

حل و فصل دعاوی دولت-سرمایه‌گذار در موارد نقض حقوق مالکیت فکری

شادی کسنوی*

پذیرش: ۹۶/۱۰/۲۰

دریافت: ۹۶/۶/۲۷

نقض مالکیت فکری / سرمایه‌گذاری خارجی / استانداردهای حمایتی

چکیده

در دنیای امروز، حقوق مالکیت فکری جزء لاینفک سیاست‌های قانونگذاری محسوب می‌شود و توجه به آن در حوزه تجارت و سرمایه‌گذاری نیز از این قاعده مستثنی نیست. در این میان مسأله‌ی قابل توجه، همپوشانی‌ها و تداخل‌هایی است که میان حقوق سرمایه‌گذاری و حقوق مالکیت فکری به وجود آمده و اقدامات دولت میزبان نسبت به حمایت از اموال فکری به عنوان سرمایه‌گذاری خارجی را به چالش می‌کشد. اما اینکه استناد به معیارهای حقوق بین‌الملل عمومی، هنجارهای حقوق مالکیت فکری، موافقت‌نامه‌ها و مقررات سرمایه‌گذاری تا چه حد در حل این چالش جوابگو هستند و اگر نیستند، چه پیشنهادی برای انسجام بین حقوق بین‌المللی مالکیت فکری و حمایت از سرمایه‌گذار خارجی بر اساس حقوق بین‌الملل عمومی وجود دارد، مواردی است که این تحقیق در تلاش است به آنها پاسخگو باشد.

طبقه‌بندی JEL: G20. K11

مقدمه

از لحاظ جهانی حقوق مالکیت فکری روز به روز در حال تکامل است تا جایی که امروزه جزء لاینفک سیاست‌های قانونگذاری قرار گرفته و از جمله سیاست‌های تجاری و سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود. به همین منظور در رویه اخیر موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری (IIAs)، با تعریف اموال فکری به عنوان سرمایه، بحث حمایت از حقوق مالکیت فکری نیز در داوری‌های سرمایه‌گذاری مورد توجه قرار گرفته است.^۱ در واقع این توجه به سال ۲۰۱۰ میلادی برمی‌گردد و تا قبل از آن سال‌های زیادی همپوشانی‌ها و تداخل‌های بین حقوق سرمایه‌گذاری و حقوق مالکیت فکری نادیده گرفته می‌شد، تا اینکه از این سال به بعد پرونده‌هایی مطرح شدند که اقدامات دولت میزبان بر حقوق مالکیت فکری را در بحث حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی به چالش کشیدند و به این ترتیب توجه سیاستگذاران را به این مسأله جلب کردند. در واقع بحث از جایی شروع شد که ادعای حمایت از حقوق مالکیت فکری در فرآیند داوری دولت- سرمایه‌گذار از سوی سرمایه‌گذار خارجی مطرح شد.^۲ همانطور که می‌دانیم موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی - خصوصاً معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری - به وجود آمده‌اند تا در کنار معیارهای حقوق بین‌الملل، به حمایت بیشتر از سرمایه‌گذار در مقابل دخالت‌های دولت میزبان بپردازند و از آنجائیکه امروزه در بیشتر موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، اموال فکری به عنوان شکلی از سرمایه تحت پوشش قرار گرفته‌اند، سؤالی که مطرح می‌شود این است آیا می‌توان به استناد معیارهای حقوق بین‌الملل در حمایت از سرمایه‌گذاری، خواهان حمایت از اموال فکری به عنوان سرمایه نیز شد و اینکه آیا معیارهای حقوق بین‌الملل و دیگر مقررات حقوق سرمایه‌گذاری می‌توانند در راستای یکپارچگی و همگام شدن با هنجارهای حقوق بین‌المللی مالکیت فکری پیش روند یا خیر.^۳ از این روترکز این تحقیق بر فرصت‌هایی است که به واسطه آن سرمایه‌گذار می‌تواند مدعی لزوم تبعیت دولت میزبان از تعهدات بین‌المللی حمایت از مالکیت فکری را در داوری‌های سرمایه‌گذار- دولت شود. بر این اساس در ابتدای بحث ماهیت اموال فکری به عنوان سرمایه را در سرمایه‌گذاری خارجی مورد بررسی قرار داده و در ادامه، بعد از طرح چند پرونده برای روشن شدن اصل بحث، معیارهایی که سرمایه‌گذار

1. Pratyush Nath Upreti, (2016).

2. Henning Grosse Ruse-khan, (2014).

3. Henning Grosse Ruse-khan, (2014).

برای حمایت از مالکیت فکری می‌تواند به آنها استناد کند - معیار سلب مالکیت، انتظار مشروع تحت معیار رفتار منصفانه و عادلانه، شرط فراگیر و رفتار دولت کامله الوداد - مورد تحلیل قرار خواهند گرفت. در نهایت از آنجائیکه امیدی به موفقیت در توسل به معیارهای سرمایه‌گذاری برای تبعیت از هنجارهای بین‌المللی مالکیت فکری در دعاوی سرمایه‌گذاری نیست، در بخش نتیجه‌گیری و پیشنهادات، مکانیزم جایگزینی برای انسجام بین حقوق بین‌المللی مالکیت فکری و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی بر اساس حقوق بین‌الملل عمومی مطرح می‌شود.

۱. اموال فکری به عنوان سرمایه در معاهدات سرمایه‌گذاری

واژه سرمایه‌گذاری معمولاً در دو معنا به کار برده می‌شود. اولین معنا، فرآیندی است که به موجب آن شخص حقیقی یا حقوقی ایجاد سرمایه می‌کند.^۱ در معنای دوم، سرمایه‌گذاری به دارایی‌هایی اشاره می‌کند که از نتیجه سرمایه‌گذاری حاصل می‌شود. حال سؤالی که در اینجا مطرح است این است که آیا اموال فکری مشمول هر دو معنای سرمایه‌گذاری می‌شود یا خیر. واقعیت این است که آنچه در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری به عنوان تعریف حقوقی از سرمایه ارائه شده، سازگار با تعریف اقتصادی این واژه نیست. در اکثر موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری «سرمایه» به عنوان «هر نوع از دارایی» تعریف شده است و غالباً فهرستی از اموال نیز، همراه این تعریف می‌باشد.^۲ لذا در صورت اقامه دعوا این مسئولیت بر عهده سرمایه‌گذار است که ثابت کند سرمایه‌گذاری صورت گرفته در حوزه موافقت‌نامه منعقد شده قرار دارد یا خیر. به همین منظور اخیراً در اکثر موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری (IIA) صریحاً اموال فکری به عنوان یکی از موارد شمول تعریف سرمایه‌گذاری قرار گرفته است. به عنوان مثال به موجب معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه هند - استرالیا، سرمایه به عنوان "هر نوع از دارایی از جمله اموال فکری" که توسط سرمایه‌گذار سرمایه‌گذاری شده، تعریف شده است. ضمن اینکه برخی از موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری (IIAs) علاوه بر ذکر اموال فکری به عنوان سرمایه، انواع اموال فکری که مشمول قرارداد می‌شوند را نیز به صراحت بیان کرده‌اند.^۳

1. Salacuse, W.J. (2013).

2. Muchinski, P., Ortino, F. and Schreuer, (2008).

۳. به عنوان مثال به موجب بند ۶ ماده ۱۵ پیمان منشور انرژی، سرمایه عبارت از هر نوع داراییست که به صورت مستقیم یا

در این رابطه، برخی حقوقدانان بر این اعتقادند حتی اگر به‌طور صریح در موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری به اموال فکری اشاره نشده باشد، ادعای حمایت از مالکیت فکری از دیگر جنبه‌های تعریف سرمایه‌گذاری قابل برداشت است.^۱ چرا که دایره شمول سرمایه شامل اموال منقول و غیرمنقول، مادی و غیرمادی و هر آنچه از دارایی است که در قالب پول، کالا و خدمات سرمایه‌گذاری شده یا مجدد قابل سرمایه‌گذاری باشد^۲ و این حوزه به عنوان حوزه گسترده‌ای از حق مالکیت، اموال فکری را نیز در بر می‌گیرد. برای همین جای تردید نیست که اموال فکری از این قابلیت برخوردار هستند که به عنوان "سرمایه" تحت معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری قرار گیرند. معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری علاوه بر حمایت از اموال فکری به عنوان سرمایه، به استناد موافقت‌نامه‌های دو یا چندجانبه تجارت آزاد و گستردگی آنها نیز از سرمایه‌گذاری صورت گرفته در حوزه اموال فکری حمایت می‌کنند. لذا سرمایه‌گذار بین‌المللی که حقوق مالکیت فکری اش نقض شده، به موجب این موافقت‌نامه‌ها می‌تواند در مراجع داوری نسبت به ادعای سلب مالکیت از اموال فکری اش طرح دعوا کند. اخیراً پرونده‌های مالکیت فکری زیادی در داوری دعاوی سرمایه‌گذار- دولت مطرح شده‌اند. در این تحقیق بر آن هستیم که در ابتدا با ذکر چند نمونه از این دعاوی، وجود و نحوه طرح اینگونه دعاوی در محاکم را به نمایش گذاشته و سپس به تحلیل اینگونه دعاوی از نگاه حقوق بین‌الملل بپردازیم.

۲. پرونده‌های مطروحه در خصوص نقض اموال فکری در سرمایه‌گذاری خارجی

ادعای حق بر مالکیت فکری در برابر دولت‌ها بحث جدیدی در سرمایه‌گذاری نیست. از اولین پرونده‌های چالش برانگیز حقوق مالکیت فکری علیه دولت، می‌توان به پرونده توباکو

غیرمستقیم تحت مالکیت یا کنترل یک سرمایه‌گذار است و در شق (د) به اموال فکری اشاره شده است. به موجب بند ۱۲ این اموال شامل حق بر کپی رایت و حقوق جانبی، علائم تجاری، نشانه‌های جغرافیایی، طرح‌های صنعتی، حق اختراع و طرح‌های ساخت مدارهای یکپارچه (IC ها) و حمایت از اطلاعات افشاء نشده می‌باشد. تعریف مشابهی از اموال فکری در معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه استرالیا - مجارستان وجود دارد که در آن به حق کپی رایت، حق بر اختراع، علامت تجاری، نام تجاری، طرح صنعتی، اسرار تجاری، نوها و حسن شهرت به عنوان اموال فکری اشاره شده است.

(شق ۳ بند a ماده ۱ موافقت‌نامه بین استرالیا و مجارستان در حمایت از سرمایه‌گذاری، مصوب ۱۹۹۱، قابل دسترسی در <http://investmentpolicyhub.unctad.org/download/teatyfile/153>

1. Voon, T., Mitchell, A. and Munro, J., (2012).

۲. موافقت‌نامه بین اتحادیه اقتصادی بلژیک-لوکزامبورگ و دولت هند، ماده ۱(b) مصوب ۱۹۹۷

(دخانیات) اشاره کرد که در سال ۱۹۹۴ میلادی مطرح شد و به موجب آن شرکت دخانیات آمریکا با استناد به نفتا علیه کانادا اقامه دعوا کرد.^۱ موضوع دعوا مربوط به ژنریک شدن طرح جعبه سیگار بود که در دادگاه بدوی رد شد اما در دادگاه تجدیدنظر کانادا، قانونی که در دادگاه بدوی به آن استناد شده بود به جهت نقض آزادی بیان صنعت دخانیات و نقض منشور حقوق و آزادی‌های کانادا، لغو گردید.

همچنین پرونده مشابهی از طرف S.A نیکاراگوئه علیه جمهوری نیکاراگوئه به استناد معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری هلند- نیکاراگوئه مطرح گردید که موضوع دعوا تصرف اموال فکری از سوی دولت میزبان بود و از این رو سرمایه‌گذار مدعی سلب مالکیت غیرقانونی و رفتار غیرمنصفانه و غیرعادلانه شد. این دو پرونده از اولین دعاوی بودند که در خصوص اموال فکری در دعاوی سرمایه‌گذاری مطرح شد اما بیشترین دعاوی که آراءشان در این خصوص مورد توجه قرار گرفتند «پرونده دخانیات استرالیا» و «پرونده الی لی لی» بودند که در ادامه به جهت اهمیت‌شان به طور مبسوط به آنها پرداخته می‌شود.

۲-۱. پرونده علامت تجاری شرکت دخانیات^۲

در سال‌های اخیر داوری‌های سرمایه‌گذاری حقوق علائم تجاری در صنعت دخانیات نسبت به محدودیت‌هایی که از سوی دولت برای صنعت تحمیل می‌شود، به یک مبنای عرفی رسیده است. یکی از مهم‌ترین پرونده‌هایی که به داوری ارجاع شده، دعوای شعبه هنگ کنگ شرکت فیلیپ موریس علیه استرالیا می‌باشد که به موجب معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه استرالیا - هنگ‌کنگ، محدودیت‌هایی که دولت استرالیا به طرح بسته‌بندی روی بسته‌های سیگار تحمیل کرد را به چالش کشید. در این پرونده فیلیپ موریس با این استدلال که به خاطر سهمی که در شعبه استرالیایی فیلیپ موریس دارد، دارنده حق مالکیت فکری محسوب می‌شود، ادعا کرد که استرالیا با تحمیل طرح بسته‌بندی خودش، او را از حق بر علامت تجاری و حسن شهرت‌اش محروم کرده و با نقض مقررات معاهده دو جانبه - به جهت «سلب مالکیت» و «نقض معیار رفتار منصفانه و عادلانه» به سرمایه‌گذاری لطمه وارد کرده است.^۳ ضمن اینکه با وضع مقررات تحمیلی

1. Lahra Liberti, (2012).

2. Tobacco

3. Notice of arbitration, Philips Morris, (2011).

در خصوص طرح بسته بندی، موجب نقض شرط فراگیر و عدم انجام تعهدات موافقت‌نامه تریپس و موافقت‌نامه TBT (موافقت‌نامه موانع فنی فرا راه تجارت) و نقض کنوانسیون پاریس در حمایت از اموال فکری شده است.^۱

به این ترتیب پرونده فیلیپ موریس استرالیا نمونه‌ای از تلاش صنعت دخانیات برای به‌کارگیری حقوق سرمایه‌گذاری و معاهدات یکسان‌سازی مالکیت فکری به عنوان ابزاری برای مبارزه با مقررات ضد دخانیات محسوب می‌شود.^۲ شرکت فیلیپ موریس مشابه همین دعوا را در سال ۲۰۱۳ میلادی در داوری اروگوئه مطرح کرد و صلاحیت این داوری از طرف ایکسید تأیید شد. به نظر می‌رسد این رویه تهدیدی باشد از سوی شرکت توباکو تا باعث عقب نشینی کشورها از موضع خود نسبت به محدودیت‌هایی که برای مالک مال فکری ایجاد می‌کنند، باشد. اما سؤالی که همچنان مطرح است این است که آیا شرکت توباکو در استفاده از معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری درست عمل کرده است و سؤال مهم‌تر اینکه تبعات موفقیت شرکت توباکو چیست؟ آیا این موفقیت می‌تواند منجر به محدودیت در حمایت از سرمایه خصوصاً در جائیکه اموال فکری در تعارض با سلامت و ایمنی هستند، بشود یا خیر.

۲-۲. پرونده لیسانس اجباری

پرونده بعدی در رابطه با صدور لیسانس اجباری برای اختراع سرمایه‌گذار از سوی دولت میزبان می‌باشد.^۳ مقررات لیسانس اجباری در موافقت‌نامه تریپس این اختیار را به دولت‌ها می‌دهد تا از این طریق اهداف و سیاست‌های کلی دولت را ارتقای دهند. به‌طور مثال در

۱. در بخش‌های آتی، این مباحث به تفکیک و مبسوط مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

2. Tobacco firms strategy limits poorer nations smoking laws, New York times, (2013).

۳. به موجب ماده ۳۰ معاهده تریپس آنها می‌توانند استثنائات محدودی را در مورد حقوق انحصاری ناشی از ثبت اختراع قائل شوند (یعنی لیسانس اجباری) مشروط بر اینکه استثنائات مزبور مغایرتی غیرمعقول با استفاده معمولی از اختراع ثبت شده نداشته باشد و به منافع مشترک مالک اختراع ثبت شده، با توجه به منافع مشروع اشخاص ثالث، لطمه‌ای غیرمعقول وارد نیاید. موافقت تریپس در ماده ۳۱ شرایطی را مقرر کرده که به موجب آنها دولت می‌تواند لیسانس اجباری را به دارنده حق تحمیل کند. از آن جمله اینکه این استفاده تنها در مواردی اجازه داده می‌شود که استفاده کننده مورد نظر، قبل از این استفاده، تلاش‌هایی را برای کسب اجازه از دارنده حق طبق شرایط و ترتیبات معقول تجاری به عمل آورده و این تلاش‌ها ظرف مدتی معقول به ثمر نرسیده باشد. (بند ب ماده ۳۱) و اینکه با در نظر گرفتن ارزش اقتصادی اجازه، به دارنده حق، پرداخت کافی برحسب اوضاع و احوال هر مورد صورت گیرد (بند ز ماده ۳۱) با این وجود موافقت‌نامه تریپس تصمیم‌گیری در خصوص شرایط تجاری دولت‌ها با توجه به اوضاع و احوال محول کرده است.

(WTO Website: TRIPS and Health: frequently asked questions-licensing of pharmaceuticals TRIPS, <http://www.wto.org/english/tratop-e/trips-e/public-health-faq-e.htm>.)

راستای تسهیل دسترسی به داروهای آنتی ویروس برای مقابله با اچ آی وی برخی کشورها از رژیم لیسانس اجباری به عنوان اهرم فشار بر شرکت‌های داروسازی برای کاهش قیمت دارو استفاده می‌کنند.^۱

در حل و فصل این دسته از دعاوی، موافقت‌نامه تریپس به داوری دعای دولت علیه دولت محدود می‌شود^۲ ولی با این حال برخی مفسرین معتقدند که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری (BIT) می‌توانند حق مستقیمی برای قربانی لیسانس اجباری به استناد موافقت‌نامه تریپس ایجاد کند.^۳ با این وجود، تا کنون هیچ داوری بر پایه سرمایه‌گذاری دو جانبه‌ای بر اساس لیسانس اجباری تریپس اقامه نشده است. این امکان وجود دارد که همانطور که برای صنعت دخانیات مطرح شد، صنعت داروسازی از داوری سرمایه‌گذاری به عنوان ابزاری برای جبران خسارت ناشی از صدور لیسانس اجباری، استفاده کند.^۴

۲-۳. چالش اعتبار یا بی‌اعتباری اختراع

جدا از بحث لیسانس اجباری، چالش دیگری نیز بین حقوق دارنده اختراع و دولت سرمایه‌پذیر وجود دارد. در این خصوص می‌توان به پرونده شرکت الی لی لی و شرکت دارویی آمریکا علیه دولت کانادا اشاره کرد که بر اساس نفتا مورد داوری قرار گرفت. موضوع اصلی دعوا در رابطه با دکترینی در کانادا بود که به موجب آن دامنه موضوعاتی که قابلیت ثبت به عنوان اختراع را دارند را مورد تردید قرار می‌داد و بر همین اساس حکم به بی‌اعتباری گواهی اختراع دو داروی زیپرکسا^۵ و داروی استراترا^۶ صادر شد، علی‌رغم اینکه قبلاً در کانادا به عنوان اختراع ثبت شده بودند. با این استدلال که این دو اختراع شرط سودمندی^۷ قانون ثبت اختراع کانادا را برآورده نکرده است.^۸

1. Brazilian president silva issue compulsory license for merck's antiretroviral efavirenz, Kaiser health news, 2007, Thailand defies drug makers on patent issue, New York times, (2007).

۲. ماده ۶۴ موافقت‌نامه تریپس

3. Gibson, Christopher, (2010).

4. Sherman Kahn, will patents be the next wave in investor-state arbitration?, (2014).

۵. Zyprexa برای درمان بیماری اسکیزوفرنی

۶. Strattera برای درمان اختلال کم‌توجهی-پیش‌فعالی

۷. شرط سودمندی یا utility به این معناست که اختراع مورد نظر باید قابلیت تبدیل به یک محصول یا یک فرآیند صنعتی را دارا باشد

8. Notice of UNCITRAL arbitration, Eli Lilly company and Canada, 2013, p 25-7

با توجه به شرایط عمومی موافقت‌نامه تریپس، قابلیت ثبت هرگونه اختراعی اعم از محصولات یا فرآیندها در تمام رشته‌های فناوری وجود دارد، مشروط بر اینکه این اختراعات جدید و متضمن گامی ابتکاری بوده و دارای کاربرد صنعتی باشند.^۱ اصولاً شرط سودمندی به صورت موسع تفسیر شده و هر اختراعی که از لحاظ صنعتی مفید باشد را در بر می‌گیرد به شرط اینکه جدید باشد. اما در داوری اخیر به رویه ثبت اختراع کانادا^۲ که در سال ۱۹۹۴ لازم‌الاجرا شد، استناد شد و به موجب شرط سودمندی در کانادا ثبت اختراعی که مفید نباشد، خلاف اهداف اعطای ثبت اختراع بوده و لذا گواهی صادره لغو می‌گردد.^۳

۲-۴. پرونده سلب مالکیت

از دیگر پرونده‌ها می‌توان به پرونده شرکت شل (برند بین‌المللی شل AG و شل نیکاراگوئه SA) علیه نیکاراگوئه اشاره کرد. موضوع این پرونده نقض معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه هلند - نیکاراگوئه بود و خواهان در آن مدعی سلب مالکیت از لگو و نام تجاری شرکت شد. این پرونده تحت ایکسید مورد بررسی قرار گرفت. طبق ادعای شرکت شل نیکاراگوئه، علامت تجاری این شرکت در بررسی لازم‌الاجرا شدن حکمی به جبران خسارت ۴۸۹ میلیون دلار که دادگاه در ۲۰۰۲ صادر کرده بود، مصادره شد. این رأی در واقع به نفع ۵۰۰ شهروند نیکاراگوئه صادر شده بود که مدعی بودند در دهه ۶۰ و ۷۰ میلادی تحت تأثیر مواد سمی شیمیایی با نام نمادگون که در کشت موز استفاده می‌شد، قرار گرفته‌اند و از همین رو استفاده از این ماده شیمیایی در ۱۹۷۰ میلادی در ایالت متحده نیز ممنوع شد. خواننده مدعی بود که حکم به جای اینکه بر علیه آنها صادر شود بر علیه شرکت صادر شده است و از این رو تصرف اموال فکری تحت مالکیت آنها یک مصادره غیرقانونی و برخلاف رفتار منصفانه و عادلانه بوده و تضییع حق محسوب می‌شود. طبق توافق طرفین این دعوا در سال ۲۰۰۷ میلادی به موجب رویه اکسید مورد حل و فصل قرار گرفت.^۴

با توجه به پرونده‌های مطروحه به نظر می‌رسد دارندگان حق بر مال فکری باید به دنبال

۱. ماده ۲۷ موافقت‌نامه تریپس

2. Canada's manual of patent office practice

3. Notice of UNCITRAL arbitration, Eli Lilly company and Canada, 2013, p8

4. Liberti, 2010, p16-7

ابزار جدیدی برای حمایت از اموال فکری‌شان باشند که در ادامه به طور مبسوط به آن پرداخته می‌شود.

۳. حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به عنوان ابزاری برای لازم‌الاجرا کردن تعهدات بین‌المللی حقوق مالکیت فکری در دعاوی سرمایه‌گذاری

دولت میزبان در صورت پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی، متعهد می‌شود تا موازین حقوق بین‌الملل در خصوص حمایت از سرمایه‌گذاری را به اجرا گذارد. این تعهد از حداقل استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی گرفته تا سایر تعهدات بین‌المللی را در بر می‌گیرد.^۱ در این بخش تعهدات دولت میزبان که ممکن است در موارد نقض حقوق اموال فکری به عنوان بخشی از سرمایه، از سوی سرمایه‌گذار مورد ادعا قرار گیرد، مورد بررسی خواهند گرفت.

۳-۱. معیار سلب مالکیت

سلب مالکیت از سرمایه‌گذار خارجی، در اغلب موارد به استناد حاکمیت دولت میزبان و صیانت از منافع ملی و منابع طبیعی کشور میزبان انجام می‌شود و در غالب سنتی آن، به صورت ملی کردن بخشی از اقتصاد کشور بوده که سرمایه‌گذار خارجی برای توسعه آن بخش مبادرت به سرمایه‌گذاری کرده است. اما گاه دولت به بهانه حفظ و صیانت از منافع ملی، اقداماتی می‌کند که به صورت مصادره و ایجاد محدودیت برای سرمایه‌گذار خارجی است و نتیجه و اثر تبعی این قبیل اقدامات و مداخله‌ها در فعالیت‌های سرمایه‌گذار خارجی، آن است که عملاً وی را از حقوق مالکانه‌اش محروم می‌سازد.^۲

از آنجاییکه سلب مالکیت علاوه بر دارایی‌ها و اموال عینی بر دارایی‌های غیرعینی سرمایه‌گذار که دارای ارزش اقتصادی می‌باشند نیز اثرگذار است، سلب مالکیت از سرمایه‌گذار توسط دولت ممکن است شامل حقوق و منافع غیرمادی و حقوق قراردادی سرمایه‌گذار نیز

۱. پوریا عسگری، (۱۳۹۴).

۲. محسن محبی، (۱۳۸۶).

بشود^۱. امروزه از یک سو در اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری اخیر، اموال فکری در درون تعریف سرمایه خارجی گنجانده شده است و از سوی دیگر علاوه بر معاهدات سرمایه‌گذاری، حقوق بین‌المللی عرفی نیز حقوق مالکانه مورد حمایت در مقابل سلب مالکیت را شامل حقوق و منافع عینی و غیرعینی می‌داند^۲ لذا نتیجه‌گیری می‌شود که اموال فکری نیز می‌تواند مشمول سلب مالکیت شود.

بحث سلب مالکیت به دو بخش سلب مالکیت مستقیم و غیرمستقیم قابل تقسیم است. غالباً ادعای سلب حقوق مالکیت فکری در قالب سلب مالکیت غیرمستقیم قرار می‌گیرد و از آنجاییکه تعریف استاندارد از مصادره غیرمستقیم وجود ندارد، این قضیه بایستی پرونده به پرونده مورد واکاوی قرار گیرد. در تشخیص سلب مالکیت سه موضوع باید مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد: ۱- آنالیز و تحلیل اقداماتی که ارزش اقتصادی سرمایه را کاهش می‌دهند. ۲- اینکه اقدامات صورت گرفته باعث محرومیت سرمایه‌گذار از کنترل روی سرمایه‌اش شده است یا خیر. ۳- تشخیص ماهیت اقدام صورت گرفته و مد نظر قرار دادن دائمی یا موقت بودن این اقدام. در واقع بر اساس تحلیل این موارد بود که فیلیپ موریس در پرونده طرح بسته‌بندی در استرالیا ادعای سلب مالکیت کرد. فیلیپ موریس در اثبات ادعای خود به دو دلیل اشاره کرد. دلیل اول ایجاد محدودیت در استفاده از اموال فکری شرکت (به جهت محدودیت در استفاده از طرح بسته‌بندی) و در نتیجه کاهش ارزش سهام شرکت فیلیپ موریس و تبعات آن روی ارزش سرمایه؛ دلیل دوم اینکه طرح بسته‌بندی بر حسن شهرت شرکت که به جهت استفاده از اموال فکری به دست آمده تأثیر گذاشته و علامت تجاری کاربرد تجاری‌اش را از دست داده و قادر به تمایز محصولات شرکت از محصولات سایر رقبا نیست و به این ترتیب

۱. لذا امروزه به‌طور معمول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در تعریف دارایی یا سرمایه‌گذاری به فهرستی از موارد زیر اشاره دارند:

- ۱- اموال منقول و غیرمنقول و حقوق ناشی از آنها مثل حق رهن، حق تصرف و حبس و وثیقه
- ۲- سهام و منافع حاصل از شرکت‌ها
- ۳- ادعاهای پولی که برای ایجاد ارزش اقتصادی به کار رفته باشد و ادعاهای مربوط به هر اقدام دارای ارزش اقتصادی
- ۴- کپی رایب حقوق مالکیت صنعتی، فرآیند فنی، علائم تجاری، عناوین تجاری و ...
- ۵- امتیازات تجاری تحت حقوق عمومی، شامل امتیاز کشف، استخراج و بهره‌برداری از منابع طبیعی. (عسگری، ۱۳۹۴، ص ۲۲۱ برگرفته از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد شده میان آلمان و گینه، ۱۹۸۹)
۲. در رأی دیوان در پرونده آموکو علیه ایران، دیوان داوری تفاوتی میان حقوق عینی و قراردادی قائل نشد و اذعان داشت مرجع داوری اکسید مصادره حقوق قراردادی را به رسمیت می‌شناسد. (عسگری، ۱۳۹۴، ص ۲۲۵)

ارزش علامت تجاری و حسن شهرت شرکت مخدوش شده است.^۱ البته استدلالات ارائه شده آنقدر قوی نبود که داوری را مجاب کند، چرا که محدودیت استفاده از علامت تجاری مطلق نبوده و سرمایه‌گذار همچنان می‌توانست از علامت یا نام تجاری‌اش استفاده کند. درست است که تحمیل طرح بسته‌بندی از سوی دولت میزبان، بسته‌بندی محصول همه رقبا را مشابه می‌کرد اما یک فرد سیگاری که عادت به استفاده از برند خاصی دارد مطمئناً می‌توانست برند فیلیپ موریس را تشخیص دهد، پس حسن شهرت همچنان بدون خدشه باقی می‌ماند. جدا از این مسائل، از آنجاییکه علت اصلی ایجاد این محرومیت‌ها، مسأله بهداشت عمومی و سیاست‌های دولت می‌باشد، این حق هر دولت است که در این موارد به قانون‌گذاری بپردازد. در نهایت اینکه اموال فکری صرفاً بخشی از سرمایه‌گذاری را تشکیل می‌دهند نه کل آن را.^۲

همچنین در خصوص طرح بسته‌بندی برخی از حقوق‌دانان^۳ بر این اعتقادند که حق بر علامت تجاری بیشتر یک حق سلبی است تا یک حق ایجابی.^۴ به این معنا که دارنده علامت تجاری صرفاً می‌تواند دیگران را از استفاده از علامت تجاری‌اش در بازار و رابطه با طرح بسته‌بندی محروم کند و این مسأله ایجاد حقی برای دارنده علامت تجاری در آزادی استفاده از علامت‌اش ایجاد نمی‌کند. لذا از این مسأله نتیجه می‌گیرند که چون صرف یک حق سلبی باعث محرومیت استفاده از علامت تجاری به جهت طرح بسته‌بندی نمی‌شود، سلب مالکیتی رخ نداده است.^۵

به همین ترتیب در پرونده الی لی لی علیه دولت کانادا، سؤال اساسی که باید به آن پاسخ داده شود این است که آیا بی‌اعتبار شمردن اختراع و لغو‌گواهی اختراع از سوی دولت میزبان - از آنجاییکه به نوعی نقض تعهد معاهده محقق شده - سلب مالکیت محسوب می‌شود یا خیر. این مسأله بیشتر به سمت سلب مالکیت غیرمستقیم گرایش دارد از این لحاظ که با بی‌اعتبار کردن اختراع و تصاحب آن از سوی دولت، همچنان سود آن اختراع پابرجا می‌ماند. رویه استاندارد تشخیص تحقق نقض غیرمستقیم سلب مالکیت، بسته به پاسخ این سؤال است

1. Philip Morris v. Uruguay, ICSID case no. ARB/10/7, P83

۲. البته شایان ذکر است که موقعیت‌هایی وجود دارند که داوری تشخیص سلب مالکیت را صرفاً برای بخشی از سرمایه صادره کرده است.

3. Davison & Emerton, (2014).

4. British American tobacco Australia limited v. commonwealth of Australia, 2012, HCA 43

5. Pratyush Nath Upreti, 2016, p65

که آیا تصاحب و تملک مال بر کارایی آن تأثیر می‌گذارد یا به عبارتی آیا تملک دولت باعث بی‌ارزش شدن مال می‌شود یا خیر.^۱ به نظر می‌رسد این استدلال قوی‌ترین استدلالی باشد که شرکت الی لی لی قادر بود به جهت بی‌ارزش شدن سرمایه (با وجود تملک آن همچنان از سوی سرمایه‌گذار) به آن استناد کند که البته احتمالاً این استدلال هم به دلیل حفظ منافع عمومی دولت میزبان قابل رد است.^۲

واقعیت این است که دامنه و گستره منافع عمومی و قانون مشخص نیست و هر دولت بسته به قدرت سیاسی خود آن را تعیین می‌کند.^۳ البته این امر مانع از این نمی‌شود که طرفین به موجب موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، برداشت کلی شان را از آنچه قدرت سیاسی محسوب می‌شود، مشخص کنند. به همین منظور بود که ایالت متحده مدل موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری‌اش را مورد بازنگری قرار داده و مدل جدیدی را در ۲۰۱۲ با هدف شناسایی گسترده‌تری از موضوعات عمومی ارائه داد. بر اساس مدل جدید، سرمایه‌گذار از حق ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم برخوردار است مگر در معدود مواردیکه مقررات غیر تبعیض‌آمیزی در راستای رفاه عمومی مانند بهداشت عمومی، امنیت و محیط زیست وضع شده باشد.^۴

همچنین باید توجه داشت که با وجود پذیرش منافع مشروع دولت‌ها از سوی مراجع داوری، اصل نسبی بودن همچنان پابرجاست تا بر هزینه‌هایی که به سرمایه‌گذار تحمیل می‌شود و هدفی که به خاطر آن سلب مالکیت محقق شده، تمرکز کند. لذا در داوری‌ها، نسبی بودن اقدامات در راستای منافع عمومی و محیط زیست مدنظر قرار می‌گیرد.^۵ بنابراین مصادره به نفع منافع عمومی تنها زمانی می‌تواند به عنوان یک توجیه، کارساز باشد که تنها گزینه برای حمایت از منافع عمومی محسوب شود. به همین منظور موافقت‌نامه جامع سرمایه‌گذاری و تجارت (CETA) در خصوص سلب مالکیت، موانع و استثنائاتی را در ماده ۶) x.II CETA

1. CMS Gas transmission company v. argentine republic, award, 2005, p262

2. Pratyush Nath Upreti, 2016, p66

3. Pratyush Nath Upreti, 2016, p87

4. 2012 U.S. Model bilateral investment treaty, annex B-expropriation, 4(b), available at: <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>

5. Tecnicas medioambientales tecmed S.A v. the united Mexican states, case no. ARB(AF)/00/2, ward, 2013, p122

مطرح کرده که بر اساس آن، تا جایی این اقدامات سلب مالکیت محسوب نمی‌شوند که هم‌راستا با موافقت‌نامه تریپس و موضوع مالکیت فکری این موافقت‌نامه باشند.

۳-۲. رفتار عادلانه و منصفانه (FET)

هدف از درج شرط رفتار عادلانه و منصفانه در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، پر کردن خلاءهایی است که ممکن است پس از اعمال و درج سایر معیارها همچنان برطرف نشده باشد. لذا با استناد به این معیار، میزان مشخصی از حمایت سرمایه‌گذار که به واقع فلسفه اصلی این نوع از معاهدات می‌باشد، تأمین می‌شود.^۱ رفتار عادلانه و منصفانه، استاندارد انعطاف‌پذیر است که محتوای هنجاری آن برای شمول عناصر جدیدتر، توسعه یافته است و به همین دلیل در اکثر اختلافات میان سرمایه‌گذاران و دولت‌ها به آن استناد می‌شود. خصوصاً در مواردی که نقض حق از طریق اثبات سلب مالکیت غیرمستقیم قابل اثبات نباشد، معمولاً به نقض رفتار عادلانه و منصفانه به عنوان جایگزین استناد می‌شود.^۲

اما سؤالی که در اینجا مطرح است این است که تا چه حد می‌توان بر معیار رفتار عادلانه و منصفانه برای حمایت از مالکیت فکری تکیه کرد، یا به عبارتی، تا چه حد حمایت از حقوق مالکیت فکری برای سرمایه‌گذار انتظار مشروع محسوب می‌شود. آنچه مسلم است این است که هدف موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، ایجاد انتظار سود برای سرمایه‌گذار است تا از این طریق

۱. در سال‌های اخیر تلاش‌های بسیاری صورت گرفت تا این مفهوم مورد تبیین قرار گیرد اما علی‌رغم همه این اقدامات کماکان رفتار عادلانه و منصفانه از جمله مفاهیم مبهم در ادبیات حقوقی محسوب می‌گردد. آنچه مسلم است این است که این شرط به یک استاندارد رفتاری مطلقاً غیروابسته non-contingent اشاره دارد؛ یعنی استاندارد که رفتار را مطابق با محتوای هنجاری خود تطابق می‌دهد، هر چند که معنای دقیق آن باید از طریق ارجاع به شرایط خاص اجرا مشخص گردد.

۲. عسگری، ۱۳۹۴، ص ۱۱۶.

مراجع داوری معمولاً برای روشن کردن ابهام این واژه با توسل به حقوق بین‌الملل از مباحثی چون شفافیت، ثبات، انتظارات مشروع سرمایه‌گذار، متابعت از تعهدات قراردادی، رعایت قانون و داوری منصفانه، اقدام با حسن نیت و آزادی از اجبار در قالب رفتار عادلانه و منصفانه سخن گفته‌اند. (عسگری، ۱۳۹۴، ص ۱۲۱) سه معیار می‌تواند به عنوان پارامترهای راهنما مدنظر قرار گرفته شود: ۱- نقض حقوق داخلی به وسیله دولت میزبان به تنهایی برای نقض FET کافی نیست. ۲- FET می‌تواند بدون نیاز به اثبات سوء نیت دول میزبان نقض شود ۳- حمایت انتظارات قانونی سرمایه‌گذار برای قانونمندسازی منافع عمومی باید در تعادل با حقوق دولت میزبان باشد. (برای توضیحات بیشتر مراجعه شود به B Mercurio awaking the sleeping giant: intellectual property rights in international investment agreements, journal of interna-

باعث انتقال سرمایه و تکنولوژی به دیگر کشورها شود. در حمایت از اموال فکری «انتظارات مشروع» سرمایه‌گذار است که هسته مرکزی ادعای رفتار عادلانه و منصفانه را در برابر دخالت دولت میزبان و تداخل با قوانین آن دولت تشکیل می‌دهد. برای همین منظور بر موضوع «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار» در مقابل «حق قانونگذاری دولت سرمایه‌پذیر» متمرکز می‌شویم. انتظارات مشروع سرمایه‌گذار بر مبنای چارچوب‌های حقوقی، اقدامات، اظهارات صریح و ضمنی دولت میزبان - از جمله قوانین، معاهدات، تضمینات، مجوزها و اقدامات مبتنی بر قرارداد - شکل می‌گیرد. پس به این ترتیب در صورتیکه انتظار مشروع تلقی شود، لغو یا نقض آن، تخلف از اصل رفتار عادلانه و منصفانه محسوب می‌شود.^۱ حال اینکه حمایت از حقوق مالکیت فکری نیز می‌تواند به عنوان انتظار مشروع سرمایه‌گذار، نقض‌اش تخلف از اصل رفتار عادلانه و منصفانه محسوب شود یا خیر، سؤالی که اختصاصاً در پرونده توباکو به طور خاص در حوزه علامت تجاری و در کل درباره سایر اموال فکری به ذهن متبادر می‌شود. اینکه آیا حق بر اموال فکری می‌تواند انتظار مشروعی در تعارض با قوانین دولت میزبان ایجاد کند. برای پاسخ به این سؤال باید نقش اموال فکری و محدوده این حقوق در دولت میزبان مورد بررسی قرار گیرند.^۲ از جمله این محدودیت‌ها می‌توان به صدور لیسانس اجباری از سوی دولت میزبان بر حق اختراع داروی سرمایه‌گذار^۳ و بی‌اعتبار شناخته شدن اختراع از سوی دولت میزبان اشاره کرد.

۱. رویه اخیر مراجع داوری بر این مهم تأکید دارد که انتظارات مشروع سرمایه‌گذار، بر مبنای نظام حقوقی دولت میزبان "به هنگام سرمایه‌گذاری" تعیین می‌شود. (عسگری، ۱۳۹۴، ص ۱۲۱) دیوان داوری در قضیه GAMI علیه دولت مکزیک در داوری که بر اساس نفتا صورت گرفت اذعان داشت که ضرورتی برای ارزیابی قوانین و مقرراتی که سابق بر تصمیم سرمایه‌گذار خارجی برای سرمایه‌گذاری بوده‌اند، وجود ندارد. (Gami v. Mexico, award, 2004, 44 ILM, p93)

البته مسلم است که دولت‌های میزبان باید نظام حقوقی و اقتصادی خود را تعریف و مشخص نمایند و در اجرای این حق، حداقل استانداردهای حقوق بین‌الملل را مد نظر داشته باشند. این دولت‌ها در عین حال لازم است دغدغه‌های سرمایه‌گذاران در مورد ثبات سرمایه‌گذاری را نیز مورد توجه قرار دهند. چرا که سرمایه‌گذاران پیش از شروع به سرمایه‌گذاری، قوانین و مقررات دولت میزبان را مورد بررسی قرار می‌دهند پس دولت‌های میزبان باید این فرض را در نظر داشته باشند که قوانین و مقررات زمان سرمایه‌گذاری، مبنای انتظارات مشروع سرمایه‌گذاری تلقی خواهند شد. با توجه به این مباحث باید قائل بر آن بود که اگرچه اصل حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در قالب رفتار عادلانه و منصفانه قرار دارد، اما اجرای آن با توجه به قوانین ملی حین انجام سرمایه‌گذاری، صورت می‌گیرد. البته به نظر می‌رسد که حتی اگر در معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری هم اشاره‌ای به رفتار عادلانه و منصفانه نشده باشد، مراجع داوری این استاندارد را از جمله اصول حقوق بین‌الملل تلقی نموده و بدین طریق از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار حمایت می‌کنند. (عسگری، ۱۳۹۴، ص ۲۲-۱۲۱)

2. Henning Grosse Ruse-khan, 2014, p23

۳. به طور مثال می‌توان به صدور مجوز اجباری از سوی دولت اکوادور در خصوص درمان بیماری‌هایی که اولویت در بهداشت عمومی محسوب می‌شوند، اشاره کرد. (Bridge, Ecuador decrees new access to health policy, vol. 14 no. 1, 2010)

پس مجدد به این سؤال برمی‌گردیم که آیا اعطای حق اختراع توسط دولت میزبان، انتظار مشروعی برای دارنده حق محسوب می‌شود تا بتواند در زمان صدور مجوز اجباری و بی اعتبار شناخته شدن حق اختراع، به آن تکیه کند یا خیر. از نگاه موافقت‌نامه تریپس در جایی که حقوق مالکیت فکری با سلامتی افراد جامعه مرتبط می‌شوند، عنصر پذیرفته شده بین‌المللی انعطاف‌پذیر می‌شود. لذا صدور مجوز اجباری یک نظریه پذیرفته شده در حقوق مالکیت فکری داخلی کشورها محسوب می‌شود که تقریباً همه اعضا سازمان تجارت جهانی (WTO) در این دو دهه اخیر به عنوان ابزار سیاسی برای تسهیل دسترسی آسان، از آن استفاده کرده‌اند.^۱ لذا در همه این موارد نه تنها اعطای حق مالکیت فکری انتظار مشروع مسلم و قطعی‌ای برای دارنده حق محسوب نمی‌شود که در عوض، این امکان وجود دارد که انتظار سرمایه‌گذار از طریق ابزار قانونی حقوق مالکیت فکری داخلی دولت میزبان، محدود نیز بشود. از همین رو در پرونده الی لی لی به نظر نمی‌رسد حتی برای حقوق سلبی نیز دارنده حق بتواند به استناد ثبات و قابل پیش‌بینی بودن محیط تجارت بر چنین انتظاراتی تکیه کند.^۲ پس به این ترتیب هر مکانیسم محدود کننده حق انحصاری که از سوی دولت میزبان بر اموال تحمیل می‌شود، نقض معیار رفتار عادلانه و منصفانه محسوب نمی‌شود. در حقیقت، حقوق مالکیت فکری به عنوان یک حق سلبی این اختیار را به دارنده حق می‌دهد تا از استفاده دیگران از مال فکری جلوگیری کند، اما این به معنای تضمین حق ایجابی (حق انحصاری) برای بهره‌برداری دارنده حق نمی‌باشد. از طریق این محدودیت‌هاست که دولت میزبان این قدرت را پیدا می‌کند تا کنترل بیشتری روی استفاده و بهره‌برداری از اموال فکری داشته باشد.

نتیجه اینکه اعطای حق سلبی برای جلوگیری از استفاده و بهره‌برداری دیگران از مال فکری، تضمینی برای عدم دخالت دولت در تحمیل شرایط ایجاد محدودیت در بهره‌برداری یا فروش مال فکری محسوب نمی‌شود. به عنوان مثال کنترل دولت بر قیمت یک سری داروهای خاص، دخالت در مالکیت دارنده حق اختراع، محسوب نمی‌شود. پس نمی‌توان

۱. چنین بحثی در دیگر اشکال محدودیت بر حقوق مالکیت فکری مانند مجوز واردات موازی، اختیار تعیین نظام استیفاء بر حق (exhaustion) بین‌المللی، تعیین استثنائات و محدودیت‌های حقوق انحصاری و همچنین بالا بردن سطح شروط قابلیت پتنت و مهارسازی موضوعات قابل ثبت هم وجود دارد که ماده ۲۷ تریپس آنها را مورد پذیرش قرار داده است.

2. Saluka investments BV vs Czech republic, 2006, p305

به بهانه حمایت از اموال فکری در سایه حقوق سرمایه‌گذاری، چنین اقداماتی از سوی دولت میزبان را زیر سوال برد، چرا که انتظار مشروعی نیستند.^۱ در مجموع می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که در سرمایه‌گذاری‌هایی در بر دارنده اموال فکری هستند، اعطای حقوق مالکیت فکری منجر به ایجاد انتظار مشروعی برای دارنده سرمایه در مقابل محدودیت‌هایی که دولت نسبت به حق انحصاری دارنده حق ایجاد می‌کند، نمی‌شود. حتی در مورد حقوق سلبی نیز دارنده حق نمی‌تواند از دولت میزبان انتظار داشته باشد که از ابزار قانونی استفاده نکند.^۲

چالش قابل بحث دیگر به این مسأله برمی‌گردد که آیا هنجارهای بین‌المللی مالکیت فکری به عنوان یکی از منابع حقوق می‌تواند عنصری برای شکل‌گیری انتظارات مشروع سرمایه‌گذار محسوب شود. در واقع در صورت مثبت بودن پاسخ این سوال است که سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند به عنوان مالک اموال فکری، مدعی عدم رعایت این هنجارها از سوی دولت میزبان شود. چرا که نقض مقررات مالکیت فکری بین‌المللی به مثابه عقیم کردن انتظارات مشروع سرمایه‌گذار و بنابراین نقض معیار رفتار عادلانه و منصفانه به حساب می‌آید. در همین راستا بود که فیلیپ موریس در پرونده طرح بسته‌بندی در استرالیا و الی‌لی‌لی در پرونده بی‌اعتبار شناخته شدن اختراع ثبت شده از سوی کانادا، به نقض موافقت‌نامه تریپس، کنوانسیون پاریس و نفتا و PCT استناد کرد.^۳ در این وضعیت چالش اصلی تداخل و تعارضی است که بین حقوق بین‌المللی مالکیت فکری و حقوق سرمایه‌گذاری به وجود می‌آید. آیا این انتظار از سوی سرمایه‌گذار که دولت میزبان از تعهدات بین‌المللی پیروی کند، انتظار مشروعی به حساب می‌آید. این مسأله تعهدات دولت‌ها در معاهدات را به تعهدات سرمایه‌گذاری که می‌تواند در دعاوی علیه دولت میزبان به آن‌ها استناد کرد، تبدیل می‌کند. البته به نظر بعید می‌رسد بتوان با صرف اشاره صریح به تعهدات معاهدات در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری (IIA)، قصد طرفین معاهده سرمایه‌گذاری را به نفع معیار عادلانه و منصفانه تفسیر کرد. بر همین اساس بود که دولت استرالیا در حوزه انتظارات مشروع صریحاً بیان کرد که هرگونه ادعایی، چه تحت

1. Henning Grosse Ruse-khan, 2014, p79-80

۲. البته ناگفته نماند که این نتیجه‌گیری به این معنا نیست که این اقدامات دولت میزبان متعارض با "انتظارات مشروع ناشی از تضامین دولت میزبان" که در زمان انعقاد موافقت‌نامه به وجود آمده؛ نیستند. به عنوان مثال در خصوص تضامین خاصی که به سرمایه‌گذار برای بهره‌برداری از اموال فکری اش که ایجاد کننده کالا یا خدمات به دولت میزبان است، داده می‌شود.

3. Henning Grosse Ruse-khan, 2014, p81

معیار رفتار عادلانه و منصفانه (بند ۲ ماده ۲) و چه بر مبنای شرط فراگیر (بند ۲ ماده ۲)، خارج از حوزه حمایت از سرمایه‌گذاری دو جانبه محسوب می‌شود.^۱

پس نتیجه‌گیری می‌شود آنچه در موافقت‌نامه تریپس و موارد مشابه به عنوان تعهدات بین‌المللی بیان شده لزوماً به عنوان انتظارات مشروع سرمایه‌گذار تلقی نمی‌شود مگر اینکه در موافقت‌نامه دو جانبه سرمایه‌گذاری به این امر اشاره شده باشد.^۲ در عوض این حقوق داخلی و محیط تجاری دولت میزبان (سرمایه‌پذیر) است که تعیین کننده مشروعیت انتظارات سرمایه‌گذار می‌باشد.^۳ این مسأله حتی در اوج یکسان‌سازی بین‌المللی قوانین در مورد حقوق مالکیت فکری همچنان صدق می‌کند چرا که حقوق مالکیت فکری بر پایه اصل سرزمینی بودن و حقوق داخلی بنا شده است. لذا صرفاً آن حد از هنجارهای بین‌المللی مالکیت فکری، که ذات حقوق قابل اعمال بر دولت میزبان را تشکیل می‌دهد، می‌تواند از سوی سرمایه‌گذار تحت عنوان انتظار مشروع قابل استناد باشند و سرمایه‌گذار انتظار تبعیت از آنها را از سوی دولت میزبان داشته باشد. برای این امر لازم است این انتظارات از سه ویژگی برخوردار باشند؛ ۱- به عنوان بخشی از حقوق داخلی به طور مستقیم قابل اعمال باشند. ۲- به اندازه کافی از صفت ذاتی بودن برخوردار باشند که قابلیت اعمال از طریق حقوق داخلی را داشته باشند. ۳- منجر به تحقق حقوق فردی برای سرمایه‌گذار شوند.^۴ پس نباید فراموش کرد حتی در جایی که اعمال مستقیم مقررات بین‌المللی از سوی قانون داخلی اجازه داده شده نیز همه مقررات حقوق مالکیت فکری آنقدر ذاتی نیستند که به عنوان حق انحصاری دارنده حق محسوب شوند.^۵ در واقع تنها در صورتی سرمایه‌گذار می‌تواند برای حمایت از اموال فکری اش ادعای انتظار مشروع داشته باشد که این سه شرط با هم محقق شوند.^۶

با در نظر گرفتن مجموع آنچه درباره محدودیت‌های اعمال حقوق مالکیت فکری و مقررات بین‌المللی مرتبط با آن به عنوان انتظار مشروع بیان شد به نظر نمی‌رسد شرکت‌های فیلپ

1. PMA vs. Australia, Australia's response to the notice of arbitration, (2011).

2. Henning Grosse Ruse-khan, 2014, p82

3. Andrew Newcombe & Lluis Paradell, law and practice of investment treaties, 2009, p286

۴. شایان ذکر است که کشورهای زیادی عضو و تحت تأثیر مستقیم موافقت‌نامه تریپس یا کنوانسیون پاریس و برن نیستند، اما این اختیار را همچنان برای خود حفظ کرده‌اند که مفاد این مقررات را در نظام حقوقی خود اجرایی کنند.

۵. از آن جمله می‌توان به ماده ۴ کنوانسیون پاریس در خصوص حق اولویت اشاره کرد.

6. Henning Grosse Ruse-khan, 2014, p83

موریس یا الی لی لی بتوانند ادعایی مبنی بر تعارض اقدامات مربوط به تحمیل طرح بسته‌بندی دخانیات و تصمیمات اتخاذی درباره بی‌اعتباری اختراع به ثبت رسیده، با انتظارات مشروع ناشی از حقوق مالکیت فکری بین‌المللی یا داخلی را از پیش ببرند. چرا که حتی اگر دولت میزبان، مقررات تریپس یا نفتا را به عنوان حقوق داخلی پذیرفته باشد، باز هم به نظر نمی‌رسد بیشتر این مقررات تا آن حد ذاتی باشند که بتوان به عنوان انتظار مشروع به آنها استناد کرد. به‌طور مثال ماده ۲۰ تریپس در راستای ایجاد محدودیت در استفاده از علامت تجاری بیان کرده که علامت تجاری نباید به گونه‌ای باشد که مانع فعالیت سایر رقبا در آن حوزه باشد یا ماده ۱۷۰۹ نفتا شرط ثبت اختراع را کاربرد صنعتی داشتن آن نوآوری قرار داده است. همانطور که مشهود است برای اجرای هر دو شرط جای انعطاف در حقوق داخلی وجود دارد. بنابراین موارد فوق‌الذکر حقیقی برای سرمایه‌گذار که انتظار تبعیت از آن را از سوی دولت میزبان داشته باشد، ایجاد نمی‌کند. در واقعیت نیز به ندرت در دعاوی سرمایه‌گذاری می‌توان به هنجارهای حقوق مالکیت به استناد معیار رفتار عادلانه و منصفانه استناد کرد، چون معیار رفتار عادلانه و منصفانه از قدرت کافی برای الزام دولت میزبان به تبعیت از هنجارهای بین‌المللی حقوق مالکیت فکری برخوردار نمی‌باشد.

۳-۳. شرط فراگیر^۱

شرط فراگیر مقررهای است که در معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری درج شده و ناظر به تضمین تعهداتی است که دولت میزبان در برابر سرمایه‌گذاری خارجی بر عهده گرفته است.^۲ در حقیقت شرط فراگیر بر مبنای حمایت از قراردادهای سرمایه‌گذاری در مقابل اقدامات حاکمیتی دولت میزبان به وجود آمده است.^۳ لذا به این شرط در فضای حقوق بین‌الملل به منزله پل ارتباطی بین توافقات مندرج در قراردادهای خصوصی، حقوق داخلی دولت میزبان و حقوق بین‌المللی عام که امنیت بیشتری را برای سرمایه‌گذار تأمین می‌کند، نگریسته می‌شود.^۴

۱. در بیشتر نوشته‌های حقوقی و احکام داوری بین‌المللی این شرط را "umbrella clause" خوانده‌اند که می‌توان به "شرط فراگیر" یا "شرط التزام عام" ترجمه کرد.

۲. رودلف دالزر و کریستف شروتر، ۱۳۹۳ ص ۲۴۹

۳. عسگری، ۱۳۹۴، ص ۱۳۷

۴. رودلف دالزر و کریستف شروتر، ۱۳۹۳، ص ۲-۲۵۱

به موجب شرط فراگیر، دولت‌های متعاقد ملزم هستند کلیه الزامات یا تعهداتی را که در خصوص سرمایه‌گذاری‌های

سرمایه‌گذار در حمایت از اموال فکری‌اش از شرط فراگیر برای استناد به تعهدات بین‌المللی که در زمینه حقوق مالکیت فکری وجود دارد، استفاده می‌کند. به عنوان مثال به موجب بند ۲ ماده ۲ موافقت‌نامه دو جانبه سرمایه‌گذاری استرالیا - هنگ کنگ، هر یک از طرفین قرارداد ملزم‌اند از هر تعهدی که با طرف دیگر قرارداد منعقد کرده‌اند، پیروی کند. با استناد به همین موافقت‌نامه، فیلیپ موریس مدعی بود که استرالیا به دلیل عدم پیروی از تعهداتی که مطابق با موافقت‌نامه تریپس و کنوانسیون پاریس در خصوص طرح بسته‌بندی بر عهده داشته، شرط فراگیر را نقض کرده است.^۱ از همین رو خود را محق می‌دانست که از استرالیا بخواهد تا به اجرای تعهدات بین‌المللی‌اش در تریپس و پاریس کردن نهد. دولت استرالیا این ادعا را اینگونه پاسخ داد که حتی اگر بر فرض هم درست باشد - که نیست - و از ماده ۲(۲) گسترش صلاحیت داوری نسبت به تعهداتی که استرالیا در برابر دیگر دولت‌ها و معاهدات چندجانبه مختلف دارد، برداشت شود، کارکرد مقررات حل و فصل دعاوی تریپس، (از جمله ماده ۱۰) ایجاد صلاحیت برای معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری نیست. به این ترتیب این محدودیت‌های صلاحیتی - به طور مثال ماده ۲۳ DSU - توانایی استناد به شرط فراگیر را خصوصاً در جایی که بحث پیروی از معاهدات مالکیت فکری (موافقت‌نامه تریپس و کنوانسیون پاریس و برن) مطرح است، به چالش می‌کشند. چرا که این معاهدات معمولاً سیستم حل و فصل دعاوی خاص خودشان را دارند.^۲

سوالی که مطرح است این است که آیا وجود شرط فراگیر در معاهده سرمایه‌گذاری می‌تواند باعث تحمیل تعهدات ناشی از قرارداد و تعهدات ناشی از حقوق داخلی به دولت میزبان شود. واقعیت این است که رویه داوری سرمایه‌گذاری، شرط فراگیر را عاملی برای تحمیل تعهدات بین‌المللی به دولت میزبان ندیده است. حتی در جایی که به عنوان یک شرط فراگیر به طور صریح بیان می‌شود «هر تعهدی»، صرفاً مختص به تعهداتی می‌شود که در خصوص سرمایه‌گذاری منعقد شده و بعید به نظر می‌رسد که به همه تعهداتی که بر سرمایه‌گذاری

سرمایه‌گذاران طرف دیگر به عهده گرفته‌اند، به طور مستمر تضمین یا رعایت کنند. (عسگری، ۱۳۹۴، ص ۱۳۴)
 1. PMA vs Australia, notice of arbitration, 2011, p7.16

۲. هر چند به نظر نمی‌رسد حتی در آن دسته از معاهدات مالکیت فکری مانند معاهده کپی‌رایت تریپس هم که سیستم حل و فصل دعاوی ندارد بتوان به شرط فراگیر برای به چالش کشیدن تبعیت دولت میزبان از داوری سرمایه‌گذار - دولت تکیه کرد.

خارجی تأثیرگذار هستند، قابل تسری باشد.^۱ از آنجاییکه تعهدات بین‌المللی الزام‌آور زیادی هستند که دولت در حوزه‌هایی مانند تجارت و مالکیت فکری منعقد می‌کند و این تعهدات به صورت غیرمستقیم بر سرمایه‌گذاری خارجی تأثیرگذار هستند، رسیدن به فهم درستی از شرط فراگیر، این اجازه را به سرمایه‌گذار می‌دهد که به هر کدام از مقررات سازمان تجارت جهانی یا دیگر معاهدات تجاری یا مالکیت فکری که موافقت‌نامه را پوشش می‌دهند، استناد کند.

واقعیت این است که اکثر موافقت‌نامه‌های اقتصادی بین‌المللی از جمله موافقت تریپس با حمایت از مالکیت فکری در راستای تسهیل سرمایه‌گذاری خارجی به وجود آمده‌اند و فلسفه وجودی آنها تأثیر روی رفتار دولت میزبان است. ولی این به این معنا نیست که دولت میزبان قصد دارد به تمام تعهداتی که نسبت به اشخاص خصوصی به وجود می‌آید، در دعاوی نیز گردن نهد. لذا باید توجه داشت که از شرط فراگیر چه چیزی برداشت می‌شود. به صرف اینکه دولت میزبان تعهدی نسبت به یکی از کشورها دارد، آن تعهد به تعهدی لازم‌الاجرا به نفع سرمایه‌گذار تفسیر نمی‌شود و در نتیجه تنها تعهداتی تحت پوشش قرار می‌گیرند که رابطه «مستقیم و خاص» بین تعهد دولت میزبان و سرمایه‌گذار ایجاد می‌کنند یا به عبارتی مواردی را شامل می‌شود که دولت میزبان زیربار تعهدی رفته که از سرمایه خاصی حمایت کند و آن سرمایه مرتبط با سرمایه‌گذاری صورت گرفته نیز می‌باشد.

پس می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که اصولاً قرار نیست دولت میزبان تعهداتی که در برابر دیگر دولت‌ها دارد، نسبت به معاهده سرمایه‌گذاری هم اعمال کند، مگر در مواردیکه وجود عبارتی در شرط فراگیر خلاف این امر را متذکر شود. از آنچه گذشت می‌توان نتیجه گرفت که فیلیپ موریس نمی‌تواند استدلال قوی در داوری ارائه دهد، چون نه معیار انتظار مشروع از طریق رفتار عادلانه و منصفانه، نه ادعای سلب مالکیت و نه شرط فراگیر به نظر نمی‌رسد از این قدرت برخوردار باشند که بتوان به آنها برای الزام دولت میزبان به پیروی از تعهدات بین‌المللی مالکیت فکری دولت میزبان استناد کرد.^۲

بخش بعدی حاکی از آن است که هنوز ابزار دیگری در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی وجود دارد که ممکن است بتوان در جهت الزام به رعایت هنجارهای بین‌المللی مالکیت فکری در داوری سرمایه‌گذار - دولت به آن استناد کرد.

1. Henning Grosse Ruse-khan, 2014, p85

2. Henning Grosse Ruse-khan, 2014, p86

۳-۴. رفتار ملت کامله الوداد MFN

شرط رفتار ملت کامله الوداد زیربنای حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی را تشکیل می‌دهد.^۱ هدف ابتدایی و اولیه رفتار کامله الوداد در معاهدات سرمایه‌گذاری تضمین این امر است که دولت میزبان حداقل با همان مطلوبیتی با سرمایه‌گذار خارجی رفتار کند که با سرمایه‌گذاران کشورهای ثالث رفتار می‌کند.^۲ اما سؤال مهمی که در رابطه با استناد به اصل رفتار ملت کامله الوداد، آنجاییکه ادعای حمایت از اموال فکری به عنوان سرمایه می‌شود، وجود دارد، این سوال است که آیا سرمایه‌گذار از این اختیار برخوردار است که با تکیه بر رفتار کامله الوداد در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری، خواهان بهترین رفتاری که به موجب معاهدات بین‌المللی مالکیت فکری (برای حمایت از اموال فکری به عنوان سرمایه) قابل اعمال است، بشود. این سؤال نه تنها صرفاً به جهت گستره اصل رفتار کامله الوداد در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری، بلکه به جهت تبعات استناد به تعهدات مالکیت فکری در حل و فصل دعاوی سرمایه‌گذار- دولت از اهمیت به‌سزایی برخوردار است. همچنین با توجه به اینکه استناد به مقررات اصل دولت کامله الوداد از طریق موافقت‌نامه تریپس امکان‌پذیر نیست، این سؤال نیز مطرح می‌شود که آیا معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری جایگزینی برای این موضوع دارند یا خیر. در نهایت اینکه تا چه حد اصل دولت کامله الوداد از حقوق مالکیت فکری حمایت می‌کند.

در پاسخ لازم به توضیح است که اصل رفتار دولت کامله الوداد تنها به معاهدات دو جانبه محدود نمی‌شود و به این اصل در موافقت‌نامه تریپس نیز اشاره شده است. تنها تفاوتی که بین این دو سیستم حمایتی وجود دارد، این است که در تریپس اختیار استناد به اصل رفتار دولت کامله الوداد صرفاً به دولت‌ها داده شده است و لذا این بحث همچنان باقی می‌ماند که آیا این حق برای سرمایه‌گذار وجود دارد که به مقررات اصل دولت کامله الوداد معاهدات

1. Pratyush Nath Upreti, 2016, P58

۲. - لازم به توضیح است که گستره رفتار ملت کامله الوداد اصولاً بر کلیه موضوعاتی که در معاهده‌ای که آن شرط در آن درج شده تسری می‌یابد. به عبارت دیگر این استاندارد رفتاری از قاعده وحدت موضوع (ejusdem generic) تبعیت می‌کند. قاعده مذکور بیان می‌دارد که رفتار کامله الوداد تنها بر موضوعاتی تسری می‌یابد که ماهیتاً با موضوعات مندرج در معاهده‌ای که آن شرط در آن وجود دارد مشابهت و سنخیت داشته باشد. به صورت مشخص، محدوده تأثیر رفتار ملت کامله الوداد و اینکه دقیقاً چه امتیازاتی به منتفع از این استاندارد اعطا می‌شود، بستگی کامل به نحوه نگارش استاندارد در معاهده و اینکه دقیقاً چه حقوق و امتیازاتی به ثالث اعطای می‌شود، دارد. (رودلف دالزر و کریستف شروتر، ۱۳۹۳ص ۳۰۰)

دوجانبه سرمایه‌گذاری برای تبعیت دولت میزبان از تعهدات تریپس در جهت حمایت از اموال فکری استناد کند یا خیر. سؤال اخیر چالش‌های زیادی را به وجود آورده است. فیلیپ موریس در ادعای خود برای الزام به تبعیت از تعهدات تریپس به شرط دولت کامله الوداد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، استناد کرد.^۱ با این حال همچنان این تردید که شرط رفتار دولت کامله الوداد برای لازم‌الاجرا کردن مالکیت فکری تحت معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری قابل استناد است یا خیر، وجود دارد. در پرونده Emilio Agustin Maffezini علیه اسپانیا نیز که در سال ۲۰۰۰ میلادی به موجب اکسید مطرح شد، برای الزام به بهترین رفتار به اصل رفتار دولت کامله الوداد استناد شد.^۲ بنابراین در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، برای پیشبرد مسیر معاهده به سمت حمایت از اموال فکری می‌توان با استفاده از عباراتی مانند "like circumstance"، از شرط رفتار کامله الوداد استفاده کرد.^۳

یکی از سؤالات اساسی در حل و فصل دعاوی سازمان تجارت جهانی بحث گسترش مقررات اصل دولت کامله الوداد تریپس به حل و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری، خصوصاً در جایی است که بحث حمایت از اموال فکری به عنوان سرمایه مطرح می‌شود. برای پاسخ به این سوال، تحلیل اصل رفتار دولت کامله الوداد بر اساس تریپس ضرورت می‌یابد. موضوع بیشتر در جایی پیچیده می‌شود که تحت یک معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه، طرفین متعهد شده باشند که طبق اصل رفتار دولت کامله الوداد، تعهداتی را که به موجب تریپس بر عهده

۱. ماده ۲۰ موافقت‌نامه تریپس

2. Emilio Agustin Maffezini, (2000).

3. Pratyush Nath Upreti, 2016, p58

بحث دیگر این است که مراجع داوری چگونه باید تشخیص دهند که موضوع موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه به موضوع معاهده دیگر مرتبط است یا خیر. چرا که دقیقاً موضوع برای داوری روشن نیست مگر اینکه به قصد طرفین موافقت‌نامه مراجعه شود. از آنجاییکه در بیشتر پرونده‌های سرمایه‌گذاری، احتمالاً اموال فکری موضوع اصلی معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نبوده، پس جواب این بحث به نحوه انشاء معاهده سرمایه‌گذاری بستگی پیدا می‌کند. به نظر می‌رسد در جاییکه مقررات رفتار دولت کامله الوداد به موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری ضمیمه می‌شوند، فرض تبعیت از معاهدات بین‌المللی مالکیت فکری مد نظر نباشد. این فرضیه از اینجا نشأت می‌گیرد که موافقت‌نامه تریپس و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری از اصل رفتار دولت کامله الوداد در مفاهیم متفاوتی استفاده کرده‌اند، پس در آنها با اصل دولت کامله الوداد در یک سطح رفتار نمی‌شود. لذا نتیجه گرفته می‌شود که نمی‌توان از اصل دولت کامله الوداد به عنوان ابزار treaty shopping استفاده کرد. (Alvik, I., Most favoured nation treatment application in international invest-ment arbitration: A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure, 2011)

دارند را گسترش داده یا لازم‌الاجرا کنند.^۱ حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا به موجب این اصل طرف معاهده متعهد به گسترش تعهدات به همه اعضاء سازمان تجارت جهانی شده است یا خیر.

به موجب ماده ۴ تریپس «هرگونه مزایا، منافع، امتیازات یا معافیتی که در خصوص حمایت از مالکیت فکری یک عضو به اتباع هر کشور دیگر اعطا کند، فوراً و بدون هیچگونه قید و شرطی در مورد اتباع اعضای دیگر پذیرفته خواهد شد.» با بررسی حواشی این ماده مشخص می‌شود که دامنه این ماده صرفاً محدود به اموال فکری داخل در موافقت‌نامه است. به این معنا که اصل رفتار دولت کامله‌الوداد موافقت‌نامه تریپس به موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بسط پیدا نمی‌کند. بنابراین ادعای اعمال اصل رفتار دولت کامله‌الوداد در دعاوی اموال فکری کارساز نیست. چون گرچه اصل رفتار دولت کامله‌الوداد هم در تریپس و هم در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بیان شده، هدف از ذکر آن در هر یک از دو معاهده متفاوت است. اصل رفتار دولت کامله‌الوداد در تریپس با این هدف بنا شده که اعضاء سازمان تجارت جهانی اموال فکری را در سیستم تجاری چندجانبه‌شان یکپارچه کرده یا به سطح مشترکی از حقوق مالکیت فکری بین‌المللی برسند^۲ در حالیکه فلسفه شرط رفتار دولت کامله‌الوداد در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، گسترش حقوق بین‌المللی به طور مساوی می‌باشد.^۳

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

در دعاوی دولت-سرمایه‌گذار نسبت به نقض اموال فکری سرمایه‌گذار از سوی دولت میزبان، گزینه‌هایی برای سرمایه‌گذار وجود دارد تا به موجب آنها به لزوم پیروی از هنجارهای بین‌المللی مالکیت فکری از سوی دولت میزبان استناد کند. اکثر این گزینه‌ها ناشی از گسترش عناصر عرفی حمایت از سرمایه‌گذاری از جمله بحث انتظار مشروع در معیار رفتار عادلانه و منصفانه،

۱. در اینجا دو حالت ممکن است محقق شود. اولین حالت اینکه کشوری که عضو سازمان تجارت جهانی است قبل از اینکه مقررات تریپس را در حقوق داخلی‌اش اجرا کند، معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه‌ای با مدنظر قرار دادن اصل رفتار دولت کامله‌الوداد منعقد کرده باشد که در آن اموال فکری به عنوان سرمایه آورده شده باشد. (Alvik ۲۰۱۱) دومین حالت وضعیتی است که یکی از اعضای تریپس که طرف معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری است، اصل دولت کامله‌الوداد را در معاهده سرمایه‌گذاری پذیرفته است.

2. Boie, B, (2010).

3. Boie, B, (2010).

معیار سلب مالکیت، شرط فراگیر و رفتار دولت کامله‌الوداد هستند. گرچه نتیجه‌گیری با استناد به چند پرونده و اظهار نظر کلی کردن و تعمیم دادن آن به کل، نتیجه‌گیری دقیقی نیست ولی از تحلیل پرونده‌هایی مانند پرونده فیلیپ موریس در مورد طرح بسته‌بندی در استرالیا یا پرونده الی لی لی در رابطه با ابطال اختراع ثبت شده در کانادا به این نتیجه می‌رسیم که اصولاً در استناد به این معیارها، با احتمال کمی از موفقیت روبرو هستیم.

از جمله دلایل این امر همانطور که در طول این تحقیق شرح آن رفت، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: اول اینکه پذیرش انتظار مشروع به عنوان بخشی از معیار رفتار منصفانه و عادلانه یا معیار سلب مالکیت به این معنا نیست که اگر قوانین مالکیت فکری داخلی دولت میزبان حقی به سرمایه‌گذار اعطا کرده، نمی‌تواند طی اقداماتی که عموماً انجام می‌شود، حق انحصاری دارنده اموال فکری را محدود کند.

دوم اینکه در صورت رد صلاحیت انحصاری سیستم حل و فصل دعاوی سازمان تجارت جهانی در مورد نقض مقررات تریپس، به نظر می‌رسد سرمایه‌گذار صرفاً در جایی می‌تواند انتظار تبعیت دولت میزبان از مقررات بین‌المللی مالکیت فکری را داشته باشد که: ۱- موضوع به عنوان بخشی از حقوق داخلی پذیرفته شده باشد. ۲- موضوع مورد ادعا آنقدر ذاتی باشد که به وسیله حقوق داخلی اعمال شود. ۳- منجر به حقوق فردی سرمایه‌گذار شود. که در عمل بر اساس آنچه بیان شد، احتمال اینکه سرمایه‌گذار خارجی بتواند به واسطه استناد به هنجارهای بین‌المللی مالکیت فکری به نتیجه برسد، کم است.

نتیجه سوم به شرط فراگیر مربوط می‌شود. حتی اگر این شرط به عنوان یک شرط نامحدود و باز در قرارداد آورده شود و به تعهدات خاصی از دولت میزبان اشاره نکرده باشد، باز هم به نظر نمی‌رسد بتوان آن را به تعهدات دولت میزبان نسبت به دیگر دولت‌ها در حقوق بین‌الملل توسعه داد، چرا که نه قصد دولت در موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری و نه اصل لزوم قراردادها، سرمایه‌گذار را از این حق برخوردار نمی‌سازند که برای ادعای نقض معاهدات بین‌المللی مالکیت فکری، به این شرط استناد کند.

و در نهایت اینکه نمی‌توان از معیار رفتار دولت کامله‌الوداد در موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری برای الزام به بهترین رفتار برای یکپارچه‌سازی حمایت از اموال فکری تحت تریپس یا دیگر

معاهدات بین‌المللی مالکیت فکری استناد کرد. چرا که بر اساس قاعده وحدت موضوع^۱، تفاوتی که در معیارهای حمایت بین حقوق مالکیت فکری و حقوق سرمایه‌گذاری وجود دارد، مانع از شمول حمایت خاص بین‌المللی از مالکیت فکری از طریق رفتار دولت کامله‌الوداد موجود در موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری، می‌شود. (که البته پرونده‌های طرح بسته‌بندی و ابطال اختراع، هر دو این مسأله را تأیید می‌کنند.)

با نتیجه‌گیری به دست آمده سؤالی که مطرح می‌شود این است که چه پیشنهاد وجایگزینی به جای استناد به معیارهای حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در اینگونه دعوا وجود دارد. Gisbon معتقد است که بیشتر موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری به «حقوق بین‌الملل» یا «قانون حاکم بر حقوق بین‌الملل» ارجاع می‌دهند، در حالیکه طبق ماده ۴۲ اکسید جز در مواردی که طرفین قانون حاکم را تعیین کرده باشند، محاکم بر مبنای قانون دولت میزبان و نیز آن دسته از مقررات حقوق بین‌الملل که قابلیت اجرا داشته باشند، تصمیم خواهند گرفت. لذا حتی اگر تریپس و دیگر هنجارهای بین‌المللی مالکیت فکری بطور مستقیم قابل اعمال نباشند، می‌توانند به عنوان ماده تفسیری مرتبط (خصوصاً تحت ماده 31(3) c (VCLT) اعمال شوند. ضمن اینکه اگر دو طرف موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری، عضو سازمان تجارت جهانی (تریپس)، کنوانسیون پاریس و برن باشند، مقررات این معاهدات که بیشتر بر اساس اقدامات دولت میزبان می‌باشد، حقوق مالکیت فکری را نیز به عنوان مقررات بین‌المللی قابل اعمال بین طرفین، مدنظر قرار خواهد داد.^۲ علاوه بر این، هنجارهای بین‌المللی مالکیت فکری می‌توانند به عنوان یک قانون خاص (lea specialis) در حمایت از مالکیت فکری، تفسیر معیارهای سرمایه‌گذاری را تحت تأثیر قرار دهند.

به این ترتیب حقوق بین‌الملل عمومی این قدرت را به سرمایه‌گذار می‌دهد تا در اختلافات سرمایه‌گذار- دولت، دولت میزبان را در راستای پیروی از معاهدات بین‌المللی مالکیت فکری به چالش بکشد. همچنین به فهم معیار سرمایه‌گذاری در پرتو هنجارهای مالکیت فکری کمک می‌کند تا حدی که این حق را برای سرمایه‌گذار ایجاد می‌کند تا مدعی نقض حقوق

1. Ejusdem Generic

2. C Gisbon, 2009, p442

3. G Verhoosel,

مالکیت فکری اش شود.^۱ البته این به این معنا نیست که داورها مستقیماً این معیارها را اعمال می‌کنند. در حقیقت نقطه ضعف اصلی تکیه بر حقوق بین‌الملل عمومی، همین عدم قطعیت حقوقی است که در پی دارد. چرا که مراجع داوری ممکن است به جای مدنظر قرار دادن هنجارهای مالکیت فکری به عنوان قوانین مرتبط^۲ هنجارهای دیگری را مدنظر قرار دهند یا اینکه هنجارهای مالکیت فکری را در معیار سرمایه‌گذاری تأثیرگذار ندانسته و در پرتو عناصر دیگری به تفسیر معاهده بپردازند. از آنجایی که این امر می‌تواند برای دولت میزبان نیز احساس خطر ایجاد کند، ضرورت دارد تا در نسل جدید معاهدات سرمایه‌گذاری نوع رویکردی که قرار است در داوری طبق آن رفتار شود - «شناسایی تعارض بین حقوق سرمایه‌گذاری و حقوق مالکیت فکری بین‌المللی» یا «تکیه بر اصول تعارض قوانین در موارد همپوشانی بین نظام‌های حقوق بین‌الملل» - مشخص شود. در واقع در نگاه اخیر مراجع داوری با همگام شدن با تریپس، البته به عنوان قانون خارجی، از نگاه حقوق بین‌الملل خصوصی به احقاق حق و اثبات مفاد مقررات بین‌المللی مالکیت فکری می‌پردازند.

راهکار دیگر این است که مراجع داوری به شیوه خود به حل و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری بپردازند، با این تفاوت که در مواردی که مرتبط با مالکیت فکری می‌شود، منتظر تصمیم نهایی از سوی نظام حل و فصل دعاوی سازمان تجارت جهانی شوند.^۳ نهایت اینکه مراجع داوری می‌توانند از سیستم «facto difference de» برای اعمال هنجارهای بین‌الملل مالکیت فکری در حقوق داخلی دولت میزبان استفاده کنند. خصوصاً در مورد واژه‌هایی مانند سودمندی، خلاقیت، توجیه‌پذیری، که تعریف دقیقی از آنها وجود ندارد.

به عنوان سخن آخر اینکه نباید از نظر دور بماند که در هر حال مدنظر قرار دادن اختیارات و قدرت سیاسی دولت میزبان در اجرای هنجارهای بین‌المللی مالکیت فکری باید همگام با فضای سیاسی پیشنهادات تریپس باشد تا بتواند در عین مدنظر قرار دادن منافع ملی، تعامل بین منافع دارنده حق و استفاده‌کننده از حق را برقرار سازد.^۴ پس نباید رویکرد ملاحظه‌گرانه مراجع

۱. همانطور که در پرونده الی لی لی، خواهان بطلان حق اختراع توسط کانادا را، به موجب فصل ۱۱ نفتا به مثابه سلب مالکیت دانست. چرا که هم از موافقت‌نامه تریپس و هم از فصل ۱۷ موافقت‌نامه نفتا در رابطه با بحث بطلان حق اختراع و utility به شرط قابلیت ثبت اختراع اشاره شده است.

۲. تحت ماده c VCLT (۳) ۳۱

3. Henning Grosse Ruse-khan, 2014, p96-7

4. (Doha Declaration, where all WTO members agree that TRIPS “does not and should not” prevent WTO

داوری در برخورد با هنجارهای بین‌المللی مالکیت فکری به عنوان سرپوشی بر عدم توانایی مراجع داوری در اعمال و تفسیر حقوق مالکیت فکری تعبیر شود.^۱

منابع

پوریا عسگری، (۱۳۹۴) حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی.
 رودلف دالزر و کریستف شروتر، (۱۳۹۳) ترجمه سید قاسم زمانی و به آذین حسینی، اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، انتشارات شهر دانش.
 عسگری، (۱۳۹۴)، ص ۲۲۱ برگرفته از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد شده میان آلمان و گینه، ۱۹۸۹
 محسن محبی، (۱۳۹۶) مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتوی داوری بین‌المللی: سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

Alvik.I (2011) ,Most favoured nation treatment application in international investment arbitration: A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure

Andrew Newcombe & Lluís Paradell, law and practice of investment treaties, (2009)

Boie. B, (2010) The protection of intellectual property rights through bilateral investment treaties: Is there a TRIPS-Plus dimension?

Brazilian president Silva issue compulsory license for merck's antiretroviral efavirenz, (2007) Kaiser Health News

Bridge, (2010) Ecuador decrees new access to health policy, vol.14 no.1

British American tobacco Australia limited v. commonwealth of Australia, (2012)

CMS Gas transmission company (2005) v. Argentine Republic, award

Davison & Emerton , (2014)

Doha Declaration, where all WTO members agree that TRIPS “does not and should not” prevent WTO members from giving effect to public health

Doha Declaration on TRIPS and Public Health, (2001)

Emilio Agustín Maffezini (2000) v. The Kingdom of Spain, ICSID case No. ARB/97/7, DECISION OF JURISDICTION

Gami v. Mexico, (2004) award, 44 ILM

Gisbon, C (2009) A look at the compulsory license in investment arbitration: The case of indirect expropriation; TDM

Gisbon, C (2010) Latent grounds in investor-state arbitration: do international investment

members from giving effect to public health, p4, note 5)

1. Henning Grosse Ruse-khan, challenging compliance with international intellectual property norms in investor-state dispute settlement, journal of

- agreements provide new means to enforce intellectual property rights
- Gisbon, Christopher, (2010) A look at the compulsory license in investment arbitration: the case of indirect expropriation
- Glorgio sacerdoti, Bilateral treaties and multilateral instrument on investment protection
- Henning Grosse Ruse-khan, (2014) litigating IP rights in investore-state arbitration
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/download/teatyfile/153>
- Lahra Liberti, (2010) intellectual property rights in internationalinvestment agreements
- Mercurio, B (2012) awaking the sleeping giant:intellectual property rights in international investment agreements, Journal of International Economic Law Vol.15 no.3,894
- Muchinski, P., Ortino, F. and Schreuer, (2008) C. The Oxford Handbook of International Investment Law, Ooxford University Press
- Notice of arbitration, (2011) Philips Morris Asia Limited and the Commonwealth of Australia
- Notice of UNCITRAL arbitration, (2013) Eli Lilly company and Canada
- Philip Morris v. Uruguay, ICSID case no.ARB/10/7
- PMA vs. Australia, (2011) Australia s response to the notice of arbitration
- Pratyush Nath Upreti, (2016) enforcing IP through investor-state dispute settlement: a paradigm shift in global IP practice
- Salacusse, W.J. (2013),The three laws of international investment;national,contractual and internationals frameworkfor foreign capital,oxford university press
- Saluka investments BV vs Czech republic,(2006)
- Sherman Kahn, (2014) will patents be the next wave in investor-state arbitration?
- Tecnicas medioambientales tecmed S.A v. the united Mexican states, (2013) case no.ARB(AF)/00/2,award
- Thailand defies drug makers on patent issue, (2007) New York times
- Tobacco firms strategy limitspoorer nations smoking laws, (2013) New York times
- U.S.Model bilateralinvestment treaty,annex B-expropriation,4(b), (2012), available at:<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>
- Valentina Vadi, (2007) access to essential medicines&international investment law: the road ahead
- Verhoosel, G (2003) The use of investor-state arbitration under bilateral investment treaties to seek relief for breaches of WTO law
- Voon, T.,Mitchell, (2012) A. and Munro,J. ,Intellectual property rights in international investment agreement: striving for coherence in national & international law
- Voon et.al. (2012)
- WTO Website: TRIPS and Health: frequently asked questions-licensing of pharmaceuticals TRIPS, <http://www.wto.org/english/tratop-e/trips-e/public-health-faq-e.htm>.