

Nature and Scope of the Full Protection and Security Standard

Pouria Askari*

Associate Professor of Public International Law,
Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Niloufar Saeedi

Ph.D. Student in Public International Law, Allameh
Tabataba'i University, Tehran, Iran

Abstract

Full Protection and Security clause, as a standard for protecting foreign investors, is included in almost every Bilateral Investment Treaty. In comparison with other protection clauses especially Fair and Equitable Treatment, this standard is less discussed in arbitral awards and legal writings, however, it has a common feature with other protection standards which is vagueness and being subject of different interpretations and the fact that Bilateral Investment Treaties do not define Full Protection and Security either. As a result, arbitral tribunals feel free to interpret and determine the scope of the Full Protection and Security standard which can also result in divergence of opinions and different interpretations. Arbitral tribunals agree that this standard protects the physical integrity of investment but over time some arbitral tribunals presented a wider interpretation of the concept and scope of Full Protection and Security making it also applicable to the stability of the legal and commercial environment and legal security of foreign investment. Arbitral tribunals' different interpretations can be justified in light of their interpretation of the nature of host states' obligations under the Full Protection and Security clause.

Keywords: Full Protection and Security, Bilateral Investment Treaty, ICSID Arbitration, Fair and Equitable Treatment, NAFTA Arbitration.

* Corresponding Author: p.askari@atu.ac.ir

چیستی و دامنه استاندارد حمایت کامل و امنیت

پوریا عسکری *

دانشیار حقوق بین الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

نیلوفر سعیدی

دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

چکیده

شرط حمایت کامل و امنیت، استاندارد برای حمایت از سرمایه گذاری خارجی است که امروزه تقریباً در تمامی موافقت نامه های دوجانبه سرمایه گذاری درج می شود. اگرچه این استاندارد نسبت به همتایان دیگر خود به ویژه شرط رفتار عادلانه و منصفانه کمتر در آرای داوری و آثار حقوقی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، اما یک وجه اشتراک بارز با دیگر استانداردهای حمایتی دارد؛ یعنی دارای مفهومی مبهم و تفسیربردار بوده و معاهدات سرمایه گذاری، این استاندارد را نیز بدون تعریف رها کرده اند. این امر از یک سو دست مراجع داوری را در تفسیر و تعیین محدوده اجرای این استاندارد باز می گذارد و از سوی دیگر، وجود این ابهام می تواند موجب تشتت آرا و ارائه تفاسیر گوناگون شود. مراجع داوری اتفاق نظر دارند که این استاندارد از تمامیت فیزیکی سرمایه محافظت می کند، اما به مرور در برخی آرای داوری با ارائه تفاسیر گسترده تر از مفهوم حمایت کامل و امنیت، استاندارد حمایت کامل و امنیت را همچنین بر امنیت حقوقی و ثبات فضای حقوقی و اقتصادی سرمایه گذاری قابل اعمال دانسته اند. تفاسیر گوناگون مراجع داوری از دامنه حمایت کامل و امنیت، در پرتوی تفسیر آنان از ماهیت تعهدات دولت میزبان ذیل شرط حمایت کامل و امنیت قابل توجه است.

کلیدواژه ها: حمایت کامل و امنیت، موافقت نامه دوجانبه سرمایه گذاری، داوری ایکس سید، رفتار عادلانه و منصفانه، داوری نفتا.

مقدمه

استاندارد حمایت کامل و امنیت از رایج‌ترین استانداردهای رفتاری است که در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری درج می‌شود. حمایت کامل و امنیت در حداقل استانداردهای رفتاری دولت با بیگانگان در حقوق بین‌الملل عرفی ریشه دارد و دولت میزبان را متعهد می‌نماید از جان و مال بیگانه در برابر خسارات محافظت کند. از آنجایی که موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری تعریفی از این استاندارد ارائه نداده‌اند، مراجع داوری سرمایه‌گذاری تفاسیر مختلفی از مفهوم حمایت کامل و امنیت به عمل آورده‌اند. ارتباط شرط حمایت کامل و امنیت و حداقل استانداردهای حمایتی حقوق بین‌الملل عرفی از بیگانگان، محتوای این استاندارد رفتاری، مسئولیت دولت میزبان در صورت نقض آن و همچنین آستانه حمایت کامل و امنیت از مهم‌ترین ابعاد این استاندارد است که توسط مراجع داوری در دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی مورد بررسی قرار می‌گیرد. علی‌رغم اینکه در برخی از این موارد نوعی توافق نظر میان مراجع داوری وجود دارد، مسئله آستانه حمایت کامل و امنیت، در طول زمان دست‌خوش تحولاتی شده است. اگرچه مراجع داوری توافق دارند که این استاندارد از تمامیت فیزیکی سرمایه محافظت می‌کند، اما در سال‌های اخیر برخی مراجع به گسترش حمایت ناشی از این استاندارد به حوزه‌های امنیت حقوقی و اقتصادی سرمایه نیز مبادرت کرده‌اند. در نتیجه، رویه داوری در خصوص محدود بودن حمایت کامل و امنیت به تمامیت فیزیکی یا امکان گسترش آن به امنیت حقوقی و اقتصادی سرمایه متشکست است.

در این پژوهش، ضمن بررسی ابعاد مختلف این استاندارد در حقوق بین‌الملل عرفی، موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری و رویه داوری بین‌المللی، تلاش می‌شود به این پرسش پاسخ داده شود که دامنه حمایتی استاندارد حمایت کامل و امنیت در طول زمان چه تحولاتی را پشت سر نهاده و در نهایت آیا دامنه گسترده‌تر این استاندارد در رویه داوری سرمایه‌گذاری تثبیت شده است؟

۱. استاندارد حمایت کامل و امنیت در چارچوب عرفی و قراردادی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

در این بخش، ابتدا به سابقه شرط حمایت کامل و امنیت در حقوق بین‌الملل عرفی و رویکرد گوناگون مراجع داوری در درخصوص ارتباط میان شرط حمایت کامل و امنیت مندرج در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری و حمایت اعطاشده به بیگانگان در حقوق بین‌الملل عرفی خواهیم پرداخت. سپس نحوه عبارت‌پردازی این شرط در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری و تأثیر این عبارت‌پردازی بر تفسیر این شرط ارزیابی خواهد شد.

۱-۱. شرط حمایت کامل و امنیت در حقوق بین‌الملل عرفی

استاندارد حمایتی که امروزه تحت عنوان «حمایت کامل و امنیت» در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی مطرح است، در حداقل استاندارد رفتار با بیگانگان در حقوق بین‌الملل عرفی ریشه دارد.^۱ با افزایش جابه‌جایی افراد و سرمایه، استانداردهای حداقلی در حقوق بین‌الملل عرفی شکل گرفت که نحوه رفتار دولت میزبان با بیگانگان را تعیین می‌کرد. با وجود اینکه تعیین محتوای دقیق حداقل استانداردهای رفتاری در حقوق بین‌الملل عرفی دشوار است، اما با مراجعه به نظریات حقوقدانان می‌توان مصادیقی از حداقل استانداردهای رفتار با بیگانگان را یافت که حمایتی مشابه با آنچه استاندارد حمایت کامل و امنیت مقرر می‌کند، ارائه می‌دهند. به عقیده شارل روسو دولت میزبان مکلف است در صورت بروز شرایط بحرانی از بیگانگان محافظت نماید.^۲ هرگونه امتناع از مداخله، همکاری در ورود خسارات یا بی‌اعتنایی مأموران دولتی نسبت به خشونت اعمال شده علیه بیگانگان، نقض این استاندارد است.^۳ وولف^۴ تعهد دولت میزبان به حمایت و تأمین امنیت بیگانگان طبق حقوق بین‌الملل را به صورت دقیق‌تر بررسی نموده و بیان داشته است مادامی که بیگانه در خاک کشور

1. Sornarajah, M, *The International Law on The Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, (2010), p. 359.

۲. حسینی، به‌آذین، «حداقل استاندارد بین‌المللی و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی»، پژوهش حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی تهران، دوره ۱۳، شماره ۳۳، (۱۳۹۰)، ص ۴۹.

۳. حسینی، همان، ص ۵۰.

4. Christian Wolff

میزبان حضور دارد باید از هرگونه آسیبی در امان باشد و دولت نباید اجازه دهد هیچ کس خسارت یا آسیبی به بیگانه وارد آورد. در صورت بروز چنین اتفاقی، دولت باید شخص را مجازات و به جبران خسارت محکوم نماید.^۱ و اتل^۲ نیز معتقد بود که دولت با پذیرش بیگانگان متعهد می شود از آنان همچون اتباع خود محافظت نموده و مراقبت کند که بیگانه از امنیت کامل برخوردار باشد. به زعم وی دولت میزبان باید از بیگانه و اموالش در مقابل هرگونه خسارت و رفتار ناعادلانه حفاظت کند.^۳ پس از قرن نوزدهم، برخی حقوقدانان در آثار خود به این امر اشاره کردند که تعهد عرفی دولت میزبان به حفاظت از بیگانه تنها به حمایت فیزیکی محدود نیست؛ بلکه دسترسی به محاکم، برخورداری از حمایت قانون و رفتار عادلانه مقامات دولتی را نیز شامل می شود. به عقیده جیمز کنت^۴ حمایت از بیگانه، دربردارنده امکان دسترسی آزادانه آنان به محاکم برای تظلم خواهی و جبران خسارت نیز هست.^۵ او پنهانیم^۶ نیز معتقد بود دولت میزبان باید تا جایی که به امنیت بیگانه و اموال وی مربوط است، برابری بیگانه با شهروندان را در برابر قانون بپذیرد. یک بیگانه علی الخصوص نباید از سوی مأمورین دولتی یا محاکم متحمل خسارت شود؛ بنابراین پلیس نباید بدون ادله کافی بیگانه را دستگیر نماید و محاکم باید با او عادلانه و مطابق با قانون برخورد کنند.^۷

بنابراین پیش از رواج یافتن درج استاندارد تحت عنوان حمایت کامل و امنیت در معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری، استانداردهای حداقلی حقوق بین الملل عرفی، دولت میزبان را به تأمین امنیت جانی و مالی بیگانگان و تضمین دسترسی آنان به دادگاه متعهد می نمود. مراجع داوری سرمایه گذاری نیز در تفسیر شرط حمایت کامل و امنیت مندرج در موافقت نامه های دوجانبه سرمایه گذاری، به حداقل حمایت موجود در حقوق بین الملل

1. Foster, George K., "Recovering Protection and Security: The Treaty Standard's Obscure Origins, Forgotten Meaning, and Key Current Significance", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, (2012), Vol. 45, p.1117.

2. Emmerich De Vattel

3. Onyeani, Onyema Awa, "The Obligation of Host States to Accord the Standard of Full Protection and Security to Foreign Investments under International Investment Law", A thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy, Department of Law Brunel University London, (2018), p.35.

4. James Kent

5. Foster, George K., op.cit, p.1121.

6. Oppenheim

7. Onyeani, Onyema Awa, op.cit, p.40.

عرفی توجه می‌کنند. البته این مراجع در خصوص اینکه آیا شرط حمایت کامل و امنیت مندرج در معاهده یک استاندارد رفتاری مستقل ایجاد می‌کند یا صرفاً به حمایت اعطاشده در حقوق بین‌الملل عرفی اشاره دارد، متفاوت از یکدیگر عمل نموده‌اند.

رویکرد نخست این است که استاندارد حمایت کامل و امنیت یک مقررۀ معاهده‌ای است که دربردارندۀ الزاماتی بیش از استانداردهای حداقلی، نیست. در قضیه «نوبل ونچرز»، مرجع داوری ایکسید^۱ بر این عقیده بود که در امکان تفسیر استاندارد حمایت کامل و امنیت مذکور در معاهده سرمایه‌گذاری به تعهدی فراتر از تعهد به مراقبت مقتضی در تأمین حمایت و امنیت بیگانگان به موجب حقوق بین‌الملل عرفی، تردید وجود دارد.^۲ البته بدیهی است که نحوه نگارش این استاندارد در معاهده مربوط، در تفسیر مرجع داوری نقش دارد. برای نمونه، ماده ۱۱۰۵ نفتا^۳ به استانداردهای رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت کامل و امنیت اشاره نموده است.^۴ از یک سو عنوان این ماده حداقل استاندارد رفتاری است و از سوی دیگر متن ماده مقرر می‌کند که اعضا باید با سرمایه‌گذار خارجی رفتاری مطابق با حقوق بین‌الملل داشته باشند؛ چنین نگارشی این باور را تقویت می‌کند که این ماده حمایتی معادل با حمایت مقرر در حقوق بین‌الملل عرفی را دربردارد.^۵ متعاقباً کمیسیون تجارت آزاد نفتا در سال ۲۰۰۱ در تفسیری رسمی، این برداشت را تأیید و بیان داشت: «حمایت کامل و امنیت و رفتار عادلانه و منصفانه، حمایتی بیشتر یا فراتر از آنچه حداقل استاندارد رفتاری با بیگانگان که حقوق بین‌الملل عرفی مقرر می‌دارد، در بر ندارد.»^۶ به عبارتی حقوق بین‌الملل به‌عنوان سقف این حمایت‌ها در نظر گرفته شده است. این تفسیر مورد تبعیت داوری‌های نفتا در آرای اولیه قرار گرفت و در نتیجه، موافقت‌نامه‌های نمونه دوجانبه سرمایه‌گذاری کانادا و آمریکا به پیروی از این تفسیر، مقرر می‌کنند که این استاندارد

1. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

2 Noble Ventures Inc v. Romania, ICSID Case No ARB/01/11, Award, October 12, 2005, paras.164-166.

3. North American Free Trade Agreement (NAFTA)

۴. ماده ۱۱۰۵ تحت عنوان «حداقل استاندارد رفتاری» مقرر می‌کند: «هر یک از طرفین باید با سرمایه‌گذاران طرف دیگر، مطابق با حقوق بین‌الملل از جمله رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت کامل و امنیت، رفتار نماید.»

5.Schreuer, Christoph, "Full Protection and Security", *Journal of International Dispute Settlement*, (2010), p.11

6.FTC Note of Interpretation, July 31, 2001, para. B (2).

دولت میزبان را متعهد می‌سازد تا حمایت پلیسی مقرر در حقوق بین‌الملل عرفی را تأمین نماید.^۱

رویکرد دوم برخلاف رویکرد نخست، حمایت کامل و امنیت را یک استاندارد مستقل می‌داند؛ صرف‌نظر از اینکه در نگارش آن به حقوق بین‌الملل عرفی اشاره شده باشد یا خیر. به علاوه حتی در جایی که به حقوق بین‌الملل اشاره شده باشد، حقوق بین‌الملل بر مبنای این رویکرد، کف استاندارد است و نه سقف آن.^۲ هم‌سو با این رویکرد در قضیه‌ی السی که معاهده موجود میان طرفین به رعایت حمایت کامل و امنیت مقرر در حقوق بین‌الملل عرفی اشاره می‌نمود، دیوان بین‌المللی دادگستری در تفسیر این مقرر نتیجه گرفت که اگرچه حمایت و امنیت باید با حداقل استانداردهای حمایت از بیگانگان مطابقت داشته باشد، اما این مقرر معاهده‌ای، استاندارد را وضع می‌کند که می‌تواند از حمایت موجود در حقوق بین‌الملل فراتر رود.^۳ به بیان دیگر، دیوان ارجاع به حقوق بین‌الملل را نه به‌عنوان محدودیت استاندارد حمایت کامل و امنیت به حداقل استانداردهای حقوق بین‌الملل عرفی برای رفتار با اتباع بیگانه، بلکه به‌مثابه حداقلی که حمایت کامل و امنیت نباید از آن کمتر باشد، در نظر گرفت.

از میان دو رویکرد بالا، رویکرد نخست خارج از حوزه‌ی نفاذ، با استقبال چندانی مواجه نشده است. مراجع داوری همواره با توجه به اوضاع و احوال و نیز تحولات رخ داده در حقوق سرمایه‌گذاری و حقوق بین‌الملل عرفی، به ارائه تفسیر جدید و پویا درباره‌ی محتوای این استاندارد مبادرت نموده و ایستایی حداقل استانداردهای حقوق بین‌الملل عرفی را تاب نیاورده‌اند.^۴

۲-۱. حمایت کامل و امنیت در معاهدات سرمایه‌گذاری

بیشتر معاهدات سرمایه‌گذاری حاوی مقرراتی هستند که حمایت و امنیت را به سرمایه اعطا می‌کند. رایج‌ترین شیوه نگارش این استاندارد در معاهدات استفاده از عبارت «حمایت کامل

1. Alreshaid, Nasser, "Revisiting the Notion of Full Protection and Security of Foreign Direct Investments in Post-Gadhafi Libya: Two Governments, Tribal Violence, Militias, and Plenty More", *Florida Journal of International Law*, Vol. 28, (2016), p.70.

۲. عسکری، پوریا، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی، تهران: شهر دانش، چاپ سوم، (۱۳۹۴)، ص ۱۲۹.

3. *Electronica Sricula SPA (ELSI) (US v Italy)*, ICJ Case, Judgment, July 20, 1989, para.111.

۴. عسکری، پوریا، پیشین، ص ۱۲۹.

و امنیت» است.^۱ در عین حال معاهده منشور انرژی از «حمایت و امنیت مداوم» نام می‌برد.^۲ برخی از معاهدات از جمله موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و ترکیه^۳ از عبارات متفاوتی نظیر «حمایت کامل حقوقی» استفاده کرده‌اند. درج قیودی مانند «حمایت و امنیت»، «حمایت کامل و امنیت»، «حمایت و امنیت مداوم» و در مواردی محدود «حمایت و امنیت حقوقی»^۴ در این معاهدات تنوع در عبارت‌پردازی این استاندارد را نشان می‌دهد.^۵ در چنین شرایطی معقول است گمان کنیم عبارت‌پردازی‌های مختلف در معاهدات به تفاسیر مختلف

۱. ماده ۴ موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری اسپانیا و مکزیک (۲۰۰۶) مقرر می‌نماید: «هر یک از متعاهدین به سرمایه سرمایه‌گذاران دیگر طرف معاهده رفتاری مطابق حقوق بین‌الملل عرفی از جمله رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت کامل و امنیت اعطا می‌نماید.»

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2541/Mexico---spain-bit-2006-> Last accessed: 19 June, 2019.

ماده ۲ موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری انگلستان و ویتنام (۲۰۰۲) نیز به همین شکل مقرر می‌نماید: «سرمایه‌اتباع و شرکت‌های هر یک از متعاهدین در سرزمین دیگر طرف معاهده همواره از رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت کامل و امنیت برخوردار خواهد بود.»

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3066/united-kingdom---viet-nam-bit-2002-> Last accessed: 19 June, 2019.

۲. Energy Charter Treaty (ECT), December 17, 1994, art. 10 (1).

۳. ماده ۴ موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و ترکیه مقرر می‌نماید: «سرمایه سرمایه‌گذاران هر طرف معاهده در سرزمین طرف دیگر از حمایت کامل حقوقی و رفتار منصفانه‌ای که کمتر از رفتار بعمل آمده با سرمایه‌گذاران داخلی یا کشورهای ثالث در شرایط مشابه نباشد، برخوردار خواهد بود.»

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2050/iran-islamic-republic-of---turkey-bit-1996-> Last accessed: 19 June, 2019.

۴. برای نمونه موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و چین در ماده ۴ خود مقرر می‌نماید که سرمایه‌گذاران هر یک از طرفین در سرزمین دیگری از «حمایت کامل حقوقی» برخوردار می‌باشند.

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/914/china---iran-islamic-republic-of-bit-2000-> Last accessed: 19 June, 2019.

5. Onyeani, Onyema Awa, op.cit, p.61.

از این استاندارد، به‌ویژه در مورد ارتباط این شرط با حداقل استانداردهای رفتاری موجود در حقوق بین‌الملل عرفی، منجر می‌شود.^۱

گاه مراجع داوری به‌خصوص در مواردی که آستانه استاندارد حمایت کامل و امنیت را از امنیت فیزیکی فراتر دانسته‌اند، در توجیه علت چنین تفسیر موسعی از «حمایت و امنیت» به نحوه نگارش این استاندارد در معاهده سرمایه‌گذاری اشاره کرده‌اند. به عقیده آن‌ها، درج صفات «کامل» یا «مداوم» یا اشاره به «امنیت حقوقی» در بردارنده حمایت و امنیت بیشتری از حداقل استاندارد رفتار مادی است. این مراجع داوری در واقع معنای عادی و متداول عبارات مندرج در معاهده را ملاک عمل قرار داده‌اند؛ بدین صورت که اگر به معنای دو واژه حمایت و امنیت در لغت‌نامه مراجعه کنیم، درمی‌یابیم که این دو تا حد زیادی هم‌معنا بوده و عموماً به فعل یا وضعیت ایمن بودن از تهدیدها و خطرات اعم از فیزیکی و مادی، حقوقی، مالی و... دلالت دارند.^۲ در مواردی نیز چنین تفسیری با اتکا به کاربرد واژه «کامل» در نگارش شرط صورت می‌گیرد. در قضیه آزوریکس مرجع داوری با تأکید بر عبارت «کامل»^۳ نتیجه گرفت که حمایت و امنیت مدنظر، و رای امنیت فیزیکی بوده و محدود به سطح حمایت پلیسی مدنظر در حقوق بین‌الملل عرفی نیست.^۴ ایکسید در قضیه بی واتر به تأسی از قضیه آزوریکس حتی پا را فراتر نهاد و مقرر داشت که نحوه نگارش این شرط^۵ از تعهد دولت به

1. Reinisch, August, Standards of Investment Protection, New York, Oxford University Press, (2008), p.134.

۲. بنابر تعریف لغت‌نامه وبستر «حمایت» به معنای محافظت در مقابل آسیب، خسارت یا تخریب و حفظ وضعیت یا تمامیت شیء مربوطه به ویژه با اعطای تضمینات حقوقی و مالی است. واژه «امنیت» نیز به معنای ایمن بودن در مقابل خطر، حمله و ارتکاب جرم است.

۳. موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان آرژانتین و ایالات متحده آمریکا در بند ۲ ماده ۱ مقرر می‌نماید: «سرمایه باید همواره از رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت و امنیت کامل برخوردار گردیده و تحت هیچ شرایطی رفتار کمتر از آنچه در حقوق بین‌الملل مقرر شده نباشد.»

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download>. Last accessed: 19 June, 2019.

4. Azurix v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006, para.408.

۵. موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان انگلستان و تانزانیا در بند ۲ ماده ۲ مقرر می‌نماید: «سرمایه اتباع و شرکت‌های هر یک از طرفین در سرزمین طرف دیگر همواره باید از رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت کامل و امنیت برخوردار گردد.»

تضمین ثبات فضای ایمن فیزیکی، تجاری و حقوقی حکایت دارد.^۱ در سایر موارد چنین تفسیری با تکیه بر استفاده از کلماتی در نگارش این شرط است که بر محدودیت یا عدم محدودیت آن بر امنیت فیزیکی یا حقوقی دلالت دارد. در قضیه زیمنس، موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری^۲ موجود صریحاً از امنیت حقوقی نام برده بود؛ مرجع داوری نیز استدلال نمود که این استاندارد از حمایت فیزیکی فراتر است؛ چراکه در این قضیه امنیت با صفت حقوقی همراه شده است و معنای متداول امنیت حقوقی نیز وجود سیستم حقوقی است که قواعد آن دارای قطعیت بوده و اجرای آن‌ها قابل انتظار باشد.^۳ در قضیه ویوندی نیز مرجع داوری بر این باور بود که حمایت کامل و امنیت از صرف حمایت در مقابل مزاحمت فیزیکی فراتر است. نقطه آغاز چنین استدلالی نحوه نگارش موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری فرانسه و آرژانتین بود که به مداخله فیزیکی اشاره نمی‌نماید.^۴ بر این اساس دیوان داوری استدلال نمود که اگر طرفین قصد داشتند تعهد خود را به امنیت فیزیکی محدود نمایند، این کار را با اضافه کردن عباراتی که دال بر این قصد است، انجام می‌دادند؛ در نبود چنین عبارات محدودکننده‌ای، حمایت به هر فعل یا اقدامی که سرمایه را از امنیت و حمایت محروم می‌کند، گسترش می‌یابد.^۵ جالب آن که در قضیه Suez مرجع داوری در مقام تفسیر موافقت‌نامه میان فرانسه و آرژانتین برعکس داوری قضیه ویوندی عمل نموده و

<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6243.pdf>. Last accessed: 19 June, 2019.

1. Biwater Gauff Ltd v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, July 24, 2008, para.729.

۲. موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان آلمان و آرژانتین در بند ۱ ماده ۴ مقرر می‌نماید: «سرمایه اتباع و شرکت‌های هر یک از طرفین در سرزمین طرف دیگر باید از حمایت کامل و همچنین امنیت حقوقی برخوردار گردد.»

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/128/argentina-germany-bit-1991->
Last accessed: 19 June, 2019.

3. Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/6, Award, February 6, 2007, para.303.

۴. موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان فرانسه و آرژانتین در بند ۱ ماده ۵ مقرر می‌دارد: «سرمایه سرمایه‌گذاران هر یک از طرفین در سرزمین دیگری از حمایت و امنیت کامل بهره‌مند می‌شوند.»

https://arbitration.org/sites/default/files/bit/argentina_france_french.pdf. Last accessed: 19 June, 2019.

5. Vivendi v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, August 20, 2007, paras.15-17.

صراحتاً، نبود عبارات کامل، مداوم یا امنیت حقوقی را دال بر محدودیت این استاندارد به امنیت فیزیکی و جبران خسارات فیزیکی وارد آمده به اموال و کارکنان دانسته است.^۱ در مقابل تعداد کمی از مراجع داوری که تأکید کرده‌اند عبارت پردازی دقیق و نحوه نگارش این استاندارد در معاهده را باید به دقت در نظر گرفت، اکثر مراجع داوری بر این باورند که تفاوت در نحوه نگارش این استاندارد در معاهدات گوناگون، فاقد اهمیت اساسی بوده و تأثیری در تفسیر و اجرای استاندارد حمایت کامل و امنیت ندارد. به زعم ایشان، درج یا عدم درج صفتی مانند «کامل»، «کافی» یا «مداوم»، میزان حفاظت تضمین شده به موجب این استاندارد را افزایش یا کاهش نمی‌دهد و در واقع تفاسیر برخی مراجع داوری با تکیه بر نحوه نگارش این استاندارد برای افزایش آستانه حمایت را نمی‌توان برای ایجاد نوعی از «وحدت رویه» در داوری بین‌المللی کافی دانست. به عقیده این مراجع، صرف این واقعیت که این الفاظ قابلیت توسعه به خسارات غیر فیزیکی را دارند، به این معنا نیست که این عبارات در معاهده مربوط در معنای موسع بیان شده‌اند.^۲ از این رو برخی از مراجع داوری حتی در مواردی که واژه «کامل» یا «مداوم» در معاهده موجود بوده، این استاندارد را به امنیت فیزیکی محدود دانسته‌اند. برای نمونه، در قضیه ام.ان.اس.اس. داوری این‌طور استدلال نمود: «واژه «مداوم»^۳ به معنای بدون تغییر و همواره یکسان است؛ بنابراین میزان حمایت و امنیت در طول مدت سرمایه‌گذاری نباید تغییر کند؛ اما اضافه شدن واژه «مداوم»، میزان حمایت و امنیت مقرر در حقوق بین‌الملل را افزایش نمی‌دهد».^۴ در قضیه یو.ای.بی.ای انرژی، مرجع داوری با وجود استفاده از واژه «کامل» در نگارش شرط^۵ و بی‌آنکه معاهده مربوط، قیدی در

1. Suez v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, July 30, 2010, paras.167-169.

2. Foster, George K. op.cit, p.1107.

۳. موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان هلند و مونته‌نگرو در بند ۱ ماده ۳ مقرر می‌نماید: «هر یک از طرفین به سرمایه سرمایه‌گذاران طرف دیگر به طور مداوم حمایت و امنیت اعطا می‌کند».

<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6186.pdf>. Last accessed: 19 June, 2019.

4 MNSS B.V. v. Montenegro, ICSID Case No. ARB (AF)/12/8, Award, May 4, 2016, para.351.

۵. موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان لاتویا و لیتوانی در بند ۱ ماده ۳ مقرر می‌نماید: «هر یک از طرفین همواره رفتار عادلانه و منصفانه و همچنین امنیت کامل و حمایت از سرمایه‌گذاران طرف دیگر در سرزمین خود را تضمین می‌کنند».

محدود نمودن دامنه حمایت ناشی از این استاندارد دربرداشته باشد، آن را به حفاظت فیزیکی از سرمایه محدود دانست.^۱

با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که اگرچه داوری سیر استدلالی خود را از متن معاهده آغاز می‌نماید، اما صرف نحوه نگارش معاهده، تأثیر قطعی در تعیین محدوده اجرای این استاندارد نداشته است. مراجع داوری در قضایای مختلف، تفاسیر موسع یا مضیقی از حمایت کامل و امنیت ارائه داده‌اند، بی‌آنکه چنین تفسیری صرفاً به نحوه عبارت‌پردازی این استاندارد در معاهده متکی باشد.^۲ عملکرد این مراجع با اصول تفسیر نیز هم‌خوانی بیشتری دارد؛ چراکه بنا بر اصول تفسیر، تفسیر باید در پرتوی موضوع و هدف معاهده صورت گیرد.^۳ موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری اغلب تحت عنوان «موافقت‌نامه برای ارتقا و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری» انعقاد می‌یابند و موضوع آن‌ها، ترسیم تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذار خارجی است. هدف این معاهدات نیز، ایجاد فضای امن برای تحقق سرمایه‌گذاری و حمایت از سرمایه‌گذاران و در نتیجه تشویق و ارتقای سرمایه‌گذاری به منظور افزایش رفاه در کشورهای متعاقد است. مراجع داوری، هنگام تفسیر موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، همواره به این هدف توجه می‌نمایند.

۲. رویه داوری سرمایه‌گذاری و حوزه شمول استاندارد حمایت کامل و امنیت
در این بخش ضمن بررسی محتوای برخاسته از شرط حمایت کامل و امنیت، به ارزیابی رویه داوری در تفسیر دامنه حمایت کامل و امنیت پرداخته و سپس تأثیر این تفاسیر را بر ارتباط حمایت کامل و امنیت و شرط رفتار عادلانه و منصفانه، از دیگر استانداردهای حمایتی مندرج در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، خواهیم سنجید. در پایا به مسئولیت دولت میزبان در صورت نقض استاندارد حمایت کامل و امنیت نیز پرداخته می‌شود.

<https://jsumundi.com/en/document/pdf/Treaty/IIA-2355/en/en-latvia-lithuania-bit-1996-latvia-lithuania-bit-1996-wednesday-7th-february-1996>. Last accessed: 19 June, 2019.

1. UAB E Energija v. Latvia, ICSID Case No. ARB/12/33, Award, December 22, 2017, para.840.

2. Reinisch, August, op.cit, p.135.

3. Vienna Convention on Law of the Treaties, May 23, 1969, art.31(1).

۲-۱. محتوای تعهدات برخاسته از استاندارد حمایت کامل و امنیت: فعل و

ترک فعل

از آنچه در بخش پیش گفته شد، برمی آید که استاندارد حمایت کامل و امنیت بدین معناست که دولت میزبان متعهد است از سرمایه گذاری خارجی محافظت نماید. در آرای صادره از مراجع داوری سرمایه گذاری در این خصوص اتفاق نظر وجود دارد که حمایت کامل و امنیت، حداقل از امنیت فیزیکی سرمایه در مقابل آثار سوء و ورود خسارت، خواه از جانب مقامات دولتی یا اشخاص خصوصی، حمایت می کند.

بر این اساس، تعهد به تضمین حمایت کامل و امنیت در خصوص امنیت فیزیکی افراد و تأسیسات مرتبط با سرمایه مورد حمایت موضوعیت می یابد. از آنجایی که ابتدائاً نقض این استاندارد در دعاوی ای مطرح شد که دولت میزبان درگیر مخاصمه مسلحانه یا شورش های داخلی بود، این فرض تقویت شد که این استاندارد به اعمال نیروی انتظامی از سوی دولت میزبان و حمایت از امنیت فیزیکی سرمایه محدود است.^۱ آرای داوری نمونه های مختلفی از تهدید و ایراد خسارات فیزیکی را مورد توجه قرار داده اند: (۱) ناآرامی های داخلی، جنگ داخلی و شورش؛^۲ (۲) تهدید یا حمله به سرمایه؛^۳ (۳) حمله فیزیکی به محل فعالیت یا استقرار سرمایه؛^۴ (۴) یورش و غارت؛^۵ (۵) ضبط و توقیف اموال؛^۶ (۶)

1. Malik, Mahnaz, *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?*, Canada, International Institute for Sustainable Development, (2011), p.5.

2. OI European Group. B.V. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB 11/25, Award, March 10, 2015, paras. 576-77. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7100.pdf>. Last accessed: 28 July, 2019.

3. Saluka Invests. B.V. v. Czech, UNCITRAL, Partial Award, March 17, 2006, paras. 483-84. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>. Last accessed: 28 July, 2019.

4. Tulip Real Estate v. Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, March 10, 2014, paras. 430-37. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3126.pdf>. Last accessed: 28 July, 2019.

5. Am. Mfg. & Trading, Inc. v. Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, February 21, 1997, paras. 6.07-6.11. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf>. Last accessed: 28 July, 2019.

6. Wena Hotels Ltd. v. Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, December 8, 2000, para. 80. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>. Last accessed: 28 July, 2019.

مداخله همراه با اعمال زور مؤثر بر تمامیت فیزیکی سرمایه؛^۱ (۷) تخریب، غارت و بلااستفاده نمودن تجهیزات و اموال؛^۲ (۸) مصادره سرمایه با اعمال زور؛^۳ (۹) نابودی و تخریب اموال؛^۴ و (۱۰) اشغال ساختمان و حمله فیزیکی به اعضای هیئت مدیره.^۵ و ۶

خسارت فیزیکی که سرمایه در مقابل آن حمایت می شود ممکن است از سوی دولت یا ارگان‌های دولتی وارد آید؛ بنابراین این استاندارد حمایتی به ناتوانی دولت در جلوگیری از اعمال اشخاص خصوصی محدود نمی شود؛ بلکه به اقدامات ارگان‌ها و نمایندگان خود دولت نیز توسعه می یابد.^۷ در واقع، تعهد دولت در این خصوص بر مبنای ترک فعل است. بر این اساس دولت و ارگان‌های آن نباید با اقدامات یا مداخله خود به سرمایه خسارتی وارد آورند. در قضیه ی.ای.پی.ال که سرمایه در نتیجه عملیات ضدشورش مقامات امنیتی دولت میزبان از بین رفته بود، دیوان احراز نمود که اقدامات این نیروها نسبت به اوضاع و احوال، بیش از اندازه و غیرمجاز بوده و در نتیجه، خواننده استاندارد حمایت کامل

1. Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Award, June 12, 2012, para. 229 Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1013.pdf>. Last accessed: 28 July, 2019.

2. Al Tamimi v. Oman, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, November 3, 2015, paras. 394, 448-449. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4450.pdf>. Last accessed: 28 July, 2019.

3 Siag v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, June 1, 2009, paras. 445-448. Available at: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786_0.pdf. Last accessed: 28 July, 2019.

4. Asian Agric. Prods. Ltd. v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, June 27, 1990, para. 85(b). Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>. Last accessed: 28 July, 2019.

5. Von Pezold v. Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, July 28, 2015, paras. 582-596. Available at: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf. Last accessed: 28 July, 2019.

6. Junngam, Nartnirun, "Full Protection And Security Standard In International Investment Law: What And Who Is Investment Fully Protected And Secured From?", *American University Business Law Review*, Vol. 7, No. 1, (2018), pp. 61-62.

v. Biwater Gauff Ltd v. Tanzania, op.cit, para.730.

7. AAPL v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, June 27, 1990, paras.78-86.

و امنیت را نقض کرده است.^۱ در قضیه ای.ام.تی نیز سرمایه از سوی نیروهای مسلح دولتی غارت شده بود و دیوان داوری، دولت میزبان را به دلیل عدم اتخاذ اقدامات مناسب برای تضمین حمایت و امنیت سرمایه مسئول دانست؛^۲ بنابراین اقدامات قهری غیرمجاز از سوی ارگان‌های دولت میزبان علیه سرمایه‌گذار و اموال وی نیز اگر خسارات مادی ایجاد کند، نقض استاندارد حمایت کامل و امنیت محسوب می‌شود.^۳

البته این آثار سوء لزوماً محدود به اقدامات دولت (و نیروهای مسلح رسمی) نبوده و اقدامات افراد خصوصی از جمله گروه‌های شورشی را هم دربر می‌گیرد. دولت میزبان متعهد است در صورت اطلاع از خطر فوری ورود خسارت از سوی افراد خصوصی اقدام لازم را انجام دهد. از این رو، استاندارد حمایت کامل و امنیت، دولت میزبان را متعهد می‌سازد تا از سرمایه‌گذار در مقابل ثالث مانند گروه‌های تبهکار سازمان‌یافته، شورشیان، خلاف‌کاران و دیگر افراد دخیل در اعمال خشونت فیزیکی علیه سرمایه محافظت نماید.^۴ در واقع تعهد دولت میزبان، در این مورد بر مبنای فعل است. به بیان دیگر، تعهد دولت در اینجا، به صرف خودداری از ورود خسارت محدود نمی‌شود؛ بلکه دولت میزبان باید همچنین اقدامات مثبتی در جهت حفاظت از سرمایه در مقابل گروه‌های غیردولت به عمل آورد. در قضیه ونا هتل موضوع اختلاف، مصادره همراه با اعمال زور دو هتل توسط کارکنان یک نهاد عمومی مصر بود که با سرمایه‌گذار روابط قراردادی داشتند. اگرچه مقامات دولتی در این اقدامات مشارکتی نداشتند، مرجع داوری نقض استاندارد حمایت کامل و امنیت را توسط مصر احراز نمود؛ زیرا پلیس و دیگر مقامات از این اقدامات آگاهی داشتند، اما برای جلوگیری از آن اقدام مؤثری اتخاذ نکردند.^۵

1. AAPL v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, June 27, 1990, paras.78-86.
2. AMT v. Democratic Republic of Congo, ICSID Case No.ARB/93/1, Award, February 21, 1997, para.6.
3. Eastern Sugar v. Czech Republic, SCC Case No.088/2004, Partial Award, March 27, 2007, para.203
4. Eastern Sugar v. Czech Republic, SCC Case No.088/2004, Partial Award, March 27, 2007, para.203.
5. Wena Hotels Ltd v. Egypt, ICSID case No ARB/98/4, Award, December 8, 2000, para.84.

۲-۲. حوزه شمول شرط حمایت کامل و امنیت در رویه داوری سرمایه‌گذاری

اگرچه اکثر موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری دولت میزبان را متعهد می‌کنند تا حمایت کامل و امنیت سرمایه را تأمین نماید، اما این معاهدات تعریفی از حوزه شمول این شرط ارائه نمی‌دهند. از این رو مراجع داوری در مواجهه با ادعای نقض این شرط از سوی خواهان باید ابتدا به این مسئله بپردازند که شرط حمایت کامل و امنیت سرمایه را در مقابل چه خساراتی حفظ می‌نماید. به‌ویژه مراجع داوری با توجه به این واقعیت که تعهد دولت در تأمین امنیت سرمایه در مقابل اقدامات مقامات و ارگان‌های دولتی تعهدی مبنی بر ترک فعل و تعهد به حفاظت از سرمایه در مقابل ثالث، تعهدی مبتنی بر فعل است، تفاسیر مضیق یا موسعی از دامنه این شرط ارائه نموده‌اند. امروزه تردیدی وجود ندارد که حمایت کامل و امنیت از تمامیت فیزیکی سرمایه محافظت می‌کند؛ اما به مرور مراجع داوری به سمت افزایش حمایت ناشی از این شرط تمایل پیدا کرده‌اند و امنیت حقوقی یا در مواردی ثبات فضای اقتصادی سرمایه‌گذاری را مشمول این شرط دانسته‌اند. در ادامه سیر تحول نگرش مراجع داوری به حوزه شمول این شرط بررسی خواهد شد.

۲-۲-۱. استاندارد محدود به امنیت فیزیکی

بدون تردید استاندارد حمایت کامل و امنیت شامل حفاظت فیزیکی از سرمایه‌گذار و دارایی‌اش است. در واقع در شماری از آرای داوری، مراجع فرض را بر این گذاشته‌اند که این استاندارد، منحصرأ و عمدتاً به امنیت فیزیکی و وظیفه دولت میزبان سرمایه به حفاظت از سرمایه‌گذار در مقابل خشونت نسبت به افراد و اموال خواه از سوی ارگان‌های دولتی یا اشخاص خصوصی مرتبط است.^۱ در قضیه سالوکا دیوان داوری اظهار داشت: «استاندارد حمایت کامل و امنیت ضرورتاً درجایی اعمال می‌شود که سرمایه‌گذاری خارجی از جنگ داخلی و خشونت فیزیکی تأثیر پذیرد؛ رویه مراجع داوری حاکی از آن است که این استاندارد هر نوع آسیب به سرمایه را دربر نمی‌گیرد؛ بلکه به‌طور خاص از تمامیت فیزیکی سرمایه در مقابل اعمال زور حمایت می‌کند».^۲ مراجع داوری در قضایای روملی و نرون نیز به نحو مشابهی بر این امر

1. Schreuer, Christoph, op.cit, p.2.

2. Saluka Investment BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, March 17, 2006, para.484.

تأکید نمودند که این شرط سرمایه را از خسارات فیزیکی محافظت نموده^۱ و به هدف تأمین امنیت رؤسا، کارکنان و اموال شرکت شکل گرفته است.^۲

برخی از مراجع داوری، صراحتاً امکان اعمال استاندارد حمایت کامل و امنیت ورای امنیت فیزیکی را مردود دانسته‌اند. در قضیه یورکو دیوان داوری استدلال نمود که ایجاد یک فضای باثبات برای سرمایه‌گذاری بخشی از تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه و نه حمایت کامل و امنیت است. طبق یافته دیوان در این قضیه حقوق سرمایه‌گذار نقض شده، با سرمایه‌گذار به نحوی غیرعادلانه و تبعیض‌آمیز رفتار شده، حقوق قراردادی وی به‌طور خودسرانه یا به دلایل سیاسی نقض شده و سرمایه‌گذار در معرض رفتارهای خشن و شوکه‌کننده قرار گرفته است، اما هیچ‌یک از این موارد به نقض استاندارد حمایت کامل و امنیت منجر نمی‌شود.^۳

بررسی آرای داوری حاکی از آن است که مراجع داوری در مواجهه با ورود خسارت به سرمایه از سوی افراد خصوصی و درجایی که دولت تعهدی مبنی بر به‌کارگیری حداکثر امکانات خود در جلوگیری از ورود این خسارات داشته است، اصولاً در تعیین دامنه حمایت کامل و امنیت از محدوده خسارات فیزیکی فراتر نمی‌روند. برای مثال در قضایای تسمید^۴ و نوبل ونچرز^۵ که سرمایه در اثر ناآرامی‌های داخلی خسارت دیده بود، مراجع شرط حمایت کامل و امنیت را در محدوده خسارات فیزیکی وارده به سرمایه بررسی نمودند.

۲-۲-۲. استاندارد فراتر از امنیت فیزیکی

در نقطه مقابل، در برخی آرای جدیدتر حمایت کامل و امنیت از ریشه‌های عرفی خود فاصله گرفته و معنای جدیدی یافته است که همانا این شرط را در راستای تقویت ثبات فضای سرمایه‌گذاری قرار داده است. وفق این آرا، هرگونه مداخله در ثبات فضای حقوقی

1. Rumeli Telekom v. Kazakistan., ICSID Case No. ARB/05/16, Award, July 29, 2008, para.668.

2. Enron Creditors Recovery v. Argentina, ICSID Case No.ARB/01/3, Award, May 22, 2007, paras.286-287.

3. Eureko B.V. v. Slovak Republic, PCA No. 2008-13, Final Award, December 7, 2012, paras.226-234.

4. Tecmed S.A. v. Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, May 29, 2003, paras.175-177.

5. Noble Ventures Inc v. Romania, op.cit., paras.164-166.

یا اقتصادی سرمایه از سوی دولت میزبان، نقض استاندارد حمایت کامل و امنیت خواهد بود. چنین تفسیری با تکیه بر فلسفه حمایت از دارایی سرمایه‌گذار، خواستار ایجاد مبنایی برای حفاظت از سرمایه‌های غیرمادی است؛ زیرا برخلاف سرمایه مادی، در خصوص سرمایه غیرمادی، خسارت در واقع به یک شی فیزیکی وارد نمی‌آید؛ بنابراین دامنه حمایت کامل و امنیت به گونه‌ای گسترش می‌یابد که تمامی اقداماتی که موجب کاهش ارزش سرمایه می‌شود را دربرگیرد.^۱ از این رو برخی مراجع داوری برای تفسیر گسترده استاندارد حمایت کامل و امنیت به هدف و موضوع معاهده مربوط مراجعه نموده‌اند. برای نمونه در قضیه نشنال گرید مرجع داوری استدلال نمود که اگر استاندارد حمایت و امنیت مداوم را در پرتو هدف معاهده در نظر بگیریم، نمی‌توان این گونه برداشت نمود که این استاندارد حمایتی، ذاتاً به امنیت فیزیکی محدود است.^۲ در قضیه ای.ای.پی.ال نیز، مرجع داوری در ارزیابی ادعای خواهان مبنی بر نقض این استاندارد، به روح و اهداف معاهده توجه کرد^۳ که در قضیه مذکور عبارت بود از تشویق به سرمایه‌گذاری از طریق تضمین فضای کافی برای امنیت حقوقی.^۴ اگرچه در این قضیه موضوع امنیت فیزیکی سرمایه مطرح بود و نیازی به گسترش مفهوم حمایت کامل و امنیت به امنیت حقوقی نبود، اما توجه به روح و هدف معاهده در تحلیل استانداردهای مندرج در متن معاهده به خوبی نشان می‌دهد که این استانداردها با هدف معاهده ارتباط مستقیمی دارند. به ویژه آنکه هدف این معاهدات عمدتاً تضمین امنیت سرمایه‌گذاری است. اغلب در مقدمه موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری به لزوم تأمین امنیت و حمایت از سرمایه به منظور تشویق و افزایش سرمایه‌گذاری‌ها اشاره می‌شود.^۵ اهدافی که در مقدمه یک معاهده درج می‌گردد، بی‌شک

1. Sornarajah, M, op.cit, p.360.

2. National Grid Plc v. Argentine Republic, UNCITRAL, Award, November 3, 2008, para.189.

3. AAPL v. Sri Lanka, op.cit, para.51.

۴. موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان انگلستان و سریلانکا در مقدمه خود به «قصد طرفین بر ایجاد شرایط مطلوب برای سرمایه‌گذاری بیشتر اتباع و شرکت‌های هر یک از طرفین در سرزمین طرف دیگر» و «لزوم تشویق و احترام متقابل نسبت به سرمایه‌گذاری به منظور ترغیب آغاز فعالیت تجاری و افزایش رفاه در دو کشور» اشاره می‌کند.

۵. برای نمونه در مقدمه موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایران و ترکیه به «لزوم ارتقا و حمایت از سرمایه سرمایه‌گذاران هر یک از طرفین در سرزمین دیگری» اشاره شده‌است.

با توجه به ارزش تفسیری مقدمه معاهدات،^۱ در تفسیر دامنه تعهدات اعضا مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ بنابراین وقتی تعهدات اعضا به رعایت استانداردهای حمایتی، پس از این اهداف قرار می‌گیرند، می‌توان پذیرفت که متعاهدین قصد داشته‌اند تا این استانداردها، مبنای حقوقی تحقق اهداف معاهده باشد. بدین ترتیب میان اهداف معاهده و تعهدات مندرج در آن و در نتیجه میان موضوع و هدف معاهده پیوند برقرار می‌شود.^۲

از این رو این گروه از مراجع داوری شرط حمایت کامل و امنیت را علاوه بر امنیت فیزیکی، بر حمایت از امنیت حقوقی سرمایه نیز قابل اعمال دانسته‌اند. چنین استدلالی به‌ویژه در مواردی مطرح می‌شود که سرمایه در نتیجه اقدامات دولت و ارگان‌های آن آسیب می‌بیند. درجایی که تعهد دولت بر مبنای ترک فعل بوده و دولت ملزم به عدم مداخله در سرمایه است، مراجع داوری نگاهی فراتر از امنیت فیزیکی داشته و به‌علاوه، ممانعت نکردن از دسترسی سرمایه‌گذار به نظام قضایی را جزئی از تعهد دولت دانسته‌اند. نخستین بار در قضیه لادر، اگرچه دیوان داوری، نقض حمایت کامل و امنیت را احراز نمود، اما این‌طور استدلال کرد که این استاندارد دولت میزبان را متعهد می‌سازد تا سیستم قضایی خود را برای رسیدگی به دعاوی سرمایه‌گذار خارجی در دسترس وی قرار دهد و حمایت از حقوق قانونی سرمایه‌گذار را بدین ترتیب تضمین نماید.^۳ این استدلال مورد پذیرش برخی مراجع داوری در آرای بعدی قرار گرفت. این مراجع بر این امر تأکید می‌کنند که موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، دارایی‌های مادی و غیرمادی را سرمایه دانسته‌اند. اگر حمایت کامل و امنیت فراتر از امنیت فیزیکی در نظر گرفته نشود، به‌سختی می‌توان فهمید که چگونه باید امنیت فیزیکی یک دارایی غیرمادی را تأمین نمود.^۴ به‌علاوه امروز، ثبات حاصل از یک محیط امن برای سرمایه‌گذاری به اندازه امنیت فیزیکی برای سرمایه‌گذار مهم است. از این رو حمایت کامل و امنیت ممکن است درجایی

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2050/iran-islamic-republic-of---turkey-bit-1996->. Last accessed: 19 June, 2019.

۱. کنوانسیون وین حقوق معاهدات در بند ۲ ماده ۳۱ در بیان قواعد تفسیر، متن معاهده را شامل مقدمه و ضمایم نیز دانسته است.

2. Foster, George K., op.cit, p.1110.

3. *Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, September 3, 2001, para.314.

4. *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, op.cit, para.303.

که خشونت یا خسارت فیزیکی رخ نداده است نیز نقض شود. به بیانی دیگر ورود خسارت فیزیکی پیش شرط نقض این استاندارد در حوزه امنیت حقوقی نیست.^۱ از این رو، همان طور که دیوان داوری در قضیه سی.ام.ای مقرر نمود، اگر دولت میزبان با اصلاح قوانین یا اقدامات نهادهای اداری خویش، حمایت و امنیتی که برای سرمایه گذار خارجی تقبل نموده را لغو یا کاهش دهد، چنانچه این اقدامات آثار منفی بر سرمایه گذاری داشته باشند، حتی در نبود خسارت فیزیکی شرط حمایت و امنیت نقض خواهد شد.^۲

در نتیجه ایجاد چارچوب حقوقی و قانونی^۳ که از جمله با قطعیت در قوانین و قابل پیش بینی بودن اجرای آن^۴ امنیت حقوقی سرمایه گذاران را تضمین نماید، ارائه سیستم قضایی کارآمد و جبران های حقوقی^۵ و عدم نقض یا کاهش حمایت و امنیت سرمایه با اصلاح قوانین ملی یا اقدامات نهادهای اجرایی^۶، از جمله تعهدات دولت میزبان ذیل شرط حمایت کامل و امنیت هستند.

بنابراین اگرچه به طور تاریخی حمایت کامل و امنیت برای حفاظت فیزیکی از سرمایه ایجاد شده بود، اما رویه داوری در نبود قرینه ای مبنی بر محدودیت این استاندارد به امنیت فیزیکی و با توجه به هدف و موضوع معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری، این استاندارد را گسترش داد تا جایی که می توان گفت این استاندارد از حقوق سرمایه گذار در کلیت آن حفاظت می کند. در قضیه کوپر مسا مایننگ، سرمایه گذار خارجی با موانع فیزیکی از سوی ثالث (گروه های مخالف حفاری معدن که مانع فعالیت سرمایه گذار می شدند) مواجه شده بود. به عقیده مرجع داوری، دولت میزبان در مرحله اول با مداخله ضعیف و ناکارآمد نیروهای پلیس امنیت فیزیکی سرمایه را تأمین نکرد و در ادامه، طی حکمی بخشی از فعالیت های سرمایه گذار را تعلیق نمود. در نتیجه این مانع قانونی، سرمایه گذار از مطالعات مربوط به ارزیابی آثار زیست محیطی و دیگر اقداماتی که به موجب قرارداد سرمایه گذاری

1. Azurix v. Argentine Republic, op.cit, paras.406-408.

2. CME B.V v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, September 13, 2001, para.613.

3. Siag v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, June 1, 2009, para.448.

4. Siemens A.G. v. Argentine Republic, op.cit, para.303.

5. Frontier Petroleum Services. Ltd. v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, November 12, 2010, para.273

6. CME B.V v. Czech Republic, op.cit, para.613.

برعهده گرفته بود، بازماند. این اقدام اخیر دولت میزبان، وضعیت دشوار سرمایه گذار را پیچیده تر ساخت و یک مانع قانونی را به موانع فیزیکی موجود در راه فعالیت سرمایه گذاری اضافه کرد. در این شرایط هم امنیت فیزیکی و هم امنیت حقوقی سرمایه گذاری که تحت پوشش استاندارد حمایت کامل و امنیت قرار دارند، نقض شده‌اند.^۱

مثال فوق به خوبی نشان دهنده توجه مراجع داوری به ماهیت تعهد دولت میزبان در تفسیر دامنه شرط حمایت کامل و امنیت است. در جایی که مسئله مداخله ثالث (افراد خصوصی) در سرمایه مطرح است، دولت میزبان متعهد می‌شود اقدامات لازم را برای حفاظت از تمامیت فیزیکی سرمایه به عمل آورد. لزوم تأمین امنیت و مداخله نیروهای دولتی در جایی که افراد خصوصی قصد تخریب یا اشغال تأسیسات یا محل استقرار سرمایه را دارند، تعهدی به فعل برای دولت میزبان ایجاد می‌نماید. در اینجاست که مراجع داوری لزوم ورود خسارت فیزیکی به سرمایه را برای تحقق نقض حمایت کامل و امنیت لازم می‌دانند و در نتیجه نیازی به تفسیر گسترده تر از دامنه حمایت کامل و امنیت و تعمیم آن به امنیت حقوقی نخواهد بود. در نقطه مقابل، زمانی که موضوع اقدامات دولت یا ارگان‌های آن مطرح می‌شود، دولت متعهد می‌شود از هر اقدامی که به سرمایه خسارت وارد می‌آورد خودداری نماید. این تعهد به ترک فعل در وهله نخست، خودداری از اعمال زور و تخریب فیزیکی سرمایه را توسط عوامل دولتی یا وابسته به دولت را دربردارد. مراجع داوری که قائل به تفسیر گسترده تر از حمایت کامل و امنیت هستند، این تعهد به ترک فعل را همچنین به معنای خودداری دولت میزبان از تغییر در سیستم حقوقی خود یا ایجاد مانع در دسترسی سرمایه گذار به سیستم قضایی می‌دانند؛ بنابراین برخلاف فعل ثالث، آنجا که مسئله اعمال مخرب دولت میزبان قابل طرح است، مراجع داوری تفسیر گسترده تری از دامنه حمایت کامل و امنیت به عمل می‌آورند. در مقابل همان‌طور که پیش تر بیان شد، در جایی که مسئله حمایت از سرمایه خارجی در مقابل خسارات وارده از سوی افراد خصوصی مطرح است، دولت میزبان تعهد مثبتی به اتخاذ اقدامات ضرورتی جهت مقابله و جلوگیری از اقدامات ثالث دارد. مراجع داوری آنگاه که به نقض شرط حمایت کامل و امنیت به دلیل ناتوانی دولت میزبان در ممانعت از ورود خسارت از سوی افراد خصوصی

1 . Copper Mesa Mining Corp. v. Ecuador, PCA No. 2012-2, Award, March 15, 2016, paras.6.83-84.

مواجه می‌شوند، حمایت کامل و امنیت را در معنای مضیق و محدود به تمامیت فیزیکی سرمایه در نظر می‌گیرند.

۲-۳. ارتباط شرط حمایت کامل و امنیت و رفتار عادلانه و منصفانه

هنگام ارزیابی محتوای شرط حمایت کامل و امنیت همچنین لازم است به ارتباط این شرط با شرط رفتار عادلانه و منصفانه مندرج در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، توجه نمود. استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه نیز مفهومی مبهم و البته تفسیربردار است. از این رو مراجع داوری به شناسایی عناصری پرداخته‌اند که به عقیده آنان محتوای شرط رفتار عادلانه و منصفانه را تشکیل می‌دهد. شرط رفتار عادلانه و منصفانه دولت میزبان را متعهد می‌سازد که اولاً رعایت تشریفات قانونی^۱ را در خصوص سرمایه‌گذار تضمین نموده و از هرگونه استنکاف از احقاق حق جلوگیری نماید؛ دوماً شفافیت و ثبات لازم از جمله احترام به انتظارات مشروع سرمایه‌گذار را تأمین نماید.^۲

در اغلب مواقع، مراجع داوری در تحلیل وقایع قضیه مطروحه و برای تشخیص آنکه آیا این وقایع حاکی از نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه و یا حمایت کامل و امنیت است به تحلیل ارتباط میان این دو شرط پرداخته‌اند. این دو شرط حمایتی گاه در قالب یک ماده و گاه در قالب دو ماده مجزا در معاهدات درج می‌شوند. برخی مراجع داوری این دو شرط را مستقل از یکدیگر و برخی آن دو را بدون تفکیک از هم بررسی نموده‌اند؛ امری که ابتدائاً از تفسیر این مراجع از دامنه این شرط‌ها نشأت می‌گیرد. در ادامه به رویکرد این دو گروه از مراجع خواهیم پرداخت.

از یک سو برخی مراجع، نقض این دو استاندارد را مستقل از یکدیگر بررسی ننموده و با بررسی وقایع پرونده، بدون تفکیک میان زمینه‌های نقض هر یک از این دو استاندارد، نقض یکی از آن‌ها را معادل نقض دیگری پنداشته‌اند. برای نمونه در قضیه ونا هتل مرجع داوری هر دو استاندارد را با هم و بدون تفکیک مورد بررسی قرار داد؛ در این قضیه وقایع امر حاکی از نقض امنیت فیزیکی و در دسترس نبودن سیستم حقوقی برای پیشگیری یا رسیدگی به خسارات بود و مرجع داوری در نهایت وقایعی که به نظر می‌رسید نقض

1. Due process

2. *under international investment agreements: a guide to the key issues*, New York, Oxford University Press, (2010), p.394.

استاندارد حمایت کامل و امنیت بود را معادل نقض رفتار عادلانه و منصفانه دانست.^۱ دیوان در این قضیه درحالی این دو استاندارد را بدون تفکیک از یکدیگر بررسی نمود که معاهده مربوط، به هر دو استاندارد به صورت مجزا اشاره کرده بود. در قضیهٔ اُکسیدنتال دیوان داوری مقرر نمود: «با توجه به یافته دیوان مبنی بر نقض رفتار عادلانه و منصفانه، دیگر احراز نقض استاندارد حمایت کامل و امنیت ضرورت ندارد زیرا رفتاری که عادلانه و منصفانه نباشد خود به خود باعث از بین رفتن حمایت و امنیت سرمایه گذاری می شود.»^۲ در این قضیه نیز معاهده موجود از هر دو استاندارد حمایت کامل و امنیت و رفتار عادلانه و منصفانه جداگانه نام برده بود.^۳ در قضیه توتال علیه آرژانتین در ۲۰۱۰ نیز مرجع داوری یافته مرجع داوری در قضیه اُکسیدنتال را مورد تأیید قرار داد.^۴

به نظر می رسد علت ارائه چنین استدلالی از سوی این مراجع نحوه تفسیر آن ها از دامنه این استانداردها است. این مراجع با پذیرش این امر که حمایت کامل و امنیت در صورت خدشه به ثبات سرمایه حتی بدون نیاز به ورود خسارت به دارایی سرمایه گذار نقض می شود، با هم پوشانی و تداخل این دو استاندارد مواجه شده و صرف نظر از پذیرش استقلال یا عدم استقلال این دو از یکدیگر، نقض یکی را منجر به نقض دیگری دانسته اند. گسترش دامنه حمایت کامل و امنیت به فراتر از امنیت فیزیکی سرمایه و ورود به حوزه حفاظت از ثبات اقتصادی و حقوقی، درحالی که رفتار عادلانه و منصفانه نیز به منظور حفظ ثبات سرمایه، دربردارنده تعهد به حفظ ثبات اقتصادی و حقوقی است، مرز میان این دو استاندارد را از بین می برد. در نتیجه ارائه معیاری برای تفکیک این دو استاندارد دشوار می شود. در واقع برخی از اقدامات دولت میزبان نظیر اجرای خودسرانه قانون، محرومیت از عدالت و یا مداخله عمدی در سرمایه گذاری ممکن است ذیل هر دو استاندارد قرار گیرد. در قضیه آناتولی دیوان داوری اشاره نمود که حمایت های موجود طبق استانداردهای حمایت کامل و امنیت و رفتار عادلانه و منصفانه هر یک ممکن است

1. Wena Hotels Ltd v. Egypt, op.cit, paras.84-95.

2. Occidental v. Ecuador, UNCITRAL Case No.UN 3467, Final Award, July 1, 2004, para.187.

3. Treaty between United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, August 27, 1993, art. 3 (a).

4. Total v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04.01, Decision on Liability, December 27, 2010, para.343.

به گونه‌ای گسترش یابند که بخشی از استاندارد دیگر را پوشش دهند. با این وصف شناخت محدوده این هم پوشانی دشوار است.^۱

از سوی دیگر، گروهی دیگر از مراجع داوری استدلال نموده‌اند که این دو شرط از یکدیگر مستقل هستند؛ چراکه در دعاوی مختلف، خواهان‌ها به ادله و وقایع مختلفی برای اثبات نقض هر یک از این استانداردها استناد کرده‌اند؛^۲ بنابراین احراز نقض رفتار عادلانه و منصفانه ضرورتاً به معنای نقض حمایت کامل و امنیت و یا بالعکس نخواهد بود. این استدلال به ویژه در مواردی از سوی مراجع داوری مطرح می‌شود که این دو استاندارد در دو ماده مجزا ذکر شده‌اند و بنابراین پذیرش این امر که نقض یکی خودبه‌خود منجر به نقض دیگری شده است را دشوار می‌کنند. همان‌طور که دیوان داوری در قضیه سوئز بیان نمود: «این واقعیت که معاهده، استانداردهای رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت کامل و امنیت را در دو ماده مجزا ذکر کرده و به‌عنوان دو استاندارد جداگانه و متمایز به آن‌ها ارجاع می‌دهد، ما را به این نتیجه می‌رساند که متعاهدین قصد داشته‌اند این دو استاندارد، معانی متفاوتی داشته باشند؛ بنابراین در تفسیر این استانداردها مطلوب است با اعطای مفاهیم و کارکردهای متمایز به این استانداردها، به قصد طرفین عمل نماییم»^۳ مرجع داوری در این قضیه برای تفکیک این دو شرط از یکدیگر این‌طور استدلال نمود که این دو استاندارد از یکدیگر متفاوت بوده و هر یک بر شرایط خاصی اعمال می‌شوند؛ رفتار عادلانه و منصفانه به امنیت فضای تجاری و حقوقی و حمایت کامل و امنیت، به امنیت فیزیکی و جبران خسارات در صورت ورود خسارت فیزیکی می‌پردازد. از این روی به نظر می‌رسد اگرچه مفهوم حمایت کامل و امنیت به نحوی در استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه نیز مستتر است، اما دامنه حمایت کامل و امنیت از رفتار عادلانه و منصفانه محدودتر است؛ بنابراین ممکن است نقض حمایت کامل و امنیت باعث نقض رفتار عادلانه و منصفانه شود، اما نقض رفتار عادلانه و منصفانه لزوماً باعث نقض حمایت کامل و امنیت نخواهد شد.^۴

در قضیه اُکسوس گلد مرجع داوری برای تفکیک این دو شرط، به منشأ ورود خسارت توجه و استدلال نمود جز در مواردی که معاهده به گونه دیگری مقرر نماید، رفتار عادلانه

1. Anatoli Stati Group v. Kazakhstan, ScC Case No. V116/2010, Award, December 19, 2014, para. 1256.

2. Junngam, Nartnirun, op.cit, p.76.

3. Suez v. Argentine Republic, op.cit, para.172.

4. Ibid. paras.170-172.

و منصفانه سرمایه‌گذاری را در مقابل اعمال دولت و حمایت کامل و امنیت آن را در مقابل اعمال اشخاص خصوصی که به دولت منتسب نیستند، حفاظت می‌کنند؛ بنابراین حمایت کامل و امنیت با گسترش حمایت‌ها از سرمایه‌گذار در مقابل اعمال اشخاص خصوصی، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه را تکمیل می‌نماید.^۱ البته همان‌طور که در بالا اشاره شد، حمایت کامل و امنیت، سرمایه را نه فقط در مقابل اشخاص خصوصی بلکه همچنین در مقابل مداخله ارگان‌های دولتی حفظ می‌کند. ایجاد تفکیک میان این دو استاندارد، بنا بر اصول تفسیر مناسب‌تر است؛ زیرا قانع‌کننده نیست اگر بپذیریم دو استاندارد که به صورت جداگانه در یک معاهده ذکر شده‌اند، مفهوم واحدی دارند. البته در جایی که این دو استاندارد در دو ماده مجزا ذکر شده‌اند ابهام کمتر از مواردی است که این دو استاندارد در یک ماده و در قالب یک اصل حمایتی درج شده‌اند.^۲

در میان مراجعی که قائل به استقلال دو شرط حمایت کامل و امنیت و رفتار عادلانه و منصفانه هستند، برخی برای تفکیک بهتر این دو استاندارد حمایت کامل و امنیت را به امنیت فیزیکی سرمایه محدود دانسته و ثبات فضای سرمایه‌گذاری را بخشی از رفتار عادلانه و منصفانه تلقی کرده‌اند و در نتیجه، ضمن حفظ استقلال این دو استاندارد، از تسری نقض یکی از آن‌ها بر دیگری اجتناب نموده‌اند. در قضیه ای.دابلو.جی دیوان داوری بیان داشت که اگر تفسیر موسعی از حمایت کامل و امنیت صورت گیرد، این استاندارد به گونه‌ای گسترش می‌یابد که بخش‌هایی از دیگر استانداردهای حمایتی را در برگیرد؛ در حالی که چنین امری نه لازم و نه مفید است.^۳ در عمل مراجعی که حمایت کامل و امنیت را به فراتر از امنیت فیزیکی گسترش می‌دهند، تمایل بیشتری به ادغام مفهومی دو شرط رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت کامل و امنیت دارند و بالعکس، مراجعی که بر استقلال این دو استاندارد از یکدیگر تأکید می‌ورزند، تمایل دارند حمایت کامل و امنیت را به امنیت فیزیکی محدود نمایند تا از ادغام این دو شرط خودداری شود.

1. Oxus Gold Plc v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Final Award, December 17, 2015, paras.353-354.

2. Onyeani, Onyema Awa, op.cit, p.215.

3. AWG Group Ltd v. Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on Liability, July 30, 2010, para.174.

۳-۲-۱. مسئولیت دولت میزبان در صورت نقض حمایت کامل و امنیت

مراجع داوری حین رسیدگی به ادعای نقض شرط حمایت کامل و امنیت، در خصوص مسئولیت دولت میزبان در موارد نقض این شرط نیز اظهار نظر می‌نمایند. طبیعتاً آنگاه که نیروهای دولتی مستقیماً علیه سرمایه اقدام نموده و موجب ورود خسارت فیزیکی به آن می‌شوند؛ دولت مسئولیت مطلق به جبران خسارات وارده دارد. در مقابل، زمانی که دولت مکلف به تأمین امنیت حقوقی سرمایه از جمله از طریق عدم ممانعت از دسترسی به محاکم خود است و همچنین آنگاه که دولت متعهد می‌شود از سرمایه در مقابل اقدامات مخرب افراد خصوصی حمایت نماید، رویه داوری، مسئولیت دولت میزبان را مبتنی بر مراقبت مقتضی از سرمایه می‌داند.

مراقبت مقتضی بدین معناست که دولت میزبان باید تمامی اقدامات لازم که به نحو معقولی مورد انتظار است را برای حمایت و تضمین امنیت سرمایه به عمل آورد یا تمام تدابیر لازم را اتخاذ نماید تا بهره‌مندی کامل سرمایه از حمایت و امنیت تضمین شود. چنین اقداماتی ممکن است ماهیت پیشگیرانه، ممانعت، جبران‌ساز یا قهرآمیز (نسبت به ناقضان این استاندارد) داشته باشد. در این صورت، مسئولیت دولت میزبان به شرطی احراز می‌گردد که کوتاهی دولت در اتخاذ اقدامات لازم اثبات گردد.^۱ در قضیه لادر مرجع داوری در خصوص مراقبت مقتضی بیان داشت: «حمایت کامل و امنیت، طرفین را متعهد می‌کند تا در حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی تا جایی که طبق اوضاع و احوال معقول است مراقبت مقتضی به عمل آورند. هرچند معاهده سرمایه‌گذاری، طرفین را ملزم نمی‌کند تا از سرمایه در مقابل هرگونه کاهش ارزش احتمالی در نتیجه اعمال اشخاصی که به دولت منتسب نمی‌شود، حمایت کنند.»^۲

مراجع داوری برای سنجش رعایت مراقبت مقتضی از سوی دولت میزبان، از یک معیار عینی استفاده می‌کنند. آن‌ها به جای آنکه معیارهای شخصی نظیر میزان توسعه‌یافتگی یا ثبات دولت میزبان را در ارزیابی مراقبت مقتضی به کار گیرند، به این موضوع توجه می‌کنند که یک دولت به خوبی سازمان‌یافته در شرایط مشابه چگونه رفتار می‌کند.^۳ با این وجود در قضیه پانتکنیکی مرجع داوری با پیوند زدن مراقبت مقتضی با امکانات دولتی، معیار

1. Junngam, Nartnirun, op.cit, p.53.

2. Lauder v. Czech Republic, op.cit, para.308.

3. Malik, Mahnaz, op.cit, p.10.

عینی پیشین را به یک معیار شخصی نزدیک کرده و در زمینه حمایت از تمامیت فیزیکی سرمایه در مقابل خشونت در شرایط جنگ داخلی، ضمن تعدیل معیار عینی مذکور، مقرر داشت که تعهد دولت در این شرایط به امکانات و منابع دولت میزبان بستگی دارد.^۱ البته این معیار تعدیل شده و کاربرد نسبی در ارزیابی مراقبت مقتضی مورد حمایت برخی معاهدات سرمایه گذاری و همچنین داوری های نفتا قرار نگرفته است. برای نمونه در قضیه وُن پزولد مرجع داوری استدلال دولت میزبان را مبنی بر اینکه علت ناتوانی پلیس در حمایت از سرمایه وقوع درگیری های ناگهانی و غافلگیرانه در سراسر کشور بوده است را نپذیرفت.^۲ داوری نفتا در قضیه گلیمیس گلد تأکید نمود که استانداردهای حمایتی موجود در حقوق بین الملل عرفی، تنها مبین حداقل حمایت ها هستند؛ یعنی کف حمایت ها و بنابراین رفتاری کمتر از این حداقل مورد قبول نیست. اگرچه اوضاع و احوال خاص هر قضیه بی تردید حائز اهمیت است، اما این استاندارد از یک دولت به دولت دیگر و یک سرمایه گذار به سرمایه گذاری دیگر متفاوت نخواهد بود. در نتیجه اگر مراقبت مقتضی از جانب دولت میزبان را به امکانات و منابع موجود در اختیار آن دولت محدود نماییم، میزان حمایت ها در کشورهای گوناگون و برای سرمایه گذاران مختلف متفاوت خواهد شد.^۳ این امر دلیل مخالف مراجع داوری با به کار گرفتن یک معیار شخصی در سنجش مراقبت مقتضی است.

نتیجه

حمایت کامل و امنیت یکی از استانداردهای رفتاری است که برای حمایت از سرمایه گذار خارجی در موافقت نامه های دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی درج می شود. با بررسی آرای داوری می توان ادعا نمود که در برخی موارد اتفاق نظرهایی در خصوص این استاندارد شکل گرفته است. برای نمونه امروزه داوری های سرمایه گذاری اغلب بر این باورند که حمایت کامل و امنیت از حداقل استاندارد رفتاری موجود در حقوق بین الملل عرفی فراتر است. همچنین این امر در رویه داوری تثبیت شده است که مسئولیت

1. Pantechniki Contactor v. Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, July 30, 2009, para.76.

2. Von Pezold v. Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, July 28, 2015, paras. 597-599.

3. Glamis Gold v. United States, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, para. 615.

دولت میزبان در حفاظت از سرمایه در مقابل اقدامات افراد خصوصی و همچنین تأمین امنیت حقوقی سرمایه بر مراقبت مقتضی مبتنی است؛ اما اگر نیروهای دولتی با اقدامات خود منجر به ورود خسارت فیزیکی به سرمایه شوند، دولت میزبان به صورت مطلق مسئولیت جبران خسارت را بر عهده خواهد داشت. هرچند وقتی از دامنه حمایت به عمل آمده به موجب این استاندارد صحبت می‌شود، مراجع داوری به گونه یکسانی عمل ننموده‌اند. اگرچه مراجع داوری اتفاق نظر دارند که استاندارد حمایت کامل و امنیت از تمامیت فیزیکی سرمایه در مقابل اعمال خشونت‌آمیز حمایت می‌کند، اما از سال ۲۰۰۱ به بعد برخی مراجع تفسیر گسترده‌تری از این استاندارد ارائه داده‌اند؛ برخی آن را همچنین بر امنیت حقوقی سرمایه قابل اعمال دانستند و هرگونه تغییر ناگهانی قوانین و چارچوب حقوقی را که به سرمایه خسارت وارد سازد، ناقض این استاندارد تلقی کرده‌اند. برخی دیگر از مراجع از این هم فراتر رفته و از بین رفتن ثبات فضای اقتصادی سرمایه‌گذاری را نیز نقض استاندارد حمایت کامل و امنیت دانسته‌اند.

از آنجایی که استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه نیز به نحو مشابهی از ثبات چارچوب حقوقی و فضای اقتصادی سرمایه‌گذاری حمایت می‌کند، چنین تفسیر گسترده‌ای از حمایت کامل و امنیت موجب خلط این دو استاندارد و از بین رفتن مرز میان آن دو می‌گردد. امری که از نظر مراجع داوری قائل به دامنه وسیع‌تر استاندارد کامل و امنیت مشکل‌ساز نیست؛ زیرا حمایت از به‌ویژه سرمایه‌های غیرمادی چنین تفسیری را توجیه می‌کند. به علاوه به‌زعم این مراجع، استانداردهای رفتاری به هدف حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری گنجانده می‌شوند و چنین تفسیری از حمایت کامل و امنیت این هدف را بهتر محقق می‌سازد. ضمناً نظر به اینکه این امر در رویه داوری پذیرفته شده است که شرط حمایت کامل و امنیت مندرج در معاهده از حداقل حمایت حقوق بین‌الملل عرفی - حفاظت از تمامیت فیزیکی سرمایه - فراتر است، نمی‌توان این شرط معاهده‌ای را به‌صرف امنیت فیزیکی محدود دانست. از این رو باید دولت‌ها و به‌ویژه دولت‌های سرمایه‌پذیر همواره این احتمال را بدهند که از این استاندارد به شکل موسعی تفسیر شود.

شاید تفاسیر گوناگون مراجع داوری از دامنه حمایت کامل و امنیت در وهله نخست، این باور را تقویت نماید که در رویه داوری تشتت آرا وجود دارد. هرچند باید نحوه عملکرد مراجع در تفسیر دامنه این استاندارد را در پرتو ماهیت تعهد دولت میزبان بررسی نماییم.

مراجع داوری درجایی که دولت میزبان متعهد است با فعل مثبت خود از سرمایه در مقابل اقدامات مخرب افراد خصوصی محافظت نماید، تمایل و نیازی به ارائه تفسیر موسعی از دامنه این شرط و اعمال آن و رای امنیت فیزیکی ندارند. در مقابل، وقتی نحوه عملکرد خود دولت و ارگان‌های آن در مقابل سرمایه مطرح می‌شود و دولت متعهد به عدم مداخله در سرمایه‌گذاری می‌گردد، این عدم مداخله از صرف تمامیت فیزیکی سرمایه فراتر رفته و همچنین عدم ممانعت از دسترسی به مراجع قضایی یا عدم تغییر قوانین یا فرآیندهای اداری به نحوی که اثر منفی بر سرمایه بگذارند را نیز شامل می‌شود. در اینجا است که مراجع داوری تمایل دارند دامنه حمایت کامل و امنیت را گسترش دهند تا جایی که علاوه بر امنیت فیزیکی، همچنین امنیت حقوقی سرمایه را در برگیرد.

منابع

- حسینی، به‌آذین، «حداقل استاندارد بین‌المللی و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی»، پژوهش حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی تهران، دوره ۱۳، شماره ۳۳ (۱۳۹۰).
- عسکری، پوریا، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی، (تهران، شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۴).

References

- Alreshaid, Nasser “Revisiting the Notion of Full Protection and Security of Foreign Direct Investments in Post-Gadhafi Libya: Two Governments, Tribal Violence, Militias, and Plenty More”, *Florida Journal of International Law*, Vol. 28 (2016).
- Askary, Pouria, *The Law of Foreign Investment in International Arbitration Practice*, (Tehran, Shahre Danesh, Third Edition, 2016). [In Persian]
- Foster, George K., “Recovering Protection and Security: The Treaty Standard’s Obscure Origins, Forgotten Meaning, and Key Current Significance”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 45 (2012).
- Hasibi, Beh Azin, “The Minimum Standard of International Law and Supporting Foreign Investors”, *Public Law Research*, Allameh Tabataba’i University Tehran, Vol. 13, No. 33 (2012). [In Persian]
- Jungam, Nartnirun, “Full Protection And Security Standard In International Investment Law: What And Who Is Investment Fully Protected And Secured From?”, *American University Business Law Review*, Vol. 7, No. 1 (2018).

- Malik, Mahnaz, *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?*, (Canada, International Institute for Sustainable Development, 2011).
- Onyeani, Onyema Awa, “The Obligation of Host States to Accord the Standard of Full Protection and Security to Foreign Investments under International Investment Law”, A thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy, Department of Law Brunel University London (2018).
- Reinisch, August, *Standards of Investment Protection*, (New York, Oxford University Press, 2008).
- Schreuer, Christoph, “Full Protection and Security”, *Journal of International Dispute Settlement* (2010).
- Sornarajah, M, *The International Law on The Foreign Investment*, (New York, Cambridge University Press, 2010).
- Yannaca-Small, Katia, *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, (New York, Oxford University Press, 2010).

آرا

- AAPL v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, June 27, 1990.
- Anatoli Stati Group v. Kazakhstan, ScC Case No. V116/2010, Award, December 19, 2014.
- AMT v. Democratic Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, February 21, 1997.
- AWG Group Ltd v. Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on Liability, July 30, 2010.
- Azurix v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006.
- Biwater Gauff Ltd v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, July 24, 2008.
- CME B.V v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, September 13, 2001.
- Copper Mesa Mining Corp. v. Ecuador, PCA No. 2012-2, Award, March 15, 2016.
- Eastern Sugar v. Czech Republic, SCC Case No.088/2004, Partial Award, March 27, 2007.
- Electronica Sicula SPA (ELSI) (US v Italy), ICJ Case, Judgment, July 20, 1989.

- Enron Creditors Recovery v. Argentina, ICSID Case No.ARB/01/3, Award, May 22, 2007.
- Eureko B.V. v. Slovak Republic, PCA No. 2008-13, Final Award, December 7, 2012.
- Frontier Petroleum Services. Ltd. v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, November 12, 2010.
- Glamis Gold v. United States, UNCITRAL, Award, June 8, 2009.
- Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, September 3, 2001.
- MNSS B.V. v. Montenegro, ICSID Case No. ARB (AF)/12/8, Award, May 4, 2016.
- National Grid Plc v. Argentine Republic, UNCITRAL, Award, November 3, 2008.
- Noble Ventures Inc v. Romania, ICSID Case No ARB/01/11, Award, October 12, 2005.
- Occidental v. Ecuador, UNCITRAL Case No.UN 3467, Final Award, July 1, 2004.
- Oxus Gold Plc v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Final Award, December 17, 2015.
- Pantechniki Contactor v. Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, July 30, 2009.
- Rumeli Telekom v. Kazakestan., ICSID Case No. ARB/05/16, Award, July 29, 2008.
- Saluka Investment BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, March 17, 2006.
- Siag v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, June 1, 2009.
- Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/6, Award, February 6, 2007.
- Suez v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, July 30, 2010.
- Tecmed S.A. v. Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, May 29, 2003.
- Total v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04.01, Decision on Liability, December 27, 2010.
- UAB E Energija v. Latvia, ICSID Case No. ARB/12/33, Award, December 22, 2017.
- Vivendi v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, August 20, 2007.
- Von Pezold v. Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, July 28, 2015.

- Wena Hotels Ltd v. Egypt, ICSID case No ARB/98/4, Award, December 8, 2000.

اسناد

- Treaty between United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, August 27, 1993.
- Energy Charter Treaty (ECT), December 17, 1994.
- FTC Note of Interpretation, July 31, 2001.
- North American Free Trade Agreement (NAFTA), January 1, 1994.
- Vienna Convention on Law of the Treaties, May 23, 1969.