

**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
אלברטו אהרנוביץ ***

פתח דבר

1. השקעות בינלאומיות – מושגי יסוד
2. ההגנה על השקעות בינלאומיות – המצב ה"מסורתי"
3. ההגנה על השקעות בינלאומיות – התפתחויות בפסיקה החדשה
4. הערכה ומסקנות

פתח דבר

השקעות בינלאומיות הן אחד המנועים הראשיים של כלכלות המדינות. בעולם של גלובליזציה, המאופיין בתנועה בין-מדינית מואצת של אנשים, טכנולוגיות והון, ההיבט המשפטי (להבדיל מההיבט הכלכלי או המסחרי גרידא) של ההשקעות הבינלאומיות בולט בחשיבותו. באזורנו, לצד ההשקעות הזרות שמאז ומתמיד יזמים זרים משקיעים בישראל, הולכת ומתפתחת בתאוצה תופעה נוספת: משקיעים ישראלים המרבים לפעול בחו"ל. יתרה מזו, למרות אי-יציבות המצב הפוליטי במזרח התיכון, בשנים האחרונות צצו יוזמות להשקעות פנים-אזוריות (כגון של חברות ישראליות בירדן בעיקר לאחר שמדינת ישראל חתמה על הסכמי סחר עם מדינה זו באמצע שנות התשעים). גילויי הגז והאפשרות שיימצא נפט בים התיכון מרחיבים עוד יותר

* דוקטור, חוקר בכיר במכון השווייצרי למשפט השוואתי. מרצה אורח בקורס "השקעות בינלאומיות והגנה על רכוש מפני התערבות מדינית" בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה לעו"ד עדי חן על מלאכת העריכה והמלצותיה החשובות וכן לד"ר משה גלברד על עצותיו ועידודו החם.

אפשרויות אלה, ולא מן הנמנע שבעתיד עוד יקומו פרויקטים אזוריים משותפים למדינות המפיקות כגון ישראל, מצרים וקפריסין. מלבד ההשפעות הכלכליות-חברתיות המוכרות של השקעות בינלאומיות (פיתוח התעשייה, פיתוח המסחר, יצירת מקומות עבודה וכדומה), גלום בהן פוטנציאל לתרום ליציבות היחסים בין מדינות – ואף בין עמים. האיחוד האירופי, שהתפתח בתום מלחמת העולם השנייה עקב כינון של הקהילות לפחם, לפלדה ולאנרגיה אטומית, הוא דוגמה מאלפת לכך. תרומתה של מסגרת כלכלית זו למחיקת העימות והשנאה העמוקה בין שכנים הייתה מכרעת והיא הייתה עמוד התווך של אירופה המודרנית. התפתחות זו יכולה וצריכה לשמש מודל לאזורים אחרים בעולם ותמוהה העובדה שבקרב חוגים משפטיים רבים במדינת ישראל טרם ניתן לנושא חשוב זה מקום של ממש.

אכן, במישור האקדמי, חוץ מקורס בחירה אחד הנלמד באוניברסיטת תל-אביב, מוסדות ההשכלה הגבוהה בארץ טרם הציעו לתלמידיהם ללמוד את ההיבטים המשפטיים של ההשקעות הבינלאומיות (הן מן הבחינה האקדמית והן מן הבחינה היישומית). על רקע זה טבעי הדבר שמספר המחקרים המשפטיים שפורסמו עד כה בארץ בנושא זה כמעט אפסי. לקונה זו באה לידי ביטוי גם בהיעדרם של כנסים ומפגשים מדעיים בנושא הצד המשפטי של ההשקעות הבינלאומיות. תוצאה נוספת של חלל זה היא שאין מסגרת-על (כגון מרכז או מכון) שתתמחה בחקר ההיבטים המשפטיים הרבים וההשלכות מרחיקות הלכת שיש להשקעות הבינלאומיות על מדינת ישראל. מלבד הייעוד החשוב כשלעצמו של הוראת הנושא למשפטי ישראל, בכוחה של מסגרת כזאת להאיר את עיניהם של משקיעים ישראלים בעניין הסכנות שעשויות לארוב למיזמים שהם מתכננים בחו"ל ואף לסייע להם כאשר השקעה שבוצעה בחו"ל עלולה להיפגע. מסגרת-על כזאת תוכל גם לספק ייעוץ משפטי – לאומי ובינלאומי – למשקיעים זרים החפצים להקים מיזמים בישראל בפרט, ובמזרח התיכון בכלל. המצב דומה במישור היישומי. משקיע אירופי או אמריקני החפץ לייצר מוצר בירדן בטכנולוגיה ישראלית מחומרי גלם מטורקיה או ממדינה אחרת באזור, ולייצא דרך נמל מצרי, יתקשה לקבל חוות דעת משפטית כוללת מגורם אחד ויחיד – שתתאם בין כל מערכות המשפט המעורבות, לרבות המשפט הבינלאומי, על שלל הבעיות המשפטיות הכרוכות בפרויקט כזה כגון:

- (1) כיצד יוכל השותף הישראלי להגן בירדן על טכנולוגיה שפיתח ומי יהיה הבעלים של הזכויות בקניין רוחני?
- (2) עד כמה חוק החוזים הירדני או המצרי תואם את חוקיה של מדינת ישראל ו/או של ארצות הברית ומה הם קשרי הגומלין בין החוקים?
- (3) האם תוכל חברה ישראלית להעתיק את מושבה לירדן, למצרים או ללבנון ובאלו תנאים?

- (4) האם יוכר פסק דין או פסק בוררות של ערכאה מצרית וייתכף בישראל ולהפך?
- (5) האם יוכל בית משפט ירדני או מצרי להחיל דין ישראלי על סכסוך מסחרי?
- (6) איך ניתן למנוע בעיות כפל מכס או כפל מס?
- (7) כיצד ניתן לנצל את הסכמי השיתוף עם האיחוד האירופי ועם ארצות הברית?
- (8) מהי דרך הפעולה הראויה במקרה של הטלת הגבלות בלתי צפויות על ידי אחת מהמדינות?
- (9) כיצד לפעול במקרה של הפרת חוזה השקעה?
- (10) כיצד לפעול אם תשתמש מדינה בסמכויותיה הריבוניות על הטריטוריה שלה כדי לשנות באופן חד-צדדי את כללי המשחק ולפגוע בחוזה השקעה או בזיכיון, או כדי להחרים את המיזם, להפקיעו או להלאימו?

מלבד הכוונה לעורר את המודעות לפן המשפטי של ההשקעות הבינלאומיות, למאמר זה יש שתי מטרות נוספות: ראשית, להציג את הבעיות העיקריות שעולות להתעורר כאשר משקיע מבקש לקדם מיזם חוצה מדינות, שנית, להציג את הסוגיות המשפטיות העיקריות שבאמצעותן יוכל משקיע, שהשקעתו נפגעה, להביא לתיקון המעוות. המחלוקות הכבירות שהתעוררו לאחרונה עקב גילויי כמויות גדולות של גז, והאפשרות למצוא נפט במרבצים הסמוכים לחופים של מדינת ישראל, מחדדות במידה רבה את חשיבותה של הסוגיה הנדונה במאמר זה. תקוותי היא שנושא ההשקעות הבינלאומיות, המתפתח בקצב מואץ במשפט העמים, יתפוס גם בישראל את המקום הראוי לו במערכת המשפטית והאקדמית.

1. השקעות בינלאומיות – מושגי יסוד

השקעה משולה לגשר הנשען על שני עמודים: האחד מסמל את הסיכויים (chances) שהיזם תולה בהצלחת הפרויקט, והאחר את הסיכונים (risks) שעלולים לארוב להשקעתו.

יסוד הסיכוי נמדד בעיקר בממדים כלכליים, כמתבקש מההגדרה הרחבה של המושג "השקעות", למשל במילון המשפטי *Black's*: "השקעה היא רכישת נכסים ו/או זכויות במטרה להפיק באמצעותם רווחים".¹ לפיכך בכואו לבחון את סיכויי הצלחתו של פרויקט, המשקיע נדרש ליתן את דעתו על אודות הנתונים שבכוחם להשפיע על האפשרות להפיק רווחים. עם נתונים אלה ניתן למנות את תנאי השוק במועד ביצוע ההשקעה וככל שהדבר ניתן – התנאים הצפויים במועד הפקת הרווחים.

1 ראו 844–845 *Black's Law Dictionary* (Bryan A. Gardner ed., 8th ed., 2004)

יש להביא בחשבון שתיתכנה תנודות, תקלות או פגימות העלולות לפגוע בהשקעה כגון: השפעה הכלכלית שיש לעליות במחירי חומרי הגלם, בתובלה, בביטוח, בשכר העבודה במשק וכיוצא באלה; עליות או ירידות בביקוש למוצר שמתכוונים לייצר או לחומרי הגלם שמתכוונים להפיק ו/או לשווק; תחרות אפשרית מצד יזמים אחרים. הואיל ויסוד הסיכוי נושא אופי כלכלי (להבדיל ממשפטי) בעיקרו, הוא נדון לעומק בספרות הכלכלית, ואילו בספרות המשפטית הדיון בו הוא אגב אורחא.²

שונה המצב לחלוטין בכל הנוגע ליסוד הסיכון: יסוד זה חובק היבטים כלכליים ופוליטיים,³ אך גם, ובעיקר, משפטיים. כיוון שהשקעה צופה פני עתיד, תיתכנה פגיעות מגוונות ברכוש או בזכויות של המשקיע במהלך תקופת הביניים שבין תחילת הביצוע לבין מועד הפקת הרווחים המשוער. משך תקופת הביניים משתנה לפי סוג הפרויקט או המוצר. כך, למשל, פרק הזמן הצפוי להפקת רווחים בהשקעה בחיפוש נפט ושיווק יהיה ארוך יותר מפרק הזמן הצפוי בהשקעה שמסתכמת בייצור מוצרי צריכה ומכירתם. מלומדים אחדים סוברים שככל שתקופת הביניים מתארכת, כך גדלים הסיכונים לפגיעה בזכויות המשקיע.⁴ ברם, לדעתי מדובר בהערכה אינדוקטיבית גרידא, משום שיש השקעות קצרות טווח, ואף קצרות טווח מאוד הכרוכות בסיכונים גבוהים ולהפך. לאילו סיכונים ספציפיים מתכוונים כאשר דנים בהשקעות? רובינס וקינסלה (Rubins & Kinsella) מציגים את המצב כדלקמן:

“אצל המשקיע [...] הסיכון הוא שהתנאים בעתיד יהיו חיוניים פחות מהצפוי, כלומר הרווחים יהיו פחותים מהצפוי בשל נסיבות העתיד.”⁵

תיאור זה נוגע רק לאפשרויות פגיעה במרכיב אחד של ההשקעה – הרווחים. עם זאת, אין להתעלם מכך שתיתכנה פגיעות גם ב"קרן המיזם", כלומר ברכוש שהובא, הוקדש או הושקע במטרה להפיק רווחים אלה. לדוגמה, משקיע רוכש שטח אדמה ומכונות כדי להקים מפעל לייצור שעונים. על פי התחזיות, מהשנה השנייה לפעילותו המפעל צפוי להפיק רווח נקי בסכום קרוב ל-\$200,000 לשנה.

א. אם בשנה השנייה לפעילות המפעל, שיעור מס ההכנסה עלה במפתיע מ-20% ל-40%, כי אז הרווח הצפוי יפחת ב-20%. זהו מקרה אופייני המדגים פגיעה ברווחים.

2 על הזדמנויות השקעה במגזרים שונים בדרום אמריקה ראו: Thomas O'Keefe *Latin American Caribbean Trade Agreements* (2009) Ch. 5, 7, 8 XV, 9 XIII and XV
3 Duncan H. Meldrum "Country Risk and Foreign Direct Investment" *Money Watch.Com* (Jan, 2000) www.nabe.com/am99/meldrum.pdf
4 Noah Rubins & Stephan Kinsella *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution* (2005) 2
5 שם, בע' 5 [התרגומים שלי – א'א].

ב. מאידך גיסא, אם באותן נסיבות הממשל לא העלה את שיעור מס ההכנסה, אלא הפקיע או הלאים את המפעל, כי אז לפנינו פגיעה בקרן ההשקעה.

לפיכך בחינת ההסתברות שתהיה פגיעה ברווחים בלבד אינה מספקת, ויש להביא בחשבון את ההסתברות שתהיה פגיעה ברכוש המושקע עצמו ושיעורה.

1.1. ממד ה"בינאום" וההשקעות: השקעה לאומית והשקעה בינלאומית

כאשר מקור ההשקעה והגשמתה נוגעים למדינה אחת בלבד, הדברים פשוטים יחסית, שכן המיזם עשוי לקום, להתבצע ולהסתיים לפי הוראות משפטת האומי של מדינה אחת.⁶ מארג פנימי זה שולט הן בהיבט המהותי של ההשקעה והגשמתה (מתוקף חוקי עידוד ההשקעות, התחרות החופשית, הבנקאות, המימון, החוזים והתרופות, ההפקעות, וכיוצא באלה), הן בהיבט הפרוצדורלי (מתוקף חוקי בתי משפט, סדרי הדין, ההוצאה לפועל, דיני הבוררות, וכיוצא באלה). בנסיבות אלה יסוד הסיכון שבהשקעה מוגדר מראש בקירוב, מפני שהמשקיע אמור להכיר את הקרקע עליה רגליו דורכות: את המערכת המשפטית, הכלכלית והמנהלית של מדינתו (אם כי, כמובן, במישור הפוליטי אף אחד אינו חסין מפני הפתעות, אפילו במדינתו שלו).

הדברים מורכבים יותר כאשר מקור ההשקעה במדינה אחת, וביצועה במדינה אחרת – או בכמה מדינות אחרות.⁷ מקרים אלה מעוררים בעיות מיוחדות המעצימות את חשיבותו של יסוד הסיכון ובנסיבות מסוימות אף הופכות את חשיבותו למרכזית, שכן מלבד בעיות מעשיות של הבדלי שפה, מזג ומנטליות, השקעה הבינלאומית מציבה בפני היזמים בעיות כבדות משקל כגון:

א. הגבלות מטבע. האם חוקי מדינת מקור ההשקעה, שהיא מדינת אזרחותו של המשקיע (להלן: "מדינת האם"), מתירים הוצאת מטבע לשם השקעה במדינה אחרת (להלן: "המדינה המארחת")? האם חוקי המדינה המארחת

6 ראוי להבחין בין ההשקעה הפרטית לבין ההשקעה הציבורית. השקעה היא ציבורית כאשר היא מתבצעת במישרין על ידי מדינה אחת במדינה אחרת. מאידך גיסא, השקעה היא פרטית כאשר היא מתבצעת על ידי גורמים פרטיים כגון בני אדם, חברות, קונצרנים וכדומה. אמנם בשנים האחרונות ההבחנה הולכת ומיטשטשת משום שמדינות מתנהגות יותר ויותר כמו משקיעים פרטיים (ראו למשל את תופעת התאגידים שמניותיהם מוחזקות בידי המדינה, או את תופעת ה"קרנות הריבוניות" (sovereign funds). מטעמים פרקטיים, מאמר זה מאמץ את ההבחנה המסורתית ומתרכז בהשקעות המוגדרות "פרטיות".

7 לא בכדי מושג "השקעות בינלאומיות" (international investments) תואר בספרות כ"נוזיל ומתפתח", שכן אפשר להגדירו בצמצום או בהרחבה, והוא אף עשוי להשתנות לפי התקופה, ההתפתחויות והחידושים במישור דינמי זה. ראו: Ali Bencheneb "Sur l'évolution de la notion d'investissement" *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn* (2000) 183

- מתירים הוצאת רווחים לחו"ל, ואם כן, באיזה מטבע, באיזה שער המרה, ובכפוף לאילו היטלים והגבלות?
- ב. בעיות מס. תכנון מס מעוגן בלב לבה של כל השקעה בין-לאומית. לפיכך יש להביא בחשבון את שיעור המסים שמדינת האם או המדינה המארחת עשויות להטיל על המשקיע, וכן לברר אם יש אמנה למניעת כפל מס בין המדינות המעורבות בהשקעה האמורה.
- ג. בעיות מכס והיטלים על הייבוא והייצוא. במקרים רבים ביצוע המיזם מחייב את המשקיעים לייבא ציוד, מכונות ו/או חומרי גלם אל תוך תחומה של המדינה המארחת. לפיכך על המשקיע לבחון אם מוטלים אגרות והיטלי יבוא עליהם, ולהביא בחשבון את התנאים המיוחדים להבאתם במסגרות האזוריות (כגון האיחוד האירופי) הקובעות משטר מכס מיוחד.
- ד. בעיות כלליות הקשורות לייבוא והייצוא. ישנן מדינות המשתנות הגבלות (אסטרטגיות, כלכליות, טכנולוגיות, ביטחוניות) על הייבוא או הייצוא.⁸ הגבלות אלה עלולות להשפיע על כדאיות פרויקט ההשקעה, ולכן יש להביא בחשבון. זאת ועוד, ישנן מדינות הדורשות להתאים את היבוא לתקני איכות אלה או אחרים. על כן יש לתת את הדעת גם על הגבלות אלה.
- ה. בעיות של הובלה בין-לאומית וביטוח. שלא כמו השקעות מסחריות פנים-מדינתיות, השקעות חוץ-מדינתיות מחייבות חציית גבולות בין-לאומיים ולכן מצריכות הובלת טובין, ציוד, מכונות וסחורות דרך היבשה, האוויר, הים או במשולב. מלבד העלויות הנובעות מהשקעת החוץ, יש להביא בחשבון את ממד הזמן הכרוך בהובלה, מרכיבי הסיכון ועלויות ביטוחם.
- ו. בעיות של ניידות עובדים. ככל שההשקעה תצריך הבאת עובדים (מנהלים, מומחים, פועלים מקצועיים), ממדינת האם או ממדינה שלישית אל המדינה המארחת, יש לתת את הדעת על חוקי ההגירה, על התנאים למתן רישיונות שהות ועל החקיקה המסדירה את נושא אישורי העבודה וההעסקה. כמו כן יש להסדיר בעיות של זכויות פנסיה ושארים במישור הבינלאומי, של ביטוח בריאות ותאונות ושל פיצויי פיטורין.
- ז. קניין רוחני והגנה על טכנולוגיות. בעולם מודרני של טכנולוגיות מתקדמות, שמירה על הידע התעשייתי והסודות המסחריים והגנה עליהם, בהיותם רכוש של המשקיע, תופסות מקום מרכזי. יזם נכון יסרב להעביר סודות טכנולוגיים, שבפיתוחם השקיע סכומי עתק, אל מדינה שדינה (דיני הפטנטים, סימני המסחר, זכויות מטפחים, זכויות יוצרים וכדומה) או

8 על מצב ההגבלות בכל הנוגע לישראל ראו: Israel-Palestine Center for Research and Information & Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008: *Guide to Investment, Trade and Cross-Border Business between Israel and Palestine* (2009) 44 www.ipcri.org; www.ipbf.org

- מערכת האכיפה שלה אינם מספקים הגנה טובה על הקניין הרוחני במובנו הרחב.
- ח. איכות הסביבה. בעיות הקשורות באיכות הסביבה מהוות כיום יסוד חשוב בתחום ההשקעות הבינלאומיות. בעיות אלה מתעוררות כל אימת שהוצאה לפועל של מיזם עשויה לזהם את הסביבה או לפגוע באוצרות טבע. מפעלים שעלולים לזהם את סביבתם ונקיטת אמצעים שעלולים להסב נזקים אקולוגיים קשים לסביבה, לעתים אף בלתי הפיכים, צריכים להישקל בכובד ראש. בסוג זה של פגיעות ונזקים אדון בהמשך בהרחבה בפרק השלישי.
- ט. התערבותה של המדינה המארחת. בכל פרויקט של השקעה בין-לאומית יש לשקול את סיכוני הפגיעה מצד המדינה המארחת: הפקעה, הלאמה, החרמה, תפיסה, הריסה, הטלת מסים ו/או הגבלות מסוג אחר, יצירת מונופולים או שינויים בחוקי התחרות ועוד. כאשר ההשקעה כרוכה בעריכת הסכם בין המשקיע הזר לבין המדינה המארחת עצמה (למשל, עקב הענקת זיכיון לטובת המשקיע), המדינה יכולה להפר את ההסכם כפי שכל צד פרטי יכול להפר את התחייבויותיו החוזיות (למשל, אם המדינה המארחת התחייבה לספק מוצר מסוים למשקיע ונכשלה בכך), או לחלופין להפעיל את הסמכויות הריבוניות שלה כדי לפגוע חד-צדדית ביחסים החוזיים עם המשקיע. על כל סוג פגיעה חלים כללים משפטיים שונים, ויזמים חייבים להביא אפשרויות אלה בחשבון בטרם ישימו את כספם ורכושם על קרנה של מדינה זרה.
- י. פגיעות שגורמים פרטיים מסבים. גורם פרטי מוגדר כאדם או גוף משפטי שאינו נמנה עם מנגנוני המדינה, או לחלופין אינו פועל כשלוחה. לסיווג הגורם כפרטי או כציבורי חשיבות מרבית. כך, לדוגמה, מעשיו ומחדליו של גורם פרטי אינם מיוחסים למדינה ואינם נחשבים למעשיה. במקרים אלה אחריותה של המדינה תצמח אם היא לא פעלה בחריצות ראויה כדי למנוע את הפגיעה במשקיע מצד הגורם הפרטי, או אם המדינה מאשרת בדיעבד את פעולותיו המזיקות של הגורם הפרטי.
- יא. יישוב סכסוכים. הן בהשקעות המבוצעות על ידי גורם פרטי זר על פי הסכם עם המדינה המארחת והן בהשקעות עם גורם פרטי אחר, לסוגיית יישוב הסכסוכים שעלולים להתגלע בין הצדדים יש חשיבות מרבית. בצפייה קדימה שמא יפרצו סכסוכים בין המשקיע לבין שותפיו הזרים (מדינה מארחת או גורמים פרטיים), יש לתת את הדעת על שאלות כגון היכן הפורום שיש להתדיין לפניו (במדינת האם, במדינה המארחת או במדינה שלישית)? לפני איזו ערכאה ייערך הדיון (בתי משפט אזרחיים, מנהליים, ערכאות בוררות לאומיות, בין-לאומיות, או עבר-לאומיות)? איזה דין יחול

על הסכסוך (דין המדינה המארחת, דין מדינת האם, דין מדינה שלישית או דין אחר)? אם יתקבל פסק דין או פסק בוררות, כלום ניתן להכיר בו או לאכוף אותו והיכן ולפני איזה פורום או איזו ערכאה?

1.2. מערכות משפטיות רלוונטיות להשקעות הבינלאומיות

בהשקעה פנים-מדינתית המצב פשוט יחסית, שכן זכות הקניין נרכשת מכוחו של המשפט הפנימי של מדינה אחת בלבד, והמערכת המשפטית של אותה מדינה היא בדרך כלל היחידה החלה. מאידך גיסא, כשעסקינן בהשקעה רבי-מדינתית, חוצה גבולות, כמה מערכות משפטיות עשויות לחול עליה, ועמן נמנות המערכות האלה:

- א. המערכת המשפטית של המדינה המארחת. המערכת המשפטית של המדינה המארחת רלוונטית להשקעות הבינלאומיות משום שחוקיה, תקנותיה, צוויה והחלטות ערכאותיה הם שמחייבים החל במועד רכישת הזכויות על ידי המשקיע, המשך בשלב קרות הפגיעה בהשקעה, וכלה בפתירת ההליכים המשפטיים בערכאות של המדינה המארחת כדי לתקן את המעוות.
- ב. המערכת המשפטית של מדינת האם. המערכת המשפטית של מדינת האם רלוונטית מפני שמשקיע שהשקעתו נפגעה בחו"ל עשוי לפנות אליה בניסיון לקבל מכוח דיניה תרופה מאת המדינה המארחת שפגעה בהשקעתו. לערכאות מדינת האם ייתכן שניתן להגיש תביעה נגד המדינה המארחת ולקבל סעד משפטי נגדה בגין הפגיעה בהשקעה.
- ג. המערכת המשפטית של מדינה שלישית, או לפי העניין של כמה מדינות שלישיות. למערכות משפטיות אלה עשויה להיות רלוונטיות כאשר המשקיע שנפגע פונה לערכאות של אותן מדינות בניסיון לקבל סעד משפטי נגד המדינה המארחת. תופעת הרדיפה (hot pursuit) אחר נכסים מופקעים מהווה דוגמה מאלפת לכך.⁹
- ד. מערכת המשפט הבינלאומי הכללי. על פי ההגדרה הקלאסית, המשפט הבינלאומי הוא המערכת המשפטית המסדירה את היחסים בין נושאייה של

⁹ למשל, בראשית שנות השבעים הלאים המשטר הסוציאליסטי שעלה לשלטון בצ'ילה את אמצעי הייצור והתעשייה, ובכללם את רכושיה של החברה להפקת נחושת שבשליטת משקיעים אמריקנים. לצ'ילה לא היו אמצעים לעיבוד נחושת, ולפיכך היא שלחה את הנחושת לעיבוד, בין השאר בגרמניה ובצרפת. כדי לזכות בפיצויים בגין נטילת זכויותיהם בצ'ילה, ניסו המשקיעים האמריקנים לתפוס אוניות שנשאו מטעני נחושת בהגיעם לנמלים אירופיים. נהיר שכדי שניסיונם זה של המשקיעים יצלח, חובה לעמוד בקריטריונים הנוגעים לסמכות הטריטוריאלית כפי שנקבעו בערכאותיה של המדינה השלישית. ראו ועיינו: *Sociedad Minera El Teniente S.A. v. Norddeutsche Affinerie AG* 12 I.L.M. 251 (1973).

שיטה זו. "נושא" של המשפט הבינלאומי הוא אישיות משפטית הרשאית לשאת חובות וליהנות מזכויות לפי מערכת זו. האישיות הראשית המוכרות במשפט הבינלאומי הן המדינות והארגונים הבינלאומיים. לפיכך ניתן לומר שהמשפט הבינלאומי הוא המערכת המשפטית המסדירה את היחסים בין מדינות לבין עצמן, בין מדינות לבין ארגונים בינלאומיים, ובין ארגונים בינלאומיים לבין עצמם. בעשורים האחרונים גם האדם הוכר כ"נושא" במשפט הבינלאומי, אם כי מעמדו שונה ממעמדן של מדינות וממעמדן של ארגונים בינלאומיים.

ה. מערכות המשפט הבינלאומי האזורי ומשפט הארגונים האל-לאומיים. משפט הבינלאומי אזורי נוצר כאשר כמה מדינות שכנות יוצרות מערכת משפט משותפת. מערכות המשפט של מועצת אירופה,¹⁰ של נפט"א,¹¹ של המרקוסור¹² וכדומה הן דוגמה לסוגים של מערכות משפט בינלאומי-אזורי. אמנם ניתן להצביע על כללים של המשפט המנהגי במישור האזורי, אך עיקרו של המשפט האזורי הוא הסכמי, שכן כל ארגון אזורי מוקם מכוחה של אמנה. המשפט הבינלאומי האזורי אינו אחיד, והוא משתנה מאזור לאזור ומארגון לארגון. כך, למשל, אחד מהמאפיינים הבולטים של האיחוד האירופי מתבטא בכך שהמדינות החברות בו אוצלות חלק מסמכויות החקיקה שלהן לטובת הארגון.¹³ סוג זה מכונה "ארגון אל-לאומי" (supranational organization).¹⁴ בארגונים אחרים אין אצילת סמכויות חקיקה וכל מדינה שומרת לעצמה סמכויות אלה. במסגרת המשפט הבינלאומי האזורי ניתן להקים ערכאות שיפוטיות שהחלטותיהן תחייבנה את המדינות החברות. דוגמאות לכך באות לידי ביטוי בבתי הדין לזכויות האדם שהוקמו לפי האמנה האירופית והאמנה האמריקנית לזכויות האדם, בית הדין של ארגון נפט"א, וכמובן גם בית הדין של האיחוד האירופי. המשפט הבינלאומי האזורי מופר כאשר אחת מהמדינות החברות מפרה

10 ראו: www.coe.int.

11 ראו: *North American Free Trade Agreement between Canada, the USA and Mexico* (01.01.1994) www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/naftatce.asp

12 ראו: *Tratado de Asunción, Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina la República Federativa del Brasil la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay*, (26.3.1991) www.portalbioceanico.com/re_integracionsupraregional_asuncion_docat01.htm

13 על תוצאות ההצטרפות לאיחוד האירופי מנקודת הראות של הדין הפנימי ראו: Alberto M. Aronovitz & others "Conséquences institutionnelles de l'appartenance aux Communautés européennes" *Publication of the Swiss Institute of Comparative Law* (Vol 18, 1991)

14 יצוין שהמונח "אל-לאומי" נגזר מהגדרה שהטביע המלומד יורם דינשטיין למשפט האל-מדינתי. ראו את פתח הדברים בספרו המשפט הבינלאומי האל-מדינתי (1979).

הוראה של האמנה שעליה היא חתומה (ובארגונים האל-לאומיים, גם כאשר מדינה מפרה את הוראות חקיקת המשנה של הארגון).
 1. מערכת המשפט העבר-לאומי. המשפט העבר-לאומי (transnational law) הוא שיטת משפט שסוכמה בין המשקיע ובין המדינה המארחת כדי להסדיר ביניהם את היחסים הקשורים להשקעה. לפיכך המשפט העבר-לאומי הוא הסכם פרי יצירתם של שני צדדים אלה, ובכוחם לקבוע את תוכנו ואת תנאיו ובכללם גם את ברירת הדין וסמכות השיפוט למקרה שיתגלעו סכסוכים או חילוקי דעות.

1.3. סוגיות משפטיות רלוונטיות להשקעות הבינלאומיות

הצגתי לעיל את מאפייניה הייחודיים של ההשקעה הבינלאומית המתבטאים בריבוי המערכות המשפטיות שעשויות לחול. המצב הופך למורכב יותר כשמנסים לזהות את הסוגיות המשפטיות הנוגעות להשקעות בכל אחת משיטות המשפט המעורבות. לזיהוי הסוגיות המשפטיות כאמור חשיבות מכרעת לעורכי הדין העוסקים בפרקטיקה, והמתבקשים לתת ייעוץ משפטי בקשר להשקעה בינלאומית, כגון במקרה שמשקיע מתכוון לבצע השקעה בינלאומית או במקרה שההשקעה נפגעה בחו"ל. עורך הדין מתבקש במקרים אלה לייעץ על הדרך או הדרכים, שעל המשקיע לנקוט כדי לחסוך בעלויות או להביא לתיקון המעוות. סוגיות משפטיות רבות יש להביא בחשבון בכל אחת מהמערכות המשפטיות המעורבות ואעמוד כאן על העיקריות שבהן:

א. סוגיות רלוונטיות במערכת המשפטית של המדינה המארחת. הסוגיות הרלוונטיות במערכת זו נובעות מהחקיקה הפנימית הקובעת את תנאי רכישת זכויות קניין על ידי זרים, את עידודי ההשקעות, את דיני החוזים, את דיני ההפקעות וההלאמות, את הדינים הקובעים את סמכויות בתי המשפט או ערכאות בוררות מקומיים כדי לספק סעד למשקיעים זרים שזכויותיהם נפגעו, את חוקי ההוצאה לפועל וכדומה. סוגיה חשובה במיוחד היא המשפט הבינלאומי הפרטי. המשפט הבינלאומי הפרטי הוא חלק ממשפטן הלאומי של כל מדינות העולם ונכנס לתמונה כאשר גורם זר מעורב בסכסוך. ביתר פירוט, המשפט הבינלאומי הפרטי קובע איזו ערכאה תהא מוסמכת לדון בסכסוך, איזה דין ערכאה זו תחיל, וכן אם יהיה אפשר לאכוף את פסק הדין שניתן ובאילו תנאים.¹⁵ הסוגיות הכרוכות במשפט הבינלאומי הפרטי הן יסוד חיוני בבוא משקיע לבחון את

15 Alberto M. Aronovitz "May Private Claims be Advanced through the European Court of Human Rights? A Study of Cross-Border Procedural Law Based on a Case of .International Child Abduction" 37 *Israel Yearbook on Human Rights* (2007) 165, 167

דרכי הפעולה האפשריות, בין בשלב תכנון השקעה בינלאומית, בין בעקבות פגיעה בהשקעה כזאת. סוגיה רלוונטית נוספת להשקעות הבינלאומיות במשפטן הפנימי של המדינות המארחות מתמקדת בחובה למצות הליכים פנימיים. חובה זו היא גורפת ומוטלת על כל משקיע שנפגע במדינה מארחת, ומטרתה לחייב את הנפגע למצות את ההליכים במדינה המארחת בטרם תגרום הפגיעה לסכסוך בינלאומי.¹⁶ אמנם חובה זו מקורה במערכת המשפט הבינלאומי, אך יישומה מחייב שימוש בסוגיות משפטיות רבות של המערכת הפנימית של המדינה המארחת.

- ב. סוגיות רלוונטיות במערכת המשפטית של מדינת האם. המערכת המשפטית של מדינת האם של המשקיע עשויה להיות רלוונטית לנושא ההשקעות. למשל, מדינות רבות מציעות למשקיעים אפשרויות לבטח את השקעותיהם הבינלאומיות מפני מקרים של פגיעות כגון הפקעות, הלאמות, הפרות חוזים וכדומה. לשם כך הוקמו סוכנויות ממשלתיות (או בהשתתפות הממשלות) הפועלות על סמך המשפט הפנימי של מדינת האם.¹⁷ לעתים חוקיה של מדינת האם מאפשרים לעקל את רכושה של המדינה הזרה שפגעה במשקיעים ממדינת האם. בדרך זו יוכל המשקיע הנפגע להיפגע על נזקיו אם למדינה המארחת שפגעה בהשקעתו יש נכסים במדינת האם (כספים וזכויות, הפקדות בבנקים, נכסי דלא נייד, השקעות בתחומים שונים). כמוכך גם כאן יש חשיבות לסוגיות הנובעות מהמשפט הבינלאומי הפרטי של מדינת האם.
- ג. סוגיות רלוונטיות במערכת המשפטית של מדינה שלישית, או של כמה מדינות שלישיות. גם כאן יש חשיבות לסוגיות הקשורות במשפט הבינלאומי הפרטי של מדינות אלה, בעיקר כדי לקבוע אם לערכאותיהן יש סמכות שיפוט בינלאומית לדון בתביעת המשקיע הנפגע, לנוכח קרות הפגיעה מחוץ לשטחן. אם מתברר שמדינות אלה או מי מהן מוסמכות לדון במקרה, הן נדרשות להוסיף ולהכריע בשאלת ברירת הדין שיחול על הסכסוך. לאחר קביעת הדין שראוי לחול על הסכסוך, יש לאתר את הסוגיות הרלוונטיות, למשל החוקים הנוגעים לעיקולים, לערבויות, להוצאה לפועל וכדומה. נמצא אפוא שהכרת החקיקה המהותית נחוצה משום שבאמצעותה ניתן לדעת אם בחוקיה של המדינה שבה מוגשת התביעה ניתן למצוא תרופה וסעד לפגיעה בהשקעה.

16 Alberto M. Aronovitz "Notes on the Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in the European Convention of Human Rights" 25 *Israel Yearbook on Human Rights* (1995) 76

17 דוגמאות לכך הן הסוכנות "אופיק" של ארצות הברית (www.opic.gov/) והחברה הישראלית לביטוח סיכוני סחר חוץ: www.tamas.gov.il/NR/exeres/B76A0CDB-958F-4E9C-8C50-8448A39EF461_frameless.htm

ד. סוגיות רלוונטיות במערכת המשפט הבינלאומי הכללי. המקורות¹⁸ הראשיים של המשפט הבינלאומי הם האמנות והמנהג.¹⁹

• האמנות הן הסכמים בין מדינות או ארגונים בינלאומיים הנשלטים על ידי המשפט הבינלאומי.²⁰ אמנה היא המקור המשפטי הראשון במעלה שלרוב גובר על כל מקור משפטי אחר. אם סוגיה מסוימת מוסדרת באמנה, אין מקום להיזקק למשפט המנהגי או לעקרונות המשפט הכלליים. כאשר מדינה מפרה התחייבות שהתחייבה בה באמנה, היא מפרה את המשפט הבינלאומי ההסכמי. זה קורה, למשל, כאשר מדינה שהתחייבה באמנה לאפשר לאזרחי מדינה אחרת להשקיע בתחום מסוים, סוגרת תחום זה בפניהם. במשפט הבינלאומי ההסכמי ניתן לזהות את הסוגיות הרלוונטיות באמנות (דו-צדדיות או רב-צדדיות) שמדינות האם של המשקיעים ערכו עם מדינות מארחות. אמנות אלה בדרך כלל מסדירות סוגיות כגון רמת ההגנה שתוענק למשקיע הזר, התנאים שבהם יהיה אפשר לפגוע בהשקעה (למשל במקרי הפקעה, הלאמה או הטלת מסים), התרופות ורמת הצדק הפרוצדורלי שיש להעניק למשקיע במקרי פגיעה, ואף האמצעים ליישוב סכסוכים במקרה של הפרת הוראות האמנה על ידי המדינה המארחת. בעשורים האחרונים חלה עלייה ניכרת במספר האמנות הדו-צדדיות שנערכו בין מדינות בעולם, עד שאמנות אלה שינו את פניו של המשפט הבינלאומי בנושא ההשקעות.²¹

18 סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי מונה את מקורות שיטה משפטית זו, שהם: האמנות הבינלאומיות, המנהג הבינלאומי, העקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי, החלטות של ערכאות בינלאומיות וכתביהם של חשובי המשפטנים: www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0

19 ישנו מקור אחר של המשפט הבינלאומי: העקרונות הכלליים. למקור זה נודעה חשיבות ראשונה במעלה בראשית ימיו של המשפט הבינלאומי, כאשר משפטנים בתחום תרו אחר פתרונות לבעיות ולמצבים שלא נמצא להם מענה במשפט המנהגי וההסכמי. העקרונות הכלליים אותרו במחקר השוואתי שערכו משפטנים מארצות שונות, ולאחר אימוץ הכללים המשותפים לרוב שיטות משפט אלה. ראוי להדגיש שלאחר אימוצם במשפט הבינלאומי, הפכו העקרונות באופן טבעי למשפט המנהגי. לנוכח ההתפתחות המואצת בענפים השונים של המשפט הבינלאומי בזמננו, חשיבותו של רובד זה הולכת ופוחתת, ולפיכך קשה להצביע על דוגמה להפרת העקרונות הכלליים במובן הטהור. על רקע זה, ברוב המכריע של המקרים ההפרה נגעה למשפט הבינלאומי המנהגי או ההסכמי. לפיכך העקרונות הכלליים נכנסו לתמונה כאמצעי שיצק תוכן ללאקונות משפטיות בהיעדר אמנה בינלאומית או במקרים שבהם לא היה ניתן להצביע על מנהג: Alberto M. Aronovitz "Legal Engineering and Comparative Law: A Method of Building Bridges over Legal Lacunae" *Publication of the Swiss Institute of Comparative Law* (Vol. 61, 2008) 29, 43

20 סעיף 1.2.1 (א) לאמנת וינה מ-23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות (הוצאת האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי) 54–55, (1978) (להלן: אמנת האמנות) וגם ב-http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

21 ראו להלן בחלק החותם מאמר זה.

• המשפט מנהגי הוא המקור השני בחשיבותו, לאחר האמנות. המשפט המנהגי נוצר בעקבות פרקטיקה עקיבה של מדינות הנוהגות באותו אופן בסיטואציות דומות משום שהם משוכנעות שהן עושות כן מתוך אמונה שחובה מוטלת עליהן (opinio iuris).²² על הנורמה להיות כללית, כלומר להביא לידי כך שמספר רב של מדינות יתנהגו באותו אופן במקרים דומים. כדוגמה להפרת המשפט הבינלאומי המנהגי ניתן לציין את אי־הביצוע (או ביצוע שלא בתום לב) של התחייבות מכוח אמנה, תוך הפרת העיקרון הבינלאומי המנהגי ש"הסכמים יש לקיים" – *pacta sunt servanda*.²³ המנהג מקומו רם בפירמידת המקורות המשפטיים של שיטות משפט לא מפותחות (כגון המשפט השבטי). למרות ההתפתחות הכבירה של המשפט הבינלאומי ההסכמי בעשורים האחרונים, המנהג עדיין תופס מקום חשוב כאשר אין אמנה המסדירה סוגיה מסוימת. זאת ועוד, אפילו כשיש אמנה, המשפט המנהגי ממלא את הלקונות שבה, כפי שהמלט ממלא את החללים שבין הבלוקים שבקיר.

הסוגיה המרכזית בנושא ההגנה על השקעות במשפט הבינלאומי המנהגי מכונה "הגנה דיפלומטית". ההגנה הדיפלומטית מבוססת על הדוקטרינה שלפיה מדינה יכולה להגן על משקיע שלה שנפגע מפעולה של מדינה אחרת שלא קיימה, כלפי אותו משקיע, את החובות המוטלות עליה מכוח המשפט הבינלאומי.

ה. הסוגיות הרלוונטיות במערכת המשפט הבינלאומי האזורי ושל ארגונים אל־לאומיים. הסוגיות הרלוונטיות לנושא ההשקעות במשפט האזורי הן ההוראות המגנות על זכות הקניין. למשל, סעיף 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה האירופית לזכויות האדם מגן על הקניין הפרטי,²⁴ וניתן להשתמש בסעיף זה אף לצורך הגנה על השקעות.²⁵ הוראה מקבילה מופיעה גם באמנה

22 Francesco Parisi "The Formation of Customary Law" 96th Annual Conference of the American Political Science Association (2000) 3

23 ראו בין השאר נתן פיינברג "אמנות דקלרטיביות ואמנות קונסטיטוטיוביות במשפט הבינלאומי" הפרקליט כד (תשכ"ח) 433, 439. כמו כן ראו אמנת האמנות, לעיל הערה 20, סעיף 26.

24 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950),

www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+ Convention+on+Human+Rights/

25 סעיף 1 לפרוטוקול 1 לאמנה האירופית לזכויות האדם: "כל אדם או גוף משפטי רשאי ליהנות בשלווה מרכושו, לא יישלל רכושו של אף אחד, אלא אם כן הדבר נעשה לצורכי ציבור ובכפוף לתנאי החוק ולעקרונות הכללים של המשפט הבינלאומי. האמור לעיל לא יפגע בזכותה של מדינה לאכוף את החוקים הנחוצים כדי לפקח על השימוש ברכוש בהתאם לאינטרס הכללי או כדי להבטיח תשלומי מסים, היטלים וקנסות". על המושג "רכוש" לפי האמנה ראו: Alberto M. Aronovitz, *Individual Patrimonial Rights under the European Human Rights System*:

האמריקנית לזכויות האדם,²⁶ אם כי ההוראות אינן זהות לחלוטין.²⁷ הגנה דומה הוסדרה גם באמנת נפט"א, שמציינת בסעיף 1110 שבה את התנאים שעל המדינה למלא בבואה להפקיע או להלאים רכוש של משקיעים.²⁸ גם במשפט האזורי האל-מדינתי ניתן לאתר הוראות המעניקות הגנה על זכויות קניין מסוימות כגון הוראות המעניקות הגנה על זכויות קניין רוחני (פטנטים), סימני מסחר ומדגמים), אך בייחוד ניתן לאתר שורה של פסיקות שנתן בית הדין של האיחוד האירופי בעניין ההגנה על זכויות קניין, למשל מפאת פגיעה שהסבה חקיקת האיחוד עצמו.²⁹

ו. סוגיות רלוונטיות במערכת המשפט העבר-לאומי. הסוגיות הרלוונטיות להגנה על השקעות במערכת המשפט העבר-לאומי נמצאות בתנאי "החוזים העבר-לאומיים". חוזים אלה נערכים בין מדינה מארחת לבין משקיעים זרים, שהמדינה המארחת מקבלת עליה בהם התחייבויות מסוימות להבטחת יציבות ההשקעה. כך, למשל, המדינה המארחת יכולה להתחייב שעל ההסכם יחול דין זר ולא דין אותה מדינה, או שבמקרה של סכסוך עם המשקיע, סמכות השיפוט תוקנה לערכאה שאין לה כל קשר למערכת בתי המשפט או בתי הדין שלה. לפיכך הדין שיחול על הסכסוך יכול להיות דינה של מדינה שלישית, המשפט הבינלאומי הפומבי או כל דין אחר שיוסכם בין הצדדים. הצדדים יכולים להסכים שיוסמכו לדון בסכסוך בתי המשפט של מדינה שלישית, ערכאת בוררות מקובלת (כגון לשכת המסחר הבינלאומי),³⁰ או ערכאה מיוחדת שתוקם על ידי הצדדים במקרה שיתגלע סכסוך בין המדינה המארחת לבין המשקיע. לבסוף, בחוזים

Some Reflections on the Concept of Possession and Dispossession of Property, 25 International Journal of Legal Information n° 1-3, (1997) 87
Hélène Fabri, *The Approach Taken by the European Court of Human Rights : ראו : משקיעים*
to the Assessment of Compensation for "Regulatory Expropriations" of the Property of Foreign Investors 11 NYU Environmental Law Journal (2002) 148

American Convention on Human Rights, Adopted at the Inter-American 26
Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica (22.11.1969),
www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm

סעיף 21 לאמנה האמריקנית לזכויות האדם: "לכל אחד יש הזכות להשתמש ברכושו וליהנות 27
ממנו. החוק יכול להכפיף את השימוש ברכושו וההנאה ממנו לצורכי החברה. אין לשלול את רכושו של אף אחד אלא תוך תשלום פיצוי צודק, למען צורכי הציבור או האינטרס החברתי, ובמקרים שהפרוצדורות הקבועות בחוק...".

סעיף 1110 לאמנת נפט"א קובע: "שום צד לאמנה זו לא יפקיע או ילאים בין משרין ובין 28
בעקיפין השקעה של יזם של מדינה חברה אחרת וכן לא ינקוט כל צעד מקביל להלאמה או להפקעה אלא..." (בהמשך, הסעיף קובע את התנאים לנטילת רכוש של משקיעים בגדר החוק).

Case Nold, 14.05.1974, Rec. CJCE (1974), p. 491 ff. ; Case Hauer, 13.12.1979, Rec. 29
CJCE (1979), 3727.

International Chamber of Commerce, www.iccwbo.org 30

אלה הצדדים יכולים לקבוע "סעיף מייצב", שבו תתחייב המדינה המארחת להימנע מלשנות שינוי חד-צדדי של תנאי החוזה, ו/או הדין שהוסכם שיחול, ו/או כל היבט אחר הנוגע להתקשרות עם המשקיע.

ניתן לתאר את המערכות המשפטיות והסוגיות המשפטיות הרלוונטיות להשקעות בינלאומיות בטבלה כדלקמן:

מערכות משפט וסוגיות רלוונטיות להשקעות בינלאומיות

מערכות משפטיות רלוונטיות	סוגיות משפטיות רלוונטיות
1. משפט המדינה המארחת	הדין הפנימי (משפט בינלאומי פרטי, דיני חוזים, נזיקין, סדרי הדין, חוקי בתי משפט, דיני הוצאה לפועל ...)
2. משפט מדינת האם	הדין הפנימי (משפט בינלאומי פרטי, דיני חוזים, דיני נזיקין, סדרי הדין, חוקי בתי משפט, דיני הוצאה לפועל ...)
3. משפט מדינה שלישית	הדין הפנימי (משפט בינלאומי פרטי, דיני חוזים, דיני נזיקין, סדרי הדין, חוקי בתי משפט, דיני הוצאה לפועל ...)
4. משפט בינלאומי כללי	הסדרים שבאמנות לעידוד השקעות והגנה על השקעות וליישוב סכסוכי השקעות, הגנה דיפלומטית
5. משפט בינלאומי אזורי והאל-לאומי	זכויות אדם אזוריות (אמנה אירופית ואמנה אמריקנית לזכויות האדם), זכויות מכוח הסדרים אזוריים לאיחוד כלכלי, חקיקת ארגון אל-לאומי
6. משפט עבר-לאומי	חוזים עבר-לאומיים (הסדרי שיפוט, קביעות דין, סעיפים מייצבים)

לפנינו אפוא שני גורמים מרכזיים שיש להביאם בחשבון: (1) המערכות המשפטיות. (2) הסוגיות העשויות להיות רלוונטיות להשקעות הבינלאומיות. אין להתעלם מכך שכל אחת מהמערכות המשפטיות שנמנו לעיל מספקת גם אמצעים ליישוב סכסוכים כגון הליכי בוררות או ניהול משפט בערכאה שיפוטית קיימת או מיוחדת לבירור סכסוך בין מדינות; הליכי בוררות או ניהול משפט בערכאה שיפוטית קיימת או

מיוחדת לבירור סכסוך בין מדינה לבין המשקיע; ניהול משפט בין מדינה לבין משקיע בפני בית דין בינלאומי, אמצעי פישור ותיווך ועוד. לבסוף אין לשכוח שמלבד מערכות משפטיות וסוגיות בהשקעות בינלאומיות שעשויות להיות רלוונטיות, על המשקיע להביא בחשבון שהשקעתו עשויה להיפגע בסוגים שונים של פגיעות כגון: פגיעות על ידי המדינה המארחת שהמשקיע קשור עמה בהסכם; פגיעות על ידי המדינה המארחת שהמשקיע אינו קשור עמה בהסכם; פגיעות "מפקיעות" (כאשר המדינה משתמשת בסמכויותיה כריבון כדי לכרסם בזכויות המשקיע); פגיעות שאינן "מפקיעות" (שאינן פוגעות "במהות" זכויותיו של המשקיע); פגיעות על ידי גורמים פרטיים שהמשקיע קשור עמם בהסכם; פגיעות על ידי גורמים פרטיים שהמשקיע אינו קשור עמם בהסכם.

ריבוי משתנים זה מאפשר להיווכח עד כמה מורכב נושא ההשקעות הבינלאומיות, ומה מידת הזהירות הנדרשת ממשפטן המייעץ למשקיע על אודות הסיכונים העלולים לארוך להשקעתו או על האמצעים שעל המשקיע לנקוט לאחר שהשקעתו נפגעה. יעדיו של מאמר זה יהיו אפוא לעמוד על טיבם של כמה מצבים נפוצים של פגיעות בהשקעות בינלאומיות ולהתוות דרכים לקבלת תרופות משפטיות בגינן, וכן לתאר מקרה מיוחד במינו שהתרחש בין אורוגוואי לארגנטינה, שאי-אפשר לסווג לפי הקטגוריות המסורתיות.

2. ההגנה על השקעות בינלאומיות – המצב ה"מסורתי"

אחת הבעיות המרכזיות הקשורות בהשקעות בינלאומיות כרוכה בצורך להגן על זכויותיהם של המשקיעים הזרים מפני התערבות המדינה המארחת. אכן, מכוח הריבונות הטריטוריאלית, מדינה מארחת מוסמכת ואף עלולה לפגוע בזכויותיהם של המשקיעים הזרים בין באמצעות חקיקה, בין על ידי נקיטת צעדים דה-פקטו, שמטרתם לשלול את זכויות המשקיעים הזרים או לכרסם בהן. עד לעידן המודרני לא היה אפשר לזהות במשפט הבינלאומי המנהגי סוגיה משפטית ששמה: "השקעות בינלאומיות" (ראו להלן פרק 4, בפסקה "הערכה ומסקנות"). אכן, כפי שיוצג בהמשך, משקיעים בינלאומיים יכלו בעבר ליהנות מהגנה שעוצבה בסוגיות אחרות – שלא לצורך המיוחד של הגנה על השקעות – כגון ההגנה הדיפלומטית וזכויות האדם הבינלאומיות. מבחינה היסטורית, האמצעי החשוב שבו השתמשו המשקיעים הזרים כדי להגן על השקעות זרות היה ההגנה הדיפלומטית.

2.1 מערכת המשפט הבינלאומי המנהגי – סוגיית ההגנה הדיפלומטית

בבסיסה של כל השקעה בינלאומית מונחת סוגיית ההגנה על הקניין הפרטי. זוהי

נקודה מרכזית, משום שכאשר מדינה מארחת פוגעת בהשקעה זרה, היא מפרה בד בבד זכות קניינית שהמשקיע רכש מכוחו של משפטם הלאומי.³¹ ואכן, מסיבות היסטוריות, המשפט הבינלאומי המנהגי רואה בפגיעות בהשקעות הבינלאומיות בראש ובראשונה פגיעות בזכויות הקניין הפרטי. עקרונית ניתן אפוא לומר שהשקעה בינלאומית מתבצעת כל אימת שאדם או גוף משפטי רוכשים כדין זכות קניין בתוך שטחה הטריטוריאלי של מדינה זרה ולפי שיטת משפטם.³²

הצגת המצב באופן זה מושתתת על הדוקטרינה של המשפטן ואטל (Vattel), ולפיה כאשר אזרח זר רוכש כדין זכות קניין מכוח משפטם הלאומי של המדינה המארחת, זכות זו הופכת לזכות מוקנית (vested right), והמדינה המארחת נדרשת לכבד אותה על פי כללי המשפט הבינלאומי.³³ אם המדינה המארחת אינה נוהגת לפי כללים אלה ומשום כך נגרם נזק למשקיע, היא עלולה, בתנאים מסוימים, לחוב באחריות בינלאומית.³⁴ לפיכך אם, לדוגמה, אזרח ישראלי רכש כדין בית חרושת במדינה זרה, ובאחד הימים החליטו השלטונות המקומיים להרוס את הנכס בלא כל הצדקה חוקית ובלי לפצות כדין את המשקיע, הדבר יהווה פגיעה "בהשקעה הבינלאומית".³⁵ במקרים אלה מדינת האם רשאית לנצל את ה"ההגנה הדיפלומטית" ולהשתמש בה ככלי פרוצדורלי שבאמצעותו היא תוכל לחייב את המדינה המארחת, שפגעה בזכויותיו המוקנות של המשקיע, לתקן את המעוות.³⁶ לדעת פרופ' יורם דינשטיין, הכינוי "הגנה דיפלומטית" מטעה משום ש"משתמע ממנו כאילו הפעולה בה מדובר הינה בהכרח הגנתית באופיה, וכאילו היא מתבצעת באמצעות נציגים דיפלומטיים דווקא".³⁷

אכן, בפרוץ סכסוך בין מדינות עקב פגיעה בזכויות קניין של אזרח של מי מהן, ניתן להיזקק לכמה אמצעים כדי ליישב את הסכסוך בדרכי שלום. אמצעים אלה יכולים להיות בעלי גוון "מפשר", או בעלי אופי "שיפוטי".

31 ראו: Isabel Rodríguez *La Protección de las Inversiones Exteriores* (2005) 110.

32 ההגדרה מופיעה בגוונים שונים באמנות הבינלאומיות. למשל, סעיף 1 לאמנה שבין ישראל למונגוליה לקידום השקעות והגנה הדדית עליהן מ-25 בנובמבר 2003 קובע: "המונח 'השקעות' יכלול נכסים מכל סוג המיושמים לפי החוקים והתקנות של הצד המתקשר שבשטחו נעשית ההשקעה, לרבות אך בלי להגביל: (א) מיטלטלין ומקרקעין...": www.mfa.gov.il/mfa/user/controls/TreatDetails.aspx?Id=1905-A.

33 על פי המשפט הבינלאומי, כאשר מדינה מארחת נוטלת רכוש מידי משקיעים זרים, עליה לפצותם בפיצויים נאותים ואפקטיביים ולתתם בתוך זמן סביר: Richard Lillich "The Current Status of State Responsibility for Injuries to Aliens" *The International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (1983) 15.

34 Paul Guggenheim "Les principes de droit international public" 80(1) *R.A.D.I* (Vol.1) 5, 125 (1952).

35 Thomas Hefti *La protection de la propriété étrangère en droit international public* (1989) 3-14.

36 יורם דינשטיין *תביעות בינלאומיות* (1977) 66.

37 שם, שם.

א. אמצעים דיפלומטיים או מפשרים – עם קבוצה זו נמנים אמצעים שמטרתם לחתור לפתרון הסכסוך בעזרת הסכם פשרה בין המדינות המעורבות. התכונה הבולטת של האמצעים הכלולים בקבוצה זו היא שהם מיועדים לסייע לצדדים בניהול משא ומתן לחיסול הסכסוך.³⁸ במילים אחרות, האמצעים הדיפלומטיים אינם מיועדים לפתור את הסכסוך ב"הכרעה" סופית ומחייבת בשאלות שבמחלוקת וכל מטרתם היא לנסות והביא את הצדדים אל שולחן הדיונים, לתווך ביניהם, ולהציע הצעות לפתרון הסכסוך. ברוב המקרים הדבר נעשה בהשתתפותו של גורם שלישי (מדינה אחרת, ארגון בינלאומי, מתווך פרטי וכדומה). ברם, כאמור, מעורבותו של גורם זה איננה לצורך הכרעה במחלוקת לטובת אחד מהצדדים. הכלל הוא שהגורם השלישי מוסמך להעלות רעיונות ולהציע הצעות בלתי מחייבות.

מהאמצעים הדיפלומטיים הקיימים, החשובים הם התיווך (mediation), החקירה (inquiry),³⁹ השירותים הטובים (good offices)⁴⁰ והפישור (conciliation).⁴¹ מטרתם של אמצעים אלה היא כאמור לסייע לצדדים להתקרב זה לזה בעמדותיהם. סיוע זה בא לידי ביטוי במגוון צורות: הצגת העמדות זו מול זו, העלאת הצעות לפתרון וכדומה. ברם, כאמור, האפיון החשוב של אמצעים אלה מתבטא בכך שהצד השלישי (המפשר, המתווך, החוקר) אינו רשאי להכריע בסכסוך. אמצעים אלה שימשו תכופות במהלך ההיסטוריה להשגת פתרון לסכסוכים שנתגלעו בין מדינות, שמקורם היה פגיעות בזרים. כדוגמה טובה לכך, ניתן להצביע על הפשרה שהושגה בין ישראל למערב גרמניה במאי 1982, באמצעות המתווך סורנסן, בכל הנוגע לפגיעה ברכוש שהיה שייך לנתינים גרמנים.⁴² לפי ההסכם שהושג בין הצדדים, התחייבה מדינת ישראל לשלם לגרמניה פיצויים בסך 54,000,000 מרקים.⁴³

ב. אמצעים בעלי אופי שיפוטי – לעומת האמצעים הדיפלומטיים, האמצעים שבקבוצה זו בעלי אופי שיפוטי. הסכסוך מועבר לצד שלישי – שהוא גורם עצמאי ובלתי תלוי – על מנת שהלה ידון בטענות הצדדים ויוציא מתחת ידו פסק דין סופי ומחייב.⁴⁴ האמצעים המרכזיים של קבוצה זו הם השפיטה (judicial adjudication) והבוררות (arbitration) הבינלאומית. כאשר מדינה מארחת פוגעת בזכויותיו הרכושיות של זר, מדינת האם רשאית לבחור באמצעים שבעזרתם תנסה

B.S. Murty "Settlement of Disputes" *Manual of Public International Law* (Max Sorensen, ed., 1968) 674–675 38

Nissim Bar-Yaacov *The Handling of International Disputes by Means of Inquiry* (1974) 39
5, 247, 321

דינשטיין, לעיל הערה 36, בע' 154. 40

שם, בע' 156. 41

Case of German Secular Property in Israel 16 R.I.A.A. 1 (1962) 42

ראו סעיף 1 להסכם: *Agreement Regarding German Secular Property in Israel*, 448 U.N.T.S. (1963) 228 43

דינשטיין, לעיל הערה 36, בע' 158–182. 44

לחייב את המדינה המארחת לתקן את המעוות. מדינת האם עשויה לבחור בהפעלת אמצעים דיפלומטיים בלבד, או לנקוט אמצעים שיפוטיים אם המדינה המארחת הביעה את הסכמתה לכך. כמו כן, מדינת האם רשאית אף להשתמש בשני סוגי האמצעים במשולב זה אחר זה ובמקרים רבים הסכסוך נמסר בתחילה לשפיטה או לבוררות ומוצא לבסוף את פתרונו בהסכם פשרה.

2.2. אפיוניה של שיטת "ההגנה הדיפלומטית"

אבני היסוד שעליהם מושתתת שיטת ההגנה הדיפלומטית הם הכללים הבינלאומיים העוסקים במדינות מארחות שפגעו בזכויותיהם המוקנות של אזרחי מדינת האם, תוך הפרת כללי המשפט הבינלאומי. במקרים אלה, המדינה המארחת נושאת באחריות כלפי מדינת האם.⁴⁵ לפיכך הצד האוחז בזכות, שכנגד החובה הבינלאומית שהופרה, הוא מדינת האם, להבדיל מהמשקיע שספג את הפגיעה המקורית. זכותה של מדינת האם היא שאזרח – המשקיע – יקבל יחס שלא יפחת מזה שנקבע בכללים הבינלאומיים שעל מדינת המארחת להחיל על זרים. במקרה של פגיעה בהשקעות, רמה מינימלית זו מתבטאת בכך שאם ניטל רכוש, יהיה על המדינה המארחת לשלם לזר פיצוי נאות, יעיל ומהיר.

כאשר מדינת האם משתמשת בהגנה הדיפלומטית בעקבות פגיעה באזרח, המשקיע, היא אוכפת את זכויותיה שלה בלבד,⁴⁶ ולא את זכויותיו של אזרח שסבל מהפגיעה. ייתכן – וברוב המקרים זה המצב – שבסופו של דבר ייחנה הנפגע מפירות השימוש בהגנה דיפלומטית על ידי מדינתו, אך הנאה זו היא הנאה עקיפה בלבד, שכן הזכות ליהנות מההגנה מוענקת למדינת האם. מכאן אחת האמרות המפורסמות של בית־הדין הבינלאומי:

"המדינה [מדינת האזרחות] אוכפת את זכויותיה שלה כאשר היא דורשת מממשלת הכתר הבריטי פיצויים על בסיס הטענה שאחד מנתיניה, מר מברומטיס, קיבל מהשלטונות הפלסטינים או הבריטים יחס שאינו עולה בקנה אחד עם החובות הבינלאומיים שעל השלטונות לכבד".⁴⁷

בספרות ובפסיקה שכיחות אמרות שמהן עשוי להשתמע שכאשר מדינה משתמשת בהגנה דיפלומטית, היא מאמצת את האינטרס של הפרט הנפגע, או לחלופין פועלת

Alberto M. Aronovitz "The Procedural Status of Individuals in Diplomatic Protection" 45 and in *The European Convention on Human Rights: A Comparative Study* 28 Comp. L. Rev. (1995) 4, 15, 19

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (1949) I.C.J. Reports 46 .174, 181

.Mavrommatis Palestine Concessions (Jur.), (1924) P.C.I.J. Reports (A/2), 12 47

למענו. אמרות אלה – שהפכו למטבע לשון מקובל – עלולות להביא להנחה המוטעית שמדינת האם פועלת כנציגתו של הנפגע או בשבילו – ולא היא. אמנם תיאורטית ייתכן מקרה שבו יקבע משפט האומי של מדינת האם כי כאשר ייפגע אזרח על ידי מדינה זרה, תנקוט מדינת האם הליכים בינלאומיים כנציגתו, באת כוחו או שלוחתו, ברם לכך לא תהא כל נפקות במשפט הבינלאומי. לפיכך חשוב להבהיר שבהגנה הדיפלומטית מדינת האם היא התובעת היחידה בהליכים הבינלאומיים ולאזרח שנפגע אין כל מעמד בהליכים אלה: "לאחר שמדינה מאמצת תביעה לטובת אחד מנתיניה לפני ערכאה בינלאומית, בעיני האחרונה המדינה היא התובעת היחידה".⁴⁸

טיב ההגנה הדיפלומטית והיקפה מושפעים מכך שהיא אמצעי ליישוב סכסוכים בין מדינות בגין פגיעות בזרים – להבדיל מאמצעי שנוצר ויועד במיוחד להסדרת סכסוכי השקעות. תופעות אלה משפיעות על כל השלבים של ההליך, החל בשלב אימוץ התביעה על ידי מדינת האם, וכלה בקבלת תרופות במישור הבינלאומי: (א) שלב אימוץ התביעה הבינלאומית. בהגנה הדיפלומטית מדינת האם היא הגורם הבלעדי המחליט אם יש לפעול במישור הבינלאומי בגין הפגיעה באזרח. במילים אחרות, על פי המשפט הבינלאומי, המשקיע הנפגע חסר כל זכות לחייב את מדינתו להגיש תביעה בינלאומית בגין הפגיעה שהסבה לו המדינה המארחת.

"הואיל וזכות ההגנה הדיפלומטית הינה זכות של המדינה, ושלה בלבד – והיות והיא זכות, ולא חובה, מסתבר, כי למדינה שיקול דעת מוחלט אם לנצל זכות זאת אם לאו".⁴⁹

מרבית מערכות המשפט הלאומיות נוהגות באופן דומה בהקשר זה, והן אינן מאפשרות לנפגעים לחייב את מדינתם להפעיל את ההגנה הדיפלומטית.⁵⁰ בישראל הוזכרה סוגיית

48 Mavrommatis Palestine Concessions (Jur), לעיל הערה 47, בע' 12. יש לייחד כמה שורות ליחס שבין ההליכים הבינלאומיים לבין ההליכים הפנימיים. ההליכים לפני ערכאה בינלאומית אינם תלויים באופן כלשהו בהליכים הפנימיים שניהל הנפגע אצל רשויות המדינה המארחת. על כן הדיון לפני ערכאות בינלאומיות אינו נושא אופי של ערעור על ההליכים הלאומיים, לכל המשתמע מכך: בהליכים הלאומיים התובע הוא הפרט הנפגע ואילו בהליכים הבינלאומיים התובעת היא מדינת האם; בהליכים הלאומיים עילת התביעה היא פגיעה בזכות של המשקיע ובהליכים הבינלאומיים עילת התביעה היא כישלון של המדינה המארחת בהחלת רמת צדק על המשקיע הזר כמתחייב מהמשפט הבינלאומי; ההליכים הפנימיים מתנהלים לפי הדין הלאומי ואילו ההליכים הבינלאומיים – אם לא הוסכם אחרת – מתנהלים לפי המשפט הבינלאומי. ייתכן שלעתים הערכאה הבינלאומית תערוך מעין ניתוח שלאחר המוות של ההליכים הפנימיים במטרה לדלות עובדות מסוימות (למשל כדי לבחון אם ההליכים הפנימיים מוצדקין, שכן זהו תנאי מקדמי לשימוש בהגנה הדיפלומטית), אך ברור שאין לראות בכך משום ערעור.

49 דינשטיין, לעיל הערה 36, בע' 68.

50 כך הוא המצב המשפטי בדנמרק: "זכותו של אזרח דני לקבל הגנה דיפלומטית מאת ממשלתו אינה מוסדרת בכל חוק חרות. הדעה הכללית היא שאזרחים דנים אינם נהנים מזכות כזאת": Isi Foighel *Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium*

ההגנה על אזרחים שנפגעו בחו"ל (אם כי לא בעניין השקעות) בבג"ץ 24/52 חכים נ' שר הפנים,⁵¹ שבו קבע השופט זוסמן כי:

"בעת מלחמה אין הקשר המשפטי שבין מדינה לבין אזרחיה נפסק... והמדינה חייבת לו, חלף זה, הגנה, במידה שהיא מסוגלת להגן עליו, באמצעות ממשלה ידיוותית".⁵²

עם זאת, ולמרות הדברים הללו, שימוש בהגנה דיפלומטית הוא פררוגטיבה בלעדית של המדינה, ובהיעדר הוראת חוק מפורשת לא נראה שניתן להסיק מהם הלכה שלפיה מדינת ישראל תהיה חייבת להשתמש בהגנה הדיפלומטית בעקבות בקשתו של משקיע שנפגע בחו"ל.⁵³

מצב דומה קיים בשאר מדינות העולם, ולכן נראה שהן מכוח המשפט הבינלאומי הן מכוחו של המשפט הלאומי, המדינה היא המחליטה הבלעדית אם לאמץ את תביעתו של האזרח שהשקעתו נפגעה ממדינה מארחת. כך, אם מדינת האם ואזרחיה אינם רואים עין בעין את המצב שנוצר בעקבות הפגיעה בהשקעה, אין המדינה חייבת להשתמש בהגנה הדיפלומטית.

189 (Elihu Lauterpacht & John Collier ed., 1977) 189 (להלן: *Individual Rights*). בצרפת שורר מצב דומה: "המדינה היא היחידה שמחליטה... אם ועד כמה היא תעניק את הגנתה לאזרחיה" (*Weil Prosper Individual Rights 277*). הוא הדין גם במצרים: "המחברים המצרים מאמצים את העמדה המסורתית שלפיה ההגנה הדיפלומטית היא פררוגטיבה של המדינה ולא זכותו של הפרט" (*Ibrahim Shihata Individual Rights 217*). בגרמניה התגלעה מחלוקת מסוימת בין דרינג (Doehring) לבין גק (Geck). דרינג גורס שלאזרחים אין כל זכות לדרוש מהמדינה להשתמש בהגנה הדיפלומטית. לעומתו גק גורס שהזכות קיימת, אלא שלמדינה שיקול דעת רחב מאוד אם לקבל את הדרישה או לדחותה. בסופו של דבר נראה שהמצב בגרמניה אינו שונה מזה שבמדינות אחרות: "...[גם] אם ערכאה שיפוטית אישרה את זכות האזרח להגנה, הממשל אינו יכול להיות מחויב להעניק הגנה זו" (*Ignaz Seidl-Hohenveldern Individual Rights 249*). הוא הדין בבריטניה: "... אין זכות חוקית הניתנת לאכיפה לדרוש הגנה לרכוש בריטי מפני סכנות בנמלים זרים" (*China Navigation Company v. Attorney General, 2 KB 197, 213(1932)*). *John Collier Individual Rights 602* וגם בפולין: "בפולין אזרח אינו נהנה מהזכות לדרוש מהממשלה להתערב למענו באמצעות ייצוג דיפלומטי" (*Krzysztof Skubiszewski Individual Rights 433*). כך גם בצ'ילה: "אין הוראה בחוק שמחייבת את הממשלה להעניק את הגנתה באופן אוטומטי" (*Francisco Orrego Vicuña Individual Rights 139*). בארצות הברית אזרח אינו יכול לחייב את הממשל להשתמש בהגנה הדיפלומטית עקב פגיעה בזכויותיו: "לאזרחי ארצות הברית אין זכות לדרוש את התערבותה של מחלקת המדינה לטובתם" (*Monroe Leigh Individual Rights 647*). לבסוף, מצב ברור שורר במקסיקו, אשר לאור העבר העגום בכל הנוגע לתביעות בינלאומיות של מדינה זו, עמדתה היא נחרצת ביותר: "בהרבה מקרים הממשלה דרשה מהאוכלוסייה שלא לחלוק על הממשלות הזרות [...] מפני שמקסיקו החליטה שלא לאמץ כל תביעה בגין נזק כלכלי שנגרם לאזרחיה בחו"ל ועליו להסתפק בסעדים המקומיים" (*Cesar Sepúlveda Individual Rights 397*).

51 פ"ד ו 638.

52 שם, 642.

53 *Yehuda Blum Individual Rights*, לעיל הערה 50, בע' 297.

"ייתכן שהמדינה אינה מעוניינת מספיק בכל תביעות האזרחים כדי לשאת בסכנות הפוטנציאליות של הסכסוך [עם מדינה אחרת], או [שהיא אינה מעוניינת] בנשיאת ההוצאות כרוכות בקידום התביעה".⁵⁴

לכן ברור שאין לאזרח כל זכות בינלאומית לחייב את מדינתו להשתמש בהגנה הדיפלומטית כאשר פוגעת בו מדינה מארחת. ההחלטה אם להגיש תובענה אם לאו נתונה בסמכותן הבלעדית של רשויות מדינת האם, שהיא בעלת הזכות שנפגעה.⁵⁵ (ב) אימוץ התביעה כנגד רצונו של הנפגע. לעומת המצב שבו האזרח מעוניין שמדינתו תאמץ תביעה בינלאומית, וזו מסרבת לעשות כן, ייתכן מצב הפוך שבו מדינת האם היא שמעוניינת דווקא להשתמש בהגנה הדיפלומטית ודווקא הנפגע מתנגד לכך. בדרך כלל מדינה לא תאמץ תביעה בינלאומית של אזרח אלא עקב בקשה מפורשת שלו.⁵⁶ לפיכך אם הנפגע חושש מטעמיו שלו מההליכים הבינלאומיים (למשל שהשימוש בהגנה הדיפלומטית יפגע באינטרסים אחרים שלו ובמערכת קשריו עם המדינה המארחת) אזי בדרך כלל תימנע מדינת האם מלפעול.⁵⁷ עם זאת, להלכה האזרח הנפגע אינו יכול לוותר על הזכות להגיש תובענה הבינלאומית, שכן ההחלטה לאמץ תובענה כאמור נתונה למדינת האם ולה בלבד ולאזרח הנפגע אין כל מעמד בעניין.

"המדינה עשויה להחליט לנצל את זכותה למרות שהאזרח אינו מעוניין בהגנה דיפלומטית ומוחל עליה: אין האזרח יכול לוותר על זכותה של המדינה להפעיל הגנה זו".⁵⁸

לנוכח מחלוקת אפשרית בין מדינת האם ובין האזרח בשאלת האינטרסים הנפגעים, ייתכן שבמקרה נתון תחליט מדינת האם לנקוט אמצעים בינלאומיים למורת רוחו של האזרח הנפגע. כדי להמחיש את הדברים הבה נתבונן בדוגמה הבאה: ראובן (אזרח אוטופיה) נוסע לארקדיה, עושה שם חיל בעסקיו ורוכש לעצמו מטוס. ראובן משתלב בעסקים המקומיים והוא מועמד לתפקיד חשוב שהוצע לו על ידי ממשלה ארקדיה. באחד הימים, בעקבות שיטפונות, הצבא הארקדי מחרימ את המטוס כדי שישמש לכלי הצלה (אמבולנס). המטוס אינו מוחזר לראובן, והוא אף מוכן לוותר

D. Christopher Ohly "A Functional Analysis of Claimant Eligibility" *International Law* 54
of State Responsibility for Injuries to Aliens (Richard B. Lillich ed., 1983) 284
 Edwin Borchard *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, or, The Law of* 55
International Claims (1915, Rep. 1970 and 2003) 353
 שם, שם. ראו גם: 35, 37 R.I.A.A. (1926) 35, 37 *Parker (U.S.) v. United Mexican States*, 4 R.I.A.A. (1926) 35, 37 56
 Eduardo J. de Aréchaga "International Responsibility" *Manual of Public International* 57
Law (Max Sorensen ed., 1968) 531, 575
 Francisco García Amador "First Report on International Responsibility" 69 בע' 36, 69 *Yearbook of the I.L.C.* (1956) 202; Chittharanjan Amerasinghe "Local 58
 Remedies" in *International Law* (2nd ed., 2004) 60

עליו כדי שלא לטרפד את סיכוויי לזכות במשרה הנשגבת. בנסיבות אלה, אוטופיה עשויה לפעול נגד ארקדיה, גם אם הדבר נוגד את האינטרסים הפרטיים של ראובן, במגמה למנוע הישנות פגיעות ברכושם של אזרחי אוטופיה מצד ארקדיה. אכן, לרוב האינטרס הצר של הנפגע והאינטרס הרחב יותר של מדינת האם אינם זהים: הפרט יכול להיות מעוניין בקידום ענייניו ומדינתו יכולה להיות מעוניינת בכך שמדינות מארחות לא תפגענה עוד באזרחיה. ברור אפוא שמבחינת המשפט הבינלאומי, ידה של מדינת האם, בהחלטה אם לאמץ תביעה בינלאומית אם לאו, תהא על העליונה.⁵⁹ (ג) אימוץ תביעות במקרים נבחרים. מדינת האם מוסמכת להחליט כראות עיניה אם להשתמש בהגנה הדיפלומטית במקרה זה או אחר, והיא יכולה להחליט החלטות מנוגדות גם בשני מקרים דומים או אפילו בשני מקרים הקשורים לאותה פגיעה.⁶⁰ נניח, לדוגמה, בניין הנמצא בארקדיה שכל דירותיו שייכות לאזרחי אוטופיה. הבניין מופקע על ידי השלטונות בלי לשלם פיצויים לבעלי הדירות, תוך הפרת הלכות המשפט הבינלאומי בנושא. הנפגעים פונים לערכאות מקומיות, אך אינם זוכים בסעד. במקרה זה תוכל אוטופיה להשתמש בהגנה דיפלומטית בעניינו של אזרח אחד או בעניינם של כמה מהאזרחיה, ולפי שיקול דעתה היא רשאית שלא לתבוע בגין השאר (גם אם בהליכים הפנימיים כל הנפגעים פעלו יחדיו, או אף אם הגישו תביעה משותפת והיו מיוצגים על ידי בא כוח אחד משותף). שוב, ייתכן שהנפגעים, אשר בעניינם הוחלט שלא להשתמש בהגנה הדיפלומטית, יזכו בתרופה כלשהי במישור הלאומי, ברם במשפט הבינלאומי אין לכך רלוונטיות והדין הוא שמדינת האם מוסמכת לאמץ תביעות מסוימות ולזנוח אחרות לפי שיקול דעתה. ויובהר, אם ההחלטה שלא להגן על אזרח מסוים נגועה בשיקולים לא שוויוניים, ייתכן שיהיה אפשר לתקוף את ההחלטה בערכאות הפנימיות של מדינת האם, אך אין לזה ולא כלום עם המשפט הבינלאומי.

(ד) ניהול ההליכים הבינלאומיים על ידי המדינה. משהחליטה מדינה לאמץ תביעה בגין פגיעה באזרחיה ולהשתמש בהגנה הדיפלומטית, היא האוחזת במושכות ההליכים.⁶¹ לפיכך מדינת האם היא שתחליט כיצד תשמש בהגנה ואילו טענות יועלו לפני הרשויות הבינלאומיות, היא שתבחר את הנציגים שינהלו את ההליכים ואת סוג המשאבים שבכוונתה להקדיש לעניין והיקפם.⁶² לנפגע עצמו אין מעמד כלשהו בהליכים הבינלאומיים הננקטים על ידי מדינתו. כמובן, ייתכן שהמשפט הלאומי של מדינת האם

59 עם זאת הנפגע יכול לחבל במאמצי מדינתו לאמץ את התביעה אם, למשל, הוא ימנע מלמצות הליכים פנימיים.

60 דינשטיין, תביעות, לעיל הערה 36, בע' 69; Vladimir Idelson *The Law of Nations and the Individual: Transactions of The Grotius Society* (1944) 50, 54; Rudolf Bindschedler "La protection de la propriété privée en droit international public" 90 *R.A.D.I.* (1956-II) 183

61 Paul de Visscher "Cours général de droit international public" 136 *R.A.D.I.* (1972-II) 158.

62 דינשטיין, לעיל הערה 36, בע' 69-70.

יקנה לנפגעים מעמד כלשהו (כגון הזכות להציע הצעות, טענות או ראיות), ברם תוקף המעמד נקבע רק במשפט הפנימי. לכן מדינת האם רשאית לפעול לפי שיקול דעתה המוחלט ובתוך כך היא עשויה להעלות טענות שהנפגע אינו מעוניין שיועלו, או להימנע מלהציג ראיות שלדעת הנפגע הצגתן הכרחית לחלוטין. במקרים מסוימים, שיוצגו בהמשך, מדינת האם רשאית אף להפסיק את ההליכים מטעמים חוץ-משפטיים. (ה) סיום ההליכים. עקב שליטתה הבלעדית של מדינת האם בשימוש בהגנה הדיפלומטית, מדינת האם אף רשאית להפסיק את הפרוצדורה בכל שלב משלבי ההליכים. היא יכולה, מנימוקה שלה, להפסיק את ההליכים הבינלאומיים, גם אם לכאורה יש ראיות כבדות משקל המצביעות על כך שהמדינה המארחת הפרה את המשפט הבינלאומי. זאת ועוד, מדינה מוסמכת לוותר על כל זכויותיה כלפי מדינה מארחת בגין הפגיעות באזרחיה, עוד בטרם החלה את ההליכים הבינלאומיים. סעיף 76(3) לאמנת השלום בין מדינות הברית לבין איטליה מהווה דוגמה טובה לכך:

“איטליה גם מוותרת על התביעות [...] לטובת ממשלת איטליה או אזרחיה כלפי כל מדינה בעלת ברית אשר ניתקה יחסים דיפלומטיים עם איטליה ופעלה בשיתוף פעולה עם בנות הברית ושותפותיהן.”⁶³

מעניינת ביותר בהקשר זה חוות דעתו של המשפטן הנס קלזן (Hans Kelsen) משנת 1950 שניתנה בעניין ספינת “פאוסטור” (ספינה שהייתה בבעלות איטלקים, נלקחה על ידי שלטונות אורוגוואי והוטבעה על ידי צוללת גרמנית, כשהיא נושאת את דגל אורוגוואי). בחוות הדעת נדונות כמה סוגיות משפטיות, אך באשר לשאלה אם מדינה רשאית לוותר בשם אזרחיה על תביעות נגד מדינה מארחת נאמר:

“...עשויה להתעורר השאלה אם מדינה רשאית לוותר באמנה על תביעות, לא רק של עצמה אלא גם של אזרחיה. על שאלה זו יש להשיב בחיוב. העובדה שמדינה מוותרת באמצעות אמנה ‘בשם אזרחיה שלה’, פירושה שהמדינה מוותרת על תביעותיהם של אזרחיה כלפי מדינה אחרת, כלומר שהאמנה מבטלת את הזכויות שהן הביסוס לתביעות אלה.”⁶⁴

גם אם מדינה כבר החלה להשתמש בהגנה הדיפלומטית, היא רשאית להפסיק את ההליכים משיקוליה שלה כאמור. כך, למשל, כל מדינה רשאית להתפשר כראות עיניה גם אם הנפגע עצמו אינו שבע רצון מהפשרה. דוגמה לפשרה מסוג זה היא ההסכם שבין ארצות הברית לפולין משנת 1980, שבו הסכימה פולין לשלם 40,000,000 דולר לחיסול כל תביעות אזרחי ארצות הברית:

⁶³ Treaty of Peace with Italy, 1947, 49 U.N.T.S. (1950) 126, 159
⁶⁴ Eduardo J. de Aréchaga *La Estipulación en Favor de Terceros Estados en el Derecho Internacional* (1955) 316, 318

"ממשלת פולין מסכימה לשלם... 40,000,000.00 דולר ... ליישוב מלא של כל תביעות אזרחי ארצות הברית... נגד ממשלת פולין בגין הלאמת... רכוש... שאירעה בזמן כניסתו לתוקף של הסכם זה או לפניו".⁶⁵

ייתכן שנפגעים אמריקנים רבים לא ראו נחת מהסכם זה, אך לא היה בידם לעשות דבר כדי למנוע את עריכתו.

ביתרה מזו, מדינת האם רשאית להסתפק בסעד סמלי (כגון התנצלות פורמלית) בלבד בלי שסעד זה יבטא את הנזק האמיתי שנגרם לנפגע.⁶⁶

מכל האמור עולה אפיונה המיוחד של ההגנה הדיפלומטית, דהיינו שליטתה המוחלטת של מדינת האם בהליכים הבינלאומיים. השליטה באה לידי ביטוי במלוא עוזה כאשר מתבוננים בסוגיה המשפטית מבעד לאספקלריה של חיי הנפגע. הזכות להשתמש בהגנה הדיפלומטית אינה נשמטת מידי מדינת האם אפילו עקב מותו של הנפגע. דוגמה לכך היא פסק הבוררות בעניין De Sabla.⁶⁷ מדובר באזרח אמריקני שהיה בעליה של חלקת אדמה בפנמה, ושלטונות פנמה פגעו בזכויותיו באותה חלקה. בעל החלקה נפטר וטענת פנמה הייתה שלאחר מותו, ארצות הברית אינה יכולה להשתמש עוד בהגנה הדיפלומטית. בדחותה את הטעון קבעה הערכאה הבינלאומית:

"בעיני הוועדה, זכות תביעה קמה כאשר לאירועים שאירעו בחייו של מר דה-סבלה. תביעה זו שייכת לארצות הברית. היא לא נעלמה לאחר מותו של מר דה-סבלה".⁶⁸

1) קבלת סעד. לפי דיני ההגנה הדיפלומטית, מדינת האם היא המוסמכת היחידה לנהל את ההליכים, ולא זו בלבד אלא שאם המאמצים להביא לתיקון המעוות נושאים פרי ומדינת האם זוכה בתביעתה, הפיצויים (או כל סעד אחר שנפסק) הם נחלתה של מדינת האם בלבד, ולא של האזרח הנפגע. האמור לעיל נכון מבחינתו של המשפט הבינלאומי (כלומר המשפט הבינלאומי אינו מכיר בזכאותו של פרט לסעד שמדינתו זכתה בו באמצעות תביעה בינלאומית), ברם אין כל מניעה שהפיצויים יועברו לאזרח הנפגע לפי חוק לאומי. פסק הדין האנגלי *Civilian War Claimants Assn., Ltd. v. The King* משנת 1932⁶⁹ מדגים יפה סיטואציה זו. כאן חויבה גרמניה (מכוח סעיף 232 לאמנת ורסאי), לפצות אזרחים של מדינות אחרות בגין פגיעות שהסבה תוקפנותה במלחמת העולם הראשונה. התובע היה גוף משפטי אשר איגד נפגעים מפעולות המלחמה הגרמניות. לאחר שגרמניה העבירה סכום לאנגליה כפיצוי והממשל

Treaty Between the United States of America and Polish People's Republic, 1960, 55 *Am. J. Int'l. L.* (1961)540 Art. (1a) 65

יודגש שבמקרה זה בולטת ההבחנה בין הנזק שנגרם לפרט לבין זה שנגרם למדינת האם. 66

Marguerite de Joly de Sabla (United States) v. Panama, 6 R.I.A.A. (1933) 358, 359 67

שם, שם. 68

Civilian War Claimants Assn., Ltd. v. The King, A.C. 14 (1932) 69

סירב להעבירו אל הנפגעים, פנה הארגון לערכאות. בית המשפט האנגלי דחה את תביעת הארגון לאחר שקבע כי המדינה לא פעלה במקרה זה כנציגתם או כשלוחתם של חברי התובע. לפיכך אין כל אמצעי משפטי שיאפשר לפרט לחייב את הכתר להעביר לרשותו את הפיצויים ששולמו.⁷⁰

בישראל התעוררה הבעיה בחלקה בע"א 140/58 ריצ'וק נ' מדינת ישראל.⁷¹ במקרה זה שירת המערער במשטרת ארץ ישראל המנדטורית ושירותו הסתיים בתום המנדט. לאחר תום שירותו, אישרה לו ממשלת בריטניה תשלום גמלאות שנתי בלירות שטרלינג וכך אמנם שולמו לו הגמלאות עד 1.6.50. במועד זה קיבלה עליה ממשלת ישראל באמנה שחתמה עם בריטניה, להמשיך ולהסדיר את התשלומים שנקבעו על ידי ממשלת בריטניה, אלא שהתשלומים שהעבירה ממשלת ישראל למערער חושבו לפי שער חליפין מופחת ומכאן המחלוקת שנתגלעה ושהייתה בבסיס הערעור. בכל הנוגע לעניינינו קבע בית המשפט העליון שאין באמנה שבין ישראל לבין בריטניה כדי להקנות למערער זכות בכספים המשתלמים מכוח האמנה.⁷²

עם זאת, לטענת אחרים יש נוהג מושרש היטב להעביר את הסכומים שהתקבלו כפיצויים לידיהם של הנפגעים:

"אם הממשלה הדנית, בנקטה את שיטת ההגנה הדיפלומטית, מקבלת פיצויים מממשלה אחרת, סכומים אלה... צריכים להיות מועברים [לנפגע]. דבר זה אינו נובע מהחוק אלא מעיקרון משפטי כללי שמעולם לא הוטל בספק."⁷³

ואף על פי כן, אם אכן יש נוהג כזה, תוקפו יהיה יפה רק במשפט הלאומי – להבדיל מהבינלאומי. עם זאת, כאשר מדינה מקבלת פיצויים ומחליטה לחלקם בין מספר רב של אזרחיה שנפגעו, נהוג להקים ועדות מיוחדות המופקדות על חלוקת הסכומים *pro rata* כאשר אין בסכום הפיצויים שהתקבל כדי לפצות את כל הנפגעים: "משהושג הסכם עם מדינה זרה... הפרקטיקה הייתה שמחלקת המדינה דרשה חקיקה מטעם הקונגרס כדי שסכומים אלה יחולקו על ידי ועדה".⁷⁴ כך, למשל, נהגה גרמניה בפיצויים שקיבלה מישראל בגין פגיעה ברכוש שהיה שייך לנתינים גרמנים.⁷⁵ לפיכך ההלכה הכללית היא שמדינה שקיבלה פיצויים בעקבות השימוש בשיטת ההגנה הדיפלומטית, אינה מחויבת על ידי המשפט הבינלאומי להעביר פיצויים אלה

70 John Collier *Individual Rights*, לעיל הערה 50, בע' 612, 30 I.L.R. (1957) Lucas Claim (1966) 220, 222.

71 פ"ד יג 959, 961.

72 שם, בע' 964. האמנה פורסמה בכתבי אמנה מס' 15 בע' 63.

73 Isi Foighel *Individual Rights*, לעיל הערה 50, בע' 190.

74 Monroe Leigh *Individual Rights*, לעיל הערה 50, בע' 648, Borhard, לעיל הערה 55, בע' 381.

75 ראו Ignaz Seidl-Hohenveldern *Individual Rights*, לעיל הערה 50, בע' 250.

לאזרחה שספג את הפגיעה המקורית וסיפק לה למעשה את העילה לשימוש בהגנה הדיפלומטית.⁷⁶

ז) טיב הפגיעה. פעולה בלתי חוקית עשויה להסב נזקים רבים. עם זאת, לא כל הנזקים מטילים אחריות בינלאומית על המדינה המארחת שעל בסיסה ניתן להשתמש בכלי ההגנה הדיפלומטית. בכל הקשור לשימוש בהגנה הדיפלומטית, הצלחת ההליכים תלויה בהוכחת פגיעה ישירה בזכות מוקנית של הזר (המוגנת מבחינה בינלאומית), להבדיל מפגיעות עקיפות ורחוקות. כך, למשל, אם על הנכס של שמעון רובין משכון לטובת ראובן (אזרח אוטופיה), והמדינה המארחת, ארקדיה, מחרימה את הנכס משמעון ומעבירה אותו ללוי (דבר העלול לפגוע במידת מה בזכות המשכון של ראובן), אוטופיה לא תוכל להשתמש בהגנה הדיפלומטית למען ראובן, שכן זכותו של ראובן לא נפגעה במישרין (הפגיעה במקרה זה היא לכל היותר צדדית (collateral)). אוטופיה תוכל להשתמש בהצלחה בהגנה דיפלומטית במקרה כזה רק אם ארקדיה תפגע במישרין בזכות המשכון של ראובן למשל, על ידי חיקוק שמבטל את המשכון, על ידי קביעה שרירותית של סדר נושים המפלה לרעה את ראובן וכדומה, להבדיל מפגיעות בזכויותיו של בעל הנכס הממושכן.⁷⁷ אם נישם הלכה זו על בעל חוב, אשר נוכח שאפסו סיכוייו לקבל את כספו מהחייב עקב פגיעה ברכושו של החייב על ידי המדינה המארחת, נגיע לכלל מסקנה שאין למדינת האם של בעל החוב סיכוי להצליח בשימוש בהגנה הדיפלומטית, שכן בעיני המשפט הבינלאומי לא נפגעו זכויותו פגיעה ישירה:

"המשפט הבינלאומי אינו מאפשר הגנה על האינטרסים הלגיטימיים והציפיות של נושים למצב כלכלי טוב וכן לנזילותם של נכסי חייביהם".⁷⁸

עמדה זו קיבלה תמיכה בכמה פסקי בורות, למשל בפרשה משנת 1931 שבה נאמר כי אין אחריות בינלאומית למדינה מארחת כאשר הנזק שהוסב לזר הוא: "...תוצאתה של פגיעה שהמדינה הנתבעת גרמה לפרט או לחברה שהאדם קשר

עמה קשר חוזי".⁷⁹

76 דינשטיין, לעיל הערה 36, בע' 138. Borchard, לעיל הערה 55, בע' 397–398. או דוגמה נוספת הנוגעת לכספים שהתקבלו על ידי ארצות הברית מאת מצרים בהסכם פשרה שנחתם ב-1 במאי 1976 כפיצוי בגין פגיעות רכושיות באזרחים אמריקנים: *Digest of United States Practice in International Law* (Office of the Legal Adviser, Department of State, 1977) 683.
77 *Samy Friedman Expropriation in International Law* (1953, rep. 1981) 168.
78 Eduardo Jiménez de Aréchaga "Diplomatic Protection of Shareholders in International Law" 4 *Phillipine International L. J.* (1965) 71, 72, לעיל הערה 55, בע' 645.
79 *Dickson Car Wheel company (USA) v. United Mexican States* 4 R.I.A.A. (1931) 679; *Rhodope Forest Claim* 3 R.I.A.A. (1933) 1425.

לפיכך הגנה הדיפלומטית מותנית בכך שהנפגע עצמו או חזו בזכות שנפגעה (זכות המוקנית לו מכוח המשפט הלאומי) ולא די בכך שהאינטרס שלו נפגע.⁸⁰ הסיווג האמור בין "זכות" לבין "אינטרס" קובע אם תוכל מדינת האם להשתמש בשיטת ההגנה הדיפלומטית (כאשר נפגעה זכותו של אזרח) או שלא תוכל לעשות כן (כאשר רק אינטרס שלו נפגע).⁸² הלכה זו יש ליישם גם במקרים של פגיעות בבעלי מניות של תאגידים.

ח) פגיעות בבעלי מניות של תאגידים. ההבחנה בין פגיעה בזכותו של הזר (או פגיעה ישירה), המקנה זכות למדינת האם להשתמש בהגנה הדיפלומטית, לבין פגיעה באינטרס (או פגיעה עקיפה) בולטת במיוחד בפגיעות בתאגידים ובבעלי מניותיהם. כדי להבהיר את הסוגיה, שארטיב את הדיון בה בהמשך, אמחיש את הדברים כדלקמן: ראובן, אזרח אוטופיה, או חזו באלף מניות של תאגיד ארקדי שמנהל עסקים ברוריטניה. לימים רוריטניה מחרימה חלק מרכושו של התאגיד. מהמצב המתואר כאן – אם נתבונן בדברים מבחינה עובדתית גרידא – ניתן להסיק שלמעשה הסבה רוריטניה פגיעה כפולה:

א) פגיעה בתאגיד (בהחרמת רכושו),

ב) פגיעה בראובן (פגיעה זו עשויה להתבטא, למשל, בצמצום סכום הדיבידנדים שהיה מקבל לולא הוחרם רכושו התאגיד, או בירידת ערכן של מניותיו). לצורך ניתוח משפטי של המצב, עלינו לבדוק איזו מדינה תהיה מוסמכת להשתמש בהגנה הדיפלומטית ובגין איזו פגיעה.

ראשית, ארקדיה – מדינת אזרחותו של התאגיד – תהיה מוסמכת לפעול נגד רוריטניה בגין החרמת הרכוש. במקרה זה, המדינה המארחת פגעה בזכות מוקנית של התאגיד (שהוא הבעלים של הרכוש המוחרם) ולא כיבדה את החובות שהטיל עליה המשפט הבינלאומי (דהיינו, לא שילמה פיצוי נאות ואפקטיבי בתוך זמן סביר). לפיכך ארקדיה תוכל להשתמש בהגנה הדיפלומטית נגד רוריטניה. ומה בדבר הפגיעה בראובן, בעל המניות? אמנם ניתן למצוא פסקי בורות שלכאורה תומכים בעמדה שלפיה מדינה מוסמכת, במקרים מהסוג הזה, לאמץ את עניינם של בעלי המניות ולהשתמש בהגנה הדיפלומטית,⁸³ ברם בעקבות פסק הדין בעניין *Barcelona Traction, Light and Power Company*⁸⁴ (להלן: עניין חברת ברצלונה), הדיון

⁸⁰ Case Concerning the Factory at Chorzow (Merits) P.C.I.J. Reports (A/17), (1928) 29

⁸¹ Interhandel Case (Preliminary Objections) I.C.J. Reports, (1959) 27

⁸² Paul de Visscher "La Protection Diplomatique des Personnes Morales" 102 R.I.A.A. (1961) 464

⁸³ El Triunfo Case, 15 R.I.A.A. (1902) 455; Alsop Case, 11 R.I.A.A. (1911) 349

⁸⁴ Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd (2nd Phase), I.C.J. Reports (1970) 3

בפסקי בוררות אלה מועיל רק לשם ההבחנה בין המקרים המזכים למקרים שאינם מזכים מבחינה עובדתית.⁸⁵

יצוין שקדמו לפסק הדין בעניין חברת ברצלונה כמה החלטות שהצביעו על המגמה שבסופו של דבר אושרה בפסק – דין זה. כך, למשל, בפסק הבוררות בעניין Kunhardt,⁸⁶ דובר בתביעה של אזרח אמריקני, בעל מניות בחברה ונצואלית שנפגעה מפעולת שלטונות ונצואלה. הבוררים דחו את התביעה, ולדברי הבורר פאול (Paul):

“זכויות אלה אין אוחזים בהן אלא מנהלי החברה. האדונים קונהרדט ואח' אין להם זכות לעמוד ולתבוע פיצויים מן הוועדה בגין הפרת חוזה אשר החובות והזכויות על פיו נקבעות באופן הדדי בין ממשלת ונצואלה לחברה...”⁸⁷

פסק בוררות נוסף הוא עניינם של *Baash and Romer*,⁸⁸ באותו מקרה נתגלעה מחלוקת בין הולנד לוונצואלה באשר לפגיעות באזרחים הולנדים שהיו בעלי מניות של תאגיד ונצואלי. בכל הקשור לעניינו נקבע על ידי הבורר כי הואיל ומדובר בראש ובראשונה בתאגיד שהוקם לפי דיני ונצואלה, ולנוכח עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של תאגידים, אין למדינת בעלי המניות זכות עמידה בנושא הפגיעה.⁸⁹ על כן עוד לפני הפסיקה בעניין חברת ברצלונה הסתמנה הבחנה בין פגיעה ישירה לפגיעה עקיפה:

“נחוץ לבחון אם הפרט, שהתביעה מוגשת בעניינו, נפגע במישרין או שהוא רק בעל חוב של התאגיד שנפגע במישרין.”⁹⁰

בפסק הדין בעניין חברת ברצלונה,⁹¹ דובר בפגיעה שהסבה ספרד לזכויותיה של חברה קנדית שבעלי מניותיה היו אזרחי בלגיה.⁹² בית הדין הבינלאומי קבע שפגיעה שהסבה מדינה לזכויותיו של תאגיד זר עשויה להצמיח אחריות בינלאומית רק כלפי מדינת אזרחותו של התאגיד, להבדיל ממדינת אזרחותם של בעלי המניות.⁹³ הרציו שביסוד פסיקה זו הוא שהואיל והמשפט הבינלאומי מכיר באישיותם המשפטית של התאגידים, הנפרדת מזו של בעלי המניות, אזי רק מדינת האזרחות של התאגיד שנפגע מוסמכת

Mervyn Jones “Claims on Behalf of Nationals Who are Shareholders in Foreign 85
Companies” 26 *B.Y.I.L.* (1949) 225, 239

.Kunhardt Case, 9 R.I.A.A. (1903) 174 86

שם, בע' 179 87

.Baash and Romer Case, 10 R.I.A.A. (1903) 723 88

Henriquez Case, 10 R.I.A.A. (1903) 727, Brewer Case 10 R.I.A.A. (1903) 433, שם, שם, 89
435

Spanish Zone of Morocco Claim (Great Britain) v. Spain, Ziat Ben Kiran, 2 Ann. Dig. 90
190 (1923–24) 72 (1924); *Provident Mutual Life Insurance Co. and Others (U.S.) v.*
Germany, 7 RIAA (1924) 91, 107

עניין חברת ברצלונה, לעיל הערה 84, בע' 31. 91

שם, שם. 92

שם, בע' 36 ואילך. 93

להשתמש בהגנה הדיפלומטית בגין הפגיעה בו. האמנם בעלי המניות עלולים לסבול עקב הפגיעה בתאגיד, אך זו אינה פגיעה בזכות מוגנת על ידי המשפט הבינלאומי, אלא לכל היותר פגיעה באינטרס, וכאמור המשפט הבינלאומי אינו מגן על פגיעה באינטרסים.⁹⁴ לפיכך ההלכה היא שמדינת אזרחותו של התאגיד מוסמכת להשתמש בהגנה הדיפלומטית בעקבות פגיעה שהוסבה לתאגיד; ואילו מדינת אזרחותם של בעלי המניות אינה מוסמכת להשתמש בכלי זה משום שזכותם לא נפגעה במישרין.⁹⁵ אשר למדינת האזרחות של תאגידים, נקבע על ידי בית הדין שלצורכי השימוש בהגנה הדיפלומטית, מדינת האזרחות היא המדינה שלפי דיניה הוקם התאגיד והמקום

94 כמו כן ראו את איגרתו של שר החוץ Irigoyen מארגנטינה אל שלטונות בריטניה כשמדינה אירופית זו ניסתה בשנת 1876 להשתמש בהגנה הדיפלומטית בגין הפסדים שספגו בעלי מניות בריטים עקב פגיעה בחברה ארגנטינית: "A corporation is a moral person, entirely distinct from the individuals which concurred to organize it..." ראו אצל Eduardo Jiménez de Aréchaga, לעיל הערה 78, בע' 80.

95 כלום הלכה זו של בית הדין הבינלאומי נועלת את דלתות ההגנה הדיפלומטית בפני מדינת אזרחותם של בעלי מניות בתאגיד? התשובה היא שלילית: ההלכה בעניין חברת ברצלונה, לעיל הערה 84, אמנם קובעת שכאשר תאגיד נפגע, לא תצמח למדינת האם של בעלי המניות כל זכות תביעה. עם זאת, ישנם מצבים שבהם מדינת האם של בעלי המניות בכל זאת תוכל לפעול נגד המדינה המארחת. המצבים השכיחים הם כדלהלן: (א) כשהמדינה המארחת פוגעת במישרין בזכויותיהם של בעלי המניות (וזאת להבדיל מפגיעה בזכויותיו של התאגיד), מדינת האם של אלה תוכל להשתמש בהגנה הדיפלומטית. כך, אם המדינה המארחת תחוקק חוק המונע מבעלי מניות לקבל דבידנדים, או המורה על החרמת המניות, או מגביל אותם בהנאה מזכויותיהם כבעלי מניות (כגון הזכות להיות נוכחים או להצביע באסיפות כלליות), והחוק אינו עולה בקנה אחד עם הסטנדרטים שקובע המשפט הבינלאומי, כי אז מדינת האזרחות של בעלי המניות תהיה מוסמכת לפעול נגד המדינה המארחת (Eduardo Jiménez de Aréchaga, לעיל הערה 57, בע' 579). (ב) הבסיס שעליו מושתתת ההלכה בעניין חברת ברצלונה הוא עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד. לפיכך ישנה סברה שלפיה אם התאגיד חדל להתקיים (או איבד את אישיותו המשפטית העצמאית והפך לבלתי כשיר), אזי מדינת האם של בעלי המניות תהיה מוסמכת להשתמש בהגנה הדיפלומטית לטובת בעלי המניות. בפסק הדין בעניין חברת ברצלונה הכיר בית הדין בכך שבנסיבות מסוימות ניתן להרים את המסך של התאגיד ועל ידי כך לקבוע שהאישיות המשפטית הנפרדת חדלה להתקיים. (ג) חריג נוסף שנקבע בפסק הדין בעניין חברת ברצלונה הוא כאשר מדינת אזרחותו של התאגיד נטולת כושר להגן עליו, שאז מדינת האם של בעלי המניות תהיה מוסמכת לפעול בגין הפגיעה. עם זאת, אם מדינת האם של התאגיד כשירה להשתמש בהגנה הדיפלומטית, אך היא מחליטה שאינה מעוניינת בכך, אין מדינת האזרחות של בעלי המניות רשאית לפעול במקומה. (ד) מצב אחרון שבו מדינת האזרחות של בעלי המניות תוכל להשתמש בהגנה הדיפלומטית בגין פגיעה בתאגיד, הוא כאשר גם התאגיד או חזו באזרחותה. במקרה כזה נעלמת הכפילות והמדינה הנפגעת היא אותה המדינה. חרף ההלכה בעניין חברת ברצלונה, מלומדים בתחום העלו את הטענה שראוי לאפשר למדינת בעלי המניות להשתמש בהגנה הדיפלומטית בגין פגיעה בתאגיד, אך כאמור לנוכח הפסיקה הברורה של בית הדין הבינלאומי, לא נראה שלעמדה זו יש סיכוי כלשהו להתקבל במשפט הבינלאומי המנהגי. שונה המצב במשפט ההסכמי, שכן מדינות רשאיות – באמנה – לאפשר לבעלי מניות ליהנות מהגנה במקרי פגיעה בתאגיד.

שבו נמצא משרדו הרשום.⁹⁶ הבחנה זו בין זכויות התאגיד מחד גיסא לבין זכויות בעלי המניות מאידך גיסא מעוררת כמה שאלות פרקטיות. למשל, בית הדין השאיר ב"צריך עיון" את השאלה מה יהיה הדין כאשר שני קריטריונים אלה לא יצביעו על מדינה אחת ויחידה.⁹⁷ בהקשר אחר ניתן לגרוס שהבחנה זו – גם אם פורמלית ומתודולוגית היא נכונה – עשויה לגרום עוול למשקיעים זרים שמטעמיהם נאלצים לבצע את השקעתם באמצעות חברות מקומיות במדינה המארחת, ושולטים בתאגידים אלה כפי שיפורט להלן.

משתארו מאפייניה של ההגנה הדיפלומטית, ראוי לציין את החובה המוטלת על הנפגע למצות את הליכים הפנימיים במדינה המארחת, בטרם תוכל מדינת האם להשתמש בהגנה הדיפלומטית וכן את חובת קיום זיקת אזרחות בין הנפגע למדינה שמשמשת בהגנה הדיפלומטית.⁹⁸

כפי שניתן להיווכח, מאפייניה של שיטת ההגנה הדיפלומטית מיוחדים במינם בשל מורכבותם הרבה. על המאפיינים המשפטיים נוספים גורמים אחרים שיש בהם כדי להשפיע באופן זה או אחר על תהליך השימוש בהגנה הדיפלומטית, כגון אינטרסים של המדינות המעורבות. אמנם אינטרסים אלה זרים לעניין, אך הם עשויים להשפיע על החלטתה של מדינת האם אם להשתמש בהגנה הדיפלומטית או להימנע מכך (לחצים מדיניים, לחצים כלכליים, הרצון לשמור על יחסים תקינים וכיוצא באלה אינטרסים).

בגין כל הסיבות האלה, ההגנה הדיפלומטית רחוקה מלהשביע את רצונם של כל הגורמים המעורבים (מדינת האם, המדינה המארחת והנפגע), ולעתים מחייבת אותם לנהל חיים משותפים נגד רצונם, ובתנאים קשים ביותר. מצב דברים זה חושף את מגרעותיה של שיטת ההגנה הדיפלומטית כפי שהיא משתקפת מנקודת ראותו של כל אחד מהגורמים המעורבים. ארון במגרעות השיטה אחת לאחת.

96 עניין חברת ברצלונה, לעיל הערה 84, בע' 42.

97 דינשטיין, לעיל הערה 36, בע' 80.

98 כלל אזרחות התביעה עלול להקשות על משקיע שנפגע. אכן, התנאי לשימוש בהגנה הדיפלומטית מתמלא רק אם הנפגע הוא אזרח של המדינה שהשתמשה בהגנה ברציפות בכל השלבים הרלוונטיים של ההליכים. המצב המשפטי הופך למורכב כאשר מדובר בנפגעים מחוסרי אזרחות או בנפגעים כפולי אזרחות. מחוסרי האזרחות אינם זכאים להגנה הדיפלומטית של מדינה כלשהי, ואילו במקרה של כפולי האזרחות, אם אחת האזרחויות של הנפגע היא אזרחותה של המדינה הפוגעת, המדינה השנייה לא תוכל להשתמש בהגנה. כאשר יש לנפגע כמה אזרחויות, והוא נפגע על ידי מדינה אחרת, מחילים את מבחן "האזרחות האפקטיבית" כדי לבחון לאיזו מדינה הוא קשור במרב הזיקות, ומדינה זו תהיה מוסמכת להשתמש בהגנה דיפלומטית בעניינו. ראו דינשטיין, שם, בע' 71 ואילך.

2.2.1. מגרעותיה של שיטת ההגנה הדיפלומטית מבחינת המדינות המעורבות המגרעת העיקרית של שיטת ההגנה הדיפלומטית נעוצה בעצם ביסוסה על דוקטרינת המשפטן ואתל, שלפיה פגיעה באזרח זר על ידי מדינה מארחת כמוה כפגיעה במדינת האם.⁹⁹ הפיכת הפגיעה ביחיד לסכסוך בין-מדינתי גורמת לתגובת שרשרת שבסופו של דבר אולי תביא לפתרון הסכסוך, אך בה בעת עשויה להביא למחלוקת קשה בהתחשב בפגיעה המקורית במשקיע. אכן, במקרים רבים מחלוקת קטנה יחסית הופכת לסכסוך בינלאומי בין המדינות המעורבות, ומביאה לתוצאה לא רצויה:

"...אין המצב מניח את הדעת מנקודת ראותה של המדינה התובעת עצמה, אשר למעשה נאלצת להפוך תקריות צנועות ממדים לסלעי מחלוקת רציניים, ובזאת מסתבכת מבלי משים בסכסוכים המעכירים את היחסים הבינלאומיים".¹⁰⁰

ודוק: לא די בכך ששיטת ההגנה הדיפלומטית עלולה להיות לא רצויה למדינת האם, אלא שהיא עלולה להקשות מאוד גם על המדינה הנתבעת, אשר צפויה למצוא את עצמה מעורבת בסכך רציני של הליכים בינלאומיים בגין פגיעות שמקורן במישור הלאומי גרידא.¹⁰¹ בהקשר זה יצוין לדוגמה מצבה המיוחד של מקסיקו (אשר בתחילת המאה העשרים נאלצה להתמודד עם פניות רבות מצד ארצות הברית, אנגליה ומדינות נוספות בגין פגיעות באזרחיהן), וכן מצבה של ונצואלה, שכמה מדינות אירופיות תקפו אותה בעקבות פגיעות רכושיות באזרחיהן. בכך לא תמו מגרעות השיטה למדינות המעורבות:

(א) כלי ההגנה הדיפלומטית הוא אמצעי "כבד" להפעלה. השימוש בה כרוך ביישום הפרוצדורה ליישוב סכסוכים בין מדינות, המחייבת לרוב הקמת ערכאות בוררות מיוחדות ולעתים אף פנייה לבית הדין הבינלאומי. כלי זה דורש השקעת משאבים רבים.

(ב) מגרעת נוספת של השיטה נעוצה בכללי הסמכות של הערכאות הבינלאומיות. כאן יש להבחין בין התדיינות לפני ערכאות בוררות לבין התדיינות לפני בית הדין הבינלאומי בהאג. בערכאות בוררות המוקמות מכוח הסמכת הצדדים, שאלת הסמכות אינה מתעוררת, שכן היא מוסדרת בהסכם, ומכל מקום אם מדינה אינה חפצה בהקמת ערכאות בוררות בינלאומיות, אי-אפשר לחייבה לעשות כן. לפיכך הצלחת השימוש בהגנה הדיפלומטית תלויה במידה רבה במערכת היחסים שבין המדינות המעורבות. אם אוטופיה וארקדיה נמצאות במצב של מלחמה, וארקדיה מחרימה את רכושו של אזרח אטופיה, מדינת האם לא תוכל להכריח את ארקדיה להתדיין לפני ערכאות בוררות

99 Emmerich de Vattel *The Law of Nations or the Principles of Natural Law* (1758) 222

שם, 100.

Richard Lillich "The Diplomatic Protection of Citizens Abroad — an Elementary Principle under Attack" 69 *Am. J. Int'l L.* (1975) 359

בינלאומית נגד רצונה.¹⁰² נמצא אפוא שגורלה של התביעה תלוי בנסיבות חיצוניות לחלוטין.

המצב אחר במקצת בכל הנוגע לשפיטתו של בית הדין הבינלאומי. לדוגמה, גם אם אוטופיה וארקדיה הן חברות לחוקת בית הדין, אין פירוש הדבר שמדינה אחת רשאית להגיש תביעה נגד חברתה ולחייבה להתגונן. לצורך כך נחוצה הסכמתה של המדינה הנתבעת להתדיין.¹⁰³ לפיכך גורל השימוש בהגנה הדיפלומטית תלוי במידה רבה בהסכמתה של המדינה הפוגעת להביא את העניין לדיון.

ג) היות שההגנה הדיפלומטית מעמידה את המדינות המעורבות זו מול זו לפני רשויות בינלאומיות, בהחלט ייתכן שעמדות הצדדים יושפעו משיקולים זרים לתביעה וההליכים המשפטיים ייפגעו בשל כך. טלו לדוגמה מקרה שבו המדינה התובעת תלויה מבחינה כלכלית במדינה הנתבעת (למשל בהספקת נפט). תלות זו עלולה לאלץ את המדינה התובעת לוותר על השימוש בהגנה הדיפלומטית, או לחלופין להשתמש בה לצורך קבלת סעד סמלי בלבד. באספקלריה רחבה יותר, כוחן וחוסן של המדינות במערכת הבינלאומית עשוי להשפיע על מידת ההצלחה של השימוש בהגנה הדיפלומטית.

“מדינות קטנות מחליטות לא אחת להימנע מלאכוף את זכויותיהן מתוך חשש ממשי מפגיעה בקשרי החוץ שלהן עם המדינה החזקה שנגדה יש לאכוף את התביעה.”¹⁰⁴

נמצא שמדינה שמעמדה הבינלאומי איתן, סיכוייה לקדם את הגנתה הדיפלומטית בכיוונים הרצויים טובים יותר מסיכוייהן של מדינות שמעמדן הבינלאומי רעוע.¹⁰⁵ ד) מגרעת נוספת מנקודת ראותה של המדינה הנפגעת היא הצורך ב"זיקת אזרחות" בין המשקיע לבין מדינתו לכל אורך ההליכים הבינלאומיים.¹⁰⁶ ניתוק זיקת האזרחות בשלב כלשהו מהשלב הרלוונטיים מביא לדחיית התביעה הבינלאומית, אף אם הנפגע ניתק את זיקת האזרחות בכוונה ברורה לשלול ממדינתו את האפשרות להשתמש בהגנה הדיפלומטית.¹⁰⁷ פסק הבוררות בעניין *Poggioli* מדגים יפה מגרעת זו.¹⁰⁸ דובר שם בתביעה שהגישה איטליה נגד ונצואלה בעקבות פגיעות בשני איטלקים, שאחד מהם נפטר והותיר אחריו יורשים בעלי אזרחות שאינה איטלקית. הערכאה הבינלאומית קבעה

102 ניתן לסטות מכלל זה אם מדינת האם מצליחה לתפוס נכסים שהמדינה המארחת מחזיקה בשטחה. כך למשל נהגה ארצות הברית בנכסיה של אירן לאחר המהפכה באירן.

103 ראו דינשטיין, לעיל הערה 36, בע' 159, 170, וכן את הפסק: Interpretation of Peace Treaties (1950) 65, 71 I.C.J. Reports (First Phase) with Bulgaria, Hungary and Romania.

104 Amador, לעיל הערה 58, בע' 202.

105 שם, שם.

106 Aréchaga, לעיל הערה 56, בע' 576.

107 Visscher, לעיל הערה 61, בע' 159.

108 Poggioli Case, 10 R.I.A.A. (1903) 687.

שאינן לקדם את התביעה בגין הפגיעה במנוח משום היעדר זיקת האזרחות. צא ולמד, אחד התנאים לקבלתה של התביעה הבינלאומית הוא זיקת אזרחות, ובהיעדרה אין למדינה אפשרות להשתמש בהגנה הדיפלומטית אף אם יש לה עניין להגן על הנפגע (כגון על מי שמתגוררים זמן רב בשטחה, או ששירתו את המדינה, פליטים, בעלי מניות בתאגיד שנפגע וכדומה).¹⁰⁹

2.2.2. מגרעותיה של שיטת ההגנה הדיפלומטית מבחינת משקיע שנפגע מלבד החסרונות של שיטת ההגנה הדיפלומטית מנקודת ראותן של המדינות המעורבות, השיטה רחוקה מלספק את הנפגע עצמו. עם חסרונותיה של השיטה מבחינתם של משקיעים זרים ניתן למנות את אלה:

(א) שיטת ההגנה הדיפלומטית מרתיעה את מדינות האם מלחוש ולהגן על אזרחיהן, ובייחוד כאשר לפי השקפתן מדובר בפגיעות זעירות יחסית, ומהן עצמן נדרש להשקיע משאבים רבים. יתרה מזו, היות שההגנה הדיפלומטית ננקטת בין מדינות בלבד, ייתכן ששיקולים חוץ-משפטיים ישפיעו על מדינת האם ויגרמו לכך שהתביעה הבינלאומית לא תקודם. עם השיקולים נמנים שיקולים אסטרטגיים, שיקולים הנוגעים למדיניות ויחסי חוץ, שיקולים כלכליים ושיקולים חברתיים. בשל כך, מדינות אם חלשות ייטו לוותר על תביעות בינלאומיות משיקולים הנוגעים לאינטרסים ממלכתיים שאינם קשורים בפגיעה. זהו חיסרון כבד משקל מנקודת הראות של המשקיעים, אשר לא אחת מוצאים את עצמם נטולי הגנה בשל שיקולים שאינם נוגעים להם במישרין.¹¹⁰ במילים אחרות, לנפגע אין כל זכות לחייב את מדינתו להשתמש בהגנה הדיפלומטית, שהרי המשפט הבינלאומי אינו מכיר בזכותו של הפרט ליהנות מהגנה דיפלומטית מטעם מדינתו.¹¹¹

(ב) לנוכח מאפייניה המיוחדים של שיטת ההגנה הדיפלומטית, חוסנה של המדינה במערכת הבינלאומית היא יסוד מכריע בהצלחתם של ההליכים. לכן אזרחיה של מדינה בעלת עמדה בינלאומית חזקה יזכו מטבע הדברים בהגנה משופרת לעומת אזרחיה של מדינה שעמדתה חלשה.

(ג) קושי נוסף ששיטת ההגנה הדיפלומטית מעוררת נעוץ בצורך להשיג הסכמה להתדיין מאת המדינה שגרמה לפגיעה. מערכת יחסים רעועה בין מדינת האם לבין המדינה המארחת עלולה להביא להתנגדותה של המדינה המארחת להתדיין. שוב

109 ראו למשל את התקריט האווירית בשמי בולגריה בשנת 1995, שבה חיל האוויר המקומי הפיל מטוס של חברת אל-על. מדינת ישראל, אולי בשל אופייה כמדינת קבוץ גלויות, גילתה רצון להגן גם על נוסעי המטוס הנפגע שלא היו אזרחיה: Aerial Incident of 27/7/55 (Preliminary Objections) I.C.J. Reports (1959) 106.

110 Edwin Borchard "The Access of Individuals to International Courts" 24 *Am. J. Int'l. L.* (1930) 359, 362.

111 Krzysztof Skubiszewski *Individual Rights*, לעיל הערה 50, בע' 8.

מידת ההגנה שאדם שזכויותיו נפגעו זוכה לה, תלויה בשרשרת ארוכה של גורמים שאינם תלויים בו.

ד) בעיה נוספת מנקודת הראות של משקיע שנפגע כרוכה בדרישת "זיקת האזרחות". תנאי הכרחי לשימוש בהגנה הדיפלומטית הוא כאמור היות הנפגע אזרח של המדינה המשתמשת בכלי זה לאורך כל שלבי ההליך. מצב זה מקשה למשל על מחוסרי אזרחות וכפולי אזרחות. מחוסרי האזרחות אינם זכאים להגנה הדיפלומטית של מדינה כלשהי, ואילו אצל כפולי האזרחות, אם אחת האזרחויות של הנפגע שייכת למדינה הפוגעת, אזי המדינה האחרת לא תוכל להשתמש בהגנה דיפלומטית.¹¹² טיב ההגנה על הנפגע הזר תלויה אפוא במידה רבה בזיקה "מקרית": אזרחותו של הנפגע. לפיכך, אם רצה הגורל והנפגע הוא אזרח של מדינה המתנגדת מבחינת אידאולוגית לשימוש בהגנה דיפלומטית, מצבו יהיה נחות.¹¹³

ה) חיסרון נוסף מבחינתו של משקיע שנפגע בא לידי ביטוי בזמן הרב שעשוי לחלוף בין הפגיעה בזכויותיו הרכושיות לבין סיום ההליכים הבינלאומיים.¹¹⁴ כפי שצוין לעיל, מלבד ההוצאות הכספיות הגדולות, לעתים הקמת ערכאה בינלאומית מיוחדת עשויה להימשך זמן רב שאף עשוי לעלות על תוחלת חייו של המשקיע שנפגע. ו) החיסרון העיקרי של שיטת ההגנה הדיפלומטית מבחינתו של הנפגע נעוץ בעצם השליטה הבלעדית של מדינת האם בהליך לכל שלביו:

- (1) מדינת האם היא המוסמכת הבלעדית לקבל החלטה אם לאמץ את העניין אם לאו,
- (2) כאשר מדינת האם מחליטה להשתמש בהגנה הדיפלומטית, היא הגורם היחיד האוחז במושכות ההליכים, היא הקובעת את נציגיה המשפטיים, את הטענות שיש להעלות, את האמצעים המשפטיים שיש לנקוט, את הראיות שתוצגנה וכדומה, בלי שיש לנפגע אפשרות דה-יורה להשפיע,
- (3) מדינת האם יכולה להשתמש בהגנה דיפלומטית כנגד רצונו של הנפגע ולמורת רוחו,
- (4) במקרה של כמה נפגעים, מדינת האם רשאית להחליט להשתמש בהגנה במקרה האחד ולהימנע מכך במקרה האחר, גם אם מדובר באותה פגיעה,
- (5) למדינת האם הכוח והסמכות להפסיק את ההליכים בכל שלב ושלב,
- (6) מאחר שמדינת האם והנפגע עשויים שלא לראות עין בעין את המקרה,

112 ראו לעיל הערה 98.

113 זהו למשל מצבם של אזרחי מקסיקו. ראו: Cesar Sepúlveda *Individual Rights*, לעיל הערה 50, בע' 397. *21 Am. J. Int'l L.* Edwin Borchard "Limitations on Coercive Protection" 303 (1927).

114 Manuel Vallejo *Reflexiones sobre la "Protección Diplomática"* *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional, Libro Homenaje al Profesor Antonio Truyol Serra* (Vol. I, 1986) 377, 378.

ייתכן מצב שבו מדינת האם תחליט להגיע לפשרה עם המדינה המארחת מתוך שיקולים ממלכתיים ובלי כל קשר לפגיעה באזרחיה,

ז) אף על פי שבפרקטיקה לרוב נהוג להעביר לנפגע את הפיצויים המתקבלים בעקבות השימוש בהגנה הדיפלומטית, דהייורה פיצויים אלה שייכים למדינת האם ואין מוטלת חובה כלשהי להעבירם לנפגע.

ח) ההגנה הדיפלומטית עשויה לשמש אמצעי יעיל רק במקרי פגיעות המתבצעות על ידי מדינה שאינה מדינת האזרחות. כלומר, כאשר מדינת האזרחות היא שביצעה את הפגיעה, מובן מאליו שאין בשיטת ההגנה הדיפלומטית כדי לסייע לנפגע, לעומת המצב המשפטי הנוגע לזכויות האדם הבינלאומיות.¹¹⁵ מכל המצוין לעיל עולה ששיטת ההגנה הדיפלומטית רחוקה מלהשביע רצונם של הצדדים המעורבים:

"במסגרתה של שיטה זו, מצבם של כל שלושת הצדדים, הפרט, המדינה המתגוננת והמדינה התובעת, הוא רעוע ואינו משביע רצון... הפוליטיקה עשויה לשלוט בפתרון האירוע ולא החוק".¹¹⁶

3.2. הערכת יעילותה של ההגנה הדיפלומטית ככלי להבטחת זכויות המשקיע הבינלאומי כפי שניתן ללמוד מהניתוח שהובא לעיל, ההגנה הדיפלומטית היא מכשיר "כבד" הכרוך בקשיים ניכרים לכל השחקנים המעורבים. עם זאת, סקירה היסטורית סכמטית מלמדת שמדינות רבות הרבו להשתמש בהגנה הדיפלומטית במטרה להגן על אזרחיהן שהשקעותיהם נפגעו בחו"ל, למרות מגרעותיה של השיטה, וייתכן שהדבר נובע מחוסר ברירה או מהיעדר אמצעים יעילים יותר. לעומת זאת בתקופה המודרנית, אנו עדים לצמצום השימוש בהגנה הדיפלומטית. ניתן לייחס זאת לשתי התפתחויות חשובות: הגברת מידת התחכום של המדינות המארחות בבואן לפגוע בזכויות המשקיעים והתפתחותם של אמצעים מודרניים יותר להגנה על השקעות.

א. מידת תחכום גוברת מצד המדינות המארחות בבואן לפגוע בזכויות המשקיעים. לעומת הפרקטיקה שרווחה במאה הקודמת,¹¹⁷ כמה מדינות החלו להימנע מלנקוט צעדים ברורים ופורמליים של נטילת רכוש (במעשי חקיקה המורים על הפקעה או הלאמה רשמית), ותחת זאת נקטו צעדים ש"הגבילו בלבד" את זכויות המשקיעים,

115 לפי האמנות האירופית והאמריקנית לזכויות האדם, הפרט רשאי להגיש עתירות נגד מדינתו שלו.

116 Borchar, לעיל הערה 113, בע' 303.

117 כצעד ראשון בניסיונותיהן של המדינות המארחות לחמוק מחובת תשלום פיצויים בגין פגיעה בהשקעות הן נוהגות לפנות ל"דוקטרינת קלבו" (Calvo) (הנושאת את שם שר החוץ הארגנטיני שהגה אותה) ולפיה כאשר נפגעו זכויותיו של זר, כי אז על הזר יהיה להסתפק בחיפוש תרופה בערכאותיה של המדינה המארחת, בלי שמדינת האם תוכל להתערב. הערכאות הבינלאומיות סירבו בדרך כלל לקבל גישה זו, זולת מקרים שוליים שיצאו מן הכלל.

או שפגעו בהן במקצת, להבדיל מפגיעות במהות הזכות. בהמשך, ועל רקע ריבוי המשברים הכלכליים החמורים שפקדו מדינות מסוימות,¹¹⁸ החלו המדינות הפוגעות לטעון שבמצבי חירום ניתן לפגוע בזכויותיהם של משקיעים זרים בלי לכבד את החובות שהמשפט הבינלאומי מציב במקרים רגילים של נטילת רכוש. מטרתן של המדינות בהליכה בדרך זו הייתה לחמוק מהחובות שהמשפט הבינלאומי מטיל על המדינות המארחות, ובייחוד החובה לפצות את הנפגע. אכן, מדינות אלה מקוות שנקיטת צעדים מסוג זה לא תסווג כ"נטילת רכוש" (taking of property), צעד שמחייב בין השאר תשלום פיצויים, אלא תסווג כ"אמצעי הסדרה" (regulatory measures), שאינם מזכים את הנפגע בפיצוי.¹¹⁹ במקרים אלה, אם לא יהיה ניתן לזהות הפקעה מוסווית (indirect expropriation),¹²⁰ לא יהיה אפשר לקבוע את אחריותה הבינלאומית של המדינה המארחת לנזק של הנפגע, ומדינת האם לא תוכל לפעול בדרך של הגשת תביעה בינלאומית נגדה.

ב. ההתפתחויות מהעת האחרונה בתחום ההגנה על השקעות. לאחרונה התפתחו אמצעים המאפשרים למשקיעים להגיש במישרין לערכאות הבינלאומיות עתירות נגד המדינות המארחות. אמצעים אלה הם:

- אמנות דו-צדדיות ואמנות רב צדדיות שתכליתן להגן על השקעות, וכן אמנות ליישוב סכסוכי השקעות (כגון ערכאת הבוררות של המרכז הבינלאומי ליישוב סכסוכי השקעות – ICSID);¹²¹
- הסדרים אזוריים של זכויות האדם (כגון האמנות האירופית והאמריקנית לזכויות האדם), שם ניתן לעתור נגד מדינה חברה בגין פגיעות בזכות הקניין הפרטי.
- המסגרות האזוריות לאיחוד כלכלי (כגון ארגוני נפט"א, מרקוסור, הברית האנדינית, קאריקום, המערכת המרכז אמריקנית לאינטגרציה ומשפט האיחוד האירופי).¹²²

118 כך טענה ארגנטינה כשנתבעה עקב פגיעות שפגעה במשקיעים זרים מסוף שנות התשעים ואילך. ראו: William Burke & Andreas von Staden "Non-precluded Measures Provisions, the State of Necessity, and State Liability for Investor Harms in Exceptional Circumstances *Latin American Investment Treaty Arbitration* (M.H. Mourra ed., 2008) 107; AWG [http://ita.law.uvic.ca/ ,Group Ltd. V. The Argentine Republic \(UNCITRAL\) 30.7.2010 documents/SuezVivendiAWGDecisiononLiability.pdf](http://ita.law.uvic.ca/Group%20Ltd.%20V.%20The%20Argentine%20Republic%20(UNCITRAL)%2030.7.2010%20documents/SuezVivendiAWGDecisiononLiability.pdf)

119 Mary Mourra "Privatization of Water Management in Latin America" (M.H. Mourra ed., 2008) 85

120 OCDE "'Indirect Expropriation' and the 'Right to Regulate' *International Investment Law, Working Papers on International Investment Law* (Number 2004/4): [www.oecd.org/ dataoecd/22/54/33776546.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf)

121 International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp;http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=RulesMain>

122 O'Keefe, לעיל הערה 2, בפרקים 3, 6, 8, 9.

• המשקיעים ניסו, ולעתים הצליחו, לחסום את אפשרויות הפגיעה בהשקעותיהם או להבטיח סעד נאות במקרים של פגיעה. הם עשו זאת באמצעות הסכמים המוכרים בשם "חוזה עבר-לאומיים" (transnational contracts). חוזהים אלה התפתחו בעיקר בתחום הזיכיונות להפקת נפט (שבהם המשקיעים הם חברות זרות שיש להן משאבים כלכליים נכבדים) ובהם ניתן לקבוע הסדרים הפועלים לטובת המשקיעים כגון סעיף שיפוט זר למקרי סכסוך בין הצדדים, ו/או סעיפים הקובעים את הדין הזר החל על הסכסוך; ו/או סעיפים המוכרים כסעיפים מייצבים (stabilization clauses), שמטרתם "להקפיא" את המצב המשפטי כפי שהיה בעת החתימה על ההסכם ולמנוע מהמדינה המארחת לשנות את ההסכם באופן חד-צדדי.¹²³

אף על פי כן האמצעים המודרניים אין כוחם יפה לשמש תחליף להגנה הדיפלומטית. מצב זה עלול להביא לידי כך שההסדרים השונים ליישוב סכסוכים יתנגשו זה בזה, ואף יש בו כדי לעורר חשש ל-*forum shopping*. אכן, לעומת המשפט הלאומי של המדינות, שם יש מערכת משפטית קבועה והיררכית, במשפט הבינלאומי ייתכן מצב שבו משקיע מארצות הברית, שנפגע מפעולותיה של מדינה מארחת באירופה, יגיש עתירה נגד המדינה המארחת לבית הדין האירופי לזכויות האדם בגין פגיעה בזכויותיו הרכושיות, בו בזמן שארצות הברית תשתמש בהגנה הדיפלומטית נגד אותה מדינה. כפתרון ראוי לריבוי ההסדרים שעשויים לחול על אותו סכסוך, האמנה האירופית לזכויות האדם קובעת, בסעיף 55, שהמדינות החברות מתחייבות שלא להסתמך על אמנות, הצהרות או הסכמים אחרים כאשר נדון סכסוך שמקורו בפירוש או ביישום של האמנה האירופית לזכויות האדם.¹²⁴ אלא שפתרון זה הוא חלקי בלבד, היות שהוראה זו כוחה יפה אך כלפי מדינות החברות באמנה האירופית לזכויות האדם, ואילו המדינות האחרות, שאינן חברות באמנה, אינן כפופות להוראה זו. דוגמה נוספת לניסיון לצמצם את אפשרות השימוש בהסדרים אחרים היא סעיף 27(1) לאמנת ICSID.¹²⁵ סעיף זה קובע במפורש שהמדינות החברות מנועות מלהגיש תביעות לערכאות בינלאומיות בגין

123 Abdulla Faruque "Validity and Efficacy of Stabilization Clauses, Legal Protection v. Functional Value" 23 J. Int'l Arbitration (2006) 317. תופעת הכנסת סעיפים מייצבים בהסכמים בין משקיעים לבין מדינות מארחות התפתחה מחוזהים ומזיכיונות לחיפוש, להפקה ו/או לשיווק של נפט. ראו: Margarita Coale "Stabilization Clauses in International Petroleum Transactions" 30 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* (2003) 218.

124 European Convention of Human Rights, Article 55: "Exclusion of other means of dispute. The High Contracting Parties agree that, except by special agreement, they will not avail themselves of treaties, conventions or declarations in force between them for the purpose of submitting, by way of petition, a dispute arising out of the interpretation or application of this Convention to a means of settlement other than those provided for in this Convention"

125 לעיל הערה 120. סעיף זה מורה: "מדינה חברה [באמנת ICSID – א"א] לא תעניק הגנה דיפלומטית ולא תגיש תביעה בינלאומית בסכסוך שאזרחה ומדינה חברה אחרת הסכימו להביאו לבוררות לפי אמנה זו, אלא אם כן המדינה החברה נכשלה בכיבוד פסק שניתן בסכסוך".

סכסוכים הנובעים מפגיעות במשקיעים ממדינתם שהגישו עתירה לערכאת בוררות של ICSID.

• לבסוף אין להתעלם מההתפתחויות החשובות בשיטת ההגנה הדיפלומטית עצמה ובהן:¹²⁶ החובה שהרכוש שניטל מהמשקיע ישמש "לצורכי ציבור" בלבד; חובת "הפיצוי בגין נטילת רכוש" (ובכללה הלכות בכל הנוגע לשיעור הפיצויים, לזמן התשלום ולאופן הפיצוי); החובה המוטלת על המשקיע "למצות הליכים פנימיים" בטרם יהפוך הסכסוך לבינלאומי; האפשרות להגן על תאגידיים. כללים אלה אומצו בצורה זו או אחרת בשיטות המודרניות להגנה על השקעות.

3. ההגנה על השקעות בינלאומיות – התפתחויות בפסיקה החדשה

3.1. פסק הדין בעניין מפעל הנייר

כפי שצוין לעיל, כחלוף הזמן ומשהצטבר הניסיון, השתכללה הפרקטיקה של ההשקעות הבינלאומיות ושופרה ההגנה עליהן מבחינת המדינות המארחות, המשקיעים ומדינות האם כאחד. דרך מיוחדת ומתוחכמת להגן על השקעות נוסתה בפרשה שהייתה נושא פסק הדין של בית הדין הבינלאומי מ-20 באפריל 2010 *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (להלן: עניין מפעל הנייר).¹²⁷ עיקר העובדות בפרשה זו היו כדלקמן: חברה פינית בשם "אוי מסה בוטניה א.ב." *Oy Metsä-Botnia* (Ab) הקימה בשנת 2003 שתי חברות בנות באורוגוואי ואחזה ברוב מניותיהן, והכול על פי הדין של אורוגוואי. חברה אחת נקראה בשם "בוטניה בע"מ" *(Botnia S.A.)* והאחרת נשאה את השם "בוטניה פרי-בנטוס בע"מ" *(Botnia Fray-Bentos S.A.)*. בחודש פברואר 2005 אישר נשיא אורוגוואי לחברות הבנות להקים מפעל לעיבוד עיסת תאית (צלולוזה), וכן אישר הקמת נמל להובלת הסחורות על הגדה של הנהר הנושא את שמה של מדינה זו. יצוין שהגדה השנייה נתונה לסמכותה הטריטוריאלית של ארגנטינה. כמה חדשים לאחר מכן פתחה קבוצת תושבים של הגדה הארגנטינאית של הנהר בפעולות מחאה וחסמה כל תנועה על הגשר המקשר בין העיר הארגנטינאית גואלגואיצ'י לבין העיר האורוגוואית פרי-בנטוס. פעולות המצור האמורות הסבו נזק רב לתנועת משאיות הסחורות שניסו להיכנס לאורוגוואי או לצאת ממנה, ונמשכו כמה שנים (למעט הפוגות קצרות), בלי שממשלת ארגנטינה תנקוט צעדים של ממש נגד המוחים כדי למנוע.¹²⁸ המפגינים הארגנטינאים טענו שהצעדים נועדו למחות על עצם הקמת המפעל על הגדה הנגדית של הנהר (באורוגוואי) משום שהמפעל עלול לזהם את

126 M. Sornarajah *The International Law on Foreign Investment* (3rd ed., 2010) 407
 127 *ICJ Judgment of 20 April 2010, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*,
<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=88&case=135&code=au&p3=4>
 128 למעשה, ממשלת ארגנטינה החלה לנקוט צעדים נגד המפגינים רק לאחר פסיקת בית הדין

מי הנהר ולפגוע באתרי התיירות שבצד הארגנטינאי, ובכך לחבל באיכות חייהם של התושבים. ממשלת ארגנטינה העלתה טענות אלה לפני שלטונות אורוגוואי, אך אלה דחו אותן בנימוק שמפעל הנייר עומד בסטנדרטים הגבוהים ביותר שנקבעו לשמירה על איכות הסביבה ולפיכך אין בפעילות המפעל כדי לזהם את הנהר.

בינתיים, ב-9 בנובמבר 2007, הסתיימה בניית הפרויקט, והמפעל והנמל החלו לפעול. לאחר שכשלו הניסיונות לנהל משא ומתן בין המדינות המעורבות, הגישה ארגנטינה תביעה נגד אורוגוואי לבית הדין הבינלאומי בהאג. בדצמבר 2009, ובעקבות ארגון מחדש, החברה הפינית UPM, שאחזה בכמות ניכרת של מניות, הפכה לבעלים של המפעל.

בתביעתה טענה ארגנטינה שאורוגוואי הפרה את "אמנת הנהר אורוגוואי" (להלן: האמנה),¹²⁹ וכן הפרה את תקנון האמנה (להלן: התקנון),¹³⁰ המחייבים את שתי המדינות להימנע מפעולות מזהמות וכן להגיש לוועדה מיוחדת (להלן: הוועדה), שהוקמה מכוחם, כל פרויקט שיש חשש שיגרום לזיהום. בין השאר ביקשה ארגנטינה שבית הדין יורה לאורוגוואי לפרק את המפעל. למעשה, הגשת התביעה הבינלאומית של ארגנטינה התאפשרה מכוח סעיף 66 לתקנון, הקובע שכל המחלוקות בקשר לפירושם או ליישומם של האמנה והתקנון שלא באו על פתרון במשא ומתן, יובאו לפני בית הדין הבינלאומי:

"כל מחלוקת בין הצדדים באשר לפירושם או ליישומם של האמנה והתקנון שלא היה אפשר ליישבן במשא ומתן ישיר, ניתן להביא על ידי אחד הצדדים לפני בית הדין הבינלאומי".

יצוין שסעיף השיפוט שנקבע בתקנון נועד לפתור מלכתחילה את כל הבעייתיות הנובעת מסירובה של מדינה להיתבע לפני ערכאה בינלאומית (כמוסבר לעיל). בפסק דינו הבחין בית הדין הבינלאומי בין המישור הדיוני לבין המישור המהותי של הפרה. במישור הדיוני מצא בית הדין שאורוגוואי הפרה את האמנה ואת התקנון, שכן לא הוגשה הוכחה כלשהי לכך שאורוגוואי דיווחה לוועדה המיוחדת על ביצוע הפרויקט, אף שמוטלת על אורוגוואי החובה לעשות כן, כפי שעולה במפורש הן מהאמנה הן מתקנון. לעומת זאת, במישור המהותי בית הדין לא שוכנע שאורוגוואי

הבינלאומי ביוני 2010. על פי תקנה 828/2010 מ-14 ביוני 2010, הממשלה יפתה את כוחו של פרקליט האוצר להופיע בהליכים משפטיים שיינקטו נגדם:
www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verBoletin.do?jsessionid=E52541FB2E6019D5E81
.DF7DD8DACD224?fechaNro=fecha&id=31923

Tratado del Río Uruguay — Tratado de Límites entre la República Oriental del Uruguay 129
.y la República Argentina en el Río Uruguay, 19.11.1973

Estatuto del Río Uruguay, 26.2.1975, <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/OTROS%20TRATADOS/ESTATUTORIO URUGUAY.htm> 130

הפרה את חובותיה מכוח האמנה והתקנון להימנע מלנקוט פעולות שעלולות לזהם את הנהר.

לפיכך בית הדין הבינלאומי דחה את תביעתה של ארגנטינה להרוס ולסלק את המפעל שהוקם באורוגוואי בהשקעה של עשרות מיליוני דולרים. בפסק הדין נקבע שסעד כאמור אינו הסעד הראוי לרפא את ההפרה הדיונית של האמנה והתקנון שביצעה אורוגוואי (משום שלא הודיעה על הפרויקט לוועדה המיוחדת), וכי התרופה ההולמת והראויה להפרה הנדונה היא "הכרזה" של בית הדין הבינלאומי שאורוגוואי לא קיימה את חובת הדיווח המוטלת עליה.

בית הדין גם דחה את תביעתה של ארגנטינה לחייב את אורוגוואי בפצויים בגין נזקים שנגרמו, לדבריה, לתעשיית התיירות.

3.1.2. המאפיינים המיוחדים של המקרה

פסק הדין בעניין מפעל הנייר אינו יכול להיכלל בקטגוריה הקונבנציונלית של ההגנה הדיפלומטית, כפי שתוארה לעיל. אדרבה, מתוך בחינת המקרה עולה שנהפכו כל היצרות.

בהגנה הדיפלומטית, מדינה מגינה על אזרחיה שנפגעו בחו"ל, ואילו בעניין מפעל הנייר (אף שהפרויקט היה שייך, מהבחינה הפורמלית, לחברות מאורוגוואי), בפועל החברה הפינית היא שאחזה בשליטה בחברות הבנות.

כלי ההגנה הדיפלומטית נועד לפי טיבו להגן על המשקיע מפני מעשיה של המדינה המארחת, ואילו בעניין מפעל הנייר, אורוגוואי (שהייתה המדינה המארחת שהפינים השקיעו בשטחה) הגנה על המשקיעים מפני מעשיה ותביעתה של מדינה שליטת, ארגנטינה. זאת ועוד, בהגנה הדיפלומטית, המדינה שמגינה על המשקיע (שהיא מדינת האם), מופיעה בהליכים הבינלאומיים כתובעת, ואילו בעניין מפעל הנייר המדינה שהגנה על ההשקעה (אורוגוואי) לא הופיעה כתובעת אלא כנתבעת, וכל זאת כאשר מדינת מקור ההשקעה (פינלנד) לא השתתפה כלל בהליכים!

השאלה המרכזית שיש לשאול לנוכח מצב זה היא: מדוע חברה זרה (במקרה הזה, החברה הפינית), תסכים "להפקיד" את ההגנה על האינטרסים שלה בידים של מדינה מארחת (במקרה זה, אורוגוואי)? הרי לפי ההלכה שנפסקה בעניין ברצלונה,¹³¹ משייסדה החברה הפינית את החברות הבנות לפי הדין של אורוגוואי, היא שללה מניה וביה את זכותה של פינלנד להתערב ולהגן על האינטרסים והזכויות שעשויים להיפגע. למה לה לעשות כן? לפשר התמיהה יש כמה הסברים:

א. ההסבר הראשון מעשי: ייתכן שהדין הפנימי של המדינה המארחת חייב הקמת תאגיד מקומי כתנאי לאישור הפרויקט ו/או לקבלת מימון או הטבות לפי הדין הפנימי

131 כזכור, הלכה זו קובעת שהזכות להשתמש בהגנה הדיפלומטית לטובת תאגיד שמורה למדינה "שלפי דיניה הוקם התאגיד ושם נמצא משרדו הרשום": עניין חברת ברצלונה, לעיל הערה 84, בע' 42.

(כגון הטבות מס), וייתכן שהמדינה המארחת הציבה אף היא תנאי זה (דהיינו דרשה שפרויקט ההשקעה ייעשה באמצעות תאגיד מקומי בלבד). המטרה של תנאי כאמור היא לחסום את האפשרות להשתמש בהגנה הדיפלומטית על ידי מדינת האם בעתיד. לבסוף, ייתכן שצריך להקים חברה מקומית כדי לעמוד בתנאיהם הבסיסיים של הגופים הבינלאומיים או האזוריים שעשויים להשתתף במימון חלק מהפרויקט.

ב. ההסבר השני, שאינו חלופי אלא מצטבר, נושא אופי משפטי-אסטרטגי. חברה זרה עשויה להסכים לסמוך על כך שמדינה מארחת תגן בעתיד על האינטרסים שלה מפני מדינות שלישיות. לשם כך על המדינה המארחת למלא שלושה תנאים עיקריים:

1. עליה להציב מסגרת משפטית שתבטיח החלת רמה גבוהה של הגנה על משקיעים

2. עליה לשמור בפועל על מסורת מתמשכת של כיבוד השקעות זרות והגנה עליהן.

3. עליה לטוות רשת של אינטרסים כלכליים משותפים עם המשקיע.

אם תנאים אלה ממולאים כראוי, ומבטיחים את כיבוד זכויות המשקיעים הזרים ברמה גבוהה, יוכל מי שאמון על קבלת ההחלטות בחברה לקדם בקלות יחסית את ההשקעה באמצעות תאגיד שיוקם לפי דיניה של המדינה המארחת. ככל הנראה בעניין מפעל הנייר, מילויים של תנאים אלה שכנע את המשקיעים הפינים לבצע את הפרויקט באמצעות חברות של אורוגוואי, ובאמצעות התכווננו המשקיעים לאחוז בשליטה. אנתח להלן כל תנאי בנפרד.

3.1.2.1. מסגרת משפטית אוהדת המבטיחה את זכויות המשקיעים
 ההגנה המשפטית על משקיעים באורוגוואי בנויה מכמה אריחים:

א) בראש ובראשונה, באורוגוואי ישנה חקיקה לאומית ידידותית להשקעות זרות.¹³² חקיקה זו קובעת נורמות גבוהות לכיבוד השקעות זרות והגנה עליהן בסביבה כלכלית אוהדת כגון שוויון בין משקיעים זרים למקומיים, הגבלות שוליות בהכנסה ובהוצאה של מטבע, חופש להקים עסקים, חופש תנועה לעובדים זרים הקשורים במיזמים, הטבות מס, אזורי סחר חופשי (שכמה מהם משמשים גם פארקים טכנולוגיים).¹³³

ב) שנית, במקרה של מפעל הנייר את החקיקה הפנימית השלימה אמנה לעידוד השקעות והגנה עליהן. אמנה זו נחתמה בין אורוגוואי לבין פינלנד בשנת 2002 (ואושררה ב-12 במאי 2004),¹³⁴ והיה לה משקל מכריע בהחלטת המשקיעים הפינים למקם את המיזם באורוגוואי, ולייסד בה חברות מקומיות לביצועו.¹³⁵ כך, למשל, בסעיף 2.2 לאמנה התחייבו הצדדים שיוענק ליזמי הצד האחר יחס צודק ושוויוני,

Act No. 16.906 (the "Investment Law"), Act No 14.178 (the "Industrial Promotion 132
 .Law"), Corporate Act No. 16.060

.Free Trade Zone Act No. 15.291 133

.www.presidencia.gub.uy/ley/2004051202.htm : ראו באתר: 134

Andrés Hareau *Uruguay: Foreign Investment Protection in Uruguay: Overview and The* 135

הגנה וביטחון בקביעות. הוראות נוספות באמנה כוללות התחייבות של הצדדים להימנע מלפגוע בהשקעה בהתבסס על שיקולים מפלים, שרירותיים ובלתי סבירים. סעיף 3 לאמנה מורה לצדדים להעניק למשקיעי הצד האחר הגנה ברמה גבוהה, שתיבחר מתוך החלופות האלה:

לא תפחת מזו המוענקת לאזרחים מקומיים, או; תינתן למשקיע הזר לפי כלל "המדינה המועדפת ביותר". אם, למשל, תעניק אורוגוואי לאזרחיה של מדינה שלישית הגנה בסטנדרד גבוה יותר מזה שהאמנה מעניקה לאזרחי פינלנד, כי אז על אורוגוואי להחיל רמה זו גם על משקיעים פינים.

ג) האריח השלישי במבנה זה הוא האמנה האמריקנית לזכויות האדם, שאושררה על ידי אורוגוואי ב־26 במרץ 1985. אמנה זו קובעת, בסעיף 21 שבה, שכל אדם זכאי להגנה על זכויותיו לקניין פרטי. במילים אחרות, אם שלטונות אורוגוואי יפגעו בחברות שהשקיעו במיזם, חברות אלה יוכלו לעתור נגד אורוגוואי לפני רשויות האמנה האמריקנית לזכויות האדם, אף כי חברות אלה הוקמו באורוגוואי לפי דיניה של אורוגוואי. האפשרות לפנות למוסדות האמנה האמריקנית לזכויות האדם מפצה על הוויתור מדעת של המשקיעים הפינים על האפשרות שפינלנד תשתמש בהגנה הדיפלומטית נגד אורוגוואי במקרה של פגיעה בהשקעה מצד מדינה זו, ויתור שכזכור

Botnia Case, www.mondaq.com/article.asp?articleid=52896 (deep link): "This Treaty was of ultimate importance for the investment decision of the Botnia Project since it provided an extra protection to the investor (in addition to the Free Trade Zone legal regime, and the general legal framework in force in Uruguay)"
 הסכמים דומים עם ארצות הברית (2005), גרמניה (1987), הולנד (1988), שווייץ (1988), הונגריה (1989), איטליה (1990), רומניה (1990), פולין (1991), אנגליה (1991), בלגיה (1991), ספרד (1992), צרפת (1993), סין (1993), מלזיה (1995), צ'ילה (1995), צ'כיה (1996), ונצואלה (1997), קנדה (1997), פנמה (1998), ישראל (1998), מקסיקו (1999), הסכם זה הוחלף בחלקו באמנה לסחר חופשי שנערכה ב־15 בנובמבר 2003, אל סלבדור (2000), אוסטרליה (2001) וארמניה (2002).

מדינת ישראל חתומה על לא פחות מ־36 הסכמים מסוג זה, ורובם נערכו בשנות התשעים. למשל פולין (1991), לטביה (1994), טורקיה (1996), ארמניה (2000), הודו (1996), אלבניה (1996), רומניה (1998), צ'כיה (1997), אורוגוואי (1998), בלרוס (2000), סין (1995), קפריסין (1998), גואטמלה (2006), ליטא (1994), סלובקיה (1999), קרואטיה (2000), אזרבייז'אן (2007), סרביה (2004), תאילנד (2000), טורקמניסטאן (1995), ארגנטינה (1995), בולגריה (1993), הונגריה (1991), אוזבקיסטאן (1994), קאזקסטאן (1995), גרוזיה (1995), אסטוניה (1994), אוקרניה (1994), אתיופיה (2003), מולדובה (1997), סלובניה (1998), קוריאה (1999), טורקיה (1992), גרמניה (1976). ב־18 בדצמבר 2008 חתמה ישראל על הסכם סחר עם מדינות "המרקוסור" (אורוגוואי, ארגנטינה, ברזיל ופרגוואי) שהוא ההסכם הראשון שנחתם בין ארגון זה לבין מדינה חוץ־אמריקנית: www.mfa.gov.il/MFA/MFA+events/Around+the+world/Israel+signs+free+trade+agreement+with+MERCOSUR+18-Dec-2007.htm
 להשקעות ראו: Esteban Videla *Protección de Inversiones Extranjeras — Tradados* (1999); Philippe Kahn *Bilaterales — Sus efectos en las Contrataciones Administrativas* (1999); Philippe Kahn *New Aspects of International Investment Law* (2006) 24

נעשה עקב ביצוע ההשקעה דרך חברות שהוקמו על פי דינה של אורוגוואי, ולא על ידי תאגידים פיניים.¹³⁶

ד) האריח האחרון הוא הערבות שהמשקיעים הפינים קיבלו מסוכנות מיגא (MIGA) מקבוצת הבנק העולמי¹³⁷ (בסכום של עד 300 מיליון דולר), למקרים של הפקעה, הלאמה או אי-שקט אזרחי, וכן למקרה שאורוגוואי תפר את הסכם ההשקעה.¹³⁸ למן תחילת שנות השמונים טען המשפטן קארל מאסן (Karl Meessen), ששיטת הערבויות של סוכנות מיגא, היא אמצעי נאות לתמיכה בהגנות הניתנות למשקיעים מכוח אמנות דו-צדדיות.¹³⁹

כפי שגורס אנדרס הרו (Andrés Hareau), מטריית הגנה זו היא שאפשרה למשקיעים הפינים לסמוך על אורוגוואי:

“לאחר שנבחנו פרטי האמנה [בין פינלנד לאורוגוואי], קל להגיע למסקנה שפרוייקט אוריון [כך נקרא הפרוייקט בפסק הדין בעניין מפעל הנייר], בוצע במסגרת אמנה דו-צדדית להגנה על השקעות, שמשלמה את המסגרת החוקית הכללית הקיימת בכל הנוגע להשקעות, שהיא מסגרת טובה כשלעצמה, וכן את המסגרת החוקית של אזור סחר חופשי.”¹⁴⁰

3.1.2.2. מסורת של פרקטיקה המכבדת את זכויותיהם של משקיעים זרים אורוגוואי היא מדינה המתאפיינת במסורת של יציבות בכיבוד זכויות של משקיעים זרים. יציבות זו מתבטאת, בין השאר, בהימנעות מהפקעות ומהלאמות או מנקיטת צעדים גורפים ו/או מפלים כלפי משקיעים. במאגר הנתונים של ICSID (ערכאת הבוררות של המרכז הבינלאומי ליישוב סכסוכי השקעות) נרשם עד היום רק אירוע אחד שבו מדינה זו מעורבת.¹⁴¹ מבדיקת ממצאים אלה, שנעשתה על ידי המשקיעים

¹³⁶ אמנם בית הדין הבינלאומי אישר בע' 39 לפסק הדין בעניין חברת ברצלונה שהמשפט הבינלאומי מכיר בתנאים מסוימים בעקרון "הרמת המסך" של התאגיד והכרה בגורמים העומדים מאחוריו, אך הוא גם ציין שזהו הליך לא שגרתי ולפיכך יהיה קשה לייצג למשקיע לסמוך על האפשרות הזאת.

¹³⁷ כחברה בקבוצת הבנק העולמי, תפקידה של מיגא הוא לעודד השקעות זרות במדינות מתפתחות כדי לתמוך בגידול הכלכלות, לצמצם את העוני ולהיטיב את רמת החיים של האוכלוסיות. מיגא עושה כן באמצעות ערבויות לסיכונים פוליטיים למקרי הפקעה, הלאמה והפרות חוזיות: www.miga.org/about/index_sv.cfm?stid=1736

¹³⁸ ראו באתר מיגא www.miga.org/regions/index_sv.cfm?stid=1531&country_id=227&countrycode=UY

¹³⁹ Karl Meessen *Kapital Investitionen im Ausland – Chancen und Risiken* (1983) 18.

¹⁴⁰ Hareau, לעיל הערה 135.

¹⁴¹ ICSID Case No. ARB/10/7, FTR Holding S.A. (Switzerland), *Philip Morris Products S.A., (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay* (ICSID Case No. ARB/10/7) Subject Matter Tobacco Industry Date Registered March 26, 2010 Status of Proceeding Pending

הפינים,¹⁴² עלה שאורוגוואי היא מדינה יציבה, והסכנות האורבות למשקיעים בה הן קלושות, ומסקנה זו סללה את הדרך לביצוע ההשקעה.

לאחרונה התעוררה השאלה גם במדינת ישראל לנוכח גילויי שדות גז גדולים במימי הים התיכון הסמוכים לחופיה. משהתברר שמדובר בשדות גז נושאי פוטנציאל הפקה גדול, מינתה ממשלת ישראל ועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל – המוכרת בשם "ועדת ששינסקי" – במטרה לבחון את מערכת המס הנהוגה בישראל בנוגע למשאבי הנפט והגז ולהציע מדיניות מס עדכנית, שתביא בחשבון את שלבי הרישוי והגילוי ואת מצבם של שטחי המשאבים כפי שהיו בעת הקמת הוועדה, וכן לבחון את ההשלכות האפשריות של הגילוי העכשווי והעתידי על הכלכלה בישראל.¹⁴³

עיקר מסקנותיה של אותה ועדה היה שיש להגדיל במידה ניכרת את חלקה של המדינה ברווחי חברות הפקת הגז. בשלב מאוחר יותר פורסם תזכיר חוק היטל רווחי נפט, התשע"א–2011, אשר פרק ב' שבו קובע את שיעור ההיטל האמור באופן הזה:

- (1) עבור מקדם היטל נמוך מ-1.5 – 0%;
- (2) עבור מקדם היטל שאינו נמוך מ-1.5 ונמוך מ-2.3 – 20% בתוספת מכפלת ההפרש שבין מקדם ההיטל לבין 1.5 ב- (1) 37.5%;
- (3) עבור מקדם היטל שאינו נמוך מ-2.3 – 50%.¹⁴⁴

אם ניישם את האמור במאמר על מקרה זה ניווכח שבזירת המשפט הבינלאומי המנהגי יש להבחין בין פגיעה בתאגידים לבין פגיעה בבעלי המניות של התאגידים. בכל הנוגע לתאגידים העוסקים בחיפושים ובהפקה של משאבים טבעיים, יש להבחין בין תאגידים "זרים" לבין תאגידים "מקומיים". אם מדינת ישראל תנקוט צעדים שיפגעו בזכויותיהם של תאגידים העוסקים בחיפושים ובהפקה של משאבים

Ville Jaakonsalo *Botnia in Uruguay, a View on Risk Management, Vancouver*, 142 (10.5.2007), www.pwc.com/gx/eng/about/ind/forest/jaakonsalo_v_presentation.pdf

143 ראו את דו"ח הביניים של ועדת ששינסקי, הועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל: טיוטת מסקנות הועדה להערות הציבור נובמבר 2010 (2010) 3

http://mof.gov.il/BudgetSite/Reform/Lists/List10/Attachments/1/draft_15nov2010.pdf

144 תזכיר חוק: היטל רווחי נפט, התשע"א–2011 פורסם בשיתוף הציבור בנושאים משולחן הממשלה, <http://www.shituf.gov.il/discussion/430>. חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א–2011; חוק מיסוי רווחי הנפט התש"ח–2011 שהתקבל בכנסת ביום 30.3.11 קובע בסעיף 2 את שיעורי ההיטל הבאים:

- (1) היה מקדם ההיטל היחסי נמוך מ-1.5–0%;
- (2) היה מקדם ההיטל היחסי בגובה 1.5 או יותר, אך נמוך מ-2.3 – 20% בתוספת 37.5% מההפרש שבין מקדם ההיטל היחסי לבין 1.5, ובכל מקרה לא יעלה על 50% פחות המכפלה של 0.64 בהפרש שבין שיעור מס החברות הקבוע בסעיף 126 לפקודה לגבי שנת המס שלגביה מחושב ההיטל לבין 18% (בהגדרה זו – ההפרש ממס החברות);
- (3) היה מקדם ההיטל היחסי בגובה 2.3 או יותר – 50% פחות המכפלה של 0.64 בהפרש ממס החברות.

טבעיים, הרי רק התאגידים הזרים עשויים ליהנות מהגנה בינלאומית שתפעיל מדינתם. כזכור, לפי ההלכה שנקבעה בעניין חברת ברצלונה, מדינה תוכל להשתמש בהגנה דיפלומטית בעקבות פגיעה בתאגיד, בתנאי שהתאגיד הוקם לפי דיניה ושמשרדו הרשום נמצא בשטחה. על כן אם אחת מחברות חיפושי הגז שתיפגע קשורה למדינה זרה בשתי הזיקות האמורות, מדינה זו תוכל לפעול נגד ישראל במישור הבינלאומי. כמובן, מדינת האם של התאגיד תוכל לפעול נגד ישראל רק אם הפגיעה בתאגיד תהיה מנוגדת למשפט הבינלאומי.

בראש ובראשונה, פגיעה תהווה הפרה של המשפט הבינלאומי אם היא מפרה הוראות של אמנה תקפה בין מדינת ישראל לבין מדינת האם. למשל, אם אמנה כזאת אוסרת על מדינת ישראל לנקוט צעדים חד-צדדיים תוך פגיעה במשקיעים של מדינת האם, נקיטת צעדים כאלה תהווה הפרה של המשפט הבינלאומי (ההסכמי) על ידי מדינת ישראל. התוצאה תהיה שמדינת האם תוכל לנקוט הליכים בינלאומיים נגד ישראל.

ב-23 באוגוסט 1951 נחתמה בוויניגטון אמנת ידידות, סחר וספנות בין ישראל לארצות הברית.¹⁴⁵ אמנה זו, שעודנה בתוקף, מעניקה הגנה לזכויות מוקנות של אזרחי המדינות החברות מפני התערבות מדינית. סעיף 4)5 (לאמנה קובע שהמדינות החברות תימנענה מלנקוט צעדים בלתי סבירים או מפלים שיפגעו בזכויות או באינטרסים שנרכשו כדין על ידי תאגידים של הצד האחר.¹⁴⁶ בהמשך סעיף 11)3 (לאמנה קובע שאזרחים ותאגידים של המדינות החברות לא יחויבו לשלם מסים, אגרות או היטלים על הכנסות, הון ופעולות מסחריות ולא יחויבו למלא דרישות גבוהות יותר מאלה המוטלות על אזרחים ותושבים מקומיים וחברות של מדינות שליטיות.¹⁴⁷ סעיף 11)4 (לאמנה קובע שהמדינות החברות לא יטילו על חברות של הצד האחר מסים או היטלים החורגים מגדר הסביר.¹⁴⁸ לפיכך אם אחת החברות הנפגעות מצעדיה של מדינת ישראל אוזרת באזרחות

145 ברית ידידות, מסחר וספנות בין ישראל ובין ארצות הברית של אמריקה, כתבי אמנה 34, 15. 146 "בעלת הברית האחת לא תנקוט אמצעים בלתי ראויים או אמצעי הפליה 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 בלא טעם את האזרחים ואת החברות של רעותה מלהשיג, בתנאי צדק, את ההון, המומחיות, האמנות והטכנולוגיה שהיא זקוקה להם לשם פיתוחה הכלכלי."

147 "אזרחים וחברות של בעלת הברית האחת לא יהיו בשום פנים חייבים לשלם, בשטחי ארצה של רעותה, מסים, אגרות או היטלים המוטלים על הכנסה, הון, עסקאות, פעולות או על כל דבר אחר, ולא יהיו חייבים למלא דרישות בקשר להטלתם או לגבייתם בשיעור כבד מזה שנושאים בו אזרחים, תושבים וחברות של איזו ארץ שליטית."

148 "אשר לחברות של בעלת הברית האחת העוסקות במסחר או במשלח-יד אחר מכניס רווחים בשטחי ארצה של רעותה, ואשר לאזרחי בעלת הברית האחת העוסקים, בשטחי ארצה של רעותה, במסחר או במשלח-יד אחר מכניס רווחים אך אינם גרים שם, לא תטיל עליהם בעלת הברית האחרת מס, אגרה או היטל על הכנסה, הון או על כל יסוד אחר בשיעור גדול מן השיעור המוקצה באופן מתקבל על הדעת לגבי שטחי ארצה שלה, ולא תעניק להם ניכויים או פטורים בשיעורים פחותים מהשיעורים המוקצים באופן מתקבל על הדעת לגבי שטחי ארצה שלה. דין

אמריקנית, ואם הצעדים שישראל תנקוט יהיו מנוגדים להוראות שנקבעו באמנה, אזי ארצות הברית תוכל לפעול במישור הבינלאומי נגד ישראל בעטיין של הפגיעות. בהיעדר אמנה, ייכנס המשפט הבינלאומי המנהגי לתמונה. לפי כללי המשפט המנהגי, מדינת האם של התאגיד תוכל להתערב כאשר המדינה המארחת פוגעת במהות הזכויות שהוקנו לתאגיד. פגיעה כזאת מתבצעת, למשל, בהפקעות והלאמות שאינן מלוות בפיצוי נאות. ברם, גם מקרים מסוימים של הטלת מסים או של נקיטת צעדים המגבילים מאוד את זכויות התאגיד-המשקיע, עד שניתן לכנותם "הפקעה מוסווית", נחשבים לפגיעה מהותית.¹⁴⁹ אם חלק מהיזמים שייפגעו מצעדים אלה הם זרים, מדינת ישראל עשויה להיקלע למצב של התגוננות מפני התערבות מדינת האם. כדוגמה לכך ניתן להפנות לפסק הדין בעניין *Revere Lopper V. Op. IL*,¹⁵⁰ שם דובר בהטלת מסים על ידי ממשלת ג'מייקה על חברה בעלת זיכיון כרייה. נפסק שהגזירות היו כה גורפות, עד שהיוו משום נטילת הרכוש בפועל.¹⁵¹

ומה באשר לבעלי המניות? בפסק הדין בעניין חברת ברצלונה הבחין כזכור בית הדין הבינלאומי בין פגיעות בתאגיד לבין פגיעות בבעלי מניותיו. לנוכח ההכרה באישיות המשפטית הנפרדת של התאגידים, מדינת האם של התאגיד תוכל להתערב לטובת התאגיד, אך לא לטובת בעלי המניות. כלומר בעלי המניות עשויים לסבול נזק אם התאגיד יפגע מצעדי המדינה המארחת, אולם נזקים אלה הם רק בגדר "פגיעה באינטרס" ולא "פגיעה בזכות", שכן הזכות שנפגעה שייכת לתאגיד ולא לבעלי המניות. בעלי המניות הזרים של התאגידים יוכלו ליהנות מהגנת מדינתם אם הצעדים שיינקטו יפגעו במישרין בזכויותיהם כבעלי מניות (למשל, אם תישלל זכותם לקבל דיווידנדים או אם יתקיים אחד מהיוצאים מן הכלל שנקבעו בפסק הדין בעניין חברת ברצלונה). כאמור, מדינות רשאיות לשנות מצב זה באמצעות אמנה ולהעניק לבעלי המניות הגנה גם במקרה של פגיעה בתאגיד.

מכל האמור עולה שרק התאגידים הזרים או בעלי המניות הזרים עשויים ליהנות מהגנה בינלאומית בעקבות פגיעה בזכויותיהם. החברות הישראליות ובעלי המניות הישראלים לא יוכלו ליהנות מהגנה בינלאומית כזאת. כמובן שהאמור כאן אינו גורע מזכויות התאגידים ובעלי מניותיהם – ישראלים

כיוצא בזה יהיה נוהג גם לגבי חברות המאורגנות ופועלות אך ורק לצורכי מדע, חינוך, דת או מפעל חסד".

Rosalyn Higgins "The Taking of Property by the State: Recent Developments in *International Law* 176 *RADI* (1982 — III) 259, 324

150 56 *I.L.R.* (1980) 258

151 שם, בע' 291–292. ראו גם: *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/1, : 37 (December 2002) 16: http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/434/1/images/Controversias/Casos_Mexico/Marvin/laudo/laudo_ingles.pdf

וזרים כאחד – לפנות לערכאות בישראל ולנסות לקבל סעד משפטי לפי הדין הישראלי הפנימי, ככל שדין זה מספק תרופה נאותה. העמקה בנושאים אלה חורגת כמובן ממסגרת מאמר זה, אך יש מקום להניח שביום מן הימים דיון זה יהיה מחויב המציאות. מה שניתן לציין כבר עתה הוא שגם אם שיעור המס החדש לא יהווה משום "פגיעה במהות זכויות המשקיעים" בדרך של הפקעה מוסווית,¹⁵² עדיין יש להביא בחשבון את השפעותיהם של צעדים כאלה על משקיעים פוטנציאליים בעתיד. אכן, ברור שמכוח הריבונות הטריטוריאלית כל מדינה רשאית לקבוע – ובכלל זה אף לשנות – את תנאי המס ושיעורי המס שהיא מטילה על השקעות, לרבות השקעות זרות: כל עוד גזרות אלה אינן פוגעות במהות הזכות של הזר ואינן מפרות את הוראות האמנה החלה, אין למדינת האם על מה להלין. עם זאת, יש לשקול את ההשפעות של צעדים חד-צדדיים כאלה על אמינותה של מדינת ישראל בעתיד בעיניהם של המשקיעים הזרים הפוטנציאליים בכל תחום מתחומי הכלכלה. כהמחשה לכך, אציין את ההתפתחות שבעקבות פסק הדין בעניין מפעל הנייר: באפריל 2010 הודיעה חברת "מונטז דל פלטה" (Montes del Plata), שמניותיה מוחזקות על ידי חברות זרות, על ביצוע השקעת ענק באורוגוואי¹⁵³ לשם בנית מפעל נייר נוסף על גדות נהר אורוגוואי. אין ספק שבקבלת החלטת ההשקעה הסתמכו המשקיעים הזרים על ניסיונם החיובי של היזמים הפינים בעניין מפעל הנייר.

3.1.2.3. אינטרסים כלכליים משותפים

ההשקעה במפעל הנייר הייתה ההשקעה הזרה הגדולה בהיסטוריה של אורוגוואי.¹⁵⁴ היא גם הייתה ההשקעה הגדולה ביותר שביצעו יזמים פינים בחו"ל.¹⁵⁵ במיזם של מפעל הנייר, למשקיעים הפינים היה אינטרס כלכלי ברור משום שמדובר בייצור של תוצרת מבוקשת ביותר בעולם. לאורוגוואי, מלבד ההיבט הכלכלי הנקודתי, היה חשוב להוכיח ליזמים זרים אחרים, שהשקעתם תכובד ותוגן, גם אם הפגיעה תבוצע על ידי

Wolfgang Peukert "Protection of Ownership under Article 1 of the European Convention on Human Rights" 3 Human Rights L. J. (1981) 37, 54–55

<http://www.montesdelplata.com.uy;>

<http://www.storaenso.com/media-centre/Pages/media-centre.aspx>

The World Bank, *IFC and MIGA Board Approves Orion Pulp Mill in Uruguay: 2,500 Jobs to Be Created, No Environmental Harm:*

web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/WBEUROPEEXTN/FINLANDEXTN/0,,contentMDK:21137960~menuPK:50003484~pagePK:2865066~piPK:2865079~theSitePK:391274,00.html

Helsingin Sanomat *International Edition – Business & Finance*, "Metsä-Botnia to Build Massive Pulp Factory in Uruguay" www.hs.fi/english/article/1101978765458

מדינות שלישיות.¹⁵⁶ אינטרסים משותפים אלה מקילים את שיתוף הפעולה, בעיקר כדי להתגונן מפני גורמים חיצוניים לעסקה שעלולים להתנגד לה, כפי שקרה במקרה זה. בעניין מפעל הנייר, שיקולים אלה הוכיחו את יעילותם. אכן, בית הדין הבינלאומי קבע שמבחינה פרוצדורלית הפרה אורוגוואי את האמנה ואת התקנון משום שנמנעה מלהודיע לוועדה על אודות תכנית הקמת המפעל; אך מבחינה מעשית, בשורה התחתונה המפעל המשיך להתקיים והוסיף לייצר ולייצא את תוצרתו. החלטה זו הסבה כמובן שביעות רצון למשקיע הפיני.

4. הערכה ומסקנות

ככל הנראה אין נושא במשפט הבינלאומי שהצמיח ויכוחים, סכסוכים, החלטות, מאמרים וספרים בכמות רבה יותר מנושא ההשקעות הבינלאומיות. על רקע זה תמוהה העובדה שרק לאחרונה החלו אחדים מקרב המלומדים לראות ב"השקעות בינלאומיות" סוגיה מיוחדת כשלעצמה. לסוגיה זו אכן יש מאפיינים מיוחדים לעומת סוגיות אחרות (כגון "הסחר הבינלאומי", "זכויות האדם הרכושיות" וכן "זכויותיהם של זרים"). כפי שפירטתי לעיל, עד אמצע המאה הקודמת, הגנה על השקעות בינלאומיות הוענקה בעיקר באמצעות כלי "ההגנה הדיפלומטית", ומאוחר יותר באמצעות האמנות האירופית והאמריקנית לזכויות האדם. ברם, כלים אלה לא יוסדו לשם הגנה על השקעות בינלאומיות, שהרי המשקיעים זוכים באמצעותם להגנה מכוח חובת המדינות לכבד את זכות הקניין הפרטי. אמנם הזכות לקניין פרטי מונחת בבסיסה של כל השקעה בינלאומית, אלא שמן הצד האחר אין דין רכישת דירת מגורים במדינה זרה כדין הקמת מפעל תעשייתי לייצור ציוד כבד במדינה זרה. במקרה השני, המפעל, ככל מפעל, הוקם במטרה להפיק רווחים, ואילו במקרה הראשון יסוד זה אינו העיקרי.¹⁵⁷ להשקעות הבינלאומיות יש ייחוד ולכן קשה להחיל עליהן את אותם הכללים המשפטיים.

משנות התשעים ואילך עלה גל חדש של אמנות דו-צדדיות בין מדינות לעידוד השקעות והגנה עליהן.¹⁵⁸ אמנות אלה תרמו רבות להפיכתן של ההשקעות הבינלאומיות

156 לא בכדי כתב היועץ האסטרטגי לשעבר של המשקיעים הפינים שההשקעה במפעל הנייר היא "קול קורא" להשקעות נוספות באורוגוואי בעתיד: www.iciforestal.com.uy/uruguay/3176; www.forestalweb.com/Noticias-nacionales/faropa-qcon-botnia-uruguay-invirtio-en-su-independencia-economica/

157 כמובן, ייתכן שבמקרה הראשון בעל הדירה ייהנה מרווח מסוים בעת המכירה עקב התנודות בשוק, אך אין להשוות רווח זה להקמת מפעל שעיקר מטרתו הפקת רווחים.

158 Thomas Wälde "The Present State of Research Carried out by the English-Speaking Section of the Centre for Studies and Research" *The Hague Academy of International*

ל"סוגיה משפטית" בזכות עצמה. תופעה זו מוצאת את ביטויה הראשוני בכך שהאמנות מגדירות באופן אחיד למדי את המושג "השקעה בינלאומית".¹⁵⁹ גם האמצעים ליישוב סכסוכי השקעות השתנו: לא עוד התדיינות בין-מדינתית בערכאות בוררות בינלאומיות או בבית הדין הבינלאומי ("הגנה דיפלומטית"), אלא הנטייה כיום היא לפתור את סכסוכי ההשקעות באמצעות התדיינות "ישירה" בין המשקיע למדינה שפגעה בהשקעה. התופעה נובעת מכך שהאמנות הללו קובעות שבמקרי סכסוך יש לפנות לבוררות לפני ערכאות המתמחות בנושא ההשקעות, כגון הערכאה של המרכז הבינלאומי ליישוב סכסוכי השקעות. פסיקת הערכאות הללו הולכת ומתרבה, וכך נוצר אוצר של תקדימים ספציפים לנושא ההשקעות,¹⁶⁰ המחזק את הדעה שהתפתחה סוגיה מיוחדת של דיני השקעות במשפט הבינלאומי.

כשם שרופא מומחה בוחר בקפידה את התרופה והטיפול האפקטיביים ביותר למחלה שבה הוא נדרש לטפל, כך המומחה לדיני השקעות חייב לשוות לנגד עיניו את עובדת מעורבותן של מערכות משפטיות רבות בנושא, שכל אחת מהן עשויה להציע סעד – ולעתים אף כמה סעדים – שעשויים להיות רלוונטיים. הקושי שבמלאכה זו בולט עוד יותר כאשר מוסיפים לרשימה את תופעת ריבוי המשתנים לכל סוג של פגיעה, כגון הסוגים המגוונים של פגיעות (הפקעות, החרמות, תפיסות, הפרות חוזיות, שינויי שערי מטבע, הטלת מסים, הטלת הגבלות שימוש, והריסת הרכוש), והסוגים הרבים של פוגעים (המדינה המארחת, מדינה שלישית, גורמים פרטיים, וארגונים שונים). כל חלופה מחייבת החלת אמצעים וכללים משלה.

מהבחינה המעשית, קצה החוט נמצא בשלב תכנון ההשקעה. זהו הרגע שבו צריך להעריך את הסיכונים ולגבש אסטרטגיה משפטית נאותה כדי להגן על המיזם, ככל האפשר, מפני הפגיעות הצפויות לו. אם חרף התכנון נפגעה ההשקעה, מגיע שלב בחירת האסטרטגיה כדי לדרוש את תיקון המעוות.

פעולות אלה אינן יכולות להתבצע אלא על ידי משפטן שקנה הידע הבסיסי בהשקעות הבינלאומיות ומכיר את ההקשר המשפטי שברקע ההשקעות. במילותיו הקולעות של שבתאי רוזן:

Law (2004) 118; Eyal Benvenisti & George Downs "The Empire's New Clothes Political Economy and the Fragmentation of international Law 60 *Stan. L. Rev.* (2007) 595, 611
 159 ארצות הברית מציעה נוסח של "אמנה לדוגמה" לעידוד השקעות בינלאומיות ובה מוגדרת השקעה בינלאומית כך: "כל נכס שבבעלות או בפיקוח ישיר או עקיף של המשקיע... שיש בו התכונות כגון הקדשת הון או אמצעים אחרים, הציפייה לרווח או הכנסה או נטילת סיכון" (בהמשך, ההגדרה מפרטת בהרחבה את סוגי הנכסים והזכויות שיכולים להיות כלולים בהגדרה, בלי למצותם): <http://www.ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf>
 160 Philippe Kahn "Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux" 160 *Bilan de recherche de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie de droit international* (2004) 30

"איני סבור, שעמידה בדרישות הסף לקבלה ללשכת עורכי דין לאומית או מקומית תצביע, כשלעצמה, על עמידה בדרישות הסף להכשרה כעורך דין בתחום הבינלאומי [...] כל עורך דין העוסק במקצוע חייב להידרש להפגין ידע בסיסי באמנות הבינלאומיות. עליו לדעת להתמצא בקבצי אמנות לאומיים או בינלאומיים, וכן לדעת איך לפרש וכיצד ליישם אמנה בינלאומית; עליו להוכיח ידע בסיסי במערך הבינלאומי של בתי דין ומוסדות בוררות, במידה הדרושה לאדם הנוזק לפנות לאלו; כולל, למשל, הכרת מערכת ה-ICSID, אם עורך הדין עתיד לעסוק בהשקעות בינלאומיות".¹⁶¹

כדי להתמודד כראוי עם אתגרים אלה, ראוי להציע לציבור המשפטנים את המסגרות האקדמיות הנאותות.

161 שבתאי רוזן "נאום במעמד קבלת פרס האג למשפט בינלאומי לשנת 2004" משפט וצבא 18 (תשס"ה) 1, 9.

