

حفظ منافع اساسی کشور میزبان در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه*

ابوالقاسم شهبازیان^۱

دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد

اسلامی واحد تهران مرکز

صادق سلیمی^۲

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکز

تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۹/۲۳ تاریخ پذیرش ۱۳۹۹/۳/۳۱

چکیده

با توجه به افزایش مخاصمات مسلحانه، تعداد کشورهای میزبان سرمایه‌گذاری که توسط سرمایه‌گذاران آسیب‌دیده به داوری فراخوانده می‌شوند بسیار افزایش یافته است. استناد اغلب این سرمایه‌گذاران به استانداردهای حمایت و امنیت کامل مندرج در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان کشور متبوع خود و کشور میزبان سرمایه‌گذاری است.

از آنجا که اغلب معاهدات به روشنی ماهیت و قلمرو این استاندارد را مشخص ننموده‌اند، دیوان‌های داوری به اختیار خود به تفسیر آن پرداخته و در مواردی با ترجیح منافع سرمایه‌گذار بر منافع دولت میزبان بدون توجه به شرایط خاص موجود در مخاصمات، اقدام به صدور رأی نموده‌اند. این مقاله با اتخاذ روش توصیفی-تحلیلی می‌کوشد تا با مراجعه به رویه داوری و معاهدات سرمایه‌گذاری به منظور حمایت از منافع دولت میزبان به شفاف‌سازی ماهیت و قلمرو استاندارد حمایت و امنیت کامل در شرایط مخاصمات مسلحانه پردازد.

واقعیت آن است که دولت میزبان تنها ملزم به رعایت همان تعهداتی است که صراحتاً در متن معاهده

مقاله پژوهشی

1- ab@Shahbaziyan.ir

2- SadegSalimi@yahoo.com

DOI: 10.22067/le.v27i16.84477

سرمایه‌گذاری پذیرفته است و دیوان‌های داوری در ارزیابی رعایت این تعهدات باید به شرایط، امکانات و منابع هر کشور به صورت موردی توجه نمایند و قلمرو تعهدات دولت میزبان را با اعمال تفاسیر موسع از این تعهدات افزایش ندهند.

واژگان کلیدی: داوری سرمایه‌گذاری، مخاصمات مسلحانه، معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی، منافع

دولت میزبان

طبقه بندی JEL: F52, F53, F51, J52

مقدمه

یکی از مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را می‌توان معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری دانست که با هدف تثبیت حقوق عرفی در قالب معاهدات پا به عرصه ظهور گذاشتند. امروزه بر اثر تلاش کشورهای سرمایه‌فرست و همچنین حمایت برخی سازمان‌های بین‌المللی، از یک طرف تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذار خارجی در این معاهدات در حال افزایش است و از طرف دیگر دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری اقدام به ارائه تفاسیر موسع از تعهدات دولت به سود سرمایه‌گذاران می‌نمایند که این امر موجب افزایش دعاوی علیه کشورهای میزبان سرمایه‌گذاری شده و جبران خسارت‌های هنگفتی حتی بیش از عواید سرمایه‌گذاری خارجی بر آنان تحمیل نموده است. علیرغم آن که در گذشته سرمایه‌گذاران خارجی بیشتر نگران حفظ امنیت و سرمایه خود در کشور میزبان سرمایه‌گذاری بودند، در حال حاضر بیشتر دولت‌های میزبان نگران محدودیت در اعمال حقوق حاکمیتی خود برای تنظیم امور داخلی کشور هستند (Habibzadeh & Gholami, 2018: 114). چنین حقی مستقیماً مستنبط از حق حاکمیت دائمی کشورها بر کلیه منابع ثروت زیرزمینی و فعالیت‌های اقتصادی آنهاست که به طور مکرر از سال ۱۹۵۲ در قطعنامه‌های مجمع عمومی و برخی از ارگان‌های دیگر سازمان ملل متحد و خصوصاً در پاراگراف ۱ ماده ۲ «منشور حقوق و تکالیف اقتصادی کشورها» بیان و تأکید گردیده است (Mirabbasi, 1992: 144-145).

با توجه به موج اخیر آشوب‌ها، منازعات، ترور و سایر اشکال مخاصمات در سراسر جهان، یکی از مسائل مناقشه‌برانگیز در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری که توجه به ابعاد حقوقی خاص آن تاکنون مغفول مانده است، دعاوی ناشی از مخاصمات مسلحانه است. دولت‌های میزبان که درگیر مخاصمات مسلحانه شده‌اند باید به حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی توجه خاص داشته باشند زیرا بازسازی اقتصادی و توسعه پس از خاتمه مخاصمات نیاز به جریان ورودی سرمایه دارد. به علاوه، سرمایه‌گذاران خارجی با انگیزه‌های متفاوتی به خصوص به دلیل فرصت‌های سودآوری که در موقعیت‌های جنگی وجود دارد در کشورهای درگیر مخاصمه فعالیت می‌نمایند و حتی انتظار بهره‌وری بیشتری دارند (Zamani & Bazzar, 2018: 231) اما به دلیل وجود شرایط آشفته در کشور میزبان، احتمال تخریب و توقیف دارایی‌های آن‌ها و در نتیجه نقض معاهدات سرمایه‌گذاری افزایش می‌یابد. در سالیان اخیر با افزایش دعاوی ناشی از مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی توسط سرمایه‌گذاران علیه دولت میزبان، به نظر می‌رسد که کفه ترازوی دعاوی سرمایه‌گذاری به سمت منافع سرمایه‌گذار سنگین‌تر شده و باید بیش از پیش به حفظ منافع دولت میزبان در چارچوب حقوقی حاکم بر دعاوی سرمایه‌گذاری توجه نمود.

نمی‌توان نادیده گرفت که دولت میزبان قادر نیست همان سطح حمایتی را که در زمان صلح از سرمایه‌گذاری داشته در زمان مخاصمات نیز داشته باشد. در واقع باید گفت که حقوق بیگانگان هم مانند حقوق اتباع خود کشور در زمان صلح یا در زمان جنگ و یا در سکونت‌گاه‌های عادی یا مناطق مرزی و مین‌گذاری شده متفاوت است. در صورتی که دولت‌ها در خلال مخاصمات مسلحانه به دلیل نقض یکی از استانداردهای معاهداتی مربوط به حمایت از سرمایه‌گذار خارجی مسئول شناخته شوند، تبعات این نقض باید با توجه به وضعیت اضطراری ناشی از مخاصمات مسلحانه مورد سنجش قرار گیرد.

مهم‌ترین استاندارد معاهداتی که سرمایه‌گذاران خارجی در اثر وقوع مخاصمات مسلحانه در دیوان‌های داوری به آن استناد می‌نمایند استاندارد حمایت و امنیت کامل^۱ است که به منظور حمایت از سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری وی در برابر اقدامات خشونت‌آمیز طراحی شده

است (Ostransky, 2015: 137). تقریباً تمامی معاهدات سرمایه‌گذاری دارای شرط حمایت و امنیت می‌باشند هرچند از الفاظ مختلفی مانند حمایت و امنیت کامل یا حمایت و امنیت پایدار^۱ استفاده کرده‌اند. برای مثال، ماده ۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ژاپن و مراکش^۲ در سال ۲۰۲۰ مقرر می‌دارد که هریک از طرفین معاهده باید در قلمرو خود، حمایت و امنیت کامل را برای سرمایه‌گذاران طرف دیگر معاهده فراهم نمایند.

ماده ۳ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان جمهوری اسلامی ایران و اسلواکی^۳ در سال ۲۰۱۶ مقرر می‌دارد که هریک از طرفین متعهد باید با سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران طرف متعهد دیگر و با سرمایه‌گذاران با توجه به سرمایه‌گذاری‌های آن‌ها رفتار عادلانه‌ای داشته باشد و حمایت و امنیت کامل را برای آن‌ها فراهم نمایند.

ماده ۵ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان جمهوری اسلامی ایران و ژاپن^۴ در سال ۲۰۱۶ و ماده ۱۱۰۵ معاهده تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا)^۵ در سال ۱۹۹۳ نیز به استاندارد حمایت و امنیت کامل اشاره می‌نمایند. ماده ۱۰ معاهده منشور انرژی^۶ در سال ۱۹۹۵ نیز به حمایت و امنیت پایدار اشاره نموده است. برخی معاهدات واژه «امنیت» را پیش از «حمایت» آورده‌اند. این تنوع الفاظ به نظر نمی‌رسد که اهمیتی در ماهیت آن داشته باشد. آنچه از اهمیت اساسی برخوردار است ماهیت این استاندارد و قلمرو اعمالی است که معاهدات ارائه می‌نمایند.

این مقاله با توجه به مناقشات زیادی که در دیوان‌های داوری در خصوص ماهیت و قلمرو تعهد دولت میزبان طبق استاندارد حمایت و امنیت کامل در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه وجود دارد، با رویکرد حفظ منافع دولت میزبان در گفتار اول به بررسی ماهیت تعهد دولت میزبان، تفسیر و منشا عرفی آن می‌پردازد و در گفتار دوم، قلمرو استاندارد حمایت و امنیت کامل را در دو قسمت حمایت فیزیکی و غیرفیزیکی و خشونت دولتی و غیردولتی مورد بررسی قرار می‌دهد.

-
- 1- Constant Protection and Security
 - 2- Japan-Morocco, Bilateral Investment Treaty, (2020).
 - 3- Islamic Republic of Iran-Slovakia Bilateral Investment Treaty, (2016).
 - 4- Islamic Republic of Iran-Japan Bilateral Investment Treaty, (2016).
 - 5- North American Free Trade Agreement (NAFTA), (1993).
 - 6- Energy Charter Treaty (ECT), (1995).

ماهیت تعهد دولت میزبان در استاندارد حمایت و امنیت کامل

علیرغم فراگیر شدن استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهدات سرمایه‌گذاری، ماهیت تعهد دولت میزبان در این استاندارد و نحوه ارزیابی رعایت یا عدم رعایت آن در زمان مخاصمات مسلحانه بسیار مورد مناقشه است. ذیلاً به صورت موردی رویه دیوان‌های داوری در خصوص ماهیت تعهد دولت میزبان در این استاندارد مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس با هدف یکسان سازی رویه داوری و انتخاب مناسب‌ترین شیوه اعمال استاندارد حمایت و امنیت کامل به تفسیر این استاندارد و بررسی منشا عرفی آن پرداخته می‌شود:

۱-۱. رویه داوری در خصوص ماهیت تعهد دولت میزبان

استاندارد حمایت و امنیت کامل در بسیاری از دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه مورد بحث واقع شده است. در این دعاوی، دیدگاه دیوان‌های داوری در خصوص ماهیت تعهد دولت در این استاندارد و چگونگی اعمال آن بسیار متفاوت بوده است که در این قسمت ذیل عناوین تعهد مطلق، تعهد نسبی ثابت و تعهد نسبی متغیر دولت میزبان مورد بررسی قرار می‌گیرند:

الف) تعهد مطلق دولت میزبان

بر اساس این دیدگاه که بارها توسط سرمایه‌گذاران خارجی آسیب دیده بر اثر مخاصمات مسلحانه مورد استناد قرار گرفته است، تعهد دولت میزبان سرمایه‌گذاری به فراهم نمودن حمایت و امنیت کامل برای سرمایه‌گذاری خارجی، یک تعهد مطلق است. به این معنا که اگر خسارتی در اثر مخاصمات مسلحانه به سرمایه‌گذاری خارجی وارد گردید، دولت میزبان به صرف ورود خسارت، مسئولیت آن را بر عهده دارد.

برای مثال در پرونده «ای.ای.پی. ال علیه سریلانکا»^۱ که به دلیل تخریب سرمایه‌گذاری مزرعه میگو توسط نیروهای کماندو سریلانکا طی یک عملیات ضد شورش اقامه شده بود، خواهان

1- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, (1990).

استدلال نمود که اعطای استاندارد حمایت و امنیت کامل موجب ایجاد مسئولیت مطلق^۱ برای دولت می‌شود و در نتیجه بدون اثبات اینکه خسارات وارده منتسب به سریلانکا است و بدون اثبات اینکه دولت در انجام اقدامات مقتضی قصور ورزیده است، طبق معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، دولت دارای مسئولیت مطلق است. دیوان داوری این ادعا را موجه تشخیص نداد و به اتفاق آراء رد نمود که استاندارد حمایت و امنیت کامل بیانگر مسئولیت مطلق و بی قید و شرط دولت است و بیان داشت که صرف ورود خسارت به سرمایه‌گذار موجب اطلاق مسئولیت بر دولت نمی‌گردد (ICSID, 1990:53-77).

به طور مشابه، دیوان در پرونده «هتل ونا علیه مصر»^۲ در مورد تفسیر استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان مصر و انگلستان بیان داشت که تعهد دولت میزبان به حمایت و امنیت سرمایه‌گذاری، یک تعهد مطلق نیست که تضمین نماید هیچ خسارتی به سرمایه‌گذاری وارد نخواهد شد و یا هر تخلفی به صورت خودکار موجب مسئولیت مطلق دولت میزبان خواهد شد. دولت میزبان، یک بیمه‌کننده یا تضمین‌کننده نیست و نمی‌توان مسئولیت مطلق برای تمامی خسارات وارده به سرمایه‌گذار را بر وی بار کرد (ICSID, 2000: 48-49).

تعهد نسبی دولت میزبان

بر اساس این دیدگاه، مقصود از عبارات حمایت پایدار، حمایت کامل و از این قبیل عبارات موجود در استاندارد حمایت و امنیت کامل، ایجاد مسئولیت مطلق برای دولت نیست و تنها انجام اقدامات مقتضی^۳ توسط دولت میزبان برای حفاظت از سرمایه‌گذاری خارجی را در بر می‌گیرد. منظور از اقدامات مقتضی آن است که دولت میزبان باید نهایت تلاش خود را برای حفاظت از سرمایه‌گذار خارجی در برابر خسارات احتمالی ناشی از مخاصمات مسلحانه انجام دهد (Raesi & Ansari, 2018: 69) و در صورتی که تلاش خود را به درستی انجام داد دیگر در قبال سرمایه‌گذار حتی در صورت ورود خسارت مسئولیتی ندارد. برای مثال، در پرونده «هتل ونا علیه

1- Strict Liability

2- Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, (2000).

3- Due Diligence

مصر» دیوان داوری تأکید نمود که تعهد بار شده بر دولت میزبان، تعهد به انجام اقدامات مقتضی است؛ به این معنا که دولت میزبان باید تمامی اقدامات لازم برای تضمین حمایت و امنیت کامل سرمایه‌گذاری را انجام دهد و مجاز نیست که به قوانین داخلی خود برای معافیت از این مسئولیت استناد نماید (ICSID, 1998: 6). در پرونده‌های «سالوکا علیه چک^۱»، «ای.ام.تی علیه زئیر^۲» و «تکمید علیه مکزیک^۳» نیز هر سه دیوان مشترکاً بیان داشتند که استاندارد حمایت و امنیت کامل بیانگر تعهد مطلق دولت نیست، بلکه دولت میزبان متعهد است که اقدامات مقتضی را برای فراهم نمودن امنیت و حمایت از سرمایه‌گذاری به عمل آورد. (UNCITRAL, 2006: 484), (ICSID, 1997: 6), (ICSID, 2003: 177)

البته دیوان‌های داوری که اعتقاد به مسئولیت نسبی دولت میزبان داشته‌اند، روش یکسانی را در اعمال این قاعده در پیش نگرفته‌اند. برخی از دیوان‌های داوری به «مسئولیت نسبی یکسان» دولت میزبان و برخی به «مسئولیت نسبی متغیر» تأکید داشته‌اند که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرند:

تعهد نسبی ثابت:

بر اساس این دیدگاه، رعایت اقدامات مقتضی توسط کشورهای میزبان، دارای معیاری ثابت است که تمامی کشورها ملزم به رعایت آن هستند. به بیان دیگر، استاندارد حمایت و امنیت کامل، یک سطح مراقبتی ثابت را برای دولت‌ها در نظر می‌گیرد و توجهی به شرایط خاص و امکانات کشور میزبان سرمایه‌گذاری نمی‌نماید.

برای مثال در پرونده «ای.ای.پی.ال علیه سریلانکا^۴» دیوان بیان نمود که معیار استاندارد حمایت و امنیت کامل، آن است که یک دولت با بهترین نحوه حکمرانی^۵، در شرایط مشابه چه اقداماتی را انجام می‌دهد (ICSID, 1990: 77)

1- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, (2006).

2- American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, (1997).

3- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, (2003).

4- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka.

5- Well-Administrated Government

در پرونده اخیر «آمپال علیه مصر»^۱ در سال ۲۰۱۷ دیوان دریافت که مصر استاندارد حمایت و امنیت کامل را با قصور در حفاظت از سرمایه گذاری در برابر حملات تروریستی نقض کرده است. دیوان با اینکه بیان داشت شرایط مصر به دلیل بی ثباتی سیاسی، عملیات گروه‌های نظامی مسلح، ناامنی و بی قانونی دشوار بوده است اما قاعده مسئولیت نسبی ثابت را اعمال نمود و حکم به نقض استاندارد حمایت و امنیت کامل توسط مصر به دلیل قصور در انجام اقدامات امنیتی متعارف در حفاظت از سرمایه گذاری خارجی داد (ICSID, 2017: 284, 354).

تعهد نسبی متغیر:

بر اساس این دیدگاه، درج استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهدات سرمایه گذاری تنها به معنای تعهد به انجام اقدامات مقتضی در حد توانایی‌های دولت میزبان به منظور برقراری امنیت و حمایت از سرمایه گذاری خارجی است. به بیان دیگر، معیاری ثابت و جهانی برای تمامی کشورهای میزبان سرمایه گذاری در خصوص انجام اقدامات مقتضی وجود ندارد. در واقع، کشورهای سرمایه فرست می‌کوشند تا استاندارد حمایت و امنیت کامل را به عنوان یک استاندارد ثابت در ادبیات حقوقی و رویه داوری تثبیت نمایند. در نتیجه، کشورهایی با ظرفیت محدود ملزم به رعایت استانداردهایی می‌شوند که با توجه به منابع محدود خود قادر به رعایت آن نیستند. این امر بدون در نظر گرفتن اینکه کشورهای در حال توسعه با توجه به ظرفیت‌های محدود خود تا چه میزان هوشیارانه عمل کرده‌اند، ناگزیر منجر به نقض استاندارد حمایت و امنیت کامل و غلبه منافع سرمایه گذار بر منافع دولت میزبان می‌گردد. به منظور رفع این مشکل، دیوان‌های داوری در هر پرونده باید به صورت موردی، سطح ثبات و توسعه یافتگی کشورهای میزبان در گیر مخاصمه را در نظر داشته باشند و به شرایط و امکانات خاصی که در زمان مخاصمات مسلحانه در اختیار دارند توجه نمایند (Zeitler, 2001: 201). در رویه داوری، این رویکرد توسط داوری به نام پاولسون^۲

1- Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss, (2017).

2- Paulsson, Jan, Sole Arbitrator.

در پرونده «پانتکنیکی علیه آلبانی»^۱ اتخاذ شد. در این پرونده، ادعای سرمایه‌گذار مبنی بر اینکه آلبانی ملزم به حمایت از سرمایه‌گذار در برابر غارت و آشوب توسط اشخاص خصوصی بوده است، رد گردید. وی توضیح داد که در مورد آشوب‌های داخلی غیرقابل پیش‌بینی، سطح حفاظت متفاوتی از یک کشور قدرت‌مند و یا یک کشور فقیر و شکننده که ظرفیت‌های محدودی دارد انتظار می‌رود (ICSID, 2009: 71-76).

البته توجه به شرایط خاص هر کشور لزوماً منجر به رد دعاوی سرمایه‌گذار بر اساس استاندارد حمایت و امنیت کامل نخواهد شد. دیوان داوری ایکسید در پرونده «هوبن علیه بروندي»^۲ در سال ۲۰۱۶ به پرونده «پانتکنیکی علیه آلبانی» اشاره نمود و تأکید کرد که اعمال استاندارد حمایت و امنیت کامل باید متناسب با شرایط خاص هر دولت باشد. با این وجود، دیوان دریافت که بروندي با قصور در به کارگیری امکانات موجود خود برای بیرون راندن غاصبین از زمینی که آقای هوبن برای سرمایه‌گذاری در املاک و مستغلات در اختیار داشته استاندارد حمایت و امنیت کامل را نقض کرده است (ICSID, 2016: 160-179).

فایده عملی مباحث فوق در ارزیابی رعایت و یا عدم رعایت استاندارد حمایت و امنیت کامل در دیوان‌های داوری نمود پیدا می‌کند؛ به نحوی که ممکن است یک دولت بنا بر مسئولیت نسبی متغیر، معاف از مسئولیت شناخته شود ولی بر اساس مسئولیت نسبی ثابت یا مسئولیت مطلق، مسئول جبران خسارت وارده به سرمایه‌گذار باشد. در نتیجه با توجه به تشتت آراء و گوناگونی احکام صادره توسط دیوان‌های داوری که فوقاً به آن‌ها اشاره شد، ضروری است که به منظور روشن ساختن ماهیت تعهد دولت میزبان در این استاندارد در شرایط مخاصمات مسلحانه، به تفسیر آن پرداخته شود و مشخص شود که کدام یک از دیدگاه‌های فوق‌الذکر برای اعمال توسط دیوان‌های داوری در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه مناسب‌تر است.

1- Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, (2009).

2- Joseph Houben v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/13/7, Award, (2016).

۲-۱. تفسیر استاندارد حمایت و امنیت کامل

تعهد به حمایت و امنیت کامل، یک قاعده معاهداتی در حقوق بین‌الملل است، در نتیجه محتوای آن باید با استفاده از قواعد تفسیر معاهدات که در ماده ۳۱ کنوانسیون وین انعکاس یافته روشن شود. در این راستا، بر اساس بند ۱ ماده ۳۱ به منظور تفسیر معاهده باید به معنای معمول و متداول اصطلاحات معاهده، یعنی به معنای عادی، طبیعی یا عرفی آن اصطلاح توجه نمود. با توجه به این رویکرد، برخی دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری تلاش نموده‌اند تا معنا و ماهیت استاندارد حمایت و امنیت کامل را با جستجو در لغت‌نامه‌ها روشن نمایند؛ اما لغت‌نامه‌ها به تنهایی قادر به حل سؤالات پیچیده در مورد تفسیر این استاندارد نیستند و به علاوه، تجزیه کردن عبارت «حمایت و امنیت کامل» به کلمات جداگانه، به منظور مشخص کردن معنای کل عبارت، ترکیب عبارت را به هم ریخته و معنای آن را تغییر می‌دهد. منظور از معنای متداول، تنها معنی موجود در لغت‌نامه نیست، بلکه منظور این است که باید به معنای فنی و حرفه‌ای که واژه‌ها در اجتماع متخصصین مرتبط مانند اجتماع حقوقدانان دارند توجه نمود (Walde, 2009: 771). بررسی رویه داوری و رویه دولت‌ها به عنوان اجتماع متخصصین از سال ۱۹۵۰ تاکنون نشان می‌دهد که عبارت حمایت و امنیت کامل و عبارات مشابه آن در بسیاری از معاهدات، اشاره به قاعده عرفی رفتار با بیگانگان به خصوص حفاظت در برابر حملات داشته است.

برای مثال، پیش‌نویس کنوانسیون بین‌المللی سرمایه‌گذاری در خارج از کشور (کنوانسیون ای.بی.اس شاکراس)^۱ در سال ۱۹۶۰ و پیش‌نویس کنوانسیون سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^۲ در مورد حمایت از اموال خارجی در سال ۱۹۶۷ که متعاقباً رویه ساز شدند از عبارت حمایت و امنیت پایدار برای بیان تعهد به انجام اقدامات مقتضی جهت حفاظت از اموال اتباع بیگانه استفاده نموده‌اند. این مقررات همان‌طور که خود پیش‌نویس توضیح می‌دهد از رویه معاهدات مودت، تجارت و دریانوردی ایالات متحده آمریکا تبعیت نموده و قاعده را به معنای عرفی آن ارجاع می‌دهند. رسیدگی‌های حقوقی به اختلافات پس از جنگ توسط نهادهای بین‌المللی در دهه ۱۹۸۰ نیز نشان می‌دهد که کشورها عبارت حمایت و امنیت پایدار را خواه عباراتی مانند «مطابق با

1- Abs and Shawcross Draft Convention on Investments Abroad

2- Organization for Economic Co-operation and Development

عرفی»، در کنار آن ذکر شود یا خیر، انعکاس حقوق بین‌الملل عرفی می‌دانند. آنچه فوقاً ذکر شد نشان می‌دهد طبق بند ۱ ماده ۳۱ کنوانسیون وین، معنای متداول و مورد پذیرش همگان از عبارت حمایت و امنیت کامل، اشاره به قاعده حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص رفتار با بیگانگان دارد. همچنین علاوه بر بند ۱، بند ۴ ماده ۳۴ کنوانسیون وین بیان می‌دارد اگر ثابت شود که طرفین قصد دادن معنای خاصی را به یکی از عبارات معاهده داشته‌اند، باید در تفسیر معاهده، همان معنا را در نظر گرفت. بر اساس این بند، می‌توان با بررسی تاریخچه مذاکره مقامات در خصوص استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهدات مختلف، این گونه بیان نمود که طرفین معاهده قصد دادن معنای خاصی به این عبارت داشته‌اند که اشاره به حقوق بین‌الملل عرفی دارد.

برای مثال، در سال ۱۹۵۱، در جریان مذاکرات معاهده میان ایالات متحده آمریکا و ایتوپیا برای انعقاد معاهده مودت و روابط اقتصادی^۱، آمریکا بیان داشت که حمایت و امنیت پایدار، یک قاعده ریشه‌دار و پرسابقه است که بیانگر تعهد عرفی به انجام اقدامات مقتضی برای حفاظت از بیگانگان است (Vandeveld, 2017: 414).

ماده ۵ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایران و ژاپن نیز در سال ۲۰۱۶ بیان می‌دارد که استاندارد حمایت و امنیت کامل، خواهان رفتاری فراتر از رفتار مورد نظر توسط قاعده حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص رفتار با بیگانگان نیست.

چه بر اساس بند ۱ و چه بر اساس بند ۴ ماده ۳۴ کنوانسیون وین استدلال نماییم، عبارت حمایت و امنیت کامل اشاره به حقوق بین‌الملل عرفی دارد و درک ابعاد آن نیازمند ارزیابی محتوای قاعده عرفی رفتار با بیگانگان است (Paparinskis, 2013: 160). در نتیجه برای درک ماهیت تعهد دولت میزبان در این استاندارد باید به بررسی منشأ آن یعنی قاعده عرفی حفاظت از اموال بیگانگان پردازیم و روشن نماییم که این قاعده عرفی چه سطح حمایتی را برای حفاظت از بیگانگان در نظر داشته است.

۳-۱. منشأ عرفی استاندارد حمایت و امنیت کامل

تعهد به حمایت از بازرگانان و اموال آنها به ویژه در زمان حملات، یکی از قواعد تثبیت شده در حقوق بین‌الملل عرفی است و قدمت زیادی دارد. این تعهد در معاهدات مودت، تجارت و دریانوردی^۱ از اوایل قرن پانزدهم ظاهر شد و کشورهای متعاقد را ملزم کرد که تمام تلاش خود را به کار گیرند تا همه بازرگانان در کشورهای محل تجارت خود ایمن بمانند. معاهدات مودت تقریباً شامل منشوری از حقوق بودند که بیگانه می‌توانست در سرزمین دولت میزبان از آن بهره‌مند شود (Hasibi, 2011: 114).

در قرن هفدهم بسیاری از معاهدات مودت بریتانیا، حمایت و امنیت کامل، عالی یا پایدار را برای اشخاص و اموال تجویز می‌نمودند. معاهدات مودت ایالات متحده آمریکا نیز طرفین را ملزم می‌نمودند که به هر نحو که می‌توانند برای دفاع و محافظت از خارجیان و اموال آنها تلاش نمایند تا بازرگانان و تجار طرفین متعاقد از حمایت و امنیت برای تجارت خود بهره‌مند گردند. فارغ از زبان‌های متفاوت، این قاعده به عنوان قاعده‌ای مشترک در روابط میان ملل متمدن شناخته شد و با تصریح در معاهدات مودت، ضمانت اجرای بیشتر و جدی‌تری پیدا کرد (Dunn, 1933, 3-10).

مبحث حقوق بیگانگان در اواسط قرن هجدهم میلادی در نوشته‌های واتل حقوقدان سوئیسی نیز مطرح گردید (Piran, 2014: 77). در سال ۱۷۵۸، واتل بیان نمود که تعهد به امنیت کامل بیگانگان به این معناست که حاکمیت باید امنیت کامل را تا آنجا که به او مربوط می‌شود برای بیگانگان تأمین نماید (De Vattel, 1797: 104).

الکساندر همیلتون حقوقدان آمریکایی و نخستین وزیر خزانهداری ایالات متحده آمریکا در سال ۱۷۹۵ استدلال نمود که حق دارا بودن اموال در یک کشور همیشه با وظیفه دولت مبنی بر محافظت از اموال و تضمین بهره‌برداری کامل مالک از آن همراه است و همچنین برقراری حمایت و امنیت کامل برای اشخاص و اموال یک طرف معاهده که در قلمرو طرف دیگر است نیز یک تعهد است (Hamilton, 1774: 14).

1- Treaty of Amity, Commerce, and Navigation

قاعده محافظت از اموال بیگانگان ابتدا موجب مسئولیت مطلق طرفین متعاقد می‌گردید. به این معنا که محاکم در مواردی که دولت تعهد به حفاظت از اموال بیگانگان را بر عهده گرفته بود، حتی در صورت عدم قصور و به صرف ورود خسارت، حکم به مسئولیت وی می‌دادند. پرونده «مونتيجو»^۱ میان ایالات متحده آمریکا و کلمبیا، در این زمینه می‌تواند روشن کننده باشد. این پرونده در مورد یک کشتی به نام مونتيجو متعلق به اتباع ایالات متحده آمریکا بود که توسط انقلابیون پاناما که در آن زمان بخشی از کلمبیا بود توقیف شده بود و دولت پاناما نتوانسته بود آن را پس بگیرد. اگرچه توسط طرفین پذیرفته شده بود که پاناما ابزار و قدرت لازم برای پس گرفتن کشتی را نداشته است اما با این وجود عدم موفقیت دولت موجب نقض حقوق بین‌الملل عرفی شده بود. داور پرونده اعلام داشت که اگر کشوری در قبال کشور دیگر، تعهد به حفاظت از اتباع او در قلمرو خود نماید، باید ابزارهای لازم برای اثربخشی این تعهد را هم فراهم نماید و اگر نتوانست این چنین کند، حتی اگر مرتکب قصوری هم نشده باشد باید به شخص متضرر خسارت پرداخت نماید (Moore, 1898: 1421-1444).

این رویه موجب افزایش نارضایتی دولت‌هایی گردید که بدون تقصیر در انجام تعهد خود، در این دعاوی مسئول شناخته می‌شدند. آن‌ها استدلال می‌نمودند که حقوق بیگانگان هم مانند حقوق اتباع خود کشور در زمان صلح یا در زمان جنگ و یا در سکونتگاه‌های عادی یا مناطق مرزی و مین‌گذاری شده متفاوت است و تضمین عدم ورود خسارت به خارجیان در شرایط مخاصمات مسلحانه امکان‌پذیر نیست. در نتیجه به تدریج ادبیات حقوقی و همچنین رویه محاکمی که به خسارات وارده به اموال بیگانگان در زمان مخاصمات مسلحانه رسیدگی می‌نمودند، مطلق بودن تعهد عرفی به حفاظت از اموال خارجیان در زمان مخاصمات را رد نمودند و به جای آن، «متعارف» بودن اقداماتی که دولت با توجه به شرایط حاکم بر کشور باید انجام دهد را ملاک قرار دادند.

از آنجا که تعهد به انجام اقدامات متعارف برای حفاظت از اموال بیگانگان ابتدا تنها میان ملل متمدن که خود را برابر می‌دانستند اعمال می‌گردید، در این قاعده فرض بر برابری دولت‌ها بود. به

1- US v. Colombia, Montijo Case, US-Colombia Claims Tribunal, (1874).

این معنا که تعهد به انجام اقدامات متعارف برای تمامی کشورها دارای معیار ثابتی بود و به شرایط خاص هر کشور یا به سطح حفاظت ارائه شده توسط کشور میزبان به اتباع خود بستگی نداشت. تا زمانی که این قاعده تنها میان کشورهای توسعه یافته اعمال می گردید، فرض برابری دولت‌ها و اعمال معیار ثابت برای حفاظت از بیگانگان مشکلی ایجاد نمی نمود اما پس از گسترش قلمرو اعمال این قاعده به کشورهای در حال توسعه، کشورهایی با ظرفیت محدود ملزم به انجام اقداماتی به منظور حمایت از اموال بیگانگان شدند که با توجه به منابع محدود خود قادر به رعایت آن نبودند. این امر، ناگزیر بدون در نظر گرفتن تلاش مناسبی که یک کشور در حال توسعه با توجه به ظرفیت های محدود خود برای حفاظت از اموال بیگانگان انجام داده بود، منجر به نقض تعهد مراقبت متعارف از بیگانگان می گردید (Mixed Claims Commission, 1903: 499).

در پی اعتراضات کشورهای در حال توسعه، این عقیده که همه کشورها برابر هستند و باید ملزم به رعایت استانداردهای یکسانی شوند، جذابیت خود را در طول قرن بیستم از دست داد. استاندارد مطلق مورد حمایت دیوان در پرونده «موتیجو»، صراحتاً در پرونده «سامبیاگیو»^۱ میان ایتالیا و ونزوئلا در ۱۹۰۳ رد گردید و این دیوان بیان داشت که در ارزیابی حفاظت صورت گرفته توسط دولت باید به ظرفیت‌ها و شرایط دولت میزبان توجه نمود.

به طور خلاصه از قرن پانزدهم، معاهدات مودت، تجارت و دریانوردی دربردارنده یک استاندارد عرفی در خصوص حمایت و امنیت بیگانگان بودند که دولت میزبان را ملزم به حفاظت از خارجی‌ان و اموال آن‌ها در برابر ورود آسیب توسط خود دولت یا اشخاص ثالث می نمود. اگرچه این قاعده ابتدا به صورت مطلق توسط محاکم اعمال می گردید اما نهایتاً به تعهد دولت به انجام اقدامات متعارف برای حفاظت از اموال بیگانگان محدود شد. تعهد دولت به انجام اقدامات متعارف ابتدا دارای یک معیار جهانی و ثابت بود ولی به تدریج به یک قاعده نسبی بدل شد که در ارزیابی رعایت یا عدم رعایت تعهد به مراقبت متعارف، به منابع موجود و شرایط کشور میزبان توجه می نمود.

با توجه به توضیحات فوق، اثبات می شود که قاعده عرفی رفتار با بیگانگان بیانگر یک

1- Italy v. Venezuela, Sambiaggio case, Mixed Claims Commission, (1903).

استاندارد نسبی است که به شرایط و منابع کشور میزبان توجه می‌نماید، در نتیجه استاندارد حمایت و امنیت کامل مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری که به قاعده عرفی رفتار با بیگانگان اشاره دارد، بیش از یک استاندارد نسبی نیست. به این معنا که کشورهای میزبان سرمایه‌گذاری باید با توجه به شرایط و منابع در دسترس خود در زمان مخاصمات مسلحانه، اقدامات مقتضی را جهت حفظ امنیت و حفاظت از سرمایه‌گذاری به عمل آورند. در واقع دیوان‌های داوری برای ارزیابی رعایت یا عدم رعایت استاندارد حمایت کامل نمی‌توانند معیار ثابتی را برگزیده و اقدامات کشور میزبان را با آن بسنجند، بلکه در این گونه دعاوی ارزیابی اقدامات صورت گرفته توسط دولت میزبان باید به صورت موردی و با توجه به شرایط خاص هر کشور مورد بررسی قرار گیرد.

قلمرو تعهد دولت میزبان در استاندارد حمایت و امنیت کامل

در این گفتار در دو بخش حمایت فیزیکی و غیرفیزیکی و خشونت دولتی و غیردولتی به بررسی قلمرو تعهد دولت میزبان به حمایت از سرمایه‌گذار خارجی به هنگام وقوع مخاصمات مسلحانه پرداخته می‌شود:

۱-۲. حمایت فیزیکی و غیرفیزیکی از سرمایه‌گذار

به طور سنتی، استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهدات سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار و سرمایه‌وی را از حمایت و حفاظت فیزیکی بهره‌مند می‌ساخت و دولت میزبان را متعهد می‌نمود تا با استفاده از نیروهای پلیس و امنیتی خود از افراد و دارایی‌های سرمایه‌گذار حمایت نماید (Askari, 2015: 127). در نتیجه، استاندارد حمایت و امنیت کامل در مواقعی اعمال می‌شد که سرمایه‌گذاری در نتیجه خشونت فیزیکی خسارت دیده باشد. دیوان در پرونده «ای.ای.پی.ال علیه سریلانکا»^۱ با اشاره به خشونت فیزیکی بیان نمود که دولت میزبان تنها زمانی این استاندارد را نقض می‌نماید که در استفاده از نیروهای در اختیار خود جهت سرکوب یا جلوگیری از شورش، اهمال نموده باشد (ICSID, 1990: 69).

1- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka.

در پرونده «هتل ونا علیه مصر»^۱ دیوان بیان داشت که حمایت کامل، شامل این نیز می‌شود که دولت نباید مجاز به استناد به قوانین خود جهت کاستن از تعهدات خود باشد (ICSID, 2000: 84)، اما در خود این پرونده، تمام رأی بر خشونت فیزیکی متمرکز بود و این موضوع که آیا قلمرو استاندارد حمایت و امنیت کامل از این فراتر است یا خیر مورد بحث قرار نگرفت.

در پرونده «گروه بی.جی علیه آرژانتین»^۲، خواهان ادعا نمود صرف نظر از این که آیا اموال به طور فیزیکی نابود شده است یا خیر، آرژانتین در اجرای استاندارد حمایت و امنیت پایدار قصور کرده است، اما دیوان بیان داشت که اصطلاح حمایت و امنیت پایدار در حقوق بین‌الملل به طور سنتی در وضعیتی اعمال می‌شده که امنیت فیزیکی سرمایه‌گذار یا سرمایه‌گذاری او در معرض خطر بوده باشد و مناسب نیست که از استاندارد پیش‌تر شناخته‌شده حمایت و امنیت پایدار فاصله بگیریم (UNCITRAL, 2007: 314-328).

در پرونده «سالوکا علیه چک»^۳ دیوان اشاره نمود که شرط حمایت و امنیت کامل به معنای پوشش هر نوع آسیب‌دیدگی نیست بلکه بیشتر به معنای پوشش تمامیت فیزیکی سرمایه‌گذاری در برابر دخالت‌های قهری است (UNCITRAL, 2006: 484).

در پرونده دیگر ایکسید، «روملی علیه قزاقستان»^۴، دیوان صراحتاً با رأی پرونده «سالوکا» موافقت نمود و معتقد بود که معاهده سرمایه‌گذاری دولت را ملزم به ارائه سطح خاصی از حمایت در برابر خسارات فیزیکی می‌نماید (ICSID, 2008, 668).

با این وجود با تلاش کشورهای سرمایه‌فرست، گرایش جدیدی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به وجود آمده است که بر اساس آن، برخی دیوان‌های داوری استاندارد حمایت و امنیت کامل را بر خلاف منشأ عرفی آن به قانون‌گذاری‌هایی که دولت میزبان جهت تنظیم امور داخلی خود انجام می‌دهد تسری می‌دهند و تصویب برخی قوانین را به عنوان نقض استاندارد حمایت و امنیت کامل شناسایی می‌نمایند، بدون توجه به آنکه وسعت و گستره این استاندارد حتی

1- Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt.

2- BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Final Award, (2007).

3- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, (2006).

4- Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, (2008).

بر محدوده مواد دیگر معاهده مثل رفتار منصفانه و عادلانه^۱ یا شرط فراگیر^۲ نیز تأثیرگذار است (Dolzer & Schreuer, 2012: 243). در این رویکرد غلبه منافع سرمایه‌گذار بر منافع اساسی کشور میزبان کاملاً مشهود است. برخی احکام داوری اخیر، صراحتاً قلمرو اعمال استاندارد حمایت و امنیت کامل را افزایش داده تا انواع حمایت‌ها به ویژه حمایت در مقابل قوانین دولت میزبان را شامل شود.

در پرونده «مونديو علیه ایالات متحده آمریکا»^۳، دیوان تحدید قلمرو استاندارد حمایت و امنیت کامل به حمایت فیزیکی را رد نمود و بیان داشت که تعجب‌آور است اگر این معاهدات طوری تفسیر شوند که معنایی بیش از حمایت فیزیکی نداشته باشند (ICSID, 2002: 115). در پرونده «آزوریکس علیه آرژانتین»^۴، دیوان صریحاً اشاره نمود که اگرچه در پرونده «ای.ای.پی.ال» تنها به امنیت فیزیکی اشاره شده است اما نه تنها امنیت فیزیکی، بلکه ثبات موجود در یک محیط سرمایه‌گذاری امن نیز از دیدگاه سرمایه‌گذار مهم است. همچنین دیوان بیان نمود زمانی که قید «کامل» به «حمایت و امنیت» اضافه شود و هیچ قید یا توضیح دیگری در آن نباشد، دیوان‌های داوری می‌توانند محتوای این استاندارد را فراتر از امنیت فیزیکی تفسیر نمایند (ICSID, 2006, 408).

در پرونده «بی واتر علیه تانزانیا»^۵ نیز دیوان از پرونده «آزوریکس» پیروی نمود و نتیجه گرفت که محتوای استاندارد حمایت و امنیت کامل شامل تضمین ثبات فیزیکی، تجاری و حقوقی در یک محیط امن سرمایه‌گذاری توسط کشور میزبان است و غیرمنطقی است که مفهوم امنیت کامل را تنها محدود به حمایت فیزیکی نماییم (ICSID, 2008: 729).

در پرونده «زیمنس علیه آرژانتین»^۶، دیوان معتقد بود که قلمرو استاندارد حمایت و امنیت کامل

1- Fair and Equitable Treatment

2- Umbrella Clause

3- *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, (2002).

4- *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, (2006).

5- *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, (2008).

6- *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, (2007).

فراتر از امنیت و حمایت فیزیکی است و از آنجا که به امنیت حقوقی سرمایه گذاری زمینس آسیب وارد شده است، استاندارد حمایت و امنیت کامل توسط کشور میزبان نقض شده است (ICSID, 2007: 303).

در پرونده «سی.ام.ئی علیه جمهوری چک^۱»، دعوای مطرح شده به دلیل اقداماتی بود که نمایندگان دولت با هدف آسیب به امنیت و حمایت حقوقی سرمایه گذاری خواهان انجام داده بودند. در رابطه با معنای حمایت و امنیت کامل، دیوان خاطر نشان کرد که دولت میزبان متعهد است تضمین نماید، نه به وسیله اصلاح قوانین خود و نه به وسیله مجموعه‌های اداری خود، حمایت و امنیت سرمایه گذار را تضعیف نکرده یا حذف نمی‌کند (UNCITRAL, 2003: 613).

به همین ترتیب، در دعوای «ویوندی یونیورسال علیه جمهوری آرژانتین^۲»، دیوان به روشنی این استدلال را رد نمود که استاندارد حمایت و امنیت کامل محدود به مداخلات فیزیکی است و بیان داشت که قلمرو حمایت و امنیت کامل، نه تنها آسیب فیزیکی به سرمایه گذاری بلکه مداخلات حقوقی در اداره یک سرمایه گذاری را باید شامل شود (ICSID, 2007: 7).

در این خصوص باید گفت، آن دسته از دیوان‌های داوری که استاندارد حمایت و امنیت کامل را به مواردی فراتر از حمایت فیزیکی و به خصوص به قانون گذاری‌های دولت میزبان تسری داده‌اند از منشأ عرفی این استاندارد که تنها اشاره به حمایت فیزیکی از سرمایه گذاری داشته، فاصله گرفته و همچنین منافع اساسی دولت میزبان را نادیده گرفته‌اند. در صورتی که طرفین معاهده قصد داشته باشند که این استاندارد به قانون گذاری‌های انجام شده توسط دولت میزبان تسری پیدا کند، لازم است صراحتاً کلماتی را که مفید این معنا باشد در متن معاهده به کار گیرند. برای مثال در ماده ۴ معاهده دوجانبه سرمایه گذاری میان جمهوری اسلامی ایران و نیکاراگوئه^۳ در سال ۲۰۱۹ آمده است: «سرمایه گذاری‌های انجام شده توسط اشخاص حقیقی و حقوقی هریک از طرفین در قلمرو طرف دیگر باید از حمایت حقوقی کامل دولت میزبان بهره مند گردد.»

اما در صورتی که عبارت «حمایت و امنیت کامل» بدون هیچ قید یا توضیحی در معاهده ذکر

1- CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, (2003).

2- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 2007.

3- Islamic Republic of Iran-Nicaragua (2019). Bilateral Investment Treaty.

شده باشد دیوان‌های داوری نمی‌توانند به اختیار خود تفسیر موسعی از تعهدات دولت ارائه دهند و بر اساس تفسیر موسعی که خود ارائه نموده‌اند، دولت را به‌عنوان ناقض معاهده مسئول بدانند، حال آنکه خود دولت فاقد قصد پذیرش چنین تعهدی در معاهده بوده است و متن معاهده نیز در مورد آن ساکت است.

۲-۲. خشونت دولتی و غیردولتی علیه سرمایه‌گذاری خارجی

روشن است که دولت، مسئول اقدامات انجام شده و یا قصور صورت گرفته توسط ارگان‌های خود است و شک و تردیدی در قابل اعمال بودن استاندارد حمایت و امنیت کامل، در صورت حمله مستقیم ارگان‌های دولت میزبان به شخص یا اموال سرمایه‌گذار وجود ندارد. در پرونده «بی.واتر علیه تانزانیا»^۱ دیوان بیان داشت که استاندارد امنیت کامل شامل اقدامات ارگان‌ها و نمایندگان خود دولت نیز می‌شود و محدود به اشخاص ثالث نیست (ICSID, 2008: 730).

در پرونده «ای.ام.تی علیه زئیر»^۲، سرمایه‌گذاری این شرکت توسط نیروهای مسلح زئیر مورد غارت قرار گرفته بود. دیوان دریافت که مقررات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، تعهد به انجام تمام اقدامات احتیاطی لازم برای حفاظت از سرمایه‌گذار را بر کشور میزبان بار نموده است و دولت با قصور در اقداماتی که حمایت و امنیت سرمایه‌گذار را تضمین نماید، این تعهد را نقض کرده و مسئول ناتوانی خود در جلوگیری از پیامدهای فاجعه بار این رویداد است (ICSID, 1997: 6).

در پرونده «توتو علیه لبنان»^۳ که در خصوص ساخت یک بزرگراه بود، سرمایه‌گذار در مورد قصور دولت لبنان در خارج نمودن سربازان سوری از محل ساخت و ساز شکایت کرد. دیوان در رأی خود بیان داشت که اگر قصور دولت اثبات گردد، موجب نقض تعهد حمایت از سرمایه‌گذاری طبق معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایتالیا و لبنان خواهد بود (ICSID, 2012: 200).

1- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania.

2- American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire.

3- Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Award, (2012).

کاربرد مهم دیگر استاندارد حمایت و امنیت کامل، مربوط به وظیفه دولت برای محافظت از سرمایه گذار در برابر خشونت‌های صورت گرفته توسط بازیگران غیردولتی است. این بازیگران ممکن است شورشیان علیه دولت باشند یا گروه‌های غیردولتی که علیه سرمایه گذار دست به اقدامات خشونت آمیز می‌زنند.

در پرونده «ای.ای.پی. ال علیه سریلانکا»^۱، دیوان هیچ شواهد قطعی در مورد اینکه تخریب سرمایه گذاری توسط نیروهای امنیتی دولتی صورت گرفته یا توسط شورشیان نیافت. دیوان اظهار داشت در حالی که یک دولت در اصل برای اقدامات شورشیان مسئول نیست اما صرف نظر از این که آیا اقدامات مخرب توسط شورشیان یا نیروهای دولتی صورت گرفته است، وظیفه حفاظت از سرمایه گذاری را بر عهده دارد. بر این اساس دیوان، دولت سریلانکا را مسئول دانست (ICSID, 1990: 72,85).

در پرونده «هتل ونا علیه مصر»^۲، دو هتل توسط کارمندان یک شرکت دولتی به نام «شرکت هتل‌های مصری»^۳ تصرف شده بودند. اگرچه مقامات دولتی، در تصرف هتل‌ها حضوری نداشتند اما پلیس و سایر مقامات، اقدامات مؤثری برای جلوگیری از تصرف یا جبران خسارت آن انجام ندادند. دیوان تردیدی نداشت که مصر تعهد خود نسبت به تضمین حمایت و امنیت کامل را نقض کرده است، این نتیجه بر اساس یافته‌های دیوان بود که دولت مصر از نیت «شرکت هتل‌های مصری» مبنی بر تصرف هتل‌ها آگاهی داشته و هیچ اقدامی برای جلوگیری از آن انجام نداده است. پلیس و وزارت گردشگری نیز از اقدامات فوری برای بازگرداندن هتل به سرمایه گذار خودداری نموده بودند و هیچ مجازات شدیدی علیه مجرمان اعمال نشده بود. دیوان بیان داشت که اگرچه مشخص نیست به غیر از کارمندان شرکت هتل‌های مصری، مقامات مصری نیز به طور مستقیم در تصرف هتل شرکت داشته‌اند یا خیر اما شواهد مهمی وجود دارد که مصر از نیت این شرکت مبنی بر تصرف هتل آگاه بوده و هیچ اقدامی جهت جلوگیری از آن انجام نداده است (ICSID, 2000: 84).

1- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka.

2- Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt.

3- Egyptian Hotels Company (EHC)

در پرونده «آمکو علیه اندونزی»^۱ دیوان نه بر اساس معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بلکه در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی رأی خود را صادر نمود. در این پرونده، موضوع سرمایه‌گذاری، اجاره و مدیریت یک هتل بود اما شریک داخلی قرارداد، هتل را با نیروهای مسلح تصاحب کرده بود. دیوان تأیید نمود که تصاحب اجباری هتل منتسب به دولت اندونزی نیست اما اندونزی به در حفاظت از سرمایه‌گذار در برابر تصاحب هتل توسط شهروندان خود قصور ورزیده و در نتیجه حقوق بین‌الملل را نقض کرده است (ICSID, 1984: 172).

به طور خلاصه باید گفت که استاندارد حمایت و امنیت کامل، دولت میزبان را متعهد می‌سازد که از یک سو استفاده از نیروی نظامی خود را در صورتی که با منافع سرمایه‌گذار منافات داشته باشد، محدود نماید و از سوی دیگر از سرمایه‌گذاری‌های خارجی در مقابل نیروهای شورشی و دیگر انواع خشونت‌های بازیگران غیردولتی محافظت نماید. دیوان‌های داوری نیز در همین راستا در مواردی به دلیل رفتارهای خشونت‌آمیز شورشیانی که منتسب به دولت نیستند، دولت را مسئول دانسته و حکم به نقض استاندارد حمایت و امنیت کامل داده‌اند. اما باید در نظر داشت که کشوری که مخاصمه‌ای در قلمرو آن رخ می‌دهد، به طور طبیعی مسئول خسارات تحمیل شده به سرمایه‌گذار نیست، مگر اینکه اثبات شود که دولت در ارائه استانداردهای حمایتی طبق معاهده یا حقوق بین‌الملل عرفی قصور ورزیده است. به بیان دیگر، قصور در انجام اقدامات مقتضی صرف نظر از اینکه خسارات وارده در اثر اقدام شورشیان یا عملیات خود دولت باشد، موجب مسئولیت بین‌المللی دولت خواهد شد. در صورتی که دولت اقدامات مقتضی را برای حفاظت از سرمایه‌گذاری در برابر شورشیان انجام داده باشد حتی در صورت ورود خسارت مسئول نخواهد بود.

نتیجه‌گیری

علیرغم آنکه دیوان‌های داوری در جهت غلبه منافع سرمایه‌گذار بر منافع دولت میزبان در دعاوی ناشی از مخاصمات مسلحانه تفاسیر موسعی از استانداردهای معاهداتی از جمله استاندارد

1- Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, (1984).

حمایت و امنیت کامل ارائه می‌دهند، در این پژوهش با استفاده از قواعد تفسیر معاهدات مندرج در کنوانسیون وین مشخص شد که استاندارد حمایت و امنیت کامل تنها به قاعده رفتار با بیگانگان در حقوق بین‌الملل عرفی اشاره دارد و از آنجا که قاعده عرفی رفتار با بیگانگان یک قاعده نسبی متغیر است که به شرایط خاص و امکانات کشور میزبان توجه می‌نماید، استاندارد حمایت و امنیت کامل که انعکاس معاهداتی این قاعده عرفی است نیز یک استاندارد نسبی متغیر است. در نتیجه دیوان‌های داوری در هنگام ارزیابی رعایت یا عدم رعایت استاندارد حمایت و امنیت کامل در زمان مخاصمات مسلحانه باید به طور نسبی به شرایط خاص هر کشور توجه داشته باشند تا منافع کشور میزبان نادیده انگاشته نشود.

در مورد ورود خسارت توسط شورشیانی که منتسب به دولت نیستند نیز دولت مسئولیتی در قبال سرمایه‌گذار نخواهد داشت مگر آن که اثبات شود دولت در حفاظت از سرمایه‌گذار در برابر شورشیان قصور ورزیده است. همچنین برخی از دیوان‌های داوری از قلمرو عرفی استاندارد حمایت و امنیت کامل که تنها اشاره به حمایت فیزیکی از سرمایه‌گذار دارد فاصله گرفته و این استاندارد را به قانون‌گذاری‌هایی که دولت میزبان برای تنظیم امور داخلی خود انجام می‌دهد تسری می‌دهند که این رویکرد به طور آشکار به معنای غلبه دادن منافع سرمایه‌گذار بر منافع کشور میزبان است. در صورتی که طرفین معاهده قصد تسری این استاندارد به حمایت قانونی از سرمایه‌گذار را داشته باشند باید صراحتاً آن را متن معاهده ذکر نمایند. اما اگر عبارت «حمایت و امنیت کامل» بدون هیچ قید و توضیحی در معاهده به کار رفت، دیوان داوری نمی‌تواند بنا به صلاحدید خود، تفسیر موسعی از قلمرو تعهدات دولت میزبان ارائه دهد و سپس بر اساس تفسیر موسعی که خود ارائه داده، کشور میزبان را ناقض تعهداتی بداند که اصولاً بر عهده نگرفته و معاهده در مورد آن‌ها ساکت است.

نکته پایانی آنکه کاستی‌های موجود در زبان معاهدات سرمایه‌گذاری و مبهم رها نمودن استانداردهای موجود در معاهدات موجب ارائه تفسیرهای مختلف توسط دیوان‌های داوری می‌شود. در صورتی که کشورها در هنگام مذاکره این معاهدات، صراحتاً قصد خود را اعلام نموده، کمیت و کیفیت هر استاندارد را مشخص کرده و هیچ نکته مبهمی باقی نگذارند، تشتت آراء موجود در محاکم سرمایه‌گذاری کاهش یافته و تعادلی میان منافع سرمایه‌گذار و دولت میزبان برقرار خواهد شد. پیشنهاد می‌شود دولت جمهوری اسلامی ایران که تا کنون بیش از هفتاد معاهده سرمایه‌گذاری منعقد نموده است جهت حفظ منافع خود به عنوان یک کشور سرمایه‌پذیر

از متن ذیل به‌عنوان استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خود استفاده نماید:

- (۱) هر یک از طرفین معاهده باید برای سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران طرف دیگر معاهده در قلمرو خود، حمایت و امنیت کامل را تأمین نماید. برای اطمینان بیشتر، وضع، تغییر یا ابطال قوانین و مقررات یکی از طرفین متعاقد به خودی خود موجب نقض این تعهد نخواهد شد.^۱
- (۲) استاندارد حمایت و امنیت کامل، دولت میزبان را ملزم به اقداماتی فراتر از قاعده عرفی رفتار با بیگانگان در حقوق بین‌الملل عرفی نمی‌کند و حق اضافی ایجاد نمی‌نماید.^۲
- (۳) استاندارد حمایت و امنیت کامل هر یک از طرفین متعاقد را ملزم به حمایت فیزیکی طبق حقوق بین‌الملل عرفی می‌نماید.^۳
- (۴) نقض هر یک از مقررات این معاهده یا معاهده بین‌المللی دیگر، موجب اثبات نقض مقررات این ماده نمی‌شود.^۴
- (۵) برای اطمینان بیشتر، صرف این امر که فعل یا ترک فعل یکی از طرفین متعاقد با انتظارات سرمایه‌گذار ناسازگار است موجب نقض استاندارد حمایت و امنیت کامل مندرج در این ماده نمی‌شود؛ حتی اگر منجر به ورود خسارت به سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار طرف دیگر معاهده شود.^۵

1- Each Contracting Party shall, in its territory, accord to investments of investors of the other Contracting Party, full protection and security. For greater certainty, adoption, change or revocation of laws and regulations by a Contracting Party does not constitute by itself a breach of this obligation.

2- The concept of "Full protection and security" does not require treatment in addition to or beyond that which is required by customary international law minimum standard of treatment of aliens, and does not create additional rights.

3- "Full protection and security" requires each Contracting Party to provide the level of physical protection required under customary international law.

4- A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

5- For greater certainty, the mere fact that a Contracting Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of the full protection and security standards referred to in this Article, even if there is a loss or damage to the investment of investors of the other Contracting Party as a result.

Referencecs

- [1] Abs and Shawcross Draft Convention on Investments Abroad, (1960).
- [2] Askari, Pouria (2015). The Law of Foreign Investment in International Arbitration Practice, Shahre Danesh Institute of Law Research & Study. (in Persian)
- [3] De Vattel, Emer, (1797). The Law of Nations or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, Indianapolis, Liberty Fund.
- [4] Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, (2012). Principles of International Investment Law, Translated By Ghasem Zamani & Behazin Hasibi, Tehran, Shahre Danesh Institute of Law Research & Study. (in Persian)
- [5] Dunn, Frederick Sherwood, (1933). "The Diplomatic Protection of Americans in Mexico", New York, Columbia University Press, Volume 27, Issues 3.
- [6] Egypt-United Kingdom (1975). Bilateral Investment Treaty.
- [7] Energy Charter Treaty (1995).
- [8] Habibzadeh, Tavakkol & Gholami, Afifeh (2018). "The Role of Umbrella Clause in Settlement of Foreign Investor and Host State Disputes in the Light of ICSID Arbitral Jurisprudence, International Law Review Journal, No.59, pp 85-118. (in Persian)
- [9] Hamilton, Alexander, (1904). The Works of Alexander Hamilton, Federal Edition, New York, Putnam's Sons Publications.
- [10] Hasibi, Behazin (2011). Government and Foreign Investors: International Standards, Shahre Danesh Institute of Law Research & Study. (in Persian)
- [11] ICSID Case (1984). Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, Award, No. ARB/81/1.
- [12] ICSID Case (1990). Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, Award, No. ARB/87/3.
- [13] ICSID Case (1997). American Manufacturing & Trading (AMT), Inc. v. Republic of Zaire, Award, No. ARB/93/1.
- [14] ICSID Case (2000). Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic, Award, No. ARB/97/3.
- [15] ICSID Case (2000). Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Award, No. ARB/98/4.
- [16] ICSID Case (2002). Mondev International Ltd. v. United States of America, Award, No. ARB (AF)/99/2.
- [17] ICSID Case (2003). Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, Award, No. ARB (AF)/00/2.
- [18] ICSID Case (2006). Azurix Corp. v. The Argentine Republic, Award, No. ARB/01/12.
- [19] ICSID Case (2007). Siemens A.G. v. The Argentine Republic, Award, No. ARB/02/8.
- [20] ICSID Case (2008). Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of

- Tanzania, Award, No. ARB/05/22.
- [21] ICSID Case (2008). Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, Award, No. ARB/05/16.
- [22] ICSID Case (2009). Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania, Award, No. ARB/07/21.
- [23] ICSID Case (2012). Toto v. Lebanon Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, Award, No. ARB/07/12.
- [24] ICSID Case (2016). Joseph Houben v. Republic of Burundi, Award, No. ARB/13/7.
- [25] ICSID Case (2017). Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, Decision on Liability and Heads of Loss, No. ARB/12/11.
- [26] Islamic Republic of Iran-Japan (2016). Bilateral Investment Treaty.
- [27] Islamic Republic of Iran-Nicaragua (2019). Bilateral Investment Treaty.
- [28] Islamic Republic of Iran-Slovakia (2016). Bilateral Investment Treaty.
- [29] Japan-Morocco, Bilateral Investment Treaty, (2020).
- [30] Mirabbasi, Seyedbagher (1992). "Nationalization in International Law", Journal of the Faculty of Law and Political Science, No.28, pp 143-166. (in Persian)
- [31] Mixed Claims Commission (1903). Italy v. Venezuela, Sambiaggio case, in United Nations Reports of International Arbitral Awards, Vol. X, 2006.
- [32] Moore, John Bassett (1898). History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party, Washington, US Government Printing Office.
- [33] Ostransky, Josef (2015). "The Termination and Suspension of Bilateral Investment Treaties due to an Armed Conflict", Journal of International Dispute Settlement, Volume 6, Issue 1, pp. 136-162.
- [34] Paporinskis, Martins (2013). The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment, Oxford, Oxford University Press.
- [35] Piran, Hossein, The Law of International Investment (2014). Ganje Danesh Publication. (in Persian)
- [36] Raeisi, Leila & Ansari Alireza (2018). "International Standards for Protection of Foreign Investment", Journal Encyclopedia of Economic Law, Vol.25, No.1, pp 47-88. (in Persian)
- [37] UNCITRAL (2003). CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, Final Award.
- [38] UNCITRAL (2006). Saluka Investments BV v. The Czech Republic.
- [39] UNCITRAL (2007). BG Group Plc v. The Republic of Argentina, Final Award.
- [40] United States, Canada, Mexico (1993). North American Free Trade Agreement (NAFTA).
- [41] US-Colombia Claims Tribunal (1875). United States of America v. United States of Colombia, Montijo Case.
- [42] Vandavelde, Kenneth, (2017). The First Bilateral Investment Treaties: US

- Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties, Oxford, Oxford University Press.
- [43] Walde, Thomas, (2009). Interpreting investment treaties: experiences and examples, In: Binder, Christina & Kriebaum, Ursula & Reinisch, August & Wittich, Stephan, International Investment Law for the 21st Century, Oxford, Oxford University Press.
- [44] Zaire (Congo)-United Kingdom (1989). Bilateral Investment Treaty.
- [45] Zamani, SyedGhasem & Bazzar, Vahid (2018). "The Assumption of Risk as an Effective Factor on Responsibility in Foreign Investment Disputes with an Emphasis on International Arbitration Practice", Private Law Studies Journal, Vol.48, No.2, pp 227-245. (in Persian)
- [46] Zeitler, Helge Elisabeth (2010). "Full Protection and Security" In: Schill, Stephan, International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford, Oxford University Press.