



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 337

Winter 2025

Article Type: Research Article

Pages: 287-321

An Analysis of the Concept of Investment in International Investment Law with Emphasis on Intellectual Property (A Comparative Study of the Universal Approach and Iran)

Jafar Nezamolmolki¹

1. PhD in Private Law, University of Qom, Iran

jafarneamolmolki@gmail.com

Abstract

The concept of investment and its scope has a specific status in the legal system governed by investment agreements. Therefore, one of the aspects of the role and status of intellectual property in international investment law, and perhaps the most important, is the inclusion of the concept of investment and the protective scope. This does not same status in historic evolutions, therefore history of investment agreements and accordingly historic evolution of the concept of investment and its inclusion on intellectual property should be studied in two main periods, before 1960 and the period after this date, independently of each other and then analyzed the concept of investment in international investment law based on it, with emphasis on intellectual properties. Based on current research results, globally, as to the concept of investment and protection of intellectual property rights, a broad approach is governed in international investment agreements, which are based on the pervasive effect of agreements arising from their protective clauses, in particular, most favored nation clause, has gradually turned into a universal rule and even promote reasonable protective standards in the field of the concept of investment and intellectual property rights. Therefore reform of developing countries's adopted procedures, specifically WTO members is necessary. Iran's adopted procedure in bilateral investment agreements is the adoption of a broad approach to the concept of investment and protection of intellectual property. Do not overdo it and status, manner, and scope of protection of investment and intellectual property rights can't be the same for all countries and all the investment fields; Especially regarding countries like Iran, which do not accept even international requirements of TRIPs agreement.

Keywords: *Concept of Investment, Intellectual Properties, International Investment Law, Global Approach, Iranian Approach.*

Received: 2024/08/01

Received in revised form: 2024/11/22

Accepted: 2024/12/02

Published: 2024/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2025.62753.3404

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir

واکاوی مفهوم سرمایه در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری با تأکید بر اموال فکری (مطالعه تطبیقی رویکرد جهان‌شمول و ایران) جعفر نظام‌الملکی^۱

jafamezamolmolki@gmail.com

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم، ایران

چکیده

مفهوم سرمایه و قلمرو آن در نظام حقوقی حاکم بر معاهدات سرمایه‌گذاری جایگاه ویژه‌ای دارد؛ لذا یکی از ابعاد نقش و جایگاه حقوق مالکیت فکری در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و شاید مهم‌ترین آن، شمول مفهوم سرمایه بر اموال فکری و قلمرو حمایتی در این زمینه است. این امر در تحولات تاریخی وضعیتی یکسان ندارد؛ بنابراین، تاریخچه معاهدات سرمایه‌گذاری و به تبع آن، تحول تاریخی مفهوم سرمایه و نیز شمول آن بر حقوق مالکیت فکری را در دو دوره اصلی قبل و بعد از سال ۱۹۶۰ مقارن ایجاد شاخه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به‌طور مستقل مورد مطالعه قرار داده و سپس به تحلیل مفهوم سرمایه در این شاخه حقوقی با تأکید بر اموال فکری پرداخته‌ایم. مطابق نتایج تحقیق حاضر در سطح جهانی، رویکرد موسع در خصوص مفهوم سرمایه و حمایت از حقوق مالکیت فکری در معاهدات مرتبط با سرمایه‌گذاری بین‌المللی حاکم بوده، که بر مبنای اثر فراگیر معاهدات، ناشی از شروط حمایتی آنها، به‌ویژه شرط دارای بیشترین امتیاز، به‌تدریج به قاعده فراگیر مبدل شده، حتی موجب ارتقای استانداردهای متعارف حمایتی در زمینه مفهوم سرمایه و حقوق مالکیت فکری می‌شود. لذا اصلاح رویه اتخاذی کشورهای درحال توسعه، به‌ویژه اعضای سازمان تجارت جهانی، ضروری است. در ایران رویه اتخاذی در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه، اتخاذ رویکرد موسع در مفهوم سرمایه و همچنین حمایت از حقوق مالکیت فکری به‌عنوان سرمایه است. این درحالی است که نباید در این راه افراط نمود و نمی‌توان وضعیت، نحوه و قلمرو حمایت از سرمایه و حقوق مالکیت فکری را برای تمامی کشورها و در همه حوزه‌های سرمایه‌گذاری یکسان دانست؛ به‌ویژه در خصوص کشورهایی همچون ایران که حتی الزامات بین‌المللی موافقت‌نامه تریپس را نپذیرفته‌اند.

واژگان کلیدی: اموال فکری، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، رویکرد ایران، رویکرد جهان‌شمول، مفهوم سرمایه.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۱۱ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۹/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2025.62753.3404

law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

رابطه حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی شامل چند رکن است: سرمایه‌ خارجی، سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان سرمایه. در این میان مباحث و مطالعات صورت‌گرفته عمدتاً ناظر بر مفهوم سرمایه‌گذار، معیارها و شرایط مرتبط با آن بوده و مفهوم سرمایه، و به تبع، قلمرو و آثار حقوقی آن در حد شایسته مورد بحث و توجه واقع نشده است؛ این در حالی است که بسیاری از تردیدهای موجود در قلمرو و آثار حقوقی حمایت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری برخاسته از ابعاد و چالش‌های مرتبط با مفهوم سرمایه است.

یکی از اجزای معمول مفهوم سرمایه در معاهدات مرتبط با سرمایه‌گذاری بین‌المللی، حقوق مالکیت فکری است. حقوق مالکیت فکری حقوقی است که با حوزه حقوق عمومی، حقوق خصوصی و همچنین حقوق بشر پیوند می‌یابد؛ آن‌هم به‌گونه‌ای که در هر کدام از مراحل ایجاد و اعتبار حق، شناسایی و اجرای آن، هریک از این ابعاد مورد توجه است. این چنین به موازات ابعاد حقوق عمومی اموال فکری در مبانی اعتبار حق، ابعاد حقوق بشری آن نیز در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مورد توجه بوده و باید آن را در حوزه چالش‌های پیش روی توسعه حقوق بشر، به‌عنوان یکی از مسائل مورد توجه در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری^۱ موضوع بحث قرار داد؛ در این راستا بررسی جایگاه حقوق یادشده به‌مثابه سرمایه، امری ضروری می‌نماید.

تفاوت اموال فکری با مفهوم سنتی مال و ارتباط آن با تحولات مفهوم مال و حقوق مالکانه در حوزه‌های مرتبط با حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز تسری یافته و چالش‌ها و مباحث چندی را به‌همراه داشته است. به‌علاوه بیش از دو دهه است که تلاش‌هایی برای تلقی اموال دارای خاستگاه عمومی همچون منابع ژنتیک، دانش سنتی و فولکلور به‌عنوان مال فکری در جریان است. تحولات و موارد پیش‌گفته، تلاش برای تغییر و تعدیل معیارهای مالیت در حقوق مالکیت فکری را به‌همراه داشته است؛ آن‌هم به‌گونه‌ای که با حفظ مصادیق سنتی حقوق مؤلف و حقوق

۱. لیلا رئیسی و مرضیه طهماسبی، «چالش‌های پیش روی توسعه حقوق بشر در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۹ (۱۴۰۱)، ص ۹۱.

مالکیت صنعتی و استثنایهای حاکم بر آنها، همچون استفاده منصفانه^۲، استفاده شخصی و...، جایگاه مصادیق دارای خاستگاه عمومی نیز در نظام طبقه‌بندی این حقوق معین گردد.

پس از ایجاد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به‌مثابه یک شاخه حقوقی، تحقیقات مرتبط با رابطه حقوق مالکیت فکری و جذب سرمایه خارجی غالباً رابطه مثبت و نسبت متقابل بین این دو را به اثبات رساندند. این امر به همراه رویکرد منعطف کشورها در انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری موجب گردید که نه‌تنها معاهدات مرتبط با سرمایه‌گذاری بین‌المللی در بسیاری از موارد در شمول مفهوم سرمایه نسبت به اموال فکری رویکردی موسع داشته باشند، بلکه فراتر از آن، خود زمینه‌ساز تقویت و ارتقای حمایت و حتی گسترش قلمرو حمایت از اموال فکری گردند.

این تحولات در معاهدات مرتبط با سرمایه‌گذاری بین‌المللی خاستگاه تاریخی قابل‌توجهی داشته است. همچنین تحول یادشده هنوز قطعیت نیافته و کاملاً به ثمر نرسیده و مناقشات متعددی در این زمینه مطرح است. بر این اساس در مقاله حاضر برای شناخت، تبیین و تحلیل تحولات یادشده، به ترتیب به بحث از تحول تاریخی مفهوم سرمایه خارجی و جایگاه اموال فکری در آن و تحلیل مفهوم سرمایه در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری با تأکید بر شمول آن بر اموال فکری، خواهیم پرداخت.

۱. تحول تاریخی مفهوم سرمایه خارجی و جایگاه اموال فکری در آن

اساساً تاریخچه معاهدات سرمایه‌گذاری، ازجمله تحول تاریخی مفهوم سرمایه، به دو دوره اصلی، یعنی دوره تاریخی قبل از ۱۹۶۰ و دوره بعد از این تاریخ، که حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به‌عنوان نظام مستقل حقوقی ایجاد گردید^۳، باز می‌گردد؛ لذا در ذیل تحول تاریخی، مفهوم سرمایه را در هر یک از این دو دوره بررسی می‌نماییم.

۱.۱. دوره تاریخی قبل از ۱۹۶۰ میلادی

در خصوص تاریخچه کلی حقوق معاهدات، سرمایه‌گذاری این دوره از نیمه دوم قرن نوزدهم

۲. یاسمن جعفریور و زهرا شاکری، «تحدید حق معنوی مؤلف با اعمال دکترین استفاده منصفانه در نظام حقوقی امریکا»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۳۳ (۱۴۰۲)، ص ۲.

۳. حسین پیران، مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، (تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۹)، صص ۹۶۹۹-۹۹۹۶.

و انعقاد نخستین عهدنامهٔ مودت و تجارت بین آمریکا و فرانسه در سال ۱۷۷۸^۴ آغاز شد و تا سال ۱۹۶۰ را دربر می‌گیرد. در این میان از آغاز این دوره تا اواخر قرن نوزدهم، چه در حوزهٔ مفهوم سرمایهٔ خارجی و چه در حوزهٔ حمایت از اموال فکری به‌عنوان سرمایه، ما با ضعف آشکار معاهدات سرمایه‌گذاری مواجه هستیم.

در این میان، ضعف مرتبط با مفهوم سرمایهٔ خارجی و عدم شناسایی این مفهوم و حقوق مرتبط با آن نسبت به اتباع سایر کشورها در معاهدات مودت و تجارت، عمدتاً ناشی از سیطرهٔ اندیشهٔ حمایت دیپلماتیک و طرفیت حاکمیت‌ها- و نه اتباع ایشان- در این دوره بوده است؛ چنان‌که نخستین آثار این رویکرد را می‌توان در معاهدهٔ مودت، تجارت و دریانوردی بریتانیای کبیر و آمریکا دید که در آن برای تعیین تکلیف دعوی در سطح حاکمیت در خصوص رفتار با اتباع طرف مقابل کمیسیونی تشکیل دادند.^۵ این رویه تا مدت‌ها ادامه داشت تا اینکه «گسترش تجارت و سرمایه‌گذاری در قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم، توجهات را به سمت وضعیت حقوقی اتباع بیگانه‌ی خارج از کشور و حمایت از منافع اقتصادی ایشان جلب کرد».^۶

ضعف معاهدات مودت و تجارت در حمایت از اموال فکری به‌عنوان سرمایه، علاوه بر تأثیرپذیری از مبنای یادشده، عمدتاً ناشی از آن بود که نخستین کنوانسیون‌های مالکیت فکری، یعنی کنوانسیون پاریس در حمایت از مالکیت صنعتی ۱۸۸۳^۷ و کنوانسیون برن در حمایت از آثار ادبی و هنری ۱۸۸۶^۸، در اواخر قرن نوزدهم منعقد شد و اساساً مقولهٔ شناسایی اموال فکری به‌عنوان سرمایه قبل از آن خود مورد تردید بود.

پس از آن در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم با شناسایی حداقل رفتار استاندارد با اتباع سایر کشورها در معاهدات مودت و تجارت شرط حمایت از اموال اتباع سایر کشورها در معاهدات

4. Treaty of Amity and Commerce Between the United States and France; February 6, 1778.

۵. مجید غمامی و فهیمه یادگاری، حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی مفهوم‌شناسی سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری خارجی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸)، ص ۱۷.

۶. همان، ص ۱۸.

7. Paris Convention for the Protection of Industrial Property of March 20, 1883.

<https://www.wipo.int/wipolex/en/text/288514>

8. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886.

یادشده درج و به تدریج توسعه و تکامل یافت و این چنین مفهوم سرمایه خارجی نیز در قلمرو این مفهوم عام مورد شناسایی و حمایت قرار گرفت. اما این تحول کافی نمی نمود، چراکه در این موافقت نامه ها سرمایه گذاری موضوع اصلی نبوده، بلکه در درجه اول برای توسعه تجارت و کشتی رانی و امور کنسولی بوده و سرمایه گذاری و مقررات مربوط به آن در درجه دوم اهمیت قرار گرفته و ماهیت فرعی داشته است.^۹ بر همین اساس در این دوره معمولاً اشاره به مقررات سرمایه گذاری در حد کلی بوده- و نه تفصیلی- و تعریفی از مفهوم سرمایه و اموال مورد حمایت ارائه نمی شود. چنان که در معاهده مودت بین ایران و امریکا در ۱۹۵۵ (۱۳۳۴ ش)^{۱۰}، معاهده مودت بین امریکا و کره جنوبی در ۱۹۵۷^{۱۱}، و در نهایت معاهده مودت بین امریکا و چین در ۱۹۴۵^{۱۲}، با وجود اشاره به حمایت از اموال اتباع طرف مقابل در بند ۲ ماده ۴ معاهده مودت ایران و امریکا، مواد مختلف معاهده امریکا و چین، به ویژه بندهای ۱ و ۲ ماده ۶ آن، و همچنین مواد مختلف معاهده مودت امریکا و کره جنوبی، به ویژه ماده ۱ آن، که شرط رفتار منصفانه با اموال اتباع طرف مقابل را برای هر یک از این دو کشور الزامی دانسته و بند ۱ ماده ۶ آن، که از حمایت دائمی از اموال طرف مقابل در قلمرو کشور دیگر سخن به میان آورده، تعریفی از سرمایه ارائه نشده است و این امر می تواند در شناسایی قلمرو حمایت ابهاماتی ایجاد کند.

در حوزه حمایت از اموال فکری به عنوان سرمایه نیز با تصویب و لازم الاجرا شدن کنوانسیون های یادشده در اواخر قرن نوزدهم، از آن تاریخ به بعد حمایت از این نوع اموال یکی از تعهدات بین المللی کشورهای عضو تلقی شده است که می بایست در سطح فراگیر بین اعضا لحاظ می شد. اما با پایان یافتن جنگ جهانی دوم و ایجاد سازمان های بین المللی متعدد، این موضوع اهمیتی مضاعف یافت؛ با وجود این، همچنان در این برهه تاریخی نیز معاهدات مرتبط با سرمایه گذاری در قالب و عنوانی مستقل برای سرمایه گذاری نبوده، بلکه عمدتاً تحت عنوان معاهدات «مودت، تجارت و دریانوردی»^{۱۳} منعقد شده است. به علاوه در معاهدات این دوره

۹. همان، ص ۹۸.

10. The Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights between the United States and Iran.
11. Agreement between the U.S. and the Republic of Korea Regarding Friendship, Commerce and Navigation, 1956.
12. Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of China, 1945.
13. Treaty of Friendship, Commerce and Navigation



معمولاً حمایت کلی از حقوق مالکیت فکری تصریح نمی‌شد، بلکه به برخی مصادیق آن اشاره می‌شد یا حقوق مالکیت صنعتی و حقوق مالکیت ادبی و هنری به تفکیک مورد حمایت قرار می‌گرفت؛ چنان‌که در این معاهدات در اغلب موارد، بدون اشاره کلی به عبارت حقوق مالکیت فکری در سطوح حمایتی مختلف، از برخی یا تمامی مصادیق اموال فکری حمایت به عمل آمده است؛ بدین نحو که در معاهده مودت ایران و آمریکا در بند ۲ ماده ۵ با اشاره به برخی مصادیق مالکیت فکری، یعنی اختراعات، علائم تجاری و نام تجاری، از آنها حمایت به عمل آمد که با توجه به ادبیات حصری آن، تعمیم حمایت به سایر اموال فکری را دشوار می‌نمود؛ اما در معاهده کره جنوبی و آمریکا در بند نخست ماده ۱۰، ابتدا با بیان مصادیق بارز حقوق مالکیت صنعتی یعنی ورقه اختراعات، نام، علامت و برجسب تجاری در نهایت با بیان عبارت عام «هر نوع مالکیت صنعتی»، تمامی مصادیق حقوق مالکیت صنعتی موضوع حمایت واقع شده است. با وجود این، در برخی معاهدات اشاره عام و گسترده به حقوق مالکیت فکری و حمایت از آنها به‌عنوان سرمایه دیده می‌شود؛ چنان‌که در ماده ۹ معاهده مودت میان چین و آمریکا، ضمن تفکیک حقوق مالکیت صنعتی از حقوق مالکیت ادبی و هنری و اشاره به مصادیق مختلف حقوق مالکیت صنعتی، بر حمایت کامل از این دو تصریح شده است.

۲.۱. تحول مفهوم سرمایه خارجی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری (پس از ۱۹۶۰ میلادی تاکنون)

درک صحیح از مفهوم سرمایه متکی بر توجه به سیر تحول آن و همچنین تحولات تاریخی در این زمینه است. در خصوص مفهوم سرمایه چند تحول تاریخی ویژه وجود دارد که در ادامه به تبیین و تحلیل آنها می‌پردازیم:

۱.۲.۱. گذر از اصطلاح «اموال خارجی» به اصطلاح «سرمایه» در معاهدات سرمایه‌گذاری

در حقوق بین‌الملل عرفی و همچنین موافقت‌نامه‌های بین‌المللی اولیه استفاده از اصطلاح «سرمایه» شایع نبوده، عبارت عام «اموال خارجی» در بیان مفهوم سرمایه مورد استفاده قرار

می‌گرفت^{۱۴}؛ چنان‌که سازمان همکاری اقتصادی و توسعه در پیش‌نویس کنوانسیون در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی ۱۹۶۷ حتی در عنوان کنوانسیون این اصطلاح را مورد استفاده قرار داده است و عنوان «پیش‌نویس کنوانسیون حمایت از اموال خارجی سازمان همکاری اقتصادی و توسعه»^{۱۵} را در این زمینه به‌کار برده و در مقدمه و همچنین عنوان ماده ۱ این پیش‌نویس یعنی «نحوه اقدام در خصوص اموال خارجی»^{۱۶} نیز همین اصطلاح استفاده شده است.^{۱۷} البته در این پیش‌نویس اصطلاح Investment نیز به‌کار رفته است؛ اما نه در مفهوم سرمایه، بلکه در مفهوم سرمایه‌گذاری. فراتر از این، حتی در قرن بیست و یکم نیز باز این رویه در مواردی مشاهده می‌شود؛ چنان‌که در گزارش تنظیمی از سوی «سرویس تحقیقاتی کنگره»^{۱۸} برای کنگره آمریکا با عنوان «مروری بر برنامه معاهداتی موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری آمریکا ۲۰۰۷» نیز در توصیف «سرمایه خارجی» از این اصطلاح استفاده شده است.^{۱۹}

در مجموع می‌توان گفت در منابع و اسناد اولیه و همچنین حقوق بین‌الملل عرفی و به عبارت ساده‌تر در مراحل اولیه شکل‌گیری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، عمدتاً اصطلاح «اموال خارجی» در مفهوم سرمایه مورد استفاده قرار می‌گرفت و اصطلاح Investment غالباً در مفهوم سرمایه‌گذاری به‌کار می‌رفت^{۲۰}؛ اما امروزه در توصیف سرمایه خارجی نیز اصطلاح پیش‌گفته^{۲۱} شایع شده است و در اغلب موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، قوانین حوزه سرمایه‌گذاری و همچنین ادبیات حقوقی، استفاده از آن دیده می‌شود.

در این میان، به‌نظر می‌رسد واژه «اموال» با واژه «سرمایه» از منظر شمول آنها بر حقوق مالکیت فکری تفاوتی ندارد، زیرا وصف مالیت در این نوع از حقوق محقق شده است، به همین

14. Catherine Yannaca-Small, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations* (Organisation for Economic Co-Operation and Development, 2008), p. 47.

15. Draft Convention on the Protection of Foreign Property OECD (1967).

16. Treatment of Foreign Property

۱۷. در این زمینه به مواد ۹، ۱ و ۱۳ پیش‌نویس یادشده مراجعه نمایید.

18. Congressional Research Service(CRS)

19. Martin A. Weissn, *The U.S. Bilateral Investment Treaty Program: An Overview*, (Congressional Research Service (CRS), 2007), Summary-p. 4.

20. Francis J.& Nicholson S.J, "The Protection of Foreign Property Under Customary International Law", *Boston College Law Review*, No. 3 (1965), p. 391-415

21. Investment

دلیل از آنها به‌عنوان «مال فکری» تعبیر می‌شود.^{۲۲}

به‌علاوه در دوره تاریخی قبل از ایجاد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در قالب امروزی و انعقاد موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری در اسناد بین‌المللی در حوزه حمایت از دارایی و اموال اشخاص، از واژه «اموال» با مفهومی عام استفاده شده است که در صورت فقدان قرینه مخالف، اموال فکری را نیز دربر می‌گیرد؛ چنان‌که پروتکل شماره ۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ۱۹۵۳^{۲۳} در صدر ماده اول خود ذیل عنوان حمایت از اموال، عبارتی عام را به‌کار برده است؛ با این بیان که:

«هر شخص حقیقی یا حقوقی محق است تا از متعلقاتش انتفاع مسالمت‌آمیز داشته باشد...»^{۲۴}.

سازمان همکاری اقتصادی و توسعه در تحلیل حقوقی مصادره در تفسیر این ماده، مفهوم اموال را بسیار موسع دانسته است و آن را شامل هرگونه منافع مالکانه شخص می‌داند که مجموعه‌ای از منافع اقتصادی را دربر می‌گیرد؛ اعم از «اموال منقول و غیرمنقول، منافع ملموس و غیرملموس از قبیل سهام، اختراعات، رأی داور، حق بازنشستگی، استحقاق مالک نسبت به اجاره، منافع اقتصادی مرتبط با انجام یک کسب و کار و حق انجام یک حرفه...»^{۲۵}.

با وجود این، نمی‌توان تصور کرد تحول تاریخی یادشده هیچ تأثیری بر حمایت از حقوق مالکیت فکری و قلمرو حمایت آن در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نگذاشته باشد. زیرا قدر متیقن اینکه تغییر رویه در ادبیات حقوق بین‌الملل در استفاده از واژه «سرمایه» به‌جای واژه «اموال»، اقدامی با هدف توسعه قلمرو مفهومی موضوع سرمایه‌گذاری و حمایت‌های صورت‌گرفته از آن بود؛ چون واژه «سرمایه» که بر ارزش متکی است در مقایسه با واژه «اموال» دارای صراحت بیشتری بر شمول آن نسبت به اموال غیرمادی همچون حقوق مالکیت فکری است.

۲۲. جعفر نظام‌الملکی، حمایت حقوقی از نوآوریهای زیست‌فناوری متن‌باز، رساله دکتری رشته حقوق خصوصی، (قم: دانشگاه قم، ۱۳۹۷)،

صص ۲۶ و ۲۷.

23. Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1952.

24. "Every natural or Legal Person is Entitled to the Peaceful Enjoyment of His Possessions.....".

25. Organisation for Economic Co-Operation and Development, Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in *International Investment Law*, (OECD, 2005), p. 46.

۲.۲.۱. گسترش اشکال سرمایه‌گذاری خارجی فراتر از سرمایه‌گذاری پورتفولیو و استفاده از سرمایه‌گذاری مستقیم

تحول دیگر در حوزه مفهوم سرمایه آن است که به‌طور سنتی شکل رایج سرمایه‌گذاری خارجی و مفهوم سرمایه مبتنی بر آن در قالب سرمایه‌گذاری پورتفولیو و عمدتاً به شکل اوراق قرضه‌ای بود که دولت‌های کشورهای درحال توسعه در بازار مالی منتشر می‌کردند. پس از جنگ جهانی دوم و با تشکیل شرکت‌های چندملیتی و ایجاد شعب آنها در کشورهای مختلف، سرمایه‌گذاری مستقیم شیوه غالب سرمایه‌گذاری شد. افزایش سرمایه‌گذاری مستقیم در بخش‌های متعدد موجب تحول جدی از دو منظر گردید؛ نخست آنکه شکل جدیدی از سرمایه و سرمایه‌گذاری مطرح شد که در آن سرمایه‌گذار کالا یا خدماتی را وارد کشور دیگر می‌نماید، درحالی که مالک دارایی نیست^{۲۶} و دیگر آنکه این شکل سرمایه‌گذاری با بروز اشکال جدید اموال در قالب سرمایه همراه بود.

از منظر ارتباط این تحول تاریخی با حقوق مالکیت فکری، باید گفت یکی از اشکال جدید سرمایه که در سرمایه‌گذاری مستقیم و در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری موضوع بحث و توافق کشورها واقع گردید، حقوق مالکیت فکری بود؛ چون عملاً استقرار سرمایه‌گذار در کشور سرمایه‌پذیر و انجام عملیات مشترک موضوع سرمایه‌گذاری در بُعد فنی و فناوری‌های موضوع انتقال جهت تأمین زیرساخت‌های ضروری و همچنین نوآوری‌هایی که از عملیات سرمایه‌گذاری حاصل می‌گردید، مقوله مالکیت بر اموال فکری را مطرح نموده، ضرورت تعیین تکلیف و توافق در این زمینه در معاهدات سرمایه‌گذاری ایجاد گردید. این چنین و به شرحی که در ادامه می‌آید، از نخستین موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری دوجانبه میان آلمان و پاکستان تا به امروز همواره حقوق مالکیت فکری یکی از مباحث اصلی موضوع بحث در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بوده است.

۳.۲.۱. گسترش موضوع سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی فراتر از منابع طبیعی به موضوعات متنوع در حوزه‌های مختلف

در دهه‌های آغازین نیمه دوم قرن بیستم، مقارن ایجاد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در

قالب نوین و توسعه این رشته حقوقی، ما با سرمایه‌گذاری خارجی در بخش‌های اولیه و منابع طبیعی مواجه بودیم؛ بدین نحو که پیرو تحول شیوه غالب سرمایه‌گذاری از شیوه سرمایه‌گذاری پورتفولیو به شیوه سرمایه‌گذاری مستقیم، در اواخر قرن بیستم موضوع سرمایه‌گذاری نیز تحول می‌یابد و از بخش منابع طبیعی فراتر رفته، اشکال مختلفی از موضوعات را - چنان که امروزه شاهد آن هستیم - دربر می‌گیرد.^{۲۷}

قلمرو اموال فکری به‌عنوان سرمایه نیز با گسترش قلمرو موضوع سرمایه‌گذاری توسعه می‌یابد؛ چنان که مسئله و دغدغه مالکیت بر اموال فکری در شیوه سرمایه‌گذاری مستقیم عمدتاً در مرحله آورده و انتقال فناوری و محصولات فناورانه در بدو اجرای سرمایه‌گذاری بود و در مرحله عملیات اجرایی سرمایه‌گذاری که به استخراج منابع طبیعی می‌انجامید و همچنین مرحله اختصاص نتایج و عواید سرمایه‌گذاری موضوع قرارداد به اشخاص کمتر مطرح می‌شد؛ اما با فراتر رفتن موضوع سرمایه‌گذاری از بخش منابع طبیعی، در بسیاری از موارد، علاوه بر مرحله آورده و انتقال فناوری، در مرحله اجرای سرمایه‌گذاری نیز مسئله رعایت حقوق مالکیت فکری اموال فکری و فناوری‌های مورد استفاده در کشور میزبان مطرح است. در نهایت در مرحله اختصاص و تقسیم ثمره عملیات سرمایه‌گذاری نیز در موارد بسیاری ثمره پیش‌گفته محصولات نوآورانه و مالکیت‌های فکری بود که بر مبنای ویژگی‌های خاص اموال فکری همچون ماهیت سرزمینی^{۲۸} و تفاوت مقررات کشورها در حوزه مالکیت فکری، در رابطه دولت سرمایه‌پذیر و سرمایه‌گذار مسائل مختلفی را مطرح می‌نمود که می‌بایست موضوع توافق واقع شود.

۴.۲.۱. توسعه مفهوم سرمایه مقارن با شکل‌گیری نظام حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

توسعه مفهوم سرمایه، هم‌زمان با شکل‌گیری حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در قالب نوین و انعقاد موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری بین کشورها، مقارن اوایل نیمه دوم قرن بیستم آغاز گردید.^{۲۹}

27. UNCTAD, *op.cit.*, p. 8

28. Territorial Nature

29. *Ibid.*, p. 8.

این چنین با انعقاد نخستین موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بین آلمان و پاکستان در سال ۱۹۵۹^{۳۰}، ما با مفهومی جدید و متمایز از سرمایه مواجه هستیم که در مقایسه با مفهوم سابق که در موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد در اشکال توافقات و مقررات تجاری کشورها منعکس می‌گردید موسع‌تر بود. در این موافقت‌نامه در بندهای ۱ و ۲ ماده ۸ در باب تعریف سرمایه آمده است:

«الف) اصطلاح سرمایه شامل سرمایه‌ای است که به قلمرو سرزمینی طرف دیگر معاهده برای سرمایه‌گذاری وارد می‌شود، در اشکال متنوع و به صورت دارایی‌هایی از قبیل ارز خارجی، کالاها، حقوق مالکانه، اختراعات و دانش فنی. اصطلاح سرمایه همچنین عواید ناشی از سرمایه‌گذاری را که دوباره در سرمایه‌گذاری استفاده شود، دربر می‌گیرد.

ب) هرگونه مشارکت، شرکت یا دارایی‌ها و انواع مشابه که از استفاده از دارایی‌های فوق به‌دست آید نیز سرمایه تلقی می‌گردد».

اتخاذ رویکرد عام به مفهوم سرمایه در تعریف پیش‌گفته به‌وضوح مشهود است؛ چنان‌که عبارت عام سرمایه را به‌کار برده و با قید اشکال متنوع و بیان تمثیل و برخی مثال‌های شایع و مورد اختلاف، سعی در القای مفهوم عام و موسع از سرمایه داشته است. به‌علاوه، به‌کارگیری عواید حاصل از پروژه و همچنین هرگونه مشارکت، شرکت، دارایی و انواع مشابه ناشی از استفاده سرمایه در مفهوم ذکرشده را نیز داخل در مفهوم سرمایه و شمول حمایت‌های موردنظر بر آن دانسته است. در نهایت اینکه به اموال فکری اشاره کرده و دو مصداق شایع آن یعنی اختراعات و دانش فنی را البته با عباراتی قابل نقد مورد حمایت قرار داده است.

یکی از ابعاد تحول چهارم، شکل‌گیری حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در قالب نوین به‌عنوان یکی از رشته‌های حقوقی، و تصریح و تأکید بر مصادیق حقوق مالکیت فکری به‌عنوان سرمایه است. این چنین است که در موافقت‌نامه یادشده علاوه بر اصطلاح عام «سرمایه» و «حقوق مالکانه» که حقوق مالکیت فکری را نیز دربر می‌گیرد، در مقام تمثیل - و نه به صورت حصری - به مصادیق مرتبط با این حقوق یعنی اختراعات و دانش فنی به‌صراحت اشاره می‌شود.

30. Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection, 1959.

۲. تحلیل مفهوم سرمایه در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری با تأکید بر شمول آن بر اموال فکری

بر مبنای آنکه مفهوم «سرمایه» نقش اصلی را در تعیین قلمرو حمایتی و به تبع اعمال اهداف و سیاست‌های موردنظر کشورها در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی ایفا می‌نماید، نمی‌توان تعریف واحد و مورد اجماع در این زمینه ارائه داد.^{۳۱} در ادامه به ترتیب به تبیین مفهوم سرمایه بر اساس کنوانسیون ایکسید و رویه داوری آن و همچنین موافقت‌نامه‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری بین‌المللی، با تأکید بر جایگاه حقوق مالکیت فکری، در هریک از این موارد می‌پردازیم:

۱.۲. کنوانسیون و رویه داوری ایکسید

در «کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع سایر دولت‌ها» موسوم به «ایکسید»^{۳۲}، بر مبنای اختلاف نظر موجود در پذیرش تعریف واحد از سرمایه، در نهایت از تعریف آن اجتناب شده است؛ البته چنان‌که در گزارش هیئت مدیره بانک جهانی که با خود متن کنوانسیون ارائه شده نیز به‌صراحت آمده که در مجموع تلاش زیادی برای تدوین و ارائه تعریف واحد از اصطلاح یادشده صورت نگرفته است.^{۳۳}

در این میان ماده قانونی مرتبط با این موضوع، ماده ۲۵ کنوانسیون در خصوص «صلاحیت مرکز» و به تبع آن، بند نخست ماده ۴۱ این کنوانسیون در زمینه اختیار هیئت داوری در تشخیص و احراز صلاحیت خویش در رسیدگی به دعوای سرمایه‌گذاری است.

بند نخست ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید با مفهوم سرمایه ارتباط می‌یابد. در بند یادشده بدون اشاره به تعریف سرمایه آمده است:

«صلاحیت مرکز شامل همه اختلافات حقوقی که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌های متعاقد (یا مؤسسات تابعه یا نمایندگی‌های آنها که به‌وسیله آن دولت به مرکز معرفی شده باشد) و یک تبعه دولت متعاقد دیگر که طرفین اختلاف توافق مکتوب مبنی بر ارجاع آن به

31. Catherine Yannaca-Small, op.cit, p. 46.

32. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965.

33. *Ibid*, p. 59.

مرکز نموده باشند، می‌شود. در مواردی که طرفین کتباً رضایت خود را اعلام نمودند، حق ندارند به‌طور یک‌جانبه آن را مسترد نمایند».

این رویه خود موجب ایجاد اختلاف نظر شد و در رویه داورى ایکسید در مقام تفسیر و اجرای کنوانسیون دیدگاه‌های مختلفی شکل گرفت که در ادامه نخست به تحلیل و سپس به ارزیابی آنها و اتخاذ دیدگاه مطلوب خواهیم پرداخت.

۱.۱.۲. دیدگاه نخست: رویکرد تبعیض آمیز^{۳۴}

برخی هیئت‌های داورى سرمایه‌گذاری، مفهوم سرمایه را تابع موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری منعقد شده بین دولت طرف دعوا و دولت متبوع خواهان می‌دانند؛ مگر در مواردی که درخواست داورى بر مبنای مفهوم یادشده به‌طور آشکار سوءاستفاده شدید و افراطی از نهاد داورى تلقی شود^{۳۵}. در این زمینه می‌توان به پرونده میچ بال علیه دولت کنگو^{۳۶} اشاره و استناد نمود که در آن هیئت داورى ایکسید با رجوع به تعریف موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری دوجانبه از مفهوم سرمایه، اتخاذ تصمیم نمود^{۳۷}. این رویکرد در سایر نهادهای داورى سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز مورد استناد واقع شده است؛ برای مثال، در پرونده فرنتی بر پترولیوم علیه جمهوری چک^{۳۸}، دیوان دائمی داورى^{۳۹} در رأی نهایی خویش تا حدود زیادی این رویکرد را اتخاذ نمود^{۴۰} و ادعای سرمایه‌گذار کانادایی مبنی بر نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه موضوع موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری دوجانبه جمهوری چک و کانادا را بر مبنای آنکه دادگاه چک با استناد به استثنای نظم عمومی قادر به شناسایی و اجرای رأی صادره در سوئد نبود، رد کرد^{۴۱}.

34. Differential Approach

35. Chaisse, Julien; Choukroune, Léila; Jusoh, Sufan, *Book of International Investment Law and Policy*, (Springer Publisher, 2021), p. 1994.

36. Mitchell v. Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment, 24 (48) (Nov. 1, 2006). Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16418.pdf>

37. Mortenson, Julian Davis. "The Meaning of Investment: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law". *Harvard International Law Journal*, No. 1, (2010), p. 274

38. Frontier Petroleum v. Czech Republic.

39. Permanent Court of Arbitration

40. Frontier Petroleum Services v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, November 12, (2010). P. 274. Available at: <https://www.italaw.com/cases/documents/517>

41. M. Schwebel, Stephen and et al, *International Arbitration Three Salient Problems*, (Cambridge: University Press, Second Edition, 2021), pp. 148 and 149.

این رویکرد مطلوب کشورهای توسعه‌یافته و سرمایه‌فرست بوده است که در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری تعریف موسعی از سرمایه ارائه داده‌اند و با اتخاذ این رویکرد بسیاری از دعاوی و ادعاهای آنها بر علیه دولت‌های سرمایه‌پذیر یا کشورهای در حال توسعه مشمول صلاحیت دیوان داوری ایکسید می‌شود.

در خصوص حقوق مالکیت فکری، بر مبنای آنکه در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه که تعهد در مقابل یک کشور ایجاد می‌شود، تا اینکه همچون معاهدات چندجانبه و کنوانسیون‌های بین‌المللی تعهدی فراگیر ایجاد شود، کشورها در موافقت‌نامه‌های دوجانبه انعطاف بیشتری از خود نشان می‌دهند؛ در نتیجه در سطح موردنظر در استانداردهای حداقلی، موضوع موافقت‌نامه تریپس و حتی در مواردی فراتر از آن (تریپس پلاس)، از حقوق مالکیت فکری حمایت به عمل می‌آورند. لذا قلمرو صلاحیتی ایکسید نسبت به دعاوی مالکیت فکری ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی بسیار توسعه یافته و زمینه برای رجوع گسترده صاحبان حقوق مالکیت فکری به این نهاد داوری فراهم آمده است.

به علاوه این رویکرد موسع بر مبنای مفهوم گسترده مالکیت‌های فکری مصادره اموال فکری را دشوار می‌سازد.

۲.۱.۲. دیدگاه دوم: رویکرد ویژگی‌های معمول^{۴۲}

رویکرد حاضر بر مبنای قضیه شرکت ایتالیایی سالینی علیه دولت مراکش در سال ۲۰۰۱ نزد دیوان داوری ایکسید ایجاد شده است^{۴۳}؛ با این باور که اگرچه در کنوانسیون ایکسید تعریفی از سرمایه ارائه نشده و اینکه تلاش شود تا تعریفی بر مبنای آن ارائه شود غیر واقع‌بینانه است ولی ارائه برخی ویژگی‌ها که در اغلب سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی معمول است، ممکن به نظر می‌رسد. این ویژگی‌ها ضرورتاً در محدوده الزامات صلاحیتی درک و تحلیل نمی‌شود، بلکه صرفاً به عنوان ویژگی‌های معمول سرمایه‌گذاری‌های مشمول کنوانسیون موردنظر هستند^{۴۴}. شکل‌گیری رویکرد ویژگی‌های معمول بر مبنای معیار سالینی به وضوح در پرونده مشهور فیلیپ

42. Typical Characteristics Approach

43. ICSID Case No. ARB/00/4, 2001

44. Julien Chaisse and Leïla Choukroune and Sufan Jusoh, *op.cit.*, p. 37

موریس علیه دولت اروگوئه^{۴۵} راجع به نقض حقوق مالکیت فکری، در بند ۱۸۵ رأی دیوان دآوری ایکسید مورد استناد و تحلیل واقع و این گونه به وضوح بیان شده است:

«معیار سالینی متضمن الزامات صلاحیتی نیست، اغلب هیأت‌های دآوری که به بررسی این معیارها پرداخته‌اند آنها را به عنوان ویژگی‌های معمول استفاده نموده‌اند تا الزامات صلاحیتی».

مطابق پرونده سالینی، با وجود ۴ معیار ذیل موضوع اختلاف سرمایه‌گذاری، وفق کنوانسیون ایکسید و به ویژه ماده ۲۵ آن، در صلاحیت دیوان دآوری ایکسید خواهد بود:

۱- مشارکت از طریق آورده

۲- استمرار فعالیت سرمایه‌گذاری در دوره زمانی خاص

۳- شریک بودن سرمایه‌گذار در خطر (زیان) فعالیت اقتصادی

۴- مشارکت در توسعه اقتصادی دولت میزبان سرمایه

در رویه اتخاذی بعدی در دیوان دآوری ایکسید در قضیه شرکت جوی مابینینگ علیه دولت مصر، معیار پنجمی بر ۴ معیار ذکر شده در قضیه سالینی افزوده شد:

۵- تداوم سود و درآمد^{۴۶}.

رویکرد ویژگی‌های معمول بر مبنای آنکه نه همچون رویکرد صلاحیتی، قائل بر قفل صلاحیتی و مجموع معیارهای موردنظر در کنوانسیون و موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بوده و نه همچون رویکرد تبعیض‌آمیز، قائل بر موضوعیت موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری در تحقق مفهوم سرمایه و سرمایه‌گذاری باشد تا عملاً به شرحی که خواهد آمد تصور حشو بودن ماده ۲۵ کنوانسیون القا گردد؛ رویکردی میانه‌رو، حد وسط رویکرد تبعیض‌آمیز به نفع کشورهای سرمایه‌فرست و رویکرد صلاحیتی به نفع کشورهای سرمایه‌پذیر تلقی می‌شود.

در خصوص حقوق مالکیت فکری تمامی شرایط موردنظر در این رویکرد برای تحقق سرمایه‌گذاری وجود دارد؛ بدین نحو که:

45. ICSID Case No. ARB/10/7, 2013

46. ICSID Case No. ARB/03/11, 2004

۱- آنها مستعد آن هستند که در دوره زمانی خاص به صورت مستمر موضوع سرمایه‌گذاری واقع شوند.

۲- آنها دائماً در معرض ریسک نقض از سوی اشخاص ثالث فاقد مجوز استفاده هستند.

۳- آنها غالباً بیانگر «تعهد (آورده) قابل توجه»^{۴۷} هستند.

۴- آنها قابلیت قابل توجهی برای مشارکت در توسعه دولت میزبان دارند.

۵- در نهایت اینکه این حقوق می‌تواند سود و درآمد مداوم ایجاد کند.^{۴۸}

۳.۱.۲. دیدگاه سوم: رویکرد صلاحیتی^{۴۹} یا الزامات صلاحیتی^{۵۰}

مطابق این دیدگاه، برای احراز صلاحیت از سوی هیئت داوری باید دو مرحله طی شود: نخست آنکه جهت تحقق عنصر رضایت طرفین باید بر مبنای موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بین آنها سرمایه‌گذاری محقق شده باشد. دوم آنکه، علاوه بر این، سرمایه‌گذاری صورت‌گرفته باید حائز شرایط موردنظر طبق بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید نیز باشد. در این میان معیارهای ذکر شده در قضیه سالینی در خصوص تفسیر کنوانسیون ایکسید و ماده ۲۵ آن اعمال می‌گردد.^{۵۱} بر مبنای ضرورت وجود هر دو معیار موردنظر در موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری و نیز بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید از این وضعیت به «قفل صلاحیتی دوگانه»^{۵۲} تعبیر شده است.^{۵۳}

این رویکرد بر مبنای آنکه قلمرو سرمایه‌گذاری و به تبع آن، دعاوی مشمول صلاحیت دیوان داوری ایکسید را کاهش می‌دهد، مطلوب کشورهای سرمایه‌پذیر بوده که تمایل دارند تا قابلیت طرح دعاوی و موارد مشمول صلاحیت ایکسید نسبت به دعاوی اشخاص سرمایه‌گذار بر علیه ایشان کاهش یابد.

47. Substantial Commitment

48. Julien Chaisse and Leïla Choukroune and Sufan Jusoh, *op.cit.*, 2021, p. 1995

49. Jurisdictional Approach. See: Mohammad, Hamdy, "An Ad Hoc Dispute Settlement Mechanism or a Harmonization Mission? A Reappraisal of Jurisprudential Fragmentation in International Investment Arbitration", *Duke Journal of Comparative and International Law*, no. 2 (2022), pp. 287-350.

50. Jurisdictional Requirement Approach.

51. *Ibid.* p. 287-350

52. Jurisdictional Keyhole

53. *Ibid.*, p. 302.

در مورد حقوق مالکیت فکری چنان که ذکر شد، با تحقق معیارهای سالینی به همراه معیار تداوم سود و درآمد در خصوص حقوق یادشده از یک سو، و رویکرد موسع معاهدات سرمایه‌گذاری در حمایت از این حقوق از سوی دیگر، حتی با اعمال رویکرد صلاحیتی و قفل صلاحیتی، مانعی برای شمول صلاحیت دیوان دآوری ایکسید نسبت به دعاوی نقض حقوق مالکیت فکری در سرمایه‌گذاری خارجی وجود ندارد.

۴.۱.۲. ارزیابی دیدگاه‌ها و دیدگاه مطلوب

در مجموع به نظر می‌رسد از منظر اصول حقوقی و تفسیر معقول، به‌طور کلی در میان دیدگاه‌های فوق، «رویکرد صلاحیتی یا الزامات صلاحیتی» مطلوبیت دارد؛ چراکه اولاً با رویه اتخاذی در کنوانسیون ایکسید همخوانی دارد، زیرا کنوانسیون از تعریف سرمایه و سرمایه‌گذاری اجتناب و آن را به کشورها تفویض نموده و این رویکرد نیز قائل بر لزوم توجه به موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری برای احراز مفهوم سرمایه است.

ثانیاً نمی‌توان به‌طور کلی قائل بر سکوت کنوانسیون ایکسید نسبت به مفهوم سرمایه و سرمایه‌گذاری بود. اگرچه کنوانسیون تعریفی در این زمینه ارائه نداده است، اما بر مبنای ماده ۲۵ و مقدمه کنوانسیون و بند ۱ ماده ۴۱ آن که مقرر می‌دارد: «هیئت دآوری باید صلاحیت خویش را مورد قضاوت قرار دهد»^{۵۴}، باید قائل بر آن بود که فقدان هرگونه معیار در احراز مفهوم سرمایه و سرمایه‌گذاری در کنوانسیون نه با مفاد آن سازگاری دارد و نه معقول می‌نماید؛ چنان که قاضی شهاب‌الدین، عضو کمیته ابطال در قضیه درخواست ابطال رأی دآوری ام‌اچ سی علیه دولت مالزی، تعیین برخی مرزهای ثابت برای تعریف سرمایه‌گذاری را مانع از آن می‌داند که ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید به یک ماده بی‌معنی تبدیل شود.^{۵۵} چنین رویکرد قفل صلاحیتی که احراز و اعمال معیارهای سالینی را در خصوص کنوانسیون ضروری می‌داند با این واقعیت نیز همخوانی دارد.

ثالثاً بر مبنای آنکه ایکسید نسبت به اصل حاکمیت دولت‌ها ماهیت استثنایی دارد، در تفسیر

54. The Tribunal Shall be the Judge of Its Own Competence.

۵۵. سید نصرالله ابراهیمی و سجاد سلطان‌زاده، «مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه دآوری مرکز حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی (ایکسید)»، *حقوقی بین‌المللی*، ش ۵ (۱۳۹۳)، ص ۱۰۱.

آن باید با رویکرد مضیق عمل شود؛ بدین نحو که علاوه بر آنکه باید در حوزه شناسایی معیارها تا حد امکان معیارهای متصور در تحقق مفهوم سرمایه و سرمایه‌گذاری را برای صلاحیت آن ضروری دانست، در اعمال معیارها نیز لازم است با رویکرد مضیق صلاحیتی وارد عمل شد و مادامی که تحقق معیار محرز نگردد، نمی‌توان قائل بر عدم صلاحیت هیئت داورى نسبت به دعوای سرمایه‌گذاری علیه یک دولت بود.

در مورد هر یک از سه معیار یادشده باید خاطر نشان کرد که یکی از ارکان و اجزای اصلی در احراز سرمایه‌گذاری احراز تحقق مفهوم سرمایه است؛ بر این اساس در شمول مفهوم سرمایه نسبت به حقوق مالکیت فکری و توجیه و تحلیل این امر، از دیدگاه‌های پیش‌گفته بهره برده شده است.^{۵۶}

با وجود مراتب فوق، باید توجه داشت که نقطه‌ای که می‌توان دیدگاه‌های مختلف را به هم نزدیک ساخت تا در اینجا توافق بر مفهوم سرمایه و سرمایه‌گذاری محقق گردد، در رویکرد ویژگی‌های معمول یافت می‌شود. اما این به‌منزلهٔ ارائهٔ تعریف واحد نیست؛ زیرا نمی‌توان اهداف و سیاست‌های زمینه‌ساز موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری را یکی دانست، بلکه باید در صدد دستیابی به معیارهای واحد برای دستیابی و احراز مفهوم سرمایه حتی در شرایط وجود تعاریف مختلف سرمایه در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بود. چراکه در هر حال، فراتر از تعاریف یادشده، مطابق بند ۱ مادهٔ ۴۱ کنوانسیون ایکسید، هیئت داورى در موضوع صلاحیت منفعل و تابع محض موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری نبوده، بلکه باید صلاحیت خویش را مورد ارزیابی و قضاوت قرار داده، احراز نماید. به این ترتیب، آنچه در این رویکرد مطلوب است همین عدم اتکا بر ارائهٔ تعریف سرمایه از یک سو و ضروری دانستن وجود و احراز برخی معیارها در تحقق مفهوم سرمایه و صلاحیت دیوان داورى بر مبنای آن از سوی دیگر است.

۲.۲. موافقت‌نامه‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری بین‌المللی

در اینجا نخست به ارزیابی رویهٔ کشورهای سرمایه‌فرست یا سرمایه‌گذار و سپس به تبیین و تحلیل رویهٔ کشورهای سرمایه‌پذیر می‌پردازیم و درنهایت رویهٔ اتخاذی در موافقت‌نامه‌های

تجارت آزاد را مورد بحث قرار می‌دهیم؛ با این قید که تبیین و تحلیل رویه کشورهای سرمایه‌پذیر با تأکید بر ایران و تحلیل رویکرد اتخاذی در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه کشورمان خواهد بود.

۱.۲.۲. رویه کشورهای سرمایه‌گذار

در رویکرد کشورهای سرمایه‌گذار دیدگاه موسعی در زمینه مفهوم سرمایه اعمال می‌شود؛ چنان‌که در موافقت‌نامه چندجانبه سرمایه‌گذاری بین‌المللی سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^{۵۷} در بند ۲ قسمت تعاریف، سرمایه با رویکرد موسع تعریف و در آن به «حقوق مالکیت فکری» به‌عنوان سرمایه اشاره شده است.^{۵۸} مطابق ارزیابی منتشره از سوی این سازمان با عنوان «مقررات مالکیت فکری در ترتیبات سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، در تفسیر این ماده و عبارت «حقوق مالکیت فکری» گفته شده است که این عبارت عام و موسع بوده، تمامی اشکال حقوق مالکیت فکری را دربر می‌گیرد.^{۵۹} همچنین در مدل موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری ۲۰۱۲ آمریکا^{۶۰} در تعریف سرمایه آمده است:

«سرمایه عبارت است از هرگونه دارایی که سرمایه‌گذار در مالکیت داشته یا آن را، چه به صورت مستقیم و چه به صورت غیرمستقیم، کنترل نموده، و دارای ویژگی‌های سرمایه است؛ این ویژگی‌ها شامل تخصیص سرمایه یا سایر منابع، انتظار کسب سود، یا احتمال ریسک می‌باشد. یک سرمایه ممکن است شامل:
(و) حقوق مالکیت فکری؛»

تعریف یادشده طی دهه اخیر در اسناد بین‌المللی سرمایه‌گذاری مورد استفاده دولت آمریکا واقع شده است؛ چنان‌که در ماده نخست فصل ۱۴ موافقت‌نامه سه‌جانبه ایالات متحده آمریکا، مکزیک و کانادا در حوزه تجارت آزاد^{۶۱}، که در سال ۲۰۲۰ جایگزین موافقت‌نامه نفتا^{۶۲} شد، همین

57. Multilateral Agreement on Investment Draft Negotiating Text as of 24 April 1998(OECD).

58. "Investment Means:

Every kind of Asset Owned or Controlled, Directly or Indirectly, By an Investor, Including:
(vi) Intellectual Property Rights;"

59. Lahri Liberti, Intellectual Property Rights in International Investment Agreements AN OVERVIEW, (Organisation for Economic Co-Operation and Development, 2010), p. 7.

60. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 1: Definitions.

61. United States-Mexico-Canada Agreement.

62. North America Free Trade Agreement (NAFTA) 1994

تعریف به‌عنوان تعریف سرمایه ذکر گردیده است.

در موافقت‌نامهٔ دوجانبهٔ نمونهٔ اتحادیهٔ اروپا ۲۰۲۳^{۶۳} در قسمت تعاریف، سرمایه در مفهوم عام به معنای «هرگونه دارایی که ویژگی سرمایه را داشته باشد»^{۶۴} دانسته شده و مصادیق آن به صورت غیر حصری بیان گردیده است. در این میان بند «e» یکی از مصادیق را مفهوم عام و گستردهٔ حقوق مالکیت فکری دانسته است. عملاً معاهدات سرمایه‌گذاری کشورهای عضو اتحادیهٔ اروپا جدیدترین موضوعات حقوق مالکیت فکری را تحت حمایت قرار می‌دهند؛ چه موضوعاتی که هم‌اکنون در سطح چندجانبه در حال مذاکره هستند، مثل دانش سنتی، فولکلور و منابع ژنتیکی، و چه موضوعاتی که تاکنون مورد مذاکره نبوده‌اند، از قبیل حمایت از پایگاه داده‌های غیراصیل.^{۶۵}

۲.۲.۲. رویهٔ کشورهای سرمایه‌پذیر با تأکید بر ایران

شاید تصور شود مفهوم سرمایه در معاهدات سرمایه‌گذاری کشورهای سرمایه‌پذیر محدود و مضیق است، اما اختلاف این کشورها با کشورهای سرمایه‌فرست عمدتاً در خصوص اعمال تعریف یا معیارهای واحد در تمامی دعاوی بوده، اما در ارتباط با موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری خود با سایر کشورها عموماً تعریف گسترده‌ای نسبت به سرمایه اتخاذ نموده‌اند؛ زیرا انعقاد موافقت‌نامه‌ها بر مبنای ارزیابی قبلی بوده و هرگونه مصالح و سیاست‌های سرمایه‌گذاری در بسیاری از موارد، از جمله در مورد مفهوم و قلمرو سرمایه، تا مرحلهٔ انتخاب طرف توافق لحاظ می‌شود؛ اما پس از آن این کشورها در هنگام انعقاد قرارداد و ارائهٔ مفهوم سرمایه، انعطاف بیشتری از خود نشان می‌دهند. چنان‌که در موافقت‌نامهٔ دوجانبهٔ حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری چین و آلمان در ۱۹۸۳^{۶۶}، قبل از دستیابی چین به موفقیت‌های اخیر که این کشور را به یک اقتصاد نوظهور مبدل ساخته، در شرایطی که چین در معنای دقیق کلمه یک کشور در حال توسعه

63. EU Model BIT (2023).

64. "Investment" Means Every Kind of Asset That Has the Characteristics of an Investment".

65. Santa Cruz S., Maximiliano, Intellectual Property Provisions in European Union Trade Agreements, Implications for Developing Countries, (International Centre for Trade and Sustainable Development, 2007), p. 10.

66. Agreement between the Federal Republic of Germany and the People's Republic of China on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments 1983.

تلقى می‌شد، در بند ۱ ماده ۱، تعریف موسعی از سرمایه صورت گرفته است که البته حقوق مالکیت فکری را نیز در معنای عام دربر می‌گیرد؛ بدین نحو که:

«اصطلاح سرمایه به معنای هرگونه دارایی سرمایه‌گذاری‌شده، به صورت مستقیم یا غیرمستقیم، از سوی سرمایه‌گذار یکی از کشورهای طرف معاهده در قلمرو طرف دیگر آن، و به‌ویژه، اگرچه نه منحصرأ، شامل:

د) حقوق مالکیت فکری، به‌ویژه کپی‌رایت، اختراعات و طرح‌های صنعتی، علائم تجاری، نام‌های تجاری، فرایندهای فنی، اسرار تجاری و بازرگانی، دانش فنی و حسن شهرت تجاری؛».

این‌چنین در این تعریف در صدر ماده با کاربرد قید «و به‌ویژه، اگرچه نه منحصرأ» (And In Particular, Though Not Exclusively)، مصادیق ذکرشده در ماده را تمثیلی و غیرحصری دانسته و بند «د» این ماده نیز با استفاده از عبارت «به‌ویژه» (In Particular) مصادیق ذکرشده را برای حقوق مالکیت فکری تمثیلی دانسته و بر این اساس و با توجه به عبارت عام حقوق مالکیت فکری در موافقت‌نامه یادشده مفهوم موسعی در این زمینه اتخاذ گردیده است. در موافقت‌نامه ارتقا و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری برزیل و آلمان در سال ۱۹۹۵^{۶۷} نیز مشابه موافقت‌نامه قبلی تعریف موسعی از سرمایه بیان شده است؛ با این تفاوت که در اینجا در مقام برشمردن مصادیق حقوق مالکیت فکری در بند «د» به جای عبارت «به‌ویژه» عبارت «از قبیل» (Such As) به کار رفته است که آن نیز بر تمثیلی بودن و غیرحصری بودن دلالت می‌نماید.

همچنین موافقت‌نامه همکاری و تسهیل سرمایه‌گذاری برزیل و هند در سال ۲۰۲۰^{۶۸} در بند ۴ ماده ۲ در توصیف سرمایه، اصطلاح عام «دارایی» را به کار برده و مصادیق گسترده‌ای را به‌عنوان دارایی یا همان سرمایه مورد حمایت معاهده بیان داشته که در بند «ه» آن، «حقوق مالکیت فکری به شرح تعریف و ارجاع داده‌شده در موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری سازمان تجارت جهانی (تریپس)» نیز ذکر گردیده است.

67. Treaty between the Federal Republic of Germany and the Federative Republic of Brazil on the Promotion and Mutual Protection of Investments 1995, Article 1.

68. Investment Cooperation and Facilitation Treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India.

نکته شایان توجه در اینجا ارجاع به موافقت‌نامه تریپس در زمینه قلمرو حقوق مالکیت فکری موردنظر به‌عنوان سرمایه است، که علاوه بر اتخاذ مفهوم موسع موردنظر در موافقت‌نامه یادشده، می‌تواند زمینه را برای تفسیر و تسری تحولات تریپس پلاس و همچنین رویه اجرایی هیئت حل اختلاف سازمان تجارت جهانی در خصوص مفهوم سرمایه، به قلمرو اجرایی موافقت‌نامه پیش‌گفته فراهم نماید.

در رویکرد کشورهای اسلامی، اگرچه همسو با تحولات حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری تعریف موسعی از سرمایه ملاک عمل واقع شده است، اما گاه در زمینه حمایت از حقوق مالکیت فکری به‌مثابه سرمایه، ایراداتی دیده می‌شود؛ چنان‌که در بند ۴ ماده ۱ «موافقت‌نامه ارتقاء، حمایت و تضمین سرمایه‌گذاری بین کشورهای عضو سازمان کنفرانس اسلامی»^{۶۹} مفهوم موسعی از سرمایه^{۷۰} مورد حمایت ارائه شده است، بدون آنکه تصریح بر حقوق مالکیت فکری و یا مصادیق آن صورت گیرد؛ بدین نحو که:

«هرگونه دارایی (شامل هرچیزی که قابل ارزیابی با پول باشد) متعلق به یکی از طرفین این موافقت‌نامه یا اتباع آن، خواه یک شخص حقیقی باشد یا یک شخص حقوقی و در قلمرو یکی دیگر از اعضای طرف قرارداد ارائه گردد، خواه به آنجا انتقال یابد یا در آن قلمرو به‌دست آمده باشد، و خواه منقول باشد یا غیر منقول، [خواه] نقدی، [خواه] غیر نقدی، ملموس و در همان سطح هرچیزی که مرتبط با این سرمایه‌ها و سرمایه‌گذاری‌ها باشد از طریق [در قالب] حقوق یا ادعاها و شامل سودهای خالصی که از این دارایی‌ها به‌دست می‌آید و سودهای تقسیم‌نشده و حقوق غیرملموس نیز می‌باشد».

در بدو امر این چنین به‌نظر می‌رسد که مقرره فوق در زمینه حمایت از اموال فکری به‌عنوان سرمایه، ضعیف عمل کرده و مورد انتقاد است؛ با وجود این، تأمل در عبارات به‌کاررفته در بند بالا، از یک سو بیانگر اتخاذ رویکرد سنتی در تعریف سرمایه است که با توجه به برهه تاریخی تدوین و انعقاد این موافقت‌نامه، چندان مورد انتقاد نیست. از سوی دیگر، علاوه بر عبارت عام «دارایی» همراه با توصیف «(شامل هرچیزی که قابل ارزیابی با پول باشد)»، که بر مبنای مالیت

69. The Agreement for the Promotion, Protection and Guarantee of Investments Among the Member States of the Organisation of the Islamic Conference 1981.

70. Capital

اموال فکری، حقوق مالکیت فکری را نیز دربر می‌گیرد، و همچنین عبارت «هرچیزی که مرتبط با این سرمایه‌ها و سرمایه‌گذاری‌ها باشد از طریق [در قالب] حقوق یا ادعاها»، که در زمینه حقوق ذکر شده است و حقوق مالکیت فکری را نیز دربر می‌گیرد، در نهایت، عبارت عام «حقوق غیرملموس» با صراحتی بیشتر و بیش از هر چیز، بر حقوق مالکیت فکری دلالت می‌نماید؛ به‌ویژه آنکه کاربرد اصطلاح «اموال غیرملموس» برای حقوق مالکیت فکری امری شایع و متداول بوده و می‌باشد؛ چنان‌که در سایت رسمی اتحادیه اروپا حقوق مالکیت فکری به معنای «اموال غیرملموسی که ناشی از خلاقیت ذهن می‌باشد»^{۷۱} معرفی شده است.^{۷۲} لذا به نظر می‌رسد مقررۀ پیش‌گفته حقوق مالکیت فکری را نیز دربر می‌گیرد. با وجود این، کاربرد واژه حقوق با وصف غیرملموس تعبیری نامأنوس و غیرمتداول است، زیرا حق خود امری اعتباری است و ماهیت غیرملموس برای توصیف موضوع حق است؛ بنابراین، شایسته بود در اینجا تعبیر «اموال غیرملموس» یا «دارایی‌های غیرملموس» به کار می‌رفت.

بر مبنای رویۀ اتخاذی در کشورهای سرمایه‌پذیر به شرح پیش‌گفته، رویۀ موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری کشورمان در اتخاذ رویکرد موسع در مفهوم سرمایه نیز توجیه می‌شود. چنان‌که نتایج بررسی موافقت‌نامه‌های انعقادی مختلف کشورمان با سایر کشورها، ارائۀ مفهوم عام هر نوع مال یا دارایی در بدو امر و سپس بیان مصادیق سرمایۀ مورد حمایت را نشان می‌دهد. برخی نویسندگان در اینجا بر این باورند که موافقت‌نامه‌های ایران با هریک از کشورهای لبنان، سودان، بنگلادش، ازبکستان، عمان، فنلاند، فرانسه، ایتالیا، اسپانیا، اتریش، آلمان، جمهوری دموکراتیک خلق کره، چین، مالزی، صربستان و مونتنگرو، الجزایر، اتیوپی، مقدونیه، و افریقای جنوبی، علی‌رغم به‌کارگیری عنوان «هر مال» یا «هر دارایی» در تعیین مصادیق سرمایه، ظاهراً سرمایۀ منحصر به موارد ذکرشده در ذیل تعریف دانسته شده است؛ ولی در موافقت‌نامه‌های ایران با هریک از کشورهای پاکستان، ارمنستان، مغرب، کرواسی، تاجیکستان، گرجستان، سوئیس، آذربایجان، اوکراین، لهستان، رومانی، ترکیه، تونس، بحرین، جمهوری کره، بلاروس، بلغارستان و

71. "Intellectual Property is Intangible Property Resulting from Creations of the Mind".

72. در این زمینه به آدرس اینترنتی زیر واقع در سایت اتحادیه اروپا مراجعه نمایید:

<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/intellectual-property.html>

یمن، ضمن تصریح بر اهمیت ویژه موارد ذکرشده، بر تمثیلی بودن آنها نیز تأکید شده است.^{۷۳} با وجود این، نگارنده تفکیک فوق را مردود و غیرقابل توجیه می‌داند؛ چراکه توجه به متن انگلیسی موافقت‌نامه‌های مذکور از جمله موافقت‌نامه‌های منعقدہ بین دولت ایران با عمان، لبنان، چین، مالزی استنباط فوق را توجیه‌ناپذیر می‌نماید؛ زیرا در آنها عبارت Including به کار رفته است، که بر تمثیلی بودن مصادیق ذکرشده پس از آن دلالت دارد. به علاوه مقایسه متن انگلیسی با قانون ترجمه‌شده و منتشرشده از سوی کشور در خصوص این موافقت‌نامه‌ها این استنباط را تأیید و تقویت می‌نماید؛ چراکه در آنها نیز این عبارت «از جمله» ترجمه شده است که تمثیلی بودن مصادیق ذکرشده پس از آن را می‌رساند.^{۷۴}

برای مثال در مورد گروه ادعایی نخست، می‌توان به موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری ایران و چین در سال ۲۰۰۰ اشاره کرد که تعریف سرمایه در آن چنین آمده است:

«صطلاح «سرمایه» عبارت از هر نوع مال یا دارایی از جمله موارد زیر است که توسط سرمایه‌گذاران یکی از طرف‌های متعاقد در قلمرو و طبق قوانین و مقررات طرف متعاقد دیگر (که از این پس طرف متعاقد سرمایه‌پذیر خوانده می‌شود) به کار گرفته شود:
ت- حقوق مالکیت معنوی و صنعتی از قبیل حق اختراع، نمونه‌های بهره‌وری، طرح‌ها یا نمونه‌های صنعتی، علائم و اسامی تجاری، دانش فنی و حق کسب و پیشه.»

اما در مقابل در مورد گروه ادعایی دوم می‌توان به «موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت رومانی»^{۷۵} اشاره کرد که در آن تعریف سرمایه چنین آمده است:

۷۳. مرتضی اسدلو، «توسعه در مفهوم سرمایه: نقطه عزیمت تعاملات معاهدات سرمایه‌گذاری با حقوق مالکیت فکری»، حقوقی بین‌المللی، ش ۱ (۱۳۹۶)، ص ۲۳۴؛ یوسف خرم فرهادی، تحلیل موافقت‌نامه‌های دوجانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری میان ایران و سایر کشورها در دهه‌های اخیر (۱۳۸۵-۱۳۷۵)، رساله دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، (تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۸۸)، ص ۱۰۰.

۷۴. برای دیدن متن اصلی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری منعقدہ بین دولت جمهوری اسلامی ایران با سایر کشورها، ر.ک. سایت آنکتاد واقع در آدرس اینترنتی زیر:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/98/iran-islamic-republic-of>

75. Agreement between the Government of Romania and the Government of Islamic Republic of Iran in the Promotion and Reciprocal Protection of Investments 2003.

«صطلاح «سرمایه» عبارت از هر نوع مال یا دارایی است که از سوی سرمایه‌گذاران یکی از طرف‌های متعاقد در قلمرو و طبق قوانین و مقررات طرف متعاقد دیگر (که از این پس طرف متعاقد سرمایه‌پذیر خوانده می‌شود) به کار گرفته شود و به‌ویژه، اما نه منحصرأ، از جمله موارد زیر است:

ت) حقوق مالکیت معنوی از قبیل اختراع، نمونه‌های بهره‌وری، طرح‌ها یا نمونه‌های صنعتی، علائم و اسامی تجاری و همچنین دانش فنی و حسن شهرت تجاری.».

این‌چنین توجه به متن معاهدات فوق و ادبیات به‌کاررفته در آنها در بیان مفهوم سرمایه، اتخاذ و اعمال رویکرد واحد یا همان رویکرد موسع در زمینه مفهوم سرمایه در هر دو گروه موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری مورد ادعا و فقدان تفکیک ادعایی را می‌رساند.

لازم به ذکر است در دوره مقارن با مذاکرات اولیه توافقی برجام و انعقاد و اجرایی شدن آن تا زمان خروج امریکا از آن، حد فاصل سال‌های ۱۳۹۲ تا ۱۳۹۷ و حتی در سال نخست پس از خروج امریکا از برجام، موافقت‌نامه‌های دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی متعددی با سایر کشورها منعقد شد که از زمره آنها می‌توان به موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری منعقد شده میان ایران و کشور برون‌دی در سال ۱۳۹۳، موافقت‌نامه با کشورهای تانزانیا، روسیه، اسلواکی و ژاپن در سال ۱۳۹۵، با کشور سنگاپور در سال ۱۳۹۶، و با کشورهای لوکزامبورگ، عراق، چک و مجارستان در سال ۱۳۹۸ اشاره نمود که در آنها به‌طور مشابهی، رویکرد موسع فوق اتخاذ و اعمال شده است.

بر مبنای مطالب پیش‌گفته، یکی از وجوه اشتراک معاهدات سرمایه‌گذاری، اشاره به حقوق مالکیت فکری و یا شمول آن به‌عنوان یکی از مصادیق سرمایه و حمایت از آن در عرصه عملیات و فرایند سرمایه‌گذاری خارجی است.

شایان ذکر است اگرچه در معاهدات سرمایه‌گذاری نفس حمایت از حقوق مالکیت فکری مورد اتفاق نظر است، ولی قلمرو حمایت در آنها بسته به سیاست‌های اقتصادی و وضعیت تقنینی و اجرایی حوزه نوآوری کشورهای طرف معاهده متفاوت است؛ اما بر مبنای رویکرد منعطف و تعامل‌گرای کشورها در حوزه معاهدات سرمایه‌گذاری، تفاوت یادشده غالباً چشمگیر نبوده، محدود است.

این چنین ویژگی‌ای اغلب در رویهٔ معاهدات سرمایه‌گذاری، حمایت از حقوق مالکیت فکری در مفهوم عام است. البته در اینجا حمایت بیشتر بر مبنای ماهیت فرایند سرمایه‌گذاری و امور مربوط به آن صورت می‌گیرد که عمده‌تاً دارای ارتباط مستقیم با حقوق مالکیت صنعتی است؛ بنابراین، معاهدات سرمایه‌گذاری بر حقوق یادشده تأکید و توجه ویژه دارند و این تأکید گاه با بیان قید صنعتی در کنار حقوق مالکیت فکری است تا بر شمول مفهوم سرمایه بر حقوق مالکیت صنعتی تأکید گردد و گاه با بیان مصادیق حقوق مالکیت صنعتی به‌عنوان مصادیق مشمول حمایت.

۳.۲.۲. رویهٔ موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد

نظام حمایت از سرمایه و حقوق مالکیت فکری در موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد، در مقایسه با معاهدات سرمایه‌گذاری متفاوت است. در معاهدات سرمایه‌گذاری که منبع اصلی و معاهداتی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را تشکیل می‌دهند، محور اصلی، مباحث سرمایه‌گذاری و شرایط و آثار حقوقی مرتبط، از جمله مالکیت‌های فکری است؛ این در حالی است که موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد و یا موافقت‌نامه‌های تجاری - چنان‌که از عنوان آنها نیز مشهود است - به موضوعات مختلف تجاری در حوزهٔ انرژی، کشاورزی، امور مالی و بانکی و... به‌طور عام در سطح تجارت فرامرزی بین اعضا می‌پردازند و در این میان موضوع سرمایه‌گذاری یکی از موضوعات مورد بحث است که غالباً فصلی از این معاهدات را به خود اختصاص می‌دهد. به موازات آن، مسئلهٔ حقوق مالکیت فکری نیز به‌عنوان یکی از مسائل مرتبط با تجارت فرامرزی در این موافقت‌نامه‌ها فصلی مستقل را به خود اختصاص می‌دهد و دارای جایگاه برجسته‌ای است^{۷۶} تا فراتر از مقولهٔ سرمایه‌گذاری در کلیهٔ امور تجارت فرامرزی نیز حمایت‌های حقوقی از این نوع اموال صورت گیرد. بر همین اساس، برخی این معاهدات را از منظر حمایت بسیار قوی‌تر از حقوق مالکیت فکری مورد انتقاد قرار داده و این نوع موافقت‌نامه‌ها را موجب حذف یا تضعیف انعطاف‌هایی که سایر موافقت‌نامه‌های چندجانبهٔ بین‌المللی ایجاد نموده‌اند^{۷۷} و همچنین تضعیف عدالت در روابط

۷۶. سید یاسر ضیائی و سعیده جوادی، «حمایت از مالکیت فکری در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، *مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، ش ۲ (۱۳۹۸)، ص ۱۴۹.

77. Marketa Trimble, "Unjustly Vilified TRIPS-Plus?: Intellectual Property Law in Free Trade Agreements", *American University Law Review*, No. 71 (2022), p. 1449.

تجاری فراملی با تحمیل منافع کشورهای قدرتمند بر کشورهای ضعیف‌تر می‌دانند؛ چنان‌که در این زمینه گفته شده است:

«موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد موجود نباید ایدئال تلقی شوند؛ آنها سازشی هستند طرف‌دار طرف قوی‌تر نسبت به طرف ضعیف‌تر. حقوق مالکیت فکری که به‌عنوان بخش کوچک‌تری از یک معاهده بزرگ‌تر مورد مذاکره قرار می‌گیرد، می‌تواند حوزه‌ای باشد که طرف ضعیف‌تر برای دستیابی به اهداف تجاری خویش سازش‌های قابل‌توجهی را بپذیرد.»^{۷۸}

در این زمینه شایان توجه است که عمده موافقت‌نامه‌های تجاری یادشده در حوزه حمایت از حقوق مالکیت فکری مبتنی بر موافقت‌نامه تریپس بوده و موجب شکل‌گیری رژیم پیچیده تریپس پلاس شده است.^{۷۹}

بر مبنای مراتب پیش‌گفته، غالباً سطح حمایت از حقوق مالکیت فکری در موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد در مقایسه با موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری قوی‌تر و گسترده‌تر است.

علاوه بر موافقت‌نامه سه‌جانبه ایالات متحده آمریکا، مکزیک و کانادا در حوزه تجارت آزاد که در سال ۲۰۲۰ جایگزین موافقت‌نامه نفتا شد که فصل ۱۴ آن به موضوع سرمایه‌گذاری و فصل ۲۰ آن به مالکیت فکری اختصاص یافته است، می‌توان به موافقت‌نامه تجارت آزاد جمهوری دومینیکن و امریکای مرکزی موسوم به کفتا^{۸۰} که فصل ۱۰ آن به موضوع سرمایه‌گذاری و فصل ۱۵ آن به حقوق مالکیت فکری اختصاص دارد، و پیش‌نویس نهایی موافقت‌نامه تجاری موقت اتحادیه اروپا و شیلی^{۸۱} که فصل ۱۰ آن به موضوع آزادسازی سرمایه‌گذاری و فصل ۲۵ آن به مالکیت فکری پرداخته، نیز به‌عنوان سایر مصادیق موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد که در آنها رویه فوق‌اعمال شده است، اشاره و استناد نمود.

78. *Ibid.*, p. 1451

79. *Ibid.*, p. 1534

80. Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement (CAFTA-DR) 2006.

81. EU-Chile Interim Trade Agreement 2022.

نتیجه

اساساً تاریخچه معاهدات سرمایه‌گذاری و به تبع آن، تحول تاریخی مفهوم سرمایه در سطح جهانی، به دو دوره اصلی قبل از ۱۹۶۰ و بعد از آن، که حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به‌عنوان نظام مستقل حقوقی ایجاد شد، برمی‌گردد. از آغاز دوره نخست تا اواخر قرن نوزدهم، چه در حوزه مفهوم سرمایه خارجی و چه در حوزه حمایت از اموال فکری به‌عنوان سرمایه، ما با ضعف آشکار معاهدات سرمایه‌گذاری مواجه هستیم. گذر از اصطلاح «اموال خارجی» به اصطلاح «سرمایه» در معاهدات سرمایه‌گذاری، توسعه اشکال سرمایه‌گذاری خارجی فراتر از سرمایه‌گذاری پورتفولیو و استفاده از سرمایه‌گذاری مستقیم، گسترش موضوع سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی فراتر از منابع طبیعی به موضوعات متنوع در حوزه‌های مختلف و نیز توسعه مفهوم سرمایه مقارن با شکل‌گیری نظام حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، تحولات مفهوم سرمایه خارجی در دوره دوم از سال ۱۹۶۰ تا به امروز بوده است که در هریک از آنها با دگرگونی‌هایی در مفهوم و جایگاه حقوق مالکیت فکری به‌عنوان سرمایه مواجه هستیم.

در سطح جهانی بر مبنای آنکه مفهوم «سرمایه» در تعیین قلمرو حمایتی و به تبع آن، اعمال اهداف و سیاست‌های موردنظر کشورها در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی نقش اصلی را ایفا می‌نماید، ارائه تعریف واحد و مورد اجماع در این زمینه دشوار است؛ چنان‌که کنوانسیون ایکسید، که معاهده اصلی و مرجع در حوزه داوری دعاوی سرمایه‌گذاری می‌باشد، نیز از ارائه تعریف در این زمینه اجتناب کرده است. بر این اساس، مفهوم سرمایه در دیدگاه‌های مختلف حاکم در دکترین حقوقی و رویه داوری ایکسید، یعنی «رویکرد تبعیض‌آمیز»، «رویکرد ویژگی‌های معمول» و «رویکرد صلاحیتی یا الزامات صلاحیتی» تحلیل و در ارزیابی صورت‌گرفته مطلوبیت دیدگاه اخیر در خصوص مفهوم سرمایه از منظر پیشینه، قلمرو و چارچوب تفسیری کنوانسیون ایکسید اثبات گردید.

در رویه موافقت‌نامه‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز به تبع رویکرد موسع در زمینه مفهوم سرمایه، در حمایت از حقوق مالکیت فکری نیز به همین شیوه عمل می‌شود؛ لذا از یک سو بر مبنای اثر فراگیر معاهدات، که ناشی از شروط حمایتی آنها، به‌ویژه شرط دولت دارای بیشترین امتیاز می‌باشد، این امر به تدریج به قاعده فراگیر مبدل شده است و از سوی دیگر سطح

حمایت در این موارد گاه فراتر از استانداردهای معمول در اسناد بین‌المللی همچون موافقت‌نامه تریپس است.

همچنین اثبات شد رویه حاکم بر موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران از یک سو اتخاذ مفهوم موسع سرمایه و از سوی دیگر حمایت از حقوق مالکیت فکری در معنای عام است.

پیشنهادها

در مجموع پیشنهادهای زیر در حوزه موضوع پژوهش توصیه می‌شود:

۱- در سطح جهانی در خصوص معیارهای تعیین صلاحیت و قلمرو مفهوم سرمایه، در تفسیر کنوانسیون ایکسید، در مجموع توصیه می‌شود از میان دیدگاه‌های مختلف «رویکرد صلاحیتی یا الزامات صلاحیتی» اعمال گردد؛ زیرا:

اولاً به شرحی که گذشت با رویه اتخاذی در کنوانسیون ایکسید همخوانی دارد.

ثانیاً بر مبنای ماده ۲۵ و مقدمه کنوانسیون و بند ۱ ماده ۴۱ آن، نمی‌توان به‌طور کلی قائل بر سکوت کنوانسیون ایکسید در حوزه مفهوم سرمایه و سرمایه‌گذاری بود.

ثالثاً بر مبنای آنکه ایکسید نسبت به اصل حاکمیت دولت‌ها ماهیت استثنایی دارد، در تفسیر آن باید با رویکرد مضیق عمل گردد.

۲- بر مبنای ترجیح اساسی کشورمان در حوزه معاهدات بین‌الملل سرمایه‌گذاری و انعقاد و اجرای آنها، یعنی توسعه داخلی کشور^{۸۲}، رویه اتخاذی در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری کشورمان مبنی بر اتخاذ مفهوم موسع سرمایه غیر واقع‌بینانه بوده و نیازمند بازنگری است. در این زمینه باید قلمرو حمایت از مصادیق سرمایه به میزان مطلوب، هم‌سطح با تحولات تقنینی و واقعیات اجرایی حوزه سرمایه‌گذاری خارجی و ظرفیت‌های ملی کاهش یابد و حوزه‌های مورد حمایت احصا گردد. نخستین اولویت در اصلاح رویه در این زمینه، تغییر رویکرد غیرحصری در مقام بیان مصادیق سرمایه به رویکرد حصری است که البته ناظر بر مصادیق متعدد مورد حمایت

۸۲. محمدعلی بهمنی و حسن فرج مهرابی، «ضوابط جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت از سرمایه‌گذار خارجی از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق»، مطالعات حقوق عمومی، ش ۳ (۱۴۰۰)، ص ۸۸۱.

خواهد بود؛ چون اتخاذ رویکرد غیرحصری هرگونه دارایی و منافع جدید حاصله و مورد اختلاف دولت با شرکت سرمایه‌گذار را مشمول عنوان سرمایه و حمایت‌های موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری می‌نماید.

۳- قلمرو حمایت از حقوق مالکیت فکری در معاهدات سرمایه‌گذاری که فاصله و تفاوت فراوانی با رویکرد حقوق موضوعه کشورمان دارد، به میزان مطلوب- یعنی فراتر از تحولات تقنینی موجود و هم‌سطح با معاهدات بین‌المللی مالکیت فکری که کشورمان به عضویت آنها درآمده است- کاهش یابد؛ زیرا در خصوص کشورهایی همچون ایران که حتی الزامات بین‌المللی در حوزه تریپس و در سطح استانداردهای معمول را نپذیرفته‌اند، ظرفیت‌های تقنینی و اجرایی برای اعمال الزامات، فراتر از حد ذکر شده، فراهم نبوده، پذیرش آنها غیر واقع‌بینانه و زمینه‌ساز محکومیت کشورمان در قبال ادعاهای احتمالی در مراجع داوری دعای سرمایه‌گذاری خواهد بود. به‌علاوه رویکرد موسع در حوزه حقوق مالکیت فکری و حمایت قوی‌تر از سطح متعارف، موجب تضعیف بهره‌مندی از نوآوری‌های موضوع استفاده در سرمایه‌گذاری خارجی و همچنین نوآوری‌های ناشی از عملیات سرمایه‌گذاری می‌شود و در نهایت در تضاد با مؤلفه و ترجیح اساسی کشورمان در حوزه معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، یعنی توسعه داخلی کشور، است.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتابها

۱. پیران، حسین (۱۳۸۹). *مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی*. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۲. غمامی، مجید و یادگاری، فهیمه (۱۳۹۸). *حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی مفهوم‌شناسی سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری خارجی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

- مقالات

۳. ابراهیمی، سید نصرالله و سلطان‌زاده، سجاد (۱۳۹۳). مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه دآوری مرکز حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی (ایکسید). *حقوقی بین‌المللی*، ۳۱ (۵۰)، ۷۷-۱۰۸.
Doi: 10.22066/cilamag.2014.15799
۴. اسدلو، مرتضی (۱۳۹۶). توسعه در مفهوم سرمایه: نقطه عزیمت تعاملات معاهدات سرمایه‌گذاری با حقوق مالکیت فکری. *حقوقی بین‌المللی*، ۳۶ (۶۱)، ۲۲۷-۲۵۰.
Doi: 10.22066/cilamag.2019.77473.1423
۵. بهمنی، محمدعلی و فرج‌مهرابی، حسن (۱۴۰۰). ضوابط جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت از سرمایه‌گذار خارجی از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق. *مطالعات حقوق عمومی*، ۵۱ (۳)، ۸۶۵-۸۸۴.
Doi: 10.22059/jpls.2020.299728.2366
۶. جعفرپور، یاسمن و شاکری، زهرا (۱۴۰۲). تحدید حق معنوی مؤلف با اعمال دکترین استفاده منصفانه در نظام حقوقی امریکا. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۴ (۳۳)، ۱-۳۲.
Doi: 10.22034/law.2023.52920.3161
۷. رئیس، لیلا و طهماسبی، مرضیه (۱۴۰۱). چالش‌های پیش روی توسعه حقوق بشر در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۳ (۲۹)، ۹۱-۱۲۲.
Doi: 10.22034/law.2022.50091.3074
۸. ضیائی، سید یاسر و جوادی، سعیده (۱۳۹۸). حمایت از مالکیت فکری در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری. *مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، ۲ (۱۱)، ۱۲۷-۱۵۵.
Doi: 10.22099/jls.2019.5328

- پایان‌نامه‌ها

۹. خرم فرهادی، یوسف (۱۳۸۸). *تحلیل موافقتنامه‌های دوجانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری میان ایران و سایر کشورها در دهه‌های اخیر (۱۳۸۵-۱۳۷۵)*. رساله دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات.
۱۰. نظام‌الملکی، جعفر (۱۳۹۷). *حمایت حقوقی از نوآوریهای زیست فناوری متن باز*. رساله دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، قم: دانشگاه قم.

(ب) منابع انگلیسی

- Books

11. Chaisse, Julien; Choukroune, Leïla; Jusoh, Sufan (2021). *Book of International Investment Law and Policy*. Springer Publisher.
12. M. Schwebel, Stephen, et al (2021). *International Arbitration Three Salient Problems*. Second Edition. Cambridge University Press.

- Articles

13. Hamdy, Mohammad (2022). An Ad Hoc Dispute Settlement Mechanism or a Harmonization Mission? A Reappraisal of Jurisprudential Fragmentation in International Investment Arbitration. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 32 (2), 287-351.
14. Mortenson, Julian Davis (2010). The Meaning of Investment: ICSID's *Travaux* and the Domain of International Investment Law. *Harvard International Law Journal*, 51 (1), 257-318.
15. Nicholson S.J, Francis J. (1965). The Protection of Foreign Property Under Customary International Law, *Boston College Law Review*, 6(3) 391-415.
16. Trimble, Marketa (2022). Unjustly Vilified TRIPS-Plus?: Intellectual Property Law in Free Trade Agreements. *American University Law Review*, (71), 1449-1535.

- Documents

17. Liberti, Lahri (2010). *Intellectual Property Rights in International Investment Agreements AN OVERVIEW*, OECD Working Papers on International Investment. Available at:
<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5kmfq1njz135-en.pdf?expires=1732974355&id=id&accname=guest&checksum=A4F73A88D24C-44C5AB4C0567AF68BA89>
18. Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) (2005). "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, OECD. Available at:
https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0306.pdf
19. Santa Cruz S.(2007). Maximiliano, *Intellectual Property Provisions in European Union Trade Agreements, Implications for Developing Countries*, International Centre for Trade and Sustainable Development. Available at:
https://www.files.ethz.ch/isn/92854/2007_06_Intellectual_Property_Provisions_in_European_Union_.pdf
20. United Nations Conference on Trade and Development (2007). *Intellectual Property Provisions in International Investment Arrangements*, IIA MONITOR No. 1, International Investment Agreements, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2007/1. Available at:
https://unctad.org/system/files/official-document/webiteia20071_en.pdf
21. United Nations Conference on Trade and Development (2011), *Scope and Definition, Unctad Series on Issues in International Investment Agreements II*. Available at:
https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20102_en.pdf
22. United Nations Conference on Trade and Development (2012). *Expropriation, Unctad Series on Issues In International Investment Agreements II*. Available at:
https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf
23. United Nations Conference on Trade and Development (2010). *Most-Favourednation, Treatment Unctad Series on Issues in International*

Investment Agreements II. Available at:

https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20101_en.pdf

24. Weiss, Martin A. (2007). *The U.S. Bilateral Investment Treaty Program: An Overview*, Congressional Research Service (CRS). Available at: <https://www.hsdl.org/c/view?docid=716235>
25. Yannaca-Small, Catherine(2008). *Chapter 1 Definition of Investor And Investment in International Investment Agreements*, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Available at: https://www.oecd-ilibrary.org/definition-of-investor-and-investment-in-international-investment-agreements_5kzplw50hwwk.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fcomponent%2F9789264042032-2-en&mimeType=pdf

