

سرمایه‌گذاری ثالث در داوری تجاری بین‌المللی (TPF)

عباس کریمی*

مجید قربانی زلیخانی**

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۲/۲۵

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۶/۱۹

چکیده

سرمایه‌گذاری اشخاص ثالث در دعاوی در گذشته با محدودیت یا ممانعت مواجه بود؛ چنان‌که در نظام کامن‌لا این نهاد را مصداقی از شرخوری می‌دانستند. اما با گذشت زمان و افزایش هزینه‌های دادرسی، سرمایه‌گذاری ثالث در سال‌های اخیر به یکی از مهم‌ترین مباحث در داوری‌های بین‌المللی تبدیل شده است. مهم‌ترین دلیل موافقان این نهاد دسترسی به عدالت برای کسانی است که امکان مالی برای طرح ادعای خویش را ندارند. اما این نهاد با چالش‌هایی از جمله تعارض منافع مواجه است که قواعد برخی از سازمان‌های داوری و قوانین کشورهای چون سنگاپور و هنگ‌کنگ مؤثرترین روش برای جلوگیری از ایجاد تعارض منافع را افشای اجباری وجود سرمایه‌گذاری ثالث می‌دانند. در حقوق ایران، این نهاد مصداقی از قراردادهای نامعین است که با توجه به قوانین و قواعد موجود تاحدودی امکان پیشگیری از تعارض منافع وجود دارد، لکن هیچ الزامی به افشای قرارداد وجود ندارد.

کلیدواژگان:

افشای قرارداد، تأمین مالی، تعارض منافع، دسترسی به عدالت، هزینه دادرسی.

* استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

Abkarimi@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران

Majid.ghorbani.z@ut.ac.ir

مقدمه

داوری تجاری بین‌المللی روشی کارآمد، انعطاف‌پذیر، سریع و محرمانه برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی است.^۱ با وجود این، گاه اشخاص با داشتن دلایل کافی برای اثبات ادعای خویش، به دلیل گران بودن هزینه‌های داوری تجاری بین‌المللی و ریسک مالی آن، از طرح یا پیگیری دعوای خویش صرف‌نظر می‌کنند. این امر سبب می‌شود تا طرفین درگیر در این نوع داوری به فکر راهی برای تأمین هزینه‌های دادرسی و به تبع آن دستیابی به عدالت باشند. این نیاز سبب ایجاد نهاد جدیدی با عنوان «سرمایه‌گذاری ثالث در داوری تجاری بین‌المللی»^۲ شد که به یکی از جذاب‌ترین مباحث داوری تجاری بین‌المللی در سال‌های اخیر تبدیل شده است. اگرچه این نهاد تاکنون تنها در قوانین داوری کشورهای سنگاپور و هنگ‌کنگ مورد شناسایی قرار گرفته است، به طور قطع می‌توان گفت که اکثر کشورهای پیشرفته از این نهاد استقبال کرده، سعی دارند با گسترش و بهبود قواعد مربوط به این نهاد، توریسم داوری را در کشور خود رونق بخشیده، کسب منفعت کنند. کشورهای امریکا، انگلستان و استرالیا از کشورهای پیشرو در استفاده از این نهاد بوده، اکثر سرمایه‌گذاران در کشورهای انگلستان، امریکا، استرالیا، چین و هنگ‌کنگ مستقرند.^۳

این نهاد به مانند هر نهاد حقوقی نوپای دیگر، ضمن داشتن مزیت‌های فراوان، با چالش‌های متعددی چون، نقض اصل محرمانگی در داوری و تعارض منافع روبه‌رو است. حال این پرسش مطرح می‌شود که با وجود چالش‌های مزبور، آیا تجویز این نهاد صحیح است؟ و در فرض مثبت بودن پاسخ، راهکارهای مقابله با این چالش‌ها چیست؟ بنابراین ضروری دیده شد، در قسمت نخست به مفهوم و ویژگی‌های TPF و سپس در ذیل قسمت دوم به چالش‌های این نهاد و

1. Zabloudivová, K. "Third-Party Funding in International Commercial Arbitration", FACULTY OF LAW MASARYK UNIVERSITY Programme Law and Legal Science Department of International and European Law, Brno (2018), p. 13.

۲. Third-party funding در این مقاله در مقابل TPF معادل «سرمایه‌گذاری ثالث در داوری تجاری بین‌المللی» برگزیده شده است، گرچه ترجمه تحت‌اللفظی آن «تأمین مالی ثالث» است، از آنجاکه TPF در واقع یکی از روش‌های تأمین مالی ثالث است و شخص تأمین‌کننده مالی به طور خاص قصد سرمایه‌گذاری به منظور کسب منفعت در داوری را دارد، عنوان مزبور شایسته‌تر به نظر رسید. همچنین در این مقاله به دلیل رعایت اختصار، از نشانه اختصاری (TPF) استفاده شده است.

3. Zabloudivová, p. 23.

راهکارهای مقابله با آن بپردازیم و در نهایت امکان‌سنجی حقوق ایران نسبت به این نهاد را بررسی کنیم.

۱. مفهوم نهاد سرمایه‌گذاری ثالث و ویژگی‌های آن

با وجود توسعه روزافزون سرمایه‌گذاری ثالث در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تاکنون تعریف واحدی از این نهاد ارائه نشده است. اما وجه اشتراک تمامی تعاریف ارائه‌شده آن است که شخص ثالثی که هیچ ارتباطی با دعوا ندارد، در قبال دریافت درصدی از محکوم‌به در صورت پیروزی در دعوا، تأمین هزینه‌های داوری را به عهده می‌گیرد. بنابراین، لازم است ابتدا تعریفی از این نهاد ارائه کنیم (۱.۱) و پس از بیان ویژگی‌های مثبت و منفی آن (۱.۲)، برای درک بهتر از مفهوم سرمایه‌گذاری ثالث، این نهاد را با برخی از نهادهای مشابه تطبیق دهیم. (۱.۳)

۱.۱. تعریف قرارداد سرمایه‌گذاری ثالث

از آنجاکه صنعت سرمایه‌گذاری ثالث در داوری‌های بین‌المللی در سال‌های اخیر، هم از نظر میزان سرمایه و هم از نظر تعداد سرمایه‌گذاران در حال توسعه است،^۱ به موضوعی داغ و پرطرفدار در صنعت داوری تبدیل شده است. اما همچنان مفهوم دقیق سرمایه‌گذاری شخص ثالث مبهم بوده و اصول اخلاقی و حقوقی آن در داوری بین‌المللی اکثراً ناشناخته مانده است.^۲ مجله حقوق تجارت بین‌الملل با برگزاری میزگردی در دو نوبت به بحث و بررسی در راستای تعریف این صنعت پرداخت و در نهایت سرمایه‌گذاری ثالث را یک امر چند وجهی دانست که نمی‌توان به تعریف واحد و ثابتی از آن دست یافت.^۳

با وجود این، می‌توان به طور کلی TPF را یک روش سرمایه‌گذاری دانست که در آن شخص (با حسن نیت)^۴ که در دعوای مطروحه بین دو نفر نفعی ندارد، در ازای دریافت بخشی از

1. Secretariat. "Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Third-party funding" United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-seventh session. New York, V.19-00407 (E). (2019), p 2.

2. Boulle, Thibault "Third-Party Funding in International Commercial Arbitration" Master's thesis, Faculty of Law Ghent University, (Academic Year 2013-2014), p 5.

3. The Roundtable Discussions were held in Paris on 27 January 2012 and on 18 April 2012.

۴. سرمایه‌گذار باید با حسن نیت بوده، صلاحیت لازم برای این کار را داشته باشد؛ چرا که ممکن است این سرمایه‌گذاری به دلیل ایدای طرف مقابل و با سوءنیت صورت بگیرد.

مالی که در نتیجه دعوا حاصل می‌شود، حاضر به سرمایه‌گذاری در دعوا، نزد دادگاه یا محکمه داوری می‌شود. این شخص نه یکی از اصحاب دعواست و نه رابطه یا نفع مستقیمی از دعوا دارد؛ در واقع تنها نفع سرمایه‌گذار دریافت همان میزان سهم توافق شده با متقاضی سرمایه‌گذاری است که اصولاً این میزان قابل توجه است.^۱ درحقیقت، قرارداد سرمایه‌گذاری ثالث یک قرارداد ترکیبی است که دارای عناصر مشترکی با برخی قراردادهای چون معامله اعتبار و بیمه است. باین‌حال، در قرارداد TPF تضمینی به بازگشت وجوه پرداختی در صورت شکست در محاکمه وجود ندارد.^۲

۱.۲. مزایا و مخاطرات نهاد سرمایه‌گذاری ثالث

این نهاد نیز به مانند هر نهاد حقوقی دیگر دارای مزایا و معایبی است. در این بند ابتدا مهم‌ترین مزایای TPF و سپس مخاطرات آن مطرح می‌شود.

۱.۲.۱. مزایای سرمایه‌گذاری ثالث

۱.۲.۱.۱. دستیابی به عدالت

شاید مهم‌ترین دلیل گسترش TPF در سطح جهانی دسترسی به عدالت باشد، تا آنجا که حتی اکثریت مخالفان TPF این ویژگی را قبول دارند.^۳ به عبارت دیگر، مزیت اصلی TPF اعطای دسترسی به عدالت برای کسانی است که به دلایل مشکلات مالی نمی‌توانند از عهده هزینه‌های دادرسی که اغلب گران و غیرقابل پیش‌بینی و طولانی‌مدت است، برآیند.^۴ در واقع داوری بین‌المللی نباید تنها ابزاری برای ثروتمندان به منظور دستیابی به عدالت باشد، این موضوع توسط دادگاه تجدیدنظر انگلستان در دعوی Arkin v. Borchard Lined Ltd & Ors در سال ۲۰۰۵ مطرح گردید؛^۵ چراکه هزینه بالا در دعاوی گاه سبب دل‌سرد شدن خواهان از طرح دعوا می‌شود. بنابراین، وجود نهاد سرمایه‌گذاری ثالث می‌تواند این شانس را به طرفین دعوا بدهد تا بدون آنکه در تئنگای اقتصادی قرار گیرند با ارجاع دعوی خود به داوری از حقوق خویش دفاع کنند.

1. Boulle, p:6.

2. Mechantaf,K , “LE FINANCEMENT DE L'ARBITRAGE PAR LES TIERS Une approche française et internationale” ,Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I. (Année universitaire 2019-2020),p:205

3. Boulle, p:26.

4. Horodyski,D & Kierska,M “Third Party Funding in International Arbitration – Legal Problems and Global Trends with a Focus on Disclosure” Requirement Article · September 2017. p:67.

5. Arkin v Borchard Lines Ltd & Ors, Court of Appeal, decision of 26 May 2005, Case No A2/2004/0281, 0309 and 0314. bailii.org [online].

۱.۲.۱.۲. جلوه‌گیری از تحمیل نظر و تسریع در رسیدگی

در داوری گاه دیده می‌شود، طرف ضعیف‌تر برای گریز از تحمل هزینه‌های داوری مجبور به پذیرش پیشنهاد سازش، بدون در نظر گرفتن قدرت و کیفیت دلایل و ادعای خویش و با شرایط حداقلی می‌شود. طرف‌داران TPF معتقدند که این نهاد به دو دلیل می‌تواند تأثیر مثبتی بر حل و فصل زود هنگام اختلافات داشته باشد: نخست آنکه طرفی که دارای قدرت مالی بیشتری است، شانس تحمیل توافق یک‌جانبه حل و فصل را از دست می‌دهد و دیگر آنکه حضور سرمایه‌گذار به طرف مقابل نشان می‌دهد که ادعای خواهان دارای چنان قوتی است که سرمایه‌گذار پس از بررسی‌های لازم وارد این کارزار شده است. بنابراین، سبب می‌شود تا طرف مقابل به مذاکره و سازشی عادلانه ترغیب شود.^۱

۱.۲.۱.۳. حفظ سرمایه نقدی

یکی از عوامل عدم تمایل تجار برای تعقیب دعوا در داوری ترس از دست دادن سرمایه نقدی است که مهم‌ترین عنصر در امر تجارت است.^۲ در این نهاد به واسطه انتقال مسئولیت پرداخت هزینه‌ها به دوش سرمایه‌گذار، به بنگاه‌های اقتصادی این امکان داده می‌شود تا به جای تخصیص وجوه به پرداخت هزینه‌های دادرسی و حق‌الوکاله وکیل، دارایی‌های خویش را در راستای اهداف اصلی خود به کار گیرند که این امر خود ممکن است مانعی بر ایجاد رکود و مشکلات اقتصادی باشد.

۱.۲.۲. مخاطرات سرمایه‌گذاری ثالث

۱.۲.۲.۱. افزایش اختلافات

یکی از نگرانی‌های مطرح‌شده در خصوص سرمایه‌گذاری ثالث آن است که وجود این نهاد امکان دارد منتج به افزایش طرح دعاوی واهی گردد. اما در پاسخ به این نگرانی باید گفت با توجه به آنکه سرمایه‌گذاران به دنبال کسب سود حاصل از پیروزی در دعوا هستند، میزان احتمال موفقیت در پرونده مورد نظر را به دقت بررسی می‌کنند. بنابراین واقع‌بینانه‌تر آن است که وجود

1. Boulle.pp 27_28.

2. Ibid.p 29.

TPF نه تنها سبب افزایش دعاوی واهی نمی‌شود، بلکه خود به عنوان فیلتری برای پالایش دعاوی و جلوگیری از طرح دعاوی واهی عمل می‌کند.^۱

۱.۲.۲.۲. نقض اصل محرمانگی در داوری

یکی از مهم‌ترین مزایای داوری تجاری بین‌المللی وصف محرمانه بودن آن است. محرمانه بودن داوری بدین معناست که طرفین داوری، وکلا، داوران، مؤسسه داوری و به طور کلی تمام کسانی که در روند یک دادرسی شرکت دارند، به عدم افشای اطلاعات مربوط به روند داوری متعهدند. با این حال، مشارکت یک سرمایه‌گذار ثالث ممکن است منجر به نقض محرمانگی داوری شود، چراکه به طور معمول، سرمایه‌گذار از متقاضی سرمایه می‌خواهد تا اطلاعاتی در خصوص پرونده را در اختیار وی قرار دهد.^۲

بنابراین، به نظر می‌رسد چنان‌که بتوان سرمایه‌گذار ثالث را به حفظ محرمانگی متعهد نمود، برای رعایت وصف محرمانه بودن داوری کفایت می‌کند و به همین منظور است که گروهی از حقوق‌دانان بر افشای وجود سرمایه‌گذاری ثالث تأکید می‌کنند.

۱.۲.۲.۳. تعارض منافع

یکی از مهم‌ترین مباحث و ایراداتی که در سرمایه‌گذاری شخص ثالث مطرح می‌شود، تعارضات احتمالی است که از تضاد منافع سرمایه‌گذار، وکیل، منتفع و داوران به وجود می‌آید. به دلیل اهمیت این موضوعات، لازم دیده شد تا در مبحث آتی به این تعارضات و راهکارهای جلوگیری از ایجاد آن بپردازیم.

۱.۳. تمیز نهاد سرمایه‌گذاری ثالث با سایر نهادهای مشابه

تأمین مالی هزینه‌های دعاوی توسط اشخاص ثالث به طور کلی شامل مواردی است که با وجود داشتن شباهت، از نهاد TPF متمایزند. در این بند به برخی از نهادهای مشابه اشاره و وجه تمایز آنها را بیان می‌کنیم.

1. Zabloudilová, K.p:41.

2. Ibid.Pp 38-39.

۱.۳.۱. تأمین مالی هزینه‌های دعوا توسط وکیل^۱

این نوع تأمین مالی که شباهت بسیاری به نهاد سرمایه‌گذاری ثالث دارد، در برخی از کشورها مورد پذیرش قرار گرفته است. به موجب این قرارداد، وکیل تمام یا بخشی از هزینه‌های دادرسی را به عهده گرفته و موکل تنها زمانی مکلف به بازپرداخت هزینه‌ها به وکیل است که دعوا به نتیجه مورد توافق آنها رسیده باشد. در حقوق ایران، با توجه به بند یک ماده ۸۱ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلا دادگستری،^۲ سرمایه‌گذاری وکیل در دعاوی ممنوع و تخلف انتظامی است. این نوع تأمین مالی دارای انواع مختلفی است:

۱.۳.۱.۱. قرارداد حق‌الوکاله به شرط نتیجه^۳

در این نوع از قراردادها بازگشت هزینه‌های وکیل در راستای طرح و تعقیب دعوا، بستگی به موفقیت او در تمام یا بخشی از دعوا دارد.^۴ این روش در امریکا روشی معمول و پذیرفته شده است، اما در گذشته این نوع قرارداد در انگلیس در مورد دعاوی مطروحه در دادگاه‌های انگلستان ممنوع بود. با این حال، امکان استفاده از این قرارداد در داوری وجود داشت. در نهایت انگلستان نیز از آوریل سال ۲۰۱۳ استفاده از این روش را قانونی اعلام کرد.

۱.۳.۱.۲. تأمین مالی مقید وکیل^۵

تفاوت این نوع سرمایه‌گذاری با قرارداد نوع قبل، این است که در هر صورت موکل موظف است مبلغی را به عنوان حق‌الوکاله بپردازد. اما در صورت پیروزی در دعوا، وکیل مستحق دریافت تمام هزینه‌های صرف‌شده به علاوه مبلغی به عنوان پاداش در نظر گرفته می‌شود. با دقت در مطالب ذکرشده، می‌توان مهم‌ترین وجوه افتراق سرمایه‌گذاری ثالث با تأمین مالی از سوی وکیل به موارد ذیل اشاره کرد: نخست آنکه در TPF، سرمایه‌گذار شخصی خارجی است که هیچ ارتباطی با طرفین دعوا ندارد. در حالی که در تأمین مالی از سوی وکیل، شخص

1. Attorney financing.

۲. ماده ۸۱: «متخلف در موارد ذیل به مجازات انتظامی درجه ۵ محکوم خواهد شد. ۱. در صورتی که دعوی را به طور مصلحتانه یا در ظاهر به نام دیگری و در باطن برای خود انتقال بگیرد...».

3. Contingency fee agreement.

4. TRUSZ, J., "Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration", *Geo. L. J.* 2013.p 165.

5. Conditional fee agreement.

سرمایه‌گذار و کیل یکی از طرفین دعواست. دومین وجه افتراق آن است که TPF سرمایه‌گذاری به معنای خاص کلمه است. یعنی سرمایه‌گذار وجوه خویش را به منظور کسب سود به‌کار می‌گیرد؛ در حالی که سرمایه و کیل دانش، تخصص و زمان وی است.^۱

۱.۳.۲. بیمه هزینه‌های دادرسی^۲

بیمه هزینه دادرسی که به عنوان بیمه حمایت قانونی^۳ نیز شناخته می‌شود، در بسیاری از نظام‌های حقوقی به عنوان یک صنعت تثبیت شده و دارای سابقه طولانی است. اما در برخی دیگر از کشورها مفهومی نو است. این نوع بیمه با توجه به زمان مراجعه بیمه‌گذار به بیمه‌گر، به دو نوع بیمه پس از وقوع حادثه (ATE)^۴ و بیمه پیش از وقوع حادثه (BTE)^۵ تقسیم می‌شود.^۶ اتحادیه اروپا نیز به موجب ماده ۱۹۸ رهنمون شماره 2009/138/EC^۷ این نوع بیمه را به رسمیت شناخته است.^۸

این بیمه که هزینه‌های قانونی طرح دعوا و همچنین جبران خسارت ناشی از صدور حکم را تحت پوشش قرار می‌دهد، برخلاف بیمه‌های مرسوم و متعارف، مبلغ بیمه را مستقیماً به بیمه‌گذار پرداخت نمی‌کند، بلکه با پرداخت هزینه‌های طرح و تعقیب دعوا یا دفاع از آن، بیمه‌گذار را یاری می‌نماید.^۹ میزانی که این نوع بیمه تحت پوشش قرار می‌دهد، در کشورهای مختلف متفاوت است. به عنوان مثال، بیمه‌های قضایی در آلمان، هزینه‌های مختلف، اعم از هزینه‌های دادگاه،

1. Boulle.p 11.

2. Legal expenses insurance.

3. Legal protection insurance.

4. After the event insurance.

5. Before the event insurance.

6. Apostolidis M.G. "Third-Party Funding in Dispute Resolution: Financial Aspects and Litigation Funding Agreements", *Thessaloniki – Greece*, January 2017.p12.

7. 'an insurance undertaking [which] promises, against the payment of a premium, to bear the costs of legal proceedings and to provide other services directly linked to insurance cover, in particular with a view to the following: (a) securing compensation for the loss, damage or injury suffered by the insured person, by settlement out of court or through civil or criminal proceedings; and (b) defending or representing the insured person in civil, criminal, administrative or other proceedings or in respect of any claim made against that person.'

8. McNee. A, "Legal Expenses Insurance and Access to Justice", *International Bar Association*, London. August 2019.p12.

9. Boulle.p11.

هزینه‌های کارشناسی، وجه‌الضمان یا هزینه‌های اجرای حکم و حق‌الوکاله وکیل در حدود تعرفه را دربرمی‌گیرد.^۱ نکته قابل توجه در خصوص بیمه هزینه‌های دادرسی اینکه اکثر شرکت‌های بیمه‌گر تا حد زیادی کنترل رسیدگی را در دست می‌گیرند^۲ و ممکن است شرکت بیمه‌گر دعوا را با نظر و صلاح‌دید خود تعقیب کند.

مهم‌ترین تفاوت TPF با بیمه هزینه دادرسی آن است که بیمه‌گر تنها حق بیمه را از بیمه‌گذار دریافت می‌کند. این در حالی است که در صورت موفقیت در دعوا، سرمایه‌گذار درصد مشخصی از محکوم‌به یا حتی چندین برابر سرمایه‌ای را که در دعوا سرمایه‌گذاری کرده است، دریافت می‌نماید.

۱.۳.۳. واگذاری یا انتقال دعوا^۳

انتقال دعوا به معنی انتقال مورد دعواست.^۴ دعوا به جهاتی مانند تملک موضوع مورد اختلاف، ادغام شرکت‌ها یا تصفیه شرکت‌های ورشکسته از شخصی به شخص دیگری منتقل می‌شود. بنابراین انتقال‌گیرنده قائم‌مقام قانونی انتقال‌دهنده و ذی‌نفع اصلی دعواست و خواهان یا خوانده انتقال‌دهنده، دیگر هیچ سمتی در دعوا نخواهند داشت.

ممکن است برخی انتقال دعوا را همان TPF به معنای خاص تلقی نمایند؛ به این صورت که در سرمایه‌گذاری ثالث به معنای اخص کلمه نیز دعوا به شخص سرمایه‌گذار منتقل می‌شود، اما به واقع چنین نیست؛ چراکه در انتقال دعوا کنترل کامل دعوا در دست منتقل‌الیه خواهد بود و وی یکی از طرفین داوری محسوب می‌شود. اما در TPF دعوا به سرمایه‌گذار منتقل نمی‌شود.^۵

۱. بروجنی، محمد منصور و سید ناصر سلطانی، *بیمه هزینه‌های قضایی: الگویی برای توانمندسازی شهروندان*، دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره جدید، سال بیست و پنجم، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، شماره ۱۴، ص ۱۳۹.

2. Leigh, J., *Litigation funding begins to take off* (30/Nov/2009).p 51 <http://fulbrookmanagement.com/>.

3. Assignment of a claim.

۴. پور استاد، مجید و اعظم ایمانیان بیدگلی، *مالکیت خواهان بر دعوای مدنی*، تحقیقات حقوقی آزاد، زمستان ۱۳۹۰، شماره ۱۴.

5. Cremades, B. "Third party litigation funding: investing in arbitration", 8(4) TDM, 11 and www.curtis.com/siteFiles/Publications/TDM.pdf.2011_p 14.

اما تفاوت اصلی موجود بین انتقال دعوا و TPF آن است که در TPF متقاضی سرمایه‌گذاری تنها بخشی از سود احتمالی دعوا را واگذار می‌کند؛ با این توضیح که در صورت شکست در دعوا، سرمایه‌گذار هیچ حقی در دریافت هزینه‌های خود نخواهد داشت و دعوا نزد صاحب آن باقی می‌ماند. اما انتقال دعوا به نوعی فروش دعواست و صاحب دعوا در ازای دریافت مبلغی، دعوا و تمام حقوق ناشی از آن را به منتقل‌آلیه واگذار می‌نماید.^۱

۱.۳.۴. شرخری

انتقاد اصلی نظام حقوقی کامن‌لا در خصوص TPF آن بود که این نهاد را چهره‌ای از شرخری که تحت دو عنوان (Champerty & Maintenance) شناسایی شده، دارای وصف مجرمانه بود، می‌دانستند و معتقد بودند که نهاد سرمایه‌گذاری ثالث، دکترین منع شرخری در کامن‌لا را نقض می‌کند.^۲ همین امر سبب مقاومت در پذیرش این نهاد در مستعمرات انگلستان شده بود.^۳ چنان‌که تا پیش از تصویب قانون داوری و میانجیگری (ژوئن ۲۰۱۷) در کشور هنگ‌کنگ، برخی از محاکم با تشبیه نهاد سرمایه‌گذاری ثالث به شرخری، سرمایه‌گذاری ثالث را ممنوع می‌دانستند.^۴ اما امروزه در اکثر کشورها این ممنوعیت برداشته شده است.

۲. چالش‌های سرمایه‌گذاری ثالث در داوری تجاری بین‌المللی

از جمله مهم‌ترین مباحثی که در خصوص چالش‌های نهاد سرمایه‌گذاری ثالث مطرح می‌شود، بحث تعارض منافی است که بین منافع سرمایه‌گذار، منتفع، وکیل و داور وجود دارد. مورد دیگر، امکان اجبار یا عدم امکان اجبار به افشای وجود قرارداد سرمایه‌گذاری ثالث است. در این مبحث ابتدا تعارضات احتمالی منافع (۲،۱) و سپس بحث تأمین هزینه‌های دادرسی خوانده را مطرح (۲،۲) و در پایان امکان یا عدم امکان اجبار به افشای قرارداد سرمایه‌گذاری ثالث را بررسی می‌کنیم.

1. Boule.pp 14-15.

2. Lyon,J. "REVOLUTION IN PROGRESS: THIRD-PARTY FUNDING OF AMERICAN LITIGATION", 58 UCLA LAW REVIEW 571(2010). p 584.

3. Zabloudivá. p 39.

4. Mechantaf. p 73.

۲.۱. تعارض منافع

چنان‌که گفته شد، به دلیل رشد صنعت TPF تعارضات احتمالی منافع نیز در داوری تجاری بین‌المللی در حال رشد است. این تعارضات عموماً به دو شکل قابل بررسی است: نخست، تعارض منافع میان سرمایه‌گذار، شخص منتفع و وکیل و دوم، تعارض منافع در خصوص داور. در اینجا ابتدا باید این مطلب روشن شود که سرمایه‌گذار چگونه و تا چه میزانی بر پروسه داوری کنترل دارد و سپس انواع تعارض احتمالی را بررسی کنیم.

۲.۱.۱. کنترل بر روند داوری

از آنجاکه سرمایه‌گذاران می‌خواهند از سرمایه خود محافظت کنند، سعی بر آن دارند تا روند داوری را کنترل کنند. اما میزان این کنترل از سرمایه‌گذاری تا سرمایه‌گذار دیگر متفاوت است. برخی از سرمایه‌گذاران به گرفتن گزارشی از روند داوری اکتفا می‌کنند و برخی دیگر تا آنجا پیش می‌روند که ممکن است حتی داور اختصاصی یا وکیل از جانب آنها منصوب شود. در واقع تأثیر سرمایه‌گذار در مدیریت دعوا وابسته به شرایط قراردادی بین سرمایه‌گذار و متقاضی سرمایه‌گذاری است.^۱ حال پرسش این است؛ با توجه به اصل محرمانگی که هنوز به عنوان اصلی اساسی بر داوری‌های بین‌المللی حاکم است،^۲ آیا انتقال کنترل دعوا به سرمایه‌گذار جایز می‌باشد؟ بدیهی است، به دست آوردن سرمایه شخص ثالث به طور کلی مستلزم افشای اطلاعاتی است که باید در محکمه ارائه شود. بنابراین متقاضی سرمایه، اطلاعات و مدارکی را که مشمول اصل رعایت محرمانگی است، با سرمایه‌گذار به اشتراک می‌گذارد. همین امر خود سبب نگرانی است؛ چراکه سرمایه‌گذاران ثالث، هیچ تعهدی به رعایت محرمانگی اطلاعات و عدم سوءاستفاده از آنها در دعاوی و موارد دیگر ندارند. به نظر می‌رسد که بهترین راه مقابله با این نگرانی افشای TPF باشد که در مباحث بعدی به آن خواهیم پرداخت.

۲.۱.۱.۱. تعارضات احتمالی ناشی از روابط بین سرمایه‌گذار، منتفع و وکیل

مشکلاتی که ممکن است چه در مرحله انعقاد قرارداد و چه در روند داوری ایجاد شود، عموماً ناشی از تضاد منافع بین منافع طرف دعوا (رسیدن به نتیجه مطلوب در بهترین حالت)

1. Secretariat, 2019, p. 9.

2. Horodyski & Kierska, p. 68.

منافع وکیل (گرفتن حق الوکاله) و منافع سرمایه‌گذار (رسیدن به بازپرداخت سرمایه در بهترین حالت) است.

وکیل همواره متعهد و مکلف به رعایت غبطه موکل خویش است و این تکلیف حتی در فرضی که شخص ثالثی پرداخت حق الوکاله را به عهده گرفته باشد، پابرجاست. اما گاه به دلیل کنترلی که سرمایه‌گذار بر دعوا و وکیل اعمال می‌کند، می‌تواند در رابطه بین وکیل و موکل خدشه ایجاد کند. این بدان علت است که به طور کلی، سرمایه‌گذار قدرت و برتری در پرداخت هزینه‌ها را دارد. برای مثال، می‌تواند از پرداخت هزینه‌ها در آینده استنکاف کند. همین امر ممکن است منجر به موقعیتی شود که وکیل بیشتر تمایل به راضی نگه‌داشتن سرمایه‌گذار داشته باشد. این نگرانی در فرضی که وکیل توسط سرمایه‌گذار انتخاب می‌شود، شدت می‌یابد؛ چرا که ممکن است وکیل به امید ادامه همکاری و گرفتن پرونده‌های دیگر، بیشتر از آنکه به مصلحت موکل بیندیشد، سعی در جلب رضایت سرمایه‌گذار داشته باشد.

مورد دیگری که در تعارض منافع میان سرمایه‌گذار و متقاضی سرمایه‌گذاری مطرح می‌شود، آن است که روند و پیشرفت داوری در گرو همکاری آنهاست و چنانچه به هر دلیلی سرمایه‌گذار از پرداخت هزینه‌ها خودداری کند، جریان داوری به ناگزیر متوقف خواهد شد.^۱

۲.۱.۱.۲. تعارضات ناشی از سرمایه‌گذاری ثالث با استقلال داور

استقلال و بی‌طرفی، سنگ‌بنای اصلی داوری تجاری بین‌المللی است. همه داوران باید مستقل (از طرفین) و بی‌طرف (نسبت به اختلاف) باشند؛ در غیر این صورت اجازه پذیرش داوری را ندارند. قاعده کلی این است که پس از انتصاب، تمام داوران باید طی بیانیه‌ای هر موردی را که ممکن است منجر به ایجاد شک و تردید در استقلال و بی‌طرفی آنها شود، به طرفین اعلام نمایند.^۲ بحث استقلال داور از چنان اهمیتی برخوردار است که اکثر قواعد سازمان‌های داوری صراحتاً به آن اشاره کرده‌اند. برای مثال، ماده ۲۳ قواعد و آیین داوری مرکز داوری اتاق ایران اعلام می‌دارد: «داور می‌بایست از زمان تعیین تا زمان صدور رأی، بی‌طرف و مستقل بوده و ذی‌نفع در قضیه نباشد و می‌بایست این استقلال و بی‌طرفی را به صورت کتبی به دبیرخانه اتاق

1. Boule, pp 57-59.

2. COLOMBO G. F. & YOKOMIZO.D, "A Short Theoretical Assessment on Third Party Funding in International Commercial Arbitration" 2018.p 116.

اعلام نماید و چنانچه در ابتدا یا در جریان رسیدگی هرگونه واقعیت یا اوضاع و احوالی را که موجب تردید در بی‌طرفی و استقلال او می‌گردد، فوراً و به صورت کتبی به دبیرخانه مرکز و به طرفین اعلام کند». همچنین قواعد مشابهی در ماده ۱۱ قواعد آنسیترال، ماده ۵.۳ قواعد LCIA و ماده (۲) ۱۱ قواعد ICC وجود دارد.

بنابراین، حضور شخص ثالث سرمایه‌گذار باید به منظور رعایت استقلال و بی‌طرفی داور مورد توجه قرار بگیرد.^۱ به عبارت دیگر، یکی از موارد تعارض احتمالی، تعارض میان اصل استقلال داور و روابط داور با سرمایه‌گذار ثالث است. این تعارض منافع چنان اهمیتی دارد که اگر در اثنای رسیدگی کشف شود، باید داور عزل و داور دیگری تعیین گردد و چنانچه این تعارض پس از صدور رأی کشف شود، بدون شک سبب ابطال رأی و در مرحله اجرا موجب عدم شناسایی رأی و در نتیجه عدم اجرای آن خواهد شد.^۲ به چند مورد از موقعیت‌هایی که ممکن است منجر به تعارض منافع شود، اشاره می‌شود.

- هرگاه سرمایه‌گذار داور را برای چندین پرونده به عنوان داور منصوب انتخاب کند.^۳
- هرگاه داور به عنوان سهام‌دار در شرکت سرمایه‌گذار ذی‌نفع باشد.
- جایی که یک داور یا مؤسسه داوری دارای ارتباط مکرر با سرمایه‌گذار باشد یا داور به عنوان مشاور سرمایه‌گذار عمل کند.^۴

۲.۲. تخصیص هزینه‌ها

پرسشی که در این قسمت مطرح می‌شود، آن است که آیا محکمه داوری در زمان تصمیم‌گیری و رأی به میزان هزینه‌های دعوا یا جبران خسارات دعوا، مکلف است وجود TPF را لحاظ کند؟ یا به عبارت دیگر، در صورت محکومیت منتفع، آیا محکمه داوری می‌تواند شخص

1. Burcu.O , “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest” 32 *Journal of International Arbitration*(2015).p 325.

2. Gary J.Sh, “Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit” , *Published by Oxford University Press on behalf of the London Court of International Arbitration*. 2016.p 8.

3. Mechantaf.p 143.

4. Secretariat,p 6.

ثالث سرمایه‌گذار را محکوم به خسارات و هزینه‌های طرف مقابل نماید. در پاسخ به این پرسش دو رویکرد وجود دارد:

گروه نخست معتقدند از آنجا که قرارداد TPF در روابط خواهان و خوانده جایگاهی ندارد و شخص سرمایه‌گذار هیچ مشارکت رسمی در روند داوری ندارد، محکمه داوری صلاحیت محکوم کردن شخص ثالث به پرداخت هزینه‌های طرف مقابل را ندارد^۱ و تنها در صورتی که قرارداد داوری به طور ضمنی یا در عمل به سرمایه‌گذار منتقل شده باشد (مثلاً شرکت سرمایه‌گذار دعوا را خریداری کرده باشد) داوران می‌توانند چنین حکمی را علیه وی صادر کنند.

گروه دوم، در نقطه مقابل گروه نخست استدلال کرده‌اند که هنگام صدور رأی در خصوص هزینه‌های دادرسی و تأمین هزینه‌های دادرسی باید TPF لحاظ شود. عمده دلیل آنها این است که حضور یک سرمایه‌گذار ثالث به وضوح بیانگر این امر است که خواهان توانایی برآمدن از عهده خسارات دادرسی طرف مقابل را ندارد؛^۲ در غیر این صورت متقاضیان سرمایه‌گذاری می‌توانند از TPF سوءاستفاده کنند؛ چراکه آنها در صورت پیروزی در دعوا سود خود را خواهند برد، اما در صورت شکست در دعوا با توجه به وضعیت اقتصادی و عدم لحاظ سرمایه‌گذاری ثالث، خواهان قادر به پرداخت هزینه‌ها نخواهد بود.^۳

۲.۳. راهکار پیشگیری از ایجاد تعارض منافع

چنان که گفته شد، وجود منافع متعدد گاه سبب ایجاد تعارض میان این منافع می‌گردد. حال باید دید آیا راهکاری برای جلوگیری از ایجاد این تعارضات وجود دارد؟ بدین منظور دو روش برای جلوگیری از این تعارضات مطرح شده است: نخست تصریح در قرارداد به عنوان راهکار برون‌رفت از تعارض و دوم افشای قرارداد سرمایه‌گذاری ثالث.

1. Ibid, p 9.

2. Kirtley.W& Wietrzykowski.K, "Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?" *30 Journal of International Arbitration, Issue 1*, pp. 17-30. 2013. P 21.

3. Boule.p 76.

۲.۳.۱. پیشگیری قراردادی

چنان که گفته شد، بیشتر تعارضات موجود در قرارداد سرمایه‌گذاری ثالث ناشی از روابط میان سرمایه‌گذار، منتفع و وکیل وی است. بدیهی است که در این قرارداد نیز به مانند هر قرارداد سرمایه‌گذاری دیگر، طرفین سعی دارند تا منافع خویش را به بهترین شکل لحاظ کنند. بنابراین متقاضی سرمایه باید موارد اقتصادی قرارداد را کاملاً در نظر گرفته، علاوه بر آن میزان کنترل سرمایه‌گذار بر روند رسیدگی را تعیین نماید. برای مثال، تعیین کنند که در چه زمانی و تحت چه شرایطی دعوا می‌تواند به سازش خاتمه یابد یا در قرارداد تصریح شود و کیلی که مسئول رسیدگی و دفاع از دعواست، مکلف به رعایت مصلحت موکل (منتفع) باشد و در صورتی که بین منافع موکل (منتفع) و سرمایه‌گذار تعارض منافی ایجاد شود، وکیل ملزم است که تنها برای موکل کار کند، حتی اگر به علت رعایت این امر منافع سرمایه‌گذار به خطر بیفتد.^۱

مورد دیگری که در امریکا مطرح شده، این است که حضور سرمایه‌گذار ثالث می‌تواند در اختیار وکیل در فسخ قرارداد وکالت تأثیرگذار باشد. مطابق گزارش‌های منتشر شده، در بسیاری از موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری ثالث به این موضوع تصریح می‌شود که در صورت خاتمه روابط بین وکیل و موکل، تمام مبالغ پرداختی با احتساب سود متعلق به آن، به سرمایه‌گذار ثالث بازگردانده شود. با درج چنین شرطی وکیل نمی‌تواند با سوءاستفاده از امکان فسخ قرارداد بدون دلیل موجه تا قبل از اتمام رسیدگی قرارداد وکالت را فسخ کند.^۲

۲.۳.۲. افشای قرارداد سرمایه‌گذاری ثالث

تا پیش از سال ۲۰۱۷، در قوانین هیچ کشوری صراحتاً به الزام به افشای قرارداد سرمایه‌گذاری ثالث اشاره‌ای نشده بود؛ علت این عدم تصریح را آن می‌دانستند که چنین الزامی می‌توانست از محبوبیت و مقبولیت داوری بکاهد؛ چراکه اصلی‌ترین دلیل محبوبیت داوری به عنوان روشی برای حل و فصل اختلافات، محرمانه و خصوصی بودن آن است.^۳ حال دلایلی که ضرورت افشای TPF را توجیه می‌کند؛ نخست شامل رعایت الزاماتی چون بی‌طرفی و استقلال

1. THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG, THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, CONSULTATION PAPER, THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION, OCTOBER 2015,p:42 This consultation paper can be found on the Internet at: <<http://www.hkreform.gov.hk>>

2. Ibid.p 105.

3. Boulle.p 53.

داور و جلوگیری از تعارضات احتمالی منافع در داوری است، دوم تأثیر این قرارداد در تخصیص هزینه‌ها و سوم الزام سرمایه‌گذار به رعایت حفظ محرمانگی،^۱ این پرسش را مطرح می‌سازد که آیا وجود این قرارداد باید افشا شود؟^۲ و در صورت مثبت بودن پاسخ، کیفیت و شرایط افشا باید چگونه باشد؟ در پاسخ به این پرسش‌ها، حقوق‌دانان به دو گروه موافق و مخالف افشای اجباری سرمایه‌گذاری ثالث تقسیم شده‌اند که در ذیل به اهم استدلال‌های آنها اشاره می‌شود.

۲.۳.۲.۱. استدلال‌های گروه موافق افشای اجباری

- گروهی از حقوق‌دانان در موافقت با تعهد به افشای سرمایه‌گذاری ثالث چنین استدلال کرده‌اند:
- داوران باید در هنگام تصمیم‌گیری در خصوص تأمین هزینه‌های خواننده وجود سرمایه‌گذاری ثالث را به عنوان یک عنصر مهم در نظر بگیرند.^۳
 - طرفین داوری دارای این حق مشروع‌اند که از تمامی عواملی که می‌تواند در آینده استقلال و بی‌طرفی داوران را تحت تأثیر قرار دهد، آگاه باشند.^۴ بنابراین، برای تضمین استقلال و بی‌طرفی داوران، طرفین دعوا و داوران موظف‌اند در سریع‌ترین زمان ممکن هویت سرمایه‌گذار و شرایط کلیدی قرارداد سرمایه‌گذاری ثالث را افشا نمایند و به این طریق از اختلال احتمالی در روند داوری جلوگیری نمایند. چه آنکه اگر مشارکت سرمایه‌گذار در داوری در زمان رسیدگی یا پس از صدور رأی آشکار گردد، این امر می‌تواند عواقب ناخوشایندی را در پی داشته، کارایی داوری را به عنوان مرجعی برای حل و فصل اختلافات به خطر اندازد.^۵
 - افشای قرارداد به محکمه این امکان را می‌دهد تا سرمایه‌گذار را به رعایت محرمانگی ملزم نماید.^۶

1. Horodyski & Kierska.p:69.

2. COLOMBO & YOKOMIZO.p:113.

3. Stone W "Third party funding in international arbitration: a case for mandatory disclosure?" *Asian Dispute Rev* 17:62-70. 2015.p 65.

4. Darwazeh.N & Leleu.A "Disclosure and security for costs or how to address imbalances created by third-party funding" *J Int Arbitr* 33:125-150. 2016.p 132.

5. Stone.p 66.

6. Horodyski & Kierska.p:69.

۲.۳.۲.۲. استدلال‌های گروه مخالف افشای اجباری

در مقابل موافقان اجبار به افشای وجود سرمایه‌گذاری ثالث، مخالفان نیز با استدلال‌های ذیل در چنین الزامی در قواعد و قوانین داوری را رد کرده‌اند:

- از آنجایی که سرمایه‌گذار و منتفع به دنبال اجرای رأی هستند، الزام به افشای وجود سرمایه‌گذاری ثالث ضرورتی ندارد؛ زیرا به نفع آنهاست که موارد تعارض منافع را به داور اعلام نمایند.^۱
- با توجه به اینکه سرمایه‌گذار به دنبال منفعت خویش از اجرای رأی است، پس در خصوص تأمین هزینه‌های خوانده نیز مواجه با مشکلی نمی‌باشیم و سرمایه‌گذاران حرفه‌ای عموماً این مورد را نیز تأمین می‌کنند.^۲
- در بسیاری از موارد به نفع منتفع است که به صورت خودجوش و اختیاری وجود سرمایه‌گذاری ثالث را افشا کند؛ برای مثال درجایی که منتفع بخواهد مبلغی بیش از حد معمول هزینه‌های قانونی از محکوم‌علیه دریافت کند، باید وجود سرمایه‌گذاری ثالث را افشا نماید. در غیراین صورت ممکن است به دلیل عدم توجیه یا مطالبه مبلغ غیرمنطقی و نامتعارف درخواست وی رد شود.^۳
- حتی ممکن است موقعیت‌هایی وجود داشته باشد که هیچ گونه نفعی برای سرمایه‌گذار و منتفع از افشای اختیاری وجود نداشته باشد، اما طرف مقابل نیز لزوماً نیازی به این افشا نداشته باشد.^۴
- سرانجام باید متذکر شد که در داوری‌های بین‌المللی، وجود سرمایه‌گذار ثالث، الزاماً به معنای عدم تمکن مالی منتفع نیست، بلکه گاه اشخاص برای تقسیم ریسک دادخواهی یا هدایت سرمایه در مسیری دیگر، به این نهاد روی می‌آورند.^۵ بنابراین، مشکلی در خصوص تأمین هزینه‌های طرف مقابل نیز وجود ندارد.

1. Hadžimanović.N, "Third-Party Funding in Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?" *Springer Nature Switzerland*, 2019.p :9.

2. Kirtley.W& Wietrzykowski.K_p_17.

3. Hadžimanović.p 9.

4. Ibid.p 10.

5. Ibid.p 12.

با وجود تمامی استدلال‌های مخالفین افشای اجباری، امروزه اکثر سازمان‌های داوری ضمن شناسایی نهاد سرمایه‌گذاری ثالث تمایل خود را به افشای اجباری آن نشان داده‌اند. برای مثال، نخستین سازمانی که به طور رسمی سرمایه‌گذاری ثالث و تعارضات احتمالی آن را مورد توجه قرار داد، سازمان IBA بود^۱ که در سال ۲۰۱۸ نیز رهنمونی در این خصوص صادر و به افشای سرمایه‌گذاری ثالث اشاره نمود.^۲ امروزه روند افشای سرمایه‌گذاری ثالث نه تنها در قواعد سازمان‌های داوری که با اقتباس از رهنمون IBA در حال توسعه است، بلکه برخی از کشورها از جمله سنگاپور و هنگ‌کنگ قوانینی در این خصوص وضع نموده‌اند.^۳ ICC نیز در ۱۲ فوریه ۲۰۱۶ توصیه‌نامه‌ای برای افشای موارد موجود توسط داوران منتشر نمود. این توصیه‌نامه در ۱۹ دسامبر ۲۰۱۸ مورد بازبینی قرار گرفت و در تاریخ یک ژانویه ۲۰۱۹ به اجرا درآمد. هدف این توصیه‌نامه آن است که داوران هنگام ارزیابی افشای روابط، تمامی نهادهای اقتصادی را که منافع اقتصادی مستقیمی در اختلاف دارند و یا تعهد به جبران خسارت طرف مقابل دارند، در نظر بگیرند. با این حال، این توصیه‌نامه برای طرفین مستلزم هیچ اجباری به افشای نهادهای اقتصادی که منافع مستقیمی در اختلاف دارند یا به جبران خسارات طرف مقابل متعهدند، در آغاز داوری نمی‌باشد.^۴

تا به امروز، تنها کشورهای سنگاپور و هنگ‌کنگ بحث افشای این نهاد را به صورت رسمی در قوانین خویش وارد کرده‌اند. در هنگ‌کنگ به موجب ماده ۹۸ قانون داوری و میانجیگری (۲۰۱۷) متقاضی سرمایه‌گذاری مکلف است، پیش از شروع جریان داوری کتباً محکمه را از انعقاد قرارداد و مشخصات ثالث سرمایه‌گذار آگاه نماید و در صورتی که قرارداد سرمایه‌گذاری پس از شروع داوری منعقد شود، وی موظف است ظرف ۱۵ روز از تاریخ انعقاد قرارداد محکمه را از وجود آن مطلع سازد. این اعلامیه کتبی باید به هیئت داوران و طرفین درگیر در داوری تسلیم شود.^۵

1. Zabloudivová, K. p. 48.

2. "IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration", *International Bar Association*. (2014).

3. Hadžimanović. p. 5.

4. Ibid. p. 6.

5. Hong Kong Arbitration and Mediation Legislation [Third-Party Funding] 2017, Art. 98U: "(1) If a funding agreement is made, the funded party must give written notice of (a) the fact that a funding agreement has been made; and (b) the name of the third party funder. (2) The notice must be given (a) for a funding agreement made on or before the commencement of the arbitration on the commencement of the arbitration; or (b) for a funding agreement made after the commencement of the arbitration within 15 days after the funding agreement is made. (3)→

در سنگاپور، تا سال ۲۰۱۷ و تصویب قانون مدنی شماره ۳۸/۲۰۱۶ استفاده از سرمایه‌گذاری ثالث غیرقانونی بود. اما این قانون سرمایه‌گذاری ثالث در داوری‌های تجاری بین‌المللی مستقر در سنگاپور را مجاز دانست. همچنین به موجب ماده (49A)^۱ قواعد رفتار حرفه‌ای مصوب ۲۰۱۵ به الزام افشای سرمایه‌گذاری ثالث اشاره شده است. مطابق این ماده، وکلا و طرفین دعوا باید وجود هرگونه قرارداد سرمایه‌گذاری ثالث، هویت و نشانی سرمایه‌گذار را به مرجع رسیدگی اعلام نمایند، ولی در مورد زمان اعلام و افشای آن به طور دقیق مطلبی وجود ندارد.^۲

۲.۴. سرمایه‌گذاری ثالث در داوری در حقوق ایران

در اینجا به این پرسش پاسخ می‌دهیم که ماهیت این قرارداد با توجه به قوانین موجود چیست و آیا دارای اعتبار است و در فرض اعتبار با توجه به قوانین موجود، تعارض منافع به چه نحو قابل حل است و آیا طرفین قرارداد TPF به افشای آن ملزم‌اند.

۲.۴.۱. ماهیت قرارداد TPF در حقوق ایران

اصل آزادی قراردادی در حقوق ما به وسیله ماده ۱۰ ق.م.ا اعلام شده است.^۳ منظور قانون‌گذار از وضع این ماده، اعتبار بخشیدن به قراردادهایی است که با وجود نیاز جامعه، با لحاظ آثار مورد نظر طرفین، در قالب هیچ یک از عقود معین نمی‌گنجد.^۴ بنابراین، با توجه به آنکه نهاد سرمایه‌گذاری ثالث نهادی نوظهور است و هیچ‌گونه سابقه قانون‌گذاری در این خصوص دیده نمی‌شود و از آنجاکه دسترسی به عدالت پذیرش چنین نهادی را ضروری می‌نماید، این نهاد را باید مصداقی از قراردادهای نامعین دانست که در حدود ماده ۱۰ ق.م.ا دارای اعتبار است.

←The notice must be given to (a) each other party to the arbitration; and (b) the arbitration body.”

1. Legal Profession (Professional Conduct) Rules 2015 (Art. 49A) “(1) When conducting any dispute resolution proceedings before a court or tribunal, a legal practitioner must disclose to the court or tribunal, and to every other party to those proceedings (a) the existence of any third-party funding contract related to the costs of those proceedings; and (b) the identity and address of any Third-Party Funder involved in funding the costs of those proceedings. (2) The disclosure under paragraph (1) must be made (a) at the date of commencement of the dispute resolution proceedings where the third-party funding contract is entered into before the date of commencement of those proceedings; or (b) as soon as practicable after the third-party funding contract is entered into where the third-party funding contract is entered into on or after the date of commencement of the dispute resolution proceedings.”

2. Hadžimanović, p. 7.

۳. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۱۴۴.

۴. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۰، ص ۱۸۸.

۲.۴.۲. راهکارهای پیشگیری از ایجاد تعارض منافع در حقوق ایران

از مهم‌ترین موارد تعارض منافع که پیش‌تر مطرح شد، تعارض احتمالی ناشی از روابط بین سرمایه‌گذار، منتفع و وکیل، و تعارض بین استقلال داور و سرمایه‌گذاری ثالث است. اگرچه حقوق ایران در خصوص نهاد TPF هیچ مقرره خاصی ندارد؛ اما به منظور پیشگیری از ایجاد تعارض منافع علاوه بر راهکار پیشگیری قراردادی، قوانینی موجود است که می‌توان با استناد به آنها تا حدودی مشکل را مرتفع ساخت.

چنان‌که در خصوص تعارض نخست گفته شد، ممکن است وکیل به دلیل آنکه حق الوکاله وی از سوی سرمایه‌گذار تأمین می‌شود، به هنگام تعارض منافع میان منافع موکل و سرمایه‌گذار جانب سرمایه‌گذار را داشته باشد. برای رفع این نگرانی می‌توان گفت، مستفاد از ماده ۶۶۷ ق.م. وکیل در هر حال مکلف به رعایت مصلحت و غبطه موکل است و هرگاه در اثر عدم اقدام یا تأخیر در آن و یا سهل‌انگاری و تسامح در انجام امور وکالتی خسارتی متوجه موکل گردد، وکیل مسئول آن خواهد بود.^۱ از این رو، حتی در فرضی که وکیل از جانب سرمایه‌گذار تعیین شود، وکیل در هنگام تعارض منافع میان موکل و سرمایه‌گذار مکلف است که از منافع موکل خویش حمایت کند.

در خصوص پیشگیری از تعارض میان استقلال و بی‌طرفی داور و سرمایه‌گذاری ثالث، می‌توان به قاعده رد دادرسی اشاره کرد. در واقع در حوزه قضایی و داوری، یکی از سمبل‌هایی پیشگیری از موقعیت تعارض منافع در محاکم و مراجع رسیدگی رد دادرسی است.^۲ قانون‌گذار در ماده ۹۱ قانون آ.د.م. جهات رد دادرسی را پیش‌بینی و در هر جا که بیم خروج دادرسی دادگاه از بی‌طرفی را احساس نموده، دادرسی را مکلف به امتناع از رسیدگی کرده است.^۳ این موضوع نیز در مورد داورانی که از سوی دادگاه انتخاب می‌شوند، به موجب مواد ۴۶۹ و ۴۷۰ همان قانون پیش‌بینی شده و دادگاه را از انتخاب افرادی که ظن داشتن تعارض منافع با طرفین داوری را دارند، منع نموده است.^۴

۱. مدنی، سیدجلال‌الدین، *حقوق مدنی*، جلد ۵، عقود معین، تهران: انتشارات پایدار، ۱۳۸۷، ص ۱۷۹.
 ۲. پاشایی حسین، جواد معتمدی، *اصلاح فرایندهای قضایی در پرتو راهبرد رفع موقیت تعارض منافع*، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۹۸، شماره ۱، ص ۸۶.
 ۳. شمس عبدالله، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیش رفته)*، جلد ۳، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۹، ص ۱۹.
 ۴. ر.ک: کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو، *حقوق داوری داخلی*، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۷، صص ۱۸۰-۱۷۹.

یکی از مهم‌ترین مقرره‌هایی که در حقوق ایران به بحث تعارض منافع و افشای آن پرداخته، لایحه «نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی و ارائه خدمات عمومی» مصوب ۱۹ آبان ۱۳۹۸ هیئت وزیران است. مطابق ماده ۶ این لایحه، هر یک از اشخاص مشمول این قانون در صورتی که در انجام وظیفه یا اتخاذ تصمیم با یکی از موارد تعارض منافع که در ماده ۳ آمده است، مواجه شود؛ باید آن را به هیئت مدیریت تعارض منافع اطلاع دهد و از شرکت در جلسه یا رأی‌گیری و یا هر دو خودداری کند، در غیراین صورت، با توجه به ماده ۸ لایحه مزبور، رأی یا تصمیم اتخاذ شده، از تاریخ کشف بی‌اعتبار است و مسئولیت مدنی ناشی از این بی‌اعتباری متوجه شخص متخلف است و مطابق قوانین و مقررات مربوط، به شش ماه انفصال تا انفصال دائم یا سلب عضویت در مرجع مرتبط محکوم می‌شود.

این رویکرد در ماده ۱۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی (۱۳۷۶) نیز قابل مشاهده است و علاوه بر آنکه طرفین داوری می‌توانند در صورتی که اوضاع احوال موجود باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال داور شود، او را جرح کنند، به موجب بند ۲ این ماده، داور شخصاً نیز باید هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بی‌طرفی و استقلال او می‌شود، افشا کند و اگر رأی از سوی داوری صادر شود که فاقد صلاحیت است، به موجب بند «ز» ماده ۳۳ آن قانون قابل ابطال است. در این خصوص قاعده مشابهی در کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک و قانون نمونه داوری در بخش ابطال مشاهده نمی‌شود و به نظر می‌رسد این مقرره از بند ۶ ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م به عنوان آیین شکلی مقرر داوری که از قواعد آمره می‌باشد، اقتباس گردیده است.^۱

در نهایت می‌توان گفت، اگرچه در حقوق ایران الزامی به افشای وجود قرارداد TPF از سوی منتفع وجود ندارد، اما داوران ملزم‌اند تا چنانچه منفعتی در دعوا دارند که سبب خروج از استقلال و بی‌طرفی در داوری می‌شوند، شخصاً این موارد را اعلام نمایند، در غیر این صورت رأی صادره از چنین داوری به موجب بند «ز» ماده ۳۳ قابل ابطال خواهد بود؛ لکن بهتر آن است، الزام به افشای وجود TPF بر منتفع سرمایه‌گذاری تحمیل شود تا علاوه بر پیشگیری از تعارضات مذکور، الزام سرمایه‌گذار به رعایت محرمانگی نیز ممکن گردد.

۱. امیر معزی، احمد، *داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی*، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۰، ص ۵۲۲.

نتیجه‌گیری

داوری تجاری بین‌المللی روشی کارآمد، انعطاف‌پذیر، سریع و محرمانه برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی است. اما گاه اتفاق می‌افتد که به دلیل گران بودن هزینه‌های داوری، اشخاص با وجود داشتن دلایل کافی برای اثبات مدعای خویش از طرح دعوا اجتناب می‌کنند. یکی از راهکارهای حل این مشکل که در سال‌های اخیر مورد توجه حقوق‌دانان و فعالان حوزه داوری واقع شده است، سرمایه‌گذاری اشخاص ثالث در داوری‌های تجاری بین‌المللی است. این نهاد دارای مزیت‌های فراوانی است که مهم‌ترین آن، دسترسی به عدالت و حفظ سرمایه نقدی است. در این نهاد به واسطه انتقال مسئولیت پرداخت هزینه‌ها به دوش سرمایه‌گذار، به بنگاه‌های اقتصادی این امکان داده می‌شود تا به جای تخصیص وجوه به پرداخت هزینه‌های دادرسی و حق‌الوکاله وکیل، دارایی‌های خویش را در راستای اهداف اصلی خود به کار گیرند که این امر خود ممکن است مانعی بر ایجاد رکود و مشکلات اقتصادی باشد.

با وجود این، این نهاد خالی از ایراد و مشکل نیست. مهم‌ترین ایرادی که بر این نهاد وارد است، بحث ایجاد تعارض منافع میان وکیل، منتفع و سرمایه‌گذار و همچنین تعارض منافع میان استقلال داور با سرمایه‌گذاری ثالث است. بهترین و مؤثرترین راهکاری که امروزه مقبول برخی از کشورها چون سنگاپور و هنگ‌کنگ واقع شده است و اکثر حقوق‌دانان به آن پرداخته‌اند، افشای اجباری قرارداد TPF است.

در در حقوق ایران به این نتیجه رسیدیم که این نهاد به عنوان یکی از قراردادهای نامعین در حدود ماده ۱۰ ق.م. دارای اعتبار است و اگرچه هیچ مقرره‌ای منتفع را برای جلوگیری از ایجاد تعارض منافع، ملزم به افشای قرارداد TPF نمی‌کند، داوران باید با توجه به ماده ۱۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی، چنانچه منفعتی در دعوا دارند که ممکن است سبب خروج از استقلال و بی‌طرفی در داوری شوند، اعلام نمایند و اگر بدون رعایت این تکلیف رأی صادر کنند، آن رأی به موجب بند «ز» ماده ۳۳ قابل ابطال خواهد بود. این الزام اگرچه می‌تواند پاسخگوی بخشی از چالش‌های نهاد TPF باشد، بهتر آن است، الزام به افشای وجود قرارداد TPF بر منتفع سرمایه‌گذاری تحمیل شود تا علاوه بر پیشگیری از تعارضات مذکور، الزام سرمایه‌گذار نیز به رعایت حفظ محرمانگی ممکن گردد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. امیر معزی، احمد، *داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی*، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۰.
۲. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، جلد ۳، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۹.
۳. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
۴. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳.
۵. کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو، *حقوق داوری داخلی*، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۷.
۶. مدنی، سیدجلال الدین، *حقوق مدنی*، جلد ۵، عقود معین، تهران: انتشارات پایدار، ۱۳۸۷.

مقاله

۷. بروجنی، محمد منصور و سید ناصر سلطانی، *بیمه هزینه‌های قضایی: الگویی برای توانمندسازی شهروندان*، دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی دوره جدید سال بیست و پنجم، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، شماره ۱۴.
۸. پاشایی، حسین و جواد معتمدی، *اصلاح فرایندهای قضایی در پرتوراهبرد رفع موقیت تعارض منافع*، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۹۸، شماره ۱.
۹. پور استاد، مجید و اعظم ایمانیاں بیدگلی، *مالکیت خواهان بر دعاوی مدنی*، تحقیقات حقوقی آزاد، زمستان ۱۳۹۰، شماره ۱۴.

ب) منابع انگلیسی

Books

10. "IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration" , *International Bar Association*. (2014).

Articles

11. Apostolidis. M. G. "Third-Party Funding in Dispute Resolution: Financial Aspects and Litigation Funding Agreements", *Thessaloniki – Greece* .January 2017.

12. Burcu. O, “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest” 32 *Journal of International Arbitration*.2015.
13. COLOMBO. G. F. & YOKOMIZO Dai “A Short Theoretical Assessment on Third Party Funding in International Commercial Arbitration”, 2018. <https://www.academia.edu/38459289/>.
14. CREMADES ,B. “Third party litigation funding: investing in arbitration”, 8(4) *TDM*, 11 and www.curtis.com/siteFiles/Publications/TDM.pdf. 2011.
15. Darwazeh. N & Leleu. A “Disclosure and security for costs or how to address imbalances created by third-party funding” *J Int Arbitr* 33. 2016.
16. ENDICOTT. A, GIRALDO-CARRILLO N. & KALICKI.J, “Third-Party Funding in Arbitration: Innovation and Limits in Self-Regulation”, *Kluwer Arbitration Blog*, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/03/13/third-party-funding-in-arbitration-innovation-and-limits-in-self-regulation-part-1-of-2> (2012).
17. Gary J. Sh, “Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit” , *Published by Oxford University Press on behalf of the London Court of International Arbitration*.2016.
18. Hadžimanović. N, “Third-Party Funding in Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?” *Springer Nature Switzerland*, 2019.
19. HORODYSKI. D & KIERSKA. M, “Third Party Funding in International Arbitration – Legal Problems and Global Trends with a Focus on Disclosure” *Requirement Article* · September 2017.
20. Kirtley. Wi, Wietrzykowski. K , “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?” 30 *Journal of International Arbitration, Issue 1*, 2013.
21. Lyon. J, “REVOLUTION IN PROGRESS: THIRD-PARTY FUNDING OF AMERICAN LITIGATION”, 58 *UCLA LAW REVIEW* 571, 2010.
22. McNee. A, “Legal Expenses Insurance and Access to Justice”, *International Bar Association*, London. August 2019.
23. Secretariat, “Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Third-party funding” *United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-seventh session New York, V.19-00407 (E)*, (2019).

24. Stone.W “Third party funding in international arbitration: a case for mandatory disclosure?” *Asian Dispute Rev* 17. 2015.
25. TRUSZ .J, “Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration”, *Georgetown law journal* .August 2013.
26. Zabloudilová. K “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration” , *FACULTY OF LAW MASARYK UNIVERSITY Programme Law and Legal Science Department of International and European Law , Brno , 2018.*

Thesis

27. Boule. T, “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration” Master’s thesis, *Faculty of Law Ghent University*. Academic Year 2013-2014.

Websites

28. Leigh. J, **Litigation funding begins to take off**. 30/ Nov /2009, <http://fulbrookmanagement.com/>.
29. THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG, **THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION SUB-COMMITTEE, CONSULTATION PAPER, THIRD PARTY FUNDING FOR ARBITRATION, OCTOBER 2015**, This consultation paper can be found on the Internet at: <<http://www.hkreform.gov.hk>>
30. The Roundtable Discussions were held in Paris on 27 January 2012 and on 18 April 2012. <https://www.iblj.com/>

Cases law

31. *Arkin v Borchard Lines Ltd & Ors*, Court of Appeal, decision of 26 May 2005, Case No A2/2004/0281, *0309 and 0314. bailii.org [online]*.

ج) منابع فرانسوی

32. MECHANTAF. Kh , “LE FINANCEMENT DE L'ARBITRAGE PAR LES TIERS Une approche française et international” ,*Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I. Année universitaire 2019-2020.*