



The Pros and Cons of Third Party Funding in International Investment Arbitration Regime

Alireza Mirveisi 

PH.D Student of International Relations,
Faculty of Law, Theology and Political
Sciences, Science and Research Branch, Islamic
Azad University, Tehran, Iran

Mahdi Zakerian Amiri * 

Associate Professor of International Relations,
Faculty of Law, Theology and Political
Sciences, Science and Research Branch, Islamic
Azad University, Tehran, Iran

Mohammad Ali Abdollahzadeh

Assistant Professor of International Relations,
Faculty of Law, Theology and Political
Sciences, Science and Research Branch, Islamic
Azad University, Tehran, Iran

Abstract

There is a growing stream of critics who consider investment arbitration in favor of foreign investors and as a negative force as opposed to sustainable development. The phenomenon of third-party funding and its use in investment arbitration has increased such concerns. Third-party funding is basically the payment of all or a part of the arbitration costs of one of the parties of dispute by a third party funder which in return, the funder receives a percentage of the output of the award if successful. The purpose of this article is to explain and analyze the theoretical differences between pros and cons of third-party funding in terms of access to justice, screening mechanism for the claims, and the financial consequences on the host state. In this article, the advocates consider third-party funding as a means of access to justice for aggrieved investors in investment claims, while the adversaries having in mind the profitability of third-party funding, consider this method in arbitration as a form of wealth transfer from public sector to private corporations. Also, they refer to the asymmetric structure of the investment arbitration regime as well as the risks arising from the transfer of management and control of arbitration process to the third party funders.


Keywords: Investment Arbitration Regime, Third Party Funding, Access to Justice, Screening Mechanism for Claims.

* Corresponding Author: mzakerian@yahoo.com


How to Cite: Mirveisi, A., Zakerian Amiri, M., Abdollahzadeh, M. A., "The Pros and Cons of Third Party Funding in International Investment Arbitration Regime", The Quarterly Journal of Public Law Research, 24(77), (2023), 43-79.
Doi: 10.22054/QJPL.2022.58548.2563

موافقان و مخالفان تأمین مالی ثالث در رژیم داوری سرمایه گذاری بین المللی

دانشجوی دکتری رشته روابط بین الملل، دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

علیرضا میروسی 

دانشیار گروه روابط بین الملل، دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

مهدی ذاکریان امیری* 

استادیار گروه روابط بین الملل، دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

محمد علی عبدالله زاده

چکیده

یک جریان رو به رشدی از منتقدان وجود دارد که داوری سرمایه گذاری را به نفع سرمایه گذاران خارجی و بعنوان یک نیروی منفی در تضاد با توسعه پایدار می داند. پدیده تأمین مالی ثالث و بکارگیری آن در داوری سرمایه گذاری به این نگرانی ها افزوده است. تأمین مالی ثالث اساساً پرداخت تمام یا بخشی از هزینه های داوری یکی از طرفین دعوی توسط تأمین کننده شخص ثالث است که در ازای آن، تأمین کننده مالی درصدی از رأی صادره را در صورت پیروزی دریافت می نماید. هدف مقاله، تشریح و تحلیل اختلافات نظری موافقان و مخالفان تأمین مالی ثالث در خصوص دستیابی به عدالت، غربالگری دعاوی و تبعات مالی آن بر دولت است. در این مقاله موافقان، تأمین مالی ثالث را ابزاری جهت دستیابی به عدالت برای سرمایه گذاران زیان دیده در دعاوی سرمایه گذاری در نظر می گیرند در حالی که مخالفان با اتکا به اهداف سودآوری تأمین مالی ثالث، این روش را در داوری نوعی انتقال ثروت از بخش عمومی به بخش خصوصی می دانند و به ساختار نامتقارن رژیم داوری سرمایه گذاری و خطرات ناشی از انتقال مدیریت و کنترل فرایند داوری به تأمین کنندگان شخص ثالث نیز اشاره می نمایند.

واژگان کلیدی: رژیم داوری سرمایه گذاری، تأمین مالی ثالث، دستیابی به عدالت، غربالگری دعاوی.

مقدمه

داوری تجاری بین‌المللی که قسمت اعظم پیشرفت خود را در اواخر قرن نوزدهم و بیستم بدست آورد، نهادی نوپا می‌باشد که بدون شک متأثر از پیشرفت تجارت و بازرگانی بین‌المللی و استفاده از سیستم‌های الکترونیکی در روابط تجارت بین‌المللی قرار داشته و دارد. امروزه داوری قبل از بروز اختلاف پیش‌بینی می‌شود و بنظر می‌رسد که هدف آن بیشتر نفی صلاحیت دادگاه‌های دولتی و ترتیبی است که به موجب آن طرفین بتوانند با یکدیگر روابطی صحیح، اگر نه دوستانه داشته باشند.^۱ همچنین رشد سرمایه‌گذاری بین‌المللی بعنوان فرصت‌های جدید اقتصادی، هم برای کشورهای در حال توسعه و هم برای کشورهای توسعه یافته، ضرورت توسعه داوری سرمایه‌گذاری را به مثابه یک رژیم حل و فصل اختلافات بین سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان آشکار ساخت. رژیم داوری سرمایه‌گذاری نیز در سطح بین‌الملل و مستقل از نظام حل و فصل اختلافات در دادگاه‌های داخلی کشورها رشد و توسعه یافته است. با این حال، تأمین هزینه‌های سنگین داوری بین‌المللی به جهت احقاق حقوق، به دغدغه‌ای جدی برای طرفین دعوی تبدیل شده است. به همین سبب نهاد تأمین مالی ثالث^۲ در این رژیم داوری بطور قابل ملاحظه‌ای مورد توجه قرار گرفته است.

تأمین مالی ثالث اساساً پرداخت کلیه هزینه‌های داوری یکی از طرفین دعوی توسط شخص ثالث است. در ازای این مسئولیت مالی، تأمین‌کننده شخص ثالث هزینه دعوی خواهان را در داوری برعهده می‌گیرد و در صورت پیروزی خواهان، استحقاق مبلغ توافق شده را دارد اما در صورت شکست در دعوی نه تنها حق مراجعه به خواهان برای دریافت هزینه‌های انجام شده را ندارد بلکه در خصوص سایر هزینه‌های مربوط به وکیل خواهان دعوی، نیز مسئول خواهد بود.^۳ در واقع تأمین مالی توسط ثالث در داوری‌های بین‌المللی در برگیرنده توافقی است میان یک طرف دعوی که فاقد منابع مالی لازم جهت اقامه دعوی داوری است با شخصی حقیقی یا حقوقی خارج از طرفین اختلاف که تأمین‌کننده

۱. حسین صفایی، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی (تهران: نشر میزان، ۱۳۷۵) ص ۸۱

2. Third-Party Funding (TPF).

3. Eric De Brabandere & Julia Lepeltak, "Third Party Funding in International Investment Arbitration", Grotius Centre Working Paper Series, Grotius Centre for International Legal Studies, Leiden University, Law Faculty, Grotius Centre Working Paper No, (2012/1), at 5.

مالی می‌باشد. بدین ترتیب یک شخص ثالث که تأمین کننده مالی است و در ابتدا هیچ نفعی در اختلاف میان طرفین ندارد، پرداخت تمام یا بخشی از هزینه‌های داوری که بر عهده طرف متقاضی حمایت مالی می‌باشد را در ازای دریافت درصدی از رأی صادره یا امتیازات مالی ناشی از نتیجه دعوی در صورت پیروزی، تقبل می‌کند. این عدد بین ۱۵ تا ۵۰٪ میزان عواید حاصل از دعوی می‌باشد. صرف وجود موافقتنامه تأمین مالی به معنای تعهد حامی مالی به پرداخت کلیه مخارج اقامه دعوی نخواهد بود. حامیان مالی ممکن است با وجود یک موافقتنامه مالی، صرفاً متعهد به پرداخت بخشی از هزینه‌های داوری باشند و یا بطور صریح رقم مقطوعی را بعنوان حداکثر میزان مبلغ تعهد در موافقتنامه مالی تعیین نمایند و در صورت افزایش مخارج پرونده از میزان مذکور، پرداخت مازاد بر عهده تأمین شونده خواهد بود.^۱

۱. پیشینه تأمین مالی ثالث

پدیده تأمین مالی ثالث از حقوق انگلیسی کامن‌لا با وجود قرن‌ها قدمت نشأت می‌گیرد. حقوق کامن‌لا دلالتی دعاوی (معاضدت)^۲ را این گونه تعریف می‌کند: هنگامی که شخصی به یکی از طرف‌های دعوی کمک می‌کند حتی زمانی که آن شخص منافعی در آن دعوی ندارد.^۳ خرید دعوی از خواهان (شرخری)^۴ نیز نوعی از این دلالتی می‌باشد که شخص به یکی از طرف‌های دعوی به منظور دریافتی درصدی از رأی مربوط به پرداخت خسارت، یاری می‌رساند.^۵ با این وجود با توجه به منسوخ شدن این جرائم، کشورهایمانند انگلستان و استرالیا که از حقوق کامن‌لا برخوردارند این جرائم را لغو یا تنزل داده‌اند. امروزه در اکثر کشورهای موضوع حقوق عرفی؛ روش تأمین مالی ثالث، قانونی است. با این حال بکارگیری آن در رژیم داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، جدید

1. Jonas Von Goeler, *Third-party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2016) at 18.

2. Maintenance.

3. "Law Reform Commission of Hong Kong", *Third Party Funding for Arbitration Sub-committee Consultation paper*, http://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf, 22 December (2018), para 1.18.

4. Champerty.

5. *Ibid.* at Para 1.

محسوب می‌شود.^۱ نتیجه این عمل ایجاد یک بازار جدید برای نهاد تأمین مالی ثالث در پرونده‌های داوری سرمایه‌گذاری است که در این حالت تأمین‌کننده شخص ثالث به دنبال پیدا کردن برخی از شاکیان دعاوی با هدف کسب سود می‌باشد.^۲ ماهیت این کسب سود می‌تواند یک مبلغ ثابت یا مانند بسیاری از پرونده‌های ارجاع به داوری بصورت ترتیبات مربوط به اخذ کارمزد باشد که به موجب آن تأمین‌کننده شخص ثالث درصد معینی از پرداخت غرامت را طبق رای صادره به نفع خواهان دریافت خواهد نمود.

در حالی که هنوز جرایم دلالی دعاوی حقوقی (معاضدت) و خرید دعوی از خواهان (شرخری) در حقوق عرفی کامن لای برخی از کشورها مانند هنگ‌کنگ وجود دارد^۳، اما در طی چند سال اخیر اقدامات مشابهی برای کاستن از این جرایم قدیمی در هر دو کشور هنگ‌کنگ و سنگاپور صورت گرفته است.^۴ اگرچه روش تأمین مالی ثالث تاکنون تنها در قوانین داوری سنگاپور و هنگ‌کنگ مورد شناسایی قرار گرفته است، بطور قطع می‌توان گفت که اکثر کشورهای پیشرفته از این روش استقبال کرده و سعی دارند با گسترش و بهبود قواعد مربوط به این روش، توریسم داوری را در کشور خود رونق بخشیده و کسب منفعت نمایند. کشورهای امریکا، انگلستان و استرالیا از کشورهای پیشرو در بکارگیری از این روش در دعاوی سرمایه‌گذاری بوده‌اند. اکثر سرمایه‌گذاران در کشورهای انگلستان، امریکا، استرالیا، چین و هنگ‌کنگ مستقرند.^۵ در یک دهه اخیر مباحث مربوط به نظام حل و فصل اختلافات بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی^۶ با وجود نگرانی‌ها در خصوص نهاد تأمین مالی ثالث پیچیده شده است. تأمین مالی ثالث در داوری‌های بین‌المللی با وجود مخاطرات فراوان به سرعت رشد کرده است که اولین و مهمترین دلیل واضح این رشد چشمگیر، هزینه‌های سنگین مرتبط

۱. سیدعلی سید کریمی، تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط اشخاص ثالث، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، (۱۳۹۵)، ص ۸

2. Arbitration Ordinance (Cap 609), s/98J.

3. Unrub v. Seeberger (2007)10 HKCFAR 31; Winnie lo v HKSAR (2012) 15 HKCFAR 16; Raafat Imam v Life (China) Co Ltd (2018) 4 HKLRD 152.

4. "Arbitration Ordinance", (Cap 609), part 10 A; Singapore Civil Law (Amendment) Art 2017.

۵. عباس کریمی و مجید قربانی زلیخانی، «سرمایه‌گذاری ثالث در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۱، (۱۳۹۹)، ص ۳۶.

6. State-Investor Dispute Settlement (ISDS).

با داوری بین‌المللی است. بعبارت دیگر اگرچه تأمین کنندگان مالی از درگیر شدن در فرآیند پیچیده و پرهزینه داوری امتناع می‌نمایند و یا به دلیل عدم اطمینان از نتیجه جریان داوری و انتقال ریسک شکست در پرونده به خود، از پذیرش سرمایه‌گذاری‌های پرمخاطره در فرآیند داوری خودداری می‌کنند یا تحت تاثیر بحران‌های اقتصاد جهانی، انگیزه کافی را برای حمایت مالی برخی دعاوی ندارند اما همچنان داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر خلاف سایر روش‌های حل و فصل اختلاف، روش جذاب‌تر و سودآورتر برای تأمین کنندگان مالی محسوب می‌گردد.

دیدگاه‌های متنوع ارائه شده با توجه به ماهیت و تعریف تأمین مالی توسط ثالث، امکان تلقی این نهاد بعنوان یک صنعت را به بررسی گذاشته است. یک دیدگاه از جانب تأمین کنندگان حکایت از این دارد که نهاد مذکور در پرتو رویه‌های موجود و علی‌رغم تنوع فراوان و گستردگی انواع روش‌ها و قراردادهای تأمین مالی، می‌تواند بعنوان ماهیتی مابین یک صنعت بزرگ و یک تجارت یا کسب و کار کوچک مدنظر قرار گیرد. اما دیدگاه دیگری از سوی تأمین کنندگان، این ایده را مطرح می‌کند که تأمین مالی توسط ثالث به ویژه در اروپا بعنوان یک صنعت جوان و در حال رشد قلمداد می‌گردد. این تفاوت دیدگاه از متغیر بودن تقاضا برای این خدمات که بطور گسترده‌ای منوط به صلاحیت قضایی و مشتریان آن می‌باشد، نشأت می‌گیرد.^۱

۲. کارگروه سوم آنسیترال

سی و هشتمین نشست کارگروه سوم کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) موضوع اصلاح مکانیزم حل و فصل اختلافات بین سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان با مشارکت نمایندگان کشورها در مورخ ۲۲ لغایت ۲۶ مهرماه ۱۳۹۸ در وین برگزار شد. این کارگروه با حضور شصت کشور عضو کمیسیون، چهل کشور عضو ناظر و بیش از ۵۰ ناظر به نمایندگی از سریر مقدس، اتحادیه اروپا، سازمان‌های بین‌الدولی و غیردولتی متنوعی برگزار گردید. اعضای شرکت کننده در این کارگروه در خصوص تأمین مالی ثالث به دو گروه تقسیم شدند. از یک طرف نمایندگان کشورهای در حال

۱. کاملیا پاکزاد، تأمین مالی توسط ثالث در داوری تجاری بین‌المللی (تهران: انتشارات جاودانه-جنگل، ۱۳۹۹) ص

توسعه نظراتی مبنی بر ممنوعیت و یا تا حد ممکن مضیق نمودن هر چه بیشتر در بکارگیری این روش در دعاوی سرمایه‌گذاری ارائه نمودند. نمایندگان این کشورها اعلام نمودند که روش تأمین مالی ثالث تا حد زیادی فاقد مقررات خاص در نظام داوری سرمایه‌گذاری است و فقط باید به دعاوی خاص محدود شود. از طرف دیگر، نمایندگان کشورهای توسعه یافته با توجه به طرح عمده دعاوی توسط سرمایه‌گذاران آنان بعنوان خواهان دعوی، تمایل خود را برای ارائه یک تعریف هرچه سهل‌تر و آزادی هرچه بیشتر در بکارگیری روش تأمین مالی ثالث در داوری سرمایه‌گذاری ابراز بودند. رویکرد مثبت و منفی نمایندگان دولت‌ها در بکارگیری از روش تأمین مالی ثالث در کارگروه سوم آنستیرال مشابه دو رویکرد متفاوت در خصوص کنوانسیون قواعد شفافیت آنستیرال در سال ۲۰۱۳ است که بر ضرورت تدوین قواعد شفافیت فرآیند داوری در خصوص دعاوی معاهده محور مطابق قواعد آنستیرال تاکید می‌کند. برخی نمایندگان شرکت‌کننده در کارگروه سوم آنستیرال اعلام نمودند که انعطاف‌پذیری در خصوص تأمین مالی توسط شخص ثالث و استفاده از این مکانیسم می‌تواند دستیابی به عدالت را برای خواهان دعوی به ویژه برای شرکت‌های کوچک و متوسط (SMEs) و حتی در برخی موارد محدود برای برخی دولت‌ها در داوری سرمایه‌گذاری که از منابع مالی کافی برخوردار نیستند، تضمین کند. این مسئله در خصوص میزان استفاده از تأمین مالی ثالث برای شرکت‌های کوچک و متوسط نیازمند تحقیقات بیشتری است زیرا در صورت ممنوعیت بکارگیری تأمین مالی ثالث ممکن است اشکال دیگری از تأمین مالی ثالث در داوری‌های بین‌المللی ایجاد شود که مشمول مقرره‌گذاری در این حوزه نباشند.^۱

همان‌گونه ذکر شد یکی از عمده‌ترین نگرانی‌ها در خصوص پدیده تأمین مالی ثالث در کارگروه سوم آنستیرال چارچوب بندی و ارائه تعریف مشخص و تعیین حوزه تأمین مالی ثالث است. نگرانی دوم آن است که پدیده تأمین مالی ثالث از عدم شفافیت رنج می‌برد به نحوی که جلوگیری از تعارض منافع، خود مستلزم افشای قرارداد تأمین مالی ثالث میان تأمین‌کننده مالی و طرف دیگر دعوی از طرف دیوان است. ضرورت شناسایی نهاد تأمین مالی ثالث و سهامداران آن و نیز مشخص نمودن اسامی یا نام حامیان

۱. علیرضا میروسی، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری (تهران: انتشارات پریس، ۱۳۹۳) ص ۱۹۰.

مالی در پرونده داوری حائز اهمیت است. در مواردی که اشخاص ثالث، منافع و سود حاصل از این روش تامین مالی را به برخی داوران خاص یا شرکت های حقوقی مشخص تعمیم داده اند، ممکن است تعارضات بالقوه ای بر سر منافع میان داوران و اشخاص ثالث ایجاد شود حتی اگر این تعارض بین طرف های دعوی و داوران وجود نداشته باشد. روش تامین مالی ثالث در محیطی که قوانین و مقررات در آن حاکم نیست می تواند به صورت کاملاً محرمانه صورت پذیرد. در چنین شرایطی نه برای دیوان یا نه برای طرف دیگر دعوی، تعهد به افشاء رعایت نمی شود و منجر به تعارض منافع می گردد به نحوی که این تعارض می تواند در طی فرایند رسیدگی حل و فصل اختلاف همچنان ادامه پیدا کند. به علاوه، حتی در محیط هایی که قوانین و مقررات بر آنها حاکم است نیز این سوال مطرح است که تا چه میزان باید روش تامین مالی ثالث قابل افشاء باشد. در حالی که اکثر صاحب نظران در رابطه با افشاگری در خصوص بکارگیری و منبع تامین مالی ثالث اتفاق نظر دارند اما آنها درباره این که آیا جزئیات موافقتنامه مالی باید بصورت خودکار افشاء شود یا وظیفه افشاگری باید به تشخیص دیوان باشد، اجماع نظر وجود ندارد.

همچنین بی طرفی داوران، تخصیص هزینه ها در رویه داوری، تأمین خواسته ها، عدم تعادل ایجاد شده ناشی از رویه عملی تأمین مالی ثالث و افزایش بالقوه شمار دعاوی واهی مستلزم تهیه یک ابزار جامع در قالب یک قانون نمونه و یا مقرره گذاری برای ایجاد یک راهنمای قانونی در خصوص استفاده از تأمین مالی ثالث است. مقررات مزبور باید بر این موارد متمرکز باشد: الف- وجود صرف تأمین مالی ثالث اغلب نتایج منفی داشته است به نحوی که به تأمین کنندگان مالی آن اجازه می دهد سهمی در نتیجه داوری و قدرتی در تعیین این که کدام پرونده ها به داوری ارجاع، کدام داوران را انتخاب و کدام پرونده ها را حل و فصل کنند، داشته باشند. بنابراین شناسایی این پیامدهای منفی از اهمیت بالایی برخوردار است و تعیین حدود و دامنه این مقرره در هر شکلی که تهیه شود، باید دقیق و شفاف باشد. در این راستا انواع خاصی از تأمین مالی ثالث باید ممنوع شوند. همچنین ابعاد حقوقی تأمین مالی ثالث باید برای شاکیان ضعیف از لحاظ مالی که بجز از طریق تأمین مالی شخص ثالث قادر به طرح دعوی خود و دنبال کردن حقوق خود در رژیم داوری سرمایه گذاری نیستند و شاکیانی که ضعف مالی ندارند اما با یک دلیل منطقی و معقولی به تأمین مالی ثالث متوسل می شوند، با معیارها و استانداردهای دقیق مشخص

شود. ب- با توجه به ضرورت افشای کل موافقتنامه تأمین مالی، نیاز دیوان‌ها برای ارزیابی دعاوی به منظور مطالبه قرار تأمین هزینه‌ها، رد زودرس دعاوی واهی و ملزم ساختن خواهان به پرداخت کلیه هزینه‌های ناشی از اینگونه دعاوی، می‌بایست شرایط و الزامات افشاگری گسترش یابد. این امر یکی از نکاتی است که می‌تواند منجر به ایجاد فساد و همچنین از دست دادن بی‌طرفی و استقلال داوران در رژیم داوری سرمایه‌گذاری گردد. پ- در نهایت هرگونه درخواست برای تأمین مالی ثالث در صورتی باید پذیرفته شود که دارای این ویژگی‌ها باشد؛ اول، درخواست از طرف خواهان دعوی معقول باشد، دوم دلایل آشکاری از ضعف مالی و یا دیگر دلایل مشروع در بکارگیری تأمین مالی ثالث وجود داشته باشد، سوم چشم‌انداز موفقیت در یک دعوی واضح باشد، چهارم حسن نیت خواهان و همچنین نام و نشانی تأمین‌کننده مالی ثالث و شرایط قرارداد تأمین مالی ثالث مشخص باشد.^۱

به هر حال با وجود اجماع عمومی در خصوص ضرورت مقرر کردن، مشکل اساسی پیدا کردن مسیری است که می‌بایست برای نظام‌مند نمودن روش تأمین مالی ثالث طی نمود. گزینه‌های متعددی در این زمینه پیشنهاد شده است: ۱- پذیرش تأمین مالی ثالث بعنوان یک خدمت مالی و تنظیم آن در چارچوب صنعت خدمات مالی توسط اعضای این صنعت؛ ۲- توجه قانونگذار ملی به جایگاه تأمین مالی ثالث 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 تأمین مالی ثالث 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. مسئله اساسی انتخاب مناسبترین مسیر از میان گزینه‌های فوق است، اما با توجه چالش‌های بالقوه در هر یک از گزینه‌ها 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

۱. غلامعلی فروغی، «گزارش سی و هشتمین نشست کارگروه سوم آنستیرال»، وزارت امور خارجه، تهران، اداره کل حقوقی و بین‌المللی، (۱۳۹۸)، ص ۱۰.

به موضوعات و چالش‌های مربوط به تأمین مالی ثالث برآمد و در ادامه و در یک بازه زمانی چندساله، اصلاح و تصویب قانون بهترین گزینه و انتخاب خواهد بود.^۱

۳. اختلافات نظری موافقان و مخالفان

۳-۱. دستیابی به عدالت

یکی از دلایل اصلی بکارگیری تأمین مالی ثالث افزایش توان مالی سرمایه‌گذار زیان‌دیده جهت طرح دعاوی سرمایه‌گذاری که همانا دستیابی بیشتر به عدالت^۲ است، می‌باشد. تأمین مالی ثالث بطور قانونی به سرمایه‌گذاران زیان‌دیده امکان استماع در دیوان را فراهم می‌کند. یکی از مهمترین مزیت‌های مکانیزم نظام فعلی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی^۳ این است که اغلب خارج از حیطه اختیارات و صلاحیت نظام دادرسی داخلی کشور میزبان است. داوری سرمایه‌گذاری یک چارچوب قاعده‌محور را برای نظام حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذاری ایجاد می‌نماید که در اکثر موارد، بی‌طرف است و این ویژگی به سرمایه‌گذاران زیان‌دیده امکان می‌دهد تا دعاوی آنها اساساً بدون دخالت غیر قانونی دولت میزبان طرح و مورد استماع قرار گیرد. بنابراین نظام حل و فصل اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی، دستیابی بی‌سابقه‌ای را جهت تحقق عدالت برای سرمایه‌گذاران خارجی فراهم می‌کند و راه دستیابی و نفوذ به قلمرو سنتی دولت‌ها را برای آنها می‌گشاید. ضرورت رژیم داوری بین‌المللی بویژه در مواردی آشکار می‌شود که سرمایه‌گذاران زیان‌دیده از فقدان یک مکانیزم دسترسی به عدالت متأثر می‌شوند و علت این رخداد نیز از نظام حقوقی و قضایی کشور میزبان ناشی می‌شود. در پرونده‌هایی مانند *سایپم علیه بنگلادش*^۴ یا *لوون علیه ایالات متحده*^۵، نظام قضایی دولت میزبان نه تنها قادر به حمایت قضائی از سرمایه‌گذاران زیان‌دیده نبود بلکه آنان را از اجازه صریح دستیابی به عدالت در داوری بین‌المللی نیز

۱. محمدعلی بهمنی و محمد مهدی اسدی، «چالش‌های اساسی تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط شخص ثالث»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره‌های ۳۴، ۶۵-۹۶، (۱۴۰۰)، ص ۷۸.

2. Access to Justice.

3. Investor-State Dispute Settlement (ISDS).

4. Saipm v. Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7.

5. Loewen v. United States, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3.

محروم می‌کرد. این شرایط یکی از عمده‌ترین اقدامات دولت در ارتباط با نقض تعهدات معاهده‌ای بشمار می‌رود. بنابراین تأیید اینکه این دعاوی فقط در قلمرو دولت میزبان قابل پیگیری باشد، بسیار دشوار است.

با این حال، هزینه‌ای که سرمایه‌گذار خارجی برای دسترسی به داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری باید پردازد، اندک نیست. هزینه حل و فصل اختلافات بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی دائماً در حال افزایش است. متوسط هزینه‌های طرح دعوی در داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری، امروزه تقریباً به ۸ میلیون دلار می‌رسد.^۱ برای بسیاری از خرده سرمایه‌گذاران، هزینه تلاش برای باز پس‌گیری خسارت ناشی از سرمایه‌گذاری انجام شده در قلمرو دولت میزبان به حدی است که عملاً خارج از توان مالی آنها است. این امر هنگامی دشوارتر می‌شود که اموال و دارایی‌های سرمایه‌گذاران خارجی توسط دولت سلب مالکیت می‌شوند. این گونه اقدامات دولت میزبان می‌تواند به شدت باعث تهی شدن منابع مالی سرمایه‌گذار شود.^۲ بعبارت دیگر خساراتی که سرمایه‌گذاران به دنبال جبران هستند ممکن است با ارجاع دعاوی خود به داوری کاملاً به امری غیر ممکن برای آنها تبدیل شود.

بنابراین تأمین کنندگان مالی بعنوان منابع مالی مطمئن برای سرمایه‌گذاران زیان‌دیده جهت کمک به طرح دعاوی سرمایه‌گذاری در داوری‌های بین‌المللی علیه دولت میزبان بشمار می‌روند. تأمین کنندگان مالی همچنین به سرمایه‌گذاران خارجی که نیروی کار و سرمایه خویش را در مشارکت با اقتصاد کشور میزبان بکار می‌گیرند اطمینان می‌دهد تا در صورت هرگونه مصادره یا سلب مالکیت سرمایه‌گذاری آنها توسط دولت میزبان از حمایت مالی برای تأمین هزینه‌های ناشی از داوری برخوردار خواهند بود. در مواردی که دولت میزبان برای جذب سرمایه‌گذار خارجی به موجب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری تعهداتی را پذیرفته است، تأمین مالی ثالث بعنوان یکی از ابزارهای پیش‌بینی شده در معاهدات مذکور بطور قانونی دسترسی به منابع حامیان مالی را برای پوشش هزینه‌های داوری توسط سرمایه‌گذاران خارجی فراهم می‌کند. برخی از

1. UNCITRAL Working Group III, "Report of Working Group III" (Investor- State Dispute Settlement Reform) on the Work of its Thirty- Fourth Session A/Cn.9/930, 19 December 2017, Para 29.

2. Impecuniosity.

نمایندگان شرکت کننده در کارگروه سوم آنسیترال و همچنین گروه ویژه کوئین مری به ضرورت تأمین مالی ثالث در چارچوب داوری‌های سرمایه‌گذاری اشاره نمودند. برخی از نمایندگان شرکت کننده در کارگروه سوم آنسیترال اعلام نمودند که بسیاری از شرکت‌های کوچک و متوسط (SMEs) در حال حاضر به دلیل هزینه‌های بالای داوری قادر به تأمین منابع مالی لازم برای هزینه‌های دسترسی به سیستم‌های مدرن داوری سرمایه‌گذاری نیستند.^۱ این نمایندگان همچنین اعلام نمودند که سرمایه‌گذاران در حال حاضر از آن جهت به تأمین مالی ثالث روی آورده‌اند که بتوانند هزینه‌های رسیدگی خود را در داوری‌های بین‌المللی تأمین کنند.^۲ گروه ویژه کوئین مری نیز از این نهاد تأمین مالی شخص ثالث حمایت نمود. این گروه اعلام کرد که داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی بعنوان ابزاری مهم برای سرمایه‌گذاران خارجی جهت حمایت از دارایی‌های آنان در مقابل سلب مالکیت و رفتار تبعیض‌آمیز در قلمرو دولت میزبان است و تاکید می‌کند که تأمین مالی ثالث، نهاد مهم برای سهولت دسترسی به داوری سرمایه‌گذاری جهت تحقق عدالت در دعاوی سرمایه‌گذاری در نظر گرفته می‌شود.^۳

دستیابی به عدالت، یکی از نقاط قوت و از دلایل عمده در بکارگیری تأمین مالی ثالث در نظام حل و فصل اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی می‌باشد. با این حال، مخالفان رژیم داوری سرمایه‌گذاری عقیده دارند که تسهیلات پیش‌بینی شده توسط نهاد تأمین مالی ثالث به سرمایه‌گذاران، دستیابی واقعی به عدالت نیست زیرا این تسهیلات فقط برای سرمایه‌گذاران خارجی تخصیص یافته و سایر طرف‌های ذینفع را مستثنی می‌کند. داوری سرمایه‌گذاری مانند داوری تجاری، بر اساس رضایت طرفین در بستر نظام حل و فصل اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی صورت می‌گیرد. نظام مذکور فقط توسط دولت‌های میزبان در چارچوب معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری مذاکره و پیش‌بینی می‌شود و متعاقباً سرمایه‌گذار بر اساس این سازوکار پیش‌بینی شده در معاهدات سرمایه‌گذاری درخواست خود را به داوری ارجاع می‌کند. این صلاحیت مبتنی بر رضایت؛ مانند داوری تجاری، فقط طرف‌های اختلاف می‌توانند در آن داوری شرکت

1. UNCITRAL Working Group III, op.cit.at Para 34.

2. Ibid. para 57.

3. "Queen Mary Task Force Report", <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca-report-4-tpf-final-forprint-5-april.pdf>, (2018), at 202.

نمایند و بطور معمول این امر در داوری تجاری مورد اعتراض نیست زیرا موضوع اختلافات تجاری بندرت دارای تبعات سیاسی یا در تعارض با منافع عمومی است. اما در بستر رژیم داوری سرمایه‌گذاری، دولت طرف خوانده دعوی قرار می‌گیرد که این مسئله می‌تواند باعث توجه افکار عمومی یا نگرانی‌های سیاسی در کشور میزبان شود. در چارچوب رژیم داوری سرمایه‌گذاری تنها سرمایه‌گذار خارجی حق اقامه دعوی علیه دولت میزبان را دارد. اگر اقدامات دولت میزبان در خصوص سرمایه‌گذاری‌های انجام شده بخاطر منافع عمومی صورت گرفته، این اقدامات در اکثر موارد نمی‌تواند توسط سرمایه‌گذاران خارجی به چالش کشیده یا اختلاف به داوری بین‌المللی ارجاع گردد. همچنین ارجاع اختلاف به داوری سرمایه‌گذاری برای افراد غیر سرمایه‌گذار که به علت اقدامات دولت سرمایه‌گذاری آنها زیان دیده، دشوار است. موافقان تأمین مالی ثالث بر دسترسی منابع مالی لازم برای پرداخت هزینه داوری توسط تأمین‌کننده شخص ثالث تأکید می‌کنند که این امر امکان طرح دعوی و دستیابی به عدالت را برای سرمایه‌گذار متضرر افزایش می‌دهد اما مخالفان، روش تأمین مالی ثالث را سازوکاری می‌دانند که صرفاً بر مبنای سود و عواید اقتصادی متمرکز است تا آنکه بر عدالت متمرکز کند. این سازوکار فقط به افرادی که دارای منافع اقتصادی هستند اجازه دسترسی به داوری سرمایه‌گذاری را می‌دهد و اشخاصی که ممکن است بطور مستقیم یا غیرمستقیم از اقدامات دولت متضرر شده‌اند را مستثنی می‌نماید.^۱

۲-۳. غربالگری دعاوی سرمایه‌گذاری

ماهیت تأمین مالی ثالث به گونه‌ای است که حامیان مالی معمولاً پرونده‌هایی را می‌پذیرند که سرمایه‌گذاری آنها در دعاوی مورد نظر از بیشترین سود و منافع اقتصادی برخوردار باشد. حامیان مالی عمدتاً بدنبال پرونده‌هایی هستند که دیوان، صلاحیت لازم را جهت رسیدگی آنها احراز نموده است. موفقیت هر یک از تأمین‌کنندگان مالی مانند هر سرمایه‌گذار حرفه‌ای دیگر، به توانایی آنها در تشخیص و پیش‌بینی دعاوی برنده یا بازنده وابسته است. در نتیجه فرض بر این است که برای استفاده از روش تأمین مالی ثالث، هر

1. Columbia Center on Sustainable Investment, "Impacts of the International Investment Regime on Access to Justice", http://ccsi.columbia.edu/files/2018/09/CCSI_Sep2018.pdf, September (2018), at 10.

یک از طرف‌های متقاضی حمایت باید ابتدا حامیان مالی را متقاعد کند که دعاوی آنان به اندازه‌ای از لحاظ حقوقی قوی و مستدل است که امکان پیروزی را در داوری دارا بوده و در نتیجه سود و بازده بالایی دارد. بر اساس این فرضیه، موافقان تأمین مالی ثالث معتقدند که موضوع قابل بحث این است که حضور تأمین‌کننده شخص ثالث در داوری بین‌المللی باعث ایجاد مکانیسم غربالگری^۱ بالفعل در خصوص دعاوی سرمایه‌گذاری شده است. فقط آن دسته از دعاوی که شانس موفقیت بیشتری دارند تا مرحله رسیدگی در داوری پیش می‌روند و دعاوی واهی به دلیل کمبود بودجه از رقابت حذف می‌شوند.^۲ در نتیجه هزینه‌های وارده به دولت میزبان کاهش می‌یابد زیرا آن دسته از دعاوی که امید چندانی به پیروزی آنها در داوری نیست، هم موجب محدودیت در زمان و هم جلوگیری از اتلاف منابع مالی بسیاری از دولت‌ها می‌شوند.

ارقام منتشر شده از سوی حامیان مالی نشان می‌دهد که چنین فرایند گزینشی به طور فزاینده‌ای در حال انجام است. بعنوان مثال شرکت برفور کاپیتال با مسئولیت محدود در سال ۲۰۱۷ فقط ۴ درصد از درخواست‌ها را مورد بررسی قرار داد. در واقع چیزی حدود ۵۹ سرمایه‌گذاری از بین ۱,۵۶۱ مورد درخواست می‌باشد.^۳ شرکت ای. ام. اف بنتام^۴ با مسئولیت محدود، یکی دیگر از حامیان مالی مهم است که حدود ۹۰ درصد از موفقیت‌های حوزه قضایی در پرونده‌های مربوط به خارج از ایالات متحده، بین سال‌های ۲۰۱۱ تا ۲۰۱۸ از آن اوست. این ارقام نشان می‌دهد که تأمین‌کنندگان مالی با فرایند راستی‌آزمایی این دعاوی را گزینش می‌کند، اگرچه اعلام نمی‌کنند که آیا این دعاوی سرمایه‌گذاری بدون حمایت مالی آنها نیز منجر به پیروزی در دیوان می‌گردید یا خیر؟ با این حال، همچنان سوالاتی درباره این موضوع وجود دارد که تأمین‌کنندگان مالی در واقع بر اساس چه معیاری دعاوی واهی را از سایر دعاوی تفکیک و بر اساس چه معیارهایی پرونده‌های داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری را گزینش می‌کنند زیرا نوپایی

1. Screening Mechanism for Claims.

2. Ibid. at 208.

3. "Burford Annual Report 2017", <http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2018/03/BUR-28711-Annual-report-2017-web.pdf>, 22 December 2018, at 20.

4. IMF Bentham, "FY2018 Full Year Results Investor Presentation", slide 12.

نسبی این حوزه نشان می‌دهد که یک مرجع قوی و با سابقه‌ای برای پیش‌بینی نتایج یک اقامه دعوی وجود ندارد. آنچه مطرح است اینکه با توجه به جذابیت روش تأمین مالی ثالث برای سرمایه‌گذاران متضرر، همه فرایند راستی‌آزمایی که توسط تأمین‌کنندگان مالی طی می‌شود حداقل بخشی از فرایند غربالگری قبل از داوری است که دعاوی واهی را حذف یا سرمایه‌گذاران را به تعقیب قضایی اختلافات خود ترغیب می‌کند.

همچنین موفقیت تأمین مالی توسط حامیان مالی به ایجاد تنوع در زمینه‌های سرمایه‌گذاری وابسته است. فرضیه اصلی در خصوص تأمین مالی ثالث این است که احتمال افزایش موفقیت یک دعوی بستگی به بررسی اولیه تأمین‌کننده مالی دارد زیرا پیش‌بینی عواید و بازده سرمایه در کل به معنای موفقیت در دعاوی است. با این حال، شرایطی وجود دارد که امکان موفقیت همیشه مد نظر نیست. این احتمال وجود دارد که تأمین‌کنندگان مالی با آن دسته از دعاوی مواجه شوند که از شانس موفقیت کمتر برخوردارند اما دارای سودآوری و بازدهی بالایی هستند و به همین علت این نوع سرمایه‌گذاری را در پرتفولیوی خود حفظ می‌کند. تلاش‌های فعلی در جهت وضع قوانین و مقررات در حوزه تأمین مالی ثالث فقط حول محور افزایش موافقتنامه تأمین مالی و ایجاد استانداردهای لازم جهت حمایت از طرفین موافقتنامه مالی معطوف می‌باشد. اما در حال حاضر هیچ اقدامی برای مقرر کردن در جهت کنترل و نحوه مدیریت سبد پرتفولیوی تأمین‌کنندگان مالی یا ایجاد ضوابطی برای پذیرش یک پرونده سرمایه‌گذاری انجام نشده است. در واقع به نظر نمی‌رسد هیچ راهکاری جهت اقدام عملی چنین مقرر کردن حتی اگر رسماً پیشنهاد یا درخواست شده باشد، وجود داشته باشد. هر تأمین‌کننده مالی به هنگام تصمیم‌گیری برای پذیرش یک پرونده سرمایه‌گذاری تنها از اختیار و قضاوت خود استفاده می‌کند.

وضعیت فعلی نظام حل و فصل اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی غیر قابل انکار است و یکی از بزرگترین انتقاداتی که به آن وارد است این است که یک سرمایه‌گذار می‌تواند دو پرونده مشابه را در دو دیوان متفاوت مطرح کند و دو نتیجه متفاوت بدست آورد. هیچ سابقه الزام‌آوری در داوری سرمایه‌گذاری وجود ندارد و ممکن است پرونده‌ای که در یک دیوان فاقد صلاحیت کافی شناخته شده، بتواند دیوان دیگری را برای رسیدگی متقاعد کند. بنابراین حامیان مالی، ریسک بزرگی را در حمایت

از یک پرونده می‌پذیرند به نحوی که می‌تواند ادعایی به ظاهر واهی طرح شود با این امید که بتواند نتیجه متفاوتی در یکی از دیوان‌های داوری بدست آورد. چنین ریسکی را می‌توان از طریق ایجاد یک پرتفولیو از سایر سرمایه‌گذاری‌های ایمن‌تر تعدیل کرد. گروه ویژه کوئین مری نیز تاکید می‌کند که بسیاری از منتقدان نگرانی‌های خود را در خصوص پرتفولیوی سرمایه‌گذاری تأمین کنندگان شخص ثالث و توانایی جهت جلوگیری از سرمایه‌گذاری پرریسک ابراز کرده‌اند.

علاوه بر این، امکان خروج یک تأمین‌کننده شخص ثالث از یک موافقتنامه مالی ممکن است شرایطی را ایجاد کند که به محض وقوع آن خواهان دعوی، پرونده را در مقابل دولت خوانده ببازد و در نتیجه شخص ثالث می‌تواند خود را از پرونده کنار بکشد و خواهان را تهیدست باقی‌گذارد به نحوی که قادر به تأمین و جبران هزینه‌های بعدی حکم صادره به نفع دولت خوانده نباشد. تأمین‌کننده شخص ثالث بعنوان یک واسطه غیر عضو در فرایند حل و فصل اختلاف می‌تواند به سهولت از پرونده کنار برود زیرا تابع هیچ حکمی از طرف دیوان داوری نخواهد بود.^۱ این موضوع منجر به سناریوی بزن در رو^۲ در داوری سرمایه‌گذاری می‌شود که به موجب آن موفقیت پرونده برای خواهان دعوی و تأمین‌کننده شخص ثالث منجر به ثروت بادآورده‌ای خواهد شد و در صورت شکست آن نیز دولت خوانده همچنان وظیفه پرداخت هزینه‌های ناشی از داوری را برعهده دارد.

این نگرانی‌ها یکی از دلایل اصلی درخواست صدور قرار تأمین خواسته توسط دولت خوانده از دیوان داوری است. برای نمونه آرای صادر شده در پرونده *ار. اس. ام پرود/کشن کورپوریشن علیه سنت لوجیا*^۳ و *مانوئل گارسیا آرمس علیه ونزوئلا*^۴ حاکی از آن است که دولت خوانده بدون درخواست ارائه تضمین برای جبران هزینه‌ها، خود را در معرض یک ریسک غیرضروری قرار می‌دهد. موقعیتی که حتی در صورت موفقیت در پرونده نیز منجر به تبعات ناشی از بار مالی اضافی بر دوش دولت می‌شود. مقررات کشور

1. Ibid. at 161, 177.

2. Hit & Run Scenario.

3. *RSM Production Corporation v Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs.

4. *Manuel Garcia Armas and others v Venezuela*, PCA Case No. 2016-08 Procedural Order No.9, 20 June 2018.

هنگامی که اخیراً در رابطه با قوانین تجارت منتشر شده، نشان می‌دهد که کنار کشیدن ناگهانی یک تأمین‌کننده شخص ثالث می‌تواند موجب پیش‌داوری‌های متعصبانه درباره یک پرونده شود. این قانون تلاش می‌کند تا با محدود کردن اختیارات حامیان مالی در بازپس‌گیری یا فسخ موافقتنامه‌های مالی این احتمال را کاهش دهند، مگر در موارد استثنایی.^۱

۳-۳. تبعات مالی بر دولت

افزایش سریع دعاوی سرمایه‌گذاری طی دو دهه اخیر نشان می‌دهد که رژیم داوری سرمایه‌گذاری با وجود هزینه‌های بالای رسیدگی به یک اختلاف، گزینه موثر و قابل اعتماد برای سرمایه‌گذاران خارجی زیان دیده است. با این حال در حالی که خواهان دعوی، هزینه‌های مربوط به داوری سرمایه‌گذاری را تأمین می‌کند، دولت میزبان نیز متحمل هزینه‌های داوری ناشی از دعاوی ارجاع شده توسط سرمایه‌گذاران خارجی می‌گردد. یکی از مهمترین انتقادات وارده به نظام حل و فصل اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی، افزایش طرح دعاوی ناشی از شرایطی است که دولت مجبور می‌شود بعلت بحران‌های اجتماعی و اقتصادی داخلی جهت محافظت از منافع اساسی مبادرت به انجام برخی سیاست‌گذاری‌ها و اصلاح قوانین و مقررات نماید. طرح اینگونه دعاوی سرمایه‌گذاری توسط سرمایه‌گذاران خارجی دارای تبعات مالی بر منابع محدود دولت است. بحران اقتصادی آرژانتین طی سال‌های ۱۹۹۹ تا ۲۰۰۱ میلادی منجر به افزایش ۴۵٪ طرح دعوی به داوری در فاصله سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۹ علیه آن کشور گردید.^۲ یکی از این دعاوی، پرونده *آباکلات علیه آرژانتین*^۳ بود که بعنوان اولین رژیم جهانی داوری سرمایه‌گذاری موضوع نظام حل و فصل اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی محسوب می‌شود. به موجب این پرونده ۱۸۰ هزار دارنده اوراق قرضه دولتی اتباع ایتالیایی دعاوی خود را علیه دولت آرژانتین در ارتباط با اقدام دولت

1. "Code of Practice for Third Party Funding of Arbitration", Hia. info. Gov. HK, 2018, at paras 2.13-2.16.

2. UNCTAD, Investment Policy Hub, Argentina -As Respondent State, ISDS, Country Cases, Party Role, (2018), at 81.

3. *Abaclat v Argentina*, ICSID Case No.ARB/07/5.

برای تجدید ساختار مالی جهت باز پرداخت بدهی‌ها در بحران اقتصادی سال ۲۰۰۱ به داوری ارجاع نمودند.^۱

حتی زمانی که پرونده‌های مربوط به اختلافات سرمایه‌گذاری متوقف یا حل و فصل می‌شوند، روند رسیدگی همچنان نیازمند تخصیص و صرف منابع قابل توجهی از بودجه دولت خوانده است. هزینه‌های داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی به طور مداوم در حال افزایش است به نحوی که هزینه‌های برآورد شده برای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری در حال حاضر به چیزی تقریباً ۸ میلیون دلار بالغ می‌گردد.^۲ بعلاوه بسیاری از ارجاع اختلافات توسط سرمایه‌گذاران خارجی بعنوان خواهان دعوی به داوری‌های سرمایه‌گذاری علیه کشورهای در حال توسعه صورت می‌گیرد که ممکن است منابع آنان برای صرف هزینه دفاع از خود در مقابل دعاوی احتمالی محدود باشد. برای اینگونه کشورها حتی در بهترین وضعیت، تعداد پرونده‌های موجود می‌تواند در شرایط حاد باعث انبساط بودجه دولت و فشار مضاعف بر منابع عمومی کشور شود. با توجه به اینکه بسیاری از پرونده‌ها نیز می‌تواند در شرایطی به داوری ارجاع شوند که کشور سرمایه‌پذیر خود همچنان با پیامدهای ناشی از بحران ملی درگیر است، بنابراین کشور سرمایه‌پذیر قادر به پرداخت هزینه‌های دفاع از چنین دعاوی ارجاع شده نخواهد بود. فشار بار مالی بر منابع محدود دولت میزبان^۳ با حضور یک تأمین کننده مالی در داوری سرمایه‌گذاری افزایش خواهد یافت. با استفاده از روش تأمین مالی ثالث موجبات طرح دعاوی بالقوه در داوری فراهم می‌گردد و احتمال پذیرش دعاوی واهی و سوداگرایانه بیشتر می‌شود. از آنجا که ممکن است برخی دعاوی با گذشت زمان یا تحلیل منابع مالی به فراموشی سپرده شوند، اما تأمین مالی ثالث می‌تواند این اختلافات را طولانی‌تر و در نتیجه باعث تحمیل هزینه‌های اضافی بر دولت خوانده می‌گردد.

منتقدان رژیم داوری سرمایه‌گذاری معتقدند که از یاد و ایجاد هیاهو در پرونده‌های داوری سرمایه‌گذاری معاهده‌محور ممکن است منجر به تردید یا خودداری دولت میزبان از اجرای مقررات نظارتی خویش به دلیل ترس و نگرانی از ریسک مواجهه با دعاوی

1. Ibid.

2. UNCITRAL Working Group III, op.cit. at para 29.

3. Burdening Governmental Resources.

سرمایه‌گذاران خارجی شود.^۱ زمانی احتمال یاس و سرخوردگی در وضع و اجرای قوانین و مقررات نظارتی در کشورهای سرمایه‌پذیر افزایش می‌یابد که تصور شود عمده پرونده‌ها توسط سرمایه‌گذاران خارجی علیه کشورهای در حال توسعه طرح دعوی می‌گردند و این فرض که الزاماً این کشورها فاقد هرگونه مقررات سخت بهداشتی، زیست‌محیطی و یا حقوق بشر هستند. همچنین بسیاری از کشورهای در حال توسعه ممکن است فاقد منابع مالی لازم جهت انجام مذاکرات معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری یا به‌روزرسانی معاهدات سرمایه‌گذاری خود باشند. در نتیجه این کشورها به همان معاهدات نسل قدیم خود اکتفا می‌کنند که عملاً هیچگونه حمایتی از دولت در مقابل انجام اقدامات و سیاست‌گذاری‌های نظارتی خود نخواهد داشت. این نگرانی‌ها با ظهور پدیده تأمین مالی ثالث افزایش یافته به نحوی که این روش نه تنها باعث افزایش تعداد دعاوی علیه دولت میزبان می‌گردد بلکه موجب طولانی‌تر شدن فرایند رسیدگی چنین دعاوی شده است، حتی زمانی که موضوع دعاوی واهی هم در میان نیست.

همچنین زمانی که یک سرمایه‌گذار خارجی موفق به اقامه دعوی در مراجع داوری به دلیل نقض معاهده توسط دولت میزبان می‌شود، هر نوع پرداخت غرامت که توسط دیوان داوری برای جبران خسارت تعیین می‌گردد الزاماً از بودجه عمومی دولت سرمایه‌پذیر تأمین می‌شود. تعیین میزان خسارت در آرای صادره و نیز اجرای حکم داوری جهت پرداخت خسارت به منزله انتقال دوفاکتو از منابع عمومی دولت به شرکت‌های خصوصی تلقی می‌شود. در دعاوی سرمایه‌گذاری که فاقد تأمین‌کننده مالی است هرگونه پرداخت جبران خسارت به خواهان دعوی به مثابه پرداخت غرامت ناشی از نقض معاهده توسط دولت خواننده در نظر گرفته می‌شود. در پرونده‌های مربوط به نقض مفاد مربوط به سلب مالکیت یا استکفاف از اعطای منافع، این موضوع قابل پذیرش است اما در شرایطی که دولت از حق طبیعی خود جهت مقرر کردن سرمایه‌گذاری در زمینه سلامت و بهداشت عمومی، محیط زیست یا سایر استانداردهای مربوط به کار و امنیت داخلی استفاده می‌نماید انتقال منابع

1. K Tienhaara, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investment at the Expense of Public Policy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) at 25.

مالی از بودجه عمومی دولت به شرکتهای خصوصی خواهان دعوی می‌تواند مغایر با الزامات کشور در زمینه توسعه پایدار باشد.^۱

بعلاوه این انتقال ثروت از منابع عمومی دولت به تأمین کنندگان مالی را می‌توان بر خلاف اهداف اصلی تأمین مالی دانست. از آنجا که بودجه عمومی دولت عمدتاً برای حمایت از مقررات زیست‌محیطی یا بهداشت و سلامت در نظر گرفته می‌شود، زمانی که این گونه منابع مالی به یک تأمین کننده مالی انتقال می‌یابد، هیچ تضمینی وجود ندارد که در آینده نیز این منابع مالی چگونه هزینه و برای چه مصارفی پرداخت می‌شوند. در واقع دریافت عواید حاصل از پیروزی در یک پرونده توسط تأمین کنندگان مالی در نتیجه اقدامات به حق دولت در خصوص مقررہ گذاری او که مجدداً توسط تأمین کنندگان مالی برای کمک به طرح سایر دعاوی سرمایه‌گذاری پرداخت می‌شود، مغایر اهداف توسعه پایدار است. بنابراین هدف عمومی این منابع مخدوش شده و انتقال ثروت از بخش عمومی به بخش خصوصی به طور بالقوه زیان‌های قابل توجهی را به سلامت و بهداشت عمومی، محیط زیست یا سایر استانداردهای مربوط به کار و حقوق بشر می‌رساند.^۲

۳-۴. ساختار نامتقارن داوری سرمایه‌گذاری

منتقدان رژیم فعلی داوری سرمایه‌گذاری معتقدند که این رژیم داوری از لحاظ ساختاری نسبت به خواهان دعوی تبعیض‌آمیز است.^۳ آمارهای اخیر کنفرانس توسعه و تجارت سازمان ملل متحد (آنکتاد) نشان می‌دهد که دولت‌های خوانده در بیش از یک سوم اختلافات سرمایه‌گذاری اعلام شده، اغلب در مرحله احراز صلاحیت نسبت به خواهان دعوی حدود ۲۸ درصد موفق‌تر بوده‌اند. اما برای آن دسته از اختلافاتی که در صلاحیت دیوان رسیدگی قرار گرفته چیزی حدود ۶۰ درصد به نفع خواهان دعوی رای صادر شده است.^۴ این ارقام نشان می‌دهد در حالی که دولت‌ها ممکن است در مرحله احراز صلاحیت از مزایایی برخوردار شوند اما در صورتی که اختلاف مذکور به نحوی

1. "Queen Mary Task Force Report", op.cit. at 201.

2. Ibid. at 203.

3. Frank Garcia & Kirrin Hough, "Third Party Funding International Investor - State Arbitration", American Society of International Law, Vol. 22, No.16, (2018), at 27.

4. UNCTAD, "World Investment Report (WIR) 2018", [http:// unctad. org/ en/ publication.library/wir2018-en/pdf](http://unctad.org/en/publication.library/wir2018-en/pdf), 27 January (2019), at 94-95.

مدیریت شود که صلاحیت رسیدگی مورد سوال قرار گیرد، این مزیت‌ها متعاقباً سلب می‌شوند. این آمار همچنین می‌تواند نشانگر نوعی جانبداری ساختاری به دلیل ماهیت نامتقارن داوری سرمایه‌گذاری باشد؛ ابتدا با توجه به این حقیقت که در رژیم داوری سرمایه‌گذاری عملاً طرح دعاوی متقابل برای خواننده دعوی غیرممکن است مگر در موارد محدود که در معاهدات سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده باشد. پیش‌بینی طرح دعوی متقابل می‌تواند به دفع دعاوی احتمالی در آینده کمک نماید. این عدم تعادل ساختاری، شرایط را با توجه به استفاده فزاینده از روش تأمین مالی ثالث در داوری پیچیده‌تر می‌کند. در داوری تجاری، روش تأمین مالی ثالث معمولاً هم از خواهان دعوی و هم از خواننده دعوی حمایت می‌کند. منافع تأمین‌کننده مالی برای خواهان احتمالی واضح است. با این وجود، تأمین مالی ثالث برای خواننده دعوی می‌تواند دسترسی مالی را افزایش دهد به ویژه در مواردی که خواننده ممکن است اقدام به طرح دعوی متقابل کند و از این حیث، تأمین‌کننده مالی نیز می‌تواند سود حاصل از این نوع سرمایه‌گذاری را بدست آورد.

در بیشتر موارد، داوری‌های سرمایه‌گذاری نامتقارن اند^۱ اگرچه خواهان دعوی معمولاً با ارجاع دعاوی خود به داوری متحمل هزینه‌های بالای داوری بین‌المللی می‌شود اما دولت میزبان حتی در صورت موفقیت در داوری تقریباً در همه پرونده‌ها همچنان مجبور به پرداخت هزینه‌های دفاع از پرونده می‌گردد. در موارد خاص به دلیل ماهیت خاص داوری مبتنی بر معاهده سرمایه‌گذاری و عدم پیش‌بینی مفاد مربوط به طرح دعاوی متقابل، دولت از طرح دعوی متقابل که بتواند برای هر تأمین‌کننده شخص ثالث نیز سودآور باشد، منع می‌شود. اینکه دولت خواننده می‌تواند در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی طرح دعاوی متقابل نماید یا خیر همچنان از موضوعات قابل بحث است. این بحث‌ها ریشه در عناصر منحصر به فردی دارند که داوری سرمایه‌گذاری را از اختلافات معمول تجاری متفاوت می‌کند. در حالی که اکثر اختلافات مربوط به داوری تجاری از ترتیبات قراردادی ناشی می‌شوند اما در بیشتر موارد متقارن‌اند. طرف‌های اختلاف به همانگونه که از حقوق و اختیارات لازم جهت طرح دعوی متقابل برخوردارند لیکن تضمین‌کننده فراینده رسیدگی برابر در حل و فصل اختلافات نخواهد بود. آنچه رژیم داوری سرمایه‌گذاری را از داوری تجاری متمایز می‌کند شفافیت فرایند رسیدگی است

1. Asymmetric.

که شباهت بیشتری با دعاوی حقوقی عمومی دارد تا روش‌های صرفاً تجاری برای حل اختلافات دو طرف خصوصی.^۱

اگرچه در برخی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به صراحت، ارجاع به داوری از طرف دولت میزبان نیز به رسمیت شناخته شده اما عمده درخواست‌های ارجاع به داوری بین‌المللی توسط سرمایه‌گذاران خارجی صورت می‌گیرد. در پرونده‌های مختلفی که دولت‌ها تلاش کرده‌اند تا طرح دعوی متقابل نمایند، صلاحیت رسیدگی بر عهده دیوان داوری قرار گرفته است؛ اینکه آیا مفاد مربوط به ارجاع داوری در معاهده سرمایه‌گذاری به اندازه کافی از طرح دعوی متقابل توسط دولت حمایت می‌کند یا اینکه متن مفاد معاهده به گونه‌ای تنظیم شده که فقط سرمایه‌گذاران خارجی صلاحیت لازم جهت طرح دعاوی در داوری را دارند، همچنان مورد مناقشه است.^۲

بررسی اجمالی آراء اخیر در دیوان‌های داوری بین‌المللی نشان می‌دهد که مفاد مربوط به حل و فصل اختلاف در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری؛ به دولت میزبان این امکان را می‌دهد تا در خصوص موضوعاتی مانند خسارت‌های زیست‌محیطی و یا نقض حقوق بشر علیه خواهان دعوی، طرح دعوی متقابل نمایند. اما این آراء و تصمیمات تحت تاثیر موضوعات دیگری قرار گرفته است. اینکه آیا طرح دعوی متقابل توسط دولت خواننده در پیوند واقعی و قانونی دعاوی سرمایه‌گذار خارجی است، دعاوی متقابل باید در همان زمینه حقوقی مرتبط با ادعای نقض توسط سرمایه‌گذار خارجی قرار گیرد.^۳ این معیارها تقریباً بطور اجتناب‌ناپذیر مانع از موفقیت طرح دعوی متقابل است، زیرا خواهان دعوی از ابتدا به نقض معاهده سرمایه‌گذاری متوسل می‌شود و تنها در برخی معاهدات محدود، حق دولت میزبان برای طرح دعوی متقابل پیش‌بینی شده است. نتیجه اینکه اگرچه ممکن است روزنه‌ای برای طرح دعوی متقابل توسط دولت خواننده وجود داشته باشد اما احتمال پذیرش دعاوی متقابل و حتی امکان موفقیت در رابطه با احراز

1. Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007) at 48-49.

2. *Saluka Investments BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May (2004), Sergei Pausbok v Mongolia, UNCITRAL. Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011.

3. *Urbaser v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26. Award, 8 December 2016; *David Aven v. Costa Rica* UNCITRAL, Final Award, 18 September (2018).

ماهیت طرح دعوی در داوری سرمایه‌گذاری بسیار ناچیز است. در واقع از بین همه آراء و تصمیمات منتشره شده داوری‌های سرمایه‌گذاری فقط دو مورد از تمامی دعاوی متقابل از طرف دولت خوانده مورد پذیرش قرار گرفت. این دو مورد شامل پرونده‌های برلینگتون ریسورسز علیه اکوادور^۱ و نیز پرونده پرنکو علیه اکوادور^۲ می‌باشد. حتی در این موارد نیز تنها دلیل پذیرش دعوی متقابل این بود که خواهان دعوی در هر دو پرونده از اعتراض به فرایند پذیرش و صلاحیت دیوان برای طرح دعوی متقابل امتناع کرد. در چارچوب تأمین مالی ثالث، تبعات ساختار نامتقارن حل و فصل اختلافات در داوری سرمایه‌گذاری معاهده‌محور باعث می‌شود که دولت‌ها دیگر قادر به استفاده از تأمین مالی شخص ثالث که در اختیار سرمایه‌گذاران خارجی است، نباشند. در واقع بدون امکان بررسی و استماع دعوی متقابل طرف دیگر، دولت میزبان قادر به طراحی یک مدل موثر سودآور برای تأمین‌کننده شخص ثالث که بتواند سهم و درصد برابری از سود بدست آورد، نخواهد بود.

پرونده‌هایی وجود دارند که دولت‌های خوانده قادر به استفاده از روش تأمین مالی ثالث شده‌اند اما این منابع مالی عمدتاً در قالب موسسات غیرانتفاعی بکار گرفته شده و نه از طریق حامیان مالی حرفه‌ای. برای مثال در پرونده داوری فیلیپ موریس علیه اروگوئه^۳، دولت اروگوئه از بنیاد بلومبرگ و کمپین کودکان بدون دخانیات^۴ حمایت مالی دریافت کرد.^۵ این منابع مالی غیرانتفاعی به حمایت از دولت‌های خوانده در پرونده‌هایی که با موضوعات مهم منافع عمومی مرتبط است تعلق می‌گیرد. اما محدودیت این منابع مالی باعث می‌شود که به نسبت بیشتری در دسترس خواهان دعوی قرار گیرد. با این وجود، مکانیزم مذکور می‌تواند به طور قابل توجهی به تعادل ساختاری کمک نماید.

در رژیم داوری بین‌المللی برای سرمایه‌گذارانی که سرمایه‌گذاری‌های آنها مصادره یا سلب مالکیت شده است یا به نحو دیگری به دلیل نقض تعهدات معاهده‌ای دولت میزبان

1. Burlington Resources v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaim 7 February 2017.
2. Perenco v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on the Environmental Counterclaim 11 August 2015.
3. Philip Morris v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7.
4. Bloomberg Foundation and its Campaign for Tobacco Free Kids.
5. "Queen Mary Task Force Report", op.cit. at 48.

با آثار غیرمستقیم، سلب مالکیت شده‌اند؛ جبران خسارت ناشی از زیان‌ها ممکن است با توجه به فرایند طولانی و پرهزینه داوری علیه دولت میزبان امکان‌پذیر نباشد به ویژه زمانی که منابع مالی خواهان بعلت اقدامات دولت میزبان به شدت کاهش یافته است. حتی زمانی که سرمایه‌گذار خارجی به طور معمول منابع مالی لازم را برای پرداخت هزینه‌های دعاوی خود علیه دولت خوانده در اختیار دارد، هزینه بالای داوران ممکن است داوری را روشی نا کارآمد و بی اثر نشان دهد که این امر می‌تواند تأثیرات مالی شدیدی را بر سرمایه‌گذار فراتر از نقض معاهده وارد کند. حضور تأمین‌کنندگان شخص ثالث در این شرایط به سرمایه‌گذاران این امکان را می‌دهد که با استفاده از تأمین مالی ثالث در دعاوی خود، هزینه‌های داوری را تأمین نمایند و منابع مالی موجود را به نحو مطلوب در جهت کارایی موثر فعالیت تجاری بکار گیرند. در واقع تعداد قابل توجهی از شرکت‌های خارجی برخوردار از توان مالی مناسب جهت پوشش هزینه‌های قانونی خود با هدف استفاده مطلوب‌تر از منابع موجود خود در دعاوی داوری به حامیان مالی روی آورده‌اند.^۱ در گزارشات گروه ویژه کوئین مری، اکثر تأمین‌کنندگان مالی در این گروه ویژه اظهار داشته‌اند که شرکت‌های بزرگ نیز به طور فزاینده‌ای برای پوشش ریسک مالی^۲ و دوام نقدینگی خود از روش تأمین مالی ثالث استفاده می‌نمایند.^۳

در حالی که برخی انتقادات در خصوص افزایش طرح دعاوی واهی با استفاده از تأمین مالی ثالث وجود دارد اما در مواردی هم که طرح دعوی توسط سرمایه‌گذار زیان‌دیده از دعاوی واهی نیست، می‌تواند این پرسش مطرح شود که آیا سرمایه‌گذار حقیقتاً تهیدست^۴ است که در این صورت، شرایط استفاده از روش تأمین مالی ثالث به امری کم‌اهمیت تبدیل می‌شود. همچنین در مواردی هم که دعاوی، معتبر انگاشته می‌شوند؛ دولت خوانده متعهد به پرداخت جبران خسارت می‌شود حتی اگر سرمایه‌گذار از توانایی مالی برخوردار باشد. بدین ترتیب زمانی که روش تأمین مالی ثالث به یک سرمایه‌گذار این اجازه را می‌دهد تا از منابع موجود خود به نحو مطلوب استفاده کند، این نوع استفاده از تأمین مالی نباید مورد اعتراض دولت خوانده قرار گیرد.

1. "Queen Mary Task Force Report", op.cit. at 158.

2. Mitigating Financial Risks of Investors.

3. Ibid. at 180.

4. Impecunous.

۵-۳. مدیریت پرونده داوری

به نظر می‌رسد سطح کنترلی که تأمین‌کننده مالی بر ساختار و مدیریت پرونده اعمال می‌کند در مورد هر پرونده نسبت به پرونده دیگر متفاوت است. همچنین هیچ مطالعه رسمی منتشر شده‌ای وجود ندارد که اثرات تأمین مالی ثالث را بر ساختار مدیریت و کنترل کلی یک پرونده مورد بررسی قرار داده باشد.^۱ کنترل یک پرونده توسط تأمین‌کننده مالی دارای اثرات مثبت و منفی است. در برخی پرونده‌های خاص، مزایایی در خصوص اعمال نظارت و کنترل توسط تأمین‌کننده مالی که راستی‌آزمایی کافی را در مورد گزینش دعوی مورد نظر بعمل آورده وجود دارد. دیوان تجدیدنظر انگلیس در خصوص حضور تأمین‌کننده شخص ثالث در یکی از پرونده‌های داوری اعلام نمود که از تأمین‌کننده مالی که مسئولیت مالی در پرونده را بر عهده می‌گیرد، انتظار می‌رود تحلیل دقیق از قوانین، حقایق و شاهدان و در نظر گرفتن تناسب و بازرسی در فواصل مناسب را در فرایند رسیدگی بعمل آورد.^۲ نظارت فعال و همه‌جانبه توسط یک تأمین‌کننده مالی در این شرایط می‌تواند به مدیریت و کنترل بهتر و موثرتر پرونده منجر شود. علاوه بر این، یکی دیگر از آثار مثبت حضور تأمین‌کننده شخص ثالث، اثر بازدارندگی است.^۳ بکارگیری تأمین مالی ثالث می‌تواند در برابر اقدامات راهبردی آسیب‌زننده مقابله کند. این اقدامات زیان‌بار دولت اصولاً از طریق به تاخیر انداختن یا تحمیل وظایف سنگین بر خواهان دعوی با هدف تهی شدن نقدینگی او انجام می‌پذیرد به نحوی که در نهایت سرمایه‌گذار را مجبور به باز پس‌گیری دعوی او می‌نماید. با این وجود در صورت آگاهی از اینکه خواهان دعوی برای تأمین هزینه‌های داوری از روش تأمین مالی ثالث استفاده می‌کند، دولت خواننده می‌تواند مانع از طرح دفاعیات در دیوان شود.^۴ در هر صورت اگرچه تأمین مالی ثالث با ماهیت قراردادی خود، ضمن فراهم آوردن منابع مالی و تسهیل اقامه دعوی موجب تحقق عدالت، افزایش کارکرد داوری، انتقال ریسک مالی و جلوگیری از اقامه دعاوی واهی و غیره می‌گردد اما می‌تواند بر

1. "Queen Mary Task Force Report", op.cit. at 74.

2. *Excalibur Ventures v. Texas Keystone and others* [2016] EWCA Civ1144.

۳. عبدالحسین شیروی و اعظم انصاری، «چالش تعهد بر افشا در تأمین مالی هزینه‌های داوری تجاری بین‌المللی توسط ثالث»، مجله مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، شماره چهارم، (۱۳۹۸)، ص ۲۲۹.

4. "Law Reform Commission of Hong Kong", op.cit. at para 5.15.

مواردی چون اعمال کنترل و نفوذ شخص ثالث تأمین کننده مالی بر پرونده، جانبداری و خروج داوران از بی طرفی و افشای اسناد و اطلاعات محرمانه نیز تاثیرگذار باشد.^۱ برخی قراردادهای تأمین مالی ممکن است به صراحت، حق اعمال کنترل و نظارت بر برخی تصمیمات طرف دعوی مورد حمایت مالی را به تأمین کننده بدهد. از جمله این موارد می توان به دخالت و اعمال کنترل تأمین کننده مالی بر انتصاب داور و یا تیم حقوقی طرف دعوی مورد حمایت مالی، تصمیمات مرتبط با حل و فصل اختلافات، اسقاط حق و غیره اشاره کرد. همچنین ممکن است یک شرط کلی در قرارداد گنجانده شود، مبنی بر آنکه اتخاذ تصمیمات کلیدی و مهم، نیازمند تایید تأمین کننده باشد. بنابراین طرف دعوی مورد حمایت مالی بایستی بر طبق تعهد خود به همکاری و انتقال اطلاعات به تأمین کننده، نامبرده را قبل از اتخاذ اینگونه تصمیمات مطلع سازد. در نتیجه میزان اعمال کنترل و حتی مخالفت تأمین کننده با تصمیمات طرف دعوی تأمین مالی شده بطور مشخص در قراردادهای تأمین مالی یکسان نیست.^۲ در دعاوی سرمایه گذاری که خواهان دعوی از استطاعت مالی برخوردار نیست توازن منافع بین تأمین کننده مالی بعنوان سرمایه گذار و خواهان دعوی همواره یک از نگرانی های قانونگذاران بوده است. چرا که سرمایه گذار می تواند با اصرار ورزیدن بر شروط غیر منصفانه در موافقتنامه مالی و استفاده از موقعیت اقتصادی خود برای مذاکره مجدد در مورد شروطی که به ضرر خواهان است؛ در مرحله نهایی فرایند دعوی یا حین حل و فصل اختلاف، شرایط سوء استفاده را فراهم آورد.^۳

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱. پاکزاد، همان، ص ۵۱.

2. Eric De Brabandere, Julia Lepeltak, *Third Party Funding in International Investment Arbitration*, Grotius Centre for International Legal Studies, Working Paper, No. 2012/1 (2011-2012) at 4.

۳. مهسا مولوی، سرمایه گذاری ثالث در داوری بین المللی (تهران: انتشارات چتر دانش، ۱۳۹۹) ص ۱۲۱.

نتیجه‌گیری

برخی محققان با ارائه تعاریف کلی از تأمین مالی ثالث، آن را راه‌حلی برای تأمین منابع مالی به منظور اقامه دعاوی در داوری بین‌المللی معرفی می‌کنند. لذا گستره این تعریف سبب شده تا برخی روش تأمین مالی ثالث را بعنوان وسیله‌ای جهت اجتناب از ریسک‌های مالی مرتبط با اقامه دعاوی تلقی کرده و آن را شکلی از قرارداد بیمه، انتقال یا واگذاری دعاوی و بطور کلی وام در نظر گیرند. در واقع تأمین مالی توسط شخص ثالث با حمایت مالی از طرف دعاوی فاقد منابع مالی لازم برای اقامه دعوی یا مدیریت ریسک‌های مالی ناشی از آن در ازای دریافت سهمی از عواید حاصله در صورت پیروزی، به تسهیل شرایط دادخواهی و افزایش امکان دستیابی به عدالت و نیز ارتقای جایگاه داوری کمک شایانی می‌نماید.

دلایل گوناگونی برای استفاده از تأمین مالی ثالث توسط خواهان دعوی در داوری سرمایه‌گذاری وجود دارد. اولاً سرمایه‌گذار خارجی که علیه دولت میزبان طرح دعوی می‌کند ممکن است قادر به فراهم نمودن منابع مالی لازم برای ارجاع اختلاف به داوری بین‌المللی نباشد. دوم، سرمایه‌گذاران خارجی ممکن است تمایلی به استفاده از منابع مالی خود برای تأمین هزینه‌های طولانی‌مدت و پرهزینه داوری سرمایه‌گذاری نداشته و ترجیح دهند که از فرصت‌های مالی جدید استفاده نمایند. سوم، سرمایه‌گذار با توجه به عدم اطمینان و قطعیت در خصوص دریافت موثر خسارت مورد مطالبه از طریق داوری، عملاً ریسک مالی ناشی از هزینه‌های داوری را به تأمین‌کننده شخص ثالث منتقل می‌کند. علاوه بر مزایا و معایب تأمین مالی ثالث، تردیدی نیست که حضور تأمین‌کننده شخص ثالث می‌تواند در روند رسیدگی تأثیرگذار باشد. در روش تأمین مالی ثالث به دلیل منافع مالی قابل توجه برای تأمین‌کننده شخص ثالث، خطر انتقال مدیریت و کنترل فرایند داوری از سرمایه‌گذار خارجی به تأمین‌کننده شخص ثالث در کلیه مراحل رسیدگی پرونده وجود دارد.

از آنجا که استفاده از تأمین مالی ثالث در دهه‌های اخیر عمدتاً توسط سرمایه‌گذار خارجی و با واسطه‌گری مغرضانه تأمین‌کنندگان مالی با هدف کسب منفعت حداکثری از دعاوی مرده شکل گرفته است، کارگروه سوم آنسیترال همگام با کشورهای در حال توسعه در جهت محدود کردن هرچه بیشتر استفاده از این روش به وضع قوانین و مقررات

تاکید می‌کند. سرمایه‌گذار خارجی در این دعاوی معمولاً نقش بازیگر صفر را بازی می‌کند و تأمین کنندگان مالی و بعبارت دیگر شرخرها با هدف طرح دعاوی متعدد که عمدتاً واهی هستند علیه یک دولت با استفاده از شیوه‌های متعددی از جمله رشوه دادن به داوران، استفاده از وکلای قوی بدنبال گرفتن رای در هر تعداد از دعاوی، علی‌رغم ذیحق نبودن سرمایه‌گذار هستند. در کارگروه سوم آنسیترال برخی نمایندگان کشورهای در حال توسعه اعلام نمودند که می‌بایست جلوی استفاده از این روش تا حد امکان گرفته شود. همچنین اعلام نمودند که در صورت وجود دلایل آشکاری مبنی بر هر گونه سوء استفاده از این موقعیت، باید استفاده از تأمین مالی ثالث در کل ممنوع شود. این در حالی است که برخی دیگر از کشورها اعلام نمودند تأمین مالی ثالث فقط باید در شرایط خاصی مجاز باشد مانند مواردی که یک ادعا واهی نیست و معتبر است، تأمین مالی ثالث جنبه سوداگرانه ندارد یا مشروط به نتایج داوری نیست، تأمین مالی ثالث جزء بخشی از یک تأمین مالی پرتفولیویی در مقابل یک دولت خاص نیست یا دلایلی مبنی بر تهیدستی خواهان دعوی وجود ندارد. اگر چه در مورد اینکه تأمین مالی ثالث فقط باید برای دعاوی ناشی از تهیدستی انجام پذیرد، اما دولت‌ها بر این باورند که نباید چنین محدودیتی وجود داشته باشد زیرا تأمین مالی ثالث می‌تواند برای اهداف تجاری مشروع یا قانونی هم بکار گرفته شود و در نتیجه نشان دادن تهیدستی خواهان دعوی دشوار خواهد بود.

در هر صورت امکان دادخواهی با سازوکار پیش‌بینی شده در رژیم داوری حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری تحول بزرگی بود که نشان داد چگونه سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند به علت اقدامات دولت خسارت دریافت کند و برای اولین بار این تنها روشی است که سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند از دولت میزبان غرامت دریافت کند. افزایش سریع پرونده‌های داوری سرمایه‌گذاری در طی دهه‌های اخیر نشانگر هر دو مورد نیاز و تقاضا به این نوع خسارت مستقیم می‌باشد. سازوکار رژیم داوری سرمایه‌گذاری، بازار سوداگرانه جدیدی را برای تأمین کنندگان شخص ثالث ایجاد کرده است به نحوی که از یک سو امکان دستیابی به سود بیشتر را برای آنها فراهم می‌کند و از سویی دیگر دسترسی بیشتر به منابع مالی را برای سرمایه‌گذاران خرد که ممکن است امکان دسترسی به مکانسیم حل و فصل اختلافات را نداشته باشند، فراهم می‌نماید.

با این حال، درست مثل هر صنعت رو به رشد دیگر در خصوص نهاد تأمین مالی ثالث مشکلاتی وجود دارد که باید به نحوی حل و فصل شود که هم امکان دستیابی به عدالت را برای سرمایه‌گذاران زیان‌دیده فراهم کند و هم از تحمیل بار اضافی بر دوش دولت خواننده جلوگیری و از خروج آنها از مکانسیم حل و فصل اختلافات جلوگیری کند. مزیت‌های گنجاندن روش تأمین مالی ثالث در نظام کنونی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بسیار واضح و مشخص است که شامل دسترسی بی‌سابقه سرمایه‌گذاران برای رسیدگی به شکایات آنها به روشی است که دعاوی معتبر را پذیرش و دعاوی واهی را حذف می‌کند. در همین حال از آنجا که معایب معینی در خصوص افزایش نابرابری ساختاری وضعیت موجود به نفع سرمایه‌گذار خارجی و به زیان دولت میزبان در روش تأمین مالی ثالث وجود دارد، این پرسش مطرح است که آیا تأمین مالی ثالث بطور مستقل باعث ایجاد چنین مسائلی می‌شود یا به بیانی دیگر، این ضعف ذاتی خود رژیم داوری سرمایه‌گذاری است؟

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Alireza Mirveisi

 <https://www.orcid.org/0000-0001-8769-4778>

Mahdi Zakerian

 <https://www.orcid.org/0000-0002-4719-6691>

Amiri

Mohammad Ali

Abdollahzade

منابع

کتاب‌ها

- پاکزاد، کاملیا، تأمین مالی توسط ثالث در داوری تجاری بین‌المللی (تهران: انتشارات جاودانه-جنگل، ۱۳۹۹).
- صفایی، حسین، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی (تهران: نشر میزان، ۱۳۷۵).

- میروسی، علیرضا، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری (تهران: انتشارات پریس، ۱۳۹۳).
- مولوی، مهسا، سرمایه‌گذاری ثالث در داوری بین‌المللی (تهران: انتشارات چتر دانش، ۱۳۹۹).

مقاله‌ها

- بهمنی، محمدعلی و اسدی محمدمهدی، «چالش‌های اساسی تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط شخص ثالث»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۳۴، ۹۶، (۱۴۰۰).
- شیروی، عبدالحسین و انصاری، اعظم، «چالش تعهد بر افشا در تأمین مالی هزینه‌های داوری تجاری بین‌المللی توسط ثالث»، مجله مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، شماره چهارم، (۱۳۹۸).
- فروغی، غلامعلی، «گزارش سی و هشتمین نشست کارگروه سوم آنسیترال»، وزارت امور خارجه، تهران، اداره کل حقوقی و بین‌المللی، (۱۳۹۸).
- کریمی، عباس و قربانی زلیخانی، مجید، «سرمایه‌گذاری ثالث در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۱، (۱۳۹۹).

رساله

- سید کریمی، سیدعلی، تأمین مالی داوری بین‌المللی توسط اشخاص ثالث، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، (۱۳۹۵).

References

Books

- Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Jonas Von Goeler, *Third-party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2016)
- K. Tienhaara, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investment at the Expense of Public Policy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

Articles

- Brabandere De, Eric & Lepeltak, Julia, “Third Party Funding in International Investment Arbitration”, Grotious Centre for International Legal Studies, Working Paper No. 2012/1 (2011-2012).
- Columbia Center on Sustainable Investment, “Impacts of the International Investment Regime on Access to Justice”, September (2018), <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/09/CCSI>.
- Garcia, Frank & Hough, Kirrin, “Third Party Funding International Investor - state Arbitration”, American Society of international Law, Vol. 22, No.16, (2018).
- Khouri, Susanna, Hurford Kate & Bowman, Clive, “Third Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration – a Panacea or a Plague?”, A Discussion of the Risks and Benefits of Third Party Funding’, *Transnational Dispute Management*, 8(4), (2011).
- “Law Reform Commission of Hong Kong”, Third Party Funding for Arbitration Sub-Committee Consultation Paper, http://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf, 22 December (2018).
- “Queen Mary Task Force Report”, On Third-Party, International Council for Commercial Arbitration (ICCA) <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca-reports-4-tpf-final-for-print-5-aptil.pdf>, 2 December 2018.
- UNCITRAL Working Group III, “Report of Working Group III”, (Investor- State Dispute Settlement Reform) on the Work of its Thirty - Forth Session A/Cn.9/930, 19 December 2017.

Documents

- Code of Practice for Third Party Funding of Arbitration, <http://hia.info.gov.hk/general/201812/07/P2018120700601-299064-1-1544169372716.pdf>, 22 December 2018.

- Comprehensive Economic and Trade Agreement, Article 8026, <http://trade.europa.eu/docs/2014/sepember/tradoc-152806.pdf>, 22 December 2018.
- ICSID Case No. ARB/08/5, [https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/ Decision on Counterclaim 7 February 2017](https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/Decision%20on%20Counterclaim%207%20February%202017).
- ICSID Case No. ARB/08/5, [https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/ Decision on the Environmental Counterclaim 11 August 2015](https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/Decision%20on%20the%20Environmental%20Counterclaim%2011%20August%202015).
- IMF Bentham, FY2018 Full year results investor presentation, [http://www.imf.com.au/docs/default-source/site-documents/investor-presentation-fy2018-full-year-results](http://www.imf.com/au/docs/default-source/site-documents/investor-presentation-fy2018-full-year-results).
- UNCTAD, World Investment Report (WIR), <http://unctad.org/en/publication.library/wir2018-en/pdf>, 2018, 27 January 2019.
- UNCTAD, Investment Policy Hub, Argentina -As Respondent state, [http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Country cases/ party role 2](http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Countrycases/partyrole2), (2018).

Cases

- Abaclat v. Argentina, ICSID Case No.ARB/07/5.
- Burlington Resources v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaim 7 February 2017.
- Loewen v. United States, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3.
- Manuel Garcia Armas and others v. Venezuela, PCA Case No. 2016-08 Procedural order No.9, 20 June 2018.
- Perenco v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on the Environmental Counterclaim 11 August 2015.
- Philip Morris v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7.

- RSM production Corporation v. Saint Lucia ICSID Case No. ARB / 12/ 10 Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs.
- Saipm v. Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7.

