

The Essential Challenges of Third-Party Funding in International Arbitration

Mohammad Ali Bahmaei

Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Mohammad Mahdi Asadi*

Ph.D. Candidate in International Trade and Investment law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

Third-party funding in international arbitration (TPF), is a new and emerging phenomenon. Despite the variety of third-party funding arrangements for international arbitration, what is being studied is a new way in which a third-party funder will deserve an agreed amount with his client if his client wins, but he has no right to refer to the client for the costs incurred when failing. The purpose of this article is to describe and analyze the major challenges associated with using such a foundation. The validity and position of this phenomenon in the legal system of different countries, due to the lack of regulations, as well as the impact of some concepts, are the subject of discussion. On the other hand, its growing use requires that this phenomenon be quickly regulated, and provide clear answers to the issues and the major challenges surrounding it. Recognition of the challenges and solutions can help to identify and accept this entity in different countries, especially in Iran, and provide the ground for encouraging individuals to invest in this field, and ultimately, it strengthens the position of countries as the seat of international arbitration.

Keywords: The Basic challenges, Validity and Legal Status, The Necessity of Regulating, Recovery of Costs, Security for Costs, Privilege, Disclosure and Conflicts of Interest.

* Corresponding Author: law_asadi@yahoo.com

چالش‌های اساسی تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط شخص ثالث

محمدعلی بهمنی

استادیار، گروه حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

* محمد مهدی اسدی

دانشجوی دکتری، حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

چکیده

تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط شخص ثالث، پدیده‌ای نو ظهور و جدید است. با وجود انواع روش‌های تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط شخص ثالث، آنچه مورد مطالعه می‌باشد روشی بدیع است که در آن تأمین‌کننده ثالث هزینه دعوی خواهان در داوری را به عهده می‌گیرد و در صورت پیروزی خواهان، استحقاق مبلغ توافق شده را دارد، اما در صورت شکست در دعوا، حق مراجعه به خواهان برای دریافت هزینه‌های انجام شده را ندارد. هدف این مقاله، تشریح و تحلیل چالش‌های اساسی مرتبط با استفاده از چنین تأسیسی است. اعتبار این نهاد در نظام حقوقی کشورهای مختلف، با توجه به نبود مقررات و همچنین تأثیر برخی از مفاهیم موجود محل نقد نقادان است. گسترش روزافزون استفاده از آن ایجاب می‌کند که این پدیده سریعاً خود را تنظیم نماید و برای چالش‌های اساسی پیرامون خود پاسخ‌های روشنی ارائه کند. شناخت چالش‌ها و راهکارها می‌تواند ضمن کمک به شناسایی و پذیرش این نهاد در کشورهای مختلف، به ویژه در ایران، زمینه را برای تشویق اشخاص به سرمایه‌گذاری در این حوزه فراهم نموده و نهایتاً منجر به تقویت جایگاه کشورها به عنوان مقر داوری‌های بین‌المللی گردد.

کلیدواژه‌ها: چالش‌های اساسی، اعتبار و جایگاه حقوقی، ضرورت تنظیم، جبران هزینه‌ها، درخواست ارائه تضمین برای جبران هزینه‌ها، مصونیت از افشاء اطلاعات، افشاء قرارداد، تعارض منافع.

مقدمه

طی سال‌های اخیر نظام حل و فصل اختلافات تجاری و سرمایه‌گذاری بین‌المللی شاهد ظهور نهاد جدیدی با عنوان «تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط شخص ثالث» (موسوم به «تی پی اف»)^۱ بوده است نهادی که استفاده از آن به سرعت در حال افزایش است و قانون‌گذاران ملی را نیز به چالش کشیده است.^۲

اگرچه روش‌های دیگری نیز از جمله «تأمین مالی توسط شرکت بیمه، تأمین مالی توسط وکیل، وام و انتقال یا واگذاری دعوا»^۳ برای تأمین مالی داوری بین‌المللی در بستر زمان به کار بسته شده‌اند، اما نهاد تأمین مالی داوری توسط شخص ثالث، نه تنها در حال به حاشیه راندن دیگر روش‌ها است؛ بلکه قانون‌گذاران ملی را نیز به شناسایی و استفاده از آن فرا می‌خواند. در تعریف از تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط شخص ثالث که از این پس با نشان اختصاری «تی پی اف» از آن یاد می‌شود آمده است: «هرگونه اقدام از سوی شخص غیرمرتبط با دعوی است که تمام یا بخشی از هزینه‌های داوری خواهان را بر اساس یک توافق قبلی و در قبال درصدی از محکوم‌به رأی نهایی یا مبلغ تعیین شده یا ترکیبی از این دو و یا حتی روش‌های دیگر، تأمین مالی می‌کند. در صورتی که رأی صادره به نفع خواهان نباشد سرمایه‌گذاری تأمین‌کننده با شکست مواجه شده است.»^۴ «تی

1. Third Party Funding in International Arbitration (TPF).

2. Booliers, Eva, *Third- Party Funding: The Effect of The Growing Third – Party Funding Industry in International Arbitration on New Zealand*, (Victoria University of Wellington, 2015), p.2.

3. Nieuwveld, Lisa Bench, Shannon, Victoria, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Second Edition, (Kluwer Law International, 2017), pp.3-7.

4. Derains, Yves, “Foreword to Third-Party Funding in International Arbitration”, ICC Dossier No. 752E 5, 2013.

برای مطالعه تعریف مشابه مندرج در برخی از معاهدات، نک:

Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) (provisionally in force since 21 September 2017), Article 8.1; European Union-Viet Nam Investment Protection Agreement (signed on 30 June 2019), Article 3.28; European Union-Singapore Investment Protection Agreement (signed on 19 October 2018), Article 3.1; Canada-Chile Free Trade Agreement (CCFTA) (in force since 5 February 2019): Article G-23 bis.

پی اف»، با توجه به جمله آخر تعریف و از این جنبه خاص، از سایر موافقت‌نامه‌های تأمین مالی متفاوت است.^۱

«تی پی اف» از یک سو بسیاری از اشخاص همچون شرکت‌های ورشکسته یا شرکت‌های کوچک و متوسط و حتی بسیاری از شرکت‌های بزرگ که همواره مورد شکایت قرار می‌گیرند را در موقعیتی قرار می‌دهد که بتوانند دعوای خود را در مراجع داوری بین‌المللی بدون دغدغه مالی طرح نمایند و از سوی دیگر هم به سرمایه‌گذاران زیادی، فرصت می‌دهد تا پس از تجربه بحران بازار جهانی طی چند سال اخیر سرمایه‌های خود را در چنین کسب‌وکار جدیدی به کار گیرند که وابسته به کارکرد و سوددهی بازارهای مالی یا سرمایه‌ای همچون سهام نباشد.^۲

برخی از مدافعین «تی پی اف»، دسترسی طرف‌های ضعیف و کم‌درآمد به عدالت در مواجهه با هزینه‌های رو به افزایش داوری را یکی از مزایای مهم این شیوه می‌دانند.^۳ البته چنین ادعایی شاید تا حدی غلوآمیز باشد؛ زیرا تأمین‌کنندگان ثالث اصولاً دعوایی را تأمین مالی می‌کنند که احتمال موفقیت در آن بالا باشد یا حداقل در صورت عدم موفقیت آن، هزینه سنگینی را متحمل نشوند. در کنار مزایایی که «تی پی اف» برای بازیگران آن دارد، مشارکت یک تأمین‌کننده ثالث با تخصص تجارتي (با توجه بیشتر به خطرات احتمالی و مزایای داوری) می‌تواند باعث گردد تا داوری به صورت تخصصی‌تر انجام شود.

به‌رغم مزایای فراوان «تی پی اف» که تنها به بخشی از آن‌ها اشاره شد، نگرانی‌هایی نیز در خصوص استفاده از آن وجود دارد. یکی از نگرانی‌ها کنترل شخص ثالث بر داوری و تأثیرگذاری بر فرایند رسیدگی است به گونه‌ای که حتی گاه ممکن است مانع از حصول سازش میان طرفین اختلاف گردد. نگرانی دیگر این است که «تی پی اف»، موجب افزایش تعداد دعوای شده و مشکلاتی را برای داوری و دستگاه قضایی به وجود آورد.^۴ مضاف بر آن، هرچند استفاده از «تی پی اف» در بسیاری از معاهدات راجع به سرمایه‌گذاری هنوز

1. Duggal, Kabir, Shahdadpuri, Khushboo, *General Duties of Counsel, Third-Party Funding in International Arbitration*, (JurisNet, LLC, 2018), pp.25-26.

2. Sahani, Victoria, "Judging Third-Party Funding", *UCLA Law Review*, 63, 2016, pp. 392-398.

3. Choi, Maria, "Third-Party Funders in International Arbitration: A Case for Protecting Communication Made in Order to Finance Arbitration", *The Georgetown Journal of Legal Ethics* 833, Vol. 29, 2016, pp.883-884.

۴. Boolieris, Eva, op. cit, pp.10-12.

مورد توجه قرار نگرفته و استفاده از آن در پرونده‌های ایکسید^۱ هم بسیار نادر است،^۲ لیکن برخی از نویسندگان با توجه به بحث‌ها در خصوص مطلوبیت «تی پی اف» و اینکه به طور بالقوه دسترسی به مراجع داوری را برای سرمایه‌گذاران کوچک‌تر آسان می‌نماید از به کارگیری «تی پی اف» با توجه به توانمندسازی سرمایه‌گذار جهت طرح دعوا در ایکسید که باعث افزایش حجم پرونده‌ها و نگرانی از اقدامات متقابل دولت‌ها و تأثیری که بر مشروعیت ایکسید خواهد گذاشت، ابراز نگرانی می‌نمایند.^۳

با این همه نگرانی عمده در ارتباط با «تی پی اف»، بی‌توجهی به چالش‌های اساسی پیش روی این نهاد است. «تی پی اف» به عنوان یک نهاد نوظهور همانند هر پدیده مشابه با چالش‌های جدی حقوقی، مالی و اخلاقی مواجه است و بی‌توجهی به این چالش‌ها می‌تواند نهاد موفق داوری را تهدید نماید. از همین رو مقاله حاضر در صدد است این چالش‌ها را در سه مبحث مورد مطالعه قرار دهد تا شاید بتوان ضمن رفع نواقص «تی پی اف»، زمینه استفاده بهینه از آن را فراهم ساخت. مبحث اول مقاله با عنوان چالش‌های حقوقی، به اعتبار و جایگاه حقوقی «تی پی اف» در نظام‌های حقوقی داخلی کشورها، از جمله ایران و همچنین ضرورت تنظیم مقررات و قواعد مربوط به «تی پی اف» می‌پردازد. مبحث دوم چالش‌های مالی آن همچون جبران هزینه‌ها و درخواست ارائه تضمین برای جبران هزینه‌ها را مورد واکاوی قرار می‌دهد و سرانجام در مبحث سوم چالش‌های اخلاقی به کارگیری «تی پی اف» شامل مصونیت از افشاء اطلاعات، افشاء قرارداد «تی پی اف» و تعارض منافع مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 رتال جامع علوم انسانی

1. International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)
۲. *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10; See: Bret, Anna Joubin, "Spotlight on Third – Party Funding in Investor – State Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade*, 16, 2015, pp 727-733.
۳. Hederer, Christian, "Third – Party Funding in International Investment Arbitration – Economic Analysis and Regulatory Options", University of Ottawa, Faculty of Law Working Paper, December 2016, pp.1-45; Brabandere, Eric De, Lepeltak, Julia, "Third Party Funding in International Investment Arbitration", Grotius Centre for International Legal Studies, Grotius centre Working Paper N 2012/1, 2012, pp. 10-11.

۱. چالش‌های حقوقی

گسترش روزافزون استفاده از «تی پی اف» و ابهامات و چالش‌های حقوقی موجود در ارتباط با آن، بررسی اعتبار و جایگاه حقوقی «تی پی اف» و تنظیم‌گری در این حوزه را ایجاب می‌کند؛ چه اینکه اولاً در خصوص اعتبار و جایگاه حقوقی «تی پی اف»، در نظام حقوقی کشورها، اتفاق نظر وجود ندارد. در نظام حقوقی ایران نهاد مذکور ناشناخته است و لازم است بررسی گردد که آیا مقررات موجود تاب و تحمل پذیرش چنین نهادی را دارند یا خیر. ثانیاً، استفاده از «تی پی اف»، به عنوان یک پدیده جدید، ضرورت تنظیم این پدیده را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد. در ادامه، طی دو گفتار، موارد پیش‌گفته بررسی خواهند شد.

۱-۱. اعتبار و جایگاه حقوقی «تی پی اف»

به‌رغم استفاده روبه‌رشد از «تی پی اف» در داوری‌های بین‌المللی، با توجه به عدم وفاق در خصوص اعتبار و جایگاه حقوقی آن در نظام‌های حقوقی داخلی، ضرورت دارد تا جایگاه حقوقی این پدیده نوظهور، در نظام‌های حقوقی از جمله ایران مورد بررسی قرار گیرد. با وجود استفاده روزافزون از «تی پی اف»، فقدان قوانین و مقررات راجع به پذیرش اعتبار آن (به جز چند کشور محدود) و تأثیر برخی مفاهیم و دکترین‌ها در نظام‌های حقوقی کامن لا و رومی-ژرمنی^۱ همچون «معاضدت و شَرخری»^۲، «ترغیب به اقامه دعوای

۱. Pitkowitz, Nikolaus, *Handbook On Third-Party Funding in International Arbitration, Part I. General Reports, Chapter 1, The TPF Handbook*, (JurisNet, LLC, 2018), pp. 7-9.

۲. Maintenance and Champerty.

معاضدت، ارائه کمک مالی شخص ثالث به یک طرف دعوا است، بدون آنکه توقع دریافت سهمی از آنچه وی در نتیجه رسیدگی به دست خواهد آورد داشته باشد. شَرخری، نوعی از معاضدت می‌باشد، با این تفاوت که شخص ثالث در ازای ارائه کمک مالی به یک طرف دعوا، توقع دریافت سهمی از پول دریافت‌شده توسط وی در نتیجه برنده شدن در دعوا را دارد:

Nieuwveld, Lisa Bench, Shannon, Victoria, *op. cit*, p.14.

بی‌اساس»^۱ «ربا یا بهره»^۲ و «قرارداد احتمالی»^۳ در واقع، مهم‌ترین موانع پیش‌روی پذیرش اعتبار «تی پی اف» در نظام‌های حقوقی است.^۴ البته نبود قانون، به معنای ممنوعیت استفاده از یک پدیده جدید در نظام حقوقی کشورها به شمار نمی‌آید.^۵ همچنین توجه به تغییر نگاه نظام‌های حقوقی به دکترین «معاضدت و شَرخَری» و شناخت دقیق مفاهیم فوق‌الذکر آشکار می‌سازد که از یک سو، در خصوص «معاضدت و شَرخَری»، نگاه بدبینانه به تدریج کاسته شده است و در حال حاضر نگاه تازه‌ای نسبت به آن‌ها وجود دارد به گونه‌ای که امروزه دیگر بسیاری از دادگاه‌های پیش‌رو به قاعده «معاضدت و شَرخَری» که برای حمایت در مقابل تضعیف رسیدگی دادگاه طراحی شده است کمتر سوءظن و حساسیت دارند.^۶ در نظام حقوقی ایران نیز شَرخَری به طور صریح ممنوع اعلام نشده است.

از سوی دیگر بررسی دقیق‌تر همچنین نشان می‌دهد که «تی پی اف» را نمی‌توان از مصادیق «ترغیب به اقامه دعوی بی‌اساس»، «ربا یا بهره» و همچنین «قرارداد احتمالی» دانست؛ زیرا اولاً برخلاف «ترغیب به اقامه دعوی بی‌اساس»، در روش «تی پی اف»، تأمین‌کننده ثالث با بررسی تخصصی و هم‌جانبه موضوع توسط کارشناسان مجرب، در صورتی که احتمال پیروزی خواهان را در دعوا بالا ببیند اقدام به سرمایه‌گذاری می‌نماید؛ زیرا نیک می‌داند که در صورت شکست خواهان در دعوا، سرمایه‌گذاری وی از دست رفته است؛ بنابراین تأمین‌کنندگان ثالث در خصوص دعوی بی‌اساس که احتمال پیروزی در آن ضعیف است، اقدام به سرمایه‌گذاری نمی‌کنند. ثانیاً ربوی یا بهره‌ای تلقی کردن رابطه قراردادی تأمین‌کننده ثالث و خواهان صحیح نیست. در رابطه مبتنی بر ربا یا بهره، گیرنده در هر صورت متعهد به بازگردان اصل مبلغ و سود می‌باشد، در صورتی که در «تی

۱. (Barratry) ترغیب و تشویق مکرر دیگران به طرح دعوا (معمولاً بی‌اساس) به منظور کسب سود را می‌نامند.

See: Rhine, Wayne, "Barratry - A Comparative Analysis of Recent Barratry Statutes", DePaul Law Review, Volume 14, Article 11, Issue 1 Fall-Winter 1964, p. 146.

۲. Usury.

۳. Contingency agreements (pactum de quota litis).

۴. Douglas R. Richmond, "Other People's Money: The Ethics of Litigation Funding", 56 Mercer L. Rev, 2005, pp. 649-650.

۵. Scherer, Maxi, Goldsmith, Aren, "Third Party Funding of International Arbitration Proceedings - A View from Europe: Part II: The Legal Debate", Int'l Bus. L.J., Provided by: University of Washington Law Library, 2012, p. 654.

۶. Rodgers, Anne M, Incerto, M Scott Incerto and Cummings, Alex E, *Third Party Litigation Funding Law Review*, (Law Business Research Ltd, 2017), pp. 171-173.

پی اف»، خواهان در صورت شکست در دعوا، تعهدی به بازگرداندن مبالغ دریافت شده از تأمین کننده ثالث ندارد و فقط در صورت برنده شدن متعهد به پرداخت سهم یا درصد مورد توافق است. ثالثاً احتمالی قلمداد کردن قرارداد «تی پی اف»^۱ و باطل دانستن آن در نظام های حقوقی که قرارداد احتمالی باطل است بدون پاسخ نمی باشد. به عنوان نمونه، در نظام حقوقی ایران، بزرگ ترین چالش پیش روی پذیرش اعتبار «تی پی اف»، احتمالی و غرری تلقی کردن آن است.

در حقوق ایران، باید بررسی شود که آیا قرارداد «تی پی اف»، احتمالی محسوب می گردد یا خیر. اصولاً قرارداد معوض، در صورتی احتمالی است که عامل بخت و تصادف در تعیین دو عوض دخالت داشته و عقد بر مبنای آن واقع شده باشد؛ بنابراین معین نبودن سود و زیان، تعیین کننده ماهیت قرارداد نیست؛ زیرا هیچ کس نمی تواند به طور قطع منافع کارهای خود را پیش بینی نماید. در تعریف قرارداد احتمالی باید گفت: «عقد معوضی است که در آن مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده باشد»^۲. در قرارداد احتمالی، سود و زیان دو طرف، به بخت و اتفاق وابسته است، لیکن در قرارداد «تی پی اف»، همان گونه که بیان شد تأمین کننده ثالث با بررسی اختلاف توسط افراد متخصص مربوط به خود و محاسبه نتیجه دعوا و سود احتمالی اقدام به سرمایه گذاری می نماید. این نوع سرمایه گذاری مانند هر قرارداد دیگر می تواند برای تأمین کننده سود یا ضرر داشته باشد، اما آنچه مشخص است تأمین کننده با تکیه به اتفاق و بخت دست به چنین سرمایه گذاری نخواهد زد و قطعاً با یک ارزیابی همه جانبه و محاسبه سود و ارزیابی ریسک وارد قرارداد می شود؛ بنابراین با توجه به اینکه استفاده از قرارداد «تی پی اف» در دنیا روبه فزونی است و شرکت های سرمایه گذار، با ارزیابی همه جانبه وارد چنین قراردادی می شوند نمی توان قرارداد مذکور را از مصادیق قراردادهای احتمالی دانست. ضمن آنکه پذیرش نهاد مفید و مثمر ثمری چون «تی پی اف» در نظام حقوقی ایران، علاوه بر ایجاد یک زمینه جدید سرمایه گذاری در کشور برای سرمایه گذاران، می تواند منجر به توسعه داوری و

۱. به این دلیل که تأمین کننده ثالث به طور دقیق نمی تواند میزان سود خود را پیش بینی نماید ضمن آنکه در صورت شکست خواهان در دعوا، نه تنها سودی نخواهد برد، بلکه هزینه های انجام شده وی نیز غیر قابل بازگشت خواهد بود.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری برنا، ۱۳۸۰، ش ۷۵، صص ۱۲۴-۱۲۳.

کاهش پرونده‌های رو به فزون در مراجع قضایی گردد. با این نگاه می‌توان گفت استفاده از «تی پی اف» در نظام حقوقی ایران، در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی، معتبر و قابل پذیرش خواهد بود.

با وجود این، به منظور روشن شدن بیشتر بحث به یکی از مصادیق قرارداد احتمالی با عنوان قرارداد بیع با ثمن باز یا شناور اشاره می‌گردد. در حقوق ایران معلوم و معین بودن معامله از جمله ثمن، ضروری و از شرایط صحت معامله محسوب می‌گردد (ماده ۲۱۶ قانون مدنی)، اما باید توجه داشت که در حقوق تجارت بین‌الملل قراردادهایی منعقد می‌شود که طرفین قرارداد در هنگام انعقاد قرارداد نمی‌توانند عوضین قرارداد را تعیین نمایند؛ لذا آن را به معیارها و ضوابط متغیر در آینده محول می‌کنند.^۱ به نظر می‌رسد در صورت نیاز و اقتضای کار مورد نظر و ضرورت و احتیاجات حقوق تجارت بین‌الملل، در ثمن باز در بیع، زمانی که قابلیت تعیین را دارد از موارد علم اجمالی است^۲ که مطابق انتهای ماده ۲۱۶ قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است.^۳ بر اساس اصل حاکمیت اراده، طرفین عقد می‌توانند تعیین ثمن را به ضابطه‌هایی تغییرپذیر یا تغییرناپذیر و یا عاملی مشخص واگذار نمایند و این امر خللی به اعتبار قرارداد منعقد شده وارد نمی‌کند.^۴ برخی از حقوقدانان ایرانی اعتبار قرارداد بیع با ثمن باز را در حقوق ایران با نظریه کفایت قابلیت تعیین عوضین نیز قابل توجیه می‌دانند و معتقدند اعتبار عقد احتمالی مبتنی بر نظریه کفایت قابلیت تعیین مورد معامله است. بر اساس نظریه مذکور، تعیین قطعی عوض یا عوضین در زمان انعقاد الزامی نمی‌باشد و تعیین معیاری که بر مبنای آن عوض یا عوضین در آینده تعیین گردد کافی است.^۵ ملاحظه می‌گردد مواردی که قرارداد بدون وابستگی به بخت و اتفاق و همراه با بررسی و ارزیابی همه‌جانبه و محاسبه سود و ارزیابی ریسک منعقد می‌گردد و در جایی

۱. محمدی، سام، کاویار، حسین، «تبیین فقهی حقوقی شروط ثمن باز در قراردادهای انرژی»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره چهل و چهار، (۱۳۹۵)، ص ۱۱۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چاپ ششم، (تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳)، ش ۳۹۸، صص ۱۸۵-۱۸۴.

۳. محمدی، سام، کاویار، حسین، پیشین، ص ۱۲۸.

۴. همان، ص ۱۳۵.

۵. رحیمی، حبیب‌الله، محمود زاده، خسرو، «مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۲، (۱۳۹۳)، ص ۱۱۲.

که مورد معامله قابلیت تعیین را دارد نمی‌توان به دلیل احتمالی و غرری بودن قرارداد را باطل دانست. امروزه استفاده از قراردادهای بیمه، بیع با ثمن شناور، مشارکت در احداث، رو به افزایش بوده و از ضروریات جامعه محسوب می‌گردد؛ بنابراین بی‌اعتبار تلقی کردن این قراردادها و از جمله قرارداد «تی پی اف»، نهایتاً باعث بطلان تعداد زیادی از معاملات تجاری می‌شود که جامعه را دچار مشکل خواهد نمود.

به‌رحال و به‌رغم مطالب عنوان‌شده فوق، روشن نبودن وضعیت اعتبار «تی پی اف» در نظام‌های حقوقی داخلی کشورها، می‌تواند داوری‌های انجام‌شده با استفاده از این نهاد را با خطرات بسیار جدی مواجه نماید. این خطر برای شخص تأمین مالی شده وجود دارد که طرف دعوی وی به دنبال توقف داوری باشد یا وی را بر اساس مفاهیم حقوقی پذیرفته‌شده در نظام‌های کامن‌لا،^۱ یا رومی-ژرمنی تحت تعقیب قضایی قرار دهد یا در مواقع نیاز به همکاری دادگاه مقرر، دادگاه ممکن است از همکاری خودداری نماید و نهایتاً اینکه در صورت پیروزی در داوری، طرف مقابل می‌تواند با استناد به نقض نظم عمومی به دنبال ابطال رأی در مقرر، یا مانع شناسایی و اجرای رأی داوری در دادگاه محل اجرا گردد. خطری که می‌تواند تأمین‌کننده مالی ثالث را تهدید نماید مواجه با استتکاف خواهان از پرداخت مبلغ مورد توافق در قرارداد «تی پی اف» است. در این وضعیت و به دنبال طرح دعوی الزام به ایفای تعهد، با عدم پذیرش «تی پی اف» در مرجع قضایی کشور رسیدگی‌کننده، سرمایه‌گذاری وی با شکست مواجه خواهد شد. نهایتاً وکلای خواهان ممکن است به دلیل عدم رعایت قواعد و قوانین رفتار حرفه‌ای با پیگیری صنفی یا حتی قضایی مواجه گردند؛ بنابراین با توجه به نقش تأثیرگذار «تی پی اف» در توسعه و گسترش داوری، همچنین خطرات اشاره‌شده، ضرورت قانون‌گذاری توسط قانون‌گذاران کشورها و توسعه تفسیر قوانین داوری موجود به منظور پذیرش آن، امری ضروری قلمداد می‌شود. در این زمینه، گام‌هایی (هرچند محدود) برداشته شده است همچنانکه کشور سوئیس در سال ۲۰۰۴ ممنوعیت استفاده از «تی پی اف» را حذف کرد و دادگاه‌های این کشور به

۱. داوری هرچند به‌عنوان یک سازکار حل اختلاف مبتنی بر توافق طرفین می‌تواند به لحاظ ماهوی مستقل از نظام‌های حقوق ملی باشد، اما به‌واسطه وجود برخی تردیدها تا سال ۱۹۹۸ صرفاً در برخی موارد دکتین «معاذت و شُخری» در خصوص داوری نیز اعمال می‌شد، اما در سال ۱۹۹۸ دکتین مذکور آشکارا به داوری نیز سرایت داده شد. نک: Nieuwveld, Lisa Bench, op. cit, p.45.

استفاده از آن، چراغ سبز نشان داده‌اند.^۱ همچنین برخی از مراجع قضایی فرانسه به‌طور ضمنی قانونی بودن این روش را تحت قوانین فرانسه به رسمیت شناخته‌اند.^۲ علاوه بر این موارد، هنگ کنگ و سنگاپور با تصویب قانون، استفاده از چنین روش تأمین مالی را مورد پذیرش قرار داده‌اند.^۳ البته در نقطهٔ مقابل، کشورهای هم‌چون ایرلند به‌صراحت استفاده از آن را ممنوع اعلام کرده‌اند.^۴ در میان معاهدات سرمایه‌گذاری نیز همین اختلاف نظر وجود دارد؛ یعنی در مواردی این فرایند تأمین مالی را مجاز شناخته‌اند^۵ و در مواردی نیز آن را ممنوع کرده‌اند.^۶

با این توضیحات و با توجه به تمایل روزافزون به استفاده از «تی پی اف»، روشن است که در آینده نزدیک، از یک سو به دلیل محدود بودن اقدامات صورت گرفته به‌منظور پذیرش آن توسط کشورها و از سوی دیگر، با توجه به جایگاه ویژه داوری بین‌المللی در حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی، پذیرش این نهاد جدید در کشورها، نقش اساسی در انتخاب مقر داوری، ایفاء خواهد نمود. اشخاصی که به دنبال استفاده از «تی پی اف» می‌باشند با آگاهی از خطرات عدم پذیرش آن در نظام حقوقی کشور مقرر، به دنبال انتخاب کشوری به‌عنوان محل داوری خواهند بود که استفاده از این نهاد در آن پذیرفته شده باشد؛ بنابراین ضروری است که مراجع قانون‌گذاری، اجرایی و قضایی کشورها، از جمله ایران به این مهم توجه داشته باشند که با توجه به افزایش فزاینده استفاده از «تی پی اف» در داوری بین‌المللی، عدم پذیرش یا هرگونه ابهام در خصوص جایگاه قانونی آن در نظام

۱. Dodge, Kirstin S., Vorburger, Simon, *Handbook On Third-Party Funding in International Arbitration, Part II, Country Reports*, (JurisNet, LLC, 2018), p.391.

۲. Scherer, Maxi, op. cit, p.654.

۳. UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Third-party Funding: Possible Solutions (2 August 2019; A/CN.9/WG.III/WP.172) para 7;

در میان این کشورها، قانون هنگ کنگ بسیار مفصل‌تر است و به بسیاری از جزئیات اشاره کرده است. نک:

Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017.

4. Pitkowitz, Nikolaus, op. cit, pp. 7-9.

5. Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) (provisionally in force since 21 September 2017), Article 8.1.

6. BIT between Argentina and United Arab Emirates (signed on 16 April 2018), Article 24.

حقوقی، می‌تواند منجر به کاهش سهم کشورشان از داوری بین‌المللی به نفع کشورهای بی که این نهاد را پذیرفته‌اند شود.

۱-۲. ضرورت تنظیم «تی پی اف»

در حال حاضر، استفاده از «تی پی اف» در بسیاری از کشورها مانند ایالات متحده آمریکا، انگلیس، آلمان، استرالیا و فرانسه بسیار مورد استقبال قرار گرفته است،^۱ اما به‌رغم این تمایل روزافزون به استفاده از این روش، متأسفانه این نهاد حقوقی، نتوانسته است خود را نظام‌مند سازد. در خصوص ضرورت تنظیم «تی پی اف»، گزارش گروه سوم کاری آنسیترال حکایت از وجود دو رویکرد متضاد در این زمینه دارد، به گونه‌ای که رویکرد اول در پی تجویز «تی پی اف» و استثنای دعاوی خاصی از قلمرو آن بوده؛ زیرا این روش تأمین مالی برای تمامی دعاوی مناسب نیست و رویکرد دوم در عوض معتقد به ممنوعیت «تی پی اف» و محدود کردن آن صرفاً به سری دعاوی خاص است.^۲ به‌هرحال با وجود اجماع عمومی در صنعت «تی پی اف» در خصوص ضرورت تنظیم آن، مشکل اساسی پیدا کردن مسیری است که می‌بایست برای نظام‌مند نمودن این روش طی نمود.^۳ گزینه‌های متعددی در این زمینه پیشنهاد شده است: (۱) پذیرش «تی پی اف» به‌عنوان یک خدمت مالی و تنظیم آن در چارچوب صنعت خدمات مالی توسط اعضای این صنعت؛ (۲) توجه قانون‌گذار ملی به جایگاه «تی پی اف» در توسعه و گسترش داوری بین‌المللی و آگاهی نسبت به خطرات ناشی از عدم پذیرش آن و تأثیرش بر کاهش سهم کشور از داوری بین‌المللی و نهایتاً تصویب قانون در این زمینه؛ (۳) آگاه شدن مراجع قضایی و حقوقدانان از نقش و جایگاه

1. Adeline, Antoine, Perrin, Laure, *Third-party funding of arbitration in France*, (Squire Patton Boggs, France- March 27 2013), and, Osmanoglu, Burcu, "Third – Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest", *Journal of International Arbitration*, Published by Kluwer Law International, Volume32,Numbers1 through6,2015,p.348, and, Gayner, Oliver, Khouri, Susanna, "Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third Party Funding", *Fordham International Law Journal*, Volume40,issue3,2017, pp-1034-1046.

2. UNCITRAL, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session (Vienna, 14–18 October 2019; A/CN.9/1004) paras 82-83.

3. Booliers, Eva, op. cit, pp.23-24.

«تی پی اف» و تلاش برای توسعه تفسیر قوانین داخلی موجود به آن؛ (۴) استفاده از مکانیسم‌های بین‌المللی به منظور تنظیم و یکپارچه کردن قوانین در این زمینه.^۱

مسئله اساسی انتخاب مناسب‌ترین مسیر از میان گزینه‌های فوق است. تلقی «تی پی اف» به عنوان یک محصول مالی در صنعت خدمات مالی و نیز واگذار کردن تنظیم آن به دست تأمین‌کنندگان مالی معتبر، به نظر مسیر مناسبی نیست. فارغ از احتمال توجه تأمین‌کنندگان ثالث به منافع خود در تنظیم «تی پی اف»، باید توجه کرد که از این روش در داوری بین‌المللی استفاده می‌شود و داوری نیز ارتباط تنگاتنگی با قانون مقرّ داوری و نیز قانون کشور محل درخواست شناسایی و اجرای رأی داوری دارد. روشن است که عدم رعایت قوانین آمره کشورها، می‌تواند منجر به ابطال یا عدم شناسایی و اجرای رأی داوری گردد؛ بنابراین با توجه به جایگاه قوانین آمره کشورها، عدم دخالت قانون‌گذاران و مراجع قضایی در پذیرش چنین روشی و عدم مشارکت آن‌ها در نظام‌مند کردن آن، کمکی به تنظیم «تی پی اف» نخواهد نمود. در این ارتباط چالش‌هایی وجود دارد که دخالت قانون‌گذار و مراجع قضایی در پاسخگویی به حل آن امری ضروری است.

انتخاب گزینه اصلاح و تصویب قانون برای تنظیم «تی پی اف»، با وجود اینکه به نظر مناسب‌ترین و مفیدترین راه‌حل می‌باشد، اما این مسیر نیز فارغ از ایراد نیست. اصلاح و تصویب قانون، فرآیند پیچیده و طولانی است و همان‌گونه که سابقه قانون‌گذاری نشان می‌دهد این اقدام ممکن است سال‌ها به طول بیانجامد. جدای از این، «تی پی اف» یک صنعت جدید و نوپا در سراسر جهان می‌باشد و ممکن است موضوعات و چالش‌های مربوط به آن، تاکنون به‌طور کامل شناسایی و شناخته نشده باشند.

همچنین، این روش به عنوان یک پدیده در حال توسعه ممکن است دچار تغییراتی شود و نهایتاً اینکه ممکن است به اصلاح قوانین در این مرحله به جای توجه گسترده و همه‌جانبه به عنوان یک واکنش نگریسته شود؛ بنابراین بازنگری و تصویب قانون بر اساس اطلاعات موجود در خصوص «تی پی اف» ممکن است مشکلات غیرقابل پیش‌بینی جدیدی را به وجود بیاورد. شاید هم به همین دلیل باشد که مؤسسات داوری در سراسر جهان از بازنگری قواعد داوری خود به منظور اجتناب از مقابله قوانین ملی حاکم مرتبط

1. Shahdadpuri, Khushboo Hashu, "Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating The Treacherous Trajectory", Asian International Arbitration Journal, Volume 12, Number 2, 2016, pp.102-106.

با «تی پی اف» یا قانون مقرر رسیدگی داوری خودداری می‌ورزند.^۱ با این همه ترویج قواعد نرم در این حوزه می‌تواند بستر مناسبی را برای توسعه مفاهیم مربوط به «تی پی اف» فراهم نماید.^۲

مسیر بعدی، استفاده قضات و داورها از قوانین موجود و توسعه تفسیر قوانین داوری به «تی پی اف» است.^۳ عیب اصلی این مسیر، ایجاد تعارض در رویه در ارتباط با «تی پی اف» است، اما باید توجه نمود که از یک سو با توجه به مشکلات مربوط به اصلاح و تصویب قوانین، از جمله مهلت زمانی تصویب یک قانون و از سوی دیگر وجود چندین چالش اساسی در «تی پی اف»، ایجاب می‌نماید که به سرعت این چالش‌ها مورد توجه قرار گرفته و برای حل آن پاسخ و اقدام عملی صورت پذیرد. لذا به نظر می‌رسد در زمان حاضر، استفاده از ابزار تفسیر قوانین بهترین گزینه باشد. می‌توان با بازنگری‌های عملی و تفسیر مجدد قوانین موجود در مقام پاسخگویی به موضوعات و چالش‌های مربوط به «تی پی اف» برآمد و در ادامه و در یک بازه زمانی چندساله، اصلاح و تصویب قانون بهترین گزینه و انتخاب خواهد بود.

مسیر دیگر، استفاده از مکانیسم‌های بین‌المللی است. سازمان‌های بین‌المللی مرتبط با موضوع می‌توانند با به کارگیری متخصصین مرتبط با داوری و «تی پی اف» اقدام به تنظیم و نظام‌مند نمودن این روش نمایند. آنسترال در این زمینه نقش بسیار مهمی را می‌تواند ایفاء نماید. شاید در مقطع فعلی انتظار تصویب یک معاهده بین‌المللی امری دور از ذهن تلقی شود، اما تهیه قوانین نمونه یا راهنما و دستورالعمل برای تصویب قانون توسط قانون‌گذاران ملی، می‌تواند اقدام عملی مناسبی از سوی نهادهای بین‌المللی مرتبط باشد. در خصوص تنظیم «تی پی اف» اقداماتی هر چند محدود در سطح بین‌المللی انجام شده است که در این میان از جمله می‌توان به اصول راهنمای قانون بین‌المللی و کلا راجع به تعارض منافع در داوری تجاری بین‌المللی مصوب نوامبر ۲۰۱۴ (قسمت ۶-ب و ۷-الف)،^۴

۱. Sahani, Victoria, op. cit, pp. 403-406.

۲. برای مثال، نک:

UK Civil Justice Council, Code of Conduct for Litigation Funders in England & Wales (January 2018).

3. Ibid, pp.407-410.

4 . IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2014.

گزارش کمیته داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی راجع به هزینه‌های داوری بین‌المللی،^۱ انتشار راهنمایی راجع به «تی پی اف» توسط مرکز داوری هنگ‌کنگ،^۲ یادداشت مرکز داوری سنگاپور با عنوان نحوه رفتار در پرونده‌های با تامین مالی ثالث،^۳ قواعد جدید داوری سرمایه گذاری بین‌المللی کمیسیون داوری بین‌المللی تجاری و اقتصادی چین،^۴ دستور العمل رفتاری انجمن تامین کنندگان مالی دعوای انگلستان و ولز برای تامین کنندگان مالی دعوا،^۵ قواعد داوری مرکز داوری بین‌المللی هنگ‌کنگ،^۶ قواعد داوری سرمایه‌گذاری مرکز داوری بین‌المللی سنگاپور،^۷ قواعد لاهه در خصوص داوری حقوق بشر و تجارت،^۸ خط‌مشی اتاق بازرگانی استکهلم در خصوص افشا،^۹ بهترین روش‌های انجمن بین‌المللی تامین مالی حقوقی،^{۱۰} قواعد داوری اتاق داوری میلان،^{۱۱} گزارش شورای داوری تجاری بین‌المللی (ایکا) و دانشگاه کوئین ماری لندن در آوریل ۲۰۱۸،^{۱۲} و نهایتاً تمایل ایکسید به بازنگری قواعد داوری و اتخاذ موضع راجع به «تی پی اف» اشاره نمود.^{۱۳}

1. ICC examines allocation of costs in international commercial arbitration , 08 December,2015.
- 2 . CIETAC HKAC, “Guidelines for Third Party Funding in Arbitration” , 23 May 2016.
- 3 . SIAC Practice Note, PN—01/17 , 2017.
- 4 . CIETAC International Investment Arbitration Rule, 2017, art 27.2.
- 5 . Code of Conduct for Litigation Funders, January 2018.
- 6 . HKIAC Administered Arbitration Rules , 18 October 2018, Section V, Article 34.4, Section VI, Article 44, Section VI, Article 45.
- 7 . SIAC Investment Arbitration Rules 2017, 2017, Rule 24.
- 8 . Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, December 2019,Section VI, Article 55 with commentary.
- 9 . SCC Policy Disclosure of Third Parties with an Interest in the Outcome of the Dispute, Adopted by the SCC Board on 11 September 2019.
- 10 . ILFA ‘Best Practice’, 2020 ; Sanderson ,Cosmo, “Third-party funders launch global alliance” , Global Arbitration Review,14 September 2020.
- 11 . CAM, Arbitration Rules, 01 July 2020, Section VI, Article 43.
12. Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration, the ICCA Reports no. 4, Published by the International Council for Commercial Arbitration, April 2018.
- 13 . Proposals for Amendment of the ICSID Rules, Working Paper # 4 ,Volume1, ICSID ,February 2020, Rule 14, pp.37-38, Rule 53(4), pp.58-59 ; Yong, Lacey, “ICSID to Target 16 Areas for Rule Reform”, Global Arbitration Review,09 May 2017; Kinnear, Meg, “ICSID Secretary General’s Top Priorities for Reform”, Global Arbitration Review, 03 May 2017.

مفاد مربوط به «تی پی اف» را می‌توان در برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری جدید از جمله:^۱ توافق‌نامه جامع تجاری و اقتصادی اتحادیه اروپا و کانادا،^۲ موافقت‌نامه حمایت از سرمایه‌گذاری اتحادیه اروپا و سنگاپور،^۳ موافقت‌نامه تجارت آزاد کانادا و شیلی،^۴ معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه مدل ۲۰۱۹ هلند،^۵ و موافقت‌نامه حمایت از سرمایه‌گذاری اتحادیه اروپا و ویتنام^۶ مشاهده کرد. «تی پی اف» همچنین در چارچوب مذاکرات مدرن شدن معاهده منشور انرژی مورد توجه قرار گرفته است.^۷

در ارتباط با جدیدترین اقدامات می‌توان به قواعد داوری ۲۰۲۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی در خصوص ضرورت افشاء وجود قرارداد «تی پی اف» و هویت تامین‌کننده مالی شخص ثالث،^۸ و یادداشت ۲۰۲۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی در ارتباط با افشاء روابط داوران با تامین‌کنندگان مالی،^۹ اشاره نمود.

در پایان لازم به ذکر است که خوشبختانه کارگروه سوم آنسیترال^{۱۰} در حال حاضر در حال بررسی گزینه‌های مختلف اصلاحات از جمله در خصوص «تی پی اف» است.^{۱۱} تا کنون

۱ . در موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین آرژانتین و امارات متحده عربی در ماده ۲۴ صراحتاً تصریح شده که «تی پی اف» مجاز نیست.

Argentina-United Arab Emirates Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Ibid, Article 24: “Third party funding is not permitted”.

2 . CETA, 2016, Articles 8.1 and 8.26.

3 . EUSIPA, Articles 3.1(f), 3.8 and 3.19(6).

4 . CCFTA, 2019, Article G-23-bis.

5 . Netherlands Model Bilateral Investment Treaty, 2019, Article 19.

6 . EVIPA, ch. 3, sec. B, sub-sec. 1, art. 3.28(i); ch. 3, sec. B, sub-sec. 1, art. 3.37; ch. 3, sec. B, sub-sec. 5, art. 3.54(7); Vietnam ratifies free trade deal with EU, Reuters, June 8, 2020.

7 . Public Communication on the Second Negotiation Round on the Modernisation of the Energy Charter Treaty, 08–11 September 2020.

8 . ICC Rules of Arbitration (ICC Rules), 2021, Article 11(7).

9 . ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, 01 January 2021, Parad.28-32.

10 . UNCITRAL Working Group III on Investor-State Dispute Settlement Reform.

۱۱ . در این ارتباط نک:

UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Third-party funding – Possible solutions, Note by the Secretariat, 02 August 2019; (A/CN.9/WG.III/WP.172); UNCITRAL, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session (Vienna, 14–18 October 2019), 23 October 2019, (A/CN.9/1004); UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Draft code of conduct, Note by the

برخی از کشورها موافقت خود را با مقررات گذاری در این خصوص اعلام نموده‌اند.^۱ به هر حال، ضرورت مقررات گذاری در این حوزه و دامنه آن در گرو اتمام جلسات کاری و تصمیم نهائی کارگروه سوم آنسیترال است و تا آن زمان باید صبر پیشه کرد.^۲

۲. چالش‌های مالی

گسترش استفاده از «تی پی اف» و ابهامات و چالش‌های مالی موجود در این ارتباط، واکاوی امکان جبران کامل هزینه‌ها و همچنین امکان درخواست ارائه تضمین برای جبران هزینه‌ها توسط خواننده را ضروری می‌نماید؛ زیرا اولاً در ارتباط با جبران کامل هزینه‌های «تی پی اف» از طرف مقابل دعوی اختلاف نظر وجود دارد و ثانیاً با وجود قرارداد «تی پی اف» در خصوص امکان درخواست خواننده از طرف مقابل دعوا جهت ارائه تضمین برای جبران هزینه‌ها، اتفاق نظر وجود ندارد. در ادامه، طی دو گفتار، موضوعات اشاره شده بررسی خواهند شد.

۲-۱. جبران هزینه‌ها

طرح و پیگیری دعوا در داوری مستلزم هزینه است و طرف برنده انتظار دارد هزینه‌هایی که در داوری متحمل شده جبران شوند، اما در مقابل چنین انتظاری، باید اشاره کرد که به جز چند استثناء، صرفاً هزینه‌های ضروری و منطقی، قابل جبران است و جبران سایر هزینه‌ها، به دلیل ضروری نبودن آن، به طرف بازنده تحمیل نمی‌شود.^۳

Secretariat, 9 November 2020, (A/CN.9/WG.III/WP.201) ; Draft Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes Version Two (For comments by delegations), ICSID and UNCITRAL, 19 April 2021.

۱. برای مثال نک:

UNCITRAL, Submission from the Government of Turkey, 11 July 2019, (A/CN.9/WG.III/WP.174) p.3; UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Submission from the Government of Morocco, Note by the Secretariat, 04 March 2019, (A/CN.9/WG.III/WP.161), paras 26-30; UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Submission from the Government of Thailand, 8 March 2019, (A/CN.9/WG.III/WP.162), para 18.

2. UNCITRAL, (A/CN.9/1004), Ibid, para 97: After discussion, the Secretariat was requested to prepare draft provisions on third-party funding reflecting the deliberations, which would contain options for consideration. It was said that the draft provisions, once finalized, could be deployed by States in their treaties, used in arbitration rules, or incorporated in a multilateral convention which could apply to all treaties and allow for a harmonized approach.

3. Pitkowit, Nikolaus, op. cit, pp. 9-10.

چالش اساسی در خصوص هزینه‌های تأمین مالی ثالث، تلقی چنین هزینه‌هایی به عنوان هزینه‌های داوری است. در این ارتباط، از یک سو باید اذعان نمود که در چارچوب قوانین و قواعد جاری مرتبط با جبران هزینه‌های داوری، پذیرش درخواست جبران هزینه‌ها توسط طرف تأمین مالی شده برنده، محل اختلاف است و از سوی دیگر در صورت پذیرش امکان جبران، باید مشخص شود که کدام قسمت از هزینه‌ها قابل مطالبه است. عدم اطمینان در این خصوص، در تصمیم تأمین کنندگان ثالث بر سرمایه‌گذاری در حوزه داوری تأثیر منفی خواهد گذاشت؛ لذا ضرورت دارد امکان و حدود جبران هزینه‌های «تی پی اف»، مشخص گردد.

این نکته روشن است که مبلغ یا درصد مورد توافق در قرارداد «تی پی اف» شامل مجموع هزینه‌های داوری پرداخت شده توسط تأمین کننده ثالث، به علاوه سود سرمایه‌گذاری وی می‌باشد. در اینکه بخشی از هزینه‌های پرداخت شده توسط تأمین کننده ثالث برای پیگیری و دنبال کردن دعوا ضروری و منطقی است، تردیدی وجود ندارد؛ لذا می‌توان این هزینه‌ها را قابل مطالبه دانست، اما در خصوص امکان جبران سایر هزینه‌های مورد توافق اضافه، از طرف بازنده دعوا، به نظر پاسخ منفی است.

در دعوی اسار اوایل فیلدز سرویسز لیمیتد علیه نورسکات^۱ به سال ۲۰۱۶ تصمیم اتخاذ شده به وسیله دادگاه عالی انگلستان و ولز در سال ۲۰۱۶، روزنه‌ای را برای دریافت تمام مبلغ مورد توافق در قراردادهای «تی پی اف» در داوری تجاری بین‌المللی باز نمود.^۲ در این دعوی، شرکت نورسکات به منظور امکان طرح دعوا علیه شرکت اسار در دیوان داوری اقدام به انعقاد قرارداد «تی پی اف» با شرکت وودسفورد برای تأمین مبلغ ۶۵۰,۰۰۰ پوند نمود. در قرارداد شرط شده بود در صورت پیروزی نورسکات در دعوی، باید سیصد درصد مبلغ پرداخته شده توسط تأمین کننده یا سی و پنج درصد از خسارت دریافت شده - هر کدام که بیشتر باشد - را پرداخت نماید. پس از پیروزی نورسکات در دعوا، این شرکت به دنبال مطالبه هزینه توافق شده در قرارداد «تی پی اف» برآمد. دیوان داوری رأی داد که شرکت اسار باید این هزینه را که شامل ۱,۹۴ میلیون پوند می‌شود به تأمین کننده ثالث

1. Essar Oilfields Services Limited v Norscot Rig Management PVT Limited [2016] EWHC 2361 (Comm).

2. Ashcroft, Nicholas, "Third Party Funding – A New Era?" (Young Arbitration Review), Year 6 | Ed. 24, January 2017, pp. 50-51.

پرداخت نماید. مبلغی که شرکت نورسکات برای پیش برد داوری نیاز داشت (هزینه‌های ضروری داوری) مبلغ ۶۴۷,۰۰۰ پوند بود، اما دیوان داوری در توجیه رأی خود به منظور مطالبه کامل هزینه قرارداد «تی پی اف»، استدلال کرد که شرکت اسار با اقدام خود شرکت نورسکات را در موقعیتی قرار داده است که این شرکت منبع مالی برای طرح دعوی در اختیار نداشت و بنابراین منطقی بود که به دنبال یک تأمین کننده مالی ثالث برآید. شرکت اسار به رأی داوری اعتراض کرد. استدلال شرکت اسار این بود که داوران از حدود اختیارات خود تجاوز کردند و با گسترش تعریف هزینه‌های دیگر، آن را شامل تأمین مالی داوری توسط شخص ثالث قرار دادند. دیوان عالی انگلیس نهایتاً تصمیم دیوان داوری را تأیید نمود. به نظر می‌رسد که رأی مذکور قابل انتقاد باشد؛ زیرا اولاً بین هزینه‌های واقعی تأمین شده به وسیله تأمین کننده ثالث و مبلغ یا درصد مورد توافق در قرارداد «تی پی اف» اختلاف زیادی وجود دارد و بخش زیادی از مبلغ یا درصد مورد توافق در قرارداد شامل سود سرمایه‌گذاری تأمین کننده ثالث است. ثانیاً جبران هزینه‌ها در اکثر نظام‌های قضایی کشورها، به دلیل قوانین آمره حاکم، محدود به جبران هزینه‌های ضروری و منطقی شده است؛ لذا اختیار داورها به وسیله قانون تعیین و محدود شده است؛ بنابراین پذیرفتن امکان مطالبه کل هزینه‌های «تی پی اف» به عنوان هزینه‌های داوری سخت و فاقد مبنای قانونی است.^۱

پذیرش هزینه‌های ضروری که واقعا توسط تأمین کننده ثالث، تأمین شده است به عنوان هزینه‌های داوری قابل دفاع می‌باشد، اما امکان جبران مابه‌التفاوت هزینه‌های مورد توافق در قرارداد «تی پی اف» در قالب جبران هزینه‌های داوری قابل دفاع نیست؛ بنابراین ضرورت دارد که در اصلاح یا تفسیر قوانین موجود، اولاً بخشی از مبلغ یا درصد مورد توافق در قرارداد «تی پی اف» که توسط تأمین کننده ثالث برای پیگیری دعوا در داوری تأمین شده است و این مبلغ جزء هزینه‌های ضروری و منطقی می‌باشد به عنوان هزینه‌های قابل مطالبه مورد پذیرش قرار گیرد. ثانیاً به صراحت، تحمیل مابه‌التفاوت مبلغ یا درصد مورد توافق در قرارداد «تی پی اف» به طرف بازنده ممنوع اعلام گردد. جبران هزینه اضافی به عنوان تعهد مالی خواهان پیروز در دعوا، توسط تأمین کننده ثالث قابل مطالبه است و

1. Kuhn, Wolfgang, Van Oeveren, Hanneke, "The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not to Be?", *Journal of International Arbitration*, Volume 35, no. 3, 2018, p.307.

مسئولیت جبران آن بر عهده خواهان خواهد بود. شفاف شدن موضوع باعث می‌شود که طرفین قرارداد «تی پی اف» در هنگام توافق در خصوص نحوه جبران هزینه‌ها، به صورت روشن و دقیق توافق نمایند.^۱

۲-۲. درخواست ارائه تضمین برای جبران هزینه‌ها^۲

با توجه به اینکه داورى يك مكانيسم رايج در تجارت بين الملل محسوب می‌گردد، هنگام بروز اختلاف، معمولاً یکی از طرفین برای حل و فصل اختلاف به داورى مراجعه می‌نماید. در این ارتباط یکی از موضوعات مورد توجه خواننده، نگرانی از ناتوانی خواهان نسبت به جبران هزینه‌های داورى تحمیل شده به وی خواهد بود. لذا برای رفع این نگرانی، خواننده این حق را دارد از دیوان داورى درخواست نماید که خواهان را ملزم به ارائه تضمین برای جبران هزینه‌ها نماید. به موجب قوانین و قواعد داورى، از جمله بند سه ماده ۳۸ قانون داورى ۱۹۹۶ انگلیس، بند دو ماده ۲۵ قواعد داورى دیوان بین‌المللی لندن یا در نظام حقوقی رومی-ژرمنی، تحت مقررات اقدامات تأمینی، دیوان‌های داورى اختیار دارند این درخواست خواننده را بررسی و اتخاذ تصمیم نمایند. در ارزیابی درخواست، وضعیت مالی خواهان مورد توجه قرار می‌گیرد. مطابق معیارهای ذکر شده در قانون حاکم، دیوان‌های داورى نیاز به شواهد و مدارک کافی دارند که اثبات نماید شرایط مالی خواهان به نحوی است که وی قادر به جبران هزینه‌های خواننده در صورت بازنده شدن نخواهد بود.

دیوان‌های داورى هنگام بررسی درخواست خواننده متقاضی ارائه تضمین، زمانی که خواهان جهت اقامه دعوی خود از «تی پی اف» استفاده کرده است با چالش روبه‌رو شده‌اند. چالش اصلی، پاسخ به این سؤال است که آیا با وجود قرارداد «تی پی اف»، اصولاً خواننده دعوی می‌تواند درخواست ارائه تضمین برای جبران هزینه‌های خود نماید؟ و در صورت درخواست، واکنش دیوان‌های داورى نسبت به بررسی چنینی درخواستی چگونه باید باشد؟ در این رابطه، در هیچ یک از قوانین و قواعد داورى، این پرسش‌ها پاسخ داده نشده است و همین سکوت باعث بروز مشکل شده است.^۳ و^۴ از یک سو می‌توان استدلال

1. Kuhn, Wolfgang, op. cit, p.328.

2. Security for Costs.

3. Report of the ICCA, op. cit, pp. 163-165.

4. Pitkowitz, Nikolaus, op. cit, pp. 9-10.

کرد که وقتی خواهان برای تعقیب دعوای خود به دنبال «تی پی اف» رفته است دلیل یا حداقل یک نشانه بر ناتوانی و شرایط مالی دشوار خواهان است؛ لذا دیوان‌های داوری باید درخواست خوانده دعوی برای ارائه تضمین را بپذیرند. از سوی دیگر، این فرض در همه موارد و در وضعیت فعلی صنعت «تی پی اف»، تصور نادرستی است. این روش در حال حاضر به صورت فزاینده تبدیل به یک ابزار و نه یک ضرورت شده است و شرکت‌های بسیار بزرگی در دنیا وجود دارند که برای به اشتراک گذاری ریسک و حفظ نقدینگی برای ادامه تجارت، ممکن است به دنبال «تی پی اف» برای تعقیب دعوای خود باشند. لذا استفاده از «تی پی اف» نمی‌تواند همیشه دلیل یا نشان‌هایی بر ناتوانی و شرایط مالی دشوار خواهان قلمداد شود؛ بنابراین با توجه به وضعیت‌های توصیف شده، پیشنهاد می‌شود که درخواست تضمین برای جبران هزینه‌ها، بدون در نظر گرفتن وجود قرارداد «تی پی اف» و بر اساس دلایل دیگر بررسی شود. به عنوان مثال، در صورت ادعای ناتوانی، خواهان باید این فرصت را داشته باشد که با ارائه دلایل و مدارک، به عنوان نمونه با ارائه قرارداد «تی پی اف» به دیوان داوری که در آن تأمین‌کننده ثالث موافقت نموده هزینه‌های مورد حکم را بپردازد، ثابت نماید که قادر به جبران هزینه‌ها است.^۱ در این موقعیت در صورتی که درخواست افشاء قرارداد «تی پی اف» مطرح شود با توجه به امکان تأثیر افشای قرارداد بر جریان رسیدگی، دیوان داوری می‌تواند دستور به افشای مفادی از قرارداد را که برای ارزیابی لازم است صادر نماید. دیوان داوری باید بررسی نماید که آیا در قرارداد «تی پی اف» جبران هزینه‌های خوانده پیش‌بینی شده و تأمین‌کننده ثالث خود را متعهد به پرداخت چنین هزینه‌هایی نموده است یا خیر و در صورتی که این موضوع مشخص نباشد یا تأمین‌کننده ثالث چنین تعهدی را نداده باشد، دیوان داوری می‌تواند درخواست ارائه تضمین برای هزینه‌ها را بپذیرد.^۲ به هر حال با توجه به عدم پیش‌بینی قوانین و قواعد داوری در خصوص تأثیر قرارداد «تی پی اف» بر بررسی درخواست تضمین برای جبران هزینه‌ها، ضرورت دارد که در قالب تفسیر قوانین موجود، اصلاح و تصویب قوانین، به صورت روشن و شفاف به این چالش مهم پاسخ داده شود.

1. Report of the ICCA, op. cit, pp. 180-181; Nieuwveld, Lisa Bench, op. cit, pp. 32-33.

2. Report of the ICCA, op. cit, pp. 181-183.

۳. چالش‌های اخلاقی

استفاده روزافزون از «تی پی اف» و ابهامات و چالش‌های اخلاقی موجود در این خصوص بررسی و تحلیل مصونیت از افشاء اطلاعات و افشاء قرارداد «تی پی اف» به منظور اطلاع از تعارض منافع را ایجاب می‌نماید. اولاً ممنوعیت افشاء اطلاعات در قراردادهای «تی پی اف» در بسیاری از کشورها با خلأ قانونی مواجه است و ثانیاً، در ارتباط با افشاء قرارداد «تی پی اف» به منظور اطلاع از تعارض منافع داور، در بسیاری از کشورها، الزام قانونی وجود ندارد. در ادامه، طی دو گفتار، موضوعات مذکور بررسی خواهند شد.^۱

۳-۱. مصونیت از افشای اطلاعات

در دنیای تجارت، هر یک از طرفین قرارداد نگران افشای اطلاعات خود می‌باشند به همین منظور، در اکثر کشورها مصونیت از افشای اطلاعات، در ارتباط بین موکل با وکیل یا مشاور به عنوان یک اصل یا مقرره خاص، پذیرفته شده است. وکیل یا مشاور، صرفاً با رضایت موکل خود، مجاز به افشاء اطلاعات وی می‌باشند و این حق با رضایت موکل قابل عدول است.^۲ در ارتباط با «تی پی اف»، به دلیل اینکه از یک سو، تأمین‌کننده ثالث، وکیل یا مشاور محسوب نمی‌گردد و از سوی دیگر، با توجه به سکوت قوانین و مقررات داور، امکان تسری قاعده، نسبت به تأمین‌کننده ثالث وجود ندارد و همین موضوع مسئله صیانت از افشاء اطلاعات متقاضی یا تأمین مالی شده را با چالش روبه‌رو ساخته است. پیش از انعقاد قرارداد «تی پی اف»، متقاضی استفاده از این نهاد، ممکن است برای انتخاب تأمین‌کننده مناسب، به تأمین‌کنندگان مختلف مراجعه نماید. در نقطه روبه‌رو، تأمین‌کننده ثالث نیز برای رضایت به انعقاد قرارداد، نیاز به کسب اطلاعاتی از متقاضی، در خصوص ادعا می‌باشد مانند اینکه چه ادعایی، علیه چه شخصی و برای چه مبلغ مشخصی وجود دارد. پس از انعقاد قرارداد، نیز ممکن است اطلاعاتی توسط خواهان در اختیار تأمین‌کننده قرار

۱. لازم به ذکر می‌داند که چالش‌های اخلاقی «تی پی اف» به موارد مذکور در فوق محدود نمی‌گردد. به عنوان مثال، قرارداد تأمین مالی ممکن است به گونه‌ای تنظیم گردد که عملاً شخص ثالث تأمین‌کننده مالی مدیریت دعوی را به عهده بگیرد و نظرات خود را به خواهان تحمیل نماید تا جایی که حتی گاه مانع از حصول سازش میان طرفین از طریق انعقاد توافقنامه سازشی یا صدور رأی داور سازشی گردد.

2. Pitkowitz, Nikolaus, op. cit, pp. 16-17.

داده شود؛^۱ بنابراین اگر تأمین کننده ثالث موضوع قاعده مصونیت از افشای اطلاعات قرار نداشته باشد امکان افشای اطلاعات حساس و مهمی همچون ارزیابی پرونده، یادداشت‌های داخلی و اسناد بین تأمین کننده ثالث و خواهان، نزد طرف مقابل دعوی یا سایر افراد، بدون هیچ گونه مسئولیت قانونی وجود دارد.^۲ در این خصوص نباید تلاش‌های طرف مقابل دعوا، برای کسب اطلاعات از تأمین کننده ثالث، نادیده انگاشته شود.

بحث‌های زیادی در انگلستان در خصوص گسترش قاعده مصونیت از افشای اطلاعات به اشخاصی غیر از وکیل یا مشاور صورت پذیرفته است. در دعوی گاز و نفت علیه هامر،^۳ لرد دنینگ^۴ مفهوم مصونیت از افشای اطلاعات منافع مشترک^۵ را معرفی نمود که به موجب آن کلیه کسانی که در یک رسیدگی دارای منافع مشترک می‌باشند موضوع قاعده مذکور می‌باشند. البته این مطلب پیش‌تر در گزارش‌های هودز، پیزنر و نرسیس^۶ در ارتباط با تأمین مالی دادرسی توسط شخص ثالث بحث شده بود. نهایتاً این چالش در بریتانیا، با ایجاد رویه در خصوص تسری قاعده مصونیت از افشای اطلاعات به تأمین کننده ثالث تا حدود زیادی حل و فصل شده است.^۷

باید توجه داشت که اولاً رویه تسری قاعده مصونیت از افشای اطلاعات به تأمین کننده ثالث مربوط به نظام حقوقی انگلستان بوده و در نظام‌های قانونی دیگر به صورت رویه مورد پذیرش قرار نگرفته است. ثانیاً می‌توان صرفاً به متقاضی استفاده از «تی پی اف» یا تأمین مالی شده، پیشنهاد نمود که حداقل اطلاعات را در اختیار تأمین کننده ثالث قرار دهد، اما به هر حال به منظور حل اصولی این چالش ضرورت دارد از طریق تصویب قانون یا توسعه تفسیر قوانین و قواعد ناظر به مصونیت از افشای اطلاعات به تأمین کننده ثالث و ایجاد رویه‌ای مشابه آنچه در بریتانیا رخ داده است به دنبال پاسخگویی و حل این چالش اساسی در «تی پی اف» برآمد.^۸

1. Nieuwveld, Lisa Bench, op. cit, pp. 68-69.
2. Pitkowitz, Nikolaus, op. cit, pp. 16-17.
3. Gas and Oil v Hammer.
4. Denning.
5. Common Interest Privilege.
6. Hodges, Peysner, Nurses.
7. Nieuwveld, Lisa Bench, op. cit, pp.68-69.
8. Report of the ICCA, op. cit, pp.117-143.

۳-۲. افشای قرارداد و تعارض منافع^۱

استقلال و بی‌طرفی داور، از اصول اساسی در نظام حل و فصل اختلافات تجاری و سرمایه‌گذاری بین‌المللی محسوب می‌گردد به نحوی که فقدان آن می‌تواند در جریان رسیدگی، منجر به جرح داور و پس از خاتمه رسیدگی، موجب ابطال یا عدم شناسایی و اجرای رأی گردد. لذا به منظور صیانت از داوری، قوانین و قواعد داوری، داور را متعهد به افشای هرگونه اطلاعات مرتبط با ارتباط خود با طرفین اختلاف می‌نمایند.

ظهور و بروز «تی پی اف»، منجر به پیدا شدن بازیگر جدیدی به نام تأمین‌کننده ثالث شده که از اطراف دعوا محسوب نمی‌شود. قرارداد او با خواهان افشاء نمی‌گردد و همه این‌ها در کنار تعداد نسبتاً کم بازیگران کلیدی در داوری بین‌المللی، تعارض منافع داور را در قراردادهای «تی پی اف» به یک چالشی اساسی تبدیل نموده است. سکوت قوانین داوری در خصوص الزام طرف دعوا به افشای قرارداد «تی پی اف» از یک سو و مشخص نبودن هویت تأمین‌کننده ثالث برای دیوان داوری و طرف مقابل دعوا از سویی دیگر، ایفای تعهد داور به افشای اطلاعات را غیرممکن و امکان تعارض منافع داور با تأمین‌کننده مالی ثالث را محتمل می‌سازد. به عنوان نمونه، زمانی که داور دارای سهام در شرکت تأمین‌کننده ثالث است یا یک رابطه بین تأمین‌کننده و مؤسسه حقوقی داور وجود دارد، مصادیقی از تعارض منافع داور با تأمین‌کننده ثالث می‌باشد که در صورت افشای قرارداد «تی پی اف» این تعارض منافع آشکار می‌گردد؛ لذا ضرورت دارد این چالش، به عنوان یک نگرانی عمده و روزافزون در نظام حل و فصل اختلافات مورد توجه قرار گیرد.^۲

تا زمانی که قرارداد «تی پی اف» به منظور مشخص شدن هویت تأمین‌کننده ثالث افشاء نشود همواره استقلال و بی‌طرفی داور در معرض خطر قرار دارد،^۳ اما در مقابل چنین ضرورتی، این ایراد را می‌توان طرح نمود که اولاً، تأمین‌کننده ثالث جزء اصحاب دعوی نیست؛ ثانیاً روشی که یک شخص برای تأمین مالی دعوی خود انتخاب می‌کند یک موضوع خصوصی است. در پاسخ باید عنوان کرد صیانت از داوری، در تمامی قوانین و قواعد داوری دنیا از اهمیت اساسی برخوردار است؛ لذا باید بررسی شود که از عدم افشای

1. Disclosure and Conflicts of Interest.

2. Choi, Maria, op. cit, pp.888-889.

3. Frignati, Valentina, "Ethical implications of third-party funding in international arbitration", *Arbitration International*, Volume 32, Issue 3, Oxford University Press, 2016, p. 515.

قرارداد «تی پی اف» چه کسانی سود می‌برند و آیا هزینه این سود به اندازه‌ای ارزشمند است که مورد حمایت قرار گیرد؟ مهم‌ترین دلیلی که ممکن است برای محرمانه نگه داشتن قرارداد «تی پی اف» عنوان شود، منافع یک‌جانبه تأمین‌کننده ثالث برای عدم افشای اینکه چه نوع سرمایه‌گذاری انجام داده است و از سوی دیگر، نگرانی خواهان از اینکه افشای قرارداد «تی پی اف» او با تأمین‌کننده ثالث، ممکن است منجر به ایجاد این تصور شود که از نظر مالی در تنگنا قرار دارد.

این دلایل ممکن است منطقی باشد، اما باید در نقطه مقابل، اثرات منفی عدم افشای قرارداد و عواقب ناشی از خطرات مربوط به عدم استقلال و بی‌طرفی داور که می‌تواند در مرحله رسیدگی، منجر به جرح او و پس از خاتمه رسیدگی، منجر به ابطال یا عدم شناسایی و اجرای رأی گردد را هم مورد توجه قرار داد؛ بنابراین باید پاسخ داد که منافع تأمین‌کننده ثالث و خواهان آن قدر ارزش ندارد که داوری بین‌المللی را همواره با چالش مواجه نماید؛^۱ بنابراین عجیب نیست که بیشتر مفسرین این دیدگاه را دارند که افشای قرارداد «تی پی اف» بهترین راه حل است.^۲

در پاسخ به نگرانی‌های روبه‌رشد در خصوص تعارض منافع، کانون بین‌المللی وکلا،^۳ دستورالعملی را با عنوان «دستورالعمل مربوط به تعارض منافع در داوری بین‌المللی»، در اکتبر ۲۰۱۴ منتشر کرد.^۴ مطابق قسمت ۶ (ب) دستورالعمل، با توجه به موضوع تعارض منافع، مقرر می‌دارد که باید هویت تأمین‌کننده مالی ثالث برای دیوان داوری مشخص گردد و در قسمت ۷ (الف)، طرف دعوایی را که از تأمین‌کننده مالی ثالث استفاده کرده، ملزم به انجام این تعهد کرده است؛ لذا طرف دعوایی که با استفاده از «تی پی اف» اقدام به طرح دعوا می‌نماید باید هویت تأمین‌کننده ثالث را به دیوان داوری اطلاع دهد. البته باید به این نکته توجه داشت که این دستورالعمل جنبه الزام‌آور ندارد.

در ارتباط با حدود افشای قرارداد، طبیعی است که تأمین‌کنندگان مالی ثالث علاقه‌ای به افشای اطلاعات مشارکتشان در فرآیند داوری ندارند، اما با توجه به علت و فلسفه

۱. Ibid, pp-515-516.

۲. Ibid, pp-516-519.

۳. IBA-International Bar Association.

۴. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014.

عنوان شده در سطور قبلی (افشای قرارداد به منظور جلوگیری از تعارض منافع داور)، به نظر می‌رسد به جز افشای هویت تأمین‌کننده، الزامی به افشای سایر اطلاعات قرارداد نباشد. در خصوص مخاطبین افشای قرارداد، ممکن است عنوان گردد که صرف افشا نزد دیوان داوری کافی است، اما عدالت ایجاب می‌نماید که طرف دیگر دعوا نیز از این موضوع مطلع شود تا در صورت عدم اتخاذ تصمیم مناسب توسط دیوان داوری، وی بتواند با استفاده از ابزارهای قانونی، در جهت دفاع از منافع خود اقدام قانونی انجام دهد؛ لذا ضرورت دارد بعد از شروع فرآیند رسیدگی، دیوان داوری طرف دیگر را از هویت تأمین‌کننده ثالث مطلع نماید.^۱

التهایه اینکه علی‌رغم ضرورت اطلاع داوران از هویت تأمین‌کننده ثالث برای جلوگیری از تعارض منافع داور و فارغ از الزام آور نبودن دستورالعمل مربوط به تعارض منافع در داوری بین‌المللی و با وجود قوانین و قواعد داوری راجع به ضرورت استقلال و بی‌طرفی داور، باید تأکید نمود که قاعده و قانونی در خصوص افشای قرارداد «تی پی اف» توسط خواهان وجود ندارد؛ بنابراین لازم است به منظور صیانت از داوری، ضرورت افشای قرارداد «تی پی اف» مورد توجه قانون‌گذاران قرار بگیرد. همچنین با توسعه تفسیر قوانین و قواعد داوری موجود مرتبط با استقلال و بی‌طرفی داور به قراردادهای «تی پی اف» به دنبال حل چالش برآمد.

نتیجه

«تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط شخص ثالث» (موسوم به «تی پی اف») به عنوان مهم‌ترین عامل توسعه داوری بین‌المللی در سطح جهان طی سال‌های آینده معرفی شده است، اما این نهاد با چالش‌های اساسی حقوقی، مالی و اخلاقی مواجه است. مهم‌ترین چالش حقوقی این تأسیس همان اعتبار و جایگاه حقوقی آن در نظام‌های حقوقی مختلف است که از زمان ظهور محل سؤال و تردید بوده است. فقدان قوانین و مقررات از یک سو و تأثیر برخی مفاهیم و دکترین‌ها در نظام‌های حقوقی کامن‌لا و رومی-ژرمنی از سوی دیگر، مهم‌ترین موانع پیش روی پذیرش اعتبار «تی پی اف» در نظام‌های حقوقی کشورها است. البته نبود قانون به معنای ممنوعیت استفاده از یک پدیده جدید

۱. Osmanoglu, Burcu, op. cit, pp. 345-347.

محسوب نمی‌شود. شناخت دقیق مفاهیم و دکترین‌های مورد استناد، آشکار می‌سازد که اولاً، نوع نگاه نظام‌های حقوقی به دکترین «معاضدت و شَرخَری» تغییر کرده است؛ ثانیاً در خصوص مفاهیم «ترغیب به اقامه دعوی بی‌اساس»، «بهره یا ربا» و «قرارداد احتمالی»، انجام مطالعه دقیق آشکار می‌سازد که نمی‌توان «تی پی اف» را از مصادیق این مفاهیم دانست. در نظام حقوقی ایران، بزرگ‌ترین چالش پیش روی پذیرش اعتبار «تی پی اف»، احتمالی و غرری تلقی کردن آن است، اما با توجه به اینکه استفاده از قرارداد «تی پی اف» در دنیا روبه فزونی می‌باشد و شرکت‌های سرمایه‌گذار با ارزیابی همه‌جانبه وارد چنین قراردادی می‌شوند، نمی‌توان قرارداد مذکور را از مصادیق قراردادهای احتمالی دانست. با این نگاه می‌توان گفت استفاده از «تی پی اف» در نظام حقوقی ایران، در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی، معتبر و قابل پذیرش است.

با توجه به توسعه و گسترش «تی پی اف» در بسیاری از مقرهای داوری پیشتاز، عدم پذیرش یا هرگونه ابهام در نظام حقوقی کشورها، منجر به کاهش سهم آن‌ها از بازار جهانی برای خدمات داوری خواهد شد؛ بنابراین با توجه به روند روبه گسترش «تی پی اف»، اعتبار و پذیرش آن در یک کشور، فاکتوری بسیار مهم در انتخاب آن کشور به‌عنوان مقر داوری خواهد بود.

جدای از اعتبار و جایگاه حقوقی «تی پی اف»، گسترش روزافزون استفاده از آن، به‌علاوه اهمیت نقش تأمین‌کننده مالی ثالث به‌عنوان یک بازیگر جدید، در کنار موضوعات مرتبط دیگر در ارتباط با «تی پی اف»، ضرورت تنظیم این پدیده و نظام‌مند کردن آن را افزایش می‌دهد. اصلاح قوانین شاید مناسب‌ترین و مفیدترین مسیر جهت تنظیم باشد، اما با توجه به فرایند پیچیده و طولانی تصویب و اصلاح قوانین و اینکه چالش‌های «تی پی اف» هنوز به صورت کامل شناسایی و شناخته نشده است؛ لذا این اقدام ممکن است در حال حاضر راهکاری مناسب نباشد؛ بنابراین می‌توان تا زمانی که این نهاد به اندازه کافی رشد و تکامل پیدا کند با تفسیر موسع قوانین موجود و ایجاد رویه غالب در داوری، نسبت به تنظیم «تی پی اف» اقدام نمود.

از حیث مالی نیز «تی پی اف» با چالش‌هایی مهم روبه‌روست. از جمله این چالش‌ها امکان مطالبه تمام و کمال هزینه‌های «تی پی اف» از طرف مقابل است. اگرچه رویه قضائی انگلستان پاسخی مثبت به این سؤال داده است، اما به نظر می‌رسد که باید میان هزینه مورد

توافق در قرارداد «تی پی اف» با هزینه‌های داوری ضروری و منطقی که واقعاً توسط تأمین‌کننده ثالث تأمین شده، مقایسه شود هزینه‌های مورد توافق اضافه، به‌طور طبیعی تحت تعریف هزینه‌های داوری قرار نمی‌گیرد و لذا مبنایی برای قابلیت دریافت وجود ندارد. به‌هر حال به منظور حل این معضل، علاوه بر پیشنهاد اصلاح در قوانین و قواعد داوری، طرفین قرارداد، می‌توانند با توافق، این اطمینان برای جبران هزینه‌های «تی پی اف» را در قرارداد منعقد خود به‌روشنی پیش‌بینی نمایند. علاوه بر مورد پیش‌گفته، امکان درخواست تضمین برای جبران هزینه‌ها توسط خواننده با وجود قرارداد «تی پی اف» دیگر چالش مالی مهم آن است. به نظر می‌رسد که درخواست تضمین برای جبران هزینه‌ها، باید بدون در نظر گرفتن وجود قرارداد «تی پی اف» و باید بر اساس دلایل دیگر بررسی گردد. در صورت استناد خواهان به قرارداد «تی پی اف»، دیوان داوری باید بررسی نماید که آیا در قرارداد، جبران هزینه‌های خواننده پیش‌بینی شده یا تأمین‌کننده ثالث خود را متعهد به پرداخت چنین هزینه‌هایی نموده است یا خیر. بدون تردید با توجه به سکوت قوانین و قواعد داوری، ضرورت دارد که در قالب تفسیر قوانین موجود و ایجاد رویه و نیز تصویب قوانین و قواعد، این چالش مورد توجه قرار گیرد.

نهاد «تی پی اف» در داوری تنها اسیر چالش‌های حقوقی و مالی نیست؛ بلکه چالش‌های اخلاقی نیز فضای پیرامون آن را احاطه نموده‌اند. یکی از نگرانی‌های خواهان در «تی پی اف» محرمانه و مصون از افشا بودن اطلاعات وی است. اگر تأمین‌کننده مالی، موضوع قاعده مصونیت از افشای اطلاعات نباشد این امر ممکن است به هر طریقی منجر به افشای اطلاعات خواهان، از جمله نزد طرف دیگر دعوا شود؛ بنابراین مصون نگه داشتن اطلاعات از افشا، یکی از چالش‌هایی است که باید به دنبال حل آن بود. به‌استثنای انگلستان که در آن قاعده مصونیت از افشای اطلاعات بین وکیل و موکل به تأمین‌کننده ثالث گسترش داده شده است، در دیگر نظام‌های حقوقی وضعیت شفاف و روشنی حاکم نیست. از همین رو توصیه می‌گردد تا در این زمینه احتیاط‌های لازم صورت پذیرد و از طریق توسعه تفسیر قوانین و قواعد داوری موجود و اعمال قوانین داخلی مرتبط با مصونیت از افشا به «تی پی اف»، یا با اصلاح و تصویب قوانین و قواعد داوری چنین چالشی مورد توجه و پاسخگویی قرار گیرد. چالش اخلاقی دیگری که «تی پی اف» با آن دست‌به‌گریبان است مسئله تعارض منافع داور با تأمین‌کننده ثالث در قرارداد «تی پی اف» است. بی‌طرفی و

استقلال در فرآیند داوری جزء اصول اساسی محسوب می‌گردد و منافع تأمین‌کننده ثالث و خواهان آن‌قدر ارزش ندارد که به خاطر آن داوری بین‌المللی را با خطر مواجه نمود؛ لذا به‌منظور صیانت از داوری ضرورت دارد هویت تأمین‌کننده ثالث، نزد دیوان داوری و توسط دیوان نزد طرف مقابل دعوی افشا گردد. حل این چالش نیز، مستلزم تصویب قانون و توسعه تفسیر قوانین موجود و ایجاد رویه غالب است.

انتظار می‌رود که با رعایت موارد فوق‌الذکر «تی پی اف» بتواند در آینده‌ای نزدیک به ابزار مهمی برای تقویت جایگاه داوری در حل و فصل اختلافات حوزه تجارت بین‌الملل و سرمایه‌گذاری بین‌المللی مبدل گردد. بدون تردید استفاده شفاف و صحیح از «تی پی اف» در ایران می‌تواند هم به تقویت جایگاه داوری چه بین‌المللی و چه داخلی بیانجامد و هم می‌تواند محل و حوزه‌ای جدید برای سرمایه‌گذاری اشخاصی باشد که تمایل دارند سرمایه خود را در کمک به احقاق حق به جریان اندازند و از این سرمایه‌گذاری خود نیز منتفع شوند.

منابع

- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، (تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، جلد اول، چاپ پنجم، ۱۳۸۰).
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، (تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، جلد دوم، چاپ ششم، ۱۳۸۳).

References

- Adeline, Antoine, Perrin, Laure, *Third-party funding of arbitration in France*, (Squire Patton Boggs, 2013).
- Ashcroft, Nicholas, "Third Party Funding – A New Era?", *Young Arbitration Review*, YEAR 6 | Ed. 24 (2017).
- Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding), Amendment, Ordinance 2017.
- BIT between Argentina and United Arab Emirates, signed on 16 April (2018).
- Booliers, Eva, *Third- Party Funding: The Effect of The Growing Third – Party Funding Industry in International Arbitration on New Zealand*, (Victoria University of Wellington, 2015).
- Brabandere, Eric De, Lepeltak, Julia, "Third Party Funding in International Investment Arbitration", *Grotius Centre for International Legal Studies*, Grotius center Working Paper N 2012/1, 2012.

- Bret, Anna Joubin, "Spotlight on Third – Party Funding in Investor – State Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade*, 16 (2015).
- Canada-Chile Free Trade Agreement (CCFTA), in force since 5 February 2019.
- Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), provisionally in force since 21 September 2017.
- Choi, "Third-Party Funders in International Arbitration: A Case for Protecting Communication Made in Order to Finance Arbitration", *The Georgetown Journal of Legal Ethics* 833, Vol. 29, (2016).
- CIETAC Hong Kong consults on draft guidelines on Third Party Funding, 23 May 2016.
- Code of Conduct for Litigation, published by the Civil Justice Council – an agency of the UK's Ministry of Justice, 2011.
- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention").
- Derains, Yves, "Foreword to Third-Party Funding in International Arbitration", ICC Dossier No. 752E 5, 2013.
- Dodge, Kirstin S., Vorburger, Simon, *Handbook On Third-Party Funding in International Arbitration, Part II, Country Reports*, (Juris Net, LLC, 2018).
- Duggal, Kabir, Shahdadpuri, Khushboo, *General Duties of Counsel, Third-Party Funding in International Arbitration*, (Juris Net, LLC, 2018).
- Douglas R. Richmond, "Other People's Money: The Ethics of Litigation Funding", 56 Mercer L.Rev, 2005.
- European Union-Singapore Investment Protection Agreement, signed on 19 October 2018.
- European Union-Viet Nam Investment Protection Agreement, signed on 30 June 2019.
- Frignati, Valentina, "Ethical implications of third-party funding in international arbitration", *Arbitration International*, Volume 32, Issue 3, *Oxford University Press* (2016).
- Gayner, Oliver, Khouri, Susanna, "Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third Party Funding", *Fordham International Law Journal*, Volume 40, issue3 (2017).
- Hederer, Christian, "Third – Party Funding in International Investment Arbitration – Economic Analysis and Regulatory Options", *University of Ottawa, Faculty of Law Working Paper*, (2016).
- IBA Guidelines on Conflict of Interests in International Arbitration, Adopted by resolution of the IBA Council, 2014.
- ICC examines allocation of costs in international commercial arbitration, 8 December, 2015.
- ICSID secretary general's top priorities for reform, *Global Arb. Rev.* May 3, 2017.
- katouzian, N, (2001). *General Principles of Contractcs*, Volume 1, Behnashre Publications .[In Persian]
- katouzian, N, (2004). *General Principles of Contractcs*, Volume 2, Behnashre Publications .[In Persian]

- Kuhn, Wolfgang, Van Oeveren, Hanneke, “The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not to Be?”, *Journal of International Arbitration*, Volume 35, no. 3, (2018).
- Lacey Yong, ICSID to Target 16 Areas for Rule Reform, *Global Arb. Rev.*, May 9, 2017.
- Ludwig, Ng, Maintenance, “ChamPERTY and Litigation Funding in Hong Kong”. *Hong Kong Lawyer, The journal of The Law Society of Hong Kong* (2014).
- Model Rules of Professional Conduct, American Bar Association, 2000.
- Nieuwveld, Lisa Bench, Sahani, Victoria, *Third-Party Funding in International Arbitration*, (Kluwer Law International, 2017).
- Osmanoglu, Burcu, “Third – Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, *Journal of International Arbitration, Published by Kluwer Law International*, Volume 32, No1 through 6 (2015).
- Pitkowitz, Nikolaus, *Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration*, (Juris Net, LLC, 2018).
- Proposals for Amendment of the ICSID Rules - Working Paper, Volume 3, ICSID Secretariat, 2 August 2018.
- Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration, Chapter 5: Privilege and Professional Secrecy, the ICCA Reports no. 4, Published by the International Council for Commercial Arbitration 2018.
- Rodgers, Anne M, Incerto, M Scott Incerto and Cummings, Alex E, *Third Party Litigation Funding Law Review*, (Law Business Research Ltd, 2017).
- Rhine, Wayne, “Barratry - A Comparative Analysis of Recent Barratry Statutes”, *DePaul Law Review*, Vol. 14, Article 11, Issue 1 (1964).
- Roland-prozessfinanz. Draft Litigation Funding, Agreement final full version.
- Sahani, Victoria, “Judging Third – Party Funding”, 63 ULA.Ev.388, 2016.
- Scherer, Maxi, Goldsmith, Aren, “Third Party Funding of International Arbitration Proceedings - A View from Europe: Part II: The Legal Debate”, *Int'l Bus. L.J.*, Provided by: University of Washington Law Library, 2012.
- Shahdadpuri, Khushboo Hashu, “Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating The Treacherous Trajectory”, *Asian International Arbitration Journal*, Vol.12 (2016).
- Singapore International Arbitration Centre Practice Note, PN—01/17, Administered Cases under the arbitration rules of the Singapore International Arbitration Center, On Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding, 31 Mar 2017.
- Singh, kabir, luttrell, sam, Krishna, elan, “Third-party funding and arbitration lawmaking: the race for regulation in the Asia-Pacific”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2016.

- Tobias, Bradley C, “Officious Intermeddling or Protected First Amendment Activity; The Constitutionality of Prohibitory Champerty Law after Citizens United”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 22:1293, (2014).
- UK Civil Justice Council, Code of Conduct for Litigation Funders in England & Wales, January 2018.
- UNCITRAL, Possible reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Third-party funding: Possible solutions, A/CN.9/WG.III/WP.172, 2 August 2019.
- UNCITRAL, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session, A/CN.9/1004, Vienna, 14–18 October 2019.
- UNCITRAL, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform): Submission from the Government of Morocco, A/CN.9/WG.III/WP.161, 4 March 2019.
- UNCITRAL, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform): Submission from the Government of Thailand, A/CN.9/WG.III/WP.162, 8 March 2019.
- UNCITRAL, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform): Submission from the Government of Turkey, A/CN.9/WG.III/WP.174, 11 July 2019.

