראל לארצות-הברית, לעיל ה"ש 142, ס' ו, ס' 4: "בעלת הברית האחת לא תנקוט אמצעים בלתי ראויים או אמצעי הפלייה הפוגעים בזכויות או בטובות הנאה, שנרכשו כחוק בשטחי ארצה על ידי אזרחים וחברות של רעותה במפעלים שהקימו או בהון, במומחיות, באמנות או בטכנולוגיה שהביאו; וכן לא תפריע בעלת הברית האחת הפרעה ללא טעם את האזרחים ואת החברות של רעותה מלהשיג, בתנאי צדק, את ההון, המומחיות, האמנות והטכנולוגיה שהיא זקוקה להם לשם פיתוחה הכלכלי."

145 שם, ס' יא, ס' 3: "אזרחים וחברות של בעלת הברית האחת לא יהיו בשום פנים חייבים לשלם, בשטחי ארצה של רעותה, מיסים, אגרות או היטלים המוטלים על הכנסה, הון, עסקאות, פעולות

קובעת כי המדינות החברות לא יטילו על חברות של הצד האחר מיסים או היטלים החורגים מגדר הסביר.¹⁴⁶

כרם, בניגוד לעובדות בעניין *Factory at Chorzów*, ברית הידידות בין ישראל לארצות-הברית אינה מכילה הוראה שאוסרת בצורה מוחלטת על המדינות החברות לנקוט צעדים שמטרתם לפגוע באזרחים של הצד האחר לאמנה, באופן שהופך פגיעות כאלה לבלתי-חוקיות.¹⁴⁷ לפיכך, אם אחת החברות המשקיעות שתיפגע מצעד שינקטו רשויות המדינה תהא חברה אמריקאית, ואם צעדים אלה יהיו מנוגדים להתחייבויות שישראל נטלה על עצמה במסגרת האמנה (וכאמור), התחייבויות אלה אינן כוללות איסור מוחלט לפגוע בתאגידים, אלא רק מסגרת שיש לכבד במקרה של פגיעה כאמור), אזי ארצות-הברית תוכל לפעול במישור הבין-לאומי נגד ישראל בעטיין של פגיעות אלה, אולם הסעד שיתקבל יהיה בוודאי פיצויים, ולא השבה בעין. חשוב להדגיש כי האמור מתייחס למישור הבין-לאומי, שהרי קיימת טענה כי ברית הידידות אינה מחייבת כלל במישור הישראלי הפנימי, משום שהיא לא נקלטה על-ידי חיקוק של הכנסת.¹⁴⁸

2. נסיונות לזכות בהשבה בעין באמצעות חוזים עבר-לאומיים – תופעת ה-
"internationalized contracts"

קיימים סוגים רבים של אפיקי השקעות שהרווחים והפירות בגינם מתקבלים רק בחלוף זמן ממושך. אחד מהם הוא מגזרי הגז והנפט. לפיכך, בהשקעות מהסוג האמור האינטרס של היזמים, אשר השקיעו סכומים גדולים בקידום המיזם (בדוגמה שלנו, בין היתר, במבחנים גיאולוגיים, במכונות ובציוד, בהעסקת מומחים וביתר הפעילויות הקשורות לחיפוש ולהפקה), הוא למנוע פגיעה בהשקעתם, ככל שהדבר אפשרי, כגון פגיעה מהותית בזכויות מייד לאחר גילוי מאגר גז או נפט. בנסיבות אלה יעדיפו המשקיעים לשמור על זכויותיהם להפיק ולמכור את הגז או

או על כל דבר אחר, ולא יהיו חייבים למלא אחרי דרישות בקשר להטלתם או גבייתם, בשיעור כבד מזה שנושאים בו אזרחים, תושבים וחברות של איזו ארץ שלישית."

146 שם, סי' יא, ס' 4.

147 הירש, לעיל ה"ש 61, בעמ' 4, מציין כי ההוראות באמנה בדבר טיפול במשקיעים באופן הוגן וצודק אינן תחליף לסעיפי ייצוב שיבטיחו למשקיעים זרים כי הדין המקומי לא ישתנה. לעמדה נוגדת ראו: Joel Slawotsky, *Ignoble Treatment: The Tax Increase on Noble Energy's Interests in the Massive Israeli Gas Strikes*, 27 EMORY INT'L L. REV. 347, 396 (2013), <http://law.emory.edu/eilr/content/volume-27/issue-1/articles/ignoble-treatment.html>

148 ראו הירש, לעיל ה"ש 61, בעמ' 75 מסקנה א.

הנפט למשך תקופה ארוכה, וידחו את האפשרות של קבלת פיצויים. הדברים מקבלים משנה תוקף בעולם שבו נהפכו משאבים אלה לאסטרטגיים.¹⁴⁹ כידוע וכמצופה, מאגרי הנפט או הגז בעולם עשויים להידלדל, וכתוצאה מכך המחירים עשויים לעלות באופן דרמטי. סיבות אחרות שעשויות לגרום לעליות במחיריהם של מקורות האנרגיה הן מלחמות, פעולות חבלה, מניפולציות ספקולטיביות בשוק, סנקציות כלכליות על מדינות, תאונות, מתקני זיקוק מיושנים שאינם עומדים בדרישות להספקה נאותה, וכדומה.

על-מנת לנסות לשמור על זכויותיהם, החלו משקיעים במגזרים אלה לנסות שיטה המכונה "בְּנָאוּם" (internationalization) של חוזה ההשקעה. המושג "בְּנָאוּם" הינו מושג מטעה, היות שניתן לפרשו כאילו משקיעים פרטיים נהנים ממעמד בין-לאומי השווה לזה של המדינות החברות באמנה, ולא היא.¹⁵⁰ מעמדם של משקיעים פרטיים אינו שווה למעמדן של מדינות, בין היתר מפני שאין הם צדדים לאמנות ואין הם יכולים להיות צד כזה. סעיף 2(א) לאמנת וינה בדבר דיני אמנות קובע כי אמנה הינה הסכם בין-לאומי שנערך בין מדינות.¹⁵¹ לפיכך לחברת נפט, חזקה ככל שתהיה, אין כושר משפטי להיות צד לאמנה בין-לאומית, ובכלל זה באמנה שבה המדינה המארחת נוטלת על עצמה התחייבות להימנע מלפגוע בהשקעתה.¹⁵² עם זאת, לא בכדי משפטנים ממשיכים להשתמש במונח "בְּנָאוּם" ביחס לחוזה השקעות, חרף העובדה שמדובר במושג מטעה.

השימוש במושג "בְּנָאוּם" נועד לתאר מצב שבו הדיון בחוזה ההשקעה, בכללותו או בחלקו, מוצאים מסמכותה של המדינה המארחת, וזאת כדי למנוע

Margarita T.B. Coale, *Stabilization Clauses in International Petroleum Transactions*, 30 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 217 (2003)

Aronovitz, *The Procedural Status of Individuals* 150 בעמ' 83, לעיל ה"ש 15. Vienna Convention on the Law of Treaties 151 לעיל ה"ש 126, ס' 2(a): "treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation"

Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company and the Government of the Libyan Arab Republic, (1977) 104 J.D.I. 350, (1979) 53 I.L.R. 389, para. 48: "Thus, the internationalization of certain contracts entered into between a State and a private person does not tend to confer upon a private person competences comparable to those of a State but only certain capacities which enable him to act internationally in order to invoke the rights which result to him from an internationalized contract" (לעיל ולהלן: עניין *TOPCO*).

ממדינה זו את האפשרות לנצל את סמכויותיה הריבוניות במטרה לפגוע בזכויות המשקיע. פעולת "הבנאום" של חוזה השקעה יכולה להתייחס למישורים הבאים:
 א. הערכאה שתהא מוסמכת להכריע במקרה שיתגלע סכסוך בין הצדדים עקב פגיעה בהשקעה, וכן הדין שאותה ערכאה תחיל בבואה לדון בסכסוך;
 ב. "הקפאת" המצב המשפטי ששרר בין הצדדים במועד עריכתו של חוזה ההשקעה.

(א) קביעה בהסכם ההשקעה איזו ערכאה תהא מוסמכת לדון בסכסוכים ואיזה דין היא תחיל

הרעיון הוא לעקור את העוקץ שמאפשר לפגוע במשקיעים, על-ידי הוצאת המנגנון ליישוב סכסוכים מגדר סמכותם של בתי-המשפט של המדינה המארחת וכן מחוקיה הפנימיים. דרך אחת לעשות זאת היא לקבוע בהסכם בין המשקיע לבין המדינה המארחת סעיף בוררות שיורה כי כל סכסוך שיפרוץ בין הצדדים ביחס לפירושו או ליישום של הסכם ההשקעה יובא להכרעה לפני ערכאת בוררות חיצונית למדינה המארחת. ערכאות אלה מכונות "ערכאות בוררות עבר-לאומיות" (transnational arbitration), והן יכולות להיות ערכאות קיימות (כגון ערכאות ה-ICSID) או ערכאות מיוחדות שמוקמות אד-הוק על-ידי הצדדים.¹⁵³

אין כל מניעה שהסעיפים הקובעים כי כל סכסוך בין הצדדים יופנה להכרעה לפני ערכאה עבר-לאומית (מדובר בסוג של *forum prorogatum*) יכללו גם הוראות הקובעות כי הבוררות תתקיים מבלי שהנפגע יצטרך למצות תחילה את ההליכים הפנימיים לפני ערכאותיה של המדינה המארחת.¹⁵⁴

חשיבותם של סעיפי בוררות עבר-לאומית בולטת במיוחד לנוכח העובדה שמספר מדינות שהן יעד להשקעות זרות אינן מציעות ערכאות בלתי-תלויות שבהן יוכלו המשקיעים לזכות בסעד ראוי. בספרות נשמעה העמדה כי חוזי זכויות רבים נערכים עם ממשלות שלא נבחרו בבחירות דמוקרטיות, עם ממשלים צבאיים או עם

153 סעיף כזה מוזכר בפסק-דין *Aminoil*, לעיל ה"ש 93, בעמ' 991, שם צוין כי הצדדים הסכימו להעביר לבוררות [i.e., between the Parties [i.e., the investor, and the host state Kuwait] concerning the interpretation or execution hereof, or anything herein contained or in connection herewith, or the rights or liabilities of either party hereunder"]

154 החובה למצות הליכים פנימיים – אשר חלה במסגרת ההגנה הדיפלומטית וכן במסגרות בין-לאומיות אחרות – משמעה שבטרם תוכל המדינה-האם לפעול נגד המדינה המארחת עקב פגיעה באזרח מאזרחיה, יש צורך שהאזרח שנפגע יחפש תחילה תרופה במסגרת ערכאותיה של המדינה המארחת. ראו: Aronovitz, *Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 76.

מנהיגים מושחתים.¹⁵⁵ במקרים אלה יעדיפו המשקיעים לכלול סעיף בוררות כזה, על-מנת להימנע מהסכנות האורבות להם בקרב ערכאותיה של המדינה המארכת. באשר לדין שלפיו תפסוק ערכאת הבוררות, ניתן לכלול סעיף בחוזה ההשקעה שלפיו דין זה לא יהיה הדין של המדינה המארכת, אלא דין של מדינה שלישית, או אפילו שדין זה יהיה המשפט הבין-לאומי. ניתן אף לקבוע את ה"לקס מרקטוריה" (lex mercatoria – דין מנהגי הסוחרים בענף מסוים)¹⁵⁶ או כל דין אחר שיוסכם על-ידי המשקיע והמדינה.¹⁵⁷

מדוע תסכים מדינה מארכת לכלול סעיף בוררות ודין זר בהסכם עם משקיע? התשובה היא שבמקרים רבים המשקיע הוא תאגיד בעל שווי כלכלי רב, ומטבע הדברים השקעתו חשובה למדינה. יתרה מזו, פרט למשאבים כספיים, בידי המשקיע עשוי להימצא ציוד טכנולוגי מתקדם (למשל, לחיפוש, להפקה ולעיבוד של משאבי-הטבע מושא החוזה) שאינו מצוי בידי המדינה המארכת. מעמד זה מאפשר למשקיעים לשאת ולתת עם המדינות המארחות מעמדת כוח לא-מבוטלת.¹⁵⁸

Howard Mann, *Stabilization in Investment Contracts: Rethinking the Context, 155 Reformulating the Result*, INVESTMENT TREATY NEWS (Oct. 7, 2011), <http://www.iisd.org/itn/2011/10/07/stabilization-in-investment-contracts-rethinking-the-context-reformulating-the-result/>

Berthold Goldman, *Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria*, in FESTSCHRIFT PIERRE LALIVE 241 (1993), <http://www.trans-lex.org/112300>; Abul F.M. Maniruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?*, 14 AM. U. INT'L L. REV. 657 (1999), <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1322&context=auilr>
NOAH RUBINS & N. STEPHAN KINSELLA, INTERNATIONAL INVESTMENT, POLITICAL RISK AND DISPUTE RESOLUTION 45 (2005): "Whether or not the investment contract contains an arbitration clause, a choice of law provision can increase predictability and stability over the life of a long-term project" במקרים מסוימים ייתכן שהדין שיש להחיל במסגרת הבוררות לא יעלה בבירור מתוך סעיפי החוזה, והבוררים יאלצו לזהותו מתוך פרשנות ההסכם והקשרו. ראו עניין *TOPCO*, לעיל ה"ש 152, פס' 11.

158 על חשיבותם של הפערים הטכנולוגיים בתחום של הפקת גז טבעי ראו את דבריה של ראשת המחלקה להנדסת מכונות ומכטרוניקה באוניברסיטת אריאל, המצוטטים במאמרו של שמעון כהן "הגז המצרי – הזדמנות גדולה לשיתופי פעולה" ערוץ 7 6.9.2015 www.inn.co.il/News/News.aspx/305734: "אם מסתכלים על מדינות עולם שלישי – כשיש להן משאבים ואוצרות טבע, הן מוכרות את זה כחומרי גלם ובכך הן מעשירות את בעלי ההון וזה מייצר בעיקר פערים ואוליגרכיה. מדינות מפותחות שהופכות את המשאבים הללו למוצרים מדע וטכנולוגיה מתעשרות באמת." לדבריה, בישראל קיימות הטכנולוגיות המתקדמות הנדרשות כדי להפוך את המשאבים לרווח של ממש, הן במוצרים ובשימושים שיוכלו להיעשות בגז הטבעי והן בפיתוח ובקידום של טכנולוגיות להפקה נקייה יותר של הגז: "אם אנחנו כמדינה

(ב) "הקפאת" המצב המשפטי ששרר בעת עריכת חוזה ההשקעה – תופעת הסעיפים המייצבים

במסגרת החיפוש אחר יציבות אסדרתית מרבית, משקיעים במגזרי הגז והנפט יבקשו להוסיף לחוזה עם המדינות המארחות – לצד סעיפי בוררות ודין (שנידונו בחלק הקודם) – הוראות שמטרתן לשמר את המצב המשפטי כפי שהיה בזמן חתימת הסכמי ההשקעה. כך למעשה נולדה תופעת "הסעיפים המייצבים", המכונים גם "פסקות יציבות" או "סעיפי ייצוב" (stabilization clauses).

מדובר בהוראות בחוזה השקעה הקובעות כי התנאים שהוסכמו על-ידי הצדדים בעת עריכת ההסכם לא ישונו באופן חד-צדדי על-ידי המדינה. ראו, למשל, סעיף 17 לחוזה הזיכיון שהיה במרכזה של פרשת *Aminoil*, שבו התחייבה כונית לא לבטל או לשנות באופן חד-צדדי את החוזה עם החברה המשקיעה:

"השיח' לא יבטל הסכם זה באמצעות חקיקה כללית או מיוחדת או באמצעות צעדים מנהליים... הוראות הסכם זה לא ישונו על-ידי השיח' או על-ידי החברה אלא אם כן הסכימו השיח' והחברה כאחד כי רצוי, למען האינטרסים של שני הצדדים, לערוך שינויים, הוספות או ביטולים מסוימים בהסכם."¹⁵⁹

עם יתרונות משמעותיים של ידע נדע לייצר טכנולוגיה מהגז, אז גם הגילוי המצרי יהווה יתרון עבורנו.

159 עניין *Aminoil*, לעיל ה"ש 93, בעמ' 990–991:

"The Shaikh shall not by general or special legislation or by administrative measures or by any other act whatever annul this Agreement except as provided in Article 11. No alteration shall be made in the terms of this Agreement by either the Shaikh or the Company except in the event of the Shaikh and the Company jointly agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions or additions to this Agreement."

הואיל והסעיפים המייצבים הם תוצאה של משא-ומתן בין המשקיע למדינה המארחת, קיימת מניפה רחבה של סוגי הוראות אלה והדין המפורט של כל סוג וסוג חורג ממסגרת מאמר זה. להלן דוגמאות נוספות של סוגים שונים של סעיפים מייצבים:

"Concession shall not be annulled by the Government and the terms therein contained shall not be altered either by general or special legislation in the future, or by administrative measures or any other acts whatever of the executive authorities"; "This agreement shall be construed in accordance with the Petroleum and Tax Laws and related regulations in force on the date of execution. Any amendment to, or repeal of such laws or regulations, shall not affect the contract rights

מטרתה של "הקפאת" המצב המשפטי כפי שהתקיים ביום חתימת החוזה היא למנוע פגיעה בהשקעה על-ידי פעילות חקיקתית או מעשים דה-פקטו עתידיים של המדינה. ממחקר שנערך בעבור התאגיד הפיננסי הבין-לאומי והנציג המיוחד של מזכ"ל האו"ם לענייני עסקים וזכויות אדם עולה כי סעיפים אלה נמצאים בשימוש בעיקר בהשקעות בצפון אפריקה ובמדינות שמדרום לסהרה, במזרח אירופה ובדרומה, באסיה המרכזית ובמזרח התיכון.¹⁶⁰ במדינות ה-OECD, לעומת זאת, התופעה נפוצה הרבה פחות.

or obligations of the contractor without its consent"; "After the effective date of this agreement, if there is a change in the domestic law that results in a material adverse impact on the economic value derived from operations by the contractor, the state (NOC) will ensure that the contractor will derive the same economic benefits as it would have derived if the change in law had not been affected"; "No general or particular measure, whether legislative or administrative, or any other act of this kind emanating from the Iranian Government Authority, central or local, can annul the present agreement, amend or modify its provisions, prevent or hinder the necessary and effective performance of its terms. The amendment or modification of this agreement shall not take place except by the Agreement of the parties themselves"; "The company shall submit to all existing and future legislation of the U.S.S.R. in so far as special conditions are not provided by this agreement. The government undertakes not to make any alteration in the Agreement by Order, Decree, or other unilateral act at all except with the Company's consent"; "Upon execution hereof by the parties, this contract shall be a firm and binding agreement between the Parties and shall not be amended or modified except by mutual written consent"; "The Administration shall not resume or expropriate or permit the resumption or expropriation of any asset (whether movable or not) of the Company used in connection with any of its operations under this Agreement, any of the products resulting from such operations, the business of the Company or any shares held or owned by any person in the Company."

ראו: Amaechi Nwokolo, *Oil and Gas Law: Is there a Legal and Functional Value for the Stabilisation Clause in International Petroleum Agreements?* (Centre for Energy, Petroleum and Minerals Law and Policy, Annual Review 8, 2004), <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/index.php?news=28033>; GUIDO AJELLO, LA CLAUSOLA DI STABILIZZAZIONE NEI TRATTATI E NEI CONTRATTI INTERNAZIONALI 23, 30 (unpublished doctoral thesis, Catania University, 2008)

Andrea Shemberg, *Stabilization Clauses and Human Rights* 17 (a research project 160 conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary

גם כאן, כמו במקרה של סעיפי הבוררות והדין (שנידונו בחלק הקודם), הסיבות לכך שמדינה תסכים להוסיף סעיף מייצב בחוזה עם משקיע הן פדאיות כלכלית והאפשרות ליהנות משימוש בטכנולוגיה מתקדמת או מציוד שאינו נמצא בהישג-ידה. עם זאת, ייתכנו סיבות שבעטיין תימנע מדינה מלהתחייב בסעיפים כאלה – למשל, אם החוקה או חוקים לאומיים אחרים אוסרים ויתור על חלק מהסמכויות הטריטוריאליות.¹⁶¹

במקרה של מדינת-ישראל נהנו תאגידי הגז ממעמד איתן הודות לטכנולוגיות שהביאו עימם, אשר אפשרו את גילוי מאגרי הגז מקום שהמדינה ויזמים אחרים נכשלו, וכן בשל עוצמתם הפיננסית. בתחילת הדרך, כפי שציין פרופ' הירש בחוות-דעתו, לא הוכנסו סעיפים מייצבים במסמכי ההתקשרות עם המדינה.¹⁶² אולם לאחר הגשת דוח ששינסקי 1, אפשר מעמדם האיתן האמור של תאגידי הגז ללחוץ על המדינה על-מנת שסעיף מייצב יכלל במתווה הגז או לצידו. מדובר בהתחייבות מטעם המדינה לא לשנות את המצב האסדרתי ששרר בעת עריכת ההסכם עם המשקיע, לא להעלות הצעות חוק שמשנות את האסדרה, לסכל הצעות חוק פרטיות שנועדו לפגוע בתנאי ההשקעה, וכן לחוקק חוק שמחזיר את המצב לקדמותו אם הצעה חוק פרטית כזו תתקבל (וכל זאת לתקופה של כעשר עד חמש-עשרה שנים).¹⁶³ בפסיקתו מיום 20.3.2016 קבע בג"ץ כי פסקת היציבות שבמתווה הגז אינה בתוקף מהטעם שהבטחה זו ניתנה על-ידי הממשלה ללא סמכות, כי הממשלה הנוכחית אינה רשאית לכבול את ידיהן של ממשלות עתידיות. מכאן משתמע שבדין הישראלי פסקת יציבות אסדרתית אינה פסולה כשלעצמה, אלא שהדבר מצריך חקיקה של הכנסת.¹⁶⁴

General on Business and Human Rights, 2008); Abdullah Faruque, *Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses – Legal Protection vs. Functional Value*, 23(4) J. INT'L ARBITRATION 317 (2006)

161 Shemberg, לעיל ה"ש 160, בעמ' 5, ה"ש 13.

162 הירש, לעיל ה"ש 61, בעמ' 4: "במקרה שלפנינו, המסמכים המשפטיים החלים בין מדינת ישראל לבין המשקיעים של ארצות הברית (הסכם, היתר, זכיון, רישיון, שטר חזקה וכו') אינם כוללים 'סעיף ייצוב'... אין די בהערות עידוד כלליות של הממשלה כדי ליצור ציפיות לגיטימיות. מהמידע שנמסר לי עולה שמדינת ישראל לא יצרה התחייבות שכזאת כלפי משקיעים של ארצות הברית."

163 אבי בר-אלי "המתווה הסופי נחשף" **TheMarker** 16.8.2015 www.themarker.com/dynamo/1.2708314

164 עניין דודיאן, לעיל ה"ש 33.

פרט לצורך לבחון את מעמדם של הסעיפים המייצבים במשפטה הפנימי של המדינה המארחת, יש לבחון את האפקטיביות של הוראות אלה במישור הבין-לאומי. אם יימצא שערכאות בין-לאומיות נתנו לסעיפים אלה תוקף מעשי, והורו – במקרים של הפקעות שהפרו אותם – להחזיר את המצב לקדמותו ולהעמיד את המשקיע במצבו עובר לפגיעה, אזי נוכל לומר כי האסטרטגיה של שימוש בסעיפים מייצבים מוכיחה את עצמה.

I. פסק הבוררות בעניין *Aminoil*

אחת ההחלטות המרכזיות שפורסמו בהקשר של סעיפים מייצבים היא פסק הבוררות בעניין *Aminoil*.¹⁶⁵ בשנת 1948, כאשר הייתה כוונת מדינת-חסות של בריטניה, התקשר השיח' הראשי של כוונת בחוזה עם חברת "אמינויל", שהיא תאגיד אמריקאי. בחוזה הוענק לחברה זיכיון לחיפושי נפט וגז לתקופה של שישים שנה, וכן זכות לשווק מוצרים אלה לכשיימצאו ויופקו. בשנת 1961, בעקבות סיום הקשר המיוחד בין כוונת לבריטניה, החלה ממשלת כוונת לנהל משא-ומתן עם חברת "אמינויל", בעיקר על-מנת לערוך שינויים בחלק הפיננסי של חוזה הזיכיון. בשנות השבעים נערכו הסכמים שונים בין נסיכויות הנפט לבין בעלי זכויות הפקה, ובמסגרת זו נוהל משא-ומתן חדש בין כוונת ל"אמינויל" בכוונה להעלות את תמלוגי החברה. בשנת 1973 הסכימו הצדדים על העלאת אחוזי המס המוטלים על החברה. זמן קצר אחר כך פרצה מלחמת יום-הכיפורים, וממשלת כוונת החליטה על העלאת נוספות בהיטלים שחלו על "אמינויל". החברה הסכימה להעלות אלה במכתב ששיגרה לממשלת כוונת. בדצמבר 1974 הציגו מדינות המפרץ את "נוסחת אבו-דאבי", שעיקרה העלאת נוספות בהיטלים שחבו החברות המפיקות. כאשר החילה כוונת את הנוסחה האמורה על "אמינויל", החליטה החברה כי המצב נהיה בלתי-אפשרי. הצדדים ניהלו משא-ומתן נוסף, אך זה לא הניב פרי. כתוצאה מכך החליטה ממשלת כוונת, ב-19 בספטמבר 1977, לסיים את הזיכיון באופן חד-צדדי, באמצעות מעשה חקיקה שמספרו 124. סעיף 3 לאותו חיקוק קבע כי תוקם ועדה מיוחדת על-מנת לספק לחברת "אמינויל" "פיצוי הוגן" ("fair compensation"). החברה הודיעה על כוונתה לפנות לבוררות על-סמך הוראה שבחוזה הזיכיון, וכך אכן עשתה בפועל. בהמשך הוקמה ערכאת בוררות עבר-לאומית, שהורכבה מהבוררים רוטר, סולטן ופיצמוריס. לפני הבוררים הועמדה שאלת תחולתו של מעשה החקיקה מס' 124 על "אמינויל"

165 עניין *Aminoil*, לעיל ה"ש 93.

לנוכח קיומו של הסעיף המייצב בהסכם שבין הצדדים.¹⁶⁶ ההכרעה בבוררות נפלה ברוב קולות.

הבוררים רויטר וסולטן ציינו, בדעת הרוב, כי כאשר בוחנים במבט לאחור את דעת הצדדים במועד עריכת ההסכם, ובעיקר את הסעיף המייצב שבו, משתמע בכירור שכוונתם הייתה למנוע כל התערבות של המדינה שתוצאתה נזק פיננסי רציני לחברה. זו הסיבה לכך שהסעיף המייצב מונה באופן קפדני כל פעולה חד-צדדית של כוונת שנועדה לסיים את הזיכיון תוך חילוט זכויותיה של החברה (forfeiture).¹⁶⁷ במילים אחרות, הבוררים רויטר וסולטן פירשו את הסעיף המייצב כסעיף שנועד למנוע צעדים מחרימים (קרי, נטילת הזיכיון ללא תשלום פיצויים). מכיוון שמעשה החקיקה מס' 124 הורה על הקמת ועדה שתקבע את סכום הפיצויים שבהם תזכה החברה, אין מדובר בהחרמה, כי אם בהפקעה או בהלאמה, ואלה, לדעת הבוררים, מותרות. לדבריהם, "מקרי הלאמה בוודאי לא נכללו באופן מפורש בסעיף המייצב שבחווה הזיכיון".¹⁶⁸ בוררי הרוב הוסיפו כי התחייבות של מדינה להימנע מלהפקיע או מלהלאים היא רצינית עד כדי כך שאם הצדדים חפצו בה, היה צורך לכלול אותה באופן מפורש בסעיף המייצב. היות שאי-אפשר להסיק התחייבות כזו מההקשר הכללי של ההסכם,¹⁶⁹ דעת הרוב היא שהתרופה הנאותה במקרה זה היא פיצויים.

עמדת המיעוט של הפסק, שניתנה מפי הבורר פיצמוריס, מעניינת במיוחד. בניגוד לעמדת הרוב, קבע הבורר פיצמוריס כי אין כל סיבה הגיונית המצדיקה הגבלה של הסעיף המייצב רק למקרים של החרמה. הוא הוסיף – במידה מסוימת של סרקסטיה – כי לא ידוע לו על קיומו של עיקרון משפטי המחייב שדבר יופיע מפורשות בחווה על-מנת שיחייב את הצדדים. לדידו של פיצמוריס, אין כל איסור להסיק דבר מההקשר הכללי של ההסכם. יתר על כן, נהיר לו שכוונת הצדדים הייתה שהסעיף המייצב יחול גם על מקרים של הלאמות, ולא רק על החרמות. הסעיף המייצב, ציין פיצמוריס, לא נועד להבטיח שהחברה תזכה בפיצויים במקרה של סיום חד-צדדי של הזיכיון על-ידי כוונת, מפני שזכות זו הייתה קיימת לה ממילא מכוח המשפט המנהגי. לכן יש להסיק כי כוונת החברה הייתה בוודאי לשמור על זכויותיה כפי שאלה מופיעות בחווה הזיכיון, על-מנת שתוכל להמשיך

¹⁶⁶ הסעיף מצוטט לעיל בתחילת ה"ש 159.

¹⁶⁷ עניין *Aminoil*, לעיל ה"ש 93, בעמ' 1022.

¹⁶⁸ שם, בעמ' 1023.

¹⁶⁹ שם.

ליהנות בשלום מזכותה להפיק נפט ולשווקו. אי-לכך, קבע הבורר, פעולתה של כונית מהווה הפרה של אותו סעיף מייצב:

"לסיכום, ואף שאני מהסס כמובן לחלוק על העמדה שהוצגה באופן כה מיומן ומשכנע בפסק של הרוב, תום-ליבי ומצפוני המקצועי מחייבים אותי לקבוע כי חרף העובדה שבנסיבות אחרות יכלה הלאמת קונצרן 'אמינויל' להיות חוקית לחלוטין, מעצם העובדה שמדובר בפעולה של המדינה, היא אינה מתיישבת עם הסעיפים המייצבים המופיעים בזיכיון שהיה עדיין בתוקף במועד הנטילה."¹⁷⁰

מכל מקום, בחלק האופרטיבי של פסק הבוררות קבעו כל הבוררים, כולל פיצמוריס, כי הסעד הנאות במקרה הנדון הוא פיצויים.

פסק הבוררות בפרשת *Aminoil* משאיר אחריו לפחות שתי תהיות חשובות – הראשונה מתייחסת לעמדתו של הבורר פיצמוריס, והשנייה לעמדת הרוב:

א. התהייה ביחס לעמדת המיעוט של הבורר פיצמוריס נוגעת בסעד המשפטי שהוא פסק בסופו של דבר לחברה. לאחר שקבע כי כונית הפרה את הסעיף המייצב שבחווה הזיכיון, מדוע בחלק האופרטיבי של הפסק הצטרף פיצמוריס לעמדת הרוב, שלפיה הסעד הראוי שיינתן לחברה הוא פיצוי כספי? הרי ההיגיון מורה כי הסעד הסביר ביותר במקרה של הפרת סעיף מייצב הוא השבת המצב לקדמותו, כלומר, שחברת "אמינויל" תשוב למצב שבו הייתה בטרם סוים הזיכיון תוך הפרת הסעיף המייצב.¹⁷¹

נראה שהתשובה לתמיהה זו ניתנה על-ידי הבורר פיצמוריס לאלה שהיו קרובים אליו בתקופה שקדמה למותו. לדבריהם, הבורר הסביר להם כי הצטרף לדעת הרוב בחלק האופרטיבי של הפסק על-מנת לנצל הזדמנות יחידה במינה שבה ישב בערכאה בין-לאומית נציג של מדינות מפיקות (הבורר סולטן) ולהגיע עימו

170 שם, בעמ' 1052:

"In consequence, and while I naturally hesitate to differ from a view so skillfully constructed and persuasive as that contained in the Award, good faith and my professional conscience compel me to conclude that although the nationalisation of Aminoil's undertaking may otherwise have been perfectly lawful, considered simply in its aspect of being an act of State, it was nevertheless irreconcilable with the stabilization clauses of a Concession that was still in force at the moment of the take-over."

171 שם, בעמ' 1042.

להחלטה אחידה בשאלת טיב הפיצוי שיש לשלם בגין הלאמות.¹⁷² אכן, המחלוקת סביב טיב הפיצוי וגובהו נמצאת בלב-ליבה של סוגיית ההפקעות וההלאמות, ובשל כך היה חשוב לפיצמוריס לקבוע מסמרות בעניין זה באמצעות פסק בוררות שבו הסעד נפסק באחדות-דעים.

ב. השאלה השנייה שנשארה פתוחה מתייחסת לעמדת הרוב: אילו מנה הסעיף המייצב מפורשות את מקרי ההלאמה וההפקעה, האם היו הבוררים פוסקים השבה בעין לטובת החברה?

II. פסק *TOPCO*

בעניין *TOPCO* הלכה הערכאה הבין-לאומית צעד אחד רחוק יותר מההרכב בעניין *Aminoil*. במקרה זה העניקה ממשלת לוב לחברת "טקסקו אוברסז פטרוליום קומפני" (להלן: חברת "טופקו") ארבעה-עשר זכוונות שהמודל שלהם היה זהה. לפי סעיף 16 לחוזים:

"ממשלת לוב, הוועדה והרשויות האזוריות ינקטו את הצעדים הנחוצים על-מנת להבטיח שהחברה תיהנה מכל הזכויות המוענקות על-ידי זיכיון זה. הזכויות החוזיות המוענקות באופן מפורש בזיכיון זה לא ישונו אלא בהסכמה משותפת של הצדדים."¹⁷³

ביום 11 בפברואר 1974 הוציאה ממשלת לוב צו שהורה על הלאמת נכסיה של חברת "טופקו" שנרכשו על-סמך הזכוונות האמורים. בצו צוינה האפשרות לתשלום פיצויים לחברה, לאחר שיעשה שינוי בחוק לובי משנת 1973. החברה טענה כי ממשלת לוב הפרה את התחייבויותיה מכוח הסעיף המייצב שבחוזו, ודרשה את החזרת המצב לקדמותו. המחלוקת הובאה על-ידי החברה לפני הבורר דופוי, מכוח סעיף בוררות שנכלל בחוזים. לאחר בדיקה מעמיקה שערך, ציין הבורר את הדברים המסוכמים להלן:

א. אין חולק כי בידי כל מדינה הזכות להסכים להגביל את סמכותה לסיים זיכיון באופן חד-צדדי, וזאת מכוח עקרון הריבונות.

ב. אף-על-פי שרק מדינות רשאיות להתקשר באמנות, אין הדבר מונע בעדן מלהתחייב, במסגרת הצטרפותן למסמכים בעלי טיב שונה מאמנות, כלפי צדדים שאינם מדינות.

¹⁷² Meessen, לעיל ה"ש 101, בעמ' 23.

¹⁷³ עניין *TOPCO*, לעיל ה"ש 152, פס' 3.

ג. מדינה אינה יכולה להסתמך על ריבונותה כהצדקה להתנערות מהתחייבויות שנטלה באופן חופשי, ומכאן שמדינה אינה יכולה – באמצעות משפטה הפנימי – לבטל את זכויותיו של צד להסכם עימה אשר מילא את כל התחייבויותיו.¹⁷⁴

הבורר הוסיף עוד כי העובדה שבפרקטיקה של ההגנה הדיפלומטית הסכימו מדינות-אימהות לסעד של פיצויים עקב פגיעות במשקיעיהן לא יצרה כל תקדים מחייב, היות שהסכמות אלה התבססו על שיקולים מעשיים, ולא על שיקולים משפטיים.¹⁷⁵ לאחר בדיקת החלטות שהתקבלו בנושא בעצרת הכללית של האו"ם, סיכם הבורר כי אין בהן דבר המונע מדינה מלהתחייב לא לפגוע בזכויות של משקיע.¹⁷⁶ בהמשך הסתמך הבורר על פסק-הדין בעניין *Factory at Chorzów*, שלפיו הסעד בגין פעולה בלתי-חוקית של מדינה חייב למחוק ככל האפשר את השלכותיו של המעשה הבלתי-חוקי, ולהשיב על כנו את המצב שהיה ממשיך להתקיים אלמלא המעשה.¹⁷⁷

לבסוף הגיע הבורר למסקנה כי במקרה דנן השבת המצב לקדמותו משקפת את הסעד הנאות שיש לפסוק לחברת "טופקו" בגין הפגיעות בה.¹⁷⁸

174 שם, פס' 146.

175 שם, פס' 69 ("considerations of expediency and not of legality").

176 שם, פס' 80–91.

"Awards almost always include a retrospective (as opposed to prospective) component. Non-pecuniary relief – including orders for specific performance, contractual reformation, and pure declaratory relief – is far less common. The traditional practice of awarding damages is a function of several factors, including the terms of the relevant contract or treaty, applicable law, and the greater ease of enforcing monetary awards. Moreover, claimants frequently request damages, and tribunals are constrained by the doctrine of *ultra petita* from employing remedies that differ in kind from that which has been requested."

ראו גם: Brooks E. Allen, *The Use of Non-pecuniary Remedies in WTO Dispute Settlement: Lessons for Arbitral Practitioners*, in PERFORMANCE AS A REMEDY: NON-MONETARY RELIEF IN INTERNATIONAL ARBITRATION 281, 294 (2011), <http://www.sidley.com/files/Publication/82968525-ac11-4ec3-b815-763a3d4208cc/Presentation/PublicationAttachment/380384cc-5395-4f87-ba8f-783138314c33/14%20Part%20IV%20Chapter%2018.pdf>

177 ראו לעיל ה"ש 129 והטקסט שליד ה"ש 129–132.

178 עניין *TOPCO*, לעיל ה"ש 152, פס' 111.

(ג) הערכת האפקטיביות של החוזים העבר-לאומיים כאמצעי להבטחת יציבות במעמדם של משקיעים

אין ספק שפסיקתו של הבורר דופוי, אשר העניקה לחברת "טופקו" סעד של השבה בעין, משקפת מידה רבה של אומץ. מאידך גיסא, מי שיבחן את התוצאות המעשיות של פסיקה זו מנקודת-מבטו של משקיע שמעוניין בהשבה בעין עתיד לנחול אכזבה. כפי שכבר צוין,¹⁷⁹ אי-אפשר לעשות הרבה כאשר מדינה מסרבת לנהוג בהתאם לפסק בוררות או לפסק-דין בין-לאומי שחייבו אותה להחזיר את המצב לקדמותו, כפי שאכן נהגה לוב באותה פרשה. בסופו של דבר, החלק האופרטיבי של פסק *TOPCO* נשאר ללא אכיפה, והסכסוך הוסדר בדרך אחרת: לאחר חודשים אחדים של משא-ומתן ולחצים, הסכימה לוב לשלם לחברת "טופקו" פיצויים בגובה 152 מיליון דולר, באמצעות מכליות נפט.¹⁸⁰ במילים אחרות, אף-על-פי שבמקרה דנן פעל הסעיף המייצב שבחווה ההשקעה כשורה, וערכאת הבוררות פסקה על בסיסו כי יש להחזיר את המצב לקדמותו, בפועל לא זכתה החברה בביטול ההלאמות, אלא "רק" בפיצויים.

נכון שיש מדינות שעשויות להסכים להשבה בעין בהתבסס על מערכת המשפט הפנימי, וזאת במקרים של הפקעות שבוצעו בניגוד לחוק. כך, מסקירת הפסיקה בישראל עולה כי בתי-המשפט בארץ לא נרתעו מלפסוק סעד זה – למשל, כאשר יסוד הצורך הציבורי שעליו הכריזו השלטונות בבואם להפקיע רכוש פרטי חדל מלהתקיים או השתנה.¹⁸¹

179 ראו לעיל ליד ה"ש 137–138.

180 שם, הערת מבוא מאת R. von Mehren.

181 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001); Danielle Marx, *Takings and the Requirement of "Ongoing Public Purpose": The Effect of the Constitutionalization of the Right to Property on the Law of Takings*, 36 *ISR. L. REV.* 149 (2002).

בשנת 2010 תוקן ס' 14 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, והוענקה לשר סמכות מסוימת לסטות מהמטרה הציבורית המוכרזת, דבר שמצמצם את אפשרויות ההתערבות השיפוטיות במקרים של סטייה (www.nevo.co.il/law_html/law01/286_034.htm#Seif14).

"פורסמה הודעה לפי סעיף 5, וכל עוד לא קנה שר האוצר חזקה בקרקע לפי סעיף 7, רשאי הוא לחזור בו, בין לגמרי ובין במקצת, מרכישת אותה קרקע, מתוך שימסור, באופן המפורט בסעיף 5, הודעה שהוא חוזר בו, לכל בני-אדם ששמותיהם נרשמו בספרי האחווה כבעלי הקרקע, שמרכישתה הוא רוצה לחזור בו, או כבעלי כל זכות או טובת הנאה באותה קרקע, וכן לכל בני-אדם זולת בני האדם האמורים, שהגישו תביעה לאותה קרקע בהמשך להודעה על

כפי שצוין, המשקיעים האמריקאים שזכו בזכיונות החיפוש וההפקה של נפט בישראל לא דרשו (או לא עמדו על כך) שבמסמכים שמכוחם הוענקו להם הזכיונות ייכללו סעיפים מייצבים שבהם תתחייב ישראל לא לשנות את תנאי ההתקשרות. הדבר היה אפשרי, חרף הדברים הבאים שאמר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בחוות-דעתו משנת 2010:

”במקרה שלפנינו לא נחתם כל הסכם או חוזה עם היזמים ולא בכדי. המחוקק בחר במודל אחר המבוסס על רישיונות וחזקות [ולא על חוזים – א”מ א’]. זהו מודל המתאים לשיטת המשפט הישראלית המבקשת לתת משקל לגמישות המעשה המינהלי... העתקת מודל חוזי ממדינות באסיה, אפריקה ודרום אמריקה אל המערכת הישראלית ללא כל אסמכתא בדין ובאמצעות פרשנות הרישיונות והחזקות, חותרת תחת עקרונות החוק ומפרה את האיזונים שקבע המחוקק. לכן אין לקבל העתקה זו.”¹⁸²

בישראל עשויה להתעורר שאלה מעניינת, והיא אם ”הלכת ההשתחררות” שנוהגת ביחס לחוזי-רשות משקפת הסדר שניתן להתנות עליו או שמא התניה כזו בטלה בהיותה – למשל – סותרת את תקנת הציבור.¹⁸³

לכאורה הכנסת סעיף מייצב אינה בלתי-חוקית בעליל על-פי המשפט הישראלי.¹⁸⁴ חוות-הדעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה משנת 2010 מציינת בעצמה כי הוראות שמטרתן לגרום ליציבות פיסקלית כבר נכללו בעבר. למשל, סעיף 40 בתוספת א לחוק זכיון צינור הנפט, התשכ”ח-1968, קובע:

כוונה לרכוש אותה קרקע, שנמסרה לפי סעיף 5, ומתוך מילוי אחריה, ולאחר פרסום ברשומות של אותה הודעה, שהוא חוזר בו, תפוטרו הקרקע הנזכרת באותה הודעה לגמרי מנפקותה של אותה הודעה על כוונה לרכוש אותה קרקע, לרבות חיוב לשלם פיצויים עליה.”

182 חוות-דעת משפטית לקראת פרסום מסקנותיה של ועדת ששינסקי 1, לעיל ה”ש 19, בעמ’ 7-8. 183 ראו, למשל, דפנה ברק-ארז ”השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית” המשפט יא 111 (2007) http://hamishpat.colman.ac.il/files/04_2011/E_DBarak Erez.pdf. בשנת 2015 הוגשו עתירות לבג”ץ נגד מתווה הגז, בין היתר נגד הכללת פסקת היציבות בו: בג”ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע”ר) נ’ ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016).

184 גבריאלה שלו ”חוות דעה משפטית לוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים” 60, 6 (2013), www.mof.gov.il/Committees/NatureResourcesCommittee/EmdotTzibur_Cil_GavrielaShalev.pdf.

- ”(א) השר יהיה מוסמך, מזמן לזמן, באישור קודם של ועדת הכספים של הכנסת, לעשות כל שינויים בזכיון, בתנאי שהצדדים הסכימו על שינויים אלה.
- (ב) הצדדים מתחייבים להוציא לפועל את התנאים וההוראות של זכיון זה בהתאם לעקרונות האמון והרצון הטוב ההדדי, תוך כיבוד רוחם ולשונם של התנאים וההוראות האמורים.
- (ג) כל מעשה חקיקה כללית או מיוחדת או פעולות מינהליות או מעשה אחר כלשהוא הנובע מהממשלה או מרשות ממשלתית בישראל (בין רשות מרכזית או מקומית) לא יבטלו זכיון זה ולא ישנו או יתקנו את הוראותיו ולא ימנעו או ישילו את ביצועם הראוי והיעיל של תנאיו. ביטול, תיקון או שינויים כאלה יעשו אך ורק בהסכמת הצדדים לזכיון זה.”¹⁸⁵

ראוי לשים לב לנקודה מעניינת: במישור הפנים-מדינתי בכוחם של סעיפים מייצבים לעמוד לא רק בפני פגיעות במהות הזכות של המשקיע (כגון הפקעות או הלאמות), אלא גם בפני גזרות שאינן יורדות ללב-ליבן של הזכויות שהוא רכש. במקרה של תאגידי הגז בישראל יכלה הזכיינית הזרה, בתחילת ההתקשרות,

185 ההדגשות הוספו. גבריאלה שלו, בחוות-הדעת שלה לוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים, מציינת מקרה נוסף של פסקת יציבות ישראלית (שלו, לעיל ה"ש 184, בעמ' 16 (ההדגשות הוספו)):

”בראשית שנת 1995, במסגרת קידום הליך ההפרטה ולקראת מכירת גרעין השליטה בכיל, הגיעו המדינה ומי"ה [מפעלי ים המלח] להבנות וויתורים הדדיים בעניין מימוש הזכויות המוקנות להן בהסכם הזיכיון. הסכמות אלה עוגנו במכתב לכל מיום 11 בינואר 1995 מטעם שר האוצר ושר התעשייה, המסחר והתעסוקה (להלן: 'מכתב השרים'). במסגרת מכתב השרים, התחייבה ממשלת ישראל שלא לדרוש דיון מחדש בגובה התמלוגים שישולמו בגין כמות שנתית שמעל 1 מליון טונות של כלוריד האשלג שיוצרה בעבר או שתיוצר בעתיד. עוד הוסכם כי המדינה תוכל לתבוע דיון מחדש בגובה התמלוגים רק החל משנת 2010 ורק בנוגע לכמות שנתית שמעל 3 מיליון טונות. בתמורה להתחייבות המדינה כאמור, התחייבה מי"ה שלא לדרוש את מימוש חובתה של הממשלה לספק ולקיים בתקופת הזיכיון כבישים או מסילות ברזל ומתקני נמל מתאימים על מנת לאפשר את הובלת המוצרים נשוא הזיכיון ושילוחם דרך הים. הנה כי כן, במכתב השרים נדונו, בין היתר, הסכמות הצדדים בדבר אופן יישום זכויותיהם מכוח הסכם הזיכיון, כמו גם התחייבויות עתידיות הנוגעות לאלה. התחייבות זו – אף כעומדת לעצמה – היא בעלת משמעות רבה...”

לעמוד על הכנסת הוראה מייצבת דומה, מה-גם שבעת הענקת הזכויות נראתה התקופה מתאימה מבחינה עסקית. הוראה כזו הייתה זוכה כנראה בתוקף מחייב. אילו זה היה המצב, ייתכן שהחברה האמריקאית יכלה להעלות טענות כבדות-משקל שיכלו לעמוד בדרכה של הממשלה בבואה ליישם את מסקנותיה של ועדת ששינסקי 1 או כל גזרה אחרת שהייתה מיועדת "להפשיר" את המצב על-ידי שינויים חד-צדדיים. מאידך גיסא, כפי שנראה מפסקי הבוררות בעניין *Aminoil*, בעניין *TOPCO* ובמקרים אחרים,¹⁸⁶ במישור הבין-לאומי אכיפת סעיפי יציבות שמתגשמת באמצעות הסעד של השבה בעין נותרה בעייתית. ניתן למנות כמה סיבות לכך:

ראשית, העובדה שמדינה עשויה לכבד החלטה של ערכאותיה שלה המורה לה להשיב את המצב לקדמותו אינה מבטיחה שהיא לא תסרב, מטעמים של כבוד לאומי, לאכוף צו דומה שיינתן על-ידי ערכאה זרה.

שנית, במיזמים של השקעות גורם הזמן ממלא תפקיד מכריע. לעיתים חולפות שנים רבות מעת הפגיעה ועד להבאת העניין לפני ערכאה בין-לאומית. בתקופת-ביניים זו עשויים להתהוות שינויי נסיבות מהותיים, ולפיכך השבת המצב לקדמותו עשויה להתגלות כקשה עד בלתי-אפשרית.¹⁸⁷ נניח, לדוגמה, שמדינה העניקה לחברה זרה זיכיון לכרייה באזור מסוים. לימים המדינה מפקיעה את המכרה, תוך הפרת סעיף מייצב שבחוזה הזיכיון. החברה מנסה במשך חודשים להקים ערכאת בוררות מכוח חוזה הזיכיון. כאשר ערכאה כזו מוקמת, הדיונים בה נמשכים חודשים רבים נוספים. בינתיים, במקום שבו בוצעו פעולות הכרייה הוקמו מגדלי מגורים לעשרות משפחות שעברו לשם. בנסיבות אלה, אם ערכאת הבוררות תפסוק כי יש להחזיר את המצב לקדמותו, תיתקל אכיפת הפסק בבעיות קשות לנוכח השינויים שחלו בשטח.¹⁸⁸

BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic, 186 (1977) 53 I.L.R. 297; Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic, (1982) 62 I.L.R. 140

187 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 133.

188 ראו: *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION – FIFTY-THIRD SESSION 59, 237, art. 35 (UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/56/10, 2001), <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf>

"Restitution.

A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation

שלישית, אפילו אם בנסיבות מסוימות תסכים המדינה המארחת להעמיד את המשקיע במצב שבו היה נתון לפני הפגיעה, היחסים החדשים ביניהם עשויים להיות דומים לאלה השוררים בין בני-זוג שיחסייהם נקלעו למשבר חריף, שבעקבותיו הם שונאים כעת זה את זה אך מחויבים לחיות בצוותא תחת אותה קורת-גג בשל אילוצים שונים. בנסיבות אלה רשויות המדינה עלולות לנקוט פעולות "הטרדה" נגד המשקיע, כגון העלאת מיסים או הטלת הגבלות מנהליות שונות, והדבר יהפוך את היחסים ביניהם לקשים ביותר בטווח הארוך.

מסיבות אלה נראה שבפרקטיקה הבין-לאומית (להבדיל מזו הלאומית) אין בכל אותם נסיונות להבטיח את יציבותן של ההשקעות ולהגן עליהן מפני פגיעות מצד המדינה כדי לסייע למשקיעים שחפצים להמשיך ליהנות מזכויותיהם במקום לזכות בפיצויים.

מובן, עם זאת, שאין לזלזל בכוח ההרתעה של הסעיפים המייצבים. הוראות אלה יכולות לשמש חרב דמוקלס על ראשה של המדינה המארחת, אשר תרתיע אותה מעריכת שינויים אסדרתיים חד-צדדיים. אכן, כאשר סעיף כאמור נכלל בהסכם ההשקעה, הוא משמש קלף חשוב להצלחה במקרה של הגשת תביעה בין-לאומית נגד מדינה מארחת שהפרה אותו.¹⁸⁹ יש אם כן בסעיף כאמור כדי לשמש מנוף לתמיכה מסוימת בשאיפותיו של המשקיע הזר ליציבות אסדרתית.

3. נסיונות לזכות בהשבה בעין במסגרת אמנות אזוריות להגנה על זכויות אדם קיימות אפשרויות נוספות להגן על השקעות מלבד ההגנה הדיפלומטית, האמנות להגנה על השקעות או החוזים והבוררות העבר-לאומיים. האפשרות הראשונה שתידון היא הפנייה למנגנוני האמנות האמריקאית והאירופית לזכויות אדם. האמנה האירופית לזכויות אדם והאמנה האמריקאית לזכויות אדם מהוות כל אחת סינתזה של תהליך ממושך של אינטגרציה משפטית שהתרחש ביבשת. בניגוד למסגרת הגלובלית, בכל אחת ממערכות אזוריות אלה התאפשרה עריכת אמנה לזכויות אדם בעלת שיניים חדות, וזאת בשל זהות האינטרסים בין מדינות היבשת.

which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution:

- (a) Is not materially impossible;
- (b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation."

189 יש המציינים כי לסעיפים המייצבים יש השפעות מסוימות בפרקטיקה, כגון הקניית זכות לפיצויים מוגדלים במקרה של הפרה על-ידי המדינה. ראו Nwokolo, לעיל ה"ש 159, פרק 5, ליד הערה 61.

האמנות האמורות מקיימות מנגנוני אכיפה קבועים ומיוחדים במינם במשפט הבין-לאומי, שבהם מוקנית לכל אדם או גוף משפטי – בלא קשר לאזרחותו¹⁹⁰ – הזכות לפנות בעתירה נגד מדינה שפגעה בזכויות המעוגנות באמנה.¹⁹¹ באמנות האמורות אי-אפשר אומנם לאתר סעיפים שמטרתם להגן באופן ישיר על משקיעים, אך קיימות הוראות שמגינות על הזכות לקניין פרטי. מדובר בסעיף 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה האירופית¹⁹² ובסעיף 21 לאמנה האמריקאית.¹⁹³ אכן, הואיל ובבסיסה של כל השקעה נמצאת הזכות לקניין פרטי, ניתן להסתמך על הוראות אלה גם כדי להגן על השקעות שנפגעו.¹⁹⁴

באשר לסעד שאליו ישאף משקיע שהשקעתו נפגעה על-ידי מדינה שחברה באחת האמנות האלה, סעיף 41 לאמנה האירופית לזכויות אדם קובע כי בית-הדין רשאי לפסוק "סעד צודק" ("Just satisfaction") לפרט שנפגע.¹⁹⁵ זאת, במקרים

190 בניגוד להגנה הדיפלומטית, במסגרת האמנות האירופית והאמריקאית לזכויות אדם הנפגע יכול להגיש עתירות אפילו נגד מדינתו-הוא.

191 Aronovitz, *The Procedural Status of Individuals* 191, לעיל ה"ש 83, בעמ' 15.

192 ס' 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 48:

"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law."

193 ס' 21 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 91:

"1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.
2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.
3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law."

Alberto M. Aronovitz, *Individual Patrimonial Rights under the European Human Rights System: Some Reflections on the Concepts of Possession and Dispossession of Property*, 25 INT'L J. LEGAL INFO. 87 (1997); ISABEL GARCÍA RODRÍGUEZ, LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTERIORES 110 (2005); HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni & Ernst-Ulrich Petersmann eds., 2009)

"Just satisfaction: If the Court finds that there has been a violation of the 195 Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party"

שבהם בית-הדין האירופי לזכויות אדם מצא כי מדינה הפרה את האמנה ומשפטה הפנימי של אותה מדינה מאפשר קבלת סעד חלקי בלבד. ברור שסעיף 41 האמור מאפשר לנפגע לזכות בפיצויים. ברם, השאלה היא אם סעד "הסיפוק הצודק" יכול לכלול גם השבה בעין של השקעה שהופקעה.

בית-הדין האירופי לזכויות אדם משתמש תכופות במונח "השבה" (restitution),¹⁹⁶ אולם להלכה ולמעשה אין לו סמכות להורות למדינה חברה באמנה באיזו דרך עליה לתקן את המעוות בעקבות פגיעה בזכות הקניין הפרטי.¹⁹⁷ בית-הדין רשאי לקבוע כי מדינה חברה הפרה את זכות הקניין, אך עיצוב הדרך לתיקון המעוות נשאר בידי המדינה הנדונה.¹⁹⁸ רק אם המדינה אינה מתקנת את המעוות, יפסוק בית-הדין לנפגע "סעד צודק", וזה יבוא לידי ביטוי בפיצוי כספי. מצב דברים זה הובהר היטב בפסיקת בית-הדין האירופי לזכויות אדם:

"המדינות החברות שהן צדדים לעתירה חופשיות בעיקרון לבחור את האמצעים לכיבוד פסק שבו קבע בית-הדין כי הייתה הפרה של האמנה. שיקול-דעת זה ביחס לאופן יישומו של פסק משקף את חופש הבחירה הנלווה לחובה הראשונית של המדינות החברות להבטיח את הזכויות והחירויות המוגנות באמנה... אם טיבה של ההפרה מאפשר השבה בעין, המדינה המשיבה היא שצריכה לבצעה, בהינתן שלבית-הדין אין הסמכות וגם לא האפשרות המעשית לבצע זאת בעצמו. מאידך גיסא, אם הדין הלאומי אינו מאפשר את ביצוע התיקון – או מאפשר רק תיקון חלקי – [יוכל] בית-הדין לפסוק לנפגע את הסעד שנראה לו נאות."¹⁹⁹

Leo Zwaak, *The Procedure Before the European Court of Human Rights*, in 196 THEORY AND PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 95, 252 ff.

(Pieter van Dijk et al. eds., 4th ed. 2006).

KAREN REID, A PRACTITIONER'S GUIDE TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN 197 RIGHTS 545 (2nd ed. 2004).

198 לפחות במקרה אחד קבע בית-הדין האירופי לזכויות אדם כי המדינה הנתבעת "חייבת להשיב לעותר, בתוך שישה חודשים, את הבית מושא המחלוקת ואת האדמה שעליה הוא בנוי". עם זאת, בית-הדין הוסיף כי אם ההשבה לא תבצע, תשלם המדינה לעותר סכום של Brumărescu v. Romania, ECtHR Judgment of: ראו: 136,205 .23 January 2001.

Iatridis v. Greece, ECtHR Judgment of 19 October 2000, para. 33: "The 199 Contracting States that are parties to a case are in principle free to choose the means whereby they will comply with a judgment in which the Court has

מעיון בהנחיה שפרסם נשיא בית-הדין האירופי לזכויות אדם בשנת 2007 היה אפשר אולי להבין שערכאה זו מוסמכת להורות כי מדינה שחברה באמנה תשיב בעין את הנכסים שאותם נטלה תוך הפרת האמנה:

”העיקרון ביחס לפיצויים כספיים הוא שיש להעמיד את העותר, ככל שהדבר ניתן, במצב שבו היה נמצא אלמלא ההפרה, או במילים אחרות, השבה מלאה.”²⁰⁰

ברם, הרעיון שעל-סמך לשון הסעיף ניתן לקבל סעד של החזרת המצב לקדמותו נופל כאשר קוראים את הסיפא של ההנחיה, שלפיו אותה ”השבה מלאה” יכול שתכלול פיצויים בגין הנזק המוחשי (*damnum emergens*) ובגין הפסדים או רווחים מופחתים הצפויים בעתיד (*lucrum cessans*).²⁰¹ לפיכך ברור שנשיא בית-הדין התכוון לסעד של פיצויים ש”מסמלים” את החזרת המצב לקדמותו, ולא להשבה בעין ממש.

בהקשר אחר הלך בית-הדין האירופי לזכויות אדם בעקבות פסק-הדין בעניין *Factory at Chorzów*,²⁰² תוך שהוא מבחין בין נטילות רכוש שהן ”חוקיות” לבין נטילות רכוש שהן ”בלתי-חוקיות”. כמתואר לעיל, במשפט הבין-לאומי הכללי הבחנה זו נעשית בהקשר של הפקעות שבוצעו על-ידי מדינות שחברות

found a breach. This discretion as to the manner of execution of a judgment reflects the freedom of choice attaching to the primary obligation of the Contracting States under the Convention to secure the rights and freedoms guaranteed (Article 1). If the nature of the breach allows of *restitutio in integrum*, it is for the respondent State to effect it, the Court having neither the power nor the practical possibility of doing so itself. If, on the other hand, national law does not allow – or allows only partial – reparation to be made, Article 41 empowers the Court to afford the injured party such satisfaction as appears to it to be appropriate”
 Papamichalopoulos & Others v. Greece, ECtHR Judgment of 31 October 1995, para. 34

Practice Direction – Just Satisfaction Claims (paper issued by the President of the Court in accordance with Rule 32 of the Rules of Court on 28 March 2007), at 2, <http://minoritycentre.org/sites/default/files/PracticeDirectionsJustSatisfactionClaims2007.pdf>: “The principle with regard to pecuniary damage is that the applicant should be placed, as far as possible, in the position in which he or she would have been had the violation found not taken place – in other words, *restitutio in integrum*”

201 ש.ם.

202 ראו לעיל ה”ש 129 והטקסט שליד ה”ש 129–132.

באמנה בניגוד להוראה מפורשת באמנה. למושגים אלה יש משמעות דומה גם במסגרת האמנה האירופית לזכויות אדם. אכן, במקרים של הפקעות "חוקיות" (כלומר, הפקעת הרכוש עולה בקנה אחד עם המשפט הפנימי אלא שהמדינה לא שילמה לנפגע פיצויים או שילמה לו פיצויים לא-נאותים), מגמת בית-הדין היא לפסוק פיצויים בגובה "סביר" ביחס לרכוש שניטל.²⁰³ לעומת זאת, כאשר עסקינן בנטילת רכוש "בלתי-חוקית" (במסגרת האמנה זוהי נטילת רכוש שבוצעה ללא בסיס חוקי במשפט הפנימי), היא בית-הדין רשאי לפסוק פיצויים כספיים ש"מסמלים את החזרת המצב לקדמותו" אם המדינה המשיבה לא תבטל את הצעדים שהוכרו כהפרה של האמנה.²⁰⁴

המצב נחזה כשונה מעט באמנה האמריקאית לזכויות אדם. סעיף 63(1) לאמנה קובע:

"אם בית-הדין מוצא שהתרחשה הפרה של זכות או חירות מבין אלה המוגנות באמנה זו, הוא יפסוק כי לנפגע תובטח האפשרות ליהנות מזכותו או מחירותו שהופרו. אם הדבר מתאים, הוא יפסוק גם שהתוצאות של הצעד או המצב שגרמו להפרה יתוקנו, ושישולם לנפגע פיצוי הוגן."²⁰⁵

מנוסח הסעיף משתמע לכאורה שלבית-הדין האמריקאי לזכויות אדם יש סמכות רחבה יותר מזו של בית-הדין האירופי בכל הנוגע בפסיקת סעד של השבה בעין. אכן, בהחלטה משנת 2010 קבעה הוועדה האמריקאית לזכויות אדם כי סעיף 63(1) לאמנה האמריקאית מבקש ליישם את עקרון ההשבה בעין, "שפירושו החזרת המצב שקדם להפרה".²⁰⁶ הוועדה הוסיפה כי האמצעים לתיקון המעוות

203 REID, לעיל ה"ש 197, בעמ' 546.

204 שם, בעמ' 546, הערה 12.

205 "If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party"

206 Caso 12.587, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de Alicia Barbani Duarte, María Del Huerto Breccia y otros (Grupo de ahorristas del Banco de Montevideo), contra la República Oriental del Uruguay, 16.3.2010, para. 99, [http://www.cidh.oas.org/demandas/12.587 Alicia Barbani y otros Uruguay 16marzo10 Esp.pdf](http://www.cidh.oas.org/demandas/12.587_Alicia_Barbani_y_otros_Uruguay_16marzo10_Esp.pdf): "Esta disposición recoge una norma consuetudinaria

צריכים לחתור למחיקת תוצאותיהן של ההפרות שביצעה המדינה.²⁰⁷ בהמשך נקבע כי אם השבה בעין אינה אפשרית, אזי יש להורות על נקיטת צעדים לריפוי תוצאות המעשים של המדינה באמצעות תשלום פיצויים בגין הנזקים. בית-הדין הוסיף כי מטרה אחרת של החובה לתיקון המעוות היא למנוע את ביצוען של הפרות דומות בעתיד.²⁰⁸

במסגרת אמנה זו אומצה תרופת ההשבה בעין, בין היתר, בעניין *Sawhoyamaxa Indigenous Community*.²⁰⁹ במקרה זה דובר בעתירה של חברי שבט הסוהויאמקסה, שביקשו לשוב לאדמתם ההיסטורית לאחר שנושלו ממנה על-ידי השלטונות. בית-הדין קבע כי לנוכח הפרת סעיף 21 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם:

“השבת האדמות המסורתיות לחברי קהילת הסוהויאמקסה משקפת את אמצעי התיקון המתיישב בצורה הטובה ביותר עם עקרון ההשבה בעין. לפיכך בית-הדין מצווה על המדינה לנקוט את כל הצעדים החקיקתיים, המנהליים והאחרים הנחוצים על-מנת להבטיח לחברי הקהילה את זכויות הבעלות על אדמותיהם המסורתיות, וכתוצאה מכך את זכות השימוש באדמות אלה ואת זכות ההנאה מהן.”²¹⁰

‘que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados’. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”

207 שם, פס' 100.

208 שם, פס' 99.

“De no ser esto posible, le corresponde a la Corte ordenar medidas que garanticen el respeto de los derechos conculcados y reparen las consecuencias que produjeron las infracciones, efectuándose el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Las reparaciones tienen el objeto adicional, aunque no menos fundamental, de evitar y refrenar futuras violaciones.”

209 ראו: Inter-American Court of Human Rights, Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of March 29, 2006 (Merits, Reparations and Costs), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf

210 שם, פס' 210.

“[T]he Court considers that the restitution of traditional lands to the members of the Sawhoyamaxa Community is the reparation measure that best complies with the *restitutio in integrum* principle, therefore

שאלה מעניינת היא כיצד ינהג בית־דין זה בעתיד בבואו להכריע בתובענה שהגיש משקיע (ולא שבט אינדיאני שנושל מאדמותיו) להשבת המצב לקדמותו בעקבות צעדי הפקעה או הלאמה. בבואנו לדון בשאלה זו, עלינו לשים לב שההחלטה בעניין *Sawhoyamaxa Indigenous Community*, וכן החלטות אחרות שהורו להשיב אדמות שנלקחו משבטים באמריקה הדרומית, דנו בזכויותיהם של שבטים אלה כזכויות קולקטיביות, להבדיל מזכויות של משקיעים, שהן זכויות פרטניות השייכות בעיקר לחברות רב־לאומיות.²¹¹

באשר לישראל, כל עוד זו אינה חברה באמנה אזורית להגנה על זכויות האדם, מבחינה דיונית האמור לעיל אינו רלוונטי באופן ישיר, אך מבחינה מהותית דבר אינו מונע היעזרות בפסיקתם של בתי־דין לזכויות אדם כאמצעי לשכנוע ולתמיכה בעמדה זו או אחרת.²¹²

4. נסיונות לזכות בהשבה בעין בבוררות במרכז הבין־לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID)

עצם הענקת האפשרות למשקיעים להפנות את הסכסוך שהתגלע בינם לבין מדינה מארחת להכרעה לפני ערכאת הבוררות שליד המרכז הבין־לאומי ליישוב סכסוכי השקעות מעוררת מניה וביה את השאלה אילו סעדים יינתנו במסגרת זו. חרף העובדה שברוב המכריע של המקרים התרופה שהוענקה למשקיעים שנפגעו

the Court orders that the State shall adopt all legislative, administrative or other type of measures necessary to guarantee the members of the Community ownership rights over their traditional lands, and consequently the right to use and enjoy those lands.”

על התרופות שניתן לקבל במסגרת זו ראו: Julio J.R. Báez, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 23 AM. U. INT'L L. REV. 91 (2007); Caso Comunidad indígena Xakmok Kasek v. Paraguay, Judgment of August 24, 2010 (Merits, Reparations and Costs), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

Manuel Monteagudo, *The Right to Property in Human Rights and Investment Law: A Latin American Perspective of an Unavoidable Connection* 13 (SECO Working Paper No. 6/2013, 2013), http://www.wti.org/media/filer_public/94/7f/947f463b-5995-40f1-bfad-bb15f4cf8e2b/wti_seco_wp_06_2013.pdf

על האפשרות לקדם תביעות פרטיות בבית־הדין האירופי לזכויות אדם גם בעניינים שנוגעים בישראל ראו: Alberto M. Aronovitz, *May Private Claims Be Advanced through the European Court of Human Rights?*, 37 ISR. Y.B. HUM. RTS. 165 (2007)

הייתה פיצויים כספיים, נראה על פניו שאין שום מניעה שבמקרים מסוימים תיפסק השבה בעין.

”לא נראה שהאמנה [של המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות] מחילה הגבלה כלשהי על כוחן של ערכאות לפסוק השבה מהותית.”²¹³

היות שה-ICSID עוסק באופן ספציפי בתחום ההשקעות, לא מן הנמנע שגוף זה יתבקש לפסוק סעד של השבה בעין.

עם זאת, בשלב הנוכחי הפסיקה שיצאה מתחת ידו של המרכז אינה נקייה מספקות או מלבטים. באופן עקרוני נראה שערכאת המרכז מוכנה להסכים עם העובדה שהיא מוסמכת לפסוק סעד של השבה. בעניין *Enron*, למשל, ציינה ערכאת המרכז כי נוסף על סמכויות הצהרתיות היא מוסמכת גם לצוות על צעדים שקשורים לביצוע או לאיסורי ביצוע של מעשים מסוימים.²¹⁴ כך גם בפסק-דין *Goetz*, שם קבעה ערכאת המרכז – לאחר שזכותם של העותרים לפעול באזור סחר חופשי ניטלה מהם על-ידי בורונדי – כי ממשלתה של מדינה זו תצטרך לפצות את הנפגעים “אלא אם כן היא תעדיף להשיב להם את הזכות לפעול באותו אזור.”²¹⁵ עדות למצב מעורפל יותר נגלית בפסק הבוררות בעניין *LG&E*.²¹⁶ במקרה זה הפרה ארגנטינה אמנה עם ארצות-הברית להגנה על משקיעים כאשר ערכה שינוי

BORZU SABAH, COMPENSATION AND RESTITUTION IN INVESTOR-STATE ARBITRATION: 213
PRINCIPLES AND PRACTICE 64 (2011)

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID 214
Case No. ARB/01/3, January 14, 2004, para. 81, <http://www.italaw.com/documents/Enron-Jurisdiction.pdf>: “The Tribunal accordingly concludes that, in addition to declaratory powers, it has the power to order measures involving performance or injunction of certain acts. Jurisdiction is therefore also affirmed on this ground”

Goetz v. Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Feb. 10, 1999, para. 133, <http://www.italaw.com/cases/508>: “...il incombe à la République du Burundi, en vue d'établir la licéité internationale de la décision litigieuse de retrait de l'agrément, d'accorder aux requérants l'indemnité adéquate et effective prévue à l'article 4 de la Convention belgo-burundaise de protection des investissements, à moins qu'elle ne préfère leur restituer le bénéfice du régime de la zone franche. Le choix relève de la décision souveraine du Gouvernement burundais. Faute de prendre la République du Burundi, dans un délai raisonnable aucune de ces deux mesures commettrait un acte internationalement illicite dont il appartiendrait au Tribunal de tirer les conséquences appropriées”

LG&E Energy Corp. and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/ 216
.02/1, July 25, 2007, <http://www.italaw.com/documents/LGEEEnglish.pdf>

חד-צדדי בתנאי המיסים שהוטלו על חברה אמריקאית. לטענת ארגנטינה, השינוי היה חוקי לנוכח סעיף XI לאמנה, המאפשר לה לנהוג כך במצבי חירום.²¹⁷ ערכאת המרכז קיבלה את עמדתה של ארגנטינה, אך סירבה לקבל את העובדה שלאחר חלוף מצב החירום לא השיבה ארגנטינה לחברה את תנאי המיסים שמהם נהנתה בטרם פרץ מצב החירום. העותרות עמדו בעתירתן על השבת המצב לקדמותו. מבלי לכפור בסמכותה העקרונית להורות על הענקת סעד של השבה, קבעה ערכאת המרכז כי השבת המצב לקדמותו משמעה שינוי של המצב המשפטי הקיים על-ידי ביטול חקיקה וצעדים מנהליים שננקטו על-ידי ארגנטינה. לפיכך, הוסיפה הערכאה, היא "אינה יכולה לחייב את ארגנטינה לעשות כן ללא תחושה של פגיעה בריבונותה". בסופו של דבר נפסקו פיצויים לטובת החברה.²¹⁸

פסק הבוררות בעניין *LG&E* עורר בעקבותיו ספקות רבים לגבי השאלה באילו נסיבות, אם בכלל, תורה ערכאת המרכז על השבת המצב לקדמותו. אם לשפוט על-פי פסיקה זו, האפשרות שהערכאה תורה על ביטולן של הפקעות או הלאמות שבוצעו לא כדין על-ידי מדינות מארחות נחזית כרחוקה למדי. זאת ועוד, הקביעה בעניין *LG&E* אינה עולה בקנה אחד עם גישתן של רשויות האמנה האמריקאית לזכויות אדם כפי שבאה לידי ביטוי בפסק-הדין בעניין של *Sawhoyamasa Indigenous Community*, שם לא היסס בית-הדין להורות למדינה "לנקוט את כל הצעדים החקיקתיים, המנהליים והאחרים הנחוצים על-מנת להבטיח לחברי הקהילה את זכויות הבעלות על אדמותיהם המסורתיות, וכתוצאה מכך את זכות השימוש באדמות אלה ואת זכות ההנאה מהן".²¹⁹

"This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests." Bilateral Investment Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, signed Nov. 14, 1991, entered into force Oct. 20, 1994, art. XI, <http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>

218 עניין *LG&E*, לעיל ה"ש 216, פס' 87:

"The judicial restitution required in this case would imply modification of the current legal situation by annulling or enacting legislative and administrative measures that make over the effect of the legislation in breach. The Tribunal cannot compel Argentina to do so without a sentiment of undue interference with its sovereignty. Consequently, the Tribunal arrives at the same conclusion: the need to order and quantify compensation."

219 ראו לעיל ה"ש 210.

הערות אחרונות

במאמר זה דנו במסגרות הבין-לאומיות העיקריות שבאמצעותן יוכל משקיע לזכות בסעד הולם אם ייפגע על-ידי מעשי המדינה שבה השקיע.²²⁰ המאמר דן באופן השוואתי במצב המשפטי כפי שהוא משתקף במערכות משפטיות שונות, קרי, ההגנה הדיפלומטית, האמנות שאוסרות הפקעה, החוזים העבר-לאומיים, האמנות האירופית והאמריקאית לזכויות אדם, וכן ערכאת המרכז ליישוב סכסוכי השקעות.²²¹ מקום מיוחד הוקדש לדיון באמצעים שבהם יוכל משקיע להבטיח כי הזכויות שרכש לא ישונו באופן חד-צדדי על-ידי המדינה המארחת תוך ניצול מעמדה כריבון בטריטוריה. המסקנה הראשית היא שיש להבחין בין פגיעות שנגרמות למשקיעים מקומיים לבין פגיעות במשקיעים זרים. מהפרספקטיבה של מדינת-ישראל הדבר משתקף באופן הבא:

1. במקרה של משקיעים מקומיים, אלה כפופים למערכת המשפטית הישראלית בלבד, כי מדינת-ישראל לא הצטרפה למנגנון האכיפה של האמנה האירופית לזכויות אדם או למסגרת בין-לאומית או אזורית אחרת שמקנה לאזרחים מקומיים את הזכות לתבוע את מדינתם. לפיכך במקרה שרשויות המדינה יחליטו להצר את הזכויות שרכשו משקיעים אלה – אם על-ידי צעדים קיצוניים כגון הפקעות או הלאמות, ואם על-ידי פגיעות צדדיות כגון הטלת

220 קיימים אמצעים נוספים להגנה על זכויות של משקיעים, בדמות ביטוחי השקעות וערבויות נגד פגיעות. דוגמאות של גופים המספקים ביטוחים כאלה הן הסוכנות "אופיק" של ארצות-הברית (<http://www.opic.gov>), החברה הישראלית לביטוח סיכוני סחר חוץ (<http://www.ashra.gov.il>) ו"מיגא" מקבוצת הבנק העולמי (<http://www.miga.org>). מדובר בשיפוי ביטוחי במקרים של פגיעות כגון הפקעות, הלאמות, הפרות חוזים על-ידי המדינות המארחות או הטלת הגבלות על הוצאת רווחים מהמדינה. ברם, אין באמצעים אלה כדי להבטיח שהמדינה לא תפגע בהשקעות, וכמובן גם לא שהמצב יישאר על כנו כפי שהיה ביום שבו בוצעה ההשקעה ולכל אורך התקופה המוסכמת לקיום המיזמים.

221 יש אולי מקום להתייחס גם לאמנת נפט"א, אשר ס' 1135(1) בה קובע כי ערכאת הארגון יכולה לפסוק השבה, אך במקרה זה תינתן למדינה האפשרות לשלם פיצויים במקום השבה. ראו: North American Free Trade Agreement between Canada, the USA and Mexico, 1.1.1994, art. 1135, <http://www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/naftatce.asp>
 "Where a Tribunal makes a final award against a Party, the Tribunal may award, separately or in combination, only:
 (a) monetary damages and any applicable interest
 (b) restitution of property, in which case the award shall provide that the disputing Party may pay monetary damages and any applicable interest in lieu of restitution."

מיסים חדשים או הגבלות שימוש – רק המערכת המשפטית הישראלית תהא מוסמכת לדון בסכסוך, והדין ייחתך על בסיס המשפט הישראלי.²²² בגין במצבים המיוחדים שבהם המשקיע אינו מעוניין בפיצוי כספי בהווה בגין פגיעה מהותית, אלא באפשרות להמשיך לנצל את זכויותיו עד לתום תקופת הזיכיון, אין מניעה שבמשא-ומתן על הענקת הזיכיון תסכים המדינה להתחייב בסעיף מייצב שהיא תימנע מלנקוט צעדים חד-צדדיים. ברור שהסכמת מדינה לנטילת התחייבות כה חמורה תהא תלויה באיכות הקלפים שיהיו בידי המשקיעים בזמן ניהול המשא-ומתן לקביעת זכויותיהם. אם קלפים אלה יהיו חזקים מספיק (במונחים של אמצעים פיננסיים, טכנולוגיות, כוח שיווק וכדומה), ייתכן שהמדינה תסכים לכבול את ידיה לשנים מספר. בכל מקרה, ובניגוד למצבם של משקיעים זרים, כאשר התחייבות כזו ניטלת ביחס למשקיעים מקומיים, על ההתחייבות לעמוד אך ורק בתנאים שהמשפט הלאומי מציב למקרים אלה. אכן, המשפט הבין-לאומי נכנס לתמונה רק ביחס למשקיעים זרים.

2. באשר למשקיעים זרים, מעמדם של אלה לא ייקבע באופן בלעדי על-ידי המערכת המשפטית הישראלית, היות שהמשפט הבין-לאומי מחייב מדינות מארחות לכבד את הזכויות שרכשו אזרחים זרים. כאן יש להבחין בין שני מצבים:

א. בהעדר אמנה בין המדינה המארחת לבין המדינה-האם של המשקיעים, אשר מסדירה את היחס שיש להעניק לאלה, יש להביא בחשבון את המשפט הבין-לאומי המנהגי, שלפיו פגיעה במשקיע זר על-ידי מדינה מארחת כמוה כפגיעה במדינה-האם. לפיכך, כאשר אזרח זר רוכש כדין זכות רכושית מכוח משפטה הלאומי של המדינה המארחת, זכות זו נהפכת לזכות מוקנית, והמדינה המארחת נדרשת לכבדה על-פי כללים מסוימים. בהתאם לכללים אלה, אם הפגיעה אינה במהות הזכות, אלא שולית, אזי היא צריכה לשרת צורך ציבורי נאות, אך אין חובת תשלום פיצויים, וכמובן אין המדינה מחויבת להשיב את המצב לקדמותו. לעומת זאת, כאשר מדובר בפגיעות שתוצאתן היא נישול המשקיע ממהות זכויותיו, יש לכבד לא רק את עקרון הצורך הציבורי, אלא גם את החובה לשלם פיצויים נאותים. אם המדינה המארחת תפר כללים אלה, וכתוצאה מכך ייגרם נזק למשקיע, היא עלולה

222 באופן עקרוני הצדדים יכולים להסכים על החלת דין אחר או על הענקת סמכות לערכאות זרות או לבוררות שתיערך מחוץ לישראל, אך גם במקרים אלה תיעשה ההפניה על-פי הדין הישראלי, ומכל מקום הדבר אינו שכיח ביחסים שבין מדינה לבין אזרחיה-היא.

לחוב באחריות בין-לאומית, והמדינה-האם של המשקיע תוכל לפעול נגדה במישור הבין-לאומי – למשל, על-ידי הגשת תביעה. כאן המקום להדגיש כי בטרם תוכל המדינה-האם לנקוט צעדים בין-לאומיים, יהיה על אזרח שנפגע למצות את ההליכים הפנימיים לפני ערכאותיה של המדינה המארכת.²²³

ב.2. אם קיימת אמנה בין המדינה-האם לבין המדינה המארכת, מעמדם של המשקיעים ייקבע על-פי האמנה. אם הוראות האמנה לא יקיפו את כל הסוגיות, החסרים ימולאו על-ידי המשפט המנהגי. אם האמנה אוסרת על המדינות החברות לנקוט צעדים שפוגעים בזכויות המשקיעים, חובתן לכבד הוראות אלה. אלא שהוראות כאלה הן נדירות, משום שמדינות אינן שוות לוותר על חלקים מריבונותן לטובת מדינות אחרות. יתר על כן, גם במצב היפותטי של קיום הוראה כזו באמנה תתעורר בעיה של אכיפה במקרים של הפרתה, שכן במשפט הבין-לאומי אין "לשכה להוצאה לפועל" של פסקי-דין ופסקי בוררות. לכן גם כאן הסעד הרגיל שעשוי להתקבל בסופו של דבר יהיה פיצויים. פיצויים אלה (גם אם הם מוגדלים בשל הפרת האמנה) לא יספקו משקיע שאינו מעוניין בקבלת סכום כסף בהווה, אלא באפשרות להמשיך ליהנות מפירות השקעתו עד לתום תקופת ההתקשרות (בתחום של הפקת גז ונפט מדובר בדרך-כלל בתקופות לא-קצרות). בעיה נוספת עשויה להתעורר כאשר השיטה המשפטית של המדינה המארכת מצריכה חקיקה פנימית על-מנת שהאמנות ייהפכו לחלק ממשפטה הפנימי. אלה הן המדינות ה"דואליסטיות", דוגמת מדינת-ישראל.²²⁴ אם מדינה דואליסטית לא ביצעה הפנמה חקיקתית של אמנה, הוראותיה של אמנה זו לא יחייבו במשפט הפנימי, והמשקיעים לא יוכלו להסתמך עליהן כמקור משפטי מחייב בהופיעם לפני ערכאותיה של המדינה שגרמה לפגיעה בהם.

נוסף על כך דן המאמר בתופעת הסעיפים המייצבים, שהיא חשובה להשקעות בחיפושים ובהפקות של גז ונפט. סעיפים אלה – אשר נכללים בחוזי הזיכיון בין המשקיע לבין המדינה, ואפילו בחקיקה – כוללים התחייבות מטעם המדינה המארכת להימנע מעריכת שינויים חד-צדדיים בתנאי הזיכיונות שהוענקו. מטבע

Aronovitz, Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies 223 לעיל ה"ש 25.

Ruth Lapidoth, *Israel, in NATIONAL TREATY LAW AND PRACTICE* 385, 396 (n. 20) 224. (Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakeslee & L. Benjamin Ederington eds., 2005)

הדברים, רק משקיעים זרים בעלי מעמד איתן (מבחינה כלכלית, טכנולוגית, שיווקית וכולי) יצליחו לכופף במשא-ומתן את ידיה של המדינה המארחת על-מנת שזו תסכים להכנסת הוראה כזו בהתקשרות או בחקיקה. זה בדרך-כלל המצב בתחום תובעני מבחינה משאבית כמו החיפושים וההפקות בתחום האנרגיה. כפי שנאמר, אם הוראות הייצוב אינן מנוגדות למשפט הפנימי ואינן בטלות מכוחו של זה, אזי ערכאותיה של המדינה המארחת יוכלו להורות על כיבודם, ואפילו על החזרת המצב לקדמותו. המצב שונה במשפט הבין-לאומי, שם אי-אפשר לחייב מדינה להחזיר את המצב לקדמותו, אם זו אינה חפצה לציית לפסיקתה של ערכאת הבוררות או השפיטה הבין-לאומית.

נכון להיום הסעד המצוי שמשקיעים שנושלו מזכויותיהם יכולים לשאוף אליו הוא פיצויים, והאפשרויות שלהם לשריין את זכויותיהם באופן מוחלט מפני התערבותן של המדינות נותרו דחוקות וקלושות. לפיכך המאמר מגיע למסקנה כי במקרים של פגיעות במהות זכויותיהם של המשקיעים הזרים נראה שסעד הפיצויים יוסיף למשול בכיפה עוד זמן רב. זהו המצב אפילו כאשר הפגיעה במשקיע מוגדרת "הפקעה בלתי-חוקית" (אם כי במקרים אלה הפיצויים עשויים להיות מוגדלים ביחס לאלה שמתקבלים בהפקעות "חוקיות"). אין צורך להיות נביא כדי לחזות שהמצב המתואר בכללותו יישאר על כנו גם בעתיד.

על-אף האמור, המאמר מצביע על כמה התפתחויות במסגרת האמנה האמריקאית לזכויות אדם ובמסגרת המרכז ליישוב סכסוכי השקעות שמהן ניתן להבין כי לא נסתם הגולל על האפשרות לזכות בסעד של השבה בעין ובכך להשיב את המצב לקדמותו. על-פי סעיף 35 לרוח הוועדה למשפט בין-לאומי של האו"ם,²²⁵ מדינה שנמצאה אחראית להפרת המשפט הבין-לאומי תחויב להשיב על כנו את המצב שהיה קיים לפני ההפרה, בכפוף לשני סייגים: הסייג הראשון הוא שההשבה לא תהיה בלתי-אפשרית; והסייג השני הוא שההשבה "לא תהא כרוכה בנטל שהוא לחלוטין לא-פרופורציוני לתועלת הצפויה מהשבה במקום פיצויים". לנוכח זאת ראוי לשקול את שתי ההמלצות הבאות:

- בהפקעת קונצרנים גדולים מאוד, כמו במגזרי הגז והנפט, כאשר חלף זמן רב למן ההשקעה והתנאים בשטח השתנו, יוענק סעד הפיצויים ברמה ש"תסמל" מצב של השבה בעין.
- מאידך גיסא, אם מדובר בפגיעות בהשקעות שהן "כבדות ומסורבלות" פחות (אך לא נטולות חשיבות כלכלית), שבהן החזרת המצב לקדמותו "לא תהא

225 הסעיף צוטט לעיל בה"ש 188.

כרוכה בנטל שהוא לחלוטין לא-פרופורציוני לתועלת הצפויה מהשבה במקום פיצויים", ניתן אולי לספק השבה. מדובר בפגיעות כגון שלילת הזכות לפעול באזורי סחר חופשי, שלילת רישיון לעסוק בהספקת מוצרים, שלילת רישיון למתן שירותים, שלילת זכות לייצור מוצרים מסוימים, הטלת הגבלות לגבי סחר בתחומים מסוימים, הטלת הגבלות לגבי תנועה של אנשים וסחורות, שלילת זכויות קניין רוחני (פטנטים, סימני מסחר, זכויות מטפחים) או פגיעות במוניטין.²²⁶

226 באותו כיוון, יש מחברים שמבחינים בין מה שהם מכנים "השבה בעין מהותית" (או מוחשית) לבין "השבה משפטית" (או nullification). ניתן בהחלט לבקר הבחנה זו, אך היא יכולה לסייע בהדגמת סוגי פגיעות שונים, בזיקה לדוגמאות שהובאו לעיל. כך, השבה מוחשית מתייחסת, למשל, להחזרת קרקע שהופקעה, בעוד השבה משפטית היא הקמה מחדש של מצב משפטי שהיה קיים לפני הפגיעה. ראו SABAHİ, לעיל ה"ש 213, בעמ' 61.